

مركز دراسات الدكتوراه: "اللغات والتراث والتهيئة المجالية"
تكوين الدكتوراه: التاريخ والتراث
محور: الدراسات الإسلامية
مختبر: الأصول الشرعية للكونيات والمعاملات

أطروحة لنيل الدكتوراه في الآداب والعلوم الإنسانية في موضوع: العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية

الأستاذ المشرف:
د. سعيد المغناوي

إعداد الباحث:
أحمد محمدن إسحاق

تاريخ المناقشة: 2019/12/19

لجنة المناقشة:

الدكتور: الجلال الميرني رئيسا
الدكتور: عبد الحق يدير عضوا
الدكتورة: بثينة الغلزوري عضوا
الدكتور: سعيد المغناوي مشرفا ومقررا

السنة الجامعية

1440/1439 هـ

2019/2018 م

إهداء

الحمد لله حقَّ حمده، والصَّلَاة والسَّلَام على رسوله وعبدہ، محمد عليه أفضل الصَّلَاة، وأتم التسليم، وعلى آله الطَّيِّبين الطَّاهرين، وصحابته الغُرِّ الميامين، وعلى من تبعهم بإحسان إلى يوم الدِّين.

أما بعد، فإنني أهدي هذا العمل لأمة الحبيب محمد عليه الصلاة والسلام، حبا، وتقديرا، ولغيرها من الأمم، هداية، وإرشادا، لمن أراد أن ينهل من معين هذه الشريعة المباركة الذي لا ينضب.

الطالب الباحث:

أحمد محمدن إسحاق

كلمة شكر

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، كما يحب ربنا ويرضى، والصلاة والسلام على الرحمة المهداة، محمد عليه أفضل الصلاة، وأتم التسليم، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وصحابته الغر الميامين، وعلى من اتبع هداهم وسار على نهجهم إلى يوم الدين.

أما بعد، فإني أسدي كامل شكري، وامتناني، بعد شكر الله تعالى وحمده: إلى كل من وقف معي، أو ساندني إلى أن وصلت إلى هذه اللحظة الجميلة، والفارقة من حياتي، وأخص بالذكر: من لهم الفضل عليّ بعد الله تعالى، والديّ العزيزين، حفظهما الله تعالى ورعاهما، وبارك فيهما، وأطال في أعمارهما.

كما أخص بالشكر، أستاذي الفاضل الدكتور: سعيد المغناوي، الذي أشرف على هذا العمل، على ما قدّم لي من نصائح، وتوجيهات، أنارت هذا البحث، وأسهمت في تصويبه، وتقويمه، وتحسينه، فله مني كامل الشكر، وجزيل الامتنان.

كما أشكر أعضاء لجنة المناقشة السادة العلماء الأجلاء، الذين قبلوا فحص هذا العمل، وتقويمه، ومناقشته. والشكر موصول إلى: كلية الآداب والعلوم الإنسانية بجامعة سيدي محمد بن عبد الله، سايس، فاس، ممثلة في عمادة الكلية، ومصلحة الدراسات العليا، ومركز دراسات الدكتوراه بالكلية، على ما لقيت منهم، من تعاون، وحسن خلق، طيلة فترة التكوين. كما لا يفوتني أن أشكر جميع أساتذتي العلماء الأفاضل الذين أطروني في جميع مراحل الدراسات العليا بالكلية.

والشكر موصول كذلك، إلى كل من قدّم لي يد المساعدة من قريب، أو بعيد، طيلة فترة تكويني ودراستي، فإلى الجميع أقول: جزاكم الله خيرا وتقبل منا ومنكم.

الطالب الباحث:

أحمد محمدين إسحاق

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبشكره تزيد النعم، وله سبحانه الفضل، والمنة، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله، وصحبه، ومن اهتدى بهديه، واتبع سنته إلى يوم الدين.

أما بعد، فإن "ضمان المال"، وسيلة من أهم وسائل توثيق الحقوق المالية، ومنه يمكن استيفاء الحقّ، شرع تيسيرا على المسلمين، وقضاء لحوائجهم، وتحقيقا للتعاون بينهم.

وكان المسلمون يقومون به على وجه المعروف والإحسان؛ طلبا للأجر، وتفريجا للكرب.

كما يعتبر "ضمان المال"، من أهم المواضيع المطروحة في الساحة المالية المعاصرة؛ وذلك لماله من أهمية كبيرة في مجال توثيق الديون، واستيفاء الحقوق، وتحقيق أمان للدائنين من مخاطر عدم وفاء المدينين، وتقريج كروب المدينين بالتحمل عنهم، والتعهد لأصحاب الحقوق، بالتزام الحق لهم؛ فظهرت بذلك الحاجة إليه، وكثرت؛ خصوصا في هذا العصر، وصار تقديمه من قبل المصارف غالبا؛ لذلك، اتجهت كثير من المصارف الإسلامية إلى أخذ العوض عليه.

ولما كان هذا الموضوع بحاجة إلى مزيد بحث وعناية، رغبت أن أبحثه تحت عنوان:

"العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية"

أولاً: أهمية موضوع البحث:

تظهر أهمية هذا الموضوع في النقاط التالية:

1. اتساع الحاجة إلى "الضمان" في هذا العصر، واشتراطه في كثير من الحقوق والالتزامات، وارتباطه بمجموعة من العقود المالية المعاصرة.

2. أن الحكم في مسألة: "العوض عن الضمان المالي": صار ذا تأثير كبير في مجموعة من المعاملات المالية المعاصرة التي خُرجت على أنها: "ضمان"، وتجريها المصارف الإسلامية؛ فتأكد ضرورة معرفة "حكم أخذ العوض عن الضمان فيها"، ومدى شرعيته.

3. أن الحكم في هذه المسألة؛ كان مستقراً عند المتقدمين، فلما كثرت الحاجة إلى الضمان في هذا العصر؛ أعاد مجموعة من الباحثين النظر فيما قرره الفقهاء المتقدمون، وأوردوا عليه إيرادات كثيرة؛ منها ما يقدر في أصل الحكم عندهم، ومنها ما يقدر في جانب من جوانبه، ولاشك أن النظر في هذه الإيرادات، والمناقشات، مفيد في ضبط المسألة، وتحرير محل الحكم فيها، وتمييزها عما يشبهها، وإيجاد المخارج، والحلول التي يحصل بها المقصود من تجنب المحذور، ثم بيان ما ترجح فيها بناء على نصوص الشريعة، ومقاصدها، والقواعد الفقهية الضابطة للمعاملات، والحاكمة لها.

4. الحاجة إلى جمع شتات المادة، وما تفرق من كلام العلماء فيها من مصادره، وضبط ذلك وجمعه، حتى تحصل لدينا مادة علمية وافية تحيط بالموضوع من جميع جوانبه، وتسد ثغراته، ويمكن من خلالها أن تتبين المسألة، وتتجلي، ويتضح الحكم فيها، والتعرف عليها، والإجابة على الأسئلة الواردة فيها تأصيلاً، وتطبيقاً.

5. حاجة المؤسسات المالية الإسلامية الماسة في التعرف على الحكم في هذه المسألة؛ وكذا تأكيد المجامع الفقهية، وتوصيات المؤتمرات، والندوات، على ضرورة مزيد البحث في هذه المسألة، وبيان الحكم الشرعي فيها.

كل ذلك، يؤكد على أهمية البحث في هذا الموضوع، والكتابة فيه.

فجاء هذا البحث، استجابة لتلك الدعوات، وتتنزلاً عند تلك الرغبات، والحاجات، والضرورات، ومحاولة لحل تلك الإشكالات الواردة في المسألة - محل البحث - ونوازلها.

ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث:

من خلال أهمية الموضوع تتضح أسباب اختياره؛ فكل ما ورد من نقاط في أهمية الموضوع؛ هي في حد ذاتها أسباب لاختياره، ويضاف إليها:

1. داعي التخصص، وهو: الفقه، والاقتصاد الإسلامي؛ ومعلوم أن فقه المعاملات المالية، هو: مادة من مواد الاقتصاد الإسلامي.

2. حرص الأستاذ المشرف، وحثه على الإتيان بالجديد في مجال التخصص، والكتابة فيما هو مفيد.

3. نصح أهل التخصص والخبرة - في مجال المعاملات المالية المعاصرة - لي بعد المشورة معهم، في البحث في هذا الموضوع باعتباره إشكالية معاصرة تحتاج مزيد بحث، ودراسة، حيث لم تستكمل بعد حظها من الكتابة، والتحرير بما يعالجها معالجة شاملة تحيط بكل جوانبها النظرية، والتطبيقية.

4. رغبتني في تحرير المسائل الفقهية ذات العلاقة بالنوازل، والمستجدات، والتعرف على الحكم الشرعي فيها.

5. قناعتي بأن "المال": كان وما يزال عصب الحياة، وفي واقعنا اليوم استُحدثت كثير من المعاملات المالية التي يجب علينا معرفة حكم الله فيها، وإعمال

المَلَكَة في تكييفها حتى تتضح صورتها شرعا، ومن هذه المعاملات: مسائل
"الضمان" المعاصر؛ فقد استحدث فيها كثير من المعاملات التي يجب تكييفها
شرعا، ومعرفة مدى تحقق مناط حكم "الضمان" فيها، ومن ثم إنزال حكم
العوض عليها.

فلذلك، كانت رغبتى شديدة في بيان أحكام هذه المعاملات؛ حتى يتميز حلالها من
حرامها؛ ولأن ذلك يتوقف عليه طيب الكسب؛ خصوصا أن المعاملات المالية المعاصرة لا
مناص منها للمرء في واقعنا اليوم مهما حرص - بل واشتد حرصه - ، فلن ينجو من
الدخول فيها؛ لذا وجب توضيح الأحكام الشرعية فيها، حتى تتم المعاملات وفق ضوابط
الشرع.

ثالثا: الدراسات السابقة:

قبل أن أدخل في الدراسات السابقة، أود أن أشير إلى أن موضوع دراستنا هو:

"العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية"

لذا، فإنه لا يعتبر بالنسبة لي كدراسة سابقة؛ إلا ما كان يتناول " أحكام المعاوضة
على الضمان المالي، والتطبيق المعاصر لذلك في المصارف الإسلامية"؛ أما ما يتناول
"الضمان" بشكل عام، أو نوع من " الضمان"، كضمان المال، دون ذكر أحكام المعاوضة
عليه، أو ذكر أحكامه دون ذكر أحكام المعاوضة عليه، وذكر التطبيق المعاصر لذلك، أو
كضمان العدوان، أو المتلفات، أو أحكام المسؤولية المدنية، والجنائية، أو غير ذلك من أنواع
الضمانات، أو تناولت الضمان في مذهب من المذاهب، دون ذكر المذاهب الأخرى، بمعنى
حصر دراسة "الضمان" في مذهب فقهي معين، أو تناولت الجانب التطبيقي للضمان
المعاصر دون دراسة الجانب الفقهي للضمان، وبيان أحكام المعاوضة عليه؛ كل ذلك، إنما
يعتبر جانبا من الموضوع، وليس عين الموضوع.

وقد حرصت على تتبع الدراسات السابقة في الموضوع؛ حتى لا يكون عملي جُهد مُكرر، وحديث مُعاد؛ وذلك لكوننا نحتاج إلى تركيز الدراسات على المستجدات التي تضيف إلى سابقتها جديداً؛ لا إلى المكررات التي تضيع فيها الجهود دون ذكر الجديد، وكذا سد الثغرة في الدراسات السابقة، أو إكمال النقص الحاصل فيها، أو جمع شتات المادة فيها، والإحاطة بجوانبها، ثم إضافة الجديد من خلال إكمال النقص في المتقدم من الدراسات في الموضوع المراد بحثه، وتركيز الجهد فيه؛ كل هذا، كان حاضراً أثناء الإعداد للكتابة في هذا الموضوع.

لذلك، كانت هذه الدراسة محاولة مني للإسهام بمعالجة شاملة لموضوع "المعاوضة على الضمان المالي"، من جميع جوانبه التأصيلية، وقضاياها التطبيقية.

من هنا، فإنني سأعرض بعض النماذج التي عالجت جانباً من جوانب الموضوع، أو ركزت على زاوية من زواياه، لكنها لم تتناول الموضوع بجميع حيثياته، ولم تتطرق له من جميع زواياه:

وهذه الدراسات⁽¹⁾ هي على النحو التالي:

1. الضمان في الفقه الإسلامي، تأليف: علي الخفيف، وقد تم نشر الطبعة الأولى

منه سنة: 1392هـ-1971م، من طرف معهد البحوث والدراسات العربية،

القاهرة، مصر.

وقد تناولت هذه الدراسة:

¹ - وقد سردت هذه الدراسات بناء على تاريخ صدور الطبعة الأولى من الدراسة.

- في قسمها الأول: أهم مسائل الضمان فيما يتلف من الأموال مع الموازنة بين آراء الفقهاء.

- وفي قسمها الثاني: تناولت الحديث عن الكفالة والديات.

وقد ركزت دراسته على الجانب النظري للضمان، ولم تتعرض للجانب التطبيقي منه.

2. نظرية الضمان، أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي-

دراسة مقارنة- تأليف: أ. د. وهبة الزحيلي، وقد تم نشر الطبعة الأولى منه

سنة: 1402هـ - 1982م، نشر: دار الفكر، دمشق، سوريا.

تناولت هذه الدراسة "الضمان" في إطار التعويض عن الأضرار، والضمان في نطاق المسؤولية المدنية، والجنائية.

3. نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام، تأليف: محمد فوزي فيض الله، نشر

مكتبة دار التراث، الكويت، الطبعة الأولى، سنة النشر: 1403هـ - 1983م.

تناولت هذه الدراسة "أحكام الضمان" من الناحية النظرية، ولم تتطرق لتطبيقات الضمان المعاصر.

4. الكفالة بين الفقه والقانون، إعداد: د. علي أحمد السالوس، وهو بحث نشر في

حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة قطر - العدد الثالث، بتاريخ

1404هـ - 1984م.

تناول هذا البحث عقد الكفالة مقارنا بالقانون، ولم يتعرض للجانب التطبيقي للكفالة، ولا

حكم المعاوضة على الكفالة، وإنما كان بحثه دراسة نظرية حول: "أحكام الكفالة مقارنة بالقانون".

5. الكفالة في ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر، إعداد: د. علي أحمد السالوس، وهو بحث نشر في حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة قطر - العدد الرابع، بتاريخ: 1405 هـ - 1985م.

جاء هذا البحث مكملاً للبحث السابق، ومضيفاً إليه تأصيل مسائل الكفالة، ثم إضافة بعض التطبيقات المعاصرة.

لم يتعرض البحث في جانبه النظري لمسألة: "المعاوضة على الضمان المالي"، أو "حكم أخذ العوض عنه"، وإنما ركز على الجانب التأصيلي للكفالة.

وأما في جانب التطبيق المعاصر؛ فقد تحدث عن حكم ما يأخذه المصرف مقابل خطاب الضمان، مبيناً أنه يجوز في حالة تغطية الخطاب باعتبار المصرف وكيلاً لا كفيلاً، وأما إذا كان غير مغطى؛ فإنه لا يجوز أخذ مقابل عليه؛ لأنه سيؤول إلى كفالة بأجر، وأما بالنسبة لحصول المصرف على جُعلٍ نظير إصدار الخطابات مقابل ما يتحمله المصرف من الجهد والمخاطرة؛ فقد أكدت الدراسة إلى أن البحث فيها ما يزال محل دراسة، ثم تساءل الباحث بقوله؟: «هل من ضابط في شأن المسألة؟ مجيباً: أما وقد قامت بحمد الله تعالى هيئة عليا للرقابة الشرعية؛ فلعلها تبحث هذا الموضوع؛ لتخرج برأي تلتزم به المصارف الإسلامية، وتطمئن به قلوب العاملين في هذه المصارف والمتعاملين معها»⁽¹⁾.

ثم طرح سؤالاً آخر؟ وهو قوله: «فإذا كان الأصل في الزعامة - أي الكفالة - أنها غرم؛ فكيف تتحول في عصرنا إلى غنم»⁽²⁾!

¹ - الكفالة في ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر، إعداد: د. علي أحمد السالوس، بحث منشور في حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة قطر - العدد الرابع، بتاريخ: 1405 هـ - 1985م، (ص 604).

² - البحث نفسه (ص 605)

هذه التساؤلات، وغيرها، مما يتصل بأخذ العوض عن الضمان (الكفالة)؛ هو الذي تحاول دراستنا الإجابة عليه.

6. بحوث خطاب الضمان، ومن أبرزها البحوث المقدمة إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، المملكة العربية السعودية، وخصوصاً في دورته الثانية المنعقدة بجدة، بتاريخ: 10-16 ربيع الآخر 1406هـ، الموافق: 22-28 ديسمبر 1985م، وهي بحوث مهمة تناولت خطاب الضمان المصرفي، وعالجت من خلاله حكم أخذ العوض عنه، وهي أبحاث مهمة في تصور خطاب الضمان المصرفي، وفي تكييفه، والمناقشات حوله؛ وقد أكدت هذه الأبحاث على ضرورة مزيد البحث في قضية: "أخذ العوض عن الضمان"؛ لما لها من أهمية وضرورة.

7. نظرية الضمان الشخصي (الكفالة) - دراسة مقارنة -، د. محمد إبراهيم موسى، نشر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، سنة النشر: 1411هـ - 1991م.

هذه الدراسة هي أطروحة جامعية تحت إشراف: الشيخ مناع خليل القطان، وقد نال بها الباحث درجة الدكتوراه من المعهد العالي للقضاء.

وقد تناولت الدراسة أحكام الضمان، وتعرضت للضمان المعاصر في بعض العمليات المصرفية؛ لكن لم تعالج الدراسة في جانبها النظري: مسألة "العوض عن الضمان المالي"، أو "حكم المعاوضة على الضمان المالي"، باعتباره عقد تبرع، ليس مجالاً للمعاوضة؛ وإنما ركزت الدراسة على أحكام الضمان (الكفالة)، مقارنة بالقانون الوضعي.

8. الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، تأليف: محمد عبد المنعم أبو زيد، الطبعة الأولى بتاريخ: 1417هـ - 1997م، نشر المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر.

- تناولت الدراسة في شقها النظري: أحكام الضمان بصفة مختصرة، كما عبر بذلك الباحث في مقدمة دراسته⁽¹⁾.

- لم تتعرض الدراسة لمسألة "المعاوضة على الضمان المالي"، ولا حكمها.

- تحدثت الدراسة في شقها التطبيقي: عن الضمان في الأنشطة الاستثمارية في المصارف الإسلامية باعتباره مغايراً لنوع الضمان في المصارف التقليدية؛ حيث تحكم الأول قاعدة: الغنم بالغرم، ويحكم الثاني مبدأ: القرض بفائدة.

- بالنسبة للخدمات المصرفية: تعرض الباحث في دراسته: لخطاب الضمان، وتكييفه لدى الفقهاء المعاصرين، وانتهى قوله فيه، إلى أنه: «يجوز للمصارف الإسلامية إصدار خطابات الضمان التي تعد من قبيل الكفالات المقيدة في الفقه الإسلامي، ويجوز لهذه المصارف أن تتقاضى عمولة الطالب للضمان لقاء ما تبذله من جهد»⁽²⁾.

وبالنسبة للاعتماد المستندي: فقد ذكر الباحث في دراسته أن: تكييفه يتم في إطار نظام المشاركة، أو الوكالة مع العميل المستورد، وأن هناك من يرى أن: عملية "فتح الاعتماد

¹- ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، تأليف: محمد عبد المنعم أبو زيد، نشر المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1417هـ - 1997م، (ص 19)

²- المرجع نفسه (ص 58)

المستندي" باعتبارها وسيلة إلى تنفيذ الوفاء بالثمن، تعكس ثلاث صور إسلامية واحدة هي:
"الوكالة، والحوالة، والضمان"⁽¹⁾.

* ما فات الدراسة، ويهدف الباحث إلى إضافته، وتعميق البحث فيه:

❖ في الجانب النظري:

تهدف هذه الدراسة - التي بين أيدينا - إلى إضافة جانب "المعاوضة" في دراسة
"الضمان المالي"، وبيان: "حكم الاستعاضة عليه"، وتدعيم ذلك بالنصوص الشرعية، وأقوال
فقهاء المذاهب بصفة مفصلة، ومناقشتها.

❖ وفي الجانب التطبيقي تهدف إلى:

- تعميق الدراسة عن الضمان المالي في الأنشطة الاستثمارية.

- تعميق الدراسة عن الضمان المالي في الخدمات المصرفية، وبيان حكم أخذ العوض
عن الضمان المالي في الخدمات التي رجَّحَ الباحث تكييفها ضماناً، وإيراد كلام الفقهاء
المعاصرين في تكييفها، مع ذكر ما استندوا إليه، ومناقشة ذلك، وبيان الراجح فيها.

9. بحث بعنوان: مدى جواز أخذ الأجر على الكفالة في الفقه الإسلامي، إعداد: د.

نزيه كمال حماد، وهو بحث منشور بمجلة الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك

عبد العزيز، سنة النشر: 1417هـ-1997م، وهو منشور كذلك ضمن مجموعة

أبحاث له في كتابه بعنوان: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، طبعة

دار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى، بتاريخ: 1421هـ-2001م.

¹- ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية - محمد عبد المنعم أبو زيد-، (ص54)

جاءت هذه الدراسة كما قال عنها مُعِدُّها من أجل: «مراجعة رأي الفقهاء الداهيين إلى عدم جواز أخذ الكفيل أجرا على الكفالة بالمال مطلقا، وإعادة النظر والتأمل فيما قدموا من أدلة وتعليلات...»⁽¹⁾؛ فلذلك، غرض هذه الدراسة هو: الاستدلال بأن المعاوضة على مجرد الالتزام في الضمان جائزة؛ لذلك يجوز أخذ الأجر على مجرد الالتزام في الضمان (الكفالة)، وذلك حيث لا تنشأ عن الضمان مديونية؛ فكأن الباحث سلك في المسألة مسلك التوسط، والتفصيل؛ فرأى أن القول بعدم جواز اشتراط الأجر مطلقا غير سديد، كما أن القول بالجواز مطلقا غير صحيح أيضا، نظرا لما يفضي إليه من التعامل بربا القرض تحت ستار "عقد الكفالة".

وقد استعرضت الدراسة مذاهب الفقهاء، ثم مناقشتها لبيان وتأكيد ما اتجه إليه الباحث في جواز أخذ الأجر على مجرد الالتزام بالضمان.

من هنا، جاءت هذه الدراسة التي بين أيدينا؛ لتوضح وتؤكد: أن مجرد الالتزام لا يمكن فصله عن فعل الضمان؛ لأن الضمان: التزام، فإذا فُصل عن الضمان صار بلا معنى؛ فلذلك، لا يمكن أن نقول بأن: التزام الضامن بالدين منفك عن الدين؛ إذ لا يوجد التزام بالدين بلا وجود دين؛ لأن الالتزام فرع الدين؛ فلا يتصور الفرع دون الأصل؛ فلزم من ثبوت الالتزام بالدين؛ ثبوت الدين في ذمة الكفيل .

وقد أكدت دراستنا هذه :

- أن أخذ العوض عن الالتزام بالدين: هو عين أخذ العوض عن أداء الدين؛ لأن الالتزام فرع الدين.

¹ - قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، تأليف: د. نزيه حماد، ط: دار الشامية، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ - 2001م، (ص283).

- أن أدلة المنع أقوى وأرجح، في منع أخذ الأجر عن الضمان مطلقاً.

10. عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة، إعداد: د. عبد السلام بن محمد الشويعر، وهو بحث مُحَكَّم نشر بمجلة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد (43)، رجب 1430هـ - 2009م.

تناول هذا البحث - عقد الكفالة - في جانبه النظري: أحكام الكفالة مقارنة بالأنظمة السعودية المنظمة لعقد الكفالة، والقرارات، والأحكام الصادرة في شأن عقد الكفالة فيها. وقد ركز البحث على رأي الحنابلة في "عقد الكفالة"، مشيراً إلى المذاهب الأخرى؛ مكتفياً في الغالب بمرجع واحد لكل مذهب؛ كما صرح بذلك في مقدمته⁽¹⁾.

- وأما في الجانب التطبيقي: فلم يزد الباحث على تعريفات بعض التطبيقات المعاصرة وتكييفها، وربطها بالأنظمة السارية في المملكة العربية السعودية.

11. أحكام الكفالة بالمال - دراسة فقهية مقارنة -، إعداد: محمد زيدان - جامعة القدس المفتوحة - رفح، ومازن مصباح صباح - جامعة الأزهر - غزة، وهو بحث منشور بمجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية 2012م، المجلد 14، العدد 1، بتاريخ: 2012/4/10م، (ص 381-412).

تحدثت هذه الدراسة عن "الكفالة بالمال" من الناحية النظرية، ولم تتعرض للتطبيقات المعاصرة للكفالة بالمال، كما أنها نظرياً لم تتعرض "للمعاوضة على الضمان المالي وحكمها".

¹- ينظر: عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة، إعداد: د. عبد السلام بن محمد الشويعر، وهو بحث مُحَكَّم نُشر بمجلة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد (43)، رجب 1430هـ - 2009م، (ص 2).

12. أطروحة جامعية لنيل شهادة الدكتوراه بعنوان: عقود الضمان في المعاملات المالية في المذهب المالكي، إعداد الطالب الباحث: حميد لطرش، إشراف: د. أحمد أمحرزي علوي، وقد نُوقِشت الأطروحة في العام الجامعي: 1433هـ - 1434هـ / 2012 - 2013م، بجامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، سايس، فاس، المملكة المغربية.

تحدثت الدراسة عن الضمان في المعاملات المالية انطلاقاً من المذهب المالكي، مركزة على أحكام الضمان من خلاله؛ وتحدث الباحث في دراسته عن الضمان من حيث كونه التزاماً، وكذا الضمان كأثر في العقود، كالبيع وما شاكله.

و قد قام الباحث بتقسيم دراسته إلى بابين:

- تحدث في الباب الأول: عن الضمان في الفقه المالكي.

- وأما الباب الثاني: فقد خصصه للحديث عن عقود الضمان في المعاملات المالية؛ حيث تحدث عن الضمان في عقد البيع، والضمان في البيع الفاسد، ثم الضمان في العقود المشاكلة للبيع.

لم تتعرض الدراسة في أثناء تناولها لأحكام الضمان لمسألة: العوض عن الضمان المالي وحكمها، كما لم تتعرض الدراسة للتطبيق المعاصر لعقود الضمان المالي في المصارف الإسلامية، وتكييفها، وحكمها، وحكم المعاوضة عليها.

13. أطروحة جامعية لنيل شهادة الدكتوراه بعنوان: الضمانات في البنوك الإسلامية، إعداد الطالب الباحث: صغير عبد اللطيف الحوينط، إشراف: د. الجيلالي المريني، وقد نُوقِشت الأطروحة في العام الجامعي: 1434هـ - 1435هـ / 2013 - 2014م، بجامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، سايس، فاس، المملكة المغربية.

تعرضت هذه الدراسة في جانبها النظري للضمان وأحكامه، دون أن تتطرق لحكم: "الاستعاضة على الضمان المالي في الفقه الإسلامي".

وأما في شقها التطبيقي: فقد تحدثت الدراسة عن "الضمانات في البنوك الإسلامية" على شكل عرض، ولم تركز أصالة على مسألة: "أخذ العوض عن الضمان المالي في المصارف الإسلامية، وحكمها".

من هنا، جاءت هذه الدراسة - التي بين أيدينا - لتركز في شقها النظري على مسألة: "العوض على الضمان المالي، وحكم الاستعاضة عليه" عند فقهاء المذاهب، وذكر نصوصهم، ومناقشتها، ثم التوصل إلى القول الراجح منها.

- وفي الجانب التطبيقي: تتعرض الدراسة - محل البحث - لعقود الضمان المالي في المصارف الإسلامية، بالدراسة، والتحليل، والنقاش، وعرض أقوال الفقهاء المعاصرين في تكييفها شرعا، وبيان أحكام الاستعاضة عليها، مع توضيح الراجح في ذلك.

14. بحث بعنوان: "الالتزامات الشرعية والمعاوضة عليها"، للشيخ: عبد الله بن

سليمان بن منيع - عضو المجمع الفقهي الإسلامي - وهو: بحث مقدم للدورة

الثانية والعشرين للمجمع الفقهي الإسلامي - التابع لرابطة العالم الإسلامي -

المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من: 21 - 25 رجب 1436هـ، الموافق:

10 - 14 مايو 2015م، وقد نحا الشيخ منحي الدكتور نزيه حماد، وقال:

بإجازة أخذ الأجرة على الالتزام؛ وفي ذلك يقول: «..وبعد مزيد من تأملي

المسألة، وبحثي أقوال أهل العلم فيها؛ ظهر لي أن أخذ الأجرة على الالتزام جائز...»⁽¹⁾

والإجابة على هذا البحث، هي نفس الإجابة على دراسة الدكتور نزيه حماد المتقدمة.

وخلاصة القول: أن البحوث والدراسات السابقة في الموضوع، لم يظهر لي وفاؤها بالمقصود في مسألتنا - محل البحث - حيث لم تتعرض لموضوع "المعاوضة على الضمان المالي" بما يستوعب المسألة من جميع حيثياتها، وبطرقها من جميع أبوابها، تأصيلاً، وتطبيقاً.

لذلك، جاء هذا البحث، محاولة لطرق باب المسألة - محل البحث -، وسد ثغرتها - جهد المستطاع بما يسر الله -، وكذا إسهاماً مني في معالجة الموضوع، بما يمكن أن يكون إجابة على ما ورد حوله من إشكالات، وإيرادات، يجب أن تأخذ حظها من البحث، والمناقشة؛ فإن وُقِّتْ، فذلك من فضل الله؛ وإن كان غير ذلك، فأسأل الله أن يُلهمني الصواب، ويعصمني من الزَّيغ، والزَّلَل، إنه جَوَادٌّ، كَرِيمٌ، سَمِيعٌ، مُجِيبٌ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي، العظيم .

رابعاً: مشكلة البحث:

تعتبر قضية: "العوض عن الضمان المالي": من القضايا الفقهية المالية التي أثارت نقاشاً كبيراً بين الفقهاء المعاصرين، ما بين قائل بالمنع - على رأي جمهور الفقهاء -، وقائل بالجواز يرى أن أقوال الفقهاء المانعين قابلة للمراجعة على أساس قواعد الشريعة،

¹ - الالتزامات الشرعية والمعاوضة عليها، للشيخ: عبد الله بن سليمان بن منيع، وهو: بحث مقدم للدورة الثانية والعشرين للمجمع الفقهي الإسلامي - التابع لرابطة العالم الإسلامي - المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من: 21 - 25 رجب 1436هـ، الموافق: 10 - 14 مايو 2015م، (ص 5).

وضوابطها، وأن تغير الزمان، وتوسع مجال المعاملات المالية يجري على الأحكام المتغيرة؛ وقد اقتضى هذا النقاش ضرورة بسط الكلام في هذه القضية، ودراستها بصفة موسعة من أجل التوصل إلى الرأي الراجح فيها؛ انطلاقاً من نصوص الشريعة، ومقاصدها، وأقوال الفقهاء في الضمان المالي؛ ومستحباً واقع الضمان المالي المعاصر في المصارف الإسلامية.

وتتفرع عن هذه المشكلة الأسئلة التالية:

1- هل الضمان المالي شرع كعقد توثيق يراد به الإرفاق؟ أم يمكن أن ينقلب عقد معاوضة، يجوز الاسترباح عليه؟

2- كيف تصور الفقهاء العوض عن الضمان المالي؟ وماهي نظرتهم إليه؟

3- ماهي مقاصد الشريعة الإسلامية في الضمان المالي؟، وهل يصح قصده للمعاوضة؟

4- ماحكم المعاوضة على الضمان المالي عند الفقهاء؟، وهل يصح الخروج على ما اتفقوا عليه في شأنها؟، وهل وُجد في واقع الضمان المالي المعاصر ما يبرر الخروج على ذلك الاتفاق؟

5- هل يمكن أن يتغير الحكم في المعاوضة على الضمان المالي المعاصر - الذي تجريه المصارف الإسلامية - مراعاة للواقع؟ أم الحكم باق على ما قرره فقهاء المسلمين، واتفقت كلمتهم عليه، في منع أخذ عوض عنه؟

6- كيف نستطيع إعمال النصوص الشرعية، ونستفيد من الموروث الفقهي - في الضمان - في حل مسائل، وإشكالات، ونوازل، الضمان المالي المعاصر الذي تجريه المصارف الإسلامية؟

خامسا: فرضيات البحث:

ستتناول هذه الدراسة فرضية أن: عقد ضمان المال في التشريع الإسلامي؛ شرع لأجل الترفق والإحسان، ومعالجة أزمة الثقة بين الدائن والمدين، ويعزز مقصد حفظ المال.

وقد تضافرت النصوص الشرعية في جوازه، وأهميته، وغطت جميع نوازل المعاصرة، وما قد يعرض فيه من أسئلة، وتناول الفقهاء أحكامه، وقعدوا فيه، ونظروا؛ لذلك، جاءت هذه الدراسة لتجيب على تلك الأسئلة والنوازل بما ورد من نصوص شرعية، وخلفه الفقهاء من مبررات فقهي في شأن العوض عن الضمان المالي، وأحكامه.

سادسا: حدود البحث:

يتناول موضوع البحث: "العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية"؛ لهذا سيركز البحث على جانب "المعاوضة على الضمان المالي"، وينطلق في حدود ذلك من نصوص الشريعة، ومقاصدها، وأقوال فقهاء المذاهب المعتمدة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، ومن ثم استثمار تلك النصوص في معالجة واقع الضمان المالي، والعوض عنه في المصارف الإسلامية.

سابعا: أهداف البحث:

1. الإجابة عن مشكلة البحث وأسئلته، ومن ثم محاولة سد ثغرة في باب البحث في "المعاوضة على الضمان المالي"، وإشكالية "الاستعاضة عليه في واقع الضمان المالي المعاصر في المصارف الإسلامية".

2. بيان أن: "الشريعة الإسلامية": حددت عقودا للمعاوضات، وأخرى للتبرعات والإرفاق؛ فلا يجوز تغيير حقيقة العقود وقلبها؛ بل يجب أن نحافظ على مقاصد المعاملات كما هي، حتى تبقى معالم الشريعة في المعاملات ثابتة.

3. تبين أن: "عقود التبرع": يراد منها المحافظة على جانب التبرع لدى المسلمين، وإظهار قدر دينهم، وفضله وميزته، وأن المعاملات في الإسلام ليست كلها معاوضة مبنية على المشاحة؛ بل هناك "عقود تبرع" مبنية على الترفق والإحسان، ويراد منها الاستيثاق، وبث روح الأمان والطمأنينة، والثقة في قلب الدائن، وكذا الإحسان، والتوسع، وتفريج الكرب، ورفع الضيق عن المدين بالتحمل عنه؛ لذلك كان هذا الجانب مقصداً من مقاصد جعل الضمان: "عقد تبرع وإرفاق" في العقود الشرعية التي جاءت بها شريعة الإسلام؛ فإذا قلبناه إلى معاوضة، فقد قضينا على جانب الرفق والإحسان في هذا العقد الذي يحتاجه الناس في معاملاتهم، وتُرفع الضرورة والحاجة إليه.

كذلك، فإن "الضامن"، إذا كان في نظر الشريعة، غارماً بتحملة الدين عن المدين، فكيف يتحول في واقعنا اليوم إلى غانمٍ يستريح على ضمانه، ويجعله مجالاً للكسب، والمعاوضة.

4. توضيح أن: "الضامن" لا يخلو من احتمالين:

أولاً: أن يضمن بأمر المضمون عنه، ولا يؤدي عنه شيئاً.

ثانياً: أن يضمن بأمر المضمون عنه، ثم يرجع بما أدى عليه.

ففي الحالة الأولى: إذا أخذ الضامن أجراً مقابل ضمانه: فإن أخذه الأجر بدون مقابل وبغير وجه: يعد من أكل أموال الناس بالباطل، وخارج عن مقصد الترفق، والإحسان المقصود في الضمان.

وأما في الحالة الثانية: إذا أدى الضامن عن المضمون عنه، ثم رجع عليه بما أدى، ففي هذه الحالة يعتبر الضامن مُقرضاً للمضمون عنه، فإذا أخذ مقابلاً على ما دفع عن المضمون عنه، كان زيادة على أصل إقراض، وذلك ربا عند عامة فقهاء المسلمين.

5. إظهار أن: المعاوضة على "ضمان المال" تُخرجه عن إطاره ومقصده، وتفتح باباً على الحرام، فإما أكل المال بالباطل، والخروج عن مقتضى الإرفاق والإحسان المقصود في الضمان، أو الدخول في الربا وشبهه بحجة الضمان، والتسُّرُّ تحت ستاره؛ والربا أحق ما حميت مراتعه، وسدت الطرائق دونه.

6. حل مشكلة، أو (نازلة) الحكم في قضية: أخذ العوض، أو (الأجر) على ضمان المال في المصارف الإسلامية؛ فما قامت هذه المصارف الإسلامية؛ إلا لتطبيق المعاملات الإسلامية كما أرادت لها الشريعة الإسلامية؛ وكما حدده فقهاء المسلمين، وقرروه من قواعد، وأحكام مستنبطة من نصوص الشريعة؛ فما الواجب الشرعي الذي يجب أن تسلكه اتجاه زبنائها عندما تقوم بالضمان عنهم؟ هذا، وغيره من الأهداف، هو ما يهدف البحث إلى الإجابة عنه.

ومن خلال هذا الهدف: تبرز أهمية وضرورة: أن يجعل الباحثون في مجال المعاملات المالية المعاصرة: من صميم أهداف بحوثهم تقديم الحلول في المسائل المشكلة، والنوازل المطروحة في ساحة المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة، والتي تسعى إلى إحداث البديل، وتقديمه للمجتمعات المسلمة التي تريد الابتعاد عن الحرام وأكله، والتقيد بالمعاملات المشروعة، بعيداً عن الربا وطرائقه، وكذا المعاملات المحرمة الأخرى، كأكل المال بالباطل، والغش، والظلم، والغرر...؛ فكل هذه المعاملات نصت الشريعة على حرمتها، فهي من الكسب الخبيث الذي يجب الابتعاد عنه، لمن يؤمن بالله واليوم الآخر، ويسعى لتطهير كسبه، وأكل الحلال.

7. بيان حكم أخذ العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي، وتوضيح أحكامه تأصيلاً، وتطبيقاً.

8. إبراز سمو الشريعة الإسلامية، وأحكامها، ومقاصدها، وتميُّز معاملاتها عن غيرها، وإظهار جانب الاحتساب في معاملاتها، ودخوله في التيسير على الناس

معاملاتهم، وكونه مقصدا من مقاصد التشريع الحكيم في عقود الإرفاق والتبرعات،
مثل: الضمان.

ثامنا: المنهج العلمي المتبع في البحث:

* لقد اعتمدت في هذا البحث على منهجين أساسا، هما:

أولا: المنهج الوصفي: وقد وظفته من خلال جمع المعلومات الخاصة بموضوع البحث،
ثم وصف، وبيان دورها، ودلالاتها الشرعية.

ثانيا: المنهج التحليلي الاستنباطي: وقد تم توظيفه من خلال تحليل النصوص، وتتبع
مختلف آراء الفقهاء في المسألة - محل البحث - ، وإبراز مواقفهم الاجتهادية فيها، وبيان ما
استندوا إليه من أدلة، ومحاولة مناقشة آرائهم، والتعليق عليها، وكذا محاولة استنباط الحكم
من النصوص الشرعية للمسائل المبحوثة النازلة ذات العلاقة بموضوع البحث، والموازنة بين
آراء الفقهاء في المسائل، وعرضها، وبيان الرأي فيها ما أمكن ذلك، ثم الترجيح مع بيان
سببه، إن تيسر ذلك.

* وأما منهجي في التعامل مع المادة العلمية؛ فهو كالاتي:

1- رجعت في رصدها إلى المصادر الأصلية.

2- تصوير المسألة المراد بحثها تصويرا دقيقا قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من
دراستها.

3- إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق؛ فإنني أذكر حكمها بدليله، مع توثيق الاتفاق
من مظانه المعتبرة.

4- إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف؛ فأتبع ما يلي:

أ- تحرير محل الخلاف؛ إذا كان بعض صور المسألة محل خلاف، وبعضها محل اتفاق.

ب- أذكر الأقوال في المسألة، وأبين من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

ج- الاختصار على المذاهب الفقهية المعتمدة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما؛ فأسلك بها مسلك التخريج.

د- قمت بتوثيق أقوال الفقهاء من المصادر الأصلية.

هـ- حاولت استقصاء أدلة الأقوال - قدر الإمكان - مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها إن أمكن ذلك.

و- الترويج مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.

5- اعتمدت في التحرير، والتوثيق، والتخريج، والجمع، على أمهات المصادر، والمراجع الأصلية.

6- التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد.

7- العناية بدراسة ما جدَّ من القضايا المعاصرة في المصارف الإسلامية، مما له صلة بموضوع البحث.

8- قمت بتبويب المادة، وتحليلها، ثم تنقيحها؛ وذلك بوضع كل موضع فيما يناسبه من باب، وفصل، ومبحث، ومطلب، وفرع، وبعد التبويب، تحلل المادة، وتدرس دراسة فاحصة.

وإذا أطلت في باب، أو فصل، أو مطلب، أو فرع، على حساب آخر؛ فذلك راجع إلى حاجة المسألة المبحوثة إلى ذلك؛ حيث لا يفي بالغرض في دراسة المسألة - في نظري - إلا ما كتبت، وأعتبر الاختصار فيه مُخل، كما الزيادة فيه على القدر المطلوب مُمل؛ فلذلك راعيت عدم الإطالة المُمل، أو الاختصار المُخل.

9 - وضعت النصوص المستشهد بها في البحث بين علامة تنصيص.

10- وضعت في نهاية البحث خاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات التي يراها الباحث.

* وأما من حيث الحواشي والفهارس؛ فقد اعتمدت ما يأتي:

1- ترقيم الآيات القرآنية، وبيان سورها، وقد اعتمدت في البحث: رواية ورش عن الإمام نافع المدني رحمهما الله.

2- تخريج الأحاديث النبوية من مصادرها الأصلية، وإثبات الكتاب، والباب، والجزء، والصفحة، ورقم الحديث، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها، إن لم تكن في الصحيحين، أو أحدهما، فإن كانت كذلك؛ فيكتفى حينئذ بتخريجها.

3- تخريج الآثار من مصادرها الأصلية، والحكم عليها.

4- توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة.

5- عند الإحالة على المصادر، والمراجع أول مرة، أذكر معلومات المصدر، أو المرجع كاملة، بما في ذلك:

اسم الكتاب، والمؤلف،-(واسم المحقق إن كانت الطبعة محققة)-، وذكر دار النشر، ورقم الطبعة، وتاريخها، ثم ذكر الجزء، ورقم الصفحة، وعندما أذكره مرة أخرى أقتصر على ذكر المرجع، وإن كان عنوان المصدر، أو المرجع باسم مُؤَلِّفَيْن مُخْتَلَفَيْن، فأُمَيِّز المصدر، أو

المرجع عند ذكره ثانية، بذكر مؤلفه معه، دون ذكر المعلومات الأخرى المذكورة عند أول ذكر له.

وإذا صَدَّرت الإحالة بعبارة " يُنظر "؛ فذلك لأجل النظر، وزيادة التوسع، في المسألة، أو المسائل المحالة، أو الرجوع إلى أصل الفكرة، أو أصل المعنى، أو النص الأصلي، في المصادر والمراجع المحال عليها؛ وأما النصوص الواردة في البحث - الموضوعة بين علامة تنصيص - ، فأحيل عليها بشكل مباشر دون ذكر عبارة " يُنظر " قبلها.

6- إذا ذكرت علما من الأعلام؛ فإني أترجم له، متحاشيا من أغنت شهرتهم عن الترجمة لهم؛ وذلك مثل مشاهير الصحابة، والأئمة الأربعة، وإذا ترجمت لعلم في مذهب؛ فلأنه ليس بالضرورة مشتهرا عند أهل المذاهب الأخرى، فترجمته تقديم له، وزيادة تعريف به.

7- إتياع البحث بمجموعة من الفهارس، وهي:

فهرست الآيات القرآنية.

فهرست الأحاديث النبوية.

فهرست الأعلام المترجم لهم

فهرست المصادر والمراجع

فهرست الموضوعات.

تاسعا: خطة البحث:

يشتمل البحث على مقدمة، ومدخل تمهيدي، وبابين، وخاتمة

تناولت المقدمة: أهمية موضوع البحث، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة له، ومشكلة البحث، وفرضياته، وحدود البحث، وأهدافه، والمنهج العلمي المتبع في البحث، وخطته، وصعوباته، وجدول الرموز والاختصارات المستخدمة في البحث.

وقد جاءت خطة البحث على النحو التالي:

مقدمة

مدخل تمهيدي بعنوان: الضمان في الفقه الإسلامي، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف الضمان، وتحتة ثلاث مطالب:

المطلب الأول: الضمان لغة

المطلب الثاني: الضمان اصطلاحاً

المطلب الثالث: الألفاظ ذات الصلة بالضمان

المبحث الثاني: مشروعية الضمان، وأقسامه، وأسبابه، وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: مشروعية الضمان

المطلب الثاني: أقسام الضمان

المطلب الثالث: أسباب الضمان

الباب الأول: الضمان المالي والعوض عنه في الفقه الإسلامي، وفيه فصلان:

الفصل الأول: تعريف الضمان المالي وبيان أحكامه، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف الضمان المالي، وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: الضمان المالي في اصطلاح الفقهاء

المطلب الثاني: مناقشة تعريفات الضمان عند الفقهاء المعاصرين، وبيان التعريف المختار

المطلب الثالث: الفرق بين الضمان المالي، وغيره من الضمانات

المبحث الثاني: أحكام الضمان المالي، وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: أحكام الصيغة، وما ينعقد به الضمان

المطلب الثاني: أحكام أطراف الضمان (الضامن، والمضمون له، والمضمون عنه، والمضمون)

المطلب الثالث: آثار الضمان بالمال.

الفصل الثاني: العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الضمانات والعوض في الفقه الإسلامي، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم العوض، وفيه فرعان:

الفرع الأول: العوض لغة

الفرع الثاني: العوض اصطلاحاً

المطلب الثاني: مفهوم الضمانات والعوض فيها، وفيه فرعان:

الفرع الأول: مفهوم الضمانات

الفرع الثاني: العوض في الضمانات

المبحث الثاني: العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المفاهيم والتصور الفقهي للعوض عن الضمان المالي، وفيه فرعان:

الفرع الأول: مفاهيم تتعلق بالضمان المالي

الفرع الثاني: التصور الفقهي للعوض عن الضمان المالي

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في العوض عن الضمان المالي، وفيه فرعان:

الفرع الأول: آراء جمهور الفقهاء في العوض عن الضمان المالي

الفرع الثاني: آراء الفقهاء المخالفين للجمهور

خلاصة

الباب الثاني: تطبيقات العوض عن الضمان المالي في المصارف الإسلامية، وفيه

فصلان:

الفصل الأول: المصارف الإسلامية ومجالات الضمان فيها، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: المصارف الإسلامية (الخصائص والأهداف)، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم المصارف الإسلامية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: أصل كلمة مصرف في اللغة

الفرع الثاني: المصرف الإسلامي في المصطلح المعاصر

المطلب الثاني: خصائص المصارف الإسلامية، وأهدافها، وفيه فرعان:

الفرع الأول: خصائص المصارف الإسلامية

الفرع الثاني: أهداف المصارف الإسلامية

المبحث الثاني: مجالات الضمان في المصارف الإسلامية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الضمان في مجال الأنشطة الاستثمارية في المصارف الإسلامية، وفيه
فرعان:

الفرع الأول: النشاط الاستثماري في المصارف الإسلامية

الفرع الثاني: الضمان في الأنشطة الاستثمارية في المصارف الإسلامية

المطلب الثاني: الضمان في مجال الخدمات المصرفية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الضمان في مجموعة الخدمات المصرفية التي لا تتضمن تقديم تسهيلات
مصرفية

الفرع الثاني: الضمان في مجموعة الخدمات المصرفية التي تتضمن تقديم تسهيلات
مصرفية

الفصل الثاني: الضمان المالي والعوض عنه في الخطابات المصرفية، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: خطاب الضمان، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان، وفيه فرعان:

الفرع الأول: خطاب الضمان لغة

الفرع الثاني: خطاب الضمان اصطلاحاً

المطلب الثاني: أنواع خطابات الضمان

المطلب الثالث: التكليف الفقهي لخطاب الضمان

المطلب الرابع: حكم أخذ العوض عن خطاب الضمان

المبحث الثاني: خطاب الاعتماد المستندي، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف خطاب الاعتماد المستندي، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الاعتماد المستندي لغة

الفرع الثاني: الاعتماد المستندي اصطلاحاً

المطلب الثاني: أنواع الاعتمادات المستندية

المطلب الثالث: التكيف الفقهي للاعتماد المستندي

المطلب الرابع: حكم أخذ العوض عن الضمان في الاعتماد المستندي

خاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات

عاشراً: صعوبات البحث:

لا يخلو أي بحث من صعوبات تواجه صاحبه، وهذا أمر طبيعي في كل عمل بشري؛ لأن الإنسان متَّصف بالنقص، ولا يستطيع بلوغ الكمال مهما حاول ذلك، ومن بين هذه الصعوبات ما هو شخصي (ذاتي)، وما هو موضوعي:

- الصعوبات الشخصية (الذاتية): ومن أهم هذه الصعوبات:

بُعد مكان الإقامة من مركز الجامعة، وعدم التواصل مع الأستاذ المشرف من قرب، مما كلفني ذلك صعوبات جمة، كالأسفار والتحضير لها، وصعوبات التنقل من بلد إلى بلد والإقامة، والإجراءات المختلفة المتعلقة بذلك، مما يؤثر على البحث ويأخذ من وقته.

ومنها بعض الظروف التي قد تُخوِّج الشخص أحياناً إلى أن يأخذ شيئاً من وقته لأجلها مكرهاً، ومنها مرض الوالد - شفاه الله وعافاه-، وكذا مرض الأخ الأصغر، وقد اضطرني ذلك إلى أن أكون مصاحباً لهم في رحلة الاستشفاء.

وغير ذلك من الصعوبات الذاتية، والتي - في غالب الأمر - تؤثر على البحث، وتعد صعوبة ذاتية في سبيل إنجاز البحث، وإتمامه.

لكن، ومع ذلك، حاولت أن أتجاوز كل هذه الصعاب، متحليا بالصبر، والمثابرة، واستغلال الوقت، واستثمار الفرص، طلبا للعلم، وطموحا في تحصيل المراد.

- الصعوبات الموضوعية، ومنها:

شُحُّ المصادر والمراجع في موضوع البحث، وصعوبة توفيرها، خصوصا في جانب البحث التطبيقي؛ إذ تُعدُّ مراجع المعاملات المالية المعاصرة من أندر المراجع، وأصعبها توفرا، وليست كل المكتبات متوفرة عليها؛ مما قد يُخَوِّجُ الشخص في كثير من الأحيان إلى السفر في طلبها، والمراسلة أحيانا من أجل توفيرها؛ خصوصا إذا كانت في بلدان، ومكتبات من العالم، قصية، ونائية.

صعوبة تحصيل المادة، واستخراجها من المصادر الأصلية، وصعوبة معالجة مسائل الضمان؛ إذ يعتبر الضمان من أصعب أبواب الفقه، وأكثرها دقة، وتشابكا، ثم بعد توفير المادة، تبقى صعوبة تحرير المسائل، والموازنة، والمقارنة بين أقوال فقهاء المذاهب، والنظر في أصول استدلالهم، وحُجَجِهِم من أجل فهمها قصد الترجيح؛ ومعلوم صعوبة الترجيح، خصوصا في المسائل المستجدة، والتي تعتبر نوازل؛ إذ يتطلب الأمر المرور بجميع أدوات الترجيح، تخريجا، وتقيحا، وتحقيقا، ويتطلب الأمر كذلك الوقوف على جميع أقوال الفقهاء في المسألة، من أجل سبر أقوالهم، واستخراج القول الراجح الذي اتضحت قوة أدلته، ورجحانها.

ومنها: صعوبة التوثيق والبحث عن المعلومة من مظانها، وتتبع المسائل، وإرجاعها إلى أصولها، وكذا تتبع الأحاديث في غير الصحيحين من أجل معرفة درجتها، وهل تصح قوة، لتصح دليلاً؛ فذلك ما يتطلب وقتاً كبيراً، وجهداً مضمناً.

لكن، ومع ذلك؛ فإن كل شيء يهون في سبيل طلب العلم، واستشعار مقام أهله عند الله، ثم باستحضار ما تلقاه العلماء من مصاعب، وما مروا به من متاعب، في طلب العلم وتحصيله؛ كل ذلك، باستحضاره واستشعاره تهون الصعوبات، التي أسأل الله أن يجعلها في سبيله، وأن يرفع بها درجاتي عنده، يوم لا ينفع مال ولا بنون؛ إلا من أتى الله بقلب سليم.

الحادي عشر: جدول الرموز والاختصارات المستخدمة في البحث

الرمز أو الاختصار	مدلوله
(ت)	تاريخ الوفاة
(ت:)	تحقيق
(ج)	جزء
(د)	دكتور
(ص)	صفحة
(ط)	الطبعة
(م)	مجلد
(أ. د)	الأستاذ الدكتور
(د.ت.ن)	بدون تاريخ النشر
(د.ع.ط)	بدون عدد الطبعة
(د.ع.ط.ت.ن)	بدون عدد الطبعة، وتاريخ النشر

مدخل تمهيدي:

الضمان في الفقه الإسلامي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف الضمان

المبحث الثاني: مشروعية الضمان، وأقسامه، وأسبابه

من خلال هذا المدخل التمهيدي؛ سأعرض للضمان: مفهومه، ومشروعيته، وأقسامه، وأسبابه، قبل أن أشرع في الكلام عن "الضمان المالي".

المبحث الأول: تعريف الضمان

المطلب الأول: الضمان لغة:

يطلق الضَّمان في اللغة على عدة معان منها: الالتزام، والأداء، والكفالة، والحفظ، والرعاية⁽¹⁾.

و(ضَمِنَ)، (الضَّاد، والميم، والنُّون) أصل صحيح وهو جعل الشيء في شيء يحويه، من ذلك قولهم: ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه⁽²⁾.

ويقال ضَمِنَ الشيء وبه، كَعَلِمَ، ضَمَانًا، وضَمْنًا فهو: ضَامِنٌ، وضَمِينٌ: كَفَلَهُ، وضَمَّنْتَهُ الشيء تَضْمِينًا فَتَضَمَّنَهُ عَنِّي: غَرَمْتَهُ فَالتَزَمَهُ، وما جعلته في وعاء فقد ضَمَّنْتَهُ إِيَّاهُ⁽³⁾.

وجاء في "لسان العرب": «الضَّمين: الكفيل، ضَمِنَ الشيء، وبه ضمنا وضمانا: كفل به، وضَمَّنَهُ إِياه: كَفَلَهُ...، وضَمَّنْتَهُ الشيء تَضْمِينًا، فتضمنه عني مثل: غرمته...، وكل شيء جعلته في وعاء: فقد ضَمَّنْتَهُ إِياه»⁽⁴⁾.

¹ - ينظر: القاموس المحيط، تأليف: محي الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، ت: مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوس، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط6، 1419هـ - 1998م، (ص 1212).

² - ينظر: معجم مقاييس اللغة، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، ت: عبد السلام هارون، ط: دار الجيل، بيروت، لبنان، ط3، (د.ت.ن)، (372/3).

³ - ينظر: القاموس المحيط، (ص1212).

⁴ - لسان العرب، تأليف: محمد بن مكرم بن منظور، اعتنى بتصحيحها: أمين محمد عبد الوهاب، ومحمد الصادق العبيدي، ط: دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، ط3، 1419هـ - 1999م، (89-90).

وورد في "مختار الصحاح": «(ضَمِنَ) الشيء بالكسر (ضَمَانًا) كفل به فهو: ضَامِنٌ، وضَمِينٌ، وضَمَنَهُ الشيء تَضْمِينًا فتَضَمَّنَهُ عنه مثل: غَرَمَهُ؛ وكل شيء جعلته في وعاء فقد (ضَمَّنْتَهُ) إِيَّاهُ، والمُضَمَّن من الشعر ما (ضَمَّنْتَهُ) بيتًا، والمُضَمَّن من البيت ما لا يتم معناه إلا بالذي يليه، وفهمت ما تضمنه كتابك؛ أي: ما اشتمل عليه، وكان ضمنه، وأنفذته (ضمن) كتابي؛ أي: في طيه»⁽¹⁾.

وضمنت المال، وبه ضمانا، فأنا ضامن وضمين: التزمت، ويتعدى بالتضعيف؛ فيقال ضمنته المال: ألزمته إياه، قال بعضهم: الضمان مأخوذ من الضم، وهو غلط من جهة الاشتقاق؛ لأن نون الضمان أصلية، وضمنت الشيء كذا: جعلته محتويا عليه فتضمنه؛ أي: ما اشتمل عليه واحتوى⁽²⁾.

والضَّمان: ضَمِنَ الشيء وبه كعلم، ضمانًا وضَمْنًا، فهو: ضَامِنٌ.

وضَمِينٌ كفله، وضَمَّنْتَهُ الشيء تَضْمِينًا فتَضَمَّنَهُ عني: غَرَمْتَهُ فالتزمه، وما جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه.

والضَّمان أعم من الكفالة؛ لأن من الضَّمان ما لا يكون كفالة، وهو عبارة عن: رد الهالك، إن كان مثليا، أو قيمته، إن كان قيميا⁽³⁾.

ومما تقدم نستنتج أن: لفظ (ضَمِنَ) في اللغة له عدة معان يجمعها أصل واحد، وهو: جعل الشيء في شيء يحتويه، ومن هذه المعاني الواردة للفظ (ضَمِنَ) ما يلي:

¹ - مختار الصحاح، تأليف: محمد بن أبي بكر الرازي، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، (د.ع. ط)، 1995م، (1/161).

² - ينظر: المصباح المنير، أحمد بن محمد الفيومي، ط: مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، ط1، 1987 م، (1/497).

³ - ينظر: الكليات، تأليف: أبي البقاء أيوب الكفوي، ت: عدنان درويش، ومحمد المصري، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1419هـ - 1998م، (ص 575)؛ ومعجم لغة الفقهاء، تأليف: محمد رواس قلعجي، وحامد صادق قنبي، ط: دار النفائس، بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ، (ص 285).

1- الاحتواء: ومنه قولهم: ضمن الشيء، فهو قد تضمنه: إذا جعله في وعاء يحتويه، وقيل المضامين: وهو ما في أصلاب الفحول.

فَالضَّمان والضَّمانة بمعنى: الزَّمانة والضَّمين: الزَّمن، وهي: العِلَّة، أو الدواء يكون في الجسد من بلاء، أو كبر⁽¹⁾.

2- الكفالة(الحمالة): يقال ضَمِنَ الشيء وبه كَعَلِمَ، ضمانا وضمانا، فهو: ضامن وضمين، كفه، وضمَّنه إياه.

والمكفول: مضمون، وسميت الكفالة ضمانا؛ لأن ذمة الكفيل تتضمن الحق، أو لأن ذمة الكفيل تصير في ذمة المكفول عنه⁽²⁾.

3 - المضمَّن من الشعر: ما ضمنته بيتا، والمُضمَّن من البيت ما لا يتم معناه إلا بالذي يليه⁽³⁾.

4- الزَّعامة: وذلك في قوله تعالى: ﴿فَالْأَوْ نَفِذُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَسْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾⁽⁴⁾،

حيث جاء في تفسير هذه الآية أن: «الزعيم بمعنى: الكفيل، والضامن»⁽⁵⁾.

¹ - ينظر: معجم مقاييس اللغة(3/ 285)

² - ينظر: طلبية الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، تأليف: نجم الدين عمر بن محمد بن حفص النسفي، ت: خليل الميس، ط: دار القلم، بيروت، لبنان، ط1، 1406هـ - 1986م، (ص284).

³ - ينظر: مختار الصحاح (ص 384)

⁴ - سورة يوسف (الآية 72).

⁵ - الجامع لأحكام القرآن، تأليف: عبد الله بن محمد الأنصاري القرطبي، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ 1995م، (9/ 131).

هذه بعض المعاني التي وردت لكلمة "ضمن" في اللغة، وبالتأمل في هذه المعاني يتضح لنا أن جميعها يرجع إلى الأصل المذكور، وهو جعل الشيء في شيء آخر يحتويه. ومن هنا أخلص إلى أن المعنى اللغوي للضمان "يعني: التزام الأداء والتضمين: هو الإلزام بالأداء.

المطلب الثاني : الضمان اصطلاحاً:

يختلف إطلاق لفظ "الضمان" عند الفقهاء من مذهب لآخر:

- فعند الحنفية: بمعنى الكفالة، قال النسفي⁽¹⁾ رحمه الله: «الكفالة: الضمان من حد وخل، وأصلها الضم، ومنه قولهم:

كفل فلان فلانا إذا ضمه إلى نفسه يحويه ويصونه»⁽²⁾، والضمان: ضمن الشيء، وبه (كَعَلِمَ)، ضمانا وضمنا، فهو: ضامن، وضمين: كفله.

¹- هو: أبو حفص: عمر بن محمد بن أحمد بن اسماعيل النسفي، السمرقندي، الحنفي، الحافظ، ذو الفنون، كان فاضلاً، مفسراً، أديباً؛ ولد بنسف - اسم بلد بما وراء النهر - سنة إحدى وستين وأربعمائة (461هـ)، تفقه على أبي اليسر محمد البزودي، وأخذ عن شيوخ كثيرين، وقد صنف في ذكر شيوخه تصنيفاً سماه "تعداد شيوخ عمر، مستطرف على الحروف مستطر"؛ صنف التصنيف الكثيرة في مختلف العلوم، قيل إنها بلغت مائة تصنيف، منها، كتابه في التفسير الموسوم ب: "التيسير في التفسير"، ونظم كتاب "الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيباني"، و"طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية"، وقد اختلف في نسبته إليه، وله كذلك: "الإشعار بالمختار من الأشعار"، وهو في عشرين مجلداً، وله كتاب "القند في علماء سمرقند"، وهو في عشرين مجلداً، توفي "بسمرقند" سنة سبع وثلاثين وخمسمائة (537هـ)، ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تأليف: محي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد القرشي الحنفي، ت: عبد الفتاح الحلو، ط: دار هجر، القاهرة، مصر، ط2، 1413هـ - 1993م (660..657/2)؛ وكذلك ينظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، تأليف: العلامة أبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي، ط: دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ع.ط، ت.ن)، (ص149-150)

²- طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية (ص284).

وضمنته الشيء تضمينا، فتضمنه عني، غرمته فالتزمه، وما جعلته في وعاء، فقد تضمنته إياه.

والضمان أعم من الكفالة؛ لأن من الضمان ما لا يكون كفالة، وهو عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا⁽¹⁾.

- وعرفه المالكية بأنه: «شغل ذمة أخرى بالحق»⁽²⁾، وكذلك بأنه: «التزام دين لا يسقطه، أو طلب من عليه لمن هوله»⁽³⁾، فقله: «(التزام دين): ظاهر في كونه تعمير ذمة الملتزم، وقوله: (لا يسقطه) أخرج به الحوالة»⁽⁴⁾.

وأما ضمان الوجه، والطلب: فأشاروا إلى تعريفهما بقولهم: «(أو طلب من هو عليه لمن هو له)، يعني: طلب المكلف الذي لا حجر عليه فيما ضمن، والتزامه شخصا عليه ديناً لمن له الدين، فإن كان على وجه الإتيان به فهو: ضمان الوجه، وإن كان على وجه التفتيش عنه وإعلام المضمون له بمحله، فهو: ضمان الطلب»⁽⁵⁾.

- وأما الشافعية: فقد عرفوه بأنه: «(التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة)، ويقال للعقد الذي حصل به ذلك، ويسمى الملتزم بذلك: ضامنا، وضمينا، وحميلا، وزعيما، وكافلا، وكفيلا، وصبيرا، وقبيلا، غير أن العرف جار بأن:

¹ - ينظر: الكليات، (ص585)، مادة (ضمن).

² - شرح حدود ابن عرفة الموسوم ب: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية، تأليف: أبي عبدالله محمد الأنصاري الرصاع، ت: محمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1993م، (427/2)؛ شرح الخرشي على مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشي، ت: زكرياء عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ، (303/1).

³ - شرح حدود ابن عرفة (427/2)

⁴ - المرجع نفسه (427/2).

⁵ - تبیین المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، تأليف: محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي الموريتاني، ط: دار الغرب الاسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1416هـ - 1995م، (23/4).

الضمين يستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والزعيم في الأموال العظام، والكفيل في النفوس، والصبير في الجميع، وكالضمين فيما قاله الضامن، وكالكفيل الكافل، وكالصبير القبيل»⁽¹⁾.

- وأما عند الحنابلة: فقد ورد لفظ "الضمان" عندهم في الأموال، ولفظ "الكفالة" في الأبدان، جاء في مختصر الخرقى: «ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه، أو قال ما أعطيته فهو علي، فقد لزمه ما صح أنه أعطاه»⁽²⁾، هذا في ضمان المال، ثم قال في الكفالة بالنفس: «ومن تكفل بنفس لزمه ما عليها إن لم يسلمها»⁽³⁾، و في "المقنع": عرّف "الضمان" بذكر لفظ "الضمان" فقط، فقال: «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»⁽⁴⁾.

ومن ذلك، يتبين أن جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، يطلقون لفظي "الضمان والكفالة": كل منهما على الآخر، ويرون أنها مترادفتان، ويراد بهما ما يعم "ضمان المال"، و"ضمان النفس"، وعند المالكية "ضمان الطلب"، وذلك عند التزام المكلف بعقد الكفالة، كما أنهم يستعملون لفظ "الضمان" فيما هو أعم من ذلك، وهو الضمان مطلقاً، سواء كان بعقد الملتزم، أو الضرر، أو الاعتداء، أو غيره؛ إلا أن الحنفية يطلقون "الكفالة" على ما كان فيه "الضمان" بموجب العقد، وتشمل "كفالة المال، وكفالة النفس"؛ ويطلقون "الضمان"

¹ - أسنى المطالب، شرح روض الطالب، تأليف: أبي يحيى زكرياء الأنصاري، ط: دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، (د.ع.ط. ت.ن)، (2/ 235)؛ وتهذيب وتوضيح مغني المحتاج للخطيب الشربيني، د. علاء الدين الزعتري، ط: دار العصماء، دمشق، سوريا، ط1، 1427هـ - 2006م، (136/2).

² - مختصر الخرقى مع شرح الزركشي، للإمام شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي، المصري، ت: عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، ط: مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1413هـ - 1993م، (114/4).

³ - المرجع نفسه (121/4).

⁴ - المقنع، تأليف: موفق الدين محمد بن عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، ت: عبد الله التركي، ط: دار هجر، القاهرة، مصر، ط1، 1415هـ - 1995م، (3/ 15).

على ما هو أعم فيشمل: "الضمان بعقد وبغير عقد"؛ فهم يتفقون مع الجمهور في إطلاق لفظ "الضمان" على ما هو أعم من الكفالة، وضمان المال، وغيرها⁽¹⁾.

وللضمان أمثلة عديدة:

- منها ضمان الكفيل إحضار من التزم بإحضاره من الخصوم إلى مجلس القضاء، وهذه كفالة النفس، أو الوجه.

-ومنها ضمان الغاصب ما غصبه، فتتشغل ذمته برده إلى صاحبه مادام قائماً، ويدفع قيمته، أو مثله، إذا هلك تبعاً، لأنه قيمي، أو مثلي.

-ومنها ضمان المعتدي على مال غيره، إذا أُلْغِفَ، أو عيَّبه، إذ تشغل ذمته، إما بقيمته، وإما بقيمة نقصه.

- ومنها ضمان الدية في قتل شبه العمد.

والأمثلة كثيرة، منها ما هو محل اتفاق بين الفقهاء، ومنها ما هو محل اختلاف، و"الضمان" كما رأينا قد يتعلق "بالمال"، كما هو في ضمان الدين، وضمان الأعيان التالفة، وضمان الديات والأروش، وقد يتعلق "بالأفعال" كضمان تسليم الأعيان، وإحضار الخصم وأداء الدين⁽²⁾.

ومن هنا يتّضح أن مصطلح "الضمان" عند الفقهاء يطلق للدلالة على معان:

¹ - ينظر: نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، تأليف: محمد إبراهيم موسى، نشر الرسائل الجامعية رقم 6، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1419هـ-1991م، (1/ 25 - 26).

² - ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي، تأليف: علي الخفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، (د.ع.ط)، 2000م، (ص9).

- يطلق على كفالة المال، وكفالة النفس؛ واستعمل غير الحنفية "الضمان" بمعنى: "الكفالة".

- وأطلق أيضا على غرامة المتلفات، والغصب، والتعيينات، والتغييرات .

- كما أطلق على ضمان المال، بقصد وبغير قصد.

- وأطلق على وضع اليد على المال بحق، وبغير حق على العموم.

وما يعنينا في هذا البحث هو ما يتعلق "بالضمان المالي" خاصة، ويدخل في ذلك كل ما يتعلق بضمان الأموال.

المطلب الثالث: الألفاظ ذات الصلة بالضمان:

- ومنها المخاطرة: وهي في اللغة: مأخوذة من الخطر ومن معاني الخطر في اللغة: الإشراف على الهلاك، وخوف التلف، والمراهنة⁽¹⁾.

وهذه المعاني تدور حول التردد والاحتمال بين وقوع الشيء، وعدم وقوعه.

وأما في الاصطلاح: فيطلق لفظ المخاطرة على كل هذه المعاني اللغوية⁽²⁾.

¹- ينظر: مادة (خطر) في المصباح المنير (ص 147)؛ لسان العرب (14 / 196)

²- ينظر: المبسوط، تأليف: محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، ط: دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ع.ط)، 1416هـ، (158/30)؛ المدونة، لإمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي، رواية سحنون عن عبد الرحمن ابن القاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ، (15/3)؛ المنتقى شرح الموطأ، تأليف: أبي الوليد الباجي المالكي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، ط2، (د.ت.ن) (42/5)؛ الأم، تأليف: الإمام محمد بن إدريس الشافعي، ط: دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ع.ط)، 1409هـ، (266/4)؛ أسنى المطالب شرح روض الطالب، (289/2)؛ الفروع، تأليف: أبي عبد الله شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، الحنبلي، راجعه عبد الستار أحمد فراج، ط: دار مصر للطباعة، (د.ع.ط)، 1383هـ، (24/4)؛ الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت، ط: دار الصفوة، مصر، ط1، 1417هـ - 1996م، (205/19).

والعلاقة بين المخاطرة، والضمان: أن المخاطرة جزء من تبعة الهلاك التي يتحملها الضامن، ويشمل تحمل مخاطر الملكية، وهي احتمال وقوع الهلاك، والخسارة بالمال أثناء حيازته له، كما يشمل تحمل آثار الهلاك، والخسارة بعد وقوعها، وهذا القدر لا يسمى مخاطرة، فيكون تحمل المخاطرة جزءاً من الضمان.

- ومنها الغرم:

وهو في اللغة: يأتي على معان منها: ما يلزم أدائه، والهلاك، والخسارة⁽¹⁾.

وأما في اصطلاح الفقهاء: فيطلق لفظ الغرم على هذين المعنيين اللغويين⁽²⁾.

والمعنى المراد للغرم هنا هو: الهلاك والخسارة.

والعلاقة بين الغرم والضمان هي: أن الضمان: تحمل الغرم.

²- ينظر: لسان العرب (3237/37)؛ وتاج العروس من جواهر القاموس، السيد محمد مرتضى الزبيدي، ت: عبد الستار أحمد فراج وآخرين، ط: مطبعة حكومة الكويت، (د.ع.ط)، 1385 هـ، (170/33)

³- ينظر: التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد البر المالكي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط: دار هجر، القاهرة، مصر، ط1، 1426 هـ، (200/18)؛ مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تأليف: أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الحطاب المالكي، ط: دار الفكر، ط3، 1412 هـ، (236/6)؛ الأم (170/3)؛ الموسوعة الفقهية (147/31).

المبحث الثاني: مشروعية الضمان وأقسامه وأسبابه

المطلب الأول: مشروعية الضمان:

الضمان: مشروع بالكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، وقد استدل الفقهاء رحمهم الله على مشروعيته بما يلي:

قوله تعالى: ﴿ فَالُوا نَفِذُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ

وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾⁽¹⁾، قال ابن عباس رضي الله عنه : « الزعيم: الكفيل »، قال ابن

كثير رحمه الله : « هذه الآية من باب: الضمان والكفالة »⁽²⁾.

وجاء في " محاسن التأويل ": « إنها أصل في الضمان والكفالة »⁽³⁾.

وأما من السنة: فمن أدلة مشروعية الضمان، حديث أبي أمامة رضي الله عنه أن النبي

صلى الله عليه وسلم قال: « الزعيم غارم »⁽⁴⁾، والزعيم هو: الضامن، وقد حكم عليه

بالضمان لإثبات الغرم عليه.

¹ - سورة يوسف (الآية 72)

² - تفسير القرآن العظيم، تأليف: أبي الفداء محمد بن إسماعيل ابن كثير الدمشقي، ط: مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، مصر، ط1، 2004م، (642/2)

³ - محاسن التأويل، تأليف: محمد جمال الدين القاسمي، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1435هـ- 2010م، (385/4).

⁴ - رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب تضمين العارية، من حديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه، حديث رقم (3565)، (ص639)، وحديث أبي أمامة - رضي الله عنه - المذكور، قال فيه العلامة الألباني رحمه الله في تعليقه على سنن أبي داود: (صحيح)، ينظر: سنن أبي داود للحافظ سليمان بن الأشعث السجستاني، ت: العلامة: محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، ط: مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، (د.ت.ن)، (ص639)؛ والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء أن العارية مؤداة، حديث رقم (1265)، (ص301)،

وأما الإجماع: فقد أجمعت الأئمة عليه من حيث الجملة، وإن اختلفت في بعض الفروع⁽¹⁾.

وقال في المغني: « وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة، وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى »⁽²⁾.

وأما القياس: فقد قال الإمام القرافي⁽³⁾ رحمه الله في "الذخيرة": « وأما القياس: فلأنه باب

وقال: حديث أبي أمامة حديث: حسن غريب، وقال فيه العلامة الألباني رحمه الله في تحقيقه لسنن الترمذي بأنه : (صحيح)، ينظر: سنن الترمذي، تأليف: الحافظ: محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، ت: العلامة: محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، ط: مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، (د.ت.ن)، (ص301)؛ وابن ماجه، كتاب الصدقات، باب الكفالة، حديث رقم (2405)، (ص410) من حديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه؛ قال الألباني - رحمه الله - في تعليقه على هذا الحديث في تحقيقه لسنن ابن ماجه : (صحيح)، ينظر سنن ابن ماجه للحافظ : محمد بن يزيد القزويني، ت: العلامة: محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، ط: مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، (د.ت.ن)، (ص410).

¹ - ينظر: الذخيرة، تأليف: الإمام شهاب الدين: أحمد بن إدريس القرافي، ت: الأستاذ: محمد بوخبزة، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1994م، (9/191).

² - المغني، تأليف: موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي (ت620هـ)، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ط: دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط3، 1417هـ - 1997م، (72/7).

³ - هو: أبو العباس، شهاب الدين: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي الصنهاجي، المالكي، أصولي فقيه، من مصنفاته: شرح تنقيح الفصول، الذخيرة، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، توفي سنة 684هـ، ودفن بالقرافة بمصر، ينظر: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تأليف: إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون المالكي، ت: مأمون بن محي الدين الجنان، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ، (ص128)؛ وينظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تأليف العلامة: محمد بن محمد مخلوف، ط: المكتبة السلفية، القاهرة، مصر، (د.ع.ط)، 1349هـ، (188/1-189)؛ والأعلام، خير الدين الزركلي، ط: دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط15، 2002م، (1/94 - 95).

معروف، فيجوز قياساً على العارية والقرض، وغيرهما من أبواب المعروف؛ ولأنه توثق بالحق، فيجوز كالرهن»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: أقسام الضمان:

يختلف أقسام الضمان من مذهب لآخر، فعند الحنفية: أن الضمان قسمان: قال في مختصر القدوري⁽²⁾ في الفقه الحنفي: «الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال»⁽³⁾

وقال شمس الأئمة السرخسي⁽⁴⁾، الحنفي في "المبسوط": «ثم الكفالة نوعان: كفالة

¹ - الذخيرة (191/9)

² - هو: أبو الحسين أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان، الحنفي، البغدادي، القدوري، بضم القاف، قيل إنه نسبة إلى قرية من قرى بغداد، يقال لها قدورة، وقيل نسبة إلى بيع القُدور، ولد سنة اثنتين وستين وثلاثمائة (362هـ)؛ كان شيخ الحنفية ببغداد، وإليه انتهت رئاسة المذهب، كان حسنة العبارة في النظم، وسمع الحديث، وعنه روى أبو بكر الخطيب البغدادي، صاحب "تاريخ بغداد"، وتفقّه على أبي عبد الله الجرجاني، صنف تصانيف منها: المختصر المشهور المعروف ب: "مختصر القدوري"، وشرح "مختصر الكرخي"، وله كذلك: كتاب "التجريد في الخلاف بين أبي حنيفة والشافعي"، وكتاب "التقريب الأول"، و"التقريب الثاني"، كلاهما في ذكر المسائل الخلافية بين أبي حنيفة وأصحابه، جعل الأول في ذكر المسائل مجردة عن أدلتها، والثاني لفي ذكر المسائل مقرونة بأدلتها، توفي - رحمه الله - ببغداد يوم الأحد خامس رجب سنة ثمان وعشرين وأربعمائة (ت428هـ)، ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (247/1-249)؛ والفوائد البهية في تراجم الحنفية (30-31)

³ - مختصر القدوري في الفقه الحنفي، تأليف: العلامة أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري الحنفي البغدادي، تحقيق: كامل محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416 م - 1995 م، (ص 118).

⁴ - هو: شمس الأئمة: محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي كان إماماً، علامة، حُجّة، متكلماً، مناظراً، أصولياً، مجتهداً، لازم شمس الأئمة الحلواني، وأخذ عنه حتى تخرج به، وصار أوجد زمانه، وعليه تفقه جماعة من العلماء؛ أملى كتابه: "المبسوط" نحو خمس عشرة مجلداً وهو في السجن "بأوزجند"، وقد سجن في الجب بسبب كلمة نصح بها "الخاقان"، وكان يملئ من خاطره من غير مطالعة، وهو في الجب، وأصحابه في أعلى الجب، وله كتاب "شرح السير الكبير" أملاه وهو في الجب، ولما وصل فيه: "باب الشروط"، حصل له الفرج، فأطلق، فخرج في آخر عمره إلى: "فرغانة"، فأنزله الأمير بمنزله، ووصل إليه طلابه، فأكمل الإملاء، وله كتاب في "أصول الفقه"، توفي - رحمه الله - في حدود التسعين والأربعمائة (ت490هـ)، والسرخسي: نسبة إلى سَرخُس بفتح السين وفتح الراء وسكون الخاء وهي: بلدة قديمة من بلاد خراسان، وهو اسم رجل سكن هذا الموضع وعمره، وأتم بناءه ذو القرنين، ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (78/3-82)؛ والفوائد البهية في تراجم الحنفية (ص158).

بالنفس، وكفالة بالمال»⁽¹⁾.

وفي تحفة الفقهاء للسمرقندي⁽²⁾: «أما المكفول به فنوعان: الديون، والأعيان، أما الكفالة بالديون: فصحيحة بلا خلاف، وصاحب الدين بالخيار: إن شاء طالب الأصيل، وإن شاء طالب الكفيل، ولا يوجب براءة الأصيل عندنا، وعند ابن أبي ليلى: يوجب البراءة، وهذا فاسد، لأنه يُصير الكفالة، والحوالة سواء»⁽³⁾ ثم يقسم الكفالة بالأعيان إلى ثلاثة أنواع فيقول: «وأما الكفالة بالأعيان: فهي أنواع ثلاثة: أحدها: كفالة بعين هي أمانة غير واجبة التسليم، كالوديعة، وكفالة المضاربة، والشركة: وهي لا تصح أصلاً.

والثاني: الكفالة بعين هي أمانة، ولكنها واجبة التسليم، كالعارية، والمستأجر في يد المستأجر، وكذا العين المضمونة بغيرها، كالمبيع قبل القبض: مضمون بالثمن، وكالرهن مضمون بالدين، والجواب في الكل واحد، وهو أنه تصح الكفالة بتسليم العين، فمتى هلكت العين لا يجب على الكفيل قيمة العين.

والثالث: العين المضمونة بقيمتها، كالمغصوب، والمبيع بيعاً فاسداً، والمقبوض على سوم الشراء، تصح الكفالة بها، ويجب عليه تسليم العين ما دامت باقية، وإذا هلكت يجب عليه تسليم قيمتها متى ثبت الغصب بالبيّنة، أو الإقرار.

¹ - المبسوط (162/19).

² - هو: محمد بن أحمد بن أبي محمد، أبوبكر علاء الدين السمرقندي الحنفي، فقيه، من كبار الحنفية، تفقه على أبي المعين ميمون المكي، وعلى صدر الإسلام أبي اليسر البزودي، وأخذ عنه الإمام أبوبكر بن مسعود الكاساني الحنفي، صاحب: "بدائع الصنائع"، أقام في حلب، واشتهر بكتابه "تحفة الفقهاء"، وله كتب أخرى منها "الأصول"، توفي (ت540هـ)، ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (18/3)؛ والفوائد البهية في تراجم الحنفية (ص 158)؛ والأعلام (317/5).

³ - تحفة الفقهاء، تأليف: علاء الدين السمرقندي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1405 هـ - 1984 م، (3 / 238 - 239).

ثم الكفالة بالنفس بعد الدعوى من قبيل القسم الثاني: فإنه مضمون بالتسليم، وإنه يجب عليه تسليم النفس، والحضور إلى باب القاضي حتى يقيم الخصم البينة، فتصح الكفالة به عندنا»⁽¹⁾.

و جاء في "رد المحتار": «لأنهم قسموها إلى: كفالة في المال، والنفس...»⁽²⁾.

من هنا يتضح أن أقسام الضمان، أو الكفالة عند الحنفية، نوعان فقط هما: الكفالة بالمال، والكفالة بالنفس.

وأما المالكية: فيرون أن الضمان ثلاثة أنواع هي: ضمان المال، وضمان الوجه أي البدن، وضمان الطلب، فجعلوا تعريفه شاملاً للثلاثة قال في "التلقين": «وأما الحمالة: فمعناها "شغل ذمة أخرى بالحق"، ومعناها، ومعنى الكفالة، والزعامة، والضمان واحد، ولا تصح إلا بحق يمكن استيفاءه من الضامن، أو بما يضمن ذلك، كالكفالة بالوجه لمن عليه مال، تصح الكفالة بما عليه، فإن جاء الكفيل به برئ، وإن لم يأت به، لزمه ما عليه، إلا أن يشترط أنه لا يلزمه إلا إحضاره فقط»⁽³⁾.

¹ - تحفة الفقهاء (3 / 242 - 243).

² - رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تأليف: محمد أمين الشهير بابن عابدين الحنفي، دراسة وتحقيق وتعليق: الشيخ: عادل أحمد عبد الموجود والشيخ: علي محمد معوض، طبعة دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، (د.ع.ط)، 1423 هـ - 2003 م، (7 / 555).

³ - التلقين في الفقه المالكي، تأليف: القاضي أبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي، تحقيق ودراسة: محمد ثالث سعيد الغاني، طبعة مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، المملكة العربية السعودية، (د.ع.ط. ت. ن)، (2 / 444).

وأما ابن رشد الحفيد⁽¹⁾ - رحمه الله - من المالكية، فقد ذكر في "بداية المجتهد" نوعان فقط، دون ذكر ضمان الطلب، فقال: «فأما أنواعها فنوعان: حمالة بالنفس، وحمالة بالمال»⁽²⁾، وقال الدرديري⁽³⁾، في الشرح الصغير: «(على غيره): وهذا ضمان المال، وأشار إلى ضمان الوجه، والطلب، بقوله: (أو طلبه) أي: المكلف المذكور (من عليه) الدين (للمن هو) أي: الدين (له)، سواء كان الطلب على وجه الإتيان به لرب الدين، أو مجردا عن ذلك، فشمل التعريف أنواعه الثلاثة»⁽⁴⁾، قال الصاوي في: "بلغة السالك على الشرح الصغير": «قوله: (وهذا ضمان المال)، أي: هذا التعريف خاص بضمان المال... وقوله: (على وجه الإتيان به) أي: وهو ضمان الوجه، وقوله: (أو مجردا عن ذلك) أي: وهو: ضمان الطلب؛

¹ - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد، ولد سنة عشرين وخمس مائة (520هـ)، من أهل قرطبة وقاضي الجماعة بها، يكنى أبا الوليد، روى عن أبيه أبي القاسم، وأخذ الفقه عن أبي القاسم بن بشكوال، وأخذ عن أبي عبد الله المازري، وغيرهم، كانت الدراية أغلب عليه من الرواية، درس الطب، والفقه، والأصول، وعلم الكلام، ولم ينشأ بالأندلس مثله: كمالا، وعلما، وفضلا، كان على شرفه أشد الناس تواضعا، وأخفضهم جناحا، وعني بالعلم من صغره إلى كبره، حتى حُكي أنه لم يدع النظر، ولا القراءة مذ عقل، إلا ليلة وفاة أبيه، وليلة بنائه على أهله، وأنه سؤد - فيما صنف، وقيد، وألف، وهذب، واختصر - ، نحو من عشرة آلاف ورقة، ومال إلى علوم الأوائل، وكانت له فيها الإمامة دون أهل عصره، وكان يُفَرِّع إلى فُتْيَاه في الطب، كما يُفَرِّع إلى فُتْيَاه في الفقه، مع الحظ الوافر من الاعراب، والآداب، والحكمة، له تأليف جليلة الفائدة، منها كتاب: "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" في الفقه، وكتاب: "الكليات" في الطب، وكتاب: "مختصر المستصفي" في الأصول، وكتابه في العربية الذي سمي ب: "الضروري"، وغير ذلك، تنيف على الستين تأليفا، توفي: سنة خمس وتسعين وخمس مائة، (ت595هـ)، ينظر: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، (258، 275/2، 259)

² - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ط: دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 6، 1402 هـ - 1982 م، (2 / 295).

³ - هو: أبو البركات أحمد بن الشيخ الصالح محمد العدوي الأزهرى، الشهير بالدردير، ولد (1127هـ)، الإمام العلامة، النحرير، أوجد وقته في العلوم النقلية، والفنون العقلية، أخذ عن جماعة، منهم: الشيخ الصعيدي، والدسوقي، والعقباوي، وغيرهم، أفتى في حياة شيوخه، وتولى الفتيا، وصار شيخا على أهل مصر بأسرها في وقته، له مؤلفات، منها: "شرح المختصر"، و"أقرب المسالك وشرحه"، ورسالة في "متشابهات القرآن"، وأخرى في "المعاني والبيان"، ونظم "الخريدة السنية" في التوحيد وشرحها، وغير ذلك من المؤلفات، توفي في سادس ربيع الأول (ت1201هـ)، ينظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية (359/1).

⁴ - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للعلامة: أبي البركات: أحمد بن محمد بن أحمد الدرديري مع حاشية أحمد محمد الصاوي المالكي، ط: دار المعارف، القاهرة، مصر (د.ع.ط.ت.ن)، (3 / 430).

لأنه تفتيش لا غير⁽¹⁾»، وفي: "منح الجليل على مختصر خليل" يقول العلامة: الشيخ محمد عlish المالكي⁽²⁾، عند قول خليل رحمه الله: «الضمان شغل ذمة أخرى بالحق» قوله "بالحق" إما ابتداء، أو انتهاء، فشمّل ضمان المال، وضمان الوجه، وضمان الطلب⁽³⁾، وفي حاشيته المسماة "تسهيل منح الجليل"، يقول: «"ابتداء"، أي كما في: ضمان المال، وقوله: "انتهاء"، أي كما في: ضمان الوجه، والطلب»⁽⁴⁾.

وقال في "تبين المسالك": «وقوله: "لازما، أو فيما يلزم"، يعني أنه: لابد أن يكون الدين لازما في الحال، أو المستقبل، كأن يقول الضامن لشخص: دائن فلان، وأنا ضامن عليه، فإن الضمان يلزم إذا دأبته، إلا إذا عامله بشيء لا يعامل به مثله على الأرجح، وله الرجوع على الضمان قبل المعاملة لا بعدها، هذا هو: تعريف ضمان المال، أما ضمان الوجه، والطلب، فأشار إلى تعريفهما بقوله: "أو طلب من عليه الدين لمن هو له"، أي: طلب المكلف غير السفية والتزامه شخصا عليه دين لمن له الدين، فإن كان على وجه الإتيان به

¹ - بلغة السالك على الشرح الصغير، تأليف: الشيخ أحمد محمد الصاوي، ضبطه وصححه: محمد عبد السلام شاهين، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1415 هـ - 1995 م، (3 / 272).

² - هو: أبو عبدالله محمد بن أحمد بن محمد عlish، الطرابلسي الدار، المصري القرار، شيخ السادة المالكية بها، ومفتيها، أستاذ الأساتذة، وخاتمة الأعلام الجهابذة، الإمام الكبير، والعلم المنير، الجامع بين العلم والعمل، أخذ عن جماعة من العلماء، وتخرج عليه من علماء الأزهر طبقات متعددة؛ ألف تألف كثيرة في فنون من العلم، وغالبها طبع، وحصل النفع بها، كشرح مختصر خليل، وحاشية عليه، وغيرها من الشروح، وله فتاوى مجموعة في مجلدين، وغير ذلك مما هو كثير؛ امتحن بالسجن لما احتلت دولة الإنكليز مصر، ومات بأثر ذلك سنة (1299هـ)، ينظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، (1/385).

³ - منح الجليل على مختصر خليل، تأليف العلامة: محمد عlish، ط: مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا، (د.ع.ط.ت.ن)، (3 / 243).

⁴ - المرجع نفسه (3 / 243).

فهو ضمان الوجه، وإن كان على وجه التفتيش عنه وإعلام المضمون له بمحله، فهو: ضمان الطلب»⁽¹⁾.

وجاء في "تكملة المجموع": «وقال مالك، وأصحابه: الضمان، والكفالة، والحمالة، بمعنى واحد، وهو: أن يشغل صاحب الحق ذمة الضامن مع ذمة المضمون، سواء كان شغل الذمة متوقفاً على شيء، أو لم يكن متوقفاً، وبيان ذلك: أن الضمان عندهم ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ضمان المال، فإذا ضمن شخص آخر في مال، فإن ذمته تشغل بذلك المال، كما شغلت به ذمة الأصيل، بدون أن يتوقف على أمر آخر.

القسم الثاني: ضمان الوجه، وهو: التزام الإتيان بالغريم الذي عليه الدين عند الحاجة، فهذا الضمان، لم يصح في غير المال، ولا تتشغل ذمة الضامن إلا إذا لم يحضر المديون، أما إذا حضره، فلا يلزم بالدين، فهذا القسم يتوقف فيه شغل الذمة بالحق، على عدم إحضار المضمون.

القسم الثالث: ضمان الطلب، وهو: أن يلتزم الضامن طلب الغريم، والتفتيش عليه، وهذا القسم يصح فيه ضمان غير المال، ولا تتشغل ذمة الضامن بالمال، إذا ثبت تفريطه في الإثبات بالمضمون، أو في الدلالة عليه، بأن علم موضعه، وتركه، فشغل ذمة الضامن في هذا القسم، تتوقف على عدم الإتيان بالمضمون في ضمان الوجه، ويتوقف على تفريط

¹ - تبين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك (4 / 23)؛ لهذا، فالمالكية - رحمهم الله - يرون: أن التفتيش عن المدين (المضمون عنه)، هو نوع ضمان ثالث، بالإضافة إلى: ضمان المال، و ضمان الطلب.

الضامن في ضمان الطلب، فالتعريف على الوجه الذي ذكر يشمل أقسام الضمان الثلاثة»⁽¹⁾.

وأما الشافعية: فقد اتفقوا على جواز الضمان في الأموال، وذكروا تفصيلا في كفالة النفوس، نذكره من كتاب "الحاوي الكبير" للماوردي⁽²⁾ رحمه الله، قال: «ولما مضى ضمان الأموال، عقبه المزمي⁽³⁾ بكفالة الأبدان، فإذا تكفل رجل بنفس رجل، ولم يكن على المكفول مطالبة بحق، فالكفالة باطلة، وإن كان عليه ما يستحق المطالبة به، فقد نص الشافعي في ثلاثة كتب على جوازها، نص عليه في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، وفي كتاب: الإقرار، والمواهب، وفي كتاب: الدعوى، والبيّنات بعد أن نص على جوازها، غير أن الكفالة بالنفس ضعيفة، وقال في موضع آخر: ولا يُكفل رجل في حد، ولا لعان، فاختلف أصحابنا

¹ - تكملة المجموع للنووي، محمد نجيب المطيعي، ط: مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية (د.ع.ط.ت.ن)، (145/13).

² - هو: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، البصري، المعروف بالماوردي، نسبة إلى بيع: الماورد، هكذا قاله الحافظ ابن السمعاني، فقيه شافعي، كان من وجوه فقهاء الشافعية، ومن كبارهم، وكان حافظا للمذهب الشافعي، وله فيه كتاب: "الحاوي"، الذي لم يطالعه أحد إلا وشهد له بالتبحر، والمعرفة التامة بالمذهب الشافعي، قال: الأسنوي: لم يصنف مثله؛ أخذ عن أبي القاسم الصميري بالبصرة، وارتحل إلى الشيخ أبي حامد الإسفرائيني؛ درس ببغداد، والبصرة سنين كثيرة، وولي القضاء ببلدان شتى، ثم سكن بغداد، له تصانيف أخرى منها: "تفسير القرآن الكريم"، و"النكت والعيون"، و"أدب الدين والدنيا"، و"الأحكام السلطانية"، و"قانون الوزارة"، و"سياسة الملك"، و"الإقناع في المذهب"، وغير ذلك، وصنف في: أصول الفقه، والأدب؛ توفي يوم الثلاثاء سلخ شهر ربيع الأول، سنة خمسين وأربعمائة، (ت450هـ)، ودفن من الغد في مقبرة دار حرب ببغداد، وعمره ست وثمانون سنة، ينظر: طبقات الفقهاء، تأليف: أبي إسحاق الشيرازي الشافعي، ت: إحسان عباس، ط: دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، (د.ع.ط.ت.ن)، (ص131)؛ وكذلك: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تأليف: أبي العباس شمس الدين: أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، ت: إحسان عباس، ط: دار صادر، بيروت، لبنان، (د.ع.ط.ت.ن)، (283/3-284)؛ وينظر: طبقات الشافعية، تأليف: أبي بكر بن أحمد، تقي الدين ابن قاضي شهبة الدمشقي، اعتنى به: د. عبد العليم خان، ط: دائرة المعارف العثمانية، ط1، 1398هـ - 1978م، (1/241-242).

³ - هو: أبو إبراهيم: اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل بن عمرو بن إسحاق، المزمي، الشافعي المصري، من أئمة الشافعية، ولد سنة (174هـ)؛ أخذ عن الشافعي، وكان زاهدا، عالما، مجتهدا، مناظرا، صنف كتب كثيرة، منها: "الجامع الكبير"، و"الجامع الصغير"، و"مختصر المختصر"، وغيرها، قال فيه الإمام الشافعي رحمه الله: "المزمي ناصر مذهبي"، توفي بمصر سنة: (ت264هـ)، ينظر: طبقات الفقهاء (ص97)؛ وطبقات الشافعية (1/7-8).

في مذهب الشافعي رحمه الله، لاختلاف ما حكينا عنه، فكان أبو إسحاق المروزي⁽¹⁾، وأبو علي بن أبي هريرة⁽²⁾، وأبو حامد المروزي⁽³⁾، يقولون: الكفالة في الحدود باطلة، وفي الأموال على قولين:

أحدهما جائزة، وهو مذهب أبي حنيفة، ومالك، والفقهاء السبعة بالمدينة، ودليل جوازها قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتَيْنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾⁽⁴⁾، والموثق: الكفيل، فامتنع يعقوب عليه السلام من إرسال ولده مع إخوته،

إلا بكفيل يكفل به، وروى أن العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه: تكفل بأبي سفيان بن حرب رضي الله عنه عام الفتح لرسول الله صلى الله عليه وسلم، وروى أن عليا بن أبي طالب رضي الله عنه، أخذ من عبد الله بن عمر - رضي الله عنه -، كفيلا بنفسه، حين توقف عن بيعته، فكفلت به أم كلثوم بنت علي رضي الله عنهما؛ لأنها كانت زوجة عمر رضي الله عنه، وقيل بل كفلت به أخته حفصة رضي الله عنها، وروى أن رجلا: جاء إلى

¹ - هو: أبو إسحاق: إبراهيم بن أحمد المروزي، الشافعي، من أئمة الشافعية، صاحب أبي العباس بن سريج، انتهت إليه الرئاسة في العلم ببغداد؛ شرح "مختصر المزني"، وصنف الأصول، وأخذ عنه الأئمة، وانتشر الفقه عن أصحابه في البلاد؛ خرج إلى مصر ومات بها سنة أربعين وثلاثمائة (ت340هـ)، ينظر: طبقات الفقهاء (ص112)

² - هو: أبو علي ابن أبي هريرة البغدادي، الشافعي، القاضي، من أئمة الشافعية، درس على أبي العباس بن سريج، وعلى أبي إسحاق المروزي، وشرح "مختصر المزني"، ودرس ببغداد، مات سنة خمس وأربعين وثلاثمائة، (ت345هـ)، ينظر: طبقات الفقهاء (ص112-113)

³ - هو: أحمد بن عامر بن بشر، القاضي: أبو حامد المروزي، الشافعي، صاحب أبي إسحاق المروزي، من أئمة الشافعية، نزل البصرة، ودرس بها، وصنف "الجامع" في المذهب الشافعي، وشرح "مختصر المزني"، وصنف في أصول الفقه، وكان إماما لا يشق غباره، وعنه أخذ فقهاء البصرة؛ توفي سنة اثنين وستين وثلاثمائة (ت362هـ)، ينظر: طبقات الفقهاء (ص114)

⁴ - سورة يوسف (الآية 66).

عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، فقال إني مررت بعبد الله بن نواحة وهو يؤذن، فسمعتة يقول: أشهد أن مسيلمة رسول الله، فكذبت سمعي، ووقفت حتى سمعت أهل المسجد يضجون به، فبعث ابن مسعود إلى ابن النواحة، فدعاه، وأصحابه، فقال: ما صنعت بالقرآن الذي كنت تتلوه، قال كنت أتقاكم به، فأمر بضرب عنقه، واستشار الصحابة في أصحابه، فقالوا يستتابون، ويكفلون، فاستتابهم، فتابوا، وكفلهم عن عشائهم، فدل على أن إجماع الصحابة منعقد بجواز الكفالة؛ ولأنه لما جاز ضمان ما في الذمة، جاز ضمان ذي الذمة، إذ لا فرق بين ضمان الحق، وبين ضمان من عليه الحق؛ لأن الكفالة كالإجارة؛ ولأن كل واحد منهما: عقد على عين لاستيفاء الحق منها، فلما جازت الإجارة، وجب أن تجوز الكفالة؛ ولأن ضمان الأموال إنما كان لما فيه من الرفق، والتوسعة، فكذا كفالة النفوس لما فيها من الرفق، والتوسعة، وهو أن يرتفق المكفول به في الإطلاق، ليسهل عليه طلب الحق، ويستوثق المكفول له فيسهل عليه التماس من عليه الحق.

والقول الثاني: إن كفالة النفوس باطلة، ودليل بطلانها قوله تعالى: ﴿فَالْمَعَآذُ لِلَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَّعَيْنًا عِنْدَهُ؛ إِنَّا إِذَا نَظَلِمُونَ﴾⁽¹⁾، فكان قوله: معاذ الله: إنكاراً للكفالة أن تجوز حين سأل إخوته أن يأخذ أحدهم كفيلاً ممن وجد متاعه عنده؛ ولأن ما لا يضمن باليد، لا يضمن بالعقد، كالميتة، والخمر؛ ولأنه عقد ضمان لا يستحق على الضامن المطالبة بمقتضاه، فوجب أن يكون باطلاً، كضمان القصاص؛ ولأن من لم يصح أخذه بمقصود العقد، لم يصح منه ذلك العقد، كبيع الصبي، والمجنون؛ ولأنه ضمان عين في الذمة، فوجب ألا يصح كالمسلم في الأعيان؛ ولأنها كفالة لا تصح بغير إذن المكفول به، فوجب ألا تصح بإذنه، أصله إذا كفل بالشهود ليحضرهم للأداء؛ ولأن المكفول به لا يجب

¹ - سورة يوسف (الآية 79).

عليه تسليم نفسه، وإنما يجب عليه الخروج من الحق، وحبسه إن حبس ليخرج من الحق؛ فلأن لا يجب على الكفيل تسليم المكفول به أولى؛ لأن ما لا يلزم المضمون عنه فأولى ألا يلزم الضامن؛ ولأنه إن استحق إحضاره مجلس الحكم، فهو على الحاكم أوجب فإن عجز عنه الحاكم، فالكفيل عنه أعجز، فهذا توجيه القولين، وهي طريقة من ذكرنا من أصحابنا، وكأن أبو العباس بن سريج، وطائفة من متقدمي أصحابنا يقولون: الكفالة بالنفوس جائزة في الأموال قولاً واحداً، وفي الحدود على قولين: أحدهما جائزة، كالأموال، والثاني باطلة...»⁽¹⁾، ثم قال: «فإذا ثبت ما وصفنا، وقلنا بجواز الكفالة على الصحيح من المذهب فصحتها معتبرة بثلاثة شروط:

أحدهما: أن يكون عارفاً بالمكفول به، كما يلزمه معرفة المال المضمون، ليعلم من يستحق عليه بالكفالة المطالبة به، وهل يلزم أن يكون عارفاً بالمكفول به، على وجهين كالمضمون له.

والشرط الثاني: أن يكون على المكفول به حق يستحق مطالبته به، وهل يلزم أن يكون عارفاً بحقه؟ على وجهين:

أحدهما، وهو قول أبي العباس بن سريج⁽²⁾: أنه لا تصح الكفالة إلا بعد معرفة الكفيل بقدر ما على المكفول به من الدين؛ لأن من مذهبه أن موت المكفول به، يوجب على الكفيل غم الدين.

¹ - الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تأليف: الشيخ أبي الحسن علي بن محمد الماوردي البصري، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط: دار الكتب، علمية، بيروت، لبنان، ط1، 1414 هـ - 1994م، (6 / 462 - 463).

² - هو: القاضي أبو العباس: أحمد بن عمر بن سريج الشافعي، كان من عظماء الشافعيين، وأئمة المسلمين، ولي القضاء "بشيراز"، وكان يفضل على جميع أصحاب الشافعي حتى على "المزني"، وكان حامل لواء الشافعية في زمانه، أخذ عنه

والثاني: وهو مذهب الشافعي: أن معرفة الكفيل بقدر الدين لا تلزم، وأن جهالته به لا تضر، لأن مذهبه أن موت المكفول به، لا يوجب على الكفيل غرم الدين.

والشرط الثالث: أن تكون الكفالة عن أمر المكفول به، وإذنه، فإن كفل من غير إذنه لم تصح، وقال أبو العباس بن سريج: تصح الكفالة بغير أمر المكفول به، كما يصح الضمان بغير المضمون عنه، وهذا خطأ، والفرق بين الكفالة، والضمان: أن الضمان يوجب غرم مال يمكن استيفاءه من الضامن دون المضمون عنه، والكفالة توجب تسليم نفس، وذلك لا يمكن إلا بتمكين المكفول به⁽¹⁾.

وجاء في "المهذب" للإمام الشيرازي⁽²⁾ - رحمه الله - ذكر النوعين حيث بدأ بضمان المال

ثم قال: «وتجوز كفالة البدن على المنصوص في الكتب...»⁽³⁾.

وفي "المغني": «قال الشافعي في بعض أقواله: الكفالة بالبدن ضعيفة، واختلف أصحابه، فمنهم من قال: هي صحيحة قولاً واحداً، وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس، وإن

فقهاء الإسلام، وعنه نُشر فقه الشافعي في أكثر الآفاق، توفي ببغداد في جمادى الأولى، سنة ست وثلاثمائة (ت306هـ)، عن سبع وخمسين سنة، ينظر: طبقات الفقهاء (ص 108-109)، وطبقات الشافعية (48/1 - 50) 1- الحاوي (6 / 464).

2- هو: أبو إسحاق: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، الشافعي، شيخ الإسلام علماً، وعملاً، وورعاً، وزهداً، وتصنيفاً، وإملاءً، وتلاميذاً، واشتغلاً، كانت الطلبة ترحل إليه من الشرق والغرب، والفتاوى تحمل إليه من البر والبحر إلى بين يديه؛ ولد رحمه الله بفيروز آباد، وهي قرية من قرى: شيراز، في سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة (ت393هـ)، وهو أول من درّس بنظامية بغداد، له تصانيف نافعة مشهورة، منها "المهذب"، و"التنبيه"، و"اللمع"، وشرحها في أصول الفقه، و"النكت في الخلاف"، و"المعونة في الجدل"، توفي رحمه الله سنة ست وسبعين وأربعمائة (ت476هـ)، ينظر: طبقات الشافعية، تأليف: جمال الدين: عبد الرحمن الأسنوي، ت: كمال يوسف الحوت، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1407هـ - 1987م، (8/2 - 9).

3- المهذب في فقه الإمام الشافعي، تأليف: أبي إسحاق الشيرازي، تحقيق: د. محمد الزحيلي، ط: دار القلم، دمشق، ودار الشامية، بيروت، ط1، 1417 هـ - 1996 م، (3 / 322).

كانت ثابتة بالإجماع، والأثر، ومنهم من قال فيها قولان: أحدهما أنها غير صحيحة؛ لأنها كفالة بعين؛ فلم تصح الكفالة بالوجه، وبدن الشاهدين، ولنا قول الله تعالى: ﴿فَال لَرِ ارْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقاً مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتِنَنَّ بِهِ ءِالًا أَن يُّحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا ءَاتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾⁽¹⁾؛ ولأن ما وجب تسليمه بعقد، وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال، إذا ثبت هذا، فإنه متى تعذر على الكفيل إحضار المكفول به مع حياته، أو امتنع من إحضاره، لزمه ما عليه، وقال أكثرهم: لا يغرم، ولنا، عموم قوله عليه السلام: «الزعيم غارم»⁽²⁾؛ ولأنها أحد نوعي الكفالة، فوجب بها الغرم، كالكفالة بالمال»⁽³⁾.

وجاء في "تكملة المجموع شرح المذهب": «مذهبنا أن الضمان شرعا: عقد يقتضي التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة، أو إحضار بدن من يستحق حضوره، ومعنى التعريف أن الضمان ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ضمان الدين، ومعناه: أن الضامن يلتزم ما في ذمة المديون من حق، بحيث تشغل به ذمته، كما شُغلت ذمة المديون، وإذا دفع أحدهما، برئت ذمة الآخر، وهذا معنى قوله: التزام حق ثابت.

القسم الثاني: ضمان رد العين المضمونة، كالعين المغصوبة، والعين المستعارة، فإذا اغتصب زيد من عمرو سلعة، فإنه يصح لخالد أن يضمن زيدا الغاصب في رد تلك السلعة

¹ - سورة يوسف (الآية 66).

² - تقدم تخريجه (ص 41)

⁴ - المغني (7 / 97).

المغصوبة، ويكون ملزماً بردها ما دامت باقية، أما إذا هلك فلا شيء عليه، ومثل ذلك ما إذا استعار منه عينا.

القسم الثالث: التزام إحضار شخص ضمنه في ذلك، فإن كان لزيد عند عمرو دين، فإنه يصح لخالد أن يضمن إحضار نفس المدين عند الحاجة، وهذا الضمان يسمى كفالة، فالكفالة: نوع من الضمان، وهي خاصة بضمان الأبدان»⁽¹⁾.

وهنا نجد من خلال هذا التقسيم أن: الشارح المطيعي صاحب تكملة "المجموع للنووي"⁽²⁾، قد رجّح القول بثبوت كفالة النفس، المختلف في جوازها عند الشافعية، كما قد مر معنا.

وأما الحنابلة: فقد قسموا "الضمان" إلى قسمين: ضمان مال، وضمان نفس، يقول الخِرقي⁽³⁾ - رحمه الله - في "مختصره": «ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه، أو قال: ما

¹ - تكملة المجموع (13 / 144 - 145)

² - تكملة "المجموع للنووي" من شرح الشيخ محمد نجيب المطيعي، فقد توقف النووي رحمه الله (ت 676هـ)، عند كتاب "المعاملات"، وكان ذلك في تسع مجلدات، ثم جاء تقي الدين السبكي رحمه الله (ت 756هـ)، وأتم شرح ثلاث مجلدات حتى أوصلها إلى اثني عشر مجلداً، وتوقف عند "باب المراجعة"، وتوفي رحمه الله، ولم يكمل الشرح، ثم جاء محمد نجيب المطيعي، وأكمل الشرح من المجلد الثاني عشر، عند "باب المراجعة"، إلى المجلد الثامن عشر، ولم يكمله، ثم إنه حقق الاثني عشر مجلداً السابقين، يعني شرح الإمامين النووي والسبكي رحمهما الله، ثم جاء محمد حسين العقبي، وأكمل شرح الجزء الثامن عشر، وكان البون شاسعاً بين شرحيهما، وكان السبق في ذلك للمطيعي، على العقبي، حيث لم يعدو هذا الأخير كونه ناقلاً فقط، وأما المطيعي، فالظاهر من خلال الشرح: أنه بذل جهداً مضمناً في تخريج المسائل، ومقابلتها، وذكر أقوال العلماء، وعزوها، فكان شرحه وافياً مفيداً.

³ - هو: أبو القاسم: عمر بن الحسين بن عبد الله، الخِرقي، الحنبلي، البغدادي، شيخ الحنابلة، كان من كبار العلماء، تفقه على والده الحسين، صاحب المروزي، وقرأ على من قرأ على: حرب الكرمانلي، وكذلك على من قرأ على صالح وعبد الله ابنا الإمام أحمد رحمه الله، وعليه قرأ جماعة من شيوخ المذهب الحنبلي، له تصانيف كثيرة، منها المختصر المشهور في الفقه الحنبلي المعروف بـ: "مختصر الخِرقي"؛ لم تظهر مصنفاته على كثرتها، وذلك لأنه خرج من بغداد، لما ظهر بها سب الصحابة، فأودع كتبه في درب سليمان - (ت 199هـ) وهو ابن جعفر بن أبي جعفر المنصور - فاحترقت الدار التي كانت فيها كتبه، وقدم دمشق، وبها توفي سنة أربع وثلاثين وثلاثمائة، (ت 334هـ)، ودفن بمقبرة باب الصغير، قال الإمام

أعطيته فهو علي، فقد لزمه ما صح أنه أعطاه، ولا يبرأ المضمون عنه إلا بأداء الضامن فمتى أدى رجع عليه، سواء قال له ضمن عني، أو لم يقل، ومن كفل بنفس لزمه ما عليها، وإن لم يسلمها، فإن مات بريء المتكفل»⁽¹⁾، ويقول الشيخ خالد عبد الله الأنصاري في شرحه "لمختصر الخرقى": «الضمان نوعان: النوع الأول: ضمان المال، وهو: الالتزام بسداد الدين، والنوع الثاني: ضمان النفس، وهو: الالتزام بإحضار الشخص الذي عليه الدين لسداده»⁽²⁾.

وذكر موفق الدين ابن قدامة المقدسي - رحمه الله - في كتابه "العمدة" نوعي الضمان، فقال: «وإن ضمنه عنه ضامن لم يبرأ، وصار الدين عليهما، ولصاحبه مطالبة من شاء منهما، فإن استوفى من المضمون عنه أو أبرأه بريء ضامنه، وإن أبرأ الضامن لم يبرأ الأصل، وإن استوفى من الضامن رجع عليه، ومن تكفل بإحضار من عليه دين، فلم يحضره لزمه ما عليه، فإن مات برئ كفيه»⁽³⁾، فهنا ذكر نوعي الضمان، حيث بدأ بضمان

الذهبي رحمه الله في "سير أعلام النبلاء": «وظهر في هذا الوقت: الرفض، والاعتزال، بالعراق، ببني بويه»، ينظر: سير أعلام النبلاء، تصنيف: شمس الدين: محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ت: إبراهيم الزبيق، وأشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، ط: مؤسسة الرسالة، ط1، 1403هـ-1983م، (15/363-364)؛ وينظر في ترجمة الخرقى كذلك: طبقات الحنابلة، تأليف، القاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى الفراء البغدادي الحنبلي، ت: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، طبعة خاصة بمناسبة مرور مائة سنة على تأسيس المملكة العربية السعودية، الرياض، ط2، 1419هـ-1999م، (3/147-148-149)؛ والوافي بالوفيات، تأليف: صلاح الدين: خليل بن أيبك الصفدي، ت: أحمد الأرنؤوط وتركي مصطفى، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ - 2000م، (22/281)؛ والخرقي: بكسر الخاء المعجمة، وفتح الراء، وبعدها قاف، هذه النسبة إلى: بيع الخرق والثياب، ينظر: وفيات الأعيان (3/441)؛ وينظر في ترجمته كذلك: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تأليف: شهاب الدين أبي الفلاح عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري، الحنبلي، الدمشقي، المعروف ب: (ابن العماد)، ت: محمود الأرنؤوط، وأشرف على تحقيقه: عبد القادر الأرنؤوط، ط: دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط1، 1406هـ - 1986م، (4/186)

¹ - مختصر الخرقى مع شرحه للشيخ خالد بن عبد الله الأنصاري، ط: دار الاعتصام، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1425هـ، (2 / 71)

² - المرجع نفسه (2 / 71).

³ - عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، تأليف: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، ت: أحمد محمد عزوز، ط: المكتبة الحضرية، صيدا، بيروت، (د.ع.ط)، 1423 هـ - 2003 م، (ص 58).

المال، ثم ذكر كفالة النفس بقوله: «ومن تكفل بإحضار من عليه دين..»، وجاء في "دليل الطالب" ذِكْرُ نَوْعَيِ الضمان، وبَوَّبَ عليهما، قال: باب الضمان والكفالة، ثم قال وبصحاَن تنجيزا، وتعليقا، وتوقيئا، ممن يصح تبرعه...، ثم قال: «فصل في الكفالة بالبدن، والكفالة هي: أن يلتزم بإحضار بدن من عليه حق مالي إلى ربه⁽¹⁾».

وجاء في "متن الإقناع" في الفقه الحنبلي: «باب الضمان والكفالة»، ثم قال: الضمان التزام من يصح تبرعه، أو مفلس برضاها، ما وجب أو ما يجب على غيره، مع بقاءه عليه، غير ضمان مسلم جزية، وكفالته من هي عليه، فلا يصح فيهما⁽²⁾.

فهنا نجد صاحب "الإقناع" يبوب للنوعين، ويذكر تعريفهما.

وجاء في "كشاف القناع عن متن الإقناع" في الفقه الحنبلي كذلك، عند قول صاحب الإقناع: «فلا يصح أي: الضمان والكفالة»، فالمقصود بالضمان هنا: ضمان الأموال، والكفالة: كفالة الأبدان⁽³⁾.

من هنا يتضح من خلال ما سقنا من كلام الحنابلة في المصادر المعتمدة في المذهب الحنبلي: أنهم متفقون على أن أقسام الضمان نوعان: ضمان أموال، وكفالة أبدان.

¹ - دليل الطالب لنيل المطالب تأليف: الشيخ: مرعي بن يوسف الكرعي الحنبلي ، ت: سلطان بن عبد الرحمن العيد، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، (د.ع. ط. ت.ن)، (ص 264 - 266).

² - الإقناع لطالب الانتفاع، تأليف: شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبو النجار الحجاوي، المقرئ، الحنبلي، ت: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر، طبعة المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة ، ط2، 1423 هـ - 2002 م، (2 / 343).

³ - كشاف القناع عن متن الإقناع، تأليف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي، ت: محمد أمين الضناوي، ط: عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1417 هـ - 1997 م، (79/3).

المطلب الثالث: أسباب الضمان:

في هذا المطلب: سأتناول أسباب الضمان، وهنا قد يرد سؤالاً مفاده: قد عرفنا الضمان، ومشروعيته، وأقسامه، فما هي الأسباب التي توجب الضمان؟

للإجابة على هذا السؤال أقول: إن مناهج الفقهاء قد تنوعت في إيراد أسباب الضمان: فنجد الإمام القرافي-رحمه الله- من المالكية، يَعدُّها ثلاثة أسباب، يقول رحمه الله في "نخبرته": «أسباب الضمان ثلاثة: الإلتلاف، والتسبب للإلتلاف، ووضع اليد غير المؤتمنة⁽¹⁾»، ويقول في كتابه "الفروق": «أسباب الضمان ثلاثة، فمتى وجد واحدا منها، وجب الضمان، ومتى لم يوجد واحد منها لم يجب الضمان:

أحدها: التفويت مباشرة، كإحراق الثوب، وقتل الحيوان، وأكل الطعام، ونحو ذلك.

وثانيها: التسبب للإلتلاف: كحفر بئر في موطن لم يؤذن فيه، ووضع السموم في الأطعمة ووقود النار بقرب الزرع أو الأندر، ونحو ذلك مما شأنه في العادة أن يفضى غالبا للإلتلاف.

وثالثها: وضع اليد غير المؤتمنة: فيندرج في غير المؤتمنة يد الغاصب، والبائع يضمن المبيع الذي يتعلق به حق توفية قبل القبض، فإن ضمان المبيع الذي هذا شأنه منه؛ لأن يده غير مؤتمنة ويد المتعدي بالدابة في الإجارة ونحوها، ويخرج بهذا القيد يد المودع، وعامل القراض ويد المساق ونحوهم، فإنهم أمناء، فلا يضمنون⁽²⁾، فهنا نلاحظ أن الإمام القرافي رحمه الله، لم يذكر "العقد" من أسباب الضمان في التحمل بالأداء للدائن عن المدين، حيث

¹ - النخبة (8 / 196).

² - الفروق، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المالكي، ت: عمر حسن القيام، ط: مؤسسة الرسالة، ط1، 1424 هـ، (4 / 53).

إن الحق "المضمون" يجب في ذمة "الضامن" للمضمون له بمجرد "الالتزام"، والضمان معلوم أنه "عقد لازم"، وأما الإمام العز بن عبد السلام الشافعي، فقد عدَّ أسباب الضمان أربعة، قال في كتابه "قواعد الأحكام": «يجب الضمان بأربعة أشياء: اليد، والمباشرة، والتسبب، والشرط»⁽¹⁾، فذكر المباشرة من أسباب الضمان، وأما الإمام الزركشي⁽²⁾ الشافعي: فقد عدَّ أول أسباب "الضمان": "العقد"، جاء في: "المنتور في القواعد الفقهية": «أسباب الضمان أربعة: عقد، ويد، وإتلاف، وحيلولة»⁽³⁾، فذكر أن أول أسباب "الضمان": "العقد"، ومثله ابن رجب الحنبلي، إلا أنه عدها ثلاثة، جاء في كتابه "تقرير القواعد": «أسباب الضمان ثلاثة: عقد، ويد، وإتلاف»⁽⁴⁾، ولم يذكر التسبب للإتلاف، كما ذكر القرافي رحمه الله، حيث فَرَّق بين الإتلاف، والتسبب للإتلاف، فعد كل واحد منهما سببا بوحده.

والذي يظهر للباحث: أن هذا التنوع راجع إلى اختلاف المعنى المراد بالضمان في كل موضع.

ويرى أيضا أن: "أسباب الضمان" يمكن أن تجمل في أربعة أسباب:

¹ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام الموسوم ب (القواعد الكبرى)، تأليف: الشيخ عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الشافعي، ت: د. نزيه حماد، و د. عثمان جمعة ضميرية، ط: دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1421 هـ، (2/265).
² - هو: أبو عبد الله بدر الدين: محمد بن بهادر بن عبدالله، المصري، الزركشي، الشافعي، الإمام العلامة، المصنف، المحرر، ولد سنة خمس وأربعين وسبعمائة(745هـ)، وأخذ عن الشيخين: جمال الدين الإسني، وسراج الدين البلقيني، ورحل إلى حلب إلى الشيخ شهاب الدين الأذري، وسمع الحديث بدمشق، وغيرها، وكان فقيها، أصوليا، أدبيا، فاضلا؛ درّس وأفتى، وولي مشيخة خانقاه كريم الدين بالقرافة الصغرى، من تصانيفه: "تكملة شرح المجموع للإسني"، و"الروضة"، و"النكت على البخاري"، و"البحر في الأصول"، و"شرح جمع الجوامع للسبكي"، وغير ذلك، توفي بمصر في رجب سنة أربع وتسعين وسبعمائة(794هـ)، ودفن بالقرافة الصغرى، ينظر: شذرات الذهب(572/8-573)
³ - المنتور في القواعد الفقهية: بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي، ت: د. تيسير فائق، وزارة الأوقاف التونسية، ط1، 1405 هـ، (2/322).

⁴ - تقرير القواعد وتحريير الفوائد الموسوم ب (قواعد ابن رجب)، تأليف: الحافظ زين الدين: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، ت: مشهور بن حسن آل سلمان، ط: دار ابن عفان، ط1، 1424م، (2/316).

السبب الأول: الضمان بالملك.

السبب الثاني: الضمان بوضع اليد.

السبب الثالث: الضمان باشتراطه، أو التضمين بالشرط.

السبب الرابع: الضمان بالتحمل.

ولأهمية هذه الأسباب في معرفة ما يوجب الضمان؛ سأتوقف عند كل سبب من هذه الأسباب لنتعرف عليه:

السبب الأول: الضمان بالملك:

الملْك في اللغة: هو احتواء الشيء، والقدرة على الاستبداد به⁽¹⁾، وفي الاصطلاح: «اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه فيه، مع عدم المانع، وحاجزاً عن تصرف غيره فيه⁽²⁾»، وجاء "في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" في الفقه الحنفي للإمام الكاساني⁽³⁾ - رحمه الله -:

¹ - ينظر: لسان العرب (7 / 265)، مادة (م ل ك)؛ تاج العروس (27 / 346).

² - كتاب التعريفات، تأليف العلامة: علي بن محمد الشريف الجرجاني، ط: مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، (د.ع.ط) 1985م، (ص 247).

³ - هو: أبو بكر بن مسعود بن أحمد، علاء الدين الكاساني، الحنفي، ملك العلماء، تفقه على علاء الدين السمرقندي الحنفي، صاحب "تحفة الفقهاء" في الفقه الحنفي، أخذ عنه الأصول، له مصنفات من أجلها، كتابه "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" في الفقه الحنفي، وقد شرح به كتاب شيخه "تحفة الفقهاء"، ولما فرغ من تصنيفه، عرضه على شيخه علاء الدين السمرقندي، فأعجب به، ورضي به مهراً لابنته الفقيهة، العالمة، فاطمة علاء الدين السمرقندي، له مصنفات غير "البدائع" منها: "السلطان المبين في أصول الدين"، توفي - رحمه الله - في عاشر رجب، سنة سبع وثمانين وخمسائة (ت 587هـ)، ودفن عند زوجته فاطمة بنت علاء الدين السمرقندي داخل مقام إبراهيم الخليل بظاهر حلب، ينظر: الجواهر المضوية في طبقات الحنفية، (4/28)، و"الكاساني": نسبة إلى: كاسان بالسین المهملة، وهي: مدينة كبيرة في أول بلاد تركستان، وراء نهر سيحون، وراء الشاش، ولها قلعة حصينة، وعلى بابها وادي أخسيكث، ينظر: معجم البلدان، تأليف: شهاب الدين أبي عبد الله: ياقوت الحموي البغدادي، ط: دار صادر، بيروت، لبنان، (د.ع.ط)، 1397هـ -

«القدرة الشرعية على التصرفات الحسية، والشرعية»⁽¹⁾، ويقول الإمام القرافي المالكي - رحمه الله - في: "فروقه": «والعبارة الكاشفة عن حقيقة المَلِك: أنه حكم شرعي مقدّر في العين، أو المنفعة، يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك، والعوض عنه من حيث هو كذلك»⁽²⁾، ثم يتابع في شرح هذا التعريف بقوله: «أما قولنا: "حكم شرعي" فبالإجماع؛ ولأنه يتبع الشرعية، وأما أنه مقدّر، فلأنه يرجع إلى تعلق إذن الشرع، والتعلق عديمي، وليس وصفا حقيقيا بل يُقدّر في العين، أو المنفعة، عند تحقق الأسباب المفيدة للمَلِك، و قولنا: "العين، أو المنفعة"؛ لأن الأعيان تملك، كالبيع، والمنافع، كالإجارة، وقولنا: "يقتضي انتفاعه بالمملوك"، ليخرج التصرف بالوصية، والوكالة، وتصرف القضاة في أموال الغائبين، والمجانين، فإن هذه الطوائف لهم التصرف بغير ملك، وقولنا: "والعوض عنه"، ليخرج عنه الإباحات في الضيافات، فإن الضيافة مأذون فيها، وليست مملوكة على الصحيح.

ويخرج أيضا، الاختصاصات بالمساجد، والربط، والخوانق، ومواضع المطاف، والسكك، ومقاعد الأسواق، فإن هذه الأمور لا ملك فيها مع المكنة الشرعية من التصرف في هذه الأمور.

وقولنا: "من حيث هو كذلك"، إشارة إلى أنه يقتضى ذلك من حيث هو، وقد يتخلف عنه ذلك لمانع يعرض، كالمحجور عليهم، لهم الملك، وليس لهم المكنة من التصرف في تلك الأعيان المملوكة، لكن تلك الأملاك في تلك الصور، لوجود النظر إليها اقتضت مكنة

1977م، (430/4)، وفيه: ذكر كاشان بالشين المعجمة، وآخره نون : مدينة بما وراء النهر على بابها واد أخسيكت، قلت:

ولعلها هي نفس كاسان؛ لأنه عرفها بنفس التعريف، ينظر: معجم البلدان (430/4)

¹ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ط: دار الكتب العلمية،

بيروت، لبنان، ط2، 1406هـ - 1986م، (5 / 108)

² - الفروق (3 / 347).

التصرف، وإنما جاء المنع من أمور خارجة، ولا تنافي بين القبول الذاتي، والاستحالة لأمر خارجي»⁽¹⁾.

وعلى هذا الحد علق ابن الشاط⁽²⁾ بقوله: « هذا الحد فاسد من وجوه:

أحدها: أن الملك من أوصاف المالك لا المملوك، لكنه وصف متعلق، والمملوك هو متعلقه.

وثانيها: أنه ليس مقتضيا للتمكين من الانتفاع، بل المقتضي لذلك كلام الشارع.

ثالثها: أنه لا يقتضي الانتفاع بالمملوك، وبالعوض، بل بأحدهما.

رابعها: أن المملوك مشتق من الملك، فلا يعرف إلا بعد معرفته فيلزم الدور، والصحيح في حدّ الملك: أنه تمكن الإنسان شرعا بنفسه، أو بنيابة من الانتفاع بالعين، أو المنفعة، ومن أخذ العوض عن العين، أو المنفعة، هذا إن قلنا: إن الضيافة ونحوها لا يملكها من سوغت له، وإن قلنا: إنه يملكها، زدنا في الحد فقلنا: إنه تمكن الإنسان شرعا بنفسه، أو بنيابة من الانتفاع بالعين، أو المنفعة، ومن أخذ العوض، أو تمكنه من الانتفاع خاصة، ولا حاجة بنا إلى بيان صحة هذا الحد، فإنه لا يخفى ذلك على المتأمل المنصف، وما قاله من

¹ - الفروق (3 / 348 - 349).

