دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	الضمان في المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي: دراسة فقهية مقارنة
المصدر:	مجلة التطوير العلمي للدراسات والبحوث
الناشر:	أكاديمية التطوير العلمي - مجموعة سما دروب للدراسات والاستشارات والتطوير العلمي
المؤلف الرئيسي:	الحاج ألفا، سنغاري
مؤلفين آخرين:	حسن، أحمد بخيت محمد(م. مشارك)
المجلد/العدد:	ع5
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2021
الصفحات:	53 - 78
رقم MD:	1191742
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	EduSearch, HumanIndex
مواضيع:	الفقه الإسلامي، فقه المعاملات، الأحكام الشرعية، المسؤولية العقدية، عقود البيع
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/1191742

© 2021 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

الضمان في المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي: دارسة فقهية مقارنة

الباحث: سنغاري الحاج ألفا [1] الباحث: أحمد بخيت محمد حسنا[1]

الملخص:

ضمان العقد في الفقه الإسلامي بالمعنى الاصطلاحي، هو ضمان مال تلف بناء على عقد من عقود الضمان، وضمانه حينئذ يكون بما يقتضيه العقد من عوض، دون مراعاة لقيمته كأساس في التقدير. فالمبيع مضمون في يد البائع قبل التسليم بالثمن، فإذا تلف قبل التسليم ولو بآفة سماوية انفسخ العقد وسقط الثمن، وإذا كان المشتري قد أداه استرده، فضمان العقد لا يكون إلا في عقود المعاوضات المالية. ويقابل فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، فكرة انفساخ العقد الملزم للجانبين في فقه التقنينات المدنية الحديثة، وليس فكرة المسؤولية العقدية.

إن كلمة (ضمان) في تعبير الفقه الإسلامي هي أدق فيما تعينه من ناحية المسؤولية التقصيرية عند القانونيين، وأهمية الضمان تتجلي في كونه وسيلة لتحقيق عدة غايات تعود منفعتها على الفرد والمجتمع وتصل بمجموعها في النواحي الاقتصادية والاجتماعية والنفسية، فحالات التعدي على الغير في المسؤولية التقصيرية هي ما توسع في شرحها الفقه الإسلامي وبين أحكامها ولذا بحثنا عن هذه الحالات في الكتب الفقهي واحكامها ولأهميتها في المجتمع وحاجة الناس إليها، من الناحية الشرعية والقانونية، فكان سبباً لاختياري هذا موضوع خدمة للمجتمع المسلمين.

الكلمات المفتاحية: الضمان، المسؤولية العقدية، فسخ العقد.

1 – كلية الدراسات العليا والبحث العلمي– جامعة السلام– السودان.

Guarantee in contractual responsibility in Islamic jurisprudence: a comparative jurisprudential study

By Singari Hajj Alpha,

Ahmed Bakhit Mohamed Hassan

Abstract:

The guarantee of the contract in Islamic jurisprudence in the idiomatic sense, is the guarantee of money that has been damaged based on one of the guarantee contracts, and its guarantee at that time is what the contract requires of compensation, without taking into account its value as a basis for assessment. The thing sold is secured in the hands of the seller before delivery of the price. If it is damaged before delivery, even by a celestial blight, the contract is voided and the price falls, and if the buyer has paid it back, the guarantee of the contract is only in financial exchange contracts. The idea of guaranteeing the contract in Islamic jurisprudence is contrasted with the idea of a binding contract for both sides in the jurisprudence of modern civil codes, and not the idea of contractual responsibility.

Key words: Guarantee, contractual, Islamic.

المقـدمـة:

الحمد الله ، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مُضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمد عبده ورسوله. وبعد: فإن الفقه أحد العلوم الشرعية الأساسية، ومن أكثر العلوم شهرة واتساعاً، وصلةً بحياة الناس، وتطبيقاً عملياً في الحياة.

فالفقه الإسلامي هو شريعة السماء للأرض والإنسان، وهو المنهج الإلهي لتنظيم الحياة، وهو التشريع الديني لمن رضي بالله رباً، وبالإسلام ديناً، وبالقرآن إماماً، وبمحمَّد رسولاً، وهو الأحكام العملية التي تغطي جميع تصرفات الإنسان مع تطور الأحوال والأزمان والأماكن، لذلك اتسعت دائرته، وأصبح أوسع تراث حضاري وتشريعي في العالم أجمع، ويزداد اتساعاً مع تجدد الأيام والحياة والأعمال.

وقد شرع الضمان، حفظاً للحقوق، ورعايةً للعهود، وجبراً للأضرار، وزجراً للجناة، وحداً للاعتداء، وفي نصوص كثيرة من القرآن الكريم، والسنة النبوية ورد ذكر الضمان، فمن ذلك فيما يلي:

– فيما يتصل بمعنى الكفالة، بقوله تعالى: ﴿ قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[1]، أي كفيل ضامن، فقد ضمن يوسف عليه السلام لمن جاء بصواع الملك– وهو إناؤه الذي كان يشرب به – قدر ما يحمله البعير من الطعام.

– وفيما يتصل بالإتلافات المالية ونحوها، ورد في حديث: أنس رضي الله تعالى عنه قال: "أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إلى النبي صلى الله عليه وسلم طعاما في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: طعام بطعام، وإناء بإناء" [2].

أهداف البحث:

1– توضيح المقصود بالضمان في الفقه الإسلامي وبيان التعريفات التي تناولته من قبل الباحثين والمهتمين.

2– تحليل الآراء والأحكام الفقهية للمجامع والهيئات الفقهية وآراء الفقهاء المعاصرين والتي تناولت الضمان.

مشكلة البحث:

يعد موضوع الضمان في المسؤولية العقدية من الموضوعات العملية والتي ترتبط بها كثير من الاحكام التفصيلية، وهذا البحث يجيب عن السؤال الرئيسي التالي:

ما هي أحكام الضمان في المسؤلية العقدية في الفقه الاسلامي؟

منهج البحث:

سوف تكون منهجية البحث على النحو الآتي:

المنهج الاستقرائي: حيث إنني سأقوم باستقراء المسائل المتعلقة بهذا الموضوع من الكتب الفقهية الخاصة بالمذاهب الأربعة عند المعروفة أهل السنة.

المنهج المقارن: من خلال دراسة المسائل الفقهية دراسة مقارنة.

---

1 – سورة يوسف : 72 .

2 – أخرجه الجامع الصحيح سنن الترمذي: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، الناشر : دار إحياء التراث العربي – بيروت، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون، الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها، ج 3 ، ص 631).

المبحث الأول

ماهية الضمان في الفقه الإسلامي

وفي هذا المبحث ، بيان مفهوم الضمان، و دليل مشروعية الضمان في الكتاب والسنة النبوية، صيغة الضمان وشروطه وأركانه وأحكامه، فيما يلي:

المطلب الأول

مفهوم الضمان

تعريف الضمان لغة : عرف الضمان لغة بتعريفات كثيرة يمكن حصرها فيما يلي:

أ- الاحتواء ؛ لقول ابن فارس: الضمان : جعل شيء في شيء يحويه.

