الجبر بالضمان في عقود المعاوضات المالية

Enforcement through Guarantee In Financial Exchange Contracts

د. قوادري غانية

جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية العلوم الإسلامية (الجزائر)

g.kouadri @univ-alger.dz

تاريخ الاستلام: 2024/03/26 تاريخ القبول: 2025/06/18 تاريخ النشر: 2025/12/27

ملخص:

يتناول البحث موضوع الجبر بالضمان أو التعويض المالي لما فات أو نقص بالتلف في عقد من عقود المعاوضات، واقصر على المالية منها، والتي يكون العوض المالي فيها مقصودا عند تكوين العقد، سواء كانت عقود معاوضات مالية ابتداء كعقد البيع والإجارة، أو عقود معاوضات مالية انتهاء كعقد الرهن والقرض.

كما تطرق البحث لبعض قواعد الجبر بالضمان وبعض التطبيقات الفرعية لها في عقود المعاوضات المالية المعاصرة.

ولمعالجة الموضوع تم طرح الإشكالية التالية: ما المقصود بالجبر بالضمان، وماهي تطبيقاته في عقود المعاوضات المالية، وماهي قواعد الجبر بالضمان، وماهي تطبيقاتها في المعاملات المالية المعاصرة عموما وفي عقود المعاوضات المالية المعاصرة خصوصا؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سطر البحث خطة مكونة من أربعة مباحث، تناول المبحث الأول منها التعريف بمفردات البحث، وأما الثاني فتناول الجبر بالضمان في عقد البيع والإجارة، وخص الثالث للجبر بالضمان في عقد الرهن والقرض، وخص الرابع لقواعد الجبر بالضمان وتطبيقاتها في عقود المعاوضات المالية المعاصرة.

---

* المؤلف المرسل

وقد توصل البحث إلى نتائج منها: أن الجبر بالضمان في عقود المعاوضات المالية استدراك لما نقص أو تلف، أو فات من حقوق للمتعاقدين بالمثل أو القيمة، في العقود التي يكون العوض المالي فيها مقصودا عند تكوين العقد.

ومن قواعد الجبر بالضمان التي تُبنى عليها العديد من المعاملات المالية المعاصرة عموما وعقود المعاوضات المالية المعاصرة خصوصا؛ قاعدة المباشر ضامن وإن لم يتعمد والمتسبب لا يضمن ما لم يكن متعمدا، وقاعدة الاضطرار لا يبطل حق الغير، وقاعدة إذا تعذر الأصل يُصار إلى البدل، وقاعدة الضرر يزال.

الكلمات المفتاحية: الجبر، الضمان، عقود المعاوضات، المالية.

Abstract:

The research deals with the subject of reparation with guarantee or financial compensation for what was lost or lack of damage in a contract of netting, and limited to the financial ones, which the financial compensation is intended when forming the contract, whether the contracts of financial compensation starting as a contract of sale and lease, or contracts of financial compensation ending such as the contract of mortgage and loan.

The research also dealt with some rules of reparation by guarantee and some of their sub-applications in contemporary financial netting contracts

To address the issue, the following problem was raised: What is meant by reparation by guarantee, and what are its applications in old financial compensation contracts, and what are the rules of reparation by guarantee and what are their applications in contemporary financial transactions in general and in contemporary financial compensation contracts in particular?

To answer this problem, the research line is a plan consisting of four demands, the first requirement dealt with the definition of the research vocabulary in three branches: the first: the definition of reparation and its types, the second: the definition of guarantee and its types, the third: the definition of netting contracts and their types, and the second requirement dealt with reparation with guarantee in the contract of sale and lease in two branches: the first: reparation with guarantee in the contract of sale, and the second: reparation with guarantee in the lease contract.

The third requirement dealt with reparation by guarantee in the mortgage contract and the loan in two branches: the first: reparation by guarantee in the mortgage contract

The second: reparation by guarantee in the loan contract.

The fourth requirement dealt with the rules of reparation by guarantee and their applications in contemporary financial netting contracts in two branches: the first: the rules of reparation by guarantee, and the second: the sub-applications of the rules of reparation by guarantee in contemporary financial compensation contracts.

The research reached the following results: that the guarantee in financial compensation contracts is an obligation to refund such as the perishable if it is homosexual or its value if it is valuable.

The guarantee of the contract is a guarantee for damaged money based on a contract that requires guarantee, and the guarantor hand is of two types: a trusted hand, which is the one that acquired the money on behalf of the ownership, and a guarantee hand, which is the one that acquired the money for ownership or interest.

Keywords : Enforcement ; Guarantee ; Financial Exchange Contracts.

مقدمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، فله الشكر والفضل والثناء الحسن، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه الطيبين، ومن سار على نهجهم واقتفى أثرهم إلى يوم الدين وبعد:

إنّ من سمات الشريعة الإسلامية أنها شريعة عامة في أحكامها لكل الخلائق بمختلف أجناسهم وألوانهم وأعراقهم وأعرافهم واختلاف عقولهم وفهومهم، شاملة في مضامينها لكل مناحي الحياة الدينية والدنيوية من عبادات ومعاملات وعقوبات، مراعية في أحكامها الظروف والأحوال الاستثنائية التي يقع فيها العباد.

ومن بين الأحكام التي جاءت بها هذه الشريعة السمحة أحكام الضمان أو التعويض في المعاملات المالية عموما وعقود المعاوضات المالية خصوصا، والتي تحقق مقاصد وغايات منها مقصد الجبر لما فات أو نقص في هذه العقود.

أهداف وأهمية البحث: يهدف البحث إلى:

ـ التعريف بعقود المعاوضات وأنواعها، وما يترتب عند حدوث تلف في أحد هذه العقود.

ـ معرفة أنواع الضمان بالنظر إلى الأسباب الموجبة له.

ـ بيان أن الغاية من تشريع الضمان في عقود المعاوضات المالية هو تحقيق مقصد الجبر لما تلف أو نقص من حقوق للمتعاقدين .

ـ التعرف على بعض قواعد الجبر بالضمان وتطبيقاتها الفرعية في المعاملات المالية المعاصرة عموما، وعقود المعاوضات المالية المعاصرة خصوصا.

الدراسات السابقة:

بعد الاطلاع والبحث في الموضوع لم يقف البحث على دراسة سابقة مطابقة للموضوع منهجا، ومضمونا، إلا بعض الرسائل التي ضمنت جوانب الموضوع في طياتها وهي:

1 ـ أحكام تلف الأموال في الفقه الإسلامي، عبد الله بن حمد بن ناصر الغطيم، إشراف: نزيه كمال حمّاد، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، د ط(1408هـ ـ 1988م)، وقد تناولت هذه الدراسة تعريف المال وتعريف التلف، ثم فصلت في أحكام تلف الأموال في فقه العبادات، وفي العقود الشرعية، وفي التصرفات المشروعية غير المشروعة.

2 ـ أقسام العقود في الفقه الإسلامي، حنان بنت محمد حسين جستنيه، إشراف: ياسين بن ناصر الخطيب، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، د ط(1418هـ ـ 1998م)، وقد تناولت هذه الدراسة أقسام العقود باعتبارات متعددة من بينها أقسام العقود بالنظر إلى الضمان من عدمه.

وبعد هذا العرض للدراسات السابقة يمكن القول أن موضوع الضمان في عقود المعاوضات المالية، لم يحض بدراسة تجمع بين الجانبين الفقهي والمقاصدي، وقد جاءت هذه الدراسة للجمع بين الجانبين.

منهج البحث:

توسلت في البحث بالمنهج الاستقرائي والمنهج الوصفي في جمع جزئيات الموضوع، خاصة في التطبيقات الفرعية لقواعد الجبر بالضمان في عقود المعاوضات المالية المعاصرة، مع آلية المقارنة في دراسة المسائل التطبيقية للجبر بالضمان في عقود المعاوضات المالية، بذكر أراء الفقهاء فيها وأدلتهم ومحاولة الترجيح بينها ما أمكن ذلك.

الإشكالية: ما المقصود بالجبر بالضمان، وماهي تطبيقاته في عقود المعاوضات المالية، وماهي قواعد الجبر بالضمان وماهي تطبيقاتها في المعاملات المالية المعاصرة عموما وفي عقود المعاوضات المالية المعاصرة خصوصا ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية وضع البحث خطة مكونة من أربعة مباحث؛ خص الأول منها للتعريف بمفردات البحث، وخص الثاني للجبر بالضمان في عقد البيع والإجارة، وخص الثالث للجبر بالضمان في عقد الرهن والقرض، وخص الرابع لقواعد الجبر بالضمان وتطبيقاتها في عقود المعاوضات المالية المعاصرة.

المبحث الأول: التعريف بمفردات البحث

المطلب الأول: تعريف الجبر وأنواعه

الفرع الأول: تعريف الجبر

أولا- تعريف الجبر لغة: خلاف الكسر، وهو إصلاح الشيء، يقال: جبرت عظم الرجل جبرا، أي أصلحت عظمه من كسر، وجبر العظم بنفسه جبورا، أي انجبر، وجبرت اليد وضعت عليها الجبيرة، وجبرت الفقير أي أغنيته؛ فشبه فقره بانكسار عظمه، قغناه بجبره، وجبر له مصيبته أي رد عليه ما ذهب منه، أو عوضه عنه[1].

ثانيا ـ تعريف الجبر اصطلاحا:

إنّ علماء الفقه والأصول لم يتطرقوا لمصطلح الجبر بتعريف محدّد رغم الاستعمال الواسع له سواء في مجال العبادات أو المعاملات، إلا ما ذكره بعض الباحثين في كتبهم:

فقال بعضهم أن المعنى الاصطلاحي للجبر لا يخرج عن المعنى اللغوي له[2] .

وقال البعض الجبر هو "ما شرع لاستدراك ما فات من المصالح " [3].

والذي يلاحظ على ما ذكره الباحثون في تعريف الجبر أنه عام وشامل، ولذا يمكن تعريف الجبر لما فات أو نقص في عقود المعاوضات بأنه: "استدراك ما نقص أو فات من حقوق للمتعاقدين عن طريق الضمان بالمثل أو بالقيمة ".