² - هو: قاسم بن عبدالله ابن محمد بن محمد المعروف بابن الشاط الأنصاري، المالكي، نزيل سبتة، يكنى أبا القاسم، ولد بسبتة، عام ثلاثة وأربعين وستمائة (643هـ)، قال: والشاط اسم لجدي وكان طوالا فجرى عليه هذا الاسم، كان - رحمه الله - نسيج وحده في أصالة النظر، ونفوذ الفكر، وجودة القريحة، وتسديد الفهم، وعلو الهمة، والعكوف على العلم؛ أقرأ عمره بمدينة سبتة، الأصول، والفرائض، مقدّمًا فيها موصوفا بالإمامة، وكان موفور الحظ من الفقه، حسن المشاركة في العربية، كاتبًا مترسلا، ربّانا من الأدب، له نظر في العقليات، أخذ عن جماعة من العلماء، وعنه أخذ الجلة من أهل الأندلس، وله تصانيف، منها: "أنوار البروق في تعقب مسائل القواعد والفروق"، "وغنية الرائض في علم الفرائض"، "وتحرير الجواب في توفية الثواب"، وغيرها، وكان مجلسه مألّفا للصدور من الطلبة، والنبلاء من العامة، توفي - رحمه الله - بمدينة سبتة، سنة ثلاث وعشرين وسبعمائة، (ت723هـ)، ينظر: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، (2/152-153).

أنه "حكم شرعي"، إن أراد أنه أحد الأحكام الخمسة، ففيه نظر، وإن أراد أنه أمر شرعي على الجملة، فذلك صحيح، قوله: "إنه عدمي"، بناء على أن النسب أمور عدمية، وفيه نظر، وأما قوله: "إنه مقدّر في العين أو المنفعة"، فقد سبق أنه وصف للمالك متعلق بالعين، أو المنفعة⁽¹⁾، وأما قول القرافي -رحمه الله-: "فإن الأعيان تملك"، علق عليه ابن الشاط بقوله: « صحيح من المسامحة على ما يذكره هو بعد هذا عن المازري⁽²⁾، وأما قوله: "يقتضي انتفاعه بالمملوك"، هذا التحرز صحيح على تقدير صحة حدّه، وأما قوله: "والعوض عنه...إلى قوله: هذه الأمور"، جعل التصرف بدل الانتفاع، وهو أعم منه، بدليل ما ذكره هو قبل هذا من تصرف الأوصياء، والحاكم حيث لهم التصرف، دون الانتفاع، وكل ما ذكر هنا من ضيف، وشبهه، ليس له مطلق التصرف، بل له التصرف بالانتفاع خاصة⁽³⁾، وعند ابن رجب في "قواعده" أن: الملّك أربعة أنواع، يقول في القاعدة: "السادسة

¹ - إدرار الشروق على أنواء الفروق، تأليف: أبي القاسم: قاسم بن عبد الله ابن محمد بن محمد المعروف بابن الشاط الأنصاري المالكي، (طبعة مجموعة مع الفروق لشهاب الدين القرافي المالكي) تحقيق: عمر حسن القيام، ط: مؤسسة الرسالة، ط1، 1424 هـ، (3، 447 - 348)، وإدرار الشروق لابن الشاط - رحمه الله - هو: عبارة عن توضيح وتوشيح على فروق القرافي رحمه الله.

² - هو: أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري، الفقيه المالكي، المحدث؛ أحد الأعلام المشار إليهم في حفظ الحديث والكلام عليه، نزل "المهديّة" من بلاد إفريقية، وأصله من "مازر"، وهي مدينة في جزيرة صقلية على ساحل البحر؛ كان إمام أهل إفريقية وما وراءها من المغرب، وصار لفظ "الإمام" لقباً عليه، فلا يعرف بغير "الإمام المازري"، أخذ عن شيوخ، منهم: اللخمي، وأبي محمد عبد الحميد السوسي، وغيرهما من شيوخ إفريقية، وعنه أخذ من لا يعدّ كثرة؛ درس أصول الفقه، والذين فجاء سابقاً، ولم يكن في عصره من المالكية أفقه منه، ولا أقوم لمذهبه؛ سمع الحديث، وطالع معانيه، واطّلع على علوم كثيرة، مثل الطب، والحساب، والأدب، وغير ذلك، وكان يفرع إليه في الفتوى في الطب كما يفرع إليه في الفتيا في الفقه، ألّف التصانيف الجليلة القدر منها: كتابه "المعلم بفوائد مسلم"، و"شرح كتاب التلقين في الفقه المالكي للفاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي"، وشرح كتاب "البرهان لأبي المعالي الجويني"، وسماه: "إيضاح المحصول من برهان الأصول"، و "نظم الفرائد في علم العقائد"، وألّف غير ذلك، توفي - رحمه الله - بالمهديّة، سنة: ست وثلاثين وخمسائة (ت536هـ)، ودفن بالمنستير، وكانت وفاته عن ست وثمانين سنة رحمه الله، ينظر: وفيات العيان (4/285)، والديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب (2/250..252)، وكذلك ينظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية (ص127-128).

³ - إدرار الشروق على أنواء الفروق (3 / 342 - 347).

والثمانون" من "قواعده": «المَلِكُ أربعة أنواع: ملك عين ومنفعة، وملك عين بلا منفعة، وملك انتفاع من غير ملك منفعة»⁽¹⁾، ثم يُبيِّن هذه الأنواع بقوله: «أما النوع الأول: فهو عامة الأملاك الواردة على الأعيان المملوكة بالأسباب المقتضية لها من بيع، وهبة، وإرث، وغير ذلك..

النوع الثاني: ملك العين بدون منفعة، وقد أثبتته الأصحاب في الوصية بالمنافع لواحد وبالرقبة لآخر، أو تركها للورثة، وقد قال أحمد في روايات، منها: فيمن أوصى بخدمة عبد أو ظهر دابة تركب، أو بدار تسكن فقال: لا بأس بها، وأكره العبد، والدابة؛ لأنهما يموتان، قال أبو بكر: الذي أقول به إن الوصية تصح في جميع ذلك؛ لأن الدار تخرب أيضا...

النوع الثالث: ملك المنفعة بدون عين، وهو ثابت بالاتفاق، وهو ضريان: أحدهما: مَلِك مؤبد، ويندرج تحته صور:

منها: الوصية بالمنافع، كما سبق ويشمل جميع أنواعها، إلا منفعة البضع، فإن دخولها في الوصية وجهين.

ومنها الوقف: فإن منافعه، وثمراته، مملوكة للموقوف عليه، وفي ملكه لرقبته وجهان معروفان لهما فوائد متعددة.

ومنها: الأرض الخراجية المُقرَّة في يد من هي في يده بالخراج يملك منافعها على التأييد.

والضرب الثاني: ملك غير مؤبد، فمنه: الإجارة، ومنافع المبيع المستثناة في العقد مدة معلومة، ومنه ما هو غير مؤقت، لكنه غير لازم، كالعارية على وجه وإقطاع الاستغلال.

¹ - القواعد لابن رجب (283/2)

النوع الرابع: ملك الانتفاع المجرد»⁽¹⁾، وأما فيما يتعلق بصوره، فيقول فيها: «وله صور

متعددة، منها:

- ملك المستعير، فإنه يملك الانتفاع لا المنفعة، إلا على "رواية ابن منصور" عن أحمد: أن العارية المؤقتة تلزم، كذا قال الأصحاب، ويمكن أن يقال: لزوم العارية المؤقتة إنما يدل على وجوب الوفاء بدل الانتفاع لا على تمليك المنفعة.
- المنتفع بملك جاره من وضع خشب، وممر في دار ونحوه، وإن كان بعقد صلح؛ فهو إجارة.
- ومنها: إقطاع الإرفاق كمقاعد الأسواق ونحوها.
- ومنها الطعام في دار الحرب قبل حيازته يملك الغانمون الانتفاع به بقدر الحاجة، وقياسه: الأكل من الأضحية، والثمر المعلق، ونحوه.
- ومنها: أكل الضيف لطعام المضيف، فإنه إباحة محضة لا يحصل به الملك بحال على المشهور عندنا، وعند أحمد رواية بإجزاء الإطعام في الكفارات، وينزل على أحد القولين: إما أن الضيف يملك ما قدم إليه وإن كان ملكا خاصا بالنسبة إلى الأكل، وإما أن الكفارة لا يشترط فيها تمليك.
- ومنها: عقد النكاح، وترددت عبارات الأصحاب في مورده، هل هو المِلْك؟ أو الاستباحة؟ فمن قائل: هو المِلْك، ثم تردّدوا: هل هو مِلْك منفعة البضع، أو مِلْك الانتفاع بها؟ وقيل: بل هو الحل لا المِلْك، ولهذا يقع الاستمتاع من جهة الزوجة مع أنه لا مِلْك لها، وقيل: بل المعقود عليه ازدواج، كالمشاركة، ولهذا فرّق الله

¹ - القواعد لابن رجب (283/2-288) - باختصار منه -

سبحانه وتعالى بين الازدواج ومِلْك اليمين، وإليه ميل الشيخ تقي الدين⁽¹⁾، فيكون من باب المشاركات دون المعاوضات»⁽²⁾.

كذلك، فإن الاتصال بين المالك، وما له الذي يملكه، يجعل تبعة هلاك المال وتعيبه يقع في الأصل على مالك المال، كما قال تعالى ﴿وَلَنَبْلُوَنَّكُمْ بِشَيْءٍ مِّنَ الْخَوْفِ وَالْجُوعِ وَنَقْصٍ مِّنَ الْأَمْوَالِ وَالْأَنْفُسِ وَالثَّمَرَاتِ وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ﴾⁽³⁾، وقال تعالى: ﴿لَتَبْلُوَنَّ فِي حَمَلِ أَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ﴾⁽⁴⁾، فنقص المال، وهلاكه، وتعيبه: بلاء، ومصيبة، تنزل بمالك المال⁽⁵⁾.

وفي الحديث عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الخراج بالضمان»⁽⁶⁾:

¹ - يعني ابن تيمية رحمه الله.

² - القواعد لابن رجب (2 / 288 - 289).

³ - سورة البقرة (الآية 154).

⁴ - سورة آل عمران (آية 186).

⁵ - ينظر: معالم التنزيل (12 / 124)؛ تفسير القرآن العظيم لابن كثير (2 / 155).

⁶ - رواه أبو داود، كتاب البيوع والإجازات، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا برقم (3508)، (ص 630)؛ ورواه الترمذي: كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، حديث برقم (1285)، وقال الترمذي في تعليقه على هذا الحديث: هذا حديث : حسن صحيح، وقد رُوِيَ هذا الحديث من غير هذا الوجه، والعمل على هذا عند أهل العلم، ينظر: سنن الترمذي (ص 305)؛ وأخرجه النسائي: كتاب البيوع: باب الخراج بالضمان، الحديث رقم (4490)، (ص 688)، ينظر: سنن النسائي، تصنيف: أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، ت: محمد ناصر الدين الألباني، ط: مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، (د.ت.ن)؛ وابن ماجه: كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان، حديث برقم (2242)، (ص 385)، كلهم من حديث عائشة رضي الله عنها، وهو حديث (حسن)، فقد حسنه الألباني رحمه الله في تحقيقه للسنن، ينظر: سنن الترمذي (ص 305)؛ وسنن أبي داود (ص 630)؛ وابن ماجه (ص 385)؛

قال الإمام الترمذي⁽¹⁾ - رحمه الله - معلقا على هذا الحديث: «وهذا الحديث قد تلقاه العلماء بالقبول وجرى عليه عملهم، وتفسير: (الخارج بالضمان): هو الرجل الذي يشتري العبد فيستغله، ثم يجد به عيبا، فيرده على البائع، فالغلة للمشتري؛ لأن العبد لو هلك، هلك من مال المشتري، ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخارج بالضمان»⁽²⁾، فمالك المال يستحق ما يخرج منه من منافع، مقابل أن المالك هو من يتحمل تبعه هلاك المال وتعيبه، وبهذا يتبين أن المَلِك: سبب من أسباب الضمان.

السبب الثاني: الضمان بوضع اليد:

اليَد في اللغة: هي الجارحة المعروفة من المنكب إلى أطراف الأصابع، وتطلق بمعنى: الحوز، والملك يقال: هذا في يد فلان، أي: في حوزة وملكه⁽³⁾، ويطلق الفقهاء "اليَد" بمعنى: حيازة الشيء، جاء في: "المنثور في القواعد": «اليَد قسمان: حسية ومعنوية، فالحسية عندنا من الأصابع إلى الكوع، ويدخل الذراع في ذلك بحكم التبعية لا بالحقيقة، أما المعنوية فالمراد بها: الاستيلاء على الشيء بالحيازة، وهي كناية عما قبلها؛ لأن باليد يكون: التصرف»⁽⁴⁾.

والنسائي (ص 688)، كلهم بتحقيق الشيخ محمد ناصر الدين الألباني رحمه الله، وسأزيد تفصيلا في تخريج هذا الحديث عند الكلام على "تكييف خطاب الضمان" في باب التطبيقات، (ص 382).

¹ - هو: أبو عيسى الترمذي: محمد بن عيسى بن سورة، الإمام الحافظ، مصنف الجامع الذي هو من أصول كتب الحديث، توفي سنة تسع وسبعين ومائتين (ت 279هـ)، ينظر: سير أعلام النبلاء (13/270)

² - ينظر: تعليق الإمام الترمذي رحمه الله على حديث: (الخارج بالضمان) في جامع: كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، حديث رقم (1285)، (ص 305).

³ - ينظر: مفردات ألفاظ القرآن، تأليف: الراغب الأصفهاني، ت: صفوان عدنان داوودي، ط: دار القلم، دمشق، ط 3، 1423هـ، (ص 889)؛ تهذيب اللغة، تأليف: أبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، ت: عبد السلام هارون، ط: الدار المصرية، (د.ع.ط.ت.ن)، (14 / 240)؛ المغرب في ترتيب المعرب: تأليف: أبي المكارم ناصر المطرزي، ط: دار الكتاب العربي، (د.ع.ط.ت.ن)، (ص 511)، مادة (ي د ي).

⁴ - المنثور في القواعد (3 / 369 - 370).

وفي "المنثور" أيضا: «اليد: وهي ضربان: يد غير مؤتمنة كيد الغاصب، والمستام والمستعير، والمشتري فاسداً، وكذلك الأجير على قول، ويد أمانة: كالوديعة، والشركة والمضاربة، والوكالة، ونحوها، وإذا وقع منها التعدي، صارت اليد يد ضمان، فيضمن إذا تلفت بنفسها، كما لو لم يكن مؤتمناً»⁽¹⁾، ثم نقل عن الجرجاني رحمه الله قوله: «الموجب لضمان المال خمسة:

أحدها: القبض للسوم

الثاني: القبض عن البيع الفاسد

الثالث: العارية

الرابع: الإطلاقات بمباشرة أو تسبب

الخامس: التعدي بالغصب، أو بالتصرف في الأمانة أو بالتفريط في ردها»⁽²⁾.

ومن حاز مالا لغيره - بعقد أو بغير عقد - فإنه إما أن تكون يده على المال يد أمانة وإما أن تكون يد ضمان، ولكل يد حكمها من حيث تحمل تبعة هلاك المال وتعيبه.

أولاً: يد الأمانة:

الأمانة في اللغة: ضدّ الخيانة، مأخوذة من الأمن وهو: الاطمئنان وسكون القلب⁽³⁾.

¹ - المنثور في القواعد (2 / 323).

² - المرجع نفسه (2 / 323).

³ - ينظر: مادة (أ م ن) في معجم مقاييس اللغة (1 / 133)؛ مفردات ألفاظ القرآن (ص 90)؛ المصباح المنير (ص 31).

والأمين عند الفقهاء: هو الحائز للمال بإذن من الشارع، أو من مالكه، أو من يقوم مقامه بغير قصد تملكه⁽¹⁾، ومثالة المستأجر، والوديع، والوكيل، والشريك، والمضارب، وناظر الوقف، وولي الصغير، والمجنون.

والتقييد بعدم قصد التملك لإخراج من حاز المال بإذن الشارع، أو إذن مالكه لكن بقصد تملكه، كالقابض على وجه السوم، والملتقط بنية التملك⁽²⁾، واختلف الفقهاء في بعض القيود في ضابط الأمين ومن ذلك:

- ألا يختص بنفع المال، فإن اختص بنفع المال، فليس بأمين، وقد ذكر هذا الضابط الشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾، وبناء عليه، فقد جعلوا المستعير ضامنا، وليس أمينا.
- ألا يقبض المال على طريق البدل، والوثيقة، وقد ذكر هذا القيد الحنفية⁽⁵⁾، وبناء عليه فقد جعلوا المرتهن ضامنا، وليس أمينا.

¹ - ينظر: بدائع الصنائع (87/6)؛ تبين الحقائق (320/3)؛ المدونة: مالك بن أنس الأصبحي، رواية سحنون عن عبد الرحمن ابن القاسم، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415 هـ، (497/3)؛ الذخيرة (8 / 112)؛ منح الجليل شرح مختصر خليل (7 / 377)؛ الأم (4 / 38)؛ نهاية المطلب في دراية المذهب، تأليف: إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، الشافعي، ت: أ. د. عبد العظيم محمود الديب، ط: دار المنهاج، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1428 هـ - 2007 م، (177/5).

² - ينظر المصادر السابقة.

³ - ينظر: أسنى المطالب، شرح روض الطالب (328/2)، الأشباه والنظائر: تأليف: تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي الشافعي، ت: عادل عبد الموجود وعلي محمد معوض، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1411 هـ، (362 / 1).

⁴ - ينظر المغني (184/7)؛ وتقرير القواعد (305 / 1)؛ كشاف القناع (522 / 3).

⁵ - ينظر: فتح القدير، تأليف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام على الهداية، شرح بداية المبتدي، تأليف: برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، ت: الشيخ عبد الرزاق غالب مهدي ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2013 م - 1424 هـ، (6 / 185)؛ والبحر الرائق شرح كنز الدقائق، تأليف: زين العابدين: إبراهيم بن نجيم الحنفي، ومعه حاشية ابن عابدين المسماة: منحة الخالق، ط: المطبعة العلمية، القاهرة، مصر، ط1، (د.ع. ط. ت. ن)، (194 / 5).

وقد اتفق الفقهاء على أن: الأمين لا يضمن، إلا إذا تعدى، أو فرط؛ لأنه بالإذن له بالتصرف، يكون في مقام المالك في اليد، والتصرف، فكان الهلاك في يده، كالهلاك في يد المالك، فإذا تعدى الأمين، أو فرط، فإنه يخرج بذلك عن حد الأمانة، ويصير ضامنا لما تحت يده⁽¹⁾.

والتعدي: أن يفعل في المال ما ليس له فعله مما لم تأذنه له به الشريعة، ولا المالك لفظا، لا عرفا⁽²⁾.

والتفريط: أن يترك ما يجب عليه فعله من حفظ المال⁽³⁾.

ومع اتفاق العلماء على تضمين الأمين إذا تعدى، أو فرط، فإنهم قد اختلفوا في جملة من صور التعدي والتفريط.

جاء في "بداية المجتهد": « وأجمعوا على أنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال، إذا لم يتعد، وإن كانوا اختلفوا فيما هو تعد ما ليس بتعد⁽⁴⁾ ».

¹ - ينظر: الإجماع: تأليف: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ت: د. صغير أحمد حنيف، مكتبة الفرقان، عجمان، ط2، 1420 هـ - 1999م، (ص 147)؛ المبسوط (23 / 128)؛ بدائع الصنائع (6/211)؛ المدونة (3/427)، الحاوي الكبير (6/254)؛ المنثور (2/323)؛ المغني (9/217)؛ تقرير القواعد (1/323)؛ المحلى: تأليف: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الظاهري: ط: المطبعة المنيرية، مصر، ط1، 1350 هـ، (98/7).

² - ينظر: المصباح المنير (ص 324)، مادة (ع. د. ا)؛ بلغة السالك (3 / 607)؛ تحفة المحتاج (6/318)؛ والفتاوى الكبرى: لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية، ت: محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1408 هـ، (ج 30 / 93)؛ شرح منتهى الإرادات الموسوم ب: (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى)، تأليف: منصور يونس بن إدريس البهوتي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط: مؤسسة الرسالة، ط1، 1421 هـ. 2000 م، (م 2 / 216)؛ المحلى (7 / 138).

³ - ينظر: المصباح المنير (ص 382) مادة: (ف. ر. ط)؛ المبسوط (11/132)؛ الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشريعة، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الشافعي، ت: محمد محمد تامر وحافظ عاشور، دار السلام، القاهرة، ط1، 1418 هـ، (1/215)؛ كشف القناع عن متن الإقناع (4/167).

⁴ - بداية المجتهد (4 / 1367).

والمرجع في تحديد التعدي، هو: العرف، و العادة⁽¹⁾.

وصور تضمين الأمين إذا تعدى، أو فرط، يمكن أن يرجع إلى أمرين:

الأمر الأول: فعل ما يفضى إلى الإلتلاف عادة، فيكون مباشرا للإلتلاف، أو متسببا فيه ظلما، وعدوانا، وإلتلاف مال الغير بغير إذنه، سبب لوجوب الضمان.

جاء في: "كشاف القناع": «لا ضمان عليه أي المودع فيها، إلا أن يتعدى الوديع، أو يفرط أي: يقصر في حفظ الوديعة، فيضمنها؛ لأن المتعدي متلف لمال غيره فضمنه، كما لو أنلفه من غير إيداع، والمفرط متسبب بترك ما وجب عليه من حفظها»⁽²⁾.

الأمر الثاني: مخالفة ما وقع عليه الإذن بالتصرف، والإذن بالتصرف: هو مناط كونه أمينا، فإذا خالف الشرط اللفظي، أو العرفي في التصرف، فإنه يكون في القدر غير المأذون له فيه - المخالف للشرط- بمعنى الغاصب فيصير: ضامنا، جاء في "المغني": «فأما إذا تلفت⁽³⁾ حال التعدي ولم يكن صاحبها مع رакبها، فلا خلاف في ضمانها بكمال قيمتها؛ لأنها تلفت في يد عادية، فوجب ضمانها، كالمغصوبة»⁽⁴⁾.

ثانيا: يد الضمان:

يد الضمان هي التي تقابل يد الأمانة في التعريف والحكم، فكل يد حازت مال الغير وخرجت عن حد الأمانة المذكور آنفا في تعريف الأمين كيد الغاصب، والسارق، والملتقط

¹ - ينظر: بدائع الصنائع (213/6)؛ المدونة (497/3)؛ تحفة المحتاج (101/7)؛ المغني (433/7).

² - كشاف القناع (167/4)، المنتقى شرح الموطأ، تأليف: أبي الوليد الباجي المالكي، ط: دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، (د.ت.ن) (267/5)؛ الحاوي الكبير (426/7)؛ المغني (258/9).

³ - أي الدابة التي تجاوز مستأجرها الموضع الذي وقع عليه الاتفاق في عقد الإجارة.

⁴ - المغني (79/8)؛ وينظر: المبسوط (168/15)؛ الكافي في فقه أهل المدينة، تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد البر المالكي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1413 هـ - 1992 م، (ص 371)؛ الحاوي الكبير (404/7).

بنية التملك، ويلحق بيد الضمان أيضاً: يد الأمانة إذا حصل منها تعد، أو تفريط، فإن اليد تنقلب صفتها حينئذ من صفة الأمانة إلى الضمان.

والفقهاء متفقون⁽¹⁾ على أن من كانت يده على مال غيره يد ضمان، فإنه يتحمل تبعه هلاك، وتعيب، هذا المال بأي سبب كان، فيلزمه رد العين، إن كانت باقية بحالها، وإلا فيلزمه رد بدلها بتعويض رب المال بمثل المال، إن كان مثلياً، أو قيمته، إن كان قيمياً، والدليل على ذلك هو: قوله صلى الله عليه وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽²⁾،

¹ - ينظر بدائع الصنائع (218/6)؛ والبحر الرائق شرح كنز الدقائق (281/7)؛ والمنتقى شرح الموطأ (273/5)؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (443/3)؛ ومنح الجليل (80/7)؛ وكذلك ينظر: الأم (250/3)؛ وأسنى المطالب (340/2)؛ ومغني المحتاج (319/3)؛ وكشاف القناع (106/4).

² - أخرجه أبو داود، كتاب البيوع والإجازات، باب في تضمين العارية رقم (3561)، (ص638)؛ والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، برقم (1266) وحسنه، ينظر: سنن الترمذي (ص301)؛ وابن ماجه، كتاب الصدقات، باب العارية، برقم (2400)، (ص409) من حديث الحسن بن سمرة بن جندب رضي الله عنه، وقد ضعف الألباني هذا الحديث في تحقيقه للسنن المذكورة؛ قلت: وهو ضعيف بهذا اللفظ من طريق الحسن بن سمرة رضي الله عنه، للخلاف بين الأئمة في ثبوت سماع الحسن من سمرة رضي الله عنه، ينظر: البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تأليف: سراج الدين أبي حفص عمر بن علي (ابن الملقن)، ت: مجدي بن السيد أمين وآخرين، ط: دار الهجرة، ط1، 1425هـ، (6/754)؛ وكذلك ينظر: نصب الراية لأحاديث الهداية، تأليف: جمال الدين أبي محمد محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، ت: محمد عوامة، دار القبلية، جدة، ط1، 1418هـ، (4/167)، وسيرد هذا الحديث في أثناء الكلام على "حكم اشتراط الضمان على الأمين"، بلفظ: "ضعيف الإسناد، لكنه يتقوى بشواهد"، ينظر تخريجه في: (ص190)، وهو من طريق عبد العزيز بن ربيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «استعار منه أدرا يوم حنين، فقال: أغضب يا محمد؟ فقال: لا، بل عارية مضمونة»، ينظر: سنن أبي داود، كتاب البيوع والإجازات، باب في تضمين العارية حديث برقم (3562)، (ص638)؛ وحديث سمرة بن جندب رضي الله عنه المتقدم أخرجه كذلك: الإمام أحمد في مسنده - مسند سمرة بن جندب رضي الله عنه - حديث برقم (20086)، (33/277)، وقد علق على حديث سمرة بن جندب - رضي الله عنه - الشيخ شعيب الأرناؤوط في تحقيقه للمسنَد، وقال معلقاً عليه: حسن لغيره، وهذا إسناد ضعيف، ينظر: مسند الإمام أحمد، ت: الشيخ شعيب الأرناؤوط، وعادل مرشد، وجمال عبد اللطيف، ط: مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ - 1999م، (33/277).

فرسول الله صلى الله عليه وسلم قد رتب الضمان على الأخذ باليد، فيكون الأخذ باليد هو: سبب الضمان⁽¹⁾.

السبب الثالث: الضمان باشتراطه، أو التضمنين بالشرط:

المراد بالتضمنين بالشرط هو: اشتراط الضمان على الأمين، ونقل الضمان من الضامن الأصلي إلى الأمين، كالمضارب الشريك، والمستأجر، فإذا اشترط هذا الشرط، فهل يكون صحيحا لازما ويكون الشرط سببا معتبرا للضمان؟ اختلف أهل العلم في حكم التضمنين بالشرط على قولين:

القول الأول: إن هذا الشرط باطل، وهو قول جماهير أهل العلم، وهو المعتمد عند الحنفية⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾، وكذلك:

الشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾، وهو المروي عن جماعة من السلف، فقد أخرج ابن أبي شيبة في "المصنّف": عن ابن طاووس عن أبيه قال: «من اكترى على أنه ضامن فليس بضامن» وعن عطاء، في الرجل يدفع إلى الرجل ما لا مضاربة أنه ضامن؟، قال: «ليس بضامن».

¹ - ينظر: الفروق (56/4)؛ معالم السنن، تأليف: أبي سليمان الخطابي الشافعي، ت: محمد صامد الفقي وأحمد شاكر، ط: دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ع.ط.ت.ن)، (197/5)؛ نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، محمد بن علي الشوكاني، ت: طارق بن عوض الله بن محمد، ط: دار ابن القيم، الرباط، ط1، 1426هـ، (7 / 170).

² - ينظر: المبسوط (157/11)؛ بدائع الصنائع (96/6)؛ تبيين الحقائق (3 / 318)؛ رد المحتار (65/6).

³ - المدونة (450/3)؛ الكافي في فقه أهل المدينة ص (407)؛ الذخيرة (505/5)؛ حاشية الدسوقي (436/3).

⁴ - ينظر: الأم (275/6)؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي شرح كتاب المذهب: تأليف: أبي الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني الشافعي، ت: قاسم النوري، ط: دار المنهاج، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ، (476/6)؛ الحاوي الكبير (253/6)؛ نهاية المحتاج (126/5).

⁵ - ينظر: المغني (114/8)؛ المحرر، تأليف: مجد الدين ابن تيمية الحنبلي، ت: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط: مؤسسة الرسالة، ط1، 1428هـ، (20/2)؛ الفروع (230/4).

وعن الحسن: أنه سئل عن رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة، وضمّنه إياه؟ قال: «الريح بينهما، ولا يلتفت إلى ضمانه»⁽¹⁾.

القول الثاني: أن هذا الشرط صحيح لازم: وهو قول بعض الحنفية في العارية خاصة، جاء في "مجمع الضمانات"⁽²⁾: «وقيل إذا شرط الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا في رواية، ذكره الزيعلي وجزم به في "الجوهرة"، ولم يقل في رواية، لكن نقل بعده فرع "البزازية" عن "الينابيع"، ثم قال: أما الوديعة والعين المؤجرة فلا يضمنان بحال»⁽³⁾، وكذلك قول عند المالكية⁽⁴⁾، وهو رواية عن أحمد⁽⁵⁾، واختاره بعض المتأخرين⁽⁶⁾.

والذي يترجح للباحث في هذه المسألة - والله أعلم - هو: أن اشترط الضمان في العقود التي لا تحتل الضمان شرطاً: أنه لا يجوز؛ لكونه مؤثراً في طبيعة العقد، ويؤدي إلى: الحرام، كاشتراط الضمان في القراض (المضاربة) مثلاً؛ فينقلب إلى قرض في ذمة الضامن؛ لأن ضمان رد البدل، هو: من أهم خصائص القرض، وكذلك يؤدي إلى الغرر، وقد جعل بعض العلماء العلة في منع "اشتراط الضمان في عقد المضاربة" أنه يؤدي إلى: الغرر، جاء

¹ - المصنف: تأليف: الحافظ أبي بكر بن أبي شيبة، ت: محمد عوامة، ط: دار القبلة، جدة، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1428 هـ، (458/11)، والصفحات (520، 519) منه.

² - مجمع الضمانات، تأليف: أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي الحنفي، ت: أ. د أحمد محمد السراج، و أ. د علي جمعة محمد، ط: دار السلام، القاهرة، مصر، ط 1، 1420 هـ - 1999 م، (ص 55).

³ - تبين الحقائق (85/5)؛ رد المحتار (679/5).

⁴ - ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة (ص 413)؛ وكذلك: الذخيرة (509/5).

⁵ - ينظر: المغني (115/8)؛ الفروع: شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي، راجعه عبد الستار أحمد فراج، ط: دار مصر للطباعة، (د.ع. ط)، 1383 هـ، (230/4)؛ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تأليف: علاء الدين: علي بن أحمد المرداوي الحنبلي، ت: عبد الله التركي، ط: دار هجر، القاهرة، مصر، ط 1، 1415 هـ 1995 م، (92/15).

⁶ - كالإمام الشوكاني رحمه الله: ينظر السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تأليف: محمد بن علي الشوكاني، ت: محمود إبراهيم زايد، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، (د. ت. ن)، (203/3 - 216).

في "بداية المجتهد": «..ومنها: إذا اشترط رب المال الضمان على العامل، فقال مالك: لا يجوز القراض وهو فاسد..، وعمدة مالك رحمه الله: أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد»⁽¹⁾، ومن أمثلة ذلك أيضا اشترط الضمان على مستأجر العين من غير تعد، ولا تفريط، حيث إن المستأجر في هذه الحالة يستأجر العين بأجرة مجهولة، إذ قد تسلم العين، فيكون غانما، وقد يحصل تلف للعين، فيغرم العين بأضعاف الأجرة المسماة.

السبب الرابع: الضمان بالتحمل:

ومن تحمل ديناً عن مدين، أو قال أنا ضامن لك ما على فلان، فإنه يضمن، وللدائن مطالبة من شاء منهما، والضامن للمال تتشغل ذمته بالحق، فيضمن المال الذي تحمل إن لم يؤد المدين، قال في: "التلقين" «وأما الحمالة فمعناها: "شغل ذمة أخرى بالحق"»⁽²⁾، وفي "الشرح الصغير": «الحمالة: بفتح الحاء لغة: الالتزام، وشرعا: التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره»⁽³⁾، وجاء في "مغني المحتاج" هو: «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»⁽⁴⁾ وأما المطالبة به، فالمشهور في المذهب: أن الدائن يطالب المدين، إلا أن يتعسر ذلك فيطالب الضامن، قال في "الشرح الصغير": «والمشهور في المذهب: أنه إن استطاع أخذ المال من المدين، فلا يطالب الضامن بالدين إن تيسر الأخذ من مال المدين ولو غائبا، إلا أن يشترط الأخذ من أيهما شاء»⁽⁵⁾؛ لأجل هذا كان التحمل سببا من أسباب الضمان، تجعل للدائن الحق في مطالبة الضامن بالأداء؛ لأجل تحمله ما على المدين، قال في "المغني": «ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، وحكي عن مالك في

¹ - بداية المجتهد (137/4).

² - التلقين (ص444).

³ - الشرح الصغير (14/4).

⁴ - مغني المحتاج (298/2).

⁵ - الشرح الصغير (17/4).

إحدى الروائتين عنه أنه: لا يطالب الضامن، إلا إذا تعذر مطالبة المضمون عنه؛ لأنه وثيقة، فلا يستوفى الحق منها، إلا عند تعذر استيفائه من الأصل كالرهن، ولنا⁽¹⁾، أن الحق ثابت في ذمة الضامن، فملك مطالبته كأصيل؛ ولأن الحق ثابت في ذمتها، فملك مطالبة من شاء منهما، كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه، ولا يشبه الرهن؛ لأنه مال من عليه الحق، وليس بذی ذمة يطالب، إنما يطالب من عليه الدين، ليقضي منه، أو من غيره»⁽²⁾.

¹ - أي عند الحنابلة.

² - المغني (7 / 86).

الباب الأول:

الضمان المالي والعوض عنه في الفقه الإسلامي

وفيه فصلان:

الفصل الأول: تعريف الضمان المالي وبيان أحكامه

الفصل الثاني: العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي

سأتناول في هذا الباب الكلام عن "الضمان المالي والعوض عنه في الفقه الإسلامي" مُعالِجًا في الفصل الأول منه: "الضمان المالي وأحكامه"، وذلك في مبحثين، تطرقت في الأول منهما لتعريف: "الضمان المالي"، وتمييزه عن غيره من الضمانات، وفي المبحث الثاني: تطرقت لأحكام: "الضمان المالي" من حيث: صيغته، وأطرافه، ثم آثاره؛ وأما الفصل الثاني من هذا الباب: فقد جاء مُخصَّصًا لدراسة "العوض عن الضمان المالي"، من حيث: مفهومه، وتصور الفقهاء له، وآراؤهم فيه، ثم بيان الراجح في حكمه من خلال نصوص الشريعة، ومقاصدها، وآراء الفقهاء رحمهم الله.

الفصل الأول: تعريف الضمان المالي وبيان أحكامه

المبحث الأول: تعريف الضمان المالي

في هذا المبحث - بحول الله تعالى - سأتناول موضوع "الضمان المالي" بصفة خاصة؛ فقد تعرضت "للضمان" بصفة عامة في المدخل التمهيدي - الضمان المالي وغيره - أما هنا فسأتناول "الضمان المالي" بخصوصه، باعتباره موضوع بحثنا.

المطلب الأول: الضمان المالي في اصطلاح الفقهاء:

ضمان المال، أو كفالة المال، أو الحمالة بالمال، كلها بمعنى واحد، وهو التزام الضَّامِن التزاما ماليا، إلا أنهم اختلفوا في إطلاقه⁽¹⁾، فأطلق فقهاء الحنفية "الكفالة" على الجميع، فيقولون: كفالة المال، وكفالة النفس، جاء في "مختصر القُدوري": «الكفالة ضربان:

¹ - قد تطرقت لاختلاف الفقهاء في إطلاق لفظ "الضمان" في المطلب الثاني من المبحث الأول من المدخل التمهيدي تحت عنوان: الضمان اصطلاحا، (ص35)، وهنا في هذا المطلب سأزيد تفصيلا حول اختلاف إطلاق لفظ "الضمان" عند فقهاء المذاهب كمدخل لتعريف "الضمان المالي عندهم"، والله ولي التوفيق.

كفالة بالنفس، وكفالة بالمال»⁽¹⁾، وفي "المبسوط": «ثم الكفالة نوعان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال»⁽²⁾.

وأما المالكية: فيطلقون على "الضمان" لفظ "الحمالة"، جاء في "التلقين": «وأما الحمالة فمعناها شغل ذمة أخرى بالحق، ومعناها، ومعنى الكفالة، والزعامة، والضمان واحد»⁽³⁾، إلا أنهم عند الإطلاق يطلقون الحمالة في المال، ويطلقون لفظ "الضمان" في غير المال، فيقولون: ضمان الوجه، وضمان الطلب⁽⁴⁾.

وأطلق "ابن رشد الجد" الحمالة على الجميع قال في: "المقدمات": «وهي تنقسم إلى قسمين: حمالة بالمال، وحمالة بالوجه»⁽⁵⁾، وعلى ذلك سار حفيده في: "بداية المجتهد": قال: «فأما أنواعها فنوعان: حمالة بالنفس وحمالة بالمال»⁽⁶⁾.

وأما الشافعية: فيطلقون لفظ الضمان على المال، ولفظ الكفالة على النفس، مع اختلافهم في إثبات "الكفالة بالنفس"، والراجح عند محققي فقهاء الشافعية - رحمهم الله - إثباتها، والأصل في اختلافهم فيها، يرجع إلى قول الشافعي - رحمه الله - عنها: «إنها ضعيفة»، يعني قياساً.

¹ - مختصر القدوري (ص 118).

² - المبسوط (19 / 162).

³ - التلقين (ص 444).

⁴ - ينظر: الشرح الصغير (3 / 272).

⁵ - المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمهاة مسائلها المشكلات، تأليف: أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ت: د. محمد حجي، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1408هـ - 1988 م، (379/2).

⁶ - بداية المجتهد (2 / 295).

يقول الماوردي - رحمه الله - في "الحاوي الكبير"⁽¹⁾: «قال المُزني: (وضَعَّف الشافعي كفالة الوجه في موضع، وأجازها في موضع آخر، إلا في الحدود)، قال الماوردي: (ولما مضى ضمان الأموال عقبه المزني بكفالة الأبدان)..⁽²⁾»، وقال: «وكان أبو العباس بن سريج وطائفة من متقدمي أصحابنا⁽³⁾ يقولون: (الكفالة بالنفوس جائزة في الأموال قولاً واحداً)..⁽⁴⁾».

ومن اطلاقهم للفظ "الضمان" على الأموال و"الكفيل" في النفوس ما نقله في "مغني المحتاج" عن الماوردي رحمه الله قوله: «غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال العظام، والكفيل في النفوس، والصبير في الجميع»⁽⁵⁾.

وأما الحنابلة: فيطلقون لفظ "الضَّمان" على: "المال"، و"الكفالة" على: "النفوس"، جاء في "مختصر الخرقى": «ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه، أو قال ما أعطيته فهو على، فقد لزمه ما صح أنه أعطاه»⁽⁶⁾، وهذا في "ضمان المال" ولما وصل إلى "كفالة النفس"،

¹ - الحاوي الكبير للماوردي: هو شرح "مختصر المزني" في الفقه الشافعي.

² - الحاوي الكبير (462/6).

³ - يعني الشافعية.

⁴ - الحاوي الكبير (463 / 6).

⁵ - مغني المحتاج (298 / 2).

⁶ - شرح الزركشي على مختصر الخرقى، (4 / 114).

قال: «ومن تكفل بنفس لزمه ما عليها إن لم يسلمها»⁽¹⁾، قال الإمام الزركشي⁽²⁾ رحمه الله عند قوله "«(ومن تكفل بنفس): الكفالة بالنفس صحيحة في قول الجمهور»»⁽³⁾.

هذا من حيث إطلاق اللفظ، أما تعريفه: فقد عرّف فقهاء الحنفية رحمهم الله: "الضمان المالي" بقولهم: جاء في "مختصر القدوري" رحمه الله: «وأما كفالة المال فجائزة معلوما كان المال المكفول به، أو مجهولا، إذا كان ديناً صحيحاً، مثل أن يقول: تكفلت عنه بألف درهم، أو بمالك عليه، أو بما يدرك في هذا البيع»⁽⁴⁾.

وفي: "المبسوط": «وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم إلى أجل، فقال له رجل إذا حل أجل مالك على فلان فلم يوفك مالك فهو عليّ، أو قال: إن حل فهو عليّ، فهو جائز»⁽⁵⁾، ويعني بهذا: "ضمان المال".

وفي: "طلبة الطلبة" للإمام النسفي رحمه الله: «الكفالة: ضم ذمة في التزام المطالبة بالدين»⁽⁶⁾، وفي: "تحفة الفقهاء": «ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة، أو في حق أصل الدين، على حسب ما اختلف المشايخ فيه، وأما ألفاظ الكفالة: فإن يقول الكفيل للطالب:

¹ - شرح الزركشي (4 / 121).

² - هو: أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي، فقيه حنبلي، من مصنفاته: شرح مختصر الخرقي في الفقه الحنبلي، توفي سنة اثنتين وسبعين وسبعمائة (ت772 هـ)، ينظر: تسهيل السابلة لمريد معرفة الحنابلة، صالح بن عبد العزيز بن علي آل عثيمين البردي ت: بكر عبد الله أبو زيد، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 1421هـ، (158/2).

³ - شرح الزركشي (4/121).

⁴ - مختصر القدوري (ص 122).

⁵ - المبسوط، (20 / 28).

⁶ - طلبة الطلبة (287).

"دعه فأنا ضامن ما عليه"، أو "كفيل بذلك"، أو "قبيل"، أو "زعيم"، أو "هو إلي"، أو "علي"، أو "هولك عندي"، أو "هولك قبلي" ⁽¹⁾.

وأما المالكية: فقد عرفوا "الضمان المالي" أو "الحمالة بالمال" بقولهم: جاء في "التلقين": «وأما الحاملة: فمعناها شغل ذمة أخرى بالحق» ⁽²⁾، قال في "شرح التلقين": «الحاملة في اللغة والكفالة، والضمانة، والزعامة، كل ذلك بمعنى واحد، فتقول العرب: هذا كفيل، وحميل، وضمين، وزعيم، هذه الأسماء، هي المشهور استعماله في اللغة، وتقول أيضاً، قبيل بمعنى: ضمين، قال تعالى: ﴿أَوْ تُسْفِطَ أَلْسَمَاءَ كَمَا زَعَمَتَ عَلَيْنَا كِسَباً أَوْ تَأْتِيَ بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلاً﴾ ⁽³⁾: ففيه اختلافاً بين المفسرين: فمنهم من ذهب إلى أن المراد بقوله: «قبيلاً» أي: متكفلين.

وقد اختلف في اشتقاق الضمين: فقيل: هو من ضم ذمة إلى ذمة، وقيل: هو مشتق من التضمين، فإذا قيل فيما يلزم الشيء: هذا يضمن كذا، بمعنى أنه يلزمه إلزاماً لا ينفك عنه، وهذا المعنى يقرب من الأول؛ لأن في ذلك أيضاً معنى انضمام الشيء إلى الشيء، والغرض بها في الشريعة: الثقة بالحق كالغرض بالرهان.

وهذا الذي ذكرناه في اشتقاق الضمانة، إنما يصح على مذهب فقهاء الأمصار، وجمهور العلماء الداهيين إلى أن الضمانة مخالفة للحوالة، وأن الكفالة والضمانة لا يبرأ بها من عليه الدين، كما لا يبرأ من عليه الدين بدفع الرهن فيه، وإنما المراد أن يكون الحق في ذمتين، كما يراد بالرهن في الحقوق: كون الحق في ذمة من عليه الدين، وفي عين الرهن

¹ - تحفة الفقهاء (3 / 237 - 238).

² - التلقين (444).

³ - سورة الإسراء (الآية 92).

الذي دُفع فيه، فكانت ذمة انضمت إلى ذمة، وكان ذمة تضمنت ذمة»⁽¹⁾، وفي "الكافي في فقه أهل المدينة" للإمام أبي عمر بن عبد البر المالكي⁽²⁾: «والضمان، والكفالة، والحمالة، أسماء، ومعناها واحد، فمن قال: أنا كفيل بمالك على فلان، أو أنا حميل، أو زعيم، فهو: ضامن، والضمان في الحقوق الثابتة كلها جائز، فإن لم يكن الحق ثابتاً لازماً، لم يجز الضمان فيه، وضمان كتابة المكاتب باطل، ولا بأس بضمان المجهول عند مالك، ومن ضمن عن رجل مالا وهو لا يعرف قدره، لزمه ما قامت به البينة عليه، ومن قال لرجل عامل فلاناً، وأنا ضامن لما تعامله به، لزمه ما ثبت عليه مما يعامله به مثله»⁽³⁾.

وفي "بداية المجتهد" يقول ابن رشد الحفيد رحمه الله: «ولها أسماء كفالة، وحمالة، وضمانة، وزعامة، فأما أنواعها فنوعان: حمالة بالنفس وحمالة بالمال، أما الحمالة بالمال: فتأبته بالسنة، ومجمع عليها من الصدر الأول، ومن فقهاء الأمصار، وحكي عن قوم أنها ليست لازمة تشبيهاً بالعدة وهو شاذ»⁽⁴⁾.

¹ - شرح التلّفين في الفقه المالكي للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، تأليف: الإمام أبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، ت: محمد المختار السلامي، ط: دار الغرب الإسلامي، تونس، ط1، 2008 م، (2 / 137).

² - هو: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري، القرطبي، الأندلسي، المالكي، ولد عام ثمان وستين وثلاثمائة (468هـ)، من أئمة الفقه والحديث، كان من أحفظ أهل المغرب، له مصنفات كثيرة، جليلة القدر، منها: "التمهيد"، و"الاستنكار"، و"الكافي في فقه أهل المدينة"، و"الاستيعاب"، "جامع بيان العلم وفضله"، وغير ذلك، توفي "بشاطبة" في ربيع الثاني سنة ثلاث وستين وأربعمائة (ت463هـ)، ينظر: سير أعلام النبلاء (18 / 153)؛ وشجرة النور الزكية في طبقات المالكية (119/1)؛ والتاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول: تأليف: صديق بن حسن بن علي البخاري القنوجي، دار السلام، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1416هـ، (ص 149).

³ - الكافي في فقه أهل المدينة (ص 398).

⁴ - بداية المجتهد (4 / 163).

وجاء في "المقدمات" لابن رشد الجد⁽¹⁾ رحمه الله: «الكفالة بالمال: جائزة في الشرع، لازمة في صريح الحكم، وهي من المعروف، وتجاوز عند مالك، وأصحابه في المعلوم، والمجهول، خلافاً للشافعي، في قوله: إنها لا تجوز في المجهول»⁽²⁾، ثم يزيد - رحمه الله - تفصيلاً في تصور معنى "الحمالة"، واشتقاقها الاصطلاحي بناءً على وضعها اللغوي، يقول: «فالحمل، والحمالة في اللغة سواء في المعنى؛ لأنهما جميعاً مصدران من حمل، يحمل، حملاً، وحمالة، ويفترق معناها عند الفقهاء بعرف التخاطب، فالحمالة عندهم: أن يتحمل بالحق أن يؤديه عن المطلوب ويرجع به عليه، وكذلك الكفالة والإذانة، والزعامة، والقبالة، والحمل عندهم: هو أن يتحمل بالحق عن المطلوب على أن يؤدي عنه، ولا يرجع به عليه، ولفظ "الضمان" عندهم محتمل للوجهين جميعاً، فإذا ضمن الرجل عن الرجل المال في عقد البيع، أو بعد عقد البيع، أو ضمن عنه الصداق بعد عقد النكاح، فهو على الحمالة حتى ينص أنه أراد بذلك الحمل - بلا خلاف - وأما إذا ضمن عن الزوج الصداق في عقد النكاح ابنه كان، أو أجنبياً، فاختلف فيه؟ هل هو محمول على الحمل حتى يبين أنه أراد بذلك الحمالة؟، أو على الحمالة حتى يريد به الحمل، فمذهبه في "المدونة" أنه على الحمل، حتى يريد به الحمالة وهو قول ابن حبيب في "النكاح" من "الواضحة"، وقول ابن القاسم في رواية

¹ - هو: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، المالكي، ولد في شوال سنة خمس وأربع مائة (455هـ)، كان زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس والمغرب، ومقدمهم، المعترف له بصحة الظر، وجودة التأليف، ودقة الفقه؛ كان متقناً في العلوم، بصيراً بالأصول، والفروع، والفرائض، وكانت الدراية أغلب عليه من الرواية، ولي قضاء الجماعة بقرطبة سنة إحدى عشرة وخمسمائة، ثم استعفى منها سنة خمس عشرة؛ له تصانيف جليّة، منها: كتاب "البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل"، وهو كتاب عظيم نيف على عشرين مجلداً، وله كتاب "المقدمات"، واختصار لكتب "المبسوطة" من تأليف: يحيى بن إسحاق بن يحيى، وتهذيب لكتب الطحاوي في "مشكل الآثار"، وأجزاء كثيرة في فنون من العلم مختلفة؛ أخذ - رحمه الله - عن أعيان أجلة من العلماء، وعنه أخذ أعيان منهم: القاضي أبو الفضل عياض رحمه الله؛ توفي - رحمه الله - في ذي القعدة سنة عشرين وخمسمائة (520هـ)، ينظر: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب (248، 249/2)؛ وشجرة النور الزكية في طبقات المالكية (129/1).

² - المقدمات (2 / 376).

سحنون عنه من "العتبية" أنه على الحمل، حتى يريد به الحمل»⁽¹⁾، ثم إن الحملية عن الرجل في المال في عقد البيع، أو الصداق في عقد النكاح، لازمة وثابتة في الزمة، وفي المال، واختلف إذا حمل عنه بعد عقد البيع، أو بعد عقد النكاح، وكذلك اختلفوا في لزومه في الحياة، وبعد الوفاة، هل يلزم فيهما معا؟ أو يلزم في الحياة فقط؟ يقول في: "المقدمات": «إذا أحمل الرجل عن الرجل المال في عقد البيع، أو حمل عنه الصداق في عقد النكاح، فذلك لازم له ثابت في ذمته وماله في الحياة وبعد الممات، واختلف إذا حمل ذلك عنه بعد عقد البيع، أو بعد عقد النكاح، فروى أصبغ عن ابن القاسم أنه: يلزمه في الحياة، ويسقط عنه بعد الوفاة - كالهبة إذا لم تقبض حتى مات الواهب - وقاله ابن حبيب في النكاح من "الواضحة"، وقال ابن الماجشون في الحملات منها: إن ذلك لازم له في الحياة، وبعد الوفاة كالحملية، قال: لأنها ثمن لما ترك المحمول له من ذمة غريمه، ومن حقه عليه فكأنه قال له ابتداء: أعطه كذا وكذا من مالك وهي لك علي، أو أعطه ثوبك وثنمه علي، واختاره ابن حبيب ههنا خلاف ما وقع له في النكاح»⁽²⁾، ثم رجح - رحمه الله - القول بلزوم "الحملية بالمال" في الحياة، وبعد الممات، موافقا في ذلك قول ابن الماجشون - رحمه الله -، وذكر اختلاف قول مالك رحمه الله، في الحمل بالمال، فمرة قال: إن المتحمل له بالخيار، يأخذ أيهما شاء بحقه، إن شاء الحمل، وإن شاء المتحمل عنه، ومرة قال: لا سبيل له إلى الحمل إلا في عدم الغريم، قال في "المقدمات": «فأما الحملية بالمال، فإنها لازمة في الحياة، وبعد الممات، كانت في أصل البيع، أو بعد عقد البيع؛ لأنها وإن كانت من المعروف، فكأنها إنما خرجت عن عوض، وهو ماضي به المتحمل له، من دفع سلعته، أو تأخير غريمه، وأيضا فإنه إذا غرم يرجع بما غرم، واختلف قول مالك في "الحمل بالمال"، فمرة قال: إن المتحمل

¹ - المقدمات (377 - 376/2)

² - المصدر نفسه (2 / 377).

له بالخيار يأخذ أيهما شاء بحقه، إن شاء الحميل، وإن شاء المتحمل، وإن كان الغريم ملياً، ومرة قال: لا سبيل له إلى الحميل إلا في عدم الغريم، وهو اختيار ابن القاسم⁽¹⁾.

وأما خليل بن إسحاق المالكي⁽²⁾، فقد عرّفه في "مختصره" بقوله: «الضمان شغل ذمة

أخرى بالحق»⁽³⁾، قال ابن عرفة⁽⁴⁾ رحمه الله: «وهذا لا يتناول ضمان الوجه»⁽⁵⁾، ويرى الباحث: أن تعريف الشيخ: خليل - رحمه الله - في "المختصر": إنما يخص ضمان المال،

¹ - المقدمات (2 / 379).

² - هو: أبو المودة ضياء الدين: خليل بن إسحاق الجندي، المالكي، الإمام الهمام، أحد شيوخ الإسلام، والأئمة الأعلام، الفقيه، الحافظ المجمع على جلالته وفضله، الجامع بين العلم والعمل، أخذ عن أئمة منهم: أبو عبد الله بن الحاج صاحب "المدخل"، وأبو عبد الله المنوفي، وعنه أخذ أئمة أجلة؛ كان من جملة أجناد الحلقة المنصورة، يلبس زي الجند، وكان ذا دين وفضل، وزهد، وانقباض عن أهل الدنيا، جمع بين العلم والعمل، وأقبل على نشر العلم، فنفع الله به المسلمين، وكان يُقرئ في الفقه، والحديث، والعربية، له تصانيف جليلة وضع الله لها القبول، وانتفع بها الناس، منها: "التوضيح شرح جامع الأمهات لابن الحاجب"، و"المختصر في الفقه المالكي"، قصد فيه إلى بيان المشهور مجرداً عن الخلاف، وجمع في فروعا كثيرة جداً، مع الإيجاز البليغ، وأقبل عليه الطلبة ودرسوه، وله شرح على "المدونة" لم يكمل، وله كتاب في "ترجمة شيخه أبو عبد الله المنوفي"، وله شرح على "ألفية ابن مالك"، اختُلف في سنة وفاته: فقيل: توفي سنة تسع وأربعين وسبعمائة (749هـ)، وقيل: سبع وستين وسبعمائة (767هـ)، وقيل تسع وستين وسبعمائة (769هـ)، وقيل: ست وسبعين وسبعمائة (776هـ) رحمه الله، ينظر في ترجمته: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب (1/357-358)؛ وشجرة النور الزكية في طبقات المالكية (1/223).

³ - المختصر، تأليف: خليل بن إسحاق الجندي المالكي، صححه وعلق عليه الشيخ الطاهر أحمد الزاوي، ط: دار المدار الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 2، 2004 م، (ص 182).

⁴ - هو: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، التونسي، فقيه مالكي، ولد سنة (756هـ)، شيخ الشيوخ، وعمدة أهل التحقيق والرسوخ، علامة حاز قصب السبق في العلوم، أخذ عن جلة من العلماء، كابن عبد السلام، وابن قداح، والشريف التلمساني، وغيرهم، وعنه أخذ من لا يُعدُّ كثرة من أهل المشرق والمغرب، تولى إمامة جامع الزيتونة سنة (756هـ)، والخطابة به سنة (772 هـ)، والفتيا سنة (773هـ)، من مصنفاته "المختصر الكبير"، و"الحدود الفقهية"، توفي في جمادى الثانية، سنة ثلاث وثمانمائة (803هـ)، ينظر: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب (2 / 333)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية (1 / 227).

⁵ - التاج والإكليل شرح مختصر خليل، تأليف: أبي عبد الله محمد بن يوسف المواق المالكي، (طبعة مجموعة مع مواهب الجليل لأبي عبد الله الحطاب)، ت: الشيخ: زكريا عميرات، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1416هـ - 1995م، (31/7).

فلا يشمل ضمان الوجه، والطلب، وذلك لكونه ذكر "شغل الذمة" ولم يذكر "طلبه له"، كما في تعريف ابن عرفة - رحمه الله - "للضمان"، حيث أدخل فيه "ضمان الوجه"، و"الطلب"، قال: «التزام دين لا يسقطه، أو طلب من عليه لمن هو له»⁽¹⁾.

فقوله: «(التزام دين): ظاهر في كونه تعمير ذمة الملتزم»⁽²⁾، وهذا هو ضمان المال، ولذلك أشار إلى "ضمان الوجه"، و"ضمان الطلب" بقوله: «أو طلب من عليه لمن هو له» يعني: طلب المكلف الذي لا حجر عليه فيما ضمن، والتزامه شخصا عليه ديناً لمن له الدين، فإن كان على وجه الإتيان به، فهو: "ضمان الوجه"، وإن كان على وجه التفتيش عنه وإعلام المضمون له بمحله فهو: "ضمان الطلب"⁽³⁾.

ويقول الدريدي - رحمه الله - في الشرح الصغير عند قوله: «(الضمان التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره)، قال وهذا: ضمان المال»⁽⁴⁾، قال في "بلغة السالك" عند قول الدريدي: «هذا ضمان المال»: «أي: هذا التعريف خاص بضمان المال»⁽⁵⁾، ذلكم هو تعريف المالكية "للضمان المالي" وتصورهم له، ومن هنا يتضح من خلال تعريفهم له أنه: «التزام مالي في ذمة الضامن، يجيز لصاحب الحق مطالبته به».

وأما الشافعية - رحمهم الله -: فقد عرّفوا "الضمان المالي" بما يلي: جاء في "الحاوي الكبير" للماوردي: «أما الضمان فهو أخذ الوثائق في الأموال؛ لأن الوثائق ثلاثة: الشهادة، والرهن، والضمان.. مسألة: قال الشافعي رضي الله عنه: (فإذا ضمن رجل عن رجل حقا فللمضمون أن يأخذ أيهما شاء)، قال الماوردي: (وهذا كما قال، الضمان: وثيقه المال لا

¹ - شرح حدود ابن عرفة (427/2).

² - المرجع نفسه (427/2).

³ - ينظر: تبیین المسالك (23/4).

⁴ - الشرح الصغير (429/3 - 430).

⁵ - بلغة السالك (273/3).

ينتقل من ذمة المضمون عنه إلا بالأداء، وللمضمون له مطالبة كل واحد من الضامن، والمضمون عنه حتى يقضي حقه من أحدهما فيبرءان معا) «⁽¹⁾.

ويرى الباحث: أنه يستفاد مما قال الماوردي - رحمه الله - أن "الضمان المالي" هو: «توثق في المال يؤدي إلى شغل الذمة بالحق المالي، مما يجيز لصاحب الحق مطالبة أيهما شاء»، هذا هو المستفاد من كلامه، وكلام الشافعي رحمه الله، وبذلك تتبين حقيقة "الضمان المالي" عندهم أنه: «شغل الذمة بحق مالي، وهو توثيق يجيز لصاحب الحق مطالبة الضامن بحقه»، وبهذا يتضح أن تصورهم لحقيقة "الضمان المالي" لا يبعد عن تصور "المالكية" في كونه "توثيق، وشغل لذمة أخرى بالحق"، وكذا تصور "الحنفية" له في كونه: «ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة»، بل وحتى "الحنابلة" في تعريفهم له بأنه: "التزام من يصح تبرعه"، وسأقف عند تعريفهم له، وتصورهم لحقيقته، جاء في كتب "الحنابلة" - رحمهم الله - ما يفيد أن "الضمان المالي" هو: «الالتزام بسداد الدين ممن يصح تبرعه»، جاء في "مختصر الخرقى" رحمه الله: «ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه، أو قال ما أعطيته فهو عليّ، فقد لزمه ما صح أنه أعطاه، ولا يبرأ المضمون عنه إلا بأداء الضامن، فمتى أدى رجع عليه، سواء قال له: اضمن عني، أو لم يقل...»⁽²⁾، وهذا يفيد أن "الضمان المالي" هو: "الالتزام بسداد الدين" عندهم، ولذلك هذا الالتزام بسداد الدين يُصيرُ الذمتين عامرتين بالدين، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، قال ابن قدامة⁽³⁾ - رحمه الله - في "العمدة":

¹ - الحاوي الكبير (6 / 430 - 436).

² - مختصر الخرقى مع شرحه للأنصاري (2 / 71).

³ - هو: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الحنبلي، موفق الدين المقدسي، ولد "بجماعيل" سنة إحدى وأربعين وخمسائة (541هـ)، أحد الأئمة الأعلام، انتهت إليه الرئاسة في المذهب الحنبلي وأصوله، قال فيه الشيخ أبا عمرو بن الصلاح: ما رأيت مثل الشيخ موفق، وقال فيه الشيخ: أبابكر بن غنيمة مفتي بغداد: ما أعرف أحدا في زماننا أدرك درجة الاجتهاد إلا الشيخ موفق؛ ارتحل إلى بغداد وأخذ عن أئمة أعيان بها: كالدقاق وابن البطي وابن المني، حتى فاق الأقران، وحاز قصب السبق، وانتهى إليه معرفة المذهب؛ له تصانيف كثيرة منها: "المغني في شرح مختصر الخرقى"،

« وإن ضمنه عنه ضامن لم يبرأ وصار الدين عليهما، ولصاحبه مطالبة من شاء منهما، فإن استوفى من المضمون عنه، أو أبرأه، بريء ضامنه، وإن أبرأ الضامن، لم يبرأ الأصل، وإن استوفى من الضامن، رجع عليه »⁽¹⁾

وعرفه في كتابه "المغنى" بقوله: «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتها جميعا، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما»⁽²⁾ ويقول: «ولأنه شرع بالتزام مال»⁽³⁾.

وفي "متن الإقناع": «الضمان التزام من يصح تبرعه»⁽⁴⁾، قلت: أي الالتزام بسداد الدين عنه، وأن يكون الضامن: ممن يصح تبرعه.

لذلك، لم يخرج تعريفهم له، وتصورهم عنه، عن تعريف وتصور غيرهم من المذاهب الثلاثة الأخرى التي رأينا تعريفهم له.

وأما الظاهرية: فيرون أن "الضمان": شغل للذمة يوجب سقوطها عن الأصل، وتثبت في ذمة "الضامن"، وليس لصاحب الحق مطالبة الأصل، جاء في "المحلى" لابن حزم⁽⁵⁾

في عشر مجلدات، وكان اشتغل به لما رجع إلى دمشق، فبلغ الأمل في إتمامه، وهو كتاب بليغ في المذهب الحنبلي، مع ذكر مذاهب الفقهاء، تعب عليه وأجاد فيه، وقرأه عليه جماعة، وانتفع بعلمه طائفة كثيرة، ومنها: "الكافي" في أربع مجلدات، و"المقنع"، و"العمدة"، و"مختصر الهداية"، و"الروضة في أصول الفقه"، وغير ذلك، توفي - رحمه الله - بمنزله بدمشق يوم السبت، يوم عيد الفطر، سنة عشرين وستمائة (ت620هـ)، ودفن بسفح قاسيون رحمه الله، ينظر في ترجمته: شذرات الذهب (163..155/7)

¹ - العمدة (ص 58)

² - المغني (71/7)

³ - المصدر نفسه (72/7)

⁴ - الإقناع (342/2)

⁵ - هو: أبو محمد (ابن حزم) علي بن محمد بن سعيد بن غالب بن صالح بن خلف بن معدان ابن سفيان بن يزيد، مولى يزيد بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس الأموي، وجده يزيد أول من أسلم من أجداده، وأصله من فارس، وجده خلف بن معدان أول من دخل الأندلس من آبائه مع عبد الرحمن بن معاوية بن هشام المعروف بالداخل، ولد أبو

الظاهري رحمه الله: « فمن كان له على آخر حق مال من بيع، أو من غير بيع من أي وجه كان، حالا أو إلى أجل، سواء كان الذي عليه الحق حيا، أو ميتا، فضمن له ذلك الحق إنسان، لا شيء عليه للمضمون عنه بطيب نفسه، وطيب نفس الذي له الحق، فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه، وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال، ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه، ولا على ورثته أبدا بشيء من ذلك الحق، انتصف، أو لم ينتصف ولا بحال من الأحوال، ولا يرجع الضامن على المضمون عنه، ولا على ورثته أبدا بشيء مما ضمن عنه أصلا، سواء رغب إليه في أن يضمه عنه، أو لم يرغب إليه في ذلك»⁽¹⁾، وهو قول أبو ثور، وابن شبرمة، وابن أبي ليلى، وكذلك داود الظاهري كما هو معروف ومنقول في مذهبهم، فينتقل الحق بالضمان من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، كالحالة⁽²⁾.

محمد بقرطبة من بلاد الأندلس يوم الأربعاء قبل طلوع الشمس سلخ شهر رمضان سنة أربع وثمانين وثلاث مائة في الجانب الشرقي منها (384 هـ).

كان حافظا، عالما بعلوم الحديث، وفقهه، مستنبطا للأحكام من الكتاب والسنة بعد أن كان شافعي المذهب فانتقل إلى مذهب أهل الظاهر، وكان متقنا في علوم جمّة، عاملا بعلمه، زاهدا في الدنيا بعد الرياسة التي كانت له، ولأبيه من قبله في الوزارة، وتبوير الممالك، متواضعا ذا فضائل جمّة؛ له مصنفات كثيرة منها: المجلى، والمحلى، والإحكام في أصول الأحكام، والفصل في الملل والأهواء والنحل، وغيرها من التصانيف الكثيرة؛ حدّث عنه ابنه أبو رافع الفضل، وأبو عبد الله الحميدي، ووالد القاضي أبي بكر بن العربي، وطائفة، وآخر من روى عنه مروياته بالإجازة أبو الحسن شريح بن محمد. قال الإمام أبو القاسم: صاعد بن أحمد: أخبرني ابنه الفضل: أنه اجتمع عنده بخط أبيه أبي محمد من مؤلفاته أربع مائة مجلد، تشتمل على قريب من ثمانين ألف ورقة، وقال: ونقلت من خط ابنه أبي رافع أن أباه توفي عشية يوم الأحد لليلتين بقيتا من شعبان سنة ست وخمسين وأربع مائة (456 هـ)، فكان عمره إحدى وسبعين سنة وأشهرًا رحمه الله، ينظر: سير أعلام النبلاء (18 / 211-184)؛ وكذلك ينظر: وفيات الأعيان (3/325).

¹ - المحلى (8 / 111).

² - ينظر: المرجع نفسه (8 / 111).

واستدل ابن أبي ليلى، ومن تابعه على أن الحق ينتقل بالضمان، كالحالة لقوله صلى الله عليه وسلم «الزعيم غارم»⁽¹⁾، فكما خصه بالغرم اقتضى أن يكون المضمون عنه بريئاً من الغرم، وبأن علي بن أبي طالب رضي الله عنه لما ضمن دين الميت، صلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم، ثم قال لعلي بن أبي طالب: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك»⁽²⁾، فكان في هذا الخبر دليلان على براءة المضمون عنه بالضمان:

أحدهما: أنه صلى الله عليه وسلم بعد أن امتنع من الصلاة عليه، صلى الله عليه فدل على براءة ذمته ولو كان الدين باقياً لكان الامتناع قائماً.

والثاني: قوله: «فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فلما أخبر بفك رهانه دل على براءة ذمته؛ ولأنه لما استحال أن يكون الجسم الواحد في مجلسين، استحال أن يكون الدين الواحد ثابتاً في ذمتين»⁽³⁾.

¹ -سبق تخريجه (ص41)

² - رواه الدارقطني، (واللفظ له)، كتاب البيوع، باب العارية، من طريق اسماعيل بن عياش عن عطاء بن عجلان عن أبي إسحاق الهمداني عن عاصم بن ضمرة عن علي رضي الله عنه، حديث برقم (2984)، (3/466-467)، ينظر، سنن الدار قطني، تأليف: الحافظ: علي بن عمر الدارقطني، ت: شعيب الأرنؤوط، وحسن عبد المنعم شلبي، ومحمد كامل قره بللي، وبذيله: التعليق المغني على الدارقطني للمحدث العلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط: مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ - 2004 م، (3/466-467)، ورواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الضمان، باب وجوب الحق بالضمان، من طريق عطاء بن عجلان عن أبي إسحاق الهمداني عن عاصم بن ضمرة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، كذلك، حديث برقم (11399)، (121/6)؛ قلت: ومدار أسانيدهما على: عطاء بن عجلان وهو: ضعيف، وقد أخرج الحديث البيهقي كذلك: من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، كتاب الضمان، باب وجوب الحق بالضمان، حديث برقم (11398)، (121/6)، من طريق عبيد الله بن الوليد الوصافي، وهو: ضعيف جداً، وقد ذكر ذلك البيهقي، وقال: والروايات في تحمل أبي قتادة دين الميت أصح، والله أعلم، ينظر: السنن الكبرى للبيهقي، تأليف: الإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، ت: عبد القادر عطاء، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ - 2003م، (121/6).

³ - الحاوي (436/6).

وفي: "المحلى" أن الضامن يرجع على المضمون عنه في حالة واحدة وهي: «أن يقول الذي عليه الحق: اضمن عني ما لهذا عليّ؛ فإذا أديت عني فهو: دين لك عليّ، فههنا يرجع عليه بما أدى عنه؛ لأنه استقرضه ما أدى عنه؛ فهو: قرض صحيح»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: مناقشة تعريفات "الضمان" عند الفقهاء المعاصرين، وبيان التعريف المختار:

وقد عرفه الأستاذ مصطفى الزرقا رحمه الله بقوله: «الضمان هو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير، بمعنى التضمنين أو التعويض، إذا أتلّف أحد لآخر شيئاً، أو غصبه معه فهلك، أو فقد، وكذا إذا ألحق بغيره ضرراً بجناية، أو تسبب»⁽²⁾.

وعرفه وهبة الزحيلي بقوله: «الضمان هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال، أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي، أو الكلي، الحادث بالنفس الإنسانية»⁽³⁾.

وعرفه محمد فوزي فضل الله بقوله: «الضمان: شغل الذمة بحق، أو بتعويض عن ضرر، والشغل يستوي فيه الإلزام من الشرع للاعتداء جزاء المخالفة، والالتزام الشخصي بالعقد، ونحوه، والحق يشمل حق الشارع، كما في جزاء الصيد، ونحوه، ويشمل حق الإنسان في الدين، والكفالة بالمال.

والتعويض عن الضرر يشمل:

1. الأضرار الواقعة على النفس الإنسانية، المقدر منها كاليات، وغير المقدر منها كالأروش، مما يدخل في نطاق المسؤولية الجنائية.

¹ - المحلى (8/ 111).

² - المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، ط: دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1418هـ - 1998م، (1/ 342).

³ - نظرية الضمان في الفقه الاسلامي - وهبة الزحيلي - (ص15).

2. ويشمل الأضرار المالية، ضمن العقود العينية وغيرها، مما يدخل في نطاق المسؤولية العقدية.

3. وكما يشمل الأضرار المالية في غير دائرة العقود، عينية كانت كالمغصوب، ووضع اليد، أو غير عينية كالاتلافات، مما يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية»⁽¹⁾.

وأما الشيخ علي الخفيف فقد عرف "الضمان" بقوله: «والضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء: هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال، أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوب أدائه شرعا عند تحقق شرط أدائه، سواء كان مطلوبا أدائه في الحال، كالدين الحال، أو في الزمن المستقبل المعين، كالدين المؤجل إلى وقت معين، إذ هو مطلوب أدائه إذا ما تحقق شرط أدائه، وكالبيع في يد من اشتراه بعقد فاسد، فإن ضمانه على مشتريه مادام في يده، يضمنه بقيمته إذا هلك لبائعه»⁽²⁾.

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

وبالنظر في التعاريف السابقة أرى أن تعريف الأستاذ علي الخفيف، ومحمد فوزي فضل الله، هما الأجدر والأقرب إلى ما نحن بصدد، وإلى ما ذكرنا من تعاريف فقهاء

¹ - نظرية الضمان في الفقه الاسلامي العام، محمد فوزي فضل الله ، ط: مكتبة دار التراث، الكويت، ط1، 1403هـ-1983م، (ص14).

² - الضمان في الفقه الإسلامي، تأليف: علي الخفيف، ط: دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، (د.ع.ط)، 2000م، (ص8)

المذاهب، وذلك؛ لأن عبارة "شغل الذمة" المذكورة في تعاريفهما هو الأقرب إلى حقيقة معنى "الضمان المالي"، ولأنها تُخرج "الحالة" لأن فيها براءة الذمة لا شغلها.

أما تعريف الأستاذ مصطفى الزرقا، فقد اقتصر على التعويض المالي عن الضرر بالغير، ولم يذكر شغل الذمة به، أو الالتزام به، أو التحمل، وأما الدكتور وهبة الزحيلي: فقد أضاف إلى جانب التعويض المالي غيره من أنواع التعويض، وذلك نتيجة لما يتلف من المال، أو يضيع من المنافع، أو يقع من الضرر على الغير.

أما تعريف محمد فوزي فضل الله: فهو تعريف شامل لمعنى "الضمان"، فذكر "شغل الذمة"، و"التعويض" عن الضرر وذلك بمقتضى "الضمان"، والشغل يستوي فيه الإلزام من الشرع للاعتداء جراء المخالفة، والالتزام الشخصي بالعقد ونحوه، من هنا كان تعريف "فضل الله" أشمل لمعنى "الضمان" وكذلك الأستاذ علي الخفيف، وهما الأقرب إلى حقيقة "الضمان" المذكور عند فقهاء المذاهب، وكذلك الأقرب لموضوع بحثنا، بحكم شمول التعريف، ودخول معنى شغل الذمة فيه، ومعنى الالتزام.

وأما التعريف المختار بالنسبة للباحث لنوع "الضمان"، المقصود في هذا البحث - "الضمان المالي" -، فهو: «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في المطالبة بحق مالي»

المطلب الثالث: الفرق بين الضمان المالي وغيره من الضمانات:

هذا هو المطلب الثالث من مطالب مبحث "تعريف الضمان المالي" أضفته زيادة لتمييز "الضمان المالي"، عن غيره من الضمانات، ولتضح أكثر حقيقة "الضمان المالي"، والفرق بينه، وغيره من الضمانات.

إن موضوع دراستي هذه لا تتعلق إلا "بالضمان المالي"؛ وذلك لكون غيره من الضمانات قد شملته بعض الدراسات - مع النقص الحاصل فيها - إلا أنني أركز فقط في

هذا البحث على "الضمان المالي"؛ لأفرده بالدراسة عن غيره؛ من أجل أن أساهم بدراسة في هذا المجال، تزيد معرفة بهذا النوع من العقود، وتجيب على الأسئلة المتعلقة به؛ نظرا لحاجة الناس إلى مثله، وإلى ضرورة معرفة حقيقته وأحكامه.

وفي هذا "المطلب"، سأعالج "الفرق" من خلال "التفريق" بين أنواع "الضمان"، وأميز الفرق بين "الضمان المالي" وغيره، أي: "ضمان النفس"، أو "الوجه"، و"ضمان الطلب" - عند الملكية -، ذلك أن كلا من هذه الضمانات تتعلق بالذمة، وأخذ الوثائق في الأموال؛ يقول الماوردي - رحمه الله - في "الحاوي الكبير": «أما الضمان: فهو أخذ الوثائق في الأموال؛ لأن الوثائق ثلاثة: الشهادة، والرهن، والضمان»⁽¹⁾؛ لذلك، فإن غير - ضمان المال - أي: ضمان الوجه، وضمان الطلب، إنما هما لأجل زيادة التوثيق في المال المضمون، وطمأنة الدائن على ماله، وزيادة رفع الضرر عنه في عدم سداد المدين للدين، وإبراءه لذمته منه؛ لذلك فإن الكفيل بالنفس، يتوجب عليه إحضار المكفول به إلى المكفول له، فإن لم يحضره، صار ضامنا، وكذلك في "ضمان الطلب" إنما عليه أن يفتش عنه، فإن لم يفعل؛ صار ضامنا كذلك؛ لذلك كان كلا من الضمانين: زيادة توثيق في "الضمان" بالنسبة للدائن، أو المكفول له.

ويوضح الفرق بين "ضمان المال"، و"ضمان النفس"، ما جاء في "مختصر القدوري" رحمه الله، إذ يقول في الكفالة بالنفس: «فالكفالة بالنفس جائزة، والمضمون بها إحضار المكفول به، وتتعد إذا قال: تكفلت بنفس فلان، أو برقبته، أو بروحه، أو بجسده أو برأسه، أو بنصفه، أو بثلثه، وكذلك إذا قال ضمنت، أو هو عليّ، أو إليّ، أو أنا به زعيم أو قبيل به، فإن شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه، لزمه إحضاره إلى طالبيه به في

¹ - الحاوي (6 / 430).

ذلك الوقت، فإن أحضره، وإلا حبسه الحاكم، وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له على محاكمته، بريء الكفيل من الكفالة، وإذا تكفل على أن يسلمه في مجلس القاضي، فسلمه في السوق بريء، فإن سلمه في بريّة لم يبرأ، وإذا مات المكفول به بريء الكفيل بالنفس من الكفالة، فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به في وقت كذا، وهو ضامن لما عليه وهو: ألف، فلم يحضره في الوقت، لزمه ضمان المال، ولم يبرأ من الكفالة بالنفس، ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله⁽¹⁾، هذا فيما يخص "كفالة النفس"، ثم يبدأ الحديث عند "كفالة المال" فيقول: «وأما كفالة المال فجائزة معلوما كان المال المكفول به، أو مجهولاً، إذا كان ديناً صحيحاً، مثل أن يقول: تكفلت عنه بألف درهم، أو بما لك عليه، أو بما يدرك في هذا البيع، والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل، وإن شاء طالب الكفيل، ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل أن يقول: ما بايعت فلاناً فعليّ، أو ما زاد لك عليه فعليّ، أو ما غصبك فلاناً فعليّ، وإذا قال تكفلت بمالك عليه، فقامت البيّنة بألف عليه، ضمنه الكفيل، فإن لم تقم البيّنة، فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به، فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك، لم يصدق على كفيله، وتجاوز الكفالة بأمر من المكفول عنه، وبغير أمره، فإن كفل بأمره رجع بما يؤدي عليه، وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤدي، وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه، فإن لُزمَ بالمال، كان له أن يلزم المكفول عنه حتى يخلصه، وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه، أو استوفى منه برئ الكفيل، وإن أبرأ الكفيل، لم يبرأ المكفول عنه، ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بشرط، وكل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل، لا تصح الكفالة به، كالحدود والقصاص»⁽²⁾.

¹ - مختصر القدوري (ص 122).

² - المرجع نفسه (ص 122 - 123).

من خلال هذين النصين من "مختصر القُدوري" في الفقه الحنفي: يستطيع الباحث أن يُمَيِّز ما ورد من "قروق" بين الضمانين بما يلي:

أولاً: ذكر - رحمه الله - أن كلا من الضَّمانَيْن جائز، ثم ميز بين أنواعها:

فالكفالة بالنفس: هي إحضار الشخص المكفول إلى المكفول له، وأما كفالة المال: فهي أن يلتزم الكفيل التزاماً مالياً إذا كان الدين صحيحاً، مثل أن يقول تكفلت عنه بألف درهم، أو بما عليه.

وفي الكفالة بالنفس: لا يلزم الكفيل المال إلا إذا اشترط أنه إذا لم يأت به لزمه ما عليه⁽¹⁾.

ثانياً: تتعلق "كفالة المال" بشغل الذمة بالمال، فإذا مات المكفول سقطت الكفالة عن الكفيل عند أبي حنيفة - رحمه الله - إلا أن يخلف وفاءً، فإن خلف بعض الوفاء، صح ضمانه بقدر ما خلف؛ لأنه دين ساقط، فلم يصح ضمانه، كما لو سقط الإبراء؛ ولأن ذمته قد خربت خراباً لا تعمر بعده، فلم يبق فيها دين، والضمان: ضم ذمة إلى ذمة في التزامه، وهذا على خلاف قول أكثر أهل العلم كالثوري، والشافعي، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي والحنابلة.

ويرى أبو حنيفة كذلك: أن الكفيل في النفس تسقط عنه الكفالة بموت المكفول به، ولم يلزم الكفيل شيء، وبهذا قال شريح، والشعبي، وحماد بن أبي سليمان، والشافعي، وأحمد، وقال مالك: وهو قول الحكم والليث بن سعد رحمهما الله: يجب على الكفيل غرم ما عليه، وحكي ذلك عن ابن سريج؛ لأن الكفالة: وثيقة بحق، فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين، استوفى من الوثيقة كالرهن، وإذا تعذر إحضاره لزم كفيله ما عليه كما لو غاب.

¹ - ينظر: بدائع الصنائع (5 / 6).

ودليل الحنفية ومن وافقهم: أن الحضور سقط عن المكفول به فبرئ الكفيل، كما لو برئ من الدين؛ ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل، فبرئ الفرع، كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين أو أبرئ منه، وفارق ما إذا غاب، فإن الحضور لم يسقط عنه، ويفارق الرهن، فإن علق به المال استوفى منه.

ثالثا: في الكفالة بالنفس، لا يكفل إلا بنفس من يقدر على تسليمه ممن هو تحت يده أو ينقاد له في التسليم⁽¹⁾، لذلك منعها الشافعي رحمه الله، في أحد أقاويله، جاء في "المبسوط": «جواز الكفالة بالنفس مذهب علمائنا⁽²⁾ وعليه عمل القضاة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، وهو أحد أقاويل الشافعي، وفي القول الآخر يقول: هي ضعيفة، وفي القول الثالث يقول: لا تكون صحيحة؛ لأنه يلتزم ما لا يقدر على تسليمه فيكون كبيع الطير في الهواء»⁽³⁾.

والكفالة بالمال: تجوز في المعلوم، والمجهول، خلافا كذلك للشافعي، فلا تجوز عنده في المجهول، ووافقته الثوري، والليث، وابن أبي ليلى، وابن المنذر، رحمهم الله؛ لأنه التزام بمال، فلم يصح مجهولا كالثمن في المبيع.

رابعا: الكفالة بالمال: تجوز من غير رضا المكفول عنه، فرضاه ليس شرطا في التكفل عنه، بخلاف كفالة النفس، فيعتبر فيها رضا المكفول به عند الشافعي؛ لأن مقصدها إحضاره، وإن تكفل بغير إذنه، لم يلزمه الحضور معه؛ لأنه يجعل لنفسه حقا عليه، وهو الحضور معه من غير رضاه، فلم يجز كما لو لزمه الدين، وفارق "الضمان بالمال" فإن "الضامن بالمال" يقضى الحق، ولا يحتاج إلى رضا المضمون عنه.

¹ - ينظر: المبسوط (163/19).

² - أي: في مذهب الحنفية رحمهم الله.

³ - المبسوط (162 / 19).

ومن "الفروق" كذلك ما ذكره الماوردي - رحمه الله - في "الحاوي الكبير" قال: «فصل: فإذا ثبت وصفنا وقلنا بجواز الكفالة⁽¹⁾ على الصحيح من المذهب فصحتها معتبرة بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون عارفاً بالمكفول به، كما يلزمه معرفة المال المضمون، ليعلم من يستحق عليه بالكفالة المطالبة به، وهل يلزم أن يكون عارفاً بالمكفول له؟ على وجهين كالمضمون له.

والشرط الثاني: أن يكون على المكفول به حق يستحق مطالبته به، وهل يلزم أن يكون عارفاً بحقه؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: أنه لا تصح الكفالة إلا بعد معرفة الكفيل بقدر ما على المكفول به من الدين، لأن من مذهبه أن موت المكفول به يوجب على الكفيل غرم الدين.

والثاني: وهو مذهب الشافعي: أن معرفة الكفيل بقدر الدين لا تلزم، وأن جهالته به لا تضر، لأن من مذهبه أن موت المكفول به لا يوجب على الكفيل غرم الدين.

والشرط الثالث: أن تكون الكفالة عن أمر المكفول به وإذنه، فإن كفل من غير إذنه، لم تصح، وقال أبو العباس بن سريج: تصح الكفالة بغير أمر المكفول به، كما يصح الضمان بغير أمر المضمون عنه، وهذا خطأ، والفرق بين الكفالة والضمان: أن الضمان يوجب غرم

¹ - أي: كفالة النفس لكونها هي المختلف في جوازها في مذهب الشافعي - رحمه الله - للأقوال الواردة فيها عنه: ينظر: الحاوي (6 / 462 - 463).

مال يمكن استيفاءه من الضامن دون المضمون عنه، والكفالة توجب تسليم نفس وذلك لا يمكن إلا بتمكين المكفول به»⁽¹⁾.

من خلال هذا النص من كتاب "الحاوي الكبير" في الفقه الشافعي يستطيع الباحث أن يستنبط ما يلي:

- أن اعتبار صحة الكفالة بالنفس عند الشافعية بثلاثة شروط مذكورة في هذا النص: وذلك راجع إلى ضعفها قياساً عند الإمام الشافعي رحمه الله.
- من خلال هذه الشروط يتبين أن قول أبي العباس بن سريج: يخالف رأي الشافعي رحمه الله في كثير من مسائل الكفالة، من ذلك:
- أن ابن سريج: يوجب على الكفيل غرم الدين عند موت المكفول به، وهذا خلاف رأي الشافعي، وقد وافق فيه ابن سريج مالك، والليث، رحمهم الله.
- كذلك يُشترط في مذهب الشافعي رحمه الله: أن تكون الكفالة عن أمر المكفول به وإذنه، فإذا كفل من غير إذنه لم تصح، وهذا على خلاف "الضمان بالمال"؛ فلا يشترط فيه أمر المضمون له، وخالفهم ابن سريج في ذلك فقال: تصح الكفالة بغير أمر المكفول به، كما يصح الضمان بغير أمر المضمون عنه، وخطأه "الماوردي" في ذلك، فقال: «وهذا خطأ، والفرق بين الكفالة والضمان: أن الضمان يوجب غرم المال ويمكن استيفاءه من الضامن دون المضمون عنه، والكفالة توجب تسليم نفس، وذلك لا يمكن إلا بتمكين المكفول به»⁽²⁾.

وبهذا القول أخذ أبو إسحاق الشيرازي - رحمه الله - في "المهذب" حيث قال فيه:

¹ - الحاوي (6 / 464).

² - المصدر نفسه (6 / 464).

« وإن ضمن عن رجل ديناً بغير إذنه، لم يجز له مطالبة المضمون عنه بتخليصه؛ لأنه لم يدخل فيه بإذنه، فلم يلزمه تخليصه»⁽¹⁾، وهذا القول الذي اختار - رحمه الله -، هو مذهب الشافعي رحمه الله، وقد خالفهم فيه ابن سريج - من الشافعية - كما بينت.

وفي "المهذب" أيضاً: "عدم صحة الكفالة بالبدن من غير إذن المكفول"، جاء فيه: «ولا تصح الكفالة من غير إذن المكفول؛ لأنه إذا تكفل به من غير إذنه لم يقدر على تسليمه»⁽²⁾.

وفارق في هذا "ضمان المال" فإنه يجوز أن يضمن عنه بغير إذنه، وإنما الذي لم يجز عندهم⁽³⁾، هو مطالبة الضامن المضمون عنه بتخليصه؛ لأنه لم يدخل فيه بإذنه، فلم يلزمه تخليصه، وأما أصل جواز ضمانه عنه بغير إذنه في "ضمان المال" فجائز، ويصح الضمان من غير رضا المضمون عنه؛ لأنه لما جاز قضاء دينه من غير رضاه، جاز ضمان ما عليه من غير رضاه⁽⁴⁾.

وأما المالكية: فعندهم "ضمان الطلب"⁽⁵⁾، وهو: "أن يلتزم الضامن طلب الغريم والتفتيش عليه"، وهذا القسم يصح فيه ضمان غير المال، ولا تتشغل ذمة "الضامن بالمال" إذا ثبت تفريطه في الإتيان بالمضمون، أو في الدلالة عليه بأن علم موضعه وتركه، فشغل ذمة "الضامن" في هذا القسم تتوقف على عدم الإتيان بالمضمون في "ضمان الوجه"، وتتوقف على تفريط الضامن في "ضمان الطلب".

¹ - المهذب (3 / 318).

² - المرجع نفسه (3 / 325).

³ - يعني الشافعية.

⁴ - ينظر: المهذب (3 / 313).

⁵ - ينظر: الشرح الصغير (3 / 430)؛ بلغة السالك (3 / 272)؛ تبیین المسالك (4 / 23)؛ وكذلك ينظر: تكملة المجموع

(13 / 145).

وكذلك عند المالكية تفريق فيما يخص "الحمالة بالوجه": بين موت المتحمل بوجهه إن مات بالبلد، أو مات بعد أن غاب عن البلد، جاء في "شرح التلقين" للمازري: « فإن كان مات وهو بالبلد، فالمعروف من المذهب أن الحمالة ساقطة، بخلاف لو تغيب من البلد، أو تغيب في البلد فإن الغرامة لازمة؛ وذلك لأنه مع التغيب يمكن إحضاره، والتغيب مما يكتسب ويكتسب التحفظ منه، فإنما أخذ الحمل بالوجه ليتحفظ بمن تحمل بوجهه حتى لا يغيب، فإذا غاب توجهت الغرامة؛ لأننا إنما أجزنا الحمالة لما تؤدي إليه من الغرامة، وأن القصد بها تحصين ما في الذمة من الدين، والموت لا يمكن اكتسابه، ولا التحفظ منه، فلهذا لم يضمن الحمل لموت المتحمل بوجهه، لعدم القدرة البشرية على دفع الموت عن فرغ عمره»⁽¹⁾.

وأما إن وقع الموت بعد أن تغيب المتحمل بوجهه، فالمذهب المالكي فيه على قولين: أحدهما: أنها تسقط بالموت، كما تسقط به لو كان المتحمل به في البلد، وإلى هذا القول ذهب أشهب من المالكية رحمه الله.

القول الثاني: وهو قول ابن القاسم رحمه الله: أن الموت بغير البلد لا يسقط الكفالة⁽²⁾.

وقد فصل المازري - رحمه الله - في "شرح التلقين" هذه المسألة فقال: « فكان من أسقط الحمالة بالموت في الغيبة، رأى أن الموت لما وقع قبل مطالبته الحمل ما تحمل به، صار ذلك، كموت المتحمل به بالبلد، لكون الكفيل مغلوبا في الحالين على إحضار من تكفل بوجهه، سواء مات بالبلد، أو غائبا عنه.

ومن ذهب إلى المطالبة بهذه الحمالة، رأى أن مجرد الغيبة، أوجبت غرامة الكفيل، بحصول التعدي بها، لكون الغيبة توجب الغرامة في المشهور عندنا.

¹ - شرح التلقين (2 / 163).

² - ينظر: المرجع نفسه (2 / 163).

فموت الشخص بعد وجوب سبب يوجب الغرامة وهو الغيبة، لا يرفع عنه الحكم، هذا إذا كان قد غاب المتحمل بوجهه، وقد حل أجل الدين، فأما إن كان لم يحل فعلى أصل أشهب الذي ذكرناه، تسقط الكفالة، وأما ابن القاسم فإنه اعتبر موت المتحمل بوجهه: هل وقع في زمن يتسع أن يمضي الكفيل ليأتي به فتسقط الكفالة حينئذ، لكون هذا الغائب مات قبل أن تتوجه عليه مطالبة الدين وكون الكفيل لم يفرط ولا تعدى في أمره، وإن بقي من أجل الدين ما لا يحصل أن يذهب الكفيل إليه، فيأتي به، لزمّت الكفيل الغرامة، قال ابن القاسم: وإن قلت لكم غير هذا فاطرحوه، ورؤي عنه أنه قال: إنما تعتبر في هذا مسافة قدوم الغريم بنفسه من غير أن يضاف هذا مسافة الخروج ليؤتى به، وكأنه قرر في اعتباره مسافة السير والرجوع كون الغريم قاصدا المنع من الحق حتى يُنفذَ إليه، فيؤتى به لأخذ الحق منه، واعتبر في القول الآخر أنه يحمل على الوفاء، والتتصل من الحق، فأتى بنفسه من غير أن يستدعى خوفا من إثمه بالمطل⁽¹⁾.

وعند المالكية كذلك في موت الضامن قبل حلول أجل الدين روايتان، إحداها أنه يؤخذ الحق من ماله فيدفع إلى رب المال ويرجع به ورثة الضامن على المضمون عنه إذا حل الأجل، والرواية الأخرى: أنه يوقف من ماله بقدر الحق حتى يحل الأجل، فإن أمكن أخذ المال من الغريم، وإلا دفع إلى رب الحق المال الموقوف من تركة الضامن، وإذا مات الذي عليه الحق قبل حلول الأجل أخذ الحق من ماله، وبرئ الضامن، وإن لم يكن له مال لم يؤخذ من الضامن شيء حتى يحل الأجل⁽²⁾.

¹ - شرح التلقين (2 / 163-164).

² - ينظر: التفريع، لأبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن ابن الجلاب البصري، ت: د. حسين بن سالم الدّهاماني، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1408هـ - 1987م، (2 / 286 - 287).

وعند المالكية أيضا في "ضمان الوجه" أن من تكفل بوجه رجل فلم يأت به، غرم الحق الذي عليه، ومن قال أن كفيل بوجه فلان، ولا شيء عليّ من الحق الذي عليه، فلم يأت به، لم يلزمه من الحق الذي عليه شيء⁽¹⁾.

وأما بالنسبة للكفالة المبهمة - عند المالكية - فإنهم يعتبرون: أن من ضمن عن رجل ما عليه وهو لا يعلم بقدره؛ لزمه ما قامت به البينة عليه، ومن قال الرجل: عامل فلانا، وأنا ضامن لما تعامله به، لزمه ما ثبت عليه مما يعامل به مثله⁽²⁾، وصورة ذلك أن يقول: أنا أضمن لك عنه كلما يثبت له عليه، وكلما ثبت له ببيان قاطع غرمه، ولا يضر في ذلك الجهل؛ لأنه ليس الضمان من عقود المعاوضات فيمتنع فيه الجهل - خلافا للشافعي -، وكذلك يجوز عند المالكية ضمان ما لم يجب مثل أن يقول بع من فلان وأنا ضامنه، خلافا للشافعي أيضا⁽³⁾.

وأما فيما يتعلق بوقت وجوب كل من: "كفالة المال"، و"كفالة الوجه": فهناك "فرق في وقت وجوب كل منهما:

فأما كفالة المال: فقد أجمع العلماء على أن وقت وجوبها - يعني مطالبته بالكفيل - أن ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول إما بإقرار، أو ببينة.

وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه: فاختلفوا هل تلزم قبل إثبات الحق أم لا؟ فقال قوم: إنها لا تلزم قبل إثبات الحق بوجه من الوجوه، وهو قول شريح القاضي، والشعبي، وبه قال سحنون من أصحاب مالك، وقال قوم: بل يجب أخذ الكفيل بالوجه على إثبات الحق، وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك؟ وإلى كم من المدة تلزم؟ فقال قوم إن أتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد

¹ - ينظر: التفریع (2 / 287).

² - المرجع نفسه (2 / 287).

³ - ينظر: تحقيق: حسين سالم الدّهmani للتفریع (2 / 287).

لزمه أن يعطي ضامنا بوجهه حتى يلوح حقه، وإلا لم يلزمه الكفيل، إلا أن يذكر بينة حاضرة في المصر، فيعطيه حميلا من الخمسة الأيام إلى الجمعة، وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك، وقال أهل العراق: لا يأخذ عليهم حميل قبل ثبوت الحق، إلا أن يدعي بينة حاضرة في المصر، نحو قول ابن القاسم، إلا أنهم حدوا ذلك بالثلاثة أيام، يقولون إنه إن أتى بشبهة لزمه أن يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه أو تبطل، وقد أنكروا الفرق في ذلك، والفرق بين الذي يدعي البينة الحاضرة، والغائبة، وقالوا لا يؤخذ حميل على أحد إلا ببينة، وذلك إلى بيان صدق دعواه أو إبطالها، وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك، فإنه إذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيعنت طالبه، وإن أخذ عليه لم يؤمن أن تكون الدعوى باطلة، فيعنت المطلوب ولهذا فرّق من فرّق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة⁽¹⁾.

وأما الحنابلة: فقد ذكرت اتفاقهم واختلافهم مع غيرهم من المذاهب في مسائل "الفرق" بين الضمانات، وقد وافقوا في جل أقوالهم المالكية كما قد مر معنا، وخالفوا في بعض مسائل "الضمان" الحنفية والشافعية⁽²⁾، وقد أشرت إلى ذلك في هذا المطلب.

المبحث الثاني: أحكام الضمان المالي

في هذا المبحث - بحول الله - سأعالج مسائل أحكام الضمان المالي من حيث صيغة الضمان وما ينعقد به، وأحكام الضامن، والمضمون له، والمضمون عنه، والمضمون؛ وسأذكر - بإذن الله - آثار الضمان بالمال، وما يترتب عليه من أحكام.

¹ - ينظر: بداية المجتهد (4 / 167).

² - ينظر: المغني (7 / 71 وما بعدها)، وقد ذكر جل مسائل الاتفاق والاختلاف في مسائل "الضمان" بين الحنابلة وغيرهم، فيرجع إليه، ومن خلاله يتبين "الفرق" بين أنواع "الضمانات".

المطلب الأول: أحكام الصيغة وما ينعقد به الضمان:

اتفق الفقهاء - رحمهم الله - على أن الكفالة لا تتعقد بغير الإيجاب بصيغة تدل على الالتزام، ولا يجوز أن يشترط الكفيل الخيار لنفسه، واختلفوا في تعليق الصيغة بوقت، أو غيره، وفي كفالة الدين الحال مؤجلاً.

وذهب الجمهور إلى أن الكفالة: تتعقد بالإيجاب دون حاجة إلى قبول المكفول له، وخالفهم أبو حنيفة، ومحمد، والشافعي في أحد قوليه.

ولم يشترط الفقهاء رضا المكفول عنه، واختلفوا في موضعين على ما سألين إنشاء الله. وتتعد "صيغة الكفالة" عند الحنفية بلفظ: تكفّلت، أو ضمنته، أو هو عليّ، أو أنا به زعيم، أو قبيل به، فكل هذه الصيغ يصح بها لفظ الكفالة عندهم، جاء في "مختصر القُدوري" رحمه الله في الفقه الحنفي: «وأما كفالة المال ف جائزة معلوماً كان المال المكفول به، أو مجهولاً، إذا كان ديناً صحيحاً مثل أن يقول: تكفّلت عنه بألف درهم أو بمالك عليه، أو بما يدرك في هذا البيع»⁽¹⁾، فمذهب الحنفية - رحمهم الله - أن هذه الألفاظ تتعقد بها الكفالة عندهم، والذي يتّضح من كلام فقهاء الحنفية - رحمهم الله - أنها تتعقد بإيجاب وقبول، جاء في "المبسوط": «وأبو حنيفة، ومحمد رحمهما الله قالوا: الكفالة تبرع، وهو تبرع على الطالب بالالتزام له وإنشاء سبب التبرع لا يتم بالتبرع، مما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة؛ وهذا لأن التزام الحق بإنشاء العقد، والعقد لا يتم بالإيجاب بدون القبول، ولا يمكن جعل إيجابه قائماً مقام قبول الآخر؛ لأنه لا ولاية له عليه فبقي إيجابه شطر العقد، وذلك يبطل بالقيام عن المجلس، بخلاف الإقرار فإنه إخبار عن واجب سابق، والإخبار يتم بالمخبر، ثم قد يتعدى ضرر هذا الالتزام إلى الطالب، فإن على قول بعض العلماء رحمهم الله: الكفالة

¹ - مختصر القُدوري (ص 122).

إذا صحت بريء الأصل⁽¹⁾، فبقي الأمر إلى الطالب، ولعل قاضيا يرى ذلك فيحكم ببراءة الأصل عن حق الطالب، وفيه ضرر عليه، فلهذا لا تصح الكفالة إلا بقبوله⁽²⁾، فقله: «لا تصح الكفالة إلا بقبوله»: يدل على أن "عقد الكفالة" عند الحنفية لا يتم إلا بالقبول مع الإيجاب.

وهذا الإيجاب والقبول: ركن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهو قول أبي يوسف الآخر، وفي قوله الأول: أن الركن هو: الإيجاب فحسب، وأما القبول فليس بركن، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله، جاء في "بدائع الصنائع": «أما الركن فهو الإيجاب والقبول، الإيجاب من الكفيل، والقبول من الطالب، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول أبي يوسف الآخر، وفي قوله الأول، الركن هو: الإيجاب فحسب، فأما القبول فليس بركن، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله»⁽³⁾.

ثم بدأ يعرفنا الكاساني - رحمه الله - في "بدائعه" ألفاظ الكفالة عندهم فيقول: « فإذا عُرِف أن ركن الكفالة الإيجاب والقبول، فالإيجاب من الكفيل أن يقول: أنا كفيل، أو ضمين، أو زعيم، أو غريم، أو قبيل، أو حميل، أو لك عليّ، أو لك قبلي، أو لك عندي، أما لفظ الكفالة والضمان، فصريحان، وكذلك الزعامة بمعنى: الكفالة، والغرامة بمعنى: الضمان، قال النبي صلى الله عليه الصلاة والسلام: (الزعيم غارم)⁽⁴⁾، أي الكفيل: ضامن، وكذلك القبالة بمعنى: الكفالة أيضا، يقال: قبلت به، أقبل، قبالة، وتقبلت به أي: كفلت، قال الله تعالى:

¹ - وهو مذهب الظاهرية ومن وافقهم.

² - المبسوط (19 / 170-171).

³ - بدائع الصنائع (6 / 2).

⁴ - سبق تخريجه (ص 41)

﴿أَوْ تَاتَى بِاللَّهِ وَالْمَلَكَةِ فَبَيَّلَا﴾⁽¹⁾، أي: كفيلا يكفلونه بما يقول، والحميل

بمعنى : المحمول، فعيل بمعنى المفعول، كالقتيل بمعنى المقتول، وأنه ينبئ عن تحمل الضمان، وقوله عَلَيَّ كلمة إيجاب، وكذا قوله إِلَيَّ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « من ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فإِلَيَّ وَعَلَيَّ »⁽²⁾، فقوله "فإِلَيَّ" ينبئ عن القبالة وهي: الكفالة على ما ذكرنا، وقوله "عندي"، وإن كانت مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين، يكون كفالة؛ لأن قوله: "عندي": « يحتمل اليد، ويحتمل الذمة؛ لأنها كلمة قرب وحضرة، وذلك يوجد فيهما جميعاً، فعند الإطلاق: يحمل على اليد؛ لأنه أدنى، وعند قرينة الدين، يحمل على الذمة أي: في ذمتي؛ لأن الدين لا يحتمله إلا الذمة »⁽³⁾.

وأما ألفاظ القبول فيقول: « وأما القبول من الطالب: فهو أن يقول قبلت، أو رضيت، أو هويت، أو ما يدل على هذا المعنى »⁽⁴⁾، ثم يذكر أقسام هذا الركن من الإطلاق والتقييد بوصف، أو التعليق بشرط، أو الإضافة إلى وقت، يقول: « ثم ركن الكفالة في الأصل لا يخلو في الأصل من أربعة أقسام: إما أن يكون مطلقاً، أو مقيداً بوصف، أو معلقاً بشرط، أو مضافاً إلى وقت، فإن كان مطلقاً؛ فلا شك في جوازه إذا استجمع شرائط الجواز، وهي ما

¹ - سورة الإسراء (الآية 92).

² - أخرجه البخاري، كتاب الكفالة، باب الدين، حديث برقم (2298)، (ص551)؛ ومسلم: كتاب الفرائض: باب من ترك مالا فلورثته، حديث برقم (1619)، (874)؛ والترمذي، كتاب الجنائز، باب ما جاء في الصلاة على المديون، وقال حديث حسن صحيح، حديث برقم (1070)، (ص253)؛ وابن ماجه، كتاب الصدقات، باب من ترك ديناً أو ضياعاً فعلى الله وعلى رسوله، حديث برقم (2415)، (ص412)، وهو من طريق ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: كان يؤتى بالرجل الميت عليه الدين، فيسأل هل ترك لدينه قضاء، فإن حُذِث أنه ترك وفاء صلى عليه، وإلا قال: «صلوا على صاحبكم»، فلما فتح الله عليه الفتوح قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفي وعليه دين، فعليّ قضاؤه، ومن ترك مالا فهو لورثته»، وهذا لفظ مسلم رحمه الله.

³ - بدائع الصنائع (6 / 2 - 3).

⁴ - المرجع نفسه (6 / 3).

نذكر - إنشاء الله تعالى - غير أنه إن كان الدين على الأصيل حالا، كانت الكفالة حالة، وإن كان الدين عليه مؤجلا، كانت الكفالة مؤجلة، لأن الكفالة بمضمون على الأصيل، فتتقيد بصفة المضمون، وأما المقيد فلا يخلو: إما أن يكون مقيدا بوصف التأجيل، أو بوصف الحلول، فإن كانت الكفالة مؤجلة، فإن كان التأجيل إلى وقت معلوم بأن كفل إلى شهر، أو سنة جاز، ثم إن كان الدين على الأصيل مؤجلا إلى أجل مثله يتأجل إليه في حق الكفيل أيضا، وإن سمي الكفيل أجلا أزيد من ذلك، أو أنقص : جاز؛ لأن المطالبة حق الطالب، فله أن يتبرع على كل واحد منهما بتأخير حقه، وإن كان الدين عليه حالا جاز التأجيل إلى الأجل المذكور، ويكون ذلك تأجيلا في حقهما جميعا في ظاهر الرواية، وروى ابن سماعة عن محمد: أنه يكون تأجيلا في حق الكفيل خاصة، وجه هذه الرواية أن الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به، كما إذا كفل حالا، أو مطلقا، ثم أخر عنه بعد الكفالة، وجه ظاهر الرواية أن التأجيل في نفس العقد يجعل الأجل صفة للدين، والدين واحد، وهو على الأصيل، فيصير مؤجلا عليه ضرورة، بخلاف ما إذا كان بعد تمام العقد؛ لأن التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة، وقد خص به الكفيل فلا يتعدى إلى الأصيل، ولو كان الدين على الأصيل مؤجلا إلى سنة، فكفل به مؤجلا إلى سنة، أو مطلقا ثم مات الأصيل قبل تمام السنة يحل الدين في ماله، وهو على الكفيل إلى أجله، وكذا لو مات الكفيل دون الأصيل، يحل الدين في مال الكفيل، وهو على الأصيل إلى أجله؛ لأن المبطل للأجل وجد في حق أحدهما دون الآخر، وإن كان التأجيل إلى وقت مجهول، فإن كان يشبه آجال الناس، كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه، فكفل إلى هذه الأوقات جاز عند أصحابنا، وعند الشافعي رحمه الله: لا يجوز»⁽¹⁾.

¹ - بدائع الصنائع (6 / 3).

وعند المالكية: ينعقد الضمان بلفظ: الإيجاب، فمن قال لرجل: عامل فلانا، وأنا ضامن لما تعامله به، لزمه ما ثبت عليه مما يعامل به مثله، وكذا إن قال: أنا كفيل بمالك على فلان، أو أنا حميل، أو زعيم، وهذه هي صيغ "الضمان" عندهم، وما ينعقد به، جاء في كتاب "الكافي في فقه أهل المدينة" لابن عبد البر القرطبي المالكي رحمه الله: «فمن قال أنا كفيل بمالك على فلان، أو أنا حميل، أو زعيم، فهو "ضامن"، والضمان في الحقوق الثابتة كلها جائز...»⁽¹⁾.

وقد ذكر ابن رشد رحمه الله في "المقدمات": حجة مالك - رحمه الله - في أن الكفالة لازمة للكفيل بغير قبول المكفول له - وذلك عند ذكره خلاف مالك، وأبي حنيفة - رحمهما الله - في الكفالة دون إذن المكفول عنه، وأن له الرجوع عليه بما أدى عنه مالك، وعند أبي حنيفة لا رجوع له عنه، وأن له الرجوع عليه بما أدى عنه عند مالك، وعند أبي حنيفة لا رجوع له عليه بما أدى عنه، وأن الحمالة عن الميت إذا لم يترك وفاءً لا تجوز، فحجة مالك رحمه الله في ذلك: حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلاً مات وعليه دين، فلم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم حتى قال أبو اليسر⁽²⁾ أو غيره: هو إليّ فصل عليه، فجاءه من الغد فتقاضاه، فقال إنما ذاك كان أمس، ثم أتاه من بعد الغد، فأعطاه فقال: «الآن

¹ - الكافي في فقه أهل المدينة (ص 398).

² - هو: أبو اليسر: كعب بن عمر بن عباد بن عمرو بن سواد بن غنم بن كعب بن سلمة الأنصاري السلمي صاحب النبي صلى الله عليه وسلم، شهد العقبة وبدرا، وله فيها آثار كثيرة، وهو الذي أسر العباس بن عبد المطلب يومئذ، ومات بالمدينة سنة خمس وخمسين، وهو آخر من مات من أهل بدر، وله حديث مطول في صحيح مسلم، ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة، تأليف: الحافظ: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ع.ط.ت.ن)، (218/9).

بردت عليه جلده»⁽¹⁾، فلو لم تكن الحماله بما عليه جائزة لما صلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم ولو كان الدين قد تحول إلى الذي أدى عنه - ولم يسقط عن الذي كان عليه لما يرد جلده بالأداء عنه، لبقاء الدين عليه⁽²⁾. قال ابن رشد: «وفيه أيضا حجة له⁽³⁾ على أبي حنيفة في أن الكفالة لازمة للكفيل بغير قبول المكفول له، ودليل على جواز الكفالة بغير إذن المكفول عنه، ووجوب أخذ المكفول بها الكفيل، وأن ذمة المكفول عنه لا تبرأ بوجوب الكفالة على الكفيل حتى يؤدي عنه، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الآن بردت عليه جلده»⁽⁴⁾.

قال أبو جعفر الطحاوي⁽⁵⁾ - رحمه الله - في كتابه "شرح مشكل الآثار" في التعليق على حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه: (الآن بردت عليه جلده)، قال: «ففي هذا

¹ - أخرجه الطحاوي في شرح مشكل الآثار (10 / 334) حديث (4145)؛ قلت: وهو من طريق شريك به، وقد ضعف هذا الحديث شعيب الأرنؤوط في تحقيقه " لشرح مشكل الآثار " للطحاوي وقال: شريك ابن عبد الله - وإن كان في حفظه شيء - قد توبع، وعبد الله بن محمد بن عقيل حسن الحديث إلا في المخالفة. وفي هذا الحديث رواية عن أبي قتادة رضي الله عنه بإسناد صحيح، ينظر: شرح مشكل الآثار لأبي جعفر: أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي، ت: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ، 1994 م، (10 / 334).

² - ينظر: المقدمات (2 / 378).

³ - أي: مالك بن أنس رحمه الله.

⁴ - المقدمات (2 / 378).

⁵ - هو: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة بن عبد الملك الأزدي، الحجري، الطحاوي، ولد سنة تسع وعشرين ومائتين (229هـ)، وقيل: تسع وثلاثين ومائتين (239هـ)؛ كان إماما ثقة، ثباتا، نبلا، فقيها من الحنفيين، قال فيه: الإمام الحافظ: أبو عمر بن عبد البر المالكي: "كان الطحاوي: كوفي المذهب، وكان عالما بجميع مذاهب الفقهاء"؛ قيل إنه صاحب خاله المزنئي صاحب "المختصر" في الفقه الشافعي، وتفق عليه، وروى عنه "مسند الشافعي"، ثم ترك مذهبه، وصار حنفي المذهب، وتفق بمصر على أبي جعفر أحمد بن عمران، وخرج إلى الشام وتفق على القاضي عبد الحميد بن جعفر، وقد روى عن الإمام أبي جعفر الطحاوي خلق كثير، وله تصانيف كثيرة، جلية، منها: "أحكام القرآن" في نيف وعشرين مجلدا، و"معاني الآثار" وهو أول تصانيفه، و"بيان مشكل الآثار"، وهو آخر تصانيفه، وله: كتاب "شرح الجامع الكبير"، وكتاب: "شرح الجامع الصغير"، و"مختصر في الفقه"، وقد ولع الناس به وشرحوه، وله كذلك: "التاريخ الكبير"، وغير ذلك، توفي رحمه الله - سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة (321هـ)، والأزدي: نسبة إلى: أزد الحجر، والحجري: نسبة

الحديث ما قد دل على إلزام الكفيل الدين الذي كفل به عن هو عليه، ووجوب أخذ المكفول له به الكفيل، ودليل على أن الكفالة به لم تبريء الذي هو عليه منه بوجوبه على الكفيل؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر في هذا الحديث: أن جلد الميت إنما برد بأداء كفيله الدين الذي كفل به عنه لا بكفالة ربه عنه، وفي ذلك ما قد دل على أن المكفول له بالدين له أن يطالب به الكفيل، وإذا كان له أن يطالب به الكفيل، كان المكفول عنه إذا كان مقدورا على مطالبته أخرى أن تكون له مطالبته به، وفي ذلك دليل على صحة ما كان أبو حنيفة، وأصحابه، والشافعي، يذهبون إليه في المال المكفول به: أن للمكفول له أن يطالب به كل واحد من المكفول عنه، ومن الكفيل به، وبخلاف ما كان مالك قاله: إنه لا يطالب الكفيل إلا وهو لا يقدر على مطالبة المكفول به بما كفل له به ذلك الكفيل عنه؛ لأن في هذا الحديث: أن النبي صلى الله عليه وسلم ألزم الكفيل ما كفل به بكفالاته به»⁽¹⁾.

وفي تعليقه على الآثار الواردة في الباب قبل هذا الحديث يقول الطحاوي رحمه الله «وفي هذه الآثار من الفقه إلزام رسول الله صلى الله عليه وسلم الكفيل بما كفل به عن هو عليه بغير أمر الذي هو عليه إياه بذلك، وفيه إلزامه الكفالة بغير قبول من المكفول له به إياها منه، كما يقول أبو يوسف ومحمد في ذلك، بخلاف ما كان أبو حنيفة يقوله فيه؛ لأنه كان لا يُلزم الكفيل ما كفل به إلا بقبول المكفول له ذلك منه»⁽²⁾، وهذا الذي ذكره الطحاوي - رحمه الله - هنا يُظهر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد مع أبي حنيفة في مسألة القبول، وقد وافقا في ذلك الجمهور، حيث قالوا بالإيجاب دون القبول ووافقهم أبو يوسف ومحمد من الحنفية بخلاف قول أبي حنيفة - رحمه الله - بلزوم القبول من المكفول له.

إلى: حجر الأزد، وأما الطحاوي: فنسبة إلى: "طحا": قرية بصعيد مصر تُسب إليها جماعة، منهم أبو جعفر الطحاوي رحمه الله، ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية (271/1 - 277).

¹ - شرح مشكل الآثار (10 / 335 - 336).

² - المصدر نفسه (10 / 333).

وفي هذه المسألة يقول ابن رشد الحفيد - رحمه الله - في "بداية المجتهد": «وأما شروط الكفالة، فإن أبا حنيفة والشافعي يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه، أن يكون الضامن بإذنه، ومالك لا يشترط ذلك»⁽¹⁾.

يقول الدكتور عبد الله العبادي ملخصا هذه المسألة في تحقيقه وشرحه "بداية المجتهد": « وحاصل هذه المسألة أنه: إذا قضى الدين متبرعا به غير ناو الرجوع به، فلا يرجع بشيء؛ لأنه يتطوع بذلك، أشبه الصدقة، وسواء ضمن بأمره، أم بغير أمره، فأما إذا أداه بنيه الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال:

أحدهما: أن يضمن بأمر المضمون عنه، ويؤدي بأمره، فإنه يرجع عليه، سواء قال له: اضمن عني، أو أدّ عني، أو أطلق، وبهذا قال مالك، والشافعي، وأحمد، وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة، ومحمد: وإن قال: اضمن عني، وأنقد عني، رجع عليه، وإن قال: انقد هذا لم يرجع، إلا أن يكون مخالطا له، يستقرض منه، ويودع عنده، لأن قوله: اضمن عني، وأنقد عني، إقرار منه بالحق، وإذا أطلق ذلك، صار كأنه قال: هب لهذا، أو تطوع عليه.

الحال الثاني: ضمن بأمره، وقضى بغير أمره، فله الرجوع أيضا، وهو قول أحمد، ومالك، والشافعي في أحد الوجوه عنه، والثاني: لا يرجع به.

الحال الثالث: ضمن بغير أمره، وقضى بأمره، فله الرجوع أيضا عند أحمد، وظاهر مذهب الشافعي: أنه لا يرجع.

الحال الرابع: ضمن بغير أمره، وقضى بغير أمره، ففيه روايتان عن أحمد:

أحدهما: يرجع بما أدى، وهو قول مالك، وعبد الله بن الحسن، وإسحاق.

¹ - بداية المجتهد (4 / 169).

والثانية: لا يرجع بشيء، وهو قول أبي حنيفة، والشافعي، وابن المنذر⁽¹⁾.

ومن نصوص المالكية - رحمهم الله - في عدم اشتراط رضى المتحمل له، وأن "صيغة الضمان" تصح دونه، ما ذكره أبو عبد الله المازري رحمه الله في "شرح التلقين للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي" قال: «رضى المتحمل به، والمتحمل له، ليس بشرط في صحة الكفالة، بل يجوز أن يقول الرجل: أنا حميل لك بمن يثبت لك عليه دين وينعقد لك عليه، ثم يكون المكفول له بالخيار بين أن يقبل ذلك منه، أو لا يقبل، وكذلك لو لم يرض المتحمل عنه بالحالة، فإن من حق المتحمل له أن يطالب الحميل بما التزم من ذلك، كما لو التزم لرجل أن يقضي له ديناً على رجل آخر، وهكذا الظاهر من مذهبنا أن لا نشترط في صحة الحالة معرفة من يتحمل له: هل سهل في الاقتضاء أو صعب»⁽²⁾.

وجاء في "الذخيرة" للإمام القرافي رحمه الله: «لنا⁽³⁾: أن الكفالة وثيقة، فلا يشترط رضا المنتفع بها في انعقادها، كالشهادة، وقياساً على الوارث يضمن دين المريض، ثم الفرق بينها وبين البيع: أن المنتفع في البيع بذل عوض، فاشترط رضاه لأجل ما بذله، بخلاف الحالة، وبين الرهن وبينها: افتقاره إلى القبض، والقبض بغير الرضا محال»⁽⁴⁾.

وأما لفظ: "الحالة" إن جاء مطلقاً فيه احتمال، فقد نُقل عن متأخري المالكية اختلافهم في حملها: هل على حالة المال أو الوجه؟ جاء في "شرح التلقين": «ولو وقع اللفظ مطلقاً فيه احتمال، مثل أن يقول: أنا حميل لك، وضمن لك بفلان، فهل يحمل على حالة الوجه أو على حالة المال؟ فاختلف المتأخرون في هذا: فذهب بعض الأشياء: إلى أنه يحمل

¹ - تحقيق: د. عبد الله العبادي لبداية المجتهد (4 / 169)، الإحالة رقم (2)؛ وينظر: المغني (7/ 89 - 90).

² - شرح التلقين (2 / 148 - 149).

³ - أي: في المذهب المالكي.

⁴ - الذخيرة (4 / 200).

على حمالة الوجه لكونها أقلّ الأمرين وأدنى المتحملين، والأصل براءة الذمة، فلا تعمر بأمر محتمل، وهو اختيار أشياخي، وذهب بعض الأشياخ إلى أنه يحمل ذلك على حمالة المال لقول النبي صلى الله عليه وسلم «الزعيم غارم»⁽¹⁾، فأطلق الزعامة بمطلق الزعامة، وهي الضمانة، فافتضى ذلك عنده حمل اللفظ على حمالة المال.

وهذا الاستدلال منه غير واضح؛ لأنه إنما قصد بالحديث بيان حكم وجوب المطالبة للكفيل بما ضمنه، ولم يقصد به بيان إطلاق هذه اللفظة التي هي الضمانة على ماذا تُحمَل، على أن الغرامة إنما تكون في المال لا في الأبدان، إذ البدن لا يصح أن يغرم، فكأنه قال: فالزعيم غارم لما ضمن، والضمانة التي تُتَصَوَّر فيها الغرامة إنما تكون في المال»⁽²⁾.

وأما الشافعية: فعندهم خلاف في اشتراط معرفة "الضامن" للمضمن له، والمضمون عنه، وقد ذكر هذا الخلاف "الإمام الماوردي" - رحمه الله - في كتابه "الحاوي الكبير"، قال: «اختلف أصحابنا هل يحتاج "الضامن" إلى معرفة "المضمن له"، و"المضمن عنه"، أم لا؟ على ثلاثة مذاهب:

أحدهما: أنه لا يحتاج إلى معرفتهما جميعا، وهو قول أبي العباس بن سريج، لأن عليا وأبا قتادة، ضمنا عن عرفاه، ولمن لا يعرفاه، مع قوله تعالى: ﴿وَلَمَسَ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾⁽³⁾، ومن يجيئ به غير معروف.

والمذهب الثاني: أنه لا يصح الضمان إلا بمعرفة المضمن له، والمضمن عنه، وهو: مذهب أبي إبراهيم المُرَني؛ لأنه لما لزم معرفة الحق، لزم معرفة من عليه وله، ولأنه قد

¹ - سبق تخريجه (ص41)

² - شرح التلّفين (2/ 162).

³ - يوسف (الآية 72)

صار معاملا للمضمون له، منفصلا عن المضمون عنه، فاحتاج إلى معرفة المضمون له، ليعرف حسن معاملته، وإلى معرفة المضمون عنه، ليعرف هل هو موضع لما يفعل به.

المذهب الثالث: أنه يحتاج إلى معرفة المضمون له، ولا يحتاج إلى معرفة المضمون عنه، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة؛ لأن المعاملة منقطعة بينه وبين المضمون عنه، فلم يحتج إلى معرفته والمعاملة باقية بينه وبين المضمون له، فاحتاج إلى معرفته⁽¹⁾.

وأما لفظ "الضمان" فلا يصح عندهم إلا بلفظ مسموع يخاطب به "الضامن" قال في "الحاوي الكبير": « فإذا تقرر ما وصفنا، فلا يصح الضمان إلا بلفظ مسموع يخاطب به الضامن أحد أربعة أنفس، إما أن يخاطب به المضمون له فيقول له: قد ضمنت لك عن فلان ألف درهم، أو يخاطب وكيل المضمون له، أو يقربه عند الحاكم ، أو عند شاهد، فإن خاطب به من سوى هؤلاء الأربعة لم يكن ذلك شيئا، وإنما يختص بخطاب أحد هؤلاء الأربعة؛ لأن المضمون له صاحب الوثيقة ومستحق المطالبة، فكان عقد الضمان معه، أو كسبه، وأما وكيل المضمون له، فلأنه يقوم مقامه، وأما الحاكم فلأنه مستوفي الحقوق، والنائب عن الغائب؛ ولأن عليا وأبا قتادة رضي الله عنهما، ضمنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فخاطباه فأمضاه، وأما الشاهد؛ فلأنه ممن يحفظ به الحقوق، وإذا كان ذلك، فإن خاطبه المضمون له، فتمام الضمان موقوف على المضمون له، وهل يكون مشروط بقبوله أو رضاه؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: أن تمام الضمان مشروط بقبول المضمون له في الحال لفظا؛ لأن الضمان عقد وثيقة، يفتقر إلى لفظ الضامن بالضمان، فاقتضى أن

¹ - الحاوي الكبير (6 / 433).

يفتقر إلى قبول المرتهن، فعلى هذا إن تراخى القبول لم يصح الضمان كما لا يصح بتراخي القبول في سائر العقود، وقد صرح بهذا القبول أبو علي الطبري في "إفصاحه".

والوجه الثاني: حكاه ابن أبي هريرة عن بعض أشياخه: أن رضا المضمون له شرط في لزوم الضمان، ولا يفتقر إلى القبول باللفظ؛ لأن الضمان لو كان كسائر العقود في أنه مشروط بالقبول، لكان مواجهة المضمون له شرطاً في صحته، فلما جاز أن يضمن له مع غيبته، دل على أن لفظ القبول ليس بشرط، وقد ضمن علي وأبو قتادة رضوان الله عليهما دين الميت مع غيبة صاحبه، دل على أنه موقوف على الرضا دون القبول، فعلى هذا إذا رضي المضمون له بالضمان بقول صريح، أو ما يدل على الرضا في مجلس الضمان جاز، وإن تراضيا على مال الضمان، فإن لم يوجد منه الرضا بالضمان حتى فارق المجلس، فلا ضمان، وللضامن أن يرجع في ضمانه، فلا رجوع للضامن فيه؛ لأنه قد تم ولزم⁽¹⁾.

وأما بالنسبة لوكيل المضمون له، إذا خوطب بالضمان: كأن يقول الضامن للوكيل: قد ضمنت لموكلك فلان ابن فلان ألف درهم عن فلان، فهنا ينظر في الوكيل، فإن كان مأذوناً له في أخذ الضمان تم الضمان بقبول الوكيل على أحد الوجهين، وبرضاه على الوجه الثاني، ولا يكون تمامه موقوفاً على المضمون له، وإن كان غير مأذون له في أخذه، كان تمامه موقوفاً على علم الموكل، قال في "الحاوي": «فأما إذا خوطب به وكيل المضمون له، وهو أن يقول الضامن للوكيل: قد ضمنت لموكلك فلان ابن فلان ألف درهم عن فلان، فينظر في الوكيل، فإن كان مأذوناً له في أخذ الضمان، ثم الضمان بقبول الوكيل على أحد الوجهين وبرضاه على الوجه الثاني، ولا يكون تمامه موقوفاً على المضمون له، وكذلك في حق المولى عليه لصغر، أو جنون، أو سفه، وإن كان الوكيل غير مأذون له في أخذ الضمان،

¹ - الحاوي (6 / 434 - 435).

كان تمام الضمان موقوفا على علم الموكل، ثم على ما يكون من قبوله في أحد الوجهين، أو رضاه في الوجه الثاني»⁽¹⁾، وأما إذا خوطب بالضمان الحاكم فإنه موقوف على إجازته، ويتم بذلك "الضمان"، هذا إن كان المضمون له غير رشيد، وأما إن كان رشيدا، كان تمام "الضمان" موقوفا على علمه، ثم على ما يكون من قبوله، أو برضاه، ذكر ذلك الماوردي في "الحاوي" كذلك، قال فيه: «فأما إذا خوطب به الحاكم، وهو أن يقول الضامن للحاكم: قد ضمنت لفلان ابن فلان عن فلان ابن فلان ألف درهم ليرجع عليه، فإن كان المضمون موئى عليه لصغر، أو سفه، أو جنون، أجاز الحاكم ضمانه، فإذا أجاز صار تاما به، فإن كان المضمون رشيدا لا يولى عليه، كان تمامه موقوفا على علمه، ثم على ما يكون من قبوله أو برضائه، وليس للحاكم أن يجيز الضمان عليه، وإن كان الضمان وثيقة له؛ لأنه عقد، فلا يصح من غيره مع سلامة حاله»⁽²⁾ وأما إن خوطب به شاهد أشهده بالضامن على نفسه بالضمان، فتمام الضمان موقوف على الموقوف له إن كان غير موئى عليه، أو على وليه إن كان موئى عليه، قال في "الحاوي" في ذكره لخطاب الشاهد إذا أشهده الضامن على نفسه بالضمان: «فأما إذا خوطب به شاهد أشهده بالضامن على نفسه بالضمان، فقال: قد ضمنت لفلان عن فلان ألف فاشهد عليّ، أو لم يقل فاشهد عليّ فتمام هذا الضمان موقوف على الموقوف له، إن كان غير موئى عليه، أو على وليه إن كان موئى عليه، وليس للشاهد أن يجيز الضمان على الموئى عليه بخلاف الحاكم؛ لأن الشاهد لا ولاية له»⁽³⁾.

