تحوُّل اليد في الفقه الإسلامي

إعداد

الدكتور

هشام يسري محمد العربي

أستاذ الفقه المقارن المشارك
بكلية الشريعة وأصول الدين – جامعة نجران
المملكة العربية السعودية

١٤٤٠هـ/ ٢٠١٩م

ملخص البحث

يتناول البحث موضوع اليد التي يعبر بها يُعبَّر بها عن حيازة الشيء والاستيلاء عليه، حيث تنقسم اليد في الفقه الإسلامي إلى يد أمانة ويد ضمان، ولكل منهما معيار يحددها، وحكم يختص بها؛ فيد الأمانة لا تتحمل بحسب الأصل تبعة هلاك ما تحتها من الأموال ما لم تتعدَّ أو تفرِّط، ويد الضمان تغرم ما يتلف تحتها من الأموال، أيًّا كان سبب هلاكها أو ضياعها.

لكن هناك حالات تتحول فيها يد الأمانة إلى يد ضمان، ويد الضمان إلى يد أمانة. وقد حصر البحث حالات تحول يد الأمانة إلى يد ضمان في التعدي، والتقصير، ومخالفة الشروط، والتجهيل عند الموت، واقتضاء المصلحة وصيانة الأموال لذلك، وجريان العرف به، وقيام التهمة بالأمين، وتطوَّعه بالتزام الضمان بعد تمام العقد أو حتى في العقد نفسه، واشتراط الضمان عليه في العقد، وجحوده للأمانة، والحيلولة بين المالك وماله بغير إذن منه، وتغير صفة صاحب اليد من حيازة تقتضي الأمانة إلى صورة أخرى من الحيازة تقتضي الضمان.

كما حصر حالات تحول يد الضمان إلى يد أمانة في رجوع الأمين عن التعدي، وإبراء المالك صاحب اليد الضامنة من الضمان، واشتراط نفي الضمان عنه، وإجازة المالك إذا كانت العين المغصوبة قائمة، وتغير صفة يد الغاصب، وسقوط الدين عن الراهن عند من يعتبرون يد المرتهن على الرهن يد ضمان.

الكلمات الدالة:

تحول، اليد، يد الأمانة، يد الضمان.

Abstract:

Shift of Hand in Islamic jurisprudence

By

Dr. Hesham Elaraby

The research deals with the subject of the hand in which it expresses the possession and acquisition of the object. The hand is divided in Islamic jurisprudence into the honesty hand and the warranty hand, each has its own standard and a judgment, according to the origin, the Honesty hand does not bear the responsibility for the loss of the money below it, unless it goes further or exceeds it, and the warranty hand shall be fined for any damage caused by the money, whatever the cause of its loss.

But there are cases where the honesty hand is turned into a warranty hand, and the warranty hand is entrusted to a honesty hand.

The research limited the cases of the Shift of Hand of the honesty to a warranty of infringement, neglect, breach of conditions, ignorance at death, interest and maintenance of funds, custom flow and the existence of charge, custodian donate warranty, the lack of trust between the owner and his property without his permission, and the change in the title of the owner.

As well as limiting the cases of the Shift hand of warranty to a honesty in the custodian's return from the infringement, releasing the owner of the warranty hand from the warranty, and the requirement of denying the warranty, the owner's permission if the rapist is present, changing the status of the hand of the usurper, and the fall of the debt on the debtor who is mortgaged something when those who consider the mortgagee's hand on the mortgage a warranty.

Key words:

Shift, Hand, Honesty hand, Warranty hand.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وآله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد؛ فإن اليد في الفقه الإسلامي يعبر بها عن حيازة الشيء والاستيلاء عليه، باعتبار أنها الآلة التي يتم بها عادةً قبضُ الأشياء وتسليمها. والفقهاء يقسمونها من حيث وضعها على مال الغير إلى ما أطلقوا عليه يد الأمانة ويد الضمان؛ باعتبار أن اليد أحد أسباب الضمان في بعض حالاتها.

ولذلك تحدثوا عن صفة اليد أو صاحبها عند بيانهم لأحكام العقود، كمثل قولهم: إن المضارب أمين على ما في يده، وإن الغاصب ضامن لما غصبه ...

إلا أن هذه الصفة- وبعضها مختلف فيه- قد تتحول من الأمانة إلى الضمان، ومن الضمان إلى الأمانة، وذلك في حالات معينة ذكرها الفقهاء في ثنايا كلامهم، فالمضارب مثلا تتحول يده من الأمانة إلى الضمان إذا تعدَّى على مال المضاربة أو قصَّر في حفظه واستثماره، والغاصب تتحول يده من الضمان إلى الأمانة إذا تغيرت صفة يده على المغصوب، كأن يجعله المغصوب منه رهنًا عنده أو مستأجرًا له.

وهذا ما قصدته بعنوان بحثي «تحول اليد في الفقه الإسلامي».

وحالات التحول هذه- سواء أكانت تحولا من الأمانة إلى الضمان، أم من الضمان إلى الأمانة- ليست محلَّ اتفاق بين جميع الفقهاء، بل منها ما هو محلُّ خلاف، وهو ما يناقشه هذا البحث، في محاولة للوصول إلى رأي مبني على الأدلة من النصوص الشرعية والقواعد المقررة في الفقه الإسلامي واجتهادات الفقهاء.

ولا تخفى أهمية تحديد صفة اليد وحالات تحولها إلى الصفة الأخرى؛ لما يترتب على ذلك من تحمل الضمان أو عدم تحمله، وهو باب عظيم يدخل في العقود المالية كافة.

ولذلك كان اختياري لدراسة هذا الموضوع.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في الأسئلة التالية:

- **ما المقصود باليد وتحولها في الفقه الإسلامي؟**
- **وما هي الأيدي الأمينة والأيدي الضامنة في الفقه الإسلامي؟**
- **ومتى تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان، ويد الضمان إلى يد أمانة؟**

ولذلك يمكنني تحديد أهداف البحث فيما يلي:

١- تحديد المقصود بتحول اليد في الفقه الإسلامي.

٢- التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي.

٣- تحديد الأيدي الأمينة والأيدي الضامنة في الفقه الإسلامي.

٤- بيان حالات تحول يد الأمانة إلى يد ضمان.

٥- بيان حالات تحول يد الضمان إلى يد أمانة.

ا سا لسابقة:

هناك عدد من الدراسات التي تناولت موضوع تحول اليد في الفقه الإسلامي، أو تناولت اليد وأنواعها وأحكامها بشكل عام، وربما تعرضت لبعض حالات تحول اليد عَرَضًا، أو تناولت قضية التحول في العقود بشكل عام، وتعرضت في بعض فصولها لتحول اليد، أو درست الضمان بشكل عام، فتعرضت لليد باعتبارها أحد أسبابه. وهذه الدراسات- بحسب ما وقفتُ عليه- هي:

- **الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف، وهو من أقدم ما كتب في باب الضمان من الدراسات المعاصرة، ومطبوع ومشهور. وتناول يد الضمان باعتبارها سببًا من أسباب الضمان، وعرض ليد الأمانة، وبين حكم كل منهما، وفصَّل القول فيما تتمثل فيه يد الضمان وأولها الغصب، ثم الحيلولة والغرور. وعرض في أثناء ذلك لبعض صور تحول اليد، غير أنه لم يستوعبها ولم تقصد دراسته إلى ذلك.**
- **نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي للدكتور/ وهبه الزحيلي، دراسة مطبوعة بدار الفكر بدمشق في طبعتها الثانية سنة ١٩٨٢م، وأغلب الظن أنها نشرت قبل ذلك بسنوات. وعقد فيها الدكتور الزحيلي رحمه الله مبحثًا ليد الأمانة ويد الضمان في حوالي عشر صفحات، ولم يستقص حالات التحول.**
- **ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي للدكتور/ سليمان محمد أحمد، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بالقاهرة سنة ١٩٧٥م، ومطبوعة بمطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م. وقسمها مؤلفها (ولم أطلع سوى على مقدمتها المتاحة على شبكة الإنترنت) إلى مقدمة وأربعة أبواب، عرض في المقدمة لتعريف الضمان ومشروعيته وأركانه وأسبابه، وذكر من تلك الأسباب وضع اليد، فعرفها وبين أساس مشروعية الضمان بها، وذكر تقسيمها إلى يد أمانة ويد ضمان، وعقد فرعًا لتغير يد الأمانة إلى يد ضمان. كما تحدث بالمقدمة (التمهيد) عن المال وما يتعلق به، ثم عقد أبوابه الأربعة عن الإتلاف بالمباشرة والتسبب، والإتلاف الحادث في الطريق العام، والضمان في جناية الحيوان، والواجب في الضمان واستيفائه. وواضح من هذا العرض أن تعرض المؤلف لتحول اليد إنما كان في**

التمهيد؛ فأغلب الظن أنه جاء مقتضبًا، كما أنه لم يتعرض لتحول يد الضمان إلى يد أمانة.

- اليد في الفقه الإسلامي سببًا للملكية ودليلا عليها للشيخ فاضل السهلاني، وهي رسالة ماجستير بكلية دار العلوم جامعة القاهرة سنة ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م بإشراف أ.د/ عبدالمجيد محمود، وطبعت في دار الزهراء في بيروت سنة ١٩٩٠م. وتعتبر دراسة لنظرية الملكية في الفقه الإسلامي؛ حيث تناول فيها صاحبها التعريف باليد وبالملكية، ثم تناول اليد باعتبارها سببًا للملكية وفصَّل القول في أثر اليد في تملك المباحات، وأثرها في تملك الأموال المسبوقة بالملكية كممتلكات الكفار والكنوز، كما تناول اليد باعتبارها دليلا على الملكية فعرض لمفهومها وحجية دلالتها وشروطها ومدلولها وثبوتها بالإقرار والشهادة. لكنه لم يتعرض لصفة اليد ولا لقضية تحولها.
- تصرفات الأمين في العقود المالية للدكتور/ عبدالعزيز الحجيلان، وهي رسالة دكتوراه بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية سنة ١٤١٢هـ، ومطبوعة ضمن إصدارات الحكمة- بريطانيا سنة ٢٠٠٢م. وتعرضتْ لتصرفات سائر الأمناء في عقود التمليك، والتفويض والإطلاق، والتوثيق والحفظ، بعد تمهيد بينتْ فيه المراد بالأمين وحكم الأمانة. فهي لا علاقة لها بقضية تحول اليد.
- ضمان المنافع دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني للدكتور/ إبراهيم فاضل الدَّبو، دراسة منشورة في دار عمار بالأردن سنة ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م، وتعرض فيها صاحبها لأسباب الضمان، ومنها اليد، فبيَّن أقسامها وحكمها، وتحدث عن الغصب وحكم الأيدي المترتبة عليه، كما تحدث عن ضمان اليد في القانون. ولم يتعرض لقضية تحول اليد.
- يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي للدكتورة/ ليلى عبدالله سعيد، بحث منشور بحولية كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية بجامعة قطر، العدد الخامس عشر، سنة ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م. وتناولت فيه الباحثة مفهوم كل من يد الأمانة ويد الضمان، وأسباب يد الضمان، وأحكام كل منهما. وعرضت في ثنايا ذلك لما لا يتعدى صورة واحدة من صور تحول يد الأمانة إلى يد ضمان.
- مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي للدكتور/ نزيه كمال حماد، بحث منشور بالمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية سنة ١٤١٩هـ/ ١٩٩٨م، ثم نشره مؤلفه مع بحوث أخرى له في كتابه «قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد» بدار القلم بدمشق سنة ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م. وفي الحقيقة

هذا البحث من أفضل ما كتب في هذا الموضوع، وقد عدَّد مؤلفه حالات انقلاب يد الأمانة إلى ضمان، غير أنه لم يتعرض لتحول يد الضمان إلى يد أمانة.

- قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في المعاملات المالية للدكتور/ أنيس الرحمن منظور الحق، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر نوقشت سنة ١٤١٩هـ، ومطبوعة بدار ابن الجوزي سنة ١٤٣٠هـ. وتناولت اليد ونوعَيْها وحكمَهما في أحد مطالبها باعتبارها سببًا من أسباب الضمان، ولم تتعرض لقضية تحول اليد.
- اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي للدكتور/ عبدالجليل ضمرة، بحث بمجلة أبحاث اليرموك «سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية» الصادرة عن جامعة اليرموك، المجلد الثامن عشر، العدد الرابع (ب) سنة ٢٠٠٢م. وعرض فيه تعريفَ اليد، وحيثياتِ النظر الفقهي إليها، وأنواعَ اليد الأمينة واليد الضامنة، وصفةَ اليد وعلاقتَها بتجديد قبض العين عند تغير سبب الحيازة، وأثرَ الشرط في تغيير صفة اليد، واقتصر فيه على الكلام عن اشتراط الضمان على اليد المؤتمنة، دون عكس ذلك، وذيَّلَه بأسباب تحوُّل اليد من وصف إلى آخر، لكنه لم يذكر سوى أربع حالات فقط للتحول، اثنتين لتحول يد الأمانة إلى يد ضمان، واثنتين لتحول يد الضمان إلى يد أمانة. فلم يستوعب حالات التحول. ثم ختم بحثه بأحكام الأيدي المترتبة عن يد الأمانة ويد الضمان.
- ضمان العقد في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد نجدات المحمد، رسالة دكتوراه، مطبوعة بدار المكتبي- دمشق سنة ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٧م. وعرض الباحث في تمهيدها لتعريف العقد والضمان ومشروعية الضمان وأنواعه مفرِّقًا بين ضمان العقد وضمان اليد وضمان الإتلاف، ثم عرض في بابها الأول للركن الأول للمسئولية العقدية وهو الخطأ العقدي، وتحدث في ثناياه عن الضمان في عقود الإجارة والوديعة والعارية والرهن والوكالة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والشركة، وعرض في الباب الثاني للركن الثاني للمسئولية العقدية وهو الضرر، فبين أنواعه والتعويض عنه، ثم العلاقة بين الخطأ والضرر، وتحدث في أثناء ذلك عن التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان، فعرَّف اليد وعدَّد الأيدي الأمينة، وألحق ذلك بتغير صفة وضع اليد من الأمانة إلى الضمان وحالاته باختصار، إلا أنه لم يتعرض لتغير صفة وضع اليد من الضمان إلى الأمانة، ثم عرض في الباب الثالث لمسائل تتعلق بضمان العقد.

- **يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي للدكتور/ حارث محمد سلامة العيسى، والدكتور/ أحمد غالب الخطيب، بحث منشور بمجلة الجامعة الإسلامية بغزة، سلسلة الدراسات الإنسانية، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني يونيه ٢٠١٠م. وبنى بحثه على بيان معنى كل من يد الأمانة ويد الضمان، وأقسام كل منهما، وحكمهما، وبعض ما يتعلق بهما من مسائل، وتعرض في أحد جزئيات بعض مطالبه لحالات تحول اليد من الضمان إلى الأمانة والعكس، غير أنه لم يستقصها.**
- **قاعدة عدم ضمان الأمين في الفقه الإسلامي للدكتور/ عادل شمران الشمري، بحث منشور بمجلة رسالة الحقوق الصادرة عن كلية القانون بجامعة كربلاء، السنة الثانية، العدد الثالث ٢٠١٠م. وتعرض باختصار لتعريف كل من يد الأمانة ويد الضمان، ثم عرض لقضية عدم تضمين الأمين، وتحدث عن مدى صحة تضمينه وحالات ذلك. أما تحوُّل يد الضمان إلى يد أمانة فليست داخلة في بحثه، ولم يتعرض لها.**
- **معيار صفة اليد في الضمان «دراسة فقهية مقارنة» للدكتور/ أنس مصطفى أبو عطا، والباحث/ محمد باحمد دودو، بحث بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السابع، العدد (١/ ب) سنة ١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م. وتناولا فيه التفريق بين اليد الضامنة واليد الأمينة، وضابط ذلك. أما تحول كلٍّ منهما للأخرى وحالاته فلم يتعرضا له.**
- **أحكام اليد المعنوية «دراسة فقهية مقارنة» للباحث/ أسامة ناصر عبدالله الصبيح، بحث تكميلي لدرجة الماجستير بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، سنة ١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م. جعله الباحث في تمهيد تحدث فيه عن تعريف اليد وأقسامها، وخمسة فصول، الأول لبيان الأيدي الضامنة والأيدي الأمينة، والثاني للأسباب التي تؤدي إلى انقلاب يد الأمانة إلى يد ضمان، وذكر فيه عشرة أسباب، وقد زدت عليه سببين- كما سيتضح من الخطة، والفصل الثالث ذكر فيه انقلاب يد الضمان إلى يد أمانة، ولم يذكر فيه سوى سببين فقط، أما الفصل الرابع فجعله للأيدي الأمينة المترتبة على أيدي الضمان، والخامس للأيدي الضامنة المترتبة على الأيدي الأمينة. ولم أطلع إلا على خطته فقط.**
- **تغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي للدكتور/ كمال محمد عواد، بحث بمجلة قطاع الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر، العدد الرابع ٢٠١١م، وهو ألصق دراسة وجدتُها ببحثي، وهو بحث جيد، غير أنه فاتته بعض حالات**

التحول فلم يذكرها، بالإضافة إلى عدم استيعابه للمذاهب الفقهية في بعض ما عرض له.

- شرط الضمان على المضارب في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني للباحثين/ محمد عواد السكر، وقذافي عزات الغنانيم، بحث بمجلة دراسات «علوم الشريعة والقانون»، الصادرة عن الجامعة الأردنية، المجلد ٣٩، العدد ١ سنة ٢٠١٢م. وتناولا فيه صورة واحدة من حالة واحدة من حالات تحول يد الأمانة إلى يد ضمان فقط.
- نظرية تحول العقد وتطبيقاتها في الفقه الشافعي للزميل الدكتور/ جمال إسماعيل الشوبري، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر سنة ٢٠١٤م، وهي دراسة لنظرية تحول العقد عامة، وعقد فيها مؤلفها فصلا لتحول يد الضمان والأمانة، إلا أنه لم يستوعب جميع الحالات.
- تضمين يد الأمانة في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية للباحث/ أوني سهراني الإندونيسي، رسالة ماجستير بجامعة الأزهر. ولم أقف عليها ولا على بياناتها. وواضح من عنوانها بأنها خاصة بتحول يد الأمانة إلى يد ضمان فقط، أما تحول يد الضمان إلى يد أمانة فليست داخلة في نطاقها.
- الموت مع التجهيل وأثره في ضمان الأمانات «دراسة فقهية مقارنة» للدكتور/ أحمد سعد البرعي، بحث بمجلة دار الإفتاء المصرية، العدد (٢٧) محرم ١٤٣٨هـ/ أكتوبر ٢٠١٦م. وتناول فيه الباحث صورة واحدة من صور تحول يد الأمانة إلى يد ضمان.

وبعد، فمن خلال استعراض تلك الدراسات يتبين أن موضوع تحول اليد في الفقه الإسلامي- وإن تناولته بعض الدراسات- إلا أنها لم تستوعب كافة صوره، ولم تستقص جميع جوانبه؛ ولذلك جاءت هذه الدراسة مستدركةً ما فات ما سبقها من دراسات، ومحاولةً استقصاء كافة جوانب الموضوع وصوره، ومركزةً نطاقها حول قضية تحوُّل اليد بنوعيها بوجه خاص، وليس بيان مفهوم اليد وأنواعها وحكمها عامةً وهو ما استوعبه عدد من الدراسات، كما أنها تقدِّم أولا وآخرًا وجهة نظر صاحبها التي قد يتفق أو يختلف فيها مع من سبقه ممن تناول الموضوع، بحسب ما لديه من معطيات.

خ ة لبح :

قسمت البحث إلى مقدمة وتمهيد ومبحثين، ثم خاتمة بالنتائج، وثَبَتٍ بمراجع البحث يليه فهرس الموضوعات، وذلك على النحو التالي:

المقدمة، بينتُ فيها أهمية الموضوع وسبب اختياره، وذكرتُ التساؤلات البحثية التي تمثل إشكالية البحث، وبينتُ الهدف من دراسته، وعرضتُ فيها

للدراسات السابقة، وذكرتُ خطة البحث، ومنهجه والإجراءات المتبعة في دراسته.

التمهيد: المقصود بالتحول واليد في الفقه الإسلامي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: المقصود بالتحول.

المطلب الثاني: اليد في الفقه الإسلامي.

ويشمل فرعين:

الفرع الأول: المقصود باليد في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: أنواع اليد في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: تحول يد الأمانة إلى يد ضمان:

ويشمل اثني عشر مطلبًا تتضمن حالات تحول يد الأمانة إلى يد ضمان:

المطلب الأول: التعدي.

المطلب الثاني: التقصير.

المطلب الثالث: مخالفة الشروط.

المطلب الرابع: التجهيل عند الموت.

المطلب الخامس: مراعاة المصلحة وصيانة الأموال.

المطلب السادس: جريان العرف بتضمين الأمين.

المطلب السابع: التهمة.

المطلب الثامن: تطوع الأمين بالضمان.

المطلب التاسع: اشتراط الضمان على الأمين.

المطلب العاشر: الجحود.

المطلب الحادي عشر: الحيلولة.

المطلب الثاني عشر: تغير صفة الحيازة.

المبحث الثاني: تحول يد الضمان إلى يد أمانة:

ويشمل ستة مطالب تتضمن حالات تحول يد الضمان إلى يد أمانة:

المطلب الأول: رجوع الأمين عن التعدي.

المطلب الثاني: الإبراء.

المطلب الثالث: الاشتراط.

المطلب الرابع: الإجازة.

المطلب الخامس: تغير صفة يد الغاصب.

المطلب السادس: سقوط الدين عن الراهن.

الخاتمة، وفيها النتائج التي توصلتُ إليها.

وأخيرًا مراجع البحث، ثم فهرس موضوعاته.

منهج البحث:

سلكتُ في بحثي عدة مناهج للوصول إلى النتائج المرجوة، من أهمها المنهج الاستقرائي للوقوف على صور التحول، والمنهج الوصفي لتقرير مذاهب الفقهاء فيما عرضتُ له، والمنهج التحليلي للوقوف على أسباب تحول اليد في كل صورة من صورها، ومدارك الفقهاء فيما ذهبوا إليه، والمنهج الاستنباطي للتعامل مع النصوص والمقررات الشرعية للتوصل إلى النتائج المستهدفة من الدراسة.

وحاولتُ الرجوع للمصادر الأصيلة في الأعم الأغلب مكتفيًا بالمذاهب الأربعة السنية، غير مغفلٍ الدراساتِ المعاصرةَ مما استطعتُ الوقوفَ عليه، مع التزامي بعزو النقول لمصادرها، ونسبة الأقوال لقائليها، وعزو الآيات القرآنية إلى سورها ومواضعها، وتخريج الأحاديث النبوية من مظانها، مكتفيًا بالصحيحين إذا كان الحديث فيهما أو في أحدهما، وإلا خرَّجتُه من كتب السنن ومسند أحمد ودواوين السنة المشهورة، مع نقل أقوال أهل الحديث فيه تصحيحًا وتضعيفًا ما أمكن، مبينًا ما أراه راجحًا في كل خلاف أعرض له مناقشًا ومستدلا.

وبعد، فهذا البحث محاولة لبيان حالات تحول اليد بنوعيها في الفقه الإسلامي، اعتمدتُ فيه على ما قرره الفقهاء مستندًا فيما أختاره على ما يوافق النصوص الشرعية والمقاصد المرعية؛ فإن وُفِّقتُ فبفضل الله تعالى وحده، وهو مرامي، وإن أخطأتُ فهو من لوازم البشر، وحسبي أنني اجتهدتُ وحاولتُ قدر الطاقة، واللهُ سبحانه المسئولُ أن يتقبل جهدي وعملي، وأن ينفع به؛ إنه ولي ذلك والقادر عليه.

والحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

* * *

التمهيد

المقصود بالتحوُّل واليد في الفقه الإسلامي

يشمل هـ لبين :

المطلب الأول: المقصود بالتحوُّل.

المطلب الثاني: اليد في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

المقصود بالتحوُّل

لتح ل لغة مصدر الفعل تحوَّل يتحوَّل، ويعني التنقل من موضع إلى موضع، أو من شيء إلى شيء آخر، والتغيُّر والتبدُّل. ويعني الزوال أيضًا، فيقال: تحوَّل عن الشيء، أي زال عنه إلى غيره، وانصرف. والتحويل: مصدر حَوَّل المتعدي، وله نفس المعنى، فالتحوُّل أثرٌ للتحويل ومطاوعٌ له. والحِوَل: اسم يقوم مقام المصدر، ومنه قوله تعالى: (خَالِدِينَ فِيهَا لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا)[1]، أي: تحويلا أو تحوُّلا[2].

وورد لفظ التحويل في القرآن الكريم ثلاث مرات بمعنى التغيير والتبديل، وذلك في قوله تعالى: (سُنَّةَ مَنْ قَدْ أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ مِنْ رُسُلِنَا وَلَا تَجِدُ لِسُنَّتِنَا تَحْوِيلًا)[3]، وقوله سبحانه: (قُلِ ادْعُوا الَّذِينَ زَعَمْتُمْ مِنْ دُونِهِ فَلَا يَمْلِكُونَ كَشْفَ الضُّرِّ عَنْكُمْ وَلَا تَحْوِيلًا)[4]، وقوله: (فَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَبْدِيلًا وَلَنْ تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَحْوِيلًا)[5].

فالتحوُّل هو التغيُّر والتبدُّل والتنقُّل من موضع إلى موضع، أو من شيء إلى شيء، أو من حال إلى حال.

ولذلك فإن المقصود بتحول اليد هو تغيُّر صفتها وحالها، فتتحول من صفة الأمانة إلى صفة الضمان، أو من صفة الضمان إلى صفة الأمانة.

---

(١) سورة الكهف: آية رقم (١٠٨).

(٢) راجع: لسان العرب لابن منظور (١١/ ١٨٧- ١٩٠) مادة (حول)، ومختار الصحاح للرازي ص(٦٨) مادة (حول)، والمصباح المنير للفيومي ص(١٥٧) مادة (حال)، والمعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية (٢٠٨- ٢٠٩) مادة (حال).

(٣) سورة الإسراء: آية رقم (٧٧).

(٤) سورة الإسراء: آية رقم (٥٦).

(٥) سورة فاطر: آية رقم (٤٣).

المطلب الثاني

اليد في الفقه الإسلامي

يشمل ف عي :

الفرع الأول: المقصود باليد في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: أنواع اليد في الفقه الإسلامي.

لف لأ ل: لمقص بالي في لفقه لإسلامي

لي في للغة تطلق على أحد أعضاء الجسم المعروفة من المنكب إلى أطراف الأصابع، وتستعار للقوة، وللنعمة والإحسان، وللسلطان والولاية والقدرة، والحَوْز والمِلْك.

وفيها لغةٌ: اليدُّ بتشديد الدال. وجمعها: أيْدٍ، ويُدِيّ، وأيَادٍ. وقيل: أيَادٍ جمع الجمع[1].

وعند الفقهاء: تطلق اليد بمعنى حوز الشيء والمكنة من استعماله والانتفاع به.

ومن ذلك قولهم: «بيِّنة ذي اليد في النتاج مقدمة على بيِّنة الخارج»، ويريدون بذي اليد: الحائز المنتفع[2].

قال الزركشي: «اليد 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»[3].

وعرفها بعض المعاصرين بأنها «الاستيلاء على الشيء خارجًا أو في عالم الاعتبار الشرعي أو العرفي»[4]. ويعني بالاستيلاء الخارجي الحيازة الحقيقية، وبالاعتباري تسلط اليد على الشيء، أو التخلية بينه وبينه مع

---

(١) راجع: لسان العرب (٣/ ٧٦) مادة (أيد)، والمصباح المنير ص(٦٨٠) في باب الياء، والمعجم الوسيط ص(١٠٦٣) مادة (يدا)، ومعجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء للدكتور/ نزيه حماد ص(٤٨٢).

(٢) انظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(٤٨٢). وراجع كذلك: ضمان المنافع للدكتور/ إبراهيم الدبو ص(٩٤).

(٣) المنثور في القواعد (٣/ ٣٦٩- ٣٧٠).

(٤) الضمان في الفقه الإسلامي لعلي السيد الصافي ص(٧٤- ٧٥) نقلا عن: اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي للدكتور/ عبدالجليل ضمرة، بحث بمجلة أبحاث اليرموك، المجلد الثامن عشر، العدد الرابع (ب) سنة ٢٠٠٢م ص(١٤٨٧).

القدرة على الانتفاع به[1]. وهو تعريف جيد، غير أني أفضل أن يكون «الاستيلاء على الشيء بالحيازة الحقيقية أو الاعتبارية» لوضوحه[2].

واليدُ من جهة تحملها لتبعة حيازتها للشيء وشغل ذمتها به- وهذا هو النظر المقصود هنا- أحدُ أسباب الضمان[3] فيما إذا كانت على شيء مملوك للغير، بغض النظر عن كونه مأذونًا فيه أم لا[4].

وليست في كل حالاتها مسببةً للضمان- كما سيأتي.

وقد يُنظر إليها من حيث كونها سببًا للملكية ودليلا عليها، كما فيما يمكن أن نطلق عليه «اليد المحقة» أو «العادلة» وهي اليد التي ثبتت على العين بسبب من أسباب التملك المشروعة، وهذه يباح لها مطلق التصرف والانتفاع والاستغلال.

كما يمكن أن يُنظر إليها باعتبارها أمارة قضائية دالة على إثبات الملكية عند انعدام البيِّنات؛ إذ الظاهر من ثبوت اليد على العين الدلالة على أن لهذه اليد صفة المشروعية في الثبوت، لا سيما الثبوت المتطاول في الزمن، والذي يعد مظنة الملك[5].

أما مصطلح «يدًا بيد» الوارد في بيع الأموال الربوية ببعضها، فيطلق عند جمهور الفقهاء على تقابض البدلين في مجلس العقد. ومنه قولهم: بايعتُه يدًا بيد، أي معجَّلا مقبوضًا في المجلس قبل افتراق أحدهما عن الآخر[6].

---

(١) انظر: اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي للدكتور/ ضمرة ص(١٤٨٧).

(٢) مع التنبه إلى أن لفظ «الحيازة» وثيق الصلة باليد، ويقصد به: وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه. انظر: الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير مع حاشية الدسوقي (٤/ ٢٣٣)، والشرح الصغير له أيضًا مع حاشية الصاوي (٤/ ٣١٩). مع كون وضع اليد أعم من الحيازة، فكل حيازة وضع يد، وليس كل وضع يد حيازة. انظر: تغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي للدكتور/ كمال محمد عواد، بحث بمجلة قطاع الشريعة والقانون، العدد الرابع ص(٢١).

(٣) راجع: الفروق للقرافي (٢/ ٢٠٦- ٢٠٨)، والذخيرة للقرافي أيضًا (٣/ ١٤٩، وفي عدة مواضع أخرى)، والمنثور في القواعد (٢/ ٣٢٢- ٣٢٣)، والقواعد لابن رجب ص(٢٠٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي ص(٣٦٢)، وحاشية القليوبي على شرح المحلي على المنهاج (٣/ ٢٩)، والضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ص(٧٨)، وقاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في المعاملات المالية للدكتور/ أنيس الرحمن منظور الحق ص(٢٨٤، ٢٨٩- ٢٩٠)، واليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي ص(١٤٨٩).

(٤) وذلك أن يد المالك على ما يملك لا تلحقها أية تبعات، ولا تنشغل ذمة صاحبها بشيء؛ فللمالك أن يتصرف فيما يملك بما شاء من التصرفات، ما دام لا يتعلق به حق للغير. راجع: يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي للدكتورة/ ليلى عبدالله سعيد، بحث بحولية كلية الشريعة بجامعة قطر، العدد (١٥) ص(٣٢٣).

