أثر التفويت في عقود التوثيق وطرق علاجه

دراسة فقهية مقارنة

دكتور

محمود جمال محمد محمود عبدالمقصود

مدرس الفقه المقارن بجامعة الزهر

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا إنه من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله. أما بعد

إن العقود بجميع أنواعها تتبوأ مكانة كبيرة في الشريعة الإسلامية، فهي تعتبر من أهم الأمور التي يعتمد عليها الناس في معاملاتهم قديماً وحديثاً. والشريعة الإسلامية دائماً تربو إلى تنظيم العقود والمعاملات بين العباد بطريقة تؤدي إلى وأد أي نزاع أو خصومة بينهم.

وكما هو معروف أن الدائن يطالب المدين بدينه وهو الضامن له، ولكن ربما لا يخلو الأمر من خطورة تتمثل في عدم الاطمئنان إلى المدين في السداد، أو تغير الذمة المالية له، فيضعف سداده لدينه سواء كان ذلك نتيجة لنقل أملاكه أو بعضها لآخر، أو زيادة الدائنين، أو زيادة التزامات المدين، أو هروبه، أو طول غيبته إلى غير ذلك. لذا كان لا بد من صيانة هذه الأموال حتى لا ينال الدائن تفويت.

وينبغي العلم بأن الشريعة الغراء جاءت لترعى الفرد والمجتمع في جميع أحواله، فجاءت مُحكمة من عند الله تعالى منظمة للمعاملات المالية والأحوال الشخصية، مع ملاحظة الطبيعة البشرية، وما جبلت عليه من حب المال والطمع في اكتسابه بالطرق الحلال والحرام، وإنكار الحقوق، وجحود الأموال إلا من خشى جانب الله تعالى، فأقامت الشريعة نظام التوثيق لإثبات الحقوق واستيفائها، وعدم إنكارها وتفويتها على أصحابها، وتيسير مداياناتهم التي يحتاجون إليها في حياتهم، والأصل في

ذلك قوله تعالى: "يأيها الذين ءامنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه"(١)، وقوله تعالى: "فرهان مقبوضة"(٢). فأمر سبحانه وتعالى بالكتابة والرهن وغيرهما من وسائل التوثيق كالضمان، والكفالة لحفظ الأموال والحقوق، وضبط الآثار والنتائج، ومنع التجاحد والنكران، والزيادة في الحيطة، والدقة، والضبط، وعدم النسيان، وقطعاً لدابر الفساد والانحراف؛ لأن الإنسان إذا توثق حقه يندر أن ينكره الآخر خوفاً من الله تعالى، وإن لم يكن فخوفاً من الفضيحة والخزي والعار، ولأن الحق المؤبد بالضمان أو الرهن قلما يحاول صاحبه إنكاره، فيؤديه طائعاً مختاراً(٣).

فإذا لم يؤد المدين دينه لدائنه فهذا فيه تفويت على الدائن، ويجبر هذا التفويت بعقود التوثيق – الرهن والضمان والكفالة والحوالة- وإذا لم يؤد الضامن ما على المدين، أو إذا لم يستطع المرتهن التصرف في الشئ المرهون لأخذ حقه، أو أنكر المحال عليه الدين، أو أفلس، أو مات، فهل مثل هذا التفويت يؤثر على عقود التوثيق أو لا؟. وهذا ما أبينه من خلال بحثي "أثر التفويت في عقود التوثيق وطرق علاجه".

---

(١) سورة البقرة من الآية رقم(٢٨٢).

(٢) سورة البقرة من الآية رقم(٢٨٣).

(٣) مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية – د/عز الدين بن زغيبة – ط. مركز جمعه الماجد للطباعة الطبعة الأولى ٢٠٠١م ص٢٤٦، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية –أ.د/محمد مصطفى الزحيلي- ط. مكتبة دار البيان الطبعة الأولى ١٩٨٢م ٢٧/١، ٢٨.

منهجي في طريقة البحث

-جعلت لكل مبحث مطالب أعرض فيها ما يتناوله المبحث من أفكار ترتبط به.

-نسبت كل نص أو فكرة في البحث إلى مرجعها.

-لما كان الحكم على الشئ فرعاً عن تصوره، فأقوم بتصوير المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل الشروع في حكمها.

-إذا كانت المسألة محل البحث متفقاً عليها، فأذكر حكمها مع الاستدلال وتوثيق الاتفاق من مظانّه المعتبرة.

-اقتصر على المذاهب الفقهية المعتبرة، مع ما تيسر من أقوال أهل العلم.

-وإذا كانت المسألة محل خلاف، فأذكر أقوال الفقهاء في المسألة، ثم أنسبها إلى قائليها، مع ذكر أدلة كل قول، ووجه الدلالة منها، ثم أذكر المناقشات الواردة على الأدلة إن وجدت، ثم أذكر القول الراجح مع بيان سبب رجحانه.

-وإذا كان الحديث في الصحيحين أكتفي بذكرهما، وإذا كان في غيرهما فأقوم بتخريجه من الكتب المعتمدة.

هذا وقد جاء البحث في: مقدمة، وستة مباحث، وخاتمة.

أما المقدمة فأتناول فيها: إفتتاحية للبحث، ومنهجي فيه، وخطته.

المبحث الأول: التعريف بمفردات البحث

ويحتوي على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف التفويت

المطلب الثاني: تعريف عقود التوثيق

ويحتوي على فرعين:

الفرع الأول: تعريف العقد الفرع الثاني: تعريف التوثيق

المبحث الثاني: أثر التفويت في عقد الرهن

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد الرهن

المطلب الثاني: التفويت في عقد الرهن

المطلب الثالث: أثر التفويت في عقد الرهن

المبحث الثالث: أثر التفويت في عقد الضمان

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد الضمان

المطلب الثاني: التفويت في عقد الضمان

المطلب الثالث: أثر التفويت في عقد الضمان

المبحث الرابع: أثر التفويت في عقد الكفالة

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد الكفالة

المطلب الثاني: التفويت في عقد الكفالة

المطلب الثالث: أثر التفويت في عقد الكفالة

المبحث الخامس: أثر التفويت في عقد الحوالة

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد الحوالة

المطلب الثاني: التفويت في عقد الحوالة

المطلب الثالث: أثر التفويت في عقد الحوالة

المبحث السادس: طرق علاج التفويت في عقود التوثيق

الباحث

د/ محمود جمال محمد محمود عبد المقصود

مدرس الفقه المقارن بجامعة الأزهر

المبحث الأول: التعريف بمفردات البحث

ويحتوي على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف التفويت

وأتناول تعريفه لغة واصطلاحاً

والتفويت لغة: مصدر فوت. يقال: فاتني الأمر فوتاً وفواتاً: ذهب عني(١)، وفات يفوت فوتاً: فهو فائت(٢)، وتفاوت الشيئان أي: تباعد ما بينهما تفاوتاً(٣).

فالتفويت من فات الشئ: إذا مضى وقته دون أن ينتفع بشئ، أو أن يفعل شيئاً(٤).

يتبين من المعاني اللغوية للتفويت أنه يدور بين نقصان الشئ، أو ذهابه، أو الفجوة بين الشيئين، أو عدم استيفاء المنفعة.

---

(١) تاج العروس من جواهر القاموس –محمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسيني الملقب بمرتضى الزبيدي– ط. دار الهداية ٣٣/٥، لسان العرب –محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور– ط. دار صادر بيروت الطبعة الثالثة ١٤١٤ه ٦٩/٢، القاموس المحيط –مجد الدين أبوطاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي – ت: مكتب تحقيق التراث ط. مؤسسة الرسالة الطبعة الثامنة ٢٠٠٥م ١٥٧/١.

(٢) لسان العرب ٦٩/٥.

(٣) القاموس المحيط ١٥٧/١، لسان العرب ٦٩/٢.

(٤) معجم لغة الفقهاء –محمد رواس قلعجي وآخرون– ط. دار النفائس الطبعة الثانية ١٩٨٨م ص١٣٩.

أما التفويت اصطلاحاً

لم نعثر على تعريف عند الفقهاء للتفويت، وإن كان الفقهاء في الوقت ذاته لم يتركوا هذا المصطلح، وإنما جرت أقلامهم في كتبهم بذكره في كتاباتهم في العبادات والمعاملات.

ونذكر طرفاً من أقوالهم –على سبيل المثال لا الحصر– التي تدل على أنهم كانوا يستعملون هذا المصطلح.

قال في الشرح الكبير: وضمن الغاصب منفعة البضع بالتفويت، فعليه في وطئ الحرة صداق مثلها ولو ثيباً، وفي وطئ الأمة ما نقصها.....وضمن منفعة بدن الحر بالتفويت أي الاستيفاء وهو وطئ البضع.....؛ لأن التفويت يشمل ما لو حبس المرأة حتى منعها التزويج، والحمل من زوجها، أو حبس الحر حتى فاته عمل من تجارة ونحوها(١).

قال في طلبة الطلبة: والغصب الذي يوجب الضمان هو: إثبات اليد على مال الغير على وجه يفوت يد المالك؛ لأنه ضمان جبر فلا بد من التفويت(٢).

قال في الوسيط: والتفويت يحصل بإزالة العين أو الملك(١).

---

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي – أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير– ط. دار الفكر ٤٥٤/٣.

(٢) طلبة الطلبة –عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل– ط. المطبعة العامرة ١٣١١ه ص٩٦.

يبدو مما سبق أن استعمال الفقهاء لهذا المصطلح يدل على أن معنى التفويت هو: ما يصدر من قول، أو فعل يؤدي إلى إلحاق ضرر بآدمي، أو عدم استيفائه بمنفعة الشئ، أو هلاكه، أو نقص قيمته.

والذي يظهر من هذا التعريف أن التفويت يتناول أي ضرر مادي يلحق الإنسان، سواء أدى إلى هلاك ما بيده، أو ضياعه، أو عدم استيفائه لمنفعة الشئ الذي يريد الانتفاع به، أو أدى التفويت إلى نقص قيمته فلم يحصل على قيمة الشئ كاملة.

وبناء على ذلك فإذا لم يكن ثمة ضرر مادي يلحق الآدمي، فلا يوجد تفويت؛ لأن الضرر المعنوي لا ينبني عليه تفويت إلا إذا أدى إلى ضرر مادي.

==

(١) الوسيط في المذهب –أبو حامد محمد بن محمد الغزالي– ت: أحمد بن محمود إبراهيم وآخر ط. دالسلام الطبعة الأولى ١٤١٧ه ٣/٤٥٦.

المطلب الثاني: تعريف عقود التوثيق

ويحتوي على فرعين:

الفرع الأول: تعريف العقد لغة واصطلاحاً

فالعقد لغة: نقيض الحل ويطلق على معان كثيرة منها:

١-العهد. يقال: عقدته عليه بمعنى عاهدته، وتعاقد القوم: تعاهدوا(١).

-التوثيق: يقال: عقدت الحبل عقداً من باب ضرب فانعقد، والعقدة ما يمسكه ويوثقه(٢).

٣-الشد: يقال: عقد الحبل والبيع والعهد يعقده: شدّه(٣).

٤-اللزوم: يقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا أي: ألزمته ذلك(٤).

٥-الإبرام: يقال: عقده كل شئ إبرامه(٥).

٦-الضمان(٦).

---

(١) لسان العرب ٤٢١/٣، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير -أحمد بن محمد بن علي الفيومي- ط. المكتبة العلمية ٤٢١/٢.

(٢) المصباح المنير ٤٢١/٢.

(٣) القاموس المحيط ٣٠٠/١.

(٤) لسان العرب ٢٩٦/٣.

(٥) المرجع السابق ٢٩٨/٣.

(٦) القاموس المحيط ٣٠٠/١.

من خلال عرض المعاني السابقة لمعنى العقد نجد أن هذه المعاني تدور حول معنى: الالتزام بعمل شئ أو تركه في العقد المتفق عليه.

أما العقد اصطلاحاً:

عند الفقهاء يطلق على معنيين:

الأول: المعنى العام

العقد بهذا المعنى يطلق على كل تصرف شرعي سواء كان ينعقد بكلام طرف واحد أو لا ينعقد إلا بكلام طرفين(١)؛ لأن العقد في أصله العزم على أمر والالتزام به، سواء أكان من طرف واحد أو طرفين لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"(٢)، فكلمة العقود عامة تشمل كل التزام من عهد وتبرع وعقد نكاح وغير ذلك، سواء كانت هذه العقود تصدر من طرف واحد أو من طرفين(٣).

الثاني: المعنى الخاص

وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه(٤).

---

(١) ضوابط العقد في الفقه الإسلامي – د/عدنان خالد التركماني– ط. دار الشروق الطبعة الأولى ١٩٨١م ص١٨.

(٢) سورة المائدة من الآية (١).

(٣) استحداث العقود في الفقه الإسلامي –قنديل علي مسعد السعدني– ص٢٣ ط. دار ابن الجوزي الطبعة الأولى ١٤٣٣ه.

(٤) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان –محمد قدري باشا– ط. المطبعة الكبرى الأميرية الطبعة الثانية ١٨٩١م ص٢٧، مجلة الأحكام العدلية – إعداد لجنة ==

إذن فبناء على هذا المعنى لا بد من وجود طرفين في العقد. وكثير من العقود يدخل تحت التعريف الأول. ونرى أن التعريف بالمعنى الخاص هو الذي يتسق مع موضوعنا؛ لأن عقد الرهن والضمان والكفالة والحوالة لا تكون من طرف واحد البتة، بل لا بد من طرفين.

الفرع الثاني: تعريف التوثيق

ونتناول تعريف التوثيق لغة واصطلاحا

فالتوثيق لغة: مصدر لفعل وثّق ويطلق على عدة معان منها:

١-الائتمان: يقال: وثق به يثق بالكسر وثاقة وثِقَة ائتمنه(١).

٢-الشد والربط: يقال: أوثقته إيثاقاً ووثاقاً. والوثاق بالفتح والكسر: ما يشد به كالحبل وغيره، ويقال: أوثقه في الوثاق أي: شده(٢) قال تعالى: "فشدوا الوثاق"(٣). والوثيقة مؤنث الوثيق وهي: تربط العاقدين في إلزامهما بما التزما به.

==

مكونة من عدة علماء في الخلافة العثمانية- ت: نجيب هواويني ط. نور محمد كارخانة ص٢٩ المادة ١٠٣.

(١) تاج العروس ٤٥٠/٢٦، لسان العرب ٣٧١/١٠ مادة وثق.

(٢) لسان العرب ٤٥٠/٢٦، ٤٥١، ٣٧١/١٠.

(٣) سورة محمد من الآية رقم (٤).

٣-الإحكام: يقال: وثق الشئ : إذا أحكم، وأخذ الأمر بالأوثق أي الأشد الأحكم(١)؛ لأن الوثيقة تلزم من ألزم نفسه وتحكم هذا الإلزام.

فالتوثيق لغة يطلق على معنى الائتمان، والشد والربط، والإحكام وكلها تدور حول معنى التأمين، أو ضمان الدائن على دينه، وذلك بتوثيقه.

أما التوثيق اصطلاحاً

هو علم يبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والتصرفات وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به(٢).

وينبغي العلم بأن التوثيق له أنواع متعددة باعتبارات مختلفة(٣): فباعتبار العقد، قد يكون التوثيق بعقد كالرهن والكفالة ويطلق عليها عقود التوثيق، وقد تكون بغير عقد كالكتابة والإشهاد والاحتباس.

وباعتبار المال: فقد يكون التوثيق بمال كالرهن، وقد يكون وثيقة بذمة كالكفالة والحوالة والكتابة.

وباعتبار الإثبات: يتنوع إلى نوعين: أحدهما: طرق الإثبات كالكتابة والشهادة والإقرار واليمين والقرائن وغيرها، وهي التي تثبت الحق عند

---

(١) لسان العرب ٣٧٢/١٠.

(٢) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ٢٧/١.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية – وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – ط. دار السلاسل الكويت الطبعة الثانية ١٤٢٧ه ١٣٨/١٤، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ٢٧/١.

التنازع، وثانيهما: طرق لتأمين الحق والتمكين من استيفائه كالرهن والكفالة والحوالة.

وبناء على ما سبق يمكن تعريف عقود التوثيق بأنها: تصرفات يقصد بها تأمين الحقوق والتمكين من استيفائها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به شرعاً.

فهذا التعريف يبين أن عقود التوثيق هي الطريق الشرعي الذي يؤدي إلى صيانة الأموال وحفظ الحقوق.

المبحث الثاني

أثر التفويت على عقد الرهن

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: **تعريف عقد الرهن**

سبق تعريف العقد، وأتناول تعريف الرهن لغة وشرعاً

فالرهن لغة: يطلق على أكثر من معنى منها:

الأول: الثبوت والدوام، يقال: رهن الشئ يرهن رهوناً ثبت ودام(١).

الثاني: الحبس، يقال: رهنته المتاع بالدين رهناً حبسته به(٢).

ويبدو من المعنيين السابقين أن كلاً منهما يطلق على عقد الرهن الذي هو من عقود التوثيق. كما أن عقد الرهن إذا كان لازماً فإن الشئ المرهون يكون محبوساً تحت يد المرتهن طوال مدة الرهن.

أما الرهن شرعاً: فقد اختلفت كلمة الفقهاء في تعريفه

فعند الحنفية: جعل الشئ محبوساً بحق يمكن استيفاؤه منه(٣).

---

(١) تاج العروس ١٢٢/٣٥، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ٢٤٢/١.

(٢) لسان العرب ١٨٩/١٣، المصباح المنير ٢٤٢/١، المعجم الوجيز –مجمع اللغة العربية – ط. طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ٢٠٠٥م ص٢٨٠.

(٣) الهداية شرح بداية المبتدي –أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني– ت: طلال يوسف ط. دار إحياء التراث العربي بيروت ٤١٢/٤.

وعند المالكية: احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفى من ثمنها، أو من ثمن منافعها عند تعذر أخذه من الغريم مفردة كانت أو مشاعة(١).

