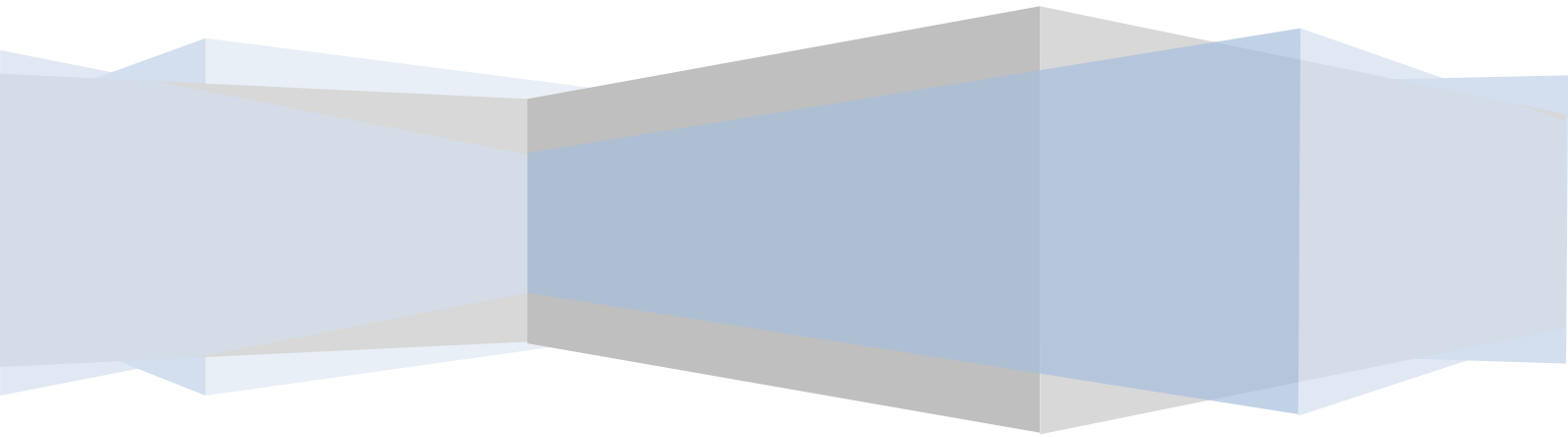
أثر كون الأسهم مثلية لا قيمية عند التعويض

تأليف الدكتور عبدالعزيز بن سعد الدغيثر



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، محمد وآله وصحبه أما بعد:

فإن الشريعة الإسلامية تضمنت كل ما يصلح الناس في دنياهم وأخراهم، فالله سبحانه بين الأحكام وفصلها تفصيلا كما في قوله تعالى:" وكل شيء فصلناه تفصيلا" (الإسراء: ١٢)، وقال عز وجل:" ما فرطنا في الكتاب من شيء" (الأنعام:٣٨)، وفي بيان ذلك

يقول الإمام الشافعي(ت: ٢٠٤هـ) رحمه الله:" *فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها* "[١].

وتعدُّ أسهم الشركات من أكثر الأموال استعمالاً في الاستثمار والاتجار من قبل فئام من الناس، وقد نظمت الدولة سوق المال بإنشاء هيئة مختصة به، وصدر نظام هيئة السوق المالية بالمرسوم الملكي رقم م/ ٣٠ في ٢/ ٦/ ١٤٢٤هـ[٢] وتضمنت المادة الخامسة ما يأتي:

أ - تكون الهيئة هي الجهة المسؤولة عن إصدار اللوائح والقواعد والتعليمات ، وتطبيق أحكام هذا النظام.

وفي سبيل ذلك تقوم الهيئة بما يأتي:

---

(١) الرسالة ص ٢٠.

(٢) جريدة أم القرى العدد ٣٩٥٦ في 1 رجب ١٤٢٤هـ.

...

٤- حماية المواطنين والمستثمرين في الأوراق المالية من الممارسات غير العادلة ، أو غير السليمة ، أو التي تنطوي على احتيال ، أو غش ، أو تدليس ، أو تلاعب .

٥- العمل على تحقيق العدالة والكفاية والشفافية في معاملات الأوراق المالية.

والجهة المخولة بالفصل في النزاعات تابعة للهيئة، فقد ورد في المادة الخامسة والعشرون من النظام:

أ- تُنشئ الهيئة لجنة تسمى "لجنة الفصل في منازعات الأوراق المالية" تختص بالفصل في المنازعات التي تقع في نطاق أحكام هذا النظام ولوائحه التنفيذية ولوائح الهيئة والسوق وقواعدهما وتعليماتهما

في الحق العام والحق الخاص . ويكون لها جميع الصلاحيات الضرورية للتحقيق والفصل في الشكوى أو الدعوى ، بما في ذلك سلطة استدعاء الشهود وإصدار القرارات ، وفرض العقوبات ، والأمر بتقديم الأدلة والوثائق .

وورد في الفقرة "و" أنه يجوز استئناف القرارات الصادرة من اللجنة أمام لجنة الاستئناف خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغها .

وقد ثار خلاف ونقاش بين عدد من المختصين في فقه المعاملات المالية عن الأسهم هل تدخل في المثليات أو القيميات، وينبني على ذلك آثار فقهية، وأهمها طريقة التعويض عن الأسهم في حال التعدي عليها من الشركات المالية.

وعلى الرغم من أهمية هذا الموضوع لارتباطه بالاقتصاد الوطني، إلا أنه لم يسبق بحثه فيما أعلم بعد البحث والسؤال، ولذا فقد استعنت بالله في بحث هذا الموضوع لأسباب عديدة يمكن حصرها فيما يأتي:

١- الرغبة الشخصية في دراسة الموضوعات الجديدة والعميقة.

٢- رغبتي في إضافة جديد للمكتبة الفقهية في موضوع لم يسبق بحثه من قبل.

٣- كون الموضوع المختار داخل في فقه المعاملات والذي أجدني أميل إليه من بين مواضيع الفقه الواسعة.

٤- كثرة القضايا المرفوعة لدى الجهة المختصة، والتي يكون المواطن هو المتضرر من أخطاء شركات الوساطة، مما يحتم تنزيل

الأحكام الفقهية على الوقائع بوضوح يسهل على الجميع معرفة حقوقهم.

خطة البحث:

يتكون البحث من مقدمة وتمهيد وعدة فصول وخاتمة.

فأما المقدمة فتتضمن أهمية الموضوع وسبب اختياره، ثم عرض لخطة البحث، والمنهج الذي اختاره الباحث، وأهم الصعوبات. فأما الخطة فهي على النحو الآتي:

التمهيد: في التعريف بمفردات العنوان، ويشمل المباحث الآتية:

المبحث الأول: بيان المقصود بالتعويض

المبحث الثاني: بيان المقصود بالسهم وحكم الاتجار به

المبحث الثالث: المقصود بالسوق المالية

المبحث الرابع: التعريف بموضوع البحث على ضوء ما سبق.

الفصل الأول: تضمين شركات الوساطة، ويتضمن المباحث الآتية:

المبحث الأول: التوصيف الفقهي لعمل شركات الوساطة

المبحث الثاني: توصيف عقد الوكالة من جهة الضمان

المبحث الثالث: أسباب الضمان

المبحث الرابع: صور التعدي على الأسهم

المبحث الخامس: مسؤولية الشركة المالية عن أخطاء موظفيها

الفصل الثاني: تطبيق ضوابط الأموال المثلية والقيمية على الأسهم، وتضمن هذا الفصل بيان كل مذهب على حدة، وتطبيق ذلك على الأسهم.

الفصل الثالث: التعويض عن القيمي عند أهل العلم، وقد بين فيه الأقوال الثلاثة لأهل العلم وأدلة كل قول، والترجيح

الفصل الرابع: آلية التعويض عند الفقهاء، ويشمل المباحث الآتية:

المبحث الأول: التعويض عند الفقهاء في المثلي والقيمي

المبحث الثاني: ضمان المثلي إذا ارتفع سعره

المبحث الثالث: ضمان نقص المثل إن نقصت قيمته

المبحث الرابع: ضمان منفعة الأسهم

المبحث الخامس: حكم الربح الناتج عن بيع المغصوب والاتجار به

المبحث السادس: حكم من اتجر بمال الغير دون علمه بأنه مال للغير

المبحث السابع: حكم مطالبة الغاصب بالتعويض عن الربح الفائت

الفصل الخامس: ضمان أسهم الشركات التي يحرم التعامل بها

الخاتمة وتتضمن خلاصة لأهم ما ورد في البحث وأهم النتائج التي توصل إليها الباحث.

منهج البحث:

تم بحث المسائل وفق المنهج الآتي:

١- إذا كانت المسألة الفقهية من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليلها مع توثيق الاتفاق من مظانّه المعتبرة.

٢- إذا كانت المسألة الفقهية من مسائل الخلاف أتبع في بحثها المنهج الآتي:

أ- أقوم بتحرير محل الخلاف فيها إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل وفاق.

ب- أذكر الأقوال في المسألة وأعرض الخلاف على ضوء الأقوال، وأذكر من قال بكل قول، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية، مع تجنب الأقوال الشاذة التي لا اعتبار لها.

ت- الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، وإذا لم يوقف على المسألة في مذهب ما فيسلك بها مسلك التخريج.

ث- توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

ج- أذكر دليل كل قول مع وجه الدلالة، وما يرد على الدليل الضعيف من مناقشات واعتراضات.

ح- أرجح ما يظهر رجحانه، بانياً ذلك على سلامة أدلة القول أو بعضها، وبطلان أدلة الأقوال الأخرى أو ضعفها، مع ذكر ما إذا كان الخلاف لفظياً أم حقيقيا، وأذكر ما يترتب عليه من ثمرة إن وجدت.

٣- التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب اللغة المعتمدة.

٤- توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة.

٥- أحرص على التزام المنهج العلمي، البعيد عن التعصب للرأي، والتجريح للمخالف.

٦- أبين أرقام الآيات، وأعزوها لسورها بعد ذكر الآية مباشرة في صلب البحث.

٧- خرجت الأحاديث من مصادرها الأصلية، مع إثبات رقم الحديث في الطبعات المتداولة، وعند الرجوع إلى شرح للمصدر فإنها يبين ذلك عقب التخريج مباشرة بين قوسين، فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما فإنني أكتفي بتخريجه منهما اكتفاء بتلقي الأمة لهما بالقبول، وإن كان في غير الصحيحين فإنني أبين ما ذكره أهل الاختصاص في درجتها.

٨- تخريج الآثار من مصادرها الأصلية.

٩- أعتني بقواعد اللغة العربية والإملاء وبالنواحي الشكلية، والتنظيمية وعلامات الترقيم المتعارف عليها.

أهم الصعوبات التي واجهت الباحث:

على أهمية الموضوع، وكثرة المتعاملين في السوق المالية مما نتج عنه كثرة الخصومات، مع كل ذلك إلا أن الأبحاث الخاصة بحكم الأسهم من حيث القيمية أو المثلية، والكلام عن التعويض في سوق الأسهم معدومة – حسب اطلاعي – إذ لم أجد بحثاً علمياً مؤصلا يبحث مسائل ضمان الأسهم.

وإن من تمام النعمة شكر من يستحق الشكر، فأشكر كل من أعان على إتمام البحث بمشورة أو إعارة كتاب أو دلالة على موضع لمسألة في بطون الكتب.

وأعتذر إن كان في البحث قصور أو خلل، فالنقص من طبيعة أعمال البشر، ورحم الله من تعامل مع الخطأ والزلل بما يتعامل به أهل الكَيْسِ، من نصح للمخطئ بلا تعيير، وبيان للخطأ بلا تشهير، *"وليس على مستنبط الفن إحصاء مسائله، وإنما عليه تعيين موضع العلم، وتنويع فصوله وما يتكلم فيه، والمتأخرون يلحقون المسائل من بعده شيئا فشيئا إلى أن يكمل، والله يعلم وأنتم لا تعلمون"* [١]، *"وليس المبرأ من الخطأ إلا من وقى الله وعصم، وقد قيل: الكتاب كالمكلف لا يسلم من المؤاخذة، ولا يرتفع عنه القلم"* [٢].

(١) مقدمة ابن خلدون ٣/ ١٣٦٥.

(٢) صبح الأعشى للقلقشندي ١/ ٣٦.

وأسأل الله أن يوفقنا لصالح القول والعمل، والحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.

كتبه: عبدالعزيز بن سعد الدغيثر

جوال: ٠٥٠٥٨٤٩٤٠٦

بريد إلكتروني: asd9406@gmail.com

المبحث الأول: التعويض

التعويض في اللغة من العوض وهو البدل[١]، وأما في اصطلاح الفقهاء المعاصرين فهو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال[٢].

وهو من الجوابر، وهي" مشروعة لجلب ما فات من المصالح، والزواجر مشروعة لدرء المفاسد، والغرض من الجوابر جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثما، وكذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد

(١) لسان العرب والقاموس المحيط – مادة عوض.

(٢) التعويض عن الضرر لمحمد بوساق ص ١٥٥.

والجهل والعلم والذكر والنسيان، وعلى المجانين والصبيان، بخلاف الزواجر"[١].

والمصطلح المستخدم عند الفقهاء هو الضمان الذي هو بمعنى الغرامة، وقد عرف الضمان بعدة تعريفات، والمختار منها أن الضمان لزوم إعطاء مثل الشيء أو قيمته[٢].

وقد شاع استخدام مصطلح التعويض عند المعاصرين، مع أن الضمان أكثر تأدية للمعنى مع ما فيه من التزام بالمصطلحات الفقهية الإسلامية، ولا مشاحة في الاصطلاح إذا علم المقصود.

(١) قواعد الأحكام ١/ ١٥٠.

(٢) مجلة الأحكام م ٢١٨.

المبحث الثاني: تعريف الأسهم وحكم الاتجار بها

السهم هو الصك الذي تصدره الشركة ويمثل حق المساهم فيه، وله ربح هذا السهم والذي يوزع سنويا، ويختلف باختلاف السنوات، وعلى حامل السهم ضمان ديون الشركة بقدر حدود حصته فقط دون أن تتعدى إلى أمواله الخاصة[1].

والسهم قد يكون مقابل نقد، وقد يكون مقابل عين، وقد يكون مقابل اختراع أو حق معنوي.

(١) نظام الشركات السعودي المادة (١١١) .

وليس للمساهم حق عيني ما دامت الشركة قائمة، وإنما له حق في الأرباح بمقدار أسهمه، أو حصة من موجودات الشركة بعد تصفيتها، وأما قبل ذلك، فإن حصته تنتقل ملكيتها منه إلى ملكية الشركة بصفتها شخصاً معنوياً.

وأما التوصيف الفقهي للأسهم وحكم التعامل بها بالبيع والشراء، فقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بأن "*المساهم في الشركة يملك حصَّةً شائعةً من موجوداتها بمقدار ما يملكه من أسهمٍ. وتبقى ملكية الرقبة له إلى أن تنتقل إلى غيره لأي سبب من الأسباب، من تخارج أو غيره*"(١).

(١) قرار رقم ١٣٠ (٤/ ١٤)، بشأن: الشركات الحديثة: الشركات القابضة وغيرها وأحكامها الشرعية.

وقد ذهب كثير من علماء العصر- إلى جواز شراء وبيع أسهم الشركات المباحة، وإن كانت الشركة تمثل نقودا وديوناً لما في الصحيحين عن سالم بن عبد الله عن أبيه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن ابتاع عبدا وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع "[1]، ولأن عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه لما مات، اشترى ورثته نصيب إحدى زوجاته وهي تماضر الأشجعية بثمانين

(١) أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب المساقاة - باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في - حديث: ٢٢٧٢، ومسلم في صحيحه - كتاب البيوع - باب من باع نخلا عليها ثمر - حديث: ٢٩٣٧.

ألف دينار، وكانت التركة تمثل نقودا وعقاراً وحيواناً[1]. وفي تفاصيل هذا القول خلاف ليس هذا موضعه.

وأما الشركات ذات النشاط المحرم فلا تجوز المعاوضة على أسهمها، مثل البنوك الربوية، وشركات الإعلام المحرمة، وشركات التأمين التجاري عند من يحرمه، وهو الراجح.

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في الشركات التي أصل نشاطها مباح، وتعاملت بالربا إقراضاً أو اقتراضاً، أو لديها عوائد محرمة يسيرة على أقوال ليس هذا مجال بحثها.

ومحل البحث هو التعويض عن الأسهم للشركات المباحة، والشركات المحرمة، سواء أكان بسبب نشاطها، أم كان بسبب

(١) مستدرك الحاكم ٣/ ٤١٥.

اقتراضـــها أو إقراضـــها بعقـــود ربويـــة، دون أن يكـــون الإقـــراض والاقتراض هو نشاطها الرئيسي، وبيانها هو مقصد البحث.

المبحث الثالث: المقصود بالسوق المالية

ورد في نظام الهيئة فصلا كاملا متعلقا بالسوق المالية وهو الفصل الثالث منه، ويهمنا منه ما يأتي:

المادة العشرون :

أ- تنشأ في المملكة سوق لتداول الأوراق المالية تسمى "السوق المالية السعودية" وتكون صفتها النظامية شركة مساهمة وفقاً لأحكام هذا النظام ، وتكون هذه السوق هي الجهة الوحيدة المصرح لها بمزاولة العمل في تداول الأوراق المالية في المملكة .

ب- لا تخضع الأوراق المالية المدرجة أو المتداولة في سوق مالية منظمة خارج المملكة لأحكام هذا النظام حتى لو نشأ هذا التداول

بموجب أوامر مرسلة هاتفياً أو آلياً (إلكترونياً) من داخل المملكة، ويستثنى من ذلك ما تتفق عليه الهيئة مع جهات أخرى خارجية .

ج- تشمل أهداف السوق ما يأتي :

١ - التأكد من عدالة متطلبات الإدراج وكفايتها وشفافيتها ، وقواعد التداول، وآلياته الفنية ، ومعلومات الأوراق المالية المدرجة في السوق .