الفرع الثاني: أنواع الجبر

يتفرع الجبر باعتبار الحقوق المستدركة إلى نوعين: جبر لحقوق الله وجبر لحقوق العباد

أولا ـ جبر حقوق الله: وهو استدراك ما فات أو نقص من حقوق الله لسبب من الأسباب كالخطأ أو العمد أو الجهل أو النسيان أو المرض وغيرها.

ثانيا ـ جبر حقوق العباد: وهو استدراك ما فات أو نقص من حقوق العباد لسبب من الأسباب الموجبة له عن طريق التعويض أو الضمان أو البدل.

ويقع الجبر في العبادات والأموال والنفوس والأعضاء ومنافع الأعضاء والجراح سواء تعلق بحقوق الله أو بحقوق العباد[4].

المطلب الثاني: تعريف الضمان وأنواعه

الفرع الأول: تعريف الضمان

أولا ـ تعريف الضمان لغة: مشتق من الفعل ضمن بكسر الميم، ويأتي في اللغة بعدة معان منها[5]:

1 ـ الكفالة، يقال ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا: كفل به، وضمنه إياه: أي كفله.

2 ـ الغرامة والالتزام، يقال ضمنته الشيء، فتضمنه عني: غرمته فالتزمه.

3 ـ جعل الشيء في شيء يحويه، ومن ذلك قولهم: ضمنت الشيء، أي جعلته في وعائه.

4 ـ الحفظ والرعاية، يقال ضمن الشيء إذا حفظه ورعاه، ومنه حديث النبي صلى الله عليه وسلم «الإِمَامُ ضَامِنٌ، وَالمؤَذِّنُ مُؤْتَمَنٌ»[6]؛ ويراد بالضمان في هذا الحديث الحفظ والرعاية، لأن الإمام يحفظ على القوم صلاتهم، وقيل: إن صلاة المقتدين به في عهدته وصحتها مقرونة بصحة صلاته، فهو كالمتكفل لهم صحة صلاتهم.

ثانيا ـ تعريف الضمان اصطلاحا: يطلق الضمان في عرف الفقهاء بمعنيين:

المعنى الأول: يطلق الضمان ويراد به الكفالة، وهذا المعنى عبر عنه فقهاء الحنفية[7] والمالكية[8] والشافعية[9] والحنابلة[10] في كتبهم تحت عنوان الضمان أو الكفالة.

المعنى الثاني: ويطلق ويراد به الغرامة، وهذا المعنى عبر عنه الفقهاء[11] في كتبهم في معرض كلامهم عن ضمان المال المغصوب، وضمان المتلفات، وهو المعنى المقصود في البحث.

ومن أهم التعريفات التي ذكرها الفقهاء القدامى والمعاصرون في تعريف الضمان بالمعنى الثاني مايلي:

التعريف الأول: "الضمان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته"[12].

التعريف الثاني: "الضمان عبارة عن غرامة التالف"[13].

التعريف الثالث: "الضمان هو التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير"[14].

والتعريف الأدق و الأشمل للضمان بمعنى جبر المتلفات هو التعريف الأول.

وعليه يمكن تعريف الضمان وفق ما جاء به البحث بأنه التزام برد مثل الهالك في عقود المعاوضات إن كان الهالك مثليا أو قيمته إن كان قيميا.

الفرع الثاني: أنواع الضمان

يتنوع الضمان بالنظر إلى أسبابه إلى ثلاثة أنواع هي[15]:ضمان العقد، ضمان الإتلاف، وضمان اليد.

أولا ـ ضمان العقد:

1 ـ تعريف العقد لغة: نقيض الحل، ويطلق ويراد به عدة معان منها: الربط والشد، والإحكام والإبرام[16]

2 ـ اصطلاحا فهو" ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله" [17].

ويعتبر العقد أحد الأسباب الموجبة للضمان في حال التلف أو الهلاك، ويقصد بضمان العقد عند الفقهاء "ضمان مال تالف بناء على عقد يقتضي الضمان" [18]، قال السيوطي "ما يضمن ضمان عقد قطعا وهو ما يعين في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح "[19].

فهذه الأعيان وأمثالها تعد مضمونة ضمان عقد في يد من وجبت عليه بالعقد تسليمها إذا تلفت قبل تسليمها، وضمانها يكون مما يقتضيه العقد من البدل دون مراعاة لقيمتها كأساس في التقدير، فالمبيع عند هلاكه في يد البائع مضمون بالثمن فيسقط الثمن بهلاكه، ويبطل عقد البيع ويرد الثمن إذا كان قد أدي قبل ذلك.

وكذلك الحكم عند هلاك الثمن إذا كان عينا، إذ أنه يعد في الواقع مبيعا، ذلك لأن ضمان العقد لا يقوم على تحقيق المماثلة والمكافأة بين العوضين، وإنما يؤسس على الرضا والاتفاق الذي تضمنه العقد بحسب منفعة المتعاقدين ورغبتهما منه[20].

ثانيا ـ ضمان اليد:

تعريف اليد لغة: أصلها يدي على فعل ساكن العين، وهي عضو من أعضاء الجسد، من المنكب إلى أطراف الأصابع، وتطلق استعارة على عدة معاني منها: القوة والطاقة، والقدرة والسلطان وغيرها [21]. والمراد بوضع اليد حيازة الشيء، فإذا حاز الإنسان مالا كان تحت يده[22]. وتعد اليد سببا من أسباب الضمان المالي في حال التعدي، أو التقصير في حفظ المال أو إتلافه أو الإنقاص منه، وهذا بحسب وضع اليد على المال، وعليه تنقسم اليد بالنظر للضمان المالي وعدمه إلى قسمين[23]:

أ ـ يد مؤتمنة: هي اليد التي حازت الشيء أو المال نيابة لا تملكا، كيد الشريك والوديع والعامل في المضاربة نحوها، فإذا وقع منها تعدي أو تقصير صارت هذه اليد يد ضمان، فتضمن ما تلف ماليا، كما لو لم تكن مؤتمنة.

ب ـ يد ضمان: هي اليد التي حازت المال للتملك أو لمصلحة الحائز، كيد المشتري الغاصب، ويد المرتهن و، فهذه اليد تضمن ما نقص أو تلف من الأموال التي تحت حيازتها، سواء وقع النقص أو التلف منها أو من غيرها.

ثالثا ـ ضمان الإتلاف:

1 ـ تعريف الإتلاف لغة: مصدر أتلف، والتلف زوال الشيء وذهابه، والعطب والهلاك، والجمع متالِف أي مهالك، والتلفة: الهضبة المنيعة التي يغشى من تعاطاها التلف، ولذلك يعني الإتلاف الزوال، والعطب والهلاك في كل شيء[24].

2 ـ اصطلاحا: "إتلاف الشيء إخراجه من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة"[25]. ويراد بالإتلاف كسبب موجب للضمان المالي؛ أن يباشر الإتلاف بسبب يقتضيه كالإحراق والقتل، أو ينصب سببا عدوانا فيحصل به الإتلاف، بأن يحفر بئرا في غير ملكه عدوانا، أو يؤجج نارا في يوم ريح عاصف فيتعدى إلى إتلاف مال غيره، أو كان الماء محتبسا بشيء وعادته الانطلاق فيزيل احتباسه، وسواء كان له اختيار في انطلاقه أو لم يكن له ذلك[26].

المطلب الثالث: تعريف عقود المعاوضات وأنواعها

الفرع الأول: تعريف عقود المعاوضات

أولا ـ تعريف عقود المعاوضات لغة:

العقود في اللغة جمع عقد، وهو الشد والربط والإبرام والإحكام والجمع بين الشيئين[27].

والمعاوضات في اللغة جمع معاوضة، والمعاوضة مأخوذة من العوض وهو البدل عن الشيء[28]

ثانيا ـ اصطلاحا: عرفت عقود المعاوضة بتعريفات متقاربة المعنى منها:

التعريف الأول: هي العقود التي تحتوي على عوض من الجانبين[29].

التعريف الثاني: هي عقود تقوم على أساس إنشاء وجائب متقابلة بين العاقدين، يأخذ فيها كل من طرفي العقد شيئا، ويعطي في مقابله شيئا أخر [30].

الفرع الثاني: أنواع عقود المعاوضات: تتنوع عقود المعاوضات إلى عقود معاوضات مالية وعقود معاوضات غير مالية[31]:

أولا ـ عقود المعاوضات المالية: وهي العقود التي يكون فيها العوض المالي مقصودا عند تكوين العقد، وهي نوعان: عقود معاوضات مالية ابتداء كعقد البيع والإجارة، وعقود معاوضة مالية انتهاء كالرهن والقرض.

ثانيا ـ عقود معاوضات غير مالية: وهي العقود التي لا يكون العوض المالي فيها مقصودا من المتعاقدين عند تكوين العقد، وإن العوض المالي فيها عنصر أساسي كعقد الزواج والخلع والصلح عن مال.

وضابط التفريق بين النوعين هو القصد في تكوين العقد؛ فإن كان مقصود المتعاقدين من العقد تحصيل العوض المالي كان العقد معاوضة مالية، وإن لم يكن العوض المالي مقصود المتعاقدين من تأسيس العقد كان العقد معاوضة غير مالية، والذي يركز عليه البحث هو عقود المعاوضات المالية القديمة والمعاصرة كما سيأتي تفصيل ذلك في البحث.

وبعد التعرف على الجبر وأنوعه والضمان وأنواعه وعقود المعاوضات وأنواعها يمكن القول:إن الجبر بالضمان في عقود المعاوضات المالية **كمركب لفظي** هو استدراك ما نقص أو تلف، أو فات من حقوق للمتعاقدين بالمثل أو القيمة، في العقود التي يكون العوض المالي فيها مقصودا عند تكوين العقد.

المبحث الثاني: الجبر بالضمان في عقد البيع والإجارة

المطلب الأول: الجبر بالضمان في عقد البيع

الفرع الأول: تعريف البيع

أولا ـ تعريف البيع لغة: ضد الشراء، وهو من أسماء الأضداد، فيطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع، فيقال بعت الشيء؛ شريته، والابتياع: الاشتراء، والبيعان: البائع والمشتري، ولكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة[32].

ثانيا ـ اصطلاحا: عرف الفقهاء البيع بمعناه العام بعدة تعريفات منها:

1 ـ تعريف الحنفية: ومنهم من عرفه بقوله"مبادلة لمال بالمال بالتراضي" [33].

