

الضمان المالي وصوره المستحدثة
في
الفقه الإسلامي

دكتور
محمد عبد الحميد السيد متولى
كلية الشريعة والقانون
بلمنهورو

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وآلـه وصحبه أجمعين ٠

ويعد

فالمال نعمة من النعم التي أنعم الله بها على الإنسان قال تعالى (وأمددناكم بأموال وبنين)^(١) والأنسان طبع على حب المال قال الله تعالى (وتحبون المال حباً جماً)^(٢) وهذا الحب قد يدفع الإنسان للاعتداء على مال أخيه ومن هنا كان تحذير الله عز وجل لعباده المؤمنين من التعدي على أموال الغير قال الله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكِلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونْ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَّحِيمًا)^(٣) ٠

وقد يمسك الإنسان ماله عن التداول في البيع وانشراء وغير ذلك خشية الهلاك والضياع حتى يجد من يضمن له سلامته الثمن سواء للبائع والمشتري ولحفظ أموال الناس وصيانتها من الفرار ودرء العدوان عليها وجبراً لما اتلقى منها شرع الإسلام الضمان باعتباره وسيلة من وسائل حفظ الأموال لأصحابها ، كما أن الضمان يعتبر من الوثائق الهامة التي يستوفى فيها الحق ، ولو لا الضمان لامتنعت المعاملات مع من لم يعرف وفي ذلك ضرر عظيم رافع للأصل الحكمة التي شرع من أجلها ٠ ولما لموضوع الضمان المالي من أهمية كبيرة في حفظ أموال الناس من جانب ولعدم معرفة أحكامه من جانب آخر خصوصاً ممن

(١) سورة الاسراء ، الآية - ٦

(٢) سورة الفرقان ، الآية - ٢٠

(٣) سورة النساء ، الآية - ٢٩

يتعاملون به في أسواقنا التجارية الآن ولأمر ما قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا يتجر في أسواقنا إلا من فته ولا أكل الربا .
ولهذا أثرت أن يكون الضمان المالي هو موضوع البحث حتى يعلم الناس أحكام الضمان الذي يتعاملون به في حياتهم وذلك بيان الضمان والآثار المترتبة عليه في حق كل من الضامن والمضمون عنه سواء كان الضمان مجردا ، أى كان عقدا قائما بذاته ، أو كان غير مجرد وهو ما يكون فاشئا عن عقد آخر غير عقد الضمان .

ولقد تناولت هذا البحث في ستة فصول وختمة :

الفصل الأول : تناولت فيه تعريف الضمان عند أهل اللغة وعند الفقهاء وبينت معنى الذمة المالية ، ومشروعية الضمان ودليله من الكتاب والسنة .

الفصل الثاني : خصصته للأسباب الموجبة للضمان مع بيان ما يدخل عنها الضمان المالي وما يخرج عنه .

الفصل الثالث : بينت فيه أن الشيء المضمن إذا تلف أو نقص يكون مضمونا بمثله أو قيمته اتباعا لقاعدة المثل والقيمي في الضمان وبينت أن الفقهاء رضوان الله عليهم خرجو عن هذه القاعدة في بعض الأحوال تحقيقا للعدالة وذلك من خلال الاستثناءات الواردة عليها كما بينت زمن تقويم المضمن .

الفصل الرابع : الضمان والآثار المترتبة عليه تحدث فيه عن ضمان الدين ، وضمان المجهول وضمان ما لم يجب وكذا الآثار المترتبة على الضمان وذلك بيان العلاقة بين الضامن والمضمون له من حق المطالبة وتأجيل الحال وتعجيز المؤجر والعلاقة بين الضامن والمضمون عنه ومتى يرجع الضامن وبما يرجع .

الفصل الخامس : تناولت فيه موائع الضمان ، وانقضائه .

الفصل السادس : تحدث فيه عن صور الضمان المستحدثة كخطاب الضمان والاعتمادات المستندية ، والتأمين التجاري .

الختمة : وضفتها أهم نتائج البحث .

الفصل الأول

تعريف الضمان ودليله

تعريف الضمان :

تقول العرب ، ضمنت المال ، وضمنت بالمال ضماناً فأنا ضامن
وضمنت التزمه ، ويتعدد إلى مفعول ثان بالتضعيف ، فيقال ضمنته
المال ، الزمه به ، فالضمان : الكفالة والالتزام يقال : ضمن الرجل
ونحوه ضماناً ، كفله ، أو التزم أن يؤدي عنها مما قد يقصر في أدائه
فالضمان : الكفالة ، والالتزام ، والضامن ، والتكميل ، والالتزام
والغارم^(١) .

وهذا ما تضمنه قوله صلى الله عليه وسلم (الخرج بالضمان) وهو
من حديث عائشة رضي الله عنها . وقد جاء في بعض طرقه أن رجلاً ابْتَاع
عبدًا من آخر فأقام عنده ما شاء الله تعالى أن يقيمه، ثم وجد به عيَا
فخاصم البائع إلى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل :
يا رسول الله : قد استعمل غلامي فقال عليه الصلاة والسلام «الخرج
بالضمان»^(٢) قال أبو عبيدة : المعني أن أخراج الغلام قد استحقه
المشتري بضمانه ، لأنَّه كان في ضمانه ولو هلك ذلك من ماله و (خرج
الشيء مُنافعه وكل ما خرج منه من در ونسل ونحوه) ، واذن فالضمان
في الحديث معناه التزامه به عند هلاكه واعتباره كجزء من ماله ، هلاكة
عليه ، فإن ظهر مستحقاً لزمه قيمته وهو بهذا المعنى استعمال لغوى^(٣) .

(١) المعجم الوجيز ص ٣٨٣ – القاموس المحيط ٤/٤٥٢ – المصباح المنير .

(٢) الحديث رواه الترمذى وقال عنه هذا حديث حسن صحيح ٣/٥٧٣ ، السنن الكبرى للبيهقي ٥/٣٢١ ، سنن المسائي ٧/٢٥٤ ، سنن أبو داود ٣/٢٨٤

(٣) الأشباه والنظائر لابن نحيم ١/١٨٢

وضمان المبيع ما يكون مضمونا بالشمن قل أو كثر ، والضمان وثيقة يضمون بها الرجل صاحبه ، أو يضمن بها البائع خلو المبيع من العيوب وبقاءه صالح للاستعمال مدة معينة ، أو تعهد شفوي لأحد هذين الغرضين أو نحوهما^(٤) .

ويلاحظ على تعريف الضمان في اللغة أمران :

أحدهما : أن الضمان مشتق من التضمين ، ومعنى تضمين الدين في ذمة من لا دين عليه ، فهو مأخوذ من الضمن لأن المال يصير به في ذمة الضامن ، وقد غلط من قال هو مأخوذ منضم لأن لام - فعل - فيه ميم ، أصله ضم ، والضمان لا م - فعل - فيه فون وهي أصلية فيه^(٥) .

ثانيهما : أن الضمان والكافلة متادفان لغة وإن اختلفا شرعا ، كما يشهد لذلك قولهم انه يقال للضامن ضم ، وزعيم ، وكفيل ، وضبير ، وقبيل ، غير أن العرف خص الضمان بمتلزم المال مطلقا ومثله الضمين ، والزعيم بمتلزم المال العظيم ، والكافيل بمتلزم البدن والحميل بمحتمل الديمة ، وعمم الصبير والقبيل للجميع .

وتحصيص العرف لمعانى هذه الكلمات جاء موافقا للشرع فوردت هذه الكلمات بهذا المعنى في القرآن الكريم ، حيث جاء ضمان المال في قول الله تبارك وتعالى في سورة يوسف (قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بغير وأنا به زعيم)^(٦) فالزعيم هنا للضامن .

ومما جاء قريبا من معنى الكفالة بالنفس قوله تعالى (قال لن أرسله معكם حتى تؤتون موئلا من الله لتأتنني به الا أن يحاط بكم فلما أتوكه

(٤) المعجم الوجيز ص ٣٨٣

(٥) التكميلة الثانية للمجموع ١٤/٣ + حاشية الباجوري ٣٧٨/١

(٦) سورة يوسف ، الآية ٧٢

موثوّهم قال الله على ما تقول وكيه)^(٧) فالموقق – وهو العهد المؤكّد – أخذه يعقوب على بنيه لضمّان عودة أخيّهم معهم ، ولعل هذا ما يسترشد به على جواز الكفالة بالنفس)^(٨) وقوله تعالى في سورة الأسراء (أو تأتي بالله والملائكة قبلا)^(٩) فقيلا ها هنا معناه ضامنا وكفيلا)^(١٠) .

الضمّان عند الفقهاء :

عرف الشافعية الضمّان بأنه : التزم حق ثابت في ذمة الغير أو احضار من هو عليه ، أو عين مضمونة ، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك)^(١١) فالضمّان ضم ذمة إلى الأحسن أن يقال الالتزام حق يشمل احضار من عليه الحق اذا ضمه)^(١٢) .

فمن الفقهاء من يستعمل كلامي الضمّان والكفالة على أنهما لفظان متراداً فان يراد بهما ما يعم ضمّان المال وضمّان النفس وذلك عند التزامهما بعقد الكفالة أو الضمّان كما يستعملون اسم الضمّان فيما هو أعم من ذلك ، هو ضمّان المال بعقد أو بغير عقد كاعتداء .

والضمّان بمعناه الأعم عند الفقهاء هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل ، والمراد بثوّقه فيها مطلوباً أداؤه شرعاً عند تحقيق شرط أدائه سواء أكان مطلوباً أداؤه في الحال كالدين الحال ، أم في

(٧) سورة يوسف ، الآية ٦٦

(٨) الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة .

(٩) سورة الأسراء ، الآية ٩٢

(١٠) مفاتيح الغيب تلخّر الرأزي ١٠/٧٠ طبعة دار الفد العربي .

(١١) معنى المحتاج ٢٢٣/٢ - زاد المحتاج ٢٢٣/٢ - يهادة المحتاج

٤٣٢/٤

(١٢) كفاية الأخيار ١/٥٣

وعرفه الجنابية بأنه : ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق . أو هو التزام من يصح تبرعه أو مفلس برضاهما ما وجب أو يجب على غيره مع بقائه عليه ، المعنى لابن قدامة – كشاف القناع على متن الأقناع ٣٦٢/٣

أما الحنفية : فيعرفون الكفالة بانهاء : ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ، البحر الرائق ٦/٢٢١

الزمن المستقبل المعين ، كالدين المؤجل الى وقت معين ، اذ هو مطلوب
أداوه اذا ما تحقق شرط أدائه^(١٣) .

معنى الديمة المالية :

الذمة المالية كما قال القرافي معنى شرعى مقدر فى المكلف قابل لللتزام واللزوم يقبل المكلف بسببه أن يلزم بأرش الجنایات وأجرؤ الاجارات وأثمان لبياعات ونحو ذلك ، ويقبل بسببه أيضا الالتزام للأشياء فإذا التزم شيئا اختيارا من قبل نفسه لزمه ، فالذمة وصف اعتبارى يحكم به الشرع ويقدر وجوده في المحل وهو الشخص من غير أن يكون له وجود ، وهو نظير قولهم في الطهارة صفة حكمية^(١٤) .

فالذمة المالية مثلها كمثل الشخص المعنوي له كيان مستقل عن أعضائه ولا يتأثر بتغييرهم ، وتضم الذمة المالية الحقوق والالتزامات المالية المستقبلة فهيأشبه بوعاء قصد به أن يحتوى على الحقوق التي تترتب للشخص وعليه في الحال والاستقبال فهي فكرة شرعية وقانونية يقصد بها ضمان الوفاء بديون الشخص ولكل شخص ذمة مالية^(١٥) .

فالذمة المالية وعاء افتراضي مستقل في وجوده عن وجود محتوياته ولهذا الوعاء شق ايجابي ويسمى بالأصول وهو للحقوق والأموال، الآخر سلبي ويسمى بالخصوم وهو للالتزامات أو الديون ، وحقوق الشخص ضامنة للوفاء بديونه *

وأهمية فكرة الـ **الدمة المالية** توفير الضمان للدائنين فينصب الضمان على أموال المدين الحاضرة والمستقبلة ، لأن ضمان الوفاء ينصب على الدمة المالية ككل وليس أموال المدين فرادى فإن للمدين أن يتصرف في أمواله بكل أوجه التصرف ، أما لو أنصب عبء الضمان على غير

^٥(١٣) الخisman في الفقه الإسلامي القسم الأول ص ٥

٢٩٧/٣ الفروق (١٤)

(١٥) المدخل للفقه الاسلامي د . محمد سلام مذكور ط ١٩٦٩
ص ٤٤٠ نظرية الحق د . احمد سلامة ص ٢٤٢ بند ١٤٥ .

معينة بالذات لتحصلت هذه العين عبئا ثقيلا من شأنه أن يعوق تداولها وليس هذا في صالح المدين كما أنه ليس في صالح الدائن لأنه يحروم الدائن القديم من أن ينفذ على ما يستجد من أموال مدینه كما أنه ليس الدائن الجديد في وضع أدنى من الدائن القديم بالنسبة للعين المشقة بعبء الضمان وفاء الدائن القديم .

وقد اختلف الفقهاء فيما تشغله الذمة ، فيرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية أن ضم الذمة إلى الذمة في الضمان ليس في مجرد الطلب فقط وإنما في ثبوت الحق أيضا فتشغل ذمتا الكفيل والأصيل بالحق المكفول به^(١٦) .

أما الحنفية فيرون أن الذمة تشغله المطالبة فقط^(١٧) . ومن الفقهاء من خالق جمهور الأئمة فلم يرى الكفالة ضم ذمة إلى ذمة وإنما نقل الحق من ذمة إلى ذمة أي أنهم لم يفرقوا بين الكفالة والحواله وهذا ما ذهب إليه ابن حزم^(١٨) .

مشروعية الضمان :

شرع الضمان وسيلة من وسائل حفظ أموال الناس وصيانتها محافظة على حقوقهم وبعدا عن ضررهم ودراء للعدوان عليهم وجبرا لما اتتقض من أموالهم ، فقد روى عن أنس رضي الله عنه قال : أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم اليه طعاما في قصعة فضررت عائشة القصعة بيدها فأقلفت ما فيها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (طعام بطعام وآباء بآباء)^(١٩) .

(١٦) بلغة السالك ١٥٥/٢ ، زاد المحتاج ٢٢٣/٢ - المغني

(١٧) البحر الرائق ٣٢١/٦

(١٨) المحيى لابن حزم ٥٢٧/٨

(١٩) الحديث رواه الإمام أحمد وأبو داود والبيهقي ، سبل السلام للضمانى ٩٠٤/٣ - مسند أحمد ٢٧٧/٦ - سنن أبو داود ٢٦٧/٣ - السن الكبير للبيهقي ٩٦/٦

وروى السائب بن يزيد عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاغيا ، وإذا أخذ أحدكم عصا صاحبه فليردها عليه)^(٢٠) . فهذه الأحاديث دالة على أن الضمان مشروع عند أخذ المال بدون حق أو عند اتلافه ، وفي ذلك صيانة لأموال المسلمين وحقوقهم .

دليل الضمان من الكتاب والسنّة :

ورد في الكتاب العزيز ما يدل على الضمان في قول الله تبارك (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها)^(١٦) ، فقد أوجب الله عز وجل أداء الأمانة على من احتازها وبقائها ووجوب الأداء عليه يستلزم شغل ذمته به ، لأنه أثر لتوجيه الخطاب والطلب إليه كما هو مبين ، وذلك ما يتحقق به معنى الضمان وأنه شغل الذمة بما يجب الوفاء به .

وقال جل شأنه في سورة يوسف (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)^(١٧) ، أي ضامن ، والزعامة لا تكون إلا في الحقوق التي تجوز النيابة فيها ، مما يتعلق بالذمة من الأموال وكان ثابتًا مستقرًا ، وأما كل حق لا يقوم به أحد عن أحد كالحدود فلا كفالة فيه^(١٨) .

وأما السنّة ففي حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال (إلا إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِيْ حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وِصْيَةَ لِوَارِثٍ ، وَلَا تَنْفَقَ امْرَأَةٌ شَيْئًا مِنْ بَيْتِهَا إِلَّا بِإِذْنِ

(٢٠) الحديث رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذى وقال عنه حسن غريب وقال البيهقي في أسناده حسن ، نيل الأوطار ٢٦٨/٥ - المستند ٤٢١ - سنن أبي داود ٤/٣٠١ - صحيح الترمذى ٩/٥ - السنن الكبرى ٦٢/٦ - تلخيص الحبير ٣/٤٦

(٢١) سورة النساء ، الآية ٥٨

(٢٢) سورة يوسف ، الآية ٧٢

(٢٣) تفسير القرطبي طبعة الشعب ص ٣٤٦٣ - تكميلة المجموع ١٤/٦

زوجها ، والعارية مؤداة والمنحة مردودة ، والدين مقضى والزعيم
غارم)^(١٩) .

فلولا أن الضمان يلزمه إذا ضمن لم يجعله رسول الله صلى الله عليه وسلم غارماً وروى قبيصه بن المخارق أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا تحل الصدقة إلا لثلاثة) فذكر رجلاً تحصل بمحاله فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم يمسك)^(٢٠) .

وروى عن سلمة بن الأكوع أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى برجل ليصلح عليه فقال (هل عليه دين) قالوا نعم ديناران . قال : هل ترك لهما وفاء ؟ قالوا لا فتأخر فقيل لهم لا تصلح عليه ؟ فقال ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة . إلا إن قام أحدكم فضمنه ، فقام أبو قتادة فقال : هنا على يا رسول الله ، فصلح عليه النبي صلى الله عليه وسلم)^(٢١) .

وأما الأجماع فإن أحداً من العلماء لم يخالف في صحة الضمان .