وعند الشافعية: جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه(٢).

وعند الحنابلة: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه(٣).

وبالنظر في التعاريف السابقة نجد أن من أدقهم تعريف المالكية، وإن كان تعريف الحنفية تناول الحبس الذي يدل على وضع الرهن تحت يد المرتهن، إلا أن تعريف المالكية زاد في الدقة، إذ تناول الحبس،

---

(١) شرح التلقين –أبو عبدالله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري– ت: محمد المختار السلامي ط. دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى ٢٠٠٨م ٣٣١/٣.

(٢) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع – شمس الدين محمد بن أحمد المعروف بالخطيب الشربيني– ت: سيد عمران ط. دار الحديث ٢٠١٤م ص٤١٣، حاشية قليوبي على منهاج الطالبين –شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي– ت: مكتب البحوث والدراسات ط. دار الفكر ١٩٩٨م ٣٢٥/١٢، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب –زكريا الأنصاري – ط. دار الكتب العلمية ١٤١٨ه ٣٢٨/١، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج –شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني– ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٤م ٣٨/٣.

(٣) المغني –موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي– ت: د/عبدالله التركي وآخرون ط. دار عالم الكتب الطبعة الثالثة ١٩٩٧م ٤٤٣/٦، الممتع في شرح المقنع –زين الدين المنجي بن عثمان بن أسعد التنوخي– ت:عبدالملك بن عبدالله بن دهيش ط. مكتبة الأسدي الطبعة الثالثة ٢٠٠٣م ٥٥٤/٢.

واستيفاء الدين من ثمن الرهن، أو من ثمن منافعه إذا كان يمكن استيفاء الدين منها، فإذا كان يمكن فلا نفقد العين، فإذا فقدناها مع إمكانية الاستيفاء من ثمن المنافع فهذا فيه تفويت على الراهن.

وبناء على ما سبق يمكن تعريف عقد الرهن بزيادة كلمة تصرف على تعريف المالكية، فيكون تعريفه: كل تصرف يقصد به احتباس العين وثيقة بالحق ليستوفى من ثمنها أو من ثمن منافعها عند تعذر أخذه من الغريم مفردة كانت أو مشاعة.

إذن العقد الذي يكون الغرض منه حبس العين لوفاء الدين من ذات العين أو من ثمن منافعها إذا لم يسدد المدين، يكون عقد رهن.

المطلب الثاني: التفويت في عقد الرهن

يعتبر الرهن من العقود التي تخصص لضمان تنفيذ التزام المدين بدينه للدائن من العين التي تحت يده، عند عجز المدين عن السداد.

وبما أن الرهن وسيلة من وسائل التوثيق، فيجعل من حق المرتهن حبس العين المرهونة إلى أن يستوفي دينه، وإذا استوفى بعضه فيظل الرهن قائماً تحت يد المرتهن. فبالرهن يأمن المرتهن إنكار الحق وجحوده ، حيث إنه إذا لم يستوف حقه من الراهن في الموعد المتفق عليه، فله حق بيع الرهن لأخذ حقه. لذا يشترط في المال المرهون أن يكون قابلاً للبيع؛ لأن الدائن إذا لم يحصل على دينه فهذا فيه تفويت عليه، حيث إنه لم يستوف حقه كاملاً، لذا وجود الرهن تحت يده يضيّع هذا التفويت الذي يلحقه، وذلك عن طريق تمكين المرتهن من بيع الرهن واستيفاء حقه منه؛ لذلك يشترط قبض المرتهن للرهن حتى يختص به ويكون أحق بثمنه من غيره(١)، ولا يلحقه تفويت في شئ من حقوقه.

فإذا قبض المرتهن الرهن فهل يشترط استدامته لقبض الرهن أم لا؟.

نجد أن الفقهاء اختلفوا في استدامة قبض المرتهن للرهن على قولين:

القول الأول: لا بد من استدامة قبض المرهون تحت يد المرتهن في المدة المتفق عليها بين الراهن والمرتهن.

---

(١) المغني ٦/٥١٣، ٥٣٢.

ذهب إلى هذا القول: الحنفية(١)، والمالكية(٢)،والحنابلة(٣)، وقول للزيدية(٤).

---

(١) التجريد –أبوالحسين أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري– ت: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية أ.د/محمد أحمد سراج، أ.د/علي جمعة ط. دار السلام الطبعة الثانية ٢٠٠٦م ٢٧٤٧/٦، الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري في فروع الحنفية –أبو بكر بن علي بن محمد الحداد الزبيدي– ت: إلياس قبلان ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ٢٠٠٦م ٥١٦/١.

(٢) عيون المسائل –أبو محمد عبدالوهاب بن علي بن نصر الثعلبي– ت: علي محمد إبراهيم ط. دار ابن حزم بيروت الطبعة الأولى ٢٠٠٩م ص٥٣٥، بداية المجتهد ونهاية المقتصد –أبوالوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد ط. مصطفى البابي الحلبي وأولاده الطبعة الرابعة ١٩٧٥م ٢٧٤/٢، ٢٧٥، المعونة على مذهب عالم المدينة –أبو محمد عبدالوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي– ط. المكتبة التجارية ص١١٥٤ ، شرح التلقين ٣٤٨/٣، الإشراف على نكت مسائل الخلاف –أبو محمد عبدالوهاب بن علي بن نصر البغدادي – ت: مشهور بن حسن ط. دار ابن القيم، وابن عفان الطبعة الأولى ٢٠٠٨م ٩/٣.

(٣) شرح الزركشي على مختصر الخرقي – شمس الدين أبو عبدالله محمد بن عبدالله الزركشي– ت: عبدالمنعم خليل إبراهيم ط. دار الكتب العلمية ٢٠٠٢م ١٠٨/٢، منار السبيل في شرح الدليل –إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان– ط. مؤسسة قرطبة الطبعة الثالثة ١٩٩٩م ٣٤٠/١، الروض المربع شرح زاد المستقنع –منصور بن يونس البهوتي ت: سعيد محمد اللحام ط. دار الفكر ص٢٤٠، المغني ٤٤٨/٦، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى –مصطفى السيوطي الرحيباني– ط. المكتب الإسلامي ١٩٦١م ٢٦٢/٣.

(٤) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار –أحمد بن يحيى المرتضى– ط. مكتبة اليمن ١٦٣/١٠.

القول الثاني: لا يشترط استدامة قبض المرهون تحت يد المرتهن لصحة الرهن.

ذهب إلى هذا القول: الشافعية(١)، والإباضية(٢)، والإمامية(٣)، وقول للزيدية(٤).

---

(١) المجموع شرح المهذب –أبو زكريا محيي الدين بن يحيى بن شرف النووي– ط. دار الفكر ١٩٢/١٣، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي –أبوالحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي– ت: علي محمد معوض، وآخرون ط. دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ١٩٩٤م ١٣/٦، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي – أبوالمحاسن عبدالواحد بن إسماعيل الروياني– ت: طارق فتحي السيد ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ٢٠٠٩م ١٩٣/٥.

(٢) شرح النيل وشفاء العليل –محمد بن يوسف أطفيش– ط. مكتبة الإرشاد ودار الفتح الطبعة الثانية ١٩٧٢م ٤٧/١١.

(٣) المبسوط في فقه الإمامية –أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي– تعليق: سيد محمد تقي الكشفي– ط. مؤسسة الغَرى للمطبوعات ١٩٨/٢.

(٤) البحر الزخار الجامع لعلماء الأمصار ١٦٣/١٠.

الأدلة

أدلة القول الأول القائل: لا بد من استدامة قبض المرهون تحت يد المرتهن في مدة الرهن.

استدلوا: بالكتاب والقياس والمعقول

أولاً: الكتاب

قوله تعالى: "فرهان مقبوضة"(١).

وجه الدلالة: القبض عام فعم جميع حالات الرهن، واستدامته تحت يد المرتهن مدة الرهن، حالة من حالاته؛ لأن خروج الرهن باختيار المرتهن ورجوعه إلى الراهن يبطل الرهن(٢).

مناقشة: استدلالهم بالآية حجة عليهم؛ لأنه جعل الرهن وثيقة بحصول القبض، فإذا حصل القبض مرة فقد استقر القبض وحصل الرهن وثيقة أبداً(٣).

---

(١) سورة البقرة من الآية رقم (٢٨٣).

(٢) تفسير القرآن العظيم –أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير– ت: سامي بن محمد السلامة ط. دار طيبة الطبعة الثانية ٢٠١١م ٧٣١/١، الجامع لأحكام القرآن –أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي– ت: هشام سمير البخاري ط. دار عالم الكتب ٢٠٠٣م ٤١٠/٣، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٩/٣.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ١٤/٦.

ثانياً: القياس

قاسوا الاستمرار على الابتداء. حيث إن المعنى الذي لأجله استحق قبض الرهن في الابتداء هو أن يحصل وثيقة للمرتهن بقبضه إياه، وهذا المعنى يحتاج إليه في كل حال كان فيها رهناً، فكان القبض شرطاً فيها؛ لأن استدامة القبض حالة من أحوال الرهن(١).

مناقشة:إن لزوم الرهن كان بالقبض لا باستدامة القبض، وخروجه من يد المرتهن يزيل استدامة القبض، ولا يزيل ما تقدم من القبض(٢).

ثالثاً: المعقول

١-العادة الجارية في الرهون أن المرتهن يمسكها على الدوام، والعقد متى قارنه ما يمنع مقصوده لم يصح، كمن استأجر للزراعة أرضاً لا تنبت وللخدمة غلاماً طفلاً لا يخدم، وكمن تزوج بذات محارمه(٣).

٢-الرهن يراد للوثيقة من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه، فإذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه، ولم تحصل وثيقة(٤).

أدلة القول الثاني القائل: بعدم اشتراط استدامة القبض.

---

(١) الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٩/٣.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ١٤/٦.

(٣) التجريد ٢٧٤٧/٦.

(٤) المغني ٤٤٩/٦.

استدلوا بالسنة والقياس والمعقول

أولاً: السنة

١-قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "لا يغلق الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه"(١).

وجه الدلالة: فيه دليل على أن استدامة القبض ليست بشرط في الرهن، وذلك أن الراهن لا يركبها إلا وهي خارجة من قبض المرتهن غير أنه لا يركبها إلا نهاراً، ويردها بالليل إلى المرتهن ولا يسافر بها(٢).

---

(١) صحيح: صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان -محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم البستي- ط. مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية ١٩٩٣م ت: شعيب الأرنؤوط ٢٥٨/١٣ ح(٥٩٣٤)، المستدرك على الصحيحين -أبو عبدالله الحاكم محمد بن عبدالله بن محمد النيسابوري- ت: مصطفى عبدالقادر عطا ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٠م ٥٨/٢ ح(٢٣١٥) وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، سنن الدار قطني ٤٣٧/٣ ح(٢٩٢٠) وقال الدار قطني: وهذا إسناد حسن متصل، المصنف -أبو بكر بن عبدالرزاق بن همام الصنعاني- ت: حبيب الرحمن الأعظمي ط. المجلس العلمي الطبعة الثانية ١٤٠٣ه ٢٣٧/٨ ح(١٥٠٣٤)، السنن الكبرى -أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي- ت: محمد عبدالقادر عطا ط. دار الكتب العلمية الطبعة الثالثة ٢٠٠٣م ٦٥/٦ ح(١١٢١٠)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية -أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني- ت: السيد عبدالله هاشم ط. دار المعرفة بيروت ٢٥٧/٢ ح(١٠٠١)، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان -أبو حاتم محمد بن= =حبان بن أحمد بن حبان- ت: شعيب الأ رنؤوط ط. مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ١٩٨٨م ح (٥٩٣٤) ٢٥٨/١٣.

(٢) معالم السنن شرح سنن أبي داود -أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم البستي- ط المطبعة العلمية الطبعة الأولى ١٩٣٢م ١٦٣/٣.

٢-عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدّر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة(١).

وجه الدلالة: جعل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- الرهن مركوباً ومحلوباً، ولا يخلو أن يكون ذلك للراهن أو للمرتهن، فلم يجز أن يجعل ذلك للمرتهن لأمرين(٢):

أحدهما: إجماعهم على أن المرتهن لا يستحق ذلك.

والثاني: أنه جعل على الراكب والشارب نفقة الرهن، والنفقة واجبة على الراهن دون المرتهن، فثبت بهذين جواز ذلك للراهن، فصار مستحقاً لإزالة يد المرتهن عنه، ثم لم يزل حكم الرهن عنه، فثبت أن استدامة قبضه ليست شرطاً في صحته؛ ولأنه عقد من شرط لزومه القبض، فوجب أن لا يكون من شرط صحته استدامة القبض كالهبة والصرف.

ثانياً: القياس

قاسوا قبض المرهون على القبض في البيع. حيث إن القبض في الرهن أوسع من القبض في البيع لجواز اشتراط الرهن على يدى عدل،

---

(١) صحيح البخاري مع فتح الباري لابن حجر- أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري- ت: شعيب الارنؤوط وآخرون ط. الرسالة العالمية الطبعة الأولى ٢٠١٣م ح(٢٥١٢) ٩١/٨.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ١٣/٦، ١٤.

فلما لم تكن استدامة القبض في البيع مع قوته شرطاً في صحته، فلأن لا تكون استدامة القبض في الرهن مع ضعفه شرطاً في صحته أولى(١).

ثالثاً: المعقول

إذا كانت استدامة القبض فيه شرطاً، فلا يخلو أن تكون استدامة قبضه مشاهدة أو حكماً، ولا يجوز أن يكون الشرط في صحة استدامة قبضه مشاهدة، لجواز خروجه من يده بعارية، أو على يد عدل، فثبت أن الشرط في صحة استدامة قبضه حكماً وهذا شرط معتبر عندنا؛ لأنه وإن خرج من يده باستحقاق فهو في حكم المقبوض له؛ لأنه لا يخرج عن سلطان المرتهن ولا يحال بينه وبينه(٢).

الراجح هو القول الثاني القائل: بعدم استدامة القبض. فما دام أن المرهون لا يتلف باستعماله ولا تنقص قيمته، فما المانع من استفادة الراهن به بعد إذن المرتهن مع اشتراط عدم التصرف في المرهون بالبيع، أو الهبة، أو الوقف، أو أي تصرف يخرجه عن ملك الراهن في مدة الرهن، أو يمنع المرتهن من التصرف في المرهون بعد انقضاء مدة الرهن، ولم يسدده الراهن بدينه.

وينبغي ان نعلم بأن الراهن في حاجة إلى المال حتى يستطيع سداد ما عليه من دين وذلك مثل العقار، أو الآلآت المعدة للإيجار وغير ذلك، حيث إن منافع هذه الأشياء يستفيد منها الراهن. وحبس الرهن مدة رهنه

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ١٤/٦.

(٢) المرجع السابق ١٤/٦، المجموع شرح المهذب ١٩٢/١٣، بحر المهذب ١٩٣/٥.

دون استفادة الراهن منه فيه تفويت عليه، حيث إن المرتهن لا يمكنه أن ينتفع به إلا بعد إذن الراهن، وإذا أذن الراهن له في الانتفاع فالموافقة غالباً تكون على خجل ومضض؛ لأن الراهن طرف ضعيف، فيظن أنه ليس أمامه إلا الموافقة، فإذا كان المرتهن ينتفع، فالراهن من باب أولى خاصة إذا كان الراهن غير مماطل.

وهذا يحدو بنا إلى أن نتكلم عن الانتفاع بالمرهون سواء كان للراهن أو المرتهن، حتى نعرف هل فيه تفويت عليهما أو على أحدهما أو لا؟

الشئ المرهون لا يخلو من حالين:

أحدهما: ما لا يحتاج إلى مؤنة ثانيهما: ما يحتاج إلى مؤنة

أما الأول: وهو ما لا يحتاج إلى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه، فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن بلا خلاف(١)؛ لأن الرهن ملك الراهن فكذلك نماؤه ومنافعه، فليس لغيره أخذها بغير إذنه، وإن شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن، فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى الرهن(٢).

أما الثاني: ما يحتاج إلى مؤنة

إذا أراد المرتهن أن ينتفع به فلا بد من إذن الراهن، فإن أذن له في الانفاق والانتفاع بقدره جاز؛ لأنه نوع معاوضة. أما إذا انتفع المرتهن

---

(١) الشرح الكبير على متن المقنع –أبو الفرج شمس الدين عبدالرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي– ط. دار الكتاب العربي ٤٣٩/٤.

(٢) المغني ٥٠٩/٦.

بغير إذن الراهن، فالرهن قد يكون مركوباً أو محلوباً، وقد يكون غير ذلك(١).

فإذا كان الرهن مركوباً أو محلوباً فقد اختلف الفقهاء في انتفاع المرتهن به بدون إذن الراهن على ثلاثة أقوال:

القول الأول: المرتهن له أن ينفق عليه وينتفع بركوبه وحلبه بقدر نفقته متحرياً العدل في ذلك. سواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبته، أو امتناعه من الإنفاق، أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه.

ذهب إلى هذا القول: رواية عن الإمام أحمد وهي المذهب عند الحنابلة(٢)، وقول إسحاق(٣).

القول الثاني: لا ينتفع المرتهن من الرهن بشئ، وإذا أنفق فهو متطوع.

---

(١) المبدع في شرح المقنع –إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد ابن مفلح برهان الدين– ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٧م ٢٢٦/٤، المغني ٥١١/٦، الشرح الكبير على متن المقنع ٤٣٨/٤.

(٢) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٢٨٣/٣، منار السبيل في شرح الدليل ٣٤٢/١، المغني ٥١١/٦، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة –بهاء الدين عبدالرحمن بن إبراهيم المقدسي– ت: أحمد بن علي ط. دار الحديث ٢٠٠٣م ص٢٧٤، حاشية الروض المربع بشرح زاد المستقنع –عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي– الطبعة الأولى ١٣٩٧م ٩١/٥، ٩٢.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢٧٦/٢، المغني ٥١١/٦، شرح السنة –أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوي– ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون ط. المكتب الإسلامي الطبعة الثانية ١٩٨٣م ١٨٣/٨.