ب- الكفالة ؛ لقول ابن فارس : والكفالة تسمى ضمانا من هذا ؛ لأنه كأنه إذا ضمنته فقد استوعب ذمته[1].

المطلب الثاني

تعريف الضمان في الاصطلاح

تعريف الضمان اصطلاحاً: عرفه الحنفية أنه: في تعريف الكفالة رأيان:

أحدهما: أنها ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بنفس أو دين أو عين، وأقسام الكفالة ثلاثة: كفالة بالنفس وكفالة بالدين وكفالة بالعين.

ثانيهما: أنها ضم ذمة إلى ذمة في أصل الدين.

والتعريف الأول أصح من الثاني؛ وذلك لأنه عام يشمل الأقسام الثلاثة. أما الأول فإنه مقصور على الكفالة في الدين، وبيان ذلك أنه إذا كان لشخص عند آخر دين فإن له أن يطالبه بكفيل موثوق به عنده ليضمه إلى الديون الأصلي، وهنا اختلفت آراء علماء الحنفية فمنهم من يقول : إن ضم الكفيل

1 – معجم المقاييس في اللغة ، ابن فارس ، أحمد بن فارس (ت 395 هـ) ، حققه شهاب الدين أبو عمرو ، دار الفكر ، ط 1، 1415هـ-1995م، ص 603.

إلى أصيل يجعل لصاحب الدين الحق في مطالبته بالدين من غير أن تشتغل ذمته بذلك الدين؛ لأن الدين مشغولة به ذمة الأصيل فقط [1].

المطلب الثاني

دليل مشروعية الضمان في الكتاب والسنة النبوية

أولاً: دليل مشروعية الضمان في الكتاب:

قال الله تعالى: ﴿ قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيم ﴾ [2] ، وقول الله تعالى: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِين ﴾[3].

ثانياً: دليل مشروعية الضمان في السنة النبوية:

شُرع الضمان، حفظا للحقوق، ورعاية للعهود، وجبراً للأضرار، وزجراً للجناة، وحداً للاعتداء، وقد ورد ذلك في نصوص كثيرة من القرآن الكريم، والسنة النبوية، ومن السنة النبوية ما يلي:

حديث: أنس رضي الله تعالى عنه قال: "أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إلى النبي صلى الله عليه وسلم طعاما في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: طعام بطعام، وإناء بإناء[4].

1 – الفقه على المذاهب الأربعة : عبد الرحمن الجزيري، الجزء 3، ص 103.

2 – سورة يوسف : 72 .

3 – سورة النحل: 126 .

4 – أخرجه الجامع الصحيح سنن الترمذي: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون، الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها، ج 3 ، ص 631.

المطلب الثالث

صيغة الضمان وشروطه وأركانه وأحكامه

أولاً: صيغة الضمان:

الصيغة التي تُغيِّر الشيء من صفة الأمانة إلى صفة الضمان: فإذا ما كان الشيء المأجور، كثوب الصباغة والخياطة والمتاع المحمول في السفينة أو على الدابة، فإنه يعتبر أمانة في يد الأجير، وذلك بحسب الأصل العام عند أبي حنيفة ومن وافقه، وبناء عليه، قد تتغير صفة الأمانة إلى الضمان في الأحوال الآتية [1]:

1- ترك الحفظ: أي أن الأجير عندما يهمل في حفظ المتاع، فإنه يلتزم بضمانه؛ لأن الأجير لما قبض المأجور فقد التزم حفظه، وترك الحفظ موجب للضمان، كالوديع إذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت.

2- الإتلاف والإفساد: إذا تعدى الأجير بأن تعمد الإتلاف أو بالغ في دق الثوب مثلاً، ضمن سواء أكان الأجير مشتركاً أم أجير خاص [2].

ثانياً: شروط الضامن:

يشترط في الضامن عدد من الشروط، بيانها في الآتي:

1- أن يكون عاقلاً فلا يصح ضمان المجنون، بخلاف الذي غاب عقله بسبب السكر فإن ضمانه يصح.

2- أن يكون بالغاً، فلا يصح ضمان الصبي.

3- أن لا يكون محجوراً عليه لسفه فلا يصح ضمان المحجور عليه بسبب السفه، أما المحجور عليه بسبب الإفلاس فإن ضمانه يصح، وكذا يصح ضمان السفيه الذي لم يحجر عليه[3].

---

1 – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، توفي سنة 587، الناشر: دار الكتاب العربي، 1982، بيروت، ج4، ص 211.

2 – الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، الشَّامل للأدلّة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمّ النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها : أ.د. وَهْبَة الزُّحَيْلِيّ، أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلاميّ وأصوله، بجامعة دمشق – كلّيّة الشَّريعة، دار الفكر – سوريَّة – دمشق ، ج5 ، ص497.

3 – الفقه على المذاهب الأربعة : عبد الرحمن الجزيري ج 3، ص 103.

4- أن لا يكون مريضا مرض الموت، ولا يصح ضمان المريض مرض الموت في حالتين :

الحالة الأولى : أن يكون عليه دين يستغرق كل ماله فإن لم يكن عليه دين مستغرق فإن ضمانه يصح.

الحالة الثانية: أن لا يطرأ له مال جديد بعد الموت، فلو ظهر أن استحقاق مال بعد موته فإنه يصح الضمان بالنسبة له ويؤخذ المضمون من ذلك المال . أما الذي يبرأ من مرضه فإن ضمانه يصح [1].

5- أن لا يكون مكرها، فلا يصح ضمان المُكره.

ثالثاً: أركان الضمان:

أركان الضمان خمسة: ضامن، ومضمون له وهو صاحب الحق، ومضمون عنه وهو الذي عليه الحق، ومضمون وهو الحق ويقال مضمون به أي بسببه، ولكل ركن من هذه الأركان شروط مفصلة في المذاهب الفقهية[2].

وعند الحنفية للكفالة ركن واحد وهو الإيجاب والقبول؛ لأنه هو الذي تتحقق به ماهية العقد، وأما غير ذلك فإنها شروط، وعلى ذلك فلا بد من قبول صاحب الدين وهو المكفول له سواء كانت الكفالة بالنفس أو المال، فإذا كان لشخص دين عند آخر فأراد أن يكفله فيه ثالث فلا تصح كفالته إلا إذا قبل صاحب الدين في المجلس أو ناب عنه في القبول شخص آخر في المجلس ثم أقر نيابه بعد المجلس، وبعضهم يقول لا يلزم في الكفالة قبول صاحب الدين في المجلس فتصح الكفالة بالنفس والمال بدون قبول صاحب الحق؛ لأن الكفيل زيادة في توثيق الدين لا يضر وجود صاحب الحق فلا تتوقف صحة الكفالة على قبوله[3].