* * *

(٢٤) الحديث رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن ، سنى أبي داود ٢٩٥/٣ طبعة دار الريان التراث - عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى ٢٦٩/٥ والعرضة ٢١/٦

(٢٥) سنن أبي داود ١٢٣/٢ - سنن النسائي ٨٩/٥

(٢٦) الحديث رواه البخارى وأحمد والنسائى والترمذى وصححه فتح البارى شرح صحيح البخارى ٣٤/١٠ - سنن النسائى ٥٦/٤ عارضة الأحوذى شرح صحيح الترمذى ٤٩٠/٣

الفصل الثاني

الأسباب الموجبة للضمان

أسباب الضمان :

أشار الفقهاء لأسباب الضمان في مواضع متعددة من آيات الفقه ذكرها منها ما أوجبه الشارع والزم به كما ذكروا العقد، وكثيراً ما يذكرون الاعتداء والاتفاق والغصب، كما يعدد بعضهم التخريب والتغيير، ويعد البعض الآخر اليد والشروط والتغيير بين المال وصاحبها والغدر والتبذيب.

وهذه الأسباب ما عدا السببين الأولين متعلماً بالخلاء ببعضها في بعض، فإن كلاً من الاعتداء والتخريب والتغيير والغصب وضع اليد دون إذن من المالك والحايلولة يعد اعتداء إذا حدث من مكلف مع قصد إليه في مال معاوكل لغيره بدون وجه حق وهذه يجمعها الفعل الضار الذي يعني عن ذكر كثير من هذه الأسباب^(١) وعلى ذلك تكون أسباب الضمان، ما أوجبه الشارع والزم به، والعقد والفعل الضار وضمان اليد ويلاحظ أن الضمان المترتب على هذه الأسباب ضمان أمر به الشارع وألزم به، لأن الضمان حكم ولا حكم إلا للشارع، فكل الزام تشتمل به الذمة مرده إلى الزام الشارع غير أن هذا الالتزام قد يكون مباشراً ومنصباً على الملتزم به إبتداء كما في السبب الأول، وقد يكون مترتبًا على سبب وعندئذ يضاف إلى هذا السبب المباشر وإن كان مرده في النهاية إلى الزام الشارع وذلك كما في سائر أحوال الضمان فإن الإلزام فيها أوجبه الشارع عند وجود سببه.

(١) الاشتباه والناظائر للسيوطى ٤٢٨ ، قواعد الأحكام للقىز ابن عبد السلام ١٥٤/٢ - الفروق للقرافى ٢٨/٤

السبب الأول :

ما أوجبه الشارع وألزم به :

السبب الأول من أسباب الضمان ما أوجبه الشارع وألزم به ويظهر في كثير من حالات الضمان مثل ضمان الديات والأروش^(٢) • وضمان قيمة صيد الحرم عند الاعتداء عليه أو الصيد مطلقاً عند الاعتداء عليه من محرم ، وضمان ما يجب من تفارقات الأيمان والظهار ، والافطار عدداً في رمضان ، وضمان ما أوجبه الشارع في الأموال من زكاة ، وضمان ما يجب من النفقات بوجه عام ، فإن الذمة في جميع هذه الأحوال تشغله بما يجب أداؤه شرعاً من مال لالتزام الشارع له إما عقوبة زاجرة عن عمل حرمته ، أو معاونة فرضها لتكون ركيزة من ركائز التعاون الذي يتطلبها بقاء المجتمع وبخاصة في أعضاء الأسرة الواحدة أو بين ذوي القربي .

فغاية الشارع فيما الزم به من المال عند الاعتداء على النفس أو طرف من أطرافها معنى العقوبة الزاجرة عن هذا الفعل المحظور ولذا كانت مسؤولية المعتدى في هذه الحال من قبيل ما يعرف في القوانين بالمسؤولية الجنائية ، وكان الجزاء المترب عليه من قبيل العقوبة ، وإن كان جزاء مالياً يشبه أن يكون له صفة التعويض يعطى للمعتدى عليه عوضاً عنما أصابه من ضرر ، وذلك فيما يلزم به المعتدى عليه عوضاً عما أصابه

(٢) يطلق الارش في اللغة والدية وعلى الخدش وهو الجرح والخمس وعلى طلب الارش أي الدية ، وما نقص العيب من الثوب لأنه سبب لوجوب الارش أي العوض ، وما يدفع من المال بين اسلامة والعيب في السعة ، وأرش الجراحة ديتها والجمع أروش .
والارش في الشرع : المال الواجب فيما دون النفس وقد يطلق على بدل النفس وحكومة العدل .
والارش نوعان : ارش مقدر وهو ما حدد الشارع مقداره كأرش اليد وأرش الرجل ، وأرش غير مقدر وهو ما لم يرد فيه نص عن الشارع بالتحديد وترك القاضي تقديره ، ويطلق عليه اسم حكومة العدل .

فيسقط الشمن بحالكه ويبطل عقد البيع ويرد الشمن اذا كان قد ادى قبل ذلك .

وكذلك الحكم عند هلاك الثمن إذا كان عيناً إذا أهله يعد في الواقع
مبيعاً وذلك لأن خسان العقد لا يقوم على تحقيق المسائلة والمكافأة بين
العوض والمعوض عنه، وإنما يُؤسس على الرضا والاتفاق الذي تضمنه
العقد بقصد منفعة المتعاقدين حسب رغبتهما من العقد ولذا سقط اعتبار
التفاوت فيه بين البدلين *

بخلاف ضمان الاتلاف إذا يجب فيه مراعاة المساواة في القيمة ولا تجوز فيه زيادة أحد البدلين على الآخر ويجب منه الآبي على قبول البطل ، ويراعى فيه أوصاف التالف عند التقدير على حين لا تراعى هذه الأوصاف في ضمان العقد ، وذلك لأن العقد إنما يرد على العين دون أوصافها ، بخلاف الحال في ضمان الاتلاف إذا أساسه الفعل الضار والفعل يرد على العين وعلى أوصافها فوجب لذلك مراعاتها في التقدير ، وذلك كمن غصب سيارة بكمالياتها فضاعت كمالياتها عند الغاصب ضمن ناقصاتها بخلاف ما إذا اشتراها بكمالياتها عند البائع قبل تسليها إذا ليس للمشتري تضمين البائع ما أصابها وذلك بنقص قيمة من الشن لأن الشن إنما كان في مقابلة ذات السيارة .

الفرق بين ضمان العقد وضمان الاقلاف وضمان التد :

- مما سبق يتضح أن ضمان العقد يختلف عن ضمان الالتفاف وضمان اليد ، فضمان الالتفاف إنما يكون أثراً للالتفاف وبضمون به المختلف قيمة ما أتلفه وقت تعديه سواء كان المال المختلف في يده أم لا ، وضمان اليد هو الضمان بتلف المال في يد ضمان^(٧) .

(٧) ويد الضمان هي التي وضعت على العين بدون مسouج شرعى كالفضوب أما يد الأمانة فهى التي وضت على العين بمسouج شرعى كالوديعة.

وذلك بسبب لا يد لصاحب اليد فيه ، ويراعى فى هذين النوعين قيمة المال التالف إذا كان قيميا وأدائها مثله إذا كان منيا فضمان اليد مرده الشلل أو القيبة وضمان العقد مرده ما أتفق عليه المتعاقدان أو بدلها^(١٠) .

— كما يتضح أن ضمان العقد الذى يعرفه فقهاء الشرعية الإسلامية غير المسئولية العقدية في اصلاح فقهاء التشريع الوضعي ، فضمان العقد ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان ، أما المسئولية العقدية فليس التعويض فيها تعويضا عن مال تالف إنما هو تعويض عن ضرر بسأ عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناء على العقد ، ولذا فالنها تتطلب في وجودها وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم عاقده بتنفيذها وذلك يلبيها يتبعين أن يكون التنفيذ علينا ، أما إذا كان التنفيذ بأداء مال فان الواجب حينئذ هو الالتزام بأداء هذا الدين جبرا بما نؤدي به المديون جبرنا ولا يمكن عائد مصلحة مسئولية العقدية^(٩) وذلك ما لا يراه فقهاء الشرعية فان عدم قيام الملتزم بالتزامه يستلزم شرعا الزامه واجباره عليه فان امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزيز الى أن يتمثل .

اما الزامه بمال على وجه التعويض عما أحادثه بامتناعه من ضرر لا يتسلل في فقد مال فلا تبيحه القواعد الفقهية والأصول الشرعية التي تقضى بأنأخذ المال الا يكون الا تبرعا أو في مقابلة مال أخذ أو أتلف والا كان أكلاره بالباطل لقوله تعالى (يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم ينكتم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراضي منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما)^(١٠) .

وعلى ذلك يكون أخذ المال تعويضا عن ضرر لم يترتب عليه تلف المال غير جائز شرعا ، لأن أساس التعويض في نظر الفقهاء هو مقابلة

(٨) الاشتباه والنظائر للسيوطى ص ٣٩٠

(٩) الوسيط للدكتور السنهورى ٦٨٣

(١٠) سورة النساء الآية ٢٩

- (1) የሰውን ቀን አንቀጽ ፭ ተስተካክል
 (2) በግብር ስ/፳፻፫ - መ/ቤት ቤት/፩
 (3) በግብር ስ/፩፻፪
 (4) በግብር ስ/፩፻፪ - ጥ/ቤት ቤት/፩
 (5) በግብር ስ/፩፻፪

• ፳፻፲፭ ዓ.ም. በ፳፻፲፭ ዓ.ም. •

(A) (G) የ ተስፋ ነው፡ ይህን ማስታወሻ - የ መሠረት ምክንያት የ ተስፋ ነው

၁၃၂။ မြန်မာ အမျိုးသမီးမှာ မြန်မာ လူများ၏ အမျိုးသမီး ဖြစ်ပါသည်။

፩፻፭፻ (፪) :

၁၇၅

مکالمہ

የመሬት በመስቀል የሚያስፈልግ ስር ነው እና ተብሎም ተብሎም የሚያስፈልግ ስር ነው እና ተብሎም

፩፻፷፭ ዓ.ም. በ፩፻፷፭ ዓ.ም. ተስፋ የፌዴራል

କୁର୍ମା ପାଦିଲା ତଥା କାନ୍ଦିଲା କାନ୍ଦିଲା କାନ୍ଦିଲା
କାନ୍ଦିଲା କାନ୍ଦିଲା କାନ୍ଦିଲା କାନ୍ଦିଲା କାନ୍ଦିଲା କାନ୍ଦିଲା

المال بالمال فإذا قوبل المال بغير مال كان أكلاله بانياطل ، وإنما جازت الإجازة مع أن فيها مقابلة مال وهو الأجرة بغير مال وهو الملاحة للضرورة والمصلحة العامة التي اقتضت ذلك تأسيسا على قيام الأعيان فيها مقام منافعها . وعلى تراضى المتعاقدين على ذلك ، وعلى هذا الأساس فالفقه الإسلامي لا يعرف المسئولية العقدية كالفقه الوضعي كما لا يرقب التعويض علىضرر الأدبي .

السبب الثالث : الفعل الضار :

يقصد بالفعل الضار كل فعل حسى ترتب عليه ضرر سواء كان ذلك بطريق المتأشرة أو بطريق التسبب ، ويكون الضرر بطريق المباشرة اذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر لأن يعمد انسان الى افء غيره فيكسره ، ويكون بطريق التسبب اذا فصل بينه وبين الضرر فعل آخر أدى اليه دون أن يمنع نسبة الضرر اليه كما اذا حفر انسان حفرة في طريق عام سار فيه حيوان فتردى في تلك الحفرة فتلف ، فان تردى الحيوان فعل له توسط بين الحفر والضرر وهو تلف الحيوان ولا يمنع نسبة الضرر الى الحفرة اذا لم يزل الحفر مع ذلك فيما يرى الناس هو الفعل الضار الذى ترتب عليه تلف الحيوان فأى فعل هذا وضعه يترب عليه شرعا تضمين فاعله ويكون هو السبب في التضمين .

فالفعل الضار الموجب للتضمين هو الضرر المترتب على الفعل الحسى سواء أكان قد ترتب عليه بطريق المباشرة أو بطريق التسبب ، أما الضرر المترتب على الفعل الانسوى فلا ضمان بسببه وان ترتب عليه تلف مال الآخرين . فاذا رأى انسان ملأ الآخر معرض للتلف باحرق أو اغرق مثلا وكان في قدرته انقاذه ولم يفعل فتلف فلا ضمان عليه لعدم المباشرة لأنها انما تتحقق اذا كان هناك اتصال بين الفعل الضار ومحل الضرر كما في اتصال آلة الانلاف بالمال المتلف ولا يتصور ذلك في الفعل الانسوى ، وإنما يتصور ذلك في الفعل الحسى ، بل ولا ضمان عليه في الفعل الانسوى أيضا لعدم التسبب لأن التسبب انما يتحقق كان اتفاق نتيجة فعل أدى اليه فعل

سابق عليه هيأ له وجوه وقرب الضرر عليه مع بقاء نسبته اليه ، والكف والامتناع هنا لم يؤد الى فعل كان من نتيجة التلف وانما كان التلف نتيجة أمر لا صلة له بالكف والامتناع وهو وجود النار واقترابها منه .

وعلى أنه اذا توسع في معنى السبب وعد الامتناع على الانقاد سببا في الضرر فان جمهور الفقهاء يشترط في اقتضائه الضمان أن يكون اعتداء والا اعتداء في الامتناع اذ لا يؤخذ الانسان على ما استكن في باطنها من كف وارادة .

وذهب المالكية والظاهيرية الى تضمينه في هذه الحال بناء على انه قد ترك واجبا عليه هو المعاففة على مال أخيه المسلم مع قدرته على ذلك ، ومن ترك واجبا عليه فقربه ضرر مباشر ضمن .

وانما يكون الفعل الحسي سببا لضمان الضرر المترتب عليه اذا كان متصلة بمحصل الضرر وكان صادرا من له ذمة ، فإذا لم يكن متصلة به فلا ضمان وعلي ذلك لا يضمن من جبس عن الدواب فالكها فأدی الجبس الى هلاكها أو ضياعها لعدم وجود من يطعمها أو من يرعاها ويحفظها لأن الجبس وان كان فعلا حسبيا الا أنه لا يتصل بالدواب وانما هو فعل في مالكها وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء .

ومن فقهاء العناية من فرق بين جبس بحق فلم يترتب عليه ضمان، وحبس بغير حق فترتبا عليه الضمان .

ومن الفقهاء من ذهب الى أن من أزال يد انسان عن عبد أو حيوان أو طير فتسب عن ذلك ضياعه ضمن اذا كان من يذهب عادة بزوال اليد وكذلك ازالة أيدي الحفظة عن المال حتى أخذه الناس ، أو أتلفته الدواب، وقرار الضمان على الآخذ دون المتسبب .

ومن جبس شاة عن ولدها فأدی ذلك الى تلفه لفقده لبني امه وليس

له قوت سواء فعليه ضمانه عند الشافعية والحنابلة بسبب منع الطعام عنه وهو فعل يتصل به كمن يحبس شاة مدة منع الطعام عنها حتى نفعت فانه يضمن قيمتها^(١١) .

والففل الضار ليس بالفعل المشروع لأن الله سبحانه وتعالى انما شرع لعباده ما فيه نفعهم وصلاحهم وهدائهم إلى فلاحهم وسعادتهم كما يدل على ذلك قوله تعالى في وصف رسوله صلى الله عليه وسلم وما جاءهم به من شرع ورحمة (وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين)^(١٢) .

وقوله تعالى (ورحمتني وسعت كل شيء فسأكتبها للذين يتقوون ويؤওون الزكاة والذين هم بآياتنا يؤمنون ، الذين يتبعون الرسول النبي الأمي الذي يجدونه مكتوبًا عندهم في التوراه والإنجيل بأمرهم بالمعروف وينهوا عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخباث ويضع عليهم اصرهم والأغلال التي كانت عليهم فالذين آمنوا به وعزروه ونصروه واتبعوا النور الذي أنزل معه أولئك هم المفلحون)^(١٣) قوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)^(١٤) .

فالفعل غير مشروع بل هو أمر محظوظ منهى عنه جعله الشارع سببا لضمان ما ترقب عليه من تلف ، وسببه الفعل الضار للتضمين في الشريعة الإسلامية مرتبطة بذات الفعل الضار وبتأثيره لا بقصد فاعله وادراته ولذا يترب عليه أثره اذا صدر من نائم أو مجنون لأن الأمر في اقتضائه التضمين مبني على المعاوضة وجب الفاقد حتى لا يظلم أحد في ماله ولهذا قال الفقهاء ان العمد والخطأ في الأموال سواء ويريدون بالخطأ هنا

(١١) نهاية المحتاج ١٥٢/٥ — مطابق أولى النهى ٧٣/٤

(١٢) سورة الأنبياء الآية ١٠٧

(٣٢) سورة الأعراف الآيتان ١٦٥ ، ١٥٧

(١٤) الحديث وراه الإمام أحمد في مسنده ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الستاند ولم يخر جاه ورواه مالك في الموطأ المسند ٤٥٣/٢ — سنن أبو داود ٣١٥/٣ سنن ابن ماجه ٧٨٤/٢ — نصب الرأبة ٣٨٤/٤ — الموطأ ٧٤٥/٢ — كتاب الأقضية بباب القضاء في المرفق .