وهذا الذي ذكره الماوردي - رحمه الله - في "الحاوي الكبير" من كلام فقهاء الشافعية - رحمهم الله - حول مسائل "الصيغة"، وألفاظ القبول في "الضمان"، وفي رضا المضمون عنه وله، وفي معرفة المضمون له، وما اتفقوا عليه من ذلك وما اختلفوا فيه من مسائل

¹ - الحاوي (435/6)

² - المصدر نفسه (6 / 435).

³ - نفس المصدر (6 / 435).

"الصيغة"، هو عمدة كلام فقهاء الشافعية - رحمهم الله - ممن جاؤا بعده، وهو المنقول عنهم في مصنفاتهم، كالشيرازي - رحمه الله - (ت 476 هـ)، في "المهذب"، والجويني - رحمه الله - (ت 478 هـ)، في كتابه "نهاية المطلب"، والغزالي - رحمه الله - (ت 505 هـ)، في كتابه "الوجيز في الفقه الشافعي" وكذلك أبي الحسين العمراني - رحمه الله - (ت 558 هـ)، في كتابه "البيان شرح المهذب" وغيرهم.

قال في "المهذب" فيما يتعلق برضا المضمون عنه وله: «ويصح الضمان من غير رضا المضمون عنه؛ لأنه لما جاز قضاء دينه من غير رضاه، جاز ضمان ما عليه من غير رضاه، واختلف أصحابنا في رضا المضمون له، فقال أبو علي الطبري: يعتبر رضاه؛ لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم، فشرط فيه رضاه، كالثمن في البيع، وقال أبو العباس: لا يعتبر؛ لأن أبا قتادة رضي الله عنه ضمن الدين عن الميت بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم، ولم يعتبر النبي صلى الله عليه وسلم رضا المضمون له»⁽¹⁾، والراجح عند محققي الشافعية: أنه لا يعتبر قبوله ولا رضاه، قال الإمام النووي رحمه الله في "منهاج الطالبين": «وأنه لا يشترط قبوله ورضاه، ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعاً، ولا معرفته في الأصح»⁽²⁾، وأما في معرفة المضمون له فيقول: في "المهذب": «وهل يفتقر إلى معرفة المضمون له والمضمون عنه؟ فيه ثلاثة أوجه، أحدهما: أنه يفتقر إلى معرفة المضمون عنه، ليعلم هل هو ممن يسدى إليه الجميل؟ ويفتقر إلى معرفة المضمون له، ليعلم هل يصلح لمعاملته أم لا يصلح؟ كما يفتقر إلى معرفة ما تضمنه من المال، هل يقدر عليه أو لا يقدر عليه؟ والثاني: أنه يفتقر إلى معرفة المضمون له؛ لأن معاملته معه، ولا يفتقر إلى معرفة المضمون عنه؛ لأنه لا معاملة بينه وبينه.

¹ - المهذب (3 / 313).

² - منهاج الطالبين وعمدة المفتين، تأليف العلامة محيي الدين أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي، عني به: محمد طاهر سفيان، ط: دار المنهاج، بيروت، لبنان، ط1، 1426 هـ - 2005 م، (ص 266).

والثالث: أنه لا يفتقر إلى معرفة واحد منهما؛ لأن أبا قتادة ضمن عن الميت، ولم يسأله النبي صلى الله عليه وسلم عن المضمون عنه»⁽¹⁾.

وأما في "نهاية المطلب في دراية المذهب" فقال: «يشتري في الضمان رضا الكفيل، ولا يشترط رضا الأصل، وفي المضمون له وجهان، والأكثر أن على أنه لا يشترط، فإن شرط، ففي القبول وجهان، فإن شرط، فلا بد من أن يتصل بالضمان كاتصال القبول بالإيجاب في سائر العقود، وإن شرط الرضا دون القبول، جاز أن يتقدم على الضمان تطويل الزمان، فإن تأخر عنه فهو كالإجازة إن جَوَزْنَا وقف العقود، وإن لم يشترط رضاه، ولا قبوله، فهل يشترط أن يعرف الضامن المضمون له والمضمون عنه؟ فيه أوجه: أحدها: يشترط معرفتهما، والثاني: لا يشترط، والثالث: يشترط معرفة المضمون له وحده واختاره في التقريب، والرابع: يشترط معرفة المضمون عنه وحده»⁽²⁾.

وأما الغزالي في "الوجيز" فقد قال في المضمون عنه: «ولا يشترط رضاه؛ لأنه لا يجوز لغيره أن يؤدي دينه بغير إذن»⁽³⁾، وأما المضمون له، فقد ذكر فيه الوجهان: «وفي اشتراط معرفته وجهان، فإن شرطت؛ ففي اشتراط رضاه وجهان، فإن شرط؛ ففي اشتراط قبوله وجهان؛ وهذا لأن الضمان تجديد سلطة له لم تكن؛ فلم يجز إلا بإذنه، بخلاف المضمون عنه»⁽⁴⁾.

وأما صاحب "البيان في شرح المذهب" في الفقه الشافعي، فقد فرع على ألفاظ الضمان، ونقل الخلاف عندهم مع الحنفية، قال فيه «فرع: قال الطبري: لو قال: تكفلت لك بمالك على

¹ - المذهب (3 / 313).

² - نهاية المطلب في دراية المذهب (7 / 5).

³ - الوجيز في فقه الإمام الشافعي للعلامة أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، ت: علي معوض، وعادل عبد الموجود، ط: دار الأرقم، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ - 1997 م، (353/1)

⁴ - المرجع نفسه (1 / 353).

فلان صح، وإن قال أنا به قبيل، لم يكن صريحا في الضمان في أحد الوجهين خلافا لأبي حنيفة؛ لأن القبيل بمعنى: قابل، كالسميع بمعنى: سامع، وإيجاب الضمان لا يكون موقوفا على قبوله، فلم يصح، وإن قال إليّ دين فلان، لم يكن صريحا في الضمان في أحد الوجهين، خلافا لأبي حنيفة، دليلنا: أنه يحتمل قوله: إليّ، بمعنى أزن عنه، ويحتمل: مرجعه إليّ لحق استحققه، ولو قال خلّ عن فلان، والدين الذي عليه لك عندي، لم يكن صريحا في الضمان، خلافا لأبي حنيفة؛ لأن كلمة (عندي) تستعمل في غير مضمون، كقولهم: الوزير عند الأمير»⁽¹⁾.

وأما في مسألة اشتراط المضمون عنه، وهل يعتبر رضا المضمون له؟ فيقول: «يصح الضمان من غير رضا المضمون عنه، لأن عليا وأبا قتادة ضمنا عن الميّتين بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم، والميت لا يمكن رضاه، ولأنه لما جاز له أن يقضي الدين بغير إذنه جاز أن يضمن عنه الدين بغير إذنه، وأما المضمون له: فهل يعتبر رضاه؟ فيه وجهان:

أحدهما: قال أبو علي الطّبري: يعتبر رضاه، وبه قال أبو حنيفة، ومحمد إلا في مسألة واحدة، وهو إذا قال المريض لبعض ورثته: اضمن عني دينا لفلان الغائب، فضمن عنه بغير إذن المضمون له، فإن لم يسم الدين استحسانا؛ لأنه إثبات ما لآدمي؛ فلم يصح إلا برضاه، أو من ينوب عنه، كالبيع له والشراء، والثاني: قال أبو العباس: يصح من غير رضاه، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره، وبه قال أبو يوسف؛ لأن عليا وأبا قتادة ضمنا الدين بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم، ولم يعتبر النبي صلى الله عليه وسلم رضا المضمون

¹ - البيان شرح المذهب، تأليف: العلامة الفقيه: أبي الحسين يحيى ابن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي، اعتنى به قاسم محمد النوري، ط: دار المنهاج، بيروت، لبنان، ط1، 1421 هـ - 2000 م، (6 / 307).

له؛ ولأن الضمان وثيقة بالحق، فلم يفتقر إلى رضا من له الوثيقة، كما لو أشهد من عليه الدين بنفسه، صحت الشهادة وإن لم يرض المشهود له»⁽¹⁾

من هنا يتبين من خلال ما سقته من كلام الشافعية - رحمهم الله - فيما يتعلق بمسائل "الصيغة وأحكامها"، واعتبار رضا المضمون له وعنه، أنه: يصح "الضمان" عندهم من غير رضا المضمون عنه؛ وأما اعتبار رضا المضمون له فمسألة خلاف عندهم، والراجح عند محققهم صحته من غير قبوله ولا رضاه، وهو قول أبي يوسف من الحنفية، وهذا معناه صحة "الضمان" عندهم بصيغة الإيجاب دون القبول وفاقا للجمهور، خلافا لأبي حنيفة ومحمد في اعتبار القبول مع الإيجاب، وهو أحد الوجهين المنقول عن الشافعية، كما قد سقت ذلك، وأوضحته من خلال ما نقلته من كلامهم رحمهم الله.

وأما الحنابلة: وهم أحد الجمهور القائل بعدم اشتراط القبول في صيغة الضمان، وأنه يصح بالإيجاب، دون القبول؛ فقد أجمل العلامة الإمام ابن قدامة المقدسي رأيهم في كتابه: "المغني" بقوله: «ولا يعتبر رضا المضمون له»⁽²⁾، وكذلك لا يعتبر عندهم معرفة "الضامن" لهما، قال في "المغني": «ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن»⁽³⁾، والدليل عندهم هو حديث علي وأبي قتادة رضي الله عنهما، فإنهما ضمنا لمن لم يعرفاه عمّن لم يعرفاه، ولأنه تبرع بالتزام مال، فلم يُعْتَبَر معرفة من يُتَبَرَّع له به، كالنذر⁽⁴⁾.

وأما الظاهرية فمذهبهم هو: جواز "الضمان" بغير رغبة المضمون عنه⁽⁵⁾.

¹ - البيان شرح المذهب (6 / 311).

² - المغني (7 / 72).

³ - المصدر نفسه (7 / 72).

⁴ - ينظر: نفس المصدر (7 / 72).

⁵ - ينظر: المحلى (8 / 111).

وقد ذكرنا مذهبهم في "الضمان" وأنه: تحول عندهم للحق من ذمة المضمون عنه، إلى ذمة الضامن، وليس للمضمون له أن يطالب إلا الضامن فقط⁽¹⁾.

وأما مسألة رضا المضمون له، فقد جاء في "المحلى" لابن حزم - رحمه الله - قوله: «ثم إن الضمان ليس عقد على المضمون له، وإنما هو على الضامن وحده، وإنما للمضمون له إنصافه من حقه فقط، فإن أنصف في مثل هذا، وإلا فلا يلزمه ما لم يرض به، وهو باق على حقه كما كان»⁽²⁾، وفي موضح آخر منه يقول ابن حزم رحمه الله: «وأما قولنا: إنه إن لم يرض المضمون له بالضمان، لم يلزمه إلا بأن يوفيه أيضا من حقه، فليس له حينئذ إلا أخذه منه أو تركه جملة، ولا طلب له على المضمون عنه بعدها»⁽³⁾.

المطلب الثاني: أحكام أطراف الضمان (الضامن، والمضمون له، والمضمون عنه، والمضمون):

تحدثت في المطلب السابق عن "أحكام صيغة الضمان في الفقه الإسلامي"، وانتهيت إلى أن الفقهاء رحمهم الله قد سلكوا في ذلك اتجاهين:

الأول: رأي الجمهور: وهو اعتبار صحة الضمان بصيغة الإيجاب دون القبول.

الثاني: رأي أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن الشيباني، والشافعي في أحد قوليه، وهو اعتبار القبول في الصيغة مع الإيجاب، وسقت آراءهم حول رضا المضمون عنه، والمضمون له؛ وأما هنا في هذا المطلب: فسأعالج مسائل أحكام الضامن، و المضمون له، والمضمون عنه، والمضمون، مع أن الفقهاء لم يختلفوا فيها كثيرا؛ إلا في أمور محدودة،

¹ - ينظر: المحلى (8 / 111).

² - المصدر نفسه (8 / 111).

³ - نفس المصدر (8 / 112).

كالخلاف حول كفالة المرأة، وصحة كفالة المحجور عليه لفسه، والخلاف حول كفالة الصبي المميز، وغيرها على ما سَأُبَيِّنُ بحول الله تعالى.

- فأما بالنسبة لأحكام الضامن:

فإن فقهاء المذاهب لا يختلفون كثيرا في شأنها؛ إلا في مسائل محدودة، كما أسلفت:

- فعند الحنفية: يُشترط في "الضامن": أهلية التبرع كما عند غيرهم؛ لأن الكفالة تبرع بالتزام المال، فلا يصح من الصبي، والعبد المحجور عليه، ولا كفالة المكاتب ولا تصح من المريض عندهم إلا في الثلث كتبرعه، ويشترط عندهم كذلك كون الدين صحيحا، سواء كان على الصغير، أو العبد المحجور؛ لأنه يطالب بعد العتق⁽¹⁾، ويذكرون شروط الكفالة، وأن منها ما يرجع إلى الكفيل، ومنها ما يرجع إلى الأصل، ومنها ما يرجع إلى المكفول له، والمكفول به، ومنها ما هو شرط نفاذ، ومنها ما هو شرط انعقاد، جاء في "بدائع الصنائع": «وأما شرائط الكفالة، فأنواع بعضها يرجع إلى الكفيل، وبعضها يرجع إلى الأصل، وبعضها يرجع إلى المكفول به، ثم منها ما هو شرط الانعقاد، ومنها ما هو شرط النفاذ»⁽²⁾.

وأما الذي يرجع منها إلى "الكفيل" فأنواع، يقول في "بدائع الصنائع": «أما الذي يرجع إلى "الكفيل" فأنواع: منها العقل، ومنها البلوغ، وأنها من شرائط الانعقاد لهذا التصرف؛ فلا تتعقد كفالة الصبي، والمجنون؛ لأنها عقد تبرع؛ فلا تتعقد ممن ليس من أهل التبرع؛ إلا أن الأب، أو الوصي لو استدان ديناً في نفقة اليتيم، وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه: جاز، ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يجز؛ لأن ضمان الدين قد لزمه من غير شرط، فالشرط لا

¹ - ينظر: تحفة الفقهاء (3 / 236).

² - بدائع الصنائع (6 / 6).

يزيده إلا تأكيداً فلم يكن متبرعاً؛ فأما ضمان النفس، وهو تسليم نفس الأب، أو الوصي؛ فلم يكن عليه؛ فكان متبرعاً فيه؛ فلم يجز، ومنها الحرية، وهي شرط نفاذ هذا التصرف⁽¹⁾.

من هنا نجد أنهم شرطوا للكفالة: البلوغ، والعقل، وكذلك الحرية، واعتبروها شرط نفاذ؛ فلا تتعقد كفالة الصبي عندهم، ولا المجنون؛ لأنها عقد تبرع؛ فلا تتعقد ممن ليس من أهل التبرع.

- وأما الملكية فقد فرقوا في ذكر من تصح حمالته عندهم بين أشياء:

ففرقوا بين المحجور عليهم: من محجور عليه لحق نفسه، وهو: الحر السفیه، والمحجور عليه لحق غيره: كالمریض، والعبد، والزوجة، والمديان.

وأما المحجور عليه لحق نفسه فهو: الصغير الذي لم يبلغ، أو البالغ السفیه؛ فإنما تصح الحماله عنهم ويرجع عليهم بما أدى الحمل؛ إذا كان الدين الذي تحمل به الحمل عنهم مما يلزمهم كاستدانة استدائها الصغير، أو السفیه أنفقها في قوته وحفظ حياته، مما لو لم يفعل ذلك لباع القاضي عليه من ماله مثل الذي استدان، وكذلك من استدان في إصلاح رباعه مما لو لم يفعل هو ذلك لفعله القاضي؛ فإن هذا تصح الحماله به عنه؛ وإذا أدى الحمل ما تحمل به فُضي بالرجوع على المولى عليه؛ وأما المحجور عليهم لحق غيرهم: فمن ذلك العبد؛ فإنه إن لم يكن مأذوناً له في التجارة، لم تصح منه الحماله بغير إذن سيده؛ وأما ذات الزوج؛ فإنها إن تحملت بمقدار ثلث مالها، فأقل، لم يكن للزوج منعها من ذلك، وإن كان بأكثر من ثلث مالها وتحملت بذلك عن رجل معسر؛ فإن للزوج منعها من ذلك، وإن كانت تحملت بذلك عن رجل موسر، ففيه قولان هل تمكن من ذلك؟ لأنها إنما مُنعت لحق زوجها من إتلاف ما زاد على الثلث، وها هنا لم تُتلف من مالها شيئاً، لكون من تحملت

¹- بدائع الصنائع (6 / 3 - 6).

عنه موسراً حاضر النقد، ولا مضرة على الزوج في ذلك، وإن لم تكن ذات زوج، وهي رشيدة، جازت كفالتها، وإن كانت ذات زوج وتحملت بزوجه، أو تحملت له صح ذلك؛ لأن المنع من إتلاف ما زاد على الثلث لحق زوجها، فإذا أذن لها في ذلك بأن تحملت له، أو تحملت عنه لصحت الحماله، فلو أدعت أنه كرهها على ذلك، وأجبرها على أن تحملت له، أو تحملت عنه، فإنها لا يقبل ذلك منها إلا بإثبات⁽¹⁾.

وأما حمالة المريض ومن أحاط الدين بماله: فأما حمالة المريض: فإنها في ثلث ماله، لأن الكفالة كالهبة لمنافع مال يؤديه عن رجل، ثم يرجع إليه بعد حين، ولو تكفل في مرضه ثم صح لزمت الكفالة⁽²⁾، ولو مرض بعد صحته ومات أخذ من رأس ماله؛ وأما حمالة من أحاط الدين بماله، فلغرمائه أن يردوا ذلك؛ لأنها هبة لما في يديه، وقد استحقوه عليه، وليس لمن أحاط الدين بما له أن يهب⁽³⁾.

ويُلَخَّص هذه الأحكام خليل - رحمه الله - في "مختصره" بقوله: «وصحَّ من أهل التبرع كمكاتب ومأذون أذن سيدهما، وزوجة، ومريض بثلاث، واتبع ذو الرق به، إن عُتِقَ وليس لسيد جبره عليه»⁽⁴⁾، قال الدسوقي - رحمه الله - في "حاشيته على الشرح الكبير على مختصر خليل": «(وصحَّ) الضمان ولزم (من أهل التبرع)، وهو: المكلف الذي لا حَجَرَ عليه ولو فيما ضُمِّن فيه، فيدخل ضمان الزوجة، والمريض بالثلاث كما يأتي، ومفهوم من أهل التبرع فيه تفصيل، فتارة لا يصح كالواقع من سفيه، أو مجنون، أو صبي، وتارة يصح ولا يلزم كالواقع من زوجة، أو مريض في زائد الثلاث، ومن العبد بغير إذن سيده، ومثَّل لأهل التبرع بقوله (كمكاتب ومأذون له) في التجارة (أذن سيدهما) لهما في الضمان؛ فإن لم يأذن

¹ - ينظر: شرح التلقين (2 / 152 - 154).

² - ينظر: الذخيرة (9 / 192).

³ - ينظر: شرح التلقين (2 / 155 - 157).

⁴ - مختصر خليل (ص 182 - 183).

لهما فيه، لم يلزمهما، وإن صح دليل قوله: (واتبع ذو الرق به إن عتق... زوجة ومريض) مرضا مخوفاً (بتلث)، أو بما زاد عليه بيسير شأنه أن لا يقصد به الضرر، كالدينار لا ما زاد على ذلك؛ فلا يلزم، وإن صحَّ فيتوقف على إجازة الزوج، أو الوارث، بخلاف ما لو ضَمِنَا قدر التلث وما ألحق به، (واتبع ذو الرق به) أي: بالضمان بمعنى المال الذي ضمنه (إن عتقَ) ضمن بإذن سيده أولاً، وليس له إسقاطه عنه في الأول، بخلاف الثاني، فله إسقاطه قبل عتقه، فلا يتبع به بعده، ولا يباع فيه قبل العتق، ولو أذن له سيده فيه (وليس للسيد جبره عليه)، أي: على الضمان، فإن جبره لم يلزم العبد شيء إن عتق، وقيد به بعضهم بما إذا لم يكن لعبد مال، أو له مال وجبره على أكثر مما بيده، فله ذلك؛ لأنه بمنزلة انتزاع ما بيده»⁽¹⁾.

ويقول الدرديري - رحمه الله - في "حاشيته على الشرح الصغير" عند قوله: «(الضمان التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره): (الضمان) أي: حقيقته عرفاً، ويسمى حمالة، وكفالة (التزام مكلف): لا صبي ومكره ومجنون ولو أنثى، (غير سفيه) فلا يصح من سفيه، ويصح من رقيق بإذن سيده كما يأتي (دين) معمول (التزام) المضاف لفاعله كائننا (على غيره)، وهذا: ضمان المال»⁽²⁾.

- وأما عند الشافعية، فقد قال الشافعي رحمه الله: «ولا يجوز ضمان من لم يبلغ، ولا مجنون، ولا مبرسم يهذي، ولا مغمى عليه، ولا أخرس لا يعقل، وإن كان يعقل الإشارة والكتاب فضمن، لزمه»⁽³⁾.

¹ - حاشية الشيخ: محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف: أبي البركات أحمد بن محمد الدرديري، ط: دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، (د.ع. ط. ت. ن)، (3 / 330 - 332).

² - حاشية الدرديري على الشرح الصغير (3 / 429 - 430)؛ وينظر: بلغة السالك (273/3).

³ - الحاوي (6 / 460).

وأما ضمان المريض عندهم: فمعتبر من ثلث ماله؛ لأنه تطوع، فإن كان عليه دين يحيط بتركته؛ بطل ضمانه، وإن لم يكن عليه دين وكان قدر ضمانه خارجاً من ثلثه؛ صح من ضمانه قدر ما احتمله الثلث، وبطل منه ما لم يحتمله الثلث؛ وأما المحجور عليه بالسفه: فضمانه باطل ببطلان عقوده؛ وأما المحجور عليه بالفلس: فضمانه صحيح على القولين معاً، ولا يشارك المضمون فيما له الغرماء؛ لأن ما استحقه بالضمان مستحدث بعد الحجر، ويكون مال الضمان فيما يستفيده بعد فك الحجر؛ وأما السكران: ففي ضمانه الخلاف المذكور في تصرفاته، ويصح ضمان المرأة عندهم، بإذن زوجها وبغير إذنه، ولا يجوز عندهم ضمان العبد، إلا أن يكون أذن له سيده؛ فيصح ضمانه، وكان في ذمته يؤديه بعد عتقه، وإن كان بغير إذنه ففيه عندهم وجهان:

أحدهما: أن ضمانه باطل؛ لأن الضمان عقد، فبطل بغير إذن السيد كالبيع.

والثاني: أن ضمانه صحيح، ويتعلق الضمان بذمته يؤديه بعد عتقه⁽¹⁾.

ويُلَخَّص هذه الأحكام عند الشافعية: الإمام الشيرازي - رحمه الله - في كتابه "المهذب"، في ذكر صفات "الضامن" فيقول: «ويصح ذلك من كل جائز التصرف في ماله، فأما من يحجر عليه لصغر، أو جنون، أو سفه؛ فلا يصح ضمانه؛ لأنه إيجاب مال بعقد؛ فلم يصح من الصبي، والمجنون والسفيه، كالبيع، ومن حجر عليه للفلس، يصح ضمانه؛ لأنه إيجاب مال في الذمة بالعقد، فصح من المفلس كالشراء بثمن في الذمة، وأما العبد: فإنه إن ضمن بغير إذن المولى، ففيه وجهان⁽²⁾، وكذلك في "الوجيز" يقول الغزالي - رحمه الله - في كلامه عن "أحكام الضامن": «ويشترط فيه صحة العبارة، وأهلية التبرع، ويصح ضمان الزوجة دون إذن الزوج، وفي ضمان الرقيق دون إذن السيد وجهان، فإن صح؛ فيتبع به، إذا

¹ - ينظر: الحاوي (6 / 457 وما بعدها).

² - المهذب (3 / 311 - 312).

أعتق، فإن ضمن بالإذن؛ فيتعلق بكسبه في وجهه، ولا يتعلق به في وجهه، ويفرق بين المأذون في التجارة وغيره في وجهه»⁽¹⁾.

وأما في "الروضة" لشيخ محققي الشافعية، الإمام المجتهد، شيخ الحفاظ، محيي الدين النووي - رحمه الله-، عند ذكره "شروط الضامن" فيقول: «وشرطه: صحة العبارة، وأهلية التبرع، أما صحة العبارة، فيخرج عنه الصغير، والمجنون، والمبرسم الذي يهذي؛ فلا يصح ضمانهم..؛ وفي ضمان السكران: الخلاف المذكور في تصرفاته؛ وأما الأخرس، فإن لم يكن له إشارة مفهومة، ولا كتابة، لم نعرف أنه ضمن حتى نصح أن يبطل، وإن كانت له إشارة مفهومة، صح ضمانه بها كبيعته وسائر تصرفاته، وفي وجهه: لا يصح ضمانه، إذ لا ضرورة إليه، بخلاف سائر التصرفات، ولو ضمن بالكتابة، فوجهان، سواء أحسن الإشارة أو لا، أصحها الصحة، وذلك عند القرينة المشعة، ويجري الوجهان في الناطق وفي سائر التصرفات، وأما أهلية التبرع؛ فلا يصح ضمان المحجور عليه لسفه، وإن أذن الولي؛ لأنه تبرع، وتبرعه لا يصح بإذن الولي..؛ وأما المحجور عليه لفسه؛ فضمانه كشرائه؛ وضمان المرأة صحيح مزوجة كانت، أو غيرها، ولا حاجة إلى إذن الزوج؛ كسائر تصرفاتها؛ وفي ضمان العبد بغير إذن سيده مأذونا كان أو غيره: وجهان»⁽²⁾.

هذه هي أهم "أحكام الضامن" في مذهب الشافعية رحمهم الله، ونلاحظ أنها لم تختلف كثيرا عن أحكامه عند غيرهم.

ووافق الحنابلة: غيرهم في جُلِّ "أحكام الضامن" واشترطوا له ما اشترط غيرهم، كصحته من كل جائز التصرف في ماله، سواء كان رجلا أم امرأة؛ فكونه عقد يقصد به المال: صحَّ من المرأة، كالبيع كما عند الشافعية، ولا يصح عندهم من المجنون ولا المبرسم وهو: من

¹ - الوجيز في الفقه الشافعي (ص 178).

² - روضة الطالبين (3 / 474 وما بعدها).

يهذي؛ وأما المريض: فإن كان مرضه غير مخوف، أو غير مرض الموت؛ فحكمه حكم الصحيح، وإن كان مرض الموت المخوف، فحكم ضمانه، حكم تبرعه، يحسب من ثلثه؛ لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً فأشبهه الهبة، وإذا فهمت إشارة الأخرس، صح ضمانه؛ لأنه يصح بيعه، وإقراره، وتبرعه، فصح ضمانه، كالناطق، ولا يثبت الضمان بكتابته منفردة عند إشارة يفهم بها أنه قصد الضمان؛ لأنه قد يكتب عبثاً، أو تجربة، فلم يثبت الضمان مع الاحتمال، ومن لا تفهم إشارته لا يصح منه الضمان؛ لأنه لا يدري بضمانه؛ ولأنه لا يصح سائر تصرفاته؛ فكذلك ضمانه؛ ولا يصح الضمان من الصبي غير المميز كذلك، بغير خلاف عندهم؛ لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منهم كالنذر؛ وكذلك الصبي المميز لا يصح ضمانه في الصحيح من الوجهين عندهم، وهو قول الشافعي، كما لا يصح الضمان من السفية المحجور عليه، كما عند الشافعي كذلك؛ وأما المحجور عليه لفس؛ فيصح ضمانه، ويتبع به بعد فك الحبر عنه؛ لأنه من أهل التصرف، والحبر عليه في ماله لا في ذمته فأشبهه الراهن، فصح تصرفه فيما عدا الراهن، فهو كما لو اقترض، أو أقر، أو اشترى في ذمته، ولا يصح ضمان العبد بغير إذن سيده، سواء كان مأذوناً له في التجارة، أو غير مأذون له، وبهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة⁽¹⁾.

- وأما بالنسبة لأحكام المضمون له أو المكفول له:

فقد شرط له الحنفية أن يكون معلوماً، وأن يكون في مجلس العقد، وهو شرط انعقاد عند أبي حنيفة ومحمد، إذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس، حتى إن كفل لغائب عن المجلس، فبلغه الخبر، فأجاز، لا تجوز عندهما، إذا لم يقبل عنه حاضر، ونُقِلَ عن أبي يوسف روايتان في ذلك، وظاهر إطلاق محمد في الأصل أنها جائزة على قوله الآخر، ويدل على أن المجلس عنده ليس بشرط أصلاً، لا شرط نفاذ، ولا شرط انعقاد؛ لأن محمد ربما

¹ - ينظر: المغني (7 / 79 - 80).

يطلق الجواز على النفاذ، ويُفَرَّع الحنفية - رحمهما الله - على مسألة وهي: كون المكفول له عاقلاً؛ فلا يصح كونه مجنوناً، أو صبيّاً؛ لأنهما ليسا من أهل القبول، ولا يجوز قبول وليهما عنهما؛ لأن القبول يعتبر ممن وقع له الإيجاب، ومن وقع له الإيجاب، ليس من أهل القبول، ومن قبل لم يقع الإيجاب له؛ فلا يعتبر قبوله، وأما شرط الحرية للمكفول له؛ فلا يعتبرونه⁽¹⁾.

وقد ذكرت في "أحكام صيغة الضمان" أن أبا حنيفة ومحمد، وهو أحد قولي الشافعي - رحمهما الله - قالوا: إن "عقد الكفالة": لا ينعقد إلا بصيغة الإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له، وقلت إن جمهور الفقهاء يخالفونهم في ذلك، وذهبوا إلى أن "عقد الكفالة": يصح بالقبول دون الإيجاب، ولم يشترطوا في صحته قبول المكفول له، كما لم يشترطوا رضى المكفول عنه.

ومن "أحكام المضمون له": حقه في استيفاء دينه هل من الضامن أو المضمون عنه؟ فجمهور العلماء على أن الحملالة: لا تبرئ ذمة المحتمل عنه، وأنها مخالفة للحوالة، وأن الكفالة والضمان، لا يبرأ بها من عليه الدين، كما لا يبرأ من عليه الدين بدفع الرهن فيه، وإنما المراد أن يكون الحق في ذمتين، كما يراد بالرهن في الحقوق، كون الحق في ذمة من عليه الدين، وفي عين الرهن الذي دفع فيه، فكانت ذمة انضمت إلى ذمة، وكانت ذمة تضمنت ذمة، وذهب ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو ثور وداود: إلى أن الدين: يبرأ من هو عليه؛ إذا تكفل به رجل عنه⁽²⁾، وإلى هذا القول ذهب ابن حزم الظاهري كذلك، قال في "المحلى": «فمن كان له على آخر حق مال، من بيع، أو من غير بيع، من أي وجه كان، حالاً أو إلى أجل سواء كان الذي عليه الحق حياً، أو ميتاً، فضمن له ذلك الحق إنسان، لا شيء عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذي له الحق، فقد سقط ذلك الحق عن

¹ - ينظر: بدائع الصنائع (6 / 6 - 7).

² - ينظر: شرح التلقين (2 / 137 - 138).

الذي كان عليه، وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال، ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه، ولا على ورثته أبدا بشيء من ذلك الحق انتصف أو لم ينتصف ولا بحال من الأحوال، ولا يرجع الضامن على المضمون عنه، ولا على ورثته أبدا بشيء مما ضمن عنه أصلا، سواء رغب إليه في أن يضمه عنه، أو لم يرغب إليه في ذلك»⁽¹⁾، وجاء في "بداية المجتهد": «اختلفوا إذا حضر الضامن، والمضمون، وكلاهما موسر، فقال الشافعي، وأبو حنيفة، وأصحابهما، والثوري، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق: للطالب أن يؤخذ من شاء من الكفيل أو المكفول، وقال مالك في أحد قوليه: ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه، وله قول آخر مثل قول الجمهور»⁽²⁾.

وعند الشافعية: جاء في "الحاوي" للماوردي رحمه الله: «قال الشافعي رضي الله عنه: «وإذا ضمن رجل في رجل حقا، فللمضمون له أن يأخذ أيهما شاء»، قال الماوردي: وهذا كما قال: الضمان وثيقة المال لا ينتقل من ذمة المضمون عنه إلا بالأداء، وللمضمون له مطالبة كل واحد من الضامن والمضمون عنه، حتى يقضى حقه من أحد فيبرئان معا، وقال ابن أبي ليلى وداود: قد انتقل الحق بالضمان من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن كالحالة»⁽³⁾.

وصحَّح النووي - رحمه الله - اشتراط معرفة المضمون له، قال في "روضة الطالبين": «ويشترط معرفته على الأصح»⁽⁴⁾، وعلى القول المروي عن الشافعي في اشتراط قبول المضمون له في الضمان يقول النووي: «وإذا اشترطنا قبول المضمون له، فللضامن الرجوع

¹ - المحلي (8 / 111).

² - بداية المجتهد (4 / 166).

³ - الحاوي (6 / 436).

⁴ - روضة الطالبين (3 / 474).

عن الضمان قبل قبوله، لأنه لم يتم الضمان فأشبهه البيع»⁽¹⁾، نقل هذا القول عن "الحاوي" للماوردي، وقال: قاله في "الحاوي"⁽²⁾.

ومذهب الحنابلة كذلك، هو مذهب الجمهور في جواز مطالبة صاحب الحق (المضمون له) من شاء منهما (الضامن والمضمون)، وخالفوا المالكية في تشبيه ذلك بالرهن في إحدى الروايتين عن مالك رحمه الله: أنه لا يطالب الضامن، إلا إذا تعذر مطالبة المضمون عنه، لأنه وثيقة فلا يستوفي الحق منهما إلا عند تعذر استيفائه من الأصل كالرهن، وقالوا:⁽³⁾ لنا أن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته، كالأصيل، ولأن الحق ثابت في ذمتها فملك مطالبة من شاء منهما، كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه، ولا يشبه الرهن، لأنه مال من عليه الحق، وليس بذی ذمة يطالب، إنما يطالب من عليه الدين ليقضي منه أو من غيره⁽⁴⁾.

وأما مذهب الظاهرية رحمهم الله، فإن المضمون له، أو صاحب الحق: لا يُطالب عندهم إلا الضامن، وقد سقط الحق عن المضمون عنه، ولا سبيل للمضمون إليه أبداً، وإنما حقه عن الضامن أنصفه، أو لم ينصفه، قاله ابن حزم الظاهري رحمه الله في "المحلى" وقال: «وقال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبو ثور، وأبو سليمان، وجميع أصحابنا كما قلنا: من أن الحق قد سقط جملة عن المضمون عنه، ولا سبيل للمضمون له إليه أبداً، وإنما حقه عند الضامن أنصفه، أو لم ينصفه»⁽⁵⁾.

¹ - روضة الطالبين (3 / 474).

² - ينظر هذا القول في "الحاوي للماوردي" (6 / 435).

³ - أي الحنابلة رحمهم الله.

⁴ - ينظر: المغني (7 / 87).

⁵ - المحلى (8 / 113).

- وأما أحكام المضمون عنه:

فإن الضمان أو الكفالة تجوز بأمر من المكفول عنه وبغير أمر منه، فإن كفل بأمره رجع بما يؤدي عليه، وإن كفل بغير أمر من المكفول عنه، لم يرجع بما يؤدي عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لمالك رحمه الله.

وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه، فإن لوزم بالمال كان له أن يلزم المكفول عنه حتى يخلصه، وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه بريء الكفيل، وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ المكفول منه⁽¹⁾.

وإن كفل عنه بأمره وهو ممن يجوز إقراره على نفسه بالدين ويملك التبرع يرجع عليه؛ لأن الكفالة في حق المكفول عنه استقراض، وهو طلب القرض والكفيل بالأداء مقرض للمكفول عنه، ونائب عنه في الأداء إلى المكفول له، وفي حق المكفول له تمليك ما في المكفول عنه من الكفيل بما أخذه من المال، فيرجع عليه بما أقرضه، حتى إن الصبي المحجور إذا أمر رجلا بأن يكفل عنه فكفل وأدى: لا يرجع عليه؛ لأن استقراض الصبي لا يتعلق به الضمان، ذكر هذا صاحب "تحفة الفقهاء"⁽²⁾.

وجاء في "بدائع الصنائع" في ذكره لشروط المكفول عنه (الأصيل): « وأما الذي يرجع إلى الأصيل فنوعان: أحدهما: أن يكون قادرا على تسليم المكفول به بنفسه وإما بنائبه عند أبي حنيفة فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند أبي يوسف ومحمد تصح، ووجه قولهما: أن الموت لا ينافي بقاء الدين؛ لأنه مال حكمي فلا يفتقر بقاءه إلى القدرة، ولهذا بقي إذا مات مليا حتى تصح الكفالة به، وكذا بقيت الكفالة بعد موته مفلسا، وإذا مات

¹- ينظر: مختصر القدوري (ص 123).

²- ينظر: تحفة الفقهاء (3 / 239).

عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين، فكذا يصح الإبراء عنه والتبرع، وجه قول أبي حنيفة: إن الدين عبارة عن الفعل، والميت عاجز عن الفعل، فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح، كمن كفل على إنسان بدين ولا دين عليه، وإذا مات مليا فهو قادر بنائبه، وكذا إذا مات عن كفيل لأنه قائم مقامه في قضاء دينه»⁽¹⁾، هذا بالنسبة للشرط الأول عندهم، وهو القدرة على تسليم المكفول به، وأما الثاني: فهو أن يكون معلوما، قال في "بدائع الصنائع": «والثاني: أن يكون معلوما بأن كفل ما على فلان، فأما إذا قال: ما على أحد من الناس أربعين أو بنفس، أو بفعل، فلا يجوز؛ لأن المضمون عليه مجهول»⁽²⁾، ولا يشترط الحنفية حرية المكفول عنه (الأصيل)، وعقله، وبلوغه، ولا تجوز الكفالة عند أبي حنيفة - رحمه الله - عن الميت إلا أن يخلف وفاء، فإن خلف وفاء كفل بقدر ما خلف.

وعند المالكية: يجوز الضمان عن الميت إذا خلف وفاء من غير خلاف عندهم، ويجوز الضمان عنه كذلك، وإن لم يخلف وفاء⁽³⁾.

ولا يشترط رضا المضمون عنه، وقد ذكرت ذلك أثناء الكلام عن "أحكام الصيغة"، فعند المالكية: عدم اشتراط رضا المضمون عنه، بل يجوز للكفيل أن يؤدي عنه بغير إذنه، كما يمكنه أن يؤدي عنه دينه بغير إذنه، ووافقهم الحنابلة⁽⁴⁾ في عدم اشتراط رضاه، وهو رواية عن الشافعي، واشترط أبو حنيفة رضاه لأنه إثبات مال لآدمي، فلم يثبت إلا برضاه كالبيع يشترط فيه رضا كل من يتعلق به ذلك المال، من منقول إليه ومنقول عنه، وهو يشترط رضا

¹ - بدائع الصنائع (6 / 7).

² - المرجع نفسه (6 / 7).

³ - ينظر: المعونة على مذهب المدينة: تأليف: القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي ت: محمد حسن إسماعيل الشافعي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ - 1998 م، (2 / 202 - 203).

⁴ - لا خلاف في ذلك عندهم، فقد اتفقت روايتهم على عدم الخلاف فيه، قال في "المغني": «ولا يعتبر رضى المضمون عنه لا نعلم فيه خلافا، لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صحَّ، فكذلك إذا ضمن عنه»؛ المغني (7 / 72).

الثلاثة كلاهما مع الضامن، ولم يشترط أمر المكفول، وقال: لا يطالبه الكفيل قبل أن يؤدي عنه؛ لأن دفعه في معنى القرض، وأما المالكية فلا يشترطون إلا "رضا الضامن"؛ لأنه المتبرع والباذل لماله⁽¹⁾، وحجتهم في ذلك ما رواه جابر رضي الله عنه قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يصلي على رجل مات وعليه دين، فأُتي بميت، فقال «أعليه دين»؟ قالوا: نعم ديناران، قال: «صلوا على صاحبكم»، فقال أبو قتادة الأنصاري: هما عليّ يا رسول الله صلى الله عليه وسلم، وما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه قال: كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال: «هل على صاحبكم من دين»؟ قالوا عليه درهمان، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «صلوا على صاحبكم»، فقال علي: رضي الله عنه: هما عليّ يا رسول الله، وأنا لهما ضامن، فصلى صلى الله عليه وسلم، فلما فرغ من صلاته التفت إليه فقال له: «جزاك الله عن الإسلام خيرا، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك»⁽³⁾، قال القرافي - رحمه الله - في "الذخيرة" معلقا على الحديثين: «لأنه معنى لا يمنع بقاء الضمان؛ فلا يمنع ابتداءه كالجنون، والجواب عن

¹ - ينظر: الذخيرة (9 / 201).

² - رواه أبو داود: كتاب البيوع، باب في التشديد في الدين، حديث برقم (3343)، (ص603)؛ والنسائي، كتاب الجنائز، باب الصلاة على من عليه دين، حديث برقم (1962)، (ص314)؛ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الضمان، باب وجوب الحق بالضمان، حديث برقم (11397)، (120/6)؛ كلهم من طريق الزهري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، وهو: حديث صحيح.

³ - رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الضمان، باب وجوب الحق بالضمان، من طريق عبيد الله بن الوليد الوصافي عن عطية بن سعد العوفي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، حديث برقم (11398)، (121/6)، وقد تقدم الكلام عن درجة هذا الحديث، (ص91)، وذكرت أن في سنده: عبيد الله بن الوليد الوصافي، وهو: "ضعيف جدا"؛ وأخرجه الدارقطني كذلك في سننه، كتاب البيوع، باب العارية، من طريق أبي إسحاق الهمداني عن عاصم بن ضمرة عن علي رضي الله عنه، حديث برقم (2984)، (466/3-477)، وقد تقدم الكلام عن درجة هذا الحديث، (ص91)، وذكرت أن في سنده: عطاء بن عجلان وهو: "ضعيف".

الحديثين أن معناهما أن علياً وأبا قتادة رضي الله عنهما، ضمنا الإيصال، فوثق رسول الله صلى الله عليه بقلولهما؛ لأنهما تكفلا»⁽¹⁾.

واختلف المالكية في اشتراط المتحمل له على الحمل أن حقه عليه وأبرأ الغريم: فظاهر قول ابن القاسم: أن الشرط جائز ولا رجوع له على الغريم، وروى ابن وهب عن مالك أنه: لا رجوع له عليه إلا أن يموت الحمل أو يفلس، وفي رواية أخرى عن مالك: أن له الرجوع على الغريم إنشاء ولم يشترط موتاً ولا فلساً، وقال ابن الماجشون: شرطه باطل ولا يعدى عليه حتى يملأ الغريم؛ لأنها حمالة حتى يسميها حوالة، يقول له احتال عليك من حقي، فعند ذلك يكون حقه عليه، ولا يكون له الرجوع على غريمه، الأول، واختلف المالكية كذلك فيما إذا قام المتحمل له على الحمل، فقال إن الغريم عديم، وقال الحمل بل هو مليء فيمن يكون قوله منهما؟ وعلى من تكون إقامة البينة؟ فعلى قول سحنون: القول قول المتحمل له، وعلى الكفيل إقامة البينة أن الغريم مليء فإن عجز عن ذلك، وجب عليه الغرم؛ لأنه إذا قال لم يعلم مال ظاهر فالحمل غارم، وظاهر سماع سحنون رحمه الله أن الغريم محمول على اليسار، فلا سبيل إلى إغرام الحمل حتى لا يوجد للغريم مال، فعلى المتحمل له إقامة البينة على عُدِّم الغريم⁽²⁾.

وخلص القول في "أحكام المضمون عنه": أنه يجوز أن يكون غنياً، أو فقيراً، حياً، أو ميتاً، فكلهم تجوز الكفالة عنهم، هذا مذهب جمهور الفقهاء.

قال المازري - رحمه الله - في "شرح التلقين": « ولم يختلف أحد من أهل العلم من جواز الحمالة عن الحي موسراً كان، أو معسراً »⁽³⁾، وقال النووي - رحمه الله - في "روضة

¹ - الذخيرة (9 / 201 - 202).

² - ينظر: المقدمات (2 / 380 - 381).

³ - شرح التلقين (2 / 141).

الطالبين": « وسواء كان المضمون عنه حراً، أم عبداً، أم معسراً»⁽¹⁾، ولم يختلفوا كذلك في الضمان عن الميت إذا مات موسراً، وإنما اختلفوا في الضمان عن الميت إذا مات معسراً: فالجمهور على جواز الحماله عنه، وانفرد أبو حنيفة والثوري فمنعا ذلك، وصاحباً أبي حنيفة: محمد بن الحسن وأبو يوسف، ذهبوا إلى ما ذهب إليه الجمهور، من جواز الحماله عن من مات معسراً⁽²⁾.

وقد ذكر موفق الدين بن قدامة المقدسي في: "المغني": مسألتان مهمتان في أحكام المضمون عنه:

تتعلق أولاهما: بضمان المضمون عنه الضامن.

والثانية: جواز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد، اثنان وأكثر.

قال في الأولى: «وإن ضمن المضمون عنه الضامن، أو تكفل المكفول عنه الكفيل، لم يصح، لأن الضمان يقتضي إلزامه الحق في ذمته، والحق لازم له، فلا يتصور إلزامه ثانياً ولأنه أصل في هذا الدين، فلا يجوز أن يصير فرعاً فيه، وإن ضمن عنه ديناً آخر، أو كفل به في حق آخر، جاز، لعدم ما ذكرناه فيه»⁽³⁾.

وقال في الثانية: « ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر، سواء ضمن كل واحد منهم جميعه، أو جزءاً منه، فإن ضمن كل واحد منهم جميعه بريء كل واحد منهم بأداء أحدهم، وإن أبرأ المضمون عنه، بريء الجميع لأنهم فروع له، وإن أبرأ أحد الضمَّان، بريء وحده، ولم يبرأ غيره، لأنهم غير فروع له، فلم يبرؤوا ببراءته كالمضمون عنه، وإن

¹ - روضة الطالبين (3 / 474).

² - ينظر: شرح التلقين (2 / 141).

³ - المغني (7 / 88).

ضمن أحدهم صاحبه لم يجز؛ لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصلي، فلا يجوز أن يثبت ثانياً؛ ولأنه أصل فيه بالضمان، فلا يجوز أن يصير فيه فرعاً⁽¹⁾.

وهذا الذي ذكره صاحب "المغني" ليس اختياراً في المذهب الحنبلي، وإنما وافقوا فيه غيرهم، جاء في "الحاوي" للماوردي: «إذا ضمن رجل عن رجل مالا، ثم ضمنه عن الضامن ضامن آخر، فأراد من عليه أصل المال أن يضمن عن الضامنين ما ضمنه عنه، لم يجز، وكذا لو ضمن عن أحدهما، إما عن الأول، أو عن الثاني لم يجز، وإنما لم يجز لأمرين:

أحدهما: إن الضمان إنما هو إثبات حق في الذمة لم يكن ثابتاً في الذمة، والحق ها هنا قد كان قبل الضمان ثابتاً في الذمة.

والثاني: إن المضمون عنه أصل، والضامن فرعه، فلم يجز أن يصير الأصل فرعاً لفرعه⁽²⁾.

ونص على الثانية بقوله: «فأما إذا كان على رجل ألف ضمنها ضامن، ثم ضمنها أيضاً ضامن آخر عن عليه الأصل جاز، وكان كل واحد منهما فرعاً لمن عليه الأصل، وليس أحد الضامنين فرعاً لصاحبه، فإن أراد من عليه الأصل أن يضمن عن أحد الضامنين ما ضمنه، لم يجز لما ذكرنا، ولكن لو أراد أحد الضامنين أن يضمن عن الضامن الآخر ما ضمنه، فمذهب الشافعي، وما عليه جمهور أصحابنا أن: ضمانه عنه باطل؛ لأنه ضامن لذلك عن عليه الأصل، فلم يكن في ضمانه إياه عن الضامن فائدة⁽³⁾، وخالف في هذه المسألة من الشافعية ابن سريج فقال: "يصح ضمانه، فيصير ضامن للألف عن عليه الأصل، وعن الضامن أيضاً، لأن الضامن قد صار ما ضمنه ديناً في ذمته، وليس أحد

¹ - المغني (7 / 88).

² - الحاوي (6 / 444).

³ - المرجع نفسه (6 / 444).

الضامنين فرعاً لصاحبه، فجاز لكل واحد من الضامنين أن يضمن عن صاحبه ما ضمنه معه، ثم إذا أداه، كان بالخيار بين أن يرجع به على من عليه الأصل، وأن يرجع به على الضامن⁽¹⁾.

قال الماوردي معلقاً على اختيار ابن سريج: «وهذا خطأ لما ذكرنا مع عدم الفائدة فيه، وليس له إذا أراد أن يرجع به إلا على من عليه الأصل»⁽²⁾.

ومسألة "جواز الضمان" من أكثر من ضامن: هو مذهب المالكية أيضاً، قال المازري - رحمه الله - في "شرح التلقيم":

«أما تكثير الحملاء بالوجه، أو بالمال فذلك جائز؛ لأن الغرض بالحالة التوثيق، فأشبهت الرهان، والرهان يجوز أخذها، وإن كثرت أنواعها، ولا فرق في هذا بين الحالة بالمال، أو الحالة بالوجه»⁽³⁾.

- وأما بالنسبة لأحكام المضمون:

فقد اتفق الفقهاء - رحمهم الله - على أن الدين المضمون يجب أن يكون ديناً صحيحاً، وعند الحنفية رحمهم الله، المضمون نوعان: ديون وأعيان.

فأما الكفالة بالديون: فصحيحة بلا خلاف.

وأما الكفالة بالأعيان: فهي أنواع ثلاثة:

¹ - ينظر: الحاوي (6 / 444).

² - المرجع نفسه (6 / 444).

³ - شرح التلقيم (2 / 173).

أحدهما: كفالة بعين هي أمانة غير واجبة التسليم، كالوديعة، وكمال المضاربة، والشركة، وهي لا تصح أصلا.

والثاني: الكفالة بعين هي أمانة ولكنها واجبة التسليم، كالعارية، والمستأجر في يد المستأجر، وكذا العين المضمونة بغيرها، كالمبيع قبل القبض: مضمون بالثمن، وكالرهن: مضمون بالدين.

والثالث: العين المضمونة بقيمتها: كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا، والمقبوض على سَوم الشراء: تصح الكفالة بها، ويجب عليه تسليم العين ما دامت باقية، وإذا هلك: يجب عليه تسليم قيمتها متى ثبت الغصب بالبينة، أو الإقرار، ثم الكفالة بالنفس بعد الدعوى من قبيل القسم الثاني، فإنه مضمون بالتسليم⁽¹⁾.

ويذكرون تفصيلا في أحكام المضمون - المكفول به - فيقولون: إنه نوعان:

أحدهما أن يكون المكفول به مضمونا على الأصل سواء كان ديناً، أو عينا، أو نفساً، أو فعلاً ليس بدين، ولا عين، ولا نفس؛ ويشترطون في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها.

وجملة الكلام في ذلك عندهم أن المكفول به أربعة أنواع: عين، ودين، ونفس، وفعل، ليس بدين، ولا عين، ولا نفس.

أما العين فنوعان: عين هي أمانة، وعين هي مضمون، أما العين التي هي أمانة: فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم، كالودائع ومال الشركات والمضاربات، أو كانت أمانة واجبة التسليم: كالعارية، والمستأجر في يد الأجير لأنه أضاف

¹ - ينظر: تحفة الفقهاء (3 / 240 - 241).

الكفالة إلى عينها، وعينها ليست بمضمونة، ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير، والمستأجر جاز، لأنهما مضمونا التسليم عليهما ، فالكفالة أضيفت إلى مضمون على الأصل وهو فعل التسليم فصحت.

وأما العين المضمونة فنوعان: مضمون بنفسه كالمغصوب، والمقبوض بالبيع الفاسد، والمقبوض على سوم الشراء، ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن، فتصح الكفالة بالنوع الأول؛ لأنه كفالة بمضمون بنفسه، ألا ترى أنه يجب رد عينه حال قيامه ورد مثله أو قيمته حال هلاكه، فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضا، ولا تصح بالنوع الثاني: لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ألا ترى أنه إذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء، ولكن يسقط الثمن عن المشتري وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين، ألا يرى أنه إذا هلك لا يجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره.

وأما الفعل: فهو فعل التسليم في الجملة فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن؛ لأن المبيع مضمون التسليم على البائع، والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين، فكان المكفول به مضمونا على الأصل، وهو فعل التسليم، فصحت الكفالة به لكنه إذا هلك لا شيء على الكفيل؛ لأنه لم يبق مضمونا على الأصل؛ فلا يبقى على الكفيل.

وأما النوع الثاني: فهو أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيدا، فلا تجوز الكفالة في الحدود والقصاص عندهم⁽¹⁾.

وعند المالكية: لا تصح الحماله في الحدود التي هي حق لله سبحانه، إذ لا يجوز أن يحد رجل لرجل آخر، ولو أوصى بذلك عندهم، وكذلك الحقوق البدنية التي للخلق

¹ - ينظر: بدائع الصنائع (6 / 8 - 9).

كالقصاص فإنه لا يجوز أيضا التحمل بها على أن يقطع أو يقتل رجل بدل ما يوجب على آخر بالقصاص في النفس أو قطع اليد⁽¹⁾.

وجاء في "عقد الجواهر الثمينة" لابن شاس - رحمه الله - في ذكره لأحكام المضمون: «وشرطه أن يكون حقا يمكن استيفاءه من الضامن، أو ما يتضمن ذلك كال كفالة بالوجه لمن عليه مال، وأن يكون ثابتا مستقرا، أو ماله إلى ذلك، فلا تصح الحمالة بالكتابة لأنها ليست بدين ثابت مستقر ولا تؤول إلى ذلك؛ ولأن العبد إذا عجز رق وانفسخت الكتابة، ولا يجوز ضمان الجعل في الجعالة إلا بعد العمل، ويجوز ضمان إبل الدية كما يجوز الإبراء عنها، وتجوز كفالة البدن، ممن وجب عليه الحق، وممن ادعى عليه، وإن لم تقم عليه البينة بالدين إذ الحضور مستحق عليه»⁽²⁾، ثم يقول: «ولا يشترط كون الدين معلوما، ولا متقدم الوجوب، بل لو كان قال لرجل: دأين فلانا وأنا ضامن لما تعطيه جاز ذلك، ولزمه ضمان ما يداين به مثله، وذلك مبني على أصول ثلاثة: جواز ضمان الحق قبل وجوبه، وجواز ضمان المجهول، وحمل الإطلاق في ذلك على العادة دون ما يخرج عنها»⁽³⁾.

ومن خلال التأمل والنظر في الفقه المالكي، يستطيع الباحث أن يميز ما ورد من "أحكام المضمون" في مذهب السادة المالكية⁽⁴⁾، ويُجمل ذلك فيما يلي:

- عدم صحة الحمالة في الحدود التي هي: حق لله سبحانه وتعالى.

¹ - ينظر: شرح التلقين (2 / 157).

² - عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تأليف: جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، ت: د. محمد أبو الأجنان، والأستاذ: عبد الحفيظ منصور، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1415 هـ - 1999 م، (2 / 654 - 655).

³ - المرجع نفسه (2 / 657).

⁴ - ينظر: بداية المجتهد (4 / 169 - 167)؛ شرح التلقين (2 / 157)؛ عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (2 / 654 - 655)؛ الذخيرة (9 / 206 وما بعدها).

- عدم صحة الحماله في الحقوق التي للخلق، كالقصاص مثلا.
- يشترط في المتحمل به أن يكون حقا يمكن استيفائه، أو ما يتضمن ذلك، كالكفالة بالوجه لمن عليه مال؛ لأنه يتوصل بها إلى المال.
- أن يكون المتحمل به مستقرا ثابتا في الذمة، أو ماله إلى ذلك، فلا تصح الحماله بالكتابة؛ لأنها ليست بدين ثابت مستقر، ولا تؤول إلى ذلك.
- عدم جواز ضمان الجعل في الجعالة، إلا بعد العمل.
- يجوز عند الملكية ضمان الحق قبل وجوبه، خلافا للشافعي رحمه الله.

ويجوز عندهم كذلك ضمان المجهول، خلافا للشافعي رحمه الله، قال ابن رشد الحفيد - رحمه الله - في "بداية المجتهد": « ولا تجوز عند الشافعي كفالة المجهول، ولا الحق الذي لم يجب بعد، وكل ذلك: لازم وجائز عند مالك وأصحابه؛ وأما ما تجوز فيه الحماله بالمال مما لا تجوز، فإنها تجوز عند مالك بكل مال ثابت في الذمة، إلا الكتابة وما لا يجوز فيه التأخير، وما يستحق شيئا فشيئا، مثل النفقات على الأزواج وما شاكلها»⁽¹⁾

وعند الشافعية: شرط المضمون به أن يكون حقا ثابتا، لازما، ومعلوما، واحترز بالثابت عن ضمان دين سيلزم ببيع أو قرض بعده، فإنه لا يصح في المذهب الجديد، وفي ضمان ما سبق سبب وجوبه ولم يجب كنفقة الغد للمرأة، ففيه قولان في المذهب الجديد، وضمان العهدة للمشتري عندهم صحيح، وكذلك ضمان نقصان الصنجة ورداءة الجنس في المبيع.

واحترزوا باللزم عن نجوم الكتابة؛ فلا يصح ضمانها، ويصح ضمان الثمن في مدة الخيار إذ مصيره إلى اللزم، وفي ضمان الجعل عندهم في الجعالة وجهان، واحترزوا بالمعلوم عن ضمان المجهول، وهو باطل في المذهب الجديد، وكذلك الإبراء عن المجهول،

¹ - بداية المجتهد (4 / 169 - 170).

والصحيح من مذهبهم: جواز ضمان إبل الدية، كما يجوز الإبراء منها، وفاقا للمالكية، ولو قال ضمننت من واحد إلى عشرة؛ فأشهر القولين في مذهبهم الصحة، وتصح كفالة البدن عن كل من وجب عليه الحضور بمجلس الحكم من زوجة، أو عبد آبق، أو من عليه عقوبة لآدمي على الأظهر في مذهبهم؛ لأنه حق، كالدين فلا يُشترط كونه مالا، وكذلك ضمان عين المغصوب والمبيع، وكل ما يجب مؤنة تسليمه دون الوديعة، والأمانات⁽¹⁾، وهذا الذي ذكرت من اختيارات في مذهب الشافعية: هو المعتمد عند محققهم، وهو الذي اختاره الغزالي - رحمه الله - كما في الوجيز⁽²⁾، ووافقه الإمام النووي - رحمه الله - كما في "الروضة"⁽³⁾.

ووافق الحنابلة - رحمهم الله - المالكية، والحنفية، وقالوا: بجواز ضمان المجهول، وقال الثوري، والليث، وابن أبي ليلى، والشافعي، وابن المنذر: لا يصح؛ لأنه التزام مال؛ فلم يصح مجهولا، كالثمن في البيع، وحجة القول الأول: ﴿وَلَمَسَ جَاءَ بِهِءٌ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِءٌ زَعِيمٌ﴾⁽⁴⁾، وحمل البعير غير معلوم، لأن حمل البعير يختلف باختلافه، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «الزعيم غارم»⁽⁵⁾؛ ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة؛ فصح في المجهول كالنذر، والإقرار⁽⁶⁾.

¹ - ينظر: الوجيز (1 / 354).

² - ينظر المرجع نفسه (1 / 354).

³ - ينظر: روضة الطالبين (3 / 478 وما بعدها).

⁴ - سورة يوسف (الآية 72)

⁵ - سبق تخريجه (ص41)

⁶ - ينظر: المغني (7 / 73).

ويصح عند أحمد: ضمان الجعل في الجعالة، وفي المسابقة، والمناضلة، وعند الشافعية في أحد الوجهين: لا يصح ضمانه، لأنه لا يؤول إلى اللزوم فلم يصح ضمانه كما الكتابة وحجة القول الأول قوله تعالى: ﴿وَلَيْمَسْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾⁽¹⁾؛ ولأنه يؤول إلى اللزوم إذا عمل العمل، وإنما الذي لا يلزم العمل، والمال، يلزم بوجوده، والضمان للمال دون العمل، ويصح كذلك عند أحمد: ضمان أرش الجناية، سواء كانت نقودا كقيم المتلفات، أو حيوانا كالديات، وقال أصحاب الشافعي: لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها؛ لأنه مجهول، ووافق الحنابلة المالكية في صحة ضمان ما لم يجب، وكذلك وافقوا في إحدى الروايتين عنهم المالكية والشافعية، وقالوا بعدم صحة ضمان مال الكتابة، وفي رواية عنهم يصح، واختار ابن قدامة - رحمه الله - الأولى، وقال: لأنه ليس بلزوم، ولا ماله إلى اللزوم⁽²⁾.

المطلب الثالث: آثار الضمان بالمال

وأما آثار الضمان: فيمكن الحديث عنها من خلال ذكر العلاقات بين أطراف "الضمان"، ثم ذكر انقضاء الضمان.

فأما العلاقات بين أطراف الضمان:

فأولها: العلاقة بين المضمون له والضامن:

لقد تحدثت في المطلب السابق عن "أحكام المضمون له والضامن" وتبين من خلال دراسة أحكام كل منهما: أن المضمون له لا يشترط رضاه وقبوله في "الضمان" عند جمهور

¹ - سورة يوسف (الآية 72).

² - ينظر: المغني (7 / 75 - 76).

الفقهاء، خلافا لأبي حنيفة ومحمد، وأحد قولي الشافعي رحمهم الله، هذا من ناحية قبوله ورضاه، وأما من جهة مطالبته "للضامن" فجمهورهم كذلك ذهبوا إلى أن "الضمان" يجيز للمضمون له حق مطالبة الضامن بما التزم، وأن هذا الحق لا يسقط حق المكفول له في مطالبة المكفول عنه أيضا، وله مطالبة أيهما شاء، أو مطالبتهما معا، قال بذلك أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد، وسفيان الثوري، والأوزاعي، وأبو عبيد، وإسحاق رحمهم الله، وقال جمهور المالكية- وهو رأي مالك الذي رجع إليه - : أن المكفول له لا يطالب الكفيل إذا تيسر الأخذ من مال المكفول عنه، جاء في "المدونة": «قلت: رأيت إن تحملت برجل أو بمال على رجل، أكون للذي له الدين أن يأخذني بالحق الذي تحملت، وصاحبي الذي تحملت به مليء بالذي عليه في قول مالك؟ قال مالك: ليس ذلك له، ولكن يأخذ حقه من الذي عليه الدين، فإن نقص من حقه شيء أخذه من مال الحميل إلا أن يكون الذي عليه الدين مديانا، وصاحب الحق يخاف إن قام عليه خاصة الغرماء أو غائبا، فله أن يأخذ الحميل ويدعه، وقد كان مالك يقول قبل ذلك، للذي له الحق: إن شاء أن يأخذ الحميل، وإن شاء الذي عليه الحق، ثم رجع إلى هذا القول الذي أخبرتك، وهو أحب ما فيه إليّ، قال سحنون: وكذلك روى ابن وهب: قلت لابن القاسم: رأيت إن كان الذي عليه الحق مليا غائبا والحميل حاضر أكون للذي له الدين أن يأخذ الحميل، والذي عليه الدين مليء إلا أنه غائب؟ قال نعم كذلك قال لي مالك، إلا أن يكون للذي عليه الدين أموال حاضرة ظاهرة، فإنها تباع أمواله في دينه، وقال غيره: إلا أن يكون في تثبيت ذلك، وفي النظر فيه بعد، فيؤخذ من الحميل وبمثل هذا آخذ، وما أشبهه»⁽¹⁾.

¹ - المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس رواية: الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، ط: دار الكتب، العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415 هـ - 1994 م، (4 / 99 - 100).

جاء في " حاشية الصاوي (بلغة السالك) " : « والقول المرجوع عنه هو الذي جرى به العمل بفاس، - وهو الأنسب - بكون الضمان شغل ذمة أخرى بالحق»⁽¹⁾، وأما رأي جمهور المالكية: فيعبر عنه الدريدي في "الشرح الصغير" بقوله: «(ولا يطالب) الضامن: أي ليس لرب الدين مطالبته به (إن تيسر الأخذ) لرب الدين (من مال المدين): بأن كان موسراً غير مُلِدٍ ولا ظالم، وهذا هو الذي رجع إليه مالك بعد قوله: رب الدين مخير في طلب أيهما شاء (ولو) كان المدين (غائباً)، حيث كان الدين ثابتاً ومال المدين حاضراً يمكن الأخذ منه بلا مشقة (إلا أن يشترط) رب المدين (في الحالات الست): الحياة، والموت، والحضور، والغيبة، واليسر، والعسر، فله مطالبته ولو تيسر الأخذ من مال الغريم»⁽²⁾.

فجمهور المالكية: أخذ بالرأي الذي رجع إليه مالك: وهو أن المكفول له لا يطالب الكفيل إذا تيسر الأخذ من مال المكفول عنه، وخالف جمهور الفقهاء ومن قال بقولهم: ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبي ثور، وأبي سليمان، وأهل الظاهر حيث قالوا: إن الكفالة تُسقط الحق عن المكفول عنه ويحال على الكفيل، وليس للمكفول له أن يطالب غير الكفيل⁽³⁾.

وهذا القول يجعل الكفالة حوالة، قال الكاساني: قال ابن أبي ليلى إن الكفالة توجب براءة الأصيل والصحيح قول العامة؛ لأن الكفالة تنبني عن الضم، وهو ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصيل، أو في حق أصل الدين والبراءة تنافي الضم، ولأن الكفالة لو كانت مُبرئة لكانت حوالة وهما متغايران؛ لأن تغاير الأسماء دليل تغاير المعاني في الأصل، وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر، بل يملك مطالبته⁽⁴⁾.

¹ - بلغة السالك على الشرح الصغير (3 / 438 - 439).

² - الشرح الصغير (3 / 438 - 439).

³ - ينظر: المحلى (8 / 113).

⁴ - ينظر: بدائع الصنائع (6 / 11).

فمذهب الحنفية في المطالبة: هو وفاق رواية مالك الأولى، وهو تخير طلب أيهما شاء، قال في: "عقد الجواهر" في ذكر مطالبة المضمون له الضامن: «وله أن يطالبه من غير انقطاع الطلبة عن المضمون عنه، وهو حاضر ملي، فيتخير طلب أيهما شاء على الرواية الأولى»⁽¹⁾.

وإذا كانت كفالة نفس في مال، فإذا أحضر الكفيل المكفول، فلا شيء على الكفيل سواء أقام المكفول بأداء ما عليه من التزام أم لم يقم، أما إذا لم يحضره، فإنه يلتزم بما التزم به المكفول، وللمكفول له أن يطالبه بهذا الحق، إلا إذا كان الكفيل قد شرط لنفسه ألا يغرم المال وهو ما اعتبره المالكية ضمان الطلب.

وأما مطالبة المكفول له الكفيل المريض فليس له أن يطالبه إذا مات بأكثر من ثلث التركة، لأن الكفيل المريض لا يصح له أن يكفل في أكثر من ثلث ماله.

وأما المرأة فجمهور الفقهاء لم يفرق بين كفالتها وكفالة الرجل، ومنع المالكية كفالة المرأة إذا كانت بكراً، وأما ذات الزوج فلزوجها منعها من كفالة الأبدان، وكذلك من كفالة الأموال إلا في حدود الثلث.

وأما فيما يتعلق بإجبار "المضمون له" على قبول الدين من "الضامن" فقد جاء في "نهاية المطلب" للجويني رحمه الله: «إذا لم نشترط رضا المضمون له، فأدى الضامن الدين، فإن ضمن بغير إذن الأصل، لم يجبر المضمون له على قبول الدين، بل هو بالخيار: إن شاء طالب، وإن شاء ترك، كما لو أدى دين غيره بغير إذنه، فإن رب الدين لا يجبر على القبول، وإن ضمن بإذن الأصل، فإن أثبتا الرجوع، أجبر المضمون له على القبول، وإن لم تثبت الرجوع، ففي الإجبار على القبول وجهان كالوجهين فيمن أمر بقضاء الدين من غير

¹ - عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (2 / 659).

ضمانه، وقلنا: لا رجوع، والأشهر الإجماع لوقوع الأداء بإذن المدين، ولو قال: أدّ ديني بشرط الرجوع، فلا خلاف في الإجماع على القبول»⁽¹⁾

ومذهب الشافعية في مطالبة المضمون له: هو مذهب الجمهور كما ذكرت، فله أن يطالب أيهما شاء.

وإذا ضمن الضامن ديناً مؤجلاً، فمات الأصيل، صل عليه الدين، ولم يحل على الضامن على الصحيح في مذهب الشافعية، وقال ابن القطان: يحل، لأنه فرعه، فعلى الصحيح، لو أخرج المستحق المطالبة، كان للضامن أن يطالبه بأخذ حقه من تركه الأصيل أو إبرائه؛ لأنه قد تملك الشركة، فلا يجد مرجعاً إذا غرم، وعندهم وجه ضعيف، وهو أنه: ليس له هذه المطالبة، ولو مات الضامن، حل عليه الدين، فإن أخذ المستحق المال من تركته، لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه قبل حلول الأجل، وفي وجه شاذ لا يحل بموت الضامن⁽²⁾

ومذهب الحنابلة هو: مذهب الجمهور كذلك فللمضمون له مطالبة من شاء منهما وقالوا: إن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته، كالأصيل؛ ولأن الحق ثابت في ذمتها فملك مطالبة من شاء منهما كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن؛ لأنه مال من عليه الحق، وليس بذمة يطالب، إنما يطالب من عليه الدين ليقضي منه أو من عليه⁽³⁾.

وأما بالنسبة لتعدد الكفلاء، فإن الكفيل إذا التزم بجزء من الدين، فهو مطالب بما التزم فقط، وإذا كان كل واحد كفلاً الأصيل في الدين كله، فللمكفول له مطالبة الجميع، أو مطالبة

¹ - نهاية المطلب (6/7).

² - ينظر: روضة الطالبين (3 / 497).

³ - ينظر: المغني (7 / 86).

من شاء بجميع الدين، فضلا عن جزء منه، وإذا كفل الكفيل الأول كفيل ثان، وكفل الثاني ثالث، كان الكفيل الأول بالنسبة للثاني كالأصيل بالنسبة للأول، وكان الثاني للثالث كالأول للثاني وهكذا.

وأما بالنسبة لتأجيل الدين الحال وتعجيل المؤجل: فإن الدين إذا كان حالا تصح كفالته مؤجلا، ويكون حالا على الأصيل مؤجلا على الكفيل، فللمضمون له (الدائن) مطالبته المضمون عنه (المدين) في الحال، ولكن ليس له مطالبة الكفيل قبل الأجل المحدد.

وجمهور الفقهاء يرون أن الكفيل لا يلزمه الوفاء بالتعجيل كما لا يلزم الأصيل، فالكفيل ملتزم بما لا يزيد عن التزام الأصيل.

العلاقة الثانية: العلاقة بين الضامن والمضمون عنه:

وتتدرج تحت هذه العلاقة ثلاث نقاط:

النقطة الأولى: رجوع الضامن على المضمون عنه

النقطة الثانية: متى يرجع الضامن؟

النقطة الثالثة: بم يرجع الضامن؟

النقطة الأولى: رجوع الضامن على المضمون عنه:

إذا قضى الضامن الدين متبرعا به، ولا ينوي الرجوع على المضمون عنه، بريء المدين وأصبح غير ملتزم بالدين، ويستوي هنا الضمان والأداء بأمر المضمون عنه، وبغير أمره، وأما إذا أدى عن المضمون عنه بنية الرجوع به، فلا يخلو من أربعة أحوال:

الحالة الأولى: أن يضمن بأمر المضمون عنه، ويؤدي بأمره: وسواء اشتمل الأمر هنا على لفظة (عني) أو لم يشتمل، كان للضامن أن يرجع على المدين قال بهذا جمهور الفقهاء

وأبو يوسف من الحنفية، وقال أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن: بشرط اشتغال الأمر على لفظة (عني) كأن يقول: اكفل عني أو اضمن عني لفلان قال في "فتح القدير": «فلو قال اضمن ألف التي لفلان عَلَيَّ لم يرجع عليه عند الأداء؛ لأن الكائن مجرد الأمر بالضمان والإعطاء، فجاز أن يكون القصد ليرجع وأن يكون القصد طلب تبرعه بذلك، فلم يلزم المال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد»⁽¹⁾، فمن قال لرجل اضمن لفلان ألف درهم، أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الأمر إلا إذا كان خليطاً، أو شريكاً⁽²⁾، ثم قال: «والحاصل أن الأمر في الكفالة تضمن طلب القرض إذا ذكر عني»⁽³⁾.

من هنا يتضح وجه خلاف أبي حنيفة ومحمد مع الجمهور، وهو تقييد الأمر بالكفالة بلفظة (عني)، وإلا صار تبرعاً، فلا يرجع على الأصيل، إلا أن يكون الكفيل خليطاً، أو شريكاً للمكفول عنه عندهم.

الحالة الثانية: أن يكون الضمان والأداء بدون أمر المضمون عنه: فعند مالك وإسحاق وأحمد في إحدى الروايتين عنه: يرجع الكفيل بما أدى، وفي الرواية الثانية عن أحمد: لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة، والشافعي، وابن المنذر، وأصل ابن قدامة - رحمه الله - في "المغني" للروايتين؛ فأما رواية عدم الرجوع وفاقاً لأبي حنيفة، والشافعي، وهو قول ابن المنذر، فقال: «بدليل حديث علي وأبي قتادة»⁽⁴⁾، فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على

¹ - فتح القدير (7 / 177).

² - ينظر: المصدر نفسه (7 / 177).

³ - نفسه (7 / 177).

⁴ - سبق تخريجهما (ص 136).

الميت، صار الدين لهما؛ فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما، كاشتغالها بدين المضمون عنه ولم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم؛ ولأنه تبرع بذلك»⁽¹⁾.

قال ووجه الأولى: «أنه قضاء مبرئ من دين واجب، فكان من ضمان من هو عليه، كالحاكم إذا قضاؤه عنه عند امتناعه؛ فأما علي وأبو قتادة، فإنهما تبرعا بالقضاء والضمن، فإنهما قضيا دينه قصدا لتبرئة ذمته، ليصلي عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، مع علمهما بأنه لم يترك وفاءً، والمتبرع لا يرجع بشيء، إنما الخلاف في المحتسب بالرجوع»⁽²⁾.

الحالة الثالثة: أن يكون "الضمان" بأمر المضمون عنه، والأداء بدون أمره:

فذهب مالك وأحمد: إلى أن الكفيل يرجع بما أدى، وعند الشافعية ثلاثة أوجه: الوجه الأول: يرجع، والوجه الثاني: لا يرجع، والوجه الثالث: إن أدى من غير مطالبة، أو بمطالبة ولكن أمكنه استئذان الأصيل لم يرجع، وإلا فيرجع، قال النووي: «الأصح المنصوص يرجع»⁽³⁾.

الحالة الرابعة: أن يكون الضمان بدون أمر المضمون عنه، والأداء بدون أمره:

فذهب مالك وأحمد إلى أنه: يرجع، وقال الشافعية: لا رجوع على الأصح، فلو أذن في الأداء بشرط الرجوع ففيه عندهم وجهان: أحدهما: يرجع كما لو أذن في الأداء بهذا الشرط من غير ضمان، والثاني: لا يرجع؛ لأن الأداء مستحق بالضمان، والمستحق بلا عوض لا يجوز مقابلته بعوض كسائر الحقوق الواجبة، ورجح النووي - رحمه الله - الوجه الأول⁽⁴⁾.

¹ - المغني (7 / 90).

² - المصدر نفسه (7 / 90 - 91).

³ - روضة الطالبين (3 / 499).

⁴ - المرجع نفسه (3 / 499).

النقطة الثانية: متى يرجع الضامن؟

إذا كان الدين حالا، فللضامن أن يرجع بعد الأداء، فإذا طالبه المضمون له؛ فله أن يطالب المدين بالأداء، ولكن ليس له حق الرجوع إلا إذا أدى هو الدين؛ أما إذا كان الدين مؤجلا فليس للضامن حق الرجوع، إلا بعد حلول الأجل والأداء، فإذا أدى قبل الأجل فلا يرجع إلا بعد الحلول، وإذا حل الدين المؤجل على الضامن بموته، بناء على من قال بسقوط الأجل بموت من له الأجل وطالب الدائن ورثة الكفيل، فليس لهم مطالبة المضمون عنه، إلا عند حلول الأجل عليه، ولا يرجعون بما يؤدون إلا عند الأجل، وإذا حل على المدين بموته فللضامن حق المطالبة، والرجوع على الورثة بعد الأداء، جاء في: "الدر المختار": «(وإذا حل) الدين المؤجل (على الكفيل بموته، لا يحل على الأصيل)، فلو أداه وارثه، لم يرجع لو الكفالة بأمره، إلا إلى أجله خلافا لفر، (كما لا يحل) المؤجل (على الكفيل) اتفاقا، (إذا حل على الأصيل به) أي: بموته»⁽¹⁾ قال ابن عابدين في حاشيته: «(وإذا حل الدين المؤجل): أفاد أن الدين يحل بموت الكفيل، كما صرح به في "الغرر"، و"شرح الوهبانية" عن المبسوط وعمله في المنح عن "اللولولية": بأن الأجل يسقط بموت من له الأجل، قوله: (لا يحل على الأصيل): وكذا إذا عجل الأجل يسقط بموت من له الأجل، قوله: (لا يحل على الأصيل): وكذا إذا عجل الكفيل الدين حال حياته لا يرجع على المطلوب إلا عند حلول الأجل عند علمائنا الثلاثة، وهو نظير ما لو كفل بالزيف، وأدى الجياد»⁽²⁾.

وجاء في "المدونة" تحت عنوان: "في الحميل، أو المتحمل به يموت قبل محل الأجل": «قلت: أريت إن تكفلت لرجل بما له على رجل إلى أجل، فمات الكفيل أو المكفول له؟ قال: قال لي مالك: إذا مات الكفيل قبل محل الأجل، كان لرب الحق أن يأخذ حقه من مال

¹ - الدر المختار مع شرحه رد المحتار المعروف ب: (حاشية ابن عابدين) (7 / 605).

² - المرجع نفسه (7 / 605).

الكفيل، لا يكون لورثة الكفيل أن يأخذوا من الذي عليه الحق شيئاً حتى يحل أجل المال، قال مالك: فإن مات الذي عليه الحق قبل محل الأجل، كان للطالب أن يأخذ حقه من ماله، فإن لم يكن له مال، لم يكن له أن يأخذ الكفيل بالحق حتى يحل الأجل»⁽¹⁾.

وفي "الجواهر" لابن شاس: مثل ما في "المدونة": من أن موت الأصيل عن الدين المؤجل يجيز للطالب أخذ حقه من ماله، فإن لم يدع مالا، لم يطلب الكفيل به حتى يحل الأجل، وأما إن مات الكفيل قبل الأجل، فللطالب تعجيل الدين من تركته، ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل الأجل، قال في: "الجواهر": «فإن كان الدين مؤجلاً، فمات الأصيل تعجل الطالب حقه من ماله، فإن لم يدع مالا لم يطلب الكفيل به حتى يحل الأجل، ولو مات ملياً، والطالب وارثه بريء الحميل؛ لأنه إن غرم الطالب شيئاً رجع بمثله عليه في تركه الميت وهي في يده، فصارت كمقاصة، وإن مات معدماً ضمن الكفيل، وإن مات الكفيل قبل الأجل فللطالب تعجيل الدين من تركته، ثم لا رجوع لورثته على الغريم حتى يحل الأجل، أو يموت فيرجع في تركته، وله محاصة غرماء الحميل أيضاً»⁽²⁾.

وفي "الشرح الصغير للدريديري": «(وعجل) الدين (بموته): أي الضامن قبل الأجل، من تركته إن كان له تركه (ورجع وارثه) أي: وارث الضامن على الغريم (بعد الأجل أو) بعد (موت الغريم) على تركته (إن تركه) أي: إن ترك ما يؤخذ منه الدين وإلا سقط»⁽³⁾.

وأما الشافعية: ففي نص كلام الشافعي: أن الحميل إذا مات فللمتحمّل له أن يأخذه بما حمل له به، وليس لورثة الحميل أن يرجعوا على المحمول عنه بما دفعوا عنه حتى يحل

¹ - المدونة (4 / 100).

² - عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (2 / 660).

³ - الشرح الصغير (3 / 441).

الدين، وهكذا لو مات الذي عليه الحق، كان للذي له الحق أن يأخذه من ماله، فإن عجز عنه لم يكن له أخذه حتى يحل الدين⁽¹⁾.

وأما عند الحنابلة - رحمهم الله -: فقد جاء في "المغني": « وإذا ضمن ديناً مؤجلاً عن إنسان، فمات أحدهما، إما الضامن، وإما المضمون عنه، فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين، تقدم ذكرهما، فإن قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر؛ لأن الدين لا يحل على الشخص بموت غيره، فإن كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الأجل، فإن قضاؤه قبل الأجل كان متبرعاً بتعجيل القضاء، وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الأجل؟ يخرج على الروايتين، في من قضى الدين بغير إذن من هو عليه، وإن كان الميت الضامن، فاستوفى الغريم الدين من تركته، لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق، لأنه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته به قبل أجله، وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن زفر: أن لهم مطالبته؛ لأنه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته، ولنا⁽²⁾ أنه دين مؤجل، فلا تجوز مطالبته به قبل الأجل كما لو لم يمت، وقوله: أدخله فيه، قلنا: إنما أدخله في المؤجل وحلوله بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الأجل⁽³⁾ ».

النقطة الثالثة: بم يرجع الضامن؟

إذا أدى الكفيل الدين، أو جزءاً منه رجع بما أدى، وإذا أدى أكثر منه لم يرجع إلا بقدر التزام المكفول عنه فقط، والزيادة تعتبر تبرعاً منه للمكفول له، وإذا أعطى المكفول له صنفاً آخر من المال غير الدين، فإن كانت قيمته أكثر من الدين لم يرجع إلا بالدين، وإن كانت أقل رجع بالأقل إلا أن يكون المكفول له تبرع له بالزيادة، وإذا صالح المكفول له الكفيل على

¹ - ينظر: الأم (ص 607)

² - أي: في المذهب الحنبلي.

³ - المغني (7 / 83 - 84).

جزء من الدين رجع الكفيل بالجزء الذي أداه، وطالب الدائن المدين بباقي الدين، فإذا كان المكفول به تنازل للكفيل عن الباقي، أو عن الدين كله، وهبه إياه، أصبح الدين للكفيل، يطلبه من المكفول عنه، ويسقط حق المكفول عنه، ومثل الهبة الصدقة.

جاء في "فتح القدير": «فلو كان الدين جيادا، فأدى زيوفا يرجع بالزيوف، ولو كان زيوفا فأدى جياداً رجع بالزيوف أيضاً...وقال: وكذا إذا وهب الطالب الدين للكفيل، أو تصدق به عليه فإنه يملكه، ويطلب به المكفول بعينه»⁽¹⁾.

وعند المالكية: يرجع أيضاً بنفس الذي أدى، جاء في "المدونة": «قلت: أرأيت إن تكلفت لرجل بألف درهم هاشمية فرضي صاحب الحق بألف درهم دمشقية فقضيت ذلك، بم أرجع على صاحبي الذي عليه الأصل؟ قال: ترجع عليه بألف درهم دمشقية لأنك كذا أديت، قلت: أرأيت لو أنني تكلفت عن رجل بألف درهم، فغاب ولزمني الذي تكلفت له فأعطيته بالألف درهم دنائيرا وعرضا من العروض أو طعاما، ثم قدم الذي عليه الأصل، بم أرجع؟ قال الذي عليه الأصل بالخيار، إن أحب أن يدفع قيمة ما دفع الكفيل إليه إن كان عرضا أو حيوانا فذلك له، وإن كان طعاما فمكيلته، وإن أحب الألف الذي كانت عليه فذلك له، فإن هو دفع الذهب من الورق التي تحمل بها، فلا يحل ذلك ولا يجوز ويفسخ ذلك، ويرجع الكفيل الذي دفع الذهب إلى صاحب الدين فيأخذ منه ذهبه، ويكون الورق على الذي عليه الأصل وعلى الكفيل كما هي»⁽²⁾، ويرى الباحث أن هذا النص من "المدونة": يُبين أن مالكا لا يجيز للحميل أن يدفع للمتحمل له أكثر مما تحمل به، كأن يتحمل ورقا ويدفع عنه ذهباً، بل ذلك يفسخ عند مالك رحمه الله، ويأخذ ذهبه من المتحمل له، ويرجع التحمل بالورق كما كان، فإن أدى عن الغريم رجع به عليه لا بغيره.

¹ - فتح القدير (7 / 178).

² - المدونة (4 / 108 - 109).

وعند الشافعية: يرجع الضامن بما أدى، فإن أدى من جنس الدين وعلى صفته رجع به، وإذا صالح على غير الجنس، وكان قيمة المصالح عليه أكثر من قدر الدين لم يرجع بالزيادة وأما إذا اختلفت الصفة: فإن كان المؤدى خيرا بأن أدى الصالح عن المكسرة لم يرجع بالصالح، وإن كان بالعكس، ففيه الخلاف عندهم على ما ذكر الإمام النووي رحمه الله⁽¹⁾، وقال الجويني رحمه الله: «إن أدى الصالح عن المكسر، لم يرجع بالصالح اتفاقا، وإن أدى المكسر عن الصالح لم يرجع إلا بالمكسر»⁽²⁾.

وعند الحنابلة: يرجع الضامن على المضمون عنه بقدر الدين مما قضى، فإن قضى بأكثر، فالزائد تبرع، وإن كان أقل، فإنما يرجع بما غرم، ولو أبرأه غريمه، لم يرجع بشيء، وإن دفع عن الدين عرضا، رجع بأقل الأمرين من قيمته، أو قدر الدين لذلك، وإن قضى المؤجل قبل أجله، لم يرجع به قبل أجله لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم⁽³⁾.

وأما الظاهرية: فلا يرجع الضامن عندهم بشيء مما أدى على المضمون عنه، إلا أن يكون المضمون عنه استقرضه، وذلك لكون الدين ساقط عن المضمون عنه ومستقر في ذمة الضامن، وليس له أن يطالب من أجل أدائه حق لزمه وصار عليه، واستقر في ذمة من لاحق قبله له، ولا للذي أداه عنه، قاله ابن حزم الظاهري رحمه الله في المحلى⁽⁴⁾، ثم قال بعده: «وقال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبو ثور، وأبو سليمان بمثل قولنا»⁽⁵⁾.

¹ - ينظر: روضة الطالبين (3 / 500).

² - نهاية المطلب (7 / 9).

³ - ينظر: المغني (7 / 91).

⁴ - المحلى (8 / 116).

⁵ - المصدر نفسه (8 / 116).

هذا فيما يتعلق بأطراف الضمان.

أما انقضاء الضمان:

فمن خلال دراستنا للضمان، وسبرنا لأغواره، وجولتنا فيه، يتبين لنا: أن انقضاء الضمان يتم بأحد الأمور التالية:

الأول: الإبراء، أو ما هو في معنى الإبراء: فإذا أبرأ المضمون له الضامن من ضمانه، انقضى الضمان وإن لم يبرأ الأصيل، لأن الإبراء هنا إبراء عن المطالبة لا عن الدين، وليس من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الضامن سقوط أصل الدين عن الأصيل، إذا أبرئ الأصيل سقط حق المطالبة عن الضامن، وقد تبرأ ذمة في حين أنه الضامن بالصلح، سواء كان الصلح بأداء بعض الحق وإسقاط بعضه الآخر.

الثاني: الأداء أو ما هو في معنى الأداء: فمتى أدى الأصيل الدين، أو سلم العين، أو مثلها، أو قيمتها عند الهلاك، برئت ذمته، وتبعا لذلك تبرأ ذمة الضامن وإذا قام الضامن بالأداء برئت ذمته، وانقضى الضمان، سواء أبرئت ذمة الأصيل لأم لم تبرأ.

وفي معنى الأداء: الهبة والصدقة: فإذا وهب الدائن، أو تصدق بالدين على المدين، أو على الضامن، انقضى الضمان، وإذا كان الضمان بالوجه في الأموال، فإن الحق المضمون هو تسليم الوجه، فيبرأ الضامن بالتسليم، ولا شيء عليه بعد إذا لم يؤد المضمون عنه ما في ذمته، فإذا غاب المتحمل بوجهه يغرم الحميل المال في مشهور المذهب المالكي، وقال محمد ابن عبد الحكم: لا يطالب بالمال إذا غاب المتحمل بوجهه، وذلك لكون غيبة المتحمل بوجهه حيث لا يعرف مكانه لا يدخل تحت قدرة الحميل إحضاره، ولا يتمكن منه والحمالة إنما تكون بما يمكن، والمال ليس هو المتحمل به ولا دخل تحت قوله: أنا حميل بوجهه لا تصريحاً ولا تلويحاً فلا يغرم الضامن خلاف ما اقتضاه لفظه.

وأما المشهور في مذهب الشافعية هو: أن المتحمل بوجهه إذا مات، أو غاب حيث لا يعرف مكانه، فإن الحميل بوجهه لا غرامة عليه، ولا يقضى عليه بالحق الذي كان في ذمة المتحمل بوجهه، وخالف في هذا أبو العباس بن سريج من الشافعية وقال: تلزم حميل الوجه غرامة المال إذا غاب المتحمل بوجهه أو مات⁽¹⁾.

والحاصل أن الضامن لا يبرأ إلا بالتسليم، أو بالأداء، إلا أن يكون شرط غير هذا، فيضمن طلبه فقط، أو التفتيش عنه كما عند المالكية⁽²⁾.

الثالث: فسخ الدين المضمون أو إبطاله: فإذا كان الضامن مثلاً ضامناً لما في ذمة المشتري من ثمن الشراء، أو للبائع في تسليم المبيع، ثم فسخ عقد البيع، لم يعد المشتري ملتزماً بدفع الثمن، ولا البائع ملتزماً بتسليم المبيع، ومن هنا ينقضي الضمان، حيث لا يوجد دين المضمون، وإذا ظهر ما يبطل الدين، أو أن المضمون له لاحق له في اقتضائه من الأصل، سقط حقه في مطالبة الضامن.

ويسقط الضمان عن الحميل عند موت المتحمل بوجهه لعدم القدرة البشرية على دفع الموت، فلو وقع الموت بعد أن تغيب المتحمل بوجهه، فعلى قولين في المذهب المالكي: أحدهما: تسقط الحماله بالموت، كما تسقط بالموت لو كان المتحمل به في البلد، وإليه ذهب أشهب.

والقول الثاني: إن هذا الموت بغير البلد لا يسقط هذه الكفالة، وإليه ذهب ابن القاسم.

¹ - ينظر: شرح التلقين (2 / 161).

² - ينظر: الشرح الصغير (3 / 430).

فكأن من أسقط الحماله بالموت في الغيبة رأى أن الموت لما وقع قبل مطالبتة الحميل ما تحمل به، صار ذلك كموت المتحمل به بالبلد، لكون الكفيل مغلوبا في الحالين على إحضار من تكفل بوجهه سواء مات بالبلد، أو غائبا عنه.

ومن ذهب إلى المطالبة بهذه الحماله: رأى أن مجرد الغيبة، أوجبت غرامة الكفيل بحصول التعدي بها، لكون الغيبة توجب الغرامة في المشهور عند المالكية، فموت الشخص بعد وجوب سبب يوجب الغرامة، وهو الغيبة، لا يرفع عنه الحكم، هذا إذا كان قد غاب المتحمل بوجهه، وقد حل أجل الدين؛ فأما إذا كان لم يحل فعلى قول أشهب: تسقط الكفالة، وأما ابن القاسم: فإنه اعتبر موت المتحمل بوجهه: هل وقع في زمن يتسع أن يمضي الكفيل ليأتي به، فتسقط الكفالة حينئذ، لكون هذا الغائب مات قبل أن تتوجه إليه مطالبة بالدين، وكون الكفيل لم يفرط، ولا تعدى في أمره، وإن بقي من أجل الدين ما لا يحصل أن يذهب الكفيل إليه فيأتي به، لزم الكفيل الغرامة⁽¹⁾.

ولا تسقط الحماله بموت كفيل الوجه في المشهور عند المالكية، لكونه إنما التزم حقا في ذمته فلا يسقط بالموت، وقال عبد الملك بن الماجشون من المالكية: تسقط الحماله بموت الكفيل بالوجه، ولا يطالب بها ورثته بعده، وكأن ما التزم من الكفالة معلق بعينه، كما علقت بعين المكفول به⁽²⁾.

وأما ضمان المال: فلا يسقط الضمان بموت الضامن، وتؤخذ حينئذ من تركته، ثم يرجع ورثته بذلك على المضمون عنه، إذا كان الضمان بأمره كما في حالة الحياة، وإذا مات المضمون له، فللوصي أن يطالب الضامن إن كان له وصي، وإن لم يكن فلوارثه أن يفعل ذلك، لقيام كل منهما مقام الميت.

¹ - ينظر: شرح التلقين (2 / 163 - 164).

² - ينظر: المرجع نفسه (2 / 171).

وقد ذكر أبو عبد الله المازري - رحمه الله - في "شرح التلقين" تفصيلاً في موت الكفيل بالمال، فقال: « وأما موت الكفيل بالمال: فإن الكفالة لا تسقط عنه بموته من غير خلاف إذا كانت في أصل العقود، ولو كانت بعد العقد، فهل تبطل بالموت أو تجري مجرى الهبات؟ فيه قولان»⁽¹⁾.

من هنا أصل إلى أن "الضمان" الذي يبدأ بالتحمل عن المدين من باب المعروف، واشتُرط له أهلية التبرع - باتفاق الفقهاء - لا ينتهي بموت "الضامن"، بل يبقى تركة في ماله، وقد صنع معروفاً للمضمون عنه، وقام بإرفاق بالمضمون له، حتى لا يتضرر من فقد ماله، فكان "الضمان" زيادة توثق، كما صرح بذلك الفقهاء رحمهم الله، لكن! هذا المعروف والإرفاق⁽²⁾، هل يجوز أن يتحول إلى معاوضة يجوز أخذ العوض عليها؟ ذلك ما سنراه في الفصل الموالي، وبالله التوفيق.

¹ - شرح التلقين (2 / 171 - 172).

² - وكونه معروف وإرفاق نص عليه الفقهاء، يقول القاضي: عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (ت422هـ)، في كتابه "الإشراف على نكت مسائل الخلاف" (2 / 602): « ولأنه معروف وإرفاق؛ فجاز في المعلوم، والمجهول، كالعتق، والهبّة؛ الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تأليف: القاضي أبي محمد: عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، ت: الحبيب بن الطاهر، ط: دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ - 1999م.

الفصل الثاني: العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي

سيتناول الباحث في هذا الفصل موضوع: العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي، مُتَطَرِّقاً لمفهوم: العوض عند الفقهاء، ومُبَيِّنًا تصورات الفقهاء له؛ ومسلطاً الضوء على المفاهيم المتعلقة بالضمان المالي، ثم ذكر آراء الفقهاء في أخذ العوض عن الضمان المالي، وبيان الراجح الذي توصل إليه الباحث من خلال هذه الدراسة.

المبحث الأول: الضمانات والعوض في الفقه الإسلامي

في هذا المبحث، سيتناول الباحث موضوع: العوض، والضمانات في الفقه الإسلامي؛ وسيتم تناول موضوع الضمانات بشكل عام، كمدخل لفهم، وتصوير حكم أخذ العوض عن الضمان المالي؛ وسيتم تناول هذه الضمانات من أجل إبراز تصور الفقه الإسلامي للعوض فيها، ولتمييز العوض فيها، عن العوض في الضمان المالي، شكلاً، ومضموناً .

المطلب الأول: مفهوم العوض

الفرع الأول: العوض لغة:

العِوَضُ في اللغة: البَدَلُ والخَلْفُ، والعِوَضُ: الاسم، والفعل منه (عَاضَ)، وهو من باب: قَالَ، فنقول: عَاضَ يَعِوِضُ، عَوْضاً وَمَعِوِضَةً، ونقول: اسْتَعَاضَ: إذا سَأَلَ العِوَضَ، واعتَاضَ: إذا أَخَذَ العِوَضَ، ونقول عَوَّضَ بالتشديد: أعطى العِوَضَ، وكل هذا ورد في معاجم اللغة كما سنرى، والمراد هنا في هذا البحث: هو كل ما دلت عليه هذه المعاني: من طلب العِوَضَ، وأخذ العِوَضَ وإعطاء العوض، فنقول في الأولى: استعاض، ونقول في الثانية: اعتاض، وفي الثالثة: عَوَّضَ، وكل هذه المعاني واردة في هذا البحث، ومقصودة فيه.

جاء في "لسان العرب": مادة: (عوض) ما يلي - باختصار منه - «العِوَضُ: البَدَل والجمع: أَعْوَاضٌ، عَاضَهُ مِنْهُ وَبِهِ، وَالْعَوْضُ: مصدر قولك: عَاضَهُ عَوْضاً وَعِياًضاً، وَمَعِوِضَةً، وَعَوَّضَهُ، وَأَعَاضَهُ، نقول: عَضْتُ فلاناً، وَأَعَضْتُهُ، وَعَوَّضْتُهُ: إذا أعطيته بدل ما

ذهب منه، والمستعمل التعويض⁽¹⁾، وتعوّض منه، واعتاض: أخذ العوض، واعتاضه منه واستعاضه، وتعوّضه، كله: سأله العوض، وتقول: اعتاضني فلان: إذا جاء طالبا للعوض والصلة، واستعاضني كذلك وعاضه: أصاب منه العوض، وعُضْتُ: أصبت عوضاً، وتقول: عَوَّضْتُهُ من هبته خيراً، وَعَاوَضْتُ فلاناً بِعَوْضٍ في المبيع، والأخذ، والإعطاء، تقول: اعتَضْتُهُ كما تقول: أعطيته⁽²⁾.

وجاء في: "المصباح المنير": «عاضني زيد عوضاً: من باب: قال، وأعاضني بالألف وعَوَّضني بالتشديد: أعطاني العوض وهو: البذل، والجمع: أعواض، مثل: عَنَبٌ وَأَعْنَابٌ، واعتاض: أخذ العوض، وتعوّض: مثله، واستعاض: سأل العوض»⁽³⁾.

وأما "القاموس المحيط" فقد جاء فيه: «والعوض: كَعَنَبٍ: الخلف، أعاضني الله منه عوضاً وعَوْضاً وعِياضاً، وأصله: عَوَّضٌ، وعَوَّضني، والاسم: العوض، والمعوضة، وتعوّض: أخذ العوض، واستعاضه: سأله العوض فعَاوَضَهُ: أعطاه إياه، واعتاضه: جاءه طالبا للعوض»⁽⁴⁾.

وفي مقدمة: "القاموس المحيط"، وردت كلمة: "اعتاض" بمعنى: استبدل، قال: «وَلَا يَشْنَأُ هذه اللغة الشريفة، إِلَّا من اهتاف به رِيح الشَّقَاءِ، وَلَا يَخْتَارُ عليها، إِلَّا من اعتاض

¹ - أشير هنا: إلى أن كثيراً من الباحثين والدارسين قد وقع في خطأ، ورد في كثير من طبعات "لسان العرب"، وتكرر فيها، ولم ينتبهوا للخطأ الوارد فيها، فأثبتوا عبارة: و"المستقبل التعويض" في أبحاثهم ودراساتهم، والصواب هو: والمستعمل التعويض، وقد عثرت على نسخة من "لسان العرب"، ورد فيها التنبيه إلى هذا الخطأ، وذلك في هامش الصفحة 474، الجزء التاسع من هذه الطبعة، وهي: طبعة دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، (بيروت - لبنان)، وقد اعتنى بتصحيحها: أمين محمد عبد الوهاب، ومحمد الصادق العبيدي، ينظر: الطبعة الثالثة بتاريخ: 1419 هـ - 1999م، الهامش، (9 / 474).

² - لسان العرب - باختصار منه - (9 / 474).

³ - المصباح المنير (2 / 43).

⁴ - القاموس المحيط (ص 648).

السافية من الشحواء»⁽¹⁾، قوله: اعتاض السافية من الشحواء، قد اختلفت النسخ في هاتين الكلمتين ففي البعض: سافية بالفاء وشجواء بالجيم⁽²⁾، وفي البعض: الشحواء: بالحاء المهملة⁽³⁾ وفي البعض سحواء بمهلتين،⁽⁴⁾ وأَرْجَعَ الشُّرَاح معنى الكل إلى: اعتياض النافع بالمضر، لكن الأقرب والأوفق أن تكون: ساغية بالغين المعجمة وهي: الشربة الهنيئة اللذيذة، وأن تكون (شجاء) بالجيم على وزن شقاء وهي: الغَصَّة تقف في الحلقوم، وهذا أوفق بقافية الفقرة الأولى، أو أن تكون الساقية بالقاق وهي: الجدول، أو النهر الصغير، والشحواء بالحاء المهملة وهي: البئر الواسعة الكثيرة الماء⁽⁵⁾.

والذي يظهر للباحث من معنى: اعتاض السافية من الشَّحْواء الواردة في هذا النص هو: استبدال البئر الواسعة الكثيرة الماء والتي تسفي تُرْبُها الريح، وذلك لقلة ماءها وواردها، فيكون المعنى المقصود: أن من اختار على اللغة العربية غيرها، فكأنما اعتاض (استبدل) البئر الواسعة الكثيرة الماء بالمهجورة، وأما في المعنى الآخر: وهو اعتاض الساقية من الشحواء أي: استبدل الجدول، أو النهر الصغير بالشحواء: البئر الواسعة الكثيرة الماء، وأما في المعنى الثالث فهو: اعتاض الساغية (الشربة اللذيذة) أي استبدل: الشربة اللذيذة بالشجواء وهي: الغَصَّة: ما اعترض في الحلق من طعام، أو شراب، كل ذلك، مثلاً لاستبدال اللغة العربية بغيرها، لسعتها واحتوائها للألفاظ والمعاني؛ ما أعجزَ البلغاء، وأبهرَ الفصحاء.

¹ - مقدمة القاموس المحيط (ص 29).

² - ينظر نسخة القاموس المحيط: طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب نسخة مصورة عن الطبعة الثالثة للطبعة الأميرية سنة 1301 هـ: فقد جاء فيها: السافية من الشحواء بالجيم، (1 / 5).

³ - مثل نسخة: طبعة مؤسسة الرسالة، الطبعة الثامنة، 1426 هـ - 2005 م، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي.

⁴ - ينظر القاموس المحيط: حاشية الصفحة الخامسة، الجزء الأول (5/1): طبعة الهيئة المصرية.

⁵ - ينظر: حاشية عاصم أفندي على: "القاموس المحيط"، (1 / 5)، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب نسخة مصورة في الطبعة الثالثة للطبعة الأميرية سنة 1301 هـ.

ومن معاني كلمة "العوض" كذلك: ما جاء في "المعجم الوسيط": «العَوْضُ: البذل والخلف، والجمع: أَعْوَاضٌ، والمَعْوُضَةُ: العَوْضُ»⁽¹⁾، وورد فيه كذلك: «عَاضَهُ بكذا، وعنه ومنه عَاضَهُ عَوْضاً: أعطاه إياه بدل ما ذهب منه فهو: عَائِضٌ، أعَاضَهُ منه، عَاضَهُ منه، عَاوَضَهُ: أعَاضَهُ، ويقال: عَوَّضَهُ من هبته خيراً، اعتَاضَ منه: أخذ العِوضَ، واعتَاضَ فلانا: سَأَلَهُ العِوضَ. تَعَاوَضَ القومُ: حسن حالهم بعد سوء، تَعَوَّضَ: أخذ العِوضَ، وتَعَوَّضَ فلانا: سَأَلَهُ العِوضَ، واستعاضه، ومنه: سَأَلَهُ العِوضَ»⁽²⁾.

وبما أن الاسم من الفعل (عَاضَ) هو: العِوضُ، كما قد رأينا - فإنني اخترت الاسم (العِوض) للابتداء به في العنوان، وذلك لمناسبة الاسم للابتداء، وشفعته بالحرف (عن) لشموله المعنى المقصود، فالحرف (عن)⁽³⁾: يأتي بمعنى (على)، ويأتي بمعنى (بعد)، ويأتي بمعنى (من أجله)، فمن ورود (عن) بمعنى (على): قول ذي الإصبع العدواني:

لاه ابن عمك لا أفضلت في حسب عَنِّي، ولا أنت دِيَّاني فَتَحْزُونِي

قال عَنِّي في معنى: عَنِّي، أي لم تفضل في حسب عَنِّي.

ومن ورود (عن) بمعنى (بعد)، قول الأعشى:

ولقد شَبَّتَ الحروب فما عَمَ مَرَّتَ فيها، إذ قَلَّصْتَ عَن حِيَالِ

أي: لم تدع في الحروب عمرا، إذ قَلَّصْتَ أي: لقحت بعد أن كانت حائلا تحمل، وقد حالت، ومنه قول الحارث بن عباد:

¹ - المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، ط: مكتبة الشروق الدولية، ط4، 1425 هـ - 2004 م، (ص 667).

² - المرجع نفسه (ص 667).

³ - وتكون (عن): "اسما" كذلك، ومنه قول القطامي:

فَقُلْتُ لِلرَّكْبِ لَمَّا أَنَّ عَلَا بِهِمْ مِنْ عَن يَمِينِ الْحُبَّيَّا نَظْرَةً قَبْلُ

ينظر: لسان العرب (9 / 441).

قَرَبَا مَرْبُطَ النَّعَامَةِ مَنِّي

لَقَحْتُ حَرْبُ وَائِلٍ عَنْ حِيَالٍ

أي: بعد حيال

وقال امرؤ القيس:

وَتُضْحِي فَتَيْتِ الْمِسْكَ فَوْقَ فِرَاشِهَا

نُؤُومِ الضُّحَى لَمْ تَنْتَطِقْ عَنْ تَقْضُلٍ

أي: بعد تفضل

ومن ورود (عن) بمعنى (من أجله)، قول لبيد:

لِوَرْدٍ تَقْلُصُ الْغَيْطَانَ عَنْهُ

يُبْكُ مَسَافَةَ الْخَمْسِ الْكَمَالِ

قوله: عنه أي: من أجله⁽¹⁾.

الفرع الثاني: العوض اصطلاحاً:

لا يجد الناظر في كتب الفقهاء تعريفاً اصطلاحياً "للعوض"، وإنما يذكرون "المعاوضة" في أبواب متفرقة من الفقه كالبيع مثلاً: فإنه "عقد معاوضة" بالمعنى الأخص للمعاوضة عند الفقهاء، وأما الصِّرف، والمُرَاطلة، والسَّلَم، فهي: عقود معاوضة بالمعنى الأعم⁽²⁾، ويذكرون: "الإجارة والكراء" فهما: "عقد على منافع بعوض"، وكذلك "النكاح" فإنه: «عقد معاوضة على متعة لذة»⁽³⁾، ثم الخلع: فإنه: «طلاق بعوض»⁽⁴⁾، وكذلك يذكر الفقهاء - رحمهم الله -

¹ - ينظر: لسان العرب (9 / 442).

² - ينظر: شرح حدود ابن عرفة (ص 326).

³ - شرح حدود ابن عرفة (ص 326).

⁴ - مختصر خليل (ص 116).

العوض: عند الإثلاف في الغصب، والتعدي: فيجب حينئذ رد الشيء، أو بدله، بالمثل، أو القيمة⁽¹⁾.

وفيما يلي بعض التعريفات عند الفقهاء يظهر فيها معنى "العوض":

أولاً: « إيجاب مثل التالف إن أمكن، أو قيمته نفياً للضرر بقدر الإمكان »⁽²⁾.

ثانياً: « رد مثل الهالك، أو قيمته »⁽³⁾.

ثالثاً: « واجب رد الشيء، أو بدله، بالمثل، أو القيمة »⁽⁴⁾.

فإذا كان مفهوم "العوض" متداخلاً مع "الضمان" في كلام الفقهاء، إلا أن الذي يظهر للباحث: هو وجود فارق دقيق بينهما وهو: أن "الضمان" مطلق الالتزام بالتعويض سواء حدث الضرر فعلاً، أو كان متوقع الحدوث، أو عند الالتزام للمضمون له في الدين عند عدم سداد المدين، وفي هذه الحالة يكون "الضمان" هو: مجرد التزام بالدفع للمضمون له عند عدم سداد المدين، وأما رد بدل الشيء بالمثل، أو القيمة، فإنما يكون في "ضمان المتلفات" عند حدوث الفعل الضار، أو التسبب فيه، وعليه يكون العوض: نتيجة للضمان.

المطلب الثاني: مفهوم الضمانات والعوض فيها

¹ - ينظر: الوجيز (1 / 208).

² - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تأليف: أبي محمد عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، ط: دار الكتاب الإسلامي، (د.ع. ط. ت. ن)، (3 / 322)، بدائع الصنائع (6 / 87).

³ - غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، تأليف: أحمد بن محمد الحموي الحنفي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ - 1985م، (2 / 210).

⁴ - الوجيز (1 / 208).

الفرع الأول: مفهوم الضمانات:

يُقصد بالضمانات هنا: كل ما سوى "ضمان الديون" من الضمانات، وأما ضمان الديون فسأتناوله - بحول الله- في المبحث الموالي، وفي هذا الفرع سأتطرق "لمفهوم الضمانات في الفقه الإسلامي، وأنواعها"، دون ذكر ما يترتب عليها عند هلاكها، أو التعدي عليها، والتفريط فيها، وذلك لكوني خصصت لها فرعاً تحت عنوان: "العوض في الضمانات"، وهو الفرع الموالي لهذا الفرع، وذلك من أجل تفصيل أحكامها، وتمييز بعضها عن بعض، ليتضح تصورهما أكثر، وتتجلى مفاهيمهما، فيسهل على القارئ فهم مسائل "الضمان وأحكامه، وما يترتب عليه".

إن مفهوم "الضمانات" و"أنواعها" عند فقهاء المذاهب - رحمهم الله - لا يمكن أن يُتصَوَّرَ تَصَوُّراً تتميز فيه أحكامها، وتتجلى من خلاله مفاهيمها، إلا إذا عرفنا تصور كل مذهب لهذه الضمانات، وكيف تضمن؟ وما الذي يبرر ضمانها؟ ثم بتمييز هذه الأعيان بعضها عن بعض؟!، فهناك من الفقهاء من يقسم الضمانات: إلى مضمون بنفسه، ومضمون بغيره، وإلى أعيان واجبة التسليم يصح ضمانها، وأعيان غير واجبة التسليم لا يصح ضمانها، ويرون جواز صحة ضمان قيم المعينات لا ذواتها عند التعدي، أو التفريط، فعند ذاك يلزم ضمان قيمتها، ويجوز أن يضمن شخص تلك القيمة، وأما الذات، فلا تضمن، وكذلك يجوز عند الثلاثة - عدا الشافعي في أحد قوليه - ضمان الوجه، وضمان المجهول، وما لم يجب، إلى غير ذلك مما سأفصل بحول الله، فيرى الحنفية مثلاً أن المكفول به نوعان: ديون وأعيان، ويقسمون كفالة الأعيان إلى ثلاثة أنواع:

أحدهما: كفالة بعين هي أمانة غير واجبة التسليم، كالوديعة، وكمال المضاربة، والشركة، وهي لا تصح أصلاً.

والثاني: الكفالة بعين هي أمانة، ولكنها واجبة التسليم، كالعارية والمستأجر في يد المستأجر، وكذا العين المضمونة بغيرها، كالمبيع قبل القبض: مضمون بالثمن، وكالرهن: مضمون بالدين، فتصح الكفالة في كلها بتسليم العين، فمتى هلكت العين، لا يجب على الكفيل قيمة العين.

والثالث: العين المضمونة بقيمتها: كالمغصوب، والمبيع بيعا فاسدا، والمقبوض على سوم الشراء: تصح الكفالة بها، ويجب عليه تسليم العين ما دامت باقية وإذا هلك، يجب عليه تسليم قيمتها متى ثبت الغصب بالبينة، أو الإقرار، ثم الكفالة بالنفس بعد الدعوى مضمونة بالتسليم، ويجب عليه تسليم النفس والحضور إلى باب القاضي حتى يقيم الخصم البينة، فتصح الكفالة به عندهم خلافا للشافعي، ولكن لو هلك الكفيل، لا شيء عليه من المال المدعى به حتى لا يؤخذ من تركته - والمسألة معروفة -، وكذا لو كفل بنفس من عليه التعزير⁽¹⁾.

وأما بالنسبة للكفالة بنفس من عليه حد، فقد جاء في: "تحفة الفقهاء": أما لو كفل بنفس من عليه حد القذف، أو حد السرقة، أو القصاص، هل يجوز؟ ذكر أبو الحسن: أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم، إذا بذلها المطلوب بنفسه، ولكن هل للقاضي أن يأمره بالتكفيل إذا طلب الخصم؟ قال أبو حنيفة: « لا يأخذ القاضي منه كفيلا، ولكن يحبسه حتى تقام عليه البينة، أو يستوفي »⁽²⁾.

فجملة الكلام في أنواع "الأعيان المضمونة" عند الحنفية - رحمهم الله - هو أنهم يقسمونها إلى:

¹ - ينظر: تحفة الفقهاء (3 / 242-243).

² - تحفة الفقهاء (3 / 243).

أعيان مضمونة بنفسها، ويجب تسليمها بعينها، وتصح الكفالة بها عندهم كالمغصوب، والمبيع بيعا فاسدا، والمقبوض على سوم الشراء.

أعيان مضمونة بغيرها وهي واجبة التسليم ولا تصح كفالتها عندهم، كالمبيع قبل القبض يضمن بالثمن، وكالرهن يضمن بالدين.

الأعيان الواجبة التسليم كالعارية، والمستأجر في يد المستأجر فهذه أمانة وهي واجبة التسليم ويصح ضمانها.

الأعيان الغير واجبة التسليم كالوديعة، ومال المضاربة، والشركة، فهذه لا تصح كفالتها.

وجملة الكلام في المكفول به عندهم أنه أربعة أنواع: عين، ودين، ونفس، وفعل: ليس بدين ولا عين ولا نفس، أما العين: فنوعان: عين هي أمانة وعين هي مضمونة، أما العين التي هي أمانة: فلا تصح الكفالة بها سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم، كالودائع ومال الشركات والمضاريات، أو كانت أمانة واجبة التسليم، كالعارية، والمستأجر في يد الأجير، لأنه أضاف الكفالة إلى عينها وعينها ليست بمضمونة، ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر عن المستعير والمستأجر، جاز، لأنهما مضمونا التسليم عليهما، فالكفالة أضيفت إلى مضمون على الأصل، وهو فعل التسليم فصحت، وأما العين المضمونة فنوعان: مضمون كالمغصوب، والمقبوض بالبيع الفاسد، والمقبوض على سوم الشراء، ومضمون بغيره، كالمبيع قبل القبض والرهن، فتصح الكفالة بالنوع الأول؛ لأنه كفالة بمضمون بنفسه، ألا ترى أنه يجب رد عينه حال قيامه، ورد مثله، أو قيمته حال هلاكه، فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه أيضا، ولا تصح بالنوع الثاني: لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه، ألا ترى أنه إذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء، ولكن يسقط الثمن عن المشتري، وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين، ألا ترى أنه إذ هلك لا يجب على

المرتتهن شيء، ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره، وأما الفعل فهو فعل التسليم في الجملة، فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن؛ لأن المبيع مضمون التسليم على البائع، والرهن مضمون التسليم على المرتتهن في الجملة بعد قضاء الدين فكان المكفول به مضمونا على الأصيل، وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به، لكنه إذا هلك لا شيء على الكفيل؛ لأنه لم يبق مضمونا على الأصيل؛ فلا يبقى على الكفيل⁽¹⁾.

وأما "الضمانات" عند المالكية، فإنه يصح عندهم: ضمان الوجه لمن عليه مال، فإن جاء به الكفيل به بريء، وإن لم يأت به لزمه ما عليه إلا أن يشترط أنه لا يلزمه إلا إحضاره فقط⁽²⁾.

وعندهم كذلك ضمان الطلب: وهو التفتيش عن المضمون عنه، وطلبه، وإعلام المضمون له بمحلّه⁽³⁾.

ويجوز عندهم كذلك ضمان الجعل في الجعالة بعد العمل⁽⁴⁾؛ وضمن المهر: فمن تحمل صداق امرأة، فإنه يجوز لشخص آخر أن يضمن صداقه، إذا لم يدفعه الزوج، ويقضيه الضامن؛ وكذلك الأجر في الإجارة: فمن آجر شخصا على أن يبني له بيتا، فإنه يجوز لشخص آخر أن يضمن عنه هذا الأجر للعامل في إجارته؛ وكذلك يجوز ضمان السلم، فيضمنه شخص للمسلم إليه؛ وكذا يصح عندهم ضمان الدرك؛ وضمن ما غصبه الغاصب، بأن غصب شخص عينا ما؛ فهلك في يده، أو أتلّفها، فهذا يلزمه ضمانها، ويجوز ضمانها عنه.

¹ - ينظر: بدائع الصنائع (6 / 7)؛ تحفة الفقهاء (3 / 242 - 243)؛ فتح القدير (7 / 154).

² - ينظر: التلقين (2 / 444).

³ - ينظر: الشرح الصغير (3 / 430)؛ بلغة السالك (3 / 272)؛ تبیین المسالك (4 / 23).

⁴ - ينظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (2 / 655).

ويجوز كذلك في مذهب المالكية، ضمان قيم المعينات كالودائع والعواري، فمثال العارية: شخص أودعه شخص وديعة وتعدى عليها، أو فرط فيها، فهذا يلزمه ضمان قيمتها لتعديه، أو تفريطه فيها، فهذه القيمة التي ضمن، يجوز لشخص أن يضمنها عنه، وأما مثال العارية: شخص استعار سيارة فتعدى عليها، فهذا يلزمه ضمان قيمتها بسبب التعدي، فهذه القيمة التي لزمه ضمانها يجوز لشخص أن يضمنها عنه، لكن الذي يضمن سواء كان في الودائع أو العواري إنما هو القيمة لا الذات؛ لأن الذوات لا تضمن، وقد نظم هذه الأحكام :

العلامة: محمد مولود بن أحمد فال الشنقيطي⁽¹⁾، في نظمه البديع:

¹ - هو العلامة محمد مولود الملقب (آد) بن القاضي أحمد فال بن القاضي محمد فال بن القاضي الأمين بن القاضي المختار بن القاضي الفغ موسى بن يعقوب ينتهي نسبه إلى جعفر بن أبي طالب القرشي الهاشمي، ووالده هو العلامة المشتهر بعلمه، ونظمه: القاضي والمفتي أحمد فال بن محمد فال، حظي بفائق التقدير من لدن كافة شرائح المجتمع ومن لدن أمراء منطقة اترارزة بصفة خاصة، من أشياخه العلامة اللغوي مولود بن أحمد الجواد، ومن تلامذته أبو محمد بن مولود بن أحمد الجواد توفي في نهاية القرن الثالث عشر الهجري.

ولد العلامة محمد مولود بن أحمد فال سنة (1260 هـ)، ونشأ في بيئة علمية ازدهرت فيها الجامعات المحضرية، وغصت بالعلوم الشرعية والعربية، وأقبل الناس عليها إقبالا منقطع النظير؛ بدأ العلامة محمد مولود الدراسة على يد والدته مريم بنت الناهي التي كبر معها حيث قرأ عليها القرآن، ثم تلقى التجويد عن المقرئ محمد فال بن بُوْقَرَّة ثم قرأ النحو على العلامة اللغوي محمد عال الملقب (مع) بن سيد بن سعيد المتوفى (1310 هـ)، وبالرغم من قصر الفترة التي قضاها معه - وهي سنة - فقد قرأ فيها ألفية ابن مالك باحمرار طُرَّة ابن بُوْنَة، ففاق في علوم اللغة، والنحو، والصرف، حتى إنه انتقلت معه مجموعة من تلامذة الشيخ (مع) تدرس عليه النحو، ثم إنه قرأ بعض الفقه على ابن عمه العلامة: محمد مختار ابن حبيب الله ابن محمد بن أبيه الملقب «أبوه» المتوفى (1303 هـ)، و درس على الشيخ محمد فال بن متالي المتوفى (1287 هـ)، وأقام معه مدة تأثر به تأثرا كبيرا، وكانت فترته معه فترة أخذ، وعطاء، استطاع الشيخ العلامة محمد مولود بن أحمد فال الإلمام بالمكتبات التي تَرى في أحضانها، فتصدَّر في جميع الفنون، وألف في جميعها، وأفرد فنونا "بالتأليف" لم تفرد به قبله، وقد جُمع له من المؤلفات ما يناهز سبعا وسبعين تأليفا ما بين منظوم ومنثور، ومشروح، جابت مختلف الفنون، وقد توفي - رحمه الله - سنة (1323 هـ)، ببلدة تسمى "العرش" جنوب العاصمة الموريتانية "نواكشوط" في اتجاه مدينة "روصو" جنوب موريتانيا، ودفن بمقبرتها، تنتظر ترجمته في مقدمة كتاب "مرام المجتدي من شرح كفاف المبتدي"، تأليف: العلامة: محمد الحسن بن أحمد الخديم الشنقيطي، ط: دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، ط3، 1421 هـ - 2000 م، (1/60 وما بعدها).

"كفاف المبتدي" ⁽¹⁾ بقوله:

صَحَّ ضَمَانُ الرُّشْدَا مَا فِي الذِّمِّ كَالْمَهْرِ وَالْجُعْلِ وَالْأَجْرِ وَالسَّلَمِ

وَقِيمَ الْمُعَيَّنَاتِ كَالْوَدَا نَعِ إِذَا الْمَوْدِعُ فِيهِنَّ عَدَا

أَمَّا ذَوَاتُهَا وَالْأَمْثَالُ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكْفِلَهُنَّ الْكُفْلَا

وأما الشافعية: فيفرّقون في "المضمونات" بين مضمون الأصل، وغير مضمون الأصل، فإذا كان غير مضمون الأصل، كالودائع، والشرك، والمضاربات، فضمانه باطل عندهم؛ لأن ضمان أصله غير لازم، وإن كان مضمون الأصل، لم يخل أن يكون حقا في الذمة، أو عينا قائمة فإن كان حقا في الذمة، صح ضمانه، وإن كان عينا قائمة كالمغصوب

¹ - كفاف المبتدي من فني العادات والتعبّد، تأليف العلامة: محمد مولود بن أحمد فال اليعقوبي الموسوي الشنقيطي، نشر دار الرضوان، نواكشوط- موريتانيا، ط1، 1429 هـ - 2008 م، (الأبيات 2525 - 2526 - 2527 - 2528 / ص 140)، ونظم "الكفاف" نظم بديع في الفقه ضمّ (3747) بيتا، تناول فيه العلامة: محمد مولود بن أحمد فال - رحمه الله - جميع أبواب الفقه إلا بيع سقوف المنازل، والجمعات؛ لأنها لم تكن في بيئته التي عاش فيها، وهي بيئة البادية، ولم يقتصر في هذا النظم على الفقه المالكي فقط، بل كان يشير فيه أيضا إلى المذاهب الأخرى، وكان يدور مع الحق حيث دار، فمثلا يقول في مسألة القبض:

ويندب القبض لدى الثلاثة وعند مالك على رواية

ويقصد بالثلاثة: أبو حنيفة والشافعي وأحمد رحمهم الله.

وقد ذكر في مقدمة هذا النظم: أنه يُبين فيه كذلك ما عمت به البلوى مما كان في زمانه، وأنه أعده لجميع المستويات ليعم الانتفاع به، يقول - رحمه الله - في مقدمة هذا النظم:

هذا ولما نص أعيان الكتب أن مفيدات التصانيف تجب

صرفت همتي لصوغ نظم يفيد الامي وغير الامي

مبينا لما به البلوى نعم لأمر الاشياخ بأثرة الأهم

لما استبد ببلاد نائية كالجمعات وشراء الاهوية

فليدعه الداعي كفاف المبتدي من فني العادات والتعبّد

ينظر: نظم "الكفاف" (ص 1).

والعواري، فمذهب الشافعي أن ضمانها: باطل، إلا أن تتلف فيستغرق غرمها في الذمة، وقال أبو العباس بن سريج: ضمان الأعيان جائز كضمان ما في الذم؛ لأن كلاهما حق قد لزم، والشافعي عنده أن ضمان الأعيان باطل ولا يلزم الضامن مطالبة بسببها، وأما ابن سريج من الشافعية فيرى لزوم ضمانها ويؤخذ الضامن بتسليم العين إن كانت باقية، فإن تعذر عليه تسليمها صار كالمعسر بالحق يؤخر به إلى حين قدرته⁽¹⁾؛ وضمان المهر، كضمان الأجرة عندهم يجوز ضمانه قبل الدخول لا بعده؛ وكذلك اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة على قولين؛ ويصح عندهم ضمان الأجرة، ومن أصحاب الشافعي من جعله كالمبيع في مدة الخيار، وفيه قولان عندهم: قول بجوازه، وقول بعدم جوازه؛ ويجوز في مذهب الشافعي كذلك: ضمان ما لم يجب؛ وكذلك: ضمان الدرك، وهو: رد الثمن عن استحقاق المبيع، إلا ما حُكي عن ابن سريج منعه، واعتبره ضمان ما لم يجب⁽²⁾، قال النووي - رحمه الله - : «وفي صحة هذا الضمان⁽³⁾: طريقان: أحدهما يصح قطعاً، وأصحها على قولين: أظهرهما: الصحة للحاجة إليه، والثاني: البطلان، فإن صححناه، فذلك إذا ضُمن بعد قبض الثمن، وأما قبله، فوجهان: أحدهما المنع؛ لأنه إنما يضمن ما دخل في ضمان البائع ولا يوجد ذلك قبل القبض، والثاني: الصحة؛ لأنه قد تدعوا إليه حاجة بأن لا يسلم الثمن إلا بعده»⁽⁴⁾.

ولا يجوز كذلك في مذهبهم ضمان المجهول، وجوزا ضمان مال السبق والرمي، إذا كان بعد استحقاقه، وأما قبل استحقاقه؛ فقد اختلف فيه قول الشافعي، هل يجري مجرى عقد الجعالة؟، فيكون في صحة ضمانه: وجهان؛ وأما ضمان نفقات الزوجة، فعلى قولين عندهم:

¹ - ينظر: الحاوي (6 / 433 - 443).

² - المصدر نفسه (6 / 431، وكذلك ص 441 منه).

³ - يعني ضمان الدرك.

⁴ - روضة الطالبين (3 / 479 - 480).

أحدهما: ضمان نفقة مدة ماضية، ف ضمانها جائز، إذا عرف قدرها؛ لأن وجوب ما مضى مستقر.

والثاني: ضمان نفقته مدة آتية، فإن أطلق المدة ولم يقدرها بزمان معلوم بل قال عَليّ ضمان نفقتك على زوجتك أبدا، أو ما بقيت على الزوجة، أو ما مكّنت من نفسك، فهذا ضمان باطل للجهالة به، وإن قدر المدة، وضمن لها نفقة سنة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يضمن لها نفقة معسر، ففي صحة الضمان قولان: لاختلاف قوليه في نفقة الزوجة بماذا وجبت؟ فعلى قوله في القديم إنها تجب بالعقد وتستحق قبضها بالتمكين فعلى هذا يصح ضمانها؛ لأنه ضمان ما وجب، وعلى قوله في الجديد إنها تجب بالعقد والتمكين، فعلى هذا ضمانها باطل؛ لأنه ضمان ما لم يجب.

