

٩/٢٠١٣

X

٨٥
٢٠١٢
٢٥

نظرية التوثيق في الشريعة الإسلامية

أعداد

أمين إبراهيم محمد العمري

المشرف

الدكتور عارف خليل أبو عيد

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في
الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

تعتمد كلية الدراسات العليا
هذه النسخة من الرسالة
التوقيع: التاريخ: ٢٠٠٦/٩/٩

آب - ٢٠٠٦ م

ملاحظة:

تصديق السنة ٢٠٠٦

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الأطروحة ، (نظرية التوثيق في الشريعة الإسلامية) ، وأجيزت بتاريخ
٢٠٠٦/٨/٨ م .

أعضاء لجنة المناقشة

التوقيع



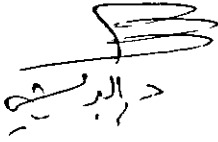
الدكتور عارف خليل أبو عيد ، مشرفاً ورئيساً .
أستاذ مشارك الفقه المقارن



الأستاذ الدكتور علي الصوا ، عضواً
أستاذ الفقه المقارن



الدكتور نمر الخشاشنة ، عضواً
أستاذ مساعد الفقه وأصوله
جامعة آل البيت



الدكتور إسماعيل محمد البريشي ، عضواً
أستاذ مساعد الفقه وأصوله

تعتمد كلية الدراسات العليا
هذه التسمية من الآن فصلاً
التوقيع التاريخ ٢٠٠٦/٨/٨

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

إلى حضرة المصطفى سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم .

إلى طلبة العلم الشرعي ، إلى كل العاملين من أجل إعلاء كلمة الله سبحانه وتعالى .

إلى والديّ العزيزين ، إلى إخواني وأخواتي .

أهدي هذه الرسالة ، راجياً من الله تعالى القبول .

الشكر

جاء في الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:

(من لا يشكر الناس لا يشكر الله)^(١).

فالحمد والشكر لله أولاً وأخراً ، الذي بنعمته تتم الصالحات، وهو سبحانه وتعالى ولي كل نعمة وموليتها، فهو أولى أن يشكر ولا يكفر.

ثم بعد شكر الله ، أتوجه بالشكر الجزيل إلى أساتذتي الفضلاء في كليات الشريعة التي تلقيت بها علوم الشرع الحنيف.

وأخص منهم بالذكر فضيلة الشيخ الدكتور عارف أبو عيد الذي تفضل مشكوراً بقبول الإشراف على هذه الرسالة، فجزاه الله خيراً وأحسن إليه، بما قدم من التوجيهات والنصائح والإرشادات، التي أنارت لي الدرب في بحثي، والله يتولى المحسنين.

وأتوجه كذلك بالشكر إلى فضيلة الدكتور صالح الشريف الذي اهتم بأمرني وأفادني بنصائحه، وأتوجه بالشكر كذلك إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين تفضلوا مشكورين بقبول مناقشة هذه الرسالة، ثم أتوجه بالشكر إلى والديّ العزيزين، أمي وأبي، عملاً بقول الله تعالى ﴿أَنْ اشْكُرْ لِي

وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ﴾^(٢).

وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

(١) الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، باب: ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك، ط١، تحقيق: محمود محمد نصار، (بيروت: دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)، رقم الحديث: (١٩٥٤) ج٣، ص٨٩، وهو حديث حسن صحيح، ينظر المصدر السابق، ج٣، ص٨٩.

(٢) سورة لقمان، الآية رقم (١٤).

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
قرار لجنة المناقشة.....	ب
الإهداء	ج
الشكر	د
فهرس المحتويات	هـ
الملخص	ط
المقدمة	١
التمهيد	٦
الفصل الأول : التعريف بالتوثيق ومقوماته ، وفيه ثلاثة مباحث	٨
المبحث الأول : تعريف التوثيق في اللغة والاصطلاح	٨
الفرق بين التوثيق والإثبات	١١
المبحث الثاني : أدلة مشروعية التوثيق وحكمه ، وفيه مطلبان	١٣
المطلب الأول : أدلة مشروعية التوثيق	١٣
المطلب الثاني : حكم التوثيق	٢٠
المبحث الثالث : مقومات التوثيق ، وفيه أربعة مطالب	٣٦
المطلب الأول : طالب الوثيقة	٣٧
المطلب الثاني : معطي الوثيقة	٣٨
المطلب الثالث : الوثيقة	٣٩
المطلب الرابع : محل الوثيقة	٤٤
الفصل الثاني : مسوغات التوثيق ، وفيه ستة مباحث	٧٥
المبحث الأول : الجحود ، وفيه أربعة مطالب	٧٦
المطلب الأول : تعريف الجحود لغة واصطلاحاً	٧٦
المطلب الثاني : ما يكون به الجحود	٧٧
المطلب الثالث : حكم الجحود وعقوبته	٧٨
المطلب الرابع : توثيق الحق خوفاً من الجحود	٨١

- المبحث الثاني : الإعسار ، وفيه ثلاث مطالب ٨٦
- المطلب الأول : تعريف الإعسار لغة واصطلاحاً ٨٧
- المطلب الثاني : حكم الإعسار وثبوته ٨٧
- المطلب الثالث : طرق توثيق الحقوق لحفظها خوفاً من الإعسار ٩٠
- المبحث الثالث : المطل ، وفيه ثلاث مطالب ٩٥
- المطلب الأول : تعريف المطل لغة واصطلاحاً ٩٦
- المطلب الثاني : حكم المطل وصوره ٩٧
- المطلب الثالث : وسائل التوثيق المشروعة للوقاية من المطل ١٠٣
- المبحث الرابع : الموت ، وفيه ثلاث مطالب ١١١
- المطلب الأول : تعريف الموت لغة واصطلاحاً ١١١
- المطلب الثاني : حق الدائن في التركة بعد موت المدين ١١٢
- المطلب الثالث : وسائل توثيق الحقوق خوفاً من الموت ١١٧
- المبحث الخامس : كساد النقود وانقطاعها ، وفيه ثلاث مطالب ١٢٨
- المطلب الأول : تعريف الكساد والانقطاع لغة واصطلاحاً ١٢٨
- المطلب الثاني : حكم الكساد والانقطاع وأثرهما على المعاملات ١٢٩
- المطلب الثالث : وسائل التوثيق في حال كساد النقود ١٣٢
- المبحث السادس : الإفلاس ، وفيه ثلاث مطالب ١٣٥
- المطلب الأول : تعريف الإفلاس لغة واصطلاحاً ١٣٥
- المطلب الثاني : حكم الإفلاس وثبوته ١٣٦
- المطلب الثالث : وسائل التوثيق للوقاية من الإفلاس ١٣٩
- الفصل الثالث : شروط التوثيق ، وفيه ثلاث مباحث ١٤٦
- المبحث الأول : صحة الحق واعتباره من جهة الشرع ، وفيه مطلبان ١٤٦
- المطلب الأول : دليل اعتبار هذا الشرط ١٤٧
- المطلب الثاني : حكم توثيق التصرفات الباطلة ١٤٩
- المبحث الثاني : ثبوت الحق وضمانه على الأصل ، وفيه مطلبان ١٥٠
- المطلب الأول : دليل اعتبار هذا الشرط ١٥١
- المطلب الثاني : حكم توثيق الحق قبل ثبوته ١٥٢
- المبحث الثالث : العلم بالحق ولزومه ، وفيه ثلاث مطالب ١٥٦

- المطلب الأول : دليل اعتبار هذا الشرط ١٥٧
- المطلب الثاني : حكم توثيق الشيء المجهول ١٥٨
- المطلب الثالث : حكم تراحم التوثيق على المحل الواحد ١٦٣
- الفصل الرابع : وسائل التوثيق ، وفيه مبحثان ١٦٧
- المبحث الأول : توثيق استيفاء ، وفيه أحد عشر مطلباً ١٦٧
- المطلب الأول : التوثيق بالرهن ١٦٨
- المطلب الثاني : التوثيق بالكفالة ١٧٨
- المطلب الثالث : التوثيق بالحوالة ١٨٢
- المطلب الرابع : التوثيق ببيع الوفاء ١٨٥
- المطلب الخامس : التوثيق بعقد الجارة المنتهية بالتمليك ١٩٠
- المطلب السادس : التوثيق ببيع العربون ١٩٣
- المطلب السابع : التوثيق بالسفحة ١٩٥
- المطلب الثامن : التوثيق بحبس العين المبيعة ١٩٧
- المطلب التاسع : التوثيق بعقد التأمين ٢٠١
- المطلب العاشر : التوثيق بالشرط الجزائي ٢٠٣
- المطلب الحادي عشر : التوثيق بخطابات الضمان ٢٠٣
- المبحث الثاني : وسائل توثيق الإثبات ، وفيه أربعة مطالب ٢٠٤
- المطلب الأول : التوثيق بالشهادة ٢٠٥
- المطلب الثاني : التوثيق بالكتابة ٢٠٨
- المطلب الثالث : التوثيق بأيمان الإثبات ٢١١
- المطلب الرابع : التوثيق بالحبس ٢١٤
- الفصل الخامس : انتهاء التوثيق ، وفيه ثلاث مباحث ٢١٦
- المبحث الأول : تزوير الوثيقة ، وفيه ثلاث مطالب ٢١٧
- المطلب الأول : تعريف التزوير في اللغة والاصطلاح ٢١٧
- المطلب الثاني : حكم التزوير ومحلّه ٢١٨
- المطلب الثالث : إثبات التزوير ٢٢٢
- المبحث الثاني : ضياع الوثيقة والاختلاف فيها ، وفيه مطلبان ٢٢٦
- المطلب الأول : ضياع الوثيقة ٢٢٦

٢٣٠	المطلب الثاني : الاختلاف في الوثيقة
٢٤٨ - ٢٣٩	المبحث الثالث : نهاية عملية التوثيق
٢٤٩	الخاتمة
٢٥٣	التوصيات
٢٥٤	المراجع
٢٦٧	الملحق الأول : مسرد الآيات القرآنية
٢٧٠	الملحق الثاني : مسرد الأحاديث النبوية الشريفة والآثار
٢٧٣	الملحق الثالث : مسرد الأعلام
٢٧٥ - ٢٧٤	الملخص باللغة الإنجليزية

" نظرية التوثيق في الشريعة الإسلامية "

إعداد:

أمين إبراهيم محمد العمري

المشرف:

الدكتور عارف خليل أبو عيد

المخلص

هذه الرسالة بعنوان " نظرية التوثيق في الشريعة الإسلامية " أظهرت من خلالها أحكام توثيق الحقوق في الشريعة الإسلامية على اختلاف أنواعها ، سواء كانت هذه الحقوق مالية أم غير مالية ، والحق المالي إما أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعة أو التزام فعل أو حقا من حقوق الابتكار ، ثم تكلمت عن شروط التوثيق ، حتى تكون عملية التوثيق معتبرة من جهة الشرع وذلك كأن يكون الحق قد ثبت لصاحبه بطريق مشروع وأن يكون الحق معلوماً ثم تكلمت عن الأسباب التي تدعو صاحب الحق إلى اللجوء إلى التوثيق وذلك كأن يكون صاحب الحق يحتاج إلى إثبات حقه أمام القضاء أو للحصول على الحق واستيفائه كما هو في حالة الدين خوفاً من إفلاس المدين أو موته أو جحوده للحق وغيرها من الأسباب التي قد تدعو إلى اللجوء إلى توثيق الحق لحفظه خوفاً من ضياعه لسبب أو لآخر .

وتكلمت عن حكم التوثيق فالتوثيق قد يكون واجباً في بعض العقود والتصرفات ، وفي بعض الأحيان يكون التوثيق أمراً مندوباً إليه ، ويكون محرماً في بعض الأحوال . ثم تكلمت عن وسائل التوثيق المشروعة وأشهرها خمسة وهي : الشهادة ، والكتابة ، والرهن ، والكفالة ، والحوالة ، وغيرها وسقت الأدلة من الشرع الحنيف على هذه المسائل وبينت أحوال أهل العلم فيها .

ثم تكلمت عن انتهاء عملية التوثيق وطرق الوفاء بالحقوق وما ترتب على ذلك من الأحكام ، ويظهر من خلال هذا العرض لوسائل التوثيق اهتمام الشريعة وحرصها على أن يحصل كل صاحب حق على حقه ، من خلال إحكام هذا النظام الإسلامي العظيم " نظام توثيق الحقوق " والاطلاع على تفاصيل هذه الرسالة يظهر من خلاله روعة هذا النظام وإحكامه ، فهو نظام محكم من لدن حكيم خبير ، وأما نتائج البحث التي توصلت إليها فقد جعلتها في آخر الرسالة مع التوصيات فتتظر هناك في موضعها

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين، سيدنا محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم تسليماً كثيراً، وآله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد: فهذه الرسالة "الأطروحة" مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله، وهي بعنوان "نظرية التوثيق في الشريعة الإسلامية".

وأتكلم في هذه المقدمة بشيء من الاختصار عن التعريف بالنظريات الفقهية، وعن أهمية الموضوع، وعن سبب اختيار الموضوع، وعن منهجية البحث وطريقة العمل.

أولاً: النظريات الفقهية

استحدث الفقهاء المسلمون في هذا العصر أسلوباً جديداً في التأليف في مواضيع الفقه الإسلامي، ويعتمد هذا الأسلوب على استخلاص المفاهيم الكلية من فروعها المنثورة في كتب الفقه وأبوابه مستتدين في ذلك إلى الأدلة الجزئية والأصول العامة لهذه المسائل من أجل انتظامها جميعاً تحت موضوع واحد، استفادوه من أساتذة القانون، ويعرف هذا الأسلوب في طريقة العرض والتأليف باسم "النظريات الفقهية"^(١).

وعرفها الأستاذ الدريني بأنها: "مفهوم كلي قوامه أركان وشرائط، وأحكام عامة، يتصل بموضوع معين بحيث يتكون من كل أولئك نظام تشريعي ملزم، يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه منط موضوعه"^(٢).

وعرفها الدكتور محمد بكر إسماعيل بقوله: "فهي عبارة عن موضوعات فقهية لها أركان وشروط، وتجمع بينها روابط فقهية تجمعها وحدة موضوعية تحكم عناصرها جميعاً"^(٣).

(١) نياض، د. زياد صبحي، تقديم لكتاب: نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، تأليف: مجيد محمود سعيد أبو حجر، ط١، (عمان: دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢م)، ص ١٢-١٤.

(٢) المصدر السابق، ص ١٣-١٤.

(٣) إسماعيل، محمد بكر، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، ط١، (القاهرة: دار المنار، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م)، ص ١١.

وينظر، الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية، ط٣، تقديم الشيخ مصطفى الزرقاء، (دمشق: دار القلم، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م)، ص ٦٢-٦٤.

وينظر، الروكي، د. محمد، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، ط١، (دمشق: دار القلم-جده: مجمع الفقه الإسلامي، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م)، ص ١١٥.

وقال عنها الأستاذ الزرقا : "تريد من النظريات الفقهية الأساسية، تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى، التي يؤلف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثاً في الفقه الإسلامي كانبثات أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني، وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام"^(١).

فإعادة صياغة الفقه الإسلامي وكتابته وفق هذا الأسلوب يعتبر من التجديد في الخطاب الفقهي المعاصر، وهو أكثر ملائمة للعصر من أساليب السابقين الذين كتبوا لأهل زمانهم، فأفادوا وأجادوا، والحكمة كما يقال: ضالة المؤمن أينما وجدها فهو أولى بها ، والله أعلم.

ثانياً: أهمية الموضوع ومشكلة البحث

موضوع التوثيق موضوع بالغ الأهمية، ولعل أهمية هذا الموضوع تنبثق من كثرة فوائده ومنافعه ونتائجه الطيبة، وقد لخصها صاحب المبسوط بقوله: (وفيه المنفعة من أوجه، أحدها: صيانة الأموال، وقد أمرنا بصياغتها ونهينا عن إضاعتها. والثانية: قطع المنازعة، فإن الكتاب يصير حكماً بين المتعاملين ويرجعان إليه عند المنازعة، فيكون سبباً لتسكين الفتنة، ولا يجحد أحدهما حق صاحبه مخافة أن يخرج الكتاب وتشهد الشهود عليه بذلك فيفتضح في الناس، والثالثة: التحرز عن العقود الفاسدة، لأن المتعاملين ربما لا يهتديان إلى الأسباب المفسدة للعقد ليتحرزا عنها، فيحملهما الكاتب على ذلك إذا رجعا إليه ليكتب. والرابعة: رفع الارتياح، فقد يشتبه على المتعاملين إذا تطاول الزمان مقدار البذل ومقدار الأجل، فإذا رجعا إلى الكتاب لا يبقى لواحد منهما ريب، وكذلك بعد موتها تقع الريبة لو ارث كل واحد منهما بناء على ما ظهر من عادة أكثر الناس في أنهم لا يؤدون الأمانة على وجهها، فعند الرجوع إلى الكتاب لا تبقى الريبة بينهم)^(٢). وإذا كان صاحب المبسوط يتكلم عن الوثيقة المكتوبة وفائدتها فكذلك سائر الوثائق من شهادة وكفالة ورهن، فأهمية الموضوع تكمن في كثرة فوائده ومنافعه وآثاره الطيبة في قطع المنازعات وإيصال الحقوق لأصحابها ، وعليه فمشكلة الدراسة والبحث تعالج مسألة مهمة ، أولتها الشريعة الإسلامية اهتماماً كبيراً ، وهي قضية " المحافظة على الحقوق من الضياع " وما أكثر الحقوق التي يجب توثيقها في هذه الأيام ، فالزواج يجب توثيقه لحفظ نسب الأبناء ، ولحفظ حقوق الزوجة من مهر ونفقة ، وكثير من المعاملات الجارية بين الناس خاصة

(١) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط٩، (بيروت: دار الفكر، ١٩٦٧م-١٩٦٨م) ، ص
(٢) السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، المبسوط، ط١، قدم له: فضيلة الشيخ خليل محي الدين الميس، (بيروت: دار الفكر، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م) ، م١٥، ج٣٠، ص١٤٤.

مع البنوك والدوائر الرسمية فكل هذه المعاملات يجب توثيقها ، وكذلك المواطن الذي يغادر البلاد ويرجع إليها يجب توثيق خروجه ودخوله إلى البلاد ، وكذلك إصدار الوثائق التي تثبت الشخصية مثل بطاقة الهوية ، وجواز السفر ، فكل هذه الوثائق لا غنى لأحد عنها ، فكل هذه التصرفات والمعاملات تقوم على أساس التوثيق ، فهذه الدراسة لموضوع التوثيق تعالج مشكلة ذات صلة بكل فرد من أفراد المجتمع سواء كان مكلفاً أم غير مكلف .

ثالثاً: سبب اختيار الموضوع والدراسات السابقة

أسباب التأليف كثيرة ومتنوعة، ومنها: أن يقوم الباحث والمؤلف بجمع شيء متفرق، ومنها كذلك ترتيب الشيء المختلط^(١)، والتأليف أو الكتابة وفق أسلوب النظريات الفقهية يعتمد الأمرين السابقين معاً، فهي في الحقيقة نقلة في أسلوب التأليف في الفقه الإسلامي، من الشكل الفروعى أو الجزئى الذي اعتمده السابقون من الفقهاء إلى الشكل الموضوعى الكلى الذي أصبح من حاجات العصر ومتطلباته، حيث يقوم الباحث أو الكاتب بترتيب مسائل الموضوع الواحد وجمعها وإخراجها بلغة ميسرة قريبة من إ فهم الناس. فلأجل ذلك اخترت الكتابة في موضوع التوثيق، وإخراج الموضوع بشكل نظرية فقهية جديدة لكثرة مسائله وتشعبها في كتب الفقه وأبوابه.

ثم إن الموضوع في غاية الأهمية لعلاقته الوثيقة في حياة الناس ومعاملاتهم الكثيرة والمختلفة في هذه الأيام، وللكشف عن محاسن الشريعة وأنها صالحة لكل عصر ومكان من أجل رد بعض الشبهات التي يثيرها بعض المغرضين والمشككين من عدم صلاح الشريعة لعصرنا وإنما هي كانت صالحة لأزمان مضت وأقوام بادوا وذهبوا، والحق الذي لا مرأى فيه أن شريعة الإسلام صالحة لكل زمان ومكان لأنها دائماً توفر النظم والإرشادات وتعطي الحلول لكل قضايا العصر المستجدة، ومن هذه النظم التي عرفتها الشريعة نظام التوثيق، توثيق الحقوق والمعاملات والتصرفات من أجل حفظ الحقوق واستقرار المعاملات المالية وقطع المنازعات بين الناس، فلأجل ذلك اخترت الكتابة في موضوع التوثيق ، وهناك العديد من الدراسات السابقة التي عالجت الموضوع وتعرضت لبعض جوانب الموضوع ، ولكن واحدة من هذه الدراسات لم تتعرض لبحث الموضوع بشكل متكامل من جميع جوانبه ، فمن هذه الدراسات :

(١) ملخص، د. ثريا عبدالفتاح، منهج البحوث العلمي للطلاب الجامعيين، ط٦، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م) ، ص٧٣.

وينظر حمادة، د. فاروق، منهج البحث في الدراسات الإسلامية تأليفاً وتحقيقاً، ط١، (دمشق: دار القلم، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م) ، ص٢٩-٣٢.

١- الدراسة الأولى : تعرض الدكتور نزيه حمّاد في كتابه " دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي " إلى جانب من جوانب الموضوع في بحثه " توثيق الدين " وجعل محور البحث يدور حول طرق توثيق الدين من كتابة وشهادة وتكلم أيضا عن الرهن والكفالة ، إلا أنه هناك وسائل أخرى لتوثيق الدين كالشرط الجزائي ، وخطابات الضمان ، لم يتعرض لها الدكتور نزيه حمّاد ينبغي أن تذكر لإثراء الموضوع .

٢- الدراسة الثانية : تعرض الدكتور محمد عثمان شبير في كتاب ، " بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة " ، في بحثه بعنوان " صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي " تعرض إلى أسباب تعثر المديونيات ، وذكر منها : الإعسار ، المماطلة ، الموت ، الجحود ، كساد النقود ، وهو في بحثه هذا يغطي جانباً من جوانب الموضوع ، حيث يتكلم عن أسباب التوثيق ، ولكن هناك جوانب أخرى في الموضوع يجب أن تبحث ، مثل مقومات التوثيق ، ووسائله ، وشروطه . وهناك عدة دراسات أخرى تناول الباحثون فيها جوانب أخرى من الموضوع ، كما في كتاب " مصادر الحق في الفقه الإسلامي " للدكتور عبد الرزاق السنهوري ، وكذلك الدراسة الموجودة في الموسوعة الفقهية الكويتية عن التوثيق ، فهذه الدراسات جميعها تناولت جانباً من جوانب الموضوع ، غير أنه لم تعرض إحدى هذه الدراسات لجميع نواحي الموضوع ، وأما الدراسة التي تناولها الطالب جاءت مستوفية جميع نواحي الموضوع .

رابعاً: منهجية البحث

إن الدراسة لموضوع التوثيق تقوم وتعتمد على أساس تأصيل الموضوع من الناحية الشرعية، وجمع ما يتعلق به من المسائل وترتيبها ثم مناقشتها، فهي دراسة نظرية تجتمع مادتها من خلال النظر في كتب الفقه المعروفة وأخص منها كتب المذاهب الأربعة المعروفة، ولذا فإن هذه الدراسة تعتمد في أكثر جوانبها ومسائلها على المنهج الاستقرائي التحليلي في تتبع وجمع المعلومات ذات الصلة بالموضوع ومناقشتها وتحليلها، والله أعلم

خامساً: طريقة العمل

سرت في إعداد هذه الرسالة وفق الخطوات العملية التالية:

١. عزو الآيات القرآنية إلى سورها، والإشارة إلى رقم الآية الكريمة.
 ٢. عزو الأحاديث الشريفة والآثار إلى كتبها، وما ذكره أهل الاختصاص في حكمهم على الحديث، إلا إذا أخرج البخاري أو الإمام مسلم، اكتفي بذكر ذلك لصحة الحديث.
 ٣. الاعتماد على كتب المذاهب الأربعة المعروفة ولا أرجع إلى غيرها إلا قليلاً.
 ٤. أتعرض للترجيح بين أقوال أهل العلم إذا دعت الحاجة إلى ذلك، وإذا تبنت رأياً ذكرت ذلك.
 ٥. أنسب القول إلى قائله وأرد العلم والفضل إلى أهله وإذا اقتبست من بعض الكتب حرفياً أضع ذلك بين قوسين وأشير إلى المصدر الذي أخذت منه.
 ٦. أترجم لبعض الأعلام غير المشهورين بعد ذكر أسمائهم في أسفل الصفحة.
 ٧. أقوم بتوثيق الكتاب كاملاً عند ذكره لأول مرة، ثم أكتفي بعد ذلك بذكر اسم المؤلف أو لقبه واسم الكتاب والجزء والصفحة.
 ٨. أقوم بعمل المسارد - الفهارس - اللازمة، مسرد للآيات القرآنية، والأحاديث والآثار، والأعلام الذين ورد ذكرهم في الرسالة، ومسرد لمحتويات الرسالة.
 ٩. ترتيب المراجع والمصادر وفق ترتيب الحروف العربية.
- هذه هي أهم خطوات العمل التي اعتمدها لأجل إعداد هذه الرسالة، سائلاً المولى عز وجل أن يوفقني لما يحب ويرضى، فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فمن نفسي، والتقصير من صفات البشر .

سادساً: خطة البحث

لقد قسمت أطروحتي هذه، وهي بعنوان "نظرية التوثيق في الشريعة الإسلامية" إلى خمسة فصول، وتحت كل فصل عدداً من المباحث، وأحياناً يكون تحت كل مبحث عدد من المطالب وتحت المطالب فروع وتحت الفروع مسائل، وينظر ذلك في المحتويات ولا حاجة لإعادة ذكر خطة البحث مرة أخرى تفادياً للتكرار .

التمهيد

وفيه توضيح لنشأة علم التوثيق ، وبيان موقعه بين مقاصد الشريعة.

أولاً : نشأة علم التوثيق : يمكن القول أن نشأة علم التوثيق في الفقه الإسلامي كان منذ عهد النبوة ، فمعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم ، كتب المعاهدات والمواثيق^(١) ، وباع واشترى وكتب الوثائق^(٢) ، ورهن درعه^(٣) ، وأقرّ الكفالة عن الميت^(٤) ، فهذه التصرفات كلها من التوثيق الذي أصبح فيما بعد علماً كبيراً ، له قواعده وشروطه ، وطرقه ووسائله ، وذكر صاحب المبسوط ، أن أول من وضع قواعد هذا العلم ودونه هو الإمام أبي حنيفة النعمان رضي الله عنه^(٥) ، وعند إتمام النظر في كتب الفقه التي يذكر فيها الفقهاء أحكام التوثيق ، يتضح أنهم يذكرون أحكام الوثائق في موضعين ، الموضع الأول : كتاب الشروط^(٦) ، ويتحدثون فيه عن الوثائق العرفية ، التي يكتبها الناس فيما بينهم لتوثيق معاملاتهم ، الموضع الثاني : كتاب المحاضر والسجلات^(٧) ، يذكرون فيه أحكام الوثائق الرسمية التي تصدر من الجهات الحكومية ، وهذا أكثر ما يظهر في كتب الحنفية ، وهذه نبذة يسيرة عن نشأة علم التوثيق وتطوره في الفقه الإسلامي .

(١) البخاري ، محمد ابن إسماعيل ، صحيح البخاري ، ط١ ، اعتنى به : عبد الرؤوف سعد ، (المنصورة : مكتبة الإيمان ، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م) ، كتاب الصلح ، باب : كيف يكتب هذا ما صالح فلان ابن فلان ، حديث رقم : (٢٦٩٨-٢٧٠٠) ، ص ٥٦٢ - ٥٦٣ .

(٢) المصدر السابق ، كتاب البيوع ، باب : إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا ، ص ٤٢٧ .

(٣) المصدر السابق ، كتاب الرهن ، باب : من رهن درعه ، حديث رقم : (٢٥٠٩) ، ص ٥١٩ .

(٤) المصدر السابق ، كتاب الكفالة ، باب : من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع ، حديث رقم : (٢٢٩٥) ، ص ٤٦٩ .

(٥) السرخسي ، محمد ابن احمد ، كتاب المبسوط ، ط١ ، تقديم : فضيلة الشيخ خليل الميس ، (بيروت : دار الفكر ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م) ، ج ١٥ ، ص ٣٠ ، ص ١٤٤ .

(٦) المصدر السابق ، ج ١٥ ، ص ٣٠ ، ص ١٤٤ .

(٧) ابن مازة ، محمود بن احمد ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني ، ط١ ، تحقيق : عبد الكريم سامي الجندي ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م) ، ج ٩ ، ص ٤٠٩ .

وينظر : الزحيلي ، محمد ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، ط٢ ، (الرياض : مكتبة المؤيد ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م) ، ج ٢ ، ص ٤٤٢ - ٤٦٦ .

ثانياً : موقع علم التوثيق بين مقاصد الشريعة .

المصالح المعتبرة في الشريعة الإسلامية ، ثلاثة أقسام : ضرورية ، حاجية ، وتحسينية^(١) ، وقد ينضم إليها بعض الأمور المكملة ، والتوثيق يعتبر من الأمور المكملة لحفظ المال ، والمال يعتبر من المصالح الضرورية في نظر الشارع الحكيم ، وكون التوثيق من الأمور المكملة لحفظ المال ، فذلك لا ينقص من أهميته ، لأنه وسيلة لحفظ الضروري^(٢) ، والوسائل لها حكم المقاصد^(٣) ، قال الله تعالى : ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾^(٤) ، والآية الكريمة ترشد إلى وجوب حفظ المال وتنهى وتحذر من إضاعته^(٥) ، وجاء في الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (إن الله كره لكم ثلاثاً: قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال)^(٦) ، ومن صور إضاعة المال إقراضه ودفعه إلى غير الأمين والثقة بدون إسهاد أو وثيقة^(٧) .

-
- (١) الشاطبي ، إبراهيم بن موسى ، المواقفات في أصول الشريعة ، ط ٢ ، شرح وتعليق : الشيخ عبد الله دراز ، (بيروت : دار المعرفة ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م) ، ج ٢ ، ص ٣٢٤ .
- وينظر : العالم ، د. يوسف حامد ، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ، ط ١ (فرجينيا : المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، هيرنست ، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م) ص ٧٩ - ٨٣ .
- (٢) الشاطبي ، المواقفات ، ج ٢ ، ص ٣٢٤-٣٢٨ .
- وينظر : حماد ، د. نزيه ، دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي ، ط ١ ، (الطائف : دار الفاروق ، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م) ، ص ٧٧-٧٨ .
- (٣) السلمي ، عبد العزيز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، (بيروت : دار المعرفة) ، ج ١ ، ص ٦٤ . وينظر : ابن عاشور ، محمد الطاهر ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ط ٢ ، تحقيق : محمد الطاهر الميساوي ، (عمان : دار النفائس ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م) ، ص ٤١٥-٤١٨ .
- (٤) سورة النساء، الآية (٥).
- (٥) الجصاص ، احمد بن علي ، أحكام القرآن ، ط ١ ، ضبط نصه : عبد السلام شاهين ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م) ج ٢ ، ص ٧٦ .
- (٦) النيسابوري ، مسلم بن الحجاج القشيري ، صحيح مسلم، باب: النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة، (المنصورة : مكتبة الإيمان) حديث رقم ١٧١٥/١٣، ص ٨٦٥.
- (٧) الأبى، محمد بن خليفة الوشتاني، إكمال إكمال المعلم شرح صحيح مسلم، ط ١، تصحيح: محمد سالم هاشم، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م)، ج ٦، ص ٢٣٨.

الفصل الأول: التعريف بالتوثيق ومقوماته، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف التوثيق في اللغة والاصطلاح.

المبحث الثاني: أدلة مشروعية التوثيق وحكمه.

المبحث الثالث: مقومات التوثيق.

المبحث الأول: تعريف التوثيق في اللغة والاصطلاح.

أولاً: تعريف التوثيق في اللغة

التوثيق في اللغة معناه: الإحكام والثبات، جاء في المصباح المنير: " وثق الشيء وثاقة: قوي وثبت، فهو وثيق: ثابت ومحكم".^(١)

ووثقت الشيء توثيقاً، فهو موثق، والوثيقة: الإحكام في الأمر، والأخذ بالثقة^(٢).

ووثقت به ثقة ووثوقاً... ووثقه: عاهده^(٣).

ووثق به يثق ثقة: إذا ائتمنه^(٤).

ثانياً: تعريف التوثيق في الاصطلاح

التوثيق في مفهومه اللغوي، هو الأخذ بالوثيقة لإحكام الأمر وتقويته، والمعنى الاصطلاحي قريب من هذا المفهوم إذ مؤداه تقوية جانب صاحب الحق، فالتوثيق في الاصطلاح حقيقته: اتخاذ وسائل تضمن تحصيل الحق وصيانتته عن الجحد والضياع^(٥)، وأما التوثيق كعلم فقد عرفه

(١) الفيومي، أحمد بن محمد، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، (بيروت: دار الفكر)، ج٢، ص٦٤٧.

(٢) ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، تحقيق الأساتذة: عبدالله الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، (القاهرة، دار المعارف)، مادة: وثق، ج٦، ص٤٧٦٤.

(٣) الزمخشري، جارالله أبي القاسم محمود بن عمر، أساس البلاغة معجم في اللغة والبلاغة، ط١، (بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، ١٩٩٦م)، مادة: وثق، ص٧٦.

(٤) ابن منظور، لسان العرب، مادة: وثق، ج٦، ص٤٧٦٤.

(٥) العمر، محمد احمد، التطبيقات الشرعية، ص٧.

الدكتور محمد الزحيلي في كتابه وسائل الإثبات ، بما يلي : التوثيق علم يبحث فيه عن كيفية اثبات العقود والتصرفات وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به ^(١).

وعند النظر إلى هذا التعريف يتضح أنه يجعل الغاية من التوثيق هو إثبات الحق، والتوثيق قد تكون الغاية منه استيفاء الحق أيضاً، والحصول عليه، لأن صاحب الحق قد يستطيع أن يثبت حقه، ولكنه لا يستطيع أن يحصل عليه أحياناً، لسبب أو لآخر. والذي أراه أن يقال في تعريف التوثيق: إنه علم يبحث فيه عن طرق أو وسائل صيانة الحقوق وحفظها وحمايتها من الضياع خوف الجحود أو غيره، وتأمينها والتمكن من استيفائها خوف الإفلاس أو الموت أو غيرهما.

وجاء في كتاب مغني المحتاج: "والوثائق بالحقوق ثلاثة: شهادة، ورهن، وضمان، فالأولى لخوف الجحد، والأخيراتان لخوف الإفلاس"^(٢)، ويرشد هذا الكلام إلى أن التوثيق في عرف الفقهاء يطلق على أمرين:

الأمر الأول: تقوية وتأكيد الحق بحجة لإثباته، وذلك مثل كتابة وثيقة بالحق، أو بالإشهاد عليه، فتكون الغاية في مثل هذه الحالة إثبات الحق عند نكرانه.

الأمر الثاني: تثبيت الحق وإحكامه للتمكن من استيفائه، مثل توثيقه بكفيل أو رهن، فهذا التوثيق الغاية منه استيفاء الحق^(٣).

وعند إنعام النظر في هذين الإطلاقين لمفهوم التوثيق عند الفقهاء، يتضح أن التوثيق وفق الإطلاق الأول يعتمد وسائل - كتابه، إسهاد - هي غير عقود، أقرتها الشريعة لإثبات الحقوق، وأما التوثيق وفق الإطلاق الثاني، فهو يعتمد وسائل هي في حقيقتها عقود، قد أقرتها الشريعة وندبت إليها لإمكان استيفاء الحق، مثل عقد الرهن، وعقد الكفالة، وعقد الحوالة^(٤). وعليه فهذه الوسائل الخمسة للتوثيق هي الأكثر شيوعاً واشتجاراً من بين وسائل التوثيق، ولعله من المناسب ذكر تعريفها في اللغة والإصطلاح لأنها سوف تتردد كثيراً بعد ذلك.

١- تعريف الكتابة في اللغة والإصطلاح

(١) الزحيلي، د. محمد، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية وفي المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ط٢، (الرياض: مكتبة المؤيد - دمشق: دار البيان، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، ج ١، ص ٢٧.

(٢) الشربيني، محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط١، تحقيق الشيخان: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبدالموجود، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م)، ج ٣، ص ٣٩.

(٣) حماد، دراسات في أصول المدائيات، ص ٧٦-٧٧.

(٤) الزحيلي، د. محمد، وسائل الإثبات، ج ١، ص ٢٧.

أ- الكتابة في اللغة: الخط، والجمع، وجاء في لسان العرب: كل ما ذكر في الكتب قريب بعضه من بعض، وإنما هو جمعك بين الشيتين، ... قيل: كتبت الكتاب لأنه يجمع حرفاً إلى حرف^(١).

ب- الكتابة في الاصطلاح: عبارة عن نقوش مخصوصة اصطلاح الناس على جعلها معرفات لألفاظ مخصوصة^(٢). وقيل الكتابة: ضم الحروف بعضها إلى بعض بالخط^(٣).

٢- تعريف الشهادة في اللغة والاصطلاح

أ- الشهادة في اللغة: المعاينة والحضور، شاهده شهوداً أي حضره، فهو شاهد، وقوم شهود أي حضور^(٤).

ب- الشهادة في الاصطلاح: إخبار عن عيان بلفظ الشهادة في مجلس القاضي بحق للغير على آخر^(٥).

والشهادة في عرف الفقهاء تطلق على أمرين، الأول: التحمل، تقول: شهدت بمعنى تحملت، والثاني: الأداء، تقول: شهدت عند الحاكم شهادة، أي أديتها^(٦).

٣- الرهن في اللغة والاصطلاح

أ- الرهن في اللغة: الثبوت والدوام، رهن الشيء: ثبت ودام، فهو رهن^(٧).

ب- الرهن في الاصطلاح: جعل عين مالية وثيقة بدين لازم أو آيل إلى اللزوم^(٨).

٤- تعريف الكفالة في اللغة والاصطلاح

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج ٥، ص ٣٨١٦-٣٨١٨.

(٢) الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، التفسير الكبير، أو مفاتيح الغيب، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ-١٩٩٠م)، م ١٠، ج ١٢، ص ١٣٦.

(٣) المناوي، محمد عبدالرؤوف، التوقيف على مهمات التعاريف، ط ١، تحقيق: د. محمد رمضان الداية، دار بيروت: الفكر المعاصر- دمشق: دار الفكر، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م)، ص ٦٠٠.

(٤) ابن منظور، لسان العرب، مادة: شهد، ج ٤، ص ٢٣٤٨.

(٥) الجرجاني، علي بن محمد، كتاب التعريفات، ط ٢، تحقيق: ابراهيم الأبياري، (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م)، ص ١٧٠.

(٦) البعلي، محمد بن أبي الفتح، المطلع على أبواب المقنع، ترتيب: محمد بشير الأدلبي، (بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠١هـ-١٩٨١م)، ص ٤٠٦.

(٧) الفيومي، المصباح المنير، ج ١، ص ٢٤٢.

(٨) المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٣٧٦.

أ- الكفالة في اللغة: الضم، ومنه قولهم: كفل فلان فلانا إذا ضمه إلى نفسه يمونه ويصونه^(١).

ب- الكفالة في الاصطلاح: ضم ذمة في التزام المطالبة بالدين^(٢).

٥- تعريف الحوالة في اللغة والاصطلاح

أ- الحوالة في اللغة: الانتقال، تحول من مكانه: انتقل عنه، وحولته تحويلاً نقلته من موضع إلى موضع^(٣).

ب- الحوالة في الاصطلاح: نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه^(٤).

ثالثاً: أفرق بين الإثبات والتوثيق

الإثبات من أكثر الألفاظ صلة بالتوثيق لما بينهما من التشابه الكبير، والفرق بينهما غير كبير إلا أنه أحياناً يكون جوهرياً، فهما يتفقان من حيث الغاية، لأن الغاية من كل منهما رد الحقوق لأهلها وأصحابها^(٥)، وهذا أمر جلي واضح لا إشكال فيه، وقبل التعرض للفرق بين التوثيق والإثبات، لا بد من تعريف الإثبات في اللغة والاصطلاح.

أ- الإثبات في اللغة: الدوام والاستقرار، ثبت الشيء ثبوتاً: داو واستقر، وثبت الأمر: صح^(٦)، والإثبات في اللغة: ضد الإزالة^(٧).

ب- الإثبات في الاصطلاح: يطلق الفقهاء الإثبات ويريدون منه أمرين، فأحياناً يريدون منه معناه العام، وهو إقامة الحجة مطلقاً سواء أمام القاضي أم أمام غيره، ويطلقونه أحياناً ويريدون منه معناه الخاص، وهو إقامة الحجة أمام القاضي^(٨).

(١) النسفي، عمر بن محمد، طلبية الطلبة، ط١، بعناية: الشيخ خالد عبدالرحمن العك، (بيروت: دار النفائس،

١٤١٦هـ-١٩٩٥م)، ص٢٨٧.

(٢) المصدر السابق، ص٢٨٧.

(٣) الفيومي، المصباح المنير، مادة: حال، ج١، ص١٥٧.

(٤) الجرجاني، التعريفات، ص١٢٦.

(٥) حماد، دراسات في أصول المدائنت، ص٧٦.

(٦) الفيومي، المصباح المنير، مادة: ثبت، ج١، ص٨٠.

(٧) المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ص٣٣.

(٨) الزحيلي، د. محمد، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ج١، ص٢٢-٢٣.

فالإثبات بمعناه العام: هو الحكم بثبوت شيء لآخر^(١).

والإثبات بمعناه الخاص: هو إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية^(٢).

ومن أجل الوقوف على الفرق بين الإثبات والتوثيق، يجب تحديد موضوع كل واحد منهما، وموضوع كل علم: ما يبحث فيه عن عوارضه الذاتية، كبدن الإنسان لعلم الطب، والكلمات لعلم النحو^(٣)، وعليه فموضوع الإثبات: الحجج الشرعية التي يمكن من خلالها إثبات الحقوق المتنازع عليها أمام القضاء، كالشهادة، والإقرار، واليمين، والنكول واليمين، والقرائن^(٤)، لأن الإثبات عادة ما يحتاج إليه للفصل في أمر متنازع عليه بين المدعي والمدعى عليه.

وأما موضوع التوثيق: فتلك الوسائل والطرق التي يمكن من خلالها تحصيل الحق واستيفائه، كالشهادة، والرهن، والكفالة^(٥)، ولا إشكال بالنسبة للشهادة، لأن المقصود منها الإثبات أحياناً أو التوثيق في حين أخرى كالإشهاد على عقد البيع أو الدين مثلاً.

ويمكن بعد ذلك تلخيص الفرق بين الإثبات والتوثيق، فيما يأتي:

الفرق الأول: إن الإثبات أكثر ما يحتاج إليه لقطع المنازعات وفصلها أمام القضاء عن طريق الحجج الشرعية المعتمدة في القضاء.

والتوثيق أكثر ما يحتاج إليه لتقوية الحق وتوكيده وحفظه، وإمكان الحصول عليه واستيفائه، ولا يعني هذا أن التوثيق لا يحتج به أمام القضاء، فهو في بعض الأحوال يكون وسيلة قوية يحتج به لإثبات الحق المتنازع عليه أمام القضاء.

الفرق الثاني: التوثيق يعتبر مقدمة للإثبات، لأنه يوجد غالباً عند إنشاء التصرف أو العقد الذي ينشئ الحقوق لطرفي العقد أو التصرف أو أحدهما، فهو من هذه الحيثية يسبق الإثبات لأن الإثبات يكون مرتكزاً عليه ومترتباً وجوده على وجوده.

(١) الكفوي، أيوب بن موسى، الكليات، ط٢، أعده للطبع: د. عدنان درويش، والأستاذ محمد المصري، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م)، ص٣٩.

(٢) الزحيلي، د. محمد، وسائل الإثبات، ج١، ص٢٣.

(٣) المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ص٦٨٥.

(٤) القرافي، أحمد بن إدريس، الفروق، أو أنوار البروق في أنواع الفروق، ط١، اعتنى به: الشيخ خليل المنصور، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م)، الفرق رقم: ٢٣٨، ج٤، ص١٨٩.

(٥) الزركشي، محمد بن بهادر بن عبدالله، المنثور في القواعد، ط١، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م)، ج٢، ص٣٨٦.

الفرق الثالث: التوثيق قد يمثل بعض طرق ووسائل الإثبات، ويؤدي مؤداها، كالشهادة مثلا عند عقد البيع تكون وسيلة لإثبات حق المشتري في ملكية المبيع، وحق البائع في ملكية الثمن، فيكون التوثيق سبباً مولداً للإثبات، والعلاقة بينهما كالعلاقة بين الأثر والمؤثر من التقارب والاختلاف في المفهوم والحقيقة^(١)، والإثبات بعد ذلك قد ينفرد بطرق ووسائل هي حجج شرعية أمام القضاء، ولكنها ليست من التوثيق في شيء كالإقرار مثلا. والله أعلم

المبحث الثاني: أدلة مشروعية التوثيق وحكمه، وفيه مطلبان

التوثيق مبدأ معروف في الشريعة الإسلامية، لتنظيم المعاملات وحفظ الحقوق، وقطع المنازعات بين أطراف التعامل، وهو أمر جائز ومشروع، وأدلته من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة أكثر من أن تحصى، وإجماع الأمة من عهد الصحابة الكرام إلى يومنا هذا على مشروعية التوثيق أمر لا يماري فيه أحد، فكثير من الآيات والأحاديث أرشدت إلى كتابة الدين، والإشهاد عند البيع، والرهن في السفر والحضر، وكفالة الدين عن المدين، وكل من الكتابة، والإشهاد، والرهن، والكفالة، وسائل مختلفة شرعت توثيقاً لحفظ الحقوق وأدائها إلى أهلها في ظل ذلك المبدأ الإسلامي الكبير والعظيم والتوجيه الرباني لبني آدم، الذي يأمرهم فيه الله تعالى بأداء الحقوق إلى أهلها، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾^(٢). في ظل هذا المبدأ يكون الناس وأفراد المجتمع أكثر أمناً والمعاملات بينهم أكثر استقراراً. والله أعلم

المطلب الأول: أدلة مشروعية التوثيق ٦٢٩٧٨٥

أبدأ أولاً بذكر الأدلة من القرآن الكريم، ثم ذكر الأدلة من السنة النبوية المطهرة، ثم رواية الإجماع وانعقاده لكثير من وسائل التوثيق من عهد الصحابة الكرام رضي الله عنهم أجمعين.

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم على مشروعية التوثيق

(١) حماد، د. نزيه، دراسات في أصول المداينات، ص ٧٦-٧٧.

وينظر، الزحيلي، د. محمد، وسائل الإثبات، ج ١، ص ٢٧-٣١.

(٢) سورة النساء، الآية رقم (٥٨).

الدليل الأول: قال الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِجَارَةٍ حَاصِرَةٍ تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿^(١) هذه الآية الكريمة هي آية الدين، وهي أطول آية في القرآن الكريم، وترشد هذه الآية الكريمة إلى كتابة الدين، وخاصة إذا كان الدين إلى أجل، لأن كتابة الدين وسائر الحقوق والتصرفات أدعى إلى حفظها وإلى قطع التنازع حين الاختلاف^(٢).

وجه الدلالة من الآية على مشروعية التوثيق، قوله تعالى: "فاكتبوه"، وجمهور أهل العلم على أن هذا الأمر للنadb والإرشاد^(٣)، وحمله بعض أهل العلم على الوجوب^(٤). والكتابة إنما شرعت استيثاقاً ودفعاً للنزاع وحفظاً للحقوق^(٥). وترشد الآية إلى أن الكتابة إحدى وسائل التوثيق المعتمدة شرعاً، جاء في أحكام القرآن: "إشارة ظاهرة إلى أنه يكتبه بجميع صفاته المبينة له

(١) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

(٢) ابن كثير، اسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، ط ١، وضع حواشيه: محمد حسن شمس الدين، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٠هـ-١٩٩٨م)، ج ١، ص ٣٣٨.

(٣) الجصاص، أحمد بن علي، أحكام القرآن، ط ١، اعتنى به: عبدالسلام محمد علي شاهين، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م)، ج ١، ص ٥٨٥.

(٤) الطبري، محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م)، م ٣، ج ٣، ص ١١٧-١٢١.

(٥) المحلي: محمد بن أحمد، والسيوطي: عبدالرحمن بن الكمال أبي الكرين محمد، تفسير الجلالين، (بيروت: دار الفكر للطباعة)، ص ٥٢.

وينظر، الصاوي، أحمد بن محمد، حاشية الصاوي على تفسير الجلالين، ط ١، ضبط وتصحيح: محمد عبدالسلام شاهين، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م)، ج ١، ص ١٧٥.

المعربة عنه المعرفة للحاكم بما يحكم عند ارتفاعهما إليه^(١)، وعليه فالحاكم يعتمد على الوثيقة المكتوبة ويحكم وفق ما فيها.

وكذلك يرشد قوله تعالى: "وأشهدوا إذا تباعتم" إلى أن الشهادة هي إحدى وسائل التوثيق المشروعة، والأمر بالإشهاد الوارد في الآية محمول على النذب عند جمهور أهل العلم، جاء في كتاب الجامع لأحكام القرآن: "والإشهاد إنما جعل للطمانينة، وذلك أن الله تعالى جعل لتوثيق الدين طرقاً، منها الكتاب، ومنها الرهن، ومنها الإشهاد، ولا خلاف بين علماء الأمصار أن الرهن مشروع بطريق النذب لا بطريق الوجوب، فيعلم من ذلك مثله في الإشهاد، وما زال الناس يتبايعون حضراً وسفراً وبرا وبحراً وسهلاً وجبلاً من غير إشهاد مع علم الناس بذلك من غير نكير، ولو وجب الإشهاد ما تركوا النكير على تاركه"^(٢). والله أعلم وحمل بعض أهل العلم الأمر الوارد في الإشهاد على ظاهره، وقالوا بوجوبه عند البيع، وأن تاركه آثم في الشرع مضيع لأمر الله تعالى^(٣).

الدليل الثاني: قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْفُرُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْفُرْهَا فَإِنَّهُ آتِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾^(٤) ترشد الآية الكريمة إلى وسيلة أخرى من وسائل التوثيق، وهي أخذ عين وثيقة بالحق ليستوثق بها الدائن، جاء في كتاب أحكام القرآن: "إذا عدتم التوثق بالكتاب والإشهاد فالوثيقة برهان مقبوضة، فأقام الرهن في باب التوثق في الحال التي لا يصل فيها إلى التوثق بالكتاب والإشهاد مقامها، وإنما ذكر حال السفر لأن الأغلب فيها عدم الكتاب والشهود"^(٥)، ويجوز الرهن عند جمهور العلم في الحضر والسفر^(٦).

(١) ابن العربي، محمد بن عبدالله، أحكام القرآن، اعتنى به: محمد عبدالقادر عطاء، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م)، ج١، ص٣٢٨.

(٢) القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، ط١، (بيروت: دار الفكر للطباعة، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م)، ج٣.

(٣) الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، م٣، ج٣، ص١٣٤.

(٤) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٣).

(٥) الجصاص، أحكام القرآن، ج١، ص٦٣٤.

(٦) الصاوي، حاشية الصاوي على تفسير الجلالين، ج١، ص١٧٩.

الدليل الثالث: قال الله تعالى: ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾^(١) والزعيم هو الحميل والكفيل^(٢)، وهذه الآية نص في جواز الكفالة^(٣)، فالآية الكريمة ترشد إلى توثيق الحقوق، أو الدين عن طريق الكفالة^(٤) فمتى قال شخص لآخر أنا كفيل أو زعيم أو حميل أو مالك قبيل أو عند فلان من الدين فهو عليّ أو يلزمني فهي كفالة صحيحة لازمة شرعاً^(٥).

ثانياً: الأدلة من السنة النبوية المطهرة على مشروعية التوثيق

السنة النبوية المطهرة ورد فيها الكثير من الأحاديث التي ترشد وتدل دلالة واضحة على مشروعية مبدأ ونظام التوثيق في الشريعة الإسلامية، فالرسول الكريم والنبى المعلم صلى الله عليه وسلم، تجده مرة يكتب وثيقة لبعض الناس عند شرائه أو بيعه، ومرة يشتري ويرهن درعه، ومرة يطلب كفيلاً لأداء دين بعض الموتى المفلسين الذين لا تركة لهم، وهذه الأمور كلها من وسائل التوثيق المشروعة لحفظ الحقوق، وبيان ذلك فيما يأتي من الأحاديث الشريفة.

الحديث الأول: جاء في الحديث الشريف عن العداء بن خالد، قال: (كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم، قال: هذا ما اشتري محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبئة ولا غائلة)^(٦)

(١) سورة يوسف، الآية رقم (٧٢).

(٢) الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، م٨، ج١٣، ص٢٠-٢١.

(٣) ابن العربي، أحكام القرآن، ج٣، ص٦٤.

(٤) الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، تحقيق: د. محمود مسطر جي وآخرون، (بيروت: دار الفكر، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م)، ج٨، ص١٠٥-١١٢.

(٥) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٩، ص٢٣٣.

(٦) الداء: العيب، الخبئة: الأخلاق الخبيثة، الغائلة: الفجور.

(٧) البخاري، محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، حقق أصوله: طه عبدالرؤوف سعد، (المنصورة: مكتبة الإيمان، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٠م)، باب: إذا بين البيعات ولم يكتما ونصحا، ص٤٢٧.

يرشد الحديث الشريف إلى أن الشهادة مندوب إليها في البيعات غير واجبة، لأن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع الفرس من غير أن يشهد، وعندما رجع الأعرابي عن البيع وجدده طلب من النبي صلى الله عليه وسلم البيعة والشهود، فلم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم طلبه الشهود، ولكن النبي صلى الله عليه وسلم أنكر على الأعرابي أن جحد البيع وأنكره، ثم إن النبي صلى الله عليه وسلم أمضى شهادة خزيمة^(١)، ولو كانت الشهادة غير مشروعة لردها النبي صلى الله عليه وسلم فدل الحديث على مشروعية الشهادة للتوثق.

الحديث الثالث: جاء في الحديث الشريف عن أم المؤمنين عائشة بنت الصديق رضي الله عنهما: (أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه)^(٢).

يرشد الحديث الشريف إلى مشروعية الرهن كوثيقة على الدين، فحقيقة الرهن في الشرع: جعل مال وثيقة على الدين، وهو مشروع في الحضر وفي السفر، والمراد بالرهن الاستيثاق للدين وحفظه وإمكان استيفائه من ثمن العين المرهونة إذا تعذر استيفاء الدين من المدين^(٣).

الحديث الرابع: جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم: (أنه أتى بجنابة ليصلي عليه، فقال: هل عليه من دين؟ قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتى بجنابة أخرى فقال: هل عليه من دين؟ قالوا: نعم، قال: صلوا على صاحبكم، قال أبو قتاده: عليّ دينه يا رسول الله، فصلى عليه)^(٤).

يرشد هذا الحديث الشريف إلى جواز كفالة الدين عن الغير حتى ولو كان المكفول عنه ميتاً لا وفاء له^(٥)، والكفالة إنما شرعت لحفظ الحقوق والديون والاستيثاق بها^(٦).

وحقيقتها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بالحق الواجب على الأصيل للتوثق^(٧).

(١) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، شرح سنن أبي داود، ط١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م)، الكتاب مطبوع مع كتاب عون المعبود، م٥، ج١٠، ص١٩-٢٠.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، باب: من رهن درعه، حديث رقم: ٢٥٠٩، ص٥١٩.

(٣) العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج٥، ص٤٣٨.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، باب: من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع، الحديث رقم: ٢٢٩٥، ص٤٦٩.

(٥) البكري، علي بن خلف، شرح ابن بطلال على صحيح البخاري، ط١ تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م)، ج٦، ص٣٥٤-٣٤٧.

(٦) السرخسي، محمد بن أحمد، كتاب المبسوط، ط١، تقديم: فضيلة الشيخ خليل الميس، (بيروت، دار الفكر، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م)، م١٠، ج١٩، ص١٤١.

(٧) السنهوري، د. عبدالرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي)، م٢، ج٦، ص٨٥-٨٦.

الحديث الخامس: جاء في الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبّع)^(١).

يرشد هذا الحديث إلى قبول الحوالة إذا كانت على رجل غني دون المعسر لأن الغني قادر على الوفاء بالدين المحال به^(٢)، والشرع إنما ندب وأرشد إلى قبول الحوالات لما فيها من تيسير وتسهيل الحصول على الحق من المحال عليه، وهي إنما شرعت للتوثق بها، جاء في المبسوط: "وموجبه تحول الدين من ذمة المحيل على ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به"^(٣).

وجاء في مصادر الحق: "والحوالة أيضاً عقد أقرب إلى أن يكون عقد توثيق"^(٤).

ثالثاً: الإجماع على مشروعية التوثيق

الإجماع كما هو معلوم من أدلة الشرع المعتمدة، فإذا ثبت الإجماع على حكم مسألة من المسائل صار الحكم المجمع عليه حكماً شرعياً، ويفزع الفقيه إلى الإجماع لأحد سببين:

١. عندما لا يجد حكم المسألة التي هو بصددتها في نصوص الكتاب أو السنة، فإن كان الحكم قد ثبت بالإجماع قام الدليل على حكم المسألة.

٢. قد يستدل الفقيه على حكم المسألة من نصوص الكتاب والسنة إلا أن الدليل قد يتطرق إليه الظن أو الاحتمال، فيلجأ الفقيه إلى الإجماع لتقوية الحكم الذي ذهب إليه، والأدلة المتكاثرة يعضد بعضها بعضاً، فيكون الحكم معها أقرب إلى الصواب وأبعد عن الوهم^(٥).

وعند إنعام النظر في كتب الفقه الإسلامي، يظهر بشكل واضح، أن وسائل التوثيق المعروفة من شهادة^(٦)، وكتابة^(٧)، ورهن^(٨)، وكفالة^(٩)، وحوالة^(١٠)، أمور مجمع على مشروعيتها، وهذه

(١) البخاري، صحيح البخاري، باب: في الحوالة، وهل يرجع في الحوالة؟، حديث رقم: ٢٢٨٧، ص ٤٦٧.

(٢) البكري، شرح ابن بطلال، ج ٦، ص ٢٤٥-٣٤٧.

(٣) السرخسي، المبسوط، م ١٠، ج ١٩، ص ١٤١.

(٤) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، م ٢، ج ٦، ص ٨٦-٨٧.

(٥) أحمد إبراهيم بك، علم أصول الفقه، (القاهرة: دار الأنصار، ١٢٥٧هـ-١٩٣٩م)، ص ٨٥-٨٦.

(٦) ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الإجماع، ط ١، تحقيق: عبد الله البارودي، (بيروت: مؤسسة الكتب الثقافية، دار الجنان، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م)، ص ٦٤-٦٦.

(٧) البكري، شرح ابن بطلال، ج ٨، ص ١٨٣.

(٨) ابن المنذر، الإجماع، ص ١٠٩-١١١.

(٩) المصدر السابق، ص ١١٣.

(١٠) السرخسي، المبسوط، م ١٠، ج ١٩، ص ١٤١. وينظر: السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، م ٢، ج ٦، ص ٨٦-٨٧.

الوسائل إنما شرعت أصلاً للتوثيق وحفظ الحقوق، وهذا يؤكد أن مبدأ ونظام التوثيق الذي عرفته الشريعة الإسلامية تضافرت واجتمعت الأدلة على مشروعيتها لأهميتها وكثرة عوائده ومناقعه وآثاره الطيبة، ثم إن الصحابة الكرام عملوا وفق هذا المبدأ دون نكير من أحد منهم، فكان الإجماع على التوثيق أمراً ثابتاً لا ينكره أحد، فهذا الخليفة الأول سيدنا أبو بكر رضي الله عنه يكتب الوثائق والكتب لقبائل العرب^(١)، وكذلك أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه يصلح أهل بيت المقدس، ويكتب لهم بذلك الصلح الوثيقة المعروفة "العهد العمرية"^(٢) وكل ذلك من غير نكير من أحد فيكون التوثيق بعدها أمراً مجمعاً عليه.

المطلب الثاني: حكم التوثيق وفيه ثلاثة فروع

التوثيق قد يكون واجباً، أو مندوباً إليه، أو محرماً^(٣).

الفرع الأول: التوثيق الواجب

ويشمل التوثيق الواجب عقد الزواج، بمعنى أن التوثيق بالشهادة شرط في صحة العقد، ويكون التوثيق واجباً في الكثير من التصرفات، بمعنى أن التوثيق شرط لنفي الضمان عن نفسه، حتى إذا ترك التوثيق فلا حرج عليه وتصرفه صحيح ولكن لا يعتد به إذا أنكره الطرف الآخر.

المسألة الأولى: توثيق عقد الزواج بالشهادة والكتابة

توثيق عقد الزواج بالكتابة أمر مستحب مندوب إليه، لأن الشريعة أرشدت إلى كتابة الدين وتوثيقه بالكتابة، احتياطاً وحفظاً للمال، فمن باب أولى أن تندب الشريعة إلى حفظ الأنساب والفروج والأعراض والاحتياط لها، ولما يترتب على هذا التوثيق من المصالح، لأن به تمام حفظ حقوق الزوجين، ولكن ذلك ليس بواجب بل هو أمر مستحب^(٤)، إلا أن قانون الأحوال الشخصية يمنع ويحظر إجراء عقد الزواج من دون توثيقه بالكتابة عن طريق المأذون الشرعي

(١) الطبري، تاريخ الأمم والملوك، ج ٢، ص ٢٥٧-٢٥٩.

وينظر: ابن الأثير، علي بن محمد، الكامل في التاريخ، ط ٤، تحقيق: عبد الله القاضي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م)، ج ٢، ص ٢٣١.

(٢) الطبري، تاريخ الأمم والملوك، ج ٢، ص ٤٤٩.

(٣) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٢١، ص ٤.

وينظر: البهوتي، منصور ابن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، اعتنى به: الشيخ هلال مصيلحي، (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م)، ج ٣، ص ٣٦٧.

(٤) أبو زهره، محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، (القاهرة: دار الفكر العربي)، ص ٥٧-٥٨.

وكل من يخالف القانون يعرض نفسه للعقوبة ، ومستند هذا الحكم إلى السياسة الشرعية التي تبيح للحاكم إتخاذ الإجراءات الضرورية لحماية حقوق المواطنين وحفظها لهم^(١) . وأما توثيق عقد الزواج بالشهادة فأمر واجب لا يصح العقد بدونه، وهذا قول جمهور أهل العلم^(٢)، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)^(٣)، وروي عن الشافعي أنه قال عن هذا الحديث: وهذا وإن كان منقطعاً دون النبي صلى الله عليه وسلم، فإن أكثر أهل العلم يقول به، ويقول الفرق بين النكاح والسفاح والشهود^(٤).

وجاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة)^(٥) والحديث قيل إنه موقوف ولكن رفعه بعض أهل العلم وصححه^(٦). وقال الترمذي رحمه الله: "والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم من التابعين وغيرهم"^(٧).

وأما تحقيق قول المالكية في المسألة، ما جاء في حاشية العدوي على الخرشي: "والحاصل أن أصل الإشهاد، أي على النكاح واجب"^(٨). وهذا يرشد إلى أن أصل الشهادة واجب في عقد النكاح عند المالكية إلا أنهم لم يشترطوا عند إنشاء العقد، ولكن لا بد منها لصحة النكاح إما عند العقد أو قبل الدخول، والقول الفصل في المسألة أن الشهادة شرط في صحة عقد النكاح، وكل نكاح لم يحضره الشهود فهو نكاح باطل.

-
- (١) السرطاوي ، محمود علي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط١ (عمان : دار الفكر ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م) ج ١ ، ص ١٣٩-١٤٠ .
- وينظر : بدران ، بدران أبو العنين ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، (بيروت : دار النهضة العربية) ص ٧٣-٧٩ .
- (٢) المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبدالجليل، الهادية شرح بداية المبتدي، ط١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م)، م١، ج١، ص٢٠٦.
- وينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج١١، ص٨٤-٨٥.
- وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٩، ص٣٤٤-٣٥١.
- (٣) البيهقي، السنن الكبرى، باب: لا نكاح إلا بشاهدين عدلين، حديث رقم: ١٣٧١٩، ج٧، ص٢٠٢-٢٠٣.
- (٤) المصدر السابق ، ج٧، ص٢٠٣.
- (٥) الترمذي، سنن الترمذي، باب: ما جاء لا نكاح إلا ببينة، حديث رقم: ١١٠٣، ج٢، ص١٨٤.
- (٦) الشوكاني، نيل الاوطار، م٣، ج٦، ص١٢٥.
- (٧) الترمذي، سنن الترمذي، ج٢، ص١٨٥.
- (٨) العدوي، علي بن أحمد، حاشية العدوي على الخرشي، ط١، اعتنى به: الشيخ زكريا عميرات، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م)، ج٤، ص١٢٧.

المسألة الثانية: وجوب توثيق بعض التصرفات بالشهادة

قد يلي الإنسان أحياناً بعض الأعمال ليقوم بها لبعض الناس، كأن يكون وصياً على بعض الأيتام أو وديعاً يأخذ أشياء الناس وأغراضهم لحفظها، وهذا الشخص يعتبر أميناً، يقبض أموال الناس على وجه الأمانة، لا يضمن هذه الأغراض والأمتعة إلا إذا تعدى أو فرط في الحفظ، والأمين يصدق في دعوى التلف والرد والقول قوله^(١)، هذه هي القاعدة العامة، إلا أن الأمين قد يضمن في بعض الأحيان إذا ترك الإشهاد على تصرفه ولا يعتد بقوله، وهذه التصرفات محل نظر واجتهاد بين أهل العلم، وهي:

أولاً: وصي اليتيم عند دفعه المال للأيتام بعد بلوغهم:

الوصي أمين على أموال الأيتام يحفظها وينميها لهم حتى إذا بلغوا عاقلين راشدين دفع إليهم أموالهم، فإذا ادعى الوصي أنه دفع للأيتام أموالهم وردها إليهم من غير إشهاد على ذلك، وأنكر الأيتام القبض، فلاهل العلم في المسألة قولان:

القول الأول: قول الحنفية والحنبلية، ذهبوا إلى أن القول قول الوصي بيمينه، لأنه أمين، والأمين يقبل قوله إذا ادعى الرد.

جاء في أحكام القرآن: عن أبي حنيفة في الوصي إذا ادعى بعد بلوغ اليتيم أنه قد دفع المال إليه: "أنه يصدق"^(٢).

وجاء في كتاب الكافي من كتب الحنبلية: "وإن اختلفا في دفع المال إليه بعد بلوغه، فالقول قول الوصي لأنه أمين في ذلك يقبل قوله، كالنقطة والمودع"^(٣).

فالحنفية والحنبلية أخذوا بأصل القياس في قبول قول الأمين، وحملوا الأمر الوارد بالإشهاد في قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيباً ﴾^(٤). حملوه على الندب والإرشاد^(٥).

(١) ابن جزري، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ط ١، اعتنى به: محمد أمين الضناوي (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م) ص ٢٤٩-٢٥٠.

(٢) الجصاص، أحكام القرآن، ج ٢، ص ٨٧.

(٣) ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن قدامة، الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل، تحقيق: سعيد محمد اللحام وآخرون، (بيروت: دار الفكر العربي، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م)، ج ٢، ص ٣٧٢.

(٤) سورة النساء، الآية رقم (٦).

(٥) الجصاص، أحكام القرآن، ج ٢، ص ٨٧.

القول الثاني: قول المالكية^(١) والشافعية^(٢)، ذهبوا إلى أن القول المعتبر هو قول اليتيم، ولا يقبل قول الوصي إلا إذا شهدت له البينة بالدفع.

واستدلوا بالآية الكريمة السالفة الذكر، وقالوا: إنه لا يعسر إقامة البينة على الدفع فوجب الإشهاد، ثم إن اليتيم لم يأتمن الوصي فلا يقبل قول الوصي عليه، لأن الوصي أمين الأب حقيقة، فالوصي إذا ادعى الدفع لليتيم، فهو يدفع إلى غير من اتئمنه فوجب الإشهاد كالمودع إذا ادعى دفع أو رد الوديعة إلى غير من أودعه إياها.

والذي يترجح عندي في المسألة قول المالكية والشافعية عملاً بظاهر الأمر الوارد في الآية الكريمة، ولما في الإشهاد من التوثق لحظ الأيتام والوصي معاً.

ثانياً: الوديع إذا ادعى رد الوديعة، وكان قد قبضها بحضور البينة.

إذا قبض الوديع الوديعة من المودع عند الإيداع بحضور البينة، ثم إنه ادعى بعد ذلك رد الوديعة إلى صاحبها، وأنكر المودع ذلك، فلاهل العلم في المسألة قولان:
القول الأول: وهو قول الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنبلية^(٥)، ذهبوا إلى أن القول في المسألة قول الوديع لأنه أمين.

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٥، ص٤٤-٤٥.

وينظر: ابن العربي، أحكام القرآن، ج١، ص٤٢٥-٤٢٦.

(٢) الشريبي، مغني المحتاج، ج٤، ص١٢٣.

وينظر: الشيرازي، ابراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط١، تحقيق: د. محمد الزحيلي، (دمشق: دار القلم - بيروت: الدار الشامية، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م)، ج٣، ص٧٥٨-٧٥٩.

(٣) السرخسي، المبسوط، ج٦، ص٩٥.

وينظر: الجصاص، أحكام القرآن، ج٢، ص٨٧-٨٨.

(٤) الشريبي، مغني المحتاج، ج٤، ص١٤١-١٤٢.

وينظر: الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج٣، ص٣٩٢-٣٩٣.

(٥) المرادوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط١، تحقيق: محمد حامد الفقي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٣٧٦هـ - ١٩٥٧م)، ج٦، ص٣٣٧-٣٣٨.

القول الثاني: وهو قول المالكية^(١) ورواية عند الحنبلية^(٢)، ذهبوا إلى وجوب الإشهاد عند دفع الوديعة لصاحبها إذا كان الوديع قبضها بحضور البيعة، وأنه لا يقبل دعواه الرد بدون البيعة.

جاء في منح الجليل من كتب المالكية: "إلا أن يكون دفعها إليه بإشهاد فيتبين أنه إنما ائتمنه على حفظها ولم يَأتمنه على ردها فيصدق في الضياع الذي ائتمنه عليه ولا يُصدق في الرد الذي استوثق منه ولم يَأتمنه عليه، هذا قول مالك، وجميع أصحابه رضي الله تعالى عنهم"^(٣).

وجاء في الإنصاف من كتب الحنبلية: "وخرجها ابن عقيل^(٤) على أن الإشهاد على دفع الحقوق الثابتة بالبيعة واجب، فيكون تركه تفريطاً فيجب فيه الضمان"^(٥).
والراجح عندي في المسألة قول الجمهور، لأن الإشهاد شرع للتوثيق فلا يخرج الأمين عن حكمه في قبول قوله في أمر الأمانة كسائر العقود^(٦). والله أعلم.

(١) البغدادي، عبد الوهاب بن علي بن نصر، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميش عبدالحق، (بيروت: دار الفكر، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م)، ج٢، ص٤-١٢.

(٢) المرادوي، الإنصاف، ج٦، ص٣٣٨.

(٣) عيش، محمد، منح الجليل شرح على مختصر خليل، (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م)، ج٧، ص٣٦.

(٤) ابن عقيل: أبو الوفاء علي بن عقيل البغدادي، شيخ الحنابلة، مولده عام (٤٣١هـ) من أذكىاء الناس، صاحب كتاب الفنون، وافته عام (٥١٣هـ).

ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج١٩، ص٤٤٣-٤٥١.

(٥) المرادوي، الإنصاف، ج٦، ص٣٣٨.

(٦) الجصاص، أحكام القرآن، ج٢، ص٨٧-٨٨.

ثالثاً: الوكيل بقضاء الدين والإيداع

إذا وكل رجل رجلاً بقضاء دينه، ودفع إليه المال ليدفعه للدائن، فادعى الوكيل الدفع، فأنكر الدائن القبض، فجمهور أهل العلم على أن الوكيل لا يقبل قوله على الدائن إلا إذا شهدت البينة بذلك^(١).

والأصل في هذه المسألة ما جاء في المبسوط من كتب الحنفية: "لأن دعوى المأمور للقضاء كدعوى الأمر بماله بنفسه، وهو غير مصدق فيما يدعي من قضاء الدين إلا بحجة فكذا المأمور لا يصدّق"^(٢).

وجاء في شرح منتهى الإرادات من كتب الحنبلية: "ومن وكل غيره ولو كان مودعاً في قضاء دين فقضاه، ولم يشهد الوكيل بالقضاء وأنكر الغريم، أي رب الدين، لم يقبل قول وكيل عليه لأنه لم يأتّمه"^(٣).

وأما بالنسبة لرجوع الموكل على الوكيل، فالمسألة فيها قولان عند أهل العلم:

القول الأول: ذهب المالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنبلية^(٦) إلى أن الوكيل إذا قضى بغيبة الموكل وترك الإشهاد وأنكر رب الدين القبض، أن الموكل يرجع على الوكيل مطلقاً، ويضمن الوكيل المال لتفريطه بترك الإشهاد.

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أن الموكل لا يرجع على الوكيل بشيء إلا أن يكون أمره بالإشهاد فترك الوكيل الإشهاد عند الدفع فيضمن لتفريطه^(٧).

(١) السرخسي، المبسوط، م ١٠، ج ١٩، ص ٦٢.

وينظر: الخرشي، محمد بن عبدالله، حاشية الخرشي على مختصر خليل، ط ١، اعتنى به: الشيخ زكريا عميرات، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م)، ج ٦، ص ٤١٥-٤١٦.

وينظر: الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزه، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط ٣، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م)، ج ٥، ص ٦٢.

(٢) السرخسي، المبسوط، م ١٠، ج ١٩، ص ٦٢.

(٣) البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات - دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، - ط ٢، (بيروت: عالم الكتب، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م)، ج ٢، ص ٢٠٠.

(٤) الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر خليل، ج ٦، ص ٤١٥-٤١٦.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٢٦٤.

وينظر: العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم، البيان في فقه الإمام الشافعي، ط ١، تحقيق: د. أحمد حجازي، أحمد السقا، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م)، ج ٦، ص ٣٩٩.

(٦) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، ص ٢٠٠.

(٧) السرخسي، المبسوط، م ١٠، ج ١٩، ص ٦٢-٦٣.

وجاء في بدائع الصنائع من كُتب الحنفية: "ولو دفع إليه مالا، وقال: أقضه فلانا عن ديني فقال الوكيل: قد قضيت صاحب الدين فادفعه إلي، وكذبه صاحب الدين، فالقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان، والقول قول الطالب في أنه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل"^(١).

وأما إذا قضى الوكيل الدين بحضرة الموكل وترك الإشهاد فلا ضمان على الوكيل، ولا يرجع الموكل عليه بشيء، لأن التفريط في ترك الإشهاد يكون من مسؤولية الموكل، وبحضوره الدفع يكون قد أذن للوكيل أن يدفع من غير إشهاد^(٢)، وفي وجه عند الشافعية أن الضمان من الوكيل، لأن الوكيل مأمور بالنصح والاحتياط لموكله وترك الإشهاد يكون تفريطاً منه، ولأنه دفع غير مبرئ من الدين فوجب الضمان على الوكيل^(٣).

وأما بالنسبة للوكيل بالإيداع، فكذلك إذا ادعى أنه دفع الوديعة للوديع وترك الإشهاد، وأنكر الوديع القبض فقول الوديع بيمينه ولا يقبل قول الوكيل عليه، وهذا القدر محل اتفاق بين جمهور أهل العلم^(٤)، واختلفوا بعد ذلك في ضمان الوكيل للوديعة إذا ترك الإشهاد ورجوع الموكل عليه، ولهم في المسألة قولان:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٥) والشافعية^(٦) والحنبلية^(٧) إلى أن الوكيل بالإيداع لا يلزمه الإشهاد، فإذا أودع من غير إشهاد وأنكر الوديع القبض، فالقول قوله في إنكار القبض ولا يقبل قول الوكيل عليه من غير بيعة، وكذلك يقبل قول الوكيل بيمينه لدفع الضمان عن نفسه عند الحنفية لأنه أمين، والأمين مصدق بيمينه ولا يجب عليه الإشهاد

(١) الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط١، تحقيق: عادل محمد معوض، وعادل أحمد عبدالموجود، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م)، ج٧، ص٤٥٥.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٢٢٤-٢٢٥.

(٣) العمراني، البيان، ج٦، ص٣٩٨-٣٩٩.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤٥٥.

وينظر: العمراني، البيان، ج٦، ص٤٠٠.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٢٢٥.

(٥) المصدر السابق، ج٧، ص٤٥٥.

(٦) النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: الشيخ عادل احمد عبدالموجود، والشيخ علي محمد معوض، (بيروت: دار الكتب العلمية)، ج٥، ص٣٠٧.

(٧) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٢٠٠.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٢٢٥.

عند الدفع للأجنبي^(١)، ولكن الأولى أن يشهد قطعاً للنزاع ودفعاً للضرر عن نفسه، وأما الشافعية والحنبلية، فقالوا: إن الوكيل لا يلزمه الإشهاد عند الإيداع، لأن القول في الرد والتلف قول الوديع، وعليه فلا فائدة للموكل في الإشهاد.

جاء في شرح منتهى الإرادات من كتب الحنبلية: "بخلاف توكيل في إيداع، فلا يضمن وكيل لم يشهد على الوديع إذا أنكر لقبول قوله في الرد والتلف فلا فائدة للموكل في الاستيثاق عليه"^(٢) وفي وجه عند الشافعية مرجوح أن الوكيل يضمن إذا ترك الإشهاد عند الإيداع في حال إذا أنكر الوديع قبض الوديعة^(٣).

القول الثاني: ذهب المالكية إلى أن الإشهاد واجب على الوكيل حين دفع الوديعة للوديع، فإن ترك الإشهاد وأنكر الوديع القبض كان الوكيل ضامناً للموكل^(٤).

جاء في التاج الإكليل من كتب المالكية: "إذا وكله بأن يقضي عنه ديناً أو يودع له مالا لم يكن له أن يدفع ذلك إلا ببينة، فإن دفعه بغير بينة ضمن"^(٥).

وأما إذا دفع الوديعة بحضرة الموكل من غير إشهاد فلا يضمن على الأصح، لأن حضور الموكل بمثابة الإذن في الدفع وترك الإشهاد^(٦)، والراجح عندي في المسألة قول الجمهور، لأن الأصل في الوكيل أنه أمين قد أذن له الموكل في أن يتصرف بماله، والقاعدة الشرعية المعروفة أن الإذن والجواز الشرعي ينافي الضمان^(٧)، والله اعلم.

(١) الجصاص، أحكام القرآن، ج٢، ص ٨٧-٨٨.

(٢) البيهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص ٢٠٠.

وينظر: النووي، روضة الطالبين، ج٥، ص ٣٠٧.

(٣) العمراني، البيان، ج٦، ص ٣٩٩-٤٠٠.

(٤) الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، ط١، اعتنى به: محمد عبدالسلام شاهين،

(بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م)، ج٢، ص ١٥٥.

(٥) المواق، محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط١، اعتنى به: الشيخ زكريا عميرات، (بيروت:

دار الكتب العلمية، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م)، ج٧، ص ١٩٨.

(٦) النووي، روضة الطالبين، ج٥، ص ٣٠٧.

(٧) الزرقا، احمد، شرح القواعد الفقهية، ص ٤٤٩-٤٥٢.

رابعاً: المطلوب منه الحق، متى له أن يمتنع عن الإقباض إلا بحضور البينة؟
من طلب منه حق، فالحق إما أن يكون وجب عليه من غير بينة، فإذا جاء صاحب الحق يطلبه فليس للمطلوب منه أن يمتنع عن الدفع لأجل الإشهاد، لأن القابض إذا أنكر القبض، قال المطلوب منه: لا يستحق عليّ شيء أو ليس له عندي شيء، والقول قوله بيمينه لأن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ولا ضرر عليه في ذلك. وأما إذا كان الحق وجب عليه بحضور البينة، فالمطلوب منه الحق إما أن يقبل قوله في الرد كالوديع مثلاً، فهذا يدفع الحق لصاحبه ولا ضرر عليه في ذلك لأن القابض إذا أنكر القبض فالقول قول المطلوب منه الحق في الرد فيحلف ويبرأ. وخلاف المالكية معروف أن كل حق ثبت بالبينة لا يبرأ منه إلا بالبينة عند دفعه^(١). وأما إذا كان لا يقبل قوله في الرد، فله أن يمتنع عن الدفع والإقباض، وله أن يلزم القابض بإحضار البينة، ولا يدفع الحق إلا بحضور البينة، لأن القابض إذا أنكر القبض فلا سبيل للمطلوب منه الحق لإثبات الإقباض الذي تم من جهته إلا بالبينة، وهذا بالنسبة لصاحب الحق إذا كان أصيلاً، أما إذا جاء شخص وقال أنا وكيل فلان بقبض وديعته أو دينه الذي له عليك، فلا يلزم المطلوب منه الحق الدفع للوكيل سواء صدقه أو كذبه، وله أن يمتنع عن الإقباض إلا بحضور البينة التي تشهد على صحة الوكالة، وحضور الإقباض لأن قول الشخص على الغير لا يعتبر إلا إذا شهدت البينة بذلك ولأنه يدفع إلى غير اليد التي اتّمنتته أو أقبضته^(٢). وذهب الحنفية إلى أن المطلوب منه الحق إذا صدق الوكيل بدعواه الوكالة وكان الحق المطلوب منه ديناً أنه يلزمه أن يدفع للوكيل وأما إذا كانت عيناً كالوديعة مثلاً، فلا يلزمه الدفع للوكيل^(٣)، والراجح عندي في المسألة قول الجمهور، لأن الدفع للوكيل بالقبض غير مبرر للدافع فلا يجبر عليه لأن الوكيل بالقبض إذا أنكر القبض فلا سبيل للدافع إثبات القبض إلا بالشهادة. والله أعلم.
وجاء في المعونة من كتب المالكية: "ولأنه لا يلزم الغريم أن يدفع إلا ما يبرأ به، بدليل أنه لو كان عليه حق فطالبه صاحبه به كان له أن يمنعه حتى يحضر الوثيقة"^(٤). ويمكن بعد ذلك وضع

(١) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ٢٤٩-٢٥٠.

(٢) ابن قدامه، المغني، ج ٧، ص ٢٢٨.

وينظر: ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ٢٤٩-٢٥٠.

وينظر: العمراني، البيان، ج ٦، ص ٤٠٠-٤٠٣.