وهذا قول: الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والشافعية(٣)، ورواية عن الإمام أحمد(٤)، وقول الشعبي وابن سيرين(٥)، والإمامية(٦).

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع –علاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد الكاساني– ط. دار الكتب العلمية الطبعة الثانية ١٩٨٦م ١٤٦/٦، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار –محمد الأمين المعروف بابن عابدين– ط. دار الفكر ٢٠٠٠م ٣٣٣/٢، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر –عبدالرحمن بن محمد بن سليمان الكليبوني– ت: خليل عمران ط. دار إحياء التراث العربي ٥٨٧/٢، درر الحكام شرح مجلة الأحكام –علي حيدر– ط. دار الكتب العلمية ٢١١/٣ مادة ٧٥٠.

(٢) الذخيرة –أبوالعباس شهاب الدين أحمد بن إدريس الشهير بالقرافي– ت: محمد حجي ط. دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى ١٩٩٤م ١٢٦/٨، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين – أبو محمد عبدالعزيز بن إبراهيم التميمي– ت: عبداللطيف زكاغ ط. دار ابن حزم الطبعة الأولى ٢٠١٠م ١٠٩٩/٢، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢٧٦/٢.

(٣) روضة الطالبين وعدة المفتين –أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي– ت: زهير الشاويش ط. المكتب الإسلامي الطبعة الثالثة ١٩٩١م ٩٩/٤، فتح العزيز بشرح الوجيز –عبدالكريم بن محمد الرافعي القزويني– ط. دار الفكر ١٤٢/١٠، خبايا الزوايا –بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي– ت: عبدالقادر عبدالله العاني ط. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الطبعة الأولى ١٩٨٢م ص٢٦٦، الحاوي الكبير ٢١١/٦، ٢١٢.

(٤) المغني ٥١١/٦.

(٥) شرح السنة للبغوي ١٨٤/٨.

(٦) المبسوط في فقه الإمامية ٢٠٦/٢.

القول الثالث: للمرتهن أن ينتفع بالمركوب والمحلوب إذا لم ينفق عليهما الراهن. ويكون الانتفاع في مقابل النفقة عليهما(١).

وهذا قول: الظاهرية(٢)، والأوزاعي والليث وأبو ثور(٣).

الأدلة

أدلة القول الأول القائل: بانتفاع المرتهن بالمرهون

استدلوا بالسنة والمعقول

أولاً: السنة

عن أبي هريرة –رضي الله عنه– قال: قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدّر يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب النفقة(٤).

وجه الدلالة: هذا الحديث فيه حجة لمن قال يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن إذا قام بمصلحته، ولو لم يأذن له المالك(٥)، حيث جعل النبي –

---

(١) وإن كان أصحاب هذا القول اختلفوا فيما بينهم، فذهب الظاهرية إلى أن انتفاع المرتهن بالمرهون يكون مقابل النفقة على الحيوان المرهون، سواء زادت النفقة على مقدار الانتفاع أو قلت.

أما الأوزاعي والليث وأبو ثور فذهبوا إلى أن الانتفاع في مقابل النفقة بلا زيادة،

(٢) المحلى بالآثار –أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم– ط. دار الفكر ٣٦٥/٦، ٣٦٦.

(٣) فتح الباري ٩٤/٨، شرح السنة للبغوي ١٨٣/٨.

(٤) سبق تخريجه عند ذكر أدلة القول الثاني القائل: بعدم اشتراط استدامة القبض.

(٥) فتح الباري ٩٣/٨.

صلى الله عليه وسلم- في هذا الحديث المنفعة في مقابل النفقة(١)، وهذا يتحقق في حق المرتهن لا الراهن.

مناقشة: هذا الحديث مجمل لم يبين فيه من الذي يركب ويشرب، فمن أين جاز لهم أن يجعلوه الراهن دون المرتهن؟ هذا لا يكون لأحد إلا بدليل يدله على ذلك إما من كتاب أو سنة أو إجماع(٢).

رد على المناقشة: قد دل الحديث بمنطوقه على إباحة الانتفاع في مقابلة الإنفاق، وهذا يختص بالمرتهن؛ لأن الحديث وإن كان مجملاً لكنه يختص بالمرتهن؛ لأن انتفاع الراهن بالمرهون لكونه مالك رقبته لا لكونه منفقاً عليه بخلاف المرتهن(٣).

ثانياً: المعقول

المالك للشئ هو الذي يتولى الإنفاق عليه، ولما كان الرهن تحت يد المرتهن فكان كالنائب عن المالك في النفقة على المرهون المركوب والمحلوب، وفي مقابل ذلك ينتفع بمقابل ما انفق، إن انفق بنية الرجوع(٤).

أدلة القول الثاني القائل: بعدم انتفاع المرتهن من الرهن بشئ

---

(١) المغني ٥١١/٦.

(٢) شرح معاني الآثار -أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي- ط. عالم الكتب الطبعة الأولى ١٩٩٤م ٩٨/٤ ح(٥٤٤٢).

(٣) فتح الباري ٩٣/٨.

(٤) منار السبيل ٣٤٢/١.

استدلوا بالسنة والمعقول

أولاً: السنة. قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: "لا يغلق الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه"(١).

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن نفقة المرهون واجبة على الراهن(٢)، والراهن له غنمه أي منافعه، وعليه غرمه أي نفقته(٣).

مناقشة

١–النص قد ورد بتحريم الأموال على غير من له فيها حق، فالرهن بلا شك حرام على كل من عدا الراهن، وللمرتهن فيه حق الارتهان، فدخل به في هذا العموم، وخرج منه من عداه بالنص الآخر(٤)، وهو الحديث السابق: الظهر يركب بنفقته.

٢–أصحاب القول الأول يقولون نحن نقول بهذا الحديث وهو "لا يغلق الرهن من راهنه...." والنماء للراهن، ولكن للمرتهن ولاية صرفه إلى نفقته لثبوت يده عليه، ولوجوب نفقة الحيوان، فهو كالنائب عن المالك في ذلك ومحله إن أنفق بنية الرجوع، وأما غير المحلوب والمركوب فليس للمرتهن أن ينفق عليه ويستخدمه بقدر نفقته(٥).

---

(١) سبق تخريجه عند ذكر أدلة القول الثاني القائل: بعدم اشتراط استدامة القبض.

(٢) روضة المستبين في شرح كتاب التلقين ١٠٩٩/٢

(٣) الجوهرة النيرة ٥٣٢/١.

(٤) المحلى بالآثار ٣٦٦/٦.

(٥) منار السبيل ٣٤٢/١.

ثانياً: المعقول

١-ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن؛ لأن حق المرتهن الحبس إلى أن يستوفى دينه دون الانتفاع، فليس له ذلك إلا بإذن الراهن(١).

٢-إن الرهن ملك للراهن فكانت نفقته عليه(٢).

أدلة القول الثالث القائل: بانتفاع المرتهن بالمركوب والمحلوب إذا لم ينفق عليهما الراهن.

استدلوا بالكتاب والسنة

أولاً: الكتاب

قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل"(٣).

وجه الدلالة: الشئ المرهون وكل ما ينتج عنه ملك للراهن وليس للمرتهن إلا حق قبض المرهون تحت يده. فإذا انتفع المرتهن بالمرهون فيكون من أكل أموال الناس بالباطل، أما إذا ضيع الراهن الشئ المرهون بعدم الإنفاق عليه، فالمرتهن إذن يحيي شئياً معدوماً لصاحبه، وانتفاعه يكون مقابل نفقته.

---

(١) بدائع الصنائع ١٤٦/٦، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٥٨٧/٢.

(٢) الجوهرة النيرة ٥٣٢/١.

(٣) سورة النساء من الآية رقم (٢٩).

ثانياً: السنة

عن أبي هريرة –رضي الله عنه– قال: قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدّر يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب النفقة(١).

وجه الدلالة: حملوا الحديث على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون، فيباح حينئذ للمرتهن الإنفاق على الحيوان، وله في مقابل نفقته الانتفاع بالركوب أو الشرب بشرط أن لا يزيد قدر ذلك أو قيمته على قدر علفه(٢).

مناقشة: نوقش وجه الدلالة بالحديث الذي ورد فيه المرتهن، عن أبي هريرة –رضي الله عنه– قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم–: إذا كانت الدآبة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب، وعلى الذي يشربه نفقته ويركب(٣).

---

(١) سبق تخريجه عند ذكر أدلة القول الثاني القائل: بعدم اشتراط استدامة القبض.

(٢) فتح الباري ٩٤/٨.

(٣) مسند الإمام أحمد –أبو عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال الشيباني– ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون ط. مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ٢٠٠١م ٢٣/١٢ ح(٧١٢٥)، سنن الدار قطني –علي بن عمر أبو الحسن الدار قطني– ت: السيد عبدالله هاشم ط. دار المعرفة ١٩٦٦م ٣٤/٣ ح(١٣٥) كتاب البيوع، شرح معاني الآثار للطحاوي ٩٩/٤ ح(٥٨٨٣) باب ركوب الرهن واستعماله وشرب لبنه، السنن الكبرى – أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي– ط. مجلس دائرة المعارف النظامية بالهند الطبعة الأولى ١٣٤٤ه ٣٩/٦ ح(١١٥٤١).

وجه الدلالة: قال الطحاوي: دل هذا الحديث أن المعنى بالركوب وشرب اللبن في الحديث هو المرتهن لا الراهن فجعل ذلك له وجُعلت النفقة عليه بدلاً مما يتعوض منه(١).

مناقشة: هذا الحديث محمول على أنه كان في وقت ما كان الربا مباحاً أي قبل تحريمه، ولم يُنه حينئذ عن القرض الذي يجر منفعة، ولا عن أخذ الشئ بالشئ، وإن كانا غير متساويين ثم حرم الربا بعد ذلك –أي أن هذا الحديث منسوخ– وحرم كل قرض جر نفعاً وأجمع أهل العلم أن نفقة الرهن على الراهن لا على المرتهن، وأنه ليس للمرتهن استعمال الرهن(٢).

رد على المناقشة: النسخ لا يثبت بالاحتمال، والتاريخ في هذا متعذر، والجمع بين الأحاديث ممكن(٣). فالجمع بينها أولى من إهمال أحدها.

وإذا انتفع المرتهن بالرهن باستخدام أو ركوب أو لبس أو استرضاع أو استغلال أو سكنى أو غيره حُسب من دينه بقدر ذلك. قال أحمد: يُوضع عن الراهن بقدر ذلك؛ لأن المنافع ملك الراهن، فإذا استوفاها فعليه قيمتها في ذمته للراهن فيتقاصّ القيمة وقدرها من الدين ويتساقطان(٤)

---

(١) شرح معاني الآثار ٩٩/٤.

(٢) شرح معاني الآثار ٩٩/٤.

(٣) فتح الباري ٩٤/٨.

(٤) المغني ٥١٣/٦.

القول الراجح هو القول الثالث القائل: بانتفاع المرتهن بالمركوب والمحلوب إذا لم ينفق عليهما الراهن، وهذا هو ما يمكن به الجمع بين الأدلة، حيث إن النبي –صلى الله عليه وسلم– بيّن أن الرهن لا يمنع من صاحبه، وكذلك من يركب ويشرب ينتفع بقدر نفقته، فإذا كان الراهن هو المراد، فلماذا ذكر النبي –صلى الله عليه وسلم– ذلك، والراهن هو صاحب الرهن، ويملك رقبته، وينتفع به ولا يستطيع أحد أن يمنعه من ذلك. ولكن ذكر النبي –صلى الله عليه وسلم– ذلك في الحديث لعلة ألا وهي انتفاع المرتهن بما تحت يده، فإذا أهمل صاحب الرهن رهنه بعدم الإنفاق عليه، فيجب على المرتهن أن ينفق عليه مقابل الانتفاع به، وذلك منعاً للتفويت الذي يصيب مال الراهن، وحفاظاً على حياة الحيوان، وإبقاء المالية فيه.

أما إذا كان المرهون يحتاج إلى مؤنة غير مركوب ومحلوب كالعبد والدار المنهدمة التي تحتاج إلى إصلاح، فهل يجوز للمرتهن الانتفاع بدون إذن الراهن؟

اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول: لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالمرهون.

ذهب إلى هذا القول: الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

استدلوا بالقياس فقالوا: القياس يقتضي أن لا ينتفع من الرهن بشئ، ولكن جاز للمرتهن الانتفاع به في المركوب والمحلوب للأثر، ففيما عداه يبقى على مقتضى القياس(٥).

---

(١) بدائع الصنائع ١٤٦/٦، الجوهرة النيرة ٥٣٢/١، ٥٣٣، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٣٣٣/٢، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٥٨٧/٢.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢٧٦/٢، روضة المستبين في شرح التلقين ١٠٩٩/٢.

(٣) روضة الطالبين وعمدة المفتين ٩٩/٤، فتح العزيز بشرح الوجيز ١٤٢/١٠، خبايا الزوايا ص٢٦٦.

(٤) المغني ٥١٢/٦، الإنصاف ٤٩٣/١٢، منار السبيل ٣٤٢/١، ٣٤٣.
وللحنابلة تفصيل: عندهم غير المركوب والمحلوب إما أن يكون حيواناً كالعبد أو الأمة أو غيره كالدار فظاه المذهب أنه لا يجوز الانتفاع بالحيوان، أما غيره كدار استهدمت لا يجوز الانتفاع بها بقدر النفقة.

(٥) الشرح الكبير ٤٣٩/٤، المغني ٥١٢/٦، منار السبيل ٣٤٣/١.

المطلب الثالث: أثر التفويت على عقد الرهن

الرهن وثيقة بدين حتى يتسنى للمرتهن استيفاء دينه كله أو بعضه من تلك العين. فإذا لم يتسلم الدائن دينه وماطله المدين فهذا فيه تفويت على الدائن؛ لأن المدين قد يؤخر سداد الدين، أو لا يدفعه، أو يدفع بعضه ويمتنع عن دفع الباقي، وفي كل الحالات السابقة وغيرها تفويت على الدائن، لذا شرع الإسلام الرهن حتى يحصل المرتهن على ضمان لاستيفاء حقه، فإذا ماطله الراهن استوفى حقه من الرهن.

وإذا تم عقد الرهن وقبضه المرتهن قد يكون هناك تفويت عليه، وذلك إذا تعيب الرهن، وقبضه المرتهن معيباً فخشى المرتهن إذا رد المرهون أن يضيع حقه، فليس أمامه إلا أن يحافظ على المرهون، وإذا فعل ذلك فليس له مع إمساكه أرش من أجل العيب(١). وكذلك يظهر من الصورة السابقة أن فيها تفويتاً على المرتهن إذا باع الرهن وهو لا يكفي بوفاء دينه كاملاً. أي أن التفويت في عقد الرهن أدى إلى نقص الحقوق أو ضياعها.

وقد يحدث تفويت على المرتهن إذا اشترط الراهن شرطاً أو أكثر ينافي مقتضى العقد نحو أن يشترط ألا يباع الرهن عند حلول الحق، أو لا يستوفى الدين من ثمنه، أو يباع الرهن بأي ثمن كان، أو أن لا يبيعه إلا بما يرضيه فهذه شروط فاسدة لمنافاتها مقتضى العقد(٢). وهذا بلا

---

(١) المغني ٥٠٢/٦.

(٢) المغني ٥٠٦/٦.

شك فيه تفويت على المرتهن؛ لأنه يؤدي إلى نقص الحقوق، أو ضياعها، أو عدم استيفائها، أو هلاكها.

ونلحظ وجود تفويت في حالة وضع المرهون تحت يد المرتهن، حيث يلحق الراهن تفويت، خاصة إذا كان الرهن ينتفع به كالعقارات والسيارات والآلآت وغيرهم، حيث إن الراهن يحرم من الانتفاع به مدة الرهن، ولكنه في الوقت ذاته فيه ضمان لحقوق المرتهن، وتمكينه من استيفاء حقه عند مماطلة الراهن. فإذا انتفع المرتهن ففيه تفويت على الراهن.

ويظهر التفويت جلياً عندما يستعير الراهن شيئاً ويرهنه، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنانير معلومة عند رجل سماه إلى وقت معلوم فَفِعل ذلك جائز. ومتى حلّ الحق فلم يقبضه المرتهن، فللمرتهن بيع الرهن، واستيفاء الدين من ثمنه، ويرجع المعير على الراهن بالضمان وهو قيمة العين المستعارة أو مثلها إن كانت من ذوات الأمثال. وإن تلف الرهن ضمنه الراهن بقيمته سواء تلف بتفريط أو غيره؛ لأن العارية مضمونة(١). وهذا فيه تفويت على المعير؛ لأنه قد يكون في حاجة إلى عاريته ولا يريد ثمنها وإنما يريد عينها. وفي حالة بيع الرهن لاستيفاء دين المرتهن، أو تلف المرهون فهذا فيه تفويت على المعير حيث إن عقد الرهن أدى إلى هلاك حقه أو عدم الانتفاع به.

---

(١) المغني ٤٦٢/٦، ٤٦٤.

إذن إذا حدث تفويت في عقد الرهن سواء من قِبل الراهن أو المرتهن، فإنه يؤثر في عقد الرهن بنقصان الحق أو ضياعه أو هلاكه لا إلى بطلان عقد الرهن، وربما أدى إلى بطلان عقد الرهن. وهذا التفويت بلا شك يؤثر على الراهن أو المرتهن سلباً لا إيجاباً.

المبحث الثالث

أثر التفويت في عقد الضمان

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد الضمان لغة وشرعاً

تقدم تعريف العقد، ونتناول تعريف الضمان

فالضمان لغة: يأتي على أكثر من معنى منها:

١-الالتزام يقال: ضمنته المال أي: ألزمته(١).