٢ - توفير قواعد وإجراءات سليمة وسريعة ذات كفاية للتسوية والمقاصة من خلال مركز إيداع الأوراق المالية .

٣- وضع معايير مهنية للوسطاء ووكلائهم وتطبيقها .

٤ - التحقق من قوة ومتانة الأوضاع المالية للوسطاء من خلال المراجعة الدورية لمدى التزامهم بمعايير كفاية رأس المال، ووضع

الترتيبات المناسبة لحماية الأموال والأوراق المالية المودعة لدى شركات الوساطة .

المبحث الرابع: التعريف بموضوع البحث على ضوء ما سبق

يتبين مما سبق، أن التعويض عن الأسهم في السوق المالية يقصد به، ما إذا اعتدي على أسهم شخص خطأ أو عمداً بنقلها من محفظته إلى محفظته أخرى، أو حبس تصرفه في محفظته، أو اشترى أسهما عن طريق شركة الوساطة وأثبتت عملية الشراء ثم تبين أنها لم تتم بسبب خطأ في النظام مثلا، ونحو ذلك من الأخطاء التي يترتب عليها ضرر بسبب شركة الوساطة، يطالب المتضرر بالتعويض بسببها.

وقد يكون المعتدى عليه شركة الوساطة، كما إذا استغل العميل ثغرة في النظام لأخذ أسهم لا يحق له أخذها، أو اشترى أسهما لا

يملك غطاءً نقديا لها، فالحكم متعلق بوجود الخطأ والضرر والعلاقة السببية بغض النظر عن الأطراف.

الفصل الأول: تضمين شركات الوساطة

المبحث الأول: التوصيف الفقهي لعمل شركات الوساطة

شركة الوساطة في الأسهم تقوم بعدة أعمال بخصوص تداول الأسهم، يهمنا في بحثنا هذا عملان هما:

١- فتح محفظة للعميل، وحفظ ما تحويه المحفظة من نقد وأسهم.

٢- التوسط في بيع وشراء الأسهم مقابل أجرة محددة من الجهة المنظمة للسوق.

ولذا، فإن التوصيف المنطبق على عمل شركة الوساطة هو أنها وكيل بجعل، قال الفتوحي –رحمه الله:"ويصح التوكيل بلا جعل، وبمعلوم أياماً معلومة، أو يعطيه من الألف شيئا معلوماً"[1].

فينظر في الوكالة هل هو من عقود الضمان أو من عقود الأمانات في المبحث الآتي.

(١) منتهى الإرادات مع حاشية الشيخ عثمان النجدي ٢/ ٥٤٣.

المبحث الثاني: توصيف عقد الوكالة من جهة الضمان

ذكر الفقهاء أن الوكالة بجعل من عقود الأمانات[١]، "والوكيل أمين، لا يضمن ما تلف بيده بلا تفريط"، فإن فرط أو تعدى ضمن"[٢].

ويعرف الفقهاء الأمين بأنه من قبض المال بإذن من الشارع أو بإذن من المالك[١].

(١) قواعد ابن رجب – القاعدة الثالثة والأربعون، تحفة أهل الطلب لابن سعدي ص ٣٧، معونة أولي النهى ٤/ ٣٤٥، الإنصاف مع الشرح الكبير ١٣/ ٤٨١.

(٢) منتهى الإرادات مع حاشية الشيخ عثمان النجدي ٢/ ٥٤٠.

قال الشيخ السعدي – رحمه الله –:" التلف في يد الأمين غير مضمون إذا لم يتعد، أو يفرط ، وفي يد الظالم مضمون مطلقا، أو يقال : ما ترتب على المأذون فهو غير مضمون والعكس بالعكس . والأمين : هو الذي في يده مال غيره برضى المالك ، أو برضى الشارع ، أو برضى من له الولاية عليه . فيدخل في هذا الوديع ، والوكيل ، والمرتهن ، والأجير ، والشريك ، والمضارب ، والملتقط ، وناظر الوقف ، وولي الصغير والمجنون والسفيه ، ووصي الميت ، وأمين الحاكم ، فكل هؤلاء ، ومن أشبههم إذا تلف المال بأيديهم لا يضمنون ؛ لأن هذا هو معنى الائتمان؛ لأن التلف في أيديهم كالتلف بيد المالك ، فإن تعدوا ، أو فرطوا ، فهم ضامنون . والفرق بين التعدي والتفريط

---

(١) القواعد والأصول الجامعة للشيخ عبدالرحمن السعدي، مع تعليق تلميذه الشيخ محمد العثيمين ص ١٦٩.

: أن التفريط ترك ما يجب من الحفظ ، والتعدي : فعل ما لا يجوز من التصرفات ، أو الاستعمالات ؛ لأنهم في هذه الحال يشبهون الغاصب ، ولأنهم مأذون لهم في الحفظ ، أو التصرف ، أو ما أشبهه ، فلا يضمنون"[1].

وشركة الوساطة ملزمة نظاماً بأن تستخدم أفضل الأنظمة الحاسوبية للوساطة، وهو مشروط عليهم في عقود الوساطة مع العملاء، وتوفر أفضل الكفايات البشرية للقيام بعملهم على الوجه المطلوب، فإذا حصل خطأ بسبب النظام، أو بسبب خطأ موظف في الشركة فإن الشركة ضامنة لما ترتب على الخطأ من ضرر، لكونه لا يخرج عن كونه تعدياً أو تفريطاً – حسب الحال- وترتب على ذلك

(١) القواعد والأصول الجامعة للشيخ عبدالرحمن السعدي، مع تعليق تلميذه الشيخ محمد العثيمين ص ١٢١.

مسألة ذكرها الفقهاء وهي ما يترتب على تعدي أو تفريط الوكيل، وللفقهاء قولان في هذه المسألة:

الأول: أن وكالته لا تنفسخ، فتصح تصرفاته المأذون له فيها، لكن أمانته تزول، ويصير ضامناً حتى مع عدم التعدي والتفريط، وهذا هو المذهب عند الحنابلة.

الثاني: أن وكالته تبطل، فلا يصح تصرفه، وهو وجه عند الحنابلة[1].

والصحيح الأول، ويترتب عليه ضمان شركة الوساطة ما حصل منها من خطأ وصحة التصرفات المأذون فيها.

(١) المحرر ١/ ٣٤٩، كشاف القناع ٣/ ٤٦٩.

المبحث الثالث: أسباب الضمان

ذكر أهل العلم أن أسباب الضمان هي:

١- العقد[١]، فإذا قبض المشتري أو وكيله الأسهم، فهي من ضمانه، والأسهم قبضها حكمي، فإذا دخلت في المحفظة، فقد دخلت في ضمانه.

٢- اليد المتعدية[٢]، فكل من بيده المال بغير حق فإنه ضامن لما في يده سواء تلف بتعد ، أو تفريط أو لا ؛ لأن يد الظالم يد عادية يضمن

(١) المبسوط للسرخسي ١١/ ٥٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٦٢، نظرية الضمان للزحيلي ص ١٤٥، نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص ٢٦، المدخل الفقهي للزرقا فقرة ٣٠٣.

(٢) نظرية الضمان للزحيلي ص ١٤٥، نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص ٢٦، القواعد والأصول الجامعة للشيخ عبدالرحمن السعدي، مع تعليق تلميذه الشيخ محمد العثيمين ص ١٢٣.

صاحبها العين ومنافعها ، فيدخل في هذا : الغاصب ، والخائن في أمانته ، ومن عنده عين لغيره فطلب منه الرد لمالكها أو لوكيله فامتنع بغير حق ؛ فهو ضامن مطلقا ، ومن عنده لقطة فسكت ولم يعرفها ، ومن حصل في بيته أو يده مال لغيره فلم يرده ولم يخبر به صاحبه لغير عذر ، وما أشبه هؤلاء فكلهم ضامنون[1].

وقد ذكر الفقهاء صوراً متعددة للغاصب الحكمي مع عدم وجود نية الغصب، كما لو بني فيما يظنه ملكه جاز نقضه[2]. وقال ابن حزم: من غصب شيئا، أو أخذه بغير حق، لكن ببيع محرم، أو هبة محرمة، أو بعقد فاسد، أو وهو يظن أنه له: ففرض عليه أن يرده إن كان حاضرا،

(١) القواعد والأصول الجامعة للشيخ عبدالرحمن السعدي، مع تعليق تلميذه الشيخ محمد العثيمين ص ١٢٣.

(٢) الإنصاف مع المقنع ١٥/ ٢٤٣.

أو ما بقي منه إن تلف بعضه أقله أو أكثره ومثل ما تلف منه، أو يرده ومثل ما نقص من صفاته، أو مثله إن فاتت عينه وأن يرد كل ما اغتل منه، وكل ما تولد منه، كما قلنا سواء، الحيوان، والدور، والشجر، والأرض، والرقيق، وغير ذلك سواء في كل ما قلنا[1].

٣- الإتلاف، ويستوي فيه المتعمد والجاهل والناسي، وهذا شامل لإتلاف النفوس والأموال والحقوق، فمن أتلف شيئا من ذلك بغير حق ، فهو مضمون سواء كان متعمدا أو جاهلا أو ناسيا ، وإنما الفرق بين العامد وغيره من جهة الإثم ، وعقوبة الدنيا والآخرة وعدمها ، وسواءً أكان الإتلاف بمباشرة أم بتسبب[2]. وإذا اجتمعت المباشرة

(١) المحلى٨/ ١٣٥.

(٢) القواعد والأصول الجامعة للشيخ عبدالرحمن السعدي، مع تعليق تلميذه الشيخ محمد العثيمين ص ١١٨.

والتسبب فإن الضمان على المباشر[١] إلا في أحوال مستثناة ليس هذا محلها[٢].

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٩ والأشباه والنظائر لابن نجيم ١٦٣ والفروق للقرافي ٤/ ٢٧ والقاعدة ١٢٧ من قواعد ابن رجب، وهي في تحفة أهل الطلب ص ١٤٧.

(٢) ينظر الضرر في الفقه الإسلامي لأحمد موافي ٩٠٦، القوانين الفقهية ص ٣٤٦ والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٦٢.

المبحث الرابع: صور التعدي على الأسهم

تقدم تعريف الأسهم، وأنها تمثل نصيباً شائعا في شركة المساهمة، وأن ما يوجد في محفظة العميل إنما هو وثيقة لتملك الأسهم، وقد قال البهوتي:" (وإن أتلف وثيقة لا يثبت) المال (إلا بها) وتعذر ثبوته (ضمنه) متلفها لأنه تسبب في إضاعته"[1].

فإذا نقلت الأسهم من محفظة العميل إلى محفظة أخرى بخطأ من نظام الشركة الوسيطة، أو بيعت تلك الأسهم دون طلب من العميل، فقدْ فقَدَ العميل نصيبه المشاع من تلك الشركة بإزالة الرمز الذي يثبت تملكه لها، وبذلك يترتب الضمان على شركة الوساطة.

(١) كشاف القناع ٩/ ٣٠٧- طبعة وزارة العدل.

وللتعدي صور متعددة والذي يرد في مثل موضوع البحث ثلاث:

الصورة الأولى: إن باعت شركة الوساطة بأكثر مما طلب الموكل فالزيادة له، وإن باعت بأقل ضمنت النقص، قال الفتوحي -رحمه الله-:(وكذا) أي صح (إن باعا) أي الوكيل والمضارب (بأنقص، أو اشتريا بأزيد. ويضمنان في شراء الزائد، وفي بيعٍ كل النقص عن مقدر، وما لا يتغابن بمثله عادة عن ثمن مثل)[1].

الصورة الثانية: إذا كان أمر العميل بالبيع بسعر السوق، فإن باعت شركة الوساطة بأقل من سعر السوق ضمنت النقص. قال البهوتي في

(١) منتهى الإرادات مع حاشية النجدي ٢/ ٥٢٣.

شرح المنتهى:" وحيث نقص مالا يتغابن به ضمنا جميع ما نقص عن ثمن مثل لأنه تفريط بترك الاحتياط وطلب الحظ لإذنه"[١].

١ - الصورة الثالثة: لو طلب العميل من شركة الوساطة بيع الأسهم كلها، فباعت الشركة بعض الأسهم، فإن تصرفها لا يصح، وتلزم الشركة بالتعويض عن الأسهم جميعها، ولا تستحق عمولة الوساطة ، قال الفتوحي:"وبعه بدرهم" أي قال الموكل للوكيل بع العين، "فباع بعضه بدون ثمن كله، لم يصح، ما لم يبع باقيَه، أو يكن عبيداً، أو صبرة، ونحوها، فيصح، ما لم يقل: صفقة، كشراءٍ"[٢]، وعليه: لو كان أمر البيع من العميل لشركة الوساطة يتضمن شرط

(١) شرح المنتهى ٢/ ١٩٦.

(٢) منتهى الإرادات مع حاشية النجدي ٢/ ٥٣٣.

البيع الكلي للمعروض، فإن شركة الوساطة ملزمة بالتقيد بشرط العميل سواءً أكان ذلك في حال البيع أو في حال الشراء، فإن خالفت الشركة فإنها ضامنة.

المبحث الخامس: مسؤولية الشركة المالية عن أخطاء موظفيها

قد يثار سؤال بأن التعدي قد لا يحصل من ملاك شركة الوساطة بل من موظف، فيكون الضمان عليه، وهذا تصور خاطئ، فإن العلاقة التعاقدية تمت بين العميل وشركة الوساطة، فيكون الضمان عند توفر سببه على الشركة، ثم هي ترجع على الموظف إذا وجد منه تعدٍّ أو تفريط، قال السرخسي:" رجل سلم إلى قصار ثوبا فدقه بأجر مسمى فتخرق، أو عصره فتخرق، أو جعل فيه النورة أو وسمه فاحترق، فهو ضامن لذلك كله، لأن هذا من جناية يده، وقد بينا أن الأجير المشترك ضامن لما جنت يده، فإن كان أجير المشترك القصار فعل ذلك غير

متعمد له فالضمان على القصار دون الأجير، لأن الأجير له أجير خاص فلا يضمن إلا بالخلاف ولم يخالف، ثم عمله كعمل الاستاذ ألا ترى أن الأستاذ يستوجب به الأجر فيكون الضمان عليه "[١].

وفي مواهب الجليل:" (وأجير لصانع) ش: يعني أن الأجير الذي يعمل عند الصانع لا ضمان عليه والضمان على الصانع قال في المدونة في أول كتاب تضمين الصناع: "ويضمن القصار ما أفسد أجيره، ولا شيء على الأجير إلا أن يتعدى أو يفرط".أ هـ"[٢].

(١) المبسوط ١٦/ ١٥.

(٢) مواهب الجليل ٧/ ٥٥٦- دار عالم الكتب تحقيق زكريا عميرات.

الفصل الثاني: تطبيق ضوابط الأموال المثلية والقيمية على الأسهم

قسم الفقهاء الأموال إلى مثلية وقيمية، ولذلك كثير من الآثار الفقهية من صحة كون المال دينا في الذمة بقرض أو سلم، وصحة المشاركة بها، والتعويض عنها، وفيما يأتي عرض لضابط المثلي والقيمي عند الفقهاء ثم تطبيق ذلك على الأسهم.

أولاً: مذهب الحنفية

عرف المثلي في مجلة الأحكام العدلية بأنه كل ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به[١]. والقيمي: هو ما لا يوجد له مثل في الأسواق، أو يوجد مع التفاوت المعتد به في القيمة كالدور والأشجار والحيوانات"[٢].

وبياناً لذلك ورد فيها:" المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض كلها مثليات أما الأواني المصنوعة باليد والموزونات المتفاوتة فهي قيمية . وكذلك كل جنس مثلي خلط بخلاف جنسه في صورة لا تقبل التمييز والتفريق كالحنطة المخلوطة بالشعير هو قيمي . وكذلك الذرعيات قيمية .أما الذرعيات كالجوخ من جنس واحد

(١) مجلة الأحكام العدلية م ١١١٩.

(٢) مجلة الأحكام العدلية م ١٤٦.

والقماش من مصنوعات المعامل التي لا يوجد تفاوت بين أفرادها ويباع كل ذراع منها بكذا درهما فهي مثلية والعدديات المتفاوتة التي يوجد بين أفرادها تفاوت في القيمة كالحيوانات والبطيخ الأخضر والأصفر هي قيمية . وكتب الخط قيمية وكتب الطبع مثلية"[1].

ويوضح ذلك ابن عابدين فيقول:" ليس المراد بالوزني مثلا ما يوزن عند البيع بل ما يكون مقابلته بالثمن مبنيا على الكيل أو الوزن أو العدد ولا يختلف الصنعة فإنه إذا قيل هذا الشيء بدرهم إنما يقال إذا لم يكن فيه تفاوت وحينئذ يكون مثليا وإنما قلنا لا يختلف بالصنعة حتى لو اختلف كالقمقمة والقدر لا يكون مثليا ثم ما لا يختلف بالصنعة إما غير مصنوع وإما مصنوع لا يختلف كالدراهم والدنانير

(١) مجلة الأحكام العدلية م ١١١٩ .

والفلوس وكل ذلك مثلي. وإذا عرفت هذا عرفت حكم المذروعات وكلما يقال يباع من هذا الثوب ذراع بكذا فهذا إنما يقال فيما لا يكون فيه تفاوت ، وقد فصل الفقهاء المثليات وذوات القيم ولا احتياج إلى ذلك فما يوجد له المثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به فهو مثلي وما ليس كذلك فمن ذوات القيم"[1].

وبتطبيق ذلك على الأسهم يتبين أن لها احتمالان:

الأول: أن تعدَّ من المثليات لأن لها مثل في الأسواق بتفاوت يسير لا يعتد به، فإن السهم يمثل جزءاً مشاعاً من الشركة ويشمل أموراً هي:

(١) حاشية ابن عابدين ٦/ ١٨٥.