(٣) ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط ١، اعتنى به: الشيخ زكريا عميرات، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٨هـ-١٩٩٧م)، ج ٧، ص ٣١١-٣١٣.

(٤) البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١٢٤.

بعض الضوابط التي تحكم هذه المسائل، وليست هذه الضوابط محل اتفاق بين أهل العلم، ولكن الأخذ بها أولى للتوثق، وهذه الضوابط هي:

الضابط الأول: كل من لم يبرأ بالدفع إليه، لم يجبر على دفعه إليه كالأجنبي^(١)، إلا إذا حضرت البينة.

الضابط الثاني: كل مال قبض على وجه الأمانة بإشهاد لا يبرأ منه إلا بالإشهاد على دفعه^(٢).

الضابط الثالث: كل من دفع إلى غير اليد التي انتمتة أو أعطته وجب عليه الإشهاد عند الدفع^(٣).

الضابط الرابع: كل إشهاد أو توثيق لا فائدة منه فلا يجب^(٤)، كالوديع يدفع الوديعة لصاحبها من غير إشهاد إذا طلبها صاحبها.

الضابط الخامس: كل أمر فيه حق لغائب وجب الإشهاد فيه، كالإشهاد على بيع مال الغير والإشهاد على اللعان^(٥).

الضابط السادس: كل من طلب الوثيقة يجاب إليها، لأن من حق الإنسان أن لا يأتى غيره^(٦). والله أعلم

(١) البغدادي، عبد الوهاب بن علي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ط١، اعتنى به: الحبيب بن طاهر، (بيروت: دار ابن حزم، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م)، ج٢، ص٦١٠.

(٢) ابن العربي، أحكام القرآن، ج١، ص٤٢٥.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٢٦٤.

وينظر: الغزياني، الصادق عبدالرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط١، (بيروت: مؤسسة الريان، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م)، ج٤، ص١٤٣.

(٤) العمراني، البيان، ج٦، ص٤٠٠.

وينظر: الغزياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج٤، ص١٤٢.

(٥) اليعمرى، إبراهيم بن أبي عبدالله بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، اعتنى به: الشيخ جمال مرعشلي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م)، ج١، ص١٧٩.

(٦) المصدر السابق، ج١، ص١٧٩.

الفرع الثاني: التوثيق المندوب إليه

ندبت الشريعة وأرشدت إلى الكثير من وسائل التوثيق، مثل الإشهاد، والكتابة، والرهن، والكفالة، وإن الناظر في آيات الكتاب الكريم والأحاديث الشريفة، يرى أنها ندبت إلى الأخذ بالتوثيق في كثير من الحالات، مثل النذب إلى الإشهاد عند عقد البيع، أو كتابة الوثيقة، أو أخذ الرهن ي الدين وكتابته والإشهاد عليه، والإشهاد عند عقد الزواج، والطلاق، والرجعة، واللقطة، والوصية، والحجر على المفلس، والإشهاد على الإقرار، والإشهاد على الحكم، وغير ذلك من المواطن والتصرفات التي ندبت الشريعة إلى الإشهاد عليها أو التوثق بإحدى الوثائق المشروعة، لما في ذلك من النفع الذي يترتب على التوثيق. وهذه بعض الحالات التي ندب الشرع إلى توثيقها بالشهادة أو غيرها، وجرى في بعضها الخلاف بين أهل العلم في القول بوجوب التوثيق بالإشهاد عليها.

الحالة الأولى: الإشهاد على عقد البيع

قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾^(١)، فهذه الآية الكريمة ترشد إلى الإشهاد عند البيع والشراء، واختلف أهل العلم في الأمر الوارد بالإشهاد في الآية الكريمة، هل هو على ظاهره فيكون الإشهاد واجباً، أم أنه للنذب والإرشاد، فيكون الإشهاد مندوباً إليه ولا حرج على من تركه، وذهب جمهور أهل العلم إلى أن الأمر الوارد بالإشهاد إنما هو للنذب والإرشاد بقريظة أن النبي صلى الله عليه وسلم باع واشترى وترك الإشهاد، ولو كان الأمر للوجوب لما ترك النبي صلى الله عليه وسلم الإشهاد في بيعه ولا في شرائه^(٢).

الحالة الثانية: الإشهاد عند الحجر على المفلس

يستحب الإشهاد عند الحجر على المفلس أو السفية ليعلم الناس حالهم فلا يعاملوهم، لأن المفلس بعد الحجر عليه تتعلق ديون الغرماء بماله فيصير ممنوعاً من التصرف فيه، وكذلك السفية فمن عامله فكأنما ضيع ماله، وهذا الإشهاد مشروع من الحاكم إذ المقصود منه إظهار من هذه حالهم

(١) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٣، ص ٤٠٢-٤٠٣.

حتى لا يعاملهم الناس^(١). والدليل على ذلك أن رجلا في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أفلس فأعلن عمر رضي الله عنه نبأ إفلاسه على الملا حتى يعرفه الناس^(٢)، وقيل يجب الإشهاد^(٣).

الحالة الثالثة: الإشهاد على الطلاق

ذهب جمهور أهل العلم إلى أن الإشهاد على الطلاق مندوب إليه غير واجب وأن الطلاق واقع من غير إشهاد^(٤)، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾^(٥) وإن كان ظاهر الأمر الوارد بالإشهاد يفيد الوجوب إلا أن الجمهور حملوه على الندب بقريظة ما ورد في السنة المطهرة من أن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، طلق امرأته ثم أمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ثم إن بدا له أن يطلقها فعل، ولم يأمره بالإشهاد، ولو كان الإشهاد واجبا لأمره بذلك^(٦).
وذهب البعض إلى اشتراط الشهادة لوقوع الطلاق^(٧)، وهو قول الشيعة الإمامية، ورجح الأستاذ بدران أبو العينين هذا القول^(٨)، والراجح عندي في المسألة قول الجمهور، وأما قول الشيعة الإمامية فهو غير صواب، لأمرين:

-
- (١) الشيرازي، المذهب، ج٣، ص٢٤٧-٢٤٨، ٢٨٤.
 - (٢) الأصبحي، مالك بن أنس، الموطأ، برواية أبي مصعب الزهري المدني، ط٣، تحقيق: د. بشار عواد معروف، والشيخ محمود محمد خليل، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م)، باب: تقليد الغريم، حديث رقم: ٢٦٨٥، ج٢، ص٣٨٧.
 - وينظر: البيهقي، السنن الكبرى، باب: الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، رقم: ١١٢٦٥، ج٦، ص٨١.
 - (٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص١٠٠.
 - (٤) الجصاص، أحكام القرآن، ج٣، ص٦٠٩-٦١٠.
 - (٥) سورة الطلاق، الآية رقم (٢).
 - (٦) العسقلاني، فتح الباري، ج١٠، ص٤٣٥-٤٤٢.
 - وينظر: العيني، عمدة القاري، ج٢٠، ص٣٢٠-٣٢٣.
 - وينظر: الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج٢، ص٦٩٧.
 - (٧) المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ط١، اعتنى به: د. محمد محمد تامر، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م)، ج٤، ص٢٤٤.
 - (٨) بدران، بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، (بيروت: دار النهضة العربية)، ص٣٧٨-٣٨٠.

الأول: اختلف أهل العلم في الإشهاد الوارد في آية سورة الطلاق، هل يرجع إلى الطلاق أم إلى الرجعة، وأكثر أهل العلم قالوا هو راجع إلى الرجعة^(١)، جاء في جامع البيان: "وقوله "وأشهدوا ذوي عدل منكم" وأشهدوا على الإمساك إن امسكتموهن، وذلك هو الرجعة"^(٢).

الثاني: ما ورد في حديث عبدالله بن عمر عند البخاري، أن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء)^(٣).

يرشد هذا الحديث إلى أن الإشهاد غير واجب في الطلاق ولا في الرجعة لأنه جعل الطلاق والإمساك للزوج من غير إشهاد، ولو كان الإشهاد واجباً لأمره به^(٤). والله أعلم

الحالة الرابعة: الإشهاد على اللقطة

جاء في الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب، فإن وجد صاحبها فليردها عليه، وإلا فهو مال الله يؤتية من يشاء)^(٥)، ولأهل العلم في المسألة قولان:

القول الأول: ذهب الجمهور إلى أن الأمر الوارد في الحديث للندب والإرشاد، لأن النفس قد تدعوه للخيانة^(٦)، وإنما حملوا الأمر على الندب لورود الكثير من الأحاديث الصحيحة في الباب ولم يرد فيها الأمر بالإشهاد إنما ورد الأمر بالتعريف دون الإشهاد^(٧).

(١) ابن العربي، أحكام القرآن، ج ٤، ص ٢٨٢-٢٣٨.

(٢) الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، م ١٤، ج ٢٨، ص ١٣٦.

(٣) البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، حديث رقم: ٥٢٥١، ص ١١١٥.

(٤) الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج ٤، ص ٣٨٨-٣٨٩.

(٥) المسجستاني، سنن أبي داود، باب: التعريف باللقطة، حديث رقم: ١٧٠٩، ص ٢٧٩.

(٦) الخطابي، حمد بن محمد، معالم السنن شرح سنن أبي داود، ط ١، اعنتى به: الأستاذ عبدالسلام عبدالشافي

محمد، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ-١٩٩١م)، م ١، ج ٢، ص ٧٦.

(٧) العظيم آبادي، محمد شمس الحق، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية،

١٤١٠هـ-١٩٩٠م)، م ٣، ج ٥، ص ٩٠.

وهذا قول المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنبلية^(٣).

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أن الإشهاد على اللقطة واجب عملاً بظاهر الأمر الوارد في الحديث^(٤) وقالوا: الملتقط إذا أشهد على اللقطة كانت أمانة عنده، أما إذا التقطها وترك الإشهاد ضمنها لأنه عند الإلتقاط ظهر أنه كان متصرفاً لنفسه، فإذا أقر بالأخذ الذي هو سبب الضمان، ثم ادعى ما يبرئه من هلاك أو رد فلا يصدق إلا ببينة^(٥)، والذي يترجح عندي في المسألة قول الحنفية، لأن الأحاديث الصحيحة جاء الأمر فيها بالتعريف، والتعريف إشهاد وزيادة والتوثيق بالإشهاد أولى حتى لا يجدها الملتقط أو يدعيها الورثة. والله أعلم

الحالة الخامسة: توثيق الدين بالكتابة

قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بِيْتِكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾^(١).

هذه الآية الكريمة أصل في التوثيق بكتابة الدين وسائر الحقوق الأخرى، واختلف الفقهاء بعد ذلك في الأمر الوارد بكتابة الدين على قولين:

القول الأول: قول جمهور أهل العلم، أن الأمر بالكتابة للندب والإرشاد، جاء في أحكام القرآن: "ولا خلاف بين فقهاء الأمصار أن الأمر بالكتابة والإشهاد والرهن المذكور جميعه في هذه الآية ندب وإرشاد إلى ما لنا فيه الحظ والصلاح والاحتياط للدين والدنيا، وأن شيئاً منه غير واجب، وقد نقلت الأمة خلف عن سلف عقود المدائنات والأشربة والبيعات في أمصارهم من غير إشهاد مع علم فقهاءهم بذلك من غير

(١) القرافي، أحمد بن إدريس، النخيرة، ط١، تحقيق: الأستاذ محمد بو خبز، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤م)، ج٩، ص١٠٥-١٠٦.

(٢) الهيتمي، أحمد بن محمد، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ط١، اعتنى به: عبدالله محمود محمد عمر، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م)، ج٣، ص٤.

(٣) ابن قدامة، المقني، ج٨، ص٣٠٩.

(٤) العظيم آبادي، عون المعبود، ج٣، ص٩٠.

(٥) الموصلي، عبدالله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، علق عليه: الشيخ محمود أو دقيقة، (بيروت: دار الكتب العلمية)، ج٢، ص٣٢.

(٦) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

نكير عليهم ولو كان الإسهاد واجباً لما تركوا النكير على تاركه مع علمهم به، وفي ذلك دليل على أنهم رأوه ندباً^(١)، وحجة الجمهور في صرفهم للأمر عن ظاهره قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾^(٢)، فيصير معنى الآية: إن اسقط الكتاب والإسهاد والرهن، واعتمد على أمانة الذي يتعامل معه، فيجب على الأمين أن يؤدي الأمانة، ولو كان الأمر بالكتابة والإسهاد واجباً لما جاز ترك هذه الوثائق اعتماداً على أمانة المعامل، وذهب قومٌ إلى القول بأن الأمر الوارد في الآية الكريمة بالكتابة والإسهاد منسوخ^(٣)، والذي أراه أن الآية غير منسوخة ولكن الأمر الوارد فيها للندب والإرشاد، بقرينة ما سبق من قول أهل العلم أن الكتابة لو كانت واجبة ما ساغ تركها، وقد شاع بين الناس تركها من غير نكير من أهل العلم.

القول الثاني: ذهب ابن جرير الطبري^(٤) ومن وافقه إلى القول بوجود الكتابة في المدائن، حملاً للأمر الوارد في الآية على ظاهره، جاء في تفسير جامع البيان: "والصواب من القول في ذلك عندنا، أن الله عز وجل أمر المتدينين إلى أجل مسمى باكتتاب كتب الدين بينهم، وأمر الكاتب أن يكتب ذلك بينهم بالعدل وأمر الله فرض لازم، إلا أن تقوم حجة بأنه إرشاد وندب، ولا دلالة تدل على أن أمره جل ثناؤه باكتتاب الكتب في ذلك، وأن تقدمه إلى الكاتب أن لا يأبى كتابة ذلك ندب وإرشاد فذلك فرض عليهم لا يسعهم تضييعه، ومن ضييعه منهم كان حرجاً بتضييعه، ولا وجه لاعتلال من اعتلَّ بأن الأمر بذلك منسوخ"^(٥).

والراجح عندي في المسألة قول الجمهور، وأن الأمر الوارد بالكتابة للندب والإرشاد وليس على ظاهره، لقوله تعالى ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾^(٦)، فالآية ترشد

(١) الجصاص، أحكام القرآن، ج ١، ص ٥٨٤-٥٨٥.

(٢) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٣).

(٣) ابن العربي، أحكام القرآن، ج ١، ص ٣٤٥-٣٤٦.

(٤) الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير أبو جعفر الطبري، الإمام المفسر والفقهاء المجتهدين، اشتهر بتفسيره المعروف، مولده سنة ٢٢٤هـ ووفاته ببغداد عام ٣١٠هـ، رحمه الله.

وينظر: الذهبي، سير اعلام النبلاء، ج ١٤، ص ٢٦٧-٢٨٢.

(٥) الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، م ٣، ج ٣، ص ١٢٠.

(٦) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٣).

إلى الاعتماد على أمانة المعامل وترك الكتابة والإشهاد والرهن عند التعامل ، ولو كانت هذه الأشياء واجبة لما جاز تركها اعتماداً على أمانة من معاملهم^(١) ، ولما ثبت في السنة الصحيحة أن النبي صلى الله عليه وسلم باع واشترى واستدان من غير أن يكتب أو يشهد، وهذا قرينة على الندب ولو كان الأمر للوجوب لما ترك ذلك^(٢). والله أعلم

الفرع الثالث: التوثيق المحرم

التوثيق قد يكون محرماً وذلك إذا ترتب عليه الإعانة على ظلم من أجل تفويت الحقوق على أصحابها ، كشهادة الزور وكالتصرفات المنهي عنها شرعاً كالشهادة على العقود المحرمة مثل بيع الخنزير والخمر والعقود الربوية ، والدليل على ذلك قوله تعالى : ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾^(٣). وجه الدلالة من الآية أن التوثيق نوع من التعاون ، فإذا كان هذا التعاون على ظلم أو حرام فهو حرام^(٤) ، جاء في كشف القناع : (وأما الشهادة على العقود المحرمة على وجه الإعانة عليها فحرام)^(٥) ، ومن الأدلة على حرمة توثيق العاملات والعقود المحرمة التي لا يقرها الشرع

الحديث الأول: عن النعمان بن بشير رضي الله عنه، قال: (نحلني^(٦) أبي نحلاً، ثم أتى بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليشهده، فقال: أكل ولدك أعطيته هذا؟ قال: لا، قال: أليس تريد منهم البر مثل ما تريد من ذا؟ قال: بلى، قال: فأني لا أشهد، وفي رواية: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: وإنني لا أشهد إلا على حق، وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: فأني لا أشهد على جور)^(٧).

(١) ابن العربي ، أحكام القرآن ، ج ١ ، ص ٣٤٥ ..

(٢) الجصاص، أحكام القرآن، ج ١، ص ٥٨٥.

وينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٣، ص ٤٠٤-٤٠٥.

(٣) سورة المائدة، الآية رقم (٢).

(٤) أبو حيان، محمد بن يوسف، تفسير البحر المحيط، ط ١، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبدالوجود، والشيخ علي

محمد معوض، وآخرون، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م)، ج ٣، ص ٤٣٧.

(٥) البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٣٦٧.

(٦) النحلة: الهبة والعطية.

(٧) النيسابوري، صحيح مسلم، باب: كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، الحديث رقم: ١٦٢٣/١٨، وتتنظر

الأحاديث أرقام: ١٦٢٣/١٤، ١٦٢٤/١٩، ص ٨٠٧-٨٠٨.

وجه الدلالة من الأحاديث الشريفة، امتناع النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة على المعاملات التي فيها ظلم وجور عن الحق، فدلّت الأحاديث على عدم صحة التوثيق في العقود والمعاملات التي لا تقرها الشريعة لما فيها من الظلم والجور، ولأن ذلك من الإعانة على الظلم والإثم والعدوان.

الحديث الثاني: عن جابر بن عبدالله رضي الله عنه قال: (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل الربا، وموكله، وكاتبه، وشاهديه، وقال: هم سواء)^(١).
قال الإمام النووي^(٢) رحمه الله: "هذا تصريح بتحريم كتابة المبايعة بين المترابين والشهادة عليها، وفيه تحريم الإعانة على الباطل"^(٣). والله أعلم

المبحث الثالث: مقومات التوثيق، وفيه أربعة مطالب

مقومات الشيء: هي الأمور التي لا بد منها لقيام ذلك الشيء ووجوده، ويكون بها عماد الشيء وانتظامه^(٤). وآثرت استعمال كلمة "المقومات" بدل الأركان لأنها في مدلولها أعم وأشمل لأنها تشمل الركن الداخل في حقيقة الشيء، وما ليس داخلاً في حقيقة الشيء ولكن لا بد منه لقيام الشيء ووجوده كالشرط.

ومقومات التوثيق: هي الأمور التي لا بد منها لقيام عملية التوثيق ووجودها، ومقومات التوثيق أربعة لا بد منها لوجود التوثيق، وهي:
أولاً: طالب الوثيقة - المستوثق
ثانياً: معطي الوثيقة - المستوثق منه
ثالثاً: الوثيقة نفسها
رابعاً: محل الوثيقة، "الحق المالي والحق غير المالي".
خامساً: كاتب الوثيقة وشروطه .

(١) المصدر السابق، باب: لعن أكل الربا وموكله، الحديث رقم: ١٠٦/١٥٩٨، ص ٧٩٢.

(٢) النووي: محيي الدين أبو زكريا، يحيى بن شرف الحزامي، فقيه شافعي له الكثير من التصانيف المشهورة، والنافعة، مولده عام ٦٣١هـ - بقرية نوا من أعمال دمشق، وتوفي عام ٦٧٦هـ، ودفن في بلده رضي الله عنه.
ينظر: الاسنوي، عبدالرحيم بن الحسن، طبقات الشافعية، ط ١، تحقيق: كمال يوسف الحوت، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م)، ج ٢، ص ٢٦٦-٢٦٧.

(٣) النووي، يحيى بن شرف، شرح صحيح مسلم، تحقيق: لجنة من العلماء بإشراف الناشر، (بيروت: دار القلم)، ج ٦، ص ١١، ج ١١، ص ٢٩-٣٠.

(٤) الفيومي، المصباح المنير، ج ٢، ص ٥٢٠.

وتفصيل ذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: طالب الوثيقة - المستوثق

المستوثق أو طالب الوثيقة، هو كل من وجب له حق على الغير، لأن من حقه أن لا ياتمن غيره، فإذا طلب الوثيقة ينبغي أن يجاب إليها^(١). ويشترط في طالب الوثيقة أن يكون أهلاً للتملك، بمعنى أنه يكون صالحاً لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه^(٢)، وهذه الأهلية تعرف عند العلماء بأهلية الوجوب إلا أنها تكون ناقصة قبل انفصال الجنين عن أمه، فيصلح الجنين لأن تجب له بعض الحقوق، ولكن لا يجب عليه شيء أبداً وهذا معنى النقص فيها. جاء في كشف الأسرار: "وقبل الانفصال عن الأم ... فلم يكن له ذمة مطلقة، أي كاملة حتى صلح لأن يجب له الحق، من الإرث والوصية والنسب، ولم يجب عليه، أي لا يصلح لأن يجب عليه الحق حتى لو اشترى الولي له شيئاً لا يجب عليه الثمن، ولا يجب عليه نفقة الأقارب ونحوهما، وإذا انفصل عن الأم بالولادة فظهرت نمته مطلقة لصيرورته نفساً من كل وجه"^(٣) وعليه فالتوثيق يبدأ منذ فترة الاجتئان لأنه منذ هذه الفترة تجب له الحقوق على الغير كما هو الحال في الإرث والوصية، والنسب، فوجب على الولي توثيق هذه الحقوق لحفظها للجنين حتى لا يعتدي عليها أحد، ففي الميراث مثلاً قال أهل العلم يوقف للحمل شيء من التركة ولا يعطى الورثة كل المال^(٤)، ونص الإمام أبو يوسف^(٥) من الحنفية على أخذ الضمين - الكفيل - من الورثة بعد أن يوقف نصيب غلام من التركة وهذا عين الوثيقة حفظاً لحق الجنين.

(١) اليعمرى، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج١، ص١٧٩.

(٢) البخاري، عبدالعزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيهقي، ط٣، اعتنى به: محمد المعتصم بالله البغدادي، (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م)، ج٤، ص٣٩٣-٣٩٤.

(٣) البخاري، كشف الأسرار، ج٤، ص٣٩٧.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٩، ص١٧٧.

(٥) أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الكوفي، الإمام المجتهد قاضي القضاة، صاحب أبي حنيفة، مولده عام ١١٣هـ - ووفاته عام ١٨٢هـ، رحمه الله.

ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج٨، ص٥٣٥-٥٣٩.

جاء في حاشية ابن عابدين: "ويكفلون، أي يأخذ القاضي على قول أبي يوسف من الورثة كفيلا على أمر معلوم وهو الزيادة على نصيب ابن واحد فقط نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه أعني الحمل"^(١).

المطلب الثاني: معطي الوثيقة - المستوثق منه

معطي الوثيقة، هو ذلك الشخص الذي وجب عليه حق للغير، والوثيقة نوع من التصرف ولا يكون الشخص صحيح التصرف إلا بعد بلوغه عاقلاً، فعند ذلك تعتبر تصرفاته صحيحة يعتد بها من جهة الشرع، أي أنه كامل الأهلية، وهذه الأهلية التي مناطها العقل والبلوغ تعرف بأهلية الأداء، وهي إما كاملة أو ناقصة^(٢)، فإذا تمتع الشخص بأهلية الأداء الكاملة، اعتبر تصرفه صحيحاً شرعاً، فشرط معطي الوثيقة أن يكون صحيح التصرف أهلاً للتبرع، ولا يكون ذلك إلا بعد البلوغ من دون العوارض التي تقدر في أهليته، كالجنون والسفه وغيرها من العوارض. والإنسان البالغ العاقل جميع تصرفاته سواء القولية والفعلية صحيحة معتبرة شرعاً وهذا محل اتفاق، وعليه فتصح منه الوثائق، فيملك أن يملي الوثيقة المكتوبة أو أن يرهن ويرتهن ويكفل كل ذلك صحيح منه معتبر شرعاً، وأما إذا بلغ سفيهاً، والسفه سوء التصرف في المال وتبذيره على خلاف مقتضى الشرع^(٣)، لخفة أو طيش في الإنسان، فيحجر عليه أبداً حتى ظهور علامات الرشد والصلاح عند الجمهور وذهب أبو حنيفة إلى أنه يحجر عليه حتى إذا بلغ خمساً وعشرين سنة دفع عليه المال ولا حجر عليه بعدها أبداً. والسفيه لا يصح منه التصرف المالي، وتصرفه منوط بإجازة الولي^(٤) وعليه فالوثائق لا تصح منه إلا بإجازة الولي، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ

(١) ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ط١، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ-١٩٩٤م)، ج١٠، ص٥٥٨.

(٢) النسفي، عبدالله بن أحمد، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار، ط١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م)، ج٢، ص٤٦٦-٤٦٧.

(٣) الكلبيولي، عبدالرحمن بن محمد، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ط١، اعنتى به: خليل عمران المنصور، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٩هـ-١٩٩٨م)، ج٤، ص٥٢.

وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص١٤١.

(٤) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٧١-١١٧٣.

وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص١٣٠-١٤٥.

وينظر: ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: سعيد محمد اللحام وآخرون، (بيروت: دار الفكر)، ج٢، ص١٣٦-١٤٢.

الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهَاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَتِيهُ بِالْعَدْلِ»^(١) فشرط معطي الوثيقة أن يكون صحيح العبارة أهلاً للتبرع مطلق التصرف غير محجور عليه لسفه أو غيره مما يحد من تصرفه ويضر بعبارته. والله أعلم

المطلب الثالث: الوثيقة

أتكلم في هذا المطلب عن تعريف الوثيقة في اللغة والاصطلاح وعن شروطها وبعض الأحكام المتعلقة بها.

الفرع الأول: تعريف الوثيقة في اللغة والاصطلاح، وبعض الألفاظ ذات الصلة.

أولاً: الوثيقة في اللغة: الأحكام في الأمر والأخذ بالثقة، والوثيق: الشيء المحكم^(٢)

ثانياً: الوثيقة في الاصطلاح: هي ما يوثق به الشيء ويؤكد به^(٣).

وهي بهذا التعريف تشمل جميع وسائل التوثيق، مثل الشهادة، وهي أعم الوثائق وأكثرها شيوعاً، إذ ما من حق إلا وتصلح الشهادة وثيقة به، جاء في الحاوي الكبير من كتب الشافعية: "أما الشهادة، فهي إحدى الوثائق في الحقوق والعقود وهي أعم من الرهن والضمان لجوازها فيما لا يجوز فيه الرهن والضمان"^(٤)، ومن أنواع الوثائق أيضاً الرهن والكفالة^(٥)، فالوثيقة بمعناها العام تشمل جميع أنواع الوثائق.

ولكن الوثيقة في عرفنا في هذه الأيام لا تكاد تذكر إلا ويتبادر إلى الأذهان معناها الخاص، وهي تلك الوثيقة المكتوبة بين شخصين أو أكثر في حق من الحقوق.

وينظر: الكلبولي، مجمع الأنهر، ج ٤، ص ٥٢-٥٣.

(١) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

(٢) ابن منظور، لسان العرب، مادة: وثق، ج ٦، ص ٤٦٧٤.

(٣) العيني، محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، ط ٢، (بيروت: دار الفكر، ١٤١١هـ-١٩٩٠م)، ج ١١، ص ٥٤٤.

(٤) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٢١، ص ٣.

(٥) الزركشي، المنثور في القواعد، ج ٢، ص ٣٨٦.

فالوثيقة المكتوبة: هي تلك الورقة التي يدون فيها ما يصدر عن شخص أو أكثر من العقود أو التصرفات أو الالتزامات أو الإسقاطات^(١).

الفرع الثاني: حكم كتابة الوثيقة وأخذ الأجرة عليها

أرشدت آية الدين^(٢) إلى كيفية كتابة الوثيقة، وهي الطريقة المثلى والتي يجب مراعاتها عند كتابة الوثائق، فالأولى أن يستكتب كاتباً يكتب الوثيقة بالعدل من أهل المعرفة والعلم ثم إن الذي عليه الحق يملي للكاتب ما ينبغي كتابته في الوثيقة حتى يكون ذلك بمثابة الإقرار منه، فإذا كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً فيكون وليه هو الذي يملي الوثيقة على الكاتب، وإذا أملاها الذي له الحق بحضره من عليه الحق فيجوز كذلك والأولى أن يكون بحضره الشهود، ولا بأس أن يكتب الوثيقة أحدهما أي الذي عليه الحق أو الذي له الحق إذا ارتضيا ذلك، بدليل قوله تعالى: ﴿فَلْيَكْتُبْ وَيَمْلِلْ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾^(٣) فجعل الكتابة أو الإملاء للذي عليه الحق ويجوز كذلك أن يكتب أو يملي الوثيقة شخص غيرهما إن ارتضيا ذلك^(٤).

ويجوز لكاتب الوثيقة أن يأخذ الأجرة، جاء في الجامع لأحكام القرآن: "ولم يختلف العلماء في جواز أخذ الأجرة على كتب الوثيقة"^(٥)، وتكون الأجرة مناصفة على طرفي العقد، وإذا كان الدين مثلاً لجماعة فطلبوا من المدين وثيقة بالدين فأملاها الكاتب فالأجرة في نصيب الدائنين تكون بينهم بالتساوي ولا عبرة باختلاف دين كل واحد منهم قل أو كثر^(٦). وإذا تراضيا أن تكون الأجرة على أحدهما أو جرى عرف أن أجرة الوثيقة على هذا الطرف أو ذاك فلا بأس أيضاً، وأما الأجرة في كتابة سند البيع وحجته فعلى المشتري لأن منفعة السند أو الحجة تعود إليه لا إلى البائع تخريجاً على القاعدة الفقهية المعروفة أن الغرم بالغنم، فالذي ينال نفع الشيء هو الذي يتحمل غرمه^(٧).

(١) الزحيلي، د. محمد، وسائل الإثبات، ج ١، ص ٢٧.

(٢) آية الدين: هي الآية رقم (٢٨٢) من سورة البقرة.

(٣) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

(٤) البغدادي، المعونة، ج ٣، ص ١٥٨٨-١٥٨٩.

(٥) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٣، ص ٣٨٥.

(٦) البغدادي، المعونة، ج ٣، ص ١٥٨٨-١٥٨٩.

(٧) حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، (بيروت: دار الكتب

العلمية)، م ١، ج ١، ص ٧٩، ص ٢٣٢.

واختلف أهل العلم في حكم كتابة الوثيقة ومدى مسؤولية الكاتب الذي يحسن الكتابة عن ذلك، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب ابن جرير الطبري إلى وجوب ذلك، وأن الكاتب إذا طلب منه كتابة الوثيقة كان لزاماً عليه أن يجيب إلى ذلك، فإذا أبى وامتنع عن الكتابة كان آثماً لأنه ضيع فرضاً لازماً عليه^(١).

واستدلوا بظاهر الأمر الوارد في الآية الكريمة، قال الله تعالى: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ

كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ﴾^(٢)

القول الثاني: ذهب الشافعية، إلى أن كتابة الوثيقة من فروض الكفايات^(٣)، وهذا يعني أن الكتابة تتعين على بعض من يحسنها^(٤).

القول الثالث: ذهب الحنفية والمالكية، إلى أن الأمر المتوجه للكاتب في كتابة الوثيقة إنما هو للندب والإرشاد^(٥)، جاء في أحكام القرآن: "والصحيح أنه أمر إرشاد فلا يكتب حتى يأخذ حقه -الأجرة-"^(٦).

والراجح عندي في المسألة قول الحنفية والمالكية، أن الأمر المتوجه للكاتب بالكتابة إنما هو على وجه الندب والإرشاد لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾^(٧) ومن المضارة إكراه الكاتب وإجباره على الكتابة^(٨).

(١) الطبري، جامع البيان، م ٣، ج ٣، ص ١١٩-١٢٠.

(٢) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

(٣) الرملي، نهاية المحتاج، ج ٨، ص ٣٢١.

(٤) الرازي، محمد بن عمر، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ-١٩٩٩م)، م ٤، ج ٧، ص ٩٧.

(٥) الجصاص، أحكام القرآن، ج ١، ص ٥٨٧-٥٨٨.

(٦) ابن العربي، أحكام القرآن، ج ١، ص ٣٢٩.

(٧) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

(٨) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٣، ص ٤٠٥-٤٠٦.

الفرع الثالث: شروط الوثيقة وحجيتها

الوثيقة المكتوبة: من أجل تحرير وثيقة مكتوبة صحيحة، يجب أن تكون الشروط متوفرة، وهذه الشروط هي كما أشار إليها الشلبي في حاشيته على تبين الحقائق: "يختص كتاب القاضي إلى القاضي بشرائط وهو أن يكون الكتاب من معلوم إلى معلوم في معلوم لمعلوم، أعني أن يكون القاضي المكتوب منه معلوماً، والقاضي المكتوب إليه معلوماً، والمدعى به معلوماً، والمدعى معلوماً، والمدعى عليه معلوماً"^(١) وسائر الوثائق مثلها كمثل كتاب القاضي من حيث احتياجها واشتمالها لهذه المقومات ووضوح المعلومات أو الحقوق الواردة فيها.

فالكتاب يجب أن يكون عدلاً ضابطاً للكتابة وعلى دراية ومعرفة وفقه فيما يكتبه^(٢) ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَلْيَكْتُبْ بِيْتِكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ﴾^(٣)

وأما أطراف الوثيقة مثل المدعي أو المدعى عليه أو المقر والمقر له، أو البائع أو المشتري، فكل واحد من هؤلاء يجب أن يكون معلوماً بذكر اسمه الكامل وصفته التي يعرف بها، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾^(٤).

وما جاء في الحديث: (هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم...) قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب^(٥).

فهذه النصوص ترشد إلى معرفة المرسل بذكر اسمه واسم أبيه وعائلته أو عشيرته وذكر صفته. وأما المضمون والمحتوى فكذلك يجب أن يكون معلوماً، قال الله تعالى: ﴿أَلَا تَعْلَمُونَ عَلِيٌّ وَأَتُونِي مُسْلِمِينَ﴾^(٦) فهذا مضمون كتاب سليمان نبي الله عليه السلام إلى بلقيس ملكة سبا^(٧)، ومن السنة ما

(١) الشلبي، حاشية الشيخ الشلبي على تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط١، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م)، ج٥، ص٩٧.

(٢) العيني، عمدة القاري، ج٢٤، ص٣٩٢-٣٩٤.

(٣) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

(٤) سورة النمل، الآية رقم (٣٠).

(٥) الترمذي، سنن الترمذي، باب: ما جاء في كتاب الشروط، حديث رقم: ١٢١٦، ج٢، ص٢٦٢.

(٦) سورة النمل، الآية رقم (٣١).

(٧) ابن كثير، اسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ط١، اعتنى به: محمد حسين شمس الدين، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م)، ج٦، ص١٧٠.

ما جاء في الحديث الشريف: (وصالحهم على أن يدخل هو وأصحابه ثلاثة أيام...) ^(١) فيذكر الزمان، والمكان، والصفات، والأجل. كل ذلك بعبارة واضحة، ويجب التحرز عن العبارات المحتملة لعدة معان، أو العبارات غير واضحة المدلول فيدعي كل طرف ما فيه مصلحته ^(٢).
وأما الكتاب نفسه فيجب أن يكون وفق أصول الكتابة المعتمدة شرعاً وهي الكتابة المستبينة المرسومة، جاء في شرح القواعد الفقهية: "والتقييد بالمستبين لإخراج غير المستبين، كالكتابة على الماء والهواء فإنها لا تعتبر، والتقييد بالمرسوم، وهو ما كان فيه الخط والمخطوط عليه على الوجه المعتاد، ليخرج غيره، أما الخط فبأن يكون معنوياً بقوله: من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان، والظاهر أنه في زماننا يكفي أن يكون مزيلاً بإمضائه أو ختمه... وأما المخطوط عليه فبأن يكون كاغداً فلو كتب على الجدار أو ورق الشجر أو على الكاغد ولكن لا على وجه الرسم فإنه لا يكون حجة إلا بالإشهاد عليه أو الإملاء على الغير ليكتبه" ^(٣)، الكاغد: الورق.
واتخاذ الخاتم لختم الكتاب هدفاً نبوياً يجب مراعاته، كما جاء في الحديث: (أنهم لا يقرأون كتاباً إلا مختوماً فاتخذ خاتماً من فضة) ^(٤) وهذا كله لأجل أن تكون الكتابة خالية عن شبهة التزوير، فيكون الكتاب حجة صحيحة ويستحب كتابة التاريخ واليوم والعام والساعة التي حرر فيها الكتاب، لأن هذه الأمور قد يحتاج إليها عند المنازعة فتكون قرينة يعرف الحق من خلالها، جاء في المبسوط: "ويكتب التاريخ لأنه قد يحتاج إليه عند المنازعة الخصوم" ^(٥). والله أعلم

(١) البخاري، صحيح البخاري، باب: كيف يكتب هذا ما صالح فلان ابن فلان، وفلان ابن فلان وإن لم ينسبه إلى قبيلته أو نسبه، الحديث رقم: ٢٦٩٩، ص ٥٦٢.

(٢) الجصاص، أحكام القرآن، ج ١، ص ٥٨٧.

(٣) الزرقاء، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، ط ٢، اعتنى به: الشيخ مصطفى الزرقاء، (دمشق: دار القلم، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م)، ص ٢٤٩.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، باب: ما يذكر في المنازعة وكتاب أهل العلم بالعلم إلى البلدان، الحديث رقم: ٦٥، ص ٢٩.

(٥) السرخسي، المبسوط، م ٨، ج ١٦، ص ٨٠.

جاء في كتاب الحاوي: "وما يشهد فيه ضربان، حقوق وعقود"^(١). وكذلك يصح توثيق الشهادة بالكتابة، جاء في المبسوط: "ثم يكتب خصومة كل خصمين وما بينها من الشهادة في صحيفة بيضاء وحدها ثم يطويها ويخرجها ويختتمها بخاتمه للتوثيق"^(٢)، فهذه الخصومات والدعاوي والشهادات تكتب في صحائف للتوثيق، فأرشد ذلك إلى أن الكتابة تصح وثيقة أيضاً في جميع الحقوق والعقود، فكيفما كان الحق، عيناً، أو ديناً، أو منفعة، أو ابتكاراً، أو فعلاً، أو نفساً، أو قصاصاً، أو شفعة، أو خياراً، جاز توثيقه بالشهادة أو الكتابة، وأما بالنسبة لوسائل التوثيق الأخرى، فتفصيل ذلك فيما يأتي:

الفرع الأول: توثيق الحق إذا كان المحل عيناً.

في البداية لا بد من تعريف العين في اللغة والاصطلاح، ثم أتكلم عن توثيق العين بالرهن والكفالة والحوالة وحكم ذلك.

المسألة الأولى: تعريف العين في اللغة والاصطلاح

١. العين في اللغة: تطلق العين في اللغة على معان كثيرة، منها: حاسة الرؤيا، وعين الماء، وعين الشمس، والجاسوس، والعين: النقد، يقال: اشتريت بالدين أو بالعين. وعين الشيء: خياره، وعين الشيء: نفسه^(٣).
- والعرب تطلق العين وتريد بها ما كان حاضراً، والدين عندهم ما كان غائباً^(٤).
٢. العين في الاصطلاح هي كل ما له قيام بذاته^(٥)، وعليه، فهي: الشيء المشخص، كبيت، وحصان، وكرسي، ودراهم، فهذه كلها أعيان^(٦).

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٢١، ص ٤.

(٢) السرخسي، المبسوط، م ٨، ج ١٦، ص ٧٩.

(٣) الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر، مختار الصحاح، (بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، ١٩٩٥م)، ص ١٩٥.

(٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٣، ص ٣٧٧.

(٥) الكفوي، الكلبيات، ص ٦٤٢.

(٦) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، م ١، ج ١، ص ١١٢.

المسألة الثانية: توثيق العين بالرهن

إذا كانت لشخص عند آخر عين هي أمانة كالوديعة، أو كانت العين مضمونة على من هي عنده، كالعين المغصوبة، فهل يجوز لصاحب العين أن يأخذ بها رهناً من الوديع أو الغاصب؟
اتفق الجمهور على أن العين إذا كانت أمانة، أنه لا يجوز أخذ الرهن بها، كالوديعة مثلاً، فلا يجوز لصاحبها بعد الإيداع أن يطلب من الوديع رهناً بها لأنها ليست مضمونة أصلاً، ولا فائدة من الرهن عند ذلك، لأن الرهن مشروع للاستيفاء^(١).

ومن أمثلة الأمانات التي لا يجوز أخذ الرهن بها عند الحنفية، الوديعة، والعارية، ومال المضاربة، والبضاعة، والشركة، والعين المستأجرة^(٢)، وأما العين إذا كانت مضمونة، فلاهل العلم في المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى جواز أخذ الرهن في مقابل العين إذا كانت مضمونة بنفسها، وهي العين التي يجب مثلها عند هلاكها إذا كان لها مثل أو القيمة إذا لم يكن لها مثل، كالعين المغصوبة بيد الغاصب، والمهر في يد الزوج، وبدل الخلع في يد المرأة، وبدل الصلح عن دم العمد في يد العاقلة، لا خلاف عندهم في جواز أخذ الرهن في مقابل هذه الحقوق والأعيان^(٣).
وأما العين إذا كانت مضمونة بغيرها، كالمبيع في يد البائع فهو مضمون بالثمن، فإذا هلك المبيع عند البائع سقط الثمن، فلا يصح أخذ الرهن بها عند الحنفية^(٤).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٨، ص١٦٨.

وينظر: الخرشي، حاشية الخرشي، ج٦، ص١٥٢.

وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٥٥.

وينظر: ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، (تحقيق: سعيد محمد اللحام وآخرون)، دار الفكر، بيروت، ج٢، ص٩٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٨.

(٣) المصدر نفسه، ج٨، ص١٦٨-١٦٩.

وينظر: القاري، علي بن سلطان، فتح باب العناية بشرح النقاية، ط١، (اعتنى به: محمد نزار تيم، وهيثم نزار تيم)، دار الأرقم، بيروت، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، ج٢، ص٤٨٢.

(٤) الكلبي، مجمع الأثر، ج٤، ص٢٨٠-٢٨١.

وينظر: المرغيناني، الهداية، م٢، ج٤، ص٤٧٤.

القول الثاني: ذهب المالكية^(١) في الصحيح عندهم وهو الصحيح عند الحنبلية^(٢)، إلى جواز أخذ الرهن في مقابل العين إذا كانت مضمونة، لأن المقصود من الرهن التوثيق للحق، ولأن الرهن يحمل الراهن على أداء هذه الحقوق، وإذا تعذر الأداء استوفى من ثمن الرهن قيمتها فأشبه الدين في الذمة، ولذا أجاز الحنبلية أخذ الرهن في مقابل إعاره الكتب الموقوفة عند إعارتها من المستعير لها^(٣).

ويجدر التنبيه إلى أن العين المرهون بها لا يمكن استيفاء عينها من عين الرهن، فهذا أمر لا يقول به أحد لاستحالاته، فالذين قالوا بجواز أخذ الرهن في مقابل العين فأرادوا قيمتها إذا تلفت لإمكان استيفاء ذلك من ثمن الرهن، جاء في الذخيرة من كتب المالكية: "فلا يرهن في عين مشار إليها ولا منافع معينة، وحيث وقع في المذهب في معين فالمراد قيمته"^(٤)، جاء في حاشية الدسوقي: "ويشترط فيه أيضا أن يكون في الذمة احترازا من المعينات ومنافعها لأن الذمة لا تقبل المعينات وأما أخذ رهن على أن يستوفى من ثمنه قيمة العين أو قيمة منفعتها فذلك جائز"^(٥).

القول الثالث: ذهب الشافعية إلى عدم جواز أخذ الرهن في مقابل الأعيان مطلقا، سواء كانت العين أمانة أم مضمونة، وأنها سواء، لأن العين القائمة الموجودة لا يجوز أخذ بنائها ولأنه لا يمكن استيفاء العين من الرهن^(٦). والراجح عندي قول الحنفية والمالكية والحنبلية، الذين ذهبوا إلى جواز أخذ الرهن في مقابل العين المضمونة. لأنها بالضمان صارت تشبه الدين من وجه لتعلقها بالذمة، وعليه فمن نظر إلى مالية العين المضمونة قال بجواز أخذ الرهن بها لأنها أشبه بالدين ومن نظر إلى حقيقتها وأنها عين جعلها كالأمانة لتعذر استيفاء عينها من عين الرهن. والله أعلم

(١) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٥٣.

وينظر: ابن جزى، القوانين الفقهية، ص٢٤٠.

(٢) البيهوتي، الروض المربع، ص٢٧١.

(٣) البيهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٢٤.

(٤) القرافي، الذخيرة، ج٨، ص٩٣.

(٥) الدسوقي، محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط١، اعتنى به: محمد عبدالله شاهين، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م)، ج٤، ص٣٩٨.

(٦) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص٩٥.

وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٥٥.

المسألة الثالثة: الكفالة بالأعيان

إذا كان الحق عيناً، كأن يودع رجل عند آخر عيناً، فيطلب من الوديع كفيلاً بالعين المودعة، أو تكون العين مغضوبة فيقر بها الغاصب، فيطلب صاحبها من الغاصب كفيلاً بها، فما الحكم؟ العين إما أن تكون أمانة أو مضمونة عند من هي تحت يده، فالعين إذا كانت أمانة فلا تصح الكفالة بها لأن القول قول الأمين في الرد والتلف إذ لا فائدة من التوثيق. وهذا قول جمهور أهل العلم^(١)، وأما العين إذا كانت مضمونة فقولان لأهل العلم في المسألة:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٢) والصحيح عند الشافعية^(٣) والحنبلية^(٤) أن الكفالة بالعين المضمونة جائزة صحيحة، والحنفية قالوا العين إذا كانت مضمونة بنفسها صحت الكفالة بها أما المضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض أو الرهن فلا تصح الكفالة بها. واستدلوا بقولهم إن العين المضمونة إما أن يجب رد عينها حال وجودها، أو رد قيمتها حال هلاكها، وهذا أمر متصور من الكفيل ضمانه^(٥).

القول الثاني: ذهب المالكية إلى عدم جواز الكفالة بالأعيان

جاء في منح الجليل من كتب المالكية: "يصح بدين لا بمعين كوديعة وعارية ومال قراض وشركة على أنها إن تلفت أتى الضامن بعينها لاستحالتة"^(٦). وهنا ملاحظة يجدر التنبيه إليها وهي أن القائلين بجواز الكفالة بالعين المضمونة، نظروا إلى اعتبار الواجب على الأصيل في العين المضمونة، وهو الأداء عند قيام العين أو القيمة عند التلف.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٩٨.

وينظر: عليش، منح الجليل، ج٦، ص٢٠٤-٢٠٥.

وينظر: النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٨٧-٤٨٨.

وينظر: ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص١٦٥-١٦٦.

(٢) المرغيناني، الهداية، م٢، ج٣، ص١٠٢.

وينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٩٨-٣٩٩.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٢٠٢.

وينظر: النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٨٧-٤٨٨.

(٤) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص١٦٥-١٦٦.

وينظر: البيهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٧٠.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٩٨.

(٦) عليش، منح الجليل، ج٦، ص٢٠٤-٢٠٥.

جاء في كشف القناع من كتب الحنبلية: "ويصح ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم من بيع، أي البيع، وإجارة، لأنها مضمونة على من هي في يده، كالحقوق الثابتة في الذمة، وضماتها في الحقيقة ضمان استنقاذها وردّها أو قيمتها عند تلفها فهي كعهدة المبيع"^(١).

وأما المالكية الذين قالوا بعدم صحة الكفالة في الأعيان، نظروا إلى نفس العين، فقالوا إنه يستحيل استيفاؤها من ذمة الكفيل^(٢). وعليه فالجمهور يوافقون المالكية باعتبار نظرهم فهم أيضاً يقولون إن العين يستحيل استيفاؤها من ذمة الكفيل، فهم نظروا إلى اعتبار ما يؤول إليه الحال من وجوب الأداء أو ضمان القيمة، والمالكية بهذا الاعتبار يوافقون الجمهور، جاء في كتاب المعونة من كتب المالكية: "وهي جائزة بكل حق يمكن استيفاؤه من الضامن، لأن فائدتها قيام الضامن مقام الغريم في شغل ذمته بالحق للذي عليه"^(٣). والله أعلم

والراجع عندي في المسألة جواز الكفالة بالأعيان المضمونة لأنها أشبه بالحقوق الثابتة في الذمة باعتبار ما تؤول إليه من وجوب الرد أو ضمان القيمة، والله أعلم.

المسألة الرابعة: الحوالة بالأعيان وعليها

المحال به هو الحق الذي يجب على المحيل أدائه للمحال، فإذا كان الحق عيناً مثلاً كأن يكون كتاباً من الكتب استعاره المحيل من المحال، فيقول المحيل للمحال أحلتك على فلان لتستوفي منه الكتاب، فإن لي عليه كتاباً مثل كتابك، فقبل المحال وكذلك المحال عليه، فما الحكم في مثل هذه الصورة أو الحالة؟

(١) البهوتي، كشف القناع، ج٢، ص٣٧٠.

(٢) عيش، منح الجليل، ج٦، ص٢٠٤-٢٠٥.

(٣) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١٢٣.

وينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج٨، ص١١٠.

اتفق جمهور أهل العلم أن الحوالة بالأعيان غير صحيحة^(١)، لأن العين إذا كانت حاضره وجب ردها بعينها أو هلكت وكانت مضمونة وجب رد مثلها أو قيمتها. فالمحيل في هذه المسألة إما أن يكون الكتاب الذي استعاره موجداً عنده فالواجب عليه رده، أو يكون قد تلف عنده بتفريط منه في حفظه فالواجب رد مثله أو قيمته. والحوالة بهذه الصورة لا يبرأ بها من الضمان، بمعنى أن المحال لو ذهب إلى المحال عليه ليستوفي منه الكتاب فوجده بحالة غير مرضية أو طبعته غير جيدة فله أن يرجع على المحيل وأما إن قبل به ورضيه فهذا شأنه لأن الشخص له أن يبرئ غيره من حقه وله أن يقبل الهبة كذلك، فهذا التصرف لا محذور منه في الشرع ولكنه ليس بحوالة يأخذ حكمها. جاء في الدر المنتقى من كتب الحنفية: "وتصح في الدين لا في العين لأن الدين وصف شرعي قابل للنقل الشرعي بخلاف الأعيان، فإنها محسوسة غير قابلة إلا للنقل الحسي"^(٢).

ولا تصح الحوالة على الأعيان، كالحوالة على تركة الميت وإن كان المحيل دائماً للمتوفى، لأن المحال عليه لا يجوز أن يكون عيناً أو حقاً، جاء في معنى المحتاج من كتب الشافعية: "ولا تصح على التركة لعدم الشخص المحال عليه"^(٣)، والشافعية يصححون الحوالة على الميت لأن رضا المحال عليه عندهم ليس بشرط، وإن كانت ذمته قد خربت بالموت ولكن هذا بالنسبة للمستقبل، فلا تشغل ذمته بشيء بعد موته، وأما الدين السابق على الموت فالذمة مرهونة به حتى يقضى عنه فلذا صحت الحوالة عليه بعد موته، ولا يقال إن هذه حوالة على التركة، لأن الحوالة على الميت تصح ولو لم تكن للميت تركة^(٤)، ولا تصح الحوالة على الميت عند الحنفية لأن قبول المحال عليه شرط عندهم في صحة الحوالة^(٥). والله أعلم

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤١٨.

وينظر: الصاوي، أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، ط١، اعتنى به: محمد عبدالسلام شاهين، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م)، ج٣، ص٢٦٨. وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص١٩١.

وينظر: البهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٨٣. وينظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج٨، ص٨.

(٢) الحصكفي، محمد بن علي، الدر المنتقى في شرح المنتقى، ط١، اعتنى به: خليل عمران المنصور، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م)، ج٣، ص٢٠٤.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص١٩١.

(٤) الجمل، سليمان بن عمر، حاشية الجمل على شرح المنهج، ط١، اعتنى به: الشيخ عبدالرزاق غالب المهدي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م)، ج٥، ص٢٣٥-٢٣٦.

(٥) القاري، فتح باب العناية، ج٢، ص٥٠٩.

الفرع الثاني: توثيق الحق إذا كان المحل ديناً

التعامل بالدين في هذه الأيام أمر شائع بين الناس، ومن صور التعامل بالدين إقراض المال، والشراء والبيع بالتقسيط، وغير ذلك من المعاملات، فما هو الدين وما هي السبل إلى توثيقه؟

المسألة الأولى: تعريف الدين في اللغة والاصطلاح

- ١- الدين في اللغة: القرض، وتداينوا: تبايعوا بالدين، واستدان: استقرض^(١).
 - ٢- الدين في الاصطلاح: الدين عبارة عن مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما^(٢).
- وقد سبق وأن أشرت إلى جواز توثيق الدين بالكتابة والشهادة، وأما بالنسبة إلى توثيق الدين بالرهن والكفالة والحوالة، فبيان ذلك فيما يأتي.

المسألة الثانية: توثيق الدين بالرهن

اتفقت كلمة الفقهاء على جواز توثيق الدين بالرهن، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانًا مَقْبُوضَةً﴾^(٣) فيجوز للدائن أن يطلب من المدين رهناً في مقابل دينه الذي له في ذمة المدين، ولكن لأهل العلم بعض التفاصيل في الدين الذي يجوز أخذ الرهن في مقابله، فاتفقت كلمة أهل العلم على جواز الرهن في كل دين مضمون على المدين بأي سبب وجب في ذمته من إتلاف أو هلاك أو غصب أو عقد^(٤).

(١) الرازي، مختار الصحاح، ص ٩١.
وينظر: الفيومي، المصباح المنير، ج ١، ص ٢٠٥.
(٢) ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم، الأشباه والنظائر، ط ١، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م)، ص ٤٢١.
(٣) سورة البقرة، الآية (٢٨٣).
(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ١٦٥-١٦٨. وينظر: القاري، فتح باب العناية، ج ٢، ص ٤٨٢-٤٨٣.
وينظر: البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١١٥٢-١١٥٣. وينظر: ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ٢٤٠.
وينظر: الشرييني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٥٥-٥٦.
وينظر: البغوي، حسين بن مسعود، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ط ١، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبدالموجود، والشيخ علي محمد معوض، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م)، ج ٤، ص ٤-٥.
وينظر: البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٣٢٤.

واختلفوا بعد ذلك في الرهن مقابل بدل الصرف ورأس مال السلم - الثمن - والمسلم فيه - السلعة المبيعة أو الشيء المبيع - على أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١) إلى جواز الرهن مقابل رأس مال السلم - الثمن - وثنم الصرف قبل الافتراق ويصح بالمسلم فيه - المبيع - قبل الافتراق وبعده، لأن استيفاء هذه الديون من ثمن الرهن ممكن^(٢).

القول الثاني: ذهب المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنبلية^(٥)، وزفر^(٦) من الحنفية^(٧)، إلى عدم صحة الرهن في رأس مال السلم وبدل الصرف واختلفوا في المسلم فيه - المبيع - فأجاز ذلك المالكية^(٨) والشافعية^(٩) وذهب الحنبلية^(١٠) وزفر من الحنفية^(١١) إلى عدم جواز أخذ الرهن في مقابل المسلم فيه، وقالوا إن هذه الأموال أو الديون يشترط إقباضها في مجلس العقد، فإذا تأخر إقباضها عن مجلس العقد لزم بيع الدين بالدين من ذلك وهو منهي عنه.

جاء في حاشية الجمل من كتب الشافعية: قال: وعلى هذا كل ما يشترط قبضه في المجلس كالعوضين في الربويات وكرأس مال السلم لا يجوز الرهن به^(١٢).

(١) الكلبولي، مجمع الأنهر، ج ٤، ص ٢٨٢-٢٨٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ١٦٨.

(٣) ابن جزري، القوانين الفقهية، ص ٢٤٠.

(٤) الجمل، حاشية الجمل، ج ٥، ص ٨٢.

(٥) البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٣١١.

(٦) زفر: أبو الهذيل بن الهذيل بن قيس بن سلم العبدي، الفقيه المجتهد، من بحور العلم وأذكياء الناس، تفقه على أبي حنيفة رحمه الله، مولده سنة ١١٦هـ، وتوفي عام ١٥٨هـ، رحمه الله.

ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ٨، ص ٣٨-٤١.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ١٦٨.

(٨) البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١١٥٢-١١٥٣.

(٩) الشيرازي، إبراهيم بن علي، التنبيه في الفقه الشافعي، ط ١، اعتمى به: أيمن صالح شعبان، (بيروت: دار الكتب العلمية)، ص ١٤٩.

(١٠) البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٣١١.

(١١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ١٦٨.

(١٢) الجمل، حاشية الجمل، ج ٥، ص ٨٢.

وأما الحنبلية فقالوا: إن المسلم فيه -المبيع- أو دين السلم لا يجوز استبداله، والارتهان في مقابله يلزم منه الاستبدال عند عدم وجود المسلم فيه، والمسلم فيه لا يجوز صرفه إلى غيره^(١).

والراجح عندي في المسألة قول الحنفية الذين ذهبوا إلى جواز الرهن في مقابل هذه الديون لإمكان استيفائها من ثمن الرهن. والله أعلم

المسألة الثالثة: توثيق الدين بالكفالة

اتفقت كلمة الفقهاء على جواز الكفالة في مقابل الديون الثابتة في الذمم^(٢)، واستدلوا من السنة بالحديث الشريف أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنائز ليصلي عليه، فقال: (هل عليه من دين؟ قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتى بجنائز أخرى، فقال: هل عليه من دين؟ قالوا: نعم، قال: صلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: عليّ دينه يا رسول الله، فصلى عليه)^(٣).

وجه الدلالة من الحديث أن الضامن تحمل الدين عن الميت بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فأقره على ذلك^(٤)، واتفقوا على أن الدين اللازم يجوز ضمانه، وذلك مثل قيم المتلفات، وأروش الجنائز، وأثمان المقبوض من المبيعات، فضمان هذا كله جائز، والدين اللازم: هو الدين الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء^(٥)، وتصح الكفالة أيضاً بالدين الأيل إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار^(٦) وهذا محل اتفاق أيضاً.

جاء في منح الجليل من كتب المالكية: "وصح بدين لازم أو أيل إليه"، وخرج بقولهم دين لازم، الدين غير اللازم كدين على صبي أو سفيه استدانه بغير إذن وليه^(٧).

(١) البهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣١١.

(٢) ابن المنذر، الإجماع، ص١١٣.

وينظر: ابن حزم، علي بن أحمد، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والمعتقدات، ط٢، (بيروت: دار الآفاق الجديدة، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م)، ص٧١.

(٣) البخاري، صحيح البخاري، باب: من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع، الحديث رقم: ٢٢٩٥، ص٤٦٩.

(٤) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٨، ص١٠٥-١٠٨.

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٦، ص٣٦٢.

وينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤٠٠-٤٠١.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٧٤-٧٦.

(٧) عيش، منح الجليل، ج٦، ص٢٠٤-٢٠٥.

وجاء في مغني المحتاج من كتب الشافعية: "ويصح ضمان الثمن في مدة الخيار في الأصح، لأنه آيل إلى اللزوم بنفسه، فألحق باللازم"^(١).
وجاء في الكافي من كتب الحنبلية: "ويصح ضمان الدين اللازم... وضمان كل حق مالي لازم أو مآله إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار"^(٢).
وعليه فكل دين لازم أو آيل إلى اللزوم تصح الكفالة به، وكل دين غير لازم كدين على صبي استدان بغير إذن الولي فلا تصح الكفالة به. والله أعلم

المسألة الرابعة: توثيق الدين بالحوالة، حوالة الدين

تصح الحوالة بالدين عند جمهور أهل العلم^(٣)، واستدلوا على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم: (مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبّع)^(٤).
واتفقت كلمة الجمهور على أن الحق المحال به من شرطه أن يكون ديناً لازماً^(٥)، وعليه فتصح الحوالة عند جمهور أهل العلم، بثمن المبيع، وبدل الإجارة، والقرض، وضمان المتفاته، وبدل المغصوبات، وأروش الجنائيات، لأنها من الديون اللازمة^(٦).
وتصح الحوالة عند الجمهور بدين الحوالة وبدين الكفالة، وذلك كما لو أحال المحال عليه المحال على آخر فتصح ويبرأ الأول -المحال عليه في الحالة الأولى- وكذلك الكفيل لو أحال الطالب -المكفول له- جاز ويبرأ الكفيل من الكفالة^(٧).

(١) الشريبي، مغني المحتاج، ج٣، ص٢٠٤.

(٢) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص١٦٥-١٦٦.

(٣) ابن هبيرة، يحيى بن محمد، الإفصاح عن معاني الصحاح، ط١، تحقيق: محمد حسن اسماعيل، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م)، ج١، ص٣٢١. وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٥٦.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، باب: في الحوالة، وهل يرجع في الحوالة، حديث رقم: ٢٢٨٧، ص٤٦٧.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤١٨. وينظر: عيش، منح الجليل، ج٦، ص١٨٠.

وينظر: المحلي، جلال الدين محمد بن أحمد، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، ط١، اعنتى به: عبداللطيف عبدالرحمن، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م)، ص٢٨٨.

وينظر: الشوخي، زين الدين المنجي بن عثمان بن أسعد، الممتع في شرح المقنع، ط١، تحقيق: د. عبدالله بن دهيش، (بيروت: دار خضر، ١٤٠٨هـ-١٩٩٧م)، ج٣، ص٢٦٧.

(٦) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٨، ص٩٢.

(٧) ابن عابدين، رد المحتار، ج٨، ص٧. وينظر: الشريبي، مغني المحتاج، ج٣، ص١٩٧. وينظر: البهوتي، كشاف الفتاوى، ج٣، ص٣٨٤.

وأجاز المالكية الحوالة بدين الصدقة والهبة، وصورة ذلك أن يتصدق شخص على آخر أو يهبه شيئاً، ثم يقول للمتصدق عليه أو الموهوب له، اقبض الصدقة أو الهبة من فلان فإنه مدين لي فتصح الحوالة بذلك^(١).

واختلفوا بعد ذلك في دين السلم، المبيع - ورأس مال السلم - الثمن - هل تصح الحوالة بهما وعليها على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى صحة الحوالة ببدي السلم، جاء في الدر المختار: "وصحت الكفالة والحوالة والارتهان برأس مال السلم - الثمن -"^(٢) وصورة ذلك أن يحيل المشتري - المسلم - البائع - المسلم إليه - فيقول له: أحلتك بالثمن على فلان فإنه مدين لي فاقبض منه، فإن قبض بعد انقضاء المجلس، بطل عقد السلم وبطلت الحوالة، لفوات شرط السلم، وهو قبض رأس المال في مجلس العقد، ويلزم من ذلك بيع الدين بالدين المنهي عنه^(٣).

هذا بالنسبة لرأس مال السلم، وأما المسلم فيه - المبيع - فكذلك تصح الحوالة به، وجاء في البدائع: "وتجوز الحوالة بالمسلم فيه، لوجود ركن الحوالة مع شرائطه وكذلك الكفالة به لما قلنا"^(٤) فالمسلم فيه دين صحيح لازم في ذمة البائع، فلو أحال البائع المشتري بعد قبض الثمن، قائلاً له أحلتك على فلان بما اشتريت مني سلماً لتقبضه منه، فإنه مدين لي بمثل ما اشتريت مني، صحت الحوالة لأنها مستوفية لشروطها.

القول الثاني: ذهب المالكية، والشافعية، والحنبلية، إلى عدم صحة الحوالة ببدي السلم، فلا تصح الحوالة عندهم، برأس مال السلم - الثمن - ولا المسلم فيه - المبيع - ولا عليهما.

(١) الخطاب، مواهب الجليل، ج٧، ص٢١.

وينظر عيش، منح الجليل، ج٦، ص١٨١.

(٢) الحصكفي، محمد بن علي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ط١، تحقيق: عبدالمنعم خليل إبراهيم، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م)، ص٤٣٩.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار، ج٧، ص٤٦٥.

(٤) الكاساني، البدائع، ج٧، ص١٥٥-١٥٦.

جاء في شرح الزرقاني من كتب المالكية: "وأن لا يكونا، أي الدينان، أي المحال به وعليه طعاماً من مبيع، أي من سلم، لئلا يدخله بيع الطعام قبل قبضه"^(١). وجاء في مغني المحتاج من كتب الشافعية: "ولا بما لا يجوز الاعتياض عنه، كدين السلم فلا تصح الحوالة به ولا عليه وإن كان لازماً"^(٢). وجاء في المغني من كتب الحنبلية: "إلا أن السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه..... والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره)"^(٣)، وهذا الحديث ضعيف^(٤) وأما بالنسبة لرأس مال السلم، فكذلك لا تجوز الحوالة به لاشتراط قبضه في مجلس العقد، والحوالة به يلزم منها تأخير إقباضه، فيلزم من ذلك بيع الدين بالدين المنهي عنه^(٥)، وكذلك تجوز عند الحنفية الحوالة والكفالة والارتهان ببديل الصرف كما في سائر الديون^(٦)، والراجح عندي قول الجمهور لاشتراط قبض الثمن في السلم وكذلك بدلي الصرف والحوالة بهذه الأشياء تنافي مقتضى العقد وهو تسليم البديل في مجلس العقد .

-
- (١) الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ط١، اعتنى به: عبدالسلام محمد أمين، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م)، ج٦، ص٣٥.
وينظر: الخرشى، حاشية الخرشى، ج٦، ص٢٩٧.
(٢) الشريبي، مغني المحتاج، ج٣، ص١٩١.
(٣) السجستاني، سنن أبي داود، باب: السلف لا يحول، حديث رقم: ٣٤٦٨، ص٥٥٤.
(٤) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٥٧.
وينظر: البهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٨٤.
(٥) العظيم آبادي، عون المعبود، م٥، ج٩، ص٢٥٨.
(٦) الجمل، حاشية الجمل، ج٥، ص٢٣٨.
وينظر: البهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٨٤.
(٧) ابن مازة، محمود بن أحمد، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ط١، تحقيق: عبدالكريم سامي الجندي، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م)، ج٧، ص١٨٢-١٨٣.

الفرع الثالث: توثيق الحق إذا كان المحل منفعة

المنفعة قد تثبت حقاً لشخص عند آخر، وذلك كان يستأجر شخص داراً للسكنى أو سيارة للسفر بها، ويدفع مقدماً ما يجب عليه من الأجرة، قبل أن يستوفي المنفعة، فيريد أن يستوثق لحقه حتى لا تفوته المنفعة المستحقة له بالعقد، فما هي الوسائل التي أقرتها الشريعة لتوثيق الحق إذا كان منفعة؟ وفي هذا الفرع مسائل، وهي:

المسألة الأولى: تعريف المنفعة في اللغة والاصطلاح

أولاً: المنفعة في اللغة: جاء في مختار الصحاح: "النفع ضد الضر، يقال نفعه بكذا فانتفع به، والاسم المنفعة"^(١).

النفع: الخير، وهو ما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه..... والمنفعة اسم منه^(٢).

ثانياً: المنفعة في الاصطلاح: هي ما لا يمكن الإشارة إليه حساً دون إضافة يمكن استيفاءه غير جزء مما أضيف إليه^(٣).

وقيل المنفعة هي الفائدة التي تحصل باستعمال العين، فكما أن المنفعة تستحصل من الدار بسكناها، تستحصل من الدابة بركوبها^(٤).

والمنافع لا تعتبر أموالاً عند الحنفية، لأن المال عندهم، ما يميل إليه الطبع ويمكن إدخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا يمكن ادخالها، جاء في حاشية ابن عابدين: "والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال" والملك ما شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص^(٥)، وأما المنافع عند الشافعية فتعتبر من الأموال، إذا المال عندهم يشمل كلا من الأعيان والمنافع^(٦)، والراجح أن المنافع من الأموال، إذا المقصود من الأموال هو منافعها.

(١) الرازي، مختار الصحاح، ص ٢٤٠.

(٢) الرافعي، المصباح المنير، ج ٢، ص ٦١٨.

(٣) البناني، محمد بن الحسن بن مسعود، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، أو حاشية البناني على شرح الزرقاني، ط ١، اعتنى به: عبدالسلام محمد أمين، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م)، ج ٧، ص ٣٨.

(٤) حيدر، درر الحكام، م ١، مادة رقم: ١٢٥، ج ١، ص ١٠٠.

(٥) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٧، ص ١٠.

(٦) الشرييني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٣٢٢.

أما بالنسبة لتوثيق المنفعة، فتوثيقها بالشهادة والكتابة أمر متفق عليه لعموم الأدلة الواردة بالإشهاد والكتابة، وهذا أمر لا يماري فيه أحد، وأما وسائل التوثيق الأخرى، فهذا شرح وتفصيل لذلك، وهي:

المسألة الثانية: توثيق المنافع بالرهن

صورة المسألة، كأن يستأجر رجل سيارة لنقل متاعه من بلد إلى بلد أخرى مثلا، فيدفع المستأجر الأجرة للمؤجر إلا أن المستأجر يخشى أن لا يفي المؤجر بالتزامه، فيطلب منه رهنا في مقابل المنفعة، حتى إذا استوفى المنفعة من السيارة رد الرهن إليه، وأما إذا لم يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة من الرهن، فيستوفىها من ثمنه ويستأجر سيارة أخرى لنقل متاعه. فما قول أهل العلم في المسألة؟.

اتفقت كلمة أهل العلم على جواز أخذ الرهن في مقابل المنفعة إذا كانت المنفعة متعلقة بالذمة، وأما إذا كانت المنفعة متعلقة بعين معينة فلا يصح أخذ الرهن بها.

جاء في درر الحكام: "والحاصل إذا استؤجر أجبر لأجل الخياطة ونقل الحمولة، فإن كان الاستئجار واقعا على مطلق الخياطة ومطلق نقل الحمولة يصح أخذ الرهن لأجل ذلك من الأجير وأما إذا كانت الإجارة عقدت على أن يخيظ بذاته وينقل الحمال بنفسه أو على دابة معينة فلا يصح أخذ الرهن لأجله"^(١).

وجاء في حاشية الدسوقي من كتب المالكية: "وأما أخذ الرهن على أن يستوفي من ثمنه قيمة المعين أو قيمة منفعته فذلك جائز لأن قيمة ذات المعين وقيمة منفعته في الذمة"^(٢).

وجاء في مغني المحتاج من كتب الشافعية: "ويصح بالمنفعة في إجارة الذمة لا بها في إجارة العين لأنها في الأولى دين بخلافها في الثانية"^(٣).

وجاء في كشاف القناع: "ويصح أخذ الرهن على نفع إجارة في الذمة كمن استؤجر لخياطة ثوب وبناء دار ونحو ذلك، كحمل معلوم إلى موضع معين، فإن لم يفعله الأجير بيع واستؤجر منه من يعمله"^(٤).

(١) حيدر، درر الحكام، م ٢، ج ٤، ص ٨٣.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٣٩٨.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٥٧.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ٣٢٤.

وعليه فيجوز أخذ الرهن في مقابل المنفعة إذا تعلقت بالذمة لأنها دين، وأما المنفعة المتعلقة بذات العين فلا يجوز أخذ الرهن بمقابلها، لأن المعين لا سبيل إلى استيفائه من الرهن. والله أعلم

المسألة الثالثة: توثيق المنافع بالكفالة

اتفقت كلمة الفقهاء على جواز الكفالة بالمنافع، إذا كانت المنافع متعلقة بالذمة، وأما إذا كانت المنفعة متعلقة بعين معينة، فلا تصح الكفالة بها لتعذر استيفاء المنفعة المعينة من ذمة الضامن، أو بعبارة أخرى لاستحالة ذلك.

جاء في المبسوط من كتب الحنفية: "وإذا استأجر محملاً أو زاملة إلى مكة وكفل بها رجل بالحمولة فهو جائز لأنه كفل بما هو مضمون في ذمة الأصيل، وتجري النيابة في إيفائه، لأن الحمولة إذا لم تكن معينة فالكفيل يقدر على إيفائه كما يقدر الأصيل، فلهذا يؤخذ الكفيل بالحمولة كما يؤخذ المؤاجر، فكذلك إذا استأجر منه إيلاً بغير أعيانها يحمل عليها متاعاً مسمى إلى بلد معلوم، وكفل به رجل بالحمولة، جاز للمعني الذي نكرنا، ولو استأجر إيلاً بأعيانها وكفل رجل بالحمولة لم تجز الكفالة، لأن الكفيل لا يقدر على إيفاء المكفول به من مال نفسه، فإن غير ما عين لا يقوم مقام المعين في الإيفاء"^(١).

وعليه، فالمنفعة المطلقة التي لا تتعلق بذات معينة تتعلق بالذمة، وما يتعلق بالذمة من الحقوق فإن غيره يقوم مقامه والكفيل به، يستطيع أن يوفيه إما بنفسه وإما بماله، بخلاف المنفعة المتعلقة بعين معينة، فإن غيرها من الأعيان لا يقوم مقامها، فلا سبيل إلى استيفائها من غيرها"^(٢). وجاء في التاج والإكليل من كتب المالكية: "القضاء أن كل ما يلزم الذمة فالكفالة به جائزة"^(٣).

(١) السرخسي، المبسوط، م، ٨، ج ١٥، ص ١٠٢.

(٢) ابن مازة، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج ٧، ص ٥٣٨.

(٣) المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج ٧، ص ٣٤.

وينظر: القرافي، النخيرة، ج ٩، ص ٢٢٠.

وجاء في كتاب روضة الطالبين من كتب الشافعية: "يجوز ضمان المنافع الثابتة في الذمة كالأموال"^(١)، والقاعدة عند الحنبلية أن كل ما صح أخذ الرهن به صحت كفالته^(٢)، وأخذ الرهن عندهم في مقابل المنافع المتعلقة بالذمة صحيح فكذا الكفالة بها^(٣).
وعليه فالكفالة صحيحة بالمنفعة المتعلقة بالذمة لأنها كالدين يمكن تحصيلها من الكفيل بنفسه أو ماله. والله أعلم

المسألة الرابعة: الحوالة بالمنافع وعليها

صورة الحوالة بالمنافع كما أفادني في ذلك الدكتور صالح الشريف، قال: "هذه المسألة لها صورتان:

الأولى: إذا كانت المنفعة واردة على عين بذاتها، كمن استأجر داراً أو وسيلة نقل بذاتها أو استأجر شخصاً بذاته للقيام بعمل ما كالتجارة أو الحدادة أو تمديد الكهرباء.... ففي مثل هذه الحالات، لا يتصور فيها الحوالة أصلاً، وبالتالي لا تصح الحوالة.

الثانية: إذا كانت المنفعة متعلقة بالذمة وواردة عليها، سواء وردت المنفعة على مدة زمنية، كأن يقول خالد لبكر: أجرتك داراً مدة سنة لتسكنها، ويقول عليّ لخالد: أجرتك داراً لتسكنها مدة سنة، فيقول خالد لبكر: أحلتك بالمنفعة المستحقة لي في ذمة علي عليه في سكني الدار، وفي مثل هذه الحالة يشترط أن تكون مدة المحال مساوية لمدة المحيل أو أقل منها، أما إذا كانت أكثر فلا تجوز الحوالة لأن الإجارة من العقود الملزمة، أو وردت المنفعة على القيام بعمل ما دون تحديد وتعيين الشخص القائم به مثل أن يقول زيد لعمر: استأجرت منك سيارة لنقل بضاعة كذا إلى كذا، أو أريد منك إصلاح سيارتي أو إصلاح جهاز الحاسوب، ويقول عمر لعامر: استأجرت منك سيارة لنقل بضاعة كذا إلى كذا، أو أريد منك إصلاح سيارتي أو جهاز الحاسوب، ثم يقول عمر لزيد: أحلتك بالمنفعة المستحقة لك عليّ على عامر حيث يستوفي زيد المنفعة المستحقة له من عامر بدلاً من

(١) روضة الطالبين، ج٣، ص٤٨٦.

وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٢٠٢.

(٢) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٦٨.

(٣) ابن مفلح، ابراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، (بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م)، ج٧، ص٢١٥.

عمر، هذا ما ظهر لي من صورة الحوالة بالمنفعة على فرض صحتها وجوازها، علما بأنني لا أميل إلى ذلك الجواز^(١). والذي عليه أهل العلم أن الحوالة بها وعليها لا تصح. جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: "حوالة المنفعة: لا تصح كذلك، إذ المنفعة كالعين لا يتصور فيها النقل الحكمي، أما الحوالة على المنفعة فلم نجد في نصوص الفقهاء ما يشعر بجواز كونها مالا محالا عليه"^(٢)، وجاء في البحر الرائق من كتب الحنفية: "لا تصح الحوالة بالأعيان والحقوق، ولم يمثلوهما"^(٣). والله أعلم

الفرع الرابع: إذا كان المحل ابتكاراً " الحقوق المعنوية "

حقوق الابتكار من الموضوعات الحديثة التي تناولها الفقهاء المعاصرون بالبحث، واعتبروها من الحقوق المالية، التي يجوز أو يصح الاعتياض عنها بالمال^(٤)، ويسميتها البعض حقوق الابتكار أو الحقوق الأدبية، أو الحقوق المعنوية، أو الحقوق الذهنية^(٥).

وأما في عرف أهل الاصطلاح، فحقوق الابتكار: هي تلك الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية، أي على أشياء غير محسوسة، هي من نتاج فكر الإنسان، ومنها حق المؤلف على مصنفة^(٦). ويدخل تحت مسمى حقوق الابتكار الكثير من الحقوق، مثل حق الاسم التجاري - الماركة- وهو الشعار الذي يتخذ عنواناً لبضاعة ما ذات صناعة متميزة، وكذلك الاسم الذي يتخذ لقباً على محل تجاري^(٧).

وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي قراراً يؤكد مالية هذه الحقوق، وأن عائداتها المالية والمعنوية من حقوق أصحابها، ولا يجوز الاعتداء عليها وهذا نص القرار:

(١) الشريف، د. صالح، صورة الحوالة بالمنفعة، (مكالمة هاتفية: فلسطين، قباطية، رقم الهاتف: محفوظ) الساعة، ١٩، ب، ظ، يوم السبت الموافق ٩/رجب/١٤٢٦هـ الموافق ٨/١٢/٢٠٠٥م.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ١٨، ص ١٩٩.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٦، ص ٤١٥.

(٤) الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، ص ٣١-٣٢.

(٥) العبادي، عبدالسلام داوود، الفقه الإسلامي والحقوق المعنوية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس، ج ٣، ص ٢٤٧.

(٦) زيدان، عبدالكريم، نظرات في الشريعة الإسلامية، ف: ٤٥٥، ص ٣١٧.

(٧) البوطي، د. محمد سعيد رمضان، قضايا فقهية معاصرة، ط ٥، (مشق: مكتبة الفارابي، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، ج ١، ص ٨٥.

أولاً: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف، والاختراع، أو الابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري، أو العنوان التجاري أو العلامة التجارية ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصنونة شرعاً، لأصحابها حق التصرف فيها ولا يجوز الاعتداء عليها^(١).

ولما كانت هذه الحقوق يجوز الاعتياض عنها بالمال صارت الحاجة إلى توثيقها أمراً مطلوباً من أجل حفظها لأصحابها وحفظ عائداتها.

المسألة الأولى: توثيق حقوق الابتكار بالشهادة والكتابة

يجوز توثيق حقوق الابتكار بالشهادة والكتابة وذلك لعموم الأدلة الواردة في الكتاب والسنة التي ترشد إلى الإشهاد على الحقوق وكتابتها في وثائق بشكل واضح، ويجب على الدولة من خلال دوائرها الرسمية المختصة بالأمر أن تسجل هذه الحقوق، وإصدار الوثيقة الرسمية بها لصاحبها حتى لا ينتقلها أو يدعيها أحد من الناس أو يعتدي عليها. والشهادة والكتابة وسيلتان لتوثيق عامة الحقوق.

المسألة الثانية: توثيق حقوق الابتكار بالرهن

ذكر الشيخ البوطي في كتابه قضايا فقهية معاصرة، ما يلي: "حتى إذا علمنا أنها تتطوي شرعاً، وبعد ذاتها على قيمة مالية ثابتة بنينا على ذلك الأحكام الملائمة من إمكان البيع، والرهن، والإيجار، وعقد الشركات، والحوالة بها وعليها ونحو ذلك"^(٢). وهو في نهاية البحث يقرر جواز بيع هذه الحقوق بشروط وأخذ العوض المالي عنها^(٣).

وأما بالنسبة لأخذ الرهن في مقابل الحقوق المعنوية، فأهل العلم يشترطون في الحق المرهون به أن يكون مما يمكن استيفائه من الرهن، جاء في المبسوط من كتب الحنفية: "ويختص بحق يمكن

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم (٥) بشأن الحقوق المعنوية، العدد الخامس، ج٣، ص ٢٥٨١.

(٢) البوطي، قضايا فقهية معاصرة، ج١، ص ٨٧.

(٣) المصدر السابق، ج١، ص ٨٩-٩٣.

استيفاءه من الرهن، وهو الدين حتى لا يجوز الرهن بالأعيان ولا بالعقوبات من القصاص والحدود^(١). والحقوق المعنوية كذلك لا يمكن استيفائها من الرهن، وعليه فلا يجوز أخذ الرهن بها من هذا الوجه. وجاء في فتح الوهاب من كتب الشافعية: "فلا يصح الرهن بعين ولا بمنفعتها ولو مضمونة كمغصوبة ومعاراة لأنها لا تستوفى من ثمن المرهون، وذلك مخالفة لغرض الرهن عند البيع"^(٢). وهذا الكلام ينطبق على الحقوق المعنوية إذ لا سبيل إلى استيفائها من ثمن الرهن، ولكن يمكن النظر إلى حقوق الابتكار من حيث ما تؤول إليه من القيمة المالية فهي بهذا الاعتبار تكون أشبه بالعين المضمونة لإمكان الحصول من ثمن الرهن بعد بيعه على الحق المرهون به من حيث هذا الاعتبار، أو أن يكون الرهن وسيلة لرد الحق إلى صاحبه، وهذا عند الحنفية^(٣)، وأما الشافعية فلا يتفقون مع هذا النظر، وقالوا: إن الرهن في مقابل العين المضمونة لا يصح لعدم إمكان استيفاء العين المرهون بها من الرهن، فإن قيل إن الرهن في مقابل أحد أمرين، الأول: إجبار المطلوب منه الحق على أدائه، قيل إن الرهن لا يصح بذلك لعدم إمكان الإستيفاء من الرهن لو هلكت العين فإن قيل إذا هلكت يكون الرهن في مقابل ماليتها فأجابوا إن الرهن عندها يكون في مقابل حق قبل وجوبه وهو لا يجوز.