٢-الكفالة، يقال: ضمّنه إياه كفّله(٢).

أما الضمان شرعاً:

نجد أن الفقهاء عرفوا الضمان بالكفالة والكفالة بالضمان إلا الحنابلة ففصلوا بينهما فخصوا الضمان بالمال والكفالة بالبدن، والشافعية وإن فرق بعضهم بينهما إلا أنهم يقولون بأن معناهما واحداً غير أن العرف جار بأن الضمان مستعمل في الأموال، والكفالة في النفوس، وإن كان الضمان يصح بكل واحد منهما ويلزم(٣).

---

(١) المصباح المنير ٣٦٤/٢، القاموس المحيط ١٢١٢/١، المعجم الوجيز ص٣٨٣.

(٢) القاموس المحيط ١٢١٢/١، لسان العرب ٢٥٧/١٣، المعجم الوجيز ص٣٨٣.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٤٣١/٦.

والحنفية عندهم لا يعنونون في كتبهم بالضمان، وإنما بالكفالة، والكفالة بالمال قسم من أقسام الكفالة(١).

والمالكية عندهم الضمان بمعنى الكفالة: شغل ذمة أخرى بالحق(٢)، وتنقسم الكفالة إلى كفالة بالنفس والمال(٣).

وعند الشافعية الضمان: التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره(٤). يظهر من التعريف أن الضمان يشمل المال والبدن إلا أن العرف هو الذي فرق بين الضمان والكفالة.

أما الحنابلة فيفرقون بينهما ويقولون بأن الضمان هو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق(٥).

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار –علاء الدين الحصكفي – ت:عبدالمنعم خليل ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ٢٠٠٢م ص٤٥١.

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل –محمد بن يوسف بن أبي القاسم– ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٤م ٣٠/٧، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة –أبو محمد جلال الدين عبدالله بن نجم السعدي المالكي– ت: أ.د/حميد بن محمد ط. دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ٨١٤/٢، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢٩٥/٢.

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي –أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر– ط. دار الكتب العلمية الطبعة الثانية ١٩٩٢م ص٣٩٨، شرح التلقين ١٣٥/٣، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢٩٥/٢.

(٤) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ص٤٣٢.

(٥) الهداية على مذهب الإمام أحمد –محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلواذاني– ت: عبداللطيف هميم وآخرون ط. مؤسسة غراس للنشر والتوزيع الطبعة ==

يبدو من التعاريف السابقة وكلام الفقهاء عن الضمان والكفالة، أن الفقهاء في الجملة يطلقون الضمان على الكفالة والكفالة على الضمان، فكلاهما مرادف للآخر، وإن أرادوا التفريق بينهما فيخصون الضمان بالأموال والكفالة بالنفس. لذا نرى أنه لا مشاحة في الألفاظ، وأن المصطلحين إذا اجتمعا افترقا، وإذا افترقا اجتمعا. فإذا أطلق لفظ واحد فإنه يتناول الجميع، وإذا أطلق اللفظان فيكون الضمان خاصاً بالأموال، والكفالة بالأبدان.

وبناء على ما سبق يمكن تعريف عقد الضمان بأنه: تصرف يقصد به ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام حق.

أي أن هذا التعريف يكون خاصاً بضمان الأموال.

==

الأولى ٢٠٠٤م ص٢٦٤، المبدع شرح المقنع –إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح برهان الدين– ط. دار عالم الكتب ٢٠٠٣م ١٣٤/٤، المغني ٧١/٧.

المطلب الثاني: التفويت في عقد الضمان

الضمان من العقود التي يوثق بها الإنسان حقه، حيث إن الضامن يلتزم بما على غيره. فإذا قال: أنا ضامن ما لك على فلان، أو كفيل به، أو زعيم فقد صار ضامناً، وثبت الدين في ذمته، كما هو ثابت في ذمة المدين، ولن ينفك عن هذا الضمان إلا بالإبراء، أو سداد الدين سواء من جهته، أو من جهة المدين.

فإذا كان المضمون عنه مماطلاً، وأدى الضامن ما عليه من دين، وتأخر المضمون عنه في سداد الدين للضامن، أو أنه لم يسدد دينه كله، فهذا فيه تفويت على الضامن.

لذا حتى نتجنب ما يحدث من تفويت للضامن، فيعتبر معرفته لكل من المضمون عنه والمضمون له واجبة، ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أو لا؟ وليعرف المضمون له فيؤدي إليه؛ لأن عدم معرفة الضامن لهما يؤدي إلى تفويت في حالة عدم سداد المضمون عنه دينه، مع عدم معرفته له، وللمضمون له(١).

أما إذا ضمن الضامن مع جهالته للمال المضمون به، فهل يقع الضمان صحيحاً أم لا؟ اختلف الفقهاء على قولين:

---

(١) الجوهرة النيرة ٦٦٠/١، الحاوي الكبير للماوردي ٤٣٣/٦، المغني ٧٢/٧.

القول الأول: صحة ضمان المجهول.

ذهب إلى هذا القول: الحنفية(١)، والمالكية(٢)، وقول الشافعي في القديم(٣)، والحنابلة(٤)، والزيدية(٥).

---

(١) البناية شرح الهداية-بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى العيني- ط. دار الكتب العلمية ٢٠٠٠م ٤٣٦/٨، البحر الرائق شرح كنز الدقائق -أبو البركات عبدالله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي- ت: زكريا عميرات ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٧م ٣٦١/٦، التجريد ٢٩٩٦/٦، الجوهرة النيرة ٦٥٩/١، ٦٦٠.

(٢) التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب- خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين المالكي- ت: د/أحمد بن عبدالكريم نجيب ط. مركز نجيبويه للمخطوطات الطبعة الأولى ٢٠٠٨م ٣٢٠/٦، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٣/٣، شرح التلقين ١٥٢/٣، عيون المسائل ص٥٥١، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ٨١٧/٢، المعونة على مذهب عالم المدينة -أبو محمد عبدالوهاب بن علي بن نصر البغدادي- ت: حميش عبدالحق ط. المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز ١٢٣٥/١.

(٣) المجموع شرح المهذب -تكملة السبكي- ط. دار الفكر ١٩/١٤، حاشيتا قليوبي وعميرة - مع شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين- أحمد سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة ط. ١٩٩٥م ٤٠٧/٢.

(٤) الشرح الكبير -عبدالرحمن بن قدامة المقدسي- ط. دار الكتاب العربي ٨٠/٥، عمدة الطالب لنيل المآرب -منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي- ت: مطلق بن جاسر ط. مؤسسة الجديد النافع الكويت الطبعة الأولى ٢٠١٠م ص١٤٩، المغني ٧٢/٧، ٧٣، الروض المربع شرح زاد المستقنع ص٢٤٤، منار السبيل في شرح الدليل ٣٤٧/١.

(٥) البحر الزخار ٣٩٥/١٣.

القول الثاني: لا يصح ضمان المجهول

هذا هو قول: الشافعي في الجديد(١)، وقول الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن المنذر(٢)، والإمامية(٣).

الأدلة

أدلة القول الأول القائل: بصحة ضمان المجهول

استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول

أولاً: الكتاب

قوله تعالى: "ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم"(٤).

وجه الدلالة: تكفل المنادي لمن يأتي بصواع الملك بأنه يعطيه حمل بعير، وحمل البعير غير معلوم، فصح ضمان المجهول.

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي –أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي– ط. دار الكتب العلمية ١٤٩/٢، الحاوي الكبير للماوردي ٤٥١/٦، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ص٤٣٥، المجموع شرح المهذب ١٩/١٤، حاشيتا قليوبي وعميرة ٤٠٧/٢، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية –زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري– ط. المطبعة الميمنية ١٥٤/٣.

(٢) المجموع شرح المهذب ١٩/١٤، البناية شرح الهداية ٤٣٧/٨، عيون المسائل ص٥٥١.

(٣) المبسوط في فقه الإمامية ٣٣٤/٢.

(٤) سورة يوسف من الآية رقم (٧٢).

مناقشة: حمل البعير كان معيناً معلوماً عندهم كالوسق مثلاً فصح ضمانه(١).

رد على المناقشة: هذا كلام ليس عليه دليل يدل عليه. وإنما كل بعير يختلف عن الآخر فقد يزيد وقد ينقص(٢).

ثانياً: السنة

قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: الزعيم غارم(٣).

وجه الدلالة: هذا الحديث عام فمن ضمن دين أحد لزمه أداء ذلك الدين بلا فرق بين معلوم ومجهول(٤).

---

(١) التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج –د/ وهبة بن مصطفى الزحيلي– ط. دار الفكر الطبعة الثانية ١٤١٨ه ٣٤/١٣.

(٢) التجريد ٢٩٩٦/٦، المغني ٧٣/٧.

(٣) صحيح: أخرجه سنن الترمذي ٥٦٥/٣ ح(١٢٦٥)،(٢١٢٠) وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، سنن أبي داود –أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ط. دار الكتاب العربي ٣٢١/٣ ح(٣٥٦٧) باب في تضمين العارية، سنن ابن ماجه ٨٠٤/٢ ح(٢٤٠٥)، مسند الإمام أحمد ٦٣٣/٣٦ ح(٢٢٢٩٥)، الفوائد –أبو القاسم تمام بن محمد بن عبدالله بن جعفر البجلي الرازي – ت:قحمدي عبدالمجيد ط. مكتبة الرشد الطبعة الأولى ١٤١٢ه ١٦٦/١ ح(٣٨٤).

(٤) المفاتيح في شرح المصابيح –الحسين بن محمود بن الحسن المظهري– ط. دار النوادر الطبعة الأولى ٢٠١٢م ٤٨٩/٣ ح(٢١٧٧).

ثالثاً: المعقول

١-الضمان عقد إرفاق فجاز في المعلوم والمجهول كالعتق والهبة(١).

٢-الضمان التزام حق في الذمة من غير معاوضة، فصح في المجهول كالنذر والإقرار(٢).

٣-مبنى الكفالة بالمال على التوسع؛ لأنها تبرع ابتداء فلا يمنع صحتها الجهالة(٣).

أدلة القول الثاني القائل: بعدم صحة ضمان المجهول

استدلوا بالقياس فقالوا:

الضمان إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي فلم يجز مع الجهالة كالثمن في البيع(٤).

مناقشة: هذا قياس مع الفارق؛ لأن الضمان عقد تبرع وإرفاق، أما البيع فعقد معاوضة فكيف نقيس هذا على ذاك؟

الراجح هو القول الأول القائل: بصحة ضمان المجهول؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارضة، وهذا هو ما يتفق مع مفهوم الضمان.

---

(١) الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٣/٣.

(٢) المغني ٧٣/٧، الشرح الكبير ٨٠/٥، ٨١.

(٣) البناية شرح الهداية ٤٣٦/٨، الجوهرة النيرة ٦٥٩/١.

(٤) المهذب في فقه الإمام الشافعي ١٤٩/٢، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ص٤٣٥، الحاوي الكبير للماوردي ٤٥١/٦.

وكذلك التفويت نتصوره إذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئاً حتى يوفى منه دينه وله ضامن، فإن الضامن يسدد ما عليه من دين؛ لأن الضامن غارم، وهذا بلا شك فيه تفويت عليه. أما إذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك وفاءً، ولم يضمنه أحد، ففي صحة ضمان دينه بعد موته خلاف بين الفقهاء على قولين:

القول الأول: جواز الضمان عن الميت.

ذهب إلى هذا القول: أبو يوسف ومحمد من الحنفية(١)،ومذهب المالكية(٢)،

---

(١) مختصر القدوري في الفقه الحنفي –أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر أبو الحسين القدوري– ت: كامل محمد محمد ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٧م ص١١٩، شرح فتح القدير –كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي– ط. دار الفكر ٢٠٤/٧، مجمع الضمانات –أبو محمد غانم بن محمد البغدادي– ط. دار الكتاب الإسلامي ص٢٧٥، الجوهرة النيرة ٦٦٥/١.

(٢) جامع الأمهات –عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب الكردي– ت: أبو عبدالرحمن الأخضر ط. اليمامة الطبعة الثانية ٢٠٠٠م ص٣٩١، شرح مختصر خليل –محمد بن عبدالله الخرشي المالكي– ط. دار الفكر ٢٣/٦، الذخيرة –أبوالعباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن المعروف بالقرافي– ت: محمد بو خبزة ط. دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى ١٩٩٤م ٢٠٤/٩، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٤/٣، الإفصاح عن معاني الصحاح – عون الدين أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي– ت: د/ محمد يعقوب طالب ط. مركز فجر المكتبة الإسلامية ٢٠٥/٢، المعونة على مذهب عالم المدينة ص١٢٣٣.

والشافعية(١)، والحنابلة(٢)، والإباضية(٣)، والإمامية(٤).

القول الثاني: لا يصح الضمان عن الميت.

وهذا قول: أبي حنيفة، والثوري(٥).

---

(١) أسنى المطالب في شرح روض الطالب –زكريا الأنصاري– ت: محمد محمد تامر ط. دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى ٢٠٠٠م ٢٣٦/٢، فتح العزيز بشرح الوجيز ٣٥٨/١٠، البيان في مذهب الإمام الشافعي –أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي– ت: قاسم محمد النوري ط. دار المنهاج الطبعة الأولى ٢٠٠٠م ٣٠٦/٦، روضة الطالبين وعمدة المفتين ٢٤٠/٤، نهاية المطلب في دراية المذهب –عبدالملك بن عبدالله بن يوسف أبوالمعالي الجويني– ت: عبدالعظيم محمود الديب ط. دار المنهاج الطبعة الأولى ٢٠٠٧م ٤٥٧/١٦، الحاوي الكبير للماوردي ٤٥٤/٦.

(٢) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ١٤٩/٥، الكافي في فقه الإمام أحمد – أبو محمد موفق الدين بن عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي– ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٤م ١٢٩/٢، الشرح الكبير ٨/١٣، ٩، المغني ٨٦/٧.
الإمام أحمد له روايتان في صحة الضمان عن الميت إحداهما: يجوز الضمان ويبرأ الميت بمجرد الضمان، والثانية: يصح الضمان ولا يبرأ الميت إلا بالأداء.

(٣) شرح النيل وشفاء العليل ٣٦٧/١٧.

(٤) المبسوط في فقه الإمامية ٣٣٤/٢.

(٥) مختصر القدوري في الفقه الحنفي ص١١٩، مجمع الضمانات ص٢٧٥، شرح فتح القدير ٢٠٤/٧، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٣٠٦/٦، الجوهرة النيرة في فروع الحنفية ٦٦٥/١.

الأدلة

أدلة القول الأول القائل: بصحة الضمان عن الميت

استدلوا بأدلة من السنة والمعقول

أولاً: السنة

١-قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: الزعيم غارم(١).

وجه الدلالة: دل الحديث بعمومه على أن الضامن يتحمل ما ضمنه سواء كان علي حي أو ميت.

٢-عن جابر -رضي الله عنه- قال: مات رجل منا فغسلناه وكفناه وحنطناه، ووضعناه لرسول الله -صلى الله عليه وسلم- حيث توضع الجنائز عند مقام جبريل ثم آذنّا رسول الله -صلى الله عليه وسلم- بالصلاة عليه، فجاء معنا خطى، ثم قال: لعل على صاحبكم ديناً، قالوا: نعم ديناران فتخلف، فقال له رجل منا يقال له أبو قتادة: يا رسول الله، هما علي، فجعل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: هما عليك وفي مالك والميت برئ، فقال نعم فصلى عليه، فجعل رسول الله- صلى الله عليه وسلم- إذا لقى أبا قتادة يقول: ما صنعت الديناران؟ حتى كان

(١) سبق تخريجه عند أدلة أصحاب القول الأول القائل: بصحة ضمان المجهول.

آخر ذلك قال: قد قضيتهما يا رسول الله، قال: الآن حين ردت عليه جلده(١).

وجه الدلالة: هذا الحديث دل على أنه يجوز الضمان عن دين الميت، وللمضمون له مطالبة الضامن. ودلّ أيضاً على أن الضمان لم يبرّئ الذي هو عليه منه بوجوبه على الضامن؛ لأن النبي -صلى الله عليه وسلم- أخبر في هذا الحديث أن جلد الميت إنما بَرَد بأداء الضامن الدين لا بضمانه عن ربه(٢)

ثانياً: القياس

قيس ضمان دين الميت على ضمان دين الحي والموسر، فكل من صح ضمان دينه مع يساره صح ضمان دينه مع إعساره كالحي، وكل من صح ضمان دينه إذا كان حياً صح ضمان دينه إذا كان ميتاً كالموسر(٣).

---

(١) المستدرك على الصحيحين ٦٦/٢ ح(٢٣٤٦) وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي واللفظ له، مسند الإمام أحمد بن حنبل ٤٠٥/٢٢ ح(١٤٥٣٦)، السنن الكبرى -أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبوبكر البيهقي- ١٢٢/٦ ح(١١٤٠١)، سنن الدار قطني ٥٤/٤ ح(٣٠٨٤).

(٢) شرح مشكل الآثار -أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة المعروف بالطحاوي- ت: شعيب الأرنؤوط ط. مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ١٩٩٤م ٣٣٤/١٠.

(٣) المعونة على مذهب عالم المدينة ص١٢٣٣، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٤/٣، الحاوي الكبير للماوردي ٤٥٥/٦، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٣٠٦/٦.

ثالثاً: المعقول

الميت كفل بدين ثابت؛ لأن الدين وجب في حياته لحق الطالب وهو باق ولم يوجد المسقط وهو الأداء أو الإبراء أو انفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شئ من ذلك، ويدل على بقائه كونه يطالب به في الآخرة، ولو تبرع به إنسان جاز الطالب منه، ولو سقط بالموت ما حلّ له أخذه(١).