١- موجودات الشركة من أعيان ومنافع وحقوق وديون في الذمم، والمطلوبات منها كالديون التي عليها، ويمثلها القيمة الدفترية للسهم.

٢- القيمية المعنوية للشركة، وتتأثر بالعرض والطلب.

ومن المعلوم أن الموجودات والمطلوبات تتغير قيمها من وقت لآخر، ولكنه تغير يسير جداً مقارنة بحجم الشركة، وأما القيمة المعنوية للشركة فغير مؤثر، لأنه منطبق على جميع المثليات.

الثاني: أن تعد من القيميات، لأنهم نصوا على أن كل جنس مثلي خلط بخلاف جنسه في صورة لا تقبل التمييز والتفريق فهو قيمي، ولا تخلو شركة من عقارات، وهي قيمية عندهم رحمهم الله.

والأقرب أن الأسهم لا تنطبق عليها شروط المثلي عند الحنفية والله أعلم.

ثانيا: مذهب المالكية

المثلي عند المالكية هو المكيل والموزون والمعدود الذي لا تختلف أعيان عدده، ويلحق بالقيمي المثلي إذا دخلته الصنعة[1]، فمذهب المالكية قريب من مذهب الحنفية في ضابط المثلي والقيمي، وبالتالي فالنتيجة أن الأسهم لا تنطبق عليها ضوابط المثلي عند المالكية.

ثالثاً: مذهب الشافعية

(١) شرح منح الجليل للشيخ محمد علّيش ٣/ ٥١٤، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٥/ ٦٧.

ذكر الشافعية عدة حدود للمثلي، ففي روضة الطالبين:" وفي ضبط المثلي أوجه:

أحدها: كل مقدر بكيل أو وزن فهو مثلي وينسب هذا إلى نص الشافعي رضي الله عنه لقوله في المختصر: وما له كيل أو وزن فعليه مثل كيله أو وزنه.

والثاني: يزاد مع هذا جواز السلم فيه.

والثالث: زاد القفال وآخرون اشتراط جواز بيع بعضه ببعض .

والرابع: ما يقسم بين الشريكين من غير تقويم.

والخامس: قاله العراقيون المثلي ما لا تختلف أجزاء النوع منه في القيمة وربما قيل في الجرم والقيمة، ويقرب منه قول من قال المثلي المتشاكل في القيمة ومعظم المنافع.

وما اختاره الإمام هو تساوي الأجزاء في المنفعة والقيمة فزاد المنفعة واختاره الغزالي وزاد من حيث الذات لا من حيث الصنعة.

والوجه الأول: منقوض بالمعجونات .

والثالث: بعيد عن اختيار أكثر الأصحاب لأنهم أعرضوا عن هذا الشرط وقالوا امتناع بيع بعضه (ببعض) لرعاية الكمال في حال التماثل بمعزل عما نحن فيه .

والرابع: لا حاصل له فأنه منقض بالأرض المتساوية فأنها تنقسم كذلك وليست مثلية.

والخامس: ضعيف أيضا منتقض بأشياء.

فالأصح الوجه الثاني، لكن الأحسن أن يقال: المثلي ما يحصره كيل أو وزن ويجوز السلم فيه، ولا يقال: مكيل أو موزون لأن المفهوم منه

ما يعتاد كيله ووزنه فيخرج منه الماء وهو مثلي وكذا التراب وهو مثلي على الأصح "[١]. وسبب اشتراطهم أن يكون مما يجوز السلم فيه، هو أنه بعد تلفه يشبه المسلم فيه من جهة ثبوته في الذمة[٢].

وقال الماوردي في الحاوي:" وحد ما له مثل أن يجتمع فيه شرطان : تماثل الأجزاء وأمن التفاضل ، فكل ما تماثلت أجزاؤه وأمن تفاضله فله مثل كالحبوب ، والأدهان ، فإن كان مكيلا كان الكيل شرطا في مماثلته دون الوزن وإن كان موزونا كان الوزن شرطا في مماثلته دون الكيل ، فأما ما اختلفت أجزاؤه كالحيوان ، والثياب ، أو خيف

(١) روضة الطالبين ٥/ ١٨.

(٢) نهاية المحتاج ٥/ ١٦٠.

تفاضله كالثمار الرطبة فلا مثل له وتجب قيمته"[١]. والمعتمد عند الشافعي في المصنوع أن يضمن بمثل وزنه، وتضمن الصنعة المباحة بقيمتها من نقد البلد[٢].

فالشافعية يخالفون الحنفية والمالكية في المعدودات، فإنها قيمية مطلقاً، وواضح أن الأسهم لا تدخل في ضوابط المثلي عند الشافعية.

رابعاً: مذهب الحنابلة

(١) الحاوي ٧/ ١٧٩.

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٣٨٢.

عرف الحنابلة المثلي في باب الغصب بأنه كل مكيل أو موزون لا صناعة فيه مباحة يصح السلم فيه[١]. وسبب اشتراطهم أن يكون مما يجوز السلم فيه، هو أنه بعد تلفه يشبه المسلم فيه من جهة ثبوته في الذمة. وسبب إخراج ما فيه صناعة أن الصناعة تؤثر في قيمته، وهي مختلفة، فالقيمة فيه أحصر[٢].

وتعريف الحنابلة قريب من تعريف الشافعية، إلا أنهم يخرجون ما كان فيه صناعة مباحة، فيجعلونه من القيميات[٣].

(١) منتهى الإرادات ٣/ ١٩٥، كشاف القناع ٣/ ٣٥٠، الروض المربع ص ٢٧٦.

(٢) الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف والشرح الكبير ١٥/ ٢٦٣.

(٣) حاشية الروض المربع لابن قاسم ٥/ ٤٠٣.

فقد ذهب الحنابلة إلى أنه إن أتلف المغصوب ضمنه بمثله إن كان مكيلا أو موزوناً[1]، ومن المعلوم أن الأسهم ليست مكيلة ولا موزونة، فليست مثلية عندهم رحمهم الله.

وقال الشيخ العثيمين – رحمه الله –:"المثلي ضيق جداً على المذهب، وهو كل مكيل أو موزون يصح السلم فيه وليس فيه صناعة مباحة. ولكن القول الراجح في هذا، أن المثلي ما له مثيل أو مشابه، سواء كان مكيلاً أو موزوناً مصنوعاً أو غير مصنوع، فكل ما له مثيل أو مشابه فإنه مثلي. وقاعدة: (أن المثلي يُضمن بمثله) قاعدة متفق عليها، ...، فالقول الراجح أن المثلي كل ما له مثل أو شبه، سواء كان مكيلاً أو

(١) المقنع مع الإنصاف والشرح الكبير ١٥/ ٢٥٤.

موزوناً أو حيواناً أو جماداً أو مصنوعاً أو غير مصنوع"[١]. فالشيخ يرى توسيع تعريف المثلي عند الفقهاء ليشمل كل ما يكون له مثل، ولو لم يدخل في حد الفقهاء.

(١) الشرح الممتع ١٠/ ١٧٧.

الفصل الثالث: التعويض عن القيمي عند أهل العلم

ذهب الفقهاء إلى أنه إذا تلف المغصوب في يد الغاصب أو نقص أو أتلفه، أو حدث عيب مفسد فيه، أو صنع شيء منه حتى سمي باسم آخر، كخياطة القماش، وصياغة الفضة حليا، وصناعة النحاس قدرا، وجب على الغاصب ضمانه، وحق للمالك المغصوب منه تضمينه[1]، وله حالان:

(١) تكملة الفتح ٧ / ٣٦٣، وتبيين الحقائق ٥ / ٣٣٣، والدر المختار ورد المحتار ٥ / ١٣٠ واللباب ٢ / ١٨٨، وبداية المجتهد ٢ / ٣١٢، وشرح الرسالة ٢ / ٢١٧، والقوانين الفقهية ص ٣٣٠، ومغني المحتاج ٢ / ٢٨١، ٢٨٤ وكشاف القناع ٤ / ١١٦ وما بعدها، والمغني والشرح الكبير ٥ / ٣٧٦ وما بعدها.

الحال الأولى: أن يوجد المغصوب بعينه، فيجب رده بزيادته، مع ضمان أرش النقص.

الحال الثانية: أن يستهلك المغصوب أو يتلف، وهو المنطبق على الأسهم، لأنها أجزاء مشاعة من شركة المساهمة، فإذا تسببت شركة الوساطة في فقدان العميل لأسهمه، ولو بذهابها إلى شخص آخر، فإنها في حكم المستهلك، وقد اختلف أهل العلم في كيفية الضمان على أقوال بيانها فيما يأتي.

القول الأول: أنه يلزم رد المتلف بمثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً

وهذا القول هو المشهور عند أتباع المذاهب الأربعة[١].

وفي تفاصيل هذا التوجه اختلافات، محلها في موضع آخر من هذا البحث. واستدلوا بما يأتي:

١. حديث نافع عن ابن عمر مرفوعا:" من أعتق شركا له في عبد ، فكان له ما يبلغ ثمن العبد ، قوم العبد عليه قيمة عدل ، فأعطى شركاءه حصصهم ، و عتق عليه العبد ، و إلا فقد عتق عنه ما عتق "[٢].

(١) البحر الرائق ٨/ ١٣٩، الخرشي على مختصر خليل ٦/ ١٢٩، فتح العزيز ١١/ ٢٦٦، المغني.

(٢)أخرجه البخاري (٢/ ١١١ ، ١١٨) و مسلم (٥/ ٩٥ ـ ٩٦).

٢. عن سالم بن عبد الله عن أبيه مرفوعا بلفظ : " من أعتق عبدا بينه و بين آخر ، قوم عليه في ماله قيمة عدل ، لا وكس و لا شطط ، ثم عتق عليه في ماله إن كان موسرا "[١].

٣. حديث أبي هريرة مرفوعا:" " من أعتق شقيصا له في عبد ، فخلاصه في ماله ، إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال ، استسعى العبد غير مشقوق عليه "[٢].

٤. حديث أبي هريرة " أن رجلا أعتق شقصا من مملوك ، فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم عتقه ، و غرمه بقية ثمنه "[١].

---

(١)أخرجه البخاري (٢/ ١١٨) و مسلم (٥/ ٩٦) و السياق له.

(٢)أخرجه البخاري (٢/ ١١١ ، ١١٩) و مسلم (٥/ ٩٦) و اللفظ له.

٥. حديث أسامة بن عمير الهذلي " أن رجلا من قومه أعتق شقصا له من مملوك ، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فجعل خلاصه عليه في ماله ، و قال : ليس لله تبارك و تعالى شريك " [٢].

وأجاب ابن حزم –رحمه الله– عن الاستدلال بهذه الروايات بقوله: المعتق نصيبه من عبد بينه وبين آخر لم يستهلك شيئا، ولا غصب شيئا،

---

(١)أخرجه أبو داود (٣٩٣٤) و أحمد (٢/ ٣٤٧) . وقال الألباني في الإرواء ٥/ ٣٥٨ : إسناده على شرطهما .

(٢)أخرجه أبو داود (٣٩٣٣) و أحمد (٥/ ٧٤ ، ٧٥) و في رواية له : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " هو حر كله ليس لله تبارك و تعالى شريك " قال الألباني في الإرواء ٥/ ٣٥٩ : و إسناده صحيح على شرط الشيخين .

ولا تعدى أصلا، بل أعتق حصته التي أباح الله تعالى له عتقها، وإنما هو حكم من الله تعالى أنفذه لا لتعد من المعتق أصلا[١].

وقال ابن القيم رحمه الله :" والصحيح ما دلت عليه النصوص وهو مقتضى القياس الصحيح وما عداه فمناقض للنص والقياس لأن الجميع يضمن بالمثل تقريبا ... وهذا عين العدل ومحض القياس وتأويل القرآن ... وهو الحق وليس مع من أوجب القيمة نص ولا إجماع ولا قياس وليس معهم أكثر ولا أكبر من قوله ﷺ: "من أعتق شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، قالوا: أوجب النبي ﷺ في إتلاف نصيب الشريك القيمة لا المثل،

(١) المحلى ٨/ ١٤٠.

فقسنا على هذا كل حيوان ثم عديناه إلى كل غير مثلي قالوا ولأن القيمة أضبط وأحصر ـ بخلاف المثل قال الآخرون أما الحديث الصحيح فعلى الرأس والعين وسمعا له وطاعة ولكن فيما دل عليه وإلا فما لم يدل عليه ولا أريد به فلا ينبغي أن يحمل عليه وهذا التضمين الذي يضمنه ليس من باب تضمين المتلفات بل هو من باب تملك مال الغير بقيمته فإن نصيب الشريك يملكه المعتق ثم يعتق عليه فلا بد من تقدير دخوله في ملكه ليعتق عليه ولا خلاف بين القائلين بالسراية في ذلك وأن الولاء له وإن تنازعوا هل يسري عقيب عتقه أو لا يعتق حتى يؤدي القيمة أو يكون موقوفا فإذا أدى تبين أنه عتق من حين العتق وهي في مذهب الشافعي والمشهور في مذهبه ومذهب أحمد القول الأول وفي مذهب مالك القول الثاني وعلى هذا الخلاف يبتنى ما لو أعتق الشريك نصيبه بعد عتق الأول فعلى القول الأول لا يعتق

وعلى القول الثاني يعتق عليه ويكون الولاء بينهما ويبتنى على ذلك أيضا إذا قال أحد الشريكين إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر فعلى القول الأول لا يصح هذا التعليق ويعتق نصيبه من مال المعتق وعلى القول الثاني يصح التعليق ويعتق على المعلق والمقصود أن التضمين ههنا كتضمين الشفيع الثمن إذا أخذ بالشفعة فإنه ليس من باب ضمان الإتلاف ولكن من باب التقويم للدخول في الملك لكن الشفيع أدخل الشارع الشقص في ملكه بالثمن باختياره والشريك المعتق أدخل الشقص في ملكه بالقيمة بغير اختياره فكلاهما تمليك هذا بالثمن وهذا بالقيمة فهذا شيء وضمان المتلف شيء قالوا وأيضا فلو سلم أنه ضمان إتلاف لم يدل على أن العبد الكامل إذا أتلف يضمن بالقيمة والفرق بينهما أن الشريكين إذا كان بينهما ما لا يقسم كالعبد والحيوان والجوهرة ونحو ذلك فحق كل واحد منهما في نصف القيمة فإذا اتفقا

على المهايأة جاز وإن تنازعا وتشاجرا بيعت العين وقسم بينهما ثمنها على قدر ملكيهما كما يقسم المثلي فحقهما في المثلي في عينه وفي المتقوم عند التشاجر والتنازع في قيمته فلولا أن حقه في القيمة لما أجيب إلى البيع إذا طلبه وإذا ثبت ذلك فإذا أتلف له نصف عبد فلو ضمناه بمثله لفات حقه من نصف القيمة الواجب له شرعا عند طلب البيع والشريك إنما حقه في نصف القيمة وهما لو تقاسماه تقاسماه بالقيمة فإذا أتلف أحدهما نصيب شريكه ضمنه بالقيمة وعكسه المثلي لو تقاسماه تقاسماه بالمثل فإذا أتلف أحدهما نصيب شريكه ضمنه بالمثل فهذا هو القياس والميزان الصحيح طردا وعكسا الموافق للنصوص وآثار الصحابة ومن خالفه فلا بد له من أحد أمرين إما مخالفة السنة

الصحيحة وآثار الصحابة إن طرد قياسه وإما التناقض البين إن لم يطرده"[١].

وأجاب الصنعاني: إن المستهلك بزعم المستدل هنا هو الشقص من العبد ومناظرة شقص لشقص تبعد فيكون النقد أقرب وأبعد من الشجار.

والتقويم لغة يشمل التقدير بالمثل أو بالقيمة وإنما خص اصطلاحا بالقيمة وكلام الشارع يفسر باللغة لا بالاصطلاح الحادث[٢].

(١) إعلام الموقعين ١/ ٣٢٤ – دار الجيل.

(٢) سبل السلام ٣/ ٧١ طبعة البابي الحلبي.

القول الثاني: أن له القيمة بكل حال

وهو قول سفيان الثوري وبعض الظاهرية[١]، وهو رواية عن أحمد، ويظهر أنه تخريج وليس بقول له رحمه الله، ولذا لم يختره أحد من أصحابه[٢].

القول الثالث: أنه يضمن المتلف بالمثل مراعياً القيمة دون فرق بين مثلي وقيمي

(١) المحلى ٨/ ١٤٠.

(٢) الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير 15 / ٢٥٤.

وهو قول عدد من السلف وكثير من المحققين، فقد روى ابن أبي شيبة **عن شريك قال من كسر عودا فهو له وعليه مثله**[١]، **فجعل العود المكسور للمتعدي وضمنه مثله.**

وروى عبد الرزاق من طريق معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن شريح قال: اختصم إليه رجل – قال حسبته قال – في قصار شق ثوبا فقال شريح: من شق ثوبا فهو له وعليه مثله، فقال رجل: أو ثمنه؟ قال: إنه كان أحب إليه من ثمنه يوم اشتراه، قال: وإنه لا يجد، قال :لا وجد! قال: أفرأيت إن اصطلحوا؟ قال: إذاً لا نشاجر بينكم[٢]. فحكم

(١) رواه ابن أبي شيبة في المصنف برقم ٣٦٢٨٣.

(٢) رواه عبدالرزاق في مصنفه برقم ١٤٩٥٣.

بالثوب المشقوق للقصار - وهو من يغسل الثياب ويصبغها بأجرة - وضمنه مثل الثوب ولو ارتفع ثمنه، ورد الأمر إليهم إن اصطلحوا.

وعن قتادة أنه قضى في ثوب استهلك بالمثل[١]. وقال ابن سيرين:" إن أخذ منك رجل شيئا فخذ منه مثله"[٢]، وذها عام في كل شيء دون تفريق بين مثلي وقيمي حسب اصطلاح الفقهاء، وبهذا أفتى الزهري لعمر بن عبد العزيز لما كان قد اعتدى بعض بني أمية على بستان له فقلعوه وسألوه ما يجب في ذلك ؟ فقال : يغرسه كما كان . فقيل له :

(١) رواه عبدالرزاق في مصنفه برقم ١٤٩٥٤.