وقوع الشيء على خلاف الارادة وهو ما يدل عليه هذا اللفظ في قوله صلى الله عليه وسلم (إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)^(١٥) ، أي اثنينما وذلك خلاف ما يدل عليه لفظ الخطأ في تعبير رجال القانون حتى جعلوا الخطأ ركنا من أركان المسئولية التقصيرية ، وحين عبر به في المادة ١٦٣ من القانون المدني اذا جاء فيها كل خطأ بسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض اذ يراد به التعدي الذي يقع من الشخص في تصرفه بتجاوزة الحدود التي يجب عليها التزامها في سلوكه شرعا وقانونا وهو انحراف في السلوك يتحقق بالاضرار بالغير عن عمد أو عن اهمال وتقدير الى درجة أدت الى ضرر الغير . وعلى هذا كان الخطأ في تعبيتهم بمعنى الذنب والاثم ، ومنه قوله تعالى (قالوا يا أبا نا استغفر لنا ذنبونا أنا كذا خاطئين)^(١٦) وكان الخطأ في استعمالهم اياه يدل على ما يدل عليه لفظ اعتداء في تعبير الشرعيين وكان وجوب الضمان منوطا عنده بالخطأ بمعنى الاعتداء والمخالفة فلا ضمان تنتهي على فاقد الأهلية ، وذلك خلاف ما ذهب اليه الفقهاء من اناظة التضمين بالضرر المترتب على فعل محظوظ في ذاته وان صدر من عديم الأهلية كالنائم حال نومه والجنون والطفل الذي لا يميز .

وخلالـة القول في ذلك أن الفعل اذا كان مؤديا الى الضرر في ذاته استوجب ضمان ما ترتب عليه من تلف لأنـه حينئذ يكون فعلا محظوظـا بالنظر الى ترتـيجـه فـتفـعـه على فـاعـلـه ، فـإـنـ كـانـ فـاعـلـةـ عـدـيـمـ الأـهـلـيـةـ لمـ يـؤـثـرـ ذـلـكـ أـنـهـ فـعـلـ تـرـبـ عـلـيـهـ ضـرـرـ بـالـغـيرـ أـوـجـبـ الشـارـعـ رـفـعـهـ لـحـدـيـثـ «ـ لـاـ ضـرـرـ وـلـاـ ضـرـارـ »ـ وـذـلـكـ يـوـجـبـ رـفـعـ الـضـرـرـ مـطـلـقاـ سـوـاءـ أـحـدـثـ مـكـلـفـ أـوـ غـيرـ مـكـلـفـ ، وـلـاـ سـبـيلـ إـلـىـ رـفـعـهـ فـيـ هـذـهـ الـحـالـ إـلـاـ بـإـيـجابـ الضـمـانـ فـيـ مـاـلـهـ دـوـنـ التـفـاتـ إـلـىـ عـارـضـ مـنـ عـوـارـضـ الـأـهـلـيـةـ إـلـاـ عـارـضـ اـنـمـاـ عـرـضـ لـنـفـسـ الـفـاعـلـ ذـهـبـتـ مـعـ أـهـلـيـتـهـ وـلـمـ يـذـهـبـ بـمـاـ تـرـتـتـ عـلـىـ فـعـلـهـ مـنـ ضـرـرـ .

(١٥) سنن ابن ماجة كتاب الطلاق باب طلاق المكره والناس ٦٥٩/١

(١٦) سورة يوسف الآية ٩٧

(A1) תרנגולת 1/33 - תרנגולת 1/33

• (۸۱) میرزا علی خان احمدی کاظمی از این طبقه بود.

ଶ୍ରୀମତୀ ପାତ୍ନୀ କିମ୍ବା ମହିଳା କିମ୍ବା ମହିଲାଙ୍କ କିମ୍ବା ମହିଳାଙ୍କ କିମ୍ବା

፳፻፲፭ ዓ.ም. በ፩፻፲፭ ዓ.ም. ስምምነት እንደሆነ

لېزىن مەن بىرىنىڭ كۈلىم بىرىنىڭ كۈلىم بىرىنىڭ كۈلىم

၁၁၂။ မြန်မာ အနေ မြန်မာ အနေ

କେବଳ ଅନ୍ତର୍ଭାବରେ ଏହାର ଦ୍ୱାରା କିମ୍ବା ଏହାର ପରିମାଣରେ କିମ୍ବା ଏହାର ପରିପାତରେ କିମ୍ବା ଏହାର ପରିପାତରେ କିମ୍ବା ଏହାର ପରିପାତରେ କିମ୍ବା ଏହାର ପରିପାତରେ କିମ୍ବା ଏହାର ପରିପାତରେ

၁၃၂။ မြန်မာ ရှိသူများ အတွက် ပေါ်လေ့ရှိခဲ့သူများ ဖြစ်ပါသည်။

፩፻፲፭ ዓ.ም.

କାହିଁ କାହିଁ କାହିଁ କାହିଁ କାହିଁ କାହିଁ କାହିଁ

କେବଳ ଏହାର ପାଇଁ ଯାଇଲୁ କିମ୍ବା କିମ୍ବା କିମ୍ବା କିମ୍ବା କିମ୍ବା

የኢትዮጵያ ቤትና የሚከተሉት አገልግሎቶች ስለመስጠት የሚከተሉት አገልግሎቶች ስለመስጠት

תְּמִימָנֶה בְּגַדְעָה אֲלֵיכֶם כִּי תְּמִימָנֶה בְּגַדְעָה אֲלֵיכֶם

גִּתְּהָא - אַמְּנָה :

፳፻፲፭ ዓ.ም. በ፻፲፭ ዓ.ም. ከ፻፲፭ ዓ.ም. ተስፋ ስለሚከተሉት የፌዴራል የፌዴራል

ଏହା ଶତାବ୍ଦୀ ମୁଣ୍ଡରେ କିମ୍ବା ଦୁଇ ଶତାବ୍ଦୀ ମୁଣ୍ଡରେ ଜୀବିତ କରିଥିଲୁଗା ପାଇଁ ଆମେ କିମ୍ବା ଦୁଇ ଶତାବ୍ଦୀ ମୁଣ୍ଡରେ ଜୀବିତ କରିଥିଲୁଗା ପାଇଁ ଆମେ କିମ୍ବା ଦୁଇ ଶତାବ୍ଦୀ ମୁଣ୍ଡରେ ଜୀବିତ କରିଥିଲୁଗା ପାଇଁ ଆମେ

କୁଣ୍ଡଳ ପାତାର ପାତାର ଗା କାହିଁ କାହିଁ ଦେଖିବାର ଏହାର ଏହା ଏହା
କାହିଁ କାହିଁ କାହିଁ କାହିଁ କାହିଁ କାହିଁ କାହିଁ କାହିଁ

• ፳፻፲፭ ዓ.ም. ከፃና ማኅበር ተስፋይ በፌዴራል የፌዴራል የፌዴራል የፌዴራል

፩፻፭፻ ዓ.ም. በኋላ ስራውን ከተማ የሚከተሉት ጥሩ በመሆኑ ተስተካክለሁ .

— ۱۰۷ —

፩ - የዚህ ደንብ :

1 - 100% 100% 100% 100%

፩፻፲፭ የፌዴራል አገልግሎት ተስተካክለ ይችላል :

أما إذا كانا لذمى فان على متلقهما الضمان مسلماً كان أم ذمياً
لأنهما مال متقوم بالنسبة إليه^(١٨) •

والمالكية يرون أن الخسر متقوم بالنسبة إلى الذمى وغير متقومة
بالمقى للمسلم ، وعلى ذلك فلا ضمان في اتلافها عليه^(١٩) •

والمسألة ترجع إلى ما بين الشافعية والحنابلة والحنفية من خلاف
في أن أهل الذمة هل هم مكلفوون بفروع الشريعة أى بأحكامها التي
تعلق بالمعاملة أم لا •

فالحنفية يرون أنهم غير مكلفين بناء على عقد الذمة اذ يتضىء عدم
التعرض لهم في دينهم ومتقادتهم • أما المعاملات المالية فخارجة عن
ذلك والعقد يتضىء بأن لهم فيها مالنا وعليهم ما علينا وايجاب ضمان ما
أقلف من الأموال خارج عن المعتقدات الدينية فكان الحكم فيها بالنسبة
لهم كالحكم لدى المسلمين ، هذا وإنما وجب في اتلاف خمر الذمى
قيمتها اذا أتلفها عليه مسلم مع أنها مشية والواجب في المثل مثله ،
الا أن المسلم غير قادر على تملكها ثم اعطائها لذمياً عوضاً عن خسر
وذلك لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (الا ان الله
ورسوله حرم الخمر والميتة والخنزير والأصنام) متفق عليه^(٢٠) •

كما ورد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم بيعها وأمر
بفارقتها اذا كانت لمسلم وما يحرم بيعه لا يملك وما يؤمر بفارقته لا ضمان
فيه لعدم تقويمه وكان ذلك هو الحكم بالنسبة للمسلم والذمى على
السواء عند الشافعى ويرى الحنفية أن الخمر والخنزير كلاهما مال متقوم

(١٨) تبيان الحقائق ٢٣٥/٥

(١٩) الشرح الكبير ٤٤٨/٣

(٢٠) اللؤلو والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ٢٠/٢ - فتح الباري
شرح صحيح البخاري كتاب البيوع - باب بيع الميتة والأصنام ٢٩٧/٩ -
صحيح مسلم بشرح النووي باب تحريم الخمر والميتة والخنزير والأصنام
٦، ٥/١١

في حق الذمي بدليل أن عسر رضي الله عنه حين سأله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمي من الخمر قالوا ن عشر فقبال لا تفعلوا ، ولكن ولوهم يبعها وخذلوا أثاثها ، فقد جعلها في حقهم مالا متقوما يجري فيه البيع أمر أخذ العشر من الشمن ، وذكر أبو عبيدة في كتاب الأموال أن عسر رضي الله عنه كتب إلى عماله أن اقتلوا خنازير أهل الذمة واحسبوا الأصحابها بقيمتها من العجزية^(٢١) وفي ذلك ما يدل على أنه ما مال متقوم في حقهم أيضا والمال المتقوم يضم بالاتفاق كما يفيد هذا الآثر الأمر بضمها بقيمتها لهم على اختلاف حكم اتفاقها لما سبق بيانه وهذا الذي ذكرناه في حكم اتفاق المسلمين ما للذمي من خمر وخنزير^(٢٢) .

ضمان المنافع :

تبين مما سبق أن الضرر المالي لا يوجب ضمانا إلا إذا كان متمثلا في فقد مال^(٢٣) متقوم مملوك واختلف الفقهاء في ضمان ما ليس بمال ولا فيما هو مال غير متقوم كالمنافع .

فذهب الشافعية والحنابلة والمالكية إلى أن المنافع أموال متقومة في ذاتها لتقومها في معاملات الناس واحتياص من حائز مصادرها بها ، ولا يطلب ملك الأموال إلا لتملكها ، والاتفاق بها وعلى أساسها تقدر قيم الأعيان ، وقد سوغ الشارع ابتعاد الأزواج بها ولا تنبغي إلا بالمال لقوله تعالى (أن تتبعوا بأموالكم ممحضين غير مسافحين)^(٢٤) ومعاملات الناس ومصالحهم تقتضي تقويمها^(٢٥) .

(٢١) كتاب الأموال لأبي عبيد ٦٣/١

(٢٢) تبيان الحقائق ٥/٢٣٤ - نهاية المحتاج ٥/١٦٣ - كشاف القناع ٢/٣٤٠

(٢٣) فالمال ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن إدخاره إلى وقت الحاجة هذا عند الحنفية ، ويرى الشافعية أن اسم المال لا يطلق إلا على ما له قيمة يباع بها ويلزم بها متفقه وإن قلت ، ويرى المالكية أنه بما يملك فيستبدل به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه ، ففتح القدير للاشتباه والنظائر للسيوطى ص ٣٥٤ المؤلفات البشاطى ٢/٥ ، ٨

(٢٤) سورة النساء الآية ٢٤

(٢٥) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/١٧١ - المغني ٢/٤٨٣

وذهب الحنفية الى أن المنافع لا تكون ما لا اذ أنها ليست مادة يسكن ادخارها وتمويلها ، لأنها أعراض ليس لها بقاء ومالية الشيء انسا تشتت بالتمويل ، والتمويل هو اتخاذ الشيء مالا وصيانته بادخاره لوقت الحاجة ، والمنافع لا تبقى وقتين ، اذا أنها عين توجد تتلاشى وتعدم فلا يتصور فيها الادخار والتمويل^(٢٦) .

وقد ابني على ذلك عدم ضمان المنافع بالاقلاف عند الحنفية ، لأنها ليست ذات قيمة في نفسها وانما ورد تقويمها في الشرع بعقد الاجارة للحاجة ، الا أن الحنفية استثنوا من عدم ضمان المنافع ثلاثة أشياء ، منافع الأعيان الموقوفة ، والأعيان المملوكة ليتيم ، والأعيان المعدة للاستغلال ، فذهبوا إلى تقويمها وضمانها بالاقلاف استجابة لداعي المصلحة وحرصا على أموال من لا قدرة لهم على حفظ أموالهم وصيانتها .

السبب الرابع يد الصمام(٢٧) :

تمثل اليدي على المال في حيازته وليس اليدي - أي حيازة الإنسان للمال - سببا للضمان في جميع الأحوال فإنها قد تكون يد الأمانة وعندئذ لا يجب على صاحبها ضمان المال عند التلف أو ما في معناه ، وقد تكون يد ضمان وحينئذ يجب على صاحبها الضمان عند تلف ما تحتها من مال أو نقصه ، وعلى ذلك نرى أن تفرق بين يد الأمانة ويدي الضمان .

الفرق بين يد الأمانة ويد الصمام(٢٨) :

اذا حاز الإنسان مالا كان تحت يده أو في يده فلا ترجح هذه الحيازة وهي وضع اليدي على المال عن أحد أمرين : اما أن يكون عن ولائية شرعية وذلك ما يعني اقرار وجوده تحتها باذن من الشارع وقد لا تكون عن ولائية شرعية بل يكون وضعها على المال اعتداء ،

(٢٦) المبسوط للسرخسى ٧٩/١١

(٢٧) الأشباه والنظائر ص ٣٩٠

(٢٨) كشف القناع ٣٣٦/٢ - نهاية المحتاج ١٤١/٥ ، ٣٠٥

ولا خلاف بين الفقهاء في أن من وضع يده على مال غيره بغير رضاء وبغير إذن من الشارع فإن يده على المال في هذه الحال تكون يد ضمان .

أما إذا كان حيازة المال باقرار من الشارع فقد تكون اليد عليه حينئذ يد أمانة وقد تكون يد ضمان فإن من الأيدي ما يكون عن ولائية شرعية ومع ذلك يضمن صاحبها عند تلف ما تحت يده من المال ، كيد المستعي على العارية فإنها تستند إلى ولائية شرعية لأنها أثر ومقتضى لعقد الاعارة ، ومع ذلك تعديد ضمان عند الشافعية والحنابلة خلافاً للحنفية ، فإذا تلفت العارية بأفة سماوية ضمنها المستعي للمعير وألزم بأداء قيمتها يوم تلفها لأنه يوم فواتها إن كانت قيمية ، وإن كانت مثالية وكذلك الحكم عند الشافعية ، وضمنها بمتلها عند الحنفية .

يد الأمانة :

ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف يد الأمانة بأنها ما كانت عن ولائية شرعية ولم تكن لمصالحة صاحبها خاصة ، أما إذا كانت لمصالحة صاحبها خاصة كيد المستعي ويد البائع على المبيع إذا جسنه لاستيفاء ثمنه ، ويد المشتري على ظرف البيع إذا تسلمه مع المبيع فاها تكون في مثل هذه الأحوال يد ضمان^(٢٧) .

وقد اعترض على هذا التعريف بأن يد البائع على المبيع قد لا تكون في مصالحته خاصة كما إذا ظل المبيع في يده بعد أداء الثمن وقبل أن يطلبها مشتريه له إذ لم يكن جسنه لوفاء ثمنه ، ولتفادي هذا الاعتراض ذهب الشیخ على الخفیف إلى تعريف يد الأمانة : بأنها ما كانت عن ولائية شرعية ولم يدل دليلاً على ضمان صاحبها^(٢٨) وما عدتها يد ضمان وهذا ما نرجحه لسلامته من الاعتراض .

(٢٩) كشف النقاع ٢٣٦/٢ - نهاية المحتاج ١٤١/١٥ ، ٢٠٥ .

(٣٠) الضمان في الفقه الإسلامي القسم الأول ص ١٠٣

حكم يد الأمانة :

لا ضمان على صاحب يد الأمانة عند تلف المال تحتها الا اذا
قصر في حفظها او تعدى عاليها ونكتفى بهذا القدر في بيان يد الأمانة
وحكيمها اذ أنه خارج عن موضوع دراستنا .

يد الضمان :

يتضح مما سبق أن يد الضمان هي ما عدا ما أشرنا اليه في تعريف
يد الأمانة وضمان ما يتلف تحت يد الضمان من أموال يرجع الى سبب
من الأسباب الآتية :

أولاً : الاعتداء ويتمثل في وضع يد على مال لغير صاحبها فيحول
بين مالكها وبينه أو يمنعه من الاقتفاع به على الوجه الذي يريد ذلك
بازالة يده عن ماله أو منعه عن حقه ، كيد الغاصب او وضع يده على
مال غيره بدون ولایة وإن لم يكن غاصباً فأن صاحبها يلزم بضمانته
ما تحتها اذا تلف بأى سبب كان .

ويتناول هذا كل يد حل محل يد معتمدية بسون ولاية شرعية لأنها
في هذه الحال تعد استمرار للاعتداء وإن كان القائم به شخص آخر
وذلك كيد المشترى من الغاصب ، ويد المستأجر منه ، ويد المرهق منه
وهكذا ، فإن يد جميع هؤلاء تعد استمرار لتلك اليد المعتمدية الأولى بالنظر
إلى اعتدائها فيضمن أصحابها من مشترى ومستأجر ونحوه ما يتلف
تحت يده .

أما إذا حل محلها بولاية شرعية فلا تعديل ضمان ولا يضمن أصحابها
يتلف ما استولت عليه من مال . وذلك كيد الحاكم الذي ينتزع المال
المغصوب من غاصبه قهراً عنه ليرده إلى مالكه .

ثانياً : حكم الشارع بضمان صاحبها وإن وضعت على المال باذن من صاحبها ، كيد المستعير عند الحنابلة والشافعية خلافاً للحنفية .