أدلة القول الثاني القائل: بعدم صحة الضمان عن الميت

استدلوا بالمعقول فقالوا:

الضمان عن دين الميت كفل بدين ساقط في حكم الدنيا لا مطلقاً، والكفالة من أحكام الدنيا؛ لأنها توثق ليأخذه فيها لا في الآخرة(٢).

مناقشة: نرد على هذا الدليل من وجهين(٣):

أحدهما: إن دين الميت لا يسقط بإعساره، وذلك لقوله –صلى الله عليه وسلم–: "نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يُقضى عنه"(٤)، فهذا الحديث عام يتناول الحي والميت.

---

(١) شرح فتح القدير ٢٠٤/٧.

(٢) شرح فتح القدير ٢٠٤/٧.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٤٥٤/٦.

(٤) صحيح: سنن الترمذي ٣٨١/٣ ح(١٠٧٩) وقال: هذا حديث حسن، سنن ابن ماجه ٨٠٦/٢ ح(٢٤١٣)، شرح السنة للبغوي ٢٠٢/٨ ح(٢١٤٧) وقال: هذا حديث حسن، ==

والثاني: جواز ضمان دينه مع إعساره؛ لأن من أُخذت ديونه من ماله لم تسقط عنه بإعساره كالحي، ولأن من لزمه الدين إذا كان حياً لزمه إذا كان ميتاً كالموسر؛ ولأن موت المعسر مؤثر في تأخير الحق، فلم يمنع من ثبوته كإعسار الحي.

الراجح هو القول الأول القائل: بصحة ضمان دين الميت، حتى لا يفوت على الدائن ماله، وذلك لقوة أدلة أصحاب هذا القول، ووضوحها في صحة الضمان عن الميت.

==

صحيح ابن حبان ٣٣١/٧ ح(٣٠٦١)، المستدرك على الصحيحين للحاكم ٣٢/٢ ح(٢٢١٩) وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، السنن الكبرى للبيهقي ١٠١/٤ ح(٧١٠٠).

المطلب الثالث: أثر التفويت على عقد الضمان

بينت الشريعة الإسلامية أن حفظ الأموال من الضروريات الخمس، ومقصد من مقاصدها التي جاءت لصيانتها.

والضمان وثيقة بالحق كالرهن، فكلاهما يتوصل بهما الإنسان إلى حقه عن طريق الوثيقة، حيث إن الضامن قد شغل ذمته بوفاء دين على غيره في حالة عجزه عن الوفاء. والضمان وإن لم يكن شرطاً من شروط مقتضى العقد، فهو شرط ملائم للعقد محقق لما شُرع له وهو ضمان الوصول للحق، وفي هذا تيسير لعقود الناس، وتسهيل لمداياناتهم التي يحتاجون إليها في حياتهم ومعاشهم، ورفع لخوف الدائن على ماله من الضياع في حال غياب الغريم، أو عجزه عن السداد لأي سبب من الأسباب، ودفع لخوف المدين على نفسه من العجز عن الوفاء بما أقدم على أخذه مداينة(١).

ولكن إذا قام الضامن بسداد ما على المضمون عنه من دين، فيكون بفعله قد فوّت على نفسه جزاءً من أمواله قد يحصل عليها، وقد لا يحصل عليها على حسب عسر المدين أو مماطلته من عدمها، أو أكله لأموال الناس بالباطل، أو سداده لدينه.

وإذا وقع تفويت في عقد الضمان فإنه يترتب عليه ضرر يلحق الضامن قد يصل إلى ضياع ماله كله، وذلك إذا كان الدين الذي سدده عن

---

(١) مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية –د/عز الدين بن زغيبة– ط. مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث الطبعة الأولى ٢٠٠١م ص٢٤٦.

المضمون عنه كل ما يملكه، ولم يسدده المضمون عنه. وقد يلحق الضرر المضمون له، وذلك إذا ماطل الكفيل والأصيل ولم يسددا الدين، فهذا يترتب عليه تفويت يلحق المضمون له، على حسب المال الفائت.

وينبغي للضامن حتى لا يقع تفويت في مال المضمون له، أن يكون قادراً على الوفاء بدين المضمون عنه في حالة عجزه، فإن لم يكن قادراً فلا يضمن حتى لا يقع التفويت في مال الدائن في حالة عدم الوفاء من الأصيل.

ومما ينبغي الإشارة إليه أنه إذا كان هناك تفويت في عقد الضمان، فلا يؤدي هذا إلى بطلانه أو إنهائه. فلو ماطل المدين أو هرب أو عجز عن الوفاء، وأدى الضامن ما عليه، فقد لحقه تفويت، وهذا التفويت لا يفسد عقد الضمان، بل للضامن أن يعود على المدين بما تحمله عنه مهما طالت مدة عجزه عن الوفاء إلا إذا أبرأه الضامن.

وكذلك إذا لحق المضمون له تفويت في حالة عدم الوفاء كلياً أو جزئياً من الضامن والأصيل، فلا يؤدي ذلك إلى بطلان عقد الضمان أو إنهائه، بل يزال قائماً حتى لو مات الضامن، فإنه مطالب بالوفاء بما التزم به من تركته؛ لأنه ربما لولا ضمان هذا الضامن ما رضي الدائن بمداينة هذا المدين.

فإذا لم يوف الأصيل والضامن ما عليهما في الدنيا، فالوفاء في الآخرة.

المبحث الثالث

أثر التفويت في عقد الكفالة

ويحتوي على ثلاثة مطالب

المطلب الأول: تعريف عقد الكفالة لغة وشرعاً

تقدم تعريف العقد، ونتناول تعريف الكفالة

فالكفالة لغة: الضمان. يقال: كفل المال، وكفل بالمال: ضمنه، وكفل الرجل يكفل: ضمنه(١).

أما الكفالة شرعا:

فعند الحنفية: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً(٢). أي أن الكفالة تضم المال والنفس.

وعند المالكية: الكفالة بمعنى الضمان: شغل ذمة أخرى بالحق كما سبق(٣)، والكفالة إما أن تكون بالنفس أو بالمال.

---

(١) لسان العرب ٥٩٠/١١، تاج العروس ٣٣٥/٣٠، القاموس المحيط ١٠٥٣/١.

(٢) كنز الدقاق –أبو البركات عبدالله بن أحمد بن محمود النسفي– ت: سائد بكداش ط. دار البشائر الإسلامية الطبعة الأولى ٢٠١١م ص٤٤٨، الهداية شرح بداية المبتدي ٨٧/٣، تنوير الأبصار وجامع البحار –شمس الدين محمد بن محمد التمرتاشي– مطبوع مع الدر المختار للحصكفي ص٤٥١.

(٣) سبق في تعريف الضمان عند المالكية

وعند الشافعية كما سبق فإن تعريف الضمان تضمن الكفالة حيث إن الكفالة هي اسم لضمان الإحضار دون المال(١). ولكن التفرقة من ناحية العرف كما سبق(٢).

وعند الحنابلة الكفالة هي: التزام إحضار المكفول به(٣). أي أن الكفالة تختص بالبدن.

وبناء على التعاريف السابقة يمكن تعريف عقد الكفالة بأنه: التزام يقصد به إحضار المكفول عنه إلى المكفول له.

وكما يبدو مما سبق في تعريف الضمان والكفالة أنهما إذا اجتمعا افترقا وإذا افترقا اجتمعا. وصيغة العقد في الحقيقة توضح ما إذا كان المراد عقد الكفالة أو الضمان، فإذا كان يتعلق بالمال، كان عقد ضمان، أما إذا كان يتعلق بالنفس كان عقد كفالة، ولا مشاحة في الاصطلاح.

---

(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ص٤٣٦

(٢) سبق في تعريف الضمان

(٣) الممتع في شرح المقنع ٥٩٢/٢.

المطلب الثاني: التفويت في عقد الكفالة

عقد الكفالة من عقود التوثيق التي تحقق مصلحة لكل من الدائن والمدين، فمصلحة الدائن تكمن في استطاعته مطالبة الكفيل بما اتفق عليه عند عجز المدين عن الوفاء، ومصلحة المدين في عقد الكفالة تكون في حال إرادته بث الثقة والطمأنية عند البائع.

والشريعة الإسلامية دائماً تنحو إلى قطع النزاع والخصومة بين العاقدين، وذلك عن طريق التشريع الذي يدعو إلى تيسير وتسهيل المعاملات بين الناس.

فقد يمتنع البائع من البيع، والمقرض من القرض إلا بكفيل يضمن إحضار المدين حتى لا يفوت عليه ماله.

وقد يحدث تفويت على المكفول له في حالة تعذر إحضار الكفيل المكفول، وإذا حُبس الكفيل في حال عدم إحضاره للمكفول ففيه تفويت على الكفيل، وإذا وفى الدين وهو غير كفيل به، ففيه تفويت عليه لأنه كفيل بالبدن.

قال في الإقناع: ....ثم إن مضت المدة المذكورة ولم يحضره حُبس، إلا أن يتعذر إحضار المكفول بموت أو غيره أو يوفى الدين، فإن وفاه ثم حضر المكفول قال الأسنوي: فالمتجه أن له الاسترداد ولا يطالب كفيل بمال ولا عقوبة، وإن فات التسليم بموت أو غيره لأنه لم يلتزمه(١). أما إذا مات المكفول قبل وقت التسليم فقد برئ الكفيل من الكفالة، وقال في

(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ص٤٣٦.

الإفصاح: هذا إجماع(١)؛ لأنه لم يكن منه تفريط في إحضاره ولا فيمن تكفل به، والكفالة بالنفس ما هي إلا إحضار البدن، فلا يضمن الحق إلا بتفريط(٢).

ولكن هل يتحمل الكفيل ما على المكفول من دين أم لا؟. وإذا تحمل ما عليه من دين فهذا فيه تفويت عليه، وإذا تعذر على الكفيل إحضار المكفول مع حياته، أو امتنع الكفيل من إحضاره فإن المكفول له يلحقه تفويت.

وقد اختلف الفقهاء في تحميل الكفيل ما على المكفول بالبدن من دين إذا لم يأت بما عليه على قولين:

---

(١) الإفصاح عن معاني الصحاح ٢٠٩/٢، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٥/٣.

إلا أن الماوردي في الحاوي الكبير ذكر أن أبا العباس بن سريج ذهب إلى أن موت المكفول به يوجب على الكفيل غرم الدين، ولذلك اشترط معرفة الكفيل مقدار الدين الذي على المكفول به، وذلك حتى يعلم الكفيل هل يستطيع سداد الدين عند تعذر استيفائه من المكفول أم لا؟.

وفي الحقيقة مذهب الجمهور هو الراجح خلافاً لأبي العباس بن سريج؛ لأن ما اتفق عليه الطرفان كفالة النفس ليس إلا، فكيف نحمّل الكفيل ما لم يتفق عليه، فإذا حملناه فهذا فيه إخلال بشروط العقد، وإذا قلنا بتحميله الدين الذي على المكفول، فهذا فيه تفويت على الكفيل.

يراجع: الحاوي الكبير للماوردي ٤٦٤/٦، كتاب التنبيه في الفقه الشافعي –أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي– ط. عالم الكتب الطبعة الأولى ١٩٨٣م ص١٠٧.

(٢) الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٥/٣.

القول الأول: يضمن الكفيل ما على المكفول بالبدن من دين في حالة عدم سداده.

ذهب إلى هذا القول: المالكية(١)، والحنابلة(٢).

القول الثاني: الكفيل يضمن المكفول بالبدن فقط دون المال.

ذهب إلى هذا القول: الحنفية(٣)، والشافعية(٤).

---

(١) المدونة الكبرى –مالك بن أنس– ت: زكريا عميرات ط. دار الكتب العلمية بيروت ٩٦/٤، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل –شمس الدين أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب– ط. دار الفكر الطبعة الثالثة ١٩٩٢م ١٠٤/٥، ، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٥/٣.

(٢) نيل المآرب بشرح دليل الطالب ٣٨١/١، كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات –عبدالرحمن بن عبدالله البعلي الحنبلي– ت: محمد بن ناصر العجمي ط. دار البشائر الإسلامية ٢٠٠٢م ٤٢٤/١، منار السبيل ٣٤٩/١، المغني ٩٧/٧.

(٣) الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان– الشيخ نظام– ط. دار الفكر ١٩٩١م ٢٥٨/٣، اللباب في شرح الكتاب –عبدالغني الغنيمي الدمشقي الميداني– ت: محمود أمين النواوي ط. دار الكتاب العربي ص٢٠٩، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ١٢٦/٢، مجمع الضمانات ص٢٦٥، الجوهرة النيرة ٦٥٧/١، مختصر القدوري ص١١٨.

(٤) البيان في مذهب الإمام الشافعي ٣٤٨/٦، كتاب التنبيه في الفقه الشافعي ص١٠٧، الحاوي الكبير للماوردي ٤٦٥/٦، منهاج الطالبين وعمدة المفتين ص٢٦٧، المجموع شرح المهذب ٤٩/١٤.

الأدلة

أدلة القول الأول القائل: بضمان الكفيل دين ما على المكفول بالبدن.

استدلوا بالسنة والمعقول

أولاً: السنة

قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: "الزعيم غارم"(١).

وجه الدلالة: يدل هذا الحديث بعمومه على أن الكفيل سواء كان بالمال أو بالبدن غارم.

مناقشة: الكفالة بالبدن تخرج من هذا بالشرط والاتفاق، وقال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: "المسلمون عند شروطهم"(٢). ففي حالة الضمان ضمن الكفيل بالمال، وفي حالة الكفالة بالبدن ضمن كفالة البدن فقط.

---

(١) سبق تخريجه عند أدلة أصحاب القول الأول القائل بصحة ضمان المجهول.

(٢) حسن: أخرجه الدار قطني في سننه ٤٢٧/٣ ح(٢٨٩٢) ،(٢٨٩٣) تحقيق: شعيب الأرنؤوط وغيره ط. مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ٢٠٠٤م، والبيهقي في سننه الكبرى ٧٩/٦ ح(١١٧٦٢)، والحاكم في المستدرك ٤٩/٢ كتاب البيوع، والطبراني في المعجم الكبير ٢٧٣/٤ ح(٤٤٠٤).

وهذا الحديث فيه حكيم بن جبير وهو متروك. وقال أبو زرعة: محله الصدق إن شاء الله .

يراجع: مجمع الفوائد ومنبع الزوائد –نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي – ٣٧١/٤ ح(٧٠٦١) باب الشروط ط. دار الفكر ١٤١٢ه.

ثانياً: المعقول

الكفالة بالبدن أحد نوعي الكفالة فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال(١).

مناقشة: الغرم بالمال على حسب الاتفاق، فإذا لم يفرض الكفيل على نفسه الغرم بالمال فكيف أفرضه عليه؟.

أدلة القول الثاني القائل: بأن الكفيل يضمن الكفالة بالبدن فقط

استدلوا بالمعقول فقالوا:

الذي لزم الكفيل هو حضور المكفول عنه فقط، وإن لم يحضره وهو يقدر على إحضاره ألزمه الحاكم بذلك، فإن أحضره وإلا حبسه؛ لأن الحضور توجه عليه(٢).

الراجح هو القول الثاني القائل: بأن الكفيل لا يضمن إلا ما اتفق عليه وهو احضار البدن لا المال كما قال النبي –صلى الله عليه وسلم–: المسلمون عند شروطهم" وهذا هو ما تم الاتفاق عليه. ولا ألزمه بما لم يتفق عليه، وقال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"، وإذا أحضر الكفيل المكفول عنه فقد التزم بعقده، فلا يتحمل زيادة عليه إلا برضاه.

---

(١) المغني ٩٧/٧.

(٢) الجوهرة النيرة ٦٥٧/١.

المطلب الثالث: أثر التفويت على عقد الكفالة

عقد الكفالة يرتب التزاماً في ذمة الكفيل محله بدن المكفول عنه. فإن التزم الكفيل بإحضار المكفول عنه أو تسليمه في وقت معين، فالكفيل يجبر على ما التزم به من إحضاره وتسليمه للمكفول له في الوقت المحدد.

فإذا لم يوف الكفيل ويحضر المكفول عنه للمكفول له في الوقت المحدد، فللحاكم حبس الكفيل، والحبس للكفيل فيه تفويت عليه. فإذا كان يعمل فقد فوّت المكفول عنه على الكفيل مالاً، وذلك في مقابل الأيام التي لم يعمل فيها وهو محبوس، وكذلك أساء إلى سمعته.

وإذا أدى الكفيل ما على المكفول عنه من مال حتى يفدي نفسه من الحبس والإساءة، فهذا فيه تفويت أيضاً على الكفيل حيث ضيّع ماله، وقد يكون هذا المال الذي دفعه هو كل ما يملكه، والمدين لم يعط له شيئاً فهذا فيه تفويت كبير عليه.

أما إذا مات المكفول عنه قبل وقت التسليم، فهذا فيه تفويت على المكفول له بضياع ماله، أو بعضه إذا تعذر عليه أخذ دينه من تركته؛ لأن الكفيل برئ من الكفالة وقتئذ لعجزه عن إحضاره بسبب خارج عن إرادته ألا وهو الموت.

وعلى الرغم من هذا التفويت الذي قد يحدث في عقد الكفالة إلا أنه لا يؤدي إلى بطلان عقد الكفالة أو إنهائه؛ لأن الدائن ما رضي أن يداين المدين إلا عندما تكفل الكفيل بهذا الإنسان.

المبحث الخامس

أثر التفويت في عقد الحوالة

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد الحوالة لغة وشرعاً

تقدم تعريف العقد، ونتناول تعريف الحوالة

فالحوالة لغة: مأخوذة من أحال الشئ أي تحول من حال إلى حال، وحوّل فلان دينه نقله إلى غيره(١).

فالمعنى اللغوي للحوالة يدور حول نقل الشئ إلى الغير، أو تحول من حال إلى حال.

أما الحوالة شرعاً:

عند الحنفية: عبارة عن تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به(٢).

وعند المالكية: تحول الدين من ذمة إلى ذمة تبرأ بها الأولى(٣).