(٥) انظر: اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي ص(١٤٨٨- ١٤٨٩).

(٦) انظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(٤٨٢). وراجع: شرح السنة للبغوي (٨/ ٦٠)، والمغرب في ترتيب المعرب للمطرزي ص(٤٩٩، ٥١١)، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٤١).

وفي المصباح المنير: «بعتُه يدًا بيد، أي: حاضرًا بحاضر، والتقدير: في حال كونه مادًّا يده بالعِوَض، وفي حال كوني مادًّا يدي بالمعوَّض. فكأنه قال: بعته في حال كون اليدين ممدوتين بالعوضين»[1].

أما الحنفية فقالوا: الأصح أن معنى «يدًا بيد» عينًا بعين؛ لأن التعيين يكون بالإشارة باليد، فالمراد بها التعيين، وليس التقابض[2].

وأيًّا ما كان الأمر فهذا المصطلح يختلف عما سبق بيانه من المقصود باليد في الفقه الإسلامي من جهة تحملها لتبعة حيازتها للشيء وتسببها في الضمان. وهو المقصود هنا.

الفرع الثاني: أنواع اليد في الفقه الإسلامي

اليد في الفقه الإسلامي إما يد أمانة، وإما يد ضمان[3].

لا يد لأمانة

تعددت تعريفات الفقهاء ليد الأمانة، فعرفها الشيخ علي الخفيف بأنها: «ما كانت عن ولاية شرعية، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها»[4].

وقريب منه تعريفها بأنها: «اليد التي خلفت يدَ المالك في حيازة ملكه، وتصرفت فيه عن ولاية شرعية في تلك الحيازة، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها»[5].

وكذا تعريف بعض المعاصرين بأنها: «ما حازت المال للغير وكانت عن ولاية شرعية، ولم تكن لمصلحة صاحبها، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها»[6].

وهذا الاتجاه في تعريف يد الأمانة يتكئ على مسألة الولاية الشرعية، والولاية الشرعية قد تكون عن طريق العقد، وهو ما عبر عنه البعض بإذن المالك، وذلك كأيدي الوديع، والمضارب، والمساقي، والمزارع، والشريك، والمستأجر، والوصي على أموال اليتيم، والوكيل بالقبض، فكل تلك الأيدي أيدي أمانة استنادًا إلى عقد من العقود.

وقد تكون الولاية عن طريق إذن الشارع، وذلك كيد الملتقط على اللقطة بنية التعريف، ويد الحاكم على أموال الغائب.

---

(١) المصباح المنير ص(٦٨٠) باب الياء.

(٢) انظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(٤٨٢). وراجع: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١١٠- ١١١، ١٩٧- ١٩٩)، وتبيين الحقائق للزيلعي وحاشية الشلبي عليه (٤/ ٨٩)، والبحر الرائق لابن نجيم (٦/ ١٤١- ١٤٢).

(٣) راجع: الحاوي الكبير للماوردي (٨/ ١٩١)، والفروق للقرافي (٢/ ٢٠٧، ٤/ ٢٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي ص(٣٦٢). وراجع كذلك: ضمان المنافع ص(٩٩).

(٤) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص(٧٩)، وتبعه عليه الدكتور/ إبراهيم الدبو في ضمان المنافع ص(٩٩).

(٥) انظر: تغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي ص(٣٧).

(٦) انظر: قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في المعاملات المالية ص(٢٩١).

وقد تكون الولاية عن طريق العرف، كيد المنقذ لمال الغير من التلف والهلاك، فهي يد أمانة استنادًا إلى العرف الذي جرى بذلك[١]، وهو عرف تقره النصوص والقواعد العامة.

وكون المال المحوز للغير يخرج يدَ المالك، التي حازت المال بسبب من أسباب الملكية، كعقد البيع، والإرث، وإحراز المباح، وغيرها[٢].

لكن يؤخذ على تلك التعريفات أنها اعتمدت كذلك على التعريف بالسلب؛ حيث جعلت يد الأمانة هي التي لم يقم دليل على تضمينها.

ولذلك فإن تعريف الدكتور الزحيلي ليد الأمانة بأنها «هي يد الحائز الذي حاز الشيء لا بقصد تملكه، بل باعتباره نائبًا عن المالك»[٣] أولى من وجهة نظري. والتعبير بالنيابة عن المالك كافٍ في شمول أيدي الوديع، والمستأجر، والوكيل، والشريك، والمضارب، والأجير الخاص، وناظر الوقف، وغيرهم[٤].

ولعله أولى كذلك من تعريف الدكتور نزيه حماد بأنها «يد الحائز للشيء بإذن صاحبه، لا بقصد تملُّكه؛ لمصلحة تعود لمالكه، أو مصلحة تعود للحائز، أو مصلحة مشتركة بينهما»[٥].

فإن تقييد الحيازة بأن تكون بإذن المالك يخرج أنواعًا من أيدي الأمانة، كيد الملتقط للتعريف، ويد الحاكم أو القاضي على أموال القصر والغائبين. وإدخال الحيازة لمصلحة تعود للحائز ليس مانعًا ولا دقيقًا؛ فإنه يدخل أيدٍ مختلفًا فيها، كيد المستعير، والمرتهن.

كما أن تعدد الصفات يدل على عدم إحكام التعريف.

وقد مالت الموسوعة الفقهية الكويتية إلى تعريف الدكتور الزحيلي حينما عرفت يد الأمانة بأنها «حيازة المال نيابة لا تملكًا»[٦].

ومن التعريفات الجيدة كذلك ما عرفها به بعض الباحثين بأنها: «اليد الحائزة للعين بولاية شرعية ابتدائية من الشارع، أو نيابية بإذن المالك، والتي تنتفي التبعة في الذمة لحيازتها»[٧].

---

(١) انظر: قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في المعاملات المالية ص(٢٩١).

(٢) انظر: قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في المعاملات المالية ص(٢٩١).

(٣) نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ص(١٥٣).

(٤) انظر: نظرية الضمان ص(١٥٣).

(٥) انظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(٤٨٢- ٤٨٣)، ونقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمناء للدكتور/ نزيه حماد أيضًا، بحث منشور بمجلة القضائية بوزارة العدل السعودية، العدد الأول ص(٢٤)، وتبعه عليه أيضًا الدكتور/ محمد نجدات المحمد في دراسته ضمان العقد في الفقه الإسلامي ص(٤٤٠).

(٦) الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٨/ ٢٥٨).

(٧) انظر: اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي ص(١٤٩٠).

كا فصل فيما يتعل بالنيابة؛ ل جعلها قسمي:

الأول: يد أمينة، وهي التي حازت العين بولاية شرعية ابتدائية من الشارع؛ لتعذر حصول الإذن من قبل المالك مباشرة أو لعدم إمكان التعرف عليه، ومثَّل لها بيد الحاكم على أموال القصر والغائبين، ويد الملتقط للقطة لتعريفها.

والثاني: يد مؤتمنة، وهي التي حازت العين بولاية نيابية بإذن المالك، كما في عقد الوكالة أو الإجارة أو الوديعة[1].

وقد اختلف الفقهاء في بعض الأيدي بناءً على اختلافهم في تحديد مناط يد الأمانة؛ فالحنفية يرون أن العقد إن خلا عن المعاوضة والبدل، أو الاستيثاق فهو عقد أمانة، واليد المترتبة عنه يد مؤتمنة بإطلاق؛ ولهذا عدُّوا عقود الوديعة والعارية والهبة ونحوها عقود أمانة مرتِّبة ليدٍ مؤتمنةٍ؛ لانتفاء المعاوضة والاستيثاق، ولم يعتبروا في أيدي الأمانة يد المرتهن؛ لما فيها من الاستيثاق[2].

والأصل عند المالكية أن كل ما أخذ بإذن صاحبه ولمنفعته الخاصة أو الغالبة فهو من قبيل الأمانة[3]، إلا أنهم يفرقون في بعض الأيدي كيد المستعير والمرتهن بين ما لا يُغاب عليه كالحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه، وبين ما يُغاب عليه من العُرُوض؛ فيكون أمينًا فيما لا يُغاب عليه، ويضمن فيما يُغاب عليه، إلا إذا أقام بينة أو شهد الشهود بهلاك ما يُغاب عليه من غير تضييع ولا تفريطٍ؛ فإنه لا يضمن[4].

والشافعية يعتبرون اليد التي تخلف يد المالك يد أمانة، إلا أن تتعدى[5]. لكنهم يضمنون المستعير؛ لأنه أخذ العارية لمصلحة نفسه بغير عوض، والشيء الذي أبيح له هو المنفعة، فلم يرتفع ضمان العين من أجل إباحة المنفعة، كالقرض. وفارق المستأجرَ؛ لأنه يبذل العوض مقابل المنفعة، ولا سبيل له للانتفاع إلا بأن يخلف المالك في اليد. وفارق المرتهنَ؛ لأن وثيقة الرهن تقتضي أن يكون أحقَّ من الغرماء، أما منافع المرهون فهي للراهن[6].

---

(١) انظر: اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي ص(١٤٩٠- ١٤٩١).

(٢) راجع: الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي (٦/ ١٨٥)، وبدائع الصنائع للكاساني (٥/ ٢٣٨، ٦/ ٢١٧).

(٣) انظر: أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٥٧٠)، والقوانين الفقهية لابن جزي ص(٢٢٠).

(٤) راجع: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد (٤/ ٥٩، ٩٧)، والقوانين الفقهية ص(٢٢٠)، وشرح الخرشي على خليل (٦/ ١٢٣- ١٢٤)، والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه (٣/ ٢٥٤- ٢٥٥، ٤٣٦)، وراجع أيضًا: الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف ص(٨٢).

(٥) انظر: المنثور في القواعد (٢/ ٣٢٦).

(٦) انظر: المنثور في القواعد (٢/ ٣٢٦- ٣٢٧)، وكذلك: مغني المحتاج للخطيب الشربيني (٣/ ٣١٩- ٣٢٠)، وانظر أيضًا: يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي للدكتور/ حارث محمد سلامة العيسى والدكتور/ أحمد غالب الخطيب، بحث بمجلة الجامعة الإسلامية بغزة، سلسلة الدراسات الإنسانية، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني يونيه ٢٠١٠م ص(٣١٩).

أما الحنابلة فالمناط عندهم أن يكون القبض بإذن المالك، وبشرط ألا يختص صاحب اليد بنفعه[1].

ولذلك يضمنون المستعير؛ لاختصاصه بالنفع[2].

ويمكن حصر الأيدي الأمينة المتفق عليها فيما يلي:

يد المستأجر على العين المستأجرة في مدة الإجارة، والأجير الخاص، والمضارب على رأس مال المضاربة، والشريك على مال الشركة، والوديع ووارثه قبل تمكنه من رد الوديعة للمودِع، والملتقط بقصد التعريف، والولي، والوصي، والقيم، ومن ألقت الريح في بيته متاعًا لغيره حتى يعرف صاحبه فيرده إليه، والمنقذ لمال غيره، والوكيل بغير أجر، والوكيل بأجر أو بغير أجر على المال الذي قبضه من الموكل لاستخدامه فيما وُكِّلَ فيه، ويد الموصَى له على العين التي أوصِيَ له بمنفعتها، والرسول[3].

ويبقى الخلاف في أيدي المستعير، والمرتهن، والوكيل بأجر، والأجير المشترك، والصُنَّاع[4]؛ وذلك لأن بعض هذه الأيدي يتنازعه شبهان شبهٌ بالأيدي الأمينة وشبهٌ بالأيدي الضامنة، فمن ترجح لديه غلبة شبهها بالأيدي الأمينة اعتبرها يد أمانة، ومن ترجح لديه شبهها بالأيدي الضامنة اعتبرها يد ضمان[5].

كما أن بعض الفقهاء استحسن تضمين بعض الأيدي الأمينة في الأصل لقيام التهمة في هلاك ما بأيدي أصحابها من متاع الغير بسبب تعديهم أو تقصيرهم لفساد الزمان، أو للمصلحة، كما في يد الأجير المشترك والصناع[6].

---

(١) راجع: شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٢/ ٢٢٦، ٢٩٣).

(٢) راجع: شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٩٣)، وكشاف القناع للبهوتي (٤/ ٧٠).

(٣) انظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(٤٨٣)، ويد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ص(٣٢٩- ٣٣٠)، وضمان العقد في الفقه الإسلامي ص(٤٤١). وراجع: المبسوط (١٩/ ٥٩)، وبدائع الصنائع (٤/ ٢١٠)، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي (٥/ ٥٣، ٧٦- ٧٧)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر (٢/ ٢٣٥- ٢٣٦)، والتاج والإكليل للمواق (٧/ ٢٦٨)، ومواهب الجليل للحطاب (٥/ ٢١٠، ٤٢٧)، والفواكه الدواني للنفراوي (٢/ ١٢٣)، والحاوي الكبير (٨/ ١٩٢)، والبيان للعمراني (٧/ ٢١٩)، والمنثور في القواعد (٢/ ٣٢٣- ٣٢٤)، وأسنى المطالب لزكريا الأنصاري (٢/ ٤٢٤- ٤٢٥، ٣/ ٧٦)، والمغني لابن قدامة (٧/ ٤٣٣، ٨/ ١١٣- ١١٤، ٩/ ٢٥٧- ٢٥٨)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٢٦)، وكشاف القناع (٤/ ٣٧، ١٧٨)، والروض المربع للبهوتي كذلك (٢/ ٩٩)، ومطالب أولي النهى للرحيباني (٣/ ٤٨٠).

(٤) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(٤٨٣).

(٥) انظر: ضمان العقد في الفقه الإسلامي ص(٤٤١).

(٦) انظر: ضمان العقد في الفقه الإسلامي ص(٤٤٢)، وأيضًا: معيار صفة اليد في الضمان للدكتور/ أنس مصطفى أبو عطا، والباحث/ محمد باحمد دودو، بحث بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السابع، العدد (١/ ب) ص(١٠٢).

وكذلك للاختلاف في بعض النصوص التي وردت في بعض الأيدي[١].

وحكم يد الأمانة أنها لا تتحمل (بحسب الأصل) تبعة هلاك ما تحتها من الأموال ما لم تتعد أو تفرط في المحافظة عليها؛ فالشارع افترض فيها الأمانة، وجعل الأمين مصدقًا فيما يدَّعيه، فإذا خرج عن طبيعته واستهان بالأمانة، وتعدَّى أو قصر وجب الضمان عليه جزاءً وفاقًا، وصار ضامنًا، ولزمه غرم بدل التالف لمالكه، المثل في المثليات، والقيمة في القيميات[٢][٣].

فيد الأمانة لا تضمن بالتلف، إنما بالإتلاف، سواء أكان مباشرًا أم بالتسبب، فالإتلاف موجب للضمان على كل حال؛ لقوته وتأثيره[٤].

---

(١) وليس هذا محل ذكرها. وراجع: ضمان العقد في الفقه الإسلامي ص(٤٤٢)، ويد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي ص(٣٢٢- ٣٢٤)، وراجع كذلك في يد المستعير بحثي «التعاقد من الباطن وأحكامه في الفقه الإسلامي» مقبول للنشر بمجلة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية في العدد الأول لسنة ٢٠١٨م ص(٦٩- ٧١).

(٢) المثلي: لغة نسبة إلى المثل (وهو الشبيه المتساوي) وهو ما له وصف ينضبط به، كالحبوب والحيوان المعتدل فإنه ينسب إلى صورته وشكله، فيقال: مثلي، أي له مثلٌ شكلا وصورةً من أصل الخلقة. وعند الفقهاء: هو ما تماثلت آحاده أو أجزاؤه، بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به، وكان له نظير في الأسواق. وهو في العادة إما مكيل أو موزون أو مذروع أو معدود. فالمثليات أموال متوفرة في السوق تخضع أنواعها للوحدات القياسية العرفية، وهي الوزن والحجم والطول والعدد. وذلك كجميع المصنوعات التي تنتجها المصانع في عصرنا، ويلتزم فيها بالتوحيد النوعي وعدم تغيير النموذج من الملابس والأدوات والمحركات والآلات والسيارات وغيرها مما يتوفر له نظير في السوق.
أما القيمي: فنسبة إلى القيمة (وهي ثمن الشيء بالتقويم، والقيمة تختلف عن الثمن؛ فالثمن ما تراضى عليه المتعاقدان وإن زاد أو نقص، أما القيمة فهي ما قوِّم به الشيء دون زيادة أو نقصان، فهي كالمعيار)، وهو ما لا وصف له ينضبط في أصل الخلقة حتى ينسب إليه. وعند الفقهاء: هو ما اختلفت آحاده وتفاوتت أفراده، بحيث لا يقوم بعضه مقام بعض بلا فرق، أو كان من المثليات المتساوية الآحاد التي انعدم نظيرها في السوق. كالأشياء القائمة على التغاير في النوع أو في القيمة أو فيهما معًا، كالحيوانات المتفاوتة الآحاد من الخيل والإبل والبقر والغنم، وكذا الدور والمصنوعات اليدوية التي تتفاوت في مقوماتها وأوصافها، ويتميز كل فرد منها بمزايا لا توجد في غيره حتى أصبح له قيمة خاصة به. ومنها أيضًا: المثليات التي فقدت من الأسواق أو أصبحت نادرة، كبعض المصنوعات القديمة التي انقطعت من الأسواق، وأصبح لها اعتبار خاص في قيمتها ينقلها إلى زمرة القيميات. وكذا كل وحدة لم تعد متساوية مع نظائرها من وحدات المثلي، بأن نقصت قيمتها لعيب أو استعمال أو غير ذلك فإنها تصبح من القيميات، كالأدوات والآلات والسيارات بعد استعمالها، وذلك لتغير أوصافها وقيمتها. انظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(٣٧٤، ٤٠٢)، وراجع: قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي وأثرها على الحقوق والالتزامات للدكتور/ علي محيي الدين القره داغي ص(٩- ١٤، ١٨- ١٩).

(٣) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي ص(٨١)، ونظرية الضمان ص(١٥٣)، وقاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في المعاملات المالية ص(٢٩٢)، ونقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمناء ص(٢٥)، وضمان العقد في الفقه الإسلامي ص(٤٤١)، ومعجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(٤٨٣). وراجع كذلك: المغني (٩/ ٢٥٧- ٢٥٨)، والقواعد لابن رجب ص(٢٠٦).

(٤) انظر: نظرية الضمان ص(١٥٤).

يدل على ذلك قول الله تعالى: (لَيْسَ عَلَى الضُّعَفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ)[1]. قال ابن العربي: «هذا عموم ممهد في الشريعة، أصل في رفع العقاب والعتاب عن كل محسن»[2].

وفي معناه أيضًا قوله سبحانه: (وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ)[3]. وأيضًا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا ضَمانَ عَلَى مُؤْتَمَنٍ»[4]. قال الشوكاني: «فيه دليل على أنه لا ضمان على من كان أمينًا على عين من الأعيان»[5].

ونصت مجلة الأحكام العدلية على أن «الأمانة غير مضمونة، يعني على تقدير هلاكها أو ضياعها بدون صنع الأمين وتقصيره، ولا يلزم الضمان»[6].

وسبق بيان مذهب المالكية في التفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، ولم يستثنوا من ذلك إلا المستأجر؛ حيث يرون أنه لا ضمان عليه مطلقًا، ويحلف إن كان متهمًا، ولا يطالب ببينة[7].

فهم يعتمدون على مدى وجود التهمة؛ فحيثما وجدت ضمن، وحيثما انتفت لم يضمن- وسيأتي بيان ذلك بشيء من البسط عند الحديث عن التهمة باعتبارها إحدى حالات تحول يد الأمانة إلى يد ضمان.

لكن يبقى أن الأصل أن الأمين لا يضمن ما هلك أو تلف بغير صنع منه؛ لعموم الأدلة الدالة على عدم تضمين الأمين (بحسب الأصل) ما لم يتعد أو يقصر.

ثانيا: يد الضمان:

أما يد الضمان فقد تعددت تعريفاتها هي الأخرى، فعرفها الدكتور نزيه حماد بأنها «يد الحائز للشيء بدون إذن مالكه، أو بإذنه ولكن بقصد

---

(١) سورة التوبة: آية رقم (٩١).
(٢) أحكام القرآن (٢/ ٥٦٢).
(٣) سورة المؤمنون: آية رقم (٨).
(٤) رواه الدارقطني في سننه (٣/ ٤١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢٨٩) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا. وضعف إسناده الحافظ ابن حجر العسقلاني في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ١٩٠)، وحسنه الألباني رحمه الله في صحيح الجامع الصغير وزيادته (٢/ ١٢٥٠) رقم (٧٥١٨)، وراجع كذلك: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للألباني (٥/ ٣٨٥- ٣٨٦) عند تخريج حديث رقم (١٥٤٧).
(٥) نيل الأوطار (٥/ ٣٥٤).
(٦) مجلة الأحكام العدلية مع شرحها درر الحكام (٢/ ٢٣٥)، مادة (٧٦٨).
(٧) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي ص(٨٢). وراجع المراجع الواردة في الموضع المشار إليه.

تملكه»[1].

ومثَّل للحيازة بدون إذن المالك بيد الغاصب والسارق، وللحيازة بإذن المالك ولكن بقصد التملك بيد القابض على سوم الشراء، والملتقط بنية التملك[2].

وإن كان هذا التعريف يخرج يد المستعير؛ لأنه لا يقصد التملك، وقد سبق أن الشافعية والحنابلة يعتبرونها يد ضمان. وكذلك يخرج يد المرتهن، وقد سبق أن الحنفية يعتبرونها يد ضمان.

ولذلك فإن تعريف الدكتور الزحيلي ربما كان أجود؛ فقد عرفها بأنها: «يد الحائز الذي حاز الشيء بقصد تملكه أو لمصلحة نفسه»[3].

ومثَّل بيد الغاصب، والمشتري والقابض على سوم الشراء، أو ببيع فاسد، والمرتهن بمقدار الدين؛ فكل واحد من هؤلاء حاز الشيء لمصلحة نفسه[4].

ويمكن أن يدخل فيها أيضًا يد المستعير؛ حيث إن قبضه لمصلحة نفسه كذلك.

وقد اتفق معه من عرَّفها بأنها: «حيازة المال للتملك أو لمصلحة الحائز»[5].

ولذلك فإن ما ذكره الشيخ الخفيف إنما هو بمثابة الشرح، لا التعريف؛ حيث اعتبر أن يد الضمان كل يد لا تستند إلى إذن شرعي، سواء أكان من الشارع أم من المالك، وكذلك كل يد تستند إلى إذن شرعي ودل الدليل على تضمين صاحبها، وكل يد ترتبت على يد معتدية دون أن تستند إلى إذن من المالك أو إذن من الشارع، أو استندت إلى ذلك ولكن كان وضعها لمصلحة صاحبها خاصة عند الشافعية والحنابلة، أو دل دليل شرعي على تضمينها.

ولذلك فكل يد ترتبت على يد الغاصب وحلت محلها فهي يد ضمان، طالما كانت لا تستند إلى ولاية شرعية أو إذن من المالك، وإن جهل صاحبها الغصب؛ ولذلك فإن يد المشتري من الغاصب والمستأجر منه والمضارب له يد ضمان وإن لم يعلموا بالغصب[6].

---

(١) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(٤٨٣)، وأيضًا: نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمناء ص(٢٤).

(٢) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(٤٨٣)، ونقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمناء ص(٢٤).

(٣) انظر: نظرية الضمان ص(١٥٤).

(٤) انظر: نظرية الضمان ص(١٥٤).

(٥) انظر: تغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي ص(١٧).

(٦) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي ص(٨١)، وتبعه على ذلك بعض المعاصرين. انظر: ضمان المنافع ص(١٠١)، ويد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي ص(٣١٤). وراجع كذلك: بدائع الصنائع (٧/ ١٤٤- ١٤٥)، ومواهب الجليل (٥/ ٢٨٣)، ونهاية المحتاج للرملي (٥/ ١٥٥- ١٥٦)، والفروع لابن مفلح (٤/ ٥١٠- ٥١١)، والقواعد ص(٢١٠).

وذلك لأن في قبضهم تفويتًا ليد المالك حكمًا، فقد كان متمكنًا من استردادها وزال بقبضهم[1].

ولأن ضمان اليد في مقابلة فوات يد المالك، والملك باق على حاله؛ لأنه لم يجر ناقل عن ملكه، والفائت هو اليد والتصرف؛ فيكون الضمان في مقابلة ما فات[2].

ولأنها وضعت على مال لغير صاحبها بدون إذنه وبلا ولاية. وإذا كانوا جاهلين بالغصب فإن الإثم يسقط عنهم؛ لأن الإثم إنما يترتب على مخالفة المكلف ما كُلِّفَ به، حيث يكون خطاب الشارع خطاب تكليف، ولا تكليف مع الجهل، بخلاف الضمان فإنه يترتب على خطاب الوضـــع وهو يتوجه مع الجهل[3].

ومثلها يد غاصب الغاصب، ويكون المالك هنا بالخيار إن شاء ضمن الغاصب الأول، وإن شاء ضمن الغاصب الثاني، فإن ضمن الأول فله الرجوع على الثاني، وإن ضمن الثاني فلا يرجع على الأول؛ لأنه إنما ضمن بفعل نفسه بتفويت يد المالك[4].

أما اليد المترتبة على يد الغاصب بولاية شرعية كيد القاضي، أو بإذن من المالك كوكيل المالك أو كفيل الغاصب في رد المغصوب فهي يد أمانة[5].

وتعريف بعض المعاصرين ليد الضمان بأنها «ما حازت المال اعتداءً، أو عن ولاية شرعية وكانت لمصلحة صاحبها خاصة، أو دل دليل على ضمان صاحبها»[6] يَرِدُ عليه ما أوردتُه من قبل على بعض تعريفات يد الأمانة، وإن كان جيدًا فيما عدا الفقرة الأخيرة؛ لعدم تحديدها.

وتعريفها من بعض الباحثين بأنها: «كل يد استولت على مال الغير من غير إذن، أو أخذته على وجه العوض والبدل، أو على وجه الوثيقة والاستيفاء»[7] يلتقي مع التعريف المختار (تعريف الزحيلي)؛ فالاستيلاء بلا إذن يقصد به التملك اعتداءً، ووجوه الأخذ الأخرى إنما هي لمصلحة الحائز.

والنص على وجه الاستيثاق والاستيفاء إنما هو من زيادات الحنفية؛ لإدخال يد المرتهن[8].

---

(١) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي ص(٨٨).
(٢) انظر: يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي ص(٣١٨).
(٣) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي ص(١٠٨).
(٤) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي ص(١٠٩- ١١٢)، وراجع: بدائع الصنائع (٧/ ١٤٤).
(٥) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي ص(١٠٧).
(٦) انظر: قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في المعاملات المالية ص(٢٩٢).
(٧) انظر: معيار صفة اليد في الضمان ص(١٠٢).
(٨) راجع: الهداية مع العناية (٦/ ١٨٥)، وتبيين الحقائق (٦/ ٨٠).

وقد أرجع بعض الباحثين ذلك إلى أن ثبوت اليد على العين وثيقة ليتوسل بها إلى تحصيل الحق الموصوف في الذمة؛ فكان الاستيثاق سبيلا إلى المعاوضة فأجري مجراها[١].

وكما اختلف الفقهاء في تحديد مناط يد الأمانة اختلفوا كذلك في تحديد مناط يد الضمان؛ فالحنفية يعتبرون أن سبب الضمان هو إخراج المحل من أن يكون منتفعًا به في حق المالك[٢]، أو- كما عبر البعض- الحيلولة بين المالك وملكه بغير سبب مشروع، وتفويت المنفعة على المالك بإخراجها من أن يكون منتفعًا بها في حق المالك وإعجازه عن الانتفاع بها[٣].

وإنما كانت يد البائع على المبيع قبل قبض المشتري له يد ضمان؛ لأنه رغم كونه مأذونًا له في هذا الإمساك، لكنه إنما أمسك المبيع تحت يده وحبسه عن المشتري من أجل تحقيق مصلحة نفسه، وهي استيفاء بقية الثمن[٤].

ومن هنا أيضًا كان تضمينهم ليد القابض على سوم الشراء، ويد المرتهن[٥].

ولذلك أيضًا لم يضمنوا الغاصب زوائد المغصوب ومنافعه[٦]؛ لأنه لم يوجد تفويت ليد المالك عن المنافع؛ لأنها أعراض تحدث شيئًا فشيئًا على حسب حدوث الزمان، فالمنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك، فلم يوجد تفويت يد المالك عنها، فلم يوجد الغصب[٧].

والمالكية يفرقون بين يد الضمان ويد الأمانة بحسب المنفعة المقصودة من القبض، فإن كان لمنفعة القابض فالضمان عليه، وإن كان لمنفعة الدافع فلا ضمان على الآخذ، وإن كان لمنفعتهما معًا فينظر من أقوى منفعة فيضمن[٨].

---

(١) انظر: اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي ص(١٤٩٧).
(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٦٤).
(٣) انظر: تغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي ص(٣٥)، وراجع كذلك: بدائع الصنائع (٧/ ١٤٤).
(٤) انظر: يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ص(٣٢٦).
(٥) راجع: العناية شرح الهداية (٦/ ١٨٥).
(٦) والغصب غير متصور عندهم في العقار؛ لأن إزالة يد المالك تكون بالنقل، ولا نقل في العقار، وخالف في ذلك محمد بن الحسن. راجع: بدائع الصنائع (٧/ ١٤٥)، والعناية شرح الهداية (٩/ ٣٢٣- ٣٢٤، ٣٤٨- ٣٥٤).
(٧) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٤٥).
(٨) انظر: القوانين الفقهية ص(٢٢٠)، وأيضًا: أحكام القرآن (١/ ٥٧٠).

ويفرقون في بعض الأيدي- كما سبق- بين ما يُغاب عليه وما لا يُغاب عليه[١].

وهم في هذا يستندون إلى قاعدة إقامة مظنة الشيء مقام الشيء، وإعطاء المظنة حكم مظنونها، فالعين إن أمكن الاعتداء عليها بالإخفاء أقمنا مظنة الاعتداء بإمكان الإخفاء مقام الاعتداء، وأعطينا المظنة حكم المظنون من توصيف اليد بالضمان[٢]؛ لوجود التهمة[٣].

والشافعية والحنابلة يرون أن اليد إنما تكون يد ضمان إذا استولت على مال الغير بغير إذن، أو قصدت تملكه بعوض، أو أخذته لمصلحتها منفردةً بنفعه من غير عوض[٤].

وذلك كيد الغاصب، واليد المترتبة على يد الغاصب، ويد القابض مال غيره بدون إذنه معتقدًا أنه له، والمقبوض على سوم الشراء، والمقبوض بالبيع الفاسد، والقرض، وما قبضه المشتري زيادةً على حقه غلطًا، والمبيع في يد المشتري بعد الإقالة، والمستعير[٥].

وهم في تضمينهم للمستعير يستندون إلى قاعدة «الغرم بالغنم»؛ لأن المستعير إنما يقبض العارية لمصلحة نفسه بلا عوض غنمًا؛ فاقتضى مقابلة ذلك غرمًا بضمانها إذا تلفت[٦].

وفارق المودَع؛ لأنه إنما يده يد المودِع فكان حكمه في اليد أقوى من حكم الوكيل الذي يأخذ الجعل على العمل بأمر الوكيل، ومتى كانت اليد تخلف يد المالك فلا شيء عليها إلا أن تتعدى. وفارق المستأجِر لدفعه العوض عن المنفعة، ولا سبيل له إلى الانتفاع إلا بأن يخلف المالك في اليد؛ فلا يضمن إلا بالتعدي. وفارق المرتهن؛ لأن الوثيقة في العقد بأن يكون أحقَّ من الغرماء، والمنافع للمالك فلا ضمان[٧].