ويتناول هذا ضمان الأموال التي توضع الأيدي علىها نتيجة عقد من العقود كما في ضمان البائع المبيع بحبسه تحت يده إلى أن يؤدى إليه اثمن بعد تمام البيع .

ثالثاً : وضع اليد على أساس التملك والضمان ليكون وسيلة وطريقة إلى التملك كما في يد القابض على رسوم الشراء^(٣١) فالضمان فيه ضمان بما يشبه العقد بين المالك والمتسلم إذا كان عن اتفاق بينهما هو في حكم المرحلة الأولى من مراحل التملك بالبيع ، فكان للتسليم فيها حكم عقد البيع إذا شرط فيه الخيار للمشتري من ناحية الضمان .

فوضع يده على أساس الضمان والتملك يقتضي التغیرير بالمشتري إذا لزم بالضمان عند التلف إذ أنه يبتعد به عن غرضه ، ولو ألزم به المالك لكان في ذلك تغیرير وأضرار ، وذلك ما كان مخلاً لاختلاف النظر بدليل الاختلاف في حكمه .

وعلى هذا كانت يد الضمان هي كل يد لا تستند إلى اذن شرعى سواء أكان من المالك أم من الشارع ، وكذلك كل يد تستند إلى اذن شرعى ودل الدليل على تضمين صاحبها ، وكل يد ترتيب على يد معتمدية دون أن تستند إلى اذن من المالك أو اذن من الشارع أو استندت إلى ذلك ولكن كان وضعها لمصلحة صاحبها خاصة عند الشافعية والحنابلة ، أو دل دليل شرعى على تضمينه وكانت لذلك يد غاصب الغاصب والمشتري منه والمستأجر منه يد ضمان وإن لم يعلموا بالغاصب .

(٣١) وهو من يقبض العين باذن مالكها بعد رؤيتها والاتفاق معه على مقدار ثمنها ليكون له النظر فيما بعد القبض كثاف القناع ٣٧٠/٣ نهاية المحتاج ٤٤١/٤

حكم يد الضمان :

حكم يد الضمان تضمين صاحبها عند تلف المال تحتها سواء أكان تلفه باعتداء عليه من واضح اليدي أو من أجنبى ، أم كان بسبب الإيذ لصاحب اليد فيه كالسبب السماوى مثل الموت والنار الغالبة ونحو ذلك .

غير أنه اذا كان التلف من أجنبى استقر ضمان المال التالف عليه ، وان كان من المالك كان ضمانه عليه وليس على واضح اليدي تبعه ، وكما يلزم صاحب يد الضمان بضمان المال كله عند تلفه يلزم بضمان بعضه عند تلف بعضه ، كما يلزم بنقص قيمته عند حدوث ذلك بسبب تغييره أو تغيره أو حدوث ما يترتب على ذلك من نقص في قيمته مع ملاحظة أن نقص القيمة نتيجة لتغير الأسعار لا يسأل عنه صاحب اليدي اذا لا صلة له باعتدائه ولم يكن نتيجة نقص في المال وانيا نتيجة لأنصار اتف الناس عليه (٣٢) .

وذهب المالكية الى أن تغير السعر بنقصه غير معتبر في الفصب فلا ضمان اذا نقصت قيمة العين المغصوبة في يد غاصبها ، ولكن معتبر في الاعتداء في ضمن المعتمدى ما نقصته العين المستولى عليها اعتداء بسبب نقص سعرها (٣٣) .

السبب الخامس : الحيلولة (٤) :

اعتبر الفقهاء الحيلولة بين المال ومالكه سبب من أسباب الضمان يلزم به من أحدهما فيتعلق بذمته ضمان ذلك وان لم يصب ذلك المال تلف بأأن يترتب على فعل واضح اليدي ما يحول بين المال وبين مالكه من أن ينتفع به أو يتصرف فيه فعدها يكون هذا الفعل تعديا على المال

(٣٢) تحقيق كتاب الفصب من كتاب الحاوي للماوردي ص ١٥٧
رسالة ماجستير للمؤلف .

(٣٣) الخرشى ١٥٣/٦
(٤) الاشباه والنظائر ص ٣٩٠

وكل فعل يعد تعديا على المال يستوجب تعلق ضمانه بدمامة الفاعل وان
كان فعل لا يترتب عليه تلف المال .

وبناء على ذلك اذا وقع الفعل محققا للحيلولة بين المال وصاحبها
على صورة يترتب عليها عدم تمكّن صاحبها من الاتفاق به أو التصرف
فيه كان ذلك سببا يستوجب التضمين وذلك بالزام الحائل بدفع قيمته
اذا ما أصاب المال في هذه الحال تلف سماوي مثلا أو حال دون رده
إلى مالكه مانع من الموانع .

ويلاحظ أن الحيلولة في أكثر المسائل وقوعا لا تكون إلا مع سبق
يد الحائل ووضعها على المال سواء كان وضعها بحق كما في يد الوديع
ويد المستعير ويد المرهون فقد يحدث من أحد هؤلاء ما ترتب عليه الحيلولة
بين المال وبين مالكه على وضع يحول دون اتفاقه به أو تصرفه فيه
كما اذا سلم الوديع المال لغير وادعه أو جحده وهذا يشبه ما يحدث
الآن في تجميد الأرصدة في البنوك ، أو كان وضعها بغير حق كاليد
العادية ، فإن مجرد وضعها يعد سببا لتعلق ضمانه بالذمة دون نظر الى
ما يترتب عليه من الحيلولة .

والامر الواقع أن سبب التضمين في جميع أحوال وضع اليد العادية
انما هو الحيلولة بين المال وصاحبها وليس التضمين عندئذ إلا مجرد شغل
الذمة وتتعلق الضمان بها ما دام أن الرد ممكّن فإذا امتنع الرد وجب
عندئذ آداء ذلك الضمان أى قبل امتناعه فالواجب رد العين .

ومن هذا يوضح أن الحيلولة تكون سببا للتضمين ولكنها تكون سببا
لتضمين بمعنى شغل الذمة فقط ما دام المال قائما ميسور الرد اذ
الواجب عند ذلك هو رد المال إلى صاحبه ، وليس لصاحبه عند ذلك
أن يطالب بقيمتها وتكون سببا للتضمين بمعنى الالتزام بأداء عوض من
مثل أو قيمة اذا ما تعذر الرد بسبب من الأسباب ولكن على أن يرد ذلك

الى دافعه اذا ما ردت العين المقصوبة الى مالكها ولذا كان فى حكم
القرض .

كما يتضح أن سبب الحيلولة للتضمين ليست محل خلاف بين
جمهور الفقهاء غير أن فريقا منهم يذكر اسم، الحيلولة التي يتمثل الاعتداء
فيها ، وبعضهم يكتفى بذكر الاعتداء دون تعبير عن الحيلولة ، وذلك
ما لا يترتب عليه خلاف الا في التعبير .

مذاهب الفقهاء في التضمين بالحيلولة :

ذهب الشافعية والحنابلة الى أنه يشترط في التضمين بالحيلولة سبق
يد المعتدى بها على المال يدل لذلك عند الشافعية ، أنه لو جبس المالك
دواب عنها حتى تلفت بسبب ذلك الجبس لم يضمها وإن كان الجبس
ظليماً، إذ أنه بحسبه المالك وترتب تلف الدواب على ذلك حال بين مالكها
وبيه الاتفاق بها ومع ذلك لم يرتبوا عليه ضماناً^(٣٥) ويدل لذلك عند
الحنابلة : أن من جبس المالكا عن ماله ومنعه عن الاتفاق بذلك الجبس
ومن التصرف فيه لم يضمن فالحيلولة قد تحققت بالجنس عند عدم التلف
ولم يترتب عليها ضمان^(٣٦) .

كما يرى الشافعية أن الحيلولة التي يصاحبها نقل المال الى بلد
آخر يترتب عليها حق المطالبة بقيمة المال لا على وجه المعاوضة بل على
وجه القرض دفعاً للضرر الى أن يحدث الرد في بلد الغصب فترتعد عندها
قيمة المال ، كما إذا نقل الغاصب المغصوب الى بلد آخر كان للمالك أن
يطالبه بقيمتها في الحال قبل رده لوجود الحيلولة بينه وبين مالكه . وإذا
أدى الغاصب القيمة ملكها المغصوب منه تسلك قرض ينتفع بها على حكم
ردها عند رد العين المقصوبة .

(٣٥) نهاية المحتاج ١٥٢/٥
(٣٦) كشاف القناع ٣٦٠/٣

والمالكية والشافعية يرون أن نقل المثلث من بلد الغضب إلى بلد آخر قويم يترب عليه حق المطالبة بعوضه ، أما القيمي فلا يعد نقله تفوتنا إلا إذا كانت اعادته تتضمن حملاً ومؤنة^(٣٧)

والحنفية يرون وجوب تضمين ذى اليد العادية قيمة ما تحت يده من عين إذا غيبها وأن يتسلكها بهذا التضمين ملكاً مستنداً إلى وقت تعديه عليها بوضع يده ، وأن أداء القيمة في هذه الحال إلى المغصوب منه مبني على المعاوضة بينها وبين العين ، وعلى ذلك يمتلك مالك العين قيمتها بإدائها إليه لا على وجه القرض الذي ذهب إليه الشافعية والحنابلة بل على وجه المعاوضة .

ولذا قالوا إذا ظهرت العين بعد ذلك وكانت قيمتها المدفوعة إلى مالكها مقدرة بقول ذى اليد وظاهر أن قيمتها في حقيقة الأمر أكثر مما أدى كان المالك بالختار أن شاء رضى بما أخذ فيها وإن شاء استرد العين ظهور عدم رضاه بالمعاوضة . إن كانت مقدرة بقول المالك لم يكن له ولا لذى اليد خيار في جميع الأحوال وإن ظهر أن القيمة التي للعين أقل مما أدى فيها لم يكن لأحد منها خيار وكانت العين لذى اليد . ومؤدى ذلك أن الحنفية لا يعتبرون الحيلولة اتلافاً والضمان عندهم إنما هو بسبب اليد العادية ولا يجعلون الحيلولة سبباً مستقلاً من أسباب الضمان^(٣٨) .

الأسباب السادس : الفرر :

الفرر في اللغة الخطر ، والتعریض للهلاكة ، وغر فلاناً غزا وغروراً خدمه وأطمعه بالباطل ، والغیر الكفيل والقيم الضامن ، وبيع الفرر : يبيع ما يجهله المتبايعان^(٣٩) لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الفرر .

(٣٧) الخرishi ١٥٤/٦ - نهاية المحتاج ١٦٢/٥ - كشاف القناع ٣٦٦/١

(٣٨) حاشية ابن عابدين ١٤٢/٥ ، ١٤٣

(٣٩) المعجم الوسيط ٦٧٢/٢

ويستعمل الفقهاء الغرر في الحمل على قبول ما لا خير فيه بوسيلة كاذبة مضللة ترغب فيه بزعم أن فيه المصلحة ولو عرفت حقيقته ما قبل^(٤٠) فالغرر لا يتحقق إلا بالحمل والترغيب من الغار بالوسائل الكاذبة كالغش والتدعيس — المظيرة للأمر على خلاف واقعه وحقيقة وذلك ما لا يكون إلا مع قصد الغار وسوء نسيته .

فيما يكون الغرر :

يكون الغرر في العقود فيقبل الإنسان بسببه على اثناء عقد يحسب أن مصلحته في اثنائه أو أنه خلى عن غبن ثم يتبين أنه قد خدع فيه وأنه على خلاف ما ظن أو يرغب أو يظهر أن فيه غبناً فاحشاً . وأثر ذلك يظهر في عدم لزوم العقد بالنسبة للمغروف على تفصيل يرجع إليه في أحكام العقد اذا بني على غرر وتدليس إذ أن التدعيس ضرب من الغرور .

ويكون في الأفعال كما في الحمل على سلوك طريق على ظن أنه آمن، فيأخذ اللصوص أموال سالكه ، أو على مباشرة فعل على ظن أنه غير محظوظ أو غير خطير لا يترتب عليه تلف ثم يتبين على خلاف ذلك فيؤدي إلى تلف مال .

وسائل الغرور والأثر المترتب عليها :

للغرور وسائلان الأولى الغرور القولي : كما في وصف كاذب مضلل يراد به الحمل على الفعل وقد اختلف الفقهاء في تضمين الغار قيمة ما تلف بسبب غروره القولي .

فذهب البعض من الشافعية إلى أن الغرور القولي لا يترتب عليه التضمين على حين ذهب البعض الآخر إلى أن الغرور القولي يترتب عليه التضمين فقد ورد في المذهب أنه إذا قدم الرجل من سفر وهو مفترط في رمضان فغيرته زوجته بقولها له : أنها مفطرة وكانت في الواقع صائمة

(٤٠) الضمان في الفقه الإسلامي ٢٠١/٢

فوطئها فعلى القول بأن عليه في ماله بالجماع في رمضان كفارة واحدة عنه وعنها لم تجب كفارة اذا لا يلزمها كفارة بوطئه ، وإنما يلزمها كفارة واحدة عنه وعنها ولا محل لاجباره على كفارة عليه لأنها مفطر وليس عليها كفارة بوطئه ، وعلى القول بأن على كل منهما كفارة بالجماع في رمضان ولكن قدفع من مال الزوج لا كفارة عليه لأنها مفطر وعليها كفارة يلزمه الزوج طعاماً أو اعتاقاً من ماله ويرجع بذلك عليها لغوره^(٤١) وهذا يدل على أن من الشافعية من يرى أن الغرور القولي يترب عليه التضمين .

وفي ترتيب الضمان على الغرور القولي فرق الأحناف بين حالين :
الحال الأول : لا يستوجب الغرور القولي الضمان الا اذا كان في حال يغلب فيها الصدق عادة حتى يعد المباشر للاتفاق مغورا وقد صدر عنه الفعل بحكم العادة والعرف نتيجة عادية لما يسببه الغار من غرور للمغorer جعله بمقدى العادة في حكم الفاعل المباشر الذي يضاف اليه التلف يلزمها لذلك الضمان بناء على قاعدة اذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف التلف لل المباشر .

الحال الثانية : اذا كان في حال الا يغلب فيها صدقه ولا يورث عند السماع اطمئنانا فلا رجوع للمغorer على الغار اذا أنه لا يجب تصديقه^(٤٢) .

وذكر المالكية أن الغرور القولي مختلف في ايجابه الضمان على الغار والمشهور عدم ايجابيه الضمان لأن يأتي شخص بقطعة قماش لخياط ويسأله أتكفى فيقول نعم ويفصلها في غيته ويظهر أنها لا تكفى فان الخياط لا يضمن قيمة القماش ، وهذا بخلاف ما اذا شرط عليه فقال : ان كانت تكفى ففصلها ، فقال تكفى وفصلها وظاهر أنها لا تكفى فانه في هذه الحال يضمن لوجود الاشتراط بخلاف الحال الأولى فلا ضمان فيها على الغار ، والظاهر أن الاشتراط يجعل الغار في حكم الكفيل

(٤١) المذهب ١٩١/١

(٤٢) تبيان الحقائق للتزيلسي ١٤٥/٦ - اتحاد الابصار ج ٢٧٧

وأن الغرور بالقول اذا ما تضمن اشتراطا خرج الضمان بسببه عندهم عن أن يكون ضمان غرور إلى ضمان كفالة باشتراط^(٤٣) .

الوسيلة الثانية : الغرور الفعلى كما في تصريح الشاة بغية اظهارها غزيرة اللبن وكما في طلاء الأشياء لاخفاء نوعها وايهام أنها من نوع جيد ليقبل الناس على شرائها ونحو ذلك .

فالغرور القولى موجب للضمان عند الشافعية ومثلوا باستئجار حمال بدابة على حمل متاعه فربط الحمال المتاع عليها بجمل بال فسقط المتاع وتلف فان الحمال يكون ضامنا بغروره بربط المتاع بجمل بال اقطع عند سير الدابة فسقط المتاع فتلف فان ضمامه عليه لتبسيبه في التلف بصورة تجعل التلف الازما له وينطبق ذلك على أصحاب سيارات النقل التي يستعملها الناس الآآن في نقل أمتعتهم من مكان لآخر فإذا قصروا في حزم الأمتعة المحمولة عليها وتلفت أثناء السير بسبب التقصير في حزمها فانها تكون في ضمامهم .

وكذلك الحال لو استأجرت مقاول بناء لاقامة بناء على عمد لحمل عدد من الأدوار فأقامه سليم المتنظر فاسد المخبر فيسقط بما حمل عليه اعتقادا على سلامة منظره فان ضمان ما تلف بسبب سقوطه على مقاول البناء لغروره باقامة التباء على وضع فاسد سقيم .

ومثل المالكية لذلك بين استأجر دابة للحمل وصاحبة يعلم أنها عشور ولم يعلم مستأجرها بذلك فأسقطت الحمل فأفسدته كان ضامنا^(٤٤) للغدر وذلك لما في العقد من معنى ضمان السلامة ومن قدم لانسان طعام ضيافة فأكله على ظن أن الطعام من قدمه ثم ظهر أنه مخصوص كان استقرار الضمان على من قدمه ، وضمن الأكل لمباشرته الاختلاف ويرجع على من قدمه وهذا من قبيل الغرور بالفعل .

ومما تقدم يعلم أن أساس التضمين بالغرور اما الاختلاف، بالتبسيب ان كان غرورا بالفعل واما الضمان والالتزام بالقول ان كان غرورا بالقول .

* * *

(٤٣) منح الجليل ٧٨٦/٢ - الخرishi ٣١/٧

(٤٣) منح الجليل ٧٨٦/٣ - الخرishi ٣١/٧

الفصل الثالث

ضمان ما تلف بمثله أو قيمته

ان الضمان – كما هو معلوم – يتحقق بالغصب كما يتحقق بغير الغصب مثل الاتلاف بلا غصب ، وكتلف المبيع اذا تقابل وكالشمن اذا اتلف ورد المبيع بعيوب او غيره او كاللقطة اذا جاء مالكها بعد التملك وهى تالفة ، وكالبيع فى حالة خلاف العاقدين وفسخ العقد لكنه قد تلف وكمليقبوض بالشراء الفاسد اذا تلف ومثل ما أتلف ومثل ما أداه الضامن عن المضمون عنه حيث ثبت الرجوع وكالعارية اذا أتلف العين المستعارة عند جماعة وكالمتعجل فى الزكاة اذا ثبت استرداده وهو قد تلف وكالصادق اذا تشطر وهو تالف وكالصيد اذا تلف فى الحرم او الاحرام^(١) .