2 ـ تعريف المالكية: ومنهم من عرفه بقوله"عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة"[34].

3 ـ تعريف الشافعية: ومنهم من عرفه بقوله"عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد" [35].

4 ـ تعريف الحنابلة: ومنهم من عرفه بقوله"مبادلة المال بالمال، تمليكا، وتملكا" [36].

الفرع الثاني: الحبر بالضمان في تلف المبيع

تلف المبيع قد يكون قبل القبض أو بعده، كليا أو جزئيا، وقد يكون من البائع أو من المشتري أو من أجنبي، والجبر بالضمان يختلف عند الفقهاء حسب كل حالة، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

أولا ـ الجبر بالضمان في حال تلف المبيع كليا أو جزئيا قبل القبض:

1 ـ تحرير محل النزاع وأقوال الفقهاء: ذهب جمهور الفقهاء[37] من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن المبيع في عقد البيع في ضمان البائع حتى يقبضه المشتري، وذهب المالكية[38] إلى القول بأن ضمان المبيع ينتقل إلى المشتري بنفس العقد في كل بيع إلا في خمسة مواضع منها: بيع الغائب على الصفة بخلاف فيه، وما بيع على الخيار، وما بيع من الثمار قبل كمال طيبها وغيرها، ووافقهم الحنابلة[39] في ذلك في المبيع المتعين ، وعلّلوا ذلك بقولهم أن المبيع المعين لا يتعلق به حق توفية، فكان من مال المشتري.

وبناء على اختلاف الفقهاء في هذه المسألة اختلفوا في ضمان المبيع إذا تلف كليا أو جزئيا بعد إبرام عقد البيع وقبل القبض وتفصيل أقوالهم على النحو التالي:

أ ـ القول الأول: ذهب الحنفية[40] والشافعية[41] إلى القول بأن المشتري إن أتلف المبيع قبل القبض مطالب بدفع الثمن للبائع، وإن كان المتلف أجنبيا فالمشتري بالخيار بين الفسخ وإتمام البيع مع مطالبة المتلف بضمان البدل مثلا أو قيمة، فإن كان المتلف للمبيع هو البائع انفسخ عقد البيع[42].

ب ـ القول الثاني: ذهب المالكية[43] والحنابلة[44] إلى القول بأن المشتري إن أتلف المبيع كليا أو جزئيا فإتلافه قبض له، فيستحق البائع الثمن كاملا .

واختلفوا إن كان المتلف للمبيع البائع أو أجنبي، فقال المالكية إن كان المتلف للمبيع البائع أو أجنبي يغرم ما أتلفه قيمة إذا كان المبيع قيميا، ومثلا إذا كان مثليا إن كان الإتلاف كليا، أما إن كان لجزء من المبيع فيضمن المتلف أرش ما أتلفه.

وقال الحنابلة إن كان المتلف للمبيع البائع أو أجنبي فالمشتري بالخيار بين الفسخ أو إمضاء البيع، فإن اختار الفسخ أخذ الثمن من البائع، وإن أمضى العقد طالب المتلف سواء كان البائع أو أجنبي ببدل المبيع قيمة إن كان قيميا، أو مثلا إن كان مثليا.

2 ـ الأدلة والترجيح:

أ ـ الأدلة:

1 ـ أدلة القول الأول: استدل الحنفية والشافعية فيما ذهبوا إليه بأدلة من المعقول منها[45]:

ـ أن المشتري يدفع الثمن إن تلف المبيع بيده قبل القبض لأنه بالإتلاف صار قابضا لكل المبيع، إذ لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه، وهو معنى القبض الموجب للثمن.

ـ إن تلف المبيع بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار لأن المبيع قد تعين في ضمان البائع؛ لأنه كان عينا فصار قيمة، وتعين المبيع في ضمان البائع يوجب الخيار.

ـ ينفسخ البيع إن تلف المبيع بفعل البائع، لأن المبيع مضمون بأحد الضمانين، فهو كالثمن لو هلك في يد المشتري سقط عنه فلا يكون مضمونا بضمان آخر، إذ المحل الواحد لا يقبل ضمانين، والمبيع في يد البائع مضمون بالثمن في الحالين فيمنع كونه مضمونا بضمان آخر.

2 ـ أدلة القول الثاني: استدل المالكية والحنابلة في قولهم بأن المشتري ضامن للمبيع الذي أتلفه في عقد البيع بأدلة من السنة والأثر والمعقول:

من السنة: عن عائشة رضي الله عنها: « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى أَنَّ الخَرَاجَ بِالضَّمَانِ»[46].

ومعنى الخراج بالضمان: أن الرجل لو اشتري عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا، فرده على البائع فالغلة للمشتري، وكذلك لو هلك هلك من مال المشتري[47].

من الأثر: قول ابن عمر رضي الله عنهما: ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فهو من المبتاع[48].

من المعقول: استدلوا بمايلي[49]:

ـ أن إتلاف المشتري للمبيع قبل قبضه ولو جاهلا قبض له، فيلزمه دفع كل الثمن جبرا لحق البائع.

ـ أن المبيع لم يتعلق به حق توفية، ولو تلف قبل القبض كان من مال المشتري، فهو كالعبد.

واستدل الحنابلة على قولهم أن تلف المبيع إذا كان من البائع أو أجنبي فالمشتري بالخيار بين الفسخ أو إمضاء البيع بالقياس، فقالوا يقاس على العيب إذا ظهر في المبيع بعد القبض فإن المشتري بخير بين الإمضاء والفسخ [50].

ب ـ الترجيح: بعد عرض الأدلة يترجح ما ذهب إليه المالكية من القول أن المشتري ضامن لما أتلفه من المبيع قبل القبض، لأن المبيع بمجرد العقد يدخل في ضمانه، كما أن إتلافه للمبيع قبل قبضه قبض له، فيلزم بدفع كل الثمن للبائع جبرا لحقه في ذلك، إلا إذا كان الإتلاف من البائع أو أجنبي فيغرم المتلف منهما ما أتلفه مثليا كان أو قيميا إن كان الإتلاف كليا، وإن كان جزئيا فيضمن المتلف منهما أرش ما أتلفه جبرا لحق المشتري في ذلك الجزء المتلف الذي فات بالتعدي من أحدهما.

ثانيا ـ الجبر بالضمان في حال تلف المبيع كليا أو جزئيا بعد القبض:

اتفق الفقهاء[51] على أن تلف بعض أو كلّ المبيع بعد القبض بآفة سماوية، أو بفعل المبيع ، أو بفعل المشتري لا يوجب على البائع شيئا ، لأن المبيع خرج من ضمان البائع بقبض المشتري له فتقرر عليه الثمن، وكذا إذا هلك بفعل أجنبي فالهلاك على المشتري ويرجع بالضمان على الأجنبي لجبر حقه في المبيع الذي فات بالإتلاف.

وإن تلف كل المبيع بفعل البائع فينظر عند الحنفية[52] إن كان المشتري قبضه بإذن البائع أو بغير إذنه؛ فإن كان قبضه بإذنه فاستهلاكه واستهلاك الأجنبي سواء، وإن كان قبضه بغير إذن البائع صار البائع بالاستهلاك مستردا للمبيع، فحصل الاستهلاك في ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن، كما لو استهلك وهو في يده.

أما إن تلف بعض المبيع بفعل البائع، فينظر عند الحنفية[53]لحق البائع في الاسترداد؛ فإن لم يكن للبائع حق الاسترداد فإتلافه والأجنبي سواء، وإن كان له حق الاسترداد ينفسخ البيع في قدر المتلف، ويسقط عن المشتري حصته من الثمن، لأنه صار مستردا لذلك القدر بالإتلاف، فتلف ذلك القدر يجبر بضمانه، فيسقط قدره من الثمن.

المطلب الثاني: الجبر بالضمان في عقد الإجارة

الفرع الأول: تعريف الإجارة

أولا- تعريف الإجارة لغة: الإجارة بكسر الهمزة اسم للأجرة وهي الكراء على العمل، والكراء الأجر والأجرة، والأجر: الجزاء على العمل، والأجرة ما أعطي من الأجر في عمل[54].

ثانيا ـ اصطلاحا: عرفت الإجارة عند الفقهاء بعدة تعريفات منها:

1 ـ تعريف الحنفية: ومنهم من عرفها بقوله"هي بيع لمنفعة معلومة بأجر معلوم"[55].

2 ـ تعريف المالكية: ومنهم من عرفها بقوله"تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض"[56].

والإجارة والكراء عند المالكية شيء واحد في المعنى، غير أنهم أطلقوا على العقد على منافع الآدمي، وما يقبل الانتقال غير السفن والحيوان لفظ الإجارة، وأطلقوا على العقد على منافع ما لا ينقل كالأرض والدور، وما ينقل من سفينة وحيوان لفظ الكراء[57].

3 ـ تعريف الشافعية: ومنهم من عرفها بقوله"تمليك منافع في مقابل أجرة"[58].

4 ـ تعريف الحنابلة: ومنهم من عرفها بقوله" العقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئا فشيئا لمدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم"[59].

الفرع الثاني: الجبر بالضمان في تلف الإجارة

أولا ـ الجبر بالضمان في تلف إجارة الأعيان: اتفق الفقهاء[60]على أن العين المؤجرة مدة الإجارة أمانة في يد المستأجر، فإن تلفت بغير تعد منه ولا تقصير فلا ضمان عليه، أما إذا تعدى عليها أو قصر في حفظها فإنه ضامن لما يلحق العين المؤجرة من تلف أو نقصان.

وعليه فإن المستأجر المتعدي أو المقصر في حفظ العين المؤجرة، أو المستعمل لها في غير ما حدد في عقد الإجارة ضامن، لجبر ما يلحق العين من تلف أو نقصان، وقد ذكر النووي أن المستأجر يضمن بالتعدي، كأن يضرب الدابة أو يكبحها فوق العادة... ولو نام بالليل في الثوب الذي استأجره، أو ألبسه عصارا، أو دباغا، أو نقل فيه التراب، وغيرهما ، أو أسكن الدار حدادا أو قصارا أو غيرهما ممن هو أشد ضررا منه، وجب عليه الضمان [61].