رابعاً: أحكام الضمان:

من أهم أحكام الضمان المترتبة على الضمان ما يلي:

1- ثبوت حق الدائن بمطالبة الضامن بما يضمن به الأصيل عند حلول الأجل المحدد بالعقد، وعجز المكفول عنه عن الوفاء بالتزاماته.

1 - المرجع السابق: ج 3 ص 103.

2 - المرجع السابق: ج 3 ، ص99.

3 - المرجع السابق: ج 3 ، ص99.

2- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن لصاحب الحق الخيار في مطالبة من شاء، الأصيل أو الضامن.

3- سقوط الأجل في حالة وفاة المدين، واعتبار الدين حالاً يجب الوفاء به من تركه المدين عند موته[1].

4- إن حل الأجل وأدى أحدهما: الضامن أو المضمون عنه الحق برئا جميعاً، وكذلك يبرءآن إن أحال المضمون عنه المضمون إلى آخر، أو إذا ما بريء صاحب الحق الأصيل.

5- حق الكفيل (الضامن) في الرجوع على المدين (المضمون عنه) بمطالبته بأداء ما وفى به[2].

المبحث الثاني

الضمان في المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي

ونناقش ذلك من خلال عرض عدد من العقود، وأثر الضمان عليها وذلك في الآتي:

المطلب الأول

الضمان في عقد البيع في الفقه الإسلامي

أولاً: ضمان التعرض في عقد البيع:

يلتزم البائع بضمان التعرض في عقد البيع، وذلك بالإمتناع عن كل عمل من شأنه أن يعرقل حيازة المشتري للمبيع، أو المساس بالمزايا التي يخولها البيع له سواء كان التعرض صادر من البائع أو من الغير[3].

وقد عبر الفقه الإسلامي عن ضمان التعرض بضمان الدرك، الذي يعني التزام سلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه أو يدركه من حقوق لغير البائع في عينه، وتحمل التبعة عند ظهور حق فيه لأحد[4].

---

1 – الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، محمد عبد المنعم أبو زيد، الناشر: المعهد العالمي للفكر الإسلامي – القاهرة، تاريخ الطبع: الطبعة الأولى (1417هـ / 1996م). ص4

2 – الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، محمد عبد المنعم أبو زيد، ص4

3- ضمان الاستحقاق في البيوع، هشام طه محمود سليم، دار الجامعة الجديدة، الأزار يطة، 4070 ،ص154 .

4- التزامات البائع والمشتري في عقد البيع وفق الأحكام القانون المدني الجزائري، يايسيكاتية، يونسي صبرينة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 4071-4074 ،ص 45.

1- ضمان التعرض الصادر من البائع في القانون المدني:

تنص المادة (371) من القانون المدني الجزائري على أنه: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري"[1].

ويتضح من خلال هذا النص ان البائع ملزم بعدم التعرض الشخصي للمشتري وبعدم المنازعة في ملكية المبيع وعدم التعرض له في إنتفاعه به، سواء كان هذا التعرض ماديا أو قانونيا، عملاً بقاعدة من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض[2].

أ- أنواع التعرض الصادر من البائع:

يكون التعرض الصادر من البائع مادياً أو قانونياً، وبيان ذلك في الآتي:

- التعرض المادي هو الذي لا يستند فيه البائع لحق يدعيه، وقد يكون مباشر أو غير مباشر، بمعنى آخر هو ذلك العمل المادي الصادر من البائع والمؤدي إلى الحد من الإنتفاع بالمبيع[3]، ومثال ذلك: إذا باع التاجر متجره فلا يجوز له أن يفتح متجراً مماثلا له؛ لأن ذلك يُعد منافسة غير مشروعة، ولأن البائع يضمن عدم تعرضه للمشتري في انتفاعه للمبيع وهذا يعرف بالتعرض غير المباشر[4]،أو قيام البائع باغتصاب العين المبيعة، وهذا هو التعرض المباشر[5].

- التعرض القانوني هو إدعاء حق يترتب عليه حرمان المشتري من كل أو بعض مزيا الحق المبيع، إلا أن يكون الحق الذي يستند إليه البائع مستمداً من عقد البيع ذاته أو من القانون، بحيث لا يتعارض

1- نطاق الضمان في المسئولية العقدية والفقه الإسلامي، بو قاسم فتية ، وشراط سميرة ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر ، تخصص : القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية – كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم القانون الخاص، عام 2014- 2015م، ص 45.

2- الوجيز في العقود المدنية، البيع – الإيجار – المقاولة، الفضلي جعفر، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1997، ص 107

3- المرجع السابق: ص 107.

4- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المجلد الثاني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2000، ص 627.

5- الوجيز في العقود المدنية المسماة ، المقاولة والبيع، سعيد سعد عبد السلام، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 482.

مع التزامات البائع[1]، ومثال ذلك: كأن يكون البائع وقت إبرام العقد عن مالك للمبيع، ثم تملكه بعد البيع، كالميراث، أو بالشراء، أو بالوصية، فإذا استند البائع إلى حق الملكية الذي آل إليه بعد البيع لينزع المبيع من يد المشتري، وهذا استنادا لنص المادة (371) من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه" [2].

ب- شروط ضمان التعرض الصادر من البائع:

ويتحقق ضمان التعرض الصادر من البائع بتوفر مجموعة من الشروط، وهي:

الشرط الأول: أن يقع التعرض فعلاً، ويلتزم البائع بضمان التعرض إذا وقع فعلياً وليس وهمياً، فلا يكفي تحقق الالتزام بضمان بمجرد قيام البائع بتهديد المشتري بالتعرض له في المبيع.

الشرط الثاني: أن يؤدي التعرض إلى حرمان المشتري من الإنتفاع بالمبيع كلياً أو جزئياً، فيلتزم البائع تجاه المشتري بتمكينه من حيازة المبيع، والانتفاع به انتفاعاً هادئاً، فإذا أخل البائع بهذا الالتزام فإنه يؤدي إلى حرمان المشتري من الانتفاع في المبيع بشكل كلي أو جزئي وبالتالي يستوجب عليه الضمان[3].

2- ضمان التعرض الصادر من الغير في القانون المدني:

يلتزم البائع بموجب هذا الضمان بدفع أي تعرض صادر من الغير يستند فيه إلى الإدعاء بحق المبيع وقت البيع أولاً حقاً عليه، ولا يلتزم البائع بأن يدفع تعرض الغير إلا إذا كان التعرض قانونياً، أما إذا كان التعرض مادياً فلا يضمنه البائع، ففي هذه الحالة يقع على عاتق المشتري عبء دفع ذلك التعرض[4]، وسنبين في هذا العنصر كل من الأنواع والخصائص والشروط وجزاء الإخلال بضمان التعرض.

1- نطاق الضمان في المسئولية العقدية والفقه الإسلامي، بو قاسم فتية، وشراط سميرة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص: القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية – كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، عام 2014- 2015م، ص 46.