الضرب الثاني: أن يضمن لها نفقة موسر، ف ضمان قدر الزائد ليساره باطل؛ لأن بقاء اليسار مجهول، فصار ضمان ما لم يجب، فأما نفقة المعسر فعلى الجديد ضمانها باطل، وعلى القديم على قولين من تفريق الصفة⁽¹⁾.

وأما ضمان الوجه، أو البدن، فقد اختلف الشافعية في صحته، فمنهم من قال: غير صحيحة؛ لأنها كفالة بعين فلم تصح، ومنهم من قال إنها صحيحة قولا واحدا، وفي "المهذب": «وتجوز كفالة البدن على المنصوص في الكتب»⁽²⁾.

ووافق الحنابلة جمهور الفقهاء في جل أحكام الضمانات، ومنها جواز صحة ضمان المجهول، كقولك: ما أعطيته فهو عليّ، وهذا مجهول، فمتى قال: أنا ضامن لك ما لكّ على فلان، أو ما يقضى به عليه، أو ما تقوم به البينة، أو يقرّ به لك، صحّ عندهم الضمان،

¹ - ينظر: الحاوي (6 / 442).

² - المهذب (3 / 322).

وفاقا لأبي حنيفة، ومالك، خلافا للشافعي، والثوري، والليث، وابن أبي ليلى، وابن المنذر، حيث قالوا: لا يصح؛ لأنه التزام مال فلم يصح مجهولا، كالثمن في المبيع، وصح عندهم كذلك ضمان ما لم يجب، والضمان عن كل غريم وجب عليه حق، حيا كان أو ميتا، مليئا، أو مفلسا، لعموم ما ورد في الحديث «الزعيم غارم»⁽¹⁾، وهذا قول أكثر أهل العلم، خلافا لأبي حنيفة، حيث قال: لا يصح ضمان دين الميت، إلا أن يخلف وفاءً، فإن خلف بعض الوفاء، صح ضمانه بقدر ما خلف؛ لأنه دين ساقط فلم يصح ضمانه، كما لو سقط بالإبراء؛ ولأن ذمته قد خربت خرابا لا تعمر بعده فلم يبق فيها دين⁽²⁾.

ويرى الحنابلة - رحمهم الله - صحة الضمان في كل حق من الحقوق المالية الواجبة، أو التي تتول إلى الوجوب، كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده، والأجرة قبل الدخول وبعده؛ لأن هذه الحقوق لازمة، وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها، كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيار، ويجوز أن يسقط برده بعيب، أو مقابلة، وبهذا كله قال الشافعي، وجوزوا كذلك ضمان الجعل في الجعالة، وفي المسابقة، والمناضلة، خلافا لمذهب الشافعي في أحد الوجهين وهو: أنه لا يصح ضمانه؛ لأنه لا يؤول إلى اللزوم، فلم يصح ضمانه كمال المكاتب، وخالفوا الشافعية كذلك في جواز ضمان أرش الجناية سواء كانت نقودا كقيم المتلفات، أو حيوان، كالديات، وقال أصحاب الشافعي: لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها؛ لأنه مجهول، ويصح ضمان نفقة الزوجة في الماضي أما بحكم الحاكم بها، أو إن كانت واجبة بدون حكمة، فيصح ضمانها، وإلا فلا، ويصح ضمان مال السلم في إحدى الروايتين عنهم، وفي أخرى لا يصح؛ لأنه يؤدي إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم

¹ - سبق تخريجه (ص41)

² - ينظر: المغني (7 / 73 - 75).

إليه، فلم يجز كالحالة به، والأولى أصح؛ لأنه دين لازم، فصح ضمانه كالأجرة وثن المبيع⁽¹⁾.

ويصح عند الحنابلة كذلك: ضمان الأعيان المضمونة، كالمغصوب، والعارية، وفاقا لأبي حنيفة والشافعي في أحد قوليه، وكذلك يصح عندهم ضمان عهدة المبيع، وفاقا لأبي حنيفة، ومالك، والشافعي، ومنع منه بعض الشافعية لكونه ضمان ما لم يجب، وضمان مجهول، وضمان عين.

وأما الأمانات: كالوديعة، والعين المؤجرة، والشركة، والمضاربة، والعين التي يدفعها إلى القصار، والخياط، فهذه إن ضمنها من غير تعد فيها، لم يصح ضمانها، لأنها غير مضمونة على من في يده، فكذلك على ضامنه، وإن ضمنها إن تعدى فيها، فظاهر كلام أحمد - رحمه الله - يدل على صحة الضمان، وعلى هذا يصح ضمانها، إذا تعدى، أو تلفت بفعله، وأما إن تلفت بغير فعله، أو بغير تفريط منه، لم يلزم الضامن شيء؛ لأن ضمانها لا يلزم بذلك، وإن كان التلف بفعله، أو بتفريط منه، لزمه ضمانها، ولزم ضامنه ذلك؛ لأنها مضمونة على من هي في يده، فلزم ضامنه كالمغصوب والعواري⁽²⁾.

وخلاصة القول - عند الحنابلة - في "تضمن الأمانات" هو: أنهم وافقوا جمهور الفقهاء في جواز ضمانها، إلا إذا تعدى، أو تلفت بفعله؛ وأما إن تلفت بغير فعله، أو بغير تفريط منه، فإنه لا يلزمه ضمانها، وعلى هذا لا يجوز أن تضمن عنه لعدم لزوم ضمانها عليه، لكونه لم يتعدى عليها، أو يفرط فيها، أو يتلفها بفعله.

1- ينظر: المغني (7 / 74 - 75).

2- المصدر نفسه (7 / 76 - 77).

الفرع الثاني: العوض في الضمانات:

لقد تحدثت في الفرع السابق عن "مفهوم الضمانات"، وفي هذا الفرع - بحول الله - سأتناول ما يترتب عليها عند التعدي، أو التلف، أو التفريط فيها، بالنسبة لمن هي في ضمانه.

فعند الحنفية- رحمهم الله- أن الأعيان الواجبة التسليم، كالعارية، والمستأجر في يد المستأجر، وكذا العين المضمونة بغيرها، كالمبيع قبل القبض مضمون بالثمن، وكالرهن مضمون بالدين، فهذه الأعيان متى هلكت لا يجب على الكفيل قيمة العين، وأما المضمونة بقيمتها كالمغصوب، والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء، فهذه إذا هلكت، وجب تسليم قيمتها متى ثبت الغصب بالبينة، أو الإقرار، ثم الكفالة بالنفس بعد الدعوى مضمونة بالتسليم، ويجب عليه، تسليم النفس والحضور إلى باب القاضي حتى يقيم الخصم البينة، فتصح الكفالة به عندهم خلافا للشافعي، ولكن لو هلك الكفيل لا شيء عليه من المال المدعى به، حتى لا يؤخذ من تركته⁽¹⁾.

لهذا، فإن المضمون بنفسه عند الحنفية، كالمغصوب، والمقبوض بالمبيع الفاسد، والمقبوض على سوم الشراء، فهذه يجب رد عينها حال قيامها، ورد مثلها، أو قيمتها حال هلاكها، فتصير مضمونة على الضامن على هذا الوجه، وأما المبيع قبل القبض، والرهن، فمضمونان بالثمن، فإذا هلك المبيع في يد البائع، فإنه لا يجب عليه شيء، ولكن يسقط الثمن عن المشتري، وكذا الرهن مضمون بالدين، فإذا هلك لا يجب على المرتهن شيء، ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره⁽²⁾.

¹- ينظر: بدائع الصنائع (7 / 7).

²- ينظر: فتح القدير (7 / 154).

وخلاصة القول فيما ورد من أحكام في هذا الباب عند فقهاء الحنفية - رحمهم الله - هو

ما يلي:

- المضمونات بنفسها كالمغصوب، والمبيع بيعا فاسدا، والمقبوض على سوم الشراء:

يجب تسليم عينها، فإذا هلك: ضمن مثلها إن كان لها مثل، وقيمتها إن لم يكن

لها مثل، فهلاكها يوجب تسليم قيمتها إذا ثبت بالبينة، أو إن لم يكن لها مثل،

فهلاكها يُوجب تسليم قيمتها إذا ثبت بالبينة أو بالإقرار.

- الأعيان المضمونة بغيرها وهي: الأعيان الواجبة التسليم قائمة، فهذه عند هلاكها لا

يجب تسليم مثلها، ولا قيمتها، كالمبيع قبل القبض يضمن بالثمن، وكالرهن يضمن

بالدين، فلو هلك لا يجب على الكفيل قيمتها.

وأما الأعيان الواجبة التسليم عندهم وهي أمانة: كالعارية والمستأجر في يد المستأجر،

إذا هلك لا يجب على الكفيل قيمتها، وهذا بخلاف الأعيان الغير واجبة التسليم كالوديعة،

ومال المضاربة، والشركة.

ويُضمَّنُ المغصوب عند المالكية - إذا أُتْلِفَ وكان من المُتَقَوِّمَات - بقيمته يوم

الغصب، وقيل بأقصى قيمة من يوم الغصب إلى يوم التلف، وإذا غصب ما قيمته عشرة،

فعاد إلى درهم فرده بعينه، فلا شيء عليه، إذ لا يراعى انخفاض الأسواق، كما لا يراعى

ارتفاعها، وإن تلف قبل رده، فالواجب عشرة وهي قيمته يوم الغصب، وأعلى القيم، ولو دخله

عيب، أو زوال جارحة، أو نقص قل، أو كثر في عرض، أو حيوان بأمر من الله سبحانه،

فالمغصوب منه بين أخذ ذلك بعينه ولا شيء له في نقصه، وبين أخذ قيمته يوم الغصب،

وإن كان العيب، أو زوال الجارحة فعل من الغاصب ففيه الخلاف، وأما إن كان بجناية

أجنبي، ثم ذهب فلا يؤخذ الغاصب بما نقصها، ولربه أن يُضَمَّنَ قيمتها يوم الغصب، ثم

للمغاصب اتباع الجاني، وإن شاء رباها أخذها واتبع الجاني دون الغاصب بما نقصها.

وإن تنازع الغاصب والمغصوب منه على تلف المغصوب، فالقول قول الغاصب؛ لأنه عجز عن البينة وهو صادق، وما اختلفا فيه من جنس المغصوب، أو مبلغ كيله، أو وزنه، أو صفته، فالقول قول الغاصب مع يمينه في جميع ما يشبه من ذلك.

وأما الزيادة في الغصب، كمثل ما إذا غصب ثوبا وصبغه، فربه بالخيار بين أخذ قيمته يوم الغصب، وبين أخذ الثوب، ثم إذا أخذه دفع للغاصب قيمة الصبغ، وقال أشهب: لا شيء له في الصبغ، وإن نقص الصبغ، فله أخذ قيمته يوم الغصب، أو أخذه بغير أرش، ولو غصب طينا فضره لبنًا، رجع عليه بمثل الطين لانتقاله بالصنعة، وإن غصب شاة فذبحها وشواها، ضمن لربها قيمتها، وكذلك لو ذبحها، ولم يشوها⁽¹⁾.

وهنا يورد الباحث مسألة، وهي: "الفرق بين الغصب والتعدي" لاشتراكهما في هذا الباب كثيرا، وللاحتياج في الغالب إلى التفريق بينهما:

فالمتعدي يفارق الغاصب في جنايته؛ لأن المتعدي إنما جنى على بعض السلعة والغاصب كان لجميعها غاصبا، فضمنها يومئذ بالغصب، فلو تعدى رجل على صفحة، أو عصا فكسرها، أو خرق ثوبا، فإن كان ما صنع قد أفسد ذلك فسادا كثيرا، فربه مخير في أخذ قيمته جميعه، أو أخذه بعينه، وأخذ ما نقص من التعدي، فإن كان الفساد يسيرا، فليس له إلا ما نقصه بعد رفو المتعدي الثوب، وقد كان مالك - رحمه الله - يقول: الغرم ما نقصه، ولا يفصل بين قليل وكثير، ثم قال: هكذا وسواء كان حيوانا، أو ثوبا، أو غيره، وقال أشهب في الفساد الكثير: إنما له أن يضمن قيمة جميع الثوب، أو يأخذه بنقصه، ولا شيء له مما نقصه، وقاله ابن القاسم مرة ثم رجع عنه⁽²⁾.

¹ - ينظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (2 / 749 - 754).

² - المرجع نفسه (2 / 755 - 756).

ومما يفارق فيه الغصب التعدي: هو أن: الغصب يكون للذات، وأما التعدي: فعلى منفعة الذات، فالمتعدي: غاصب المنفعة، وأما الغاصب: فهو غاصب الذات.

والغصب هو: «أخذ مال غير منفعة، ظلماً، قهراً، لا لخوف قتال»⁽¹⁾، فقله: غير منفعة: أخرج التعدي⁽²⁾، وكذلك هو: «أخذ مال قهراً تعدياً بلا حراية»⁽³⁾، وأما التعدي فهو: «الانتفاع بملك الغير بغير حق، دون قصد تملك الرقبة، أو إتلافه دون قصد تملكه»⁽⁴⁾ وكذلك: «أن يفعل في المال ما ليس له فعله، مما لم تأذن له به الشريعة ولا المالك لفظاً ولا عرفاً»⁽⁵⁾ والفقهاء - رحمهم الله - يرون أن: المستأجر، والوديع، والوكيل، والشريك، والمضارب، أنهم: يضمنون بالتعدي، أو التفريط، والمسؤول عنها أمين.

فأما التفريط فهو: «أن يترك ما يجب عليه فعله من حفظ المال»⁽⁶⁾.

وأما الأمين عند الفقهاء فهو: «الحائز للمال بإذن من الشارع، أو من مالكة، أو من يقوم مقامه، بغير قصد تملكه»⁽⁷⁾.

واتفقوا على أن الأمين لا يضمن إلا إذا تعدى، أو فرط؛ لأنه بالإذن له بالتصرف يكون في مقام المالك في اليد والتصرف، فكان الهلاك في يده، كالهلاك في يد المالك، فإذا تعدى الأمين أو فرط، فإنه يخرج بذلك عند حد الأمانة، ويصير ضامناً لما تحت يده⁽¹⁾.

¹ - شرح حدود ابن عرفة (ص 466).

² - ينظر: المرجع نفسه (ص 466).

³ - أقرب المسالك مع الشرح الصغير (3 / 581).

⁴ - شرح حدود ابن عرفة (ص 468).

⁵ - المصباح المنير: مادة (ع د ا) (ص 324)؛ بلغة السالك (3 / 607)؛ تحفة المحتاج (6 / 418).

⁶ - المصباح المنير: مادة (ف ر ط)؛ المبسوط (11 / 132)؛ الأشباه والنظائر للسيوطي (1 / 215)؛ مجموع فتاوي ابن تيمية (360 / 183)؛ كشف القناع (4 / 167).

⁷ - بدائع الصنائع (6 / 87)؛ وينظر: تبیین الحقائق (3 / 320)؛ المدونة (3 / 498)؛ الذخيرة (8 / 112) ..

ومع اتفاق الفقهاء على تضمين الأمين إذا تعدى أو فرط، إلا أنهم اختلفوا في تحديد جملة من صور تضمين الأمين، إذا تعدى، أو فرط، إلا أنهم اختلفوا في تحديد جملة من صور التعدي والتفريط.

جاء في "بداية المجتهد": «وأجمعوا على أنه لا ضمان على العامل فيها تلف من رأس المال إذا لم يتعد، وإن كان اختلفوا فيما هو تعد مما ليس بتعد»⁽²⁾، والمرجع عند الفقهاء في تحديد التعدي، والتفريط هو: العرف، والعادة⁽³⁾.

وما ذكره الفقهاء - رحمهم الله - من تضمين الأمين، إذا تعدى، أو فرط يمكن أن يرجع إلى أمرين:

الأمر الأول: فعل ما يفضي إلى الإلتلاف عادة، فيكون مباشراً للإلتلاف، أو متسبباً فيه ظلماً وعدواناً، وإلتلاف مال الغير بغير إذن سبب لوجوب الضمان.

جاء في "كشاف القناع": «لا ضمان عليه أي المودع فيها، إلى أن يتعدى الوديع أو يفرط أي يقصر في حفظ الوديعة فيضمنهما؛ لأن المتعدي متلف لمال غيره فضمنه، كما لو أتلفه من غير إيداع، والمفرط متسبب بترك ما وجب عليه من حفظها»⁽⁴⁾.

الأمر الثاني: مخالفة ما وقع عليه الإذن بالتصرف، والإذن بالتصرف هو مناط كونه أميناً فإذا خالف الشرط اللفظي، أو العرفي في التصرف، فإنه يكون في القدر غير المأذون

¹ - ينظر: المبسوط (23 / 128)؛ بدائع الصنائع (6 / 211)؛ المدونة (3 / 427)؛ الكافي في فقه أهل المدينة (ص 407)؛ البيان المذهب (6 / 476)؛ الحاوي الكبير (6 / 254)؛ المنثور في القواعد الفقهية (2 / 324)؛ المغني (9 / 257)؛ شرح الزركشي (4 / 576)؛ تقرير القواعد (1 / 323)؛ المحلى (7 / 98).

² - بداية المجتهد (4 / 1367).

³ - ينظر: بدائع الصنائع (6 / 213)؛ المدونة (3 / 497)؛ تحفة المحتاج (7 / 101)؛ المغني (7 / 433).

⁴ - كشاف القناع (4 / 167)؛ وينظر: بدائع الصنائع (6 / 213)؛ المنتقى شرح الموطأ (5 / 267)؛ الحاوي الكبير (7 / 426)؛ المغني (9 / 258).

به فيه - المخالف للشرط- بمعنى الغاصب فيصير ضامنا، ولهذا قال صاحب "المغني": إن المستأجر للدابة إذا تجاوز بها موضع الاتفاق ولم يكن معه صاحبها، فتلفت أنه يضمن لكونه متعديا، قال في: "المغني": «فأما إذا تلفت حال التعدي، ولم يكن صاحبها مع راكبها، فلا خلاف في ضمانها بكمال قيمتها؛ لأنها تلفت في يد عادية؛ فوجب ضمانها كالمغصوبة»⁽¹⁾.

وكما أن "يد الأمين": لا تضمن إلا بالتعدي، أو التفريط، فإن "يد الضمان": هي التي تقابل يد الأمانة في التعريف والحكم، فكل يد حازت مال الغير وخرجت عن حد الأمانة المذكور آنفا في تعريف الأمين، كيد الغاصب، والسارق، والملتقط بنية التملك، ويلحق بيد الضمان أيضا: "يد الأمانة": إذا حصل منها تعد، أو تفريط، فإن اليد تتقلب صفتها حينئذ من صفة الأمانة إلى الضمان.

واتفق الفقهاء على أن: من كانت يده على مال غيره يد ضمان، فإنه يتحمل تبعه هلاك وتعيب هذا المال بأي سبب كان، فيلزمه رد العين، إن كانت باقية بحالها، وإلا فيلزمه رد بدلها بتعويض رب المال بمثل المال إنه كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا، لقوله صلى الله عليه وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽²⁾، ورسول الله صلى الله عليه وسلم قد رتب الضمان على الأخذ باليد، فيكون الأخذ باليد هو سبب الضمان⁽³⁾.

والمال المثلي: هو الذي يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به، بحيث لا تختلف بسبب تفاوته القيمة.

¹ - المغني (8 / 79)؛ وينظر: المبسوط (15 / 168)؛ الكافي في فقه أهل المدينة (ص 371)؛ الحاوي (7 / 404).

² - سبق تخريجه (ص 72)

³ - ينظر: الفروق للقرافي (4 / 56)؛ معالم السنن (5 / 197)؛ نيل الأوطار (7 / 170).

وأما المال القيمي: فهو الذي لا يوجد له مثل في الأسواق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتمد به في القيمة⁽¹⁾.

وهنا مسألة، لا يفوت الباحث أن يتوقف عندها، لما لها من أهمية كبيرة في ساحتنا المالية المعاصرة اليوم، ألا وهي: اشتراط الضمان على الأمين، وخصوصا في ميدان المصارف الإسلامية، والتي من ضمن أعمالها التي تقدم لزينائها عمليات: كالمضاربة، والمشاركة، والإجارة، وغيرها، وهذه قد يدخل فيها "اشتراط الضمان"؛ فنتحول "يد الأمانة" فيها إلى "يد ضمان"؛ لذلك تحتّم علي الوقوف عند هذه المسألة المهمة؛ لأنناقشها وأذكر أقوال أهل العلم فيها.

إن "اشتراط الضمان على الأمين"، ونقل "الضمان": من الضامن الأصلي إلى الأمين، كالمضارب، والشريك، والمستأجر، مسألة ذات خلاف بين أهل العلم، وتعرف: "بحكم التضمين بالشرط"، فإذا اشترط هذا الشرط، فهل يكون صحيحا لازما، ويكون الشرط سببا معتبرا للضمان؟:

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن هذا الشرط باطل، وهو قول جماهير أهل العلم، وهو المعتمد عند الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾، وهو المروي عن جماعة من السلف⁽¹⁾.

¹ - وللفقهاء تفصيل، وأقوال أخرى في ضابط المثلي، والقيمي، ينظر: بدائع الصنائع (7 / 395)؛ شرح الخرشي (6 / 135)، تحفة المحتاج (6 / 19)؛ الإنصاف (15 / 257).

² - ينظر: المبسوط (11 / 157)؛ بدائع الصنائع (6 / 96)؛ تبين الحقائق (3 / 318)؛ ورد المحتار (6 / 65).

³ - ينظر: المدونة (3 / 450)؛ الكافي في فقه أهل المدينة (ص 407)؛ الذخيرة (5 / 505).

⁴ - ينظر: الأم (6 / 235)؛ البيان شرح المذهب (6 / 476)؛ الحاوي الكبير (6 / 253)؛ نهاية المحتاج (5 / 126).

⁵ - ينظر: المغني (8 / 114)؛ المحرر (2 / 20)؛ الفروع (4 / 230).

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول: ما جاء في قصة شراء عائشة لبريرة⁽²⁾ رضي الله عنهما حين شرط أهلها لبيعها على عائشة أن يكون لهم ولاؤها⁽³⁾، فقال صلى الله عليه وسلم لعائشة: «خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق»، ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس، فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: أما بعد: «ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»⁽⁴⁾.

والدلالة في هذا الحديث من وجهين:

الوجه الأول: أن النبي صلى الله عليه وسلم بين: أن كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل لا اعتبار له، ومعنى كتاب الله في هذا الحديث: حكم الله، وهذا شامل لما جاء في الكتاب والسنة نصا، ولما استنبطه العلماء من الكتاب والسنة من الأحكام بطرق الاستنباط

¹ - ومن الآثار الواردة عن السلف في هذه المسألة: ما أخرجه ابن أبي شيبة في "المصنف" عن ابن طاووس عن أبيه قال: «من أكرى على أنه ضامن فليس بضامن»، "المصنف" (11 / 519 - 520).

¹ - بريرة مولاة عائشة، قيل: كانت مولاة لقوم من الأنصار، وقيل: لبني هلال، وقيل غير ذلك، وكانت تخدم عائشة قبل أن تشتريها، عاشت إلى خلافة يزيد بن معاوية، ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة (8 / 29).

³ - الولاء: هو رابطة كالنسب بين السيد وعتيقه، تجعل للسيد حقا في ميراث العتيق تعصبا عند عدم عاصب النسب، ينظر: فتح الباري في شرح صحيح البخاري، تأليف: الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت: عبد القادر بن شيبه الحمد، مكتبة العبيكان، ط2، 1425هـ، (5 / 198).

⁴ - أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل، حديث برقم (2168)، (ص519)؛ صحيح البخاري، تأليف: الإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، ط: دار ابن كثير، دمشق - بيروت، ط1، 1423هـ - 2002م؛ ومسلم، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، حديث برقم (1504)، (ص808 - 809)؛ صحيح مسلم، تأليف: الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ط: دار المغني، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1419م - 1998م؛ كلهم من حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها، وهذا اللفظ: لفظ البخاري رحمه الله.

المعتبرة⁽¹⁾، وخالف ابن حزم - رحمه الله - في ذلك، ففسّر كتاب الله: بما ورد نصا في الكتاب والسنة، ومن ثم قَصَرَ الشروط الصحيحة على سبعة، وهي الواردة نصا في الكتاب والسنة⁽²⁾، واشتراط الضمان على الأمين لم يرد في كتاب الله ولا سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ فيكون باطلا، وهذا الوجه من الاستدلال يستدل به من يرى أن المراد بالشروط الذي ليس في كتاب الله: كل شرط لم يأت في الأدلة الشرعية ما يثبته، وهذا منهج من يرى أن الأصل في الشروط البطلان والمنع⁽³⁾.

ونوقش: بأن المراد بالشروط الذي ليس في كتاب الله: هو كل شرط جاء في الأدلة ما يبطله وينافيه⁽⁴⁾.

الوجه الثاني: أن الشريعة جعلت للعقود أحكاما معتبرة وآثارا، ومن ذلك تحديد من عليه الضمان في كل عقد، فنقل الضمان بالشروط عن محله فيه تغيير للآثار التي جعلت الشريعة

¹ - ينظر: التمهيد (318/19)؛ معالم السنن، (5 / 392)؛ المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، تأليف: أبي العباس أحمد بن عمر القرطبي المالكي، ت: محيي الدين ديب مستور وآخرين، دار ابن كثير، دمشق، ط1، 1417 هـ، (4، 326)، الإعلام بفوائد عمدة الأحكام: تأليف: الحافظ أبي حفص عمر بن علي المعروف بابن الملقن، ت: عبد العزيز بن أحمد المشيقي، دار العاصمة، ط1، 1421 هـ، (248/7).

² - ينظر: المحلى (7 / 319 - 321).

³ - ينظر: المرجع نفسه (7 / 319)؛ وكذلك: شرح مسلم، تأليف: الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، ط: دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ع.ط)، 1401 هـ، (10 / 142).

⁴ - ينظر: التمهيد (19 / 319)؛ فتح الباري لابن حجر (5 / 222)؛ مجموع فتاوى ابن تيمية.

للعقود⁽¹⁾، فيحكم عليه بالبطلان قياساً على اشتراط الولاء، بجامع كونهما مخالفاً لمقتضى العقود في الشريعة⁽²⁾.

ونوقش: بأن إبطال شرط الولاء للمعتق ليس لكونه مخالفاً لمقتضى العقد، بل لكونه منهيّاً عنه⁽³⁾، وقد ورد النهي عنه في حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما - في الصحيحين - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «نهى عن بيع الولاء وعن هبته»⁽⁴⁾، وظاهر سياق حديث بريرة رضي الله عنها، أنهم اشترطوا هذا الشرط بعد علمهم بالنهي، ويدل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها: «خذيها واشترطي لهم الولاء» بمعنى أن هذا الشرط لا ينفعهم، فوجوده وعدمه سواء، وهذا على سبيل زجرهم وردعهم، ولا يمكن أن يقال لهم ذلك إلا إذا كانوا مقدمين على هذا الشرط مع علمهم بالنهي وأن الولاء لمن أعتق⁽⁵⁾.

¹ - ينظر: المبسوط (15 / 161)؛ وكذلك: الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر المالكي، ت: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط: دار هجر، القاهرة، مصر، ط1، 1426هـ، (17 / 454)؛ الحاوي (6 / 259).

² - ينظر: القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تأليف: أبي بكر: محمد بن عبد الله بن العربي المالكي، ت: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط: دار هجر، القاهرة، مصر، ط1، 1426هـ، (14 / 175)؛ مجموع فتاوى ابن تيمية (29 / 31).

³ - ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (29 / 18)، مع التنبيه على أن كلام ابن تيمية - رحمه الله - في سياق عام، وهو تغيير موجبات العقود بالشرط، وليس خاصاً بهذه المسألة.

⁴ - أخرجه البخاري: كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته، حديث برقم (2535)، (ص614)؛ ومسلم، كتاب العتق، باب النهي عن بيع الولاء وهبته، حديث برقم (1506)، (ص810)؛ كلهم من حديث عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما؛ قال مسلم - رحمه الله - في هذا الحديث: «الناس كلهم عيال على عبد الله بن دينار في هذا الحديث»، صحيح مسلم (ص810)؛ قلت: وذلك لكونه انفرد بروايته عن ابن عمر رضي الله عنه.

⁵ - ينظر: الإعلام بفوائد عمدة الأحكام (7 / 244).

ويجاب: بأن اشتراط الولاء لغير المعتقد يشتمل على أمرين: مخالفة النهي الخاص الوارد عن النبي صلى الله عليه وسلم، وتغيير آثار العقود وموجباتها الشرعية، وتعليل إبطال النبي صلى الله عليه وسلم لهذا الشرط بأحد الأمرين لا يستلزم نفي الآخر إذ لا مضادة بينهما.

وأما الدليل الثاني على إبطال شرط التضمن فهو: أن ما كان أمانة فإن مقتضى العقد كونه أمانة، فإذا اشترط ضمانه، فقد ألزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه، فلم يلزمه، كما لو اشترط ضمان مال في يد مالكه⁽¹⁾.

القول الثاني: أن هذا الشرط صحيح لازم:

وهو قول بعض الحنفية في العارية خاصة⁽²⁾.

وقول عند المالكية⁽³⁾، وهو رواية عن أحمد⁽⁴⁾، واختاره بعض المتأخرين⁽⁵⁾

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

¹ - ينظر: الشرح الكبير على المقنع (15 / 91).

² - جاء في "مجمع الضمانات": «..وقيل إذا شرط الضمان على المستعير تصوير مضمونة عندنا في رواية ذكره الزيلعي وجزم به في "الجوهرة"، ولم يقل في رواية، لكن نقل بعده فرع "البزازية" عن "الينابيع" ثم قال: أما الوديعة والعين المؤجرة فلا يضمنان بحال»، مجمع الضمانات (ص 55)؛ وينظر: تبيين الحقائق (5 / 85)؛ رد المحتار (5 / 679).

³ - ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة (ص 413)؛ الذخيرة (5 / 505).

⁴ - ينظر: المغني (8 / 115)؛ الفروع (4 / 230)؛ الإنصاف (18 / 92)

⁵ - كالشوكاني في السيل الجرار (203/3 - 216)

الدليل الأول: عن صفوان ابن أمية⁽¹⁾ رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا يوم حنين، فقال: أغضب يا محمد؟ فقال: «لا، بل عارية مضمونة»⁽²⁾.

¹ - هو: أبو وهب صفوان بن أمية بن خلف بن وهب بن حذافة الجهمي، حضر وقعة حنين قبل أن يسلم ثم أسلم، توفي سنة 41 هـ، وقبل 42 هـ، ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة (3 / 246).

² - أخرجه أحمد في المسند - مسند صفوان بن أمية الجهمي رضي الله عنه - الحديث برقم (15302)، (24 / 12)؛ وأخرجه النسائي في السنن الكبرى، كتاب العارية والوديعة، باب تضمنين العارية، بألفاظ مختلفة بأرقام (5744)، (5745)، (5746)، (5747)، (5748)، (331-332)، وقال: ذكر اختلاف شريك وإسرائيل على عبد العزيز بن رُفيع في هذا الحديث، (332/5)؛ قلت: وذلك لاختلاف روايتهما عنه، هل هي عنه عن أمية بن صفوان بن أمية؟، حديث (5748)، ينظر: السنن الكبرى، تأليف: الإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعب النسائي، بإشراف شعيب الأرنؤوط، وتحقيق: حسن عبد المنعم شلبي بمساعدة مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ - 2001م، (332/5)؛ وأبو داود، كتاب البيوع والإجازات، باب في تضمنين العارية، حديث برقم (3562)، (ص638)؛ قال أبو داود بعد روايته لهذا الحديث: «وهذه رواية يزيد ببغداد، وفي روايته بواسط تغيّر على غير هذا»، سنن أبي داود (ص638)؛ وقد علّ ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث، ينظر: تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، تأليف الحافظ أبي عبد الله: محمد بن أحمد بن عبد الهادي، ت: سامي بن محمد بن جاد الله وعبد العزيز بن ناصر الخباني، طبعة دار أضواء السلف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1428هـ، (4 / 155)؛ ونصب الراية لأحاديث الهداية، (4 / 116)؛ تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تأليف: الحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت: حسن بن عباس بن قطب، طبعة مؤسسة قرطبة، ط1، 1415 هـ، (3 / 116)؛ وقد روه من طريق: شريك عن عبد العزيز بن رُفيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه رضي الله عنه، وقد صحّ الشيخ الألباني - رحمه الله - هذا الحديث في تحقيقه لسنن أبي داود (ص638)، وذكره في السلسلة الصحيحة برقم (631)، مع أنه ضعف إسناده، ينظر: السلسلة الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، ط: مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، (د.ع.ط)، 1415 هـ - 1995 م، (208/2)، حديث برقم (631)؛ قلت: الحديث في سنده ضعف؛ فشريك وهو: ابن عبد الله النخعي، القاضي: سيء الحفظ، وأمّية بن صفوان بن أمية، لم يوثقه أحد، كما أن الحديث مضطرب، وقد أشار إلى ذلك الطحاوي رحمه الله في "شرح مشكل الآثار"، (11/292-295)؛ لذلك ربما يقصد الألباني - رحمه الله - بقوله "صحيح": أنه صحيح المتن وذلك لشواهده.

وجه الدلالة: أن العارية أمانة في الأصل، وقد ضمنها النبي صلى الله عليه وسلم لصفوان بالشرط، فدل ذلك على أنه يصح تضمين ما كان أمانة بالشرط⁽¹⁾.

نوقش هذا الاستدلال من أوجه:

الوجه الأول: أن الحديث ضعيف كما تقدم في تخريجه، فلا يصح الاحتجاج به.

الوجه الثاني: أنه أخذ تلك الدروع بغير رضاه، وقد دل عليه قوله: أغضب يا محمد؟ إلا أنه إذا كان محتاجا إلى السلاح، كان الأخذ له حلالا ثمة شرعا، ولكن بشرط الضمان، كمن أصابته مخمصة، له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان⁽²⁾.

الوجه الثالث: عدم التسليم بأن العارية أمانة في الأصل، بل الأصل فيها أنها مضمونة، فيكون قوله صلى الله عليه وسلم: «بل، عارية مضمونة»⁽³⁾ وصفا كاشفا لحكم العارية، وهو أنها مضمونة ليحصل له الاطمئنان بأنها مردودة عليه غير ممنوعة بحال⁽⁴⁾.

والقول بأن العارية مضمونة الأصل، هو مذهب الشافعية، والحنابلة⁽⁵⁾.

الدليل الثاني: قوله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون على شروطهم»⁽⁶⁾

¹ - ينظر: الشرح الكبير على المقنع (15 / 90)؛ السيل الجرار (3 / 287).

² - ينظر: المبسوط (11 / 175).

³ - سبق تخريجه (ص190).

⁴ - ينظر: معالم السنن (5 / 198)؛ قلت: وهذا الوجه الذي ذكره الخطابي - رحمه الله - إنما يصح على قول من قال بأن العارية مضمونة في الأصل.

⁵ - ينظر: نهاية المحتاج (5/126)؛ المغني (7 / 341).

⁶ - أخرجه أبو داود، كتاب القضاء، باب في الصلح، عن أبي هريرة رضي الله عنه، حديث برقم (3594)، (ص644-645)؛ وابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الصلح، حديث برقم (2353)، (ص402)؛ الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، حديث برقم (1352)، (ص318-319)، من طريق كثير بن عبد الله بن عمر بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده وزاد: «إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما»، وقد ضعّف جمع من

وجه الدلالة: أن اشتراط الضمان داخل في عموم هذا الحديث، فيجب الوفاء به⁽¹⁾.

ويناقش: بأن هذا استدلال بمحل النزاع؛ فإن محل النزاع هو: صحة هذا الشرط ودخوله في عموم الشروط الصحيحة اللازمة، وللخصم أن يعترض على هذا الاستدلال بأن هذا العموم مخصوص⁽²⁾ بقوله صلى الله عليه وسلم: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»⁽³⁾، فلا يدخل فيه الشروط المتضمنة مخالفة أحكام الشريعة كما هو قول المانعين.

الدليل الثالث: أن الرضا هو مناط التحليل في أموال العباد، والأمين قد رضي لنفسه بالضمان بقبوله للشرط، فكان هذا الرضا الصادر منه، محلا لماله الذي يدفعه في الضمان⁽⁴⁾.

ويناقش هذا الدليل: بأن القول بالتزام الأمين لضمان حق خالص للمخلوق - حتى يكون مناط التحليل هو رضاه - مبني على التسليم بكونه شرطا صحيحا، وهذا هو محل النزاع، وأصحاب القول الأول: يرون فيه حقا لله، فلا يملك العبد أمر التصرف فيه، وحق الله هو: ما لا يملك العبد إسقاطه، وإن كان فيه حق للعبد، يقول القرافي - رحمه الله - في "فروقه":

أهل العلم هذه الزيادة، وممن ضعّفها: ابن حجر في تلخيص الحبير (3 / 56)؛ وقال ابن عبد الهادي - رحمه الله - في "المحرر" (ص321): «رواه الترمذي وصححه، ولم يتابع على تصحيحه، فإن "كثيرا" تكلم فيه الأئمة وضعّفوه، وضرب الإمام أحمد على حديثه في المسند، ولم يحدث به»، المحرر في الحديث، تأليف: الحافظ: محمد بن أحمد الجماعيلي الصالحي، الشهير: بابن عبد الهادي، ت: عادل الهدبا ومحمد علوش، ط: دار العطاء، ط1، 1422هـ؛ وحسن الألباني - رحمه الله - في "إرواء الغليل" إسناده هذا الحديث عن أبي هريرة، ثم قال: «وجملة القول: أن الحديث بمجموع طرقه يرتقي إلى درجة الصحيح لغيره...»، ينظر: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل تأليف: الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، طبعة المكتب الإسلامي، ط2، 1405 هـ، (5 / 145)؛ وقال ابن تيمية - رحمه الله - كما في مجموع الفتاوى (29 / 147): «وهذه الأسانيد - وإن كان الواحد منها ضعيفا - فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضا».

¹ - ينظر: المغني (8 / 115)؛ وكذلك: الشرح الكبير للدريري مع حاشية الدسوقي (3 / 436).

² - ينظر: شرح معاني الآثار (4 / 90)؛ المحلى (7 / 267).

³ - جزء من حديث سبق تخريجه (ص186).

⁴ - ينظر: السيل الجرار (3 / 196 - 217).

«وقد يوجد حق الله تعالى وهو: ما ليس للعبد إسقاطه ويكون معه حق العبد، كتحريمه تعالى لعقود الربا، والغرر، والجهالات، فإن الله تعالى: إنما حرمها صونا لمال العبد عليه، وصونا له عن الضياع بعقود الغرر والجهل؛ فلا يحصل المعقود عليه، أو يحصل دنيا ونزرا حقيرا؛ فيضيع المال، فحجر الرب تعالى برحمته على عبده في تضييع ماله الذي هو عونه على أمر دنياه وآخرته، ولو رضي العبد بإسقاط حقه في ذلك لم يؤثر رضاه»⁽¹⁾.

والذي يترجح لدى الباحث في هذه المسألة: هو عدم صحة التضمين بالشرط - كما هو قول جمهور العلماء - وذلك في رأيي في:

أولا: فيما لم يرد نص بصحة التضمين فيه بخلاف ما ورد فيه نص.

ثانيا: ما تضمن شرطا لم ينص الشرع على جوازه

فمثال الأول: التضمين في العارية⁽²⁾، والدليل قوله صلى الله عليه وسلم: لصفوان رضي الله عنه: «بل، عارية مضمونة»⁽³⁾.

ومثال الثاني: حديث بريرة رضي الله عنها حين اشترط أهلها على عائشة رضي الله عنها أن يكون لهم ولاؤها، فهذا الشرط أبطله النبي صلى الله عليه وسلم وقال فيه: «ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن اعتق»⁽⁴⁾،

¹ - الفروق (1 / 325).

² - جواز التضمين في العارية هو مذهب الشافعية والحنابلة، ينظر: نهاية المحتاج (5 / 126)، والمغني (7 / 341)، وقد بؤب عليه أبو داود في سننه، كتاب البيوع والإجازات، باب في تضمين العارية، ينظر: سنن أبي داود، كتاب البيوع والإجازات، باب في تضمين العارية، (ص638).

³ - سبق تخريجه (ص190)

⁴ - سبق تخريجه (ص186)

فبيّن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث أن شرط الولاء لغير المعتك باطل، وكذلك غيره من الشروط التي ليست في كتاب الله، وإن كانت مائة شرط، ثم نص على أن الولاء إنما هو للمعتق.

وقوله صلى الله عليه وسلم في بداية الحديث لعائشة رضي الله عنها: «خذيها واشترطي لهم الولاء» نص على جواز اشتراط الولاء لها، أما أهل بريرة - رضي الله عنها - فلا يصح لهم؛ لأن الولاء إنما هو للمعتق دون غيره.

وكذلك من أدلة بطلان الشروط التي لم يرد نص في الكتاب والسنة ما يدل على جوازها⁽¹⁾، قوله صلى الله عليه وسلم: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، يرى الباحث أن "اشتراط الضمان" في عقود لم ينص الشرع على جواز "اشتراط الضمان" فيها، لا يصح في رأبي، وذلك لكونه قد يخرج العقد عن طبيعته فينقلب إلى عقد محرم؛ لأن العلة فيه قد تتقلب إلى علة محرمة تؤثر في الحكم، فتُصَيَّرُ حراماً، كعلة الربا، أو الغرر، ومثال ذلك: عقد المضاربة، فإن "اشتراط الضمان" فيه يقلبه إلى قرض في ذمة الضامن، لأن ضمان رد البذل: هو من أهم خصائص القرض⁽²⁾، جاء في: "بداية المجتهد": «..لأنه إن كان خسران فعلى رب المال، وبهذا يفارق القرض»⁽³⁾، أي أن تحمل رب المال ضمان الخسارة هو الفرق بين القرض والقراض، وجاء في "تبين

¹ - وهذا الوجه من الاستدلال يستدل به من يرى أن المراد بالشرط: الذي ليس في كتاب الله: كل شرط لم يأت في الأدلة الشرعية ما يثبت، وهذا منهج من يرى أن الأصل في الشروط البطلان والمنع إلا بدليل، ينظر: المحلى (7 / 319)؛ شرح مسلم للنووي (1 / 142).

² - ينظر: رد المحتار (5 / 161)؛ التاج والإكليل (6 / 529)؛ مغني المحتاج (3 / 29)؛ كشف القناع (3 / 312)؛ المحلى (6 / 347).

³ - بداية المجتهد (4 / 1370).

الحقائق" ما يبين أثر بعض الشروط في قلب حقيقة العقد إلى غيره: «العبرة للمعاني دون الألفاظ، حتى كانت المضاربة بشرط أن يكون الربح كله للمضارب قرضاً، وبشرط أن يكون لرب المال بضاعة»⁽¹⁾، وجاء في "الشرح الصغير": «وضمنه العامل: أي ضمن مال القراض لربه لو تلف، أو ضاع بلا تفريط في اشتراط الربح له: أي للعامل، بأن قال له ربه اعمل فيه والربح لك، لأنه حينئذ صار قرضاً، وانتقل من الأمانة إلى الذمة»، قال الصاوي في حاشيته على "الشرح الصغير": «قوله: (لأنه حينئذ صار قرضاً)، أي: وإطلاق القراض عليه مجاز»⁽²⁾، فما يحصل فيه من ربح يكون من باب ربا القرض، وذلك لكونه انقلب قرضاً باشتراط الضمان.

ثم إن اشتراط الضمان في "عقد المضاربة" يؤدي إلى الغرر، وذلك علة في منعه؛ فيؤدي إلى فساد المضاربة، كما نُقِلَ عن مالك رحمه الله، جاء في "بداية المجتهد": «ومنها إذا اشترط رب المال الضمان على العامل، فقال مالك: لا يجوز القراض وهو فاسد...، وعمدة مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد»⁽³⁾، ويرى الباحث أن قوله: «ومنها إذا شرط رب المال الضمان على العامل»، معناه أنه: ممّا يفسد القراض (المضاربة): اشتراط الضمان على العامل.

ولهذا، فإن المنقول عن السلف - رحمهم الله - هو: أن اشتراط الضمان في المضاربة لا يلزم، وأن من أخذ مالا مضاربة على أنه ضامن، فليس بضامن، ولا يُلتفت إلى ضمانه لكونه فاسداً، جاء في "المصنف": «عن عطاء في الرجل يدفع إلى الرجل مالا مضاربة أنه

¹ - تبين الحقائق (5 / 151).

² - الشرح الصغير (3 / 622 - 693).

³ - بداية المجتهد (137/4).

ضامن، قال: «ليس بضامن»، وعن الحسن: أنه سئل عن رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة، وضمنه إياه؟ قال: «الريح بينهما، ولا يلتفت إلى ضمانه»⁽¹⁾.

ومن المباحث التي تبحث في باب "الضمانات"، الضمان في الجرائم المتعلقة بالاعتداء على الأموال، كالسرقة والبغي والحراية، فإذا عوقب الجاني عقوبة بدنية، كالجلد والحبس، والقطع، فهل يكون ضامنا المال لصاحبه على الرغم من هذه العقوبة؟

فبالنسبة لجريمة السرقة، لم يختلف الفقهاء أنه إذا قطعت يد السارق، والمسروق قائم موجود عنده، أنه يرد على صاحبه، لأنه ما زال ملكا له، ولقوله صلى الله عليه وسلم:

«على اليد ما أخذت حتى تؤديه»⁽²⁾، فإن كان تالفا، أو مستهلكا عند تنفيذ العقوبة، فقد اختلف العلماء في شأنه:

ف عند الحنفية: إذا هلك المسروق، فلا يغرم السارق مثله، أو قيمته، إذا عوقب عقاب السرقة؛ لأنه المبدأ عندهم: "ألا يجتمع حد وضمان"، فإن اختار المسروق منه تغريم السارق، لم يعاقب عقاب السرقة، وهو قطع اليد اليمنى في أول سرقة، وإن اختار تنفيذ العقاب عليه، ونفذ لم يغرم السارق، لأن الشرع سكت عن الغرم، فلا يجب مع الحد شيء، قال تعالى:

﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِفَةُ بَاقِطَتَا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءُ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنْ أَللّٰهِ

وَاللّٰهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٤٠﴾⁽³⁾، فالله سبحانه وتعالى جعل قطع اليد كل الجزاء، قالوا: فلو

¹ - المصنّف للحافظ أبي بكر بن أبي شيبة (11 / 519 - 520)

² - سبق تخريجه (ص72)

³ - سورة المائدة (الآية 40).

أوجبنا الضمان على السارق، لصار القطع بعض الجزاء، فيكون ذلك نسخا لنص القرآن، ولا يثبت النسخ إلا بمكافئ للقرآن في درجة الثبوت⁽¹⁾.

ويؤيده قوله صلى الله عليه وسلم: «إذا قطع السارق فلا غرم عليه»⁽²⁾، لهذا لا يجتمع عند الحنفية القطع والضمان.

¹ - ينظر: المبسوط (9 / 156)؛ وبدائع الصنائع (7 / 84)؛ تبيين الحقائق (3 / 271)؛ فتح القدير (4 / 261)؛ مجمع الضمانات (ص 203).

² - أخرجه النسائي في سننه، كتاب قطع السارق، باب تعليق يد السارق في عنقه، بلفظ: «لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد»، من حديث عمر بن منصور قال: حدثنا حسان بن عبد الله قال: حدثنا المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد، قال: سمعت سعد بن إبراهيم يحدث عن المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، قال أبو عبد الرحمن النسائي - رحمه الله - : «وهذا مرسل وليس بثابت»؛ سنن النسائي، كتاب قطع السارق، باب تعليق يد السارق في عنقه، حديث برقم (4984)، (ص 756)، وقد ضعّف هذا الحديث العلامة محمد ناصر الدين الألباني - رحمه الله - في تحقيقه لسنن النسائي، ينظر: سنن النسائي، (ص 756).

قلت: ولعلّ تضعيفه بسبب علة الاضطراب والانتقطاع في سنده؛ فإن من بين رواته: المسور بن إبراهيم؛ فإنه لا يعرف حاله، وحديثه منكر على ما سألين بحول الله.

- والحديث أخرجه كذلك: الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، بلفظ: «لا غرم على السارق بعد قطع يمينه» حديث برقم (3396)، ولفظ: «لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد»، حديث برقم (3397)، كلهم من طريق المفضل بن فضالة، عن يونس بن يزيد، عن سعد بن إبراهيم عن أخيه مسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه. ينظر: سنن الدارقطني (4/241-242).

- وذكره "الدارقطني" في: "العلل" ثم بين الاختلاف في سنده، جاء في "العلل": «السؤال (575)، وسئل عن حديث المسور بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف عن جده عبد الرحمن عن النبي صلى الله عليه وسلم: (لا يغرم السارق)، فقال: يرويه مفضل بن فضالة، واختلف عنه، فقليل: عنه عن يونس بن يزيد عن سعد بن إبراهيم عن أخيه المسور عن عبد الرحمن بن عوف؛ وقيل: عنه عن المسور عن أبيه عن عبد الرحمن بن عوف، ولا يثبت هذا القول؛ وقيل: عنه عن سعيد بن إبراهيم، قال أبو صالح الحراني: "كذا كان في كتاب المفضل عن سعيد بن إبراهيم"، وقيل: عنه عن يونس عن الزهري عن سعد بن إبراهيم، ولا يصح هذا القول؛ وقال ابن لهيعة: عن سعد بن إبراهيم عن المسور بن مخرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا يصح أيضا، وهو: "مضطرب غير ثابت"، ينظر: العلل الواردة في الأحاديث النبوية، تأليف: الإمام الحافظ: أبي الحسين علي بن عمر ابن أحمد بن مهدي الدارقطني، ت: د. محفوظ الرحمن زين الله، طبعة دار طيبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1406 هـ - 1986 م، (4/294-295)، مسند عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، حديث برقم (575).

- وذكره ابن أبي حاتم في "العلل"، - (ذكر علل أخبار رويت في الحدود)، - قال: «وسألت أبي عن حديث رواه مُفَضَّل بن فضالة عن يونس بن يزيد الأيلي، عن سعد بن إبراهيم، عن المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد» قال أبي: هذا حديث منكر، ومسور لم يلق عبد الرحمن، هو مرسل أيضا»، ينظر: كتاب العلل، تأليف: الإمام الحافظ: أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم بن دريس الحنظلي الرازي، ت: فريق من الباحثين بإشراف وعناية د. سعد بن عبد الله الحميد وخالد بن عبد الرحمن الجريسي، نشر مكتبة فهد الوطنية، الرياض، المملكة السعودية، ط1، 1427هـ - 2006م، (193/4 - 194)؛ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب السرقة، باب غرم السارق، بأسانيد كلهم من طريق: المفضل بن فضالة قاضي مصر حدثنا: يونس بن يزيد الأيلي عن سعد بن إبراهيم عن المسور عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد»، وفي رواية أبي عبد الله: «لا يغرم صاحب السرقة»؛ فهذا حديث مختلف فيه عن المفضل؛ فروي عنه هكذا، وروي عنه عن يونس عن الزهري عن سعد؛ وروي عنه عن يونس عن سعد بن إبراهيم عن أخيه المسور؛ فإن كان سعد هذا هو: ابن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف؛ فلا يعرف بالتواريخ له أخا معروفا بالرواية يقال له: المسور، ولا يثبت للمسور الذي ينسب إليه سعد سماع من جده عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، ولا رؤية فهو: منقطع، ينظر: سنن البيهقي، كتاب السرقة، باب غرم السارق، حديث برقم (17283)، (481/8)؛ وأخرجه البزار كذلك في "مسنده"، مسند عبد الرحمن بن عوف، حديث برقم (1059)، بلفظ: «لا يضمن السارق سرقة بعد إقامة الحد» من حديث محمد بن مرزوق، قال: حدثنا عبد الرحمن بن بحر قال: حدثنا المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد عن سعد بن إبراهيم عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يضمن السارق سرقة بعد إقامة الحد»، وقال: «وهذا الحديث مرسل عن عبد الرحمن؛ لأن المسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن»؛ ينظر: البحر الزخار المعروف بمسند البزار، تأليف: الحافظ: أبي بكر أحمد بن عمر بن عبد الخالق العتكي البزار، ت: د. محفوظ الرحمن زين الله، ط: مؤسسة علوم القرآن، بيروت، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط1، 1409هـ - 1988م، حديث برقم (1059)، (267/3 - 268)؛ وأخرجه أبو نعيم في "الحلية" في ترجمة المفضل بن فضالة من طريق عبد الله بن صالح عن المفضل، بلفظ: «لا يغرم السارق بعد القطع» عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، وقال: «لم يروه عن سعد إلا يونس»، ينظر: حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، تأليف: الحافظ: أبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1408هـ - 1988م، (322/8)؛ وأخرجه كذلك الطبراني في "المعجم الأوسط" من حديث الوليد بن العباس: حدثنا عبد الله بن صالح حدثنا مفضل بن فضالة، عن يونس بن يزيد، عن سعد بن إبراهيم، عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يغرم صاحب السرقة إذا أقيم عليه الحد»، وقال: «لا يروى هذا الحديث عن عبد الرحمن بن عوف إلا بهذا الإسناد، تفرد به: مفضل بن فضالة، وليس متصل الإسناد؛ لأن المسور لم يسمع من جده»، ينظر: المعجم الأوسط، تأليف: الحافظ: أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، ت: أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد وأبو فضل عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، ط: دار الحرمين، القاهرة، مصر، (د.ع.ط)، 1415 هـ - 1995 م، (9 / 110، 111)، الحديث برقم (9274).

قلت: ومدار أسانيد هذا الحديث: على المسور بن إبراهيم، والمسور: هو ابن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف، لا يعرف حاله، وحديثه منكر، وروايته عن جده مرسله، كما ذكر عنه أئمة الفن، مثل ما رأينا من كلامهم في هذا الحديث؛ والمسور

وعند المالكية: إذا كان السارق موسرا عند إقامة الحد، وهو القطع، وجب عليه القطع والغرم تغليظا عليه، وإن كان معسرا لم يطالب بقيمة المسروق، ويجب القطع فقط، ويسقط الغرم تخفيفا عنه بسبب عذره بالفاقة والحاجة⁽¹⁾.

وقال الشافعية، والمالكية: إذا تلف المسروق في يد السارق ضمن بدله برد مثله، إن كان مثليا، وقيمته إن كان قيميا، سواء أكان السارق موسرا، أم معسرا قطع أو لم يقطع؛ فلا يمنع القطع عندهم وجوب الضمان؛ لاختلاف سبب وجوب كل منهما، فالضمان يجب رعاية لمصلحة الفرد وهو المسروق منه، والقطع يجب رعاية لحق الله تعالى: أي حق المجتمع؛ فلا يمنع أحدهما الآخر، كالدية، والكفارة، فإنهما يجتمعان في جزاء القتل الخطأ مثلا⁽²⁾.

وأما بالنسبة للبغاة: فقد اتفق الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والشافعية في أظهر القولين عندهم⁽³⁾ على أنه: لا يضمن البغاة ما أتلّفوه حال الحرب من نفس ولا مال، بدليل ما روى الزهري⁽⁴⁾ قال: «كانت الفتنة العظمى بين الناس، وفيهم البديرون فأجمعوا - أي في وقائعهم كوقعة الجمل وصفين - على ألا يقام حد على رجل استحل فرجا حراما بتأويل القرآن، ولا يقتل رجل سفك دما حراما بتأويل القرآن، ولا يغرم مالا أتلّفه بتأويل القرآن»⁽⁵⁾.

بن إبراهيم: قال فيه الإمام الحافظ: شمس الدين الذهبي رحمه الله في "ميزان الاعتدال في نقد الرجال": «المسور بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف: أرسل عن جده، لا يعرف حاله، وحديثه منكر، أخرج له النسائي ووهاه من رواية أخيه سعد عنه في أن: "السارق إذا حُدَّ لا يغرم"». ينظر: ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تأليف: أبي عبد الله، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ت: علي محمد البجاوي، ط: دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ع. ط. ت. ن)، (4 / 113).

¹ - ينظر: بداية المجتهد (2 / 442)؛ حاشية السوقي (4 / 347).

² - ينظر: المهذب (2 / 248)؛ مغني المحتاج (4 / 177)؛ والمغني (8 / 270).

³ - ينظر: المبسوط (10 / 126)؛ بدائع الصنائع (7 / 141)؛ فتح القدير (4 / 414)؛ بداية المجتهد (2 / 448).

⁴ - هو: أبو بكر محمد بن مسلم بن شهاب القرشي الزهري، المدني، نزيل الشام، حافظ زمانه، من كبار علماء التابعين، توفي سنة (ت124هـ)، ينظر: سير أعلام النبلاء (5 / 326).

⁵ - نيل الأوطار (7 / 169).

ولأن البغاة طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائع ظاهر، فلم تُضمَّن ما أتلقت على الطائفة الأخرى، وهم جماعة المسلمين، ولأن تضمينهم يُفضي إلى تنفيرهم عند الرجوع إلى الطاعة، ووحدة الجماعة، فلا يشرع كتضمين الأعداء الحربيين، جاء في "قواعد الأحكام": «ولا يتصف إيتلافهم بتحليل، ولا تحريم، ولا إباحة، لأنه خطأ معفو عنه»⁽¹⁾.

لهذا فإن الاتفاق حاصل بين الفقهاء على أن: إيتلاف الجماعة لأنفس وأموال البغاة لا إثم ولا كفارة فيه، ولا ضمان لما أتلّفوه عليهم، وإذا أتلّف البغاة، أو جماعة الإسلام مال بعضهم بعضا قبل استحكام منعة البغاة، أو بعد انهزامهم؛ فإنهم يُضمّنون ما أتلّفوه من الأنفس والأموال؛ لأنهم حينئذ غير معذورين بجناياتهم؛ فتكون الأنفس، والأموال معصومة محترمة؛ لا يجوز التعرض لها.

وأما بالنسبة لضمان المحاربين، فالكلام فيه، كالكلام على الضمان في السرقة، فقد اتفق الفقهاء على أنهم: إذا أخذوا المال، وأقيمت فيهم حدود الله تعالى من قطع، أو قتل، أو نفي، أو صلب، فإن كانت الأموال موجودة: ردت إلى مالكيها، وإن كانت تالفة، أو معدومة: ففي شأن تضمينها لهم خلاف بين الفقهاء:

فقال الحنفية: لا يجمع بين حد وقطع؛ لأن التضمين يقتضي التملك، والملك يمنع إقامة الحد، فلا يجمع بينهما⁽²⁾.

وأما المالكية، والشافعية، والحنابلة: فقالوا: يجتمع الحد والضمان، كما هو الحكم في السرقة، لأن المال: عين يجب ضمانها بالرد لو كانت باقية، ويجب ضمانها إذا كانت تالفة، كما لو لم يرق عليه الحد؛ ولأن الحد والغرم حقان يجب لمستحقين مختلفين، فجاز اجتماعهما

¹ - قواعد الأحكام (2 / 165).

² - ينظر: بدائع الصنائع (7 / 95)؛ فتح القدير (4 / 271)؛ مجمع الضمانات (ص 172).

معا في وقت واحد، كاجتماع الكفارة التي هي واجب ديني لله تعالى، والدية التي هي واجب مالي محض للمجني عليه⁽¹⁾.

وأما ضمان المرتدين: فحكمه، كحكم ضمان البغاة: لا يُضَمَّنُونَ ما أتلّفوه في حال القتال، لأن تضمينهم منفر عن الإسلام⁽²⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا فيما يتعلق "بالضمان" وهو من الأهمية بمكان، ما يتعلق "بضمان الطبيب لما يتلفه": فالطبيب يضمن إن جهل قواعد الطب، أو كان غير حاذق فيها، فداوى مريضا وأتلفه بمداواته، أو أحدث به عيبا، أو علم قواعد التطبيب ولم يقصر، ولكنه طبَّبَ المريض بلا إذن منه، كما لو خَتَنَ صغيرا بغير إذن وليه، أو كَبَّرَ قهرا عنه، أو وهو نائم، أو أطعم مريضا دواء قهرا عنه، فنشأ عن ذلك تلف وعيب، أو طبَّبَ بإذن غير معتبر لكونه من صبي، إذا كان الإذن في قطع يد مثلا، أو بفصد، أو حجامَة، أو ختان، فأدى إلى تلف أو عيب، فإنه في ذلك كله يضمن ما ترتب عليه⁽³⁾.

أما إذا أذن له في ذلك، وكان الإذن معتبرا، وكان حاذقا، ولم تجن يده، ولم يتجاوز ما أذن فيه، وسرى إليه التلف، فإنه لا يضمن؛ لأنه فعل فعلا مباحا مأذونا فيه؛ ولأن ما يتلف بالسراية، إن كان بسبب مأذون فيه - دون جهل أو تقصير - فلا ضمان، وعلى هذا فلا

¹- ينظر: شرح الدريري (4 / 350)؛ مغني المحتاج (4 / 182)؛ المغني (8 / 295 - 298).

²- ينظر: فتح القدير (414/4)؛ قواعد الأحكام (2 / 164)؛ القواعد لابن رجب (ص 207)؛ كشف القناع (98/4).

³- ينظر: جواهر الإكليل، شرح مختصر خليل، تأليف: الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، ط: المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، (د.ع.ط.ت.ن)، (2 / 296)، عند قول خليل - رحمه الله - في المختصر: «كطبيب جهل، أو قصر، بلا إذن معتبر...»؛ الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (355/4).

ضمان على طبيب وبرّاع (جراح)، وحجّام، وختّان، ما دام قد أُذِنَ لهم بهذا ولم يقصروا، ولم يجاوزوا الموضع المعتاد، وإلا لزم الضمان⁽¹⁾.

وجاء في "المغني": «إذا فعل الحجّام، والختّان، والمطبّب، ما أمروا به: لم يضمنوا بشرطين:

أحدهما: أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم، فإذا لم يكونوا كذلك، كان فعلا محرما فيضمن سرايته.

الثاني: ألا يتجاوز ما ينبغي أن يقطع، فإن كان حاذقا وتجاوز، أو قطع في غير محل القطع، أو في وقت لا يصلح فيه القطع، وأشباه هذا، ضمن فيه كله؛ لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ، فأشبهه إتلاف المال، وكذلك الحكم في القاطع في القصاص، وقاطع يد السارق، ثم قال لا نعلم فيه خلافا»⁽²⁾.

وجاء في "حاشية الدسوقي": «إذا ختن الخاتن صبيا، أو سقى الطبيب مريضا دواء، أو قطع له شيئا، أو كواه فمات من ذلك، فلا ضمان على واحد منهما لا في ماله ولا على عاقلته؛ لأنه مما فيه تغرير، فكأن صاحبه هو الذي عرضه لما أصابه، وهذا إذا كان الخاتن أو الطبيب من أهل المعرفة، ولم يخطئ في فعله؛ فإذا كان أخطأ في فعله والحال أنه من أهل المعرفة، فالدية على عاقلته، فإن لم يكن من أهل المعرفة عوقب، وفي كون الدية على عاقلته، أو في ماله؟ قولان: الأول: لابن القاسم، والثاني: لمالك، وهو الراجح لأنه فعله عمد، والعاقل لا تحمل العمد»⁽³⁾.

¹ - ينظر: حاشية ابن عابدين (43/5)؛ والتاج والإكليل بهامش مواهب الجليل (6/32)؛ والشرح الصغير (4/505).

² - المغني (5/538).

³ - حاشية الدسوقي (4/28).

ومن استؤجر ليقلع ضرساً لمريض فأخطأ، فقلع غير ما أمر بقلعه ضمنه؛ لأنه من جنايته⁽¹⁾، وكذا جاء في "جواهر الإكليل": «..فإن أخطأ مثل سقي الطبيب المريض ما لا يوافق مرضه، أو تزل يد الخاتن، أو القاطع، فيتجاوز في القطع، فإن كان من أهل المعرفة، ولم يَغُرَّ من نفسه، فذلك خطأ على العاقلة، إلا أن يكون أقل من الثلث، ففي ماله، وإن كان لا يحسن، أو غَرَّ من نفسه فَيُعَاقَبُ»⁽²⁾.

لذلك، فإن على الطبيب مراعاة مهنته، وتحري الدقة في عمله، وألا يقدم على التطبيب، إلا عن أهلية، وخبرة تؤهله لمسؤوليته التي تتعلق بها سلامة الإنسان، وعليه مزاوله عمله بكل مهنية، وإخلاص دون إهمال، أو تقصير، فإنه متى ثبت عليه تقصير في مسؤوليته الطبية، فإنه يعتبر عند الفقهاء ضامناً.

وأما بالنسبة لضمان الحيوان: فقد اتفق الفقهاء: على أن صاحب الحيوان ضامن لما يتلفه، إذا كان سبباً في الضرر، بأن تعمد الإتيان بواسطة الحيوان، أو قصر في حفظه أو كان صاحبه سائقاً، أو راكباً، فإن لم يكن متسبباً في الضرر، فقد اختلف الفقهاء في شأن تضمين صاحبه.

فقال الحنفية: إذا أُلِفَ الحيوان شيئاً بنفسه مالا، أو إنساناً، فلا ضمان على صاحبه سواء أوقع ذلك ليلاً، أم نهاراً، لقوله صلى الله عليه وسلم: «العجماء جرحها جبار»⁽³⁾.

¹ - ينظر: المغني (5 / 543)؛ ومنهاج الطالبين (3 / 70).

² - جواهر الإكليل (2 / 191).

³ - وتماهه: «العجماء جرحها جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس» الحديث: أخرجه البخاري، كتاب الزكاة، باب في الركاز الخمس، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، حديث برقم (1499)، (ص366)؛ ومسلم، كتاب الحدود، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار، من حديث أبي هريرة كذلك، حديث برقم (1710)، (ص940)؛ وأخرجه أبو داود، كتاب الديات، باب العجماء والمعدن والبئر جبار، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، حديث برقم (4593)، (ص 502)، قال أبو داود: العجماء المنفلتة التي لا يكون معها أحد وتكون بالنهار لا تكون بالليل (ص 502)؛

والعجماء: البهيمة؛ جبار: بمعنى هدر.

فإن كان صاحبها معها سائقاً، أو راكباً، أو قائداً، أو أرسلها، ونحو ذلك، ضمن ما تتلفه عندهم⁽¹⁾، وعلى هذا قالوا: إذا أتلّف الحيوان شيئاً في المراعي المباحة لا ضمان فيه، كما لو كان لقرية خيول، أو بقر في المرعى، فعض أحدها، أو ضرب برجله، فأتلّف حيوان شخص: لا ضمان على صاحبه، وذلك بخلاف المحل المملوك، فإن الضمان على غير المالك، كأن يكون لرجل مربط فيجئ آخر ويربط دابته عند دابة المالك فتتلف دابة المالك، فالضمان على المعتدي ولا ضمان على المالك إذا أتلّفت دابته دابة الآخر، ولو ربط الدابة في غير ملكه، فما دامت تجول في رباطها، إذا أصابت شيئاً بيدها، أو برجلها، أو راثت، أو بالت، فعطب به شيء، فذلك كله مضمون عليه؛ لأنه متعد في الوقوف في غير ملكه، ولو

وأخرجه النسائي في السنن الكبرى، كتاب الزكاة، باب المعدن، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه حديث برقم (2495)، (ص388-389)؛ وأخرجه الترمذي، كتاب الزكاة، باب ما جاء أن العجماء جرحها جبار وفي الركاز الخمس، من حديث أبي هريرة، حديث برقم (642) (ص162).

وأخرجه ابن ماجه، كتاب الديات، باب الجبار، من حديث أبي هريرة: رضي الله عنه، حديث برقم (2673) (ص 454)؛ ورواه الدارقطني، كتاب الحدود والديات وغيره، عن أبي هريرة رضي الله عنه، وقال: قال ابن شهاب: والجبار: الهدر، والعجماء، البهيمة، ينظر: سنن الدارقطني (4 / 186)؛ قلت: كلهم رَوَوْا هذا الحديث من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة رضي الله عنه، إلا ابن ماجه و الدارقطني، فأما ابن ماجه فقد رَواه من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه، ولم يذكر في سنده أبا سلمة بن عبد الرحمن، وأما الدارقطني فقد ساق سنده من طريق يونس عن ابن شهاب عن ابن المسيب وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن أبي هريرة، رضي الله عنه، فذكر في إسناده عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، ثم قال أبو بكر: لا أعلم أحداً ذكر في إسناده عبيد الله بن عبد الله غير يونس بن يزيد.

قلت: والمحفوظ عن المحدثين، هو روايته من طريق محمد ابن شهاب الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وأبو بكر: هو النيسابوري شيخ الدارقطني الذي يروي عنه.

ينظر مصادر التخرّيج السابقة، وكذلك: التعليق المغني على الدارقطني للمحدث أبي الطيب العظيم آبادي مطبوع بذيّل سنن الدارقطني - مصدر سبق ذكره- (4/186)، وقد خرّجت هذا الحديث من غير الصحيحين - مع أنهما أخرجاه -؛ وذلك لبيان أن المحفوظ في سنده عند المحدثين، هو روايته من الطريق التي ذكرت، وبالله التوفيق.

¹ - ينظر: بدائع الصنائع (7 / 273)؛ ومجمع الضمانات (ص 167-168).

انفتح الرباط وذهبت من ذلك الموضع، فما عطب به شيء فهو: هدر؛ لأن التعدي قد زال بزوالها من موضع الوقوف، وإن أوقفها غير مربوطة، فزالت عن موضعها بعدما أوقفها، ثم جنت على إنسان، أو عطب بها شيء فهو هدر، لأنها لما زالت عن موضع الوقوف، فقد زال التعدي، فكأنها دخلت في هذه المواضع بنفسها وجنت، ولو نفرت الدابة من الرجل، أو انفلتت منه، فما أصابت في فورها ذلك، فلا ضمان عليه⁽¹⁾.

وقال المالكية - في الراجح عندهم - والشافعية، والحنابلة: إن ما تفسده الدواب والمواشي من الزرع، والشجر، ونحوه، مضمون على صاحبها، أو راعيها، إن لم يوجد صاحبها، إذا وقع الضرر ليلاً، ولا ضمان فيما تتلفه نهاراً، إذا لم يكن معها صاحبها، فإن كان معها صاحبها، أو ذو اليد، كالغاصب، والمستأجر، والمستعير، راكباً أو سائقاً، أو قائداً، فهو ضامن لما تفسده من النفوس والأموال⁽²⁾، لما روي أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً (بستاناً)، فأفسدت فيه فقضى النبي الله صلى الله عليه وسلم: «أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي ضامن على أهلها»⁽³⁾.

¹ - ينظر: بدائع الصنائع (7 / 272 - 273).

² - ينظر: المنتقى شرح الموطأ (6 / 61)؛ بداية المجتهد (2 / 317)؛ الفروق (4 / 186)؛ المذهب (2 / 226)؛ العزيز شرح الوجيز (المعروف بالشرح الكبير)، تأليف: أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، ت: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1417هـ - 1997م، (11 / 327)؛ مغني المحتاج (2 / 360)؛ نهاية المحتاج (4 / 113)؛ وإعلام الموقعين عن رب العالمين، تأليف: محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية، ت: مشهور ابن حسن آل سليمان، طبعة، دار ابن الجوزي، الدمام، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1423هـ، (2 / 25).

³ - أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في الضواري والحريسة، حديث برقم (2177)؛ الموطأ، تأليف: الإمام: مالك بن أنس، رواية يحيى بن يحيى الليثي، ت: بشار عواد معروف، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 2، 1417هـ - 1997م، (2 / 293)؛ وأخرجه النسائي في "السنن الكبرى" بألفاظ مختلفة برقم (5752) و (5753) و (5754) و (5755)، كتاب العارية والوديعة، باب: تضمين أهل الماشية ما أفسدت مواشيهم بالليل، ورواه بأسانيد مختلفة، منها: من طريق الأوزاعي عن الزهري، وآخرين من طريقين مختلفين: أحدهما عن إسماعيل بن أمية وعبد الله بن عيسى عن الزهري به، والآخر عن محمد بن ميسرة عن الزهري به، وقال: ذكر الاختلاف على الزهري في هذا الحديث،

فرواه من طريق الأوزاعي عن الزهري به، ومن طريق: محمد بن ميسرة عن الزهري به، وقال - أبو عبد الرحمن النسائي - بعده: محمد بن ميسرة هو: محمد بن أبي حفصة، وهو ضعيف، ينظر: السنن الكبرى للنسائي (5 / 334 - 335)، ولفظ حديث الأوزاعي عن ابن شهاب هو: عن حرام بن محيصة عن البراء بن عازب أخبره أنه كانت له ناقة ضارية، فدخلت حائطا، فأفسدت فيه، فكلم فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن: «حفظ الحوائط على أهلها بالنهار، وحفظ المواشي على أهلها بالليل، وأن على أهل الماشية ما أصابت بالليل»، حديث فيه برقم (5753)؛ وأخرجه أبوداود، كتاب البيوع، باب المواشي تفسد زرع قوم، حديث برقم (3569)، (ص 639-640)، ويرقم (3570)، (ص 640)، وقد علق عليه الألباني - رحمه الله - في سنن أبي داود بقوله (صحيح)، ينظر: سنن أبي داود مع تعليقات الألباني (ص 639 - 640)؛ وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب الحكم فيما أفسدت المواشي، برقم (2332) (ص 399)، قال الألباني في تعليقه على سنن ابن ماجه رحمه الله، (صحيح)، ينظر: سنن ابن ماجه مع تعليقات الألباني - رحمه الله - (ص 399)، قلت: وقد روي هذا الحديث بأسانيد من طرق منها: عن حرام بن محيصة عن أبيه: أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائطا... الحديث، وفي سننه (عن أبيه)، وهذه العبارة وردت من طريق عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن حرام بن محيصة عن أبيه، وقد أخرجه بهذا الإسناد: أبو داود في سننه، كما تقدم، حديث برقم (3569)، (ص 639-640)؛ والنسائي في السنن الكبرى، كما تقدم، حديث برقم (5754)، (5 / 334)؛ وابن حبان، كتاب الجنایات، باب القصاص - ذكر ما يحكم فيما أفسدت المواشي أموال غير أربابها ليلا أو نهارا - ، حديث رقم (6008)، ينظر: صحيح بن حبان بترتيب ابن بلبان، الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، ت: شعيب الأرناؤوط، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان - 3، 1414 هـ - 1993 م، (13/354 - 355)؛ وأخرجه عبد الرزاق في "مصنفه"، كتاب العقول، باب الزرع تصيبه الماشية، حديث برقم (18437)، لكنه لم يتابع على قوله: (عن أبيه)، ينظر: المصنف: تأليف: الحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، نشر المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1403 هـ - 1983 م، (10 / 82)، ومن طريق عبد الرزاق أخرجه أحمد كذلك، - مسند محيصة بن مسعود - برقم (23697) (102/39)؛ ورواه الدار قطني، حديث برقم (3313)، (4 / 191) من حديث عبد الرزاق حدثنا معمر عن الزهري به، ورواه من غير طريق عبد الرزاق عن معمر، من حديث الشافعي، حدثنا أيوب بن سويد، حدثنا الأوزاعي عن الزهري عن حرام بن محيصة عن أبيه إن شاء الله، حديث (3315)، ينظر: الدارقطني، كتاب الحدود والديات وغيره، حديث (3313) و (3315)، (4 / 191 - 192)؛ قلت: وحرام بن محيصة: هو حرام بن سعد بن محيصة - ينسب إلى جده أحيانا - وهو ثقة روى له أصحاب السنن، وأبوه سعد بن محيصة لم يرو له غير أبي داود في "التقرد" قيل له صحبة أو رؤية.

وإسناد حرام بن محيصة عن البراء بن عازب رضي الله عنه: إسناد مرسل صحيح، وهو من مراسيل الثقات، وأما إسناده عن أبيه عن البراء بن عازب رضي الله عنه، - كما عند أبي داود، حديث برقم (3569)؛ والنسائي في السنن الكبرى، حديث برقم (5754)؛ والدارقطني، حديث برقم (3313)؛ وأحمد، حديث برقم (23697)؛ وابن حبان، حديث برقم (6008) - ، فهو: "صحيح متصل".

ومعناه: أن ما أفسدت المواشي بالليل مضمون على أهلها⁽¹⁾.

وقال الظاهرية⁽²⁾ - مثل الحنفية - أنه لا ضمان على صاحب الحيوان فيما يفسده من دم، أو مال، لا ليلاً، ولا نهاراً، إلا إذا قصد الإضرار بالآخرين، أو باشر التلف، أو أمر به، لأنه المحرك لها، أو كان قائداً، أو راكباً، أو سائقاً، وفيما عدا ذلك لا ضمان، لأن جرح العجماء جبار بحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكذلك عندهم أن من أوثق دابته على طريق المسلمين فلا ضمان عليه، كما نص على ذلك في "المحلى"، وفيه ذكر ما لا ضمان عليه من فعلها، قال في: "المحلى": «ومن أوثق دابته على طريق المسلمين، فلا ضمان عليه، وكذلك لو أرسلها وهو يمشي، وليس كل مسيء ضامناً، وقد علمنا وعلم كل مسلم: أن عامل السلاح، وبائعها في الفتن: مخالف ظالم ومسيء، ومعين بذلك على قتل الناس، ولا خلاف في أنه لا ضمان عليه، فإن قيل إن غيره هو المتولي، قيل لهم والدابة هي المتولية أيضاً، وجرحها جبار، وكذلك من حل دابة، أو طائراً عن رباطها، فلا ضمان عليه فيما أصابت؛ لأنه لم يعمد، ولا باشر، ولا تولى، وأما من ركب دابة، ولها فلو يتبعها، فأصاب الفلو إنساناً، أو مالا، فهو الحامل له على ذلك، فإن عمد فالقود، وإن لم يعمد فهو قاتل خطأ، برهان ذلك أنه في إزالته أمه عنه مستدع له إلى المشي وراءها، فهو مباشر لاستجلابه، فلو ترك الفلو اتباع أمه وأخذ يلعب، أو خرج عن اتباعها، فلا ضمان على راكب أمه أصلاً، وكذلك من استدعى بهيمة بشيء تأكله، وهو يدري أن في طريقها متاعاً

¹ - ينظر: عون المعبود على سنن أبي داود، تأليف العلامة: أبي عبد الرحمن: شرف الحق الشهير بمحمد أشرف بن الأمير العظيم آبادي، قدم له واعتنى به: رائد بن صبري ابن أبي علفة، طبعة بيت الأفكار الدولية، بيروت، لبنان (د.ع.ط. ت.ن)، (ص 1523).

² - ينظر المحلى: (11 / 6 وما بعدها).

تتلفه، أو إنسانا راقدا، فأتته، فأتلفت في طريقها شيئا، فالقود في العمد، وهو قاتل خطأ، إن لم يعمد»⁽¹⁾.

والخلاصة في شأن "ضمان المواشي والدواب: هو أن العلماء اختلفوا فيه على أربعة أقوال:⁽²⁾

أحدها: أن الضمان على أرباب البهائم بالليل، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار، وهذا قول مالك، والشافعي، وعمدتهم في هذا شيان:

أحدهما قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَبَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾⁽³⁾ والنَّفْش عند أهل اللغة: لا يكون بالليل⁽⁴⁾، وهذا الاحتجاج علة مذهب من يرى أننا مخاطبون بشرع من قبلنا.

والدليل الثاني: حديث ناقة البراء بن عازب أنها دخلت حائط قوم فأفسدت فيه، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم: أن حفظ الحوائط على أهلها بالنهار، وحفظ المواشي على أهلها بالليل، وأن على أهل الماشية ما أصابت بالليل⁽⁵⁾.

¹ - المحلى (11 / 8 - 9).

² - ذكر هذه الأقوال الأربعة ابن رشد في "بداية المجتهد" (2 / 323).

³ - سورة الأنبياء (الآية 77).

⁴ - قال في "لسان العرب": «نَفَشَتِ الإِبِلُ: تَنَفُّسُ، ونَفَشَتِ: تَنَفُّسُ: إِذَا تَفَرَّقَتْ فَرَعَتْ بِاللَّيْلِ مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ رَاعِيهَا، وَالْأَسْمُ: النَّفْسُ، وَلَا يَكُونُ النَّفْسُ إِلَّا بِاللَّيْلِ، وَالْهَمْلُ: يَكُونُ لَيْلًا وَنَهَارًا، وَيُقَالُ: بَاتَتْ غَنَمُهُ نَفْسًا، وَهُوَ أَنْ تَفَرَّقَ فِي الْمَرْعَى مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ صَاحِبِهَا»؛ لسان العرب (14 / 238)، مادة: نفس.

⁵ - سبق تخريجه (ص 205).

ويشترط المالكية للغنم أن تكون في المسرح، وأما إذا كانت في أرض مزرعة لا مسرح فيها، فيُضَمَّنون ليلاً ونهاراً⁽¹⁾.

القول الثاني: لا ضمان عليه: وهذا قول، أبو حنيفة وأصحابه، وعمدتهم حديث: «العجماء جرحها جبار»⁽²⁾، وشروط ذلك عندهم أن يرسلها محفوظة، فأما إن أرسلها غير محفوظة فيضمن⁽³⁾.

القول الثالث: أن كل دابة مرسلة، فصاحبها ضامن لما أفسدته، وقال بهذا الليث بن سعد رحمه الله، وعمدة هذا الرأي شهادة الأصول له، وذلك أنه تعد من المرسل، والأصول على أن على المتعدي: الضمان.

القول الرابع: وهو وجوب الضمان في غير المنفلت، ولا ضمان في المنفلت، وهذا القول مروي عن عمر رضي الله عنه، ووجه التفريق في هذا القول: هو أن المنفلت لا يملك.

والذي يظهر للباحث: هو أن سبب الخلاف بينهم في إطلاق التضمين وتقيده هو: عموم الأدلة في الباب وخصوصها، فالذين أطلقوا عدم تضمين صاحب الماشية فيما أفسدته - وهم مطلق الحنفية والظاهرية - إنما استندوا على عموم اللفظ في حديث: «العجماء جرحها جبار»⁽⁴⁾، وأخذوا بعموم اللفظ في هذا الحديث؛ وأما الذين فصلوا - وهم المالكية، والشافعية -، فقد قيّدوا الإطلاق في حديث "العجماء.."، بحديث: البراء رضي الله عنه، وقالوا

¹ - بداية المجتهد (2 / 323).

² - سبق تخريجه (203 - 204)

³ - بدائع الصنائع (7 / 272 - 273).

⁴ - سبق تخريجه (203 - 204)

بالتضمين بالليل على أهل المواشي وعدم التضمين بالنهار، وعمدتهم حديث البراء بن عازب- رضي الله عنه- في شأن ناقته التي دخلت حائط قوم فأفسدت فيه...الحديث⁽¹⁾.

وأما القول، بالتفريق بين المنفلت، وغير المنفلت في التضمين، وهو قول مروي عن عمر رضي الله عنه، فتعليه هو: أن غير المنفلت في حفظ صاحبه ورعايته، فيضمن ما أفسدته دوابه، لكون المسؤولية عليه مباشرة في الحفظ والرعاية، وأما المنفلت فخارج عن مسؤوليته لخروج الدابة عن حفظه حينئذ، فيكون جرحها جبار.

وأما القول بإطلاق التضمين - كما هو رأي الليث رحمه الله - فتعليه هو أنه: أطلق المسؤولية على مالك الدواب، ومن ثم تضمين صاحبها ما أفسدته ليلاً، أو نهاراً، لمسؤوليته عنها، ودخولها في ملكه.

والذي يترجح للباحث في هذه المسألة: هو تقييد العموم في حديث «العجماء جرحها جبار» بخصوص حديث: البراء بن عازب رضي الله عنه، فصاحب الدواب لا يضمن فيما أفسدت دوابه بالنهار، فجرحها بالنهار جبار، وأما بالليل فعلى أهلها ضمان ما أتلقت، لحديث البراء رضي الله عنه، وقوله صلى الله عليه وسلم: «وأن على أهل الماشية ما أصابت بالليل»، أي أنهم: يضمنون ما أفسدته بالليل.

وأما ضمان العقار: فقد اختلف فيه الفقهاء - رحمهم الله - نظراً لكونه لا ينقل، ولا يحول، فقال الجمهور: إنها تضمن بالغصب، كمن انهدمت عليه الدار، فإنه يضمن قيمتها، وقال أبو حنيفة: لا يضمن، وسبب اختلافهم هو: هل يد الغاصب على العقار، مثل يده على ما ينقل

¹ - سبق تخريج هذا الحديث، وتتبع أسانيده - بين الإرسال والاتصال - والحكم عليه، (ص 205- 206)

ويحول؟ فمن جعل حكم ذلك واحداً، قال بالضمان، ومن لم يجعل حكم ذلك واحداً قال لا ضمان⁽¹⁾.

والذي يترجّح للباحث في هذه المسألة، هو: قول الجمهور، وهو ضمان العقار بالغصب، كما يُضمن المنقول والمحول؛ وذلك لأنني لم أجد دليلاً يُخصّص المنقول والمحول بالضمان دون غيره، فلذلك يبقى الضمان على الغاصب عاماً في المنقول والمحول وغيره، ما لم يتضح مُخصّصاً في ذلك، ولأن العقار ليس إلا جزءاً من المال كغيره، فلا يستساق عدم ضمانه، مثل ضمان غيره، عند ثبوت الغصب فيه، وعلى الغاصب له رده إن كان قائماً عنده لم يتهدم، أو يتعيب بنقص، فإن تهدم ضمن قيمته، وإن تعيب بنقص، خُيّر المغصوب منه في قيمة النقص، أو يُرجع له البنيان كما كان، كذا إن انهدم، أو تعيب بأمر سماوي، ومثال هذا من غصب داراً حديثة الطلاء، فنزل عليها المطر وهي في يد الغاصب، فإن المغصوب منه يخير بين قيمة التعيب، أو أن يرد له الدار كما كانت قبل التعيب، بأن يصلح له ما تعيب منها، وأما إن أراد صاحب الدار القيمة، أعطاهما له مقابل التعيب والنقص.

وأما إن سقط البنيان في يد المالك له على نفس أو مال، فأتلفه فقد اختلف فيه الفقهاء، بخلاف ما إذا كان منذ إنشائه آيلاً إلى السقوط مما قد يتلف ملك الغير، فطُوبى بالإصلاح، فلم يعبأ بذلك حتى حصل منه التقريط، فإنه يضمن ما أتلفه بالسقوط بلا خلاف، والخلاف في ما إذا طرأ عليه خلل، ثم سقط فتلف به مال، أو إنسان، أو حيوان؟:

¹ - ينظر: المبسوط (27 / 8 - 9)؛ بدائع الصنائع (7 / 283 - 284).

فقال الجمهور: يضمن صاحب الحائط - ومن في حكمه كالواقف، والقيّم، والولي والراهن، والشريك - ما تلف به من نفس إنسان، أو حيوان، أو مال بشرط أن يسبق السقوط مطالبة ذي المصلحة بالنقض، أو الإصلاح، ولا يشترط الإشهاد على طلب النقض لوجوب الضمان، وإنما هو أمر ضروري في الإثبات، فيتمكن ذو المصلحة من إثبات المطالبة عند إنكار صاحب البناء.

وإن سقط البناء قبل المطالبة، وأتلف إنسانا، أو مالا، أو سقط بعد المطالبة، لكن في مدة لا يقدر المالك على النقض، أو سقط بعد انتقال ملكية الحائط إلى شخص آخر ببيع، أو هبة، ونحوهما، فلا ضمان عليه، وإن سقط في مدة يقدر فيها على النقض، فلم يفعل حتى سقط، ضمن ما يترتب على السقوط من تلف في النفوس، والأموال، لتقصيره في واجبه، لأن دفع الضرر العام عن الناس أمر واجب، ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، ولا عبرة بالمطالبة بالنقض لغير المالك، أو من في حكمه، كساكن الدار بإجارة، أو إعارة، أو كالمرتهن، أو الوديع، لعدم قدرتهم على التصرف في الشيء.

وجاء في "المبسوط" تحت باب "الحائط المائل": «وإذا مال حائط الرجل، أو وهى، فوق على الطريق الأعظم فقتل إنسان، فلا ضمان على صاحبه؛ لأنه لم يوجد منه صنع هو تعد، فإنه وضع البناء في ملكه، فلا يكون متعديا في الوضع، ولا صنع له في مثل الحائط، ولكن هذا إذا كان بناء الحائط مستويا، فإن كان بناءه في الأصل مائلا إلى الطريق، فهو ضامن لمن يسقط عليه؛ لأنه متعد في شغل هواء الطريق ببنائه، وهواء الطريق كأصل الطريق، حق المارة، فمن أحدث فيه شيئا كان متعديا ضامنا، فأما إذ بناه مستويا، وإنما شغل ببنائه هواء ملكه، وذلك لا يكون تعديا منه، فلو أشهد عليه في هذا الحائط المائل، فلم يهدمه حتى سقط، وأصاب إنسانا، ففي القياس: لا ضمان عليه أيضا، وهو قول الشافعي؛ لأنه لم يوجد منه صنع هو تعد، والإشهاد فعل غيره، فلا يكون سببا لوجوب الضمان عليه، لكن استحسن

علماؤنا - رحمهم الله - إيجاب الضمان، ورُوي ذلك عن علي رضي الله عنه، وعن شريح، والنخعي، والشعبي، وغيرهم من أئمة التابعين»⁽¹⁾.

وقد جمع هذه الأحكام - أحكام جناية البنیان عند سقوطه - الإمام الكاساني الحنفي - رحمه الله - في "بدائعه"، وبيّن ما يُوجب الضمان من أحكام سقوط البنیان، وشرائط وجوب الضمان فيه، جاء في "بدائع الصنائع": «فجملة الكلام فيه: أن الحائط لا يخلو إما أنه بُني مستويا مستقيما، ثم مال، وإما أنه بُني مائلا من الأصل، فإن بُني مستقيما، ثم مال، فميلانه لا يخلو، إما أن يكون إلى الطريق، وإما أن يكون إلى ملك إنسان، فإن كان إلى الطريق، لا يخلو من أن يكون نافذا، وهو طريق العامة، أو غير نافذ، وهو السكة التي ليست بنافذة، فإن كان نافذا فسقط، فعطب به شيء مما ذكرنا، يجب الضمان على صاحب الحائط، إذا وجد شرائط وجوبه... ثم يقول: فسبب وجوب الضمان هو التعدي بالتسبب إلى الإلتاف بترك النقض المستحق مع القدرة على النقض؛ لأنه إذا مال إلى طريق العامة، فقد حصل الهواء في يد صاحب الحائط من غير فعله، وهو الطريق حق العامة، كنفس الطريق، فقد حصل حق الغير في يده بغير صنعه، فإذا طُلب بالنقض، فقد لزمه كثوب هبت به الريح فألقتة في دار إنسان، فطُلب به، فامتنع من الرد مع إمكان الرد حتى هلك، يضمن لما قلنا، كذا هذا، وقد رُوي عن جماعة من التابعين مثل الشعبي، وشريح، وإبراهيم، وغيرهم، - رحمهم الله - أنهم قالوا: إذا تقدم إليه في الحائط فهم يهدمه وجب عليه الضمان»⁽²⁾.

أما شرائط وجوب الضمان فيه: - فمنها المطالبة بالنقض، حتى لو سقط قبل المطالبة، فعطب به شيء، لا ضمان على صاحب الحائط؛ لأن الضمان يجب بترك النقض المستحق؛ لأن به يصير متعديا في التسبب إلى الإلتاف، ولا يثبت الاستحقاق بدون

¹ - المبسوط (27 / 8 - 9).

² - بدائع الصنائع (7 / 283).

المطالبة، وصورة المطالبة: هي أنه يتقدم إليه واحد من عرض الناس، فيقول له إن حائطك هذا مائل، أو مخوف فأرفعه، فإذا قال ذلك، لزمه رفعه، لأن هذا حق العامة.

ومنها: أن يكون المطالب بالنقض ممن يلي النقص، لأن المطالبة بالنقض ممن لا يلي النقص سفه، فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة، فلا تصح مطالبة المستودع، والمستعير، والمستأجر، والمرتهن؛ لأنه ليس لهم ولاية النقص، فتصح مطالبة الراهن لأن له ولاية النقص لقيام الملك فينقض، ويقضي الدين، فيصير متعديا بترك النقص، وتصح مطالبة الأب، والوصي في هدم حائط الصغير لثبوت ولاية النقص لهما، فإن لم ينقضا حتى سقط، يجب الضمان على الصبي؛ لأن التلف بترك النقص المستحق على الولي، والوصي مضافا إلى الصبي لقيامهما مقام الصبي، والصبي مؤاخذ بأفعاله فيضمن، وتتحمل عنه عاقلته فيما تتحمل العاقلة، ويكون في ماله فيما لا تتحمله العاقلة، كالبالغ سواء، وعلى هذا يخرج ما إذا كان الحائط المائل لجماعة، فطوبى بعضهم بالنقض، فلم ينقض حتى سقط، فعطب به شيء أن القياس: أن لا يضمن أحد منهم شيئا، وفي الاستحسان: يضمن الذي طوبى، وجه القياس أنه لم يوجد من أحد منهم ترك النقص المستحق.

ومنها إمكان النقص بعد المطالبة: وهو أن يكون سقوط الحائط بعد المطالبة بالنقض في مدة يمكنه نقضه فيها؛ لأن الضمان يجب بترك النقص الواجب، ولا وجوب بدون الإمكان، حتى لو طوبى بالنقض، فلم يفرط في نقضه، ولكنه ذهب يطالب من ينقضه فسقط الحائط، فتلف به شيء: لا ضمان عليه؛ لأنه إذا لم يتمكن من النقص لم يكن بترك النقص متعديا، فبقي حق الغير حاصلا في يده بغير صنعه، فلا يكون مضمونا عليه⁽¹⁾.

¹ - ينظر: بدائع الصنائع (7 / 283 - 285).

وأما ماهية الضمان الواجب بهذه الجناية وكيفيته، فيقول فيها صاحب "البدائع":
«فالواجب بهذه الجناية، هو الواجب بجنسها، من جناية الحاضر ومن في معناها، وجناية السائق، والقائد والناخس وهو: أن الجناية إن كانت على بني آدم، وكانت نفساً، فالواجب بها: الدية، وإن كانت ما دون النفس، فالواجب بها: الأرش، فإذا بلغ الواجب بها نصف عشر دية الذكر، وهو عُشْرُ دية الأنثى فما فوقه، تتحملة العاقلة، ولا تتحمل ما دون ذلك، ولا يجب بالجناية على غير بني آدم، بل يكون في ماله» (1).

وذكر المالكية - رحمهم الله - شروطاً ثلاثة لضمان ما يتلفه الجدار عند سقوطه، قال العلامة خليل بن إسحاق المالكي - رحمه الله - في "مختصره": «وكسقوط جدار مال، وأنذر صاحبه، وأمكن تداركه» (2)، قال في: الشرح الكبير للدريدي - رحمه الله - على "مختصر خليل": «(وكسقوط جدار) على شيء فأتلفه، فيضمن صاحبه بشروط ثلاثة أشار لها بقوله (مال) بعد أن كان مستقيماً (وأنذر صاحبه) بأن قيل له أصلح جدارك، ويشهد عليه بذلك عند حاكم، أو جماعة المسلمين، ولو مع إمكان حاكم كما للجيزي، (وأمكن تداركه) بأن يتسع الزمان الذي يمكن الإصلاح فيه ولم يصلح، فيضمن المال، والدية في ماله، ومفهوم (مال) أنه لو بناه مائلاً ابتداء فسقط على شيء أتلّفه لضمن بلا تفصيل ومفهوم (أنذر) أنه إذا لم ينذر أي مع الإشهاد، فلا ضمان عليه، إلا أن يعترف بذلك مع تفریطه، فيضمن، وخرج بقوله (صاحبه) المرتهن، والمستعير، والمستأجر، فلا يعتبر فيهم الإنذار، إذ ليس لهم هدم، ومفهوم أمكن تداركه، أنه إذا لم يمكن بأن سقط قبل زمن يمكن فيه التدارك لم يضمن» (3)، وفي "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير": «ما ذكره المصنف من ضمان صاحبه بالشروط

¹ - بدائع الصنائع (7 / 285).

² - مختصر خليل (ص 255).

³ - الشرح الكبير على مختصر خليل ومعه حاشية الدسوقي، تأليف: أبي البركات أحمد بن محمد الدريدي، ط: دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، (د.ع.ط.ت.ن)، (4 / 356).

المذكورة، هو: مذهب المدونة، وقيل: لا يضمن صاحب الجدار إلا إذا قضى عليه الحاكم بالهدم فلم يفعل، وهذا قول عبد الملك، وابن وهب، وقيل: إن بلغ حدا كان يجب عليه هدمه لشدة ميلانه، فتركه فهو: ضامن، وإن لم يكن إشهاد، ولا حكم، وهو قول: أشهب وسحنون⁽¹⁾.

والحنفية والشافعية، والظاهرية، - بمقتضى القياس كما قد رأينا - يقولون لا يضمن من بنى جداره مستقيماً، فمال إلى غير ملكه، وسقط فتلف به شيء؛ لأن الميل لم يحصل بفعله وقد بناه في ملكه ووقع من غير فعله، فأشبهه ما إذا وقع من غير ميل، بل إنه لا يلزم بهدمه وبنائه على نحو سليم مستقيم، ولا يجبر على إعادة البناء، سواء تمكن من ذلك أم لا؟⁽²⁾.

وقول المالكية في هذه المسألة: هو الراجح لدى الباحث وهو الأقوى والأحوط في نظره، وذلك بتضمنين صاحب الجدار بالشروط الثلاثة التي ذكروا، وهي التي جمعها خليل - رحمه الله - في مختصره بقوله: « وكسقوط جدار مال، وأنذر صاحبه، وأمكن تداركه »⁽³⁾.

وأما بالنسبة للآلات الخِطَرَة والمُحَرِّكات، فإن على صاحبها ضمان ما أتلفت، خطأ كان ذلك، أم عمداً، فبمجرد وجود صاحب المحرك معها - كالسيارة مثلاً - أو وجود البندقية، في يد صاحبها، فأصابَت السيارة إنساناً، أو حيواناً، أو مالا، فأتلفت، أو خرجت رصاصة من البندقية، فقتلت إنساناً، أو حيواناً مملوكاً، فإن الجميع يضمنون، وإذا كانت السيارة متوقفة في مكان منحدر، ولم يكن صاحبها قد احتاط لها، بأن تركها دون تثبيت مكبحها لئلا تتدفع بوحدها، فاندفعت، فقتلت إنساناً، أو حيواناً، أو أتلفت شيئاً، فإن صاحبها يضمن ما أتلفت، وكذلك إذا وضع إنسان بندقية عامرة من الرصاص فانطلقت منها رصاصة، فقتلت إنساناً،

¹ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (4 / 356).

² - المذهب (2 / 193)؛ المحلى (10 / 639).

³ - مختصر خليل (ص 255).

أو حيوانا، أو أتلقت شيئا، فإن صاحبها يضمن بالتسبب، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «إذا مر أحدكم في مسجدنا - أو في سوقنا - ومعه نبل، فليمسك على نصالها، أو قال: فليقبض بكفه، أن يصيب أحداً من المسلمين منها بشيء»⁽¹⁾.

ثم إن الفقهاء - رحمهم الله - نصوا على أنه: «لو انفلتت فأس من قصاب كان يكسر العظم، فأتلغ عضو إنسان، يضمن، وهو خطأ، والدية في ماله؛ لأنه لا عاقلة للعجم»⁽²⁾.

وأما بالنسبة لتساوي الخطأ، والعمد في "ضمان الأموال"، فقد جاء في كتاب "الموافقات": «ولا يقال إن هذا ينكسر في الأمور المالية، فإنها تضمن في الجهل، والعمد؛ لأننا نقول: الحكم في التضمنين في الأموال آخر؛ لأن الخطأ فيها مساو للعمد في ترتب الغرم في إتلافها»⁽³⁾، وجاء في "مواهب الجليل": «العمد، والخطأ، والإكراه في أموال الناس سواء يجب ضمانها، وهو من خطاب الوضع، ولا يشترط فيه التكليف، والعلم، فلا فرق في الإتلاف بين الصغير، والكبير، والجاهل، والعامد»⁽⁴⁾، ثم إن الضمان يتحقق بمجرد تحقق الفعل الضار، سواء كان ذلك بالمباشر، أو بالتسبب، والفعل الضار يراد به: «كل فعل حسي ترتب عليه ضرر، سواء أكان قد ترتب عليه بطريق المباشرة، أو ترتب عليه بطريق التسبب،

¹ - أخرجه البخاري: كتاب الفتن، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: من حمل علينا السلاح فليس منا، من حديث أبي موسى رضي الله عنه، حديث برقم (7075)، (ص1751)؛ ومسلم: كتاب البر والصلة والآداب، باب أمر من مر بسلاح في مسجد، أو سوق أو غيرها من المواضع الجامعة للناس أن يمسك بنصالها، من حديث أبي موسى رضي الله عنه، حديث برقم (2615)، (ص1409).

² - واقعات المفتين، تأليف: الإمام المحقق والفقير الشيخ: عبد القادر بن يوسف الشهير بقدري أفندي الحنفي، طبعة المطبعة المنيرية، بولاق، مصر، ط1، 1300 هـ، (ص64).

³ - الموافقات في أصول الشريعة، تأليف: العلامة المحقق أبي إسحاق: إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، المالكي، ت: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، طبعة: دار ابن عفان، الخبر، المملكة العربية السعودية، ط1، 1417 هـ - 1997 م، (3 / 51).

⁴ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تأليف: أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، ت: الشيخ زكريا عميرات، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416 هـ - 1995 م، (7 / 313).

ويكون بطريق المباشر إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر كأن يعتمد إنسان إلى إناء لغيره فيكسره، ويكون بطريق التسبب، إذا فصل بينه وبين الضرر فعل آخر أدى إليه دون أن يمنع نسبة الضرر إليه، كما إذا حفر إنسان حفرة في طريق عام سار فيه حيوان، فتردى في تلك الحفرة فتلف، فإن تردى الحيوان بفعل له توسط بين الحفر والضرر، وفيه تلف للحيوان، ولا يمنع نسبة الضرر إلى الحفر، إذا لم يزل الحفر مع ذلك فيما يرى الناس، هو الفعل الضار الذي ترتب عليه تلف الحيوان، فأى فعل هذا وضعه يترتب عليه شرعا تضمين فاعله، ويكون هو السبب في التضمين⁽¹⁾، هذا هو تعريف الشيخ علي الخفيف رحمه الله للفعل الضار ويفرق - رحمه الله - بين الفعل الحسي، والنفسي، فيرى الضمان في الأول، بخلاف الثاني، فلا يرى فيه الضمان، ويمثل له بالكف الذي يتسبب عنه تلف مال لآخر، فلا يرى فيه الضمان لعدم المباشرة، بل وحتى لا يضمن لعدم التسبب أيضا⁽²⁾.

من هنا نجد أن "الضمان" له أسباب توجبه، وأفعال تحتته، والشريعة احتاطت لكل ذلك، فصانت أموال الناس، وجعلتها محفوظة، كحفظ أعراضهم، ودماءهم، وراعت حقوق الجميع، وأجازت رفع الضيق عن المتضرر بالضمان في حالة وقوع الضرر عليه، سواء بالتسبب، أو المباشرة، فالشرع الحنيق حفظ له ماله، في عدل، وإنصاف، لا يتحققان إلا في ظل شرع حكيم، من لدن حكيم خبير، حكيم في وضعه لما يصلحهم، ويصلح شؤونهم، خبير بما ينتابهم من ضيق، وحر، وعنت، وصدق الله إذ يقول: ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾⁽³⁾.

¹ - الضمان - علي الخفيف - (ص 34).

² - ينظر: المرجع نفسه (ص 34).

³ - سورة الأعراف (الآية 157).

المبحث الثاني: العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي

يقصد "بضمان المال"، أو "الضمان المالي" المراد في - هذا البحث - هو: « ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في المطالبة بحق مالي»، ويمكن أن نقول "ضمان الدين"، وقد ذكرت في المطلب الثاني من المبحث السابق: أن هذا التعريف المذكور، هو التعريف المختار بالنسبة للباحث، وهو نوع الضمان المقصود في هذا البحث؛ ثم إنني تحدثت في المبحث السابق عن "ضمان الأعيان"، وفي هذا المبحث - بحول الله - سأتناول "ضمان الديون" بالبحث، والنقاش؛ أملاً أن أوفق للإجابة على الأسئلة المثارة في هذا الباب، ومن أهمها: سؤال هذا البحث وهو: هل يجوز أخذ العوض عن ضمان المال؟ وما رأي الفقهاء في ذلك؟

المطلب الأول: المفاهيم والتصور الفقهي للعوض عن الضمان المالي

الفرع الأول: مفاهيم تتعلق بالضمان المالي

إن مفهوم "ضمان المال": لا يمكن أن يفصل عن مفهوم "الضمان" في كونه "شغل ذمة أخرى بالحق"، ولكون "ضمان المال" داخل تحت مفهوم "الضمان" بشكل عام، والأصل فيه هو "شغل الذمة بالمال"، مما يستوجب إبراءها منه بالأداء، ويلزم منه مطالبة صاحب الحق "للضامن"، تماماً مثل ما له الحق في مطالبة المدين (الأصيل)، هذا النوع من الالتزام هو المسمى: "بضمان المال"، وهو المقصود في هذا البحث، يعني "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في المطالبة بحق مالي".

من خلال هذا التعريف تبرز مفاهيم ذات الصلة "بضمان المال"، سوف أسلط الضوء عليها، زيادة في تصور الموضوع، وكشفاً لحقيقته، وتوضيحاً لعبارته، وهذه المفاهيم هي: مفهوم المال، والذمة، والدين، وسأتناولها في ثلاث مسائل.

المسألة الأولى: مفهوم المال لغة، واصطلاحاً:

أولاً: المال لغة: قال في "لسان العرب": «مَوْلٌ: المَالُ: معروف: ما ملكته من جميع الأشياء... والجمع أَمْوَالٌ... قال ابن الأثير: المَالُ في الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على ما يفتنى ويملك من الأعيان، وأكثر ما يطلق المَالُ عند العرب على الإبل؛ لأنها كانت أكثر أموالهم، وَمِلْتَ بعدنا تَمَالٌ وَمِلْتَ وتمَوَّلْتَ، كله: كَثُرَ مَالُكَ»⁽¹⁾.

وجاء في "القاموس المحيط": «المَالُ: ما ملكته من كل شيء، والجمع: أَمْوَالٌ، وَمِلْتَ تَمَالٌ، وَمِلْتَ وتمَوَّلْتَ واستملت: كثر مالك، ومَوَّلَهُ غيره، ورجل مال وميل وموَّلٌ: كثيره، وهم مَالَةٌ ومالون، وهي مالة، الجمع: مَالَةٌ أيضاً ومالات؛ ومُلِّتُهُ بالضم: أعطيته المال»⁽²⁾.

ثانياً: مفهوم المال في اصطلاح الفقهاء:

اختلفت تعريفات الفقهاء للمال نظراً لاختلاف وجهات نظرهم في المعاني الاصطلاحية المرادة منه، وقد ظهر اتجاهاً يعكسان وجهة نظر كل منهما:

أحدهما: اتجاه الحنفية، والثاني: اتجاه الجمهور

أولاً: تعريف الحنفية: وقد عرفوا المال عدة تعريفات نذكر منها:

ما جاء في "المبسوط" لشمس الأئمة السرخسي، الحنفي، قال:

« والمال: اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والاحراز»⁽³⁾، وجاء فيه كذلك، أنه: « ما صح إحرازه على قصد التمول»⁽⁴⁾، ثم يُبين لنا ما

¹ - لسان العرب (223/13).

² - القاموس المحيط (ص 1059).

³ - المبسوط (160/11).

⁴ - المرجع نفسه (160/7).

تثبت به صفة "المالية"، ومعنى "التمول"، فيقول: «صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتموّل، والتموّل: صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة»⁽¹⁾.

ومنها ما جاء في "البحر الرائق شرح كنز الدقائق" في الفقه الحنفي: «المال: ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية إنما تثبت بتموّل الناس كافة، أو بتقدم البعض، والتقدم يثبت بها، وبإباحة الانتفاع به شرعا، فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالا كحبة حنطة، وما يكون مالا بين الناس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوما كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم»⁽²⁾، وجاء فيه أيضا: «المال: اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار»⁽³⁾. وجاء في الحاشية عليه: «المال ما يميل إليه الطبع، ويدخر لوقت الحاجة، أو ما خلق لمصالح الآدمي، ويجري فيه الشح والضنة»⁽⁴⁾.

وجاء في "العناية شرح الهداية": «قال محمد رحمه الله: المال: كل ما يملكه الناس من دراهم، أو دنانير، أو حنطة، أو شعير، أو حيوان، أو ثياب، أو غير ذلك»⁽⁵⁾.

وهنا أنبه إلى أن العرف الغالب عند الحنفية، - رحمهم الله - أن اسم المال: ينصرف عند الإطلاق إلى النقد والعروض خاصة، جاء في "فتح القدير" عند الكلام عن زكاة المال: «ما تقدم أيضا زكاة مال، إلا أن في عرفنا يتبادر من اسم المال: النقد والعروض»⁽⁶⁾، قال

¹ - المبسوط (79/11).

² - البحر الرائق (277/5).

³ - المرجع نفسه (277/5).

⁴ - حاشية منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين الحنفي (277/5).

⁵ - العناية شرح الهداية، تأليف: محمد بن محمود بن أحمد البابرتي الحنفي، ت: الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي، طبعة مجموعة مع شرح فتح القدير لابن الهمام، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003 م - 1424 هـ، (215/2).

⁶ - فتح القدير (215/2).

في "العناية" عند كلام المصنف صاحب "الهداية" عن زكاة المال: «والمصنف ذكر المال، وأراد غير السوائم، على خلاف عرف أهل البادية، فإن اسم المال عندهم يقع على النعم، وعلى عرف أهل الحضر، فإنه عندهم يقع على غير النعم»⁽¹⁾.

من خلال هذه التعاريف، يتبين أن الحنفية - رحمهم الله - يعتبرون الحاجة، وكونه مما يميل الطبع إليه، هذه هي صفة "المال" عندهم، من خلال تصورهم "للمال" كما قد مر معنا من تعاريفهم له، وعلى هذا يخرج عن مسمى "المالية" عندهم:

أولاً: كل ما لا يُقصدُ به التَّمول.

ثانياً: ما لم يُحرَزْ، وأمكن ادخاره لوقت الحاجة.

ثالثاً: ما لا ينتفع به.

رابعاً: ما لا تميل الطبائع إليه.

فهذه المحترزات معتبرة عندهم في معنى "المال" حتى يتحقق فيه مقصود "المال"، وتتوفر فيه صفة "المالية" المعتبرة، وأشير هنا إلى أنه: يُفهم من كلام بعض فقهاء الحنفية اعتبارهم -للقيمة، والعرف - كما جاء في "فتح القدير": «أن عرف المال عندهم ينصرف عند الإطلاق إلى النقد، والعروض»⁽²⁾، فاعتبار القيمة، دل عليه إطلاق اسم "المال" على "النقد والعروض"، فالقيمة إنما تدخل تحت تقويم مُقَوِّم من الدراهم، والدنانير، واعتبار "العرف" يدخل فيه ما تعارف الناس عليه أنه "مال"، ومن المعلوم بداهة: أن الناس لا يتعارفون إلا على تقييم ما له قيمة، وفيه منفعة، وهذا يقرب مما اتجه إليه الجمهور في تصور "المال".

¹ - العناية شرح الهداية (215/2).

² - فتح القدير (215/2).

وأما المالكية: فقد عرفوا المال بتعاريف نذكر منها:

جاء في كتاب "المعونة على مذهب عالم المدينة" في سياق الكلام عن المال المعتبر في السرقة، قال: «ولأن كل ما جاز بيعه وأخذ العوض عليه، جاز أن يقطع في سرقة، كسائر الأموال، ويقطع في سرقة جميع المتحولات التي يجوز بيعها، وأخذ العوض عليها»⁽¹⁾ فهنا نجده اعتبر في "المال" صفة التحول، وإباحة الانتفاع، وإمكان المعاوضة عليه.

وجاء في كتاب "أحكام القرآن" عند تفسير قول الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءُ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾

⁽²⁾، تعريف المال المعتبر شرعا، وذلك في سياق الحديث عن متعلق المسروق ومقصود "المالية" المعتبرة فيه، قال: «فهو كل مال تمتد إليه الأطماع، ويصلح عادة، وشرعا، للانتفاع به، فإن منع منه الشرع، لم ينفع تعلق الطماعية فيه، ولا يتصور الانتفاع منه، كالخمر، والخنزير مثلا»⁽³⁾.

وهنا نجد إضافة صفة أخرى "للمال" زيادة على الصفات المذكورة في التعريف السابق، وهي كونه تمتد إليه الأطماع، ثم فصل في صلاحية الانتفاع قائلا: "ويصح عادة، وشرعا للانتفاع به"؛ فكأن "صفة المال" لا بد من أجل تحققها من صلاحية الانتفاع عادة وشرعا، فلا يتصور مالا، ما لا يصح الانتفاع به عادة، وكذلك ما لا يجيز الشرع الانتفاع به، فلا ينفع تعلق الطماعية فيه، ولا يتصور الانتفاع منه، كالخمر والخنزير.

¹ - المعونة على مذهب عالم المدينة (343/2).

² - سورة المائدة (الآية 40).

³ - أحكام القرآن، تأليف: أبي بكر محمد بن عبد الله ابن العربي المالكي، ت: محمد عبد القادر عطا، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ - 2003م، (107/2).

ثم عرفه الإمام الشاطبي - رحمه الله - في "الموافقات" بقوله: «وأعني بالمال ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره، إذا أخذه من وجهه، ويستوي في ذلك الطعام، والشراب، واللباس على اختلافها، وما يؤدي إليها من جميع المتمولات»⁽¹⁾، وهنا نجد الشاطبي - رحمه الله - أضاف صفة "الملك" للمال بحيث يستبد به المالك عن غيره، فهذا التعريف يعرف "المال" انطلاقاً من كون المال محل الملك، ومعلوم أن حقيقة "الملك" كما عرفه الإمام القرافي - رحمه الله - في "فروقه" هو: «أنه حكم شرعي مقدّر في العين، أو المنفعة، يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك، والعوض عنه من حيث هو كذلك»⁽²⁾.

لذلك، "فالملك" الذي هو في حقيقته: اختصاص، لا يتعلق إلا بماله قيمة بين الناس، وإلا فلا معنى للاختصاص به، ومن هنا كان اختصاص "الملك" عند الشاطبي - رحمه الله - شرطاً في المالية، وعلى هذا لا يدخل تحت مسمى "المال" ما لا يدخل في "الملك".

وبالنظر إلى هذه التعريفات التي ذكر المالكية - رحمهم الله - نلاحظ أن أهم مميزات "المال" عندهم هي:

أولاً: كونه متمولاً عادةً.

ثانياً: صلاحيته للانتفاع.

ثالثاً: إباحة الانتفاع به.

رابعاً: إمكان المعاوضة عليه.

¹ - الموافقات (32/2).

² - الفروق (347/3).

خامساً: اختصاصه بالملك.

وأما الشافعية: فقد جاء في كتاب "الأم" «ولا يقع اسم مال إلا على ماله قيمة يباع بها، وتكون إذا استهلكها مستهلك أدى قيمتها - وإن قلت - وما لا يطرحه الناس من أموالهم مثل الفلس، وما أشبه ذلك»⁽¹⁾.

وجاء في "المنثور في القواعد" للزركشي الشافعي: «المال: ما كان منتفعاً به: أي مستعداً لأن ينتفع به، وهو إما أعيان، أو منافع»⁽²⁾، وهذا الذي ذهب إليه هو ما نص عليه محققو الشافعية، فقد نصوا على أن: ما لا نفع فيه، لا يدخل تحت مسمى "المال"، قال الإمام النووي رحمه الله: ⁽³⁾ «فما لا نفع فيه ليس بمال... ولعدم المنفعة سببان:

أحدهما: القلة كالحبة، والحبنتين من الحنطة، والزبيب، ونحوهما، فإن ذلك القدر لا يعد مالاً، ولا ينظر إلى ظهور النفع إذا ضم إليه غيره، ولا إلى ما يفرض من وضع الحبة في فخ، ولا فرق في ذلك بين زمان الرخص والغلاء.. وحكى صاحب "التتمة" وجهها: أنه يصح بيع ما لا منفعة فيه لقلته، وهو شاذ ضعيف.

السبب الثاني: الخسة كالحشرات، والحيوان الطاهر ضريان: ضرب ينتفع به، فيجوز بيعه كالنعم والخيول... الضرب الثاني: ما لا ينتفع به، فلا يصح بيعه، كالخنافس، والعقارب، والحيات، والفأر، والنمل، ونحوها، ولا نظر إلى منافعها المعدودة من خواصها».

¹ - الأم (171/5).

² - المنثور في القواعد (222/2).

³ - روضة الطالبين (350/3).

وإذا رجعنا إلى كتاب "المنثور في القواعد" للزركشي نجد أنه قسم "المال" إلى أعيان ومنافع، وقسم الأعيان قسمين: جماد وحيوان، فالجماد مال في كل أحواله، وأما الحيوان، فقد قسمه إلى:

- ما ليس له بنية صالحة للانتفاع فلا يكون مالا، ومثاله الذباب، والبعوض والخنافس، والحشرات.

- ما له بنية صالحة، وهذا ينقسم إلى: ما جبلت طبيعته على الاستسلام، والانقياد كالبهائم، والمواشي فهي أموال، وما طبيعته الشر والإيذاء فإنها تمتنع وتستعصي وتنتهي إلى ضد غرض المستعمل، ولهذا، إذا صالت تلك الحيوانات التحقت بالمؤذيات طبعاً في الإهدار⁽¹⁾.

وبالنظر في تعريفات الشافعية: نستخلص عدة عناصر "للمالية"، وهي:

أولاً: كونه ذا قيمة تلزم متلفه.

ثانياً: الانتفاع به، بخلاف مالا ينتفع به، لقلته، أو لخسته، وما لا قيمة له، مما يطرحه الناس - كما عبر به الشافعي رحمه الله.

فهذه هي أهم خصائص "المالية" عند الشافعية رحمهم الله.

وأما الحنابلة: فقد اتفقت تعاريفهم "للمال" على اعتبار عنصرين أساسيين في "المالية" هما:

أولاً: أن يكون مباح النفع

ثانياً: ما جاز اقتناؤه بلا حاجة.

¹ - ينظر: المنثور في القواعد (222/3-223).

من هنا كان اعتبار: إباحة النفع، وجواز الاقتناء لغير ضرورة، هما أهم مميزين لاعتبار "المالية" عند الحنابلة، جاء في كتاب "شرح منتهى الإرادات" في الفقه الحنبلي: «المال شرعا: مما يباح نفعه مطلقا، أي في كل الأحوال، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة»⁽¹⁾.

تلك هي أهم تعريفات فقهاء المذاهب "للمال" وتصورهم له، وهنا أقف لأشير إلى نقطتين هامتين في نظري هما:

النقطة الأولى: تأثير تغير الزمان في اعتبار "مالية" بعض المنافع.

النقطة الثانية: أثر خلاف "الحنفية" للجمهور في التفريق بين "المال"، و"الملك"، على اعتبار "مالية" المنافع، هل هي داخلة تحت مسمى "المال"، أو "الملك"؟

- أما النقطة الأولى، فأقول فيها:

لا شك أن تغير الزمان يؤثر في تغير الأشياء، واعتبارها، ومن خلال ذلك، يتغير اعتبارها، نظرا لتغيير نظرة الناس إليها، فما كان في عصر ما، غير معتبر وغير نافع، قد يتحول في عصر آخر، عين الاعتبار، والمنفعة، فيجب أن يؤثر ذلك في حكمه، نظرا لتغير حاله، فمثلا: ما اعتبره الفقهاء قديما لا نفع فيه، ووصفوه بالخسّة؛ قد يتحول اليوم، فيصير ذا نفع، وذا قيمة، فتزول علة عدم النفع عنه، فيصبح مالا، بعد أن كان غير داخل تحت مسمى "المال"، أو لا نفع فيه، ومثال ذلك مثلا: الحشرات، فقد اعتبرها الفقهاء قديما غير داخلة تحت مسمى "المال"، لخسّتها⁽²⁾ أو لكونه لا نفع فيها⁽³⁾، لكننا نلاحظ أن حالها قد

¹- شرح منتهى الإرادات (142/2).

²- كالإمام النووي رحمه الله: حيث ذكر أن ما لا نفع فيه لا يدخل تحت مسمى المال، وذلك لسببين، السبب الثاني منهما قال: «...الخسة كالحشرات...»؛ رضة الطالبين (350/3).

³- قال الإمام الزركشي - رحمه الله - في: "المنثور في القواعد": «ومثاله: الذباب، والبعوض، والخنافس، والحشرات...»؛ المنثور (222/3).

اختلف في العصر الحاضر، إذ أصبح كثير من هذه الحشرات يتم الانتفاع به داخل المختبرات العلمية، حيث تكون محلا للتجربة العلمية، ومن خلالها يتم التوصل إلى القوانين والنظريات العلمية التي تساعد في إيجاد الحلول لكثير من الاستفسارات، والأسئلة العلمية التي تهم الإنسان، أو تكون مصدرا للمضادات الحيوية، والعلاجات التي تعين على القضاء على الأمراض التي تصيب الإنسان، فمثلا: السم الذي يتكون في جسم الأفعى يشكل مضادا حيويا فعالا، ويوصف علاجاً للقضاء على بعض أنواع الخلايا السرطانية التي تصيب الإنسان؛ فإذا أثبت أن مثل هذه الحشرات، والحيوانات تشتمل على ما فيه مصلحة للإنسان بالتداوي، ودفع أذى المرض، وهي أمور أذن الشرع بها، فهي لا شك مال، إذا حيزت لأجل منفعتها، بل ربما صارت بعض أنواع الحشرات اليوم، مقصودة بنفسها، تباع، وتشتري للقيمة، وتكون ذات قيمة، فهذه الأسباب، وغيرها، تجعل هذه الحشرات مالا في رأيي، وما عبّر عنه الفقهاء من عدم النفع فيها، إنما هو باعتبار زمنهم، وما جرت به عادة الناس فيه.

هذا فيما يتعلق بالنقطة الأولى.

- وأما النقطة الثانية: وهي أثر خلاف الحنفية للجمهور في التفريق بين "المال" و"الملك" على اعتبار "مالية" المنافع، هل هي: داخلة تحت مسمى "المال"، أو "الملك"؟

فقد فرّق الحنفية - رحمهم الله - بين "المال"، و"الملك"، مخالفين بذلك جمهور الفقهاء، واعتبروا "المال": "ما يملك من الأعيان ويمكن ادخاره لوقت الحاجة" - كما قد مر معنا من تعاريفهم - وأما "الملك" عندهم فهو: "المنافع والحقوق"، فمنافع الأعيان كسكنى الدار، وركوب الدابة، لا تعد مالا عندهم لعدم إمكان إحرازها، وأما جمهور الفقهاء فلا يفرقون بين "المال" و"الملك"، وعلى هذا، فالمنافع عندهم مالا؛ إذ ليس من الواجب عندهم في المال إمكان إحرازه بنفسه، بل يكفي بإمكان حيازته، بحيازة أصله، ولا شك أن المنافع يمكن حيازتها،

فالمستأجر للدار يملك حق الانتفاع بالسكنى، ولا يملك الدار، فلذلك هي "مال" عندهم؛ لأنها هي المقصودة من الأعيان، ولولاها لما رغب الناس فيها.

فهذا التفريق بين "المال"، و"الملك" ترتب عليه الخلاف حول "مالية المنافع" فاعتبرها جمهور الفقهاء: مالا، وأما الحنفية فاعتبروها: مِلْكاً لَا مَالاً، وعلة ذلك عندهم هو أنه: لا يمكن حيازة المنافع، إذ هي شيء معنوي لا يتصور وضع اليد عليه استقلالاً؛ وأما الجمهور: فقد اعتبروها مالا لكونها أساس التقويم في الأموال، كسكنى الدار، وركوب السيارة مثلاً، فمن غصب شيئاً وانتفع به مدة ثم رده إلى صاحبه؛ فإنه على رأي الجمهور يضمن قيمة المنفعة؛ وعلى رأي الحنفية لا ضمان عليه، غير أنهم استثنوا حالات معينة يوجبون فيها الضمان وهي:

أولاً: أن يكون المغصوب عينا موقوفة.

ثانياً: أن يكون المغصوب مملوكاً ليتيم.

ثالثاً: أن يكون المغصوب معداً للاستغلال، كعقار معد للإيجار.

رابعاً: الخمر والخنزير: فقد اعتبرها الحنفية أموالاً لأنهما مما يتعامل فيه غير المسلمين، أما جمهور الفقهاء فيرون عدم اعتبارهما أموالاً، سواء بالنسبة للمسلم، أو غيره لعدم إباحة الإسلام الانتفاع بهما.

ومسألة التَّقَوُّم تحيلنا إلى ذكر "أقسام المال" من حيث التَّقَوُّم وعدمه، حيث إن الضمان يكون في الأول عند الإِتْلَاف، بخلاف غير الْمُتَقَوِّم فلا ضمان فيه عند الإِتْلَاف، لكونه لا ينطبق عليه اسم "مال".

والمَالُ الْمُتَقَوِّم: هو الذي له قيمة مالية في الشرع، حيث أباح الانتفاع به في حالة السعة والاختيار، ومثال ذلك العقارات، والمنقولات، إلا ما كان محرماً منها، بشرط الحيازة الفعلية،

وذلك بأن يكون المال الذي أباح الشارع الحكيم الانتفاع به تحت يد حائزه بالفعل، فالسمك في الماء يباح الانتفاع به شرعا، لكن ما دام في الماء لا يعتبر مالا متقوما لعدم حيازته، فإذا اصطاده إنسان، وحازه بالفعل اعتُبر مالا مُتَقَوِّمًا.

وأما غير المُتَقَوِّم: فهو الذي ليست له قيمة في الشرع، إما لعدم حيازته، كالسمك في الماء، والطير في الهواء، وإما لعدم إباحته كالخمر، والميتة.

ويعتبر الخمر، والخنزير: عند الحنفية مالا متقوما بالنسبة لغير المسلم من أهل الذِّمَّة، وأما جمهور الفقهاء: فلا يُعتبران مالا متقوما عندهم في حق أهل الذمة؛ لأن أهل الذمة في دولة الإسلام، تجري عليهم أحكام المسلمين، فما اعتُبر عند المسلمين مالا متقوما، اعتُبر عندهم كذلك، وما لا يعتبر عند المسلمين مالا متقوما، لا يعتبر مالا متقوما عند أهل الذمة، وهذا رأي جمهور الفقهاء رحمهم الله.

وهذا ما يدل على سماحة ديننا، وعدله، حيث لم يفرق في أحكامه بين المسلمين، ومن دخل تحت ذمتهم من غيرهم، فتجري عليه نفس الأحكام التي تجري على المسلمين، وتطاله نفس العدالة، فلا يجوز الاعتداء عليه، ولا ظلمه بأي شكل من الأشكال، والدولة المسلمة تدافع عنه، وتطبق عليه العدالة تماما كما مع المسلمين، لكونه داخلا تحت رعاياها، وهذا ما ينبغي أن نفهمه اليوم، ويجب أن نتعلم من أحكام ديننا ما نعامل به غير المسلمين، وخصوصا من هو تحت مسمى "أهل الذِّمَّة"، وكذلك "المُعَاهِدِينَ": وهم من له عهد مع المسلمين، فهؤلاء كذلك يعاملون وفق أحكام الشرع، فيجب حفظ عهدهم، والالتزام لهم بما عُوْهِدُوا عليه، فذلك هو ما جاءت به أحكام الشريعة السمحة، وأمرنا بالتزامه، واتباعه، دون إِفْراطٍ، أو تَقْريطٍ، ودون غُلُوٍّ، أو تَقْصِيرٍ.