---

(١) راجع: القوانين الفقهية ص(٢٢٠)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٤٣٦- ٤٣٧).

(٢) انظر: اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي ص(١٤٩٧).

(٣) انظر: معيار صفة اليد في الضمان ص(٩٣).

(٤) انظر: معيار صفة اليد في الضمان ص(٩١)، واليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي ص(١٤٩٨)، وراجع: الحاوي الكبير (٨/ ١٩١)، والمغني (٧/ ٤٣٣، ٤١٨)، وكشاف القناع (٣/ ٣٧٠).

(٥) انظر: معيار صفة اليد في الضمان ص(٩١)، وراجع: الحاوي الكبير (٨/ ١٩١)، والمنثور في القواعد (٢/ ٣٢٦)، وأسنى المطالب (٢/ ٧٧، ١٥٦، ٣٤١، ٤٢٧)، والمغني (٧/ ٣٤٠- ٣٤٢، ٤١٨)، وكشاف القناع (٣/ ٣٧٠).

(٦) راجع: الضمان في الفقه الإسلامي ص(١٢٥).

(٧) انظر: المنثور في القواعد (٢/ ٣٢٦- ٣٢٧).

وحكم هذه اليد الضمان مطلقًا، أي غرم ما يتلف تحتها من الأموال، أيًّا كان سبب هلاكها أو ضياعها، حتى لو هلك بآفة سماوية، وعلى صاحبها رد مثل التالف إن كان مثليًّا، وقيمته إن كان قيميًّا[1].

وإن كان التلف بسبب شخص أجنبي استقر الضمان عليه[2]، بمعنى أن للمالك أن يضمن صاحب يد الضمان، أو يضمن الأجنبي المتلف، وإذا ضمن صاحب يد الضمان فله أن يرجع بالضمان على الأجنبي المتلف، وإذا ضمن الأجنبي المتلف لم يرجع على صاحب يد الضمان.

فكل إنسان مجزي بعمله إن خيرًا فخير وإن شرًّا فشر، فمن أخذ مال غيره بغير حق، وحد من حريات الآخرين في التصرف بأموالهم والانتفاع بها ضمن المال لتوفير حرية الناس بأموالهم، ومنع الغير من التطلع إليها، وجبر الخسارة التي لحقت بأصحابها بسبب زوال أيديهم عنها[3].

وحديث «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَه»[4] عمدة في هذا الباب، وكما يقول الصنعاني: «والحديث دليل على وجوب رد ما قبضه المرء وهو ملك لغيره، ولا يبرأ إلا بمصيره إلى مالكه أو من يقوم مقامه؛ لقوله: (حتى تؤديه)، ولا تتحقق التأدية إلا بذلك، وهو عام في الغصب والوديعة والعارية، وذكره في باب العارية لشموله لها»[5].

وعده البعض قاعدة من القواعد الفقهية الكلية[6].

وفي معناه قول الله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ

---

(١) انظر: يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ص(٣٥٨)، ومعجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(٤٨٣)، وضمان العقد في الفقه الإسلامي ص(٤٤٠)، ونقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمناء ص(٢٤)، وأيضًا: الضمان في الفقه الإسلامي ص(٨٢)، ونظرية الضمان ص(١٥٤)، وقاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في المعاملات المالية ص(٢٩٢)، وضمان المنافع ص(١٠١). وراجع كذلك: الحاوي الكبير (٨/ ١٩١)، والمغني (٧/ ٣٤٠- ٣٤١)، والقواعد ص(٢٠٧).

(٢) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي ص(٨٢)، وضمان المنافع ص(١٠١)، ويد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ص(٣٥٨).

(٣) انظر: نظرية الضمان ص(١٥٤).

(٤) رواه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العور، رقم (٣٥٦١)، والترمذي في البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، رقم (١٢٦٦)، وابن ماجه في الأحكام، باب العارية، رقم (٢٤٠٠)، وأحمد (٥/ ٨، ١٢، ١٣) من حديث سمرة بن جندب مرفوعًا، ورواه الحاكم (٢/ ٥٥) وقال: صحيح الإسناد على شرط البخاري، ولم يخرجاه.

(٥) سبل السلام (٢/ ٩٦).

(٦) راجع: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للدكتور/ محمد صدقي البورنو ص(٣٧٢).

سَمِيعًا بَصِيرًا)[1].

ومن القواعد المقررة كذلك أنه «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه»[2]؛ لأن في التصرف بدون إذن اعتداءً على حق المالك[3].

وقد ذكر بعض الباحثين أن يد الضمان الأصل فيها أنها آثمة عادية، ولكن قد تكون مخطئة غير متعمدة فلا يكون عليها إثم[4]، وفي الحقيقة هذا الكلام خطأ محض؛ فإن الكلام في يد الأمانة ويد الضمان لا علاقة له بالإثم الأخروي، إنما هو مختص بالضمان المالي، أما مسألة الإثم فهي مسألة أخرى، لا مدخل لها في قضية الضمان.

وقد اتفق الفقهاء على أن يد المشتري على المقبوض على سوم الشراء يد ضمان، وكذا يد البائع على المبيع قبل أن يقبضه المشتري، ولم يقل أحد أبدًا أنهما آثمان بتلك اليد؛ فإنها يد مأذون فيها.

وأيضًا يد المستعير عند الشافعية والحنابلة، وعند المالكية فيما يغاب عليه من الأعيان المستعارة، ولم يقل أحد إن المستعير آثم!

* * *

(١) سورة النساء: آية رقم (٥٨).

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية مع شرحها درر الحكام (١/ ٩٦) مادة (٩٦)، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ص(٤٦١) القاعدة (٩٥)، والوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص(٣٩٠).

(٣) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص(٣٩٠).

(٤) انظر: تغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي ص(٩٠- ٩١).

المبحث الأول

تحول يد الأمانة إلى يد ضمان

يشمل ثنتي عشرة مطلبا تتضمن حالات تحول يد الأمانة إلى يد ضمان:

المطلب الأول: التعدي.
المطلب الثاني: التقصير.
المطلب الثالث: مخالفة الشروط.
المطلب الرابع: التجهيل عند الموت.
المطلب الخامس: مراعاة المصلحة وصيانة الأموال.
المطلب السادس: جريان العرف بتضمين الأمين.
المطلب السابع: التهمة.
المطلب الثامن: تطوع الأمين بالضمان.
المطلب التاسع: اشتراط الضمان على الأمين.
المطلب العاشر: الجحود.
المطلب الحادي عشر: الحيلولة.
المطلب الثاني عشر: تغير صفة الحيازة.

المطلب الأول

التعدي

التعدي في لغة العرب: مجاوزة الحد، والظلم، يقال: عَدَا عليه عَدْوًا وعَدَاءً وعُدُوًّا وعُدْوانًا وعِدْوانًا وعُدْوَى وتَعَدَّى واعْتَدَى، كُلُّه: ظلمه. والاعتداء والتعدِّي والعُدوان: الظلم. والتعدِّي: مجاوزة الشيء إلى غيره. وأصله: مجاوزة الحد والقدر والحق[1].

والفقهاء يستعملون التعدي بمعناه اللغوي[2]. وقد عرفه بعض المعاصرين بأنه «مجاوزة ما ينبغي الاقتصار عليه شرعًا أو عرفًا»[3].

والتعدي باعتباره مجاوزةً للحد وظلمًا فإنه يحرم؛ لما فيه من ظلم واعتداء على مال الغير، وقد قال تعالى: (وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ

---

(١) انظر: لسان العرب (١٥/ ٣٣) مادة (عَدَا).
(٢) راجع على سبيل المثال: المبسوط (١١/ ٥٥)، وبدائع الصنائع (٤/ ٢١٠)، وتبصرة الحكام لابن فرحون (٢/ ١٦٦)، وشرح حدود ابن عرفة للرصاع ص(٣٥١- ٣٥٢)، والمنثور في القواعد (٢/ ٣٢٣)، وحاشية الرملي الكبير على أسنى المطالب (٢/ ٢٧٦)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٣٤)، والقواعد ص(٦٤)، وكشاف القناع (٣/ ٤٦٩)، ومطالب أولي النهى للرحيباني (٤/ ٢٣).
(٣) انظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد للدكتور/ نزيه حماد ص(٣٧٤).

الْمُعْتَدِينَ)[1]، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يحل مالُ امرئٍ مسلم إلا بطيبِ نفسٍ منه»[2].

فالأمين إذا تعدَّى على ما بيده تحولت يده عن الأمانة وصارت يد ضمان؛ فيضمن تلفها، حتى إن كان التلف ليس بسببه؛ لأنه صار ضامنًا على كل حال.

وضابط التعدي الموجب لتحول اليد من الأمانة إلى الضمان أن يتجاوز الحد المسموح له به، بحسب مقتضى العقد أو صفة وضع اليد، فمن التعدي في الوديعة: أن يستعمل الوديعُ الوديعة، أو أن يحفظها بغير نفسه أو عياله، أو يودعها عند غيرهم ممن لا يودِع مالَه عندهم عادةً، فإذا ضاعت أو تلفت ضمنها؛ لأن المالك رضي بيد الوديع، لا بيد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة، وكذا إذا خلطها الوديع بماله خلطًا لا يتميز، أو جحدها، أو أخَّر ردها بعد طلبها بغير عذر، أو كانت دابةً فلم يعلفها[3].

ومن التعدي في الإجارة: أن يغير صفة الإجارة المتفق عليها بالعقد، كأن يكون استأجر محلا ليجعله مكتبة (قرطاسية) فحوَّله إلى مخبز أو ورشة صناعية ونحوها مما يضر بالعين، أو استأجر دابة ليركبها فحمل عليها أو أركب معه غيره، أو استأجرها ليحمل عليها شيئًا معينًا فحمل ما هو أثقل منه، أو انتهت مدة الإجارة فلم يسلمها لمالكها أو لم يرفع يده عنها. أو أن يتعمد إفساد العين أو إتلافها إذا كان أجيرًا خاصًّا أو مشتركًا، كأن يخرق الثوب، أو يحرقه[4].

ه لتع في ا كالـة: أن يحمل على الدابة ما لا تحتمله، أو يحمل عليها شيئًا لنفسه، أو أن يخلط مال موكله بماله خلطًا لا يتميز عنه بدون

---

(١) سورة المائدة: آية رقم (٨٧).

(٢) رواه أحمد في مسنده (٥/ ٧٢)، والدارقطني في سننه (٣/ ٢٦)، والبيهقي (٦/ ١٠٠، ٨/ ١٨٢)، ورواه أيضًا ابن حبان والحاكم، وبعض أسانيده جيدة. انظر: نصب الراية (٥/ ٤٠٥- ٤٠٦)، والتلخيص الحبير (٣/ ١٠١).

(٣) انظر: نظرية الضمان ص(١٥٣)، ويد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي ص(٣٢٩)، وتغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي ص(٤٥). وراجع لذلك: الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه (٥/ ٦٦٤- ٦٦٥، ٦٦٨- ٦٦٩، ٦٧١)، ومواهب الجليل (٥/ ٢٥١- ٢٥٤)، والأشباه والنظائر للسيوطي ص(٤٦٨)، وتحفة المحتاج (٧/ ١٠٥- ١٠٧، ١١٣، ١٢١- ١٢٤)، وكشاف القناع (٤/ ١٦٨- ١٧٥).

(٤) انظر: يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي ص(٣٢٩)، وتغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي ص(٤١- ٤٣). وراجع لذلك: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠- ٢١٤)، ومواهب الجليل (٥/ ٤٣٠، ٤٣٨)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٧٦- ٤٨١)، وكشاف القناع (٤/ ١١، ١٥- ١٩، ٣٠، ٣٣- ٣٥).

إذن الموكِّل، أو أن يستعمل ما وُكِّل في بيعه، أو أن يمتنع عن ردِّ ما بيده للموكِّل[١].

ومن التعدي في المضاربة والشركات: أن يضارب بالمال فيما لم يأذن فيه رب المال، وبخاصة في المضاربة المقيدة بنوع معين من التجارة، أو أن يخلط مال المضاربة بماله، أو يخلط أموال المضاربين بغير إذنهم، أو يسافر بمال المضاربة بلا إذن، أو يقدم على إقراض مال المضاربة أو الشركة، أو التبرع به[٢].

أو أن يدفع مال المضاربة إلى آخر مضاربة من الباطن بغير إذن رب المال[٣].

ومثله أن يتجاوز حدود الشركة بأي تصرف غير مأذون فيه من جميع الشركاء ولا جرى به العرف، أو يخالف مقتضى الشركة وينـاقض مصلحتها[٤].

ه لتع في لعا ية: أن يجحدها المستعير، أو يحبسها بعد طلبها أو بعد انقضاء المدة، أو أن يحمِّلها ما لا يحمله مثلُها إن كانت دابة، أو يستعملها فيما لا يُستعمل مثلُها فيه[٥].

وإذا اختلف المالك وصاحب اليد (الأمين) فيما يعد تعديًا فإنه يرجع إلى أهل الخبرة والاختصاص في ذلك[٦].

---

(١) انظر: تغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي ص(٥٠). وراجع لذلك: مجمع الضمانات للبغدادي ص(٢٤٦، ٢٤٨، ٢٥٢، ٢٥٤)، والتاج والإكليل (٧/ ١٨٣)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٤٣- ٢٤٤، ٢٥٤)، والقواعد ص(٦٤)، وكشاف القناع (٣/ ٤٦٩، ٤٧٥، ٤٨٥).

(٢) راجع: تبيين الحقائق (٥/ ٥٧- ٥٨)، ومجمع الضمانات ص(٣٠٦- ٣١٠)، والتاج والإكليل (٧/ ٤٤٩، ٤٥٥- ٤٥٦)، وتحفة المحتاج (٦/ ٩٧)، وحاشية البجيرمي على المنهج (٣/ ١٥٢)، وكشاف القناع (٣/ ٥١٣- ٥١٦).

(٣) راجع: المبسوط (٢٢/ ٩٨)، وبدائع الصنائع (٦/ ٩٥- ٩٦)، والتاج والإكليل (٧/ ٤٥٥)، وأسنى المطالب (٢/ ٣٨٦)، والمغني (٧/ ١٥٦)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٥١٩). وراجع: بحثي «التعاقد من الباطن وأحكامه في الفقه الإسلامي» ص(٨٠).

(٤) راجع: بدائع الصنائع (٦/ ٧٠- ٧٢)، والذخيرة (٦/ ٤١٨- ٤٢٢)، وأسنى المطالب (٢/ ٢٥٧)، وتحفة المحتاج (٥/ ٢٨٩- ٢٩٠)، وكشاف القناع (٣/ ٥٠٢- ٥٠٣).

(٥) انظر: تغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي ص(٤٨). وراجع: بدائع الصنائع (٦/ ٢١٥- ٢١٨)، والتاج والإكليل (٧/ ٣٠٠)، وشرح الخرشي (٦/ ١٢٥)، ومغني المحتاج (٣/ ٣١٩- ٣٢٢)، وكشاف القناع (٤/ ٧٠- ٧٣). مع ملاحظة أن الشافعية والحنابلة يعتبرون أن العارية مضمونة على كل حال.

(٦) انظر: روضة الطالبين للنووي (٤/ ٣٠٠)، وكشاف القناع (٤/ ٣٦)، ومجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لأحمد بن عبدالله القاري ص(٢٦٣) مادة (٧١٤)، وأيضًا: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص(٣٧٥)، وضمان العقد في الفقه الإسلامي ص(٤٤٤)، وتغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي ص(٤٠).

المطلب الثاني

التقصير

التقصير: مأخوذ من القصْر والقِصَر، وهو خلاف الطول، والتقصير تصيير الشيء قصيرًا، والتقصير في الشيء: التواني فيه. يقال: قصَّرَ فلان في الأمر: تهاون فيه، فهو مُقصِّر[1].

ويطلق عليه الفقهاء كذلك التفريط.

والتفريط: من فرَطَ في الأمر يَفْرُط فرْطًا، أي: قصَّر فيه وضيَّعه حتى فات، ويستعمل بالتضعيف: فرَّط يُفرِّط، يُقال: فرَّط في الشيء وفرَّطه: ضيَّعه وقدَّم العجز فيه. وهو ضد الإفراط، بمعنى الزيادة ومجاوزة القدر[2].

وفي القرآن الكريم: (أَنْ تَقُولَ نَفْسٌ يَا حَسْرَتَا عَلَى مَا فَرَّطْتُ فِي جَنْبِ اللَّهِ وَإِنْ كُنْتُ لَمِنَ السَّاخِرِينَ)[3]. وفيه أيضًا: (فَلَمَّا اسْتَيْأَسُوا مِنْهُ خَلَصُوا نَجِيًّا قَالَ كَبِيرُهُمْ أَلَمْ تَعْلَمُوا أَنَّ أَبَاكُمْ قَدْ أَخَذَ عَلَيْكُمْ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ وَمِنْ قَبْلُ مَا فَرَّطْتُمْ فِي يُوسُفَ)[4].

فالتقصير أو التفريط يعني الإهمال والتضييع والتهاون وعدم القيام بالمطلوب على الوجه المحدد أو المعروف أو الكامل.

وذلك فإن المقصِّر أو المفرِّط مؤاخذ بتقصيره وتفريطه، وهذا واضح في الآيتين السابقتين.

والتقصير في الأمانة يعني التقصير في حفظها، أو صيانتها، أو تعهدها، أو التصرف فيها بالأصلح والأحظ لصاحبها، بحسب ما يناسبها، وبحسب العرف الجاري وما تقتضيه المصلحة.

أو- كما عبر البعض- هو: ما يعد في عرف الناس تهاونًا في الحفظ والصون، ولا يفعله العاقل بماله[5].

ولذلك قرن الفقهاء في حديثهم عن تضمين الأمين بين التعدي والتقصير أو التفريط، واعتبروا أن كلا منهما موجبٌ لتحول اليد من الأمانة إلى الضمان.

فإذا قصَّر الوديع أو المستأجر أو الوكيل أو المضارب أو الشريك أو المستعير (عند من يرى أن يده يد أمانة) ونحوهم من الأمناء في المحافظة على ما بحوزتهم من الأموال المؤتمن عليها؛ فإن أيديهم تتحول من الأمانة

---

(١) انظر: لسان العرب (٥/ ٩٥- ٩٨) مادة (قصر)، والمعجم الوسيط ص(٧٣٨) مادة (قصر).

(٢) انظر: لسان العرب (٧/ ٣٦٨- ٣٧٠) مادة (فرط).

(٣) سورة الزمر: آية رقم (٥٦).

(٤) سورة يوسف: آية رقم (٨٠).

(٥) انظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص(٣٧٥- ٣٧٦).

إلى الضمان، ويضمنون بتقصيرهم وتفريطهم؛ حيث تسببوا بذلك التقصير في تلف ما بأيديهم[١].

وعادة يكون التقصير بترك فعل شيء يوجب تلف المال أو نقصًا فيه[٢].

ومن صور التقصير في الوديعة: عدم حفظها في حرز مثلها[٣]، أو حفظها بغير ما يحفظ به مال نفسه[٤]، أو أن يهمل الوديعُ الوديعة فلا يدفع عنها ما يتلفها، كترك تهوية ثياب الصوف أو السجاد؛ لأنه يجب عليه أن يحفظها بما يناسبها[٥].

وقد ذكر السيوطي قاعدة في ضمان الوديعة بالتقصير فقال: «كل من ضمن الوديعة بالإتلاف ضمنها بالتفريط، إلا الصبي المميز؛ فإنه يضمنها بالإتلاف على الأظهر، ولا يضمنها بالتفريط قطعًا؛ لأن المفرِّط هو الذي أودعه»[٦].

ومن صور التقصير في الإجارة ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية أنه «لو تلف المأجور بتقصير المستأجر في أمر المحافظة أو طرأ على قيمته نقصان يلزم الضمان»[٧]؛ لأنه لما كان المأجور أمانة في يد المستأجر كان قبضه إياه بحكم الإجارة دليلا على تعهده والتزامه بالمحافظة عليه كسائر الأمانات؛ فتقصيره بأمر المحافظة يوجب الضمان عليه[٨]. فلو ترك المستأجر دابة الكراء حبلها على غاربها، أو رآها تسير وحدها وتركها؛ فتلفت أو فُقدت ضمنها؛ لأنه قصَّر في حفظها[٩].

ومن التقصير في الوكالة: أن يبيع بأقل من ثمن المثل، أو أن يشتري بأكثر من ثمن المثل، أو أن يفرِّط في حفظ مال الوكالة[١٠]، أو أن يقبض

---

(١) انظر: تغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي ص(٥٤).
(٢) انظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص(٣٧٦)، وضمان العقد في الفقه الإسلامي ص(٤٤٥)، ويد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي ص(٣٢٥)، وتغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي ص(٥٥).
(٣) انظر: يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي ص(٣٣٠). وراجع: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٢/ ٢٧٩- ٢٨٠)، والشرح الصغير وحاشية الصاوي (٣/ ٥٥١).
(٤) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢١١- ٢١٢).
(٥) انظر: نظرية الضمان ص(١٥٣). وراجع كذلك: أسنى المطالب (٣/ ٧٨)، والإنصاف للمرداوي (٦/ ٣٢٠- ٣٢١).
(٦) الأشباه والنظائر ص(٤٦٨).
(٧) مجلة الأحكام العدلية مادة رقم (٦٠٤).
(٨) انظر: شرح المجلة لسليم رستم باز ص(٣٢٤)، وشرح المجلة لمحمد خالد الأتاسي (٢/ ٧٠٦- ٧٠٧).
(٩) انظر: درر الحكام في مجلة الأحكام (١/ ٦٩٩).
(١٠) انظر: القواعد ص(٦٤)، وكشاف القناع (٣/ ٤٧٥، ٤٧٧، ٤٨٥)، وأيضًا: تبيين الحقائق (٤/ ٢٦٣).

الدين الموكَّل في سداده ولا يشهد عليه فيجحده رب الدين[1]، أو أن يصرف الدنانير الذهبية بدراهم فضة ليجعلها رأس مال سلم في سلعة[2]، أو أن يسلّم المبيع قبل قبض الثمن[3].

- التقصير في المضاربة: ألا يتحرى المضارب أحوال من يتعامل معهم بمال المضاربة من حيث الأمانة والكفاءة، أو أن يفرِّط في حفظ مال المضاربة فلا يتخذ التدابير اللازمة لحفظ مثله.
- التقصير في العارية: ألا يحفظها بما يُحفظ به أمثالُها مما يؤدي إلى ضياعها.
- التقصير في الوديعة: إعادتها إلى مكانها الذي وجدها فيه[4].

ويقال هنا ما قيل في التعدي في حال اختلاف المالك وصاحب اليد (الأمين) فيما يعد تقصيرًا؛ فإنه يُرجع إلى أهل الخبرة والاختصاص في ذلك.

المطلب الثالث

مخالفة الشروط

الشرط: إلزام الشيء والتزامه في بيع ونحوه، وجمعه شروط[5]. وعند الفقهاء: ما لا يتم الشيء إلا به، وليس داخلا في حقيقته[6]. أو كما عبر البعض: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته[7].

وقد يكون شرطًا شرعيًّا، وقد يكون شرطًا جعليًّا (وضعيًّا).

والشرط الشرعي هو الذي اشترطه الشارع وجعل حصوله لازمًا لحصول شيء آخر رُبط به عدمًا، بحيث إذا لم يتحقق الشرط لا يتحقق ما رُبط به وعُلِّقَ عليه.

---

(١) انظر: التاج والإكليل (٧/ ١٩٨)، وأيضًا: المغني (٧/ ٢٢٥)، والفروع (٤/ ٣٧٢).

(٢) انظر: التاج والإكليل (٧/ ١٨٣).
(٣) انظر: أسنى المطالب (٢/ ٢٦٩).
(٤) انظر: يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي ص(٣٣٠). وراجع: الشرح الصغير وحاشية الصاوي (٤/ ١٧٣).
(٥) انظر: لسان العرب (٧/ ٣٢٩) مادة (شرط)، والمعجم الوسيط ص(٤٧٩) مادة (شرط).
(٦) انظر: البحر الرائق (١/ ٢٨٠)، وكذلك: التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير الحاج (١/ ١٣٦)، وأيضًا: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبدالسلام (٢/ ١٠٥)، وكشاف القناع (١/ ٢٤٨).
(٧) انظر: الذخيرة (١/ ٦٤)، ونهاية المحتاج (١/ ٦١)، وشرح الكوكب المنير لابن النجار ص(١٤١)، وكشاف القناع (٣/ ١٨٨).

وهذا قد يكون راجعًا لخطاب التكليف، كالطهارة للصلاة، وقد يكون راجعًا لخطاب الوضع، كحولان الحول لإخراج الزكاة.

أما الشروط الجعلية (الوضعية) فهي التي يكون مصدرها إرادة الأشخاص، بأن يجعل عقدَه معلقًا على حدوث شيء معين، بحيث إذا وجد الأمر المعلق (الشرط) وجد ذلك العقد أو الالتزام، وإذا لم يتحقق الشرط لم يتحقق المشروط. فهنا يكون المشروط مرتبطًا بشرطه وجودًا وعدمًا.

وسمي شرطًا جعليًّا؛ لأن المكلف هو الذي جعله شرطًا، وعلق عليه قيام التصرف.

تقسيم الشرط الجعلي إلى ثلاثة أقسام:

الشرط التعليقي: وهو شرط يفيد ربط حصول أمر بحصول أمر آخر، ولا يوجب تكليفًا زائدًا عن مقتضى التصرف، كتعليق الضمان مثلا بعدم قدوم المضمون عنه من السفر.

الشرط الإضافي: وهو شرط يفيد إرجاء أثر التصرف المنعقد إلى زمن مستقبل معين، كأجرتك هذه الدار سنةً بكذا بدءًا من أول الشهر القادم مثلا، ومنه قول الرجل لزوجته: أنت طالق إذا دخل رمضان مثلا.

وشرط تقييدي: وهو شرط يعدِّل من آثار العقد زيادةً أو نقصانًا، وجودًا أو عدمًا[1]، مثل: ضارب بهذا المال داخل البلد أو في السلعة الفلانية، ووكلتك في شراء كذا من المحل الفلاني، وأجرتك هذه الدار على أن تسكنها بنفسك، ونحو ذلك.

فهذا الشرط التقييدي هو الشرط الذي يقترن بالعقد، ويلتزم بسببه العاقد في عقده أمرًا زائدًا على أصل العقد[2]، أو ما يعبر عنه الفقهاء بالشروط في العقد. وهذه الشروط قد تكون شروطًا صحيحة، وقد تكون شروطًا فاسدة أو باطلة.

وخلاصة القول في الشروط الصحيحة أنها التي لا تناقض مقتضى العقد، على اختلاف بين أصحاب المذاهب توسيعًا وتضييقًا، فاشتراط ما يقتضيه العقد، كاشتراط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل تسلم المبيع، متفق

---

(١) انظر: قضايا فقهية معاصرة للدكتور/ عبدالفتاح إدريس ص(٣٥- ٣٦)، وأيضًا: أصول الفقه الإسلامي للدكتور/ وهبه الزحيلي (١/ ١٠١- ١٠٢)، والشرط الجزائي في الفقه الإسلامي للدكتور/ أسامة الحموي ص(٣٣- ٣٨)، والشرط الجزائي للدكتور/ علي السالوس، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر (٢/ ٩٩- ١٠٠)، والشرط الجزائي في الفقه الإسلامي للدكتور/ ناجي شفيق عجم، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر (٢/ ١٨٩).

(٢) انظر: المدخل للفقه الإسلامي للدكتور/ محمد سلام مدكور ص(٦٤٨)، وأيضًا: كشاف القناع (٣/ ١٨٨- ١٨٩)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١/ ٨٤- ٨٥).

عليه بين الجميع. وكذا اشتراط ما وردت به النصوص، كاشتراط الخيار متفق على صحته بين الفقهاء.

وزاد الحنفية ما يلائم مقتضى العقد، كاشتراط الرهن والكفيل بالثمن. وكذا زادوا اشتراط ما جرى به العرف، كاشتراط المشتري على البائع أن يقوم بإصلاح المبيع لمدة معينة (شبيه بصيانة المبيع الآن).

وزاد المالكية اشتراط ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، كاشتراط حمل المبيع إلى مكان معين.

وزاد الشافعية ما يحقق مصلحة مشروعة للعاقد وليس فيه مضرة للآخر، لكنهم يميلون إلى التضييق.

أما الحنابلة فقد صححوا كل شرط من مصلحة العقد وإن لم يكن من مقتضاه، كاشتراط الرهن أو الكفيل، وكذلك كل شرط ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته، ولكنه لا ينافي مقتضاه، وفيه مصلحة لأحد العاقدين، كاستثناء منفعة المبيع مدة معينة استدلالا بحديث جابر[1].

أما الشروط الباطلة فهي عند الحنفية ما لا يقتضيها العقد ولا تلائمه ولا يجيزها نص شرعي ولا عرف، وليس فيها منفعة لأحد العاقدين، كمثل اشتراط نفع مخصوص لشخص أجنبي عن العقد، أو بيع سيارة بشرط عدم ركوبها في بعض الأوقات أو الأحوال.

وهم يفرقون بينها وبين الشروط الفاسدة، على قاعدتهم في التفريق بين الباطل والفاسد.

فالشروط الفاسدة عندهم هي التي لا يقتضيها العقد ولا تلائمه، لكنْ فيها نفعٌ لأحد العاقدين أو للمعقود عليه، مع كونها لم يرد بها نص ولم يجر بها عرف. وضابطها عندهم أنه تقع بسببها المنازعة لعدم جريان العرف بها. وذلك مثل: أن يشترط البائع لنفسه الانتفاع بالمبيع مدة معلومة. وهم يتأولون حديث جابر ويصرفونه عن ظاهره لمعارضته لحديث النهي عن الثنيا، وحديث النهي عن بيع وشرط، وللاختلاف فيه.

والشروط الباطلة عندهم تُلغى ولا أثر لها في العقد، بخلاف الفاسدة فقد تُفسِد العقدَ كله.

أما الشروط الباطلة عند غير الحنفية فهي والفاسدة سواء.

---

(١) هو ما أخرجه البخاري في الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز، رقم (٢٧١٨)، ومسلم في المساقاة، باب بيع البعير واستثناء ركوبه، رقم (٧١٥) من حديث جابر بن عبدالله الأنصاري أَنَّه كَانَ يَسِيرُ عَلَى جَمَلٍ لَهُ قَدْ أَعْيَا فَأَرَادَ أَنْ يُسَيِّبَهُ. قَالَ: فَلَحِقَنِي النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَدَعَا لِي وَضَرَبَهُ فَسَارَ سَيْرًا لَمْ يَسِرْ مِثْلَهُ. قَالَ: «بِعْنِيهِ بِوُقِيَّةٍ»، قُلْتُ: لَا. ثُمَّ قَالَ: «بِعْنِيهِ»، فَبِعْتُهُ بِوُقِيَّةٍ، وَاسْتَثْنَيْتُ عَلَيْهِ حُمْلَانَهُ إِلَى أَهْلِي، فَلَمَّا بَلَغْتُ أَتَيْتُهُ بِالْجَمَلِ فَنَقَدَنِي ثَمَنَهُ، ثُمَّ رَجَعْتُ فَأَرْسَلَ فِي أَثَرِي، فَقَالَ: «أَتُرَانِي مَاكَسْتُكَ لِآخُذْ جَمَلَكَ؟ خُذْ جَمَلَكَ وَدَرَاهِمَكَ فَهُوَ لَكَ».