جاء في حاشية الجمل: "ولا يقال قد تلتف ويستوفى قيمتها لأننا نقول قيمتها حينئذ، أي حين العقد لم يثبت، فهو رهن على ما لم يثبت"^(٤). ولعل الأخذ بقول الحنفية أحوط لحفظ الحقوق. والله أعلم

المسألة الثالثة: توثيق حقوق الابتكار بالكفالة

جاء في المحيط البراهني من كتب الحنفية: "إن الكفالة متى حصلت بمضمون يجبر الأصيل على إيفائه، ويمكن استيفاءه من الكفيل أنها تصح"^(٥) فإذا أراد أن يكفل رجل بحق معنوي، فهو إما أن يكفل بالحق بذاته، وإما أن يكفل برد الحق إلى صاحبه، وإما أن يكفل بنفس من عليه الحق.

(١) السرخسي، المبسوط، م ١١، ج ٢١، ص ٥٩.

(٢) الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م)، ج ١، ص ٣٣١.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ١٦٨-١٦٩.

(٤) الجمل، حاشية الجمل، ج ٥، ص ٨٠.

(٥) ابن مازة، المحيط البرهاني، ج ٧، ص ٥٣٧.

الحالة الأولى: الكفالة بالحق بذاته

حتى إذا تلف الحق أو ضاع، كان يكون مؤلفاً فيطالب الكفيل بإحضار عين الحق وذاته، والكفالة في هذه الحالة لا تصح، لاستحالة استيفاء عين الحق من الكفيل، جاء في حاشية الدسوقي من كتب المالكية: "صح الضمان من أهل التبرع في دين لا في معين، كما إذا استعار سلعة أو أخذ منه وديعة أو مال قرض أو شركة وأتى له بحميل على أنها إن تلفت أخذ ذاتها من الحميل لاستحالاته"^(١) وهذا الأمر لا يماري فيه أحد، إذ لا سبيل إلى استيفاء عين الحق بذاته من الكفيل لأنه أمر مستحيل.

الحالة الثانية: الكفالة برد الحق

تصح الكفالة برد الحق إلى صاحبه عند جمهور أهل العلم وخالف في ذلك الشافعية، لأن رد الحق أمر مضمون على الأصيل، جاء في بدائع الصنائع من كتب الحنفية: "ولو كفل بتسليم المستعار والمستأجر من المستعير أو المستأجر، جاز لأنهما مضمونا التسليم عليهما"^(٢). وجاء في حاشية الدسوقي من كتب المالكية: "إن ضمن الحميل ما يترتب على ذلك الأخذ بسبب تعد أو تفریط، من القيمة صح الضمان ولزم وهو الذي يقصده الناس، كما يقع في الأسواق من ضمان بعض الدالين لبعض على أن المضمون إن هرب ولم يأت به كان على الضامن قيمة ما هرب به، فهذا صحيح وإن كان ضماناً في الأمانات صورة"^(٣).

وذهب الشافعية إلى أن ضمان رد الحق ليس بمقدور الكفيل الوفاء به، فلذلك لا يصح والجمهور بهذا الاعتبار يوافقون الشافعية ولكنهم نظروا، أي الجمهور بعد ذلك إلى مالية الحق وقيمتها فألزموا الكفيل بها كما هو واضح من كلام الدسوقي السالف الذكر.

جاء في كتاب الحاوي الكبير من كتب الشافعية: "وهذا غير صحيح، لأن العين إذا كانت باقية فالواجب ردها، وذلك مما قد يعجز عنه الضامن، فإن تلفت لزم غرم قيمتها وذلك مما لم يضمنه

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٥٤٢.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٣٩٨.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٥٤٢.

الضامن مع ما فيها من الجهالة^(١). وعليه فالكفالة برد الحق سواء كان الحق أمانة أو مضموناً أمر مشروع للتوثق وأرجح هذا الرأي، فتصح الكفالة بالحقوق المعنوية من هذا الوجه.

الحالة الثالثة: الكفالة بنفس من عليه الحق

تصح الكفالة بنفس من عليه الحق وإحضاره إلى مجلس القضاء مثلاً في وقت كذا، عند جمهور أهل العلم وهذا أمر متفق عليه، واختلفوا بعد ذلك في ضمان الكفيل وتغريمه المال الواجب على الأصيل في حال عدم وفاء الكفيل بما التزم به من إحضار الأصيل^(٢). والله أعلم

المسألة الرابعة: توثيق حقوق الابتكار بالحوالة

الحوالة بالحقوق عامة غير صحيحة في الفقه الإسلامي^(٣)، وعليه فالحوالة بحق الابتكار ليستوفى من المحال عليه أمر مستحيل، وكذلك الحوالة على الحقوق غير صحيحة^(٤) لعدم المحال عليه، ولكن إذا صار الحق ديناً ذا قيمة مالية في نمة المحيل فتصح الحوالة به وتكون الحوالة عندها حوالة بالدين، وعبارة البحر الرائق: "لا تصح الحوالة بالأعيان والحقوق"^(٥). والله أعلم

الفرع الخامس: توثيق الحق إذا كان المحل نفساً

كثيراً ما يكون لشخص عند آخر حق من الحقوق المالية أو غير المالية، والغريم -المطلوب منه الحق- لا ينكر ذلك، ولكن صاحب الحق -الطالب- يخشى على حقه، كأن لا يحضر الغريم لوفاء الحق مثلاً، فيجوز للطالب أن يشهد على الحق أو أن يكتب وثيقة بالحق، لعموم الأدلة الواردة بالإشهاد والكتابة، ولكن كيف يكون الحال بالنسبة لوسائل التوثيق الأخرى من مثل الرهن، والكفالة، والحوالة، وبيان ذلك فيما يأتي.

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٨، ص ١١.

(٢) ابن هبيرة، الألفصاح عن معاني الصحاح، ج ١، ص ٣٢٣-٣٢٤.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٨، ص ٨-٩.

(٤) الشربيني، معني المحتاج، ج ٨، ص ١٩١.

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٦، ص ٤١٥.

وينظر: الحصكفي، الدر المختار، ص ٤٦١.

المسألة الأولى: التوثيق بالرهن إذا كان المحل نفساً

اتفقت كلمة أهل العلم على أن الرهن في مقابل النفس لا يصح، لأنه لا سبيل إلى استيفاء النفس من العين المرهونة لاستحالة ذلك.

جاء في المبسوط من كتب الحنفية: "وإذا كفل الرجل بنفس رجل فأعطاه رهناً بذلك وقبضه المرتهن لم يجز، لأن الكفالة بالنفس ليست بمال، والرهن يختص بحق يمكنه استيفاءه من مال الراهن، ومال ليس بمال لا يمكنه استيفاءه من مال الرهن"^(١).

وجاء في الحاوي الكبير من كتب الشافعية: "وكذلك الرهن في كفالات النفوس لا يجوز"^(٢) وجاء في المعونة من كتب المالكية: "فأما قتل العمد والجراح التي لا يقاد منها، فعلى قول مالك أنه ليس فيها إلا القود، لا يجوز أخذ الرهن بها لأن الحق لا يمكن استيفاءه منه"^(٣). وأجاز المالكية أن يأخذ الضامن من المضمون عنه رهناً بالحق المضمون قبل أن يغرمه الكفيل ولكن هذا ليس من باب الرهن في مقابل النفس، جاء في كتاب الذخيرة من كتب المالكية: "إن تكفلت عنه بحق وأخذت منه رهناً جاز، لأنه آيل إلى حق لك عليه"^(٤)، ولا يجوز ذلك عند الشافعية، جاء في الحاوي الكبير: "فإن الضامن إذا أراد أن يأخذ من المضمون عنه رهناً بما ضمنه عنه فإن كان بعد أداء الضامن الدين جاز، لأنه قد أخذه على دين مستحق وإن كان قل أدائه لم يجز لأنه لم يستوجب حقاً يأخذ عليه رهناً"^(٥). والله أعلم

(١) السرخسي، المبسوط، م ١١، ج ٢١، ص ٦٤.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٩٥.

(٣) البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١١٥٣.

(٤) القرافي، الذخيرة، ج ٨، ص ٩٧.

(٥) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٨، ص ١٢٢.

المسألة الثانية: التوثيق بالكفالة إذا كان المحل نفساً

الكفالة بالنفس أو بالبدن أو الوجه، صحيحة باتفاق أهل العلم^(١)، وفي قول ضعيف مرجوح عند الشافعية أنها لا تصح، لأن الحر لا يدخل تحت اليد ولا يقدر على تسليمه^(٢)، وحقيقتها التزام إحضار المكفول إلى المكفول له، والحاجة تدعو إليها^(٣). والدليل على مشروعية الكفالة بالنفس قوله تعالى: ﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنِّي بِهِ ﴾^(٤)، جاء في الجامع لأحكام القرآن: "هذه الآية أصل في جواز الحماله بالعين والوثيقة بالنفس"^(٥).

واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: ﴿ فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ إِنَّا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ ﴾^(٦)، وجه الدلالة من الآية أنهم أرادوا أن يجعلوا واحداً منهم كفيلاً بنفس أخيهم حتى يرجع^(٧).

واستدلوا أيضاً بقوله صلى الله عليه وسلم: (العارية مؤداة والزعيم غارم، والدين مقضي) قال عنه الترمذي: حديث حسن غريب^(٨). وجه الدلالة من الحديث قوله -الزعيم غارم- والغارم هو كل من أدى ما لزمه، فيدخل في عمومته الكفيل بالنفس^(٩).

-
- (١) ابن نجيم، النهر الرائق، ج ٣، ص ٥٤٢-٥٥٠.
وينظر: الكثاوي، أسهل المدارك، ج ٢، ص ١٦٩-١٧٠.
وينظر: البهوتي، الروض المريع، ص ٢٧٨-٢٧٩.
(٢) الغزالي، محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، ط ١، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر، القاهرة: دار السلام، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م)، ج ٣، ص ٢٣٩.
وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٢٠٧.
(٣) السمرقندي، محمد بن يوسف، الفقه النافع، ط ١، تحقيق: د. إبراهيم محمد العبود، (الرياض: مكتبة العبيكان، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م)، ج ٣، ص ١٢٤٩.
وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٢٠٧.
(٤) سورة يوسف، الآية رقم (٦٦).
(٥) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٩، ص ٢٢٥.
وينظر: البهوتي، كشاف القناع، ج ٣/٣، ص ٣٧٤.
(٦) سورة يوسف، الآية رقم (٧٨).
(٧) ابن عطية، عبدالحق بن غالب، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ط ١، تحقيق: عبدالسلام عبدالشافي محمد، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م)، ج ٣، ص ٢٦٨.
وينظر: العمراني، البيان، ج ٦، ص ٣١١.
(٨) الترمذي، سنن الترمذي، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة، حديث رقم: ١٢٦٥، ج ٢، ص ٢٩٣.
(٩) ابن الهمام، محمد بن عبدالواحد السيواسي، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، ط ١، اعتنى به: الشيخ عبدالرزاق غالب المهدي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م)، ج ٧، ص ١٥٦.

واختلفوا بعد ذلك فيما إذا لم يوف الكفيل بما التزمه من إحضار المكفول، هل يلزم الكفيل أن يغرم ما على المكفول من المال؟ اختلفوا في المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١) والشافعية^(٢) إلى أن الكفيل بالنفس لا يغرم ما على المكفول في حال عدم إحضاره، ولكنه يحبس به، وأما إذا انقطعت أخباره وتعذر إحضاره فلا يحبس به، والكفيل بالنفس لا يغرم ما على المكفول لأنه لم يلتزمه، إنما هو التزم بالإحضار فلا يلزمه أن يغرم المال^(٣). إلا أن الحنفية ذهبوا إلى أن الكفيل بالنفس إذا التزم بالمال كأن يقول إذا لم أحضره فيلزمني ما عليه من المال فيلزمه المال عندها، وهما كفالتان، إحداهما بالنفس والأخرى بالمال، حتى إذا أدى المال فيلزمه إحضار نفس المكفول. وإنما صحت الكفالة بالمال لأنه علقها على شرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح عند الحنفية فيلزمه المال^(٤).

والكفالة بهذه الصورة غير صحيحة عند الشافعية وتبطل الكفالتان لأن هذا الشرط ينافي مقتضى الكفالة عند الإطلاق، جاء في عجلة المحتاج من كتب الشافعية: "وأنه لو شرط في الكفالة، أن يغرم المال إن فات التسليم، أي كقوله، كفلت بدنه بشرط الغرم ونحوه، بطلت، لأنه شرط ما ينافيها، وهذا بناء على أنه لا يغرم عند الإطلاق"^(٥). وفي قول خلاف الصحيح أنها تصح بهذا الشرط^(٦).

القول الثاني: ذهب المالكية^(٧) والحنبلية^(٨) إلى أن الكفيل بالنفس يغرم المال الواجب على المكفول عند عدم وفائه بما التزمه، واستدلوا بعموم قوله صلى الله عليه وسلم "الزعيم غارم"^(٩) وقالوا: إن الكفالة سبب للغرم إذا كانت بالمال، وكذلك إذا كانت

(١) السمرقندي، الفقه النافع، ج٣، ص١٢٥٠.

وينظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج٧، ص١٥٩-١٦٦.

(٢) الغزالي، الوسيط، ج٣، ص٢٤٠.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٢٠٩-٢١١.

(٤) المرغيناني، الهداية، ج٣، ص٩٨.

(٥) ابن الملقن، عمر بن علي بن احمد، عجلة المحتاج إلى توحيد المنهاج، تحقيق: عز الدين هشام البدراني،

(إريد: دار الكتاب، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م)، ج٢، ص٨٢١.

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٢١١.

(٧) الكشناوي، أسهل المدارك، ج٢، ص١٦٩-١٧٠.

(٨) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص١٧٠.

(٩) تنظر صفحة رقم (٦٧) من هذه الرسالة.

بالنفس لأنها في الحقيقة ضمان لما هو واجب على المكفول^(١). وأما إذا اشترط

الكفيل بالنفس أنه لا يغرم المال صحت الكفالة ولا يغرم المال عملاً بشرطه^(٢).

وضابط الكفالة بالنفس أنها تصح ببذل كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم^(٣).

ولا تتصور الحوالة بالنفس لأنها كالأعيان لا تثبت في الذمة. والله أعلم

الفرع السادس: توثيق الحق إذا كان المحل فعلاً

قد يلتزم شخص لآخر بعمل معين أو فعل يجب لشخص على آخر، كأن يستأجر شخص أجيراً للقيام بعمل معين محدود وينقده الأجرة سلفاً، أو يكون لشخص عند آخر ودیعة فيلتزم شخص بتسليمها لصاحبها إذا طلبها.. وهكذا، فما هي وسائل توثيق الحق إذا كان المحل فعلاً؟ يجوز توثيق الحق بالشهادة والكتابة إذا كان الحق فعلاً لعموم الأدلة الواردة التي ترشد إلى الإشهاد وكتابة الحقوق في الوثائق.

ولكن كيف تكون الحال بالنسبة للتوثيق بالرهن والكفالة والحوالة، وهذا بيان وشرح.

المسألة الأولى: توثيق الحق إذا كان فعلاً أو عملاً بالرهن

يشترط في الحق المرهون به عند أهل العلم أمران لجواز أخذ الرهن في مقابل الحق:

الأمر الأول: أن يكون الحق المرهون به مضموناً، ومرادهم بالحق المضمون، أن يكون واجب التسليم على الراهن.

الأمر الثاني: أن يكون الحق المرهون به يمكن استيفاؤه من ثمن العين المرهونة، أما إذا كان الحق لا سبيل إلى استيفائه من ثمن العين المرهونة كحق الشفعة والحدود والتصاص مثلاً، فلا يصح أخذ الرهن به^(٤).

(١) ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ١٧٠.

(٢) البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١٢٣١.

وينظر: البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ٣٨٠.

(٣) القفال، محمد بن أحمد الشافعي، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، ط ١، تحقيق: د. ياسين أحمد إبراهيم، درادكة، (عمّان: مكتبة الرسالة الحديثة، ١٩٨٨م)، ج ٥، ص ٧١.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ١٦٥-١٧٢.

وينظر: البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١١٥٢-١١٥٣.

وجاء تفصيل هذه المسألة في كتاب الحاوي الكبير من كتب الشافعية بينا واضحا، قال: "إذا استأجر منه عملا معلوما وأراد أن يأخذ بالعمل رهنا، فهذا على ضربين: أحدهما: أن تكون الإجارة معينة. الثاني: أن تكون في الذمة.

فإن كانت الإجارة معينة، وهو أن يستأجره في عينه لبناء دار، أو لعمل معلوم، فلا يجوز أن يأخذ به رهنا، لأن المستحق عليه من العمل تعين عليه ولا يقوم غيره مقامه فيه وما يتعلق بالأعيان فلا يجوز أخذ الرهن -به- كالعواري، والغصوب، فإن كانت الإجارة في الذمة، وهو أن يستأجر منه في نمته بناء دار أو عمل معلوم فلا يخلو ذلك من أحد أمرين، إما أن يكون قد دفع الأجرة إليه أو لم يدفعها. فإن كان لم يدفع إليه الأجرة، لم يجز أن يأخذ منه رهنا لأن الرهن وثيقة -في الحق المستحق- والعمل قبل دفع الأجرة غير مستحق، فإن كان قد دفع الأجرة إليه ففي جواز أخذ الرهن في العمل وجهان:

الوجه الأول: لا يجوز أخذ الرهن فيه، لأن استيفاء العمل من الرهن غير ممكن. الوجه الثاني: أن أخذ الرهن فيه جائز، لأنه حق مستقر في الذمة له قيمة يمكن استيفائها من الرهن فجاز كالدين"^(١).

وأريد أن أتبه إلى أن العين إذا كانت أمانة، كالوديعة مثلا، وإن كان الرد واجبا على الوديع إلا أنه لا يجوز أخذ الرهن في مقابل ردها لأنه لا فائدة من التوثيق بالرهن عندها، لأن القول قول الأمين في الرد والهلاك^(٢). فيلحق الراهن ضرر بسبب احتباس العين المرهونة بدون فائدة، إذ لا ضرر ولا ضرار في الشريعة.

وأما إذا كانت العين مضمونة فيجوز أخذ الرهن في مقابل ردها، لأنه يتمكن من استيفاء قيمتها عند عدم ردها من ثمن العين المرهونة، جاء في كشف القناع من كتب الحنبلية: "يصح أخذ الرهن على عين مضمونة، كالغصوب والعواري، والمقبوض على وجه السوم، والمقبوض بعقد فاسد، لأن مقصود الرهن الوثيقة بالحق، وهذا حاصل، فإن الرهن بهذه الأعيان، يحمل السراهن على أدائها، وإن تعذر أداؤها استوفى به لها من ثمن الرهن فأشبهت ما في الذمة"^(٣).

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص٣٨١.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٣٩٨.

وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٥٥-٥٦.

(٣) البهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٢٤.

وجاء في حاشية الخرشي: "وارتهن إن أقرض أو باع أو يعمل له... وله صورتان: إحداهما... أن المستأجر يدفع رهنا لعامله في أجرته التي تجب له على مستأجره على تقدير أن يعمل، والثانية: أن يستأجر أجيراً يعمل له عملاً وينقده بالأجرة، ويخشى أن يعطل فيأخذ منه رهناً على أنه إن عطل استأجر من الرهن من يعمل له ذلك العمل وهذه صحيحة أيضاً"^(١).

وعليه فإذا كان العمل متعلقاً بالذمة جاز أخذ الرهن في مقابله، وإذا تعلق العمل كذلك بعين مضمونة جاز أخذ الرهن في مقابله، أما أخذ الرهن في مقابل رد الأمانة فلا يصح لعدم الفائدة لأن الأمين إذا ادعى الرد أو التلّف صدق بيمينه، وعليه فلا فائدة من التوثيق. والله أعلم

المسألة الثانية: توثيق الحق إذا كان فعلاً أو عملاً بالكفالة

جاء في البدائع من كتب الحنفية عند ذكر شروط الحق المكفول به، قال: "أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل، سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً ليس بدين ولا عين ولا نفس... وأما الفعل فهو فعل التسليم في الجملة، فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن، لأن المبيع مضمون التسليم على البائع، والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين، فكان المكفول به مضموناً على الأصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به"^(٢).

وكذلك الحال عندهم بالنسبة للعمل أو الفعل الوارد على العين المستأجرة، فإن كانت الإجارة واردة على عين بذاتها لیتسوفي منها عملاً أو فعلاً فلا تصح الكفالة، وإن كانت الإجارة واردة على عمل أو فعل مضمون في الذمة فتصح الكفالة بذلك، جاء في بدائع الصنائع: "ولو استأجر للعمل، فكفل رجل بالحمل، فإن كانت الدابة بعينها لم تجز الكفالة بالحمل وإن كانت بغير عينها جازت"^(٣). والمالكية والشافعية يوافقون الحنفية على ذلك. جاء في الذخيرة من كتب المالكية: "متى كانت الإجارة على عمل رجل معين أو حمل مائه بعينها جازت الحماله بالأجرة إن مات المعين أو استحق، ويمتنع بالعمل والحمل، أو مضمونة جازت بالعمل، لأنه مضمون على الأصيل"^(٤).

وجاء في مغني المحتاج من كتب الشافعية: "يصح ضمان رد كل عين ممن هي في يده مضمونة عليه كمغصوبة ومستعارة ومستامه وبيع لم يقبض كما يصح بالبدن بل أولى... أما إذا لم تكن

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، ج٦، ص١٥١-١٥٢.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٩٨.

(٣) المصدر السابق، ج٧، ص٣٩٨-٣٩٩.

(٤) القرافي، الذخيرة، ج٩، ص٢٢٠.

العين مضمونة على من هي بيده كالوديعة والمال في يد الشريك والوكيل والوصي فلا يصح ضمانها لأن الواجب فيها التخلية دون الرد^(١). وعليه فإذا كان الحق غير مضمون على الأصيل فلا تصح الكفالة به، جاء في التهذيب من كتب الشافعية: "ولو رهن شيئاً من رجل -قبل التسليم ضمن رجل للمرتهن تسليم الرهن- لم يصح لأن تسليم الرهن غير لازم على الراهن، فهو كضمان ما لا يلزم"^(٢). وكذلك الحنبلية يجيزون الكفالة بالعمل أو الفعل إذا كان مضموناً^(٣). وعليه فالكفالة بالعمل أو الفعل المضمون الواجب على الأصيل صحيحة عند أهل العلم لأنه بمقدور الكفيل الوفاء به بنفسه أو بماله.

وأما الحوالة فلا تصح بالعمل أو الفعل وسائر الحقوق لعدم إمكان النقل الحكمي فيها إذ لا يتصور النقل الحكمي إلا في الدين. والله أعلم

الفرع السابع: توثيق الحق إذا كان المحل حداً أو قصاصاً "الحقوق غير المالية"

القصاص والحدود والعقوبات بشكل عام، هي من الحقوق غير المالية، وهذه الحقوق يصح توثيقها بالشهادة والكتابة، لعموم الأدلة الواردة بالإشهاد والكتابة في الحقوق، ولكن ما حكم أخذ الرهن والكفالة أو الحوالة في مقابل هذه الحقوق؟ وهذا شرح وتفصيل لذلك:

المسألة الأولى: توثيق الحقوق غير المالية بالرهن

اتفقت كلمة أهل العلم على أن الرهن في مقابل الحقوق غير المالية لا يصح، لتعذر استيفاء هذه الحقوق من العين المرهونة.

جاء في الحاوي الكبير من كتب الشافعية: "فالحقوق ضربان: ضرب يجب في مال، وضرب في غير مال، فأما الحقوق التي لا تجب في الأموال، فكالقصاص، وحد القذف، وفي معناه، المطالبة بالشفعة، والرد بالعيب، فهذا وما شاكله لا يجوز أخذ الرهن فيه، وإن جازت الشهادة فيه، وإنما لم يجر أخذ الرهن فيه، لأن الرهن وثيقة في مال يستوفى الحق منه عند تعذره، وما ليس بمال

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٢٠٥.

(٢) البيهقي، التهذيب، ج٤، ص١٧٨.

(٣) البيهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٣٢.

قد لا يمكن استيفاء الحق منه، فلم يجز أخذ الرهن فيه^(١)، والمذاهب الأخرى يتفقون مع الشافعية في هذه المسألة.

جاء في بدائع الصنائع من كتب الحنفية: "وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص في النفس وما دونها أنه لا يجوز.... وعلى هذا أيضاً يخرج الرهن بالشفعة أنه لا يصح لأن حق الشفعة لا يحتمل الاستيفاء من الرهن، فلم يصح الرهن به"^(٢). والله أعلم

المسألة الثانية: توثيق الحقوق غير المالية بالكفالة

اتفقت كلمة أهل العلم على أن الكفالة بالحقوق غير المالية لا تصح، والمراد هنا الكفالة بعين الحق وذاته، لأنه لا سبيل إلى استيفاء الحق من الكفيل ولا من ماله، وأما الكفالة ببدن أو نفس من عليه حق، سواء كان الحق مالياً أو غير مالي فصحيحة عند أهل العلم.

جاء في الجامع لأحكام القرآن: "إذ الحمالة في الحدود ونحوها -بمعنى إحضار المضمون فقط- جائزة مع التراضي، غير لازمة إذا أبى الطالب، وأما الحمالة في مثل هذا على أن يلزم الحميل ما كان المضمون من عقوبة فلا يجوز إجماعاً"^(٣).

وجاء في بدائع الصنائع: "أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل، ليكون العقد مفيداً، فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص، لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها"^(٤)، وذكر في مغني المحتاج: "أن القصاص وحد القذف والأخذ بالشفعة لا تصح الكفالة بها"^(٥)، وجاء في المعونة من كتب المالكية: "وهي جائزة بكل حق يمكن استيفاؤه من الضامن لأن فائدتها قيام الضامن مقام الغريم في شغل ذمته بالحق الذي عليه ولا يجوز في الحدود لتعذر هذا المعنى فيها لأن استيفاءها من الضامن غير جائز"^(٦).

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص٩٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٨، ص١٧٢.

وينظر: البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٥٣.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٤٢٥-٤٢٦.

(٣) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٩، ص٢٤٠.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤٠٠.

(٥) الشريبي، مغني المحتاج، ج٣، ص٢٠٥.

(٦) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١٢٣٠.

وهذا الأمر ينطبق على سائر الحقوق غير المالية، إذ لا يمكن أن يقوم الضامن مقام الغريم في اشتغال ذمته بالحق لأنه لا سبيل إلى ذلك، فلا يتصور هذا الأمر لا في حق الشفعة ولا في حق الحضانة مثلا، وعليه فالكفالة بذات الحق إذا كان غير مالي لا تصح وأما الكفالة بيد من عليه الحق فصحيحة، إلا أن بعض أهل العلم ذهب إلى عدم صحة الكفالة بيد من عليه حد من الحدود لأن مبناها على الدراء بالشبهة لا على التوثيق والاستيثاق^(١)، ولا تتصور الحوالة بهذه الحقوق. والله أعلم

المطلب الخامس : كاتب الوثيقة وشروطه

كاتب الوثيقة يجب أن يكون عارفا بصناعة الكتابة متصفا بالصدق والأمانة والعدل ، والدليل على ذلك قوله تعالى ﴿ وَكِتَابٌ يَتَكُم كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ﴾^(٢) ، جاء في تفسير القرطبي : " أما المنتصبون لكتبتها فلا يجوز للولاة أن يتركوهم إلا عدولا مرضيين ، قال مالك رحمه الله تعالى : لا يكتب الوثائق بين الناس إلا عارف بها عدل في نفسه مأمون " ^(٣) وكذلك ما ثبت في الأثر عن الخليفة أبي بكر وأمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنهما عندما اتفقا على جمع القرآن ووقع اختيارهما على زيد بن ثابت رضي الله عنه للقيام بهذه المهمة ، وقال له أبو بكر رضي الله عنه : "إنك رجل شاب عاقل لا نتهمك وقد كنت تكتب الوحي لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فتتبع القرآن فاجمعه " ^(٤) ، فاختار ابي بكر لزيد رضي الله عنهما ، إنما كان بسبب كون زيد رضي الله عنه عاقلا أميناً عارفاً بالكتابة قادراً على القيام بالمهمة الموكلة إليه^(٥) ، ومنها أخذ العلماء شروط الكاتب للوثائق فاشتروا في الكاتب أن يكون عفيفاً صالحاً من أهل الشهادة له معرفة في الفقه ^(٦) .

(١) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٩٨-٩٩.

(٢) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

(٣) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج٣ ، ص٣٨٤ .

(٤) البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب فضائل القرآن ، باب : جمع القرآن ، حديث رقم ٤٩٨٦ ، ص١٠٦٥ .

(٥) العسقلاني ، فتح الباري ، ج١٠ ، ص١٦ .

(٦) الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج٩ ، ص١٢٨ .

وينظر : عليش ، منح الجليل ، ج٨ ، ص٢٩٠ .

الفصل الثاني: مسوغات التوثيق ، وفيه ستة مباحث:

- المبحث الأول: الجحود، وفيه أربعة مطالب
- المبحث الثاني: الإعسار، وفيه ثلاثة مطالب
- المبحث الثالث: المظل، وفيه ثلاثة مطالب
- المبحث الرابع: الموت، وفيه ثلاثة مطالب
- المبحث الخامس: كساد النقود وانقطاعها، وفيه مطلبان
- المبحث السادس: الإفلاس، وفيه ثلاثة مطالب

مسوغات التوثيق، أو الأسباب التي تدعو إلى التوثيق: هي تلك الأمور التي تجعل صاحب الحق يطلب الوثيقة خوفاً من ضياع حقه، إما بسبب أمور تتعلق بشخص المكلف وأرادته، كأن يخشى صاحب الحق من المطلوب منه الحق أن يجحده حقه وينكره أو يماطله حتى يضيع الحق، وإما بسبب أمور خارجة عن نطاق إرادة المكلف أو الشخص المطلوب منه الحق، مثل الموت أو الإفلاس بسبب ذهاب ماله بغرق أو حريق أو كساد نقود أو خسارة فادحة، فهذه الأمور كلها من مسوغات التوثيق، وحتى لو لم تكن هذه الأمور متوقعة فإن الاحتياط والحزم يقتضي دائماً الأخذ بالوثيقة، وإلى ذلك أرشدت الشريعة، قال تعالى: ﴿وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهَ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ﴾^(١)، فانظر إلى الآية الكريمة، كيف أرشدت إلى عدم التهاون بكتابة الوثيقة حتى لو كان الحق صغيراً حفظاً للحقوق. والله أعلم.

(١) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

المطلب الثاني: ما يكون به الحدود

جاء في كتاب بدائع الصنائع من كتب الحنفية: "تم الإنكار نوعان: نص، ودلالة، أما النص: فهو صريح الإنكار، وأما الدلالة: فهو السكوت عن جواب المدعي من غير آفة، لأن الدعوى أوجبت الجواب عليه"^(١).

والقاعدة الفقهية معروفة، وهي قولهم: "لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان"^(٢). إلا أن الشطر الثاني من القاعدة ليس على إطلاقه، إنما ذلك في مسائل معدودة ومعروفة عند أهل العلم، فمثلاً سكوت البكر في النكاح يعتبر إذناً للأب أما الثيب التي سبق لها الزواج فسكوتها لا يعتبر إذناً للأب في تزويجها، والمدعى عليه إذا سكت عن الإجابة يجعله كالمنكر الناكل، فلذلك تردّ اليمين على المدعي^(٣).

ولما كان الإنكار في حقيقته نفي للشيء المدعى به، وهناك في اللغة الكثير من حروف المعاني الموضوعية أصلاً للنفي مثل: "لم، لا، ما"^(٤) وليس^(٥)، وكذلك الجمل المستعملة في تكذيب المدعي مثل قول المدعى عليه للمدعي أنت كاذب، فهذا كله من الإنكار بالنص ومنه لو قال المدعي أعطيتك ألف دينار، فأجاب المدعى عليه: لم تعطني شيئاً، أو لم آخذ منك شيئاً، فهذا إنكار. ولكن في بعض الحالات قد يجيب المدعى عليه إجابة غير واضحة، كأن يدعي المدعي ألف دينار فيجيب المدعى عليه بقوله: "لا أقر ولا أنكر، وأصرّ على ذلك، اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هذا إنكار، وقال بعضهم هذا إقرار، والأولى أشبه، لأن قوله لا أنكر إخبار عن السكوت عن الجواب، والسكوت إنكار على ما مر"^(٦). وعليه فالإنكار إما أن يكون باللفظ المنطوق أو بالسكوت عن الجواب.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ٤٢٩.

(٢) الزرقاء، أحمد محمد، شرح القواعد الفقهية، ط ٢، اعتنى به: الشيخ مصطفى أحمد الزرقاء، (دمشق: دار القلم، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م)، ص ٣٣٧.

(٣) السيوطي، عبدالرحمن بن الكمال، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ط ١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م)، ص ١٤٢.

(٤) الغلابيني، مصطفى، جامع الدروس العربية، ط ٢١، اعتنى به: د. عبدالمنعم خفاجه، (صيدا-بيروت: المكتبة العصرية، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م)، ج ١، ص ٢٥٤.

(٥) المصدر السابق، ج ٢، ص ٢٧.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ٤٢٩.

وينظر: الكلبولي، مجمع الأنهر، ج ٣، ص ٣٤٧-٣٤٨.

المطلب الثالث: حكم الجحود، وعقوبته

الجحود وإنكار الحقوق نوع من أكل أموال الناس بالباطل، وهو كذلك من الغصب المحرم، وفاعل ذلك يكون مرتكباً لكبيرة من كبائر الذنوب، والأدلة على تحريم الجحود كثيرة.

أولاً: قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْخِلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(١).

فمن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: (هذا في الرجل يكون عليه مال وليس عليه فيه بينة، فيجحد المال ويخاصمهم إلى الحكام وهو يعرف أن الحق عليه وقد علم أنه أثم أكل حرام)^(٢).

ثانياً: جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: (إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار)^(٣). وعليه، فقضاء القاضي لا يحرم حلالاً ولا يحل حراماً^(٤). وأن من أخذ من مال أخيه شيئاً بغير حق فكأنما يقطع قطعة من النار يتعذب فيها يوم القيامة، فمن جحد شيئاً من أموال الناس فالواجب أن يرده إلى صاحبه وأن يتوب إلى الله تعالى من مثل هذا العمل، والجادد لأموال الناس تجوز عقوبته تعزيراً على فعله، قال تعالى: ﴿لَا يُجِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلِمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعاً عَلِيماً﴾^(٥) فالمظلوم له أن ينتصر ممن ظلمه ويجهر له بالسوء من القول^(٦).

(١) سورة البقرة، الآية رقم (١٨٨).

(٢) السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر، الدر المنثور في التفسير المأثور، ط١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ-١٩٩٠م) ج١، ص٣٦٦-٣٦٧.

(٣) البخاري: صحيح البخاري، باب: موعظة الإمام للخصوم، حديث رقم (٧١٦٩)، ص١٤٣١.

(٤) العسقلاني، فتح الباري، ج١٥، ص٧٦.

(٥) سورة النساء، الآية رقم (١٤٨).

(٦) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٦، ص١.

وفي الحديث: (لِيَ الْوَاجِدُ^(١) يَحِلُّ عَرْضُهُ وَعَقُوبَتُهُ) ^(٢)، ومعنى يَحِلُّ عَرْضُهُ وَعَقُوبَتُهُ بَأَن يَقُولُ ظَلَمَنِي وَمَطَلَنِي وَعَقُوبَتُهُ الْحَبْسُ وَالتَّعْزِيرُ^(٣)، وَالْجَادِدُ شَرٌّ مِنَ الْمَمَاطِلِ، فَمَتَى ثَبِتَ أَنَّهُ جَادِدٌ وَجِبَتْ عَقُوبَتُهُ بِالْحَبْسِ وَالتَّعْزِيرِ، حَتَّى إِنْ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ ذَهَبَ إِلَى أَنَّ الَّذِي يَجِدُ الْعَارِيَةَ خَاصَّةً تَقَطُّعَ يَدِهِ، مِثْلَهُ كَمِثْلِ السَّارِقِ^(٤)، وَهُنَا مَسْأَلَةٌ اِخْتَلَفَ فِيهَا أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ، تَعْرِفُ بِمَسْأَلَةِ الظَّفَرِ^(٥)، وَصَوْرَتَهَا عَلَى سَبِيلِ الْمَثَالِ، أَنَّ يَجِدُ الْوَدِيعَ الْوَدِيعَةَ ثُمَّ إِنْ الْمَوْدِعُ يَظْفَرُ بِمَالِ الْوَدِيعِ فَيَأْخُذُهُ فِي مَقَابِلِ وَدِيعَتِهِ الَّتِي جَدَّهَا الْوَدِيعُ^(٦)، فَهَلْ يَجُوزُ ذَلِكَ؟ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ فِي الْمَسْأَلَةِ:

القول الأول: ذهب الحنبلي^(٧) وهو الصحيح عند المالكية^(٨)، إلى أن ذلك لا يجوز، واستدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: (أَدَّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ اتَّيَمَّنَكَ وَلَا تَخُنْ مِنْ خَانَكَ)^(٩)، جَاءَ فِي كَشَافِ الْقَنَاعِ مِنْ كِتَابِ الْحَنْبَلِيَّةِ: "وَمَنْ لَهُ عَلَى إِنْسَانٍ حَقٌّ لَمْ يُمْكِنَ أَخْذُهُ مِنْهُ بِحَاكِمٍ وَقَدَّرَ لَهُ، أَيْ لِلْمَدِينِ عَلَى مَالٍ، لَمْ يَجُزْ، أَيْ يَحْرَمُ عَلَى رَبِّ الْحَقِّ فِي الْبَاطِنِ أَخْذَ قَدْرِ حَقِّهِ، لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (أَدَّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ اتَّيَمَّنَكَ وَلَا تَخُنْ مِنْ خَانَكَ)، وَقَوْلُهُ: وَلَا يَحِلُّ مَالٌ

(١) اللَّيِّ: الْمَطْلُ، وَهُوَ مَنَعٌ مَا اسْتَحَقَّ أَدَاؤُهُ، وَالْوَاجِدُ: الْمَوْسِرُ.

وَيَنْظُرُ: النَّوَوِيُّ، شَرْحُ صَحِيحِ مُسْلِمٍ، م٥، ج١٠، ص٤٨٦.

(٢) السَّجِسْتَانِيُّ، سَنَّ ابْنَ دَاوُدَ، بَابُ: فِي الْحَبْسِ فِي الدِّينِ وَغَيْرِهِ، حَدِيثٌ رَقْمٌ: ٣٦٢٢٨، ص٥٧٥، وَالحَدِيثُ صَحْحُهُ ابْنُ حَيَّانٍ وَعَلَّقَهُ الْبُخَارِيُّ، يَنْظُرُ: الصَّنَعَانِيُّ، مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ، سَبِيلُ السَّلَامِ شَرْحُ بُلُوغِ الْمَرَامِ، تَحْقِيقٌ: اِبْرَاهِيمَ عَصْرٍ، (الْقَاهِرَةُ: دَارُ الْحَدِيثِ)، م٢، ج٣، ص٨٧٦.

(٣) النَّوَوِيُّ، شَرْحُ صَحِيحِ مُسْلِمٍ، م٥، ج١٠، ص٤٨٦-٤٨٧.

(٤) الْعَظِيمُ أَبَادِي، عَوْنُ الْمَعْبُودِ شَرْحُ سَنَّ أَبِي دَاوُدَ، م٦، ج١٢، ص٤٥. وَيَنْظُرُ: ابْنُ قَدَامَةَ، الْكَافِيُّ، ج٤، ص٨٧.

(٥) الْعَيْنِيُّ، عَمْدَةُ الْقَارِي، ج١٣، ص١٠.

(٦) ابْنُ بَطَّالٍ، شَرْحُ ابْنِ بَطَّالٍ عَلَى صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ، ج٦، ص٤٨١.

(٧) الْبِهَوْتِيُّ، كَشَافِ الْقَنَاعِ، ج٦، ص٣٥٧.

(٨) ابْنُ بَطَّالٍ، شَرْحُ ابْنِ بَطَّالٍ عَلَى صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ، ج٦، ص٤٨١.

(٩) السَّجِسْتَانِيُّ، سَنَّ ابْنَ دَاوُدَ، بَابُ: فِي الرَّجْلِ يَأْخُذُ حَقَّهُ مِنْ تَحْتِ يَدِهِ، حَدِيثٌ رَقْمٌ: ٣٥٣٤، ص٥٦٢.

وَهَذَا الْحَدِيثُ قَدْ طَعَنَ بِهِ بَعْضُ أَهْلِ الْحَدِيثِ وَصَحَّحَهُ بَعْضُهُمْ، وَلِذَا قَدَّمَ الشُّوكَايَ: إِنَّهُ يَنْتَهِضُ بِهِ فِي أَمْرِ الْأَحْكَامِ لِتَعَدُّدِ طَرَفِهِ وَلِتَصْحِيحِ بَعْضِ أَثْمَةِ الْحَدِيثِ لَهُ.

يَنْظُرُ: الشُّوكَايَ، نَيْلُ الْأَوْطَارِ، م٣، ج٥، ص٢٩٧-٢٩٨.

وَقَالَ عَنْهُ التِّرْمِذِيُّ: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ، يَنْظُرُ: التِّرْمِذِيُّ، سَنَّ التِّرْمِذِيُّ، حَدِيثٌ رَقْمٌ: ١٢٦٤، ج٢، ص٢٩٢.

امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه، ولأن التعيين والمعاوضة لا يجوز بغير رضا المالك^(١).

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أن رب الحق له أن يأخذ إذا كان من جنس حقه وأما إذا كان من غير جنس حقه فلا يأخذ إلا أحد النقيدين بدل الآخر، ويروى عن أبي حنيفة المنع مطلقاً^(٢) إلا أن العيني^(٣) قال: "قلت: مذهبنا أنه بخس حقه فله أن يأخذه وإلا فلا"^(٤) واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾^(٥). فظاهر الآية يرشد إلى أخذ مثل الحق وهذا لا سبيل إليه إلا إذا اتحد الجنس^(٦).

القول الثالث: ذهب الشافعية إلى جواز الأخذ مطلقاً سواء اتحد الجنس أم اختلف. جاء في شرح صحيح مسلم: "ومنها أن من له على غيره حق وهو عاجز عن استيفائه يجوز له أن يأخذ من ماله قدر حقه بغير إذنه وهذا مذهبنا"^(٧). واستدل الشافعية بحديث عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها، قالت: (جاءت هند بن عتبة بن ربيعة إلى النبي عليه السلام فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل مسيك، فهل عليّ حرج أن أطعم من الذي له عيالنا؟ فقال: لا حرج عليك أن تطعميهم بالمعروف)^(٨) والحديث يرشد إلى أن صاحب الحق له أن يأخذ قدر حقه من مال غريمه الذي ظلمه حقه^(٩)، إلا أن الشافعية

(١) البهوتي، كشف القناع، ج٦، ص٣٥٧.

(٢) العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، م٥، ج٩، ص٣٢٦.

(٣) العيني: بدر الدين العيني محمود بن أحمد، فقيه حنفي المذهب، مؤرخ من كبار المحنثين مولده في عام ٧٦٢هـ في بلدة عينتاب، له عدة مؤلفات في الفقه وغيره، توفي عام ٨٥٥هـ رحمه الله، ينظر: الزركلي، خير الدين، الأعلام قاموس تراجم، الطبعة الثانية عشرة، (بيروت: دار العلم للملايين، ١٩٩٧م)، ج٧، ص١٦٣.

(٤) العيني، عمدة القاري، ج١٣، ص١٠.

(٥) سورة النحل، الآية رقم (١٢٦).

(٦) المباركفوري، محمد عبدالرحمن، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، ط١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٨٠هـ-١٩٩٠م) ج٤، ص٤٠٠.

(٧) النووي، شرح صحيح مسلم، م٦، ج١٢، ص٢٤٨-٢٤٩.

وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٦، ص٤٠٠-٤٠٣.

(٨) البخاري، صحيح البخاري، باب: قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه، حديث رقم: ٢٤٦٠، ص٥٠٨.

(٩) النووي، شرح صحيح مسلم، م٦، ج١٢، ص٢٤٨-٢٤٩.

يُشترطون أن لا يؤدي الأمر إلى مفسدة أكبر، والأولى أن يرفع الأمر إلى القاضي لينصفه^(١).

والذي أميل إليه في هذه المسألة أن التورع عن الأخذ أولى، وإن أخذ فلا حرج، وأما قضية هند التي استدل بها الشافعية، فيجانب عنها، أنه لم يكن أمامها خيار إلا الأخذ لتطعم عيالها حتى لا يلحقهم الضرر، فلذلك أذن لها الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم بالأخذ رحمة بها وبعيالها^(٢)، ولأن الأخذ قد يؤدي إلى مفسدة أكبر، وعمومات النصوص الشرعية ترشد إلى أن مال المسلم لا يصح أخذه إلا بطيب نفس من صاحبه. والله أعلم

المطلب الرابع: طرق توثيق الحق خوفاً من الجحود

الحقوق بجميع أنواعها سواء كانت مالية أو غير مالية، إذا جردها الجاحد فلا سبيل إليها إلا عن طريق القضاء من خلال إثبات المدعي صحة نسبة هذه الحقوق إليه والأصل في هذا الباب قول النبي صلى الله عليه وسلم: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر)^(٣).

والبينة هي الحجة التي تكشف الحق ويظهر بها^(٤)، ومنها الشهادة ومنها الوثيقة المكتوبة فإذا كان المدعي لديه البيّنات والأدلة الكافية لإثبات الحق، فحقه محفوظ لا يضيع، ولكن إذا كان المدعي لا يملك البيّنات والأدلة الكافية لإثبات الحق، فأغلب الظن أن الحق يضيع عليه. وعليه فالشريعة الإسلامية أقرت وسيلتين لتوثيق الحق خوفاً من الجحود، وهما: الشهادة، والكتابة.

الوسيلة الأولى: الشهادة

الشهادة من وسائل الإثبات المعتمدة في الشريعة الإسلامية، ويمكن من خلالها إثبات جميع أنواع الحقوق سواء كانت مالية أو غير مالية، إلا أن نصاب الشهادة يختلف من حق إلى حق، وتكاد

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ج٦، ص٤٠٠-٤٠٣.

(٢) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٣، ص٥٣٧.

(٣) البيهقي، السنن الكبرى، باب: البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه، رقم الحديث: ٢١٢٠١، ج١٠، ص٤٢٧. والحديث إسناده صحيح، ينظر: الصنعاني، سبل السلام، م٢، ج٤، ص١٤٨٤.

(٤) الصنعاني، سبل السلام، م٢، ج٤، ص١٤٨٣.

ثبتت جميع الحقوق بشهادة رجلين إلا ما استثنى من الشهادة على حد الزنا، والحقوق المالية ثبتت بشهادة رجل وامرأتين^(١)، ومن الأدلة على ذلك قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾^(٢)، وجاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمدعي: (شاهدك أو يمينه)^(٣) وفي رواية أنه سأل المدعي: (ألك بينة)^(٤)، فهذه الآية الكريمة والأحاديث الشريفة ترشد إلى أن صاحب الحق إذا أقام البينة والشهود على حقه الذي يدعيه يكون بذلك قد حفظ حقه من الضياع لأن الحاكم يحكم وفق البينة الصحيحة، واختلف أهل العلم بعد ذلك على قولين في مسألة شهادة المختبئ، والمختبئ هو الذي يخفي عند التحمل^(٥)، أي تحمل الشهادة وسماعها. فيخفي الشاهد نفسه عن المشهود عليه لئلا يسمع إقراره أو كلامه، ولا يعلم المقر بالشاهد. وصورة المسألة أن يأتي صاحب الحق برجلين ويدخلهما بيتاً ويأمرهما أن يسمعا ويحفظا ما سمعا، وقعد برجل من وراء البيت - وهو المطلوب منه الحق - حتى أقر له بما له عليه من الحق، والشهود يسمعون دون علم المقر^(٦)، وأما أقوال أهل العلم في المسألة، فهي:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى عدم جواز شهادة المختبئ، وأن القاضي لا يقضي بها، وذلك لأن المختبئ لا يكون عدلاً حين اختبائه لتحمل الشهادة، ولما في ذلك من الاحتيال والمكر والتجسس المنهي عنه^(٧).

وجاء في تكملة رد المحتار من كتب الحنفية: "لا يجوز أن يشهد على من سمعه من وراء حائط أو من فوق البيت، وهو لا يراه، وإن عرف كلامه، لأن الكلام يشبه بعضه بعضاً"^(٨).

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٢١، ص ٣-١٠.

(٢) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

(٣) البخاري، صحيح البخاري، باب: اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، حديث رقم: ٢٦٧٠، ص ٥٥٥.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، باب: سؤال الحاكم المدعي هل لك بينة، قبل اليمين، حديث رقم: ٢٦٦٧، ص ٥٥٥.

(٥) ابن حجر، فتح الباري، ج ٥، ص ٥٧٦.

(٦) ابن بطال، شرح ابن بطال على صحيح البخاري، ج ٨، ص ٨.

(٧) العيني، عمدة القاري، ج ١٣، ص ٢٧٧.

(٨) محمد علاء الدين، فرة عيون الأخيار تكملة رد المختار، ج ١١، ص ١١٢.

القول الثاني: ذهب الجمهور، المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنبلية^(٣)، إلى جواز شهادة المختبئ وقبولها في الحكم، وقال عمرو بن حريث^(٤)، كذلك يفعل بالكاذب الفاجر^(٥).

واستدلوا بالحديث عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: (انطلق رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بن كعب الأنصاري يؤمان النخل التي فيها ابن صياد حتى إذا دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم طفق رسول الله صلى الله عليه وسلم يتقي بجذوع النخل وهو يَحْتَل أن يسمع من ابن صياد شيئاً قبل أن يراه وابن صياد مضطجع على فراشه في قطيفة له فيها مرمة أو زمزمة، فرأت أم ابن صياد النبي صلى الله عليه وسلم، وهو يتقي بجذوع النخل، فقالت لابن صياد: أي صاف هذا محمد، فتناهى ابن صياد، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لو تركته بيّن^(٦).

جاء في شرح ابن بطلال: "في حديث ابن عمر من الفقه جواز الاحتيال على المستترين بالفسق وجحود الحقوق، بأن يختفي عليهم حتى يسمع منهم ما يستترون به من الحق ويحكم به عليهم، ولكن بعد أن يفهم عنهم فهماً حسناً، لقوله صلى الله عليه وسلم: (لو تركته بيّن)^(٧).

والذي أميل إليه رأي الجمهور لصحة الحديث وهو نص في المسألة، ولكن بشرط أن لا يلجأ إلى هذه الوسيلة إلا إذا تعذرت أمامه كل السبل الأخرى، من أخذ حقه بالتالي هي أحسن.

(١) ابن بطلال، شرح ابن بطلال على صحيح البخاري، ج ٨، ص ٨.

(٢) العسقلاني، فتح الباري، ج ٥، ص ٥٧٦.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج ١٤، ص ٢١١-٢١٢.

(٤) عمرو بن حريث بن عمرو بن عثمان المخزومي من صغار الصحابة، ولأبيه صحبة، يكتب بأبي سعيد، سكن الكوفة، وشهد القادسية، توفي عام (٨٥هـ) رضي الله عنه.

ينظر: الجزري علي بن محمد بن الأثير، أسد الغابة في معرفة الصحابة، ط ١، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبدالموجود، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م)، رقم الترجمة (٣٩٠٢)، ج ٤، ص ٢٠٠-٢٠١.

(٥) البخاري، صحيح البخاري، باب: شهادة المختبئ، ص ٥٤٦.

(٦) البخاري، صحيح البخاري، باب: شهادة المختبئ، حديث رقم: ٢٦٣٨، ص ٥٤٦.

القطيفة: الكساء، الرمرمة والزمزمة: الصوت الخفي، ينظر: القسطلاني، إرشاد الساري، ج ٦، ص ٧٦-٧٧.

(٧) ابن بطلال، شرح ابن بطلال على صحيح البخاري، ج ٨، ص ٨.

الوسيلة الثانية: الكتابة، والقضاء بالوثيقة

أرشدت الشريعة إلى كتابة الدين وسائر الحقوق، وجعلها في وثائق احتياطاً لحفظ الحقوق، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(١)، إلا أن الوثيقة المكتوبة لا تعتبر حجة عند جمهور أهل العلم إلا بالإشهاد عليها^(٢)، والوثائق الخطية نوعان: رسمية، وعرفية، فالرسمية هي تلك الوثائق الصادرة من جهة الدولة ومؤسساتها، وهذه تشمل كل من البراءات السلطانية، وكتاب القاضي، وديوان القضاة، وأما العرفية فهي الوثائق التي يكتبها الأفراد في معاملاتهم فيما بينهم مثل الكتابة التي تتضمن شهادة، وكتابة الحقوق في دفاتر البائعين والسامسة، والرسائل، وكذلك الكتابة التي تتضمن صكوك العقود بين المتعاملين، وتفصيل أحكام هذه الوثائق يطول وقد استوفى أحكامها شرحاً وتفصيلاً الدكتور محمد الزحيلي في كتابه "وسائل الإثبات" فتتظر هناك^(٣)، وأهل العلم بعد ذلك حكموا بالوثيقة في كثير من المسائل من غير الإشهاد عليها عند كتابتها. وهي مسائل عديدة، منها:

أولاً: ذهب الحنفية إلى جواز الإقرار بذكر الحق عن طريق الرسائل، جاء في المبسوط من كتب الحنفية: "إن كتب رجل كتاباً على رجل، من فلان إلى فلان، أما بعد: فإن لك عليّ من قبل فلان كذا وكذا درهماً، فذلك جائز عليه إذا كتب ما يكتب الناس في الرسائل"^(٤) والحنفية أجازوا ذلك استحساناً لجريان العرف والعادة بذلك، ولذلك أجاز الحنفية العمل بما في كتاب البياع والسمسار من حقوق للأخرين، جاء في تكملة رد المحتار من كتب الحنفية: "وعليه فما يوجد في دفاتر التجار في زماننا إذا مات أحدهم وقد حرر بخطه ما عليه في دفتره الذي يقرب من اليقين أنه لا يكتب فيه على سبيل التجربة والهزل، يعمل به، والعرف جار بينهم بذلك فلو لم يعمل به لزم ضياع أموال الناس إذ غالب بيعاتهم بلا

(١) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٣، ص٣٨٢.

وينظر: العمراني، البيان، ج١٣، ص٩٨.

وينظر: المرغيناني، الهداية، م٢، ج٣، ص١١٧-١١٨.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج١٤، ص٧٩-٨٠.

(٣) الزحيلي، محمد، وسائل الإثبات، ج٢، ص٤٤٢-٤٦٦.

(٤) السرخسي، المبسوط، م٩، ج١٨، ص١٥٠.

شهود... إلى أن قال: ثم لا يخفى أنا حيث قلنا بالعمل بما في الدفاتر فذاك فيما عليه... أما فيما له على الناس فلا ينبغي القول به^(١).

وجاء في حاشية الخرشي من كتب المالكية: "لو كتب في الأرض أن لفلان عليّ كذا، وقال اشهدوا عليّ لزمه، وإلا فلا، وفي صحيفة أو لوح أو خرقة يلزمه مطلقاً، ولو كتب على الماء أو في الهواء فلا يلزمه"^(٢)، فقوله "يلزمه مطلقاً" يدل على أن الإقرار بالكتابة يلزم المقر ولو من غير إشهاد على الوثيقة.

ثانياً: ذهب الحنبليّة في الصحيح عندهم، أن من كتب وصية ولم يشهد عليها أحداً أنه يحكم بما فيها ما لم يعلم رجوعه عنها.

جاء في المغني: "من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه، ولم يشهد فيها وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها"^(٣).

ثالثاً: الوديعة إذا كتب الوديع بخطه، إنها وديعة فلان، ثم مات الوديع، فجاء المودع يطلبها. فإنه يأخذها، ويقضى له بها عملاً بالخط المكتوب عليها، حتى ولو كان الكاتب صاحبها^(٤).

جاء في منح الجليل من كتب المالكية: "وإن ادعى شخص أن له وديعة عند ميت ووجدت في تركته مكتوباً عليها أنها للمدعي أخذها"^(٥)، وذهب الحنبليّة في الصحيح عندهم إلى مثل ذلك، جاء في كشف القناع من كتب الحنبليّة: "وإن وجد وارث خط مورثه، لفلان عندي وديعة أو وجد على كيس ونحوه، مكتوب، هذا لفلان عمل الوارث به وجوباً كما يعمل بإقراره باللفظ... إلى أن قال: وإن وجد وارث خطه، أي خط مورثه بدين عليه لمعين عمل الوارث به وجوباً، ودفع الدين إلى من هو مكتوب باسمه كالوديعة^(٦)، وعليه فأهل العلم من المذاهب المختلفة يعتمدون الكتابة كوسيلة للإثبات يقضى بها في كثير من المسائل من غير أن يشهد بها أو عليها أحد وأما مع الإشهاد فهي حجة باتفاق. والمجلة أخذت بذلك فقد جاء في المادة رقم: (١٦١٢) ، ما يلي : " إذا ظهر كيس مملوء بالنقود

(١) محمد علاء الدين، قرّة عيون الأخبار تكملة رد المحتار، ج ١١، ص ١١٥-١١٦.

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٦، ص ٤٣٦.

وينظر: ابن فرحون، التبصرة، ج ٢، ص ٥٧.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٤٧٠.

(٤) الأبي، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ٢١٣.

(٥) عليش، منح الجليل، ج ٧، ص ٢٥.

(٦) البيهوتي، كشف القناع، ج ٤، ص ١٨٣.

في تركة متوفٍ ملصق عليه بطاقة محرر فيها بخط المتوفي أن هذا الكيس مال فلان وهو عندي أمانة يأخذه ذلك الرجل من التركة ولا يحتاج إلى إثبات بوجه آخر^(١). والإقرار بالكتابة معتبر سواء حصل من الناطق أو من الأخرس فلو ادعى شخص على آخر عشرة دنائير دينا فأبرز المدعى عليه سندا من المدعي يتضمن الإقرار بقضاء الدين وأقر المدعي بكتابة السند سقط الدين وثبت الوفاء^(٢).

المبحث الثاني: الإعسار ، وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: تعريف الإعسار لغة واصطلاحاً " ألفاظ ذات صلة " .

المطلب الثاني: حكم الإعسار وثبوته.

المطلب الثالث: طرق معالجة تعثر الدين بسبب الإعسار.

إذا جاء الدائن إلى المدين يطلب منه حقه، فقال المدين للدائن، أمهلني أو أنظرنني فأنا معسر، ولا أجد ما أقضيك، فما هو موقف الدائن من مدينه المعسر؟ وما هو الإعسار؟ وبماذا يثبت؟ وما هي طرق توثيق الحق أو الحقوق التي أقرتها الشريعة للوقاية من الإعسار؟ وتوضيح ذلك فيما يأتي.

(١) حيدر ، علي ، درر الحكام ، م ٤ ، ج ١٣ ، ص ١٤٣ .

(٢) المصدر السابق ، م ٤ ، ج ١٣ ، ص ١٣٧-١٣٨ .

المطلب الأول: تعريف الإعسار لغة واصطلاحاً .

أولاً: الإعسار في اللغة:

العسرة: ضد الميسرة ، والعسر: الضيق، والشدة، والصعوبة.
والعسرة: قلة ذات اليد، وكذلك الإعسار، وهو مصدر أعسر^(١).

ثانياً: الإعسار في الاصطلاح:

جاء في المذهب من كتب الشافعية: "وإن كان معسراً: وهو الذي لا يقدر على النفقة بمال ولا كسب" وعكسه الموسر: وهو الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه^(٢)
وقيل المعسر: هو من لا يملك ما يخرج من المسكنة ولو مكتسباً^(٣).
وعليه فالإعسار: هو عدم القدرة على النفقة أو قضاء الدين بمال أو كسب.

المطلب الثاني: حكم الإعسار وثبوته

إذا ظهر وثبت أن المدين معسر غير قادر على الوفاء، بسبب إعساره، فإنه يُنظر وجوباً إلى حال الميسرة^(٤)، ودليل ذلك، قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٥)، وهذا الحكم محل اتفاق بين أهل العلم^(٦). ويثبت الإعسار بأحد أمور ثلاثة، وهي:

الأول: إقرار الدائن أن مدينه معسر، وذلك كأن يدعي المدين أنه معسر فيصدقه الدائن، فيثبت الإعسار بذلك^(٧).

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج٤، ص٢٩٣٨-٢٩٣٩.

(٢) الشيرازي، المذهب، ج٤، ص٦٠٦.

(٣) الأنصاري، فتح الوهاب، ج٢، ص٢٠٠.

(٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٣، ص٣٧١.

(٥) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٠).

(٦) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، م١، ج٢، ص٩٠.

وينظر: الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٥، ص٤٩٧.

وينظر: الشيرازي، المذهب، ج٣، ص٢٤٤.

وينظر: البهوتي، الروض المربع، ص٢٨٦.

(٧) ابن قدامة، محمد بن أحمد، الشرح الكبير على متن المقنع، (بيروت: دار الفكر)، ج٤، ص٤٩٦-٤٩٧.

وينظر: الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج٢، ص٩٠.

الثاني: شهادة البيئنة، وهي أن يشهد رجلان أو ثلاثة عند بعض أهل العلم على أن المدين معسر^(١)، إلا أن الحنفية قالوا: لا تسمع بيئنة المعسر إلا بعد حبسه^(٢)، وعند الشافعية^(٣) والحنبلية^(٤) تسمع في الحال، بشرط أن يكون الشهود من أهل الخبرة الباطنة، الذين يعلمون حقيقة الحال لكثرة مخالطتهم للمشهود عليه والوقوف على حاله^(٥).

الثالث: الأصل أن القول في الإعسار هو قول المدين بيمينه في حال عدم وجود البيئنة من طرف المدعي، فإذا حلف المدين ثبت الإعسار بذلك. وأما إذا كانت ديونه في مقابلة مال، كأثمان المبيعات وبدل القرض، فلا يقبل منه دعواه الإعسار لثبوت يساره بما صار إليه في مقابلة دينه، ولا تقبل دعواه الإعسار إلا إذا أقام المدين البيئنة على إعساره^(٦). وعلى كل حال فمتى ثبت الإعسار وجب انظار المدين إلى حال الميسرة. والله أعلم

إلا أن أهل العلم بعد ذلك اختلفوا في بعض المسائل التي تعتبر من المؤيدات أو الإجراءات التي منحتها الشريعة لصاحب الحق لتمكنه من الحصول على حقه، يمكنه اللجوء إليها عند الحاجة إذا أراد ذلك، وذلك مثل:

أولاً: ملازمة الغريم - المدين - ولو كان معسراً.

ذهب الحنفية إلى أن الدائن يجوز له ملازمة المدين بعد ثبوت إعسار المدين^(٧)، واستدلوا من المعقول، فقالوا: إن زوال العسرة متوقع في كل وقت، كأن يرث شيئاً من قريبه، أو يهب له أحد الناس هبة، أو يكسب فوق حاجته فيخفيه، فجازت الملازمة حتى لا يفوت على الدائن حقه^(٨). وذهب الجمهور المالكية^(٩)، والشافعية^(١٠)، والحنبلية^(١١)، إلى أن الدائن لا يجوز له ملازمة المدين

(١) النووي، شرح صحيح مسلم، م، ٤، ج، ٧، ص ١٣٩-١٤٠.

وينظر: العمراني، البيان، ج ٦، ص ١٢٥.

(٢) الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، م، ١، ج ٢، ص ٩٠.

(٣) العمراني، البيان، ج ٦، ص ١٢٥.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ١٢٥.

(٥) المصدر السابق، ج ٦، ص ٥٨٦.

(٦) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٤٦٧-٤٦٨.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ١٠، ص ٩٨.

(٨) الزيلعي، عثمان بن علي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ط ١، تحقيق: الشيخ احمد عزو عناية، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م) ج ٥، ص ٩٤.

(٩) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٤٥٠.

(١٠) العمراني، البيان، ج ٦، ص ١٢١.

بعد إعساره، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(١)، وجه الدلالة من الآية الكريمة أنها أرشدت إلى الانتظار وترك المطالبة إلى حين اليسار، فمن باب أولى أن لا تجوز الملازمة لأنها كالمطالبة وأكثر^(٢). ولحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، قال: (أصيب رجل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمار ابتاعها فكثر دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تصدقوا عليه، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لغرمائه: خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك)^(٣).

وجه الدلالة من الحديث أنه أمرهم بأخذ ما وجدوا ونهاهم عما سوى ذلك، من الملازمة وغيرها، بقوله: ليس لكم إلا ذلك، وهذا لا يعني أن المسألة قد انتهت، بل الواجب على المدين الوفاء بجميع الدين.

جاء في شرح النووي لصحيح مسلم: "وأن المعسر لا تحل مطالبته ولا ملازمته، ولا سجنه، وبه قال الشافعي ومالك"^(٤).

ثانياً: إجبار المدين المعسر على الكسب

ذهب الحنبليّة على أن المدين المعسر أو المفلس يُجبر على الكسب من أجل الوفاء بدينه^(٥) واستدلوا بما روي من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: (باع سُرَّقاً في دينه بأربعة أبعرة)^(٦) - وسُرَّق: اسم رجل - ومعلوم أن الحرّ لا يباع، إنما أراد بيع منافعه، أي أنه أجبره على أن يعمل ويؤجر نفسه لقضاء دينه^(٧).

(١) ابن مفلح، المبدع، ج ٤، ص ٣٠٩.

(٢) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٠).

(٣) العمراني، البيان، ج ٦، ص ١٢١-١٢٢.

(٤) النيسابوري، صحيح مسلم، باب: استحباب الوضع من الدين، حديث رقم: ١٥٥٦، ص ٧٧٢.

(٥) النووي، شرح صحيح مسلم، م ٥، ج ١٠، ص ٤٧٦.

(٦) البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٤٣٩.

(٧) البيهقي، السنن الكبرى، ج ٦، ص ٨٣-٣٤.

قال البيهقي: (وفي إجماع العلماء على خلافه وهم لا يجمعون على ترك رواية ثابتة دليل على ضعفه، أو نسخه إن كان ثابتاً)، والحديث ضعيف، ينظر: المصدر السابق، ج ٦، ص ٨٤.

(٨) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٥٨١.

وينظر: البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٤٣٩.

وزهد الجمهور، الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، إلى عدم جواز ذلك، وأن المعسر لا يجبر على الكسب لوفاء دينه.

واستدلوا بالحديث السابق، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: (خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك)^(٤) وجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر المدين بالاكْتساب بالرغم من أن المال الذي كان عنده لا يفي بقضاء ما عليه من الدين^(٥)، والراجح عندي قول الجمهور لأن الحديث الذي استدل به الحنبلية ضعيف .

وأجاز المالكية^(٦) والحنبلية^(٧) تفتيش بيت المعسر إذا طلب الدائن ذلك لاحتمال أن يكون قد خبا بعض المال فيه وأخفاه عن الدائن. والله أعلم

المطلب الثالث: طرق توثيق الحقوق لحفظها خوفاً من الإعسار.

المدين المعسر لا ينكر الحق ولا يجده، إلا أنه يدعي عدم القدرة على الوفاء، بسبب ضيق الحال وقلة المال، ومن أجل أن يتفادى الدائن هذا الوضع، كان يجب عليه أن يستوثق لحقه بأحد وسائل التوثيق من كفالة أو رهن ليستوفي حقه عند حلول أجله، وقد اتفق أهل العلم على جواز اشتراط الرهن أو الكفيل عند العقد، سواء كان العقد قرضاً أو بيعاً.

جاء في مغني المحتاج من كتب الشافعية: "وله، أي للمقرض شرط رهن وكفيل وإشهاد وإقرار به عند الحاكم لأن ذلك توثقة للعقد وزيادة فيه، فله إذا لم يوفَّ المقرض به الفسخ على قياس ما نكر في اشتراطها في البيع"^(٨)، ومن المعلوم إن المعسر يجب انظاره إلى حال الميسرة، وهذا الأمر قد يطول والدائن قد يحتاج لماله، ولكنه لا يستطيع الحصول عليه بسبب إعسار المدين، إلا إذا لجأ إلى توثيق دينه بالكفيل أو الرهن أو الحوالة وبيان ذلك فيما يأتي.

(١) الزيلعي، تبين الحقائق، ج٦، ص٢٦٩.

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي، ج٦، ص١٩٢.

(٣) الرافعي، عبدالكريم بن محمد، العزيز، شرح الوجيز، ١، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبدالموجود، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م) ج٥، ص٢٣-٢٤.

(٤) النيسابوري، صحيح مسلم، باب: استحباب الوضع من الدين، حديث رقم (١٥٥٦)، ص٧٧٢.

(٥) الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج٥، ص٢٤.

وينظر: العمراني، البيان، ج٦، ص١٢٢.

(٦) الزرقاني، شرح الزرقاني، ج٥، ص٥٠٠.

(٧) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٤٢٠.

(٨) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٣٥.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٣٢٣.

الوسيلة الأولى: توثيق الدين بالكفالة خوفاً من إفسار المدين.

الكفالة من عقود التوثيق المشروعة، التي يملك بمقتضاها صاحب الحق -المكفول له- أن يطالب الأصيل -المكفول عنه- أو الكفيل من أجل الحصول على حقه، لأن عقد الكفالة يقتضي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بالحق. ولا يبرأ الأصيل من الدين بعد عقد الكفالة^(١). إلا أن المكفول عنه إذا كان معسراً، لا تجوز مطالبته، وتتوجه المطالبة عندها على الكفيل، إلا أن المالكية في الصحيح عندهم، ذهبوا إلى عدم جواز مطالبة الكفيل، إلا بعد مطالبة الأصيل وتعذر الاستيفاء منه^(٢). ويجوز للطالب، أن يلزم الكفيل ليحصل على حقه أو يطالب بحبسه^(٣)، أو أن يبيع شيئاً من ماله لأجل الحصول على حقه، ويجوز له كذلك أن يستوفي حقه من تركة الكفيل^(٤).

وفي هذا القدر من الامتيازات التي تكون لصاحب الحق في التوثق بالكفالة، ما يمكنه بها من حفظ حقه خوف إفسار المدين لأنه ينتقل إلى مطالبة الكفيل. والله أعلم

(١) السمرقندي، الفقه النافع، ج٣، ص١٢٥٢.

وينظر: البيجوري، ابراهيم، حاشية الشيخ ابراهيم البيجوري على شرح ابن القاسم الفرجي على متن أبي شجاع، ط١، اعتنى به: محمد عبدالسلام شاهين، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م) ج١، ص٧٢٥-٧٣٠.

وينظر: البهوتي، الروض المريع، ص٢٧٧.

(٢) الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج٣، ص٢٧٨.

وينظر: الكشناوي، أسهل المدارك، ج٢، ص١٦٩.

(٣) ابن نجيم، النهر الفائق، ج٣، ص٥٦٤.

وينظر: الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ط١، اعتنى به: د. محمد محمد تامر، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م) ج٤، ص٦١٢.

(٤) البيجرمي، سليمان بن محمد بن عمر، تحفة الحبيب على شرح الخطيب - حاشية البيجرمي-، ط١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م) ج٣، ص٤٣٦-٤٣٩.

وينظر: الأنصاري، أسنى المطالب، ج٤، ص٦١٠-٦١١.

وينظر: البغدادي، المعونة، ج٢، ص١٢٣٣-١٢٣٤.

الوسيلة الثانية: توثيق الدين بالرهن خوفاً من إفسار المدين،

الرهن من وسائل التوثيق المشروعة في السفر والحضر^(١)، وحقيقة الرهن، أن يجعل المدين عيناً عند الدائن لتكون وثيقة في مقابل الدين يستوفي الدائن من ثمنها حقه عند تعذر الوفاء من جهة المدين بسبب الإفسار أو غيره من الأسباب^(٢).

ويجوز عند أهل العلم أخذ الرهن بعد ثبوت الحق وعند ثبوته^(٣)، واختلفوا بعد ذلك في جواز أخذ الرهن قبل ثبوت الحق، كأن يقول الراهن: رهنتك ثوبي بعشرة دنانير تقرضنيها غداً، ودفعت الثوب للمرتهن، فذهب الحنفية^(٤) والمالكية^(٥) إلى جواز ذلك، وخالفهم الشافعية^(٦) والحنبلية^(٧) فذهبوا إلى عدم جواز ذلك لأن الرهن وثيقة بالحق فلا يتقدم على ثبوت الحق كالشهادة^(٨).

واستدل الحنفية والمالكية^(٩) بعموم قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(١٠) والراجح عندي في المسألة قول الشافعية والحنبلية، لأن العموم الذي استدل به المالكية ليس على إطلاقه، بل هو مخصوص فيما أرى، لأن الأصل في الوثائق أنها لا تسبق الحقوق، كالشهادة لا تصح إلا على أمر حاصل وواقع.

الوسيلة الثالثة: توثيق الدين بالحوالة في حالة الإفسار

جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (مطل المغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع)^(١١)، وهذا الحديث يرشد إلى جواز الحوالة، وهي في الحقيقة نقل الدين من ذمة

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص٩٢-٩٤.

وينظر: ابن قدامة، الشرح الكبير، ج٤، ص٣٩٧-٣٩٨.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٤٤٣.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٤٤٤-٤٤٥.

(٤) الكليوبلي، مجمع الأنهر، ج٤، ص٢٨٢.

(٥) الأبي، جواهر الأكليل، ج٢، ص١٢٥.

(٦) الأنصاري، أسنى المطالب، ج٤، ص٣٧٢.

(٧) البهوتي، الروض المربع، ص٢٧١.

(٨) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٥٥.

(٩) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٥٤-١١٥٥.

(١٠) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٣).

(١١) البخاري، صحيح البخاري، باب: في الحوالة، وهل يرجع في الحوالة، حديث رقم (٢٢٨٧)، ص٤٦٧.

المحيل إلى نمة المحال عليه^(١)، فإذا أحال المدين دائنه ليتقاضى دينه من شخص ثالث غني وجب عند الحنبلية^(٢) على المحال أن يقبل الحوالة، ولا يجبر على قبولها عند جمهور أهل العلم، وحملوا الأمر الوارد في الحديث على التنب^(٣). فإذا تم عقد الحوالة مستوفياً شروطه برئ المحيل من الدين عند الجمهور^(٤)، إلا أن زفر^(٥) من الحنفية ذهب إلى أن الحوالة مثل الكفالة لا توجب براءة المحيل، لأنها شرعت وثيقة بالدين وليس من الوثيقة براءة المحيل، بل مقتضى الوثيقة أن يملك المحال الرجوع على المحيل لأنه قد لا يستوفي حقه من المحال عليه^(٦).

والحنفية لا يشترطون في المحال عليه أن يكون مديناً للمحيل، فتصح الحوالة عندهم ولو لم يكن للمحيل دين على المحال عليه^(٧)، وخالفهم الجمهور، المالكية^(٨)، والشافعية^(٩)، والحنبلية^(١٠) إلا أن المالكية والشافعية قالوا: إذا تمت الحوالة بهذا الشكل بشرط رضا المحال عليه فإنها تصح وتكون كفالة. جاء في المدونة: "قال مالك رحمه الله: كل من أحال على رجل ليس له على الذي أحال عليه دين وإنما هي حمالة"^(١١)، وجاء في كنز الراغبين من كتب الشافعية: "ولا تصح على من لا دين عليه، وقيل تصح برضاه بناء على أنها استيفاء إلى آخره، فقبوله ضمان لا يبرأ به

(١) العسقلاني، فتح الباري، ج ٥، ص ٢٢٨-٢٢٩.

(٢) البهوتي، الروض المربع، ص ٢٨٠.

(٣) القاري، فتح باب العناية بشرح النفاية، ج ٢، ص ٥٠٨.

وينظر: العسقلاني، فتح الباري، ج ٥، ص ٢٣٠.

(٤) المرغيناني، الهداية، م ٢، ج ٣، ص ١١٠.

وينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٥، ص ٢٩٤.

وينظر: ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ٢٤٣.

وينظر: السيوطي، عبدالرحمن بن الكمال أبي بكر بن محمد، شرح التتبيه، ط ١، (بيروت: دار الفكر، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م) ج ١، ص ٤٢١.

(٥) زفر بن الهذيل، أبو الهذيل بن الهذيل بن قيس بن سلم العنبري، فقيه مجتهد، مولده عام (١٠٦هـ) تفقه على أبي حنيفة، توفي عام ١٥٨هـ، رحمه الله.

ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ٨، ص ٣٨-٤١.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٤٢٠-٤٢١.

(٧) القاري، فتح باب العناية، ج ٢، ص ٥١٠.

(٨) الكشناوي، أسهل المدارك، ج ٢، ص ١٧٢.

(٩) السيوطي، شرح التتبيه، ج ١، ص ٤٢٠.

(١٠) البهوتي، الروض المربع، ص ٢٧٩.

(١١) الأصبحي، المدونة الكبرى، ج ٤، ص ١٢٧.

المحيل^(١)، وأما إذا اشترط المحال الرجوع على المحيل إذا تعذر عليه الاستيفاء من المحال عليه، فعندها تكون الحوالة كفالة، لأنه يجوز له أن يطالب أيهما شاء^(٢). وأجاز الحنفية للمحال الرجوع على المحيل في ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: أن ينكر المحال عليه الحوالة ولا بينة للمحيل ولا للمحال.
الحالة الثانية: أن يموت المحال عليه مفلساً.

الحالة الثالثة: أن يحكم الحاكم بإفلاس المحال عليه.

وإنما أجاز الحنفية الرجوع في هذه الحالات على المحيل، لأن المحال لا سبيل له إلى استيفاء حقه، والاستيفاء هو المقصود من الحوالة، فصارت كأنها مقيدة بشرط سلامة الحق^(٣)، وعليه ففي حالة إعسار المدين يمكن من خلال الحوالة أن يصل الدائن إلى حقه، لأن المحال عليه في الغالب يكون أقدر من المحيل على قضاء الدين، والدائن إنما يريد أن يصل إلى حقه، والمحال عليه قد يكون أقدر من المحال على انظار المحيل في حال عدم كونه مديناً للمحيل ثم يرجع عليه بما دفع للمحال. والله أعلم.

الوسيلة الرابعة: اشتراط التأمين التبادلي

التأمين التبادلي: هو نوع من العمل الجماعي تقوم به الجمعيات الخيرية والتعاونية لتأمين حاجات المنتسبين إليها، على أساس إلزام كل عضو من المشتركين بدفع مبلغ معين، ليس بهدف الربح والكسب إنما بهدف مساعدة بعضهم البعض على متطلبات الحياة أو نوازلها وأخطارها^(٤).

وتلجأ بعض البنوك الإسلامية في أيامنا، إلى إلزام المدين لها في أن يشترك بما يعرف بصندوق التأمين التبادلي الذي أنشأه البنك من خلال إلزام المدين دفع قسط من المال يستحق المشترك بعده تعويضاً من الصندوق عند التعرض لبعض الأخطار كالموت أو الإعسار مثلاً.

(١) المحلي، كنز الراغبين، ص ٢٨٨.

(٢) ابن نجيم، النهر الفائق، ج ٣، ص ٥٨٥.

وينظر: القاري، فتح باب العناية، ج ٢، ص ٥٠٨.

(٣) المرغيناني، الهداية، م ٢، ج ٣، ص ١١٠-١١١.

(٤) شبير، د. محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط ٤، (عمان: دار النفائس،

١٤٢٢هـ-٢٠٠١م)، ص ١٠٤.

واستدل من أجاز ذلك بما ذهب إليه بعض أهل العلم من جواز اشتراط إخراج مبلغ من المال كصدقة على الفقراء والمساكين إذا تأخر المدين في وفاء ما عليه من الدين للدائن في الوقت المحدد، وقالوا أيضاً: إن التأمين بهذا الشكل الذي يلجأ إليه البنك من باب البر والتقوى، لأنه يحقق كلا من مصلحة البنك والمدين^(١).

والذي أراه أن عقد التأمين التبادلي الذي يقوم به البنك والزام المدين بالاشتراك به كل ذلك محل نظر والقول بجواز ذلك فيه شيء من المجازفة، ومعلوم أن مقتضى عقد القرض في الفقه الإسلامي رد المثل، والمدين في هذه الحالة يلتزم برد المثل وأقساط التأمين التبادلي. والعقد في مثل هذه الحالة يحقق مصلحة البنك في الاستيفاء، دون مصلحة المدين لأنه يكلفه بدفع أقساط التأمين وهي من باب الزيادة المنهي عنها في الشريعة، وكان الأولى بالبنوك الإسلامية أن تلجأ إلى وسائل التوثيق التي أقرتها الشريعة من الرهن والكفالة لأنها تضمن للبنك استقرار معاملته. والله اعلم.

المبحث الثالث: المطل ، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف المطل لغة واصطلاحاً " ألفاظ ذات صلة "

المطلب الثاني: حكم المطل وصوره.

المطلب الثالث: وسائل توثيق الحقوق للوقاية من المطل

إذا أقرض شخص لآخر مبلغاً من المال إلى أجل معلوم، وعند حلول الأجل، جاء الدائن يطلب حقه من المدين فقال: المدين غداً أو بعد يومين أو ثلاثة أتيتك بالمال، ومرت الأيام، ولم يأت أحد، ثم طلب الدائن حقه مرة أخرى، وهكذا، الدائن يطلب حقه، والمدين يتهرب، ويتعلل بالحجج الواهية، فهذا المدين مماطل، وفي مطالب هذا البحث، أتكلم عن تعريف المطل، وحكمه، وطرق التوثيق للوقاية من المطل.

(١) شبير، د. محمد عثمان، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ط١، (عمان: دار النفائس، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م) ج٢، ص ٨٥٣-٨٥٤.

المطلب الأول: تعريف المطل لغة واصطلاحاً .

أولاً: المطل في اللغة، التسوية، والمدافعة بالعدة والدين،

والمطل: المد، مطل الحبل، ومطل الحديد: ضربها ومدّها.

والمطل في الحق والدين مأخوذ منه، وهو تطويل العدة التي يضربها الغريم للطالب^(١).

ثانياً: المطل في الاصطلاح

المطل: هو منع قضاء ما استحق عليه قضاؤه، فلا يكون منع ما لم يحل أجله من الدين مطلاً، وإنما يكون مطلاً بعد حلول أجله، وتأخير ما بيع على النقد عن الوقت المعتاد في ذلك على وجه ما جرت عليه عادة الناس من القضاء^(٢).