ثانيا ـ الجبر بالضمان في تلف إجارة الأعمال:

1 ـ الجبر بالضمان في تلف إجارة الأعمال الخاصة: اتفق الفقهاء[62] على أن الأجير الخاص يده يد أمانة، فلا يضمن ما تلف في يده من مال أو عمل إلا بتعدي منه أو تقصير لأنه نائب المالك في صرف منافعه إلى ما أمره به كالوكيل، فإن تعدى أو قصّر في حفظ المال أو أداء العمل فإنه يضمن لجبر ما تلف من حقوق للمؤجر.

قال ابن قدامة "الأجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه إلى ما أمره به، فلم يضمن من غير تعد، كالوكيل والمضارب، فأما ما يتلف بتعديه، فيجب ضمانه، مثل الخباز الذي يسرف في الوقود، أو يلزقه قبل وقته، أو يتركه بعد وقته حتى يحترق؛ لأنه تلف بتعديه، فضمنه كغير الأجير"[63].

2 ـ الجبر بالضمان في تلف إجارة الأعمال المشتركة

أ ـ تحرير محل النزاع وأقوال الفقهاء: اتفق الفقهاء على أن الأجير المشترك يضمن ما تلف بتعدٍ منه أو تفريط لجبر حقوق أصحاب الأعمال التي فاتت بتعديه أو تفريطه، واختلفوا فيما تلف من الأعمال والأموال بلا تعدٍ أو تفريط على ثلاثة أقوال[64]:

1 ـ القول الأول: ذهب أبو حنيفة وزفر[65] والشافعي[66] ـ في أظهر قوليه ـ إلى القول أن الأجير المشترك يده يد أمانة فلا يضمن ما تلف من الأعمال والأموال بلا تعدي منه أو تفريط وبه قال المالكية[67].

2 ـ القول الثاني: ذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن [68]إلى القول أن الأجير المشترك يضمن ما تلف تحت يده بلا تعدٍ منه أو تفريط إلا حرق غالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين، وبه قال الشافعي في أحد قوليه[69] .

3 ـ القول الثالث:ذهب الحنابلة[70] إلى القول أن الأجير المشترك يضمن ما تلف بفعله، سواء حضر رب المال أو غاب، وسواء كان يعمل في بيت المستأجر أو في بيته.

ب ـ الأدلة والترجيح:

1 ـ الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول فيما ذهبوا إليه من عدم تضمين الأجير المشترك بالكتاب والأثر والمعقول:

من الكتاب قول الله عزوجل: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ (البقرة: 193)

والأصل أنه لا يجب الضمان إلا على المتعدي، ولم يوجد التعدي من الأجير؛ لأنه مأذون في القبض، والهلاك ليس من صنعه فلا يجب الضمان عليه؛ ولهذا لا يجب الضمان على المودع[71].

من الأثر: روى صالح بن دينار، «أن عليا رضي الله عنه، كان لا يضمن الأجير المشترك»[72].

من المعقول: أن الأصول موضوعة على أن من أخذ مال لمنفعة مشتركة بينه وبين مالكه كالمرتهن والمضارب فلا يضمن إلا بالتعدي، كذلك الأجير أخذ المال لمنفعة نفسه ومنفعة مالكه فوجب أن لا يضمنه إلا بالتعدي[73].

ب ـ أدلة القول الثاني: استدل القائلين بتضمين الأجير المشترك بالسنة والأثر والمعقول:

من السنة: روى سمرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[74]، وقد عجز عن رد عينه بالهلاك فيجب رد قيمته قائمة مقامه.

من الأثر: أن عمر رضي الله عنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطا لأموال النّاس[75].

وعن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الصباغ والصائغ وقال: « لا يصلح للنّاس إلا ذاك»[76]

وروي أيضا أن عليا "كان يضمن الأجير " [77].

من المعقول: يد الأجير ضامنة يلزمها ضمان ما هلك فيها كالمستعير[78].

جـ ـ أدلة القول الثالث: استدل الحنابلة على قولهم بضمان الأجير المشترك ما تلف بفعله بالأثر والمعقول[79]:

من الآثر: روى جعفر عن أبيه عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ، وقال: « لايصلح النّاس إلا ذلك»[80].

من المعقول: أن عمله مضمون عليه، وما تولد من المضمون فهو مضمون، كجناية العمد.

2 ـ الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم يترجح ما ذهب إليه الحنابلة من تضمين للأجير المشترك ما تلف بفعله لقوة أدلتهم، وجبرا لحق المؤجر الذي فات بجناية الأجير على أموال وأعمال النّاس.

المبحث الثالث: الجبر بالضمان في عقد الرهن والقرض

المطلب الأول: الجبر بالضمان في عقد الرهن

الفرع الأول: تعريف الرهن

أولا ـ تعريف الرهن لغة: يأتي الرهن في اللغة بعدة معان منها[81]:

1 ـ الثبوت والدوام؛ يقال رهن الشيء يرهن رهونا ثبت ودام، والشيء الراهن: الثابت الدائم

2 ـ الحبس؛ يقال رهنه المتاع بالدين رهنا حبسه به.

ثانيا ـ اصطلاحا: عرف الفقهاء الرهن بعدة تعريفات منها:

1 ـ تعريف الحنفية: ومنهم من عرفه بقوله"الرهن حبس لشيء مالي بحق، يمكن استيفاؤه منه كالدين"[82].

2 ـ تعريف المالكية: ومنهم من عرفه بقوله"بذل من له البيع ما يباع، أو غررا، ولو اشترط في العقد وثيقة بحق"[83].

3 ـ تعريف الشافعية: ومنهم من عرفه بقوله"جعل عين مال متمولة وثيقة بدين، يستوفى منها عند تعذر وفائه"[84].

4 ـ تعريف الحنابلة: ومنهم من عرفه بقوله:"المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن عليه"[85].

الفرع الثاني: الجبر بالضمان في تلف الرهن:

أولا ـ تحرير محل النزاع وأقوال الفقهاء: اختلف الفقهاء في ضمان العين المرهونة إذا تلفت في يد المرتهن على ثلاثة أقوال[86]:

1 ـ القول الأول: ذهب الحنفية[87]إلى القول بأن المرتهن ضامن للعين المرهونة بأقل من قيمتها ومن الدين، وإن ساوت قيمتها الدين صار مستوفيا دينه، وإن كانت أكثر من دينه فالفاضل أمانة وبقدر الدين صار مستوفيا لجبر ما فات من حق للراهن.

2 ـ القول الثاني: ذهب المالكية[88] إلى القول بأن يد المرتهن على العين المرهونة يد أمانة، فلا يضمن في حالة عدم التعدي أو التقصير إلا بتوفر شرطين: الأول: إن كانت العين المرهونة مما يغاب عليه كسلاح وثياب وكتب من كل ما يمكن إخفاؤه وكتمه.

والثاني: إن كانت العين المرهونة مما لا يغاب عليه وثبت بالبينة أن التلف كان بسببه.

3 ـ القول الثالث: ذهب الشافعية[89] والحنابلة[90] إلى القول أن يد المرتهن على العين المرهونة يد أمانة، لا يسقط بتلفها شيء من الدين إلا بالتعدي أو التقصير.

ثانيا ـ الأدلة والترجيح:

1 ـ الأدلة:

أ ـ أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول بالسنة والأثر:

من السنة: أُثر أن رجلا ارتهن فرسا فمات الفرس في يد المرتهن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ذهب حقك»[91] فدل هذا من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم على بطلان الدين بضياع الرهن[92].

وما روي أن رجلا رهن فرسا، فنفق الفرس، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «الرهن بما فيه» [93].

والمعنى إذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك بأن قال كل واحد منهما لا أدري كم كان قيمته، فيكون مضمونا بما فيه من الدين[94].

ومن الأثر: عن علي رضي الله عنه قال: « إذا كان أقل رد الفضل ، وإن كان أكثر فهو بما فيه»[95].

وعن علي رضي الله عنه أيضا قال «إذا كان الرهن أكثر مما رهن به فهلك فهو بما فيه، لأنه أمين في الفضل، وإذا كان أقل مما رهن به فهلك رد الراهن الفضل»[96].

ب ـ أدلة القول الثاني: استدل أصحاب القول الثاني بأدلة من المعقول منها[97]:

ـ أن الرهن لم يجر مجرى الأمانة المحضة التي لا نفع فيها لقابضها كالوديعة، ولا مجرى المضمون المحض الذي يكون فيه النفع كله لقابضه كالقرض؛ وإنما أخذ شبها من الأمرين، فلم يكن له حكم أحدهما على التحديد؛ بل وجب الفصل بينهما.

جـ ـ أدلة القول الثالث: استدل الشافعية والحنابلة في قولهم أن يد المرتهن يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير بالسنة النبوية والمعقول[98].

من السنة: روى سعيد بن المسيب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال «لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ» وقال الشافعي رضي الله عنه: غنمه: زيادته، وغرمه: هلاكه ونقصه[99].

من المعقول: أن المرتهن لو ضمن لامتنع الناس من فعله خوفا من ضمان الشيء المرهون، وذلك وسيلة إلى تعطيل المداينة، وفيه ضرر عظيم وهو منفي شرعا[100].

2 ـ الترجيح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم يترجح ما ذهب إليه المالكية في التفريق بينما يغاب عليه وما لا يغاب عليه لقوة دليلهم؛ فيضمن المرتهن إذا تلف المرهون وكان مما يغاب عليه مما يمكن إخفاؤه وكتمه، أو كان مما لا يغاب عليه وثبت بالبينة الشرعية أن التلف كان بسببه، جبرا لحق الراهن الذي فات بالجحود والكتمان أو بالتعدي والجناية على الشيء المرهون.

المطلب الثاني: الجبر بالضمان في عقد القرض

الفرع الأول: تعريف القرض

أولا ـ تعريف القرض لغة: بفتح القاف وكسرها، مصدر مشتق من الفعل قرض، ويعني القطع، يقال قرضت الشيء أقرضه قرضا: قطعته، والقرض ما تعطيه لغيرك من المال لتقضاه، وكأنه شيء قد قطعته من مالك، ويقال: فلانا وفلانا يتقارضان الثناء، إذا أثنى كل واحد منهما على صاحبه، وكأن كل واحد منهما أقرض صاحبه ثناء كقرض المال[101].