2-المرجع السابق، نطاق الضمان في المسئولية العقدية والفقه الإسلامي، بو قاسم فتية، وشراط سميرة، ص 46.

3-ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، دراسة مقارنة، ربحي محمد أحمد هزيم، أطروحة لنيل درجة، الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2007، ص 36 -37.

4- مرجع سابق، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، دراسة مقارنة، ربحي محمد أحمد هزيم، ص 49.

أ- أنواع التعرض الصادر من الغير:

يكون التعرض الصادر من الغير مادياً أو قانونياً، وبيان ذلك في الآتي:

- التعرض المادي وذلك من خلال قيام الغير بأعمال مادية منشأنها أن تحرم المشتري من الانتفاع من المبيع، كأن يقوم بنزع ملكية المبيع من المشتري دون رضاه. غير أن هذا التعرض لا يلتزم البائع بضمانه، ففي هذه الحالة يتعين على المشتري الرجوع على الغير بجميع الدعاوى التي يقررها القانون.

- التعرض القانوني ويكون التعرض قانونياً إذا استند الغير إلى حق يدعيه على المبيع، وهذا الحق يتعارض مع حقوق المشتري الناشئة عن عقد البيع، ويستوي ذلك أن يكون الحق المدعى به عينياً أو شخصياً[1].

ب- شروط ضمان التعرض الصادر من الغير:

ليس كل تعرض صادر عن الغير يضمنه البائع بل لابد من توافر مجموعة من الشروط، وهي:

الشرط الأول: أن يقع التعرض قانونياً، ويكون التعرض قانونياً إذا كان مبيناً على حق يدعيه الغير على المبيع، كأن يطالب بملكية المبيع كله أو جزئه، وفي كلتا الحالتين له حق رفع دعوى الاستحقاق الجزئي أو دعوى الاستحقاق الكلي[2].

أما التعرض المادي للمشتري فلا يضمنه البائع، وإنما يكون على المشتري عبء دفعه بالوسائل التي نص عليها القانون كدعاوى الحيازة[3].

الشرط الثاني: أن يقع التعرض فعلاً، ويقع التعرض فعلاً من الغير إذا ادعى هذا الأخير حقا على المبيع، ويرفع بهذا الحق دعوى على المشتري. يطالب فيها بملكية المبيع أو يوجه إنذار إلى المشتري يطالب فيه باعتباره حائزاً للمبيع، فلا يكفي قيام الضمان لمجرد احتمال وقوع تعرض من الغير على

1-ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، دراسة مقارنة، ربحي محمد أحمد هزيم، ص 49.

2- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق، ص 641.

3- المرجع السابق: ص 641.

المبيع[1]، كما لو باع الدار على أنها شاغرة، واتضح في ما بعد أنه كان قد أجرها قبل البيع، فلو تعرض المستأجر للمشتري يكون تصرفه مستنداً إلى سبب سابق على البيع. أما إذا كان التعرض يستند إلى سبب لا حق للبيع الذي لا يد له فيه، كما لو أهمل المشتري في قطع التقادم الذي اكتمل بعد البيع، أو نزعت منه الملكية بإستملا ك للمصلحة العامة[2].

ثانياً: ضمان الاستحقاق في القانون والفقه الإسلامي:

يُعرف الاستحقاق أنه نزع ملكية المبيع كله أو بعضه من تحت يد المشتري بحكم قضائي، لكن معنى الاستحقاق لا يقف عند هذا الحد، بل يتناول جميع الحالات التي يُحرم فيها المشتري فعلاً من المبيع لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه، أو ليس في مقدوره دفعه، وقد عرفه الشيخ محمد باي بلعالم بأنه: رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض[3].

1- أقسام الاستحقاق:

ينقسم الاستحقاق إلى قسمين هما: الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي، وبيانهما في الآتي:

أ-الاستحقاق الكلي: ويقصد به ظهور حقيقة أن المبيع لم يكن مملوكا للبائع بثبوت دعواه، وقضي له بملكيته وانتزاعه من يد المشتري، فإما أن يكون قد أثبت ملكيته بإقرار المشتري له أو عن طريق حلف اليمين أو البينة [4]، وقد تطرق الفقهاء إلى الإستحقاق الكلي ، ونبين ذلك من خلال الأقوال التالية:

- الاستحقاق لدى الحنفية: إذا أثبت المستحق ملكية المبيع كله بالبينة، فقضي له به لا ينفسخ العقد، بل يصبح متوقفا على إجازة المستحق، فإذا أجاز البيع بقي للمشتري ويأخذ المستحق الثمن من البائع، وإذا لم يُجز المستحق البيع بل أخذ المبيع ينفسخ البيع ويكون البائع ملتزما للمشتري برد الثمن[5].

1- المرجع السابق: ص 641.

2-مرجع سابق، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، دراسة مقارنة، ربحي محمد أحمد هزيم، ص 49.

3- الفروع إلى التأصيل من الكتاب والسنة والإجماع الكفيل، محمد باي بلعالم، دار الوعي للنشر الجزائر، 1430/ 2009م ج 8، ص 34.

4- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، العقود المسماة في الفقه الإسلامي، عقد البيع، مصطفي أحمد الزرقا، ص 128.

5- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، ط 4،دار الكتب العلمية، لبنان، 1406، 1986، ج5، ص 288.

– الاستحقاق لدى الشافعية: إذا استحق المبيع كله، فيرجع بالثمن كله على البائع سواءً علم بالاستحقاق وقت العقد أو لم يعلم. فإذا خرج المبيع مستحقاً قبل القبض ليس للمستحق مطالبة المشتري به، أما إذا استحق المبيع ببينة، أو بتصديق البائع للمشتري للمدعي، رجع المشتري على البائع بالثمن إذا كان باقياً، وببدله إن كانت تالفاً [1].

– الاستحقاق لدى المالكية: إذا لم يتغير أخذ المستحق، ورجع المشتري على البائع الثمن، واذا تغير يوجب لاختلاف قيمته، أن يرجع بقيمة يوم الشراء[2]، وقد تطرق الفقهاء إلى الإستحقاق الجزئي، ونبين ذلك من خلال الأقوال التالية:

– الاستحقاق لدى الحنابلة: إذا استحق المبيع رجع المشتري على البائع بالثمن وبما غرمه من أجل بناء أو غرس في أرض، لكن لا يرجع بما أنفق على الحيوان أو بخراج الأرض، لأن المشتري إلتزم ضمان النفقة باعتبار أن عقد البيع يقتضي النفقة على المبيع ودفع خراجه ولمستحق الأرض قلع الغراس والبناء بلا ضمان لموضعه[3].

ب– الاستحقاق الجزئي: هو ثبوت ملكية الغير لجزء من العين المبيعة سواءً كان الجزء المستحق مفرزاً أو حصة شائعة في العين كلها[4].