(٢) جامع البيان في تأويل القرآن لابن جرير ١٤/ ١٣٢.

إن ربيعة وأبا الزناد قالا : تجب القيمة فتكلم الزهري فيهما بكلام مضمونه : أنهما خالفا السنة [١]".

وروى عبد الرزاق عن معمر عمن سمع الحسن يقول مكان كل عبد عبد ومكان كل جارية جارية[٢]، وبه قضى القاضي العنبري[٣].

(١)مجموع الفتاوى ٣٠/ ٣٣٢-٣٣٣.

(٢) رواه عبدالرزاق في مصنفه برقم ١٣١٦٣.

(٣)عبيدالله بن الحسن بن الحصين العنبري، التميمي البصري القاضي الفقيه المحدث، ولد سنة ١٠٥ هـ. قال ابن حبان: من سادات البصرة فقها وعلما. ولي قضاءها سنة ١٥٧ هـ، وعزل سنة ١٦٦ وتوفي فيها سنة ١٦٨هـ، الأعلام٤/ ١٩٢.

وقد ورد ضمن الرواة عن أحمد: عبد الله بن محمد بن شاكر أبو البحتري العنبري ذكره أبو محمد الخلال فيمن روى عن أحمد كان من أهل الكوفة فاستوطن بغداد إلى حين وفاته ومات سنة ٢٧٠هـ. طبقات الحنابلة ١/ ١٨٩، ولا يظهر أنه المقصود، لأن عبيدالله بن الحسن هو المشهور بالفقه والقضاء، وقد أثبت اسمه ابن قدامة في المغني في عدة مواضع باسمه الصريح، ولم يعرف

ونسبه ابن القيم إلى عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي[1]. ومن المعلوم أن العبد لا يماثل العبد وكذا الجارية، من جهة السن والصفات الخلقية والخلقية، وإتقان الصنائع واللغات، ومع ذلك فقد ذهبوا إلى التعويض بالمثل ولو لم يكن المتلف من المثليات المصطلح عليها.

وقال ابن حزم:" وقد روي عن عثمان وابن مسعود أنهما قضيا على من استهلك فصلانا بفصلان مثلها. وعن زيد بن ثابت، وعلي أنهما

النقل في كتب الفقه عن عبدالله بن محمد، كما أن ابن القيم في إعلام الموقعين نسب هذا القول إلى القاضي، والذي ولي القضاء هو عبيدالله بن الحسن، وبذا يتبين أن ما ورد في كتاب الضرر في الفقه الإسلامي للدكتور أحمد موافي ص ٩٢٧ بأن العنبري هو عبدالله بن شاكر، فيه نظر، كما أن الدكتور علي القره داغي نسب العنبري إلى الحنابلة في كتابه: قاعدة المثلي والقيمي ص ٧٥، وتبعه الدكتور إسماعيل العيساوي في بحثه: ضوابط المثلي والقيمي المنشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية- العدد ٧٢، وهو وهم لأن العنبري قبل الإمام أحمد والله أعلم.

(١) إعلام الموقعين ١/ ٣٢٦ – دار الجيل.

قضيا بالمثل فيمن باع بعيرا واستثنى جلده، ورأسه، وسواقطه. وعن عمر[١]، وعثمان[٢]، والحسن[٣]، والشعبي، وقتادة، في فداء ولد الغارة بعبيد لا بالقيمة "[٤].

(١)رواه عبدالرزاق في مصنفه برقم ١٣١٥٥ عن معمر عن بن طاووس عن أبيه قال: قال لي عمر: اعقل عني ثلاثا الإمارة شورى وفي فداء العرب مكان كل عبد عبد وفي ابن الأمة عبد وكتم بن طاووس الثالثة.

(٢) رواه عبدالرزاق في مصنفه برقم ١٣١٥٦، عن قتادة في الأمة ينكحها الرجل وهو يرى أنها حرة فتلد أولادا قال قضى عثمان في أولادها مكان كل عبد عبد ومكان كل جارية جاريتان.

(٣) رواه عبدالرزاق في مصنفه برقم ١٣١٦٣.

(٤) المحلى ٨/ ١٤١.

وهو اختيار البخاري فقد بوب على حديث أنس رضي الله عنه الآتي ذكره: باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره، وبوب على قصة جريج العابد: باب إذا هدم حائطا فليبن مثله.

وبوب أبو داود على حديث أنس وعائشة رضي الله عنهما الآتي ذكرهما: باب فيمن أفسد شيئا يغرم مثله.

وبوب الدارمي في سننه لحديث أنس رضي الله عنه: باب من كسر شيئا فعليه مثله، وفي آخر الحديث: نقول بهذا[1].

وهو اختيار ابن أبي شيبة، فقد أورد في كتاب الرد على أبي حنيفة ضمن مصنفه، وبوب عليه بما يقضي اختياره الضمان بالمثل ثم أورد

(١) سنن الدارمي ٢/ ٣٤٣.

قصة الصحفة وأورد أثر شريك ثم قال: وذكر أن أبا حنيفة قال بخلافه ، وقال : عليه قيمتها[١].

وهو رواية عن أحمد فقد نص الإمام أحمد على هذا في رواية إسماعيل بن سعيد، فقال: سألت أحمد عن الرجل يكسر قصعة الرجل أو عصاه أو يشق ثوبا لرجل؟ قال: عليه المثل في العصا والقصعة والثوب. فقلت: أرأيت إن كان الشق قليلا؟ فقال: صاحب الثوب مخير في ذلك قليلا كان أو كثيرا. وقال في رواية إسحاق بن منصور: من كسر شيئا صحيحا فإن كان يوجد مثله فمثله وإن كان لا يوجد مثله فعليه قيمته فإذا كسر الذهب فإنه يصلحه إن كان خلخالا وإن كان دينارا أعطى دينارا آخر مكانه قال إسحاق كما قال وقال في رواية

(١) مصنف ابن أبي شيبة ١٤/ ٢١٥.

موسى بن سعيد وعليه المثل في العصا والقصعة إذا كسر في الثوب ولا أقول في العبد والبهائم والحيوان وصاحب الثوب مخير إن شاء شق الثوب وإن شاء أخذ مثله[١].

ورجح هذه الرواية ابن أبي موسى وذكر أنها المذهب، فقال في الإرشاد:" ومن استهلك لآدمي ما لا يكال ولا يوزن فعليه مثله إن وجد وقيل عليه قيمته وهو اختيار المحققين من أصحابه"[٢].وقال الحارثي: إنه الحق، ورجحه الإمام ابن تيمية، واستدلوا بما يأتي:

أولا: أن الواجب الأصلي في الضمانات هو المثل، لقوله تعالى: "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم" (البقرة:

(١) إعلام الموقعين ١/ ٣٢٧ – دار الجيل.

(٢) إعلام الموقعين ١/ ٣٢٧ – دار الجيل.

١٩٤) وقول الله عز وجل :" وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به "(النحل: ١٢٦). وقوله سبحانه:" تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها" (الشورى: ٤٠)، وقوله جل وعلا:"والحرمات قصاص" (البقرة: ١٩٤)، وقوله:"وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به" (النحل: ١٢٦).

ومن الأدلة قصة سليمان في حكمه العدل، الواردة في سورة الأنبياء في قوله تعالى:" وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ (٧٨) فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا". قال ابن القيم:" وعلى هذا الأصل تبتنى الحكومة المذكورة في كتاب الله عز و جل التي حكم فيها النبيان الكريمان داود وسليمان صلى الله عليهما وسلم إذ حكما في الحرث الذي نفشت فيه غنم القوم والحرث هو البستان وقد روي أنه كان بستان عنب وهو

المسمى بالكرم والنفش رعي الغنم ليلا فحكم داود بقيمة المتلف فاعتبر الغنم فوجدها بقدر القيمة فدفعها إلى أصحاب الحرث إما لأنه لم يكن لهم دراهم أو تعذر بيعها ورضوا بدفعها ورضي أولئك بأخذها بدلا عن القيمة وأما سليمان فقضى بالضمان على أصحاب الغنم وأن يضمنوا ذلك بالمثل بأن يعمروا البستان حتى يعود كما كان ولم يضيع عليهم مغله من الإتلاف إلى حين العود بل أعطى أصحاب البستان ماشية أولئك ليأخذوا من نمائها بقدر نماء البستان فيستوفوا من نماء غنمهم نظير ما فاتهم من نماء حرثهم وقد اعتبر النمائين فوجدهما سواء وهذا هو العلم الذي خصه الله به وأثنى عليه بإدراكه. وقد تنازع علماء المسلمين في مثل هذه القضية على أربعة أقوال:

أحدها: موافقة الحكم السليماني في ضمان النفش وفي المثل وهو الحق وهو أحد القولين في مذهب أحمد ووجه للشافعية والمالكية والمشهور عندهم خلافه.

والقول الثاني: موافقته في ضمان النفش دون التضمين بالمثل وهذا هو المشهور من مذهب مالك والشافعي وأحمد.

والثالث: موافقته في التضمين بالمثل دون النفش كما إذا رعاها صاحبها باختياره دون ما إذا تفلتت ولم يشعر بها وهو قول داود ومن وافقه.

والقول الرابع: أن النفش لا يوجب الضمان بحال وما وجب من ضمان الراعي بغير النفش فإنه يضمن بالقيمة لا بالمثل وهذا مذهب أبي حنيفة، وما حكم به نبي الله سليمان هو الأقرب إلى العدل والقياس

وقد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضمان على أهلها فصح بحكمه ضمان النفش وصح بالنصوص السابقة والقياس الصحيح وجوب الضمان بالمثل وصح بنص الكتاب الثناء على سليمان بتفهيم هذا الحكم فصح أنه الصواب"[1].

ثانيا: أنه الموافق لقضاء النبي صلى الله عليه وسلم ، ففي حديث عائشة رضي الله عنها قالت: ما رأيت صانعا طعاما مثل صفية، صنعت لرسول الله طعاما فبعثت به فأخذني أفْكَل[2] فكسرت الإناء. فقلت: يا رسول الله: ما كفارة ما صنعت؟ قال:" إناء مثل إناء وطعام

(١) إعلام الموقعين ١/ ٣٢٦ – دار الجيل.

(٢) أي الرعدة.

مثل طعام"[١]. فلم يحكم بالقيمة، وإنما بالمثل المقارب في الإناء، وفي الطعام مع كونه خليطاً، ويختلف جودة وكثرة كما هو معلوم.

وفي حديث أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام، فضربت بيدها، فكسرت القصعة، فضمها، وجعل فيها الطعام، وقال: كلوا، وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة[٢]. وفي رواية:" **كان النبي ﷺ عند بعض نسائه**

(١) رواه أبو داود في سننه برقم ٣٥٦٨ والنسائي يف الكبرى برقم ٨٩٠٥ والبيهقي في السنن الكبرى برقم ١١٣٠٣ وقال: فليت العامري وجسرة بنت دجاجة فيهما نظر. وفي عون المعبود ٩/ ٣٤٩: قال أحمد عن فليت هذا: قال الإمام أحمد ما أرى به بأسا. وحسن إسناده ابن حجر في الفتح (٥ / ٢٥)، نيل الأوطار٦/ ٥٦ الطبعة المنيرية.

(٢) رواه البخاري برقم ٢٣٤٩.

فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام فضربت التي النبي ﷺ في بيتها يد الخادم فسقطت الصحفة فانفلقت فجمع النبي ﷺ فلق الصحفة ثم جعل يجمع فيها الطعام الذي كان في الصحفة ويقول غارت أمكم ثم حبس الخادم حتى أتى بصحفة من عند التي هو في بيتها فدفع الصحفة الصحيحة إلى التي كسرت صحفتها وأمسك المكسورة في بيت التي كسرت "[1].

وفي حديث أم سلمة أنها أتت بطعام في صحفة لها إلى النبي ﷺ وأصحابه فجاءت عائشة مؤتزرة بكساء ومعها فهر، ففلقت به الصحفة، فجمع النبي ﷺ بين فلقتي الصحفة ويقول:" كلوا غارت أمكم" – مرتين – ثم أخذ رسول الله ﷺ صحفة عائشة فبعث بها إلى أم

(١) رواه البخاري برقم ٤٩٢٧ وأبو داود برقم ٣٥٦٧ والنسائي في الكبرى برقم ٨٩٠٣، وابن ماجه برقم ٢٣٣٤، والدارمي برقم ٢٥٩٨ وابن أبي شيبة في المصنف برقم ٣٦٢٨٢.

سلمة، وأعطى صحفة أم سلمة لعائشة[١]. ووجه الدلالة ظاهر، فإن القصعة الصحيحة لا تماثل المتلفة بل تقاربها، ومع ذلك لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم بالقيمة.

وأجيب عن الاستدلال بهذه الوقائع بأن الصحفتان جميعا كانتا للنبي في بيتي زوجتيه ولم يكن هناك تضمين إلا أنه عاقب الكاسرة بترك المكسورة في بيتها ونقل الصحيحة إلى بيت صاحبتها[٢] " وتعقب بما وقع في رواية لابن أبي حاتم بلفظ " من كسر شيئا فهو له وعليه مثله " وبهذا يرد على من زعم أنها واقعة عين لا عموم فيها ومن جملة ما أجابوا به عن حديث الباب وما في معناه بأنه يحتمل أن يكون في

(١) رواه النسائي في الكبرى برقم ٨٩٠٤ وقال الألباني: إسناده صحيح. الإرواء ٥/ ٣٦٠.

(٢) ذكره البيهقي في السنن الكبرى ٦/ ٩٦ عن بعض أهل العلم مقراً له .

ذلك الزمان كانت العقوبة فيه بالمال فعاقب الكاسرة بإعطاء قصعتها للأخرى وتعقب بأن التصريح بقوله إناء بإناء يبعد ذلك"[1].

ثالثا: أن التعويض بالمثل ما أمكن مما جاءت به الشرائع قبل شريعة النبي صلى الله عليه وسلم، ففي حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ:" كان رجل في بني إسرائيل يقال له جريج يصلي، فجاءته أمه فدعته، فأبى أن يجيبها، فقال: أجيبها أو أصلي؟ ثم أتته فقالت: اللهم لا تمته حتى تريه المومسات. وكان جريج في صومعته، فقالت امرأة: لأفتنن جريجاً، فتعرضت له، فكلمته فأبى، فأتت راعيا فأمكنته من نفسها فولدت غلاما، فقالت: هو من جريج، فأتوه وكسروا صومعته فأنزلوه وسبوه، فتوضأ وصلى، ثم أتى الغلام فقال:

(١)نيل الأوطار٦/ ٥٦ الطبعة المنيرية.

من أبوك يا غلام؟ قال: الراعي، قالوا: نبني صومعتك من ذهب؟ قال: لا، من طين"[1].

ووجه الدلالة أن الصومعة من القيميات، ومع ذلك أمرهم بأن يبنوا مثلها، فعلم أن المطلوب في الضمان المقاربة، لا المماثلة المطلقة، ومن المقرر أن شرع من قبلنا شرع لنا، ما لم يأتِ شرعنا بخلافه.

رابعا: أنه قد عهد من الشرع تفسير المثل بالمقارب، فقد قال تعالى:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ " (المائدة: ٩٦).

(١) رواه البخاري برقم ٢٣٥٠ وبلفظ أتم برقم ٣٢٥٣ ورواه مسلم برقم ٢٥٥٠ ولفظه: قالوا نبني ما هدمنا من ديرك بالذهب والفضة قال لا ولكن أعيدوه ترابا كما كان ثم علاه، وبرقم ٢٥٥١ ولفظه: وقالوا نبني لك صومعتك من ذهب قال لا أعيدوها من طين كما كانت ففعلوا.

وقد جعل النبي ﷺ في الضبع كبشاً[١] وفي الظبي شاة وفي الأرنب عناق وفي اليربوع جفرة[٢]، وحكم ابن عباس رضي الله عنهما في الحمامة بشاة[٣]، فدل على أن المثل في الشرع يقصد به المقارب، قال ابن القيم:" وقد نص الله سبحانه على ضمان الصيد بمثله من النعم ومعلوم أن المماثلة بين بعير وبعير أعظم من المماثلة بين النعامة والبعير وبين شاة وشاة أعظم منها بين طير وشاة "[٤].

(١) رواه أهل السنن وصححه البخاري.

(٢) رواه الدارقطني مرفوعا وفيه ضعف، وثبت موقوفا على عمر رضي الله عنه في الموطأ ص ٢٦٧.

(٣) السنن الكبرى ٥/ ١٨١.

(٤) إعلام الموقعين ١/ ٣٢٧ – دار الجيل.

والتفريق بين المثلي في الحج والمثلي في ضمان المتلفات، لا وجه له. ورد الاستدلال بذلك العز في قواعده فقال:"لا يجوز القياس على جبر الصيد بالمثل من النعم، فإن ذلك تعبد حائد عن قواعد الجبر"[١]، وفي هذا نظر، لأنه تفريق بين المتماثلات.

خامساً: أن النبي صلى الله عليه وسلم رد بدل البعير الذي أقترضه مثله دون قيمته[٢].

سادساً: أن المثل أعدل، لما فيه من مراعاة الجنس والمالية، فكان أدفع للضرر وأقرب إلى الأصل، فالمثل أقرب إلى الشيء من القيمة،

(١) قواعد الأحكام ١/ ١٥٣ – طبعة دار المعارف ببيروت.

(٢) حديث أن النبي ﷺ استسلف بعيرا فرد مثله، رواه البخاري (فتح الباري ٥/ ٧٢)، وأخرجه مسلم بنحوه في البيوع/ باب جواز اقتراض الحيوان (١٦٠٠) عن أبي رافع ـ رضي الله عنه ـ.