وكذلك من أحكام المال المُتَقَوِّم: أنه يصح أن يكون محلا لجميع العقود، كالبيع والإجارة، والهبة، أما المال غير المتقوم: فلا يصح التعاقد عليه في شيء من تلك العقود.

وكذلك إذا كان "المال" مُتَقَوِّمًا واعتدى عليه شخص فأتلفه، لزم به "الضمان" لمالكه بمثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان قيميا، أما إذا كان المال غير مُتَقَوِّم فهو: مهدر لا يلزم متلفه ضمان.

وأما تعريف الفقهاء المعاصرين "للمال" فمن أحسن ما وقفت عليه من تعاريفهم، وأشمل لمعنى "المال" هو أنه: «ما كان له قيمة مادية بين الناس، وجاز شرعا الانتفاع به في حال السعة والاختيار»⁽¹⁾.

وهذا التعريف يتفق مع مسلك الجمهور مثلما قد سقت من تعاريفهم، وبينت من تصوره حول "المال".

وأما التعريف الذي يراه الباحث، ويخرج به من خلال ما عَنَّ له في معنى "المال" هو أنه: «كل ما مُلِكَ من جميع الأشياء التي لها قيمة بين الناس، وصَحَّ شرعا الانتفاع به».

وهذا التعريف الذي خرجت به، أحسبه يشمل الأعيان، والمنافع، والحقوق، ويسمح بتوسيع دائرة الأموال في هذا العصر لتشمل أشياء لم تكن معروفة فيما سبق، ما دام أنه يتحقق فيه منافع مالية - كما قد أشرت إليه - ومثلت له بالحشرات التي لم تكن فيما سبق ذات نفع، فلم تعتبر في فقهاء القديم مالا، لانعدام منفعتها في عرفهم قديما، وأصبحت اليوم ذات نفع، وكذلك ما استجد في عصرنا الحاضر مما لم يكن معروفا فيما سبق، ويدخل تحت مسمى "الحقوق" من الأمور المعنوية: كالحقوق الذهنية مثل: حق الابتكار، فهذه أصبحت اليوم ذات منافع مالية يمكن الحصول عليها، والاستفادة منها.

¹ - الملكية في الشريعة الإسلامية، تأليف: عبد السلام العبادي، ط: مكتبة الأقصى، عمان، الأردن، ط1، 1975م، (179/1).

المسألة الثانية: مفهوم الذمة لغة واصطلاحاً

أولاً: الذمة لغة: وهي: العَهْدُ والكَفَالَةُ (الضَّمان) والأَمَان، والْحَقُّ، والحُرْمَةُ، والجمع: ذِمَامٌ: كل حرمة تلزمك إذا ضيعتها المذمَّة، وفلان له ذِمَّة: أي حَقٌّ، جاء في معجم "مقاييس اللغة": «فأما العهد فإنه يسمى ذِمَامًا؛ لأن الإنسان يذم عند إضاعته منه، وهذه طريقة للعرب مستعملة»⁽¹⁾.

وجاء في "لسان العرب": «الذِّمَّة: العَهْدُ والكَفَالَةُ، وجمعها: ذِمَامٌ، فلان له ذِمَّة: أي حَقٌّ»⁽²⁾.

وجاء في "المصباح المنير": «الذِّمَام بالكسر: ما يُذَمُّ به الرجل على إضاعته من العَهْد، والمذَمَّة بفتح الميم، وبفتح الذال وتكسر مثله، والذِّمَام أيضا: الحرمة وتفسر بالعهد وبالأمان وبالضمان أيضا...وقولهم في ذمتي كذا أي في ضماني والجمع: ذِمَمٌ»⁽³⁾.

وجاء في "القاموس المحيط": «والذِّمَام والمذَمَّة: الحَقُّ والحُرْمَةُ، والجمع: أذِمَّة، والذِّمَّة بالكسر: العَهْدُ والكَفَالَةُ»⁽⁴⁾؛ وفي "تاج العروس": «والذِّمَام والمذَمَّة: الحَقُّ والحُرْمَةُ، والجمع: أذِمَّة، ويقال الذِّمَام: كل حرمة تلزمك إذا ضيعتها المذمَّة، ومن ذلك: الذِّمَّة بالكسر: العَهْد...والذِّمَّة: الكَفَالَةُ والضَّمان، والجمع: الذِّمَام»⁽⁵⁾.

¹ - معجم مقاييس اللغة (2/346).

² - لسان العرب (5/59).

³ - المصباح المنير (1/104).

⁴ - القاموس المحيط (4/114).

⁵ - تاج العروس من جواهر القاموس، تأليف: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، ت: عبد الكريم الغرياني، ط: مؤسسة التراث العربي، الكويت، ط1، 1421 هـ - 2000م، (32/205 - 206).

وجاء في "المعجم الوسيط" جميع هذه المعاني المذكورة، وفيه: «الدِّمَام: العهد والأمانة والكفالة، والدِّمَام: الحق والحرمة، والجمع: أَدِمَّةٌ، والدِّمَّة: العهد والأمان والكفالة...» ويقال: في ذمتي لك كذا، والجمع: دِمَمٌ...»⁽¹⁾.

ثانيا: الدِّمَّة في اصطلاح الفقهاء:

جاء في كتاب "الجامع لأحكام القرآن" عند تفسير قول الله تبارك وتعالى: ﴿كَيْفَ

وَإِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ لَا يَرْقُبُوا فِيكُمْ إِلَّا وَلَا ذِمَّةً﴾⁽²⁾

قال: قوله تعالى: «﴿وَلَا ذِمَّةً﴾ أي: عهدا، وهي كل حرمة يلزمك إذا ضيعتها ذنب،

قال ابن عباس، والضَّحَّاك، وابن زيد: الدِّمَّة: العهد»⁽³⁾.

وجاء في كتاب "الفروق" للإمام القرافي - رحمه الله - تعريف الدِّمَّة بأنها: «معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم»⁽⁴⁾، وشرح - رحمه الله - هذا المعنى بقوله: «وهذا المعنى جعله الشرع مسببا على أشياء خاصة، منها البلوغ، ومنها الرشد، فمن بلغ سفيها لا ذمة له، ومنها ترك الحَجْر عما تقدم في المفلس، فمن اجتمعت له هذه الشروط، رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه أروش الجنايات وأجر الإجازات، وأثمان المعاملات، ونحو ذلك من التصرفات، ويقبل التزامه إذا التزم شيئا اختيارا من قبل نفسه

¹ - المعجم الوسيط (ص315)

² - سورة التوبة (الآية 8)

³ - الجامع لأحكام القرآن، تأليف: أبي عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي وشارك في تحقيقه: محمد رضوان عرقسوسي و ماهر حبوش، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1427هـ-2006م، (10/119).

⁴ - الفروق (3/365).

لزمه، وإذا فُقد شرط من هذه الشروط، لم يقدر الشارع هذا المعنى القابل للإلزام والالتزام، وهذا المعنى المقدر هو الذي تقدر فيه الأجناس المسلم فيها مستقرة، حتى يصح مقابلتها بالأعواض المقبوضة ناجزا في ثمنها، وفيه تُقدّر أثمان البياعات بثمن إلى آجال بعيدة، أو قريبة، وصدقات الأنكحة، والديون في الحوالات، والحقوق في الضمانات وغير ذلك، ولا جرم من يكون هذا المعنى مقدرا في حقه لا يصح في حقه شيء من هذه الأمور، فلا ينعقد في حقه سلم، ولا ثمن إلى أجل، ولا حوالة، ولا حمالة، ولا شيء من ذلك، فهذا هو حقيقة الذمة وبسطها والعبارة الكاشفة عنها، والسبب الشرعي الذي يقدر الشرع عنده المعنى الذي هو الذمة»⁽¹⁾.

وقد تعقب "ابن الشاط" تعريف "القرافي" في كتابه: «إدراك الشقوق على أنواع الفروق»، لكنه لم يورد التعريف الذي يراه مناسبا "للذمة"، هذا وكأنه إنما أراد لتعريف القرافي أن يقتصر على أن الذمة: "قبول الإنسان شرعا للزوم الحقوق دون التزامها"، وعلى هذا تكون للصبي "ذمة"، وأما إن كان لزوم الحقوق مع التزامها، فلا تكون للصبي "ذمة" قال: «والأولى عندي أنه يقال: إن الذمة قبول الإنسان شرعا للزوم الحقوق دون التزامها، وعلى هذا تكون للصبي "ذمة"، أو يقال: قبول الإنسان شرعا للزوم الحقوق والتزامها، فعلى هذا لا يكون للصبي "ذمة"»⁽²⁾، وهذا في الحقيقة إنما هو اقتراح منه في تعريف يثبت للصبي ذمة أو ينفى عنها، لكن لم يورد ابن الشاط - رحمه الله - هنا التعريف الذي يراه مناسبا "للذمة" فَيُثَبِّتُ للصبي فيه ذمة، أو ينفى عنها.

ويرى الباحث أن: تعريف القرافي - رحمه الله - : فيه اشتراط التكليف للذمة، فلا يعتبر للصبي "ذمة"، وذلك بدليل قوله عند ذكره للفرق بين "الذمة" و"أهلية التصرف": «فإن الذمة:

¹ - الفروق (365/3).

² - إدراك الشقوق (366/3).

يشترط فيها التكليف من غير خلاف أعلمه، بخلاف أهلية التصرف»⁽¹⁾، ولذلك لما وصل ابن الشاط إلى هذه العبارة للقرافي، قال: «إذا صح الاتفاق على اشتراط التكليف في الذمة، فلا ذمة للصبي، ويتعين حد الذمة، أورسمها بأنها: «قبول الإنسان شرعا للزوم الحقوق دون التزامها»⁽²⁾، فرجّح هنا التعريف الثاني، وهو: عدم ثبوت "ذمة" للصبي، وصدّره بعبارة: "إذا صح" بمعنى: أن التكليف إذا تأكد اشتراطه في الذمة، فالحاصل أنه لا ذمة للصبي، لكونه لم يكلف بعد.

والذي أراه هو: أن تعريف "القرافي" للذمة: واضح في اشتراط التكليف في الذمة، ولا يحتاج إلى عبارة أخرى كاشفة له، لقوله: «معنى شرعي مقدّر في المكلف» فخرج غير المكلف، وهذا واضح جلي من خلال تعريفه، لكن "ابن الشاط" - رحمه الله - يرجّح عبارة "لزوم الحقوق" على "التزامها"، لكون الصبي لا ذمة له، وليس محلا للالتزام؛ لكن تعبير الإمام "القرافي" - رحمه الله - أشمل، لكون المكلف له أن يلتزم في نفسه، وكذلك يلزمه في ذمته جزاء تصرفاته اتجاه الغير، فإذا هو محل للإلزام والالتزام، وأما تعبير ابن الشاط - رحمه الله - فهو أخص، حيث اعتبر للزوم وأخرج الالتزام.

جاء في: تفسير "التحرير والتنوير": عند تفسير قول الله تعالى: ﴿كَيْفَ وَإِنْ

يُظْهِرُوا عَلَيْكُمْ لَا يَرْفُبُوا فِيكُمْ إِلَّا وَلَا ذِمَّةً﴾⁽³⁾، قال: والذمة: ما يمت به

¹ - الفروق (366/3).

² - إدرار الشروق (366/3).

³ - سورة التوبة (الآية 8).

من الأواصر من صحبة، وخلة، وجوار، مما يجب في المروءة أن يحفظ ويحمى، يقال: في ذمتي كذا، أي التزم به وأحفظه»⁽¹⁾.

وجاء في "المعجم الوسيط": «والذِّمَّة عند الفقهاء: مَعْنَى يصير الإنسان به أهلاً لوجوب الحق له، أو عليه»⁽²⁾.

وعرفها الشيخ مصطفى الزرقا⁽³⁾ - رحمه الله - في كتابه "المدخل إلى نظرية الالتزام" بقوله: «هي محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه»⁽⁴⁾.

من خلال ما رأينا من تعاريف "الذِّمَّة"، يخرج الباحث بالتعريف التالي "الذِّمَّة"، وهو أنها: «مَعْنَى يصير الإنسان به أهلاً لوجوب الحق له، أو عليه، وفي تَضْيِيعِهِ حُرْمَةٌ»⁽⁵⁾، وَمَذْمَةٌ»⁽⁶⁾.

هذا هو تعريف "الذِّمَّة" الذي خرج به الباحث، ومن خلاله أستطيع أن أعرف "الذِّمَّة المَالِيَّة" بأنها: «حَقٌّ مَالِيٌّ تَعُمُرُ بِهِ الذِّمَّة، وَتَنْشَغُلُ بِهِ، وَيَجِبُ شَرَعًا الْوَفَاءُ بِهِ، أَوْ التَّحُلُّ مِنْهُ».

¹ - تفسير التحرير والتتوير، تأليف: الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، ط: الدار التونسية للنشر، تونس، (د.ع. ط)، 1984م، (10/124).

² - المعجم الوسيط (ص315).

³ - هو: الشيخ والفقيه: مصطفى أحمد الزرقا، الشيخ الحلبي، ابن الشيخ الفقيه أحمد الزرقا، ولد بمدينة حلب سنة 1322هـ - 1904م، من أبوين صالحين، ونشأ في بيئة علمية حافلة على الطلب والتحصيل، من شيوخه: أحمد الشافعي ومحمد راغب الطباخ، توفي سنة (ت1999م)، تنتظر: ترجمته على موقع: منتدى الحوار الإسلامي: www.al7ewar.net

⁴ - المدخل إلى نظرية الالتزام، تأليف: مصطفى الزرقا، ط: دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1420هـ - 1999م، (ص197).

⁵ - أي لا يحل تضييعها؛ لأن في تضييعها تضييع حق، والحُرْمَةُ في اللغة وردت بالمعنيين، بمعنى: ما لا يحل لك انتهاكه، وبمعنى: الحق، ينظر: لسان العرب (3/138 - 144)، مادة: (ح ر م).

⁶ - أي أن تضييعها مما يذم عليه، والمَذْمَةُ بالفتح: ما يذم عليه، وهو خلاف المحمودة. والمذمة كذلك: الحق، ينظر: لسان العرب (5/59)، مادة: (ذ م م)؛ قُلْتُ: لأن تضييع الحق يُوجِبُ مَذْمَةً.

المسألة الثالثة: مفهوم الدين لغة، واصطلاحاً:

أولاً: الدين لغة:

جاء في "معجم مقاييس اللغة" في باب: (دين)، قال: «ومن هذا الباب: الدَّين: يقال: دَايَنْتُ فلاناً، إذا عاملته ديناً، إما أخذاً، وإما إعطاءً، قال الشاعر:

دَايَنْتُ أَرْوَى وَالدُّيُونُ تُفْضَى فَمَطَلْتُ بَعْضًا وَأَدَّتْ بَعْضًا⁽¹⁾.

ويقال: دِنْتُ وَأَدَنْتُ، إذا أخذت بدين، وَأَدَنْتُ أَفْرَضْتُ وَأَعْطَيْتُ دَيْنًا

قال الشاعر: (2)

أَدَانَ وَأَنْبَاهَ الْأَوَّلُو نَ أَنْ الْمُدَانَ الْمَلِيَّ الْوَفِيَّ⁽³⁾

وجاء في "مختار الصحاح": فصل الدال، باب النون: «دين: الدَّيْنُ: واحد الديون، وقد دَانَهُ أَفْرَضَهُ، فهو مَدِينٌ وَمَدْيُونٌ، ودَانَ هو أي استقرض فهو: دَائِنٌ أي عليه دَيْنٌ وبابهما باع، قلت: فصار دَانَ: مشتركا بين الاقراض والاستقراض، وكذا الدائن، ورجل مَدْيُونٌ: كثر ما عليه من الدَّيْنِ، وَمَدْيَانٌ أي عادته أن يأخذ بالدين ويستقرض، وأدان فلان باع إلى أجل، تقول منه أدنى عشرة دراهم، وأَدَانَ بالتشديد استقرض»⁽⁴⁾.

¹ - البيت لرؤبة ابن العجاج التميمي البصري، وهو مطلع قصيدة له في مديح تميم، وسعد، ونفسه، ينظر: ديوان رؤبة بن العجاج التميمي البصري، ط: دار ابن قتيبة، الكويت، (د.ع.ط.ت.ن)، (ص: 79).

² - البيت لأبي ذؤيب الهذلي واسمه: خويلد بن خالد، ينظر: ديوان الهذليين، ط: دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، ط2، 1995 م، (65/1).

³ - معجم مقاييس اللغة (320/2)، باب: (دين).

⁴ - مختار الصحاح، تأليف: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، ط: المطبعة الكلية، مصر، ط1، 1329 هـ، (ص: 528)، "فصل: الدال، باب النون".

وجاء في "لسان العرب": «الدَّيْنُ: واحد الديون، معروف، وكل شيء غير حاضر دين، والجمع: أَدْيُنٍ مثل: أَعْيُنٍ، وَدُيُونٌ.. وَدِنْتُ الرجل: أقرضته فهو: مَدِينٌ وَمَدْيُونٌ.. وَدِنْتُهُ: أَقْرَضْتُهُ، وَأَدِنْتُهُ: استقرضته منه، وَدَانَ هو: أخذ الدَّيْنَ، ورجل دَائِنٌ وَمَدِينٌ وَمَدْيُونٌ.. وَمُدَانَ عليه دَيْنٌ، وقيل: هو الذي عليه دين كثير.. وَمَدْيَان: إذا كان عادته أن يأخذ بالدين، ويستقرض، وَأَدَانَ فلان إِدَانَةً: إذا باع من القوم إلى أجل فصار له عليهم دَيْنٌ.. والمَدِينُ الذي يبيع بدين، وَأَدَانَ واستدان، وَأَدَانَ: استقرض وأخذ بدين.. ودنته: أعطيته الدين، وَدِنْتُهُ: استقرضت منه.. وَدَانَ فلان بدين دينا: استقرض وصار عليه دَيْنٌ فهو دائن.. تداين القوم وادَّايَنُوا: أخذوا بالدين، والاسم: الدَّيْنَةُ»⁽¹⁾.

وفي "المعجم الوسيط": «الدَّيْن: القرض ذو الأجل، وإلا فهو قَرْضٌ، والدَّيْن: القرض، والدَّيْن: كل ما ليس حاضرا، والجمع: أَدْيُنٌ وَدُيُونٌ، وأصل الفعل دَانَ، دَانَ فلان دينا: اقترض: فهو دائن بمعنى مَدِين، وَأَدَانَ: اقترض فصار مدينا، وَأَدَانَ: أقرض فصار دائنا بدين، أَدَانَ: اقترض فصار مدينا، وكثر عليه الدين، وأدان القوم: تبايعوا أو تعاملوا بالدين، وتداين الرجلان: تعاملوا بالدين فأعطى كل منهما الآخر دينا وأخذ بدين، تَدَيَّنَ: اقترض فصار مدينا.. استدان: اقترض فصار مدينا، واستدان: طلب دينا»⁽²⁾.

ثانيا: الدين في اصطلاح الفقهاء:

اختلف الفقهاء في تعريف "الدين"، ويمكن أن نحصر ذلك في اتجاهين:

أولا: تعريف الحنفية.

ثانيا: تعريف الجمهور (المالكية، الشافعية، الحنابلة)

¹ - لسان العرب (4/459).

² - المعجم الوسيط (ص307).

أولاً: الحنفية: وقد عرفوه بأنه: «ما وجب في الذمة بعقد، أو استهلاك، وما صار في ذمته ديناً باستقراضه»⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف جمهور الفقهاء (المالكية، الشافعية، الحنابلة):

وقد عرفوه بأنه: «ما ثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته» فَتَدْخُلُ فِيهِ كُلُّ الدِّيُونِ الْمَالِيَةِ، سِوَاءٍ مِنْهَا مَا ثَبِتَ فِي نَظِيرِ عَيْنِ مَالِيَةٍ، وَمَا ثَبِتَ فِي نَظِيرِ مَنْفَعَةٍ، وَمَا ثَبِتَ حَقًّا لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ مِنْ غَيْرِ مُقَابِلٍ كَالزَّكَاةِ، وَتَخْرُجُ عَنْهُ سَائِرُ الدِّيُونِ غَيْرِ الْمَالِيَةِ مِنْ صَلَاةٍ فَائِتَةٍ، وَقِضَاءِ صَوْمٍ، وَنَحْوِ ذَلِكَ»⁽²⁾.

ومن الفقهاء المعاصرين: عرفه الشيخ مصطفى الزرقا - رحمه الله - بقوله: «كل ما ثبت في الذمة من الأموال القابلة للثبوت فيها بأي سبب من أسباب الالتزام، كالإتلاف، والغصب، والكفالة، والقرض...»⁽³⁾.

أما التعريف المختار بالنسبة للباحث، فهو: ما ذهب إليه الجمهور في تعريف "الدَّيْنِ" وهو: «كل ما يثبت في الذِّمَّة من مال بسبب يقتضي ثبوته».

وقد خرج الباحث بتعريف "للذِّمَّة" وهو أنها: «معنى يصير الإنسان به أهلاً لوجوب الحق له، أو عليه، وفي تضييعه حُرمة ومذمَّة»، وتعريف "للمال"، وهو أنه: «كل ما يملك من جميع الأشياء التي لها قيمة بين الناس، ويصح شرعاً الانتفاع به»، وتعريف "للذِّمَّة

¹ - حاشية رد المحتار (5 / 157).

² - حاشية سيدي محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني على شرح الشيخ: عبد الباقي الزرقاني وبهامشهما حاشية أبي عبد الله: سيدي محمد بن أحمد بن المدني علي كنون على مختصر خليل، ط: المطبعة الأميرية، مصر، ط1، 1306هـ، (5 / 115)؛ والمهذب للشيرازي (1 / 310)؛ والمغني (4 / 400).

³ - العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع)، تأليف: مصطفى الزرقا، ط: دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1420 هـ - 1999م (ص 77).

المالية"، وهي أنها: «حَقٌّ مالي تعمر به الذِّمَّة، وتنشغل به، ويجب شرعا الوفاء به، أو التحلل منه»، فهذا الحق المالي إذا صار في "الذمة"، فَضْمِنَ، فإن ذمة "الضامن" تعمر به، كما عمرت به "ذمة" المضمون عنه، ولذلك عبّر الفقهاء عن "الضمان" بقولهم "شغل ذمّة أخرى بالحق"⁽¹⁾، ونص جمهور الفقهاء - كما قد بينت سابقا- أن للطالب مطالبة أيهما شاء، إلا أن مشهور مذهب مالك رحمه الله: أنه لا يطالب الضامن إلا عند تعذر أخذ الحق من الغريم، وأما مع القدرة على أخذه من الغريم فخلاف، جاء في "التلقين" للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي: «وللطالب أخذ الضمين عند تعذر أخذ الحق من الغريم، وفيه مع القدرة على الغريم خلاف»⁽²⁾، والمشهور في مذهب مالك: أن الطالب إن استطاع أخذ المال من المدين، فلا يطالب الضامن بالدين، إلا أن يشترط أخذ أيهما شاء، جاء في "الشرح الصغير" للدريديري: «ولا يطالب الضامن إن تيسر الأخذ من مال المدين، ولو غائبا، إلا أن يشترط أخذ أيهما شاء»⁽³⁾.

الفرع الثاني: التصور الفقهي للعوض عن الضمان المالي

تعرفنا على مفهوم "الضمان المالي"، وعلى "العوض"، وقلنا إن "الضمان المالي" يقصد به: "ضَمُّ ذِمَّةِ الضَّامِنِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عنه في المطالبة بحقٍ مالي"، وأن "العوض" هو: "البذل"، وهذا المصطلح - "البذل"-: ورد على ألسنة الفقهاء في أبواب المعاملات المالية بمعنى: (العوض)⁽⁴⁾، والمراد به في هذا البحث "طلبه مقابل الضمان" بمعنى "الاستعاضة على الضمان".

¹ - التلقين (444)؛ مختصر خليل (182).

² - التلقين (445).

³ - الشرح الصغير (17/4).

⁴ - ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، تأليف د. نزيه حماد، ط: دار الشامية، بيروت، لبنان، ودار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1429 هـ - 2008 م، (ص 92).

إنه من المعلوم أن: "التزام إنسان أداء ما في ذمة غيره من مال" بمعنى: "ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في التزام حق مالي"، هو: "ضمان المال" المعروف عند الفقهاء - كما قد مر معنا-، لكن هذا "الضمان" إنما هو "التزام"، ويندرج عند جميع الفقهاء تحت مسمى "عقود التبرعات"، وأدرجوه في هذا الباب، وشرطوا "للضامن" أهلية التبرع حين تناولوا الكلام عن "أحكام الضامن"، وذلك لكون "الضمان" داخل في هذا الباب، أعني "التبرعات".

ف عند الحنفية: جاء في "المبسوط": «وأبو حنيفة ومحمد قالوا: الكفالة تبرع، وهو تبرع على الطالب بالالتزام له...»⁽¹⁾، وجاء في "تحفة الفقهاء": «...أما إذا أدى، فينظر: إن كان كفلاً بغير أمره فلا يرجع عندنا، خلافاً لمالك، لأنه تبرع بقضاء دين غيره، وإن كفلاً عنه بأمره، وهو ممن يجوز إقراره على نفسه بالدين، ويملك التبرع، يرجع عليه، لأن الكفالة في حق المكفول عنه: استقراض وهو: طلب القرض، والكفيل بالأداء: مقرض للمكفول عنه، ونائب عنه في الأداء إلى المكفول له، وفي حق المكفول له تمليك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل بما أخذه من المال، فيرجع عليه بما أقرضه، حتى إن الصبي المحجور، إذا أمر رجلاً بأن يكفل عنه، فكفل وأدى، لا يرجع عليه، لأن استقراض الصبي لا يتعلق به الضمان»⁽²⁾؛ جاء في "بدائع الصنائع" أنها: «عقد تبرع، فلا تتعقد ممن ليس من أهل التبرع...»⁽³⁾، وجاء في كتاب "الهداية" في الفقه الحنفي: «الكفالة بأمر تبرع ابتداء، ومعوضة انتهاء، وبغير أمر: تبرع ابتداء، وانتهاء»⁽⁴⁾، وفي "فتح القدير" لابن الهمام

¹ - المبسوط (170/19).

² - تحفة الفقهاء (5/6).

³ - بدائع الصنائع (5/6).

⁴ - الهداية (199/7).

الحنفي: « الكفالة: عقد تبرع، كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله، أو رفع الضيق عن الحبيب، فلا يبالي بما التزم في ذلك»⁽¹⁾.

وأما المالكية: فقد جاء في "الإشراف على نكت مسائل الخلاف" للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي - رحمه الله - قوله في "الضمان": «ولأنه معروف وإرفاق، فجاز في المعلوم والمجهول، كالعنق والهبة»⁽²⁾.

وقال ابن رشد الجد - رحمه الله - في "المقدمات": «فالكفالة بالمال جائزة في الشرع، لازمة في صريح الحكم؛ وهي من المعروف»⁽³⁾؛ وذكر الإمام القرافي المالكي - رحمه الله - في سياق الحديث عن مشروعية "الضمان"، أنه: من باب المعروف فيجوز قياساً على أبواب المعروف، قال في "الذخيرة": «وأما القياس: فلأنه باب معروف، فيجوز قياساً على العارية، والقرض، وغيرهما من أبواب المعروف»⁽⁴⁾.

وأما الشافعية: فهو: تطوع عندهم، وتبرع كذلك، لا يدخل في "باب المعاوضات"، لأنه التزام تطوعي من "الضامن"، وتبرع منه، قال في "الحاوي" في سياق الكلام عن "ضمان المريض" قال: «فأما المريض فضمانه معتبر من ثلث ماله لأنه تطوع...»⁽⁵⁾.

وأما الحنابلة: فقد ذكروا نفس الكلام في ذكر "ضمان المريض"، وقالوا إن حكم "ضمانه" حكم "تبرعه" يحسب من ثلثه، لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه، ولم يأخذ عنه عوضاً فأشبهه الهبة، قال في "المغني": «فأما المريض فإن كان مرضه غير مخوف، أو غير مرض

¹ - فتح القدير (170/7)

² - الإشراف (63/3).

³ - المقدمات (376/2)

⁴ - الذخيرة (191/9).

⁵ - الحاوي (461/6).

الموت، فحكمه حكم الصحيح، وإن كان مرضه مرض الموت فحكم ضمانه حكم تبرعه، يحسب من ثلثه، لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه، ولم يأخذ عنه عوضاً، فأشبه الهبة...»⁽¹⁾.

والتبرع بالشيء: التطوع به، وفعلت كذا متبرعا أي متطوعاً⁽²⁾.

وعرّف بعض المعاصرين "التبرع" بقوله: «عقد يكون فيه النفع لأحد المتعاقدين دون الآخر، يقوم على أساس المنحة، أو المعونة من أحد الطرفين»⁽³⁾، وكذلك بأنه: «عقد يفيد التملك بغير عوض، أو مقابل»⁽⁴⁾.

وجاء في "معجم المصطلحات المالية": «وتبرع بالأمر فعله غير طالب عوضاً»⁽⁵⁾.

وجاء فيه أيضاً هو: «بذل المكلف مالا، أو منفعة لغيره في الحال، أو المستقبل، بلا عوض بقصد البر، والمعروف غالباً»⁽⁶⁾.

إن عقود التبرعات، عقود ترتبط ارتباطاً وثيقاً بواقع حياة الناس ومعاملاتهم، وقد دعا الإسلام إلى التكامل، والمودة، والمحبة بين المسلمين، والمتأمل لنصوص الشريعة يجد أن من مقاصدها الكثير من باب "التبرعات" لما فيها من المصالح العامة، والخاصة، ولما يترتب عليها من الثواب الأخروي، و"عقود التبرعات" قائمة على أساس المواصاة بين أفراد الأمة الخادمة لمعنى الأخوة، فهي مصلحة حاجية جليلة، وأثر خُلقٍ إسلاميٍّ جميل، فبها

¹ - المغني (81/7)

² - ينظر: أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تأليف: الشيخ قاسم القنوي، ت: د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، ط: دار الوفاء، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1406هـ - 1986م، (ص256).

³ - أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، تأليف: سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي، ط: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1422هـ - 2002م، (ص86).

⁴ - ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، تأليف: عبد الحميد محمود البعلي، ط: مؤسسة الشرق، ط1، 1985م، (ص165).

⁵ - معجم المصطلحات المالية (ص127)

⁶ - المرجع نفسه (ص127).

حصلت مساعفة المعوزين، وإغناء المقترين، وإقامة الجم من مصالح المسلمين⁽¹⁾، ثم إن الدافع وراء "عقود التبرعات": هو الرغبة في الإحسان إلى المُتَبَرِّع له، دون انتظار كسب دنيوي يقتضيه العقد، والتبرعات: جاءت من المشرع إذنا بالتقرب إلى الله تعالى، ودوام بقاء الخير ووصول الأجر للمؤمن بعد وفاته، وسدا لحاجات الأمة، وتحقيقا لمصالح العامة.

وقد ذكر العلماء "لعقود التبرعات" مقاصد منها:

- التكثر منها لما فيها من المصالح العامة، والخاصة.
- أن تكون "التبرعات" صادرة عن طيب نفس لا يخالجه تردد، لأنها من المعروف والسخاء، ولأن فيها إخراج جزء من المال المحبوب بدون عوض يخلفه، فتمحض أن يكون قصد "المتبرع" النفع العام، والثواب الجزيل، ولذلك كان من مقصد الشارع فيها أن تصدر عن أصحابها صدورا من شأنه أن لا تعقبه ندامة حتى لا يجيء ضرر للمحسن من جراء إحسانه، فيحذر الناس فعل المعروف، إذ لا ينبغي أن يأتي الخير بالشر، كما أشار إليه قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾⁽²⁾، فطيب النفس المقصود في "التبرعات"، أخص من طيب النفس المقرر في "المعاوضات"، ومعنى ذلك أن تكون مهلة لزوم "عقد التبرع" عقب العزم عليه، وإنشائه أوسع من مهلة انعقاد "عقود المعاوضات"، ولزومها.
- التوسع في وسائل انعقادها حسب رغبة المتبرعين.

¹- ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، تأليف: الإمام محمد الطاهر ابن عاشور، ط: دار السلام، القاهرة، مصر، ودار سحنون تونس، ط1، 1433هـ - 2012م، (ص 212).

²- سورة البقرة (الآية 231).

- أن لا يجعل "التبرع" ذريعة إلى إضاعة مال الغير من حق وارث، أو دائن⁽¹⁾.

ويذكر بعض المعاصرين مقاصد أخرى "للتبرعات" منها:

- المقصد العقدي التعبدي: يعمل هذا المقصد على تكفير الذنوب، وصلة الأرحام والمودة، والألفة بين المسلمين، والتقرب إلى الله، وتحصيل الأجر، والثواب، وتربية النفس على البذل، والعطاء، وتدارك ما فرط فيه الإنسان في حياته من أعمال الخير، وهذا المقصد يعتبر الدافع الأساسي والمحرك للمسلم من أجل التبرع، والتطوع.

- المقصد الاجتماعي التكافلي: يؤدي هذا المقصد إلى تحقيق التعاون والتكافل والتضامن في المجتمع المسلم، وتثبيت، وترسيخ قيم الأخوة، والمحبة والتراحم بين مختلف أفراد المجتمع، وحفظ حق الفقراء والمهمشين في العيش الكريم.

- المقصد التنموي: ويحقق هذا المقصد إقامة وإنجاز المشاريع التي يعود نفعها على أفراد المجتمع، وتوفير الخدمات العامة للمجتمع.

- المقصد الاقتصادي: يؤدي هذا المقصد إلى تنمية المجتمع اقتصاديا، وذلك من خلال تداول النقد، وإعادة توزيع الثروات، ومنع تكديسها في أيدي قلة من الناس، والإسهام في الرفع من القدرة الشرائية للفئات الفقيرة، والمعوزة⁽²⁾.

¹- ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور - مرجع سابق - (ص 213- 217).

²- ينظر: دور عقود التبرعات في تحقيق التكافل الاجتماعي وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، إعداد: أ. د. هناء محمد هلال الحنيطي، طبعة دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الإمارات العربية المتحدة، (د.ع.ط)، 1438 هـ - 2017 م، (ص: 11-12).

ثم إن عقود التبرعات تنقسم من حيث اللزوم وعدمه إلى: عقود لازمة، وعقود غير لازمة، فمثال عقود التبرعات اللازمة: الكفالة، والوقف، وأما غير اللازمة فمثالها: القرض، الهبة، الوديعة، الوكالة، العارية، الوصية⁽¹⁾.

وأما بالنسبة "لعقود المعاوضات":

فالمعاوضة في الاصطلاح: تعني: المبادلة بين عوضين⁽²⁾، وعقد المعاوضة: «عقد يعطي كل طرف فيه نفس المقدار من المنفعة التي يعطيها الطرف الآخر»⁽³⁾، وعقود المعاوضة: "هي عبارة عن ضرب من التمليكات، تقوم على أساس إنشاء حقوق، والتزامات متقابلة بين العاقدین، خلافا للتبرعات التي تقوم على أساس الرفق، والمعونة، والمنحة من طرف لآخر دون مقابل»⁽⁴⁾.

فالمعاوضات تهدف إلى: إحداث معاوضة ومبادلة بين المتعاقدين على ما ملّكه كل منهما للآخر، وتفيد شيئاً واحداً وهو: تملك البذل للمحتاج إليه، فالمشتري يملك السلعة، والبائع يملك الثمن.

والمعاوضات: جنس ينتظم مبادلة مال بمال كالبيع، ومال بمنفعة كالإجارة، ومال بغير ما هو مال، ولا منفعة، كالزواج، والخلع، ويلحق بذلك مبادلة منفعة بمنفعة، ومبادلة المنفعة بما ليس بمال ولا منفعة، وغير ذلك، مما فيه معنى المعاوضة والمبادلة بين طرفين⁽⁵⁾.

¹ - ينظر: دور عقود التبرعات في تحقيق التكافل الاجتماعي - المرجع السابق - (ص 12-17).

² - ينظر: معجم المصطلحات المالية (ص 426).

³ - معجم لغة الفقهاء، وضع أ. د. محمد رواس قلعة جي، ط: دار النفائس، بيروت، لبنان، ط2، 1408 هـ - 1988 م، (ص 330-331).

⁴ - معجم المصطلحات (ص 427).

⁵ - ينظر: المدخل إلى فقه المعاملات المالية، تأليف أ. د. محمد عثمان شبير، ط: دار النفائس، عمان، الأردن، ط2، 1430 هـ - 2010 م، (ص 44-45).

وتختص المعاوضات بعدة خصائص وهي:

- المعاوضات بأصل وضعها وطبيعتها مترددة بين الربح والخسارة، كالبيع، في حين أن الربا في أصل وضعه وطبيعته مضمون الربح، وبعيد عن الخسارة، فلا يصح، وهو يفسد المعاوضة ولو كان قليلا.
- المعاوضات تقتضي المقابلة، والمشاحة (الشح بين الناس)؛ لأن نفوسهم تقوم على ذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِخْضِرَّتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ﴾⁽¹⁾، فلا يصح في بيع الذهب بالذهب تأجيل، في حين أن التبرعات تقوم على المسامحة، ولذا يجوز قرض النقود إلى أجل.
- المعاوضات لا تفسد، ولا تبطل بفساد أعواضها، فعندما يتبايع فرد وآخر على ثمن معين ثم يتلف هذا الثمن، فإن هذه المعاوضة لا تفسد، ولا تبطل، لأنها استوفت مقومات البقاء والاستمرارية، حيث إن تصرفات العاقل مصونة عن الاهدار، فهلاك الثمن لا يلغي المعاوضة، فإذا فسد الثمن وكان الثمن مثليا، كالقمح، والشعير: تأتي بمثل عوضا عن الثمن الفاسد، أما إذا كان الثمن من غير المثليات كالفرس مثلا تأتي بقيمته، وذلك عن طريق سؤال أهل الخبرة في هذا المجال.
- المعاوضات تفسد بكل من: الغرر الكبير الفاحش، والجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع، ولا تفسد بالغرر اليسير، والجهالة اليسيرة، في حين أنه يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات.
- لا يجمع بين عوض وتبرع؛ لأجل المعاوضة، فلا يجوز أن يتفق مقرض مع مقترض بأنه يقرضه ألف درهم لفترة محددة على أن يعيدها له في نهاية المدة، دون

¹ - سورة النساء (الآية 127)

زيادة لكن بشرط أن يتبرع المقترض بمائة درهم للمقرض من باب الهبة، فهذه الهبة تمت فقط لإتمام المعاوضة، وهذه حيلة، وتكون المعاوضة غير جائزة؛ لأن هذا التبرع لم يكن ليتم لو لم تكن هناك معاوضة معينة يراد تمريرها بالتحايل على الشرع.

- المعاوضات المطلقة تقتضي اللزوم، فإذا انعقد البيع، وفارق المتبايعان المجلس لزم البيع، ولا يجوز لأحدهما فسخه إلا برضا الطرف الآخر، وهو ما يطلق عليه الإقالة⁽¹⁾.

تلك هي خصائص "المعاوضات" ونلاحظ أنها تتفق مع "التبرعات" في كونها تفيد شيئاً واحداً وهو: التملك، إلا أن: «عقود المعاوضات تنتج تملك البذل، وعقود التبرعات تنتج ما تم عليه التبرع»⁽²⁾.

ومن خلال خصائص "عقود المعاوضات" يمكن أن نقول إن "التبرعات" تختص بما يلي:

- إذا كانت المعاوضات تقوم على أساس المشاحة، فإن التبرعات تقوم على أساس المسامحة، ولذلك نجد الشريعة تخفف من الضوابط، والقيود الخاصة بها.
- إذا كانت المعاوضات تفسد بكل من: الغرر الكبير، والجهالة الفاحشة، فإن التبرعات لا تفسد بهما؛ لأنه يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات.
- إذا كانت "المعاوضات" تتم بدون قبض العوضين، فإن "التبرعات" لا تتم إلا بالقبض.

¹- ينظر: المدخل إلى فقه المعاملات المالية - محمد عثمان شبير - (ص 45-46).

²- المرجع نفسه (ص 47).

- التبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع للمتبرع له⁽¹⁾.

من هنا يمكن أن أقول إن الضمان (الكفالة) مع عدم الرجوع على المكفول يدخل في "باب التبرعات"، وهذا هو تصور الفقهاء عنها - كما قد سقت من كلامهم - وهذا هو رأيي في أنها: تبرع في هذه الحالة على ما ذكره الفقهاء - رحمهم الله - ، وفي حالة الرجوع تكون من "باب الإقراض".

"والتبرعات" - كما قد مر معنا - لا تقبل العوضية؛ فلا يجمع بين عوض وتبرع لأجل المعاوضة، ولا يجوز أن يتفق مقرض مع مقترض مثلا بأن: يقرضه ألف درهم لفترة محددة على أن يعيدها له في نهاية المدة دون زيادة، لكن بشرط أن يتبرع المقترض بمائة درهم للمقرض من "باب الهبة"، فهذه الهبة تمت فقط لإتمام المعاوضة، وهذه حيلة وتكون المعاوضة غير جائزة، والتبرع: إنما هو: فعل الأمر بغير طلب عوض، وأما كونه يضمن مالا بأمر أو بغير أمر؟ فإن كان القصد من "ضمان المال" التبرع، فلا مجال للعوض، لأن من خصائص "عقد التبرع" عدم دخول العوض فيه، وإن كان بنية "السلف"⁽²⁾، أو "القرض" وينوي الرجوع به، فالسلف، أو القرض: لأجل المنفعة يدخل في مسمى "الربا"، جاء في المذهب الحنفي: قال: العيني - رحمه الله - : « أجمع المسلمون بالنقل عن النبي صلى الله عليه وسلم أن اشتراط الزيادة في السلف ربا حرام »⁽³⁾.

وفي مذهب المالكية: قال ابن عبد البر المالكي رحمه الله: « كل زيادة من عين، أو منفعة يشترطها المسلف على المستلف فهي ربا لا خلاف في ذلك »⁽⁴⁾، وقال: « وقد أجمع

¹ - ينظر: المدخل إلى فقه المعاملات المالية - محمد عثمان شبير - (ص 47).

² - هو القرض في لغة الحجاز.

³ - المبسوط (35/14).

⁴ - الاستنكار (54/21).

المسلمون نقلا عن نبيهم صلى الله عليه وسلم أن اشتراط الزيادة في السلف ربا، ولو كان قبضة من علف، أو حبة، كما قال ابن مسعود: «أو حبة واحدة»⁽¹⁾، وقد نقل عنه هذا الكلام القرطبي المالكي في تفسيره⁽²⁾.

وعند الشافعية، جاء في كتاب "الإجماع" لابن المنذر - رحمه الله - قوله: «أجمعوا على المسلف إذا شرط على المستسلف هدية، أو زيادة، فأسلف على ذلك أن: أخذ الزيادة ربا»⁽³⁾.

وعند الحنابلة، قال ابن تيمية - رحمه الله - : «وقد اتفق العلماء على أن المقرض متى اشترط زيادة على قرضه كان ذلك حراما»⁽⁴⁾، وقال ابن قدامة: «كل قرض شرط فيه أن يزيده: فهو حرام بغير خلاف»⁽⁵⁾، وجاء في "المبدع": «كل قرض شرط فيه زيادة: فهو حرام إجماعا؛ لأنه عقد إرفاق وقربة، فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه، ولا فرق بين الزيادة في القدر، أو الصفة، مثل أن يقرضه مكسرة، فيعطيه صحاحا، أو نقدا ليعطيه خيرا منه...»⁽⁶⁾.

وفي المذهب الظاهري، قال ابن حزم الظاهري الأندلسي - رحمه الله - : «القرض: فعل خير، وهو أن تعطي إنسانا شيئا بعينه من مالك تدفعه إليه ليرد عليك مثله، إما حالا في ذمته، وإما إلى أجل مسمى هذا مجمع عليه، وقال الله تعالى:

¹ - التمهيد (68/4).

² - ينظر: تفسير القرطبي (241/3).

³ - الإجماع لابن المنذر (ص 120، 126).

⁴ - مجموع الفتاوى (334/29).

⁵ - المغني (211/4).

⁶ - المبدع (209/4).

﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى

فَآكُتُبُوهُ﴾⁽¹⁾⁽²⁾، وقال: «ولا يحل أن يشترط رد أكثر مما أخذ و لا أقل، وهو ربا

مفسوخ، ولا يحل اشتراط رد أفضل مما أخذ ولا أدنى، وهو ربا، ولا يجوز اشتراط نوع غير النوع الذي أخذ، ولا اشتراط أن يقضيه في موضع كذا، ولا اشتراط ضامن»⁽³⁾.

وقد ثبت في الأثر ما يدل على أن الزيادة على أصل الحق داخلة في الربا، فقد جاء في صحيح الإمام البخاري - رحمه الله - من طريق شعبة عن سعيد بن أبي بردة عن أبيه: «أتيت المدينة، فلقيتُ عبد الله بن سلام رضي الله عنه فقال: ألا تجيء فأطعمك سويقاً، وتمرا وتدخل في بيت؟، ثم قال: إنك في أرض الربا بها فاش، إذا كان لك على رجل حق، فأهدى إليك حمل تبنٍ، أو حمل شعيرٍ، أو حمل قنّ، فإنه ربا»⁽⁴⁾.

من هنا، فإن "ضمان المال" لا يخلو أن يكون تبرعا لا يراد منه الانتفاع، ومن جملة الانتفاع أخذ العوض عليه، أو يكون قرضا في ذمة المضمون عنه، فلا يجوز للضامن أن يأخذ عوضا عن القرض، أو السلف؛ لأنه حينئذ سيؤول إلى سلف، أو قرض بمنفعة⁽⁵⁾، وذلك ربا، وكلا الحالتين حكمها المنع، وسنرى - إنشاء الله - في المطلب الموالي آراء الفقهاء في أخذ العوض عن الضمان المالي.

¹ - سورة البقرة (الآية 281)

² - المحلى (77/8)

³ - المصدر نفسه (77/8).

⁴ - أخرجه البخاري، كتاب مناقب الأنصار، باب مناقب عبد الله بن سلام رضي الله عنه، حديث (3814)، (ص 934).

⁵ - قال النووي في "روضة الطالبين" (275/3): «يحرم كل قرض جر منفعة...».

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في العوض عن الضمان المالي

الفرع الأول: آراء جمهور الفقهاء في العوض عن الضمان المالي:

المقصود في هذه المسألة هو: حكم أخذ أجر (عوض مالي) في مقابل الالتزام بالدين، وتقديم "الضمان"، وهو ما يسمى عند الفقهاء ب: "الضمان بجعل"، أو "الجعل على الضمان"، أو "أخذ الأجر على الضمان"، وهو ما يمكنني أن أعبر عنه "بالاستعاضة على الضمان"، وهو: "طلب العوض على الضمان"، أو "الاعتياض على الضمان" بمعنى: أخذ عوض مالي (أجر)، أو (جعل) مقابل القيام بعملية "الضمان"، فمذهب فقهاء المذاهب الأربعة في هذه المسألة هو المنع، وقال به: سفيان الثوري، وابن جرير الطبري، وابن المنذر، ورؤي عن إبراهيم النخعي، - رحمهم الله - على ما سألين إنشاء الله - وذلك بناء على أن "الضمان" في بدايته قائم على محض التبرع بالتزام مال، ويؤول إلى "القرض" عند رجوع الكفيل على الأصل، واختلفوا هل يبطل "العوض" وحده، ويصح الضمان؟ أو يبطلان معا؟

جاء عن سفيان الثوري - رحمه الله - أنه قال: «إذا قال رجل لرجل: أكفل عني ولك ألف درهم، الكفالة جائزة، ويرد عليه ألف درهم»⁽¹⁾، فهنا أبطل الجعل ورده، وأجاز الكفالة بمعنى: أن الكفالة لازمة، والجعل مردود.

وأما محمد بن جرير الطبري - رحمه الله - في كتابه "اختلاف الفقهاء" فقد أبطل "الضمان" (الكفالة) بجعل، قال فيه: «ولو كفل رجل على رجل بمال عليه لرجل على جعل جعله له المكفول عليه: فالضمان على ذلك باطل، ولا يلزم الضامن للمضمون له شيء، إن كان ضمن له ما ضمن على شرط جُعِلَ على الذي عليه المال، أو على المضمون له في

¹ - مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه برواية إسحاق بن منصور الكوسج المروزي، تحقيق مجموعة من الباحثين في الجامعة الإسلامية، طبعة الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط1، 1425 هـ - 2004م، (ص 3055).

حال الضمان، وإن كان ضمانه للمضمون له ما ضمن عن غريمه بغير شرط، كان في حال الضمان: عليه الجعل، ولا على غريمه، وكان للمضمون له إتباع الضامن بما ضمن له عن غريمه، ولم يكن للضامن من اتباع من جعل له على ذلك جعلاً بما جعل له»⁽¹⁾.

فهنا نجد الإمام ابن جرير الطبري - رحمه الله - أبطل الضمان بشرط الجعل، بمعنى أنه لا يلزم لكونه على شرط باطل، وهو شرط الجعل (العوض).

ولما أورد ابن جرير الطبري رحمه الله كلامه المتقدم قال بعده: وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه⁽²⁾.

قلت: ومذهب الحنفية هو: إبطال الضمان بشرط الجعل بمعنى: أنه إذا كان مشروطاً في الضمان؛ فالضمان على ذلك باطل، بخلاف ما إذا لم يشترط الجعل فيه، جاء في "المبسوط": «ولو كفّل رجل عند رجل بمال على أن يجعل له جعلاً، فالجعل باطل، هكذا رُوي عن إبراهيم رحمه الله، وهذا لأنه: رشوة، والرشوة: حرام، فإن الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال؛ فلا يجوز أن يجب عليه عوض بمقابلته، ولكن الضمان جائز إذا لم يشترط الجعل فيه، وإن كان الجعل مشروطاً فيه؛ فالضمان باطل أيضاً؛ لأن الكفيل ملتزم والالتزام لا يكون إلا برضاه، ألا ترى أنه لو كان مكرهاً على الكفالة لم يلزمه شيء، فإذا اشترط الجعل في الكفالة، فهو ما رضي بالالتزام إذا لم يسلم له الجعل، وإذا لم يشترطه في الكفالة، فهو راض بالالتزام مطلقاً، فيلزمه»⁽³⁾.

¹ - اختلاف الفقهاء، تأليف: الإمام العلامة: أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ع. ط. ت.ن)، (ص 193 - 194).

² - ينظر: المرجع السابق (ص 192).

³ - المبسوط (32/20).

من خلال هذا النص من الفقه الحنفي؛ يستطيع الباحث أن يستنبط ما يلي:

أولاً: الجعل على الضمان باطل.

ثانياً: الضمان بشرط الجعل فاسد.

ثالثاً: الجعل على الضمان رشوة، والرشوة حرام.

رابعاً: زيادة مال على ما التزمه الضامن هي عوض مالي بدون مقابل، ولا يجوز أن يجب على الأصيل عوض مالي بدون مقابل؛ لأنه رشوة، والرشوة حرام.

خامساً: الضمان (الكفالة) التزام تطوعي غير واجب، ولا ينعقد إلا برضى "الضامن"، فإن أكره عليه لم يلزمه، ومن هنا فإن شرط الجعل لا يكون إلا برضى "الضامن"، كأصل "ضمانه"، فإن شرط الجعل؛ فالجعل باطل، والضمان فاسد، حيث إنه رضي به في أصل "الضمان" كرضائه بالتزام الضمان حيث لا ينعقد بدون رضاه.

وجاء في "البحر الرائق شرح كنز الدقائق" لابن نجيم الحنفي: «وفي الخلاصة "كفل بماله على أن يجعل له الطالب جعلاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً فيها فالكفالة باطلة"، وهذا يفيد أنها تبطل بالشروط الفاسدة إذا كانت في صلبها»⁽¹⁾، قال ابن عابدين الحنفي في حاشيته "منحة الخالق على البحر الرائق": «قال: الرملي: ولو كفل رجل عن رجل على أن يجعل له جعلاً؛ فهذا على وجهين: إما أن يكون الجعل مشروطاً في الكفالة أولاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة؛ فالجعل باطل، والكفالة جائزة، أما الجعل باطل؛ لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل، فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه، فهو باطل؛ لأنه ربا، والكفالة جائزة؛ لأنها

¹ - البحر الرائق (242/6)؛ وينظر: فتح القدير (175/7).

مطلقة غير معلقة بالجعل، فأما إذا كان الجعل مشروطاً في الكفالة، ذكر أن الجعل باطل والكفالة باطلة، أما الجعل باطل لما بينا، وكان يجب أن تصح الكفالة؛ لأن الكفالة مما لا يبطلها الشروط الفاسدة، ألا ترى أنه لو كفل إلى أن تهب الرياح، أو تمطر السماء، كان الشرط باطلاً، والكفالة صحيحة، فيجب أن يكون الجواب ههنا كذلك، والجواب عنه: أن الكفالة متى بطلت، إنما بطلت؛ لأنه شرط فيها شرط فاسد، فإن لم تصح من حيث أنه علقها بشرط للكفيل فيه منفعة؛ لأن الكفيل ممن ينتفع بالجعل، فلا بد من مراعاة الشرط لتثبت الكفالة، والشرط لم يثبت لما لم يستحق الجعل، فلا تثبت الكفالة، وكان بطلان الكفالة من هذا الطريق، لا من حيث أنه شرط، بخلاف شرط هبوب الرياح، ومطر السماء؛ لأنه شرط لا ينتفع به الكفيل، وإذا لم يكن للكفيل فيه منفعة لم تجب مراعاة هذا الشرط، كما لو شرط في البيع شرطاً لا ينتفع به أحدهما، وإذا لم يثبت كانت الكفالة مرسلة⁽¹⁾.

ومن خلال هذه النصوص في المذهب الحنفي: يمكن للباحث أن يخرج بما يلي:

أولاً: أن الكفالة المشروطة بالجعل باطلة، وبطلانها من بطلان شرطها، وهو شرط ينتفع به الكفيل، وإما إن كان الشرط المشروط في الضمان غير منتفع به؛ فحينئذ لا تفسد الكفالة وتكون صحيحة، ولو كان الشرط باطلاً لوجود علة عدم الانتفاع بالشرط، ومثاله: تعليق الكفالة بهبوب الرياح، أو نزول المطر؛ فالشرط هنا باطل، والكفالة صحيحة.

ثانياً: تعليل بطلان الجعل في كونه زيادة على أصل الإقراض؛ فاعتُبر الكفيل مقرضاً في حق المطلوب، وإذا اشترط له الجعل مع ضمان المثل؛ فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه، وهذه الزيادة باطلة؛ لأنها ربا.

¹ - ينظر: حاشية منحة الخالق على البحر الرائق (242/6).

ثالثاً: تصح الكفالة إذا لم تُشترط بشرط باطل ينتفع به الكفيل؛ فإن كان الشرط مما لا ينتفع به؛ بطل الشرط وصحت الكفالة، ومثاله: تعليق الكفالة بهبوب الريح، أو نزول المطر؛ فالشرط باطل والكفالة صحيحة، وأما تعليقها بشرط يُنتَفَع به كالجعل مثلاً؛ فتكون الكفالة حينها باطلة، والشرط باطل.

وجاء في "مجمع الضمانات": «ولو كفّل بمال على أن يجعل الطالب له جُعْلاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة؛ فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً في الكفالة؛ فالكفالة باطلة»⁽¹⁾. قلت: قوله: (فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة، فالشرط باطل) يعني: دون الكفالة لكون "الجعل" غير مشروط فيها، وأما إن كان الجعل مشروطاً في الكفالة؛ فالكفالة باطلة كبطلان الشرط المشروط فيها، وهو الجعل، فيبطل الشرط، والمشروط معاً، وهو: الجعل والكفالة معاً، بمعنى أنهما: يبطلان جميعاً.

من هنا يستنبط الباحث: من خلال فقه الحنفية، أن فقهاء الحنفية - رحمهم الله - : يعللون منع أخذ العوض (الجعل) على الضمان (الكفالة)، كونه زيادة ربوية على أصل القرض؛ لأنهم يرون أن الكفيل مقرض للأصيل بما يؤدي عنه بأمره، والأصيل مستقرض، وقد ذكر صاحب "المبسوط" علتين: (كونه قرضاً - ولا تحل الزيادة على القرض-، وكونه رشوة، والرشوة حرام)، جاء في "المبسوط": «فإنه بالكفالة أقرض ذمته من الأصيل، فيجب له مثل ما التزمه في ذمة الأصيل، وبالأداء يصير مقرضاً ماله منه حين أسقط دين الطالب عنه، فيرجع عليه بمثله»⁽²⁾، وقال في موضع آخر من "المبسوط": «ولو كفّل رجل عن رجل بمال على أن يجعل له جُعْلاً، فالجعل باطل هكذا روي عن إبراهيم رحمه الله، وهذا لأنه: رشوة،

¹ - مجمع الضمانات (610/2).

² - المبسوط (116/15).

والرشوة حرام، فإن الطالب ليس يستوجب بهذه الكفالة زيادة مال؛ فلا يجوز أن يجب عليه عوض بمقابلته»⁽¹⁾، قلت: وجامعهما هو: أخذ مال بغير حق.

ومما يدل على أن فقهاء الحنفية يعللون المنع في "الجعل على الضمان" في كونه زيادة ربوية على أصل "الإقراض"، واعتبارهم أن الكفيل مقرض في حق الأصيل، فيكون "الجعل" حينئذ باطلا لكونه زيادة ربوية غير مشروعة على أصل القرض، ما جاء في "تحفة الفقهاء": «أما إذا أدى فينظر: إن كان كفيل بغير أمره، فلا يرجع عندنا خلاف لمالك؛ لأنه تبرع بقضاء دين غيره، وإن كفيل عنه بأمره وهو ممن يجوز إقراره على نفسه بالدين، ويملك التبرع يرجع عليه؛ لأن الكفالة في حق المكفول عنه استقراض، وهو طلب القرض، والكفيل بالأداء مقرض للمكفول عنه، ونائباً عنه في الأداء إلى المكفول له»⁽²⁾، ومن هذا النص من "تحفة الفقهاء" في الفقه الحنفي: يستتبط الباحث ما يلي:

أن الكفالة بغير أمر المكفول عنه تبرع، ومن المعلوم أن التبرع معروف وإرفاق، فلا يجوز طلب عوض مالي (جعل) في مقابلته، جاء في "فتح القدير" «والكفالة أخذ تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله، أو رفع الضيق عن الحبيب؛ فلا يبالي بما التزم في ذلك»⁽³⁾.

ومن نصوصهم الدالة على أن العلة في منع الجعل على الضمان كونه زيادة على أصل القرض، وهو باطل؛ لأنه ربا، ما جاء في "حاشية ابن عابدين - منحة الخالق على البحر الرائق-: «أما الجعل باطل؛ لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب، وإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل، فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه، فهو باطل؛ لأنه ربا»⁽⁴⁾.

¹ - المبسوط (32/20).

² - تحفة الفقهاء (3 / 239).

³ - فتح القدير (170/7).

⁴ - منحة الخالق (42 2/6).

وأما المالكية: فقد جاء في نصوصهم ما يدل على منع أي انتفاع "للضامن" من ضمانه، وأنه لا يرجع إلا بما أدى عن المدين، جاء في "المدونة": «قلت: أرأيت إن تكفلت لرجل بألف درهم هاشمية، فرضي صاحب الحق بألف درهم دمشقية فقضيت ذلك، بم أرجع على صاحبي الذي عليه الأصل؟ قال: ترجع عليه بألف درهم دمشقية؛ لأنك كذا أديت»⁽¹⁾.

وجاء فيها أيضا: «قلت لابن القاسم: أرأيت لو أن كفيلا تكفل بمائة دينار على رجل فأبرأت الكفيل من خمسين دينارا على أن يدفع إلي الخمسين دينارا بم يرجع الكفيل على الذي عليه الأصل؟ قال بما أدى وهي الخمسون دينار...»⁽²⁾.

وجاء فيها: «قلت: أرأيت لو أن كفيلين تكفلا بألف درهم عن رجل، فقال أحدهما لصاحبه: ادفع إليّ مائة درهم، وأنا أدفع الألف كلها عني وعنك؟ قال إن كان قد حل الحق - وصاحب الحق حاضر - وإنما يأخذها منه فيدفعها مكانه؛ فذلك جائز، وإن كان إنما اعتبرها سلفا ينتفع به، أو كان صاحب الحق غائبا، أولم يحل الحق؛ فهذا لا يجوز، وهذا رأي»⁽³⁾.

ومن نصوص المالكية الدالة على منع أي انتفاع للضامن من ضمانه، ومنع الحمالة بجعل، وسقوطها، وبطلان الجعل إن كان صاحب الحق على علم به، ولزومها إن لم يكن عالما به، ما جاء في كتاب "النوادر والزيادات": «قال: ابن القاسم: (ولو قال للطالب: هب فلانا دينارا غير الغريم فأنا أتحمّل لك بدينك لم يجز، وهي حمالة بجعل)»⁽⁴⁾، وجاء فيه: «قال مالك: (لا تجوز الحمالة بالجعل)، قال ابن القاسم: (فإن كان صاحب الحق عالما

¹ - المدونة: رواية سحنون عن ابن القاسم رحمهم الله (108/4).

² - نفس المصدر (109/4).

³ - المصدر نفسه (109/4).

⁴ - النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تأليف: أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي زيد القيرواني، ت: الأستاذ محمد الأمين بوخبزة، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1989 م، (10 / 128).

بذلك؛ سقطت الحملالة، ورُدَّ الجعل، وإن لم يعلم؛ فالحملالة لازمة، والجعل مردود)، وقاله أصبغ، وكذلك قال ابن حبيب عن مطرف عن مالك، وقاله ابن الماجشون وابن عبد الحكم، وأصبغ⁽¹⁾، وجاء فيه أيضا: «قال ابن القاسم: (ومن له قبل رجل طعام يوفيه إياه ببلد فاقتضى بعضه عند أجله، وتحمل له رجل بباقيه على أن يوفيه إياه ببلد آخر؛ فلا يجوز ذلك، وتسقط الكفالة)، قال أصبغ معناه: (أن البلد الآخر أقرب إلى منزله؛ فصار تأخيرها بنفع)⁽²⁾، وفيه: «روى أشهب عن مالك: في من له على رجل مائة درهم، فأخره بها إلى أن أعطاه حميلا أنه: جائز، فإن قال الحميل: أنا أتحمل لك، وتضع عشرة، لم يجز، كأنه أعطاه عشرة من دينه على أن تحمل له»⁽³⁾ وجاء فيه أيضا نقلا عن "العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك: «أن الحملالة بالجعل حرام ويرد ما أخذ»⁽⁴⁾، وعن ابن القاسم: «ولو قال للطالب: هب فلانا دينارا غير الغريم فأنا أتحمل لك بدينك، لم يجز وهي حمالة بجعل»⁽⁵⁾، وجاء فيه المنع كذلك من سماع أصبغ: «ومن قال لرجل تحمل عني لفلان ولك دينار، فلا يجوز كأنه أخذ دينارا ليضمن عشرة»⁽⁶⁾.

وهذه النصوص التي سقت تدل على اتفاق قول المالكية على منع الحملالة بجعل، وكونها ساقطة إن علم الطالب بها، ولازمة والجعل باطل، إن لم يكن الطالب على علم بها، وهذا ما اتفقت عليه عامتهم، وهو المنقول عنهم، والمنصوص في كتبهم، سواء في ذلك المتقدمين منهم – كما قد سقت من كلامهم – وكذلك متأخريهم.

¹ – النوادر والزيادات (10 / 126).

² – نفسه (10 / 127).

³ – المصدر نفسه (10 / 129).

⁴ – نفس المصدر (10 / 132).

⁵ – نفسه (10 / 128).

⁶ – المصدر نفسه (10 / 132).

جاء في كتاب "المنتقى شرح موطأ مالك" لأبي الوليد الباجي المالكي - رحمه الله - قوله: «والحمالة بالجعل حرام، قاله مالك في العتبية من رواية ابن القاسم عنه، ومعنى ذلك أن تعطي المتحمل جعلاً على حمالته، قال في العتبية: (ويرد ما أخذ)، قال في الموازية: (فإن كان صاحب الحق عالماً بذلك سقطت الحماله، ورُدَّ الجعل، فإن لم يعلم بذلك؛ فالحمالة لازمة والجعل مردود)، ومعنى ذلك أنه: عقد يختص بالمعروف، فلم يصح فيه العوض كالقرض، وقد قال أصبغ في الموازية: (كل حمالة وقع حرامها بعقد بين الحمل، والمطلوب، بغير علم الطالب، فالحمالة له ثابتة، وإنما يفسدها علم الطالب)، قال محمد: (ويكون ذلك من سببه ومعاملته، فإن لم يكن من سببه، ولا علم به في الحماله، فالحمالة ثابتة)»⁽¹⁾.

وجاء في كتاب "البيان والتحصيل" للقاضي أبي الوليد ابن رشد الجد - رحمه الله - : «فإذا تحمل الرجل بجعل يأخذه من الطالب، أو من المطلوب بعلم الطالب؛ سقطت الحماله ورد الجعل، وأما إن تحمل بجعل يأخذه من المطلوب بغير علم الطالب؛ فالجعل ساقط، والحمالة لازمة، قاله مطرف، وابن الماجشون، وابن وهب، وأصبغ في "الواضحة" وابن القاسم فيهما»⁽²⁾ وجاء فيه قوله: «وفي كتاب ابن المواز: وكذلك إذا التزم العهدة عن البائع للمشتري، بجعل يأخذه من المشتري، أو من البائع، بعلم المشتري، فالجعل مردود، والالتزام ساقط، فترجع العهدة على البائع، وأما إن كان الجعل من البائع بغير علم المشتري، فالجعل

¹ - المنتقى شرح موطأ مالك، تأليف: القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، ت: محمد عبد القادر أحمد عطاء، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1420 هـ - 1999 م، (484/7).

² - البيان والتحصيل (11 / 290 - 291).

مردود والالتزام لازم⁽¹⁾، وجاء فيه كذلك: نقل حرمة الحملية بجعل عن مالك رحمه الله، قال: «وقال مالك: الحملية بالجعل حرام»⁽²⁾.

وجاء في كتاب "الذخيرة" للإمام القرافي - رحمه الله - : «ولو كان له عليه عشرة إلى شهر، فأخذ منه حميلاً على أن يضع عنه درهمين منعه ابن القاسم؛ لأنه ضامن بجعل»⁽³⁾، وهذا اختيار القرافي رحمه الله، وحتى لو كان الجعل من الطالب للمطلوب على أن يأتيه بحميل؛ فقد منعه ابن القاسم، وأجازه أشهب، وأصبع؛ لأنه معروف لغير الضامن، قال في "الذخيرة": «وقال أشهب: إذا حط عنه على أن يعطيه حميلاً، أو رهناً إلى أجل جاز؛ لأنه معروف لغير الضامن، وقال أصبع: لو أعطاه ديناراً على أن يأتيه بحميل إلى أجل جاز، كما حطه من دينه، والأشبه قول ابن القاسم؛ لأنهم لم يختلفوا لو سأل الغريم التحمل عنه بجعل أنه ممتنع»⁽⁴⁾.

وأما إذا كانت المنفعة للحميل في الحملية فإن الجعل يرد قولاً واحداً⁽⁵⁾ عندهم، وحتى لو كان الذي عليه الدين هو السائل للحميل أن يتحمل عنه بجعل ففعل سقط الجعل؛ لأنه عن السلف⁽⁶⁾، وأما الحملية: فإن لم يعلم المتحمل له بالجعل ثبتت أو علم به سقطت⁽⁷⁾. وفي "الذخيرة": «عن ابن يونس: قال مالك: تمتنع الحملية بجعل، فإن ترك وعلم صاحب

¹ - البيان والتحصيل (11 / 291).

² - المصدر نفسه (11 / 289).

³ - الذخيرة (9 / 213).

⁴ - المرجع نفسه (9 / 213 - 214).

⁵ - ينظر: المرجع نفسه (9 / 216).

⁶ - نفسه (9 / 215).

⁷ - المرجع نفسه (9 / 215).

الحق سقطت الحمالة، ورد الجعل، وإن لم يعلم لزمت الحمالة الحميل، ويرد الجعل على كُلِّ⁽¹⁾.

وفيها كذلك: « عن ابن القاسم: إذا علم صاحب الحق سقطت الحمالة.. وقال محمد: الحمالة لازمة إذا لم يكن لصاحب الحق في ذلك سبب»⁽²⁾.

من هنا يستطيع الباحث أن يلخص ما ورد من "أحكام الجعل على الضمان" من خلال كتاب "الذخيرة" للإمام القرافي - رحمه الله - فيما يلي:

- لا يجوز للضامن أن ينتفع من ضمانه مطلقاً، قولاً واحداً.
- يجوز للمطلوب عند أشهب، وأصبع: أن يأخذ جعلاً من الطالب، أو من غيره على أن يأتيه بحميل، ومنع ذلك ابن القاسم، وهو اختيار القرافي رحمه الله.
- إذا كان صاحب الحق عالماً بالجعل: بطلت الحمالة ورُدَّ الجعل، وأما إذا لم يكن صاحب الحق على علم بالجعل؛ لزمت الحمالة، ورُدَّ الجعل.

وقد لخص جملة هذه الأحكام: أبو المودة خليل بن إسحاق الجندي المالكي - رحمه الله - في مختصره بقوله: «أو فسدت كجعل من غير ربه لمدينه»⁽³⁾، قال في "مواهب الجليل": «هذا هو الموجود في غالب النسخ، ومعناها فاسد كما يفهم من كلام ابن غازي، فالنسخة الصحيحة هي النسخة الأولى التي ذكرها ابن غازي، ونص كلامه كذا في كثير من النسخ (غير) بالغين المعجمة والياء والراء، (وكمدينة) بالكاف التي للتشبيه، فهو كقوله في "توضيحه"⁽⁴⁾: لا يجوز للضامن أن يأخذ جعلاً سواء كان من رب الدين، أو من المدين، أو

¹ - الذخيرة (9 / 218).

² - نفسه (9 / 216).

³ - مختصر خليل (ص 184).

⁴ - يقصد كتاب "التوضيح" لخليل بن إسحاق رحمه الله.

غيرهما، وفي بعض: (وإن من عند ربه لمدينه) بلفظ "عند" بالعين المهملة والنون والذال، و(لمدينه) باللام، وجوابه على هذا أن يقول: لا من عند ربه لمدينه بـ(لا) النافية، حتى يكون موافقا لقوله في "التوضيح": اختلف إذا كان رب الدين أعطى المديان شيئا على أن يعطي حميلا؛ فأجازه مالك، وابن القاسم، وأشهب، وغيرهم؛ وعن أشهب في "العتبية" أنه لا يصح، وعنه أيضا: أنه كرهه، وقال اللخمي وغيره الجواز أبين⁽¹⁾، ثم ذكر بعدها أن هاتان النسختان اللتان ذكرهما - يعني ابن غازي - غير مشهورتين والنسخة المشهورة (من غير ربه لمدينه)، قال في "مواهب الجليل": « وهاتان النسختان اللتان ذكرهما غير مشهورتين، والنسخة المشهورة (من غير ربه لمدينه)، كما ذكرته أولا بإسقاط ، (وإن) و(غير) بالغين المعجمة، والياء، والراء، ولمدينه بلام الجر، وهذه النسخة معناها فاسد؛ لأنها تدل على أن الضمان يفسد إذا دفع غير رب الدين للمديان جعلاً على أن يعطي لرب الدين حميلا وهذا لا يصح؛ لأنه تقدم في كلام ابن غازي: (أن الجعل لو كان من رب الدين لصح)، فأحرى إذا كان من غيره، ولو كان بدل اللام كاف لصحت؛ لأنها ترجع إلى الأولى، غير أنه يدعي فيها أنه إذا كان الجعل من عند ربه أحروبا، فأولى النسخ وأحسنها الأولى التي ذكرها ابن غازي، ويدخل في قوله: (بكجعل) جميع الصور التي لا يجوز فيها الحمالة لدخول الفساد بين الكفيل، والطالب، أو المطلوب⁽²⁾، قلت: ومعنى هذا أن الثابت عن الخطاب - رحمه الله - من نسخ "المختصر" هو ما ذكره ابن غازي - رحمه الله - وهو قول المصنف (أو فسدت كبجعل من غير ربه كمدينه) واعتبر معنى الأولى وهو (من غير ربه لمدينه) أنه: فاسد؛ لأنها تدل على أن الضمان يفسد إذا دفع غير رب الدين للمديان جعلاً على أن يعطي لرب الدين حميلا وهذا لا يصح، وإذا اعتمدنا قوله: (أو فسدت بكجعل من غير ربه كمدينه)،

¹ - مواهب الجليل (7 / 53 - 54).

² - المرجع نفسه (7 / 54 - 55).

فمعناه: أن الحمالة بجعل فاسدة، وهذا قول مالك رحمه الله وجميع أصحابه، وعامة فقهاء المالكية رحمهم الله، وفسادها مطلقا حال كون صاحب الحق على علم بالجعل، وأما حصوله من غير علمه، فتلزم ويبطل الجعل على كل حال، ولا يجوز للضامن أن يأخذ جعلا سواء كان من رب الدين، أو من المدين، أو غيرهما، وهذا ما نص عليه عامة فقهاء المالكية رحمهم الله⁽¹⁾.

قال في "التاج والإكليل" عند قول خليل رحمه الله: « بكجعل » قال: الأبهري: «(لا يجوز ضمان بجعل؛ لأن الضمان معروف، ولا يجوز أن يأخذ عوض عن معروف، وفعل خير، كما لا يجوز على صوم، ولا صلاة؛ لأن طريقها ليس لكسب الدنيا)، وقال مالك: (لا خير في الحمالة بجعل)، قال ابن القاسم: (فإن نزل وكان بعلم صاحب الحق، سقطت الحمالة، ورد الجعل، وإن لم يكن يعلم، فالحمالة لازمة للحميل، ويرد الجعل على كل حال)»⁽²⁾.

وجاء فيه نقلا عن "اللمحي": « إن كان الجعل من البائع جعل لرجل دينارا ليتحمل له بما يبيع به سلعته من فلان كانت الحمالة ساقطة؛ لأن محلها معه محل البيع؛ لأنها حمالة بعوض، وإذا لم يصح للحميل العوض لم تلزمه الحمالة، والبيع صحيح؛ لأن المشتري لا مدخل له فيما فعله البائع مع الجهل»⁽³⁾، وقد ذكرت كلام الخطاب في "مواهب الجليل"

¹ - ينظر: التاج والإكليل (7 / 53)؛ ومواهب الجليل (7 / 54)؛ وحاشية الدسوقي (3 / 340 - 341)؛ وكذلك ينظر: حاشية الرهوني على شرح الزرقاني (6 / 25)؛ ومنح الجليل (3 / 265)؛ والشرح الصغير (3 / 442 - 443)؛ وبلغة السالك (3 / 280-281).

² - التاج والإكليل (7 / 53).

³ - المرجع نفسه (7 / 53).

وقوله نقلا عن " التوضيح": «لا يجوز للضامن أن يأخذ جعلاً سواء كان من رب الدين، أو من المدين، أو غيرهما»⁽¹⁾.

وعلى هذا سار شراح المختصر، جاء في "الشرح الكبير للدريدي" على "مختصر خليل" عند قول خليل رحمه الله: «كجعل من غير ربه لمدينه» أي رب الدين (لمدينه) بأن كان من رب الدين، أو من المدين، أو من غيرهما، للضامن؛ لأنه إذا غرم رجع بمثل ما غرم مع زيادة ما أخذه، أما بجعل من رب الدين لمدينه على أن يأتيه بضامن؛ فجائر، كما لو أسقط عنه بعض الحق على أن يأتيه بضامن، لكن شرط الجواز حلول الدين، وإلا امتنع بخلاف ما لو وقع من أجنبي للمدين على أن يأتي بضامن، فجائر مطلقاً⁽²⁾، قال في "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريدي": «فإذا كانت الحماله فاسدة شرعا مستوفية الشروط، كانت غير معتد بها، كما إذا كانت بجعل فهي فاسدة؛ لأن شرط الحماله أن تكون لله، وحينئذ فلا يعتد بها، قوله: (بأن كان) أي: الجعل، وقوله: (أو من غيرهما) أي: بأن كان من أجنبي، والحال أن رب الدين علم به، وإلا لزمتم الحماله، ورد الجعل»⁽³⁾.

وعند قول خليل - رحمه الله - في "باب البيع": «كضمان بجعل...» يقول الدريدي في الشرح الكبير: «وأما صريح ضمان بجعل، فلا خلاف في منعه؛ لأن الشارع جعل الضمان، والجاه، والقرض، لا تفعل إلا لله تعالى، فأخذ العوض عليها سحت»⁽⁴⁾.

وعند قوله "إذا غرم" قال: «أي: لأن الضامن إذا غرم الحق للطالب رجع على المدين بمثل ما غرم، مع زيادة ما أخذه من الجعل، وهذا لا يجوز؛ لأنه سلف بزيادة، وإن لم يغرم

¹ - مواهب الجليل (7 / 54).

² - الشرح الكبير (3 / 340 - 341).

³ - حاشية الدسوقي (3 / 341).

⁴ - الشرح الكبير (3 / 77).

بأن أدى الغريم، كان أخذه الجعل باطلا، واعلم أن الجعل إذا كان للحميل؛ فإنه يرد قولاً واحداً⁽¹⁾.

قلت - وبالله التوفيق - حاصل كلام الدريدي والدسوقي - رحمهما الله - في مسألة "الجعل على الضمان" هو ما يلي:

- نقل "الدريدي" الاتفاق على منع "الضمان بجعل"؛ وذلك لكون مقصد الشارع فيه الثواب والقرية، لا المعاوضة، وأما المعاوضة عليه فهي: سحت.

- إذا كان الجعل من رب الدين، أو من المدين، أو من غيرهما للضامن؛ فإنه: لا يجوز؛ لأنه إذا غرم رجع بمثل ما غرم مع زيادة ما أخذه من الجعل، وهذا لا يجوز؛ لأنه سلف بزيادة.

- إذا كان الجعل من رب الدين لمدينه على أن يأتيه بضامن؛ فجائز، كما لو أسقط عنه بعض الحق على أن يأتيه بضامن، لكن شرط الجواز حلول الدين، وإلا امتنع لوجود شبهة ضع وتعجل؛ لأن الجعل للمدين بمنزلة الوضع عنه، وضمانه بمنزلة تعجيل الحق، أو سلف جر نفعاً.

- إذا كان الجعل من أجنبي للمدين على أن يأتي بضامن، فجائز مطلقاً.

- إذا كان الجعل للضامن (الحميل) ردّ قولاً واحداً، سواء كان من رب الدين، أو من المدين، أو من غيرهما⁽²⁾.

وأما بقية شراح "مختصر خليل" فقد ساروا على نفس الكلام، ولم يخرجوا عن اتفاقهم في منع العوض، أو الجعل على الضمان، بل نقلوا الإجماع في ذلك، جاء في "حاشية الرّهوني على شرح الرزقاني" على "مختصر خليل" عند قول خليل: «أو فسدت بكجعل...»

¹ - حاشية الدسوقي (3 / 341).

² - ينظر: الشرح الكبير (3 / 341).

قال: ابن عرفة مانصه: «والضمان بجعل لا يجوز»⁽¹⁾، ثم نقل⁽²⁾ عن ابن القطان عن صاحب "الإنباه": «أجمع العلماء على ذلك»⁽³⁾، وجاء فيه عن "اللّخمي" تعليل المنع قال: «قال اللّخمي: الحماله بالجعل فاسدة؛ لأنه يأخذ الجعل، فإن كان المتحمل به موسرا، كان من أكل المال بالباطل، وإن كان معسرا فغرم الحميل، كان ربا سلف بزيادة؛ ففضاؤه عنه سلف، والزيادة الجعل المتقدم»⁽⁴⁾.

وجاء في "منح الجليل": «(ك) حمالة (بجعل) بضم الجيم وسكون العين أي عوض (من غير ربه) أي الدين (لمدينه) بأن كان من ربه، ومن المدين، أو من أجنبي للضامن؛ لأن الضامن، إذا غرم رجع بمثل ما غرمه وازداد الجعل، وهذا سلف بزيادة؛ ولأن الضمان

¹ - حاشية الرهوني على شرح الزرقاني (6 / 25).

² - ربما الصواب هنا: «عن ابن القطان» وعن "الإشراف"، أو أن ابن القطان أحال على "الإشراف"، فتكون العبارة: «عن ابن القطان» عن "الإشراف"، ويؤكد ذلك قوله في حاشية الرّهوني بعده: «قلت: (إنما وجدته لابن القطان عن الإشراف لا عن الإنباه)، (25/6)؛ قلت: وكلاهما أعني - ابن القطان وصاحب الإشراف - نقل "الإجماع" على امتناع "الجعل على الضمان"، وسأورد نصوص "الإجماع" الواردة عنهم في ذلك من كتبهم، مشيرا إلى أنني تتبعت كلام الشُّراح هنا، ولم أجد من حقّق في هذه المسألة، حتى إن بعض المعاصرين شكّك في هذا النقل؛ فلذلك تتبعت كتب "الإجماع"، فوجدت أن النقل كان صحيحا للإجماع في هذه المسألة؛ فلذلك ما نقل شُراح "مختصر خليل" من حكاية "الإجماع في المسألة": صحيح، قال الإمام الحافظ: محمد بن ابراهيم ابن المنذر النيسابوري - رحمه الله - (ت318هـ) - ما نصه: «وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحماله بجعل يأخذه الحميل لاتحل ولا تجوز»، ينظر "الإجماع" له (ص141)، و"الإشراف" له كذلك: (120/1)، ينظر: الإشراف على مذاهب أهل العلم، تأليف: الإمام الحافظ الفقيه: محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري، ت: محمد نجيب سراج الدين، ط: إدارة إحياء التراث الإسلامي - دولة قطر، ط1، 1406 هـ - 1986 م، (120/1)، وكذلك حكاة أبو الحسن ابن القطان الفاسي - رحمه الله - (ت628هـ) - في: "الإقناع في مسائل الإجماع" (173/2)، قال: «وأجمعوا أن الحماله بجعل يأخذه الحميل لايحل ولا يجوز»، ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع، تأليف: الإمام الحافظ: أبي الحسن: علي بن محمد بن عبد الملك الملقب: بابن القطان الفاسي، ت: حسن بن فوزي الصعيدي، ط: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ط1، 1424 هـ - 2004 م، (173/2)

³ - حاشية الرهوني على شرح الزرقاني (6 / 25)؛ وينظر: الإجماع لابن المنذر (ص141)؛ الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (120/1)؛ وكذلك ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع لأبي الحسن بن القطان الفاسي (173/2).

⁴ - حاشية الرهوني على شرح الزرقاني (6 / 25).

أحد الثلاثة التي لا تكون إلا الله تعالى، والثاني: القرض، والثالث: الجاه»⁽¹⁾، وجاء فيه عن "المازري" - رحمه الله - أنه ذكر للمنع علتين: أولاهما: أن ذلك من بيعات الغرر؛ لأن من أخذ عشرة على أن يتحمل بمائة، لم يدر هل يفلس من تحمل عنه؟، أو يغيب؟، فيخسر مائة ولم يأخذ إلا العشرة، أو يسلم من الغرامة؟، ويفوز بالعشرة، ثانيهما: أنه دائر بين أمرين ممنوعين؛ لأنه إن أدى الغريم الدين كان له الجعل باطلا، وإن أدى الضامن ورجع به على المضمون، صار كأنه أسلف ما أدى وريح الجعل، فكان سلفا بزيادة⁽²⁾، ثم إن الجعل إن كان من البائع كانت الحمالة ساقطة؛ لأنها بعوض⁽³⁾، وإن كان الجعل بعلم رب الدين فالحمالة فاسدة، وإن لم يكن بعلمه فهي لازمة، والجعل مردود، هذا مانص عليه عامة فقهاء المالكية رحمهم الله⁽⁴⁾.

وجاء في: "بلغة السالك"⁽⁵⁾ على الشرح الصغير: « أن صور الضمان بجعل تسع: لأن الجعل إما للضامن من المدين، أو من رب الدين، أو من أجنبي، وإما للمدين من الضامن، أو من رب الدين، أو من أجنبي، وإما لرب الدين من المدين، أو من الضامن، أو من أجنبي؛ فيمتنع حيث كان للضامن في الثلاث، ويجوز فيما عداها، إلا أنه إذا كان من أجنبي أو من الضامن للمدين؛ فلا يقيد الجواز بحلول الدين، بخلاف ما إذا كان من رب الدين للمدين فيشترط حلول أجل الدين، وإلا أدى لِضَعِّ وَتَعَجَّلَ؛ لأن مجيء المدين بالضامن بمنزلة تعجيل الحق».

¹- منح الجليل (3 / 265).

²- ينظر: منح الجليل (3 / 265 - 266).

³- نفسه (3 / 266).

⁴- ينظر: الذخيرة (9 / 218)؛ الشرح الصغير (3 / 282)؛ منح الجليل (3 / 266).

⁵- بلغة السالك (3 / 280 - 281).

ويرى الباحث أن معنى هذا:

- أن الجعل إذا كان للضامن امتنع في جميع الصور سواء كان من رب الدين، أو من المدين، أو من غيرهما.

- إذا كان الجعل للمدين من رب الدين؛ جاز عند مالك وابن القاسم، وزوي عن أشهب الجواز، والمنع، والكراهة.

- إذا كان الجعل من أجنبي أو من الضامن للمدين؛ جاز بلا قيد حلول الدين.

- إذا كان من رب الدين للمدين اشترط حلول أجل الدين.

من هنا يتبين أن المالكية - رحمهم الله - مجمعون على أن العوض على الضمان أو الجعل عليه بالنسبة للضامن ممنوع قولاً واحداً - كما قد مر معنا - وإنما اختلفوا فيما إذا كان من رب الدين للمدين؛ فأجازه مالك، وابن القاسم، ورواية عن أشهب، لكنهم شرطوا حلول الأجل، ثم إنهم عللوا المنع بأنه: سلف جر نفعاً، وقال اللّخمي رحمه الله: «إن كان المتحمل به موسراً، كان من أكل المال بالباطل، وإن كان معسراً فغرم الحميل، كان ربا سلف بزيادة؛ فقضاؤه عنه سلف والزيادة الجعل المتقدم»⁽¹⁾، وذكر المازري - رحمه الله - علتين للمنع:

أولاهما: أن ذلك من بيعات الغرر؛ لأن من أخذ عشرة على أن يتحمل بمائة، لم يدر هل يفلس من تحمل عنه؟، أو يغيب؟، فيخسر مائة، ولم يأخذ إلا العشرة، أو يسلم من الغرامة، ويفوز بالعشرة.

ثانيهما: أنه دائر بين أمرين ممنوعين؛ لأنه إن أدى الغريم الدين كان له الجعل باطلاً، وإن أدى الضامن ورجع به على المضمون، صار كأنه أسلف ما أدى ورجع الجعل فكان

¹ - حاشية الرّهوني (6 / 25).

سلفا بزيادة⁽¹⁾، وعلل الرَّهْونِي - رحمه الله - قول ابن المواز: (ولأن الضمان أحد الثلاثة...) ⁽²⁾، قال: «هذه علة أخرى: لأنه معروف، ولا يجوز أن يؤخذ عوض عن معروف» ⁽³⁾.

قلت: وقوله هذه علة أخرى يعني زيادة على العلة التي ذكر، وهي كونه سلف بزيادة.

وأما الشافعية: فقد جاء في كتاب "الإجماع" لابن المنذر، وكذلك "الإشراف" له: حكاية الإجماع على أن الحمالة بجعل يأخذها الحميل لا تحل ولا تجوز، قال ابن المنذر: «وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحمالة بجعل يأخذها الحميل لا تحل ولا تجوز» ⁽⁴⁾.

وجاء في "الحاوي الكبير": «فلو أمره بالضمان عنه بجعل جعله له لم يجز، وكان الجعل باطلا، والضمان إن كان بشرط الجعل فاسدا، بخلاف ما قاله إسحاق بن راهويه؛ لأن الجعل إنما يستحق في مقابلة عمل، وليس الضمان عملا فلا يستحق به جعل» ⁽⁵⁾، وهذا واضح وجلي على أن مذهب "الشافعية": لا يجيز الضمان بجعل، بل هو فاسد عندهم، فالجعل على الضمان باطل، والضمان بشرطه عندهم فاسد، بل وحكاية الإجماع في ذلك، كما حكى ابن المنذر رحمه الله، وحكايته للإجماع في المسألة تفيد اتفاق الفقهاء - رحمهم الله - على منع "الضمان بجعل" وإبطالهم له بشرط الجعل، وبطلان الجعل عليه، وقد رأينا نقل فقهاء المالكية الإجماع عليه، فقد نقله غير واحد منهم، وكذلك حكاه ابن القطان، كما في "الإقناع في مسائل الإجماع": «وأجمعوا أن الحمالة بجعل يأخذها الحميل لا يحل ولا

¹ - ينظر: منح الجليل (3 / 265 - 266).

² - يقصد الضمان والقرض والجاه؛ لأنها من الأعمال التي يراد بها وجه الله.

³ - حاشية الرَّهْونِي (6 / 25).

⁴ - الإجماع لابن المنذر (ص141)؛ وينظر: كتاب "الإشراف" له أيضا (1 / 120).

⁵ - الحاوي (6 / 443).

يجوز»⁽¹⁾، وأما رأي إسحاق بن راهويه في المسألة، فسأقف عنده بالتحليل والنقاش - بحول الله - في الفرع الموالي.

وأما في مذهب الحنابلة: فقد جاء في مسائل الإمام أحمد، وإسحاق: رواية إسحاق بن منصور: «قلت: قال سفيان: إذا قال رجل لرجل: اكفل عني ولك ألف درهم، الكفالة جائزة، ويرد عليه ألف درهم، قال أحمد: ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحق...»⁽²⁾، وجاء في "المغني": «ولو قال اقترض لي من فلان مائة، ولك عشرة فلا بأس، ولو قال اكفل عني، ولك ألف، لم يجز، وذلك؛ لأن قوله: اقترض لي، ولك عشرة: جعالة على فعل مباح؛ فجازت، كما لو قال: ابن لي هذا الحائط، ولك عشرة، وأما الكفالة: فإن الكفيل يلزمه الدين، فإذا أداه وجب له على المكفول عنه، فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جارا للمنفعة؛ فلم يجز»⁽³⁾. فمذهب الحنابلة إذا هو: عدم جواز أخذ العوض عن الضمان، واعتبره الإمام أحمد: "أخذ شيء بغير حق"، وأما شيخ الحنابلة موفق الدين ابن قدامة - كما قد رأينا - في "المغني"؛ فقد صرح بعدم الجواز لكونه من "باب القرض"؛ فإذا أخذ عوضاً عنه، صار القرض جاراً للمنفعة؛ فلم يجز.

وجاء في كتاب "الفروع" لابن مفلح الحنبلي: «ولو جعل على اقتراضه له بجاهه صح؛ لأنه في مقابلة ما بذله من جاهه فقط، لا كفالته عنه، نص عليهما؛ لأنه ضامن؛ فيكون قرضاً جرّ نفعاً»⁽⁴⁾.

¹ - الإقناع في مسائل الإجماع (173/2).

² - مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه برواية إسحاق بن منصور (ص 3055)، المسألة (2289).

³ - ينظر: المغني (6 / 441).

⁴ - الفروع: تأليف: شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي ومعه تصحيح الفروع لأبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، ت: رائد صبري بن أبي علفة، ط: بيت الأفكار الدولية، بيروت، لبنان، (د.ع.ط)، 2005 م، (ص 947).

وقال في "المبدع": «إذا قال: اقترض لي مائة، ولك عشرة صح؛ لأنه في مقابلة ما بذله من جاهه، فلو قال اضمنها عني، ولك عشرة لم يجز، نص عليهما؛ لأنه ضامن؛ فيكون قرضاً جر منفعة»⁽¹⁾.

وقال في "كشف القناع": «ولو جعل إنسان لآخر جعلاً على اقتراضه له بجاهه جاز؛ لأنه في مقابلة ما يبذله من جاهه فقط، إلا إن جعل له جعلاً على ضمان له؛ فلا يجوز، نص عليهما؛ لأنه ضامن فيلزمه الدين، وإن أداه وجب له على المضمون عنه، فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضاً، صار القرض جارة للمنفعة، فلم يجز»⁽²⁾.

فهذا هو حاصل أقوال فقهاء المذهب الأربعة في هذه المسألة؛ ويلاحظ الباحث: أنهم في منعهم - لأخذ العوض عن الضمان - عللوا بعدة أسباب:

- أولاً: حكاية غير واحد من العلماء "الإجماع" على منع أخذ عوض على الضمان.
- ثانياً: أن "الضمان" قد يؤول إلى قرض جر نفعاً؛ وذلك أنه في حال أداء "الضامن" للمضمون له، يكون "الضامن" مقرضاً للمضمون عنه، وبهذا يكون ما أخذه من "قبيل القرض الذي جر نفعاً، وهذا من الربا.
- ثالثاً: أن أخذ "العوض" عن الضمان، إذا لم يؤدي إلى إقراض، كان من أكل أموال الناس بالباطل؛ لأنه مال أخذ دون مقابل، وهذا لا يجوز.
- رابعاً: أن "الضمان" و"الجاه" و"القرض" من صنف القرب وأبواب المعروف التي لا تفعل إلا لله؛ فلا يجوز أخذ العوض عنها.

¹ - المبدع شرح المقنع، تأليف: أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن مفلح الحنبلي، ت: محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ - 1993 م، (4 / 201 / 202).

² - كشف القناع (3 / 262).

خامساً: أن "الضمان": عقد إرفاق ومعروف، واشتراط "العوض" فيه "للضامن" يخرج به إلى معاوضة؛ وذلك غير جائز، والعقد ما دام مبناه على الإرفاق، والتوسعة، والإحسان؛ ففي أخذ العوض عليه دفع لمقصد الشارع منه.

سادساً: أن اشتراط "العوض" عن الضمان قد يؤدي إلى الوقوع في الغرر؛ وذلك ممنوع شرعاً.

ويلاحظ الباحث كذلك أنه: لم ينقل عن أحد من الصحابة - سواء من الذين نُقل لنا أنهم ضَمِنُوا، ولا غيرهم من الصحابة - أنهم أخذوا عوضاً عن ضمان، أو طلبوه، ولا التابعين تعاملوا بالعوض عن الضمان، فلو كان ذلك، لما حصل هذا الاتفاق من الفقهاء على منع "أخذ العوض عن الضمان".

وقد أفتى بالمنع كذلك في هذه المسألة: مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، حيث جاء في قراره رقم (12/2)/(12) بشأن "خطاب الضمان" ما نصه: «إن الكفالة هي: عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة؛ لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعا على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً»⁽¹⁾، وقال به جمع من الفقهاء المعاصرين⁽²⁾، وبه أفتت اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء⁽³⁾.

¹ - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم (12/2)/(12)، بخصوص "خطاب الضمان"، في دورته الثانية المنعقدة بجدة، المملكة العربية السعودية، بتاريخ: 10 - 16 ربيع الآخر 1406 هـ، الموافق: 22 - 28 ديسمبر 1985 م.

² - منهم فضيلة الشيخ عبد الرحمن بن صالح الأطرم، ومنهم فضيلة الشيخ عبد الستار أبو غدة، وغيرهم، ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية، العدد الثاني، بتاريخ: 1406 هـ - 1986 م، (2 / 1105 - 1109).

³ - ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، ط: دار المؤيد، ط1، 1424 هـ، (13 / 303) (15 / 245).

وجاء في المعيار الشرعي (رقم 5) لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: «لا يجوز أخذ الأجر ولا إعطاؤه مقابل مجرد الكفالة مطلقاً...»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: آراء الفقهاء المخالفين للجمهور

رغم ما مر معنا - من أقوال تمنع "أخذ عوض عن الضمان"؛ إلا أن هناك من الفقهاء المعاصرين من أجازوا "أخذ العوض عن الضمان"، وأولوا مقولة إسحاق بن راهويه - رحمه الله - بتجوز أخذ الأجر على الضمان، حيث جاء فيها، كما في مسائل الإمام أحمد وإسحاق، رواية إسحاق بن منصور: «قلت: قال سفيان: إذا قال رجل لرجل: اكفل عني ولك ألف درهم، الكفالة جائزة، ويرد عليه ألف درهم، قال أحمد: ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحق، قال: إسحاق: ما أعطاه من شيء فهو حسن»⁽²⁾، قالوا وهذا يدل على أنه يجيز أخذ العوض عن الضمان، حتى إن بعضهم حاول أن يخرق الإجماع المنقول في المنع بهذه المقولة⁽³⁾، وممن قال بجواز أخذ الأجر على الضمان من المعاصرين⁽⁴⁾: الشيخ عبد الرحمن بن ناصر

¹ - المعيار الشرعي (رقم 5)، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البند 5/1/3 (ص 57)، والبند 1/1/7 و 2/7، (ص 62)؛ المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة، البحرين، 1431هـ، (ص 57 - 62).

² - مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه (ص: 3055)، المسألة (2299).

³ - مثل الشيخ: عبد الله بن سليمان بن منيع، ينظر: بحثه بعنوان: الالتزامات الشرعية والمعاوضة عليها، للشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع، وهو: بحث مقدم للدورة الثانية والعشرين للمجمع الفقهي الإسلامي - التابع لرابطة العالم الإسلامي - المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من 21 - 25 رجب 1436هـ، الموافق: 10 - 14 مايو 2015م، (ص: 10).

⁴ - ينظر: الفتاوى السعدية، تأليف: الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، نشر المؤسسة السعدية، الرباط، (د.ع.ط.ت.ن)، (ص: 374)، وينظر: الضمان لعلّي الخفيف (ص 206 - 207)؛ وكذلك (ص 224 وما بعدها)؛ وينظر: الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، تأليف: د. عمر بن عبد العزيز المترك، اعتنى به: بكر عبد الله أبو زيد، ط: دار العاصمة، ط2، 1416 هـ، (ص 390)؛ وذكر الشيخ د. عمر بن عبد العزيز المترك - رحمه الله - أن من المجيزين: علي الخفيف، والشيخ عبد الرحمن عيسى، والدكتور: عبد الحليم محمود شيخ الأزهر سابقاً، وقال هو بمنعه رحمه الله، ينظر: (ص 389 وما بعدها) من كتابه المذكور.

السعدي، والشيخ علي الخفيف، والشيخ عبد الرحمن عيسى، والشيخ أحمد علي عبد الله⁽¹⁾، والدكتور حسن الأمين⁽²⁾، والدكتور زكريا البري⁽³⁾، والشيخ عبد الله بن سليمان المنيع، وقال بجواز أخذ العوض عن "الالتزام في الضمان" الدكتور نزيه حماد، حيث رأى أن مجرد "الالتزام بالضمان" تجوز المعاوضة عليه⁽⁴⁾، ووافقه الشيخ عبد الله بن سليمان المنيع⁽⁵⁾.

وقد استدلل المجيزون بما يلي:

أولاً: قالوا: لا يوجد دليل صحيح، صريح، من كتاب أو من سنة يحرم "أخذ العوض عن الضمان"، ولا يوجد محذور شرعي في "أخذ العوض عن الضمان"، كما لا توجد مصلحة شرعية في تحريمه، بل إن المصلحة في إباحته وحله، وصحته، والأصل في المعاملات الإباحة والصحة، ولا يحرم منها إلا ما يقوم الدليل الخاص على تحريمه.

وقالوا: الذي دفع الفقهاء المتقدمين إلى القول بتحريم "أخذ العوض على الضمان" هو العرف العملي، فالمعاملات كانت بسيطة، وتتم في أسواق محصورة، وبين أناس يعرف بعضهم بعضاً، ولم تتسع المعاملات وتتعد بالصورة التي عليها اليوم من حيث حجم العمل،

¹ - ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، العدد الثاني، بتاريخ: 1406هـ - 1986م، (2/ 1136 - 1148).

² - نفس العدد من المجلة (2/ 1053).

³ - نفس المجلة، العدد نفسه (2/ 1077).

⁴ - ينظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، تأليف: د. نزيه حماد، ط: دار القلم - دمشق -، والدار الشامية - بيروت -، ط1، 1421هـ - 2001م، (ص310).

⁵ - ينظر: بحث: الالتزامات الشرعية والمعاوضة عليها (ص 10).

ومن حيث المدى الجغرافي، بحيث يضطر الإنسان إلى أن يتعامل مع أشخاص، ومؤسسات في الداخل، والخارج، وهو لا يعرفهم، بل يتم عن طريق المراسلات في كثير من الأحيان⁽¹⁾.

ويناقش:

بأن أدلة منع الربا من الكتاب والسنة كلها متضافرة تمنع الزيادة على أصل الدين؛ لأن الضامن إذا أدى عن المدين بنية الرجوع يكون في هذه الحالة مقرضاً في حق المدين، فيصير الغريم مديناً لدى الضامن بما أدى عنه، فإذا أخذ عوضاً عن ضمانه، فسيؤول إلى قرض بزيادة، أو سلف بزيادة، وهذا ربا ممنوع، والربا ممنوع بالكتاب والسنة، وهو أحق ما حميت مراتعه وسدت الطرائق المفضية إليه.

ثم إن المانعين - لأخذ العوض عن الضمان - لم يكن مستندهم في التحريم هو العرف، بل نصوا على أن ذلك يؤدي إلى الوقوع في الربا، وهذا من أقوى تعليلهم، مع أن لديهم تعليلات أخرى - كما قد مر معنا -؛ ثم إن القائلين بالجواز لم يعتمدوا على قول أحد من أهل العلم المتقدمين حتى يمكن النظر فيه، وهذه المسألة ليست من النوازل حتى يعتبر خلاف المتأخر، وإنما هي معاملة قديمة قد تكلم فيها الفقهاء، ولا يجوز الخروج عن إجماعهم إلا بدليل ظاهر، وحجة قائمة.

ثانياً: استدلو على الجواز بالقياس على جواز أخذ العوض عن الجاه، فإذا جاز أخذ العوض عن الجاه، جاز أخذ العوض عن الضمان؛ لأن الجاه شقيق الضمان.

وقد ذهب الشافعية والحنابلة: إلى جواز أخذ العوض على الجاه مطلقاً، جاء في "فتاوى الإمام النووي": «إذا كان الإنسان في حبس السلطان، أو غيره من المتعذرين، حُبِسَ ظلماً،

¹ - ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني (2 / 1139).

فبذل ما لا لمن يتكلم في خلاصه بجاهه، أو بغيره، هل يجوز؟ وهل نص عليه أحد من العلماء؟

الجواب: نعم يجوز، وصَرَّح به جماعة منهم: القاضي حسين في أول باب الربا من تعليقه ونقله عن القفال المروزي، قال: هذه جعالة مباحة، قال: وليس هو من باب الرشوة، بل هذا العوض حلال كسائر الجعالات»⁽¹⁾، وبالنسبة للحنابلة، فقد جاء في "المغني": «ولو قال: اقترض لي من فلان مائة، ولك عشرة فلا بأس؛ لأن قوله: اقترض لي، ولك عشرة جعالة على فعل مباح، فجازت، كما لو قال: ابن لي هذا الحائط ولك عشرة»⁽²⁾، وجاء في "المبدع": «إذا قال اقترض مائة، ولك عشرة صح؛ لأنه في مقابلة ما بذله من جاهه»⁽³⁾.

وأما المالكية: فلهم تفصيل في أخذ العوض على الجاه: فمن قائل بالتحريم مطلقاً، ومنهم من قال بالكراهة بإطلاق، ومنهم من فصل، جاء في "المعيار المعرب": «وسئل الفقيه أبو عبد الله القروي عن مسألة ثمن الجاه.. فأجاب: الحمد لله اختلف علماؤنا رضوان الله عليهم أجمعين في حكم ثمن الجاه، فمن قائل بالتحريم بإطلاق، ومن قائل بالكراهة بإطلاق ومن مُفَصِّل فيه، وأنه إن كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة، وتعب، وسفر، أو تردد مشي، فأخذ مثل أجر مثله في ذلك جائز، وإلا حرم»⁽⁴⁾.

¹ - فتاوى الإمام النووي المسماة: (المسائل المنثورة) للشيخ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ترتيب تلميذه: الشيخ: علاء الدين بن العطار، أعده الشيخ: أحمد حسن جابر رجب، نشر: مجلة الأزهر، القاهرة، مصر، (د.ع.ط)، 1411 هـ، (2 / 85).

² - المغني (6 / 411).

³ - المبدع لابن مفلح الحنبلي (4 / 201 - 202).

⁴ - المعيار المعرب والجامع المغرب، تأليف: أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، حققه جماعة من الفقهاء بإشراف: د. محمد حجي، نشر وارة الأوقاف - المملكة المغربية ودار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، (د. ع. ط)، 1401 هـ - 1981 م، (6 / 239).

ويناقش:

بأن الجاه لا دين فيه، وإذا أخذ مثل أجر مثله على نفقته، وسفره، وترداد مشيه، فهذا إنما أخذ مقابل ما بذله، وأما في الضمان: فإن الغريم يؤدي للضامن (المقرض) ما أدى عنه وزيادة (الجعل)، فيكون قرضا جر منفعة، وأما أخذ (العوض) على الجاه، فإنه لا يؤول إلى أخذ زيادة على القرض؛ لأنه ليس فيه مدين، هذا على القول بجواز أخذ (العوض) على الجاه، كما هو مذهب الشافعية والحنابلة، وأما المذهب المالكي، فقد سقت من "المعيار" أن ثمن الجاه مختلف فيه عند علماء المالكية بين الحرمة المطلقة، والكراهة المطلقة: إلا أنه إذا احتاج ذو الجاه إلى نفقة سفر، أو ترداد مشي، فأخذ مثل أجر مثله جاز وإلا حرم⁽¹⁾، وهذا يدل على أن الزيادة على ما أحताجه في بذل جاهه لا تجوز.

ثالثا: ومن أدلتهم كذلك إجازة شركة الوجوه - عند الحنفية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ - وهي شركة على الذمم من غير صنعة ولا مال، حيث يتعاقد اثنان فأكثر بدون رأس مال على أن يشتريا نسيئة، ويبيعا نقدا، ويقتسما الربح بينهما بنسبة ضمانهما للثمن، ويتخرج على مذهبهم: أنه لو اشترك وجيه مع آخر على الضمان، والربح مناصفة، ولم يشتر الثاني ولم يبيع شيئا، فإنه يستحق الربح لمجرد الضمان بدون بذل مال أو عمل.

ويناقش:

بأن الضامن لو دخل شريكا للمضمون عنه، وصار شريكا في الأرباح والخسائر، فإنه لا حرج في ذلك، وإنما الحرج في أخذ العوض في مقابل الضمان، سواء ربح المضمون عنه، أو خسر، فإن ذلك يترتب عليه محذور شرعي في حال قام الضامن بالسداد، وكما لو

¹ - ينظر: المعيار المعرب (6 / 239).

² - ينظر: تبیین الحقائق (3 / 322)؛ والعناية شرح الهداية (6 / 187).

³ - ينظر: الفروع (4 / 399)؛ الإنصاف (5 / 458)؛ كشف القناع (3 / 526).

قال: اضمني وأضمنك؛ لأنه في الحالتين يؤول إلى قرض جر نفعاً، وعليه يحمل الإجماع الوارد عن الفقهاء.

رابعاً: واستدلوا كذلك بما في مشهور مذهب مالك من جواز أن يجعل رب الدين، أو غيره، للمدين جعلاً، إن جاءه بضامن يكفل دينه⁽¹⁾.

ويناقش: بأن الجعل إن حصل للمدين لم يكن فيه شبهة الربا، لكون المنتفع من الجعل غير مقرض يعود عليه أكثر مما دفع، فيؤول إلى القرض الذي يجبر نفعاً، فعلة المنع عند الفقهاء في الضامن، لا تتحقق هنا لكون الضامن بالرجوع يكون مقرضاً (دائناً)، والجعل بالنسبة له زيادة على أصل الإقراض، وأما المدين فلا تحصل له بالجعل زيادة على أصل إقراض، لكونه مديناً لا دائناً، وكذلك بقية العلل التي ذكر بعض الفقهاء لمنع الجعل للضامن لا تتحقق هنا في حالة إذا كان الجعل للمدين بخلاف الضامن.

ثم إن بعض المجيزين⁽²⁾ ناقشوا دعوى الإجماع، واستند إلى قولة إسحاق بن راهويه:

«ما أعطاه من شيء فهو حسن»⁽³⁾، كمنطلق له من أجل خرق الإجماع في المسألة، وقد حكى الإجماع، ونقله، غير واحد من أهل العلم، كابن المنذر⁽⁴⁾، وابن القطان⁽⁵⁾، وكذلك نقله: الحطاب⁽⁶⁾، و الدرديري⁽⁷⁾، وغيرهم⁽⁸⁾.

¹ - ينظر: الشرح الكبير (3 / 341).

² - كالشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع، ينظر: الالتزامات الشرعية والمعاوضة عليها (ص 7 وما بعدها).

³ - مسائل الإمام أحمد وإسحاق (ص 3055).

⁴ - ينظر: الإجماع لابن المنذر (ص 141)، وكذلك: الإشراف له (1 / 120).

⁵ - ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع (173/2).

⁶ - ينظر: مواهب الجليل (7 / 55).

⁷ - ينظر: الشرح الكبير (7 / 77).

⁸ - ينظر: حاشية الرُّهوني (6 / 25).

والجواب في هذه المسألة: هو أن قولة إسحاق بن راهويه - رحمه الله - : "ما أعطاه من شيء فهو حسن"، لا تجعل الناظر في المسألة يجزم بأنها: "تجيز أخذ عوض عن الضمان"، لكونها تحمل معنى المكافأة غير المشروطة، بمعنى: أن الجعل إذا لم يكن مشروطاً، فلا مانع من أخذه وهو حسن، ثم إنها لو كانت تفيد معنى "جواز أخذ أجر على الضمان" لا اعتبرها ابن المنذر خلافاً للإجماع الذي نقل، وخصوصاً أن رواية إسحاق بن منصور تفيد معنى المكافأة غير المشروطة؛ لأنه قال: «قلت: قال سفيان: إذا قال رجل لرجل: اكفل عني ولك ألف درهم، الكفالة جائزة، ويرد عليه ألف درهم؟

قال أحمد: ما أرى هذا يأخذ شيئاً بحق.

قال إسحاق: ما أعطاه من شيء فهو حسن»⁽¹⁾.

فهنا نجد أن هؤلاء الأئمة قد اختلفت آراؤهم في هذه المسألة: فسفيان الثوري: قال برد الجعل، وأحمد بن حنبل: رأى أنه أخذ شيء بغير حق، أي: بغير وجه، وأما إسحاق بن راهويه: فرأى أن الجعل هنا حسن، لذلك نص رواية إسحاق بن منصور توضيحاً ما حكاه ابن المنذر⁽²⁾ رحمه الله، وتفيد أن المعنى هو: أن إسحاق بن راهويه يعتبر الجعل غير المشروط على الضمان جائز على سبيل المكافأة غير المشروطة، إذ لو كان المقصود أنه جائز كشرط في الضمان، لكانت العبارة مخالفة للإجماع المنقول في المسألة، ولما صحَّ من ابن المنذر أن يحكي الإجماع في الوقت الذي ينقل فيه الخلاف عن إسحاق بن راهويه، فصَحَّ أن رأي إسحاق بن راهويه محمول على رأي آخر لا يخرق الإجماع؛ ثم إن عبارة إسحاق بن راهويه إذا كانت محتملة، فإنه لا يُترك الإجماع المتيقن لعبارة محتملة، بل يحمل كلامه على ما يوافق الإجماع.

¹ - مسائل أحمد وإسحاق، رواية: إسحاق بن منصور (ص3055)، المسألة رقم (2299).

² - ينظر: "الإجماع" لابن المنذر (ص141)؛ وكذلك: "الإشراف على مذاهب أهل العلم" (120/1).

وكذلك، فإن هناك من المعاصرين من أجاز أخذ العوض عن مجرد "الالتزام في الضمان" من أمثال: الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع⁽¹⁾، والشيخ: د. نزيه حماد⁽²⁾، وقد ذكر الأخير - د. نزيه حماد - تفصيلا في المسألة خلص فيه إلى: أن منع العوض مطلقا غير سديد، كما أن القول بجواز أخذ الأجر على الكفالة مطلقا غير صحيح أيضا، وذلك نظرا لما يفضي إليه من التعامل بربا النسيئة تحت ستار "عقد الكفالة"، وذلك محرم شرعا، قال⁽³⁾ في كتابه "قضايا فقهية معاصرة": «لابد في المسألة من التفصيل، وبيان ذلك: أن الكفالة بالمال فيها ثلاثة أمور:

- التزم الكفيل بالدين أو المطالبة به.
 - أداء الكفيل الدين المكفول به إلى ربه
 - رجوع الكفيل على المكفول بما أدى عنه إن وقع ذلك.
- واشترط الجعل فيها له في التطبيق خمسة أحوال:

أولها: أن التزم الكفيل بالدين - إذا لم يترتب عليه أداء الكفيل الدين إلى المكفول له، كما إذا أدى الدين إلى ربه، أو لم يطالب المكفول له الضامن بالمبلغ المكفول به، مثل كثير من حالات خطاب الضمان المصرفي - يجوز أخذ الأجر عليه، حيث إن مجرد الالتزام بالدين فيه مصلحة مقصودة، ومنفعة مشروعة للمكفول، فجازت المعاوضة عنه بمال - لتعارف الناس على تقومه، وتراضي الطرفين عليه، اعتبارا بسائر منافع الآدميين، والأعيان المالية التي لا خلاف في جواز مبادلتها بالمال، وأخذ الجعل عليه، وذلك في فروع، ومسائل وتطبيقات عديدة في المذاهب المختلفة.

¹ - ينظر بحثه : الالتزامات الشرعية والمعاوضة عليها(ص16)

² - ينظر كتابه: قضايا فقهية معاصرة(ص310- 311)

³ - نقلت كلام الدكتور نزيه حماد بنصه كاملا، وذلك من أجل الإجابة عليه، نظرا لما لرأيه هذا من أهمية في الأوساط المالية المعاصرة، وقد أخذ بعض المعاصرين برأيه هذا وتبناه؛ لذلك سقته بتمامه؛ لأجيب عنه في الأجوبة بعده.

وثانيها: أن التزام الكفيل بالدين، - إذا قام بأدائه إلى المكفول له، وكان الضامن مدينا للمكفول بمثل الذي وفاه- يجوز أخذ الأجر عليه، وذلك لوقوع المقاصة جبرا بين الدينين، وبراءة ذمة كل من الكفيل والمكفول بها، وانتهاء الكفالة، والمدايمة المترتبة عليها حالا دون تأجيل.

وثالثها: أن التزام الكفيل بالدين - إذا قام بأدائه إلى المكفول له، وكان الضامن مدينا للمكفول ببعض الدين الذي قضاؤه عنه - يجوز أخذ الأجر عليه، إذا بادر المكفول على الفور بوفائه القدر الباقي في ذمته من المال الذي أداه عنه؛ وذلك لانتهاء الكفالة، والمدايمة الناشئة عنها حالا دون تأخير.

ورابعها: أن التزام الكفيل بالدين - إذا قام بأدائه عن المكفول دون أن يكون الضامن مدينا له بمثل الدين الذي أداه عنه - يجوز أخذ الأجر عليه، إذا بادر المكفول بوفائه مثل ما قضى عنه فور الأداء أو في يومه؛ وذلك لانتهاء الكفالة وكذا المدايمة الناشئة عنها حالا دون تأخير.

وخامسها: أن التزام الكفيل بالدين - إذا قام بأدائه عن المكفول ولم يكن الضامن مدينا للمكفول بمثل الدين الذي وفاه عنه قدرا ووصفا، ولم يبادر المكفول على الفور إلى إبراء ذمته مما ثبت فيها للكفيل من دين بموجب وفائه، حتى صار المبلغ المؤدى كله، أو جزؤه دينا مؤجلا في ذمته - لا يجوز أخذ الأجر عليه؛ لأن الجعل على الالتزام حينئذ ليس إلا حيلة لأكل ربا النسيئة، أو ذريعة إليه، وذلك محرم شرعا، ولا فرق في هذه الصورة بين أن تقع الكفالة في الأصل على أن يكون الأمر فيها على هذا النحو، أو أن يؤول الحال فيها إلى ذلك (بدون اتفاق مسبق عليه)؛ لأي سبب من الأسباب»⁽¹⁾.

¹ - قضايا فقهية معاصرة - د. نزيه حماد- (ص 310 - 311).

ويجاب على هذا في أربعة أجوبة:

أولاً: ما قاله في الحالة الخامسة صحيح، بل ليس الضامن في غالب أحواله مديناً للمضمون عنه، وإنما يقع ذلك في النادر، حتى تكون المقاصة بين الدينين كما في الحالة الثانية، وكذلك ليس كل مدين يتيسر له الأداء وقت المطالبة، بل قد يحصل ذلك وقد لا يحصل؛ فلذلك يبقى احتمال التأخير في سداد المدين لدينه اتجاه الضامن وارداً، فيصير المؤدى كله، أو جزؤه ديناً مؤجلاً في ذمته، ويصبح أخذ الأجر على الالتزام حينئذ ليس إلا حيلة لأكل ربا النسئة، أو ذريعة إليه، وذلك محرم شرعاً.

ثانياً: لم يحرم الإسلام الربا الصريح فقط، بل حرم كل طريق يؤدي إليه، فقد حرم العينة مع أن البيع الثاني قد لا يكون مشروطاً في البيع الأول، وقد يقع ذلك من غير اتفاق، وإنما حرم ذلك خشية أن يؤدي ذلك إلى الربا الصريح، وعندما نهى الشارع عن الجمع بين سلف وبيع، حرم ذلك لئلا يكون هنا كمحابة في البيع فيكون النفع من القرض مستتراً في عقد البيع، مع أنه في البيع المنفرد له أن يحابي من يشاء لعدم الوقوع في المفسدة، فكذاك الشأن هنا، فإذا كان ذلك قد يؤدي إلى أن ينتفع الضامن بسبب القرض، قطع الشارع الطريق إلى ذلك.

ثالثاً: إن القول بانفكاك أخذ العوض على الالتزام بالدين عن تحمل الدين نفسه، يلزم عنه القول بجواز أخذ العوض على الالتزام بالقرض في حالة الوعد الملزم بالقرض وانفكاكه عن القرض نفسه، وهذا لا قائل به.

فلا يمكن القول بأن الالتزام بالدين منفك عن الدين، إذ لا يوجد التزام بالدين بلا وجود دين؛ لأن الالتزام فرع الدين، فلا يتصور الفرع بدون الأصل، فلزم من ثبوت الالتزام بالدين ثبوت الدين في ذمة الكفيل، وأخذ العوض عن الالتزام بالدين هو عين أخذ العوض عن أداء الدين؛ لأن الالتزام فرع الدين.

رابعاً: أخذ العوض عن مجرد الالتزام لا يجوز، وهو من أكل أموال الناس بالباطل؛ لأنه في غير مقابل، جاء في "الشرح الصغير" للدرديري - رحمه الله - : «علة المنع أن الغريم إن أدى الدين لربه كان الجعل باطلاً، فهو من أكل أموال الناس، بالباطل...»⁽¹⁾، وجاء في "الحاوي": «الجعل إنما يستحق في مقابلة عمل، وليس الضمان عملاً؛ فلا يستحق به جعلاً»⁽²⁾.

فإذا تأملنا كلام "الدرديري" - رحمه الله - في هذا النص نجده واضحاً في منع أخذ عوض على مجرد التزام الضمان، وكونه من أكل أموال الناس بالباطل؛ لأن المطلوب إذا أدى عن نفسه الدين للطالب، لم يحصل "للضامن" سوى كونه التزم ضماناً مجرداً، لكون المطلوب قد أدى عن نفسه الدين؛ لذلك كان أخذ "الضامن" للجعل على مجرد "التزام الضمان" داخلاً في أكل أموال الناس بالباطل، وأما "الماوردي" - رحمه الله - في "الحاوي"، فقد اعتبر العوض عن الضمان غير مستحق - سواء أدى الضامن الدين عن المدين، أو لم يؤد عنه -؛ لأن الضمان ليس عملاً؛ فلا يستحق عليه عوضاً.

لهذا، فإن الباحث يرى: أن مجرد التزام الضمان لا يجوز أخذ عوض عليه في جميع الأحوال، سواء ترتب عليه أداء، أو لم يترتب عليه؛ لأنه - في نظري - لا يخلو من حالتين:

الأولى: أن يكون المطلوب (المدين) أدى عن نفسه الدين للطالب (الدائن)، ففي هذه الحالة يكون أخذ "الضامن" للعوض من أكل أموال الناس بالباطل، وذلك حرام لقول الله

¹ - الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (3 / 442).

² - الحاوي (6 / 443).

تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَاْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾⁽¹⁾

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَاْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾⁽²⁾.

الثانية: إذا أدى الضَّامِن عن المدين ورجع بما أدى على المدين، ففي هذه الحالة يكون العوض أو الجعل على الضمان من باب "القرض الذي جر نفعا"، وذلك ربا؛ والربا حرام، قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾⁽³⁾، وقال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ

ءَامَنُوا بِتَّقْوَى اللَّهِ وَذَرُوا مَا بَفَىٰ مِنَ الرِّبَا إِنْ كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ﴾⁽⁴⁾،

وقال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَاْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً

وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾⁽⁵⁾.

خلاصة القول في قضية: "أخذ العوض عن الضمان المالي":

إن "الضمان" كما قد تعرفنا عليه من خلال أحكامه ومسائله، وما يتعلق به، هو: عقد توثيق، يراد منه الإرفاق والإحسان بكلا الطرفين (المضمون عنه) - المدين -، و(المضمون له) - الدائن -؛ و حالة الضمان - في نظري - لا تخلو من أمرين:

¹ - سورة النساء (الآية 29).

² - سورة البقرة (الآية 187).

³ - سورة البقرة (الآية 274).

⁴ - سورة البقرة (الآية 277).

⁵ - سورة آل عمران (الآية 130).

أولاً: أن يكون الضَّامِنُ للمال ضمن عن المدين تبرعاً، وإحساناً، وترفقاً، ويريد بذلك الأجر والثواب من الله؛ فهذا "الضَّامِنُ" يتاجر مع الله ويريد ثوابه، ولا يطلب أجراً إلا من عند الله تبارك وتعالى، كما فعل الصحابة الكرام رضوان الله عليهم أجمعين، حيث لم يثبت أن أحداً منهم طلب أجراً، أو عوضاً من عند أحد على ضمانه، وإنما ضمنوا تبرعاً منهم يريدون بذلك الأجر والثواب من عند الله سبحانه وتعالى، وكذلك، لم يثبت عن أحد من السلف الصالح - رضوان الله عليهم -: أنه عاوض على الضمان، ولو كان ذلك لَنَقَلَهُ العلماء، وتكَلَّمُوا عنه، ولما حصل الإجماع في منع أخذ عوض عليه، لكونه ليس مجالاً للمعاوضة؛ لأن أصله التبرع، والإرفاق، والإحسان.

ثانياً: أن يكون الضَّامِنُ للمال: ضمن ترفقاً، لكنه ينوي الرجوع بما أدى عن المضمون عنه (المدين)؛ ففي هذه الحالة يكون "الضَّامِنُ" مُقْرِضاً في حقِّ المدين، ويصبح المدين مُطَالِباً بالمال من قبل الضَّامِنِ عنه، وفي هذه الحالة يكون طلب "الضَّامِنِ" للعوض عن ضمانه، داخلاً في باب: "القرض الذي جر نفعاً"، وذلك ربا؛ أو ضَمِنَ فلم يؤد شيئاً، إذا كان المدين أدى عن نفسه؛ فيكون طلب "الضَّامِنِ" عندئذٍ للعوض، أو أخذه داخلاً في باب: "أكل المال بالباطل"، وذلك أيضاً: ممنوع.

من هنا فإنَّ الرَّاجِحَ عند الباحث في هذه المسألة، من خلال هذه الدراسة، هو:

أن أخذ العوض عن الضمان المالي ممنوع للعلل التي ذكرت.

وأما التطبيق المعاصر لهذه المسألة في المصارف الإسلامية، فسنتعرف عليه من خلال الباب الموالي، وبالله التوفيق.

الباب الثاني:

تطبيقات العوض عن الضمان المالي في المصارف الإسلامية

وفيه فصلان:

الفصل الأول: المصارف الإسلامية ومجالات الضمان فيها

الفصل الثاني: الضمان والعوض عنه في الخطابات المصرفية

تكتسي قضية: "العوض عن الضمان المالي في المصارف الإسلامية" أهمية كبيرة؛ وذلك لدخولها في كثير من العمليات المصرفية التي تجريها المصارف الإسلامية، سواء منها الاستثمارية، أو الخدمية.

وفي هذا الباب، سأتناول التطبيق المعاصر للعوض عن الضمان المالي في المصارف الإسلامية؛ ومن خلال ذلك: سنتعرف على المصارف الإسلامية، وعن الضمان المالي والعوض عنه، وتطبيقاته فيها، والأحكام الفقهية المتعلقة بذلك؛ تأصيلاً، وتنظيراً، وتطبيقاً.

الفصل الأول: المصارف الإسلامية ومجالات الضمان فيها:

تتميز المصارف الإسلامية بخصائص، وأهداف، تميزها عن غيرها، كالبنوك التقليدية؛ وذلك لتأسيسها وفق نظام الشريعة الإسلامية، وقواعدها في المعاملات المالية، وتسعى هذه المصارف إلى التحلي بهذه القواعد، والضوابط، تمشياً مع أهدافها، والتي من أهمها: الالتزام بقواعد الشريعة الإسلامية، وضوابطها في المعاملات المالية.

ويعتبر "الضمان المالي" من أهم المعاملات التي تقوم بها المصارف الإسلامية نظراً لحاجة المتعاملين مع هذه المصارف إلى ضمان يحقق لهم الأمان في معاملاتهم، سواء كانت المعاملة مع المصرف، أو المصرف وسيطاً فيها.

وفي هذا الفصل سنتعرف على أهداف هذه المصارف، وخصائصها، ومجالات الضمان فيها، سواء الخدمية منها، أو الاستثمارية.

المبحث الأول: المصارف الإسلامية (الخصائص والأهداف)

المطلب الأول: مفهوم المصارف الإسلامية

الفرع الأول: أصل كلمة "مصرف" في اللغة:

المصارف: جمع مصرف وهو: اسم لمكان الصرف، أي التصرف في النقود أخذاً وعطاءً، استبدالا وإيداعاً، والصَّرَاف: من يبذل نقداً بنقد، أو هو: الأمين على الخزائن يقبض ويصرف ما يستحق، وفلان صَرَّافٌ، وصَيْرِفِيٌّ، وهو من الصَّيَّارِفَةِ، والصَّرَافَةِ مهنة الصَّرَّاف والمَصْرِفُ: مكان الصَّرَف وبه سمي البنك: مَصْرِفٌ⁽¹⁾.

جاء في "معجم مقاييس اللغة": «الصاد والراء والفاء، معظم بابه يدل على رجوع الشيء، والصَّرْفُ: فضل الدرهم على الدرهم في القيمة، ومعنى الصَّرَف عندنا: أنه شيء صُرف إلى شيء، كأن الدينار صُرف إلى الدراهم أي رجع إليها، إذا أخذت بدله، قال: قال الخليل: ومنه اشتق اسم الصيرفي لتصرفه أحدهما إلى الآخر، قال: وتصريف الدراهم في البياعات كلها إنفاقها»⁽²⁾.

وقال في "مجل اللغة": - باب الصاد والراء وما يتلثهما - « قال الخليل: الصَّرْفُ: فضل الدرهم على الدرهم، ومنه اشتق اسم: الصيرفي لتصرفه بعض ذلك في بعض»⁽³⁾.