وعند الشافعية: عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة(١).

---

(١) تاج العروس ٣٦٦/٢٨، لسان العرب ٢٩/٨، ٣٠، المعجم الوجيز ص١٧٩.

(٢) الجوهرة النيرة ٦٦٦/١.

(٣) التاج والإكليل لمختصر خليل ٢١/٧.

وعند الحنابلة: نقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه(٢).

يبدو مما سبق أن التعريف اللغوي والشرعي للحوالة يدوران حول معنى واحد ألا وهو: تحول الشئ من ذمة إلى أخرى.

وبالنظر في تعاريف الفقهاء السابقة تبيّن أن تعريف الحنفية أدق وأنسب التعاريف لموضوعنا؛ لأنه بيّن أن الحوالة من عقود التوثيق.

وبناء على ذلك يمكن تعريف عقد الحوالة بأنه: التزام بمقتضاه يتم تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به.

==

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج –شهاب الدين الرملي– ط. دار الفكر ١٩٨٤م ٤٢١/٤، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ٢٣٠/٢.

(٢) الهداية على مذهب الإمام احمد ص٢٦٣، منار السبيل في شرح الدليل ٣٥١/١.

المطلب الثاني: التفويت في عقد الحوالة

عقد الحوالة من العقود المالية التي لها أهمية بالغة في المعاملات التجارية وغيرها؛ لأن الغاية منها استيفاء الحقوق.

والحوالة فيها إرفاق بالناس وتعاون على قضاء حوائجهم، وتسديد ديونهم، وكما هو معلوم فإن ذمم الناس متفاوتة في المطل والعسر وحسن القضاء. وكل إنسان يريد أن يطمئن على أمواله وقضائها إذا كانت ديناً في الذمم، فشرعت الحوالة حفاظاً على الأموال وتيسيراً لحسن القضاء والأداء حتى لا يوجد تفويت على المحيل أو المحال فيؤدي إلى ضياع كل المال أو بعضه.

وحتى تتم الحوالة فيشترط رضا المحيل بلا خلاف(١)؛ لأن الدين عليه، فأما المحال عليه فهل يعتبر رضاه أم لا؟. فإذا قلنا يعتبر رضاه، ففي حالة عدم رضاه لا تجوز الحوالة، وفي حالة عدم الحوالة مع مماطلة المحيل وعدم سداد ما عليه، فينال المحيل تفويت في أمواله، لذا نتناول أقوال الفقهاء في رضا المحال عليه حتى نعلم هل رضاه يكون سبباً في التفويت أم لا؟.

وقد اختلف الفقهاء في رضا المحال عليه على قولين:

القول الأول: لا يعتبر رضاه .

---

(١) المغني ٦٠/٧.

وهذا هو: مذهب المالكية(١)، والأصح عند الشافعية(٢)، ومذهب الحنابلة(٣)، والزيدية(٤).

القول الثاني: يعتبر رضاه.

وهذا هو: مذهب الحنفية(٥)، وقول للشافعية(٦)، وشريح، وعثمان البتي(٧)، والإباضية(٨)، والإمامية(٩).

---

(١) الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٥٧/٣، المعونة على مذهب عالم المدينة ١٢٢٩/١، الإفصاح لابن هبيرة ٢٠٠/٢، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢٩٩/٢، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب ٢٧٦/٦.

(٢) منهاج الطالبين وعمدة الطالبين ٤١٨/٦، الحاوي الكبير ٤١٨/٦، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ٢٣٠/٢.

(٣) الفروع –محمد بن مفلح بن محمد– ت: عبدالله بن عبدالمحسن التركي ط. مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ٢٠٠٣م ٤١٧/٦، المغني ٦٠/٧، منار السبيل ٣٥٢/١.

(٤) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ٣٦١/١٣.

(٥) الاختيار لتعليل المختار –عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي– ط. مطبعة الحلبي ١٩٣٧م ٤/٣، مختصر القدوري ص١٢٠، اللباب في شرح الكتاب ص٢١٣، الجوهرة النيرة ٦٦٧/١، رد المحتار على الدر المختار ٣٤٢/٥.

(٦) الحاوي الكبير ٤١٨/٦، منهاج الطالبين وعمدة المفتين ٢٦٤/٦.

(٧) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٠٠/٢.

(٨) شرح النيل وشفاء العليل ٣٠٩/١٧.

(٩) المبسوط في فقه الإمامية ٣١٢/٢.

الأدلة

أدلة القول الأول القائل: بعدم رضا المحال عليه

استدلوا بالمعقول فقالوا:

إن من عليه الدين مملوك الذمة، فلم يكن رضاه معتبراً في نقل الملك، كبيع العبد المملوك، ولأن بالحوالة يزول ملكه عن الدين كالإبراء. فلما لم يكن رضا المبرأ معتبراً في صحة البراءة لم يكن رضا المحال عليه معتبراً في صحة الحوالة، ولأن مالك الدين مخير في استيفائه بنفسه، وبغيره كالوكيل، وكذلك بالمحتال(١).

أدلة القول الثاني القائل: باعتبار رضا المحال عليه.

استدلوا بالمعقول فقالوا:

إن من كان وجوده في الحوالة شرطاً كان رضاه فيها شرطاً كالمحيل والمحتال. وربما كان صاحب الدين أسهل اقتضاء وأسهل معاملة، وأسمح قبضاً، فلا يرضى من عليه الدين بمعاملة غيره؛ لأنه بخلاف معاملته، فلذلك كان بقاء الدين بالحوالة موقوفاً على قبوله(٢).

الراجح هو القول الأول: القائل بعدم رضا المحال عليه؛ لأن من نوى سداد دينه لا يهمه إذا سدده لفلان أو لفلان، فهذا لا يضره، بل ربما

---

(١) الحاوي الكبير ٤١٨/٦.

(٢) الحاوي الكبير ٤١٨/٦.

يكون هذا أفضل، إلا إذا كان المحال له رجلاً سيئاً يريد أن يضر بالمحال عليه، فهذا لا يجوز للضرر الذي يصيب المحال عليه.

وإذا تم تحويل الدين من المحيل إلى المحال عليه فهل تبرأ ذمة المحيل بالحوالة أم لا؟.

اختلف الفقهاء على قولين:

القول الأول: تبرأ ذمة المحيل من الدين(١).

---

(١) أصحاب هذا القول لهم تفصيل في تبرأة المحيل من الدين بعد الحوالة على المحال عليه.

فعند الحنفية: يبرأ المحيل بعد الحوالة، ولا يرجع عليه المحتال إلا أن يموت المحال عليه مفلساً أو يجحد ولا بينة عليه.

وعند المالكية: يشترط عدم الإحالة على مفلس، فإذا أحاله على مفلس والمحيل يعلم بفلسه كان له الرجوع.

وعند الشافعية: إذا قبل المحتال بالحوالة فليس له الرجوع البتة على المحيل سواء أفلس أو مات أو جحد.

وعند الحنابلة: إذا ثبت أن الحق انتقل فمتى رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبداً.

يراجع: الاختيار لتعليل المختار ٤/٣، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٥٦/٣، الحاوي الكبير ٤٢٠/٦، ٤٢١، المغني ٦٠/٧.

ذهب إلى هـذا القـول: الحنفيـة مـا عـدا زفـر(١)، والمالكيـة(٢)، والشافعية(٣)، والصحيح من مذهب الحنابلة(٤)، وابن حزم(٥)، والليث وأبوعبيد وابن المنذر(٦).

القول الثاني: لا يبرأ المحيل من الدين.

ذهب إلى هذا القول: زفر من الحنفية(٧)، ورواية عن الإمام أحمد(٨).

---

(١) اللباب في شرح الكتاب ص٢١٣، الاختيار لتعليل المختار ٤/٣، الجوهرة النيرة ٦٦٧/١.

(٢) المعونة على مذهب عالم المدينة ١٢٢٨/١، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٥٥/٣، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٠٠/٢.

(٣) الأم –أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي– ط. دار المعرفة بيروت ١٩٩٠م ٢٣٣/٣، فتح العزيز بشرح الوجيز ٣٤٤/١٠، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ٢٣٢/٢، الحاوي الكبير ٤٢٠/٦، ٤٢١.

(٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف –علاء الدين أبو الحسين علي بن سليمان المرداوي– ط. دار إحياء التراث العربي الطبعة الأولى ١٤١٦ه ١٧٠/٥، المغني ٦٠/٧، الفروع ٤١٧/٦.

(٥) المحلى بالآثار –أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد– ط. دار الفكر ٣٩٢/٦.

(٦) المغني ٦٠/٧.

(٧) الجوهرة النيرة ٦٦٧/١، الاختيار لتعليل المختار ٤/٣.

(٨) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ١٧٠/٥.

الأدلة

أدلة القول الأول القائل: بتبرأة ذمة المحيل من الدين.

استدلوا بالسنة والمعقول

أولاً: السنة

عن أبي هريرة –رضي الله عنه– أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– قال: "مطل الغني ظلم فإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع"(١).

وجه الدلالة: استُدل بهذا الحديث على أن الحوالة إذا صحت ثم تعذر القبض بحدوث حادث كموت أو فلس، لم يكن للمحتال الرجوع على المحيل؛ لأنه لو كان له الرجوع لم يكن لاشتراط الغِنى فائدة، فلما شُرطت عُلم أنه انتقل انتقالاً لا رجوع له. ويدل أيضاً على عدم رضا المحال عليه؛ لأنه لم يُذكر في الحديث بخلاف المحيل والمحتال(٢).

ثانياً: المعقول

١–الحوالة بمنزلة الإبراء والقبض بدليل سقوط المطالبة بالدين معها، وجواز التاخير فيها، فكان اعتبار المحال عليه عيباً حادثاً بعد القبض فلم يرجع به(٣).

مناقشة: الحوالة ليست بيعاً بل هي عقد إرفاق واستيثاق للدين.

---

(١) صحيح البخاري مع فتح الباري بشرح صحيح البخاري ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون ط. الرسالة العالمية الطبعة الأولى ٢٠١٣م ٣٥٣/٧ ح(٢٢٨٧) كتاب الحوالة باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة؟.

(٢) فتح الباري ٣٥٨/٧، ٣٥٩.

(٣) الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٥٦/٣.

٢-الحوالة براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه، ولا ممن يدفع عنه، فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين(١).

مناقشة: الحوالة ليست براءة من الدين بل هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة.

أدلة القول الثاني القائل: لا يبرأ المحيل من الدين

استدلوا بالقياس

الحوالة استيثاق للدين فيبقى الدين على المحيل كالكفالة(٢).

مناقشة: الكفالة للضم، والحوالة فيها نقل للدين لا ضمه.

الراجح هو القول الأول القائل: ببراءة ذمة المحيل من الدين بالحوالة؛ لأن المحال له رضي بسداد الدين من المحال عليه. إذن فلا يرجع على المحيل إلا إذا كان المحال عليه مفلساً ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع على المحيل إلا أن يرضى بعد العلم؛ لأن الفلس عيب في المحال عليه فكان له الرجوع، وكذلك إذا غره المحيل فله الرجوع أيضاً(٣). وفي حالة إعسار المحال عليه أو مماطلته أو إفلاسه بعد الحوالة أو جحده للحوالة أو موته، فهل يحق للمحتال الرجوع على المحيل أم أن ماله فات عليه وضاع؟.

---

(١) المغني ٦١/٧.

(٢) الجوهرة النيرة ٦٦٧/١، الاختيار لتعليل المختار ٤/٣.

(٣) المغني ٦٠/٧، ٦١.

فنجد أن الفقهاء لم تتفق كلمتهم بل اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: إذا تمت الحوالة فلا يحق للمحتال الرجوع على المحيل.

ذهب إلى هذا القول: الشافعية(١)، والحنابلة(٢)،

القول الثاني: إذا تمت الحوالة فيحق للمحتال الرجوع على المحيل في حالات مخصوصة(٣).

---

(١) الأم ٢٣٣/٣، الحاوي الكبير ٤٢١/٦، أسنى المطالب ٢٣٢/٢.

(٢) المغني ٦٠/٧، ٦١، الفروع ٤١٦/٦، منار السبيل في شرح الدليل ٣٥٢/١.

(٣)على تفصيل بين أصحاب هذا القول:

فعند الحنفية إذا تمت الحوالة فلا يحق للمحتال الرجوع إلا في حالتين: موت المحال مفلساً أو جحده للحوالة، وحالة ثالثة عند أبي يوسف ومحمد: أن يحكم الحاكم بفلسه في حال حياته. أما الشعبي وشريح والنخعي فيحق الرجوع على المحيل في حال موت المحال عليه أو فلسه.

وعند المالكية والظاهرية: أن الحوالة إذا تمت فلا يحق للمحتال الرجوع على المحيل إلا إذا أغره، بأن كان يعلم أن المحال عليه مفلساً أو معسراً أي أنه غير ملئ، ولم يخبر المحتال، ففي هذه الحالة يحق للمحتال الرجوع على المحيل، أما غيرها فلا.

يراجع: الجوهرة النيرة ٦٦٨/١، الاختيار لتعليل المختار ٤/٣، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٠٠/٢، المحلى بالآثار ٣٩٢/٦.

ذهب إلى هذا القول: الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والظاهرية(٣)، وشريح والشعبي والنخعي(٤) والحسن(٥) وعثمان البتي(٦).

الأدلة

أدلة أصحاب القول الأول القائل: يحق للمحتال الرجوع على المحيل.

استدلوا بالسنة والمعقول

أولاً: السنة: عن أبي هريرة –رضي الله عنه– أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– قال: "مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع"(٧).

فليتبع"(٧).

---

(١) اللباب في شرح الكتاب ص٢١٣، الجوهرة النيرة ٦٦٨/١، الاختيار لتعليل المختار ٤/٣.

(٢) الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٥٦/٣، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٠٠/٢.

(٣) المحلى ٣٩٢/٦.

(٤) عمدة القاري شرح صحيح البخاري –أبو محمد محمود بن أحمد بدر الدين العيني– ط. دار إحياء التراث العربي ١٠٩/١٢.

(٥) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٣٥٤/٧.

(٦) عمدة القاري شرح صحيح البخاري ١١١/١٢

(٧) سبق تخريجه

وجه الدلالة: الحديث مطلق ولم يقيد حالة دون أخرى فيبقى على إطلاقه(١)، وكذلك لو كان للمحتال الرجوع على المحيل لم يكن لاشتراط الملاءة فائدة(٢)؛ فلما شرط الملاءة علم أن الحق قد انتقل انتقالاً لا رجوع له به، فاشترط الملاءة حراسة لحقه(٣).

ثانياً: المعقول

إن تعذر استيفاء الحق من المحال عليه لا يوجب فسخ الحوالة كما لو أفلس حياً، ولأن من لزمه حق في ذمته فموته لا يوجب فسخ العقد الذي ثبت الحق لأجله كالمشتري بثمن مؤجل إذا مات لم يوجب موته فسخ الشراء(٤).

أدلة القول الثاني القائل: بعدم براءة المحيل من الدين

استدلوا بالمعقول فقالوا:

المحتال عجز عن الوصول إلى حقه، والمقصود من الحوالة سلامة حقه، فكانت مقيدة بالسلامة، فإذا فاتت السلامة انفسخت كالعيب في المبيع(٥).

---

(١) الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٥٥/٣.

(٢) فتح الباري ٣٥٨/٧.

(٣) الحاوي الكبير ٤٢١/٦.

(٤) الحاوي الكبير ٤٢٢/٦.

(٥) الاختيار لتعليل المختار ٤/٣.

مناقشة: نرد على الدليل السابق بالحديث المتقدم لأصحاب القول الأول مع وجه دلالته.

الراجح **هو القول الأول القائل: ببراءة ذمة المحيل من الدين، وذلك لأنه أحاله على ملئ، ولم يدلس على المحتال ولم يغشه. وعندما تمت الحوالة كانت بناء على موافقة المحتال.**

المطلب الثالث: أثر التفويت على عقد الحوالة

الحوالة إحدى الوسائل التي يستوثق بها الدين، لذا شرعت للتوصل إلى استيفاء الحقوق، فيستبدل في الحوالة ملئ بغير ملئ، وموسر بمعسر، وسهل الوفاء بمعسره، وحسن القضاء بعديمه حتى لا يحدث تفويت على أحد في عقد الحوالة.

فقد يكون المحيل مماطلاً أو معسراً فأدى ذلك إلى وقوع الدائنين في حرج شديد، وربما هذا المحيل له دين على آخر هو أيسر وأحسن حالاً من المحيل، فإذا بالدائنين يرغبون في تحويل ديونهم على آخر حتى لا ينالهم تفويت، سواء بكل المال أو بعضه.

وقد يكون المحال عليه مماطلاً للمحيل، فإذا بالمحتال له قدرة يستطيع من خلالها أن يحصل على ماله من المحال عليه، حتى لا ينال المحيل تفويت في أي شئ من ماله، فيقبل الحوالة للحاجة إليها.

وقد يعتري عقد الحوالة تفويت فيؤدي إلى إنهاء عقدها، وذلك في حالة إحالة المحال له على شخص فتبين أنه مفلس، أو تمت الإحالة على شخص جحد الحق وأنكره، فمثل هذه الأمور تؤدي إلى التفويت، وهذا التفويت يؤثر على عقد الحوالة بإنهائه. وهذا بخلاف علم المحال له بحال المحال عليه ورضاه بذلك.

مع العلم أن التفويت لا يؤدي إلى بطلان عقد الحوالة في الجملة؛ لأنه تم تحويل الدين على ملئ من بداية الحوالة.

المبحث الخامس

علاج التفويت في عقود التوثيق

إذا لم يقم المدين بسداد دينه، أو ماطل الدائن في السداد، فقام الضامن في عقد الضمان بالوفاء وتنفيذ التزامه. ثم لم يقم المضمون عنه بتنفيذ التزامه تجاه الضامن، فيصبح الضامن دائناً للمضمون عنه، وكذا الحال بشأن عقود التوثيق.