ثانيا ـ اصطلاحا: عرف الفقهاء القرض بعدة تعريفات منها:

1 ـ تعريف الحنفية: ومنهم من عرفه بقوله: "عقد مخصوص يرد على دفع لمال مثلي لرد مثله"[102].

2 ـ تعريف المالكية: ومنهم من عرفه بقوله"دفع المال على وجه القربة لله تعالى لينتفع به آخذه ثم يرد له مثله أو عينه"[103].

3 ـ تعريف الشافعية: ومنهم من عرفه بقوله"تمليك شيء برد بدله"[104].

4 ـ تعريف الحنابلة: ومنهم من عرفه بقوله"دفع مال إرفاقا لمن ينتفع به ويرد بدله"[105].

الفرع الثاني: الجبر بالضمان في تلف القرض:

عقد القرض ليس عقد تبرع محض لمكان العوض فيه، ولا هو جار على حقيقة المعاوضات المحضة بدليل الرجوع فيه ما دام باقيا، بل يعتبر من عقود التبرعات ابتداء، وعقود المعاوضات انتهاء، لأن المقترض يقبض القرض بتبرع من صاحبه، ليرد مثله أو قيمته عوضا إذا حان أجله [106].

وعليه فلا خلاف بين الفقهاء[107] أن المقترض ضامن للقرض إذا تلف بيده بعد القبض سواء وقع التلف بتعد منه أو تقصير أو دون ذلك، لأن من آثار العقد أن المقترض يمتلك القرض، ويصير مالا من أمواله، فتلفه تلف لماله، ويضمن مثل القرض أو قيمته في حال تعذر المثل لجبر ما فات من مال للمقرض.

المبحث الرابع: قواعد الجبر بالضمان وتطبيقاتها في عقود المعاوضات المالية المعاصرة:

يتناول هذا المبحث بعض قواعد الجبر بالضمان وتطبيقاتها الفرعية في المعاملات المالية المعاصرة عموما، وعقود المعاوضات المالية المعاصرة خصوصا في مطلبين:

المطلب الأول: قواعد الجبر بالضمان

يتطرق هذا المطلب لبعض قواعد الجبر بالضمان وشرح مفرداتها ومعانيها في الفروع التالية:

الفرع الأول: قاعدة المباشر ضامن وإن لم يتعمد

أولا ـ شرح مفردات القاعدة:

ـ المباشر لغة: الذي باشر الأمر أي تولاه ببشرته وهي اليد، يقال باشر الأمر تولاه بنفسه[108].

وفي الاصطلاح المباشر هو الفاعل للفعل بالذات [109]أو"هو الذي يحصل الضرر بفعله" [110]،ضامن مأخوذ من الضمان وقد سبق بيانه.

ـ المتعمد خلاف المخطئ، وهو الذي قصد الفعل أو الضرر.

ثانيا ـ معنى القاعدة: أن المباشر الذي حصل التلف أو الضرر بفعله، يضمن ما أتلفه من مال الغير بمثله إن كان مثليا، أو بالقيمة إن كان قيميا وإن لم يتعمد الإتلاف أو الإضرار.

الفرع الثاني: قاعدة المتسبب لا يضمن ما لم يكن متعمدا

أولا ـ شرح مفردات القاعدة[111]:

ـ المتسبب هو الذي يحصل التلف بفعله ويتخلل بين فعله، والتلف فعل مختار[112]، أو هو المفضي إلى الفعل والموصل إلى وقوعه.

ـ المتعمد هو الذي قصد بالفعل الأثر المترتب عليه.

ثانيا ـ معنى القاعدة: المتسبب هو الذي يفضي فعله إلى الحكم دون مباشرة إليه، فيكون متسببا للضرر أو التلف؛ بأن يفعل ما يفضي ويوصل إليه، فإنه يضمن ما أفضى إليه فعله من الضرر أو التلف إن تعمد ذلك، لأنه بانفراده لا يصلح علة مستقلة للإتلاف إلا إذا كان متعديا[113].

الفرع الثالث: قاعدة إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل

أولا ـ شرح مفردات القاعدة:

ـ التعذر لغة: التعسر والصعوبة والاستحالة وعدم الاستقامة، يقال تعذر الأمر، إذا تعسر أو لم يستقم، ويقال تعذر عليه الحضور صعب، أو استحال[114].

ـ الأصل لغة: أساس الشيء، وأصل الشيء ما يستند عليه وجود ذلك الشيء[115].

وفي الاصطلاح الشرعي يراد به عدة معان منها: كل ما يثبت دليلا لإيجاد حكم من أحكام الشرع[116].

كما يطلق ويراد به المبدل منه في مقابل البدل وهو المعنى المقصود في القاعدة.

ـ البدل لغة: قيام الشيء مقام شيء آخر، يقال أبدلت الشيء: إذا أتيت له ببدل[117].

وفي الاصطلاح الشرعي: "البدل هو الذي يقوم مقام المبدل منه من كل الوجوه" [118].

فالبدل هو الذي يصار إليه إذا تعذر الأصل" [119] أي جعل الشيء مكان شيء آخر عند تعذره.

ثانيا ـ معنى القاعدة: المقصد من الضمان أو التعويض جبر الضرر أو التلف، لذلك كان الأعدل والأتم أن يكون ضمان المثلي بمثله، لأن المثل معادلة الشيء صورة ومعنى، أي يراعى فيه جنس التالف وماليته[120].

إذ الواجب في الضمان رد المثل قدر الإمكان جبرا للضرر أو التلف، فإذا تعذر وجود المثل ـ وهو الأصل ـ في السوق يُصار إلى القيمة بدلا عنه،لأن الأصل إذا تعذر يصار إلى بدله.

الفرع الرابع: قاعدة الاضطرار لا يبطل حق الغير

أولا ـ شرح مفردات القاعدة:

ـ الاضطرار لغة: الإلجاء، يقال اضطره إلى الفعل أحوجه وألجأه إليه وأرغمه على فعله[121] .

وفي الاصطلاح الاضطرار: "الإلجاء إلى ما فيه ضرر بشدة" [122].

والاضطرار قد يكون سماوياً كالمجاعة، وقد يكون غير سماوي بالإكراه الملجئ كالقتل أو القطع أو الإتلاف، أو بالإكراه غير الملجئ كالضرب والحبس، ففي الملجئ يكون الضمان على الآمر لا على الفاعل وفي غير الملجئ الضمان على الفاعل[123].

ثانيا ـ معنى القاعدة:الاضطرار قد يقتضي في بعض الحالات إلى تغيير الحكم من الحرمة إلى الإباحة كأكل الميتة، ويقتضي في حالات أخرى الترخيص في فعل المحرم مع بقاء حرمته ككلمة الكفر، إلا أنه في كل الأحوال لا يبطل حقوق الآخرين.

وعليه لو اضطر العبد لأكل طعام غيره، فبعد زوال الاضطرار وجب عليه ضمان ما أكل بمثله إن كان مثلياً، وقيمته كان قيمياً[124].

الفرع الخامس: قاعدة الضرر يزال

أولا ـ شرح مفردات القاعدة:

الضرر لغة: ضد النفع، والضُّرُّ بالضم الهزال وسوء الحال، ويطلق أيضا ويراد به الضيق والنقصان، يقال ضر أخاه أي أنقصه شيئا من حقه، وقيل الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به والضرار أن تضره من غير أن تنتفع [125].

ثانيا ـ معنى القاعدة:

مفاد هذه القاعدة أن الضرر إذا وقع وجب إزالته، وأصل هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"[126][127]، ويتفرع عليها الكثير من الأحكام الفقهية من بينها ضمان المتلفات، أو التعويض عن الأضرار.

فالضمان جبر الضرر وإزالته، وإزالة الضرر الواقع على المال يتحقق بالتعويض الذي يجبر فيه الضرر أو التلف.

المطلب الثاني: التطبيقات الفرعية لقواعد الجبر بالضمان في عقود المعاوضات المالية المعاصرة:

يتناول هذا المطلب بعض التطبيقات الفرعية لقواعد الجبر بالضمان في عقود المعاوضات المالية المعاصرة في الفروع التالية:

الفرع الأول: تطبيقات قاعدة المباشر ضامن وإن لم يتعمد

من تطبيقات هذه القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة ما يلي[128]:

ـ لو قامت شركة مقاولات بحفر حفرة لتمديد الكهرباء، ووضعت علامات إرشادية للتنبيه بوجود حفرة، ووجوب الانحراف عن مكان الحفرة، ومر شخص يقود سيارة فوقع في الحفرة دون انتباه لوجود إشارات التنبيه، فالضمان لجبر الضرر الواقع يتحمله السائق، لأنه المباشر للفعل، والمباشر ضامن وإن لم يتعمد، ولا شيء على الشركة، لأنها أخلت مسؤوليتها بوضعها لإشارات التحذير من الوقوع في الخطر.

ـ إذا تعامل شخص مع بنك يصدر بطاقات الائتمان، وحصل على بطاقة ائتمان وقرأ نشرة الإصدار، والتي تتضمن أنه في حالة عدم السداد تترتب عليه فوائد، واستخدم البطاقة وترتبت عليه فوائد، يكون مسؤولا عن سدادها، لأن المباشر للفعل ضامن وإن لم يتعمد ذلك.

الفرع الثاني: تطبيقات قاعدة المتسبب لا يضمن ما لم يكن متعمدا

من تطبيقات هذه القاعدة في عقود المعاوضات المالية المعاصرة ما يلي:

ـ إلزام المدين المماطل بنفقات الدعوى القضائية، في حال رفع الدائن دعوى للمحكمة من أجل المطالبة بحقه في الدين، وذلك لأن المدين هو المتسبب فيها، وهو قول المالكية والحنابلة[129].

ذكر ابن تيمية أن الذي عليه الحق إن كان قادرا على الوفاء، ومطله حتى دفعه إلى الشكاية، فما غرمه بسبب ذلك فهو على الظالم المماطل[130].