وزاد البعض عبارة: مع التمكن من ذلك وطلب صاحب الحق حقه، وعليه فيكون تعريف المطل في الاصطلاح: هو منع قضاء ما استحق أدائه مع التمكن من ذلك وطلب صاحب الحق حقه، والمماطل هو من يتصف بهذه الصفة، فمن امتنع عن قضاء أو أداء ما يجب عليه أدائه بعد حلول أجله مع قدرته وتمكنه من قضاء ما عليه، بعد طلب صاحب الحق منه ذلك فهو مماطل، فالمعسر لا يكون مماطلا لعدم قدرته على الوفاء، وقبل حلول الأجل لا يكون المدين مماطلا وكذلك قبل المطالبة لا يكون مماطلا^(٣). وجاء في القيس: "فإذا ثبت هذا واشتغل الغني عن أداء الحق، فإن كل فعل يفعله معصية، وينشأ من هذا ما إذا اشتغل بالصلاة عن أداء الدين، فاختلف العلماء في ذلك، فقال أحمد بن حنبل: الصلاة باطلة، وقال جمهور العلماء: الصلاة صحيحة"^(٤). وهل يتحقق المطل بمرة واحدة أم لا بد من تكراره؟، اختلفت كلمة أهل العلم في ذلك، فمنهم من ذهب إلى تحققه بمرة واحدة، ومنهم من اشترط تكراره، وهذا الأخير مذهب الإمام الشافعي^(٥). والله أعلم

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج٦، ص٤٢٢٥-٤٢٢٦.

(٢) الباجي، سليمان بن خلف بن سعد، المنتقى شرح موطأ مالك، ط١، تحقيق: محمد عبدالقادر أحمد عطاء، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م) ج٦، ص٤٥١.

(٣) الزرقاني، محمد بن عبدالكافي بن يوسف، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، (بيروت: دار الكتب العلمية) ج٣، ص٤١١.

(٤) ابن العربي، محمد بن عبدالله، القيس في شرح موطأ ابن أنس، ط١، تحقيق: أيمن نصر الأزهرى، وعلاء إبراهيم الأزهرى، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م) ج٣، ص٣٠٨.

(٥) النووي، شرح صحيح مسلم، م٥، ج١٠، ص٤٨٦.

المطلب الثاني: حكم المطل وصوره

إذا ثبت كون الشخص المدين أو المطلوب منه الحق مامطلا، فما الحكم، وماذا يترتب على ذلك من الآثار، أو الإجراءات التي يمكن للدائن أن يلجأ إليها لإجبار المدين على الوفاء بدينه؟

الفرع الأول: حكم المطل

اتفقت كلمة الفقهاء على أن المطل من المدين الموسر القادر المتمكن من القضاء عند حلول الأجل ومطالبة الدائن بدينه، أنه أمر محرم، والمماطل والحال هذه يكون أثماً ظالماً بتأخيره القضاء^(١)، ويكون فعله من كبائر الذنوب^(٢)، والرسول الكريم صلى الله عليه وسلم، جعل المطل من الظلم، كما جاء في الحديث: (مطل الغني ظلم)^(٣)، والظالم يعرض نفسه للعذاب، قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَظْلِمْ مِنْكُمْ تَذَاباً كَبِيراً﴾^(٤)، جاء في الاستنكار: "ومن الدليل على أن مطل الغني ظلم محرم موجب للإثم ما ورد به الخبر عن النبي صلى الله عليه وسلم، من استحلال عرضه، والقول فيه، ولولا مطله لم يحل ذلك منه"^(٥).

وأقرت الشريعة بعد ذلك اتخاذ بعض الإجراءات من أجل إجبار المدين المماطل على وفاء الدين لصاحبه، منها:

-
- (١) النمري، يوسف بن عبدالله بن عبدالبر، الاستنكار، ط١، تحقيق: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م) ج٦، ص٤٩٢.
 - وينظر: النووي، شرح صحيح مسلم، م٥، ج١٠، ص٤٨٦.
 - (٢) المناوي، محمد عبدالرؤوف، فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير، ط١، اعتنى به: أحمد عبدالسلام، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م) ج٥، ص٦٦٧.
 - وينظر: الهيثمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر، الزواج عن اقتراف الكبائر، ط١، اعتنى به: محمد خير طعمه حلبي، وخليل مأمون شيخا، (بيروت: دار المعرفة، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م) ج١، ص٥٣٩-٥٤١.
 - (٣) النيسابوري، صحيح مسلم، باب: تحريم مطل الغني، حديث رقم (١٥٦٤)، ص٧٧٦.
 - (٤) سورة الفرقان، الآية رقم (١٩).
 - (٥) النمري، الاستنكار، ج٦، ص٤٩٢.

أولاً: حبس المدين المماطل.

اتفقت كلمة الفقهاء على جواز حبس المدين المماطل^(١)، وأجاز المالكية بعد ذلك ضربه بالسوط مرة بعد مرة حتى يؤدي ما عليه أو يأتي بحميل يتكفل عنه المال^(٢).
واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: (ليُّ الواجد يحل عرضه، وعقوبته)^(٣)، ومعنى يحل عرضه، أن يقول ظلمي، وعقوبته الحبس^(٤)، والمدين المماطل عند الشافعية يحبس حتى يثبت إعساره، فإذا ثبت الإعسار فيطلق سراحه وينظر إلى حال الميسرة^(٥).

ثانياً: بيع مال المدين المماطل.

اختلف الجمهور في هذه المسألة على قولين:
القول الأول: ذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أن القاضي لا يملك بيع مال المدين من أجل قضاء دينه، ولكن يحبس المدين حتى يكون هو الذي يتولى بيع مال نفسه ويقضي دينه، لأن بيع القاضي نوع من أنواع الحجر^(١).
واستدل أبو حنيفة بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِعَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢)، وجه الدلالة من الآية، أن البيع يجب أن يكون عن رضا كل من البائع والمشتري، وبيع مال المدين جبراً عقد مخل بمبدأ الرضا الذي أقرته الآية

(١) الكلبولي، مجمع الأنهر، ج ٤، ص ٥٧.

وينظر: السيوطي، شرح التنبيه، ج ١، ص ٤٠٦-٤٠٧.

وينظر: ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ٢٧٥.

(٢) العدوي، علي بن أحمد بن مكرم، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، ط ١، اعتنى به: محمد عبدالله شاهين، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م) ج ٢، ص ٤٧٨.

(٣) السجستاني، سنن أبي داود، باب: في الحبس في الدين وغيره، حديث رقم (٣٦٢٨)، ص ٥٧٥ - اللي: المطل، الواجد، الغني القادر على قضاء دينه.

الحديث صححه ابن حبان، ينظر: الصنعاني، سبل السلام، م ٢، ج ٣، ص ٨٧٦.

(٤) ابن بطلال، شرح ابن بطلال، ج ٦، ص ٤٢٨-٤٢٩.

وينظر: السجستاني، سنن أبي داود، ص ٥٧٦.

(٥) الرملي، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٣٢٣.

(٦) الكلبولي، مجمع الأنهر، ج ٤، ص ٥٧.

(٧) سورة النساء، الآية رقم (٢٩).

الكريمة. واستدل من السنة بقوله صلى الله عليه وسلم: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)^(١).

والمدين لا تطيب نفسه ببيع القاضي، فإذا باع القاضي مال المدين يكون مخالفا لظاهر الآية والحديث وهذا لا يجوز لعدم رضا المالك^(٢).

القول الثاني: ذهب الجمهور، المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنبلية^(٥) إلى أن القاضي يجوز له أن يبيع مال المدين لأجل قضاء ما لزمه من الديون، واستدل الجمهور بما روي من أن النبي صلى الله عليه وسلم: (حجر على معاذ بن جبل ماله وباعه في دين كان عليه)^(٦).

والحديث نصّ في المسألة، وعليه فالراجح قول الجمهور، من أن الحاكم له أن يبيع مال المدين من أجل قضاء ما لزمه من الديون.

ويجوز بعد ذلك إلزام المدين المماطل بكل مبلغ من المال أنفقه الدائن من أجل الحصول على حقه من المدين بعد مطله، جاء في المبدع من كتب الحنبلية: "إذا مطله بحقه، أوجه إلى الشكاية فما غرمه، بسبب ذلك فعلى المماطل"^(٧).

(١) البيهقي، السنن الكبرى، باب: من غصب لوحا فأدخله في سفينة أو بني عليه جدارا، حديث رقم (١١٥٤٥)، ج٦، ص١٦٦، رواه الإمام احمد في المسند ورجاله ثقات، ينظر: الساعاتي، احمد عبد الرحمان البني، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام احمد بن حنبل الشيباني، مع مختصر شرحه بلوغ الأماني، (بيروت: دار إحياء التراث العربي)، كتاب الغصب، باب: ما جاء في الغصب ووعيد فاعله، م٨، ج١٥، ص١٤٠-١٤١.

(٢) القاري، فتح باب العناية، ج٣، ص٤١٠.

(٣) ابن الحاجب، جمال الدين بن عمر، جامع الأمهات، ط١، تحقيق: أبو عبدالرحمن الأخضر الأخصري، (دمشق- بيروت: اليمامة للطباعة، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م) ص٣٨٢.

وينظر: البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٨١-١١٨٢.

(٤) ابن النقيب، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن النقيب، عمدة السالك وعدة الناسك، اعتنى به: عبدالله بن ابراهيم الأنصاري، (صيدا-بيروت: المكتبة العصرية، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م) ص١٦٢.

(٥) الكلوثاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن، الهداية في فروع الفقه الحنبلي، ط١، تحقيق: محمد حسن اسماعيل، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م)، م١، ج١، ص٢٠٠.

(٦) البيهقي، السنن الكبرى، باب: الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، حديث رقم (١١٢٦٠)، ج٦، ص٨٠.

صححه الحاكم، وقال ابن الصلاح: هو حديث ثابت، ينظر: الصنعاني، مبل السلام، م٢، ج٣، ص٨٧٧-٨٧٨.

(٧) ابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٣٠٨.

القول الثاني: ذهب المالكية، والحنبلية وقول عند الشافعية، إلى أن الدائن له أن يمنع المدين من السفر قبل حلول الأجل إذا كان السفر طويلاً أو مخوفاً، يحل أجل الدين قبل رجوعه منه، وهذا إذا لم يخلف المدين وفاء أو كفيلاً بقضاء الدين، وأما عند وجود الكفيل فليس له أن يمنعه من السفر، وبعد حلول الأجل يمنعه من السفر قولاً واحداً^(١). والاحتياط الأخذ بقول المالكية والحنبلية، لأن الكثير ممن ركبهم الديون يهربون إلى بلد غير البلد الذي ركبهم فيه الديون فراراً من الوفاء بها. والله أعلم

الفرع الثاني: صور المطل

صور المطل كثيرة ومتعددة، منها ما يأخذ حكم المطل من جواز الحبس والعقوبة ومنها ما لا يأخذ حكم المطل، وإن كان في صورته يعتبر من المطل، وتوضيح ذلك فيما يأتي.

أولاً: مطل المدين المعسر.

المعسر لا يجد ما يقضي به دينه فهو فقير محتاج، والمطل الذي يتحقق معه الظلم، إنما هو مطل الغني، فاتصاف المماطل بالظلم إنما هو في حال غناه، وعليه فمطل المعسر الفقير لا يكون ظلماً لأن الواجب في حقه الانتظار، جاء في شرح صحيح مسلم: "فمطل الغني ظلم وحرام ومطل غير الغني ليس بظلم ولا حرام لمفهوم الحديث ولأنه معذور"^(٢).

ثانياً: مطل المدين الموسر غير المتمكن من الوفاء لعذر.

المدين الموسر إذ كان غير متمكن من الأداء فطلب تأخير الوفاء بعد حلول الأجل بسبب غيبة ماله وعدم حضوره فهو أيضاً معذور وليس بمماطل.

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، ج٦، ص١٧٩.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٥٩١-٥٩٢.

وينظر: الشيرازي، المهذب، ج٣، ص٢٤٣-٢٤٤.

وينظر: البغوي، التهذيب، ج٤، ص١١٧.

(٢) النووي، شرح صحيح مسلم، م٥، ج١٠، ص٤٨٦.

جاء في العدة: "وكذلك من غاب عنه ماله وهو غني، فإن المراد من الغني المتمكن من الأداء"^(١).

ثالثاً: مطل المدين الموسر المتمكن من الأداء.

المدين الموسر المتمكن من الأداء، يجب عليه عند حلول الأجل قضاء ما عليه من الديون بعد طلب صاحب الحق حقه، وأما إذا أصر القضاة قبل الطلب فالأصح أنه لا يكون مماطلاً لأن لفظ المطل يشعر بتقدم الطلب^(٢).

رابعاً: تأخير قضاء ما جرت به عادة الناس إلى وقت كذا.

جاء في المنتقى: "وتأخير ما يبيع على النقد عن الوقت المعتاد في ذلك على وجه ما جرت عليه عادة الناس من القضاء قد جاء التشديد فيه"^(٣) وهذا مثل أن يشتري رجل من حانوتي على أن يقضيه عند كل رأس شهر، ثم يؤخر القضاء، فهذا من المطل ولا يجوز.

خامساً: كل من لزمه حق فأخره من غير عذر فهو مماطل.

جاء في فتح الباري: "ويدخل في المطل كل من لزمه حق كالزوج لزوجته والسيد لعبده، والحاكم لرعيته وبالعكس"^(٤) وعليه فكل من منع الناس حقوقها مع تمكنه من أدائها لأصحابها يدخل في المطل. والله أعلم

(١) الصنعاني، محمد بن اسماعيل، العدة على إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ط١، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبدالموجود، والشيخ علي محمد معوض، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م) ج٤، ص٤.

(٢) النمري، الاستنكار، ج٦، ص٤٩٢.

وينظر: العسقلاني، فتح الباري، ج٥، ص٢٣١.

(٣) الباجي، المنتقى، ج٦، ص٤٥١.

(٤) العسقلاني، فتح الباري، ج٥، ص٢٣١.

المطلب الثالث: وسائل التوثيق المشروعة للوقاية من المظل.

وسائل التوثيق الأكثر انتشاراً للوقاية من المظل، هي الكفالة، والرهن، والحوالة، وتوضيح ذلك فيما يأتي.

الفرع الأول: الكفالة كوسيلة لتوثيق الدين من المظل

المماطل يسوّف في قضاء الدين، ويعدّ بالقضاء اليوم أو غداً، فلو كان الدائن وثقّ حقه بالكفيل لحصل على حقه في وقته. ويجوز كذلك للدائن أن يطلب من المدين كفيلاً بعد المظل ويشترط المدين تأجيل القضاء لسنة أخرى مثلاً، فلذلك تكلم الفقهاء عن ضمان الدين المؤجل حالاً وبالعكس. وهنا مسائل:

المسألة الأولى: ضمان الدين الحال مؤجلاً

اتفقت كلمة الفقهاء على جواز ضمان الدين الحال مؤجلاً، وهذا كما في حال المظل، فيضمن شخص ما على المدين مؤجلاً إلى شهر أو شهرين أو سنة مثلاً، فإنه يصح الضمان^(١)، إلا أنهم اختلفوا بعد ذلك في بعض التفاصيل، فذهب الحنفية إلى أن الكفيل إذا كفل الدين الحال مؤجلاً بإذن المكفول له، فإنه يصح، ويتأجل الدين في حقهما معاً أي الكفيل والأصيل، وقيل: يتأجل في حق الكفيل ويبقى حالاً في حق الأصيل^(٢).

وذهب المالكية أيضاً إلى صحة ضمان الدين الحال مؤجلاً بإذن الدائن عند وجود أحد أمرين:
الأول: أن يكون من عليه الدين موسراً في أول الأجل وقبله للسلامة من قرض أو سلف جرّ نفعاً وذلك لأن الدائن يكون قادراً على أخذه الآن، فكأنه ابتداءً سلفاً بضامن وبيسر المدين من أول الأجل لم يحصل له نفع بالضمان فيكون التأخير محض قرض أو سلف بدون نفع^(٣).

(١) السمرقندي، محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، ط٢، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م)، ج٣، ص٢٤١.
وينظر: الأبي، جواهر الأكليل، ج٢، ص١٦٥.
وينظر: النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٩٤.
وينظر: ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص١٦٧.
(٢) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٢٤١.
(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٥٤٠-٥٤١.

الثاني: أن يكون من عليه الدين معسراً في جميع الأجل الجديد، لأنه وإن حصل للدائن نفع بالضمان فإنه لم يحصل قرض أو سلف جديد لأن إنظار المعسر إلى حال اليسر أمر واجب فإذا أيسر المدين في بعض الأجل فلا يصح، لأنه بعد اليسار يكون مقرضاً، وبتوقته بالكفيل يكون قد جرّ نفعاً لنفسه وهو محذور^(١).

وعند الشافعية وجهان الصحيح المعتمد، صحة ضمان الدين الحال مؤجلاً للحاجة إلى ذلك ولأنه رفق ومعروف، والوجه الآخر وهو ضعيف عدم الصحة، للاختلاف، لكون ما على الكفيل مؤجلاً وما على الأصيل حالاً^(٢)، ويصح كذلك ضمان المؤجل إلى أجل جديد أطول من الأول^(٣). واستدلوا على جواز ضمان الدين الحال مؤجلاً، بما روى ابن عباس رضي الله عنهما: (أن رجلاً لزم غريباً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: ما عندي شيء أعطيكه، قال: لا والله لا فارقتك حتى تقضييني أو تأتيني بحميل، فجرّه إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: كم تستظره، فقال: شهراً، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فأنا أحمل له، فجاءه في الوقت الذي قال النبي صلى الله عليه وسلم، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: من أين أصبت هذا، قال: من معدن، قال: لا خير فيها، وقضاها عنه^(٤)، وجه الدلالة من الحديث، أن الحق كان حالاً على المدين، فسأل النبي صلى الله عليه وسلم صاحب الحق أن ينظره إلى شهر، فضمن النبي صلى الله عليه وسلم إلى الأجل الجديد، وهو ضمان الحال مؤجلاً. والله أعلم

وينظر: عيش، منح الجليل، ج٦، ص٢٠٣.

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٥٤١.

وينظر: الخرشي، حاشية الخرشي، ج٦، ص٣٠٨.

(٢) النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٩٤.

وينظر: الشيرازي، المهذب، ج٣، ص٣١٦.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٢١٤.

(٤) القزويني، محمد بن عبدالله ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ط١، اعنتى به: أحمد شمس الدين، (بيروت: دار

الكتب العلمية، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م)، باب الكفالة، حديث رقم (٢٤٠٦)، ص٣٨٥.

وينظر: السجستاني، سنن أبي داود، باب: في استخراج المعادن، حديث رقم (٣٣٢٨)، ص٥٣٥.

المسألة الثانية: ضمان الدين المؤجل حالاً.

يصح باتفاق عند جمهور أهل العلم ضمان الدين المؤجل حالاً، وذلك كأن يكون لشخص عند آخر دين، والدائن يخشى من مدينه المماطلة عند حلول الأجل، فيأتي المدين بكفيل للدائن فيضمن الكفيل رد المال إلى أجل أقل من الأجل المحدد بين الدائن والمدين^(١). إلا أن المالكية والحنبلية لهم بعض التفصيلات، فالمالكية قالوا: إنما يصح ضمان الدين المؤجل حالاً بشرط أن يكون الدين مما يجوز تعجيل قضائه، كالنقد مطلقاً والطعام والعروض إذا كانت قرضاً لا من بيع كالمسلم فيه -المبيع- لأن أجل القرض من حق المدين وفي السلم الأجل حقهما جميعاً^(٢).
وأما الحنبلية، فقالوا: إن الكفالة تصح إلى أجل أقل من الأجل المحدد، ولكن لا يلزم الضامن أداء الدين قبل حلول أجله المحدد بين الدائن والمدين قبل الكفالة، حتى إذا قضى الكفيل الدين قبل حلول الأجل، فلا يرجع على المضمون عنه إلا بعد حلول الأجل الأول، واستدل الحنبلية من المعقول، فقالوا: إن الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه ما لا يلزم المضمون عنه^(٣).
وأما غير الحنبلية فاستدلوا أيضاً من المعقول، فقالوا: إن الالتزام بالضمان أو الكفالة من باب التبرع، فكذلك التبرع بالالتزام بالحلول جائز لأنه فرع الأصل^(٤). والله أعلم

-
- (١) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٢٤١.
 - وينظر: الزرقاني، شرح الزرقاني، ج٦، ص٤٣.
 - وينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٥٤٠.
 - وينظر: الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٢، ص٣٠٨.
 - (٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٥٤٠.
 - (٣) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص١٦٧.
 - وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٨٣.
 - (٤) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٢١٤.
 - وينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٢٤١.

الفرع الثاني: الرهن كوسيلة لتوثيق الدين للوقاية من المظل.

الرهن من أفضل الوثائق، التي تحفظ للدائن حقه خوفاً من مظل المدين، لأنه يمكنه بيع العين المرهونة عند حلول الأجل لاستيفاء حقه من ثمنها، إلا أنه في بعض الحالات، إذا كان الدين إلى أجل أو قد حلّ أجله، ولم يكن الدائن قد أخذ من المدين رهناً، فطالبه الدائن برهن على أن يوفيه حقه دون الأجل، أو يشترط المدين تأجيل الدين إلى أجل جديد لأجل أن يدفع له الرهن، فما حكم الرهن بشرط تعجيل القضاء أو تأجيله؟ في هذه المسألة قولان لجمهور أهل العلم:

القول الأول: ذهب المالكية إلى أن الدين إذا كان إلى أجل، ولم يكن الدائن قد أخذ من المدين رهناً، فطالبه الدائن برهن على أن يوفيه المدين حقه إلى الأجل المضروب أو دونه فذلك جائز عندهم، لأنه زيادة توثق ولكن بشرط أن يكون الدين مما يجوز تعجيل قضائه لدون الأجل، وأما إذا لم يحل الأجل فأعطاء الرهن على أن يؤخره إلى أجل جديد أبعد من الأجل الأول المتفق عليه فلا يجوز، لأنه سلف أو قرض جرّ نفعاً.

وأما إذا حلّ الدين وكان المدين موسراً بجميع الدين فأعطى المدين للدائن رهناً على أن يؤخره لأجل جديد فذلك جائز لأنه كابتداء سلف جديد برهن^(١).

جاء في شرح الزرقاني: "فإذا رهن في مؤجل على أن يكون حالاً جاز إن كان الدين مما يعجل، وإلا بطل الرهن وكان المرتهن أسوة الغرماء"^(٢).

وجاء في المدونة: "قال مالك: وكذلك لو رهنه قبل الأجل على أن يؤخره فلا يصلح وإن رهنه بعد ما حلّ الأجل على أن يؤخره فلا بأس به... إلى أن قال: رأيت إن حط عنه بعض ماله عليه قبل الأجل على أن أعطاه حميلاً أو رهناً ببقية الحق إلى أجله؟ قال: لا بأس به، قلت: فإن أعطاه عشرة دنائير قبل الأجل على أن رهنه أو أعطاه حميلاً بالحق إلى أجله؟ قال: هذا لا بأس به"^(٣).

وجاء في المدونة أيضاً: "قلت: رأيت إن أخذت منه حميلاً قبل محلّ الأجل، على أن يوفيني قبل محلّ الأجل؟ قال: لا بأس بذلك، لأنه لا تهمة ههنا وكذلك الرهن،

(١) المواق، التاج والإكليل، ج٧، ص٣٣.

(٢) الزرقاني، شرح الزرقاني، ج٦، ص٤٣.

(٣) الأصبحي، المدونة الكبرى، ج٤، ص١١٢.

قلت: وكذلك إن أعطاني حميلاً أو رهناً قبل محل الأجل، على أن يعطيني حقي عند محل الأجل، أيجوز هذا أم لا؟ قال: لا بأس به^(١).

القول الثاني: ذهب الشافعية والحنبلية إلى عدم صحة الرهن بشرط التأجيل أو الحلول وأما الضمان فيصح عند الشافعية في الحالين، وسبب التفريق بين الرهن والضمان، بالرغم من أن كلا من الرهن والضمان وثيقة، أن التوثيق بالرهن يكون في العين المرهونة وهي لا تقبل حلولاً ولا تأجيلاً، والضمان في الذمة والذمة قابلة للالتزام الحال مؤجلاً وعكسه^(٢)، جاء في نهاية المحتاج من كتب الشافعية: "وفارق ما لو رهن بدين حال وشرط في الرهن أجلاً أو عكسه حيث لم يصح"^(٣).

وجاء في مختصر المزني: "ولو قال الذي عليه الحق أرهنتك على أن تزيدني في الأجل ففعلاً، فالرهن مفسوخ، والحق الأول بحاله، ويرد ما زاده"^(٤).

والسبب في بطلان الشرط وفساد الرهن، أن الأجل لا ينفرد عن العقد ولا يفرّد بالعقد، والأجل يلزم في البيع تبعاً لعقد البيع، والأجل في هذه المسألة غير تابع للعقد فلم يصح ويكون الرهن في هذه الحالة عوضاً مأخوذاً في مقابل الأجل فلا يصح، لأن أخذ العوض عن الأجل ربا، وسبب بطلان الرهن لاشتراطه التأجيل في مقابله، والشرط فاسد فيفسد ما في مقابله من الرهن^(٥).

وجاء في الشرح الكبير من كتب الحنبلية: "وإذا قال الغريم رهنتك -ثوبي- هذا على أن تزيدني في الأجل كان باطلاً، لأن الأجل لا يثبت في الدين، إلا أن يكون مشروطاً في عقد، قد وجب به، وإذا لم يثبت الأجل لم يصح الرهن لأنه جعله في مقابله، ولأن ذلك يضاهاى ربا الجاهلية، كانوا يزيدون في الدين ليزدادوا في الأجل"^(٦).

(١) الأصبحي، المدونة الكبرى، ج٤، ص١١٢.

(٢) الهيتمي، تحفة المحتاج، ج٢، ص٣٠٨.

(٣) الرملي، نهاية المحتاج، ج٤، ص٤٥٨.

(٤) المزني، مختصر المزني على الأم، ج٩، ص١٠٨.

(٥) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص٢٩٩.

(٦) ابن قدامة، الشرح الكبير، ج٤، ص٤٥٨.

الفرع الثالث: الحوالة كوسيلة لتوثيق الدين في حالة المطل

الحوالة مشروعة للتوثق، كما جاء في حاشية ابن عابدين، قال: "كل من الحوالة والكفالة عقد التزام ما على الأصيل للتوثق"^(١)، ولا تتم إلا بمحيل، ومحال، ومحال عليه، ومحال به، وصيغة، ودين للمحال على المحيل، ودين للمحيل على المحال عليه^(٢). والدائن قد يكون غريمه من المماطلين، فيطلب الدائن من غريمه أن يحيله لاقتضاء دينه من غيره، إذ ربما يكون لهذا المدين دين على شخص آخر هو أفضل وأحسن معاملة من المدين المحيل، وربما يكون المحيل، له دين على رجل مماطل لا يستطيع أن يقتضي منه حقه، ويكون المحال أقدر من المحيل على اقتضاء الدين، فيكون عقد الحوالة سبباً لخلاص المحيل من غريمه المحال عليه. وهذه أغراض صحيحة ومصالح معتبرة تتحقق من خلال الحوالة^(٣)، ولكن ما حكم الحوالة بالدين المؤجل حالاً، وعكسه أي الحوالة بالدين الحال مؤجلاً على المحال عليه.

اتفق جمهور أهل العلم على أن الحوالة تصح بالدين الحال على مثله في الحلول، وتصح بالدين المؤجل على مثله في الأجل^(٤)، وخالف المالكية في بعض تفاصيل هذه المسألة، فهم يشترطون لصحة الحوالة حلول الدين المحال به، بمعنى أن المحيل لا يملك إحالة دائنه قبل حلول أجل دينه لأنه يؤدي إلى تعميم ذمة بذمة فيلزم بيع الدين بالدين وهو محذور، وتصح الحوالة عندهم إذا كان الدين الواجب على المحيل مؤجلاً بشرط أن يكون الدين الواجب على المحال عليه حالاً ويقبض المحال في مجلس العقد حقه من المحال عليه قبل اقتراعهما مثل الصرف^(٥).

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٨، ص ٣.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ١٩٠.

(٣) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج ٧، ص ٢٢٢.

وتنظر الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ١٨، ص ١٧٢-١٧٣.

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج ٨، ص ١٧.

وينظر: الأبي، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ١٦٢.

وينظر: البغوي، التهذيب، ج ٤، ص ١٦٣.

وينظر: البهوتي، الروض المريع، ص ٢٧٩.

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٦، ص ٢٩٥.

(وقولهم: أدى إلى تعميم ذمة بذمة، أي ذمة المحال عليه، وقوله بذمة، أي بدين ذمة أخرى وهي ذمة المحيل، إن الذمة لا تتعمر بذمة أخرى، واعتراض بأن هذا التعليل موجود في حالة الحلول، وقوله: فيؤدي إلى بيع الدين، أي المحال به، وقوله بالدين، أي المحال عليه، وهذا التعليل موجود في حالة الحلول، فالأحسن أن يقال: إنما اشترط حلول الدين المحال به لأن الأصل في الحوالة المانع لكن رخص فيها عند حلول المحال به، والرخصة لا تتعدى موردها). ينظر: السوقي، حاشية السوقي، ج ٤، ص ٥٣١.

ثم اختلف الجمهور، الحنفية، والشافعية، والحنبلية، فيما إذا كان الدين المحال به حالا فأجله به مؤجلاً إلى سنة أو أقل أو أكثر مثلاً، أو كان الدين مؤجلاً فأحاله به حالا، على قولين: القول الأول: ذهب الحنفية إلى جواز ذلك في الحالتين، جاء في حاشية ابن عابدين: "لو كان لزيد على عمرو ألف قرض ولعمرو على بكر ألف قرض فأحال عمرو زيدا بالألف على بكر إلى سنة جاز"^(١)، وأما الحالة الثانية: وهي الحوالة بالدين المؤجل حالا على المحال عليه فصحيحة أيضاً، لأن المحيل يكون متبرعاً في إسقاط حقه في الأجل كالكفالة، ولا إشكال بالنسبة للمحال عليه لأن الدين الواجب عليه حال يجب قضاؤه، أو مؤجل فله أن يقضيه حالا"^(٢)، جاء في المبسوط: "ولو أحال رجل رجلاً على رجل بألف درهم إلى سنة، ثم إن المحتال عليه ترك الأجل وجعلها حالة كان ذلك جائزاً، لأن الأجل حقه فيسقط بإسقاطه كما لو أسقط الأصيل الأجل قبل الحوالة، فإن أداها لم يرجع بها على الأصيل المحيل حتى يمضي الأجل، لأن إسقاط الأجل صحيح في حقه لا في حق المحيل"^(٣) ويستفاد من ذلك أن الأجل سواء كان من حق المحيل أو المحال عليه، فيجوز ممن كان الأجل من حقه أن يسقطه ويجعل الدين حالا.

القول الثاني: ذهب الشافعية^(٤) والحنبلية^(٥) إلى عدم صحة الحوالة بالدين الحال على المؤجل وبالمؤجل على الحال، وعند الشافعية في المسألة بعض التفصيل إلا أن الراجح عدم الجواز. جاء في التهذيب من كتب الشافعية: "ولا يجوز أن يحيل بالدين الحال على المؤجل ولا بالمؤجل على الحال، لأن الحوالة للإرفاق فلا يجوز مع الاختلاف كالعوض، وقيل: إذا أحال بالمؤجل على الحال يجوز، بخلاف ما لو أحال بالحال على المؤجل لا يجوز، لأن حق المحتال حال فلا يلزمه التأخير. وإذا أحال بالمؤجل على الحال، جاز، لأن حق المحتال مؤجل ويجوز لمن عليه تعجيله، وقد رضي بتعجيله حيث أحال على الحال، وإذا كانا مؤجلين بأجلين

(١) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج ٨، ص ١٧.

(٢) السمرقندي، فقه الفقهاء، ج ٣، ص ٢٤١.

وتنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ١٨، ص ١٧٨، هامش رقم (٢).

(٣) السرخسي، المبسوط، م ١٠، ج ٢٠، ص ٦٢.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ١٩٢.

(٥) البهوتي، كشف القناع، ج ٢، ص ٣٨٥.

مختلفين لا يجوز، وقيل: إذا أحوال بالأبعد على الأقرب، يجوز كما ذكرنا في المؤجل على الحال^(١).

وجاء في كشف القناع من كتب الحنبلية: "وتماثل الدينين في الحلول والتأجيل، بأجل واحد فإن كان أحدهما، أي الدينين حالا والآخر مؤجلا، لم تصح الحوالة لأنها إرفاق كالقرض فلو جوزت مع الاختلاف لكان المطلوب منها الفضل فتخرج عن موضوعها، ولو كان الحقان أي المحال به والمحال عليه حالين فشرط على المحتال أن يؤخر حقه أو يؤخر بعضه إلى أجل ولو معلوما لم تصح الحوالة أيضاً لأن الحال لا يتأجل بأجل"^(٢).

وأميل إلى صحة الحوالة بالدين المؤجل على الحال، وبالدين الحال على المؤجل بشرط رضا جميع الأطراف لما في ذلك من الإرفاق والمعروف، ولأن الأجل حق لصاحبه فله أن يسقطه. كما أن الحديث الوارد في الحوالة مطلقاً عن تقييد الحوالة بأجل الدين وحلوله فقله في الحديث: (فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع) فهذا أمرٌ بقبول الحوالة سواء كان الدين مؤجلا أم حالا على دين مؤجل أو حال، وعليه فقول الحنفية أولى بالإتباع لما فيه من الرفق والتيسير. والله أعلم

(١) البغوي، التهذيب، ج٤، ص١٦٣.

(٢) البهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٨٥.

المبحث الرابع: الموت ، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الموت لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: حق الدائن في التركة بعد موت المدين.

المطلب الثالث: وسائل توثيق الحق خوفاً من موت المدين.

الموت أمر قد كتبه الله على كل نفس، ولا بد للإنسان منه، والأصل في الشخص المسلم إذا كان مديناً لأحد، أن يعلم بعض أهله وأقاربه، أنه مثلاً، مدين لفلان من الناس بكذا وكذا درهم أو دينار، والواجب عليه كذلك أن يكتب حقوق الناس في وصية، يأمر بها وراثته بقضاء دينه. ولكن قد يموت المدين أحياناً وهو مفلس، أو يموت دون أن يعلم أحد من وراثته أو أقربائه بدينه حتى يقضى من تركته، وعليه فما هو الموت؟ وهل يتعلق حق الدائن بتركة الميت؟ وما هي الوسائل التوثيقية المشروعة التي تحفظ للدائن حقه بعد وفاة المدين؟ وتوضيح ذلك في مطالب هذا المبحث.

المطلب الأول: تعريف الموت لغة واصطلاحاً

أولاً: الموت في اللغة: ضد الحياة، والموت السكون، وكل ما سكن فقد مات^(١).

ثانياً: الموت في الاصطلاح: هو صفة وجودية خلقت ضداً للحياة^(٢).

وقيل: الموت حال خفاء وغيب يضاف إلى ظاهر عالم يتأخر عنه أو يتقدمه تفقد فيه

خواص ذلك الظهور الظاهرة، وإطلاق الموت على ما لم تحله الحياة مجاز^(٣).

وقيل: الموت عرض يضاد الحياة^(٤).

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج٦، ص٤٢٩٤-٤٢٩٥.

(٢) الجرجاني، التعريفات، ص٣٠٤.

(٣) المتاوي، التوثيق على مهمات التعاريف، ص٦٨٣.

(٤) أبو جيب، سعدي، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، (دمشق: دار الفكر، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م)، ص٣٤٣.

المطلب الثاني: حق الدائن في التركة بعد موت المدين

إذا مات المدين وخلف تركة، فهل يتعلق الدين بأعيان التركة؟ وهل إذا وجد الدائن عين ماله في التركة له أخذه؟ وهل يحل أجل الدين بموت المدين؟ وتوضيح هذه المسائل فيما يلي:

المسألة الأولى: تعلق الدين بأعيان التركة.

إذا مات المدين تعلقت ديون الغرماء بأعيان التركة، كتعلق الدين بالعين المرهونة، فيمنع الورثة من التصرف فيها قبل قضاء الدين، ولكن يجوز للوارث إمساك عين التركة وقضاء الدين من ماله^(١)، واختلفوا بعد ذلك في مال التركة، هل ينتقل إلى الورثة بعد موت المورث وقبل قضاء الدين، أم أنه يبقى على ملك الميت إلى أن يقضى دينه؟. قولان في المسألة:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن الدين إذا كان محيطاً بالتركة، فإنه يمنع ملك الوارث في التركة، وإذا لم يكن الدين محيطاً بالتركة فلا يمنع ملك الوارث في التركة، وقال أبو حنيفة يمنع، واستدل الحنفية لمذهبهم بقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ زَيْنٍ﴾^(٢)، وجه الدلالة في الآية أنها ترشد إلى أن توزيع التركة لا يكون إلا بعد قضاء الدين والحكم لا يسبق أدائه^(٣).

القول الثاني: قول الشافعية^(٤) والحنبلية^(٥) في الصحيح عندهم إلى أن التركة تنتقل إلى ملك الورثة بعد وفاة المورث مع تعلق حق الدائنين بها، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: (من ترك مالا فلورثته، ومن ترك كلاً فالينا)^(٦) وجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل التركة ملكاً للورثة بعد وفاة المورث، والرواية

(١) الشريبي، معني المحتاج، ج ٣، ص ٩٤.

(٢) سورة النساء، الآية رقم (١١).

(٣) السرخسي، المبسوط، م ١٥، ج ٢٩، ص ١١٩.

(٤) الشريبي، معني المحتاج، ج ٤، ص ٨.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٥٦٩.

(٦) البخاري، صحيح البخاري، باب: الصلاة على من ترك ديناً، حديث رقم (٢٣٩٨)، ص ٤٩٢، (كلأ: عيالاً)

الثانية عند الشافعية^(١) والحنبلية^(٢) أن مال التركة لا ينتقل إلى الورثة إلا بعد قضاء الدين، واستدلوا بالآية السابقة التي استدلت بها الحنفية، وهو قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذِينَ﴾^(٣)، وتظهر ثمرة الخلاف في المسألة في أمرين:

الأول: تصرف الورثة في التركة قبل قضاء الدين، فعلى القول بأن الدين لا يمنع انتقال ملك التركة للورثة يصح تصرفهم ويلزمهم أداء الدين، إلا إذا تعذر الوفاء فيفسح التصرف. وعلى القول، بأن الدين يمنع ملك الورثة في التركة، فتصرفهم في أموال التركة مفسوخ لأنهم تصرفوا فيما لا يملكون إلا أن يأذن الغرماء^(٤).

الثاني: فوائد التركة ونتائجها، وذلك كنتاج البهيمة، فعلى القول بانتقال التركة إلى الورثة قبل قضاء الدين، فلا يتعلق حق الغرماء بهذا النتاج لأنه ملك الورثة، وعلى القول بأن الدين يمنع من انتقال ملك التركة إلى الورثة، فحق الغرماء يتعلق بفوائد التركة حتى تقضى منها الديون^(٥)، وعلى القول بعدم ملك الورثة للتركة بعد موت المورث تكون ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضي لا للورثة لعدم ملكهم للتركة، صرح بذلك الحنفية^(٦)، والراجح عندي في المسألة قول الشافعية والحنبلية، لأن الحديث الذي استدلوا به نص في المسألة، ويجاب عن الآية التي استدلت بها الحنفية، أن الدين يتعلق بعين التركة كتعلق حق المرتهن بالعين المرهونة، حيث يحق له دوام حبس العين حتى يستوفي حقه، ولكن ملك رقبة العين المرهونة للراهن، وكذا الحال هنا، تكون التركة ملك الورثة ولكنها محبوسة لحق الدائنين حتى استيفاء الحق منها.

-
- (١) الشيرازي، المهذب، ج٤، ص٧٦.
 - (٢) ابن قدامة، الشرح الكبير، ج٤، ص٥٤٦.
 - (٣) سورة النساء، الآية رقم (١١)
 - (٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٥٦٩.
 - (٥) الشرييني، مغني المحتاج، ج٣، ص٩٦.
 - وينظر: العمراني، البيان، ج٩، ص٦-٧.
 - (٦) الحصكفي، الدر المنقلى، ج٤، ص٤٩٤.

المسألة الثانية: الدائن يجد عين ماله في التركة.

إذا توفي المدين، فوجد الدائن عين ماله في التركة، سواء كان من قرض أو بيع قبل استيفاء شيء من الثمن، فهل يكون صاحب السلعة أسوة الغرماء أم يكون أحق بعين ماله؟
جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (من أفلس أو مات فوجد رجل متاعه بعينه فهو أحق به)^(١) وأخذ الشافعية بظاهر هذا الحديث، فقالوا إذا مات المدين معسراً أو أفلس فصاحب العين أحق بها^(٢).

وذهب الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والحنبلية^(٥)، في الرجل يشتري السلعة فيموت مقلساً ولم يدفع شيئاً من ثمنها فصاحبها أسوة الغرماء، وليس له أن يرجع بعين سلعته أو ماله وهذا عند الحنفية في حال الإفلاس^(٦) أيضاً، وذهب المالكية^(٧) والحنبلية^(٨) إلى موافقة الشافعية في حال الإفلاس، فقالوا: يرجع بعين ماله ولا يكون صاحبها أسوة الغرماء.

واستدل الجمهور بقوله صلى الله عليه وسلم: (أبما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء)^(٩).
وعليه فأميل إلى ترجيح قول الشافعية لصحة الحديث الذي اعتمدوا عليه، فالشخص يجد عين ماله عند الميت المعسر أو المفلس الحي، فهو أحق بعين ماله. والله أعلم.

(١) السجستاني، سنن أبي داود، باب: في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، حديث رقم (٣٥٢٣)، ص ٥٦٠.

وهذا الحديث حسن يحتج بمثله، أخرجه أحمد، وأبو داود، وابن ماجه، وصححه الحاكم.

ينظر: العسقلاني، فتح الباري، ج ٥، ص ٣٤٥.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٩٥-٣٩٦.

وينظر: النووي، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٣٨٣.

(٣) القاري، فتح باب العناية، ج ٣، ص ٤١٤.

(٤) البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١٠٨٥.

(٥) ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ١٢٧.

(٦) الكليوبلي، مجمع الأنهر، ج ٤، ص ٥٩.

(٧) البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١١٨٤-١١٨٥.

(٨) ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ١٢٧.

(٩) القزويني، سنن ابن ماجه، باب: من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، الحديث رقم (٢٣٦١)، ص ٣٧٧، وسند الحديث فيه مقال.

ينظر: المغراوي، فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبدالبر، ج ١٢، ص ٣٧٤.

المسألة الثالثة: حلول أجل الدين بموت المدين.

إذا مات المدين وكانت بعض ديونه قد حل أجلها والبعض لم يحل أجله، فهل تحل الديون المؤجلة بالموت أم تبقى على أجلها، وإذا بقيت على أجلها فمتى تقضى ومن أين؟ قولان في المسألة:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) وفي قول عند الحنبلية^(٤)، أن المدين إذا مات وكان عليه ديون مؤجلة، أنها تحل بالموت، فتصير ديونه كلها حالة، يجب قضاؤها من التركة دون فرق، واستدل الجمهور على حلول أجل الدين المؤجل بالموت، بما يرويه ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم، أنه قال: (إذا مات الرجل وله دين إلى أجل وعليه دين إلى أجل، فالذي عليه حال، والذي له إلى أجله)^(٥)، وأشار إلى هذا الأثر موقوفاً على زيد بن ثابت صاحب المبسوط، قال: "وإذا مات الرجل وعليه دين إلى أجل بطل الأجل، هكذا روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه"^(٦)، وأولى ما يستدل به على حلول الدين المؤجل على الميت من جهة الخبر، قوله صلى الله عليه وسلم: (نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه)^(٧)، والحديث يرشد إلى الإسراع في قضاء الدين عن الميت مطلقاً سواء كان الدين حالاً أم إلى أجل^(٨).

(١) السرخسي، المبسوط، م ٩، ج ١٨، ص ١٦٢.

(٢) الزرقاني، شرح الزرقاني، ج ٥، ص ٤٧٨.

(٣) الرملي، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٣١٢-٣١٣.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٥٦٧.

(٥) الشيرازي، المهذب، ج ٣، ص ٢٦٨-٢٦٩.

(٦) السرخسي، المبسوط، م ٩، ج ١٨، ص ١٦٢.

وهذا الأثر ضعيف، المرفوع منه والموقوف.

ينظر: البيهقي، السنن الكبرى، ج ٦، ص ٨٢.

(٧) الترمذي، سنن الترمذي، باب: نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه، حديث رقم (١٠٧٩)، ص ١٦٨.

قال عنه الترمذي، هذا حديث حسن، ينظر المصدر السابق، ج ٢، ص ١٦٨.

(٨) المباركفوري، تحفة الأحوذى، ج ٤، ص ١٦٤.

وقالوا: إن الذمة تتخرب بالموت^(١)، وأنه لا فائدة للمدين في بقاء الأجل عليه بعد موته^(٢).

والأجل كان من أجل الرفق به في حال حياته، أما في حال موته فالأرفق به قضاء ديونه لأن نفس المؤمن معلقة بالدين^(٣)، أي أنها تكون محبوسة عن مقامها الكريم حتى يقضى الدين^(٤).

القول الثاني: ذهب الحنبلية في القول الصحيح المعتمد عندهم، إلى أن الدين المؤجل لا يحل بموت المدين إذا وثق الورثة الديون برهن أو كفيل، وعندها يختص أصحاب الديون الحالة بالتركة لاستيفاء ديونهم منها، أما إذا لم يوثق الورثة الدين المؤجل على ميتهم برهن أو كفيل حلت الديون المؤجلة عليه وشارك أصحاب الديون المؤجلة غيرهم في الاستيفاء من التركة، لأن القول بعدم حلولها مع ترك توثيقها يفضي إلى ضياع هذه الديون بالكلية^(٥).

واستدل الحنبلية بقولهم: إن الموت لا يبطل الحقوق وإنما هو ميقات للخلافة والتوارث، وعليه فلا يبطل بالموت حق المدين بالأجل كالمفلس^(٦).

وقال المالكية: إذا اشترط المدين حال تداينه عدم حلول دينه بتفليسه أو موته، فإن أفلس أو مات فلا يحل دينه عملاً بشرطه ويبقى الدين عليه إلى أجله، وكذلك إذا قتل الدائن مدينه عمداً فلا يحل ما على المدين من الدين^(٧)، أما إذا طلب أحد الغرماء بعد موت المدين بقاء دينه مؤجلاً فلا يجاب إلى ذلك^(٨).

وأميل إلى ترجيح قول الجمهور بحلول الدين المؤجل عند موت المدين رفقاً بالميت وعملاً بالأخبار الواردة في المسألة، والإسراع بإبراء الذمة أمر مطلوب شرعاً. والله أعلم

(١) الزرقاني، شرح الزرقاني، ج ٥، ص ٤٧٨.

(٢) السرخسي، المبسوط، م ٩، ج ١٨، ص ١٦٢.

(٣) الشيرازي، المهذب، ج ٣، ص ٢٦٩.

(٤) المباركفوري، تحفة الأحوذى، ج ٤، ص ١٦٤.

(٥) المرادوي، الإتصاف، ج ٥، ص ٣٠٧.

وينظر: ابن قدامة، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٥٤٤-٥٤٦.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٥٦٨.

(٧) الأبي، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ١٣٣.

(٨) الزرقاني، شرح الزرقاني، ج ٥، ص ٤٧٨.

المطلب الثالث: وسائل توثيق الحق خوفاً من موت المدين.

الدين قد يتعثر استيفاؤه بسبب موت المدين لأحد أمرين:
الأمر الأول: جحود الورثة وإنكارهم الدين الذي يطالب به المدعي، فعندها يجب على المدعي إثبات ما يدعيه، ولا سبيل له إلى ذلك إلا بالبينة -الشهود- أو الوثيقة الخطية التي يقر فيها المدعي عليه بالدين لفلان أو فلان من الناس، فإذا كان المدعي -الدائن- قد احتاط لنفسه بهذه الوثائق فلا إشكال، لأنه يستطيع عندها استيفاء حقه من تركة المدين المتوفى.

الأمر الثاني: تعذر استيفاء الدين بسبب موت المدين مقلساً.
إذا مات المدين وترك مالا فحق الدائنين يتعلق بالتركة فيستوفون منها حقوقهم، ولا إشكال، ولكن الإشكال إذا مات المدين مقلساً لا تركة له، فلا سبيل عندها لاقتضاء الدين إلا إذا كان الدائن قد استوثق لدينه بكفيل أو رهن، وبيان ذلك في المسائل التالية: وهي:

المسألة الأولى: الكفالة كوسيلة لتوثيق الحق خوفاً من ضياعه بسبب موت المدين.

الكفالة نوعان: كفالة بالمال، وكفالة بالنفس^(١)، والكفالة بنوعيتها تحفظ للدائن حقه في حالة موت المدين -المكفول عنه، أو الأصيل- وكذلك تحفظ للدائن حقه في حالة موت الكفيل.

أولاً: الكفالة بالمال في حال موت الكفيل أو الأصيل.

إذا مات الكفيل بالمال، فقد اتفقت كلمة العلماء على أنه لا يبرأ من الكفالة أبداً، بل يلزم أداء المال الذي تكفل به من تركته، إذا طلب المكفول له ذلك، حتى ولو كان الأصيل موسراً حاضراً ويحل الدين الذي تكفل به ولو كان مؤجلاً، فيجب أداء الدين حالاً من التركة، ويبقى الأجل في حق الأصيل، فإذا أدى الورثة من التركة فلا يرجعون على الأصيل إلا عند حلول الأجل^(٢).

(١) ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٥، ص ٢٨٤.

(٢) السرخسي، المبسوط، م ١٠، ج ٢٠، ص ٢٧.

وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٢١٦.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٨٣.

وفي رواية أخرى عند المالكية، أنه يؤخذ قدر الحق من التركة فيعزل إلى أن يحل الأجل فإذا أمكن أخذ الحق من الأصيل كان به، وردّ المال الموقوف إلى الورثة، وإذا تعذر أخذ المال من الأصيل، أخذه من المال المعزول من التركة لهذا الغرض^(١).

وأما إذا مات الأصيل، فكذاك يحل أجل جميع الديون الواجبة عليه بالموت، ولكن لا يحل الأجل على الكفيل لبقاء ذمته وحاجته إلى الأجل، فإذا لم يكن في التركة ما يكفي لقضاء الدين فإن الطالب -المكفول له- لا يطالب الكفيل إلا بعد حلول الأجل الذي كفل إليه^(٢).

ويحق للكفيل عند موت الأصيل أن يقول للطالب -المكفول له- خذ حقه من تركة الميت إذا كانت التركة تفي بقضاء الدين أو بعضه، وإلا فأنا بريء من حقه أو من الكفالة. لأن التركة قد تهلك فلا يجد الكفيل بعد ذلك مرجعاً إذا غرم وقضى المدين من ماله حتى لا يلحقه بذلك ضرر^(٣).

وتصح الكفالة عند المالكية^(٤) والحنفية^(٥)، إذا اشترط الكفيل على الطالب -المكفول له- أن لا يطالبه بالدين إلا بعد موت الأصيل فله شرطه، وتصح الكفالة عند المالكية فيما لو قال رجل لرجل ما ثبت لك من حق عند فلان فأنا كفيل به، فمات الكفيل قبل أن يثبت شيء في ذمة الأصيل المكفول عنه، ثم ثبت الحق بعد موت الكفيل، فإن المكفول له -الطالب- له أن يستوفي الحق أو الدين من تركة الكفيل^(٦).

(١) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١٢٣٤.

(٢) السرخسي، المبسوط، م١٠، ج٢٠، ص٢٧-٢٨.

وينظر: الأبي، جواهر الإكليل، ج٢، ص١٦٧.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٨٣-٨٤.

(٣) الشريبي، مغني المحتاج، ج٣، ص٢١٦.

وينظر: الأبي، جواهر الإكليل، ج٢، ص١٦٨.

(٤) الخرشي، حاشية الخرشي، ج٦، ص٣١٧.

(٥) السرخسي، المبسوط، م١٠، ج٢٠، ص٣.

(٦) الأصبغي، المدونة الكبرى، ج٤، ص١٠٢.

ثانياً: الكفالة بالنفس في حال موت الكفيل أو الأصيل.

الكفالة بالبدن أو الوجه مشروعة للحاجة إليها وهذا قول جمهور أهل العلم^(١). وحقيقتها التزام إحضار المكفول إلى المكفول له، والحاجة داعية إليها^(٢)، لما يترتب عليها من المصالح، فمتى أحضر الكفيل المكفول برئ الأول من الكفالة لأنه أدى ما التزمه^(٣). وأما إذا تعذر على الكفيل إحضار المكفول، فذهب الحنفية^(٤) والشافعية^(٥) إلى أن الكفيل لا يغرم ما على المكفول من المال إذا كان الحق مالياً، وذهب المالكية^(٦) والحنبلية^(٧) إلى أن الكفيل يغرم ما على المكفول من المال إذا لم يحضر المكفول، وإذا اشترط الكفيل بالبدن لنفسه، أنه لا يلزمه شيء من الدين الواجب على المكفول، فله شرطه، ولا يغرم شيئاً من المال عندها، إلا أنه متى ثبت أنه فرط في طلب المكفول وإحضاره ضمن ما عليه قولاً واحداً عند المالكية^(٨).

وأما إذا مات الكفيل بالبدن أو مات المكفول، فما الحكم؟ اتفقت كلمة الجمهور على أنه إذا مات المكفول، فلا شيء على الكفيل، وبطلت الكفالة لفوات محلها بموت المكفول^(٩). وفي قول مرجوح عند الشافعية أن المكفول إذا مات طوّل الكفيل بالمال بدلاً من الإحضار المعجوز عنه،

(١) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٥، ص٢٨٥.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٩٧.

(٢) الشرييني، مغني المحتاج، ج٣، ص٢٠٧.

(٣) الموصلي، الاختيار، م١، ج٢، ص١٦٧.

(٤) القاري، فتح باب العناية، ج٢، ص٤٩٧.

(٥) الشرييني، محمد بن محمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ط١، تحقيق: الشيخ علي محمد

معوض والشيخ عادل أحمد عبدالموجود، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، ج٢، ص٩١.

(٦) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص٢٤٢.

(٧) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٩٦-٩٧.

(٨) عيش، منح الجليل، ج٦، ص٢٤٣-٢٤٤.

وينظر: ابن جزى، القوانين الفقهية، ص٢٤٢.

(٩) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٥، ص٢٨٥.

وينظر: السرخسي، المبسوط، م١٠، ج١٩، ص١٤٣.

وينظر: ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص٣٩٢.

وينظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٧٨.

لأن ذلك فائدة هذه الوثيقة^(١)، وفي رواية عند المالكية، أن المكفول إذا مات بعد حلول الأجل غرم الكفيل المال الذي على المكفول^(٢).

وأما إذا مات الكفيل بالبدن، فذهب الحنفية^(٣) والشافعية^(٤)، إلى أن الكفالة تبطل ولا يغرم الكفيل شيئاً من تركته لأنه لم يلتزم المال، وبموته أصبح عاجزاً عن الوفاء بما التزمه من إحضار المكفول فتبطل الكفالة، جاء في المبسوط: "وإن مات الكفيل بطلت الكفالة، لأن تسليم الكفيل المطلوب بعد موت الكفيل لا يتحقق منه، ولا تتوجه المطالبة بالتسليم على ورثته لأنهم لم يكفلوا له شيء، وإنما يخلفونه فيما له لا فيما عليه"^(٥).

وذهب المالكية^(٦) والحنبلية^(٧)، في حال موت الكفيل بالوجه، أنه يغرم المال الواجب المكفول من تركته إذا تعذر إحضار المكفول، وإذا أحضر الورثة المكفول فإنهم يبرأون من الغرم الواجب في تركة الكفيل.

واستدلوا بعموم قوله صلى الله عليه وسلم: (الزعيم غارم)، والكفيل بالبدن يدخل في عموم "الزعيم" فيغرم^(٨). وأما إذا مات المكفول له فورثته يقومون مقامه والكفالة باقية بحالها لا تبطل بحال وهذا محل اتفاق بين جمهور أهل العلم^(٩).

والذي أميل إليه في هذه المسألة قول الحنفية والشافعية، لأن الكفيل إنما التزم الإحضار فلا يغرم شيئاً من تركته عند موته أو عجزه عن إحضار المكفول. والله أعلم.

(١) الشريبي، مغني المحتاج، ج٣، ص٢١١.

(٢) ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص٣٩٢.

(٣) الموصلي، الاختيار، م١، ج٢، ١٦٨.

(٤) الشريبي، مغني المحتاج، ج٣، ص٢١٢.

(٥) السرخسي، المبسوط، م١٠، ج١٩، ص١٤٤.

(٦) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص٢٤٢.

(٧) البيهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٧٩.

(٨) البغدادي، المعونة، ج٢، ١٢٣١.

(٩) الموصلي، الاختيار، م١، ج٢، ص١٦٨.

وينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج٨، ص١٤٩.

وينظر: البيهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٧٩.

ثالثاً: الكفالة بدين الميت.

إذا مات الشخص وعليه دين فكفل بالدين شخصاً ليقضيه عن الميت، فقولان في المسألة:
القول الأول: ذهب الجمهور، المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنبلية^(٣)، إلى صحة الكفالة عن الميت مطلقاً سواء ترك وفاءً أو لم يترك، موسراً كان حال موته أو معسراً، واستدلوا بحديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه: (أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة ليصلي عليه، فقال: وهل عليه من دين؟، قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتى بجنازة أخرى، فقال: هل عليه من دين؟، قالوا: نعم، قال: فصلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: عليّ دينه يا رسول الله، فصلى عليه)^(٤) وجه الدلالة في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز كفالة أبي قتادة وأمضاها وصلى على الميت بعد أن تكفل أبو قتادة بالدين^(٥).

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أن الكفالة بدين الميت الذي لم يترك وفاءً لا تصح لأن الدين يسقط بسبب موت المدين مفلساً لا تركة له، فالدين إما أن يتعلق بزمة الميت وقد خربت بالموت، وإما أن يتعلق بأعيان التركة، ولا تركة فيسقط الدين^(٦).

والذي أميل إليه ويترجح عندي قول الجمهور لصحة الحديث، ولصريح دلالاته على جواز الكفالة بدين الميت، وتصح الكفالة بدين الميت، من أجل إحضار جثته مثلاً للشهادة، ومحل ذلك قبل دفنه وتغيره، ولا ينقل من بلد إلى بلد^(٧). والله أعلم

(١) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٥، ص٢٨٩.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٨، ص١٣٤.

(٣) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص١٢٦.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، باب: من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع، حديث رقم (٢٢٩٥)، ص٤٦٩.

(٥) العمراني، البيان، ج٦، ص٢٧٥-٢٧٦.

وينظر: البغدادي، المعونة، ج٢، ص١٢٣٢-١٢٣٣.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٧٤.

(٦) السمرقندي، الفقه النافع، ج٣، ص١٢٥٥.

وينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص٣٩٠.

(٧) الرملي، نهاية المحتاج، ج٤، ص٤٤٨.

المسألة الثانية: الرهن كوسيلة لحفظ الحق عند موت المدين.

إذا تم عقد الرهن بين الراهن والمرتهن، وقبض المرتهن العين المرهونة فإنه يملك حبسها حتى يستوفي حقه، أو يبيعها ليستوفي من ثمنها^(١)، ولكن ما الحكم إذا مات الراهن أو المرتهن أو هلكت العين المرهونة، قبل وفاء الدين؟
أولاً: حال الرهن عند موت الراهن أو المرتهن.

اتفقت كلمة الفقهاء على أن الرهن لا يفسخ بموت أحد عاقديه بعد قبض المرتهن للعين المرهونة، لأن الرهن بعد القبض يكون لازماً في حق الراهن، والعقود اللازمة لا تبطل بالموت^(٢)، فأيهما مات قام وارثه مكانه^(٣). وعليه فإذا مات الراهن -المدين- فقد حل ما عليه من الديون المؤجلة بموته ويبقى الرهن محبوساً عند المرتهن حتى يستوفي حقه من التركة أو يبيع الرهن ليستوفي المرتهن حقه من ثمنه. جاء في كتاب الذخيرة: "إذا مات الراهن قبل أجل الدين يبيع الرهن وقضى الحق، لأن من مات حلت ديونه"^(٤).

وأما إذا مات المرتهن -الدائن- فيقوم وارثه مكانه، فإذا كان الدين مؤجلاً فهو إلى أجله لأن الميت يحل ما عليه من الديون بموته، أما ديونه الواجبة له فهي إلى أجلها.
ولكن من حق الراهن أن يطلب أن يكون الرهن في يد عدل من غير الورثة، ولا يلزمه إقرار الرهن في يد الورثة إلا باختياره، ويبقى الرهن محبوساً إلى أجل الدين. فإذا حلَّ الأجل طالبَ الورثة الراهن بالحق، وإلا يبيع الرهن للاستيفاء من ثمنه^(٥)، جاء في الذخيرة: "ولا يفسخ عقد الرهن بموت أحدهما ولا جنونهما ولا الحجر عليهما"^(٦). والله أعلم

(١) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٥، ص٢٤١.

(٢) السرخسي، المبسوط، م١١، ج٢١، ص٧٠.

وينظر: القرافي، الذخيرة، ج٨، ص١٠١.

وينظر: ابن قدامة، الكافي، ج٢، ٩٨.

وينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص٣٠١.

(٣) المزني، مختصر المزني، ج٩، ص١٠٨.

(٤) القرافي، الذخيرة، ج٨، ص١٢٧.

وينظر: السمرقندي، الفقه النافع، ج٣، ص١٢٨٣-١٢٨٤.

وينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص٣٠١.

(٥) السرخسي، المبسوط، م١١، ج٢١، ص٧٠.

وينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص٣٠١.

(٦) القرافي، الذخيرة، ج٨، ص١٠١.

ثانياً: هلاك العين المرهونة عند المرتهن.

اختلفت كلمة أهل العلم في العين المرهونة بعد قبضها، هل هي مضمونة في يد المرتهن، بمعنى أنها إذا هلكت في يده تهلك في مقابل الدين، أم أنها أمانة، إذا هلكت عند المرتهن من غير تعديه عليها فشأنها شأن الأمانات تهلك غير مضمونة ويكون غرمها من الراهن^(١)، المسألة فيها ثلاثة أقوال لجمهور أهل العلم:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن العين المرهونة إذا هلكت فهي مضمونة على المرتهن بالأقل من قيمتها أو الدين، بمعنى أن العين المرهونة إذا هلكت عند المرتهن صار المرتهن مستوفياً لحقه إذا كانت قيمتها تساوي قدر الدين، وإذا كانت قيمتها أكثر من قدر الدين يكون الفضل أمانة عند المرتهن ينبغي أن يرده للراهن، وإذا كانت العين المرهونة قيمتها أقل من قدر الدين سقط من الدين بقدرها ورجع المرتهن على الراهن بما بقي له من الدين في نمته^(٢).

القول الثاني: ذهب المالكية إلى التفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، فقالوا: إذا كان الرهن -العين المرهونة- مما يغاب عليه ويمكن إخفاؤه كالحلي والجواهر مثلاً، فادعى المرتهن تلفها أو ضياعها فهي في ضمانه، وتهلك في مقابل ماله من الدين، وأما ما لا يغاب عليه كالعقار والحيوان الذي لا يمكن إخفاؤه فإذا هلك فهو في ضمان الراهن كسائر الأمانات ولا يسقط شيء من الدين في مقابله ولا يتحمل المرتهن شيئاً من غرمه^(٣).

القول الثالث: ذهب الشافعية^(٤) والحنبلية^(٥) إلى أن الرهن -العين المرهونة- أمانة عند المرتهن فإذا هلك في يد المرتهن فلا شيء عليه، ويكون غرمه من الراهن، والدين باق

(١) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٥، ص٢٥٠.

(٢) السمرقندي، الفقه النافع، ج٣، ص١٢٧٥-١٢٧٦.

وينظر: الكلبولي، مجمع الأنهر، ج٤، ص٢٧١-٢٧٢.

(٣) العدوي، حاشية العدوي، ج٢، ص٣٥٥.

وينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ج٥، ص٢٥٠.

(٤) الهيتمي، تحفة المحتاج، ج٢، ص٢٢٧.

(٥) الكلوثاني الهداية، م١، ج١، ص١٨٦. وينظر: ابن مفلح، المبدع، ج٤، ص٢٢٧-٢٢٨.

على حاله، إلا إذا ثبت أنه تعدى أو فرط حتى هلك الرهن فيكون في ضمان المرتهن، وهذا شأن الأمانات إذا هلكت لا تضمن إلا بالتعدي.

واستدل الحنفية لقولهم، بأن الرهن مضمون بالأقل من قيمته أو الدين بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (الرهن بما فيه)^(١)، واستدلوا أيضاً بما روي من أن رجلاً رهن فرساً فنفق في يده، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرتهن: "ذهب حقه"^(٢) وجه الدلالة من هذه الأحاديث أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الرهن عند هلاكه، أو تلفه، يهلك بما في مقابله من الدين، وعندها يكون قد هلك في ضمان المرتهن.

ودليل مالك في التفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، الاستحسان، ومراده من الاستحسان هنا الجمع بين الأدلة المتعارضة، ووجه الاستحسان أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه، فلذلك قال مالك بالفرق بينهما^(٣).

واستدل الشافعية والحنبلية على أن الرهن أمانة عند المرتهن بقوله صلى الله عليه وسلم: (لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه وعليه غرمه)^(٤).

وجه الدلالة من الحديث قوله صلى الله عليه وسلم "لصاحبه غنمه وعليه غرمه" فالغرم والنقص والهالك، كل ذلك يتحملة الراهن لأنه صاحب الرهن^(٥). وأميل إلى ترجيح قول الشافعية والحنبلية، لأن الحديث الذي احتجوا به أصح سنداً من أحاديث الحنفية. والله أعلم

المسألة الثالثة: الحوالة كوسيلة لحفظ الحق عند موت المدين.

إذا مات المحال عليه مقلماً قبل أن يقبض المحال منه شيئاً من حقه فهل يرجع على المحيل؟ وما الحكم إذا مات المحيل قبل أن يقبض المحال حقه من المحال عليه؟ وهنا مسائل:

(١) التهانوي، إعلاء السنن، باب: كون الرهن مضموناً بالهالك، حديث رقم (٥٨٢٢)، ج ١٨، ص ٧٦، والحديث رواه أبو داود في مراسيله، وقال ابن القطان: مرسل صحيح، ينظر: المصدر السابق، ج ١٨، ص ٧٦.

(٢) المصدر السابق، باب: كون الرهن مضموناً بالهالك، حديث رقم (٥٨٢٣)، ج ١٨، ص ٧٦-٧٧، وهو حديث مرسل ضعيف. ينظر: نفس المصدر، والجزء، والصفحة.

(٣) ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٥، ص ٢٥١.

وينظر: البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١١٥٧-١١٥٨.

(٤) البيهقي، السنن الكبرى، باب: الرهن غير مضمون، حديث رقم (١١٢١٩)، ج ٦، ص ٦٦، رواه الشافعي والدارقطني، وقال: هذا اسناد حسن متصل وأخرجه الحاكم والبيهقي وابن حبان في صحيحه، وصحح البعض إرساله. ينظر: الشوكاتي، نيل الأوطار، م ٣، ج ٥، ص ٢٣٥.

(٥) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٧٦.

أولاً: موت المحال عليه

ينتقل حق المحال إلى ذمة المحال عليه ويبرأ المحيل من الدين بتمام عقد الحوالة، فيطلب المحال حقه من المحال عليه في حال حياته، وعند موته، أي المحال عليه، يكون المحال أسوة الغرماء يستوفي حقه من تركة المحال عليه ولا يرجع على المحيل^(١). وذهب الشعبي^(٢) وآخرون إلى أن المحال يرجع على المحيل في حال وفاة المحال عليه قبل استيفائه الحق منه مطلقاً^(٣).

وذهب بعض أهل العلم إلى أن المحال يرجع في بعض الأحوال على المحيل، فذهب الحنفية إلى أن المحال يرجع إلى مطالبة المحيل، في حال وفاة المحال عليه مفلساً، وفي حال جحوده الحوالة، أو الحكم بإفلاسه، أي إفلاس المحال عليه^(٤). وذهب المالكية إلى أن المحال له أن يرجع في حال علم المحيل دون المحال، أن المحال عليه مفلس، لأنه يكون بذلك قد غره وغرر به فيرجع عليه^(٥)، جاء في المدونة: قال مالك: إن كانت إحالة الذي أحاله وله على المحتال عليه دين ولم يغره من فلس عليه من غريمه الذي أحال عليه، فلا يرجع عليه، قال مالك: وإن كان غره، أو لم يكن عليه شيء فإنه يرجع عليه إذا أحاله^(٦)، وعند الشافعية^(٧) والحنبلية^(٨) لا يرجع المحال على المحيل أبداً، لأن المحيل قد برئ بالحوالة من دين المحال، إلا أن الحنبلية قالوا: إذ اشترط المحال الرجوع على المحيل فله ذلك. والله أعلم

(١) الباجي، المنتقى، ج٦، ص٤٥٤.

وينظر: النمري، الاستذكار، ج٧، ص٢١٥-٢١٧.

(٢) الشعبي: أبو عمرو الهمداني، عامر بن شراحيل بن ذي كبار الشعبي، مولده في أمرة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وفي رواية مولده عام (٢٨هـ). رأى علياً رضي الله عنه وعدداً من كبار الصحابة رضي الله عنهم، وكان كثير العلم، مات عام (١٠٤هـ) رضي الله عنه.

ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج٤، ص٢٩٤-٣١٩.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٦١.

(٤) الكلبولي، مجمع الأنهر، ج٣، ص٢٠٦-٢٠٧.

(٥) الأبي، جواهر الإكليل، ج٢، ص١٦٣.

(٦) الأصبحي، المدونة الكبرى، ج٤، ص١٢٦.

(٧) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٨، ص٩٤.

(٨) الزركشي، شرح الزركشي، ج٤، ص١١٠-١١١.

ثانياً: موت المحيل

إذا مات المحيل بعد قبض المحال من المحال عليه حقه فلا إشكال، لأن الحوالة قد انتهت وفق ما شرعت له، ولكن إذا مات المحيل قبل أن يقبض المحال من المحال عليه حقه، ومعلوم أن المحال عليه مدين للمحيل، وكان للمحيل غرماء غير المحال، فهل يكون المحال عندها أسوة الغرماء، أم أنه أحق بقبض المال ويختص به دون سائر الغرماء؟ قولان في المسألة:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن المحال يكون أسوة الغرماء ما لم يقبض شيئاً من المحال عليه. وأما ما قبضه قبل وفاة المحيل فهو له، وذهب زفر رحمه الله إلى أن المحال أحق به من سائر الغرماء وكالرهن^(١). جاء في المبسوط: "فإن مات المحيل وعليه دين فما كان قبض المحتال له -المحال- في حياته فهو له، وما لم يقبضه فهو بينه وبين الغرماء وعلى قول زفر رحمه الله، الطالب -المحال- أحق به من الغرماء لأنه بمنزلة المرهون"^(٢).

القول الثاني: ذهب الجمهور المالكية والشافعية إلى أن المحال يختص بقبض الدين الواجب للمحيل على المحال عليه، جاء في المدونة: "قلت: رأيت الرجل يحيل الرجل على أحد بما له عليه، وللرجل الذي أحال عليه دين، فمات الذي أحال وعليه دين من قبل أن يقتضي المحال دينه، أيكون لغرماء الذي أحال في هذا الدين الذي على المحتال عليه شيء، أم يكون الرجل الذي احتال به أولى من غرماء المحيل وإن لم يكن قبضه؟ قال: إذا أحاله على رجل وله على المحتال عليه دين، فالمحال أولى بما على المحتال عليه، لأنه قد صار يشبه البيع"^(٣)، وجاء في مغني المحتاج: "لو أحال بمؤجل على مؤجل حلت الحوالة بموت المحال عليه، ولا تحل بموت المحيل لبراءته بالحوالة"^(٤) فالحوالة متى تمت وفق شروطها برئ بها المحيل ولا عبرة لموته بعد تمامها، لأنها من العقود اللازمة التي لا تبطل بالموت^(٥). وتصح

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤١٩.

(٢) السرخسي، المبسوط، م١٠، ج٢٠، ص٦٢.

(٣) الأصبحي، المدونة الكبرى، ج٤، ص١٢٦-١٢٧.

(٤) الشرييني، مغني المحتاج، ج٣، ص١٩٣.

(٥) الجمل، حاشية الجمل، ج٥، ص٢٣٤.

الحوالة عند الشافعية^(١) والحنبلية^(٢) على الميت، ويتعلق الدين المحال به على الميت بالتركة إن كانت وإلا فهو باق في ذمته، فإن تبرع أحد بقضائه برئت ذمته، وتصح الحوالة على الميت سواء كانت له تركة أم لم تكن له تركة، لأنه في حال عدم التركة ربما يتبرع أحد بالقضاء عنه، ولكن لا تصح الحوالة على التركة لعدم الشخص المحال عليه^(٣).

ويتضح مما سبق أن الحوالة كوسيلة توثيق تمكن صاحب الحق من الحصول على حقه حتى في حال موت أحد أطراف العقد، ففي حال موت المحال عليه يستوفي المحيل حقه من تركته وإذا تعذر الاستيفاء من تركة المحال عليه، يجوز للمحال أن يرجع على المحيل عند بعض أهل العلم كما سبق وأشرت إلى ذلك. وفي حال موت المحيل يكون المحال أولى بالدين الواجب على المحال عليه من غيره من الغرماء، والله أعلم.

(١) البيجرمي، حاشية البيجرمي على الخطيب، ج ٣، ص ٤٢٣.

(٢) اليهودي، كشف القناع، ج ٣، ص ٣٨٤.

(٣) البيجرمي، حاشية البيجرمي على الخطيب، ج ٣، ص ٤٢٤.

وينظر: الجمل، حاشية الجمل، ج ٥، ص ٢٣٥-٢٣٦.

المبحث الخامس: كساد النقود وانقطاعها ، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الكساد والانقطاع لغة واصطلاحاً " ألفاظ ذات صلة " .

المطلب الثاني: حكم الكساد والانقطاع وأثره على المعاملات.

المطلب الثالث: وسائل التوثيق وحكمها في حال كساد النقود المتعامل بها.

أصبحت النقود الورقية شائعة الاستعمال في هذه الأيام بكثرة، فلا يكاد الناس يعرفون غيرها في معاملاتهم، فيها يشترون ويبيعون، ويقرضون ويقترضون، ويتعاملون، ويعتبر غنى الشخص كذلك أو الفرد بقدر ما يملك منها، ولا سبيل لإنكار ذلك، ومعلوم أن لكل دولة أوراقها النقدية القانونية الخاصة بها والمتعارف عليها. إلا أن هذه العملات كثيراً ما تتذبذب قيمتها بين ارتفاع وهبوط، بل قد تفقد هذه العملات كثيراً من قيمتها بين عشية وضحاها، فهي عرضة للكساد والانقطاع، فما حكم المعاملات من قروض وبيعات، التي جرت بين المتعاملين وفق هذه النقود، إذا كسدت هذه النقود أو انقطعت؟ وهل من سبيل إلى توثيق القروض خوفاً من كساد النقد الذي تم به القرض؟ وتوضيح ذلك في مطالب هذا المبحث.

المطلب الأول: تعريف الكساد والانقطاع لغة واصطلاحاً .

أولاً: تعريف الكساد والانقطاع في اللغة.

١- الكساد في اللغة: خلاف النفاق ونقيضه^(١)، وأصل الكساد: الفساد^(٢).

٢- الانقطاع في اللغة: الانتهاء، وينقطع كل شيء، حيث ينتهي إليه طرفه.

وانقطع الشيء: ذهب وقته، وانقطع الكلام: وقف فلم يمض^(٣).

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج٥، ص٢٨٧٢.

(٢) الفيومي، المصباح المنير، ج٢، ص٥٣٣.

(٣) ابن منظور، لسان العرب، ج٥، ص٣٦٧٥-٣٦٧٦.

ثانياً: تعريف الكساد والانقطاع في الاصطلاح.

١- الكساد في الاصطلاح:

جاء في تنبيه الرقود على مسائل النقود: "ويقال أصل الكساد، الفساد، وعند الفقهاء: أن تترك المعاملة بها في جميع البلاد، وإن كانت تزوج في بعض البلاد، لا يبطل لكنه يتعيب إذا لم يرج في بلدهم، فيتخير البائع إن شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته"^(١)، وعليه فالكساد هو: ترك المعاملة بالنقد في جميع البلاد.

٢- الانقطاع في الاصطلاح:

جاء في تنبيه الرقود: "يعد الانقطاع، أن لا يوجد في السوق، وإن كان يوجد في يد الصيارفة وفي البيوت... وقيل: إذا كان يوجد في أيدي الصيارفة فليس بمنقطع، والأول أصح"^(٢)، وعليه فالكساد يعني ترك التعامل بالنقد لعدم رواجه، والانقطاع أن لا يوجد النقد في السوق فهما يشتركان، أي الكساد والانقطاع في عدم التعامل، ويختلفان في أن العملة قد تكون رائجة مرغوب بها ولكنها مفقودة من السوق فيكون الانقطاع، وقد تكون العملة موجودة في السوق ولكنها غير مرغوب بها ولا هي رائجة فيكون الكساد. وأياً ما كان فإن حكمهما واحد في أغلب الحالات^(٣).

المطلب الثاني: حكم الكساد والانقطاع وأثره على المعاملات.

في ضوء ما هو معلوم في هذه الأيام من تذبذب أسعار العملات الورقية هبوطاً وارتفاعاً لسبب أو لآخر، تبقى المعاملات المالية يكتنفها بعض الحذر، وعدم الاطمئنان والاستقرار، خاصة في المعاملات أو البيعات التي يشترط فيها الأجل لأحد العاقدين، مثل القرض لأمد بعيد كشهر أو سنة، ففي مثل هذه المدة قد تهبط قيمة العملة أو النقد الذي جرى به التعامل. فيؤدي ذلك إلى كساد العملة أو انقطاعها، فإذا هبطت قيمة العملة الورقية لهذه العملة أو تلك هبوطاً حاداً، فوفق

(١) ابن عابدين، محمد أمين، مجموعة رسائل ابن عابدين، رسالة: تنبيه الرقود على مسائل النقود، (بيروت: دار إحياء التراث العربي)، ج ٢، ص ٥٨.

(٢) المصدر السابق، ج ٢، ص ٥٨.

(٣) القرّة داغي، علي محيي الدين علي، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ط ١، (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م)، ص ٢٤.

وينظر: ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج ٢، ص ٥٨.

أي معيار -المثل أو القيمة- يمكن إنهاء الالتزامات بين الدائن والمدين حتى لا يترتب الظلم والإجحاف على أحد طرفي العقد، ولقد عرف الفقهاء المسلمون هذه المسألة، حيث إن العملات السائدة في ذلك الوقت كانت الدينانير: وهي مضروبة من الذهب^(١)، والدرهم: وهي مضروبة من الفضة^(٢)، والفلوس: وهي مضروبة من معدن غير الذهب والفضة^(٣)، كالحديد والنحاس. ووقع السؤال عن هذه المسألة، خاصة في الفلوس إذا كسدت أو انقطعت أو غلت قيمتها أو رخصت، واتفقت كلمة أهل العلم على أن المبدأ والأصل الأصيل في ذلك هو رد المثل. فمن استقرض مائة دينار يرد مثلها^(٤)، واستدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾^(٥).

جاء في أحكام القرآن: "وقد دلت أيضاً على أن من استهلك لرجل مالا فعليه مثله"^(٦). ولكن أهل العلم اختلفوا بعد ذلك في الرجل يكون له عند الرجل مال من قرض مثلا، فتكسد النقود التي وقع القرض بها أو تنقطع المعاملة بها، فهل الواجب رد المثل أو القيمة، لأهل العلم في المسألة قولان:

القول الأول: ذهب الإمام أبو حنيفة، والمالكية، والشافعية، إلى أن الواجب رد المثل سواء قلت العملة أو رخصت أو كسدت أو انقطعت، ووافق الحنبلية الجمهور في الرخص والغلاء، والكساد من أن الواجب رد المثل.

جاء في بدائع الصنائع: "ولو استقرض فلوساً فكسدت، فعليه مثلها عند أبي حنيفة"^(٧) وكذلك في حال الرخص والغلاء^(٨).

-
- (١) أبو جيب، القاموس الفقهي، ص ١٣٢.
 - (٢) المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٣٣٧.
 - (٣) أبو جيب، القاموس الفقهي، ص ٢٩٠.
 - (٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ١٠، ص ٥٩٦.
 - (٥) سورة النحل، الآية رقم (١٢٦).
 - (٦) الجصاص، أحكام القرآن، ج ٣، ص ٢٥٤.
 - (٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ١٠، ص ٥٩٦.
 - وينظر: الكليوبلي، مجمع الأنهر، ج ٣، ص ١٦٨.
 - (٨) العيني، البناية في شرح الهداية، ج ٧، ص ٥٢٩-٥٣٠.

وجاء في مواهب الجليل من كتب المالكية: "يعني أن من أقرض فلوساً أو باع بها سلعة ثم إنه بطل التعامل بتلك الفلوس وصار التعامل بغيرها، فإنه يجب له الفلوس ما دامت موجودة، ولو رخصت أو غلت"^(١).

وجاء في الحاوي للفتاوي: "ولو أقرضه نقداً فأبطل السلطان المعاملة به: فليس له إلا النقد الذي أقرضه، نص عليه الشافعي رضي الله عنه، فإذا كان هذا مع إبطاله فمع نقص قيمته من باب أولى"^(٢).

وجاء في المغني: "قد ذكرنا أن المستقرض يرد المثل في المثليات سواء رخص سعره أو غلا أو كان بحاله"^(٣)، وجاء في كشاف القناع من كتب الحنبلية: "وعلم منه: أن الفلوس إن لم يحرمها وجب رد مثلها، غلت أو رخصت أو كسدت"^(٤).

القول الثاني: ذهب أبو يوسف من أئمة الحنفية إلى أن الواجب رد القيمة في حالة الكساد والانتقطاع والرخص، جاء في رد المحتار من كتب الحنفية: "وحاصل ما مر أن على قول أبي يوسف المفتى به، لا فرق بين الكساد والانتقطاع، والرخص والغلاء، في أنه تجب قيمتها يوم وقع البيع أو القرض لا مثلها"^(٥).

وذهب الحنبلية إلى القول برد القيمة في حالة واحدة، وهي تحريم السلطان التعامل بها، جاء في المغني: "وإن كان القرض فلوساً أو مكسرة، فحرمها السلطان، وتركت المعاملة بها كان للمقرض قيمتها، ولم يلزمه قبولها، سواء كانت قائمة في يده أو استهلكها، لأنها تعيبت في ملكه... هذا إذا اتفق الناس على تركها، فأما إن تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها لزم أخذها"^(٦). والمعتمد في المذهب أن الناس

(١) الحطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص١٨٨.

وينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٧١.

(٢) السيوطي، عبدالرحمن بن الكمال أبي بكر بن محمد، الحاوي للفتاوي، قطع المجادلة عند تغيير المعاملة، بيروت: دار الفكر، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م)، ج١، ص١١٤.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٤٤١.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣١٥.

(٥) ابن عابدين، رد المحتار، ج٧، ص٥٥-٥٦.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٤٤١-٤٤٢.