وهو مماثل له صورة ومعنى، فكان الإلزام به أعدل وأتم لجبران الضرر، والواجب في الضمان الاقتراب من الأصل بقدر الإمكان تعويضا للضرر.

وقد نصر هذا القول ابن حزم، ففي المحلى:" من غصب شيئا، أو أخذه بغير حق، لكن ببيع محرم، أو هبة محرمة، أو بعقد فاسد، أو وهو يظن أنه له: ففرض عليه أن يرده إن كان حاضرا، أو ما بقي منه إن تلف بعضه أقله أو أكثره ومثل ما تلف منه، أو يرده ومثل ما نقص من صفاته، أو مثله إن فاتت عينه وأن يرد كل ما اغتل منه، وكل ما تولد منه، كما قلنا سواء سواء: الحيوان، والدور، والشجر، والأرض، والرقيق، وغير ذلك سواء في كل ما قلنا[1].

(١) المحلى٨/ ١٣٥.

والقاعدة عند الظاهرية في ضمان المتلفات هو المثل في كل ذلك، ولا بد، فإن عدم المثل فالمضمون له مخير بين أن يمهله حتى يوجد المثل، وبين أن يأخذ القيمة. قال أبو محمد بن حزم: وهذا هو الحق الذي لا يجوز خلافه[١].

فإذا عدم المثل من نوعه فكل ما قاومه وساواه فهو أيضا مثل له من هذا الباب، إلا أنه أقل مثليه مما هو عليه من نوعه، فلذلك قضينا به عند عدم المثل المطلق[٢].

وقال –رحمه الله– :" ومن غصب دارا فتهدمت كلف رد بنائها كما كان، ولا بد، لقول الله تعالى:"فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل

(١) المحلى٨/ ١٤٠.

(٢) المحلى٨/ ١٤٢.

ما اعتدى عليكم" وهو قد اعتدى على البناء المؤلف فحال بينه وبين صاحبه، وهو بإجماعهم معنا وإجماع أهل الإسلام مأمور بردها في كل وقت إلى صاحبها، فلا يجوز أن يسقط عنه بهدمها ما لزمه"[١].

وقال ابن تيمية مرجحاً هذا القول:" ولهذا من أوجب المثل في كل شيء بحسب الإمكان مع مراعاة القيمة أقرب إلى العدل[٢].

وقال –رحمه الله–:" إذا أتلف له ثيابا أو حيوانا أو عقارا ونحو ذلك : فهل يضمنه بالقيمة ؟ أو يضمنه بجنسه مع القيمة ؟ على قولين معروفين للعلماء . وهما قولان في مذهب الشافعي وأحمد . فإن الشافعي قد نص على أنه إذا هدم داره بناها كما كانت فضمنه بالمثل .

(١) المحلى ٨/ ١٤٣.

(٢) مجموع الفتاوى ٢٠/ ٣٥٢.

وقد روي عنه في الحيوان نحو ذلك وكذلك أحمد يضمن أولاد المغرور بجنسهم في المشهور عنه وإذا اقترض حيوانا رد مثله في المنصوص عنه . وقصة داود وسليمان هي من هذا الباب ؛ فإن داود عليه السلام قد ضمن أهل الحرث الذي نفشت فيه غنم القوم بالقيمة وأعطاهم الماشية مكان القيمة . وسليمان عليه السلام أمرهم أن يعمروا الحرث حتى يعود كما كان وينتفعوا بالماشية بدل ما فاتهم من منفعة الحرث . وبهذا أفتى الزهري لعمر بن عبد العزيز لما كان قد اعتدى بعض بني أمية على بستان له فقلعوه وسألوه ما يجب في ذلك ؟ فقال : يغرسه كما كان . فقيل له : إن ربيعة وأبا الزناد قالا : تجب القيمة فتكلم الزهري فيهما بكلام مضمونه : أنهما خالفا السنة . ولا ريب أن ضمان المال بجنسه مع اعتبار القيمة أقرب إلى العدل من ضمانه بغير جنسه وهو الدراهم والدنانير مع اعتبار القيمة ؛ فإن

القيمة معتبرة في الموضعين والجنس مختص بأحدهما، ولا ريب أن الأغراض متعلقة بالجنس وإلا فمن له غرض في كتاب أو فرس أو بستان ما يصنع بالدراهم ؟ فإن قيل : يشتري بها مثله قيل : الظالم الذي فوته ماله هو أحق بأن يضمن له مثل ما فوته إياه ؛ أو نظير ما أفسده من ماله"[1].

وقال رحمه الله:" فإذا أتلف نقدا أو حبوبا ونحو ذلك أمكن ضمانها بالمثل وإن كان المتلف ثيابا أو آنية أو حيوانا فهنا مثله من كل وجه وقد يتعذر . فالأمر دائر بين شيئين: إما أن يضمنه بالقيمة وهي دراهم مخالفة للمتلف في الجنس والصفة لكنها تساويه في المالية وإما أن يضمنه بثياب من جنس ثياب المثل أو آنية من جنس آنيته أو حيوان

(١)مجموع الفتاوى ٣٠/ ٣٣٢-٣٣٣.

من جنس حيوانه مع مراعاة القيمة بحسب الإمكان ومع كون قيمته بقدر قيمته فهنا المالية مساوية كما في النقد وامتاز هذا بالمشاركة في الجنس والصفة فكان ذلك أمثل من هذا وما كان أمثل فهو أعدل فيجب الحكم به إذا تعذر المثل من كل وجه "[1].

وسئل عن عرقبة الجاموس إذا دخل الزرع فقال:" إذا أمكن إخراجها بدون العرقبة فعرقبوهما عزروا على تعذيب الحيوان بغير حق . وعلى العدوان على أموال الناس بما يردعهم عن ذلك وضمنوا للمالك بدلها "[2].

(١)مجموع الفتاوى ٢٠/ ٥٦٣.

(٢)مجموع الفتاوى ٣٠/ ٣٧٧.

وقال رحمه الله:" ويضمن المغصوب بمثله مكيلاً أو موزونًا أو غيرهما حيث أمكن، وإلا فالقيمة. وهو المذهب عند ابن أبي موسى، وقاله طائفة من العلماء. وإذا تغير السعر وفقد المثل فينتقل إلى القيمة وقت الغصب وهو أرجح الأقوال"[١].

والضابط في المماثلة أن تراعى حسب الإمكان، قال ابن القيم في مسألة في القصاص وهي تصلح في محل البحث:" المماثلة مطلوبة بحسب الإمكان"[٢].

ورجحه الصنعاني[١]، وهو اختيار الشوكاني، فقد قال في النيل: قوله " أناء بإناء " فيه دليل على أن القيمي يضمن بمثله ولا يضمن بالقيمة

(١)الاختيارات ص ١٦٥ مجموع الفتاوى ٢/ ٢٤٣.

(٢) تهذيب السنن المطبوع مع عون المعبود ١٢/ ٢٧٢.

إلا عند عدم المثل ويؤيده ما في رواية البخاري المتقدمة بلفظ " ودفع القصعة الصحيحة للرسول "[٢]. وقال في السيل الجرار:"إطلاقهم على الشيء الذي تساوت أجزاؤه أنه مثلي، وعلى ما اختلفت أنه قيمي، هو مجرد اصطلاح لهم، ثم وجود القطع والبت منهم بأن المثلي يضمن بمثله والقيمي بقيمته هو أيضاً مجرد رأي عملوا به، وإلا فقد ثبت عن الشارع أنه يضمن المثلي بقيمته"[٣].

الترجيح وبيان سببه

---

(١) سبل السلام ٣/ ١٢٤.

(٢) نيل الأوطار ٦/ ٥٦ الطبعة المنيرية.

(٣) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ٣/ ...

والراجح القول الثالث لاستناده إلى أدلة صريحة من القرآن، ومفسرة بأحكام النبي صلى الله عليه وسلم، وقوله في نظائر الضمان ، وفتاوى الصحابة الكرام، والمتقدمين من السلف، ولموافقته العدل الذي جاءت به الشريعة.

وأما كيفية تقدير المثل فيقول ابن تيمية:" وقدر المتلف إذا لم يمكن تحديده عمل فيه بالاجتهاد، كما يفعل في قدر قيمته بالاجتهاد، إذ الخرص والتقويم واحد؛ فإن الخرص هو الاجتهاد في معرفة مقدار الشيء، والتقويم هو الاجتهاد في معرفة مقدار ثمنه؛ بل قد يكون الخرص أسهل. وكلاهما يجوز مع الحاجة"[1].

(١)الاختيارات ١٦٦، ١٦٧ مجموع الفتاوى ٢/ ٢٤٣.

وبتطبيق ذلك على الأسهم يتبين أن من توجه عليه الضمان فإنه يضمن مثل الأسهم قدراً بانقساماتها، وبأسهم المنحة – إن وجدت – مع ضمان نقص الثمن والله أعلم.

الفصل الرابع: آلية التعويض عند الفقهاء

بعد بيان كيفية ضمان إتلاف الأسهم وذكر خلاف الفقهاء في ذلك وبيان الراجح من الأقوال، يحسن بحث كيفية التقدير عند الفقهاء، والحاجة إلى بيان ذلك يتلخص في ما يأتي:

أولاً: عند من يرجح القول بأن الأسهم قيمية، وتضمن بالقيمة.

ثانياً: إن أخذ بالقول الراجح عند الباحث بأن الأسهم تضمن بالمثل، وتعذر المثل، كما إذا تحولت الشركة إلى شركة يحرم تملك أسهمها بسبب عارض، أو منع من تداول أسهمها، أو ارتفع سهمها ارتفاعاً فاحشاً.

وفيما يأتي بيان اختلاف الفقهاء إلى كيفية التقدير في المتلف.

المبحث الأول: التعويض عند الفقهاء في المثلي والقيمي

أولا: المذهب الحنفي

ذهب الحنفية إلى أنه يدفع له مثله إن كان من المثليات، فإن لم يقدر الغاصب على المثل أو كان المال قيمياً وجب عليه ضمان القيمة، وتفصيل ذلك في ثلاث حالات[1]:

الأولى: إذا كان الشيء غير مثلي، كالحيوانات والدور والمصوغات، فلكل واحد منها قيمة تختلف عن الأخرى باختلاف الصفات المميزة لكل واحد.

(١)الدر المختار ورد المحتار لابن عابدين ٥ / ١٢٩.

الثانية: إذا كان الشيء خليطا مما هو مثلي بغير جنسه كالحنطة مع الشعير.

الثالثة: إذا كان الشيء مثليا تعذر وجود مثله، والتعذر إما حقيقي حسي، كانقطاع وجود المثل في السوق بعد البحث عنه وإن وجد في البيوت، أو حكمي، كأن لم يوجد إلا بأكثر من ثمن المثل. أو شرعي بالنسبة للضامن، كالخمر بالنسبة للمسلم، يجب عليه للذمي عند الحنفية والمالكية ضمان القيمة وإن كانت الخمر من المثليات لأنه يحرم على المسلم تملكها.

وقد ذهب الحنفية في تقدير قيمة التعويض ووقت وجوب ضمان المثلي إذا انقطع من السوق وتعذر الحصول عليه ثلاثة أقوال:

الأول: وجوب القيمة يوم الغصب، وهو يوم انعقاد السبب عند أبي يوسف، لأن الضمان وجب بالغصب إن حدث التلف بعده، والحكم يعتبر من وقت وجود سببه. وكذا لو حصل التلف دون غصب، فالعبرة بالوقت الذي حدث فيه السبب الموجب للضمان. واختارت المجلة قول أبي يوسف [١].

الثاني: يوم الانقطاع، وهو قول محمد، لأن الواجب المثل في الذمة، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع[٢].

---

(١) المادة: ٨٩١.

(٢) الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ١٢ عن أحكام القيمة في الفقه الإسلامي لباسم الدليمي ص ١٢١.

الثالث: يوم الخصومة وهو يوم حكم الحاكم، وهذا قول أبي حنيفة، وهو المعتبر في المتون. وحجة هذا القول أن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم، بدليل أن له الصبر حتى يوجد المثل[١].

وأما القيمي فتجب قيمته يوم غصبه بالاتفاق بين الحنفية[٢]. ورجح الشيخ الزرقا أن التقدير وقت الخصومة عند القاضي بإطلاق لأنه أقرب ما يحقق العدل ويجبر الضرر عملياً[٣].

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدي ٤/ ١٢ عن أحكام القيمة في الفقه الإسلامي لباسم الدليمي ص ١٢١.

(٢)البدائع ٧/ ١٥١، والدر المختار ٥ / ١٢٨، والمبسوط ١١ / ٥٠، وتكملة الفتح ٧/ ٣٦٣، وتبيين الحقائق ٥ / ٢٢٣، حاشية ابن عابدين ٦/ ١٩٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٣.

(٣) الفعل الضار ص ١٢٠.

وأما المتلف بلا غصب فالمعتبر قيمته يوم التلف بلا خلاف بين الحنفية فيه[١].

وأما المقبوض بعقد فاسد فاختلفوا فيه على أقوال:

الأول: تعتبر قيمته يوم القبض، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، لأنه به دخل في ضمانه.

الثاني: يوم التلف، وهو قول محمد بم الحسن، لأنه به يتقرر عليه[٢].

ثانيا: مذهب المالكية

(١) الأشباه والنظائر ص ٣٦٣.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٣.

قال ابن عبدالبر:" **من استهلك أو أفسد شيئا من الحيوان أو العروض التي لا تكال ولا توزن فإنما عليه قيمة ما استهلك من ذلك لا مثله، وهو مذهب مالك وأصحابه** "[1]. وأما زمن التقدير فقد ذهب المالكية إلى أنه تقدر قيمة المغصوب يوم الغصب ؛ لأن الضمان يجب بالغصب، فتقدر قيمة المغصوب يوم الغصب، فلا يتغير التقدير بتغير الأسعار ؛ لأن سبب الضمان لم يتغير، كما لم يتغير محل الضمان. ويكون التقدير في بلد الغصب.

لكن فرق المالكية بين ضمان الذات وضمان الغلة، فتضمن الأولى يوم الاستيلاء عليها، وتضمن الغلة من يوم استغلالها، وأما المتعدي

(١) التمهيد ١٤/ ٢٨٦.

وهو غاصب المنفعة، فيضمن المنفعة بمجرد فواتها على صاحبها وإن لم يستعملها[١].

ثالثاً: مذهب الشافعية

ذهب الشافعية في الأصح إلى أن المعتبر في الضمان هو أقصى قيمة للمغصوب من وقت الغصب في بلد الغصب إلى وقت تعذر وجود المثل، أو ارتفع سعره بأكثر من ثمن المثل[٢]، وإذا كان المثل مفقودا عند

(١)الشرح الكبير مع الدسوقي ٣ / ٤٤٣، ٤٤٨، الشرح الصغير ٣ / ٥٨٨ وما بعدها، بداية المجتهد ٢ / ٣١٢، والقوانين الفقهية ص٣٣٠.

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٣٨٤.

التلف فالأصح وجوب الأكثر قيمة من الغصب إلى التلف، سواء أكان ذلك بتغير الأسعار، أم بتغير المغصوب في نفسه.

وأما المال القيمي: فيضمن بأقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم التلف [١].

فإن كان مقبوضا بعقد فاسد، فإن الضمان يكون بأقصى قيمة له من حين القبض إلى التلف[٢].

(١)مغني المحتاج ٢ / ٢٨٣، والمهذب ١ / ٣٦٨، البجيرمي على الخطيب ٣ / ١٣٦، نهاية المحتاج ٤ / ١١٩ - ١٢١.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٤٤.

وحجة هذا القول أن وجوب القيمة له تعلق بالأسعار ارتفاعا وانخفاضا، وأما لو رد عين المغصوب أو مثله، فلا يضمن نقصان سعره، لأن الضمان متعلق بالأشياء لا بأسعارها.

وأما المتلف بلا غصب فالمعتبر قيمته يوم التلف، قال السيوطي: لا أعلم فيه خلافا[1]، أي عند الشافعية.

فإن كان متعذراً، فعلى ثلاثة آراء عند الشافعية:

الأول: قيمة يوم الإتلاف.

الثاني: الأقصى من الإتلاف إلى المطالبة.

الثالث: يوم المطالبة.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٤٥.

الرابع: إن كان مفقودا في جميع البلاد فيوم الإتلاف وإلا فيوم المطالبة[١].

رابعاً: مذهب الحنابلة

نص الحنابلة على أن أحكام الغصب تنطبق على المتلف بلا غصب ونحوه، قال البهوتي:"(وكذا متلف بلا غصب ومقبوض بعقد فاسد) إذا تلف أو تلف[٢] (وما أجري مجراه) أي مجرى المقبوض بعقد

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٤٥.

(٢) كذا في المطبوع، وكأن حذف تلف الثانية أولى.

فاسد في الضمان (مما لم يدخل في ملكه) أي القابض كالمقبوض على وجه السوم فإن كانت مثلية ضمنت بمثلها أو متقومة فبقيمتها"[١].

وقد ذهب الحنابلة إلى أنه إذا كان المغصوب من المثليات، وفقد المثل، وجبت قيمته يوم انقطاع المثل؛ أو أو كان سبب الإعواز بسبب البعد أو الغلاء فيكون تقدير القيمة قبيل الغلاء[٢]، لأن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل، فقدرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم، ودليل وجوبها حينئذ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على

(١) كشاف القناع ٩/ ٢٨٧- طبعة وزارة العدل.

(٢)كشاف القناع ٩/ ٢٨٥- طبعة وزارة العدل، وهو تخريج على قولهم، وعبارة الكشاف:" (وإن أعوز المثلي) قال في المبدع في البلد أو حوله (لعدم أو بعد أو غلاء فعليه) أي الغاصب ونحوه (قيمة مثله) أي المغصوب المثلي لأنها أحد البدلين فوجب عند تعذر أصله كالآخر (يوم إعوازه)".