وعرفها المالكية بأنها اشتراط أمر محظور، كالشروط التي تظهر غررًا فاحشًا أو ربًا واضحًا أو جهالة تفضي إلى النزاع، أو تناقض العقد مناقضة ظاهرة.

وتعني عند الشافعية اشتراط ما لم يرد في الشرع، أو تلك التي لا يقتضيها العقد، وليست من مصلحته، كالشروط التي توجب الربا أو الغرر أو الجهالة.

أما الحنابلة فالشروط الباطلة عندهم أن يشترط عقدًا في عقد، وهذا أبطلوه من قبيل الصفقتين في صفقة، وخالف فيه ابن تيمية، وكذلك أن يشترط ما ينافي مقتضى العقد، كأن يشترط ألا خسارة عليه في المضاربة، وأن يشترط شرطًا يعلق البيع، كنحو: بعتك إن رضي فلان.

وخلاصة الشروط الباطلة عند الحنابلة أن الشرط لا يبطل إلا إذا كان منافيًا لمقتضى العقد، أو كان منهيًا عنه بنص خاص[1].

والشرط الصحيح المقترن بالعقد هو المراد هنا. وهو شرط واجب الوفاء طالما رضي به الطرفان للنصوص العديدة المتضافرة، منها قول الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)[2]، وقوله سبحانه: (وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا)[3]، وقوله عز من قائل: (وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)[4]، وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[5]، فدل على استحقاق الشروط الوفاءَ، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها[6].

---

(١) راجع: المدخل للفقه الإسلامي للدكتور/ مدكور ص(٦٤٨- ٦٦٠)، ونظرية الشرط في الفقه الإسلامي للدكتور/ حسن الشاذلي ص(١٨٥، وما بعدها)، والشرط الجزائي في الفقه الإسلامي للدكتور/ ناجي شفيق، بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد الثاني عشر (٢/ ١٩٠- ١٩١، ١٩٢- ٢٠١)، وقضايا فقهية معاصرة للدكتور/ إدريس ص(٣٦- ٣٧)، وراجع بسطًا لها في المذهبين الحنفي والحنبلي في كتابي «التيسير في المعاملات المالية» ص(٢٧٤- ٢٨٠، ٢٨٥- ٢٩٤) ومراجعه. وراجع كذلك: الهداية شرح البداية (٦/ ٤٤٢)، والعناية شرح الهداية (٦/ ٤٤٣)، والبحر الرائق (٦/ ٩٢- ٩٣)، والدر المختار للحصكفي مع حاشية ابن عابدين (٥/ ٨٥- ٨٨)، وبداية المجتهد (٣/ ١٧٨- ١٧٩)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٦٥- ٦٦)، والمنثور في القواعد (٢/ ٢٣٩- ٢٤٠)، ونهاية المحتاج (٣/ ٤٥٩- ٤٦٠)، والإنصاف (٤/ ٣٤٠، وما بعدها)، وكشاف القناع (٣/ ١٨٩- ١٩٥).

(٢) سورة المائدة: آية رقم (١).

(٣) سورة الأنعام: آية رقم (١٥٢).

(٤) سورة الإسراء: آية رقم (٣٤).

(٥) رواه البخاري في الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، رقم (٢٧٢١)، ومسلم في النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، رقم (١٤١٨).

(٦) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية (٤/ ٨٧).

ويؤكد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطًا حرَّم حلالا أو أحلَّ حرامًا»[1].

ومن ثَمَّ إذا لم يلتزم به الأمين فقد تجاوز حدود الإذن ومقتضاه في حيازة العين، وتتحول يده عن الأمانة إلى الضمان[2].

ومما يدخل في ذلك ما نص عليه الحنفية مِنْ مَنْع مَنْ استأجر دابة ليركبها، أو استأجر ثوبًا ليلبسه أن يُركبها غيره أو يُلبسه غيره. قالوا: لأن الناس متفاوتون في الركوب واللبس؛ فليس له أن يُركِبَ غيره أو يُلبسه، لا عن طريق الإجارة ولا عن طريق الإعارة، وإذا فعل كان ضامنًا[3].

ومثله عند المالكية في الثوب[4].

ومنه كذلك أن يستعمل المستأجر العين المستأجرة استعمالا غير مأذون فيه[5]، كأن يستأجر دابةً ليركبها أو يحمل عليها مدةً معلومةً، فينتفع بها زيادةً على المدة فتعطب في يده[6]، أو أن يستأجر محلا ليجعله متجرًا للسلع الغذائية والتموينية مثلا، فيحوله مخبزًا أو ورشةً لتصليح السيارات ونحو ذلك، أو يصبغ الثوب بلون آخر غير المتفق عليه.

وقد نصت على ذلك مجلة الأحكام العدلية حيث اعتبرت أن «مخالفة المستأجر مأذونيته بالتجاوز إلى ما فوق المشروط توجب الضمان»[7].

مع التنبُّه إلى أن الشرط هنا قد يكون شرطًا عرفيًا، وليس لفظيًّا، ولا فرق؛ فالشرط العرفي كالشرط اللفظي[8].

كذلك لو استعمل المستعير العارية بعد انتهاء فترة الإعارة يكون من قبيل مخالفة الشروط[9].

---

(١) رواه البخاري تعليقًا في كتاب الإجارة من صحيحه، باب أجر السمسرة، ورواه أبو داود موصولا في الأقضية، باب في الصلح، رقم (٣٥٩٤)، والترمذي في الأحكام عن رسول الله، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس، رقم (١٣٥٢)، وقال: حديث حسن صحيح.

(٢) راجع: اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي ص(١٥٠٦).

(٣) راجع: بدائع الصنائع (٤/ ٢٠٧).

(٤) راجع: التاج والإكليل (٧/ ٥٢١)، وحاشية العدوي على شرح الخرشي (٧/ ١٩)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٤/ ٦٥- ٦٦).

(٥) انظر: اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي ص(١٥٠٦).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٦).

(٧) مجلة الأحكام العدلية مادة رقم (٦٠٥).

(٨) انظر: الفروع (٥/ ٢١٤)، والفتاوى الكبرى لابن تيمية (٥/ ٩٤، ٦/ ٢٧٠)، وإعلام الموقعين لابن القيم (٣/ ٣). وهي تتفق مع القاعدة الأخرى الأكثر شهرةً، وهي «المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا». انظر: غمز عيون البصائر للحموي (٤/ ٢٠٦)، ومجلة الأحكام العدلية مادة رقم (٤٣)، وشرح القواعد الفقهية ص(٢٣٧).

(٩) انظر: اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي ص(١٥٠٦).

ومن ذلك في الوكالة: إذا خالف في بيع أو شراء ولم يرضه موكِّلُه[1]، أو وكَّله ببيع شيء في الكوفة، فسافر به[2]، أو أمر وكيله ببيع سلعة لشخصٍ فباعها لغيره[3].

وكأنْ يقولَ المودِعُ للوديع: لا تدفع الوديعة إلى عيالك، أو احفظها في هذا البيت، فيدفعها إلى عياله أو يحفظها في بيت آخر، إلا أن يكون الحفظ بعياله أو بالبيت الآخر أحرز[4].

المطلب الرابع

التجهيل عند الموت

التجهيل مصدر جَهَّلَ المضعَّف يُجَهِّلُ، والتضعيف يفيد تعدية الفعل إلى الغير ونسبته إليه. والجهل: نقيض العلم، يقال: جَهِلَ فلانٌ جَهْلا وجَهَالةً وجَهِلَ عليه، وتجاهل: أظهر الجهل، وأرى من نفسه الجَهْلَ وليس به. واستجهله: عده جاهلا، واستخفه أيضًا. والتجهيل: أن تنسبه إلى الجهل. وجَهِلَ فلان حق فلان، وجَهِلَ فلانٌ على فلانٍ، وجَهِلَ بهذا الأمر. والجَهَالة: أن تفعل فعلا بغير العلم. وجَهَّلْتُه: نسبته إلى الجهل، وأجْهَلْتُه: جعلته جاهلا[5].

والفقهاء يستعملون- وهو مصطلح لم يستعمله سوى الحنفية- مصطلح التجهيل عند الموت ويريدون به ألا يبين الأمين عند موته حال ما بيده من مال للغير، مع علمه أن ورثته لا يعلمون تلك الحقوق[6]. وهو نفس المعنى اللغوي.

والأمين على مال الغير مأمور أن يؤدي ما بيده من الأمانات إلى أهله؛ استنادًا إلى قول الله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا)[7]، فإذا حضرته الوفاة وجب عليه أن يبينها لأهله أو لمن حضره؛ لئلا تضيع عليه، ويكون مسئولا عن تجهيلها[8].

---

(١) انظر: التاج والإكليل (٧/ ١٨٥).
(٢) انظر: مجمع الضمانات ص(٢٥١).
(٣) انظر: كشاف القناع (٣/ ٤٨٠).
(٤) انظر: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/ ٦٧٢).
(٥) انظر: لسان العرب (١١/ ١٢٩) مادة (جهل).
(٦) راجع: غمز عيون البصائر (٣/ ١٤٧- ١٤٨)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٦٦٦)، ومجمع الضمانات ص(٨٧- ٨٨)، وراجع كذلك: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص(٣٧٦)، وتغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي ص(٥٦)، والموت مع التجهيل وأثره في ضمان الأمانات للدكتور/ أحمد سعد البرعي، بحث بمجلة دار الإفتاء المصرية، العدد (٢٧) ص(١٦٠- ١٦١).
(٧) سورة النساء: آية رقم (٥٨).
(٨) انظر: تغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي ص(٥٧).

ولذلك فإن الأمين يضمن بالتجهيل؛ لأنه يعد مفرطًا بتركه بيانها قبل موته، ولأنه بالتجهيل يصير متملكًا للأمانة فتصير دينًا في تركته، ولأنه بالتجهيل سلط غرماءه وورثته على أخذها؛ فينقلب ضامنًا بذلك[1].

كما أن التجهيل في معنى الإتلاف؛ لخروجها من أن يكون منتفعًا بها في حق المالك بالتجهيل[2].

وفي مجلة الأحكام العدلية أنه «إذا مات المستودَع بدون أن يبين حال الوديعة يكون مجهلا؛ فتؤخذ الوديعة من تركته كسائر ديونه»[3].

وفيها كذلك: «إذا أخذ أحد الشريكين مقدارًا من مال التجارة ومات وهو في حال العمل مجهلا تستوفى حصة شريكه من تركته»[4].

وفيها أيضًا: «إذا مات المضارب مجهلا فالضمان في تركته»[5].

وقد ذكر فقهاء الحنفية عددًا من المستثنيات من الضمان بالتجهيل، أوصلها بعضهم لعشرة[6]، هي:

١- الناظر إذا مات مجهلا غلات الوقف.
٢- القاضي إذا مات مجهلا أموال اليتامى عند من أودعها.
٣- السلطان إذا أودع بعض الغنيمة عند الغازي ثم مات ولم يبين عند من أودعها.
٤- أحد المتفاوضين (في شركة المفاوضة) إذا مات ولم يبين حال المال الذي في يده ولم يذكر للقاضي.
٥- الوصي إذا مات مجهلا لما وضعه مالكه.
٦- الأب إذا مات مجهلا مال ابنه.
٧- إذا مات الوارث مجهلا ما أودع عند مورثه.
٨- إذا مات مجهلا لما ألقته الريح في بيته.
٩- إذا مات مجهلا لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه.
١٠- إذا مات الصبي مجهلا لما أودع عنده محجورا.

لكن نقل شارح الأشباه والنظائر أنه ينبغي أن يقال: إن مات فجأة لا يضمن بعدم تمكنه من بيانها؛ فلم يكن حابسًا لها ظلمًا، وإن مات بمرض

---

(١) انظر: المبسوط (١١/ ١٢٩، ١٩٠، ١٧/ ٤٤)، وراجع كذلك: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لعلاء الدين الطرابلسي ص(١٢٧)، وأيضًا: فتح القدير للكمال بن الهمام (٦/ ٢٤١)، والبحر الرائق (٥/ ١٩٤، ٦/ ٢٠١، ٧/ ٢٧٥)، والأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه غمز عيون البصائر (٣/ ١٤٤)، ومجمع الضمانات ص(٨٧- ٨٨).
(٢) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢١٣).
(٣) مادة رقم (٨٠١).
(٤) مادة رقم (١٣٥٥).
(٥) مادة رقم (١٤٣٠).
(٦) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه غمز عيون البصائر (٣/ ١٤٤- ١٤٦)، وأيضًا: حاشية ابن عابدين (٥/ ٦٦٦- ٦٦٩).

ونحوه فإنه يضمن؛ لأنه تمكن من بيانها ولم يبين؛ فكان مانعًا ظلمًا فيضمن[1]. وهو تقييد حسن.

أما غير الحنفية فلم يعبروا بالتجهيل، لكنهم اعتبروا أن المودَع إذا مات ولم يرد الوديعة أو يوص بردها لمالكها أنه يكون ضامنًا لها.

واستثنى المالكية أن يطول الزمن من يوم الإيداع لنحو عشر سنين فلا يضمنها، إلا أن تكون بينة على قيام الوديعة فلا يسقط الضمان[2].

وقيد الشافعية ذلك بأن يكون المودَع متمكنًا من ردها أو الإيصاء بها؛ وإلا لم يضمن، كأن يموت فجأة أو يُقتَل غِيلةً فلا يضمن لعدم تقصيره بترك الرد أو الإيصاء حينئذ، وإلا القاضي فلا يضمن مطلقًا؛ لأنه أمين بالشرع ولعموم ولايته[3].

واعتبر الحنابلة أن مجرد موته وعنده وديعة أو مضاربة أو رهن ونحوه من الأمانات لا يتميز من ماله أنه يكون دينًا في تركته كالديون[4].

فالجمهور قد وافق الحنفية في أصل التضمين بالتجهيل عند الموت، سواءً أكان ذلك في الوديعة أم في غيرها من سائر الأمانات؛ لظهور التفريط برد الأمانة أو الإيصاء بها، ولأنه بالتجهيل يصير متملكًا للأمانة فتصير دينًا في تركته كسائر الديون.

وما ذكره الحنفية من استثناءات لا يخلو الأمر فيها من تقصير في بيان الأمانة.

واستثناء المالكية مبني على مذهبهم في سقوط الحق بالتقادم إذا لم تكن بينة، استدلالا بحديث «مَنْ حَازَ شَيْئًا عَشْرَ سِنِينَ فَهُوَ لَهُ»[5]، على اعتبار أن طول الزمان لمدة كهذه قرينة على قيام الأمين برد الأمانة لمالكها، وأن المالك لا يترك ملكه عند الغير أكثر من ذلك بحسب العادة[6].

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر (٣/ ١٤٤)، وأيضًا: الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٥/ ٦٦٧).

(٢) راجع: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٤٢٥- ٤٢٦)، وراجع أيضًا: الذخيرة (٧/ ٣٥٣- ٣٥٤).

(٣) راجع: أسنى المطالب (٣/ ٧٧- ٧٨)، وأيضًا: روضة الطالبين (٥/ ٢٩٤)، وتحفة المحتاج (٧/ ١١٠).

(٤) راجع: المغني (٩/ ٢٦٩- ٢٧٠)، وكشاف القناع (٣/ ٥٢١- ٥٢٢، ٤/ ١٧٨).

(٥) رواه ابن القاسم في المدونة (٤/ ٥٠) عن ابن وهب عن عبدالجبار بن عمر عن ربيعة بن أبي عبدالرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا، ورواه أبو داود في المراسيل ص(٢٨٥- ٢٨٦) باب ما جاء في القضاء، رقم (٣٩٤) من طريق آخر عن زيد بن أسلم مرفوعًا. قال ابن القيم في الطرق الحكمية ص(١٠١): لا يثبت.

(٦) انظر: الموت مع التجهيل وأثره في ضمان الأمانات ص(١٨٩).

والحقُّ أن الحقَّ لا يسقط بالتقادم وإن طال، وليس عدم المطالبة بالحق بدليلٍ على رده، ولا عبرة بالعادة هنا؛ لمصادمتها للحق الثابت بيقين[1].

وكذا تقييد الشافعية بالتمكن من الرد أو الإيصاء غير مسلَّم، ولا يعفيه من التقصير بترك الإيصاء أو البيان، وهو واجب لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُرِيدُ أَنْ يُوصِيَ فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ»[2]؛ فلزمه الضمان.

ولا يستثنى من ذلك إلا إذا كان موته فجأةً عقب قبض الأمانة مباشرةً، دون مرور وقت يتمكن فيه من الإيصاء[3].

ولذلك فإطلاق الحنابلة هو الأولى بالاعتبار.

المطلب الخامس

مراعاة المصلحة وصيانة الأموال

المصلحة في اللغة: الصلاح الذي هو ضد الفساد، والمنفعة. وهي واحدة المصالح[4].

ولا يختلف معناها الاصطلاحي عن المعنى اللغوي؛ فهي تعني جلب المنفعة ودفع المفسدة.

والمصالح منها ما شهد الشرع باعتباره، ومنها ما شهد الشرع بإلغائه، ومنها ما سكت عنه، فالأولى هي المصالح المعتبرة، والثانية هي المصالح الملغاة، والأخيرة هي المصالح المرسلة. وهي المقصودة هنا؛ لأن الأولى ثابتة بالنص، والثانية ملغاة بالنص أيضًا.

والمصالح المرسلة هي تلك المصالح التي لم يشهد لها الشرع بالاعتبار ولا بالإلغاء، وإنما سكت عنها؛ فهي مصالح؛ لأنها تجلب نفعًا وتدفع ضررًا، وهي مرسلة؛ لأنها مطلقة عن اعتبار الشرع وإلغائه، فهي إذن تكون في الوقائع المسكوت عنها، وليس لها نظير منصوص على حكمه حتى تقاس عليه، وفيها وصف مناسب لتشريع حكم معين من شأنه أن يحقق منفعة أو يدفع مفسدة[5].

---

(١) راجع: الموت مع التجهيل وأثره في ضمان الأمانات ص(١٩١).

(٢) رواه البخاري في الوصايا، باب الوصايا وقول النبي صلى الله عليه وسلم «وصية الرجل مكتوبة عنده»، رقم (٢٧٣٨)، ومسلم في أول كتاب الوصية، رقم (١٦٢٧).

(٣) انظر: الموت مع التجهيل وأثره في ضمان الأمانات ص(١٨٨).

(٤) انظر: لسان العرب (٢/ ٥١٦- ٥١٧) مادة (صلح)، والمعجم الوسيط ص(٥٢٠) مادة (صلح).

(٥) انظر: الوجيز في أصول الفقه للدكتور/ عبدالكريم زيدان ص(١٨٧- ١٨٨)، وراجع: الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي (١/ ٣٩- ٤٠)، وأيضًا: التيسير في المعاملات المالية ص(١٥٤).

ويمثل لها الأصوليون بجمع القرآن الكريم في عهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وتدوين الدواوين، وضرب النقود، واتخاذ السجون، وتضمين الصناع، وقتل الجماعة بالواحد[1].

والمصالح المرسلة- كما يقول المرحوم الشيخ عبدالوهاب خلاف بحق- هي «أخصب الطرق التشريعية فيما لا نص فيه، وفيها المتسع لمسايرة تطورات الناس وتحقيق مصالحهم وحاجاتهم»[2].

والمذاهب الفقهية الأربعة يأخذون بالمصلحة، على تفاوت بينهم، وأكثر من يحتج بها المالكية، فقد أكثروا من الاحتجاج بها، ونصوا على حجيتها[3]، واعتبروها أصلا تشريعيًّا قائمًا بذاته، وقرروا أن نصوص الشارع لم تأت في أحكامها إلا بما هو المصلحة[4].

ويلي المالكية في الاحتجاج بالمصالح الحنابلة[5]. والناظر في الفقه الحنبلي يجد كثيرًا من الفتاوى للإمام أحمد ولأصحابه من بعده بُنِيَتْ على المصلحة وحدها؛ فهم يعتبرون المصلحة أصلا تشريعيًّا مستقلا، وقد صرَّح بذلك ابن تيمية وابن القيم من مجتهدي الحنابلة[6].

أما الحنفية والشافعية فلم يعتبروا المصالح ضمن أصولهم التشريعية[7]، وعدَّها الغزالي من الأصول الموهومة[8]. وإن كنا لا نجد آثار هذا الإنكار بكثرة في كتب الفروع عندهم؛ فقد وُجِدت كثيرٌ من المسائل الفقهية الفرعية

---

(١) انظر: شرح تنقيح الفصول للقرافي ص(٤٤٦)، وأصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة ص(٢٨٠- ٢٨١)، والوجيز في أصول الفقه ص(١٨٨).

(٢) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص(١٠٧) بتصرف يسير جدًّا.

(٣) انظر: شرح تنقيح الفصول ص(٤٤٦)، وانظر كذلك: أصول الفقه لأبي زهرة ص(٢٧٩)، والتيسير في المعاملات المالية ص(١٥٥).

(٤) انظر: مالك حياته وعصره، آراؤه وفقهه للشيخ محمد أبي زهرة ص(٣٩٣)، وراجع أيضًا: الموافقات في أصول الشريعة (٢/ ٦).

(٥) انظر: المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل لابن بدران ص(٢٩٥، ٢٩٦)، وابن حنبل حياته وعصره، آراؤه وفقهه للشيخ محمد أبي زهرة ص(٣٤٤- ٣٤٥)، والمنهج الفقهي العام لعلماء الحنابلة ومصطلحاتهم في مؤلفاتهم للدكتور/ عبدالملك بن دهيش ص(٢٣٠)، والتيسير في المعاملات المالية ص(١٥٥).

(٦) انظر: المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي للدكتور/ مصطفى زيد ص(٧٠- ٧٤)، وانظر أيضًا: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص(١١١)، ونظرية المصلحة في الفقه الإسلامي للدكتور/ حسين حامد حسان ص(٤٦٨- ٤٧٤، ٥٠٩)، وراجع كذلك: شرح مختصر الروضة للطوفي (٣/ ٢٠٤- ٢١٧)، والمسودة في أصول الفقه لآل تيمية ص(٤٥٠- ٤٥١)، وإعلام الموقعين (٣/ ١١، وما بعدها).

(٧) راجع: التقرير والتحبير في شرح التحرير (٣/ ٢٨٦)، وحاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع (٢/٣٢٧- ٣٢٨)، وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ص(٢٤٢).

(٨) انظر: المستصفى في علم الأصول للغزالي ص(١٧٣- ١٨٠).

مبنية على أصل المصالح[1]، حتى قال القرافي: «المصلحة المرسلة في جميع المذاهب عند التحقيق؛ لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات، ولا يطلبون شاهدًا بالاعتبار، ولا نعني بالمصلحة المرسلة إلا ذلك»[2].

وصيانة الأموال: حفظها من الضياع، وهي إحدى الضروريات الخمس التي جاءت الشريعة لحفظها، وشَرَعَتْ لأجل ذلك كثيرًا من الأحكام والحدود[3].

ومما استند الفقهاء في تضمين الأمين- على خلاف بينهم- فيه إلى مراعاة المصلحة وصيانة الأموال والحفاظ عليها الأجير المشترك أو الصُنَّاع، كالخيَّاط والصبَّاغ والبنَّاء والنجَّار والطبيب ونحوهم ممن يصدق على كل منهم أنه «صانع مشترك» أو «أجير مشترك»[4]؛ حيث يتم التعاقد معه على عمل معين كخياطة ثوب أو صبغه أو بناء منزل أو صنع حجرة نوم مثلا أو تطبيب مريض، في مدة لا يستحق المستأجِر (صاحب العمل) فيها جميع منفعة الأجير؛ حيث يتقبل الأجير فيها أعمالا لعدد من الناس في وقت واحد، ويعمل لهم، فيشتركون في منفعته؛ ولذلك سمي أجيرًا مشتركًا، في مقابلة الأجير الخاص، وهو من يقع العقد عليه في مدة معلومة لعمل معين، كمن يُستأجر للخدمة ونحوها، وكسائر الموظفين بالدولة. وهذا كله من قبيل إجارة الأعمال[5].

والأصل في الأجير المشترك أنه أمين كالأجير الخاص؛ فهما كالمستأجِر في إجارة الأعيان، يد كلٍّ منهما يدُ أمانة، لا يضمنان هلاك ما بها إلا بالتعدي أو التقصير؛ وذلك لأن الأصل أن الضمان لا يجب إلا على المتعدِّي، ولم

---

(١) انظر: الوجيز في أصول الفقه ص(١٨٨)، وانظر كذلك: أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ علي الخفيف ص(٢٣٣)، والمصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي ص(٥٢، وما بعدها)، ومناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري لأستاذنا المرحوم الدكتور/ محمد بلتاجي (٢/ ٦٠٠- ٦٠٤).

(٢) شرح تنقيح الفصول ص(٤٤٦).

(٣) راجع: الموافقات في أصول الشريعة (١/ ٣٨).

(٤) الصانع المشترك هو: من ينتصب بصنعته لعموم الناس، ويكون لعمله تأثير في عين المصنوع وذاته، كالخياط والصباغ والنجار ونحوهم، أما الأجير المشترك فهو: من ينتصب كذلك بعمله لعموم الناس، ولكن قد يكون لعمله تأثير فيما استؤجر عليه، وقد لا يكون كالراعي المشترك والسمسار المشترك والحارس المشترك؛ فهو أعم من الصانع المشترك. انظر: مبدأ تغير الأحكام بتغير الأحوال ومدى صحة الحكم بضمان الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية عليه للدكتور/ نزيه حماد، بحث بمجلة العدل بوزارة العدل السعودية، العدد (٧١) ص(٩٧).

(٥) راجع مثلا: المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم بك ص(١٦١- ١٦٢)، وأحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص(٤٤٢- ٤٤٤)، والإجارة الواردة على عمل الإنسان «دراسة مقارنة» للدكتور/ شرف بن سعد الشريف ص(٢٩، ٣٧- ٣٨).

يوجد التعدي من الصانع (الأجير المشترك)؛ لأنه مأذون له في القبض، والهلاكُ ليس من صنعه؛ فلا يجب عليه الضمان، كما لا يجب الضمان على المودَع[١].

ولأن ما بيده من مال المستأجِر (صاحب العمل) مقبوض بعقد إجارة؛ فكان أمانة كالعين المستأجَرَة، ولأنه قبضه بإذن مالكه لنفع مشترك بينهما فلا يضمنه كالمضارب والشريك[٢].

وهذا هو مذهب أبي حنيفة، وزفر والحسن بن زياد من أصحابه[٣]، ومذهب الشافعية في الأظهر[٤]، والحنابلة[٥].

لكنه يضمن ما تلف بعمله ولو بغير قصد عند أبي حنيفة وحده (دون صاحبيه زفر وابن زياد). وذكر ابن عابدين أن هذا القول هو المفتى به في المذهب[٦]. ويتفق معه في ذلك الحنابلة؛ لأنه حينئذ يكون ضامنًا لما جنت يده، فالحَمَّال مثلا يضمن ما يسقط من حمله وما يتلف من عثرته ونحو ذلك، لكن إذا كان صاحبَ صنعةٍ حاذقًا فيها كالطبيب والحجَّام والخَتَّان فلا ضمان عليه ما لم يتجنَّ عند الحنابلة[٧].

وهناك قولٌ ثانٍ، وهو أن الأجير المشترك يضمن ما هلك في يده ولو كان بغير تعديه أو تقصيره، كما يضمن ما تلف بعمله ولو عن خطأ وعدم قصد، إلا إذا هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه، كحريق أو غرق غالب ونحوه. وهو قول الصاحبين أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[٨]. وذكر صاحب «تبيين الحقائق» أن قولهما هو المفتى به؛ لتغير أحوال الناس، وبه تحصل صيانة أموالهم[٩].

واستدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَه»[١٠]، ولما روي عن عمر بن الخطاب أنه كان يضمِّن الأجير المشترك

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠)، وراجع أيضًا: تبيين الحقائق (٥/ ١٣٥).
(٢) راجع: شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٧٢)، وكشاف القناع (٤/ ٣٤).
(٣) راجع: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠)، وتبيين الحقائق (٥/ ١٣٤)، وحاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥- ٦٦).
(٤) راجع: تحفة المحتاج (٦/ ١٨٠)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٥١).
(٥) راجع: الإنصاف (٦/ ٧٣)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٧١- ٢٧٢)، وكشاف القناع (٤/ ٣٤).
(٦) انظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥).
(٧) راجع: المغني (٨/ ١٠٣)، والإنصاف (٦/ ٧٢- ٧٤)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٧١)، وكشاف القناع (٤/ ٣٤- ٣٥).
(٨) راجع: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠)، وتبيين الحقائق (٥/ ١٣٤)، وحاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥- ٦٦).
(٩) انظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٣٥)، وراجع أيضًا: حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٥).
(١٠) سبق تخريجه.

احتياطًا لأموال الناس[1].

وما روي أيضًا عن علي بن أبي طالب أنه كان يضمِّن القصَّار والصوَّاغ، ويقول: «لا يُصلح الناسَ إلا ذلك»[2].

ولأن الأجَراء والصُنَّاع الذين يُسلَّم إليهم المال من غير شهود تُخشى منهم الخيانة، فلو علموا أنهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس؛ لأنهم لا يعجزون عن ادعاء الهلاك والتلف، بخلاف ما إذا كان هناك أمر غالب كحريق أو غرق ونحو ذلك؛ فكان الاستحسان أن يُضَمَّنوا صيانةً لأموال الناس[3].

وقريب من هذا القول دون استثناء ما لا يمكن التحرز عنه قولٌ ثالثٌ يرى أن العين تدخل في ضمان الأجير المشترك بالقبض، فإن هلكت في يده ضمن هلاكها ولو لم يتعد أو يقصر. وهو قول عند الشافعية[4]، ورواية عند الحنابلة[5].

وعللوه بفساد الناس وخيانة الأُجَرَاء[6].

وهناك قولٌ رابعٌ فيه تفصيل، وهو أن الأجير المشترك ضامن لما يتلف في يده حيث كانت هناك تهمة وإن لم يكن بتعدٍ أو تقصيرٍ، فإن انتفت التهمة فلا ضمان عليه، وتكون يده يد أمانة إلا أن يثبت تعديه أو تقصيره. وهو مذهب المالكية[7]، وقول عند الحنابلة[8].

ولذلك قالوا: إن كان عمل الأجير المشترك في محل صاحب العمل كبيته، فتلفت العين من غير سببه؛ فلا ضمان عليه لانتفاء التهمة، وإن كان عمله في غير محل صاحب العين، فتلفت ضمنها لقيام التهمة حينئذ.

---

(١) انظر: المصنف لابن أبي شيبة (٥/ ١٢٢)، وذكر الشافعي في الأم (٧/ ١٠٢) أنه يروى من وجه لا يثبت. ورواه ابن حزم في المحلى (٧/ ٣٠)، وذكر صاحب التلخيص الحبير (٣/ ١٣٥) أن عبدالرزاق رواه بسند منقطع.

(٢) ذكره الشافعي في الأم (٧/ ١٠٢) وقال إنه روي من وجه لا يثبت، ورواه ابن أبي شيبة في المصنف (٥/ ١٢٢) وصححه ابن حزم في المحلى (٧/ ٣٠)، ورواه أيضًا البيهقي (٦/ ١٢٢)، وذكره صاحب المنتقى في شرح الموطأ (٦/ ٧١)، وقال ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ١٩٠): وهذه الطرق يقوي بعضها بعضًا.

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠- ٢١١).

(٤) راجع: تحفة المحتاج (٦/ ١٨٠)، ومغني المحتاج (٢/ ٣٥١).

(٥) راجع: الإنصاف (٦/ ٧٣).