وعلى ذلك اذا تلف الشيء المغصوب فانه يكون مضمونا على الغاصب سواء تلف بفعله او غير فعله لقوله صلى الله عليه وسلم (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)^(٢) .

المثل والقيمة في الضمان :

اتفق الفقهاء على أن من غصب شيئاً فعليه رده مادام باقياً ورد بدلـه اذا هلك وكذلك الأمر في كل شيء يوجب الضمان^(٣) .

(١) الاشتباه والنظائر للسيوطى ص ٣٨٥ ، ٣٨٩ . كتاب القواعد والاشباه والنظائر لابن السبكي مخطوطه بالاسكندرية ورقة ٨٠ .

(٢) الحديث رواه الإمام أحمد والترمذى وقال عنه حديث حسن صحيح ورواه ابن ماجة والبيهقى . مسند الإمام أحمد ٨/٥ - صحيح الترمذى ٢٦٩/٥ - سنن ابن ماجة ٨٠٢/٢ - السنن الكبرى ٩٥/٦ - تلخيص الحبير ٥٣/٣ .

(٣) كتاب الغصب من الحاوى للماورد رسالة ماجستير للمؤلف ص ٦٩ . المفنى لابن قدامة ٢٣٨/٥ - العناية على الهدایة ٣٧٠/٧ - الدسوقي على الشرح الكبير ٤٤٦/٣ .

ثم ان كان مثلياً يجب رد مثله (والمراد بالمثلى هنا : هو كل ما تتماشأ أجزاؤه وتتقارب صفاتاه فيدخل فيه الموزون والمكيل بالاتفاق كما يدخل فيه المعدود والذى لا تتفاوت أجزاؤه ، والمذروع أى المقيس بالذراع – على خلاف وتفصيل) .

وان كان قيمياً يجب رد قيمته (ويراد بالقيمي ما لا تتماشأ أجزاؤه ولا تتقرب صفاته مثل الحيوان والمصنوعات المختلفة) لقوله تعالى : (فمن اعتدى عليكم فلاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)^(٤) لأنّه لما تعذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية من مثله ان كان له مثل ، أو قيمته .

والالأصل فيما يجب فيه القيمة من الحيوان وغير ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم (من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يصلح ثمن العبد قوم عليه قيمته فأعطي شركاء حصصهم واعتق عليه ، والا فقد عتق منه ما عتق)^(٥) .

وثار خلاف بين الفقهاء في ضمان القيمتيات التي أتلفت أو تلفت بسبب الفصب

فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ما عدا ما حكى عن العنبرى إلى وجوب القيمة^(٦) حتى ادعى بعض العلماء الاجماع فيه^(٧) .

(٤) سورة البقرة الآية ١٩٤ .

(٥) اللؤلؤ والمرجان ١٢٨/٢ حديث رقم ٩٥٨ من حديث عبد الله ابن عمر صحيح البخاري مع الفتح ١٠/٢٥٥ تحت رقم ٢٥٠٣

(٦) حاشية ابن عابدين ١١٦/٥ – بدائع الصنائع ٤٤٣١/٩ – بداية المجتهد ٣١٧/٢ – حاشية الدسوقي ٤٤٥/٣ – فتح العزيز ٣٦٦/١١

– أغاية القصوى ٥٧٣/١ – المفتى لابن قدامة ٢٣٩/٥ .

(٧) رحمة الأمة ج ١ مصطفى الخلili ص ١٦٨ – حاشية ابن عابدين ١١٦/٥ .

واستدلوا بذلك بالحديث الصحيح المتفق عليه المروى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من أعتق شركا له في عبد ، فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فأعطي شركاءه حصصهم) وفي رواية مسلم (في ماله قيمة عدل الا وكس ولا شطط) قال الحافظ ابن حجر : واستدل به على أن من أتلف شيئاً من الحيوان فعليه قيمة لا مثله ، ويلحق بذلك ما يكال ولا يوزن عند الجمهور^(٨) ووجه الاستدلال من هذا الحديث أنه لم يلزم المثل والزمه القيمة .

واستدل كذلك بأن الأشياء لا تساوى أجزاؤها بل تباين صفاتها وتحتفل قيمتها فالحكم فيها بالمثل قد يؤدي إلى الظلم ، إذ قد يكون حيوان ما يساوى مبلغاً كبيراً لسرعته في الركض مثلاً فيما لو كان خيلاً أو لكرشة حلبيه أو نحو ذلك في حين لا يساوى حيوان آخر مثله في الشكل والعينة شيئاً يذكر ولذلك فالقيمة فيها أعدل وأقرب إلى العدل .

وذهب بعض الفقهاء منهم الظاهري والعنبرى من المحنابلة^(٩) إلى الفول بوجوب المثل

واستدلوا بذلك بالحديث الذى رواه الإمام أحمد داود والن sai عن عائشة رضى الله عنها قال ما رأيت صانعاً طعاماً مثل صفية ، صنعت لرسول الله صلى الله عليه وسلم طعاماً فبعثت به فأخذنى أفكـل^(١٠) فكسرت الآفـاء فقتلـت يا رسول الله ما كفارـة ما صنعت قال آباء مثل آباء وطعمـام مثل طعام^(١١) .

(٨) فتح البارى ٥/٥٥٠ .

(٩) المحلى ٨/٥٦٥ - المغني ٥/٥٦٥ .

(١٠) الأفكـل الرعدة من يرد أو خوفـ والمراد يـنها لـارات حـسنـ الطعامـ أخذـتهاـ الغـيرةـ الشـديدةـ فـأصابـتهاـ بـسبـبـهاـ الرـعدـةـ .ـ القـامـوسـ المـحيـطـ ٤/٣٣ .ـ هـامـشـ سنـنـ أـبـوـ دـاـودـ ٣ـ٦ـ /ـ ٣ـ٦ـ .ـ

(١١) مـسـندـ الـإـمـامـ أـحـمـدـ ٦/٢٧٧ـ -ـ سنـنـ أـبـوـ دـاـودـ ٣ـ٦ـ /ـ ٣ـ٦ـ .ـ السنـنـ الـكـبـرىـ ٦/٩ـ -ـ سـبـلـ السـلـامـ الـلـصـنـاعـىـ ٣ـ٩ـ /ـ ٣ـ٩ـ .ـ

وَمَا رُوِيَّ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَانَ رضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَتَاهُ رَجُلٌ فَقَالَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّ بْنِي عَمِّكَ سَعَوْا عَلَى إِبْلٍ فَاحْتَلَبُوا أَلْبَانَهَا وَأَكَلُوا فَصَلَانَهَا^(١٢)
 فَقَالَ عُثْمَانَ رضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نَعْطِيكُمْ إِبْلَكُمْ وَفَصَلَانَا مُثْلُ فَصَلَانِكُمْ
 فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُسْعُودَ وَقَدْ رَأَيْتَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ رَأْيَا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ
 مِنَ الْوَادِيِ الْجَدِيدِ الَّذِي جَنَى فِيهِ بْنُو عَمِّكَ ، فَقَالَ عُثْمَانَ رضِيَ اللَّهُ
 عَنْهُ نَعَمْ^(١٣) ٠

وأجاب الجمهور عن حديث عائشة في قوله صلى الله عليه وسلم
 (إفأء مثل آباء وطعام مثل طعام) فهو أن القيمة مثل الشرع قال الله
 تعالى (فجزاء مثل ما قتل من النعم يحکم به ذوا عدل منكم هديا بالغ
 الكعبة أو كفارة طعام مسكين)^(١٤) فجعل قيمة الجزاء من الطعام مثل
 وأما حديث عثمان فمحمول على التفصيل منه لتطوعه بذلك عن غيره ٠

وخلاصة القول في ذلك أتقنا لا نرى تعارضًا بين ما استدل به الظاهرية
 والعنبرى من الحنابلة لأن أدلةهم تشعر بأنها للمغصوب الذى له مثل ،
 وبين ما استدل به جمهور الفقهاء ومنهم الشافعية لأن أدلةهم للمغصوب
 الذى لا مثل له وهذا ما يشير إليه الماوردي إلى أن المغصوب التالف
 على ضربين أهلاً أن يكون له مثل أو لا يكون له مثل ٠

فإن كان ما استدل به بعض الفقهاء للضربين معاً فهذا ما أجاب عنه
 جمهور الفقهاء ويكون ما ذكروه هو الراجح ٠

وإذا تلف جزء من العين المضمونة بأن تقص جزء منها وكان النقص متميزة
 كالحنطة يتلف بعضها أو كالثياب يتلف ثوب منها أو ذراع من جملتها فيكون
 ضامناً للنقض بالمثل إن كان ذا مثل وبالقيمة إذا لم يكن ذا مثل ويرد
 باقى بعينه سواء كان التالف أكثر المغصوب أو أقله وهذا متفق عليه ٠

(١٢) الفصلان جمع فصيل وهو ولد الناقة إذا فصل عن أمه
 المصباح المنير ص ٥٥ . القاموس المحيط ٤/٣٠ ٠

(١٣) المبسوط للسرخى ١١/٥٢ ، ٥٣ ٠

(١٤) سورة المائدة الآية ٩٥ ٠

وإذا كان النقص غير متميز كثوب شقه أو افأه كسره فإن كان الناقص منه أقل منافعه أخذه وما ينقص من قيمة اجماعا فيقوم صحيحا فإذا قيل مائة درهم قوم ممزها أو مكسورا فإذا قيل ستون درهما فنقصه أربعون فيأخذه ممزقا أو مكسورا ويأخذ معه أربعين درهما
وان كان الناقص أكثر منافعه فقد اختلف الفقهاء فيه

فذهب الشافعى رضى الله عنه أنه يأخذه وما نقص من قيمته حتى لو كان يساوى مائة درهم فصار بعد النقص يساوى درهما واحدا أخذه وتسعة وتسعين درهما ، وهكذا لو تمزق الثوب وترتضى الاناء حتى لم يبق لهما قيمة أخذ قيمتها كاملة وأخذ المرضوض والممزق ولم يملكه الغاصب^(١٥) .

وقال مالك رضى الله عنه : يكون المالك مخيرا بين تسليمه إلى الغاصب ويأخذ منه جميع القيمة وبين أن يمسك به ناقضا ولا أرش له^(١٦) .

وقال أبو حنيفة : يكون المالك مخيرا بين أن يتمسك به ويرجع بأرش نقصه وبين أن يسلمه للغاصب ويرجع بجمع قيمته^(١٧) فإذا تمزق الثوب وترتضى الاناء حتى بلغ النقص قيمة غرم القيمة وملك المرضوض والممزق واستدلوا لذلك بأن لا يصير جاما بين البدل والبدل^(١٨) .

قالوا ولأن العين إذا ذهب أكثر منافعها صار الباقى ذات المنفعة

(١٥) تحقيق كتاب الفصب من الحاوى للماوردى ص ٨٥ رسالة ماجستير للمؤلف .

(١٦) قال ابن قاسم : من تعدى على صحفة أو عصا لرجل فكسرها أو خرق لها ثوبا فان افسد ذلك فسادا كبيرا خير ربه فيأخذ قيمته جميعه أو أخذه بعینه أو أخذ ما نقصه المعتمد . المدونة الكبرى ٤٧/٤ - الناج والأكليل هامش مواهب الجليل ٢٩٣/٥ .

(١٧) الميسوط ٨٦/١١ .

(١٨) فقد جاء فى شرح العناية على الهدایة : ولنا المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله يعني يدا ورقية وكل من ملك شيئا خرج البدل عن ملكه فى مقابلته ودخل فى ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل - شرح القدير ٣٨٢/٧ - تبيان الحقائق ٢٣٠/٥ .

فجاز له أن يرجع بجميع القيمة ولأن الأقل تبعاً للأكثر فلما كان غارماً لأكثر المنافع وجب أن يكون غارماً للأقلها .

واستدل الشافعية لما ذهبوا إليه بقوله تعالى : (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) فإذا اعتدى باستهلاك التعرض لم يجز أن يعتدى عليه باستهلاك الكل ، وأن ما لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أقله ، لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أكثره .

وأجاب الشافعية عن الأدلة السابقة التي ساقها الأحناف تأييداً لذهبهم بما يأتى :

فأما الجواب عن قولهم : أنه جمع بين البديل والبدل ، فهو غير صحيح لأن المأخذ بدل من المستهلك دون الباقي فلم يكن جمعاً بين البديل والبدل وأما الجواب عن قولهم أن الباقي من المنافع بعد ذهاب أكثر ما ذهب ، فهو أنه قول مطروح وعيان مدفوع ولو جاز أن يكون الباقي ذاهباً لكان الذاهب باقياً .

وأما الجواب عن قولهم الأقل تبعاً للأكثر ، فهو أنه لو جاز أن يكون هذا دليلاً على وجوب ضمان الأقل تبعاً لوجوب الضمان في الأكثر لكان دليلاً على سقوط ضمان الأقل تبعاً لسقوط الضمان في الأكثر حتى أنه لو أتلف أقل منافعة لم يضمنها .

وبسبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة هو اختلافهم في القيمة هل هي للتالف المستهلك دون الباقي أم المعتبر قيمة الشيء جميعه ويكون الباقي بعد التلف والاستهلاك داخلاً في اعتبار القيمة .

فذهب الشافعية إلى اعتبار القيمة للناقص المستهلك دون الباقي ، وذهب المالكية والحنفية اعتبار القيمة للشيء جميعه مستهلكة وباقية ، ويريد ذلك ما استدل به الحنفية بقولهم ، ولنا المالك ملك البديل وهو

القيمة بكماله ، وكل من ملك شيئاً خرج البدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعاً للضرر عن مالك البدل ٠

ويزداد الأمر ووضوحاً فيما أجاب به الشافعية عن ذلك بقولهم إن المأخذ - وهو القيمة - بدل من المستهلك دونباقي فلم يكن جمعاً بين البدل والبدل ٠

وبمناقشة أدلة الحنفية يتضح أن ما ذهب إليه الشافعية هو الراجح والله أعلم بالصواب ٠

الاستثناءات الواردة على قاعدة المثلى والقيمي :

يتضح مما سبق أن الفقهاء [تبعوا] القاعدة العامة في ضمان المخلفات وهي ضمان المثل بالمثل والمتفق بالقيمة ، يقول السيوطي : أعلم أن الأصل في المخلفات ضمان المثل بالمثل والمتفق بالقيمة وهذا يدل على أن القاعدة في رد المثلى المثل وفي رد القيمي القيمة ومع تلك القاعدة لم يفعل الفقهاء عن القيمة في المثليات ما دامت العدالة تقتضي اعتبارها ويبدو ذلك واضحاً جلياً في الاستثناءات الواردة على القواعد العامة في الضمان ٠

ثمن الاستثناءات الواردة على قاعدة رد المثل :

المثلى الذي خرج مثله عن أن يكون له قيمة : كن غصب أو تلف ماء في مفازة ، ثم اجتمعا على شط نهر ، أو في بلد ، أو أتلف عليه الجسد^(١٩) في الصيف واجتمعا في الشتاء فليس للمختلف بدل المثل بل عليه قيمة المثل في تلك المفازة ، أو في الصيف^(٢٠) ٠

ومثال الاستثناء من قاعدة القيمي حيث ذهب بعضهم إلى أن الرد

(١٩) ما جمد من الماء فصار ثلجاً المعجم الوسيط ١٣٨/١ ٠

(٢٠) الأشباه والنظائر للسيوطى ٣٨٤ ٠

يكون بالمثل أيضاً^(٢١) . على الرغم من أن القاعدة تقضي رد القيمي بالقيمة .

وأمثال الاستثناء على القاعدتين معاً مع أن الأصل هو ملاحظة المثل في المثل والقيمة في القيمة ومع ذلك نجد أن الرد في لбин الم ERA لا يسير على هاتين القاعدتين معاً حيث يرد مشتري الم ERA أن اختيار الرد صاعداً من تمس معها عند جمهور الفقهاء القائلين بثبوت الخيار بالتصيرية فهذه المسألة استثناء من القاعدتين معاً حيث لم يجب الرد فيها بالمثل وهو لбин ولا بالقيمة^(٢٣) .

ومن خلال هذه القواعد والاستثناءات الواردة عليها ندرك أن فقهائنا رحيمهم الله لم يقفوا عند قوالب جامدة يطبقونها في جميع الحالات ، وإنما نظروا إلى ما يتحقق العدالة فأينما وجدت العدالة كان الحكم وفي نظرهم ما يتحققها فلهم ينظروا إلى مثل هذه القواعد نظرة تقديس ، ما دامت أنها ليست منزلة من الله تعالى^(٢٣) فيقول السيوطي : اطلاقهم على الشيء الذي تساوت أجزاؤه أنه مثلي ، وعلى ما اختلفت أجزاؤه أنه قيسى هو مجرد اصطلاح لهم ، ثم وقوع القطع والبت منهم بأن المثل يضمن بمشله والقيمي بقيمة هو أيضاً مجرد رأي عملوا به والا فقد ثبت عن الشارع أنه يضمن المثل بقيمة ، ولكن ارجاع المثل من أعلى أنواع الجنس ، وقيمة القيمي على هذا الاصطلاح أقرب إلى دفع التشتاجر وأقطع لمادة النزاع^(٢٤) .

(٢١) كما سبق في ص . من البحث .

(٢٢) الاشیاء والنظائر للسيوطى ص ٣٨٩ - مبدأ انرضا فى العقوبة
دراسة مقارنة للدكتور على محى الدين القره داغى ط دار البشائر
٦٣١ - ٦١٠/١ - الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١١٥/٣ - الأم ٥٩/٣
تكميلة المجموع ٤/١٢ - المفتى لابن قدامة ٤/١٤٩ .

(٢٣) قاعدة المثل والقيم في الفقه الإسلامي دكتور على محيي الدين القره داغي، ص ٨٤.

(٤) السهل الجرار ط دار الكتب العلمية بيروت ٣٦٠/٣

والخلاصة أن قاعدتي المثلى والقيمي تنظمان لنا كثيرا من المسائل والجزئيات على أساس أنها تتحقق العدل المنشود في الحقوق والواجبات لكنه إذا لم يتحقق العدل من خاللهما ، فإن الفقهاء يعدلون إلى ما يحقق العدالة كما ذكرنا ، وانفتح لنا كذلك أن رعاية القيمة في غير المكيل والموزون هي الأساس .

زمن تقويم المضمون :

إن الأوقات المعتبرة للتقويم تختلف باختلاف الحالات بعضها عن بعض وذلك على النحو التالي :

ففي الاتلاف بلا غصب تعتبر القيمة يوم التلف^(٢٥) وتعبر قيمة اللقطة يوم القبض فإذا جاء صاحبها بعد التملك أو التصديق بها وهي تالفه فيعتبر يوم التملك والتصدق بها .

واعتبار أقصى القيم من يوم الأخذ إلى التلف أو المطالبة أو أخذ القيمة كما في الغصب وكذلك في تلف المقبوض بعقد فاسد والراجح في الغصب هو اعتبار أقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم الرد بعد التلف في بلد الغصب وذلك لأن العاصب ظالم ، قد فوت الفرصة على المغصوب منه ، فيجب أن يعوض إذا أن المغصوب لو كان عنده لكان بإمكانه أن يبيعه في الوقت الذي تصل فيه قيمته إلى أقصاها وما دام العاصب قد فوت عليه هذه الفرصة وهو ظالم لا يستحق التخفيف إذ هو لا يستفاد من المعاصي فيجب عليه أن يضمنها .

وأما في غير الغصب فالراجح هو اعتبار يوم التلف . إذا كان بالاتفاق من غير عصب لأن ذلك الوقت هو وقت تعلق قيمته بذمه أو اعتبار يوم القبض كما في اللقطة .



(٢٥) الاشتباه والنظائر لابن نجيم ٣٦٣ - والاشباه والنظائر للسيوطى ٣٧٣ - حاشية قليوبى وعميره مع شرح المنهاج ٣٥/٣ .

الفصل الرابع

الضمان والأثار المترتبة عليه

ضمان الدين :

وكمما يصح ضمان الأعيان المخصوصة والمختلفة فانه يصح ضمان كل دين، لازم كشمن المبيع ودين السلم وأرش الجنائية أو يتول الى اللزوم كشمن المبيع في مدة الخيار ومآل الجعالة ويقال ان مآل الجعالة لا يصح ضمانه وأما ما ليس يلازم ولا يتول الى اللزوم فلا يصح ضمانه^(١) .

ضمان المجهول :

قال الشافعى : اذا كفل الرجل الرجل بدين غير مسمى فاذ أبا حنيفة كان يقول : هو ضامن له وبهذا يأخذ وكان ابن أبي ليلى يقول : لا يجوز عليه الضمان فى ذلك لأنك ضمن شيئاً مجهولاً غير مسمى ، وهو أن يقول الرجل للرجل : أضمن ما قضى له به القاضى عليه من شيء ، وما كان لك عليه من حق ، وما شهد لك به الشهود وما أشبه ذلك فهو مج هوول .

وقال الشافعى : اذا قال الرجل للرجل ما قضى لك به القاضى على فلان أو يشهد لك به عليه شهود أو ما أشبه هذا ، فأقا ضامن لك لم يكن ضامناً لشيء من قبل أنه قد يقضى له ولا يقضى ، ويشهد له ولا يشهد له فلا يلزم شيء مما شهد له ، فلما كان هذا هكذا لم يكن

(١) التنبيه للشيرازي الطبعة الأخيرة ١٩٩١ مطبعة عيسى الحلبي
ص ٧٤

هذا ضامنا له وانما يلزم الضمان بما عرفه الضامن ، فاما ما لم يعرفه
فهو من المخاطرة^(٢) .

فلا يجوز ضمان المجهول لأنه اثبات مال في الذمة بعقد الآدمي
فلم يجز مع الجهات كالشأن في البيع .

وذهب أصحاب المذاهب الثلاثة الى صحة ضمان المجهول^(٣) ،
لأن الضمان عقد تبرع فلا يقاس على البيع ولأن الجميع أجازوا من الضمان
ما فيه جهالة كضمان الدرك أو العهد^(٤) .

وسبب اجازة الفقهاء لهذا الضمان يكاد ينحصر في أن الحاجة
تدعوا الى الوثيقة والوثائق ثلاثة :

الشهادة والرهن والفسان : أما الشهادة فلا يستوفى منها الحق ،
وأما الرهن فلا يجوز ذلك بالاجسام ، لأنه يؤدى الى أن يبقى أبداً
برهونا بحيث يلزم حبس الرهن الى أن يؤدى وهو غير معالوم ، فلم يبق
الا الضمان ، فلو لم يصح الامتنعت المعاملات مع من لم يعرف وفيه ضرر
عظيم رافع لأصل الحكمه التي شرع البيع من أجلها فهم أجازوه اذن
اجلب المصلحة ومنع الضرر .

كما استدلوا بذلك بقول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بغير وأنا به
زعيما) وحمل البعير غير معلوم لأن حمل البعير مختلف باختلافه .

(٢) كتاب الأم ٣٠٥/٣ - المجموع ١٨/١٣ .

(٣) فتح القيدير ٢٩٨/٦ - المغني ٧٢/٥ - والشرح الكبير ٨٠/٥ .

(٤) ضمان الدرك : بفتح الراء وسكونها ، وهو التعبية : أي المطالبة .
ويسمى أيضاً ضمان العهد للتزام الضامن ما في عهدة البائع رده ، والعهدة
بيانه عن الحك المكتوب فيه الشمن ولكن الفقهاء يستعملونه في الشمن
سبجازاً كان يقول الضامن للمشتري ضمنت لك عهدة الشمن أو دركه
أو خلاصك منه . مغني المحتاج ٢٠١/١ .

واستدروا بعموم قوله صلى الله عليه وسلم (الزعيم غارم) ولأنه
الالتزام حق في الذمة من غير معارضة فصح في المجهول .

غير أن هذه الجهة قد لا تقبل بهذا الاطلاق ، فعلى الأقل يراعى
ما شرط في كون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل فإذا كانت
الجهة فاحشة قد تؤدي إلى عجز الضامن فلا يتحقق المقصود من الضمان .

ضمان السوق :

وهو أن يضم الضامن ما يجب على التاجر من الديون وما يقبضه
من الأعيان المضبوطة ، ضمان صحيح وهو ضمان ما لم يجب ، وضمان
المجهول^(٥) .

ضمان نفس المكيال أو الموزون أو المذروع :

جاء في مجلة الأحكام الشرعية في المادة ١٠٩١ ما يأتي (يصح
ضمان نفس الصنجة أو المكيال أو المذروع مثلاً لو اشتري موزوناً
فشك في نفس المكيال ، أو مذروعًا فشك في نفس الدرع فضمن شخص
النقص ، صحيح ضمانه ، فيرجع المشتري بما نقص والقول له بيمينه) .

الأثار المترتبة على الضمان :

عقد الضمان يجعل الضامن ملتزماً بما التزم به الأصيل وأن الضامن
قد يكون منبرعاً بما يؤديه وقد يرجع على الأصيل بما أدى .

والأحكام المتعلقة بآثار الضمان تحدد العلاقة بين المضمون له
والضامن وبينه وبين الضامن والمضمون عنه ويوضح ذلك فيما يلى :

(٥) فتاوى ابن تيمية ٥٤٩/٢٩ - العقود الدرية في تنقيح الفتوى
الحامدية ٢٨٥/١ .

أولاً : العلاقة بين الضامن والمضمون له :

١ - حق المضمون له في مطالبة الضامن .

من الآثار المترتبة على الضمان هو أن للمضمون له حق في مطالبة الضامن بما التزم به وأن هذا الحق لا يسقط حق المضمون له في مطالبة الأصيل أيضاً وهذا يعني أن للمضمون له مطالبة أيهما شاء - الضامن أو المفسون عنه - أو مطالبة الاثنين معاً ولكن لا يأخذ أكثر من حقه .

وبهذا قال جمهور الفقهاء منهم سفيان الثوري والأوزاعي وأسحاق الأكمة الثلاثة أبو حنيفة والشافعى وأحمد^(٦) .

وكان الإمام مالك يقول بهذا ثم رجع عنه والقول المرجوع عنه هو الذى جرى به العمل بفاس^(٧) وهو الأنسب يكون الضمان شغل ذمة أخرى بالحق .

وأما جمهور المالكية فيأخذ بالرأى الذى رجع إليه الإمام مالك وهو أن المضمون له لا يطالب الضامن إذا تيسر الأخذ من مال المضمون عنده إلا إذا ضمن الضامن المدين في الحالات الست - الحياة، الموت ، والحضور ، والغيبة ، واليسير ، والعسر ، فله مطالبتها ولو تيسر الأخذ من مال الغريم^(٨) .

وخالف المذاهب الأربعية جمِيعاً ومن قال مثل قولهم كل من ابن أبي ليلى وابن شبرمة ، وأبى ثور ، وأبى سليمان ، وأهل الظاهر حيث قالوا إن الضمان يسقط الحق عن المضمون عنه ولا سبيل للمضمون له

(٦) المحلى لابن حزم ٥٣٦/٨ .

(٧) فاس بلفظ فاس النجار مدينة مشهورة كبيرة على بحر المغرب من بلاد البربر وهي حاضرة البحر وأجل مدنه قبل أن تختلط مراكش على أكثر بلاد المغرب يسوداً يختلفون منها إلى جميع الأفاق معجم بلدان ؟ ٢٦١/٤ .

(٨) الشرح الصغير بها من بلقة السالك ٤٣٨/٣ .

إليه أبدأ وإنما حقه عند الضامن^(٩) وهذا يعني أن المضمون له ليس له
أن يطالب غير الضامن .

وما ذكره هؤلاء يجعل الكفالة حواله ولذلك قال صاحب البدائع
قال ابن أبي ليلى : إن الكفالة توجب براءة الأصل والصحيح قول
العامة ، لأن الكفالة تُنْبِئُ عن الضم وهو ضم ذمة إلى ذمة في حق
المطالبة بما على الأصيل أو في حق أصل الدين ، والبراءة لتفاقى الضم
ولأن الكفالة لو كانت مبرئه وكانت حواله ، ووهما متغيران ، لأن تغيير
الاسامي دليل تغيير المعانى فى الأصل ، وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ
الآخر ، بل يملك مطالبته^(١٠) .

٢ - تاجيل الحال وتعجيل المؤجل :

إذا كان الدين حالاً فإنه يصح ضمان الحال مؤجلاً أجيلاً معلوماً
لأن الضمان تبرع والحاجة تدعى إليه ف الصحيح على حسب ما التزم ويشتت
الأجل في حق الضامن على الأصح فلا يطابض الضامن إلا كما التزم ،
ولا تقول التحق الأجل بالدين الحال وإنما يثبت عليه مؤجلاً ابتداء .

ويصح ضمان الدين المؤجل حالاً لأنه تبرع بالتزام التعجيل فصح
كأصل الضمان^(١١) .

ثانياً - العلاقة بين الضامن والمضمون عنه :

إذا قضى الضامن الدين متبرعاً به ، لا ينوى الرجوع على المضمون
عنه برىء المدين وأصبح غير ملتزم بالدين ويستوى هنا الضمان والإداء
بأمر المضمون عنه وبغير أمره .

(٩) المحلى لابن حزم ٥٢٧/٨ .

(١٠) بدائع الصنائع ٣٤٢٣/٧ .

(١١) مفتني المحتاج ٢٠٧/٢ .

فاما اذا أداء بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال (١٢) .

أحد هما : أن يضمن بأمر المضمون عنه ، أو يؤودى بأمره وسواء اشتمل الأمر هنا على لفظه عنى أو لم يستتم ، كان للضامن أن يرجع على المدين قال بهذا الآية الثالثة وأبو يوسف من الحنفية ، وقال أبو حنيفة ومحمد : يشترط اشتمال الأمر على لفظة (عنى) كأن يقول أكفل عنى أو أضمن عنى لفلان ، قال ابن الهمام : فلو قال أضمن الألف التي لفلان على لم يرجع عليه عند الأداء لأن الكائن مجرد الأمر بالضمان والاعفاء فجاز أن يكون القصد ليرجع ، وأن يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال الا اذا كان خليطا أو شريكا .

ثم قال : والحاصل أن الأمر في الكفالة تضمن طلب القرض اذا ذكر لفظه عنى (١٣) .

وقول الجمهور هنا واضح ناصح ، وقول أبي حنيفة وصاحبه فيه نظر فالامر لا يدل على التبرع الا بقرينة ، فإذا كان الكفيل أدى بنية الرجوع فكيف يجبر على التبرع ؟ وبدلا عن ذكر قرينة تدل على الحق في الرجوع ، وهي أن يكون الكفيل خليطا أو شريكا للمكفول عنه ، كان الأولى أن يكون الأصل هو الرجوع الا اذا وجدت قرينه تدل على قصد التبرع ، والأولى من هذا كله التصریح بقصد التبرع ، أما الأمر بالأداء بعد الأمر بالكفالة فمن المستبعد أن يكون النبرع هو المراد ، وعلى الأخص أن الكفيل ينوى الرجوع على المدين ولم يظهر منه ما يدل على أنها متبرع بها يؤوديه .

الحال الثاني : أن يكون الضمان والأداء بدون أمر المضمون عنه

(١٢) روضة الطالبين ٤/٢٦٦ - فتح القدير ٦/٣٠٤ - ٣٠٥
بلغة المسالك وشرح الدردير ٣/٤٣٨ .
(١٣) فتح القدير ٦/٣٠٤ .

فقال مالك ، وعبد الله بن الحسن ، واسحاق ، وأحمد في احدى روايتين : يرجع الضامن بما أدى .

وفي الرواية الثانية عن أحمد لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة والشافعى وابن المتندر بدليل حديث على وأبى قتادة ، فانهما لو كانوا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما ، فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه ولم يصل عليه النبي صلى الله وسلم ، ولأنه تبرع بذلك أشبه ما لو علف دوابه وأطعم عبد بغير أمره .

ووجه الأولى أنه قضاء برئ من دين واجب ، فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم اذا قضا عنه عند امتناعه فأما على وأبى قتادة فانهما تبرعا بالقضاء والضمان ، فانهما قضيا دينه قصدأ لتبرئته ذمته ليصلى عليه صلى الله عليه وسلم ، مع علمهما بأنه لم يترك وفاء ، والمترعرع لا يرجع بشيء^(١٤) .

الحال الثالث : أن يكون الضمان بأمر المضمون عنه والآداء بدون أمره فذهب مالك وأحمد إلى أن الضامن يرجع بما أدى .

وعند الشافعية ثلاثة أوجه ، الأصح المنصوص يرجع ، والثانى لا والثالث : إن أدى من غير مطالبة ، أو بمطالبة ولكن أمكنه استئذان الأصيل لم يرجع والا فيرجع^(١٥) .

الحال الرابع : أن يكون الضمان بدون أمر المضمون عنه ، والآداء بأمره فقال مالك وأحمد : يرجع وقال الشافعية : لا رجوع على الأصح ، فلو أذن في الآداء بهذا الشرط من غير ضمان ، والثانى : لا ، لأن الآداء مستحق بالضمان ، قال النوى : الاحتمال الأول أصح^(١٦) .

(١٤) المفنى ٨٨/٥

(١٥) روضة الطالبين ٢٦٦/٤

(١٦) المرجع السابق ٢٦٦/٤

متى يرجع الضامن وبما يرجع :

اذا كان الدين حالا فللضامن أن يرجع بعد الأداء فان طالبه المضمون فايه أن يطالب المدين بالاداء ولكن ليس له حق الرجوع الا اذا أدى هو الدين .

اما اذا كان الدين مؤجلا فليس للضامن حق الرجوع الا بعد حلول الأجل والاداء ، فاذا أدى قتل الأجل فلا يرجع الا بعد الحلول .

واذا حل الدين المؤجل على الضامن بموته أخذ بقول من رأى أن الأجل يسقط بموت من له الأجل ، وطالب الدائن ورثة الضامن ، فليس لهم مطالبة المضمون عنه الا غياب حلول الأجل عليه ، ولا يرجعون بما يؤدونه الا عند هذا الأجل ، واذا حل على المدين بموته فللضامن حق المطالبة والرجوع على الورثة بعد الأداء^(١٧) .

وذهب الحنابلة الى أن الدين المؤجل لا يحل بموت الضامن او المضمون عنه حيث نصت المادة ١١٨ من مجلة الأحكام الشرعية على ما يأتي : (لا يحل الدين المؤجل بموت الضامن ولا بموت المضمون عنه ، ولكن اذا ماتا جميعا فانه يحل الا اذا وفته الورثة برهن يحرز ، او كفيل مليء بأقل الأمرين من الدين والتركة) .

واذا أدى الضامن الدين او جرد منه رجع بما أدى ، واذا أدى أكثر منه لم يرجع الا بقدر التزام المضمون عنه فقط ، والزيادة تعتبر تبرعا منه للمضمون له ، واذا أعطى المضمون له صنفا آخر من المال غير الدين ، فان كانت قيمته أكثر من الدين لم يرجع الا بالدين ، وان كانت قيمته أقل رجع بالأقل الا أن يكون المضمون له تبرع له بالزيادة^(١٨) .

(١٧) المدونة الكبرى ٥/٢٥٧ - الام للشافعى ٢/٤٠٤ - الدر المختار ٤/٢٧٥ .

(١٨) المدونة الكبرى ٥/٢٦٧ - فتح القدير ٦/٣٥٣ - مجلة الأحكام الشرعية المادة ٤/١١٠ .

وإذا صالح المضمون له الضامن على جزء من الدين رجع الضامن
بالجزء الذى أداه وطالب الدائن المدين بباقي الدين فإذا كان المضمون
له تنازل للضامن عن الباقي ، أو عن الدين كله ، أو وهبه أيامه أصبح
الدين للضامن يطلبه منه المضمون عنه ، ويسقط حق المكفول له^(١٩) .

* * *

الفصل الخامس

موانع الضمان وانقضائه

أولاً - موانع الضمان :

ومن المسائل التي يمتنع فيها الضمان :

١ - أن يكون الاتلاف بحق كما في اتلاف المسلم خمراً لمسلم عند جميع الفقهاء وكما في اتلافه آنية خمر إذا لم يتمكن من ارافقه إلا بذلك لأن هذا الفعل مأمور به من الشارع إذ أنه من قبيل إزالة النكير ولأن خمر المسلم وخنزيره كما سبق مال غير متقوم ولا ضمان في مال غير متقوم وكذا الحكم في اتلاف المسلم خمراً لذمي عند الشافعية والحنابلة ومن ذهب مذهبهم لعدم تقومه في حقه .

٢ - اذا أتلف جزءاً من مال الغير في سبيل انقاد باقيه فلا ضمان على المتلف حينئذ اذا كان في ذلك منفعة لصاحب المال ، لأنه انما قام بدفع ضرر أكبر بارتكاب ضرر أقل والقاعدة أنضر الأدنى يتتحمل دفعضرر الأشد .

٣ - رضا المضرور بالضرر ، للإنسان أن يتصرف في حقوقه المالية تصرفاً لا يمس حقاً لغيره تعلق به أو على هذا لو خرق ثوبه بأمر من غيره لم يضممه الأمر اذا أن أمره باختل ولا يستوجب طاعة ولو قال لغيره أحرق ثوبك أو القه في البحر ففعل فلا ضمان عليه وكذا لو قال له اهدم منزلي فهدمه فلا ضمان عليه اذا أن أمره قد صدر في حدود ولايته ولم يكن المأمور متعمدياً بسدب ذلك فلا يضمن^(١) .

(١) جامع الفصولين ٧٨/٢ - الدسوقي ٢٤٠/٤ - حاشية الدر ٥٤٠/٥ .

٤ - عدم الفائدة في التضمين •

فإذا اتلف البغاء مالاً للمسامين أو أتلف المسلمين مالاً للبغاء والخارجين فلا ضمان على المتلف «نهم لعدم الفائدة في التضمين» ، إذ لوجب الضمان على المسلمين لم يجز أن يعطى للبغاء المحاربين ، ولا محل لايحاب الضمان على البغاء لعدم الولاية عليهم ولأن مصير أموالهم قبل التسلط عليهم إلى المسلمين •

ثانياً - انقضائه الضمان :

عقد الضمان ينقضى باهلاك التزام الأصيل أو الضامن وينقضى الالتزام بأحد الأمور الآتية :

١ - الأداء أو ما هو في معنى الأداء :

فمتى أدى الأصيل الدين أو سلم العين أو مثلها أو قيمتها عند الالهاك برئت ذمته ، وتبعاً لذلك تبرأ ذمة الضامن ، وإذا قام الضامن بالاداء برئت ذمته وانقضى الضمان سواء برأت ذمة الأصيل أم لم تبرأه

وفي معنى الأداء الهبة ، والصدقة فإذا وهب الدائن أو تصدق بالدين على المدين أو الضامن انقضى الضمان •

٢ - الابراء أو ما هو في معنى الابراء :

فإذا أبرأ المضمون له الضامن من ضمانه انقضى الضمان وإن لم يبرأ الأصيل ، لأن الابراء هنا ابراء عن المطالبة لا عن الدين وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الضامن سقوط أصل الدين عن الأصيل على حين إذا أبرأء الأصيل سقط حظ المطالبة عن الضامن •

٣ - فسخ الدين المضمون أو ابطاله •

اذا كان الضامن مثلا ضاحنا لما في ذمة المشتري من ثمن الشراء ،
أو للبائع في تسليم المبيع ثم فسخ عقد البيع ، لم يعد المشتري ملتزما
بدفع الشلن ، ولا البائع ملتزما بتسليم المبيع ، ومن هنا ينقضي الضمان
حيث لا يوجد دين مضمونا .

وإذا ظهر ما يبطل الدين وأن المضمون له لا حق له في اقتضائه
من الأصل سقط حقه في مطالبة الضامن .

* * *

الفصل السادس

صور الضمان المستحدثة

علم ما سبق أن الضمان المالي لم يكن بعيداً عن النشاط التجارى كما أنه لم يشرع إلا لتنسيق التعامل به مع من لم يعرف ، والفقهاء عرّفوا أفعال الضمان الذى كان شائعاً في المعاملات التجارية وأجازوا التعامل بها كضمان العهد أو الدرك ، وضمان السوق ، وضمان نقص المكيل أو الموزون أو المذروع ، كما أن الضمان في أيامهم لم تكن له مؤسسات تقوم به كالمصارف والبنوك الآن ، وإنما كان موكلولاً للأفراد .

وعقد الضمان عقد تبرع ابتداء واتهاء حين لا يرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه ، وهذا هو الوضع الذي كان شائعاً في المجتمع المسلم ، مجتمع التكافل ، وقد يكون عقد الضمان تبرعاً ابتداء ومعاوضة انتهاء إذا رجع الضامن على المضمون عنه ، وفي ذلك يكون الضمان مثل القرض ، ولا خلاف بين الأئمة بأن الضمان لا يجوز بجعل فضلاً عن الأجر .

أما الآن فقد جدت صور مستحدثة للضمان حيث تقوم به في عصرنا العالى مؤسسات تجارية تحول الضمان فيها من الغرم إلى الغنم ، وهذه الفروق ستظهر بوضوح عند بيان صور الضمان المستحدثة وهل تعتبر من الضمان المالي في الفقه الإسلامي أم لا ؟

من صور الضمان المالي المستحدثة التي تقوم بها المصارف والبنوك ما يأتي :

٤ - خطاب الضمان :

وخطاب الضمان يمكن تعريفه : بأنه عبارة عن تعهد كتابي ، يتعهد بمقتضاه المصرف - أو البنك - بضمانت أحد عملائه في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث - بمناسبة التزام ملقي على عاقد العميل المضمون عنه ، وذلك ضمانا لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة ، على أن يدفع المصرف المبلغ المضمان عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان دون التفات لما قد يبيده العميل من المعارضة ، وتنعدد خطابات الضمان تبعاً لتعدد الأغراض المستعملة فيها^(١) ويلاحظ على هذا التعريف أن البنك أو المصرف لا يضمن إلا المعاملين معه بأن تكون لهم أموال لدى البنك أو المصرف .

النكليف الشرعي لخطاب الضمان :

إذا أردنا أن نضع خطاب الضمان في الإطار الشرعي فأن ذلك لا يكون إلا بعد الوقوف على طبيعة العلاقة بين البنك الذي أصدر الخطاب وبين العميل .

فمن المعلوم بداعية أن العميل لدى البنك لا يكون عميلا إلا إذا كان له رصيد في البنك أو المصرف ، ولكن هل المبلغ الموجود لدى البنك لصالحه يعطى المبلغ المعين في خطاب الضمان أم لا ؟ وبالاجابة على هذا السؤال تتحدد طبيعة العلاقة بين البنك والعميل .

فخطاب الضمان إذا كان غير مغطى من العميل فمن الواضح أن العلاقة بين البنك والعميل تعتبر عقد ضمان لأنه ضم ذمة إلى أخرى فضمنت ذمة البنك إلى ذمة العميل طالب الاصدار لصلحة طرف ثالث ، وعلى هذا فالضمان هو البنك والمضمون عنه هو العميل والمضمون له هو الطرف الثالث .

(١) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٣٠٩/٢ وما بعدها.

أما إذا كان خطاب الضمان مغطى من العميل ، فإن العلاقة بين البنك والعميل تكون علاقة وكالة حيث وكل العميل البنك ليقوم بالآداء نيابة عنه ولا محل للضمان بينهما .

وأما إذا كان خطاب الضمان مغطى من العميل جزياً ففي هذه الحالة تكون علاقة البنك بالعميل علاقة مزدوجة وكالة وضمان معاً . فيكون البنك وكيلياً للعميل بالنسبة للجزء المغطى ، ويكون ضامناً للعميل في الجزء غير المغطى ، والضمان الجزئي أمر جائز شرعاً .

ـ ما يأخذه البنك مقابل أصدار الخطاب .

أن الضمان في الوضع الغالب في الترف المصرفي يستعمل على وكالة وضمان معاً ، ومن المعلوم في الفقه الإسلامي أن الوكالة تجوز بأجر وبغير أجر والضمان من عقود التبرع وأعمال البر التي لا يجوز أخذ أجر عليها لقوله صلى الله عليه وسلم (الزعيم غارم) ^(١) . وأجمع الأئمة أن الضمان تبرع ، فقال الأحناف : الكفالة عقد تبرع كالنذر ، لا يقصد به سوى ثواب الله ، أو رفع الفسيق عن المحبوب ^(٢) . ويرى الإمام مالك أن الكفالة من وجوه الصدقة ^(٣) . وقال الإمام الشافعى الكفالة : استهلاك مال لا كسب مال ^(٤) . وحکى عنه النووي أن الضمان تبرع أو قرض محض ^(٥) وجاء في المغني : الضمين والكفيل على بصيرة أنه لا يحتل لهما واعتبر الكفالة كالنذر ^(٦) .

(١) هذه قطعة من حديث رواه أبو داود في كتاب البيوع - ورواه الترمذى (حديث ١٣٦٥) وحسنه بتبع نضمين المغاربة - عون المعبود ٤٧٨/٩ سنن الدارقطنى ٤١/٣ .

(٢) شرح فتح القدير ٣٩٨١/٦ .

(٣) المدونة ٣٨٤/٥ .

(٤) الأم ٣٠٥/٣ .

(٥) روضة الطالبين ٣٤١/٤ .

(٦) المغني ٩٤/٤ .

والبنك باعتباره مؤسسة تجارية ليس متبرعاً لا ابتداء ولا انتهاء بل يأخذ على الطالب من الضمانات ما يجعله مطمئناً إلى أنه لا يغرن شيئاً ، بل ولا يعود على العميل بالدين الذي دفعه فحسب وإنما يأخذ مع ذلك الزيادة التي يعطيه القانون الحق في أخذها ، وخطاب الضمان – باعتباره أحد الصور المستحدثة للضمان – يكون مخالفًا لقواعد الشريعة الإسلامية .

ومن أجل إعادة صياغة هذه الصورة المستحدثة حتى تتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية في الضمان .

أجازت المصارف الإسلامية أخذ أجر مقابل اصدار خطابات الضمان وذلك على اعتبار أن خطاب الضمان يتضمن أمرين ، وكالة ، وضمان ولا يجوز أخذ أجر على الضمان كما هو مقرر في الفقه الإسلامي كما يجوز أخذ أجر على الوكالة ، ويكون أجر الوكالة مراعي فيه حجم التكاليف التي يتحملها المصرف في سبيل آدائه لما يقتضى بإصدار خطاب الضمان من أعمال يقوم بها المصرف حسب العرف المصرفي ، وتشمل هذه الأعمال بوجه خاص تجميع المعلومات ودراسة المشروع الذي سيعطى بخصوصه خطاب الضمان ، كما يشمل ما يعهد به العميل إلى المصرف من خدمات مصرافية متعلقة بهذا المشروع ، مثل تحصيل المستحقات من أصحاب المشروع^(٧) .

وقد اعترض على ذلك بأن ربط الوكالة بالأجر يعني أن المصرف لا يأخذ أجراً إلا إذا كان خطاب الضمان مغطى كلياً أو جزئياً حيث توجد الوكالة ، وفي حالة عدم الغطاء لا يأخذ أجراً وهذا خلاف الواقع .

وللإجابة على هذا الاعتراض ولتصحيح هذه الصورة المستحدثة للضمان وابعاد لها عن الربا . نرى أن ما يأعده البنك هو أجر نظير عمل تأسيساً على ما قاله الفقهاء من أن العمل الذي لا يصح فيه الجعل

(٧) المؤتمر الأول للمصرف الإسلامي بدبي .

ولا الاجارة نوعان : أحدهما ما لا يجوز للمجعول له فعله ، والثاني :
ما يلزم فعله^(٨) فما دام العمل الذي يقوم به المتصرف ليس من هذين
النوعين صحت العمولة مقابل العمل ، وقد تكون جعلا لا أجرا اذا روعيت
شروط الجمالة .

وهناك من الأعمال الواجبة ما جاز الفقهاءأخذ الأجرا عليها فقد
أفتى الإمام النووي فيمن حبس ظلماً بذل مالاً لمن يتكلم في خلاصه
بجاهه وغيره بأنها جمالة مباحة وأخذ عوض عنها حلال ونقله عن جماعة
ثم قال : وفي ذلك كلفة تقابل بأجر عرفا^(٩) .

وذكر ابن حجر الهيثمي بعض ما يباح فيه الجمل ، وسما قاله :
وكقول من حبس ظلماً لمن يقدر على خلاصه وإن تعين عليه على المعتمد
أن خلصتني فلذلك كذا بشرط أن يكون في ذلك كلفة تقابل بأجر عرفا^(١٠) .

وفي مطالب أولى النهى : يجوز أن يجعل أحد جعلاً لمن يفرضه
من غيره بجاهه ، وقال لأن الجمالة في مقابلة ما بذله من جاهه من غير
تعلق له بالقرض^(١١) .

وهذه الأعمال وغيرها من أعمال البر قد لا يوجد من يتبرع للقيام
بها مع وجود الحاجة إليها ولذا جاز الجعل شريطة ارتباطه بالعمل .
وإصدار خطاب الضمان يتطلب القيام بأعمال مختلفة والمتصرف
منشأة تجارية فمن حقه أن يأخذ عمولة مقابل عمله وجهده ، ولكن
لا ترسيط هذه العمولة بضمان الدين ذاته والا كانت مستحناً أو ربا ،
واعتبار ما يأخذه البنك من مبالغ أجر وليس ربا هو وجود الخدمة

(٨) مقدمات ابن رشد ص ٦٣٦ .

(٩) المجموع ١٤/١٠ .

(١١) حاشية الشروانى على تحفة المحتاج ٦/٣٦٥ .

(١١) مطالب أولى النهى ٤/٢٠٨ - المفنى والشرح ٤/٣٦٥ .

التي تقابل هذه المبالغ ، وكون مقدار المبلغ محدداً بما يبذله من جهد أو يؤدي من خدمة دون ربط ذلك بمقدار الدين أو مدته^(١٢) .

٤ - الاعتمادات المستندية :

من الصور المستخدمة للضمان الاعتماد المستندى ، وهو تعهد كتابي صادر من مصرف بناء على طلب مستورد لصالح مورد ، يتعهد فيه المصرف بدفع المبالغ التي يستحقها المورد ثمناً لسلع يصدرها للمستورد متى قدم المورد المستندات المتعلقة بالسلع والشحن على أن تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد^(١٣) .

والذى يعنينا هنا هو ما يتصل بالضمان :

فإذا كان الاعتماد المستندى مغطى غطاء كلياً من طالب فتح الاعتماد - وهو المستورد - فالبنك في هذه الحالة يكون وكيلًا عن فاتح الاعتماد أما الاعتماد غير المغطى كلياً أو جزئياً فالمصرف ضامن ، وفاتح الاعتماد غير المغطى مضمون عنه ، فإذا أخذ المصرف عهدة مقابل المبلغ المضمون لا مقابل العمل الذي يقوم به فقد أخذ أجرأ أو جعلاً مقابل الضمان وهو ما لا يجوز .

ولكي تكون هذه الصورة المستحدثة متفقة مع الضمان المالي الذي أقرته الشريعة الإسلامية فإنه يمكن للبنوك والمصارف الإسلامية في حالة ما إذا كان الضمان غير مغطى كلياً أو جزئياً بأن يشترك مع العميل بنسبة يتفق عليها ويكون الاشتراك في الغنم والغرم وبذلك يكون الضمان داخلاً في عقد آخر .

وذلك تأسيساً على ما هو معروف في الفقه الإسلامي أن الشركات في الإسلام تقوم على المال والعمل والضمان وهذا يعني أن الضمان

(١٢) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ٢٩/١ .

(١٣) الموسوعة العلمية والعملية لاتحاد البنوك الإسلامية ١٥٥/٣ .

له ما يقابلها وشركة الوجه^(١٤) تبني أساساً على الضمان ويؤكد هذا المعنى قول النبي صلى الله عليه وسلم (الخروج بالضمان)^(١٥) ومن المتفق عليه أن الضمان غير المجرد وهو الذي يكون من الغنم وقد يؤدي إلى الغرم ، أما الضمان المجرد ، وهو عقد تبرع فلا يجوز أن يكون له أجرأ أو جعلاً وايساً للأجر على العمل المصاحب له ، ويجوز أن يكون للضمان ما يقابلها إذا كان داخلاً في عقد آخر ٠

٣ - التأمين التجاري :

التأمين من العقود المستحدثة ٠ لا نعرف أحد تحدث عنها قبل الفقيه الحنفي ابن عابدين وقد سئل عن التأمين البحري فبين أنه غير مشروع^(١٦) وتخالف أحكام التأمين باختلاف نوعه ولهذا سنقتصر على بيان أحكام التأمين التجاري (أى التأمين بقسط ثابت) نظراً لأنه التأمين الذي يختلف الرأي حول مدى شرعيته ٠

فالتأمين التجاري أو بقسط ثابت : هو تأمين تتفق فيه شركة مع عمالها على تعويضهم عن الأخطار المؤمن ضدها نظير دفع كل منهم قسطاً ثابتاً وتسعى الشركة في هذا التأمين إلى الربح أي تحاول أن تضع نظاماً تقipض فيه الأقساط عن مبالغ التأمين لتظفر بربح وغيره ، والنظام الذي تضعه شركة التأمين للتعاقد في هذه الصورة يقوم في الواقع على أساس تجاري^(١٧) كما أن عقد التأمين من عقود المعاوضة وليس من عقود التبرع ٠

صلة التأمين بالضمان :

عندما تصدى فقهاء العصر الحديث لبيان حكم الشريعة الإسلامية

(١٤) البناءة شرح الهدابة ٨٧٥/٦ - المفني لابن قدامة ١٤/٥ ٠

(١٥) الحديث سبق تخرجه ٠

(١٦) حاشية ابن عابدين ٤/١٧٠ ٠

(١٧) أحكام التأمين في الشريعة الإسلامية د. عبد الناصر توفيق العطار ص ٩ ٠

في التأمين التجارى اختلفت اتجاهاتهم فى مدى شرعية ف منهم من ذهب الى تحرير التأمين لما فيه من التزام ما لا يلزم ، وأكل أموال الناس بالباطل وما فيه من جهالة وغرر منها عنهم كما يتضمن ربا ولا يخافو من اعنة شركات التأمين على التعامل بالربا ومعظم شروطه فاسدة ولا ضرورة تقضيه ، ومنهم من ذهب الى اباحة التأمين لأن الأصل فى العقود الاباحية وهو تجارة تتم عن تراض ، كما أنه ضرورة وعرف ويقاس على ضمان خطر الطريق .

ومنهم من ذهب الى اباحة بعض أنواع التأمين وتحريم بعضاها الآخر^(١٨) وتأنى الصلة بين التأمين والضمان عند من ذهب الى اباحة التأمين وذلك عن طريق قياس التأمين من الأضرار على الكفالة ، وعلى ضمان خطر الطريق وسيوضح وذلك مما يلى :

أولاً - قياس التأمين من الأضرار على الكفالة :

الكفالة عقد يضمـن به الكفيل للمـكـفـول له سداد دين ، أو تسـليم عـين التـزـام المـكـفـول عـنـه بـه ، وـقد يـقـاس التـأـمـين مـنـ الأـضـرـار عـلـىـ الـكـفـالـةـ فـإـنـ مـنـ كـفـيلـ يـضـمـنـ لـمـؤـمـنـ لـهـ (ـ وـهـوـ الـمـكـفـولـ لـهـ)ـ سـلـامـةـ عـيـنـ الـمـؤـمـنـ عـلـيـهـ فـيـ التـأـمـينـ عـلـىـ الـأـشـيـاءـ .ـ وـإـذـ كـانـ التـأـمـينـ فـيـ اـحـتـمـالـ فـالـكـفـالـةـ تـصـحـ مـعـ الـاحـتـمـالـ كـمـاـ لـوـ قـالـ شـخـصـ لـآـخـرـ تـعـاـمـلـ مـعـ فـلـانـ وـأـنـ كـفـيلـ بـمـاـ يـشـبـهـ ذـلـكـ عـلـيـهـ مـنـ حـقـوقـ ،ـ أـوـ إـنـ أـفـلـسـ فـلـانـ أـوـ مـاتـ فـيـ هـذـاـ الشـهـرـ فـائـتـاـ كـفـيلـ بـمـاـ عـلـيـهـ مـنـ حـقـوقـ غـيـرـ أـنـ قـيـاسـ التـأـمـينـ عـلـىـ الـكـفـالـةـ غـيـرـ صـحـيـحـ نـلـاتـيـ^(١٩) .ـ

(١٨) حاشية ابن عابدين ٣٤٩/٣ - عقد التأمين بين الشريعة والقانون رسالة دكتوراه ١٩٧١ د. أحمد النجدى . مجلة المحاماة س ٥ ٤٦٦ - أحكام التأمين في القانون المدني والشريعة الإسلامية طبعة ١٩٧٤ د. عبد المناصر توفيق العطار - نظام التأمين في هدى أحكام الإسلام رضورات المجتمع المعاصر . د/ محمد البهى .

(١٩) محمد بخيت المطيعي في رسالة أحكام السيكورتاه ومحمد الصديق الضمير مجلة المحاماة س ٥ ص ٤٥٨ .

١ - في الكفالة اذا دفع الكفيل الى المكفول له فيرجع بما دفع على المكفول عنه . أما في التأمين : فالمؤمن اذا دفع مبلغ التأمين فلا يرجع به على أحد الا في بعض صور تأمين الأضرار .

٢ - المكفول به في الكفالة هو دين أو عين يلتزم المكفول عنه بتسليمها للمكفول له فهي عند المكفول عنه ، بينما الشيء المؤمن عليه في التأمين اذا اعتبر قاه مكفولاً به نجده عند المكفول له (المؤمن له) ولا يخرج غالباً من يده ، ولا يجب عليه تسليميه لأحد غيره فالمؤمن يضمن مالاً للمالك لم يزال تحت يده يتصرف فيه كيف يشاء وهذه ليست بكفالة الا في صورة ما اذا قام أمين نقل بالتأمين على بضائع مملوكة لغيره فعندئذ لا يثبت هذا الفرق ولكن ثبت الفروق الأخرى .
٣ - الكفالة من عقود التبرعات ، والتأمين من عقود المعاوضات والعوض في الكفالة يفسدتها^(٢٠) بينما العوض في التأمين لا بد منه .

٤ - أركان الكفالة غير أركان التأمين فأركان الكفالة أربعة : ضامن ، مضمون له ، مضمون عنده ، ومضمون ، وأركان التأمين ثلاثة : ضامن وهو المؤمن ، ومضمون له وهو المؤمن له ، ومضمون وهو المبلغ ، أما المضمان عنده فلا وجود له ، ثم ان الضامن فرع والمضمون عنده أصل ، أما في التأمين فالضامن أصل ، ومن شروط القياس الاتفاق في الصورة^(٢١) .

ثانياً : قياس التأمين من الأضرار على ضمان خطر الطريق : رأى بعض الفقهاء^(٢٢) قياس بعض صور التأمين ضد الأضرار على ضمان خطر الطريق ، فالمؤمن يضمن سلامة البضائع المرسلة بطريق البر

(٢٠) مجمع الضمانا ص ٢٨٣ - حاشية ابن عابدين ٣ / ٢٨١ .

(٢١) بحث اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء لجنة من السعودية ، عبد الرزاق عفيفي ، وعبد الله بن عبد الرحمن بن غديان ، وعبد الله بن سليمان بن منيع ص ١٦٦ ، ١٦٧ .

(٢٢) بحث لعبد الحميد السمايح وداود حمدان لمجمع البحوث الإسلامية مشار إليه في بحث فرج السنهوري ص ٣٣ - ٤٢ .

أو البحر أو الجو ، كما هو الحال في ضمان خطر الطريق وإذا كان في التأمين مخاطرة وجهة للعقوبة ، ففي ضمان خطر الطريق مخاطرة كذلك وجهة للعقوبة ٠

والقياس السابق مع الفارق (٢٣) لأن علة ضمان خطر الطريق هي غش الضامن وتغريه بمن أراد أن يسلك الطريق حيث أخبره أن هذا الطريق آمن في الوقت الذي لا يعلم فيه من سلك الطريق شيئاً عن الأمان فيه، ولهذا إذا كان هذا الأخير يعلم أن الطريق غير آمن فلا تغري له ولا ضمان لآخذ منه ، بينما المؤمن لا يغش المؤمن ولا يغدر به ولا ينفي احتساب روع الخطر المؤمن ضده وإنما يضمن دفع مبالغ التأمين عند هلاك المال مجرد اتفاقه مع المؤمن له وهذا الاتفاق عقد معاوضة بينما خطر الطريق تبرع لا معاوضة فيه ، والجهالة والمخاطرة لا أثر لها على التبرعات بينما تفسد الجهة المعاوضات إذا كانت فاحشة ، فاقتصر التأمين ضد الأضرار عن ضمان خطر الطريق لاختلاف العلة ، وبالتالي لا يقاد هذا على ذاك ٠

ولما كانت الشريعة الإسلامية قد أجازت استحداث عقود جديدة في الإسلام ، وأن العقد قد يكون سبباً للضمان طالما ليس فيه ما يتعارض مع نصوص الشريعة وأصولها ، لهذا لا نرى ما يمنع أن يكون التأمين سبباً للضمان بشرط أن يخلو مما يتعارض مع نصوص الشريعة وأصولها ، أي يخلو من الغرر والربا والفسار والغبن والشروط الفاسدة ومخالفة قواعد الميراث والوصية ٠

ولوضع هذه الصورة المستحدثة للضمان المالي في التأمين التجاري في إطار الشريعة الإسلامية لابد من الآتي :

أولاً : تحديد مقدار التأمين بمقدار معلوم أو بحد أقصى حتى لا تكون هناك جهة فاحشة في التأمين ٠

(٢٣) حاشية ابن عابدين ٣٤٥/٣ - عبد الرحمن تاج في بحثه لمجمع البحوث ص ١٠٢٩ - عقد التأمين بين الشريعة والقانون د/ أحمد النجدي ص ٢٤٢ - ٢٤٨ ٠

كذلك يجب أن ترد الأقساط إذا لم يتحقق الخطر ويُدفع مبلغ التأمين إذا تحقق الخطر حتى لا تكون هناك غر فاحش في التأمين ، ويمكن الاتفاق على تأخير رد الأقساط عدة سنوات عند عدم تتحقق الخطر ليتتفع به المؤمن بها أو الاتفاق على أن يردها على دفعات وبديهي أن المؤمن له يأذن له ضمنا بالاتفاق بها ، ولو أن شركات التأمين أخذت بهذا الاقتراح لكثر عمالوها وزادت أرباحها .

ثانيا : تحرير هذا التأمين من الربا فلا فوائد ربوية للتأخير في دفع الأقساط ولا اقراض فوائد ربوية بضمانته وثيقة التأمين أو بغير ضمانها كما لا يجوز الاتفاق عند ابرام العقد أن يكون مبلغ التأمين أكثر من مجموع الأقساط المتفق على دفعها ، أما زيادة مبلغ التأمين عند تتحقق الخطر عن الأقساط المدفوعة بغير اتفاق فهو غير يجعل للمتعاقدين طلب الفسخ وهذا الطلب قد لا يكون له محل لأن العقد ينتهي عند تتحقق الخطر .

ثالثا : الامتناع عن جميع الشروط الفاسدة كاشتراط عدم اعتراف المؤمن له بالمسؤولية واشتراط وقف التأمين أو سقوطه ديمك ان استبدلها بجزء آخرى .

رابعا : يجب ألا تخالف قواعد الميراث والوصية عند تحديد المستفيدين (٢٤) .

* * *

(٢٤) حكم التأمين في الشريعة الإسلامية ص ٧٧

الخاتمة

أهم نتائج البحث :

لقد خرجنا من هذا البحث بعده نتائج تلخصها فيما يلى :

١ - لقد أولت الشريعة الإسلامية الضمان المالي عنابة خاصة باعتباره وسيلة من وسائل المحافظة على الأموال وأحد الضمانات الهامة التي تيسر حرية تداوله مع الغير في حالة عدم معرفته لأن الضامن يتقدم للضمان بضم ذاته إلى ذمة المدين وذلك يوسع من دائرة الوفاء بالدين عن طريق مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه الأداء في وقت واحد بدلاً من الاقتصار على مطالبة المدين وحده .

٢ - الضمان المالي يهدف إلى حفظ الأموال من التعدي عليها بانتهاها أو اتلافها ، بالزام الضامن والمضمون عنه بإنفاق مال محل المال إن نقص أو بدله أن تلف سواء أكان الضمان ضمان عقد أو اتفاق أو يد ضمان .

٣ - ليس في الشريعة الإسلامية ما يمنع مع استحداث صور للضمان المالي بشرط أن تخلو مما يتعارض مع أصول الشريعة الإسلامية وأحكامها ، فتكون هذه الصور المستحدثة تطبيقاً عملياً لأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها صالحة لكل زمان ومكان .

٤ - إن علماء الإسلام في عصرنا الحاضر لم يقتروا بل اجتهدوا في وضع الصور المستحدثة للضمان المالي في إطار فواعد الشريعة الإسلامية وتخليصها من الغبن والغدر الفاحش والربا فجزاهم الله عن الإسلام وال المسلمين غير العجزاء .

وبعد فهل لنا أن يكون الضمان المالي وصوره المستحدثة يبيننا
اسلاميا ، وما لنا الا نفعل وأمتنا خير أمة أخرجت للناس ٠

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله
وصحبه أجمعين ٠

* * *

المراجع

أولاً : القرآن وعلومه

- (أ) القرآن الكريم •
- (ب) علوم القرآن •

- ١ - مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير للفخر الرازي • دار الفد العربي •
- ٢ - الجامع لأحكام القرآن : تفسير القرطبي • ط : دار الشعب •

ثانياً : الحديث

- ١ - فتح الباري شرح صحيح البخاري ، مكتبة الكليات الأزهرية •
- ٢ - صحيح مسلم بشرح النووي ، المطبعة المصرية ومكتبتها •
- ٣ - سنن أبي داود ، ط • دار الحديث القاهرة •
- ٤ - سنن النسائي ، ط • دار الفكر بيروت •
- ٥ - عارضة الأحوذى شرح صحيح الترمذى ، ط • دار الكتب العلمية بيروت •
- ٦ - السنن الكبرى للبيهقى ، ط دائرة المعارف العثمانية الهند •
- ٧ - الموطأ للإمام مالك ، ط • المكتبة الثقافية بيروت •
- ٨ - سنن ابن ماجة للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزوينى •
- ٩ - سنن الدارقطنى ، ط • دار المحسن للطباعة •
- ١٠ - سبل الإسلام شرح بلوغ المرام للصناعي • مكتبة عاطف •
- ١١ - تلخيص العجيز لابن حجر العسقلانى هامش المجموع •
- ١٢ - نصب الرأية للزيلعى ، مطبعة دار المأمون •
- ١٣ - نيل الأوطار للشوكانى ، مكتبة الكليات الأزهرية •

ثالثاً : مراجع اللغة العربية

- ١ - لسان العرب لابن منظور ، ط . دار المعارف .
- ٢ - القاموس المحيط للقىروز آبادى ، ط . دار الجيل بيروت .
- ٣ - المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية ، ط . الثالثة .
- ٤ - مختار الصحاح للرازى ، الناشر دار الحديث .

رابعاً : الفقه المذهبى :

أ - الفقه الشافعى .

- ١ - الأم للإمام الشافعى ، ط . دار الشعب .
- ٢ - المذهب للشيرازى ، ط . مصطفى الحلبى .
- ٣ - المجموع للنبوى ، ط . دار الفكر .
- ٤ - روضة الطالبين للنبوى ، ط . المكتب الاسلامى .
- ٥ - التبيه للشيرازى ، ط . مصطفى الحلبى .
- ٦ - نهاية المحتاج للرملى ، ط . مصطفى الحلبى .
- ٧ - معنى المحتاج للخطيب الشربينى ، ط . مصطفى الحلبى .
- ٨ - حاشيـة قليوبى وعميره ، ط . مصطفى الحلبى .
- ٩ - كفاية الأخيـار . ط . وزارة التربية والتعليم .

ب - المذهب الحنفى :

- ١ - الميسوط للسرخى ، ط . دار المعرفة للطباعة والنشر .
- ٢ - بدائع الصانع للكاسانى ، ط . دار الكتاب العربي بيروت .
- ٣ - فتح القدير لابن الهمام ، ط . المطبعة الأميرية بولاق .
- ٤ - تبيان الحقائق للزيلعى ، ط . المطبعة الأميرية .
- ٥ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ط . دار المعرفة للطباعة والنشر .
- ٦ - حاشية بن عابدين ، ط . مصطفى الحلبى .
- ٧ - البنائية شرح الهدایة للعينى ، ط . دار الفكر .

ج - المذهب المالكي :

- ١ - المدونة الكبرى للإمام مالك ، ط . مطبعة السعادة بمصر .
- ٢ - شرح الخرشى ، ط المطبعة الأميرية بيولاق .
- ٣ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ط مطبعة عيسى الحلبي .
- ٤ - الشرح الصغير ، طبعة الحلبي .
- ٥ - التاج والاكيل هامش موهاب الجليل ، ط . مطبعة السعادة بمصر .

د - المذهب الحنفي :

- ١ - المحتوى لابن حزم ، مكتبة الجمهورية .
- ٢ - مطالب ألى النهى ، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق .
- ٣ - كشاف القناع ، عالم التکب بيروت .

ه - المذهب الظاهري :

- ١ - المحتوى لابن حزم ، مكتبة الجمهورية .

خامسا : كتب القواعد الفقهية :

- ١ - قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ، ط دار الكتب العلمية بيروت .
- ٢ - الأشباه والنظائر للسيوطى ، ط . عيسى الحلبي .
- ٣ - الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ط .
- ٤ - قاعدة المثلى والقيمي في الفقه الإسلامي ، ط . دار الاعتصام .

سادسا : كتب أخرى :

- ١ - الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ على الخفيف .
- ٢ - المدخل في الفقه الإسلامي د/ محمد سلام مذكور .
- ٣ - نظرية الحق د/ أحمد سلامة .
- ٤ - الوسيط للدكتور / فرج السنہوری .
- ٥ - الأموال لأبي عبيد .

- ٦ - أحكام التأمين في الشريعة الإسلامية د/ عبد الناصر توفيق العطار •
- ٧ - عقد التأمين بين الشريعة والقانون د/ أحمد النجدي •
- ٨ - الموسوعة العلمية للبنوك الإسلامية •
- ٩ - مجلة الأحكام الشرعية •
- ١٠ - مجلة المحاماة س ٥