الغاصب أداؤها ولا ينفى وجوب المثل لأنه معجوز عنه، والتكليف يستدعي الوسع، ولأنه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر أداؤه فلم يكن واجبا كحالة المحاكمة[١]، ويكون ذلك في بلد الغصب لأنه مكان الوجوب[٢].

والرواية الثانية: أنه يضمن بقيمته يوم القبض، ذكره القاضي أبو يعلى واختاره ابن عقيل، لأن الواجب المثل إلى حين قبض البدل، بدليل أنه لو وجد المثل بعد إعوازه، لكان الواجب هو دون القيمة.

(١) الشرح الكبير مع المقنع ١٥/ ٢٥٦.

(٢) كشاف القناع ٩/ ٢٨٥- طبعة وزارة العدل.

والرواية الثالثة: تلزمه قيمته يوم تلفه. وذكر في الإنصاف أقوالاً أخرى تصل إلى سبعة أقوال، ولم ينسبها لأحد من فقهاء الحنابلة، والمختار الأول.

ونص الحنابلة على أنه لو قدر الغاصب ونحوه على المثل بعد تعذره قبل أداء القيمة لا بعده لزمه المثل لأنه الأصل، وقد قدر عليه قبل أداء البدل حتى ولو كان ذلك بعد الحكم عليه بأداء القيمة كالمأمور بالتيمم عند ضيق الوقت وفقد الماء إذا قدر عليه قبل انقضاء الصلاة[1].

(١) كشاف القناع ٩/ ٢٨٥- طبعة وزارة العدل.

وإن كان المغصوب من القيميات وتلف، فإنه يضمن بقيمته يوم تلفه في بلده من نقده، وهو المذهب عند الحنابلة، وعليه الأكثر[١]. ونص عليه أحمد في رواية صالح[٢] لأن وقت التلف هو الوقت الذي تعذر فيه رد العين، وانتقل فيه الضمان إلى القيمة، فتقدر بذلك.

وخرج بعض فقهاء الحنابلة رواية أخرى بأنها تضمن بالقيمة يوم الغصب، إلا أن الخلال نقل عن أحمد أنه قال: أجبن عنه، وكأنه رجع عنه[٣]، ورواية بأن يكون الضمان بأكثر القيمتين يوم تلفه ويوم غصبه، وبعضهم حكى رواية بأن الضمان يكون بأقصى قيمة من يوم الغصب

(١) الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ١٥/ ٢٥٨.

(٢) مسائل صالح – رقم ٣٣٢، كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٤١٤.

(٣) الشرح الكبير ١٥/ ٢٦٥.

إلى يوم التلف، ولم أجد هذه الروايات منصوصة عن الإمام أحمد، بل هي تخريجات على مسائل مشابهة، ولذا لم يخترها أحد من أصحابه[١].

وحكم المقبوض بعقد فاسد وما جرى مجراه حكم المغصوب في اعتبار الضمان بيوم التلف وكذا المتلف بلا غصب بغير خلاف[٢]، أي عند الحنابلة.

خلاصة ما سبق من أقوال أهل العلم:

يتلخص من أقوال الفقهاء أن ما يجب فيه الضمان على أحوال:

(١) الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ١٥/ ٢٦٠.

(٢) الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ١٥/ ٢٦٣.

أولاً: في حال الغصب، وتلف المغصوب المثلي وتعذر الحصول عليه أو انقطع من السوق، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

الأول: أنه يضمن بالقيمة يوم الغصب، وهو قول مالك[1].

الثاني: أنه يضمن بالقيمة يوم الانقطاع، وهو قول الحنابلة.

الثالث: أنه يضمن بالقيمة يوم الخصومة، وهو المذهب عند الحنفية.

الرابع: أنه يضمن بأقصى قيمة للمغصوب من يوم الغصب إلى حين التعذر، وهو المذهب عند الشافعية.

(١) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٢٦٩.

والراجح القول الرابع، معاملة للغاصب بالأضر، وجبرا لضرر صاحب العين، فإنه كان بإمكانه بيعها لو كانت تحت تصرفه في لحظة ارتفاع السعر، والله أعلم.

ثانيا: المتلف بلا غصب، إذا كان من المثليات وتعذر الحصول على مثله، وقد اختلف الفقهاء على أقوال:

الأول: أنه يضمن بالقيمة يوم التلف، وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة، وهو قول عند الشافعية.

الثاني: أنه يضمن بأقصى قيمة للمتلف من يوم الإتلاف إلى حين المطالبة، وهو قول الشافعية.

والراجح القول الثاني، مراعاة لصاحب العين المتلفة، وجبراً للضرر الحاصل له.

ثالثاً: المتلف المقبوض بعقد فاسد، إذا كان من المثليات وتعذر الحصول على مثله، وقد اختلف الفقهاء على أقوال[١]:

الأول: أنه يضمن بالقيمة يوم الغصب، وهو قول الحنفية والمالكية.

الثاني: أنه يضمن بالقيمة يوم التلف، وهو قول الحنابلة.

الثالث: أنه يضمن بأقصى قيمة للمتلف من يوم القبض إلى حين التلف، وهو قول الشافعية.

والراجح القول الثالث، مراعاة لصاحب العين المتلفة، وجبراً للضرر الحاصل له.

(١) بداية المجتهد ٢/ ٢٩٧.

رابعاً: القيمي المغصوب إذا تلف، وقد اختلف الفقهاء على أقوال[١]:

الأول: أنه يضمن بالقيمة يوم الغصب، وهو قول الحنفية والمالكية[٢].

الثاني: أنه يضمن بالقيمة يوم التلف، وهو قول الحنابلة.

الثالث: أنه يضمن بأقصى قيمة للمغصوب من يوم الغصب إلى حين التلف، وهو المذهب عند الشافعية.

(١) بداية المجتهد ٢/ ٢٩٧.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ٢٦٩.

والراجح القول الثالث، مراعاة لصاحب العين المتلفة، وجبراً لضرره.

خامساً: إذا تلف القيمي بغير غصب، فقد اتفقوا على أنه يضمن بقيمته يوم الإتلاف.

مسألة: كيفية تقدير القيمة

عرف الزركشي- القيمة بأنها ما تنتهي إليها رغبات الراغبين[1]، وبتطبيقها على الأسهم نجد أن السعر يتذبذب حتى يقفل السوق على

(١) المنثور ٣/ ٨١.

سعر محدد ليس بالضرورة أن يكون هو ما تنتهي إليه رغبات الراغبين. والذي تقتضيه قواعد العدل أن يكون الاحتساب بمتوسط السعر في اليوم الذي يكون فيه التقدير والله أعلم.

وقد قال الإمام ابن تيمية – رحمه الله – :" وقدر المتلف إذا لم يمكن تحديده عمل فيه بالاجتهاد، كما يفعل في قدر قيمته بالاجتهاد، إذ الخرص والتقويم واحد؛ فإن الخرص هو الاجتهاد في معرفة مقدار الشيء، والتقويم هو الاجتهاد في معرفة مقدار ثمنه؛ بل قد يكون الخرص أسهل. وكلاهما يجوز مع الحاجة"[1].

(١) المستدرك على مجموع الفتاوى ٤/ ٧٩ عن الاختيارات ص ١٦٦.

المبحث الثاني: ضمان المثلي إذا ارتفع سعره

بالنظر في أقوال الفقهاء المتقدم ذكرها في المبحث السابق، يتبين أنهم في ضمان المثلي إذا ارتفع سعره ارتفاعاً كثيراً على قولين:

الأول: أن المثلي يضمن بمثله ولو ارتفع سعره، وهو قول المالكية والشافعية.

الثاني: أن المثلي إذا ارتفع سعره فإن يضمن بقيمته قبل ارتفاع سعره، وهو مذهب الحنفية والحنابلة.

والراجح الأول، للأدلة العامة بوجوب ضمان المثل بمثله، دون تفصيل بين ارتفاع السعر وعدمه، والله أعلم.

المبحث الثالث: ضمان نقص المثل إن نقصت قيمته

اختلف أهل العلم في ضمان نقص السعر على قولين:

القول الأول: أن الغاصب يضمن نقص السعر، وهو محكي عن أبي ثور[١]، وحكاه ابن أبي موسى رواية عن أحمد، ونصره الإمام ابن تيمية رحمه الله فقال: ويضمن المغصوب بما نقص رقيقًا كان أو غيره، وهو رواية عن أحمد واختارها طائفة من أصحابه[٢]. وفي الإنصاف: وإن نقصت لتغير الأسعار لم يضمن. وعنه يضمن، اختاره ابن أبي موسى

(١) الشرح الكبير مع المقنع ١٥/ ١٨٦.

(٢) الاختيارات ص ١٦٣ مجموع الفتاوى ٢/ ٢٤٠.

والشيخ تقي الدين، قاله في الفائق[١]. وقال السعدي:"الصحيح من القولين وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية أن الغاصب يضمن المغصوب من كل وجه حتى نقص سعره"[٢].

القول الثاني: أنه لا يضمن نقص السعر، لأن ليس من فعل الغاصب، وبه قال جمهور العلماء، لأنه رد مثل العين المغصوبة ولم ينقص منها عين ولا صفة[٣]. قال البهوتي:" (وإن نقصت قيمة العين) المغصوبة (بتغير السعر) بأن نزل السعر لذهاب نحو موسم (لم يضمن) الغاصب ما نزل السعر (سواء ردت العين أو تلفت) لأن

(١) الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ١٥/ ١٨٦.

(٢) الفتاوى السعدية – س ١٧.

(٣) الشرح الكبير مع المقنع١٥/ ١٨٦.

المغصوب لم تنقص عينه ولا صفته فلم يلزمه شيء سوى رد المغصوب أو بدله والفائت إنما هو رغبات الناس ولا تقابل بشيء"[١].

والراجح – والله أعلم – أن نقص السعر مضمون على الغاصب، مراعاة لصاحب الحق، والله أعلم.

(١) كشاف القناع ٩/ ٢٥٦- طبعة وزارة العدل، وبمعناه في قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام ١/ ١٥٢ – طبعة دار المعارف بعناية الشنقيطي، الشرح الكبير للدردير ٣/ ٤٥٢، بدائع الصنائع ٧/ ١٥٥.

المبحث الرابع: ضمان منفعة الأسهم

اختلف الفقهاء في ضمان المنافع على أقوال:

الأول: أن منافع العين المغصوبة غير مضمونة، وهو مذهب الحنفية[١]، لحديث :" الخراج بالضمان"[٢]، والعين مضمونة على الغاصب، فخراجها له، كما أن المنافع ليست من الأموال عند أبي حنفية، ولذا فلا وجه لضمانها.

(١) حاشية ابن عابدين ٦/ ٢٠٦.

(٢) رواه أبو دادو في سننه برقم ٣٥٠٨ وحسنه الألباني في صحيح سنن أبي داود برقم ٢٩٩٤.

الثاني: أن الغاصب إذا استوفى منافع العين ضمنها بخلاف ما إذا عطلها، وهو مذهب المالكية[١].

الثالث: أن منافع العين المغصوبة مضمونة على الغاصب مطلقاً، وهو مذهب الشافعية والحنابلة وابن حزم[٢]، **وهو الراجح من أقوال أهل العلم**، لأن المنافع مال متقوم، فيجب ضمانها كالعين. قال ابن قدامة في المقنع:" فإن كانت للمغصوب أجرة فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب"، وقال الإمام ابن تيمية:" ولو حبس الغاصب المغصوب وقت حاجة مالكه

(١) الكافي لابن عبدالبر ٢/ ١٧١.

(٢) روضة الطالبين ٥/ ١٣، الإنصاف ٦/ ٢٠١، المحلى ٨/ ٥٦٥.

إليه كمدة شبابه ثم رده في مشيبه فتفويت تلك المدة ظلم يفتقر إلى جزاء"[١].

وضابط القول بضمان منافع العين المغصوبة ذكره المراداوي بقوله:" يعني إذا كانت تصح إجارته"[٢].

فهل الأسهم تصح إجارتها، وهل يتصور ذلك. وقد قال في الشرح الكبير:" وإن لم يكن للمغصوب أجرة كثوب غير مخيط فليس على الغاصب إلا ضمان نقصه"[٣].

(١) الاختيارات ص ١٦٦ مجموع الفتاوى ٢/ ٢٤١.

(٢) الإنصاف ١٥/ ٢٧٨.

(٣) الشرح الكبير مع المقنع ١٥/ ٢٧٢.

قد يقال بأن الأسهم ليست محلاً للإجارة عرفاً ولذا فلا تعوض منافعها، وقد قال البهوتي:" (وما لا تصح إجارته) أي لم تجر العادة بإجارته (كغنم وشجر وطير) ونحوه (مما لا منفعة له) تؤجر عادة (لم يلزمه) أي الغاصب (له أجرة) لأن منافعه غير متقومة ولا يرد عليه صحة استئجار الغنم لدياس الزرع والشجر لنشر الثياب لندرة ذلك"[1]، والأسهم لم تجر عادة بإجارتها، وإن صح ذلك، فدل على أنها لا تعوض عن منافعها، ويكتفى بالتعويض عن الأرباح الموزعة والأحقية في الاكتتاب عن منفعة الأسهم.

وقد يقال بأن الأسهم جزء مشاع من شركة، والمشاع تصح إجارته للاستفادة من عوائده، وعليه فمنافع الأسهم مضمونة.

(١) كشاف القناع ٩/ ٢٩٣ – طبعة وزارة العدل.

فإن قيل بذلك فإن الإشكال في كيفية تقدير أجرة الأسهم، والذي يترجح أن تعامل الأسهم كالأعيان من العقار، فإن الأجرة غالبا تتراوح بين ٨٪ إلى ١٢٪، فالمتوسط العشر، فيكون التعويض في السنة بمقدار عشر قيمتها الحقيقية، وعليه فيكون التعويض على ما يأتي:

التعويض عن حبس الأسهم = القيمة الحقيقة للسهم ÷ ١٠ ÷ ٣٦٠ ×عدد أيام حبس الأسهم

والمسألة محل تردد ونظر، وإن نظر إلى الضابط الذي ذكره الفقهاء وسلم به فإنه يتقوى القول بعدم ضمان منافع الأسهم.

المبحث الخامس: حكم الربح الناتج عن بيع المغصوب والاتجار به

تكلم أهل العلم عن ربح العين المغصوبة، ومذهب الحنابلة أنه لرب المال، ففي مسائل صالح:" سألت أبي عن رجل اغتصب قوما مالا ثم تاب ورد المال وكسب فيه مالا، ما ترى في كسبه هذا؟ أيطيب له هذا الربح؟ قال أبي:" إذا غصب رجل رجلا مالا ثم ربح فيه رد الأصل والربح على صاحبه". وسألت أبي عن رجل خان قوما بمال وكسب فيه مالا ورد الخيانة، أيطيب له الربح؟ قال أبي:" يرد الخيانة

وربحها على أربابها"[١]. وفي مسائل عبدالله:" لو أن رجلا أمر رجلا أن يشتري له شيئا فخالفه كان ضامنا، فإن شاء الذي أعطاه وأخذ ما دفع وإن شاء أجاز البيع، فإن كان فيه ربح فهو لصاحب المال على حديث عروة البارقي "[٢]. وفيه أيضاَ:" سألت أبي عن رجل غصب عبدا فاستغله؟ قال: أقول يرد الغلة ولو غصب مالا فتجر فيه يرد المال والربح على صاحبه وكذلك الوديعة أيضا يردهما المال والربح جميعا "[٣]. وفيه أيضاً:" قيل لأبي وأنا أسمع رجل استودع دراهم فعمل بها فربح؟ قال: الربح لرب المال "[٤].

(١) مسائل صالح ١/ ٢٨٧ برقم ٢٣٠-٢٣١.

(٢) مسائل الإمام أحمد لابنه عبدالله ٣٠٧ برقم ١١٤٢.

(٣) مسائل الإمام أحمد لابنه عبدالله ص ٣١٣ برقم ١١٦٣.

(٤) مسائل الإمام أحمد لابنه عبدالله ص ٣٠٨ برقم ١١٤٧.

وقال الشيخ منصور البهوتي في الكشاف:" (وإن اتجر) الغاصب (بعين المال) المغصوب بأن كان دنانير أو دراهم فاتجر بها (أو) اتجر بثمن (عين المغصوب) بأن غصب عبدا فباعه واتجر بثمنه وحصل ربح (فالربح والسلع المشتراة للمالك) نقله الجماعة واحتج بخبر عروة بن الجعد وسواء قلنا بصحة الشراء أو بطلانه وهذه المسألة مشكلة جدا على قواعد المذهب ؛ لأن تصرفات الغاصب غير صحيحة فكيف يملك المالك الربح والسلع ؟ لكن نصوص أحمد متفقة على أن الربح للمالك فخرج الأصحاب ذلك على وجوه كلها ضعيفة " ثم ذكر خمسة أوجه ثم قال:" (وإن اشترى) الغاصب أو غيره (في ذمته ثم نقدها) أي عين المال المغصوب أو ثمنها .

(ولو من وديعة عبده أو قارض بها) أي الوديعة والغصب (ولو) كان الشراء (بغير نية نقده) أي الثمن من الغصب أو الوديعة (

فالعقد) أي الشراء (صحيح) ؛ لأنه تصرف في ذمته وهي قابلة لـه (والإقباض فاسد أي غير مبرئ) لعدم إذن المالك فيه (والربح والسلع[1]) في المضاربة وغيرها (المشتراة للمالك) لقول ابن عمر ادفع إليه دراهمه بنتاجها ولم يستفصل عن عين أو ذمة قال الحارثي : وهذا القول يستلزم سلامة العقد للمالك وفيه بحث ؛ فإن العقد إذا صح لكونه واقعا في ذمة العاقد فكيف يحصل لمن لم يقع في ذمته ؟ ومأخذ الصحة في أشهر الوجهين أنه نتيجة ملكه فكان كالمتولد من عينه وهذا قضاء بالدخول في الملك قهرا كدخول الميراث بالإرث لا في العامل ولا في غيره فيها وليس على المالك شيء من أجر العامل ؛ لأنه لم يأذن له ثم إن كان المضارب عالما بالغصب فلا أجرة له لتعديه بالعمل وإن

(١) ورد في نسخة مخطوطة للكشاف زيادة: في المضاربة وغيرها، نقله لجنة تحقيق الكشاف في نسخة وزارة العدل.