لو تُعاملوا بها مع تحريم السلطان لها لا يلزم أخذها، بل متى حرّمها السلطان،
وجب رد قيمتها لأن التحريم كالعيب فلا يلزم قبولها^(١).

ويجدر التنبيه على أن العملات الورقية المتداولة في هذه الأيام تعتبر من المثليات سواء قيل إنها
أشبه بالفلوس أو أشبه بالنقدين الذهب والفضة، جاء في الحاوي للفتاوي ما يرشد إلى ذلك: "وإنما
نبهت على هذا لئلا يظن أن الفلوس من المتقومات، وإنما هي من المثليات في الأصح، والذهب
والفضة المضروبان مثليان بلا خلاف"^(٢)، واتفقوا بعد ذلك على القاعدة المعروفة، وهي أن
المثلي إذا عزّ أو عُدّ بالكلية بحيث لا يقدر عليه لعدم وجوده، فالواجب عندها رد القيمة^(٣)،
والراجح عندي في المسألة قول الجمهور، وهو أن الواجب رد المثل وليس القيمة في حال
الكساد والانتقطاع والرخص والغلاء، لأن الأصل رد المثل وهذا أمر متفق عليه بين أهل العلم،
والقول برد القيمة في المثليات يصار إليه عند عدم المثلي للضرورة. والله أعلم

المطلب الثالث: وسائل التوثيق في حال كساد النقود المتعامل بها.

إذا كان الدائن قد أخذ من المدين رهناً أو كفيلًا، ثم كسدت النقود التي تم القرض بها، فالدائن
ليس له إلا مثل الدين الذي جرت به المعاملة، وكذلك الأمر بالنسبة للكفيل لا يلزمه إلا مثل الدين
الواجب على الأصيل أداءه، وهذا لأن الرهن والكفيل لا يكونان إلا بما يجب على الأصيل،
والأصيل لا يجب عليه إلا المثل.

جاء في المدونة: "قلت: رأيت إن أسلفت رجلاً فلوساً، وأخذت بها رهناً ففسدت الفلوس؟ قال:
قال مالك: ليس لك إلا فلوس مثل فلوسك، فإذا جاء بها أخذ رهنه"^(٤)، وبالنسبة للرهن قد سبق
وأشرت إلى أن أهل العلم اتفقوا على أن الراهن لو قال للمرتهن، إذا أتيتك بالمال إلى الأجل وإلا

(١) البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص

(٢) السيوطي، الحاوي للفتاوي، ج ١، ص ١١٤.

(٣) المرغيناني، الهداية، م ٢، ج ٤، ص ٣٣٥.

وينظر: ابن تميم، الأشباه والنظائر، ص ٤٣١.

وينظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج ٦، ص ١٨٨.

وينظر: السوقي، حاشية السوقي، ج ٤، ص ٧٢.

وينظر: السيوطي، الحاوي للفتاوي، ج ١، ص ١١٤.

وينظر: البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ٣١٥.

(٤) الأصبغي، المدونة الكبرى، ج ٤، ص ٦٥٢.

فالرهن لك، أن هذا باطل لا يصح، ولأنه لو صح لكان يمكن من خلال الرهن إيجاد حل لهذه المشكلة حتى إذا كسدت النقود كانت العين المرهونة في مقابل الدين لأن الراهن عادة ما يرهن عيناً تساوي قدر الدين، ولكن هذا الشرط غير جائز.

وكذلك بالنسبة للكفالة، فقد يمكن أن يكون هناك حل لمسألة الكساد، وذلك كان يقول الدائن للمدين: أريد كفيلاً بالمبلغ، فإذا كان المبلغ الذي تم القرض به ريبالات مثلاً فتحسب قيمة الريالات إلى دنانير مثلاً أو غيرها من العملات، فيكفل الكفيل بالدنانير، وتكون الدنانير معلومة وأغلب الظن أن الكفالة في هذه الصورة لا تصح، جاء في المدونة: "فإن هو دفع الذهب من الورق -الفضة- التي تحمل بها، فلا يحل ذلك ولا يجوز، ويفسخ ذلك، ويرجع الكفيل الذي دفع الذهب إلى صاحب الدين فيأخذ منه ذهبه، ويكون الورق على الذي عليه الأصل وعلى الكفيل كما هي"^(١).

وأما إذا اشترط الدائن على المدين، أنه في حال كساد العملة التي تم القرض بها، فالواجب على المدين رد القيمة ذهباً مثلاً أو من عملة أخرى ثابتة لم تكسد، أو يرد نفس العملة التي اقترض بها ولكن يرد بالقيمة لا بالمثل، فيترتب على ذلك أن يرد أكثر من المثل، والذي يظهر لي أن هذا الشرط غير جائز لأنه مخالف لمقتضى العقد، حيث أن الواجب في القرض رد المثل، فإذا قيل بجواز رد القيمة خرج العقد عن مقتضاه، وإذا رد أكثر من المثل فيكون من الربا المحرم. وعليه فلم يبقى إلا الأخذ بقول أبي يوسف رحمه الله، بجواز الأخذ بالقيمة في حال الكساد والانقطاع أو الرخص والغلاء، ويجدر التنبيه أن بعض الحنفية قال: إن أبا يوسف إنما قال برد القيمة في حال الكساد والانقطاع، لا في حال الرخص والغلاء، بل ومما يؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع عند ذكره لدليل أبي يوسف على ذلك حيث قال: "وجه قولهما أن الواجب في باب القرض، مثل المقبوض، وقد عجز عن ذلك، لأن المقبوض كان ثمناً، وقد بطلت الثمنية بالكساد، فعجز عن رد المثل، فيلزمه رد القيمة، كما لو استقرض رطباً فانقطع عن أيدي الناس، أنه يلزمه قيمته لما قلنا"^(٢). ويفهم من هذا الكلام أنه في حال الرخص والغلاء لا تبطل الثمنية فالواجب عندها رد المثل. وجاء في البناية: "لأنها إذا غلت أو رخصت كان عليه رد المثل بالاتفاق"^(٣). وهذا يفيد أن أبا يوسف رحمه الله ذهب إلى وجوب رد المثل في حال الرخص

(١) المصدر السابق، ج ٤، ص ١٠٨-١٠٩.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ١٠، ص ٥٩٦.

(٣) العيني، البناية في شرح الهداية، ج ٧، ص ٥٢٩-٥٣٠.

والغلاء، إلا أن صاحب رد المحتار ذكر أن قول أبي يوسف هو وجوب رد القيمة في حال الكساد والانتقطاع والرخص والغلاء. وهو القول المفتى به عندهم في المذهب الحنفي^(١).
وأما بالنسبة للحوالة فيشترط أهل العلم في صحتها أن يكون الدين المحال به من جنس الدين المحال عليه وأن يتحدا في القدر والصفة، فلا تجوز الحوالة بدراهم فضية على دنانير ذهبية أو العكس^(٢)، وعليه فلا تصح الحوالة بالنقود الورقية مع اختلاف الجنس، لأن العملات الورقية تعتبر أجناساً مختلفة^(٣). والله أعلم.

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ج٧، ص ٥٥-٥٦.

(٢) عليش، منح الجليل، ج٦، ص ١٩١.

وينظر: الشرقاوي، عبدالله بن حجازي بن ابراهيم، حاشية الشركاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب، ط١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م)، ج٣، ص ١٥٢-١٥٤.

وينظر: ابن مفلح، المبدع، ج٤، ص ٢٧٢.

(٣) العثماني، محمد تقي، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ط١، (دمشق: دار القلم، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م)، ص ١٦٦.

المبحث السادس: الإفلاس ، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الإفلاس لغة واصطلاحاً " ألفاظ ذات صلة " .

المطلب الثاني: حكم الإفلاس وثبوته.

المطلب الثالث: وسائل التوثيق للوقاية من إفلاس المدين.

إفلاس المدين أحد الإشكالات التي تواجه الدائن عندما يريد استرداد حقه من المدين عند حلول أجل الدين، والإفلاس أمر عارض ولكنه متوقع، لأن الأموال عرضة للهلاك والتجارات عرضة للخسارة، فعند إفلاس المدين كيف يمكن للدائن أن يستوفي حقه؟ وما هي وسائل التوثيق المشروعة للوقاية من أخطار إفلاس المدين؟ فما هو الإفلاس، وكيف يثبت، وما هي وسائل التوثيق التي تحفظ الحق خوفاً من إفلاس المدين؟، وتوضيح ذلك في مطالب هذا المبحث.

المطلب الأول: تعريف الإفلاس لغة واصطلاحاً .

أولاً: الإفلاس في اللغة:

جاء في لسان العرب: أفلس الرجل إذا طلبته فأخطأت موضعه، وذلك الفلس والإفلاس^(١)، والفلس: القشرة على ظهر السمكة، والفلس معروف نقد معدني من غير الذهب والفضة^(٢)، وأفلس الرجل يفلس إفلاسا، صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم^(٣).

ثانياً: الإفلاس في الاصطلاح:

هو أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاءً بديونه^(٤). وأما التفليس: فهو أن يجعل الحاكم المديون مفلساً يمنعهم من التصرف في ماله^(٥). والمفلس: هو من كان دينه أكثر من ماله،

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج ٥، ص ٣٤٦٠.

(٢) أبو جيب، القاموس الفقهي، ص ٢٩٠.

(٣) ابن منظور، لسان العرب، ج ٥، ص ٣٤٦٠.

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٥، ص ٢٦٤.

(٥) الشريبي، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٩٧.

وخرجه أكثر من دخله، وسموه مفلساً ولو كان ذا مال، لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكانه معدوم^(١).

المطلب الثاني: حكم الإفلاس وثبوته.

المدين إذا تراكت عليه الديون، وحل أجلها، فالواجب عليه أن يقضيها ويدفعها إلى أصحابها، ولكنه لكثرة الدين إذا صار لحال لا يستطيع معها قضاء الدين لعدم وفاء ما عنده من المال بذلك. فإذا رفع الدائنون -الغرماء- أمر المدين إلى القضاء، وطلبوا من الحاكم أن يحجر عليه ويمنعه من التصرف في ماله بيعاً أو هبة أو غير ذلك من التصرفات، لزم الحاكم أن يجيبهم إلى طلبهم وأن يحجر على المدين، وهذا عند جمهور أهل العلم، المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنبلية^(٤)، وذهب أبو حنيفة إلى أن الحاكم لا يحجر على المدين ولا يبيع ماله، ولكن يحبس حتى يقضي ما عليه من الديون^(٥). واستدل الجمهور لقولهم، بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، " أنه حجر على معاذ بن جبل ماله وباعه في دين كان عليه " ^(٦). والحديث نص في المسألة.

واستدل أبو حنيفة بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم، من أن رجلاً ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يخذع في البيوع، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: (إذا بايعت قتل لا خلافة)^(٧)، ولم يحجر عليه إنما أرشده إلى أن يقول لا خلافة، فدل الحديث أن الكبير لا يحجر عليه^(٨)، وفي بعض طرق الحديث أن أهله طلبوا من النبي صلى الله عليه وسلم أن يحجر عليه^(٩)، ودل

(١) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٥٣٧.

(٢) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٨١.

(٣) البغوي، التهذيب، ج٤، ص٨٤-٨٥.

(٤) البيهوتي، الروض المربع، ص٢٨٦.

(٥) السمرقندي، الفقه النافع، ج٣، ص١٣٣٩.

(٦) البيهقي، السنن الكبرى، باب: الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، حديث رقم (١١٢٦٠)، ج٦، ص٨٠.

والحديث صححه الحاكم، وقال ابن الصلاح: هو حديث ثابت.

ينظر: الصنعاني، سبل السلام، م٢، ج٣، ص٨٧٧-٨٧٨.

(٧) البخاري، صحيح البخاري، باب: ما يكره من الخداع في البيع، حديث رقم (٢١١٧)، ص٤٣٥.

(٨) العيني، عمدة القاري، ج١١، ص٣٣٣.

(٩) العسقلاني، فتح الباري، ج٥، ص٦٨.

الحديث على أنه لا حجر على البالغ، والراجح عندي قول الجمهور لأن الحديث الذي استدلوا به نص في المسألة، وأما حديث الحنفية فيجانب عنه، أن ترك الحجر عليه لا يدل على منع الحجر، ولو كان الحجر على الكبير لا يصح لأنكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم^(١)، ولما لم ينكر عليهم طلبهم للحجر، دل الحديث على جواز الحجر على الكبير. والله أعلم

واختلفوا بعد ذلك فيما لو وجد أحد الغرماء عين ماله قبل أن يستوفي شيئاً من الثمن، فهل يكون أحق بها من غيره، أم يكون أسوة الغرماء؟ فذهب المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنبلية^(٤) إلى أن صاحبها أحق بها من غيره، وذهب أبو حنيفة إلى أن صاحبها يكون أسوة الغرماء^(٥).

واستدل الجمهور بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره)^(٦) وهذا الحديث نص في المسألة^(٧).

واستدل الحنفية بالقياس فقالوا: أن صاحب السلعة المبيعة لا يختص بها لا يبدأ كالمرتهن ولا ملكاً لأنها دخلت في ملك المشتري^(٨)، وهذا الكلام صواب إلا أنه لا يقوى على معارضة الحديث الصحيح الوارد في المسألة.

وهل يحل أجل الديون المؤجلة، إذا حجر القاضي على المدين بسبب الدين؟ فيكون أصحابها أسوة الغرماء أصحاب الديون الحالة؟. قولان في المسألة:

القول الأول: ذهب المالكية إلى حلول الديون المؤجلة عند الحجر على المدين، فإذا باع الحاكم مال المدين اشترك جميع الغرماء سواء أصحاب الديون الحالة أو المؤجلة في اقتسام مال المدين بقدر دين كل واحد منهم^(٩). وقالوا: إن الإفلاس كالموت، حيث

وينظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ج ٦، ص ٢٥٦.

(١) العسقلاني، فتح الباري، ج ٥، ص ٦٨.

(٢) ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص ٣٨٣.

(٣) الشيرازي، التنبيه، ص ١٥٢.

(٤) البيهوتي، الروض المريع، ص ٢٨٧.

(٥) السمرقندي، الفقه النافع، ج ٣، ص ١٣٤٢.

(٦) البخاري، صحيح البخاري، باب: إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به، حديث رقم (٢٤٠٢)، ص ٤٩٣.

(٧) الزركشي، شرح الزركشي، ج ٤، ص ٦٦-٦٧.

وينظر: البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١١٨٥.

(٨) السمرقندي، الفقه النافع، ج ٣، ص ١٣٤٢.

(٩) ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص ٣٨١.

تتعلق الديون التي في ذمة المدين بأعيان الأموال بسبب الحجر فيسقط الأجل وتحل الديون^(١).

القول الثاني: ذهب الجمهور الشافعية^(٢) والحنبلية^(٣)، إلى أن الديون المؤجلة على المفلس لا تحل بتفليسه أو الحجر عليه، فهي باقية إلى آجالها، وعليه فأصحاب الديون المؤجلة لا يكونون أسوة الغرماء أصحاب الديون الحالية ولا يشاركونهم في اقتضاء الدين. فإذا بيع مال المفلس، اقتسم أصحاب الديون الحالية المال بينهم ولا يشاركهم في ذلك أصحاب الديون المؤجلة ولا يدخر من أموال المدين المبيعة شيء لأجل أصحاب الديون المؤجلة^(٤). حتى أن صاحب الدين المؤجل إذا وجد عين ماله عند المحجور عليه لفلس، فلا يكون أولى بها من سائر الغرماء بل تباع لأجل قضاء ديونه الحالية، وهذا عند الشافعية^(٥)، وذهب الحنبلية في اصح القولين عندهم إلى أنها توقف حتى حلول الأجل، ثم يكون صاحبها أولى بها من سائر الغرماء^(٦).

ويمكن بعد ذلك تلخيص أحكام الحجر بما يلي:

- ١- تعلق حق الغرماء بعين مال المدين، وخلاف أبي حنيفة معروف.
- ٢- منع المدين المحجور عليه من التصرف في عين ماله.
- ٣- إذا وجد أحد الغرماء عين ماله فهو أحق بها.
- ٤- يتولى الحاكم بيع مال المحجور عليه لفلس وقضاء ديونه منه^(٧). والله أعلم.

(١) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٨٤.

(٢) الهيتمي، تحفة المحتاج، ج٢، ص٢٤٢.

(٣) البهوتي، الروض المربع، ص٢٨٧.

(٤) الرملي، نهاية المحتاج، ج٤، ص٣١٢-٣١٣.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص١١٨.

وينظر: الشيرازي، المهذب، ج٣، ص٢٥٧.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٥٦٤-٥٦٥.

(٧) ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص٣٨١-٣٨٣.

وينظر: ابن النقيب، عمدة المسالك، ص١٦٢.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٥٣٧.

المطلب الثالث: وسائل التوثيق للوقاية من إفلاس المدين.

وسائل التوثيق من شهادة وكتابة ليس لها كبير شأن في حال إفلاس المدين، لأنه غالباً ما يحتاج إليها لإثبات الحق عند الجحود والإنكار، والمدين في حال الإفلاس مقر بالدين لا ينكره، ولكن المشكلة التي تواجه الدائن هي حصوله على حقه في حال إفلاس المدين، ووسائل التوثيق المشروعة لحفظ الحق في حال الإفلاس هي الرهن والكفالة، وسنبين ذلك فيما يأتي:

المسألة الأولى: الرهن وسيلة لاستيفاء الحق عند إفلاس المدين.

الرهن كما هو معلوم من عقود التوثيق، فائدته بيع العين المرهونة عند الحاجة لاستيفاء الحق من ثمنها^(١). فإذا حجر القاضي على المدين وقضى بتفليسه، فإن كان أحد الدائنين قد قبض من المدين عيناً على أنها رهن في مقابل دينه قبل الحجر فهو أحق بها من سائر الغرماء فتباع ويكون ثمنها في قضاء دين المرتهن، وأما إذا لم يقبض المرتهن العين حتى حجر القاضي على المدين فهي كسائر أمواله يكون ثمنها بين الغرماء^(٢).

جاء في المدونة: "قلت: رأيت إن رهن رجل رهننا فلم يقبضه حتى قامت الغرماء عليّ، أكون أسوة الغرماء؟ أم يكون أولى بالرهن في قول مالك؟. قال: قال مالك: هو أسوة الغرماء"^(٣)، إلا أنه في بعض الحالات قد يلاحظ الدائن -المرتهن- أن غريمه المدين تتراكم عليه الديون شيئاً فشيئاً، وأن العين المرهونة عنده، فيما لو بيعت لا يفي ثمنها إلا بربع الدين أو ثلثه مثلاً، فهل يجوز للمرتهن، والحال هذه أن يطلب من المدين الراهن أن يزيد في الرهن حتى يبلغ ثمنه فيما لو بيع قدر الدين؟ وهل تكون غلة الرهن ونماؤه أو كسبه رهنًا يحبسها المرتهن مع أصلها حتى يستوفي حقه؟.

(١) ابن النقيب، عمدة المسالك، ص ١٦١-١٦٢.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص (٤٤٧-٤٤٨)، (٥٣١-٥٣٢).

وينظر: البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١١٥٦.

(٣) الأصبحي، المدونة الكبرى، ج ٤، ص ١٣١.

أولاً: حكم الزيادة في الرهن أو الدين

اتفقت كلمة الجمهور، الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنبلية^(٤)، على أن الزيادة في الرهن جائزة، وهي أمر مشروع لأن ذلك من باب الزيادة في الوثيقة، وقال زفر من الحنفية، لا تجوز الزيادة في الرهن، لأنه لو جعل الزيادة رهناً في جميع الدين فلا يصح حتى يرد المرتهن الرهن الأول، وما لا يصح في الكل أو الجميع فلا يصح في البعض، وأجابوا عن ذلك بأن الزيادة تلحق بأصل العقد فتصير الزيادة رهناً من ابتداء العقد، جاء في الاختيار من كتب الحنفية: "وقال زفر: لا يجوز فيهما، أما في الدين فلما قالوا، وأما في الرهن فلأنه جعله رهناً ببعض الدين فلا يجوز كما إذا جعله رهناً ب كله، فإنه لو جعله رهناً ب كله لا يجوز حتى يرد المرتهن الرهن الأول، وجوابه أن الزيادة تلحق بأصل العقد كما مر في البيع فيصير كأنه رهنهما من الابتداء"^(٥).

وجاء في الروض المربع من كتب الحنبلية: "وتجوز الزيادة فيه، أي في الرهن بأن رهنه -شاة- بمائة ثم رهنه عليها ثوباً، لأنه زيادة استيثاق"^(٦).

وجاء في مغني المحتاج من كتب الشافعية: "تجوز الزيادة على الرهن بدين واحد"^(٧) والحاجة قد تدعو في كثير من الأحيان لأن يطلب المرتهن من الراهن الزيادة على الرهن لأجل أن يكون الرهن مساوياً لقدر الدين أو أكثر.

واختلفوا بعد ذلك فيما لو طلب المدين من الدائن مبلغاً آخر زيادة على ما كان استلفه، على أن يكون الرهن في مقابل الجميع، وهي مسألة الزيادة في الدين، فقولان في المسألة: القول الأول: ذهب الحنفية^(٨)، والشافعية^(٩)، والحنبلية^(١٠)، إلى عدم جواز ذلك.

(١) الموصلي، الاختيار، ج ٢، ص ٦٦.

(٢) البغدادي، الاشراف، ج ٢، ص ٥٧٩.

(٣) الجمل، حاشية الجمل، ج ٥، ص ٨٤.

(٤) البهوتي، الروض المربع، ص ٢٧٣.

(٥) الموصلي، الاختيار، م ١، ج ٢، ص ٦٦. وينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ١٥٦.

(٦) البهوتي، الروض المربع، ص ٢٧٣.

(٧) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٥٧.

(٨) الموصلي، الاختيار، م ١، ج ٢، ص ٦٦.

وينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ١٥٦.

(٩) الأنصاري، فتح الوهاب، ج ١، ص ٣٣١.

(١٠) البهوتي، الروض المربع، ص ٢٧٣-٢٧٤.

وجه قول الشافعية والحنبلية، إن الرهن قد استغل بالدين الأول ولا يجوز أن يشتغل بالزيادة لأن المشغول لا يشغل، جاء في الروض المريع من كتب الحنبلية: "إذا رهنه -شاة- بمائة لم يصح جعله رهناً بخمسين مع المائة، ولو كان يساوي ذلك، لأن الرهن اشتغل بالمائة الأولى، والمشغول لا يشغل"^(١)، وعلل الحنفية المنع بأن الزيادة في الدين يلزم منها الشيوخ في الرهن، والشيوخ عندهم يمنع صحة الرهن، لأنه يترتب على ذلك أن قسماً من العين المرهونة يكون في مقابل الدين الأول وقسماً يكون في مقابل الزيادة ولا يمكن معرفة أو تمييز كل واحد من القسمين^(٢).

القول الثاني: ذهب المالكية وأبو يوسف من الحنفية إلى أن ذلك يجوز، وجه قول المالكية وأبي يوسف أن تلحق في أصل العقد، فيكون الرهن، كأنه ورد على الأصل والزيادة جميعاً^(٣). وقالوا أيضاً: إن الرهن وثيقة بالحق الأول واشتغاله به لا يمنع أن يتعلق به حق آخر كالضمين -الكفيل- يجوز أن يضمن أكثر من حق^(٤). وأميل إلى الأخذ برأي المالكية في هذه المسألة لأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك، ثم إن قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ يشمل هذه الصورة من الرهن. والله أعلم

(١) البهوتي، الروض المريع، ص ٢٧٣-٢٧٤.

وينظر: الشربيني، مغني المحتاج ج ٣، ص ٥٧-٥٨.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ١٥٦-١٥٧.

وينظر: الموصلي، الاختيار، م ١، ج ٢، ص ٦٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ١٥٦.

وينظر: الموصلي، الاختيار، م ١، ج ٢، ص ٦٦.

(٤) البغدادي، الاشراف، ج ٢، ص ٥٧٩.

ثانياً: حكم نماء الرهن.

الزيادة الحاصلة من الرهن، كنتاج البهيمة مثلاً، أو الكسب الحاصل من العين المرهونة، هل يكون رهناً مع أصله، حتى يكون الحق للمرتهن في حبس هذا النماء وبيعه إذا لزم الأمر، لأجل أن يستوفي حقه من الثمن؟ قولان في المسألة:

القول الأول: ذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والحنبلية^(٣)، إلى أن النماء أو الزيادة المتولدة من العين المرهونة تكون رهناً مع الأصل. واختلفوا بعد ذلك في غلة الرهن وكسبه. كالأجرة مثلاً، فذهب الحنفية^(٤) والمالكية^(٥) إلى عدم دخول هذه الأشياء في حكم الرهن. وضابط قول الحنفية في المسألة ما جاء في البناية: "الأصل عندنا أن كل ما يتولد من عين الرهن كالولد والثمر يسري حكم الرهن إليهم، وكذا كل ما كان بدل جزء منه، وما كان بدل المنفعة أو به لا يتولد منه كالغلة والكسب لا يسري حكم الرهن إليه"^(٦). وأما الضابط عند المالكية في المسألة، ما جاء في كتاب الإشراف: "نماء الرهن المتميز عنه لا يدخل في الرهن كالثمرة والصوف واللبن وأجرة العقار والدواب وما أشبه ذلك. إلا الولد فإنه يكون رهناً مع الأم في سائر الحيوان"^(٧).

وذهب الحنبلية إلى أن غلة العين المرهونة وكسبها يدخلان في حكم الرهن ويجوز للمرتهن أن يحتبسها حتى يستوفي حقه، جاء في الكافي: "جميع نماء الرهن المنفصل والمتصل يدخل في الرهن ويباع معه، لأنه عقد وارد على الأصل، مثبت حكمه في نمائه كالبيع"^(٨).

(١) العيني، البناية، ج ١٢، ص ٦٩.

(٢) القراني، الفخيرة، ج ٨، ص ٨٣.

(٣) ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ١٠٤.

(٤) الموصلي، الاختيار، م ١، ج ٢، ص ٦٦.

(٥) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ٢٤١.

(٦) العيني، البناية، ج ١٢، ص ٦٩.

(٧) اليعقوبي، الإشراف، ج ٢، ص ٥٨٤.

(٨) ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ١٠٤.

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى أن شيئاً من نماء الرهن، لا يدخل في حكم الرهن، وعليه فلا يجوز للمرتهن أن يحتبس نماء الرهن أو يبيعه ليستوفي من ثمنه^(١).

واستدل كل فريق لقوله بالقياس، فوجه قول الجمهور الذين قالوا بدخول الزيادة أو النماء في حكم الرهن، قالوا: إن الرهن أصل والنماء تبع فيسري حكم الأصل إلى التبع، وأما الذين قالوا بعدم دخول الكسب فقالوا: إن الكسب لا يكون رهنًا لأنه غير متولد من الأصل ولا بدلاً عنه قياساً على كسب المبيع^(٢).

والحنبلية الذين قالوا بدخول الكسب والغلة والنتاج، قالوا: إن حكم الأصل يسري إلى النماء قياساً على البيع، جاء في المغني: "ولنا أنه حكم يثبت في العين بعقد المالك فيدخل فيه النماء والمنافع كالمالك بالبيع وغيره، ولأن النماء، نماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالمتمصل"^(٣) ووجه قول الشافعية الذين قالوا إن شيئاً من الزيادة لا يدخل في حكم الرهن، أن الرهن عقد لا يزيل الملك عن الرقبة فلا يسري إلى الزيادة قياساً على الإجارة^(٤). وأما الزيادة المتصلة كالسمن والكبر والتعلم فإنها تتبع الأصل لعدم تمييزها وهذا محل اتفاق^(٥).

وأميل إلى الأخذ بقول الحنبلية، لأن الفرع يتبع أصله وأنه لا وجه للتفريق بين الولد والغلة والكسب، لأن الكل يشترك في أنه نماء من الرهن، والرهن أصل لكل هذه الزيادات، والقول بأن هذه الزيادات تدخل في الرهن يحقق مصلحة الدائن. لأن إمسакها وحبسها يكون سبباً لإسراع المدين في قضاء دينه لأجل الحصول على الأصل والفرع معاً. والله أعلم

(١) الرملي، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٢٨٩.

وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٨٥.

(٢) الموصلي، الاختيار، م ١، ج ٢، ص ٦٥-٦٦.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٥١٤.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٨٥.

(٥) البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١١٦٢.

وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٨٥.

المسألة الثانية: الكفالة وسيلة لاستيفاء الحق عند إفلاس المدين.

إذا تعذر على الدائن أن يصل إلى حقه من غريمه بسبب الإفلاس مثلا، أو لغيره من الأسباب، طلب حقه من الكفيل عند حلول الأجل، وله أن يرفع أمره إلى القضاء ويطلب حبسه حتى يستوفي الطالب حقه، فإذا قضى القاضي بحبس الكفيل، فالكفيل له أن يطلب من القاضي حبس الأصيل كذلك إذا كانت الكفالة بأمر الأصيل، لأن الكفيل له أن يطلب من الأصيل تخليصه من تبعة الكفالة، وأما إذا كانت الكفالة من غير أمر الأصيل فالكفالة عندها تكون محض تبرع فلا يملك الكفيل أن يطلب من الأصيل تخليصه^(١).

وأما إذا أفلس كل من الكفيل والأصيل فله -أي الطالب- أن يطلب من القاضي الحجر عليهما، فإذا حجر القاضي عليهما، وقال الطالب صاحب الحق اقتضي حقي من أيهما شئت منهما، فقال الكفيل بل خذ حقه أولا من مال الأصيل ثم ما بقي فخذ من مالي، فالطالب صاحب الحق يكون بالخيار يقتضي من مال أيهما شاء إذا كان الكفيل قد كفل بغير أمر الأصيل، لأنه بتطوعه بالكفالة قد التزم الغرم أيضا، وإن كان كفل بأمر الأصيل فيبدأ أولا ببيع مال الأصيل ثم يستوفي بقية حقه من مال الكفيل حتى يستوفي جميع حقه^(٢). ويجوز عند الحنفية والحنبلية تعليق الكفالة بشرط ملائم، كشرط وجوب الحق أو بشرط تعذر الاستيفاء، كقول الكفيل للطالب إن غاب فلان أو سافر أو غادر البلاد أو أفلس فأنا كفيل بما لك عليه، فهذه عندهم كفالة صحيحة، فمتى غاب أو سافر أو أفلس المكفول عنه لزم الكفيل ما عليه لصحة الكفالة^(٣). وعليه فالكفالة وثيقة نافعة لحفظ الحق عند إفلاس المدين. والله أعلم

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٨، ص١٢٠-١٢١.

وينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤٠٥-٤١٠.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٩١-٩٢.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٨، ص١١٤.

(٣) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص١٧٠-١٧١.

وينظر: الموصلي، الاختيار، م١، ج٢، ص١٧١.

المسألة الثالثة: الحوالة وسيلة لاستيفاء الحق عند إفلاس المدين.

اتفقت كلمة الجمهور على أن المفلس بعد الحجر عليه يمنع من تصرفاته المالية المتعلقة بأعيان ماله^(١)، وخلاف أبي حنيفة في المسألة معروف، حيث يمنع الحجر على البالغ العاقل^(٢)، فإذا تم الحجر من جهة القاضي، فيمتنع على المحجور التصرف بجميع أمواله، عينا كان المال أو ديناً أو منفعة، فلا ينفذ تصرفه في هذه الأموال بما يضر الغرماء ولا تراحمهم فيه الديون الأخرى الحادثة بعد الحجر^(٣)، وعليه فلا يصح الرهن ولا تصح الحوالة من المحجور عليه، لأنه إذا رهن أو أحال أضر بالغرماء^(٤). وأما قبل الحجر فتصرفاته صحيحة لأنه كسائر الناس^(٥)، فإذا أحال أو رهن ينفذ تصرفه، حتى إذا أحال شخصاً قبل الحجر فلم يقبض المحال شيئاً من المحال عليه فالحوالة صحيحة، لأن الحوالة من العقود اللازمة فلا تنفسخ بموت المحيل أو إفلاسه^(٦). جاء في كتاب الذخيرة من كتب المالكية: "إذا لم يقبض مما أحالك به حتى فليس المحيل، لا يدخل غرماؤه معك في ذلك الدين لأنه كبيع نفذ"^(٧) وأما إذا أفلس المحال عليه قبل أن يقبض المحال منه شيئاً، فيكون أسوة الغرماء وليس له أن يرجع على المحيل عند الجمهور المالكية^(٨)، والشافعية^(٩)، والحنبلية^(١٠) ويجوز عند الحنفية على قول أبي يوسف للمحال أن يرجع على المحيل إذا حجر القاضي على المحال عليه بسبب الإفلاس وحكم بذلك^(١١). والله أعلم

(١) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٥٧١.

وينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٢٦٨.

وينظر: العثماني، رحمة الأمة، ص ٣٠٢.

(٢) الموصلي، الاختيار، م ١، ج ٢، ص ٩٦.

(٣) الشريبي، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٩٩-١٠٠.

(٤) الأنصاري، أسنى المطالب، ج ٤، ص ٤٥٧.

(٥) ابن رشد، بداية المجتهد، ج ٥، ص ٢٣٤.

(٦) الجمل، حاشية الجمل، ج ٥، ص ٢٣٤.

(٧) القرافي، الذخيرة، ج ٩، ص ٢٥٣.

وينظر: الأصبحي، المدونة الكبرى، ج ٤، ص ١٢٦-١٢٧.

(٨) البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١٢٢٧-١٢٢٨.

(٩) المزجه، أحمد بن عمر بن عبدالرحمن، العباب المحيط، ط ١، تحقيق: حمدي الدمرداش، (بيروت: دار

الكتب العلمية، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م)، ج ٣، ص ٨٧٦-٨٧٧.

(١٠) اليهودي، الروض المربع، ص ٢٨٠.

(١١) الموصلي، الاختيار، م ٢، ج ٣، ص ٤.

الفصل الثالث: شروط التوثيق ، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: صحة الحق واعتباره من جهة الشرع

المبحث الثاني: ثبوت الحق وضمائه على الأصل

المبحث الثالث: العلم بالحق ولزومه

حتى تتم عملية التوثيق لا بد من أن تتوفر بعض الشروط في طالب الوثيقة، وفي معطي الوثيقة. وقد سبق الكلام على ذلك^(١). وكذلك يجب أن تتوفر بعض الشروط في الحق الذي يراد توثيقه سواء كان الحق متعلقاً بعين، أو دين، أو منفعة. وذلك كأن يكون الحق معتبراً من جهة الشرع -متقوماً- ثابتاً على وجه التحقيق، معلوماً واضح المعالم قدراً وصفة وجنساً حتى إذا فقد أحد هذه الشروط تكون عملية التوثيق غير مجدية، وتوضيح ذلك في مباحث هذا الفصل.

المبحث الأول: صحة الحق واعتباره من جهة الشرع ، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دليل اعتبار هذا الشرط.

المطلب الثاني: حكم توثيق التصرفات الباطلة، غير المعتبرة شرعاً.

الحقوق المعتبرة شرعاً، هي تلك الحقوق التي ثبتت ملكيتها لأصحابها وفق طرق التملك المشروعة التي أباحتها الشريعة، وهي محصورة في أربع طرق، وهي: إحرار المباحات، العقود المشروعة، الخلفية كالإرث، والتولد من المملوك.

وأسباب الملك هذه تقسم إلى قسمين:

الأول: أسباب قهرية كما في الميراث، حيث تدخل العين الموروثة في ملك الوارث جبراً عنه، ومنها أيضاً نماء الملك من الثمار ونتاج البهائم.

(١) تنظر صفحة رقم (٣٧ - ٣٩) من هذه الرسالة.

الثاني: أسباب تملك اختيارية، كتملك بعض الأعيان بالعقود كالبيع والهبة وتناول الأشياء المباحة وحيازتها، كالاصطياد، وأخذ الصدقة، وإحياء الموات^(١).

وعليه فالسرقة، والغصب، والاختلاس، والاحتيال، وأكل أموال الناس بالباطل، ليست من أسباب التملك في الشريعة بل هي أعمال تعاقب عليها الشريعة، وكذلك يجب أن يكون المال المملوك متقوماً من جهة الشرع، والمال المنقوم هو ما يباح الانتفاع به شرعاً، وكل مال لا يباح الانتفاع به شرعاً لا يكون متقوماً كالخمر^(٢) والدم، وتوضيح ذلك في مطالب هذا البحث.

المطلب الأول: دليل اعتبار هذا الشرط - صحة الحق وتقومه شرعاً - لصحة التوثيق.

قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٣) والربا في عرف الشرع معروف، وهو الزيادة في أشياء مخصوصة^(٤)، ومثل الربا في التحريم كل مال حرام بأي وجه اكتسب^(٥).
وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٦).
جاء في كتاب الزواجر: "واختلفوا في المراد به، فقيل: الربا، والقمار، والغصب، والسرقة، والخيانة، وشهادة الزور، وأخذ المال باليمين الكاذبة، وقال ابن عباس: هو ما أخذ من الإنسان بغير عوض... وقيل: هو العقود الفاسدة... وذلك لأن الأكل بالباطل يشمل كل مأخوذ بغير حق سواء كان على جهة الظلم كالغصب، والخيانة، والسرقة، أو الهزؤ واللعب كالمأخوذة بالقمار والملاهي وسيأتي ذلك كله، أو على جهة المكر والخديعة كالمأخوذة بعقد فاسد، ويؤيد ما ذكرته قول بعضهم: الآية تشمل أكل الإنسان مال نفسه بالباطل بأن ينفقه في محرم، ومال غيره به، كالأمثلة المذكورة^(٧).

٦٢٩٧٨٥

- (١) الزركشي، المنشور في القواعد، ج٣، ص٣١٥-٣١٦.
- وينظر: الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، (دمشق: دار الفكر، ١٩٦٧-١٩٦٨) ج١، ص٢٤٢-٢٥٤.
- (٢) ابن عابدين، رد المحتار، ج٧، ص١٠.
- (٣) سورة البقرة، الآية رقم (٢٧٥).
- (٤) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٥١.
- (٥) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٣، ص٣٤٨.
- (٦) سورة النساء، الآية رقم (٢٩).
- (٧) الهيتمي، الزواجر عن اقتراف الكبائر، ج١، ص٥٠٠.

ثم إنه ثبت في الحديث الصحيح عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، قال: (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم، أكل الربا، وموكله وكاتبه، وشاهديه، وقال: هم سواء)^(١). وهذا يشمل جميع صور المعاملات المحرمة، حتى الثمن في البيع الفاسد، والجوائز من المال الحرام، فكل هذه التصرفات المحرمة لا يصح توثيقها لأنها مثل الربا في التحريم، فالحديث يرشد إلى أن كتابة الوثيقة بين المتعاملين بالربا أمر محرم لأن فاعله ملعون وكذلك الشهود على الأمر المحرم أو الفعل المحرم، والواجب تغليظ العقوبة على كل من اقترب أمراً مخالفاً للشرع أو أعان عليه، ويتلف مال الربا عنهم بصدقته، وكذلك يفعل بمال المسلم الذي يؤجر نفسه في عمل الخمر وبثمنها إن باعها المسلم، لأن هذه التصرفات غير معتبرة من جهة الشرع لما فيها من الإعانة على المعصية، وتوثيقها بالكتابة أو بالشهادة أمر محرم لأن مثل هذه الأموال واجبة الإتلاف بصرفها في المصالح العامة أو الصدقة بها على وجه إتلافها والتحلل منها^(٢). وكذلك جاء الشرع الحنيف بتحريم شهادة الزور، وهي أن يشهد الإنسان بما لا يتحققه وهي من أعظم الكبائر لما فيها من إثم المعصية وإثم إعانة الظالم وإثم خذلان المظلوم^(٣)، جاء في الحديث عن أنس رضي الله عنه قال: (سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الكبائر، قال: الإشراف بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، وشهادة الزور)^(٤) وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لا أشهد على جوز)^(٥). والحديث يرشد إلى تحريم شهادة الزور وفي معناها كل ما كان زوراً، من تعاطي المرء ما ليس له أهلاً^(٦). ولما في توثيق التصرفات المحرمة من الإعانة على المعصية والإثم والعدوان وقد نهى الله تعالى عن ذلك، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِنْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٧) وأما بالنسبة للمال الذي يراد توثيقه فينبغي أن يكون متقوماً، أي يباح الانتفاع به من جهة الشرع، والدليل على ذلك ما جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (إن

(١) النيسابوري، صحيح مسلم، باب: لعن أكل الربا وموكله، حديث رقم (١٥٩٨)، ص ٧٩٢.

(٢) الأبي، إكمال إكمال المعلم، ج ٥، ص ٤٩٨-٤٩٩.

(٣) الهيتمي، الزواجر من اقتراف الكبائر، ج ٢، ص ٣٨٨-٣٨٩.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، باب: ما قيل في شهادة الزور، حديث رقم (٢٦٥٣)، ص ٥٤٩.

(٥) المصدر السابق، باب: لا يشهد على شهادة جوز إذا أشهد، حديث رقم (٢٦٥٠)، ص ٥٤٩.

(٦) العسقلاني، فتح الباري، ج ٥، ص ٥٩٣.

(٧) سورة المائدة، الآية رقم (٢).

الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير، والأصنام^(١). وجاء في شرح صحيح مسلم: **أُقال أصحابنا العلة في منع بيع الميتة والخمر والخنزير النجاسة، فيتعدى إلى كل نجاسة، والعلة من الأصنام كونها ليس فيها منفعة مباحة^(٢)**، وهذا الحديث يرشد إلى أن هذه الأمور المذكورة، الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام، أموال غير متقومة من جهة الشرع، فحرم بيعها وكذلك تحرم الوثيقة في مقابلها كالكتابة، والشهادة، والكفالة، والرهن في مقابلها لعدم تقومها من جهة الشرع. وجاء في الحديث، أن النبي صلى الله عليه وسلم: **(نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن)^(٣)**. وإنما نهى عن ذلك وحرمه لأنه عوض عن محرم أو نجس، ومثل ذلك أجرة المغنية والنائحة^(٤). والله أعلم

المطلب الثاني: حكم توثيق التصرفات الباطلة، غير المعتبرة شرعاً.

قال تعالى: **﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٥)**

ترشد هذه الآية إلى عدم التعاون على الإثم والعدوان، ومن ذلك توثيق الأمور المنهي عنها شرعاً لأنها من التصرفات الباطلة، جاء في مجمع الأنهر: **"ولا يجوز بأجرة النائحة، أو المغنية، لأن الإجارة على ذلك باطلة شرعاً، فالرهن أيضاً باطل لكونه في مقابلة عمل غير جائز أصلاً^(٦)** وسائر التوثيقات من كفالة وكتابة وشهادة لها نفس الحكم، فتعتبر باطلة لأنها تكون وثيقة في مقابل عمل غير جائز في الشرع فتكون باطلة.

وكذلك الرهن يكون باطلاً إذا كان الحق غير معتبر شرعاً فلا يجوز الرهن في مقابل الخمر والخنزير والميتة، جاء في البناية: **"أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها أي**

(١) النيسابوري، صحيح مسلم، باب: تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، حديث رقم (١٥٨١)، ص ٧٨٣.

(٢) النووي، شرح صحيح مسلم، م ٦، ج ١١، ص ١٠.

(٣) النيسابوري، صحيح مسلم، باب: تحريم ثمن الكلب، حديث رقم (١٥٦٧)، ص ٧٧٧. مهر البغي، ما تأخذه الزانية من أجر على الزنا، وحلوان الكاهن: الأجر الذي يأخذه الكاهن.

(٤) النووي، شرح صحيح مسلم، م ٥، ج ١٠، ص ٤٩٠.

(٥) سورة المائدة، الآية رقم (٢).

(٦) الكلبولي، مجمع الأنهر، ج ٤، ص ٢٨١.

بالميتة فيما بينهم، كما لا يجوز فيما بين المسلمين^(١) وجاء في الفتاوي الهندية: "ولو استأجر نواحة أو مغنية وأعطى بالأجر رهنا لا يجوز ويكون باطلا، وكذا الرهن بدين القمار أو بئمن الميتة أو الدم أو الرهن بئمن الخمر من المسلم لمسلم أو نمي أو بئمن الخنزير باطل"^(٢). وكذلك الشأن بالنسبة للكفالة، فمن كفل بما لا يلزم الأصيل أدائه كالرشوة، والقمار والجيفة والخمر وئمن الرجل الحر فلا تصح الكفالة، لأن هذه الأمور ليست مضمونة على الأصيل فلا يلزمه الوفاء بها لأنها من التصرفات الباطلة^(٣)، والكفالة بها إعانة على المعصية وهذا لا يجوز، فالوثيقة إذا كانت في مقابل عمل أو أمر أو عقد غير جائز في الشرع فهي وثيقة باطلة. والله أعلم

المبحث الثاني: ثبوت الحق وضماته على الأصيل ، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: دليل اعتبار هذا الشرط.

المطلب الثاني: حكم توثيق الحق قبل ثبوته.

الحق الثابت، هو الحق الموجود في الحال، وهذا معنى الثبوت^(٤)، وأما ضمان الحق، فبمعنى أنه واجب التسليم أو الرد على من هو تحت يده^(٥). والأصل في التوثيق أنها لا تسبق الحقوق، كالشهادة لا تكون إلا على الشيء الثابت الموجود^(٦). وتوضيح ذلك في مطالب هذا المبحث.

(١) العيني، البناية في شرح الهداية، ج ١١، ص ٥٩٦.

(٢) الشيخ نظام وآخرون، الفتاوي الهندية، المعروفة بالفتاوي العالمية، ط ١، اعتنى به: عبداللطيف حسن عبدالرحمن، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)، ج ٥، ص ٥١٩.

(٣) علي حيدر، ندر الحكام شرح مجلة الأحكام، م ١، ج ٣، ص ٦٤٣.

(٤) الشرييني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٥٧.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ١٦٥.

(٦) الشرييني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٥٥.

المطلب الأول: دليل اعتبار هذا الشرط، ثبوت الحق وضمائه على الأصل.

قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(١)، وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾^(٢)، وجه الدلالة من الآيات الكريمات أنه أرشد إلى كتابة الدين بعد حصول التداين وثبوته وأمر بالشهادة بعد حصول التبایع. جاء في المعنى: "ولأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانَ مَقْبُوضَةً﴾^(٣) فجعله بدلاً عن الكتابة -أي الرهن- فيكون في محلها، ومحلها بعد وجوب الحق، وفي الآية ما يدل على ذلك، وهو قوله: إذا تدايَنْتُمْ بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه، فجعله جزاءً للمداينة مذكوراً بعدها بفاء التعقيب"^(٤).

وكل من الكتابة والشهادة من وسائل التوثيق، فدل على أن التوثيق لا يكون قبل وجود الحق وثبوته، فلا تجوز الشهادة على الدين قبل وجوده، كأن يقول: اشهدوا أن فلاناً له عليّ ألفاً اقترضتها منه غداً^(٥) ومثله لو أقرضه شيئاً ولم يقبضه المقترض فلا يجوز توثيق مال القرض قبل قبضه من المقرض لأنه غير حاصل ولا ثابت^(٦).

وجاء في حاشية الجمل: "إن الله تعالى نص على جواز الرهن في ثمن المبيع، والمعنى فيه كونه حقاً ثابتاً، فقيس عليه ما في معناه"^(٧)، وهذا هو الأصل في جميع التوثيقات، أنها لا تكون إلا بعد ثبوت الحق ووجوده في الحال، والأدلة من السنة المطهرة على ذلك كثيرة، منها: ما جاء عن العذاء بن خالد رضي الله عنه، قال: (كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم: هذا ما اشتري محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من العذاء بن خالد يبيع المسلم المسلم لا داء ولا خبئة ولا غائلة)^(٨)، والحديث يرشد إلى أن كتابة الوثيقة كانت بعد ثبوت الحق وبعد تمام عقد البيع بينهما.

(١) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

(٢) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

(٣) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٣).

(٤) ابن قدامة، المعنى، ج ٦، ص ٤٤٥.

(٥) العمراني، البيان، ج ٦، ص ٧.

(٦) الجمل، حاشية الجمل، ج ٥، ص ٨٢.

وينظر: الأنصاري، أسنى المطالب، ج ٤، ص ٣٧٢.

(٧) الجمل، حاشية الجمل، ج ٥، ص ٨٢.

(٨) البخاري، صحيح البخاري، باب: إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، ص ٤٢٧.

وتتظر: صفحة رقم (١٦) من هذه الرسالة.

وجاء في الحديث أيضاً عن السيدة عائشة بنت الصديق أم المؤمنين رضي الله عنها وعن أبيها: (أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل، ورهنه درعه)^(١) والحديث يرشد إلى أن الرهن كان بعد تمام عقد البيع والشراء. والله أعلم

المطلب الثاني: حكم توثيق الحق قبل ثبوته.

اتفقت كلمة أهل العلم على أن الشهادة لا تصح إلا على الشيء الثابت الموجود، لأن من شرطها، المعاينة عند التحمل وحصول اليقين، والمعاينة واليقين لا يكونان إلا للشيء الثابت والموجود في الحال^(٢). وجاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم، ما يرشد إلى ذلك، قال: (تري الشمس؟ قال: نعم، قال النبي صلى الله عليه وسلم: على مثلها فاشهد، أو دع)^(٣) وهذا يدل على اشتراط معاينة الشاهد للشيء المشهود به أو عليه وحصوله^(٤). واختلفوا بعد ذلك في الرهن والكفالة في مقابل الحق قبل ثبوته، وتوضيح ذلك في المسائل التالية:

المسألة الأولى: الرهن قبل ثبوت الحق.

المسألة فيها قولان لأهل العلم، فمنهم من أجاز ذلك، ومنهم من منع منه. القول الأول: ذهب المالكية، إلى جواز الرهن وصحته قبل ثبوت الحق^(٥). جاء في كتاب المعونة: "يصح عقد الرهن قبل وجوب الحق، فإذا وجب الحق كان رهنًا به بذلك العقد ولا يحتاج إلى استئناف عقد ثان"^(٦)، واستدلوا بعموم قوله

(١) البخاري، صحيح البخاري، باب: من رهن درعه، حديث رقم (٢٥٠٩)، ص ٥١٩.

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٣، ص ٣٩٠.

(٣) الصنعاني، سبل السلام، باب: الشهادة على ما استيقن وبالاستفاضة، حديث رقم (١٣١٩)، ج ٢، ص ٤، ص ١٤٨١.

الحديث صححه الحاكم، ونسبه البعض إلى الخطأ في تصحيحه للحديث، وقال البيهقي، لم يرد من وجه يعتمد عليه، ينظر: المصدر السابق، ج ٢، ص ٤، ص ١٤٨١.

(٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٣، ص ٣٩٠.

(٥) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ٢٤٠.

(٦) البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١١٥٤.

تعالى: ﴿فَرِهَانَ مَقْبُوضَةً﴾^(١) فعمّ جميع الأحوال سواء قبل ثبوت الحق، وعنده ،
وبعده ولأنه إذن بالقبض على وجه الأمانة والضمان، فصح كمن قال لشخص: خذ
هذا الكيس فاقبض منه حقك^(٢) ووافقهم الحنفية في القرض، فمن قال لآخر: رهنتك
هذا -الثوب مثلا- لتقرضني ألف درهم، فالرهن صحيح^(٣). وقالوا: إن الدين
الموعود به يعتبر كالموجود باعتبار الحاجة إلى ذلك. ولأن الخلف لا يجري في
الوعد فيكون مفضيا إلى الوجود غالبا، فإذا هلك عند المرتهن قبل أن يقبض
الراهن شيئا من الدين، فيكون الرهن في ضمان المرتهن، ويجب على المرتهن
عند ذلك تسليم الألف درهم إلى الراهن بعد هلاك الرهن^(٤). فالحنفية في هذه
المسألة اعتبروا القرض الموعود به في حكم الموجود، لأن المرتهن قبض العين
المرهونة على وجه الضمان، والمقبوض على جهة شيء يكون بمنزلة المقبوض
على حقيقته^(٥). إلا أن الحنفية بعد ذلك لا يجيزون الرهن بما سيثبت في المستقبل
أو في ثاني الحال. جاء في البدائع: "وكذا إذا ارتهن بما يثبت له على الراهن في
المستقبل لا يجوز"^(٦).

القول الثاني: ذهب الشافعية^(٧) والحنبلية^(٨)، وهو قول الحنفية كما سبق وأشرت إلى ذلك. ذهبوا
إلى أن الرهن قبل ثبوت الحق المرهون به لا يصح بحال أبدا.
جاء في الحاوي الكبير من كتب الشافعية: "وأما الضرب الثالث: هو أن يعقد
الرهن قبل ثبوت الدين، فهو أن يقول: قد رهنتك داري على أن تداينني، أو
تبايعني، أو على ما يحصل لك عليّ، فهذا رهن باطل لتقدمه على الدين، وكذلك
في الضمان إذا ضمن له مالا قبل ثبوته"^(٩).

-
- (١) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).
 - (٢) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٥٥.
 - (٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٨، ص١٧١.
 - (٤) القاري، فتح باب العناية، ج٢، ص٤٨٢.
 - (٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٨، ص١٧١.
 - (٦) المصدر السابق، ج٨، ص١٧٠.
 - (٧) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٥٦.
 - (٨) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٤٤٥.
 - (٩) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص١١٢.

وجاء في الروض المربع من كتب الحنبلية: "ويصح الرهن مع الحق، بأن يقول بعتك هذا بعشرة إلى شهر ترهنني بها -ثوبك- هذا، فيقول اشتريته منك ورهنته، لأن الحاجة داعية لجوازه إذا، ويصح بعده، أي بعد الحق بالإجماع، ولا يجوز قبله لأنه وثيقة بحق فلم يجز قبل ثبوته، ولأنه تابع للحق فلا يسبقه"^(١).
ودليل الشافعية القياس على الشهادة لأنها لا تصح قبل ثبوت الحق، فكذاك الرهن والضمان^(٢).

وأميل إلى ترجيح رأي الجمهور لأن التابع لا يسبق المتبوع، ونصوص الكتاب الكريم ترشد إلى ذلك كما في آية الدين والأمر بالكتابة بعد ثبوت الدين وحصوله.

المسألة الثانية: الكفالة قبل ثبوت الحق.

المسألة فيها قولان لأهل العلم، فمنهم من أجاز ذلك ومنهم من منع منه، ولكل منهم دليhle.
القول الأول: ذهب الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والحنبلية^(٥)، إلى جواز وصحة الكفالة بما لم يجب على الأصيل قبل ثبوته. حتى إذا وجب الحق على الأصيل تمت الكفالة وترتبت عليها أحكامها^(٦)، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(٧)، والآية الكريمة ترشد إلى صحة ضمان المجهول وما لم يجب، فمن جاء بالصواع له حمل بعير، فضمن حمل البعير وهو مجهول لمن يأتي بالصواع قبل إتيانه به، واستدلوا أيضاً بعموم قوله صلى الله عليه وسلم: (الزعيم غارم)^(٨) ومن ضمن قبل وجوب الحق على الأصيل يدخل في عموم قوله الزعيم غارم^(٩).

(١) البهوتي، الروض المربع، ص ٢٧١.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ١١٢-١١٣.

(٣) المرغيناني، الهداية، م ٢، ج ٣، ص ١٠٠.

(٤) ابن جزري، القوانين الفقهية، ص ٢٤١.

وينظر: البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١٢٣٤.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٧٣.

(٦) الصورفي، المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، ج ٢، ص ٤.

(٧) سورة يوسف، الآية رقم (٧٢).

(٨) تنظر صفحة رقم (٦٧) من هذه الرسالة.

(٩) ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٧٢-٧٤.

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى أن الكفالة قبل ثبوت الحق على الأصيل غير صحيحة، لأنها وثيقة بالحق فلا تسبقه كالشهادة^(١).

وثبوت الحق يكفي به إقرار الضامن حتى لو أنكر الأصيل الحق صحت الكفالة، فلو قال الكفيل، لزيد على عمرو مائة درهم، وأنا ضامنه أو أنا كفيل بها لزيد، فأنكر عمرو الدين فيجوز لزيد أن يطالب الكفيل بها^(٢)، وإلى مثل هذا ذهب الحنفية، جاء في المبسوط: "ألا ترى أنه لو كفل عنه بمال صحت الكفالة، وإن كان الأصيل منكراً للمال، وجعل كالثابت في حق الكفيل"^(٣).

وتصح الكفالة فيما لو قال شخص لآخر في البحر عند تموجه خوفاً من الغرق، ألق متاعك في البحر وعلّيّ ضمانه، فآلقاه، صحت الكفالة، ولزم الكفيل الغرم. وهذا من ضمان الحق قبل وجوبه^(٤)، ولأن الكفالة في مثل هذه الحال، من باب استدعاء -طلب- إتلاف ملك بعوض لغرض صحيح، فصحت بذلك الكفالة^(٥). وتصح الكفالة بالدرك عند جمهور أهل العلم باتفاق، وهو ما يعرف بضمان الدرك أو ضمان العهدة^(٦)، وحقيقته أن يضمن رجل للمشتري الثمن الذي يدفعه، إذا خرج المبيع مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً ولا يختص ضمان الدرك بالثمن بل يجري في المبيع فيضمنه للبائع إن خرج الثمن المعين مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً، كذلك يصح الضمان فيما لو ضمن عهدة فساد البيع بغير الاستحقاق أو عهدة العيب أو التلف قبل قبض المبيع، فيصح للحاجة إلى ذلك^(٧)، ولا يصح الرهن بالدرك قولاً واحداً عند أهل العلم، وصورة ذلك أن يقول المشتري للبائع أعطني رهناً بالثمن الذي دفعته لك في مقابل السلعة التي اشتريتها منك، حتى إذا

وينظر: البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ٣٦٢-٣٦٣.

(١) ابن الملقن، عجالة المحتاج، ج ٢، ص ٨١٨.

(٢) الشريبي، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٢٠٢.

(٣) المرخسي، المبسوط، م ١٠، ج ١٩، ص ١٤٧.

(٤) البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١٢٣٤.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٧٣-٧٤.

(٥) العمراني، البيان، ج ٦، ص ٢٨٧.

(٦) القاري، فتح باب العناية، ج ٢، ص ٥٠٤.

وينظر: القراني، الذخيرة، ج ٩، ص ٢١٢.

وينظر: الشريبي، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٢٠٢-٢٠٣.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٧٧-٧٨.

(٧) الشريبي، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٢٠٢-٢٠٣.

ظهرت السلعة أنها مستحقة، كان للمشتري أن يستوفي الثمن الذي دفعه من العين المرهونة بعد بيعها. فالرهن غير صحيح في مثل هذه الحالة، سواء وجد الدرك أي الاستحقاق أو لم يوجد^(١)، لأنه يؤدي إلى حبس العين المرهونة أبداً، لأنه قد لا يستحق المبيع لأحد أبداً^(٢)، ولا يصح ضمان الخلاص، كأن يضمن شخص للمشتري خلاص المبيع إذا ظهر أن المبيع مستحق، لأنه لا يستطيع ذلك، وعليه فالضمان باطل^(٣). والله أعلم

المبحث الثالث: العلم بالحق ولزومه ، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: دليل اعتبار هذا الشرط، العلم بالحق ولزومه.

المطلب الثاني: حكم توثيق الشيء المجهول.

المطلب الثالث: حكم تزاحم التوثيقات على المحل الواحد.

الحق المراد توثيقه ينبغي أن يكون معلوماً لأطراف العقد واضح المعالم، بحيث يفضي العلم به إلى معرفة عينه، وأوصافه، وجنسه، ونوعه، وقدره، واجله، معرفة تنتفي معها الجهالة، وذلك قطعاً للمنازعة^(٤). وأما اللزوم، فالمراد منه، الأمن من سقوط الحق بالفسخ والانساخ^(٥)، وذلك كدين الجعالة، فهو قبل تمام العمل غير لازم لأن العامل قد لا يستطيع الوفاء بالعمل فيفسخ العقد، وأما بعد تمام العمل فيكون الدين لازماً لا سبيل إلى فسخه أو إنفساخه^(٦).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٨، ص١٧٠.

وينظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج١٠، ص١٠٤.

(٢) البهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٦٩.

وينظر: النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٢٩٨.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٧٨.

وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٢٠٣.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٢٠٥.

(٥) الجمل، حاشية الجمل، ج٥، ص٢٥١.

(٦) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٨، ص١١٨، ص١٠٩.

المطلب الأول: دليل اعتبار هذا الشرط، "العلم بالحق ولزومه".

قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَمْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾^(١).

جاء في أحكام القرآن: "فيكتب ذكر الأجل في الكتاب ومحلّه، كما كتب أصل الدين، وهذا يدل أن عليهما أن يكتب في الكتاب صيغة الدين ونقده ومقداره، لأن الأجل بعض أوصافه، فحكم سائر أوصافه بمنزلته"^(٢)، وكتابة هذه الأوصاف من أجل تحديد الحق ومعرفة معرفة تامة، والعلم به على وجه يقطع النزاع. والعلم بالحق المشهود عليه كذلك شرط في جواز الشهادة^(٣) لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾^(٤).

وجاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)^(٥)، وعن ابن عمر رضي الله عنهما، أنه قال: (لا بأس بالسلم في الطعام الموصوف بسعر معلوم إلى أجل معلوم، ما لم يك ذلك في زرع لم يبد صلاحه)^(٦). فهذه الأحاديث والآثار ترشد إلى أن الشيء المبيع سلماً يجب أن يكون معلوم الأوصاف والمكيل أو الوزن والأجل، من أجل معرفة الحق ووضوحه قطعاً للخلاف والمنازعات.

والسلم أو السلم في عرف الفقهاء هو: عقد على موصوف في الزمة ببديل يعطي عاجلاً بمجلس البيع. وهو من عقود المدائنت كما هو معلوم، حتى إن ابن عباس رضي الله عنهما قال: (أشهد أن السلم المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه ثم تلا الآية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(٧). وهذه الآية تشمل جميع المدائنت إجماعاً^(٨)، وعليه

(١) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

(٢) الجصاص، أحكام القرآن، ج ١، ص ٦٣٢.

(٣) ابن مازة، المحيط البرهاني، ج ٨، ص ٢٩١.

(٤) سورة الزخرف، الآية رقم (٨٦).

(٥) البخاري، صحيح البخاري، باب: السلم في وزن معلوم، حديث رقم (٢٢٤٠)، ص ٤٥٦.

(٦) المصدر السابق، باب: السلم على أجل معلوم، ص ٤٥٨.

(٧) القسطلاني، إرشاد الساري، ج ٥، ص ٢٠٠.

(٨) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٣، ص ٣٧٧.

فالواجب عند التوثيق أن يكون الحق معلوماً كما هو شرط صحة الشهادة والكتابة في المداينات وكذلك سائر التوثيقات، ليكون التوثيق مفيداً قاطعاً للخلافات والمنازعات.

وأما بالنسبة للزوم الحق، فالحقوق على ضربين لازمة، وغير لازمة، والحقوق اللازمة إما أن تكون مستقرة أو غير مستقرة. والمستقر مثل: قيم المتلفات، وأثمان المقبوض من المبيعات، وأما غير المستقر فمثل: ثمن المبيع في مدة الخيار فتوثيقه جائز لأنه حق لازم في حكم المستقر لأنه آيل إليه، وأما الحقوق غير اللازمة. فلا يصح توثيقها لعدم لزومها في الحال، وإمكان إسقاطها، فلا معنى لتوثيقها. مثل الكفالة بمال الجعل للعامل، لأن العامل قد يرى أن يتوقف عن العمل في كل لحظة فينفسخ العقد، فلا معنى عندها للتوثيق^(١). هذا هو الأصل في توثيق الحقوق، ولكن لأهل العلم تفصيل بعد ذلك في صحة التوثيق ببعض وسائل التوثيق، إذا كان الحق مجهولاً أو غير لازم ولكن قد يؤول إلى اللزوم في ثاني الحال، وتوضيح ذلك فيما يأتي.

المطلب الثاني: حكم توثيق الحق أو الشيء المجهول.

المسألة فيها قولان لأهل العلم، ولكل وجهته ودليله فيما ذهب إليه. فأجاز بعضهم توثيق الحق أو الشيء المجهول في بعض الأحوال.

القول الأول: ذهب الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والحنبلية^(٤)، إلى جواز الكفالة بالحق المجهول. كأن يقول شخص لآخر كفلت أو تكفلت بمالك على فلان، فتصح الكفالة مع الجهالة في مثل هذه الحال، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(٥)، وجه الدلالة من الآية، أن حمل البعير يختلف من بعير إلى بعير، وهذا ضمان المجهول، لأن الحمل غير محدد قطعاً بقدر معلوم^(٦). واستدلوا أيضاً بقوله صلى

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٨، ص ١١٨.

(٢) المرغيناني، الهداية، م ٢، ج ٣، ص ٩٩.

(٣) الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٦، ص ٣٠٩.

(٤) البهوتي، كشف القناع، ج ٢، ص ٣٦٧.

(٥) سورة يوسف، الآية رقم (٧٢).

(٦) القاري، فتح باب العناية، ج ٢، ص ٤٩٩.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٧٢-٧٣.

الله عليه وسلم: (الزعيم غارم)^(١)، وجه الدلالة من الحديث، أنه لم يفرق بين
المعلوم وبين المجهول، فظاهر الحديث يرشد إلى جواز الكفالة بالشيء
المجهول^(٢)، وقالوا أيضاً إن الكفالة بالشيء المجهول في حقيقتها عبارة عن التزام
حق في الذمة من غير معاوضة، فصحت في المجهول قياساً على النذر
والإقرار^(٣).

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى عدم صحة الكفالة بالشيء المجهول^(٤)، واستدلوا بالقياس على
البيع والإجارة، فقالوا: إن الكفالة في الشيء المجهول عبارة عن إثبات مال في
الذمة لأدمي بعقد فأشبهه البيع والإجارة، وعليه فلا يصح ضمان المجهول، ولا
يصح كذلك ضمان غير المعين كأحد الدينين مثلاً، أو ببعض الدين أو بشيء منه
غير معين لأنه مجهول لا يؤول إلى العلم ولا سبيل إلى العلم به في مثل هذه
الحالة^(٥)، وأجاز ذلك الحنفية وقالوا: إن الخيار فيه للضامن ببيان أي مقدار شاء^(٦).

فمحل الخلاف في المسألة في مجهول يمكن الإحاطة به ومعرفة العلم به في ثاني الحال، مثل
أن يقول الكفيل: أنا ضامن لك ما تداين به زيداً، فداينه، فتصح الكفالة لإمكان معرفة قدر الدين
بعد تمام المدائنة، وأما إن قال: أنا ضامن لشيء من الدين غير مقدر، بطل الضمان جزماً^(٧).
ويصح الضمان عند المالكية بالمجهول حالاً ومالاً، أي في ثاني الحال فإذا غرم الكفيل شيئاً رجع
على الأصل بما غرم لا بما كفل وتحمل لأن الذي غرمه معلوم^(٨).

(١) تنظر صفحة رقم (٦٧) من هذه الرسالة.

(٢) البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١٢٣٢.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج ٧، ص ٧٣.

(٤) الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج ٥، ص ١٥٦-١٥٧.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٢٠٥.

وينظر: البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ٣٦٧-٣٦٨.

(٦) العيني، البناية، ج ٧، ص ٥٥٩.

(٧) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٢٠٥.

(٨) الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٦، ص ٣١٠.

وللقائلين بجواز الكفالة بالمجهول بعض التفريعات، فأجازوا الكفالة ببعض الصور، منها ما ذهب إليه الحنفية من صحة الكفالة بالنائب^(١)، والمراد بالنائب ما يجب على الإنسان من حقوق للغير، مثل أجره الحارس في العمارات الكبيرة يكون على جميع الساكنين، فيكفل بها شخص للحارس، فالكفيل في هذه الحالة قد كفل بنصيب كل ساكن من الأجرة والمكفول عنهم هم سكان العمارة أو الحي، ومن فروع الكفالة بالنائب، ضمان الجبايات -الضرائب- الموظفة على الناس وإن كانت من باب الظلم، فالكفالة بها صحيحة.

جاء في فتح القدير: "وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم للسلطان في كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فإنها ظلم، فاختلف المشايخ في صحة الكفالة بها، فقيل تصح، إن العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة إما بحق أو باطل"^(٢)، ومن تفريعات الحنبلية في ضمان المجهول، أنهم أجازوا ضمان السوق، وحقيقته، أن يضمن الضامن ما يجب على التجار للناس من الديون، ومنه ضمان التجار المستأمنين ما يذهب من البلد أو البحر، وصورة ذلك كما جاء في كشف القناع، قال: "الطائفة الواحدة الممتعة من أهل الحرب التي ينصر بعضهم بعضاً تجري مجرى الشخص الواحد في معاهداتهم، وإذا شورطوا على أن تجارهم يدخلون دار الإسلام بشرط أن لا يأخذوا للمسلمين شيئاً وما أخذوه كانوا ضامنين له، والمضمون يؤخذ من أموال التجار، جاز ذلك، ويجب على ولي الأمر إذا أخذوا مالا للتجار المسلمين أن يطالبهم بما ضمنوه ويحبسهم على ذلك كسائر الحقوق الواجبة"^(٣)، وأما الرهن في مقابل الحق المجهول غير المعلوم، فصحيح عند الحنفية، جاء في رد المحتار: "قوله: بحق، أي بسبب حق مالي ولو مجهولاً"^(٤)، ونصوص المالكية ترشد إلى جواز الرهن عندهم في مقابل الحق المجهول، جاء في التاج والإكليل: "إن دفعت إلى رجل رهناً بكل ما أقرض لفلان جاز... ويكون الرهن بما دأب به رهناً لم يجاوز قيمة الرهن"^(٥)، فما أقرض لفلان مجهول في أول الحال، فدل على جواز الرهن في مقابل الحق المجهول.

(١) المرغيناني، الهداية، م ٢، ج ٣، ص ١٠٥.

(٢) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج ٧، ص ٢٠٦-٢٠٧.

(٣) البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٣٦٧.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار، ج ١٠، ص ٦٩.

(٥) المواق، التاج والإكليل، ج ٦، ص ٥٦٠.

وذهب الشافعية إلى عدم صحة الرهن في مقابل الحق المجهول، فهم يشترطون في الحق المرهون به أن يكون معلوماً، جاء في مغني المحتاج: "ثانيهما: كونه معلوماً للعاقدين، فلو جهلاه أو أحدهما لم يصح كما في الضمان"^(١).

وأما بالنسبة للزوم الحق، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على جواز توثيق الحق بالرهن والكفالة إذا كان لازماً أو آيلاً إلى اللزوم بنفسه كئمن المبيع في زمن الخيار^(٢)، وأما إذا كان يؤول إلى اللزوم بغيره كعوض الجعل ومال المسابقة، فإنه لا يؤول إلى اللزوم إلا بالعمل، فاختلف أهل العلم في ذلك، ولهم في المسألة قولان:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٣) المالكية^(٤) والحنبلية^(٥) إلى جواز الكفالة في مقابل عوض الجعل ومال المسابقة ولو قبل العمل، لأن عوض الجعل والمسابقة يؤول إلى اللزوم بعد تمام العمل من العامل، ولا يصح ضمان العمل أو الرهن في مقابل عمل الجعل أو المسابقة لأنه لا يؤول إلى اللزوم لجواز ترك العامل العمل لأنه غير لازم من جهته^(٦)، وأما الرهن في مقابل عوض الجعل قبل الشروع في العمل أو بعده ولكن قبل تمامه، فعبرة الحنفية والمالكية ترشد إلى جواز ذلك. جاء في الفتاوي الهندية: "يجب أن يعلم أن الرهن إنما يصح بدين واجب أو بدين وجد سبب وجوبه كالرهن بالأجر قبل وجوبه، أما الرهن بدين لا يجب ولم يوجد سبب وجوبه كالرهن بالدرك لا يصح"^(٧)، والعمل في الجعل كالإجارة سبب لوجوب الأجرة أو عوض الجعل فجاز الرهن به حتى قبل الشروع في العمل، وأما المالكية، فكذاك تشير

(١) الشريبي، مغني المحتاج، ج٣، ص٥٥.

(٢) الشيخ نظام، الفتاوي الهندية، ج٤، ص٥١٨.

وينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤٠٠-٤٠١.

وينظر: الصاوي، بلغة السالك، ج٣، ص٢٠٢.

وينظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص٥٦٠.

وينظر: الشريبي، مغني المحتاج، ج٣، ص٥٥.

وينظر: ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٩٥-٩٦.

(٣) العيني، البناية، ج٧، ص٥٦١.

(٤) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١٢٣٤.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٧٤-٧٥.

(٦) البهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٧١.

(٧) الشيخ نظام، الفتاوي الهندية، ج٥، ص٥١٨.

عباراتهم إلى جواز الرهن في مقابل عوض الجعل والسبق قبل العمل، جاء في حاشية الخرشي: "وأشار بقوله، وإن في جعل، إلى أن الشخص إذا جاعل شخصاً على تحصيل -شيء ضائع- ويدفع له رهناً على ما يلزمه من الجعل فإنه صحيح لأن الجعل وإن لم يكن لازماً فهو يؤول إلى اللزوم، لا أنه يأخذ منه رهناً في العمل لأنه ليس لازماً ولا أيلاً للزوم، إذ لا يلزم العامل ولو شرع، فقوله وإن في جعل، أي في عوض جعل لا في عمل جعل"^(١)، فقوله: يؤول إلى اللزوم يرشد إلى أن الرهن إنما كان قبل العمل، إلا أن صاحب المعونة أشار إلى أن الرهن في مقابل عوض الجعل لا يصح إلا بعد تمام العمل ولا يجوز قبله^(٢). وذهب الحنبلي إلى عدم صحة الرهن في مقابل عوض الجعل والمسابقة قبل تمام العمل ويصح بعده^(٣).

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى عدم صحة الكفالة والرهن في مقابل عوض الجعل والمسابقة، قبل تمام العمل، وفي قول عندهم مرجوح أن ذلك يجوز بعد شروع في العمل لانتهاؤ الأمر فيه إلى اللزوم فأشبه الثمن في مدة الخيار^(٤). واستدل الشافعية لما ذهبوا إليه بقولهم، إن للعاقدين فسخ العقد متى شاء، فيكون من باب ضمان ما لا يلزم، ولا يؤول إلى اللزوم فلا يصح، جاء في مغني المحتاج: "ولا بجعل الجعالة قبل الفراغ من العمل، لأن لهما فسخها متى شاء، فإن قيل: الثمن في مدة الخيار كذلك مع أنه يصح كما سيأتي، أجيب أن موجب الثمن البيع وقد تم، بخلاف موجب الجعل وهو العمل"^(٥).

وأميل إلى القول بجواز الرهن والكفالة في عوض الجعل والمسابقة لأن الأمر يفضي إلى اللزوم في ثاني الحال بعد العمل، ولأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك. والله أعلم

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٦، ص ١٥٢.

(٢) البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١١٥٣.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ٣٢٤-٣٢٥.

(٤) ابن الملقن، عجالة المحتاج، ج ٢، ص ٧٦٠، ص ٨١٩.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٥٦.

وثيقة، فلم يتمتع اجتماعهما من حق واحد، كاجتماع الشهادة والضمان^(١)، وعند حلول الأجل فإن أدى المدين الدين فلا إشكال، وأما في حال عدم قضاء الدين، فقيل إن الدائن يطالب أولاً الضامن وليس له أن يبيع الرهن إلا إذا تعذر عليه الاستيفاء من الضامن، لأن ما أمكن استيفاؤه من الحقوق من غير إزالة ملك أولى من الاستيفاء مع إزالة الملك كما هو الحال في الرهن لأنه استيفاء مع إزالة ملك الراهن عن العين المرهونة، وقيل: إن الدائن صاحب الحق له أن يبيع الرهن أولاً ويستوفي منه حقه وليس له مطالبة الضامن إلا بعد تعذر استيفائه من الرهن، كأن يكون ثمن الرهن أقل من قدر الدين، لأن الرهن إنما أخذه المرتهن لهذا الغرض، أي غرض الاستيفاء عند الحاجة لذلك. وقيل هو بالخيار إن شاء أخذ من هذا أو باع ذلك وبأيهما بدأ فاستوفى منه فلا حرج عليه^(٢). وجاء في المبسوط: "وإذا كان لرجل على رجلين مال وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأعطاه أحدهما رهناً بجميع المال يساويه، ثم أعطاه الآخر رهناً بجميع المال يساويه، فهو جائز، وأيهما هلك، هلك بنصف المال، لأن كل واحد منهما مطالب بجميع المال رهناً فهما كشخص واحد في إيفاء هذا الدين حتى لو أنه استوفى من أحدهما رجع على صاحبه بنصفه، فيجعل الرهن من الثاني زيادة في الرهن الأول فيقسم الدين على قيمة الرهنين وقيمتها سواء فأيهما هلك ذهب بنصف المال"^(٣).

الفرع الثاني: تزامم التوثيقات المتفقة على المحل الواحد.

إذا كانت التوثيقات من نوع واحد مثل الكفالة على الكفالة، والرهن بالحق مرة أخرى بعد الرهن الأول، فذلك جائز ولا بأس به.

جاء في مغني المحتاج: "ويجوز بالدين الواحد رهن بعد رهن لأنه زيادة في الوثيقة ويصيران كما لو رهنهما معاً"^(٤).

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص٣٨٢.

(٢) المصدر السابق، ج٧، ص٣٨٢.

(٣) السرخسي، المبسوط، م١١، ج٢٢، ص١٣.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٥٧.

وينظر: الرملي، نهاية المحتاج، ج٤، ص٢٥٢-٢٥٣.

وينظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص٣٢٢.

وينظر: البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٦٤-١١٦٥.

وكفالة الكفيل بعد الكفيل صحيحة عند أهل العلم، جاء في المدونة: "قلت رأيت إن تحمل رجل لرجل بما له على فلان، ثم لقي الذي له الحق الذي عليه الحق فأخذ منه كفيلاً آخر يكون لرب الحق أن يأخذ أي الحميلين شاء، وقدر عليه بجميع الحق؟ قال: نعم ذلك له، لأنهما لم يتحملا في صفقة واحدة وإنما تحمل كل واحد على حدة"^(١).

ويرشد هذا الكلام إلى جواز تعدد الكفلاء بالحق الواحد، ثم إن الكفالة إذا تعدد الكفلاء تكون على عدة صور:

الصورة الأولى: أن يكفل كل كفيل بالحق على حدة، فيطالب صاحب الحق أي الكفيلين بجميع الحق ولا يرجع أحد الكفيلين والحال هذه على الكفيل الآخر بشيء من المال الذي غرمه، إنما يرجع على الأصيل المكفول عنه.

الصورة الثانية: أن يكفل الرجلان بالحق في صفقة واحدة وليس أحدهما كفيل عن الآخر، فصاحب الحق يطالب كل كفيل بنصف الحق وليس له أن يطالب أحد الكفيلين بجميع الحق، لأن أحدهما لم يضمن عن الكفيل الآخر.

الصورة الثالثة: أن يكفل الرجلان بالحق في صفقة واحدة ويجعل كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه فله أن يطالب أيهما شاء بالحق كله، لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه.

الصورة الرابعة: أن يشترط المكفول له مطالبة أي واحد من الكفلاء بجميع الحق فله ذلك، ويعمل بشرطه، هذا ما يفهم من كلام المدونة.

وجاء في الهداية من كتب الحنفية: "ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه، ثم ذهب فأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان، لأن موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق، وبالتالي يزداد التوثق فلا يتنافيان"^(٢)، هذا بالنسبة للكفالة بالنفس وكذلك الأمر بالنسبة للكفالة بالمال.

جاء في الهداية أيضاً: "وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً.... وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه..... وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع، لأن إبراء

وينظر: الموصلي، الاختيار، م ١، ج ٢، ص ٦٦.

(١) الأصبحي، المدونة الكبرى، ج ٤، ص ١٠٧.

(٢) المرغيناني، الهداية، م ٢، ج ٣، ص ٩٩.

الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل، والآخر كفيل عنه ب كله على ما بيناه ولهذا يأخذ به^(١).

وجاء في أسنى المطالب من كتب الشافعية: "وإن ضمن اثنان عن رجل عشرة، بأن ضمن كل منهما خمسة وتضامنا، فسلم أحدهما العشرة طالب الأصيل بخمسة وصاحبه بخمسة، وليس له الرجوع بالجميع على أحدهما إلا أن يكون الأصيل أذن له في الضمان الآخر فيرجع عليه به"^(٢). وجاء في كشف القناع من كتاب الحنبلية: "ويصح أن يضمن الحق عن المدين الواحد اثنان فأكثر، سواء ضمن كل واحد جميعه، أي الدين، أو جزءاً معلوماً منه، لأن ما جاز ثبوته في ذمة اثنين جاز ثبوته في ذمة أكثر منهما، فإن قالوا: كل واحد منا ضامن لك الألف الذي عليه فهو، أي قولهما ضمان اشتراك في انفراد لأنهما اشتركا في الضمان، وكل واحد ضامن من الدين منفرد بضمانه، له، أي لرب الحق، مطالبتهما معا بالألف وله مطالبة أحدهما به لثبوته في ذمة كل منهما كاملاً"^(٣).

إلا أن الحنبلية لا يجيزون أن يكفل أحد الكفلاء صاحبه، قال في كشف القناع: "وإن ضمن أحدهما، أي أحد الضامنين صاحبه لم يصح ضمانه له، لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصيل، فهو أصل، فلا يجوز أن يصير فرعاً"^(٤).

وأجاز القاضي^(٥) من الحنبلية الحوالة بالحق الواحد على متعدد، وصورة ذلك أن يكون لزيد دين على رجلين، كألف دينار مثلاً على كل واحد منهما خمسمائة دينار، وضمن كل واحد منهما ما على صاحبه، فيحيل زيد علياً مثلاً - وهو دائن لزيد - على الرجلين بألف دينار، يتقاضاها منهما أو من أيهما شاء، وأما إذا لم يكن أحدهما كفيل عن الآخر فتصح الحوالة عليهما ليتقاضى من كل واحد منهما خمسمائة دينار فتصح من غير إشكال^(٦). والله أعلم

(١) المصدر السابق، م ٢، ج ٣، ص ١٠٧.

(٢) الأتصاري، أسنى المطالب، ج ٤، ص ٦١٧.

(٣) البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٣٦٤-٣٦٥.

(٤) المصدر السابق، ج ٣، ص ٣٦٤.

(٥) القاضي أبو يعلى ابن الفراء، محمد بن الحسين بن محمد، شيخ الحنبلية، مولده في عام (٣٨٠هـ) وله عدة تصانيف مفيدة منها كتاب العدة في أصول الفقه، توفي عام (٤٥٨هـ) رحمه الله.

ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج ١٨، ص ٨٩-٩٢.

(٦) ابن قدامة، الشرح الكبير، ج ٥، ص ٦٩-٧٠.

الفصل الرابع: وسائل التوثيق ، وفيه مبحثان:

المبحث الأول: توثيق استيفاء، وفيه أحد عشر مطالباً.