(٦) انظر: الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي للدكتور/ نزيه حماد ص(٢١٤).

(٧) راجع: الفواكه الدواني (٢/ ١١٧)، والشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٤/ ٤٦- ٤٧)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/ ٢٧- ٢٩)، وحاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٩٩- ٢٠٠).

(٨) راجع: الإنصاف (٦/ ٧٢- ٧٣).

ق شت لمالكية لضما لصنا ع ش ، هي:

- أن ينصِّب نفسه للصنعة لعامة الناس.
- أن يغيب على الذات المصنوعة، لا إن صنعها ببيت ربها ولو بغير حضرته، أو بحضرته ولو في محل الصانع، فلا ضمان.
- أن يكون المصنوع مما يُغاب عليه بأن يكون ثوبًا أو حُليًّا.
- ألا يكون في الصنعة تغرير، وإلا فلا ضمان كنقش الفصوص وثقب اللؤلؤ وحرق الخبز عند الفران وموت المريض تحت يد الطبيب ونحو ذلك فلا ضمان عليهم إذا كانوا من أهل المعرفة.
- ألا تقوم بينة على ما ادعاه من تلف أو ضياع فلا ضمان.
- أن لا يكون الصانع أحضره لربه مصنوعًا على الصفة المطلوبة، ويتركه ربه اختيارًا فيضيع، وإلا فلا ضمان، حيث كان إحضاره بعد دفع الأجرة[1].

ومستندهم في تضمين الصناع مراعاةُ المصلحة العامة وسدُّ ذرائع الفساد؛ وذلك لأن غالب الناس يُضطر إلى الاستصناع ولا غِنًى له عنه، ولو علم الصُّنَّاعُ أنهم يُصَدَّقون في دعوى الضياع أو التلف أو رد المصنوع إلى ربه لتسارعوا إلى كل ما يُدفع لهم ليصنعوه وأكلوا أموال الناس[2].

كما أنه فِعْلُ الخلفاء الراشدين[3].

والحقُّ أن الأصل في الأجير المشترك بعامة أنه مؤتمن على ما في يده، فلا يضمن إلا ما تعدَّى فيه أو قصَّر؛ وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لَا ضَمَانَ عَلَى مُؤْتَمَنٍ»[4]. كما أنه مأذون في قبضه للعين المستصنعة؛ فلا وجه لتضمينه إلا إذا تجاوز ما أذِنَ له فيه، أو قصَّر وفرَّط.

إلا أن هذا الحكم الأصلي كان صالحًا حينما كانت الاستقامة وتقوى الله هي الغالبة على المجتمع، فلما تغيرت الأحوال والظروف وغلب على الناس عدمُ الأمانة وانتشر الإهمالُ والتقصيرُ تغير الحكم ليكون ملائمًا ومناسبًا لما جدَّ من ظروف- والأحكام تتغير بتغير الأحوال والأزمان والظروف- فقضى

---

(١) راجع: الفواكه الدواني (٢/ ١١٧)، وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤/ ٢٨-٢٩).

(٢) انظر: الفواكه الدواني (٢/ ١١٧)، وراجع: المقدمات الممهدات (٢/ ٢٤٣)، وبداية المجتهد (٤/ ١٩)، وكشف القناع عن تضمين الصناع لابن رحال المعداني المالكي ص(٧٦- ٧٩)، وأيضًا: سد الذرائع في الشريعة الإسلامية للدكتور/ محمد هشام البرهاني ص(٥٣٩- ٥٤٠). وراجع في بيان المصلحة العامة هنا وأهمية تقديمها على المصلحة الخاصة: الاعتصام للشاطبي (٢/ ٣٥٦- ٣٥٧)، وكذا: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور/ حسين حامد حسان ص(٢٠٥- ٢٠٦).

(٣) انظر: الفواكه الدواني (٢/ ١١٧)، والاعتصام (٢/ ٣٥٦).

(٤) سبق تخريجه.

عمر وعلي رضي الله عنهما بتضمين الصناع صيانة لأموال الناس، وسدًّا للذرائع، وتقديمًا للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة[1].

ولما كان مناط تغير الحكم هو تغير أحوال الناس وعدم الاطمئنان إلى أمانتهم؛ فقد دل ذلك على أن العلة في تضمينهم هي التهمة؛ فحيثما وُجدت التهمة حكمنا بتضمينهم، وحيثما انتفت التهمة حكمنا بأمانتهم وعدم تضمينهم، وهو ما ذهب إليه المالكية، وورد في قول عند الحنابلة.

والمتأمل فيما ذهب إليه كثير من الفقهاء القائلين بالتضمين في الجملة يجد أن اختلافهم كان تبعًا لما يغلب على ظنهم من وجود التهمة أو انتفائها، وإن لم يصرحوا بذلك.

وهذا القول الذي رجحتُ هو أكثر الأقوال انضباطًا، وما عداه من أقوال في تضمين الصناع بُنِيَتْ على مصاديقَ مظنونةٍ لقيام التهمة بالصانع، ولا تستند إلى حجة قوية[2].

وما استند إليه من أوجب التضمين مطلقًا لا ينهض حجة لذلك، وما قيل من أن المعقود عليه هو الحفظ[3] غير مسلَّم؛ لأن المعقود عليه هو العمل، وإنما وجب عليه الحفظ تبعًا له أو اقتضاء، وليس هو المقصود؛ لأن العمل لا يتأتى بدون حبس العين فكان له حبسها؛ ومن ثَمَّ وجب عليه حفظها، وأيضًا فإنه لو كان الحفظ هو المعقود عليه لكان له حصة من الأجر[4].

كما أن القول بعدم تضمين الصناع إلا في حالتي التعدي والتفريط اعتمادًا على الأصل في أمانتهم يترتب عليه مفاسدُ ومضارّ في حال كونهم متهمين؛ فكان ربط الحكم بعلته هو أرجح الأقوال، وأكثرها تحقيقًا لمصالح الناس ومقاصد الشريعة[5]. ومثل الأجير المشترك هنا المضارب المشترك[6]؛ فإنه

---

(١) انظر: التيسير في المعاملات المالية ص(٥٣٤)، وراجع: سد الذرائع في الشريعة الإسلامية ص(٥٣٩- ٥٤٠)، وأيضًا: الاعتصام (٢/ ٣٥٦- ٣٥٧).

(٢) انظر: التيسير في المعاملات المالية ص(٥٣٥)، وراجع: الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي ص(٢١٧- ٢١٨).

(٣) قاله صاحب تبيين الحقائق (٥/ ١٣٤- ١٣٥) استدلالا لمذهب الصاحبين.

(٤) انظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٣٥).

(٥) انظر: التيسير في المعاملات المالية ص(٥٣٥)، وراجع: الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي ص(٢١٨).

(٦) المضارب المشترك: هو المضارب الذي يدفع مال المضاربة الذي بيده إلى مضارب آخر ليعمل به، فيكون المضارب الأول في المضاربة الثانية في مقام صاحب المال، والمضارب الثاني هو من يقوم بالعمل. ويطلق عليها أيضًا المضاربة من الباطن. وقد يكون هذا بإذن صاحب المال، وقد لا يكون بإذنه، فإن كان بإذنه فلا بأس عند الجمهور خلافًا للشافعية، وإن لم يكن بإذنه فقد خالف مقتضى العقد الذي رضي فيه صاحب المال بعمل المضارب، لا بعمل غيره. وهذه المخالفة تقتضي تضمين المضارب الأصلي (المشترك). انظر: بحثي «التعاقد من الباطن وأحكامه في الفقه الإسلامي» ص(٧٩- ٨٢).

لا يقل عنه شبهًا في وضعه بالنسبة للمستثمرين (أصحاب الأموال) حيث ينفرد المضارب المشترك بإدارة المال وإعطائه مضاربة كيف شاء ولمن شاء.

ولو لم يكن ضامنًا لأدى به الحال- جريًا وراء الكسب السريع- إلى الإقدام على إعطاء المال للمضاربين دون تحفظ أو تروٍ للتأكد من أمانتهم وكفاءتهم؛ مما يؤدي إلى إضاعة المال وفقدان الثقة العامة، وما قد يترتب على ذلك من إحجام الناس عن دفع أموالهم للاستثمار بالمضاربة؛ مما يعود على المجتمع كله بالضرر والخسران[1].

المطلب السادس

جريان العرف بتضمين الأمين

العرف في اللغة: يعني المعروف، أو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم، وضده النُّكْر[2].

والعرف أحد الأدلة والمصادر التشريعية التي يرجع إليها عند عدم النص، والمقصود به: ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول[3]. أو: ما ألفه الناس واعتادوه وساروا عليه من قول أو فعل[4].

وقد يكون صحيحًا أو فاسدًا. والصحيح هو الذي لا يخالف نصًّا من نصوص الشريعة، ولا يفوت مصلحة معتبرة، ولا يجلب مفسدة راجحة. أما الفاسد فهو ما كان مخالفًا لنص، أو جالبًا لضرر، أو دافعًا لمصلحة[5].

والعرف الصحيح أصل من أصول التشريع، بخلاف الفاسد فلا اعتبار له، ولا يجوز الاعتداد به[6].

---

(١) انظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية للدكتور/ سامي حسن حمود ص(٤٠٢).

(٢) انظر: المعجم الوسيط ص(٥٩٥) مادة (عرف)، وأيضًا: لسان العرب (٩/ ٢٤٠) مادة (عرف).

(٣) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء للدكتور/ أحمد فهمي أبي سنة ص(٢٨)، والعرف: حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة للدكتور/ عادل بن عبدالقادر قوته (١/ ٩٣- ٩٤)، وراجع كذلك الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر (١/ ٢٩٦).

(٤) انظر: الوجيز في أصول الفقه ص(٢٠١)، وانظر كذلك: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص(١٦٩)، والمدخل للفقه الإسلامي ص(٢٢٨)، والأدلة المختلف فيها عند الأصوليين للدكتور/ خليفة بابكر الحسن ص(٤٠).

(٥) انظر: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص(١٧٠)، والوجيز في أصول الفقه ص(٢٠٢)، وأصول الفقه الإسلامي للدكتور/ بدران أبو العينين ص(٢٢٧).

(٦) راجع: أصول الفقه الإسلامي للدكتور/ بدران أبو العينين ص(٢٢٨- ٢٢٩).

والأصل في حجية العرف قول الله تعالى: (خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ)[1]، فكل ما شهدت به العادة قُضي به لظاهر هذه الآية، إلا أن تكون هناك بينة بخلافه[2].

وإذا كانت الشريعة قد راعت المصالح في أحكامها وتشريعاتها؛ فإنها أيضًا راعت أعراف الناس وعاداتهم[3].

والعرف معتبر في جميع المذاهب، يقول القرافي: «وأما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها»[4].

كما أن من القواعد الفقهية المقررة والمتفق عليها أن «العادة محكَّمة»[5]، وأن «المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا»[6].

والعرف عند التحقيق لا ينشئ أحكامًا جديدة، وإنما أساس الأحكام التي تبنى عليه هو المصلحة التي تقضي بمراعاة حاجات الناس وما تعارفوا عليه رفعًا للحرج ودفعًا للمشقة عنهم، وكذلك القواعد التي تقرر أن الأصل في الأشياء الإباحة وفي التصرفات الحل؛ فما لم يرد فيه نهيٌ عن الشارع من التصرفات والأفعال يعد حلالا[7].

وقد بنت الشريعة كثيرًا من الأحكام على العرف[8].

وقد ذهب بعض الحنفية والمالكية إلى القول بجريان العرف بتضمين الأمين[9]، على اعتبار أن مصلحة صيانة الأموال في نحو المضاربة والشركة والإجارة المشتركة والوكالة تقتضي تضمينه؛ ولذا جرى العرف بتضمينه.

ولعل هذا واضح فيما ذكره الفقهاء في مسألة تضمين الصناع؛ نظرًا لتغير الأحوال وفساد الذمم وقلة الديانة.

---

(١) سورة الأعراف: آية رقم (١٩٩).

(٢) انظر: العرف والعادة في رأي الفقهاء ص(٥٥)، والعرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة (١/١٧٩، وما بعدها).

(٣) راجع: الموافقات في أصول الشريعة (٢/ ٢٨٧- ٢٨٨).

(٤) شرح تنقيح الفصول ص(٤٤٨).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص(٨٩- ٩٠)، والأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر (١/ ٢٩٥، وما بعدها)، وشرح الكوكب المنير ص(٥٩٩)، ومجلة الأحكام العدلية مادة (٣٦)، وشرح القواعد الفقهية ص(٢١٩).

(٦) سبقت قريبًا.

(٧) انظر: التيسير في المعاملات المالية ص(١٧١)، وراجع أيضًا: المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور/ حسين حامد حسان ص(٢١٣- ٢١٤).

(٨) انظر: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص(١٧٠)، وأصول الفقه الإسلامي للدكتور/ بدران أبو العينين ص(٢٣٢)، وأيضًا: التيسير في المعاملات المالية ص(١٧١).

(٩) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه غمز عيون البصائر (١/ ٣٠٨)، وكشف القناع عن تضمين الصناع للمعداني ص(١٢٠).

ولا شك أن الأحكام المبنية على العرف تتغير بتغير الأزمان والبيئات[1]؛ وذلك لأن العرف وليد الحاجة، فإذا تغيرت الحاجة ووجدت حاجة جديدة فإن ذلك يؤدي إلى تغير العرف؛ ومن ثَمَّ تغير الحكم المبني عليه[2].

المطلب السابع

التهمة

التُّهْمَةُ في اللغة: من وَهِمَ يَوْهَمُ وَهَمًا، أي غلط وسها. يقال: أوْهَمَ فلانًا بكذا، أي: أدخل عليه الريبة واتهمه به. وأتْهَمَ الرجلُ: صارت به الريبة. واتَّهَمَه في قوله: شك في صدقه. واتَّهَمَه بكذا: أدخل عليه التهمة وظنها به. والتُّهْمَةُ والتُّهَمَةُ: الاتهام، وما يُتَّهم به. والتاء بدل من الواو، وجمعها تُهَمٌ وتُهَمَاتٍ[3].

ولا يخرج معناها العام عند الفقهاء عن المعنى اللغوي لها، الذي هو ظِنَّة الذنب. وتطلق عندهم على أحد معنيين:

الأول: إدخال الريبة على الشخص وظنها به.

والثاني: ادعاء إتيان فعل محرم يوجب عقوبة مع وجود القرينة غير القاطعة[4].

والمقصود هنا هو المعنى الأول؛ حيث تقوم الريبة بالأمين ويرجح الظن ويغلب الاحتمال بشهادة العرف بعدم حفظ الأمين ما بيده من مال الغير، وكذب ادعائه هلاكَها بغير تعدٍّ منه أو تفريط؛ فلذلك يلجأ صاحب المال إلى تضمينه لأجل ما قام به من التهمة والريبة، لاسيما مع فساد الزمان وعدم مبالاة كثير من الناس بأكل الحرام، وحرصهم على الوصول إلى المال بأي سبيل، وتعذر أو تعسر إثبات صاحب المال تعدي الأمين أو تفريطه في كثير من عقود الأمانة[5].

والفقهاء يراعون التهمة في كثير من المواضع، من ذلك ما نصوا عليه من عدم صحة بيع الوكيل ما وُكِّل في بيعه لنفسه؛ لأن التهمة تلحقه ويظن به أنه باع بأقل من ثمن المثل، أو أنه راعى حظ نفسه، ومقتضى عقد

---

(١) انظر: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص(١٧٢)، والمدخل للفقه الإسلامي ص(٢٦٨- ٢٦٩)، وأصول الفقه الإسلامي للدكتور/ وهبة الزحيلي (٢/ ٨٣٥).

(٢) انظر: الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين ص(٤٥)، وانظر كذلك: أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ/ علي الخفيف ص(٢٤٥- ٢٤٧).

(٣) انظر: المعجم الوسيط ص(١٠٦٠) مادة (وهم)، وأيضًا: لسان العرب (١٢/ ٦٤٣- ٦٤٤) مادة (وهم).

(٤) انظر: معجم لغة الفقهاء للدكتور/ محمد رواس قلعه جي ص(١٢٩).

(٥) انظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص(٤٠٤- ٤٠٥)، ومدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي للدكتور/ نزيه حماد أيضًا ص(٥١- ٥٢).

الوكالة أنه يراعي الأصلح لموكله بأن يبيع بأكثر، وبيعه لنفسه سيحمله على البيع بأقل؛ فلم يصح بيعه لنفسه.

ومثل ذلك شراؤه ما وُكِّل في شرائه من نفسه، بل بعض الفقهاء منع ذلك أيضًا لأبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له[1].

وقد سبق تقرير مذهب المالكية في تضمين الأجير المشترك بسبب التهمة مراعاةً للمصلحة وصيانة للأموال.

كما سبق أن المالكية يفرقون في بعض الأيدي كيد المستعير والمرتهن بين ما لا يُغاب عليه كالحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه، وبين ما يُغاب عليه من العُرُوض؛ فيكون أمينًا فيما لا يُغاب عليه، ويضمن فيما يُغاب عليه، إلا إذا أقام بينة أو شهد الشهود بهلاك ما يُغاب عليه من غير تضييع ولا تفريطٍ؛ فإنه لا يضمن[2]، وما ذلك إلا للتهمة.

وهذا واضح في قول ابن رشد: «لأن قيام البينة ينفي التهمة والتفريط، وذلك معنى يسقط الضمان»[3].

كذلك فإنهم يجعلون التهمة أساسًا في تضمين الأجراء على حمل الطعام ونقله، بخلاف غيره من المتاع؛ لقيامها في حمل الطعام دون غيره[4].

وكذلك الحال في تضمين صاحب الحَمَّام عند بعضهم[5].

ومن هذا الباب أيضًا ما سبق من قول صاحبي أبي حنيفة أن الأجراء المشتركين والصُّنَّاع يضمنون ما هلك في أيديهم ولو كان بغير تعديهم أو تقصيرهم، إلا إذا هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه.

وقد عللوه بخشية الخيانة منهم، وأنهم لا يعجزون عن ادعاء الهلاك والتلف، بخلاف ما إذا كان هناك أمر غالب كحريق أو غرق ونحو ذلك؛ فكان الاستحسان أن يُضَمَّنوا صيانة لأموال الناس[6]. فهذا مبني على وجود التهمة.

ولذلك فإن قيام التهمة بالأمين سبب لتضمينه، متى غلب الظن بعدم حفظه وكذب ادعائه عدمَ التعدي والتفريط، مع ما سبق من تغير الأحوال وفساد الزمان، وعدم قدرة صاحب المال على إثبات تعدي الأمين أو تفريطه.

---

(١) راجع: الهداية مع شرحها العناية (٨/ ٧٣- ٧٦)، وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٤/ ٢٧٠)، وشرح الخرشي (٦/ ٧٧)، والفواكه الدواني (٢/ ٢٣٠)، وأسنى المطالب (٢/ ٢٦٨)، وتحفة المحتاج (٥/ ٣١٨- ٣١٩)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ١٩٤- ١٩٥)، وكشاف القناع (٣/ ٤٧٣).

(٢) راجع: بداية المجتهد (٤/ ٥٩، ٩٧)، والقوانين الفقهية ص(٢٢٠)، وشرح الخرشي (٦/ ١٢٣- ١٢٤)، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٣/ ٢٥٤- ٢٥٥، ٤٣٦).

(٣) المقدمات الممهدات (٢/ ٤٧٢).

(٤) راجع: الفروق للقرافي (٤/ ١١- ١٢)، والذخيرة (٥/ ١٣٧- ١٣٨).

(٥) راجع: كشف القناع عن تضمين الصناع ص(٩٦- ٩٧).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٢١٠- ٢١١)، وأيضًا: تبيين الحقائق (٥/ ١٣٥).

المطلب الثامن

تطوع الأمين بالضمان

المقصود بتطوع الأمين بالضمان أن يقوم الأمين بالتبرع بتحمل الضمان بدلا من صاحب المال بمحض إرادته، ودون اشتراط عليه من رب المال.

وقد أجاز المالكية في المشهور عندهم تطوع الأمين بالتزام الضمان بعد تمام العقد، واعتبروه صحيحًا ملزمًا؛ بناءً على قاعدتهم في التزام التبرعات[١].

قال ابن رشد: «إن العقد إذا سلم من الشرط وكان أمرًا طاع به بعده على غير وَأيٍ ولا مواطأةٍ فذلك جائز لا بأس به؛ لأنه معروف طاع به وأوجبه على نفسه لا مكروه فيه، ما عدا جارية الوطء ... والمعروفُ عند مالك لازمٌ لمن أوجبه على نفسه»[٢].

واختاره الشوكاني، قال: «وإذا ضَمِنوا ضُمِّنوا؛ لأنهم قد اختاروا ذلك لأنفسهم، والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد»[٣].

وذكر عدد من الباحثين المعاصرين تطوع المضارب بالضمان بعد عقد المضاربة؛ بحيث لا يكون تطوعه هذا داخلا في العقد[٤].

كأن يكون المضارب تاجرًا كبيرًا، وربُّ المال ذا مال قليل أو له حاجة وظروف خاصة، فدفع له رأس ماله دون شرط، فيكون بمثابة الهبة غير المشروطة.

أو أن يرى المضارب أنه في حالة تضمين أرباب الأموال الصغيرة سيقع ضررٌ كبيرٌ على مصلحته التجارية؛ فاندفع وهو قادر على ذلك لتحمل الخسارة، كأن يكون المضارب بنكًا، ورأى أن تحمل أرباب الأموال (المودِعِين) سيؤدي إلى مفاسد كبيرة قد تهدد البنك بالانهيار فتبرع بتحمل الخسارة وضمانها[٥].

---

(١) راجع: مواهب الجليل (٥/ ٣٦٠- ٣٦١)، وحاشية الدسوقي (٣/ ٥٢٠)، وراجع أيضًا: تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص(٦٧)، وإيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي ص(٣٠٠- ٣٠١).

(٢) البيان والتحصيل (٨/ ٦٧).

(٣) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار (٣/ ٢١٧).

(٤) راجع: التحوط في العمليات المالية للدكتور/ محمد علي القري ص(١٦)، وآليات إدارة المخاطر في المؤسسات المالية للدكتور/ حسين حامد حسان ص(٢٦)، والوسائل المشروعة لتقليل مخاطر المضاربة للدكتور/ عبدالستار أبو غدة ص(٣٩٤). وراجع أيضًا بحثي «مخاطر التمويل بالمضاربة في المصارف الإسلامية وطرق التحوط منها» بمجلة صالح كامل ص(٣٧).

(٥) انظر: نظرية الخسارة في معاملات المصارف الإسلامية للدكتور/ عادل عبدالفضيل عيد ص(٣٢٣).

بل ذهب بعض المالكية إلى صحة تطوع الأمين بالضمان في العقد نفسه، وليس بعده[1].

وفي الحقيقة إذا كان مبنى المعاملات المالية كلها على التراضي؛ فلا وجه لمنع المضارب أو غيره من الأمناء من أن يتطوع بنفسه متبرعًا وراضيًا وباذلًا للضمان، لاسيما إذا كان هذا التطوع يحقق مصلحة للعقد أو لطرفيه أو أحدهما، حتى وإن كان ذلك التطوع في العقد نفسه، فضلا عن أن يكون بعده.

وإذا كان اشتراط الضمان على الأمين جائز- كما سيأتي في المطلب التالي- فلئن يتطوع به متبرعًا من تلقاء نفسه أولى.

وهذا من قبيل سلطة العاقدين التي خوَّلهما الشارع الحكيم في تحديد مقتضيات العقود وآثارها ضمن نطاق حقوقهما، ما دام أنه لا يصادم نصًّا من نصوص الشريعة، ولا ينقض أصلا من أصولها الثابتة.

المطلب التاسع

اشتراط الضمان على الأمين

اشتراط الضمان على الأمين من قبيل الشروط التقييدية أو الشروط المقترنة بالعقد، وقد سبق التعريف بها، ولكن هل يُعدُّ اشتراط الضمان على الأمين شرطًا صحيحًا يجب الوفاء به، أم أنه شرط باطل ومُلغًى؟

لفقها في حكم شرط الضمان:

أولا: مذهب الجمهور:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز اشتراط الضمان على الأمين[2]. واعتبروا الشرط لاغيًا؛ لأنه ينافي مقتضى العقد في الإجارة[3]، والوكالة[4]، ويخالف حكم الوديعة[1].

---

(١) راجع: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص(٣٠١).

(٢) راجع: تبيين الحقائق (٣/ ٣١٨)، والبحر الرائق (٧/ ٢٧٤)، ومجمع الضمانات ص(٢١- ٢٢، ٣٣، ٦٨)، ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداماد (٢/ ٣٣٨)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٦٦٣، ٦/ ٦٨)، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين (٢/ ٨٠)، ودرر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١/ ٨٦، ٦٩٧، ٧١٥، ٢/ ٣٤٨)، وبداية المجتهد (٤/ ٩٥)، والذخيرة (٦/ ٤٦٨)، والتاج والإكليل (٧/ ٤٤٧)، وشرح الخرشي على خليل (٦/ ٢٠٩- ٢١٠)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٤٣٦)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٦٨٧- ٦٨٨)، ومنح الجليل لعليش (٧/ ١٧)، والحاوي الكبير (٦/ ٢٥٣)، والبيان للعمراني (٦/ ٤٩، ٤٧٦- ٤٧٧)، وأسنى المطالب (٢/ ٣١٣)، والمغني (٧/ ٣٤٢- ٣٤٣، ٨/ ١١٤- ١١٥، ٩/ ٢٥٨)، وكشاف القناع (٣/ ٤٨٦، ٤/ ١٦٨)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٢٧٠، ٤٨٧).

(٣) انظر: المغني (٨/ ١١٤).

(٤) انظر: كشاف القناع (٣/ ٤٨٦).

وقالوا في سياق حديثهم عن المضارب إنه أمين بالقبض؛ لأن قبضه للمال كان بإذن مالكه؛ فلا يضمن إلا إذا تعدَّى أو قصَّر. وعلله بعض الباحثين بأن اشتراط الضمان عليه يقلب العقد من مضاربة إلى قرض[٢].

واعتبر ابن رشد أن اشتراط الضمان على المستعير يخرج العارية عن حكم العارية إلى الإجارة الفاسدة التي يجب فيها أجر المثل[٣].

واستدلوا بحديث بريرة حينما أرادت السيدة عائشة رضي الله عنها أن تشتريها وتعتقها، فأراد أهلها أن يشترطوا الولاء لأنفسهم؛ فقال صلى الله عليه وسلم: «اشْتَرِيهَا وَأَعْتِقِيهَا، وَاشْتَرِطِي لَهُمْ الْوَلَاءَ؛ فَإِنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ»، ثم قام صلى الله عليه وسلم فخطب الناس ثم قال: «أَمَّا بَعْدُ، فَمَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟! مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ. كِتَابُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ»[٤][٥].

ولأنه شَرْطُ ضمان ما لم يوجد سببُ ضمانه؛ فلم يلزمه، كما لو شَرَطَ ضمانَ ما يتلف في يد مالكه[٦]. ولأن ما كان أصله الأمانة لم يصر مضمونًا بالشرط، كالمضمون لا يصير أمانة بالشرط[٧]، وقالوا: «كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط وعكسه»[٨].

ثانيًا: قول مخرَّج عند المالكية ورواية عند الحنابلة:

وفي قول مخرَّج عند المالكية، ورواية عند الحنابلة، وهو قول غير مشهور عند الحنفية في العارية والوديعة خاصة، وفي الأجير المشترك كذلك، واختاره الشوكاني، وبعض الفقهاء المعاصرين أنه يجوز اشتراط الضمان على الأمين[٩].

---

(١) انظر: منح الجليل (٧/ ١٧).
(٢) انظر: التحوط في المعاملات المالية للدكتور/ عبدالله العمراني ص(١٠).
(٣) انظر: بداية المجتهد (٤/ ٩٨).
(٤) رواه البخاري في البيوع، باب البيع والشراء مع النساء، رقم (٢١٥٥)، ومسلم في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، رقم (١٥٠٤).
(٥) راجع: بداية المجتهد (٤/ ٢٣).
(٦) انظر: المغني (٩/ ٢٥٨).
(٧) انظر: البيان (٦/ ٤٧٦)، والمغني (٨/ ١١٥).
(٨) انظر: المغني (٧/ ٣٤٢)، والمبدع شرح المقنع لبرهان الدين بن مفلح (٥/ ١٠)، والروض المربع (٢/ ١٤٢).
(٩) راجع: المبسوط (١١/ ١٣٦)، والبناية شرح الهداية للعيني (١٠/ ١٣٦، ١٤٥- ١٤٦)، ومجمع الضمانات ص(٢٧، ٥٥)، وغمز عيون البصائر (٣/ ١٣٣)، وبداية المجتهد (٤/ ٩٨)، وشرح ميارة المسمى الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام (٢/ ١٨٦)، والمغني (٨/ ١١٥)، والسيل الجرار (٣/ ٢١٦- ٢١٧)، وتطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ص(٣٩٩)، ومدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ص(٥٥- ٥٦)، وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص(٣٩٨- ٤٠٨) ومخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية للدكتور/ حمزة عبدالكريم حماد ص(٧٠). وراجع كذلك بحثي «مخاطر التمويل بالمضاربة في المصارف الإسلامية وطرق التحوط منها دراسة فقهية مقارنة» بمجلة مركز صالح كامل، العدد (٥٤) سنة ٢٠١٤م ص(٣٤- ٣٧).

ونقلـه صـاحب البيـان وغيـره فـي الوديعـة عـن عبيـدالله بـن الحـسن العنبري[1]، ونقل كذلك عن قتادة[2].

وقيده مُطرِّفُ من أصحاب مالك بما إذا اشترط الضمان على الأمين لأمر خافـه صـاحبُ العين مـن طريـق مَخوفـةٍ أو نـهرٍ أو لـصوصٍ أو نحـو ذلـك؛ فيلزمه الشرط إن هلكت بالأمر الذي خافه وشَرَطَ الضمانَ لأجله، أما لو تلفت بغيره فلا يلزمه الشرط[3].

جه ما هب ليه:

أولا: أنه لم يثبت في شيء من النصوص ما ينهض حجة على كون يد الأمانة لا تضمن ما بحوزتها إلا في حالتي التعدي والتقصير، وعمدة الفقهاء في ذلك استصحاب البراءة الأصلية والنيابة عن المالك، وحيث كان المناط في تحليل الأموال هو التراضي، إلا أن يرد نص بمنع التراضي في شيء بخصوصه، كما ورد في مهر البغي وحلوان الكاهن وأكل الربا؛ فإذا قبل الأمينُ اشتراط الضمان عليه كان الالتزامُ صحيحًا[4].

وبخاصة أن المقصود بتضمين الأمين هو تحمله تبعة هلاك ما تحت يده من الأموال حال هلاكها بأي سبب، وليس انشغال ذمته بها بمجرد قبضها؛ فهي ليست ديونًا عليه[5].

ثانيًا: أن هذه المسألة في حقيقتها فرع عن قاعدة «الأصل في الشروط العقدية الجواز والصحة إلا ما أبطله الشرع أو نهى عنه»، وهي القاعدة التي أخذ بها الحنابلة، وتوسع فيها أكثر ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وهو الحق. فإن قيل: إن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد ومقصوده؛ قلنا: هذا يفتقر إلى دليل، ولا يوجد دليل على أن اشتراط الضمان على الأمين ينافي مقصود الشارع أو مقصود العقد[6].