وجاء في "مختار الصحاح"، مادة: (ص ر ف): « يقال: صرفت بالدنانير، وبين

¹ - ينظر: البنوك الإسلامية - النقود والبنوك في النظام الإسلامي -، تأليف: د. عوف محمود الكفراوي، ط: مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، مصر، (د.ع. ط)، 2001 م، (ص 11).

² - معجم مقاييس اللغة (3 / 343).

³ - مجمل اللغة، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ت: زهير عبد المحسن سلطان، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1406هـ - 1986م، (ص 554)، (باب الصاد والراء وما يتلثهما).

الدرهمين: صرف أي فضل لجودة فضه أحدهما»⁽¹⁾.

وجاء في "لسان العرب": (مادة: ص ر ف): «الصَّرْف: فضل الدِّرْهم على الدِّرْهم والدِّينار على الدِّينار؛ لأن كل واحد منها يُصَرَفُ عن قيمة صاحبه، والصَّرْف بيع الذهب بالفضة، وهو من ذلك؛ لأنه يُنْصَرَفُ به عن جَوْهر إلى جَوْهر، والتَّصْرِيف في جميع البِيعَات: إِنْفَاقُ الدَّرَاهِم، والصَّرَاف، والصَّيْرَفُ، والصَّيْرَفِيُّ: النَّقَّاد من المُصَارَفَةِ، وهو من التَّصْرِيف والجمع: صَيَارِفُ، وصَيَارِفَةٌ»⁽²⁾.

الفرع الثاني: المصرف الإسلامي في المصطلح المعاصر:

تُعَرَّف المصارف الإسلامية بأنها: «المؤسسات المالية التي تقوم بعمليات الصِّرافة واستثمار الأموال بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية الغراء»⁽³⁾، وتُعَرَّف كذلك بأنها: «المؤسسات المصرفية التي تتعامل بالنقود على أساس الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، وتعمل على استثمار الأموال بطرق شرعية، وتهدف إلى تحقيق آفاق التنمية الاقتصادية والاجتماعية السليمة»⁽⁴⁾، ولهذه المصارف وظائفها النقدية بالإضافة إلى دورها الرئيسي في مجال التمويل وكوسيط في السوق المالي طبقا لما تقتضيه أحكام الشريعة، ومن هذا المفهوم يمكن استنباط أهم ملامح المصرف الإسلامي فيما يلي:

- يعتبر المصرف الإسلامي: أحد المؤسسات المالية الإسلامية، جزء من كل في نظام المعاملات في الشريعة الإسلامية التي من أهم خصائصها أنها إيمانية

¹ - مختار الصحاح (ص 311).

² - لسان العرب (329/7).

³ - النقود والمصارف في النظام الإسلامي، تأليف: د. عوف محمود الكفراوي، ط: دار الجامعات المصرية، ط2، 1407هـ، (ص 124).

⁴ - المعاملات المالية المعاصرة، تأليف: أ. د. وهبة الزحيلي، ط: دار الفكر، دمشق، ط2، 1432هـ - 2011م، (ص516).

والغرض المهيمن عليها هو: تنفيذ ما أمر الله به ومنع ما نهى عنه، فالهدف من التعامل في هذه المصارف ليس تحقيق الناس لمصالحهم الخاصة فقط، وإنما أيضا إقامة المصالح الشرعية ودرء المفسدات التي نهت عنها الشريعة الغراء.

- يقوم المصرف الإسلامي بكافة العمليات المصرفية اللازمة للمعاملات المختلفة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، فهو يقوم بعمليات الصرافة واستثمار الأموال في نواحي النشاطات الاقتصادية المباحة شرعا.

- يتعاون المصرف الإسلامي مع المؤسسات الإسلامية الأخرى ومع الأفراد في تنمية القيم، والأخلاق الإسلامية في مجال المعاملات، وتحقيق أقصى عائد اقتصادي واجتماعي للأمة الإسلامية.

وقد نشأت هذه المصارف وتطورت عبر محاولات، وتجارب، في بعض البلاد الإسلامية والعربية، تعد بمنزلة إرهابات لبزوغ نجم المصارف الإسلامية، وذلك في ماليزيا في أوائل الخمسينات من القرن العشرين، وكانت في عام 1963م، أول تجربة مثيرة، وهي تجربة "بنوك الادخار المصرية" في (ميتغم) في صعيد مصر لتنفيذ المشروعات الريفية، وصدر نظام مصرف "ناصر الاجتماعي" في مصر سنة 1971م، وفي عام 1972م أنشئت في الأردن "مؤسسة لإدارة أموال الأيتام" على نحو شرعي، وفي عام 1974م، أنشئ في السعودية "البنك الإسلامي للتنمية"، وأنشئ بعده عدة مصارف إسلامية باسم "بنك فيصل الإسلامي".

وفي 12 مارس عام 1975م، تأسس في دبي "مصرف دبي الإسلامي" على يد الحاج محمد سعيد لوتاه وشركاؤه، وقد نجح نجاحا واضحا في ممارسة أعماله وأنشطته الاستثمارية والخدمية طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها، وهو أول مصرف إسلامي باشر الأعمال المصرفية المتعلقة بالشؤون العقارية والصناعية والزراعية، ثم أنشئ في الشهر الثالث من عام 1977 م، "بيت التمويل الكويتي" ثم تتابع بعد ذلك إنشاء المصارف الإسلامية في دول

عربية وغير عربية مثل: إنكلترا واللوكسمبورغ وجزر البهاما وتركيا، وماليزيا، إلى أن وصلت عام 1997م إلى مائة وخمسون - (150) - مؤسسة مصرفية إسلامية، في أربع قارات (آسيا، وإفريقيا، وأروبا، وأمريكا)، في 27 دولة.

وفي عام 1998م، وصل عددها إلى مائة وستة وسبعين - (176) - مصرفاً، وفي نهاية عام 1991، صار عدد المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية أكثر من مائتي - (200) - مؤسسة ومصرف إسلامي، ووصل حجم الاستثمارات فيها أكثر من مائة مليار دولار⁽¹⁾، وفي عام ألفين - (2000م) -، بلغ عدد المصارف الإسلامية مائتان وأربعون - (240) - مصرفاً، لتصل بعد ذلك إلى مائتين وسبعة وستين - (267) - مؤسسة مصرفية إسلامية، ومن أشهر هذه المؤسسات: اتحاد البنوك الإسلامية وبنك دلة البركة بفروعه، وبنك فيصل الإسلامي بفروعه كذلك، وبيت المال الإسلامي، والمستثمر الدولي، وشركة الاستثمار الخليجية الإسلامية، والبنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار، إلى غير ذلك من المؤسسات المصرفية الإسلامية.

إن هذا التكاثر والتنامي المتزايد لهذه المؤسسات المصرفية الإسلامية، يعد دليلاً ملموساً على نجاح هذه التجربة في فترة قياسية إذا قورنت بفترة ظهور "البنوك التقليدية" في العالم في القرون الأربعة الماضية، حيث واكبت الثورة الصناعية واتساع نطاق التبادل التجاري، وكان عام 1898م، أول سنة دخلت فيها هذه "البنوك" إلى البلاد العربية بإنشاء "البنك الأهلي المصري"⁽²⁾.

¹ - ينظر: المعاملات المالية المعاصرة - وهبة الزحيلي - (ص 516).

² - ينظر: البنوك الإسلامية، المنهج والتطبيق، تأليف: مصطفى كمال السيد طایل، ط: دار الوفاء، المنصورة، مصر، (د.ع.ط)، 1408هـ - 1988م، (ص 20-21).

المطلب الثاني: خصائص المصارف الإسلامية وأهدافها

الفرع الأول: خصائص المصارف الإسلامية:

تتميز المصارف الإسلامية بخصائص عديدة تميزها عن غيرها من المصارف التجارية، أو التقليدية، أو الربوية، وقد أنشئت هذه المصارف في الأصل لإبراز هذه الخصائص المُمَيِّزة، والتي من خلالها تُبرِّز المصارف الإسلامية خصوصيتها عن غيرها من المصارف والتي لا تلتزم في نظامها، ومعاملاتها، بضوابط المعاملات في الإسلام، ثم إن هذه المصارف الإسلامية إنما قامت على أساس إحداث البديل الإسلامي عن المعاملات الربوية الشائعة في البنوك التجارية، أو التقليدية الربوية القائمة، لذلك نشأت هذه المصارف الإسلامية لسد تلك الثغرة ولتكون صرحاً شامخاً يلتزم بالضوابط الشرعية الإسلامية في المعاملات، ويُظهر مدى جدوائية هذه المعاملات، وتفوقها، وسموها عن غيرها من المعاملات غير الشرعية.

❖ ومن أهم هذه الخصائص ما يلي:

- عدم التعامل بالربا (الزيادة غير المشروعة على أصل المال - دين - ، قرض)؛ سواء كان أخذاً، أو عطاءً؛ بمعنى أنها لا يمكن أن تُرابي⁽¹⁾ في الموارد التي تحصل عليها من المتعاملين معها، أي: أصحاب الحسابات لديها، وبكافة أشكالها؛ كما أنها لا يمكن أن تُرابي معهم عند استخدامها للموارد لديها عند توفير الموارد التمويلية لهم، وبالتالي: فإن تجميع الموارد في المصارف الإسلامية لا يتم بواسطة

¹ - أي لا تعطي ما يسمونه في النظام الربوي "بالفائدة"، والربا كما هو معلوم لا فائدة فيه، إذ لو كان فيه فائدة لم يُحرِّمه الله تعالى، فقد أحلَّ الله لنا البيع بجميع أشكاله وحَرَّمَ علينا الربا، والله تعالى لم يحَرِّم علينا شيئاً إلا لضرره علينا، علم ذلك من علمه، وجهله من جهله، ثم إن الله يأمر وينهى (ليختبرنا) بالامتنال والاجتناب، ليعلم من يخافه بالغيب، وقد أذن الله بالحرب على آكل الربا، ولعنه رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم، وهو كبيرة من الكبائر كما هو معلوم، لذلك إطلاق مصطلح (الفائدة) على الربا، هو إطلاق دخيل على الثقافة الإسلامية، وأما المصطلح الذي أطلق عليه الشرع فهو: (الربا).

الربا أخذًا وعطاء؛ لذلك يبتعد المصرف الإسلامي في جميع أعماله، وخدماته، وفي جميع أنشطته وطلبه للربح، عن الربا وكل ما يتصل به.

- تعمل المصارف الإسلامية وبكل جهدها، باهتمام كبير في تقديم أقصى نفع للمجتمع من خلال الأعمال، والنشاطات، والخدمات التي تقوم بها، أي أن هذه المصارف لا تقتصر في أعمالها، ونشاطاتها على إفادة المتعاملين معها، والمساهمين فيها فحسب، بل إن ذلك يمتد ليشمل إفادة المجتمع ككل استنادا على أحكام الشريعة في المعاملات ومقاصدها، وبذلك تمارس المصارف هذه مهمة المصارف الاجتماعية، أي المصارف ذات الطابع الاجتماعي.

- كذلك، فإن المصارف الإسلامية: تتجه في جهدها نحو توفير التمويل اللازم للنشاطات الأكثر نفعًا، والأكثر أهمية للفرد من ناحية، وللمجتمع من ناحية أخرى، ومن ثم للاقتصاد ككل، وبالتالي فإن هذا يتضمن قيامها في إطار ذلك العمل على تنمية النشاطات، والقطاعات الاقتصادية، وتطويرها سواء كانت زراعية، أو صناعية، أو تجارية، أو غيرها، وبالشكل الذي يعود إلى تطوير الاقتصاد وتنميته، ومن ثم فإنها بهذا تمارس مهمة المصارف الاختصاصية والتجارية معا⁽¹⁾.

- كونها تلتزم وتتمسك بقواعد الشريعة، ومقاصدها في المعاملات، وتلتزم بذلك في عملياتها، ونشاطاتها، وفي الوسائل والأساليب التي تستخدمها في القيام بهذه العمليات والنشاطات وبشكل يتطابق، ويتفق مع قواعد، ومقاصد الشريعة الإسلامية.

¹ - ينظر: البنوك الإسلامية، تأليف: د. فليح حسن خلف، ط: عالم الكتب الحديث، عمان، الأردن، ط1، 2006م، (ص95).

- وتتميز المصارف الإسلامية عن غيرها من المصارف التجارية التقليدية، في كونها: تسعى لإقامة نظام اقتصادي عادل، وشامل، يقوم على مبدأ العدالة في توزيع الأرباح، والشمول في تعميم الخير والنفع، أما الربا فهو: نظام متحيز لصالح أرباب الأموال حيث يزيدهم ثراء، ويمنحهم دخلاً مضموناً من غير جهد ولا مخاطرة، ولا مشاركة في تحمل الخسارة، وهو عائد محدد متمثل في الربا.

إن شعار التنمية لصالح المجتمع، وقيام المصارف الإسلامية بالاستثمار للودائع، يعتمد أساساً على المشاركة في توزيع الأرباح، سواء العمال، وأصحاب الدخل المحدود، أو الأثرياء، ويستفيد كل من صاحب المال، والعامل المضارب من الربح العادل؛ فتتحقق التنمية الاقتصادية على أساس التعاون بين رأس المال، وخبرة العمل، وعدم تحديد الربح بشكل مقطوع؛ فلا سقف له، ويتحقق التعادل في قسمة الأرباح قلت أو كُثرت؛ حينئذ يبذل المصرف أقصى طاقاته، وإمكاناته، وخبراته في دراسة المشاريع، وإنجاح مشاريع التنمية في المجتمع.

- ومنها أنها تسعى من خلال معاملاتها إلى الترغيب في الادخار، وتوفير التمويل الاستثماري؛ فكثير من المسلمين يحرص على الابتعاد عن التعامل مع البنوك الربوية خشية التلوث بأفات الربا ومضاره، بل وشبهاته؛ لذلك تبقى أموالهم محجوبة عن الاستثمار؛ فكانت المصارف الإسلامية نافذة مضيئة لترغيب الناس في أمرين مهمين، وهما: الادخار، والاستثمار المشروع.

❖ أما الادخار: فيفيد الفرد، والمجتمع؛ إذ يحقق لصاحبه أماناً من الفقر، وتقلبات الزمان، وتجدد الحاجات، ويكون تشغيل المدخرات في أنشطة اقتصادية سبباً لتحقيق نمو المجتمع، وتطوره، بدلاً من تخبئة الأموال بوسائل خاصة ومختلفة، ومن أسوأها ادخار الأموال الإسلامية في المصارف الأجنبية الربوية لتشغيل

آلات المصانع وتنمية الاقتصاد وتطوره، وقد يدفع المسلمون على أموالهم المدخرة فوائد للدول الأجنبية.

ويكون تحفيز الأفراد على الادخار سببا جديدا لغرس القيم والمبادئ الإسلامية، وإشاعة روح المحبة، والثقة، والتعاون، وتقوية النشاط الاقتصادي الإسلامي.

❖ وأما توفير التمويل الاستثماري: فيكون في مقابل ربح عادل، ويؤدي في الواقع إلى تنشيط حركة الصناعة، والتجارة، والزراعة، وبناء المجتمع الإسلامي، ورفع مستوى الدخل، والمعنويات الإسلامية، والتخلص من التبعية للغرب، وبناء مجتمع مسلم بناء قويا وجذريا، والقضاء على عوامل الفقر، والتخلف، والجهل، والمرض، وتحقيق الحرية، والاستقلال.

- ومن ما يميز كذلك المصارف الإسلامية: كونها تسعى للحد من كارثة التضخم، حيث تعاني أغلب الدول العربية والإسلامية، من ظاهرة التضخم لضعف الموارد، والتنمية الاقتصادية؛ ومن أجل الحد من هذه الظاهرة: كانت المصارف الإسلامية ضرورة اقتصادية حتمية لتصحيح مسار المعاملات في أسواق المال، والنقد، وتجنب وجود ثراء غير مشروع بسبب انخفاض القوة الشرائية للنقود عن طريقين:

- ربط عائد الودائع بنسبة من الربح الفعلي في المشاريع الاستثمارية.
- والحيلولة دون أي إثراء غير مشروع بسبب تضخم يحققه رجال الأعمال المقترضون من البنوك الربوية قروضا ذات آجال طويلة.

أما المصارف الربوية: فتكون غالبا سببا من أسباب وجود التضخم عن طريق ما يسمى خلق النقود، أو خلق الائتمان أي الاستعداد للإقراض، وفتح اعتمادات لعملاء المصرف لسحبهم مبالغ في حدود الحد الأقصى لتلك الاعتمادات؛ وذلك بموجب شيكات لا تستخدم للحصول على مبالغ نقدية؛ وإنما للوصول إلى تسويات لدى المصرف نفسه، أو

غيره من المصارف؛ فيتمكن المصرف من استغلال أضعاف المبالغ المودعة لديه، ويعمل التجار أعمالاً تفوق رؤوس أموالهم مئات المرات؛ وتلك أوهام تؤدي إلى مضاعفة كمية النقود المسماة: «نقود الائتمان»⁽¹⁾.

- ومنها كذلك: عدم اعتبار الربح: هو الهدف الأساسي في أعمالها، ونشاطاتها، مع كونها لا تغفل عنه، باعتبارها مؤسسات اقتصادية ومالية مصرفية؛ إلا أن الأهداف الأساسية الأخرى المتمثلة في العمل على تطوير الاقتصاد، وتنمية خدمة المجتمع هما: هدفها الأساسي؛ ولا يعتبر هدف الربح وتحقيقه هو: الدافع الوحيد لها، بل تحقيق أهداف أخرى تدخل ضمن تطوير، وتنمية المجتمع، وتقوية الدخل لدى الأفراد، والطبقات الفقيرة في المجتمع؛ وذلك بمشاركة مشاريعهم، وتحقيق عائد ربحي مناسب ينتفع منه الجميع؛ لا أن يبقى المستفيد الوحيد هو: المصرف، على حساب العميل، بغض النظر عن حاله، وضعفه، وفقره، كما هو الحال بالنسبة للبنوك الربوية.

وبذلك تُحقق المصارف الإسلامية نهضة اقتصادية في المجتمع المسلم، وتسعى بأعمالها إلى القضاء على الفقر، وتحقيق أكبر مستوى من التوازن الاقتصادي في المجتمع، فتحقق بذلك التنمية في الأمة الإسلامية، وتجسد معالم اقتصاد إسلامي، تسود فيه العدالة في توزيع الأرباح، ويتحقق فيه مبدء التكافل، والتعاون، والتضامن المطلوب في المصارف الإسلامية، والتي يجب أن يكون هدفها الأساسي، وغايتها الأسمى هو: تنفيذ، وتطبيق المنهج الإسلامي في الاقتصاد.

¹- ينظر: المعاملات المالية المعاصرة - وهبة الزحيلي - (ص520).

الفرع الثاني: أهداف المصارف الإسلامية:

من خلال ما تقدم من ذكر خصائص، وسمات "المصارف الإسلامية"، يمكن تحديد أهداف أساسية لهذه المصارف تتمثل فيما يلي:

- تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات الشائعة، ولا سيما المعاملات المصرفية في النقود، والسلع التي تتجنب الربا أخذًا وعطاءً، وهذا مطلب عزيز وغال للأمة الإسلامية المتطلعة في جذور عقيدتها إلى تطبيق أحكام الشريعة في جميع نواحي الحياة، وإلغاء الفصل بين الدين والدولة.
- تنمية الاقتصاد والمجتمع عن طريق الخدمات المصرفية، وأعمال الاستثمار المشروع الفعلي، وتشجيع الادخار، وتوفير التمويل للمشاريع الإسلامية بعائد ربح عادل، والعناية بأحوال تعسر الناشئة والمحتاجين.
- تحقيق الربح المشترك للمصرف، والعمل باستثمار أموال المسلمين، إما باستثمار المصرف لها مباشرة، أو بدفعها لمستثمرين خبراء آخرين، فيتحقق سنوياً نماء المال، وزيادته لصاحبه من الربح الناجم عن تشغيل المال؛ وإذا حدثت خسارة تحملها صاحب الوديعة وحده، ويخسر المصرف جهده وأتعابه التي بذلها في سبيل الاستثمار، وهو نادر، وذلك على أساس شركة المضاربة⁽¹⁾.
- تقديم الخدمات الاجتماعية التي تُسهم في خدمة المجتمع، وتطويره، وتلبية الاحتياجات الاجتماعية من خلال الإسهام في تمويل المشروعات، والنشاطات التي تحقق النفع الاجتماعي العام، وخدمة أفراده، وبالذات الأكثر حاجة منهم، أي الأقل دخلاً من خلال القروض الحسنة، ومن خلال الإسهام في المشروعات الاجتماعية

¹- ينظر: المعاملات المالية المعاصرة - وهبة الزحيلي - (ص 520 - 521).

الخيرية، وكذلك الإسهام بجمع أموال الزكاة، وغيرها، واستخدامها في الأوجه المخصصة لها للمحتاجين إليها، وبالشكل الذي يتطابق مع قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

- العمل من أجل الوصول إلى تحقق سلامة، وقوة المركز المالي للمصرف الإسلامي بالشكل الذي يجعله قادرا على زيادة حصته في السوق المرتبط بها، بزيادة قدرته على تجميع الموارد، وعلى استخدامها، وعلى التوسع في خدماته، وبالشكل الذي يوفر نفعاً أكبر للمساهمين، والمتعاملين، والمجتمع، والاقتصاد ككل⁽¹⁾.

¹ - ينظر: البنوك الإسلامية- فليح حسن خلف-(ص98).

المبحث الثاني: مجالات الضمان في المصارف الإسلامية

المطلب الأول: الضمان في مجال الأنشطة الاستثمارية في المصارف الإسلامية:

تعتمد المصارف الإسلامية أساساً - لتوظيف مواردها المالية - على نشاط الاستثمار سواء بمفردها، أو بالاشتراك مع غيرها من المتعاملين، من خلال أساليب الاستثمار الشرعية، وذلك بالبحث عن الفرص الاستثمارية الملائمة، ودراستها وتقويمها، وتنفيذها بطريقة جيدة، ومعنى ذلك، أن طبيعة نشاط التوظيف هنا، تختلف اختلافاً كبيراً عن طبيعة عملية الإقراض في البنوك التقليدية، وأن هناك العديد من العناصر الحاكمة لها، والمؤثرة فيها.

هذا بالإضافة إلى أن طبيعة العلاقة بين المصرف والمتعاملين - طالبي التمويل - تختلف في المصارف الإسلامية عنها في البنوك التقليدية، فليس هنا دائن، أو مدين، وإنما علاقة مشاركة في الربح والخسارة، ومن ثم المشاركة في تحمل المخاطر التي تواجه العملية الاستثمارية، والتي تختلف من عملية لأخرى، ومن أسلوب استثمار لآخر⁽¹⁾.

إن طبيعة "الاستثمار" في المصارف الإسلامية تتحدد من خلال معنى "الاستثمار" في الإسلام وهو: «تشغيل المال لزيادة الإنتاج والاستزادة من نعم الله، وذلك لتحقيق أهداف مالية واقتصادية واجتماعية»⁽²⁾، ويقصد "بالاستثمار": «استغلال المال بقصد الحصول على نتائج، أو عائد منه، وهو من وسائل الحصول على الكسب»⁽³⁾، والفقهاء - رحمهم الله - استعملوا هذا اللفظ، وعبروا عنه، بمعنى: "التثمين"، فيقولون: ثَمَّرَ الرجل ماله أي: أحسن القيام عليه

¹- ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، تأليف: محمد عبد المنعم أبو زيد، ط: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط1، 1417 هـ - 1996 م، (ص 46).

²- استثمار المال في الإسلام، تأليف: أحمد مصطفى عفيفي، ط: مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط1، 1424 هـ - 2003 م، (ص42).

³- المرجع نفسه (ص40).

ونمّاه، وأورد بعضهم هذا المصطلح: عند تعريف "السفيه"، فقالوا هو: «(المبذر ماله فيما لا ينبغي، ولا يد له بإصلاحه، وتثميّره، والتصرف فيه)؛ فأراد بتثمير المال: تنميته بسائر الطرق المشروعة؛ ويستخدم الفقهاء أيضا مصطلح "استنماء المال، وتنميته" للدلالة على معنى الاستثمار، والتثمير أي: استفعال الثمرة»⁽¹⁾.

وأما في الاقتصاد الإسلامي، فإن نظريته "للاستثمار"، لم تكن قائمة على التفريق بين رأس المال المادي، ورأس المال البشري، كما هو الحال في الاقتصاد الوضعي؛ بل يركز نظريته على كلا النوعين بشكل متوازن؛ لذلك لم يهتم الاقتصاد الإسلامي بتكوين السلع الرأسمالية على حساب تنمية العنصر البشري إدراكا منه أن: تكوين الرأس المالي وحده لا يكفي لأداء الدور المطلوب منه في عملية التنمية الاقتصادية؛ إذا لم يواكبه تكوين رأس مال بشري قادر على تطوير، وتطوير الاستثمار المادي بالشكل المحقق للأهداف المطلوبة؛ ولذلك، كان تعريف "الاستثمار" في الاقتصاد الإسلامي بأنه: «جهد واعي ورشيد يُبذل في الموارد المالية، والقدرات البشرية بهدف تكثيرها، وتنميتها، والحصول على منافعها وثمارها»⁽²⁾.

إن نشاط الاستثمار في المصارف الإسلامية، نشاط مهم وحيوي؛ وذلك لما يتمتع به من أسس متينة مبنية على ضوابط الاستثمار في الشرع الحنيف.

الفرع الأول: النشاط الاستثماري في المصارف الإسلامية:

يتجسد هذا النشاط في الصيغ التمويلية الاستثمارية في المصارف الإسلامية؛ فإذا كانت البنوك الربوية لا تملك أساسا إلا وسيلة واحدة للعمل، ألا وهي القرض بفائدة وإن

¹ - الاستثمار بالمشاركة في البنوك الإسلامية، تأليف: أحمد محمد محمود نصار، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1ط، 2010 م، (ص 6 - 7).

² - المرجع نفسه (ص 7 - 8).

تعددت أشكاله؛ فإن المصارف الإسلامية توفر للمتعاملين معها صيغا متعددة للاستثمار، من خلال صيغ هي في الأصل عقود معروفة في الفقه الإسلامي جرى تطويرها لكي تتلاءم مع أغراض وطبيعة نشاط المصرف باعتباره وسيطا ماليا، ويمكن تقسيم صيغ تمويل الاستثمارات في المصارف الإسلامية وفق عدة طرق مختلفة، منها ما يعتمد في تقسيمه على طبيعة الصيغ الاستثمارية، هل أن الصيغ التمويلية هي صيغ معتمدة على الديون؟، أم أنها صيغ معتمدة على الاشتراك في الربح والخسارة ؟

■ فأما الصيغ التمويلية المعتمدة على الديون: فيقصد بها تلك التي تتمخض في دفاتر البنك عن التزامات مطلقة بالدفع من قبل المستفيدين من التمويل؛ ولذلك فإن أصول المصرف الإسلامي تكون في ظل صيغ التمويل المعتمدة على الديون شبيهة بأصول المصرف التقليدي، مع فرق مهم، وهو أن تلك الأصول تظل ثابتة في قيمتها النقدية لا ترتبط بمتغير خارجي؛ خلافا لما عليه الحال في المصرف التقليدي؛ كما أن هذه الصيغ وإن نهضت بوظيفة التمويل، تبقى عقودا محلها السلع والأصول الرأسمالية المباعة، وليس النقود، وهذا اختلاف جوهري فيها عن ديون البنوك التقليدية التي تتولد عن القروض، والقرض كما هو معروف: عقد محله النقود، وأهم هذه الصيغ: المرابحة للأمر بالشراء، والاستصناع، والسلم، والإيجار المنتهي بالتمليك.

■ أما صيغ التمليك المعتمدة على المشاركة في الأرباح والخسائر: فهي من أهم عناصر التميز بالنسبة للمصارف الإسلامية عن البنوك التقليدية؛ وهي وإن كان العمل بها محدودا لا يكاد يقارن بصيغ التمويل المعتمدة على الديون؛ إلا أنها مجال للتطوير، ووجهة نمو لا يستهان بها في نشاط المصارف الإسلامية، ويقصد بصيغ التمويل المعتمدة على المشاركة في الأرباح والخسائر: تلك التي لا يلتزم فيها العميل المستفيد من التمويل؛ إلا بحسن الأداء، والإدارة، وعدم

المماثلة في أداء حقوق المصرف إذا استحق شيئاً من ربح، أو رأس مال، ويبقى المصرف شريكاً في مخاطرة المشروع الذي يجري تمويله، وأهم هذه الصيغ المضاربة، والمشاركة.

ومنها ما يعتمد في تقسيمه على آجال تطبيق الصيغ الاستثمارية من صيغ قصيرة، متوسطة، وطويلة الأجل⁽¹⁾.

وسأجمل هذه الصيغ التمويلية الاستثمارية في ثلاثة أنواع :

النوع الأول: صيغ تمويل الاستثمارات الطويلة الأجل:

يقصد بصيغ التمويل الطويلة الأجل: تلك الصيغ التي يتم تطبيقها على آجال تساوي، أو تتعدى خمس سنوات على الأقل، ومن هذه الصيغ نجد كل من: المضاربة والمشاركة.

أ_ النشاط الاستثماري بالمضاربة في المصارف الإسلامية:

سأعالج هذه الصيغة الاستثمارية في أربع نقاط:

النقطة الأولى: صورتها في المصارف الإسلامية: وهي بإيجاز كالتالي:

يقوم عدد من أصحاب الأموال بوضع كل منهم جزءاً معيناً من أمواله - دفعة واحدة، أو على دفعات متعددة متلاحقة - في مؤسسة استثمارية إسلامية من أجل استثمارها لهم بالطرق الشرعية على أن يكون لهم جزء شائع معين من أرباحها، كالنصف، أو الثلثين، ويكون باقي الربح للمؤسسة الإسلامية المستثمرة؛ فإذا حصلت خسارة كانت على أرباب الأموال خاصة.

¹ - ينظر: أبعاد القرار التمويلي والاستثماري في البنوك الإسلامية، تأليف: إبراهيم بن غالي - دراسة تطبيقية - ط: دار النفائس، الأردن ، ط1، 1433هـ - 2012 م، (ص54 - 55).

تقوم المؤسسة الإسلامية - مصرف إسلامي - بخلط هذه الأموال فور وصولها إليها بعضها مع بعض، وربما خلطتها بأموالها هي أيضا، ثم تقوم باستثمار هذه الأموال فور وصولها إليها، أو بعد فترة من الزمن بحسب الفرص المتاحة أمامها للاستثمار بالطرق الاستثمارية الإسلامية، ومنها دفعها لبعض أصحاب الحرف، أو التجار على سبيل المضاربة الفردية كل منهم على حدة.

تحسب المؤسسة الإسلامية أرباحها في نهاية كل عام بطريق التتضيض ممن قامت بالمضاربة معه من التجار، وأهل الحرف، وغيرهم، مع حصتها من الأرباح التي تسلمتها منهم، بعد خصم النفقات منها.

تقوم المؤسسة باقتطاع حصتها من هذه الأرباح وهي النسبة المبينة في عقد المضاربة المشتركة مع أصحاب الأموال، وما بقي من الربح هو حصتهم منه، تسلمه إليهم بحسب مقدار رأس مال كل منهم لديها، والزمن الذي بقي فيه رأس المال لديها.

يحق لكل رب مال أن يسحب رأس ماله كله، أو بعضه، في أي وقت شاء قبل نهاية السنة، أو بعدها ولكن مع تغيير نسبة استحقاق الربح من (وديعة) إلى (حساب استثماري).

التلف الحاصل إذا لم يكن بتقصير من القائمين خُصم مقداره من الأرباح؛ وإذا كان بتقصير تحملته المؤسسة؛ تقوم بالتعويض لأرباب الأموال عنه⁽¹⁾.

النقطة الثانية: الصعوبات التي تواجه الاستثمار بالمضاربة في المصارف الإسلامية:

تعرض صيغة التمويل بالمضاربة مجموعة من الصعوبات أثناء عملية التطبيق، يمكن اختصارها فيما يلي:

¹ - ينظر: المضاربة - حقيقتها - أحكامها - تطبيقاتها المعاصرة، تأليف: محمد طه إسماعيل بيوضي، ط: دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1432 هـ - 2011م، (ص 51 - 52).

- سوء أمانة الشريك المضارب في بعض الحالات.
- نقص كفاءة الشريك المضارب في بعض الحالات.
- سوء الظروف للسلعة المنتجة وذلك بسبب.
- المنافسة القوية من السلع المنتجة
- ظهور سلعة بديلة.
- تدني مستويات الأسعار.
- اتسام الأوضاع الاقتصادية بالكساد.
- صعوبة التدقيق والتقييم والمتابعة من جانب المصرف⁽¹⁾.

النقطة الثالثة: التطبيقات الاستثمارية والتمويلية للمضاربة في المصارف الإسلامية:

يُستخدم "عقد المضاربة" في التمويل المصرفي المعاصر لاجتذاب مدخرات الجمهور فيما يعرف "بالمضاربة الاستثمارية"، وكذلك لتمويل العملاء، وتوفير السيولة النقدية لهم فيما يعرف "بالمضاربة التمويلية"، ومن أمثلة ذلك في المصارف الإسلامية مثلا ما يسمى "بالمضاربة المشتركة"، وهي تقوم على أساس أن يعرض المصرف الإسلامي - باعتباره مضاربا- على أصحاب الأموال استثمار مدخراتهم لهم، كما يعرض المصرف باعتباره صاحب مال، أو وكلا عن أصحاب الأموال على أصحاب المشروعات الاستثمارية استثمار رأس المال المتجمّع لديه في مشروعاتهم، على أن توزيع الأرباح حسب الاتفاق بين الأطراف الثلاثة، وتقع الخسارة على أصحاب الأموال، ويجوز للمصرف كمضارب خلط أموال المستثمرين ببعضها، وبماله، أجاز ذلك جمهور الفقهاء، عدا الشافعية؛ إذا كانت بإذن رب المال، وهذه المعاملة جائزة؛ لأن المضارب (وهو هنا المصرف)، يجوز له أن يُضارب بشرط

¹ - أبعاد القرار التمويلي (ص 59 - 60).

أن يكون ذلك: بإذن صاحب المال، وهذا عند: جمهور الفقهاء، وفي المضاربة المشتركة يمكن لأحد المستثمرين أن يسحب ماله، أو جزءاً منه قبل موعد استحقاق الربح المتفق عليه؛ فإذا سحب كل ماله تنفسخ المضاربة في حصته (كما قال الفقهاء)، ويستحق ربح هذا المال للمدة الزمنية التي استثمره فيها فقط؛ أما إذا سحب جزءاً منه، فإن المضاربة تنفسخ في الجزء المأخوذ، وتبقى في الجزء الباقي، ويستحق صاحب المال ربح الجزء المسترد⁽¹⁾.

النقطة الرابعة: إجراءات تطبيق منح التمويل المضاربة:

تختلف تطبيقات المصارف الإسلامية بخصوص الإجراءات التي تتبع من قبلها عند قيامها بمنح التمويل اللازم للقيام بعمليات المضاربة حسب ما يراه كل مصرف من هذه المصارف، وعموماً فإن هذه الإجراءات يمكن أن تجمل فيما يلي:

- قيام المتعامل بتقديم طلب إلى المصرف من أجل الحصول على التمويل الذي يحتاجه ويفتقر إليه للقيام بالمضاربة في استثمار أو عمل أو نشاط أو أكثر وأن يتضمن الطلب هذا تحديد أولى للاستثمار أو النشاط من حيث طبيعته وحجمه وجدواه الاقتصادية وبالذات جدواه المالية أي: إمكانية تحقيق عائد المضاربة من خلال تحقيق إيرادات تفوق تكاليفها.

يقوم المصرف ومن خلال الجهات ذات العلاقة لديه بدراسة طلب المتعامل من حيث الجوانب الشخصية للمتعامل فيما يتصل بأخلاقه وسمعته وسلوكه ومدى التزامه الديني والقيمي وكذلك من خلال الجوانب المهيمنة التي تتصل بقدراته وخبراته ومؤهلاته وكفاءته في

¹ - ينظر: المؤسسات المالية الإسلامية ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، تأليف: صالح حميد العلي ، ط: دار النوادر، سوريا، دمشق، ط1، 1429 هـ - 2008 م، (ص 291 - 292).

القيام بالنشاط، أو العمل، أو الاستثمار الذي يتم من خلال المضاربة موضوع طلب المتعامل ويمكن أن يرافق ذلك دراسة وضعه المالي ومدى وفائه بالتزاماته المالية.

تقوم الجهات المختصة في المصرف بدراسة الطلب للتأكد من طبيعة النشاط، أو الاستثمار، وجدواه الاقتصادية بما في ذلك دراسة جدواه المالية، واعتمادها على الخبرات والكفاءات، والاختصاصات ذات الصلة بذلك والتي يفترض توفرها لدى المصرف الإسلامي، حتى يتم تحديد مقدار التمويل المطلوب، وتحديد ربحيته، وحصة المصرف من الأرباح والمدة التي يمكن أن تحدد لهذا التمويل، وما إلى ذلك، إضافة إلى دراسة طبيعة النشاط وسوقه، ومدى النجاح المتوقع له، والظروف والأوضاع الاقتصادية العامة السائدة والتي تحكم نشاطه، وعمله، ومن ثم نجاحه.

واستنادا إلى ما يتم التوصل إليه من خلال ما سبق، يتخذ القرارات الخاصة بالموافقة على طلب التمويل من عدمه، وإبلاغ المتعامل بالقرار الذي يتم اتخاذه من قبل الجهة المخولة بذلك.

في حالة الموافقة على طلب التمويل المقدم من المضارب إلى المصرف يتم توقيع "عقد المضاربة" بين المتعامل الذي قدم طلب التمويل، والمصرف، ويجري تحديد شروط هذا العقد والذي يستند إلى الأسس الشرعية، ومنها تحديد نسبة (حصة) الطرفين من الربح الذي يتحقق نتيجة "المضاربة" موضوع العقد.

بعد توقيع العقد واتخاذ كافة ما يتصل به، ويتم دفع المال المطلوب للمضارب أي للمتعامل صاحب الطلب والذي يقوم باستخدامه في عمليات المضاربة وفقا لشروط العقد المتفق عليها بين المصرف والمتعامل.

يتم فتح حساب خاص بالمضارب لدى المصرف، يسجل فيه كافة ما يتصل بتمويل "عملية المضاربة"، وفي نهاية العملية يتم إعداد بيان خاص بالإيرادات المتحققة نتيجة لها،

والتكاليف التي تتطلبها، ومن ثم تحديد العائد أي الربح، أو الخسارة، والذي هو الفرق بين إيرادات "عملية المضاربة"، وتكاليفها، والتي يتضمنها البيان هذا، وبعد ذلك يتم توزيع الربح وفقا لما هو مثبت، ومتفق عليه في "عقد المضاربة".

في حالة تحقق خسارة؛ فإن المصرف يتحملها لوحده دون أن يشاركه في ذلك المضارب أي المتعامل العامل في المضاربة، أو إهماله له، أو تعديه، أو مخالفته لشروط "عقد المضاربة"، ويخسر المضارب في هذه الحالة جهده، وعمله، في عملية المضاربة.

يستعيد المصرف المال الذي وفره لعملية المضاربة قبل أي توزيع للأرباح التي تتحقق نتيجة لها⁽¹⁾.

ب_ النشاط الاستثماري بالشركة في المصارف الإسلامية:

سأعالج هذا النشاط الاستثماري في ثلاث نقاط:

النقطة الأولى: معناه وصورته في المصارف الإسلامية:

المشاركة: هي أسلوب تمويلي يشترك بموجبه المصرف الإسلامي مع طالب التمويل في تقديم المال اللازم لمشروع ما، أو عملية ما، ويوزع الربح بينهما بحسب ما يتفقان عليه؛ أما الخسارة فبنسبة تمويل كل منهما، وتوضح فكرة المشاركة أن المصرف الإسلامي ليس مجرد ممول فقط، وإنما أيضا مشارك في العملية الاستثمارية، وأن العلاقة التي تربطه مع العملاء، هي علاقة شريك بشريكه، وليست علاقة دائن بمدين، كما هو الحال في البنوك التقليدية، ويترتب على هذه العلاقة مشاركة المصارف الإسلامية للمتعاملين معها في تحمل المخاطر التي قد تتعرض لها العمليات التي يقومون بها طالما كان ذلك بدون تقصير من

¹ - ينظر: البنوك الإسلامية - فليح حسن خلف - (ص249-252).

جانبهم، والمشاركة تكون في تمويل الأنشطة الاستثمارية التي تستهدف الربح، سواء كانت تجارية، أو صناعية، أو عقارية، أو غيرها، من النشاطات المباحة شرعا، وتختلف المشاركة عن المضاربة في: كون صاحب الجهد يملك إلى جانب جهده جزءا من المال، ولكنه غير كاف للقيام بنشاطه، فيضطر إلى اللجوء إلى طرف آخر ليقدم له ما يحتاجه من مال، ويتقاسم الطرفان الربح، والخسارة بنسب يتم الاتفاق عليها مسبقا؛ فالمشاركة تقتضي وجود جهة تملك المال، وجهة تملك المال، والجهد معا⁽¹⁾.

ثم إن أشكال وأقسام المشاركات وصيغها تتعدد، وسأخذ منها على سبيل المثال: صيغة المشاركة الدائمة، وهي: صيغة تمويلية يدخل بموجبها البنك كشريك مع المتعامل في رأس مال عملية تجارية، أو صناعية محددة، يقترحها هذا الأخير على البنك، فيصبح الطرفان شريكين في تسييرها، والرقابة عليها، وتحمل التزاماتها، وخسائرها، واقتسام أرباحها، والمقصود بكونها ثابتة (دائمة)، هو: أن كل طرف يحتفظ بحصته ثابتة في رأس مال المشروع، حتى يتم إنجازه وتصفى الشركة، والمشاركة الدائمة تكون مقررة لأجل طويل (خمس سنوات فما فوق)، وعادة يتولى العميل مباشرة العمل التنفيذي للنشاط الاقتصادي الممول، والإشراف عليه، وإدارته باعتباره صاحب المعرفة بكافة تفاصيلها، ولديه الخبرة الكافية لذلك، وبالتالي فهو يستحق مقابلا ماديا عن إدارته، شرط أن يكون الاتفاق قد حصل بشأن هذا العائد في "عقد المشاركة".

النقطة الثانية: أهمية التمويل بالمشاركة:

للتموليل بالمشاركة أهمية كبيرة لكل من المصرف الإسلامي، وللمشروع، وللمجتمع.

¹ - ينظر: أبعاد القرار التمويلي (ص 60 - 61).

فبالنسبة للمصرف الإسلامي: فإن التمويل بالمشاركة يحقق له منافع كثيرة منها:

1- تحقيق أنشطة مستمرة عن طريق استثمارات متوسطة وطويلة المدى.

2- الاستفادة من أرباح المشروع.

3- المشاركة في العمليات الإنتاجية.

4- الاستفادة من القيمة التجارية للمشروع.

5- الاستفادة من القيمة المضافة للأسهم.

وأما بالنسبة لأصحاب لمشروع؛ فإن هذا النوع من التمويل يعمل على:

- تقوية قدراتهم المالية.

- تلاؤم التمويل مع نشاط المشروع.

- تخفيض ضغوطات و كلفات التمويل بها.

- تقوية تنافسيتهم.

وأما بالنسبة للمجتمع: فإن المشاركة تحقق منافع كثيرة بالنسبة للمجتمع الذي تطبق

فيه، نذكر منها:

- تأهيل المشاريع لمقاومة التنافسية الدولية.

- انقادات المشاريع المتعثرة.

- إيجاد فرص عمل إضافية.

- ضمان الاستقرار⁽¹⁾.

¹- ينظر: أبعاد القرار التمويلي (ص 64 - 65).

النقطة الثالثة: الصعوبات التي تواجه صيغة الاستثمار بالمشاركة في المصارف الإسلامية:

تعرض صيغة التمويل بالمشاركة مجموعة من الصعوبات أثناء عملية التطبيق منها:

- سوء إدارة المشروع.
- سوء الظروف السوقية للسلعة المنتجة.
- ظهور سلعة بديلة.
- مواجهة منافسة شديدة من السلع المشابهة
- تدني مستويات الأسعار.
- اتسام الأوضاع الاقتصادية السائدة في بعض الحالات بالكساد.
- صعوبة التدقيق والتقييم والمتابعة
- نقص أو صعوبة التمويل وعدم رغبة المصرف يضح المزيد من الأموال للمشروع نفسه⁽¹⁾.

النوع الثاني: صيغ التمويل في المدى المتوسط:

أ- التمويل التأجيري (التأجير التمويلي) المنتهى بالتملك (الإيجار المنتهى بالتملك):

سأعالج هذه الصيغة التمويلية من خلال ثلاث نقاط:

النقطة الأولى: مفهومها: وهو الحصول على أصل من الأصول للانتفاع به، واستخدامه وحيازته لفترة من الزمن، ويكون محوره الأساسي بصورة أو بأخرى، هو: إيجار أو استئجار الأصل، واستئجار الأصول هو عقد بين مالك الأصل (فرداً أو مؤسسة) باستخدام ذلك

¹- ينظر: أبعاد القرار التمويلي (ص 65 - 66)

الأصل لفترات زمنية معينة للحصول على منفعة معينة من المنافع، مقابل ما يحصل عليه المالك (المؤجر) من تدفقات نقدية (أقساط الإيجار) من المستأجر⁽¹⁾.

كما يمكن أن نقول بأنه: « اتفاق تعاقدى بين طرفين، يخول لأحدهما حق الانتفاع بأصل مملوك للطرف الآخر، مقابل دفعات دورية لمدة زمنية محددة، فالمؤجر هو: الطرف الذي يحصل على الدفعات الدورية مقابل تقديم الأصل، في حين أن المستأجر هو: الطرف المتعاقد على الانتفاع بخدمات الأصل، مقابل سداد المؤجر أقساط التأجير»⁽²⁾.

والمقصود به: أن يقوم المصرف بتأجير عين، كسيارة إلى شخص مدة معينة بأجرة معلومة قد تزيد عن أجرة المثل، على أن يملكه إياها بعد انتهاء المدة، ودفع جميع أقساط الأجرة بعقد جديد.

النقطة الثانية: الخطوات العملية للإجارة المنتهية بالتملك:

يبيد العميل رغبته في إجارة منتهية بالتملك لعين غير موجودة لدى المصرف الإسلامي كسيارة أجرة.

يقوم المصرف بشراء السيارة من البائع.

المصرف يوكل العميل باستلام السيارة ويطلب منه إشعاره بأنه قد تسلمها حسب المحددة في العقد.

المصرف يؤجر السيارة للعميل بأجرة محددة لمدة معينة ويعده (وعدا غير ملزم) بتمليك السيارة له إذا وفى بجميع أقساط الأجرة عن طريق الهبة، أو عن طريق البيع بسعر رمزي.

¹ - ينظر: التمويل بدون نقود، تأليف: محسن أحمد الخصري، ط: مجموعة النيل العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2001م، (ص 107-108)

² - المصارف الإسلامية، دراسة شرعية لعدد منها، سلسلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جدة، ط1، (د.ت.ن)، (33-34)

انتهاء مدة الإجارة والوفاء بالأقساط المحددة يتنازل المصرف للعميل عن السيارة بعقد جديدة⁽¹⁾.

وهناك نوع آخر من الإجارة تجريه بعض المصارف الإسلامية يسمى:

«الإجارة التشغيلية»: وذلك بشراء العقارات، والآلات، والأدوات، وإجارتها إلى أصحاب المشروعات نظير عائد مناسب (ربح)، وتسري أحكام الإجارة على كل ذلك، فإذا تعدى المستأجر بمخالفة الشروط المتفق عليه، اعتبر متعدياً طبقاً لأحكام الإجارة في الفقه الإسلامي⁽²⁾.

* أحكام الإجارة المنتهية بالتملك عند القائلين بجوازها.

1- يشترط تملك المصرف للعين قبل تأجيرها للعملاء.

2- في حالة هلاك العين المؤجرة يفسخ عقد الإجارة ولا يجوز أداء بقية الأقساط.

لا يجوز اشتراط الصيانة الأساسية على المستأجر.

لا يجوز فرض غرامات التأخير في سداد الأقساط على المستأجر.

لا يجوز الاتفاق على إبرام عقد الإجارة مع العقد البيع في عقد واحد مشروط أو معلق⁽³⁾.

النقطة الثالثة: المآخذ على الإيجار المنتهي بالتمليك

¹ - ينظر: المؤسسات المالية - د. صالح العلي - (ص218-219).

² - المرجع نفسه، (ص217-218).

³ - ينظر: المعاملات المالية المعاصرة، تأليف: عبدالله عبدالمنعم، ط: دار اقرأ للنشر والتوزيع ، ط1، 1429هـ - 2009م، (ص78).

إن عقد "الإجارة المنتهية بالتملك" من العقود المستحدثة وهو عقد مركب شكلاً - لا قصداً - من بيع وإجارة، والقصد هو: البيع، فهو عقد بيع بالتقسيط ألبس ثوب الإجارة المنتهي بالتملك، يحدد الطرفان فيه ثمناً رمزياً للسيارة المؤجرة يدفعه المستأجر في نهاية المدة المتفق على أنها مدة الإجارة، فإذا دفعه كانت العين المؤجرة ملكاً له، فهو إذن: عقد إيجار سائر للبيع، ثم إن الغرض من هذا العقد هو: ألا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد العقد، والاستيثاق من أن المشتري سيفي بالثمن كاملاً في الوقت المحدد، فيمنع المشتري من التصرف في العين المؤجرة في العقد قبل انتهاء دفع الأقساط الواجبة عليه واسترجاعها عند عدم الوفاء في الوقت المحدد والحصول على مقابل انتفاع المشتري بالسيارة في حالة عدم البيع وأمن شر إفلاس المشتري ومزاحمة الدائنين له.

- اشتمال هذا العقد على تزوير، وغش، ومخادعة، فلا يصح أن يوصف بأنه: عقد بيع، ولا عقد إجارة بحال.

- أن البيع تملك أصل، ومنفعة، والإجارة تملك منفعة مع بقاء الأصل ولا يمكن أن يتوارد على عين واحدة في عقد واحد: تملك العين والمنفعة، وتملك المنفعة دون العين.

- ويشتمل هذا العقد كذلك على موانع أخرى أدت إلى بطلانه وفساده منها:

1. أنه بيع معلق على انتهاء مدة الكراء، ومن المعلوم أن البيع والنكاح: لا يقبلان

التعليق.

2. أنه يؤول إلى بيع مجهول الصفة، وذلك لعدم العلم بحالة المبيع بعد انتهاء مدة

الكراء، وإلى غرر هل يبقى أم يفنى؟ وعلى فرض بقائه فإنه لا تعرف حالته

كيف يصير؟ وكلاهما يوجب فساد العقد.

3. أنه يؤول إلى بيع مجهول الثمن عند التملك بالبيع إذا كان التملك عن طريق البيع في الإيجار المنتهى بالتملك، ففيه جهالة الثمن؛ لأن الأقساط المؤداة في مقابل الكراء ولا يمكن أن تكون للكراء والبيع في وقت واحد.
4. حبس المبيع مقابل الثمن، وهذا: لا يجوز: لأنه يناقض حقيقة البيع، وهي: نقل الملكية.
5. أنه يؤول إلى بيع مجهول الثمن عند تقدير الثمن بثمن السوق، حيث أن ذلك يؤول إلى جهالة الثمن، أما إذا قيل إنه هبة، فذلك لا يصح؛ لأن التبرع لا يكون بمقابل.
6. شبهة الربا: حيث إن المتعاقد إذا تأخر عن تسديد بعض الأقساط تفرض عليه الزيادة، وهي ربا.
7. التأمين على المعقود عليه، حيث إن المستأجر يجبر على تأمين المعقود عليه، وهو ليس تحت ضمانه؛ لأن الضمان على المالك وهو المؤجر، فإجبار المستأجر على التأمين، هو: من أكل أموال الناس بالباطل وإلزام ما لا يلزم.
8. شرط ضمان المستأجر للمعقود عليه: حيث إن الضمان يجب أن يكون على المالك، فكيف يحول إلى المشتري، والبائع أو المؤجر: هو الذي يملك المعقود عليه؛ فهذا مخالف لمقتضى العقد، موجب لفساده، ثم إن يد المستأجر، يد أمانة، لا يد ضمان، ولو اشترط المؤجر عليه الضمان، وهذا محل اتفاق بين علماء المذاهب، اللهم إن خالف المستأجر فيكون استعماله تعديا فيضمن وذلك لتعديه⁽¹⁾.

¹ - ينظر: بحث الإجارة المنتهية بالتملك، د. محمد بن سلمان بن عثمان المنيعي، بحث منشور بمجلة العدل، العدد 13، محرم 1422هـ، (ص77).

9. أن على المؤجر كل ما يتمكن به المستأجر من الانتفاع، مما يتوقف عليه أصل الانتفاع كزمام مركوب، ولجامه، وإكافه، وعمارة الدار المستأجرة، وصيانتها من ترميم وتطيين ونحوهما، وعلى اتفاق آراء المذاهب الأربعة، لو شرط المؤجر على المكثري ذلك لم يصح؛ لأنه يؤدي إلى جهالة الأجرة⁽¹⁾.

10. الإجارة عقد لازم من الطرفين ليس لواحد منهما فسخها، وتقتضي تمليك المؤجر الأجر، والمستأجر المنافع، فإذا فسخ المستأجر الإجارة قبل انقضاء مدتها وترك الانتفاع بها اختياراً منه، لم تنفسخ الإجارة والأجر لازم له، ولم يزل ملكه عن المنافع، كما لو اشترى شيئاً وقبضه، ثم تركه مثل ذلك المؤجر إن كان الفسخ من قبله، وفسخ الإجارة بسبب مبيع للفسخ يوجب للمؤجر قدر حقه من المدة التي انتفع بها المستأجر، وأما احتساب القيمة كاملة دون أن يتمتع المستأجر بإيجارها، ضرب من ضروب أكل أموال الناس بالباطل، والعقد بهذه الخصائص هو عقد غرر، ومجازفة؛ لأن المشتري قد يعسر في آخر قسط فيخسر الثمن والمثمن مقابل حصول البائع على العوض والمعوض، وهذا خلاف القاعدة الفقهية، وهي أن الأصل: «ألا يجتمع العوضان لشخص واحد»؛ لأنه بمعنى: العبث، وأكل أموال الناس بالباطل، ولذلك: لا يجوز أن يكون للبائع: الثمن والمثمن، ولا للمؤجر: الأجرة والمنفعة.

وفي شأن الإيجار المنتهي بالتمليك وصكوك التأجير، صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 110 (12/4) بشأن موضوع: "الإيجار المنتهي بالتمليك وصكوك التأجير":

¹ - ينظر: بحث الإجارة المنتهية بالتمليك - د. المنيعي - (ص 78).

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية من 25 جمادى الآخرة 1421 هـ إلى غرة رجب 1421 هـ (23-28 سبتمبر 2000).

بعد اطلاعه على الأبحاث المقدمة إلى المجمع بخصوص موضوع: «الإيجار المنتهي بالتمليك، وصكوك التأجير» وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة أعضاء المجمع وخبرائه وعدد من الفقهاء قرر ما يلي:

ضابط المنع:

أن يرد عقدان مختلفان في وقت واحد على عين واحدة في زمن واحد.

ضابط الجواز:

وجود عقدين منفصلين مستقل زمانا كل منهما عن الآخر بحيث يكون إبرام عقد البيع مستقل عن عقد الإجارة أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة والخيار يوازي الوعد في الأحكام.

أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع.

أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لأعلى المستأجر وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من غيرنا شيء من تعدى المستأجر أو تفريطه ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فانت المنفعة.

إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون التأمين تعاونيا إسلاميا لا تجاريا ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.

يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة وأحكام البيع عند تملك العين.

تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة الإجارة.

وأما صور العقد الممنوعة من هذا العقد فمنها:

1- عقد إجارة ينتهي بتملك العين المؤجرة مقابل ما دفعه المستأجر خلال المدة المحددة، دون إبرام عقد جديد بحيث تنقلب الإجارة في نهاية المدة بيعاً تلقائياً.

2- إجارة عين لشخص، بأجرة معلومة، ولمدة معلومة، مع عقد بيع له معلق على سداد جميع الأجرة المتفق عليها خلال المدة المعلومة، أو مضاف إلى وقت المستقبل.

3- عقد إجارة حقيقي واقترن به بيع بخيار الشرط لصالح المؤجر، ويكون مؤجلاً إلى أجل طويل يحدد «هو آخر مدة عقد الإيجار»، وهذا ما تضمنته الفتاوى والقرارات الصادرة من الهيئات العلمية، والمجامع الفقهية⁽¹⁾.

وعلى هذا فالبديل الأمثل لهذه العملية هو الرجوع إلى طريقة "البيع بالتقسيط" مع التحلي بضوابطه الشرعية المقررة، والابتعاد عن مثل هذه العمليات ذات العقد الممنوع والباطل، نظراً لما يكتنفه من الشروط المقترنة به، والتي تؤول به إلى البطلان كما رأينا.

ب - الاستثمار في الاستصناع:

سأعالج هذا العقد الاستثماري في نقطتين:

النقطة الأولى: تطبيقات الاستثمار في "عقد الاستصناع" في المصارف الإسلامية:

¹ - ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، بخصوص "الإيجار المنتهي بالتمليك، وصكوك التأجير"، رقم: (110) / (12/4)، الصادر عن دورة مؤتمره الثانية عشرة المنعقدة بالرياض، المملكة العربية السعودية، بتاريخ : 25 جمادى الآخرة إلى غرة رجب 1421هـ، الموافق: 23- 28 سبتمبر 2000م.

يتم أسلوب الاستصناع في المصارف الإسلامية بتمويل مشروع معين تمويلا كاملا بواسطة التعاقد مع المستصنع (طالب الصنعة) على تسليم المشروع كاملا بمبلغ محدد ومواصفات محددة وفي تاريخ معين ومن ثم يقوم المصرف بالتعاقد مع مقاول أو أكثر لتنفيذ المشروع حسب المواصفات المحددة ويمثل الفرق بين ما يدفعه المصرف وما يسجله على حساب المستصنع الربح الذي يؤول إلى المصرف، فالاستصناع المصرفي إذن هو دخول البنك في وساطة بين المقاول (الصانع) والمستصنع لتمويل صناعة سلع، أو إنشاء أصل معين بمواصفات محددة⁽¹⁾.

ويمارس المصرف الإسلامي نشاطه في مجال الاستصناع بصفته صانعا، أو مستصنعا، وذلك من خلال كونه:

أولاً: كون المصرف صانعا:

إذا كان المصرف مالكا لشركات، أو مصانع، تقوم بإنتاج مواد صناعية، أو صناعات ثقيلة، فتطلب منه بعض الشركات، أو المؤسسات، أو الأفراد منتجات صناعية معينة فإنه يقوم بصناعتها.

وإذا لم يكن مالكا للمصانع، فإنه يقوم بالتعاقد مع شركات على صناعة سلعة ما، طلبت منه.

وهذه حالة الاستصناع الموازي حيث يكون صانعا، ومستصنعا في آن واحد، ولكن بعقدين مستقلين.

ثانياً: كون المصرف مستصنعا:

¹ - ينظر: أبعاد القرار التمويلي (ص 74-75)؛ وكذلك: المعاملات المالية المعاصرة - عبد الله عبد المنعم - (ص 113-114).

يقوم المصرف بطلب صناعات معينة من شركاء مختصة وعندما تصبح هذه المصنوعات ملكا للمصرف يتصرف فيها بالبيع أو المشاركة أو الإجارة.

ويمكن للمصرف في هذه الصفة أن يجري استصناعا موازيا مع مقاولين، أو مؤسسات على أن يصنع لهم نفس السلعة التي تعاقد عليها مع الشركة المختصة⁽¹⁾.

النقطة الثانية: فوائد التمويل بالاستصناع:

للمويل بالاستصناع عدة فوائد بالنسبة للمشروع ذاته، وللبنك، وللمجتمع أهمها:

أولا: بالنسبة للمشروع: يمزج هذا النوع من التمويل بين عمليتين أساسيتين من التمويل، وهي إما بيع وقرض حسن أو شراء مع قرض حسن وفي كلتا الحالتين يتبين فوائد هذا النوع بأنها تساهم في التمويل بالإضافة إلى حل مشاكل التسويق.

ثانيا: بالنسبة للمصرف الإسلامي: فبالإضافة إلى تحريك سيولته في تمويلات أقل خطورة، فإن المصرف الإسلامي يصبح مركزا مهما للبيع والشراء له خبرة واسعة ومعارف كثيرة يستفيد منها في تقليل الكلفة ورفع الجودة ويفيد زبائنه منها أيضا.

ثالثا: بالنسبة للمجتمع:

- تقوية التجارة الداخلية والخارجية
- تنمية الصادرات.
- فتح أسواق جديدة للمنتجات المحلية.
- حماية المشاريع الصغيرة والمتوسطة⁽²⁾.

¹ - ينظر: المعاملات المالية المعاصرة - عبد الله عبد المنعم - (ص 155).

² - ينظر: المؤسسات المالية الإسلامية - صالح العلي - (ص 147).

وقد صدر بخصوص موضوع "عقد الاستصناع" قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة، حيث جاء في قراره:

«إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورته السابعة بجدة في المملكة العربية السعودية من 7 إلى 12 ذي القعدة 1412هـ الموافق 9 - 14 مايو 1992 م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع (عقد الاستصناع)، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة المقاصد الشرعية في مصالح العباد، والقواعد الفقهية في العقود، والتصرفات، ونظرا لأن "عقد الاستصناع" له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفتح مجالات واسعة للتمويل، والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر:

إن عقد الاستصناع هو: عقد وارد على العمل والعين في ذمة ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

1. بيان جنس المستصنع، ونوعه، وقدره، وأوصافه، المطلوبة.
2. أن يحدد فيه الأجل.
3. يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محدودة .
4. يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطا جزائيا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة»⁽¹⁾.

¹ - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، رقم: 65(3/7) بخصوص موضوع "عقد الاستصناع"، الصادر عن الدورة السابعة المنعقدة بجدة، المملكة العربية السعودية، بتاريخ: 7 - 12 ذي القعدة 1412هـ،

ج - الاستثمار عن طريق البيع بالتقسيط في المصارف الإسلامية:

وسأعالج هذه الصيغة في أربع نقاط:

النقطة الأولى: تعريفه:

«هو بيع السلعة مع تأخير دفع ثمنها مفرقا إلى أجل معلوم، أو هو: بيع الشيء بأكثر من ثمنه بسبب الأجل»⁽¹⁾، وتعتمد المصارف الإسلامية إلى تطبيق هذا النوع من البيع بصفته: عقد يقضي بسداد ثمن البيع على عدد محدود من الدفعات في تواريخ معينة، وتنتقل فيه حق ملكية السلعة المباعة إلى العميل ابتداء من توقيع العقد، ودفع القسط الأول، ومن هنا لا تصبح للبائع (المصرف) أية حقوق على السلعة المباعة، إلا أنه من حقه مطالبة المشتري بسداد أي قسط تخلف عن دفعه⁽²⁾.

النقطة الثانية: حكم بيع التقسيط:

إذا كان العقد مستقلا بأن باع حالا، أو باع تقسيطا، فهو جائز عند جمهور الفقهاء (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة)⁽³⁾.

النقطة الثالثة: شروط صحة البيع بالتقسيط:

لقد أجاز جمهور العلماء البيع بالتقسيط، ولكن بمراعاة مجموعة من الضوابط، والشروط نوجزها في الآتي:

الموافق: 9- 14 مايو 1992م؛ وينظر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، لمجموعة من العلماء، ط: دار

النفائس، الأردن، ط1، 1418هـ - 1998م، (245/1 - 246).

¹ - المؤسسات المالية الإسلامية - صالح العلي - (ص 147).

² - ينظر: أبعاد القرار التمويلي (ص 77).

³ - ينظر: نيل الأوطار (5/ 152)؛ المغني (4/ 176).

1. تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحالي، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقدا حاضرا وثمانه بالأقساط لمدد معلومة ليتسنى للمشتري معرفة الفرق بين الثمن الحالي والثمن المؤجل بالأقساط.
2. إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد؛ فلا يجوز إلزامه بأي زيادة على الدين بشرط، أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم.
3. يحرم على المدين المليء (القادر على السداد) أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعا اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء.
4. يجوز شرعا أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط (تعجيل بعض الدفعات من الأقساط) قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد.
5. لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة.
6. أن يكون الثمن في بيع التقسيط ديناً لا عينا؛ لأن الثمن في بيع التقسيط لا يكون إلا مؤجلاً والأجل لا يصح دخوله إلا على الديون التي تقبل الثبوت في الذمة دون الأعيان.
7. أن يكون الأجل معلوماً، فلا بد من بيان عدد الأقساط ووقت أداء كل قسط ومدة التقسيط كاملة، ويحدد هذا تحديداً منضبطاً تجنباً لأي نزاع بين الطرفين.
8. لا يجوز إلزام البائع بقبول الأقساط المعجلة التي سوف يترتب على قبوله لها حظ من الثمن؛ لأن في ذلك إضراراً به، فهو لم يقصد من البيع بالتقسيط إلا هذه المصلحة والأجل حق لهما، فلا يستبد أحدهما بإسقاطه.

9. لا يجوز أن يتم العقد في بيع التقسيط على عدة آجال لكل أجل ثمنه، كأن يتم التعاقد على بيع سيارة إلى سنة بمائة ألف، وإلى سنتين بمائة وعشرين، وإلى ثلاث سنوات بمائة وثلاثين، بل لا بد أن يكون الثمن والأجل واحدا من أول العقد⁽¹⁾.

وقد نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: 51(2/6)، بشأن "البيع بالتقسيط" على نفس الشروط، فقد جاء في قرار المجمع المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة، بتاريخ: 17-23، شعبان 1410هـ، الموافق: 14-20 مارس 1990م، بخصوص (بيع التقسيط)، وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله قرر ما يلي:

« تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحال، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقداً، وثمانه بالأقساط لمدة معلومة، ولا يصح البيع إلا إذا جزم البائع بالنقد، أو التأجيل، فإن وقع البيع مع التردد بين النقد، والتأجيل، بأن لم يحصل الاتفاق الجازم على ثمن واحد محدد فهو غير جائز شرعاً.

- لا يجوز شرعاً في بيع الآجل التنصيص في العقد على فوائد التقسيط مفصولة عن الثمن الحال بحيث تربط بالآجل، سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة، أم ربطها بالفائدة السائدة.

- إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد، فلا يجوز إلزامه بأي زيادة على الدين بشرط سابق، أو بدون شرط؛ لأن ذلك: ربا محرم.

- يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعاً اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء.

¹ - ينظر: أبعاد القرار التمويلي، (ص 78 - 79).

- يجوز شرعا أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين في أداء بعضها، ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد.
- لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة»⁽¹⁾.

النقطة الرابعة: اختلاف البيع بالتقسيط عن الربا:

يختلف البيع بالتقسيط عن الربا - وإن بان تشابه بينهما - في كون سعر الأجل، أو التقسيط في مقابل الأجل، ووجه الفرق: أن الله أحل البيع لحاجة الناس إليه، وحرّم الربا بسبب كون الزيادة متمحضة للأجل؛ ولأن الربا - أي الزيادة - من جنس ما أعطاه أحد المتعاملين مقابل الأجل، كبيع كيلو حنطة - مثلاً - في الحال بكيلو ونصف يدفعان بعد أجل، أما في البيع لأجل، أو بالتقسيط، فالمبيع سلعة قيمتها الآن ألف، وألف ومائة بعد شهر مثلاً، وهذا ليس من الربا، بل هو نوع من التسامح في البيع؛ لأن المشتري أخذ السلع، لا الدراهم، ولم يعطي زيادة من جنس ما أعطى، ومن المعلوم أن الشيء الحال أفضل وأكثر قيمة من المؤجل الذي يدفع في المستقبل، والشرع لا يصادم طبائع الأشياء إذا لم يتحد المبيع والثلث في الجنس، كما أن بائع التقسيط يضحي في سبيل توفير السلعة لمن يشتريها بتعطيل السعر، أو الثمن، وعدم استعماله في أثمان مشتريات أخرى⁽²⁾.

كذلك، فإن تبرير فرق السعر بين البيع الآجل المعلوم، والبيع الحاضر نقداً هو: (الفرق) العائد الناتج من عملية بيع السلعة، وليس من بيع المال الذي هو الربا المحرم.

¹ - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي برقم: 51(2/6) بخصوص "بيع التقسيط" في دورته السادسة المنعقدة بجدة، المملكة العربية السعودية بتاريخ: 17 - 23 شعبان 1410هـ، الموافق: 14 - 20 مارس 1990م؛ وكذلك ينظر: المؤسسات المالية الإسلامية - صالح العلي - (ص 148-149).

² - ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، تأليف: أ. د. وهبة الزحيلي، ط: دار الفكر، دمشق، 3، 1989 م، (ص 346).

إن إضافة هامش على سعر البيع بالأجل، هو لتغطية التكاليف الناتجة عن خدمة المبيعات الآجلة للعميل، مثل تكاليف إمساك حساب العميل، وتكاليف تحصيل العميل، وما شابه ذلك⁽¹⁾

النوع الثالث: صيغ الاستثمار في المدى القصير:

أ- الاستثمار في المربحة:

تستخدم المصارف الإسلامية عمليات المربحة كأسلوب مهم من أساليب توظيف الأموال المتجمعة لديها، وتشمل تلك العمليات التوظيفية الجانب الكبير من عمليات استثمار الأموال في تلك المصارف، إلا أن النسبة الغالبة من عمليات بيع المربحة التي تقوم بها المصارف تتم في صورة بيوع المربحة للأمر بالشراء.

وسأعالج موضوع الاستثمار بالمربحة في المصارف الإسلامية، من خلال ثلاث نقاط:

النقطة الأولى: مفهومها:

يعرف بيع المربحة للأمر بالشراء، أو ما يسمى بالمربحة المصرفية بأنه: «طلب العميل من المصرف شراء سلعة معينة على أساس وعد منه، فيقوم المصرف بشراء البضاعة بحسب الأوصاف المطلوبة بقبض حقيقي، أو حكمي، ثم بيعها للعميل بثمن مؤجل أو مقسط، وذلك بنسبة ربح متفق ومعلوم بين الطرفين»⁽²⁾، ومثال ذلك: كأن يرغب شخص بشراء سيارة من نموذج، أو موديل معين، بثمن مقسط، أو مؤجل، فيبدي رغبته بذلك لمصرف إسلامي، فيقوم المصرف بشراء هذه السيارة بحسب الأوصاف المرغوبة، ويتسلمها إما بقبض حقيقي، أو حكمي، أو عن طريق وكيله، ثم يبيعها للعميل الذي أبدى رغبته

¹ - ينظر: أبعاد القرار التمويلي (ص 80).

² - المعاملات المالية المعاصرة - عبد الله عبد المنعم - (ص 68).

بشرائها، ووعده بالشراء وذلك بثمن مؤجل، أو مقسط قدره مائة وعشرون ألف دينار، أو درهم ويأخذ من العميل رهنا معيناً ويتم قبل شراء المصرف للسيارة اتفاق مواعدة من العميل بالشراء ووعده من المصرف بالبيع⁽¹⁾. وتتكون هذه المعاملة من ثلاثة أمور:

مواعدة بين الأمر بالشراء (العميل) وبين المصرف على أن يشتري المصرف السلعة ثم يشتري العميل السلعة من المصرف.

عقد بيع السلعة بين المصرف والعميل الأمر بالشراء

عقد بيع مربحة بين المصرف والمشتري، ولكن إذا كان الثمن يدفع على أقساط زاد المصرف في سعر السلعة لأجل التأجيل في دفع الثمن، ويسمى "بيع التقسيط"⁽²⁾.

النقطة الثانية: تطبيقات بيع المربحة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية:

الخطوات العملية لتنفيذ بيع المربحة للأمر بالشراء مع المصرف الإسلامي:

- طلب من العميل يبين فيه جنس البضاعة ونوعها وصفاتها (أثاث - عقار - سيارات).

- يقوم القسم المختص لدى المصرف بدراسة هذا الطلب.

- بعد موافقة المصرف على الطلب وشراء السلعة، يتفق المصرف مع العميل على الثمن الذي سيدفعه المصرف في شراء السلعة مضافاً إليه المصروفات المختلفة بالإضافة إلى الربح.

¹ - ينظر: المعاملات المالية المعاصرة - وهبة الزحيلي - (ص 68-69).

² - ينظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، تأليف: د. محمد عثمان شبير، ط: دار النفائس، الأردن، ط6، 1427 هـ - 2007 م، (ص 309-310)؛ والعقود المالية المركبة - دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، تأليف: د. عبد الله بن محمد العمراني، ط: دار كنوز اشبيليا، الرياض، (د.ع.ط)، 1427 هـ، (ص 263-265).

- يُتفق على طريقة سداد الثمن، ومدى حصول المصرف على عربون، أو دفعة ضمان الجدية، وبيان بعد ذلك سداد الثمن مقسطاً، أو مؤجلاً.

- بعد الاتفاق بين المصرف، والعميل، يتم إثبات هذا الاتفاق كتابة فيما يسمى: "عقد الواعد بالشراء".

- بعد التوقيع، يقوم المصرف بشراء السلعة، وتسلمها، وتملكها، ودخولها في ضمانه.

- بعد تملك المصرف السلعة، يقوم بتوقيع عقد بيع المربحة مع العميل، وبأخذ منه شيكات مؤجلة الدفع طبقاً لمواعيد السداد المتفق عليها، ويسلم البضاعة للعميل.

- عند ظهور عيب في السلعة بشكل لا يمكن للعميل الانتفاع بها، كلياً، أو جزئياً، ولم يكن العميل على علم بهذا العيب وقت الاستلام، فمن حق العميل حينئذ أن يرجع إلى المصرف بالمطالبة بكامل الثمن في حال مخالفة المواصفات أو يرجع بأرش (قيمة) النقيصة أي: الفارق بين قيمة السلعة سليمة، ومعيبة.

- يدفع العميل المشتري الثمن في الآجال المحددة المتفق عليها⁽¹⁾.

النقطة الثالثة: أنواع المربحة المصرفية على أساس الوعد بالشراء:

- بيع المربحة على أساس عدم الإلزام بالوعد لكل من الطرفين المصرف والعميل.

فكل من الطرفين مخير بالدخول أو العدول عن العقد.

- بيع المربحة على أساس الإلزام لكل من الطرفين:

¹ - ينظر: عمليات التمويل الإسلامي، تأليف: الدكتور عز الدين محمد خوجة، طبعة المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، (د.ع.ط.ت.ن)، (ص 21)؛ وكذلك ينظر: المؤسسات المالية الإسلامية - د. صالح العلي - (ص 179 - 180).

العميل ملزم بشراء ما يشتريه المصرف له بناء على أمره بالشراء.

المصرف ملزم بالبيع للعميل دون غيره.

وهذه الصورة مختلف في مشروعيتها وقد أخذت بها معظم المصارف الإسلامية.

- المراجعة على أساس الإلزام بالوعد لأحد الطرفين:

فقد يكون المصرف هو: الملزم، وحينئذ لا يحق له بيع السلعة إلا إلى العميل.

وقد يكون العميل هو الملزم، فليس له أن يرفض شراء السلعة من المصرف الذي قام بشرائها، وإذا نكل العميل فإنه يلزم قضاء، وهذه الصورة لم يتعرض لها القدامى، لذلك اختلف المعاصرون فيها وأخذت بعض المصارف الإسلامية بها جمعا بين قول من يرى الإلزام بالوعد، وقول من لا يرى الإلزام بالوعد قضاء⁽¹⁾.

ب- الاستثمار في عقد السلم:

يعد السلم في عصرنا الحاضر أداة تمويل ذات كفاءة عالية في الاقتصاد الإسلامي وفي نشاطات المصارف الإسلامية من حيث مرونتها واستجاباتها لحاجيات التمويل المختلفة سواء كانت تمويلات قصيرة الأجل، أو متوسطة، أم طويلة، واستجابتها لحاجيات شرائح مختلفة ومتعددة من العملاء سواء كانوا من المنتجين الزراعيين، أم الصناعيين، أم من المقاولين، أم من التجار، واستجابتها لنفقات التشغيل والنفقات الأخرى.

وسأعالج هذا النشاط الاستثماري في نقطتين:

النقطة الأولى: تطبيقاته في المصارف الإسلامية

¹- ينظر: المعاملات المالية المعاصرة - د. محمد شبير - (ص 265).

النقطة الثانية: المصلحة الاقتصادية للسلم

النقطة الأولى: تطبيقاته في المصارف الإسلامية:

تتعدد مجالات تطبيقات "عقد السلم"، ومنها ما يلي:

- يصلح عقد السلم لتمويل عمليات زراعية مختلفة حيث يتعامل المصرف الإسلامي مع المزارعين الذين يتوقع أن توجد لديهم السلعة في الموسم من محاصيلهم، أو محاصيل غيرهم التي يمكن أن يشترطها ويسلموها، إذا أخفقوا في التسليم من محاصيلهم، فيقدم لهم بهذا التمويل نفعا بالغا ويدفع عنهم مشقة العجز المالي عن تحقيق إنتاجهم.

- يمكن استخدام عقد السلم في تمويل النشاط الزراعي، والصناعي، ولا سيما تمويل المراحل السابقة لإنتاج، وتصدير السلع، والمنتجات الرائجة، وذلك بشرائها سلما، وإعادة تسويقها بأسعار مجزية.

- يمكن تطبيق عقد السلم في تمويل الحرفيين، وصغار المنتجين الزراعيين، والصناعيين، عن طريق إمدادهم بملزمات الإنتاج في صور معدات، وآلات، أو مواد أولية، كرأس مال السلم مقابل الحصول على بعض منتجاتهم، وإعادة تسويقها⁽¹⁾.

ومن تطبيقات السلم في المصارف الإسلامية:

أولاً- السلم المصرفي: هو عقد السلم بصورته الشمولية، والاستثمارية داخل المصارف الإسلامية، حيث يستخدم كأفضل وسيلة للتمويل الزراعي والتجاري، ولمواجهة زيادة النفقات

¹ - ينظر: موسوعة فقه المعاملات المالية المقارن، تأليف: علاء الدين الزعتري، ط: دار العصماء، سوريا، ط1، 1433هـ - 2012م، (ص 309-310).

التشغيلية، لا سيما في دول العالم الإسلامي الزراعية، والحرفية، كمصر والسودان وإندونيسيا وغيرهم، وتتلخص هذه الصور في أن المصرف يقوم بشراء البضاعة أو الكمية المحددة من إنتاج المحاصيل الزراعية، إذا كان التمويل زراعيا على أساس عقد السلم ثم يقوم بتوكيل البائع نفسه أو غيره كجهة أخرى لتولي بيع البضاعة نيابة عنه بسعر يحدده المصرف⁽¹⁾.

ثانيا: السلم الموازي:

إذا دخل المسلم إليه مع الطرف الثالث بعقد مستقل للحصول على بضاعة مواصفاتها مطابقة للبضاعة المتعاقد على تسليمها في السلم الأول ليتمكن من الوفاء بالتزامه فيه، فإن هذا العقد يسمى عقد (السلم الموازي)، فالبائع في السلم الأول يعتبر مشتريا في السلم الثاني (الموازي).

بالمقابل يجوز للمسلم أن يبرم عقد للسلم الموازي مستقلا مع ظرف ثالث لبيع البضاعة التي اشتراها بعقد السلم الأول، فالمشتري في السلم الأول يكون بائعا في السلم الثاني (الموازية)، وعليه فإن هذا النوع من بيع السلم يشترط فيه أن يكون كلا العقدين منفصل عن الآخر فإذا أخل أحد الطرفين في عقد السلم الأول بالتزامه فلا يحل له أن يحيله إلى من عقد معه سلما موازيا سواء كان بالفسخ وتأخير التنفيذ⁽²⁾.

ومن أبرز التطبيقات الاستثمارية للسلم، والسلم الموازي، ما تقوم به بعض المصارف الإسلامية من التعامل بسوق السلع الدولية، ومن أبرزها بورصة لندن للسلع والمعادن، حيث يقوم المصرف الإسلامي بشراء كمية من المعادن كالحديد، أو النحاس، أو الألمنيوم عن طريق بيع السلم من هذا السوق، ثم يبيع تلك السلع في السوق نفسه، بواسطة بيع سلم

¹ - ينظر: المعايير الشرعية (ص162).

² - ينظر: فقه المعاملات - علاء الدين الزعتري - (ص 309-310)

متوازي منفصل عن الأول، والربح هو: الفرق بين السعرين، فالمصرف يكون مشتريا في البيع الأول أما في البيع الموازي فهو بائع⁽¹⁾.

النقطة الثانية: المصلحة الاقتصادية للسلم:

السلم من البيوع التي لها آثار اقتصادية إيجابية على المجتمع وتصب في مصلحة كل من: البائع والمشتري وذلك كما يلي:

أولاً: مصلحة المشتري (المصرف): وذلك من خلال:

- حماية المشتري (المصرف) من تقلبات الأسعار.
- الاستفادة من رخص السعر من خلال شراء السلع قبل أوانها.

ثانياً: مصلحة البائع (العميل): وذلك من خلال:

- الحصول على السيولة حالا والتمكن من شراء المستلزمات.
- ضمان بيع السلعة⁽²⁾.

ومن الصيغ التمويلية في المصارف الإسلامية كذلك، القرض الحسن:

وهو صيغة تمويلية غير نفعية، فصلته عن الصيغ الاستثمارية الثلاثة التي قبله، لأهميته، وخصوصية عدم إرادة النفع من ورائه .

يقوم القرض الحسن في المصارف الإسلامية على إتاحة البنك مبلغا محددا لفرد من الأفراد، أو لأحد من عملائه حيث يضمن سداد القرض الحسن دون تحميل هذا الفرد، أو العميل أية أعباء، أو عمولات، أو مطالبته بفوائد وعائد استثمار هذا المبلغ، أو مطالبته

¹- ينظر: المعاملات المالية المعاصرة - عبد الله عبد المنعم - (ص 84).

²- المرجع نفسه(ص 85).

بفوائد، وعائد استثمار هذا المبلغ، أو مطالبته بأي زيادة من أي نوع، بل يكفي البنك فقط أن يسترد أصل القرض والأموال التي أقرضها لهذا العميل، أو لهذا الفرد؛ ومن ثم فإن القرض الحسن يكون عادة في أضيق نطاق، حيث يصعب على المصرف الإسلامي التوسع فيه؛ لأنه يضر بمصلحة المصرف، والمساهمين فيه، ومن ثم فإن المصارف الإسلامية تقوم عادة بتكوين رصيد معين يخصص مبلغه كصندوق مستقل لتمويل منح القروض الحسنة، وفي الحدود التي لا تضر بمصالح المصرف، ومصالح مودعيه أيضا، ومن هنا فإن القرض الحسن الذي يمنحه المصرف تتجسد أهميته أساسا في نقطتين⁽¹⁾ :

الأولى: التنفيس عن المسلمين كربهم:

ويكون ذلك من خلال مواجهة الأزمات التي قد يتعرض لها المسلمون، سواء أكانت أزمات ذات طابع اقتصادي، أو ذات طابع اجتماعي له أبعاد اقتصادية، وخير مثال على هذه الأزمات أعباء الزواج، والتعليم، وحالات الوفاة، وغيرها من الأزمات التي قد تحدث للأفراد.

النقطة الثانية: وهي من أهم محاور القروض الحسنة، إذا لم تكن أهمها على الإطلاق، وجدير بالذكر أن المصارف الإسلامية كثيرا ما تواجه أثناء نشاطها بحالات من إعتار، وإعسار العملاء، ومن ثم فإنها قد ترى تمويل بعض أنشطة العملاء بقروض حسنة لإقالتهم من عثرتهم، أو لتيسير وتخفيف عسرهم، وترويج نشاطهم الاقتصادي حتى يتمكنوا من ممارسة هذا النشاط واستعادة قدرتهم على سداد التزاماتهم؛ ويمكن تسليط الضوء على حقيقة القرض الحسن في المصرف الإسلامي من خلال ما يلي:

¹ - ينظر: البنوك الإسلامية ، محسن أحمد الخضيرى، ط: إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 1420 هـ - 1999م، (ص205)

غاية القرض الحسن في المصارف الإسلامية: حيث يعتبر الإقراض من أهم النشاطات المصرفية للبنوك التقليدية، فهو يشكل مصدرا من مصادر الأموال لدى البنك التقليدي، ويقوم البنك التقليدي بدفع فائدة على مصادر الأموال المقترضة على شكل ودائع مثل توفير الأجل ويأخذ على مصادر الأموال المقترضة على شكل قروض وسلف وتسهيلات بنكية وجميع أشكال القروض التي تعامل بها البنك التقليدي هي قروض ربوية مشروطة فيها زيادة على الأصل ومربوطة فيها زيادة بالأجل.

وأما المصارف الإسلامية فلا تتعامل بالربا، ولكنها تتعامل بالقروض المشروعة التي أجازتها الشريعة الإسلامية مثل: القرض الحسن، حيث يقوم المصرف الإسلامي بإزاحة مبلغ محدد من المال للمحتاجين من عملاء بحيث يضمن المصرف سداد القرض الحسن دون تحميل العميل أية أعباء، أو عمولات، أو مطالبته بالفوائد، أو عائد، أو أي شكل من أشكال منفعة قد تنشأ عن القرض، بل يكفي المصرف باسترداد أصل القرض، ولكن يجوز له أن يأخذ مقابلا للتكاليف والمصروفات الإدارية التي أنفقها مقابل منح القرض، شريطة أن لا تزيد عن المصاريف الفعلية وأن لا ترتبط بأجل⁽¹⁾، وقد نص على ذلك مجمع الفقه الإسلامي الدولي، في قراره رقم: (13)/(1/3)، الدورة الثالثة عام: 1409هـ/1986م، الذي يتضمن:

- جواز أخذ أجر عن خدمات القروض.

¹ - ينظر: البنوك الإسلامية - أحكامها - ومبادئها - وتطبيقاتها المصرفية -، محمد محمود العجلوني ، ط: دار المسيرة، عمان، الأردن، ط1، 1429 هـ - 2008 م، ص (345-346).

- أن يكون ذلك في حدود النفقات الفعلية، وكل زيادة عن هذه النفقات هي من الربا المحرم شرعا، ولا بد من التأكيد على أن هذه النفقات ينبغي أن لا يتوسع فيها وكون رسم الخدمة مساويا تقريبا لهذه النفقات قدر الإمكان⁽¹⁾.

هذا؛ ولأن النشاط الأساسي للبنك الإسلامي هو التمويل والاستثمار وفقا للعقود الجائزة شرعا، كالمضاربة، والمشاركة، والتي يتوقع المصرف أن يجني منها عائدا حلالا، ولعملائه المودعين، فإن النشاط الإقراضي الحلال ليس من النشاطات الرئيسية للمصرف الإسلامي، وإنما هو خدمة اجتماعية لعملائه المحتاجين، والمضطرين ممن لديهم سبب وجيه، ومشروع، ولذلك حددت المصارف الإسلامية الطرق بما يلي:

قروض قصيرة الأجل لعملاء البنك: وهذه تكون لمواجهة الحاجة للسيولة المؤقتة، أو الموسمية، أو الطارئة.

الإقراض العوضي: وهذا لتأدية الخدمات المتعلقة بالمصرف كالضمان والكفالة والاعتماد المستندي.

القروض الاجتماعية: والتي تكون القصد منها المساعدة في أمور وغايات الزواج، والتعليم، والشراء لبعض الحاجات المنزلية الأساسية⁽²⁾.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن بعض المصارف الإسلامية تفتح صناديق للقرض الحسن كجانب تطبيقي لهذه العملية التمويلية إحياء لصور التكافل الاجتماعي في المجتمع، وزيادة

¹ - ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي: رقم (13)/(1/3)، بخصوص موضوع: "أجور خدمات القروض في البنك الإسلامي للتنمية"، الصادر عن الدورة الثالثة، المنعقدة بعمان، الأردن، بتاريخ: 8-13 صفر 1409هـ، الموافق: 11-16 أكتوبر 1986م.

² - ينظر: البنوك الإسلامية - العجلوني - (ص 346).

أواصر الإخاء، والمساعدة بين الأفراد.

وتختلف الشروط التي يضعها المصرف الإسلامي لمنح القرض الحسن حسب الفلسفة التي يتبناها، فهناك مصارف تقصر القرض الحسن على من لا يجد وسيلة إنتاج فتقوم بتوفيرها له، فيتحول هذا الفرد من إنسان عاطل عن العمل إلى إنسان يعيل نفسه وغيره وعلى العموم وحسب المتابعين يمكن منح القرض الحسن إلى الأصناف التالية:

- الطلبة في مستويات التعليم المختلفة حتى ولو نسب معينة كمساعدة تعليمية.
- المرضى الذين لا يجدون العلاج حسب إمكانياتهم.
- مصابو الكوارث والأمر المفاجئة غير المتوقعة.

وهذه النقاط الثلاث تدخل ضمن الخدمة الاجتماعية المقصودة من وراء القرض الحسن.

- أصحاب المشاريع الإنتاجية الصغيرة التي يقوم بها الأفراد، وخاصة من المعاقين وأصحاب العاهات، أو غيرهم، من أصحاب العيال والمحتاجين⁽¹⁾.

لكن القرض الحسن وعلى الرغم من أنه وسيلة للتمويل تساهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، إلا أنه تواجهه صعوبات، وبصطدم بعقبات من أهمها:

- أن فلسفة النظام المصرفي تقوم على توظيف واستثمار الأموال، وتحقيق تنمية المجتمع، ويعني ذلك أن المصارف ليست مؤسسات خيرية، أو بيوت أنشئت للتبرع، والإحسان.

¹- ينظر : الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، تأليف: محمود عبد الكريم أحمد ارشيد، ط: دار النفائس، الأردن، ط1، 1421 هـ - 2001 م، (ص 327).

- انعدام الحافز المادي الذي يتأمله المقرض في العادة ويسعى من أجل تحقيقه، وخاصة في ظل العصر الذي أصبح فيه الوازع الديني ضعيفا، أو خافتا. حيث أضحي الربح والانتفاع هو الجانب الأهم من خيارات المقرض والحاضر الذي ينشده من خلال تقديمه القرض، وهو أمر واقع في زماننا هذا، ولا مجال لإنكاره، أو التغافل عنه، ويجب التعامل معه من منطلق عملي، واقعي.
- عدم توافر القناعة لدى المسلم بقدرة القرض الحسن في تمويل المشروعات الإنتاجية، وتحقيق أهداف التكافل الاجتماعي، والعدالة الاجتماعية، وغياب الثقة تجاه فاعلية القرض الحسن، كأداة للتمويل في ميدان القطاعات الإنتاجية.
- القرض الحسن يتنافى مع نظام الفائدة الراسخ رسوخا عميقا في الحياة الاقتصادية الحالية، فإذا تم انتهاج أسلوب التمويل بالقرض الحسن، كبديل للقرض بفائدة، فلا بد أنه سيثير مشكلات في غاية التعقيد؛ لأن الفائدة تعتبر الأساس الذي قامت عليه المصارف التجارية التي كونت النظام المالي الحالي، ولا ننسى أن جميع اقتصاديات الدول الإسلامية الحالية تعمل في ظل هذا النظام، وهي تابعة فكريا في مجال عالم المال، والمصارف، للفكر الغربي الناشئ على أساس الفائدة..
- التقلبات في القدرة الشرائية للنقود، نتيجة التغير في قيمة سعر النقد سواء بالانخفاض، أو الارتفاع، وبالتالي ستكون ذات آثار ضارة على الفرد، والمجتمع، وتغير دخول الأفراد أيضا، فعند انخفاض قيمة النقود سيعود الضرر على المقرض، وتختلف لديه القوة الشرائية عما كانت عليه عند الإقراض، وعند ارتفاع قيمة النقد فإن ذلك سيكون في غير مصلحة المقرض، وسيؤدي إلى أثر مادي سيء عليه، ويصبح العبء أكثر من خلال تكلفة المقدرة الشرائية التي ستكون عائق كبير اتجاه عملية الإقراض، أو التمويل.

- تأخر المقرض عن الوفاء بالقرض، وخاصة في القروض المصرفية، وما ينتج عنه من ضرر يلحق بالمقرض فردا كان، أو مؤسسة، وهذا يتطلب أخذ ضمانات كافية على المقرض لأجل تمكين المقرض من استرجاع حقوقه كاملة، وهذا يعتبر حلا مناسباً لجعل المقرضين يقبلون على عملية التمويل بالقرض الحسن، ولكن في نفس الوقت ستشكل عبء تجاه المقرض الذي سيرى في تلك الضمانات تقييد عملية الإقبال على طلب القرض الحسن؛ لأن كثيراً من الأشخاص الذين يحتاجون إلى القرض الحسن هم من طبقة الفقراء، فلو كان لديهم تلك الضمانات لما لجأوا إلى المصرف لتوفير حاجاتهم، وتشكل هذه النقطة مشكلة معقدة تقف حائلاً أمام تقديم القروض الحسنة بسهولة ويسر.

- قلة التجارب في استخدام القرض الحسن في عملية التمويل، وعلة هذا الأمر هو محدودية نطاق تعامل المصارف الإسلامية بهذه الأداة في عملية الاستثمار والإنتاج، مما أدى إلى جعلها بلا تأثير يذكر في صياغة نظام مالي خال من الفائدة⁽¹⁾.

الفرع الثاني : الضمان في الأنشطة الاستثمارية في المصارف الإسلامية:

يتضح مما سبق من ذكر النشاطات الاستثمارية في المصارف الإسلامية، أنها تتعرض للعديد من المخاطر، والتي من أهمها: المخاطر التقليدية التي تواجه الاستثمارات عامة مما يتطلب ضرورة دراسة واختيار العمليات الملائمة بدقة، والعمل على تنفيذها، وإدارتها بكفاءة، هذا بالإضافة إلى المخاطر التي ترجع لطبيعة، ونوعية المتعاملين المستثمرين - المشاركين للمصرف في العمليات الاستثمارية المختلفة - وهو ما يتطلب

¹- ينظر: القرض الحسن وأحكامه في الفقه الإسلامي، محمد نور الدين أردني، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، (د.ع.ط) 2010 م، (ص 123-125).

ضرورة العمل على دراسة، واختيار العميل الملائم، بطريقة جادة، وعلمية، وكل هذا يتطلب نوعية خاصة من العاملين، تمتلك القدرة، والكفاءة، على التعامل مع المتغيرات الجديدة، لهذا النشاط، وإذا كانت هذه العناصر تمثل الضمانات الأساسية للملائمة لطبيعة استثمارات المصارف الإسلامية، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من اعتماد هذه المصارف على بعض الضمانات التقليدية، كالضمانات العينية، والشخصية، وبعض الضمانات الفنية التقليدية، على أنه يراعى أن اللجوء لهذه الضمانات، يكون بصورة ثانوية كضمانات تكميلية، وأن يكون تطبيقها بصورة ملائمة لطبيعة فلسفة ونشاط المصارف الإسلامية، وفي ضوء ما سبق يتضح أن الضمانات اللازمة - والملائمة - لمواجهة مخاطر استثمارات المصارف الإسلامية، تتركز حول نوعين من الضمانات: ضمانات أساسية، وتتمثل في:

- توافر الكفاءة الأخلاقية، والعملية في العميل
- دراسة، واختيار، وتنفيذ العملية الاستثمارية بكفاءة عالية.

ضمانات تكميلية، وتتمثل في:

- الضمانات العينية والشخصية.
- الضمانات الفنية⁽¹⁾.

إن النشاط الاستثماري للمصارف الإسلامية يتميز باعتماده على مجموعة من الأساليب الاستثمارية، مثل التي ذكرنا في المحور السابق كالمضاربة، والمشاركة، والمرابحة، حيث يمثل العميل عنصرا أساسيا لنجاح، أو فشل العملية الاستثمارية المنفذة وفق هذه الأساليب، وإن كانت درجة المخاطرة تصل إلى أقصاها في حالة الاعتماد على أسلوب المضاربة، وتتندى إلى أقل مستوى في حالة الاعتماد على أسلوب المrabحة، ولكن يظل

¹ - ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي - محمد عبد المنعم أبو زيد - (ص 47).

العمل المستثمر - بناء على هذه الطبيعة الخاصة - مصدرا هاما، رئيسيا، للمخاطر في استثمارات المصارف الإسلامية.

إن الطبيعة الاستثمارية للمصرف الإسلامي القائمة على قاعدة "الغنم بالغرم" تلزمه بأن يتحمل نتائج العمليات الاستثمارية من ربح، أو خسارة، سواء كان ذلك بمفرده، أو بالمشاركة مع متعامله؛ ولذلك يقع على عاتق المصرف الإسلامي مسؤولية دراسة المشروعات بصورة جيدة، واختيار الملائم منها، والتأكد من توافر فرص نجاحها، وأي تقصير، أو إهمال من قبل المصرف في هذا الشأن، يرفع من درجة المخاطرة التي تتعرض لها هذه الاستثمارات، وبقدر ما تكون دقة، وصلاحية هذه الدراسات، واعتمادها على النواحي العلمية، والفنية المتقدمة، بقدر ما يمثل ذلك ضمانا أعلى لهذه الاستثمارات، وفي نفس الوقت، وبنفس القدر تتخفض درجة المخاطر التي تواجهها، والعكس بالعكس⁽¹⁾.

إن الضمان في الأنشطة الاستثمارية، والودائع المصرفية في المصارف الإسلامية، إنما تحكمه، وتضبط قواعده "أحكام الضمان في العقود الاستثمارية الشرعية"، فمثلا إذا اتجهنا إلى الودائع الاستثمارية المصرفية، فإننا نكيفها إما على أساس عقد القرض، فتأخذ أحكام الضمان في القرض، حيث المصرف (مستقرضا) والعمل (مقرضا)، أو نكيفها على أساس عقد المضاربة، المودع فيها (رب المال)، والمصرف هو "العامل" المضارب بهذا المال، ومن ثم فإن قضية الضمان هنا يجب أن تُبحث ويتم تحديدها في ضوء أحكام، وقواعد "عقد المضاربة"، والأصل في المضاربة، أن العامل لا يضمن ما يصيب رأس المال - المسلم إليه - من تلف، وما يقع عليه من خسارة، إلا إذا تعدى، أو قصر، أو خالف الشروط المتفق عليها مع رب المال؛ وذلك لأن الفقهاء اعتبروا العامل في المضاربة أمينا،

¹ - ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي - محمد عبد المنعم أبو زيد - (ص 50).

والأمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، جاء في "الاستذكار": «ولا خلاف بين العلماء أن المقارَضَ مؤتمن، لا ضمان عليه فيما يتلف من المال من غير جناية منه فيه، ولا استهلاك له، ولا تضییع، وهذه سبيل الأمانة، وسبيل الأمناء»⁽¹⁾، وقال في "بداية المجتهد": «وأجمعوا على أنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعد، وإن كان اختلفوا فيما هو تعد مما ليس بتعد»⁽²⁾.

والتعدي عند الفقهاء - رحمهم الله - هو: «أن يفعل في المال ما ليس له فعله، مما لم تأذن له به الشريعة، ولا المالك، لفظاً، ولا عرفاً»⁽³⁾.

وأما التفريط فهو: «أن يترك ما يجب عليه فعله من حفظ المال»⁽⁴⁾.

وأما الأمين عند الفقهاء فهو: «الحائز للمال بإذن من الشارع، أو من مالكة، أو من يقوم مقامه بغير قصد تملكه»⁽⁵⁾.

لذلك، فإن المصرف الإسلامي يعتبر أميناً في حالة إذا كان مضارباً، أو شريكاً، أو كان مستأجراً، أو وديعاً، أو في حالة إذا كان وكيلًا، ففي كل هذه العقود يعتبر المصرف الإسلامي أميناً، لا ضامناً، إلا في الحالات التي ذكرت، لذلك كان هذا فرق بين المصرف

¹ - الاستذكار (17 / 429)؛ وبداية المجتهد (4 / 1367)؛ والمغني (7 / 184).

² - بداية المجتهد (4 / 1367).

³ - المصباح المنير (ص 324)، مادة: (ع د ا)؛ بلغة السالك (3 / 607)؛ تحفة المحتاج (6 / 418)؛ المحلى (7 / 138).

⁴ - المصباح المنير (ص 382)، مادة: (ف ر ط)؛ المبسوط (11 / 132)؛ كشف القناع (4 / 167)؛ الموسوعة الفقهية (13 / 82).

⁵ - بدائع الصنائع (6 / 87)؛ تبیین الحقائق (3 / 320)؛ المدونة (3 / 498)؛ الذخيرة (8 / 112)؛ منح الجليل (7 / 317)؛ الأم (4 / 38) و (6 / 235)؛ المنشور في القواعد الفقهية (2 / 323)؛ المغني (7 / 184)؛ الموسوعة الفقهية (28 / 258).

الإسلامي، والبنك الربوي، حيث يضمن هذا الأخير الودائع باعتبارها قرضاً مع نسبة فائدة محددة.

والمصرف الإسلامي في حالة كونه مضارباً، فإن ضمانه لمال المضاربة تنطبق عليه أحكام ضمان المضارب لمال المضاربة في الفقه الإسلامي، ولذلك حالتان:

الحالة الأولى: ضمان المضارب (المصرف) لمال المضاربة بالشرط ولو لم يتعد المصرف، أو يفرض، وقد اتفق الفقهاء على بطلان هذا الشرط.

جاء في "المغني" «وجملته أنه متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهما من الوضيعة، فالشرط باطل لا نعلم فيه خلافاً»⁽¹⁾.

وجاء في "مجموع الفتاوى": «..إن مثل هذه المعاملة إنما مقصودها في العادة المضاربة بالمال على أن يكون الربح بينهما، لكن قد يريد رب المال أن يجعل نصف المال في ضمان العامل، وهذا لا يجوز وفاقاً؛ لأن الخراج بالضمان»⁽²⁾.

ومع اتفاق الفقهاء على بطلان هذا الشرط، فقد اختلفوا في أثره على عقد المضاربة فذهب الحنفية⁽³⁾، والحنابلة في المعتمد عندهم⁽⁴⁾ إلى أن هذا الشرط لا أثر له على عقد المضاربة، فيصح العقد، ويعد هذا الشرط لغواً.

¹ - المغني (7 / 176)؛ المنتقى شرح الموطأ (5 / 164).

² - مجموع فتاوى ابن تيمية (30 / 84 - 85).

³ - ينظر: بدائع الصنائع (6 / 80)؛ تبیین الحقائق (5 / 55)؛ البحر الرائق (5 / 191).

⁴ - ينظر: شرح الزركشي (4 / 137)؛ الإنصاف (14 / 46)؛ مطالب أولي النهى (3 / 521).

وذهب المالكية⁽¹⁾، والشافعية⁽²⁾، وأحمد في رواية⁽³⁾، إلى أن هذا الشرط يفسد عقد المضاربة ولا يثبت به على العامل ضمان، وقد فصلت في ذلك في مواضع تقدمت من هذا البحث - عند الحديث عن "اشتراط الضمان على الأمين"، أو ما يسمى في عرف الفقهاء "بالتضمين بالشرط"⁽⁴⁾.

الحالة الثانية: ضمان المضارب (المصرف) لمال المضاربة في حال مخالفته:

وإذا خالف المضارب (المصرف) في مال المضاربة بأن فعل ما ليس له فعله، أو فرط بترك ما يجب عليه فعله في مال المضاربة، والمرجع في ذلك: الشرع، والعرف، والشروط الصحيحة لرب المال، فإنه يعتبر عند الفقهاء ضامناً لمال المضاربة⁽⁵⁾.

وأما ضمان المصرف في الشركة بأن شرط رب المال على المصرف أن يضمن له حصته؛ فإن الشريك إنما يضمن من أموال الشركة عند الفقهاء بقدر حصته، مع كونه أميناً على قدر حصة شريكه، فلو كان نصيب كل شريك الثلث، فهلك جزء من أموال الشركة، فإن كل شريك يضمن ثلث ما هلك، وهو أمين الثلثين، فلا يصح تضمينه شيئاً من الثلثين ما لم يتعد، أو يفرط⁽⁶⁾.

¹ - ينظر: المدونة (3 / 647)؛ المنتقى شرح الموطأ (5 / 164)؛ مواهب الجليل (5 / 360).

² - ينظر: الأم (3 / 171)؛ الحاوي الكبير (6 / 253).

³ - ينظر: شرح الزركشي (4 / 137)؛ الإنصاف (14 / 47).

⁴ - ينظر: الكلام على: "التضمين بالشرط"، (ص73)، وكذلك ينظر: الكلام عليه في (ص185).

⁵ - ينظر: المبسوط (22 / 19)؛ بدائع الصنائع (6 / 87)؛ المدونة (3 / 644)؛ المنتقى شرح الموطأ (5 / 169)؛ مواهب الجليل (5 / 316)؛ الأم (7 / 114)؛ نهاية المطلب (7 / 495)؛ مغني المحتاج (3 / 411)؛ شرح الزركشي (4 / 134)؛ المبدع (4 / 289)؛ مجموع فتاوي ابن تيمية (30 / 93)؛ المحلى (7 / 98).

⁶ - ينظر: تبیین الحقائق (3 / 318)؛ البحر الرائق (5 / 191)؛ رد المختار (4 / 331)؛ المدونة (3 / 608)؛ شرح الخرشي (6 / 46)؛ البيان شرح المذهب (6 / 379)؛ تحفة المحتاج (5 / 292)؛ مغني المحتاج (3 / 228)؛ الفروع (4 / 403)؛ شرح الزركشي (4 / 133)؛ المحلى (6 / 415).

فمثلا إذا تعاقد المصرف مع أحد عملائه، أو أكثر على الاشتراك بأموالهم لتشغيلها وتحصيل الربح، فإن تبعة هلاك مال الشركة يقع على الشركاء بقدر حصصهم في رأس مال الشركة، جاء في "المغني": «الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ما له، فإن كان مالهما متساويا في القدر، فالخسران بينهما نصفين، وإن كان أثلاثا، فالوضيعة أثلاثا، لا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم»⁽¹⁾.

وأما الضمان في بيع المربحة للأمر بالشراء - الذي تجريه المصارف الإسلامية- بناء على طلب عميلها، فهو على المصرف البائع، حتى تنتقل السلعة إلى المشتري وتكون في حوزته؛ لذلك: فالسلعة قبل تسلم المشتري (العميل) لها في ضمان المصرف، ويتحمل المصرف حينها ما يصيب السلعة من هلاك، أو تعيب، لما هو مقرر من أن ضمان السلعة بعد قبضها يكون من مالها، وهذا الضمان شرط استحقاق المصرف للربح.

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي برقم: (40-41)/(2/5 و 3/5) في دورته الخامسة: 1409هـ - 1988م، بشأن: "الوفاء بالوعد والمربحة للأمر بالشراء": «إن بيع المربحة للأمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور وحصول القبض المطلوب شرعا، هو: بيع جائز، طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتبعة الرد بالعيب الخفي، ونحوه، من موجبات الرد بعد التسليم، وتوافرت شروط البيع، وانتفت موانعه»⁽²⁾.

¹ - المغني (7 / 145)؛ الإجماع لابن المنذر (ص 137)؛ مراتب الإجماع (ص 91)؛ المبسوط (11 / 159).

² - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: 40-41/(2/5 و 3/5)، بشأن: "الوفاء بالوعد والمربحة للأمر بالشراء"، في دورة مؤتمره الخامس المنعقد بالكويت، من 1- 6 جمادى الأولى 1409هـ، الموافق: 10-15 ديسمبر 1988م.

وقد اشترطت بعض المصارف أن يكون ضمان السلعة في هذه المدة من العميل، ولهذا الاشتراط صورتان:

الصورة الأولى: الاشتراط الصريح بأن يتحمل العميل ما يصيب السلعة من هلاك، أو تعيب أثناء تملك، وحياسة المصرف لها.

وهذا الشرط يؤدي إلى ربح المصرف مما هو في ضمان غيره، وذلك غير حائز لدخوله في ربح ما لم يضمن المنهي عنه.

وجاء في قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي: «كما أنه لا يجوز للشركة أن تقبل تعهدا من العميل بتحمل مخاطر البضاعة التي طلب شراءها؛ لأن المخاطر هي جزء من تبعة عقد شراء الشركة للبضاعة، والغنم بالغرم، فلها أن تريح من العملية، إذا تحملت مخاطرها، أما إذا تحملها العميل طالب الشراء عن الشركة، فإن العقد يتحول إلى عقد صوري يؤول إلى صورة من صور الربا»⁽¹⁾.

الصورة الثانية: اشتراط أن يقوم العميل بالتأمين على السلعة أثناء تملك وحياسة المصرف لها.

فالتأمين على السلعة يقصد به حصول مالکها على تعويض عما يصيب سلعته من هلاك، أو تعيب بعد حصوله، وعلى هذا، فإذا كان ثمة حاجة للتأمين على السلعة بصورة مباحة من صور التأمين التعاوني، فالواجب أن يتحمل قسط التأمين على السلعة من يتحمل تبعة هلاكها وتعيبها؛ لأن قسط التأمين جزء من تبعة الهلاك و التّعيب، وعلى هذا الأساس

¹ قرار الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي بالمملكة العربية السعودية، رقم (240)، بتاريخ 1417/8/8هـ، ينظر: قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، إعداد المجموعة الشرعية بمصرف الراجحي، ط: دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1431هـ - 2010م، (387/1 - 388).

يشترط أن تصدر وثيقة التأمين باسم المصرف وأن يتحمل هو تكلفتها، واشتراط التأمين على غير مالك السلعة يعني نقل ضمانها إلى غير مالكيها.

وجاء في المعايير الشرعية: «التأمين على سلعة المربحة مسؤولية المؤسسة في مرحلة التملك، وتقوم بهذا الإجراء على حسابها باعتبارها مالكة للسلعة، وتحمل المخاطر المترتبة على ذلك، ويكون التعويض من حقها وحدها، وليس للعميل حق فيه إن حدث موجب التعويض قبل انتقال الملكية إلى العميل، ويحق للمؤسسة أن تضيف المصروفات بعد ذلك إلى تكلفة المبيع، وبالتالي إلى ثمن بيع المربحة»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الضمان في مجال الخدمات المصرفية

وهذه الخدمات المصرفية منها:

- مالا يتضمن تقديم تسهيلات مصرفية أي "تمويل مالي".

- ومنها ما يتضمن تقديم تسهيلات مصرفية.

الفرع الأول: الضمان في مجموعة الخدمات المصرفية التي لا تتضمن تقديم

تسهيلات مصرفية:

مثال هذا النوع من الخدمات المصرفية هو: قبول الودائع، وتحصيل الأوراق التجارية، وإجراء التحويلات المحلية، والخارجية والخدمات المصرفية المتعلقة بالأوراق المالية، وبيع وشراء العملات الأجنبية، وتأجير الخزائن⁽²⁾.

¹- المعايير الشرعية (ص 96).

²- ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي - عبد المنعم أبو زيد - (ص 51).

فهذا النوع من الخدمات المصرفية، إذا بحثنا فيه، وفي تكييفه، نجده في غالبه: وكالة بأجر، وحكم ضمان الوكيل: هو أنه لا يضمن إلا عند ثبوت التعدي، أو التقصير، تماماً كغيره من عقود الأمانات، وأما الودائع المصرفية، فعلى حسب تكييفها؟ هل تأخذ حكم الوديعة؟ أم هي قرض؟

لذلك، فالوديعة المصرفية الجارية: إذا كانت دُفعت من قبل العميل للبنك على سبيل التمليك ورد المثل فهي قرض، وعلى القول بأنها قرض، صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، حيث جاء في قراره رقم: 86(3/9)، بشأن الودائع المصرفية (حسابات المصارف): «الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) سواء أكانت لدى البنوك الإسلامية، والبنوك الربوية، هي قروض بالمنظور الفقهي، حيث إن المصرف المتسلم لهذه الودائع يده يد ضمان لها، وهو ملزم شرعاً بالرد عند الطلب، ولا يؤثر على حكم القرض كون البنك المقرض مليوناً...»⁽¹⁾، وهو قرار الهيئة الشرعية في شركة الراجحي المصرفية، حيث جاء فيه: «إن الحسابات الجارية، أو الودائع تحت الطلب: هي بمثابة قروض يقدمها المودعون للشركة؛ ولأن الشركة تتصرف بها، ثم هي ملزمة برد مثلها طبقاً لما اتفق عليه الطرفان عند الإيداع، وإن تسميتها حسابات جارية، أو ودائع تحت الطلب، هو اصطلاح مصرفي حديث لا يغير شيئاً من طبيعتها، وحقيقتها، حيث إن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني، فلا بأس من الاستمرار بالمصطلح المتعارف عليه لدى المصارف، أي مصطلح الوديعة، ولكن يجب أن يعلم أن معناه بالنسبة إلى الودائع المصرفية هو: الإقراض من المودع للبنك، وليس بمعنى: الوديعة الفقهية التي تُحفظ عينا لصاحبها»⁽²⁾، وهو قرار

¹ - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: 86(3/9)، بشأن: "الودائع المصرفية (حسابات المصارف)"، في دورة مؤتمره التاسع المنعقد بأبي ظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، من: 1 - 6 ذي القعدة 1415هـ، الموافق: 1 - 6 أبريل 1995م.

² - المذكرة التفسيرية لشركة الراجحي المصرفية، إعداد الهيئة الشرعية بالشركة (ص 14 - 15).

ندوة البركة السادسة، حيث جاء فيه: «إن الودائع المقدمة للبنك بصورة حسابات تحت الطلب (حسابات جارية) تكون مضمونة بطبيعة المعاملة طالما أنها لا تشارك في الربح، وليست في رأس مال المضاربة، وإنما هي قروض مأذون للبنك في استعمالها، وردها عند الطلب»⁽¹⁾ وهو رأي أكثر العلماء المعاصرين.

والقول إن الودائع المصرفية، - أو الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) - قرض هو رأي أكثر العلماء المعاصرين مثل الدكتور علي السالوس، والأستاذ الدكتور رفيق يونس المصري، والقاضي محمد تقي العثماني، والدكتور سعود الثبيني، والشيخ عبد الله بن منيع⁽²⁾.

وقيل: الحسابات الجارية تأخذ حكم الوديعة الفقهية على خلاف بينهم:

هل أخذت حكم الوديعة؛ لأنها مأذون باستعمالها من جهة أن المودع يعلم أن المصرف سوف يتصرف فيها وفق العرف المصرفي، كما رجحه الأستاذ الدكتور حمد الكبيسي⁽³⁾.

أو أخذت حكم الوديعة؛ لأنه لا يوجد إذن بالاستعمال كما هو نص النظام الأساسي لبنك دبي الإسلامي، وقد جاء في المادة (53) من نظامه الأساسي: على أن البنك يقبل نوعين من الودائع:

¹ - وقد عُقدت ندوة البركة السادسة للاقتصاد الإسلامي في الجزائر في الفترة من: 5- 9 شعبان 1410هـ، الموافق 2- 6 مارس 1990م، وانتهت الندوة إلى إصدار فتاوى، وتوصيات، منها الفتوى المذكورة، وهي برقم: (1/6)، ينظر: قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، جمع تنسيق وفهرست: د. عبد الستار أبو غدة، و د. عز الدين محمد خوجة، نشر مجموعة دلة البركة، جدة المملكة العربية السعودية، ط6، 1422هـ - 2001م، (ص80).

² - ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد التاسع، بتاريخ: 1416هـ - 1996م، (1 / 838-878-888).

³ - ينظر: العدد السابع من مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي (1 / 755 - 756).

ودائع بدون تفويض بالاستثمار، وتأخذ صورة الحسابات الجارية، ودفاتر الادخار المعمول بها في النظم المصرفية المعاصرة، وهذه كلها تأخذ حكم الوديعة المعتمدة في الشريعة الإسلامية.

ودائع مع التفويض بالاستثمار: ويكون التفويض مقيد، أو غير مقيد، وتأخذ هذه الودائع صورة عقد القراض الشرعي (المضاربة).

وهذا هو اختيار الدكتور عيسى عبده، حيث جاء في بحثه: " العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة " قوله: «إذا كانت الوديعة من المثليات، فالتصرف فيها جائز مع الضمان، هذا في زمن المعاملات الفردية المحددة، أما وقد تغيرت الحال، وقامت منشآت متخصصة تشتغل بجمع الودائع، وتسخيرها لنفع المجتمع، فنرى أن التصرف في جانب من الودائع (النقدية مثلاً) واجب، جلباً للمصالح، وفي الصيرفة أصول تفرض الإبقاء على جانب من المال حاضراً، ويقال لهذه القاعدة المرعية «التزام الحذر من حيث كفاية السيولة في كل وقت»، وفي ممارسة الأعمال المصرفية في زماننا هذا يتعين على المودع أن يحدد قصده، بمعنى أن لا يأذن بالتصرف، أو يأذن ويفوض، فإن كانت الأولى: فإن تصرف البنك تحت مسؤوليته وحده، وإن كانت الثانية: أخذت الوديعة حكم القراض الشرعي»⁽¹⁾.

وهذا القول هو اختيار حسن الأمين كذلك⁽²⁾.

وأما وجه من قال بأن الوديعة المصرفية الجارية: عقد قرض، فقد قال: إن العبرة في العقود بالمعاني لا للألفاظ والمباني، وحقيقة الوديعة لا ينطبق على الوديعة المصرفية؛ لأن

¹ - العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، تأليف: د. عيسى عبده، ط: دار الاعتصام، القاهرة، مصر، ط1، 1397 هـ - 1977 م، (ص 113).

² - ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد التاسع، بتاريخ: 1416 هـ - 1996 م، (1 / 835).

الوديعة بالمعنى الشرعي الذي حدده الفقهاء يعني: دفع المال من أجل حفظه ورد عينه، دون تملكه، أو استخدامه، وإذا هلك بدون تعد، ولا تفريط، لم يضمه.

بينما المصرف يملك الوديعة، ويتصرف فيها، ولا يرد عينها، وإنما يرد مثلها، ويضمها مطلقا، حتى ولو لم يتعد، أو يفرط، وهذا لا يتفق مع طبيعة عقد الوديعة، فأعطاء الشخص ماله للغير إن كان على سبيل التملك، فإن كان عن معاوضة، فهو: بيع، وإن كان بلا عوض، فهو: هبة، وإن كان ليملكه ويرد مثله فهو: قرض، وإن كان دفع المال للغير ليس على سبيل التملك، فإن كان للحفظ فقط، فهو: وديعة، وإن كان للانتفاع مع بقاء العين، فهو: عارية، وإن كان للانتفاع مع استهلاك العين فهو: قرض.

والحساب الجاري هو: دفع المال للغير على سبيل التملك، ورد بدله، فلا يصح إلا أن يكون قرضا.

وأما بالنسبة للقول الثاني وهو: أن الوديعة المصرفية: وديعة، إذا أذن صاحبها باستعمالها، فقد استدلوا بما يلي:

الدليل الأول: أن التصرف في الوديعة دون إذن صاحبها ليس حراما إذا تحقق شرطان:

- أن يكون المال مثليا

- وأن يكون المتصرف مليئا.

فالمالكية يرون أنه يحرم على الوديع أن يستلف الوديعة إن كان فقيرا، سواء أكانت الوديعة من القيميات، أم من المثليات، وذلك لتضرر مالكها بعدم الوفاء نظرا لإعدامه.

وأما إن كان موسراً، فإن كانت الوديعة عرضاً قيمياً، فيحرم على الوديع اقتراضها، لانعدام المثل هنا، وإن كانت الوديعة مثلية، فإن كانت نقوداً، فيكره على الوديع اقتراضها؛ لأن المثل هنا يقوم مقام العين.

وقيل يجوز بلا كراهة، وعلل بعض المالكية الجواز بتعليلات منها:

- أن المودع قد ترك الانتفاع بها مع القدرة عليه فجاز للمودع الانتفاع بها، ويجري ذلك مجرى الانتفاع بظل حائطه، وضوء سراجيه.
- أن المودع لم يبطل على المودع غرض؛ لأنه إنما أمر بحفظها، وهذا حاصل.
- أن الدراهم لا تتعين بالتعيين؛ ولذلك كان للمودع أن يرد مثلها، ويتمسك بها مع بقاء عينها⁽¹⁾.

وإذا كانت الوديعة المثلية ليست نقوداً، فإن كانت مما يكثر اختلافه، ولا يتحصل أمثاله، فيحرم اقتراضها كالقيميات، وإلا فيجوز تسلفها، كالدراهم، والدنانير في ظاهر "المدونة"، وجاء في "الموطأ": «قال يحيى سمعت مالكا يقول: إذا استودع الرجل مالا فابتاع به لنفسه، وبيع فيه، فإن ذلك الربح له؛ لأنه ضامن للمال حتى يؤديه إلى صاحبه»⁽²⁾.

وجاء في "المنتقى شرح الموطأ": «وهذا على حسب ما قال: إن من تجر بمال استودعه، فربح فيه فإن الربح له، وقد اختلف قول مالك في جواز السلف من الوديعة بغير إذن المودع: فحكى القاضي أبو محمد في "معونته": أن ذلك مكروه، وقد روى أشهب عن مالك في "العتبية" أنه قال: ترك ذلك أحب إليّ، وقد أجاز به بعض الناس، فرجع في ذلك فقال: إن كان له مال فيه وفاء، وأشهد، فأرجو أن لا بأس به، ووجه الكراهية: ما احتج به القاضي

¹- ينظر: منح الجليل (7 / 10)؛ التاج والإكليل (5 / 255).

²- المدونة (4 / 445).

أبو محمد؛ لأن صاحبها إنما دفعها إليه، ليحفظها لا لينتفع بها، ولا ليصرفها، فليس له أن يخرجها عما قبضها عليه»⁽¹⁾.

الدليل الثاني: أن الإذن بالاستعمال يخرج المستودع من حكم الخيانة في التصرف في الوديعة، يقول الأستاذ الدكتور أحمد الكبيسي: «إن تهمة خيانة الأمانة مندفعة بأن المودع رضي باستخدامها، ومن جهة أنه يعلم أن المصرف سوف يتصرف بهذه الأموال وفق العرف المصرفي»⁽²⁾.

الدليل الثالث: أننا إذا قلنا: إن الوديعة المصرفية هي: قرض في ذمة المصرف، فإن ذلك سيمنع من استخدام الوديعة أداة لوفاء الديون؛ لأنه سيؤدي إلى بيع الدين بالدين، فلو أن رجلاً اشترى بضاعة مؤجلة، وأحال على ذلك بماله من مال لدى بنك من البنوك، فإذا اعتبرنا الوديعة قرضاً، فإن هذا العقد لن يكون صحيحاً إلا إذا استلم البضاعة مباشرة؛ لأن الصفقة ستكون من باب بيع الدين بالدين، وهذا لا يرد مع اعتبار الحساب وديعة حقيقية⁽³⁾.

وهذا الاحتجاج يجاب عليه بأن المصرف إذا أذن له بالتصرف في الوديعة فسوف تنتقل الوديعة من أمانة المصرف إلى ذمته وتتحول الوديعة إلى دين من الديون فيبقى الإشكال قائماً.

والصحيح أن المبيع المعين المؤجل لا يدخل في باب بيع الدين بالدين؛ لأن الدين هو ما تعلق بالذمة، والمعين المؤجل لم يتعلق بالذمة، ولذلك بيع الغائب المعين الموصوف لا يسمى سلماً؛ لأنه معين، وليس من باب بيع الديون، هذا فيما يتعلق بالمبيع المعين المؤجل، وفيما يتعلق باستخدام الوديعة كأداة لوفاء الدين كذلك لا يعتبر من قبيل بيع الدين بالدين؛

¹ - المنتقى شرح الموطأ (5 / 279).

² - مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد التاسع، بتاريخ: 1416هـ - 1996م، (1 / 756).

³ - ينظر: العدد التاسع من مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي (1 / 756).

لأن استخدام الوديعة كأداة لوفاء الدين إنما يتم عن طريق الحوالة عليها، والحوالة على الدين يعتبر من عقود الإرفاق، وليس من عقود المعاوضات.

الدليل الرابع: أن غاية المودع من الوديعة هو: الحفظ، واستردادها متى يشاء، وهذا كل ما يطلب في الوديعة الحقيقية، وهو موجود في الوديعة المصرفية.

الدليل الخامس: قالوا إن تكييف الودائع الجارية بأنها وديعة حقيقية: فيه مصلحة للعميل؛ لأننا إذا كيفنا الودائع الجارية بأنها قرض، ففيه مخاطرة بماله، وتعرض للضياع وذلك في حالة إفلاس المصرف لأي سبب من الأسباب؛ لأنه إذا اعتبر العميل مقرضا للمصرف، فإنه يدخل بحصته منافسا مع بقية الغرماء الآخرين من أصحاب القروض وغيرهم، بخلاف ماله اعتبرناها وديعة حقيقية، فإنه في مثل هذه الحالة يكون له الحق بأخذ وديعته أولا باعتبارها أمانة، وذلك من غير أن يدخل منافسا بحصته مع غرماء المصرف الآخرين.

ويناقش هذا الدليل بأن: هذه المصلحة لا يمكن اعتبارها لسببين:

الأول: أن تكييف الوديعة من أجل هذه المصلحة فيه اعتداء على حق الآخرين المقرضين والعدل في المساواة بين جميع المقرضين من أصحاب الحقوق مطلوب.

الثاني: أن من شرط تقديم صاحب الوديعة على أصحاب القروض أن يجد صاحب الوديعة عين ماله، وهذا غير متحقق في الودائع المصرفية الجارية؛ لأن المصرف يخلط أموال الودائع الجارية بغيرها من الأموال، كأموال الودائع لأجل، والتي لا خلاف فيها أنها قرض، فلا يمكن معرفة عين الودائع الجارية من بين سائر الأموال.

وأما دليل من قال إن الوديعة المصرفية وديعة، إذا لم يأذن صاحبها باستعمالها فهو:

أولاً: أن التصرف في الوديعة المثلية جائز مع الضمان، بل ربما بالغ بعضهم فرأى أن التصرف واجب؛ لأن حبس المال دون الانتفاع منه خلاف المصلحة العامة⁽¹⁾.

الدليل الثاني:

أن ممارسة الأعمال المصرفية في زماننا هذا يتعين على المودع أن يحدد قصده بمعنى: ألا يأذن بالتصرف، أو يأذن ويفوض، فإن كانت الأولى، فإن تصرف البنك تحت مسؤوليته وحده، وإن كانت الثانية أخذت الوديعة حكم القراض (المضاربة) الشرعي⁽²⁾.

وهناك من الباحثين من اعتبر أن الودائع المصرفية: هي وديعة ناقصة، أو شاذة، وهناك قول آخر: اعتبرها عقد جديد يدخل ضمن العقود غير المسماة.

وهناك أيضاً من اعتبرها مع الفوائد عقد بيع وقال: إن الوديعة الجارية لا يمكن أن تكون وديعة حقيقية ولا شاذة؛ لأن ما دفعه العميل يملكه المصرف، ويتصرف فيه، وبضمن مثله، ويدفع عليه فائدة، وهذه الخواص ليست من سمات الودائع بل هي على العكس من ذلك، ولا يمكن أن تكون عقد قرض؛ لأن أخص خواص القرض الإرفاق المحض، والمعروف الخالص ابتغاء الثواب، ولهذا جاز في القرض مبادلة درهم بدرهم مع التفرق، ولا يجوز ذلك في البيع.

لهذا يصح أن يقال عنه إنه: عقد بيع؛ لأنه قائم على المعاوضة والتكسب، وهذه الأمور من خصائص البيع، وليست من خصائص عقد القرض، فالتكسب يتمثل في: حق العميل بالفائدة الربوية التي يأخذها، والتكسب في حق البنك يتمثل في: تملك المال من أجل

¹- ينظر: العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية - عيسى عبده - (ص 113).

²- ينظر: البحث نفسه (ص 113).

إقراضه بفائدة أعلى، وقد اعتبر بعض الباحثين أن القرض لأجل بشرط أن يرد إليه مبلغ القرض بزيادة أنه يقلب القرض إلى بيع ربوي⁽¹⁾.