المبحث الثاني: توثيق إثبات، وفيه أربعة مطالب.

جاء في مغني المحتاج من كتب الشافعية: "الوثائق بالحقوق ثلاثة: شهادة، ورهن، وضمان، فالأولى لخوف الجحد، والأخيران لخوف الإفلاس"^(١).

ويرشد هذا الكلام إلى أن الغاية من التوثيق المختلفة، إما أن تكون لاستيفاء الحق كما في حالة الإفلاس، وإما أن تكون للإثبات كالشهادة في حالة الجحد والإنكار. وتفصيل ذلك في مباحث هذا الفصل.

المبحث الأول: وسائل توثيق الاستيفاء ، وفيه أحد عشر مطالباً:

المطلب الأول: التوثيق بالرهن.

المطلب الثاني: التوثيق بالكفالة.

المطلب الثالث: التوثيق بالحوالة.

المطلب الرابع: التوثيق ببيع الوفاء.

المطلب الخامس: التوثيق بعقد الإجارة المنتهية بالتمليك.

المطلب السادس: التوثيق ببيع العربون.

المطلب السابع: التوثيق بالسفحة.

المطلب الثامن: التوثيق بالحبس أو الاحتباس.

المطلب التاسع: التوثيق بعقد التأمين.

المطلب العاشر: التوثيق بالشرط الجزائي.

المطلب الحادي عشر : خطابات الضمان.

والكلام في مطالب هذا المبحث يدور حول كل وسيلة من هذه الوسائل، تعريفها وشروطها، وما يكون به تمامها، وأحكامها أو آثارها المترتبة عليها.

(١) الشريبي، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٣٩.

المطلب الأول: التوثيق بالرهن ، وفيه فرعان:

الفرع الأول: أركان عقد الرهن وشروطه.

الفرع الثاني: شروط العين المرهونة، وما يجوز ارتهانه وما لا يجوز.

الرهن كما هو معلوم من وسائل التوثيق المشروعة، وهو من أكثر وسائل التوثيق نفعاً لما فيه من احتباس المال في مقابل الحق، والأدلة على مشروعية الرهن كثيرة، سبق وان أشرت إليها^(١).

وكذلك سبق وأن أشرت إلى تعريف الرهن في اللغة والاصطلاح^(٢)، وبقي الكلام على أركان عقد الرهن وما به تمامه ولزومه، وشروط العين المرهونة، أو ما يجوز رهنه وارتهانه وما لا يجوز، وأحكامه وآثاره المترتبة عليه بعد تمامه، وبيان ذلك في فروع هذا المطلب.

الفرع الأول: أركان عقد الرهن وشروطه.

عقد الرهن لا يتم إلا إذا توفرت به مقوماته، وهي: الصيغة، والعاقدان، والمرهون، والمرهون به^(٣). وذهب الجمهور المالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنبلية^(٦)، إلى أن جميع هذه الأشياء المذكورة تعتبر أركان عقد الرهن، وذهب الحنفية^(٧) إلى أن الركن منها، الصيغة، وهي عبارة عن الإيجاب والقبول، وما سواها من الأشياء المذكورة تعتبر من باب الشروط.

وينعقد الرهن بالإيجاب من الراهن والقبول من المرتهن، وذلك كأن يقول الراهن: رهنك هذا الشيء بما لك عليّ من الدين، أو يقول هذا الشيء رهن بدينك، ويقول المرتهن: ارتهنت، أو قبلت أو رضيت، وكذلك ينعقد بكل لفظ يرشد إلى ذلك، كأن يشتري شخص شيئاً، فيقول للبائع: أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن، فالثوب رهن، لأنه أتى بمعنى العقد، إذ العبرة في باب

(١) تنظر صفحة رقم (٥١) من هذه الرسالة.

(٢) تنظر صفحة رقم (١٠) من هذه الرسالة.

(٣) الشربيني، معني المحتاج، ج٣، ص٣٩.

(٤) الصاوي، بلغة السالك، ج٣، ص١٩٠.

(٥) الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ج٤، ص٤٣٧-٤٣٨.

(٦) البهوتي، الروض المريع، ص٢٧١-٢٧٤.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، ص١٣٨-١٣٩.

وينظر: الموصل، الاختيار، م١، ج٢، ص٦٣.

وينظر: القاري، فتح باب العناية، ج٢، ص٤٧٥.

العقود للمعاني^(١)، وينعقد بالمعاطاة عند الجمهور، الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والحنبلية^(٤)، وفي وجه عند الشافعية، والراجح عند الشافعية عدم الانعقاد بالمعاطاة^(٥). وصورة المعاطاة عند الحنفية، أن يأخذ الدائن مثلاً عمامة المدين عن رأسه بعد طلب الدائن لحقه، فإن رضي الغريم بترك العمامة عند الدائن فهي رهن وإلا فإن ذلك يكون غصباً^(٦)، وفي قول عند المالكية لا ينعقد الرهن إلا باللفظ الصريح^(٧).

إلا أن الرهن لا يتم إلا بقبض العين المرهونة، وقبل القبض يجوز للراهن أن لا يسلم العين المرهونة للمرتهن، ولا يجبر على تسليمها عند الجمهور الحنفية^(٨)، والشافعية^(٩)، والحنبلية^(١٠)، وخالفهم المالكية، فذهبوا إلى أن الراهن يجبر على تسليم العين المرهونة بعد تمام الإيجاب والقبول، والمالكية يعتبرون القبض شرط تمام في الرهن، فقبل القبض يكون المرتهن أسوة الغرماء، وبعد القبض يختص به المرتهن^(١١). والجمهور يرون أن القبض شرط لزوم، فلا يلزم الرهن عندهم إلا بعد القبض وأما قبل القبض فالراهن له أن يرجع عن الرهن ولا يجبر على تسليم العين المرهونة كما سبق وأشرت إلى ذلك^(١٢)، وعليه فالمالكية يتفقون مع الجمهور في أن المرتهن لا يختص بالعين المرهونة قبل قبضها، فلو مات الراهن مثلاً أو أفلس قبل الإقباض

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٣، ص١٣٨-١٣٩.

وينظر: الصاوي، بلغة السالك، ج٣، ص١٩٠، ص١٩٥.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار، ج١٠، ص٧٢.

(٣) العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، ج٢، ص٣٥٣.

(٤) المرادوي، الإتصاف، ج٥، ص١٣٧.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٣٩.

(٦) ابن عابدين، رد المحتار، ج١٠، ص١١٥.

(٧) الصاوي، بلغة السالك، ج٣، ص١٩٠، ص١٩٥.

(٨) الموصللي، الاختيار، م١، ج٢، ص٦٣.

(٩) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٥٤.

(١٠) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٤٤٩.

(١١) الصاوي، بلغة السالك، ج٣، ص١٩٥.

(١٢) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٤٤٥-٤٤٧.

وينظر: الكشناوي، أسهل المدارك، ج٢، ص١٤٦.

وينظر: الكليبولي، مجمع الأنهر، ج٤، ص٢٧٠.

وينظر: القاري، فتح باب العناية، ج٢، ص٤٧٥.

فالمرتهن أسوة الغرماء ولا يَخْصُ بالعين المرهونة^(١)، إلا أن المالكية يرون إجبار الراهن على تسليم العين المرهونة بعد تمام الإيجاب والقبول^(٢)، والجمهور من الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنبلية^(٥)، ذهبوا إلى عدم إجبار الراهن تسليم العين المرهونة بعد تمام القبول، فهو، أي الراهن، بالخيار إن شاء سلم وإن شاء امتنع عن التسليم، وعليه فالرهن لا يلزم عند الجمهور إلا بالقبض، وهو، أي القبض عند المالكية شرط تمام وكمال^(٦).

جاء في كتاب الهداية من كتب الحنفية: "وما لم يقبض فالراهن بالخيار إن شاء سلمه وإن شاء رجع عن الرهن"^(٧).

واختلفوا بعد ذلك في اشتراط استحقاق دوام القبض، حتى إذا خرجت العين المرهونة من يد المرتهن بإذنه وعادت إلى يد الراهن، بعارية مثلا أو غيرها، هل يزول حكم الرهن عن العين المرهونة، أم تبقى على حكم الرهن وإن عادت إلى يد الراهن؟ قولان في المسألة:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٨)، والمالكية^(٩)، والحنبلية^(١٠) إلى أن استدامة القبض شرط للزوم الرهن، حتى إذا أخرج المرتهن من يده باختياره زال لزوم الرهن، وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض^(١١)، واستدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(١٢)، فيعم القبض لسائر أحوال الرهن، ومتى خرجت العين من يد المرتهن إلى يد الراهن زال القبض فخرجت العين بذلك عن الرهن^(١٣)، جاء في المعونة من كتب المالكية: "استدامة القبض شرط في صحة الرهن، فمتى

(١) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٤٤٦-٤٤٨.

(٢) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٥٣.

(٣) السمرقندي، الفقه النافع، ج٣، ص١٢٧٥.

(٤) البيجرمي، حاشية البيجرمي على الخطيب، ج٣، ص٣٧٤-٣٧٥.

(٥) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص٩٧-٩٨.

(٦) الكشناوي، أسهل المدارك، ج٢، ص١٤٦.

(٧) المرغيناني، الهداية، م٢، ج٤، ص٤٦٦.

(٨) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٣٨.

(٩) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٥٤.

(١٠) البهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٣٣.

(١١) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٤٤٨.

(١٢) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٣).

(١٣) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٥٤.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٤٤٨-٤٤٩.

حصل مقبوضاً ثم عاد إلى يد الراهن برضا من المرتهن، باستخدام أو بعارية أو ودیعة أو غير ذلك فقد خرج من الرهن^(١).

وجاء في تحفة الفقهاء من كتب الحنفية: "ومنها دوام القبض، بأن يكون محوزاً في يده لأن مقصود الرهن هو الاستيثاق، وذلك لا يحصل إلا بهذا"^(٢).

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى أن العين المرهونة إذا عادت إلى يد الراهن بإذن المرتهن فالرهن على حاله ولا تخرج العين المرهونة عن الرهن بحال^(٣)، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: (الرهن مركوب ومحلوب)^(٤)، قال الشافعي: "يشبه قول أبي هريرة، والله أعلم أن من رهن ذات در وظهر لم يمنع الراهن درها وظهرها لأن له رقبتهما فهي محلوبة ومركوبة كما كانت قبل الرهن، قال: ومنافع الرهن للراهن ليس للمرتهن منها شيء"^(٥).

وجه الدلالة من الحديث أنه صلى الله عليه وسلم جعل الرهن مركوباً ومحلوباً، أي لصاحبه وهذا الانتفاع لا يحصل إلا بخروج العين المرهونة من يد المرتهن ورجوعها إلى يد الراهن، ثم إن هذا الإخراج لم يزل حكم الرهن من العين المرهونة.

جاء في كتاب الحاوي الكبير: "مذهب الشافعي، أن استدامة قبض الرهن ليس بشرط في صحة الرهن فإن خرج الرهن من يد المرتهن باستحقاق كالإجارة أو بغير استحقاق كالإعارة أو الغصب، لم يبطل الرهن"^(٦)، وأميل إلى ترجيح رأي الشافعية للحديث الوارد في المسألة ولأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك، وعليه فيجوز شرعاً ما يعرف في أيامنا بالرهن الرسمي أو التأميني أو الرهن السائل وهو في الحقيقة وضع إشارة الرهن على المرهون في صحيفة العقار في السجل العقاري، وعندها لا يكون الرهن عند المرتهن إنما يكون الرهن في يد الراهن ينتفع به ولكن يكون للمرتهن حق المطالبة ببيع المرهون عند حلول أجل الدين وامتناع الراهن من

(١) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٥٤.

(٢) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٣، ص٣٨.

(٣) المزني، مختصر المزني على الأم، ج٩، ص١٠٣.

وينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص١٠٤.

(٤) البيهقي، السنن الكبرى، باب: ما جاء في زيادات الرهن، حديث رقم (١١٢٠٨)، ج٦، ص٦٤، والحديث رواه الدارقطني والحاكم وصححه، وقيل هو موقوف، ينظر: الشوكاني، نيل الأوطار، م٣، ج٥، ص٢٣٤.

(٥) البيهقي، السنن الكبرى، ج٦، ص٦٥.

(٦) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص١٠٤.

وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٦٤.

الوفاء، ولا يجوز لمالك العقار المرهون بيعه إلا بعد افتكاك الرهن وسداد الدين^(١)، وتسجيل العين المرهونة في السجل العقاري يقوم مقام القبض، ولأن الغرض من الرهن توثيق الدين وضمان استيفائه وهذا الغرض حاصل في هذا النوع من الرهن^(٢).

الفرع الثاني: شروط العين المرهونة، وما يجوز ارتهانه وما لا يجوز.

اتفقت كلمة الفقهاء على أن كل عين يجوز بيعها يجوز رهنها^(٣).

وأجاز المالكية رهن ما تثمر نخيله هذا العام قبل بدو صلاح الثمار بالرغم من وجود الغرر، لأن الثمر قد لا يوجد والنخيل قد لا تثمر^(٤)، واتفقوا أيضاً على أن رهن المنافع غير صحيح^(٥)، وصورة المسألة أن يرهن مثلاً سكنى داره مدة من الزمن لأنها تهلك إلى حلول الحق، ولأنها عرضة للتلف.

جاء في مغني المحتاج: "ولا يصح رهن منفعة جزماً، كأن يرهن سكنى داره مدة لأن المنفعة تتلف فلا يحصل بها استيثاق"^(٦).

وجاء في كشاف القناع: "فلا يجوز رهن المنافع، لأنها تهلك إلى حلول الحق"^(٧).

وجاء في الذخيرة: "ومنعوا رهن منفعة الدار ونحوها لتلفها قبل حلول الأجل"^(٨).

(١) الزحيلي، وهبه مصطفى، بحوث فقهية من الهند، بيع التسيط، ص ٢٣٤.

(٢) زيدان، عبدالكريم، نظرات في الشريعة الإسلامية، ص ٣٤٨-٣٥٠.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ١٤١، ص ١٤٥.

وينظر: العدوي، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، ج ٢، ص ٣٥٢.

وينظر: الأنصاري، أسنى المطالب، ج ٤، ص ٣٦٠.

وينظر: ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ١٠١.

(٤) الأبى، جواهر الإكليل، ج ٢، ص ١١٧.

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٣٧٨.

وينظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج ٧، ص ٢٣٥.

وينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ١٤٥.

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٦.

(٧) البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ٣٢١.

وينظر: ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ١٠٤.

(٨) القرافي، الذخيرة، ج ٨، ص ١٢٧.

ويجوز رهن الدراهم والدنانير والفضة والذهب والفلوس لإمكان استيفاء الحق منها بعد بيعها^(١) بشرط أن يحول بين المرتهن وبين الانتفاع بها بعد أن يطبع عليها أو يختم عليها، جاء في المدونة: "قلت: هل يجوز في قول مالك أن أرهن دنانير أو دراهم أو فلوساً؟ قال: قال مالك: إن طبع عليها وإلا فلا"^(٢)، وعليه فيصح أن تكون العملات الورقية في هذه الأيام رهناً، واختلفوا بعد ذلك في بعض المسائل.

المسألة الأولى: رهن الدين.

والمسألة فيها قولان لأهل العلم، ولكل منهم دليله وحجته في المسألة. القول الأول: ذهب جمهور أهل العلم، من الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنبلية^(٥)، إلى عدم صحة رهن الدين، وفي وجهه عند الشافعية أن رهن الدين جائز، لأنه يجوز بيعه كالعين فجاز رهنه^(٦). والمذهب عدم الجواز.

جاء في مغنى المحتاج من كتب الشافعية: "وشرط الرهن، أي المرهون، كونه عيناً، يصح بيعها في الأصح، فلا يصح رهن دين ولو ممن هو عليه لأنه غير مقدور على تسليمه، والثاني: يصح رهنه تنزيلاً له منزلة العين"^(٧).

جاء في مختصر اختلاف العلماء: "ولا نعلم أحداً من أهل العلم أجاز أن يكون الدين رهناً بدين سواه، غير مالك، وهو في القياس أيضاً فاسد، لأن من كان في يده شيء فارتهنه، فليس يخلو من أن يكون مضموناً بنفسه، فينتقل ضمانه إلى ضمان الراهن، أو يكون أمانة فتنتقل الأمانة إلى الضمان، والدين باق بعد الرهن وقبله على ما كان عليه من الضمان. فلم يصح رهناً ببقائه على حكمه قبل أن يرهن"^(٨).

(١) المرغيناني، الهداية، م ٢، ج ٤، ص ٤٧٨.

وينظر: الرازي، مختصر اختلاف العلماء، ج ٤، ص ٢٩٢-٢٩٣.

(٢) الأصحبي، المدونة الكبرى، ج ٤، ص ١٥٠.

(٣) الرازي، مختصر اختلاف العلماء، ج ٤، ص ٢٨٩-٢٩٠.

(٤) الشربيني، مغنى المحتاج، ج ٣، ص ٤٦.

(٥) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج ٤، ص ١٩٩.

(٦) الشيرازي، المهذب، ج ٣، ص ٢٠٧.

(٧) الشربيني، مغنى المحتاج، ج ٣، ص ٤٦.

(٨) الرازي، مختصر اختلاف العلماء، ج ٤، ص ٢٩٠.

القول الثاني: ذهب المالكية في المذهب عندهم إلى جواز رهن الدين ممن عليه الدين ومن غيره كذلك، فيجوز عندهم جعل الدين رهناً مطلقاً، ويجوز جعل وثيقة الدين بما فيها رهناً، وإنما جاز رهنها لجواز بيعها ولو بثمن قليل^(١)، وعليه فيجوز رهن الشيكات والكمبيالات، وهي التي تعرف بالأوراق التجارية، ويتم ذلك عن طريق اتفاق بين الراهن والمرتهن يتم بموجبه رهن الورقة عن طريق تظهيرها أو تسجيلها باسم المرتهن^(٢).

جاء في حاشية العدوي على الخرشي: "قوله: والدين، أي سواء رهنه لمن عليه الدين أو لغيره، ... ويشترط في صحة رهنه من المدين أن يكون أجل الرهن مثل أجل الدين الذي رهن به أو أبعد لا أقرب، لأن بقاءه بعد محله كالسلف فصار في البيع بيعاً وسلفاً إلا أن يجعل بيد أمين إلى محل أجل الدين الذي رهن به، قوله: ووثيقة الدين، أي أن الرهن نفس الوثيقة باعتبار ما فيها لا باعتبار نفسها لأن قيمتها بحسب ذاتها تافهة جداً، والحاصل أنه إنما جاز رهنها لما اشتملت عليه مع أنها تباع ولو بقليل الثمن، وكذا يجوز رهن مكتوب الوقف إن كان من الموقوف عليهم، لأنه يشتمل على المنافع ويجوز بيعها، وكذلك وثيقة الوظائف على القول بجواز النزول عن الوظائف، وهو الراجح كما ذكره الأشياخ فاعتمد ذلك"^(٣).

وحيازة الدين المرهون تكون بحيازة الوثيقة التي فيها ذكر الحق والإشهاد على الدين بحضور الغريم ويشهد على المدين أن لا يقضى الدين المرهون لصاحبه حتى يصل المرتهن إلى حقه، وأن المدين الذي بيده الدين المرهون إذا قضى الدين لصاحبه يغرم الدين الذي للمرتهن لأنه يكون في إقباض الدين لصاحبه متعدياً فيضمن لأنه أئلف الرهن على المرتهن^(٤)، وإنما جاز رهن الدين لإمكان الاستيفاء منه^(٥)، وجاء في الذخيرة: "يمتنع أن ترتهن ديناً عليك في ثمن سلعة بعينها إلى أجل أبعد من أجل الدين لأنه يبيع وسلف لأن تأخير الدين بعد حلوله سلف إلا أن يشترط وضع الدين على يدي عدل، فإن لم يفعل وفاتت السلعة فالأقل من القيمة أو الثمن"^(٦).

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، ج٦، ص١٢٧. ينظر: الأصبحي، المدونة الكبرى، ج٤، ص١٦٨.

(٢) شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص٢٤٨-٢٤٩.

وينظر: العثماني، محمد تقي، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ط١، (دمشق: دار القلم، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م)، ص٢٤.

(٣) العدوي، حاشية العدوي على الخرشي، ج٦، ص١٢٨.

(٤) القرافي، الذخيرة، ج٨، ص٨٠.

(٥) الغزياني، مدونة الفقه المالكي وأبنته، ج٣، ص٦٣١.

(٦) القرافي، الذخيرة، ج٨، ص٨٨-٨٩.

وصورة المسألة أن يكون لخالد مثلاً عليّ دين كمائة دينار مثلاً قد استلفتها منه، فبعت لخالد سلعة، سيارة مثلاً، بمائة دينار أو أقل أو أكثر، وطلبت منه أن يجعل المائة دينار التي له عندي رهناً في مقابل ثمن السيارة الذي لي عليه فيقبل، فيصبح الرهن بشرط أن يكون أجل الدين المرهون مثل أجل الدين الذي هو ثمن السيارة أو أبعد، أما إذا كان أجل الدين المرهون أقرب من أجل الدين الذي هو ثمن السيارة فلا يصح، لأنه والحال هذه يكون بيعاً وسلفاً، فتصير الحال كما لو قال: أبيعك السيارة على أن تسلفني، وأميل إلى الأخذ برأي المالكية في هذه المسألة لإمكان استيفاء الدين أو الحق من الدين المرهون، ولأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك جاء في المدونة: "قلت: فإن كان لرجل عليّ دين فبعته بيعاً وارتهنت منه الدين الذي له عليّ، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم وهو أقواهما، قال: وقال مالك فيمن ارتهن ديناً على غيره: إن ذلك جائز، فهذا جائز عليه"^(١).

المسألة الثانية: رهن المشاع.

المشاع هو الشيء غير المقسوم^(٢)، والنصيب غير المتميز، كنصف دار أو سيارة^(٣) مثلاً، وجاء في المصباح المنير: "شاع اللبن في الماء، إذا تفرق وامتزج به، ومنه قيل سهم شائع، كأنه ممتزج لعدم تميزه"^(٤)، والمسألة فيها قولان لأهل العلم: القول الأول: ذهب الحنفية إلى عدم صحة رهن المشاع مطلقاً، لا فيما يقسم ولا فيما لا يقسم، كنصف دار أو سيارة مثلاً.

جاء في المبسوط: "ولا يجوز رهن المشاع فيما يقسم وما لا يقسم من جميع أصناف ما يرهن عندنا"^(٥)، واستدل الحنفية بقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٦)، وجه الدلالة من الآية الكريمة، أن قبض المرتهن للعين المرهونة مستحق على الدوام وهذا الأمر لا يتحقق مع الشيوع، لأن العين المرهونة على جهة الشيوع تصير يوماً مرهونة ويوماً غير مرهونة، فهذا بمنزلة من قال:

(١) الأصبحي، المدونة الكبرى، ج ٤، ص ١٦٨.

(٢) البعلبي، المطلاع على أبواب المقنع، ص ٢٤٧.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار، ج ١٠، ص ٧٢.

(٤) الرافعي، المصباح المنير، ج ١، ص ٣٢٩.

(٥) السرخسي، المبسوط، م ١١، ج ٢١، ص ٦٠.

(٦) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٣).

رهنك هذا الثوب أو هذه العين يوماً، ويوماً لا وهذا غير جائز لخروج العين المرهونة من يد المرتهن. وقالوا: إن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وهذا في المشاع غير ممكن لأن يد الاستيفاء لا تثبت إلى على جزء أو شيء معين معلوم والمشاع ليس كذلك لأن ما تناوله العقد غير معين، فيكون الشيوخ مناف لموجب عقد الرهن الذي هو ملك اليد فتخرج العين بذلك من كونها رهن فلا يصح العقد^(١).

القول الثاني: ذهب جمهور أهل العلم، المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنبلية^(٤)، إلى صحة رهن المشاع لجواز بيعه واقتضاء الحق من ثمنه، وهذا هو المقصود من عقد الرهن، بيع العين المرهونة للاستيفاء من ثمنها، والشيوخ لا ينافي ذلك^(٥).

جاء في المدونة: "قلت: رأيت إن ارتهنت من رجل سدس دار، أو سدس حمام، أو نصف سيف، أو نصف ثوب، أيجوز، وكيف يكون قبضي لذلك؟ قال: قال مالك: ذلك جائز، وقبضه أن يحوزه دون صاحبه"^(٦).

وجاء في مغني المحتاج من كتب الشافعية: "ويصح رهن المشاع، كرهن كله من الشريك وغيره، ولا يحتاج إلى إذن الشريك، ويقبض بتسليم كله كما في البيع فيكون بالتخلية في غير المنقول، وبالنقل في المنقول، ولا يشترط إذن الشريك في القبض إلا فيما ينقل.... فإن أبي الإذن، فإن رضي المرتهن بكونه في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض، وإن تنازعا نصب الحاكم عدلاً يكون في يده لهما"^(٧).

وأميل إلى الأخذ برأي الجمهور في هذه المسألة لجواز بيع المشاع والاستيفاء من ثمنه، وهو المقصود من الرهن، ولأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك.

(١) السرخسي، المبسوط، م ١١، ج ٢١، ص ٦١-٦٢.

وينظر: المرغيناني، الهداية، م ٢، ج ٤، ص ٤٧٢.

(٢) البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١١٥٥-١١٥٦.

وينظر: القرافي، الذخيرة، ج ٨، ص ٨٠-٨٢.

(٣) الرملي، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ٢٣٩.

(٤) ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ١٠١.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٤٥٥-٤٥٦.

وينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ١٠٦-١٠٧.

(٦) الأصبحي، المدونة الكبرى، ج ٤، ص ١٣١.

(٧) الشريبي، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٤٦.

المسألة الثالثة: رهن الشيء المجهول.

الجهل خلاف العلم، والشيء المجهول هو غير المعلوم^(١)، ويرتفع الجهل ويزول بالعلم بالشيء، وذلك بالتعيين في المعين وبذكر القدر والصفة فيما في الذمة^(٢)، ومثال ذلك أن يقول الراهن: رهنك أحد هذين الثوبين أو إحدى السيارتين أو رهنك هذا البيت بما فيه^(٣)، ومن أمثلة المجهول أيضاً، أن يقول رهنك أجرة داري شهراً وهو لا يعلم الأجرة^(٤)، فالمسألة فيها قولان: القول الأول: ذهب الجمهور، الحنفية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنبلية^(٧)، إلى أن رهن المجهول غير صحيح، جاء في المبسوط من كتب الحنفية: "ولو رهنه شاتين بثلاثين درهماً إحداهما بعشرين والأخرى بعشرة، ولم يبين هذه من هذه لم يجز الرهن لجهالة ما رهن به كل واحدة منهما: وهذه جهالة تقضي إلى المنازعة"^(٨)، وذكر في بدائع الصنائع، أن من شرط المرهون أن يكون معلوماً مقدور التسليم^(٩). وكونه معلوماً، يعني أنه غير مجهول.

وجاء في المهذب من كتب الشافعية: "وما لا يجوز بيعه من المجهول لا يجوز رهنه"^(١٠). وجاء في الشرح الكبير من كتب الحنبلية: "ولا يصح رهن المجهول لأنه لا يصح بيعه"^(١١). القول الثاني: ذهب المالكية إلى جواز رهن المجهول، فقد جاء في الذخيرة من كتب المالكية: "يجوز رهن غير المعين"^(١٢)، وغير المعين مجهول، وجاء في المنتقى: "وجه ذلك أن الغرر والمجهول يصح ارتهانه، كما يصح إفراد الثمرة التي لم تؤبر بالارتهان"^(١٣)، ولذلك يصح عند

(١) الرافعي، المصباح المنير، م ١، ج ١، ص ١١٣.

(٢) الشريبي، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٥٢.

(٣) ابن قدامة، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٤١٥.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ٣٢١.

(٥) الشيخ نظام، الفتاوي الهندية، ج ٥، ص ٥٢٠.

(٦) البغوي، التهذيب، ج ٤، ص ٢٢.

(٧) ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ١٠٣-١٠٤.

(٨) السرخسي، المبسوط، م ١١، ج ٢١، ص ٩٦.

(٩) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ١٤١.

(١٠) الشيرازي، المهذب، ج ٣، ص ٢٠٨.

(١١) ابن قدامة، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٤١٥.

وينظر: القفال، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، ج ٤، ص ٤٢٩.

(١٢) القرافي، الذخيرة، ج ٨، ص ٨٢.

(١٣) الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج ٧، ص ٢٤٥.

المالكية رهن ما تثمره هذه النخلات قبل ظهور الثمر لعدة سنين، والرهن بهذه الصورة فيه جهالة، لأنه لا يدري ما هو قدر الثمر الذي تثمره النخلات، والثمر قد يختلف قدره من عام إلى عام، جاء في الفتح الرباني: "يجوز أفراد ثمر النخل بالرهن وإن لم يظهر، وقد أجازوا ارتهانه سنين وهو لم يظهر في الثانية"^(١).

وأميل في هذه المسألة إلى الأخذ برأي المالكية، فالأمر كما قالوا: شيء خير من لا شيء، والشخص يجوز له أن يعطى حقه أو يقرض ماله بدون وثيقة، وعليه فيجوز له أن يستوثق برهن وإن كان مجهولاً فإن قدر على الاستيفاء منه كان به ولا إشكال، وإن لم يقدر، فتكون الحال كمن دفع ماله بغير وثيقة وهو جائز. والرهن عند أهل العلم يبقى محبوساً من المرتهن حتى يستوفي المرتهن جميع حقه، وإلا فإنه يجوز للمرتهن أن يبيع العين المرهونة لاستيفاء حقه، جاء في بداية المجتهد: "أما حق المرتهن في الرهن فهو أن يمسه حتى يؤدي الراهن ما عليه، فإن لم يأت به عند الأجل، كان له أن يرفعه إلى السلطان، فيبيع عليه الرهن، وينصفه منه إن لم يجبه الراهن إلى البيع، وكذلك إن كان غائباً"^(٢). والله أعلم

المطلب الثاني: التوثيق بالكفالة.

الكفالة إما أن تكون بالنفس وإما أن تكون بالمال، والكفالة بالمال لا تتم إلا بتوفر خمسة أمور على وجه التفصيل، وهي: الضامن، والمضمون له، والمضمون عنه، والشئ أو الحق المضمون به، والصيغة، وهذه الأمور الخمسة تعتبر أركاناً للكفالة عند جمهور المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنبلية^(٥)، والركن منها عند الحنفية هو الصيغة^(٦)، وسائر المذكورات تعتبر شروطاً للكفالة^(٧)، وعلى كل حال فالكفالة لا تتم إلا بوجود هذه الأمور الخمسة المذكورة سواء اعتبروها أركاناً أو شروطاً.

(١) البناني، محمد بن الحسن بن مسعود، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ط١، اعتنى به: عبدالسلام محمد أمين، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م)، ج٥، ص٤٢١.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٥، ص٢٤١.

(٣) الصاوي، بلغة السالك، ج٣، ص٢٧٣.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص١٩٩.

(٥) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج٤، ص٢٤٨-٢٤٩.

(٦) ابن عابدين، رد المحتار، ج٧، ص٥٥٥.

وينظر: الكلبولي، مجمع الأنهر، ج٣، ص١٧٣.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٩٥.

والضامن هو الكفيل الذي يلتزم أداء الحق عن المطلوب -المكفول عنه- للطالب، وهو المكفول له. وأما المضمون له أو المكفول له فهو صاحب الحق -الطالب- وأما المضمون أو المضمون عنه، فهو من عليه الحق أو هو المطلوب أو الأصيل، وأما المضمون أو المضمون عنه، فهو من عليه الحق أو هو المطلوب أو الأصيل، وأما المضمون به فهو الحق المطلوب، الذي يتكفل به الكفيل، وأما الصيغة فهي كل كلام يدل على الالتزام سواء كان بصيغة لفظية أو إشارة مفهومة أو كتابة^(١). وذهب الحنفية إلى أن الصيغة هي مجموع الإيجاب والقبول، كأن يقول الكفيل: أنا كفيل أو ضمين، أو لك عليّ أو لك عندي، فيجيب المكفول له -الطالب- قبلة أو رضيت، فيتم بذلك عقد الكفالة^(٢).

وذهب الجمهور، المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنبلية^(٥)، وأبو يوسف من الحنفية^(٦)، إلى أن الصيغة في عقد الكفالة هي الإيجاب من الكفيل لا غير ولا يشترط القبول من المكفول له، فمتى قال الكفيل أنا كفيل أو ضمين بمالك على فلان، صحت الكفالة^(٧)، وعليه فالجمهور يشترطون لتمام عقد الكفالة وانعقاده، رضا الكفيل، وعند الحنفية لا بد من الإيجاب والقبول من الكفيل، والقبول من المكفول له^(٨). واتفقوا بعد ذلك على أن رضا الأصيل المكفول عنه ليس بشرط لصحة الكفالة وانعقادها^(٩)، وينبغي العلم بالكفيل ومعرفة وكذلك المكفول له، ومعرفة الأصيل كذلك، لأن الجهالة بأشخاصهم تضر، فلا تصح بها الكفالة.

فلو قال الكفيل: كفلت لأحد من الناس فلا تصح الكفالة، وكذلك لا تصح الكفالة إذا قال الكفيل: كفلت عن واحد^(١٠). جاء في النهر الفائق: "وأن يكون المكفول عنه معلوماً، فلا تصح لو كفل عن

(١) الصاوي، بلغة السالك، ج ٣، ص ٢٧٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٣٨٩-٣٩٠.

(٣) القرافي، الذخيرة، ج ٩، ص ٢٠٠.

(٤) النووي، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٤٧٤.

(٥) الكلوثاني، الهداية في فروع الفقه الحنبلي، م ١، ج ١، ص ١٩١.

(٦) القاري، فتح باب العناية، ج ٢، ص ٤٩٣.

(٧) الشرييني، مغني المحتاج، ج ٣، ص ٢١٢.

(٨) ابن هبيرة، الإفصاح، ج ١، ص ٣٢٢.

(٩) القرافي، الذخيرة، ج ٩، ص ٢٠١.

وينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج ٣، ص ١٢٥٢.

(١٠) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٣٩٦.

واحد وفي المكفول له كونه معلوماً أيضاً، موجوداً في مجلس العقد^(١)، ولا يشترط حضور المكفول عنه، فالكفالة صحيحة عن الغائب والمحبوس لأن الحاجة إلى الكفالة في الغالب تكون في مثل هذه الأحوال^(٢)، والشافعية لا يشترطون معرفة المضمون عنه على الصحيح عندهم، وفي قول تشترط معرفته^(٣).

واختلفوا بعد ذلك فيما لو كفل الكفيل من غير إذن المكفول عنه -الأصيل- وغرم الكفيل ما على الأصيل ودفعه للطالب المكفول له، هل يرجع الكفيل على الأصيل بما أدى عنه أم لا يرجع عليه؟ المسألة فيها قولان:

القول الأول: ذهب الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥)، وفي قول عند الحنبلية^(٦)، إلى أن الكفيل إذا كفل من غير إذن الأصيل وأدى عنه، أنه لا يرجع على الأصيل بشيء لأنه متبرع في قضاء الدين عن الأصيل.

جاء في الفقه النافع من كتب الحنفية: "وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره، لأنه تقوية لحق الطالب وإعانة للمطلوب، فإن كفل بأمره رجع بما يؤدي عليه، وإن كفل بغير أمره لا يرجع بما يؤدي عنه، لأن تصرف الغير لا يظهر في حق الغير"^(٧)، ورجوع الكفيل على الأصيل يصح إذا أدى الكفيل ما وجب دفعه على الأصيل أما إذا أدى الكفيل الحق قبل وجوبه على الأصيل فلا رجوع له على الأصيل، كمن كفل بالأجرة فأداها قبل وجوبها فلا يرجع^(٨).

وذكر الشافعية أيضاً أن الكفيل يرجع على الأصيل بما أدى إذا كفل بإذنه وأدى من ماله، أما إذا أخذ الكفيل المال من سهم الغارمين فلا يرجع على الأصيل بما أدى عنه^(٩). وعلى كل حال إذا كفل الكفيل من غير إذن الأصيل وغرم المال فلا رجوع له على الأصيل لأنه متبرع، وأما إذا كفل بإذنه فله الرجوع عليه بعد دفع المال، لأنه صرف ماله إلى منفعة الأصيل بإذنه فيرجع

(١) ابن نجيم، النهر الفائق، ج٣، ص٥٤٤.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٩٦.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٧٣.

(٤) السمرقندي، الفقه النافع، ج٣، ص١٢٥٢-١٢٥٣.

(٥) الهيثمي، تحفة المحتاج، ج٢، ص٣٠٩-٣١٠.

(٦) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص١٦٧.

(٧) السمرقندي، الفقه النافع، ج٣، ص١٢٥٢-١٢٥٣.

(٨) ابن نجيم، النهر الفائق، ج٣، ص٥٦٣.

(٩) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٢١٧.

عليه بما أدى عنه لأنه ليس والحال كذلك بمتبرع^(١). وكذلك إذا كفل عن الصبي بإذنه وأدى الكفيل فليس له الرجوع على الصبي بما أدى عنه^(٢)، وعند المالكية يرجع في مال الصبي بما أدى عنه^(٣).

القول الثاني: ذهب المالكية^(٤)، وفي الصحيح المعتمد عند الحنبلية^(٥) إلى أن الكفيل إذا كفل من غير إذن الأصيل وأدى عنه المال إلى صاحبه -المكفول له- فله الرجوع على الأصيل بما أدى عنه، وإن كان من غير إذنه، أي إذن الأصيل إذا نوى عند القضاء الرجوع على الأصيل، أما إذا تبرع بذلك فلا يرجع عليه^(٦).

جاء في كتاب الذخيرة من كتب المالكية: "إذا أديت حقاً عليه بغير أمره رجعت عليه أو أديت عن صبي ما قضى عليه بغير أمر وليه رجعت به في مال الصبي، وكذلك ما لزمه من قيمة متلف، أو أتلفه أو أفسده أو أخذه"^(٧).

والقاعدة في ذلك عندهم: "كل من أدى عن أحد مالا شأنه إعطاؤه، أو فعل له فعلاً شأنه أن يؤدي في عمله أجره، كغسل يديه ونحوه، فإنه يرجع عليه بذلك المال وأجرة ذلك العمل، كان واجباً أم لا، خلافاً للأئمة، فإنهم يعدونه متبرعاً، لنا: أن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال، ولو صرح ها هنا بذلك لزمه فكذلك إذا دل عليه لسان حاله"^(٨).

وأميل إلى ترجيح رأي الحنفية والشافعية لأن كل من عمل للأخر عملاً دون إذنه فهو متبرع يتحمل مسؤولية عمله .

(١) المصدر السابق، ج٣، ص٢١٧.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤١٠.

(٣) القرافي، الذخيرة، ج٩، ص٢٠٢.

(٤) البيهقي، الإشراف، ج٢، ص٦٠١.

(٥) ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص١٦٧.

(٦) البيهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٧١.

(٧) القرافي، الذخيرة، ج٩، ص٢٠٢.

(٨) المصدر السابق، ج٩، ص٢٠٣.

المطلب الثالث: التوثيق بالحوالة.

الحوالة لا تتم ولا تتعقد إلا إذا توفرت الأمور التالية: محيل، ومحتال أو مُحال، ومحال عليه، ودين للمحتال على المحيل، ودين للمحيل على المحال عليه، وصيغة^(١)، والجمهور، المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنبلية^(٤)، اعتبروا هذه الأمور المذكورة أركاناً، والحنفية قالوا: الركن منها الصيغة، وغيرها من المذكورات تعتبر شروطاً^(٥).

والمحيل: هو من عليه الدين، والمحال: هو من له الدين، والمحال عليه: هو من عليه دين مماثل للمدين الأول وهو المحيل، ومحال به: وهو الدين الواجب على المحيل أداءه للمحال، والصيغة: كل لفظ يدل على التحول والانتقال ولو بإشارة أو كتابة^(٦).

واختلفوا بعد ذلك في الصيغة، فمن اشترط رضا المحيل والمحال والمحال عليه وهم الحنفية، قالوا: إن الإيجاب من المحيل، كأن يقول للطالب، وهو المحال، أحلتك على فلان بكذا، والقبول ينبغي أن يكون من المحال والمحال عليه، كأن يقول كل واحد منهما قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على القبول والرضا.

جاء في بدائع الصنائع: "أما ركن الحوالة: فهو الإيجاب والقبول، والإيجاب من المحيل والقبول من المحال عليه والمحال جميعاً"^(٧).

وإنما اشترط الحنفية رضا الثلاثة، لأن المحال هو صاحب الدين، والدين حقه، فلا بد من رضاه، وأما المحيل فيشترط رضاه لأن له الحق أن يقضي دينه كيفما يريد وليس لأحد أن يجبره على الحوالة فاعتبر رضاه، وأما المحال عليه فيشترط رضاه لأن الدين يلزمه للمحيل فلا بد من التزامه أداء الدين للمحال^(٨).

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص١٩٠.

(٢) الصاوي، بلغة السالك، ج٣، ص٢٦٨.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٦١.

(٤) ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج٤، ص٢٧٠-٢٧١.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤١٥-٤١٦.

(٦) الصاوي، بلغة السالك، ج٣، ص٢٦٨.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤١٥.

(٨) القاري، فتح باب العناية، ج٢، ص٥٠٩.

وذهب المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، إلى اشتراط رضا المحيل والمحال وأما المحال عليه فلا يشترط رضاه، وعليه فصيغة عقد الحوالة تتم وتكون بالإيجاب من جهة المحيل والقبول من جهة المحال ولا يشترط قبول المحال عليه ورضاه لأنه محل الحق والتصرف كالمبيع، وفي قول عند الشافعية اشتراط رضاه^(٣).

إلا أن الشافعية يشترطون رضا المحال عليه قولاً واحداً إذا كان المحال عليه غير مدين للمحيل ولكن إذا قبلها المحال عليه فيعتبر قبوله ضمناً فلا يبرأ بها المحيل ويجوز للمحال أن يرجع على المحيل لأن العقد والحال هذه يعتبر كفالة^(٤).

وذهب الحنبلية إلى اشتراط رضا المحيل فقط لا غير ولا يشترط عندهم رضا المحال، لأنه يجب عليه قبول الحوالة إذا كانت على غني واجد، وكذلك لا يشترط رضا المحال عليه^(٥)، وعليه فإذا تمت الحوالة وفق شروطها المعتبرة في كل مذهب، برئ المحيل من الدين وهذا محل اتفاق^(٦).

واختلفوا بعد ذلك في اشتراط الدين على المحال عليه للمحيل، فذهب الحنفية إلى أن ذلك ليس بشرط أبداً فيجوز للمحيل أن يحيل على من لا دين له عليه إذا رضي المحال والمحال عليه بذلك. جاء في فتح باب العناية من كتب الحنفية: "وتصح الحوالة بلا شيء للمحيل على المحال عليه، وهو إحدى صورتَي الحوالة المطلقة، والصورة الأخرى أن يكون للمحيل على المحتال عليه دين أو له في يده عين، ولا يقيد الحوالة بشيء منهما"^(٧).

والحوالة عند الحنفية نوعان: مطلقة، ومقيدة، فالمطلقة: أن يحيل بالدين على فلان ولا يقيده بالدين الذي عليه، والمقيدة: أن يقيده بالدين الذي له عليه، والحوالة بكل واحدة من النوعين جائزة، إلا أن الحوالة المطلقة تخالف الحوالة المقيدة في بعض الأحكام، فإذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل فيكون المحال عليه عندها مطالباً بدين الحوالة الذي التزمه، ولا يملك أحد غير المحال مطالبته المحال عليه بالدين، وأما إذا كان المحال عليه مديناً للمحيل، وأطلق المحيل الحوالة ولم يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه، فيكون المحال عليه عندها مطالباً بدينين،

(١) الصاوي، بلغة السالك، ج ٣، ص ٢٦٨.

(٢) النووي، روضة الطالبين، ج ٣، ص ٤٦٢.

(٣) الشربيني، معنى المحتاج، ج ٣، ص ١٩٠.

(٤) الشربيني، معنى المحتاج، ج ٣، ص ١٩٠.

(٥) الكلوثاني، الهداية في فروع الفقه الحنبلي، م ١، ج ١، ص ١٩٠.

(٦) ابن هبيرة، الإفصاح عن معاني الصحاح، ج ١، ص ٣٢١.

(٧) القاري، فتح باب العناية، ج ٢، ص ٥١٠.

دين الحوالة ودين المحيل الأصلي، فيطالبه المحال بدين الحوالة، ويطالبه المحيل بالدين الذي له عليه^(١)، وذهب الجمهور إلى أن الحوالة إذا تمت وانعقدت برضا المحال عليه، ولم يكن المحال عليه مديناً للمحيل فإنها تعتبر كفالة^(٢)، والحنبلية اعتبروها وكالة^(٣)، جاء في بلغة السالك من كتب المالكية: "وثبت دين للمحيل على المحال عليه، وإلا كانت حمالة -كفالة- إن رضي المحال عليه لا حوالة، وإن وقعت بلفظ الحوالة"^(٤).

جاء في كشف القناع من كتب الحنبلية: "وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه، فهو وكالة في اقتراض"^(٥)، ولا تصح الحوالة عند جمهور أهل العلم إذا كان الدين أو الحق المحال به مجهولاً^(٦)، لأن المجهول لا يصح بيعه، ولا يصح استيفاؤه ولا يمكن^(٧).

جاء في النهر الفائق من كتب الحنفية: "وقيدنا بكونه معلوماً لأن الحوالة بالمجهول لا تصح... قال: احتلت بما يذوب لك على فلان لا تصح الحوالة مع جهالة المال، ولا تصح حوالة أيضاً بهذا اللفظ"^(٨)، ومن مسائل الجهالة في المحال به الحوالة بإبل الدية على مثلها، وقيل أن أذكر صورة المسألة، أنه على أن المحال به يجب أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة، وكل ما يصح السلم به يثبت في الذمة، جاء في مغني المحتاج: "وتصح بالدين المثلي كالنقود والحبوب وكذا المتقوم -كالشاة- والثوب في الأصح لثبوته في الذمة بعقد السلم ولزومه"^(٩)، وجاء في كشف القناع: "الثالث: أن تكون الحوالة بمال معلوم على مال معلوم مما يصح السلم فيه من المثليات وغيرها، كمعدود ومذروع"^(١٠)، ولا يقال إن الحوالة في هذه الصورة تكون حوالة بعين على عين وإنما هي في الحقيقة حوالة بدين ثابت في الذمة على مثله في ذمة المحال عليه، وصورة المسألة عند

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤١٨.

(٢) النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٤٦٢-٤٦٣.

(٣) البهوتي، الروض المريع، ص٢٧٩.

(٤) الصاوي، بلغة السالك، ج٣، ص٢٦٨-٢٦٩.

(٥) البهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٨٥.

(٦) ابن نجيم، النهر الفائق، ج٣، ص٥٨٧.

وينظر: البهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٨٦.

وينظر: الصاوي، بلغة السالك، ج٣، ص٢٧٠.

(٧) الشريبي، مغني المحتاج، ج٣، ص١٩٢.

(٨) ابن نجيم، النهر الفائق، ج٣، ص٥٨٧.

(٩) الشريبي، مغني المحتاج، ج٣، ص١٩١.

(١٠) البهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٨٦.

الشافعية: أن يجني رجل على رجل موضحة^(١) ثم يجني المجني عليه على آخر موضحة فيجب عليه خمس من الإبل فيحيل المجني عليه أولاً وهو الجاني ثانياً المجني عليه ثانياً على الجاني أولاً بالخمس من الإبل، فالأصح عند الشافعية^(٢) والحنبلية^(٣) عدم صحة الحوالة للجهالة بصفة الإبل.

ويجدر التنبيه بعد ذلك على أن الحوالة بشرط مطالبة الأصيل -يعني المحيل- تكون كفالة، وكذلك الكفالة إذا كانت بشرط براءة الأصيل تكون حوالة. لأن العبرة في العقود للمعاني دون المباني^(٤)، ومن هذا الباب أيضاً لو أحال الدائن رجلاً على غريمه المدين وليس للمحتال له -يعني المحال- على المحيل دين فهذه وكالة بالقبض، وليست بحوالة^(٥)، وإنما اعتبرت الحوالة من الوثائق لتيسير الوصول إلى الحق من خلالها من حيث الملاءة -أي الغنى- من جهة المحال عليه، والإنصاف من جهة اقتضاء الحق والحصول عليه^(٦). والله أعلم

المطلب الرابع: التوثيق ببيع الوفاء.

بيع الوفاء هو عقد توثيقي في صورة بيع على أساس احتفاظ طرفي العقد بحق الترادف في العوضين، فهو عقد مزيج من بيع ورهن، لكن أحكام الرهن فيه هي الغالبة^(٧)، وسمي العقد بهذا الإسم لما فيه من العهد بالوفاء من المشتري برد المبيع للبائع إذا قام هذا الأخير برد الثمن للمشتري، وله أسماء كثيرة عند الفقهاء، فالبعض يسميه البيع الجائز، وذلك لاعتباره عقداً جائزاً للحاجة إليه من أجل التخلص من الربا حتى يسوغ للمشتري الانتفاع بالعين المبيعة، والبعض يسميه بيع المعاملة، والمعاملة ربح الدين، لأن المشتري عادة ما يكون هو الدائن فينتفع بالعين المبيعة في مقابل ماله من الدين على البائع، حتى إذا أدى البائع الدين أو الثمن استرد العين من

(١) الموضحة: هي من الجراحات التي تبدي وضح العظم، أي: بياضه، والجمع المواضع.

ينظر: البعلي، المطلاع على أبواب المقنع، ص ٣٦٧.

(٢) الشربيني، معني المحتاج، ج ٣، ص ١٩٢.

(٣) البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٣٨٦.

(٤) الشيخ نظام، الفتاوي الهندية، ج ٣، ص ٢٩٣.

وينظر: القاري، فتح باب العناية، ج ٢، ص ٥٠٨.

(٥) الشيخ نظام، الفتاوي الهندية، ج ٣، ص ٢٩٣.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٤٢١.

(٧) الزرقاء، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، (ف: ٢٧٤)، ج ١، ص ٥٤٤.

المشتري، ويسميه البعض ببيع الأمانة، لأن العين تكون أمانة عند المشتري كالعين المرهونة، ويسميه البعض ببيع الإطاعة أو الطاعة، وذلك لمطابقة المدين للدائن في البيع^(١)، وأما صورة بيع الوفاء فهي: أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا -هذه- العين بدين لك عليّ على أنني متى قضيت الدين فهو لي، أو يقول البائع: بعتك هذا بكذا على أنني متى دفعت لك الثمن تدفع العين إلي^(٢)، فهو في الحقيقة عقد تشتراط فيه الإقالة إذا رد البائع الثمن للمشتري، وضع للتوثق للدين والانتفاع بالعين من جهة المشتري إلى أن يرد البائع الثمن^(٣).

والحاجة قد تدعو إلى مثل هذا العقد وذلك لأن هذا العقد يعطي للمشتري إن صح التعبير، وهو المرتهن الدائن على وجه الحقيقة، أن يحتبس العين المباعة للتوثق بها كالرهن ثم بعد ذلك يعطي للمشتري امتيازاً آخر وهو حق الانتفاع بهذه العين واستيفاء غلتها وكسبها وهذا الأمر ممنوع في الرهن^(٤)، إذ لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالعين المرهونة عند جمهور الفقهاء، لأن الانتفاع بها يكون من باب القرض الذي جر نفعاً، وهو أمر منهي عنه، فالمرتهن يملك حق حبس العين إلى أن يستوفي حقه أو تباع لأجل الاستيفاء من ثمنها، أما الانتفاع بها من المرتهن فغير جائز^(٥). وجمهور أهل العلم أن بيع الوفاء فاسد غير صحيح^(٦) إلا أن بعض المتأخرين من الحنفية أجازوا ذلك^(٧).

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ج٧، ص٥٤٥-٥٤٦.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص١١.

وينظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج٧، ص٥٤٥.

(٣) بيرم، أبو عبدالله محمد، الوفاء بما يتعلق ببيع الوفاء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة- عدد ٧، (١٤٠٢هـ-١٩٩٢م)، ج٣، ص١٩١.

وينظر أيضاً الهامش رقم (١٣) في نفس المصدر والصفحة المذكورة أعلاه.

(٤) الزرقاء، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، (ف: ٢٧٤)، ج١، ص٥٤٦.

(٥) ابن هبيرة، الإفصاح عن معاني الصحاح، ج١، ص٣٠٨-٣٠٩.

وينظر: الموصل، الاختيار لتعليل المختار، م١، ج٢، ص٦٦-٦٧.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٥٠٩-٥١٠.

(٦) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٥، ص٧.

وينظر: الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج٣، ص٢٠٩.

وينظر: الهيتمي، أحمد بن محمد بن حجر، الفتاوى الكبرى الفقهية، ط١، اعتنى بها: عبداللطيف عبدالرحمن، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م)، ج٢، ص١٣٧.

وينظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣، ص١٤٩-١٥٠.

(٧) الزيلعي، تبیین الحقائق، ج٦، ص٢٣٧.

جاء في بداية المجتهد من كتب المالكية: "وأما من قال له البائع: متى جئتك بالثمن رددت عليّ المبيع فإنه لا يجوز عند مالك، لأنه يكون متردداً بين البيع والسلف إن جاء بالثمن كان سلفاً وإن لم يجيء كان بيعاً"^(١).

وجاء في تبیین الحقائق من كتب الحنفية: "وصورته أن يقول البائع للمشتري: بعث منك هذا العين بدين لك عليّ متى قضيت الدين فهو لي فجعلوه فاسداً باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على إيفاء الدين"^(٢).

وجاء في كشف القناع من كتب الحنبلية: "بيع الأمانة: هو الذي مضمونه اتفاقهما، أي اتفاق البائع والمشتري، على أن البائع -إن- جاء بالثمن أعاد إليه المشتري ملك ذلك ينتفع به، أي بالملك المبيع، المشتري، بالإجارة والسكنى ونحو ذلك كركوب ما يركبه أو حلبه، وهو، أي البيع إذن، عقد باطل بكل حال، ومقصودهما إنما هو الربا بإعطاء دراهم إلى أجل، ومنفعة الدار أو نحوها هي الربح، فهو في المعنى قرض بعوض"^(٣).

وهذا العقد إنما أبطله من أبطله بسبب انتفاع المشتري بالعين المبيعة وفاءً حتى إذا رد البائع الدين في الحقيقة أو الثمن كما هو الظاهر من العقد استرد العين المبيعة ويتحصل من ذلك انتفاع المشتري بالعين إلى أن يرد البائع المدين الدين أو الثمن إلى المشتري ومعلوم أن كل قرض جر منفعة للدائن فهو ربا.

جاء في رد المحتار: "قلت....: البيع الذي تعارفه أهل زماننا، احتيالاً للربا وسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة لا يملكه ولا ينتفع به إلا بإذن مالكة وهو ضامن لما أكل من الثمرة"^(٤)، وكذلك لا شتماله على الشرط المفسد لعقد البيع، لأن الشرط يناقض عقد البيع، فاشتراط رد العين إلى صاحبها أو عدم بيعها هذه شروط مفسدة لعقد البيع لمنافاتها لمقتضى عقد البيع.

جاء في مواهب الجليل من كتب المالكية: "ومن الشروط المناقضة بيع الثياب وهو من البيوع الفاسدة... قال: ومن ابتاع سلعة على أن البائع متى ما رد الثمن فالسلعة له لم يجز ذلك"^(٥).

(١) ابن رشد، بداية المجتهد، ج٥، ص٧.

وينظر: الخطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص٢٤٢.

(٢) الزيلعي، تبیین الحقائق، ج٦، ص٢٣٧.

(٣) البهوتي، كشف القناع، ج٣، ص١٤٩-١٥٠.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار، ج٧، ص٥٤٦.

(٥) الخطاب، مواهب الجليل، ج٦، ص٢٤٢.

والذين ذهبوا إلى جواز هذا العقد من متأخري الحنفية، قالوا: إن الحاجة تدعو إلى ذلك ولتعامل الناس به، جاء في تبين الحقائق من كتب الحنفية: "اتفق مشايخنا في هذا الزمان فجعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض أحكامه وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع، لحاجة الناس إليه ولتعاملهم فيه، والقواعد قد تترك بالتعامل وجوز الاستصناع لذلك"^(١)، وأقول هذا الكلام فيه نظر ففي أيامنا يتعامل الناس كثيراً في الربا، فهل يقال إن القواعد تترك لذلك؟ لأجل تعامل الناس كثيراً في الربا، وهذا الكلام غير سديد لا يعول عليه ثم إنني أرى أن عقد الاستصناع كان معروفاً في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، فأقر النبي صلى الله عليه وسلم الناس على ذلك ولم ينههم عن التعامل به، فمنه ما ثبت من بناء المنبر في مسجده صلى الله عليه وسلم^(٢). ثم إن أهل العلم اختلفوا بعد ذلك في حقيقة هذا العقد فمنهم من اعتبره رهناً صحيحاً اعتباراً لمعناه، ولأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، ولذا يجري حكم الرهن في بيع الوفاء^(٣).

جاء في رد المحتار: "والذي عليه الأكثر أنه رهن لا يفترق عن الرهن في حكم من الأحكام"^(٤). وقيل هو بيع فاسد لأجل الشرط، جاء في الفتاوي الهندية: "والصحيح أن العقد الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً، ثم ينظر إن ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع"^(٥).

وقيل هو بيع جائز تجري فيه بعض أحكام البيع من جواز الانتفاع بالعين المبيعة وأكل غلتها وكسبها دون بعض الأحكام مثل بيع العين المبيعة وفاء، فمن اشترى وفاء له أن ينتفع بالعين ولكن لا يملك بيعها لغير بائعها الأول^(٦)، وقيل هو عقد جديد مركب من ثلاثة عقود وهي البيع الصحيح، والبيع الفاسد، والرهن، وقالوا: هو كالزرافة فيها صفة البعير والبقر والنمر، وعلى

(١) الزيلعي، تبين الحقائق، ج٦، ص٢٣٧.

(٢) المقرئ، أحمد بن علي، إمتاع الإسماع بما للنبي صلى الله عليه وسلم من الأحوال والأحوال والحفدة والمتاع، ط١، تحقيق: محمد عبد الحميد النميسي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م)، ج٥، ص٤٦-٤٧.

(٣) الزرقاء، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، ط٢، اعتنى به: مصطفى أحمد الزرقاء، (دمشق: دار القلم، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م)، ص٥٥.

وينظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج٧، ص٥٤٦.

وينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص١١.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار، ج٧، ص٥٤٦.

(٥) الشيخ نظام، الفتاوي الهندية، ج٣، ص٢٠٩.

وينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦، ص١٢.

(٦) الزيلعي، تبين الحقائق، ج٦، ص٢٣٧.

هذا القول يشترط لصحة هذا العقد سلامة البديلين لصاحبيهما، وعليه فهذا العقد الجديد يكون له حكم البيع الفاسد في بعض الأحكام كملك كل واحد من طرفي العقد الفسخ، أي فسخ العقد واسترداد الثمن إن كان المشتري هو الذي فسخ العقد أو استرداد العين إن كان البائع هو الذي فسخ العقد أو طالب بفسخه. ويأخذ من البيع الصحيح بعض الأحكام مثل جواز الانتفاع بالمبيع للمشتري وصحة ذلك ويأخذ حكم الرهن في بعض الأحكام فلا يملك المشتري بيعه من آخر ولا رهنه ويسقط الدين بهلاكه، فهو مركب من العقود الثلاثة^(١).

جاء في شرح القواعد الفقهية: "إن جريان حكم الرهن في بيع الوفاء ليس في جميع الأحكام بل في بعضها، وبيان ذلك أنه اختلف في بيع الوفاء فقول هو بيع صحيح، وقيل بيع فاسد، وقيل هو رهن، والمفتى به هو القول الجامع، وعليه جرت المجلة في المادة (١١٨) وهو أن بيع الوفاء له شبهة في البيع الصحيح، وشبهه بالفاسد، وشبهه بالرهن وله من كل شبهة بعض أحكام المشبه به"^(٢). والذي يترجح عندي أن بيع الوفاء غير جائز لما فيه من التحايل على الربا، ولما فيه من الشروط التي تنافي عقد البيع، وهذا قول جمهور أهل العلم، وبذلك أخذت مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جاء في المجلة: "إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي... بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع "بيع الوفاء" وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول بيع الوفاء، وحقيقته: "بيع المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع"، قرر:

١:- إن حقيقة هذا البيع "قرض جرّ نفعاً"، فهو تحايل على الربا وبعدم صحته قال جمهور العلماء.

٢:- يرى المجمع أن هذا العقد غير جائز شرعاً"^(٣).

والله أعلم

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ج٧، ص٥٤٦.

(٢) الزرقاء، أحمد، شرح القواعد الفقهية، ص٥٦-٥٩.

(٣) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع، ج٣، ص٥٥٧.

المطلب الخامس: التوثيق بعقد الإجارة المنتهية بالتمليك.

الإجارة كما هو معروف، عقد من العقود المشروعة في الفقه الإسلامي، والدليل على مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع^(١). وأما الإجارة فهي في الحقيقة: عبارة عن العقد على المنافع بعوض هو المال، وتمليك المنافع بعوض إجارة، وبغير عوض إجارة^(٢)، ويشترط لصحة الإجارة العلم بالمنفعة كأن يستأجر داراً للسكنى لمدة شهر، وكذلك العلم بالأجرة، حتى إذا انتهت المدة المضروبة أجلاً للإجارة رد المستأجر العين إلى صاحبها^(٣)، والعين المؤجرة تكون أمانة تحت يد المستأجر^(٤)، وعليه فالإجارة ليست عقداً لملك العين، إنما يملك المستأجر الانتفاع بالعين حتى إذا انتهت المدة المعلومة التي إليها ينتهي عقد الإجارة استرد المؤجر العين من المستأجر وهذا الحكم في الإجارة محل اتفاق بين أهل العلم^(٥). وفي هذه الأيام تعارف الناس على عقد جديد يسمونه "الإجارة المنتهية بالتمليك" وصورة هذا العقد أن يقوم شخص أو مصرف بتأجير عين كسيارة أو بيت مثلاً لشخص مدة معينة بأجرة معلومة حتى إذا قام المستأجر بدفع الأقساط كاملة ملك العين المستأجرة وصارت ملكه، أو يشترط أن يكون القسط الأخير هو ثمن العين فيملكها المستأجر، أو أن يهب المؤجر العين للمستأجر بعد دفع القسط الأخير^(٦)، والهدف من إجراء العقد بهذه الصورة، أحد أمرين:

الأول: إن صاحب السلعة يلجأ إلى الإجارة بهذه الطريقة، رغبة منه في استبقاء العين ملكاً له خلال مدة تسديد الأقساط حتى إذا استوفى جميع الأقساط نقل ملكية العين للمستأجر -أو المشتري- فالبايع أو المؤجر يحتفظ بملكية العين حتى يستوفي جميع الأقساط ثم ينقل ملكيتها للطرف الآخر، فهو عملياً يستوثق ببقاء ملك العين حتى يستوفي جميع الثمن.

الثاني: إن صاحب السلعة يلجأ إلى هذا العقد كذلك خشية من إفلاس المشتري، لأن المشتري إذا أفلس وكانت العين ملكاً له ودفع شيئاً من ثمنها فإن البائع يكون أسوأ الغرماء عند بعض

(١) ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٥-٦.

(٢) الجرجاني، التعريفات، ص ٢٣.

(٣) ابن هبيرة، الإفصاح عن معاني الصحاح، ج ٢، ص ٣٢. وينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٤٧، ص ٣٥١.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٥٤.

(٥) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٩، ص ٢٠٥-٢٠٦.

(٦) شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ٣٢٧.

أهل العلم فلا سبيل عندها للبائع أن يسترد العين أو أن يتصرف المشتري بها ببيع أو هبة، ولكن إذا كانت العين مؤجرة فهي باقية على ملك المؤجر، فليس لأحد من الغرماء حق فيها بعد إفلاس المستأجر^(١)، ولا يملك المشتري بيعها ولا هبتها.

وهذه المعاملة تعتبر حيلة على بيع التقييط الغرض منها بقاء العين على ملك البائع حتى يستوفي البائع جميع الثمن، جاء في كتاب بيع التقييط: "والخلاصة فإن البيع الإيجاري، أو الإيجار مع الوعد الملزم بالبيع، حيلة حديثة على بيع التقييط - والبيع من العقود الناقلة للملكية - يشبهها في الحكم بيع التقييط مع عدم نقل ملكية البيع إلا بعد سداد الأقساط جميعاً"^(٢).

وعند إنعام النظر في هذا العقد يتضح أنه يتألف من عدة عناصر، وهي:

أولاً: البيع بالتقييط مع اشتراط عدم نقل الملكية إلى أن يستوفي البائع الثمن.

ثانياً: الوعد الملزم من البائع بنقل ملكية العين للمستأجر بطريق البيع أو الهبة بعد استيفاء جميع الأقساط.

ثالثاً: عقد إجارة بين طرفي العقد في المدة المعلومة.

رابعاً: الدمج بين الإجارة والبيع^(٣)، فبقاء العين على ملك البائع حتى يستوفي الثمن أو الأجرة من صفات وأحكام عقد الإجارة، وأما نقل الملكية بعد استيفاء البائع للثمن فمن صفات وأحكام عقد البيع.

وعلى كل حال فالفقهاء المعاصرون لهم في المسألة قولان:

القول الأول: الجواز، ذهب إلى ذلك الدكتور شبير، وهذا رأي العلماء المجتهدين في الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي، واعتمدوا في فتواهم على أن اشتراط عدم نقل الملكية إلا بعد الوفاء بجميع الثمن أمر جائز في البيع بالتقييط عند بعض أهل العلم، جاء في كتاب المعاملات المالية المعاصرة للدكتور شبير: "بهذا يتبين أن معاملة الإجارة المنتهية بالتمليك جائزة، وقد أجازها العلماء في الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي المنعقد في الكويت، ١١-٣/١٩٨٧م حيث اعتبرتها إجارة وهبة، مع مراعاة الضوابط التالية:

(١) المصري، رفيق يونس، بيع التقييط تحليل فقهي واقتصادي، ط٢، (دمشق: دار القلم، بيروت: الدار الشامية، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م)، ص ٢٩-٣٠.

(٢) المصدر السابق، ص ٣١.

(٣) شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ٣٢٩.

- ١- ضبط مدة الإجارة وتطبيق أحكامها عليها طيلة تلك المدة.
- ٢- تحديد مقدار كل قسط من أقساط الأجرة.
- ٣- نقل الملكية إلى المستأجر في نهاية المدة بواسطة وهبها له تنفيذاً لوعده سابق بذلك بين البنك - المالك - والمستأجر^(١).

وأقول بعد ذلك: إن هذه الضوابط التي وضعوها لا تغني عنهم شيئاً، لأن الهدف المقصود من هذا العقد هو تمكك العين المستأجرة في نهاية المطاف، وهذا أمر مناف لمقتضى عقد الإجارة، فعقد الإجارة كما هو معلوم في الفقه الإسلامي لا يملك المستأجر من خلاله العين المستأجرة، إنما يملك المستأجر الانتفاع بالعين مدة الإجارة ثم يردّها إلى صاحبها، فالإجارة لا تنتهي أبداً بالتملك في الفقه الإسلامي، وأصلاً هذه العبارة "الإجارة المنتهية بالتملك" غير مستقيمة شرعاً ولا فقهاً، فأخرها مناقض لأولها، وكذلك أولها مناقض لآخرها، وأما بالنسبة للرد على استدلالهم وهو قولهم: إن اشتراط عدم نقل الملكية في العين المبيعة تقسيطاً حتى يستوفي البائع جميع الثمن أمر جائز عند بعض أهل العلم، وأنا أسلم لهم بذلك ولا أريد مناقشة هذا الشرط ومدى صحته وجوازه من جهة الشرع أو عدم جوازه، إلا أنني أقول هذا شرط في عقد بيع صريح وصحيح، تكون له أحكام البيع من كل وجه، وعقد البيع مخالف لعقد الإجارة في كثير من الأحكام، وهم يصرحون في شرطهم الأول أن العقد يأخذ أحكام عقد الإجارة طيلة المدة التي يدفع بها المستأجر أقساط عقد الإجارة على حد قولهم ثم يملك العين بعد الانتهاء من دفع الأقساط، وعليه فلا يستقيم لهم الاستدلال بما قالوا.

القول الثاني: عدم الجواز، وهو قول الدكتور رفيق يونس المصري، جاء في كتابه بيع التقسيط: "وهناك صورة قريبة من البيع الإيجاري، في القانون الوضعي وهي أن يعقد الطرفان عقد إجارة مع وعد بالبيع في نهاية الإجارة، وقد يكون هذا الوعد ملزماً للطرفين أو غير ملزم، أو ملزماً للبائع دون المشتري، فإن كان الوعد غير ملزم لأي منهما فلا بأس بالمعاملة شرعاً، إذ في نهاية الإجارة يعقدان البيع ويتراضيان على الثمن، أما إذا كان الوعد ملزماً فلا نرى جوازه لأن الوعد الملزم في حكم العقد، لا بد فيه من أن يكون الثمن معلوماً، وكيف يتم التراضي على ثمن سلعة لا يعرف حالها إلا في نهاية الإجارة"^(٢).

(١) شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ٣٢٩.

(٢) المصري، بيع التقسيط، ص ٣٠.

والراجح عندي في هذه المسألة القول بعدم الجواز لأن اشتراط تملك العين بعد إتمام دفع الأقساط شرط مناف لمقتضى عقد الإجارة، فهو شرط باطل والإجارة تفسدها الشروط الباطلة^(١)، أما إذا تم الأمر دون اتفاق واشتراط ثم إن المؤجر وهب أو باع العين للمستأجر فلا حرج في ذلك وهو أمر جائز^(٢).

ومجمع الفقه الإسلامي وضع بعض الضوابط في هذه المسألة ما يجوز منها وما يمتنع:

أ:- ضابط المنع: أن يرد عقدان مختلفان في وقت واحد على عين واحدة في زمن واحد.

ب:- ضابط الجواز: وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر زماناً بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتملك في نهاية مدة الإجارة، والخيار يوازي الوعد في الأحكام^(٣).

وعقد الإجارة المنتهية بالتملك المتعارف عليها فيما أرى تدخل تحت الضابط الأول لأن العقد أصلاً الغاية منه تحقيق تملك العين المستأجرة للمستأجر وهو غير جائز، والله أعلم.

المطلب السادس: التوثيق ببيع العربيون.

بيع العربيون من البيوع التي اختلفت أنظار أهل العلم فيها ما بين مجيز ومانع، وصورته وحقيقته، بيع السلعة مع دفع المشتري مبلغاً من المال إلى البائع على أنه إن أخذ السلعة احتسب المبلغ من الثمن وإن تركها فالمبلغ للبائع، ويجري مجرى البيع عقد الإجارة، لأنها بيع المنافع^(٤). وجاء في المغني: "هو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهماً أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن وإن لم يأخذها فذلك للبائع"^(٥)، وعليه فالعربون إما أن يطلبه البائع من المشتري وإما أن يختار المشتري دفعه للبائع عن طيب نفس منه، فإن طلبه البائع من المشتري فلا بأس بذلك لأن البائع يريد أن يطمئن أو يستوثق من المشتري على دفع باقي الثمن، وإن دفعه المشتري ابتداءً من طيب نفس منه فكذلك يكون عربوناً لأنه يريد أن يستوثق أو يطمئن إلى أن

(١) السمرقندي، الفقه النافع، ج ٣، ص ١١٢٥.

(٢) المصري، بيع التفريط، ص ٣٠.

(٣) السالوس، علي أحمد، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، ط ٨، إصدار: مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا (قطر: دار الثقافة، مصر: مكتبة دار القرآن، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م)، ص ٦٠٧.

(٤) السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، ص ٦٠٣.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٣٣١.

البائع لا يبيع السلعة لغيره، جاء في بحث حكم العربون في الإسلام للدكتور ماجد أبو رخية: "من المعروف أن العربون هو وثيقة ارتباط بين الطرفين، البائع والمشتري، المؤجر والمستأجر، والبائع إنما يلجأ لأخذ العربون من أجل حفظ حقه حتى لا يقع ضحية الغرر الناتج عن نكول المشتري عن الشراء، الأمر الذي يؤدي إلى تفويت الفرص على البائع وإلحاق الضرر به، وقد يؤدي إلى كساد الشيء المبيع فيما لو فات موسمها إذا كان المبيع موسمياً"^(١).

وبيع العربون وفق هذه الصورة منع منه جمهور أهل العلم، الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، واستدلوا لقولهم بعدة أدلة منها ما جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع العربان^(٥)، وقد فسر الإمام مالك رضي الله عنه العربان بما سبق من تعريف العربون^(٦)، وقالوا أيضاً إن فيه شرطين فاسدين، وهما شرط الهبة للبائع وذلك بترك المبلغ المدفوع عربوناً له، والثاني شرط الرد للمشتري متى شاء^(٧)، وهذا بمنزلة الخيار المجهول^(٨)، وقالوا: إن البيع بهذه الصورة من باب أكل أموال الناس بالباطل لأن العربون يذهب بغير عوض فيكون ضرباً من القمار وهو ممنوع^(٩).

وذهب الحنبلية إلى جواز بيع العربون واستدلوا بما روي عن عمر بن الخطاب أنه أجازها^(١٠)، وأنه اشترى دار السجن من صاحبها وفق صورة بيع العربون^(١١)، جاء في كتاب السنن الكبرى: "عن عبد الرحمن بن فروخ مولى نافع بن عبد الحارث، قال: اشترى نافع بن عبد الحارث من

(١) أبو رخية، ماجد، حكم العربون في الإسلام، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ج ١، ص ٤٠٥-٤٠٦.

(٢) التهانوي، إعلاء السنن، م ٩، ج ١٢، ص ٢٠٠.

وينظر: العظيم أبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، م ٥٥، ج ٩، ص ٢٨٩-٢٩٠.

(٣) البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١٠٣٧.

(٤) الرملي، نهاية المحتاج، ج ٣، ص ٤٧٦-٤٧٧.

(٥) الأصبجي، الموطأ، باب: ما يكره من البيوع، حديث رقم (٢٤٧٠)، ج ٢، ص ٣٠٥. والحديث منقطع، إلا أن البعض قد وصله ولكن في بعض رواياته ضعف.

ينظر: الشوكاني، نيل الأوطار، م ٣، ج ٥، ص ١٥٣.

(٦) الأصبجي، الموطأ، ج ٢، ص ٣٠٥.

(٧) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٩٥.

(٨) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٣٣١.

(٩) البغدادي، المعونة، ج ٢، ص ١٠٣٧.

(١٠) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٣٣١.

(١١) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٣٣١.

صفوان بن أمية دار صفوان بن أمية بأربعمائة دار السجن لعمر بن الخطاب إن رضيها، وإن كرهها أعطى نافع صفوان بن أمية أربعمائة، قال ابن عيينة: فهي سجن الناس اليوم بمكة^(١)، إلا أن الجمهور قالوا: إن هذا ليس من العربون في شيء لأن العربون لا يكون بكل الثمن بل ببعضه، ثم إن نافعاً اشتراها لعمر رضي الله عنه بأربعمائة إن رضيها عمر رضي الله عنه، وإلا فإنه يشتريها لنفسه، وعلى كل حال فالبيع بات ليس فيه خيار^(٢).

والذي يترجح عندي قول الجمهور، لأن الحديث الوارد بالنهي عن بيع العربون وإن كان ضعيفاً إلا أنه له عدة طرق أخرى موصولة وكثرة الطرق يقوي بعضها بعضاً^(٣)، وهو بيع غير جائز لما فيه من الشروط الفاسدة.

وأما أثر الحنبلية فأجاب عنه الجمهور كما سبق، إنه ليس من بيع العربون، ولكنه من باب البيع البات .

المطلب السابع: التوثيق بالسفتجة.

السفتجة بضم السين وقيل بفتحها، هي في الأصل كلمة فارسية معربة، تعني: كتاب صاحب المال لوكيله أن يدفع مالا قرضاً يأمن به من خطر الطريق^(٤). وأصلها، سفته: وهو الشيء المحكم^(٥)، وأما في الاصطلاح: فالسفتجة هي عبارة عن الإقراض لسقوط خطر الطريق^(٦)، وصورتها، أن يدفع شخص إلى تاجر مالا قرضاً ليدفعه إلى صديقه، وإنما يدفعه قرضاً لا أمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق، ومن صورها أيضاً، أن يقرض شخص شخصاً آخر ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق^(٧)، وبعض أهل العلم اعتبرها من باب الحوالة، وهم الحنفية^(٨)، واعتبرها الجمهور من

(١) البيهقي، السنن الكبرى، باب: ما جاء في بيع دور مكة، الحديث رقم (١١١٨٠)، ج٦، ص٥٦-٥٧.

(٢) التهانوي، إعلاء السنن، م٩٦، ج١٤، ص٢٠٠-٢٠١.

(٣) الشوكاني، نيل الأوطار، م٣، ج٥، ص١٥٣.

(٤) الفيومي، المصباح المنير، م١، ج١، ص٢٧٨.

(٥) ابن عابدين، رد المحتار، ج٨، ص١٧.

(٦) الحصكفي، الدر المختار، ص٤٦٢.

(٧) ابن عابدين، رد المحتار، ج٨، ص١٧-١٨.

(٨) المصدر السابق، ج٨، ص١٨.

الثاني: إحرار المال وحفظه خوفاً من خطر الطريق، وهذا الشرط لا شك أنه في مصلحة المقرض في أغلب الأحوال.

وأما إذا تم القرض بدون الشرط، ثم تراضيا على الوفاء في هذا البلد أو ذاك فلا حرج ولا إشكال، والأمر جائز^(١). والله أعلم

المطلب الثامن: التوثيق بحبس العين المبيعة.

إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري من غير شرط، وجب على المشتري تسليم الثمن أولاً وقبض العين من البائع ثانياً وهذا عند الحنفية^(٢) والمالكية^(٣)، وذهب الشافعية^(٤) والحنبلية^(٥)، إلى أن الواجب أولاً أن يسلم البائع العين إلى المشتري ثم يقبض الثمن من المشتري بعد ذلك، وذلك لأن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه فكان تقديمه أولى^(٦). والحنفية عللوا ما ذهبوا إليه، بأن البيع عقد معاوضة والمساواة فيها مطلوبة بين العاقدين في العادة. ولما كان حق المشتري قد تعين في المبيع بمجرد العقد، وحق البائع لم يتعين في الثمن لأنه في الذمة، فالواجب أن يصار إلى تعيين حق البائع في الثمن ولا سبيل إلى ذلك إلا بقبض البائع الثمن، وعليه فيكون المشتري هو الذي يسلم الثمن أولاً ويجبر على ذلك^(٧).

إلا أن البائع قد يمتنع عن تسليم العين المبيعة للمشتري حتى يقبض منه الثمن، فهل يجوز له ذلك؟ ذهب جمهور أهل العلم، الحنفية^(٨)، والمالكية^(٩)، والشافعية^(١٠)، والحنبلية^(١١)، إلى أن البائع له أن يحبس العين المبيعة ويمتنع عن دفعها وإقباضها للمشتري في مقابل الثمن إذا كان البيع

(١) الموسوعة الكويتية، ج ٢٥، ص ٢٣-٢٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٢٢٤-٢٢٥.

(٣) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ١٨٥.

(٤) العمراني، البيان، ج ٥، ص ٣٤٥-٣٤٦.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٢٨٦.

(٦) العمراني، البيان، ج ٥، ص ٣٤٦.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٢٨٦.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٢٢٤.

(٨) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٧، ص ٩٣.

(٩) الأصبحي، المدونة الكبرى، ج ٣، ص ٢٠٤.

(١٠) الأنصاري، أسنى المطالب، ج ٤، ص ٢٢٢.

(١١) البيهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ١٩١.

خالياً من شرط تأجيل الثمن، فيقول البائع للمشتري لا أسلمك العين حتى تتقني ثمنها، وذلك إذا خاف من المشتري المماثلة بالثمن.

جاء في بدائع الصنائع من كتب الحنفية: "ومنها، أن للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن إذا كان الثمن حالاً، وليس للمشتري أن يمتنع من تسليم الثمن إلى البائع حتى يقبض المبيع إذا كان البيع حاضرًا"^(١)، ويفهم من هذا الكلام أن الثمن إذا كان مؤجلاً فلا يجوز للبائع حبس المبيع في مقابل الثمن ويسقط حقه بالحبس ويجب عليه تسليم المبيع عندها^(٢)، فإن أراد البائع أن يستوثق للثمن فله أن يشترط رهناً أو كفيلاً من المشتري في مقابل الثمن^(٣).

وهذا الكلام الذي سلف في المبيع إذا كان الثمن حالاً غير مؤجل، أما إذا اتفقا على تأجيل الثمن فليس للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن كما هو الحال في بيع التقسيط فيحبس البائع العين المبيعة حتى يستوفي جميع الأقساط فلا يجوز له ذلك لأنه رضي بالتأخير أي تأخير الثمن والمشتري إنما عقد البيع لتملك العين فلا سبيل إلى منعه من تملكها وقبضها^(٤)، وللبيع في هذه الحال أن يطالب المشتري برهن أو كفيل لأجل أن يستوثق للثمن وعندها يجوز حبس العين حتى يأتي المشتري بالرهن أو الكفيل، ولكن هذا الحبس ليس في مقابل الثمن، فإن لم يأت المشتري بالرهن أو الكفيل فيملك البائع عندها فسخ البيع^(٥). وذكر بعض المعاصرين أن المالكية والحنبلية يجيزون حبس المبيع إذا كان الثمن مؤجلاً كما هو في حال البيع بالتقسيط، فيحبس البائع العين حتى يستوفي القسط الأخير^(٦)، وليس الأمر كما قال، فالحنبلية لا يجيزون للبائع حبس العين المبيعة إذا كان الثمن مؤجلاً أو كان البيع بالتقسيط، جاء في المغني: "وروي عن أحمد، أنه قال: إذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو غاصب"^(٧).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٢٢٤.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار، ج٧، ص٩٣.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٣٢٣.

(٤) الأنصاري، أسنى المطالب، ج٤، ص٢٢٢.

وينظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج٧، ص٩٣.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٥٠٣-٥٠٤.

(٦) شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص٣٢٩-٣٣٠.

(٧) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٥٠٣.

وجاء في الذخيرة من كتب المالكية: "ابتاع على أن يترك المبيع رهناً بئمنه إلى أجل الثمن امتنع وإن جعله بيد أجنبي جاز، لأنه اشترى شيئاً لا يدري متى يقبضه ولعله يطول مدة طويلة"^(١).

والذي أراه أن ترك المبيع رهناً في عبارة الذخيرة المراد منها الحبس لأن المالكية يجيزون اشتراط جعل المبيع رهناً في الثمن، حيث جاء في الذخيرة: "إذا اشترط أن المبيع رهن بالثمن لأجله جاز إلا في الحيوان لأنه مبيع يتأخر قبضه، والحيوان سريع التغير"^(٢).

وعليه فيمكن القول، إن حبس المبيع في بيع التقسيط حتى يستوفي البائع جميع الثمن أمر غير جائز عند جمهور أهل العلم، وإلى ذلك ذهب مجمع الفقه الإسلامي، حيث قرر ما يلي: "لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة"^(٣)، وأما بالنسبة لاشتراط البائع على المشتري رهن المبيع في مقابل الثمن فلاهل العلم فيها قولان:

القول الأول: ذهب الحنفية والمالكية إلى جواز اشتراط أو جعل المبيع رهناً في مقابل الثمن.

جاء في المبسوط من كتب الحنفية: "وإن شرط أن يرهنه هذا المبتاع بعينه ففي القياس العقد فاسد لما بيننا أنه شرط عقداً في عقد، وفي الاستحسان يجوز هذا العقد لأن المقصود بالرهن الاستيفاء، فإن موجبه ثبوت يد الاستيفاء وشرط استيفاء الثمن ملائم للعقد، ثم الرهن بالثمن للتوثق بالثمن"^(٤).

وسبق وأن أشرت إلى عبارة المالكية في الذخيرة^(٥)، وحاصل مذهبهم أنهم يجيزون أن يكون المبيع رهناً في ثمنه إذا لم يكن المبيع حيواناً أو شيئاً مما يسرع إليه التغير^(٦).

القول الثاني: ذهب الشافعية والحنبلية إلى عدم جواز جعل المبيع رهناً في مقابل الثمن.

جاء في مغني المحتاج من كتب الشافعية: "ويشترط أن يكون المرهون غير المبيع، فإن شرطاً رهنه لم يصح، سواء اشترط أن يرهنه إياه بعد قبضه أم قبله، لأنه لم يدخل في ملك المشتري إلا بعد الشرط، فإن رهنه بعد قبضه بلا شرط صح"^(٧).

(١) القرافي، الذخيرة، ج ٨، ص ٩٠.

(٢) القرافي، الذخيرة، ج ٨، ص ٩٠.

(٣) السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، م ١، ج ٢، ص ١٢١٧.

(٤) السرخسي، المبسوط، م ٧، ج ١٣، ص ١٧.

(٥) القرافي، الذخيرة، ج ٨، ص ٩٠.

(٦) الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأئلته، ج ٣، ص ٦٣٠-٦٣١.

وجاء في المغني من كتب الحنبلية: "وإذا تبايعا بشرط أن يكون المبيع رهنا على ثمنه لم يصح"^(٢)، وعند الحنبلية رواية أخرى بجواز ذلك وقيل هي الصحيحة والراجحة^(٣)، ويجوز عند المالكية أن يشترط البائع على المشتري أن لا يتصرف في المبيع ببيع أو هبة حتى ينقد الثمن، وهذا ما يعرف بالشرط المانع للتصرف.

جاء في منح الجليل: "سئل مالك رضي الله عنه عن باع عبداً أو غيره وشرط على المبتاع أن لا يبيعه ولا يهبه ولا يعتقه حتى يعطيه ثمنه. قال لا بأس بهذا لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى"^(٤).

وأجاز الحنفية بعد ذلك صوراً أخرى من حبس العين في مقابل الحق حتى يستوفيه صاحبه، ذكرها الأستاذ الزرقا في كتابه المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، وهي:

أولاً: حق الملتقط في احتباس اللقطة عن مالكها ليستوفي ما انفق عليها بإذن القاضي.

ثانياً: الوكيل بالشراء له أن يحتبس المال الذي اشتراه بالوكالة عن الموكل حتى يدفع الموكل الثمن إليه، حتى ولو لم يكن الوكيل قد دفع المال لأنه عرضة لأن يطالبه البائع به.

ثالثاً: يحق للبائع أن يحتبس العين المبيعة عن المشتري إلى أن يتقاضى الثمن إذا كان الثمن حالاً وليس مؤجلاً.

رابعاً: يجوز للأجير المشترك كالخياط مثلاً أن يحتبس العين التي خاطها حتى يستوفي الأجرة.

خامساً: حق المستأجر في حبس العين المؤجرة إذا انفسخ عقد الإجارة حتى يسترد ما أسلفه من الأجرة.

سادساً: حق الوديع في احتباس الوديعة إذا انفق على حفظها بعض المال بإذن القاضي، حتى يستوفي ما أنفق عليها من المال^(٥).

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ج ٢، ص ٣٨٢.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٥٠٣.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ج ٣، ص ١٨٩.

(٤) عيش، منح الجليل، ج ٥، ص ٥٢.

وينظر: المصري، بيع التقييط، ص ٣٢.

(٥) الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، ص ٤٨-٤٩.

والفرق بين الاحتباس أو الحبس والرهن من جهة الخصوص والعموم، فالارتهان يكون بعقد خاص أقرته الشريعة ينشئه طرفا العقد، بينما الاحتباس أو الحبس فهو أعم لأنه يكون في الغالب في حالات متعددة أقرها الشرع لاستيفاء الحق^(١). والله أعلم

المطلب التاسع: التوثيق بعقد التأمين.

لقد أصبح عقد التأمين من العقود المعروفة والمنتشرة بكثرة في هذه الأيام، ولا سبيل إلى إنكار هذا الواقع، فما هو عقد التأمين؟ وما هو الحكم الشرعي لهذا العقد؟
عقد التأمين: هو عقد يلتزم فيه المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية يؤديها المؤمن للمؤمن^(٢).

وعند النظر إلى التعاريف التي يسوقها أو يذكرها العلماء لعقد التأمين، يذكرون، أنه عقد يلتزم به المؤمن -شركة التأمين- أن يؤدي مثلاً أو يدفع مبلغاً من المال، فعقد التأمين في حقيقته هو عقد كفالة فيما أرى، ولذلك أرى أن يقال في تعريفه، إنه عقد توثيقي بين المؤمن -شركة التأمين- والمؤمن له -العميل- لحفظ عين معلومة من بعض الأخطار المتوقعة التي قد تلحق بها، يلتزم العميل من خلاله دفع بعض الأقساط المعينة في مقابل تعويض مالي تدفعه شركة التأمين في حال وقوع الخطر المؤمن منه، وهذا العقد بهذا الشكل وتلك الصورة من مستجدات العصر الحديث، وأول من تصدى لإظهار الحكم الشرعي فيه صاحب الحاشية ابن عابدين رحمه الله، حيث جاء في حاشيته رد المحتار: "مطلب مهم فيما يفعله التجار من دفع ما يسمى سوكرة وتضمين الحربي ما هلك في المركب، وبما قررناه يظهر جواب ما كثر السؤال عنه في زماننا: وهو أنه جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركباً من حربي يدفعون له أجرته، ويدفعون أيضاً مالا معلوماً لرجل حربي مقيم في بلاده، يسمى ذلك المال، سوكرة على أنه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره، فذلك الرجل ضامن له بمقابلة ما يأخذه منهم، وله وكيل عنه مستأمن في دارنا، يقيم في بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان، يقبض

(١) الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، ص ٤٨-٤٩.

وينظر الهامش رقم (١) في نفس المصدر ص*

(٢) شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ١٠٧.

من التجار مال السوكرة، وإذا هلك من مالهم في البحر شيء يؤدي ذلك المستأمن للتجار بدله تماماً، والذي يظهر لي: أنه لا يحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله، لأن هذا التزام ما لا يلزم^(١) فابن عابدين رحمه الله يرى أن عقد التأمين غير جائز لأنه التزام ما لا يلزم.

وأما الفقهاء المعاصرون فقد انقسموا إلى فريقين بالنسبة لعقد التأمين التجاري، فريق أجاز عقد التأمين واعتبره نظاماً ضرورياً، لما فيه من تخفيف عبء الكارثة عمّن حلت به، وفريق منع من عقد التأمين واعتبره أمراً غير مشروع لما فيه من الغرر والمقامرة.

الفريق الأول: المجيزون، وأذكر منهم: فضيلة الشيخ عبدالوهاب خلاف، وفضيلة الشيخ علي الخفيف، وفضيلة الشيخ عبدالرحمن عيسى، وفضيلة الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، واستدلوا بعدة أدلة أذكرها باختصار، استدلوا بالقياس على نظام العاقلة في الشريعة الإسلامية، واستدلوا أيضاً بالقياس على عقد الموالاة، واستدلوا أيضاً بالقياس على ضمان خطر الطريق^(٢).

الفريق الثاني: المانعون، وأذكر منهم: فضيلة الشيخ محمد بخيت المطيعي، وفضيلة الشيخ أحمد إبراهيم الحسيني، وفضيلة الشيخ عبد الرحمن قراعة، وفضيلة الشيخ محمد أبو زهرة، وفضيلة الشيخ عبد الله القلقلي، وغيرهم، ذهبوا على عدم جواز عقد التأمين، واستدلوا بعدة أدلة، فقد قالوا إن عقد التأمين يشتمل على الغرر المفسد للعقد والمنهي عنه، وقالوا: إن عقد التأمين يشتمل على الربا، وقالوا أيضاً: إنه يشتمل على القمار والمراهنة، وقالوا: إنه من باب بيع الدين بالدين^(٣).

وبعد إنعام النظر في أقوال كل فريق وأدلتهم يظهر لي أن التأمين كنظام تكافلي تعاوني أمر لا بأس به، فصاحب المصيبة، إذا وجد من يعينه في تحمل عبء المصيبة والتقليل من أخطارها والنهوض به ليمارس الحياة من جديد فهذا أمر في غاية الحسن وهو من المعروف الذي جاءت به الشريعة. ولكن عقد التأمين بصورته التجارية كما يمارس في أيامنا لا شك أن فيه بعض المحظورات كما ذكر ذلك المانعون، وعليه فالذي يظهر لي أن الواجب وضع نظام تأمين يتطابق مع أحكام الشريعة بعيداً عن كل المحظورات، فلا ربا، ولا قمار، ولا غرر، من أجل أن يكون العقد شرعياً. والله أعلم

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ج٦، ص ٢٨١.

(٢) شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ١١٦-١٢٣.

(٣) المصدر السابق، ص ١١٦-١٢٧.

وينظر: الزرقا، مصطفى، فتوى مصطفى الزرقا، ط١، إعتى بها: مجد أحمد مكي، (دمشق: دار القلم، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م)، ص ٤٠٣-٤١١.

المطلب العاشر: التوثيق بالشرط الجزائي.

جرت العادة في أيامنا، خاصة في عقود المداينات، أن يلجأ أحد طرفي العقد إلى اشتراط بعض الشروط، ومنها ما يعرف بالشرط الجزائي، والهدف من وراء هذا الشرط، الحصول على الحق في الوقت المحدد، وذلك كأن يشترط الدائن على المدين في حال عدم وفاء الأخير بالدين إلى الأجل المحدد، أن يدفع مبلغاً من المال يتفقان عليه في مقابل التأخير، فالشرط الجزائي هو: اتفاق المتعاقدين في ذات العقد أو في اتفاق لاحق وبشرط أن يكون ذلك قبل الإخلال بالالتزام على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو تأخيره عنه فيه^(١).

وعليه فمتى اشترط الدائن على المدين مبلغاً من المال في مقابل تأخير الوفاء بالدين إلى الأجل المحدد، فهذا لا يجوز لأنه من باب الربا المنهي عنه، وهذا من باب اشتراط الزيادة من أجل تأخير أجل الوفاء وهو ربا لا يجوز الإقدام عليه^(٢).

ويجدر التنبيه على أن الشرط الجزائي لا تثبت به أو من خلاله ملكية الأشياء المشروطة، ولا يجوز للمشترط أن يطالب بها، وكذلك من قال لدائنه الذي يطالبه بالدين، والمدين منكر لأصل الدين، إن لم آتيك غداً، أو إن لم أوفيك حقه غداً، فالذي تدعيه عليّ حق، فلا يكون هذا القول بمثابة الإقرار منه ولا يلزمه به شيء، لأن الحق إن لم يكن ثابتاً عليه في نفس الأمر فلا يصير ثابتاً عليه بتخلفه^(٣). والله أعلم

المطلب الحادي عشر: التوثيق بخطابات الضمان .

خطابات الضمان التي تصدرها البنوك لعملائها تعتبر من باب الكفالة للعميل ، وهي من الخدمات المهمة التي تقوم بها البنوك تجاه عملائها ، وخطابات الضمان هي عبارة عن تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه البنك بكفالة أحد عملائه في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث ، فإذا أصدر البنك خطاب الضمان فليس له الرجوع عنه ، ويكون ملزماً بالوفاء للمستفيد وهو الطرف الثالث ، ولا يجب على البنك أن يخطر أو يبلغ عميله في حالة قيامه بالوفاء للطرف الثالث

(١) شبير، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، ج٢، ص٨٥٥.

(٢) المصدر السابق، ج٢، ص٨٦٠.

(٣) الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأصلته، ج٤، ص١٠٨.

المستفيد بقيمة خطاب الضمان^(١)، ولما كان خطاب الضمان يعتبر نوعاً من أنواع الكفالة، والكفالة في الفقه الإسلامي لا يجوز أخذ الأجر في مقابلها، وهذا محل اتفاق بين جمهور العلماء^(٢) إلا أن البنك عند إصداره لخطاب الضمان يجوز له أن يتقاضى النفقات الإدارية لإصدار خطاب الضمان^(٣).

المبحث الثاني: وسائل توثيق الإثبات، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: التوثيق بالشهادة.

المطلب الثاني: التوثيق بالكتابة.

المطلب الثالث: التوثيق بأيمان الإثبات.

المطلب الرابع: التوثيق بالحبس للتهمة.

والكلام في مطالب هذا البحث يدور حول معرفة هذه الوسائل التوثيقية وشروطها، وأحكامها.

(١) شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص ٢٩٢-٣٠٤.

وينظر: السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، ط ٨، (قطر: دار الثقافة، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م) ، ص ٦٤١-٦٥٠.

(٢) السرخسي، المبسوط، م ١٠، ج ٢٠، ص ٢٨-٢٩.

وينظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأصله، ج ٥، ص ١٦١.

(٣) السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، ص ٦٤٥.

وينظر: شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص ٣٠٤.

المطلب الأول: التوثيق بالشهادة.

الشهادة إحدى الوثائق المعروفة في الشريعة الإسلامية، وهي جارية معمول بها في الحقوق والعقود لإثبات هذا الحق أو ذاك، ولكن لكل حق أو عقد، نصاب معروف من الشهود لا يثبت الحق إلا به، فهناك حقوق لا تثبت إلا بشهادة رجلين وهناك حقوق يكتفى لإثباتها بشهادة رجل وامرأتين^(١)، وهي في اصطلاح أهل الفقه عبارة عن إخبار الشاهد بحق للغير على الغير بلفظ أشهد^(٢)، لا تتم إلا بالتحمل وتستوفي بالأداء فهي جامعة للتحمل في الابتداء وللأداء في الانتهاء والشاهد مأمور بها في الحالين^(٣). ولا تصح الشهادة إلا إذا توفرت بها شروطها وهي كثيرة ومختلفة^(٤)، والأصل عند أهل العلم أن القياس يأبى أن تكون الشهادة حجة ملزمة، لأنها من باب الخبر والخبر يحتمل الصدق والكذب، إلا أن القياس ترك للنصوص الواردة بالأخذ بالشهادة والعمل بمقتضاها وبالإجماع المنعقد على العمل بها في إظهار الحق^(٥). وأركانها خمسة لا بد منها وهي: شاهد، ومشهود له، ومشهود عليه، ومشهود به، وصيغة. ولكل ركن من هذه الأركان شروط معتبرة لا بد منها^(٦). والشهادة من الحجج الشرعية التي تظهر الحق المدعى به وتكشفه ولكنها لا توجبه ولا تثبته، فهي كاشفة ومظهرة للحق^(٧). جاء في كشف القناع من كتب الحنبلية: "وهي أي الشهادة حجة شرعية تظهر، أي تبين الحق المدعى به ولا توجبه بل القاضي يوجبه بها"^(٨)، والشهادة كحجة شرعية لإظهار الحق قد يعتريها بعض الملاحظات أو العيوب بحيث يصبح الاستدلال بها على الحق محل شك ونظر،

فالكذب بالشهادة أمر وارد، إلا أن الشريعة نهت أشد النهي عن شهادة الزور والكذب كما هو معلوم في أحكام الشرع الحنيف، ولولا أن الأمر ممكن الوقوع والحصول لما حذرت الشريعة منه، بأبلغ لهجة وأشد عبارة، فقد جاء في الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه

(١) الزحيلي، وسائل الإثبات، ج١، ص١١٥-١٨٠.

(٢) الجمل، حاشية الجمل، ج٨، ص٤٢٨.

(٣) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٢١، ص٥٤.

(٤) الزحيلي، وسائل الإثبات، ج١، ص١٢٨-١٣٧.

(٥) الزيلعي، تبیین الحقائق، ج٥، ص١٤٦.

(٦) البيجرمي، حاشية البيجرمي على الخطيب، ج٥، ص٣٧٦.

(٧) المرادوي، الإصناف، ج١٢، ص٣.

(٨) البهوتي، كشف القناع، ج٦، ص٤٠٤.

قال: (ألا أنبتكم بأكبر الكبائر؟ - ثلاثاً- الإشراف بالله، وعقوق الوالدين، وشهادة الزور أو قول الزور وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم متكناً فجلس، فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت)^(١)، وشهادة الزور هي الشهادة بالكذب^(٢)، وعليه فالشهادة حجة ظنية لا تفيد القطع واليقين لاحتمال كذب الشهود، والمحتمل لا يكون حجة ملزمة. جاء في المبسوط: "ثم القياس يأبى كون الشهادة حجة في الأحكام لأنه خبر محتمل للصدق والكذب، والمحتمل لا يكون حجة ملزمة، ولأن خبر الواحد لا يوجب العلم... إلى أن قال: وقد يجب العمل بما لا يوجب علم اليقين كالقياس في الأحكام بغالب الرأي في موضع الاجتهاد"^(٣).

وقد أشار الدكتور سوار في كتابه، الشكل في الفقه الإسلامي، أشار إلى العيوب التي قد تعتور الشهادة، ترجع هذه العيوب إلى ثلاثة أسباب، الأول: سبب أخلاقي، كالكذب، وفساد الذمم، الثاني: سبب نفساني: كالنسيان والخطأ، أو عدم دقة الملاحظة، والثالث: سبب فني^(٤)، والفقه الإسلامي قد انتبه إلى هذه العيوب فلذلك أشتراط لقبول الشهادة عدة شروط، منها عدالة الشاهد وذلك لدفع الكذب المحتمل، جاء في المبسوط: "وأما معرفة العدالة فلرجحان جانب الصدق، فالحجة الخبر الذي هو صدق. ولا طريق لمعرفة الصدق في خبر من هو غير معصوم عن الكذب إلا بالعدالة، وهي الاستقامة وليس لكمالها نهاية، وإنما يعتبر منه القدر الممكن، وهو إنزجاره عما يعتقد حراماً في دينه، ولكن هذا شرط العمل بالشهادة لا شرط الأهلية للشهادة"^(٥)، وكذلك اشتراط العدد في الشهادة لدفع توهم النسيان والخطأ، فقد أرشد القرآن في شهادة المرأتين مع الرجل أن سبب اعتبار المرأتين خوف النسيان فتذكر إحداهما الأخرى، قال تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾^(٦)، والآية ترشد كذلك إلى اعتبار العدد في الرجال فقد نكر أولاً شهادة رجلين ثم نكر بعدها شهادة النساء

(١) النيسابوري، صحيح مسلم، باب: بيان الكبائر وأكبرها، حديث رقم (١٤٣)، ص ٦١-٦٢.

(٢) الأبي، إكمال إكمال المعلم، ج ١، ص ٣٢٤.

(٣) السرخسي، المبسوط، م ٨، ج ١٦، ص ٩٨.

(٤) سوار، محمد وحيد الدين، الشكل في الفقه الإسلامي، (عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر، ١٩٩٨م)، ص ١٨٨-١٩٠.

(٥) السرخسي، المبسوط، م ٨، ج ١٦، ص ٩٩.

(٦) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

لأن النسيان كما يرد على النساء فإنه يرد على الرجال فاعتبار العدد في الشهادة لدفع ما قد يعتور الشهادة من عيب النسيان.

جاء في المبسوط: "ثم القياس بعد هذا أن يكتفي بشهادة الواحد، لأن رجحان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد بصفة العدالة، ولهذا كان خبر الواحد العدل موجباً للعمل، وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد ما لم يبلغوا عدد التواتر، فلا معنى لاشتراط العدد، ولكن تركنا ذلك بالنصوص، ففيها بيان العدد في الشهادات المطلقة كما تلونا من الآيات"^(١).

وعليه فاشتراط العدد في الشهادة لحكمة يعلمها الله، ولعل الحكمة في ذلك أن يذكر الشهود بعضهم بعضاً حتى ينتفي عيب النسيان والخطأ عند أداء الشهادة حتى إذا أراد أحد الشهود الجور كان الثاني يردّه إلى سواء السبيل، ثم إن الشرع الحنيف يلزم القاضي بعد استجماع شروط الشهادة أن يستمع إلى أقوال المزكين ممن يعرفون الشهود، فلا يعمل القاضي بالشهادة قبل التزكية، والتزكية، هي نفي ما يستقبح قولاً أو فعلاً، وحقيقتها في الاصطلاح: الإخبار عما ينطوي عليه الإنسان^(٢)، فلا بد من تزكية الشهود قبل العمل بشهادتهم، فالشاهد إما أن يعرف القاضي عدالته في الظاهر والباطن فيقضي للقاضي وفق شهادة الشهود إذا عرف أو علم عدالتهم، وأما إذا عرف منهم الفسق فلا ينبغي للقاضي أن يقضي بشهادتهم لأنهم غير عدول، وأما إذا علم إسلامهم وجهل حالهم أو جهل عدالتهم فلا ينبغي له أن يقضي بشهادتهم حتى يعلم حالهم^(٣)، جاء في المغني: "قال أحمد: ينبغي للقاضي أن يسأل عن شهوده كل قليل، لأن الرجل ينتقل من حال إلى حال"^(٤)، وجاء في الحاوي: "وإن علم إسلامهم وجهل عدالتهم، لم يجز أن يحكم بشهادتهم حتى يبحث عن عدالة ظاهرهم وباطنهم، فيحكم بها بعد ثبوت عدالتهم، وبه قال أكثر الفقهاء"^(٥).

والأصل في تزكية الشهود، معرفة حقيقة حالهم، قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَيَّ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾^(٦)، وترشد الآية الكريمة إلى اعتبار قول

(١) السرخسي، المبسوط، ٨، ج ١٦، ص ٩٨.

(٢) المنادي، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ١٧٤.

(٣) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٢٠، ص ٢٤٥-٢٤٦.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج ١٤، ص ٥١.

(٥) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٢٠، ص ٢٤٦.

(٦) سورة الحجرات، الآية رقم (٦).

العدل وترك العمل بقول الفاسق^(١)، وجاء في كشاف القناع: "والتزكية حق للشرع يطلبها الحاكم وإن سكت عنها الخصم لتوقف صحة حكمه عليها"^(٢).

وبهذا يصل الفقه الإسلامي بالشهادة إلى أكبر درجة من الصدق واليقين بعد النظر في حال الشهود ومعرفة حقيقتهم وعدالتهم، ولكن تبقى الشهادة بعد ذلك من باب الظن الذي أوجب علينا الشرع العمل به. والله أعلم.

المطلب الثاني: التوثيق بالكتابة.

التوثيق بالكتابة أمر مشروع، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(٣)، إلا أن الفقهاء يشترطون للعمل بالكتابة واعتبارها حجة شرعية لإثبات الحقوق، أن يشهد على ما في الكتاب شاهدي عدل، جاء في كتاب الجامع لأحكام القرآن: "أمر بالكتابة، ولكن المراد الكتابة والإشهاد، لأن الكتابة بغير شهود لا تكون حجة"^(٤).

فالكتابة عند الفقهاء في الأصل إنما شرعت لضبط الحق وحفظه خوفاً من النسيان، ثم بعد ذلك يشهد الشهود على ما في الكتاب فتكون الحجة بالشهادة، وأما الوثيقة المكتوبة فلأجل ضبط الحق خوف النسيان وعدم الاختلاف فيه قطعاً للنزاع، جاء في كتاب الجامع لأحكام القرآن: "أمرنا بالكتابة لكيلا ننسى"^(٥).

إلا أن اشتراط الشهادة للعمل بالكتابة كحجة شرعية هو موضع خلاف بين الفقهاء، فأبو ثور^(٦) ذهب إلى أن الكتابة حجة شرعية لإثبات الحقوق من غير شهادة على الوثيقة أو الكتاب، جاء في كتاب البيان: "ولا يجوز له قبول الكتاب ولا العمل بموجبه إلا أن يشهد عليه شاهدان على ما بينته، ولا يقنع فيه بمعرفة الخط والختم، وبه قال الأوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه وقال أبو

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٢٠، ص٢٤٧.

(٢) البهوتي، كشاف القناع، ج٦، ص٣٥١.

(٣) سورة البقرة، الآية رقم (٢٨٢).

(٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٣، ص٣٨٢.

(٥) المصدر السابق، ج٣، ص٣٨٢.

(٦) أبو ثور: إبراهيم بن خالد الكلبي، فقيه مجتهد، مفتي العراق، مولده في حدود سنة (١٧٠هـ)، ثقة مأمون،

توفي في صفر عام (٢٤٠هـ) رحمه الله. وينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج١٢، ص٧٢-٧٦.

ثور: يجوز قبوله والعمل به من غير شهادة عليه، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكتب ويعمل بكتبه من غير شهادة عليها^(١).

وإنما ذهب الفقهاء إلى عدم الاكتفاء بالكتابة كحجة شرعية لما قد يعترها من العيوب التي تجعل من الاحتجاج بها محل نظر لأن الكتابة كثيراً ما يعترها التزوير لأن الخط يشبه الخط، ويمكن بعد ذلك تقليد الخط وتزويره، جاء في كتاب البيان: "دليلنا: أن الخط يشبه الخط، والختم يشبه الختم، فلا يؤمن أن يزور على خطه وختمه، ويمكن إثبات الكتابة بالشهادة، فلا يقتصر فيها على معرفة الخط والختم كإثبات الشهادة"^(٢).

وجاء في المبسوط: "ولأن الكتاب قد يزور ويفتعل، والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم، فكان محتملاً، والمحتمل لا يصلح حجة للقضاء"^(٣).

وقد ذكر الدكتور سوار عيوب الكتابة كما ذكرها الفقهاء المسلمون، جاء في كتاب الشكل في الفقه الإسلامي: "ولقد استند هذا الاتجاه في نفيه لدور الكتابة باعتبارها وسيلة للإثبات، إلى أنها قابلة للمشابهة والتزوير، من جهة وإلى كون الأدلة النقلية لا تأمر بها... إلى أن قال: أما الدليل الفني الذي استند إليه الفقهاء في عدم التعويل على الخط بإمكان المشابهة والتزوير فيبدو قصوره إذا ما عرفنا أن القوانين الحديثة تعول على الخط كوسيلة للإثبات في الدرجة الأولى"^(٤) والذي أريد أن أقول، إن قوله: إن الأدلة النقلية لا تأمر بها، أمر محل نظر، بل الأدلة النقلية كثيرة جداً، التي جاءت ترشد إلى أن الكتابة حجة شرعية في إثبات الحقوق، وليس أدل على ذلك من آية الدين، وما ذكره أهل العلم من كتب النبي صلى الله عليه وسلم للناس والعمل بها دون أن يشهد عليها، فالدليل النقلية يساعد ويرشد إلى اعتبار الكتابة حجة في الإثبات من جهة الشرع، إلا أن الفقهاء لم يعولوا كثيراً على الاحتجاج بالكتابة لإمكان تزويرها، وهذا أمر واقع كثيراً ما تسمع عنه في أيامنا، ولربما أن يكون الشخص قد كتب الوثيقة أو الكتاب وهو مكره على ذلك، فأى حجة في هذا الكتاب؟ والفقهاء عندما أقروا مبدأ العمل بالكتابة بشرط الإشهاد عليها إنما أرادوا نفي التزوير عن الكتابة من أجل أن تكون أقرب إلى الصدق، مبررين ذلك بأنه أمر ممكن دون أي عناء، فعند كتابة الوثيقة لا ضرر من إحضار الشهود ليشهدوا على ما فيها من

(١) العمراني، البيان، ج ١٣، ص ٩٨.

(٢) المصدر السابق، ج ١٣، ص ٩٨-٩٩.

(٣) السرخسي، المبسوط، م ٨، ج ١٦، ص ٨٣.

(٤) سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ص ١٨٦-١٨٧.

أجل أن تبلغ الوثيقة أو الكتاب أقصى درجات الصحة والكمال، والذي أميل إليه الأخذ برأي الإمام أبي ثور، من اعتبار الكتابة حجة في الإثبات دون الإشهاد عليها لعمل النبي صلى الله عليه وسلم بذلك والآثار في هذا كثيرة^(١)، وهذا أيضاً الرأي الذي ترجح الأخذ به عند الدكتور محمد الزحيلي، جاء في كتابه وسائل الإثبات: "ويظهر ترجيح القول بمشروعية الكتابة في إثبات الحقوق لقوة الأدلة، ولحاجة الناس إلى استعمالها واللجوء إليها.

ولأن القول بعدم حجية الكتابة في الإثبات يؤدي إلى الحرج والمشقة في المعاملات بين الناس فتتعطل مصالحهم وتضيع حقوقهم وأموالهم لعدم تيسر الشهود دائماً"^(٢).
وعليه فالكتابة تعتبر حجة في الإثبات بشرط أن تكون خالية وبعيدة عن شبهة التزوير أو الإكراه عليها^(٣). وعليه فيجوز التوثيق بالأوراق التجارية من الكمبيالات والشيكات والسندات الأذنية وهي في الحقيقة تعهد كتابي من المقرض يدفع مبلغ معين عند الطلب إلى شخص معين أو لحامله^(٤)، لأنها من باب التوثيق بالكتابة، وجاء في كتاب بحوث في قضايا فقهية معاصرة للعثماني: "توثيق الدين بالكمبيالة: وربما يقع توثيق الدين بتوقيع المشتري على وثيقة مكتوبة يعترف بها بكونه مديوناً للبايع بمبلغ مسمى إلى أجل مسمى ويلتزم بأداء مبلغها في تاريخ معين وتسمى هذه الوثيقة المكتوبة في العرف المعاصر "كمبيالة"... وإن توثيق الدين بالكمبيالة جائز شرعاً بل هو مندوب"^(٥). إلا أنه يجدر التنبيه على أمر، وهو أن حامل الكمبيالة قد يلجأ إلى بعض البنوك لخصمها أو بيعها إلى البنك بأقل من المبلغ المسمى فيها استعجالاً لقبض المبلغ بعد أن يقوم بتظهيرها من خلال توقيعه على ظهر الوثيقة، فيعتبر ذلك تنازلاً من صاحبها عن المبلغ المسمى فيها لغيره من الأشخاص، وهذا البيع أو الخصم لا يجوز شرعاً لأنه في الحقيقة بيع للدين لغير من عليه الدين وهذا غير جائز، أو لأنه من قبيل بيع النقود بعضها ببعض متفاضلة ومؤجلة وهو غير جائز^(٦). والله أعلم

(١) العمراني، البيان، ج١٣، ص٩٦-٩٧.

(٢) الزحيلي، وسائل الإثبات، ج٢، ص٤٣١.

ومن أراد الاستزادة في الموضوع فعليه الرجوع إلى الكتاب السالف الذكر، ج٢، ص٤١٥-٤٨٧.

(٣) زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية، ص٤٥٨-٤٥٩.

(٤) شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص٢٤٣-٢٤٦.

(٥) العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ص٢٤.

(٦) المصدر السابق، ص٢٤.

المطلب الثالث: التوثيق بأيمان الإثبات.

اليمين مشروعة في القضاء، وتعتبر من وسائل الإثبات المعتبرة شرعاً، بدليل قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾^(١)، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم للمدعي: (شاهدك أو يمينه)^(٢) فهي مشروعة أمام القضاء لترجيح جانب الحالف وتقويته بها، وحققتها في اصطلاح الشرع: "توكيد الحكم المحلوف عليه بذكر معظم على وجه مخصوص"^(٣) واليمين في الحقيقة تجعل الحالف يقف مع نفسه ليتروى في كل كلمة يريد قولها. لأن الإقدام على اليمين لأكل أموال الناس بها بالباطل من أكبر الكبائر، جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان"^(٤). وعليه فلا ينبغي لأحد أن يقدم على حلف اليمين إلا إذا كان محققاً صادقاً بها وكان متأكداً يقيناً أن الحق له، فيحلف عندها ليأخذ حقه.

واليمين أنواع متعددة، وهي إما أن تكون في جانب المدعي أو في جانب المدعى عليه، ولست بصدد ذكر جميع أنواع اليمين، ولكن من أراد الاستزادة فعليه بكتاب وسائل الإثبات^(٥). إلا أن الفقهاء عرفوا فيما بعد يمينا تسمى بيمين الاستظهار، ويمين الاستظهار هي في الحقيقة، اليمين التي يطلبها الحاكم من المدعي بعد إثباته ما يدعيه ببينة، أن بينته شهدت بالحق^(٦)، وعليه فيمين الاستظهار للاستيثاق والتوثيق، جاء في كتاب مدونة الفقه المالكي: "وقواعد الشرع لا تأبى مثل هذا الاستيثاق خصوصاً مع قيام التهمة في الناس، وقد كان علي رضي الله عنه يستحلف المدعي مع شهادة الشاهد"^(٧)، ولأهل كل مذهب بعض التفصيلات بالنسبة لهذه اليمين.

(١) سورة المائدة، الآية رقم (٨٩).

(٢) البخاري، صحيح البخاري، باب: اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، حديث رقم (٢٦٧٠)، ص ٥٥٥.

(٣) البهوتي، كشف القناع، ج ٦، ص ٢٢٨.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، باب: سؤال الحاكم المدعى هل لك بينة؟ قيل اليمين، حديث رقم (٢٦٦٧)، ص ٥٥٥.

(٥) الزحيلي، وسائل الإثبات، ج ١، ص ٣١٦-٤١٤.

(٦) العيني، عمدة القاري، ج ١٣، ص ٣٤٤.

(٧) الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأصلته، ج ٤، ص ٤٤٨.

أولاً: المذهب الحنفي:

الأصل في المذهب الحنفي أن كل من قبل قوله فعليه اليمين، إلا في بعض المسائل^(١)، وكذلك ذهب الحنفية إلى جواز تحليف الشاهد، وذلك احتياطاً لتعذر التزكية للشاهد لغلبة الفسق وكثرته فيتعذر على القاضي معرفة حقيقة الشهود، فاختر القضاة استحلاف الشهود لحصول غلبة الظن، ولا يقال إنه لا يمين على الشاهد، فهذا عند ظهور عدالته وأما إذا خفي الحال فلا بد من تحليفه^(٢) وكذلك ذهب الحنفية إلى تحليف المشتري إذا أراد الرد بالعيب، فيحلف بالله ما رضيت بالبيع، وهذا بدون طلب البائع، إنما يحلقه القاضي احتياطاً، وكذلك الشفيع يحلف بالله ما أبطلت شفعتك، والمرأة إذا طلبت النفقة تحلف بالله عز وجل ما طلقك زوجك ولا خلف عندك مالا ولا أعطاك النفقة وكذلك يحلف المستحق في طلب الاستحقاق بالله ما وهبت ولا بعثت، فالحلف في كل هذه الأحوال يكون للاستيثاق ولغلبة الظن في صدق الحال وتجب يمين الاستظهار عند الحنفية في حال الدعوى على الميت، وضابط هذا الباب عند الحنفية أن كل بينة شهدت بظاهر، فإنه يستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر^(٣).

ثانياً: المذهب المالكي:

يمين القضاء، وتعرف أيضاً بيمين الاستظهار ويمين الاستبراء، وحققتها عند المالكية: تحليف القاضي المدعي بعد البينة على عدم الإبراء والاستيفاء والاعتياض والإحالة والاحتيايل والتوكيل على لاقتضاء في جميع الحقوق، وتتوجه في الغالب على كل مدع على ميت أو غائب أو يتيم أو حبس أو المساكين أو على وجه من وجوه البر أو على بيت المال وعلى مستحق الحيوان، ولا يتم الحكم إلا بها عند المالكية^(٤).

جاء في حاشية الدسوقي: "فإذا ادعى إنسان أنه معدم ليأخذ حقه من بيت المال أو أنه ابن فلان الذي مات ووضع ماله في بيت المال لظن أنه لا وارث له، فلا بد من يمين القضاء مع البينة"^(٥).

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٢٦١.

(٢) الحموي، غمز عيون البصائر، ج ٢، ص ٣٧٣-٣٧٤.

(٣) المصدر السابق، ج ٢، ص ٤٢٢-٤٢٣.

(٤) عليش، منح الجليل، ج ٨، ص ٣٧٣-٣٧٢.

وينظر: الخرشى، حاشية الخرشى، ج ٧، ص ٥٣٧-٥٣٩.

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٦، ص ٥٦.

وينظر: الغرياتي، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج ٤، ص ٤٤٨-٤٤٩.

ثالثاً: المذهب الشافعي:

ذهب الشافعية إلى العمل بيمين الاستظهار، وأنها شرط في الحكم، وليست هي في الحقيقة مكملية للحجة، وتتوجه يمين الاستظهار في الدعوى على الميت والغائب والصغير والمحجور عليه والسفيه والمغلوب على عقله، بدون طلب الخصم^(١).

جاء في كتاب المنثور في القواعد: "ويمين الاستظهار مع إقامة البيعة، كما في الدعوى على الغائب، لا بد من الحلف على الاستحقاق في الأصح وكذلك مدعي الإعسار إذا علم له مال في الباطن وأن الشهود اعتمدوا على الظاهر ونحوه، وقد تكون مستحبة كما لو طلبت المرأة من الحاكم التزويج فيحلفها على الخلو من الموانع، استحباباً في الأصح وغيره"^(٢).

وجاء في مغني المحتاج: "ويجب على القاضي، أن يحلفه، أي المدعي يمين الاستظهار بعد إقامة البيعة، أي وتعديلها وقبل توفية الحق، إن الحق الذي لي على الغائب ثابت في ذمته إلى الآن وأنه يجب تسليمه إلي... احتياطاً للمحكوم عليه، لأنه لو حضر ربما ادعى ما يبرئه منه"^(٣)، وثبت عن الإمام أحمد روايتان في المسألة فقل إن المدعي يستحلف يمين الاستظهار بعد إقامة البيعة، وقيل يقضي بالبيعة ولا يستحلف، وهذا في الحكم على الغائب أو الصبي أو المجنون^(٤)، ولكن الاحتياط تحليف المدعي يمين الاستظهار^(٥).

والدليل على الأخذ بيمين الاستظهار هو الاستحسان، جاء في تبصرة الحكام: "يمين القضاء لا نص على وجوبها، لعدم الدعوى على الحالف بما يوجبها، إلا أن أهل العلم رأوا ذلك على سبيل الاستحسان نظراً للميت والغائب وحيطة عليه وحفظاً لما له للشك في بقاء الدين عليه"^(٦)، وقواعد الشرع الحنيف تراعي جانب الاحتياط والتوثق في أمر الحقوق من أجل إيصال كل حق لصاحبه وكذلك تحاط في منع الشخص أن يأخذ أكثر من حقه، وعليه فيمين الاستظهار لا بأس بها لما فيها من الاحتياط لأمر الحقوق. والله أعلم

(١) الشريبي، مغني المحتاج، ج٦، ص٣١٠-٣١١.

وينظر: الرملي، نهاية المحتاج، ج٨، ص٢٦٩.

وينظر: الزحيلي، وسائل الإثبات، ج١، ص٣٦١.

(٢) الزركشي، المنثور في القواعد، ج٢، ص٤٢٩.

(٣) الشريبي، مغني المحتاج، ج٦، ص٣١٠.

(٤) ابن هبيرة، الإفصاح عن معاني الصحاح، ج٢، ص٢٨٧.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج١٤، ص٩٥.

(٥) البهوتي، كشف القناع، ج٦، ص٣٥٤.

(٦) ابن فرحون، تبصرة الحكام، م١، ج١، ص٢٣٦.

المطلب الرابع: التوثيق بالحبس.

الحبس أمر مشروع، والأدلة على مشروعيته ثابتة من الكتاب الكريم والسنة المطهرة والإجماع منعقد على مشروعيته^(١). وأما الدليل على مشروعية الحبس من القرآن الكريم، فقوله تعالى: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾^(٢)، والمراد من النفي الحبس^(٣).

وجاء في كتاب أحكام القرآن: "والحق أن يسجن، فيكون السجن له نفيًا من الأرض"^(٤). وكذلك قوله تعالى: ﴿تُحْسِنُوهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ﴾^(٥)، جاء في كتاب الجامع لأحكام القرآن: "وهذه الآية أصل في حبس من وجب عليه حق"^(٦).
وأما الأدلة من السنة: فمنها ما جاء في سنن أبي داود، (أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة)^(٧).

والحبس في اللغة بمعنى، المنع والإمساك، ويطلق أيضاً على الموضع^(٨)، وأما الحبس في الاصطلاح فهو: المنع من الاتبعات^(٩)، وأرى أن هذا المعنى عام في جميع أنواع الحبس فيشمل أيضاً الدابة التي تمتنع عن المسير، ويشمل أيضاً السجين في الحبس لأنه لا يستطيع الاتبعات لحاجته، والأولى أن يقال في الحبس الشرعي: إنه تعويق لشخص المحبوس، ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت أو مسجد، أو كان بتوكيل نفس الخصم أو وكيله عليه،

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٤، ص ٥٤.

وينظر: الزيلعي، تبیین الحقائق، ج ٥، ص ٩٠.

(٢) سورة المائدة، الآية رقم (٣٣).

(٣) ابن عابدين، رد المحتار، ج ٤، ص ٥٤.

(٤) ابن العربي، أحكام القرآن، ج ٢، ص ٩٩.

وينظر: الجصاص، أحكام القرآن، ج ٢، ص ٥١٥.

(٥) سورة المائدة، الآية رقم (١٠٦).

(٦) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٦، ص ٣٥٢.

(٧) المسجستاني، سنن أبي داود، باب: في الحبس في الدين وغيره، حديث رقم (٣٦٣٠)، ص ٥٧٦.

قال المنذري: وأخرجه الترمذي والنسائي، وقال الترمذي حسن.

ينظر: العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، م ٥، ج ١٠، ص ٤٣.

وينظر: الزيلعي، تبیین الحقائق، ج ٥، ص ٩٠.

(٨) الفيومي، المصباح المنير، م ١، ج ١، ص ١١٨.

(٩) المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، ص ٢٦٦.

وملازمته له^(١)، وعليه فليس من لوازم الحبس جعل المحبوس في مكان ضيق أو مكان خاص قد أعد لهذا الغرض، فالحبس أعم من هذا، فجعل المحبوس في المسجد وملازمته أو في بيته، فهذا كله من باب الحبس الشرعي، إلا أنه في العرف السائد في أيامنا لا يعرف الحبس ولا يطلق إلى على تلك الأمكنة المعدة لذلك المعروفة بالسجون^(٢)، والسجن يراد لأحد أمرين:

الأمر الأول: العقوبة، فالسجن قد يكون عقوبة لبعض أصناف الناس من أهل الخسة والفساد والدعارة، جاء في تبيين الحقائق: "ولما كان بعض الناس يستحق العقوبة بسبب دعارته والحبس يصلح للعقوبة"^(٣).

الأمر الثاني: للتوثق والاحتياط أو الاستظهار، وذلك من أجل الوقوف على حقيقة أمر المتهم واستكشاف حاله، وذلك كحبس مجهول الحال الذي يدعي الإعسار ويدعي غريمه غناه وملاءته، فيحبسه الحاكم عند بعض أهل العلم لاستكشاف حاله وللوقوف على حقيقة أمره من الغنى أو الإعسار^(٤).

جاء في معالم السنن: "فيه دليل على أن الحبس على ضربين حبس عقوبة وحبس استظهار، فالعقوبة لا تكون إلا في واجب، وأما ما كان في تهمة وإنما يستظهر بذلك ليستكشف به عما وراءه، وقد روي أنه حبس رجلاً في تهمة ساعة من نهار ثم خلى سبيله"^(٥).

وعليه فالحبس للتوثيق وسيلة يلجأ إليها القاضي، إما بطلب من المدعي وإما بمبادرة منه، أي من القاضي لكي يتحقق من بعض الأمور في حال عدم ظهور الأدلة الكافية لإدانة المتهم ولكن كثير من القرائن تشير إلى صدق المدعي، كما في حال الحبس بسبب التهمة، والتهمة في اللغة: الشك والريبة^(٦)، وأما في الاصطلاح فالتهمة: الظن بما نسب إلى الشخص جاء في المطلع على أبواب المقنع: "اتهمت فلاناً، ظننت به ما تُسبب إليه، والاسم التهمة"^(٧)، وجاء تعريفها في الموسوعة

(١) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، ط١، تحقيق: الأستاذ سيد

عمران، (القاهرة: دار الحديث، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م)، ص ٩٠.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ١٦، ص ٢٨٢-٢٨٣.

(٣) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج ٥، ص ٩٠.

وينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج ١٠، ص ٩٦-٩٧.

(٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٦، ص ٣٥٢.

(٥) الخطابي، معالم السنن، م ٢، ج ٤، ص ١٦٥-١٦٦.

(٦) الفيومي، المصباح المنير، م ١، ج ١، ص ٧٨.

(٧) البعلبي، المطلع على أبواب المقنع، ص ٣١٠.

الفقهية الكويتية، بأنها: إخبار بحق لله أو لأدمي على مطلوب تعذرت إقامة الحجة الشرعية عليه في غالب الأحوال^(١)، ولا ينبغي أن تطول مدة المحبوس بالتهمة، بل لا بد للقاضي من أن يسرع في تبين حال السجين، فإن قامت الأدلة على إدانته وإلا أطلق سراحه^(٢)، ولا ينبغي تعذيب المتهم ولا إكراهه على الاعتراف . والله أعلم

الفصل الخامس: انتهاء التوثيق ، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تزوير الوثيقة.

المبحث الثاني: ضياع الوثيقة.

المبحث الثالث: انتهاء التوثيق.

التوثيق في الحقيقة وسيلة مشروعة لحفظ الحقوق في حدود ما أجازته الشريعة من الوسائل، والوسائل من العقود التوثيقية الغاية منها حفظ الحقوق والحصول عليها وردها إلى أصحابها، فإذا استوفى صاحب الحق حقه فتكون عملية التوثيق من قد انتهت بذلك، ويترتب على ذلك بعض الأحكام، ثم إن الوثائق قبل انتهائها قد يعثرها التزوير، أو الضياع، وهذه الأمور أيضاً يترتب عليها بعض الأحكام والآثار، وتوضيح ذلك في مباحث هذا الفصل.

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج١٦، ص٢٩٢.

(٢) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص٨٩-٩٢.

المطلب الثاني: حكم التزوير ومحلّه.

التزوير أمر محرم في الشريعة الإسلامية لأنه من الكذب والباطل، ولما يترتب عليه من أكل أموال الناس بالباطل بغير حق والاستيلاء عليها أو تفيوتها على أصحابها والحيلولة بين الحق وصاحبه وهذا كله من الباطل المحرم في الشريعة.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾^(١)، فالآية أرشدت وأمرت باجتناب قول الزور كما يجب وينبغي على المسلم أن يجتنب تعظيم الأوثان والأصنام، والآية الكريمة إنما ورد فيها الجمع في الاجتناب بين تعظيم الأوثان وقول الزور، وقد وصفت الآية الكريمة الأصنام والأوثان بأنها رجس وأمرت باجتنابها، فكذلك قول الزور، هو من الرجس الذي يجب اجتنابه، والرجس: الشيء القذر والنجس، فالآية الكريمة جمعت في النهي والاجتناب بين عبادة الأوثان وقول الزور، وعدلت قول الزور بعبادة الأوثان، وهي من الكفر والشرك والظلم^(٢).

والتزوير فيما أرى يكون إما بالقول وإما بالفعل، فالتزوير بالقول، كالكذب بالشهادة، والكذب باليمين، وأما التزوير بالفعل فمثل تزوير المستندات والوثائق الخطية المكتوبة وكان يغير المزور اسم صاحب الحق فيكتب غيره أو يتلاعب في قدر الحق فيكتبه أكثر أو أقل مما هو عليه في الحقيقة ومن التزوير الفعلي أيضاً الغش والتليس لإخفاء العيب وإظهار الحاجة والأمر كان لا عيب فيه فيقبل الناس عليه^(٣).

وعليه فمحل التزوير في الوثائق يكون في ثلاثة أمور، وهي الشهادة واليمين والوثيقة المكتوبة.

أولاً: شهادة الزور

شهادة الزور من كبائر الذنوب، وشهادة الزور من الأمور المحرمة شرعاً، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا﴾^(٤).

(١) سورة الحج، الآية رقم (٣٠).

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ١٢، ص ٥٤-٥٥.

(٣) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ١١، ص ٢٥٨-٢٦٠.

(٤) سورة الفرقان، الآية رقم (٧٢).

جاء في الجامع لأحكام القرآن: "المعنى لا يشهدون بالزور من الشهادة لا من المشاهدة"^(١). وجه الدلالة من الآية أنها تشتمل على ذم متعاطي شهادة الزور، والآية الكريمة إنما سيقت لبيان ذلك وغيره من الأمور المحرمة كالشرك بالله^(٢). وأما السنة فقد جاء في الحديث الشريف أنه: (سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الكبائر، قال: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، أو قتل النفس، وشهادة الزور)^(٣).

وشهادة الزور في الاصطلاح: هي أن يشهد بما لا يتحققه^(٤)، وفي الحديث دلالة واضحة على تحريم شهادة الزور، "وفي معناها كل ما كان زوراً من تعاطي المرء ما ليس له أصلاً"^(٥)، وجعل بعض أهل العلم كتمان شهادة الحق مثل شهادة الزور، وذلك لأن شهادة الزور سبب لإبطال الحق، وكذلك كتمان الشهادة أيضاً سبب لإبطال الحق وتقويته على صاحبه وهو أمر مذموم شرعاً^(٦).

ثانياً: اليمين الغموس، أو الكاذبة

اليمين الغموس من أكبر الكبائر، وهي من الأمور المحرمة في الشريعة، وسميت غموساً لأنها تغمس الحالف في الإثم في الدنيا وتغمسه في النار يوم القيامة^(٧). والأدلة على تحريمها كثيرة، فمن القرآن الكريم، قوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾^(٨).

وجه الدلالة من الآية الكريمة على تحريم اليمين الغموس الكاذبة، أن الآية الكريمة سيقت لدم من يعتاض عن يمينه الكاذبة الفاجرة بالأثمان القليلة الزهيدة وهي عروض هذه الحياة الدنيا ومتاعها

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ١٣، ص ٨٠.

(٢) العسقلاني، فتح الباري، ج ٥، ص ٥٩١.

(٣) البخاري، صحيح البخاري، باب: ما قيل في شهادة الزور، حديث رقم (٢٦٥٣)، ص ٥٤٩.

(٤) الهيثمي، الزواجر عن اقتراف الكبائر، ج ١٢، ص ٣٨٨.

(٥) العسقلاني، فتح الباري، ج ٥، ص ٥٩٣.

(٦) المصدر السابق، ج ٥، ص ٥٩١.

(٧) الهيثمي، الزواجر عن اقتراف الكبائر، ج ٢، ص ٣٦١-٣٦٧.

(٨) سورة آل عمران، الآية رقم (٧٧).

الزائل الفاني، وكيف أن الله تعالى قد أوعده هؤلاء بالعذاب الأليم يوم القيامة، والعذاب الأليم لا يكون إلا بسبب فعل مذموم أو إقرار عمل محرم أو إقرار عمل محرم^(١).

ومن السنة، قوله صلى الله عليه وسلم: (من حلف على يمين كاذباً ليقتطع مال رجل - أو قال أخيه - لقي الله وهو عليه غضبان)^(٢) واليمين الغموس في الاصطلاح: هي التي يحلفها الإنسان عامداً عالماً أن الأمر بخلاف ما حلف عليه ليلحق بها باطلاً أو يبطل بها حقاً، كأن يقتطع بها مال معصوم ولو غير مسلم كما هو ظاهر، ومن عبّر بالمسلم فقد جرى على الغالب^(٣)، ومن وجبت عليه يمين لا يجوز أن يفندي عنها بمال عند الشافعية^(٤)، وذهب المالكية إلى جواز ذلك وحقبة الافتداء أن يبذل شيئاً من المال لتسقط عنه اليمين^(٥).

وعليه فاليمين الغموس واليمين الفاجرة والكاذبة لا ينبغي للمسلم أن يقدم عليها لأنها محرمة شرعاً، ولا ينبغي لمسلم أن يبطل حق أحد من الناس ويقتطعه لنفسه.

ثالثاً: تزوير الوثائق الخطية والمستندات والأختام

وهو أمرٌ واقع معروف قديماً وحديثاً، حتى إن سبب مقتل الخليفة الراشد عثمان بن عفان رضي الله عنه كان بسبب تزوير الخط، فقد صنعوا مثل خاتمه وكتبوا مثل كتابه^(٦)، وقال أمير المؤمنين عثمان بن عفان رضي الله عنه لخصمه: (وقد تعلمون أن الكتاب يكتب على لسان الرجل وقد ينقش الخاتم على الخاتم)^(٧). وروي عن الشعبي أنه قال: "لا تشهد أبداً إلا على شيء تذكره، فإنه من شاء انتقش خاتماً ومن شاء كتب كتاباً"^(٨). ويروى كذلك أن رجلاً في زمن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال، ثم جاء به صاحب بيت المال وعامله فأخذ منه مالا بغير حق، فبلغ الأمر إلى أمير المؤمنين عمر بن

(١) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج ٢، ص ٥٣.

وينظر: الهيثمي، الزواجر عن اقتراف الكبائر، ج ٢، ص ٣٦١-٣٦٧.

(٢) البخاري، صحيح البخاري، باب: قول الله تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا)، الحديث رقم (٢٦٧٧)، ص ٥٥٦-٥٥٧.

(٣) الهيثمي، الزواجر عن اقتراف الكبائر، ج ٢، ص ٣٦٧.

(٤) الزركشي، المنثور في القواعد، ج ٢، ص ٤٣١.

(٥) البيهقي، المعونة، ج ٢، ص ١٥٨٧-١٥٨٨.

(٦) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السيادة الشرعية، ص ١٧٧.

(٧) الطبري، تاريخ الأمم والملوك، ج ٢، ص ٦٥٦.

(٨) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السيادة الشرعية، ص ١٧٧.

الخطاب فضربه مائة وحبسه^(١). ثم إن الخط أو الوثيقة التي يطعن فيها أحد الخصوم يجب أن تعرض على أهل الخبرة لمقارنتها مع خط كاتبها مثلا أو أن يكتب المدعى عليه الجاحد للوثيقة ثم يقارن أهل الخبرة بين الخطين.

والشهادة على الخط أمر جائز عند بعض أهل العلم^(٢). جاء في تبصرة الحكام: "إذا ادعى رجل على رجل بمال فجحده، فأخرج المدعي صحيفة مكتوب فيها خط المدعى عليه وإقراره بما ادعى عليه، وزعم المدعي أنها بخط المدعى عليه فأنكره المدعى عليه ذلك، وليس بينهما بينة، فطلب المدعي أن يجبر المدعى عليه أن يكتب بحضرة العدول، ويقابل ما كتبه بما أظهره المدعي، فأفتى أبو الحسن اللخمي بأنه يجبر على ذلك وعلى أن يطول فيما يكتب تطويلا، لا يمكن معه أن يستعمل خطأ غير خطه، وأفتى عبد الحميد الصائغ بأن ذلك لا يلزمه، إذ لا يلزمه إحضار بينة تشهد عليه، ... إلى أن قال: ورجح أكثر الشيوخ ما أفتى به اللخمي"^(٣).

والغاية من التزوير إبطال الحق على صاحبه، أو القضاء بالحق لغير صاحبه وهذا كله من الباطل المحرم في الشريعة، وكل من شهد بالزور أو حلف يمينا هو بها كاذب ليقنع مال أخيه أو زور كتابا فإنه عرضة للعقوبة ولا بد من تعزيره بالحبس أو الجلد أو التشهير به بين الناس بأنه شاهد زور، أو يزور الوثائق مثلا، حتى يعرف الناس حقيقة أمره فيحذروه^(٤).
والله أعلم

(١) ابن قدامة، المغني، ج ١٢، ص ٥٢٥.

(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام، م ١، ج ١، ص ٣٠٣.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام، م ١، ج ١، ص ٣٠٨.

(٤) البيهقي، السنن الكبرى، باب: ما يفعل بشاهد الزور، ج ١٠، ص ٢٣٨-٢٣٩.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج ١٤، ص ٢٦١.

المطلب الثالث: إثبات التزوير، وما يترتب على ذلك من الأحكام، وفيه فرعان:

الفرع الأول: إثبات التزوير.

الفرع الثاني: ما يترتب على التزوير من الأحكام بعد ثبوته.

الفرع الأول: إثبات التزوير

سبق وأشرت في المطلب السابق إلى أن التزوير إما أن يكون محله الشهادة، كشهادة الزور، أو اليمين، كاليمين الغموس الكاذبة، أو الوثيقة الخطية المكتوبة والسندات على مختلف أنواعها، والتزوير يثبت بعدة أمور، جاء في المذهب من كتب الشافعية: "ويثبت أنه شاهد زور من ثلاثة أوجه، أحدها: أن يقرّ أنه شاهد زور، والثاني: أن تقوم البينة أنه شاهد زور، والثالث: أن يشهد بما يقطع بكذبه، بأن شهد على رجل أنه قبل أو زنى في وقت معين في موضع معين والمشهود عليه في ذلك كان في بلد آخر"^(١).

أولاً: الإقرار، وذلك كأن يقرّ الشاهد أنه شهد زوراً، أو كذب بشهادته أو بيمينه التي حلفها، أو أن الوثيقة الفلانية قام بتزويرها، فإذا أقرّ المزور قبل إقراره وأخذ به في حق نفسه، ولزمه بعد ذلك تبعات هذا الإقرار من العقوبة أو الضمان، جاء في حاشية قرّة عيون الأخيار: "الثالث: في ركنه -يريد الرجوع عن الشهادة- وهو قول الشاهد رجعت عما شهدت به أو شهدت بزور فيما شهدت به أو كذبت في شهادتي، فلو أنكرها لم يكن رجوعاً"^(٢).

ثانياً: يثبت التزوير من جهة الواقع بحيث يشهد ما يقطع بكذبه، وذلك كأن يشهد بقتل رجل أو موته فيظهر أنه حي غير ميت^(٣)، فيثبت عندها كذب الشهادة أو اليمين أو الوثيقة أو السند، وأن ما جاء فيها وثبت بها غير صحيح. وأنه زور وبهتان.

ثالثاً: الأدلة والحجج الشرعية المعروفة التي يمكن من خلالها إثبات عملية التزوير، أو الطعن في الوثيقة، كالطعن في شهادة الشهود وإثبات أنها غير صحيحة أو أنها كذب، والطعن في الوثيقة يكون من جانب المدعى عليه جاء في صحيح البخاري: "وقال معاوية بن

(١) الشيرازي، المذهب، ج ٥، ص ٦١٣-٦١٤.

(٢) محمد علاء الدين، قرّة عيون الأخيار تكملة رد المحتار، ج ١١، ص ٣٢٣-٣٢٤.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج ١٤، ص ٢٤٥.

عبدالكريم القففي، ... فإن قال الذي جيء عليه بالكتاب إنه زور قيل له: اذهب فالتمس المخرج من ذلك"^(١).

وذلك إما بالطعن أو القدح في البيينة أو الوثيقة بما يقبل فتبطل الشهادة وإما بما يدل على البراءة من المشهود به أو الحق الثابت بالوثيقة"^(٢).

وعليه فالطعن بالتزوير يكون غالباً من الشخص المنسوب إليه الكتاب أو المدعي عليه، وذلك لأن الطاعن بالتزوير يدعيه -مدع له- ومن ادعى أمراً فعليه إثباته بالحجج المعتبرة شرعاً^(٣)، ويجدر التنبيه أن هذا القول مبني على قول من قال إن الكتابة حجة معتبرة من غير إسهاد^(٤). إلا أنه في قضية مقتل أمير المؤمنين عثمان بن عفان عندما ادعى عليه خصمه -الوفد المصريون- أنه قد كتب فيهم كتاباً إلى عامله بمصر يأمره بقتلهم أو صلبهم، فأقبلوا إلى عثمان رضي الله عنه ومعهم الكتاب وهو مختوم بختم عثمان رضي الله عنه، جاء في تاريخ الأمم والملوك: "قال: فانطلقوا حتى دخلوا على عثمان، فقالوا: كتبت فينا بكذا وكذا: قال: فقال: إنما هما اثنتان: أن تقيموا عليّ رجلين من المسلمين، أو يميني بالله الذي لا إله إلا هو ما كتبت ولا أملت ولا علمت. قال: وقد تعلمون أن الكتاب يكتب على لسان الرجل وقد ينقش الخاتم على الخاتم"^(٥). يفهم من هذا أن عثمان رضي الله عنه كان لا يرى الكتابة من الحجج الشرعية، ولذلك عندما جاؤوه بالكتاب أنكره وطالبهم بالحجة الشرعية على صدق دعواهم، فإذا لم يقدروا على الحجة الشرعية من الشهود حلف لهم اليمين أنه ما كتب ولا أمل ولا علم بهذا الكتاب. فهذا الأمر محمول على الاختلاف في أصل الكتاب، ولكن لو أقرّ الكاتب مثلاً بالكتاب ولكنه ادعى أن ما في الكتاب خلاف ما كتبه فيكون عندها هو المكلف بإقامة الحجة الشرعية من البيينة أو غيرها لإثبات أن ما في الكتاب زور وبهتان.

(١) البخاري، صحيح البخاري، باب: الشهادة على الخط المختوم، ص ١٤٣٠.

(٢) المسقلاني، فتح الباري، ج ١٥، ص ٤٢.

وينظر: العيني، عمدة القاري، ج ٢٤، ص ٣٥٥.

(٣) الزحيلي، محمد، وسائل الإثبات، ج ٢، ص ٤٤٠.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، باب: الشهادة على الخط المختوم، ص ١٤٣٠.

(٥) الطبري، تاريخ الأمم والملوك، ج ٢، ص ٦٥٥-٦٥٦.

الفرع الثاني: ما يترتب على التزوير من الأحكام بعد ثبوته

جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (إنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو مما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً، فلا يأخذه، وإنما أقطع له به قطعة من النار)^(١)، وهذا الحديث يرشد إلى أن حكم الحاكم لا يحلّ حراماً ولا يحرم حلالاً وجميع الحقوق في هذا الأمر سواء، وعليه فالحاكم إنما يحكم بين الناس وفق الحجج الشرعية الظاهرة من البينة والأيمان وغيرها. فكل شخص خاصم في باطل حتى حكم له القاضي بما يدعيه وهو يعلم أنه باطل، فإنه لا يحل له أن يأخذه أبداً، وإن أخذه فهو آثم يقتطع بهذا الحكم قطعة من النار، جاء في عمدة القاري: "وأن على من علم من الحاكم أنه قد أخطأ في الحكم فأعطاه شيئاً، ليس له أن يأخذه"^(٢).

وجاء في شرح صحيح مسلم: "إذا شهد شاهد زور لإتسان بمال فحكم به الحاكم لم يحل للمحكوم له ذلك المال، ولو شهدا عليه بقتل لم يحل للولي قتله مع علمه بكذبهما، وإن شهدا بالزور أنه طلق امرأته لم يحل لمن علم بكذبهما أن يتزوجها بعد حكم القاضي بالطلاق"^(٣).

وعليه فالوثائق المزورة من شهادة ويمين ومستندات، لا يحل للشخص أن يستعملها في إثبات الحقوق ليأكل بها أموال الناس بالباطل فإن فعل فهو آثم في الشرع قد أوجب لنفسه النار، فلا ينبغي لأحد أن يقدم على مثل هذا العمل.

وجاء في الحديث أيضاً، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من حلف على يمين يستحق بها مالا وهو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان)^(٤). وهذا الحديث يرشد إلى أن اليمين الفاجرة الكاذبة سبب لغضب الله تعالى وأن المخاصم لا ينبغي أن يأكل بها شيئاً من أموال الناس أو حقوقهم فالأصل في الشريعة الإسلامية أن كل من اقتطع أموال الناس وحقوقهم بوثائق مزورة يكون آثماً شرعاً، وحتى لو أن القاضي أو الحاكم قد حكم له وفق ما يدعيه زوراً، فإنه لا يحل له شرعاً أخذ المال أو الإقدام على ذلك.

(١) النيسابوري، صحيح مسلم، باب: الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، حديث رقم (١٧١٣)، ص ٨٦٣.

(٢) العيني، عمدة القاري، ج ١٣، ص ٣٦٦.

(٣) النووي، شرح صحيح مسلم، ج ٦، ص ١٢، ص ٢٤٧.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، باب: اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، حديث رقم (٢٦٧١)،

ثم إن الحاكم إذا ثبت عنده يقيناً أنه قضى وفق ما جاء من الوثائق المزورة كشهادة الزور واليمين الفاجرة، وذلك كأن يرجع الشهود عن شهادتهما فيظهر بذلك كذب الشهادة التي قضى الحاكم وفقها، فالواجب تضمين الشهود ما تلف على المحكوم عليه من الحقوق وإعادة الحق إلى نصابه، وحقيقة الرجوع عن الشهادة في الاصطلاح عند أهل العلم، نفي الشاهد ما أثبتته بشهادته ولا يكون الرجوع إلا أمام القاضي^(١). والرجوع عن الشهادة إما أن يكون قبل الحكم بها فعندها لا يجوز للقاضي إنفاذ الحكم وهكذا سائر الوثائق من الأيمان أو المستندات إذا علم القاضي يقيناً أنها زور وبهتان فلا يجوز له أن يقضي بها أبداً وذلك لأن الشهادة شرط الحكم فإذا بطل الشرط امتنع المشروط^(٢)، وهذا باتفاق جمهور أهل العلم^(٣)، جاء في الإفصاح: "اتفقوا على أنه إذا رجع الشهود عن المشهود به قبل الحكم فإنه لا يحكم بشهادتهم"^(٤).

وإما أن يكون الرجوع بعد الحكم وقبل استيفاء الحق، فإذا كان الحق عقوبة كحد أو قصاص فلا يجوز استيفاؤه لأن الرجوع عن الشهادة شبهة والحدود تدرأ بالشبهات، وأما إذا كان الحق مالا فيستوفى ولا ينقض القاضي الحكم، ويضمن الشهود، وذلك عند جمهور أهل العلم^(٥). وذهب سعيد بن المسيب والأوزاعي إلى القول بنقض الحكم حتى ولو استوفى الحق^(٦).

وأما إذا كان الرجوع بعد الحكم واستيفاء الحق فلا ينقض الحكم، ويضمن الشهود ما أتلفوا بشهادتهم ويغرمون ذلك^(٧). ولأهل العلم في ضمان الشهود بعد الرجوع عن شهادتهم تفصيلات كثيرة، تُنظر في كتب الفقه في فروع مسائل الرجوع عن الشهادة، ومثل الرجوع عن الشهادة في الحكم. سائر التوثيقات الأخرى من اليمين الكاذبة والمستندات والوثائق المزورة، وجاء في الحاوي الكبير: "وأما الحال الثالثة: وهو أن يرجع الشهود بعد نفوذ الحكم واستيفاء الحق فالحكم

(١) محمد علاء الدين، فرة عيون الأخبار تكملة رد المحتار، ج ١١، ص ٣٢٣-٣٢٤.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج ١٤، ص ٢٤٥.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج ١٤، ص ٢٤٥.

(٤) ابن هبيرة، الإفصاح عن معاني الصحاح، ج ٢، ص ٢٩٨.

(٥) الكلبولي، مجمع الأنهر، ج ٣، ص ٢٩٩.

وينظر: عليش، منح الجليل، ج ٨، ص ٥٠٤.

وينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٢١، ص ٢٧٢-٢٧٣.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج ١٤، ص ٢٤٥.

(٦) المصدر السابق، ج ١٤، ص ٢٤٥.

(٧) المحبوبي، فتح باب العناية بشرح النقاوية، ج ٣، ص ١٤٩.

وينظر: البغدادي، المعونة، ج ٣، ص ١٥٦.

على نفاذه لا ينقض برجوع شهوده بعد استيفاء الحق، وهو قول جمهور الفقهاء، وحكي عن سعيد بن المسيب، والأوزاعي: إن الحكم ينقض برجوعهم لأنهم بالرجوع غير شهود، ولكن يجاب عن هذا بان الرجوع عن الشهادة إقرار، والإقرار يلزم في حق المقر دون غيره من الناس فيتحمل المقر تبعه إقراره^(١). والله أعلم

المبحث الثاني: ضياع الوثيقة والاختلاف فيها ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول: ضياع الوثيقة.

المطلب الثاني: الاختلاف في الوثيقة.

المطلب الأول: ضياع الوثيقة

القاعدة العامة في هذا الباب أن الوثيقة إذا ضاعت أو تلفت فإن الحق يبقى على حاله، ولا يسقط الحق بضياع الوثيقة، فلو مات الشهود مثلاً فالحق لا يسقط، وكذلك لو تلف الرهن، أو مات الكفيل، أو ضاعت الوثيقة المكتوبة -الحجة أو الصك- فالحق لا يسقط بضياع الوثيقة أو تلفها، ولكن قد يتعذر بعد ذلك على صاحب الحق إثبات حقه أو استيفائه من غريمه، جاء في الحاوي الكبير من كتب الشافعية: "قلما كان تلف الكتاب لا يوجب سقوط الحق، وجب أن يكون تلف الرهن لا يوجب سقوط الحق، ولأن الرهن وثيقة كالضمان، ثم ثبت أن الحق لا يسقط بتلف الضامن وجب أن لا يسقط بتلف الرهن. وتحريره علة: أنه وثيقة في الحق فوجب أن لا يكون تلفه مسقطاً للحق كالضمان"^(٢). وهذا الأمر ينسحب على جميع الوثائق، فالحق لا يسقط بضياع الوثيقة أو تلفها أبداً. إلا أن الحنفية قالوا بالنسبة للرهن: إذا هلك فإنه يهلك مضموناً على المرتهن بالأقل من قيمته أو الدين كما هو الشأن في مذهبهم^(٣)، وكذلك المالكية عندهم تفصيل في ضمان الرهن على المرتهن عند هلاك الرهن، فإذا كان الرهن مما يغاب عليه فضمانه من

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٢١، ص ٢٧٣-٢٧٤.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج ١٤، ص ٢٤٦.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٧٧.

(٣) الكلبولي، مجمع الأنهر، ج ٤، ص ٢٧١.

المرتهن، وإذا كان مما لا يغاب عليه فزمانه من الراهن، وإذا كان على يد عدل فكذلك ضمانه في كل الأحوال من الراهن عند هلاكه^(١). والحق أن الرهن أمانة عند المرتهن لا يضمن إلا بالتعدي عليه كسائر الأمانات، وهذا قول الشافعية^(٢)، والحنبلية^(٣)، وهو الراجح في نظري لأن الحق لا ينبغي أن يسقط منه شيء عند ضياع الوثيقة أو تلفها، والرهن كما هو معلوم وثيقة من الوثائق.

وعليه فمن أتلف وثيقة على صاحبها ولزم من تلفها ضياع الحق أو الدين فإنه يضمن لصاحب الوثيقة قدر الدين، جاء في كتاب القوانين الفقهية من كتب المالكية: "أو قطع وثيقة فضاغ ما فيها من الحقوق، فمن فعل شيئاً من ذلك فهو ضامن لما استهلكه أو أتلفه، أو تسبب في إتلافه سواء فعل ذلك كله عمداً أو خطأ"^(٤)، وجاء في كتاب طبقات الشافعية الكبرى: "وأن من أتلف على شخص حجة وثيقة تتضمن ديناً له على إنسان ولزم من إتلافها ضياع ذلك الدين، لزمه الدين"^(٥)، وهذا رأي الإمام السبكي رحمه الله، وهو من كبار فقهاء الشافعية^(٦). إلا أن أهل العلم لهم بعض التفصيلات إذا ضاعت الوثيقة، وكانت الوثيقة حجة أو رهناً، وهنا مسألتان:

المسألة الأولى: ضياع الوثيقة الخطية

إذا ادعى الدائن رب الدين - أن الوثيقة سقطت من يده فضاغت، فحالتان ممكنتان وهما: إما أن تكون الوثيقة صارت إلى يد المدين، والحالة الأخرى إما أن تكون الوثيقة ليست بيد أحد منهما، وتفصيل ذلك كالتالي:

الحالة الأولى: أن تكون الوثيقة بعد ضياعها قد صارت إلى يد المدين وهو يدعي أنه قضى الدين وأنها ما صارت إلى يده إلا بعد وفاء الدين فأعطاه الدائن الوثيقة لأنه استوفى حقه ولا حاجة له بها بعد استيفاء حقه. فإن أقرّ الدائن بما يدعيه المدين فلا إشكال، وأما إذا أنكر الدائن

(١) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ٢٤١.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٧، ص ٣٧٢-٣٧٤.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٥٥٢.

(٤) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ٢٤٦.

(٥) السبكي، عبد الوهاب بن علي، طبقات الشافعية الكبرى، ط ٢، تحقيق: د. محمود محمد الطناجي، والدكتور عبدالفتاح محمد الحلوة، (القاهرة: دار هجر للطباعة، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م)، ج ٦، ص ١٠، ص ٢٣٢.

(٦) السبكي: علي بن عبدالكافي، مولده في بلدة مبيك من أعمال الموفية، في شهر صفر سنة (٦٨٣هـ)، من كبار فقهاء الشافعية، توفي في شهر جمادى الآخرة سنة (٧٣٩هـ) رحمه الله.

ينظر: الأسنوي، طبقات الشافعية، ج ١، ص ٣٥٠.

اقتضاء الدين، وقال: أنا لم أقبض شيئاً من الدين والوثيقة أو الحجة إنما سقطت من يدي فصارت إلى يد المدين، فقولان في المسألة:

القول الأول: القول قول الدائن - رب الدين - بيمينه، فيحلف أنه ما اقتضى ولا قبض شيئاً من الدين، فترد الوثيقة إليه، ويغرم المدين الدين وهذا القول هو المعتمد عند المالكية، لأن الأصل في هذا الباب، أن كل دين أو حق أشهد عليه عند أخذه فلا يبرأ منه المدين إلا بالإشهاد عليه عند دفعه إلى صاحبه وإلا فإن القول قول الدائن بيمينه أنه ما قبض شيئاً من الدين^(١).

القول الثاني: القول قول المدين - المطلوب منه الحق - بيمينه، أنه أدى ما عليه من الدين، وإنما قبض الوثيقة من الدائن بعد أدائه الدين، وذلك لأن الأغلب في عادة الناس دفع الوثيقة إلى من أخذت الوثيقة عليه بعد قضاء ما يلزمه من الدين للدائن فتكون الوثيقة شهادة للمدين بالقضاء، وتجب اليمين عليه ويقضى له بعد ذلك بقوله^(٢).
والقول الأول هو المعتمد عند المالكية كما سبق وأشرت إلى ذلك.

الحالة الثانية: أن تكون الوثيقة بعد ضياعها ليست بيد أحد منهما، فيدعي المدين أنه قضى الدين، ويدعي رب الدين - الدائن - عدم اقتضاء الدين وقبضه فالتقول في مثل هذه الحالة، قول المدين بيمينه، فيقضى له ببراءة ذمته بعد حلفه أنه قضى الدين لصاحبه، والفرق بين الحالتين، أن الوثيقة في حالة ظهورها وكونها بيد المدين بعد ضياعها وسقوطها من يد الدائن، يمكن للشاهد أن يشهد بما فيها فيلزم الدين المدين، ويحتاج من يدعي القضاء إلى البينة لأنه لا يبرأ إلا بالإشهاد، بخلاف حالة اختفاء الوثيقة وعدم ظهورها، فيجعل جانب مدعي القضاء أقوى، فيكون القوي قوله بيمينه في دعواه قضاء الدين، لأن فقد الوثيقة من يد الدائن يعتبر شاهداً للمدين بالقضاء، فيحلف المدين أنه قضى الدين، ويقضى له بذلك^(٣). ولكن هنا إشكال، وهو أن المدين

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام، م ١، ج ٢، ص ٨٣.

وينظر: الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٦، ص ٢٢٧-٢٢٨.

وينظر: عيش، منح الجليل، ج ٦، ص ٧٩.

(٢) ابن فرحون، تبصرة الحكام، م ١، ج ٢، ص ٨٣.

(٣) الخرشي، حاشية الخرشي، ج ٦، ص ٢٢٨-٢٢٩.

وينظر: عيش، منح الجليل، ج ٦، ص ٨٠.

وينظر: العدوي، حاشية العدوي على الخرشي، ج ٦، ص ٢٢٩.

مقر بالدين، ويدعي قضاءه فيلزمه بيان وجه القضاء، وأجيب عن ذلك بأنه لا إشكال لأن الإقرار من المدين بالدين يعارضه عدم وجود الوثيقة الدال على قضاء الدين عرفاً^(١).

المسألة الثانية: ضياع الرهن من يد المرتهن

إذا ادعى المرتهن ضياع الرهن أو سقوطه منه، وصار بعد ذلك إلى يد الراهن أو دفعه المرتهن إلى الراهن، وادعى الراهن قضاء الدين، ويدعي المرتهن عدم استيفاء الدين ولا بينة بينهما، فهل يكون الرهن شاهداً لهذا الطرف أو ذاك في صدق دعواه في حال عدم وجود البينة على القضاء؟ ذهب المالكية إلى أن القول في مثل هذه الحال قول الراهن بيمينه فيقضى له فيبرأ من الدين ولا شيء عليه. جاء في التاج والإكليل من كتب المالكية: قال مالك في الراهن يقبض الرهن ثم قام المرتهن يطلب دينه أو بعضه، فزعم الراهن أنه دفعه إليه وأخذ رهنه فيحلف الراهن ولا شيء عليه^(٢) وعندهم بعض التفصيل في المسألة، وهو إذا ما أقر المرتهن برد الرهن إلى الراهن ثم ادعى المرتهن أنه لم يقبض شيئاً من حقه، فالقول للراهن بيمينه أنه أدى الحق لصاحبه، وأما إذا لم يقر المرتهن بدفع الرهن للراهن وادعى أنه تلف أو سقط منه الرهن وأنكر المرتهن قبض الدين فالقول قوله بيمينه إذا كان قيامه على طلب الحق عن قرب وإلا فالقول للراهن وبرأ من الدين^(٣).

وحد القرب ما كان أقل من عشرة أيام، وحد البعد ما كان عشرة أيام أو أكثر. جاء في منح الجليل: "وقضى لراهن، باعتبار ما كان، وجد بيده رهنه وادعى أنه دفع الدين المرهون فيه واستلمه من مرتته، وأنكر ذلك المرتهن وادعى سقوط الرهن منه، فيقضى للراهن بدفع الدين المرهون فيه، أي بأنه دفعه للمرتهن إن طال الزمان كعشرة أيام وإلا فالقول للمرتهن بلا خلاف"^(٤). وعليه، ففي حال إقرار المرتهن برد الرهن إلى الراهن، ويدعي أنه ما قبض شيئاً من حقه، فالقول قول الراهن بيمينه في قضاء الدين، وفي حال إدعاء المرتهن سقوط الرهن وهو ينكر رد الرهن للراهن، ويدعي عدم استيفاء حقه فالقول قوله بيمينه إن قام بطلب حقه عن قرب وإلا فالقول للراهن في قضاء الدين ولا شيء للمرتهن"^(٥).

(١) عيش، منح الجليل، ج٦، ص٨١.

(٢) المواق، التاج والإكليل، ج٦، ص٦٢٩-٦٣٠.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام، م١، ج٢، ص٨٥-٨٦.

(٤) عيش، منح الجليل، ج٦، ص٧٩.

(٥) الخطاب، واهب الجليل، ج٦، ص٦٢٩-٦٣٠.

المطلب الثاني: الاختلاف في الوثيقة

الاختلاف في الوثائق إما أن يكون في أصل الوثيقة وثبوتها، كأن يدعي البائع مثلاً أنه باع بشرط الإسهاد أو الرهن، أو الكفيل، فينكر المشتري ذلك، وإما أن يختلفا في الحق المستوثق له الذي أخذت الوثيقة في مقابله، كأن يختلفا في قدره أو صفته فمسائل هذا الفرع على قسمين:

القسم الأول: الاختلاف في اشتراط أصل الوثيقة

إذا كان الرهن غير مشروط في العقد وهو ما يعرف برهن المتبرع، فادعى المرتهن الرهن، فأنكر الراهن وقال ما رهنك شيئاً، فالقول قول الراهن بيمينه لأن الأصل عدم العقد والبينة على المدعي واليمين على من أنكر، حتى ولو كان الرهن بيد المرتهن^(١). ويجوز أن يشترط أحد المتعاقدين على صاحبه التوثيق، كأن يشترط البائع على المشتري رهنًا بالثمن أو كفيلًا أو أن يكتب له وثيقة -سنداً أو صكاً أو حجة- جاء في المعنى: "الثاني: تتعلق به مصلحة العاقدين كالأجل، والخيار، والرهن، والضمين، والشهادة... إلى أن قال: فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً"^(٢).

وعليه فإذا تم العقد وفق الشرط، وإلا فإن المشتري يجوز له فسخ العقد وعدم إمضائه^(٣).

(١) الشيرازي، المهذب، ج٣، ص٢٣٣.

وينظر: النووي، روضة الطالبين، ج٣، ص٣٠٠، ص٣٤٩-٣٥٠.

وينظر: ابن قدامة، الكافي، ج٢، ص١١٩.

وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٩٠.

وينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص٣٠٤.

وينظر: ابن قدامة، المعنى، ج٦، ص٢٨٥.

وينظر: السرخسي، المبسوط، ج٧، ص١٣، ص٥١.

وينظر: البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٦١.

وينظر: الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج٣، ص٢١٣.

(٢) ابن قدامة، المعنى، ج٦، ص٣٢٣.

وينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص١٦.

وينظر: الأبي، جواهر الإكليل، ج٢، ص٣٨.

(٣) ابن قدامة، المعنى، ج٦، ص٤٩٩-٥٠١.

وينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص١٦.

وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج٢، ص٣٨٣.

وذهب زفر إلى أن المشتري إذا قبل البيع بشرط أن يدفع رهنا مقابل الثمن فإنه يجبر على ذلك^(١). وهذا قول المالكية في المسألة^(٢).

وهنا بعض التفصيلات في بعض المسائل، منها:

أولاً: يجبر البائع على الإسهاد ويلزمه الإسهاد إذا طلب المشتري من البائع ذلك، ولكن لا يكف البائع الخروج إلى الشاهدين، فإن أحضرهما المشتري أقر بالعقد وشهدا على ذلك أو تعاقدوا بينهما وشهد الشهود على ذلك. وأما إذا طلب المشتري من البائع كتابة صك وثيقة خطية مكتوبة- فإن البائع لا يلزمه ذلك ولا يجبر عليه، لأن كتابة الصك غير واجبة على البائع، وأما إذا كتب المشتري الصك وأتى بالشهود وطلب من البائع الإقرار بصحة ما جاء في الصك من العقد الذي جرى بينهما، فإن البائع يجبر على ذلك ويلزمه الإقرار بحضرة الشهود، فإن أبى فيرفع المشتري الأمر إلى القاضي^(٣).

جاء في كتاب الفتاوي الولوالجية: "رجل باع شيئاً وامتنع عن الإسهاد، يؤمر بأن يشهد شاهدين، هو المختار، لأن المشتري يحتاج إلى الإسهاد"^(٤).

ثانياً: كل من باع عيناً أو ملكاً له أو سلعة، فإنه يلزمه دفع وثائقه إلى المشتري إذا كانت الوثائق بحوزته، أو نسخ مثلها للمشتري، لأنه قد يظهر في المستقبل مطالب أو مستحق لهذه العين أو السلعة، فإذا أراد المشتري الرجوع على البائع بالثمن الذي دفعه له، أنكر البائع البيع فالمصلحة تقتضي أن تكون الوثائق في حوزة المشتري^(٥).

جاء في مواهب الجليل من كتب المالكية: "من ابتاع ملكاً فيجب على البائع دفع وثائقه التي اشترى بها أو نسخها بخطوط البيعة التي فيها، ويلزمه ذلك. فإن أبى وظهرت الوثائق أجبره الحاكم على دفعها أو نسخها على غيره، فإن لم تظهر فللمبتاع الخيار، إن أحب أمضى البيع وإلا رجع في ثمنه"^(٦).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص١٦.

(٢) الأصبحي، المدونة الكبرى، ج٤، ص١٥٥.

وينظر: البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٥٣.

(٣) الولوالجي، الفتاوي الولوالجية، ج٣، ص١٩٨-١٩٩.

(٤) المصدر السابق، ج٣، ص١٩٨-١٩٩.

(٥) الحطاب، واهب الجليل، ج٦، ص٤٤٧.

(٦) المصدر السابق، ج٦، ص٦٢٩-٦٣٠.

وهذا أشبه ما يكون بالإيصال الذي يطلبه المشتري من البائع في العرف السائد في هذه الأيام، فيجب على البائع إعطاء المشتري الإيصال الذي عادة ما يكون مسجلاً فيه السلعة المبيعة وتمنئها، لأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك لأنه من التدابير المشروعة لحماية حق المستهلك، لأن البائع ربما قد يكون غير المشتري في جودة السلعة.

وأما إذا كانت الوثيقة مشروطة في أصل العقد، كأن يقول البائع بعثك بشرط أن تعطيني رهناً والمشتري ينكر ذلك فقولان في المسألة:

القول الأول: ذهب الحنفية وفي رواية عند الحنبلية إلى أن القول قول من ينفي ذلك بيمينه، وذلك لأن الأصل عدم الشرط، وأما من يدعي فعله البينة، وعليه فيكون القول قول المنكر قياساً على أصل العقد^(١).

جاء في المبسوط من كتب الحنفية: "وإذا اختلف البائع والمشتري في اشتراط الخيار فالقول قول الذي ينفيه منهما لأنه متمسك بمقتضى العقد وهو اللزوم، ولأن الخيار مانع لا يثبت إلا بالشرط فالمدعي منهما يدعي شرطاً زائداً والآخر ينكر، فالقول قول المنكر كما في دعوى الرجل"^(٢).

القول الثاني: ذهب المالكية^(٣) والشافعية^(٤) ورواية عند الحنبلية^(٥) أنهما يتحالفتان فإن حلقتا قضى بفسخ العقد بينهما، وأما إن نكل أحدهما فيقضى للحالف منهما، جاء في المهذب من كتب الشافعية: "وإن اختلفا في شرط الخيار أو الأجل أو الرهن أو في قدرها تحالفا"^(٦). واستدل أصحاب هذا القول بقوله صلى الله عليه وسلم: (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه)^(٧). وكل واحد من المتعاقدين في مثل هذه الحال مدع ومدعى عليه فيتحالفتان^(٨).

(١) السرخسي، المبسوط، م، ٧، ج ١٣، ص ٥١.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٢٨٥.

(٢) السرخسي، المبسوط، م، ٧، ج ١٣، ص ٥١.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج ٤، ص ٣٠٤-٣٠٥.

(٤) الرملي، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٦٠.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ٢٨٥.

(٦) الشيرازي، المهذب، ج ٣، ص ١٥٣.

(٧) النيسابوري، صحيح مسلم، باب: اليمين على المدعى عليه، حديث رقم (١٧١١)، ص ٨٦٣.

(٨) الرملي، نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٦٠.

وأميل إلى الأخذ برأي المالكية والشافعية في هذه المسألة لصحة استدلالهم. والله أعلم.

القسم الثاني: الاختلاف في قدر الحق وصفته

الاختلاف في الوثائق إما أن يكون في أصل ثبوتها، كأن يدعي الوثيقة أحد المتعاقدين وينكرها الآخر، أو يشترطها أحد العاقدين وينفيها الآخر وسبق الكلام على هذا القسم، وأما الصورة الأخرى من الاختلاف التي قد تقع بين العاقدين، هي الاختلاف في قدر الحق أو صفته. جاء في الحاوي الكبير من كتب الشافعية: "شرح المذهب في اختلاف الراهن والمرتهن، في الحق، وفي اختلافهما في الرهن"^(١) فجعل الاختلاف إما في قدر الحق وإما في أصل الوثيقة، وتفصيل مسائل هذا الباب يطول ولكن أذكر منها الأهم فالأهم. كاختلاف الشهود في الشهادة والاختلاف في الرهن، والاختلاف بين الكفيل والمكفول والأصيل، والاختلاف في الحوالة.

المسألة الأولى: اختلاف الشهود في الشهادة

إذا اختلفت الشهود في قدر الحق كأن يدعي رجل على آخر أن له عليه ألفي دينار مثلاً ويأتي بالبينة، فيشهد أحد الشهود أن المدعى عليه أقر بألف دينار، وشهد الآخر بأن المدعى عليه أقر بالألفين، فقولان في المسألة:

القول الأول: ذهب جمهور أهل العلم، المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنبلية^(٤) وعند أبي يوسف ومحمد من الحنفية^(٥)، ذهبوا إلى قبول الشهادة، تقبل على الأقل ويثبت للمدعي بها ألف دينار، وللمدعي بعد ذلك أن يحلف اليمين مع الشاهد الآخر -الذي شهد بالألفين- فيقضى له بالألف الأخرى عند من يقول بالقضاء بالشاهد واليمين في الأموال.

جاء في كتاب كشف القناع من كتب الحنبلية: "وإن شهد شاهد أنه أقر له بألف وشهد آخر أنه أقر له بألفين، أو شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد آخر أن له

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٧، ص٣٠٢.

(٢) القراني، النخيرة، ج١٠، ص١٧٦.

(٣) الشيرازي، المهذب، ج٥، ص٦٥٣-٦٥٤.

وينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج٢١، ص٢٦٨.

(٤) البهوتي، كشف القناع، ج٦، ص٤١٥.

(٥) السرخسي، المبسوط، م٨، ج١٦، ص١٢٨.

عليه ألفين كملت بينة الألف وثبت الألف لاتفاقهما عليه كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه، وله أي المدعي أن يحلف مع شاهده على الألف الأخرى لأن المال يثبت بشاهد ويمين^(١).

القول الثاني: ذهب الإمام أبي حنيفة إلى عدم قبول الشهادة ولا يثبت بها شيء لا في قليل ولا كثير، لاختلاف الشاهدين في المشهود به لفظاً.

جاء في المبسوط من كتب الحنفية: "ولو شهد أحدهما على مائة والآخر على خمسين، لم تقبل هذه الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله لاختلاف الشاهدين في المشهود به لفظاً، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، تقبل على الأقل، إذا كان المدعي يدعي الأكثر حتى لا يصير مذبذباً أحد شاهدين"^(٢). وأميل إلى ترجيح رأي الجمهور في هذه المسألة لاتفاق الشهود في إثبات الأقل واكتمال البينة فيها. وأما إذا ادعى المدعي ألفاً فشهد له أحد الشهود بها وشهد الآخر بألفين فلا تقبل الشهادة عند الحنفية لأنه يصير مذبذباً لأحد الشاهدين.

وعند الشافعية روايتان:

الأولى: أن يحلف مع شاهد الألف فيستحقهما، وتسقط شهادة شاهد الألفين كأنها لم تكن أصلاً، لأنه صار مذبذباً له.

الثانية: يثبت له الألف بشهادتهما ويحلف ويستحق الألف الأخرى لأنه يجوز أن يكون له حق فيدعي بعضه، أو أنه لا يعلم بوجود شاهد الألفين فادعى الألف.

وأميل إلى الأخذ بقول الشافعية لصحة القضاء بالشاهد واليمين في الأموال^(٣). والله أعلم

(١) البهوتي، كشف القناع، ج٦، ص٤١٥.

(٢) السرخسي، المبسوط، م٨، ج١٦، ص١٢٨.

(٣) الشيرازي، المهذب، ج٣، ص٦٥٤.

المسألة الثانية: اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الحق

إذا اختلف الراهن والمرتهن في قدر الحق، كان يقول الراهن رهنتك ثوبي هذا مثلاً بألف دينار لك عليّ، فقال المرتهن بل هو رهن بألفين، فقولان في المسألة:

القول الأول: ذهب جمهور أهل العلم، الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنبلية^(٣)، إلى أن القول قول الراهن بيمينه، إلا أن الشافعية فرقوا بين رهن التبرع والرهن المشروط، فقالوا: القول قول الراهن بيمينه في قدر الدين أو الحق المرهون به هذا إذا كان الرهن رهن تبرع، أما إذا كان مشروطاً واختلفا في قدر الحق المرهون به فيتحالفان^(٤).
جاء في بدائع الصنائع من كتب الحنفية: "إذا كان الدين ألف درهم، فاختلف الراهن والمرتهن: بألف، فالقول قول الراهن مع يمينه، لأنه المرتهن يدعي على الراهن زيادة ضمان، وهو ينكر فكان القول قوله، ولو أقاماً البينة، فالبينة بينة المرتهن، لأنها تثبت زيادة ضمان"^(٥).

وجاء في كتاب الكافي من كتب الحنبلية: "إذا قال: رهنتي كذا فأنكر، أو اختلفا في قدر الدين، أو قدر الرهن، فقال: رهنتي هذين، قال: بل هذا وحده، أو قال: رهنتي هذا بجميع الدين، قال: بل بنصفه، أو قال: رهنتيه بالحال، قال: بل بالمؤجل، فالقول قول الراهن، لأنه منكر، والأصل عدم ما أنكره، ولأن القول قوله في أصل العقد، فكذلك في صفته"^(٦).

القول الثاني: ذهب المالكية إلى أن القول قول المرتهن بيمينه إلى قيمة الرهن، إذا اختلف المرتهنان في قدر الحق، وذلك لأن العرف جار بين الناس أنهم لا يرهنون إلا ما يساوي قدر الدين أو يقاربه، فمن ادعى خلاف ذلك فقد خرج عن العرف^(٧).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ٢٥٦.

(٢) الشربيني، معني المحتاج، ج ٣، ص ٩٠.

(٣) ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ١١٩.

وينظر: البهوتي، كشف القناع، ج ٣، ص ٣٥٢.

(٤) الشربيني، معني المحتاج، ج ٣، ص ٩٠.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٨، ص ٢٥٦.

(٦) ابن قدامة، الكافي، ج ٢، ص ١١٩.

(٧) البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج ٢، ص ٥٨٥.

وينظر: القرافي، الذخيرة، ج ٨، ص ١٤٧.

جاء في كتاب المعونة من كتب المالكية: "فأما إن اتفقا على صفته واختلفا في قدر الحق الذي رهن به، فإن المرتهن يحلف على ما يدعيه ثم يثبت له منه قدر قيمة الرهن"^(١).

وأميل إلى ترجيح رأي الجمهور لأن الأصل براءة ذمة الراهن، فيكون القول قوله بيينة لأنه منكر للزيادة، ورأي المالكية وجيه في المسألة إذ جعلوا العرف حكماً فيها لأن عادة الناس أنهم يرهنون قدر الدين، والمرتهن يدعي قدر الرهن لأن العرف يصدقه فيكون القول قوله بيمينه، وهذا قول وجيه ومنطق سديد ومستقيم.

وأما إذا اختلفا في العين المرهونة فالشافعية^(٢) والحنبلية^(٣) ذهبوا إلى أن القول قول الراهن بيمينه، وذهب المالكية إلى أن القول قول المرتهن لأنه مؤتمن على عين الرهن، والراهن يريد تضمينه أمراً لا يعترف به^(٤). وذهب الحنفية إلى القول بتحالف الراهن والمرتهن، فلو قال المرتهن: رهننتي هذين الثوبين، وقال الراهن: رهننت أحدهما، فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه^(٥). وأميل إلى الأخذ بقول الشافعية والحنبلية لأن الأصل قول الراهن في أصل العقد فذلك في صفته أو تحديد نوعه وجنسه يعتبر في ذلك قوله. والله أعلم.

(١) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٥٩-١١٦٠.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٩٠.

(٣) البهوتي، كشف القناع، ج٣، ص٣٥٢.

(٤) البغدادي، المعونة، ج٢، ص١١٦٠-١١٦١.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٨، ص٢٥٦.

المسألة الثالثة: الاختلاف في قدر الحق المكفول به أو المحال به.

من المعروف في قواعد الفقه الإسلامي، أن الأصل براءة الذمة^(١)، وأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر^(٢)، فلو أقرض شخص مالا لإنسان آخر، ثم اختلفا في مبلغ القرض، فالقول للمستقرض^(٣)، كان يدعي المقرض ألفاً والمستقرض يدعي أنها خمسمائة فالقول قوله يمينه لأن المقرض يدعي الزيادة على الخمسمائة التي يقر بها المستقرض وهذه الزيادة خلاف الأصل فوجب إثباتها بالبينة، ووفق هذه القواعد يمكن حل النزاع الحاصل بين الكفيل والأصيل أو الكفيل والمكفول له، فلو ادعى الكفيل أنه كفل بمائة وادعى الأصيل أو المكفول له أنه كفل بمائتين فالقول قول الكفيل يمينه لأن كلا من الأصيل والمكفول له يدعي شغل ذمة الكفيل بمائة زائدة عن المائة التي أقرّ الكفيل بها، والأصل براءة الذمة حتى تقوم البينة على شغلها، فيكون القول قول الكفيل في قدر الحق الذي كفل به قياساً على أصل العقد، كما لو أن الأصيل ادعى على رجل أنه كفليه، فأنكر الكفيل الكفالة فالقول قوله يمينه^(٤).

وكذلك لو اختلف المحيل والمحال، فقال المحيل أحلتك بمائة فادعى المحيل أنه أحاله بمائتين، فالقول للمحيل يمينه، لأن المحال يدعي الزيادة والمحيل ينكرها والأصل براءة ذمته فيكون القول قوله يمينه، وهكذا لو ادعى كل من المحال والمحيل أنها بمائتين وادعى المحال عليه أنها بمائة فقوله يمينه، لأنه ينكر الزيادة والأصل براءة ذمته منها حتى تقوم البينة على شغل ذمته بها.

جاء في كتاب بلغة السالك من كتب المالكية: "إن اختلفا، بأن قال الضامن شرطت الوجه أو أردته وقال الطالب بل المال، كان القول قول الضامن يمين، لأن الطالب يدعي عمارة ذمة، الأصل براءتها"^(٥). والله أعلم

(١) الزرقاء، أحمد، شرح القواعد الفقهية، ص ١٠٥.

(٢) المصدر السابق، ص ٣٦٩.

(٣) المصدر السابق، ص ١١٤.

(٤) المرخسي، المبسوط، م ٧، ج ١٣، ص ٥١.

وينظر: الشريبي، مقني المحتاج، ج ٣، ص ٩٠.

(٥) الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج ٣، ص ٢٨٨.

المسألة الرابعة: الاختلاف في قدر الحق في الوثيقة المكتوبة.

شخص بحوزته وثيقة -صك أو سند أو حجة- مسجل فيها أن الدين قدره كذا وكذا، مائتي دينار مثلا، فادعى من أخذت عليه الوثيقة أن الحق مائة دينار ولا بينة بينهما، فالقول فيما أرى قول الشخص الذي بحوزته الوثيقة بيمينه، فيحلف ويقتضي الحق، وهو مائتي دينار كما جاء في الوثيقة، وأما الشخص الآخر المطلوب منه الحق فيجب عليه أن يقيم البينة على ما يدعيه من أن الحق مائة وليس مائتين ويثبت عملية التزوير التي يدعيها، جاء في صحيح البخاري عن بعض أهل العلم أنهم قالوا: "فإن قال الذي جيء عليه بالكتاب إنه زور، قيل له: اذهب فالتمس المخرج من ذلك"^(١)، وهذا الكلام يعني اعتماد ما جاء في الوثيقة واعتباره أصلا حتى يثبت خلافه بالبينة، ثم إن الوثيقة قد صارت أصلا وأمرًا ظاهرًا والقاعدة الفقهية تقرر أن البينة شرعت لإثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل^(٢)، والأصل الوثيقة في هذه الحالة فكانت اليمين في جانب حاملها، وأما المطلوب منه الحق فإنه يدعي خلاف الظاهر فعليه البينة. والله أعلم

(١) البخاري، صحيح البخاري، باب: الشهادة على الخط المختوم، ص ١٤٣٠.

(٢) الزرقاء، أحمد، شرح القواعد الفقهية، ص ٣٩١.

المبحث الثالث: نهاية عملية التوثيق

تنتهي عملية التوثيق بوصول الحق إلى صاحبه، لأن التوثيق أصلاً إنما شرع لذلك، فمتى صار الحق إلى يد صاحبه، انتهت عملية التوثيق.

جاء في كتاب منهج الطلاب من كتب الشافعية: "وينفك بفسخ مرتهن وببراءة من الدين لا بعضه"^(١)، فمتى برئ المطلوب أو المدين من الدين انتهت عملية التوثيق، والخروج من الدين يكون بعدة أسباب ينتهي بها الدين، مثل، الأداء، والإبراء، والحوالة، والاعتياض عن الدين، والإرث، أو بتصرف الدائن بدينه كأن يجعل الدائن ماله من الدين على المرأة صداقاً لها، أو تجعل المرأة صداقها عوض خلع^(٢)، ففي كل هذه الأحوال يسقط الدين وتنتهي عملية التوثيق، ويترتب على ذلك بعض الأحكام، وتفصيل ذلك في المسائل التالية.

(١) الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج١، ص٣٣٨.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٨٨-٨٩.

وينظر: الرملي، نهاية المحتاج، ج٤، ص٢٩٤-٢٩٥.

وينظر: الجمل، حاشية الجمل، ج٥، ص١٢٠.

المسألة الأولى: انتهاء التوثيق إذا كانت الوثيقة خطية

إذا استوفى الطالب حقه من المطلوب وكان في حوزة الطالب وثيقة خطية مكتوبة، فهل تبقى هذه الوثيقة بيده؟ أم أنها تتلف؟ أم ماذا يفعل بها؟، وهذا بيان لأقوال أهل العلم في المسألة:

القول الأول: ذهب المالكية إلى أن المدين إذا قضى دينه وكان الدين مكتوباً ومسجلاً في وثيقة بيد الدائن، وطلب المدين الوثيقة من الدائن فإنه يجاب إلى ذلك ويقضى له بأخذ الوثيقة حتى لا يقوم الدائن بطلب الدين مرة أخرى، ولكن الأولى أن يخصم عليها، كأن يكتب على ظهرها إقرار الدائن باستيفاء الدين، أو أن يكتب وثيقة أخرى بقضاء الدين وفي كل الأحوال يقضى للمدين بأخذ الوثيقة^(١).

إلا أن الوثيقة إذا كان يثبت بها بعض الحقوق الأخرى فلا يلزم من هي بيده أن يدفعها لغريمه، وذلك مثل وثيقة المهر أو الصداق إذا دفعه الزوج لزوجته وكان قد أعطاهها به وثيقة، فلا يلزم الزوجة إعطاء الوثيقة للزوج أو المطلق لأنها قد تحتاج إلى الوثيقة لأجل إثبات الزواج منه، ولكن يلزمها أن تملّي وثيقة بقبض المهر لأجل أن لا تطالب به مرة أخرى^(٢).

جاء في منح الجليل من كتب المالكية: "وقضى بضم فكسر، أي حكم على رب الدين إذا استوفاه ومعه وثيقة به بأخذ المدين باعتبار ما كان، الوثيقة المكتوبة بالدين عليه من رب الدين أو من تنزل منزلته إذا قضاه حقه وامتنع عن دفعها له لئلا يقوم بها عليه مرة أخرى"^(٣).

وجاء في نفس الكتاب: "لا يقضى على الزوجة أو من نزل منزلتها بدفع وثيقة صداق قضي بضم فكسر - ولا بتقطيعها، هذا هو المشهور المعمول به بل تبقى مخصوصاً عليها لانتفاع الزوجة ووليها بها من حيث الشروط ولحقوق النسب إن اختلف فيه"^(٤).

وعند المالكية رواية أخرى، وهي أن الوثيقة تبقى بيد الدائن ولا يقضى عليه بدفعها للمدين بعد استيفاء حقه، ولكن يلزم الدائن كتاب براءة للمدين من الدين.

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، ج٦، ص٢٢٧.

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي، ج٦، ص٧٨-٧٩.

(٣) عليش، منح الجليل، ج٦، ص٧٨.

(٤) المصدر السابق، ج٦، ص٧٩.

المسألة الثانية: انتهاء التوثيق إذا كانت الوثيقة شهادة.

جاء في الحاوي الكبير من كتب الشافعية: "اعلم أن الشهادة وثيقة تتم بالتحمل وتستوفى بالأداء، فصارت جامعة للتحمل في الابتداء، والأداء في الانتهاء، والشاهد مأمور بها في التحمل والأداء"^(١)، والتحمل والأداء للشهادة من فروض الكفايات على الصحيح^(٢). وحقيقة التحمل، أن يدعى الشاهد ليشهد ويستحفظ الشهادة، وهو من فروض الكفايات كما سبق وأشرت إلى ذلك، فإن كان الشاهد في موضع ليس فيه غيره لتحمل الشهادة تعين عليه تحملها^(٣).

وأما الأداء فحقيقته استدعاء الشاهد ليشهد بما علم واستحفظ من أمر الشهادة^(٤)، ولا تصح الشهادة بغلبة الظن بل لا بد من أن يكون الشاهد على علم بما يشهد به سواء حال التحمل وحال الأداء، وهذا العلم يحصل بالمعاينة ببصره وهذا كالشهادة على الأفعال، مثل القتل، والسرقه، والزنا، والرضاع، وغيرها من الأفعال فلا يصح أن يشهد بها إلا إذا عاينها وشاهدها ببصره ولا تصح الشهادة بها بالسمع والخبر وإن كان شائعاً مستفيضاً، وقد يحصل العلم بالسمع والخبر الشائع في بعض الأمور فيصح أن يشهد بها اعتماداً على السمع وشيوع الخبر واستفاضته وهذا في بعض الأمور، وهي محددة معروفة، وهي: النسب، والملك، والموت^(٥)، وقسم لا يصح أن يشهد به إلا قطعاً باجتماع السماع والمعاينة من أجل أن يصل إلى حد العلم الذي تصح معه الشهادة. وهذا في العقود مثل البيع والنكاح والإجارة، لأن هذه العقود تفتقر إلى معرفة المتعاقدين وهذا لا يكون إلا بالمشاهدة ومعرفة ما تعاقدا عليه إيجاباً وقبولاً وهذا لا سبيل إلى العلم به إلا بالسمع^(٦). فإذا ثبت تحمل الشهادة وفق الشروط المطلوبة للتحمل، فإن الشاهد بعد ذلك إذا طلب منه صاحب الحق أداء الشهادة وجب عليه ذلك، ويكون هذا هو وقت أدائها.

جاء في الحاوي الكبير من كتب الشافعية: "قأما وقت الشهادة فعند استدعائها سواء كانت في حق حال، أو مؤجل، والمستدعي لها هو صاحب الحق إذا كان جائز الأمر، أو الحاكم في حق

(١) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٢١، ص ٥٤.

(٢) المصدر السابق، ج ٢١، ص ٥٤-٥٥.

وينظر: ابن قدامة، المغني، ج ١٤، ص ١٢٤.

(٣) ابن فرحون، تبصرة الحكام، م ١، ج ١، ص ١٧٥-١٧٦.

(٤) المصدر السابق، ج ١، ص ١٧٦.

(٥) الماوردي، الحاوي الكبير، ج ٢١، ص ٣٧.

(٦) المصدر السابق، ج ٢١، ص ٤٢.

الأمر الثاني: الإبراء، يخرج الكفيل عن الكفالة بالإبراء أو ما في معناه، كالصلح مثلاً.

وذلك بأن يصلح الكفيل المكفول له على بعض ما يدعيه، لأن الصلح في معنى الإبراء. إلا أن الطالب أو المكفول له إذا أبرأ الكفيل فلا يبرأ الأصيل، وأما إذا أبرأ الطالب الأصيل فيبرأ الكفيل بذلك وتنتهي الكفالة^(١).

جاء في المغني من كتب الحنبلية: "وإن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه، برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافان لأنه تبع، ولأنه وثيقة، فإذا برئ الأصيل زالت الوثيقة كالرهن، وإن أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه لأنه أصل فلا يبرأ بإبراء التبع، ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها، فلم تبرأ ذمة الأصيل منها كالرهن إذا انسخ من غير استيفائه"^(٢).

وعليه فالكفالة بالمال يخرج عنها الكفيل وتنتهي بالأداء أو الإبراء أو الصلح أو الهبة أو الصدقة به على الكفيل أو المكفول عنه، لأن كلا من الهبة والصدقة بمنزلة الأداء، جاء في بدائع الصنائع من كتب الحنفية: "وكذا إذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الأصيل، لأن الهبة بمنزلة الأداء لما ذكرنا، وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الأصيل لأن الصدقة تملك كالهبة، فكان هو وأداء المال سواء كالهبة"^(٣).

ثانياً: الخروج عن الكفالة بالنفس وانتهائها

يخرج الكفيل بالنفس عن الكفالة بثلاثة أمور تنتهي بعدها الكفالة ويكون الكفيل في حل من كفالته، وهي:

الحالة الأولى: تسليم المكفول بنفسه للطالب المكفول له، فمتى قام الكفيل بتسليم المكفول للطالب برئ من عهدة الكفالة، ويشترط أن يكون التسليم في مكان أو موضع يستطيع المكفول له إحضار المكفول إلى مجلس القاضي بحيث لا يحول شيء بين الطالب والمكفول، ومكان التسليم إما أن يكونا قد اتفقا عليه فيجب التسليم فيه، وإما أن لا يتفقا عليه فالواجب التسليم في مكان العقد فإذا لم يصلح مكان العقد للتسليم ففي

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤٠٦-٤٠٧.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٨٧.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤٠٦.

أقرب موضع منه يصلح لذلك بحيث يقدر الطالب على مخاصمة المكفول والحصول على حقه، ويبرأ الكفيل كذلك بتسليم المكفول للحاكم، وعليه فإذا سلم الكفيل المكفول للطالب في الصحراء مثلاً أو البرية فلا يخرج بذلك عن الكفالة لعدم الانتفاع بالتسليم، ويبرأ الكفيل أيضاً عن الكفالة إذا قام المكفول بتسليم نفسه للطالب أو الحاكم بشرط أن ينكر المكفول أنه يسلم نفسه عن جهة كفالة فلان أو فلان من الناس.

جاء في كتاب كنز الراغبين من كتب الشافعية: ثم إن عيّن مكان التسليم في الكفالة تعيّن، وإلا، أي وإن لم يعيّن، فمكانها يتعيّن، ويبرأ الكفيل بتسليمه في مكان التسليم المذكور بلا حائل كمتغلب، يمنع المكفول له عنه، فمع وجود الحائل لا يبرأ الكفيل، وبأن يحضر المكفول، ويقول المكفول له سلمت نفسي عن جهة الكفيل ولا يكفي مجرد حضوره عن القول المذكور^(١).

إلا أن أبا حنيفة ذهب إلى أن الكفيل إذا سلم المكفول للطالب في مكان يقدر الطالب فيه على إحضار المكفول إلى مجلس القضاء، فإنه يبرأ من الكفالة لأن المقصود من الكفالة حصول الطالب على حقه وهو بهذا التسليم يقدر على ذلك، فلو عيّن الطالب بلداً أو مدينة فقام الكفيل بتسليم المكفول في بلد آخر يمكن الطالب إحضار المكفول إلى مجلس القضاء فيه، فيعتبر تسليماً صحيحاً ويبرأ الكفيل من الكفالة، وإلى مثل هذا ذهب الإمام مالك رحمه الله^(٢).

الحالة الثانية: الإبراء، يخرج الكفيل بالنفس عن الكفالة بالإبراء، فمتى أبرأ الطالب -المكفول له- الكفيل من الكفالة خرج الكفيل عنها وبرئ من عهدها وتبعثها وانتهت الكفالة بذلك^(٣).

(١) المحلي، كنز الراغبين، ص ٢٩١.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٤٠٨.

وينظر: الأصبحي، المدونة الكبرى، ج ٤، ص ٩٧.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٤٠٩.

الحالة الثالثة: الموت، إذا مات المكفول بنفسه انتهت الكفالة لأن الكفالة كانت بمضمون على الأصيل وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل أيضاً وهذا عند الحنفية والشافعية^(١) وذهب المالكية إلى أن موت المكفول بنفسه تسقط به الكفالة لذهاب الذات المكفولة ولكن إذا كان القاضي قد حكم بالغرم على الكفيل قبل موت المكفول، فإن الكفيل يغرم المال إذا كانت الكفالة بالوجه لأجل المال^(٢).
جاء في المغني من كتب الحنبلية: "وجملته إذا مات المكفول به، سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء"^(٣)، وعليه فإذا مات المكفول بنفسه سقطت الكفالة وبرئ الكفيل من عهدها.

المسألة الرابعة: انتهاء التوثيق إذا كانت الوثيقة حوالة

إذا تم عقد الحوالة بين أطرافه، فإن المحيل يبرأ من الدين الواجب عليه للمحال فينتهي الدين بين المحيل والمحال بالحوالة لأن الحوالة كالقضاء للدين^(٤). وهذا محل اتفاق بين جمهور أهل العلم، وذهب زفر إلى أن الحوالة لا توجب براءة المحيل^(٥). جاء في المغني من كتب الحنبلية: "فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء، إلا ما يروى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه، وعن زفر أنه قال: لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان"^(٦)، وأما بالنسبة للمحال والمحال عليه، فعند تمام عقد الحوالة ينتقل الدين إلى ذمة المحال عليه فيصير مديناً للمحال، ويملك المحال مطالبة المحال عليه بالدين^(٧). وعليه فالمحال عليه يصير مديناً للمحال لا يبرأ من الدين إلا بالأداء، فإذا دفع المحال عليه الدين للمحال انتهت الحوالة لأنه لا فائدة في بقائها بعد انتهاء حكمها، وكذلك يبرأ المحال عليه من

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤٠٩.

وينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج٨، ص١٤٨.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج٤، ص٥٦٣.

وينظر: عليش، منح الجليل، ج٦، ص٢٤٢.

(٣) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص١٠٥.

(٤) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٨، ص٩٤.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤٢٠.

(٦) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٦٠.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، ص٤٢٢.

الدين، إذا وهب المحال الدين للمحال عليه، أو تصدق به على المحال عليه أو أبراه منه أو أن يموت المحال فيبرئه المحال عليه، ففي كل هذه الأحوال يبرأ المحال عليه من الدين وينتهي بذلك عقد الحوالة، إلا أن الجمهور اختلفوا فيما لو أفلس المحال عليه ومات مفلساً، هل يرجع المحال على المحيل؟ ذهب الحنفية إلى أن المحال يملك الرجوع على المحيل في هذه الحالة^(١). وذهب الشافعية إلى عدم جواز الرجوع^(٢)، وذهب المالكية إلى جواز رجوع المحال على المحيل في حالة تغرير المحيل بالمحال حيث يذكر له أن المحال عليه موثر فيجده معسراً أو مفلساً فيرجع على المحيل^(٣)، وذهب الحنبلية إلى أن المحال إذا اشترط يسار المحال عليه فوجده معسراً أو مفلساً فله الرجوع على المحيل^(٤). وهذا كله حرصاً على حق المحال حتى لا يضيع عليه. والله أعلم.

المسألة الخامسة: انتهاء التوثيق إذا كانت الوثيقة رهناً

إذا قضى الراهن المدين الدين أو برئ من الدين بأي طريق كان، وذلك كأن يتصدق المرتهن الدائن عليه بالدين أو يهبه له فيبرأ المدين من الدين، فالواجب عند ذلك رد العين المرهونة إلى صاحبها، وإن بقيت عند المرتهن فهي أمانة من الأمانات، وأما إذا امتنع المرتهن من دفع الرهن إلى صاحبه بعد قبض الدين من غير عذر فيصير ضامناً، لأنه والحال هذه، يكون غاصباً^(٥). وينتهي الرهن كذلك بالإقالة والهبة والصدقة، وينتهي كذلك ببيع العين المرهونة^(٦)، وإذا كان الرهن مما يسرع إليه الفساد قبل حلول أجل الدين فإنه يباع ويكون ثمنه رهناً مكانه حفظاً للوثيقة ما أمكن^(٧). وكذلك إذا تلفت العين المرهونة من غير تفريط من المرتهن فيبطل الرهن^(٨). ولكن يجب مراعاة الخلاف هل يهلك أمانة أم مضموناً. وينتهي الرهن كذلك بفسخه كأن يقوم المرتهن

(١) المصدر السابق، ج٧، ص٤٢٣.

(٢) الماوردي، الحاوي الكبير، ج٨، ص٩٤.

(٣) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص٢٤٣.

(٤) ابن قدامة، المغني، ج٧، ص٦٠.

(٥) ابن قدامة، المغني، ج٦، ص٥٢٣-٥٢٤.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٨، ص٢٤٩-٢٥٠.

(٧) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٥١.

(٨) المصدر السابق، ج٣، ص٨٨.

برد العين المرهونة إلى الراهن قبل أن يستوفي حقه^(١). وينتهي كذلك بالحوالة سواء كانت من الراهن للمرتهن أو من المرتهن لغريمه على الراهن^(٢). وكذلك ينفك الرهن بالاعتياض عن الدين عيناً فيبرأ المدين عندها من الدين فينفك الرهن بذلك^(٣).
جاء في فتح الوهاب من كتاب الشافعية: "وينفك الرهن بفسخ مرتهن ولو بدون رضا الراهن لأن الحق له وهو جائز من جهته، وببراءة من الدين، بأداء أو إبراء أو حوالة أو غيرها - كإرث أو اعتياض - لا ببراءة من بعضه فلا ينفك شيء من المرهون"^(٤). والله أعلم

والحمد لله الذي أعانني على كتابة هذه الرسالة
وأسأل الله أن يفك رهاتنا وأن يجعلنا من أصحاب اليمين
وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

(١) المصدر السابق، ج٣، ص٨٨-٨٩.
(٢) الجمل، حاشية الجمل، ج٥، ص١٢٠.
(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ج٣، ص٨٩.
(٤) الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج١، ص٣٣٨-٣٣٩.
وينظر: الجمل، حاشية الجمل، ج٥، ص١٢٠.

الخاتمة

الشريعة الإسلامية عرفت نظام التوثيق ، توثيق الحقوق بمختلف أنواعها . وندبت وأرشدت إلى الأخذ به وفي بعض الأحيان جعلت الشريعة الأخذ بالتوثيق أمراً واجباً لا بد منه يؤاخذ المرء بتركه ، وبعد جمع المسائل الفقهية المتعلقة بهذا النظام والمبدأ الإسلامي العظيم ، توصلت إلى النتائج التالية التي أجملها في خاتمة هذا البحث وهي :

١. أشهر وسائل التوثيق التي أقرتها الشريعة الإسلامية خمسة وهي : الشهادة ، والمكاتبة ، والرهن ، والكفالة ، والحوالة ، وهناك غيرها ، مثل عقد بيع الوفاء ، والإجارة المنتهية بالتملك ، والتوثيق بالتأمين ، وغيرها .

٢. الشهادة والكتابة وسيلتان لتوثيق جميع الحقوق المعتمدة شرعاً . وأما الرهن والكفالة والحوالة ، فهي وسائل تعتبر من العقود التي أقرتها الشريعة للتوثيق . وهذه الوسائل تختص ببعض الحقوق دون بعض ، إذ لا يمكن من خلالها توثيق جميع الحقوق ، فالحق غير المالي لا يمكن توثيقه بالرهن فلا يجوز أخذ الرهن في مقابل حق الشفعة مثلاً .

٣. هناك فرق جوهري بين التوثيق والإثبات لأن موضوع كل واحد منهما يختلف عن الآخر ، فموضوع الإثبات ينحصر في الحجج الشرعية التي يمكن من خلالها إثبات الحق عند النزاع ، وأما التوثيق فينحصر موضوعه في الوسائل التي يمكن من خلالها توثيق جانب صاحب الحق للحصول على حقه كالشهادة ، والكتابة ، والرهن ، والكفالة .

٤. التوثيق قد يكون واجباً بمعنى أنه شرط في صحة العقد وذلك مثل الشهادة في عقد النكاح . وقد يكون واجباً بمعنى ترتب الضمان على تاركه وهذا في بعض المسائل . مثل وصي اليتيم إذا ترك الإسهاد عند دفع المال للأيتام ، أو الوديع إذا ادعى رد الوديعة وكان قد قبضها بحضور الشهود ، وكذلك الوكيل بقضاء الدين والإيداع ، إذا أنكر الدائن أو الوديع القبض فإنهم يغرمون المال عند بعض أهل العلم لتفريطهم .

٥. المطلوب منه الحق له أن يمتنع عن إقباض الحق ودفعه إذا كان لا يقبل قوله في الرد حتى تحضر البيعة . مثل الدفع إلى وكيل صاحب الحق في القبض ، لأنه يدفع الحق إلى غير اليد التي انتمته ولا يقبل القول على الغير إلا بالبيعة .

٦. التوثيق قد يكون محرماً ، وذلك مثل توثيق العقود المحرمة كبيع الخمر والميتة أو العقود الربوية ، أو العقود التي يترتب عليها أكل أموال الناس بالباطل كالغصب . أو كسب المال من القمار أو المراهنات الباطلة .

١٦. يجوز توثيق الحق إذا كان التزام فعل أو عمل بالشهادة والكتابة ويجوز اخذ الرهن والكفالة به إذا تعلق بالذمة .

١٧. الحقوق غير المالية يجوز توثيقها بالكتابة والشهادة وتصح الكفالة بيد من هي عليهم ولا يصح اخذ الرهن في مقابل الحقوق غير المالية لعدم القدرة على استيفائها من العين المرهونة .

١٨. وسائل التوثيق المشروعة من شهادة وكتابة ورهن وكفالة وحوالة تعطي امتيازات لصاحب الحق بحيث يحفظ حقه من خلالها خوفاً من جحود الحق ونكرانه ، أو موت المطلوب منه الحق أو إفلاسه أو مطله أو إفساره .

١٩. جمهور أهل العلم على أن الواجب في حال كساد النقود أو انقطاعها رد المثل وذهب الإمام أبو يوسف من الحنفية إلى وجوب رد القيمة في حال كساد النقود أو انقطاعها أو رخصها . وتجب القيمة يوم وقع البيع أو القرض . والحنبلية قالوا إنما يجب رد القيمة في حالة واحدة ، وهي إذا ما حرم السلطان أو منعت الدولة التعامل بالنقد .

٢٠. العملات النقدية المتداولة في أيامنا تعتبر من المثليات ، والمثلي إذا عز أو عدم وجب رد قيمته وهذه القاعدة مطردة في كل المثليات إذا عدت .

٢١. يجوز في الشرع أن تتزاحم التوثيقات على المحل الواحد سواء كانت هذه التوثيقات مختلفة أو متفقة إذا كان الحق يصح توثيقه بكل وسيلة على حدة لأن الحق قد تصح فيه الكفالة ولا يصح فيه الرهن كضمان الدرك ولكن إذا صح فيه الرهن وصحت فيه الكفالة كالدين مثلاً فيجوز لصاحب الحق أن يأخذ رهناً في مقابل الدين ويطالب المدين بكفيل أيضاً . وكذلك له أن يطلب أكثر من رهن وأكثر من كفيل في مقابل الحق الواحد .

٢٢. يصح رهن الدين عند المالكية ولا يصح رهنه عند جمهور أهل العلم وكذلك لا يصح عند جمهور أهل العلم رهن المنافع لأنها تهلك شيئاً فشيئاً فلا يستطيع المرتهن أن يستوفي حقه منها .

٢٣. يصح رهن الشيء المجهول عند المالكية مثل أن يرهن ثمرة هذا البستان في هذا العام أو في العام المقبل قبل وجود الثمرة ، وقالوا إن شيئاً أفضل من لا شيء .

٢٤. بيع الوفاء حقيقته احتفاظ طرفي العقد بحق التراد في العوضين وهو عقد غير جائز عند جمهور أهل العلم وذهب بعض المتأخرين من الحنفية إلى جوازه .

٢٥. عقد الإجارة المنتهية بالتملك وحقيقته أن يقوم شخص بتأجير عين مده معينة من الزمن حتى إذا قام المستأجر بدفع أقساط الإجارة ملك العين المستأجرة فهو يبيع بصورة إجارة وهذا العقد غير جائز ، وأجازه بعض المعاصرين .
٢٦. السفنجة كلمة فارسية ، وحقيقة السفنجة ، أنها قرض من أجل سقوط خطر الطريق فيقرض في بلد ليستوفي في بلد آخر وهذا من باب القرض الذي جرّ نفعاً فلذلك ذهب الجمهور إلى عدم جوازها ، وفي رواية عن الإمام أحمد أنها جائزة ولا بأس من الأخذ بهذا الرأي .
٢٧. يجوز حبس العين في حالات عديدة لكي يستوفي صاحب الحق حقه . فيجوز حبس العين المبيعة من أجل استيفاء الثمن في حال حلول الثمن أما إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً فلا يجوز حبس العين المبيعة حتى يستوفي الثمن أو يستوفي القسط الأخير . ويجوز للأجير المشترك حبس العين حتى يستوفي الأجرة .
٢٨. يجوز عند الملكية والحنفية جعل العين المبيعة رهناً في مقابل الثمن وعند الشافعية والحنبلية هذا الأمر غير جائز .
٢٩. يمين الاستظهار ، وهي اليمين التي يطلبها الحاكم من المدعي بعد إثباته ما يدعيه بالبينة ، والمذاهب الأربعة أقرت الأخذ بها . احتياطاً لحفظ الحقوق .
٣٠. الحبس قد يكون للعقوبة وقد يكون احتياطاً لمعرفة حال المحبوس من أجل الوقوف على حقيقة المتهم كما هو الحال في حبس المدين ليتحقق القاضي من إعساره .
٣١. التزوير قد يكون في الشهادة الكاذبة وهي شهادة الزور وقد يكون باليمين وهي اليمين الغموس وقد يكون في الوثيقة المكتوبة ويثبت التزوير بعدة أمور منها إقرار الشاهد أو المزور بالتزوير ، ويثبت من جهة الواقع كأن يشهد على رجل أنه ميت ، فيظهر أنه حي ويثبت بالحجج الشرعية المعتبرة من البيئات .
٣٢. القضاء وفق الوثائق والشهادات المزورة غير معتبر شرعاً فقضاء القاضي وفق هذه الحجج لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً فمن قضى له أحد القضاء وفق هذه الحجج المزورة ينبغي عليه أن يرد الحق لصاحبه ولا يحل له أخذ شيء بهذا القضاء أو تملكه .
٣٣. ضياع الوثيقة لا يبطل الحق ، ولا يسقط الحق بسقوط الوثيقة فلو مات الكفيل فالحق يبقى على الأصيل ولو ضاعت الوثيقة المكتوبة فالحق لا يسقط بضياعها .
٣٤. تنتهي عملية التوثيق عند استيفاء صاحب الحق لحقه فيبرأ الكفيل من الكفالة وينبغي على المرتهن أن يرد الرهن .

٣٥. هناك عدة طرق يسقط بها الحق ، كالإداء والإبراء والهيئة والصدقة والصلح وغيرها ، فإذا سقط الحق عن المطلوب منه انتهت عملية التوثيق .

هذه أهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث

التوصيات

أولاً : إن تفعيل دور الفقه الإسلامي في ضبط المعاملات المالية ، والتصرفات والوقائع الشرعية أمر في غاية الأهمية بما فيه من النفع والخير الذي يعود على جميع أفراد المجتمع ، وعليه فأتوجه إلى المؤسسات التجارية ، كالبنوك الإسلامية ، وغيرها من المؤسسات أو الجمعيات العاملة في مجال الاقتصاد والمعاملات المالية ، أن تضبط معاملاتها وفق أحكام الشرع الحنيف ، وأن تعمل على توثيق هذه المعاملات حفظاً لحقوق عملائها ، من خلال لجان الرقابة الشرعية وذلك بالتعاون معها باستشارتها لمعرفة أحكام المعاملات التي تجريها هذه المؤسسات والشركات والجمعيات .

ثانياً : وأتوجه كذلك إلى لجان الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية ، وسائر المؤسسات التجارية الأخرى ، أن تعمل جاهدة من أجل تطوير أعمال البنوك الإسلامية والمؤسسات التجارية الأخرى ، وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، وذلك من خلال طلب الأبحاث المتخصصة من المتخصصين في مجال الاقتصاد الإسلامي ، واستشارة المتخصصين في مجال الفقه الإسلامي في الإشكالات أو المعاملات المستحدثة لمعرفة الأحكام الشرعية المتعلقة بهذه المعاملات ، وعلى هذه المؤسسات أن تجري معاملاتها وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، وأن لا تخرج في معاملاتها عن أحكام الشريعة لأن ذلك أقرب للتقوى .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المصادر والمراجع

📖 القرآن الكريم .

📖 الأبي ، محمد بن خليفة لوشتاني ، إكمال إكمال المعلم شرح صحيح مسلم ، ط١ ، (اعتنى به: محمد سالم هاشم) ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.

📖 الاسنوي ، عبد الرحيم بن الحسن ، طبقات الشافعية ، ط١ ، (تحقيق : كمال يوسف الحوت) دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٨٧م .

📖 إسماعيل ، محمد بكر، ١٩٩٧م، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ، ط١ ، القاهرة، دار المنار.

📖 الاصبحي ، مالك ابن أنس ، الموطأ ، برواية أبي مصعب الزهري المدني ، ط٣ ، (تحقيق: د. بشار عواد معروف وآخرون) مؤسسة الرسالة ، بيروت، ١٩٩٨م.

📖 الاصبحي ، مالك ابن أنس ، المدونة الكبرى ، ط١ ، برواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن ابن القاسم ، (اعتنى به : الأستاذ احمد عبد السلام)، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م.

📖 الأنصاري ، زكريا بن محمد ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، ط١ ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٩٩٨م.

📖 الأنصاري ، زكريا بن محمد ، اسنى المطالب شرح روض الطالب ، ط١ ، (اعتنى به: محمد محمد تامر) ، دار الكتب العلمية ، بيروت: ٢٠٠١م.

📖 ابن جزى ، محمد ابن احمد ، القوانين الفقهية ، ط١ ، (اعتنى به : محمد أمين الضناوي)، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨م .

📖 ابن الحاجب ، جمال الدين بن عمر ، جامع الأمهات ، ط١ ، (تحقيق : أبو عبد الرحمن الأخضر الاخضري) ، اليمامة للطباعة، دمشق - بيروت ، ١٩٩٨م .

📖 ابن حزم ، علي بن احمد ، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والمعتقدات ، ط٢ ، دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، ١٩٨٠م .

📖 ابن رشد ، محمد بن احمد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ط١ ، (تحقيق : الشيخ علي محمد معوض ، والشيخ عادل احمد عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٩٦م.

📖 ابن عابدين ، محمد أمين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ط١ ، (تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود ، والشيخ علي محمد معوض) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م.

- 📖 ابن عابدين، محمد أمين، مجموعة رسائل ابن عابدين ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 📖 ابن عاشور ، محمد طاهر ، ٢٠٠١م، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ط ٢ ، (تحقيق دراسة : محمد الطاهر الميساوي) ، عمان : دار النفائس .
- 📖 ابن العربي ، محمد بن عبد الله ، أحكام القرآن ، (اعتنى به : محمد عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٩٩٦م .
- 📖 ابن العربي ، محمد بن عبد الله ، القبس في شرح موطن ابن أنس ، ط ١ ، (تحقيق : أيمن نصر الأزهرى ، وعلاء إبراهيم الأزهرى) ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٩٨م .
- 📖 ابن عطية ، عبد الحق بن غالب ، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز ، ط ١ ، (تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٣م .
- 📖 ابن قدامة ، عبد الله بن احمد ، المعنى ، ط ٢ ، (تحقيق : د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، د. عبد الفتاح محمد الحلو) ، دار هجر ، القاهرة ، ١٩٩٢م .
- 📖 ابن قدامة ، عبد الله بن احمد ، الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل ، (تحقيق : سعيد محمد اللحام وآخرون) ، دار الفكر العربي ، بيروت ، ١٩٩٢م .
- 📖 ابن قدامة ، محمد بن احمد ، الشرح الكبير على متن المقنع ، دار الفكر، بيروت .
- 📖 ابن قيم الجوزيه ، محمد بن أيوب ، شرح سنن أبي داود ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٩٩٠م .
- 📖 ابن قيم الجوزيه ، محمد بن أيوب ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، ط ١ ، (تحقيق: الأستاذ سيد عمران) ، دار الحديث ، القاهرة ، ٢٠٠٢م .
- 📖 ابن كثير ، إسماعيل بن عمر ، تفسير القرآن العظيم ، ط ١ ، (اعتنى به : محمد حسن شمس الدين)، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨م .
- 📖 ابن مازة ، محمود بن احمد ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني ، ط ١ ، (تحقيق : عبد الكريم سامي الجندي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٤م .
- 📖 ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع ، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٠م.
- 📖 ابن الملقن ، عمر بن علي ، عجلة المحتاج إلى توجيه المنهاج ، (تحقيق : عز الدين هشام البدراني) ، دار الكتاب ، اربد ، ٢٠٠١م .
- 📖 ابن منظور ، محمد بن مكرم ، لسان العرب ، (تحقيق الأساتذة : عبد الله الكبير ، محمد احمد حسب الله ، هاشم محمد الشاذلي) ، دار المعارف ، القاهرة .

- 📖 ابن المنذر ، محمد بن إبراهيم ، الإجماع ، ط ١ ، (تحقيق : عبد الله عمر البارودي) مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت ، ١٩٨٦ م .
- 📖 ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ط ١ ، (اعتنى به : الشيخ زكريا عميرات) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م .
- 📖 ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، الأشباه والنظائر ، ط ١ ، (تحقيق : محمد مطيع الحافظ) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٣ م .
- 📖 ابن النقيب ، احمد بن النقيب ، عمدة السالك وعدة الناسك ، (اعتنى به : عبد الله بن إبراهيم الأنصاري) ، المكتبة العصرية ، صيده - بيروت ، ١٩٩٥ م .
- 📖 ابن هبيرة ، يحيى بن محمد ، الإفصاح عن معاني الصحاح ، ط ١ ، (تحقيق : محمد حسن إسماعيل) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦ م .
- 📖 ابن الهمام ، محمد بن عبد الواحد السيواسي ، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي ، ط ١ ، (اعتنى به : الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي) ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٩٩٥ م .
- 📖 أبو جيب ، سعدي ، ١٩٨٨ م ، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا ، دمشق ، دار الفكر .
- 📖 أبو حيان ، محمد بن يوسف ، تفسير البحر المحيط ، ط ١ ، (تحقيق : الشيخ عادل احمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض وآخرون) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٣ م .
- 📖 أبو زهرة ، محمد ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، القاهرة : دار الفكر العربي .
- 📖 بك ، احمد إبراهيم ، ١٩٣٩ م ، علم أصول الفقه ، القاهرة : دار الأنصار .
- 📖 الباجي ، سليمان بن خلف ، المنتقى شرح موطأ مالك ، ط ١ ، (تحقيق : عبد القادر احمد عطا) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٩ م .
- 📖 البخاري ، محمد بن إسماعيل ، صحيح البخاري ، (حقق أصوله : طه عبد الرؤوف سعد) مكتبة الإيمان ، المنصورة ، ٢٠٠٠ م .
- 📖 البخاري ، عبد العزيز بن أحمد ، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ، ط ٣ ، (اعتنى به : محمد المعتصم بالله البغدادي) ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٩٧ م .
- 📖 بدران ، بدران أبو العنين ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، بيروت : دار النهضة العربية .
- 📖 ألبعلي ، محمد بن أبي الفتح ، المطلع على أبواب المقنع ، (اعتنى به : محمد بشير الادلبي) المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٨١ م .

📖 البغدادي ، عبد الوهاب بن علي ، المعونة على مذهب عالم المدينة ، (تحقيق : حميش عبد الحق) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٥م .

📖 البغدادي ، عبد الوهاب بن علي ، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ، ط ١ ، (اعتنى به : الحبيب بن طاهر) ، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٩٩٩م .

📖 البغوي ، حسين بن مسعود ، التهذيب في فقه الإمام الشافعي ، ط ١ ، (تحقيق : الشيخ عادل احمد عبد الموجود ، والشيخ علي محمد معوض) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م .

📖 البكري ، علي بن خلف ، شرح ابن بطلال على صحيح البخاري ، ط ١ ، (تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣م .

📖 ألبناني ، محمد بن الحسن ، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني ، أو حاشية البناني على شرح الزرقاني ، ط ١ ، (اعتنى به : عبد السلام محمد أمين) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢م .

📖 البهوتي ، منصور بن يونس ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، (اعتنى به : هلال مصيلحي) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٢م .

📖 البهوتي ، منصور بن يونس ، الروض المربع بشرح زاد المستقنع ، (اعتنى به : احمد محمد شاکر ، علي محمد شاکر) ، مكتبة دار التراث ، القاهرة .

📖 البوطي ، محمد سعيد ، ١٩٩٤م ، قضايا فقهية معاصرة ، ط ٥ ، دمشق : مكتبة الفارابي .

📖 البيجرمي ، سليمان بن محمد ، تحفة الجيب على شرح الخطيب - حاشية البيجرمي - ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦م .

📖 البيجوري ، إبراهيم ، حاشية الشيخ إبراهيم البيجوري على شرح ابن القاسم الغزي على متن ابن شجاع - حاشية البيجوري - ط ١ ، (اعتنى به : محمد عبد السلام شاهين) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م .

📖 بيرم ، أبو عبد الله محمد ، الوفاء بما يتعلق ببيع الوفاء ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الدورة السابعة ، عدد (٧) ، ١٩٩٢م .

📖 البيهقي ، احمد بن الحسين ، السنن الكبرى ، ط ١ ، (تحقيق : محمد عبد القادر عطا) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م .

📖 الترمذي ، محمد بن عيسى ، سنن الترمذي ، ط ١ ، (تحقيق : محمود محمد نصار) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م .

📖 التهانوي ، ظفر احمد ، إعلاء السنن ، ط ١ ، (تحقيق : حازم القاضي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٧م .

📖 الجرجاني ، علي بن محمد ، كتاب التعريفات ، ط ٢ ، (تحقيق : إبراهيم الأبياري) ، دار الكتب العربية ، بيروت ، ١٩٩٢م .

📖 الجزري ، علي بن محمد بن الأثير ، أسد الغابة في معرفة الصحابة ، ط ١ ، (تحقيق : الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م .

📖 الجصاص ، احمد بن علي ، أحكام القرآن ، ط ١ ، (اعتنى به : عبد السلام محمد علي شاهين) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م .

📖 الجمل ، سليمان بن عمر ، حاشية الجمل على شرح المنهج ، ط ١ ، (اعتنى به : الرزاق غالب المهدي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦م .

📖 الحصكفي ، محمد بن علي ، الدر المنتقى في شرح المنتقى ، ط ١ ، (اعتنى به : خليل عمران المنصور) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م .

📖 ألحصني ، تقي الدين بن محمد ، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار ، ط ١ ، (تحقيق : علي عبد الحميد بلطه جي ، والشيخ محمد وهبي سليمان) ، دار الخير ، بيروت ، ١٩٩٢م .

📖 حمّاد ، نزيه ، ١٩٩٠م ، دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي ، ط ١ ، الطائف : دار الفاروق .

📖 حمادة ، فاروق ، ٢٠٠٠م ، منهج البحث في الدراسات الإسلامية تأليفاً وتحقيقاً ، ط ١ ، دمشق : دار القلم .

📖 حيدر ، علي ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، (تعريب المحامي : فهمي الحسيني) ، بيروت : دار الكتب العلمية .

📖 الخرشي ، محمد بن عبد الله ، حاشية الخرشي على مختصر خليل ، ط ١ ، (اعتنى به : الشيخ زكريا عميرات) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م .

📖 الخضري ، محمد ، ٢٠٠١م ، أصول الفقه ، ط ١ ، القاهرة : دار الحديث .

📖 الخطابي ، حمد بن محمد ، معالم السنن شرح سنن أبي داود ، ط ١ ، (اعتنى به : الأستاذ عبد السلام عبد الشافي مجمد) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩١م .

📖 الدسوقي ، محمد بن احمد ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ط ١ ، (اعتنى به : محمد عبد الله شاهين) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦م .

📖 الذهبي ، محمد بن احمد ، سير أعلام النبلاء ، ط٧ ، (تحقيق : الشيخان شعيب الارنؤوط ، محمد نعيم العرقسوسي) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٠م .

📖 ذياب ، زياد صبحي ، ٢٠٠٢م ، تقديم لكتاب : نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة ، تأليف : مجيد محمود أبو حجر ، ط١ ، عمان : الدار العلمية الدولية للنشر ، ودار الثقافة .

📖 الرازي ، محمد بن عمر ، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٠م .

📖 الرازي ، محمد بن عبد القادر ، مختار الصحاح ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت ١٩٩٥م .

📖 الرازي ، أحمد بن علي ، مختصر اختلاف العلماء ، ط١ ، (تحقيق : عبد الله نذير أحمد) دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ١٩٩٥م .

📖 الرافعي ، عبد الكريم بن محمد ، العزيز شرح الوجيز ، ط١ ، (تحقيق : الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل احمد عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م .

📖 الرملي ، محمد بن احمد ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ط٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣م .

📖 الروكي ، محمد ، ١٩٩٨م ، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف ، ط١ ، دمشق : دار القلم .

📖 الزحيلي ، محمد ، ١٩٩٤م ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية وفي المعاملات المدنية وفي الأحوال الشخصية ، ط٢ ، الرياض : مكتبة المؤيد .

📖 الزحيلي ، وهبي ، ٢٠٠١م ، أصول الفقه الإسلامي ، ط٢ ، بيروت : دار الفكر المعاصر .

📖 الزحيلي ، وهبي ، ٢٠٠٣م ، بحوث فقهيه من الهند ، ط١ ، بيروت : دار الكتب العلمية .

📖 الزرقا ، مصطفى احمد ، ١٩٦٨م ، المدخل الفقهي العام ، ط٩ ، بيروت : دار الفكر .

📖 الزرقا ، مصطفى احمد ، ١٩٩٩م ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، ط١ ، دمشق : دار القلم .

📖 الزرقا ، احمد بن محمد ، ١٩٨٩م ، شرح القواعد الفقهية ، ط٢ ، اعتنى به : الشيخ مصطفى الزرقا ، دمشق : دار القلم .

📖 الزرقا ، مصطفى احمد ، ١٩٩٩م ، فتاوى مصطفى الزرقا ، ط١ ، اعتنى به : مجد احمد مكي ، دمشق : دار القلم .

الزرقاني ، عبد الباقي بن يوسف ، شرح الزرقاني على مختصر خليل ، ط ١ ، (اعتنى به : عبد السلام محمد أمين) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢م .

الزرقاني ، محمد بن عبد الباقي بن يوسف ، شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك ، بيروت : دار الكتب العلمية .

الزركشي ، محمد بن بهادر بن عبد الله ، المنثور في القواعد ، ط ١ ، (تحقيق : محمد حسن إسماعيل) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م .

الزركلي ، خير الدين ، ١٩٩٧م ، الأعلام قاموس تراجم ، ط ١٢ ، بيروت : دار العلم للملايين .

الزمرخري ، جاد الله محمود بن عمر ، أساس البلاغة ، معجم في اللغة والبلاغة ، ط ١ ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت ١٩٩٦م .

زيدان ، عبد الكريم ، ٢٠٠٠م ، نظرات في الشريعة الإسلامية ، ط ١ ، بيروت : مؤسسة الرسالة .

الزيلعي ، عثمان بن علي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ط ١ ، (تحقيق : الشيخ احمد عزو عنايه) دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠م .

السالوس ، علي احمد ، ٢٠٠٥م ، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي ، ط ٨ ، قطر : دار الثقافة .

السبكي ، عبد الوهاب بن علي ، طبقات الشافعية الكبرى ، ط ٢ ، (تحقيق : د. محمود محمد الطناجي ، د. عبد الفتاح محمد الحلوي) ، دار هجر للطباعة ، القاهرة ، ١٩٩٢م .

السجستاني ، سليمان بن الأشعث ، سنن ابي داود ، ط ١ ، (تحقيق : محمد عبد العزيز الخالدي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١م .

السرخسي ، محمد بن ابي سهل ، المبسوط ، ط ١ ، (تقديم : الشيخ خليل محي الدين الميس) ، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠٠٠م .

السلمي ، عبد العزيز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، دار المعرفة ، بيروت .

السمرقندي ، محمد بن يوسف ، الفقه النافع ، ط ١ ، (تحقيق : د. محمد العبود) ، مكتبة العبيكان ، الرياض ، ٢٠٠٠م .

السمرقندي ، محمد بن احمد ، تحفة الفقهاء ، ط ٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٣م .

- 📖 السنهوري ، عبد الرزاق ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، بيروت : دار إحياء التراث العربي .
- 📖 سوار ، محمد وحيد الدين ، ١٩٩٨م ، الشكل في الفقه الإسلامي ، عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر .
- 📖 السيوطي ، عبد الرحمن بن الكمال ، تاريخ الخلفاء ، (تحقيق : محمد محي الدين عبد الحميد) ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٨٨م .
- 📖 السيوطي ، عبد الرحمن بن الكمال ، الأشباه والنظائر في قواعد فقه الشافعية ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٣م .
- 📖 السيوطي ، عبد الرحمن بن الكمال ، الدر المنثور في التفسير المأثور ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٠م .
- 📖 السيوطي ، عبد الرحمن بن الكمال ، شرح التنبيه ، ط ١ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٦م .
- 📖 السيوطي ، عبد الرحمن بن الكمال ، الحاوي للفتاوي ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٤م .
- 📖 الشاطبي ، إبراهيم بن موسى ، الموافقات في أصول الشريعة ، ط ٢ ، (شرح وتعليق : الشيخ عبد الله دراز) ، دار المعرفة للطباعة ، بيروت ، ١٩٩٦م .
- 📖 شبير ، محمد عثمان ، ٢٠٠١م ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، ط ٤ ، عمان : دار النفائس .
- 📖 شبير ، محمد عثمان وآخرون ، ١٩٩٨م ، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة ، ط ١ ، عمان : دار النفائس .
- 📖 الشربيني ، محمد بن محمد الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ط ١ ، (تحقيق : علي محمد معوض ، عادل عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م .
- 📖 الشربيني ، محمد بن محمد الخطيب ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، ط ١ ، (تحقيق : علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م .
- 📖 الشرقاوي ، عبد الله بن حجازي ، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح الباب ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م .
- 📖 الشريف ، صالح ، صورة الحوالة بالمنفعة ، (مكالمة هاتفية : فلسطين ، قباطيه ، رقم الهاتف : محفوظ ، السبت ، ٩/رجب/١٤٢٦هـ - الموافق - ١٢/٨/٢٠٠٥م)

- 📖 الشلبي ، حاشية الشيخ الشلبي على تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ، ط ١ ، (تحقیق : الشيخ احمد عزو عنايه) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ م .
- 📖 الشوخي ، زين الدين المنجي بن عثمان ، الممتع في شرح المقنع ، ط ١ ، (تحقیق : عبد الله بن دهيش) ، دار خضر ، بيروت ، ١٩٩٧ م .
- 📖 الشوكاني ، محمد بن علي ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، مكتبة دار التراث ، القاهرة .
- 📖 الشيرازي ، إبراهيم بن علي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، ط ١ ، (تحقیق : محمد الزحيلي) ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٩٦ م .
- 📖 الشيرازي ، إبراهيم بن علي ، التنبيه في الفقه الشافعي ، ط ١ ، (اعتنى به : أيمن صالح شعبان) ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- 📖 الصاوي ، احمد ، السالك لأقرب المسالك ، ط ١ ، (اعتنى به : محمد عبد السلام شاهين) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥ م .
- 📖 الصاوي ، احمد بن محمد ، حاشية الصاوي على تفسير الجلالين ، (اعتنى به : محمد عبد السلام شاهين) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ م .
- 📖 الصردفي ، محمد بن عبد الله ، المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة ، ط ١ ، (تحقیق : سيد محمد مهني) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٩ م .
- 📖 الصنعاني ، محمد بن إسماعيل ، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، (تحقیق : إبراهيم عصر) ، دار الحديث ، القاهرة .
- 📖 الصنعاني ، محمد بن إسماعيل ، العدة على إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، ط ١ ، (تحقیق : الشيخ عادل احمد عبد الموجود ، والشيخ علي محمد معوض) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٩ م .
- 📖 الصنعاني ، عبد الرزاق بن همام ، المصنف ، ط ١ ، (تحقیق : أيمن نصر الدين الأزهري) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ م .
- 📖 الطبري ، محمد بن جرير ، جامع البيان على تأويل آي القرآن ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٨ م .
- 📖 الطبري ، محمد بن جرير ، تاريخ الأمم والملوك ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١ م .

- العالم ، يوسف حامد ، ١٩٩١م ، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ، فرجينيا : المعهد العالمي للفكر الإسلامي .
- العثماني ، محمد تقي ، ١٩٩٩م ، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، ط ١ ، دمشق : دار القلم .
- العدوي ، علي بن أحمد ، حاشية العدوي على الخرشي ، ط ١ ، (اعتنى به : زكريا عميرات) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م .
- العدوي ، علي بن احمد ، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ، ط ١ ، (اعتنى به : محمد عبد الله شاهين) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م .
- العسقلاني ، احمد بن علي بن حجر ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، (حقق أصوله : الشيخ عبد العزيز بن باز) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٣م .
- العظيم آبادي ، محمد شمس الحق ، عون المعبود شرح سنن ابي داود ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٠م .
- عائش ، محمد ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٩م .
- العمراني ، يحيى بن الخير بن سالم ، البيان في فقه الإمام الشافعي ، ط ١ ، (تحقيق : احمد حجازي ، احمد السقا) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢م .
- العيني ، محمود بن احمد ، عمدة القاري في شرح صحيح البخاري ، ط ١ ، (اعتنى به : عبد الله محمود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١م .
- العيني ، محمود بن احمد ، البناء في شرح الهداية ، ط ٢ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٠م .
- الغرياني ، الصادق عبد الرحمن ، ٢٠٠٢م ، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، ط ١ ، بيروت : مؤسسة الريان .
- الغزالي ، محمد بن محمد ، الوسيط في المذهب ، ط ١ ، (تحقيق : احمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر) ، دار السلام ، القاهرة ، ١٩٩٧م .
- الغلاييني ، مصطفى ، ١٩٨٧م ، جامع الدروس العربية ، ط ١ ، (اعتنى به : د. عبد المنعم خفاجة) صيدا - بيروت : المكتبة العصرية .
- الفيومي ، احمد بن محمد ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، بيروت : دار الفكر .
- القاري ، علي بن سلطان ، فتح باب العناية بشرح النقاية ، ط ١ ، (اعتنى به : محمد نزار تيم) ، دار الأرقم ، بيروت ، ١٩٩٧م .

📖 القرافي ، احمد بن إدريس ، الفروق ، أو ، أنوار البروق في أنواع الفروق ، ط ١ ، (اعتنى به: الشيخ خليل المنصور) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨م .

📖 القرافي ، أحمد بن إدريس ، الذخيرة ، ط ١ ، (تحقيق : محمد بوخيزه) ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩٤م .

📖 القرطبي ، محمد بن أحمد ، الجامع لأحكام القرآن ، ط ١ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٧م .

📖 القرّة داغي ، علي محيي الدين علي ، ٢٠٠٢م ، بحوث في الاقتصاد الإسلامي ، ط ١ ، بيروت : دار البشائر الإسلامية .

📖 القزويني ، محمد بن عبد الله بن ماجة ، سنن ابن ماجة ، ط ١ ، (اعتنى به : أحمد شمس الدين) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢م .

📖 القفال ، محمد بن أحمد ، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ، ط ١ ، (تحقيق : ياسين درادكه) مكتبة الرسالة الحديثة ، عمان ، ١٩٨٨م .

📖 قلعه جي ، محمد روّاس ، ٢٠٠٠م ، الموسوعة الفقهية الميسرة ، ط ١ ، بيروت : دار النفائس .

📖 الكاساني ، علاء الدين بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط ١ ، (تحقيق : عادل عبد الموجود ، علي محمد معوض) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧م .

📖 الكشناوي ، أبو بكر بن حسن ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك ، ط ١ ، (اعتنى به : عبد السلام شاهين) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م .

📖 الكفوي ، أيوب بن موسى ، الكليات ، ط ٢ ، (اعتنى به : د. عدنان درويش) ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٣م .

📖 الكلوذاني ، محفوظ بن أحمد ، الهداية في فروع الفقه الحنبلي ، ط ١ ، (تحقيق: محمد حسن إسماعيل) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢م .

📖 الكليبولي ، عبد الرحمن بن محمد ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، ط ١ ، (اعتنى به: خليل عمران المنصور) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨م .

📖 الماوردي ، علي بن محمد ، الحاوي الكبير ، (تحقيق : محمود مسطر جي وآخرون) ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٤م .

٦٢٩٧٨٥

📖 المباركفوري ، محمد عبد الرحمن ، تحفة الأحمدي شرح جامع الترمذي ، ط ١ ، بيروت : دار الكتب العلمية ، ١٩٩٠م .

المحلي ، محمد بن احمد ، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين ، ط ١ ، (اعتنى به : عبد اللطيف عبد الرحمن) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١ م .

المحلي ، محمد بن احمد ، السيوطي : عبد الرحمن بن الكمال ، تفسير الجلالين ، بيروت : دار الفكر .

المرتضى ، احمد بن يحيى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، ط ١ ، (اعتنى به : محمد محمد تامر) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١ م .

المرداوي ، علي بن سليمان ، الإتناف في معرفة الراجح من الخلاف ، ط ١ ، (تحقيق : محمد حامد الفقي) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٥٧ م .

المرغيناني ، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل ، الهداية شرح بداية المبتدي ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٠ م .

المزجد ، أحمد بن عمر ، العباب المحيط ، ط ١ ، (تحقيق : حمدي الدمرداش) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١ م .

المصري ، رفيق يونس ، ١٩٩٧م ، بيع التفسير تحليل فقهي واقتصادي ، ط ٢ ، دمشق : دار القلم .

المغراوي ، محمد بن عبد الرحمن ، فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد بن عبد البر ، ط ١ ، مجموعة التحف النفائس الدولية للنشر ، الرياض ، ١٩٩٦ م .

المقريزي ، أحمد بن علي ، إمتاع الأسماع بما للنبي صلى الله عليه وسلم من الأحوال والأموال والحفدة والمتاع ، ط ١ ، (تحقيق : محمد عبد الحميد النميسي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٩ م .

ملحس ، ثريا عبد الفتاح ، ١٩٩٨م ، منهج البحوث العلمي للطلاب الجامعيين ، ط ٦ ، بيروت : مؤسسة الرسالة .

المنأوي ، محمد عبد الرؤوف ، التوقيف على مهمات التعاريف ، ط ١ ، (تحقيق : محمد رمضان الدايه) ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ١٩٩٠ م .

المنأوي ، محمد عبد الرؤوف ، فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير ، ط ١ ، (اعتنى به : احمد عبد السلام) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤ م .

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، ١٩٩٢م ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، الكويت .

الموصلي ، عبد الله بن محمود بن مودود ، الاختيار لتعليل المختار ، (اعتنى به : محمود أبو دقيقه) ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

- المواق ، محمد بن يوسف ، التاج والإكليل لمختصر خليل ، ط ١ ، (اعتنى به : الشيخ زكريا عميرات) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥ م .
- الندوي ، علي احمد ، ١٩٩٤ م ، القواعد الفقهية ، ط ٣ ، (تقديم : الشيخ مصطفى الزرقا) ، دمشق : دار القلم .
- النسفي ، عمر بن محمد ، طلبة الطلبة ، ط ١ ، (اعتنى به : الشيخ خالد عبد الرحمن العك) ، دار النفائس ، بيروت ، ١٩٩٥ م .
- النسفي ، عبد الله بن احمد ، كشف الأسرار شرح المصنف على المنار ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٦ م .
- نظام ، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، الفتاوى الهندية المعروفة بالفتاوى العالمية ، ط ١ ، (اعتنى به : عبد اللطيف حسن عبد الرحمن) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ م .
- النمري ، يوسف بن عبد الله بن عبد البر ، الاستذكار ، ط ١ ، (تحقيق : سالم محمد عطا) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ م .
- النووي ، يحيى بن شرف ، روضة الطالبين ، (تحقيق : عادل احمد عبد الموجود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- النووي ، يحيى بن شرف ، شرح صحيح مسلم ، (تحقيق : لجنة بأشراف الناشر) ، دار القلم ، بيروت .
- النيسابوري ، مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم ، مكتبة الإيمان ، المنصورة .
- الهيتمي ، احمد بن محمد ، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، ط ١ ، (اعتنى به : عبد الله محمود) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١ م .
- الهيتمي ، احمد بن محمد ، الزواجر عن اقتراف الكبائر ، ط ١ ، (اعتنى به : محمد خير طعمه حلبي ، خليل مأمون شيا) ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٨ م .
- الهيتمي ، احمد بن محمد ، الفتاوى الكبرى الفقهية ، ط ١ ، (اعتنى بها : عبد اللطيف عبد الرحمن) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م .
- الولوالجي ، عبد الرشيد بن ابي حنيفة ، الفتاوى الولوالجية ، ط ١ ، (تحقيق : الشيخ مقداد بن موسى قريوي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣ م .
- اليعمري ، ابراهيم بن ابي عبد الله بن فرحون ، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام ، (اعتنى به : الشيخ جمال مرعشلي) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠١ م .

الملحق الأول مسرد الآيات القرآنية

صفحة	أ
٢١٩	إِنَّ الدِّينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ
د	أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ
١٣	إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ
٤٢	أَلَا تَعْلَمُوا عَلَيَّ وَأُتُونِي مُسْلِمِينَ
١٥٧	إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ
٤٢	إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
٢١٤	أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ
ت	
٢١٤	تَخِيبُوهُنَّ مِمَّا بَعْدَ الصَّلَاةِ
ف	
٢١٨	فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ
٣١	فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ
٢٢	فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا
٣٤	فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ
ق	
١٦	قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ
ل	
٢١١	لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ

- لا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلِمَ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا عَلِيمًا ٧٨
- م
- مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ ١١٣
- و
- وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ١٤٧
- وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا ٢١٨
- وَاسْتَشْهِدُوا شَهِدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ٨٢
- وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ١٥١ ، ٣٠
- وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ٨٧ ، ٨٩
- وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ٥١ ، ٩٢ ، ١٥١ ، ١٥٣ ، ١٧٠
- وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ٣٥ ، ١٤٨ ، ١٤٩
- وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ٧
- وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ٤١
- وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ٧٥ ، ١٥٧
- وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ ٧٨
- وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ٩٨ ، ١٤٧
- وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ٨٠ ، ١٣٠
- وَمَنْ يَظْلِمِ مِنْكُمْ نُدْفَهُ غَدَابًا كَبِيرًا ٩٧
- وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ١٥٤ ، ١٥٨
- وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ٤١ ، ٤٢ ، ٧٤

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِكْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكَمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ

٢٠٨ ، ٢٠٦ ، ١٥١ ، ٨٤ ، ٤١ ، ٤٠ ، ٣٣ ، ١٤

٢٠٧ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ بِتِيًّا فَتَيَّبُوا

الملحق الثاني مسرد الأحاديث النبوية الشريفة والآثار

الصفحة	الحديث
	أ
٧	إن الله كره لكم ثلاثاً
١٨	إنه أتى بجنابة ليصلي عليه
٧٩	أدّ الأمانة إلى من ائتمنك
١١٥	إذا مات الرجل وله دين إلى أجل
١٣٦	إذا بايعت فقل لا خلافة
١٩٥	اشترى نافع بن عبد الحارث من صفوان بن أمية
٨٩	أصيب رجل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
٢٠٦	ألا أنبئكم بأكبر الكبائر
٨٢	ألك بينة
١٧	إن النبي صلى الله عليه وسلم ابتاع فرساً
١٥٢ ، ١٨	إن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي
١٠٤	إن رجلاً لزم غريباً له بعشرة دنانير
١٢١	إن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنابة ليصلي عليه
٢١٤	إن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً في تهمة
١٤٩	إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة
٨٣	انطلق رسول الله صلى الله عليه وسلم
٢٢٤	إنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم
٧٨	إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ
٤٣	إنهم لا يقرؤون كتاباً إلا مختوماً
١٣٦	إنه حجر على معاذ بن جبل ماله
١١٤	أيما امرئ مات وعنده مال

- ب
باع سرقاً في دينه بأربعة ابعرة ٨٩
البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة ٢١
ت
ترى الشمس ، قال نعم ١٥٢
ج
جاءت هند بنت عتبة بن ربيعة إلى النبي ٨٠
ح
حجر على معاذ بن جبل ماله ٩٩
خ
خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك ٩٠
ذ
ذهب حقل ١٢٤
ر
الرهن بما فيه ١٢٤
الرهن مركوب محلوب ١٧١
ز
الزعيم غارم ٦٧
س
سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الكبائر ١٢٠ ، ١٤٨
ش
شاهدك أو يمينه ٢١١ ، ٨٢
ع
العارية مؤداه والزعيم غارم والدين مقضي ٦٧
ك
كان ابن الزبير يستلف من التجار ١٩٦
كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم ١٥١ ، ١٦
ل

- لا أشهد على جور ١٤٨
- لا بأس بالسلم في الطعام الموصوف ١٥٧
- لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ٢١
- لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ٩٩
- لا يغلط الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه ١٢٤
- لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل الربا ١٤٨ ، ٣٦
- لو يُعطى الناس بدعواهم ٨١
- لي الواجد يحل عرضه وعقوبته ٩٨ ، ٧٩

م

- من أدرك ماله بعينه عند رجل ١٣٧ ، ١٠٠
- من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره ٥٦
- من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ١٥٧
- من أفلس أو مات فوجد رجل متاعه ١١٤
- مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ٣٢
- مطل الغني ظلم فإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع ٩٧ ، ٩٢ ، ٥٤ ، ١٩
- من ترك مالاً فلورثته ومن ترك كلاً فالينا ١١٢
- من حلف على يمين وهو فيها فاجر ٢١١
- من حلف على يمين كاذباً ٢٢٠
- من حلف على يمين يستحق بها مالاً ٢٢٤
- من لا يشكر الناس لا يشكر الله د
- من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوي عدل ٣٢

ن

- نحلني أبي ثم أتى بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ٣٥
- نفس المؤمن معلقة بدينه ١١٥
- نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي ١٤٩
- نهى عن بيع العربان ١٩٤

هـ

- هذا ما اشتري محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم ١٥١ ، ١٦

- ٤٢ هذا ما اشترى العداء بن خالد
- ٥٣ هل عليه من دين
- و
- ٤٣ وصالحهم على أن يدخل هو وأصحابه ثلاثة أيام

الملحق الثالث

مسرد الأعلام

- ٢٠٨ أبو ثور ، إبراهيم بن خالد
- ٢٢٧ السبكي ، علي بن عبد الكافي
- ١٢٥ الشعبي ، عامر بن شراحيل
- ٥٢ العنبري ، زفر بن هذيل
- ٨٠ العيني ، محمود بن أحمد
- ٨٣ المخزومي ، عمرو بن حريث
- ١٦٦ أبو يعلى ، محمد بن الحسين
- ٣٧ أبو يوسف ، يعقوب بن إبراهيم

انتهى

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

“THE THEORY OF DOCUMENTATION IN THE ISLAMIC LAW”

By:

Ameen Ibrahim Omari

Supervisor

Dr. Arif Khalil Abu Aid

Abstract

Through my thesis named: “**The theory of documentation in the Islamic law**”, I demonstrated the principles of the documentation of rights in the Islamic law in its different kinds and sorts, no matter whether property or non-property rights and the property right maybe real estate, debt, benefit, commitments or one of the invention rights. Then, I talked about the conditions of documentation so that the act of documentation becomes approved of the law such as recognizing the rights or approving rights to those who deserve them. Next, I talked about the reasons that lead the proprietor to the documentation, such as the need to prove his right in front of the judges or to get the complete right in the case of debt for fear of bankruptcy, denial or death of debtor and other reasons that may need or demand the documentation of the right for fear of its lost for different reasons. And I explored the provision of documentation, It maybe obligatory in some contracts and behaviors.

Sometimes, documentation is very important thing to refer to while it is prohibited in other cases.

Then, I discussed the legislated means of documentation. The famous are five: Testimony, Writing, mortgaging, Guarantee, Bill and others. And I bring the evidences for these issues from the Islamic law, and I show sayings of intelligentsia about it.

Later, I explored the end of the documentation process and ways of fulfilling the rights and the decisions it brings about. The interest of the Islamic law and its care that every single proprietor should get his rights is a very important element that is fulfilled through this great Islamic system, “The documentation of rights system”.

Being acquaintance with the details of this message is a great opportunity to encounter and know the magnificence of this system, and its principles, after all it is a perfect and well- knit system given by a wise and proficient God.

And our final prayer is praise be to the God