---

(١) انظر: البيان للعمراني (٦/ ٤٧٦)، والمغني (٧/ ٣٤٢)، ونيل الأوطار (٥/ ٣٥٤).
(٢) انظر: المغني (٧/ ٣٤٢)، ونيل الأوطار (٥/ ٣٥٤).
(٣) راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/ ٤٣٦)، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير (٣/ ٥٧٤).
(٤) انظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص(٤٠٠- ٤٠١)، ومدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ص(٤٧- ٤٨)، وأيضًا: مبدأ تغير الأحكام بتغير الأحوال ومدى صحة الحكم بضمان الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية عليه ص(٨٨- ٨٩).
(٥) انظر: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ص(١٩)، وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص(٣٧٣).
(٦) انظر: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ص(٤٨- ٤٩)، وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص(٤٠١- ٤٠٢).

ثالثًا: أن النبي صلى الله عليه وسلم حينما استعار من صفوان أدرعًا يوم حنين قال: «عارية مضمونة»[1]، وهذا يدل على أن اشتراط ضمان العارية على المستعير- وهو أمين على ما في يده من العارية عند الحنفية والمالكية- صحيح ملزم[2]؛ فدل ذلك على جواز اشتراط الضمان على الأمين[3].

رابعًا: إذا جاز تضمين الأمناء جبرًا عند جريان العرف بذلك في قول بعض الحنفية والمالكية- كما مرَّ؛ فلأن يجوز تضمينهم بالشرط أولى؛ لأن مبنى تضمينهم بمقتضى العرف إنما هو اعتباره بمنزلة الشرط[4].

خامسًا: إذا جاز تضمين الأمين بالتهمة جاز أيضًا بالشرط؛ إذ المناط وهو التهمة موجود في معظم حالات اشتراط الضمان؛ وإلا ما اشترطه صاحبُ المال، بل ذلك أولى من جوازه للتهمة، خاصة مع فساد الزمان وعدم مبالاة الناس بأكل الحرام توصلا إلى المال، وصعوبة إثبات صاحب المال تعدي الأمين أو تقصيره في كثير من عقود الأمانة[5].

سادسًا: أجاز المالكية وبعض الفقهاء- كما مرَّ- تضمين الصناع مراعاةً للمصلحة وحفظًا للأموال وسدًّا للذريعة، فإذا كانت المصلحة العامة وصيانة أموال الناس قاعدةً معتبرةً لتضمين الأمين جبرًا عليه؛ فلأن تعتبر في تضمينه برضاه بالشرط أولى.

وقد جرت العادة أن صاحب المال لا يشترط الضمان على الأمين إلا حيث لا تتوافر الثقة الكافية بأمانته ولا تتحقق طمأنينته بإمكان إثباته تعديه أو تقصيره إذا ادعى ذلك؛ فيشترط ذلك صيانة لماله وسدًّا لذريعة إتلافه والتلاعب به، وهذه مصلحة راجحة[6].

سابعًا: ولأن بعض الفقهاء القائلين بعدم صحة اشتراط الضمان على الأمين لما أدركوا حاجة الناس إلى حفظ مصالحهم بهذا الشرط لجئوا إلى فتح باب الحيل لعدم تفويت مصالح الناس.

---

(١) رواه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية، رقم (٣٥٦٢)، وأحمد (٣/ ٤٠٠، ٦/ ٤٦٥)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٥٤، ٣/ ٥١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٨٩). وانظر: نصب الراية (٥/ ٢٤٥، وما بعدها).

(٢) انظر: المبسوط (١١/ ١٣٦).

(٣) انظر: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ص(٥٠)، وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص(٤٠٣).

(٤) انظر: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ص(٥٠- ٥١)، وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص(٤٠٣- ٤٠٤).

(٥) انظر: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ص(٥١- ٥٢)، وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص(٤٠٤- ٤٠٥).

(٦) انظر: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ص(٥٢)، وقضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص(٤٠٥- ٤٠٦).

ومن ذلك ما ذكره الحنفية من أن رب المال لو أراد يجعل المال مضمونًا على المضارب؛ فالحيلة في ذلك أن يقرضه المال ويشهد عليه، ويسلمه إليه، ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث، ثم يدفعه إلى المستقرض المضارب فيستعين به في العمل، حتى لو هلك في يده كان القرض عليه، وإذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط[1].

فكان تخريج جواز اشتراط الضمان على المضارب هنا اعتمادًا على الحاجة والمصلحة الراجحة وسد الذرائع إلى إتلاف الأموال وتضييعها على أربابها أولى من التشديد والمنع، ثم اللجوء إلى تضمينه بالحيل[2].

ثامنًا: أجاز المالكية في المشهور عندهم- كما سبق- تطوع الأمين بالتزام الضمان بعد تمام العقد، واعتبروه صحيحًا ملزمًا بناءً على قاعدتهم في التزام التبرعات، وكما يقول الدكتور/ نزيه حماد فإذا صح التزام الأمين بالضمان بعد العقد؛ فإنه يصح التزامه به في العقد؛ لأن ثبوته في حالة التطوع به بعده بناءً على أنه تبرع بالمعروف، وهو واجب على من التزمه، وثبوته أيضًا في حالة الشرط بناءً على أنه تطوع بالتزام ما لم يكن يلزمه في صلب العقد؛ فكان واجبًا أيضًا على من التزمه؛ لأن ما لا يجوز التزامه في العقد لا يجوز التطوع بالتزامه بعده، كما في التزام المقترض تطوعًا بعد القرض بزيادة على ما اقترضه؛ فإنه غير جائز، كما لو كان مشترطًا في العقد[3].

وفي الحقيقة إن هذا الرأي الأخير له وجاهته ومنطلقاته الفقهية، وإن كان يقابل ما اتفق عليه جماهير فقهاء المذاهب الأربعة، واستقرت عليه الفتوى من عدم جواز تضمين الأمين بالشرط.

ولو كان تضمين الأمين من غير تعد أو تفريط يهدم أصلا شرعيًّا أو يخالف نصًّا ثابتًا لما ساغ لأحد من الفقهاء أن يقول بتضمين الأمين للتجهيل أو للتهمة أو للمصلحة أو للعرف والعادة ... ولما وقع اختلاف بين الفقهاء في العديد من الأيدي، هل هي يد أمانة فلا تضمن بدون تعد أو تفريط، أو يد ضمان فتضمن مطلقًا، كيد المستعير والمرتهن والوكيل بأجر والصانع، ونحوهم[4].

ستدلال لجمهور بقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث بريرة: «مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ» فالمقصود بقوله: «ليس في كتاب الله» أي ما يناقض مقتضى العقد

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٨٧).

(٢) انظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص(٤٠٧)، وأيضًا: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ص(٥٣- ٥٥).

(٣) انظر: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ص(٥١).

(٤) انظر: مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي ص(٤٨).

وحقيقته ومقصده الأساسي، أو يخالف نصًّا من نصوص الشريعة، أو قاعدةً من قواعدها العامة، كما جاء في قوله صلى الله عليه وسلم: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحًا أحلَّ حرامًا أو حرَّم حلالا»[1][2].

فالشارع الحكيم- بحسب ما يرى الحنابلة، وهو ما أرجحه- قد فوَّض العاقدين في تحديد مقتضيات العقود وشروطها ضمن نطاق حقوقهما في كل ما لا يصادم نصًّا من نصوص الشريعة، ولا ينقض أصلا من أصولها الثابتة[3].

يقول ابن القيم: «الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح؛ فإن الحكم ببطلانها حكم بالتحريم والتأثيم، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله، ولا تأثيم إلا ما أثم الله ورسوله به فاعله، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله، ولا حرام إلا ما حرمه الله، ولا دين إلا ما شرعه، فالأصل في العبادات البطلان حتى يقوم دليل على الأمر، والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم. والفرق بينهما أن الله سبحانه لا يُعبد إلا بما شرعه على ألسنة رسله، فإن العبادة حقه على عباده، وحقه الذي أحقه هو ورضي به وشرعه، وأما العقود والشروط والمعاملات فهي عفو حتى يحرمها»[4].

ولا منافاة في اشتراط الضمان على الأمين لمقتضى العقد؛ لأن المقصود- كما سبق- ليس إشغال ذمته بما في يده من أموال بمجرد قبضها كالديون، وإنما تحمله تبعة هلاكها حال حدوث ذلك.

كما أن اشتراط الضمان على الأمين أساسه مراعاة المصلحة والحاجة الملحة لحفظ الأموال، مع خراب الذمم وتبدل الأحوال، كما هو الحال في الأجير المشترك والصنَّاع عند القائلين بتضمينهما.

فليس هناك تغيير للحقيقة التي تكون عليها العقود، كما ذهب إليه بعض الباحثين[5].

---

(١) رواه أبو داود في الأقضية، باب في الصلح، رقم (٣٥٩٤)، والترمذي في الأحكام عن رسول الله، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس، رقم (١٣٥٢)، وابن ماجه في الأحكام، باب الصلح، رقم (٢٣٥٣). وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا (١/ ٥٥٣- ٥٥٤)، وراجع أيضًا: المغني (٩/ ٤٨٥)، وكشاف القناع (٥/ ٩١)، وراجع كذلك كتابي التيسير في المعاملات المالية ص(٢٨١- ٢٨٢).

(٣) انظر: المدخل الفقهي العام (١/ ٥٥٤)، وأيضًا: التيسير في المعاملات المالية ص(٢٨٢).

(٤) إعلام الموقعين (١/ ٢٥٩).

(٥) انظر: اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي ص(١٥٠٥).

وتعليلهم بأن اشتراط ضمان رأس المال على المضارب يقلب المضاربة إلى قرض يُجاب عنه بأن ذلك بعيد؛ فأحكام القرض ليست واردة هنا؛ وإلا لانقلبت العارية المضمونة قرضًا، ولا قائل بهذا.

كما أن الضمان في القرض ضمان أصلي لأنه عقد من عقود الضمان؛ ولذلك تنشغل ذمته به بمجرد قبضه، بخلاف المضارب فضمانه هنا قائم على وجود التهمة، فهو ليس ضمانَ عقدٍ لترتبه على عقد أمانة، وليس ضمانًا أصليًّا، بل ضمانٌ عارضٌ بسبب التهمة، وهو يزول ويرتفع بالبينة[1].

المطلب العاشر: الجحود:

الجُحُود في اللغة: نقيض الإقرار، كالإنكار والمعرفة، من جَحَدَ يَجْحَدُ جَحْدًا وجُحُودًا. قال الجوهري: «الجُحُود: الإنكار مع العلم». يقال: جَحَده حقَّه وبحقِّه، يعني لم يعترف به. والجَحْدُ والجُحْدُ بالضم والجُحُود: قلة الخير. وفي القرآن الكريم: (وَجَحَدُوا بِهَا وَاسْتَيْقَنَتْهَا أَنْفُسُهُمْ ظُلْمًا وَعُلُوًّا)[2][3].

ولا يختلف معناه الشرعي عن المعنى اللغوي؛ فالجحود هو: إنكار الحق مع العلم به[4].

والجحود مما ذمه الشرع ونهى عنه وحرمه، كما هو واضح من الآية السابقة، وكما ورد في حديث المرأة المخزومية من حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «كَانَتْ امْرَأَةٌ مَخْزُومِيَّةٌ تَسْتَعِيرُ الْمَتَاعَ وَتَجْحَدُهُ فَأَمَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ تُقْطَعَ يَدُهَا»[5].

وأكثر ما يكون جحود الأمين في العارية؛ للحديث، ولأن الغالب فيها أن المعير لا يوثقها بالكتابة ونحوها؛ حيث لا تكون العارية عادةً إلا لشخص معروف لدى المعير.

وكذلك الوديعة.

كما يُتصور الجحود في المضاربة والإجارة كذلك.

---

(١) انظر: مبدأ تغير الأحكام بتغير الأحوال ومدى صحة الحكم بضمان الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية عليه ص(١١٥- ١١٦).

(٢) سورة النمل: آية رقم (١٤).

(٣) انظر: تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٢/ ٤٥١- ٤٥٢) مادة (جحد)، ولسان العرب (٣/ ١٠٦) مادة (جحد)، والمعجم الوسيط ص(١٠٧) مادة (جحد).

(٤) انظر: معجم لغة الفقهاء ص(١٣٩).

(٥) رواه البخاري في الحدود، باب كراهية الشفاعة في الحد إذا رفع إلى السلطان، رقم (٦٧٨٨)، ورواه مسلم في الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره والنهي عن الشفاعة في الحدود، رقم (١٦٨٨)، واللفظ له. وللفقهاء كلام طويل في مسألة وجوب القطع على المستعير الجاحد؛ لأنه ليس بسارق من حرز ... وقالوا: في الحديث حذف، وأن إقامة حد السرقة عليها إنما كان لفعلها السرقة، وهذا غير ما فعلته من جحود المعار، فقد فعلت الأمرين. راجع مثلا: بداية المجتهد (٤/ ٢٢٩- ٢٣٠).

وجحود الأمين يحوِّل يدَه من يد أمانة إلى يد ضمان؛ لأن يده إنما كانت يد أمانة؛ لأنه قبض المال بإذن مالكه ولمنفعته الخاصة أو لمنفعة مشتركة بينهما، ويجب على الأمين أيًّا كان مستعِيرًا أو مودَعًا أو مضاربًا أو مستأجِرًا أن يسلِّم المال لمالكه متى طلبه في العارية والوديعة، إذا كان قادرًا على تسليمها ولم يمنعه من ذلك مانع معتبر[1]؛ لأن المطالبة بالعارية إنهاءٌ لإباحة الانتفاع بها، ومنعها بعد طلبها بمثابة الإتلاف فيضمن. كما أن المطالبة بالوديعة عزل عن الحفظ؛ فيكون بالإمساك لها غاصبًا مانعًا[2].

ويجب عليه تسليم المال كذلك بحسب ما اتفقا عليه في المضاربة أو الشركة والإجارة، أو عند انتهاء مدتهما، أو بعد تنضيض المال في المضاربة والشركة، وحصد الزرع في إجارة الأرض للزراعة ونحوه، وعدم منعه عن مالكه أو جحده[3].

فإن جحد المال وأبَى تسليمه لصاحبه فقد صار غاصبًا، وتحولت يده من الأمانة إلى الضمان[4].

المطلب الحادي عشر

الحيلولة

الحَيْلُولَة لغةً: من حَالَ الشيءُ يَحُولَ حَوْلا، أي: تغير. يقال: حال عن العهد، أي انقلب. وحَالَ الشيءُ بين الشيئين حَوْلا وحيلولةً: حجز بينهما. وأحال الشيءُ أو الرجلُ: تحوَّلَ من حال إلى حال. وتحوَّل: تنقل من حال إلى حال. واستحال الشيءُ: تحوَّل وتغيَّر. والحَوْل: الحركة والتحوُّل. والحُوَل والحَوَل: الحاجز بين الشيئين[5].

---

(١) راجع: الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر (٣/ ١٦١- ١٦٢)، ومجلة الأحكام العدلية مادة (٨٢٥)، وشرحها درر الحكام (٢/ ٣٧٣- ٣٧٤).

(٢) انظر: نظرية الضمان للدكتور/ وهبه الزحيلي ص(١٥٧، ١٥٨). وراجع: بدائع الصنائع (٦/ ٢١٢- ٢١٣)، وتبيين الحقائق (٤/ ٣٢٥)، ومجمع الضمانات ص(٦٢، ٦٥)، والذخيرة (٥/ ٣٣٥، ٧/ ٣٣٩- ٣٤٠، ٣٥٢- ٣٥٣)، والتاج والإكليل (٧/ ٣١٢)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٤٢٥)، والأشباه والنظائر للسيوطي ص(٤٦٨)، وأسنى المطالب (٣/ ٨٣)، وتحفة المحتاج (٧/ ١٢٤)، والإنصاف (٦/ ٣٤٢)، وكشاف القناع (٤/ ١٨١).

(٣) راجع: الهداية مع العناية (٩/ ٨٢- ٨٣)، وبدائع الصنائع (٤/ ٢١٦، ٦/ ١٠٩)، وشرح الخرشي (٧/ ٤٩)، ومنح الجليل (٧/ ٣٧٤- ٣٧٦)، والبيان للعمراني (٧/ ٣٤٨، ٣٥٦)، وتحفة المحتاج (٦/ ١٠٠، ١٧٧- ١٧٨)، وكشاف القناع (٣/ ٥١٩- ٥٢٠، ٤/ ٤٢، ٤٦).

(٤) راجع: بدائع الصنائع (٦/ ١١٠)، والبيان والتحصيل (١٢/ ٣٦٩- ٣٧٠)، وتحفة المحتاج (٦/ ١٠٠- ١٠٢)، وكشاف القناع (٣/ ٥٢٣، ٥٢٤)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٥٣٧، ٥٤٠)، وراجع: بحثي «مخاطر التمويل بالمضاربة في المصارف الإسلامية وطرق التحوط منها» بمجلة صالح كامل ص(٤٢).

(٥) انظر: المعجم الوسيط ص(٢٠٨- ٢٠٩) مادة (حول).

والمراد بها هنا الحيلولة بين المال ومالكه من قبل الأمين، باعتبار أنها سبب من أسباب تضمينه وتحوُّل يدِه من الأمانة إلى الضمان؛ لأنها بالنسبة إلى المالك في حكم التلف؛ لما يترتب عليها من عدم انتفاعه بماله الذي حيل بينه وبينه، فلم ينتفع به الانتفاع الذي يخوله له ملكُه، فكان مثل التالف لا ينتفع به[1].

ولا شك أن الحيلولة بين المالك وماله بغير إذن منه نوعٌ من التعدي والظلم المنهي عنه؛ ولذلك كانت سببًا من أسباب الضمان وتحوُّل يد الأمانة إلى يد ضمان.

والحيلولة في أكثر الأحوال لا تكون إلا مع سبق يد الحائل ووضعها على المال، وهذا الوضع إما أن يكون وضعًا بحق، وإما ألا يكون حق، بل على سبيل التعدي. فإن كان بحق كأن يكون الحائلُ مثلا مستعيرًا أو مودَعًا أو مضاربًا أو شريكًا أو مستأجِرًا أو وكيلا ببيع أو مرتهنًا ونحوهم من الأمناء- على الخلاف المبين سابقًا في المستعير والمرتهن، والتفصيل في المستأجر- ثم تحوَّلَ عن الأمانة إلى الحيلولة بين المالك وماله بعد وجوب رده إليه؛ فهنا تتحول يده من الأمانة إلى الضمان بسبب الحيلولة، التي هي نوع من التعدي، وإن لم يتلف المال؛ فمجرد الحيلولة تقتضي تحول يد الأمانة إلى يد ضمان[2].

وإن كان وضع يد الحائل ابتداءً بغير حق، كيد الغاصب والسارق، وكل يد ترتبت عليهما؛ فهي يد ضمان ابتداءً[3]؛ لأنها لا تستند إلى ولاية شرعية أو إذن من المالك.

وإذا كانت اليد المترتبة على يد الغاصب أو السارق جاهلة بالغصب أو السرقة فهذا لا يخرجها عن كونها يد ضمان؛ وذلك لأن في قبضها تفويتًا ليد المالك حكمًا، فقد كان متمكنًا من استردادها وزال بقبضها[4]. ولأن ضمان اليد في مقابلة فوات يد المالك، والملك باق على حاله؛ لأنه لم يجر ناقلٌ عن ملكه، والفائت هو اليد والتصرف؛ فيكون الضمان في مقابلة ما فات[5]. لكن الإثم يسقط عنها- كما سبق؛ لأنه إنما يترتب على مخالفة المكلف ما كُلِّفَ

---

(١) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي ص(١٤٥). وقد عدَّ السيوطي في الأشباه والنظائر ص(٣٦٢) الحيلولة من أسباب الضمان. وراجع كذلك: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي لأستاذنا الدكتور/ محمد أحمد سراج ص(٢٦٤).

(٢) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي ص(١٤٥- ١٤٦)، وأيضًا: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص(٢٦٤).

(٣) راجع: أسنى المطالب (٢/ ٣٤٧- ٣٤٨).

(٤) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي ص(٨٨).

(٥) انظر: يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي ص(٣١٨).

به، حيث يكون خطابُ الشارع خطابَ تكليف، ولا تكليفَ مع الجهل، بخلاف الضمان فإنه يترتب على خطاب الوضـــع وهو يتوجه مع الجهل[1].

فيغرم الحائل ما يتلف تحت يده من مال الغير الذي حال بينه وبينه، أيًّا كان سبب هلاكه أو ضياعه، حتى لو هلك بآفة سماوية، لا دخل له فيها.

وإن كان الهلاك بسبب شخص أجنبي استقر الضمان عليه[2]، فللمالك أن يضمن الحائل، أو يضمن الأجنبي المتلف، وإذا ضمن الحائل فله أن يرجع بالضمان على الأجنبي المتلف، وإذا ضمن الأجنبي المتلف لم يرجع على الحائل.

والحنفية- كما سبق- لا يضمنون الغاصب زوائد المغصوب ومنافعه؛ لأنه لم يوجد تفويت ليد المالك عن المنافع؛ لأنها أعراض تحدث شيئًا فشيئًا على حسب حدوث الزمان، فالمنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك، فلم يوجد تفويت يد المالك عنها، فلم يوجد الغصب[3].

وخالفهم في ذلك الجمهور، على تفصيلات في بعض الصور عند المالكية؛ لأنها نماء ملكه ومنافعه فتكون مضمونة مثله[4].

المطلب الثاني عشر: تغير صفة الحيازة:

والمقصود بها تغير صفة صاحب اليد من حيازة تقتضي الأمانة إلى صورة أخرى من الحيازة تقتضي الضمان، فتتحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان.

وهذا التغير قد يكون بسبب المالك، وقد يكون بسبب الحائز، فالذي بسبب المالك كأن يغير مالكُ العين سبب الحيازة الذي يقتضي الأمانة إلى سبب آخر يقتضي التضمين، كأن يدفع المالك مالا إلى آخر مضاربةً، فتكون يده يدَ أمانة، ثم يقول له: جعلتُ المالَ المدفوعَ إليك قرضًا، فيقبل صاحب اليد[5]، والقرض مضمون على صاحبه.

والتغير الذي يكون بسبب الحائز كالذي سبق بيانه من جحود المستعير والمودَع والمضارب والمستأجِر؛ فإنهم إذا جحدوا المال تغيرت صفاتهم السابقة وصاروا غاصبين؛ لحيازتهم المال حينئذ بغير إذن مالكه؛ فتتحول أيديهم من الأمانة إلى الضمان.

---

(١) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي ص(١٠٨).
(٢) انظر: الضمان في الفقه الإسلامي ص(٨٢)، وضمان المنافع ص(١٠١).
(٣) راجع: بدائع الصنائع (٧/ ١٤٥).
(٤) راجع: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي (٣/ ٥٩٢، ٥٩٥- ٥٩٦)، وأسنى المطالب (٢/ ٣٤٠)، وكشاف القناع (٤/ ٨٧).
(٥) انظر: اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي ص(١٥٠٦).

وكذلك إذا استمروا في وضع أيديهم على المال بعد انتهاء تلك العقود ولم يسلموها لأصحابها، إلا إذا كان هناك عذر معتبر، أو امتنع صاحب المال من أخذه أو قصَّر في ذلك[1].

*** * ***

(١) راجع: الضمان في الفقه الإسلامي ص(١٣٣- ١٣٤).

المبحث الثاني

تحول يد الضمان إلى يد أمانة

يشمل سـ حالا تتضمنها ستة مـ ا :

المطلب الأول: رجوع الأمين عن التعدي.

المطلب الثاني: الإبراء.

المطلب الثالث: الاشتراط.

المطلب الرابع: الإجازة.

المطلب الخامس: تغير صفة يد الغاصب.

المطلب السادس: سقوط الدين عن الراهن.

المطلب الأول

رجوع الأمين عن التعدي

سبق تقرير أن الأمين إذا تعدَّى على ما بيده من الأمانات وتجاوز الحد المسموح له به، بحسب مقتضى العقد أو صفة وضع اليد تحوَّلت يده من الأمانة إلى الضمان؛ فإذا رجع عن ذلك التعدي هل يعود أمينًا كما كان قبل التعدي، أم لا يرتفع عنه الضمان؟

يرى الحنفية أن الأمين إذا رجع عن التعدي فيما كانت منفعته عائدةً إلى صاحب المال فقط من الأمانات كالوديعة، ونوى عدم العود إلى التعدي؛ فإن الضمان يرتفع برجوعه عن التعدي، وتنتهي تبعته، وتعود يده من الضمان إلى الأمانة مرة أخرى برجوعها عن التعدي، وعودتها إلى المأذون فيه من قبل المالك[1]. وكذلك الوكيل ببيع أو إجارة أو استئجار، والمضارب، والمستبضِع[2]، والشريك في شركة عنان[3] أو مفاوضة[1]، والمستعير لرهن ولم يرهن بعد؛ فإنهم يعودون أمناء إذا رجعوا عن التعدي[2].

---

(١) راجع: مجمع الضمانات ص(٧٥)، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/ ٦٦٩-٦٧٠)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٢٩٠).

(٢) المستبضِع: من الإبضاع، وهو: إعطاء شخص لآخر مالا ليتجر به، على أن يكون جميع الربح عائدًا لصاحب المال. ويسمى رأس المال بضاعة، والمعطي المبضِع، والآخذ المستبضِع. انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٣/ ١٢- ١٣)، ومعجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(١٥).

(٣) شركة العَنَان: هي أن يشترك اثنان أو أكثر في نوع من أنواع التجارة أو في عموم التجارات، ويكون الربح بينهما على ما يتفقون عليه، والوضيعة على قدر المالين. وهي جائزة عند جمهور الفقهاء. راجع: الشركات في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ص(٤٢)، والشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور/ عبدالعزيز الخياط (٢/ ٣١)، والشركات في الفقه الإسلامي للدكتور/ رشاد حسن خليل ص(١١٢- ١١٥).

وذلك لأن أيديهم يد صاحب المال تقديرًا، وبرجوعهم عن التعدي كأنما أعادوا المال ليد صاحبه[٣].

لكنهم قالوا إذا جحد الوديعة بعد طلبها ونقلها من مكانها الذي كانت فيه وقت الجحود، ثم رجع عن التعدي والجحود وأقر بها بعد ذلك، دون أن يحضرها؛ فلا يعود أمينًا، ويظل ضامنًا؛ لأن عقد الوديعة ارتفع بجحوده، ولا يعود أمينًا إلا بعقد جديد[٤].

وكذا الحكم فيما إذا جحد المضارب مالَ المضاربة، ثم أقر به بعد ذلك أن الضمان لا يرتفع؛ لأن العقد قد ارتفع بالجحود، فلا يعود إلا بسبب جديد[٥].

أما ما يكون من الأمانات لا يُقصد حفظُه من الأمين إلا تبعًا لاستيفاء المنفعة، ولا تقوم يد الأمين فيه مقام يد المالك كالمستعير والمستأجر؛ فلا يبرأ الأمين فيه إذا رجع عن التعدي، ويبقى ضامنًا[٦].

وذلك لأن البراءة من الضمان الذي يترتب على التعدي تحصل برد الأمانة حقيقةً أو حكمًا ليد صاحبها، ومجرد ترك التعدي ليس إعادةً حقيقيةً ولا حكميةً؛ لأن يد المستأجر والمستعير وعملهما إنما هو لنفسهما، وليس للمالك[٧].

والمالكية يتفقون مع الحنفية في الوديعة؛ حيث يرون أن المودَع إذا تعدَّى على الوديعة فانتفع بها أو سافر بها، ثم ردها لموضع إيداعها سالمة فقد زال عنه الضمان وعاد أمينًا[٨].

---

(١) شركة المفاوضة: هي أن يشترك اثنان بالتساوي في التصرف والمال والربح، ففيها تفويض ومشاركة ومساواة في كل شيء. وهي باطلة عند الشافعية خلافًا للجمهور. راجع: الشركات في الفقه الإسلامي للخفيف ص(٧٨- ٨٣)، والشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (٢/ ٢٢- ٢٦)، والشركات في الفقه الإسلامي للدكتور/ رشاد خليل ص(١١٧- ١١٩)، وأيضًا: كتابي «التيسير في المعاملات المالية» ص(٥٥٠- ٥٥١، ٥٥٤).

(٢) راجع: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/ ٦٧٠)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٢٩٠).

(٣) راجع: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٢٩٠).

(٤) راجع: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/ ٦٧٠- ٦٧١)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٢٩٢- ٢٩٣).

(٥) راجع: بدائع الصنائع (٦/ ١١٠- ١١١).

(٦) راجع: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٥/ ٦٧٠)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٢٩٣). ولعل تفرقتهم بين المستعير ليرهن والمستعير الذي يستعير لينتفع بالعارية نظروا فيها إلى أن المستعير لأجل الرهن أقرب أن يكون وديعًا؛ لأنه لا ينتفع بالعين حينئذ، وإنما يمسكها إلى أن يسلمها للمرتهن؛ فتكون أشبه بالوديعة. انظر: الضمان في الفقه الإسلامي ص(١٣١).

(٧) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٢٩٣).

(٨) راجع: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣/ ٤٢١).

واستُدل لهم بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «النَّدَمُ تَوْبَـةٌ»[1]، فاقتضى أن يكون ذلك رافعًا لحكم ما تقدم، ولأن الحكم إذا ثبت لعلة وجب أن يرتفع بزوالها، فلما كان التعدي موجبًا للضمان وجب أن يكون زواله موجبًا لسقوط الضمان.

وكما أن ضمان الصيد يسقط بالإرسال لزوال موجبه فيجب أن يسقط ضمان الوديعة بترك التعدي لزوال موجبه.

ولأن يد المودَع كيد المودِع؛ فيجب أن يكون عود الوديعة بعد التعدي إلى حرز المودَع كعودها إلى حرز المودِع في سقوط الضمان.

ولأن الأمر بالشيء لا يقتضي التعدي فيه زوالَ الأمر به، فلو تعدى الوكيل في بيع جارية فزنا بها؛ لم ينعزل عن الوكالة، وجاز بيعه بعد التعدي لجوازه من قبل؛ فاقتضى أن يكون إحراز الوديعة بعد التعدي كإحرازها قبله[2].

أما الشافعية فذهبوا إلى أنه إن زال تعديه عن الوديعة لم يزل ضمانه، بل قالوا: لو أخذ ثوبًا وديعةً ليلبسه ضمن وإن لم يلبسه؛ لاقترانه بنية التعدي؛ فصار كقبض الغاصب؛ لارتفاع أصل الوديعة بالخيانة، إلا أن يردها إلى مالكها فيعيدها إليه فتكون وديعة جديدة، بخلاف غيرها؛ فإن المرتهن والوكيل إذا تعدَّى فيهما؛ فإنه لا يلزمه ردهما في الحال لأنهما لا ينفسخان بمجرد التعدي، وإن صارت يد كل منهما يد ضمان بسبب التعدي، ولا يزول عنهما الضمان بالرجوع عن التعدي[3].

واستدلوا على بقاء الضمان بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَه»[4]؛ حيث يقتضي أن يكون الأداء على عمومه مستحَقًا، ولأن الوديعة تضمن بالتعدي تارة وبالجحود أخرى، فلما كان لو ضمنها بالجحود ثم اعترف لم يسقط عنه الضمان وجب إذا ضمنها بالتعدي ثم كف أن لا يسقط عنه الضمان[5].

---

(١) رواه ابن ماجه في الزهد، باب ذكر التوبة، رقم (٤٢٥٢)، وأحمد في مسنده (١/ ٣٧٦، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٣٣)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٢٧١)، وابن حبان في صحيحه (٢/ ٣٧٧، ٣٧٩)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٥٤) كلهم من حديث عبدالله بن مسعود رضي الله عنه. قال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ورواه كذلك الحاكم (٤/ ٢٧٢)، وابن حبان (٢/ ٣٧٩) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٨/ ٤٠٢- ٤٠٣).