الفرع الثالث: تطبيقات قاعدة إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل:

من تطبيقات هذه القاعدة في عقود المعاوضات المالية المعاصرة ما يلي:

ـ جواز جبر القاضي المديان على البيع للغرماء[131] أي أن للقاضي الحق في إجبار المدين المماطل على الوفاء بدينه، فإن امتنع وفى القاضي حق الدائنين من ماله جبرا إن وجد للمماطل مالا من جنس ما عليه من ديون، وأما إن وجد له مالا من غير جنس الدّين الذي عليه، أمره ببيع ذلك المال لقضاء ما عليه من دين، لأن لأصل إذا تعذر يُصار إلى بدله.

الفرع الرابع: تطبيقات قاعدة الاضطرار لا يبطل حق الغير

من تطبيقات القاعدة في المعاملات المالية المعاصرة ما يلي:

ـ لو اضطر شخص للتأمين التجاري لأشياء يحتاجها في حياته كالتأمين على السيارة من الأخطار التي قد تصيبها، ووقع في أخطار تكاليفها تفوق المبلغ الذي دفعه لشركة التأمين، فإن قَبل بأكثر مما دفع فإنه ملزم بالاستمرار في الدفع لشركة التأمين حتى يغطي المبلغ الذي دفعته لآن الاضطرار لا يبطل حق الغير[132].

الفرع الخامس: تطبيقات قاعدة الضرر يزال

من تطبيقات هذه القاعدة في عقود المعاوضات المالية المعاصرة ما يلي:

ـ إلزام الآمر بالشراء(الواعد) في بيع المرابحة للآمر بالشراء بالتعويض عن الضرر المالي في حال لم يلتزم بتنفيذ الوعد بلا عذر، جبرا للضرر الواقع على المأمور بالشراء.

فقد جاء في قرارات مجمع الفقه الإسلامي أن الوعد في بيع المرابحة للآمر بالشراء: "هو ما يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد، يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلا بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر" [133].

ـ إلزام المأمور بالشراء بإزالة الضرر الواقع على الآمر بالشراء بجبره للضرر، في حال إخلاله بوعده للآمر بالشراء والامتناع عن بيعه السلعة التي اشتراها بناء على أمره منه.

فقد صدر عن مجمع الفقه الإسلامي ما نصه: "وإذا صدر الإخلال بالوعد من قبل المأمور الذي جلب السلعة المطلوبة منه، ثم امتنع عن بيعها للآمر بالشراء مما ترتب عليه قيام الآمر بشراء بدل عنها من السوق بسعر أعلى، فإن ذلك الضرر الذي يتحمله الآمر يجب جبره ويقع عبء ذلك على المأمور بالشراء"[134].

ـ إلزام العميل بتعويض المصرف عن الضرر الواقع، في حال توقفه عن دفع أقساط البيع هو موسر، ويُفوض تقدير التعويض جبرا للضرر الواقع إلى هيئة التحكيم[135].

وفرض مبلغ على العميل مقابل التأخير ومقابل الضرر الواقع على البنك يستند لحديث" لَيُّ الواجد يحل عقوبته وعرضه" [136] ولقاعدة الضرر يزال.

ـ إزالة الضرر الواقع بسبب الظروف الطارئة على العقود المتراخية كعقد المقاولة أو التوريد بالتعويض لجبر الخسائر الكبيرة التي تلحق أحد المتعاقدين، فقد جاء في قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة ما يتعلق بهذه العقود تحت هذه القاعدة "في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلا

غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغيرا كبيرا بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانبا معقولا الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد"[137].

الخاتمة:

إنّ مما لاشك فيه أنّ لكل بداية نهاية، ونهاية هذا البحث خاتمته التي تعتبر محطة لأهم النتائج العامة والخاصة التي وقف عليها البحث، وفيما يلي أهم النتائج التي توصل إليها البحث:

1 ـ أن الضمان في عقود المعاوضات المالية هو التزام برد مثل الهالك إذا كان مثليا أو قيمته إذا كان قيميا.

2 ـ أن الضمان يتنوع باعتبار الأسباب الموجبة له إلى ضمان العقد وضمان الإتلاف وضمان اليد.

3 ـ أن ضمان العقد ضمان لمال تالف بناء على عقد يقتضي الضمان.

4 ـ أن اليد الضامنة نوعان: يد مؤتمنة وهي التي حازت المال نيابة لا تملكا، وهذه اليد لا تضمن المال الهالك إلا في حال التعدي أو التقصير، ويد ضمان وهي التي حازت المال للتملك أو لمصلحة، وهذه اليد تضمن ما ملكت سواء وقع التعدي أو التقصير منها أو من غيرها.

5 ـ أن عقود المعاوضات المالية هي العقود التي يكون العوض المالي فيها مقصودا عند تكوين العقد.

6ـ أن الجبر بالضمان في عقود المعاوضات المالية هو استدراك ما نقص أو تلف، أو فات من حقوق للمتعاقدين بالمثل أو القيمة، في العقود التي يكون العوض المالي فيها مقصودا عند تكوين العقد.

7ـ أن الجبر هو أحد المقاصد الخاصة التي تتحقق بالضمان أو التعويض المالي في عقود المعاوضات المالية.

8 ـ أن الجبر بالضمان في عقد البيع قد يكون في حال تلف المبيع كليا أو جزئيا قبل القبض أو بعده، سواء وقع التلف من البائع، أو من المشتري أو من أجنبي، وهو يختلف عند الفقهاء حسب كل حالة من هذه الحالات.

9 ـ أن الجبر بالضمان في عقد الإجارة يكون في حال التعدي أو التقصير، سواء وقع التلف في إجارة الأعيان، أو في إجارة الأعمال الخاصة أو المشتركة.

10 ـ أن الجبر بالضمان في عقد الرهن على القول الراجح يكون في حال التعدي أو التقصير، أو كان المرهون مما يغاب عليه مما يمكن إخفاؤه أو كتمانه، أو كان المرهون مما لا يغاب عليه وثبت بالبينة أن التلف كان بسبب المرتهن.

11 ـ أن الجبر بالضمان في عقد القرض يكون بعد القبض سواء وقع التلف بتعد أو تقصير من المقترض أو دون ذلك.

12 ـ من قواعد الجبر بالضمان التي تُبنى عليها العديد من المعاملات المالية المعاصرة عموما وعقود المعاوضات المالية المعاصرة خصوصا؛ قاعدة المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا يضمن ما لم يكن متعمدا، وقاعدة الاضطرار لا يبطل حق الغير، وقاعدة إذا تعذر الأصل يُصار إلى البدل، وقاعدة الضرر يزال.

قائمة المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم
- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، (د ط ـ د ت)، /1063.
- إبراهيم بن عبد الرحمن العروان، الإكراه وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، إشراف: عزيز عبد الكريم، كلية التربية، جامعة الملك سعود، الرياض، (دط ـ دت).
- أحمد بن حنبل في المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1(1421 هـ ـ 2001 م).
- البابرتي محمد بن محمد، العناية شرح الهداية، دار الفكر، (د ط ـ د ت).
- البهوتي منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع،دار الكتب العلمية، (د ط ـ د ت).
- الترمذي محمد بن عيسى، السنن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مطبعة البابي الحلبي، مصر، ط2(1395 هـ – 1975 م).
- ابن جزي محمد بن أحمد، القوانين الفقهية،(دط ـ دت).
- الجوهري إسماعيل بن حماد،الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط4(1407هـ– 1987م).
- ابن حجر أحمد بن علي، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، دار المعرفة ـ بيروت، (د ط ـ دت).
- الحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر،دار الفكر، ط3(1412هـ – 1992م).
- حمد بن محمد الجابري، القواعد والضوابطالفقهية في الضمان المالي، كنوز إشبيليا، الرياض، ط1(2008).
- الحموي أحمد بن محمد، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1(1405هـ – 1985م) .
- خليل بن إسحاق ، مختصر خليل، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط1(1426هـ ـ2005م).
- الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (دط ـ دت).
- الرازي زين الدين محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، تحقيق:يوسف الشيخ محمد ، المكتبة العصرية، بيروت، ط5(1420هـ / 1999م) .
- ابن رجب عبد الرحمن بن أحمد، القواعد، دار الكتب العلمية(د ط ـ د ت).
- ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد،دار الحديث ـ القاهرة، ب ط،(1425هـ – 2004 م).
- الزبيدي محمّد بن محمّد،تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، (دط، د ت).
- الرملي شهاب الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط(1404هـ/1984م).
- الزرقا أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، دار القلم ـ دمشق ـ سوريا،ط2(1409هـ – 1989م).
- الزحيلي محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر ـ دمشق،ط1(1427 هـ – 2006 م).
- الزركشي بدر الدين محمد، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، (1405هـ – 1985م).
- الزيلعي عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، ط1(1313هـ).

ـ الزيلعي عبد الله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان ـ بيروت ـ لبنان، ط1(1418هـ ـ1997م).

ـ السرخسي محمد بن أحمد ،المبسوط، دار المعرفة ، بيروت، ب ط(1414هـ-1993م).

ـ السيوطي جلال الدين ،الأشباه والنظائر،دار الكتب العلمية، ط1(1411هـ - 1990م).

ـ الشافعي محمد بن إدريس ، المسند، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، د ط(1400 هـ).

ـ الشربيني الخطيب محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،دار الكتب العلمية، ط1 (1415هـ - 1994م).

ـ الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط1(1413هـ - 1993م).

ـ ابن أبي شيبة أبي بكر، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد ـ الرياض، ط1(1409هـ).

ـ الطحاوي أحمد بن محمد، شرح معاني الآثار،عالم الكتب، ط1(1414 هـ، 1994 م).

ـ ابن عابدين محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر ـ بيروت، ط2(1412هـ - 1992م).

ـ ابن عبد السلام عز الدين، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية ـ القاهرة، د ط(1414 هـ ـ 1991م).

ـ العدوي علي بن أحمد، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، دار الفكر ـ بيروت، د ط(1414هـ - 1994م).

ـ عمر عبد الله كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية،كلية الدراسات العربية والإسلامية، جامعة الأزهر، القاهرة، (د ط ـ د ت).

ـ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة،(د ط ـ د ت).

ـ الغزالي أبو حامد محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق:أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر، دار السلام ـ القاهرة،ط1(1417هـ).