– الاستحقاق لدى الحنفية: في حالة استحقاق بعض المعقود عليه قبل القبض تتفرق الصفقة على المشتري الأخير، فيثبت للمشتري خيار تفرق الصفقة، فإذا شاء بباقي المبيع وان شاء فسخ العقد فيه ورده للبائع، أما إذا كان الاستحقاق قد وقع بعد قبض للمشتري جميع المبيع فلا يثبت حينئذ خيار تفرق الصفقة باستحقاق البعض بل يلتزم بالباقي بحصته من الثمن[5].

– الاستحقاق لدى المالكية: يرجع على المشتري بقيمة ما استحق من يده و ليس له أن يرجع بالجميع[6].

1- الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج 5، ص 355 – 357.

2- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، شمس الدين شيخ محمد عرفه الدسوقي، دار احياء الكتب العربية، ج 3، ص 469 – 471 .

3- الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي، تتمة العقود الملكيةوتوابعها،ط2،دارالفكر،دمشق، سوريا، 1405، 1985م، ج 5ص 355 – 356

4- مرجع سابق، سعيد سعد عبد السلام، ص. 507

5- مرجع سابق، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، ص 288

6- مرجع سابق، شمس الدين شيخ محمد عرفه الدسوقي، ص 469 – 471

– عند الشافعية: إذا استحق بعض المبيع دون البعض الآخر ففيه خيارت فرق الصفقة أي تجزئة البيع واعطاء كل جزء من المبيع حكمه، فيصح البيع في ما يأخذه المشتري، ويبطل المستحق، ويرجع على البائع بحصة المستحق من الثمن[1].

ثالثاً: ضمان العيوب الخفية في الفقه الإسلامي:

ضمان العيوب الخفية كضمان التعرض والاستحقاق، بحيث وجود العيب في المبيع يؤدي إلى عدم انتفاع المشتري انتفاعا مفيدا، وعليه يلتزم البائع اتجاه المشتري بحكم القانون والفقه بضمان العيب، وهذا ما قضت به المحكمة العليا[2]، وقد عالج فقهاء الشريعة الإسلامية ضمان العيوب الخفية تحتما يسمى بخيار العيب.

1– تعريف العيب الخفي وشروطه:

سوف نتطرق إلى تعريف العيب الخفي وكذا تحديد شروطه، فيما يلي:

أ– تعريف العيب الخفي: يقصد بالعيب لغة: كل ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة من الأوصاف العارضة، أو هو ما تنقص به عين الشيء أو قيمته أو ثمنه أو يفوت به غرض صحيح، وتعريف العيب في الاصطلاح الفقهي: يُقصد به خيار العيب، أي أن يكون لأحد العاقدين حق في فسخ العقد بسبب عيب في المعقود عليه لم يعلم به حين العقد.

ب– شروط العيب الموجب للضمان: لا تتحقق مسئولية البائع في ضمان المبيع بمجرد ظهور العيب فيه، يجب توافر مجموعة من الشروط والتي تطرق إليها كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في نص المادة (111)، وهي على النحو التالي:

الشرط الأول: أن يكون العيب قديماً، والمقصود بقدم العيب أن يكون العيب موجود في المبيع وقت التسليم، وقد أكد الفقه الإسلامي على هذا الشرط ويتبين ذلك من خلال الآراء الفقهية التالية:

عند الحنفية : فقد أكدوا على ضمان العيب عند البيع وفي الفترة الواقعة بينه وبين التسليم، وأما شرائط ثبوت الخيار، وهذا ما جاء في قول الكساني بثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم.

1– الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي، ج5، ص 355

2– المحكمة العليا الجزائرية، قسم المستندات والنشر، قرار رقم 103934 المؤرخ في 06 – 10 – 1993، قضية: ت ع ، ضد ب م ، المجلة القضائية ، العدد الثاني، 1994، ص 15 – 20.

عند الشافعية : فقد ألزموا البائع بضمان العيب حتى تمام القبض، وفي هذا جاء في للمشتري الخيار في رد المبيع بظهور عيب قديم بالنسبة« :حاشيتا القليوبي وعميرة ما يلي إلى القبض فيصدق بالحادث قبله بعد العقد.

الشرط الثاني: أن يكون العيب خفيا: يكون العيب خفيا إذا كان المشتري لا يعلم به وقت التسليم، أما إذا علم به سابقا فعلى العقد أو أخيار، فالبائع غير ملزم بضمانه.

الشرط الثالث: أن يكون العيب مؤثراً : العيب المؤثر هو ذلك العيب الذي ينقص من قيمة المبيع أو من الإنتفاع به بحسب الغاية المقصود من المبيع بحيث لو علم به المشتري وقت التعاقد ما كان ليبرم العقد، أو على الأقل عدم قبوله للشراء بالثمن الوارد في العقد إنما بثمن أقل.

المطلب الثاني

ضمان عقد المقاولة في الفقه الإسلامي

أولاً: ضمان المقاول الأصلي والمهندس المعماري:

تعتبر مسئولية المقاول والمهندس المعماري تجاه رب العمل ذات طبيعة عقدية، طالما أنها ناجمة عن عدم تنفيذ التزاماتهم، وبذلك يقع على عاتقهم الإتزام بضمان الأضرار التي قد تهدد سلامة ومتانة البناء.

والمهندس المعماري شخص من أشخاص الضمان العشري، تقع عليه التزامات في أعمال البناء التي تكمن في وضع التصاميم والرسومات والنماذج، لإقامة المنشآت والرقابة على التنفيذ، وقد يُعهد إليه أعمال أخرى مثل مراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها مهما كان تخصصه، فيلتزم بالضمان كل من المهندس الميكانيكي أو الكهربائي[1].

1 – عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، 1المقاولة والوكالة والوديعة والحارسة، ط 770، ص 4002 .

ثانياً: ضمان المقاول من الباطن:

يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل بجملته أو جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية (المادة 762 من القانون المدني الجزائري)، ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل[1].

يتضح من خلال نص المادة (762) المذكورة أعلاه أنه يمكن للمقاول الأصلي أن يعهد بعمله كله أو جزء منه إلى مقاول فرعي، وعليه يلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل المعهود إليه من المقاول الأصلي بالشروط والمواصفات والطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة من الباطن.

والمقاولة من الباطن قد أجازها الفقه الإسلامي، حيث نجد أن المذهب الحنفي يجيز للأجير أن يستعمل غيره لو أُطلق العقد فلم يرد فيه شرط مانع، وعليه فإن المقاول من الباطن يلتزم بضمان الأضرار الناشئة عن تهدد متانة وسلامة البناء.

ثالثاً: ضمان الأضرر الناشئة عن استخدام المواد والتنفيذ المعيب.

رابعاً: ضمان الأضرر الناشئة عن عيوب تهدد متانة وسلامة البناء[2].

المطلب الثالث

الضمان في عقود المعاوضات المالية

والعقود من أعظم وسائل الملكية وأسبابها؛ لأن بها يتجلى الإدراك والنشاط الإنساني في المجالين المالي والقانوني، فالعقد من أهمّ أسباب ملكية الانتفاع، لأنّه وسيلة تبادل الأموال والمنافع بين النّاس على أساس الرّضا[3].

وتشكل العقود النسبة الأعظم من أسباب تملك الإنسان لممتلكاته مقارنة بالأسباب الأخرى، والعقود على أنواع :

1 – زياد شقيف حسن قاررية، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، أطروحة استكمالا 5 لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدارسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 17. ص4002.

2 – زياد شقيف حسن قاررية، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، أطروحة استكمالا 5 لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدارسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 17، ص4002.

3– المعاوضات المالية، الدكتور رائد نصري أبو مؤنس، دكتوراة أصول الفقه، دكتوراة المصارف الإسلامية، ص 27

أحدها : المعاوضات : وهي ما ينتقل من مالك إلى مالك بعوض كالبيع.

الثاني : ما ينتقل من مَالِك إلى مالك بغير عوض كالهبات والوصايا والميراث.

الثالث : ما ينتقل من مَالِك إلى غير مالك بالعوض كالكتابة.

الرابع : ما ينتقل من مَالِك إلى غير مالك بغير عوض كالعتق.

الخامس : ما ينتقل من غير مالك إلى مالك وهو تمليك المباحات من الموات أي الموارد الاقتصادية غير المستغلة لكن بإذن الدولة[1].

أولاً: تعريف العقد وأنواعه:

العقد في اللغة: الربط والشد والضمان والعهد، ويطلق أيضاً على الجمع بين أطراف الشيء، والجمع عقود[2]، ومنه قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ [3].

وفي الاصطلاح يطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل، فالعقد ارتباط الإيجاب بالقبول، والالتزام فيه بربط أجزاء التصرف ببعضها حتى تصبح كياناً واحداً يسمى عقد، كعقد البيع والنكاح وغيرهما[4].

فالعقد عبارة عن توافق رغبتين أو حاجتين متقابلتين يعبر عنها أطراف العقد بإرادة واضحة، وفيه من الالتزام ما يكفي لثقة أطراف العقد بعضهم ببعض بتحقيق الهدف من إيجاده .

والعقود أنواع شتى تختلف موضوعاتها وغاياتها، وتختلف القواعد والأحكام الأساسية المعتبرة في كل منها باختلاف تلك الموضوعات والغايات[5]. فعقود التجارة والاستثمار كالبيع والإجارة والقرض والشركة تختلف عن عقود الأسرة كالزواج.

1- المرجع السابق، ص 27.

2- المصباح المنير في غري بالشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، الناشر: المكتبة العلمية–بيروت، ص421.

3- سورة المائدة الآية 1.

4- المنثور في القواعد، محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي أبوعبدالله، الناشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية–الكويت، الطبعة الثانية، 1405، تحقيق : د. تيسير فائق أحمد محمود ،ج 2ص 397.

5- العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع، مصطفي أحمد الزرقا، دار القلم ، دمشق ، ط (1) ، 1999، ص 7.

ذلك أنه ديشترط في بعض العقود ما لا يشترط في غيرها، فلا يشترط في البيع مثلا تميز المبيع بشكل واضح محدد؛ لأن الملكية تثبت للمشتري على صفة الشيوع " أي غير محددة " بأن يحل المالك الجديد مكان المالك القديم بحقوقه والتزاماته، في حين أنه في عقد الرهن مثلاً لابد من تميز المال المرهون لأن غاية عقد الرهن الاستيثاق وتأكد المرهون عنده أن حقه لن يضيع، وذلك لا يتحقق، إذا كان المرهون شائعا غير متميز [1].

العقود المسماة: عرف الناس قديماً أنماطاً من العقود كالبيع والإجارة والشركات، وفي كل عصر يطورون عقوداً جديدة تحقق أهدافهم، فحاجة الناس أصل في شرع العقود فيشرع من العقود ما يعمل على سدّ الحاجة ويكون موافقاً لأصول الشرع [2].

وجوهر العقود وحقيقتها عبارة عن اتفاقات تحصل بين أطراف العقد، وكلما احتاج الناس إلى نوع جديد من الاتفاقات في موضوع ما، ويلبي رغبة أو حاجة؛ فإن الناس يبتكرون نوعاً جديداً من العقود، يعمل أهل الخبرة على تسميته باسم خاص يميزه عن غيره من الاتفاقات، بحيث يفهم الناس موضوع هذا العقد بمجرد ذكر اسمه. فيقولون عقد البيع، أو عقد الإجارة، أو عقد صيانة، أو توريد، أو مقاولة ... فمسمى كل عقد يفهم الناس مدلوله عند اطلاقه.

وهكذا ظهرت العقود المسماة :البيع، والإجارة، والرهن والوديعة ...،والفي صلفي الأمر ليس الاسم بل المحتوى والمضمون، ومدى توافقه مع أحكام الشرع وقواعده .

فالمتأمل لنصوص القرآن والسنة يجدها تتناول عقوداً عرفها الناس في عهد الرسالة ونزول الوحي مثل:البيع، والإجارة، والمضاربة ... ، ثم أضاف الفقهاء تباعاً عقوداً أخرى لم تكن معروفة في زمان النبوة، وإنما ابتكرها الناس لتلبية حاجاتهم، وضبطها الفقهاء بقواعد الشريعة، من ذلك عقود: المرابحة، والوضيعة، وبيع الوفاء ... ، ومازال علماء كل عصر يبتكرون ويطورون من العقود والصيغ ما يلبي حاجات الناس ورغباتهم. ففي عصرنا طوروا عقد المقاولة، والتوريد، والتأمين، وعقود المصارف كعقد الإجارة المنتهية بالتمليك، وعقود الفندقة، إلى غير ذلك من عقود، وأكثر ما تبرز العقود وتتنوع

1- المعاوضات المالية، الدكتور رائد نصري أبو مؤنس، دكتوراة أصول الفقه، دكتوراة المصارف الإسلامية، ص27.

2- المبسوط للسرخسي، شمس الدين أبوبكر محمد بن أبي سهل السرخسي، دراسة وتحقيق:، خليل محي الدين الميس، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ 2000م، ج15ص 74 -75.

في عالم الأسواق المالية والمصارف حيث تقوم الصناعة المالية بتقديم منتجات مالية هي في حقيقتها صيغ تعاقدية مستحدثة لتلبية رغبات وحاجات المتعاقدين.

وتناول علماء الفقه الإسلامي عبر مراحل تطور الفقه الإسلامي العقود التي يقوم عليها فقه المعاوضات المالية متمثلة بـ :البيع؛ ويتفرع عنه عقود رئيسية كالبيع المطلق، والسلم، والاستصناع، وبيع الوفاء، والصرف والربا. وأخرى فرعية: كالمرابحة، والوضيعة، والتقسيط، والمزايدة، والمقايضة.

وتناول كذلك الفقهاء عقود الإجارة، والكفالة، والحوالة، والرهن، والوديعة، والعارية، والهبة، والشركة، والقسمة، والمضاربة، والمزارعة، والمساقاة، والوكالة، والصلح، والقرض، والمخارجة[1].

ثانياً: تعريف المعاوضات المالية:

المعاوضة في اللغة : مصدر من عوض، وهي أخذ شيء مقابل شيء، أو إعطاؤه[2]. والعوض أعم من الثّمن، فالعوض قد يكون ثمنا أي نقداً وعملات، وقد يكون عينا أي سلعة.

وفي اصطلاح علماء الفقه فإن المعاوضة هي: عقد محتوٍ على عوض من الجانبين[3].

فالمعاوضة عقد مالي يتبادل فيه الطرفان أموالاً مقابل ما يدفعه كل واحد للآخر، فكل طرفٍ يقدم للآخر عوضاً عما أُخذ منه. فالمعاوضة مفاعلة؛ إذ كل من البائع والمشتري عوض صاحبه شيئا بدل المأخوذ منه. فالمعاوضة تقوم على مبادلة الأشياء بعضها ببعض[4].

فكل إنسان حتى يرضى بالتخلى عما هو بين يديه من أشياء، وأموال، ويعطيها للآخر يجب أن يحصل من الآخر على أشياء أو أموال مقابلها يرضى بها فالمشتري يقدم الدنانيير، والبائع يقدم الملابس مثلاً، وهكذا[5].

1- المعاوضات المالية، الدكتور رائد نصري أبو مؤنس، دكتوراة أصول الفقه، دكتوراة المصارف الإسلامية، ص27.

2- لسان العرب، ابن منظور 9/ 274، الفيومي، المصباح المنير، 438.

3- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي2/3.

4- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، المتوفى سنة587، دار الكتاب العربي، 1982، بيروت، ج 5، ص 133.

5- المعاوضات المالية، الدكتور رائد نصري أبو مؤنس، مرجع سابق، ص 27.

ثالثاً: حكمة مشروعية المعاوضات:

شُرِعَ نظام المعوضات المالية في الإسلام لرعاية مصالح الناس وتلبية حاجتهم ورغباتهم مهما تنوعت وتعددت واختلفت. فرفع الحرج مقصد من مقاصد الشريعة وأصل من أصولها[1].

يُشكل المال والمالية الأساس الثالث من أسس نظام المعاوضات المالية، فعلاقة الإنسان بما يملك تكتسب قيمة خاصة تعارف الناس على تسميتها بالمال.

رابعاً: تعريف المال:

يُطلق المال في اللغة: على كل ما تملكه الإنسان من الأشياء ،وحازه بالفعل من كل شيء سواء أكان عيناً أم منفعة. أما ما يملكه الإنسان، ولم يدخل في حيازته، فلا يعد مالاً في اللغةً كالطير في الهواء، والسمك في الماء، والأشجار في الغابات.

ورأس المال: أصله، ولا فرق بين لفظتي المال ورأس المال فهما بمعنى واحد[2].

والتمول: اتخاذ الشيء مالاً، يقال: تمول فلان مالاً إذا اتخذ قنية[3].

وفي الاصطلاح المال: كل ماله قيمة معتبرة في النظر الشرعي مما يميل إليه الطبع، وكان منتفعا به سواء كان أعياناً أم منافع[4].

خامساً: كيفية الضمان في المعاوضات غير المالية والعارية والعقود الفاسدة:

1- الضمان في المعاوضات غير المالية والعارية:

أ- العقود المالية والعقود غير المالية: العقد إذا وقع على عين من الأعيان يسمى عقداً مالياً، سواء أكان نقل ملكيتها بعوض، كالبيع بجميع أنواعه من الصرف والسلم والمقايضة ونحوها أم بغير عوض،

1- المرجع السابق، ص 27.

2- معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارسبن زكريا، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ - 1979م، ص 954.

3- المعاوضات المالية، الدكتور رائد نصري أبو مؤنس، مرجع سابق، ص46.

4- الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، المتوفى سنة 790هـ، المحقق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آلسلمان، الناشر : دارا بن عفان، الطبعة الأولى 1417هـ- 1997م، ج2، ص 10.

كالهبة والقرض والوصية بالأعيان ونحوها، أو بعمل فيها، كالمزارعة والمساقاة والمضاربة ونحوها. والعقود التي تقع على المنافع، كالإجارة، والإعارة ونحوهما، من العقود المالية؛ لأن المنافع أموال[1].

أما إذا وقع على عمل معين دون مقابل كالوكالة والكفالة، والوصاية، أو الكف عن عمل معين كعقد الهدنة بين المسلمين وأهل الحرب؛ فهو عقد غير مالي من الطرفين.

وهناك عقود تعتبر مالية من جانب، وغير مالية من جانب آخر كعقد النكاح والخلع والصلح عن الدم وعقد الجزية ونحوها[2].

ب- عقود المعاوضة وعقود التبرع : حيث يُقسم العقد المالي من حيث وجود العوض وعدم العوض فيه إلى نوعين[3]:

النوع الأول: عقود المعاوضة؛ عقد البيع بأنواعه من المقايضة والسلم والصرف، وعقد الإجارة والاستصناع، والصلح والنكاح والخلع، والمضاربة والمزارعة والمساقاة والشركة ونحوها[4].

النوع الثاني: عقود التبرع: عقد الهبة، والعارية، الوديعة، والوكالة، والكفالة بغير أمر المدين، والرهن، والوصية ونحوها[5].

سادساً: الضمان في العقود الفاسدة:

أن العقود الفاسدة؛ كعقد الربا وغيره، جائز في دار الحرب بين المسلمين والكفار[6]، وتشمل العقود الفاسدة الأكل بالباطل: كل ما يؤخذ عوضاً عن العقود الفاسدة أو الباطلة، كبيع ما لا يملك، وثمن المأكول الفاسد غير المنتفع به كالجوز والفاسد والبيض الفاسد والبطيخ الفاسد، وثمن ما لا قيمة

1- المعاوضات المالية، الدكتور رائد نصري أبو مؤنس، د مرجع سابق، ص46.

2- المنثور في القواعد، محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي أبو عبدالله، الناشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية–الكويت، الطبعة الثانية، 1405، تحقيق : د. تيسير فائق أحمد محمود،ج2، ص 402-403.

3- المنثور في القواعد، محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي أبو عبدالله، المرجع السابق، ج2، ص 403.

4- المعاوضات المالية، الدكتور رائد نصري أبو مؤنس، المرجع السابق، ص47.

5- المعاوضات المالية، الدكتور رائد نصري أبو مؤنس، المرجع السابق، ص47.

6 - البحر المديد :. أحمد بن محمد بن المهدي بن عجيبة الحسني الإدريسي الشاذلي الفاسي أبو العباس، دار الكتب العلمية . بيروت، الطبعة الثانية، 2002م- 1423 هـ، ج 5، ص497.

له ولا ينتفع به كالقردة والخنازير والذباب والزنابير والميتة والخمر وأجر النائحة وآلة اللهو[1]، فمن باع بيعاً فاسداً وأخذ ثمنه، كان ثمنه حراماً خبيثاً وعليه ردّه[2].

وإذا لم يجز أكل المال بالباطل وهو غير المشروع والمأخوذ من عين أو منفعة ظلماً من غير مقابل، فيجوز أخذه بالتراضي الذي يقرّه الشرع، لذا قال الله تعالى: ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ ﴾ [3]، أي ولكن كلوا الأموال بالتجارة القائمة على التراضي ضمن حدود الشرع، والتجارة تشمل عقود المعاوضات المقصود بها الربح، وخصّها بالذّكر من بين أسباب الملك لكونها أغلب وقوعا في الحياة العملية، ولأنها من أطيب وأشرف المكاسب، وأخرج الأصبهاني عن معاذ بن جبل قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: "أطيب الكسب: كسب التجار الذين إذا حدثوا لم يكذبوا، وإذا وعدوا لم يخلفوا، وإذا ائتمنوا لم يخونوا، وإذا اشتروا لم يذموا، وإذا باعوا لم يمدحوا، وإذا كان عليهم لم يمطلوا، وإذا كان لهم لم يعسرو" [4].

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وبكرمه وفضله تتحقق المقاصد والغايات ثمّ الصّلاة والسّلام على المبعوث رحمة للعالمين.

فقد توصل البحث إلى عدد من النتائج والتوصيات، كما يلي:

أولا: النتائج:

1- إن العقود من أعظم وسائل الملكية وأسبابها؛ لأن بها يتجلى الإدراك والنشاط الإنساني في المجالين المالي والقانوني.

2- العقد من أهمّ أسباب ملكية الانتفاع، لأنّه وسيلة تبادل الأموال والمنافع بين النّاس على أساس الرّضا.

1 – التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج: د وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر – دمشق، الطبعة : الثانية ، 1418 هـ، ج5، ص 31.

2 – المرجع السابق، ج5، ص 31.

3 – سورة النساء: 29.

4 – قال الشيخ الألباني : (ضعيف) انظر حديث رقم : 1390 في ضعيف الجامع ، كتاب: صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته : محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، ج 1، ص 332.

3- أن العقود الفاسدة؛ كعقد الربا وغيره، جائز في دار الحرب بين المسلمين والكفار.

ثانيا: التوصيات:

1- مع ما بذل من جهود لمكافحة مظاهر الفساد الإداري، إلا أنها أبت إلا أن تخرج أعناقها، فالفساد ظاهرة عالمية تعاني منها جميع الحكومات والدول، ويوصي الباحثان بضرورة معالجة مظاهر الانحرافات الوظيفية المجرمة في الشريعة الإسلامية، واتفقت على تجريمها الأنظمة المستحدثة.

2- يوصي الباحثان بالإهتمام بالجانب الوقائي من الوقوع غي الفساد المالي، كون الجانب الأهم لعلاج الفساد الإداري هو الجانب الوقائي؛ لأنه بمثابة الحارس للأجهزة الإدارية، يحرسها من أن تقع فريسة للفساد والانحراف.

3- ويوصي الباحثان بتوظيف نصوص الشريعة الإسلامية وقواعدها التي عالجت الجرائم عامة وجرائم الانحراف الوظيفي خاصة من الناحيتين الوقائية والمادية، باستخدام أسلوبي الترغيب والترهيب، وأن البائع ضامنا للعيوب الخفية في البيوع بما في ذلك البيوع القضائية والإدارية.

المصـــادر والمـراجـع:

السنة النبوية وشروحها:

1- الجامع الصحيح سنن الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، دار إحياء التراث العربي – بيروت.

2- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، دار الفكر – بيروت.

3- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي . بيروت.

4- سنن النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي ، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية–حلب، الطبعة: الثانية، 1406-1986.

5- صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة : الأولى 1422هـ

6- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت. الفقه المذاهب:

الفقه الحنفي:

8- بدائع الصنائع ،علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، مكان النشر بيروت.

9- المبسوط للسرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1421هـ 2000م.

الفقه المالكي:

10- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي، تحقيق محمد عليش، ر دار الفكر، بيروت.

11- المدونة الكبرى، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت . لبنان.

الفقه الشافعي:

12- الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، اشترك في تأليف هذه السلسلة: الدكتور مُصطفى الخِنْ، الدكتور مُصطفى البُغا، علي الشّرْبجي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، الطبعة: الرابعة، 1413 هـ - 1992.

13- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، الشهير بالشافعي الصغير، دار الفكر للطباعة

الفقه الحنبلي :

14- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي ، الطبعة: الأولى - 1397 هـ.

15- كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، مكان النشر بيروت.

الفقه العام:

16 – نطاق الضمان في المسئولية العقدية والفقه الإسلامي ، شراط سميرة ، عام 2014– 2015م..

17– أحكام الضمان في الفقه والقانون، عبد الله نقد الله أحميدى، الطبعة الثالثة، جمادي الأول 1431هـ – أبريل 2010م.

18– الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، محمد عبد المنعم أبو زيد، الناشر: المعهد العالمي للفكر الإسلامي القاهرة، تأريخ الطبع: الطبعة الأولى (1417هـ / 1996م).

19– الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ : وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، دار الفكر – سوريَّة – دمشق.

20– العقد في الفقه الإسلامي، (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي)، عباس حسنى محمد، عضو هيئة التدريس بالمعهد العالي للقضاء، الرياض، حقوق الطبع محفوظة، الطبعة الأولى 1413هـ/ 1993م.

21–مختصر الإنصاف والشرح الكبير، محمد بن عبد الوهاب، محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي، المحقق: عبد العزيز بن زيد الرومي.

اللغة والمعاجم:

22– القاموس المحيط، مجد الدن محمد يعقوب الفيروز أبادي، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، ط،5 1996م.

23– لسان العرب، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى، دار صادر – بيروت، الطبعة: الثالثة – 1414 هـ.

24– مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مكتبة لبنان ناشرون – بيروت، الطبعة طبعة جديدة، 1415 – 1995.

25– المعجم الأوسط: أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، الناشر: دار الحرمين – القاهرة ، 1415م.

26– نظام الحكومة النبوية المسمى التراتيب الإدراية، عبد الحي الكتاني، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت.

27- مسؤولية المثقف الإسلامي تجاه قضايا الإرهاب، د. عثمان بن صالح العامر.

28- مسؤولية الدول الإسلامية عن الدعوة: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة: الأولى، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، تأريخ النشر: 1416هـ.

الرسائل العلمية:

29- أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، حبشي لزرق، رسالة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2012 / 2013م.

32- المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية شروط الفعل المولد للضرر، بن عبد الله عادل، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، عام 2010 / 2011م.