وأما الراجح بالنسبة للباحث في تكييف الودائع المصرفية:

فهو أنها تأخذ حكم: القرض، حيث يكون العميل مقرضاً، والمصرف مقترضاً، وبناء على ذلك فهي تأخذ حكم: عقد القرض في الفقه الإسلامي، وعليه فإنه لا يجوز للمصرف إعطاء فائدة مقابل الإيداع في الحسابات الجارية؛ لأنها ستكون من باب القرض الذي جر نفعاً وذلك ربا، وفي المقابل يجوز للمصرف تقاضي أجراً على الخدمات التي يقدمها؛ لأنه يستحقها مقابل الأعمال التي يقوم بها، ولكون المستفيد هنا المقترض وليس المقرض.

وبالنسبة لصاحب الحساب الجاري فإنه: يجوز له الانتفاع بدفتر الشيكات، وبطاقة الصرف الآلي دون مقابل؛ لأن المنفعة الإضافية هنا مشتركة للطرفين.

وأما بالنسبة للقروض وكونها متبادلة بين المصرف وعميله، فحكمها أنها محرمة إذا كانت مشروطة، وأما إذا كانت غير مشروطة فإنها: جائزة.

وأما بالنسبة لضمان المصرف للودائع بناء على اعتبارها قرضاً، فإن المصرف ضامن لودائعه، وعليه رد بدلها لأصحابها متى ما أرادوا ذلك (ودائع تحت الطلب)، لكونه مقترض أخذ قرضاً لينتفع به، ويرد بدله متى ما طلبه أصحابه المودعين (المقرضين).

الفرع الثاني: الضمان في مجموعة الخدمات المصرفية التي تتضمن تقديم تسهيلات

مصرفية:

¹ - ينظر: مجلة البحوث الإسلامية، العدد الخامس والثلاثون، تاريخ الإصدار: ذو القعدة - صفر: 1412هـ - 1413م، الصادرة عن الهيئة العامة للبحوث العلمية والافتاء، الرياض، المملكة العربية السعودية (121/35).

يندرج تحت هذه المجموعة كل أنواع الخدمات المصرفية التي تتضمن تسهيلات مصرفية للعميل، ويمكن أن تمثل لذلك ببطاقات الائتمان، والخطابات المصرفية (خطاب الضمان، والاعتماد المستندي).

وسأتكلم هنا عن بطاقات الائتمان ونوع الضمان فيها، على خلاف بين العلماء المعاصرين في تكييفها، وأما الخطابات المصرفية ونوع الضمان فيها، فسأفردا بالكلام في الفصل الموالي.

عرّف مجمع الفقهي الإسلامي الدولي "بطاقة الائتمان" بأنها: «مستند يعطيه مصدره (البنك المصدر) لشخص طبيعي، أو اعتباري (حامل البطاقة) بناء على عقد بينهما يُمكنه من شراء السلع، أو الخدمات ممن يعتمد المستند (التاجر)، دون دفع الثمن حالا لتضمنه التزام المصدر بالدفع ويكون الدفع من حساب المصدر، ثم يعود على حاملها في مواعيد دورية، وبعضها يفرض فوائد ربوية على مجموع الرصيد غير المدفوع بعد فترة محددة من تاريخ المطالبة، وبعضها لا يفرض فوائد، ومن أنواع هذا المستند ما يمكنه من سحب نقود من المصارف»⁽¹⁾.

وقد اختلف الباحثون في توصيف "عقد الائتمان" بين مصدر البطاقة وبين حاملها، إلى أقوال:

¹ - مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، 1421هـ - 2000م، (3 / 676).

القول الأول: أن هذا العقد يندرج تحت مسمى (العقود غير المسماة)⁽¹⁾، وهي: العقود التي لم ينص الشارع على تسميتها، وإنما استحدثت تبعاً لحاجة الناس، ولم تكن موجودة زمن التشريع.

القول الثاني: يرى أن الائتمان: عقد قرض، سواء استلم حامل البطاقة القرض بنفسه، كما في السحب النقدي، أو كان قرضاً لحامل البطاقة يستحقه طرف ثالث مقابل أثمان مبيعاته، وخدماته التي قدمها لحامل البطاقة⁽²⁾.

وبناء على هذا التخرج، فإنه أخذ عمولة على القرض زائدة على التكاليف الفعلية الحقيقية التي تكبدها المقرض عند إقرضه، وأخذ أي عمولة زائدة على التكاليف الفعلية غير جائز؛ لأنها داخلة في باب القرض الذي جر نفعاً.

القول الثالث: يُخَرِّج العقد على أن مصدر البطاقة وكيل لحاملها.

القول الرابع: تكييف العقد بأنه حوالة، وذهب إلى هذا التكييف الشيخ عبد الله بن منيع⁽³⁾، والشيخ الصديق الضيرير⁽⁴⁾.

¹ - ينظر: فقه المعاملات المالية - دراسة مقارنة - تأليف: د. محمد علي عثمان الفقي، ط: دار المريخ، الرياض، المملكة العربية السعودية، (د.ع.ط)، 1406 هـ - 1986 م، (ص 169).

² - ينظر: البطاقات البنكية، تأليف: عبد الوهاب أبو سليمان، ط: دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1424 هـ، (ص23-31).

³ - ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة العاشرة، العدد العاشر، 1418 هـ - 1997 م، (3/60،61).

⁴ - ينظر: نفس العدد السابع (3 / 86).

القول الخامس: أنها من قبيل ضمان ما لم يجب، وعلى هذا أكثر المشايخ، والباحثين منهم الشيخ عبد الستار أبو غدة⁽¹⁾، والشيخ نزيه حماد⁽²⁾، والشيخ محمد بن علي القري⁽³⁾، والشيخ عبد الوهاب أبو سليمان⁽⁴⁾.

وبناء على هذا القول فإنه لا يجوز أخذ عوض في مقابل الضمان، عدا النفقات والتكاليف الفعلية لما تقرر من منع أخذ العوض عن الضمان؛ لكونه يؤول إلى قرض جر نفعا .

وأما كون العقد بينهما عقد ضمان: فإن أصحاب هذا القول يرون أن مصدر البطاقة قد التزم بأداء أثمان المشتريات بالبطاقة، وسداد النقود المسحوبة بالبطاقة، وذلك بموجب الاتفاق المبرم بينه وبين حامل البطاقة، وأن هذا الضمان من قبيل ضمان الحق قبل وجوبه، وهو ضمان صحيح، ولم يخالف فيه إلا الشافعية، جاء في "الإقناع": «ويشترط في المضمون كونه حقا ثابتا حال العقد؛ فلا يصح ضمان ما لم يجب كنفقة ما بعد اليوم للزوجة»⁽⁵⁾.

وما دام هذا الضمان مقتصر على مبلغ السقف الائتماني الممنوح لحامل البطاقة، فهو معلوم القدر، لذلك كان من ضمان المعلوم، جاء في "المبسوط": «لو قال بعه ما بينك وبين ألف درهم، وما بعه من شيء فهو علي ألف درهم، فباعه متاعا بخمسائة، ثم باعه حنطة بخمسائة، لزم الكفيل المالان جميعا»⁽⁶⁾.

¹ - ينظر: نفس العدد السابق من مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي (3 / 485).

² - ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة العاشرة، العدد العاشر، (3 / 502).

³ - نفس العدد من المجلة (3 / 534).

⁴ - ينظر: البطاقات البنكية - عبد الوهاب أبو سليمان - (ص 187).

⁵ - الإقناع للشرييني (2 / 313).

⁶ - المبسوط (20 / 51).

وحتى لو قيل: إن ضمان البطاقات الائتمانية من قبيل ضمان المجهول، وهذا يقال على التتزل، فإن مثل هذا جائز أيضا، لدى جمهور الفقهاء⁽¹⁾، وهو مذهب الشافعي في القديم⁽²⁾، جاء في "المبسوط": «إذا قال الرجل لرجل: بايع فلانا فما بايعته من شيء فهو علي، فهو جائز على ما قال؛ لأنه أضاف الكفالة إلى سبب وجوب المال على الأصيل، وأن ذلك صحيح، والجهالة في المكفول به لا تمنع صحة الكفالة، لكونها مبنية على التوسع؛ ولأن جهالة عينها لا تبطل شيئا من العقود، وإنما الجهالة المفضية إلى المنازعة هي التي تؤثر في العقود، وهذه الجهالة لا تقضي إلى المنازعة؛ لأن توجه المطالبة على الكفيل بعد المبايعة، وعند ذلك ما بايعه به معلوم»⁽³⁾.

وجاء في "المدونة": «قلت: أرأيت إن قلت لرجل: بايع فلانا فما بايعته من شيء فأنا ضامن للثمن، أيلزمي هذا الضمان أم لا؟ قال: نعم يلزمك ذلك إذا ثبت ما بايعته به من شيء قلت أتحمظه عن مالك؟ قال: نعم»⁽⁴⁾.

وحجتهم: أن الضمان من قبيل التبرع، والتبرع يصح مع الجهالة.

وذهب الشافعي في الجديد إلى عدم صحة الكفالة بالدين المجهول⁽⁵⁾، وهو ما ذهب إليه الثوري، والليث، وابن أبي ليلى وابن المنذر وغيرهم⁽⁶⁾.

¹ - ينظر: المبسوط (20 / 50)؛ المدونة (5 / 260)؛ المغني (4 / 345).

² - ينظر: الوسيط في المذهب، تأليف: محمد بن محمد بن محمد الغزالي، ت: أحمد محمود إبراهيم، ط: دار السلام، القاهرة، مصر، 1417هـ - 1997م، (3 / 238).

³ - المبسوط (20 / 50)؛ وينظر: حاشية ابن عابدين (5 / 438).

⁴ - المدونة (5 / 280)؛ مواهب الجليل (5 / 99)؛ المنتقى للباجي (6 / 83).

⁵ - قال في "الوسيط في المذهب الشافعي" للغزالي (3 / 238): «كونه معلوما: فلا يصح ضمان المجهول على الجديد، كما لا يصح الإبراء عنه، وفي القديم: يصح ضمان المجهول والإبراء عنه».

⁶ - ينظر: المهذب (1 / 340).

ووجهه: أن الكفالة التزام دين في الذمة، والتزام المجهول غرر ينهى عنه الشارع، فوجب أن يكون الدين معلوما حتى يكون الكفيل على بينة من أمره، ومن قدرته على الوفاء بما التزم به.

وإذا كيفت هذا التكيف - على أنها: ضمان - ، فلا يجوز أخذ عوض عنها، لما تقرر معنا من عدم جواز أخذ عوض عن الضمان، ويجوز للمصرف حينئذ: أخذ مقابل تكاليف النفقات الفعلية فقط التي تكبد في مقابل إصدار البطاقة، وغيرها من الخدمات المصرفية، لا أنه يأخذ عوضا مقابل الضمان لعدم جوازه.

لكن هذا التكيف يرد عليه إشكالان:

الإشكال الأول:

وجود عملية خالية من الضمان في صلب العقد، وهي عملية السحب النقدي من مصدر البطاقة، فإن هذه العملية خالية من الضمان تماما، والتكيف يجب أن يشمل جميع مفردات العقد دون استثناء.

الإشكال الثاني:

أن الأصل في عقد الضمان أن المضمون له (التاجر) له أن يطالب الأصيل (حامل البطاقة) وله أن يطالب الضامن (المصرف)، وفي هذا العقد ليس للتاجر أن يطالب المضمون عنه، وإنما الحق انتقل إلى ذمة (المصرف) مصدر البطاقة، والتاجر إنما يطالب

الضامن دون المضمون عنه (حامل البطاقة)، والأصل في الضمان عند جمهور الفقهاء⁽¹⁾ :
أن صاحب الحق له أن يطالب الأصيل (المدين)، والضامن.

وأما العلاقة بين المصرف (مصدر البطاقة) والتاجر: فقد اختلف العلماء المعاصرون
في تكييفها إلى عدة أقوال:

القول الأول: أن العقد هو تكملة عقد ضمان.

القول الثاني: أن العلاقة بينهما علاقة وكالة في تحصيل الدين من (حامل البطاقة).

فالتاجر (قابل البطاقة) هو: الموكل.

ومصدر البطاقة (المصرف أو المؤسسة) هو: الوكيل.

والخدمات التي يقدمها المصرف (مصدر البطاقة) هو القيام بقبض الدين من حامل
البطاقة، وإيداعه في حساب (قابل البطاقة) (التاجر) مقابل عمولة متفق عليها، مثله في ذلك
مثل توكيل مكاتب تحصيل الديون.

القول الثالث: أن العلاقة بين التاجر ومصدر البطاقة يشبه عملية خصم الأوراق
التجارية.

القول الرابع: أن مصدر البطاقة هو المشتري للسلع والخدمات ثم يبيعها على حامل
البطاقة بعقد جديد، وصورة هذا التوصيف: أن مصدر البطاقة (المصرف) هو المشتري
الحقيقي للسلع والخدمات؛ لأنه هو الذي يدفع أثمان السلع والخدمات؛ ولأن التاجر لا يعرف

¹ - ينظر: فتح القدير (7 / 164)؛ حاشية ابن عابدين (5 / 281 - 282)؛ الكافي لابن عبد البر (ص 399)؛ حاشية
الدسوقي (3 / 337)؛ منح الجليل (6 / 217)؛ روضة الطالبين (4 / 264) (4 / 344)؛ الإنصاف (5 / 190)؛
كشف القناع (3 / 364).

حامل البطاقة، ولا يطمئن إليه، بل يعرف مصدرها المصرف؛ ولأن التاجر لا يحق له الرجوع على حامل البطاقة عند امتناع مصدرها عن السداد؛ فتبين بذلك أن المشتري الحقيقي هو: (المصرف)، وأن حامل البطاقة وكيل له في القبض، ثم يقوم مصدر البطاقة ببيعها على حاملها بعقد جديد⁽¹⁾.

القول الخامس: أن العقد بين مُصدر البطاقة هو: عقد حوالة، فيكون التاجر: محالا، والمصرف: محالا عليه، وحامل البطاقة: هو المحيل، وفي حالة هذا التكييف: فإن أخذ العوض على الحوالة الفقهية لا يجوز سواء قلنا إنها: من بيع الدين بالدين، أو قلنا إنها: استيفاء للحق، وليست بيعا، وهذا هو مذهب الجمهور، وهو الراجح، فلا يجوز أخذ العوض عليه.

وقد صرح الحنابلة والشافعية: بأن الحوالة عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره، وليست الحوالة بيعا؛ لأنها لو كانت بيعا لما جاز التفرق قبل القبض؛ لأنها بيع دراهم بدراهم، وإذا كانت من عقود الإرفاق، لم يجز أخذ العوض عليها.

وعند الحنفية: يجوز عقد الحوالة إذا كان المحال عليه غير مدين للمحيل، وقال به ابن الماجشون من المالكية؛ وذلك لأنهم لا يشترطون لصحة الحوالة مديونية المحال عليه للمحيل، ويسمون بها بالحوالة المطلقة⁽²⁾.

وأما جمهور المالكية والشافعية والحنابلة: فيرون أن المحال عليه، إذا لم يكن مدينا للمحيل، فإن العقد ليس من قبيل الحوالة، حتى ولو استعمل لفظ الحوالة، فالمالكية يعتبرونه

¹ - ينظر: بحث: بطاقات الائتمان - حسن الجواهري - بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثامنة، المنعقدة في : بندر سيرى ببجوان، بروناي دار السلام، في الفترة من : 1-7 محرم 1414هـ، الموافق: 21-27 يونيو 1993م، (2 / 624).

² - ينظر: بدائع الصنائع (5 / 108).

من باب الضمان⁽¹⁾، والشافعية: يعتبرونه حوالة فاسدة، والحنابلة يعدون ذلك وكالة في الاقتراض⁽²⁾.

القول السادس: علل بعض الباحثين جواز أخذ العمولة من التاجر بأن هذا في حقيقته خصم وليس زيادة، فليس فيه ما يلحقه بالربا، كما أنه لا يندرج تحت مسألة ما يسمى " (ضع وتعجل)، إذ صفة هذا أن يكون على رجل دين لم يحل، فيقول لصاحبه: تأخذ بعضه معجلاً، وتبرئني من الباقي، وهذا رأي الشيخ عبد الوهاب أبو سليمان⁽³⁾.

القول السابع: يمكن اعتبار النسبة أجور سمسرة، فمن الجائز: أن أرسل إليك زبائن على أن أنتقاضى منك أجراً مقطوعاً على كل زبون يصل إليك، أو عن كل زبون يشتري منك حسب الشروط، وهذا ما يؤديه مصدر البطاقة للتاجر إضافة إلى بعض الخدمات المقدمة: مثل تحصيل فواتير الشراء، وخدمة الإيداع المباشر في الحساب، ونحو ذلك، وبناء على ذلك، فإنه يستحق عوضاً مقابل هذه الخدمات، وقد تم الاتفاق على أن يؤخذ هذا العوض عن طريق خصم نسبة معلومة من قيمة مبيعات قابل البطاقة.

وحاصل القول بالنسبة للباحث في "بطاقة الائتمان" هو ما يلي:

حامل البطاقة الائتمانية (عميل المصرف)، إما أن تكون "بطاقة الائتمان" لديه مغطاة، أو غير مغطاة، فإن كانت البطاقة لديه مغطاة، فإن المصرف وكيل عنه في الأداء للتاجر، وإنما يدفع المصرف من حساب العميل كوكيل عنه، وفي هذه الحالة يجوز للمصرف أخذ

¹ - ينظر: المدونة (5 / 288)، حيث جاء فيها: « يرجع عليه إذا أحاله، وليس له على من أحال عليه دين، فإنما هي حمالة »؛ وينظر: المنتقى (5 / 70)؛ مواهب الجليل (5 / 91)؛ شرح الخرشي (6 / 17).

² - ينظر: كشف القناع (3 / 385)، حيث جاء فيه: « وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه، فهو وكالة في اقتراض، فلا يصارفه؛ لأنه لم يأذن له في المصارفة »؛ وينظر: الإنصاف (5 / 225).

³ - ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد العاشر (2 / 707).

عمولة مقابل الوكالة عن العميل، ويجوز له أن يأخذ أجرا من التاجر مقابل السمسرة، وما يسحبه العميل من النقود من مصرفه فإنما يأخذه من رصيده في حسابه، ويأخذ المصرف عمولة مقابل خدماته المصرفية كأجرة مقابل تقديم خدمات.

وأما إذا كانت البطاقة (بطاقة الائتمان) لدى العميل غير مغطاة وكان حساب العميل لدى المصرف مكشوفاً، فإن العميل حينئذٍ إنما يستلم السلع كوكيل عن المصرف في قبض البضائع والسلع من التاجر، ومصدر البطاقة (المصرف) هو المشتري الحقيقي للسلع؛ لأنه هو الذي يدفع أثمان السلع والخدمات؛ ولأن التاجر لا يعرف حامل البطاقة ولا يطمئن إليه، بل يعرف مصدرها المصرف؛ ولأن التاجر لا يحق له الرجوع على حامل البطاقة عند امتناع مصدرها عن السداد، فتبين بذلك أن المشتري الحقيقي هو (المصرف)، وأن حامل البطاقة وكيل له في القبض، ثم يقوم مصدر البطاقة ببيعها على حاملها بعقد جديد⁽¹⁾، وللمصرف حينئذٍ أن يبيع بالطريقة التي يرى (تولية، أو مساومة، أو مرابحة)، أو يبيعها بدين إلى أجل كل ذلك جائز.

وأما بالنسبة لسحب العميل للنقود بالبطاقة الائتمانية وهي غير مغطاة بمعنى أن حسابه مكشوف، فالعميل حينئذٍ مستقرض والمصرف مقرض ولا يجوز له - أي المصرف - أن يأخذ زيادة على تكاليف الخدمات اللازمة للعميل، وأما أخذ زيادة على أصل الإقراض؛ فلا يجوز لكونه يؤول إلى قرض جر نفعاً.

وما يقدمه المصرف من أي نوع من الخدمات سواء للتاجر، أو للعميل في هذه العملية - إصدار البطاقة الائتمانية -، فإنه يجوز له أخذ مقابل عليه، لكونه في مقابل الخدمات التي قدم سواء للتاجر، أو للعميل.

¹ - ينظر: بحث: بطاقات الائتمان - حسن الجواهري - (2 / 624).

وأما إن سحب العميل بالبطاقة نقوداً من مصرف آخر غير مصرفه، ففي هذه الحالة يعتبر مقرضاً منه، ويؤدي عنه مصرفه وكالة من حسابه إن كان له رصيد، وإن لم يكن له رصيد في حسابه بمصرفه، كان مقرضاً على ذمته، أو ذمة مصرفه، ثم يؤدي مبلغ اقتراضه، وهو قرض في ذمته، ولا يأخذ المصرف على هذه العملية إلا مقابل تقديم خدماته.

وفي ما يلي أورد قرارات بعض الهيئات الشرعية في أخذ العمولة من التاجر:

- أجازت أخذ هذه العمولة، الهيئة الشرعية في شركة الراجحي في فتاها رقم (47) حيث: « لا ترى مانعاً من حصول الشركة على نسبة من قيمة ما يشتريه حامل البطاقة ما دامت هذه النسبة تستقطع من ثمن خدمة أو سلعة، وقد تم التعارف على استقطاعها من البائع لصالح البنك الذي أصدر البطاقة، وشركة الفيزا العالمية»⁽¹⁾، كما ذهبت إلى الجواز أيضاً الفتوى الصادرة عن الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي، حيث ورد في مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة، نشر أجوبة أسئلة موجهة إلى هيئة الفتوى والرقابة في بيت التمويل الكويتي، ورأت الهيئة أن العمولة عبارة عن: أجر على وكالة وساطة بينه وبين حامل البطاقة من ترويج التعامل معه، ودعاية له، وتأمين زبائن، وتسهيل تحصيل قيمة بضائعه⁽²⁾.

- كما أجازت الهيئة الشرعية " لبنك البلاد " أخذ العمولة من التاجر في قرارها رقم (16)، وموضوعه " ضوابط البطاقات الائتمانية"، ففي الوقت الذي رأت الهيئة أن تكييف العلاقة بين البنك المصدر للبطاقة، وقابل البطاقة (التاجر)،: أنها علاقة ضمان وسمسرة، رأت أن الرسوم المأخوذة من التاجر جائزة مطلقاً، سواء أكانت

¹ - قرار الهيئة برقم (47)، بتاريخ: 6 ذي الحجة 1410هـ، (94/1 - 95)

² - ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة، العدد السابع، 1412هـ - 1992م، (1 / 476).

نسبة، أم مبلغا مقطوعا؛ لأن تكليف هذا المبلغ أجرة على السمسرة، وهي جائزة، وغضت الطرف عن اجتماع "السمسرة" مع "عقد الضمان"، وأحدهما يجوز أخذ العوض عليه، والآخر يحرم أخذ العوض عليه، فإذا كان لا يجوز اجتماع البيع، أو الإجارة مع القرض، لم يجز اجتماع الإجارة (السمسرة) مع الضمان⁽¹⁾.

- وقال بجواز أخذ العمولة من التاجر كذلك: ندوة البركة الثانية عشرة للاقتصاد الإسلامي حيث جاء في فتاها: «يجوز للبنك المصدر لبطاقة الائتمان، وبنك التاجر تقاضي عمولة من التاجر القابل للبطاقة في بيع السلع، أو تقديم الخدمة، وذلك مقابل الخدمات المقدمة للتاجر في منح البطاقة، وقبول الدفع بها، وتوفير العملاء، وتحصيل المستحقات بالوكالة عن التاجر، ولا مانع من اقتسام هذه العمولة بين البنك المصدر، وبنك التاجر لاشتراكهما في تقديم الخدمات المشار إليها»⁽²⁾.

- كما صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي يجيز أخذ العمولة من التاجر، فقد جاء في قراره رقم 108 (12 / 2): «جواز أخذ

¹ - ينظر: القرار رقم (16)، في موضوع: "ضوابط البطاقات الائتمانية"، الصادر عن الهيئة الشرعية "لبنك البلاد" في جلستها الخامسة والثلاثين بعد المائة (135)، بتاريخ: 1426/03/2هـ، الموافق: 2005/04/11م، بالرياض، المملكة العربية السعودية.

² - قرار ندوة البركة الثانية عشرة للاقتصاد الإسلامي المنعقدة بعمان - الأردن، بتاريخ: 1 - 2 ربيع الأول 1417هـ، الموافق: 16 - 17 يوليو 1996م، فتوى رقم (3/12)، وهي منشورة ضمن كتاب: قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي (ص 204).

البنك المصدر من التاجر عمولة على مشتريات العميل منه شريطة أن يكون بيع التاجر بالبطاقة بمثل السعر الذي يبيع به النقد»⁽¹⁾.

وهنا، أنبه على مسائل تتعلق "ببطاقة الائتمان":

أولاً: يجب أن يكون بيع التاجر للمصرف بيعاً صحيحاً، بمعنى أن التاجر يخضع له المصرف ثمن سلعته مباشرة في حسابه، وإذا كان البيع آجل قُدِّم فيه المثلث على الثمن، فينبغي أن يكون الثمن ثابتاً ومؤقتاً بأجل.

ثانياً: ينبغي ألا يبيع السلع التي أراد موكله (العميل حامل البطاقة) إلا بعد أن تتحقق له ملكية السلع حقيقة، ودخولها في ذمته، حتى لا يدخل في النهي الوارد عن بيع ما لا يملك، وبيع ما لم يضمن.

ثالثاً: للمصرف أن يبيع السلع التي طلب موكله (العميل حامل البطاقة) بالبيع الذي يختار (بيع آجل، مساومة، تولية، مرابحة)، كل ذلك، يجوز له ما دامت السلع قد دخلت في ملكه.

رابعاً: يجوز للمصرف أخذ مقابل (عمولة) عما يقدمه من خدمات مصرفية، سواء قدمها للعميل، أو للتاجر.

خامساً: في حالة إقراض (المصرف) العميل، حيث سحب العميل نقوداً بالبطاقة وكانت البطاقة غير مغطاة، فلا يجوز حينئذ للمصرف أخذ زيادة على القرض، وله أخذ مقابل عن خدماته المصرفية فقط، لا أنه يأخذ زيادة على أصل القرض؛ لأنه: ممنوع.

¹ - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، بشأن موضوع: "بطاقات الائتمان غير المغطاة"، رقم: 108/2/12، الصادر عن دورة مؤتمره الثانية عشرة المنعقدة بالرياض، المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ إلى 1 رجب 1421هـ، الموافق: 23-28 سبتمبر 2000م.

سادسا: ما دام حامل البطاقة لا يُطالب بالسداد من قبل التاجر (البائع) لكون التاجر إنما يتعامل مع المُصدّر للبطاقة، لم يصح عندي تكييف العملية على أنها (ضمان)؛ لأن الضمان: "شغل ذمة أخرى بالحق"؛ ولأن صاحب الحق في "الضمان" له أن يطالب الأصيل (المضمون عنه) والضامن، هذا هو مذهب جمهور الفقهاء، وهنا في "بطاقة الائتمان" لا يطالب التاجر إلا مصدر البطاقة دون حاملها.

سابعا: أما تكييفها أيضا بأنها: حوالة، فذلك مخالف أيضا لما عليه جمهور الفقهاء؛ لأن شرط الحوالة عند الجمهور: أن يكون المحال عليه مدينا للحميل، وفي "بطاقة الائتمان" عكس ذلك، فالحميل هو المدين للمصرف، وأما المصرف فهو دائن، في حالة ما إذا كان العميل اقترض منه.

لهذا، فإن الباحث لا يرى تكييفها على أنها: حوالة، لعدم تحقق شرط الحوالة فيها، تماما كعدم تحقق شرط الضمان فيها، وهذا تمشيا مع رأي جمهور الفقهاء، والتزاما بالضوابط الفقهية التي شرطوا للضمان والحوالة.

الفصل الثاني: الضمان المالي والعوض عنه في الخطابات المصرفية

في هذا الفصل سأتناول بالدراسة، تطبيقات الضمان المالي والعوض عنه في الخطابات المصرفية التي تجريها المصارف الإسلامية؛ ويدخل هذا النوع ضمن الخدمات المصرفية التي تتضمن تسهيلات مصرفية.

وسأعرض لهذه الخدمات من خلال تعريفها، وأنواعها، وتكييفها المعاصر، ثم أُبين حكم أخذ العوض عليها.

المبحث الأول: خطاب الضمان

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان

الفرع الأول: خطاب الضمان لغة:

أولاً: الخطاب لغة: جاء في "لسان العرب": «الْخِطَابُ والمُخَاطَبَةُ: مراجعة الكلام، وقد خاطبه بالكلام مُخَاطَبَةٌ وخطاباً، وهما يتخاطبان...والخُطْبَةُ: مثل الرسالة، التي لها أول وآخر»⁽¹⁾.

و جاء في "المعجم الوسيط": «الْخِطَابُ: من خَطَبَ يَخْطُبُ خِطَاباً، ومُخَاطَبَةً، وهو الكلام بين المتكلم والسامع، كما يطلق على الرسالة المكتوبة»⁽²⁾.

ثانياً: الضمان لغة: قد مرَّ معنا تعريفه⁽³⁾، جاء في "لسان العرب":

¹ - لسان العرب (4 / 135).

² - المعجم الوسيط (2 / 242).

³ - قد تعرضت لتعريفه في المبحث الأول من المدخل التمهيدي، تحت عنوان: "الضمان لغة"، (ص32)؛ لذلك سأختصر الكلام عليه هنا.

« ضَمِنَ: الضَّمِينُ: الكَفِيلُ، ضَمِنَ الشَّيْءَ وَبِهِ ضَمَانٌ وَضَمَانًا: كَفَلَ بِهِ، وَضَمَّنَهُ إِيَّاهُ: كَفَّلَهُ...»⁽¹⁾.

ويطلق في اللغة على عدة معان منها: الالتزام والأداء، والكفالة، والحفظ، والرعاية⁽²⁾، وضَمِنَ الشَّيْءَ بالكسر ضَمَانًا: كَفَلَ بِهِ فَهُوَ: ضَامِنٌ، وَضَمِينَ، وَضَمَّنَهُ الشَّيْءَ تَضَمِينًا، فَتَضَمَّنَهُ عَنْهُ مِثْلَ غَرَمِهِ⁽³⁾.

الفرع الثاني: خطاب الضمان اصطلاحاً:

يَعْرِفُ "خطاب الضمان" الذي تجريه المصارف بأنه: «تعهد كتابي صادر عن البنك على طلب عمليه يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد بأن يدفع مبلغاً معيناً إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدد في الخطاب»⁽⁴⁾.

وَعُرِّفَ كذلك بأنه: «تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن بناء على طلب عمليه الأمر، بشأن عملية محددة، أو غرض محدد، يلتزم بموجبه البنك بأن يدفع لطرف ثالث (المستفيد)، مبلغاً معيناً من النقود عند أول طلب منه، سواء كان طلباً مجرداً، أو مبرراً، أو مصحوباً بتقديم مستندات محددة في الخطاب يقدمها المستفيد، خلال أجل محدد في أثناء سريان أجله رغم أي معارضة من العميل المضمون، أو البنك الضامن، على أن يكون الضامن شخصاً غير المتعاقد مع المستفيد الذي طلب الضمان لصالح شخص المستفيد»⁽⁵⁾.

¹ - لسان العرب (8 / 89).

² - ينظر: القاموس المحيط (ص 1212).

³ - ينظر: مختار الصحاح (1 / 161).

⁴ - عمليات البنوك، تأليف: محمود الكيلاني، ط: دار الحبيب، الأردن، (د.ع.ط)، 1992م، (1 / 142).

⁵ - فقه النوازل، تأليف: بكر عبد الله أبو زيد، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، (د.ع.ط. ت.ن)، (1 / 201).

وعُرف كذلك بأنه: «تعهد قطعي مقيد بزمن محدد غير قابل للرجوع يصدر من البنك بناء على طلب طرف آخر (عميل له) بدفع مبلغ معين لأمر جهة أخرى مستفيدة من هذا العميل بالدخول في مناقصة، أو تنفيذ مشروع بأداء حسن ليكون استيفاء المستفيد من هذا التعهد (خطاب الضمان) متى تأخر، أو قصر العميل في تنفيذ ما التزم به المستفيد في مناقصة، أو تنفيذ مشروع، ونحوهما، ويرجع البنك بعد على العميل بما دفعه عنه للمستفيد»⁽¹⁾، وكذلك من التعاريف التي عُرِف بها "خطاب الضمان" أنه: «تعهد من البنك بقبول دفع مبلغ معين لدى الطلب إلى المستفيد في ذلك الخطاب نيابة عن طلب الضمان عن عدم قيام الطالب بالتزامات معينة قبل المستفيد»⁽²⁾.

ويتضح مما سبق أن أركان خطاب الضمان أربعة وهي:

1. المصرف: وهو الطرف (الضامن)، والضامن هو من التزم ما على غيره.
2. العميل: وهو الطرف المضمون عنه.
3. المستفيد: وهو الطرف (المضمون له)، وهو رب الحق الذي التزم له الضامن.
4. قيمة الضمان: وهو (المبلغ المضمون)، وهو الحق الذي التزم الضامن.

فإذا أطلق "خطاب الضمان" شمل هذه الأركان.

ثم إن الشخص العميل (المضمون عنه): يكون شخصية حكومية (اعتبارية)، كالشركة، أو المؤسسة ممثلة في (مديرها المسؤول)، ويكون شخصا طبيعيا⁽³⁾.

¹ - البنك اللاروي في الإسلام، تأليف: محمد باقر الصدر، ط: دار التعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، (د.ع.ط)، 1414 هـ - 1994م، (ص 128)؛ والربا والمعاملات المصرفية (ص 388).

² - الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، تأليف: د. عمر بن عبد العزيز المترك، اعتنى به: بكر عبد الله أبوزيد، ط: دار العاصمة، ط2، 1416هـ، (ص 385 - 386).

³ - ينظر: فقه النوازل - بكر أبو زيد - (ص 201 - 202).

وتنشأ الحاجة غالبا إلى "خطاب الضمان" عندما يجد المرء نفسه مضطرا إلى تقديم ضمان نقدي إلى جهة ما، عندما يريد الدخول في مناقصات للقيام بعمل معين، كتتفيذ مشروع، أو تأمين أشياء، أو يرتبط مع الجهة فعلا وترسو عليه المناقصة على القيام بهذا العمل؛ لأن الجهات تطلب دفع مبلغ من المال، كتأمين في حالة التخلف عن إنجاز المشروع ولضمان جدية عرض كل شخص من المشتركين في المناقصة، وضمان عدم التورط في مضاعفات، أو خسائر عند الاتفاق مع أحدهم ورسو العملية عليه، وبدلا من تقديم هذه التأمينات المطلوبة نقدا، وبالتالي تجميد هذه المبالغ، فإن من يدخل في مناقصة، أو مقابلة، أو ترسو عليه عملية، يلجأ إلى المصرف طالبا منه إصدار "خطاب ضمان" يتعهد لتلك الجهة بالمبلغ المقرر، ويكون هذا الخطاب بمثابة تأمين نقدي لدى الجهة صاحبة المشروع، ومتى تخلف هذا الشخص عن الوفاء بالتزاماته، فإن المصرف يدفع القيمة المحددة في "خطاب الضمان"، ويرجع المصرف بالتالي على الشخص الذي صدر "خطاب الضمان" بناء على طلبه⁽¹⁾.

ولخطاب الضمان أهمية كبيرة في حماية المستفيد (المضمون له) حكومة، أو شركة لضمان تنفيذ المشاريع، أو تأمين المشتريات وفق شروطها ومواصفاتها وفي أوقاتها المحددة، ففيها توفير الضمان للمستفيد عن أي تقصير تنفيذي، أو زمني من الطرف العميل، إضافة إلى أن البنك لا يقبل في استقبال "خطاب الضمان"، وأن يكون طرفا مع العميل لصالح المستفيد، إلا إذا توفرت لديه القناعة بكفاءة العميل المالية والمعنوية، ففي هذا ضمان إضافي إلى سابقه أن لا يدخل في المشاريع، والمناقصات، إلا شخص قادر على الوفاء بما التزم به⁽²⁾.

¹ - ينظر: الربا والمعاملات المصرفية - عمر المترك - (ص 385 - 386).

² - ينظر: فقه النوازل - بكر أبو زيد - (1 / 202).

وأما عن كيفية إصداره: فإن طالب الخطاب يقدم طلباً للبنك يحدد فيه مبلغ الضمان ومدته، والجهة المستفيدة، والغرض من الضمان، ويجب أن تكون لدى البنك قبل إصداره الضمان المذكور القناعة بأن كفاءة العميل المالية والمعنوية كفيلة بالوفاء بالتزامه فيما إذا طلب منه دفع قيمة الضمان، أو تمديده، وإذا كان مبلغ الضمان كبيراً، فإن البنك يطلب عادة تأمينات لقاء ذلك، إما أن تكون رهناً عقارياً مسجلاً، أو رهن أسهم في شركات بإيداع أوراق مالية لدى البنك يسهل تحويلها إلى نقد فيما لو طلب من البنك دفع قيمة مبلغ الكفالة مع خطاب مودعها بالتنازل عنها إذا اقتضى الأمر، أو كفالة بنك خارجي معروف، وإضافة إلى كل ذلك، فإن البنك يحتفظ عادة بتأمينات نقدية يودعها العميل بنسبة حوالي 25% من قيمة الضمان، وقد تزيد هذه النسبة، أو تقل تبعاً لمركز العميل المالي، والمعنوي، ولطبيعة المشروع الذي قدم الضمان من أجله، وبعد كل هذه الإجراءات يقوم البنك بإصدار الضمان⁽¹⁾.

المطلب الثاني: أنواع خطابات الضمان:

تختلف "خطابات الضمان" باختلاف الغرض الذي تعد من أجله، وذلك كما يلي:

- خطاب الضمان الابتدائي:

وهو خطاب مقدم بواسطة البنك نيابة عن أحد عملائه ممن يرغب في الدخول في مناقصة لتنفيذ عمل أو مشروع معين، وذلك عندما يطرح مشروع المناقصة في عطاء عام، فيقدم هذا الخطاب مع تقديم العطاء، وتتراوح قيمته بين 1 % إلى 2 % من قيمة العرض وذلك وفقاً لما تحدده الشروط، والمواصفات، والغرض من "خطابات الضمان الابتدائية" هو:

¹ - ينظر: فقه النوازل - بكر أبو زيد - (ص 203).

التأكد من جدية المتقدم للعرض، لئلا تملأ خانات المزايدة، أو المناقصة، أو العطاء بأسماء أفراد غير جادين، وغير مؤهلين لهذا المجال.

إلزام المناقص بإبرام العقد إذا رست عليه المناقصة، وإلا أخذ منه قيمة الضمان.

ويرد الضمان الابتدائي إلى أصحاب العروض غير المقبولة ممن لم ترس عليهم المناقصة، أما الذين رست عليهم المناقصة فيقدم ضمان نهائيا، ويرد إليه الضمان الابتدائي، أو يستكمل الضمان الابتدائي باعتبار أن نسبته أقل من النهائي⁽¹⁾.

لذلك، فخطابات الضمان هي تعهدات موجهة إلى المستفيد من هيئة حكومية، أو غيرها لضمان دفع مبلغ من النقود من قيمة العملية التي يتنافس طالب خطاب الضمان للحصول عليها، ويستحق الدفع عن عدم قيام الطالب باتخاذ الترتيبات اللازمة عند رسو العملية عليه⁽²⁾.

- خطاب الضمان النهائي: ويصدر هذا النوع بواسطة المصرف نيابة عن أحد عملائه (المضمون عنه) بعد أن يتم اختيار الجهة، أو الهيئة الحكومية لأفضل المناقصات للقيام بتنفيذ العملية، أو المقولة حسب العقد المبرم.

ويقدر "خطاب الضمان" بما قيمته حوالي 5 % من جملة العقد، أو 10 % منه.

وبودع الضمان في مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ اليوم التالي لإخطاره بخطاب مسجل بقبول عطائه، ويحل "خطاب الضمان" النهائي محل "الخطاب الابتدائي" الذي يصبح لا غيا بمجرد تقديم صاحب العرض المقبول "لخطاب الضمان النهائي"، ويرد الضمان إلى

¹- ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد التاسع (ص 2 / 226).

²- ينظر: البنك اللاروي (ص128)؛ الربا والمعاملات المصرفية- عمر المترك - (ص 386).

المناقص بعد الوفاء بالتزاماته بصورة نهائية، وهذا الضمان إذا أصدره المصرف فإنه مُلزم للبنك؛ لأنه لا يصدر إلا والعميل قد ارتبط بعقد مع المستفيد.

والغاية من هذا الضمان: هو إلزام المتقاعدين بتنفيذ العقد دون تأخر ولا تخلف، ولا مخالفة، ويصادر الضمان النهائي كله إذا لم يتم المتقاعدين بتنفيذ العقد، وقد ينفذ العقد على حسابه مع تحمله فوارق الأسعار، والتعويض عن الأضرار، وقد يصادر جزء من الضمان النهائي إذا ترتب على المتعهد غرامات تأخير.

من هنا فإن جملة القول في "خطاب الضمان النهائي" هو أنه: تعهدات لجهة حكومية، أو غيرها لضمان دفع مبلغ من النقود يعادل نسبة أكبر من قيمة العملية التي استقرت على عهدة العميل، ويصبح الدفع واجبا عند تخلف العميل عن الوفاء بالتزاماته المنصوص عليها في العقد النهائي للعملية بين العميل والجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها⁽¹⁾.

- خطابات ضمان الدفعة المقدمة⁽²⁾:

وتصدر هذه الضمانات عندما يرغب العميل في استلام دفعة مقدمة مقابل عمل ملتزم بالقيام به، أو توفير بضاعة، ولا يتم دفعها إلا بموجب خطاب ضمان يتعهد فيه البنك بإعادة دفع المبلغ للمستفيد إذا لم ينفذ العميل العمل حسب الشروط المتفق عليها بالوجه المطلوب، أو في حالة اختلاف البضاعة عن المواصفات المطلوبة، ويترك تقدير هذا الأمر مطلقا للجهة المستفيدة، وتكون نسبة الدفعة المقدمة غالبا أقل من 20 % كحد أقصى، ومثل هذا النوع من الخطابات إنما ينطبق عليه حكم خطاب الضمان النهائي؛ لأنه في الحقيقة إنما هو صورة منه.

¹- ينظر: البنك اللاروي (ص 129)؛ الربا والمعاملات المصرفية - عمر المترك - (ص 386).

²- ينظر: عمليات البنوك - محمد الكيلاني - (1 / 222).

وأما من حيث التأمين العيني، أو النقدي للخطاب، فإنه ينقسم إلى:

خطاب مغطى تغطية جزئية: وهو الذي لا تغطي فيه قيمة خطاب الضمان بالكامل.

ويودع مبلغ الغطاء سواء كان كلياً أو جزئياً في حساب خاص يسمى: احتياطي خطاب الضمان، ولا يجوز للعميل أن يتصرف فيه حتى ينتهي التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان⁽¹⁾.

المطلب الثالث: التكيف الفقهي لخطاب الضمان

والمقصود بالتكيف الفقهي للمسألة هو: «تحريرها وبيان انتماءها إلى أصل معين»⁽²⁾

ولمعرفة التكيف الشرعي "لخطاب الضمان" يتعين في البدء أن نبين أطراف العملية والعلاقة القائمة بين جميع الأطراف:

أما أطراف خطاب الضمان فهم:

العميل: وهو الذي يتقدم للمصرف طالب إصدار خطاب الضمان لصالح المستفيد.

المصرف: وهو الجهة الملتزمة بإصدار خطاب الضمان بناء على طلب العميل.

المستفيد: وهو الشخص أو الجهة المستفيدة من "خطاب الضمان".

ونتيجة لذلك فإنه تنشأ علاقات بين هذه الأطراف هي كالتالي:

¹ - ينظر: المعاملات المالية المعاصرة - محمد شبير - (ص 296 - 297).

² - معجم لغة الفقهاء، تأليف: محمد رواس قلعة جي، وحامد صادق قنبي، ط: دار النفائس، بيروت، لبنان، ط2، 1408-1988م، (ص 143).

أولاً: علاقة العميل بالمستفيد:

وتعتبر هذه العلاقة هي الأساس، وفي أغلب الأحوال تكون علاقة تعاقدية، منشؤها العقد أياً كانت طبيعته، وبموجب هذا العقد الذي يطلق عليه "عقد الأساس"، تتحدد الحقوق والالتزامات بالنسبة لكل من طرفيه، كما يتحدد موضوع ونطاق العقد والذي بسببه يصدر "خطاب الضمان".

ثانياً: علاقة العميل بالمصرف

وهي العلاقة التي يحكمها عقد اعتماد الضمان، حيث يشتمل العقد على التزام المصرف بتحرير "خطاب الضمان" لصالح المستفيد بالمبلغ الذي يحدده العميل، وفي ذات الوقت يحدد العقد بالضمانات التي يتعين أن يقدمها العميل لصالح المصرف لتغطية "خطاب الضمان"، وخطاب الضمان كما قد أسلفت قد يكون مغطى من قبل العميل وقد يكون غير مغطى، وقد يكون مغطى تغطية جزئية.

ثالثاً: علاقة المصرف بالمستفيد:

وهذه العلاقة يحكمها "خطاب الضمان" الذي يصدره المصرف لصالح المستفيد، وفيه يلتزم المصرف بأداء مبلغ معين أو قابل للتعيين عند أول طلب من المستفيد.

ونتيجة لهذه العلاقات المختلفة، فقد تباينت آراء الفقهاء في التكييف الشرعي "لخطاب الضمان"، وانحصرت هذه الآراء في الجملة في ثلاثة أقوال، مع أن جملة الخلاف أساساً إنما تنحصر في العلاقة بين المصرف والعميل، وأما العلاقة بين المصرف والمستفيد فقد اتفقوا على أنها: "علاقة ضمان".

القول الأول:

وهو أن خطاب الضمان هو كفالة محضة، سواء كان بأمر المكفول أو بدون أمره⁽¹⁾.

ووجه هذا القول: أن خطاب الضمان المصرفي: هو تنفيذ للالتزام الذي ترتب في ذمة المكفول، فهو بهذا يعني: ضم ذمة إلى ذمة أخرى، وهذا هو حقيقة الضمان.

ونوقش هذا التخريج:

بأن هناك فرقا بين الكفالة في خطاب الضمان وبين الكفالة في الفقه الإسلامي: فالالتزام الكفيل في الفقه الإسلامي تابع لالتزام المدين المكفول من حيث صحته وبطلانه، فالضامن فرع عن الأصل، فإذا بطل الدين المكفول به بطل الضمان، وإذا صح وثبت الدين ثبت الضمان، بينما التزام الكفيل (المصرف) في خطاب الضمان يحكمه خطاب الضمان وحده اتجاه المستفيد فالمصرف ملتزم بما نص عليه خطاب الضمان، وما تضمنه من شروط، ولا شأن له بالشروط التي بين العميل والمستفيد فهو يلتزم بالدفع أيا كان مصير العقد بين العميل والمستفيد.

والجواب على هذا:

هو أن الفارق القانوني لا يخرج الخطاب من كونه نوعا من الكفالة، فالالتزام المصرف بالدين الذي على العميل هو في حقيقته كفالة لا غير، سواء كان هذا الالتزام مشروطا بثبوت الدين كما هو معروف في الفقه الإسلامي، أو كان هذا الالتزام مطلقا غير مشروط.

¹ - ينظر: بحث بعنوان: خطاب الضمان، إعداد الشيخ: بكر أبو زيد، وهو بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية المنعقدة بجدة، المملكة العربية السعودية، بتاريخ: 10 - 16 ربيع الآخر 1406هـ، الموافق: 22 - 28 ديسمبر 1985م، (2 / 1041).

وكون التزام المصرف في خطاب الضمان يحكمه خطاب الضمان، ولا شأن للمصرف بسبب الضمان القائم بين العميل والمستفيد، هذا الفعل بين الضمان وسببه هو مسألة لم تبن على حكم فقهي، وهذا الفعل ليس عادلاً؛ لأن الضمان هو عقد تابع، وليس مستقلاً، وهو خروج عن الأحكام الشرعية؛ ولأن الضمان شرعاً لا يمكن أن يفصل عن سببه.

القول الثاني:

وهو أن خطاب الضمان إذا كان غير مغطى من العميل فإن العقد "عقد ضمان"، وعلى هذا فالضامن هو: المصرف، والمضمون: هو العميل، والمضمون له: هو الطرف الثالث (المستفيد).

أما إذا كان العميل أودع لدى المصرف ما يغطي الخطاب، فإن العلاقة بينهما علاقة وكالة، حيث وكل العميل المصرف ليقوم بالأداء، فلا توجد كفالة بين الطرفين، غير أنها تكون بين المصرف والطرف الثالث، فالطرف الثالث يقبل خطاب الضمان من المصرف باعتبار المصرف كفيلاً، لا وكيلًا.

وإن كان الخطاب مغطى جزئياً، فما غطي يأخذ معنى الوكالة، وما لم يغط يأخذ معنى الضمان، واختار هذا القول جمع من الباحثين منهم: الشيخ علي السالوس⁽¹⁾.

وفي ذلك يقول: «خطاب الضمان إذا كان غير مغطى من العميل، فمن الواضح أنه يعتبر "عقد كفالة"، فالكفالة ضم ذمة إلى ذمة، فضمت ذمة المصرف إلى ذمة طالب

¹ - ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية، العدد الثاني (2 / 1086)؛ الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية، أ. د. علي أحمد السالوس، ط: مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1406هـ - 1986 م، (ص 134)؛ فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، تأليف: أ. د. علي أحمد السالوس، الناشر: مكتبة دار القرآن - مصر، ودار الثقافة - قطر، ومؤسسة الريان، لبنان، ط7، 1429 هـ - 2008 م، (ص1391).

الإصدار لمصلحة الطرف الثالث، وعلى هذا فالكفيل هو المصرف، والمكفول هو: العميل، والمكفول له هو الطرف الثالث.

أما إذا كان العميل أودع لدى المصرف ما يغطي الخطاب، فإن العلاقة بينهما علاقة وكالة، حيث وكل العميل المصرف ليقوم بالأداء، فلا توجد كفالة بين الطرفين، غير أنها تكون بين المصرف والطرف الثالث، فالطرف الثالث يقبل خطاب الضمان من المصرف باعتبار المصرف: كفيلًا، لا وكيلًا.

وما جرى عليه العرف المصرفي غالبًا هو قيام العميل بالغطاء الجزئي لا الكلي، وفي

هذه الحالة تكون علاقة المصرف بالعميل علاقة وكالة وكفالة معًا، فهو وكيل بالنسبة للجزء المغطى، وكفيل مراعاة للجزء المتبقي»⁽¹⁾.

وما جرى عليه العرف المصرفي غالبًا هو قيام العميل بالغطاء الجزئي لا الكلي، وفي هذه الحالة تكون علاقة المصرف بالعميل علاقة وكالة وكفالة معًا، فهو وكيل بالنسبة للجزء المغطى، وكفيل مراعاة للجزء المتبقي»⁽²⁾، وبهذا القول أخذت الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية بالمملكة العربية السعودية⁽³⁾، وبه قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، حيث جاء في قراره رقم: 12(2/12)، بشأن خطاب الضمان وفيه: «فإن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة، من: 10 - 16 ربيع الآخر 1406هـ، الموافق: 22 - 28 كانون الأول

¹ - فقه البيع والاستيثاق - أ. د. علي السالوس - (ص 1391).

² - المرجع نفسه (ص 1391).

³ - ينظر: قرار الهيئة برقم (29)، بتاريخ: 1410/08/4هـ، (1/ 58- 59)

(ديسمبر) 1985م، بحث مسألة خطاب الضمان، وبعد النظر فيما أُعدَّ في ذلك من بحوث ودراسات، بعد المداولات والمناقشات المستفيضة تبين ما يلي:

أولاً: أن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي ولانتهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء، يلزم حالاً أو مآلاً، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم (الضمان) أو (الكفالة).

وإن كان خطاب الضمان بغطاء، فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة، والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له)

ثانياً: إن الكفالة هي: عقد تبرع يقصد به الإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة؛ لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً، ولذلك فإن المجمع قرر شرعاً:

قرر ما يلي:

أولاً: أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان (والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته) سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانياً: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعية فجائز شرعاً مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي يجوز أن يراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء⁽¹⁾.

¹ - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم (12/2)/(12)، بخصوص "خطاب الضمان"، الصادر عن دورته الثانية المنعقدة بجدة، المملكة العربية السعودية، بتاريخ: 10 - 16 ربيع الآخر 1406هـ، الموافق: 22 - 28 ديسمبر 1985م.

ووجه هذا القول:

هو أن خطاب الضمان إن كان بدون غطاء فهو كفالة؛ لأن فيه ضم ذمة إلى أخرى من أجل توثيق الحق.

وأما إذا كان خطاب الضمان بغطاء، فهو يمكن تشخيصه وتكييفه انطلاقاً من اعتبارين:

فهو بين المستفيد وبين المصرف عبارة عن كفالة؛ لأن المستفيد يشعر بأن ذمة المصرف قد شغلت بالدين الأصلي. وأما العلاقة بين المصرف وبين طالب الضمان، والذي قدم مقابلاً لهذا الضمان، فإنها عبارة عن وكالة؛ لأنه أعطى مالا، وطلب من الضامن أن يدفع هذا المال عندما يطالب به، ولا يُستتكر أن يكون للتصرف الواحد اعتباران، فهناك كثير من العقود تعتبر لازمة بالنسبة لطرف، وغير لازمة بالنسبة لطرف آخر.

القول الثالث: ذهب بعض الباحثين إلى أن "خطاب الضمان" يمكن تخريجه على قاعدة "الخراج بالضمان"⁽¹⁾.

وممن ذهب إلى ذلك: عبد الحميد البعلي، حيث قال: «وفي هذا الخصوص أود أن أشير إلى حديث "الخراج بالضمان"⁽²⁾، وهل في معناه متسع لمقابل ظاهر، أو جزاء عادل،

¹ - ينظر: المنشور في القواعد للزركشي (2 / 119).

² - سبق أن ذكرت بعض تخريج هذا الحديث (ص66) على أن أفصل في ذلك هنا؛ فقد أخرجه أبو داود، كتاب البيوع والإجازات، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا، حيث برقم (3508)، (ص630)؛ الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا برقم (1285)، (ص305)؛ ابن ماجه، كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان، حديث برقم (2242) و(2243)، (ص385)؛ النسائي، كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان، الحديث برقم (4490)، (ص688)؛ وقد حسن هذا الحديث الألباني في تحقيقه للسنن، ينظر: سنن أبي داود (ص630)؛ الترمذي (ص305)؛ ابن ماجه (ص385)؛ النسائي (ص688)؛ كلهم من طريق: مَخْلَدُ بْنُ خُفَّافٍ عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا؛ وَأَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهٍ مِنْ طَرِيقٍ أُخْرَى مِنْ حَدِيثِ: هِشَامُ بْنُ عَمَرَ، قَالَ: حَدَّثَنَا مُسْلِمُ بْنُ خَالِدٍ الرَّزَّجِيُّ، قَالَ:

إذا قلنا إن من يتحمل تبعية ضمان شيء لو تلف يكون من حقه أن يحصل على منفعة من الشيء المضمون، فالمنفعة مقابل الضمان في هذه الحالة، ويجري الاجتهاد حول الأساس العادل لتحديد ذلك المقابل، أو الجزاء لاشتراك البنك وعميله في المنفعة، ففي الحديث وقواعد الفقهاء متسع للمسألة...، وعلى هذا الأساس نقول: إن البنك وقد دخل في خطاب الضمان، فيكون له نصيب من الربح العائدي للعميل من العملية المضمونة، أو محل الضمان لشاركته مع العميل في هذه العملية، "شراكة عقد" محله ضمان عامل عميل، وضمان عامل عميل نوع من العمل، وكما أن استحقاق الربح يكون تارة بالمال، أو العمل، وتارة بالضمان... وعلى هذا يكون للبنك حظ من كسب العميل، وريحه»⁽¹⁾.

القول الرابع: وهو أن خطاب الضمان وكالة، واختار هذا القول جماعة منهم سامي حمود⁽²⁾، وفي ذلك يقول - د. سامي حمود -: «إن تكييف خطاب الضمان المصرفي على أنه وكالة لا يبدو متبايناً مع نظرة الفقه الإسلامي للموضوع في نطاق الكفالة بالأمر التي يرجع فيها الكفيل بما يدفع على من أمره بذلك، تماماً كما يرجع الوكيل؛ لأن الكفالة بالأمر ما هي إلا: وكالة بالأداء.

حدثنا هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها؛ قلت وفي سنده: مُسْلِمُ بْنُ خَالِدٍ الزَّنْجِيُّ وهو: ضعيف على ما سأذكر في ذكره عند أحمد في المسند؛ وأخرجه أحمد في المسند - مسند عائشة رضي الله عنها - حديث برقم (24514)، (41 / 59)، من طريق مسلم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها، بلفظ "الغلة بالضمان"؛ ومسلم هو: ابن خالد الزنجي، وهو ضعيف غير أنه تابعه غير واحد، وبقيّة رجال السند ثقات، ينظر المسند بتحقيق الشيخ شعيب الأرنؤوط، وقد علّق على هذا الحديث وقال إنه حديث: حسن، ينظر: المسند (41 / 59)؛ وقد تلقى العلماء هذا الحديث بالقبول، وجرى عليه عملهم، ينظر: الترمذي في جامعه (2 / 562)؛ شرح معاني الآثار (4 / 220)؛ المنتقى شرح الموطأ (4 / 251)؛ بداية المجتهد (3 / 1247)؛ المغني (6 / 226).

¹ - الاستثمار والرقابة الشرعية، تأليف: عبد الحميد محمود البعلي، ط: مكتبة وهبة، مصر، ط1، 1991 م، (ص 56 - 61).

² - ينظر: بحث: خطاب الضمان، إعداد: د. سامي حمود، وهو: بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية المنعقدة بجدة، المملكة العربية السعودية، بتاريخ: 10 - 16 ربيع الآخر 1406 هـ، الموافق: 22 - 28 ديسمبر 1985 م، (1125/2).

وهذا التكيف على أساس الوكالة، هو الذي يمكن أن يفتح المجال للقول باستحقاق المصرف الأجر على قياسه بما وكل به، حيث أن الوكالة يمكن أن تكون بأجر فتأخذ أحكام الإجارة، وذلك على عكس ما لو بقيت كفالة بمعنى الضمان، حيث لا توجد آراء فقهية تؤيد حق الضامن بأخذ الأجر»⁽¹⁾.

ووجه هذا التكيف هو:

الوجه الأول: أن الكفالة بالأمر يرجع فيها الكفيل بما يدفع على من أمره بذلك تماما كما يرجع الوكيل؛ لأن الكفالة بالأمر، ما هي إلا وكالة بالأداء.

ويجاب: بأن الحقيقة الشرعية في الكفالة بالأمر لا تتغير للضمان، وهو شغل ذمتين بحق واحد، فالحق قبل الكفالة كان واجبا في ذمة الأصيل، فبوجود الكفالة انضمت ذمة أخرى إلى الذمة الأصلية لتوثيق هذا الحق، ومعظم الكفالة التي تتم بالأمر من المكفول عنه، وهذا الأمر لا يغير من الطبيعة الشرعية التي تقوم عليها الكفالة⁽²⁾.

والوكالة عقد استنبابة، فالوكيل نائب عن الموكل، وليست ذمته مشغولة بدين الموكل بخلاف الكفالة، والوكالة عقد جائز، بينما الكفالة عقد لازم في حق الكفيل، وأما رجوع الكفيل على المكفول إذا دفع عنه بغير أمره ففيه خلاف بين أهل العلم، وليس مرد هذا الخلاف تكيف العقد، فهو عندهم: "عقد كفالة" مطلقا سواء قلنا يرجع، أو قلنا بعدم الرجوع، إلا أن من قال: لا يرجع إلا إذا كانت الكفالة بأمر المكفول: رأى أن الضامن هنا متبرع، والمتبرع لا يرجع بما تبرع، ومن قال يرجع مطلقا، إلا إذا نوى التبرع؛ لأن الإنسان إذا دفع عن الغير ما وجب عليه، فإنه محسن، والأصل عدم التبرع.

¹ - تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية، تأليف: د. سامي حمود، ط: مطبعة الشرق، عمان، الأردن، ط2، 1402هـ - 1982م، (ص 300 - 301).

² - ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية، العدد الثاني (2 / 1167).

الوجه الثاني:

أن الكفالة عقد قائم على التبرع ابتداءً، والمعاوضة انتهاءً، إذا كانت بناءً على طلب المكفول، وهذا بخلاف حال الضمان؛ حيث إن نية التبرع ليست قائمة، لا في الحال، ولا في المآل.

ويناقد:

بأن هذا الاستدلال في محل النزاع، فالضمان المصرفي لا يقبل أن يكون محلاً للمعاوضة ابتداءً، وأما المعاوضة انتهاءً، فإن الضمان إذا آل إلى القرض تحول معاوضة انتهاءً، وإلا بقي التزاماً مجرداً، وهذا لا فرق فيه بين "خطاب الضمان" وبين "عقد الكفالة".

الوجه الثالث:

أن الكفيل يحل محل المكفول في الوفاء بالتزاماته، فهو مخير بين أن يقوم بالعمل الذي كفله، أو أن يدفع المال، بينما المصرف الذي يقدم "خطاب الضمان" إلى مقاول مثلاً لا يطلب منه أن يقوم بالأعمال المطلوبة من المقاول، وإنما عليه أن يقوم بتعهده بدفع المال المتفق عليه، سواء كان التزام المقاول أعلى، أو أقل كثيراً من "خطاب الضمان".

ويجاب: بأن الكفالة بخطاب الضمان لم تتوجه إلى القيام بالعمل، وإنما هي موجهة إلى شيء محدد، وهذا سائق في الكفالة؛ فلا يشترط أن يحل الضامن محل المكفول في كل أعماله.

هذا بالإضافة إلى أن هناك من قال بأن: "خطاب الضمان" جعالة⁽¹⁾.

¹ - ينظر: المعاملات المالية المعاصرة - محمد شبير - (ص 302 - 303).

وأما الراجح بالنسبة للباحث في تكييف "خطاب الضمان" فهو: تكييفه على أنه: "عقد ضمان" مطلقاً، سواء كان بغطاء كلي، أو جزئي، أو كان بغير غطاء، وذلك لعدة أسباب:

السبب الأول:

أن المستفيد لم يقبل المصرف كنائب عن العميل في الأداء؛ فإن هذا الأمر لا يضمن له حقه، وإنما قبل المصرف كضامن للحق؛ فإن هذا هو الذي يحفظ له حقه، ويوفر له قدراً من الأمان بأن حقه لن يضيع.

وإذا كان المخالف يقر بأن علاقة المستفيد بالمصرف هي علاقة: "ضمان" مطلقاً؛ فمن المعلوم أن المصرف إنما ضمن العميل لصالح المستفيد؛ فرجع إلى أن العميل مضمون عنه ولا بد؛ لأن "عقد الضمان" في "خطاب الضمان" أطرافه ثلاثة، فسقط التكييف بأن "خطاب الضمان" بالنسبة للمستفيد كفالة، وبالنسبة للعميل هو عقد وكالة، فما دامت الأطراف الثلاثة أطراف ضمان؛ فالعقد بالنسبة للجميع: عقد ضمان من جهة العميل والمستفيد، وكذا المصرف الضامن للجهة الأولى (العميل) اتجاه الجهة الثانية (المستفيد).

السبب الثاني:

هو أن: الوكالة تفويض بالأداء دون التحمل، والمصرف في "خطاب الضمان" ليس مفوضاً بالأداء فقط، وإنما ذمته مشغولة بالحق الذي وجب للمستفيد مطلقاً، سواء قام العميل بالغطاء، أو لم يقم بذلك.

السبب الثالث:

هو أن عقد الوكالة: عقد جائز، وعقد الضمان عقد لازم، ونحن هنا أمام عقد لازم، وليس عقداً جائزاً.

السبب الرابع:

أن المصرف لو كان وكيلاً لم يضمن المال الذي قبضه من العميل غطاء للضامن فيما لو هلك بلا تعد أو تفريط؛ لأن الوكيل أمين، لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، والواقع أن المصرف ضامن للمال الذي استلمه فليست يده عليه يد أمانة، وإلا لم يضمن إلا بالتعدي، أو التفريط، ولما ضمن على كل حال، كما هو الواقع هنا في مال الغطاء.

السبب الخامس:

أن هذا الغطاء هو قرض في ذمة المصرف؛ لأن المصرف لا يجنده، بل يأخذه ويتملكه، ويستثمره، فيكون التوصيف حقيقة: أن الضامن مدين للمضمون عنه بمثل مال الضمان إذا كان خطاب الضمان مغطى كلياً، أو مدين ببعضه إن كان جزئياً، ثم تحدث المقاصة بين الدينين إن تحمل المصرف دفع قيمة الضمان؛ لأن المال المغطى لا يكون مجمداً لا يتصرف فيه المصرف حتى يكون وكيلاً نائباً عن المالك.

لذلك، "فخطاب الضمان" هو: عقد ضمان مطلقاً سواء غُطِّيَ أو لم يُغَطَّ، وفي جميع الحالات يعتبر المصرف ضامناً للعميل اتجاه المستفيد، فالمستفيد ينظر إلى المصرف باعتباره ضامناً، لا وكيلاً؛ لأن ذلك هو الذي يضمن له حقه، وأما تغطيته مبلغ الضمان من قبل العميل، فهذا - فيما أرى - لا يُخرج التَّكْيِيفَ - فيما بين المصرف والعميل - عن كون المصرف في هذه الحالة يبقى ضامناً؛ لأنه حتى لو أدى العميل (المضمون عنه) عن نفسه، فهذا لا يُخرج المصرف عن كونه ضامناً، وهذه الحالة يرد عليها احتمالين:

الاحتمال الأول: أن يكون المصرف (الضامن) أدى عن العميل (المضمون عنه)، ثم يرجع المصرف (الضامن) على العميل (المضمون عنه) بما أدى، فتحدث المقاصة؛ لأن مبلغ التغطية صار قرضاً في ذمة المصرف؛ لأنه يتصرف فيه، لذلك، فالمصرف في هذه الحالة مدين للعميل فتحدث المقاصة بينهما.

الاحتمال الثاني: أن يدفع العميل مبلغ الضمان عن نفسه للجهة التي تطالبه به، فيكون العميل (المضمون عنه) في هذه الحالة قد أدى عن نفسه، ويبقى المصرف ضامنا كما كان؛ لأن أداء المضمون عنه مبلغ الضمان عن نفسه لا يُخرج المصرف عن كونه ضامنا؛ لذلك تبقى العلاقة بين المصرف، والعميل: علاقة كفالة لا وكالة، كما أنها بين المصرف والمستفيد، علاقة: كفالة كذلك، لا وكالة.

المطلب الرابع: حكم أخذ العوض عن خطاب الضمان

انتهينا في المطلب السابق إلى أن الراجح الذي يميل إليه الباحث في تكييف "خطاب الضمان" أنه: "عقد ضمان"، سواء غُطِّيَ أو لم يُغَطَّ، وعلى هذا، فإنه تجري عليه: "أحكام الضمان في الفقه الإسلامي".

ومن هنا، فإن المصرف (الضامن): لا يجوز له أن يأخذ عمولة (عوضا) عن ضمانه؛ لأنه في هذه الحالة، إما أن يؤدي عن العميل (المضمون عنه)، ثم يرجع بما أدى، أو يؤدي العميل عن نفسه؟

ففي الحالة الأولى: إذا أخذ المصرف (الضامن) أجرا، أو عمولة (عوضا)، فإن ما أخذه سيكون زيادة على أصل إقراضه، فيكون من باب "القرض الذي يجر نفعاً"، وذلك ربا؛ لأنه سيرجع بالمبلغ الذي أدى عن العميل (المضمون عنه) وزيادة العمولة (العوض).

والحالة الثانية: أن يدفع العميل (المضمون عنه) إلى المستفيد (المضمون له) مبلغ "خطاب الضمان" مؤديا عنه نفسه، سواء دفعه إليه بنفسه، أو عن طريق المصرف (الضامن) ففي هذه الحالة يكون أخذ المصرف لعمولة (أجر) من باب: "أكل المال بالباطل"؛ لأنه مال أُخِذَ بدون مقابل.

ثم إن العميل (المضمون عنه): إذا كان دفع غطاء "خطاب الضمان" إلى المصرف، فإن هذا الدفع لا يخلو في تقديري من احتمالات:

الاحتمال الأول: أن يكون المصرف (الضامن) قد أدى عن العميل (المضمون عنه)، ففي هذا الحالة يكون المبلغ المدفوع (الغطاء) إنما هو اقتضاء.

الاحتمال الثاني: أن يكون العميل (المضمون عنه) دفع مبلغ "خطاب الضمان" عن نفسه قبل أن يدفع المصرف (الضامن) عنه شيئاً، سواء دفعه بنفسه إلى المستفيد، أو عن طريق المصرف (الضامن)، فالمصرف (الضامن) في هذه الحالة يعتبر أميناً، باعتبار أن النقود قد أرسلت معه، جاء في "الدر المختار" في الكلام عن المال الذي يدفعه المكفول إلى الكفيل أنه: «إذا كان اقتضاء فله تمييزه؛ لأنه نماء ملكه حيث قبضه على وجه الاقتضاء، فلو كان على وجه الإرسال فلا، لتمحضه أمانة»⁽¹⁾.

ومثاله: أن يكون العميل دفعه على وجه التوكيل عنه للمصرف لتوصيله إلى المستفيد؛ فالمصرف في هذه الحالة أمين لا ضامن، إلا إذا تعدّى، أو فرط.

الاحتمال الثالث: أن يكون العميل دفع الغطاء للمصرف على أساس أنه قرض: فيكون قرضاً في ذمة المصرف للعميل، والمصرف ضامن له، ويؤديه للعميل متى طلبه، وللمصرف حينئذ أن ينتفع به، ويرد بدله متى طلب العميل ذلك.

الاحتمال الرابع: أن يكون مبلغ الغطاء دفع على أساس أنه: ودیعة لدى المصرف، وهنا يبقى المصرف أميناً على وديعته، ولا يضمن، إلا بالتعدي، أو التفريط، وعليه حفظ وديعته، ورعايتها، وهنا يجوز للمصرف أن يأخذ أجراً مقابل حفظه، ورعايته للوديعة.

الاحتمال الخامس: أن يكون العميل دفع مبلغ الغطاء على شكل رهن لدى المصرف، وفي هذه الحالة لا يجوز للمصرف أن ينتفع بالرهن الذي عنده دون إذن المالك، على مذهب جمهور الفقهاء، وخالف في ذلك أحمد، وإسحاق، وقالوا: يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن، إذا

¹ - الدر المختار (4 / 278).

قام بمصلحته، ولو لم يأذن له المالك، والراجح عندي هو قول الجمهور، وخصوصا إذا كان الرهن من قرض، فإن المالكية، والشافعية، والحنابلة، وبعض الحنفية يمنعون انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان الرهن من قرض؛ لأنه ربا، ولئن كان ذلك ممنوعا في القرض، فكذلك في الضمان، ومعلوم أن الكفالة لصيقة بالقرض بجامع التبرع، ولكون الضمان في حالة رجوع الضامن بما أدى استقراض.

لذلك، فإنه لا يجوز للمصرف (الضامن) أخذ أي عوض (عمولة) عن "خطاب الضمان"، لما تقرر معنا من منع أخذ عوض عن الضمان، وقد بسطت القول في هذه القضية في المبحث الأخير من الباب الأول من هذا البحث⁽¹⁾، بما يغني عن تكراره وإعادته هنا، وبَيَّنْتُ أن الراجح هو: المنع، وهو قول جمهور العلماء، جاء في كتاب "الربا والمعاملات المصرفية": «ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز أخذ جعل على الضمان»⁽²⁾، وجاء في كتاب "فقه النوازل" للشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد رحمه الله: «.. وعليه فإن جمهور أهل العلم على تقرير عدم الجواز لأخذ العوض على الضمان»⁽³⁾.

وجاء في كتاب "المعاملات المالية المعاصرة" للدكتور محمد عثمان شبير بعد أن ساق قول العلماء القائلين بتكليف "خطاب الضمان" على أنه: "عقد ضمان" وتجري عليه "أحكام الضمان في الفقه الإسلامي"، قال: «وقد رتب أغلب العلماء الذين قالوا بهذا القول عليه عدم جواز أخذ الأجرة على الكفالة عملا بقول جمهور الفقهاء الذين منعوا أخذ الأجرة على الكفالة...»، ثم ساق أقوال العلماء في منع أخذ العوض عن الضمان⁽⁴⁾، وجاء في كتاب "الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة": «ومعلوم أن الأجر والجعل ممنوعان على

¹ - ينظر: المبحث الثاني من الفصل الثاني في الباب الأول، (ص 219).

² - الربا والمعاملات المصرفية - عمر المترك - (ص 387).

³ - فقه النوازل - بكر أبو زيد - (208/1).

⁴ - ينظر: المعاملات المالية المعاصرة - محمد شبير - (ص 299 - 300).

الكفالة...»⁽¹⁾، وهو قول جمهور الفقهاء المعاصرين، وبه صدرت فتاوى اللجان الشرعية الفقهية المعاصرة⁽²⁾، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حيث جاء فيه: «خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان و التي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته، سواء أكان بغطاء أم بدونه»⁽³⁾، وجعلته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية معياراً من المعايير الشرعية للمعاملات المالية فقالت: «لا يجوز أخذ الأجر ولا إعطاءه مقابل مجرد الكفالة مطلقاً، ويحق للكفيل استيفاء المصروفات الفعلية للكفالة»⁽⁴⁾، بل حكى الإجماع على منع أخذ العوض عن الضمان غير واحد من العلماء، قال ابن المنذر: «أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحماله بجعل يأخذه الحميل لا تجوز»⁽⁵⁾، وحكاه كذلك: أبو الحسن بن القطان، قال:

¹ - الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، تأليف: د. عبد الله بن محمد بن حسن السعيدى، ط: دار طيبة للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1420هـ - 1999م، (ص 467).

² - ينظر: فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية (190/14)؛ وينظر: توصية الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي ضمن أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي، المنعقدة بالكويت من: 7-11 رجب 1407هـ، الموافق: 7-11 مارس 1987هـ؛ وقرار الندوة الفقهية الأولى لمصرف أبو ظبي الإسلامي حيث جاء في توصيات وقرارات الندوة التي عقدت يوم السبت 15 شعبان 1426هـ، بأبي ظبي بعنوان: « خطاب الضمان المصرفي - نظرة فقهية معاصرة في تكيفه وبدائله»، حيث جاء فيها: «لا يجوز أخذ الأجر على الضمان المجرد غير أن خطاب الضمان المصرفي كما تطبقه المؤسسات المالية لا يخلو من خدمات تقدمها ومصروفات تتفقها، فيجوز أخذ العوض مقابل تلك المصروفات والخدمات، ويتولى المصرف تقديرها حسب ذلك»؛ وكذلك هو قرار: الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية بالمملكة العربية السعودية، حيث صدر عنها قرار رقم (29)، بتاريخ: 1410/08/4هـ، بمنع أخذ الأجر على الضمان.

³ - مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الثانية، العدد الثاني، (2 / 1210).

⁴ - المعايير الشرعية (ص49)

⁵ - الإجماع لابن المنذر (ص 111)؛ الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر (1 / 120)

«وأجمعوا أن الحملالة بجعل يأخذه الحميل لا يحل ولا يجوز»⁽¹⁾، وقال القرافي في "الذخيرة":
«لم يختلفوا لو سأل الغريم التحمل عنه بجعل أنه: ممتنع»⁽²⁾

وقال الحطاب في "مواهب الجليل": «ولا خلاف في منع ضمان بجعل»⁽³⁾؛ كما حكاه
من المالكية الخرشي، والزرقاني، والدرديري، وغيرهم⁽⁴⁾.

وحكاه من المعاصرين فضيلة الشيخ: أ. د. علي أحمد السالوس حيث قال في كتابه
"فقه البيع والاستيثاق": «ولا خلاف بين الأئمة في أن الكفالة لا تجوز بجعل، فضلا عن
الأجر، والخروج عن هذا الإجماع قد لا يجد ما يبرره»⁽⁵⁾، وكذلك فضيلة الشيخ أ. د.
الصديق محمد الأمين الضرير حيث قال في مسألة العوض عن الضمان ونصوص الفقهاء
التي وردت فيها: «والنصوص هذه ليست أقوال فقهاء ومجردة، بل بلغت إلى درجة الإجماع
عند الفقهاء، أنا لم أر أحدا من الفقهاء جوز أخذ الأجر على الكفالة المجردة، لم أر هذا
بتاتا»⁽⁶⁾.

وهنا أورد اعتراضا ذكره بعض المعترضين على منع أخذ العوض عن الضمان، وأثاروه
وهو "مسألة العرف في الضمان"، وقالوا: إن الضمان مبني على العرف، فلذا ينبغي أن
يتغير الحكم بتغير العرف، وأن اعتبار الضمان من المعروف غير المتقوّم مبني على
العرف، حيث كانت المعاملات المالية بين الناس يسيرة وتتم في أسواق محصورة، وبين

¹ - الإقناع في مسائل الإجماع، لأبي الحسن القطان الفاسي (2 / 173).

² - الذخيرة (9 / 214).

³ - مواهب الجليل (4 / 391) ..

⁴ - ينظر: شرح الخرشي على مختصر خليل (5 / 94)؛ شرح الزرقاني على مختصر خليل (85 / 99)؛ الشرح الكبير
للردديري (3 / 77).

⁵ - فقه البيع والاستيثاق - أ. د. علي السالوس - (ص 1394)؛ وينظر: الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية - أ. د. علي
السالوس - (ص 137).

⁶ - مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني (2 / 1206).

أناس يعرف بعضهم بعضاً؛ فكان الضامن يدخل في الضمان تبرعاً وإحساناً وتقريباً لكربة أخيه، وأما اليوم فقد تعقدت المعاملات المالية، وتشعبت وصار الضمان يقدم لشركات مالية كبرى، ولتجار أغنياء، ونتحمل في سبيلها جهوداً ونفقات وأعباء لا يستهان بها، ولو منعنا أخذ الأجر عليه لتعسر على كثير من الناس اليوم الحصول عليه في الوقت المطلوب بحجم المرغوب وإذا كان الأمر كذلك فينبغي أن يتغير حكمه بتغيير العرف، إذ لا ينكر تغير الأحكام مع تغير الأحوال، والأعراف⁽¹⁾.

والجواب على ذلك بما يأتي:

أولاً: لا نسلم بأن الحكم هنا مبني على العرف وحده حتى يتغير الحكم بتغييره، بل هو مبني على أدلة أخرى تكفي لإثبات الحكم.

ثانياً: أن من شروط العمل بالعرف عدم مخالفته للنصوص؛ لأن الشريعة حاکمة على الناس، وليست محكومة بأفعالهم.

يقول الإمام السرخسي في "المبسوط": «وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر»⁽²⁾.

¹ ينظر: بحث: خطاب الضمان، زكرياء البري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني (1102/2/2)؛ وينظر: جواز أخذ الأجر أو العمولة في مقابل خطاب الضمان، لأحمد علي عبد الله، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني (2/2/1139)؛ وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (ص 299 - 300).

² - المبسوط (10 / 146).

والعرف قد يكون على باطل كتعارف الناس كثيرا من المحرمات، كفوائد البنوك، ولبس

الحرير، والتَّخْتُم بالذهب للرجال، والتبرج والسفور، ونحو ذلك⁽¹⁾.

وقاعدة: "تغير الأحكام بتغير الأعراف"، إنما هي في المسائل المبنية على العرف وحده، فإن حكمها يتغير لتغير مناط الحكم فيها، وإذا تأملنا في مسألتنا هذه وجدناها غير داخلية في ذلك.

ثالثا: يقول أ. د. الصديق الضرير: «مَنْ الناس الذين تعارفوا على أخذ الأجر على خطاب الضمان؟ أليسوا هم أصحاب البنوك الربوية الذين تعارفوا وتراضوا على أخذ الأجر على القرض»⁽²⁾.

رابعا: لو قيل بهذا في "الضمان" لسرى أيضا على كثير من المحرمات التي تعارف عليها الناس؛ ولأدى ذلك إلى تبديل الشريعة، وتغيير أحكامها.

وأما بالنسبة لوجود نوع من التغيير في أحوال الناس بالنسبة للضمان فنقول نعم، لا ننكر ذلك، كما لا ننكر تغير الحكم فيما لو كان مبنيا على العرف وحده، ولكن ليس الأمر كذلك.

لذلك أقول: إن دليل التغير في الضمان بالعرف: ليس بالقوي هنا، ولا يصلح للاعتماد عليه وحده في ثبوت حكم التغيير في منع أخذ العوض عن الضمان؛ ولهذا كثر في مناقشة الأجوبة في الاستدلال على منع الأجر على الضمان بما يؤول إليه من الوقوع في

¹- ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص 94)؛ المدخل الفقهي العام، تأليف: مصطفى أحمد الزرقا، ط: مطابع ألف باء الأديب، دمشق، سوريا، ط9، 1967 م، (1 / 864)؛ أثر العرف في التشريع الإسلامي، تأليف: د. السيد صالح عوض، ط: دار الكتاب الجامعي، القاهرة (د.ع.ط.ت.ن)، (ص 205).

²- مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، المملكة العربية السعودية، رجب 1421هـ - 2000م، (30 / 11).

المحظور؛ ولأن المنع له عدة مبررات تثبته ذكرها الفقهاء وعللوا بها المنع، وسدوا بذلك باب الاعتياض على الضمان من أي وجه، وذلك كاف في سد باب المعاوضة عليه، حتى ولو تغيرت الأعراف، فتبقى العلة ثابتة، والحجة بثبوتها قائمة.

هذا فيما يتعلق بمنع "أخذ العوض عن خطاب الضمان" الذي انتهينا إلى أنه "عقد ضمان"، فلا يجوز أخذ عوض عليه.

وأما بالنسبة لأخذ المصرف أجرا مقابل أتعابه الإدارية، وما تكبده من نفقات، وقدمه من خدمات، وإجراءات إدارية خدمية، فذلك: جائز، وهو خارج عن أصل الضمان، والأجر فيه مقابل الخدمة، والنفقة الفعلية لا على أساس الضمان نفسه، وهذا هو رأي جمهور المعاصرين بشرط مساواتها لأجر المثل عند بعضهم، ومساواتها للتكاليف الفعلية عند آخرين، بل ويفهم من كلام بعضهم عدم وجود خلاف بين المعاصرين في ذلك ما دامت الأجرة في حدود التكلفة الفعلية ودون زيادة⁽¹⁾، وبهذا القول صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي ونصه: «أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان ف جائزة شرعا، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل»⁽²⁾، وتم النص عليه في المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، حيث جاء فيها: «لا يجوز أخذ الأجر ولا إعطاؤه مقابل مجرد الكفالة مطلقا، ويحق للكفيل استيفاء المصروفات الفعلية للكفالة»⁽³⁾، وهو ما جاء في نص فتوى ندوة البركة الثالثة للاقتصاد الإسلامي المنعقدة باستانبول: «يجوز للبنك في جميع الأحوال أن يأخذ أجرا على خطاب الضمان بمقدار ما يبذله من جهد، وعمل إجرائي، دون أن يربط الأجر بنسبة

¹ - ينظر: مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، العدد الأول (11 / 67)؛ وأعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي، المنعقدة بتاريخ: 7-11 رجب 1407هـ، الموافق: 7-11 مارس 1987م، (ص 430).

² - مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني (2 / 1210).

³ - المعايير الشرعية (ص 49).

المبلغ الذي يصدر به خطاب الضمان»⁽¹⁾، وهو كذلك ما جاء في: توصية الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي ضمن أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي⁽²⁾.

ومن اللجان الشرعية من منع الأجر مطلقا، كاللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية⁽³⁾.

وأما التفريق بين خطاب الضمان المغطى، وغير المغطى، وتجويز أخذ الأجر على الأول باعتبار أن المصرف وكيلا فيه عن العميل، ومنعه في الثاني، فإن كان ينفي العلاقة بين المصرف والعميل على أنها: كفالة، فذلك لا أراه؛ لأن المصرف - في نظري - يبقى ضامنا، وعلاقته بالعميل علاقة: ضمان، ولو كان الخطاب مغطى، ولكن إن أبقينا على العلاقة بين المصرف والعميل في حالة التغطية على أنها علاقة: ضمان، فنقول للعميل أن يدفع مبلغ الضمان للمصرف على أنه وكيل في توصيله للمستفيد، ويكون حينذاك: أمينا لا ضامنا للمبلغ، أو أن يكون رسولا بالمبلغ إلى المستفيد، ففي هذه الحالة يأخذ المصرف مكان الوكيل أو الرسول، لكن لا يخرج ذلك عن كون علاقته بالعميل في الأساس علاقة: ضمان لصالح المستفيد، ويبقى فقط أنه وُكِّل في توصيل المبلغ إلى رب الحق، وهو الجهة المستفيدة، لكن ذلك - كما قلت - لا يخرج عن صفته ضامنا للعميل، ولولا ضمانه له لصالح المستفيد، لما حصلت العملية، ولما كان لخطاب الضمان أن يتم دون ركن الضامن؛ لأن المستفيد ينظر إلى المصرف على أنه: ضامن، وذلك ما يضمن له حقه، ولا ينظر إليه

¹ - قرار الفتوى رقم (1/3)، الصادرة عن ندوة البركة الثالثة للاقتصاد الاسلامي المنعقدة باستانبول بتاريخ: 8- 10 محرم 1406هـ، الموافق: 23- 25 سبتمبر 1985م، في موضوع: "تكييف خطاب الضمان ومدى جواز أخذ الأجر عليه"، ينظر: قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي (ص 53- 54).

² - ينظر: أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي (ص 430).

³ - ينظر: بحث بعنوان: المعاملات المصرفية والتحويلات المصرفية، ضمن أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء، طبع ونشر رئاسة وزارة البحوث العلمية والإفتاء ط1، 1422هـ، (283/5).

على أساس أنه وكيل، حتى ولو كان المبلغ مغطى من طرف العميل، أما التغطية للمبلغ فتُقيد المصرف في أن ينجو من مخاطر عدم سداد العميل، ولها فوائد أخرى منها ما ذكره صاحب كتاب "الربا والمعاملات المصرفية" عمر المترك رحمه الله، حيث قال: « وفي هذا الإجراء من الفوائد ما لا يخفى على ذي بصيرة، منها على سبيل المثال:

- عدم افتتاح المجال لمن ليس لهم المقدرة على الوفاء بالتزاماتهم في الدخول في المناقصات والغطاءات.

- أن فيه حدا من التعامل الجشع، والتوسع في الأعمال بما ليس في استطاعة الإنسان القيام به، مما يعود عليه بالضرر، وتنعكس عليه آثاره السيئة، ذلك أن المناقص قد يقدم ضمانا مصرفيا بمبلغ ليس في استطاعته الوفاء به، مما قد يضطره في النهاية إلى الخضوع لما تفرضه عليه المصارف من فوائد ربوية لقاء تسديده بمقتضى الضمان الذي التزمه»⁽¹⁾.

وكذلك أيضا فإن الغطاء - كما قد أسلفت -:

- قد يكون العميل دفعه للمصرف على أن ينتفع به، ويرد بدله متى ما أراد العميل ذلك، لكن المصرف في هذه الحالة ضامن لمبلغ القرض.

- وقد يكون العميل دفع الغطاء للمصرف على أساس أنه رهن مع الإذن له في التصرف فيه، وفي هذه الحالة يجوز للمصرف أن يتصرف في الرهن بناء على أنه مأذون له فيه.

- وقد يكون العميل دفع الغطاء على أساس أنه وديعة، وعلى المصرف حفظها ورعايتها، لكنه في هذه الحالة غير ضامن لمبلغ التغطية؛ لأنه أمين على حفظ

¹ - الربا والمعاملات المصرفية - عمر المترك - (ص 391 - 392).

الوديعة، ولا يضمن إلا بثبوت التعدي ، أو التفريط في صيانة ورعاية وحفظ الوديعة، ويجوز له أخذ أجر مقابل الصيانة والحفظ والرعاية.

- وإن كان الغطاء دُفع على أساس أن المصرف يوصله للمستفيد (المضمون له)، فالمصرف في هذه الحالة رسولٌ ووكيلٌ، ويُعتبر أميناً، لا ضامناً للغطاء، لكونه وكيلاً أو رسولاً، جاء في "الدر المختار": «وإن ربح الكفيل به طاب له؛ لأنه نماء ملكه حيث قبضه على وجه الاقتضاء، فلو على وجه الرسالة فلا، لتمحضه أمانة»⁽¹⁾، وجاء في "الشرح الصغير": «..لا إن أرسله المدين به إلى رب الدين، فضاع منه فلا ضمان حيث لم يفرط؛ لأنه صار أميناً بالإرسال، ومثل الإرسال لو دفعه على وجه التوكيل عنه في توصيله لربه، أو هو إرسال حكماً فلا ضمان على الضامن»⁽²⁾، وجاء في "روضة الطالبين": «ولو دفعه إليه، وقال اقض ما ضمانت عني فهو وكيل الأصيل، والمال أمانة في يده»⁽³⁾.

وفي حالة كون المصرف موكلًا بتوصيل مبلغ الغطاء إلى المستفيد، أو أرسله معه العميل (المدين) إلى صاحب الحق (المستفيد)، فإنني لا أرى مانعاً أن المصرف يأخذ أجراً على أنه: رسول، أو وكيل في توصيل المال، والأجر هنا جاز في مقابلة خدمة التوصيل التي قام بها المصرف لا على أساس أنه: ضامنٌ، وخصوصاً أنه لم يدفع شيئاً من عنده للمضمون له (المستفيد) من خطاب الضمان، حتى يكون ذلك داخلاً في شبهة الربا، وهذا بخلاف لو دفع المصرف مبلغ الغطاء عن العميل، ففي هذه الحالة لا يمكن للمصرف أن يأخذ أجراً؛ لأن ذلك سيؤول إلى القرض الذي يجر نفعاً؛ لأنه لو أدى عن العميل، ثم رجع بما أدى، لكان أخذه أجراً زيادة على أصل القرض، وذلك: ممنوع.

¹ - الدر المختار (4 / 278).

² - الشرح الصغير (3 / 440).

³ - روضة الطالبين (4 / 265).

المبحث الثاني: خطاب الاعتماد المستندي¹

المطلب الأول: تعريف الاعتماد المستندي

الفرع الأول: الاعتماد المستندي لغة:

أ- تعريف اعتماد لغة: وهو مأخوذ من اعتمد الشيء بمعنى اتكأ، ويقال: اعتمد الرئيس الأمر: وافق عليه، وأمر بإنفاذه⁽²⁾.

والاعتماد: يستعمل بمعنى: الائتمان، والتسهيل، أو الضمان⁽³⁾.

ب- تعريف المستند في اللغة: فقد جاء في "لسان العرب": «كل شيء أسندت إليه شيئاً فهو مسند، وقد سند إلى الشيء: يَسُنْدُ سنوداً، واستند وتساند، وأسند، وأسند غيره، ويقال: ساندته إلى الشيء: فهو يتساند إليه أي: أسندته إليه...وما يُسْنَدُ إليه يسمى: مِسْنَدًا ومُسْنَدًا، وجمعه: المسانِدُ»⁽⁴⁾، وجاء في "المعجم الوسيط: « وأما

¹ - عبارة "خطاب الاعتماد" أطلقت عليه لكونه عبارة عن وثيقة يوجهها البنك إلى أحد مراسليه في الخارج يدعوه فيها إلى أن يدفع مبلغاً معيناً من النقود، أو يدفع قرضاً، أو يفتح اعتماداً للمستفيد؛ فلأجل أن المصرف يُخَاطَب، أو يُكَاتَب بشأن الاعتماد بنكا آخر في شأن التزامه لعميله أُطلق عليه اسم "خطاب الاعتماد"، وقد عبر عنه كثير من الباحثين باسم "خطاب الاعتماد"، وقد عنوت له بذلك، والمقصود هو: "الاعتماد المستندي"، ينظر: الموسوعة الاقتصادية، تأليف: راشد البراوي، ط" دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط2، 1407 هـ، 1987 م، (ص: 241)؛ المعاملات المالية المعاصرة - محمد شبير - (ص280)؛ الاعتمادات المستندية، محيي الدين إسماعيل علم الدين، ط: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر، ط1، 1417 هـ، 1996 م، (ص 19 - 23).

² - ينظر: المعجم الوسيط (2 / 632).

³ - ينظر: المصارف الإسلامية، تأليف: نصر الدين فضل المولى، ط: دار العلم، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1985 م، (ص 167).

⁴ - لسان العرب (6 / 387).

المسند: فهو مأخوذ من السَّندِ، فقال: سند إليه سنودا: ركن إليه، واعتمد عليه، واتكأ⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الاعتماد المستندي اصطلاحا:

يُعرَّف "الاعتماد المستندي" الذي تجريه المصارف اصطلاحا بأنه: «تعهد من قبل المصرف للمستفيد، وهو البائع على طلب فاتح الاعتماد، وهو المشتري، ويقرر المصرف في هذا التعهد بأنه قد اعتمد تحت تصرف المستفيد (البائع) مبلغا من المال يدفع له مقابل مستندات محددة تبين شحن سلعة معينة خلال مدة معينة»⁽²⁾.

لذلك، هو عبارة عن: خطاب، أو كتاب يتعهد بموجبه المصرف بأداء الالتزامات التي تترتب على المتعامل، والمتصلة بالاعتمادات المستندية أي أن: المصرف في: كتاب، أو خطاب الاعتماد المستندي: يضم ذمته إلى ذمة المتعامل في أداء الالتزامات التي تتجم عن هذا الاعتماد، وكتاب (خطاب) الاعتماد المستندي هو: أداة تستخدم في المعاملات الخارجية الخاصة بالتجارة الخارجية، أي: الاستيراد والتصدير، حيث أن: "خطاب الاعتماد" يصدره بنك المستورد لصالح المصدر، وعن طريق بنك المصدر أو بنك آخر مراسل، ويتضمن كمية البضاعة المستوردة، وأنواعها، وأصنافها، وقيمتها، أي مبلغ الاعتماد، ومدة الاعتماد، وكافة الشروط الأخرى الخاصة بذلك والتي يتم الاتفاق عليها بين المستورد، والمصدر، سواء بشكل مباشر، أو عن طريق وكيل المصدر في بلد المستورد⁽³⁾.

¹ - المعجم الوسيط (1 / 456).

² - المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، تأليف: د. غريب الجمال، ط: دار الاتحاد العربي، القاهرة، مصر، (د.ع.ط.ت.ن)، (ص 101-102).

³ - ينظر: البنوك الإسلامية- فليح حسن خلف - (108 - 102).

وجاء في كتاب "فقه البيع والاستيثاق" للأستاذ الدكتور علي أحمد السالوس: «الاعتماد المستندي: يستعمل في تمويل التجارة الخارجية، وهو: تعهد كتابي صادر من مصرف بناء على طلب مستورد لصالح مورد، يعهد فيه المصرف بدفع المبالغ التي يستحقها المورد ثمنًا لسلع يصدرها للمستورد طالب فتح الاعتماد، متى قدم المورد المستندات المتعلقة بالسلع، والشحن، على أن تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد، مثلاً، مستورد يريد استيراد سلعة معينة من جهة معلومة، فيذهب إلى المصرف ويعطيه البيانات الكافية، وبعد اتخاذ الإجراءات اللازمة يتصل المصرف بالمصدر في الخارج، ويفحص المستندات، ويتأكد من مطابقتها لبيانات فاتح الاعتماد المسندي، ويدفع المبلغ المطلوب، ويتسلم المستندات الخاصة بالسلعة والشحن، ثم يسلمها للمستورد، وبها يستطيع تسلم السلعة»⁽¹⁾.

وعلى هذا يكون الاعتماد المستندي: عبارة عن ترتيب خاص بين الزبون، وبنك يفوضه بموجبه أن يسدد قيمة بضائع واردة من الخارج، فيقوم البنك بإبلاغ مراسله، أو فرعه في الخارج (حيث يقيم البائع) أنه يلتزم بأداء مبلغ كذا وكذا، خلال مهلة محددة، لقاء بضاعة معينة، وبدون الرجوع للمشتري بشرط أن يثبت البائع أن البضاعة المطلوبة قد شحنت إلى المشتري، ثم يقوم بدفع المطلوب، وبناء على هذا، فالاعتماد المستندي أطرافه ثلاثة، وقد تكون أطرافه أربعة في حال كون الاعتماد معززاً:

- المستورد، ويسمى الأمر والعميل: وهو الذي فتح الاعتماد بناء على طلبه لصالح الطرف الآخر (البائع)، ويسمى الأمر لكونه يأمر البنك بفتح الاعتماد، وعميلاً لكونه يتعامل مع البنك (المصرف)، وسمي مستورداً: لكونه يستورد بضاعة من الخارج.

¹ - ينظر: فقه البيع والاستيثاق - أ. د. علي السالوس - (ص 1407).

- المصرف: وهو الذي يصدر منه الاعتماد، ويلتزم بالوفاء بموجبه عن تحقق شرطه.
 - المستفيد: ويسمى البائع، وهذا الذي فتح الاعتماد لصالحه.
 - المصرف الخارجي: إذا كان الاعتماد معززا، وذلك أن مصرف العميل يطلب من مصرف البائع (المستفيد) إبلاغه بخطاب الاعتماد، وهذا المصرف المبلغ:
 - إما أن تكون مهمته تبليغ المستفيد فقط دون تحمل أدنى مسؤولية مترتبة عليه باستثناء التأكد من أن الاعتماد صادر على الوجه الصحيح، وذلك من خلال مطابقة توقيعات المسؤولين من أن الاعتماد صادر على الوجه الصحيح، وذلك من خلال مطابقة توقيعات المسؤولين المدونة بكتيب توقيعات مصدر الاعتماد، ويسمى الاعتماد غير المعزز.
 - وإما أن يطلب منه مع التبليغ: تعزيز وتأييد الاعتماد، فيتحمل تجاه المستفيد ما يتحمله المصرف فاتح الاعتماد، ويسمى الاعتماد المعزز.
- وفتح الاعتماد المستندي تترتب عليه آثار في ذمة العميل وأخرى في ذمة المصرف، فمن آثاره بالنسبة للعميل:
- أنه يعتبر لازما في حقه منذ اللحظة التي يصبح فيها تعهد المصرف أمام المستفيد نهائيا، فليس للأمر الرجوع بعد ذلك، حتى لا يضر المصرف الذي التزم أمام الغير.
 - يلتزم العميل بأن يرد للمصرف قيمة الائتمان بمجرد أن ينفذه المصرف ما لم يكن قد سبق أن دفعها مقدما، ويشمل الرد: المبلغ الذي دفعه المصرف للبائع، والمصاريف التي تحملها في ذلك، ويضمن البنك حقوقه عن طريق حق الرهن المخول له، إذ له أن يحبس المستندات الممثلة للبضاعة، والتي يتلقاها من البائع حتى يستوفي حقه من قبل المشتري.

وأما ما يترتب عليه من آثار بالنسبة للمصرف:

فالمصرف: لا يعرف سوى عميله الذي أبرم معه عقد فتح الاعتماد، وما إخطاره للبائع بالاعتماد؛ إلا تنفيذاً للالتزام الناشئ من عقد الاعتماد أمام عميله.

وتتلخص التزامات المصرف في فتح الاعتماد في الآتي:

- يلزم المصرف بأن يخطر البائع بخطاب يسمى (خطاب اعتماد)، أنه يضع تحت تصرفه اعتماداً بشروط معينة، وتحدد تعليمات العميل كيفية الإخطار.
- يلزم بقاء الاعتماد مفتوحاً طوال المدة التي يحددها المشتري العميل عادة باعتبارها الموعد الأقصى لتنفيذ عقد البيع، وليس للمصرف التراجع بعد؛ لأن الضمان عقد لازم في حق الضامن.
- عليه فحص المستندات بناء على تعليمات العميل الأمر، والتحقق من توفرها على الشروط المحددة في "خطاب الاعتماد".
- عليه بمجرد أن يسلم للبائع القيمة واستلامه للمستندات اللازمة أن يمكن المشتري من الاطلاع عليها على وجه السرعة وعلى العميل أن يفحصها بمجرد أن يقدمها له المصرف وله أن يرفضها، أو يقبلها مع التحفظ إذا وجد بها مخالفة⁽¹⁾.

وكذلك يحقق "الاعتماد المستندي" أهدافاً مهمة لكل من المصدر والمستورد، وهي كما

يلي:

- فتح الاعتماد يجعل المصدر يشرع في إجراءات التصدير وهو مطمئن.
- وجود التزام في يد المصدر من أحد البنوك ذوي السمعة المالية بحيث يبعث الاطمئنان في نفسه ويوفر عليه الجهود والمال.

¹ - ينظر: المصارف والأعمال المصرفية - د. غريب الجمال - (ص 104 وما بعدها).

- يتمكن المصدر من الحصول على ثمن ما باعه فوراً بمجرد تقديم مستندات الشخص مطابقة لشروط الاعتماد.

أما المستورد فإنه يشتري بضاعة لم يراها، وبالتالي هو في حاجة للاطمئنان قبل الدفع وأن البضاعة المشحونة إليه هي المطلوبة، وأن المستندات المقدمة عنها، والتي يحتاج إليها في بلده قد استوفيت.

يمكن للمستورد أن يتصرف في البضاعة عن طريق حيازة المستندات وذلك متى ما دفع ثمنها؛ لأن المصرف ينقل المستندات إليه، بمجرد تلقيها من البائع.

حصول المصدّر على قيمة البضاعة التي يصدرها بمجرد تقديمه المستندات الخاصة بها إلى المصرف، وبذلك لا تتعرض أمواله إلى مخاطر عدم السداد، أو تأخيرها.

فيه حماية للمستورد؛ نظراً لأنه لا يدفع الثمن - بواسطة المصرف - إلا إذا قدم البائع المستندات اللازمة لملكية البضاعة وبعد أن يفحصها المصرف جيداً، ويتأكد من مطابقتها قبل أن يسدد قيمتها.

المطلب الثاني: أنواع الاعتمادات المستندية:

يمكن تقسيم الاعتماد المستندي إلى أقسام، منها ما ينقسم من حيث لزومه، ومنها ما ينقسم من حيث قوته.

فأما باعتبار تقسيمه من حيث لزومه، فينقسم إلى قسمين:

- اعتماد قابل للإلغاء

- اعتماد قطعي، أو نهائي

فأما الاعتماد القابل للإلغاء؛ فهو: الذي يجوز للمصرف أن يرجع فيه دون مسؤولية عليه قبل الأمر أو المستفيد، فلا يترتب على هذا الاعتماد أي التزام على المصرف، ولا أي

حق للمستفيد؛ ولذلك يخطر المصرف المستفيد بأنه فتح لصالحه اعتمادا في حدود مبلغ كذا، ولكنه يصرح أنه قابل للإلغاء في أي وقت، ولا يلزم المصرف إذا سحب الاعتماد أن يخطر المستفيد بذلك، ولو سبق أن أخطره بفتحه، ومتى طلب العميل الأمر من المصرف إنهاء الاعتماد وجب عليه سحبه فورا؛ لأنه وكيل عن الأمر، فضلا على أنه لم يلتزم أمام غيره بشيء.

وأما الاعتماد القطعي، أو النهائي: فهو الذي لا يجوز للمصرف أن يرجع فيه، أو يلغيه؛ وذلك لأنه متى أخطر به المستفيد ترتب في ذمة المصرف التزاما شخصيا مباشرا أمام المستفيد بتنفيذ ما جاء في خطاب الإخطار⁽¹⁾.

وأما من حيث قوته، فينقسم الاعتماد إلى قسمين:

- اعتماد معزز

- اعتماد غير معزز

فأما المعزز فهو: أن البائع (المستفيد) قد لا يقنع من بنك المشتري (العميل)، فيطلب المستفيد أن يكون هذا الاعتماد معززا من بنك في بلد البائع، بحيث يتحمل بنك البائع ما يتحمله بنك المشتري.

وأما غير المعزز: فيطلق عليه إذا كان غير مؤيد من بنك البائع.

وأما من جهة المستفيد فينقسم الاعتماد كذلك إلى قسمين:

- اعتماد غير قابل للتمويل: حيث لا يمكن للمستفيد أن يحوله لصالح مستفيد آخر.

¹ - ينظر: مجلة البحوث الإسلامية، العدد الثامن، تاريخ الإصدار: ذو القعدة - صفر 1403 هـ - 1404 هـ، (ص 115 - 116).

- اعتماد قابل للتحويل: حيث يستطيع المستفيد أن يحول حقه من الاعتماد جزئياً، أو كلياً لمصلحة مستفيد أو أكثر⁽¹⁾.

المطلب الثالث: التكيف الفقهي للاعتماد المستندي:

اختلف الفقهاء المعاصرون في التكيف الفقهي للاعتماد المستندي إلى عدة أقوال:

القول الأول: أن العقد بين المستفيد وبين المصرف عقد ضمان (كفالة) مطلقاً سواء غطي مبلغ الاعتماد أو لم يغطى.

وأما العقد بين العميل والمصرف فهو عقد توكيل ورهن مطلقاً غطي مبلغ الاعتماد، أو لم يغطى⁽²⁾⁽³⁾.

ومستند هذا التخرج: أن العميل قد فوض المصرف نيابة عنه بأداء الدين (حق المستفيد)، وفي تسلم مستندات البضاعة وفحصها، والتأكد من مطابقتها للشروط قبل أداء الدين، ويتضمن هذا التوكيل رهن البضاعة لدى الوكيل إلى أن يستوفي الثمن الذي وكل بأدائه من ماله، وهو رهن ضمني مستنده العرف، وتثبته نصوص القوانين، ويستحق أجرته لقيامه بنقل تحويل المال وتسلم المستندات، ومتابعة الإجراءات المختلفة للاعتماد.

وأما وجه كون العقد بين المصرف والمستفيد علاقة ضمان (كفالة)؛ لأن المصرف بموجب "خطاب الاعتماد" يتحمل حق المستفيد مطلقاً، سواء قدم العميل الغطاء أو لم يقدمه،

¹ - ينظر: الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة - عبد الله السعيد - (ص 388 - 389).

² - ينظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية، سامي حسن محمود، ط: مطبعة الشرق، عمان، الأردن، ط2، 1402 هـ - 1982 م، (ص306)؛ الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة - عبد الله السعيد - (ص 404 - 408)،

³ - المقصود بالغطاء: هو ما يدفعه العميل للمصرف عند فتح الاعتماد من نقود على وجه التأمين (التوثيق)، ينظر: الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة - عبد الله السعيد - (ص 407) الهامش.

فحق المستفيد متعلق بذمة المصرف، لا بما يقدمه العميل للمصرف، وهذا هو حقيقة الضمان ويناقش هذا القول: بأن القول أن العلاقة بين العميل والمصرف عقد وكالة غير سليم؛ لأن العقد بينهما لا تنطبق عليه أحكام الوكالة وذلك للأمور التالية:

- أن الوكالة تفويض بالأداء دون التحمل، والمصرف هنا مفوضاً بالأداء فقط، وإنما يتحمل الحق الذي وجب للمستفيد، ودمته مشغولة بأداء هذا الحق مطلقاً، سواء قام العميل بالغطاء أو لم يقم بذلك.
- أن المستفيد لم يقبل المصرف كنائب عن العميل في الأداء، فإن هذا الأمر لا يضمن له حقه، وإنما قبل المصرف كضامن للحق، فإن هذا هو الذي يحفظ له حقه، ويوفر له قدراً من الأمان بأن حقه لن يضيع.
- كون الاعتماد المستندي وكالة من جهة أن العميل قد فوض إلى المصرف فحص المستندات والتأكد منها، يجاب عنه: بأن فحص المستندات ليس هو كل موضوع "الاعتماد" لكنه جزء منه، ثم إنه جزء تابع فلا يستقل بحكم، وبيان ذلك: أن الأصل في "الاعتماد المستندي" هو ضمان حق البائع، لكن ذلك مشروط بتقديم مستندات من طرفه، فكانت المستندات بهذا جزءاً من "الاعتماد المستندي" وكان نظراً لمصرف في المستندات والحال ما ذكر من مقتضيات "الضمان"، إذ مقتضى "الضمان" الأداء، والأداء متوقف على هذا الشرط، ففحص المستندات فيما هذا سبيله إنما هو تحقيق للضمان وعمل بشرطه، فهو أمر تابع لا يستقل بحكم، ولا يفرغ العقد من حقيقته.

القول الثاني:

أن العقد بين المستفيد وبين المصرف عقد ضمان (كفالة) مطلقاً سواء غطي مبلغ الاعتماد أو لم يغطي كالقول السابق.

وأما العقد بين العميل والمصرف فهو عقد وكالة إن كان مبلغ الاعتماد مغطى، وعقد ضمان إن كان غير مغطى⁽¹⁾.

ومستند هذا التخرج في كون العقد بين المستفيد وبين المصرف "عقد كفالة"، هو كون المستفيد يشعر بأن ذمة المصرف قد شغلت بالدين الأصلي، فهو كون المستفيد يشعر بأن ذمة المصرف قد شغلت بالدين الأصلي الذي على العميل، وهذا حقيقة الضمان، فهو ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين.

وأما اعتبار العقد بين المصرف وبين العميل الذي قدم غطاء ماليا كليا: عقد وكالة؛ فلأن العميل أعطى المصرف مالا، وطلب من المصرف أن يدفع هذا المال نيابة عنه عندما يطالب به، وهذا هو حقيقة الوكالة، وكونه بهذا القول وكالة من جهة كفالة من جهة أخرى، فيقول أصحاب هذا القول: لا يستتكر أن يكون للتصرف الواحد اعتباران، فهناك كثير من العقود تعتبر لازمة بالنسبة لطرف، وغير لازمة بالنسبة لطرف آخر.

ويناقش هذا القول: بأن الراجح هو أن العقد: "عقد ضمان"، حتى في حال كان مبلغ الاعتماد مغطى، لما يلي:

- الوكيل أمين لا يضمن إلا بالتعدي، أو التفريط، والمال الذي أخذه المصرف من العميل يضمنه مطلقا، حتى ولو لم يتعد، أو يفطر.
- أن غطاء الضمان يأخذه المصرف، ويتملكه، ويستثمره؛ فيكون التكييف حقيقة أن: الضامن مدين للمضمون عنه بمثل مال الضمان، إن كان الخطاب مغطى كليا، أو مدين ببعضه، إن كان جزئيا، ثم تحدث المقاصة بين الدينين إن تحمل المصرف

¹- ينظر: نظرية الضمان الشخصي، د. محمد إبراهيم موسى، نشر الرسائل الجامعية (رقم 6)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1419هـ - 1991م، (ص 585)؛ الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة - عبد الله السعيد - (ص 412).

دفع قيمة الضمان؛ لأن المال المغطى لا يكون مجمدا لا يتصرف فيه المصرف حتى يكون وكيلا نائبا عن المالك، وإنما هو مقترض لقيمة الغطاء.

- أنه لا تلازم بين الغطاء وجودا وعدما من جهة، وبين الكفالة، والوكالة من جهة ثانية، فقد يكون العقد كفالة رغم وجود الغطاء، وقد يكون وكالة رغم عدم الغطاء، والذي يقتضي هذا، أو ذاك حقيقة العقد، فإن كان المصرف نائبا عن الشخص في الأداء فقط، ولا يستطيع المستفيد أن يطالب المصرف بالتحمل، كان العقد وكالة حتى ولو لم يوجد الغطاء، إن كانت ذمة المصرف مشغولة في تحمل الحق، وليس لكونه نائبا في الأداء، فإن العقد عقد ضمان، ولو وجد الغطاء.

- اعتبر أصحاب هذا أقول أن العلاقة بين المصرف، والمستفيد: علاقة كفالة في حالة كون المبلغ مغطى، وهذا يستلزم وجود أركان الكفالة، ومنها المكفول عنه، فأين المكفول عنه في هذه الحالة؟ فإن قيل: العميل هو المكفول عنه اتضح أن العلاقة بين المصرف والعميل كفالة أيضا، لكون العميل في العملية مكفولا عنه؛ فدل على أن: العلاقة بين المصرف، والعميل: علاقة كفالة، لا وكالة، حتى ولو كان مبلغ الاعتماد مغطى.

القول الثالث:

تخريج هذه المعاملة على أنها حوالة:

ذلك أن بائع البضاعة، ومصدرها لا يرضى بالتعامل مع مشتر لا يعرفه، ولا يطمئن إليه، أما التزام المصرف فإن كلا من الطرفين يرضى به.

وكأن المشتري (العميل) في هذه الحالة قد أحال البائع على المصرف لاستيفاء قيمة البضاعة المباعة منه، وبهذا ينتقل الثمن من ذمة المشتري إلى ذمة المصرف، وقد رضي

المصرف بشغل ذمته تجاه المستفيد ورضاء المصرف أساسي لفتح الاعتماد، وإذا لم يتحقق الرضا لم يتحقق فتح الاعتماد⁽¹⁾.

فيرون أن العميل (المشتري) محيل.

والبائع (المستفيد) محال.

والمصرف محال عليه.

وقيمة خطاب الاعتماد محال به⁽²⁾.

ويناقش:

بأن هذا القول لا يسلم من إشكالات:

الإشكال الأول: أن المصرف (المحال عليه) غير مدين للمحيل، وقد اختلف الفقهاء في صحة الحوالة إذا كان المحال عليه غير مدين للمحيل؟:

فالحنفية: يرونها حوالة صحيحة؛ وذلك لأنهم لا يشترطون لصحة الحوالة مديونية المحال عليه للمحيل، ويسمون بها بالحوالة المطلقة⁽³⁾، ولكن إذا اشترط ضمان المحيل كما في خطاب الاعتماد تحول العقد عندهم إلى: كفالة.

¹ - ينظر: نظرية الضمان الشخصي - د. محمد إبراهيم موسى - (ص 586).

² - ينظر: المصارف، معاملاتها، وودائعها وفوائدها - مصطفى أحمد الزرقا، وهو بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، السنة الأولى، العدد الأول، بتاريخ: 1406هـ - 1986م، (ص 11).

³ - ينظر: بدائع الصنائع (5 / 108).

ويرى المالكية: أن المحال عليه إذا لم يكن مدين للمحيل فإنما هي حمالة، جاء في "المدونة": «إذا أحاله، وليس له على من أحال عليه دين، فإنما هي حمالة»⁽¹⁾.

وقول عند الشافعية: بأن الحوالة كفالة إذا كان المحال عليه غير مدين، حتى ولو يشترط ضمان المحيل⁽²⁾، وبعضهم يرى أنها حوالة غير صحيحة.

وأما الخنابلة: فيعتبرونها وكالة بالاقتراض، جاء في "كشف القناع" «وإن أحال من عليه دين، على من لا دين عليه؛ فهو وكالة في اقتراض؛ فلا يصارفه؛ لأنه لم يأذن له في المصارفة»⁽³⁾.

ووجه قولهم: هو أن الحوالة عندهم بيع، وإذا كانت بيعا، لم تصح الحوالة على من لا دين عليه، لعدم الاعتياض؛ إذ ليس عليه شيء يجعله عوضا عن حق المحتال⁽⁴⁾.

الإشكال الثاني:

هو أن أخذ العوض عن الحوالة الفقهية لا يجوز مطلقا، سواء قلنا في توصيف الحوالة: إنها من قبيل بيع الدين بالدين، أو قلنا إن الحوالة هي استيفاء للحق، وليست بيعا.

وإذا كيفت الحوالة بأنها بيع: كان المنع لسببين:

الأول: أن الحوالة إذا كانت بيعا لم تصح على من لا دين عليه لعدم الاعتياض؛ إذ ليس عليه شيء يجعله عوضا عن حق المحتال⁽⁵⁾.

¹ - المدونة (5 / 188)؛ وينظر: التمهيد (18 / 291)؛ المنتقى للباقي (5 / 70)؛ مواهب الجليل (5 / 21).

² - ينظر: الأشباه والنظائر (ص 170)؛ وتحفة المحتاج (5 / 228).

³ - كشف القناع (3 / 385)؛ الإنصاف (5 / 225).

⁴ - ينظر: أسنى المطالب (2 / 231).

⁵ - ينظر: المرجع نفسه (2 / 231).

الثاني: أن الحوالة في حال توصيفها بأنها: بيع، يبقى إشكال آخر، وهو: أن الشارع، وإن رخص في عدم التقابض في بيع الدراهم بمثلها في "عقد الحوالة" كما رخص في عقد القرض؛ فإن التفاضل في بيع الدراهم بالدراهم: لا يجوز، وفي حال أخذ العوض على الحوالة: سيكون هناك تفاضل قطعاً.

وأما إن قيل: إن الحوالة هي استيفاء للحق، وليست بيعاً، وهو مذهب الجمهور؛ فلا يجوز أخذ العوض عليها.

وقد صرح الحنابلة والشافعية بأن: "الحوالة عقد إرفاق" منفرد بنفسه، ليس بمحمول على غيره، وليست الحوالة بيعاً؛ لأنها لو كانت بيعاً لما جاز التفرق قبل القبض؛ لأنها بيع دراهم بدراهم، وإذا كانت من عقود الإرفاق؛ لم يجز أخذ العوض عليها.

الإشكال الثالث:

أن الاعتماد المستندي يكون مؤقتاً بوقت ينتهي عنده، وهذا ينافي مقتضى "عقد الحوالة"؛ إذ الحوالة تقتضي انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

الإشكال الرابع:

مقتضى عقد الحوالة براءة المحيل من الدين، وفي خطاب الاعتماد لا يبرأ المشتري من الدين بمجرد الحوالة، بل يظل ضامناً للوفاء بقيمة البضاعة في مواجهة المستفيد في حال امتنع المصرف من الأداء لسبب من الأسباب حتى لو اشترط المشتري عدم الضمان، كما لا يبرأ المحيل من جهة المصرف؛ إذ يطالبه بتسديد الدين الذي أداه نيابة عنه للمستفيد.

القول الرابع:

تخريج هذه المعاملة على أنها عقد خاص قائم بذاته، مستحدث، لا يندرج تحت أي مسمى من العقود الفقهية المعروفة، والأصل في العقود الصحة، والإباحة، فلا يبطل، ولا

يحرم من العقود إلا ما قام الدليل على تحريمه، وبطلانه، والناس بحاجة إلى هذه المعاملة؛ فتكون جائزة.

ويناقش هذا القول: بأن خطاب الاعتماد ليس فيه شيء جديد إلا اسمه، فالعلاقة بين المستفيد، والعميل علاقة: بيع؛ والعلاقة بين المستفيد، وبين المصرف علاقة: ضمان؛ وهذا ليس جديداً، وإنما الجديد في العقد هو: فصل الضمان عن سببه وهو: عقد البيع، وهذا الفصل ليس عادلاً، ولا يُقبل شرعاً؛ حيث جعل البائع يستحق قيمة البضاعة بمجرد ظاهر المستندات بصرف النظر عن مطابقتها، أو مخالفتها لواقع البضاعة، وهذا يجعل حق المشتري عرضة للانقاص والضياع مما يضر به، ومعلوم أن الضرر: ممنوع شرعاً.

القول الخامس:

تخريج عقد "خطاب الاعتماد المستندي" على أنه: عقد ضمان لحق المستفيد (البائع) بكل حال سواء غطي الاعتماد، أو لم يغطى.

وهذا القول هو الراجح بالنسبة للباحث وذلك لوجوه:

الوجه الأول:

أننا إذا أقررنا بأن: علاقة المستفيد بالمصرف، هي: علاقة ضمان مطلقاً، فمن المعلوم أن المصرف إنما ضمن العميل لصالح المستفيد؛ فرجع إلى أن العميل مضمون عنه ولا بد؛ لأن "عقد الضمان" أطرافه ثلاثة:

ضامن وهو: (المصرف)، ومضمون له، وهو: (المستفيد)، ومضمون عنه، وهو: (العميل)؛ فسقط التكليف بالتفريق بين الطرفين (المستفيد) على أنه: مضمون له، والعميل على أنه: موكل، والمصرف على أنه: وكيل؛ فاستلزم من ذلك أن: العلاقة بين جميع الأطراف: علاقة كفالة لا وكالة.

الوجه الثاني:

أن المصرف متعهد بإعطاء المستفيد المبلغ مطلقاً؛ إذا قام المستفيد بالتزاماته سواء أعطى العميل الأمر بالدفع أو لم يعطه، وهذا حقيقة: "الضمان"، بخلاف: الوكالة؛ فإن الموكل إذا أعطى أمره بعدم الدفع لم يحق للوكيل أن يدفع؛ لأنه نائب عنه.

الوجه الثالث:

أن تغطية الاعتماد لا تجعل المصرف وكيلاً، بأن الوكيل أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، والمال الذي أخذه المصرف من العميل يضمنه مطلقاً، حتى ولو لم يتعد، أو يفرط.

الوجه الرابع:

إن غطاء "الضمان" يأخذ المصرف ويملكه، ويستثمره، فيكون التكييف حقيقة أن: الضامن مدين للمضمون عنه بمثل مال الضمان، إن كان الخطاب مغطى كلياً، أو مدين ببعضه إن كان جزئياً، ثم تحدث المقاصة بين الدينين، إن تحمل المصرف دفع قيمة "الضمان"؛ لأن المال المغطى لا يكون مجمداً لا يتصرف فيه المصرف؛ حتى يكون: وكيلاً نائباً عن المالك؛ وإنما مقترض لقيمة الغطاء.

وقد رجَّح هذا القول كثير من الباحثين المعاصرين، وقال بأن "خطاب الاعتماد المستندي": "عقد ضمان"، وسأورد نماذج من كلامهم في ذلك:

جاء في كتاب⁽¹⁾ "الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية" للشيخ: د. عمر بن عبد العزيز المترك رحمه الله: «الذي يظهر أن هذا التعهد من قبل المصرف بوفاء دين المشتري للبائع صحيح، ولا محذور فيه من وجهة نظر الفقه الإسلامي؛ لأن هذا من قبيل الضمان الشرعي، وهذا الضمان يتضمن رهنا ضمنيا للبضاعة لدى الضامن بعد أداء الثمن الذي تعهد بتسديده، ومتى قام بالتسديد للبائع يصبح المشتري مدينا للمصرف بقيمة البضاعة التي سددتها»⁽²⁾.

وجاء في كتاب⁽³⁾ "الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة" للدكتور عبد الله السعيد: «والذي أراه في تخريج الاعتماد المستندي هو أنه: ضمان لحق البائع في كل حال سواء غطي الاعتماد، أو لم يغطى»⁽⁴⁾، ثم ذكر مسوغات هذا التخريج؛ فرأى أن المتأمل في الاعتماد المستندي يجده تعهدا من المصرف للمستفيد (البائع) بأن يفي له بمبلغ معين بشرط تقديم البائع مستندات البضاعة؛ هذا المبلغ المتعهد به ما هو في حقيقته إلا ثمن البضاعة التي قدم البائع المستفيد مستنداتنا.

كما أن تعهد المصرف هذا: كان بناء على طلب من عميله (المشتري)، بل هو ثمرة عقد الاعتماد بين المصرف، والعميل (المشتري).

¹ - أصل هذا الكتاب أطروحة تقدم بها الشيخ - رحمه الله - (ت 7 / 6 / 1405 هـ) - لنيل العالمية العالية «الدكتوراه» من كلية الشريعة بجامعة الأزهر عام 1394 هـ، وقد مُنحت الأطروحة درجة: "الشرف الأولى مع التوصية بالطبع"، ينظر ترجمة المؤلف في أول كتاب: الربا والمعاملات المصرفية - عمر المترك - (ص: و - ز).

² - الربا والمعاملات المصرفية - عمر المترك - (ص 401).

³ - أصل هذا الكتاب أطروحة تقدم بها الشيخ لنيل درجة العالمية العالية «الدكتوراه» من كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية في المدينة المنورة، وقد أُجيزت "بمرتبة الشرف الأولى"، ينظر مقدمة كتاب: الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة - عبد الله السعيد - (ص 7 - 8).

⁴ - الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة - عبد الله السعيد - (ص 428).

وطلب العميل (المشتري) هذا مبناه عقد سابق بينه وبين المستفيد (البائع) اشترط فيه المستفيد (البائع) على العميل (المشتري) تسوية البيع عن طريق الاعتماد المستندي.

ولو تساءلنا عن الغاية التي من أجلها اشترط المستفيد (البائع) في عقد البيع على العميل (المشتري) تسوية البيع عن طريق الاعتماد المستندي؟ تبين أنها: التوثيق، إذ البائع يريد أن يوثق حقه الناجم من عقد البيع بهذا الاعتماد، ولو تساءلنا عن متعلق التوثيق هنا؟ لوجدناه ذمة المصرف التي التزمت بالوفاء للمستفيد (البائع)⁽¹⁾؛ ومن هذا كله نخلص إلى التحليل التالي:

- أن سبب عقد "الاعتماد المستندي" هو عقد البيع، وهو محصور بين العميل (المشتري)، والمستفيد (البائع)، وهو أول العلاقات.
- أن عقد الاعتماد محصور بين المصرف والعميل (المشتري) فهما طرف انعقاده، وهو بهذا لا يتضمن عقد البيع، إذ طرفاه العميل (المشتري)، والمستفيد (البائع) نظرا لاختلاف أطراف كلٍّ، لكنه غير مستقل عنه باعتباره توثيقا له فهو تبع له من هذا الوجه.
- أن الغرض من عقد الاعتماد هو: توثيقه حق المستفيد (البائع) على العميل (المشتري) الناجم من عقد البيع بينهما السابق عقد الاعتماد.
- أن التوثيق منه ما يتعلق بالمال كالرهن، ومنه ما يتعلق بالذمة كالضمان (الكفالة)، والاعتماد المستندي متعلقه الذمة؛ إذ المصرف يتعهد للمستفيد (البائع) بالوفاء، ومعلوم أن التعهد يرجع إلى الذمة، فالمصرف بهذا يضم ذمته إلى ذمة العميل (المشتري) بالوفاء للمستفيد (البائع) على وجه لا يبرأ به العميل (المشتري) من حق

¹ - ينظر: الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة - عبد الله السعيد - (ص 428 - 429)

المستفيد (البائع)، وتلك حقيقة الكفالة (الضمان)؛ لهذا فتنزيل الاعتماد المستندي على الضمان، يتضح بشكل لا لبس فيه عندما ننظر في ماهية الاعتماد المستندي فنجد أن الضامن هو:

- المصرف.
- المضمون له: هو المستفيد (البائع).
- المضمون عنه: هو العميل (المشتري).
- المضمون به: هو حق البائع على المشتري الناجم من عقد البيع بينهما.

وبهذا يتبين انطباق "عقد الضمان (الكفالة)" على "خطاب الاعتماد المستندي" من جهة اتفاق حقيقتهما، وتطابق ماهيتهما⁽¹⁾؛ إذ لا يجد الباحث المتأمل في حقيقة العقدين - كما رأينا - فرقا يُتصور، إلا في ذهن من لم يَغُص في حقيقة، وماهية العقدين؛ لهذا فالحاصل عند الباحث من خلال النظر في حقيقة العقدين هو تكييف "خطاب الاعتماد المستندي" على أنه: "عقد ضمان"، يجري عليه ما يجري على "أحكام الضمان في الفقه الإسلامي".

المطلب الرابع: حكم أخذ العوض عن الضمان في الاعتماد المستندي

إن واقع "خطاب الاعتماد المستندي" في المصارف الإسلامية، وحقيقة تطبيقاته فيها لا يخلو من ثلاث حالات:

- إما أن يكون مغطى تغطية كاملة.
- وإما أن يكون مغطى تغطية جزئية.
- وإما أن يكون غير مغطى.

¹ - ينظر: الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة - عبد الله السعيد - (ص 429 - 431).

ويرى الباحث أنه: لا يجوز للمصرف في كل هذه الحالات أخذ أي عمولة (عوض) زائد على التكاليف الخدمية المصرفية الفعلية التي تكبد خلال قيامه بعملية الاعتماد، وأي زيادة على ذلك تعتبر: غير جائزة؛ لأنها إما مقابل ضمان، وذلك لا يجوز، لما تقرر معنا من منع أخذ عوض عن الضمان، وفي حالة إذا أدى المصرف عن العميل قيمة الاعتماد؛ فإن المصرف سيرجع بما أدى؛ وأخذ عوض، أو أجر زائد على التكاليف الخدمية الفعلية للمصرف، ستؤول إلى قرض جر نفعاً؛ وذلك ممنوع، وفي حالة إذا لم يؤد المصرف عن العميل شيئاً، بل أدى العميل (المشتري) عن نفسه؛ فإن أخذ المصرف لعمولة (عوض) زائدة على أصل ضمانه - وقد أدى العميل (المشتري) عن نفسه -، سيكون من باب أكل المال بالباطل؛ لأنه مال أُخذ بدون مقابل.

ثم إن المصرف في أخذه لعمولة مقابل خدماته المصرفية ينبغي أن يتقيد في ذلك بضابطين:

الأول: ضابط من جهة نوع الخدمة والمنفعة التي يقدمها المصرف للعميل:

فهذه الخدمة، أو المنفعة يجب أن تكون مما يجوز أخذ الأجر في مقابلها؛ إذ ليست كل منفعة يجوز أن تقابل بأجر، فالشفاعة منفعة للمشفوع له؛ لكن لا يجوز للشافع أن يأخذ بمقابلتها أجراً، وقد جاء النهي عن ذلك في الحديث، فعن أبي أمامة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من شفع لأخيه شفاعة، فأهدى له هدية عليها فقبلها، فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الريا»⁽¹⁾.

¹ - أخرجه أبو داود، كتاب الإجارة، باب في الهدية لقضاء الحاجة، حديث برقم (3541)، (ص 635)، وقد حسنه الألباني كما في تحقيقه لسنن أبي داود (ص 635)؛ وحسنه في "مشكاة المصابيح"، وهو في "مشكاة المصابيح" برقم (3757)، كتاب الإمارة والقضاء، باب رزق الولاية وهداياهم، ينظر: مشكاة المصابيح، تأليف: محمد بن عبد الله الخطيب التبريزي، ت: محمد ناصر الدين الألباني، ط: المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1399هـ - 1979م، (2 / 1109)؛ وكذلك:

والكفالة منفعة للمكفول، لكن لا يجوز للكفيل أن يأخذ في مقابلها أجرا.

وأما إذا كان الجهد والعمل - المصاحب للضمان - حقيقيا؛ فإنه لا مانع من أخذ أجر في مقابلته بلا زيادة، ويكون الأجر مقابل الجهد، والعمل لا الضمان، وقد أجاز الفقهاء - رحمهم الله - أخذ مقابل نفقات، وتكاليف ما بُذِلَ في الجاه⁽¹⁾.

وهنا يجب أن يُتَحَرَّزَ من أخذ أجر في مقابلة جُهدٍ، وعَمَلٍ يسير بأكثر مما يستحقه؛ لأنه حينئذ سيعد احتيالا على الأجر على "عقد الضمان" الذي هو: "عقد تبرع"، وقد مُنِعَ أخذ الأجر عليه، وإن أدى ورجع، اعتبرت الزيادة على أصل تكلفة الخدمة تحايل على الزيادة في القرض، وذلك يدخل في شبهة الربا.

الضابط الثاني: أن تكون المنفعة والخدمة يُحتاج إليها حقا، لا حيلة يُحتال بها للتوصل من خلالها إلى أخذ الأجر على ما مُنِعَ فيه الأجر.

وهنا أقول: إن التجوز على أخذ مقابل الخدمات إنما بُني على أساس أنه من العمل المأجور عليه تبعا لا أصلا، إذ قد يثبت تبعا ما لا يثبت استقلالا، والجواز هنا إنما هو على العمل الخدمي المصاحب للضمان، والخارج عن أصل الضمان، لا على الضمان نفسه.

جاء في كتاب "الربا والمعاملات المصرفية": «أما الفوائد التي يحصل عليها المصرف لقاء قيامه بهذه العملية فهي على قسمين:

عقب عليه الألباني أيضا في: "السلسلة الصحيحة"، بقوله: «وهذا: إسناد حسن»، السلسلة الصحيحة (1371/7)، برقم (3465).

¹ - ينظر: المعيار المعرب (6 / 239).

القسم الأول:

ما يعتبر أجرا على ما قام به المصرف من الخدمات العملية، والتكاليف الإدارية، من الاتصال بالمصدر، ومطالبته بتسليم مستندات الشحن، وإيصالها إلى المشتري، فهذه خدمة مصرفية جائزة، وأخذ الأجرة عليها جائز شرعا، ولا تعتبر هذه في حكم الفائدة الربوية.

القسم الثاني: ما يعتبر فائدة عن المبلغ غير المغطى الذي يقوم بتسديده المصرف إلى المصدر من قيمة البضاعة فهذه الفائدة ربا؛ لأن ما يدفعه البنك يعتبر قرضا منه للمستورد، وأخذ الفائدة على القرض ربا، وإن كانت الفائدة مقابل الضمان فقط، لا مقابل خدمات التحويل، فهي غير جائزة أيضا، إذا كان المبلغ المضمون غير مُغطًى بالكامل كما قدمنا.

أما إذا كان فتح الاعتماد مسبقا بتسليم جميع المبلغ المطلوب لفتح الاعتماد به، فلا يظهر فيه ما يوجب بطلانه، والعمولة التي يأخذها المصرف في هذه الحالة مقابل خدماته كالعمولة التي تؤخذ من قبله في عملية التحويل بالشيكات، وتعزيز الصفقة التجارية بالثقة المكتسبة من تعهد المصرف وضمانه، لا ينبني عليه شيء من الموجود لديه، فلا يرد المحذور الذي من أجله حرم أخذ الجعل على الضمان»⁽¹⁾.

وحاصل الأمر في مسألة "أخذ العوض عن الضمان في الاعتماد المستندي" هو: أن المصرف يجوز أن يأخذ أجرا مقابل خدماته المصرفية التي قدم من أجل إصدار "خطاب الاعتماد" بالشروط، والضوابط التي ذكرت، وأن ذلك لا يدخل في المنع؛ لأنه خارج عن عملية

¹ - الربا والمعاملات المصرفية (401 - 402)، وقال في الهامش بعد هذا الكلام: أنظر في هذا البحث "البنك اللاروي" (ص 111)؛ قلت: وقد جاء في "البنك اللاروي": «وللبنك أن يأخذ عمولة من المصدر لقاء قيامه بخدمة التوسط في إيصال المستندات وتسليم الثمن عن طريق مراسله في الخارج، كما أن له أن يقيد على المصدر ما تحمله من نفقات كأجرة البريد ونحوها مما يتطلبه من التوسط المذكور؛ لأن هذا التوسط تم بأمر المصدر فيتحمل ضمان ما أنفق لأجله»، البنك اللاروي في الإسلام (ص 112).

الضمان، حيث إن هذه الخدمات المصرفية تعتبر تابعة وليست أصلاً؛ وأما ضمان المصرف للعميل (المشتري)، فلا يجوز له أن يأخذ مقابلاً (عوضاً) عن ضمانه له، سواء أدى المصرف عن العميل (المشتري)، أو أدى العميل (المشتري) عن نفسه، وسواء غطي المبلغ، أو لم يغطى، ففي جميع الحالات المصرف يعتبر ضامناً، فلا يجوز له أخذ عوض عن ضمانه، لما تقرر معنا من منع أخذ العوض عن الضمان.

وأما جواز أخذه لأجر (عوض) مقابل خدماته، وما تكبده من نفقات جراء إصداره "الخطاب الاعتماد المستندي"؛ فذلك لكونه مقابل خدمات، ونفقات، وليس مقابل أصل الضمان.

خاتمة:

لقد تناول هذا البحث موضوعا من أهم المواضيع المالية المتعلقة بتوثيق الحقوق المالية؛ فالمعاملات المالية تحتاج إلى توثيق، يستطيع الدائن من خلاله أن يطمئن إلى وفاء دينه؛ فيحقق بذلك أمانا من مخاطر عدم وفاء مدينه، ويجد من خلال "الضمان" توثيقا لحقه؛ حيث تتشغل "بالضمان" ذمة أخرى إلى ذمة المدين، يستطيع الدائن أن يطالبها بحقه مثلما له الحق في مطالبة الأصيل.

وقد كان المسلمون يقومون بتقديم هذا التوثيق للدين، أو الأمان للدائن، على وجه المعروف، والإحسان، طلبا للأجر، وتفريجا للكرب، ثم كثرت الحاجة إليه في هذا العصر؛ حتى صار تقديمه من قبل المصارف غالبا، كوسيلة من وسائل التوثيق المالي، ومن ثم أصبح تقديمه مجالا من مجالات الاسترباح لدى البنوك.

وقد توصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج أبرزها ما يلي:

* الأولى: أن "ضمان المال": وسيلة مهمة من وسائل توثيق الديون، وهو تأمين للدائن من مخاطر عدم وفاء المدين.

* الثانية: أن معنى "الضمان المالي" الذي خرج به الباحث، هو: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في المطالبة بحق مالي"؛ لذلك للدائن الحق في التوجه إلى مطالبة الضامن، مثلما له الحق في مطالبة المدين.

* الثالثة: الضمان المالي: توثيق للدين، وأمان لصاحب الحق من مخاطر عدم وفاء المدين.

* **الرابعة:** شُرِعَ هذا النوع من العقود لتفريج الكربات، وترسيخ مبدء التبرعات، تماما مثل القرض، فالضمان معروف موضوعه الإرفاق، فإذا اشترط الضامن لنفسه حقا خرج عن موضوعه فمنع صحته.

* **الخامسة:** الضمانات أنواع كلها شرعت لصون الحقوق كما قد رأينا في هذه الدراسة، و "الضمان المالي" أحد هذه الضمانات، وله أهميته، وضرورته.

* **السادسة:** أوضحت هذه الدراسة مجالات الضمان عموما، وأقسامه، وأسبابه، وركزت على "ضمان الديون" لكونه موضوع الدراسة.

* **السابعة:** إن من أهم آثار "ضمان المال": أنه يُنشئ علاقة بين الضامن، والمضمون له (صاحب الحق)، أدق ما يمكنني أن أعبر به عنها أنها: "عَلَاقَةُ تَوَسُّطٍ وَتَوَثُّقٍ"، فهو: تَوَسُّطٌ بين الدائن والمدين في الأداء، وَتَوَثُّقٌ للدين في ذِمَّة الضَّامِن؛ حيث يصير مطالبا بالدين، كالأصيل.

* **الثامنة:** الضمان: عقد تبرع: يقصد للإرفاق والإحسان، ويراد به: "التَّوَثُّقُ والتَّرْفُّقُ".

* **التاسعة:** لا يجوز أخذ العوض عن "ضمان المال"؛ لكونه معروفا وتبرعا، وهذا حيث لا ينوي الضامن الرجوع بما أدى عن المضمون عنه؛ فإذا أدى عن المضمون عنه الدين، ثم رجع بما أدى، صار مقرضا بزيادة؛ وذلك ربا محرم شرعا، نص على هذا عامة الفقهاء رحمهم الله.

* **العاشرة:** اتفقت كلمة فقهاء المذاهب الأربعة على عدم جواز أخذ عوض عن الضمان.

* **الحادية عشرة:** نقل غير واحد من العلماء الإجماع على عدم جواز: أخذ عوض عن الضمان، والخروج عن هذا الإجماع، قد لا يجد ما يبرره.

*الثانية عشر: جُلُّ المحققين على أن عبارة "إسحاق بن راهويه" - رحمه الله - في قوله: "ما أعطاه من شيء فهو حسن" على أنه:

- من باب المكافأة غير المشروطة.

- أو ما أعطاه تنفيذًا للشرط.

- وجمهور الفقهاء على أن الضمان بشرط الجعل فاسد.

* الثالثة عشرة: اشترط الفقهاء للضامن أهلية التبرع؛ لأن الضمان: تبرع محض لا مصلحة فيه للضامن، وهذا حيث لم ينو الضامن الرجوع بما أدى؛ فإذا نوى الرجوع بما أدى، صار كالمقرض؛ والقرض: عقد إرفاق لا مصلحة فيه للمقرض، وإذا أخذ أجرًا، أو عوضًا، صار مقرضًا بزيادة، وذلك: ممنوع شرعًا؛ لأنه صار قرضًا جر نفعًا، وذلك: ربا ممنوع، وعلى هذا اتفقت كلمة الفقهاء رحمهم الله.

* الرابعة عشرة: علل الفقهاء - رحمهم الله - منع "أخذ العوض عن الضمان" بمجموع علل منها:

1- أن الضامن إذا أدى عن المضمون عنه، ثم رجع على المضمون عنه بما أدى، فإنه يكون حينئذ مقرضًا، فإذا أخذ أجرًا، أو عوضًا على ضمانه، صار مقرضًا بزيادة، وذلك قرض بمنفعة، وهو حرام؛ لأنه ربا، ومعلوم أدلة تحريم الربا.

2- أن الضمان: معروف محض، وعقد تبرع غير مُتَمَوِّل، يقصد به توثيق الحقوق ومبناه على الإرفاق والإحسان، وأخذ العوض عليه ينافي هذه المقاصد، ويغير حقيقته، فينقله إلى باب المعاوضة والتكسب؛ فالضمان: معروف، ولا يجوز أن يأخذ عوض عن معروف، وعقود التبرعات، ومنها الضمان: لا يقصد به سوى ثواب الله ورفع الضيق عن الحبيب، والمعاوضة عليه تخرجه عن مقصد الشارع منه تمامًا، كعقد القرض.

فالشريعة الإسلامية: حددت عقودا للتبرع، وأخرى للمعاوضة؛ فلا ينبغي تغيير العقود عن حقيقتها، والخروج بها عن أصل وضعها ومقصدتها الشرعي، الذي شرعت من أجله في الإسلام.

3- إذا أدى المضمون عنه عن نفسه، وأخذ الضامن عوضا عن ضمانه؛ كان أخذه للعوض من أكل المال بالباطل؛ لأنه مال أخذ بدون مقابل، وقد نهى الله عز وجل: عن أكل المال بالباطل.

4- علّل بعض الفقهاء منع أخذ الأجر (العوض) عن الضمان بأنه: رشوة، وهي: عوض مالي بدون مقابل، وأخذ مال بغير حق، وبعضهم صرح بالمنع على أنه: سُخْتُ؛ وذلك لكونه مال حرام؛ أخذ بدون مبرر.

5- وعلّل بعضهم المنع وقال: إنه غرر؛ لأن من أخذ عشرة على أن يتحمل مائة، لم يدر هل يفلس من تحمل عنه، أو يغيب فيخسر مائة ولم يأخذ إلا العشرة، أو يسلم من الغرامة، فيفوز بالعشرة.

وكل هذه العلل منصوص على تحريمها في الشرع، بنصوص صحيحة، صريحة.

* الخامسة عشرة: - إذا كان الجعل للمدين، جاز بلا قيد حلول الدين.

- وإذا كان من رب الدين للمدين على أن يأتيه بضامن: فجائز، لكن شرط الجواز: حلول الدين.

- وإذا كان الجعل من أجنبي للمدين على أن يأتي بضامن: فجائز مطلقا.

- وإذا كان الجعل للضامن (الحميل): رُدَّ قولاً واحداً، سواء كان من رب الدين، أو من المدين، أو من غيرهما.

* السادسة عشرة: الضمان بشرط الجعل: فاسد، وإذا لم يُشترط فيه الجعل: صحَّ الضمان، ورُدَّ الجعل.

* السابعة عشرة: إذا كان الجعل بعلم رب الدين، فالحمالة: فاسدة، وإن لم يكن بعلمه فهي: لازمة، والجعل مردود.

* الثامنة عشرة: اختلف الفقهاء المعاصرون في جواز أخذ العوض عن الضمان، فمنهم من منع ذلك مطلقاً، ومنهم من أجازَه مطلقاً، ومنهم من حصر المنع في الحالات التي لا يؤوّل فيها الضمان إلى قرض.

* التاسعة عشرة: ناقش المجيزون من المعاصرين أدلة المنع، وسلم من المناقشة المؤثرة مجموعة من الأدلة منها:

- مصير أخذ العوض عن الضمان إلى قرض جر نفعاً، وذلك ربا؛ فيكون داخلاً في عموم أدلة تحريم الربا، والربا مجمع على حرمة، كما هو معلوم.

- وجود الضرر؛ فيصير داخلاً في عموم النهي عن الضرر.

- إذا كان يحرم على المقرض حقيقة أخذ العوض على القرض؛ فلأنَّ يحُرَّم على الملتزم بالإقراض، وأخذ العوض، من باب أولى.

- نقل غير واحد من العلماء إجماع المتقدمين على منع أخذ العوض عن الضمان، ولم يظهر نقل صحيح، صريح، ينقض هذا الإجماع، أو يخرقه.

* العشرون: أدلة المجيزين لا تقوى إلى مرحلة التجويز، وما استدلوأ به:

- إما أن يكون في غير محل النزاع.

- أو يكون غير مسلم من أصله لعدم تحقق شرط الاستدلال به.

- وإما أن يكون قياساً مع الفارق، أو على مسائل مختلف فيها.

* الحادية والعشرون: القول بجواز أخذ العوض عن الضمان، إذا كان لا يؤول إلى

قرض، لا يخلو من احتمالين:

الاحتمال الأول: أن يكون المراد به أن يقطع ابتداء - أي عند إنشاء الضمان - أنه لا يؤول إلى قرض، فهذا في الحقيقة ليس بضمان؛ لأنه يتنافى مع حقيقة الضمان، والأثر المترتب عليه، وإن وُجد التزام يُقطع فيه ابتداء بأنه لا يؤول إلى قرض، فهو شيء آخر غير الضمان، وهو بحاجة إلى توضيح معالمه، وكشف حقيقته، حتى يُنظر في حكم أخذ العوض عنه.

الاحتمال الثاني: أن يكون احتمال مصير الضمان إلى قرض قائماً، ولكن يوقف الحكم على ما يؤول إليه الحال في النهاية، فإن آل إلى القرض منعنا أخذ العوض عليه، وإلا أجزأه، وهذا هو الظاهر من كلام المجيزين، وهو غير مُسَلَّم.

* الثانية والعشرون: يجب أن يكون الضمان في المصارف الإسلامية متفقاً مع أحكام الضمان في الفقه الإسلامي، ومتمشياً مع قواعده، ومقاصده؛ وإلا خالف معنى الضمان الشرعي، وصار كالضمان في البنوك الربوية؛ لذلك، وجب على المصارف الإسلامية عدم الخروج عن ضوابط الشرع في أحكام الضمان، ومن ذلك جعل الضمان مجالاً للمعاوضة، وفرصة للاسترباح، فهذا هو حالة الضمان في البنوك التقليدية، ونتيجة لذلك، لن يكون هناك فرق، بين الضمان في المصارف الإسلامية، والضمان في البنوك التقليدية الربوية.

* الثالثة والعشرون: إذا قامت المصارف الإسلامية بالضمان لصالح عملائها بإحدى وسائل الضمان التي تقوم بها، فلا يجوز لها أخذ عوض عن ضمانها، ويجوز لها أخذ مقابل نفقاتها، وما تكبدته من مصاريف، وقامت به من خدمات فعلية مصاحبة للضمان، لكن بشرط عدم الزيادة على الكلفة الحقيقية للخدمات، وعدم الزيادة على أجر المثل، حتى لا

يتحول الضمان ستارا للاسترباح منه، بحجة تكاليف، ونفقات، وخدمات المصرف، بل يكون الأجر مقابل: التكلفة، والخدمة فقط، لا مقابل: الضمان.

* **الرابعة والعشرون:** أعمال المصارف الإسلامية منها ما هو: خدمات تجوز المعاوضة عليه، ومنها ما هو: ضمان: لا تجوز المعاوضة عليه، ومنها ما هو: وكالة: يجوز أخذ أجر عليها، ومنها ما هو: مضمون كالودائع المدفوعة على شكل قروض، فالواجب أن تبقى هذه العقود شرعا كما هي عليه، وألا تُغيّر حقيقتها بالتحايل من أجل الاسترباح منها؛ حتى تبقى المصارف الإسلامية منضبطة، ومتبعة لأحكام الشرع، ومقاصده في العقود، والمعاملات.

* **الخامسة والعشرون:** لا تضمن عقود الأمانات كالمضاربة، والمشاركة مثلا، إلا بثبوت التعدي فيها، أو التفريط من قبل المصرف الإسلامي، ولو اشترط عليه ضمانها، فجمهور العلماء على عدم صحة التضمن بالشرط، حيث يتحول الأمين في عقود الأمانات إلى ضامن؛ لذلك، يجب أن يبقى الأمين في عقود الأمانات على أصل أمانته، ولا يضمن إلا في حالة ثبوت التعدي، أو التفريط عليه؛ فضمان هذه العقود، ولو بالشرط، قد يقلبها عن حقيقتها الشرعية؛ فتتحول المضاربة مثلا إلى: قرض بشرط الضمان.

فلذلك، إذا كان مقتضى العقد أنه أمانة، ثم شرط فيه الضمان؛ فقد التزم ضمان ما لم يوجد شرعا سبب لضمانه؛ فلم يلزمه.

ثم إن الشريعة جعلت للعقود أحكاما معتبرة وآثارا، ومن ذلك تحديد من عليه الضمان في كل عقد، فنقل الضمان بالشرط عن محله، فيه تغيير للآثار التي جعلتها الشريعة للعقود.

* **السادسة والعشرون:** الذي يترجح لدى الباحث هو أن: "خطاب الضمان" الذي تجريه المصارف الإسلامية، هو: "عقد ضمان"، وتجري عليه أحكام الضمان في الفقه الإسلامي؛ لذلك، لا يجوز أخذ أجر عليه، سواء غُطي، أو لم يُغطى، وفي حالة توكيل العميل (المضمون عنه) للمصرف (الضامن) بالسداد عنه من غطاءه الذي قدم له وفاء بدينه؛

فيجوز حينئذ للمصرف (الضامن) أخذ أجر مقابل وكالته، وذلك لا ينفي كون العلاقة بينه وبين العميل أنها: ضمان، ولو كان المبلغ مغطى، ويكون الأجر مقابل الوكالة لا عن الضمان، وقد نص الفقهاء على جواز أن يوكل المدين الضامن في توصيل مبلغ الدين إلى صاحب الحق (الدائن).

* السابعة والعشرون: تبقى العلاقة بين الأطراف - العميل، والمصرف، والمستفيد - في خطاب الضمان علاقة ضمان، سواء تمت تغطية المبلغ، أم لم تتم!

* الثامنة والعشرون: الذي يترجّح لدى الباحث في تكييف "خطاب الاعتماد المستندي" هو أنه: "عقد ضمان"، وتجرى عليه أحكام الضمان في الفقه الإسلامي؛ لذلك لا يجوز أخذ أجر عليه لقاء إجراء عملية "خطاب الاعتماد المستندي"، وسواء في ذلك غُطي مبلغ الاعتماد، أم لم يُعطى.

* التاسعة والعشرون: بطاقة الائتمان تختلف حسب التغطية، أو عدمها:

- فإن كانت مغطاة: فما يسحبه العميل بها هو من غطاءه، ويجوز له ذلك، وما يأخذه من السلع بها، يدفع عنه المصرف ثمنه كوكيل عنه في إتمام العملية والدفع.

- أما إذا كانت غير مغطاة: فما يسحبه العميل من النقود بها، هو: قرض في ذمته، وما يأخذه من السلع بها هو: دين في ذمته يجب عليه الوفاء به، أو هو: بيع أجل حسب الصيغة التي يختارها المصرف، ويتم الاتفاق عليها بينه، وبين العميل.

* الثلاثون: يجوز للمصرف الإسلامي: أن يأخذ عمولة السمسرة من التجار والمحلات التي اعتمدت "بطاقة الائتمان".

* الحادية والثلاثون: تَمَيَّز المصارف الإسلامية، وريادتها، هو: بالتزام أحكام الشرع في المعاملات، والانضباط بما قيده، وسَطَرَه فقهاء المسلمين، وقَعَدَوْه من أحكام فقه المعاملات

المالية، والخروج عن ذلك يُفَرِّغ هذه المصارف من معناها، ويجعلها فقط صورة بلا معنى، وحكاية لما عليه البنوك الربوية؛ فلا يكون لها تميزا عنها؛ وبذلك تخرج عن مقصدها الذي قامت من أجله، وهو: التزام أحكام الشرع في معاملاتها.

* **الثانية والثلاثون:** إن من التيسير على الناس في معاملاتهم، أن يكون للاحتساب نصيب فيها، وبقدر ما يوجد بقدر ما يكون التيسير، وبقدر ما يتخلف بقدر ما يكون التضيق والتعسير، فاطِّراح الاحتساب، تضيق وتعسير في المعاملات، لا تيسير.

* **الثالثة والثلاثون:** إن تهاون الناس في أخذ الأجر على "عقود التبرع"، كالضمان والقرض، يؤدي بهم إلى الوقوع في الربا، إما باستمراءهم التهاون وتجربتهم على الحرام، أو من خلال وقوعهم في المكروه، أو المشكوك في تحريمه، أو بالاحتيال بهذا على هذا، ومعلوم أن الحيلة ممنوعة في الإسلام، والربا أحق ما حميت مراتعه، وسُدَّت الطرائق المفضية إليه.

ثم إن النهي قد ورد عن عقود كثيرة كيلا تكون ذريعة إلى الربا، من ذلك النهي عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع، وعن بيعتين في بيعة، وغير ذلك.

لذلك، يجب أن يبقى "الضمان" على حاله: معروفا، موضوعه: الإرفاق؛ وفي قلبه معاوضة خروجاً به عن مقصده الذي قصده الشارع به، وتغييراً للأحكام، هذا في حالة إذا كان الضامن - فرداً أو مؤسسة - لا ينوي الرجوع بما أدى، فإن نوى الرجوع بما أدى، فسيؤول الأمر إلى قرض بزيادة، وذلك ربا.

لذا، ينبغي تخليص "الضمان" من شائبة الربا، وتركه على حاله الذي وُضِعَ لأجله؛ فبذلك تتميز المعاملات الإسلامية عن غيرها، ويظهر سموها، ورفقيها، وعدلها الذي أراد لها الشارع الحكيم.

توصيات البحث:

وفي ختام هذا البحث أوصي بمجموعة من التوصيات:

* الأولى: ضرورة وأهمية العناية بأحكام المعاملات المالية، ومعرفة مقاصدها التي أراد لها الشارع الحكيم؛ حتى تبقى المعاملات على أصل وضعها، فلا تتحول العقود وتتقلب عن حقيقتها، فيجب أن تبقى "عقود التبرعات" على أصل مقصدها، وتبقى "عقود المعاوضات" متميزة على أصل وضعها، حتى لا تتقلب "عقود التبرعات" إلى "معاوضات"؛ لذلك يجب أن تبقى المعاملات على أصل تمايزها ووضعها الذي أراده الشارع الحكيم وقصده لها.

لكن، كل ذلك لن يتحقق إلا بدراسة الأحكام، وإزالة النظر فيها، ومعرفة ما قرره لها فقهاء الإسلام.

* الثانية: عدم التساهل فيما وقع عليه اتفاق علماء الأمة؛ لأن في ذلك خروجاً عن سبيل المؤمنين وهو: الإجماع، وفيه نوع من المشاقّة، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِفِ الرُّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ ۖ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾ (1)

* الثالثة: أوصى المجتهدين من علماء الأمة المنشغلين بمسائل الاجتهاد والنظر في المستجدات: أن يراعوا بشدّة تصوّر النوازل، وإعادة النظر في كثير منها، حتى يتم تصورها تصوراً سليماً يصون عن الخطأ في الاجتهاد، ولا مانع من النقاش والتعاطي بين المجتهدين

¹ - سورة النساء (الآية 114)

في أحكام النوازل الفقهية، حتى يكون ذلك أضمن لعدم الخطأ في تصور النازلة، وأبعد بالحكم في المسألة عن الخطأ.

* **الرابعة:** أوصي القائمين على المصارف الإسلامية - جزاهم الله خيرا - بأن يراعوا الضوابط الشرعية للمعاملات، وأن يصونوا المؤسسات المصرفية الإسلامية - التي انطبعت بطابع الإسلام - عن الوقوع في الربا وشبهه، فذلك أنقى لها وأبقى، والربا أحق ما حميت مراتعه، وسُدَّت الطرائق المفضية إليه.

* **الخامسة:** ينبغي للمتجه إلى البحث في مسائل النوازل الفقهية المستجدة، أن يتسلَّح بأدوات الاجتهاد، ويضيف إلى معرفة النصوص الشرعية، فهما في الواقع، وحيثيات النازلة المستجدة بما يستطيع من خلاله أن يُنزل الحكم المطابق للمسألة، ويحقق مناطات الأحكام، مراعيًا في ذلك القواعد الفقهية، والمقاصد الشرعية.

* **السادسة:** وفي هذه التوصية أفتح نافذة على آفاق البحث، وأوصي بمزيد من البحث والدراسة لعدد من المسائل ذات الصلة بموضوع "ضمان المال"، وهي:

- مكافأة الضامن دون شرط ولا مواطأة.

- تأثير الضمان التابع في العقود في استحقاق الربح وزيادة الثمن.

- أخذ العوض على الالتزامات غير الضمان.

- بدائل أخذ العوض على الضمان.

وأخيرا: أسأل الله سبحانه وتعالى أن يتقبل مني هذا العمل وأن يجعله خالصا لوجه الكريم، وأن ينفع به، ويجعله لي صدقة جارية إلى يوم الدين.

هذا وما كان في هذا البحث من صواب، فمن الله وحده، وما كان فيه من زلل، فمن نفسي ومن الشيطان، وأستغفر الله منه.

ثم إني أختم بخير ما يُختَم به الكلام، ويجعل مسك الختام، ألا وهو الصلاة والسلام
على خير الأنام، وعلى آله، وصحبه الأعلام، ما دبَّت النجوم في الظلام.

وصلِّ مادام لك البقاء على من الحمد له لواءُ

وآله وصحبه الأعلام ما دبَّت النُّجوم في الظَّلام

فاللهم صل على محمد وعلى آل محمد، كما صلَّيت على إبراهيم، وعلى آل إبراهيم إنك
حميد مجيد، اللهم بارك على محمد وعلى آل محمد، كما باركت على إبراهيم، وعلى آل
إبراهيم إنك حميد مجيد.

سبحان ربك رب العزة عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين.

الفهارس العامة

- فهرست الآيات القرآنية
- فهرست الأحاديث النبوية
- فهرست الأعلام المترجم لهم
- فهرست المصادر والمراجع
- فهرست الموضوعات

فهرست الآيات القرآنية

رقم الصفحة	رقمها	الآية
		سورة البقرة
66	154	﴿وَلَنَبْلُوَنَّكُمْ بِشَيْءٍ مِّنَ الْخَوْفِ وَالْجُوعِ وَنَفْصٍ مِّنَ الْأَمْوَالِ وَالْأَنْفُسِ وَالثَّمَرَاتِ وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ ﴿١٥٤﴾﴾
285	187	﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾
244	231	﴿لَا تَضَارَّ وَالِدَةً يُوَلِّدُهَا وَلَا مَوْلُودًا لَهُ، يُوَلِّدُهُ﴾
285	274	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾
285	277	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنْ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾
251	282	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾
285	130	سورة آل عمران
		﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿١٣٠﴾﴾
66	186	﴿لَتَبْلُوَنَّ بِحِ أَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ﴾

الآية	رقمها	رقم الصفحة
سورة النساء ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَاْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ د بِالْبَاطِلِ﴾	29	285
﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ ۖ وَسَاءَتْ مَصِيرًا ﴿٥١﴾﴾	114	431
سورة المائدة وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٥٨﴾	40	223،196
سورة الأعراف ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾	157	218
سورة التوبة ﴿كَيْفَ وَإِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ لَا يَرْفُقُوا فِيكُمْ ۖ إِلَّا وَلَا ذِمَّةٌ﴾	8	233،235

رقم الصفحة	رقمها	الآية
50،54	66	سورة يوسف ﴿ قَالَ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ﴿٦٦﴾ ﴾
145،34،41،115،146	72	﴿ قَالُوا نَبْغِيذُ صَوَاعِ الْمَلَائِكَةِ وَلَمْ يَجَأْ بِهِ جِئْ بِعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾ ﴾
51	79	﴿ قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَن نَّأَخِذَ إِلَّا مَن وَجَدْنَا مَتَلَعْنَا عِنْدَهُ؛ إِنَّا إِذَا لَطَلِمُونَ ﴿٧٩﴾ ﴾
82،108	92	سورة الإسراء ﴿ أَوْ تُسْفِطَ السَّمَاءُ كَمَا رَعِمْتَ عَلَيْنَا كِسْفًا أَوْ تَأْتِيَ بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا ﴿٩٢﴾ ﴾
208	77	سورة الأنبياء ﴿ وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفِثَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴿٧٧﴾ ﴾

فهرست الأحاديث النبوية

رقم الصفحة	طرف الحديث
197	« إذا قطع السارق فلا غرم عليه »
217	« إذا مر أحدكم في مسجدنا - أو في سوقنا - ومعه نبل، فليمسك على نصالها »
111	« الآن بردت عليه جلده »
205	« أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار »
191, 193	« بل، عارية مضمونة »
136,91	« جزاك الله عن الإسلام خيرا، فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك »
186, 188,194	« خذنها واشترطي لهم الولاء »
66, 67, 342, 382	« الخراج بالضمان »
41, 54, 91,107, 115, 145,177	« الزعيم غارم »
203, 204, 209, 210	« العجماء جرحها جبار »
72	« على اليد ما أخذت حتى تؤديه »
136	« كان رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا يصلي على رجل مات وعليه دين) »
190	« لا، بل عارية مضمونة »
186, 193	« ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله »
191	« المسلمون على شروطهم »
186, 192, 193, 194	« ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل »
108	« من ترك مالا فلورثته، ومن ترك ديناً فإليّ وعليّ »

418	« من شفع لأخيه شفاعته، فأهدى له هدية »
188	« نهى عن بيع الولاء وعن هبته »
136	« هل على صاحبكم من دين »

فهرست الأعلام المترجم لهم

اسم العلم	رقم الصفحة
أبو إبراهيم: اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل بن عمرو بن إسحاق، المُزني، الشافعي	49
أبو إسحاق: إبراهيم بن أحمد المروزي، الشافعي	50
أبو إسحاق: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، الشافعي	53
أبو البركات: أحمد بن الشيخ الصالح محمد العدوي الأزهرى، الشهير بالدردير	46
أبو الحسن: علي بن محمد بن حبيب، البصري، المعروف بالماوردي	49
أبو الحسين : أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان، الحنفي	43
أبو العباس شهاب الدين: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي الصنهاجي، المالكي	42
أبو القاسم: عمر بن الحسين بن عبد الله، الخرقى، الحنبلي، البغدادي	55
أبو المودة ضياء الدين: خليل بن اسحاق الجندي، المالكي	86
أبو الوليد: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، المالكي	84
أبو اليسر: كعب بن عمر	110
أبو بكر: محمد بن مسلم بن شهاب القرشي الزهري	199
أبو جعفر: أحمد بن محمد بن سلامة	111
أبو حفص: عمر بن محمد بن أحمد بن اسماعيل النسفي، السمرقندي، الحنفي	35
أبو عبد الله: محمد بن عرفة	86
أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي	81
أبو عبد الله: محمد بن أحمد بن محمد عlish	47
أبو علي: ابن أبي هريرة البغدادي، الشافعي	50
أبو عمر: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري	83

فهرست المصادر و المراجع

أولا : القرآن الكريم برواية ورش عن الإمام نافع المدني

ثانيا: المصادر والمراجع من الكتب:

1. أبحاث هيئة كبار العلماء، طبع ونشر رئاسة وزارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1422هـ.
2. أبعاد القرار التمويلي والاستثماري في البنوك الإسلامية، تأليف: إبراهيم بن غالي - دراسة تطبيقية - ، ط: دار النفائس، الأردن، ط1، 1433هـ - 2012م.
3. أثر العرف في التشريع الإسلامي، تأليف: د. السيد صالح عوض، ط: دار الكتاب الجامعي، القاهرة (د.ع.ط.ت.ن).
4. الإجماع، تأليف: أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ت: د. صغير أحمد حنيف، مكتبة الفرقان، عجمان، ط2، 1420هـ - 1999م.
5. أحكام القرآن، تأليف: أبي بكر محمد بن عبد الله ابن العربي المالكي، ت: محمد عبد القادر عطا، طبعة: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ - 2003م.
6. أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، تأليف: سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي، ط: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1422هـ - 2002م.
7. اختلاف الفقهاء، تأليف: الإمام العلامة أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ع.ط.ت.ن).
8. إدرار الشروق على أنواء الفروق، تأليف: أبي القاسم قاسم بن عبد الله ابن محمد بن محمد المعروف بابن الشاط الأنصاري المالكي، (طبعة مجموعة مع الفروق لشهاب الدين القرافي المالكي)، ت: عمر حسن القيام، ط: مؤسسة الرسالة، ط1، 1424هـ.

9. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل تأليف: الشيخ محمد ناصر الدين الألباني، طبعة المكتب الإسلامي، ط2، 1405هـ.
10. استثمار المال في الإسلام، أحمد مصطفى عفيفي، ط: مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، ط1، 1424 هـ - 2003م.
11. الاستثمار بالمشاركة في البنوك الإسلامية، تأليف: أحمد محمد محمود نصار، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2010م.
12. الاستثمار والرقابة الشرعية، تأليف: عبد الحميد محمود البعلي، ط: مكتبة وهبة، مصر، ط1، 1991م.
13. الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، تأليف: أبي عمر يوسف بن عبدالله بن عبد البر المالكي، ت: د. عبدالله بن عبد المحسن التركي، ط: دار هجر، القاهرة، مصر، ط1، 1426هـ.
14. أسنى المطالب، شرح روض الطالب، تأليف: أبي يحيى زكرياء الأنصاري، ط: دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، (د.ع.ط. ت.ن.).
15. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشريعة، تأليف: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي الشافعي، ت: محمد محمد تامر وحافظ عاشور، ط: دار السلام، القاهرة، ط1، 1418هـ.
16. الأشباه والنظائر: تأليف: تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي الشافعي، ت: عادل عبد الموجود وعلي محمد معوض، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ.
17. الإشراف على مذاهب أهل العلم، تأليف: الإمام الحافظ الفقيه: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ت: محمد نجيب سراج الدين، ط: إدارة إحياء التراث الإسلامي - دولة قطر، ط1، 1406 هـ - 1986م.

18. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تأليف: القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، ت: الحبيب بن الطاهر، ط: دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ - 1999م
19. الإصابة في تمييز الصحابة، تأليف: الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ع.ط.ت.ن)
20. الاعتمادات المستندية، تأليف: محيي الدين إسماعيل علم الدين، ط: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر، ط1، 1417 هـ - 1996م.
21. إعلام الموقعين عن رب العالمين، تأليف: محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية، ت: مشهور ابن حسن آل سليمان، طبعة، دار ابن الجوزي، الدمام، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423هـ.
22. الإعلام بفوائد عمدة الأحكام: تأليف: الحافظ أبي حفص عمر بن علي المعروف بابن الملقن، ت: عبد العزيز بن أحمد المشيقح، دار العاصمة، ط1، 1421 هـ.
23. الأعلام، خير الدين الزركلي، ط: دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط8، 1989م.
24. الإقناع في مسائل الإجماع، تأليف: الإمام الحافظ أبي الحسن علي بن محمد بن عبد الملك الملقب: بابن القطان الفاسي ، ت: حسن بن فوزي الصعيدي، ط: الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ط1، 1424هـ - 2004م.
25. الإقناع لطالب الانتفاع، تأليف: شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبو النجار الحجاوي، المقري، الحنبلي، ت: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر، طبعة المملكة العربية السعودية، ط2، 1423 هـ - 2002م.
26. الأم، تأليف: الإمام محمد بن إدريس الشافعي، ط: دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ع.ط.)، 1409هـ.

27. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تأليف: علاء الدين علي بن أحمد المرداوي الحنبلي، ت: عبد الله التركي، ط: دار هجر، القاهرة، مصر، ط 1، 1415هـ-1995م.
28. أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تأليف: الشيخ قاسم القونوي، ت: د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، ط: دار الوفاء، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1406هـ - 1986م.
29. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تأليف: زين العابدين ابراهيم بن نجيم الحنفي، ومعه حاشية ابن عابدين المسماة: منحة الخالق، ط: المطبعة العلمية، القاهرة، مصر، ط1، (د.ع. ط. ت. ن).
30. البحر الزخار المعروف بمسند البزار، تأليف: الحافظ الإمام أبي بكر أحمد بن عمر بن عبد الخالق العتكي البزار، ت: د. محفوظ الرحمن زين الله، ط: مؤسسة علوم القرآن، بيروت، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط1، 1409 هـ - 1988م.
31. بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، تأليف: مجموعة من العلماء، ط: دار النفائس، الأردن، ط1، 1418هـ - 1998م.
32. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تأليف: أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ط: دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 6، 1402 هـ - 1982 م.
33. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1406هـ - 1986م.
34. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1406هـ - 1986م.

35. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تأليف: سراج الدين أبي حفص عمر بن علي (ابن الملقن)، ت: مجدي بن السيد أمين وآخرين، ط: دار الهجرة، ط1، 1425هـ.
36. البطاقات البنكية، تأليف: عبد الوهاب أبو سليمان، ط: دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1424هـ.
37. بلغة السالك على الشرح الصغير، تأليف: الشيخ أحمد محمد الصاوي، ضبطه وصححه: محمد عبد السلام شاهين، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415 هـ - 1995م.
38. البنك اللاروي في الإسلام، تأليف: محمد باقر الصدر، ط: دار التعارف للمطبوعات، بيروت، لبنان، (د.ع.ط)، 1414 هـ - 1994م.
39. البنوك الإسلامية - أحكامها - ومبادئها - وتطبيقاتها المصرفية -، تأليف: محمد محمود العجلوني، ط: دار المسيرة، عمان، الأردن، ط1، 1429 هـ - 2008م.
40. البنوك الإسلامية، تأليف: محسن أحمد الخضير، ط: إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 1420 هـ - 1999م.
41. البنوك الإسلامية، تأليف: المنهج والتطبيق، تأليف: مصطفى كمال السيد طایل، ط: دار الوفاء، المنصورة، مصر، (د.ع.ط)، 1408 هـ - 1988 م.
42. البنوك الإسلامية - النقود والبنوك في النظام الإسلامي -، تأليف: د. عوف محمود الكفراوي، ط: مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، مصر، (د.ع.ط)، 2001 م.
43. البنوك الإسلامية، تأليف: د. فليح حسن خلف، ط: عالم الكتب الحديث، عمان، الأردن، ط1، 2006م.

44. البيان في مذهب الإمام الشافعي شرح كتاب المذهب: تأليف: أبي الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني الشافعي، ت: قاسم النوري، ط: دار المنهاج، بيروت، لبنان، ط1، 1421 هـ - 2000 م.
45. تاج العروس من جواهر القاموس، السيد محمد مرتضى الزبيدي، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج وآخرين، مطبعة حكومة الكويت، (د.ع.ط)، 1385 هـ، (وقد رجعت في بعض المواضع لنسخة ت: عبد الكريم الغرابوي، ط: مؤسسة التراث العربي، الكويت، ط1، 1421 هـ - 2000 م.
46. التاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول: تأليف: صديق بن حسن بن علي البخاري القنوجي، دار السلام، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1416 هـ.
47. التاج والإكليل شرح مختصر خليل، تأليف: أبي عبد الله محمد بن يوسف المواق المالكي، (طبعة مجموعة مع مواهب الجليل لأبي عبد الله الخطاب)، ت: الشيخ: زكريا عميرات، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416 هـ - 1995 م.
48. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، تأليف: أبي محمد عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، ط: دار الكتاب الإسلامي، (د.ع.ط.ت.ن).
49. تبين المسالك، شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك، تأليف: محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي الموريتاني، ط: دار الغرب الاسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1416 هـ - 1995 م .
50. تحفة الفقهاء، تأليف: علاء الدين السمرقندي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1405 هـ - 1984 م.
51. تسهيل السابلة لمريد معرفة الحنابلة، تأليف: صالح بن عبد العزيز بن علي آل عثيمين البردي ت: بكر عبد الله أبو زيد، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1421 هـ.

52. تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشرعية الإسلامية، تأليف: سامي حسن محمود، ط: مطبعة الشرق، عمان، الأردن، ط2، 1402 هـ - 1982م.
53. التفريع، تأليف: أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن ابن الجلاب البصري، ت: د. حسين بن سالم الدّهمني، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1408هـ - 1987م.
54. تفسير التحرير والتتوير، تأليف: الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، ط: الدار التونسية للنشر، تونس، (د.ع.ط)، 1984 م.
55. تفسير القرآن العظيم، تأليف: أبي الفداء محمد بن اسماعيل ابن كثير الدمشقي، طبعة مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، مصر، ط1، 2004م.
56. تقرير القواعد وتحرير الفوائد الموسوم ب (قواعد ابن رجب)، للحافظ زين الدين: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، ت: مشهور بن حسن آل سلمان، ط: دار ابن عفان، ط1، 1424م.
57. تكملة المجموع للنووي، تأليف: محمد نجيب المطيعي، ط: مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية (د.ع.ط.ت.ن).
58. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تأليف: الحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت: حسن بن عباس بن قطب، ط: مؤسسة قرطبة، ط1، 1415هـ.
59. التلقين في الفقه المالكي، تأليف: القاضي أبي محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي، تحقيق ودراسة: محمد ثالث سعيد الغاني، طبعة مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، المملكة العربية السعودية، (د.ع.ط.ت.ن).

60. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد البر المالكي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، القاهرة، مصر، ط1، 1426هـ .
61. التمويل بدون نقود، تأليف: محسن أحمد الخصري، ط: مجموعة النيل العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2001 م.
62. تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، تأليف: الحافظ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الهادي، ت: سامي بن محمد بن جاد الله وعبد العزيز بن ناصر الخباني، ط: دار أضواء السلف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1428 هـ .
63. تهذيب اللغة، أبو منصور محمد بن أحمد الأزهرى، ت: عبد السلام هارون، ط: الدار المصرية، (د.ع.ط.ت.ن).
64. تهذيب وتوضيح مغني المحتاج للخطيب الشربيني، تأليف: د. علاء الدين الزعتري، ط: دار العصماء، دمشق، سوريا، ط1، 1427هـ - 2006م.
65. الجامع لأحكام القرآن، تأليف: عبد الله بن محمد الأنصاري، القرطبي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ - 1995م.
66. الجامع لأحكام القرآن، تأليف: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي وشارك في تحقيقه: محمد رضوان عرقسوسي و ماهر حبوش، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1427هـ - 2006م.
67. جواهر الإكليل، شرح مختصر خليل، تأليف: الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، ط: المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، (د.ع.ط.ت.ن).
68. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تأليف: محي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد القرشي الحنفي، ت: عبد الفتاح الحلو، ط: دار هجر، القاهرة، مصر، ط2، 1413هـ - 1993م .

69. حاشية الشيخ: محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف: أبي البركات أحمد بن محمد الدرديري، ط: دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، (د.ع.ط.ت.ن).
70. حاشية سيدي محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرّهوني على شرح الشيخ: عبد الباقي الزُّرقاني وبهامشهما حاشية أبي عبد الله: سيدي محمد بن أحمد بن المدني علي كنون على مختصر خليل، ط: المطبعة الأميرية، مصر، ط1، 1306هـ.
71. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تأليف: الشيخ: أبي الحسن علي بن محمد الماوردي البصري، ت: علي محمد معوض، والشيخ: عادل أحمد عبد الموجود، طبعة دار الكتب، علمية، بيروت، لبنان، ط1، 1414 هـ - 1994م.
72. حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، تأليف: الحافظ أبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1408 هـ - 1988 م.
73. خليل بن إسحاق الجندي المالكي، صححه وعلق عليه الشيخ الطاهر أحمد الزاوي، ط: دار المدار الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 2004 م
74. دليل الطالب لنيل المطالب، تأليف الشيخ: مرعي بن يوسف الكرمي الحنبلي، ت: سلطان بن عبد الرحمن العيد، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، (د.ع.ط.ت.ن)
75. دور عقود التبرعات في تحقيق التكافل الاجتماعي وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، إعداد: د. هناء محمد هلال الحنيطي، ط: دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، الإمارات العربية المتحدة، (د.ع.ط)، 1438 هـ - 2017م.
76. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تأليف: ابراهيم بن علي بن محمد بن فرحون المالكي، ت: مأمون بن محي الدين الجتّان، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ.
77. ديوان الهذليين، ط: دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، ط2، 1995 م.
78. ديوان رؤية بن العجاج التميمي البصري، ط: دار ابن قتيبة، الكويت، (د.ع.ط.ت.ن)

79. الذخيرة، تأليف: الإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ت: الأستاذ: محمد بوخبزة، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1994م.
80. الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، تأليف: عبد الله بن محمد بن حسن السعيد، ط: دار طيبة للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1420هـ - 1999م.
81. الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، تأليف: د. عمر بن عبد العزيز المترك، اعتنى به: بكر عبد الله أبو زيد، ط: دار العاصمة، ط2، 1416هـ.
82. رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تأليف: محمد أمين الشهير بابن عابدين الحنفي، دراسة وتحقيق وتعليق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، ط: دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، (د.ع.ط)، 1423 هـ - 2003 م.
83. السلسلة الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، تأليف: محمد ناصر الدين الألباني، ط: مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، (د.ع.ط)، 1415هـ - 1995م.
84. سنن ابن ماجه، تأليف: الحافظ محمد بن يزيد القزويني، ت: العلامة: محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، ط: مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، (د.ت.ن).
85. سنن أبي داود، تأليف: الحافظ سليمان بن الأشعث السجستاني، ت: العلامة: محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، ط: مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، (د.ت.ن).

86. سنن الترمذي، تأليف: الحافظ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، ت: العلامة: محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، ط: مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، (د.ت.ن).
87. سنن الدار قطني، تأليف: الحافظ علي بن عمر الدارقطني، ت: شعيب الأرنؤوط، وحسن عبد المنعم شلبي، ومحمد كامل قره بللي، وبذيله: التعليق المغني على الدارقطني للمحدث العلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ - 2004م.
88. - المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، ط: دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1418هـ - 1998م.
89. السنن الكبرى ، تأليف: الإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعب النسائي، بإشراف شعيب الأرنؤوط، وتحقيق: حسن عبد المنعم شلبي بمساعدة مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ - 2001م.
90. السنن الكبرى للبيهقي، تأليف: الإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، ت: عبد القادر عطا، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ - 2003م.
91. سنن النسائي، تصنيف الحافظ: أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، ت: محمد ناصر الدين الألباني، ط: مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، (د.ت.ن).
92. سير أعلام النبلاء، تصنيف: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ت: إبراهيم الزبيق، وأشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ - 1983م .

93. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: محمد بن علي الشوكاني، ت: محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (د.ت.ن)
94. الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، تأليف: محمود عبد الكريم أحمد ارشيد، ط: دار النفائس، الأردن، ط1، 1421 هـ - 2001 م.
95. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تأليف العلامة: محمد بن محمد مخلوف، ط: المكتبة السلفية، القاهرة، مصر، (د.ع.ط)، 1349 هـ.
96. شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تأليف: شهاب الدين أبي الفلاح عبد الحي بن أحمد بن محمد العكري، الحنبلي، الدمشقي، المعروف ب: (ابن العماد)، ت: محمود الأرنؤوط، وأشرف على تحقيقه: عبد القادر الأرنؤوط، ط: دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط1، 1406 هـ - 1986 م
97. شرح التلقين في الفقه المالكي للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، تأليف: الإمام أبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري، ت: محمد المختار السلامي، ط: دار الغرب الإسلامي، تونس، ط1، 2008 م .
98. شرح الخرشي على مختصر خليل، تأليف: محمد بن عبد الله الخرشي، ت: زكرياء عميرات، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417 هـ .
99. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للعلامة أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدرديري مع حاشية أحمد محمد الصاوي المالكي، ط: دار المعارف، القاهرة، مصر، (د.ع.ط.ت.ن).
100. الشرح الكبير على مختصر خليل ومعه حاشية الدسوقي، تأليف: أبي البركات أحمد بن محمد الدرديري، ط: دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، (د.ع.ط.ت.ن).

101. شرح حدود ابن عرفة الموسوم ب: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية، تأليف: أبي عبدالله محمد الأنصاري الرصاع، ت: محمد أبو الأجفان، والطاهر المعموري، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1993م.
102. شرح مسلم، تأليف: الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، ط: دار الفكر، بيروت، لبنان، (د.ع.ط)، 1401هـ.
103. شرح مشكل الآثار، تأليف: الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي، ت: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ-1994م.
104. شرح منتهى الإرادات الموسوم ب: (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى)، تأليف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1421 هـ - 2000 م.
105. صحيح البخاري، تأليف: الإمام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، ط: دار ابن كثير، دمشق - وبيروت، ط1، 1423هـ - 2002م.
106. صحيح بن حبان بترتيب ابن بلبان، الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي، ت: شعيب الأرنؤوط، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1414 هـ - 1993م.
107. الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، تأليف: محمد عبد المنعم أبو زيد، ط: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، مصر، ط1، 1417هـ - 1996 م.
108. الضمان في الفقه الاسلامي، تأليف: علي الخفيف، ط: دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، (د.ع.ط)، 2000م.
109. ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، تأليف: عبد الحميد محمود البعلي، ط: مؤسسة الشرق، ط1، 1985 م.

110. طبقات الحنابلة، تأليف: القاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى الفراء البغدادي الحنبلي، ت: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، طبعة خاصة بمناسبة مرور مائة سنة على تأسيس المملكة العربية السعودية، الرياض، ط2، 1419هـ - 1999م.
111. طبقات الشافعية، تأليف: أبي بكر بن أحمد، تقي الدين ابن قاضي شهبة الدمشقي، اعتنى به: د. عبد العليم خان، ط: دائرة المعارف العثمانية، ط1، 1398هـ - 1978م.
112. طبقات الشافعية، تأليف: جمال الدين عبد الرحمن الأسنوي، ت: كمال يوسف الحوت، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1407هـ - 1987م
113. طبقات الفقهاء، تأليف: أبي إسحاق الشيرازي الشافعي، ت: إحسان عباس، ط: دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، (د.ع.ط.ت.ن)
114. طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، تأليف: نجم الدين عمر بن محمد بن حفص النسفي، ت: خليل الميس، دار القلم، بيروت، لبنان، ط1، 1406هـ - 1986م
115. العزيز شرح الوجيز (المعروف بالشرح الكبير)، تأليف: أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، ت: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ - 1997م
116. عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تأليف: جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، ت: د. محمد أبو الأجفان، والأستاذ: عبد الحفيظ منصور، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ - 1999م.
117. العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، تأليف: د. عيسى عبده، ط: دار الاعتصام، القاهرة، مصر، ط1، 1397هـ - 1977م.

118. العقود المالية المركبة - دراسة فقهية تأصيلية وتطبيقية، تأليف: د. عبد الله بن محمد العمراني، ط: دار كنوز اشبيليا، الرياض، (د.ع.ط)، 1427هـ.
119. العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع)، تأليف: مصطفى الزرقا، ط: دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1420 هـ - 1999م.
120. العلل الواردة في الأحاديث النبوية، تأليف: الإمام الحافظ أبي الحسين علي بن عمر ابن أحمد بن مهدي الدارقطني، ت: د. محفوظ الرحمن زين الله، طبعة دار طيبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1406 هـ - 1986م.
121. العلل، تأليف: الحافظ أبي محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم بن دريس الحنظلي الرازي، ت: فريق من الباحثين بإشراف وعناية د. سعد بن عبد الله الحميد وخالد بن عبد الرحمن الجريسي، نشر مكتبة فهد الوطنية، الرياض، المملكة السعودية، ط1، 1427هـ - 2006م
122. عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، تأليف: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الحنبلي، ت: أحمد محمد عزوز، ط: المكتبة الحضرية، صيدا، بيروت، (د.ع.ط)، 1423 هـ - 2003م.
123. عمليات البنوك، تأليف: محمود الكيلاني، ط: دار الجيب، الأردن، (د.ع.ط)، 1992م.
124. عمليات التمويل الإسلامي، تأليف: الدكتور عز الدين محمد خوجة، طبعة المجلس العام البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، (د.ع.ط.ت.ن).
125. العناية شرح الهداية، تأليف: محمد بن محمود بن أحمد البابر تي الحنفي، ت: الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي، طبعة مجموعة مع شرح فتح القدير لابن الهمام، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003 م - 1424هـ.

126. عون المعبود على سنن أبي داود، تأليف العلامة: أبي عبد الرحمن شرف الحق الشهير بمحمد أشرف بن الأمير العظيم آبادي، قدم له واعتنى به: رائد بن صبري ابن أبي علفة، ط: بيت الأفكار الدولية، بيروت، لبنان (د.ع. ط. ت.ن).
127. غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، تأليف: أحمد بن محمد الحموي الحنفي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ - 1985م.
128. فتاوى الإمام النووي المسماة: (المسائل المنثورة) للشيخ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ترتيب تلميذه: الشيخ: علاء الدين بن العطار، أعده الشيخ: أحمد حسن جابر رجب، نشر: مجلة الأزهر، القاهرة، مصر، (د.ع.ط)، 1411هـ .
129. الفتاوى السعدية، تأليف: الشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، نشر المؤسسة السعيدية، الرباط، (د.ع.ط.ت.ن).
130. الفتاوى الكبرى، تأليف: شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية، ت: محمد عبد القادر عطا ومصطفى عبد القادر عطا، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1408هـ.
131. فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، ط: دار المؤيد، ط1، 1424هـ.
132. فتح الباري في شرح صحيح البخاري، تأليف: الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت: عبد القادر بن شيبه الحمد، مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1425هـ.
133. فتح القدير، تأليف: كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام على الهداية، شرح بداية المبتدي، تأليف: برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، ت: الشيخ: عبد الرزاق غالب مهدي ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2013م - 1424هـ.

134. الفروع، تأليف: أبي عبدالله شمس الدين محمد بن مفلح الحنبلي، المقدسي، راجعه عبد الستار أحمد فراج، دار مصر للطباعة، (د.ع.ط)، 1383هـ، (وقد رجعت في بعض المواضع لطبعة أخرى معها تصحيح الفروع لأبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، ت: رائد صبري بن أبي علفة، ط: بيت الافكار الدولية، بيروت، لبنان، (د.ع.ط)، 2005م .
135. الفروق، تأليف: شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المالكي، ت: عمر حسن القيام، ط: مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، ط1، 1424 هـ - 2003م
136. الفقه الإسلامي وأدلته، تأليف: أ. د. وهبة الزحيلي، ط: دار الفكر، دمشق، ط3، 1989م.
137. فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، تأليف: أ. د. علي أحمد السالوس، ط: مكتبة دار القرآن، مصر، ودار الثقافة، قطر، ومؤسسة الريان، لبنان، ط7، 1429هـ - 2008م .
138. فقه المعاملات المالية - دراسة مقارنة - تأليف: د. محمد علي عثمان الفقي، ط: دار المريخ، الرياض، المملكة العربية السعودية، (د.ع.ط)، 1406 هـ - 1986م .
139. فقه النوازل، تأليف: بكر عبد الله أبو زيد، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، (د.ع.ط. ت.ن)
140. الفوائد البهية في تراجم الحنفية، تأليف: العلامة أبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي، ط: دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ع.ط، ت.ن)
141. القاموس المحيط، تأليف: محي الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، ت: مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوس، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط6، 1419-1998م، (وقد رجعت أيضا إلى نسخة ط: طبعة الهيئة

المصرية العامة للكتاب نسخة مصورة عن الطبعة الثالثة للطبعة الأميرية سنة 1301هـ).

142. القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تأليف: أبي بكر محمد بن عبدالله بن العربي المالكي، ت: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط: دار هجر، القاهرة، مصر، ط1، 1426هـ.

143. قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، إعداد المجموعة الشرعية بمصرف الراجحي، ط: دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1431هـ - 2010م.

144. قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، جمع تنسيق وفهرست: د. عبد الستار أبو غدة، و د. عز الدين محمد خوجة، نشر مجموعة دلة البركة، جدة المملكة العربية السعودية، ط6، 1422هـ - 2001م.

145. القرض الحسن وأحكامه في الفقه الإسلامي، محمد نور الدين أردنية، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، (د.ع.ط)، 2010 م.

146. قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، تأليف: د. نزيه حماد، ط: دار القلم - دمشق -، والدار الشامية - بيروت -، ط1، 1421هـ - 2001م

147. قواعد الأحكام في مصالح الأئام الموسوم ب (القواعد الكبرى)، تأليف: الشيخ عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الشافعي، ت: د. نزيه حماد، و د. عثمان جمعة ضميرية، ط: دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1421هـ.

148. الكافي في فقه أهل المدينة، تأليف: أبي عمر يوسف بن عبد البر المالكي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1413 هـ - 1992م.

149. كتاب التعريفات، تأليف: العلامة: علي بن محمد الشريف الجرجاني، ط: مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، (د.ع.ط)، 1985م.

150. كتاب النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تأليف: أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي زيد القيرواني، ت: الأستاذ: محمد الأمين بوخبزة، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1989 م.
151. كتاب: الملكية في الشريعة الإسلامية، تأليف: عبد السلام العبادي، ط: مكتبة الأقصى، عمان، الأردن، ط1، 1975 م.
152. كشف القناع عن متن الإقناع تأليف: الشيخ: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي، ت: محمد أمين الضناوي، ط: عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1417 هـ - 1997 م.
153. كفاف المبتدي من فني العادات والتعبد، تأليف العلامة محمد مولود بن أحمد فال اليعقوبي الموسوي الشنقيطي، نشر دار الرضوان، نواكشوط - موريتانيا، ط1، 1429 هـ - 2008 م.
154. الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية، د. علي أحمد السالوس، ط: مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1406 هـ - 1986 م.
155. الكليات، تأليف: أبي البقاء أيوب الكفوي، ت: عدنان درويش، محمد المصري، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1419 هـ - 1998 م.
156. لسان العرب، تأليف: محمد بن مكرم بن منظور، اعتنى بتصحيحها: أمين محمد عبد الوهاب، ومحمد الصادق العبيدي، ط: دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، ط3، 1419 هـ - 1999 م.
157. المبدع شرح المقنع، تأليف: أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن مفلح الحنبلي، ت: محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ - 1993 م.

158. المبسوط، تأليف: محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، ط: دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ع.ط)، 1416هـ.
159. مجمع الضمانات، تأليف: أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي الحنفي، ت: أ. د أحمد محمد السراج، و أ. د علي جمعة محمد، ط: دار السلام، القاهرة، مصر، ط1، 1420 هـ - 1999م.
160. مجمل اللغة، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ت: زهير عبد المحسن سلطان، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1406هـ - 1986م.
161. محاسن التأويل، تأليف: محمد جمال الدين القاسمي، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1435هـ - 2010م
162. المحرر في الحديث، تأليف: الحافظ محمد بن أحمد الجماعيلي الصالحي، الشهير: بابن عبد الهادي، ت: عادل الهدبا ومحمد علوش، دار العطاء، ط1، 1422هـ .
163. المحرر، تأليف: مجد الدين ابن تيمية الحنبلي، ت: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط: مؤسسة الرسالة، ط1، 1428هـ.
164. المحلى، تأليف: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: ت: محمد منير الدمشقي، ط: المطبعة المنيرية، القاهرة، مصر، ط1، 1350هـ.
165. مختار الصحاح، تأليف: محمد بن أبي بكر الرازي، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، (د.ع.ط)، 1995م، (ورجعت في بعض المواضع لنسخة ط: المطبعة الكلية، مصر، ط1، 1329هـ)
166. مختصر الخرقى مع شرحه للشيخ خالد بن عبد الله الأنصاري، ط: دار الاعتصام، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1425هـ.

167. مختصر القدوري في الفقه الحنفي، تأليف: العلامة: أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري الحنفي البغدادي، ت: كامل محمد عويضة، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416 هـ - 1995م.
168. المدخل الفقهي العام، تأليف: مصطفى أحمد الزرقا، ط: مطابع ألف باء الأديب، دمشق، سوريا، ط9، 1967 م.
169. المدخل إلى فقه المعاملات المالية، تأليف أ. د. محمد عثمان شبير، ط: دار النفائس، عمان، الأردن، ط2، 1430 هـ - 2010م.
170. المدخل إلى نظرية الالتزام، تأليف: مصطفى الزرقا، ط: دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1420 هـ - 1999م.
171. المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، ط: دار الكتب، العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415 هـ - 1994م.
172. مرام المجتدي من شرح كفاف المبتدي، تأليف: العلامة: محمد الحسن بن أحمد الخديم الشنقيطي، ط: دار الرضوان، نواكشوط، موريتانيا، ط3، 1421 هـ - 2000م.
173. مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه برواية إسحاق بن منصور الكوسج المروزي، ت: مجموعة من الباحثين في الجامعة الإسلامية، طبعة الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط1، 1425 هـ - 2004م.
174. مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ط: دار المغني، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1419م - 1998م.
175. مسند الإمام أحمد، ت: الشيخ شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، وجمال عبد اللطيف، ط: مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1420 هـ - 1999م.

176. مشكاة المصابيح، تأليف: محمد بن عبد الله الخطيب التبريزي، ت: محمد ناصر الدين الألباني، ط: المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1399 هـ - 1979 م.
177. المصارف الإسلامية، تأليف: نصر الدين فضل المولى، ط: دار العلم، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1985 م.
178. المصارف الإسلامية، دراسة شرعية لعدد منها، سلسلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جدة، ط1، (د.ت.ن).
179. المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، تأليف: د. غريب الجمال ط: دار الاتحاد العربي، القاهرة، مصر، (د.ع.ط.ت.ن).
180. المصباح المنير، تأليف: أحمد بن محمد الفيومي، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، ط1، 1987 م.
181. المصنف، تأليف: الحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، نشر المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1403 هـ - 1983 م.
182. المصنف، تأليف: الحافظ أبي بكر بن أبي شيبة، ت: محمد عوامة، ط: دار القبلة، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1428 هـ.
183. المضاربة - حقيقتها - أحكامها - تطبيقاتها المعاصرة، تأليف: محمد طه إسماعيل بيوضي، ط: دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1432 هـ - 2011 م.
184. معالم السنن أبو سليمان الخطابي الشافعي، ت: محمد صامد الفقي، وأحمد شاكر، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ع.ط.ت.ن).
185. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، تأليف: د. محمد عثمان شبير، ط: دار النفائس، الأردن، ط6، 1427 هـ - 2007 م.

186. المعاملات المالية المعاصرة، تأليف: أ. د . وهبة الزحيلي، ط: دار الفكر، دمشق، ط2، 1432 هـ - 2011م.
187. المعاملات المالية المعاصرة، تأليف: عبدالله بالمنعم، ط: دار إقرأ للنشر والتوزيع ، ط1، 1429هـ - 2009م.
188. المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة، البحرين، (د.ع.ط)، 1431هـ.
189. المعجم الأوسط، تأليف: الحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، ت: أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد وأبو فضل عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، ط: دار الحرمين، القاهرة، مصر، (د.ع.ط)، 1415 هـ - 1995م.
190. معجم البلدان، تأليف: شهاب الدين أبي عبدالله: ياقوت الحموي البغدادي، ط: دار صادر، بيروت، لبنان، (د.ع.ط)، 1397هـ - 1977م.
191. معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، تأليف د. نزيه حماد، ط: دار الشامية، بيروت، لبنان، ودار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1429 هـ - 2008 م
192. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، طبعة مكتبة الشروق الدولية، ط4، 1425هـ - 2004م
193. معجم لغة الفقهاء، وضع أ. د. محمد رواس قلعة جي، ط: دار النفائس، بيروت، لبنان، ط2، 1408 هـ - 1988م.
194. معجم مقاييس اللغة، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، ت: عبد السلام هارون، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط3، (د.ت.ن)
195. المعونة على مذهب المدينة: تأليف: القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي ت: محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ - 1998م

196. المعيار المعرب والجامع المغرب، تأليف: أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، حققه جماعة من الفقهاء بإشراف: د. محمد حجي، نشر وارة الأوقاف - المملكة المغربية ودار الغرب الإسلامي، بيروت، (د.ع.ط) 1401 هـ - 1981م.
197. المغرب في ترتيب المعرب، تأليف: أبي المكارم ناصر المطرزي، ط: دار الكتاب العربي، (د.ع.ط.ت.ن).
198. المغني، تأليف: موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي (ت620هـ)، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، ط: دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط3، 1417هـ - 1997م.
199. مفردات ألفاظ القرآن، تأليف: الراغب الأصفهاني، ت: صفوان عدنان داوودي، دار القلم، دمشق، ط3، 1423هـ.
200. المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، تأليف: أبي العباس أحمد بن عمر القرطبي المالكي، ت: محيي الدين ديب مستور وآخرين، ط: دار ابن كثير، دمشق، ط1، 1417هـ.
201. مقاصد الشريعة الإسلامية، تأليف: الإمام محمد الطاهر ابن عاشور، ط: دار السلام، القاهرة، مصر، ودار سحنون تونس، ط1، 1433هـ - 2012م.
202. المقدمات الممهّدات، تأليف: أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، ت: سعيد أحمد أعراب، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1408 هـ - 1988م.
203. المنتقى شرح موطأ مالك، تأليف: القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، ت: محمد عبد القادر أحمد عطاء، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ - 1999م، (وقد رجعت في بعض المواضع لنسخة طبعتها دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، (د.ت.ن).

204. المنشور في القواعد الفقهية: بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي، ت: د. تيسير فائق، ط: وزارة الأوقاف التونسية، ط1، 1405هـ.
205. منح الجليل على مختصر خليل، تأليف العلامة: محمد عlish، ط: مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا، (د.ع. ط. ت.ن)
206. منهاج الطالبين وعمدة المفتين، تأليف: محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، عني به: محمد طاهر سفيان، ط: دار المنهاج، بيروت، لبنان، ط1، 1426هـ - 2005 م
207. المذهب في فقه الإمام الشافعي، تأليف: أبي إسحاق الشيرازي، ت: د. محمد الزحيلي، ط: دار القلم، دمشق، ودار الشامية، بيروت، ط1، 1417هـ - 1996م
208. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تأليف: أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب المالكي، دار الفكر، ط3، 1412هـ، (وقد رجعت في بعض المواضع إلى طبعة أخرى، ت: الشيخ: زكريا عميرات، ط: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ - 1995م).
209. المؤسسات المالية الإسلامية ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، تأليف: صالح حميد العلي، ط: دار النوادر، سوريا، دمشق، ط1، 1429هـ - 2008م.
210. الموسوعة الاقتصادية، تأليف: راشد البراوي، ط" دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط2، 1407هـ، 1987م.
211. الموسوعة الفقهية، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت، ط: دار الصفة، مصر، ط1، 1417هـ - 1996م.
212. موسوعة فقه المعاملات المالية المقارن، تأليف: علاء الدين الزعتري، ط: دار العصماء، سوريا، ط1، 1433هـ - 2012م.

213. الموطأ، تأليف: الإمام: مالك بن أنس، رواية يحيى بن يحيى الليثي، ت: بشار عواد معروف، ط: دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1417هـ-1997م.
214. ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تأليف: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ت: علي محمد البجاوي، ط: دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د.ع. ط. ت.ن)
215. نصب الراية لأحاديث الهداية، تأليف: جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، ت: محمد عوامة، دار القبلة، جدة، ط1، 1418هـ.
216. نظرية الضمان الشخصي، محمد إبراهيم موسى، نشر الرسائل الجامعية رقم6، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1419هـ-1991م
217. نظرية الضمان في الفقه الاسلامي العام، تأليف: محمد فوزي فضل الله، ط: مكتبة دار التراث، الكويت، ط1، 1403هـ-1983م
218. النقود والمصارف في النظام الإسلامي، تأليف: د.عوف محمود الكفراوي، ط: دار الجامعات المصرية، ط2، 1407هـ.
219. نهاية المطلب في دراية المذهب، تأليف: إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، الشافعي، ت: أ. د. عبد العظيم محمود الديب، ط: دار المنهاج، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1428 هـ - 2007م.
220. نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تأليف: محمد بن علي الشوكاني، ت: طارق بن عوض الله بن محمد، ط: دار ابن القيم، الرباط، ط1، 1426هـ.
221. الوافي بالوفيات، تأليف: صلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي، ت: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، ط: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ-2000م.

222. واقعات المفتين، تأليف: الإمام المحقق والفقير الشيخ: عبد القادر بن يوسف الشهير بقدرى أفندي الحنفي، طبعة المطبعة المنيرية، بولاق، مصر، ط1، 1300هـ.

223. الوجيز في فقه الإمام الشافعي للعلامة أبي حامد: محمد بن محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: علي معوض، وعادل عبد الموجود، ط: دار الأرقم، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ - 1997 م.

224. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تأليف: أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، ت: إحسان عباس، ط: دار صادر، بيروت، لبنان، (د.ع.ط.ت.ن).

225. مختصر الخرقى مع شرح الزركشي، تأليف: الإمام شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي، المصري، ت: عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، ط: مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1413 هـ - 1993 م.

ثالثاً: المجلات

226. مجلة مجمع الفقه الإسلامي الصادرة عن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، المملكة العربية السعودية، الأعداد: العدد الثاني، بتاريخ: 1406 هـ - 1986 م، العدد السابع، بتاريخ: 1412 هـ - 1992 م، العدد التاسع، بتاريخ: 1416 هـ - 1996 م، العدد العاشر، بتاريخ: 1418 هـ - 1997 م، العدد الثاني عشر، بتاريخ: 1421 هـ - 2000 م.

227. مجلة البحوث الإسلامية، العدد الثامن، تاريخ الإصدار: من ذو القعدة إلى صفر 1403 هـ - 1404 هـ، الصادرة عن الهيئة العامة للبحوث العلمية والافتاء، الرياض، المملكة العربية السعودية.

228. مجلة البحوث الإسلامية، العدد الخامس والثلاثون، تاريخ الإصدار: ذو القعدة - صفر 1412هـ - 1413م، الصادرة عن الهيئة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، الرياض، المملكة العربية السعودية.

229. مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، المملكة العربية السعودية، رجب 1421هـ - 2000م.

رابعاً: الأبحاث و الندوات

230. أعمال الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي، المنعقدة بتاريخ: 7-11 رجب 1407هـ، الموافق: 7-11 مارس 1987م.

231. بحث: الالتزامات الشرعية والمعاوضة عليها، للشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع، وهو: بحث مقدم للدورة الثانية والعشرين للمجمع الفقهي الإسلامي - التابع لرابطة العالم الإسلامي - المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من: 21 - 25 رجب 1436هـ، الموافق: 10 - 14 مايو 2015م.

232. بحث: المصارف، معاملاتها، وودائعها وفوائدها - مصطفى أحمد الزرقا، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، السنة الأولى، العدد الأول، بتاريخ: 1406هـ - 1986م،

233. بحث: الإجارة المنتهية بالتملك، د. محمد بن سلمان بن عثمان المنيعي، بحث منشور بمجلة العدل، العدد 13، محرم 1422هـ.

234. بحث بعنوان: خطاب الضمان، إعداد الشيخ: بكر أبو زيد، وهو بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية المنعقدة

بجدة، المملكة العربية السعودية، بتاريخ: 10-16 ربيع الآخر 1406هـ، الموافق: 22-28 ديسمبر 1985م.

235. بحث: بطاقات الائتمان - حسن الجواهري - بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثامنة، المنعقدة في : بندر سيرى بيجوان، بروناي دار السلام، في الفترة من : 1-7 محرم 1414هـ، الموافق: 21-27 يونيو 1993م.

236. بحث: خطاب الضمان، إعداد: د. سامي حمود، وهو: بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية المنعقدة بجدة، المملكة العربية السعودية، بتاريخ: 10-16 ربيع الآخر 1406هـ، الموافق: 22-28 ديسمبر 1985م.

خامسا: قرارات المجامع الفقهية و الهيئات الشرعية

237. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم (12/2)/(12)، بخصوص "خطاب الضمان"، الصادر عن دورته الثانية المنعقدة بجدة، المملكة العربية السعودية، بتاريخ: 10-16 ربيع الآخر 1406هـ، الموافق: 22-28 ديسمبر 1985م.

238. قرار الفتوى رقم (1/3)، الصادرة عن ندوة البركة الثالثة للاقتصاد الاسلامي المنعقدة باستانبول بتاريخ: 8-10 محرم 1406هـ، الموافق: 23-25 سبتمبر 1985م، في موضوع: "تكييف خطاب الضمان ومدى جواز أخذ الأجر عليه".

239. قرار الندوة الفقهية الأولى لمصرف أبو ظبي الإسلامي، المنعقدة بأبوظبي، الإمارات العربية المتحدة يوم السبت 15 شعبان 1426هـ، في موضوع: "خطاب الضمان المصرفي" : نظرة فقهية معاصرة في تكييفه وبدائله.

240. قرار رقم (16)، في موضوع "ضوابط البطاقات الائتمانية"، الصادر عن الهيئة الشرعية "البنك البلاد" في جلستها الخامسة والثلاثين بعد المائة (135)، بتاريخ: 1426/03/2هـ، الموافق: 2005/04/11م، بالرياض، المملكة العربية السعودية.
241. قرار رقم (29)، في موضوع: "حكم أخذ أجر على إصدار خطاب الضمان"، الصادر عن الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية بالرياض، المملكة العربية السعودية، بتاريخ: 1410/08/4هـ.
242. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، بخصوص "الإيجار المنتهي بالتمليك، وصكوك التأجير"، رقم: (110) / (12/4)، الصادر عن دورة مؤتمره الثانية عشرة المنعقدة بالرياض، المملكة العربية السعودية، بتاريخ: 25 جمادى الآخرة إلى غرة رجب 1421هـ، الموافق: 23- 28 سبتمبر 2000م.
243. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، رقم: 65(3/7) بخصوص موضوع "عقد الاستصناع"، الصادر عن الدورة السابعة المنعقدة بتاريخ: 7- 12 ذي القعدة 1412هـ، الموافق: 9- 14 مايو 1992م، بجدة، المملكة العربية السعودية.
244. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: 51(2/6)، بخصوص "بيع التقسيط" في دورته السادسة المنعقدة بجدة، المملكة العربية السعودية بتاريخ: 17- 23 شعبان 1410هـ، الموافق: 14- 20 مارس 1990م.
245. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: (13)/(1/3)، بخصوص موضوع: "أجور خدمات القروض في البنك الإسلامي للتنمية"، الصادر عن الدورة الثالثة، المنعقدة بعمان، الأردن، بتاريخ: 8 - 13 صفر 1409هـ، الموافق: 11- 16 أكتوبر 1986م.

246. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: (40-41)، (3/5 و 2/5)، بشأن: "الوفاء بالوعد والمراوحة للآمر بالشراء"، في دورة مؤتمره الخامس المنعقد بالكويت، من 1- 6 جمادى الأولى 1409هـ، الموافق: 10- 15 ديسمبر 1988م.

247. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم: 86 (3/9)، بشأن: "الودائع المصرفية (حسابات المصارف)"، في دورة مؤتمره التاسع المنعقد بأبي ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، من: 1- 6 ذي القعدة 1415هـ، الموافق: 1- 6 ابريل 1995م.

248. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، بشأن موضوع: "بطاقات الائتمان غير المغطاة"، رقم: 108 (2/12)، الصادر عن دورة مؤتمره الثانية عشرة المنعقدة بالرياض، المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ إلى 1 رجب 1421هـ، الموافق: 23- 28 سبتمبر 2000م

سادسا: المواقع الإلكترونية

249. موقع: منتدى الحوار الإسلامي: www.al7ewar.net

فهرست الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة.....	1
أولاً: أهمية موضوع البحث.....	2
ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث.....	3
ثالثاً: الدراسات السابقة.....	4
رابعاً: مشكلة البحث.....	15
خامساً: فرضيات البحث.....	17
سادساً: حدود البحث.....	17
سابعاً: أهداف البحث.....	17
ثامناً: المنهج العلمي المتبع في البحث.....	20
تاسعاً: خطة البحث.....	23
عاشراً: صعوبات البحث.....	28
الحادي عشر: جدول الرموز والاختصارات المستخدمة في البحث.....	30
مدخل تمهيدي: الضمان في الفقه الإسلامي.....	31
المبحث الأول: تعريف الضمان.....	32
المطلب الأول: الضمان لغة.....	32
المطلب الثاني : الضمان اصطلاحاً.....	35

المطلب الثالث: الألفاظ ذات الصلة بالضمان	39
المبحث الثاني: مشروعية الضمان وأقسامه وأسبابه	41
المطلب الأول: مشروعية الضمان	41
المطلب الثاني: أقسام الضمان	43
المطلب الثالث: أسباب الضمان	58
الباب الأول: الضمان المالي والعوض عنه في الفقه الإسلامي	77
الفصل الأول: تعريف الضمان المالي وبيان أحكامه	78
المبحث الأول: تعريف الضمان المالي	78
المطلب الأول: الضمان المالي في اصطلاح الفقهاء	78
المطلب الثاني: مناقشة تعريفات "الضمان" عند الفقهاء المعاصرين، وبيان التعريف المختار	92
المطلب الثالث: الفرق بين الضمان المالي وغيره من الضمانات	94
المبحث الثاني: أحكام الضمان المالي	105
المطلب الأول: أحكام الصيغة وما ينعقد به الضمان	106
المطلب الثاني: أحكام أطراف الضمان (الضامن، والمضمون له، والمضمون عنه، والمضمون)	123
المطلب الثالث: آثار الضمان بالمال	146
الفصل الثاني: العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي	163
المبحث الأول: الضمانات والعوض في الفقه الإسلامي	163
المطلب الأول: مفهوم العوض	163

163	الفرع الأول: العوض لغة
167	الفرع الثاني: العوض اصطلاحاً
168	المطلب الثاني: مفهوم الضمانات والعوض فيها
169	الفرع الأول: مفهوم الضمانات
179	الفرع الثاني: العوض في الضمانات
219	المبحث الثاني: العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي
219	المطلب الأول: المفاهيم والتصور الفقهي للعوض عن الضمان المالي
219	الفرع الأول: مفاهيم تتعلق بالضمان المالي
240	الفرع الثاني: التصور الفقهي للعوض عن الضمان المالي
252	المطلب الثاني: آراء الفقهاء في العوض عن الضمان المالي
252	الفرع الأول: آراء جمهور الفقهاء في العوض عن الضمان المالي
274	الفرع الثاني: آراء الفقهاء المخالفين للجمهور
287	الباب الثاني: تطبيقات العوض عن الضمان المالي في المصارف الإسلامية
288	الفصل الأول: المصارف الإسلامية ومجالات الضمان فيها
289	المبحث الأول: المصارف الإسلامية (الخصائص والأهداف)
289	المطلب الأول: مفهوم المصارف الإسلامية
289	الفرع الأول: أصل كلمة "مصرف" في اللغة
290	الفرع الثاني: المصرف الإسلامي في المصطلح المعاصر
293	المطلب الثاني: خصائص المصارف الإسلامية وأهدافها

293	الفرع الأول: خصائص المصارف الإسلامية.....
298	الفرع الثاني: أهداف المصارف الإسلامية.....
300	المبحث الثاني: مجالات الضمان في المصارف الإسلامية.....
300	المطلب الأول: الضمان في مجال الأنشطة الاستثمارية في المصارف الإسلامية .
301	الفرع الأول: النشاط الاستثماري في المصارف الإسلامية
338	الفرع الثاني : الضمان في الأنشطة الاستثمارية في المصارف الإسلامية
346	المطلب الثاني: الضمان في مجال الخدمات المصرفية
	الفرع الأول: الضمان في مجموعة الخدمات المصرفية التي لا تتضمن تقديم تسهيلات
346	مصرفية.....
	الفرع الثاني: الضمان في مجموعة الخدمات المصرفية التي تتضمن تقديم تسهيلات
355	مصرفية.....
369	الفصل الثاني: الضمان المالي والعوض عنه في الخطابات المصرفية
369	المبحث الأول: خطاب الضمان.....
369	المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان
369	الفرع الأول: خطاب الضمان لغة
370	الفرع الثاني: خطاب الضمان اصطلاحا.....
373	المطلب الثاني: أنواع خطابات الضمان.....
376	المطلب الثالث: التكيف الفقهي لخطاب الضمان
388	المطلب الرابع: حكم أخذ العوض عن خطاب الضمان
399	المبحث الثاني: خطاب الاعتماد المستندي

399	المطلب الأول: تعريف الاعتماد المستندي.....
399	الفرع الأول: الاعتماد المستندي لغة.....
400	الفرع الثاني: الاعتماد المستندي اصطلاحاً.....
404	المطلب الثاني: أنواع الاعتمادات المستندية.....
406	المطلب الثالث: التكييف الفقهي للاعتماد المستندي.....
417	المطلب الرابع: حكم أخذ العوض عن الضمان في الاعتماد المستندي.....
422	خاتمة.....
434	الفهارس العامة.....
435	فهرست الآيات القرآنية.....
440	فهرست الأعلام المترجم لهم.....
442	فهرست المصادر و المراجع.....
473	فهرست الموضوعات.....

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبشكره تزيد النعم، وله سبحانه الفضل، والمنة، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله، وصحبه، ومن اهتدى بهديه، واتبع سنته إلى يوم الدين.

أما بعد، فإن "ضمان المال"، وسيلة من أهم وسائل توثيق الحقوق المالية، ومنه يمكن استيفاء الحقّ، شرع تيسيرا على المسلمين، وقضاء لحوائجهم، وتحقيقا للتعاون بينهم.

وكان المسلمون يقومون به على وجه المعروف والإحسان؛ طلبا للأجر، وتفريجا للكرب.

كما يعتبر "ضمان المال"، من أهم المواضيع المطروحة في الساحة المالية المعاصرة؛ وذلك لماله من أهمية كبيرة في مجال توثيق الديون، واستيفاء الحقوق، وتحقيق أمان للدائنين من مخاطر عدم وفاء المدينين، وتفريج كروب المدينين بالتحمل عنهم، والتعهد لأصحاب الحقوق، بالتزام الحق لهم؛ فظهرت بذلك الحاجة إليه، وكثرت؛ خصوصا في هذا العصر، وصار تقديمه من قبل المصارف غالبا؛ لذلك اتجهت كثير من المصارف الإسلامية إلى أخذ العوض عليه.

ولما كان هذا الموضوع بحاجة إلى مزيد بحث وعناية، رغبت أن أبحثه تحت عنوان:

"العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية"

ولهذا الموضوع أهمية كبيرة تظهر من خلال النقاط التالية:

1. اتساع الحاجة إلى "الضمان" في هذا العصر، واشتراطه في كثير من الحقوق

والالتزامات، وارتباطه بمجموعة من العقود المالية المعاصرة.

2. أن الحكم في مسألة "العوض عن الضمان المالي"، صار ذا تأثير كبير في

مجموعة من المعاملات المالية المعاصرة التي خُرِجت على أنها "ضمان"،

وتجربها المصارف الإسلامية؛ فتأكد ضرورة معرفة "حكم أخذ العوض عن

الضمان فيها"، ومدى شرعيته.

3. أن الحكم في هذه المسألة؛ كان مستقرا عند المتقدمين، فلما كثرت الحاجة إلى

الضمان في هذا العصر؛ أعاد مجموعة من الباحثين النظر فيما قرره الفقهاء

المتقدمون، وأوردوا عليه إيرادات كثيرة؛ منها ما يقدر في أصل الحكم عندهم،

ومنها ما يقدر في جانب من جوانبه، ولاشك أن النظر في هذه الإيرادات،

والمناقشات، مفيد في ضبط المسألة، وتحرير محل الحكم فيها، وتمييزها عما

يشبهها، وإيجاد المخارج، والحلول التي يحصل بها المقصود من تجنب

المحذور، ثم بيان ما ترجح فيها بناء على نصوص الشريعة، ومقاصدها،

والقواعد الفقهية الضابطة للمعاملات، والحاكمة لها .

4. الحاجة إلى جمع شتات المادة، وما تفرق من كلام العلماء فيها من مصادره،

وضبط ذلك وجمعه، حتى تحصل لدينا مادة علمية وافية تحيط بالموضوع من

جميع جوانبه، وتسد ثغراته، ويمكن من خلالها أن تتبين المسألة، وتتجلي،

ويتضح الحكم فيها، والتعرف عليها، والإجابة على الأسئلة الواردة فيها

تأصيلا، وتطبيقا.

5. حاجة المؤسسات المالية الإسلامية الماسة في التعرف على الحكم في هذه المسألة؛ وكذا تأكيد المجامع الفقهية، وتوصيات المؤتمرات، والندوات، على ضرورة مزيد البحث في هذه المسألة، وبيان الحكم الشرعي فيها. كل ذلك، يؤكد على أهمية البحث في هذا الموضوع، والكتابة فيه. وقد دعتني أسباب إلى خوض غمار هذا الموضوع، وشق عبابه، منها:

1. داعي التخصص، وهو: الفقه، والاقتصاد الإسلامي؛ ومعلوم أن فقه المعاملات المالية، هو: مادة من مواد الاقتصاد الإسلامي.
2. حرص الأستاذ المشرف، وحثه على الإتيان بالجديد في مجال التخصص، والكتابة فيما هو مفيد.
3. نصح أهل التخصص والخبرة - في مجال المعاملات المالية المعاصرة - لي بعد المشورة معهم، في البحث في هذا الموضوع باعتباره إشكالية معاصرة تحتاج مزيد بحث، ودراسة، حيث لم تستكمل بعد حظها من الكتابة، والتحرير بما يعالجها معالجة شاملة تحيط بكل جوانبها النظرية، والتطبيقية.
4. رغبتني في تحرير المسائل الفقهية ذات العلاقة بالنوازل، والمستجدات، والتعرف على الحكم الشرعي فيها.
5. قناعتي بأن "المال": كان وما يزال عصب الحياة، وفي واقعنا اليوم استُحدثت كثير من المعاملات المالية التي يجب علينا معرفة حكم الله فيها، وإعمال المَلَكَةِ في تكييفها حتى تتضح صورتها شرعا، ومن هذه المعاملات: مسائل "الضمان" المعاصر؛ فقد استحدثت فيها كثير من المعاملات التي يجب تكييفها شرعا، ومعرفة مدى تحقق مناط حكم "الضمان" فيها، ومن ثم إنزال حكم العوض عليها.

فلذلك، كانت رغبتى شديدة في بيان أحكام هذه المعاملات؛ حتى يتميز حلالها من حرامها؛ ولأن ذلك يتوقف عليه طيب الكسب؛ خصوصا أن المعاملات المالية المعاصرة لا مناص منها للمرء في واقعنا اليوم مهما حرص - بل واشتد حرصه - ، فلن ينجو من الدخول فيها؛ لذا وجب توضيح الأحكام الشرعية فيها، حتى تتم المعاملات وفق ضوابط الشرع.

وتعتبر قضية: "العوض عن الضمان المالي": من أهم هذه المواضيع المالية المعاصرة التي شغلت الباحثين في مجال فقه المعاملات المالية المعاصرة، نظرا لارتباطها بكثير من عقود الضمان المالي المعاصر الذي تجرّيه المصارف الإسلامية، وارتباط الضمان بتوثيق الحقوق المالية، وأهميته، ودوره في تحقيق الثقة بين الدائنين.

هذا، ولكون كثير من هذه المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة - نظرا للحاجة - أصبحت تتجه إلى ممارسة "الضمان" في أنشطتها، بل وتقتطع أجرا (عوضا) مقابل تقديمه لطالبيه؛ ظهرت إشكالية البحث في قضية: "الاستعاضة على الضمان المالي، وحكمها شرعا"، وهل يجوز الخروج على الإجماع المنقول في شأنها؟ وهل هناك ما يُبرر الخروج عليه؟ خصوصا وأن هناك من الباحثين المعاصرين من يرى الجواز، ويعتبر أن أقوال الفقهاء المانعين في المسألة؛ قابلة للمراجعة على أساس قواعد الشريعة، وضوابطها، وأن تغير الزمان، وتوسع مجال المعاملات المالية يجري على الأحكام المتغيرة؛ وقد اقتضى هذا النقاش ضرورة بسط الكلام في هذه القضية، ودراستها بصفة موسعة من أجل التوصل إلى الرأي الراجح فيها؛ انطلاقا من نصوص الشريعة، ومقاصدها، وأقوال الفقهاء في الضمان المالي؛ ومستصحا واقع الضمان المالي المعاصر في المصارف الإسلامية.

وتتفرع عن هذه المشكلة، الأسئلة التالية:

1- هل الضمان المالي شُرع كعقد توثيق يراد به الإرفاق؟ أم يمكن أن ينقلب عقد معاوضة، يجوز الاسترباح عليه؟

2- كيف تصور الفقهاء العوض عن الضمان المالي؟ وماهي نظرتهم إليه؟

3- ماهي مقاصد الشريعة الإسلامية في الضمان المالي؟، وهل يصح قصده للمعاوضة؟

4- ماحكم المعاوضة على الضمان المالي عند الفقهاء؟، وهل يصح الخروج على ما اتفقوا عليه في شأنها؟، وهل وُجد في واقع الضمان المعاصر ما يبرر الخروج على ذلك الاتفاق؟

5- هل يمكن أن يتغير الحكم في المعاوضة على الضمان المالي المعاصر - الذي تُجرّيه المصارف الإسلامية - مراعاة للواقع؟ أم الحكم باق على ما قرره فقهاء المسلمين، واتفقت كلمتهم عليه في منع أخذ عوض عنه؟

6- كيف نستطيع إعمال النصوص الشرعية، ونستفيد من الموروث الفقهي - في الضمان - في حل مسائل، وإشكالات، ونوازل الضمان المالي المعاصر الذي تجرّيه المصارف الإسلامية؟

وأما بالنسبة للدراسات السابقة في قضية: "العوض عن الضمان المالي"؛ فقد ظهر للباحث من خلال تتبعها، أنها لاتزال تحتاج إلى مزيد بحث، وبسط كلام؛ نظرا لما يثار من نقاش حولها شرعا؛ وذلك انطلاقا من نصوص الشريعة الواردة في "الضمان"، وفقه العلماء فيها، وما نُقل عنهم في هذه القضية، مع مراعاة الضوابط والمقاصد الشرعية، في تنزيل تلك الأحكام في واقع "الضمان المالي المعاصر الذي تجرّيه المصارف الإسلامية"، وأيضا من

أجل سد ثغرة في مجال البحث في هذا الموضوع، كما هو توصية كثير من المؤتمرات، والندوات الدولية حول هذه القضية؛ نظرا لأهمية "ضمان المال"، في مجال توثيق الحقوق المالية، ولارتباطه بكثير من المعاملات المالية المعاصرة التي احتيج فيها إلى "الضمان" كوسيلة من وسائل توثيق الديون، واستيفاء الحقوق.

وأما بالنسبة لفرضية البحث فهي أن: "عقد ضمان المال في التشريع الإسلامي"؛ شرع لأجل الترفق والإحسان، ومعالجة أزمة الثقة بين الدائن والمدين، ويعزز مقصد حفظ المال.

وقد تضافرت النصوص الشرعية في جوازه، وأهميته، وغطت جميع نوازل المعاصرة، وما قد يعرض فيه من أسئلة، وتناول الفقهاء أحكامه، وقعدوا فيه، ونظروا؛ لذلك، جاءت هذه الدراسة لتجيب على تلك الأسئلة، والنوازل بما ورد من نصوص شرعية، وخلفه الفقهاء من موروث فقهي في شأن العوض عن الضمان المالي، وأحكامه.

وينطلق البحث في حدود ذلك: من نصوص الشريعة، ومقاصدها، وأقوال فقهاء المذاهب المعتبرة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، ومن ثم استثمار تلك النصوص في معالجة واقع الضمان المالي، والعوض عنه في المصارف الإسلامية.

ويسعى البحث إلى تحقيق أهداف، من أهمها:

1. الإجابة عن مشكلة البحث وأسئلته، ومن ثم محاولة سد ثغرة في باب البحث في

"المعاوضة على الضمان المالي"، وإشكالية "الاستعاضة عليه في واقع الضمان المالي المعاصر في المصارف الإسلامية".

2. بيان أن: "الشريعة الإسلامية": حددت عقودا للمعاوضات، وأخرى للتبرعات

والإرفاق؛ فلا يجوز تغيير حقيقة العقود وقلبها؛ بل يجب أن نحافظ على مقاصد المعاملات كما هي، حتى تبقى مَعَالِمُ الشريعة في المُعاملات ثابتة.

3. تبين أن: "عقود التبرع": يراد منها المحافظة على جانب التبرع لدى المسلمين، وإظهار قدر دينهم، وفضله وميزته، وأن المعاملات في الإسلام ليست كلها معاوضة مبنية على المشاحة؛ بل هناك "عقود تبرع" مبنية على الترفق والإحسان، ويراد منها الاستيثاق، وبث روح الأمان والطمأنينة، والثقة في قلب الدائن، وكذا الإحسان، والتوسع، وتفريج الكرب، ورفع الضيق عن المدين بالتحمل عنه؛ لذلك كان هذا الجانب مقصداً من مقاصد جعل الضمان: "عقد تبرع وإرفاق" في العقود الشرعية التي جاءت بها شريعة الإسلام؛ فإذا قلبناه إلى معاوضة، فقد قضينا على جانب الرفق والإحسان في هذا العقد الذي يحتاجه الناس في معاملاتهم، وتُرفع الضرورة والحاجة إليه.

كذلك، فإن "الضامن"، إذا كان في نظر الشريعة، غارماً بتحملة الدين عن المدين، فكيف يتحول في واقعنا اليوم إلى غانمٍ يستريح على ضمانه، ويجعله مجالاً للكسب، والمعاوضة.

4. توضيح أن: "الضامن" لا يخلو من احتمالين:

أولاً: أن يضمن بأمر المضمون عنه، ولا يؤدي عنه شيئاً.

ثانياً: أن يضمن بأمر المضمون عنه، ثم يرجع بما أدى عليه.

ففي الحالة الأولى: إذا أخذ الضامن أجراً مقابل ضمانه: فإن أخذه الأجر بدون مقابل وبغير وجه: يعد من أكل أموال الناس بالباطل، وخارج عن مقصد الترفق، والإحسان المقصود في الضمان.

وأما في الحالة الثانية: إذا أدى الضامن عن المضمون عنه، ثم رجع عليه بما أدى، ففي هذه الحالة يعتبر الضامن مُقرضاً للمضمون عنه، فإذا أخذ مقابلاً على ما دفع عن المضمون عنه، كان زيادة على أصل إقراض، وذلك ربا عند عامة فقهاء المسلمين.

5. إظهار أن: المعاوضة على "ضمان المال" تُخرجه عن إطاره ومقصده، وتفتح باباً على الحرام، فإما أكلٌ للمال بالباطل، والخروج عن مقتضى الإرفاق والإحسان المقصود في الضمان، أو الدخول في الربا وشبهه بحجة الضمان، والتسُّرُّ تحت ستاره؛ والربا أحق ما حميت مراتعه، وسدت الطرائق دونه.

6. حل مشكلة، أو (نازلة) الحكم في قضية: أخذ العوض، أو (الأجر) على ضمان المال في المصارف الإسلامية؛ فما قامت هذه المصارف الإسلامية؛ إلا لتطبيق المعاملات الإسلامية كما أرادت لها الشريعة الإسلامية؛ وكما حدده فقهاء المسلمين، وقرروه من قواعد، وأحكام مستنبطة من نصوص الشريعة؛ فما الواجب الشرعي الذي يجب أن تسلكه اتجاه زبنائها عندما تقوم بالضمان عنهم؟ هذا، وغيره من الأهداف، هو ما يهدف البحث إلى الإجابة عنه.

7. بيان حكم أخذ العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي، وتوضيح أحكامه تأصيلاً، وتطبيقاً.

8. إبراز سمو الشريعة الإسلامية، وأحكامها، ومقاصدها، وتميُّز معاملاتها عن غيرها، وإظهار جانب الاحتساب في معاملاتها، ودخوله في التيسير على الناس معاملاتهم، وكونه مقصداً من مقاصد التشريع الحكيم في عقود الإرفاق والتبرعات، مثل: الضمان.

ومن خلال هذه الأهداف، تبرز أهمية وضرورة أن يجعل الباحثون - في مجال المعاملات المالية المعاصرة - من صميم أهداف بحوثهم: تقديم الحلول في المسائل المشككة، والنوازل المطروحة في ساحة المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة، والتي تسعى إلى إحداث البديل، وتقديمه للمجتمعات المسلمة التي تريد الابتعاد عن الحرام وأكله، والتقيد بالمعاملات المشروعة، بعيداً عن الربا وطرائقه، وكذا المعاملات المحرمة الأخرى، كأكل المال بالباطل، والغش، والظلم، والغرر...؛ فكل هذه المعاملات نصت الشريعة على حرمتها، فهي من الكسب

الخبيث الذي يجب الابتعاد عنه، لمن يؤمن بالله واليوم الآخر، ويسعى لتطهير كسبه، وأكل الحلال.

• وأما منهجي في كتابة البحث: فقد اعتمدت فيه أساسا على منهجين، هما:
أولا: المنهج الوصفي: وقد وظفته من خلال جمع المعلومات الخاصة بموضوع البحث، ثم وصف، وبيان دورها، ودلالاتها الشرعية.

ثانيا: المنهج التحليلي الاستنباطي: وقد تم توظيفه من خلال تحليل النصوص، وتتبع مختلف آراء الفقهاء في المسألة - محل البحث - ، وإبراز مواقفهم الاجتهادية فيها، وبيان ما استندوا إليه من أدلة، ومحاولة مناقشة آرائهم، والتعليق عليها، وكذا محاولة استنباط الحكم من النصوص الشرعية للمسائل المبحوثة النازلة ذات العلاقة بموضوع البحث، والموازنة بين آراء الفقهاء في المسائل، وعرضها، وبيان الرأي فيها ما أمكن ذلك، ثم الترجيح مع بيان سببه، إن تيسر ذلك.

وأما منهجي في تقسيمه: فقد قسمته إلى:

مقدمة، ومدخل تمهيدي، وبابين، وخاتمة

تتاولت المقدمة: أهمية موضوع البحث، وأسباب اختياره، والدراسات السابقة له، ومشكلة البحث، وفرضياته، وحدود البحث، وأهدافه، والمنهج العلمي المتبع في البحث، وخطته، وصعوباته، وجدول الرموز والاختصارات المستخدمة في البحث.

وأما المدخل التمهيدي، والأبواب، والخاتمة، فقد جاءت خطتها على النحو التالي:

مدخل تمهيدي بعنوان: الضمان في الفقه الإسلامي، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف الضمان، وتحتة ثلاث مطالب:

المطلب الأول: الضمان لغة

المطلب الثاني: الضمان اصطلاحاً

المطلب الثالث: الألفاظ ذات الصلة بالضمان

المبحث الثاني: مشروعية الضمان، وأقسامه، وأسبابه، وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: مشروعية الضمان

المطلب الثاني: أقسام الضمان

المطلب الثالث: أسباب الضمان

الباب الأول: الضمان المالي والعوض عنه في الفقه الإسلامي، وفيه فصلان:

الفصل الأول: تعريف الضمان المالي وبيان أحكامه، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تعريف الضمان المالي، وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: الضمان المالي في اصطلاح الفقهاء

المطلب الثاني: مناقشة تعريفات الضمان عند الفقهاء المعاصرين، وبيان التعريف

المختار

المطلب الثالث: الفرق بين الضمان المالي، وغيره من الضمانات

المبحث الثاني: أحكام الضمان المالي، وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: أحكام الصيغة، وما ينعقد به الضمان

المطلب الثاني: أحكام أطراف الضمان (الضامن، والمضمون له، والمضمون عنه،

والمضمون)

المطلب الثالث: آثار الضمان بالمال.

الفصل الثاني: العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الضمانات والعوض في الفقه الإسلامي، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم العوض، وفيه فرعان:

الفرع الأول: العوض لغة

الفرع الثاني: العوض اصطلاحاً

المطلب الثاني: مفهوم الضمانات والعوض فيها، وفيه فرعان:

الفرع الأول: مفهوم الضمانات

الفرع الثاني: العوض في الضمانات

المبحث الثاني: العوض عن الضمان المالي في الفقه الإسلامي، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المفاهيم والتصور الفقهي للعوض عن الضمان المالي، وفيه فرعان:

الفرع الأول: مفاهيم تتعلق بالضمان المالي

الفرع الثاني: التصور الفقهي للعوض عن الضمان المالي

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في العوض عن الضمان المالي، وفيه فرعان:

الفرع الأول: آراء جمهور الفقهاء في العوض عن الضمان المالي

الفرع الثاني: آراء الفقهاء المخالفين للجمهور

خلاصة

الباب الثاني: تطبيقات العوض عن الضمان المالي في المصارف الإسلامية، وفيه فصلان:

الفصل الأول: المصارف الإسلامية ومجالات الضمان فيها، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: المصارف الإسلامية (الخصائص والأهداف)، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم المصارف الإسلامية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: أصل كلمة مصرف في اللغة

الفرع الثاني: المصرف الإسلامي في المصطلح المعاصر

المطلب الثاني: خصائص المصارف الإسلامية، وأهدافها، وفيه فرعان:

الفرع الأول: خصائص المصارف الإسلامية

الفرع الثاني: أهداف المصارف الإسلامية

المبحث الثاني: مجالات الضمان في المصارف الإسلامية، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الضمان في مجال الأنشطة الاستثمارية في المصارف الإسلامية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: النشاط الاستثماري في المصارف الإسلامية

الفرع الثاني: الضمان في الأنشطة الاستثمارية في المصارف الإسلامية

المطلب الثاني: الضمان في مجال الخدمات المصرفية، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الضمان في مجموعة الخدمات المصرفية التي لا تتضمن تقديم تسهيلات

مصرفية

الفرع الثاني: الضمان في مجموعة الخدمات المصرفية التي تتضمن تقديم تسهيلات
مصرفية

الفصل الثاني: الضمان المالي والعوض عنه في الخطابات المصرفية، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: خطاب الضمان، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف خطاب الضمان، وفيه فرعان:

الفرع الأول: خطاب الضمان لغة

الفرع الثاني: خطاب الضمان اصطلاحاً

المطلب الثاني: أنواع خطابات الضمان

المطلب الثالث: التكيف الفقهي لخطاب الضمان

المطلب الرابع: حكم أخذ العوض عن خطاب الضمان

المبحث الثاني: خطاب الاعتماد المستندي، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف خطاب الاعتماد المستندي، وفيه فرعان:

الفرع الأول: الاعتماد المستندي لغة

الفرع الثاني: الاعتماد المستندي اصطلاحاً

المطلب الثاني: أنواع الاعتمادات المستندية

المطلب الثالث: التكيف الفقهي للاعتماد المستندي

المطلب الرابع: حكم أخذ العوض عن الضمان في الاعتماد المستندي

خاتمة: وقد تضمنت أهم النتائج التي توصل إليها البحث، وأهم توصياته.

ومن أهم هذه النتائج والتوصيات، ما يلي:

* الأولى: أن "ضمان المال": وسيلة مهمة من وسائل توثيق الديون، وهو تأمين للدائن من مخاطر عدم وفاء المدين.

* الثانية: أن معنى "الضمان المالي" الذي خرج به الباحث، هو: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في المطالبة بحق مالي"، لذلك للدائن الحق في التوجه إلى مطالبة الضامن، مثلما له الحق في مطالبة المدين.

* الثالثة: الضمان المالي: توثيق للدين، وأمان لصاحب الحق من مخاطر عدم وفاء المدين.

* الرابعة: شُرع هذا النوع من العقود لتفريج الكربات، وترسيخ مبدأ التبرعات، تماما مثل القرض، فالضمان معروف موضوعه الإرفاق، فإذا اشترط الضامن لنفسه حقا خرج عن موضوعه فمنع صحته.

* الخامسة: الضمانات أنواع كلها شرعت لصون الحقوق كما قد رأينا في هذه الدراسة، و "الضمان المالي" أحد هذه الضمانات، وله أهميته، وضرورته.

* السادسة: أوضحت هذه الدراسة مجالات الضمان عموما، وأقسامه، وأسبابه، وركزت على "ضمان الديون" لكونه موضوع الدراسة.

* السابعة: إن من أهم آثار "ضمان المال": أنه يُنشئ علاقة بين الضامن، والمضمون له (صاحب الحق)، أدق ما يمكنني أن أعبر به عنها أنها: "علاقة تَوَسُّطٍ وَتَوَثُّقٍ"، فهو: تَوَسُّطٌ بين الدائن والمدين في الأداء، وَتَوَثُّقٌ للدين في ذمة الضامن؛ حيث يصير مطالبا بالدين، كالأصيل.

*الثامنة: الضمان: عقد تبرع: يقصد للإرفاق والإحسان، ويراد به: "التوثق والتَّرفُّق".

*التاسعة: لا يجوز أخذ العوض عن "ضمان المال" لكونه معروفا وتبرعا، وهذا حيث لا ينوي الضامن الرجوع بما أدى عن المضمون عنه، فإذا أدى عن المضمون عنه الدين، ثم رجع بما أدى، صار مقرضا بزيادة، وذلك ربا محرم شرعا، نصَّ على هذا عامة الفقهاء رحمهم الله.

* العاشرة: اتفقت كلمة فقهاء المذاهب الأربعة على عدم جواز أخذ عوض عن الضمان.

* الحادية عشرة: نقل غير واحد من العلماء الإجماع على عدم جواز أخذ عوض عن الضمان، والخروج عن هذا الإجماع قد لا يجد ما يبرره.

*الثانية عشر: جُلُّ المحققين على أن عبارة "إسحاق بن راهويه" - رحمه الله - في قوله: "ما أعطاه من شيء فهو حسن" على أنه:

- من باب المكافأة غير المشروطة.

- أو ما أعطاه تنفيذا للشرط.

- وجمهور الفقهاء على أن الضمان بشرط الجعل فاسد.

* الثالثة عشرة: اشترط الفقهاء للضامن أهلية التبرع؛ لأن الضمان: تبرع محض لا مصلحة فيه للضامن، وهذا حيث لم ينو الضامن الرجوع بما أدى، فإذا نوى الرجوع بما أدى، صار كالمقرض، والقرض: عقد إرفاق لا مصلحة فيه للمقرض، وإذا أخذ أجرا، أو عوضا، صار مقرضا بزيادة، وذلك ممنوع شرعا؛ لأنه صار قرضا جر نفعاً، وذلك ربا ممنوع، وعلى هذا اتفقت كلمة الفقهاء رحمهم الله.

* الرابعة عشرة: علل الفقهاء - رحمهم الله - منع "أخذ العوض عن الضمان" بمجموع

علل منها:

1- أن الضامن إذا أدى عن المضمون عنه، ثم رجع على المضمون عنه بما أدى، فإنه يكون حينئذ مقرضا، فإذا أخذ أجرا، أو عوضا على ضمانه، صار مقرضا بزيادة، وذلك قرض بمنفعة، وهو حرام، لأنه ربا، ومعلوم أدلة تحريم الربا.

2- أن الضمان: معروف محض، وعقد تبرع غير مُتموّل، يقصد به توثيق الحقوق ومبناه على الإرفاق والإحسان، وأخذ العوض عليه يناهض هذه المقاصد، ويغير حقيقته، فينقله إلى باب المعاوضة والتكسب، فالضمان: معروف ولا يجوز أن يأخذ عوض عن معروف، وعقود التبرعات، ومنها الضمان: لا يقصد به سوى ثواب الله ورفع الضيق عن الحبيب، والمعاوضة عليه تخرجه عن مقصد الشارع منه تماما، كعقد القرض.

فالشريعة الإسلامية: حددت عقودا للتبرع، وأخرى للمعاوضة؛ فلا ينبغي تغيير العقود عن حقيقتها، والخروج بها عن أصل وضعها ومقصدتها الشرعي، الذي شرعت من أجله في الإسلام.

3- إذا أدى المضمون عنه عن نفسه، وأخذ الضامن عوضا عن ضمانه كان أخذه للعوض من أكل المال بالباطل؛ لأنه مال أُخذ بدون مقابل، وقد نهى الله عز وجل: عن أكل المال بالباطل.

4- علل بعض الفقهاء منع أخذ الأجر (العوض) عن الضمان بأنه: رشوة، وهي: عوض مالي بدون مقابل، وأخذ مال بغير حق، وبعضهم صرح بالمنع على أنه: سُخْتُ؛ وذلك لكونه مال حرام؛ أخذ بدون مبرر.

5- وعَلَّ بعضهم المنع وقال: إنه غرر؛ لأن من أخذ عشرة على أن يتحمل مائة، لم يدر هل يفلس من تحمل عنه، أو يغيب فيخسر مائة ولم يأخذ إلا العشرة، أو يسلم من الغرامة، فيفوز بالعشرة.

وكل هذه العلل منصوص على تحريمها في الشرع، بنصوص صحيحة، صريحة.

* الخامسة عشرة: - إذا كان الجعل للمدين، جاز بلا قيد حلول الدين.

- وإذا كان من رب الدين للمدين على أن يأتيه بضامن: فجائز، لكن شرط الجواز: حلول الدين.

- وإذا كان الجعل من أجنبي للمدين على أن يأتي بضامن: فجائز مطلقاً.

- وإذا كان الجعل للضامن (الحميل): رُدَّ قولاً واحداً، سواء كان من رب الدين، أو من المدين، أو من غيرهما.

* السادسة عشرة: الضمان بشرط الجعل: فاسد، وإذا لم يُشترط فيه الجعل: صحَّ الضمان، ورُدَّ الجعل.

* السابعة عشرة: إذا كان الجعل بعلم رب الدين: فالحمالة: فاسدة، وإن لم يكن بعلمه فهي: لازمة، والجعل مردود.

* الثامنة عشرة: اختلف الفقهاء المعاصرون في جواز أخذ العوض عن الضمان، فمنهم من منع ذلك مطلقاً، ومنهم من أجازَه مطلقاً، ومنهم من حصر المنع في الحالات التي لا يؤول فيها الضمان إلى قرض.

* التاسعة عشرة: ناقش المجيزون من المعاصرين أدلة المنع، وسلم من المناقشة المؤثرة مجموعة من الأدلة منها:

- مصير أخذ العوض عن الضمان إلى قرض جر نفعاً، وذلك ربا؛ فيكون داخلاً في عموم أدلة تحريم الربا، والربا مجمع على حرمة، كما هو معلوم.

- وجود الضرر؛ فيصير داخلاً في عموم النهي عن الضرر.

- إذا كان يحرم على المقرض حقيقة أخذ العوض على القرض؛ فلأن يحرم على الملتزم بالإقراض، وأخذ العوض، من باب أولى.

- نقل غير واحد من العلماء إجماع المتقدمين على منع أخذ العوض عن الضمان، ولم يظهر نقل صحيح، صريح، ينقض هذا الإجماع، أو يخرقه.

* العشرون: أدلة المجيزين لا تقوى إلى مرحلة التجويز، وما استدلوا به:

- إما أن يكون في غير محل النزاع.

- أو يكون غير مسلم من أصله لعدم تحقق شرط الاستدلال به.

- وإما أن يكون قياساً مع الفارق، أو على مسائل مختلف فيها.

* الحادية والعشرون: القول بجواز أخذ العوض عن الضمان، إذا كان لا يؤول إلى

قرض، لا يخلو من احتمالين:

الاحتمال الأول: أن يكون المراد به أن يقطع ابتداء - أي عند إنشاء الضمان - أنه لا

يؤول إلى قرض، فهذا في الحقيقة ليس بضمان؛ لأنه يتنافى مع حقيقة الضمان، والأثر

المتربط عليه، وإن وُجد التزام يُقطع فيه ابتداء بأنه لا يؤول إلى قرض، فهو شيء آخر غير

الضمان، وهو بحاجة إلى توضيح معالمه، وكشف حقيقته، حتى يُنظر في حكم أخذ العوض

عنه.

الاحتمال الثاني: أن يكون احتمال مصير الضمان إلى قرض قائماً، ولكن يوقف الحكم على ما يؤول إليه الحال في النهاية، فإن آل إلى القرض منعنا أخذ العوض عليه، وإلا أجزناه، وهذا هو الظاهر من كلام المجيزين، وهو غير مُسَلَّم.

* الثانية والعشرون: يجب أن يكون الضمان في المصارف الإسلامية متفقاً مع أحكام الضمان في الفقه الإسلامي، ومتمشياً مع قواعده، ومقاصده؛ وإلا خالف معنى الضمان الشرعي، وصار كالضمان في البنوك الربوية؛ لذلك، وجب على المصارف الإسلامية عدم الخروج عن ضوابط الشرع في أحكام الضمان، ومن ذلك جعل الضمان مجالاً للمعاوضة، وفرصة للاسترباح، فهذا هو حالة الضمان في البنوك التقليدية، ونتيجة لذلك، لن يكون هناك فرق، بين الضمان في المصارف الإسلامية، والضمان في البنوك التقليدية الربوية.

* الثالثة والعشرون: إذا قامت المصارف الإسلامية بالضمان لصالح عملائها بإحدى وسائل الضمان التي تقوم بها؛ فلا يجوز لها أخذ عوض عن ضمانها، ويجوز لها أخذ مقابل نفقاتها، وما تكبدته من مصاريف، وقامت به من خدمات فعلية مصاحبة للضمان، لكن بشرط عدم الزيادة على الكلفة الحقيقية للخدمات، وعدم الزيادة على أجر المثل، حتى لا يتحول الضمان ستاراً للاسترباح منه، بحجة تكاليف، ونفقات، وخدمات المصرف، بل يكون الأجر مقابل: التكلفة، والخدمة فقط، لا مقابل: الضمان.

* الرابعة والعشرون: أعمال المصارف الإسلامية منها ما هو: خدمات تجوز المعاوضة عليه، ومنها ما هو: ضمان: لا تجوز المعاوضة عليه، ومنها ما هو: وكالة: يجوز أخذ أجر عليها، ومنها ما هو: مضمون كالودائع المدفوعة على شكل قروض، فالواجب أن تبقى هذه العقود شرعاً كما هي عليه، وألا تُغيّر حقيقتها بالتحايل من أجل الاسترباح منها، حتى تبقى المصارف الإسلامية منضبطة، ومتبعة لأحكام الشرع، ومقاصده في العقود، والمعاملات.

* الخامسة والعشرون: لا تضمن عقود الأمانات كالمضاربة، والمشاركة مثلاً، إلا بثبوت التعدي فيها، أو التفريط من قبل المصرف الإسلامي، ولو اشترط عليه ضمانها، فجمهور العلماء على عدم صحة التضمين بالشرط، حيث يتحول الأمين في عقود الأمانات إلى ضامن؛ لذلك، يجب أن يبقى الأمين في عقود الأمانات على أصل أمانته، ولا يضمن إلا في حالة ثبوت التعدي، أو التفريط عليه؛ فضمان هذه العقود، ولو بالشرط، قد يقلبها عن حقيقتها الشرعية؛ فتتحول المضاربة مثلاً إلى: قرض بشرط الضمان.

فلذلك، إذا كان مقتضى العقد أنه: أمانة، ثم شرط فيه الضمان، فقد التزم ضمان ما لم يوجد شرعاً سبب لضمانه؛ فلم يلزمه.

ثم إن الشريعة جعلت للعقود أحكاماً معتبرة وآثاراً، ومن ذلك تحديد من عليه الضمان في كل عقد، فنقل الضمان بالشرط عن محله، فيه تغيير للآثار التي جعلتها الشريعة للعقود.

* السادسة والعشرون: الذي يترجح لدى الباحث هو أن: "خطاب الضمان" الذي تجريه المصارف الإسلامية، هو: "عقد ضمان"، وتجري عليه أحكام الضمان في الفقه الإسلامي؛ لذلك، لا يجوز أخذ أجر عليه، سواء غُطي، أو لم يُغطى، وفي حالة توكيل العميل (المضمون عنه) للمصرف (الضامن) بالسداد عنه من غطاءه الذي قدم له وفاء بدينه؛ فيجوز حينئذ للمصرف (الضامن) أخذ أجر مقابل وكالته، وذلك لا ينفي كون العلاقة بينه وبين العميل أنها: ضمان، ولو كان المبلغ مغطى، ويكون الأجر مقابل الوكالة لا عن الضمان، وقد نص الفقهاء على جواز أن يوكل المدين الضامن في توصيل مبلغ الدين إلى صاحب الحق (الدائن).

* السابعة والعشرون: تبقى العلاقة بين الأطراف - العميل، والمصرف، والمستفيد - في خطاب الضمان: علاقة ضمان، سواء تمت تغطية المبلغ، أم لم تتم!

* الثامنة والعشرون: الذي يترجّح لدى الباحث في تكييف "خطاب الاعتماد المستندي" هو أنه: "عقد ضمان"، وتجري عليه أحكام الضمان في الفقه الإسلامي؛ لذلك لا يجوز أخذ أجر عليه لقاء إجراء عملية "خطاب الاعتماد المستندي"، وسواء في ذلك غُطي مبلغ الاعتماد، أم لم يُعطى.

* التاسعة والعشرون: بطاقة الائتمان تختلف حسب التغطية، أو عدمها:

- فإن كانت مغطاة: فما يسحبه العميل بها هو من غطاءه، ويجوز له ذلك، وما يأخذه من السلع بها، يدفع عنه المصرف ثمنه كوكيل عنه في إتمام العملية والدفع.

- أما إذا كانت غير مغطاة: فما يسحبه العميل من النقود بها، هو: قرض في ذمته، وما يأخذه من السلع بها هو: دين في ذمته يجب عليه الوفاء به، أو هو: بيع آجل حسب الصيغة التي يختارها المصرف، ويتم الاتفاق عليها بينه، وبين العميل.

* الثلاثون: يجوز للمصرف الإسلامي: أن يأخذ عمولة السمسرة من التجار والمحلات التي اعتمدت "بطاقة الائتمان".

* الحادية والثلاثون: تَمَيَّز المصارف الإسلامية، وريادتها، هو: بالالتزام أحكام الشرع في المعاملات، والانضباط بما قيده، وسَطَرَه فقهاء المسلمين، وقَعَدَوْه من أحكام فقه المعاملات المالية، والخروج عن ذلك يُفَرِّغ هذه المصارف من معناها، ويجعلها فقط صورة بلا معنى، وحكاية لما عليه البنوك الربوية؛ فلا يكون لها تميزا عنها؛ وبذلك تخرج عن مقصدها الذي قامت من أجله، وهو: التزام أحكام الشرع في معاملاتها.

* الثانية والثلاثون: إن من التيسير على الناس في معاملاتهم، أن يكون للاحتساب نصيب فيها، وبقدر ما يوجد بقدر ما يكون التيسير، وبقدر ما يتخلف بقدر ما يكون التضييق والتعسير، فاطرّاح الاحتساب، تضييق وتعسير في المعاملات، لا تيسير.

* الثالثة والثلاثون: إن تهاون الناس في أخذ الأجر على "عقود التبرع"، كالضمان والقرض، يؤدي بهم إلى الوقوع في الربا، إما باستمراءهم التهاون وتجربتهم على الحرام، أو من خلال وقوعهم في المكروه، أو المشكوك في تحريمه، أو بالاحتيال بهذا على هذا، ومعلوم أن الحيلة ممنوعة في الإسلام، والربا أحق ما حميت مراتعه، وسُدَّت الطرائق المفضية إليه.

ثم إن النهي قد ورد عن عقود كثيرة كيلا تكون ذريعة إلى الربا، من ذلك النهي عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع، وعن بيعتين في بيعة، وغير ذلك.

لذلك، يجب أن يبقى "الضمان" على حاله: معروفاً، موضوعه: الإرفاق؛ وفي قلبه معاوضة خروجاً به عن مقصده الذي قصده الشارع به، وتغييراً للأحكام، هذا في حالة إذا كان الضامن - فرداً أو مؤسسة - لا ينوي الرجوع بما أدى، فإن نوى الرجوع بما أدى، فسيؤول الأمر إلى قرض بزيادة، وذلك ربا.

لذا، ينبغي تخليص "الضمان" من شائبة الربا، وتركه على حاله الذي وُضِعَ لأجله؛ فبذلك تتميز المعاملات الإسلامية عن غيرها، ويظهر سموها، ورفيها، وعدلها الذي أراد لها الشارع الحكيم.

وأما توصيات البحث: فمن أهمها:

* الأولى: ضرورة وأهمية العناية بأحكام المعاملات المالية، ومعرفة مقاصدها التي أراد لها الشارع الحكيم؛ حتى تبقى المعاملات على أصل وضعها، فلا تتحول العقود وتتقلب عن حقيقتها، فيجب أن تبقى "عقود التبرعات" على أصل مقصدها، وتبقى "عقود المعاوضات" متميزة على أصل وضعها، حتى لا تتقلب "عقود التبرعات" إلى "معاوضات"؛ لذلك يجب أن تبقى المعاملات على أصل تمايزها ووضعها الذي أراده الشارع الحكيم وقصده لها.

لكن، كل ذلك لن يتحقق إلا بدراسة الأحكام، وإجالة النظر فيها، ومعرفة ما قرره لها فقهاء الإسلام.

* الثانية: عدم التساهل فيما وقع عليه اتفاق علماء الأمة؛ لأن في ذلك خروجاً عن سبيل المؤمنين وهو: الإجماع، وفيه نوع من المُشاقَّة، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ ۖ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾ (1)

* الثالثة: أوصى المجتهدين من علماء الأمة المنشغلين بمسائل الاجتهاد والنظر في المستجدات: أن يراعوا بِشِدَّةَ تَصَوُّرِ النوازل، وإعادة النظر في كثير منها، حتى يتم تصورها تصوراً سليماً يصون عن الخطأ في الاجتهاد، ولا مانع من النقاش والتعاطي بين المجتهدين في أحكام النوازل الفقهية، حتى يكون ذلك أضمن لعدم الخطأ في تصور النازلة، وأبعد بالحكم في المسألة عن الخطأ.

* الرابعة: أوصي القائمين على المصارف الإسلامية - جزاهم الله خيراً - بأن يراعوا الضوابط الشرعية للمعاملات، وأن يصونوا المؤسسات المصرفية الإسلامية - التي انطبعت بطابع الإسلام - عن الوقوع في الربا وشبهه، فذلك أنقى لها وأبقى، والربا أحق ما حميت مراتعه، وسُدَّت الطرائق المفضية إليه.

* الخامسة: ينبغي للمتجه إلى البحث في مسائل النوازل الفقهية المستجدة، أن يتسلَّح بأدوات الاجتهاد، ويضيف إلى معرفة النصوص الشرعية، فهما في الواقع، وحيثيات النازلة المستجدة بما يستطيع من خلاله أن يُنْزِلَ الحكم المطابق للمسألة، ويحقق مناهات الأحكام، مراعيًا في ذلك القواعد الفقهية، والمقاصد الشرعية.

* السادسة: وفي هذه التوصية أفتح نافذة على آفاق البحث، وأوصي بمزيد من البحث والدراسة لعدد من المسائل ذات الصلة بموضوع "ضمان المال"، وهي:

¹ - سورة النساء (الآية 114)

- مكافأة الضامن دون شرط ولا مواطأة.

- تأثير الضمان التابع في العقود في استحقاق الربح وزيادة الثمن.

- أخذ العوض على الالتزامات غير الضمان.

- بدائل أخذ العوض على الضمان.

وأخيرا: أسأل الله سبحانه وتعالى أن يتقبل مني هذا العمل وأن يجعله خالصا لوجه

الكريم، وأن ينفع به، ويجعله لي صدقة جارية إلى يوم الدين.