وينبغي العلم بأن مثل هذه العقود شرعت في الإسلام صوناً للأموال وحفظاً للحقوق، وحماية للأفراد حتى لا تضيع أموالهم، ولا يلحق الدائنين تفويت. فهل تكون هذه العقود حماية للدائنين، وفيها تفويت على الضامن وغيره ممن تعاقدوا في عقود التوثيق؟.

لذا نعالج التفويت الذي يلحق الضامن وغيره في عقود التوثيق، وذلك من خلال طريقين:

الطريق الأول: اللجوء إلى القضاء

يحق للضامن وغيره في عقود التوثيق أن يلجأوا إلى القضاء حتى لا يلحقهم تفويت في أموالهم.

فإذا نشأ العقد مستوفياً أركانه سواء كان بين الضامن والمضمون عنه وغير ذلك من عقود التوثيق، فإن هذا العقد قد توافرت له قوته الملزمة، فيصبح مضمونه واجب التنفيذ، إلا أنه لا يتقيد بهذه القوة الملزمة بالعقد إلا المتعاقدان ومن يمثلهما، فهؤلاء هم الذين ينصرف إليهم أثر العقد.

وحيث إن مماطلة المضمون عنه وغيره في عقود التوثيق لا تنهي العقد، فيقوم هؤلاء برفع دعوى أمام القضاء يطالبون بحقوقهم بناء على العقد الذي بينهم وبين المدين، والقضاء هو الذي يتولى أخذ الحق من المدين بأي وسيلة من الوسائل سواء بأخذ الدين منه، أو حبسه حتى يسدد ما عليه، أو مطالبة ورثته بسداد ما عليه، وذلك حتى لا يؤدي هذا المعروف الذي أسداه الدائن إلى ضرر يعود عليه.

فإذا قام القضاء بتنفيذ هذه الوسائل، ولم يسدد المدين دينه، فإن القاضي ينظر عما إذا كان المدين مماطلاً أو معسراً، فإن كان مماطلاً اتخذ ضده الوسائل المتقدمة، أما إذا كان معسراً، فالقاضي يأمر بسداد ما عليه من خزينة الدولة إلى أن يتيسر حاله، ثم يسدد لخزينة الدولة ما دفعته، حتى لا يلحق الضامن وغيره في عقود التوثيق تفويت، مع وضع الشروط التي يجب أن تتوفر في الضامن والمضمون عنه وغيره في عقود التوثيق حتى تسدد الدولة عنه، وهذا ما فعله النبي –صلى الله عليه وسلم–.

عن أبي هريرة –رضي الله عنه– أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه دين، فيسأل هل ترك لدينه فضلاً، فإن حدّث أنه ترك لدينه وفاءً صلّى، وإلّا قال للمسلمين: صلوا على صاحبكم. فلما فتح الله عليخ الفتوح، قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن تُوفي من المؤمنين فترك ديناً فعليّ قضاؤه، ومن ترك مالاً فلورثته(١).

(١) صحيح البخاري –فتح الباري بشرح صحيح البخاري– ٣٧٩/٧ ح(٢٢٩٨) باب الدين.

قال في فتح الباري عن ابن بطال: وهكذا يلزم المتولي لأمر المسلمين أن يفعله بمن مات وعليه دين، فإن لم يفعل فالإثم عليه إن كان حق الميت في بيت المال يفي بقدر ما عليه من الدين وإلا فبقسطه(١).

وما سبق من لجوء الضامن وغيره في عقود التوثيق هو ما قرره القانون بناء على عبارات العقد إذا كانت واضحة، أو يكتنفها الغموض.

فإذا كانت عبارات العقد واضحة حيث لا تحتاج إلى تفسير أصبح على القاضي أن يتقيد في تحديد مضمون العقد بما ورد به من التزامات واضحة في معناها قاطعة في ثبوتها، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ مدني بقولها: "إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

وفي هذا الصدد جاءت عبارة فقهاء القانون بأنه: إذا كانت عبارة العقد واضحة في دلالاتها على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فيجب على القاضي أن يأخذ بما تقول به عبارة العقد، فإذا انحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر بحجة التفسير كان هذا تحريفاً لما قصده المتعاقدان، الأمر الذي يؤدي إلى نقض الحكم(٢).

أما إذا كانت عبارات العقد غير واضحة، أي يكتنفها الغموض، فإنها تصبح في حاجة إلى تفسير يستطيع القاضي بواسطته أن يزيل هذا

---

(١) فتح الباري ٣٨١/٧.

(٢) بحث في تكوين العقد وتفسيره في القانون المدني المصري الجديد –د/أحمد زكي الشبيشي– البحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة عشر ص٤٥، ٤٦.

الغموض لكي يهتدي إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فلا يجوز للقاضي حينئذ أن يقف عند الإرادة الفردية لأحد المتعاقدين، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ مدني بقولها: "أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

وفي هذا الصدد جاءت عبارات فقهاء القانون بأن: القانون المدني مادة ١٥٠ فقرة ٢ قد ذكر بعض العوامل التي يستطيع القاضي أن يفسر على هديها عبارات العقد غير الواضحة والغامضة وهي طبيعة التعامل والأمانة الواجب توافرها بين المتعاقدين والعرف(١).

وبناءً على ما تقدم فإن التفويت يعد متحققاً بين الضامن والمضمون عنه في عقد الضمان، وكذا في كافة عقود التوثيق، حيث إن الضامن قد قام بأداء ما التزم به في عقد الضمان ثم قام المضمون عنه بعدم الوفاء بالتزاماته تجاه الضامن، وذلك يُعد تفويتاً يستوجب مسئولية المضمون عنه، وأساس هذه المسئولية هو عقد الضمان بين الضامن والمضمون عنه.

---

(١) مصادر الالتزام –د/عبدالمنعم فرج الصدة– ط. دار النهضة العربية ١٩٨٦م ص٣١٩.

أي أن القانون يعطي للمضرور من عقود التوثيق حق اللجوء إلى القضاء، كما هو الحكم في الشؤيعة الإسلامية، وذلك حتى لا ينال المضرور تفويت يحيق بماله كله أو بعضه.

الطريق الثاني: الصلح(١)

الصلح من الأمور المهمة في الحياة بين أبناء المجتمع؛ لأنه يجمع شمل الأفراد بعيداً عن العداوات والخصومات، وإشعال نار الفتنة

---

(١) الصلح لغة: ضد الفساد، يقال: صلح يصلح صلحاً وصلوحاً، وأصلح الشئ بعد فساده: أقامه، وتصالح القوم: وقع الصلح بينهم.

يراجع تاج العروس: ٥٤٧/٦، ٥٤٨، لسان العرب ٥١٦/٢، ٥١٧، مختار الصحاح ص١٧٨.

أما الصلح شرعاً:

فعند الحنفية: عبارة عن عقد وضع بين المتصالحين لدفع المنازعة بالتراضي.

وعند المالكية: انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه.

وعند الشافعية: عقد يحصل به قطع النزاع.

وعند الحنابلة: معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين المختلفين.

نلاحظ بأنه ليس ثمة فارق كبير بين المعنى اللغوي والشرعي بل يوجد تقارب بينهما، حيث إن كل المعاني السابقة تدور حول معنى: عقد يقصد به رفع النزاع بين المختلفين.

يراجع: الجوهرة النيرة ٣/٢، المختصر الفقهي –محمد بن محمد بن عرفة المالكي– ت: د/حافظ عبدالرحمن محمد ط. مؤسسة خلف الطبعة الأولى ٢٠١٤م ٤٧٧/٦، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ٢١٤/٢، المغني ٥/٧، الشرح الكبير على متن المقنع ٢/٥.

والفساد؛ لذا شرع الإسلام الصلح رأباً للصدع، وصوناً للأفراد، وربطاً لأواصر المجتمع، وحماية له من التفكك.

فإذا نشب نزاع بين المتعاقدين، وتدخل أحد الأفراد لإنهائه بالصلح بينهما، فهذا يكون محموداً. فكيف إذا كان الدين للضامن وغيره من عقود التوثيق، وكل هؤلاء قد قاموا بدفع أموال ليست عليهم، وإنما بضمانهم وتعهدهم بها لآخر.

وبعد أن قاموا بصنيع هذا المعروف ماطلهم المدين ولم يسدد دينه لهم، وذكرنا بأن فعله هذا لا يؤدي إلى إنهاء العقد، ولكن فعل المدين يؤدي إلى تفويت المال في عقود التوثيق، ويجبر هذا التفويت بالصلح، ويُعرض على المتعاقدين في بعض الأحيان بطريق الوجوب لاستلزامه مفسدة واجبة الدرء أو راجحة(١)، ألا وهي الضرر الذي يلحق الضامن وغيره من عقود التوثيق.

ويجوز للقاضي أن يندب المتخاصمين إليه ويحضهما عليه حتى يصطلحا(٢)،

---

(١) المختصر الفقهي لابن عرفة ٤٧٨/٦.

(٢) الصلح إما أن يكون عن إقرار أو إنكار أو سكوت. فإذا كان عن إقرار وكانت المصالحة على إسقاط جزء من المتنازع فيه وأداء الباقي ففي هذه الصورة يشبه الصلح الإبراء؛ لأنها أخذ لبعض الحق وإبراء عن باقيه، أما إن كان الصلح على أخذ بدل فهو معاوضة، وكذلك الحال إن كان الصلح عن إنكار أو سكوت وتضمن إسقاط الجزء من حقه، فهو بالنسبة للمدعي إبراء عن بعض الحق في حين أنه بالنسبة للمدعى عليه اقتداء لليمين وقطع للمنازعة.

==

فإذا تعذر الصلح بينهما فصل بالعدل(١).

وإذا تم الصلح بيهما قد يقع على الحطيطية من الدين أي يصالحه من حقه على بعضه، وهذا جائز بل هو محل اتفاق(٢)، وذلك مثل: أن يدّعي مثلاً الضامن ألف جنيه فيعترف بها المدين ويصالحه على نصفها ويُسقط الباقي، فهذا الصلح يكون صحيحاً إذا تم بغير شرط(٣).

وذلك كما فعل النبي –صلى الله عليه وسلم– مع كعب بن مالك.

عن كعب بن مالك أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في عهد رسول الله –صلى الله عليه وسلم– في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله –صلى الله عليه وسلم– وهو في بيته، فخرج رسول الله –صلى الله عليه وسلم– إليهما حتى كشف سِجْفَ حجرته، فنادى كعب بن مالك، فقال: يا كعب، فقال: لبيك يا رسول الله فأشار بيده أن

==

يراجع: الموسوعة الفقهية ط. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت الطبعة الثانية دار السلاسل ١٤٤/١، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٤٥/٣، ٤٦، الحاوي الكبير ٣٧/٦.

(١) المقدمات الممهدات –أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد– د/محمد حجي ط. دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى ١٩٨٨م ٥١٦/٢، التاج والإكليل لمختصر خليل ٦/٧.

(٢) فتح الباري ٤١٢/٨.

(٣) الجوهرة النيرة ٨/٢، الكافي في فقه أهل المدينة ص٤٥٢، المقدمات الممهدات ٥١٦/٢، ٥١٧، الحاوي الكبير ٣٦٧/٦، اللباب في الفقه الشافعي –أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد الضبي– ت: عبدالكريم العمري ط. دار البخاري الطبعة الأولى ١٤١٦ه ص٢٣٦، المغني ١٤/٧.

ضع الشطر، فقال كعب: قد فعلت يا رسول الله، فقال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: قم فاقضه(١).

وجه الدلالة: هذا الحديث دل على جواز الصلح بين الناس، ووضع الدائن بعض دينه مهما كان ما دام قد تراضى عليه الطرفان.

وإذا صح الصلح كان سبباً لانحلال العقد المالي الذي كان سبباً للدين المدعى به(٢).

قال الإمام أحمد: إذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لهما، ولو فعل ذلك قاض لم يكن عليه في ذلك إثم، وإن فعل ذلك قاض اليوم جاز إذا كان على وجه الصلح والنظر لهما(٣).

وقد يحدث أن المدين لا يملك وفاءً، ولكنه يستطيع أن يقدم منافع تقدر بقيمة ما عليه من دين، وذلك مثل: سكنى دار، أو استعمال آلة من الآلآت، أو يعمل مقابل ما عليه من دين وغير ذلك، فإذا وقع الصلح على منفعة بدلاً من مال، فهل يصح الصلح أم لا؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: جواز الصلح عن الدين بمنفعة.

---

(١) صحيح البخاري –فتح الباري– ٤١١/٨ ح(٢٧١٠) باب الصلح بالدين والعين.

(٢) أسباب انحلال العقود المالية –عبدالرحمن بن عايد بن خالد العايد– ط. مكتبة الملك فهد الوطنية ٢٠٠٢م ص٣٦٧.

(٣) المغني ١٤/٧، الشرح الكبير على متن المقنع ٣/٥

وهذا قول: الحنفية(١)، والشافعية(٢)، والحنابلة(٣).

القول الثاني: عدم جواز الصلح عن الدين بمنفعة،

وهذا قول : المالكية(٤).

الأدلة

أدلة القول الأول القائل: بجواز الصلح عن الدين بمنفعة.

استدلوا بالمعقول فقالوا:

الصلح جائز على المنافع والأعيان؛ لأن الأدلة التي تدل على جوازه عامة، ولا نفرق إلا بدليل، ولا دليل يفرق. وما دام أن هذه المنفعة من الممكن أن تقدر بمال فما المانع من مقابلة الدين بقيمة المنفعة، وهذا لا يجري فيه الربا.

---

(١) الجوهرة النيرة ٤/٢.

(٢) الحاوي الكبير ٣٨٢/٣.

(٣) المغني ١٦/٧، ١٧.

(٤) التاج والإكليل لمختصر خليل ٦/٧، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ص٤٥٢.

أدلة القول الثاني القائل: بعدم جواز الصلح عن الدين بمنفعة.

استدلوا بالمعقول فقالوا:

إذا تم الصلح على منافع لا يجوز؛ لأنه فسخ دين في دين(١)، وهو أن يكون لك شئ في ذمته فتفسخه في شئ آخر لا تتعجله(٢). وهذا متحقق حيث إن الضامن له مال في ذمة المضمون عنه، ويأخذه منافع، فمثلاً: للضامن ألف جنيه فيسقطها في مقابل سكنى دار شهراً، أو في مقابل عمل ثلاثة أشهر.

مناقشة

ما المانع إذا كانت المنافع لا يمكن تعجيلها؛ لأن طبيعة استيفاء المنافع لا يكون دفعة واحدة كسكنى الدار أو عمل العامل وغير ذلك، ولكن إذا بدأ في استعمال المنفعة فقد بدأ في أخذ دينه.

الراجح هو القول الأول القائل: بجواز الصلح عن الدين بمنفعة حتى لا تضييع الحقوق، ولا يلحق الضامن ومثله في عقود التوثيق تفويت، صوناً للأموال من الضياع. وهذا خاصة إذا كان المدين لا يملك مالاً، ولا يستطيع الوفاء إلا عن طريق المنافع.

---

(١) البهجة في شرح التحفة –أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي– ت: محمد عبدالقادر شاهين ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٨م ٣٥٦/١.

(٢) الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني –صالح بن عبدالسميع الآبي الأزهري– ط. المكتبة الثقافية ص٥١٨.

خاتمة

وفي ختام هذا البحث، أسأل الله أن أكون قد وفقت في بيان مباحثه، وتوضيحه، وجمع مادته. وبعد أن انتهيت منه أشير إلى أهم النتائج والتوصيات، والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

أولاً: النتائج:

-التفويت يكون في الأشياء المادية لا المعنوية، ويلحق الآدميين لا غيرهم.

-أهمية عقود التوثيق في حياة الناس لحفظ حقوقهم، وصون أموالهم من الضياع، بل إن الشريعة الإسلامية شرعت مثل هذه العقود لهذا الغرض.

-عقد الرهن من العقود الهامة لاستيفاء الحقوق واستيثاقها.

-عقد الرهن من العقود الجائزة، ويكون لازماً بالقبض، ولا يشترط استدامته تحت يد المرتهن في مدة الرهن على الراجح من أقوال الفقهاء.

-لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالمرهون إلا بإذن الراهن، وإذا انتفع به وكان المرهون مركوباً أو محلوباً ولم ينفق عليه الراهن، فينتفع به المرتهن بمقدار نفقته، وإذا زاد في الانتفاع أكثر من النفقة، فهذا يكون من حق الراهن.

-الضمان والكفالة مصطلحان يطلق كل منهما على الآخر، ولكن إذا تعلق الأمر بالمال فينصرف إلى الضمان، وإذا تعلق بالبدن فينصرف إلى الكفالة.

-يصح الضمان عن الحي والميت، والمجهول والمعلوم لحفظ حقوق الناس وعدم ضياعها.

-إذا وقع تفويت يلحق الضامن وكذا من كان شأنه في عقود التوثيق، لا يؤدي إلى إنهاء عقد التوثيق في الجملة.

-في حالة الكفالة بالبدن، لا يضمن الكفيل المال الذي على المكفول عنه؛ لأنه لم يضمنه ولا يتحمل إلا ما ضمنه.

-إذا تم عقد الحوالة فإن دين المحيل ينتقل على المحال عليه وتبرأ ذمة المحيل من الدين.

- إذا لحق الضامن وكذا من كان شأنه في عقود التوثيق تفويت، فيجوز لهم أن يلتجئوا إلى القضاء لأخذ حقوقهم، ومنعاً من تفويتها عليهم.

- جواز الصلح عن الدين ببعضه، وعن الدين بمنفعة حتى لا يلحق الدائن تفويت في ماله، فإذا ضاع عليه بعض ماله، كان أرفق به من ضياعه كله.

توصيات البحث

-وضع برامج في وسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمقرؤة تتحدث عن الصدق والأمانة، وضدهما ومدى خطورتهما على المجتمع.