(٣) راجع: الحاوي الكبير (٨/ ٤٠٢، ٤٠٤)، وتحفة المحتاج (٧/ ١٢٢- ١٢٤) وأيضًا (٥/ ٣٣٤).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) انظر: الحاوي الكبير (٨/ ٤٠٣).

وكما أن من أخذ مال رجل من حرزه بغصب أو سرقة فضمن لم يسقط عنه الضمان برده إلى حرزه؛ فوجب إذا ضمن الوديعة بإخراجها من الحرز أن لا يسقط عنه الضمان بردها إلى الحرز[١].

ولأن الأصول مقررة على أن يد الإنسان تبرئه من ضمانٍ تعلق بذمته، وضمان الوديعة قد وجب عليه لغيره؛ فلم يسقط عنه بكفه؛ لما فيه من إبراء نفسه بنفسه[٢].

ويتفق الحنابلة مع الشافعية في الوديعة؛ حيث رأوا أن من لزمه الضمان بتعديه، فترك التعدي لم يبرأ من الضمان؛ لأنه تعلق بذمته، فلم يبرأ بترك التعدي، إلا إن رد الوديعة لصاحبها، ثم دفعها المالك إليه؛ لأنها وديعة ثانية[٣]. وكذلك لو جحدها، ثم أقر بها أو ثبتت عليه ببينة لم يزل ضمانه[٤].

لكنهم نصوا على أن المرتهن إذا غصب الرهن من العدل، ثم رجع ورده إليه أن ضمانه يزول؛ حيث تنوب يد العدل عن يد المالك، فكأنه رده إلى مالكه.

وإن كان لا يزول الضمان فيما إذا تعدى المرتهن بنحو سفر بالرهن أو استعمال كلبس دون إذن الراهن، وإن عاد من سفره وزال تعديه، إلا أن يرده إلى مالكه، ثم يعيده إليه فيكون بمثابة رهن جديد؛ لما لبلد الرهن من أثر في بيع الرهن في حال وفاء الدين به[٥].

وفي الحقيقة فإن ما ذهب إليه الشافعية ووافقهم في كثير منه الحنابلة، وهو رأي الحنفية كذلك فيما يتعلق بجحود الوديعة هو الأقرب؛ فإن الوديعة تختلف عن غيرها؛ لأنها عقد يقصد منه الاستحفاظ، بخلاف سائر العقود، فإذا سقطت أمانة المودَع بتعديه لا ترجع إليه بنفس العقد، إلا أن يعيدها لصاحبها، ثم يودعه إياها مرة أخرى، فيكون عقدًا جديدًا يرضى فيه أمانته.

أما غير الوديعة فحفظها يأتي تبعًا، ولا يقصد لذاته؛ ومن هنا اختلف الحكم فيها، فإذا رجع الأمين عن تعديه ارتفع عنه الضمان، وعادت يده يد أمانة مرة أخرى، إلا إذا جحد، كما نص عليه الحنفية في المضارب، وغيرُه مثله. فكل من أخذ مالا لغيره وكانت يده يد أمانة، فجحده تحولت يده من الأمانة إلى الضمان، ولا يرتفع عنه الضمان، وإن عاد فأقر به بعد جحوده؛ لأن الجحود يرفع العقد، ولا يعود إلا بسبب جديد.

وما استُدل به من قول النبي صلى الله عليه وسلم: «النَّدَمُ تَوْبَةٌ»؛ فهذا فيما يتعلق برفع الإثم دون الحكم.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٨/ ٤٠٣).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (٨/ ٤٠٤).
(٣) انظر: الكافي لابن قدامة (٢/ ٢١٢).
(٤) راجع: شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣٥٩).
(٥) راجع: شرح منتهى الإرادات (٢/ ١١٥)، ومطالب أولي النهى (٣/ ٢٧٥).

واستدلال من يرى زوال الضمان عن المودَع برجوعه عن التعدي بأن ما وجب لعلة زال بزوالها يردُّه أن المودَع إذا جحد الوديعة، ثم عاد وأقر بها لا يعود أمينًا؛ فكذا لو تعدَّى، ثم رجع عن التعدي.

كما أن ما أوجب الضمان من التعدي لم يزُل وإنما كُفَّ عن استدامته؛ فلم يزُل الضمان، وهو عقد يقصد للحفظ، بخلاف غيره.

واعتبارهم أن يد المودَع كيد المودِع غير مقبول؛ لأن ركوب المودِع لا يوجب الضمان وركوب المودَع يوجبه، ولو تساوت أيديهما لسقط الضمان فيهما.

وكون التعدي في المأمور لا يقتضي زوال الأمر كالوكيل إذا زنا بالجارية فهذا مختلف فيه، وسبق تقرير اختلاف عقد الوديعة عن غيره.

والقياس على إرسال الصيد قياس مع الفارق، كما أن إرسال الصيد يقابله رد الوديعة إلى مالكها، وليس عود الأمانة إلى المودَع بعد تعديه[1].

المطلب الثاني

الإبراء

الإبراء لغةً: يقال: أبرأ فلانٌ: دخل في يوم البَراء، وهو أول الشهر، وأبرأ اللهُ المريضَ إبراءً: شفاه، وأبرأ فلانٌ فلانًا من حق له عليه: خلَّصه منه[2].

واصطلاحًا: إسقاط الشخص حقًّا له في ذمة آخر. فإذا لم يكن الحق في ذمة الشخص، كحق الشفعة وحق السكنى الموصى به؛ فتركه لا يعد إبراءً، بل هو إسقاط محض[3].

والحنفية يجعلونه قسمين: إبراء إسقاط، وإبراء استيفاء، فالأول أن يبرئ شخصٌ آخرَ بإسقاط تمام حقه الذي عنده أو جزء منه عن ذمته، وهو الإبراء الحقيقي وهو المقصود هنا. أما الثاني فهو عبارة عن الاعتراف بالقبض والاستيفاء للحق الثابت لشخص في ذمة آخر؛ فهو نوع من الإقرار[4].

فإذا أبرأ المالكُ صاحبَ اليد الضامنة برئت من الضمان وتحولت إلى يد أمانة؛ لأن الضمان وجب لحق المالك، أمَا وقد أسقطه فإنه يسقط، ويبرأ

---

(١) راجع: الحاوي الكبير (٨/ ٤٠٤).

(٢) راجع: لسان العرب (١/ ٣١- ٣٣) مادة (برأ)، والمعجم الوسيط ص(٤٦) مادة (برأ).

(٣) انظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(١٣)، وأيضًا: معجم لغة الفقهاء ص(١٦).

(٤) انظر: مجلة الأحكام العدلية، مادة (١٥٣٦)، ومعجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(١٣)، وراجع كذلك: حاشية ابن عابدين (٥/ ١٥٦- ١٥٧).

صاحب اليد، سواء أكانت ضامنة بحسب الأصل، أم كانت أمينة وضمنت بسبب من أسباب الضمان كالتعدي.

وفي هذا يذكر الحنابلة أن المالك لو أبرأ المودَع من الضمان بتعديه على الوديعة فإنه يبرأ؛ لأنه صار ممسكَها بإذن ربها، وزال حكم التعدي بالبراءة[1].

وهو ما قرره الشافعية كذلك حينما قرروا أن الوديعة إذا صارت مضمونة بانتفاع أو غيره، فأحدث له المالكُ استئمانًا أو إبراءً أو إيداعًا أو إذنًا في حفظها؛ فإنه يبرأ؛ لأن الإيداع لا يجامع الضمان؛ لتأصل الأمانة فيه، فبالخيانة فيها صارت غيرَ وديعة؛ ومن ثَمَّ لزمه ردُّها فورًا، فإذا أحدث له المالكُ ما ذكر صار ذلك استيداعًا جديدًا، ويلزمه ارتفاعُ حكم الأول وما ترتب عليه من الضمان[2].

لكن الفقهاء اختلفوا في صحة إبراء الغاصب، فذهب الحنفية عدا زفر إلى أنه لو أبرأه المالك عن ضمان العين وهي قائمة في يده صح الإبراء وسقط عنه الضمان وصار أمينًا.

لأن العين صارت مضمونةً بنفس الغصب، والغصب سبب وجوب الضمان؛ فكان الإبراء عن الضمان بعد وجود سبب وجوبه إبراءً صحيحًا، كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت، وإبراء المشتري البائع عن العيب، وكما لو أبرأه بعد تقرر الضمان عليه بالهلاك.

وقال زفر: لا يصح؛ لأن الإبراء إسقاط، والأعيان ليست محلا للإسقاط؛ لأنها لا تسقط حقيقةً، ولا يسقط ملكُ المالك عنها؛ فتبقى مضمونة كما كانت[3].

والشافعية يتفقون مع زفر؛ حيث ذهبوا إلى أنه إذا غصب شخص من الغاصب ما غصبه، فأبرأ المالكُ الغاصبَ الأولَ عن ضمان المغصوب التالف صح الإبراء؛ لأنه مطالب بقيمته فهو كدين عليه، وإن ملَّكه العينَ المغصوبة برئ وانقلب الضمان على الثاني للأول[4].

أما إذا أبرأ المالكُ الغاصبَ عن ضمان الغصب، والمغصوبُ باق في يده فالصحيح- كما يقول الرافعي- أنه لا يبرأ؛ لأن الغصب باق لا يرتفع بالإبراء، وإنما المرتفع به على القول بصحة الإبراء حكمه من الضمان فقط، سواء

---

(١) انظر: كشاف القناع (٤/ ١٧٦).

(٢) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي (٣/ ٨١).

(٣) انظر: المبسوط (١١/ ١٠٧)، وبدائع الصنائع (٧/ ١٥٢)، وراجع أيضًا: العناية شرح الهداية (٩/ ٣٢٢)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٦٣٢)، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٥٣٦).

(٤) انظر: أسنى المطالب (٢/ ٣٦٢).

أقلنا بصحة الإبراء أم لا؛ فتمحض الإبراء فيه إلى أنه أبرأ عما لم يجب ووجد سبب وجوبه[١].

والحق أن الإبراء يُسقط الضمان؛ لأن الواجب للمالك بسبب الغصب ردُّ العين عند قيامها، أو ردُّ قيمتها عند هلاكها، وذلك قابل للإسقاط فيسقط بإسقاطه، وإذا سقط الضمان بقيت العينُ أمانةً في يده كالوديعة[٢].

والإبراء قد يكون صريحًا، وقد يكون دلالةً، فالصحيح أن يقول: أبرأتك عن الضمان، أو أسقطته عنك، أو وهبته لك، وما أشبه ذلك؛ فيبرأ عن الضمان؛ لأنه أسقط حق نفسه وهو من أهل الإسقاط، والمحل قابل للسقوط فيسقط. وأما الذي يجري مجرى الصحيح (الدلالي) فهو أن يختار المالكُ تضمينَ أحد الغاصبين فيبرأ الآخر؛ لأن اختيارَ تضمين أحدهما إبراءٌ للآخر دلالة[٣].

المطلب الثالث

الاشتراط

سبق الكلام عن اشتراط الضمان على الأمين، وانتهيتُ إلى جوازه، وذكرتُ أنه قولٌ مخرَّجٌ عند المالكية ورواية عند الحنابلة، واختاره الشوكاني، وبعض المعاصرين، وعلى رأسهم الدكتور/ نزيه حماد، وذكرتُ له ثمانية أوجه، وهذا خلافًا للجمهور الذين منعوا منه واعتبروه شرطًا منافيًا لمقتضى العقد ولاغيًا.

وقول الجمهور هنا كقولهم هناك؛ حيث صرَّح الحنفية الذين يرون أن يد المرتهن يد ضمان أنه لو شرط في الرهن أن يكون أمانة جاز الرهن وبطل الشرط[٤].

وكذا المالكية فيما إذا شرط المستعير أن لا ضمان عليه فيما يُغاب عليه أن الشرط باطل وعليه الضمان[٥]. وكذلك فيما لو شرط الصُنَّاع أن لا ضمان عليهم فيها يُغاب عليه أن الشرط منافٍ لمقتضى العقد فيبطل، بل ويُفسِد العقدَ، إلا أن يسقط الشرط[٦]. ونحوه في المرتهن[٧].

---

(١) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي (٣/ ٨١- ٨٢).
(٢) انظر: المبسوط (١١/ ١٠٧)، وأيضًا: الفتاوى الهندية لمجموعة من فقهاء الحنفية برئاسة نظام الدين البلخي (٥/ ١٣٧).
(٣) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٥١).
(٤) انظر: مجمع الضمانات ص(٩٣)، وحاشية ابن عابدين (٦/ ٤٧٩).
(٥) انظر: التاج والإكليل (٧/ ٢٩٩)، وأيضًا: الذخيرة (٥/ ١١٨).
(٦) انظر: حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني (٢/ ٢٠٠)، وراجع أيضًا: الذخيرة (٥/ ١١٨).
(٧) راجع: الذخيرة (٥/ ١١٨).

ونص عليه الشافعية أيضًا فيما لو شرط عدم الضمان في العارية (وهي مضمونة عندهم)، واعتبروه شرطًا مفسدًا للعارية. وقيل: يلغو الشرط فقط[1].

وكذا الحنابلة فيما قرروه من أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط[2]، وكذا قالوا في اشتراط عدم ضمان العارية (وهي مضمونة عندهم كالشافعية) أن الشرط يلغو، كإلغاء شرط ضمان الأمانة كالوديعة، ولأن مقتضى العقد في العارية الضمان، وفي الأمانة عدمه، فإذا شُرط خلافُه فسد لمنافاته مقتضى العقد[3].

وهذا كله يتفق مع مذاهبهم- كما ذكرت- في بطلان اشتراط الضمان على الأمين.

وذهب أحمد في رواية إلى أن العارية (وهي مضمونة عند الحنابلة) ينتفي ضمانها بالشرط؛ فقد ذكر له ذلك، فقال: «المسلمون عند شروطهم». فدل على نفي الضمان بشرطه[4].

واختاره أبو حفص العكبري، وشيخ الإسلام ابن تيمية؛ لأنه لو أذن في إتلافها لم يجب ضمانها؛ فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها[5]. وهو قول قتادة والعنبري[6]، وقول أشهب من المالكية[7].

ويُستدل لهذا القول بما سبق في اشتراط الضمان على الأمين؛ فمناط تحليل الأموال هو التراضي، فطالما قبلَ صاحبُ المال نفيَ الضمان عن الضامن كان ذلك صحيحًا.

وهذا أحد تطبيقات قاعدة «الأصل في الشروط العقدية الجواز والصحة إلا ما أبطله الشرع أو نهى عنه»، وليس ثَمَّةَ ما ينهى عن نفي الضمان عن الضامن.

كما أن ذلك لا يناقض مقتضى العقد، كما قيل؛ فالضمان ليس مقصود العقد في مثل عقود الرهن عند الحنفية، والإعارة عند الشافعية والحنابلة، والإجارة عند من يضمنون الأجير المشترك، حتى يقال: إن اشتراط نفيه يناقض مقتضى العقد.

---

(١) انظر: حاشية البجيرمي على المنهج (٣/ ١٠١)، وحاشية الجمل عليه أيضًا (٣/ ٤٥٩).

(٢) انظر: المغني (٧/ ٣٤٢)، والروض المربع (٢/ ١٤٢).

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢٩٣)، والروض المربع (٢/ ١٤٢).

(٤) انظر: الإنصاف (٦/ ١١٣)، والمبدع في شرح المقنع (٥/ ١٠). وهذا ما عناه أبو الخطاب الكلوذاني بقوله فيما نقله صاحب المغني (٧/ ٣٤٢): أومأ إليه أحمد.

(٥) انظر: المغني (٧/ ٣٤٢)، والمبدع في شرح المقنع (٥/ ١٠).

(٦) انظر: المغني (٧/ ٣٤٢).

(٧) راجع: الذخيرة (٥/ ١١٨).

وقد سبق تقرير أن الشارع قد فوَّض العاقدين في تحديد مقتضيات العقود وشروطها ضمن نطاق حقوقهما فيما لا يصادم نصًّا شرعيًّا أو يناقض أصلا من أصول الشريعة وقواعدها الكلية. ولا منافاة في اشتراط الضمان أو نفيه لمقتضيات العقود[١].

ولأنه كان قادرًا على عدم التزام العقد مع الضمان، وإنما رضي به وبالمسمى فيه لسقوط الضمان عنه[٢].

وفي الحقيقة إن هذا القول هو الذي يتفق مع مبدأ حرية العقود والشروط التي يأخذ بها الحنابلة، ويتوسع فيها بشكل كبير ابن تيمية وابن القيم، وهو الحق الذي تنصره الأدلة ويتفق مع مقاصد الشريعة في المعاملات المالية[٣].

المطلب الرابع

الإجازة

الإجازة في اللغة: تعني القبول والنفاذ، يقال: جاز القولُ، أي قُبلَ ونَفَذْ، وجاز العقدُ: نفذ ومضى على الصحة، وجاز الموضعَ: سار فيه وقطعه، وتعدَّاه وخلَّفه وراءَه. وأجاز الشيءَ: أي جعله جائزًا، وأجاز العقدَ يعني أمضاه وأنفذه، ويقال: أجاز لفلان ما صنع، بمعنى أنفذ صنيعه[٤].

ولا يختلف معناها عند الفقهاء عن معناها اللغوي؛ حيث يطلقونها على الإذن والترخيص، وعلى جعل التصرف صحيحًا نافذًا، وعلى الإمضاء في العقود ونحوها[٥].

وقريب منها الإذن؛ فهو في اللغة: العلم والإباحة والترخيص، يقال: أذِنَ له في الشيء إذْنًا، أي: أباحه له. واستأذنه: طلب منه الإذن. وأذِنَ له عليه: أخذ له منه الإذْن. ويطلق عند الفقهاء على فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعًا منه شرعًا، كما يطلق على الإعلام بإجازة الشيء والرخصة فيه[٦].

---

(١) راجع أدلة القول الثاني (جواز اشتراط الضمان على الأمين) بالمطلب التاسع بالمبحث الأول.

(٢) راجع: الذخيرة (٥/ ١١٨)، وأيضًا: عقد المقاولة للدكتور/ عبدالرحمن العايد ص(٢٤٦).

(٣) راجع بسطًا للكلام على مبدأ حرية العقود والشروط في كتابي «التيسير في المعاملات المالية» ص(٢٨١- ٢٩٦).

(٤) راجع: لسان العرب (٥/ ٣٢٦- ٣٣٠) مادة (جوز)، والمعجم الوسيط ص(١٤٦- ١٤٧) مادة (جاز).

(٥) انظر: معجم لغة الفقهاء ص(٢١).

(٦) راجع: لسان العرب (١٣/ ٩- ١٤) مادة (أذن)، والمعجم الوسيط ص(١١- ١٢) مادة (أذن)، ومعجم لغة الفقهاء ص(٣٢)، ومعجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص(٣٨).

فهو في معنى الإجازة، وإن كان أغلب استعمال الفقهاء للإذن فيما يكون قبل التصرف، والإجازة فيما يكون بعده. ومن ذلك قول الفقهاء: الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة[١].

وإجازة صاحب المال للغاصب أو السارق ومن في معناهما إذا لحقتهما وكانت العين المغصوبة قائمة؛ فإنها تنقلب بالإجازة أمانة[٢].

وفي هذا يقول الحنفية: لو غَصَبَ فأجاز المالكُ قبضَه بَرِئَ، وكذا لو أودَعَ مالَ غيره فأجاز المالكُ بَرِئَ المعتدي عن الضمان بالإجازة؛ إذ الإذنُ انتهاءً كالأمر ابتداءً، والإجازة كما تلحق الأقوال تلحق الأفعال[٣]. أما لو كانت الإجازة بعد إتلاف العين المغصوبة فتكون مضمونةً بكل حال، سواء أجازها المالك أو لا؛ لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف[٤].

والإجازة باعتبارها سببًا لتحول يد الضمان إلى يد أمانة لا تنفك غالبًا عن الاقتران بما يغيِّر صفة يد الغاصب، بأن يجعل المالكُ المغصوبَ وديعةً لدى الغاصب، أو عاريةً، أو رهنًا، أو رأسَ مال في مضاربة، أو موكَّلا فيه، ونحو ذلك؛ ليخرج من صفة الغصب التي تقترن بالضمان. وسيأتي الحديث عن تغير صفة يد الغاصب في المطلب التالي.

المطلب الخامس

تغيير صفة يد الغاصب

الغصب في اللغة: أخذ الشيء قهرًا وظلمًا. يقال: غَصَبَه مالَه وغَصَبَ منه مالَه يَغصِبُه غَصْبًا، وغَصَبَ المرأةَ: زنا بها كرهًا. وغَصَبَ فلانًا على الشيء: قهره، فهو غاصب. واغتصب الشيءَ: غَصَبَه[٥].

وشرعًا: عرَّفه الحنفية بعدة تعريفات، منها: أنه «إزالة يد المالك عن ماله المتقوِّم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال»، وقيل: الفعل في المال ليس بشرط[٦]. وأنه «أخذ مال متقوِّم محترم بغير إذن المالك على

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٧٧)، والبحر الرائق (٦/ ١٦٠)، ومجلة الأحكام العدلية مع شرحها درر الحكام (٣/ ٥٠٠) مادة (١٤٥٣).

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية ص(٤٦١).

(٣) انظر: مجمع الضمانات ص(١٤٢)، وأيضًا: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٢/ ٥٣٦). ولم أجد من تعرض لهذه المسألة من غير الحنفية، وهم- كما هو معلوم- أكثر من تعرض لمسألة الإجازة والكلام عن العقد أو التصرف الموقوف.

(٤) انظر: مجمع الضمانات ص(١٤٢)، وشرح القواعد الفقهية ص(٤٦٢).

(٥) انظر: لسان العرب (١/ ٦٤٨) مادة (غصب)، والمعجم الوسيط ص(٦٥٣- ٦٥٤) مادة (غصب).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٤٣).

وجه يزيل يده عنه»[١]. وقيل: «إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة في مال متقوِّم محترم قابل للنقل بغير إذن مالكه»[٢].

وعرَّفه المالكية بأنه «أخذ مالٍ قهرًا تعديًا بلا حرابة»[٣].

وقال الشافعية: هو «الاستيلاء على حق الغير عدوانًا»[٤]. وقريب منهم تعريف الحنابلة له بأنه «الاستيلاء على مال الغير قهرًا بغير حق»[٥]. وزاد بعضهم: «استيلاء غير حربي عرفًا على حق غيره من مال أو اختصاص قهرًا بغير حق»[٦].

وجميع تلك التعريفات يدور حول الاستيلاء على مال الغير أو حقه قهرًا وعدوانًا بغير حق، وإزالة يده المحقة ووضع يد الغاصب المبطلة مكانها.

واختلافها راجع إلى اختلاف الفقهاء في بعض مسائله مما ليس هذا مجال بسطه[٧].

والغصب محرَّم بنص الكتاب والسنة وإجماع الأمة[٨]، قال الله عز وجل: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)[٩]، وصح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «مَنِ اقْتَطَعَ شِبْرًا مِنَ الأَرْضِ ظُلْمًا طَوَّقَهُ اللَّهُ إِيَّاهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ»[١٠].

ولذلك كانت يد الغاصب يد ضمان- كما سبق تقريره- بل والأيدي المترتبة على يده أيضًا.

لكن هل إذا تغيرت صفة يد الغاصب على المغصوب، كأن يجعله المغصوب منه (المالك) وديعة عند غاصبه، أو عارية (عند القائلين بأن يد المستعير يد أمانة)، أو مستأجَرًا له، أو رهنًا عنده بدين مثلا (على قول

---

(١) انظر: الهداية مع العناية (٩/ ٣١٦)، والجوهرة النيرة للعبادي (١/ ٣٣٨).

(٢) انظر: تبيين الحقائق (٥/ ٢٢٢)، والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٦/ ١٧٧-١٧٩).

(٣) انظر: التاج والإكليل (٧/ ٣٠٧)، ومواهب الجليل (٥/ ٢٧٤).

(٤) انظر: أسنى المطالب (٢/ ٣٣٦)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٣٤).

(٥) انظر: الإنصاف (٦/ ١٢١).

(٦) انظر: كشاف القناع (٤/ ٧٦)، وأيضًا الروض المربع (٢/ ١٤٤) دون قوله: «غير حربي».

(٧) راجع في الموازنة بين تعريفات الفقهاء للغصب: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ص(١٩٦- ٢٠٨)، وضمان المنافع ص(١٠٢- ١٠٦).

(٨) راجع: المغني (٧/ ٣٦٠).

(٩) سورة النساء: آية رقم (٢٩).

(١٠) رواه البخاري في بدء الخلق، باب ما جاء في سبع أرضين، رقم (٣١٩٨)، ومسلم في المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها، رقم (١٦١٠) من حديث سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل. وهو مروي عن جماعة غيره من الصحابة، منهم أبو هريرة وعائشة.

الجمهور الذي يعتبر يد المرتهن يد أمانة)، أو جَعَله رأسَ مال في مضاربة- هل تتحول يد الغاصب هنا من يد ضمان إلى يد أمانة؟

الأصل أن الضمان يرتفع عن الغاصب متى زالت يده العادية المبطلة عن المغصوب، وعادت إليه يد مالكه[١].

لكن نص الحنفية على أن المغصوب منه لو أجَّر المغصوب للغاصب أن يده تتحول إلى يد أمانة، ويبرأ من الضمان[٢].

لكنهم صرحوا بأن المالك لو قال للغاصب: أودعتك المغصوب أنه لا يبرأ؛ إذ لم يوجد الإبراء[٣]. أما إذا حَمَلَ الغاصبُ المغصوبَ إلى مالكه ليرده إليه، فأبى المالكُ أخذَه وتركَه بيد غاصبه؛ فإن يد الغاصب حينئذ تتحول إلى يد أمانة[٤].

وقال المالكية: إن المغصوب منه إذا رهن المغصوبَ عند غاصبه سقط عنه ضمانه وتحولت يده إلى الأمانة[٥]. ومثله إذا أودعه إياه[٦].

وذكر الشافعية أن المغصوب منه لو أودع المغصوبَ غاصبَ الغاصب برئ الغاصبُ الأولُ من الضمان[٧].

ولذلك فلو أودعَه الغاصبَ الأولَ برئ من باب أولى.

ثم وجدتُ لهم تصريحًا بأن الغاصب يبرأ من الضمان بإيداعه، وتتحول يده إلى الأمانة، وكذا لو كان مستعيرًا وغصب العارية[٨]. أو وكَّل الغاصبَ في بيع المغصوب؛ فإنه يبرأ ببيعه وإن لم يخرج من يده، حتى لو تلف قبل قبض المشتري لم يضمنه؛ لانقطاع حكم يد الغاصب وقوة يد الوكيل[٩].

لكنهم استثنوا المضاربة، معللين بأنها وإن كانت عقدَ أمانةٍ الغرضُ منه الربح، وهو لا ينافي الضمان، فإنه لو تعدَّى في مال المضاربة صار ضامنًا، مع بقاء المضاربة بحالها، بخلاف الإيداع فإنه يرتفع بتعدي المودَع في الوديعة[١٠].

وكذلك لو رهنه عند الغاصب لا يبرأ من ضمانه، إلا بتسليمه إلى المالك؛ لحديث «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَه»[١١]، وهذا ليس أداءً. كما أن الرهن

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٥٠).
(٢) راجع: بدائع الصنائع (٧/ ١٥٠)، ومجمع الضمانات ص(١٤٢).
(٣) انظر: مجمع الضمانات ص(١٤٢).
(٤) انظر: مجمع الضمانات ص(١٤٢، ١٤٣).
(٥) انظر: مواهب الجليل (٥/ ٥).
(٦) راجع: الذخيرة (٧/ ١١٢).
(٧) راجع: أسنى المطالب (٢/ ٣٦٣).
(٨) راجع: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية للشيخ زكريا الأنصاري (٣/ ٨٥).
(٩) راجع: حاشية الشرنواني على تحفة المحتاج (٥/ ٣٣٤).
(١٠) راجع: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية للشيخ زكريا الأنصاري (٣/ ٨٥).
(١١) سبق تخريجه.

يخالف الوديعة؛ لأنه- كما سبق- متى تعدَّى فيها خرجت عن أن تكون وديعة، بخلاف الرهن[1].

وقد استوعب الحنابلة جميع الحالات فذهبوا إلى أن المالك لو أعار المغصوب منه للغاصب، أو رهنه إياه، أو أودعه، أو أجَّره له؛ فإنه يبرأ من ضمان الغصب، مع الأخذ في الاعتبار أنه في العارية يبرأ من ضمان الغصب، ويدخل في ضمان العارية حسب مذهبهم في تضمين المستعير[2].

وكذا لو جعل المغصوب رأسَ مال في مضاربة للغاصب، مع علمهما قدره؛ لأنه مال يصح بيعه من غاصبه، وقادر على أخذه منه، فأشبه الوديعة، ويزول الضمان بمجرد عقد المضاربة؛ لأنه صار ممسكًا له بإذن ربه، لا يختص بنفعه، ولم يتعد فيه، أشبه ما لو قبضه مالكه ثم أقبضه له[3].

وما ذهب إليه الحنابلة هو الأوْلَى؛ لأن صفة يد الغاصب قد تغيرت؛ فيتغير الحكم تبعًا لها، وطالما وُجِدَتْ إرادةُ المالك بترك المال مع من هو بيده بصفة معينة؛ فإنه يتعين ترتب آثار تلك الإرادة بحسب الصفة التي ارتضاها المالك، دون تفرقة بين صفة وأخرى، ويعتبر هذا التغير في صفة اليد أداءً حكميًّا.

المطلب السادس

سقوط الدين عن الراهن

شُرِعَ الرهنُ توثيقًا للحقوق وضمانًا لها، حيث يقوم الراهنُ بإعطاء الرهن (العين المرهونة) للمرتهن توثيقًا لما عليه من ديون، ويكون للمرتهن حقُّ حبسه إلى أن يستوفي الدينَ المرهونَ به، بحيث يمكن له في حال عدم سداد الراهن للدين أن يستوفي حقه من العين المرهونة أو من ثمنها.

فهو من طرق التوثيق، وهو معدود ضمن عقود التوثيقات أو الضمانات- كما يطلق عليها الفقهاء المعاصرون- عند تقسيمهم للعقود بحسب الغاية منها[4].

وعلى ذلك جاءت تعريفات الفقهاء له؛ حيث عرَّفه الحنفية بأنه «حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين»[5]. وعرَّفه المالكية بأنه «بذل من له البيع ما يباع أو غررًا (كرهن الثمرة قبل بدو صلاحها) ولو اشترط في العقد وثيقةً بحق»[6]. وقال الشافعية: الرهن «جعل عين مال وثيقةً بدين

---

(١) راجع: البيان للعمراني (٧/ ٧٩).
(٢) راجع: شرح منتهى الإرادات (٢/ ٣١٦).
(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢/ ٢١٩)، وكشاف القناع (٣/ ٥١٢).
(٤) راجع: كتابي «التيسير في المعاملات المالية» ص(٦٧- ٧٠)، ومراجعه.
(٥) انظر: الهداية مع فتح القدير (١٠/ ١٣٥)، والدر المختار (٦/ ٤٧٧- ٤٧٨).
(٦) انظر: التاج والإكليل (٦/ ٥٣٨)، وشرح الخرشي (٥/ ٢٣٦).

يُستوفى منها عند تعذر وفائه»[1]. وعرَّفه الحنابلة بأنه «المال الذي يجعل وثيقةً بالدين ليُستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه»[2].

وكلها تدور حول كون الرهن وثيقةً بدين ليمكن استيفاؤه منها إن تعذر الوفاء به ممن هو عليه.