ـ ابن فارس أحمد بن زكريا، مقاييس اللغة،تحقيق:عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ب ط(1399هـ - 1979م).

ـ الفيروز آبادى محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط8(1426 هـ - 2005 م).

ـ الفيومي أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية – بيروت، (د ط ـ د ت).

ـ ابن قدامة عبد الله بن أحمد، المغني، مكتبة القاهرة،دط (1388هـ - 1968م).

ـ القرافي شهاب الدين، الفروق، عالم الكتب، (د ط ـ د ت).

ـ القليوبي أحمد سلامة و عميرة أحمد البرلسي ،حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر ـ بيروت، د ط(1415هـ-1995م).

ـ الكاساني علاء الدين أبوبكر بن مسعود ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،دار الكتب العلمية، ط2(1406هـ - 1986م).

ـ ابن ماجة محمد بن يزيد ، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي،دار إحياء الكتب العربية، (د ط ـ د ت).

ـ الماوردي علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق:علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، ط1(1419 هـ -1999 م).

ـ محمد صدقي آل برنو،الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت ـ لبنان،ط4(1416 هـ - 1996 م)ـ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق،ط1(1418هـ ـ 1998م) .

ـ المطرفي رجاء بن عابد، الكفارات في الفقه الإسلامي، الجامعة الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ط1(1429هـ ـ2008م).

ـ ابن المفلح ابراهيم بن محمد،المبدع في شرح المقنع،دار الكتب العلمية،بيروت ـ لبنان،ط1(1418هـ1997 م)

ـ ملا خسرو محمد بن فرامرز، درر الحكام شرح غرر الأحكام، (د ط ـ د ت).

ـ ابن منظور محمد بن مكرم ، لسان العرب، دار صادر، بيروت، (دط، د ت).

ـ أبو النجا موسى بن أحمد، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة بيروت ـ لبنان،(د ط ـ دت).

ـ النووي يحي بن شرف، المجموع شرح المهذب،دار الفكر، (د ط ـ دت).

ـ النووي يحي بن شرف،روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق:زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت ـ دمشق ـ عمان، ط3(1412هـ / 1991م).

ـ ابن الهمام كمال الدين محمد، فتح القدير، دار الفكر، (دط ـ دت).

ـ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2،(من 1404 - 1427 هـ).

---

(1) ينظر: الجوهري إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط4(1407هـ- 1987م)،2/ 607، ابن منظور محمد بن مكرم ، لسان العرب، دار صادر، بيروت، (دط، د ت)، 114/4 ، الزبيدي محمّد بن محمّد،تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، (دط، د ت)،349/10.

(2) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2،(من 1404 - 1427 هـ) ،15 /102.

(3) المطرفي رجاء بن عابد، الكفارات في الفقه الإسلامي، الجامعة الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ط1(1429هـ ـ2008م)،ص538.

(4) ابن عبد السلام عز الدين ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية ـ القاهرة، ب ط(1414 هـ ـ 1991م)، 179/1.

(5) ينظر: ابن فارس أحمد بن زكريا، مقاييس اللغة،تحقيق:عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ب ط(1399هـ - 1979م)،372/3،

ابن منظور، لسان العرب،13/ 257 وما بعدها، الفيروزآبادى محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط8(1426 هـ - 2005 م)، ص 1212.

(6)الترمذي محمد بن عيسى، السنن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مطبعة البابي الحلبي، مصر، ط2(1395 هـ - 1975 م)، 402/1.

(7)ينظر:البابرتي محمد بن محمد، العناية شرح الهداية، دار الفكر، (ب ط ـ ب ت)، 163/7.

(8) ينظر: الحطاب الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر،دار الفكر، ط3(1412هـ - 1992م)،96/5.

(9)ينظر:الغزالي أبو حامد محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق:أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر، دار السلام ـ القاهرة،ط1(1417هـ)، 247/3.

(10)ابن المفلح ابراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع،دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان،ط1(1418 هـ - 1997 م)، 233/4.

(11)ينظر: ملا خسرو محمد بن فرامرز، درر الحكام شرح غرر الأحكام، (د ط ـ د ت)، 252/ 2، الشوكانيمحمد بن علي، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط1(1413هـ - 1993م)،357/5.

(12) الحموي أحمد بن محمد، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر،دار الكتب العلمية، ط1(1405هـ - 1985م)، 6/4.

(13)الشوكاني، نيل الأوطار، 357/5.

(14) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق،ط1(1418هـ ـ 1998م) 2/ 1035

(15) وقداختلف الفقهاءفي أنواع الضمان مع اتفاقهم على الحد الأدنى وهو الثلاثة المذكورة ينظر: السرخسي محمد بن أحمد ،المبسوط، دار المعرفة ، بيروت، د ط(1414هـ-1993م)، 54/11، القرافي شهاب الدين، الفروق، عالم الكتب، (د ط ـ د ت)، 206/2 وما بعدها، الزركشي بدر الدين محمد، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، (1405هـ - 1985م)،322/2 وما بعدها، ابن رجب عبد الرحمن بن أحمد، القواعد، دار الكتب العلمية(د ط ـ د ت)، ص 204 وما بعدها.

(16) ينظر: ابن منظور، لسان العرب296/3، الفيومي أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية ـ بيروت، (دط ـ د ت)،421/2.

(17) الزرقا مصطفى، المدخل الفقهي العام،382/1.

(18)علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة،(د ط ـ د ت)، ص 19.

(19) السيوطي جلال الدين ،الأشباه والنظائر،دار الكتب العلمية، ط1(1411هـ - 1990م)،361.

(20) ينظر: علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص 18.

(21) ينظر: الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد ، المكتبة العصرية، بيروت، ط5(1420هـ ـ 1999م) ، ص348، إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، (د ط ـ د ت)، /1063.

(22) ينظر:حمد بن بن محمد الجابري، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، كنوز إشبيليا، الرياض، ط1(2008)، 1/ 93.

(23)انظر: القرافي، الفروق،207/2، الزركشي، المنثور في القواعد،/323، حمد بن محمد الجابري، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي، 94/1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية،258/28.

(24) ينظر:ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 353/1، ابن منظور، لسان العرب، 18/9، الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص794.

(25) الكاساني علاء الدين أبوبكر بن مسعود ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،دار الكتب العلمية، ط2(1406هـ - 1986م)، 164/7.

(26) ينظر: ابن رجب، القواعد،ص 204.

(27)ينظر: ابن فارس، مقاييس اللغة، 86/4،ابن منظور، لسان العرب،286/3، الفيومي، المصباح المنير،421/2،

(28) ينظر: ابن فارس، مقاييس اللغة ، 188/4،الفيومي، المصباح المنير،438/2.

(29) ينظر: ابن عرفة محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، (دط ـ دت)،2/3.

(30) ينظر:مصطفى الزرقا،المدخل الفقهي العام،640/1.

(31)ينظر:ابن قدامة عبد الله بن أحمد، المغني، مكتبة القاهرة،دط (1388هـ - 1968م)، 505/3، الزرقا، المدخل الفقهي، 642/1، إبراهيم بن عبد الرحمن العروان، الإكراه وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، إشراف: عزيز عبد الكريم، كلية التربية، جامعة الملك سعود، الرياض، (دط ـ دت)، ص 123.

(32) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، 23/8 ـ 25، الفيومي، المصباح المنير،69/1،

(33)ينظر: كمال الدين ابن الهمام محمد، فتح القدير، دار الفكر، (دط ـ دت)، 476/6.

(34) ينظر: الحطاب الرعيني ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 225/4.

(35) ينظر: الرملي شهاب الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط(1404هـ/1984م)، 372/3.

(36)ينظر: ابن قدامة ، المغني، مكتبة القاهرة، 480/3.

(37) ينظر: الكاساني ، بدائع الصنائع ، 238/5، النووي يحي بن شرف،روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق:زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت ـ دمشق ـ عمان، ط3(1412هـ / 1991م)، 501/3، ابن قدامة، المغني،86/4.

(38) ينظر:ابن جزي محمد بن أحمد، القوانين الفقهية،(دط ـ دت)، ص164.

(39)ينظر: ابن قدامة، المغني، 83/4.

(40) ينظر:الكاساني، بدائع الصنائع، 238/5 وما بعدها.

(41) ينظر:النووي، روضة الطالبين، 501/3 وما بعدها.

(42)وهذا عند الحنفية، وأما الشافعية فقالوا لا يبطل البيع ويطالب البائع بضمان القيمة أو المثل، ودليهم في ذلك: أنه إتلاف لمال الغير بغير إذنه كما لو أتلفه بعد القبض، كالمرتهن إذا أتلف المرهون في يده، ولا فرق سوى أن المبيع قبل القبض في يد البائع .

(43)ينظر: الدسوقي ، الحاشية ، 150/3 وما بعدها.

(44) ينظر: ابن قدامة، المغني، 84/4.

(45)ينظر:الكاساني، بدائع الصنائع، 238/5 ـ239 .

(46) أخرجه الترمذي محمد بن عيسى في سننه، تحقيق:محمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ مصر، ط2(1395 هـ - 1975 م)، كتاب البيوع، باب ماجاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، برقم 574/1286،3،وقال عنه هذا الحديث حسن غريب.

(47) ينظر: الترمذي، السنن،574/3.

(48) أخرجه البخاري، في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا اشترى متاعا أو دابة، فوضعه عند البائع أو مات قبل أن يقبض،69/3.

(49) ينظر: القسطلاني أحمد بن محمد،إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط7 (1323هـ)، 59/4، الزركشي محمد بن عبد الله، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق: عبد المنعم خليل إبراهيم،دار الكتب العلمية، د ط(1423هـ - 2002م)، 57/2.

(50) ينظر: الزركشي، شرح الزركشي على مختصر خليل، 55/2.

(51) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 239/5 ـ 241، ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد،دار الحديث ـ القاهرة، ب ط،(1425هـ - 2004 م)،3/ 201، النووي ، روضة الطالبين، 453/3، البهوتي منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع،دار الكتب العلمية، (د ط ـ د ت)، 210/3.

(52) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 239/5.

(53) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 241/5.