- شرح عقود التوثيق للناس في وسائل الإعلام وغيرها بطريقة سهلة ومفهومة لإدراكها، وبيان مدى أهميتها في تعاملات الناس.

-تدخل القضاء بسن بعض القوانين التي تحفظ حق الضامن وغيره في عقود التوثيق إذا لحقهم تفويت، مع وضع الضوابط الملائمة.

وصلى الله على سيدنا مُحَمَّد -ﷺ- وعلى آله وصحبه وسلم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين،،،

الباحث

د/محمود جمال مُحَمَّد محمود عبدالمقصود

مدرس الفقه المقارن بجامعة الأزهر

المصادر والمراجع

أولاً: كتب التفسير

١- التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج -د/ وهبة بن مصطفى الزحيلي- ط. دار الفكر الطبعة الثانية ١٤١٨ه.

٢- الجامع لأحكام القرآن - أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي- ت: هشام سمير البخاري ط. دار عالم الكتب ٢٠٠٣م.

٣-تفسير القرآن العظيم - للحافظ أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي- تحقيق: سامي بن محمد السلامة ط. دار طيبة الطبعة الثانية ٢٠١١م.

ثانياً: كتب الحديث وعلومه

٤-الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان -أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان- ت: شعيب الأرنؤوط ط. مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ١٩٨٨م.

٥-الدراية في تخريج أحاديث الهداية -أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني- ت: السيد عبدالله هاشم ط. دار المعرفة بيروت.

٦-السنن الكبرى -أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي- ت: محمد عبدالقادر عطا ط. دار الكتب العلمية الطبعة الثالثة ٢٠٠٣م.

٧-الفوائد -أبو القاسم تمام بن محمد بن عبدالله بن جعفر البجلي الرازي - ت:قحمدي عبدالمجيد ط. مكتبة الرشد الطبعة الأولى.

٨-المستدرك على الصحيحين -أبو عبدالله الحاكم محمد بن عبدالله بن محمد النيسابوري- ت: مصطفى عبدالقادر عطا ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٠م.

٩-المصنف -أبو بكر بن عبدالرزاق بن همام الصنعاني- ت: حبيب الرحمن الأعظمي ط. المجلس العلمي الطبعة الثانية ١٤٠٣ه.

١٠-المفاتيح في شرح المصابيح -الحسين بن محمود بن الحسن المظهري- ط. دار النوادر الطبعة الأولى ٢٠١٢م.

١١-سنن أبي داود -أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ط. دار الكتاب العربي.

١٢-سنن الدار قطني -علي بن عمر أبو الحسن الدار قطني- تحقيق: شعيب الأرنؤوط وغيره ط. مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ٢٠٠٤م

١٣- شرح السنة -أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء البغوي- ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون ط. المكتب الإسلامي الطبعة الثانية ١٩٨٣م.

١٤- شرح معاني الآثار -أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي- ط. عالم الكتب الطبعة الأولى ١٩٩٤م.

١٥-صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان -محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم البستي- ط. مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية ١٩٩٣م ت: شعيب الأرنؤوط .

١٦- عمدة القاري شرح صحيح البخاري -أبو محمد محمود بن أحمد بدر الدين العيني- ط. دار إحياء التراث العربي.

١٧-فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني- ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون ط. الرسالة العالمية الطبعة الأولى ٢٠١٣م.

١٨-معالم السنن شرح سنن أبي داود -أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم البستي-ط المطبعة العلمية الطبعة الأولى ١٩٣٢م.

١٩- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد - نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي - ط. دار الفكر ١٤١٢ه.

٢٠- مسند الإمام أحمد -أبو عبدالله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال الشيباني- ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون ط. مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ٢٠٠١م.

ثالثاً: كتب اللغة والمعاجم

٢١-القاموس المحيط لمحمد بن يعقوب الفيروز آبادي – ت: مكتب تحقيق التراث ط. مؤسسة الرسالة الطبعة الثامنة ٢٠٠٥م.

٢٢- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأبي العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي .ط. المكتبة العلمية.

٢٣- المعجم الوجيز –مجمع اللغة العربية – ط. طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ٢٠٠٥م.

٢٤- تاج العروس من جواهر القاموس –محمد بن محمد بن عبدالرزاق الحسيني الملقب بمرتضى الزبيدي- ط. دار الهداية.

٢٥-لسان العرب لجمال الدين محمد بن مكرم بن علي بن منظور ط. دار صادر بيروت الطبعة الثالثة ١٤١٤ه.

٢٦-معجم لغة الفقهاء –محمد رواس قلعجي وآخرون- ط. دار النفائس الطبعة الثانية ١٩٨٨م

رابعاً: كتب الفقه

(أ): كتب الفقه الحنفي

٢٧- الاختيار لتعليل المختار – عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي – ط. مطبعة الحلبي ١٩٣٧م.

٢٨- البناية شرح الهداية-بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى العيني- ط. دار الكتب العلمية ٢٠٠٠م.

٢٩- البحر الرائق شرح كنز الدقائق –أبو البركات عبدالله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي- ت: زكريا عميرات ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٧م

٣٠-التجريد -أبوالحسين أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر القدوري- ت: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية أ.د/محمد أحمد سراج، أ.د/علي جمعة ط. دار السلام الطبعة الثانية ٢٠٠٦م.

٣١-الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري في فروع الحنفية -أبو بكر بن علي بن محمد الحداد الزبيدي- ت: إلياس قبلان ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ٢٠٠٦م.

٣٢- الدر المختار شرح تنوير الأبصار -علاء الدين الحصكفي - ت:عبدالمنعم خليل ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ٢٠٠٢م.

٣٣- الفتاوى الهندية - الشيخ نظام- ط. دار الفكر.

٣٤- اللباب في شرح الكتاب -عبدالغني الغنيمي الدمشقي الميداني- ت: محمود أمين النواوي ط. دار الكتاب العربي.

٣٥- الهداية شرح بداية المبتدي لشيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ت: طلال يوسف ط. دار إحياء التراث العربي.

٣٦- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ط. دار الكتب العلمية الطبعة الثانية ١٩٨٦م.

٣٧- درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ط. دار الكتب العلمية.

٣٨- رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين لمحمد الأمين المعروف بابن عابدين ط. دار الفكر ٢٠٠٠م.

٣٩- شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي المعروف بابن الهمام طبعة دار الفكر.

٤٠- كنز الدقاق -أبو البركات عبدالله بن أحمد بن محمود النسفي- ت: سائد بكداش ط. دار البشائر الإسلامية الطبعة الأولى ٢٠١١م.

٤١- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر –عبد الرحمن بن محمد بن سليمان- ت: خليل عمرانط. دار إحياء التراث العربي.

٤٢- مختصر القدوري في الفقه الحنفي –أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر أبو الحسين القدوري- ت: كامل محمد محمد ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٧م.

٤٣-مجمع الضمانات –أبو محمد غانم بن محمد البغدادي- ط. دار الكتاب الإسلامي.

٤٤- مجلة الأحكام العدلية – إعداد لجنة مكونة من عدة علماء في الخلافة العثمانية- ت: نجيب هواويني ط. نور محمد كارخانة.

٤٥-مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان –محمد قدري باشا- ط. المطبعة الكبرى الأميرية الطبعة الثانية ١٨٩١م.

(ب): **كتب الفقه المالكي**

٤٦-الإشراف على نكت مسائل الخلاف –أبو محمد عبدالوهاب بن علي بن نصر البغدادي – ت: مشهور بن حسن ط. دار ابن القيم، وابن عفان الطبعة الأولى ٢٠٠٨م.

٤٧-الإفصاح عن معاني الصحاح –عون الدين أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي- ت: د/ محمد يعقوب طالب ط. مركز فجر المكتبة الإسلامية.

٤٨- البهجة في شرح التحفة –أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي- ت: محمد عبدالقادر شاهين ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٨م.

٤٩- التاج والإكليل لمختصر خليل –محمد بن يوسف بن أبي القاسم- ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٤م.

٥٠- التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب- خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين المالكي- ت: د/أحمد بن عبدالكريم نجيب ط. مركز نجيبويه للمخطوطات الطبعة الأولى ٢٠٠٨م.

٥١- الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني -صالح بن عبدالسميع الآبي الأزهري- ط. المكتبة الثقافية.

٥٢- الذخيرة لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي تحقيق: محمد حجي ط. دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى ١٩٩٤م.

٥٣- الشرح الكبير لأبي البركات أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير مع حاشية الدسوقي ط. دار الفكر.

٥٤-الكافي في فقه أهل المدينة المالكي -أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر- ط. دار الكتب العلمية الطبعة الثانية ١٩٩٢م.

٥٥- المختصر الفقهي -محمد بن محمد بن عرفة المالكي- ت: د/حافظ عبدالرحمن محمد ط. مؤسسة خلف الطبعة الأولى ٢٠١٤م.

٥٦- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس ت: زكريا عميرات ط. دار الكتب العلمية.

٥٧- المقدمات الممهدات - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي- تحقيق: د/محمد حجي ط. دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى ١٩٨٨م.

٥٨-المعونة على مذهب عالم المدينة -أبو محمد عبدالوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي- ط. المكتبة التجارية.

٥٩- بداية المجتهد ونهاية المقتصد -أبوالوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد ط. مصطفى البابي الحلبي وأولاده الطبعة الرابعة ١٩٧٥م.

٦٠- جامع الأمهات -عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب الكردي- ت: أبو عبدالرحمن الأخضر ط. اليمامة الطبعة الثانية ٢٠٠٠م.

٦١- روضة المستبين في شرح كتاب التلقين - أبو محمد عبدالعزيز بن إبراهيم التميمي- ت: عبداللطيف زكاغ ط. دار ابن حزم الطبعة الأولى ٢٠١٠م.

٦٢- شرح مختصر خليل -محمد بن عبدالله الخرشي المالكي- ط. دار الفكر.

٦٣-عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة -أبو محمد جلال الدين عبدالله بن نجم السعدي المالكي- ت: أ.د/حميد بن محمد ط. دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى ٢٠٠٣م.

٦٤- شرح التلقين -أبو عبدالله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري- ت: محمد المختار السلامي ط. دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى ٢٠٠٨م.

٦٥-عيون المسائل -أبو محمد عبدالوهاب بن علي بن نصر الثعلبي- ت: علي محمد إبراهيم ط. دار ابن حزم بيروت الطبعة الأولى ٢٠٠٩م.

(ج): **كتب الفقه الشافعي**

٦٦- أسنى المطالب في شرح روضة الطالب لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري تحقيق: محمد محمد تامر ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ٢٠٠٠م.

٦٧- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع - شمس الدين محمد بن أحمد المعروف بالخطيب الشربيني- ت: سيد عمران ط. دار الحديث ٢٠١٤م.

٦٨- الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي- ط. دار المعرفة بيروت ١٩٩٠م.

٦٩-البيان في مذهب الإمام الشافعي -أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي- ت: قاسم محمد النوري ط. دار المنهاج الطبعة الأولى ٢٠٠٠م.

٧٠- اللباب في الفقه الشافعي -أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد الضبي- ت: عبدالكريم العمري ط. دار البخاري الطبعة الأولى ١٤١٦ه.

٧١- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٤م.

٧٢-الغرر البهية في شرح البهجة الوردية -زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري- ط. المطبعة الميمنية.

٧٣- المجموع شرح المهذب لأبي زكريا محيي الدين بن يحيى بن شرف النووي ط. دار الفكر.

٧٤-المهذب في فقه الإمام الشافعي -أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي- ط. دار الكتب العلمية.

٧٥-الوسيط في المذهب -أبو حامد محمد بن محمد الغزالي- ت: أحمد بن محمود إبراهيم وآخر ط. دالسلام الطبعة الأولى ١٤١٧ه.

٧٦- بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي -أبوالمحاسن عبدالواحد بن إسماعيل الروياني- ت: طارق فتحي السيد ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ٢٠٠٩م.

٧٧- حاشية قليوبي على منهاج الطالبين -شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي- ت: مكتب البحوث والدراسات ط. دار الفكر ١٩٩٨م.

٧٨-خبايا الزوايا -بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي- ت: عبدالقادر عبدالله العاني ط. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الطبعة الأولى ١٩٨٢م.

٧٩- روضة الطالبين وعمدة المفتين لأبي زكريا النووي ط. المكتب الإسلامي الطبعة الثالثة ١٩٩٩م.

٨٠- فتح العزيز بشرح الوجيز -عبدالكريم بن محمد الرافعي القزويني- ط. دار الفكر.

٨١-فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب -زكريا الأنصاري - ط. دار الكتب العلمية ١٤١٨ه.

٨٢- كتاب التنبيه في الفقه الشافعي -أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي- ط. عالم الكتب الطبعة الأولى ١٩٨٣م.

٨٣- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لشمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٤م.

٨٤- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج -شهاب الدين الرملي- ط. دار الفكر ١٩٨٤م.

٨٥- نهاية المطلب في دراية المذهب -عبدالملك بن عبدالله بن يوسف أبوالمعالي الجويني- ت: عبدالعظيم محمود الديب ط. دار المنهاج الطبعة الأولى ٢٠٠٧م.

(د): كتب الفقه الحنبلي

٨٦- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ط. دار إحياء التراث العربي الطبعة الأولى ١٤١٩ه.

٨٧- الروض المربع بشرح زاد المستقنع – منصور يونس البهوتي- ت: سعيد اللحام ط. دار الفكر.

٨٨- الشرح الكبير لشمس الدين عبدالرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة- ط. دار الكتاب العربي.

٨٩- العدة في شرح العمدة – بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي- ت: أحمد بن علي ط. دار الحديث ٢٠٠٣م.

٩٠- الكافي في فقه الإمام أحمد -أبو محمد موفق الدين بن عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي- ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٤م.

٩١- الفروع – شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي- تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي ط. مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى ٢٠٠٣م.

٩٢- المبدع في شرح المقنع -إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد ابن مفلح برهان الدين- ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٧م.

٩٣- المبدع في شرح المقنع -إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد ابن مفلح برهان الدين- ط. دار الكتب العلمية الطبعة الأولى ١٩٩٧م.

٩٤- المغني -موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي- ت: د/عبدالله التركي وآخرون ط. دار عالم الكتب الطبعة الثالثة ١٩٩٧م.

٩٥-الممتع في شرح المقنع -زين الدين المنجي بن عثمان بن أسعد التنوخي- ت:عبدالملك بن عبدالله بن دهيش ط. مكتبة الأسدي الطبعة الثالثة ٢٠٠٣م.

٩٦- الهداية على مذهب الإمام أحمد -محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلواذاني- ت: عبداللطيف هميم وآخرون ط. مؤسسة غراس للنشر والتوزيع الطبعة الأولى ٢٠٠٤م.

٩٧- حاشية الروض المربع بشرح زاد المستقنع -عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي- الطبعة الأولى ١٣٩٧م.

٩٨- شرح الزركشي على مختصر الخرقي - شمس الدين أبو عبدالله محمد بن عبدالله الزركشي- ت: عبدالمنعم خليل إبراهيم ط. دار الكتب العلمية ٢٠٠٢م.

٩٩- عمدة الطالب لنيل المآرب -منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي- ت: مطلق بن جاسر ط. مؤسسة الجديد النافع الكويت الطبعة الأولى ٢٠١٠م.

١٠٠- كشف المخدرات والرياض المزهرات لشرح أخصر المختصرات -عبدالرحمن بن عبدالله البعلي الحنبلي- ت: محمد بن ناصر العجمي ط. دار البشائر الإسلامية ٢٠٠٢م.

١٠١- منار السبيل في شرح الدليل للشيخ/إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان ط. مؤسسة قرطبة الطبعة الثانية ١٩٩٩م.

١٠٢- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى - مصطفى بن سعد بن الرحيباني- ط. المكتب الإسلامي ١٩٦١م.

(٥): المذاهب الأخرى غير المذاهب الأربعة

١٠٣- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار -أحمد بن يحيى المرتضى- ط. مكتبة اليمن.

١٠٤- المبسوط في فقه الإمامية -أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي- تعليق: سيد محمد تقي الكشفي- ط. مؤسسة الغَرى للمطبوعات.

١٠٥- المحلى بالآثار -أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم- ط. دار الفكر.

١٠٦- شرح النيل وشفاء العليل -محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش - ٧/١٩ ط. مكتبة الإرشاد، ودار الفتح الطبعة الثانية ١٩٧٢م.

خامساً: كتب الفقه العام والفتاوى وكتب أخرى

١٠٧-أسباب انحلال العقود المالية -عبدالرحمن بن عايد بن خالد العايد- ط. مكتبة الملك فهد الوطنية ٢٠٠٢م.

١٠٨-استحداث العقود في الفقه الإسلامي -قنديل علي مسعد السعدني- ط. دار ابن الجوزي الطبعة الأولى ١٤٣٣ه.

١٠٩- الموسوعة الفقهية الكويتية ط. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية الطبعة الثانية١٤٢٧ه.

١١٠- تكوين العقد وتفسيره في القانون المدني المصري الجديد -د/أحمد زكي الشبيشي- بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة عشر.

١١١- طلبة الطلبة -عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل- ط. المطبعة العامرة ١٣١١ه .

١١٢- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي - د/عدنان خالد التركماني- ط. دار الشروق الطبعة الأولى ١٩٨١م.

١١٣-مصادر الالتزام -د/عبدالمنعم فرج الصدة- ط. دار النهضة العربية ١٩٨٦م.

١١٤- مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية - د/عز الدين بن زغيبة - ط. مركز جمعه الماجد للطباعة الطبعة الأولى ٢٠٠١م

١١٥-وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية -أ.د/محمد مصطفى الزحيلي- ط. مكتبة دار البيان الطبعة الأولى ١٩٨٢م.