لم يعلم فعلى الغاصب أجرة مثله ؛ لأنه استعمله بعوض لم يسلم له فلزمته أجرته كالعقد الفاسد "[1].

وقال ابن قدامة في المقنع:" فإن اتجر بالدراهم فالربح لمالكها وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فكذلك وعنه الربح للمشتري. قال ابن مفلح في شرحه المسمى المبدع: "وإن اتجر بالدراهم" بأن غصبها واتجر بها أو عروضا فباعها واتجر بثمنها ولو قال بالنقد لعم "فالربح لمالكها" نقله الجماعة واحتج بخبر عروة بن الجعد وهذا حيث تعذر رد المغصوب إلى مالكه ورد الثمن إلى المشتري قال جماعة منهم صاحب الفنون والترغيب إن صح الشراء وقال الشريف وأبو الخطاب إن كان الشراء بعين المال فعلى الأول هو له سواء قلنا يصح

(١) كشاف القناع ٩/ ٢٩٥-٢٩٧- طبعة وزارة العدل.

الشراء أو لا وسواء اشتراه بعين المال أو في الذمة ونقل حرب في خبر عروة إنما جاز لأن النبي صلى الله عليه وسلم جوزه له وحيث تعين جعل الربح للغاصب أو المغصوب منه فجعله للمالك أولى لأنه في مقابلة ماله الذي فاته بمنعه ولم يجعل للغاصب شيء منعا للغصب وعنه يتصدق به نقلها الشريف لوقوع الخلاف فيه.

"وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فكذلك" أي فالربح لربه هذا هو المشهور لأنه نماء ملكه أشبه ما لو اشتراه بعينه وفي المحرر والمستوعب بنية نقده الثمن من مال الغصب.

"وعنه: الربح للمشتري" لأنه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل المغصوب"[1]. ورد ابن قندس هذا التفصيل

(١) المبدع ٥/ ١٢٠-١٢١.

بقوله:"جعل الربح للمالك أولى من جعله للغاصب، سواءً قلنا: يصح الشراء أو لا، وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة، وسواء نوى نقدها من مال الغصب أو لا، بل المراد: حيث تعين جعل الربح، إما للغاصب أو للمغصوب منه، فجعله للمالك أظهر؛ لأنه وإن كان في بعض الصور جعله للمالك ضعيفاً، لكن جعله للغاصب أضعف منه، لأنه متى جعل للغاصب في بعض الصور فعل تلك الصور حيلة على أن يكون الربح له، فإذا جعل للمالك في مقابلة ماله الذي فاته نفعه ولم يجعل للغاصب شيء سد باب الحيلة، وامتنع كثير من الغصب والله أعلم"[1].

(١) حاشية ابن قندس على الفروع ٧/ ٢٤٨- طبعة التركي.

ونص الحنابلة على أنه لو دفع المال مضاربة فربحه على ما ذكرنا وليس على المالك شيء من أجر العامل لأنه لم يأذن فيه ثم إن كان المضارب عالما بالغصب فلا أجر له لتعديه بالعمل و إن لم يعلم فعلى الغاصب أجر مثله لأنه استعمله بعوض لم يسلم له فلزمته أجرته كالعقد الفاسد[1].

وذهب الإمام ابن تيمية إلى أن ربح الدراهم المغصوبة بين الغاصب والمالك مناصفة كالمضاربة، ونص كلامه _رحمه الله_ : " إن كان جميع ما بيده أخذه من الناس بغير حق : ...مثل أن يغصب مال قوم بافتراء يفتريه عليهم... فهذه الأموال مستحقة لأصحابها، ومن اكتسب بهذه الأموال بتجارة ونحوها ، فقيل : الربح لأرباب الأموال ،

(١) المبدع ٥/ ١٢٠-١٢١.

وقيل: له إذا اشترى في ذمته ، وقيل: بل يتصدقان به ؛ لأنه ربح خبيث ، وقيل : بل يقسم الربح بينه وبين أرباب الأموال كالمضاربة ، كما فعل عمر بن الخطاب في المال الذي أقرضه أبوموسى الأشعري لابنيه دون العسكر [١]، وهذا أعدل الأقوال "[٢].

الترجيح بين الأقوال:

(١) أخرجه مالك في الموطأ في كتاب القراض ، باب ما جاء في القراض (٢/ ٦٨٧) ، والشافعي في مسنده ص (٢٥٢)، البيهقي في كتاب القراض (٦/ ١١٠)، والدارقطني في سننه (٣/ ٦٣) وصحح الحافظ إسناده في التلخيص (٣/ ٥٧)، وقال الألباني في إرواء الغليل (٥/ ٢٩١): "وهو على شرط الشيخين".

(٢) مجموع الفتاوى (٣٠/ ٣٢٨-٣٢٩) .

الراجح أن الربح لرب المال ، لأن المعهود من الشارع الحكيم منع الظلم والتعدي على أموال الناس، كما في حديث:" ليس لعرق ظالم حق"، ومن المقرر فقهاً أن ما بني على باطل فهو باطل، وفي اشتراك الغاصب ورب المال في الربح إقرار للظلمة وفتح باب لأخذ أموال الناس بالباطل واستثمارها رغبة في المشاركة يف الربح.

وليس في أثر عمر رضي الله عنه أن ابنيه غصبا المال، بل أخذاه بإذن الوكيل، وهو يملك الإذن في ظنهما، والغصب بخلاف ذلك.

المبحث السادس: حكم من اتجر بمال الغير دون علمه بأنه مال للغير

لم أجد نصاً في هذه المسألة، إلا أنه يلحظ في توجيه قول الحنابلة أنهم احتجوا بما يأتي:

١- حديث عروة بن الجعد البارقي.

٢- روى الأثرم عن رباح بن عبيد أن رجلاً دفع إلى رجل دراهم ليبلغها أهله فاشترى بها ناقة فباعها فسُئل ابن عمر عن ذلك قال: ادفع إليه دراهمه بنتاجها[1].

(١) كشاف القناع ٩/ ٢٩٥-٢٩٧- طبعة وزارة العدل، ولم أجد تخريج الأثر، وكذا قال المعلقون على الكشاف.

٣- أنه نتيجة ملكه فكان كالمتولد من عينه وهذا قضاء بالدخول في الملك قهرا كدخول الميراث بالإرث.

٤- أنه حيث تعين جعل الربح للغاصب أو المغصوب منه فجعله للمالك أولى لأنه في مقابلة ماله الذي فاته بمنعه ولم يجعل للغاصب شيء منعا للغصب[١].

والذي يظهر أنه مثل الغاصب، والله أعلم.

(١) المبدع ٥/ ١٢٠-١٢١.

المبحث السابع: حكم مطالبة الغاصب بالتعويض عن الربح الفائت

المطلب الأول: ضمان الكسب الفائت المؤكد حصوله

تحدث الفقهاء عن ضمان الكسب الفائت المؤكد حصوله بمعنى أن يغلب على الظن حصوله، كما في الصور الآتية:

١. ذكر الحنفية أن من قتل عجلا وما في حكمه، فنقص لبن أمه، فإن القاتل يضمن قيمة العجل وما نقص من حليب أمه[1].

(١) التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ص ٢٦١ عن جامع الفصولين ٢/ ١٢٠.

٢. تفويت المعدوم الذي انعقد سبب وجوده، وقد تحدث الفقهاء عن التعويض عن تفويت معدوم انعقد سبب وجوده، فقد قال الإمام ابن تيمية – رحمه الله – : "وإذا ترك العامل العمل حتى فسد الثمر فينبغي أن يجب عليه ضمان نصيب المالك، وينظر كم يجبي لو عمل بطريق الاجتهاد. كما يضمن لو يبس الشجر وهذا لأن تركه العمل من غير فسخ العقد حرام وغرر وهو سبب في عدم هذا الثمر، فيكون كما لو تلفت الثمرة تحت اليد العادية مثل أن يغصب الشجر غاصب ويعطلها عن السقي حتى يفسد ثمرها، أما الضمان باليد العادية كالضمان بسبب الإتلاف – لا سيما إذا انضم إليه العادية – واستيلاؤه على الشجر مع عدم الوفاء بما شرطه هل هو يد عادية فيه نظر، لكنه سبب في الإتلاف، وهذا في الفوائد نظير المنافع فإن المنافع لم توجد وإنما الغاصب منع من استيفائها وحاصله أن الإتلاف نوعان: إعدام

موجود وتفويت لمعدوم انعقد سبب وجوده وهذا تفويت. وعلى هذا فالعامل في المزارعة إذا ترك العمل فقد استولى على الأرض وفوت نفعها، فينبغي أيضا ضمان إتلاف أو ضمان إتلاف ويد، لكن هل يضمن أجرة المثل أو يضمن ما جرت به العادة في مثل تلك الأرض، مثل أن يكون الزرع في مثلها معروفا فيقاس بمثلها. أما على ما ذكره أصحابنا فينبغي أن يضمن بأجرة المثل، والأصوب الأقيس بالمذهب أن يضمن بمثل ما يثبت، وعلى هذا فلا يكون ضمان يد وإنما هو ضمان تغرير[1].

وسئل : هل تصح المزارعة أم لا ؟ وإذا فرط المزارع في نصف فدان فحلف رب الأرض بالطلاق الثلاث ليأخذن عوضه من الزرع الطيب ؟

---

(١) الفتاوى الكبرى ٥/ ٤٠٦.

فأجاب : الحمد لله ، المزارع بثلث الزرع أو ربعه أو غير ذلك من الأجزاء الشائعة : جائز بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمل الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة والتابعين وهو قول محققي الفقهاء . وإذا كان العامل قد فرط حتى فات بعض المقصود فأخذ المالك مثل ذلك من أرض أخرى وجعل ذلك له بحيث لا يكون فيه عدوان لم يحنث في يمينه ولا حنث عليه . والله أعلم[1].

وقال ابن مفلح في الفروع:" وعمل شيخنا بالاجتهاد في قيمة المتلف فخرص الصبرة واعتبر في مزارع أتلف مغل سنتين بالسنين المعتدلة، وفي ربح مضارب بشراء رفقته من نوع متاعه وبيعهم في مثل سفره"[2]، وهو قريب من الربح الفائت بالمفهوم المعاصر.

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/ ١١٨.

(٢)الفروع ٤/ ١٢٦ مجموع الفتاوى ٢/ ٢٤٣.

٣. ويرى الدكتور محمد فوزي فيض الله بأنه لا يوجد في الفقه نص على التضمين في هذه الأحوال سوى القواعد الفقهية العامة كقاعدة لا ضرر ولا ضرار وقاعدة الضرر يزال[١]. وقال الدكتور وهبة الزحيلي : يمكن للحاكم الحكم به بناء على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر، وتطالب بضمان الأضرار المترتبة على الفعل[٢].

٤. وقد ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي ذي الرقم ١٠٩ ما يأتي:

خامسا: الضرر الذي يجوز التعويض عنه يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لَحِق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

(١) نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص ٩١.

(٢)نظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي ص ٢٤.

سادسا: لا يُعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شُرِط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسببٍ خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد[١].

المطلب الثاني: الكسب الفائت غير المؤكد حصوله

وقد تحدث الفقهاء عن التعويض عن الأموال إذا لم يتجر بها الغاصب، واختلفوا على قولين:

(١) مجلة المجمع (العدد الثاني عشر ج ٢، ص ٩١).

الأول: أنه لا يعوض صاحب الأموال عن ربحه المفقود بسبب الغصب، وهو مقتضى قول الجمهور القائلين بأن ربح مال الغصب للغاصب، وهو قول الحنابلة، قال البهوتي : " ولا يضمن ربح فات على مالك بحبس غاصب مال تجارة مدة يمكن أن يربح منها، إذا لم يتجر فيه غاصب " [١]. وفي مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد : " لا يضمن الغاصب ما فوته على المالك من الربح بحبسه مال التجارة " [٢].

(١) شرح المنتهى (٣/ ٨٧٣) .

(٢) المادة(١٣٩٧)

الثاني: أنه يستحق التعويض بذلك، قال الخرشي : " وشمل قوله "وغيرهما بالفوات" من غَصَب دراهم ودنانير لشخص، فحبسها عنده مدة، فإنه يضمن الربح لو اتجر ربُّها بها "[1]

والمرجح الأول، فلا يعوض عن الكسب غير المؤكد، وقد ذكر الفقهاء فروعاً على ذلك كما في النقول الآتية:

١- قال البهوتي:" (ولا يضمن الغاصب مهرها لو حبسها عن النكاح حتى فات) نكاحها (بالكبر) أي كبرها لأن النفع إنما يضمن بالتفويت إذا كان مما تصح المعاوضة عليه بالإجارة والبضع ليس كذلك"[2]. ونص البهوتي على عدم التعويض عن الربح الفائت غير

(١) الخرشي على خليل (٦/ ١٤٣) .

(٢) كشاف القناع ٩/ ٢٢٨.

المؤكد، فقال رحمه الله:" ولا يضمن الغاصب ربحا فات بحبس مال تجارة عن مالكه مدة يمكن أن يربح فيها لأنه لا وجود له"[١].

٢- وقرر الشيخ علي الخفيف – رحمه الله - بأنه لا يعوض عن تفويت الفرصة كان من المحتمل أن يكون من ورائها كسب مالي، كما إذا تأخر محامي في طلب الاستئناف عن المدة المحددة، أو ضياع فرصة الدخول في مسابقة وظيفية ونحو ذلك[٢].

(١) كشاف القناع ٩/ ٢٥٣.

(٢)الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ص ٤٦.

المطلب الثالث: موقف القضاء في المملكة العربية السعودية من التعويض عن تفويت المنفعة وتفويت الفرصة

جرى العمل في القضاء الإداري على التعويض عن الربح الفائت المؤكد في قضايا عديدة[١].

وورد في حكم للدائرة التجارية بديوان المظالم تعويض المدعي عن أرباح أسهمه التي فوتها المدعى عليه، وورد في الحكم:" فإن القاعدة

(١) كما في الحكم ذي الرقم ١٣/ د٤/ ١٣٩٨.

الشرعية تقضي بأن من قام بتفويت معدوم انعقد سبب وجوده أنه يضمن بمثل ما يثبت"[١].

وقررت الدائرة التجارية في حكم لها أن التعويض يشمل ما فات من ربح وما حصل من خسارة[٢].

وأما الكسب الاحتمالي فلا يعوض عنه، فقد ورد في حكم آخر ما يأتي:

" وحيث أن هيئة التدقيق بعد إطلاعها على حكم الدائرة والاعتراض عليه من المدعى عليها ودراستها لمستندات القضية فإنها لا تتفق مع الدائرة في قضائها للمدعية بالتعويض عما فاتها من المكاسب بالكيفية الواردة في الحكم محل التدقيق ذلك أن الدائرة

(١) الحكم رقم ٦٥/ د/ تج/ ٢ لعام ١٤٢٠هـ.

(٢) ١٩٧/ ت/ ٤ لعام ٤٠٩هـ

كانت قد أكدت قبل ذلك في حكمها عجز المدعية عن إثبات ما تدعيه من خسارة بسبب عدم تنفيذ العقد سواء بالنسبة لأعيان المواد التي تدعي توريدها أو المبالغ التي تدعي دفعها للغير. وعلى هذا فما دام أنه لم يثبت أن المدعية قد نالها أضرار مادية، ولا أنها قد خسرت وتضررت بسبب الإعداد لتنفيذ العملية محل الخصومة أو احتبست جزء من أموالها أو ممتلكاتها لهذا الغرض فكيف يصح - والحال كذلك القول بتعويضها عما فاتها من الربح وهو من الأمور الاحتمالية غير مؤكدة الحصول، فالربح المشروع من حيث الأصل - وأن كان مما تعتريه الجهالة لا من حيث مقداره فحسب بل وفي تحققه وحصوله كما هو معلوم لا يحصل إلا بالعمل والجهد وفي ظل المخاطرة وما يقدره الله من توفيق نتيجة لهذه العوامل وغيرها من الأمور الأخرى مما لا يستقيم معه الحكم بتعويض المدعية عما فاتها من الربح المتوقع في هذه

العمليـة دون تحقـق أسـبابه ودون أن تتعـرض لخسـارة ماديـة محققـة ومعلومة جراء ما بذلته مـن عمـل أو جهـد في هـذا المجـال. ولمخالفـة الحكم محل التدقيق لهذا النظر فإن الهيئة تجد أنه لا مندوحة مـن نقضـه وإعادة القضية مرة أخرى إلى الدائرة لإعادة نظرها في ضوء ما تقدم في هذا الحكم ..)"[1].

(١) ٢٦/ ت/ ٤ لعام ١٤١٧هـ

الفصل الخامس: ضمان أسهم الشركات التي يحرم التعامل بها

من المقرر أن شروط الضمان هي:

١ - أن يكون المتلف مالاً.

٢ - أن يكون متقوِّماً[1].

٣- أن يكون معصوماً شرعاً.

وأسهم الشركات منها ما يجوز شراؤه والاتجار به، ومنها ما ليس كذلك.

(١) بكسر الواو كما في حاشية ابن عابدين ٦/ ١٧٨.

والشركات ذات النشاط المحرم كالبنوك الربوية إذا أتلف أسهمها أو غصبت فإن أقرب مثال لها ما ذكره الفقهاء في إتلاف الآلات المحرمة إذا كانت مصنوعة من مباح، وقد قرر الفقهاء أنه يضمن مادة الآلة، ولا ضمان بسبب الصناعة.