(54) ينظر:ابن فارس، مقاييس اللغة، 62/1، الفيومي، المصباح المنير، 5/1، الفيروزآبادي، القاموس المحيط، 342/1، الزبيدي ،تاج العروس ، 25/10.

(55) الزيلعي عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة، ط1(1313هـ)، 105/5.

(56) الدسوقي ، الحاشية، 2/4.

(57) ينظر الدسوقي، الحاشية،2/4.

(58) النووي يحي بن شرف، المجموع شرح المهذب،دار الفكر، (د ط ـ د ت)، 17/15.

(59) أبو النجا موسى بن أحمد، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة بيروت ـ لبنان،(د ط ـ دت)،283/2.

(60) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 210/4، الدسوقي، الحاشية، 24/4 وما بعدها، النووي، روضة الطالبين، 226/5، الشربيني الخطيب محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،دار الكتب العلمية، ط1 (1415هـ – 1994م)،476/3، ابن قدامة، المغني، 396/5، البهوتي، كشاف القناع، 15/4 ـ 18.

(61) ينظر:روضة الطالبين،232/5 وما بعدها.

(62) ينظر: ابن عابدين محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر ـ بيروت، ط2(1412هـ – 1992م)، 70/6، الدسوقي، الحاشية، 28/4، النووي، روضة الطالبين، 228/5، ابن قدامة، المغني،390/5

(63) المغني، 390/5 وما بعدها.

(64) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 210/4، الماوردي علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق:علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1(1419هـ –1999 م)، 426/7، الدسوقي، الحاشية،28 ـ29، النووي، روضة الطالبين، 228/5، الشربيني، مغني المحتاج، 477/3، البهوتي، كشاف القناع،34/4.

(65) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 210/4.

(66) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير،501/6.

(67) واستثنى المالكية من ذلك الصناع فإنهم يضمنون ضمان تهمة لا ضمان أصالة ، ينظر: الدسوقي، الحاشية، 29/4.

(68) ينظر:السرخسي ، المبسوط، 80/15، الكاساني، بدائع الصنائع، 210/4.

(69) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير،501/6.

(70) ينظر:الزركشي، شرح الزركشي،244/4.

(71) ينظر:السرخسي المبسوط،80/15، الكاساني، بدائع الصنائع، 210/4.

(72) ابن أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق:كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد ـ الرياض، ط1،(1409)، برقم (20496)، 310/4.

(73) ينظر: الماوردي، الحاوي،427/7.

(74) أخرجه أحمد بن حنبل في المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1(1421 هـ – 2001 م) برقم (20157)،329/33، وابن ماجة محمد بن يزيد ، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي،دار إحياء الكتب العربية، (د ط ـ د ت)، كتاب الصدقات، باب العارية، برقم(2400)، 802/2،هذا الحديث ضعيف وصححه الحاكم، ينظر: الألباني، إرواء الغليل،348/5.

(75) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 210/4.

(76) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء، برقم (11666)، 202/6، ثم قال البيهقي هذا الحديث مرسل، ينظر: ابن الملقن، البدر المنير، 46/7.

(77)أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء، برقم11667، 202/6،هذا الحديث رواه خلاس وأهل العلم يضعفون أحاديث خلاس عن علي، ينظر: ابن الملقن، البدر المنير، 46/7.

(78) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 501/6.

(79) ينظر:الزركشي، شرح الزركشي،245/4.

(80) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، برقم(21051)، 360/4.

(81) ينظر: ابن فارس، مقاييس اللغة، 2/،452الفيومي، المصباح المنير،242/1.

(82) ابن عابدين، رد المحتار، 352/4.

(83) خليل بن إسحاق ، مختصر خليل، تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط1(1426هـ ـ2005م)، ص 166.

(84) الرملي ، نهاية المحتاج ، 234/4.

(85) ابن قدامة، المغني، 245/4.

(86)ينظر: السرخسي محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ب ط(1414هـ-1993م)، 21/ 64،الزيلعي، تبيين الحقائق، 63/6 وما بعدها، ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، ب ط(1425هـ ـ 2004م)، 59/4،الدسوقي، الحاشية، 253/3 وما بعدها،انظر:النووي، روضة الطالبين، 96/4، ابن قدامة، المغني، 297/4.

(87) ينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، 63/6 وما بعدها.

(88)ينظر: الدسوقي، الحاشية، 253/3 وما بعدها.

(89) ينظر:النووي، روضة الطالبين، 96/4.

(90) ينظر: ابن قدامة، المغني، 297/4.

(91) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، برقم(22785)، 524/4، وهذا الحديث مرسل وضعيف، ينظر: الزيلعي عبد الله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت ـ لبنان، ط1(1418هـ ـ1997م)، 321/4.

(92)أخرجه الطحاوي أحمد بن محمد، شرح معاني الآثار،عالم الكتب، ط1(1414 هـ، 1994 م)، برقم 5894، 102/4، رواه أبو داود في المراسيل من طريق عطاء، ينظر: ابن حجر أحمد بن علي، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، دار المعرفة ـ بيروت، (د ط ـ د ت)، 257/2.

(93) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الرهن، باب من قال الرهن مضمون، برقم(11223)، 67/6.

(94) الزيلعي، تبيين الحقائق، 64/6.

(95) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الرهن، باب من قال الرهن مضمون، برقم(11234)، 72/6.

(96)أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، برقم(22795)، 525/4.

(97) ينظر: ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، المقدمات والممهدات، دار الغرب الإسلامي، ط1(1408 هـ - 1988 م)،368/2 وما بعدها.

(98) ينظر: الشافعي محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، ب ط(1410هـ/1990م)،170/3، البهوتي، منصور بن يونس،كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، دط، دت،339/3.

(99)الحديث أخرجه الشافعي محمد بن إدريس في المسند،دار الكتب العلمية، بيروت ـ لبنان، د ط(1400 هـ)، ص 148.

[100] ينظر: البهوتي، كشاف القناع،341/3.

[101] ينظر: الجوهري ، الصحاح تاج اللغة، 1101/3،ابن فارس، مقاييس اللغة، 71/5 وما بعدها، الفيومي، المصباح المنير، 497/2.

[102] ابن عابدين، رد المحتار ،5/ 161.

[103] العدوي علي بن أحمد، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، دار الفكر ـ بيروت، ب ط(1414هـ – 1994م)، 164/2.

[104] الرملي، نهاية المحتاج، 219/4.

[105] أبو النجا، الإقناع، 146/2.

[106] ينظر: القليوبي و عميرة أحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة، 324/2.

[107] ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع،395/7، الدسوقي، الحاشية، 226/3 وما بعدها، القليوبي و عميرة ،الحاشية،320/2 وما بعدها، ابن قدامة، المغني، 236/4 وما بعدها.

[108] ينظر: الفيومي، المصباح المنير، 49/1،الفيروز آبادي، القاموس المحيط،351 .

[109] ينظر:الزرقا أحمد بن الشيخ، شرح القواعد الفقهية، دار القلم ـ دمشق ، سوريا، ط2(1409هـ – 1989م)،447.

[110] الزحيلي محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر ـ دمشق،ط1(1427 هـ – 2006 م)566/1.

[111] ينظر: الزحيلي، القواعد الفقهية،568/1.

[112] ينظر: الحموي أحمد بن محمد، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1(1405هـ – 1985م)،466/1.

[113] ينظر: الزرقا أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية،دار القلم ـ دمشق ـ سوريا،ط2(1409هـ – 1989م)،ص 455، الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 568/2.

[114] ينظر: ابن فارس، مقاييس اللغة، 254/4 وما بعدها، الرازي مختار الصحاح، ص 203،أحمد مختار ، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط1(1429 هـ – 2008 م)، 1474/2.

[115] ينظر: ابن فارس ، مقاييس اللغة ، 109/1، الفيومي، المصباح المنير، 16/1.

[116] ينظر: السمعاني أبو المظفر، قواطع الأدلة في الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،ط1(1418هـ ـ 1999م)،22/1.

[117] ينظر: ابن فارس ، مقاييس اللغة ، 210/1،

[118] الرازي محمد بن عمر، المحصول، مؤسسة الرسالة، ط3(1418 هـ ـ1997 م)، 116/2.

[119] الطحاوي أحمد بن محمد، حاشية الطحاوي على مراقي الفلاح ، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، ط1(1418هـ – 1997م)،ص521.

[120] ينظر: منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي، جدة، العدد 5 ، ص 1039.

[121] ينظر: الفيومي، المصباح المنير،360/2، أحمد مختار ، معجم اللغة العربية المعاصرة،1357/2.

[122] المناوي زين الدين محمد،التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب، القاهرة،ط1(1410هـ–1990م)، ص 54.

[123] ينظر: محمد صدقي آل برنو،الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، مؤسسة الرسالة، بيروت ـ لبنان،ط4(1416 هـ – 1996 م)،ص244.

[124] محمد صدقي آل برنو،الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 244.

(125) ينظر: الرازي ، مختار الصحاح، ص403، ابن منظور، لسان العرب، 482/4 وما بعدها.

(126) أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، برقم 2340، 784/2، وهذا الحديث صحيح، ينظر: الألباني، إرواء الغليل،408/3.

(127) ينظر: جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط1(1411هـ – 1990م)،ص 7.

(128)ينظر: عمر عبد الله كامل، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية،كلية الدراسات العربية والإسلامية ، جامعة الأزهر، القاهرة، (د ط ـ د ت)، ص 361.

(129) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 371/1، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 30/ 24 وما بعدها.

(130)مجموع الفتاوى، 30/ 24 وما بعدها.

(131) ينظر: السرخسي، المبسوط، 164/24، القرافي، الفروق، 80/4، الشيرازي، المهذب، 112/2، ابن قدامة، المغني، 329/4.

(132) ينظر: حمدي الضالعي، فوائد موجزة في معاملات مالية يكثر وقوعها وتدعو الحاجة لمعرفتها، المدينة المنورة، 1441هـ، ص 18.

(133)مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، (1409هـ ـ1988م)، 715/5.

(134) مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي،824/5.

(135) ينظر: مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 979/5.

(136) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب لصاحب الحق مقال، 118/3.

(137)الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء، مجلة البحوث الإسلامية،العدد 32، ص 326.