وقد سبق بيان أن يد المرتهن على العين المرهونة يدُ ضمان عند الحنفية، خلافًا للجمهور الذين اعتبروها يدَ أمانة.

ولذلك فإنه إذا سقط الدين عن الراهن بنحو إبراء أو هبة أو حوالة على مليء غير مماطل؛ فإنه يحق له أن يسترد رهنه لزوال سبب حبسه[3]؛ حيث لم يعد حق المرتهن متعلقًا به؛ وعلى ذلك فإن حالة يد المرتهن على المرهون تتغير عند الحنفية؛ حيث لم يعد قبضه إياه لمصلحة نفسه للاستيثاق والاستيفاء؛ لانقضاء الحق المقابل له، فتتحول يده من يد ضمان إلى يد أمانة، إلا أن يمنع الرهنَ من صاحبه بعد طلبه فتبقى يده على الضمان لأجل المنع والتعدي، وليس لأجل الاستيثاق واستيفاء الدين[4].

* * *

(١) انظر: مغني المحتاج (٣/ ٣٨)، ونهاية المحتاج (٤/ ٢٣٤).

(٢) انظر: المغني (٦/ ٤٤٣). وقريب منه تعريف صاحب الكشاف (٣/ ٣٢٠- ٣٢١) بأنه: «توثقة دين بعين يمكن أخذه أو بعضه منها أو من ثمنها إن تعذر الوفاء من غيرها».

(٣) راجع: حاشية ابن عابدين (٦/ ٥٢٥).

(٤) راجع: بدائع الصنائع (٦/ ١٥٥)، وراجع كذلك: تغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي ص(٨٤).

خاتمة البحث

نتهى لبحـ لى ء ـه لنتائج، يمكـ جمالها فيما يلي:

أولا: أن المقصود بتحول اليد هو تغيُّر صفتها وحالها، فتتحوَّل من صفة الأمانة إلى صفة الضمان، أو من صفة الضمان إلى صفة الأمانة.

ثانيًا: اليد عند الفقهاء يُقصد بها الاستيلاء على الشيء بالحيازة الحقيقية أو الاعتبارية.

ثالثًا: يد الأمانة هي يد الحائز الذي حاز الشيء لا بقصد تملكه، بل باعتباره نائبًا عن المالك.

رابعًا: الأيدي الأمينة المتفق عليها هي يد المستأجر على العين المستأجرة في مدة الإجارة، والأجير الخاص، والمضارب على رأس مال المضاربة، والشريك على مال الشركة، والوديع ووارثه قبل تمكنه من رد الوديعة للمودِع، والملتقط بقصد التعريف، والولي، والوصي، والقيم، ومن ألقت الريح في بيته متاعًا لغيره حتى يعرف صاحبه فيرده إليه، والمنقذ لمال غيره، والوكيل بغير أجر، والوكيل بأجر أو بغير أجر على المال الذي قبضه من الموكل لاستخدامه فيما وُكِّلَ فيه، ويد الموصَى له على العين التي أوصِيَ له بمنفعتها، والرسول.

خامسًا: يد الأمانة لا تتحمل بحسب الأصل تبعة هلاك ما تحتها من الأموال ما لم تتعدَّ أو تفرِّط.

سادسًا: يد الضمان هي يد الحائز الذي حاز الشيء بقصد تملكه أو لمصلحة نفسه.

سابعًا: الأيدي الضامنة المتفق عليها هي يد الغاصب، واليد المترتبة على يد الغاصب، ويد القابض مال غيره بدون إذنه معتقدًا أنه له، والمقبوض على سوم الشراء، والمقبوض بالبيع الفاسد، والقرض، وما قبضه المشتري زيادةً على حقه غلطًا، والمبيع في يد المشتري بعد الإقالة.

ثامنًا: يد الضمان تغرم ما يتلف تحتها من الأموال، أيًّا كان سبب هلاكها أو ضياعها.

تاسعًا: تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان بالتعدي، والتقصير، بلا خلاف.

عاشرًا: المرجع في اختلاف المالك وصاحب اليد الأمين فيما يعد تعديًا أو تقصيرًا أهل الخبرة والاختصاص في ذلك.

حادي عشر: تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان بمخالفة الشروط التقييدية للمالك مما يعد تجاوزًا لحدود الإذن ومقتضاه في حيازة العين.

ثاني عشر: تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان بالتجهيل عند الموت، إلا إذا كان موته فجأة عقب قبض الأمانة مباشرة.

ثالث عشر: تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة وصيانة الأموال، كالأجير المشترك والصانع المشترك والمضارب المشترك.

رابع عشر: تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان إذا جرى العرف بتضمين الأمين لتغير الأحوال وفساد الذمم وقلة الديانة.

خامس عشر: تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان إذا قامت التهمة بالأمين، وغلب الظن بعدم حفظه وكذب ادعائه عدمَ التعدي والتفريط، مع تغير الأحوال وفساد الزمان، وعدم قدرة صاحب المال على إثبات تعدي الأمين أو تفريطه، وذلك كالأُجَراء المشتركين والصُّنَّاع.

سادس عشر: إذا تطوَّع الأمين بالتزام الضمان بعد تمام العقد أو حتى في العقد نفسه لزمه، وتحولت يده من الأمانة إلى الضمان.

سابع عشر: تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان باشتراط الضمان على الأمين في العقد، وهو شرط صحيح وملزم.

ثامن عشر: تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان بجحود الأمانة.

تاسع عشر: تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان بحيلولة الأمين بين المالك وماله بغير إذن منه، وإن لم يتلف المال.

عشرون: جهل اليد المترتبة على يد الغاصب أو السارق بالغصب أو السرقة لا يخرجها عن كونها يد ضمان.

واحد وعشرون: تتحول يد الأمانة إلى يد ضمان بتغير صفة صاحب اليد من حيازة تقتضي الأمانة إلى صورة أخرى من الحيازة تقتضي الضمان.

ثانٍ وعشرون: إذا تعدَّى الأمين في الوديعة ثم رجع عن تعديه لا يبرأ من الضمان، ولا تتحول يده من يد ضمان إلى يد أمانة برجوعها عن التعدي، بخلاف غيرها مما لا يقصد حفظه لذاته فإن رجوع الأمين فيه عن التعدي يرفع عنه الضمان.

ثالث وعشرون: إذا أبرأ المالكُ صاحبَ اليد الضامنة برئت من الضمان وتحولت إلى يد أمانة، حتى وإن كانت غاصبة.

رابع وعشرون: ينتفي الضمان بنفيه، وتتحول يد الضمان إلى يد أمانة باشتراط نفي الضمان.

خامس وعشرون: إجازة صاحب المال للغاصب أو السارق ومن في معناهما إذا لحقتهما وكانت العين المغصوبة قائمة؛ فإنها تنقلب بالإجازة أمانةً.

سادس وعشرون: إذا كانت الإجازة بعد إتلاف العين المغصوبة فإنها تكون مضمونة بكل حال، سواء أجازها المالك أو لا.

سابع وعشرون: إذا تغيرت صفةُ يد الغاصب بأن جعله المغصوبُ منه عاريةً عنده أو رهنًا أو وديعةً أو مستأجَرًا أو رأسَ مالِ مضاربةٍ برئ الغاصبُ من ضمان الغصب، واعتُبرَ هذا أداءً حكميًّا.

ثامن وعشرون: إذا سقط الدينُ عن الراهن بنحو إبراء أو هبة أو حوالة على مليء غير مماطل؛ فإن يد المرتهن عليه تتحول من يد ضمان عند الحنفية إلى يد أمانة.

* * *

مراجع البحث

١- القرآن الكريم.
٢- الإجارة الواردة على عمل الإنسان «دراسة مقارنة» للدكتور/ شرف بن سعد الشريف، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الملك عبدالعزيز بمكة المكرمة سنة ١٣٩٧هـ.
٣- أحكام القرآن لابن العربي، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى، بدون تاريخ.
٤- أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف، ط. دار الفكر العربي بالقاهرة سنة ٢٠٠٥م.
٥- الاختيار لتعليل المختار للموصلي، ط. دار الكتب العلمية، بدون تاريخ.
٦- الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين للدكتور/ خليفة بابكر الحسن، ط. مكتبة وهبة بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧م.
٧- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني، ط. مصطفى البابي الحلبي وأولاده بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٣٥٦هـ/ ١٩٣٧م.
٨- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، ط. المكتب الإسلامي- بيروت، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م.
٩- أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ/ علي الخفيف، ط. دار الفكر العربي بالقاهرة ١٩٩٦م.
١٠- أسنى المطالب شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري، وحاشية الرملي الكبير عليه، ط. دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ.
١١- الأشباه والنظائر للسيوطي، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ/ ١٩٩٠م.
١٢- الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه غمز عيون البصائر للحموي، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.
١٣- أصول الفقه الإسلامي للدكتور/ بدران أبو العينين، ط. مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية، بدون تاريخ.
١٤- أصول الفقه الإسلامي للدكتور/ وهبه الزحيلي، ط. دار الفكر- دمشق، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.
١٥- أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة، ط. دار الفكر العربي بالقاهرة، بدون تاريخ.
١٦- الاعتصام للشاطبي، بتصحيح أحمد عبدالشافي، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٩٨٨م.
١٧- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.
١٨- آليات إدارة المخاطر في المؤسسات المالية للدكتور/ حسين حامد حسان، بحث مقدم لمؤتمر الهيئات الشرعية الحادي عشر بالبحرين.
١٩- الأم للشافعي، ط. دار الفكر- بيروت، سنة ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.

٢٠- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلي بن سليمان المرداوي، بتحقيق حامد الفقي، ط. دار إحياء التراث العربي- بيروت، بدون تاريخ.
٢١- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي، بتحقيق أحمد بوطاهر الخطابي، طبع بإشراف اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي بين حكومة المملكة المغربية ودولة الإمارات العربية المتحدة بالرباط، سنة ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.
٢٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، ط. دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
٢٣- بدائع الصنائع للكاساني، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.
٢٤- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ط. دار الحديث بالقاهرة، سنة ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.
٢٥- البناية شرح الهداية للعيني، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م.
٢٦- البيان في مذهب الإمام الشافعي للعمراني، ط. دار المنهاج، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
٢٧- البيان والتحصيل لابن رشد الجد، بتحقيق الدكتور/ محمد حجي، ط. دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.
٢٨- تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري، بتحقيق أحمد عبدالغفور عطار، ط. دار العلم للملايين- بيروت، الطبعة الرابعة ١٩٩٠م.
٢٩- التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، بدون تاريخ.
٣٠- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون، ط. مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.
٣١- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن علي الزيلعي، مع حاشية الشلبي عليه، ط. دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
٣٢- تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب، ط. دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ١٩٨٤م.
٣٣- تحفة المحتاج في شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي الشافعي، مع حاشية الشرنواني، ط. دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ.
٣٤- التحوط في العمليات المالية للدكتور/ محمد علي القري، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في الدورة الحادية والعشرين سنة ١٤٣٥هـ/ ٢٠١٣م.
٣٥- التحوط في المعاملات المالية للدكتور/ عبدالله العمراني، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الحادية والعشرين سنة ١٤٣٥هـ/ ٢٠١٣م.
٣٦- تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية للدكتور/ سامي حسن حمود، ط. مكتبة دار التراث بالقاهرة، الطبعة الثالثة ١٤١١هـ/

١٩٩١م. وهو رسالة دكتوراه بكلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٩٧٦م.
٣٧- التعاقد من الباطن وأحكامه في الفقه الإسلامي للدكتور/ هشام العربي، بحث مقبول للنشر بمجلة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية سنة ٢٠١٨م.
٣٨- تغير وضع اليد على مال الغير في الفقه الإسلامي للدكتور/ كمال محمد عواد، بحث بمجلة قطاع الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون بالقاهرة جامعة الأزهر، العدد الرابع ٢٠١١م.
٣٩- التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير الحاج، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.
٤٠- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني، ط. مؤسسة قرطبة بالقاهرة، بدون تاريخ.
٤١- التيسير في المعاملات المالية «دراسة نظرية تطبيقية مقارنة بين الفقه الحنفي والفقه الحنبلي» للدكتور/ هشام العربي، رسالة دكتوراه، ط. دار البشائر الإسلامية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م.
٤٢- الجوهرة النيرة للعبادي، ط. المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى ١٣٢٢هـ.
٤٣- حاشية البجيرمي على المنهج، ط. مطبعة الحلبي بالقاهرة، سنة ١٣٦٩هـ/ ١٩٥٠م.
٤٤- حاشية الجمل على المنهج، ط. دار الفكر، بدون تاريخ.
٤٥- حاشية ابن عابدين على الدر المختار للحصكفي، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، سنة ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.
٤٦- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ط. دار الفكر- بيروت، سنة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
٤٧- حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، بدون تاريخ.
٤٨- حاشية القليوبي على شرح جلال الدين المحلي على المنهاج، مطبوع مع الشرح، ط. دار الفكر- بيروت، سنة ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
٤٩- الحاوي الكبير للماوردي، ط. دار الفكر، سنة ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م.
٥٠- ابن حنبل حياته وعصره، آراؤه وفقهه للشيخ محمد أبي زهرة، ط. دار الفكر العربي بالقاهرة، بدون تاريخ.
٥١- الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي للدكتور/ نزيه حماد، ط. مكتبة دار البيان- دمشق، الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م، وهو رسالة دكتوراه بكلية دار العلوم- جامعة القاهرة سنة ١٩٧٣م.
٥٢- الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر العسقلاني، بتحقيق السيد عبدالله هاشم يماني، ط. دار المعرفة- بيروت، بدون تاريخ.
٥٣- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، ط. دار الجيل- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ/ ١٩٩١م.
٥٤- الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي، مع حاشية ابن عابدين، ط. دار الكتب العلمية- بيروت ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

٥٥- الـذخيرة للقرافـي، ط. دار الكتـب العلميـة- بيـروت، الطبعـة الأولـى ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.
٥٦- الروض المربع بشرح زاد المستقنع للبهوتي، بحاشية عبدالله أبي بطين، ط. أضواء السلف، بدون تاريخ.
٥٧- روضـة الطـالبين للنـووي، بتحقيـق الـشيخين عـادل عبـدالموجود وعلـي معوض، ط. دار عالم الكتب بالرياض سنة ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م.
٥٨- سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني، ط. دار الحديث بالقاهرة، بدون تاريخ.
٥٩- سد الذرائع في الشريعة الإسلامية للدكتور/ محمد هشام البرهاني، ط. دار الفكـر بدمـشق، سـنة ١٩٩٥م، وهـو رسـالة ماجـستير بكليـة دار العلوم- جامعة القاهرة سنة ١٩٧٢م.
٦٠- سنن الترمذي، بتحقيق وشرح أحمد محمد شاكر، ط. المكتبة الثقافية- بيروت، بدون تاريخ.
٦١- سنن الدارقطني، بتحقيق السيد عبدالله هاشم يماني، ط. دار المعرفة- بيروت، سنة ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م.
٦٢- سنن أبي داود، بتحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد، ط. دار الفكر، بدون تاريخ.
٦٣- السنن الكبرى للبيهقي، بتحقيق محمد عبدالقادر عطا، ط. مكتبة دار الباز بمكة المكرمة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
٦٤- سنن ابن ماجه، بتحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، ط. دار إحياء الكتب العربية- القاهرة، سنة ١٣٧٣هـ/ ١٩٥٤م.
٦٥- السيل الجرَّار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني، بتحقيق محمود إبراهيم زايد، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ.
٦٦- شرح تنقيح الفصول للقرافي، بتحقيق طه عبدالرءوف سعد، ط. مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.
٦٧- شرح حدود ابن عرفة للرصَّاع، ط. المكتبة العلمية، الطبعة الأولى ١٣٥٠هـ.
٦٨- شرح السنة للبغوي، بتحقيق شعيب الأرناؤوط، ط. المكتب الإسلامي- بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.
٦٩- الشرح الصغير على مختصر خليل للدردير، مع حاشية الصاوي، ط. دار المعارف، بدون تاريخ.
٧٠- شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا، بتعليق وتقديم وتذييل الأستاذ مصطفى الزرقا، ومراجعة الدكتور/ عبدالستار أبي غدة، ط. دار القلم بدمشق، الطبعة الثانية ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م.
٧١- الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير، مع حاشية الدسوقي، ط. دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة، بدون تاريخ.
٧٢- شرح الكوكب المنير لابن النجار الفُتُوحي، ط. مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٣٧٢هـ.

٧٣- شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني (من أعضاء شورى الدولة العثمانية سابقًا)، ط. دار إحياء التراث العربي- بيروت، الطبعة الثالثة ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.
٧٤- شرح المجلة لمحمد خالد الأتاسي وابنه محمد طاهر الأتاسي، ط. مكتبة رشيدية- بيشاور، باكستان، بدون تاريخ.
٧٥- شرح مختصر خليل للخرشي، وحاشية العدوي عليه، ط. دار صادر- بيروت، بدون تاريخ.
٧٦- شرح مختصر الروضة للطوفي، بتحقيق الدكتور/ عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط. مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.
٧٧- شرح منتهى الإرادات للبهوتي، ط. عالم الكتب- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.
٧٨- شرح ميَّارة المسمى الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لابن عاصم الأندلسي، لمحمد بن أحمد الفاسي المعروف بميَّارة، ط. دار المعرفة- بيروت، بدون تاريخ.
٧٩- الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي «دراسة مقارنة» للدكتور/ أسامة الحَمَوي، ط. دار النوادر بدمشق، الطبعة الأولى ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م.
٨٠- الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي للدكتور/ ناجي شفيق عجم، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة سنة ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م، العدد الثاني عشر، الجزء الثاني.
٨١- الشرط الجزائي للدكتور/ علي السالوس، بحث بمجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثانية عشرة سنة ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م، العدد الثاني عشر، الجزء الثاني.
٨٢- الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور/ عبدالعزيز الخياط، ط. مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الرابعة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
٨٣- الشركات في الفقه الإسلامي «بحوث مقارنة» للشيخ/ علي الخفيف، ط. دار الفكر العربي بالقاهرة، سنة ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م.
٨٤- الشركات في الفقه الإسلامي «دراسة مقارنة» للدكتور/ رشاد حسن خليل، ط. دار الرشيد للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م.
٨٥- صحيح البخاري، ط. دار طوق النجاة- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.
٨٦- صحيح الجامع الصغير وزيادته للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، ط. المكتب الإسلامي- بيروت، الطبعة الثالثة ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.
٨٧- صحيح ابن حبان، بتحقيق شعيب الأرناؤوط، ط. مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.
٨٨- صحيح مسلم، بتحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، ط. دار إحياء الكتب العربية- القاهرة ١٣٧٤هـ/ ١٩٥٤م.

٨٩- ضمان العدوان في الفقه الإسلامي لأستاذنا الدكتور/ محمد أحمد سراج، ط. دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، سنة ٢٠١٥م.
٩٠- ضمان العقد في الفقه الإسلامي للدكتور/ محمد نجدات المحمد، ط. دار المكتبي- دمشق، الطبعة الأولى ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٧م.
٩١- الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف، ط. دار الفكر العربي بالقاهرة سنة ٢٠٠٠م.
٩٢- ضمان المنافع دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني للدكتور/ إبراهيم فاضل الدبو، ط. دار عمار- الأردن، الطبعة الثانية ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.
٩٣- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم، ط. دار البيان، بدون تاريخ.
٩٤- العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة «دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية» للدكتور/ عادل بن عبدالقادر قوته، ط. المكتبة المكية بمكة المكرمة، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.
٩٥- العرف والعادة في رأي الفقهاء «عرض نظرية في التشريع الإسلامي» للدكتور/ أحمد فهمي أبي سنة، ط. دار البصائر بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.
٩٦- عقد المقاولة للدكتور/ عبدالرحمن العايد، ط. جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.
٩٧- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين، ط. دار المعرفة- بيروت، بدون تاريخ.
٩٨- العناية شرح الهداية للبابرتي، ط. دار الفكر- بيروت، بدون تاريخ.
٩٩- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية للشيخ زكريا الأنصاري، ط. المطبعة الميمنية، بدون تاريخ.
١٠٠- غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحَمَوي، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.
١٠١- الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي، ط. دار الفكر- بيروت، سنة ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.
١٠٢- الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٧م.
١٠٣- الفتاوى الهندية لمجموعة من فقهاء الحنفية برئاسة نظام الدين البلخي، ط. دار الفكر- بيروت، الطبعة الثانية ١٣١٠هـ.
١٠٤- فتح القدير على الهداية للكمال بن الهمام، ط. دار الفكر- بيروت، بدون تاريخ.
١٠٥- الفروع لابن مفلح، بمراجعة عبدالستار أحمد فراج، ط. عالم الكتب- بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.
١٠٦- الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق) للقرافي، ط. عالم الكتب، بدون تاريخ.

١٠٧- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي، ط. دار الفكر- بيروت ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
١٠٨- قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في المعاملات المالية للدكتور/ أنيس الرحمن منظور الحق، ط. دار ابن الجوزي بالدمام، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ.
١٠٩- قاعدة المثلي والقيمي في الفقه الإسلامي وأثرها على الحقوق والالتزامات للدكتور/ علي محيي الدين القره داغي، ط. دار الاعتصام بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.
١١٠- قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد للدكتور/ نزيه حماد، ط. دار القلم بدمشق، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م.
١١١- قضايا فقهية معاصرة للدكتور/ عبدالفتاح إدريس، طبع المؤلف، الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م.
١١٢- قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين بن عبدالسلام، ط. أم القرى للطباعة والنشر بالقاهرة، بدون تاريخ.
١١٣- القواعد لابن رجب، ط. دار المعرفة- بيروت، بدون تاريخ.
١١٤- القوانين الفقهية لابن جزي المالكي، بدون طبعة ولا تاريخ.
١١٥- الكافي لابن قدامة، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
١١٦- كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي، ط. عالم الكتب سنة ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.
١١٧- كشف القناع عن تضمين الصناع لابن رحال المعداني المالكي، بتحقيق ودراسة الدكتور/ محمد أبو الأجفان، ط. دار البشائر الإسلامية- بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٦م.
١١٨- لسان العرب لابن منظور، ط. دار صادر- بيروت، الطبعة الأولى.
١١٩- مالك حياته وعصره، آراؤه وفقهه للشيخ محمد أبي زهرة، ط. دار الفكر العربي بالقاهرة، الطبعة الثانية، بدون تاريخ.
١٢٠- مبدأ تغير الأحكام بتغير الأحوال ومدى صحة الحكم بضمان الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية عليه للدكتور/ نزيه حماد، بحث بمجلة العدل بوزارة العدل السعودية، العدد (٧١) شوال ١٤٣٦هـ.
١٢١- المبدع في شرح المقنع لبرهان الدين بن مفلح، بتحقيق محمد حسن إسماعيل، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.
١٢٢- المبسوط للسرخسي، ط. دار المعرفة- بيروت سنة ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م.
١٢٣- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لأحمد بن عبدالله القاري، بتحقيق الدكتور/ عبدالوهاب أبو سليمان، والدكتور/ محمد إبراهيم علي، ط. تهامة بجدة، الطبعة الأولى ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م.
١٢٤- مجلة الأحكام العدلية لمجموعة من فقهاء الحنفية بالدولة العثمانية، ط. المطبعة الأدبية- بيروت ١٣٠٢هـ.

١٢٥- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لداماد، ط. دار إحياء التراث العربي- بيروت، بدون تاريخ.
١٢٦- مجمع الضمانات للبغدادي، ط. دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ.
١٢٧- المحلى لابن حزم الظاهري، بتحقيق د/ عبدالغفار سليمان البنداري، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، بدون تاريخ.
١٢٨- مخاطر الاستثمار في المصارف الإسلامية للدكتور/ حمزة عبدالكريم حماد، ط. دار النفائس بالأردن، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٨م.
١٢٩- مخاطر التمويل بالمضاربة في المصارف الإسلامية وطرق التحوط منها للدكتور/ هشام العربي، بحث بمجلة مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر، العدد (٥٤) ١٤٣٥/ ١٤٣٦هـ- ٢٠١٤م.
١٣٠- مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي، بتحقيق محمود خاطر، ط. مكتبة لبنان- بيروت، سنة ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
١٣١- مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي للدكتور/ نزيه حماد، ط. المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب بالبنك الإسلامي للتنمية، الطبعة الثانية ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠م.
١٣٢- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل لعبدالقادر بن بدران الدمشقي، بتحقيق الدكتور/ عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ط. مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.
١٣٣- المدخل الفقهي العام للأستاذ/ مصطفى الزرقا، ط. دار القلم بدمشق، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.
١٣٤- المدخل لدراسة الفقه الإسلامي للدكتور/ حسين حامد حسان، ط. مكتبة المتنبي بالقاهرة ١٩٧٨م.
١٣٥- المدخل للفقه الإسلامي للدكتور/ محمد سلام مدكور، ط. دار الكتاب الحديث- الكويت سنة ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٥م.
١٣٦- المدونة للإمام مالك، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.
١٣٧- المراسيل لأبي داود، بتحقيق شعيب الأرناؤوط، ط. مؤسسة الرسالة- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.
١٣٨- المستدرك على الصحيحين للحاكم، بتحقيق مصطفى عبدالقادر عطا، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ/ ١٩٩٠م.
١٣٩- المستصفى في علم الأصول للغزالي، بتصحيح محمد عبدالسلام عبدالشافي، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م.
١٤٠- مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط. مؤسسة قرطبة- القاهرة، بدون تاريخ.
١٤١- المسودة في أصول الفقه لآل تيمية، بتحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد، ط. مطبعة المدني بالقاهرة سنة ١٩٦٤م.
١٤٢- مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه للأستاذ الشيخ/ عبدالوهاب خلاف، ط. دار القلم بالكويت، الطبعة السابعة ١٤٢٦هـ/ ٢٠٠٥م.
١٤٣- المصباح المنير للفيومي، ط. المكتبة العلمية- بيروت، بدون تاريخ.

١٤٤- المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي للدكتور/ مصطفى زيد، بعناية د/ محمد يسري إبراهيم، ط. دار اليسر بالقاهرة سنة ٢٠٠٤م.
١٤٥- المصنف في الأحاديث والآثار لابن أبي شيبة، ط. دار الفكر سنة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.
١٤٦- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للشيخ مصطفى الرحيباني، ط. المكتب الإسلامي بدمشق، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.
١٤٧- المعاملات الشرعية المالية للشيخ أحمد إبراهيم بك، ط. دار الأنصار بالقاهرة سنة ١٤٠١هـ.
١٤٨- معجم لغة الفقهاء للدكتور/ محمد رواس قلعه جي، ط. دار النفائس- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م.
١٤٩- معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء للدكتور/ نزيه حماد، ط. دار القلم- دمشق، الطبعة الثانية ١٤٣٥هـ/ ٢٠١٤م.
١٥٠- المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية، ط. مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة ١٤٢٥هـ/ ٢٠٠٤م.
١٥١- معيار صفة اليد في الضمان «دراسة فقهية مقارنة» للدكتور/ أنس مصطفى أبو عطا، والباحث/ محمد باحمد دودو، بحث بالمجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السابع، العدد (١/ ب) سنة ١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م.
١٥٢- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لعلاء الدين الطرابلسي، ط. دار الفكر، بدون تاريخ.
١٥٣- المغرب في ترتيب المعرب للمطرِّزي، ط. دار الكتاب العربي- بيروت، بدون تاريخ.
١٥٤- المغني لابن قدامة بتحقيق الدكتور/ عبدالله بن عبدالمحسن التركي، والدكتور/ عبدالفتاح الحلو، ط. دار عالم الكتب بالرياض، الطبعة الثالثة ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.
١٥٥- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني، ط. دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م.
١٥٦- المقدمات الممهدات لابن رشد، ط. دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ/ ١٩٨٨م.
١٥٧- مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري لأستاذنا المرحوم الدكتور/ محمد بلتاجي، ط. دار السلام بالقاهرة، الطبعة الثانية لها، ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م.
١٥٨- المنتقى شرح الموطأ للباجي، ط. دار الكتاب الإسلامي- القاهرة، الطبعة الثانية بدون تاريخ.
١٥٩- المنثور في القواعد لبدر الدين الزركشي، ط. وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.
١٦٠- منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ عِلّيش، ط. دار الفكر- بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.

١٦١- المنهج الفقهي العام لعلماء الحنابلة ومصطلحاتهم في مؤلفاتهم للدكتور/ عبدالملك بن دُهَيش، ط. دار خضر- بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م.
١٦٢- الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، بتعليق الشيخ عبدالله دراز، وعناية الأستاذ محمد عبدالله دراز، ط. المكتبة التجارية الكبرى بمصر، الطبعة الثانية ١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م.
١٦٣- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب، ط. دار الفكر- بيروت، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م.
١٦٤- الموت مع التجهيل وأثره في ضمان الأمانات «دراسة فقهية مقارنة» للدكتور/ أحمد سعد البرعي، بحث بمجلة دار الإفتاء المصرية، العدد (٢٧) محرم ١٤٣٨هـ/ أكتوبر ٢٠١٦م.
١٦٥- الموسوعة الفقهية الكويتية، ط. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، صدرت في سنوات متعددة.
١٦٦- نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزيلعي، ط. دار الحديث بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
١٦٧- نظرية الخسارة في معاملات المصارف الإسلامية للدكتور/ عادل عبدالفضيل عيد، ط. دار التعليم الجامعي بالإسكندرية، سنة ٢٠١٤م.
١٦٨- نظرية الشرط في الفقه الإسلامي للدكتور/ حسن علي الشاذلي، ط. دار كنوز إشبيليا بالرياض، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م.
١٦٩- نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي «دراسة مقارنة» للدكتور/ وهبة الزحيلي، ط. دار الفكر بدمشق، الطبعة التاسعة ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م.
١٧٠- نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي للدكتور/ حسين حامد حسان، ط. مكتبة المتنبي بالقاهرة سنة ١٩٨١م.
١٧١- نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمناء للدكتور/ نزيه حماد، بحث منشور بمجلة القضائية بوزارة العدل السعودية، العدد الأول، محرم ١٤٣٢هـ.
١٧٢- نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملي، ط. دار الفكر، سنة ١٤٠٤هـ/ ١٩٨٤م.
١٧٣- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكاني، ط. دار الحديث بالقاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.
١٧٤- الوجيز في أصول الفقه للدكتور/ عبدالكريم زيدان، ط. مؤسسة الرسالة (ناشرون) بيروت، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م.
١٧٥- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للدكتور/ محمد صدقي البورنو، ط. دار الرسالة العالمية- دمشق، الطبعة الخامسة ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠٢م.
١٧٦- الوسائل المشروعة لتقليل مخاطر المضاربة للدكتور/ عبدالستار أبو غدة، بحث منشور ضمن أعمال الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي، المنعقدة في الكويت سنة ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م.

١٧٧- يد الأمانة ويد الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي للدكتورة/ ليلى عبدالله سعيد، بحث بحولية كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية بجامعة قطر، العدد الخامس عشر، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.
١٧٨- اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي للدكتور/ عبدالجليل ضمرة، بحث بمجلة أبحاث اليرموك «سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية» الصادرة عن جامعة اليرموك، المجلد الثامن عشر، العدد الرابع (ب) سنة ٢٠٠٢م.
١٧٩- يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي للدكتور/ حارث محمد سلامة العيسى، والدكتور/ أحمد غالب الخطيب، بحث بمجلة الجامعة الإسلامية بغزة، سلسلة الدراسات الإنسانية، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني يونيه ٢٠١٠م.

* * *