وقد ذكر الحنفية أنه إن لم يقدر الغاصب على المثل وجب عليه ضمان القيمة كما إذا كان الشيء مثليا تعذر وجود مثله بسبب شرعي بالنسبة للضامن، كالخمر بالنسبة للمسلم، يجب عليه للذمي عند الحنفية ضمان القيمة وإن كانت الخمر من المثليات لأنه يحرم على المسلم تملكها[1]. لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً.

(١)حاشية ابن عابدين ٦/ ١٨٣.

وذكر الفقهاء أن الصفات والمنافع المحرمة مهدرة عند التقويم، فيضمن الطبل خشباً عند أبي حنيفة[١].

وقال البهوتي –رحمه الله –:"أو كسر (إناء ذهب أو فضة) لم يضمنه وأما إذا أتلفه فإنه يضمنه بوزنه ذهبا أو فضة بلا صناعة، قال الحارثي لا خلاف فيه انتهى. والفرق بينه وبين آلة اللهو أن الذهب والفضة لا يتبعان الصنعة بل هما مقصودان عملا أو كسرا والخشب والدق يصيران تابعين للصناعة فالصناعة في الذهب والفضة كالغناء في الآدمية لأن الصناعة أقل من الأصل والخشب والرق لا يبقى مقصودا بنفسه بل يتبع الصورة"[٢]. وقال:" (وإن كان) المغصوب (

(١)حاشية ابن عابدين ٦/ ٢١١.

(٢) كشاف القناع ٩/ ٣٣٥.

محرم الصناعة كأواني ذهب وفضة وحلي محرم) كسرج وركاب (ضمنه) الغاصب ونحوه (بوزنه فقط) لأن الصناعة المحرمة لا قيمة لها شرعا"[١].

وقال الشيخ العثيمين – رحمه الله -: لأن إتلافه غير كسره؛ لأن كسره يمنع من استعماله في المحرم، ولكن تبقى مادة هذا المزمار ينتفع بها في إيقاد نار، إذا كان من خشب أو في صنع قدور وأوانٍ إذا كان من حديد، أما إتلافه بالكلية فمعناه أنه أزال عين هذا الشيء، وإزالة عينه أكثر من إزالة وصفه الذي يصح أن يكون به مزماراً

وقال في إتلاف الصليب: هل يضمنه بقيمته صليباً أو بقيمته مكسراً؟ يضمنه بقيمته مكسراً؛ لأنه ليس له قيمة شرعاً.

---

(١) كشاف القناع ٩/ ٢٦٨.

وذكر الفقهاء أن ما كان للعين قيمة زائدة لوصف يستخدم في محرم، فإنها تحتسب دون القيمة الزائدة، ففي الفتاوى الهندية :" ولو أتلف كبشاً نطوحاً أو ديكاً مقاتلاً لا يضمن بهذه الصفة، لأنها محرمة غير متقومة"(١).

وقال العز بن عبدالسلام:" لو زادت قيمة المتلف بصفة ترغب بمثلها العصاة، وتزيدها القيم عندهم، كالكبش النطاح، والديك المهراش، والغلام الفاتن بحسن صورته وحركته، فإن لهؤلاء قيمة زائدة عند أهل الفساد على القيمة المعتبرة عند أهل الصلاح، قلنا: لا نظر إلى ذلك، لفساد الغرض المتعلق به، كما لا نظر إلى قيمة الزمر

(١) الفتاوى الهندية ٥/ ١٣١.

والكوبة، والصور المحرمة، وإنما العبرة بقيمة ذلك عند أهل الرشد والصلاح"[١].

التطبيق على الأسهم السعودية:

بالنظر إلى ما قرره الفقهاء بأن ينظر إلى المباح دون الصناعة المحرمة، ودون المنافع والأوصاف التي يرغب فيها العصاة لاستخدامها في المعصية، فيكون التطبيق على النحو الآتي:

أولا: البنوك الربوية، فينظر لما يمثله السهم من المؤسسة المالية إذ هو جزء مشاع من البنك، فهو يمثل جزءا من رأس المال والسيولة المتوفرة والديون التي في الذمم والموجودات من عقارات ونحوها،

(١) قواعد الأحكام ١/ ١٧١.

إضافة إلى الحقوق المعنوية كالترخيص والاسم التجاري والسمعة الجيدة والموقف الائتماني. وبتطبيق ما سبق ذكره، فإنه يعوض عن السهم بحسم ما زاد على القيمة الاسمية من أوصاف وعقود محرمة، وعند تعذر ذلك فيعوض عنه بالقيمة الدفترية، والله أعلم.

ثانيا: في حال شركات الإعلام التي تصدر دوريات لا تلتزم بشرع الله تعالى، بنشرها الصور المحرمة، والمقالات المشككة في أحكام الشريعة، فإن الشركة الإعلامية تشمل كما هو معلوم مطابع مبان ودوريات معروضة للبيع، إضافة إلى رأس مالها ودبونها على المتاجر، وحقوق معنوية من تصاريح واسم تجاري وسمعة.

وبتطبيق ما سبق ذكره، فإن التعويض يكون باحتساب الأمور المباحة من أصول ثابتة وتغفل الحقوق المعنوية والديون التي للشركة

على المتاجر والدوريات المعروضة للبيع، وعند تعذر ذلك فيعوض عنه بالقيمة الدفترية، والله أعلم.

علماً بأنه يرتفع الإثم إذا كان المالك يعتقد جواز التعامل بشركة من الشركات المحرمة، وخفيت الحرمة، كما إذا اقترضت شركة بالربا دون علمه، وقد قال ابن تيمية:" ولو بايع الرجل مبايعات يعتقد حلها ثم صار المال إلى وارث أو منتهب أو مشتر يعتقد تلك العقود محرمة. فالمثال الأصلي لهذا اقتداء المأموم بصلاة إمام أخل بما هو فرض عند المأموم دونه، والصحيح الصحة. وما قبضه الإنسان بعقد مختلف فيه يعتقد صحته لم يجب عليه رده في أصح القولين. ومن كسب مالاً حرامًا برضاء الدافع ثم تاب: كثمن خمر ومهر البغي وحلوان الكاهن

فأن القابض إذا لم يعلم التحريم ثم علم جاز له أكله. وإن علم التحريم أولاً ثم تاب فإنه يتصدق به"[١].

(١)الاختيارات ص ١٦٧، مجموع الفتاوى ٢/ ٢٤١.

الخاتمة وأهم النتائج

بعد أن من الله تعالى بإتمام البحث، يحسن إيراد ثمرة البحث بذكر النتائج التي وصل إليها الباحث، وأهمها ما يأتي:

١. أن الإسلام جاء بما يصلح الخلق في الدنيا والآخرة، والله أعلم بمصلحة عباده، وهذا يوجب الحرص والتفاني في الدفاع عن تحكيم الشريعة في كل معاملات الناس، والدعوة إليها.

٢- أن التنظيمات العليا للمملكة العربية السعودية تؤكد في مواد كثيرة أن الشريعة الإسلامية حاكمة على جميع الأنظمة، مما يحتم على المختصين بالشريعة أن يدرسوا جميع الأنظمة دراسة فقهية إصلاحية للتنبيه على أي خلل فيها.

٣- التعويض هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال، وهو مصطلح غير متداول في لغة الفقهاء في المدونات الفقهية القديمة، والضمان أوفى بالمقصود مع كونه أصيلا في كتب الفقه.

٤- السهم هو الصك الذي تصدره الشركة ويمثل حق المساهم فيه، وله ربح هذا السهم والذي يوزع سنويا، ويختلف باختلاف السنوات، وعلى حامل السهم ضمان ديون الشركة بقدر حدود حصته فقط دون أن تتعدى إلى أمواله الخاصة.

٥- المساهم في الشركة يملك حصَّةً شائعةً من موجوداتها بمقدار ما يملكه من أسهمٍ. وتبقى ملكية الرقبة له إلى أن تنتقل إلى غيره لأي سبب من الأسباب، من تخارج أو غيره.

٦- السوق المالية هو السوق الذي تنشئه الدولة لتداول الأوراق المالية.

٧- التوصيف المنطبق على عمل شركة الوساطة هو أنها وكيل بجعل، والوكيل أمين، لا يضمن ما تلف بيده بلا تفريط.

٨- شركة الوساطة ملزمة نظاماً بأن تستخدم أفضل الأنظمة الحاسوبية للوساطة، وهو مشروط عليهم في عقود الوساطة مع العملاء، وتوفر أفضل الكفايات البشرية للقيام بعملهم على الوجه المطلوب، فإذا حصل خطأ بسبب النظام، أو بسبب خطأ موظف في الشركة فإن الشركة ضامنة لما ترتب على الخطأ من ضرر، لكونه لا يخرج عن كونه تعدياً أو تفريطاً.

٩- الوكيل إذا تعدى أو فرط فإن وكالته لا تنفسخ، فتصح

تصرفاته المأذون له فيها، لكن أمانته تزول ويترتب عليه ضمان شركة الوساطة ما حصل منها من خطأ وصحة التصرفات المأذون فيها.

أسباب الضمان في الفقه الإسلامي هي:

- العقد فإذا قبض المشتري أو وكيله الأسهم، فهي من ضمانه، والأسهم قبضها حكمي، فإذا دخلت في المحفظة، فقد دخلت في ضمانه.

- واليد المتعدية فكل من بيده أسهم بغير حق فإنه ضامن لما في يده سواء تلف بتعد أو تفريط أو بغير ذلك؛ لأن يد الظالم يد عادية يضمن صاحبها العين ومنافعها ، فيدخل في هذا: الغاصب، والخائن في أمانته، ومن في محفظته أسهم لغيره فطلب منه الرد لمالكها أو لوكيله فامتنع بغير حق؛ فهو ضامن مطلقا، ومن عنده لقطة فسكت ولم

يعرفها، ومن حصل في بيته أو يده مال لغيره فلم يرده ولم يخبر به صاحبه لغير عذر، وما أشبه هؤلاء فكلهم ضامنون.

• الإتلاف، ويستوي فيه المتعمد والجاهل والناسي، وهذا شامل لإتلاف النفوس والأموال والحقوق، فمن أتلف شيئا من ذلك بغير حق ، فهو مضمون سواء كان متعمدا أو جاهلا أو ناسيا ، وإنما الفرق بين العامد وغيره من جهة الإثم، وعقوبة الدنيا والآخرة وعدمها، وسواءً أكان الإتلاف بمباشرة أم بتسبب، وإذا اجتمعت المباشرة والتسبب فإن الضمان على المباشر.

١٠- إن باعت شركة الوساطة بأكثر مما طلب الموكل فالزيادة له، وإن باعت بأقل ضمنت النقص.

١١- إذا كان أمر العميل بالبيع بسعر السوق، فإن باعت شركة الوساطة بأقل من سعر السوق ضمنت النقص.

١٢- لو طلب العميل من شركة الوساطة بيع الأسهم كلها، فباعت الشركة بعض الأسهم، فإن تصرفها لا يصح، وتلزم الشركة بالتعويض عن الأسهم جميعها، ولا تستحق عمولة الوساطة، وكذا في حال الشراء.

١٣- للعميل مطالبة الشركة مباشرة ولو كان الخطأ من أحد الموظفين التابعين لشركة الوساطة.

١٤- تبين أن الأسهم لا تنطبق عليها شروط المثلي عند المالكية والشافعية والحنابلة، وأما الحنفية فيحتمل أن تكون مثلية عندهم ولكنه احتمال ضعيف والله أعلم.

١٥- تبين أن العلماء اختلفوا في التعويض عن القيمي، وأن الراجح أنه يعوض عن كل شيء بمثله مع مراعاة القيمة ولو لم تنطبق عليه شروط المثلي، لاستناده إلى أدلة صريحة من القرآن، ومفسرة بأحكام النبي صلى الله عليه وسلم، وقوله في نظائر الضمان ، وفتاوى الصحابة الكرام، والمتقدمين من السلف، ولموافقته العدل الذي جاءت به الشريعة، لأنه لا ريب أن الأغراض متعلقة بالجنس وإلا فمن له غرض في كتاب أو فرس أو بستان ما يصنع بالدراهم؟ فإن قيل : يشتري بها مثله قيل: الظالم الذي فوته ماله هو أحق بأن يضمن له مثل ما فوته إياه؛ أو نظير ما أفسده من ماله.

١٦- أن قدر المتلف إذا لم يمكن تحديده عمل فيه بالاجتهاد، كما يفعل في قدر قيمته بالاجتهاد.

١٧- من توجه عليه الضمان فإنه يضمن مثل الأسهم قدراً بانقساماتها، وبأسهم المنحة – إن وجدت - مع ضمان نقص الثمن.

١٨- تلخص من أقوال الفقهاء في كيفية التعويض بالقيمة عند تعذر المثل ما يأتي:

• أولاً: في حال الغصب، وتلف المغصوب المثلي وتعذر الحصول عليه أو انقطع من السوق، وقد ترجح للباحث أنه يضمن بأقصى قيمة للمغصوب من يوم الغصب إلى حين التعذر، ووجه الترجيح أن فيه معاملة للغاصب بالأضر، وجبرا لضرر صاحب العين، فإنه كان بإمكانه بيعها لو كانت تحت تصرفه في لحظة ارتفاع السعر.

• ثانيا: المتلف بلا غصب، إذا كان من المثليات وتعذر الحصول على مثله، وقد ترجح للباحث أنه يضمن بأقصى قيمة للمتلف من يوم

الإتلاف إلى حين المطالبة، ووجه الترجيح أن فيه مراعاة لصاحب العين المتلفة، وجبراً للضرر الحاصل له.

• ثالثاً: المتلف المقبوض بعقد فاسد، إذا كان من المثليات وتعذر الحصول على مثله، وقد ترجح للباحث أنه يضمن بأقصى ـ قيمة للمتلف من يوم القبض إلى حين التلف

• رابعاً: القيمي المغصوب إذا تلف، وقد ترجح للباحث أنه يضمن بأقصى قيمة للمغصوب من يوم الغصب إلى حين التلف.

• خامساً: إذا تلف القيمي بغير غصب، وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أنه يضمن بقيمته يوم الإتلاف.

١٩- تبين للباحث أن القيمة هي ما تنتهي إليها رغبات الراغبين وبتطبيقها على الأسهم نجد أن السعر يتذبذب حتى يقفل

السوق على سعر محدد ليس بالضرورة أن يكون هو ما تنتهي إليه رغبات الراغبين. والذي تقتضيه قواعد العدل أن يكون الاحتساب بمتوسط السعر في اليوم الذي يكون فيه التقدير.

٢٠- تبين أن المثلي إذا ارتفع سعره ارتفاعاً كثيراً فإنه يضمن بمثله ولا ينظر للارتفاع في السعر، للأدلة العامة بوجوب ضمان المثل بمثله، دون تفصيل بين ارتفاع السعر وعدمه.

٢١- تبين للباحث أن نقص السعر مضمون على الغاصب مراعاة لصاحب الحق وجبرا للضرر الحاصل عليه.

٢٢- أن منافع العين المغصوبة مضمونة على الغاصب مطلقاً لأن المنافع مال متقوم، فيجب ضمانها كالعين.

٢٣- أن الفقهاء القائلين بضمان المنافع اشترطوا أن تصح إجارة العين شرعاً وأن تجر العادة بذلك، فلا تضمن منفعة الأغنام والأشجار ونحوها لعدم تأجيرها عرفاً، وعليه فقد يقال بعدم صحة التعويض عن الأسهم لعدم جريان العادة بتأجيرها. وقد يقال بأن الأسهم جزء مشاع من شركة، والمشاع تصح إجارته للاستفادة من عوائده، وعليه فمنافع الأسهم مضمونة، فإن قيل بذلك فيكون التعويض بالمعادلة الآتية:

التعويض عن حبس الأسهم = القيمة الحقيقة للسهم ÷ ١٠ ÷ ٣٦٠ ×عدد أيام حبس الأسهم

٢٤- إن اتجر الغاصب بالمغصوب فربح فإن الراجح أن الربح لرب المال ، لأن المعهود من الشارع الحكيم منع الظلم والتعدي

على أموال الناس، كما في حديث:" ليس لعرق ظالم حق"، ومن المقرر فقهاً أن ما بني على باطل فهو باطل.

٢٥- تبين للباحث أن من اتجر بمال غيره دون علمه أنه لغيره فله حكم الغصب.

٢٦- أنه يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عن الكسب الفائت المؤكد حصوله، دون ما لم يكن كذلك، وتقدير ذلك مرجعه القضاء.

٢٧- إذا كانت الأسهم المعتدى عليها من الأسهم التي يحرم التعامل بها بيعا وشراءً فإنه ينظر إلى المباح دون الصناعة المحرمة، ودون المنافع والأوصاف المحرمة، على ما يأتي:

أولا: البنوك الربوية، فينظر لما يمثله السهم من المؤسسة المالية إذ هو جزء مشاع من البنك، فهو يمثل جزءا من رأس المال والسيولة المتوفرة والديون التي في الذمم والموجودات من عقارات ونحوها، إضافة إلى الحقوق المعنوية كالترخيص والاسم التجاري والسمعة الجيدة والموقف الائتماني. وبتطبيق ما سبق ذكره، فإنه يعوض عن السهم بحسم ما زاد على القيمة الاسمية من أوصاف وعقود محرمة، وعند تعذر ذلك فيعوض عنه بالقيمة الدفترية.

ثانيا: في حال شركات الإعلام التي تصدر دوريات لا تلتزم بشرع الله تعالى فإن التعويض يكون باحتساب الأمور المباحة من أصول ثابتة وتغفل الحقوق المعنوية والديون التي للشركة على المتاجر والدوريات المعروضة للبيع، وعند تعذر ذلك فيعوض عنه بالقيمة الدفترية.

٢٨- إذا كان المالك يعتقد جواز التعامل بشركة من الشركات المحرمة، وخفيت الحرمة، كما إذا اقترضت شركة بالربا دون علمه فإن الإثم يرتفع عنه.

والله أسأل أن يوفقنا لصالح القول والعمل إنه ولي ذلك والقادر عليه، والحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين.