



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية



قسم العلوم الإسلامية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

أثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات وتطبيقاتها المعاصرة
(دراسة فقهية)

أطروحة دكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية تخصص الفقه وأصوله

تحت إشراف: الدكتور ابن البار علي

إعداد الطالب: ضامري أحمد

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة	الصفة
باحمد رفيس	أستاذ	جامعة غرداية	رئيساً
ابن البار علي	أستاذ محاضر قسم (أ)	جامعة غرداية	مشرفاً
مخلوف داودي	أستاذ	جامعة غرداية	ممتحناً
جعفر عبد القادر	أستاذ	جامعة غرداية	ممتحناً
دباغ محمد	أستاذ	جامعة أدرار	ممتحناً
بورزق أحمد	أستاذ	جامعة الجلفة	ممتحناً

السنة الجامعية: 2022-2023م / 1443-1444هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

إلى روح أمي وأبي رحمهما الله، آمين.

إلى زوجتي الحبيبة وأبنائي الأوفياء.

إلى شيوخي وأساتذتي وكل من علمني.

إلى كل الأصدقاء والزملاء في الدراسة.

شكر وعرفان

قال تعالى: ﴿ هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ ﴾ [الرحمن 60]

وقال ﷺ: " مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ " رواه أحمد والترمذي.

نشكر الله تعالى أولاً على ما أنعم علينا من النعم، ثم على توفيقه لنا على إتمام هذا العمل.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى الدكتور الفاضل المحترم، علي بن البار على متابعته لي، وتقديمه يد المساعدة من غير تضجر ولا انقطاع، فله مني فائق التقدير والاحترام.

كما لا أنسى كافة أساتذة قسم العلوم الإسلامية بجامعة غرداية وأدارار، أسأل الله العلي القدير أن يحفظهم ويرزقهم السعادة الأبدية، ويجمعني وإياهم على سرر متقابلين في جنة صدق عند
ملك مقدر

ملخص الأطروحة:

جاءت هذه الأطروحة لتبين حكم الشريعة الإسلامية عند طرؤ الموت على أحد المتعاقدين في عقود التبرعات والتوثيقات، ومآل تلك الالتزامات الناشئة عنها، مع دراسة بعض التطبيقات المعاصرة. فكان عنوان الأطروحة: "أثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات وتطبيقاتها المعاصرة (دراسة فقهية)".

الفصل الأول: لتحديد المفاهيم: الموت وأنواعه. الالتزامات. عقود التبرعات والتوثيقات. أهلية الإنسان. أنواعها وعوارضها وأثر الموت عليها. لنخلص بعدها لذكر التزامات العقود عموماً وتأثير الموت فيها، متحدثاً عن أنواع التزامات العقود عموماً، وطرق إنهائها.

وأما الفصل الثاني: حُصِّص للكلام على أثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات.

عقود التبرعات بالأعيان، ومنها عقد الهبة والصدقة والوصية. وعقود التبرعات بالمنافع، ومنها عقد العارية والوقف والقرض. وعقود التبرعات الخاصة بالنيابة، ومنها عقد الكفالة والوكالة والوديعة. وعقود التوثيقات، ومنها عقد الرهن والكفالة بالنفس والحوالة.

وأما الفصل الثالث: حُصِّص للتطبيقات المعاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات، ومنها عقد الودائع المصرفية وعقد التأمين التكافلي. وتطبيقات معاصر لأثر الموت في التزامات عقود التوثيقات، ومنها عقد خطاب الضمان المصرفي وعقد الحوالة المصرفية وعقد الرهن الرسمي.

الكلمات المفتاحية:

الموت، الالتزامات، عقود، التبرعات، التوثيقات.

Abstract

This thesis aims to explore the Islamic legal rulings regarding the occurrence of death in contracts of donations and documentation, and the outcomes of the resulting obligations. The study also examines some contemporary applications of these contracts.

The title of the thesis is "**The Impact of Death on the Obligations of Contracts of Donations and Documentation and Their Contemporary Applications (A Jurisprudential Study).**"

Chapter one defines key concepts, such as death and its types, obligations, contracts of donations and documentation, and the capacity of a person, its types, consequences, and the impact of death on it. The chapter also covers general obligations of contracts and ways to terminate them.

Chapter two focuses on the impact of death on obligations in contracts of donations and documentation. These include contracts of donations with possessions, such as gifts, charity, and wills; contracts of donations with benefits, such as sale with deferred payment, endowments, and loans; contracts of donations related to representation, such as sponsorship, agency, and deposit; and documentation contracts, such as mortgages, self-guarantees, and transfers.

Chapter three is dedicated to contemporary applications of the impact of death on obligations in contracts of donations and documentation, such as bank deposits and cooperative insurance contracts. It also covers contemporary applications of the impact of death on obligations in documentation contracts, such as official mortgage contracts, bank guarantee letters, and bank transfers.

Keywords: Death, Obligations, Contracts, Donations, Documentation.

المقدمة

المقدمة:

الحمد لله حمداً يوافي ما تزايد من النعم، والشكر له على ما أولانا من الفضل والكرم، لا أحصي ثناءً عليه هو كما أثنى على نفسه، والصلاة والسلام على سيدنا مُحَمَّد المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين.

وبعد...

شاء الله تعالى أن تكون شريعة الإسلام خاتمة الرسائل، فلزم من ذلك أن تتسم بالشمولية وصلاحيتها لكل زمان ومكان؛ حتى تنسجم مصالح الناس مع أحكامها، ومن جملة أحكامها العقود التي تنظم معاملات الناس بعضهم لبعض.

فإن شريعة الإسلام لم تكل أحكام هذه العقود لأهواء الناس ورغباتهم، وإنما أحاطتها بجملة من الأحكام والقواعد لحمايتها من تلاعبات المتعاقدين، أو مما يطرأ عليها دون سابق علم مثل الموت الذي يدهم أحد طرفي العقد بعد أن ترتبت في ذمته التزامات العقد المبرم.

من هنا جاءت هذه الدراسة لتبين حكم الشريعة الإسلامية عند طرؤ الموت على أحد المتعاقدين في عقود التبرعات والتوثيقات، وحكم تلك الالتزامات الناشئة عن هذه العقود، مع دراسة بعض التطبيقات المعاصرة.

فكان عنوان الأطروحة: "أثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات وتطبيقاتها المعاصرة (دراسة فقهية)".

إشكال البحث: مع اتساع دائرة عقود التبرعات والتوثيقات في عصرنا اليوم، قد يطرأ الموت على أحد المتعاقدين، وقد يكون أنشأ أحد هذه العقود، فيتعين تبرئة ذمته من أي التزام أو دين يحول بينه وبين رهن نفسه في قبره، والشريعة الإسلامية لم تدع منطقة في حياة الإنسان فارغة من التشريع، فكيف تعامل الفقه الإسلامي مع التزامات العقد في التبرعات والتوثيقات عند طرؤ الموت على أحد طرفي العقد، ويتفرع عن هذا الإشكال ما يلي:

- ما هي التزامات العقود عموماً؟

- وما هي التزامات عقود التبرعات والتوثيقات خصوصاً؟
- ومتى تلزم هذه العقود؟
- وهل يفسخ العقد بموت أحد عاقديه؟ أم تنتقل التزامات العقد إلى الورثة؟

أهمية الموضوع: تظهر أهمية هذه الدراسة في أمرين:

- 1- تستمد الدراسة أهميتها من الموضوع المراد بحثه، حيث أصبحت عقود التبرعات والتوثيقات متعددة الصور والأشكال، فلا يكاد يخلو مكان أو زمان منها؛ لحاجة الناس إليها وعدم الاستغناء عنها.
- 2- مسألة أثر موت أحد طرفي العقد مبنوثة في كتب الفقه في سائر العقود، يصعب الرجوع إليها، لكن عند جمع شتات الموضوع وجعله في مؤلف واحد يسهل على الباحث الحصول عليه دون عناء.

سبب الاختيار: أما الأسباب الباعثة على اختيار هذا الموضوع هي:

- 1- استجابة لتوصيات بعض الباحثين والدارسين لبعض جوانب الموضوع.
- 2- العمل على إظهار عناية الشريعة الإسلامية بالإنسان حياً وميتاً؛ حيث وضعت أحكاماً تضمن له حفظ حقوقه والتزاماته بعد وفاته.

الدراسات السابقة: تكلم الفقهاء قديماً وحديثاً عن مسألة موت أحد المتعاقدين وأثره في التزامات العقد، لكن المسألة مبنوثة في أبواب الفقه، ويكون الحديث عليها عارضاً، ساقه أصحابه بالتبع لا أصالة.

وأما دراستها في عقد واحد وبشكل تفصيلي، فقد وُضعت فيه العديد من الرسائل، نذكر على سبيل المثال: أثر الموت في عقد المقاوله للسنهوري. وأثر الوفاة على حيثيات عقد الوكالة في الفقه الإسلامي للدكتور عصام عبد العزيز الدفراوي وغيرهما.

أما دراسة أثر الموت في مجموعة من العقود، وبصورة تفصيلية، فمنها:

- 1- (الحق والذمة وتأثير الموت فيهما وبحوث أخرى) للشيخ علي الخفيف، وهو كتاب أصله مجموعة بحوث في الحق والذمة وما يعرض لهما من أحكام، ألقىت على طلبة الدكتوراه في كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول بالقاهرة سنة: 1945-1946م، ثم طبعت هذه البحوث دار الفكر العربي.

فكان الكتاب عبارة عن نظريتين: نظرية الحق ونظرية الذمة، فهما المحوران الرئيسيان للكتاب، أما أثر الموت في العقود كان أمثلة أو تطبيق لهاتين النظريتين فقط.

2- (أثر الموت في حقوق الشخص والتزاماته في الفقه الإسلامي) للشيخ المكاشفي طه الشيخ، رسالة دكتوراه بجامعة الملك عبد العزيز بجدة المملكة العربية السعودية، نشرته نفس الجامعة سنة: 1980م، فصاحب الرسالة عمل بالقضاء بالسودان فغلب عليه أثناء طرحه للموضوع، الدعاوي والقضايا المتعلقة بالتركات والموارث، فوضع ضوابط وقواعد لما يورث وما لا يورث.

3- (أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن المعاوضات المالية الناجزة وتطبيقاته المعاصرة) ملك نور الدين محمود خصاونة، قدمت هذه الرسالة لنيل درجة الماجستير في الفقه وأصوله في كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة: 2004م.

غير أن هذه الدراسة درست الموضوع في المعاوضات المالية، دون التعرض لعقود التبرعات والتوثيقات. وهذا الدراسات الثلاث التي ذكرت، هي حسبما توصلت إليه.

وجاءت هذه الدراسة المتواضعة - التي بين أيدينا عملاً بتوصيات الأستاذة ملك خصاونة صاحبة الرسالة: " أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن المعاوضات المالية الناجزة وتطبيقاته المعاصرة" - لدراسة أثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات؛ من أجل استكمال البناء العلمي في الموضوع.

المنهج المتبع: طبيعة الموضوع تقتضي المنهج الاستقرائي التحليلي، وذلك باستقراء وتتبع نصوص الفقهاء في المسألة، ثم التعرض إليها بشيء من التحليل عن طريق الشرح أو التأميل أو النقد في بعض الأحيان.

ولم يخل البحث من منهج المقارنة، وذلك عند مقارنة آراء الفقهاء والترجيح بينها.

عملي في البحث:

- الفصل الأول: كان عبارة عن تمهيد لتحديد المفاهيم التي ينطلق منها البحث، وفي الفصل الثاني: خصصت لكل عقد مطلباً، أعرفه لغة واصطلاحاً، ومتى يلزم، مع ذكر أهم الالتزامات المترتبة على

طريقي العقد، ثم بيان أثر الموت على هذه الالتزامات، وفي الفصل الثالث: أعرف العقد في الفقه الإسلامي إن وجد، أو القانون، أو هما معاً إن وجد فيهما، ثم أصور العقد؛ إما ببيان الأنواع والخصائص، أو ببيان الفروق بين المعاملة وشبهاتها، ثم أحاول تكييف المعاملة تكييفاً فقهياً، وبعدها أبين أثر الموت على العقد.

وإذا رجعت إلى القوانين الوضعية فذلك ليس لأجل المقارنة، وإنما قصد التعرف على ماهية العقود وصورتها، وتأثير الموت فيها.

- عند ذكر الآية القرآنية، أذكر السورة ورقم الآية في صلب البحث لا في الهامش.

- خزّجت الأحاديث والآثار الوارد في البحث وفق المنهجية التالية:

في إيراد الحديث أو الأثر، قدمت الصحيحين على غيرهما، ولا أذكر الحكم عليه، فإن لم أجد انتقلت إلى موطأ مالك، فإن لم أجد، انتقلت إلى السنن الأربعة: أبي داود، الترمذي، النسائي، ابن ماجه.

وفي عزو الحديث أو الأثر أذكر: الكتاب والباب ورقم الحديث - من الكتب التي التزمت ذلك - مع بيان الجزء والصفحة. ثم اجتهد في ذكر الحكم عليه من كتب التخريج إذا كان في غير الصحيحين.

- ترجمت للأعلام عند ذكرهم لأول مرة، ملتزماً الاختصار (الاسم الكامل، تاريخ ولادته إن وجد، ذكر مؤلفين من مؤلفاته، تاريخ وفاته)، ولم أترجم للبارزين كالأئمة الأربعة، كما لم أترجم للمعاصرين.

- وحيث قلت: ينظر؛ فذلك عند اقتباس المعنى أو الحكم من المصدر المذكور، وحيث قلت: بتصرف؛ فذلك عند نقل النص مع تغيير قليل، وحيث ذكرت المصدر أو المرجع دون هذين العبارتين، فهو لسوق عبارة القائل كما هي مع وضعها بين علامتي تنصيص "...".

- اعتمدت في التهميش للمصادر والمراجع المنهجية التالية: ذكر المؤلف، ثم المؤلف، ثم الجزء وأشرت إليه بحرف الجيم، ثم الصفحة وأشرت إليها بحرف الصاد، وبعدها المحقق وذكر دار النشر والطبعة وتاريخها، إن وجد ذلك، فإن لم توجد الطبعة، اختصرت عبارة "دون طبعة" في دط، وعبارة "دون تاريخ" في دت. وكل هذا عند ذكر المصدر أو المرجع لأول مرة.

- اعتمدت في ترتيب قائمة المصادر والمراجع وفق الحروف الأبجدية، ورتبت الفهارس حسب ترتيب الصفحات تبعاً لفهرسة المحتويات.

الصعوبات: لم تواجهني أي صعوبة في الفصل الأول والثاني، وما كان من صعوبة إنما كان في الفصل الثالث المتضمن التطبيقات المعاصرة، وتكمن تلك الصعوبات في عدم وجود قانون خاص يتضمن أحكام الوفاة في العقود المعاصرة التي تجريها المصارف الإسلامية، كما أن قانون البنك المركزي الجزائري يمنع المصارف الإسلامية في الجزائر من إبرام عقود التبرعات، وقد اتصلت بهيئة الرقابة الشرعية لمصرف السلام بالجزائر العاصمة أسألهم عن موت أحد المتعاقدين في عقود التبرعات والتوثيق، فقالوا لي بصريح العبارة: ليس عندنا قانون منصوص، وإن الذي نعمل به في هذه الحالات إنما هي إجراءات نتخذها حسب كل حالة. مما ألجأني إلى البحث في قانون المصارف خارج الجزائر.

خطة البحث: جاءت خطة البحث في ثلاثة فصول، في الفصل الأول: ثلاثة مباحث، وفي الفصل الثاني باعتباره صلب الدراسة: أربعة مباحث، وفي الفصل الثالث: مبحثان، ثم خاتمة. وهي بالتفصيل كما يلي:

المقدمة:

الفصل الأول: فصل تمهيدي، تعريفات ومفاهيم.

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات العنوان.

المطلب الأول: تعريف الموت وأنواعه.

المطلب الثاني: تعريف الالتزامات.

المطلب الثالث: تعريف عقود التبرعات والتوثيق.

المبحث الثاني: أهلية الإنسان وتأثير الموت فيها.

المطلب الأول: أهلية الإنسان والمصطلحات المتداخلة معها.

المطلب الثاني: أنواع الأهلية وعوارضها.

المطلب الثالث: أثر الموت في أهلية الإنسان.



المبحث الثالث: التزامات العقود عموماً وتأثير الموت فيها.

المطلب الأول: أنواع التزامات العقود عموماً.

المطلب الثاني: طرق إنهاء التزامات العقود.

المطلب الثالث: تأثير الموت في التزامات العقود عموماً.

الفصل الثاني: أثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات.

المبحث الأول: أثر الموت في التزامات عقود التبرعات بالأعيان.

المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد الهبة.

المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد الصدقة.

المطلب الثالث: أثر الموت في التزامات عقد الوصية.

المبحث الثاني: أثر الموت في التزامات عقود التبرعات بالمنافع.

المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد العارية.

المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد الوقف.

المطلب الثالث: أثر الموت في التزامات عقد القرض.

المبحث الثالث: أثر الموت في التزامات عقود التبرعات الخاصة بالنيابة.

المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد الكفالة.

المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد الوكالة.

المطلب الثالث: أثر الموت في التزامات عقد الوديعة.

المبحث الرابع: أثر الموت في التزامات عقود التوثيقات.

المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد الرهن.

المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد الكفالة بالنفس.

المطلب الثالث: أثر الموت في التزامات عقد الحوالة.

الفصل الثالث: تطبيقات أثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات المعاصرة.

المبحث الأول: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات.

المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد الودائع المصرفية.

المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد التأمين التكافلي.

المبحث الثاني: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التوثيقات.

المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد خطاب الضمان المصرفي.

المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد الحوالة المصرفية.

المطلب الثالث: أثر الموت في التزامات عقد الرهن الرسمي.

الخاتمة: أهم النتائج المتوصل إليها ووضع بعض التوصيات.

الفصل الأول: فصل تمهيدي للتعريفات والمفاهيم.

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات العنوان.

المبحث الثاني: أهلية الإنسان وتأثير الموت فيها.

المبحث الثالث: التزامات العقود عموماً وتأثير الموت فيها.

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات العنوان.

قبل البحث في أي جزئية من جزئيات العلم، لا بد من تحديد مفاهيمها ودقة مصطلحاتها؛ من أجل السير الحسن وعدم التيه عن مسار البحث وأهدافه. ومن هنا فإني ارتأيت أن أخصص هذا المبحث كتمهيد لما يأتي بعده فجعلته للتعريف بمصطلحات العنوان، وقسمته إلى ثلاثة مطالب: المطلب الأول: لتعريف الموت وأنواعه، والثاني لتعريف الالتزامات، والثالث لتعريف عقود التبرعات، وعقود التوثيقات.

المطلب الأول: تعريف الموت وأنواعه.

الموت: من مات، يموت، موتاً، الميم والواو والتاء أصل صحيح يدل على معان كثيرة في اللغة، منها:

1- خلاف الحياة، تقول مات الرجل، فهو: مَيِّتٌ وَمَيِّتٌ، وقيل: المَيِّتُ الذي مات، والمَيِّتُ والمَيِّتُ: الذي لم يمّت بعد... قيل: وهذا خطأ، وإنما مَيِّتٌ يصلح لما قد مات، ولما سيموت⁽¹⁾؛ قال الله تعالى: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ﴾ [الزمر: 30].

2- زهاب القوة الحسية من الشيء⁽²⁾، لما روي عن النبي ﷺ - في من أكل الثوم والبصل -: "... فَمَنْ أَكَلَهُمَا فَلْيُمْتِهُمَا طَبْحاً"⁽³⁾.

3- زوال القوة العاقلة، وهي الجهالة: قال تعالى: ﴿أَوْ مَنْ كَانَ مَيِّتاً فَأَحْيَيْنَاهُ﴾ [الأنعام: 132].

4- الحزن المكدر للحياة: قال تعالى: ﴿وَيَأْتِيهِ الْمَوْتُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ﴾ [إبراهيم: 17]. أي أسباب الموت التي تكدر الحياة⁽¹⁾.

(1) لسان العرب، مُجَدِّدٌ بن مكرم بن علي، ابن منظور، ج2، ص91. دار صادر، بيروت، ط2، 1414 هـ.

(2) مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، ج5، ص283. تحقيق: عبد السلام مُجَدِّدٌ هارون، دار الفكر، دط، 1399 هـ / 1979 م.

(3) رواه مسلم في الصحيح، كتاب: المساجد ومواضع الصلاة. باب: نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً أو نحوهما، رقم الحديث: 567. ج1، ص396.

5- النوم: قال تعالى: ﴿وَالَّتِي لَمْ تُمُتْ فِي مَنَامِهَا﴾ [الزمر: 42]. وكانت العرب تسمي النوم موتاً وتسمي الانتباه حياة⁽²⁾.

6- السكون وعدم الحركة: فكل ما سكن، فقد مات. ماتت النار موتاً: برد رمادها، فلم يبق من الجمر شيء. وماتت الريح: ركدت وسكنت. وماتت الخمر: سكن غليانها⁽³⁾.

الموت اصطلاحاً عند الفقهاء:

عرّفه الإمام النووي⁽⁴⁾ بقوله: "مفارقة الروح للجسد"⁽⁵⁾.

وعرّفه الإمام القرطبي⁽⁶⁾ بقوله: "الموت ليس بعدم محض، ولا فناء صرْفٍ، وإنما هو انقطاع تعلق الروح بالبدن ومفارقتها، وحيلولة بينهما، وتبدُّل حال وانتقال من دار إلى دار"⁽⁷⁾.

(1) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الكفوي الحنفي، ص 858. تحقيق: عدنان درويش ومُجّد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، دط، دت.

(2) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن مُجّد بن علي الفيومي، ج 2، ص 583. المكتبة العلمية بيروت، دط، دت.
(3) لسان العرب، ج 2، ص 91.

(4) يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حُسَيْن بن حَزَام ابن مُحَمَّد بن جُمُعَةَ النَّوَوِيِّ، الشَّيْخُ الإِمَامُ العَلَامَةُ محيي الدِّين أَبُو زَكَرِيَّا، ولد في المُحَرَّم سنة 631 هـ بنوى، وتوفي 677 هـ، من مؤلفاته: الأربعون النووية، والأذكار، والمجموع شرح المهذب. طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، ج 8، ص 395. تحقيق: د. محمود مُجّد الطناحي د. عبد الفتاح مُجّد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، 1413 هـ / 1992 م.

(5) المجموع شرح المهذب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ج 5، ص 105. دار الفكر، دط، دت. وتحرير ألفاظ التنبيه، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ص 94. تحقيق: عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، ط 1، 1408 هـ.

(6) أبو عبد الله مُجّد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري القرطبي الفقيه المفسر، له تفسير كبير في اثني عشر مجلداً وله شرح الأسماء الحسنى والتذكار في فضل، توفي في شوال سنة 671 هـ / 1272 م. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، مُجّد بن مُجّد بن عمر مخلوف، ج 1، ص 281. دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1424 هـ / 2003 م.

(7) الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله مُجّد بن أحمد شمس الدين القرطبي، ج 9، ص 466. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط 1، 1427 هـ / 2006 م.

وعرّفه سعد الدين التفتازاني⁽¹⁾ بقوله: "هو صفة وجودية خلقت ضدا للحياة لقوله تعالى: ﴿خلق الموت والحياة﴾ [الملك: 2]، وقيل: هو عديم الحياة عما من شأنه الحياة أو زوال الحياة"⁽²⁾.

فتعريف النووي والقرطبي يصبّان في معنى واحد، وهو اعتبار الموت: مفارقة الروح للجسد، لا فناءها وعدمها، خلافاً لمن قال: تفتى الروح بالكلية، مستدلاً بقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ﴾ [آل عمران: 185].

ولا تعارض بين التعريفين وهذه الآية، فمفارقة الروح لأجسادها وخروجها منها يحصل معه هذا الاعتبار وهو ألم الموت، وحصول الألم لها لا يعني فناءها بالكلية، وهذه مسألة عقدية لا ينبني عليها كثير فائدة بالنسبة للأحكام الشرعية العملية التي نحن بصدد البحث فيها.

وأما تعريف التفتازاني فقد عرّف الموت بتعريف يجيب به عن إشكالٍ، وهو: هل الموت صفة وجودية فهو مخلوق، أم عدمية فهو غير مخلوق؟ فالقول الأول: هو مذهب أهل السنة والجماعة، والقول الثاني: مذهب الفلاسفة ومن وافقهم، وهذه أيضاً مسألة عقدية كسابقتها.

وهذه التعريفات هي للموت الحقيقي دون سواه من الأنواع التي سنذكرها عند ذكر أنواع الموت عند الفقهاء، إذ هو المقصود بالبحث، وبالأخص أثره في الالتزامات المتعلقة بذمة المتعاقدين.

علاقة المعنى اللغوي بالمعنى الاصطلاحي:

إذا فارتق الرُّوحُ الجسدَ تحققت تلك المعان اللغوية، من ذهاب القوّة الحسيّة والقوّة العاقلة ووَقَعَ السُّكون وانعدمت الحركة، كما أنّه عند النُّوم تحصل هذه الأعراض.

أنواع الموت عند الفقهاء:

الموت عند الفقهاء، إمّا أن يكون حقيقياً، أو حكيمياً، أو تقديرياً.

(1) سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني، المتكلم الأصولي عالم النحو والبيان والمنطق وغيرها. من مصنفاته: شرح العقائد النسفية، والتلويح في أصول الفقه، وغيرها الكثير. ولد سنة 712هـ/1312م. وتوفي سنة 793هـ/1390م. الأعلام، خير الدين بن محمود بن مُحمَّد بن علي بن فارس، الزركلي، ج7، ص219. دار العلم للملايين، بيروت، ط15، 2002م.
(2) شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، ج2، ص178. مكتبة صبيح، مصر، دط، دت.

النوع الأول: الموت الحقيقي، الذي سبق تعريفه في اصطلاح الفقهاء، وإذا أطلقوا الموت بدون قيد يصرف إلى هذا النوع، ويكون بفقد الحياة بعد وجودها، ويثبت بين الناس بالمشاهدة، وفي القضاء بالبيّنة، وتترتب عليه أحكام سنذكرها فيما بعد.

النوع الثاني: الموت الحكمي، "فهو حكم يصدر من قبل القاضي بموت شخص من الأشخاص - وإن كان لا يزال حياً - لسبب شرعي يقتضي ذلك"⁽¹⁾.

ومن أمثلته عند الحنفية، المرتد إذا لحق بدار الحرب، قال الكاساني⁽²⁾: "وإن شارك مسلم مسلماً، ثم ارتدّ أحدهما، فإن قتل أو مات أو لحق بدار الحرب؛ بطلت الشركة؛ لأنه إذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب؛ زالت أملاكه عند أبي حنيفة من حين ارتد، فكأنه مات؛ فبطلت شركته"⁽³⁾.

وعلل السرخسي⁽⁴⁾ ذلك بقوله: "لو ظفر به الإمام مؤتة حقيقة بأن يقتله، فإذا عجز عن ذلك بدخوله دار الحرب موته حكماً فقسم ماله"⁽⁵⁾.

وكما يحكم بالموت حكماً في المرتد الذي لحق بدار الحرب، يحكم به كذلك في المفقود الذي لا يعرف مكانه ولا تعلم حياته أو موته، فإذا حكم القاضي بموته بناءً على ما ترجح لديه من البيّنات وقرائن الأحوال، فإنه يعتبر ميتاً من حين الحكم⁽⁶⁾.

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج39، ص254.

(2) أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ملك العلماء علاء الدين الحنفيّ مُصنّف البدائع، توفي سنة 587 هـ. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، ج2، ص246. الناشر: مير محمد كتب خانة - كراتشي، دت.
(3) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، ج2، ص62. دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ/1986م.

(4) محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسيّ، صاحب المبسوط وغيره، أحد الفحول الأئمة الكبار أصحاب الفنون، كان إماماً علامة حجة متكلماً فقيهاً أصولياً، مات في حدود 490هـ. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، ج2، ص29.

(5) المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، ج11، ص38. دار المعرفة، بيروت، 1414هـ / 1993م.
(6) ينظر: شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشني المالكي، ج4، ص151. دار الفكر للطباعة، بيروت، دت. الفواكه الدواني، أحمد بن غانم النفراوي، ج2، ص41. دار الفكر، دت، 1415هـ / 1995م. المغني، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، ج6، ص389. مكتبة القاهرة، دت، 1388هـ/1968م.

النوع الثالث: "الموت التقديري، فهو للجنين الذي أُسقط ميتاً بجنابة على أمه"⁽¹⁾. فهذا الموت ليس حقيقياً؛ لأنه لم يقع بعد حياة حقيقية، وليس موتاً حكماً؛ لأنه لم يقع بحكم قضائي، فسماه الفقهاء موتاً تقديرياً؛ لأنهم قدّروا الحياة في الجنين وقت الجنابة على أمه، كما قدّروا فيه الموت عند وقوع سببها؛ وذلك إذا ضرب إنسان امرأة، فأسقطت جنيناً ميتاً، فإنه يجب على الجاني أو عاقلته الغرة.

والحاصل أنّ لكلّ نوع من هذه الأنواع الثلاثة آثاراً تترتب عليه، وبحثنا هذا يتناول آثار الموت الحقيقي فقط؛ لأن البحث في عموم الموت يطول مجاله.



(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج39، ص254.

المطلب الثاني: تعريف الالتزامات.

الالتزامات: جمع التزم؛ والالتزام لغة: الاعتناق. والالتزام من الفعل المزيّد، زيد فيه الهمزة والتاء، وأصله الفعل الثلاثي لَزِمَ الشيءَ يَلْزِمُهُ لَزْماً ولُزوماً⁽¹⁾. "وَمَعْنَى لُزُومِ شَيْءٍ عَنْ شَيْءٍ، كَوْنِ الْأَوَّلِ نَاشِئاً عَنِ الثَّانِيِ وَحَاصِلاً مِنْهُ، وَفَرْقٌ بَيْنَ اللَّازِمِ مِنَ الشَّيْءِ وَاللَّازِمِ الشَّيْءِ؛ بِأَنَّ أَحَدَهُمَا عِلَّةُ الْآخَرِ فِي الْأَوَّلِ بِخِلَافِ الثَّانِيِ"⁽²⁾. فهو الوجوب والثبوت وعدم الانفكاك، والالتزام والإلزام مصدرهما مادة واحدة، وهي "لزم" إلا أن الالتزام يقصد به إرادة شغل الذمة بالشيء، فتقول: التزم الشيء: أوجبه على نفسه، والتزمت الشيء: اعتنقته، بمعنى جعلته في عنقي.

والإلزام: الثبوت والوجوب، فتقول: لزم الشيء، ثبت ودام، ويتعدى بالهمزة فتقول: ألزمت الشيء، أي أثبتته عليه⁽³⁾.

الالتزام في اصطلاح الفقهاء:

لم يتعرض الفقهاء القدامى في مصنفاتهم الفقهية - حسب اطلاعي - لتعريف الالتزام، واكتفوا بذكر المصطلح في معرض الحديث عن الذمة؛ وعدم وجود تعريف اصطلاحى في وقت ما، لا يعنى عدم وجود معناه، ولكن ربما لم تدع الحاجة إلى الوقوف عنده والاصطلاح عليه، وسبب عدم تعرضهم لتعريف الالتزام في نظري يرجع إلى أمرين:

أ- طبيعة التأليف عندهم، حيث عمدوا للكلام في الفروع الفقهية ضمن الأبواب المختلفة، دون الوقوف عند مسألة معينة وإفرادها بالتأليف، وهو ما يسمى اليوم بـ "النظريات الفقهية".

ب- لم يكن مصطلح الالتزام عندهم ذا غموض، يحتاج منهم كثير بحث، فأغنتهم لغتهم العربية عن ذلك؛ فمدلول اللغة: أن الالتزام، هو أن يلزم الشخص نفسه شيئاً ما، والإلزام، أن يلزمه غيره.

(1) ينظر: لسان العرب، ابن منظور، ج12، ص541. مقاييس اللغة، ابن فارس، ج5، ص245.

(2) الكلبيات، أيوب بن موسى الكفوي، ج1، ص795.

(3) ينظر: المصباح المنير، الفيومي، ج2، ص552. والمعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ج2، ص823. دار الدعوة،

دط، دت.

حتى جاء الإمام الحطاب⁽¹⁾ في القرن العاشر فألف رسالةً سماها "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" فضمنها تعريف الالتزام فقال: "وأما في عرف الفقهاء فهو - الزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء - بمعنى العطية، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك، وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام، وهو الغالب في عرف الناس اليوم"⁽²⁾.

بيّن الحطّاب أن مصطلح الالتزام له إطلاقان: إطلاق عام، وإطلاق خاص، وقسم العام إلى قسمين: التزام بمعروف مطلق، والتزام بمعروف معلق.

ثم بيّن ومثل لكل قسم من هذه الأقسام:

التزام بمعروف مطلق: "وهو الزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف من غير تعليق على شيء، فدخل في ذلك الصدقة، والهبة، والحبس، والعارية، والعمري، والعرية،..."⁽³⁾.

التزام بمعروف معلق: وقسم هذا القسم إلى ثلاثة أنواع: التزام معلق على فعل الملتزم، والتزام معلق على فعل الملتزم له، والتزام معلق على غير فعل الملتزم والملتزم له، وقد مثل لكل نوع من هذه الأنواع، يطول الكلام بذكرها.

الالتزام بالمعنى الأخص: ما كان بلفظ الالتزام، كمن قال: "التزم الإنفاق على شخص مدة معينة، أو مدة حياة المنفق أو المنفق عليه، أو حتى يقدم زيد أو إلى أجل مجهول لزمه ذلك..."⁽⁴⁾.

ويبدو من خلال التعريف، أن الحطّاب قصر الالتزام على عقود المعروف؛ وهي التبرعات فحسب، والأمر ليس كذلك، بل يشمل عنده التبرعات والمعاضات، يظهر ذلك من التقسيمات والأمثلة التي ضربها في قسم الالتزام المعلق، فقال: "إذا قال له: إن بعني سلعتك بكذا فلك عندي كذا وكذا، أو:

(1) أبو عبد الله محمد بن محمد الحطّاب، الفقيه، له تأليف تدل على سعة حفظه وجودة نظره، منها شرح المختصر، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام لم يسبق إلى مثله، مولده في رمضان سنة 902 هـ وتوفي في ربيع الثاني سنة 954 هـ/1547م. شجرة النور، مُجّد مخلوف، ج1، ص390.

(2) تحرير الكلام في مسائل الالتزام، أبو عبد الله محمد بن محمد، المعروف بالحطّاب، ص68. تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1404 هـ / 1984 م.

(3) المصدر نفسه، ص71.

(4) المصدر نفسه، ص75.

فقد التزمت لك بكذا وكذا، فالشيء الملتزم به داخل في جملة الثمن، فيشترط فيه ما يشترط في الثمن، وكذلك إن قال إن اشتريت مني سلعة بكذا فلك عندي كذا وكذا فالشيء الملتزم به داخل في جملة البيع، فيشترط فيه شروطه"⁽¹⁾ وقد ضرب أمثلة كثيرة، تدل أن الالتزام عنده شامل للتعهدات والمعاوضات.

وهذا المفهوم للالتزام هو السائد في الفقه الإسلامي، مع التفرقة بين الالتزام والإلزام، فإذا أطلق الفقهاء الالتزام، فإنهم يريدون به ما أوجبه الإنسان على نفسه، مع كونه جائزاً شرعاً، سواءً كان ذلك ناشئاً عن عقدٍ بينه وبين طرف آخر، أو كان ناشئاً عن إرادته المنفردة، وإذا أطلقوا الإلزام أرادوا به ما أوجبه الشارع على الإنسان، ويدخل في ذلك العبادات وضمن المتلفات.

ورغم هذه التفرقة في الصياغة الفقهية، إلا أن النتيجة واحدة؛ فالإنسان عندما يلتزم بنفسه شيئاً ما - سواءً معروفاً أو معاوضة - ؛ فذلك من حيث الابتداء، وإلا بعد وقوع التصرف صحيحاً، يلزمه الشارع ما التزم به، فيثبت في ذمته لا ينفك عنها إلا بأداء ما التزم أو ألزم به.

يقول ابن حجر الهيتمي⁽²⁾ في تحفة المحتاج: "وَرَعْمُ خَرَابِ ذِمَّةِ الْمَيْتِ لَا يَصِحُّ هُنَا؛ لِأَنَّ الْأَصْحَاحَ أَنْ لَهُ ذِمَّةٌ صَحِيحَةٌ وَأَنَّ قَوْلَهُمْ: ذِمَّةُ الْمَيْتِ خَرِبَتْ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ خَرَابَهَا إِنَّمَا هُوَ بِالنِّسْبَةِ لِلاتِّزَامِ دُونَ الْإِلْزَامِ"⁽³⁾ فخراب الذمة بالموت بالنسبة للالتزام ابتداءً، أما إذا التزم في حالة الحياة التزاماً صحيحاً ثم مات، تبقى ذمته مشغولة به، لكونه تحول إلى إلزام، فمن اشترى شيئاً، يكون بذلك التزم بنفسه ابتداءً، وهذا لا يصح إلا في حياته، لكن لو وقع ذلك صحيحاً، يلزمه الشارع بدفع الثمن ولو بعد موته؛ لأنه صار إلزاماً لا التزاماً.

(1) المصدر السابق، ص 202.

(2) أَبُو الْعَبَّاسِ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ حَجْرٍ الْهَيْتَمِيِّ السَّعْدِيِّ الْأَنْصَارِيِّ، وُلِدَ سَنَةَ 909 هـ وَمَاتَ سَنَةَ 974 هـ بِمَكَّةَ وَدُفِنَ بِالْمَعْلَاهِ، بَرِعَ فِي عُلُومٍ كَثِيرَةٍ مِنَ التَّفْسِيرِ وَالْحَدِيثِ وَعِلْمِ الْكَلَامِ وَأَصُولِ الْفِقْهِ وَفُرُوعِهِ وَالْفَرَائِضِ وَالْحِسَابِ وَالنَّحْوِ وَالصَّرْفِ وَالْمَعَانِي وَالْبَيَانَ وَالْمَنْطِقَ وَالتَّصَوُّفَ، مِنْ مَوْالِفَاتِهِ: تَحْفَةُ الْمُحْتَاجِ فِي شَرْحِ الْمَنْهَاجِ وَالْفَتَاوَى الْفَقْهِيَّةِ الْكُبْرَى. النور السافر عن أخبار القرن العاشر، محي الدين عبد القادر بن شيخ بن عبد الله العيذرؤوس، ص 258. دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1405 هـ.

(3) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ج 5، ص 116. المكتبة التجارية الكبرى، مصر، دط، 1357 هـ / 1983 م.

يقول الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا⁽¹⁾: " والإلزام أثر عام لجميع العقود بلا استثناء، فما من عقد صحيح إلا وينشئ التزاماً معيناً على أحد عاقديه، أو التزامات معينة بينهما موزعة عليهما... " ⁽²⁾.

تعريف المعاصرين:

اهتم بتعريف الالتزام - من المعاصرين - الفقهاء الذين مزجوا في دراستهم بين الشريعة والقانون، فكانوا بحسب نظرهم للالتزام ومفهومه أحد فريقين: فريق عرّف الالتزام بما يقاربه في القانون الوضعي، وفريق آخر عرّفه بتعريف مستنبط من الفروع الفقهية، مع محاولة استيعابه لفكرة الالتزام في القانون، وسنكتفي بتعريف واحد يمثّل الفريق الثاني؛ لأنه محور الدراسة.

يقول الدكتور السنهوري⁽³⁾: " يستعمل فقهاء الشرع الإسلامي أحياناً لفظ "الالتزام" ويريدون به غالباً الحالات التي يلتزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة، ونادراً الالتزامات التي تنشأ عن العقد" ⁽⁴⁾.

يرى الدكتور السنهوري أن مفهوم الالتزام عند فقهاء الشرع الإسلامي هو ما كان ناشئاً عن سببين مباشرين وهما: الإرادة المنفردة والعقد، أما الالتزامات التي تنشأ عن المسؤولية بوجه عام، أو المسؤولية التي تنشأ عن غير عقد فتسمّى عندهم بالضمانات.

(1) مصطفى أحمد الزرقاء، ولد في حلب بسورية عام 1325هـ / 1907م. أشهر كتبه الفقهية: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ومن كتبه القانونية: شرح القانون المدني، ومصادر الالتزام الإرادية، توفي 19 ربيع الأول 1420هـ / 1999م. المعجم الجامع في تراجم المعاصرين، أعضاء ملتقى أهل الحديث، ص341. المكتبة الشاملة، الكتاب مرقم آلياً غير مطبوع، تاريخ الدخول: 2022/11/03م.

(2) المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقاء، ج1، ص436. دار القلم، دمشق، ط2، 1425هـ / 2004م.

(3) عبد الرزاق أحمد أفندي السنهوري، ولد بمصر 12 أغسطس سنة 1895م، من أشهر مؤلفاته: مصادر الحق، نظرية الالتزام، ونظرية العقد، توفي يوليو 1971م. عبد الرزاق السنهوري أبو القانون وابن الشريعة، دراسة في مشروعه الفكري ورؤيته الإسلامية، محمود عبده، ص14. مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، بيروت، ط1، 2011م.

(4) مصادر الحق، عبد الرزاق السنهوري، ج1، ص13. دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، دت.

فقال: "فإذا أردنا أن نورد تعبيراً فقهيّاً يقابل لفظ الالتزام بالمعنى المعروف في الفقه الغربي، وجب أن نستعمل تعبرين هما: الالتزام والضمان"⁽¹⁾ بخلاف ما يراه الفريق الأول من فقهاء الشريعة المعاصرين، حيث جعلوا أسباب الالتزام (مصادر الالتزام) خمسة: العقد، الإرادة المنفردة، الفعل الضار، الإثراء بلا سبب، الشرع.

وخلاصة هذا كله، أن فقهاء الشريعة تكلموا عن الالتزام وأرادوا به ما أوجبه الإنسان على نفسه شرعاً، سواءً كان ذلك ناشئاً عن عقد، أو إرادته المنفردة، كما أنهم فرقوا بين الالتزام والضمان، وبين الالتزام والإلزام.

والمعنى اللغوي الذي جرت عليه استعمالات الفقهاء، ودلت تعبيراتهم عليه، هو أن الالتزام عام في التصرفات الاختيارية، وتشمل جميع العقود، سواء في ذلك المعاوضات أو التبرعات.



(1) المصدر نفسه، ج1، ص13.

المطلب الثالث: تعريف عقود التبرعات والتوثيقات.

تعريف العقود:

العقود لغة: جمع عَقْدٍ "العين والقاف والدادل أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها... والعقدة في البيع: إيجابه."⁽¹⁾ و "العَقْدُ: نَقِيضُ الْحَلِّ... وَيُقَالُ: عَقَدْتُ الْحَبْلَ، فَهُوَ مَعْقُودٌ، وَكَذَلِكَ الْعَهْدُ؛ وَمِنْهُ عُقْدَةُ النِّكَاحِ"⁽²⁾ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1].

"والعقود العهود، يقال: وفيت بالعهد وأوفيتُ، والعقود واحدها عَقْدٌ، وهي أوكد العهود، يقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا، تأويله أَلَزِمْتُهُ ذَلِكَ. فإن قلت: عاقدته أو عَقَدْت عليه، فتأويله أنك أَلَزِمْتَهُ ذَلِكَ باستيثاق"⁽³⁾. والعقد في الأصل يكون في ربط المحسوسات وشدّها، ثم استعمل في ربط المعنويات كعقد النكاح؛ لأنه ربط بين زوجين، وعقد البيع؛ لأنه ربط بين طرفين، وغيرهما من العقود.

العقد اصطلاحاً:

مدلول العقد في اصطلاح الفقهاء يدور بين معنيين: معنى عام، والآخر خاص، وكلا المعنيين متضمن للمعنى اللغوي، الذي هو الشد والربط والوثوق والالتزام والعهد...

أولاً: المعنى العام للعقد.

العقد بمعناه العام: "كل ما يلزم الوفاء به من المعاقدة دون ما كان منه معصية"⁽⁴⁾ فهو يشمل كل التزام تعهد الإنسان الوفاء به وترتب عليه حكم شرعي، سواء كان هذه الالتزام من طرفين كالبيع والإجارة والنكاح، أو من طرف واحد كاليمين والنذر والهبة، أو التزام بالقرب من الطاعات كالحج

(1) مقاييس اللغة، ابن فارس، ج4، ص86.

(2) لسان العرب، ابن منظور، ج3، ص296.

(3) معاني القرآن وإعرابه، إبراهيم بن السري بن سهل أبو إسحاق الزجاج، ج2، ص139. تحقيق: عبد الجليل عبده شلبي، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1408 هـ / 1988 م.

(4) أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الجصاص، ج3، ص284. تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، 1405 هـ.

والصيام⁽¹⁾. وبهذا المعنى فسّر الإمام القرطبي العقودَ في قوله تعالى: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: 1]. حيث قال: "فأمر الله سبحانه بالوفاء بالعقود... وهي ما عقده المرء على نفسه، من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك وتخيير وعتق وتديبير وغير ذلك من الأمور، ما كان ذلك غير خارج عن الشريعة، وكذلك ما عقده على نفسه الله من الطاعات، كالحج والصيام والاعتكاف والقيام والنذر وما أشبه ذلك من طاعات ملة الإسلام... وهذا كله راجع إلى القول بالعموم وهو الصحيح في الباب"⁽²⁾. وعليه فإن العقد بالمعنى العام يرادف كلمة الالتزام.

ثانياً: المعنى الخاص للعقد.

عرّف الفقهاء العقد بتعريفات متعددة متقاربة، نقتصر منها على تعريفين، مع التعرض لهما بشيء من التفصيل.

عرّفه الشريف الجرجاني⁽³⁾ فقال: "العقد: ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً"⁽⁴⁾.

وعرّفته مجلة الأحكام العدلية في المادة: 103 "العقد: التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول"⁽⁵⁾.

(1) المصدر السابق، بتصرف، ج3، ص285.

(2) الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد، القرطبي، ج7، ص247-248.

(3) علي بن محمد بن علي، المعروف بالسيد الشريف الجرجاني، ولد سنة 740، كان علامة مشهوراً في الآفاق، أشعري، عالم الشرق، من كبار علماء العربية، من مؤلفاته: التعريفات، وشرح مواقف الإيجي، توفي سنة 814، أو سنة 816 في شيراز. التاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول، أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي، ص396. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1428 هـ / 2007 م.

(4) التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، ص153. تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1983م.

(5) مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، ص29. تحقيق: نجيب هوايني، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، دط، دت.

شرح التعريف الأول:

(رَبَطُ) من الربط "يدل على شد وثبات"⁽¹⁾. وهو هنا معنوي اعتباري.

(التصرف) "التصرف: هو كل ما صدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل، يرتب عليه الشرع أثراً من الآثار... فيشمل الأقوال الصادرة عن الشخص كالبيع والهبة والوقف والإقرار بحق، والأفعال كإحراز المباحات والاستهلاك والانتفاع"⁽²⁾. وعليه فإن التصرف أعم من العقد والالتزام، فيكون العقد والالتزام من جملة التصرف.

(بالإيجاب والقبول) الإيجاب من "وجب البيع... لزم وثبت"⁽³⁾. والقبول: التصديق والتلقي والأخذ⁽⁴⁾.

وهما لفظان أو ما يقوم مقامهما، يعبر بهما عن الإرادتين الخفيتين للمتعاقدين، واختلف الفقهاء في مفهومهما.

أولاً الحنفية⁽⁵⁾:

الإيجاب: أول كلام يصدر من أحد المتعاقدين.

والقبول: ثاني كلام يصدر من العاقد الآخر بعد الإيجاب.

ثانياً الجمهور: المالكية والشافعية والحنابلة⁽⁶⁾.

(1) مقاييس اللغة، أحمد بن فارس، ج2، ص478.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة بن مصطفى الزحيلي، ج4، ص2920. دار الفكر، دمشق، ط12، دت.

(3) المصباح المنير، الفيومي، ج2، ص648.

(4) ينظر: المصدر نفسه، مادة (ق ب ل)، ج2، ص488.

(5) ينظر: فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، ج3، ص190. دار الفكر، دمشق، دت.

(6) ينظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد المعروف بالخطاب، ج4، ص229. دار

الفكر، ط3، 1412هـ - 1992م. والمجموع شرح المهذب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ج9، ص166.

والكاظمي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، ج2، ص3. دار الكتب العلمية، ط1، 1414 هـ

- 1994 م.

الإيجاب: ما دلّ على التمليك، وإن صدر ثانياً، كقول البائع: بعتك.

والقبول: ما دلّ على التملك ونحوه، وإن صدر أولاً، كقول المشتري: بعني.

فالمعتبر عند الحنفية أولية الصدور، وعند غيرهم من الجمهور، ما صدر من الممّلك والمتملك.

(شريعاً) بأن يكون الربط بين الإيجاب والقبول على وجه مشروع، فلا اعتبار ولا أثر لأي ربط مخالف للشريعة.

شرح التعريف الثاني:

(التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً) ما أوجبه المتعاقدان على نفسيهما من أمر جائز شريعاً، وتعهداً على تنفيذ أثر ذلك العقد في محله، ونلاحظ أن المجلة عرفت العقد بآثاره، فالالتزام من آثار العقد، فهو من باب تعريف الشيء بآثاره، كما نلاحظ أيضاً أن الالتزام أعم من العقد بمدلوله الخاص؛ لذلك استدركت المجلة على هذا التعريف بقولها: "وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول" لتخرج جميع الالتزامات، ويبقى الالتزام الذي يساوي العقد بمفهومه الخاص.

العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي:

علاقة العقد بمعناه الخاص بالمعنى اللغوي، علاقة الخاص بالعام، فالعموم الموجود في المعنى اللغوي يخصه العقد بمفهومه الخاص، فعند إطلاق كلمة "عقد" عند الفقهاء تصرف إلى تعاهد بين طرفين على أمر مشروع تمّ بينهما بإيجاب وقبول، وبذلك يخرج ما يلزم الوفاء به من طرف واحد كاليمين والنذر وغيرهما.

تعريف عقود التبرعات:

سبق لنا تعريف العقود لغة واصطلاحاً، والآن نعرّف التبرعات لغة، ثم نعرّف "عقود التبرعات" اصطلاحاً تعريفاً مركباً، وهكذا في تعريف التوثيقات.

التبرعات لغة: " (بَرَعَ) الباء والراء والعين أصلان: أحدهما التطوع بالشيء من غير وجوب... قال الخليل: تقول بَرَعَ يَبْرَعُ بُرُوعًا وَبَرَاعَةً، وهو يتبرع من قبل نفسه بالعتاء"⁽¹⁾، و" (برع) الرجل فاق أصحابه في العلم وغيره فهو (بارع)... وفعل كذا (متبرعا) أي متطوعا"⁽²⁾. و"التبرع: العطاء بغير مقابل"⁽³⁾.

عقود التبرعات اصطلاحاً:

بتتبع واستقراء اصطلاحات الفقهاء القدامى يتبين لنا أنهم لم يضعوا تعريفاً مركباً لعقود التبرعات، وإنما اكتفوا بذكر الأنواع وتعدادها فقط، إلا ما كان من بعض الفقهاء المعاصرين.

من تلك التعريفات، تعريف الزرقا: "عقود التبرعات هي: التي تقوم على أساس المنحة أو المعونة، من أحد الطرفين للآخر"⁽⁴⁾.

وعرّفنها موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي: "العقود التي يقوم التملك فيها على جهة التبرع من غير إلزام ولا مقابل"⁽⁵⁾. وما يلحظ على التعريف، وجود الدور، وهو منتقد في التعريفات.

التوثيق لغة:

التوثيق من الفعل وَثِقَ تقول: "وَوَثِقَ بِهِ يَثِقُ بكسر الهمزة فيهما (ثقة) إذا ائتمنه. والميثاق: العهد. ووَثَّقْتُ الشَّيْءَ: أَحْكَمْتَهُ"⁽⁶⁾. ومن هنا سُمي العهد ميثاقاً لما فيه من الإحكام. "والجمع: الموائيق،

(1) مقاييس اللغة، ابن فارس، ج1، ص221.

(2) مختار الصحاح، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الرازي، ج1، ص33. تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت، ط5، 1420 هـ / 1999 م.

(3) معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، ج1، ص120. دار النفائس، ط2، 1408 هـ / 1988 م.

(4) المدخل الفقهي العام، الزرقا، ج1، ص640.

(5) موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، د. أسامة بن سعيد القحطاني وآخرون، ج8، ص22. دار الفضيلة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1433 هـ / 2012 م.

(6) مجمل اللغة لابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب، ج1، ص915. تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1406 هـ / 1986 م.

والميثاق، والميثاق⁽¹⁾. "والوثاق: بالفتح ويكسر: ما يشد به كالحبل وغيره"⁽²⁾. إذاً، توثيق العقد شدّه وإحكامه، ومنه الوثيقة بين الدائن والمدين؛ لأنها تربط بينهما وتحكم العقد وتؤكّده.

عقود التوثيق اصطلاحاً:

التوثيق في العقود نوعان: توثيق يستوفى منها الحق، كالضمان والكفالة والرهن، وتوثيق يستوفى بها الحق كالشهادة والكتابة ونحوها، والمقصود تعريفه هنا النوع الأول؛ لأنه هو المسمّى عقوداً بالمفهوم الخاص.

وعقود التوثيق كتعريف مركب، من الاصطلاحات الحديثة؛ لعدم وجود هذا التقسيم للعقود قديماً، فعرفها من المعاصرين، وهبة الزحيلي⁽³⁾ بقوله: "هي التي يقصد بها ضمان الديون لأصحابها وتأمين الدائن على دينه"⁽⁴⁾.

فهي عقود شرعت لمصلحة حفظ المال، وسدّ الباب أمام التزاعات بين المتعاقدين، ومجملها عند جمهور الفقهاء أربعة: الرهن والضمان والكفالة بالنفس والحوالة، وعقود التوثيق المعاصرة في مجملها لا تخرج عن هذه الأربعة.



(1) مختار الصحاح، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الرازي، ج1، ص331.

(2) تاج العروس، محمد بن محمد، بن عبد الرزاق الملقب بالزبيدي، ج26، ص450. دار الهداية، دط، دت.

(3) وهبة بن مصطفى الزحيلي، ولد في بلدة دير عطية من نواحي دمشق عام 1932م، من مؤلفاته: التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، والفقهاء الإسلاميين وأدلته، توفي: 8 أغسطس 2015م. المعجم الجامع في تراجم المعاصرين، أعضاء ملتقى أهل الحديث، ص368.

(4) الفقهاء الإسلاميين وأدلته، وهبة الزحيلي، ج4، ص3098.

المبحث الثاني: أهلية الإنسان وتأثير الموت فيها.

خلق الله الإنسان وخصّه من بين مخلوقاته بخاصية تجعله أهلاً لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، و ألقى مسؤولية على أقواله وأفعاله وجميع تصرفاته الصادرة منه، وهذه الخاصية هي ما سمّاها الفقهاء والأصوليون بالأهلية.

فما هي الأهلية؟ وما هي أنواعها وعوارضها؟ وما أثر الموت فيها؟. يأتي هذا في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: أهلية الإنسان والمصطلحات المتداخلة معها.

تعريف الأهلية لغة:

الأهلية: مصدر صناعي لكلمة (أهل) تقول: فلان أهل لكذا؛ أي مستوجب له ومستحق، والواحد والجمع في ذلك سواء.⁽¹⁾ وفي التنزيل العزيز: ﴿هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ﴾ [المدثر: 56]؛ أنه عز وجل، أهل لأن يتقى فلا يعصى وأهل المغفرة لمن اتقاه، وقيل: قوله أهل التقوى موضع لأن يتقى، وأهل المغفرة موضع لذلك⁽²⁾.

واصطلاحاً عند الأصوليين:

"أهلية الإنسان للشيء: صلاحيته لصدور ذلك الشيء وطلبه منه"⁽³⁾.

وقد قسم الأصوليون الأهلية إلى قسمين: أهلية وجوب، وأهلية أداء.

فأهلية وجوب هي: "صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه"⁽⁴⁾.

وأهلية الأداء هي: "صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً"⁽⁵⁾.

(1) ينظر: القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر مُجَدُّ بن يعقوب الفيروزآبادي، ج1، ص963. تحقيق: مكتب تحقيق التراث في

مؤسسة الرسالة بإشراف: مُجَدُّ نعيم العرقشوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط8، 1426 هـ /

2005 م. والمصباح المنير، أحمد بن مُجَدُّ بن علي الفيومي، ج1، ص28. والكلبيات، أيوب بن موسى الكفوي، ج1، ص210.

(2) لسان العرب، ابن منظور، ج11، ص28.

(3) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، عبد العزيز بن أحمد البخاري الحنفي، ج4، ص237. دار الكتاب الإسلامي، دط،

دت.

(4) المصدر نفسه، ج4، ص237.

(5) شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، ج2، ص321.

وهذا التعريف لنوعي الأهلية هو الذي استقرَّ عليه جمهور الأصوليين؛ لذلك اخترته دون أن أذكر غيره.

علاقة المعنى اللغوي بالمعنى الاصطلاحي:

الدلالة اللغوية لكلمة (الأهلية): هي الصَّلاحية للشيء، وأن يكون الإنسان مستوجباً ومستحقاً للحقِّ له وعليه، وهذا المعنى يتجلَّى في التعريف الاصطلاحي للأهلية بقسميها؛ بحيث أن الإنسان باتصافه بالأهلية استوجب أن تثبت الحقوق له أو عليه، كما أن صلاحيته للتصرفات تجعلها صحيحة، إن صدرت منه على وجه يعتدُّ به شرعاً⁽¹⁾.

المصطلحات المتداخلة مع الأهلية:

يتداخل مع مصطلح الأهلية، مصطلح التكليف، ومصطلح الذمة، نعرّف كلاً منهما، ثم نذكر أهمّ الفروق.

أولاً: التكليف.

التكليف لغة: "مصدر (كَلَّفَ الرجل) إذا ألزَّمته ما يشق عليه، مأخوذ من الكَلَف الذي يكون في الوجه، وهو نوع مرض يسوِّدُّ به الوجه"⁽²⁾. "وَتَكَلَّفْتُ الشَّيْءَ: تَجَشَّمْتَهُ. والكُلْفَةُ: ما تتكلفه من نائبة أو حق"⁽³⁾؛ أي ما تتحمَّله من النَّوائب، أو تلتزم به من الحقوق.

التكليف اصطلاحاً:

عرّف الأصوليون التكليف بعدة تعريفات متقاربة في مجملها، أذكر بعضها، ثم اختار أحد التعريفات، مع بيان سبب الاختيار.

(1) ينظر: معجم لغة الفقهاء، مُجَدِّ رواس قلعجي وحامد صادق قبيني، ص96. دار النفائس، بيروت لبنان، ط2، 1408 هـ/ 1988م.

(2) الكلبيات، الكفوي، ص299.

(3) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، ج4، ص1423. تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم، بيروت، ط4، ت1987م.

أولاً: "إلزام الله عز وجل العبد ما على العبد فيه كلفة"⁽¹⁾.

ثانياً: "إلزام الكلفة على المخاطب"⁽²⁾.

ثالثاً: "الخطاب بأمر أو نهي"⁽³⁾.

التعريف المختار: "إلزام مقتضى خطاب الشرع"⁽⁴⁾.

فالتعريف الأول والثاني لا يدخل في حدّهما إلا الواجب والحرام؛ إذ لا إلزام بغيرهما، كما أن الكلفة لا توجد إلا فيهما؛ لأن الترك في الواجب والفعل في الحرام يترتب عليه عقاب، فيخرج المندوب والمكروه والإباحة؛ لعدم الإلزام بهما، وعدم الكلفة حينئذ، وإن كان بعض الأصوليين يتوسّعون في إطلاق اللفظ تغليبا للبعض على البعض.

والتعريف الثالث، وإن لم يرد فيه لفظ الإلزام، إلّا أنه قيّد الخطاب بالأمر والنهي، فشمّل التعريف الأقسام الأربعة من الحكم التكليفي: الواجب والحرام والمندوب والمكروه، وأخرج الإباحة؛ لأنها ليست أمراً ولا نهيّاً.

وأما التعريف الرابع الذي اخترته، فيتناول الأحكام الخمسة؛ إذ إنّ خطاب الشرع يتناول الأقسام الأربعة اتفاقاً: الوجوب والندب، والحرام والكراهة، كما يتناول الإباحة، على القول أنها من خطاب الشرع، وهذا القول هو الذي أخترته لعدة أوجه:

منها: إن الإباحة مخاطب بها شرعاً باعتبار عموم الأمة، لا باعتبار الأفراد، فلو تركت الأمة كلّها التجارة مثلاً لوقعت في المحذور، وهكذا بقية المباحات كالزراعة والصناعة وغيرها.

(1) التلخيص في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله الجويني أبو المعالي المعروف بإمام الحرمين، ج1، ص134. تحقيق: عبد الله جولم النبالي وبشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، دط، دت.

(2) التعريفات، الجرجاني، ج1، ص65.

(3) روضة الناظر وجنة المناظر، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ج1، ص153. مؤسسة الريان، ط2، ت2002م.

(4) شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد المعروف بابن النجار الحنبلي، ج1، ص483. تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط2، ت1997م.

ثانياً: الإباحة، وإن كان الفعل والترك طرفين متساويين فيها، إلا أنّ الطرفين مقيدان بخطاب الشارع، فمثلاً: اللباس من المباحات، لكن إن فعلت فأنت مقيد بعدم التبذير والكبر، وإن تركت فأنت مقيد بعدم كشف العورة، ومن هنا تكون الإباحة خطاب الشارع، وكأن الشارع قال للمكلف: افعل أو اترك، لكن من هذه المساحة إلى هذه المساحة.

ثالثاً: إن الإباحة خطاب من الشارع، حيث يجب على المكلف أن يعتقد إباحة المباح، وإلا كان مشرعاً من دون الله.

رابعاً: إن الإباحة لا تتعلق إلا بالمكلف، أما غير المكلف لا تتعلق الإباحة بأفعاله، فإذا فعل الصبي أو المجنون فعلاً، لا يقال أنه فعل مباحاً، ولا نستطيع أن ننفي شيئاً إلاّ حيث يصح ثبوته⁽¹⁾.

وما يؤخذ على التعريف الرابع والمختار، هو التعبير بالإلزام، فلو استعمل كلمة الطلب لكان أولى.

ثانياً: الذمة.

الذمة لغة: "العهد؛ لأن نقضه يوجب الذم"⁽²⁾. "وأهل الذمة: أهل العقد"⁽³⁾. "وتفسر الذمة بالأمان وبالضمان أيضاً، ومنه قولك: في ذمتي كذا: أي في ضماني، والجمع ذمم"⁽⁴⁾. وتطلق على العهد، وسمي المعاهد ذمياً: نسبة إلى الذمة، بمعنى العهد، ويوصف به المكان فيقال: "وهذا مكان مذمم؛ محرّم له ذمة وحرمة"⁽⁵⁾.

(1) ينظر: الموافقات، إبراهيم بن موسى الشهير بالشاطبي، ج1، ص206-210. تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ/ 1997م.

(2) الكلبيات، الكفوي، ص454.

(3) الصحاح، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، ج5، ص1925.

(4) المصباح المنير، الفيومي، ج1، ص210.

(5) أساس البلاغة، أبو القاسم محمود بن عمرو الزمخشري، ج1، ص317. تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتاب العلمية، بيروت لبنان، ط1، ت1998م.

الذمة اصطلاحاً:

اختلف الفقهاء والأصوليون في تعريف الذمة، فمنهم من جعلها ذاتاً، ومنهم من جعلها وصفاً، ومنهم من جعلها معنىً شرعياً مقدراً في المكلف، يقول الجرجاني في التعريفات: "منهم من جعلها وصفاً فعرّفها بأنّها: وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب له وعليه، ومنهم من جعلها ذاتاً، فعرّفها بأنّها: نفس لها عهد"⁽¹⁾.

ومن تلك التعريفات تعريف البزدوي⁽²⁾ يقول: "والذمة العهد، وإنما يراد به: نفس ورقبة لها ذمة وعهد"⁽³⁾.

وعرّفها عبد العزيز البخاري⁽⁴⁾ بقوله: "وصف يصير الشخص به أهلاً للإيجاب والاستيجاب"⁽⁵⁾.

وعرّفها القرافي⁽⁶⁾ بقوله: "معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم"⁽⁷⁾.

(1) التعريفات، الشريف الجرجاني، ص 107.

(2) أبو الحسن علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم البزدوي، شيخ الحنفيّة، صاحب الطريفة في المذهب وله التصانيف الجليلة، منها: كتابه في الأصول المعروف بأصول البزدوي، وكتاب المبسوط، مات في رجب، سنة: 482هـ، وكان أحد من يضرب به المثل في حفظ المذهب، وولد في حدود سنة: 400هـ. سير أعلام النبلاء، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان، المعروف بالذهبي، ج 18، ص 603. تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط 3، 1405 هـ / 1985 م.

(3) أصول البزدوي (كنز الوصول إلى معرفة الأصول)، علي بن محمد بن الحسين فخر الإسلام البزدوي، ص 324. مطبعة جاويد بريس كراتشي، دط، دت.

(4) عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الإمام البحر في الفقه والأصول، من تصانيفه: شرح أصول الفقه للبزدوي سماه بـ "الكشف" و"شرح أصول الأحسيكتي" سماه بـ "التحقيق"، توفي سنة 729هـ. سلم الوصول إلى طبقات الفحول، مصطفى بن عبد الله القسطنطيني العثماني المعروف بـ «حاجي خليفة» ج 2، ص 280. تحقيق: محمود عبد القادر الأرنؤوط، مكتبة إرسيك، إستانبول، تركيا، 2010 م.

(5) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي، ج 4، ص 238. دار الكتاب الإسلامي، دط، دت.

(6) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي، من علماء المالكية، والقرافي نسب إلى القرافة محلة مجاورة لقبر الإمام الشافعي بالقاهرة، وهو مصري المولد والمنشأ والوفاء، له مصنفات جليلة في الفقه والأصول، منها: الذخيرة، والفروق، توفي في جمادى الآخرة سنة 684 هـ / 1285 م. شجرة النور، محمد مخلوف، ج 1، ص 270.

(7) الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ج 3، ص 231/232. عالم الكتب، دط، دت.

وقال السبكي⁽¹⁾: "قال علماؤنا: "الذمة معنى مقدر في المكلف قابل للالتزام واللتزم"⁽²⁾.

علاقة المعنى اللغوي بالمعنى الاصطلاحي:

قبل الإسلام كانت عادة العرب تجعل إلزام والتزام الشخص تثبت على شخصه وذاته، فإن عجز عن الإيفاء بها، استُرق - وهو ما يسمى بالاسترقاق في الدين - فلما جاء الإسلام أبطل هذا الحكم ورُتب هذه الإلزامات والالتزامات في وعاء اعتباري، سماه الفقهاء والأصوليون بالذمة، تضمن فيها الديون، وتحفظ فيها العهود، ويعطى بها الأمان، كما أنّ هذا الوعاء مكان وموضع محرّم، له حرمة لا يمكن الاعتداء عليه ولا بيعه ولا التنازل عنه.

وبعد عرض هذه التعريفات يتبيّن لنا أن للفقهاء والأصوليين تفسيرات مختلفة للذمة، نتجت عنها تعريفاتهم المتباينة فالبيزدوي: جعل الذمة ذاتاً، فأصحاب هذا الرأي سموا المحل باسم الحال؛ فالمحل: النفس، والحال: الذمة التي هي العهد المشار إليه في قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ [الأعراف 172]. كما يرون أن الإنسان تلزمه الأحكام وتجب عليه، بوصفه إنساناً له نفس ورقبة دون حاجة إلى تقدير معنى أو وصف يصير به أهلاً لذلك، وحتى لا تبني الأحكام على شيء افتراضي لا وجود له.

وتعريف البخاري يمثل الرأي الثاني وهو: أن الذمة تطابق أهلية الوجوب؛ لأنه بذلك الوصف أصبح الإنسان صالحاً لأن تثبت له الحقوق والواجبات المشروعة³.

وتعريف القرافي والسبكي يمثل الرأي الثالث وهو: أن الذمة تطابق أهلية الأداء، مع وجود فرق بينهما، فيشترطون فيها التكليف، يقول القرافي: "وهذا المعنى (أي الذمة) جعله الشرع مسبباً على أشياء

(1) عبد الوهّاب بن عليّ بن عبد الكافي، شيخ الإسلام تقيّ الدين السبكيّ، مولده بالقاهرة سنة: 727هـ. من تصانيفه: رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، والقواعد المشتملة على الأشباه والنظائر وطبقات الفقهاء الكبار، توفي شهيداً بالطاعون في ذي الحجة سنة: 771هـ. طبقات الشافعية، أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر، تقي الدين ابن قاضي شعبة، ج3، ص106. تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1407هـ.

(2) الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهّاب بن تقي الدين السبكي، ج1، ص363. دار الكتب العلمية، ط1، 1991م.

(3) ينظر: كشف الأسرار شرح أصول البيزدوي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري الحنفي، ج4، ص238.

خاصة، منها: البلوغ ومنها الرشد، فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له...⁽¹⁾. ويقول السبكي: "وهذا المعنى جعله الشرع مبنياً على أمور منها: البلوغ، فلا ذمة للصغير، ومنها: الرشد؛ فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له، ومنها: عدم الحجر... وإذا فقد واحداً من هذه الشروط لم يقدر الشرع فيه معنى"⁽²⁾.

ونخلص إلى ما يلي:

أولاً: أن هذه الآراء متفقة جميعها في كون الذمة هي محل الإلزام والالتزام، والذي حصل هو الاختلاف في توسيع نطاق هذا المحل وتضييقه.

ثانياً: إن جعل الذمة وصفاً، أو معنىً مقدراً، أو ذاتاً، اختلاف لفظي فقط.

ثالثاً: نستطيع أن نجمع بين هذه الآراء فنقول: إن ذمة الإنسان تبدأ وهو جنين فتكون له ذمة قاصرة، فإذا ولد حياً اكتملت ذمته شيئاً فشيئاً في العبادات والمعاملات والحدود، حتى تصير كاملة، والاختلاف الحاصل، منشؤه أن التعريفات لم ترد على محل واحد.

رابعاً: القول في الذمة وأحكامها لم يثبت بالنص المنقول، وإنما ثبت بالنظر الفقهي واستنباط العقول، فُصد به ضبط الأحكام وتنظيم التشريع.

أهم الفروق بين الأهلية والتكليف والذمة:

- 1- التكليف يشترط له العقل والبلوغ، بخلاف الذمة والأهلية، عدا أهلية الأداء الكاملة.
- 2- التكليف أخص من الأهلية والذمة، فكل مكلف له ذمة وأهلية ما لم يصبها عارض، وليس كل من له أهلية أو ذمة يكون مكلفاً.
- 3- الأهلية والذمة أوصاف تقوم بالإنسان، بمنزلة السبب حتى يكون الإنسان أهلاً للوجوب له، وعليه، أما التكليف فهو مشعر بالإلزام بطريق مباشر، فهو خطاب الله إلى عباده.
- 4- الذمة محل، والأهلية حال، فتكون الذمة سبباً لوجود الأهلية، وتكون الأهلية أثراً لوجود الذمة. بينما التكليف لا علاقة له بالذمة والأهلية من حيث السببية.

(1) الفروق، القراني، ج3، ص232.

(2) الأشباه والنظائر، السبكي، ج1، 364/363.

5- الذمة والتكليف لا يتغيران بتغير أطوار الإنسان، فتستوي بدايتهما مع نهايتهما، بينما الأهلية تتأثر وتتغير بتغير أطوار الإنسان.

6- التكليف يهدمه الموت اتفاقاً؛ لأنه ابتلاء، والابتلاء يعتمد على القدرة، والموت يعدم القدرة، فلا تكليف بما لا يطاق، أما الأهلية والذمة فقد وقع الخلاف في هدم الموت لهما، خلافاً معتبراً تترتب عليه آثاره⁽¹⁾.



(¹) ينظر: ترتيب الفروق واختصارها، أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البقوري، ج2، ص153-157. تحقيق: عمر ابن عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1414 هـ / 1994 م.

المطلب الثاني: أنواع الأهلية وعوارضها.

سبق لنا في تعريف الأهلية، أنها نوعان: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، وهذا الذي يسميه الأصوليون بأهلية الوجوب، كما أنها أيضاً: صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً، وهذا ما يسمونه بأهلية الأداء، فأتضح لنا أن هذه الصلاحية ليست على نسق واحد؛ بل إنها نوعان، لكل نوع مراحل يمر بها، وعوارض تؤثر فيها.

وسنبين ذلك في فرعين من هذا المطلب: الفرع الأول: أنواع الأهلية، والفرع الثاني: عوارض الأهلية.

الفرع الأول: أنواع الأهلية.

يمرُّ الإنسان بمراحل يتكامل فيها جسماً وعقلاً، تختلف هذه المراحل من حيث ثبوت الحقوق له وعليه، ومن حيث صحة ما يصدر منه من أقوال وأفعال، فالاعتبار الأول سماه الأصوليون: أهلية الوجوب، والاعتبار الثاني سموه: أهلية الأداء.

أولاً: أهلية الوجوب: "صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه"⁽¹⁾.

وهذه الصلاحية هي التي يسميها الأصوليون أهلية الوجوب، وهي مبنية على خاصية فطرية في الإنسان وهي الذمة، يوصف بها كل إنسان، سواء كان جنيناً أو طفلاً، مميزاً أو بالغاً، راشداً أو سفيهاً، عاقلاً أو مجنوناً، صحيحاً أو مريضاً، ذكراً كان أو أنثى، فلا علاقة لها بسن كالطفولة والبلوغ، أو صفة كالجنون والعقل مثلاً، وإنما تتعلق بصفة واحدة، وهي الإنسانية.

يقول البخاري في كشف الأسرار: "أما أهلية الوجوب فبناء على قيام الذمة؛ أي لا تثبت هذه الأهلية إلا بعد وجود ذمة صالحة؛ لأنَّ الذمة هي محل الوجوب، ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها بحال، ولهذا اختص الإنسان بالوجوب دون سائر الحيوانات التي ليست لها ذمة"⁽²⁾.

وقد قسم الأصوليون أهلية الوجوب إلى قسمين: ناقصة وكاملة.

(1) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، عبد العزيز بن أحمد البخاري الحنفي، ج4، ص237.

(2) المصدر نفسه، ج4، ص238.

أ- أهلية الوجوب الناقصة:

و "هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط"⁽¹⁾. وتثبت هذه الصلاحية للجنين في بطن أمه قبل الولادة، فيكون صالحاً لوجوب الحقوق له، كإثبات النسب والنفقة وحق الحياة والوصية والميراث والوقف، دون وجوبها عليه، غير أن هذه الحقوق لا يملكها الجنين ملكية نافذة في الحال؛ بل تتوقف ملكيتها على ولادته حياً، وإلا رجعت ملكيتها لمستحقيها.

وسبب نقص أهلية الجنين مبني على مسألة وهي: هل الجنين جزءاً من أمه يقر بقرارها وينتقل بانتقالها فيحكم بعدم استقلاله، أو ينظر إليه من جهة كونه نفساً لها حياة، فيحكم لها بالاستقلال؟ فإن قلنا: هو جزء من أمه كأحد أعضائها، فنينا عنه الأهلية كلاً، وإن قلنا: له حياة مستقلة، أثبتنا له أهلية كاملة، وبعد استقراء الفروع الفقهية المتعلقة بالجنين، ثبت أنه لا يستقيم هذا ولا ذاك، وإنما الذي يستقيم أن نعتبره جزءاً من أمه من جهة، ومستقلاً بحياته من جهة أخرى، فيترتب على هذا أن تثبت له أهلية وجوب، غير أنها ناقصة، فتجب له الحقوق النافعة التي لا تتوقف على قبوله⁽²⁾.

يقول التفتازاني في شرح التلويح: "يعني أن الجنين قبل الانفصال عن الأم جزء منها من جهة أنه ينتقل بانتقالها ويقر بقرارها، ومستقل بنفسه من جهة التفرد بالحياة والتهيؤ للانفصال... حتى يصلح لوجوب الحقوق له كالإرث، والوصية والنسب لا لوجوبها عليه، حتى لو اشترى الولي له شيئاً لا يجب عليه الثمن..."⁽³⁾، فأساس ثبوت هذه الصلاحية هي: الإنسانية.

ب- أهلية الوجوب الكاملة:

و "هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له، وتحمل الواجبات"⁽⁴⁾ وتثبت للجنين بعد ولادته حياً، وتلازمه في كل مراحل حياته حتى مماته، ولا يوجد إنسان فاقد لهذه الأهلية، حتى ولو كان مجنوناً؛ لأن أساس هذه الصلاحية، هو نفسه الذي بُنيت عليه أهلية الوجوب الناقصة، وهو الإنسانية، وليس العقل.

(1) الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي، ج4، ص2960.

(2) ينظر: شرح التلويح، التفتازاني، ج2، ص163. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دط، دت.

(3) المصدر نفسه، نفس الجزء والصفحة.

(4) الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي، ج4، ص2960.

يقول التفتازاني في شرح التلويح: "وأما بعد الانفصال عن الأم فيصير ذمته مطلقة لصيرورته نفساً مستقلة من كل وجه، فيصير أهلاً للوجوب له وعليه"⁽¹⁾ ومعنى مطلقة؛ أي كاملة، ومعنى أهلاً للوجوب له وعليه؛ أي صالحاً لثبوت الحقوق له، وصالحاً لثبوت حقوق غيره عليه، أو بعبارة أخرى نقول: صالح لأن تثبت له حقوق وتجب عليه واجبات.

فيثبت له جميع الحقوق، ما ثبت له في طور الجنين وزيادة، فكل ما أثبتته الشارع للإنسان من الحقوق، تثبت له من حيث ولد حياً إلى مماته.

وأما الواجبات التي تجب عليه فتختلف من حيث كونه صبيّاً أو مكلفاً، و "... كان ينبغي أن يجب عليه كل حق يجب على البالغ إلا أنه لما لم يكن أهلاً للأداء لضعف بنيته،... احتيج إلى تفصيل الواجبات، وتميز ما يجب عليه عما لا يجب"⁽²⁾. فقبل التكليف تجب عليه بعض الواجبات دون بعضها، وبعد التكليف تجب عليه جميع الواجبات.

ويمكن أن نجمل الواجبات التي تجب على الصبي قبل التّكليف فيما يلي:

1- ما تعلق بحقوق العباد، سواءً كان غرماً كضمان الإتلافات، أو عوضاً كثمن البيع وأجرة الدار، وكالنفقة على الزوجة وإن لم تكن عوضاً إلا أن لها شبه بالعرض، من حيث حبسها على الزوج، فالصبي يجب عليه عوض ما أتلف والأعواض المالية وإن لم يكن عاقلاً؛ لأن المقصود هو المال، وأداؤه يحصل بالنيابة⁽³⁾.

2- المؤن الاجتماعية المنوطة بالغنى كالنفقة على الأقارب.

وأما العبادات الخالصة المتعلقة بالبدن كالصلاة والصوم والحج فلا تجب على الصبي؛ لأن المقصود هو امتثال المأمور فيحصل الابتلاء فيظهر المطيع من العاصي، والصبي يتنافى مع الابتلاء، واختلف في الزكاة، ففي رأي جمهور الفقهاء غير الحنفية تجب الزكاة على الصبي في ماله، "فمن قال: إنها عبادة

(1) شرح التلويح، التفتازاني، ج2، ص324/325.

(2) المصدر نفسه، نفس الجزء والصفحة.

(3) ينظر: كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، عبد العزيز البخاري، ج4، ص240 / 241.

اشترط فيها البلوغ، ومن قال: إنها حق واجب للفقراء والمساكين في أموال الأغنياء لم يعتبر في ذلك بلوغاً من غيره⁽¹⁾.

وما كان من العقوبات كالتقصاص، لا تجب على الصبي؛ لأن هذه تتوقف على العمد والقصد، وهذا لا يتحقق إلا مع وجود العقل، والصبي لا عقل له، والقاعدة الفقهية: "عمد الصبي والمجنون كالخطأ".

ثانياً: أهلية الأداء.

وهي: "صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً"⁽²⁾.

ومقتضى هذه الصلاحية، أن تكون أقوال وأفعال المكلف معتبرةً شرعاً، بحيث إذا صدر منه أي تصرف ترتبت عليه آثاره وأحكامه، سواءً كان التصرف عبادة أو عقداً أو جنائياً.

وأساس هذه الصلاحية العقل، ولما كان العقل لا يتصور انضباطه في الإنسان، جعل البلوغ علامة عليه، ولما كان العقل لا يثبت دفعة واحدة في الإنسان، اعتبرت مرحلة التمييز داخلية في هذه الصلاحية؛ لاقتربها من مرحلة البلوغ، وعلى هذا الأساس قسم الأصوليون أهلية الأداء إلى قسمين: ناقصة وكاملة.

يقول السرخسي: "هذه الأهلية نوعان: قاصرة وكاملة، فالقاصرة باعتبار قوة البدن؛ وذلك ما يكون للصبي المميز قبل أن يبلغ أو المعتوه بعد البلوغ، فإنه بمنزلة الصبي من حيث؛ إن له أصل العقل وقوة العمل بالبدن وليس له صفة الكمال في ذلك حقيقة ولا حكماً، والكاملة تبني على قدرتين: قدرة فهم الخطاب؛ وذلك يكون بالعقل، وقدرة العمل به؛ وذلك بالبدن"⁽³⁾.

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، ج2، ص6. دار الحديث القاهرة، دط، 1425هـ/2004م.

(2) شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، ج2، ص321.

(3) أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، ج2، ص340. دار المعرفة بيروت، دط، دت.

أ - أهلية الأداء الناقصة.

وهي: " صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض الآخر"⁽¹⁾.

وتثبت للشخص من بدء التمييز إلى البلوغ، واختلف في بدء التمييز، فمن الفقهاء من حدده بوصف دون النظر إلى السن؛ وذلك عندما ينتقل الولد إلى مرحلة يميز فيها بين النفع والضرر، والخير والشر، ولم يعد بحاجة إلى غيره في الملبس والمأكل والتنظيف، ويفهم الخطاب ويرد الجواب، ومن الفقهاء من حدده بسن السابعة.

وتصرفات الشخص في هذه المرحلة، ما كان منها عبادة، تصح ولا تجب عليه؛ لعدم التكليف، وما كان جنائياً عومل فيها معاملة الصبي غير المميز، واختلف في اعتبار أقواله وأفعاله في الإيمان والكفر، وما كان معاملة، فهي على ثلاثة أقسام: ما ترتب عليه ضرر محض، كالتبرعات والإسقاطات، لا تصح منه، وإن وقع شيء منها كان باطلاً، وما ترتب عليه نفع محض، كقبول التبرعات وإحراز المباحات، صحت منه وتكون نافذة إن وقعت من غير توقف على إذن وليه، وما تردد بين النفع والضرر كالبيع والإجارة والنكاح، يتوقف على إذن وليه؛ لأن نقصان أهليته يجبر ويكتمل برأي وليه، فيصير كالبالغ، وهذا عند الجمهور خلافاً للشافعية⁽²⁾.

ويُعدُّ المعتوه في حكم المميّز وهو: الشّخص البالغ الذي يكون ضعيف الإدراك والتمييز، ولم يصل به هذا الضعف إلى اختلال العقل وفقده، وإلّا عُدَّ مجنوناً، فيأخذ حكمه.

ب- أهلية الأداء الكاملة:

و "هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات على وجه يعتد به شرعاً دون توقف على رأي غيره"⁽³⁾.

(1) الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي، ج4، ص2965.

(2) ينظر: شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، ج5، ص12. تحقيق: عبد السلام مُجَدِّ أمين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1422هـ/2002م. درر الحُكام شرح غرر الأحكام، مُجَدِّ بن فرامرز بن علي الشهير بملا خسرو، ج1، ص411. دار إحياء الكتب العربية، دط، دت.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي، ج4، ص2966.

وأساس هذه الصلاحية هو وجود العقل، ولما كان العقل أمراً خفياً، ربطه الشارع بالبلوغ، الذي هو أمر ظاهر، وقد تقرر عند الأصوليين أن الأحكام ترتبط بالعلل الظاهرة المنضبطة، لا بالعلل الخفية المضطربة.

فإذا بلغ الصبي غير معترض بعارض من عوارض الأهلية، كان البلوغ فيه مظنة وجود العقل، فعندها تثبت له أهلية الأداء الكاملة، فيكون ملزماً بخطاب الشارع، بجميع التكاليف الشرعية، في العقيدة والعبادات والأخلاق والمعاملات والعقوبات، وتترتب جميع الآثار الشرعية على تصرفاته الصادرة منه، من غير توقفها على إذن وليه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: عوارض الأهلية.

خلاصة ما سبق: أنّ الأهلية نوعان: أهلية وجوب، وأهلية أداء، وأنّ الأولى تثبت لكل إنسان بوصفه أنه إنسان، وتلازمه في جميع مراحل حياته، سواء كان جنيناً أو طفلاً، مميزاً أو بالغاً، راشداً أو سفياً، عاقلاً أو مجنوناً، صحيحاً أو مريضاً، ذكراً كان أو أنثى، وبالتالي لا يتأثر هذا النوع بما يعرض له من عوارض، بالعدم أو النقص أو التغيير؛ لأن العوارض لا تسلبه الصفة الإنسانية.

وأما النوع الثاني، وهو أهلية الأداء، فتثبت للإنسان ناقصة، من التمييز إلى أن يبلغ عاقلاً، وكاملة من بلوغه عاقلاً إلى موته، فأساس هذا النوع هو العقل، والعقل قد يعرض له ما يزيله أو يضعفه، وهذا العارض هو ما سماه الأصوليون بعوارض الأهلية، وقسموها باعتبار من ينشئها إلى قسمين: عوارض سماوية، وعوارض مكتسبة، وباعتبار تأثيرها في الأهلية إلى ثلاثة أقسام: عوارض تزيل أهلية الأداء أصلاً، وعوارض تنقصها، وعوارض تغير بعض أحكامها، وقبل عرض هذه الأقسام، لا بد أن نعرّف ما هي العوارض.

العوارض جمع عارض أو عارضة، "والعَرَضُ: ما عرض للإنسان من أمر يجسه من مرض أو لصوص. وما يعرض للإنسان من الهموم والأشغال... والعارضة: واحدة العوارض"⁽²⁾.

(1) ينظر: المرجع نفسه، نفس الجزء والصفحة.

(2) لسان العرب، ابن منظور، ج 7، ص 169.

وأما مفهومها في عرف الأصوليين والفقهاء، يتضح من خلال تقسيمهم للعوارض، وهي أقسام كما سبق، نعرضها باعتبار من ينشئها على وجه الإجمال مع تعريفها، والتقسيم بهذا الاعتبار ليس له ثمره تنشأ عنه في الأحكام؛ لذلك نكتفي بعدّ العوارض مع تعريفها، ثم نعرضها باعتبار تأثيرها في الأهلية، مع ذكر أهم الأحكام الناتجة عن تأثيرها في الأهلية إجمالاً.

أولاً: باعتبار من ينشئها: مكتسبة وسماوية.

أ- العوارض المكتسبة: و"هي: التي يكون لكسب العباد مدخل فيها مباشرة الأسباب"⁽¹⁾. وهي:

1- الجهل: نقيض العلم،... والجهالة: أن تفعل فعلاً بغير العلم"⁽²⁾. أو "هو اعتقاد الشيء على خلاف ما هو عليه"⁽³⁾.

2- السكر: "السكر هو غيبة بوارد قوي، وهو يعطي الطرب والالتذاذ"⁽⁴⁾.

3- السفه: "السفيه من ينفق ماله فيما لا ينبغي من وجوه التبذير ولا يمكن إصلاحه بالتمييز والتصرف فيه بالتدبير"⁽⁵⁾.

4- الخطأ: و"هو العدول عن الجهة، وذلك أضرّب، ومنه: أن تريد ما يحسن فعله ولكن يقع عنه بخلاف ما تريده، فيقال فيه أخطأ يخطئ خطأ فهو مخطئ، وهذا قد أصاب في الإرادة وأخطأ في الفعل"⁽⁶⁾.

5- الإكراه: و"هو الإلزام والإجبار على ما يكره الإنسان، طبعاً أو شرعاً، فيقدم على عدم الرضا، ليرفع ما هو أضر"⁽⁷⁾.

(1) التعريفات، الجرجاني، ص159.

(2) لسان العرب، ابن منظور، ج11، ص129.

(3) التعريفات، الجرجاني، ص80.

(4) المصدر نفسه، ص120.

(5) الكلبيات، الكفوي، ص510.

(6) المصدر نفسه، ص224.

(7) التعريفات، الجرجاني، ص33.

6- **الدَّيْنُ المستغرق، أو الإفلاس:** تقول: "أفلس الرجل كأنه صار إلى حال ليس له فلوس... فهو مفلس. وحقيقته: الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر، وفلسه القاضي تفلِساً: نادى عليه وشهره بين الناس بأنه صار مُفْلِساً"⁽¹⁾.

ب- **العوارض السماوية:** وهي: "ما لا يكون لاختيار العبد فيه مدخل، على معنى أنه نازل من السماء"⁽²⁾. وهي:

1- **الجنون:** و "هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً"⁽³⁾، وقد يكون مطبقاً، وهو الذي يلازم الشخص، أو غير مطبق، وهو المتقطع الذي يلازم الشخص أحياناً ويفارقه أحياناً.

2- **العتة:** وهو "آفة توجب خللاً في العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام يشبه بعض كلامه بكلام العقلاء وبعضه بكلام المجانين وكذا سائر أمور"⁽⁴⁾.

3- **النسيان:** "وهو عزوب الشيء عن النفس بعد حضوره لها"⁽⁵⁾.

4- **النوم:** وهو "حالة طبيعية تتعطل معها القوى بسبب ترقى البخارات إلى الدماغ"⁽⁶⁾.

5- **الإغماء:** و "هو فتور غير أصلي، لا بمخدر، يزيل عمل القوى. قوله: غير أصلي، يخرج النوم، وقوله: لا بمخدر، يخرج الفتور بالمخدرات، وقوله: يزيل عمل القوى: يخرج العتة"⁽⁷⁾.

6- **مرض الموت:** اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف مرض الموت، منها: المرض الذي يغلب منه الهلاك، ومنها: المرض الذي اتصل به الموت، ومنها: أن يكون صاحبه على الفراش، ومنها: أن يعجز

(1) المصباح المنير، الفيومي، ج2، ص481.

(2) التعريفات، الجرجاني، ص159.

(3) المصدر السابق، ص79.

(4) الكلبيات، الكفوي، ص349.

(5) مقاييس اللغة، ابن فارس، ج5، ص422.

(6) التعريفات، ص248.

(7) المصدر نفسه، ص32.

المريض على القيام بأعماله المعتادة، ومنها: أن لا يطول به المرض سنة فأكثر⁽¹⁾، والملاحظ أن تعريفات الفقهاء لم تنصب على مرض الموت، وإنما انصبت على علاماته وأماراته، ولا يمكن أن نعرف مرض الموت بتعريف محدد؛ لأنه ما يكون مرض موت في زمن لا يكون مرض موت في زمن آخر، ومكان دون مكان، غير أن الفقهاء متفقون على تقييد المرض بوصفين: أن يكون المرض مخوفاً يقعد عن العمل ويغلب الهلاك منه عادة أو يكثر، وينبغي أن يعتمد في ذلك على قول الأطباء المتخصصين في ذلك الزمن، وأن يتصل المرض بالموت، وهذا التقييد يصلح لكل زمان ومكان.

7- الموت: وهو "انقطاع تعلق الروح بالبدن ومفارقته، وحيلولة بينهما، وتبدل حال وانتقال من دار إلى دار"⁽²⁾.

هذه هي جملة العوارض التي تعرض للأهلية، والاختلاف في عددها عند الفقهاء زيادة ونقصاناً، سببه نظري أكثر منه تطبيقي، مثلاً: قد يكون العارضان عبارة عن درجتين من جنس واحد، مثل: العته والجنون، فالعته: ضعف في العقل، والجنون: اختلال في العقل، فإما أن نقول: أن العته درجة من الجنون، فنعهما عارضاً واحداً، وإما أن نقول: أنهما شيئان متباينان، فنعهما عارضين، كما أن بعض الفقهاء عدّ الأعذار الشرعية عوارض، مثل الحيض والنفاس.

ثانياً: باعتبار تأثيرها في الأهلية.

سبق لنا أن العوارض تؤثر في أهلية الأداء دون الوجوب، وهذا التأثير: إما أن يزيلها أصلاً، أو ينقصها، ولكل عارض تأثيره الخاص، والتفصيل في هذا يخرج بنا عن هدف البحث؛ لذلك نذكر التأثير إجمالاً.

أ- عوارض تزيل أهلية الأداء أصلاً: كالجنون والنوم والإغماء والسكر والإكراه المليء والموت، وبما أن أهلية الأداء تعتمد أساساً على القوة العقلية، والقدرة البدنية المتمثلة في البلوغ، فيلحظ في هذه

(1) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج3، ص384-385. دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ/1992م.

(2) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج9، ص466.

العوارض أنها تفوّت إحدى الخاصيتين؛ إمّا بزوال العقل كالجنون، أو تعطيله ومنعه من العمل كالنوم والإغماء والسُّكْر⁽¹⁾، أو ذهاب القدرة البدنيّة كالإكراه الحسي، أو هما معاً كالموت.

فالمُتَّصِف بهذه العوارض تزول عنه أهلية الأداء كلاً، فتزد الشخص المُتَّصِف بها إلى مرحلة ما قبل التمييز⁽²⁾، فلا تجب عليه العبادات ولا تصحُّ منه حال تلبُّسه بها، ولا تلزمه العقوبات البدنية كالقصاص والحدود، ولا تترتّب على أقواله وأفعاله آثار شرعية؛ وذلك لانعدام الإدراك والقصد.

ب- عوارض تنقص أهلية الأداء: كالعته ومرض الموت والسفه والإفلاس.

فالمُتَّصِف بهذه العوارض لا تزول عنه أهلية الأداء، وإنما تكون ناقصة فيه، فتزد الشَّخص من أهلية أداء كاملة إلى أهلية أداء ناقصة، وهي مرحلة التَّمييز؛ وذلك إمّا لنقصان عقله كالمعتوه، فحكمه حكم المميز تماماً، وإمّا أنّه قريب من فقدان قوّته العقلية والبدنية، فيُعطى درجة أقل من درجة الأهلية الكاملة، فيحجر عليه في بعض تصرفاته دون البعض؛ لأنّه في مقدمة لزوال الأهلية واستخلاف ورثته لماله، فيحصل هذا لمن في مرض الموت، وأمّا السفه والمفلس فإنّ أهليتهما كاملة من حيث الأصل، إلّا أنّ الفقهاء أحقهما بناقصي الأهلية؛ حفاظاً على حقوق النَّاس، وتنظيماً للمعاملات، فيحجر عليهما في بعض التّصرفات⁽³⁾.

هذه جملة العوارض وأثرها في الأهلية على وجه الإجمال، وأمّا تفصيل أحكام كل عارض من العوارض فهو مبسوط في كتب الأصول في مبحث المحكوم عليه من قسم الأحكام الشرعية، كما هو مبثوث في الأبواب الفقهية من كتب الفقه.



(1) استثنى المالكية العتق والطلاق والجنائيات إذا وقعت من السكران بحرام، فإنها تنفذ على المشهور عندهم. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مُجَدِّد بن أحمد الدسوقي، ج2، ص364-365. دار إحياء الكتب العربية، دط، دت.

(2) باستثناء الموت، فإنه يهدم الأهليتين معاً.

(3) ينظر: أصول السرخسي، مُجَدِّد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، ج2، ص340-353. دار المعرفة، بيروت، دط، دت.

المطلب الثالث: تأثير الموت في أهلية الإنسان.

بعد دراستنا لموضوع الأهلية وأنواعها وعوارضها، يجدر بنا أن نحصَّ عارض الموت بشيء من التفصيل، بحكم أن أثره على بعض العقود هو موضوع الدراسة، والعقود التي يقوم بها الإنسان لا يمكن أن يُعتدَّ بها شرعاً إلا إذا كانت له أهلية التصرف، فكيف يؤثر الموت في أهلية الإنسان؟. هذا ما سنبحثه في هذا المطلب.

سبق لنا أنَّ أهلية الإنسان نوعان: وجوب وأداء، ويعتبر الموت أحد العوارض السَّماوية التي تخدم أهلية الإنسان بنوعيتها.

فأما أهلية الأداء التي هي: صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يُعتدُّ به شرعاً، فإنَّ الموت يهدمها؛ لأنها تعتمد في أساسها على قدرتين: القدرة العقلية المتمثلة في فهم خطاب الشارع، والقدرة البدنية المتمثلة في القدرة على العمل بمقتضى ذلك الخطاب، والموت يعدم هذين القدرتين معاً، وعليه لم يعد الإنسان صالحاً لأن تصدر منه أفعال أو أقوال، فضلاً عن أن يعتدَّ بها شرعاً أو لا يعتد.

وأما أهلية الوجوب التي هي: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، فهي تعتمد في أساسها على وجود محل تستند وتبنى عليه، هذا المستند هو خاصَّة فطرية في الإنسان وهي الذمة، ويوصف بها كل إنسان.

يقول البخاري في كشف الأسرار: "أما أهلية الوجوب فبناء على قيام الذمة؛ أي لا تثبت هذه الأهلية إلا بعد وجود ذمة سالحة؛ لأن الذمة هي محل الوجوب"⁽¹⁾.

فبين أهلية الوجوب والذمة علاقة تلازم، لا يمكن أن تقوم إحداها بدون الأخرى، وبما أن الذمة خاصية من الخصائص الإنسانية، ومحل صالح لأن تقوم فيه أهلية الوجوب، فقد اتفق الفقهاء على أن الذمة تبدأ مع الإنسان منذ ولادته حياً، وتبقى معه طيلة حياته إلى موته، واختلفوا في مرحلة كونه جنيناً، كما اختلفوا في بقاء الذمة بعد الموت، والذي نودُّ بحثه هنا هو هل تخرب ذمة الإنسان وتنتهي فوراً بمجرد موته؟ أم أنها تبقى بعد الموت حتى تستوفي الحقوق التي له أو عليه؟.

(1) كشف الأسرار، عبد العزيز البخاري، ج4، ص238.

ولأهمية المسألة في بحثنا، وابتناء جملة المباحث عليها، نعرض أقوال المذاهب فيها، مع محاولة الترجيح، فقد تباينت أقوال الفقهاء في المسألة، وانقسمت إلى ثلاثة مذاهب:

الرأي الأول: بقاء الذمة حكماً بعد الموت حتى إيفاء الديون وتصفية التركة، وهو قول المالكية والشافعية وبعض الحنابلة.

فقد نصَّ المالكية على صحَّة الوصية، إذا وصَّى شخص ميت وهو يعلم بموته، فُتُقضى من هذه الوصية ديون الموصى له، وما بقي يكون لورثته، يقول الدرديري⁽¹⁾ في الشرح الكبير: "وصح الإيصال لميت، علم الموصي بموته حين الوصية، ففي دينه تصرف إن كان عليه، أو وارثه إن لم يكن عليه دين"⁽²⁾. فجواز الوصية للميت وصحتها، يقتضي بقاء ذمة سالحة للتمليك حتى تُصَفَّى الحقوق التي عليها، وإن لم تكن على الميت حقوق، صرفت لورثته.

وقال أبو العباس أحمد الرملي⁽³⁾ الشافعي: "الميت له ذمة باقية لأنه ملزم بالدين وملتزم له... وهذا ينافي قولهم: ذمة الميت خربت، وقد يجاب: بأنها خربت في المستقبل خاصة"⁽⁴⁾ وقال في موضع آخر من نفس الكتاب: "قال الأصحاب: ذمة الميت صحيحة"⁽⁵⁾ وهذا صريح عند الشافعية في بقاء الذمة صحيحة بعد الموت، وأما القول بخرابها فهو بالنسبة للالتزامات المستقبلية التي تنشأ بعد الموت.

(1) أبو البركات أحمد ابن الشيخ الصالح مُجَّد العدوي الأزهري الخلوقي، الشهير بالدردير، مولده سنة 1127 هـ. له مؤلفات منها: شرح المختصر، وأقرب المسالك لمذهب مالك وشرحه، ونظم الخريدة السننية في التوحيد وشرحها. توفي في سادس ربيع الأول سنة 1201هـ / 1786م. شجرة النور الزكية، مُجَّد مخلوف، ج1، ص516.

(2) حاشية الدسوقي، مُجَّد بن أحمد الدسوقي، ج4، ص426.

(3) أحمد بن أحمد بن حمزة، شهاب الدين الرملي الأنصاري الشافعي، تلميذ القاضي زكريا. من كتبه: فتح الجواد بشرح منظومة ابن العماد، والفتاوى، جمعها ابنه شمس الدين مُجَّد. توفي سنة: 957 هـ / 1550م. الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، نجم الدين مُجَّد بن مُجَّد الغزي، ج3، ص101. تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ / 1997م.

(4) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن مُجَّد بن زكريا الأنصاري، ومعه حاشية الرملي، ج2، ص15. دار الكتاب الإسلامي، دط، دت.

(5) المصدر نفسه، ج2، ص235.

وقال ابن رجب الحنبلي⁽¹⁾ - وهو ينقل الرواية غير المشهورة عند الحنابلة في مسألة: الدَّيْن هل يمنع انتقال التركة إلى الورثة أم لا؟ -: "والرواية الثانية: لا ينتقل، نقلها ابن منصور في رجل مات وترك داراً وعليه دين، فجاء الغرماء يبتغون المال وقال أحد بنيه: أنا أعطي ربع الدَّيْن ودعوا لي ربع الدار قال أحمد: هذه الدار للغرماء لا يرثونها، يعني الأولاد ولا فرق بين ديون الله تعالى وديون الآدميين ولا بين الديون الثابتة في الحياة والمتجددة بعد الموت لسبب منه يقتضي الضمان، كحفر بئر ونحوه"⁽²⁾. والمستفاد من نص الإمام أحمد في هذه الواقعة، أن الدَّيْن عالق بذمة الميت؛ لذلك كانت الدار للغرماء لاستيفاء ديونهم، ولم تنتقل للورثة، وهذا يقتضي بقاء الذمة بعد الموت.

ومستند أصحاب هذا الرأي ما رواه الحاكم في مستدركه، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: "نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه"⁽³⁾. وما رواه سلمة بن الأكوع رضي الله عنه: "أن النبي ﷺ أتى بجنزة ليصلي عليها، فقال: "هل عليه من دين؟"، قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتى بجنزة أخرى، فقال: "هل عليه من دين؟"، قالوا: نعم، قال: "صلوا على صاحبكم"، قال: أبو قتادة علي دينه يا رسول الله، فصلى عليه"⁽⁴⁾. فقد كفل أبو قتادة دين الميت، والكفيل فرع من المكفول عنه الذي يعتبر أصلاً، ولا معنى لوجود فرع دون أصل، فإقرار النبي ﷺ لأبي قتادة بكفالة دين الميت، يقتضي وجود مكفول عنه، وهو ذمة الميت.

فأثر الموت على هذا الرأي يقتصر على عدم مطالبة الميت بالحقوق فقط؛ لتعذرهما، وإنما الذي يطالب بالحقوق هم الورثة أو الكفيل أو الوصي.

(1) عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن عبد الرحمن البغدادي، الدمشقي، الحنبلي، الشهير بابن رجب، له مؤلفات عديدة، منها: شرح جامع أبي عيسى الترمذي، وشرح أربعين التَّوَاوِي، والقواعد الفقهية، توفي ليلة الاثنين رابع شهر رمضان سنة 795هـ. شذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي بن أحمد العكري الحنبلي، ج 8، ص 579. تحقيق: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط 1، 1406هـ/1986م.

(2) القواعد، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الدمشقي الحنبلي، ص 399. دار الفكر، دت، دط.

(3) أخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، رقم: 2219، ج 2، ص 32. وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(4) أخرجه البخاري، كتاب الحوالات، باب: من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع، رقم: 2295. ج 3، ص 96.

غير أنه ليس هناك تلازم بين تعذر المطالبة وسقوط الحقوق، فقد تتعذر المطالبة ويبقى الحق قائماً، كمن له حق على سلطان جائر، أو غائب لا يمكن الوصول إليه، أو مفقود لا يعلم مكانه.

الرأي الثاني: ضعف الذمة وعدم فقدها كلياً، وتتقوى بأحد أمرين: إذا ترك الميت مالاً توفى منه الحقوق، أو ترك كفيلاً ينوب عنه، وهو قول الحنفية، غير الصاحبين. وهذا الرأي قريب من الرأي الأول، يختلفان فقط، إذا مات الشخص ولم يترك مالاً، فعلى الرأي الأول أن ذمته صحيحة لا تزال متحملة للحقوق حتى تؤدي عنها، وعليه تجوز الكفالة عن هذا الشخص، وعلى الرأي الثاني أن ذمته ضعيفة، ولم يوجد ما تتقوى به، فقد خربت وسقطت الحقوق، وعليه لا تجوز الكفالة عن هذا الشخص؛ لأنه لم يبق هناك محل لوجوب الحقوق أصلاً، وهو الذمة.

يقول ابن أمير حاج⁽¹⁾ الحنفي - وهو يذكر ما يشرع على الميت من حقوق - : "وإن كان ذلك المشروع ديناً لم يبق بمجرد الذمة لضعفها بالموت... بل إنما يبقى إذا قويت ذمته بمال تركه أو كفيل به قبل الموت"⁽²⁾.

ومستندهم "أن الذمة ثابتة للإنسان بكونه مخاطباً متحملاً أمانة الله عز وجل، وبالموت خرج من أهلية الخطاب والتحمل؛ لعدم صلاحه لهما... وكما يشترط المحل لابتداء الالتزام يشترط لبقاء الحق؛ لأن ما يرجع إلى المحل، الابتداء والبقاء فيه سواء"⁽³⁾ وقولهم بضعف الذمة وعدم خرابها؛ لأجل المحافظة على عموم القواعد، فطالما هناك تركة خلفها الميت، وباقية على ملكه، يستوفى منها حقوقه، كالتجهيز والدفن وسداد ديونه وتنفيذ وصاياه، تكون الذمة باقية، غير أنها ضعيفة تتقوى ببقاء التركة، ومن جهة أخرى أن هذه الذمة لا تقبل من الحقوق والتكاليف جميع ما كانت تقبله حال الحياة؛ لذلك كانت ضعيفة.

(1) مُجَدِّد بن مُجَدِّد بن مُجَدِّد الشهير بابن أمير حاج الحلبي، من كتبه مصنف حلية المحلي شرح منية المصلي، والتقارير والتجوير شرح التحرير لابن الهمام، في أصول الفقه، المتوفى على ما في كشف الظنون سنة 879. الفوائد البهية في تراجم الحنفية، أبو الحسنات مُجَدِّد عبد الحي اللكنوي الهندي، ص243. تحقيق: مُجَدِّد بدر الدين أبو فراس النعساني، مطبعة دار السعادة، مصر، ط1، 1324هـ.

(2) التقرير والتجوير على تحرير الكمال بن الهمام، أبو عبد الله شمس الدين مُجَدِّد بن مُجَدِّد المعروف بابن أمير حاج، ج2، ص189. دار الكتب العلمية، ط2، 1403هـ/ 1983م.

(3) كشف الأسرار، البخاري، ج4، ص314.

وردوا على أصحاب الرأي الأول بأن استدلالهم بحديث أبي هريرة: "نفس المؤمن معلقةً بدينه حتى يُقضى عنه"⁽¹⁾ أن ذلك يتعلق بأحكام الآخرة، وأما استدلالهم بحديث سلمة ابن الأكوع لا يصح؛ إذ ليس في الحديث ما ينفي أن هذا الميت خلف مالا، كما أن الكفالة بهذه الصورة ليست صحيحة؛ لأن الكفالة لا تصح للغائب عند الأكثر، ولا تصح للمجهول بلا خلاف.

الرأي الثالث: انهدام الذمة بمجرد الموت، وهو قول الحنابلة في المشهور، فإذا مات الإنسان خربت ذمته وانتهت أهليته، وهو المذهب عندهم، قال ابن رجب الحنبلي: "المسألة الثانية عشرة: الدّين هل يمنع انتقال التركة إلى الورثة أم لا؟. في المسألة روايتان: أشهرهما الانتقال... قال ابن عقيل: هي المذهب وقد نص أحمد أن المفلس إذا مات سقط حق البائع من عين ماله؛ لأن المال انتقل إلى ورثته"⁽²⁾. فسقوط حق البائع، وانتقال المال إلى الورثة، يقتضي خراب ذمة الميت وانتهاء أهليته، فلو لم تخرب ذمته وتنتهي أهليته؛ لبقى حق البائع في ذمته المستمرة بعد الموت، ولم ينتقل المال إلى الورثة حتى يستوفى منه الحق، وعلى هذا إذا مات الشخص المدين ولم يترك مالا، سقطت ديونه، وإن ترك مالا تعلقت الديون بماله دون ذمته.

ودليلهم على ذلك، أن الذمة من خصائص الإنسان، فإذا مات الإنسان خربت معه ذمته، والموت يعدم حياة الإنسان من غير رجعة، فيتعذر وجود المحل (الذمة) فتتعذر المطالبة.

وتظهر ثمرة الخلاف في فروع فقهية كثيرة من أبواب مختلفة، نذكر بعضها لبيان أن الخلاف ليس لفظياً، منها ما يلي:

- الحقوق الطارئة على الميت هل هي متعلقة بعين التركة أو متعلقة بذمة الميت، فمن قال لا ذمة للميت جعل الحقوق متعلقة بعين التركة، ومن قال ببقاء الذمة جعل الحقوق متعلقة بها، وعليه إن مات شخص وعليه ديون، فإن خلف تركة نفذت منها الديون على القولين، وإن لم يخلف تركة، سقطت الديون على القول بعدم بقاء الذمة، ولم تسقط على القول الثاني⁽³⁾.

(1) سبق تحريجه.

(2) القواعد، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الدمشقي الحنبلي، ص 399. دار الفكر، دت، دط.

(3) ينظر: رد المختار على الدر المختار، ابن عابدين، ج 1، ص 483. وحاشية الدسوقي، ج 4، ص 457.

- لو مات شخص وعليه عشرة آلاف دينار ديناً، وقد ترك ثلاثة آلاف دينار، وترك وصياً على ماله وأبنائه الأيتام، فاتجر هذا الوصي بالثلاثة آلاف، فأصبحت ستة آلاف دينار، فمن قال: أن الميت لا ذمة له، جعل الدَّيْن متعلقاً بالتركة، وعليه يكون الربح للغرماء؛ لأن المال قد تعيّن لهم، ومن قال: ببقاء ذمة الميت، جعل الدَّيْن في ذمته وليس في التركة، وعليه يكون الربح للأيتام وليس للغرماء⁽¹⁾.

الترجيح :

والرأي الذي أراه أرجح، هو الرأي الأول القائل: ببقاء الذمة بعد الموت حتى إيفاء الديون، وتصفية التركة، لعدة مرجحات.

أ- لاستناد أصحاب الرأي الأول إلى نص شرعي، وأما رأي أبي الحنيفة والحنابلة في الراجح عندهم فهو مستند إلى النظر والاستنباط.

ب- قياساً على بقاء الذمة وشغلها بعد الموت بدين جديد حصل سببه قبل الموت، كأن يكون باع شيئاً بالخيار، ثم مات قبل حلول أجل الخيار، أو ظهور عيب في مبيع باعه المتوفى حال حياته، فإذا كان الدَّيْن الجديد الذي حصل سببه في حال الحياة يترتب في ذمة الميت، فبقاء الذمة وشغلها بالحقوق التي ترتبت عليها في الحياة تكون من باب أولى.

ج- القول ببقاء الذمة للميت يتفق مع قواعد الشرع العامة، التي يقصد بها ضبط الأحكام وجريها على نسق واحد، فضرورة تجهيزه ودفنه وتنفيذ وصاياه، لا يقل أهمية عن إيفاء ما عليه من الحقوق والديون وجميع التزاماته الناشئة عن تصرفات صدرت منه حال حياته وترتبت آثارها بعد موته، وهذا لا يتحقق إلاّ عند القول ببقاء الذمة بعد الموت بقدر الحاجة إليها. هذا والله أعلم



(1) ينظر: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ج10، ص364. حققه د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط2، 1408هـ/ 1988م.

المبحث الثالث: التزامات العقود عموماً وتأثير الموت فيها.

المطلب الأول: أنواع التزامات العقود.

المطلب الثاني: طرق إنهاء التزامات العقود.

المطلب الثالث: تأثير الموت في التزامات العقود عموماً.

المبحث الثالث: التزامات العقود عموماً وتأثير الموت فيها.

مما يميّز به الإنسان وصف الدّمة، وهذا الوصف وعاء اعتباري صالح لأن تثبت فيه الالتزامات الاختيارية التي منشأها العقد، وهي أنواع مختلفة، سأبين في هذا المبحث أنواع تلك الالتزامات العقدية، وطرق انتهائها عموماً، وأثر الموت عليها خصوصاً، كل هذا في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: أنواع التزامات العقود.

سبق لنا أن الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء، والنوع الذي له علاقة بالعقود هو أهلية الأداء، التي هي: صلاحية الشخص لأن تعتبر شرعاً أقواله وأفعاله، بحيث لو صدر منه تصرف أو عقد، كان معتبراً شرعاً وترتبت عليه آثاره.

والعقود في دنيا الناس جزء من أقوالهم وأفعالهم التي لا يمكنهم الاستغناء عنها، فإذا صدرت منهم على وجه يعتد به شرعاً ترتبت عليها التزامات، فما هي هذه الالتزامات الناشئة عن العقود عموماً؟ ومتى يعتد بها شرعاً حتى تترتب عليها آثارها؟.

وهذا ما سنبحثه في هذا المطلب، من خلال فرعين اثنين.

الفرع الأول: التزامات العقود عموماً.

سبق لنا تعريف الالتزام وتعريف العقد في المطلب الثاني من المبحث الأول، وخلصنا إلى أن استعمال الفقهاء لكلمة الالتزام في تعبيراتهم تدل على أنه مصطلح عام في التصرفات الاختيارية، وهي تشمل جميع العقود، سواء في ذلك المعاوضات والتبرعات.

كما خالصنا إلى أن العقد له معنيان: عام وخاص، وعند إطلاق كلمة "عقد" عند الفقهاء تصرف إلى المعنى الخاص، الذي هو: تعاهد بين طرفين على أمر مشروع تمّ بينهما بإيجاب وقبول، وبذلك يخرج ما يلزم الوفاء به من طرف واحد كاليمين والنذر وغيرهما.

وعند مزج هذين الخلاصتين نخلص إلى أن المقصود بالتزامات العقود، هي تلك الالتزامات الاختيارية، التي يكون سببها تعاهد بين طرفين على أمر مشروع، سواء كان معاوضة أو تبرعاً، إذا تمّ بينهما بإيجاب وقبول.

ومن هنا نستطيع أن نقول: إن التزامات العقود هي موضوع الالتزام الذي انبثق عن تعاهد بين طرفين، وتختلف مسميات هذا الموضوع بحسب العقد الذي ترتب الالتزام عليه.

يقول الإمام الزركشي⁽¹⁾: "ما أوجبه الله تعالى على المكلفين ينقسم إلى ما يكون سببه جنائية ويسمى عقوبة... وإلى ما يكون سببه إتلافاً ويسمى ضماناً، وإلى ما يكون سببه التزاماً ويسمى ثمناً أو أجرَةً أو مهراً أو غيره، ومنه أداء الديون والعواري والودائع واجبة بالالتزام"⁽²⁾.

فجعل الإمام الزركشي الالتزامات الاختيارية سبباً من أسباب ما ألزم الله به عباده المكلفين، ويلحظ أنه حصر هذه الالتزامات في تلك التي تنشأ عن العقد، حيث سماها التزاماً، وجعلها أحد أقسام ما ألزم الله به عباده، ولم يجعل عقوبة الجنائيات ولا ضمان المتلفات التزاماً، مما يوضح أن هناك فرقاً بين الإلزام والالتزام، كما يلحظ أن الالتزام يشمل المعاوضات والتبرعات، حيث ذكر العواري والودائع إلى جانب الثمن والأجرة، كما نستنتج أن موضوع الالتزام؛ إما أن يكون ديناً، كما في أداء الديون، ويمكن أن يكون عيناً كالثمن والأجرة والمهر في بعض الحالات، وإما أن يكون القيام بعمل كحفظ العواري والودائع والإجارة، وستعرض لهذا الاستنتاج الأخير بشيء من التفصيل بعدما نفرّق بين حكم العقد والتزامات العقد.

والتزامات العقد هي غير حكم العقد، فلا بد من التفرقة بينهما، فالتزامات العقد هي الشيء الذي يقوم به الملتزم، كتسليم الثمن للبائع والمثمن للمشتري في عقد البيع، وكإتمام العمل في عقد الجعالة، وكالتمكين من المنفعة في عقد الإجارة، وهكذا في بقية العقود، وأما حكم العقد فهو أن يقع العقد فاسداً أو صحيحاً؛ حيث الصحة والفساد من أقسام الحكم الوضعي الذي هو أحد أقسام الحكم

(1) مُحَمَّد بن بهادر بن عبد الله، بدر الدّين أَبُو عبد الله المصْرِيّ الزَّرْكَشِيّ، فقيهاً أصولياً أديباً، مولده سنة: 745هـ. من تصانيفه: تَكْمِلَة شرح المُنْهَاجِ الإسْنَوِيّ، وَالْبَحْر فِي الْأَصُول، والمنثور في القواعد الفقهية، تَوَيّ فِي رَجَب سنة: 794هـ. طبقات الشافعية، ابن قاضي شهبة، ج3، 168.

(2) المنثور في القواعد الفقهية، بدر الدين مُحَمَّد بن عبد الله الزركشي، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، راجعه عبد الستار أبو غدة. ج3، ص392. وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405هـ/ 1985م.

الشرعي. والصحيح؛ إما أن يكون لازماً أو غير لازم⁽¹⁾، واللازم؛ إما أن يكون لازماً للطرفين كعقد البيع، وإما أن يكون لازماً لطرف واحد كالرهن⁽²⁾.

فالعلاقة بين حكم العقد والتزامات العقد علاقة تلازم؛ فحيثما وقع العقد صحيحاً وفق ما طلبه الشارع، ترتبت عليه التزاماته، من تسليم البدلين في المعاوضات، أو التمكين من الذات في التبرعات كالهبة والصدقة، أو القيام بالعمل في عقد الاستصناع، أو غير ذلك من الالتزامات، وحيثما وقع العقد فاسداً لم ترتب عليه أي التزامات.

أنواع التزامات العقود:

يسميتها بعض الفقهاء حقوق العقود، يقول ابن عابدين⁽³⁾ - وهو يتكلم عن تصرفات الفضولي -: "فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم..."⁽⁴⁾. ويسميتها بعض الفقهاء المعاصرين بموضوع الالتزام، ويسمها آخرون بمحل الالتزام، أو الملتزم به، ولا مشاحة في الاصطلاح، والحديث عن التزامات العقود واسعة، فكل ما التزم به المتعاقدان يعتبر محلاً للالتزام؛ لأن الأصل في العقود الإباحة، إلا ما ورد منعه بدليل شرعي، إلا أنه يمكن أن نجمل هذه الالتزامات بحسب الشيء الذي ترد عليه وتتعلق به، والالتزام قد يكون عيناً أو ديناً، أو منفعةً أو عملاً، أو حقاً، وهذا ما يسمى بمحل الالتزام أو موضوعه⁽⁵⁾. فحاصل ما يتعلق به الالتزام على وجه الإجمال خمسة، وستعرض له بشيء من التفصيل.

(1) العقد اللازم هو: العقد الذي لا يستطيع أحد الطرفين فسخه إلا برضا الطرف الثاني، كالبيع. ويقابله العقد الجائز.

(2) ينظر: المصدر نفسه، ج2، ص304 و ص400.

(3) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي: فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره. مولده (1198 / 1784هـ). له: رد المختار على الدر المختار يعرف بمحاشية ابن عابدين، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، توفي: 1252 هـ / 1836م. الأعلام، الزركلي، ج6، ص42.

(4) رد المختار على الدر المختار، محمد أمين الشهير بابن عابدين، دراسة وتحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج7، ص324. دار عالم الكتاب، الرياض، 1423هـ / 2003م.

(5) ينظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، الخطاب، ص199-203. ومصادر الحق، عبد الرزاق السنهوري، ج1، ص13. والموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، ج6، ص153.

أولاً: **التزام بدّين**: الدّين "بالفتح وسكون المثناة التحتانية شرعاً: مال واجب في الذمة"⁽¹⁾. فهو وصف يثبت في الذمة غير معين، ويقابل الدّين العيّن، ويثبت الدّين في الذمة بسبب من الأسباب، كالعقد، أو ما يتضمنه العقد كالنفقة على الزوجة، أو غير ذلك كالغصب والضمان، أو الواجب الشرعي كالزكاة، ويلحق بالدّين ما كان مثلياً، من حيث ثبوته في الذمة، سواءً في العقود أو الضمان، والمثلي: هو ما تماثلت آحاده أو أجزاءه، ولم تتفاوت تفاوتاً يعتد به، والمثليات أربعة: وهي المكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات، فهذه تثبت في الذمة ديناً، لا بذواتها.

ثانياً: **التزام بعين**: كالمبيع في عقد البيع، والموهوب في عقد الهبة، والمرهون في عقد الرهن، والعين المستأجرة في عقد الإجارة و"العين، هو المال العتيد الحاضر، يقال هو عين غير دين، أي هو مال حاضر تراه العيون. وعين الشيء: نفسه. تقول: خذ درهمك بعينه"⁽²⁾، والعين بهذا التعريف: الشيء المعيّن المشخص بعينه، ويقابله الدّين الذي يثبت في الذمة، من غير أن يكون معيناً مشخصاً، ويفرق الفقهاء بينهما بفروق، أهمها: أن العين يتعلق الحق بذاتها، فلا يتحقق الوفاء عند الالتزام بها إلاّ بعينها؛ لذلك لا تصح المقاصّة ولا الحوالة في الأعيان؛ لأن الوفاء يكون بذواتها لا بأمثالها، بخلاف الدّين، فإنه يتعلق بذمة المدين، ويحصل الوفاء بدفع مثله عنه من جنسه، وتصح فيه المقاصّة والحوالة.

ثالثاً: **التزام بمنفعة**: كمنفعة المؤجّر في عقد الإجارة، ومنفعة المستعار في عقد الإعارة، والمنفعة هي: "ما لا يمكن الإشارة إليه حساً، دون إضافة، يمكن استيفائه، غير جزء مما أضيف إليه"⁽³⁾.

يخرج ما يمكن الإشارة إليه حساً من الأعيان كالثوب والدابة، (دون إضافة) أي لا يمكن الإشارة إليه إلاّ بالإضافة، مثل ركوب الدابة ولبس الثوب، (يمكن استيفائه) أخرج به ما لا يمكن استيفائه كالعلم والقدرة، (غير جزء مما أضيف إليه) أخرج به نصف الدار مشاعاً؛ لأنه يصدق عليه وهو

(1) كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مُجّد بن علي بن القاضي مُجّد الحنفي التهانوي، تحقيق: د. علي دحروج، ج1، ص814. مكتبة لبنان بيروت، ط1، 1996م.

(2) مقاييس اللغة، ابن فارس، ج4، ص203.

(3) شرح حدود ابن عرفة، مُجّد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي، ص396. المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ.

مشاع، لا تمكن الإشارة إليه إلا مضافاً، ويمكن أخذ المنفعة منه، لكنه جزء مما أضيف إليه، وبتخلف هذا القيد لا يصدق عليه أنه منفعة.

رابعاً: التزام بعمل: كعمل الأجير في الإجارة، وعمل الزارع في المزارعة، وعمل الصانع في عقد الاستصناع.

والالتزام بعمل يصح أن يكون ديناً مضموناً في الذمة، فيقوم بالعمل من التزم به، أو يكلف غيره فيقوم به عنه، ويصح أن يكون معيناً، فلا يجوز أن يقوم بالعمل إلا من التزم به، والذي يحدد العمل كونه مضموناً أو معيناً هو صيغة العقد، فإن لم يصرح به في الصيغة، حُمِلَ على المضمون، إلا أن يكون هناك عرف أو عادة، كأن يُعرف في العادة أن الملتزم يعمل بنفسه، أو كان عمله بنفسه مقصوداً في العقد؛ لخبرته أو إتقانه، فعندها يُحمَلُ على المعين⁽¹⁾.

خامساً: التزام بحق: للفقهاء إطلاقات متعددة للحق، من بينها، الآثار المترتبة على العقود، وهو بهذا المعنى له إطلاقان: عام وخاص.

إطلاق عام: وهو تلك الآثار المترتبة على العقود عموماً، فتسمى حقوق العقد، كالتزام بتسليم المبيع مثلاً، فكل محل يجري عليه التصرف بعد العقد يسمى حقاً له، وقد سمى الله عز وجل الالتزام بدين حقاً، قال تعالى: ﴿وَلِيُمَلِّلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِيَ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمَلَّ هُوَ فَلْيُمَلِّلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: 282]. وهو بهذا الإطلاق العام يشمل الالتزام بالأعيان، والديون، والمنافع، والأعمال.

وإطلاق خاص: وهو ما عدا الأعيان والمنافع والديون والأعمال، فقد يكون محل الالتزام وموضوعه معنى اعتبارياً، كالأجل في الديون، والآجال في مدة العقود، وكالخيارات في البيوع، فالآجال والخيارات تكون حقاً لمن طلبها، ولا يحق لمن التزم بها أن يتخلى عن التزامه، فهذه التزامات تنشأ عن العقد، لها خصوصيتها واستقلاليتها، فمثلاً: إذا كان الدين محل التزام، فقد يكون الأجل في الدين التزاماً زائداً عن الالتزام الأول ومستقلاً عنه، فيكون الأجل حقاً للمدين، ولا يستطيع الدائن أن يطالب بدينه قبل حلول الأجل؛ لأنه التزم بهذا الحق للمدين، ومنها أيضاً: الآجال في العقود، فمن أجر داراً لمدة

(1) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي، ج2، ص4-22.

سنة مثلاً، أصبح الأجل حقاً للمستأجر، فلا يجوز للمؤجر أن يطالبه بتسليم الدار قبل انتهاء الأجل المعقود عليه، وهكذا الخيار، يكون حقاً لمن طلبه، فالأجل والخيار، ليسا ديناً ولا عيناً ولا منفعة، وإنما هما حق⁽¹⁾.

وهذه الحقوق تورث كما تورث الديون والأعيان والمنافع.

ويُقَسَّمُ الحَقُّ باعتبار التَّوارث وعدمه إلى حقوق مالِيَّةٍ محضة كحقوق حَسْبِ المبيع، فهذه تورث باتفاق، وحقوق شخصية محضة كحقوق الحضانة، وهذه لا تورث اتفاقاً، وحقوق ذات الشبه بأحد القسمين، فهذه مختلف فيها⁽²⁾.

الفرع الثاني: ماذا يشترط لموضوع الالتزام حتى يعتد به شرعاً.

بعد أن أجمنا موضوع الالتزام في كونه عيناً أو ديناً أو منفعة أو عملاً أو حقاً، فإنها لا يمكن أن تكون هذه موضوع التزام معتد بها شرعاً إلا إذا تحققت فيها شروط، والكلام على شروط موضوع كل الالتزام بالتفصيل يطول؛ إذ لكل موضوع التزام شروط خاصة، تختلف بحسب طبيعة العقد الذي نشأ عنه، فيشترط في عقود المعاوضات ما لا يشترط في التبرعات، والمعاوضات في ذاتها تختلف من حيث الشروط، فيشترط في الإجارة مالا يشترط في السلم وهكذا، إلا أنه يمكن أن نذكر أهم الشروط، التي تكون بمثابة الشروط العامة، مع مراعاة الاختلاف على وجه الإجمال، وهي كما يلي:

1- أن لا يكون موضوع العقد ممتنعاً شرعاً:

وهذا الشرط محل اتفاق بين العلماء، يجري في جميع التزامات العقود، فلا يصح الالتزام بما هو غير مشروع، ويبقى الأصل في العقود وموضوعاتها التي يقع عليها الالتزام، الصحة والجواز، للقاعدة الفقهية: "الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة" وإن كان قد حصل فيها الخلاف بين العلماء على قولين، إلا أن ابن القيم نسب هذه القاعدة للجمهور فقال: "...وجمهور الفقهاء على خلافه؛ (أي على خلاف القول: الأصل في العقود والشروط الحظر) وأن الأصل في العقود والشروط الصحة

(1) ينظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص 121. كشف الأسرار، البخاري، ج3، ص 157. الهداية، المرغيناني، ج4، ص 167-174.

(2) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 121-125.

إلا ما أبطله الشارع أو نهي عنه، وهذا القول هو الصحيح، فإن الحكم يبطلانها حكم بالتحريم والتأثيم، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله، ولا تأثيم إلا ما أثم الله ورسوله به فاعله... والأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم"⁽¹⁾.

ويُستفاد من هذه القاعدة أمران:

أ- عدم حصر موضوع الالتزام في العقود، فيبقى الأصل الجواز إلا ما حرمه الشرع أو نهي عنه، كتسليم الخمر أو الخنزير في معاوضة أو تبرع أو غير ذلك، أو الالتزام بعقد يجري فيه الربا، أو بيع السلاح لمن يجارب المسلمين، أو غير ذلك.

ب- يطالب بالدليل من منع موضوع أي التزام، لا من أجازته.

2- انتفاء الغرر والجهالة:

وانتفاء الغرر والجهالة شرط متفق عليه في الجملة في موضوعات الالتزام التي ترتبت على عقود المعاوضات المحضّة، وهذا الشرط متضمن مجموعة من الشروط، منها: أن يكون الملتزم به موجوداً، معلوم النوع والصفة والقدر والأجل، مقدوراً على تسليمه.

يقول ابن رشد⁽²⁾ في بداية المجتهد: "والغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود، معلوم الصفة، معلوم القدر، مقدوراً على تسليمه، وذلك في الطرفين الثمن والمثمن، معلوم الأجل أيضاً إن كان بيعاً مؤجلاً"⁽³⁾.

(1) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم الجوزية، ج1، ص259. تحقيق مُجَّد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1411هـ/1991م.

(2) محمَّد بن أحمد بن أبي الوليد بن رشد، الشهير بالحفيد الغرناطي الفقيه الأديب، مولده سنة: 520 هـ. له تأليف تنوف عن الستين منها: بداية المجتهد، والكليات في الطب، ترجم وطبع في بلاد أوروبا، واختصر المستصفي في الأصول. توفي سنة: 595 هـ/1198م. شجرة النور الزكية، مُجَّد مخلوف، ج1، ص212.

(3) بداية المجتهد، ابن رشد، ج3، ص189.

ويستثنى بعض هذه الشروط في بعض العقود، كاشتراط وجود محل الالتزام وقت العقد في السلم والإجارة والاستصناع؛ فإنها على غير القواعد العامة، وإنما أجزت استحساناً؛ من أجل الحاجة، وقيل أنها أصل بذاتها؛ لورود النص فيها.

وقد وضح الإمام القرافي في كتابه الفروق، ما تؤثر فيه الجهالة والغرر، وما لا تؤثر فيه، فقال: "الفرق الرابع والعشرون بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالات والغرر وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات) وردت الأحاديث الصحيحة في نهيه - عليه السلام - عن بيع الغرر وعن بيع المجهول، واختلف العلماء بعد ذلك، فمنهم من عمّمه في التصرفات، وهو الشافعي فمنع من الجهالة في الهبة والصدقة والإبراء والخلع والصلح وغير ذلك، ومنهم من فصل وهو مالك... وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام: طرفان وواسطة فالطرفان: أحدهما معاوضة صرفة فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة... وثانيهما ما هو إحسان صرف، لا يقصد به تنمية المال، كالصدقة والهبة والإبراء، فإن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال، بل إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه، فإنه لم يبذل شيئاً بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه.

أما الإحسان الصّرف فلا ضرر فيه فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله... وهذا فقه جميل، ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى نقول يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع بل إنما وردت في البيع ونحوه.

وأما الوساطة بين الطرفين فهو النكاح فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصوداً، وإنما مقصده المودة والألفة والسكون يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: 24]. يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه، فلوجود الشبهين توسط مالك، فجوّز فيه الغرر القليل دون الكثير نحو عبد من غير تعيين وشورة بيت⁽¹⁾، ولا

(1) شورة بيت: وهو جهاز البيت؛ فمن نكح امرأة على شورة بيت، فإن كان بدويًا فهي على شورة أهل البادية، وإن كان حضريًا فعليه شورة أهل الحضرة. ينظر: التفریع فی فقه الإمام مالك بن أنس، عبید الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجلاب المالكي، ج 1، ص 377. تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1428 هـ/ 2007 م.

يجوز على العبد الآبق والبعير الشارد؛ لأن الأول يرجع فيه إلى الوسط المتعارف، والثاني ليس له ضابط فامتنع، وألحق الخلع بأحد الطرفين الأولين الذي يجوز فيه الغرر مطلقاً؛ لأنَّ العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يُقصد للمعاوضة، بل شأن الطلاق أن يكون بغير شيء فهو كالهبة، فهذا هو الفرق بين القاعدتين والضَّابط للباين، والفقهاء مع مالك رحمه الله⁽¹⁾.



(¹) الفروق، القراني، ج1، ص151.

المطلب الثاني: طرق إنهاء الالتزامات.

الأصل في إنهاء التزامات العقود يكون بتنفيذها والوفاء بها، سواءً كانت عيناً تُسَلَّم، أو ديناً يُقضى، أو منفعةً يُمكنُ منها، أو عملاً يُؤدَّى، أو حقاً يوقِّ، هذا هو الأصل، لكن قد تنقضي بأمور أخرى، نذكرها على وجه الإجمال ثم نعرض لها بشيء من التقسيم والتفصيل، وهي:

1- الإبراء.

2- المقاصّة في الدّيون.

3- انقضاء المدة المحدّدة للالتزام.

4- الفسخ أو العزل.

5- الإقالة.

6- الرجوع في التبرعات.

7- انعدام الأهلية.

8- عدم إمكان التنفيذ.

والتفصيل في هذه الأمور التي تنقضي بها التزامات العقود، يقتضي منا تقسيم العقود من حيث الزوم وعدمه، وتوضيح مفهوم العقد اللازم، والعقد الجائز.

تُقسّم العقود بعدة اعتبارات، فباعتبار الزوم وعدمه تنقسم إلى قسمين: عقد لازم، وعقد غير لازم وهو المعبرّ به عند الفقهاء بالعقد الجائز، والأصل في العقود الزوم.

يقول القراني في الفرق التاسع بعد المائتين: "اعلم أن الأصل في العقد الزوم؛ لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به أو المعقود عليه، ودفع الحاجات فيناسب ذلك الزوم دفعاً للحاجة،

وتخصيلاً للمقصود، غير أن مع هذا الأصل انقسمت العقود قسمين: أحدهما كذلك كالبيع... والقسم الآخر لا يستلزم مصلحته مع اللزوم بل مع الجواز وعدم اللزوم⁽¹⁾.

والعقد اللازم هو: كل عقد صحيح نافذ لا يقبل الفسخ، أو يقبله لكن لا يملك أحد الطرفين فسخه إلا برضا الطرف الآخر⁽²⁾.

والعقد الجائز هو: كل عقد للعاقدة فسخه بكل حال، وبدون رضا الطرف الثاني، إلا أن يؤول إلى اللزوم⁽³⁾.

وجملة العقود باعتبار هذا التقسيم، تنقسم إلى ثلاثة أنواع:

- عقد لازم من طرفين: كالبيع والإجارة والسلم والصلح والحوالة، وغيرها من العقود التي لا يحق لأحد طرفيها فسخ العقد إلا برضا الطرف الثاني.

- عقد جائز من طرفين: كالشركة والوكالة، والوديعة، والقرض، وغيرها من العقود التي يملك كلا طرفيها فسخ العقد دون رضا الطرف الثاني.

- عقد لازم من طرف وجائز من الطرف الثاني: كالرهن والكفالة، فالرهن لازم من جهة الراهن، جائز من جهة المرتهن، والكفالة جائزة من جهة المكفول له، لازمة من جهة الكفيل.

وذكر تقسيم العقود بهذا الاعتبار؛ لترتب عليه طرق إنهاء التزامات العقود؛ لأن هذه الطرق تختلف باختلاف العقد من حيث اللزوم وعدمه، فهناك طرق خاصة بالعقد اللازم، وطرق خاصة بالعقد الجائز، وطرق مشتركة بينهما.

(1) الفروق، القراني، ج4، ص13.

(2) ينظر: المنشور في القواعد، الزركشي، ج2، ص304 و ص400.

(3) ينظر: المصدر السابق، ج2، ص7.

أ- طرق إنهاء الالتزامات في العقود اللازمة:

1- الإبراء: "هو إسقاط الحق الثابت في الذمة"⁽¹⁾. والتعبير بالإسقاط على جهة التغليب فقط، وإلاّ فإن الإبراء في الدّيون يتضمّن معنيين: معنى الإسقاط ومعنى التمليك معاً، فإذا قال الدائن للمدين: أبرأتك من الدّين، فيكون بذلك أسقط حقه الذي على المدين، وفي الوقت نفسه يكون قد ملكه ذلك الدّين، و بهذا المعنى، فإن الإبراء يحتاج إلى قبول، وهذا قول المالكية⁽²⁾. وأعطى الحنفية للإبراء مفهوماً أوسع، حيث اعتبروا استيفاء الحقوق إبراءً، يقول ابن نجيم: "إذا أبرأ الوصيّ إبراءً عاماً، بأن أقرّ أنه قبض تركة والده فلم يبق له حق منها إلا استوفاه..."⁽³⁾. فاعتبر الاستيفاء إبراءً، مع اتفاقهم مع المالكية أن الإبراء يتضمن معنى التمليك.

والخلاصة أنّ لفظ الإبراء متضمّن لهذين المعنيين (الإسقاط والتمليك)؛ لأن الإبراء إذا كان فيه معنى الإسقاط فقط من غير تمليك دخل في هذا المعنى الطلاق والعق والعتق والعفو في القتل ونظائر هذه من التصرفات؛ إذ الطلاق يسقط العصمة من يد الزوج ولا ينقلها للمرأة.

وعليه يكون الإبراء أخص من الإسقاط، فكل إبراء إسقاط وليس العكس، فالإسقاط قد يقع على حق في ذمة آخر أو قبّله، كإسقاط الدّين، كما قد يقع على حق ثابت بالشرع لم تشغل به الذمة كحق الشفعة، بخلاف الإبراء لا يقع إلّا على حق ثابت في ذمة كما سبق في التعريف، فإذا حصل الإبراء انتهى الالتزام بأداء الدّين⁽⁴⁾.

2- المقاصّة: "وهي: اقتطاع دين من دين"⁽⁵⁾. وهي مشروعة مُتَّفَق عليها بين أهل المذاهب، مع اختلاف في شروطها وفي بعض أنواعها، فإذا ثبت دين في ذمة المدين، ثم قابله دين في ذمة الدائن

(1) معجم لغة الفقهاء، مُجّد رواس قلعجي وحامد صادق قنبي، ص38. والموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، ج1، ص142.

(2) ينظر: الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس الشهرير بالقراي، ج6، ص241. تحقيق: مُجّد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994 م. والشرح الكبير على حاشية الدسوقي، الدرديري، ج4، ص99.

(3) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن مُجّد بن بكر، المعروف بابن نجيم، ص188. تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1499هـ / 1999م.

(4) ينظر: الفروق، القراي، ج2، ص110.

(5) القوانين الفقهية، ابن جزّي، ص192.

لهذا المدین نفسه، واتحد الدينان قدرًا وجنسًا وصفةً، تساقطا معًا، دون حاجة إلى قضاء كل منهما دينه للآخر، وبهذه المقاصّة ينتهي الالتزام بقضاء الدّين.

3- الإقالة: للفقهاء في ماهية الإقالة اتجاهان: منهم من يراها فسخًا، فقال: "الإقالة فسخ للعقد"⁽¹⁾. ومنهم من يراها بيعاً ثانياً، فقال: "الإقالة: ترك المبيع لبائعه بثمنه"⁽²⁾.

ومن القواعد الفقهية المختلف فيها عند المالكية: "الإقالة هل هي حلٌّ للبيع الأول، أو ابتداء بيع ثانٍ؟"⁽³⁾. وصاغها الشافعية بصيغة: "الإقالة هل هي فسخ أو بيع؟"⁽⁴⁾.

فهي عند الحنفية، والظاهر عند الشافعية، والحنابلة: فسخ. وعند المالكية، وقول للشافعية، والظاهرية، وأبو يوسف: هي بيع ثانٍ⁽⁵⁾. وتجري الإقالة في جميع العقود اللّازمة عدا النكاح.

وعلى القول أنها فسخ، فهي تختلف عن بقية الفسوخ، في أن الإقالة: لا تصح إلا برضا المتعاقدين، وأما باقي الفسوخ لا يشترط فيها رضا المتعاقدين بل تصح من طرف واحد.

وإذا وقعت الإقالة - سواءً اعتبرناها فسخاً أم بيعاً - برضا طرفي العقد، انتهى الالتزام المتعلق بالعقد الأول.

(1) المغني، لابن قدامة، ج4، ص228.

(2) شرح حدود ابن عرفة، الرصاع، ص279.

(3) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، مُجّد مصطفى الزحيلي، ج2، ص909. دار الفكر، دمشق، ط1، 1427هـ/2006م.

(4) المرجع نفسه، ج2، ص943.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ج5، ص306. القوانين الفقهية، ابن جزري، ص179. مغني المحتاج، مُجّد بن أحمد الشربيني، ج2، ص455، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ/1994م. مختصر الخرقى، أبو القاسم عمر بن الحسين الخرقى، ص66، دار الصحابة، طنطا، ط1، 1413هـ/1993. المحلى بالآثار، أبو مُجّد علي بن أحمد بن حزم الظاهري، ج7، ص487، دار الفكر، بيروت، دط، دت.

ب - طرق إنهاء الالتزامات في العقود الجائزة:

1- الفسخ: "الفسخ: حل ارتباط العقد"⁽¹⁾. ويعبر به الفقهاء عن فك الارتباط في المعاملات، وفي العبادات قليلاً، مثل: فسخ الحج إلى العمرة، أمّا العقود؛ إن كانت لازمة فلا يكون فيها الفسخ إلا إذا وقع فيها فساد في العقد أو تعدد استمراره لسبب من الأسباب، وإن كانت جائزة بطبيعتها يصح فيها الفسخ؛ فإن كانت جائزة للطرفين، جاز لكلٍ منهما فسخ العقد وإنهاء التزاماته من غير توقّف على إذن الطرف الثاني، وذلك مثل الشركة والوكالة والوديعة والقرض، وإن كان العقد جائزاً من طرف فقط، جاز الفسخ من قبله ولم يجز للطرف الثاني، وذلك مثل الرهن والكفالة⁽²⁾.

وهذا ما لم يترتب على الفسخ ضرر، فإن ترتب عليه ضرر امتنع الفسخ؛ وذلك لأجل الضرر الواقع، يقول الإمام الزركشي: "العقود الجائزة إذا اقتضى فسخها ضرراً على الآخر امتنع، وصارت لازمة"⁽³⁾. فالشريك له فسخ العقد، لكن لو ترتب على هذا الفسخ إتلاف مال، امتنع عن الفسخ وصار العقد في حقه لازماً.

وحيثما وقع الفسخ في العقود الجائزة، ولم يترتب عليه ضرر، انتهى التزام العقد.

2- انعدام الأهلية:

الأهلية: صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق له وعليه، ولصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً⁽⁴⁾. وقد تعرض لهذه الصلاحية عوارض، تعدمها أو تنقصها كما سبق في المطلب الأول والثاني من المبحث الثاني، وبعض هذه العوارض كالجنون والموت والمرض المؤدي إلى الموت يؤثر في التزامات بعض العقود؛ إما بإهائها، أو نقصها.

(1) الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، ج1، ص234. تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1411هـ/1991م.

(2) ينظر: تبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص197. والأشباه والنظائر، السيوطي، ص313.

(3) المشور في القواعد، الزركشي، ج2، ص401.

(4) شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين التفتازاني، ج2، ص161.

وهذا في العقود الجائزة دون اللازمة؛ لأن العقود الجائزة يجوز لكل واحد من الطرفين فسخها، فإذا ما عرض عارض لأهلية أحد المتعاقدين، كأن مات مثلاً أو جُنَّ فقد ذهبت إرادته، فانتهد آثار هذه العقود التي كان سبب استمرارها إرادة المتعاقدين.

فمثال إنهاء التزامات العقد كلاً، لو مات المعير فللورثة إنهاء العقد، ومثال نقصان الأهلية، لو مات الوصي، تنقذ وصيته في حدود ثلث ماله، وما زاد فوَّقه يبطل، ويطول تفصيل هذه الفروع في مثل هذا الموضوع.

أمَّا العقود اللازمة كالبيع والإجارة، فلا تنتهي التزاماتها بهذه العوارض، إذا تمَّ انعقادها عند عامة الفقهاء، وإنما تنتقل إلى الورثة، فإذا وقع عقد بيع بين طرفين وتم البيع بشروطه وأركانه، ثم مات أحدهما قبل إتمام التزامات العقد، كتسليم الثمن أو قبض المبيع، حل محله ورثته في تنفيذ التزاماته⁽¹⁾.

3- الرجوع: الرجوع عن الشيء: تركه بعد الإقدام عليه⁽²⁾، ولا يخرج استعمال الفقهاء له عن المعنى اللغوي، كاستعمالهم له في العقود التي لا تلزم إلاً بالقبض، عند من يشترط في لزومها القبض، وذلك مثل القرض والرهن والوقف والهبة والصدقة والعارية، وبعض هذه العقود تكون غير لازمة حتى بعد القبض، كالعارية والقرض عند غير المالكية.

فهذه العقود قبل القبض - عند من يشترط القبض للزومها - تكون جائزة، وعليه يصح الرجوع فيها لمن التزم بها، فإذا رجع، يكون بذلك أنهى التزامه. وإذا كان هذا الرجوع فيما يهبه الأب أو الأم لفروعهما سماه الفقهاء اعتصاراً، والاعتصار في الهبة هو: "ارتجاع المعطي عطيةً دون عوض، لا بطوع المعطى"⁽³⁾.

(1) ينظر: فتح القدير، ابن الهمام، ج6، ص254. والمجموع، النووي، ج9، ص211. والقواعد، ابن رجب، ص344.

(2) الكليات، الكفوي، ج2، ص390.

(3) شرح حدود ابن عرفة، أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، ج2، ص559. تحقيق: محمد أبو الأجنان والظاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط1، 1993م.

ج - الطرق المشتركة بين العقود الجائزة والعقود اللازمة:

1- انقضاء المدّة المحدّدة للالتزام:

قد يكون التزام العقد محددًا بزمن متفق عليه بين المتعاقدين، فإذا انتهت المدّة المحددة للعقد، انتهت التزاماته تلقائياً، وذلك مثل الإجارة المحددة بوقت، أو العمري⁽¹⁾، فمن قال لغيره: أعمرتك هذه الدار سنة، فإذا انتهت السنّة، انتهى التزام العقد بنفسه، ومثل هذا، الكفالة إذا حُدّدت بزمن، وكذا الرهن، والخيار في البيوع، وغيرها من الالتزامات المحدّدة بزمن، والملاحظ أنّ هذه الطريقة من طرق إنهاء الالتزام، تشمل العقود اللازمة والجائزة معاً.

2- العجز عن التنفيذ أو تعذره:

من الطُرق التي تنهي التزامات العقد، سواءً كان العقد لازماً كالبيع والإجارة، أو جائزاً كالعارية والوكالة والشركة: العجز عن تنفيذها أو تعذرها، ويكون هذا العجز أو التعذر بأمر متعديّة، منها لا على سبيل الحصر:

أ- تلف المعقود عليه أو ضياعه: و "التلف: الهلاك والعطب في كل شيء"⁽²⁾. ويتصور هذا في فروع، منها:

- إذا هلك المبيع من قبيل البائع بعد الإيجاب والقبول وقبل القبض، انتهت التزامات العقد.

- إذا هلك المبيع بأفة سماوية بعد الإيجاب والقبول وقبل القبض، انتهت التزامات العقد عند الحنفية والشافعية⁽³⁾، وفرّق المالكية والحنابلة⁽⁴⁾ بين ما يحتاج إلى توفية وما لا، فما يحتاج إلى توفية ولم يُكَلَّ أو يوزن أو يُعد، تنتهي التزاماته، وما لا فلا.

- العقود التي يحتاج تنفيذها إلى مدّة، كالإجارة المعيّنة والعارية والوكالة وغيرها من العقود، إذا هلكت، بحيث يتعذر استيفاء المنفعة المعقود عليها، سواءً قبل الشروع أو أثناءه وقبل تمام المدّة المحدّدة للعقد، انتهت التزامات العقد.

(1) العُمري: أن يقول الرجل للآخر: هذه الدار لك عُمري، أو عُمرك. حلية الفقهاء، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، ج1، ص153. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، ط1، 1403هـ/ 1983م.

(2) لسان العرب، ابن منظور، ج9، ص18.

(3) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ج5، ص238. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن مُجّد بن زكريا الأنصاري

الشافعي، ج2، ص78. دار الكتاب الإسلامي، دط، دت.

(4) ينظر: الفواكه الدواني، النفراوي، ج2، ص88. المغني، ابن قدامة، ج3، ص486.

ب- غضب العين المعقود عليها: و "الغضب: أخذ الشيء ظلماً"⁽¹⁾. فإذا غُصِبَ المحلُّ المعقود عليه في بعض العقود كالإجارة مثلاً، تعذّر استيفاء المنفعة منها، فوجب الانفساخ وانتهاء التزامات العقد.

فالمشهور عند الحنفية: أنه لو غضبت العين المستأجرة من يد المستأجر سقطت الأجرة كلها، وهذا إذا غضبت في جميع المدّة المحدّدة في العقد، وإن غضبت في بعض المدّة سقط بقدرها، ف "إن وجد الغضب في بعض المدّة سقط الأجر بقدره... أي بقدر المدّة التي وجب فيها الغضب"⁽²⁾.

وأما المالكية فجعلوا الغضب من جملة التعذّر وأعم من التلّف، فإذا غُصِبَ المحلُّ انفسخ العقد، يقول الدرديري - وهو يتكلّم عن الإجارة - : " والتعذّر أعم من التلّف؛ فيشمل الضياع والمرض والغضب وغلق الحوانيت قهراً وغير ذلك... وإذا فسخت رجع للمحاسبة باعتبار ما حصل من المنفعة وما لم يحصل"⁽³⁾.

أما الشافعية والحنابلة فقالوا: إن غُصِبَت العين المستأجرة من غير تفريط من المستأجر، فالخيار للمستأجر إن شاء فسخ العقد وإن شاء ترك؛ لأنّ الغضب يحيل بينه وبين حقه، فإن فسخ انتهى التزام العقد، وإن لم يفسخ حتى انقضت المدّة انفسخت الإجارة وعليه من الأجرة قدر ما استوفاه من المنفعة، وهذا في الإجارة المعينة، أما ما كان منها في الذمة وغضبت وجب إبدالها، يقول الرملي: " فإن فسخ فظاهر، وإن أجاز ولم يرد حتى انقضت مدتها انفسخت الإجارة فيستقر قسط ما استوفاه من المسمّى، أمّا إجارة الدّمة فيلزم المؤجر فيها الإبدال"⁽⁴⁾.

(1) لسان العرب، ابن منظور، ج1، ص648.

(2) البناية شرح الهداية، محمود بن أحمد بن موسى المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، ج10، ص236. تحقيق: أمين صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1420هـ/2000م.

(3) بلغة السالك لأقرب المسالك، أبو العباس أحمد بن مُحمَّد الشهير بالصاوي المالكي، ج4، ص49. دار المعارف، دط، دت.

(4) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين مُحمَّد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، ج5، ص323-324. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط3، 1424هـ/2002م.

ويقول ابن قدامة⁽¹⁾: "القسم الثالث: أن تغصب العين المستأجرة، فللمستأجر الفسخ؛ لأنَّ فيه تأخير حقه، فإن فسخ، فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة، فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجر المثل"⁽²⁾

3- استحقاق العين المعقود عليها: استحق الشيء، "واستحقه: طلب منه حقه"⁽³⁾ إذا ظهر بالبينة أو الإقرار أن المبيع أو الشيء المستأجر حق للغير، انفسخ العقد وانتهت التزاماته، وهذا قول المالكية، قال ابن جزى⁽⁴⁾: "إن كان الشيء المستحق قد صار للمستحق منه بشراء فله أن يرجع بالثمن على الذي باعه منه"⁽⁵⁾. والشافعية يفرقون بين ما هو معيّن وبين ما هو مضمون في الذمة، فإذا كان المستحق معيّنًا فسخ العقد، وإذا كان المستحق صفة مضمونة في الذمة لا يفسخ العقد، "فمن باع عيناً أو اشترى بعين - وشراؤه بالعين بيع للعين - فاستحقت تلك العين انتقض البيع، وإذا باع صفة من الصفات مضمونة فقبضها المشتري فاستحقت لم ينتقض البيع؛ وذلك أن البيع لم يقع على تلك العين وإنما وقع على شيء مضمون بصفة في ذمة البائع كالذئب عليه ولا يبرأ منه هو أبداً"⁽⁶⁾.

والصحيح عند الحنابلة: أنه "لو بان الثمن مستحقاً، فعلى المذهب الصحيح يبطل العقد؛ لأنَّه وقع على ملك الغير فهو كما لو اشترى سلعة فبانست مستحقة"⁽⁷⁾.

(1) عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي، ولد في شعبان سنة: 541هـ. من تصانيفه: المغني، والكافي، والمقنع، ومختصر الهداية، توفي رحمه الله يوم السبت يوم عيد الفطر سنة: 620هـ بمنزله بدمشق. ذيل طبقات الحنابلة، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، ج3، 281. تحقيق: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1425 هـ / 2005م.

(2) المغني، ابن قدامة، ج5، 338.

(3) المصدر نفسه، ج10، ص49.

(4) أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي، مولده سنة: 693 هـ. أَلَّف في فنون من العلم منها: وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم، والقوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، وتقريب الوصول إلى علم الأصول، توفي شهيداً في واقعة طريف سنة: 741 هـ / 1340م. شجرة النور الزكية، ج1، ص306.

(5) القوانين الفقهية، ابن جزى، ص220.

(6) الأم، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، ج6، 192. دار المعرفة، بيروت، دط، 1410هـ / 1990م.

(7) القواعد لابن رجب، ابن رجب الحنبلي، ص383.

والصَّحِيح من مذهب الحنفية: فسخ العقد بأمر ثلاث:

- أولاً: عدم إجازة المستحق، فإذا أجاز المستحق العقد، لا يفسخ العقد؛ إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

- ثانياً: إذا طلب المشتري من بائعه الرجوع بالثمن فقَبِلَ وسَلَّمه إليه.

- ثالثاً: إذا طلب المشتري من القاضي أن يحكم على البائع بدفع الثمن، فحكم له بذلك.

فأي واحدة من هذه الأمور الثلاثة حصلت بعد إثبات الاستحقاق بيّنة أو إقرار انفسخ العقد وانتهت التزاماته⁽¹⁾.

وهذا كله فيما إذا كان الشيء المستحق كله، لا بعضه أو جله، ولم يهلك، ولم يتغير بزيادة أو نقصان، وإلاّ، فإن المسألة فيها تفصيل ليس هذا موضعه.



(1) ينظر: رد المختار على الدر المختار، ابن عابدين، ج5، ص191.

المطلب الثالث: تأثير الموت في التزامات العقود عموماً.

سبق في المطلب الثالث من المبحث الأول، أن مدلول العقد عند الفقهاء يدور بين معنيين: معنى عام: فهو يشمل كلَّ التزام تعهّد الإنسان الوفاء به وترتب عليه حكم شرعي، كالبيع والنكاح واليمين والنذر والهبة. ومعنى خاص: فهو يشمل كلَّ تعهّد بين طرفين على أمر مشروع تمَّ بينهما بإيجاب وقبول، سواءً كان هذا التعهد لازماً للطرفين، أو في حق طرف واحد، أو غير لازم للطرفين.

ومفهوم العقد بمعناه الخاص محل اتفاق بين الفقهاء؛ لاشتماله على المعنى اللغوي الذي هو: الشدُّ والرِّبْط والثَّوق، فإذا تمَّ العقد بهذا المعنى بين طرفين ترتبت عليه التزامات، فماذا لو حال الموت بين الملتزم والملتزم به؟.

ولبيان أثر الموت في التزامات العقود عموماً يأتي هذا المطلب مُقسِّماً إلى فرعين:

أولاً: أثر الموت بحسب طبيعة العقد، من حيث اللزوم وعدمه.

ثانياً: أثر الموت بحسب نوع الالتزام من كونه ديناً أو عيناً أو منفعة أو عملاً أو حقاً.

الفرع الأول: أثر الموت بحسب طبيعة العقد من حيث اللزوم وعدمه.

سبق لنا تقسيمات العقد باعتبار اللزوم وعدمه، مع تعريف كل قسم في المطلب السابق فلا حاجة لتكراره هنا، ولمعرفة أثر الموت في التزامات العقود لابد من الرجوع إلى تقسيم العقود بهذا الاعتبار؛ لاختلاف أحكام هذه الالتزامات باختلاف اللزوم وعدمه في العقد.

والموت يؤثر في التزامات العقود الجائزة دون اللازمة، كالإعارة مثلاً، وهو قول جمهور الفقهاء⁽¹⁾، مع اختلافهم في بعض العقود هل هي لازمة أم جائزة، فاختلافهم في الفروع التي ترد على العقد بسبب موت الملتزم في بعض العقود، ترجع إلى هذا المعنى الأخير.

(1) ينظر: المبسوط، السرخسي، ج11، ص142. وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص332. وكشاف القناع، البهوتي، ج4، ص73.

وفي هذا يقول الإمام النووي - وهو يفرّق بين خيار الرد بالعيب وخيار القبول⁽¹⁾ - : "فما كان جائزاً سقط بالموت وما كان لازماً لم يسقط بالموت، كالعقود فإنه يبطل بالموت الجائز منها دون اللازم"⁽²⁾.

ويقول ابن رجب الحنبلي في القاعدة الرابعة والأربعين بعد المائة، فيما يقوم فيه الورثة مقام مورثهم من الحقوق: " فإذا كانت لازمة قام الوارث مقامه، فيُقام الوارث مقامه في إيفائها وإن كانت جائزة؛ فإن بطلت بالموت فلا كلام وإن لم تبطل بالموت فالوارث قائم مقامه في إيفائها وردّها"⁽³⁾.

فقد قعد ابن رجب لكيفية انتقال التزامات العقود بعد موت الملتزم، فقال: إذا مات أحد المتعاقدين وكان العقد لازماً، فإن التزاماته تكون لازمة لمن يقوم مقامه، وإذا كانت غير لازمة (أي جائزة) سواءً للطرفين أو في حق المتوفى فقط، ينظر فيها؛ فإن كانت تبطل بالموت فلا تنتقل التزاماته إلى نائبه، كاهبة قبل القبض عند من يقول ببطلانها، وإن كانت لا تبطل بالموت فالنائب محيّر فيها بين إيفائها أو إنائها؛ لأنها لم تكن لازمة في حق المتوفى.

ولبيان إثناء أو انتقال التزامات العقود بسبب موت أحد المتعاقدين يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام: التزامات العقود اللازمة من الجانبين، والتزامات العقود غير اللازمة من الجانبين (الجائزة)، والتزامات العقود اللازمة من جانب واحد، وبيان ذلك كالتالي:

القسم الأول: أثر الموت في التزامات العقود اللازمة من الجانبين: فمثال ذلك عقد البيع، فمتى تم العقد، ترتبت التزاماته على المتعاقدين، فإذا مات البائع قام ورثته بتنفيذ التزاماته، وكذلك لو مات المشتري قام ورثته بتنفيذ ما عليه من التزامات.

قال ابن قدامة: "وإن مات المتبايعان، فورثتهما بمنزلتهما...؛ لأنهم يقومون في أخذ مالهما وإرث حقوقهما، فكذلك ما يلزمهما أو يصير لهما"⁽⁴⁾.

(1) وصورته: إذا قال البائع: بعته فمات المشتري ووارثه حاضر فقبل في الحال، فهو خيار القبول، لا يورث بلا خلاف.

(2) المجموع شرح المهذب، أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، ج9، ص211. دار الفكر، دط، دت.

(3) القواعد، أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، ص318. دار الفكر، دط، دت.

(4) المغني، ابن قدامة، ج4، ص149.

القسم الثاني: أثر الموت في التزامات العقود اللازمة من جانب واحد: مثال ذلك عقد الرهن، إذا تمّ فيه القبض فهو لازم من جهة الرّاهن وجائز من جهة المرتهن باتّفاق، فيحقّق للمرتهن فسخ العقد دون الرّاهن، فإذا مات الرّاهن في هذه الحالة، فإنّ التزامه لا يسقط بموته ولا يستطيع ورثته إبطال حق المرتهن في العين المرهونة وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾.

القسم الثالث: أثر الموت في التزامات العقود غير اللازمة من الجانبين: مثال ذلك عقد الوكالة، فهو جائز للطرفين، للوكيل ترك الوكالة متى شاء، وللموكل عزل الوكيل متى شاء، ما لم يترتب على ذلك ضرر كأن تكون الوكالة في خصومة مثلاً.

فإذا مات الموكل أو الوكيل انفسخ العقد وبطلت سائر الالتزامات المتعلقة بالعقد من الجانبين، وهذا قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽²⁾.

الفرع الثاني: أثر الموت بحسب نوع الالتزام من كونه ديناً أو عيناً أو منفعة أو عملاً أو حقاً.

تقدّم لنا رأي جمهور الفقهاء، أن الموت لا يؤثر في التزامات العقود اللازمة، بل تنقل إلى الورثة للقيام بتنفيذها، وإنما الموت يؤثر في التزامات العقود الجائزة، إما بالإلغاء أو الإمضاء، لكن بالنظر إلى موضوع أو محل الالتزام يختلف الحكم، فقد يكون موضوع الالتزام ناشئاً عن عقد جائز ومع ذلك يجب على الورثة تنفيذ التزام مورثهم، كالدين الناشئ عن عقد القرض مثلاً.

فبالنظر إلى موضوع الالتزام قد يكون ديناً في ذمّة المتوفى أو عيناً وقع عليها الالتزام بذاتها أو منفعة أو عملاً أو حقاً.

(1) ينظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي، ج 6، ص 63. القوانين الفقهية، ابن جزري، ص 213. أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج 2، ص 155. الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة، ج 2/ ص 75.

(2) ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد الحفيد، ج 4، ص 86. الهداية، المرغيناني، ج 3، ص 153. شرح مختصر خليل للخرشي، ج 6، ص 86. تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي، ج 5، ص 340. المغني، ابن قدامة، ج 5، ص 88-89.

1- أثر الموت على الالتزام بالدين:

الأسباب التي يثبت بها الدين في ذمة الإنسان كثيرة، منها الالتزام بالمال، فقد يكون سببه عقداً تم بين طرفين كالبيع والقرض، وقد يكون التزاماً فردياً كالنذر بالمال، والأول هو المقصود هنا.

فالعقد بين طرفين قد ينشأ عنه التزام بمال يكون ديناً في ذمة أحد الطرفين، ثم بعد هذا الالتزام قد يموت الدائن أو المدين، فموت الدائن لا يؤثر على ديونه التي وجبت له على غيره كما سبق.

واستثنى الحنفية موت الزوجة إذا ماتت ولها على زوجها دين نفقة، فيسقط بموتها؛ لأنَّ النفقة صلة والقاعدة عندهم: أن الصلوات لا تتم إلاً بالقبض، يقول السرخسي في المبسوط: "والصلوات لا تتم إلاً بالقبض وتبطل بالموت قبل التسليم كالنفقات"⁽¹⁾، وهذا ما لم تستدن النفقة بأمر القاضي.

كما اتفق الفقهاء أنَّ موت المدين لا يؤثر في الديون التي ترتبت في ذمته من التزامات العقود⁽²⁾، مع اختلافهم في التقديم والتأخير قضاءً بين دين تعلق بحق الله ودين تعلق بحق العباد، وبين الدين المعين والدين المرسل المطلق، وبين الحال والمؤجل، وبين دين ثبت في الصحة ودين ثبت في المرض.

2- أثر الموت على الالتزام بعين:

قد يتعلق الالتزام بشيء معين بذاته ثم يموت الملتزم قبل الوفاء بالتزامه، كبيع لم يتم تسليمه أو عين مرهونة في دين أو عين مؤجرة إجارة معينة، وهذه تسمى حقوق عينية؛ لتعلق الحق بعينها، فتقدم على التركة؛ لتعلقها بتلك الأعيان قبل أن تصير تركة، فالموت لا يؤثر على الالتزام المتعلق بعين، فإذا مات البائع قبل تسليم العين المدفوع ثمنها فهي للمشتري ينتزعها من الورثة، وإذا مات الراهن أو المرتهن بعد قبض الرهن يقوم ورثتهما مقامهما، وتبقى العين المرهونة تحت يد المرتهن إن مات الراهن، أو ورثة المرتهن إن مات المرتهن، ولا ينفك الرهن إلاً بقضاء الدين، وإن كان للراهن غرماء لا يحاصون المرتهن

(1) المبسوط، السرخسي، ج10، ص81.

(2) رد المختار، ابن عابدين، ج4، ص532. حاشية الدسوقي، ج3، ص239. أسنى المطالب، الأنصاري، ج3، ص432. القواعد، ابن رجب، ص343.

في العين المرتهنة القائمة عنده باتفاق الفقهاء⁽¹⁾، وإن كانت العين مؤجرة إجارة معينة ثم مات المؤجر تبقى العين عند المستأجر حتى يستوفي منها ما تبقى له من المنفعة عند الجمهور⁽²⁾ عدا الحنفية؛ لأنها عقد لازم عند الجمهور لا يفسخ بالموت، وعند الحنفية⁽³⁾ ينتهي التزام المؤجر والمستأجر؛ لتعذر استيفاء المنفعة على ملك الغير، فالمؤجر بطل ملكه بموته فبطل عقده، ولأنَّ المنفعة لا تورث عندهم.

3- أثر الموت في الالتزام بعمل:

قد يكون الملتزم به عملاً، كعمل الأجير في الإجارة، وعمل الزارع في المزارعة، وعمل الصانع في عقد الاستصناع.

والالتزام بعمل يصح أن يكون أحد أمرين:

إما أن يكون ديناً مضموناً في الذمة، وإما أن يكون معيناً، والفرق بينهما: أن المضمون في الذمة يمكن أن يقوم بالعمل من التزم به، كما يمكن أن يكلف غيره فيقوم به عنه، وأما المعين فلا يجوز أن يقوم بالعمل إلا من التزم به، والذي يحدد العمل كونه مضموناً أو معيناً هو صيغة العقد، فإن لم يصرح به في الصيغة، حُمِل على المضمون، إلا أن يكون هناك عرف أو عادة، كأن يعرف في العادة أن الملتزم يعمل بنفسه، أو كان عمله بنفسه مقصوداً في العقد؛ لخبرته أو إتقانه، فعندها يُحمَل على المعين⁽⁴⁾.

فإذا مات الملتزم بعمل، كالأجير والمزارع والصانع وغيرهم، ننظر إلى العمل الملتزم به، فإن كان مرتبطاً بعين الملتزم وذاته، فإن الالتزام ينتهي بموته؛ لفوات المحل المعقود عليه وعدم إمكان تنفيذ العقد، وهذا بالنسبة للمدة المتبقية، أما ما تمَّ تنفيذه قبل الموت فلا يسقط حق الملتزم فيما يقابله من العوض.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، ج6، ص145. والتهذيب في اختصار المدونة، أبي سعيد البراذعي، ج4، ص65، تحقيق: محمد الأمين ولد محمد السالم بن الشيخ، دار البحوث الإسلامية، دبي، ط1، 1423هـ/2002م. ونهاية المحتاج، الرملي، ج4، ص304. وممن الخزقي، ص71.

(2) ينظر: حاشية الدسوقي، ج4، ص32. وحاشيتنا قليوبي وعميرة على تحفة المحتاج، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، ج3، ص84. والمغني، ابن قدامة، ج5، ص431.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، ج15، ص153.

(4) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي، ج2، ص224.

وإن كان العمل الملتزم به موصوفاً في ذمة الملتزم، فإنه لا ينتهي بموته؛ بل ينفذ من تركته؛ لأنه دين عليه، وهو قول الجمهور⁽¹⁾.

وأما الحنفية: فإن العقد على الأعمال عندهم من قبيل العقد على المنافع، والمنافع لا تورث، فإذا مات الملتزم بعمل، انفسخ العقد وانتهى الالتزام⁽²⁾.

4- أثر الموت على الالتزام بمنفعة:

قد يكون الالتزام واقعاً على منفعة كمنفعة المستأجر بالعين المؤجرة، ومنفعة المستعير بالإعارة وغيرها من المنافع.

وأثر الموت على الالتزام بالمنفعة يختلف باختلاف العقد الذي نشأت عنه، فقد تنشأ عن عقد فيه معاوضة، أو عقد فيه تبرع، فيكون حكم المنفعة تبعاً للعقد، وتمثل لكل نوع بمثال واحد.

أ- التزام بمنفعة ناشئة عن عقد معاوضة: كمنفعة المستأجر بالعين المؤجرة، فالجمهور⁽³⁾: أن موت المؤجر لا يؤثر على استيفاء المستأجر المنفعة المعقود عليها، ووافق الحنفية الجمهور في حالة ما إذا كان هناك عذر، كمن استأجر أرضاً للزراعة ثم مات والزرع قائم لم ينضج، وكمن استأجر سيارة ليصل إلى مكان معين فمات المؤجر قبل وصول المستأجر، يقول ابن عابدين: "وقد تقرّر استثناء الضروريات، فمن الظن أنه ينتقض بموت المزارع أو المكاري في طريق مكة فإنه لا يفسخ حتى يبلغ مأمناً؛ لأن الإجارة كما تنتقض بالأعذار تبقى بالأعذار"⁽⁴⁾. أمّا إذا لم يكن هناك عذر، فإن المنافع عندهم لا تورث؛ لعدم حوزها وإدخالها.

(1) ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد، ج4، ص15. حاشية الدسوقي، ج4، ص30. الرسالة، أبي زيد القيرواني، ص110.

المهذب، الشيرازي، ج1، ص407. الإنصاف، المرادوي، ج6، ص64. المغني، ابن قدامة، ج5، ص271.

(2) ينظر: فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، ج9، ص145-146. تبين الحقائق، الزيلعي، ج5، ص145.

(3) ينظر: حاشية الدسوقي، ج4، ص32. وحاشيتا قليوبي وعميرة على تحفة المحتاج، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، ج3، ص84. والمغني، ابن قدامة، ج5، ص431.

(4) رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج6، ص84.

ب- التزام بمنفعة ناشئة عن عقد تبرع: فالالتزام الواقع على منفعة العارية عقد جائز غير لازم عند الحنفية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾، فالمعير له الرجوع في عاريتة في أي وقت شاء، وأمّا الملكية فالإعارة عندهم عقد لازم في حق المعير، جائز في حق المستعير، يلزم عنه تمليك المنفعة بالعقد إن ضربا فيه أجلاً أو عملاً معلوماً، فلا يجوز للمعير الرجوع في عاريتة حتى يستوفي المستعير المنفعة المعقود عليها أو المدة المحددة، وإن لم يضرباً أجلاً أو عملاً معلوماً وكانت مطلقةً، كان العقد جائزاً غير لازم وللمعير الرجوع في عاريتة، وهذا قول ابن القاسم خلافاً لما قاله ابن القصار⁽²⁾.

وخلاصة ما سبق نقول: إن جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة يقولون بأن موت المعير يفسخ عقد العارية وينهي التزامه المتمثل في تبرعه بمنفعة العارية للمستعير، ووجب على المستعير رد العارية للورثة.

وأمّا الملكية بناءً على قولهم السابق فصلّوا؛ فإذا مات المعير قبل أن يقبض المستعير العارية، بطلت الإعارة بموته؛ لعدم تمامها بالحيازة، وإن مات بعد أن قبض المستعير العارية فلا تبطل الإعارة بموته، ولا ينتهي التزامه، ويمكن المستعير من المنفعة بالعين المعارة إلى نهاية العمل المعلوم أو المدة المضروبة، إلا أن يردّها برضاه؛ لأن العقد جائز في حقه.

5- أثر الموت على الالتزام بحق:

قد يكون الالتزام ليس الدّين ولا العين ولا العمل ولا المنفعة وإنما هو حق متعلّق بالمال نشأ عن عقد، كالأجل في الدّيون والخيارات في البيع، فالأجل في الدّيون حق للمدين صار إليه بالطلب، والترم به الدّائن، ليس له مطالبة المدين بالدّين قبل حلوله، وتنتقل الدّيون إلى ورثة الميّت بالصّفة التي كانت عليها حال حياة الدّائن، فما كان منها حالاً انتقل إلى الورثة حالاً، وما كان منها مؤجّلاً أو مقسّطاً انتقل كما هو، فإذا مات الدّائن بقي الأجل على حاله لا يسقط بموته، وإذا مات المدين انتقل هذا الحق إلى الورثة، فلهم إسقاط الأجل؛ لأنّ المدين حال حياته كان هو صاحب الحق.

(1) ينظر: رد المختار، ج5، ص686. وأسنى المطالب، زكريا بن محمد الأنصاري، ج2، ص332. وكشاف القناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، ج4، ص73. دار الكتب العلمية بيروت، دط، 1403هـ/1983.

(2) ينظر: الذخيرة، شهاب الدين القرافي، ج6، ص214. تحقيق: سعيد أعراب، دار الغرب، بيروت، ط1، 1994م.

يقول ابن عابدين: "والأصل في هذا أنّ موت من عليه الدّين يبطل الأجل وموت من له الدّين لا يبطل؛ لأنّ الأجل حقّ المديون لا حقّ صاحب الدّين فتعتبر حياته وموته في الأجل وبطلانه"⁽¹⁾.
ويقول السيوطي⁽²⁾: "لا يحل قبل وقته إلا بموت المديون"⁽³⁾. أي الأجل؛ لأنّه حقه.

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج5، ص213.

(2) عبد الرّحمن بن أبي بكر بن محمّد، الجلال بن الكمال بن ناصر الدّين السُّيُوطِي الشَّافِعِي، ولد في أول لَيْلَة مستهل رَجَب سنة: 849 هـ. زادت تصانيفه على ثلاثمائة كتاب منها: شرح الشاطبية وألفية في القراءات العشر، ولباب النقول في أسباب التُّرُول، وتنوير الحوالك، توفي سنة: 911 هـ. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، مُحمّد بن عبد الرحمن بن مُحمّد السخاوي، ج4، ص65. دار مكتبة الحياة، بيروت، دط، دت.

(3) الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، ج1، ص329. دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/ 1990م.

الفصل الثاني: أثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات.

المبحث الأول: أثر الموت في التزامات عقود التبرعات بالأعيان.

المبحث الثاني: أثر الموت في التزامات عقود التبرعات بالمنافع.

المبحث الثالث: أثر الموت في التزامات عقود التبرعات الخاصة بالنيابة.

المبحث الرابع: أثر الموت في التزامات عقود التوثيقات.

تنقسم العقود بالنظر إلى غايتها والهدف منها: إلى عقود معاوضات، وعقود تبرعات، وعقود تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً، وعقود توثيقات. وهذا الفصل يتضمن الحديث عن أثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات، ولما كانت التبرعات ليست على نسق واحد من حيث الشيء المتبرع به، قسمتها إلى ثلاثة أقسام: تبرعات بالأعيان كالهبة والصدقة والوصية، وتبرعات بالمنافع كالعارية والقرض والوقف، وقسم ثالث، لا هو تبرع بالعين ولا بالمنفعة، وإنما هو خاص بالنيابة، كالكفالة والوكالة والوديعة، وعلى هذا قسمت الفصل إلى أربعة مباحث.

المبحث الأول: أثر الموت في التزامات عقود التبرعات بالأعيان.

تشارك عقود التبرعات بالأعيان في كونها ناقلة لملكية العين من غير عوض، وتختلف من حيث زمن نقل الملكية، فمنها ما ينقلها في حياة المتبرع؛ إما بالعقد أو بالقبض على خلاف بين الفقهاء، وذلك كالهبة والصدقة، ومنها ما ينقلها بعد موت المتبرع كالوصية؛ لذلك يختلف تأثير الموت في هذا النوع من العقود.

المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد الهبة.

الهبة والصدقة والهدية، ألفاظ متقاربة في المعنى والصورة، واسم العطيّة يشمل الجميع، ويُفَرِّقُ بينها نية المعطي وحال المعطى، فإن قصد بها وجه الله تعالى بإعطاء محتاج فهي صدقة، وإن كانت لإعانتته فهي هبة، وإن حملت إلى مكان المهدي إليه تكريماً أو إعظماً وتودداً فهي هدية.

والكلام في هذا المطلب على تأثير الموت في التزامات عقد الهبة، وقبل ذلك لابد من تعريف الهبة وحكمها عند الفقهاء، ومتى تلزم؟ وما هي الالتزامات التي تنشئ عن العقد؟ ثم أثر الموت على تلك الالتزامات.

تعريف الهبة لغة: "الهبة: في اللغة التبرُّع، وأصلها من الوَهَب بتسكين الهاء وتحريكها، كذلك في كلِّ معتلِّ الفاء كالوعْد والوعْظ. ومعناها إيصال الشَّيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالاً أو غير مال، يقال: وهب له مالاً، وهباً وهبَةً، ووهب الله فلاناً ولدأ صالحاً⁽¹⁾.

اصطلاحاً: تملك ذات بلا عوض لوجه المعطى⁽²⁾.

محترزات التعريف:

تمليك ذات: قيد يخرج تملك المنفعة كالوقف والعارية وغيرها من تملك المنافع، فلا تكون هبة.

بلا عوض: قيد يخرج به البيع وهبة الثواب، فهما تملك ذات لكن بعوض.

لوجه المعطى: قيد تخرج به الصدقة؛ إذ المقصود بها وجه الله، وتخرج الزكاة؛ لأن المقصود بها الوصف القائم بالشخص لا وجهه.

حكمها في الشرع:

اتفق الفقهاء على أن حكم الهبة التدب وقال الخطيب الشربيني⁽³⁾: "انعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها"⁽⁴⁾؛ لما فيها من التعاون والتواد والتوسعة على الغير، وفيها دفع شح النفس، وقد

(1) ينظر: التعريفات، علي بن محمد بن علي الشريف الجرجاني، ص256. تحقيق جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1403هـ/1983م. والكليات، أيوب بن موسى الكفوي، تحقيق: عدنان درويش، مؤسسة الرسالة، بيروت، دون ط ت.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي، ج4، ص97.

(3) محمد بن أحمد الخطيب شمس الدين الشربيني، فقيه شافعي، مفسر، من أهل القاهرة. له تصانيف، منها: السراج المنير، في تفسير القرآن، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ومغني المحتاج. توفي بعد العصر يوم الخميس ثامن شعبان سنة: 779هـ. الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، نجم الدين محمد بن محمد الغزي، ج3، ص73.

(4) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الخطيب الشربيني، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، ج3، ص558. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1421هـ/2000م.

يطراً عليها الحرمة إذا قصد بها معصية كإعانة على ظلم، أو قصد بها رشوة الحكام وأصحاب الولايات، وقد تكون الهبة مكروهة إذا قصد بها الرياء والمباهاة والسمعة⁽¹⁾.

متى تلزم الهبة؟.

قبل معرفة التزامات عقد الهبة لابد من الوقوف على مسألة وهي: هل الهبة تلزم بالعقد أم بالقبض؟. بمعنى أن الهبة حينما تقع تامة الأركان، فهل تعتبر عقداً تاماً تترتب عليه التزاماته في الحال، أم لا بد لتمامه من قبض الشيء الموهوب؟. للفقهاء في المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا تلزم إلا بالقبض، فالقبض شرط صحة في الهبة، وهو قول الحنفية والشافعية، ورواية عند الحنابلة⁽²⁾ إذا كان الموهوب مكيلاً أو موزوناً، واستدلوا بما يلي:

أ- ما رواه مالك في الموطأ عن عائشة زوج النبي ﷺ، أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نخلها جاداً عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: "والله يا بنيّة ما من الناس أحد أحبُّ إليّ غنىً بعدي منك، ولا أعزّ عليّ فقراً بعدي منك، وإني كنت نخلتك جاداً عشرين وسقاً، فلو كنت جددتني واحتزّيتي⁽³⁾ كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك، وأختاك، فاقتسموه على كتاب الله، قالت عائشة، فقلت: يا أبت، والله لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ فقال أبو بكر: ذو بطن بنت خارجة، أراها جارية"⁽⁴⁾ فالأثر نصٌّ في أنّ القبض شرط في تمام الهبة، لقوله: "لو كنت جددتني واحتزّيتي كان لك".

(1) ينظر: كشاف الفناع عن متن الإقناع، البهوتي، ج4، ص299. والقوانين الفقهية، ابن جزي، ص241.

(2) ينظر: رد المحتار، ابن عابدين، ج5، ص690. والمهذب في فقه الإمام الشافعي، أبي إسحاق إبراهيم الشيرازي، تحقيق: زكريا عميرات، ج2، ص334. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1416هـ/1995م. والمغني لابن قدامة، ج6، ص41.

(3) "جاداً عشرين وسقاً فلو كنت جددتني بفتح الجيم والدال الأولى وإسكان الثانية، قطعته (واحتزّيتي) بإسكان الحاء والرأي بينهما فوقيّة مفتوحة، أي حزّيته". شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، ج4، ص85. تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 1424هـ/2003م.

(4) رواه مالك في الموطأ، كتاب: الأفضية، باب: ما لا يجوز من النخل. ج2، ص752. دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1406هـ/1985م.

ب- ما رواه مالك في الموطأ، أن عمر بن الخطاب، قال: "ما بال رجال ينحلون أبناءهم نُحْلًا، ثم يمسكونها، قال: فإن مات ابن أحدهم، قال: مالي بيدي، ولم أعطه أحداً، وإن مات هو قال: هو لابني، قد كنت أعطيته إياه، من نُحْلٍ نُحْلَةً لم يجزها الذي نُحِلَّها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطل"⁽¹⁾. فعمر بن الخطاب جعل القبض شرطاً في الهبة، ويفوت حق الموهوب له إن تراخى عن القبض حتى مرض الواهب أو مات.

ج- قياساً على القرض، بجامع أن كلاهما عقد تبرع، فلو جعلناها لازمة بالعقد، لجرى فيها الضمان عند عدم التسليم، وعندها تخرج من التبرع إلى المعاوضة.

وأضاف الحنفية: أن عقد الهبة حتى بعد القبض يكون غير لازم، فيصح الرجوع والفسخ، لقوله عليه السلام: "من وهب هبة، فهو أحق بها ما لم يثبت منها"⁽²⁾. أي يعوّض، فيصح الرجوع ما لم يحصل تعويض أو مانع؛ لكن مع الكراهة.

القول الثاني: تلزم بمجرد العقد ولا تتم إلا بالقبض، فالقبض شرط تمام لا شرط صحة، وهو قول المالكية، واستدلوا بأدلة منها:

أ- قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [النساء: 1]. فالجمع المعرف بالألف واللام من ألفاظ العموم كما هو مقرّر في علم الأصول، والهبة عقد لتوقفها على إيجاب وقبول، فيجب الوفاء بها؛ لدخولها تحت مسمى العقود.

ب - عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قال النبي ﷺ: "العائد في هبته كالكلب يقيء"

(1) رواه مالك في الموطأ، رواية مُجَّد بن الحسن الشيباني، كتاب: البيوع في التجارات والسلم، باب: الهبة والصدقة، رقم: 809. ج1، ص284.

(2) رواه الحاكم في المستدرک من حديث ابن عمر، باب البيوع، ج2، ص60. وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. وقال الذهبي: "نفرد بِرَفْعِهِ عَلِيَّ بن سهل بن المغيرة، عن (عبيد الله) بن موسى، قَالَ الدَّارِقُطَنِي: الصَّوَاب: عن ابن عمر، عن عمر "تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، شمس الدين أبو عبد الله مُجَّد بن أحمد الذهبي، ج2، ص148. تحقيق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي عجيب، دار الوطن، الرياض، ط1، 1421 هـ / 2000م.

ثم يعود في قيئه" (1). حيث شبّه الرّاجع في الهبة بالكلب، والمرجوع فيه بالقيء، وذلك غاية في التّفسير المقتضي للمنع.

ج- قياساً على البيع بجامع أنّ كلاً منهما عقد يتوقّف على إيجاب وقبول، فإذا وقع عقد الهبة تام الأركان، لم يفتقر في لزومه إلى قبض الموهوب كالمعقود عليه في البيع.

- ويستدلون على أنّ القبض شرط تمام في الهبة بالأدلة السّابقة التي استدلّ بها الحنفية والشافعية.

القول الثالث: أن الهبة تصح وتُملّك بالعقد، ولا تلزم إلاّ بعد قبضها بإذن الواهب، ولو كانت في غير مكيل أو موزون، ويستثنى من ذلك ما كان في يد الموهوب له كوديعة أو عارية أو غصب، وهو المذهب عند الحنابلة (2).

- واستدل الحنابلة في الرواية المرجوحة عندهم بما استدل به المالكية، وعلى الرواية الراجحة بما استدل به الحنفية والشافعية.

وخلاصة الأقوال: أنّ عقد الهبة غير لازم عند الحنفية إلاّ إذا حصل تعويض أو مانع، ولازم عند الجمهور: المالكية بالعقد، والشافعية والحنابلة بالقبض، ويستثنى من ذلك هبة الوالد لولده، فيصح له الرّجوع قبل القبض عند المالكية، وقبل القبض وبعده عند الحنفية والشافعية والحنابلة. ويثبت هذا الحق عند الشافعية في هبة الأصل للفرع مطلقاً.

الالتزامات التي تنشأ عن عقد الهبة:

وبعد ذكر الأقوال في وقت لزوم الهبة، نقول: إن الالتزامات التي تنشأ عن هذا العقد اثنان:

- 1- التزام في حق الواهب، وهو: تمكين الموهوب له من الشيء الموهوب وتسليمه إياه.
- 2- التزام في حق الموهوب له، وهو: ضمان الاستحقاق، فإذا ظهر أن الموهوب مستحق لغير الواهب، وثبت ذلك بإقرار أو بينة، وكان قائماً رُدّ بعينه، وإن تلف فللفقهاء في ذلك قولان:

(1) رواه البخاري، الجامع الصحيح، كتاب: الهبة وفضلها، باب: هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، رقم: 2589. ج3، ص158.

(2) ينظر: كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، ج4، ص300-301.

القول الأول: يخيّر المستحق بين الرجوع على الواهب أو الموهوب له، وهذا قول المالكية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾، غير أن المالكية قالوا: لا يرجع على الموهوب له إلا إذا تعذر الرجوع على الواهب⁽²⁾.

القول الثاني: يكون الرجوع على الموهوب له دون الواهب، وهو قول الحنفية⁽³⁾.

أثر الموت على التزام الهبة:

كل النصوص التي استدلت بها الجمهور أو المالكية تدلُّ بظاهرها، أنَّ القبض شرط في الهبة، إلا أنَّ المالكية قالوا: هو شرط تمام، وتلزم الهبة بالقول، والجمهور قالوا: هو شرط لزوم وصحة، فلا تلزم الهبة بالقول، وعلى ضوء اختلافهم هذا يأتي اختلافهم في أثر الموت على عقد الهبة.

تحرير محل النزاع:

إذا مات الواهب أو الموهوب له بعد القبض، كانت الهبة صحيحة لازمة بإجماع الفقهاء. قال ابن المنذر: "وأجمع أهل العلم على أنَّ الرجل إذا وهب لرجل دارًا، أو أرضًا، أو عبدًا، على غير عوض، بطيب من نفس المعطي، وقبل الموهوب له ذلك، وقبضه، بدفع من الواهب ذلك إليه، وحازه: أن الهبة تامة"⁽⁴⁾.

واختلفوا فيما إذا مات الواهب أو الموهوب له بعد الإيجاب وقبل القبول والقبض، أو بعد الإيجاب والقبول وقبل القبض.

أولاً: بعد الإيجاب وقبل القبول والقبض.

(1) ينظر: روضة الطالبين، أبو زكريا محي الدين النووي، ج5، ص9. تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ط3، 1412هـ/1991م. والقواعد لابن رجب الحنبلي، ص216.

(2) ينظر: المدونة، مالك بن أنس، ج4، ص184، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ - 1994م.

(3) ينظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، ج7، ص295. دار الكتاب الإسلامي، ط2، دت.

(4) الإجماع، ابن المنذر، ص113.

- الحنفية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾: إذا مات الواهب أو الموهوب له بعد الإيجاب وقبل القبول تبطل الهبة، ولا يُلزم ورثة الواهب بتسليم الهبة، وليس لورثة الموهوب له، حق القبول، كما في عقد البيع لو أوجب البائع وقبل قبول المشتري مات أحدهما، فإن العقد يبطل؛ لانتفاء العقد أصلاً.

- المالكية: فرّق المالكية بين موت الواهب وموت الموهوب له، فإذا مات الواهب بعد الإيجاب وقبل القبول والقبض تبطل الهبة؛ لحصول المانع قبل القبول، وإن مات الموهوب له بعد الإيجاب وقبل القبول، ولم يقم مانع بالواهب، فلا تبطل الهبة، ويقوم ورثته مقامه في القبول أو الرد، سواء علم بها أو لم يعلم، إلا أن يكون الواهب قصد عين الموهوب له، بتصريح أو بعرف، فحينئذ تبطل الهبة بموته قبل القبول؛ لأن الحق هنا شخصي، فينتهي بموت صاحبه، ولا ينتقل إلى ورثته⁽²⁾.

ثانياً: بعد الإيجاب والقبول وقبل القبض.

- الحنابلة وقول بعض الشافعية⁽³⁾: إذا مات الواهب أو الموهوب له بعد الإيجاب والقبول وقبل القبض، تبطل الهبة، وليس على ورثة الواهب التزام، وليس لورثة الموهوب له حق القبض؛ لعدم لزوم الهبة؛ لأنها عقد جائز فيبطل بموت أحد العاقدين كالشركة والوكالة.

وتبطل الهبة عند الحنابلة إذا مات الواهب أو الموهوب له بعد العقد وقبل القبض، وحتى لو أذن الواهب بالقبض ولم يحصل من الموهوب له. يقول البهوتي⁽⁴⁾: " وتلزم الهبة بقبضها بإذن واهب، ولا

⁽¹⁾ ينظر: رد المحتار، ابن عابدين، ج5، ص701. مغني المحتاج، الشريفي، ج3، ص560. كشاف القناع، البهوتي، ج4، ص301.

⁽²⁾ ينظر: الشرح الكبير، الدردير، ج4، ص102. البهجة في شرح التحفة، علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولِي، ج2، ص404. تحقيق: مُحمَّد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط1، 1418هـ/1998م.

⁽³⁾ ينظر: المهذب، الشيرازي، ج2، ص334. كشاف القناع على شرح الإقناع، البهوتي، ج4، ص301.

⁽⁴⁾ منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي فقيه حنبلي. من مصنفاته: الروض الربيع في شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع لابن قدامة، وعمدة الطالب لنيل المآرب، وكشف القناع عن الإقناع، توفي بمصر في 10 ربيع الثاني 1051هـ/1641م. معجم المؤلفين، عمر رضا كحالة، ج13، ص22. دار إحياء التراث العربي بيروت، دط، دت.

تلتزم قبلهما؛ أي: قبل القبض بإذن الواهب... ويبطل إذن الواهب في القبض بموت أحدهما؛ أي: الواهب أو الموهوب له؛ لأن إذنه فيه وكالة وهي تبطل بذلك⁽¹⁾.

- **المالكية:** إذا مات الموهوب له بعد الإيجاب والقبول وقبل القبض، فإن الهبة صحيحة لازمة في حق الواهب، وينتقل حق القبض إلى ورثة الموهوب له، جاء في المدونة: " قال مالك: كل من وهب هبة لرجل فمات الموهوب له قبل أن يقبض، فورثته مكانه يقبضون هبته، وليس للواهب أن يمتنع من ذلك"⁽²⁾.

وإذا مات الواهب بعد الإيجاب والقبول وقبل القبض، وكان الموهوب له متراخياً غير جاداً، سقط حقه في القبض، وإن كان جاداً في القبض ولم يمكِّنه الواهب منه، صحَّت الهبة وكانت لازمة، قال خليل⁽³⁾: "وبطلت إن تأخَّر لدين محيط أو وهب لثان وحاز أو أعتق الواهب أو استولد ولا قيمة أو استصحب هدية أو أرسلها ثم مات أو المعينة له إن لم يشهد"⁽⁴⁾. ذكر خليل جملة من موانع الهبة، منها إذا مات الواهب وكان قد أرسل الهبة إلى الموهوب له ولم يُشْهد عليها.

- **الصحيح عند الشافعية:** إذا مات الواهب أو الموهوب له بعد الإيجاب والقبول وقبل القبض لا تبطل الهبة، وينتقل التزام الهبة لورثة الواهب، وحقُّ القبول لورثة الموهوب له، جاء في المهذب: "ومن أصحابنا من قال: يبطل العقد بالموت؛ لأنه غير لازم، فبطل بالموت كالعقود الجائزة، والمنصوص أنه لا يبطل؛ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم يبطل بالموت كالبيع بشرط الخيار"⁽⁵⁾.

(1) كشاف القناع على شرح الإقناع، البهوتي، ج4، ص301.

(2) المدونة، مالك بن أنس، ج4، ص398.

(3) ضياء الدين أبو المودة خليل بن إسحاق الجندي، فقيه مالكي، من أهل مصر. كان يلبس زي الجند. تعلم في القاهرة، وولي الإفتاء على مذهب مالك. له: المختصر في الفقه، يعرف بمختصر خليل، وقد شرحه كثيرون، وترجم إلى الفرنسية، والتوضيح، شرح به مختصر ابن الحاجب. توفي سنة: 776هـ/ 1374م. شجرة النور، مُجَّد مخلوف، ج1، ص321.

(4) مختصر خليل، ص214.

(5) المهذب في فقه الإمام الشافعي، إبراهيم بن علي الشيرازي، ج2، ص334. تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1416هـ/ 1995م.

وخلاصة أقوال الفقهاء: أن موت الواهب أو الموهوب له قبل القبول يبطل الهبة كما يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة؛ لأن العقود تتم بالإيجاب والقبول، وهنا لم يقع قبول، بخلاف المالكية.

وإذا مات أحدهما بعد القبول وقبل القبض، فإن الهبة صحيحة لازمة، تنتقل التزاماتها للورثة كما يرى المالكية والشافعية في الصحيح عندهم، بخلاف الحنفية والحنابلة.



المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد الصدقة.

الصدقة أحد عقود التبرعات بالأعيان، رغب فيها الشارع؛ لما لها من عظيم فائدة في التكافل الاجتماعي، وهي تختلف عن الهبة؛ لذلك اصطح الفقهاء على كل منهما باصطلاح خاص؛ وذلك لاختلاف خصائصهما، ومن أهم الفروق بينهما، القصد والنية.

فما هي الصدقة؟ وما حكمها في الفقه الإسلامي؟ ومتى تلزم؟ وما هي الالتزامات التي تنشأ عن عقدها؟ وما تأثير الموت على تلك الالتزامات؟. هذا ما سنعرضه في هذا المطلب.

أولاً: تعريف الصدقة.

الصدقة لغة: من الفعل صدَّقَ وتصدَّقَ قال تعالى: ﴿فَلَا صَدَقَ وَلَا صَلَّى﴾ [القيامة: 31]. وقال: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُجْزِي الْمُتَصَدِّقِينَ﴾ [يوسف: 88]. وقال: ﴿إِنَّ الْمُصَدِّقِينَ وَالْمُصَدِّقَاتِ﴾ [الحديد: 18]. تقول: تصدَّقَ وصدَّقَ عليه، أعطاه الصدقة، والاسم الصدقة، وهي: ما أعطيته في ذات الله تعالى، والجمع صدقات⁽¹⁾.

واصطلاحاً: "هي العطية تبتغي بها المثوبة من الله تعالى"⁽²⁾.

أو هي: "تمليك ذات بلا عوض لثواب الآخرة"⁽³⁾.

أو هي: تمليك المال في الحياة من يحتاجه بغير عوض، تقرباً إلى الله تعالى، وجوباً أو ندباً⁽⁴⁾.

اتفقت هذه التعريفات على القصد من العطية، وهو وجه الله وثواب الآخرة.

(1) ينظر: المفردات في غريب القرآن، أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، ص480. تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، دمشق بيروت، ط1، 1412هـ. الكليات، الكفوي، ص557. والقاموس المحيط، الفيروزآبادي، ص900. المصباح المنير، الفيومي، ص1، ص335. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ج1، ص510.

(2) التعريفات، الجرجاني، ص132.

(3) الشرح الكبير، الدرديري، ج4، ص97.

(4) ينظر: المصدر نفسه، نفس الجزء والصفحة. المغني، ابن قدامة، ج6، ص41. الشرح الكبير على متن المقنع، ابن قدامة، ج6، ص246. بتصرف.

لكن التعريف الأول وهو للشريف الجرجاني⁽¹⁾، أراه غير مانع؛ لعدم تقييد العطية بالحياة، فتدخل الوصية، ولعدم تقييدها بتمليك الذات، فتدخل العارية، فكلاهما عطية، قد يقصد بهما المثوبة من الله.

وأما تعريف الدرديري، فهو أيضاً غير مانع؛ لدخول الوصية فيه، فقد تكون الوصية بتمليك ذات، كما قد يقصد بها ثواب الآخرة، إلا أنها بعد موت الموصي، وهذا القيد لم يذكره التعريف.

وانفرد التعريف الثالث بقيدين، وهما: تصرف المعطي بإعطاء المال في حياته، والمعطى يكون محتاجاً له، وهو التعريف الذي اختاره؛ لكونه جامعاً مانعاً.

كما أنه يشمل الصدقة المفروضة، التي هي زكاة المال وزكاة الفطر، ويشمل صدقة التطوع، وهي المستحبة في جميع الأوقات وهو كذلك؛ لأن الله عز وجل سمى الزكاة المفروضة بالصدقة، قال تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: 103]. وقال أيضاً: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾ [التوبة، 60]. كما أن الفقهاء سمووا زكاة الفطر بصدقة الفطر، قال الدرديري: "وتدخل الزكاة في تعريف الصدقة؛ لأن الصدقة تشمل الواجبة والمندوبة"⁽²⁾، إلا أن الفقهاء إذ استعملوا لفظ الصدقة من غير قيد، قصدوا بها صدقة التطوع، وإذا أرادوا الواجبة، أطلقوا عليها الزكاة، أو قيدها بصدقة الفطر، والمقصود هنا صدقة التطوع.

ثانياً: حكمها في الشرع.

الأصل في صدقة التطوع الاستحباب، ورد التدب إليها في كثير من آيات القرآن الكريم، والأحاديث النبوية الشريفة من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا

(1) علي بن محمد بن علي المعروف بالسيد الشريف والسيد المسند الجرجاني، ولد في جرجان لثمان بقين من شعبان سنة: 740هـ. صنف في العلوم العقلية والنقلية منها: التعريفات، وشرح مواقف الإيجي، والكبرى والصغرى في المنطق. كانت وفاة السيد بشيراز يوم الأربعاء السادس من ربيع الأول سنة: 816هـ. الفوائد البهية في تراجم الحنفية، محمد عبد الحي اللكنوي، ص 125.

(2) الشرح الكبير، الدرديري، ج 4، ص 97.

فِيضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْسُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ ﴿٢٤٥﴾ [البقرة: 245]. قال ابن العربي⁽¹⁾:
"جاء هذا الكلام في معرض النَّدب

التحضيض على إنفاق المال في ذات الله تعالى"⁽²⁾.

ومن السنة: أحاديث كثيرة منها: حديث السبعة الذين يظلمهم الله، عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "...ورجل تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه..."⁽³⁾.

قال ابن بطال⁽⁴⁾: " المراد بذلك صدقة التطوع"⁽⁵⁾.

وقد تكون حراماً إذا تبعها المنُّ والأذى، فقد حثَّ الله عز وجل المنفقين في سبيل الله بعدم إتباع الصدقة بالمنِّ والأذى، وجعلهما مبطلين للصدقة، قال تعالى: ﴿الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ثُمَّ لَا يُتْبِعُونَ مَا أَنْفَقُوا مَنًّا وَلَا أَدَىٰ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ قَوْلٌ مَّعْرُوفٌ وَمَغْفِرَةٌ خَيْرٌ مِنْ صَدَقَةٍ يَتْبَعُهَا أَدَىٰ وَاللَّهُ غَنِيٌّ حَلِيمٌ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُبْطِلُوا صَدَقَاتِكُمْ بِالْمَنِّ وَالْأَذَىٰ كَالَّذِي يُنْفِقُ مَالَهُ رِئَاءَ النَّاسِ وَلَا يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [البقرة: 262-264]. وقد تكون واجبة، كمن نذر صدقة، أو وجد مضطراً ومعه فضل طعام عن حاجته. وقد تكون مكروهة، كمن تعمَّد الصدقة بالردىء، لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾ [البقرة: 267]. وقوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّىٰ تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ [آل عمران: 92].

(1) أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي الإشبيلي، خاتمة علماء الأندلس. مولده سنة: 468 هـ. له تأليف منها: عارضة الأحوذى في شرح الترمذي، والقبس في شرح موطأ مالك، وترتيب المسالك في شرح موطأ مالك، وأحكام القرآن، توفي سنة: 543 هـ. شجرة النور الزكية، محمد مخلوف، ج1، ص199.

(2) أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، ج1، ص306. راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424 هـ/ 2003 م.

(3) أخرجه البخاري في الصحيح، كتاب: الزكاة، باب: الصدقة باليمين، رقم: 1423. ج2، ص111.

(4) أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال القرطبي يعرف باللجَّام، الإمام العالم الحافظ المحدث الراوية الفقيه، ألف شرحه المعروف على البخاري، والاعتصام في الحديث، مات سنة 444 هـ أو سنة 449 هـ/ 1057 م. شجرة النور، ج1، ص171.

(5) شرح صحيح البخاري، ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، ج3، ص421. تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشيد، الرياض، ط2، 1422 هـ/ 2002 م.

ثالثاً: متى تلزم الصدقة.

الحنفية: لا تلزم عندهم إلاً بالقبض، يقول السرخسي في المبسوط: "الصدقة بمنزلة الهبة في المشاع، وغير

المشاع، وحاجتها إلى القبض"⁽¹⁾. وجاء في تبين الحقائق: "والصدقة كالهبة لا تصح إلاً بالقبض ولا في مشاع يحتل القسمة؛ لأنه تبرع كالهبة ويلزم فيها ما يلزم في الهبة فامتنعت بدون القبض كالهبة"⁽²⁾.

المالكية: تلزم الصدقة عندهم بالقول وتتم بالحيازة، فالإيجاب والقبول ركن والحيازة شرط تمام، يقول ابن أبي زيد القيرواني⁽³⁾ في الرسالة: "ولا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلاً بالحيازة". قال في الفواكه: "... أن المذكورات تصح وتلزم بمجرد القول أو الفعل الدال عليها، ويُقضى على الفاعل بدفعها على المذهب وليس له رجوع فيها، وللمعطي له أن يحوزها ولا يتوقف على إذن المعطي بالكسر وإنما لزم بمجرد عقدها؛ لأنها كالبيع وقعت بإيجاب وقبول"⁽⁴⁾.

الشافعية: لا تلزم الصدقة عندهم إلاً بالقبض، قال الماوردي⁽⁵⁾ - وهو يتكلم عن أنواع العطايا - : "ومنها في الحياة: الهبات والصدقات غير المحرمات، وله إبطال ذلك ما لم يقبضها المتصدق عليه والموهوب له، فإن قبضها أو من يقوم مقامه بأمره فهي له"⁽¹⁾.

(1) المبسوط، السرخسي، ج12، ص92.

(2) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ج5، ص104، المطبعة الكبرى، بولاق القاهرة، ط1، 1313هـ.

(3) أبو محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن النفري القيرواني: الفقيه النظار الحافظ الحجة إمام المالكية في وقته. له تأليف: منها كتاب النوادر والزيادات على المدونة، ومختصر المدونة، وكتاب الذب على مذهب مالك وكتاب الرسالة. توفي سنة: 386 هـ /996م، وسنه 76 ودفن بداره بالقيروان. شجرة النور، ج1، ص143.

(4) الفواكه الدواني، النفراوي، ج2، ص152-153.

(5) علي بن محمد ابن حبيب، أبو الحسن الماوردي البصري، ولد سنة: 364 هـ. له تصانيف عدّة منها: أدب الدنيا والدين، والحاوي الكبير، والإقناع وهو مختصر لكتاب الحاوي الكبير، والأحكام السلطانية. توفي بيغداد يوم الثلاثاء شهر ربيع الأول سنة: 450هـ. طبقات الفقهاء الشافعية، عثمان بن عبد الرحمن، المعروف بابن الصلاح، ج2، ص637. تحقيق: محيي الدين علي نجيب، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1992م.

الحنابلة: تلزم بالقبض وهو المنصوص عن الإمام أحمد، يقول ابن رجب في القواعد: "وأما إذا عيّنها المالك من ماله وأفردا فلا يصير بذلك صدقة ولا يخرج عن ملكه بدون قبض... وقد نص أحمد على أنّها إذا تلفت بعد تعيينها... إن كانت صدقة تطوع فاستحب إمضاءها وكره الرجوع فيها"⁽²⁾. والقول الثاني في المذهب: تلزم بتعيين المتصدق لها في ماله، "ونقل عنه ما يدل على خروجها عن ملكه بمجرد التعيين، ونقل عبد الله عنه أنه قال: كل شيء جعله الرجل لله يمضيه ولا يرجع في ماله؛ وذلك أنه قد خرج من ملكه فليس هو له، من صدقة أو معروف أو صلة رحم"⁽³⁾.

وخلاصة نصوص الفقهاء، أن المسألة فيها ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا تلزم إلا بالقبض، وهو قول الحنفية والشافعية، والمنصوص عند الحنابلة.

القول الثاني: تلزم بالقبول ولا تتم إلا بالقبض، وهو قول المالكية.

القول الثالث: تلزم بالقبول والتعيين لها في مال المتصدق، وهو قول عند الحنابلة منقول عن الإمام أحمد.

رابعاً: الالتزامات التي تنشأ عن عقد الصدقة.

عقد الصدقة عقد ملزم لجانب واحد، وهو المتصدق دون المتصدق عليه، ومن تلك الالتزامات:

أ- إعطاء الشيء المتصدق به وعدم الرجوع فيه:

اتفق الفقهاء على أن المتصدق ملزم بتسليم الشيء المتصدق به للمتصدق عليه ولا يجوز له الرجوع في صدقته؛ إذا وقعت الصدقة على وجه يعتد به شرعاً، تامة الأركان والشروط، فكل ما يكون لثواب الآخرة لا رجوع فيه؛ لأن المقصود بالصدقة الثواب، وقد حصل، ونقل ابن رشد الإجماع في المسألة،

(1) الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد، الشهير بالماوردي، ج7، ص534.

تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1414هـ/1994م.

(2) القواعد لابن رجب، ابن رجب الحنبلي، ص86.

(3) المصدر نفسه، ص86.

فقال: "وأجمعوا على أنّ الهبة التي يراد بها الصدقة؛ أي: وجه الله، أنّه لا يجوز لأحد الرجوع فيها"⁽¹⁾. ونذكر بعض نصوص الفقهاء.

الحنفية: جاء في المبسوط: "لا رجوع في الصدقة إذا تمت؛ لأن المقصود بها نيل الثواب وقد حصل... ويستوي إن تصدق على غني، أو فقير في أنه لا رجوع له فيها"⁽²⁾.

المالكية: عمّم المالكية الحكم فقالوا: كل ما يكون لثواب الآخرة لا رجوع فيها، ولو من والد لولده، يقول صاحب الثمر الداني - وهو يشبه الهبة للفقير بالصدقة-: "كالصدقة لا رجوع له فيها؛ أما منعه الرجوع في الصدقة والهبة للفقير فإنهما خرجتا عن ملكه على طريق الثواب وابتغاء وجه الله تعالى"⁽³⁾.

الشافعية: يقول الإمام النووي - وهو يتكلم عن شروط الإقرار-: "فلا يرجع فيه كالصدقة"⁽⁴⁾. فإذا أقر من يصح منه الإقرار، وكان المقرُّ به تحت يده، لا يجوز له الرجوع فيه كمن تصدق بصدقة على غيره.

الحنابلة: جاء في المغني: "فصل: ولا يجوز للمتصدق الرجوع في صدقته، في قولهم جميعاً؛ لأنّ عمر قال في حديثه: من وهب هبة على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها"⁽⁵⁾.

ب- المحافظة على الشيء المتصدق به.

سبق القول: أنّ الصدقة تلزم بالقول عند المالكية دون غيرهم من الفقهاء، وعليه لو تأخّر المتصدق بتسليم الصدقة، أو تأخّر المتصدق عليه بالقبض، فالمتصدق ملزم بالمحافظة عليها وإبقائها على حالها من غير استعمال لها، باستثناء الأبوين إذا تصدقا على أبنائهما ثم احتاجا، جاء في المدونة: "قلت:

(1) بداية المجتهد، ابن رشد، ج4، ص117.

(2) المبسوط، السرخسي، ج12، ص92.

(3) الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، صالح بن عبد السميع الآبي، ص553. المكتبة الثقافية، بيروت، دط، دت.

(4) روضة الطالبين، النووي، ج4، ص363.

(5) المغني، ابن قدامة، ج6، ص66. وأصل الحديث: عن مروان بن الحكم أنّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: "مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصَلَةِ رَجُلٍ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا" رواه مالك في الموطأ، رواية مُجَدِّدِ بْنِ الْحَسَنِ الشَّيْبَانِيِّ، باب الهبة والصدقة، ج6، ص486.

فلو أنّ أجنبياً تصدّق على أجنبي بصدقة، أيجوز له أن يأكل من ثمرتها أو يركبها إن كانت دابةً أو ينتفع بشيء منها في قول مالك؟ قال: لا. قلت: فإن كان الأب؟ قال: نعم إذا احتاج⁽¹⁾.

أثر الموت على التزامات الصدقة:

دلّت نصوص الفقهاء من الحنفية والشافعية والمنصوص عند الحنابلة أنّ الصّدقة لا تلزم إلاّ بالقبض، وعند المالكية تلزم بالقول وتتم بالقبض، والقول المنقول عن الإمام أحمد تلزم بالقول والتعيين، وعلى ضوء اختلافهم هذا يأتي اختلافهم في أثر الموت على عقد الصدقة.

تحرير محل النزاع:

إذا مات المتصدّق أو المتصدّق عليه بعد القبض، كانت الصّدقة صحيحة لازمة باتّفاق الفقهاء.

كما اتفقوا على أنّ الصّدقة لا تلزم إذا مات المتصدّق أو المتصدّق عليه بعد الإيجاب وقبل القبول.

واختلفوا فيما إذا مات المتصدّق أو المتصدّق عليه بعد الإيجاب والقبول وقبل القبض.

المالكية: إذا مات المتصدّق بعد عقد الصّدقة بإيجاب وقبول وقبل القبض، بطلت الصّدقة وانتهت التزاماتها، ما لم تقع الصّدقة في مرض الموت، فإن وقعت فيه، تُنزّل منزلة الوصيّة، وتصرف من ثلث ماله، وما زاد على الثلث بإذن الورثة.

قال البرادعي⁽²⁾ في تهذيب المدونة: " ومن تصدّق على رجل بدار، فلم يقبضها المعطى،... فإن مات المعطى قبل أن يقبضها المعطى فلا شيء له، بيعت أو لم تبع... وكل صدقة أو حبس أو هبة أو

(1) المدونة، مالك بن أنس، ج4، ص429.

(2) أبو سعيد خلف بن أبي القاسم الأزدي: المعروف بالبرادعي الفقيه المالكي. له تاليف مشهورة منها: التهذيب اختصار المدونة، والتمهيد لمسائل المدونة، واختصار الواضحة. شجرة النور، ج1، ص156. لم أقف على وفاته، وسبب عدم معرفة تاريخ وفاته؛ لأنه رحل إلى أصبهان فكان بها، حتى توفي.

عطيّة بَتَّأها⁽¹⁾ مريض لرجل بعينه أو للمساكين، فلم تخرج من يده حتى مات، فذلك نافذ في ثلثه كوصاياه"⁽²⁾.

وإذا مات المتصدّق عليه بعد قبوله وقبل القبض، كانت الصدقة صحيحة لازمة في حق المتصدّق، وقام ورثة المتصدّق عليه مقامه في القبض، لأنها صارت حقاً له، ومن مات عن حق فهو لورثته.

وجاء في الفواكه - عند قول ابن أبي زيد القيرواني: "ولو مات الموهوب له كان لورثته القيام فيها على الواهب"-: "وهذا في الهبة ومثلها صدقة التطوع"⁽³⁾.

الجمهور: سبق لنا قول الجمهور من الحنفية والشافعية والمنصوص من قول أحمد عند الحنابلة أنّ الصدقة لا تلزم إلا بالقبض، وعليه إذا مات أحد الطرفين في عقد الصدقة بعد الإيجاب والقبول وقبل القبض، بطلت الصدقة وسقطت التزاماتها.

جاء في كتاب الأصل للشيباني: "قلت: رأيت إن قال: داري صدقة في المساكين، ثم مات، ما حال الدار؟ قال: الدار ميراث بين الورثة. قلت: ولم وقد جعلها صدقة في المساكين؟ قال: لأنّه لم ينفذها في حياته"⁽⁴⁾.

وللشافعية في جواهر العقود: "القبض في الصدقة شرط في لزومها عند أهل العلم حتى لو مات المتصدّق عليه قبل القبض بطلت الصدقة..."⁽⁵⁾.

وقال ابن قدامة في المغني: "ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه"⁽⁶⁾ ثم نقل قول الإمام أحمد في رجل أهدى هدية ثم مات قبل وصولها إلى المهدي إليه، فقال: "وقال أحمد... في رجل

(1) بَتَّلَ الصدقة: أوجبها وحدّها، والبتلة: أي العزيمة التي لا ترد. ينظر: تاج العروس، الزبيدي، ج28، ص55.

(2) تهذيب المدونة، البراذعي، ج4، ص337-338.

(3) الفواكه الدواني، النفراوي، ج2، ص160.

(4) الأصل، أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، ج3، ص401. تحقيق: محمد بوينوكال، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1433 هـ/ 2012 م.

(5) جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، شمس الدين محمد بن أحمد المنهجي الأسيوطي، ج1، ص318.

(6) المغني، ابن قدامة، ج6، ص41.

أهدى هدية فلم تصل إلى المهدى إليه، حتى مات؛ فإنَّها تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها"⁽¹⁾. والظاهر من مذهب الحنابلة، لا فرق بين الهبة والصدقة والهدية، من حيث توقف اللزوم على القبض إذا وقعت على غير معيَّن كالذي يكال أو يوزن.



(1) المصدر نفسه، ج6، ص43.

المطلب الثالث: أثر الموت على التزامات عقد الوصية.

قد يفوت الإنسان عمل الخير في حياته؛ بسبب حبه للمال - وهذا شيء جبلي - فيقصر فيه ولم يصره في أوجه الخير والبر، فيأتي التشريع الإسلامي فيضع للإنسان نوعاً من العقود يمكنه من التدارك، وهو عقد الوصية، حيث يتمكن الإنسان من الانتفاع بماله في حياته، ولا يصره لأوجه الخير إلا بعد موته.

فما هي الوصية؟ وما حكمها في الفقه الإسلامي؟ ومتى تلزم؟ وما هي الالتزامات التي تنشأ عن عقدها؟ وما تأثير الموت على تلك الالتزامات؟ هذا ما سنعرضه له في هذا المطلب.

أولاً: تعريف الوصية.

الوصية لغة: مأخوذة من وَصَيْتُ الشَّيْءَ بالشَّيْءِ أُصِيبُهُ، إذا وصلته به، ومنه الوصيلة وهي: النَّاقَةُ البكر تبكر في أول نتاج بأنثى، ثم تنثى بعد بأنثى، فكانوا في الجاهلية يقولون: وصلت أنثيين ليس بينهما ذكر. وأوصيت إليه بمال جعلته له. والفعل: أوصى، تقول: أوصى له بشيء، وأوصى إليه: جعله وصيه، والاسم: الوصاية، بفتح الواو وكسرهما والوصاة والوصية⁽¹⁾.

فالوصية في اللغة لها معان منها: وصل الشئ بالشئ، ومنها التبرع النافذ بعد الموت، ومنها الإذن في التصرف بعد الموت، وهذا المعنى الأخير اشتهر فيه لفظ الوصاية أكثر من الوصية.

وهذه المعان كلها مشتركة في معنى واحد وهو: وصل الشئ بالشئ، وكأن الموصي أوصل موته بحياته في استمرار التصرف.

اصطلاحاً: هي: "عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده"⁽²⁾.

أو هي: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت"⁽³⁾.

(1) ينظر: مختار الصحاح، الرازي، ص340. والقاموس المحيط، الفيروزآبادي، ص1343. والقاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، سعدي أبو حبيب، ص381. دار الفكر، دمشق سورية، ط1، 1402هـ/ 1982م.

(2) شرح حدود ابن عرفة، الرصاع، ص528.

(3) التعريفات، الجرجاني، ص252.

التعريف الثاني للجرجاني، وإن كان يشمل تمليك الأعيان والمنافع، إلا أن التمليكات المضافة لما بعد الموت توجب الحق في الثلث فقط، فهو تعريف يصلح في باب الفرائض دون غيرها من أبواب الفقه، حيث أخرج النّيابة عن الميت في التصرف، فهي إذن وليس تمليك، والوصية عند الفقهاء تشمل الأمرين.

وأما التعريف الأول لابن عرفة⁽¹⁾، يضم أمرين اصطلح عليهما الفقهاء بالوصية وهما: ثبوت ملكية الموصى له في ثلث مال الموصي، وثبوت النّيابة عن الموصي في التصرف بعد موته، كما في باب الجنائز والنكاح والحجر وغيرها.

وقد يفرّق بعض الفقهاء بين المعنيين، فيطلقون على المعنى الأول: الوصية، وعلى المعنى الثاني: الوصاية، يقول الخطيب الشربيني: "الإيصال يعم الوصية والوصاية لغةً، والتفرقة بينهما من اصطلاح الفقهاء، وهي تخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت، والوصاية بالعهد إلى من يقوم على من بعده"⁽²⁾.

جرى عرف الفقهاء في تأليفهم جمع المعنيين في باب واحد أو كتاب، فيقولون: باب الوصايا، أو كتاب الوصايا، فالمختار بهذا المعنى تعريف ابن عرفة؛ لشموله، ومن حيث موضوع بحثنا نختار تعريف الجرجاني؛ لتخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت، وهذا ما أريده هنا وهو كون الوصية عقداً أو تصرفاً في المال، إلا أننا نشرح تعريف ابن عرفة لما فيه من الزيادة، وكونه جامعاً مانعاً في فنّ الفقه.

شرح التعريف بذكر محترزاته:

عقد: يخرج الإقرار بدّين، وإن كان يوجب حقاً في مال الميت إذا أقرّ في حياته، إلا أنه ليس بعقد.

يوجب حقاً في ثلث عاقده: قيد يخرج به ما يوجب حقاً في جميع ماله، من ذلك العقود التي تتم في حياته.

(1) أبو عبد الله محمد بن الشيخ الصالح محمد بن عرفة الورغمي التونسي، إمامها وخطيبها بجامعها الأعظم خمسين سنة. له تأليف

منها: مختصره في الفقه، والحدود الفقهية شرحها الرصاع. مولده سنة 716 هـ. وتوفي في جمادى الثانية سنة 803 هـ. شجرة

النور، محمد مخلوف، ج1، ص327.

(2) مغني المحتاج، الشربيني، ج4، ص66.

يلزم بموته: قيد يخرج به تبرعات المرأة التي لها زوج، فإنها لازمة في ثلث مالها من غير موت.

أو نيابة عنه بعده: عطف على (حقاً)، يدخل الإيصاء بالنيابة عن الميت، كالولاية على القاصر وغيرها.

ثانياً: حكم الوصية في الفقه الإسلامي.

الأصل في الوصية الندب أو الاستحباب؛ لأنها تبرع والتبرعات تطوع من غير إيجاب، أما قوله تعالى: ﴿كُنِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 180]. فمنسوخة بآية الميراث كما قال ابن عباس⁽¹⁾.

وقد تكون واجبة إذا تعلقت برّدّ الودائع والديون وإخراج الزكاة والكفّارات ونحوها؛ لأنّ الله عزّ وجلّ فرض أداء الأمانات، ولا يتأتى ذلك إلا بالوصية.

وقد تكون مباحة إذا كانت للأغنياء، سواء كانوا أقارب أو أجنب.

وقد تكون مكروهة إذا كانت من فقير له ورثة.

وقد تكون محرمة كمن وصّى بمعصية، كبناء ملهى ليلي أو حانة أو غيرها من المحرمات⁽²⁾.

ثالثاً: متى تلزم الوصية.

الوصية عقد لازم من جانب واحد وهو جانب الموصي، ولا تلزم إلا بعد موته، وعليه أن الموصي إذا أوصى بمال جاز له أن يرجع فيما أوصى به كله أو بعضه عند جميع العلماء، ما عدا العتق، ففيه خلاف، ونقل الإجماع في ذلك غير واحد من العلماء، يقول ابن رشد: " وهذا العقد هو من العقود

(1) أحكام القرآن، ابن العربي، ج1، ص103.

(2) ينظر: تبين الحقائق، الزيلعي، ج6، ص182. والفواكه الدواني، النفراوي، ج2، ص132. وروضة الطالبين، النووي، ج6، ص100. والروض المربع بشرح زاد المستنقع مختصر المقنع، منصور بن يونس البهوتي، ج2، ص503 - 504. تحقيق: خالد بن علي المشيقح وآخرون، دار الركاكز، الكويت، ط1، 1438 هـ.

الجائزة باتفاق، أعني: أن للموصي أن يرجع فيما أوصى به... وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له إلا بعد موت الموصي"⁽¹⁾.

ويقول ابن قدامة: " أجمع أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في جميع ما أوصى به، وفي بعضه، إلا الوصية بالإعتاق، والأكثر على جواز الرجوع في الوصية به أيضاً"⁽²⁾.

رابعاً: الالتزامات التي تنشأ عن عقد الوصية.

ينشأ عن عقد الوصية التزام يثبت في جانب الموصي بعد موته، يتمثل في نقل ملكية جزء من ماله، كان قد تبرع به لفرد من الناس معيّن أو جهة من جهات الخير معيّنة أو عامة.

انتقال ملكية الموصى به إلى الموصى له:

لا تنتقل ملكية الموصى به للموصى له إلا بعد موت الموصي؛ لأنّ الوصية لا تلزم إلا بالموت وهذا أمر مجمع عليه كما سبق، ولا تنتقلها بعد الموت حالات ثلاث:

الحالة الأولى: أن يكون الموصي حدّد ميعاداً لابتداء الملكية، كأن يقول: أوصي بكذا من مالي لفلان إذا هو بلغ الحلم، فتنقل له الملكية ببلوغه الحلم بعد موت الموصي؛ لأنّ شرطه يراعى كشرط الواقف⁽³⁾.

والحالة الثانية: أن يكون الموصى له غير معيّن كالمساكين، أو معيّن عام كمسجدٍ أو مؤسسةٍ خيرية ونحوهما، لزمّت الوصية وانتقلت الملكية للموصى له بمجرد موت الموصي، من غير قبول؛ لتعذّره في هذه الحالة⁽⁴⁾.

(1) بداية المجتهد، ابن رشد، ج4، ص121.

(2) المغني، ابن قدامة، ج6، ص188.

(3) ينظر: المهذب، الشيرازي، ج2، ص344. كشاف القناع، البهوتي، ج4، ص351.

(4) ينظر: حاشية الدسوقي، ج4، ص424. أسنى المطالب مع حاشية الرملي الكبير، زكريا الأنصاري، ج3، ص43.

والحالة الثالثة: أن يكون الموصى له معيّن كشخص بعينه، فلا تنتقل إليه الملكية إلاّ بصدور القبول منه، وخالف في ذلك زفر من الحنفية، واعتبر أنّ ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث؛ لأنّ الملك في الوصية والميراث ينتقل بالموت، فلا يفتقران إلى قبول⁽¹⁾.

واختلف الفقهاء في كيفية القبول على رأيين:

- الحنفية⁽²⁾: يكون بثلاثة أمور: إما بالقول الصريح كقبلت أو رضيت، أو الفعل الدال على القبول كأن يتصرّف تصرّف المالك، أو الاكتفاء بعدم الردّ وهو أن يقع اليأس عن ردّه، كأن يموت الموصى له بعد الموصي وقبل القبول، فلا يتصوّر منه ردّ، مع أنّ الوصية لزمت من جهة الموصي.

- الجمهور⁽³⁾: يكون بأمرين: إما بالقول الصريح، أو ما يقوم مقامه من التصرفات الدالة على الرضا.

خامساً: أثر الموت على التزامات عقد الوصية.

الوصية عقد غير لازم، وتخالف العقود غير اللازمة في كونها تلزم بموت العاقد وهو الوصي؛ لأنها تمليك مضاف لما بعد الموت، شرعت من أجل أن يتدارك الإنسان ما فاته من أعمال الخير والبر.

فإذا مات الوصي مصرّاً على وصيته ثبت التزامه ولا يسقط بوفاته؛ بل يعتبر موته موجباً للزومها وقاطعاً لحقه في الرجوع عنها، غير أنّ موت الموصى له قد يكون قبل موت الموصي أو بعده فما هو أثر الموت في هذه الحالتين؟.

الحالة الأولى: موت الموصى له قبل موت الموصي.

إذا مات الموصى له المعين قبل الموصي، بطلت الوصية وبطلت التزاماتها باتّفاق الفقهاء.

قال المرغناني: "ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت"⁽¹⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص332. رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج6، ص650.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص331.

(3) شرح الرزقاني على مختصر خليل، عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، ج8، ص313. تحقيق: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب

العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1422 هـ / 2002 م. مغني المحتاج، الشربيني، ج4، ص87. كشاف القناع، البهوتي، ج4،

ص344.

وقال اللخمي: "وإذا مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية"⁽²⁾.

وقال الماوردي: "إن مات الموصى له قبل موت الموصي فالوصية باطلة لا أعرف فيها مخالفاً"⁽³⁾.

وقال ابن قدامة: "فإن مات الموصى له قبل موت الموصي، بطلت الوصية هذا قول أكثر أهل العلم...وبه قال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي"⁽⁴⁾.

الحالة الثانية: إذا مات الموصى له بعد الموصي.

فإن مات الموصى له بعد الموصي وبعد القبول، صحّت الوصية ولزمت بالاتفاق أيضاً⁽⁵⁾، واختلف الفقهاء فيما إذا مات الموصى له بعد الموصي وقبل القبول إلى ثلاثة أقوال، نذكر الأقوال مع نصوص الفقهاء.

القول الأول: إذا مات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول، يكون موته قبولاً؛ لحصول اليأس من قبوله أو ردّه، ولا تتوقف الوصية على قبول ورثته، فتصحّ الوصية استحساناً، وبهذا قال الحنفية وبعض المالكية.

قال الكاساني: "ولو مات الموصي، ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى به ملكاً لورثة الموصى له استحساناً"⁽⁶⁾.

(1) متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، ص 263. مكتبة ومطبعة مُجّد علي صبح، القاهرة، دط، دت.

(2) التبصرة، علي بن مُجّد، أبو الحسن، المعروف باللخمي، ج 8، ص 3598. تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط 1، 1432 هـ / 2011 م.

(3) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الماودي، ج 3، ص 371.

(4) المغني، ابن قدامة، ج 6، ص 152.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ج 7، ص 332. والتاج والإكليل لمختصر خليل، مُجّد بن يوسف بن أبي القاسم المواق، ج 8، ص 517. دار الكتب العلمية، ط 1، 1416 هـ / 1994 م. والحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الماودي، ج 3، ص 371.

وشرح الزركشي على مختصر الخرقي، الزركشي، ج 4، ص 371.

(6) بدائع الصنائع، الكاساني، ج 7، ص 332.

ونقل ابن عرفة قولاً يقابل المشهور في المذهب المالكي، فقال: "وقيل إنها حق ثبت للميت يورث عنه على كل حال وليس لورثته رده، ولا يحتاجون لقبول"⁽¹⁾.

القول الثاني: تكون الوصية باطلة ويكون الموصى به لورثة الموصي؛ لأنَّ تمامها موقوف على القبول وقد فات كخيار المجلس، وهي رواية عن الإمام أحمد أخذ بها ابن حامد، وبهذا قال الأبهري من المالكية.

قال ابن قدامة في المغني: "وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أنَّ الوصيَّة تبطل؛ لأنَّه عقد يفتقر إلى القبول، فإذا مات من له القبول قبله، بطل العقد، كالهبة. قال القاضي: هو قياس المذهب؛ لأنَّه خيار لا يعتاض عنه، فبطل بالموت، كخيار المجلس والشَّرط وخيار الأخذ بالشُّفعة"⁽²⁾.

ونقل الحطَّاب قول الأبهري⁽³⁾ فقال: "وذكر الأبهري: أنها تحتاج لقبول الموصى له، وإنما تكون لورثته إذا قبلها، ومتى لم يقبل سقط حقهم فيها ورجعت لورثة الموصي"⁽⁴⁾.

القول الثالث: إذا مات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول، قام ورثته مقامه في قبول الوصية أو ردّها، لأنَّه حقُّ ثبت لمورثهم فينتقل إليهم بعد موته كخيار العيب، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة.

يقول التسولي⁽¹⁾ في البهجة: "وإن مات بعده من قبل العلم بالوصية أو علم ولم يقبل كان ورثته مكانه... وهذا هو الراجح، وأن الوارث يتنزّل منزلة الموصى له علم بذلك أم لا، قَبِل ذلك الموصى له قَبِل موته أم لا"⁽²⁾.

(1) المختصر الفقهي، مُجَّد بن عرفة، ج10، ص499. تحقيق: حافظ عبد الرحمن، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، دبي الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1435هـ/2014م.

(2) المغني، ابن قدامة، ج6، ص155.

(3) أبو بكر مُجَّد بن عبد الله الأبهري، الفقيه المقرئ الصالح الحافظ النظار القيم برأي مالك إليه انتهت الرئاسة ببغداد. له التصانيف المهمة. منها شرح المختصر الكبير والصغير لابن عبد الحكم، وكتاب الأصول، وكتاب إجماع أهل المدينة. توفي سنة: 375هـ/985م أو نحوها. شجرة النور، مُجَّد مخلوف، ج1، ص136.

(4) مواهب الجليل، الحطَّاب، ج6، ص367.

ويقول الرملي في نهاية المحتاج: "فإن مات الموصى له بعده، أي بعد موت الموصي وقبل القبول والردّ لم تبطل فيقبل وارثه"⁽³⁾.

ويقول ابن قدامة في المغني: "فإن مات قبل أن يقبل أو يرد، قام وارثه في ذلك مقامه، إذا كان موته بعد موت الموصي"⁽⁴⁾.

وخلاصة الأقوال فيما إذا مات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول:

القول الأول: يقوم ورثة الموصى له مقامه في قبول الوصية أو ردّها؛ لأنّه حقُّ ثبت لمورثهم فينتقل إليهم بعد موته كخيار العيب، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة.

القول الثاني: تكون الوصية باطلة ويكون الموصى به لورثة الموصي؛ لأنّ تمامها موقوف على القبول، وقد فات كخيار المجلس، وهي رواية عن الإمام أحمد أخذ بها ابن حامد، وبهذا قال الأبهري من المالكية.

القول الثالث: يعتبر موت الموصى له قبلاً؛ لحصول اليأس من قبوله أو ردّه، ولا تتوقّف الوصية على قبول ورثته، فتصح الوصية استحساناً، وبهذا قال الحنفية وبعض المالكية.



(¹) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المدعو مديش، الفقيه النوازلي الحامل لواء المذهب المالكي بفاس. له تأليف منها: شرح على التحفة، وحاشية على شرح الشيخ التاودي على لامية الرقاق. توفي سنة 1258 هـ/1842م. شجرة النور، مجلد مخلوف، ج1، ص567.

(²) البهجة شرح التحفة، التسولي، ج2، ص515.

(³) نهاية المحتاج، الرملي، ج6، ص66.

(⁴) المغني، ابن قدامة، ج6، ص155.

المبحث الثاني: أثر الموت في التزامات عقود التبرعات بالمنافع.

سبق لنا تقسيم عقود التبرعات إلى أقسام ثلاثة: تبرعات بالأعيان؛ كالهبة والصدقة والوصية، وتبرعات بالمنافع؛ كالعارية والوقف والقرض، وقسم ثالث؛ لا هو تبرع بالعين ولا بالمنفعة، وإنما هو خاص بالتبرعات المتعلقة بالنيابة؛ كالوكالة والوكالة والوديعة.

فوضعت هذا المبحث للحديث عن أثر الموت في القسم الثاني، وهو التبرعات بالمنافع؛ لأن هذه العقود تتفق في كونها تبرعاً بالمنفعة دون الأعيان والذوات، مع اختلافها في بعض الأحكام، فمنها ما هو تبرع ابتداءً وانتهاءً كالعارية والوقف، ومنها ما هو تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً كالقرض؛ لذلك قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد العارية.

العارية عمل من أعمال البر التي ندب إليها الإسلام ورغب فيها، وعدّها الفقهاء من عقود التبرعات، فحاجة المسلمين بعضهم لبعض تقتضي وجود مثل هذه العقود، فما هي العارية؟ وما حكمها في الفقه الإسلامي؟ ومتى تلزم؟ وما هي الالتزامات التي تنشأ عن عقدها؟ وما تأثير الموت على تلك الالتزامات؟

هذا ما سنعرضه في هذا المطلب.

أولاً: تعريف العارية.

لغة: اسم لما يعار، وهي "منسوبة إلى العارة، وهو اسم من الإعارة. تقول: أعرته الشيء أعيه إعارةً وعارةً، كما قالوا: أطعته إطاعة وطاعة... ويُقال: تعاور القوم فلاناً واعتوروه ضرباً إذا تعاونوا عليه فكُلّمَا أمسك واحداً ضرب واحداً"⁽¹⁾. ويقول الجوهري: "والعارية بالتشديد، كأنّها منسوبة إلى العار، لأنّ طلبها عارٌ وغيب... واعتوروا الشيء: تداؤوه فيما بينهم وكذا تَعَوَّرُوهُ"⁽²⁾. فمن معاني العارية:

(1) لسان العرب، ابن منظور، ج4، ص619.

(2) الصحاح، الجوهري، ج2، ص761.

التعاون والتداول؛ وهذا يحصل بين الناس بسببها. وأمّا كلام الجوهري، فمحمول على من كثر منه سؤال الناس.

اصطلاحاً: "هي تملك المنافع بغير عوض مالي"⁽¹⁾. أو هي: "تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض"⁽²⁾. أو هي: "إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال"⁽³⁾.

فالتعريف الأوّل والثاني يعتبران العارية تبرعاً بتمليك منفعة العين المعارة للمستعير، بينما التعريف الثالث اعتبر العارية من قبيل إباحة الانتفاع لا تملكها، فلا تنتقل منفعة العين المعارة إلى ملك المستعير، فالإباحة تقتضي رفع الحرج عن المستعير في تناول ما ليس مملوكاً له فقط.

بالاعتبار الأول أخذ المالكية وجمهور الحنفية⁽⁴⁾، وبالأعتبار الثاني أخذ الحنابلة وجمهور الشافعية وبعض الحنفية كالكرخي⁽⁵⁾.

وتظهر ثمرة الخلاف بين الاعتبارين، في حالة ما إذا أعار المستعير العارية لغيره، فعلى اعتبار العارية تملكاً للمنفعة يجوز له ذلك، وباعتبارها إباحة الانتفاع، لا يجوز له ذلك.

قال القراني - مفرّقاً بين الاعتبارين - : "الفرق الثلاثون بين قاعدة تملك الانتفاع وبين قاعدة تملك المنفعة: فتمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل، فيباشر بنفسه ويمكّن غيره من الانتفاع، بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية"⁽⁶⁾.

إلا أن القائلين بالاعتبار الأول اختلفوا، فالحنفية عندهم، المستعير يملك المنفعة فله أن يعيرها لغيره، وليس له أن يؤجرها أو يهبها، والقاعدة عندهم⁽⁷⁾: أن المنافع التي تملك ببدل يجوز تملكها ببدل

(1) التعريفات، الجرجاني، ص30.

(2) شرح حدود ابن عرفة، الرصاع، ص345.

(3) المغني، ابن قدامة، ج5، ص163.

(4) ينظر: الدر المختار، ابن عابدين، ج5، ص677. والفروق، القراني، ج1، ص187.

(5) ينظر: المغني، ابن قدامة، ج5، ص163. وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص325. والدر المختار، ابن عابدين،

ج5، ص677.

(6) الفروق، القراني، ج1، ص187.

(7) ينظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص305.

كالإجارة، والتي تملك بغير عوض لا يجوز تملكها بعوض، فالمستعير هنا يملك الإعارة دون سواها. أما المالكية فعندهم، المستعير ملك المنفعة فيجوز له أن يتصرف فيها تصرف الملاك، فله أن يعيرها غيره أو يؤجرها أو يهبها إلى من يستعملها كاستعماله، واستثنوا من ذلك، إذا اشترط عليه المعير أن ينتفع بنفسه فقط.

ونختار من بين التعريفات الثلاثة التعريف الثاني وهو لابن عرفة؛ لأنَّ التعريف الأوَّل لم يضع قيد التأكيد للمنفعة، كما أنَّه قال: "بغير عوض مالي" مفهومه إذا كان العوض غير مالي، كأن يكون إسقاط حق من الحقوق جازت العارية، وهذا غير صحيح، فقد اتفق الفقهاء على أن العارية من عقود التبرع يجب أن تخلو من العوض مهما كان، وأما التعريف الثالث، لا يحقق تمام المقصد من العارية؛ إذ إباحة الانتفاع من غير تملك، يُعتبر شرطاً من غير اشتراط، كما أنه لم يضع قيد خلوها من العوض.

شرح التعريف مع ذكر محترزاته.

تمليك منفعة: أخرج به البيع والهبة وغيرهما من العقود التي فيها تمليك الذوات، وتمليك المنفعة أعم من الانتفاع، فله أن ينتفع بنفسه وله أن يعير غيره، بخلاف الانتفاع.

مؤقتة: أخرج به تمليك المنفعة المطلقة كما في الوقف المؤبد.

لا بعوض: تخرج الإجارة؛ لأن تمليك المنفعة فيها يكون بعوض.

ثانياً: حكمها في الشرع.

اختلف العلماء في حكمها على قولين:

القول الأول: أن العارية جائزة مندوب إليها في الأصل، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والصحيح عند الحنابلة⁽¹⁾.

(1) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمد بن مودود الموصلية، علق عليه: محمود أبو دقيقة، ج3، ص55. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دط، دت. والفواكه الدواني، أحمد بن غانم، ج2، ص168. وأسنى المطالب، الأنصاري، ج2، ص324. والملغني، ابن قدامة، ج5، ص163

القول الثاني: أن العارية واجبة على الغني للمحتاج، وهو قول الحنابلة في إحدى الروايتين، وهو اختيار ابن تيمية⁽¹⁾.

وهذا من حيث الأصل، وقد يعرض لها حكم الوجوب، كمن طُلب منه شيء يستغني عنه ويترتب على عدم إعارته هلاك المستعير، ككساء في زمن شدة برد، والحرمة إذا كانت تعين على معصية، والكراهة إذا كانت تعين على فعل مكروه، والإباحة إذا أعان بها غنياً.

احتج أصحاب القول الأول بأدلة، منها: الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: 2]. وقوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: 77]. فالله سبحانه وتعالى أمر بالتعاون على البر وفعل الخير، والعارية من أفعال البر والخير، فهي من الإحسان، فلا تكون واجبة.

ومن السنة: عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ"⁽²⁾. والعارية من المعروف، وإخبار النبي ﷺ بأنها صدقة دليل على أنها تبرع وتطوع.

واحتج أصحاب القول الثاني بأدلة، منها الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَيَمْتَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ [الماعون: 7]. ذكر القرطبي في الآية اثني عشر قولاً للمفسرين، منها العارية، فقال: "الرابع: ذكر الزجاج وأبو عبيد والمبرد أن الماعون في الجاهلية كل ما فيه منفعة، حتى الفأس والقدر والدلو والقِدَاحَة، وكل ما فيه منفعة من قليل وكثير. الخامس: أنه العارية، روى عن ابن عباس"⁽³⁾.

ومن السنة: عن جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ، قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: مَا مِنْ صَاحِبِ إِبِلٍ، لَا يَفْعَلُ فِيهَا حَقَّهَا، إِلَّا جَاءَتْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَكْثَرُ مَا كَانَتْ قَطُّ، وَقَعَدَ لَهَا بِقَاعٍ قَرِيرٌ⁽⁴⁾ تَسْتُنُّ عَلَيْهِ بِقَوَائِمِهَا، وَأَحْقَافِهَا... قَالَ رَجُلٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا حَقُّ الإِبِلِ؟ قَالَ: "حَلْبُهَا عَلَى

(1) ينظر: المغني، ابن قدامة، ج 5، ص 163. والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي ابن سليمان المردوي، ج 6، ص 102. دار إحياء التراث العربي، ط 2، دت.

(2) رواه البخاري، كتاب: الأدب، باب: كل معروف صدقة، رقم: 6021. ج 8، ص 11.

(3) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج 20، ص 214.

(4) (... بِقَاعٍ قَرِيرٍ) الْقَاعُ الْمُسْتَوِي الْوَاسِعُ مِنَ الْأَرْضِ يَعْْلُوهُ مَاءُ السَّمَاءِ فَيُمْسِكُهُ... وَجَمْعُهُ قِيَعَةٌ وَقِيَعَانٌ مِثْلُ جَارٍ وَجِيرَةٍ وَجِيرَانٍ وَالْقَرِيرُ: الْمُسْتَوِي أَيْضًا مِنَ الْأَرْضِ الْوَاسِعُ وَهُوَ يَفْتَحُ الْقَافِيزِ "المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، ج 7، ص 64. دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 2، 1392 هـ.

الْمَاءِ، وَإِعَارَةٌ ذَلُوهَا، وَإِعَارَةٌ فَحَلِهَا، وَمَنِيحَتُهَا وَحَمْلٌ عَلَيْهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ"⁽¹⁾. فهذا التوعُّد الشديد من الله عزَّ وجلَّ ومن رسوله ﷺ لمانع العارية، دلَّ على أنها واجبة، وإلاَّ ما استحق هذا الوعيد كله على ترك مندوب.

ثالثاً: متى تلزم العارية.

قبل التعرض لوقت لزوم العارية، يجدر بنا الحديث عن عقدها، هل هو عقد لازم أو غير لازم؟.

- الجمهور: الحنفية والشافعية والحنابلة⁽²⁾، أن عقد العارية عقد جائز غير لازم، فيجوز للمعير أن يفسخ العقد متى شاء من غير رضا المستعير، كما للمستعير أن يردَّ العارية في أيِّ وقت شاء، وعللوا ذلك؛ بأنَّ المنافع تستوفي شيئاً فشيئاً، فكلمًا استوفى المستعير منفعة يكون قد قبضها، والذي لم يستوفه لا يعدُّ قابضاً له، فيكون كالهبة قبل القبض عندهم.

وفي حالة ما إذا كان الرجوع في العارية يترتب عليه ضرر للمستعير، تبقى العين في يده بأجر المثل، كمن أعار غيره سفينة لحمل متاعه، وكان المستعير قد دخل بها البحر، فليس للمعير الرجوع.

- المالكية: فرَّقوا بين العارية المقيَّدة والمطلقة، فقالوا بلزوم المقيَّدة، وجواز المطلقة.

قال خليل: "ولزمت المقيَّدة بعمل أو أجل لانقضائه، وإلا فالمعتاد"⁽³⁾. وحاصل كلامه: أن العارية؛ إمَّا أن تكون مقيَّدة أو مطلقة، والمقيَّدة؛ إمَّا أن تكون مقيَّدة بعمل أو بزمن، فهذه تلزم إلى انقضاء العمل أو الزمن، وأما المطلقة فتلزم إلى المعتاد من عادة الناس أو عرفهم.

وعقَّب الدرديري على قول خليل بقوله: " الرَّاجح أنَّ للمعير أن يرجع في الإعارة المطلقة متى أحب"⁽⁴⁾ بمعنى أنَّ العارية المطلقة لا تلزم، وهو قول ابن القاسم في المدونة، إلاَّ إذا كان رجوع المعير

(1) رواه مسلم، كتاب: الزكاة، باب: إثم مانع الزكاة، رقم: 988. ج2، ص684.

(2) ينظر: فتح القدير، ابن الهمام، ج9، ص6. والمهذب في فقه الإمام الشافعي، الشيرازي، ج2، ص189. وكشاف القناع، البهوتي، ج4، ص65.

(3) مختصر خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، ص189. تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1426هـ/2005م.

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، ج3، ص439.

يترتب عليه ضرر للمستعير، كإعارة الأرض للبناء أو الغرس مثلاً، وحصولاً، فهنا تلزم إلى حصول النفع في المعتاد، أما إذا لم يحصل فلا تلزم، وللمعير الرجوع في إعارته متى شاء ولا شيء عليه⁽¹⁾.

وتلزم المؤقتة عندهم بالعقد، قال القرافي في الذخيرة: "وفي لزومها للمعير قسمان: قسم يلزم بالعقد... وهو ما ضرب فيه أجلاً وعمله معلوم"⁽²⁾. وقال ابن غانم⁽³⁾ في الفواكه: "إن قيّدت بزمن فلا إشكال في لزومها؛ لأنها معروف وهو يلزم بالقول"⁽⁴⁾. فبالعقد تلزم العارية، وأما القبض فهو شرط لتمامها.

وخلاصة القول: إن الجمهور يقولون بجواز عقد العارية، قبل القبض وبعده، والمالكية يقولون بلزوم العارية المؤقتة، واختلفوا في المطلقة على أقوال، الرّاجح منها، عدم اللزوم.

رابعاً: الالتزامات التي تنشأ عن عقد العارية.

يترتب عن عقد العارية التزامات، بعضها في حق المعير وبعضها في حق المستعير.

أ- التزامات المعير:

1- تسليم الشيء المعار: العارية عقد جائز غير لازم عند الحنفية والشافعية والحنابلة⁽⁵⁾، وعليه، فالمعير غير ملزم بتسليم الشيء المعار للمستعير، وإن سلّمه إيّاه تطوّعاً له الرجوع في عاريتة في أيّ وقت شاء ما لم يترتب على ذلك ضرر محض، وأما المالكية فالإعارة عندهم عقد لازم في حق المعير، يلزم عنه تمليك المنفعة بالعقد إن ضرباً أجلاً أو عملاً معلوماً، وعليه يجب على المعير تسليم الشيء المعار إلى المستعير، وإن لم يفعل، أُجبر على ذلك، ولا يجوز له الرجوع في عاريتة حتى يستوفي المستعير

(1) ينظر: المصدر نفسه، ج3، ص439.

(2) الذخيرة، القرافي، ج6، ص214.

(3) أبو العباس أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، الفقيه، انتهت إليه الرئاسة في المذهب، له مؤلفات منها: شرح على الرسالة معروف وشرح على النورية، وشرح على الأجرومية، ورسالة على البسملة. توفي سنة 1125هـ عن اثنتين وثمانين سنة. شجرة النور، ج1، ص460.

(4) الفواكه الدواني، أحمد بن غانم، ج2، ص168.

(5) ينظر: رد المختار، ج5، ص686. وأسنى المطالب، زكريا بن محمد الأنصاري، ج2، ص332. وكشاف القناع، البهوتي، ج4، ص73.

المنفعة المعقود عليها أو المدّة المحددة، وإن لم يضرباً أجلاً أو عملاً معلوماً وكانت مطلقةً، كان العقد جائزاً غير لازم وللمعير الرجوع في عاريتيه، وهذا في القول الرَّاجح عندهم، وهو قول ابن القاسم في المدوّنَة خلافاً لما قاله ابن القصّار⁽¹⁾.

2- نفقة العارية: نفقة العارية قسماً: نفقة نقلها، ونفقة تصاحبها أثناء استعمالها وبها بقاؤها.

اتفقت المذاهب الأربعة؛ الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽²⁾ على أن نفقة النّقل على المستعير، مستدلّين بحديث أبي أمّامة، يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "الدَّيْنُ مَقْضِيٌّ وَالْعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ، وَالرَّعِيمُ غَارِمٌ"⁽³⁾؛ ولأن العارية واجبة الرّد عند انتهاء المنفعة المأذون فيها، وعليه تكون نفقة الرّد على من يجب عليه الرّد.

واختلفوا في النّفقة التي تصاحبها أثناء الاستعمال على قولين:

القول الأول: أن نفقة العارية مدّة الإعارة يلتزم بها مالکها وهو المعير، وهو المعتمد عند المالكية ومذهب الشافعية والحنابلة⁽⁴⁾؛ لأنها لو جعلت على المستعير لأصبحت العارية كراءً، وخرجت من عقود الإحسان.

(1) ينظر: الذخيرة، شهاب الدين القرافي، ج6، ص214.

(2) ينظر: رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، ج5، ص685. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، ج3، ص441. والإقناع في الفقه الشافعي، أبي الحسن علي بن مُجّد بن حبيب الماوردي، ص114. دار احسان، طهران إيران، ط1، 1420هـ. والشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن مُجّد بن أحمد بن قدامة المقدسي، ج5، ص369. دار الكتاب العربي، دط، دت.

(3) أخرجه أبو داود في السنن، كتاب: البيوع، باب: في تضمين العارية، رقم: 3565. ج5، ص417، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430هـ/2009م. والترمذي في السنن، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة، رقم: 2120. ج3، ص557، تحقيق: أحمد مُجّد شاکر وآخرون، شركة مصطفى الباي الحلبي، مصر، ط2، 1395هـ/1975م. وقال الترمذي: حديث حسن.

(4) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، ج3، ص441. والإقناع في الفقه الشافعي، الماوردي، ص114. والمبدع في شرح المقنع، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن مُجّد بن مفلح، ج5، ص12، تحقيق: حسن مُجّد حسن، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1418هـ/1997م.

القول الثاني: أن ذلك على المستعير، وهو مذهب الحنفية والمالكية في غير المعتمد⁽¹⁾ عندهم؛ لأن المعير تبرع بالعين المعارة، فلا نثقل عليه بنفقتها أيضاً؛ وحتى لا يمتنع الناس عنها.

ب- التزامات المستعير:

1- ضمان العارية: يترتب ضمان العارية عند تلفها، والتلف إما أن يكون بالتعدي أو التقصير، أو يكون بسماوي، أو يحصل أثناء استعمال العارية في المأذون فيه. اتفق الفقهاء على وجوب ضمان المستعير إذا ثبت منه التعدي أو التقصير، واختلفوا فيما عدا هذه الحالة.

الحنفية: لا ضمان على المستعير في حال الاستعمال؛ لأنَّ يده يد أمان كالوديعة والإجارة، ولا ضمان عليه أيضاً في حالة غير الاستعمال مع أنَّ يده يد ضمان، إلا أنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان⁽²⁾.

المالكية: فرَّقوا بين ما يُغاب عنه وما لا يُغاب عنه؛ فما يُغاب عنه كالكتب والحلي فيها الضمان، إلا إذا قامت بينة على عدم التعدي أو التقصير، وأما ما لا يُغاب عنه كالعقار وما لا يمكن إخفاؤه عن الناس، فلا ضمان فيه، إلا إذا قامت بينة على التعدي أو التقصير عكس الصورة الأولى⁽³⁾.

الشافعية والحنابلة: إذا كان التلف بسماوي فعليه الضمان بالقيمة يوم التلف، وإن كان باستعمال العارية، فلا ضمان عند الشافعية، ووجهان للحنابلة: الضمان وعدمه⁽⁴⁾.

استدلَّ الحنفية بحديث: "لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغْلِلِ ضَمَانٌ"⁽¹⁾. والمغل: المتهم.

(1) ينظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي، ج5، ص85. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، ج3، ص441.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص217.

(3) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، ج3، ص436.

(4) ينظر: المجموع شرح المهذب، النووي، ج14، ص203. والكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة، ج2، ص214.

واستدلَّ الشافعية والحنابلة بقول النبي ﷺ لصفوان بن أمية يوم حنين: "بَلْ عَارِيَةٌ مَّضْمُونَةٌ"⁽²⁾.

وقوله ﷺ: "عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّي"⁽³⁾.

واستدلَّ المالكية فيما يُغاب عنه بما استدلَّ الشافعية والحنابلة، وعلى ما لا يُغاب عنه بما استدلَّ الحنفية.

2- ردُّ الشيء المعار: سبق لنا أنَّ العارية عقد جائز غير لازم عند الحنفية والشافعية والحنابلة وعليه، ينتهي العقد بالفسخ، فيكون المستعير ملزماً برِّدِّ الشيء المستعار، إلاَّ أن يترتَّب على ذلك ضرر محض.

وأما المالكية، فالإعارة المؤقتة عندهم عقد لازم في حق المعير، والمطلقة جائزة غير لازمة في الرَّاجح.

وعلى كلا القولين، متى حصل سبب من أسباب انتهاء العارية، لزم المستعير الرد قولاً واحداً للفقهاء.

(¹) أخرجه البيهقي في السنن الصغرى، باب العارية، رقم: 2122. ج2، ص311. وقال: ورواه عمر بن عبد الجبار، عن عبدة بن حسان، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، مرفوعاً، وعمر بن عبد الجبار وعبدة ضعيفان، وقال الدارقطني في السنن: "إنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع" كتاب البيوع، ج3، ص456.

(²) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى والصغرى، باب العارية مضمونة، رقم: 11588. ج12، ص25. والحاكم في المستدرک، كتاب: المغازي والسرايا، رقم: 4369. وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ج3، ص51. وقال ابن حجر في التلخيص: وأخرجه أحمد، والنسائي والحاكم، وأورد له شاهداً من حديث ابن عباس ولفظه: «بل عارية مؤداة». التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، ج3، ص116. مؤسسة قرطبة، مصر، ط1، 1416هـ/1995م.

(³) أخرجه الترمذي في السنن، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، رقم: 1266. ج3، ص558. وقال: هذا حديث حسن.

خامساً: أثر الموت على التزامات عقد العارية:

إذا مات أحد الطرفين في عقد العارية، فهل يبطل العقد وتنتهي التزاماته؟ أم يستمر وتنتقل التزاماته إلى الورثة؟. للفقهاء في ذلك قولان:

القول الأول: إذا مات أحد الطرفين-المعير أو المستعير- في عقد العارية، انفسخ العقد وانتهت التزاماته وهو قول الجمهور؛ الحنفية والشافعية والحنابلة؛ فعَلَّ الحنفية - زيادة على أنَّ العارية عندهم عقد جائز - ؛ أن المنافع لا تُورث، وأمَّا موافقتهم للمالكية في أنَّ العارية تملك منفعة، قالوا: هو هنا خاص بالمستعير، فهو من قبيل الحق الشخصي الذي لا يورث.

يقول السرخسي في المبسوط: "وإذا مات المعير والمستعير انقطعت العارية؛ أمَّا إذا مات المعير؛ فلأنَّ العين انتقلت إلى وارثه، والمنفعة بعد هذا تحدث على ملكه، وإنما جعل المعير للمستعير ملك نفسه لا ملك غيره، وأمَّا إذا مات المستعير فلأنَّ المنفعة لا تورث"⁽¹⁾.

وعَلَّ الشافعية والحنابلة ذلك بأنَّها عقد جائز من الطرفين، تبطل بموت أي منهما، كالوكالة والشركة؛ ولأنَّ العارية إباحة الانتفاع فقط بإذن المعير، فإذا مات المعير انتهى الإذن، وإذا مات المستعير انعدم المأذون له.

يقول الرَّملي: "وعلم من جوازها كالوكالة انفساخها بموت أحد المتعاقدين...وحيث انفسخت أو انتهت وجب على المستعير أو ورثته إن مات ردها فوراً وإن لم يطلب المعير"⁽²⁾.

ويقول البهوتي الحنبلي: "ويجب الرَّد...بموت المعير أو المستعير؛ لبطلان العارية بذلك؛ لأنها عقد جائز من الطرفين"⁽³⁾.

القول الثاني: وهو قول المالكية؛ حيث فَرَّقوا بين موت المستعير وموت المعير، فإذا مات المستعير استمرَّ العقد، وقام ورثته مقامه في ملك منفعة العارية إلى انقضاء المدَّة أو العمل، وسواءً كان المستعير

(1) المبسوط، السرخسي، ج11، ص143.

(2) نهاية المحتاج، الرملي، ج5، ص133.

(3) كشاف القناع، البهوتي، ج4، ص73.

المتوفى قد قبض العارية أم لا؛ لأنَّ العارية لازمة في حقِّ المعير وهو لا يزال حيًّا، أمَّا إذا مات المعير ينظر، إن كان المستعير قد قبض العارية استمرَّ العقد إلى أجله، وإن لم يقع قبض، بطل العقد وانفسخ وانتهت التزاماته؛ لأنَّ القبض شرط في تمام العارية وقد حصل ما يمنعه.

قال البراذعي في تهذيب المدونة: "ومن استعار مسكنًا عشر سنين ثم مات، فورثته بمثابته، كان قد قبضه أو لم يقبضه، وإن مات المعير قبل القبض بطلت العارية. وإن مات بعد القبض نفذ ذلك كله إلى أجله"⁽¹⁾.

وبعد النَّظر في أقوال الفقهاء، يمكننا القول: إن اختلافهم في أثر موت أحد الطرفين في عقد العارية، يرجع إلى مسألتين:

المسألة الأولى: هل العارية عقد لازم أم جائز؟⁽²⁾. فالمالكية قالوا باللزوم في حق المعير إذا كانت العارية مؤقتة، والجمهور؛ الحنفية والشافعية والحنابلة قالوا بالجواز.

والمسألة الثانية: هل عقد العارية يفيد تملك المنفعة، أم إباحة الانتفاع فقط؟. بالأول قال الحنفية والمالكية، وبالثاني قال الشافعية والحنابلة.

فمن قال بجواز عقد العارية، قال بأنَّ العارية تبطل بموت أحد العاقدين، وهم الجمهور.

ومن قال باللزوم في حقِّ المعير دون المستعير، قال بأنَّ العارية تبطل بموته إذا لم يتم العقد بالقبض، أمَّا إذا حصل قبض، فلا تبطل العارية وكذا إذا مات المستعير قبل القبض أو بعده، وبهذا قال المالكية.



⁽¹⁾ التهذيب في اختصار المدونة، البراذعي، ج4، ص312.

⁽²⁾ ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد، ج4، ص97.

المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد الوقف.

"إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ: إِلَّا مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ"⁽¹⁾. فالإنسان ينقطع تجدد الثواب له بنهاية حياته، باستثناء هذه الأصول الثلاث وما تفرَّع عنها؛ لأنها من سعيه وكسبه، فولده الصالح وما يخلفه من علم أو صدقة مستمرة، كلها من سعيه تجدد له الثواب، ومن الصدقة الجارية الوقف، فهو من عقود التبرع بالمنفعة.

فما هو الوقف؟ وما حكمه في الفقه الإسلامي؟ ومتى يلزم؟ وما هي الالتزامات التي تنشأ عن عقده؟ وما تأثير الموت على تلك الالتزامات؟ هذا ما سنعرضه في هذا المطلب.

أولاً: تعريف الوقف.

الوقف لغة: من الفعل وَقَفَ، ويكون متعدياً ولازماً؛ فإذا كان بمعنى: حبس ومنع، فهو متعدٍ ومصدره: الْوَقْفُ، وأما اللازم فمصدره الْوُقُوفُ، والوقف: الحبس عن التصرف. تقول: وقفت الدار؛ إذا حبست عن التصرف فيها، ولا تقول: أوقفتها فهي لغة رديئة وعليها العامة. ومنه الموقف لحبس الخلائق للحساب، واشتهر اسم المفعول، وهو الشَّيء الموقوف بالوقف⁽²⁾.

الوقف اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تعريف الوقف، تبعاً لرأيهم في مسألة: " ملكية الموقوف "

فعند أبي حنيفة: الوقف هو " حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة"⁽³⁾.

المالكية: هو " إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيه ولو تقديراً"⁽⁴⁾.

(1) أخرجه مسلم في الصحيح من حديث أبي هريرة، كتاب: الوصية، باب: ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته، رقم: 1631. ج3، ص1255.

(2) ينظر: القاموس المحيط، الفيروزآبادي، ص860. ومختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، ص344. والكلبيات، الكفوي، ص940.

(3) البنابة شرح الهداية، محمود بن أحمد بدر الدين العيني، ج7، ص423. تحقيق: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1420هـ/ 2000م.

(4) شرح حدود ابن عرفة، الرصاع، ص411.

الشافعية: هو "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته، على مصرفٍ مباح"⁽¹⁾.

الحنابلة: هو "تحييس الأصل، وتسبيل المنفعة"⁽²⁾.

ما نلاحظه في التعريفات التي أوردناها، أنّها متّفقة على أنّ الوقف تبرُّع بالمنفعة دون العين الموقوفة، وأهم ما تمتاز به هو: ملكيّة العين الموقوفة لمن تكون؟.

فالمستفاد من تعريف أبي حنيفة والمالكية، أنّ ملكيّة الوقف تبقى للواقف، مع اختلافهم في لزوم الوقف، فأبو حنيفة يجعل المنفعة في الوقف غير لازمة كالعين، فمتى أراد الرجوع رجع كالعارية، وأمّا المالكية تكون المنفعة عندهم ملكاً لازماً للموقوف عليه، بقيد "مدّة وجوده" في التعريف.

وأما تعريف الشافعية فيستفاد منه: أنّ العين تخرج من ملكية الواقف ولا تدخل في ملكية الموقوف عليه، وعلى هذا تكون ملكاً لله؛ بحيث ذكر قطع التصرف في رقبته ولم يذكر قيد بقاء العين في ملكية الواقف. وهذا رأي الصاحبين وهو المفتى به عند الحنفية.

وأما تعريف الحنابلة فذكر تحييس الأصل دون تفصيل، والمستفاد من مذهبهم ثلاثة أقوال: ملك للموقوف عليه وهي المذهب، ملك لله تعالى، ملك للواقف وبنيه⁽³⁾.

وتظهر ثمرة الخلاف في هذه المسألة في فروع متعددة، منها: زكاة الوقف على من تكون؟ ومنها: في حالة انعدام الجهة الموقوف عليها، لمن يرجع الوقف؟ ومنها: من يلزم بنفقة الوقف؟.

(1) أسنى المطالب، الأنصاري، ج2، ص457.

(2) المغني، ابن قدامة، ج6، ص3. وشرح الزركشي على مختصر الخرقى، مُجَّد بن عبد الله الزركشي، ج4، ص268. تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1413هـ/1993م.

(3) ينظر: البناية، العيني، ج7، ص423. شرح حدود ابن عرفة، الرصاع، ص411. أسنى المطالب، الأنصاري، ج2، ص457. المغني، ابن قدامة، ج6، ص3. شرح الزركشي، مُجَّد بن عبد الله الزركشي، ج4، ص268.

ثانياً: حكم الوقف. للفقهاء في حكم الوقف آرايان:

الرأي الأول: الوقف سنة مندوب إليها، وهو رأي الجمهور غير الحنفية⁽¹⁾، مستدلّين بأدلة منها:

- عمومات الآيات الحائثة على الإنفاق وفعل الخير مثل قوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾ [آل عمران: 92]. وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: 7-8]. فالوقف: إنفاق في وجوه البرّ ومن فعل الخير الذي يجده الإنسان يوم القيامة.

- ومن السنة: عَنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَصَابَ أَرْضًا بِحَبِيرَ، فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَسْتَأْمِرُهُ فِيهَا، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِحَبِيرَ لَمْ أُصِبْ مَالًا قَطُّ أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ، فَمَا تَأْمُرُ بِهِ؟ قَالَ: "إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا" قَالَ: فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ، أَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ، وَتَصَدَّقَ بِهَا فِي الْفُقَرَاءِ، وَفِي الْفُرَى وَفِي الرِّقَابِ، وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَابْنِ السَّبِيلِ، وَالضَّيْفِ لَا جُنَاحَ عَلَيَّ مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ، وَيُطْعِمَ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ"⁽²⁾. فامتثال عمر لرأي النبي ﷺ، والجهات التي صرف إليها الصدقة، يدلان على أنّ الوقف قربة من القرب مندوب إليها.

وقوله صلى الله عليه وسلم: "إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ: إِلَّا مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَالدِّ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ"⁽³⁾. والصدقة الجارية هي التي لا ينقطع نفعها، والوقف كذلك.

الرأي الثاني: الوقف جائز غير لازم يجوز الرجوع عنه، وهو الصحيح من المذهب الحنفي، قال ابن عابدين: "كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف فأخذ بعض الناس بظاهر هذا اللفظ وقال لا يجوز الوقف

(1) ينظر: الفواكه الدواني، النفراوي، ج2، ص160. والمهدّب في فقه الإمام الشافعي، الشيرازي، ج2، ص322. والكافي في

فقه الإمام أحمد، ابن قدامة، ج2، ص250. والمحيط البرهاني في الفقه النعماني، محمود البخاري، ج6، ص109.

(2) أخرجه البخاري، كتاب: الشروط، باب: الشروط في الوقف، رقم: 2737. ج3، ص198-199. (غير مُتَمَوِّلٍ) المعنى:

غير متخذ منها مالاً؛ أي ملكاً، والمراد أنّه لا يتملّك شيئاً من رقبائها. فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي ابن حجر

العسقلاني، ج5، ص401. رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: مُجَدِّ فَوَادِ عَبْدِ الْبَاقِي، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.

(3) سبق تخريجه في أول هذا المطلب.

عنده، والصحيح أنه جائز عند الكل، وإنما الخلاف بينهم في لزوم وعدمه⁽¹⁾. والمقصود بالكل؛ أي علماء الحنفية، واستدلوا على الجواز بأدلة منها:

- ما رواه ابن عباس مرفوعاً قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ"⁽²⁾ والتكثرة بعد النفي تفيد العموم، فقوله صلى الله عليه وسلم: "لَا حَبْسَ" يشمل كل مال يجبس بعد موت صاحبه ولا يقسم على الورثة، فإبطاله ورجوعه إلى الورثة دليل على إباحته.

- كما قالوا بصحة الوقف من الكافر والديمي إذا لم يقصد به القربى⁽³⁾.

وهذا حكمه من حيث الأصل، وقد تعرض له أحكام الشرع الأخرى، فقد يكون واجباً، كالوقف المنذور، ويكون مباحاً، إذا لم يقصد به التقرب إلى الله، ويكون حراماً، كالوقف على معصية.

ثالثاً: متى يكون الوقف لازماً.

للفقهاء في لزوم الوقف آريان:

الرأي الأول: أن الوقف متى وقع مستوفياً الأركان والشروط كان لازماً، لا يصح الرجوع فيه ولا يباع ولا يوهب ولا يورث، وهو رأي الجمهور؛ المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنفية⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: الوقف جائز غير لازم، للواقف الرجوع عنه ما دام حياً مع الكراهة، وإذا مات ولم يرجع عنه صرف إلى الورثة، وهو رأي أبي حنيفة⁽⁵⁾، ويلزم عنده في حالات أربعة:

1- إذا جعل الواقف الوقف مسجداً.

(1) الدر المختار، ابن عابدين، ج4، ص338.

(2) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: الوقف، باب: من قال: لا حبس عن فرائض الله عز وجل، رقم: 11908. ج6، ص268. والدارقطني في سننه، كتاب: الفرائض، رقم: 4062. ج5، ص119، وقال فيه: لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه وهما ضعيفان.

(3) ينظر: رد المختار، ابن عابدين، ج4، ص342.

(4) ينظر: القوانين الفقهية، ابن جزى، ص244. والمهذب، الشيرازي، ج2، ص326. والمغني، ابن قدامة، ج6، ص5. والدر

المختار، ابن عابدين، ج4، ص338.

(5) ينظر: الدر المختار، ابن عابدين، ج4، ص338.

- 2- إذا حكم به القاضي؛ لأن حكمه رافع للخلاف.
- 3- إذا أخرجه مخرج الوصية، فيلزم بعد الموت من الثلث.
- 4- إذا كانت الصيغة دالة على التأييد، كأن يقول: وقفت هذا في حياتي وبعد وفاتي مؤبداً.

واختلف أصحاب الرأي الأول القائلون: بلزوم الوقف، في وقت اللزوم.

اتفقوا على أن الوقف يلزم بالإيجاب فقط دون توقُّف على قبول إذا كان على غير معيَّن أو معيَّن عام؛ لتعدُّر القبول، أمَّا إذا كان على معيَّن، فقال المالكية⁽¹⁾: يلزم بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض. وعند الشافعية⁽²⁾: يلزم بالإيجاب والقبول. والظاهر عند الحنابلة: أنه يلزم بالإيجاب⁽³⁾، وهو قول أبي يوسف من الحنفية وبه الفتوى عندهم⁽⁴⁾.

رابعاً: الالتزامات التي تنشأ عن عقد الوقف.

ينشأ عن عقد الوقف التزامات، أهمُّها: تسليمه وعدم الرجوع فيه، ونفقاته، وعدم التصرف في أصله ببيع أو هبة أو استبدال.

أ- تسليمه وعدم الرجوع فيه: للفقهاء في تسليم الوقف وعدم الرجوع فيه رأيان:

الرأي الأول: إذا وقع الوقف صحيحاً صار لازماً وانقطع تصرف الواقف فيه، ولا يملك الرجوع عنه، ويجب عليه تسليمه للجهة الموقوف عليها، وهو رأي الجمهور؛ المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنفية.

الرأي الثاني: لا يلزم الواقف بتسليم الوقف، ويجوز له الرجوع عنه، وإذا مات بطل وقفه وورث عنه؛ لأنه تبرع كالإعارة، وهو رأي أبي حنيفة، إلا في حالات استثنائها، وقد ذكرتها سابقاً.

(1) ينظر: الفواكه الدواني، أحمد بن غانم، ج2، ص153.

(2) ينظر: روضة الطالبين، النووي، ج5، ص324.

(3) ينظر: شرح الزركشي، شمس الدين الزركشي، ج4، ص273.

(4) ينظر: الدر المختار، ابن عابدين، ج4، ص338.

ب - نفقة الوقف: لا يمكن الحفاظ على أصل الوقف إلا بالنفقة عليه، فمن يُلزم بها؟.

اتفق الفقهاء على أنّ نفقة الوقف تكون من غلّته، ولا تلزم الواقف ولا الموقوف عليه، وهذا إذا لم يكن للواقف شرط يحدّد جهة النّفقة، أمّا إذا كان هناك شرط، فقد اختلف الفقهاء على قولين: الحنفية والمالكية: إن حصل خلل بأصل الوقف أنفق عليه من غلّته، وإن شرط الواقف خلاف ذلك لا يتّبع في شرطه؛ لأنّه يؤدّي إلى إتلافه، وهذا لا يجوز⁽¹⁾.

الشافعية والحنابلة: يُراعى شرط الواقف في تحديد جهة النّفقة، فإن لم يكن له شرط في ذلك، أنفق عليه من غلّته، فإن لم تكن له غلّة أو تعطلت أو لم تف بالغرض، جعلت النّفقة حسب الأقوال عندهم في مسألة: "ملكية أصل الوقف" فمن جعل الملك للموقوف عليه، ألزمه بالنفقة، ومن جعلها لله، جعل النفقة في بيت المال، ومن جعلها للواقف فهي عليه، واختلفوا إذا عجز مالك الوقف عن النفقة؛ الشافعية: تكون في بيت المال، والحنابلة: يباع الوقف ويصرف ثمنه في وقف مثله⁽²⁾.

ج- عدم التصرف في أصله ببيع أو هبة أو استبدال: المراد بالمسألة هنا: أنّ من وقف وقفاً صحيحاً وصار لازماً، ولم يخرب، وليس هناك مصلحة راجحة في بيعه أو استبداله، فإنّه لا يجوز للواقف أو ورثته ولا الموقوف عليه ولا الناظر التّصرف في أصله ببيع أو هبة أو استبدال أو نحوه، وهذا باتفاق الفقهاء.

قال ابن قدامة: "وإن شرط أن يبيعه متى شاء، أو يهبه، أو يرجع فيه، لم يصح الشرط، ولا الوقف. لا نعلم فيه خلافاً؛ لأنّه يناهض مقتضى الوقف"⁽³⁾. وحكى الإجماع في المسألة غير واحد من الفقهاء.

قال ابنُ الهمام: "وإذا صحَّ الوقف... لم يجز بيعه ولا تملكه... بإجماع الفقهاء"⁽⁴⁾.

(1) ينظر: رد المحتار، ابن عابدين، ج4، ص367. وبلغة السالك لأقرب المسالك (المعروف بحاشية الصاوي) أبو العباس أحمد بن مُجّد الشهير بالصاوي، ج4، ص124. دار المعارف، دط، دت.

(2) ينظر: روضة الطالبين، النووي، ج5، ص351. وكشاف القناع، البهوتي، ج4، ص266.

(3) المغني، ابن قدامة، ج6، ص9.

(4) فتح القدير، كمال الدين مُجّد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، ج6، ص220. دار الفكر، دط، دت.

وقال القرافي: "لم يكن أحد من الصحابة - رضوان الله عليهم - له مقدرة إلا وقف وقفاً وكتبوا في ذلك كتباً ومنعوا فيها من البيع والهبة... فكان إجماعاً" (1).

والأصل في هذا قول النبي ﷺ لعمر: "...أَنَّه لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ" (2).

ولأنَّ التَّصَرُّفَ فِي الْوَقْفِ بِالْبَيْعِ أَوْ الْهَبَةِ أَوْ الْاسْتِبْدَالِ مَنَافٍ لِمَقْصُودِهِ الَّذِي هُوَ تَحْيِيسُ الْأَصْلِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ كَمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِعَمْرٍ، وَهَذَا مِنْ حَيْثُ الْأَصْلُ، وَمَا ذَكَرَهُ الْعُلَمَاءُ مِنْ جَوَازِ التَّصَرُّفِ فِيهِ، فَإِنَّمَا أُبِيحَ ذَلِكَ لِلضَّرُورَةِ حَرِصاً عَلَى مَقْصُودِ الْوَقْفِ وَحِفْظاً لَهُ مِنَ الضَّيَاعِ.

خامساً: أثر الموت على التزامات الوقف.

سبق لنا القول: أنَّ أبا حنيفة يقول: بعدم لزوم الوقف إلَّا في أربع حالات، والجمهور: إذا كان الوقف غير معيَّن أو معيَّن عام، يلزم بالإيجاب فقط، وإذا كان على معيَّن، فالملكية: يلزم بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض، والشافعية: يلزم بالإيجاب والقبول كالمالكية، والظاهر عند الحنابلة وقول أبي يوسف من الحنفية: يلزم بالإيجاب فقط. وعلى ضوء اختلافهم هذا يأتي اختلافهم في أثر الموت على عقد الوقف.

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أنَّه إذا كان الموقوف على غير معيَّن كالفقراء والمساكين، أو معيَّن عام كمسجد بعينه أو مدرسة، لا يتوقف على قبول؛ لتعدُّر ذلك، وعليه لو مات الواقف بعد أن تَلَفَّظَ بِالْوَقْفِ وَلَمْ تَكُنْ هُنَاكَ مَوَاقِعٌ، صَحَّ الْوَقْفُ وَلِزِمَ.

كما اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْوَقْفَ الْمَعْلُوقَ بِمَوْتِ الْوَاقِفِ يَكُونُ لَازِماً مِنْ حَيْثُ قَوْلُهُ: هَذَا وَقْفٌ بَعْدَ مَوْتِي، وَيُنْفَذُ مِنْ ثَلَاثِ التَّرَكَةِ مِنْ غَيْرِ إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ، وَنَقَلَ ابْنُ قَدَامَةَ فِي ذَلِكَ الْإِجْمَاعَ (3).

واختلفوا فيما إذا كان الموقوف عليه معيَّناً، كفلان مثلاً، ثم مات أحد الطرفين.

(1) الذخيرة، القرافي، ج6، ص324.

(2) سبق تخريجه.

(3) المغني، ابن قدامة، ج6، ص25.

أبو حنيفة: إذا مات أحد الطرفين- الواقف أو الموقوف عليه - في عقد الوقف، انفسخ العقد وانتهت التزاماته؛ لأنَّ الوقف عنده غير لازم؛ والمنافع لا تورث، ويستثنى من ذلك الحالات الأربعة التي سبق ذكرها.

قال الزيلعي⁽¹⁾: "وقيل يجوز عنده إلاَّ أنَّه لا يلزم بمنزلة العارية حتى يرجع فيه أي وقت شاء، ويورث عنه إذا مات وهو الأصحُّ"⁽²⁾.

المالكية: إذا مات الواقف أو الموقوف عليه بعد القبض، صحَّ الوقف ولزم وانتقلت ملكية الوقف إلى ورثة الواقف، ومنفعته إلى ورثة الموقوف عليه.

وإن مات الواقف بعد الإيجاب وقبل القبض، بطل الوقف وانتهت التزاماته؛ لأنَّ القبض شرط في تمام الوقف؛ ولحصول المانع وهو الموت، وإذا مات الموقوف عليه في هذه الحالة، صحَّ الوقف ولزم وانتقل حق القبض إلى ورثته إن كان الوقف مؤبَّداً.

يقول ابن أبي زيد القيرواني: "ولا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلا بالحيازة، فإن مات قبل أن تحاز عنه فهي ميراث" يقول صاحب الفواكه: "لو لم تحصل حيازة حتى مات الواقف أو فلس بطل الوقف"⁽³⁾.

الشافعية: إذا مات الواقف أو الموقوف عليه بعد الإيجاب والقبول، صحَّ الوقف وترتبت عليه التزاماته، سواء حصل قبض أم لا؛ لأنَّ الوقف إذا صحَّ زال به ملك الواقف.

وإن مات الواقف بعد الإيجاب وقبل قبول الموقوف عليه، فالظاهر بطلان الوقف؛ لأنَّهم يشترطون في الوقف أن يكون القبول عقب الإيجاب أو بلوغ الخبر حيث كان الموقوف عليه غائباً ولم يبلغه الخبر إلا بعد الطول.

(1) عثمان بن علي بن محجن أبو محمد فخر الدين الزيلعي، كان مشهوراً بمعرفة الفقه والنحو والفرائض، وضع شرحاً على كنز الدقائق سماه: تبين الحقائق، وله: تركة الكلام على أحاديث الأحكام، وشرح الجامع الكبير، وهو غير جمال الدين الزيلعي صاحب «نصب الراية». مات سنة: 743هـ. الفوائد البهية في تراجم الحنفية، اللكنوي، ص116.

(2) تبين الحقائق، الزيلعي، ج3، ص325.

(3) الفواكه الدواني، أحمد ابن غانم، ج2، ص161.

جاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: "ولو مات الواقف هل يكفي قبول الموقوف عليه بعد موته أو لا يكفي؟ فيه نظر، والظاهر عدم صحّة القبول لإلحاقهم الوقف بالعقود دون الوصيّة"⁽¹⁾.

الحنابلة: يقول ابن قدامة: "يزول الملك، ويلزم الوقف بمجرد اللفظ؛ لأن الوقف يحصل به. وعن أحمد، - رحمه الله -، رواية أخرى، لا يلزم إلا بالقبض، وإخراج الواقف له عن يده"⁽²⁾. ثم رجّح الرواية الأولى معللاً بقوله: "أن الوقف لا يختص المعين، بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل، فيكون الوقف على جميعهم، إلا أنه مرتب، فصار بمنزلة الوقف على الفقراء الذي لا يبطل برد واحد منهم، ولا يقف على قبوله"⁽³⁾.

وبناءً على ذلك: لو مات الواقف أو الموقوف عليه بعد الإيجاب وقبل القبول، صح الوقف ولزم وترتبت عليه التزاماته، ومن باب أولى لو مات بعد الإيجاب والقبول، أو بعد الإيجاب والقبول والقبض.



(1) نهاية المحتاج، الرملي، ج5، ص372.

(2) المغني، ابن قدامة، ج6، ص5.

(3) المصدر نفسه.

المطلب الثالث: أثر الموت في التزامات عقد القرض.

رَغِبَ الإسلام في القرض وجعله قرينة يتقرب به إلى الله سبحانه وتعالى؛ لما فيه من الرفق بالمحتاجين وتيسير أمورهم وتفريج كربهم، فهو تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً غير أن جانب التبرع فيه أقوى، وأدرجته في هذا المبحث؛ لما فيه من تبرع المقرض بمنفعة القرض للمقترض، ولا يقع ممن لا يصح منه التبرع، وهذا هو المقصود منه شرعاً، أما المعاوضة الحاصلة عند ردّ القرض فليست مقصودة وإلا كان رباً محرماً، فحاجة الناس بعضهم لبعض هي الباعث الأساسي لمشروعية القرض.

فما هو القرض؟ وما حكمه في الفقه الإسلامي؟ ومتى يلزم؟ وما هي الالتزامات التي تنشأ عن عقده؟ وما تأثير الموت على تلك الالتزامات؟ هذا ما سنعرضه في هذا المطلب.

أولاً: تعريف القرض.

القرض في اللغة: مصدر قرض الشيء يقرضه إذا قطعه. والقرض بالكسر: لغة فيه حكاهم الكسائي. والجمع قروض مثل فلس وفلوس. يقول الزبيدي: والقرض أصله في القطع، ثم تفرع عليه المعاني كلها، يُقال: أقرضت فلاناً وهو ما تُعطيه ليُقضيكَه، وتقول: أقرضت الشيء بالمقراض؛ أي قطعته، وقرضت الوادي: جُزئته وقرض فلان: مات، وقرضت الشعر: نظمته⁽¹⁾.

القرض اصطلاحاً:

عرّفه الحنفية بقولهم: القرض هو "عقد مخصوص يردُّ على دفع مال مثلي لآخر ليردَّ مثله"⁽²⁾. وعرّفه المالكية: "دفع متمول، في عوض، غير مخالف له، لا عاجلاً، تفضلاً فقط، متعلقاً بدمّة"⁽³⁾. وعرّفه الشافعية: "تمليك الشيء على أن يردَّ بدله"⁽⁴⁾.

(1) ينظر: مقاييس اللغة، الرازي، ج5، ص72. ولسان العرب، ابن منظور، ج7، ص216. وتاج العروس، الزبيدي، ج19،

ص14. والمصباح المنير، الفيومي، ج2، ص497.

(2) رد المحتار، ابن عابدين، ج5، ص161.

(3) الفواكه الدواني، أحمد بن غانم، ج2، ص90.

(4) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص140.

وعرّفه الحنابلة: هو "عبارة عن دفع مال إلى الغير لينتفع به ويردّ بدله"⁽¹⁾.

وبعد ذكر هذه التعريفات والنظر فيها، نلاحظ أنّ تعريف المالكية والشافعية والحنابلة متقاربة، وانفرد عنهم الحنفية في تعريفهم بقيد، وهو جواز القرض في المال المثلي فقط، بينما التعريفات الأخرى لم تذكر هذا القيد، بل أطلقت المال الذي يكون محلّ القرض، فيجوز عندهم القرض في كلّ مال يجوز فيه السّلم؛ لصحة ثبوته في الدّمة، وأختار تعريف المالكية؛ لما فيه من زيادة بيان.

شرح التعريف:

قوله: **دفع متمول**: المال المتمول هو الذي له عوض وله أثر في النّفع، فدفع ما ليس بمتمول لا يكون قرضاً. **في عوض**: يخرج به ما كان هبة. **غير مخالف له**: بأن يرّد مثله فيخرج السّلم والصّرف، وتخرج العاريّة؛ إذ هي ردّ عين ما أخذ. **لا عاجلاً**: كون العوض مؤجّلاً لا معجّلاً يخرج بذلك المبادلة المثلية. **تفضلاً فقط**: فلا يكون قرضاً إلا إذا تمحّض فيه النّفع للمقترض، فإن كان فيه النّفع للمقرض **خُزم**. **متعلقاً بدّمة**: بأن يكون العوض ديناً ثابتاً في الدّمة، تخرج بذلك العاريّة.

ثانياً: حكم القرض.

لا خلاف بين الفقهاء في أنّ الأصل في القرض النّدب في حق المقرض والإباحة في حق المقرض⁽²⁾، وقد يعرض له الوجوب؛ مثل أن يكون المقرض يشرف على الهلاك والمقرض عنده فضل طعام، وقد يكون مكروهاً؛ وذلك إذا ظن المقرض أن المقرض يصرف القرض في معصية، وإن تأكّد يكون حراماً، ويكون مباحاً؛ إذا كان لغير حاجة، كأن يصرفه في الترفّه والكماليات، إذ للوسائل حكم المقاصد.

(1) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرودي، ج5، ص123. دار إحياء التراث العربي، ط2، دت.

(2) المبسوط، السرخسي، ج14، ص35. وحاشية الدسوقي، الدسوقي، ج3، ص223. والمجموع، النووي، ج13، ص163. والمغني، ابن قدامة، ج4، ص236.

ثالثاً: متى يلزم القرض؟.

الحنفية: يلزم القرض بالقبض في قول أبي حنيفة ومُجَّد، فلو اقترض إنسان من غيره قرضاً وقبضه، فقد ملكه وثبت في ذمته ردُّ مثله، ولا يلزمه ردُّ عين القرض وإن كانت قائمة؛ لأنَّه خرج عن ملك المقرض.

وعند أبي يوسف يلزم بالقبض مع الاستهلاك؛ لأنَّ القرض عنده بمنزلة العارية، ولما كانت العارية لا تُملَّك إلا بالاستهلاك، فكذلك الأعيان التي قامت مقام المنافع.

يقول محمود بن عبد العزيز البخاري⁽¹⁾: " قول أبي حنيفة ومُجَّد...المستقرض يصير ملكاً للمستقرض بنفس القبض، فيجب عليه مثله ديناً في الذمَّة...أما عند أبي يوسف: فالمستقرض لا يصير ملكاً للمستقرض إلا بالقبض مع الاستهلاك، فلم يجب في ذمَّة المستقرض شيء"⁽²⁾.

المالكية: القرض عندهم من أفعال المعروف كالهبة والصدقة والحبس وغيرها، تلزم بالعقد وتتم بالقبض، غير أنَّ القرض في المشهور عندهم على خلافها، يلزم ويتم ملكه بالعقد وإن لم يحصل قبض.

جاء في حاشية الدسوقي: "والحاصل أنَّ القرض وغيره من المعروف كالهبة والصدقة يلزم بالقول ويصير مالاً من أموال المعطى بالفتح بمجرد القول، ويقضى له به، إلا أن القرض يتم ملكه بالعقد وإن لم يقبض"⁽³⁾.

الشافعية: لهم قولان: قول: يلزم القرض بالقبض، والآخر وهو الأصح: يلزم بالقبض مع التصرف في القرض؛ لأنَّه ليس بتبرُّع محض؛ لوجود البدل فيه، ولا تجري فيه أحكام المعاوضات المحضة، فوجب أن يكون تملكه بعد أن يثبت البدل في ذمَّة المستقرض، ولا يثبت إلا بالتصرُّف.

(1) برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري. من تصانيفه: المحيط البرهاني، وتنمة الفتاوي، وشرح الجامع الصغير، وشرح لزيادات وشرح أدب القضاء للخصاف. توفي سنة: 616هـ. الفوائد البهية في تراجم الحنفية، اللكنوي، ص205.

(2) المحيط البرهاني في الفقه النعماني، أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز البخاري، ج7، ص131. تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1424هـ/2004م.

(3) حاشية الدسوقي، ج3، ص226.

جاء في مغني المحتاج: "ويملك القرض بالقبض، وفي قول: بالتصرف. وله الرجوع في عينه ما دام باقياً بحاله في

الأصح"⁽¹⁾. وعنى بقوله: "باقياً بحاله" أي؛ لم يتعلّق به حقٌّ لازم، كأن يجده مرهوناً مثلاً.

الحنابلة: يلزم القرض بالقبض، لكون المقرض أزال ملك القرض عن نفسه بعوض ومن غير خيار، فلا يحقُّ له الرجوع فيه؛ للزومه من جهته، يقول الباهوتي: "القرض عقد لازم في حقِّ المقرض بالقبض؛ لكونه أزال ملكه عنه بعوض من غير خيار فأشبهه البيع"⁽²⁾.

رابعاً: الالتزامات الناشئة عن عقد القرض. تنشأ عن عقد القرض التزامات، أهمُّها: تسليم القرض وعدم الرجوع فيه وذلك في حقِّ المقرض، وردُّ العوض في حقِّ المقرض، والأجل، ويكون في حقهما معاً.

أ- تسليم القرض وعدم الرجوع فيه: إذا وقع عقد القرض تام الأركان والشروط مع انتفاء الموانع، فهل يلزم المقرض أن يسلم القرض للمقرض ويجبر على ذلك إن امتنع؟. للفقهاء في ذلك أقوال: ملخصها.

أبو حنيفة ومُحَمَّد والحنابلة والشافعية في قول⁽³⁾: أنّ القرض لا يلزم بالعقد فقط، وإنما يلزم بالقبض، وعليه لا يلزم المقرض بتسليم القرض ولا يجبر عليه لمجرد العقد، ويجوز له الرجوع في قرضه، وهو بالخيار إن شاء سلّم وإن شاء امتنع.

وأما المالكية في المشهور عندهم⁽⁴⁾: أنّ القرض يلزم بالعقد ويصير مالاً من أموال المقرض ويدخل في ضمانه بالعقد وعليه، فإن المقرض ملزم بتسليم القرض للمقرض بمجرد العقد، وإن امتنع أجبر عليه.

(1) مغني المحتاج، الشريبي، ج3، ص35.

(2) كشف القناع، الباهوتي، ج3، ص312.

(3) ينظر: المحيط البرهاني، محمود بن عبد العزيز البخاري، ج7، ص131. ومغني المحتاج، الشريبي، ج3، ص35. وكشاف

القناع، الباهوتي، ج3، ص312.

(4) ينظر: البهجة، التسولي، ج2، ص473.

والشَّافعية في قول آخر وأبو يوسف من الحنفية⁽¹⁾: أَنَّ القرض يلزم بالقبض مع التصرّف أو الاستهلاك، فلو قبض المقرض القرض ولم يتصرّف فيه أو لم يستهلكه وكان باقياً بعينه، جاز للمقرض الرجوع في قرضه.

ب- ردُّ العوض: المستقرض ملزم برّد عوض ما أخذ من قرض، وهو مخيّر بين أن يؤدّي مثل ما أخذ أو يرده بعينه ما دام على صفته ولم يتغيّر بنقص، ومحلُّ القرض؛ إمّا أن يكون مالاً مثلياً، (وهو ما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً تختلف به القيمة) كالمكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات، وإمّا أن يكون قيمياً، (وهو ما تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به، أو لا تتفاوت ولكن لا نظير لها في السوق) كالعقارات والحيوانات والعروض التي فقدت من السوق، فإن كان محلُّ القرض مثلياً ردّه مثله باتفاق الفقهاء⁽²⁾، وإن كان قيمياً ردّه مثله في الصورة عند غير الحنفية⁽³⁾؛ لأنّه لا يجوز عندهم القرض في القيمي أصلاً؛ لتعدُّر ردِّ المثل فيه.

ج- الأجل: اختلف الفقهاء في الالتزام بالأجل في عقد القرض على قولين:

القول الأول: الجمهور: الحنفية والشافعية والحنابلة⁽⁴⁾، أنّ الأجل لا يلزم في القرض، وبدله يثبت في ذمة المقرض حالاً، فللمقرض المطالبة في أيّ وقت؛ لأنّ الأجل في ذاته تبرّع، وعليه لا يلزم.

واستثنى الحنفية صوراً يلزم فيها الأجل، جاء في حاشية ابن عابدين: "والسابع القرض، فلا يلزم تأجيله إلّا في أربع: إذا كان مجحوداً، أو حكم مالكي بلزومه بعد ثبوت أصل الدّين عنده، أو أحاله على آخر فأجله المقرض أو أحاله على مديون مؤجّل دينه؛ لأنّ الحوالة ميرثة، والرّابع الوصية"⁽⁵⁾.

(1) ينظر: مغني المحتاج، الشريبي، ج3، ص35. والمحيط البرهاني، ج7، ص131.

(2) ينظر: رد المحتار، ابن عابدين، ج5، ص161. القوانين الفقهية، ابن جزي، ص190. أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص143. كشف القناع، الباهوتي، ج3، ص302.

(3) ينظر: رد المحتار، ابن عابدين، ج5، ص161.

(4) ينظر: كنز الدقائق، أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، ص430. تحقيق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، ط1،

1432هـ/2011م. وروضة الطالبين، النووي، ج4، ص34. والمغني، ابن قدامة، ج4، ص237.

(5) رد المحتار، ابن عابدين، ج5، ص159.

الصورة الأولى: إذا جحد المستقرض المقرض، ثم قال له: أجلي وأقرُّ لك، فقال المقرض: أجليتكَ إلى كذا، لزم الأجل.

والصورة الثانية: إذا حكم قاض مالكي بالأجل، لزم.

والصورة الثالثة: لو أحال المستقرض مقرضه على آخر، وأجل المقرض المحال عليه إلى أجل، لزم الأجل. **والصورة الرابعة:** الوصية، كأن يوصي المقرض تأجيل القرض الذي له على فلان، ثم مات المقرض، فيلزم الأجل عملاً بالوصية.

واستثنى الشافعية أيضاً صورتين: جاء في نهاية المحتاج: "ولا تمتنع المطالبة بالحال مع اليسار إلا بالوصية والنذر"⁽¹⁾. فإن أوصى المقرض بالأجل لمدينه، أو نذر أن لا يطالبه إلا بعد مدة، لزم الأجل في الصورتين.

القول الثاني: المالكية: يلزم الأجل في القرض إذا ذكر في العقد أو حدده عرف، ويشمل الالتزام الطرفين؛ المقرض يلزمه انتظار انتهاء الأجل ولا يجوز له المطالبة قبله، والمقترض يلزمه ردُّ بدل القرض عند حلول الأجل. جاء في حاشية الدسوقي: "والحاصل أنَّ المقترض إذا قبض القرض؛ فإن كان له أجل مضروب أو معتاد لزمه رده إذا انقضى ذلك الأجل وإن لم ينتفع به عادة أمثاله، فإن لم يكن ضرب له أجل ولم يعتد فيه أجل فلا يلزم المقترض رده لمقرضه إلا إذا انتفع به عادة أمثاله"⁽²⁾.

خامساً: أثر الموت على التزامات القرض.

يكون أثر الموت على التزامات عقد القرض عند الفقهاء تبعاً لأقوالهم في وقت لزوم القرض، فإذا مات أحد طرفي العقد قبل اللزوم، بطل العقد وانتهت التزاماته، وإذا مات أحدهما بعد اللزوم ثبت العقد واستقرت التزاماته في ذمته، وانتقلت إلى الورثة.

وبناءً على ما سبق تفصيله من أقوال الفقهاء في وقت لزوم القرض نخلص إلى الأقوال التالية:

(1) نهاية المحتاج، الرملي، ج4، ص231.

(2) حاشية الدسوقي، ج3، ص226.

القول الأول: إذا مات المقرض أو المستقرض قبل القبض بطل القرض وانتهت التزاماته؛ لأنَّ القرض يلزم بالقبض، وهو لم يحصل، أمَّا إذا مات أحدهما بعد القبض، فلا أثر للموت؛ لتمام العقد ولزومه، فتثبت التزامات العقد في ذمَّة المتعاقدين أو ورثة الميِّت منهما، وهو قول أبي حنيفة ومُجَّد والشافعية فيما يقابل الصَّحيح عندهم والحنابلة، بناءً على قولهم في وقت لزوم القرض.

القول الثاني: إذا مات المقرض أو المستقرض بعد القبض ولم يكن المستقرض استهلك عين القرض أو تصرَّف فيه، بطل القرض وانتهت التزاماته، وللمقرض أو ورثته المطالبة بالعين المستقرضة؛ لعدم ثبوت البدل في ذمَّة المستقرض، أمَّا إذا استهلك المستقرض القرض أو تصرَّف فيه بأن تعلَّق به حقٌّ لازم، فلا أثر للموت في هذه الحالة؛ لأنَّ القرض قد لزم وترتبت عليه التزاماته، وهو قول الشافعية في الصَّحيح عندهم وأبي يوسف من الحنفية.

القول الثالث: إذا مات المقرض أو المستقرض بعد العقد والقبض، صحَّ القرض وثبتت التزاماته في ذمَّة العاقدين، ويقوم الورثة مقام مورثهم في تنفيذ الالتزامات ولا أثر للموت، وهذا قول المالكية من غير خلاف، أمَّا إذا مات أحدهما بعد العقد وقبل القبض، فلمشهور عندهم أنَّ القرض يكون لازماً وتثبت التزاماته؛ لأنَّ القرض يلزم بمجرد العقد، والقول الثاني في مقابل المشهور، أنَّه إذا مات أحدهما بعد العقد وقبل القبض، بطل العقد وانتهت التزاماته كسائر التبرعات.

جاء في حاشية الدسوقي: "القرض يتمُّ ملكه بالعقد وإن لم يُقبض، فإن حصل للمقرض مانع قبل الحوز لم يبطل بخلاف غيره من المعروف... هذا ما يفيد بن (البناني) خلافاً لما يؤخذ من كلام تت (التتائي) من أنَّ القرض كغيره لا يتمُّ ملكه إلا بالحوز، فإن حصل مانع قبل حوزة بطل" (1).

وخلاصة ما تقدَّم، أنَّ موت المقرض أو المستقرض بعد العقد وقبل القبض، يبطل القرض وتنعدم التزاماته، وهو قول أبي حنيفة ومُجَّد والمالكية في غير المشهور والشافعية والحنابلة، وهذا القول هو الأوجه؛ لأنَّ القرض تبرُّع ابتداءً ولم يحصل فيه قبض فلا يلزم بمجرد القول.

(1) حاشية الدسوقي، ج3، ص226.

وإذا مات أحدهما بعد القبض، صحَّ القرض وترتبت عليه التزاماته وانتقلت إلى الورثة بالموت، وهو قول أبي حنيفة ومُجَّد والمالكية والشافعية في غير الصحيح والحنابلة، وهذا القول هو الأوجه؛ لتمام العقد بالقبض.

وبقي القول الصحيح عند الشافعية وأبي يوسف من الحنفية، وهو أنَّ القرض لا يلزم إلاَّ بالاستهلاك أو التصرُّف، وهذا القول مرجوح؛ لأنَّ بالقبض يكون المقرض مكَّن المستقرض من العين تمكُّناً تاماً، يتصرَّف فيها تصرُّف المالك وإن لم يتصرَّف، فكيف يصحُّ للمقرض الرجوع في قرضه؟.



المبحث الثالث: أثر الموت في التزامات عقود التبرعات الخاصة بالنيابة.

لا يوجد إنسان قادر على مباشرة جميع أموره بنفسه، فمن ثمَّ كان التعاون مبدأً من مبادئ الشريعة الإسلامية وسمة من سمات المسلمين؛ ومن أجل ذلك شُرِّعت النِّيابة في التصرفات والعقود، وهي نوعان: نيابة تعاقدية تبرُّعية: كالوكالة والكفالة وحفظ الودائع وغيرها، وشرعية: وهي التي يُثبِتها الشرع لمن يعجزون عن التصرف لسبب من الأسباب كالجنون والسفه والصبي، جاء هذا المبحث للكلام عن النوع الأوَّل، مشتملاً على ثلاثة مطالب.

المطلب الأوَّل: أثر الموت في التزامات عقد الكفالة.

التَّعامل بالذُّيون في الأموال وإعارة الأعيان بين النَّاسِ يقتضي وجود تشريع يُطمئن صاحب الحقِّ في الذَّين أو العين المعارة في ضمان حقِّه والوصول إليه، خصوصاً إذا كان التَّعامل مع مجهولين؛ من أجل ذلك جاء تشريع الكفالة؛ لرعاية مصالح أصحاب الحقوق ورفع الحرج عن النَّاسِ في معاملاتهم.

وعندما ننظر إلى الكفالة من جهة صاحب الحق نجدها عقداً يقصد به التوثيق، وإذا نظرنا إليها من جهة الكفيل نجدها عقد تبرع؛ لأنها لا تصح إلاَّ ممَّن يملك التبرع، وإذا نظرنا إليها من جهة الذي عليه الحق نجدها عقداً يقصد به النِّيابة؛ لذلك لا تصح الكفالة إلا في الحقوق التي تصح فيها النِّيابة، كالأموال وما يقول إليها، ولا تصح في التي لا تقبل النِّيابة كالحدود والقصاص وغيرها، وبالاعتبارين الأخيرين أدرجتها في هذا المبحث.

فما هي الكفالة؟ وما حكمها في الفقه الإسلامي؟ ومتى تلزم؟ وما هي الالتزامات التي تنشأ عن عقدها؟ وما تأثير الموت على تلك الالتزامات؟ هذا ما سنعرضه في هذا المطلب.

أولاً: تعريف الكفالة.

الكفالة لغة: الكافل والكفيل: الضامن، وجمع الكافل كُفُل، وجمع الكفيل كُفلاء. وتكفل بالشئ: أزمه نفسه وتحمل به، يُقال: تكفل بالدين التزم به. وكفل المال وبالمال: ضمنه. وكفل بالرجل يكفل ويكفل كُفلاً وكُفولاً وكفالة⁽¹⁾.

واصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تعريف الكفالة تبعاً لاختلافهم في أحكامها.

الحنفية: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً"⁽²⁾.

المالكية: "التزام ذين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له"⁽³⁾.

الشافعية: "التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة"⁽⁴⁾.

الحنابلة: "وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق"⁽⁵⁾.

فالمستفاد من تعريف الحنفية، هو ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل (المدين) في المطالبة بالنفس أو الدين أو العين، وهذه المطالبة تقتضي عدم ثبوت الدين في ذمة الكفيل، كما لا تسقطه من ذمة الأصيل.

(1) ينظر: لسان العرب، ابن منظور، ج 11، ص 588. ومختار الصحاح، الرازي، ج 1، ص 271. والقاموس المحيط، الفيروزآبادي، ج 1، ص 1053. والمعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ج 2، ص 793.

(2) رد المحتار، ابن عابدين، ج 5، ص 281. وعرفها بعض الحنفية "بالضم في الدين" فالمطالبة بالنفس والأعيان محل اتفاق بين الحنفية، وأما الضم في الدين فمختلف فيه؛ لما يترتب عليه من ثبوت الدين في ذمتين (ذمة الكفيل وذمة الأصيل). وقال المرغيناني: "والأول أصح" أي التعريف الذي ذكرته في المتن، ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، ج 3، ص 87. تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دط، دت.

(3) شرح حدود ابن عرفة، الرصاع، ص 319.

(4) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج 2، ص 235.

(5) المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح الحنبلي، ج 4، ص 233. تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1418هـ/ 1997م.

والمستفاد من تعريف المالكية والشافعية والحنابلة، أَنَّ الصَّمَّ بين الدِّمَّتَيْن يكون في الالتزام بالحق، وهذا الالتزام يترتب عليه ثبوت الدَّيْن في ذمَّة الكفيل وذمَّة الأصيل معاً، ولا يلزم من ثبوت الدَّيْن في الدِّمَّتَيْن، زيادة حق للدَّائِن، وإنما للدَّائِن أن يستوفي حَقَّهُ من أحدهما فقط.

وخلاصة الكلام، أَنَّ التَّعْرِيفَات لها اتجاهان: اتجاه الحنفية القائلين: الكفالة تفيد الضَّمَّ في المطالبة فقط دون أصل الدَّيْن، واتجاه الجمهور القائلين: الكفالة تفيد ثبوت الدَّيْن في الدِّمَّتَيْن.

وإصطلاح الفقهاء في عقد الكفالة على تسمية المدين: بالمكفول له أو الأصيل، والملتزم بضمِّ ذمَّته: بالكفيل والرَّعِيم والحميل والضَّامِن، والدَّائِن: بالمكفول له.

وقال ابن حَبَّان في صحيحه: "الرَّعِيم لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل مصر، والكفيل لغة أهل العراق"⁽¹⁾. وأدرج بعض الفقهاء الكفالة تحت مسمى الضَّمان؛ غير أَنَّ الكفالة أحد أقسام الضَّمان، وهو أعمُّ من الكفالة؛ لأنَّ من الضَّمان ما لا يكون كفالة، كضمان المتلفات مثلاً؛ لذلك اخترت مصطلح الكفالة لدقَّة المصطلح ومنع إدخال غير ما قصدته هنا.

ثانياً: حكم الكفالة.

الكفالة نوعان⁽²⁾: كفالة بالمال وتشمل كفالة الدَّيْن والأعيان، وكفالة بالنفس، وتتمثل في إحضار المكفول إلى المكفول له وقت الطلب، ونؤخِّر الحديث عن النوع الثَّاني إلى الكلام على عقود التوثيقات.

فأمَّا النوع الأوَّل منها فجمع على جوازها، يقول ابن رشد: "أما الحمالة بالمال: فتأبته بالسنة، وجمع عليها من الصدر الأوَّل ومن فقهاء الأمصار"⁽³⁾. والأصل فيها قوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صُوعًا﴾

(1) الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، أبي حاتم مُجَدِّد بن حبان، ج10، ص480. تحقيق، شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1408هـ/1988م.

(2) للمالكية تقسيم ثلاثي: ضمان مال، وضمن وجه، وضمن طلب، فضمن المال التزام بدين، وضمن الوجه عبارة عن إحضار الغريم وقت الحاجة إليه، وضمن الطلب عبارة عن التفيتش على الغريم الذي عليه الدين، ثم يخبر صاحب الدين به ولا يلزمه إحضاره. ينظر: الفواكه الدواني، ج2، ص240.

(3) بداية المجتهد، ابن رشد، ج4، ص79.

الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴿72﴾ [يوسف 72]. وزعيم؛ أي كفيل، ومن السنة: عَنْ سَلْمَةَ بْنِ الْأَكْوَعِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهَا، فَقَالَ: "هَلْ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنٍ؟"، قَالُوا: لَا، فَصَلَّى عَلَيْهِ، ثُمَّ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ أُخْرَى، فَقَالَ: "هَلْ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنٍ؟"، قَالُوا: نَعَمْ، قَالَ: "صَلُّوا عَلَيَّ صَاحِبِكُمْ"، قَالَ: أَبُو قَتَادَةَ عَلَيَّ دَيْنُهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَصَلَّى عَلَيْهِ⁽¹⁾. فصلاة النبي صلى الله عليه وسلم على الميت بعد التكفل بدينه، دليل على جواز الكفالة.

وأما النوع الثاني وهو الكفالة بالنفس، وتسمى كفالة الوجه، فهي جائزة عند جمهور الفقهاء إذا كانت بسبب المال؛ الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في الصحيح عندهم⁽²⁾.

ثالثاً: متى تلزم الكفالة؟.

الكفالة عقد لازم من جانب واحد، وهو جانب الكفيل، واختلف الفقهاء في وقت لزوم الكفالة في حقه، هل تلزم بمجرد إيجابه؟ أم لا بد من قبول المكفول له؟. للفقهاء في المسألة رأيان:

الرأي الأول: أن الكفالة تلزم الكفيل بمجرد إيجابه، ولا تتوقف على قبول المكفول له؛ لأنه هو الذي تبرع بنفسه ولم يلزمه أحد، فينشأ الالتزام بعبارة وحده، وأما قبول المكفول عنه فغير معتبر؛ لأنه لما جاز قضاء الدَّين عنه بغير رضاه، جازت كفالته عنه كذلك، وهو رأي الجمهور؛ المالكية والحنابلة والشافعية في قول، وأبو يوسف من الحنفية⁽³⁾.

الرأي الثاني: لا تلزم الكفالة إلا بإيجاب من الكفيل وقبول من المكفول له؛ لأنه بالعقد ملك حق مطالبة الكفيل، ولا يمكن أن يثبت حقاً في ذمّة غيره من غير قبول؛ لذلك كان قبوله معتبراً، وسواءً كانت الكفالة بالمال أو بالنفس، وهو رأي أبي حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن⁽⁴⁾.

(1) أخرجه البخاري، كتاب: الكفالة، باب: من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع، رقم: 2295. ج3، ص96.

(2) ينظر: البناية شرح الهداية، بدر الدين العيني، ج8، ص420. وبداية المجتهد، ج4، ص79. وروضة الطالبين، النووي، ج4، ص253. والكاظمي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة، ج2، ص133.

(3) حاشية الدسوقي، ج4، ص334. والمغني، ابن قدامة، ج4، ص400. والمهذب في فقه الإمام الشافعي، الشيرازي، ج2، ص148. ورد المختار، ابن عابدين، ج5، ص283.

(4) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص2.

رابعاً: الالتزامات التي تنشأ عن عقد الكفالة.

تتنوع الالتزامات التي تنشأ عن عقد الكفالة حسب محل الكفالة، فإن كانت الكفالة بالمال نشأ عنها التزامان: مطالبة الكفيل من قِبَل المكفول له، ورجوع الكفيل على الأصيل بما أدّى عنه، وأمّا التزامات الكفالة بالنفس، يأتي الكلام عليها عند الكلام على عقود التوثيقات.

أ- **مطالبة الكفيل:** إذا كانت الكفالة بالمال، فالملتزم به؛ إمّا أن يكون دَيناً، وإمّا أن يكون عيناً، وفي كلا الحالتين يكون الكفيل ملزماً بأداء ما التزم به إذا حلَّ الأجل، إلاّ أنّ الفقهاء اختلفوا، هل المكفول له عند حلول الأجل يطالب من شاء، المدين والكفيل على السّواء؟ أم لا يحق له مطالبة الكفيل إلاّ بعد تعدُّر استيفاء حقّه من المدين؟.

- **الحنفية والشافعية والحنابلة، والمالكية في قول لهم⁽¹⁾:** أنّ المكفول له، يحقُّ له أن يطالب من شاء عند حلول الأجل؛ الكفيل أو المدين، ولو كان المدين حاضراً مقرّراً موسراً؛ لأنّ الكفالة ضمُّ ذمّة إلى ذمّة في المطالبة، فكلا الدّمتين مشغولتان بالشّيء المكفول.

- **وللمالكية قول آخر⁽²⁾:** وهو أنّ المكفول له، لا يتوجّه بالمطالبة على الكفيل إلاّ إذا تعدّر استيفاء الحقّ من المدين، كأن يكون غائباً أو معسراً أو أنكر ما عليه أو غير ذلك؛ لأنّ الغرض من الكفيل التوثيق فحسب، فكان بمثابة الرّهن.

قال ابن رشد في بداية المجتهد: "واختلفوا إذا حضر الضّامن والمضمون وكلاهما موسر: فقال الشّافعي، وأبو حنيفة، وأصحابهما، والثوري، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق: للطالب أن يؤاخذ من شاء من الكفيل، أو المكفول. وقال مالك في أحد قوليّه: ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه. وله قول آخر مثل قول الجمهور"⁽³⁾.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص10. نهاية المحتاج، الرملي، ج4، ص431. المغني، ابن قدامة، ج5، ص83. بداية المجتهد، ابن رشد، ج4، ص80.

(2) ينظر: حاشية الدسوقي، مجّد الدسوقي، ج3، ص337. بداية المجتهد، ابن رشد، ج4، ص80.

(3) بداية المجتهد، ابن رشد، ج4، ص80.

ب- رجوع الكفيل على الأصيل: لا خلاف بين الفقهاء في أنّ الكفيل لا يحق له الرجوع على المكفول قبل حلول الأجل، سواءً أدّى عنه الدّين أم لا، وقد نقل ابن رشد الإجماع في ذلك، فقال: " فأجمع العلماء على أنّ ذلك بعد ثبوت الحقّ على المكفول إمّا بإقرار وإمّا بينة"⁽¹⁾. ولا خلاف بينهم في عدم جواز رجوع الكفيل على المكفول إذا أدّى عنه بنية التبرّع.

أمّا إذا أدّى الكفيل ما على المكفول بعد حلول الأجل، وكان ذلك بنية الرجوع، فقد اختلف الفقهاء، هل يشترط إذن المكفول أو لا يشترط؟.

"فإنّ أبا حنيفة والشافعي يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدّى عنه أن يكون الضمان بإذنه، ومالك لا يشترط ذلك"⁽²⁾.

وعند الحنابلة: للكفيل الرجوع على المكفول، إذا كفله بإذنه، أو قضى عنه بإذنه وإن لم يكن قد كفله بإذنه، أمّا إذا كانت الكفالة والأداء بغير إذن المكفول، فلهم روايتان: إحداهما، يرجع بما أدّى. والثانية، لا يرجع بشيء⁽³⁾.

خامساً: أثر الموت على التزامات الكفالة.

يُفرّق الفقهاء بين الكفالة بالمال والكفالة بالنفس من حيث أثر الموت، وستتناول هنا أثر الموت على التزامات الكفالة بالمال، ونؤخّر الكلام على النوع الثاني إلى مبحث أثر الموت على عقود التوثيقات.

وأتناول أثر الموت على الكفالة بالمال في مسألتين:

- 1- هل تسقط الكفالة بموت أحد أطرافها أم لا؟.
- 2- هل يسقط الأجل بموت من له الحق فيه أم لا؟.

(1) المصدر السابق، ج4، ص81.

(2) بداية المجتهد، ابن رشد، ج4، ص80. وينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص10. نهایة المحتاج، الرملي، ج4، ص431. حاشية الدسوقي، مجّد الدسوقي، ج3، ص337.

(3) ينظر: المغني، ابن قدامة، ج4، ص410-411.

أولاً: هل تسقط الكفالة بموت أحد أطرافها أم لا ؟.

الكفالة ذات أطراف ثلاثة: الكفيل والمكفول له (الدائن) والمكفول عنه (المدين)، وبتصوّر المسألة في موت كل واحد منهم.

أ - **موت الكفيل:** لا تسقط الكفالة بموت الكفيل، فإذا مات يُطالب بها ورثته أو وصيّه، وتؤخذ من تركته؛ لأن الالتزام متعلّق بماله، وهو يصلح لتحمل الالتزام، ثم ترجع ورثته على الأصيل، وهذا باتّفاق الفقهاء؛ الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾.

ب - **موت المكفول له:** واتفق الفقهاء أيضاً: الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽²⁾، على أنّه إذا مات المكفول له، لا تسقط الكفالة وينتقل الحقُّ إلى الورثة أو الوصي إن كان له وصي كسائر الحقوق المالية، فيقومون مقامه في المطالبة؛ لأنّ الكفيل - وهو صاحب الالتزام - والمكفول موجودان ولم يعمد بهما مانع.

ج - **موت المكفول عنه:** إذا كانت الكفالة لا تسقط بموت الكفيل، ولا بموت المكفول له، فعدم سقوطها بموت المكفول عنه من باب أولى؛ لأنّه هو المتبرّع عليه، وذلك باتّفاق الفقهاء⁽³⁾.

ثانياً: هل يسقط الأجل بموت من له الحق فيه أم لا ؟.

الأجل في عقد الكفالة هو حق للكفيل وللمكفول عنه، فإذا مات أحدهما سقط الأجل في حقه، وللدائن مطالبة ورثته وإن كان الدّين مؤجّلاً، ولا ترجع ورثة الميّت على الطرف الحي إلا بعد حلول الأجل؛ لأنّ الأجل يبقى قائماً في حقه، وهذا قول الحنفية غير زفر والمالكية والشافعية والحنابلة في غير المعتمد عندهم. وهذه نصوصهم.

(1) ينظر: فتح القدير، ابن الهمام، ج7، ص170. شرح مختصر خليل للخرشي، ج6، ص28. ونهاية المحتاج، الرملي، ج4، ص460. والمغني، ابن قدامة، ج4، ص407.

(2) ينظر: فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، ج7، ص170-171. دار الفكر، دط، دت. وحاشية الدسوقي، ج3، ص338. وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص244. وكشاف القناع، البهوتي، ج3، ص379.

(3) ينظر: رد المحتار، ابن عابدين، ج5، ص319. وحاشية الصاوي على الشرح الصغير، الصاوي، ج3، ص441. ونهاية المحتاج، الرملي، ج4، ص459. والمغني، ابن قدامة، ج4، ص407.

- الحنفية: يقول ابن عابدين: "وإذا حلَّ الدَّين المؤجَّل على الكفيل بموته لا يحلُّ على الأصيل، فلو أدَّاه وارثه لم يرجع...إلا إلى أجله خلافاً لزفر، كما لا يحل المؤجل على الكفيل اتِّفاقاً إذا حلَّ على الأصيل...بموته"⁽¹⁾.

- المالكية: جاء في حاشية الدسوقي: "وعجَّل الدَّين المؤجَّل بأحد أمرين: بموت الضَّامن أو فلسه قبل الأجل، ويؤخذ من تركته وإن كان المضمون حاضراً مَلِيّاً، ولا يؤخذ منه لعدم حلوله عليه، ورجع وارثه؛ أي وارث الضامن على المدين بعد أجله، ويعجَّل الدَّين كذلك عند موت الغريم؛ أي المدين فيعجَّل الحقُّ أيضاً"⁽²⁾.

- الشافعية: جاء في نهاية المحتاج: "ولو مات أحدهما...حل عليه...دون الآخر...فإن كان الميت الأصيل، وله تركة فللضَّامن مطالبة المستحق بأن يأخذ منها...، وإن كان الميت الضَّامن وأخذ المستحق الدَّين من تركته لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه الآذن في الضمان قبل حلول الأجل"⁽³⁾.

- الحنابلة: في المعتمد عندهم، أنه إذا مات الكفيل أو المكفول عنه، ووُثِّق ورثة الميت الدَّين برهن أو كفيل مليء، فإنَّ الأجل لا يسقط؛ لأنَّ التَّأجيل حقٌّ للميت، فلم يبطل بموته كسائر حقوقه.

يقول البهوتي: "وإن مات المضمون عنه أو الضَّامن لم يحل الدَّين؛ لأنَّ التَّأجيل حقٌّ من حقوق الميت فلم يبطل بموته كسائر حقوقه"⁽⁴⁾.

وخلاصة ما تقدَّم: أنَّ الموت لا يؤثر في عقد الكفالة بالمال من حيث سقوطها، فلا تسقط بموت أحد أطرافها باتِّفاق المذاهب الأربعة، ويؤثر في الأجل إذا مات الكفيل أو المكفول عنه وكان الدَّين مؤجَّلاً، فيصبح حالاً في حق من مات، ويبقى على أجله في حق من بقي حياً، وهذا باتِّفاق

(1) رد المختار، ابن عابدين، ج5، ص319.

(2) حاشية الدسوقي، ج3، ص337.

(3) نهاية المحتاج، الرملي، ج4، ص459-460.

(4) كشاف القناع، البهوتي، ج3، ص374.

الفقهاء، عدا الحنابلة في المعتمد عندهم، أنّ الموت لا يؤثر في حلول الدّين إذا وثّقه ورثة الميّت برهن أو كفيل مليء.



المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد الوكالة.

قد توجد بعض الصفات في إنسان دون آخر، كالقدرة والخبرة والدِّكَاء وغيرها، فيستحيل وجود إنسان متكامل، ومن هنا لا يتأتى للإنسان مباشرة كلِّ أموره بنفسه، فهو محتاج إلى غيره ليقوم عنه ببعض أعماله نيابة عنه، فهذه النيابة هي التي سمَّها الشرع وكالة، وشرَّعها رعاية لمصلحة النَّاس ودفع الحرج عنهم.

فما هي الوكالة؟ وما حكمها في الفقه الإسلامي؟ ومتى تكون الوكالة لازمة؟ وما هي الالتزامات التي تنشأ عن عقدها؟ وما تأثير الموت على تلك الالتزامات؟ هذا ما سنعرضه في هذا المطلب.

أولاً: تعريف الوكالة.

الوكالة لغة: تطلق لغة ويراد بها الحفظ أو التفويض، يُقَالُ: تَوَكَّلَ بِالْأَمْرِ إِذَا ضَمِنَ الْقِيَامَ بِهِ، وَوَكَّلْتُ أَمْرِي إِلَى فُلَانٍ أَي أَلْجَأْتُهُ إِلَيْهِ وَعَتَمَدْتُ فِيهِ عَلَيْهِ، وَوَكَّلَ فُلَانٌ فُلَانًا إِذَا اسْتَكْفَاهُ أَمْرَهُ ثِقَةً بِكِفَايَتِهِ أَوْ عَجْزاً عَنِ الْقِيَامِ بِأَمْرِ نَفْسِهِ. والاسم: الوكالة، بالفتح والكسر. والمواكلة: إِذَا اتَّكَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ⁽¹⁾.

واصطلاحاً: عرفها الفقهاء بتعريفات متعددة منها:

عرَّفها الحنفية بأنها: "إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم"⁽²⁾.

وعرَّفها المالكية بأنها: "نيابة ذي حق - غير ذي إمرة ولا عبادة - لغيره فيه، غير مشروط بموته"⁽³⁾.

وعرَّفها الشافعية بأنها: "تفويض شخصٍ ما لهُ فعله ممَّا يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته"⁽⁴⁾.

(1) ينظر: لسان العرب، ابن منظور، ج 11، ص 734. والكلبيات، الكفوي، ص 947. وتاج العروس، الزبيدي، ج 31،

ص 97. ومختار الصحاح، الرازي، ص 344.

(2) البناية شرح الهداية، بدر الدين العيني، ج 9، ص 216.

(3) شرح حدود ابن عرفة، الرصاع، ص 327.

(4) مغني المحتاج، الشريبي، ج 3، ص 231.

وعرّفها الحنابلة بأنها: "استنابة الجائز التصرف مثله فيما له فعله حال الحياة"⁽¹⁾.

اتّفت التعريفات الأربعة على أنّ المقصود من الوكالة هو تفويض شخص غيره لينوب عنه في أمر يقبل النيابة كالعقود، أو الفسوخ كالطلاق والإقالة، أو إثبات الحدود واستيفائها، فأخرجوا بذلك ما لا يقبل النيابة كالعبادات البدنية المحضة مثل الطهارة والصلاة وغيرهما، وزاد المالكية والشافعية والحنابلة قيديين:

القيد الأوّل: وهو أنّ ما يجوز للإنسان فعله بنفسه، يجوز له فيه التوكيل، وما لا فلا. فالمرأة لا يجوز لها أن تزوج نفسها إذن لا يجوز له أن توكل غيرها في تزويجها.

القيد الثاني: أنّ هذا التفويض يشمل الحياة دون الموت، وأمّا التفويض بعد الموت فهو في اصطلاح الفقهاء؛ وصيّة، فهذا القيد لم يذكره الحنفية.

ثانياً: حكم الوكالة.

الأصل في الوكالة الجواز وعدم اللزوم من الجانبين؛ فللوكيل أن يدع الوكالة متى شاء، وللموكل أن يعزله متى شاء عند جميع الفقهاء⁽²⁾؛ لأنّ الوكالة من جهة الموكل مجرد إذن بالتصرف، ومن جهة الوكيل تبرّع بمنفعة، وكلاهما جائز.

قال ابن عبد البر⁽³⁾: "ولا خلاف في جواز الوكالة عند العلماء"⁽⁴⁾. وذكر ابن قدامة الإجماع على جواز الوكالة، فقال: "وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة"⁽¹⁾.

(1) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي، ج5، ص353. تحقيق: محمد حامد الفقي، ط1، 1374هـ/1955م.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص51. حاشية الدسوقي، محمد الدسوقي، ج3، ص396. مغني المحتاج، الشربيني، ج2، ص231. المغني، ابن قدامة، ج5، ص243. بداية المجتهد، ابن رشد، ج4، ص86.

(3) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري، شيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها. مولده سنة: 368 هـ. ألف في الموطأ كتاباً مفيدة منها: كتاب التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، والاستذكار بمذهب علماء الأمصار. وتوفي بشاطبة في ربيع الثاني سنة: 463 هـ/1070م. شجرة النور الزكية، محمد مخلوف، ج1، ص176.

(4) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبد البر، ج2، ص108. تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ/1967م.

وقد تكون الوكالة مندوبة؛ كإن أعانت على فعل مندوب، وتكون مكروهة؛ إن كان فيها نيابة على فعل مكروه، وقد تكون محرمة؛ إن كانت نيابة على فعل محرم، وتكون واجبة؛ إذا لم يتحقق الواجب إلاّ بها، كالوكالة في إثبات الحقوق التي عجز أصحابها عن استيفائها، أو دفع الضرر الذي لا يمكن دفعه إلاّ بالوكالة⁽²⁾.

ثالثاً: متى تكون الوكالة لازمة؟.

تقدّم لنا أنّ الوكالة عقد جائز من الجانبين، ولا تنعقد إلاّ بإيجاب وقبول للدلالة على وجود التراضي من الوكيل والموكّل كسائر العقود، ويحصل القبول على الفور أو بالتأخري، يقول ابن جزى: "وتجوز وكالة الغائب والمرأة والمريض اتفاقاً"⁽³⁾.

وقد استثنى جمهور الفقهاء مواضع تلزم فيها الوكالة ولا يحقُّ لأحد الطرفين فسخها وذلك؛ إمّا لتعلّق حقّ الغير بها، أو لتعرض المال للهلاك بسبب فسخ الوكالة، نذكر تلك المواضع حسب المذاهب.

الحنفية: جاء في الهداية: "وللموكّل أن يعزل الوكيل عن الوكالة... إلاّ إذا تعلّق به حق الغير بأن كان وكيلاً بالخصومة يُطلب من جهة الطالب؛ لما فيه من إبطال حق الغير، وصار كالوكالة التي تضمّنّها عقد الرهن"⁽⁴⁾.

تضمن النصّ الفقهي موضعين تلزم فيهما الوكالة وهما:

1- الوكالة بالخصومة: فإذا وكل المدعى عليه وكيلاً بالخصومة بطلب من المدعى، ثم غاب المدعى عليه وأراد أن يعزل الوكيل، فلا يصحّ عزله؛ للزوم الوكالة؛ لما يترتب على عزله من ضياع حق المدعى،

(1) المغني، ابن قدامة، ج5، ص63.

(2) ينظر: تبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص254. وشرح الزرقاني على مختصر خليل، الزرقاني، ج6، ص130. والمهذب في فقه

الإمام الشافعي، الشيرازي، ج2، ص164.

(3) القوانين الفقهية، ابن جزى، ص215.

(4) الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر المرغيناني، ج3، ص152. تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي،

بيروت لبنان، دط، دت.

فإن كان المدعى عليه حاضراً، أو لم يكن تعيين الوكيل بطلب من المدعى، جاز عزل الوكيل؛ لعدم إبطال حق المدعى.

2- الوكالة المشروطة في عقد الرهن: فإذا شرط المرتهن على الزَّاهن أن يضع الرهن عند أمين ويوكِّله بالبيع عند حلول أجل الدَّين، فإنَّ الوكالة تكون لازمة، ولا يجوز عزل الوكيل؛ لأنَّ بيع الرهن صار حقاً للمرتهن، وبالعزل يبطل هذا الحق.

3- وصورة ثلاثة ذكرها ابن الهمام⁽¹⁾ في شرحه على الهداية، حيث قال: "وكذا إذا تعلَّق حق الوكيل بعين من أعيان الموكَّل، لا يملك إخراجه عن الوكالة، نحو إن أمره أن يبيع ويستوفي الدَّين من ثمنه"⁽²⁾، ولا مفهوم لقوله: "حق الوكيل"؛ بل ولو تعلَّقت الوكالة بتسليم عين لشخص آخر غير الوكيل، وكان الموكَّل غائباً، فإنَّه يجب على الوكيل أن يسلمَّ العين لصاحبها، ولا يجوز للموكَّل عزله ولا عزل نفسه؛ لتعلُّق الوكالة بحق الغير.

(1) مُجَّد بن عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين، الشهير بابن الهمام السكندري. له تصانيف منها: شرح الهداية المسمى بفتح القدير والتحرير. مات يوم الجمعة سابع رمضان سنة: 861هـ. الفوائد البهية في تراجم الحنفية، اللكنوي، ص181.

(2) فتح القدير، ابن الهمام، ج8، ص139.

المالكية: تلزم الوكالة عند المالكية في المواضع التالية:

1- الوكالة بالخصومة: إذا شرع الوكيل في الخصومة وجالس الخصم ثلاث جلسات فأكثر عند القاضي، صارت الوكالة لازمة فلا يجوز عزله ولا عزل نفسه؛ لما يلحق خصمه في ذلك من الضرر، يقول ميارة⁽¹⁾ في شرحه على تحفة الحكام - عند قول ابن عاصم: "وما لمن حضر في الجدل ... ثلاث مرات من انعزال" - : "الوكيل إذا جالس خصمه عند القاضي ثلاثاً فأكثر فليس لموكله عزله ولا له هو أن يعزل نفسه"⁽²⁾.

2- الوكالة ببيع الرهن: إذا وكّل الرَّاهن غيره في بيع الرهن، لزمته الوكالة؛ لتعلق حقّ الغير بها، فلا يصحّ له عزل موكله إلاّ بإذن المرتهن، وهذا هو الأظهر عند المالكية، جاء في الشامل: "وليس للرّاهن عزل من وكّله في بيعه على الأظهر إلاّ بإذن مرتهنه"⁽³⁾.

3- إذا وقعت الوكالة على وجه الإجارة: "الوكالة إذا وقعت على وجه الإجارة تلزم كلاً من الوكيل والموكل بمجرد العقد"⁽⁴⁾. كأن يقول شخص لغيره: وكّلتك على كذا، ويسمّي له عملاً وأجرأ معلومين.

4- إذا وقعت الوكالة على وجه الجعالة: "الوكالة الواقعة على وجه الجعالة لا تلزم واحداً منهما قبل الشروع، وتلزم الجاعل وهو الموكل بالشروع، وأمّا المجمعول له وهو الوكيل فلا تلزمه"⁽⁵⁾. كأن يقول شخص لغيره: وكّلتك على استرجاع ديني من فلان على أنّ لك كذا، ولم يعيّن له زمناً ولا مقدار الدّين، فقبل الشروع في العمل لا تلزم الوكالة أحداً منهما، وإذا شرع الوكيل في العمل لزمّت الوكالة الموكل ولا يصح له عزل موكله، ولا تلزم الوكيل، فله عزل نفسه وإن شرع في العمل.

(1) أبو عبد الله محمد بن أحمد الفاسي ميارة، مولده سنة: 999 هـ. له تأليف منها: شرح التحفة وشرحان على المرشد المعين كبير وصغير، وشرح لامية الزقاق، وتذييل على المنهج المنتخب وشرحه. وتوفي سنة: 1072 هـ. شجرة النور، محمد مخلوف، ج1، ص448.

(2) الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، أبو عبد الله محمد بن أحمد الفاسي ميارة، ج1، ص136. دار المعرفة، دط، دت.
(3) الشامل في فقه الإمام مالك، بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدّميري، ج1، ص641. تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للطباعة والنشر والدراسات، القاهرة، ط1، 1429 هـ/2008 م.

(4) حاشية الدسوقي، ج3، ص397.

(5) المصدر نفسه، ونفس الجزء والصفحة.

الشافعية: تلزم الوكالة عند الشافعية في حالتين:

1- إذا وقعت الوكالة بلفظ الإجارة: فإنها تكون لازمة، ولا يصح للموكل أن يعزل موكله، ولا الوكيل عزل نفسه، وأما إذا وقعت بلفظ الجعالة فلا تلزم عندهم، جاء في مغني المحتاج: "الوكالة ولو يجعل جائزة من الجانبين... هذا إذا لم يكن عقد الوكالة باستئجار، فإن كان بأن عقد بلفظ الإجارة فهو لازم"⁽¹⁾.

2- إذا ترتب على عزل الوكيل نفسه ضياع مال الموكل أو فساد: فتكون الوكالة في هذه الحالة لازمة في حق الوكيل في أوجه القولين عندهم، قال ابن حجر الهيتمي: "لو علم الوكيل أنه لو عزل نفسه في غيبة موكله استولى على المال جائز حرم عليه العزل على الأوجه"⁽²⁾. ووجه آخر: أن الوكالة تكون جائزة، وللوكيل عزل نفسه وإن ترتب على ذلك ضياع مال الموكل وفساده. جاء في حاشية قليوبي على تحفة المحتاج: "...وذلك إن لزم من عزله ضياع المال أو نحوه لم يعزل بعزل نفسه. وقال ابن حجر: له عزل نفسه، وإن لزم ضياع المال، وله إيداعه في محل في طريق سفره وإن لزم على الموكل مشقة في الوصول إليه؛ لأنه المورط لنفسه"⁽³⁾.

الحنبلة: تلزم عندهم الوكالة في حالة ما إذا تعلقت الوكالة بتصرف يقوم به الوكيل لصالح الغير، كوصي اليتيم وناظر الوقف وغيرها، ففي هذه الحالة لا تبطل الوكالة بموت الموكل.

جاء في منتهى الإرادات: "الوكالة والشركة والمضاربة... عقود جائزة من الطرفين... وتبطل هذه العقود بموت أو جنون مطبق، لأنها تعتمد الحياة والعقل فإذا انتفى ذلك انتفت صحتها لانقضاء ما تعتمد عليه، وهو أهلية التصرف، لكن لو وُكِّل وليُّ يتيم أو ناظرٌ وقف أو عقد عقداً جائزاً غيرها ثم مات لم تبطل بموته؛ لأنه متصرف على غيره"⁽⁴⁾.

(1) مغني المحتاج، الشريبي، ج3، ص257.

(2) تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي، ج5، ص337.

(3) حاشيتنا قليوبي وعميرة على تحفة المحتاج، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، ج2، ص436. دار الفكر، بيروت، دط، 1415هـ/1995م.

(4) منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، ج2، ص191. عالم الكتب، بيروت، ط1، 1414هـ/1993م.

رابعاً: الالتزامات التي تنشأ عن عقد الوكالة.

لا يمكن أن نحصر التزامات عقد الوكالة؛ لأنَّ الوكالة تتعلَّق بجميع العقود، والضَّابط لذلك، القاعدة الفقهية: "أنَّ كلَّ عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل فيه غيره"⁽¹⁾. فقد تكون الوكالة على البيع أو الإجارة أو غيرها، وبالتالي تنشأ التزاماتها حسب العقد الذي تعلَّقت به، غير أنَّ الفقهاء تحدَّثوا عن التزامات ذلك العقد الذي تعلَّقت به الوكالة، هل ترجع إلى الموكل باعتباره هو الأصل، أم إلى الوكيل باعتباره هو المباشر للعقد؟. للفقهاء في ذلك آراء متباينة.

الحنفية: القاعدة عندهم: "أنَّ كلَّ عقد لا يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل ويكتفي فيه بالإضافة إلى نفسه، فحقوقه راجعة إلى العاقد (وهو الوكيل)... وكل عقد يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل فحقوقه ترجع إلى الموكل"⁽²⁾.

فالعقود التي لا يُلزم فيها الوكيل بإضافة العقد إلى موكله، ويصحُّ له إضافتها لنفسه، كالبيع والإجارة وغيرها، فالتزاماتها ترجع إلى الوكيل؛ فإذا كان وكيلاً في البيع مثلاً؛ فتسليم المبيع وقبض الثمن، التزم عليه دون الموكل. والعقود التي يُلزم فيها الوكيل بإضافتها إلى الموكل، كالنكاح والخلع وغيرها، فإنَّ التزامات مثل هذه العقود تتعلَّق بالموكل دون الوكيل، فالوكيل فيها يكون رسولاً ومعبراً عن إرادة الموكل فقط، فالوكيل في الزَّواج لا يطالب بالمهر، وإنما يطالب به الزَّوج وهكذا.

المالكية: جاء في الشرح الكبير للدرديري: "... ما لم يصرَّح بالبراءة من الثمن أو المثمن، فإنَّ صرَّح بأن قال: لا أتولَّى ذلك، لم يطالب، وإنما يطالب موكله... وطولب الوكيل بالعهد³ من عيب أو استحقاق ما لم يعلم المشتري أنَّه وكيل، وإلا فالطلب على الموكل لا الوكيل، إلاَّ أن يكون مفوضاً"⁽⁴⁾.

يُستفاد من النَّص الفقهي، أنَّ التزامات العقد عندهم ترجع إلى الوكيل بثلاثة شروط:

(1) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن مُحمَّد مكي أبو العباس الحموي، ج3، ص20. دار الكتب العلمية، ط1، 1405 هـ / 1985 م. وموسوعة القواعد الفقهية، مُحمَّد صدقي بن أحمد بن مُحمَّد آل بورنو، ج8، ص454. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424 هـ / 2003 م.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص33.

(3) العهدة: هي تعلق ضمان المبيع من بائعه مما يطرأ عليه في زمن محدود. الفواكه الدواني، النفراوي، ج2، ص96.

(4) حاشية الدسوقي، ج3، ص382.

1- أن لا يعلم الطرف الثاني في العقد أنه يتعاقد مع وكيل.

2- وكان الوكيل مفوضاً.

3- ولم يصرح الوكيل بتبرئته من التزامات العقد.

فإذا وجد أحد هذه الشروط، فعلى الوكيل دفع الثمن إن باع، وقبض المثلث إن اشترى، وعليه ردُّ الميعب إذا كان لا يعلم بالعيب حال شرائه، وهكذا في بقية التزامات العقد؛ لأنَّها من توابعه، وإذا تخلف بعضها أو كلها كانت التزامات العقد راجعة على الموكل، فإذا علم الطرف الثاني في العقد أنه يتعامل مع وكيل فقط، أو لم يكن الوكيل مفوضاً، بل كان مقيداً، أو طلب الوكيل تبرئته من التزامات العقد وقد برَّاه الموكل، فهنا ترجع إلى الموكل.

الشافعية: في المشهور عندهم أن "أحكام عقد البيع والشراء من الخيار والتقابض ونحوهما؛ كالرؤية والتفرق تتعلق بالوكيل دون الموكل؛ لأنه العاقد حقيقة، فله الفسخ بخياري المجلس والشرط...؛ ولأنَّ أحكام العقد تتعلق به، والعرف يقتضيه"⁽¹⁾. وفي مقابل المشهور عندهم، أن الوكيل لو صرح بأنَّه سفير فقط، فإن التزامات العقد ترجع إلى الموكل، "كما لو قبل نكاح امرأة لرجل لا يصير ملتزماً للمهر، قال السبكي: والأوَّل هو المشهور"⁽²⁾. أي أنَّ التزامات العقد ترجع إلى الوكيل كما سبق.

الحنابلة: يقولون: إنَّ التزامات العقد، من تسليم المبيع وقبض الثمن وغيرها ترجع إلى الموكل دون الوكيل؛ لأنَّ الوكيل ما هو إلا نائباً عن العاقد الأصيل وهو الموكل؛ ولأنَّ الملك ينتقل إليه ابتداءً ولا يدخل المبيع في ملك الوكيل أصلاً.

يقول البهوتي: "وحقوق العقد كتسليم الثمن وقبض المبيع، وضمان الدرك، والردِّ بالعيب ونحوه متعلِّقة بالموكل لأنَّ الملك ينتقل إليه؛ أي الموكل ابتداءً ولا يدخل المبيع في ملك الوكيل... ولا يطالب

(1) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص277.

(2) المصدر نفسه، ونفس الجزء والصفحة.

الوكيل في الشراء بالثمن، ولا في البيع بتسليم المبيع، بل يطالب بهما الموكل؛ لأنَّ حقوق العقد متعلّقة به⁽¹⁾.

خامساً: أثر الموت على التزامات عقد الوكالة.

اتَّفَق الفقهاء؛ الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽²⁾ على أنَّ الوكالة تنفسخ وتبطل سائر الالتزامات المترتبة عليها من الجانبين إذا مات الوكيل، أو مات الموكل وعلم الوكيل بموته، ولم يتعلّق بالوكالة حق الغير، ولم يترتب على فسخها فساد مال؛ لأنَّ الوكالة انعقدت بإذن الموكل وأهلية الوكيل، وموت الموكل يبطل إذنه، وموت الوكيل تنزل أهليته؛ وللقاعدة الفقهية: "ما لا يكون لازماً من التصرفات يكون لدوامه حكم الابتداء"⁽³⁾.

والوكالة عقد جائز غير لازم، وما كان كذلك من العقود، فإنَّ الدوام والاستمرار يسري فيه ويأخذ حكم ابتدائه.

واختلفوا فيما إذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته، فهل التصرفات التي يجريها بعد موته صحيحة أم باطلة؟. للفقهاء في ذلك قولان:

القول الأول: أنَّ الوكيل قبل علمه بموت موكله لا يُعزل وتكون تصرفاته صحيحة؛ لأنَّ القول ببطالها يوجب على الوكيل الضمان فيما تصرف فيه، وفي ذلك ضرر. وهذا القول هو الرَّاجح عند المالكية⁽⁴⁾، وإحدى الروايتين عند الحنابلة⁽⁵⁾.

القول الثاني: يُعزل الوكيل بمجرد موت موكله وإن لم يعلم بموته، وتكون تصرفاته بعد موت الموكل باطلة، وهو قول الحنفية والشافعية والمالكية في القول المرجوح عندهم والحنابلة في الرواية الثانية⁽¹⁾.

(1) كشف القناع، البهوتي، ج3، ص472.

(2) ينظر: الهداية، المرغيناني، ج3، ص153. وشرح مختصر خليل للخرشي، ج6، ص86. وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي، ج5، ص340. والمغني، ابن قدامة، ج5، ص88-89.

(3) موسوعة القواعد الفقهية، مُجد آل بورنو، ج9، ص246.

(4) ينظر: حاشية الدسوقي، ج3، ص396.

(5) ينظر: المغني، ابن قدامة، ج5، ص89.

وتبقى حالات استثنائية تلزم فيها الوكالة، وقد تقدّم ذكرها مفصّلة حسب كل مذهب، فحيثما كانت الوكالة لازمة، لم تبطل بسبب موت أحد المتعاقدين، وثبتت التزاماتها.

وعند استقراء الحالات الاستثنائية التي ذكرها الفقهاء يمكن إرجاعها؛ إمّا لتعلّق حق الغير بالوكالة كما في الوكالة بالخصومة أو بيع الرهن، وإمّا لوقوع الوكالة على عوض كما في الوكالة الواقعة على وجه الإجارة أو الجعالة، وإمّا ضياع مال الموكل أو فساده كما هو عند الشافعية في أوجه القولين عندهم، وإمّا القيام بتصريف عن الغير مثل وصي اليتيم وناظر الوقف.

غير أنّ الحنفية لم يجروا جميع فروعهم على نفس القياس، فجعلوا بعض صور الوكالة اللازمة تبطل بالموت، استحساناً لا قياساً، كالوكالة بالخصومة بالتماس الخصم، فرغم تعلّق حق الغير بالوكالة، إلاّ أنّه إذا مات الموكل بطلت الوكالة استحساناً. جاء في حاشية ابن عابدين: "والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينزل بجنون الموكل وموته... استحساناً لا قياساً"⁽²⁾. فالقياس في هذه المسألة يقتضي عدم عزل الوكيل؛ لتعلّق حق الغير بالوكالة، وهو المدّعي الذي التمس من المدّعي عليه توكيل غيره بالخصومة، غير أنّ الحنفية عدلوا عن القياس، واستحسنوا عزل الوكيل وإنهاء التزامات الوكالة.



(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص38. وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي، ج5، ص340. وحاشية الدسوقي، ج3،

ص396. والمغني، ابن قدامة، ج5، ص89.

(2) رد المحتار، ابن عابدين، ج5، ص539.

المطلب الثالث: أثر الموت في التزامات عقد الوديعة.

يتعدّر على النَّاس حفظ أموالهم بأنفسهم في جميع الأوقات وفي مختلف الظروف، فيقعون في الحرج والمشقة فكان تشريع عقد الوديعة رافعاً لذلك الحرج عن النَّاس في حفظ أموالهم والتيسير عليهم خصوصاً عند السفر، فلإنسان أن يضع ما يخاف منه عند شخص آخر.

فما هي الوديعة؟ وما حكمها في الفقه الإسلامي؟ ومتى تكون الوديعة لازمة؟ وما هي الالتزامات التي تنشأ عن عقدها؟ وما تأثير الموت على تلك الالتزامات؟ هذا ما سنعرضه في هذا المطلب.

أولاً: تعريف الوديعة.

الوديعة لغة: الْوَدِيعَةُ: وَاحِدَةُ الْوَدَائِعِ، وَهِيَ مَا اسْتُودِعَ. يُقَالُ: اسْتَوْدَعْتُهُ وَدِيعَةً إِذَا اسْتَحْفَظْتَهُ إِيَّاهَا، وَأَوْدَعْتُ زَيْدًا مَالًا دَفَعْتُهُ إِلَيْهِ لِيَكُونَ عِنْدَهُ وَدِيعَةً وَجَمَعُهَا وَدَائِعٌ. وَالْمُسْتَوْدَعُ: الْمَكَانُ الَّذِي يُجْعَلُ فِيهِ الْوَدِيعَةُ، وَاسْتَيْقَافُهَا مِنْ الدَّعَةِ وَهِيَ الرَّاحَةُ. وَأَوْدَعَهُ مَالًا: قَبِلَهُ مِنْهُ، فَهُوَ مِنَ الْأَضْدَادِ، لَكِنَّ الْفِعْلَ فِي الدَّفْعِ أَشْهَرُ⁽¹⁾.

واصطلاحاً:

عرّفها الحنفية: "هو تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً أو دلالة"⁽²⁾.

وعرّفها المالكية: "مال وُكِّلَ على حفظه"⁽³⁾.

وعرّفها الشافعية: "توكيل في حفظ مملوك، أو محترم مختص، على وجه مخصوص"⁽⁴⁾.

وعرّفها الحنابلة: "توكل لحفظ مال غيره تبرعاً بغير تصرف"⁽⁵⁾.

(1) ينظر: لسان العرب، ابن منظور، ج6، ص386-387. والمصباح المنير، الفيومي، ج2، ص653.

(2) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، ج7، ص273.

(3) الفواكه الدواني، النفراوي، ج2، ص169.

(4) مغني المحتاج، الخطيب الشربيني، ج4، ص125.

(5) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرادوي، ج6، ص316.

اتَّفقت التَّعريفات على أنَّ الوديعة تختصُّ بحفظ المال؛ الحنفية والمالكية والحنابلة عبَّروا عن ذلك صراحة، والشافعية عبَّروا "بمختص" يخرج بذلك حفظ الولد فتسمَّى وصاية؛ لأنَّه ليس بمال. ويخرج وضع الأمة عند أمينة؛ فتسمَّى مواضعة، وإن كانت مالاَّ إلاَّ أنَّ وضعها لم يكن لحفظها وإنَّما هو للإخبار بحيضها.

وأنَّفت على أنَّ الوديعة متضمِّنة معنى التَّوكيل، أو الاستنابة في حفظ المال، إلاَّ أنَّ الوكالة أعمُّ من الوديعة؛ لأنَّ الوكالة متضمِّنة حفظ المال وتزيد عليها بالإذن بالتَّصرف في المال كالبيع وغيره.

وأضاف الحنفية قيدين وهما: تسليط الغير على حفظ المال، وحفظ المال دلالة، فيدخل بالقيد الأول: العين في يد ملتقط، فمن أخذها وصاحبها غير حاضر، يضمنها؛ لأنَّه لما أخذها قد التزم حفظها، ويدخل بالقيد الثاني: من أعطى عيناً لغيره فأمسكها عنه من غير تصريح بلفظ الوديعة.

وأضاف الحنابلة قيدين وهما: التبرُّع بالحفظ، وعدم التَّصرف في المال المحفوظ، ليخرج بالقيد الأول: الأجير على حفظ المال، فحفظه للمال يكون بعوض، وبالقيد الثاني: العارية والوكالة ففيهما حفظ المال مع جواز التَّصرف.

والخلاصة المستفادة من جميع التَّعريفات هي: أن الوديعة عقد تبرُّع قصد به التَّيابة على حفظ مال محترم شرعاً من غير تصرُّف فيه.

ثانياً: حكم الوديعة.

الأصل في الوديعة الجواز من الطرفين، وقد نقل غير واحد من العلماء الإجماع في ذلك.

يقول أبو الحسين العمري الشافعي⁽¹⁾: " فإن الأمة أجمعت على جواز الإيداع"⁽²⁾. وقال ابن قدامة: "فأجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع"⁽¹⁾. ويقول البهوتي: "والإجماع في كل عصر

(1) يحيى بن أبي الخَيْر بن سالم بن سعيد بن عمران العمري اليماني، أبو الحُسَيْن شيخ الشافعيين بإقليم اليمن. من تصانيفه: البَيَان والزوائد والاحترازاات وغرائب الوَسِيط ومختصر الإحياء. مات مبطوناً شهيداً في ربيع الآخر قبل الفجر من لَيْلَة الأَحَد سنة: 558هـ. طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين السبكي، ج7، ص338.

(2) البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير العمري، ج6، ص472. تحقيق: قاسم مُجَد النوري، دار المنهاج، بيروت لبنان، ط1، 1421هـ/2000م.

يقول أبو ملل - فأجمع علماء كل عصر على جواز ملل بإيداع وملل باستيداع⁽¹⁾. ويقول البهوتي:
"وللإجماع في كل عصر

على جوازها، وسنده قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ النساء: [58]. وجاء في الروض المربع: "وأجمعوا في كل عصر على جوازها، للأمر بأدائها"⁽²⁾.

وقد يعرض للوديعة الوجوب كخائف على هلاك ماله مع وجود قادر وقابل لحفظه، وتعرض لها الحرمة كإيداع الغاصب المغصوب عند من يعلم به، ويعرض لها التدب إذا توقّف عليها التعاون على البرّ ولم يتعيّن، وتعرض لها الكراهة كأن لم يثق المودع في الوديع.

ثالثاً: متى تكون الوديعة لازمة؟.

سبق لنا نقل الإجماع في أنّ حكم الوديعة الجواز من الجانبين؛ أي غير لازمة في حقّ أيّ منهما، فلكل واحد من الطرفين فسخها متى شاء دون توقّف على رضا الطرف الآخر، فمتى أراد المودع استرجاع وديعته، لزم الوديع ردّها إليه، ومتى أراد الوديع ردّها لمالكها، لزم المالك إمساكها.

وإذا تقرّر عند الفقهاء جوازها وعدم لزومها، فمتى تنعقد؟.

لا خلاف بين الفقهاء في أنّ الأصل في العقود هو التراضي، وإمّا جعل الإيجاب والقبول دالاً عليهما، وأنّ الوديعة أحد هذه العقود لا تصحّ إلا بالتراضي، وإلا عدّت غصباً.

والإيجاب في الوديعة أن يقول المودع: أودعتك هذا، أو احتفظ لي بهذا، أو خذ عندك هذا وديعة وما شابه هذا. والقبول؛ أن يقبل الآخر بأيّ لفظ يدلّ على الرضا، فإذا اقتربنا فقد تمّ عقد الوديعة.

إلا أنّ الفقهاء اختلفوا، هل يكون الإيجاب والقبول في عقد الوديعة باللفظ الصريح فقط؟ أم بكل ما يدلّ على الرضا كالكناية والفعل؟.

الحنفية والمالكية: كلُّ ما يدلّ على الرضا ويُفهم منه طلب الحفظ، ولو بقرائن الأحوال تنعقد به الوديعة.

(1) المغني، ابن قدامة، ج6، ص436.

(2) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، عبد الرحمن بن مُجدد بن القاسم الحنبلي، ج5، ص456. ط1، 1397هـ.

جاء في البحر الرائق: "الإيجاب؛ قولاً صريحاً أو كنايةً أو فعلاً، والقبول من المؤدع؛ صريحاً أو دلالةً في حقِّ وجوب الحفظ، وإثماً قلنا: صريحاً أو كنايةً؛ ليشمل ما لو قال الرجل: أعطني ألف درهم، أو قال- لرجل في يده ثوب- : أعطنيه فقال: أعطيتك، فهذا على الوديعة؛ لأنَّ الإعطاء يحتمل الهبة والوديعة، الوديعة أدنى وهو متيقن، فصار كنايةً، وإثماً قلنا في الإيجاب: أو فعلاً؛ ليشمل ما لو وضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل شيئاً، فهو إيداع، وإثماً قلنا في القبول: أو دلالةً؛ ليشمل سكوته عند وضعه بين يديه فإنه قبول دلالةً"⁽¹⁾.

وقال في الفواكه: "وأما الصيغة فهي شرط وقيل ركن رابع وهي كل ما يفهم منه طلب الحفظ ولو بقرائن الأحوال، ولا يتوقف على إيجاب وقبول باللفظ، حتى لو وضع شخص متاعه عند جالس رشيد بصير ساكت وذهب الواضع لحاجته، فإنه يجب على الموضوع عنده المتاع حفظه؛ بحيث يضمنه إن فرط في حفظه حتى ضاع، لأنَّ سكوته رضا منه بالإيداع عنده"⁽²⁾.

وقال الشافعية والحنابلة: يشترط اللفظ في الإيجاب من المؤدع، وأما القبول يكفي فيه كلُّ ما يدلُّ عليه.

جاء في أسنى المطالب: "فلا بدَّ من صيغة دالة على الاستحفاظ؛ كأودعتك هذا المال، واحفظه، ونحوه؛ كاستحفظتك، وأنبتت في حفظه، وهو وديعة عندك؛ لأنَّهما عقد كالوكالة لا إذن مجرد في الحفظ"⁽³⁾.

وأما القبول، فيصحُّ بكلِّ ما يدلُّ عليه عند الحنابلة وفي الأصحَّ عند الشافعية.

جاء في تحفة المحتاج: "والأصحُّ أنه لا يشترط القبول من الوديع لصيغة العقد أو الأمر لفظاً... ويكفي مع عدم اللفظ والرِّد منه، القبض، ولو على التراخي، كما في الوكالة"⁽⁴⁾. وقال في كشاف القناع: "ويكفي القبض قبلاً للوديعة، كالوكالة"⁽¹⁾.

(1) البحر الرائق، ابن نجيم، ج 7، ص 273.

(2) الفواكه الدواني، ابن غانم، ج 2، ص 170.

(3) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج 3، ص 75.

(4) تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي، ج 7، ص 101.

(1) كشاف القناع، البهوتي، ج 4، ص 167.

رابعاً: الالتزامات التي تنشأ عن عقد الوديعة.

أ- حفظ الوديع للوديعة: اتفق الفقهاء على أن الوديع بقبوله الوديعة قد التزم بحفظها لصاحبها، وهي أمانة عنده ويده عليها يد أمان لا يد ضمان، فإن تلفت من غير تعدٍ أو تفريطٍ فلا ضمان عليه.

قال ابن المنذر⁽¹⁾: " أجمع أهل العلم على أن على المودع إحراز الوديعة وحفظها. وأجمع أكثر أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة، ثم تلفت من غير جنايته أن لا ضمان عليه"⁽²⁾؛ ولأن الوديع متبرع أخذ الوديعة من أجل حفظها وبإذن صاحبها، فتكون يده كيد مالِكها، فلم يوجد موجب للضمان، ولو ضمَّناه من غير تعدٍ منه أو تقصير لزهة الناس في قبول الوديعة.

وأما في حالة التعدي كاستعمالها مثلاً من غير إذن، أو التقصير كأن حفظها في موضع لا يحفظ فيه مثلها، فهلكت، ضمنها؛ لأنه بالعقد التزم حفظ الوديعة. وصوّر التعدي والتقصير كثيرة لا يسع المقام لتفصيلها.

ب - ردّ الوديعة عند الطلب: اتفق الفقهاء على أنه يجب على الوديع ردّ الوديعة لصاحبها عند الطلب من غير تأخير، فإن امتنع عن ردّها أو تأخّر بغير عذر فهلكت، وجب عليه ضمانها؛ لأن إمساكها بعد الطلب يكون عارٍ عن الإذن، فهو في حكم الغاصب المتعدي.

(1) أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري الفقيه، نزيل مكة، وصاحب التصانيف: الإشراف في اختلاف العلماء، وكتاب الإجماع، وكتاب المسوط. وُلِدَ في حدود موت أحمد بن حنبل. قال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي: توفي ابن المنذر سنة: 309 هـ أو 310 هـ. وقال الذهبي: توفي سنة 118 هـ. طبقات الشافعية، السبكي، ج3، ص102. سير أعلام النبلاء، الذهبي، ج11، ص301.

(2) الإشراف على مذاهب العلماء، أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، ج6، ص330. تحقيق: أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، ط1، 1425 هـ/ 2004 م.

أمّا إن لم يمتنع عن ردّها وكان تأخّره لعذر، وهلكت عنده قبل الردّ، فلا ضمان عليه؛ لكونه لم يكن متعدّياً أو مفترطاً. ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك⁽¹⁾.

ج - العوض عن حفظ الوديعة: الأصل في الوديعة أنّها من عقود التبرعات، يقصد من ورائها الإحسان والتعاون وليس فيها عوض، ولا خلاف بين الفقهاء في هذا، وأمّا اختلفوا فيما إذا اشترط المودّع العوض في مقابل الحفظ، أو جرى بذلك عرف، فهل يلزم المودّع دفعه؟. في المسألة قولان:

- القول الأول: يجوز للمودّع أن يشترط العوض على حفظه للوديعة، فإذا اشترطه، لزم المودّع دفع العوض، وكان الشرط صحيحاً لازماً. وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية⁽²⁾. وزاد المالكية جريان العرف بذلك، أو كان المودّع ممن يكره نفسه للحراسة؛ إذ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

القول الثاني: لا يجوز للمودّع اشتراط العوض على حفظ الوديعة، وإن اشترطه يكون أجيراً على الحفظ لا مودّعاً، تجري عليه أحكام الأجير. وهو قول الحنابلة⁽³⁾.

ويمكن الاعتراض على قول الحنابلة هذا، بأن الحفظ في عقد الوديعة مقصود أولاً، وأمّا الحفظ في الإجارة مقصود تبعاً لا أصالة، فيظهر الفرق جلياً بينهما، فما كان مقصوداً في العقد أصالة له تأثير أبلغ مما كان مقصوداً تبعاً.

خامساً: أثر الموت على التزامات الوديعة.

الوديعة عقد جائز من الجانبين، لكلٍ منهما فسخه متى شاء من غير توقّف على رضا صاحبه، فإن لم يفسخه أحدهما وظلّ العقد قائماً حتى طرأ عليه موت أحدهما، فإن العقد يفسخ وتنتهي التزاماته؛ لأنّ بموت المودّع تنتقل ملكيّة الوديعة إلى الورثة، وموت المودّع تزول أهليّته للحفظ، وفي كلا الأمرين

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص210. وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن علي بن أحمد العدوي، ج2، ص276. تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، دط، 1414هـ / 1994م. وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج3، ص84. ومنتهى الإرادات، ابن النجار، ج2، ص463.

(2) الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، ج4، ص342. المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط2، 1310هـ. وحاشية الدسوقي، ج3، ص432. وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج3، ص74.

(3) كشاف القناع، البهوتي، ج4، ص166.

ينتهي عقد الوديعة ويجب ردها إلى صاحبها أو ورثته. لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 58]. "وهذا يعمُّ جميع الأمانات الواجبة على الإنسان، من حقوق الله عزَّ وجلَّ على عباده... ومن حقوق العباد بعضهم على بعض كالودائع"⁽¹⁾. وقال ابن المنذر: "وأجمعوا على أنَّ الأمانات مردودة إلى أربابها الأبرار منهم والفقَّار"⁽²⁾. وقال في الإشراف - تحت باب: المودع يموت - : "أجمع أهل العلم على أنَّ الوديعة إذا عرفت بعينها لرجل أنَّ صاحبها أحقُّ بها، وأنَّ تسليمها إليه يجب"⁽³⁾.

ومع اتِّفاق الفقهاء على فسخ العقد بموت أحد الطرفين ولزوم ردِّ الوديعة، إلا أنَّهم اختلفوا في وقت لزوم الردِّ، هل بعد الموت مباشرة من غير توقُّف على طلب، أم بعد الطَّلَب؟. الحنفية والمالكية: يلزمه الردُّ بعد طلب الورثة، فلو أمسكها بعد الموت وقبل الطَّلَب فهلكت عنده فلا ضمان عليه.

جاء في التنف: "إذا مات المستودع فلم يردها على الورثة قبل الطَّلَب فهلكت فلا ضمان عليه"⁽⁴⁾. ولم أقف للمالكية على نصٍّ صريح في المسألة، غير أنَّه يفهم من خلال فروعهم أنَّهم يوافقون الحنفية، ومن تلك الفروع، قول القرافي: "ومن طَلَبَتْ منه وديعةً فقال: ضاعت من سنين وكنت أرجو أن آخذها، ولم يكن يذكر هذا، وصاحبها حاضر، يُصدَّق ولا يضمن؛ لأنَّه أمر محتمل، وهو أمين، إلاَّ أن يُطلَب منه"⁽⁵⁾. فمن تلفت وديعة في يده قبل الطَّلَب فلا ضمان عليه، وإن تلفت بعد الطَّلَب فعليه ضمانها.

(1) تفسير القرآن الكريم، إسماعيل بن عمر بن كثير، ج2، ص338. تحقيق: سامي بن مُجَّد سلامة، دار طيبة، ط2، 1420هـ/1999م.

(2) الإجماع لابن المنذر، مُجَّد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ص107. تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم، ط1، 1425 هـ/ 2004 م.

(3) الإشراف لابن المنذر، ج6، ص335.

(4) التنف في الفتاوى، أبو الحسن علي بن الحسين بن مُجَّد السُّعدي، ج2، ص580. تحقيق: صلاح الدين الناهي، دار الفرقان ومؤسسة الرسالة، عمان الأردن، بيروت لبنان، ط2، 1404هـ/1984م.

(5) الذخيرة، القرافي، ج9، ص144.

ومن فروعهم أيضاً: أنّ المودّع إذا ناول الوديعة لأحد أقاربه كالزوجة والابن لا يعدّ مفترطاً ولا متعدّياً فلا ضمان عليه⁽¹⁾، وإذا انتفى الضّمان في مناوله الوديعة لأحد الأقارب بإرادة المودّع في حال الحياة، يكون انتفاء الضمان بمناولتها لهم بعد الموت بإذن الشارع أولى.

الشافعية والحنابلة: يجب على المودّع ردّ الوديعة بعد موت المودّع مباشرة، فإن تعذّر عليه ردها إلى الورثة، ردها إلى الحاكم، فإن تأخّر في الردّ مع تمكّنه منه ثمّ تلفت الوديعة عنده، ضمنها، وذلك إذا كان الورثة لا يعلمون بالوديعة، أمّا إذا كانوا يعلمون وتراخوا في الطّلب، فلا ضمان عليه.

يقول النووي: "إذا مات المالك، لزم المودّع الرد على ورثته. حتى لو تلف في يده بعد التّمكّن من الردّ، ضمن على الأصحّ. فإن لم يجد الورثة، ردّ إلى الحاكم... إذا لم تعلم الورثة بالوديعة، أمّا إذ علموا، فلا يجب الردّ إلا بعد طلبهم"⁽²⁾.

ويقول ابن قدامة: "إذا مات المودّع وعنده وديعة معلومة بعينها فعلى وارثه تمكين صاحبها من أخذها فإن لم يفعل ضمن كالمودّع، فإن لم يعلم صاحبها بموت المودّع فعلى الورثة إعلامه وليس لهم إمساكها قبل أن يعلم بها ربها؛ لأنّه لا يأتّمّنهم عليها وإمّا حصل مال غيرهم بأيديهم بمنزلة من أطارت الريح إلى داره ثوباً وعلم به فعليه إعلام صاحبه به، فإن أحرز ذلك مع الإمكان ضمن كذا هاهنا"⁽³⁾.

والخلاصة: أنّ موت أحد المتعاقدين في عقد الوديعة ينهي العقد قولاً واحداً من غير خلاف، واختلف الفقهاء في وقت لزوم الردّ، الحنفية والمالكية قالوا: لا يلزم إلا بعد الطلب، والشافعية والحنابلة قالوا: يلزم الردّ بعد الموت والتّمكّن منه، وثمرة الخلاف هنا: الضّمان وعدمه، فمن تأخّر في الردّ بعد الموت وقبل الطّلب من غير عذر فتلفت الوديعة في يده، يضمن على قول الشافعية والحنابلة، ولا يضمن على قول الحنفية والمالكية.



(1) ينظر: المصدر السابق، ج9، ص162.

(2) روضة الطالبين، النووي، ج6، ص347.

(3) الشرح الكبير على متن المقنع، ابن قدامة، ج7، ص323.

المبحث الرابع: أثر الموت على التزامات عقود التوثيقات.

عقود التوثيقات أحد أقسام العقود بالنظر إلى الغاية والغرض منها مثل التبرعات والاشتراكات والتفويض والحفظ وغيرها من الأغراض والغايات، وهذا هو وجه العلاقة بين هذا المبحث بالمباحث قبله.

ويقصد بالتوثيقات تلك العقود التي فيها ضمان ووفاء الدَّيُون لأصحابها وتأمين الدَّائِن على دينه، يقول ابن نجيم⁽¹⁾: " واختص الدَّيْن بأحكام: منها جواز الكفالة... ومنها جواز الرهن..."⁽²⁾. واشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد الرهن.

المداينة ضرورة من ضرورات التعامل بين النَّاس، يلجؤون إليها عند الحاجة كالقرض أو غِيَاب أحد العوضين في المعاوضة وغير ذلك، وإذا تُرِكَت الدَّيُون من غير استيثاق فرِّمًا يمتنع كثير من النَّاس عن الإقراض خوفاً على أموالهم من الضَّيَاع، وعندها يدخل الحرج على النَّاس في معاملاتهم.

ومن محاسن شريعة الإسلام تشريع عقود لأجل توثيق الدَّيُون، منها الرَّهْن، فهو وسيلة يستوثق بها صاحب الدَّيْن دينه كالكتابة والإشهاد، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ وقال أيضاً: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 282-283].

فما هو الرَّهْن؟ وما حكمه في الفقه الإسلامي؟ ومتى يلزم؟ وما هي الالتزامات التي تنشأ عن عقده؟ وما تأثير الموت على تلك الالتزامات؟ هذا ما سنعرضه في هذا المطلب.

(1) زين بن إبراهيم بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد المشهور بابن نُجَيْم، كانت ولادته في سنة: 926هـ. له من التصانيف: البحر الرائق بشرح كنز الدقائق، وله الأشباه والنظائر. ووفاته في سنة: 970هـ، نهار الأربعاء، سابع رجب. الطبقات السننية في تراجم الحنفية، تقي الدين بن عبد القادر التميمي الغزي، ص 288. دط، دت.

(2) الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص 306.

أولاً: تعريف الرهن.

الرهن لغة: يطلق على الثبوت والدوام، كما يطلق على الحبس. والجمع رهانٌ مثل: حبل وحبالٌ. ورهونٌ مثل: فلسٌ وفلوسٌ. ورهنٌ الشيء؛ أي دوامه وثبوته. والمرهن: الذي يأخذ الرهن، والشيء رهون ورهين. ورهنته المتاع بالدين رهناً: حبسته به⁽¹⁾.

واصطلاحاً:

عرّفه الحنفية: "عقد وثيقة بمال مشروع للتوثق في جانب الاستيفاء"⁽²⁾.

وعرّفه المالكية: "مال قبضه توثق به في دين"⁽³⁾.

وعرّفه الشافعية: "جعل عين مالٍ وثيقةً بدين يستوفي منها عند تعذر وفائه"⁽⁴⁾.

وعرّفه الحنابلة: "المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه"⁽⁵⁾.

والملاحظ في التعريفات ما يلي:

1- أنّ الغرض من الرهن استيثاق الدين، وقد ورد ما يدلّ عليه في جميع التعريفات.

2- اتّفقت التعريفات على أنّ الرهن يكون مالاً، وهو كل ما يستوفي منه الدين قياساً على الثمن، ولو منفعة، وانفرد الشافعية في التعريف بقيد "عين مال" حيث يشترطون أن يكون الرهن عيناً، فلا يصح أن يكون منفعة، ولا يصح أن يكون ديناً⁽⁶⁾.

(1) ينظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، الجوهري، ج5، ص2128. والمصباح المنير، الفيومي، ج1، ص242. ولسان

العرب، ابن منظور، ج13، ص188.

(2) المبسوط، السرخسي، ج21، ص63.

(3) شرح حدود ابن عرفة، الرصاع، ص304.

(4) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص144.

(5) المغني، ابن قدامة، ج4، ص245.

(6) ينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين، النووي، ج4، ص52.

3- أن يكون الرهن في مقابل دين ثابت في الذمة ناشئ مع العقد أو بعده، وهذا عند جميع الفقهاء، أو آيل إلى الثبوت. كأن يقول قائل: رهنتك كذا إن أقرضتني ألف دينار، فقبل المقرض. وأضاف الشافعية والحنابلة قيداً وهو "يستوفي منه الدين" فكل رهن لا يُستوفى منه الدين، لا يجوز رهنه، كشيء لا يجوز بيعه، وهذا القيد متفق عليه وإن لم يذكره تعريف الحنفية والمالكية⁽¹⁾.

ثانياً: حكم الرهن في الفقه الإسلامي.

الرهن عقد جائز غير واجب بالاتفاق؛ لكونه مجرد وثيقة بالدين كالكفالة، وهو بدل عن كتابة الدين، أمر الله تعالى به عند عدم وجود الكاتب، والكتابة غير واجبة، فكذلك بدلها.

ونقل غير واحد من العلماء الإجماع على جواز الرهن. قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن الرهن في السفر والحضر جائز"⁽²⁾. وقال ابن بطال: "الرهن جائز في الحضر والسفر، وبه قال جميع الفقهاء"⁽³⁾. وقال ابن قدامة: "الرهن في الشرع: المال الذي يجعل وثيقة بالدين... وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع"⁽⁴⁾.

ثالثاً: متى يلزم الرهن؟.

اتفق الفقهاء على أن الرهن من العقود اللازمة من جانب واحد، وهو جانب الرهن دون المرتهن، فلا يمكن للرهن أن يفسخ العقد إلا برضا المرتهن، بخلاف المرتهن فله فسخ العقد متى شاء، كما اتفقوا على أن القبض شرط في الرهن لقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 283]. "والمصدر المقرون بحرف الفاء في جواب الشرط يراد به الأمر، والأمر بالشيء الموصوف يقتضي أن يكون ذلك الوصف شرطاً فيه؛ إذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة، نظيره قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص142. الفواكه الدواني، النفراوي، ج2، ص166. وروضة الطالبين وعمدة

المفتين، النووي، ج4، ص53. وكشاف القناع، البهوتي، ج3، ص324.

(2) الإجماع لابن المنذر، ج1، ص101.

(3) شرح صحيح البخاري، أبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، ج7، ص25. تحقيق: ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد،

الرياض، ط2، 1423هـ/2003م.

(4) المغني، ابن قدامة، ج4، ص245.

فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴿ [النساء: 92]. أي فليحرر رقبة مؤمنة⁽¹⁾. إلا أنهم اختلفوا هل هو شرط تمام أم شرط صحة؟. واختلفا فهم هذا يترتب عليه اختلافهم في وقت لزوم الرهن، فمن قال: أنه شرط صحة، قال: لا يلزم الرهن الرأهن إلا بالقبض، ومن قال: أنه شرط تمام، قال: يلزم الرهن الرأهن بالعقد.

القول الأول: لا يتحقق لزوم الرهن إلا بالقبض، مع اختلاف في صورته، وللرأهن الرجوع قبل القبض، ولو كان الرهن يلزم بمجرد العقد من غير قبض، لما كان للتقييد به فائدة في قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 283]. وهو قول الجمهور؛ الحنفية والشافعية والأصح عند الحنابلة⁽²⁾.

القول الثاني: يلزم الرهن بالقبض فيما يُكَّال أو يوزن، وفي غيرها روايتان، وهو قول الحنابلة في مقابل الأصح. يقول ابن قدامة: "وقال بعض أصحابنا: ما كان مكيلاً أو موزوناً، لا يلزم رهنه إلا بالقبض، وفيما عداهما روايتان؛ إحداهما، لا يلزم إلا بالقبض. والأخرى، يلزم بمجرد العقد، كالبيع"⁽³⁾.

القول الثالث: يتحقق لزوم الرهن بمجرد الإيجاب والقبول، وأما القبض فهو شرط تمام، وإن امتنع الرأهن من تسليم الرهن أُجبر عليه، وإذا تراخى المرتهن عن القبض وقد مكَّنه الرأهن، حتى أفلس هذا الأخير أو مرض أو مات، بطل العقد، ولا يكفي في القبض الإقرار به، وهو قول المالكية⁽⁴⁾.

رابعاً: الالتزامات التي تنشأ عن عقد الرهن.

1- استدامة حبس الرهن: ينشأ عن عقد الرهن، التزام الرأهن بتمكين المرتهن من حبس العين المرهونة عنده وبسط يده عليها على وجه الدوام إلى الوفاء بالدين، وهذا قول الجمهور؛ الحنفية والمالكية والحنابلة⁽⁵⁾، وقال الشافعية يكفي تعيين العين المرهونة للبيع؛ ليستوفي منها الدين، والإذن بالقبض، قبض، من غير اشتراط حبسها عند المرتهن، وأما "يُشترط في اللزوم، إقباض الرأهن أو

(1) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الزيلعي، ج6، ص63.

(2) ينظر: المصدر السابق، نفس الجزء والصفحة، وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص155. والكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة، ج2/ص75.

(3) المغني، ابن قدامة، ج4، ص247.

(4) ينظر: القوانين الفقهية، ابن جزي، ص213.

(5) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص137. وحاشية الدسوقي، ج3، ص232. وشرح الزركشي على مختصر الخرقي، ج4، ص26.

الإذن منه في القبض، فإن رهن العين من غاصب لها أو مستعير أو مودع أو وكيل، صح كالبيع⁽¹⁾. ولا يبطل الرهن برجوع العين المرهونة للرهن عن طريق العارية أو الوديعة، إن حصل قبض.

2- حفظ الرهن وضمانه: المرتهن ملزم بحفظ العين المرهونة كما يحفظ ماله عادة، فإن قصر في حفظها أو تعدى، ضمنها، وهذا متفق عليه بين الفقهاء⁽²⁾، وإنما اختلفوا فيما إذا ضاعت أو تلفت في يده من غير تقصير ولا تعدٍ، فهل عليه الضمان أو لا؟. للفقهاء في المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: الرهن أمانة، فإن هلك في يد المرتهن من غير تعدٍ أو تقصير، فلا ضمان عليه، وهو قول الشافعية والحنابلة⁽³⁾.

حجّتهم حديث سعيد بن المسيّب، عن أبي هريرة أنّ النبي صلى الله عليه وسلّم قال: "لا يعلّق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه"⁽⁴⁾. أي: للرهن غلة رهنه، وعليه ضمانه ومصيبته، فهو أشبه بالوديعة عند المودع. ويقال: علّق الرهن؛ أي بقي محبساً لا يفتك.

القول الثاني: يد المرتهن يد ضمان، إلا ما زاد على قدر الدّين فهو أمانة، وعليه لو هلك الرهن في يد المرتهن، ولو من غير تقصير أو تعدٍ، يضمنه بالأقل، من قيمته أو قيمة الدّين، وهو قول الحنفية⁽⁵⁾. واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلّم: "أن رجلاً ارتهن فرساً من رجل، فنفق في يده، فقال

(1) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص155.

(2) ينظر: البناية شرح الهداية، العيني، ج12، ص489. حاشية الدسوقي، ج3، ص239. روضة الطالبين، النووي، ج4، ص96. والكاظمي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة، ج2، ص94.

(3) ينظر: نهاية المحتاج، الرملي، ج4، ص181. وكشاف القناع، البهوتي، ج3، ص341.

(4) رواه الشافعي في مسنده، كتاب: الرهن، باب غنم الرهن وغرمه، رقم: 1479. ج2، ص214. قال الحاكم: "هذا حديث صحيح، أعلى الإسناد على شرط الشيخين، ولم يخرجاه... المستدرک، ج2، ص58. وقال أبو داود: وقوله: "له غنمه، وعليه غرمه" من كلام سعيد. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تحريج الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، ج4، ص320. تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ/1997م.

(5) ينظر: فتح القدير، ابن الهمام، ج10، ص184 - 186.

عليه الصلاة والسلام للمرتهن: " ذهب حقه"⁽¹⁾. فدلّ الحديث على بطلان الدّين بضياح الرّهن في يد المرتهن.

القول الثالث: يُفترّق بين ما يغاب عليه كالحلي والعروض، وبين ما لا يغاب عليه؛ أي ما لا يخفى هلاكه كالعقار مثلاً، فيضمن في الأول؛ لوجود التّهمة، إلّا إذا وجدت بيّنة على عدم التّقصير أو التّفريط، ولا ضمان عليه في الثاني؛ لانتفاء التّهمة، وهو قول المالكية⁽²⁾، ومبناهم ذلك، الاستحسان، وللجمع بين الأدلّة المتعارضة.

3- ردّ الرّهن أو بيعه لاستيفاء الدّين: الغرض من الرّهن هو توثيق الدّين، والاستيفاء منه عند تعذّر الوفاء، فإذا حلّ أجل الدّين ووفّى المدين ما عليه، فالدّائن ملزم بردّ العين المرهونة لصاحبها؛ لانتهاء الغرض، ولم يبق للرّهن أثر في هذه الحالة. وإن لم يوفّ ما عليه عند الأجل كان له أن يرفعه إلى السلطان، فيبيع عليه الرّهن وينصفه منه إن لم يجبه الرّاهن إلى البيع، وكذلك إن كان غائباً، أمّا أن يتملّك المرتهن عين الرّهن، فلا يجوز، وإن اشترط ذلك عند العقد، وهذا باتّفاق الفقهاء⁽³⁾.

يقول القرطبي: "لا يجوز غلق الرّهن، وهو أن يشترط المرتهن أنّه له بحقه إن لم يأت به عند أجله. وكان هذا من فعل الجاهلية فأبطله النّبى صلى الله عليه وسلّم بقوله: " لا يغلّق الرّهن" هكذا قيّدناه برفع القاف على الخبر، أي ليس يغلّق الرّهن. تقول: أغلقت الباب فهو مغلق. وغلّق الرّهن في يد مرتهنه إذا لم يفتك"⁽⁴⁾.

(1) يقال: نفقت الدابة إذا ماتت. والحديث رواه أبو داود في المراسيل، باب ما جاء في الرهن، رقم: 188. ج 1، ص 172.

والبيهقي في السنن الكبرى، باب من قال: الرهن مضمون، رقم: 11336. ج 11، ص 452. وهو مرسل، وضعيف، فيه مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير، ضعيف، كثير الغلط، وإن كان صدوقاً. نصب الرّاية، الزيلعي، ج 4، ص 321.

(2) ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد، ج 4، ص 59. وحاشية الدسوقي، مجّد الدسوقي، ج 3، ص 253.

(3) ينظر: الهداية، المرغناني، ج 4، ص 429. بداية المجتهد، ابن رشد، ج 4، ص 58. نهاية المحتاج، الرملي، ج 4، ص 128. كشف

القناع، البهوتي، ج 3، ص 342.

(4) تفسير القرطبي، ج 3، ص 413.

خامساً: أثر الموت على التزامات الرهن.

تقدّم لنا القول: أنّ الرهن عقد لازم من جانب واحد، وهو جانب الرّاهن، وجائز في حق المرتهن، ويترتب على هذا أنّه إذا مات المرتهن، انتقلت العين المرهونة إلى ورثته، وبقي حكم الجواز ثابتاً في حقهم، في إبقاء العقد أو فسخه، وحلّوا محلّه في سائر الالتزامات، تماماً كما ورثتهم.

أمّا موت الرّاهن فله حالتان:

الحالة الأولى: إذا مات بعد أن حصل القبض، فإنّ التزامات العقد لا تسقط بموته؛ لأنّ العقد أصبح لازماً من جهته، وبالتالي لا حق للورثة في فسخ العقد وإسقاط حق المرتهن في الرهن، وإن كان ميراثاً لهم، وتبقى العين المرهونة تحت يد المرتهن، فإمّا أن يوفّوه دينه، وإلّا بيعت لوفائه إذا تعدّر الاستيفاء من غيرها، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

قال ابن عابدين: "إذا استدان زيدٌ من عمرو مبلغاً معلوماً من الدرهم وتسلمه منه، ورهن عنده رهناً شرعياً مسلماً ليد عمرو، ثم مات كلٌّ من زيد وعمرو عن ورثة... لا يبطل الرهن بموت الرّاهن والمرتهن، ولا بموت أحدهما، ويبقى رهناً عند الورثة... فورثة المرتهن أحق به من بقية الغرماء حتى يستوفوا دينهم؛ لأنّ لهم عليه يداً مستحقة..."⁽¹⁾.

وقال ابن جزري: "إذا قبض الرهن ثم أفلس الرّاهن أو مات فالمرتهن أحقُّ به من سائر الغرماء"⁽²⁾.

وقال النووي: "وإن مات أحدهما بعد القبض لم يفسخ الرهن بلا خلاف، ويقوم وارث كل واحد منهما مقامه؛ لأنّ الرهن لازم من جهة الرّاهن، والعقد اللازم لا يبطل بالموت كالبيع والإجارة"⁽³⁾.

(1) العقود الدرّية في تنقيح الفتاوى الحامديّة، ابن عابدين، ج2، ص238. دار المعرفة، دط، دت.

(2) القوانين الفقهية، ابن جزري، ص213.

(3) المجموع، النووي، ج13، ص193.

وجاء في مسائل الإمام أحمد: "وإذا قال له: ضعه على يدي عدل، فهو مقبوض للمرتهن، فإن مات الرّاهن، أو أفلس، كان المرتهن أحقُّ به من الغرماء"⁽¹⁾.

الحالة الثانية: إذا مات الرّاهن قبل حصول القبض، فقد اختلف الفقهاء في تأثير الموت على التزامات الرّهن على قولين:

القول الأول: إذا مات الرّاهن قبل حصول القبض، فإنّه يبطل الرّهن وتنتهي التزاماته، ولا يُلزم الورثة بتسليم العين المرهونة للمرتهن. وإن كان للرّاهن غرماء كان المرتهن أحدهم سواءً بسواء؛ لأنّ العقد كان غير لازم في حق الرّاهن وهو حيٌّ، فكذلك لا يلزم في حق الورثة، ولا يجبرون على التسليم بعد وفاة مورّثهم. وهو قول الحنفية والمالكية، والشافعية في إحدى الروايتين عنهم تقابل الأصحّ عندهم.

يقول الزيلعي: "...الرّاهن لو مات قبل أن يقبض المرتهن لم تجبر ورثته على القبض"⁽²⁾.

وقال خليل: "وبطل... بموت راهنه أو فلسه قبل حوزة ولو جدّ فيه"⁽³⁾. أي: إذا مات الرّاهن قبل حوز المرتهن، بطل الرّهن ولو كان المرتهن جاداً في طلب الحوز، وهذا بخلاف الهبة والصّدقة فإن الجدّ في حوزهما يفيد؛ لأنّهما خرجا من ملكيته بالقول، والرّهن لم يخرج من ملكيته، وإتّما هو على ملكيّة صاحبه.

القول الثاني: إذا مات الرّاهن قبل حصول القبض، لا يبطل الرّهن، لأنّ مصيره إلى اللزوم، لكن العقد يبقى على جوازه، حيث يقوم ورثة الرّاهن مقامه، إن شاؤوا أمضوا العقد، وإن شاؤوا فسخوه، ولا يُجبرون عليه؛ لأنّ العقد لم يكن لازماً في حق مورّثهم حياً، فلم يلزم بموته، وهو قول الحنابلة، والشافعية في الأصحّ عندهم.

يقول ابن قدامة: "فإن جُنَّ أحد المتراهنين قبل القبض، أو مات، لم يبطل الرّهن؛ لأنّه عقد يعول إلى اللزوم، فلم يبطل بجنون أحد المتعاقدين أو موته، كالبيع الذي فيه الخيار"⁽⁴⁾.

(1) مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه، إسحاق بن منصور بن بھرام، المعروف بالكوسج، ج6، ص3036. عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1425هـ - 2002م.

(2) تبیین الحقائق، الزيلعي، ج6، ص63.

(3) مختصر خليل، ص167.

(4) المغني، ابن قدامة، ج4، ص274.

وجاء في مغني المحتاج: "ولو مات العاقد؛ الرَّاهن أو المرتهن قبل القبض للمرهون، لم يبطل الرَّهن في الأصحّ...؛ لأنَّ مصير الرَّهن إلى اللزوم، فلا يتأثر بموته كالبيع في زمن الخيار، ووجه مقابله أنَّه جائز كالوكالة، وعلى الأول يقوم وارث الرَّاهن مقامه في الإقباض، ووراث المرتهن مقامه في القبض"⁽¹⁾.

والخلاصة: نقول: اتَّفَق الفقهاء على أنَّ موت المرتهن لا يبطل عقد الرَّهن، ويخلفه ورثته في جميع التزاماته، وأمَّا موت الرَّاهن، فقد يكون قبل القبض أو بعده؛ فإن كان بعده، فلا يبطل الرَّهن باتِّفاق، واختلفوا إن كان قبله على قولين: الحنفية والمالكية والشافعية في مقابل الأصحّ عندهم، يبطل الرَّهن. والحنابلة والشافعية في الأصحّ، لا يبطل الرَّهن.



(¹) مغني المحتاج، الشريبي، ج3، ص60.

المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد الكفالة بالنفس.

شُرعت الكفالة؛ لتوثيق ورعاية مصالح أصحاب الحقوق ورفع الحرج عن النَّاس في معاملاتهم.

وإذا أردنا أن نصنّف الكفالة في تقسيم العقود باعتبار الغرض من العقد، فإننا نصنّفها حسب الجهة التي نظرنا منها، فعندما ننظر إلى الكفالة من جهة المكفول له الذي هو الدائن، نجدها عقداً يُقصد به التّوثيق، وإذا نظرنا إليها من جهة الكفيل نجدها عقد تبرّع؛ لأنّها لا تصحّ إلاّ ممّن يملك التبرّع، وإذا نظرنا إليها من جهة المكفول الذي عليه الحق، نجدها عقداً يُقصد به النيابة؛ لذلك لا تصحّ الكفالة إلاّ في الحقوق التي تصحّ فيها النيابة، كالأموال وما يؤول إليها، ولا تصحّ في التي لا تقبل النيابة كالحودود والقصاص وغيرها، وبإعتبارين الأخيرين أدرجتها في مبحث: أثر الموت في التزامات عقود التبرّعات الخاصة بالنيابة، وبإعتبار الأول الذي هو التّوثيق، أدرجتها في هذا المبحث.

والالتزام في كفالة المال، هو تسليم ما هو مستحقّ على المكفول عند امتناعه أو عجزه، ثم الرجوع عليه بما أدّاه عنه، فهذا فيه معنى التبرّع ابتداءً؛ لذلك أدرجت كفالة المال ضمن التزامات عقود التبرّعات، وأمّا الالتزام في كفالة النفس، فهو إحضار المكفول فقط، دون تسليم ما هو مستحقّ عليه.

يقول السرخسي في المبسوط: "والدُّيون تُقضى بأمثالها وهو موجود في يد الكفيل... وفي النفس لا يتأتى التسليم إلاّ بإحضار الأصيل"⁽¹⁾. فكان معنى التّوثيق في كفالة النفس أظهر؛ لذلك أدرجتها في مبحث: أثر الموت في التزامات عقود التّوثيقات.

والكفالة بالنفس هي أحد أقسام الكفالة، وقد تعرّضت لتعريف الكفالة، وحكمها، ومتى تلزم، وليس هناك داع لإعادة هذه الفروع؛ لتماثل نوعي الكفالة فيها، واكتفي هنا بذكر الالتزامات التي تنشأ عن عقد الكفالة بالنفس، وتأثير الموت على تلك الالتزامات؛ لاختلافهما في هذين الفرعين.

(1) المبسوط، السرخسي، ج 19، ص 163.

أولاً: الالتزامات التي تنشأ عن عقد الكفالة بالنفس.

ينشأ عن عقد الكفالة بالنفس، الالتزام بإحضار المكفول وتسليمه للمكفول له إذا حلَّ الأجل المضروب، ويكون التسليم بالتخليّة بينهما، لا أن يسلمه له في يده، وهذا متفق عليه بين الفقهاء، واختلفوا في مسألتين: في مكان الإحضار الذي يسقط به الالتزام، وفي حالة ما إذا غاب المكفول، ما الذي يلزم الكفيل؟.

1- مكان الإحضار الذي يسقط به الالتزام.

الحنفية: يحصل الالتزام بإحضار المكفول في أيّ مكان من المصر، إذ الغرض هو تسليم المكفول في مكان يتأتّى معه إحضار المكفول إلى مجلس القضاء، وهذا ما لم يكن في ذلك شرط، وأما إذا شرط مكان معيّن في المصر، أو مصر دون غيره من الأمصار، ثم أخلّ الكفيل بالشرط، بأن سلّمه في غير المكان المشروط، أو غير المصر المعين، سقط الالتزام عند أبي حنيفة، دون الصاحبين⁽¹⁾.

المالكية: الضابط الذي يسقط به الالتزام عندهم هو: أن يكون التسليم بموضع فيه حكم وسلطان؛ فحيثما تمّ تسليم المكفول ببلد فيه حكم وسلطان، برئت ذمّة الكفيل وانتهت التزاماته. وإن دفعه إليه بموضع لا سلطان فيه، أو في حال فتنة، أو بمكان يقدر المكفول على الامتناع، لم يبرأ الكفيل⁽²⁾.

الشافعية: "إذا عيّن في الكفالة مكاناً للتسليم، تعيّن. وإن أطلق، فالمذهب أنّها تصحّ ويجب التسليم في مكان الكفالة... وإذا أتى الكفيل بالمكفول به في غير الموضع المستحق، جاز قبوله، وله أن يمتنع إن كان فيه غرض، بأن كان قد عيّن مجلس الحكم، أو موضعاً يجد فيه من يعيّنه على خصمه. فإن لم يختلف الغرض، فالظاهر أنّه يلزمه قبوله"⁽³⁾، وبهذا يكون الكفيل قد أسقط عن نفسه الالتزام.

الحنابلة: إذا كانت الكفالة بالنفس مطلقة من غير تعيين مكان، وجب التسليم في مكان العقد، وإذا كانت مشروطة بمكان، فقولان: قول يوافقون فيه صاحبي أبي حنيفة، وقول يوافقون فيه المالكية.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص12.

(2) ينظر: التهذيب في اختصار المدونة، البراذعي، ج4، ص15.

(3) روضة الطالبين، النووي، ج4، ص256.

قال ابن قدامة: "وإذا عيّن في الكفالة تسليمه في مكان، فأحضره في غيره، لم يبرأ من الكفالة... وقال بعض أصحابنا: متى أحضره في أيّ مكان كان، وفي ذلك الموضوع سلطان، برئ من الكفالة؛ لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم، ويمكن إثبات الحجة فيه. وإن وقعت الكفالة مطلقة، وجب تسليمه في مكان العقد، فإن سلّمه في غيره، فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه"⁽¹⁾.

2- في حالة غياب المكفول، ما الذي يلزم الكفيل؟.

الحنفية: كفالة النَّفس عند الحنفية، مجرّد الالتزام بالإحضار، فإن أحضره برئت ذمّته من الالتزام، وإن لم يحضره عند حلول الأجل، وظهر منه مَطل حبسه الحاكم؛ لامتناعه عن إيفاء ما وجب عليه، وأمّا إذا ظهر عجزه فلا يجبس ولا يحول بينه وبين أشغاله. وإن غاب المكفول أمهله الحاكم مدّة ذهابه وإيّابه، فإن مضت ولم يحضره حبسه، وإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به؛ لأنّه عاجز، فصار كالمدين إذا ثبت إعساره، وكلّ هذا إذا لم يشترط عند العقد ضمان المال، فإن شرط ضمان المال عند العقد، كأن يقول: إن لم أحضره فعلي دينه، فيلزمه الدّين⁽²⁾.

المالكية: الكفالة بالنّفس عندهم هي: كفالة الوجه، فمن تكفّل بشخص أو بنفسه أو بعينه أو بوجهه، فإن أتى به عند الأجل، انتهى التزامه، وإن لم يأت به، أمهله الحاكم مثل اليوم واليومين، فإن لم يأت به بعد الإمهال، ضمن ما كان على مكفوله، وهذا إذا كان المكفول حاضراً أو غائباً غيبة قريبة، أمّا إذا كان غائباً غيبة بعيدة، فإنّه يضمن من غير إمهال، وهذا هو المشهور في المذهب، وذهب ابن عبد الحكم إلى القول بعدم الضّمان، وأنّه لا يلتزم إلا بإحضاره ولا ضمان عليه.

وإذا أثبت الكفيل أنّ المكفول كان معسراً عند حلول الأجل، فلا يلزمه ضمان، وهو المعتمد في المذهب خلافاً لما قاله ابن رشد من لزوم الضمان⁽³⁾.

(1) المغني، ابن قدامة، ج4، ص417-418.

(2) ينظر: تبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص184.

(3) ينظر: حاشية الدسوقي، ج3، ص345.

الشافعية: "إذا غاب المكفول ببذنه، نُظِرَ، إن غاب غيبة منقطعة؛ حيث لا يعرف موضعه وينقطع خبره، فلا يكلف الكفيل إحضاره. وإن عرّف موضعه؛ فإن كان دون مسافة القصر، لزمه إحضاره؛ لكن يمهّل مدّة الذهاب والإياب ليحضره. فإن مضت المدّة ولم يحضره، حبس. وإن كان على مسافة القصر، فوجهان: أصحُّهما، يلزمه إحضاره. والثاني: لا يطالب به"⁽¹⁾.

الحنابلة: إذا حلَّ الأجل فأحضر الكفيل المكفول برئ، وإذا لم يحضره؛ لسبب غيبة معلومة، لا يضمن حتى يمضي زمن يمكن المضي إليه وإعادته.

فإذا مضت مدّة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره، أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره، أو امتنع من إحضاره مع إمكانه، أخذ بما على مكفوله من الحق⁽²⁾.

ثانياً: تأثير الموت على التزامات كفالة النفس.

في عقد الكفالة بالنفس قد يموت المكفول، أو المكفول له، أو الكفيل، قبل تنفيذ التزامات العقد، فما أثر موت كلٍ منهم على تلك الالتزامات؟.

أ - موت المكفول: اتفق جمهور فقهاء المذاهب الأربعة على أنه إذا مات المكفول في عقد الكفالة بالنفس، فإنَّ الكفالة تسقط على الكفيل ولا يُلزَم بشيء؛ لأنَّ إحضار المكفول أصبح متعذراً⁽³⁾.

قال ابن رشد: "فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على أنَّ المتحمّل عنه إذا مات لم يُلزَم الكفيل بالوجه شيء"⁽⁴⁾.

ب - موت المكفول له: كما اتفق الفقهاء أيضاً على أنَّ كفالة النفس لا تسقط بموت المكفول له، فإذا مات انتقل الحقُّ إلى الورثة كسائر الحقوق، فيقومون مقامه في المطالبة بالدين أو بإحضار المكفول لاستيفاء الدين منه⁽¹⁾.

(1) روضة الطالبين، النووي، ج4، ص258.

(2) ينظر: المغني، ابن قدامة، ج4، ص417.

(3) ينظر: المبسوط، السرخسي، ج19، ص163. وفتح القدير، ابن الهمام، ج7، ص170. والذخيرة، القرافي، ج9، ص210.

ونهاية المحتاج، الرملي، ج4، ص453. وكشاف القناع، البهوتي، ج3، ص378.

(4) بداية المجتهد، ابن رشد، ج4، ص79.

ج - موت الكفيل: اختلف الفقهاء في تأثير موت الكفيل على التزامات كفالة النَّفس على قولين:

القول الأول: إذا مات الكفيل، لا تسقط التزاماته ولا تبرأ ذمته، ويطلب ورثته عند حلول الأجل بإحضار المكفول، فإن لم يحضروه أخذ من التركة قدر الدَّين الذي على المكفول، وهو قول المالكية والحنابلة.

جاء في شرح الخرشبي على المختصر: "وعُجِّل بموت الضَّامن؛ أي بالمال أو بالوجه، لكن في الوجه تطالب الورثة بإحضار الغريم فإن لم يحضروه أغرموا"⁽²⁾.

ويقول البهوتي - وهو يتكلَّم على إبراء الكفيل عند تلف العين المكفولة - : "لا بموت الكفيل، فلا يبرأ الكفيل بموته، فيؤخذ من تركته ما كفل به؛ يعني حيث تعذَّر إحضار المكفول به كما لو مات الضَّامن"⁽³⁾.

القول الثاني: إذا مات الكفيل، سقطت التزاماته؛ لبطان الكفالة، ولا يطالب الورثة بإحضار المكفول؛ لأنَّهم لم يتحملوا أي التزام، فلا يلزمهم شيء؛ ولأنَّ الحضور قد سقط عن المكفول بموته، فيسقط عن الكفيل. وهو قول الحنفية والشافعية.

يقول الكمال بن الهمام: "وكذا إذا مات الكفيل؛ لأنَّه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه، وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب، بخلاف الكفيل بالمال"⁽⁴⁾.

ويقول الرملي - وهو يتكلَّم على كفالة البدن -: "ولو مات الكفيل بطلت الكفالة ولا شيء للمكفول له في تركته"⁽⁵⁾.

(1) ينظر: فتح القدير، ابن الهمام، ج 7، ص 170. وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج 2، ص 244. وكشاف القناع، البهوتي، ج 3، ص 379.

(2) شرح مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرشبي، ج 6، ص 28. دار الفكر، بيروت، دط، دت.

(3) كشاف القناع، البهوتي، ج 3، ص 379.

(4) فتح القدير، الكمال بن الهمام، ج 7، ص 170.

(5) نهاية المحتاج، الرملي، ج 4، ص 453.

والخلاصة: أنّ جمهور فقهاء المذاهب الأربعة متفقون على أنّه إذا مات المكفول في عقد كفالة النفس، بطلت الكفالة، وسقطت التزاماتها؛ لفوات محل الالتزام.

كما اتفقوا على أنّه إذا مات المكفول له، لم تبطل الكفالة، وانتقل حق المطالبة بالدين أو بإحضار المكفول إلى الورثة أو الوصي.

واختلفوا في تأثير موت الكفيل على كفالة النفس على قولين: المالكية والحنابلة: لا تسقط التزامات الكفيل ولا تبرأ ذمته، ويطالب ورثته عند حلول الأجل بإحضار المكفول، فإن لم يحضروه أخذ من التركة قدر الدين الذي على المكفول. والحنفية والشافعية: تبطل الكفالة وتسقط التزامات الكفيل، ولا يطالب ورثته بإحضار المكفول.



المطلب الثالث: أثر الموت في التزامات عقد الحوالة.

جاءت الشريعة الإسلامية لتخلص الناس من التعسير في معاملاتهم، فحثت على استيفاء الديون عند الآجال المضروبة لها في العقد؛ لكن قد يكون المدين مماًطلاً، أو يعاني من ضيق ذات اليد، ويكون لهذا المدين دين على آخر أحسن منه قضاءً، أو أوسع منه رزقاً، فيطلب دائن الأول تحويل دينه إلى مدين مدينه.

وصورة أخرى: قد يكون المدين مماًطلاً وله غلبة، والدائن ضعيفاً لا يقدر على أخذ دينه منه، ولهذا الدائن الضعيف دائن آخر أقوى وأقدر على أخذ الحق من المدين الأول المماطل، فيكون تحويل دين الدائن القوي إلى المدين المماطل فيه مصلحة للدائن الضعيف، وهي إنهاء معاناته، وإتقاء الخصومات، ورفع الضرر، وتوفير الوقت والجهد؛ من أجل هذا وما شاكله، رخصت الشريعة في عقد الحوالة استثناءً من بيع الدين بالدين المنهي عنه؛ لرفع الضرر عن المدينين؛ إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام.

فما هي الحوالة؟ وما حكمها في الفقه الإسلامي؟ ومتى تلزم؟ وما هي الالتزامات التي تنشأ عن عقدها؟ وما تأثير الموت على تلك الالتزامات؟ هذا ما سنعرضه في هذا المطلب.

أولاً: تعريف الحوالة.

الحوالة لغة: الحوالة بالفتح مأخوذة من التحوّل والانقلاب، فأحلتها بدينه: نقلته إلى ذمة غير ذمتك، وأحلت الشيء إحالة: نقلته أيضاً، والحوالة: إحالتك غريباً. يقال: أحلت فلاناً بما له علي، على رجل آخر لي عليه كذا درهماً، ويقال للذي يحال عليه بالحق والذي يقبل الحوالة: الحوّالان كما يقال البيعان، والاسم الحوالة⁽¹⁾.

واصطلاحاً: اتفقت عبارات الفقهاء في تعريفهم للحوالة.

فعرّفها ابن الهمام من الحنفية بقوله: "نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم"⁽²⁾.

(1) ينظر: لسان العرب، ابن منظور، ج11، ص186. والمصباح المنير، الفيومي، ج1، ص157. ومختار الصحاح، الرازي،

ج1، ص84. وتاج العروس، الزبيدي، ج28، ص380.

(2) فتح القدير، ابن الهمام، ج7، ص238.

وعرّفها الدسوقي⁽¹⁾ من المالكية بقوله: "هي نقل الدّين من ذمّة بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى"⁽²⁾.

وعرّفها زكريا الأنصاري⁽³⁾ من الشافعية بقوله: "عقد يقتضي نقل دّين من ذمّة إلى ذمّة"⁽⁴⁾.

وعرّفها الزركشي من الحنابلة بقوله: "تحويل الحقّ من ذمّة إلى ذمّة"⁽⁵⁾.

والدلالة اللغوية لمصطلح الحوالة يقتضي التّقل والتّحويل، وهذا المعنى اتّفقت عليه جميع التعريفات، إلّا أنّ الحنفية عبّروا بنقل المطالبة، والجمهور عبّروا بنقل الحقّ أو نقل الدّين.

والفرق بين الحنفية والجمهور هو: أنّ الحنفية عبّروا بنقل المطالبة، ليفرّقوا بين الحوالة والكفالة، فالحوالة نقل للمطالبة، وهذا لا يتحقّق إلّا بفراغ ذمّة الأصيل، فلا يطالب المدين (المحيل) عندهم بالاتّفاق، بخلاف الكفالة، فهي ضمّ في المطالبة لا نقل، مع بقاء الدّين في ذمّة الأصيل؛ إذ الدّين عندهم لا يعمّر ذمّتين.

وعلى ذلك يقسّم الحنفية الحوالة إلى مقيدة ومطلقة؛ فالمقيدة هي الحوالة عند الجمهور، حيث يقيد الوفاء من مال المدين الذي في ذمّة المحال عليه، وأمّا المطلقة التي انفردوا بها عن الجمهور، هي التي تكون التزاماً في مال المحال عليه من غير أن يكون للمحيل دّين عليه، أو له عليه دّين، ولكن لا يقيد بالوفاء منه.

(1) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي الأزهري، ولد بدسوق. له تأليف: منها حاشية على مختصر السعد التفتازاني، وحاشية على الدردير على المختصر، وحاشية على كبرى السنوسي وعلى صغراه. توفي في ربيع الثاني سنة 1230 هـ/1814م، وصلى عليه بالأزهر في مشهد حافل. شجرة النور، مُجد مخلوف، ج1، ص520.

(2) حاشية الدسوقي، ج3، ص325.

(3) زين الدّين زكريّا بن محمّد بن أحمد بن زكريّا الأنصاريّ السنيكيّ ثمّ القاهري الأزهريّ الشافعيّ، له كتب منها: بحجة الحاوي، سمّاه الغرر البهية بشرح البهجة الوردية، وتنقيح اللّباب لابن العراق، ومختصر الرّوضة سمّاه اسنى المطالب إلى روض الطّالب. توفيّ الشّيخ في يوم الجمعة رابع ذي الحجّة سنة: 925هـ. النور السافر عن أخبار القرن العاشر، محي الدين عبد القادر العيّدروس، ص111.

(4) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص230.

(5) شرح الزركشي على مختصر الخرقى، الزركشي، ج4، ص109.

وأما الجمهور لم يكن عندهم هذا الإشكال؛ أي تقسيم الحوالة إلى مقيدة ومطلقة؛ لذلك لم يلتفتوا إليه، وإنما صبوا اهتمامهم على نقل الحق، وهذا المعنى الأخير محل اتفاق بين المذاهب الأربعة⁽¹⁾.
ويسمى الفقهاء المدین مَحِيلًا، والدائن محالاً أو محتالاً، والملتزم بدفع الدَّين محالاً عليه أو محتالاً عليه، والدَّين محالاً به أو محتالاً به.

ثانياً: حكم الحوالة في الفقه الإسلامي.

الحوالة عقد جائز في الديون دون الأعيان؛ لأنَّ النَّقْلَ والتَّحْوِيلَ فيها حكمي، وهذا لا يتحقَّق في الأعيان، فلا تصحُّح فيها الحوالة، ونقل غير واحد من العلماء الإجماع على جوازها في الجملة.
قال ابن قدامة: "وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة"⁽²⁾. وقال الزركشي: "والأصل في جواز الحوالة في الجملة الإجماع"⁽³⁾. ويعيِّر الفقهاء بقولهم: في الجملة، عندما يكون الحكم على الشَّيء مختصاً بأكثر صورته لا في كل الصُّور. ومن الصُّور التي يجب فيها قبول الحوالة عند الحنابلة، إذا أحيل المدین على مليء.

يقول الزركشي: "ومن أحيل بحقه على مليء فواجب عليه أن يحتال... نصَّ أحمد - رحمه الله - على ذلك، اتباعاً لظاهر الأمر في الحديث"⁽⁴⁾. والحديث ما جاء في الصحيحين عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ"⁽⁵⁾.

(1) ينظر: تبين الحقائق، الزيلعي، ج4، ص171. والذخيرة القراني، ج9، ص241. وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص230. وشرح الزركشي على مختصر الخرقى، ج4، ص109.

(2) المغني، ابن قدامة، ج4، ص390.

(3) شرح الزركشي على متن الخرقى، ج4، ص109.

(4) المصدر نفسه، ونفس الجزء والصفحة.

(5) أخرجه البخاري، كتاب: في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب: مطل الغني ظلم، رقم: 2400. ج3،

ص118. ومسلم، كتاب: المساقاة، باب: تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا أحيل على مليء، رقم: 1564. ج3، ص1197.

والأمر بالإتياع في الحديث عند جمهور الفقهاء محمول على الندب، لا على الوجوب. يقول ابن عبد البر: " وهذا عند أكثر الفقهاء ندبٌ وإرشادٌ لا إيجاب، وهو عند أهل الظاهر واجب، فقال ابن وهب: سألت مالكا عن تفسير حديث رسول الله ﷺ... قال مالك: هذا أمر ترغيب وليس بالذي يُلزمه السلطان الناس" (1).

ثالثاً: متى تلزم الحوالة؟.

اتفق الفقهاء على أن عقد الحوالة إذا تمَّ بالإيجاب والقبول مع توفُّر الشُّروط، يصير عقداً لازماً، لا يصحُّ فسخه، واختلفوا في أهمِّ الشُّروط المؤثِّرة في لزوم، وهو رضا المتعاقدين الثَّلاث.

الحنفية: لا تلزم الحوالة إلا برضا المحيل والمحال والمحال عليه؛ لأنَّ المحتال هو صاحب الحقِّ، فلا بد من رضاه، وأمَّا المحال عليه؛ لأنَّه الملتزم بإيفاء الدَّين، ولا لزوم بدون التزامه، وأمَّا المحيل، ففقيه يشترط رضاه؛ لأنَّه يأذن لغيره في أخذ دينه من مدينه، وقيل لا يشترط؛ لأنَّ التزام المحتال عليه بصرف الدَّين للمحال يعود بالنفع على المحيل ولا ضرر فيه (2).

المالكية والشافعية: تصحُّ الحوالة وتلزم برضا المحيل والمحال فقط؛ لأنَّ للمحيل إيفاء دينه من حيث شاء ولا أحد يلزمه بجهة معيَّنة، وله أن يوكِّل من شاء على قبض دينه، وأمَّا المحال فهو صاحب الحقِّ، وقد ثبت حقه في ذمَّة المحيل، ولا ينتقل حقه من ذمَّة إلى ذمَّة إلا برضاه، وأمَّا المحال عليه لا يعتبر رضاه عند الشافعية والمشهور عند المالكية إذا لم تكن هناك عداوة بين المحال والمحال عليه، وإلا فلا بدَّ من رضاه (3).

الحنابلة: "تلزم بمجرد العقد... ويشترط في صحَّتها رضا المحيل، بلا خلاف؛ فإنَّ الحقَّ عليه، ولا يتعيَّن عليه جهة قضائه. وأمَّا المحتال والمحال عليه، فلا يعتبر رضاها" (4).

(1) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ابن عبد البر، ج18، ص290.

(2) ينظر: فتح القدير، الكمال بن الهمام، ج7، ص239-240.

(3) ينظر: البهجة شرح التحفة، التسولي، ج2، ص93. وأسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص230.

(4) المغني، ابن قدامة، ج4، ص390.

رابعاً: الالتزامات التي تنشأ عن عقد الحوالة.

ينشأ عن عقد الحوالة التزام رئيسيان هما: أولاً: التزام المحال بإبراء ذمّة المحيل وعدم مطالبته بدينه، وثانياً: التزام المحال عليه بأداء الدّين للمحال.

أ- التزام المحال بإبراء ذمّة المحيل وعدم مطالبته بدينه: إذا وقعت الحوالة تامّة الشُّروط، برئت بها ذمّة المحيل من دين المحتال، كما تبرأ ذمّة المحال عليه من دّين المحيل، ولا يحقُّ لأحدهما مطالبة الآخر بالدّين المحال به، وهذا باتّفاق الفقهاء خلافاً لزفر من الحنفية، فقال: لا تبرأ ذمّة المحيل، وللمحال مطالبة المحيل والمحال عليه معاً⁽¹⁾، ونقل الاتّفاق غير واحد من العلماء.

يقول ابن هبيرة⁽²⁾: "واتّفقوا على براءة ذمّة المحيل إذا كان للمحيل على المحال عليه دّين، ورضي المحتال والمحال عليه"⁽³⁾. ويقول ابن الهمام: "وهي في الشّرع نقل المطالبة من ذمّة المديون إلى ذمّة الملتزم... فلا يطالب المديون بالاتّفاق"⁽⁴⁾. وجاء في جواهر العقود: "إذا قبل صاحب الحق الحوالة على مليء فقد بريء المحيل على كل وجه، وبه قال الفقهاء أجمع إلا زفر"⁽⁵⁾.

ب - التزام المحال عليه بأداء الدّين للمحال: يترتّب على عقد الحوالة فراغ ذمّة المحيل من الدّين، وانشغال ذمّة المحال عليه، ويلزّم من هذا أن يصير الدّين التزاماً ثابتاً في ذمّته، ويتحوّل حقّ المحال إليه⁽⁶⁾.

(1) تحفة الفقهاء، مُجّد بن أحمد السمرقندي، ج3، ص247. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1405هـ/1984م.

(2) يحيى بن مُجّد بن هبيرة بن سعد بن الحسن بن أحمد بن الحسن. ولد في ربيع الآخر سنة: 499هـ. صنف كتاب: الإفصاح عن معاني الصحاح، وهو شرح صحيح البخاري ومسلم، وصنف في النحو كتاباً سماه: المقتصد، وصنف كتاباً سماه: اختلاف الأئمة العلماء. توفي سنة: 560هـ. ذيل طبقات الحنابلة، بن رجب الحنبلي، ج2، ص107.

(3) اختلاف الأئمة العلماء، يحيى بن مُجّد بن هبيرة الشيباني، ج1، ص438. تحقيق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1423هـ/2002م.

(4) فتح القدير، ابن الهمام، ج7، ص238.

(5) جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، مُجّد بن أحمد بن علي الأسيوطي، ج1، ص145. تحقيق: مسعد عبد الحميد مُجّد، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط1، 1417هـ/1996م.

(6) ينظر: المهذب، الشيرازي، ج1، ص238. والمغني، ابن قدامة، ج5، ص54.

خامساً: أثر الموت على التزامات عقد الحوالة.

خلاصة عقد الحوالة: انتقال الالتزام بأداء الدَّين من ذمَّة المحيل إلى ذمَّة المحال عليه لصالح المحال، فالذي يُوثر في الالتزامات الناشئة عن عقد الحوالة هو موت المحيل أو المحال عليه، أمَّا المحال فلا يُوثر موته في العقد؛ لأنَّ الالتزام لصالحه، فلو مات قام ورثته مقامه في استيفاء الحقِّ حسب أقوال الفقهاء في أثر مَوْتِ المحيل والمحال عليه، ومن هنا لا بدَّ أن نقف على آرائهم في أثر موت هذين على عقد الحوالة.

أولاً: موت المحال عليه.

اتَّفَق الفقهاء على أنَّ المحال عليه لو مات ملبئاً لا يسقط الدَّين المحال به من ذمَّته، ويؤخذ من تركته، ولا يرجع المحال على المحيل. واختلفوا فيما لو مات مُفلساً، هل يرجع المحال على المحيل، أم لا .؟

الحنفية: إذا مات المحال عليه مُفلساً، فإنَّ عقد الحوالة ينتهي، وإذا كان الدَّين المحال به مؤجلاً فإنَّه يجلُّ بموته، ويرجع المحال على المحيل ليوفِّيه دينه، وإذا كان المحال عليه مديناً لغيره، قُسِّم ماله بين الغرماء والمحال محاصصة بالسَّواء، وإن بقي للمحال شيء من الدَّين رجع به على المحيل.

جاء في الدُّرِّ المختار: "ولا يرجع المحتال على المحيل إلا بالتَّوى"⁽¹⁾... وهو بأحد أمرين: أن يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بيِّنة له، أو يموت المحال عليه مفلساً"⁽²⁾.

المالكية: إذا تمت الحوالة مستوفية الشُّروط، انتقل الدَّين من ذمَّة المحيل إلى ذمَّة المحال عليه وتعلَّق به الالتزام بأداء الدَّين للمحال، فإذا مات المحال عليه ولو مفلساً، أخذ الدَّين من تركته، ولا يرجع المحال على المحيل، إلا إذا اشترط المحال أنَّه إذا مات المحال عليه أو أفلس فإنَّه يرجع عليه، فله ذلك الشرط.

(1) (إلا بالتَّوى) بالقصر ويمد: وهو بأحد أمرين: أن يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بيِّنة له؛ أي المحتال والمحيل، أو يموت المحال عليه مفلساً بغير عين ودين وكفيل. ينظر: الدر المختار: ابن عابدين، ج5، ص345. وكنز الدقائق، أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، ص458.

(2) الدر المختار، ابن عابدين، ج5، ص345. وينظر: المبسوط، السرخسي، ج20، ص72.

جاء في مواهب الجليل: " ويتحوّل حقُّ المحال على المحال عليه وإن أفسس أو جحد... قال اللخمي: إلّا أن يشترط أنّه يرجع، فإن أفسس أو مات فله شرطه، وهو قول المغيرة. وقال ابن ناجي في شرح الرسالة: نقله الباجي كأنّه المذهب، وقال ابن رشد: هذا صحيح ولا أعرف فيه خلافاً"⁽¹⁾.

الشافعية والحنابلة: بمقتضى الحوالة تبرأ ذمّة المحيل، ويُلزم المحال عليه بأداء الدّين، ولا يحقُّ للمحال الرُّجوع على المحيل، فإذا مات المحال عليه ولو مفلساً، فإنّ التزامه لا يبطل ويؤخذ الدّين من تركته؛ لأنّ الحوالة عقد لازم لا يفسخ بالموت. واستثنى الحنابلة: إذا شرط المحال يسار المحال عليه، ثم وجده معسراً، فإنّه يرجع على المحيل.

جاء في نهاية المحتاج: "فإن تعذر أخذ المحتال من المحال عليه بفلس طراً بعد الحوالة أو جحد وحلف، ونحوها كموت، لم يرجع على المحيل؛ إذ هي عقد لازم لا يفسخ بفسخها فامتنع الرُّجوع...؛ ولأنّه أوجب في الخبر اتباع المحال عليه مطلقاً؛ ولأنّه لو كان له الرُّجوع لما كان لذكر الملاءة في الخبر فائدة"⁽²⁾.

وجاء في كشّاف القناع: "فلا يملك المحتال على المليء الرُّجوع على المحيل بحال؛ لأنّ الحقّ انتقل فلا يعود بعد انتقاله هذا إذا اجتمعت شروطها؛ لأنّها براءة من دّين ليس فيها قبض ممن هو عليه... سواء أمكن استيفاء الحق من المحال عليه أو تعذر استيفاءه لمطل، أو فلس أو موت"⁽³⁾.

ثانياً: موت المحيل.

للفقهاء في موت المحيل في عقد الحوالة رأيان:

الرأي الأول: إذا مات المحيل لا يُفسخ عقد الحوالة ولا يؤثّر عليها، كما لا يؤثّر موت البائع بعد صحة البيع ولزومه؛ لأن الحوالة بمنزلة الإيفاء، فقد برئت ذمّة المحيل من الدّين وانشغلت به ذمّة المحال عليه. وهذا قول المالكية والشافعية والحنابلة.

(1) مواهب الجليل، الخطاب، ج5، ص94-95.

(2) نهاية المحتاج، الرملي، ج4، ص428.

(3) كشّاف القناع، البهوتي، ج3، ص383.

جاء في التَّهذِيب للبراذعي: " وإذا أحالك غريمك على من له عليه دَيْن، فرضيت باتباعه، برئت ذمَّة غريمك، ولا ترجع عليه في غيبة المحال عليه أو عدمه... وإن لم تقبض ما أحالك به حتى أفلس المحيل أو مات، فلا دخول لغرمائه معك في ذلك الدَّين؛ لأنَّه كبيع نفذ"⁽¹⁾. فشَبَّه موت المحيل بالبيع النَّافذ، فكما لا يُوَثِّر موت البائع في البيع النَّافذ، كذلك موت المحيل في الحوالة.

وجاء في نهاية المحتاج: "لو أحال بمؤجَّل على مثله حلَّت الحوالة بموت المحال عليه ولا تحلُّ بموت المحيل لبراءته بالحوالة"⁽²⁾.

وقال ابن قدامة: "فإن مات المحيل أو المحتال فالأجل بحاله، وإن مات المحال عليه انبنى على حلول الدَّين بالموت"⁽³⁾.

فتبيَّن من نصوص فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، أنَّ موت المحيل لا يُوَثِّر في الحوالة، فلا يحلُّ به أجل الدَّين، وإذا مات المحيل وله غرماء، لا يحاصرون المحال في المحال به، كما لا يحاصرونه في سلعة كان قد اشتراها من بائع في حال حياته ثم مات.

الرأي الثاني: وهو رأي الحنفية، حيث يقسِّمون الحوالة إلى قسمين: مطلقة ومقيَّدة، وسبق بيانهما. فوافقوا الجمهور في المطلقة، فقالوا: موت المحيل لا يبطل الحوالة ولا يُوَثِّر عليها؛ لأنَّها تبرُّع كالوكالة.

جاء في العقود الدرية لابن عابدين: "والحاصل أنَّ الحوالة المطلقة تبرُّع، وإذا كان المحال عليه مديوناً للمحيل لا تنقيد بدينه؛ ولذا كان للمحيل مطالبته به قبل الأداء، فلا تبطل بقسمة دين المحيل بين غرمائه؛ لأنَّ المحتال لم يبق من غرمائه بل صار من غرماء المحال عليه... فهذا كله دليل على أنَّ المطلقة لا تبطل بموت المحيل بل تبقى مطالبة المحتال على المحتال عليه"⁽⁴⁾.

(1) التهذيب في اختصار المدونة، البراذعي، ج4، ص43.

(2) نهاية المحتاج، الرملي، ج4، ص426.

(3) الشرح الكبير على متن المقنع، ابن قدامة، ج5، ص59.

(4) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ابن عابدين، ج1، ص293. دار المعرفة، د ط، د ت.

وإذا كانت مقيّدة ومات المحيل، بطلت الحوالة، وأخذ المحال حقه من تركة المحيل، وإذا كان على المحيل ديون غير دَيْن المحال، كان المحال أسوة الغرماء، ومع أنّ الأصل عندهم براءة ذمّة المحيل بالحوالة وانتقال الالتزام إلى ذمّة المحال عليه، إلا أنّ ذلك مقيّد بسلامة حقّ المحال.

يقول ابن عابدين: "وكذا لو قيّد بدينه الذي على المحتال عليه، لو مات قبل الاستيفاء يتساوى المحتال مع سائر الغرماء... ومقتضاه بطلان الحوالة بموت المحيل وهو المصرّح به في "الحاوي الزاهدي" وعبارته: مات المحيل تبطل الحوالة؛ حتى لا يختص المحتال بماله على المحتال عليه بل أسوة لغرمائه؛ لأنّها تمليك الدّين من غير من هو عليه وهو غير جائز إلا أنّها جُوّزت للحاجة، وبالموت سقطت وتعود المطالبة إلى تركته"⁽¹⁾.

الخلاصة:

اتّفق الفقهاء على أنّ موت المحال لا يؤثّر على عقد الحوالة، كما اتّفقوا أنّ موت المحال عليه إن كان مليئاً لا يؤثّر أيضاً، أمّا إن مات المحال عليه مفلساً؛ فالحنفية: تنتهي الحوالة، ويحلّ الدّين المؤجّل، ويرجع المحال على المحيل، وإذا كان للمحيل غرماء كان المحال أحدهم. والجمهور: لا تبطل الحوالة، ويؤخذ الدّين من تركته، واستثنى المالكية والحنابلة إذا اشترط المحال يسار المحال عليه، فله شرطه.

وأما موت المحيل، فالجمهور: لا يؤثّر على الحوالة، ووافقهم الحنفية فيما إذا كانت الحوالة مطلقة، وأمّا إذا كانت مقيّدة، بطلت الحوالة، وأخذ المحال حقه من تركة المحال عليه.



(1) المصدر نفسه، ونفس الجزء والصفحة.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات.

المبحث الأول: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات.

المبحث الثاني: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التوثيقات.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات.

يستلزم من تعيّر العادات وتبدل الأعراف وظهور المخترعات وسرعة التطورات استحداث عقود جديدة في حياة الناس، سواء في المجال السياسي أو الاقتصادي أو الطبي وغيرها، واستحداث هذه العقود تطرح قضايا فقهية كثيرة، وهذا يوجب على أولي العلم من المسلمين عموماً وعلماء الشريعة خصوصاً البحث والنظر في مستجد هذه العقود؛ لضمان سيرها وفق النصوص والمقاصد الشرعية، والأصول والقواعد الفقهية.

وهذه العقود أكثر من أن يحويها بحث كهذا، وعليه سيكون البحث في بعض التطبيقات المعاصرة من عقود التبرعات والتوثيقات من حيث تأثير موت أحد طرفي العقد على التزاماتها.

والبحث في القضايا الفقهية المعاصرة بحث يختلف عن البحث في المسائل الفقهية الخلافية التي سبق أن تناولها فقهاء المذاهب، من حيث السمات والخصائص، وهذا يتطلب منهجية خاصة؛ لذلك اعتمدت المنهجية التالية:

1- تصور المعاملة؛ إمّا من خلال تحرير المصطلحات، ببيان الدلالات اللغوية والشرعية والقانونية، أو ببيان الأنواع والخصائص، أو ببيان الفروق بين المعاملة وشبهاتها.

2- التكييف الفقهي للمعاملة.

3- أثر الموت على التزامات العقد.

ولا أرجع إلى القوانين الوضعيّة إلا بقدر التّعرف على ماهية العقود وصورها.

معتمداً على كتب الفقهاء المعاصرين والرسائل والأبحاث الفقهية المعاصرة، والمجلات العلمية، والمؤتمرات وقرارات المجامع الفقهية، وفتاوى العلماء المعاصرين، والنوازل الفقهية، مع الاستعانة بأقوال الفقهاء الأسلاف التي تُمتُّ بصلّة لهذه القضايا الفقهية المعاصرة.

المبحث الأول: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات.

شهد العصر نقلة نوعية في عالم البنوك، فبعد أن كانت البنوك التقليدية لا تقوم إلا على أساس المعاوضات والأرباح، ظهرت المصارف الإسلامية وأنشأت عقود تبرعات، تكثر وتقل حسب قانون الدولة المتواجدة بها تلك البنوك.

المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد التأمين التعاوني.

أصبح نظام التأمين في عصرنا من المعاملات السائرة في جميع مجالات الحياة الإنسانية، فشمّل ميدان التجارة والصناعة والزراعة والنقل بأنواعه، بل لقد أصبح الإنسان يؤمن حتى على حياته وصحته.

والتأمين نوعان: نوع يقوم على أساس التعاوض ويُقصد من ورائه الربح، وهو ما يسمّى بالتأمين التجاري أو التأمين ذي القسط الثابت أو التأمين التقليدي. ونوع يقوم على أساس التبرع ويُقصد من ورائه التعاون والتكافل، وهو ما يسمّى بالتأمين التعاوني أو التبادلي أو الإسلامي أو التكافلي، ويندرج تحت هذا النوع التأمين الاجتماعي، وإن كان يختلف معه في الشكل، إلا أنه يتحد معه في الهدف والغرض.

والذي يوافق موضوع التطبيقات المعاصرة لأثر الموت على عقود التبرعات هو النوع الثاني، وباعتباره الصيغة الشرعية للتأمين، فما مفهوم التأمين التعاوني؟ وكيف يُكيّف فقهيًا؟ وما أثر الموت على التزاماته؟

أولاً: تعريف التأمين التعاوني.

وحتى يتضح لنا التأمين التعاوني لا بد أن نعرف قسيمه، ثم نبين الفروق الأساسية بينهما.

فِيُعَرَّفَ عَقْدُ التَّأْمِينِ التِّجَارِيِّ بِأَنَّهُ: "عَقْدٌ يَلْتَزِمُ فِيهِ الْمُؤَمَّنُ بِمَقْتَضَاهُ أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَى الْمُؤَمَّنِ لَهُ أَوْ الْمُسْتَفِيدِ مَبْلَغًا مِنَ الْمَالِ أَوْ إِيرَادًا مُرْتَبًا فِي حَالَةِ وَقُوعِ الْحَادِثِ، أَوْ تَحَقُّقِ الْخَطَرِ الْمُبَيَّنِّ بِالْعَقْدِ، وَذَلِكَ نَظِيرَ أَقْسَاطِ يُؤَدِّيهَا الْمُؤَمَّنُ لَهُ لِلْمُؤَمَّنِ"⁽¹⁾.

وَيُعَرَّفُ التَّأْمِينُ التَّعَاوِنِي بِأَنَّهُ: "عَقْدٌ تَقُومُ بِهِ مَجْمُوعَةٌ مِنَ الْأَشْخَاصِ يَشْتَرِكُونَ بِدَفْعِ مَبْلَغٍ مُعَيَّنٍ، ثُمَّ يُؤَدِّي مِنَ الْإِشْتِرَاكَاتِ تَعْوِيضَ لِمَنْ يَصِيبُهُ ضَرَرٌ"⁽²⁾.

وَأَمَّا التَّأْمِينُ الْاجْتِمَاعِيُّ فَهُوَ: "الَّذِي تَقُومُ بِهِ الدَّوْلَةُ لِمَصْلَحَةِ الْمُوظَّفِينَ وَالْعَمَّالِ، فَتُؤَمِّنُهُمْ مِنْ إِصَابَةِ الْمَرَضِ وَالْعَجْزِ وَالشَّيْخُوخَةِ، وَيُسَهِّمُ فِي حَصِيلَتِهِ الْمُوظَّفُونَ وَالْعَمَّالُ وَأَصْحَابُ الْأَعْمَالِ وَالِدَوْلَةُ"⁽³⁾. ويشمل نظام التقاعد ونظام الضمان الاجتماعي والتأمين الصحي.

أهم الفروق بين التأمين التجاري والتأمين التعاوني:

1- الذي يتولَّى التَّأْمِينُ التِّجَارِيُّ، هَيْئَةٌ مُسْتَقَلَّةٌ عَنِ الْمُؤَمَّنِينَ تَسْمَى شَرِكَةَ التَّأْمِينِ، وَتَهْدَفُ إِلَى الرِّبْحِ، أَمَّا فِي التَّأْمِينِ التَّعَاوِنِيِّ التَّبَادُلِيِّ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونُوا هُمْ أَنْفُسُهُمُ الْمُؤَمَّنُونَ وَليست بَهَيْئَةٍ مُسْتَقَلَّةٍ، فَكُلُّ شَخْصٍ يَكُونُ مُؤَمَّنًا وَمُؤَمِّنًا، وَإِذَا أَنْ تَكُونُ هَيْئَةٌ مُسْتَقَلَّةٌ تَسْمَى شَرِكَةَ التَّأْمِينِ، إِلَّا أَنَّهَا تَتَصَرَّفُ بِوَكَاةِ الْمُؤَمَّنِينَ لِتَقُومَ بِإِدَارَةِ الْمَالِ، وَلَهَا أَجْرَةٌ عَمَلُهَا فَقَطْ، وَفِي التَّعَاوِنِيِّ الْاجْتِمَاعِيِّ تَكُونُ هَيْئَةٌ مُوَكَّلَةٌ مِنْ طَرَفِ الْحَاكِمِ، أَشْخَاصُهَا مُوظَّفُونَ عِنْدَ الدَّوْلَةِ يَتَقَاضُونَ أَجُورَهُمْ مِثْلَ الْمُوظَّفِينَ وَلَا يَسْعُونَ إِلَى رِبْحٍ.

2- الْأَمْوَالُ الْمَجْمُوعَةُ مِنْ أَقْسَاطِ التَّأْمِينِ الَّتِي يَدْفَعُهَا الْمُسْتَأْمِنُونَ؛ فِي التَّأْمِينِ التِّجَارِيِّ تَكُونُ مِلْكًا لِشَرِكَةِ التَّأْمِينِ، وَفِي التَّأْمِينِ التَّعَاوِنِيِّ أَوْ الْاجْتِمَاعِيِّ لَا تَكُونُ مِلْكًا لِلشَّرِكَةِ.

3- الْفَائِضُ وَالْأَرْبَاحُ الْحَاصِلَةُ مِنْ اسْتِثْمَارِ أَقْسَاطِ التَّأْمِينِ؛ فِي التَّأْمِينِ التِّجَارِيِّ لَا تَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَأْمِنِينَ، أَمَّا فِي التَّأْمِينِ التَّعَاوِنِيِّ، فَإِنَّ تِلْكَ الْأَرْبَاحَ وَالْفَائِضَ تَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَأْمِنِينَ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى مِلْكِيَّةِ أَقْسَاطِ التَّأْمِينِ كَمَا فِي الْفَرْقِ الثَّانِي.

(1) المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مُجَّدُ عَثْمَانَ شَبِيرٍ، ص 89. دار النفائس، الأردن، ط6، 1427هـ/ 2007م.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج5، 3421.

(3) المرجع السابق، ص84.

4- العلاقة بين المستأمنين وشركة التأمين؛ في التأمين التجاري علاقة معاوضة، كالبائع والمشتري، فقسط التأمين عندما تستلمه الشركة يصبح ملكاً لها عوضاً عما تلتزم به عن التعويض الذي تدفعه للمستأمن عند حدوث الضرر، فإن لم يحصل ضرر، كان قسط التأمين ملكاً للشركة بلا عوض.

وأما في التأمين التعاوني فالعلاقة ليست علاقة معاوضة، وإنما هي علاقة تبرُّع، وإذا استثمرت الشركة في أقساط التأمين كانت علاقة مضاربة، حيث تُردُّ الأرباح على المستأمنين، مع بقاء عنصر التعاون والتكافل⁽¹⁾.

ومن خلال هذه الفروق يتضح لنا ما يميِّز به التأمين التعاوني عن التأمين التجاري.

ثانياً: التكييف الفقهي للتأمين التعاوني:

وقبل التكييف الفقهي للتأمين التعاوني لنا أن نتصوره حتى تتضح معالمه.

فهو عبارة عن مجموعة من الموظَّفين أو العمَّال أو جماعة يجمعهم أمرٌ ما كجمعية خيرية مثلاً، أرادوا أن يحموا أنفسهم من خطر معيَّن أو ضرر يلحقهم، فأنشأوا فيما بينهم نظاماً تعاونياً متمثلاً في صندوق يتولى إدارته هيئة مختارة من بين المشاركين، أو تديره شركة التأمين الإسلامي في مقابل أجر؛ لقيامها بإدارة أعمال التأمين واستثمار الفائض بصفتها وكيلاً بأجر أو مضارباً. ودفَعوا إلى الصندوق أقساطاً مالية مرتَّبة، فإذا وقع الضرر بأحدهم عُوِّض من الصندوق، فإن لم تغطِّ تلك الأقساط الضرر دفعوا الفرق المطلوب، وإن فاضت بعد تعويض الضرر، رُدَّت عليهم، أو استثمارها الصندوق في أوجه مشروعة، مع إبقاء الصندوق على الأصل الذي وجد من أجله وهو التعاون على البرِّ وليس لتحقيق الربح⁽²⁾.

فإذا تأملنا هذه الصورة وجدناها تتلخَّص في ثلاثة أمور:

أولاً: عملية تبرُّع متمثلة في الأقساط التي يدفعها المشاركون.

(1) ينظر لهذه الفروق: المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلي، ص 263-294. دار الفكر المعاصر، بيروت لبنان، ط1، 1427هـ/ 2006م. بحوث في قضايا فقهية معاصرة، مُجدد تقي العثماني، ص 188-190. بتصرف.

(2) ينظر: مقارنة بين نظامي الوقف والتأمين التكافلي، يوسف بن عبد الله الشبيلي، ص 3. بحث مقدم في ندوة علمية عن التأمين التعاوني من خلال نظام الوقف بالجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، 26-27 صفر 1429هـ/ 06 مارس 2008م.

ثانياً: دفع مبلغ التّأمين عند حدوث الضّرر بأحد المشاركين.

ثالثاً: استثمار الفائض وعود أرباحه أو جزء منه على المشاركين.

فما هو التّكييف الفقهي لهذه العمليات الثلاث؟. وكيف يُردُّ على الإشكالات التي تعترضها؟.

فإذا نظرنا إلى العمليّة الأولى والثّانية، وجدناهما يقتربان كثيراً مما فعله الأشعريّون في زمن النّبي صلى الله عليه وسلّم وأقرّهم عليه، مع اختلاف في بعض الجزئيات. جاء في الصحيحين عن أبي موسى، قال: قال النّبي صلى الله عليه وسلّم: "إِنَّ الْأَشْعَرِيَّيْنَ إِذَا أَرْمَلُوا فِي الْعَزْوِ، أَوْ قَلَّ طَعَامُ عِيَالِهِمْ بِالْمَدِينَةِ جَمَعُوا مَا كَانَ عِنْدَهُمْ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ، ثُمَّ اقْتَسَمُوهُ بَيْنَهُمْ فِي إِنَاءٍ وَاحِدٍ بِالسَّوِيَّةِ، فَهُمْ مِنِّي وَأَنَا مِنْهُمْ"⁽¹⁾. فمن أجل تأمين غذائهم كانوا إذا حلَّ بهم إرمال (وهو فناء الزاد وقلة الطعام) جمعوا ما عندهم في مكان واحد، ثمّ أعادوا تقسيمه بالتساوي، لاغين اعتبار القدر الذي أسهم به كل فرد.

فيعتبر هذا نظاماً تعاونياً يهدف إلى تعويض المتضرّرين من المساهمين، ومساهمات المشاركين تعتبر تبرعاً محضاً من قبيل التعاون على البرّ، وقد حث الله عزّ وجلّ عليه. قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: 2]. ومن السنّة حديث رسول الله صلى الله عليه وسلّم: "مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادُّهِمْ، وَتَرَاحُمِهِمْ، وَتَعَاطُفِهِمْ مَثَلُ الْجَسَدِ إِذَا اشْتَكَى مِنْهُ عُضْوٌ تَدَاعَىٰ لَهُ سَائِرُ الْجَسَدِ بِالسَّهْرِ وَالْحُمَّى"⁽²⁾ وتداعى له سائر الجسد؛ أي دعا بعضه بعضاً إلى المشاركة فيما يشتهي منه ذلك العضو.

وقد يُطرح إشكال، وهو أنّ التّعويضات التي تُدفع إلى المتضرّر هي تعويض عما دفعه، بدليل أنّ غير المساهم لا يستفيد من التعويضات. نقول: نعم، غير المساهم لا يستفيد، ومع ذلك: أنّ ما يحصل عليه المتضرّر ليس عوضاً عمّا تبرّع به، وإمّا هو عطاء مستقل، بدليل أنّ المساهم قد يدفع الكثير ولا

(1) رواه البخاري، كتاب: الشركة. باب: الشركة في الطعام والنهد والعروض، رقم: 2486. ج3، ص138. (والنّهْد هو أن يخرج كلٌّ من الرفقاء نفقة سفره وتوضع النفقات كلها ويخلط بعضها ببعض وينفق الجميع منها وإن تفاوتوا في الأكل. ومسلم، كتاب: فضائل الصحابة رضي الله تعالى عنهم. باب: من فضائل الأشعريين رضي الله عنهم، رقم: 2500. ج4، ص1944.

(2) رواه مسلم، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم، رقم: 2586. ج4، ص1999.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

يستفيد شيئاً، وقد يستفيد أكثر مما دفع، وهذا الجواب قد يوِّلد لنا إشكالاً آخر، وهو وجود الغرر. فيجاء عنه، بأنَّ الغرر في التبرُّعات معتفر، كما نصَّ على ذلك الفقهاء⁽¹⁾.

وأما العمليَّة الثالثة التي هي استثمار الفائض وعود أرباحه أو جزء منه على المشاركين.

لعلَّ من أهمِّ مميزات التَّأمين التَّعاووني هو الفائض التَّأميني الذي يتبقَّى من أقساط المشاركين بعد خصم تعويضات المتضرِّرين والمصروفات الإدارية وأجرة الهيئة التي تُدير الصَّنَدوق باعتبارها وكيلاً، فالمتبقي هو الذي يسمَّى فائضاً وليس ربحاً كما تسمِّيه شركة التَّأمين التجاري.

إذا دَقَّقنا النَّظر في هذا الفائض من حيث مصدره نجده أثراً من آثار عقد التَّأمين، فهو ليس عقداً مستقلاً خارجاً عن عقد التَّأمين، وإنما تجمَّع من تلك الأقساط التي لم تستنفذها تعويضات المتضرِّرين وأجرة الهيئة الوكيلية، تماماً كما في عقد النَّهد - كما ترجم به البخاري - الذي سبق ذكره في حديث الأشعريين، فيحصل هذا الفائض بشكل طبيعي من غير حاجة إلى اشتراطه أثناء العقد.

فإذا تحصل هذا الفائض بشكل طبيعي، فإنَّ الصَّنَدوق يعمل فيه حسب التَّنظيمات المتَّفَق عليها في العقد، والتي تضمن للصَّنَدوق خاصيَّة الاستمرار والتَّطور والتَّكْييف مع الأزمات.

ومن أهم ما يضمن للصَّنَدوق الاستمرار والتَّطور ومواكبة الأزمات هو الاستثمار، فيوجِّه جزءاً من فائض التَّأمين إليه على أساس المضاربة الشرعيَّة، فيُعطَى الصَّنَدوق صفة المضارب، والمستأمنون صفة ربِّ المال⁽²⁾.

وهذه المضاربة ليست عقداً مستقلاً بنفسه، ولم يُتَّفَق عليها في العقد، وإنما أتت ضمناً؛ للمحافظة على الصَّنَدوق من الإفلاس، وإنما هي في الحقيقة، أموال أفرزها أصحابها لغرض معيَّن على وجه التبرُّع والتَّعاون لا على أساس المعاوضة، فالمضاربة تبعاً لا أصالة في العقد. ومن ثمَّ نقول: بأنَّ التَّكْييف الفقهي الصحيح لاستثمار الفائض في التَّأمين التَّعاووني هو **الوقف النقدي** يُستثمر فيه بالمضاربة

(1) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، مُجد تقي العثماني، ص190.

(2) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، علي أحمد السالوس، ص372. مكتبة دار القرآن، مصر، ودار الثقافة، قطر، ط7، دت.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

ويُصرف الربح الحاصل منها على الموقوف عليهم حسب شروط الوقف، وهو قول بعض الفقهاء المعاصرين، منهم تقي العثماني⁽¹⁾ ويوسف الشبيلي⁽²⁾ وعبد الستار أبو غدة⁽³⁾.

وقد نصَّ بعض من الفقهاء القدامى على جواز وقف التُّقود.

قال ابن الهمام: "وعن الأنصاري - وكان من أصحاب زفر - فيمن وقف الدرهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن أيجوز ذلك؟ قال: نعم، قيل: وكيف؟ قال: يدفع الدرهم مضاربة ثم يُتصدَّق بها في الوجه الذي وقف عليه"⁽⁴⁾.

ونقل الإمام البخاري في صحيحه نصّاً عن الإمام الزُّهري في باب وقف الدوابِّ والكراع والعروض والصَّامِت⁽⁵⁾ فقال: "وقال الزهري: فيمن جعل ألف دينار في سبيل الله ودفعتها إلى غلام له تاجرٍ يتَّجر بها، وجعل ربحه صدقة للمساكين والأقربين، هل للرجل أن يأكل من ربح ذلك الألف شيئاً، وإن لم يكن جعل ربحها صدقة في المساكين؟ قال: ليس له أن يأكل منها"⁽⁶⁾ وتصدير الإمام البخاري بكلام الزُّهري فيه إيماء بأنَّ هذا مذهبه.

وإذا تبَيَّن لنا جواز وقف التُّقود عند جماعة من الفقهاء والتصدُّق بما ينتج عنها من ربح، فإنَّ ذلك لا يتمُّ إلَّا عن طريق المضاربة في المال الموقوف وإنفاق الربح على الموقوف عليهم تماماً كغَلَّة الوقف، وهنا لا بد من توضيح الإشكالات التي تَرُدُّ على هذه المضاربة.

أهم تلك الإشكالات: هل يجوز أن يكون المضارب شخصيَّة معنوية؟. وهل يجوز تعدد أرباب المال في عقد المضاربة؟.

(1) تأصيل التأمين التكافلي على أساس الوقف والحاجة الداعية إليه، مُخَدِّ تقي العثماني، بحث مقدم لندوة البركة لدراسة صيغ التأمين التكافلي حسب الأحكام الشرعية، المنعقدة بمجدة، المملكة العربية السعودية، رمضان 1426هـ الموافق شهر نوفمبر 2005م.

(2) ينظر: مقارنة بين نظامي الوقف والتأمين التكافلي، يوسف بن عبد الله الشبيلي، ص3-6.

(3) نظام التأمين التكافلي من خلال نظام الوقف، عبد الستار أبو غدة. بحث مقدم في ندوة عالمية عن التأمين التعاوني من خلال نظام الوقف بالجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، 26-27 صفر 1429هـ/ 06 مارس 2008م.

(4) فتح القدير، ابن الهمام، ج6، ص219.

(5) (الكراع) الخيل المرصدة للجهاد. (العروض) الأمتعة. (الصامت) ضد الناطق والمراد: النقد في المال.

(6) صحيح البخاري، كتاب: الوصايا، باب: وقف الدواب والكراع والعروض والصَّامِت، ج4، ص12.

1- هل يجوز أن يكون المضارب شخصية معنوية؟.

الشخصية المعنوية أو الاعتبارية؛ مصطلح حديث في الفقه الإسلامي، فرضه اتساع المعاملات في الواقع المعاصر؛ لأجل التعامل مع مجموعة من الأفراد في صورة شخص واحد، أو الأموال المشتركة في صورة صندوق مالي موحد.

وقد عرّف الفقهاء المعاصرون الشخصية المعنوية بقولهم: هي " وصف يقوم بالشخصية أو بالكيان، أو بالمؤسسة، يجعلها أهلاً للإلزام والالتزام في الحقوق والواجبات المالية"⁽¹⁾.

والمعروف في الفقه الإسلامي أنّ المضارب يكون شخصاً حقيقياً، لكن بعد اتساع المعاملات المالية المعاصرة، استُخدمت الشخصية المعنوية لتحل محل الشخصية الحقيقية في كثير من المعاملات خصوصاً المالية منها.

وهذه الشخصية المعنوية تثبت للمؤسسات والشركات والجمعيات والهيئات بغض النظر عن ذم الأشخاص الذين تتكوّن منهم هذه المؤسسات والهيئات، ولها ذمة تثبت فيها الالتزامات والحقوق والواجبات كما تثبت في ذمة الشخصية الحقيقية، وقد تقرّر هذا في الفقه المعاصر⁽²⁾ بناءً على ما هو ثابت في تراث الفقه الإسلامي، كذمة المسجد التي يثبت فيها ملكية الوقف، وذمة بيت مال المسلمين، فذمة ناظر الوقف منفصلة عن ذمة الجهة الموقوف عليها، وذمة الحاكم منفصلة عن ذمة بيت مال المسلمين وهكذا.

وعلى هذا إذا سلّمت الأموال إلى مؤسسة مالية أو هيئة على أساس المضاربة، فإنّ المضارب الحقيقي في هذه المعاملة هو الشخصية المعنوية، وليس مدير المؤسسة ولا الموظفون في الإدارة الذين يمارسون أعمال المضاربة؛ لأنّ المدير يعمل بالنيابة عن الشخصية المعنوية، والموظفون يعملون كوكلاء، فلو عُزل أو مات المدير أو أحد الموظّفين، لا تنخرم ذمة الشخصية المعنوية، كما لا تنخرم ذمة بيت

(1) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، دُبيان بن مُجدّ الدين، ج18، ص169. مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط2، 1434هـ.

(2) ينظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى أحمد الزرقا، ص200-201. دار القلم، دمشق، ط1، 1420هـ/1999م.

مال المسلمين لو عُزِلَ الحاكم أو مات، ولا تنخرم ذمّة الجهة الموقوف عليها لو مات ناظر الوقف أو عُزِلَ⁽¹⁾.

2- هل يجوز تعدد أرباب المال في عقد المضاربة؟.

عندما كتب الفقهاء القدامى عن المضاربة تحدّثوا عن المضاربة الفردية، التي تتم بين ربّ المال والعامل؛ وذلك انطلاقاً من تصوّرهم وبيئتهم البسيطة، إذ لم تكن في زمنهم المشاريع الضخمة من الصناعات والتجارات بين الدوّال التي تتطلّب الأموال الكثيرة، والتي يعجز الفرد عن تمويلها، كما يعجز فرد عن القيام بإدارة تلك المشاريع والعمل فيها، أمّا في العصر الحديث فقد اتّسعت المعاملات الماليّة، حيث أصبح من الضّروري مشاركة جمع من أرباب الأموال، كما يتطلّب جمعاً من العمّال لإدارة العمل في هذه الأموال، وهذا ما يسمّيه الفقهاء المعاصرون بالمضاربة المشتركة.

وعدم تطرّق الفقهاء القدامى لمثل هذا النوع من المضاربة لا يعني عدم الجواز، وإمّا يرجع ذلك لعدم وقوعها في زمنهم، ومع ذلك نُقل عنهم صورة مشابهة للمضاربة الجماعية، وهي مضاربة الواحد في مال الرّجلين.

قال ابن رشد في البيان والتّحصيل: "وسئل مالك: عن رجل أخذ من رجلين مالاً قراضاً فأراد أن يخلطه بغير إذنهما، فقال: يستأذنهما أحسن وأحب إليّ، فإن لم يستأذنه فلا أرى عليه سبيلاً"⁽²⁾.

وقال الإمام النووي في روضة الطالبين: "وإذا قارض اثنان واحداً، فليبيّن نصيب العامل من الرّبح، ويكون الباقي بينهما على قدر ماليهما"⁽³⁾.

فنصوص الفقهاء واضحة على جواز هذه الصورة، وتجويزهم لأن يكون ربّ المال اثنين يُخرّج عنه جواز المضاربة المشتركة التي يكون فيها ربّ المال جماعة، فليس هناك مانع يمنعها، وليس هناك دليل

(1) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، مُجدّد تقى العثماني، ص 196-207.

(2) البيان والتّحصيل، أبي الوليد مُجدّد بن أحمد بن رشد القرطبي، ج 12، ص 349. تحقيق: أحمد الحبابي، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط 2، 1408هـ / 1988م.

(3) روضة الطالبين، النووي، ج 5، ص 125.

يُقصر المضاربة على عدد معيّن من أرباب الأموال، والأصل في المعاملات الإباحة إلا ما ورد الدليل على حظره⁽¹⁾.

ثالثاً: أثر الموت على التزامات عقد التّأمين التّعاوني:

إذ تأملنا في التأمين التعاوني الإسلامي نجده يقوم على التزامين:

1- المساهم التزم بالتبرّع لمجموعة المستأمنين المشاركين في الصّندوق.

2- والصّندوق التزم بالتبرّع للمساهم المتضرّر إذا تحققت فيه الشّروط المتفق عليها في العقد.

وهذان الالتزامان هما أثرٌ لثلاث علاقات تعاقدية:

أ- علاقة بين المساهمين فيما بينهم، وهي عقد التزم بالتبرّع على وجه الوقف النقدي، فكلُّ مساهم ملتزم بالتبرّع لغيره من المساهمين.

ب- علاقة بين الصّندوق والهيئة التي تديره أو المؤسسة الماليّة، وهي عقد وكالة من حيث إدارته، ومضاربة من حيث استثمار فائضه.

ج- علاقة بين المساهمين والصّندوق، وهي عقد التزم بالتبرّع من الطرفين؛ المساهم يلتزم بالتبرّع للصّندوق حسب دفعات مرتّبة، والصّندوق يلتزم برجوع التبرّع عند حدوث ضرر بالمساهم حسبما يغطّي الضرر⁽²⁾.

وخلاصة عقد التّأمين التّعاوني، أنّه اشتمل على وقف نقدي لصندوق تعاوني خيري، ومضاربة في فائض الصّندوق، ووكالة في إدارة مال الصّندوق، فالمضاربة والوكالة عقدان بالتّبع لا بالأصل، والأصل هو الالتزام بالتبرّع على وجه الوقف، وسنرى أثر الموت على الالتزام بالتبرّع، والوقف في الفقه الإسلامي.

(1) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مُجّد عثمان شبير، ص 347-348.

(2) ينظر: تأصيل التأمين التكافلي على أساس الوقف والحاجة الداعية إليه، مُجّد تقي العثماني، ص 13.

الفرع الأول: موت الملتزم بالتبرع في الفقه الإسلامي.

"من أزم نفسه معروفاً لزمه"⁽¹⁾، ما لم يفلس أو يموت عند المالكية، يقول الحطّاب في تحرير الكلام في مسائل الالتزام: "من التزم الإنفاق على شخص مدّة معيّنة، أو مدّة حياة المنفق أو المنفق عليه، أو حتّى يقدم زيد أو إلى أجل مجهول لزمه ذلك ما لم يفلس أو يموت"⁽²⁾.

وعليه فإنّ المساهم في عقد التّأمين التّعاوني يُعتبر ملتزماً بالتبرع، فإذا مات انتهى العقد معه، وسقط التزامه بدفع الأقساط المرتبة للصندوق؛ لأنّ ماله أصبح ملكاً لورثته، وردّ الصندوق على الورثة ما كان متفقاً عليه حسب اللوائح التنظيمية، وإذا كان الاتفاق يقضي بعدم الردّ على الورثة، فله ذلك؛ لأنّ المساهم كان متبرعاً.

الفرع الثاني: موت الواقف في الفقه الإسلامي.

متى وقع الوقف مستوفياً الأركان والشروط كان لازماً، لا يصحّ الرجوع فيه ولا يباع ولا يوهب ولا يورث، وهو رأي الجمهور: المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنفية⁽³⁾.

وعليه لو مات المساهم في التّأمين التّعاوني الذي تبرّع بأقساط ماليّة دفعها مرتبةً لصندوق التّأمين التّعاوني، أصبحت تلك الأقساط وفقاً لله تُصرف لما وُفقت عليه، لا حق لورثته في استرجاع أصلها.

وكونها ملكاً لله لا تجب فيها الزكاة ولا يجري فيها الميراث، وهو قول الشافعية، حيث عرفوا الوقف بقولهم: هو "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته، على مصرفٍ مباح"⁽⁴⁾.

ويستفاد منه: أنّ العين تخرج من ملكيّة الواقف ولا تدخل في ملكيّة الموقوف عليه، وعلى هذا تكون ملكاً لله، وهذا رأي الصاحبين وهو المفتى به عند الحنفية.

(1) المختصر الفقهي لابن عرفة، ج7، ص240.

(2) تحرير الكلام في مسائل الالتزام، الحطّاب، ص75.

(3) ينظر: الدر المختار، ابن عابدين، ج4، ص338. والقوانين الفقهية، ابن جزّي، ص244. والمهذب، الشيرازي، ج2،

ص326. والمغني، ابن قدامة، ج6، ص5.

(4) أسنى المطالب، الأنصاري، ج2، ص457.

الخلاصة:

التأمين التعاوني هو: أن يشترك مجموعة من الأشخاص بدفع مبلغ معين في شكل دفعات مرتبة، ثم يُؤدَّى من هذه الاشتراكات تعويض لمن يصيبه ضرر حسبما وقع عليه الاتفاق، وهو عقد أجازته الفقهاء المعاصرون؛ لدخوله ضمن عقود التبرعات التي يقصد بها التعاون على البر، وهذا من حيث الأصل.

واختلفوا في تكييفه الفقهي على أقوال متعدّدة، رأينا أقربها إلى الصواب، هو تكييفه على الوقف النقدي الذي يقوم على أساس المضاربة؛ لأنّ الوقف عقد تبرّع، ويتّسع للشروط ما لا يتّسع له غيره من العقود.

والالتزامات التي تنشأ عن التأمين التعاوني ترجع في أصلها إلى الالتزام بالتبرّع، تُجمع هذه التبرعات في صندوق على أساس الوقف النقدي، فإذا وقع ضرر معين بأحد المساهمين تمّ تعويضه من الصندوق.

فإذا مات أحد المساهمين انتهى التزامه اتجاه الصندوق، ولا يحقُّ لورثته استرجاع مال مورثهم؛ لأنّه خرج من يده على وجه التبرّع لا على وجه المعاوضة.



المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد الودائع المصرفية.

اتّسع النّظام المالي فرض زيادة حجم الأموال، فاستلزم من هذا زيادة حجم الودائع في حياة النّاس اليوم، فلم تعد الأوعيّة الادّخارية الفرديّة البسيطة تغطّي حاجتهم، فبرزت المصارف كبديل لتلك الأوعيّة الادّخاريّة القديمة، فعملت على تجميع الودائع والمدّخرات واستثمارها، فاستفاد أرباب الأموال من القدرات التي تمتلكها المصارف، حيث يعتبر حفظ الودائع بالكم الكبير والقيام على حراستها مكلفاً جداً لا يستطيع الأفراد تحمّله.

فلم يعد عقد الوديعة يجري على النّمط المعروف في الثّراث الفقهي، بل قد تشعّبت أحكامه، وسُمّيت مضامين العقود بمصطلحات لا تحمل الدّلالة الفقهيّة الصحيحة لها، ولا تتفق مع المصطلحات الفقهيّة القديمة إلا في الاسم، مما يحتمّ اليوم الفحص الفقهي لهذه المعاملات والنّظر في مدى توافقيها مع القواعد الشرعيّة.

فمن العقود المعاصرة للوديعة: الودائع المصرفيّة. فما مفهومها؟ وما هو التّكليف الفقهي لها؟ وكيف يؤثّر الموت على التزاماتها؟ هذا ما سنبحثه في هذا المطلب.

أولاً: تعريف الودائع المصرفيّة.

الودائع المصرفيّة لغة: الودائع المصرفيّة كلمة مركّبة من كلمتين: أحدهما (الودائع) والثانية (المصرفيّة). والودائع جمع وديعة، وقد سبق تعريفها في مبحث التبرّعات الخاصّة بالنيابة، والمصرفيّة نسبة إلى المصارف، والمصارف جمع مصرف (بكسر الراء) من الفعل صرّف يصرّف، تصريفًا، فهو مُصرّف، والمفعول مُصرّف، واسم الفاعل من هذا صيرّف، وصيرّف، وصرّف للمبالغة. وصرّف الأشياء: نقلها، بدّلها، وجّهها. وصرّف البضائع: تصرّف فيها بالبيع. وصرّفت المال: أنفقته. وصرّفت الذهب بالدرهم: بعته. ويطلق المصّرّف على المكان الذي يباع فيه النقد⁽¹⁾.

(1) ينظر: المصباح المنير، الفيومي، ج1، ص338. ومعجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل. ج2، ص1292. عالم الكتب، ط1، 1429 هـ - 2008 م.

وإصطلاحاً: "مال أودعه صاحبه في مصرف من المصارف المالية، إمّا لمدة محدّدة، أو بتعاهد من الفريقين بأنّ للمالك أن يستعيده كلّهُ أو جزءاً منه متى شاء"⁽¹⁾.

وعرّفها قانون نظام البنك الجزائري في المادتين 12 - 13.

المادة 11: حسابات الودائع هي حسابات تحتوي على أموال يتمّ إيداعها في بنك من طرف أفراد أو كيانات، مع الالتزام بإعادة هذه الأموال أو ما يعادلها إلى المودع أو إلى شخص آخر معيّن، عند الطلب أو حسب شروط متّفق عليها مسبقاً.

المادة 12: الودائع في حسابات الاستثمار هي توظيفات لأجل، تترك تحت تصرّف البنك من طرف المودع لغرض استثمارها في تمويلات إسلاميّة وتحقيق أرباح"⁽²⁾.

أنواع الودائع المصرفية:

فالودائع المصرفيّة نوعان: ودائع عينيّة حقيقيّة، كإيداع الذهب مثلاً، حيث توضع في خزائن حديديّة وتؤخذ عنها أجرة. والنوع الثاني: ودائع نقديّة وهي أنواع ثلاث - بحسب تاريخ استردادها كما في التعريف الاصطلاحي - :

1- ودائع جارية: وهي المبالغ التي يودعها أصحابها في البنوك، ويحقّ لهم سحبها كاملة في أيّ وقت شاءوا دون أن يحصلوا على أيّ عائد أو فائدة.

2- ودائع ثابتة: وهي المبالغ التي يودعها أصحابها في البنك بناءً على اتّفاق بينهما بعدم سحبها أو شيء منها إلاّ بعد إخطار البنك بمدة معيّنة، ويدفع البنك للمودع فائدة إذا بقيت مدّة معيّنة دون أن تُسحب.

(1) بحوث في قضايا فقهية معاصرة، مُجدّد تقي العثماني، ج1، ص335. دار القلم، دمشق، طبعة خاصة بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، 1434هـ/ 2013م.

(2) بنك الجزائر، أنظمة عام 2020 م، النظام رقم: 2020-02 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس 2020، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ص3.

3- ودائع إِدْخارية: وهي المبالغ التي يودعها أصحابها في البنك، ويحقُّ لهم سحبها كاملة متى شاءوا، ويُعطى أصحابها فائدة تكون في الغالب أقلَّ من فائدة الودائع الثَّابِتة⁽¹⁾.

ثانياً: التكييف الفقهي للودائع المصرفية.

خلاصة التَّقْسيم السَّابِق للودائع المصرفية أنَّها نوعان: عينية ونقدية، والتَّقْديَّة ثلاثة أنواع: جارِيَّة، وثابِتة، وإِدْخاريَّة، وإذا أردنا أن نكَيِّف الودائع المصرفية تكييفاً فقهيّاً لا بدَّ أن نتعرض لكلِّ نوع بمفرده.

1- الودائع العينية: وهي ودائع عينيَّة كالذَّهب والفضَّة والأحجار الثَّمينة والمستندات ذات القيمة، يضعها أصحابها بأنفسهم في مخازن حديدية يستأجرونها من المصرف بأجرة معلومة، وعلاقة المصرف بهذه الأموال الإِدْخار فقط دون التَّصرُّف فيها⁽²⁾.

ومن خلال هذا التَّصوُّر للودائع العينية يتبيَّن لنا مجموعة من الخصائص أهمها:

أ- المصرف لا يمتلك هذه الودائع، وليس له حقُّ التَّصرُّف كما في الودائع الجارية والثَّابِتة والإِدْخارية، وإمَّا له دور الحفظ والحراسة فقط.

ب- يدفع المودِع أجرة للمصرف مقابل تأجير الخزائن وحراسة المصرف للودائع.

ج- يتصرَّف المودِع في وديعته بحرية، حيث يكون مفتاح الخزانة بيده، له فتحها متى شاء، ويأخذ منها ما شاء، خلال توقيت العمل اليومي، وبعد التَّحَقُّق من شخصيَّته قبل السَّماح له بالدُّخول إلى مكان الخزائن.

(1) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة، مُجَّد عثمان شبير، ص 265. بتصرف.

(2) ينظر: بحوث في قضايا معاصرة، مُجَّد تقي العثماني، ج 1، ص 338.

التكييف الفقهي للودائع المصرفية العينية:

وبعد التّصور للودائع العينية المصرفية وبيان أهم الخصائص، نأتي إلى التكييف الفقهي، فنقول: اختلف العلماء المعاصرون في التكييف الفقهي للودائع العينية المصرفية، فمنهم من كَيّفها عقد إجارة، ومنهم من كَيّفها عقد وديعة، ومنهم من جعلها عقداً مركباً منهما.

أ- عقد الودائع العينية المصرفية هو عقد إجارة، حيث تبقى ملكية الخزانة للمصرف، والمودع يملك منفعة الخزانة لمدة محدّدة وبأجرة معلومة، وأمّا كون المصرف يقوم بحراسة الخزانة، فهو يقوم بحراسة عقاره، كما أنّ الحراسة جاءت بالتبّع لا بالأصل. ومن قال بهذا الدكتور سامي حمود، حيث قال - بعد ذكره للأراء -: " ولكن القول باعتبار العقد إجاراً كان هو الرّاجح وهو ما نختاره؛ لأنّ النّفع فيه منصبّ أساساً على الانتفاع بالشيء، وأمّا الحراسة فهي حاصلة حكماً"⁽¹⁾.

ب- عقد الودائع العينية المصرفية هو عقد وديعة؛ لأنّ الخزانة وما تحتويه من ودائع هي مودعة لدى المصرف، وهو المسؤول عنها، وهذه هي الحقيقة التي تضمّنها العقد. ومن مال إلى هذا التّكييف الدكتور علي البارودي حيث قال: " وواضح أنّ هذا العقد أميل إلى عقد الوديعة، فجوهر ما فيه هو فكرة الحفظ والصيانة لا فكرة الاستئجار... إذ من المؤكّد أنّ العميل لا يستأجر الخزانة لمجرد ملء ما بداخلها من فراغ بأشياءه الخاصّة كما يفعل مستأجر المسكن مثلاً، وإمّا لوجود هذه الخزانة في حفظ البنك وحراسته..."⁽²⁾.

ج- عقد الودائع العينية المصرفية هو عقد إيداع لعين مستأجرة، فالمودع استأجر الخزانة أولاً، وبذلك يكون قد ملك منفعتها مدّة الإجارة، ثمّ أودعها المصرف ثانية؛ لأنّ المستأجر يملك إيداع العين التي استأجرها، ومن قال بهذا أبو عمر دُبَيان بن مُجَدِّ الدُبَيان، حيث قال: "الذي أراه أنّه عقد إيداع لعين مستأجرة، والأجرة المأخوذة روعي فيها الأمران معاً: منفعة الخزانة، والقيام على حفظها"⁽³⁾.

(1) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، سامي حسن أحمد حمود، ص340. مطبعة الشرق، عمان، ط2، 1402هـ/1982م.

(2) العقود وعمليات البنوك التجارية، علي البارودي، ص294. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، دت.

(3) المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، دُبَيان بن مُجَدِّ الدُبَيان، ج19، ص372.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

ويمكن أن نناقش هذه الآراء بما يرد عليها من إشكالات، فالقول بأنها عقد إجارة لا يستقيم؛ لأنَّ العين المستأجرة في عقد الإجارة تكون حيازتها للمستأجر، بينما هنا بقيت الخزنة وما فيها من الودائع في حيازة المصرف المؤجّر.

والقول بأنها عقد وديعة لا يستقيم أيضاً؛ لأنَّ العين المودعة في عقد الوديعة تكون في يد الوديع الذي هو المصرف هنا، بينما نجدتها في هذا العقد تحت تصرف المودع.

وأما القول بأنها عقد إيداع لعين مستأجرة، يعتريه إشكالان:

الأول: جعل الوديعة هنا مضمونة على المصرف، والمعروف في الفقه الإسلامي أنَّ الوديع يده يد أمان لا ضمان.

والثاني: أخذ الأجرة على الوديعة، وهي من عقود الإحسان التي يقصد بها وجه الله تعالى.

فيجاب عن الأول، أنَّ الحنفية يرون ضمان الوديعة على الوديع إذا كان الحفظ بأجرة، جاء في فتح القدير لابن الهمام، وهو يتكلم عن الأجير المشترك: "فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسَّرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر"⁽¹⁾، فعلى قول الحنفية يجوز أن يضمن المصرف هذه الخزانات الحديدية عند الضياع؛ لأنَّ الحفظ في مقابل أجرة.

وأما أخذ الأجرة على الوديعة، فالحنفية والشافعية يجيزونه إذا اشترطه الوديع في العقد، والمالكية يجيزونه إن كانت الأجرة في مقابل الحرز الذي تشغله الوديعة لا على الحفظ⁽²⁾. ففي هذه الحالة يكون أخذ الأجرة جائزاً على مذهب الحنفية والمالكية والشافعية.

وتكليف عقد الودائع العينية المصرفية عقد إيداع لعين مستأجرة يظهر والله أعلم هو الأرجح، وهو قول هيئة كبار العلماء السعوديين، وهذا نصُّ الفتوى: " يظهر والله أعلم أنَّ للعقد جانبيين، جانب استئجار يبدو في تأجير البنك عميله الخزنة الحديدية بأجرة معينة لمدة محدودة يتمكن فيها من

(1) فتح القدير، ابن الهمام، ج9، ص122.

(2) ينظر: رد المختار على الدر المختار، ابن عابدين، ج5، ص664. ومغني المحتاج، الشريبي، ج4، ص126. وحاشية الدسوقي، ج3، ص432.

استخدام الخزانة في غرضه الذي استأجرها لأجله، هذا الجانب يمكن اعتباره عقداً مستقلاً تثبت له أحكام الإجارة، وجانب إيداع يبدو في التزام البنك بالحفاظ على الخزانة وبذل الأسباب العادية في حمايتها وسلامتها من أيّ ضرر يلحق بها مما يستطيع دفعه، ونظراً إلى أنّ البنك مسئول مسؤولية ضمان عن هذه الخزينة المستأجرة وحماية محتوياتها من الأسباب الموجبة لهلاكها أو تلفها فيمكن أن تعتبر بيده وديعة مضمونة، ولا يؤثر على اعتبارها وديعة أنّ البنك يملكها، فإنّ العميل قد استأجرها منه، فانتفى حقه في الانتفاع بها مدّة الإجارة، وأصبح الانتفاع بها من حقّ العميل وحده فكأنّها ملكه، وعليه فيمكن أن يقال بجواز ذلك شرعاً⁽¹⁾.

2- الودائع النقدية: وهي "التقود التي يتعهد بها الأفراد أو الهيئات إلى البنك على أن يتعهد الأخير بردها أو ردّ مبلغ مساوٍ إليهم لدى الطلب أو بالشروط المتفق عليها"⁽²⁾. ومن خلال هذا التعريف للودائع النقديّة يتبيّن لنا مجموعة من الخصائص أهمها:

1- أنّها مختصّة بالتقود فقط.

2- أنّ المصرف يتصرّف فيها كيف شاء.

3- يخلط المصرف تلك الودائع مع بعضها وبأمواله عمدًا، ويرد بدلها.

4- أنّ الودائع مضمونة على المصرف مطلقاً.

وتتنوّع الودائع النقديّة كما سبق إلى: وودائع جارية وودائع ثابتة وودائع إداريّة، ولنا أن نتصوّرها قبل تكييفها فقهيّاً.

أ - الودائع الجارية: وهي التقود التي يودعها أصحابها في المصارف، ولهم أن يسحبوها متى شاءوا، كلّها أو جزءاً منها، دون إخطار المصرف بذلك، ويلتزم المصرف بأدائها إليهم فور الطلب، ويأخذ المصرف عليها رسوماً مقابل حفظها، ولا يدفع للوديع أيّ فائدة.

(1) أبحاث هيئة كبار العلماء، هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية المجلد 5، ص 215. إصدار سنة 1422هـ.

(2) المعاملات المالية المعاصرة، مُجد عثمان شبير، ص 264.

ب - الودائع الثابتة: هي ودائع نقدية يودعها أصحابها في المصرف إلى أجل محدد معلوم، ولا يحق للمودع سحب أمواله قبل الأجل المحدد، والمصرف يستثمر هذه الأموال المودعة في استثمارات خاصة به دون إذن من صاحبها، ويدفع له فائدة تختلف نسبتها على حسب المال المودع.

ج - الودائع الادخارية: تسمى ودائع ادخارية وتسمى ودائع التوفير، وهي تشبه الودائع الجارية من حيث أن صاحبها يستطيع سحب قدر من ماله متى شاء في حدود أجل معلوم، وتشبه الودائع الثابتة من حيث أنه لا يستطيع سحب ماله كله مرة واحدة، ومن حيث أخذ الفائدة عليها، إلا أن نسبتها تكون أقل من نسبتها في الودائع الثابتة⁽¹⁾.

التكليف الفقهي للودائع المصرفية النقدية:

بعد تعريف الودائع المصرفية النقدية وبيان أهم خصائصها، وبيان أنواعها وصورة كل نوع، نتكلم عن تكليفها الفقهي، فنقول: إن الودائع النقدية يختلف تكليفها في المصارف التقليدية التجارية عن تكليفها في المصارف الإسلامية.

أ- التكليف الفقهي للودائع النقدية في المصارف التقليدية:

من القواعد الضابطة للعقود، قاعدة: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني" وعليه لا نقف عند المسميات، بل لابد من النظر في مضمون العقد.

وبعد النظر والتدقيق في مضمون العقد وجدنا أغلب - إن لم نقل كل - المودعين لا يقبلون بإيداع نقودهم في المصرف إن لم يعلموا أن المصرف ضامن لها في كل الحالات، ولو علموا أن نقودهم أمانة في يد المصرف، لا يضمنها إلا في حالة التعدي أو التقصير، لما أودعوه نقودهم. ويد الوديع يد أمان لا يد ضمان.

والأمر الثاني: وجدنا المودعين يعطون نقودهم للمصرف وهم يعلمون أن المصرف يستثمر فيها، فصار هذا إذاً بالعرف، وفي الوقت نفسه تكون النقود مضمونة يردُّ المصرف مثلها متى طلبت منه في

(1) ينظر: العقود وعمليات البنوك التجارية، علي البارودي، ص 298-300. والمرجع السابق، ص 265.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

الودائع الجارية، وفي الوقت المتفق عليه في الودائع الثابتة والادخارية، وهذه المعاني تنطبق تماماً على القرض لا على الوديعة⁽¹⁾.

وإذا قلنا: إنَّ هذه المعاني تنطبق على القرض، فقد يرد عليه إشكالان، وهما: أنَّ القرض عقد تبرُّع يُقصد به مساعدة المستقرض، والمصرف غنيٌّ لا يحتاج إلى مساعدة، كما أنَّ المودعين يقصدون حفظ أموالهم، لا إقراضها للمصرف.

فتردُّ على هذين الإشكالين، فنقول: قصد حفظ المال لا يتنافى مع كون العقد قرضاً، فقد تكون مصلحة المقرض حفظ ماله بضمانه على المستقرض، وهذه عين الحقيقة التي يقصدها النَّاس عند إيداع نقودهم للمصرف، ولولا هذه المصلحة لما لجأوا إلى المصرف.

ومما ورد في السنَّة أنَّ النَّاس كانوا يأتون الزبير بن العوام - رضي الله عنه - ، يودعون أموالهم ويقصدون حفظها لا مساعدة الزبير، وكان رضي الله عنه لا يقبلها إلاَّ إذا أذنوا له فيها بالتصرُّف، فكان يكفِّفها قرضاً مضموناً لا وديعة. جاء في صحيح البخاري: "أَنَّ الرَّجُلَ كَانَ يَأْتِيهِ بِالْمَالِ، فَيَسْتَوْدِعُهُ إِيَّاهُ، فَيَقُولُ الزُّبَيْرُ: "لَا وَلَكِنَّهُ سَلَفٌ، فَإِنِّي أَحْشَى عَلَيْهِ الضَّيْعَةَ"⁽²⁾.

كما أنَّ القاعدة الفقهية تنصُّ على أنَّ كلَّ ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه فهو قرض. قال السمرقندي الحنفي: "وكلُّ ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه فهو قرض حقيقة...لأنَّه لما رضي بالانتفاع به باستهلاكه ببدل، كان تملكاً له ببدل، وهو تفسير القرض"⁽³⁾.

وعليه نقول: بأنَّ الودائع التَّقديَّة في المصارف التَّقليديَّة التِّجاريَّة هي قرض وليست وديعة. وهو رأي أكثر الباحثين المعاصرين.

(1) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، مُجدد تقي العثماني، ج1، ص338. معاملات مالية معاصرة، وهبة الزحيلي، ص459.

(2) صحيح البخاري، كتاب: الجهاد، باب: بركة الغازي في ماله حياً وميتاً، رقم: 3129، ج4، ص87.

(3) تحفة الفقهاء، مُجدد بن أحمد علاء الدين السمرقندي، ج3، ص178. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، 1414هـ - 1994م.

يقول مُحمَّد تقي العثماني: "أما ودائع البنوك التقليدية، فقد خَرَّجها معظم فقهاء عصرنا على أنَّها قروض يقدِّمها المودِع إلى البنك، سواء كانت باسم الوديعة أو لا؛ لأنَّ العبرة في العقود للمعاني، لا للألفاظ. وإنَّ هذا التَّكْيِيف يشمل عندهم كل واحد من الأنواع الثلاثة المذكورة؛ لأنَّ المال المودِع في كل نوع من هذه الأنواع مضمون على البنك، سواء كان مودِعاً في الودائع الثابتة، أو في الحساب الجاري، أو في صندوق التوفير، وكونه مضموناً على البنك يُخرِّجه عن طبيعة عقد الوديعة الاصطلاحية في الفقه الإسلامي، لكونها أمانة في يد المودِع غير مضمونة عليها"⁽¹⁾.

وقد نصَّ القانون المدني الجزائري في المادة 598: "إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يستهلك وكان المودِع لديه مأذوناً له في استعماله اعتبر العقد قرضاً"⁽²⁾.

وإذا كان التَّكْيِيف الفقهي الحقيقي للودائع النقديَّة في المصارف التقليديَّة التجاريَّة هو القرض، فإنَّه يكون جائزاً شرعاً إذا كان خالياً من الربا كما في الودائع الجارية، ويكون محرماً شرعاً إذا كان فيه ربا كما في الودائع الثابتة والادِّخاريَّة؛ لأنَّ المصرف يأخذها بفائدة محدَّدة مسبقاً، ولا شكَّ أنَّ هذه الفوائد هي ربا، وإن سُمِّيت فوائد أو عوائد؛ لأنَّها زيادة مشروطة في عقد قرض، فهي لا تجوز شرعاً⁽³⁾.

ب- التَّكْيِيف الفقهي للودائع النَّقديَّة في المصارف الإسلاميَّة:

ليس هناك إشكال بالنسبة للودائع الجارية، فهي قرض في كلا المصرفين، فإنَّ ما أُودِع في الحسابات الجارية لدى المصارف الإسلاميَّة يكون قرضاً مضموناً تماماً كما في المصارف التقليديَّة، وخلَّوه من الربا يجعله جائزاً، بقي الإشكال في الودائع الثابتة والادِّخارية، فإنَّ المصارف الإسلاميَّة تتعامل بهما وتدفع عليهما ربحاً، فما هو التَّكْيِيف الفقهي لهما؟.

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي بجدة، العدد 9، ص 586.

(2) القانون المدني، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رئاسة الجمهورية، الأمانة الامة للحكومة، 2007م. الفصل الثالث:

الوديعة. القسم الثالث: أنواع الوديعة. ص 99.

(3) المعاملات المالية المعاصرة، مُحمَّد عثمان شبير، ص 266. بتصرف

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

وقبل التّكليف الفقهي للودائع الثّابتة والادّخاريّة في المصارف الإسلاميّة لا بدّ من تصوّرها عملياً؛ لأنّ التّكليف الفقهي للمسألة يعتمد أساساً على معاني العقود لا على مسمّيّاتها وألفاظها.

فعملياً نجد المصارف الإسلاميّة تقبل الودائع الثّابتة والادّخاريّة ممن يتقدّمون إليها، لا على أساس أنّها قرض مضمون وبفائدة محدّدة مقطوع بها، وإنّما على أساس أنّها مضاربة تخضع للربح والخسارة.

نأخذ مثلاً وكنموذج بنك دبي الإسلامي، حيث يقبل الودائع الثّابتة والادّخاريّة على أساس المضاربة، وقد وضع لمن أراد فتح حساب ادّخار استثماري أو حساب وديعة استثماريّة سبعاً وعشرين شرطاً منها:

الشرط السادس: يستثمر البنك نسبة 50% من قيمة المبالغ المدّخرة بغرض الاستثمار، ويوزّع صافي الأرباح بنسبة (97,5%) للمستثمر رب المال)، و(2,5% للبنك المضارب) وفي حالة الخسارة – لا قدر الله – يتحمّلها المدّخر، ما لم يثبت أنّ البنك المضارب قصّر أو تعدّى أو خالف شروط المضاربة.

الشرط السابع: يستثمر البنك أمواله وأموال المدّخرين في وعاءٍ واحدٍ، ويوزّع العائد بينهما بنسبة أموال كل منهما⁽¹⁾.

كما أنّ قانون نظام البنك الجزائري اعتبرها استثماراً، جاء في المادة 13 من نظام بنك الجزائر: "الودائع في حسابات الاستثمار هي توظيفات لأجل، تُترك تحت تصرّف البنك من طرف المودع لغرض استثمارها في تمويلات إسلاميّة وتحقيق أرباح"⁽²⁾.

ومن هنا يتبيّن لنا أنّ الودائع الثّابتة والادّخاريّة يختلف تكيفها في المصارف الإسلاميّة عن البنوك التجاريّة، حيث رأينا أنّ بنك دبي الإسلامي يقبل هذين النوعين من الودائع على أنّها رأس مال في عقد المضاربة بصريح العبارة، وأنّ المودع يستحقّ نسبة من الربح، كما يتحمّل الخسارة إن وقعت، إلّا في حالة تقصير المصرف أو تعدّيه، فيكون ضامناً.

(1) هذان الشرطان نقلاً من نموذج لطلب فتح حساب وديعة استثمارية مع شروطه لدى بنك دبي الإسلامي، ينظر: المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، شبير، ص 273-274.

(2) نظام البنك الجزائري، ص 2. أنظمتها عام 2020 النظام رقم: 202 – 01 المؤرخ في 20 رجب عام 1441هـ الموافق 15 مارس 2020 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية.

وقد يقال: إنَّ المصارف الإسلامية تعمل في الودائع الثَّابتة والادِّخاريَّة كمضارب، لكنَّها تخلط مالها مع مال المضاربة في نفس الوقت: فهل يجوز للمضارب أن يخلط ماله مع مال المضاربة ويعمل فيهما في وقت واحد؟.

هذه المسألة ليست غريبة عن الفقه الإسلامي، فقد أجازها جمهور الفقهاء.

يقول السرخسي: "وإذا قال ربُّ المال للمضارب اعمل فيه برأيك فخلطه بماله ثمَّ اشترى به جاز على المضاربة؛ لأنَّه بتعميم التَّفويض إلى رأيه يملك الخلط بماله فلا يصير به مخالفاً"⁽¹⁾.

وقال مالك في المدوَّنة: "قلت: رأيت إن اشترت بمال القراض وبمال من عندي، من غير أن يكون اشترط عليَّ ربُّ المال أن أخلطه بمالي، أيجوز هذا؟ قال: لا بأس بذلك. كذلك قال لي مالك: وتكون السلعة على القراض وعلى ما نقدت فيها، فتكون حصَّة القراض رأس مال القراض، وتكون حصتك أنت ما نقدت فيها من مالك"⁽²⁾.

وقال ابن قدامة: "فصل: وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله، فإن فعل ولم يتميِّز، ضمنه؛ لأنَّه أمانة فهو كالوديعة. فإن قال له: اعمل برأيك جاز له ذلك"⁽³⁾.

فالخاص: أنَّ الذي أودع ماله لدى المصرف لم يشترط عليه عدم خلط ماله بمال المضاربة، كما أنَّه يعلم أنَّ المصرف يستثمر الأموال المودعة عنده في المشاريع الاستثماريَّة، فصار ذلك من قبيل قول الفقهاء: اعمل فيه برأيك. فقد تضمَّن العقد الإذن بالتَّصرُّف عرفاً.

والإشكال الذي يُطرح هنا هو: أنَّ حسابات الودائع الثَّابتة والادِّخاريَّة لا يفتحها أصحابها في تاريخ واحد، كما تختلف تواريخ السَّحب، ويدخل في العقد ويخرج منه كل يوم العدد الكثير من الأشخاص، مما يترتَّب عليه عسر في حسب الأرباح والخسارة لكلِّ متعامل، إضافة إلى ذلك أنَّ المصرف لا يتعامل مع شخص أو شخصين، بل مع الآلاف من الأشخاص، فإذا قلنا بأنَّها مضاربة،

(1) المبسوط، السرخسي، ج22، ص48.

(2) المدونة، مالك بن أنس، ج3، ص641.

(3) المغني، ابن قدامة، ج5، ص36.

فإنَّ المعروف في الفقه أنَّ الرِّبح لا يوزَّع حتى ينضَّ المال، أمَّا والحالة هذه فإنَّه من الصَّعب أن تُحصَر وتُضبط أرباح المضاربة وخسارتها، فكيف يحسب الرِّبح والخسارة حينئذٍ؟.

فقد أجاب على هذا الإشكال الإمام النَّووي، حيث قال: "فلو دفع إليه ألفاً قراضاً، ثم ألفاً، وقال: ضمَّه إلى الأول، فإن لم يكن تصرَّف بعدُ في الأول، جاز، وكأنَّه دفعهما إليه معاً، وإن كان تصرَّف في الأول لم يجز القراض في الثَّاني ولا الخلط؛ لأنَّ الأول استقرَّ حكمه بالتصرُّف ربحاً وخساراً، وربح كلِّ مالٍ وخسارتهُ يختص به"⁽¹⁾. وقال أيضاً في المنهاج: "ولو استردَّ المالك بعضه قبل ظهور ربح وخسران رجع رأس المال إلى الباقي، وإن استردَّ بعد الرِّبح فالمستردُّ شائع ربحاً، ورأس مال... وإن استردَّ بعد الخسران فالخسران موزَّع على المستردِّ والباقي"⁽²⁾.

فقد وضَّح الإمام النَّووي - رحمه الله - الحالتين: حالة الإيداع، وحالة السَّحب.

وإذا قيل: من الصَّعب تنزيل هذا التَّنظير على واقع المصارف اليوم؛ لأنَّ المتعامل معه ليس شخصاً واحداً، بل الآلاف، والمعاملات المصرفية اليوم تعرف حركة تجارية سريعة.

فنقول: لا، بل يسهل تنزيل ما نصَّ عليه الإمام النَّووي، خصوصاً وأنَّ المصارف فيها أنواع من الحسابات، فمن كان من أصحاب النِّشاط التجاري السَّريع يحتاج إلى إيداع وسحب المال بشكل متكرِّر، فليذهب إلى الحسابات الجارية، ومن كان غرضه نماء المال عن طريق الاستقراض، فليذهب إلى حسابات التوفير والادِّخار، حيث هذه الحسابات تقبل الودائع الثَّابتة والادِّخارية ولا يحقُّ للمودعين سحب أموالهم قبل الأجل المحدَّد⁽³⁾.

ومن هنا يستطيع المصرف أن يستقبل الودائع في تواريخ محدَّدة، ويضرب آجالاً لسحبها؛ حتى يتيسر للمصرف ضبط الأرباح والخسارة، علاوة على تطور طرائق الاحتساب.

(1) روضة الطالبين، النووي، ج5، ص148.

(2) مغني المحتاج، الخطيب الشربيني، ج3، 417-418.

(3) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، مُجدد تقي العثماني، ج1، ص357 - 366.

ثالثاً: أثر الموت على التزامات عقد الودائع المصرفية.

خلاصة التّقسيم السّابق للودائع المصرفية أنّها نوعان: عينية ونقدية، والنقدية ثلاثة أنواع: جارية، وثابتة، وإدخارية،

وخلصنا في التّكليف الفقهي إلى التالي:

- عقد الودائع العينية المصرفية هو عقد إيداع لعين مستأجرة.
- الودائع النقدية؛ إن كانت في حسابات جارية فهي قرض، وإن كانت في حسابات الودائع الثابتة والإدخارية فهي عقد مضاربة.

ونبحث أثر الموت في جانبين؛ الجانب القانوني والجانب الشرعي، وهذا الأخير نبحثه في المعاملات الشرعية التي خلصنا إليها في التّكليف الفقهي وهي: الوديعة وإجارة العين والقرض والمضاربة.

فقول: في الجانب القانوني أنّ "المقرّر لدى البنوك، غلقها للحساب بتغير المركز القانوني للزبون، كنقص الأهلية أو الوفاة أو الإفلاس، فإذا كان الرّصيد دائماً تردّ الوديعة إلى الممثل القانوني أو الورثة حسب الحالة، باستيفاء الشّروط الضّرورية لذلك"⁽¹⁾.

وجاء في نظام بنك الشّرق الأوسط فرع الجزائر في الفقرة 21.2 ما يلي: "فور استلام الاثبات المشار إليه في الفقرة 21.1 اعلاه، (أي إثبات الإعسار أو الوفاة أو العجز) سيقوم البنك بتعليق المعاملات الخاصة بجميع الحسابات (باستثناء استلام مبالغ يتمّ ايداعها في أيّ من تلك الحسابات)، وحتى يتم تعيين وريث أو شخص مفوّض أو مسؤول أو وصي تعينه المحكمة، حسب مقتضى الحال، لتشغيل حساباتك، وبعد ذلك يقوم البنك بإخلاء أية أرصدة في تلك الحسابات (وذلك بعد تسوية

(1) أحكام عقد الوديعة النقدية في النظام المصرفي الجزائري، فرحي مجّد، ص92. مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة 2012/2013.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

ودفع جميع المبالغ والالتزامات المستحقة على ذلك الحساب). وفي حال كنت تخضع لتغطية تأمينية متعلقة بحساباتك، فإنّ أي مبلغ تأميني يستردّه البنك بالنيابة عنك سيتمّ إيداعه في حسابك⁽¹⁾.

يستفاد من هذه الفقرة التنظيمية، أنّ بعد موت الزبون وإبلاغ البنك بذلك مباشرة، يتمّ تحويل حساباته وإيداعاته إلى وضعية حساب المتوفين، ويترتب على ذلك: إخضاع كل المعاملات لأحكام التركة المبيّنة في عقد الفريضة في سحب الأموال والودائع أو تحويل الحقوق.

وتصبح تلك الحسابات تقبل الدّفع ولا تقبل السّحب إلاّ برخصة تقسيم التّركة وفق الإجراءات البنكيّة المعمول بها في هذا الشّأن، والتي يكون بموجبها تحديد نصيب كل وارث بحسب عقد الفريضة. وذات الأمر بالنسبة للودائع العينية أو الأموال الثّابتة أو الإِدْخاريّة يتمّ تصريفها بحسب عقد الفريضة إلى غاية تقسيم جميع المبالغ والأرصدة وغلق الحسابات وإنهاء الودائع.

كما يمكن للورثة الحلول محل المتوفى في التّعهدات والضّمّانات القابلة للاستمرار، والاستفادة من تلك الخدمات مع تحمّل التّبعات.

أمّا من الجانب الفقهي فعندنا وديعة، وإجارة عين، وقرض، ومضاربة. فنتصوّر الموت في هذه العقود من جانب الزّبون فقط دون البنك؛ لأنّ البنك لا يُتصوّر الموت في جانبه، بل الذي يعتريه هو الإفلاس وهو ليس موضوع بحثنا.

1- الوديعة: بموت المودِع تنتقل ملكيّة الوديعة إلى الورثة، وينتهي عقد الوديعة ويجب رُدّها إلى ورثته. لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 58]. "وهذا يعم جميع الأمانات الواجبة على الإنسان، من حقوق الله عزّ وجلّ على عباده...ومن حقوق العباد بعضهم على بعض

(1) الأحكام والشروط العامة لتشغيل حسابات الشركة في الجزائر، قانون صدر عن بنك إتش إس بي سي (HSBC) الشرق الأوسط المحدود، فرع الجزائر للأعمال، الصنوبر البحري، المحمدية 16212 الجزائر، خاضع للتنظيم من قبل بنك الجزائر وخاضع للتنظيم الرئيسي من قبل سلطة ذبي للخدمات المالية. الموقع الرسمي لبنك الشرق الأوسط، تاريخ زيارة الموقع: 2022/09/25م.

كالودائع⁽¹⁾. وقال ابن المنذر: "وأجمعوا على أنّ الأمانات مردودة إلى أربابها الأبرار منهم والفجار"⁽²⁾.

ومع إجماع الفقهاء على فسخ العقد بموت أحد الطرفين ولزوم ردّ الوديعة، إلا أنّهم اختلفوا في وقت لزوم الردّ، هل بعد الموت مباشرة من غير توقّف على طلب، أم بعد الطلب؟.

الحنفية والمالكية: يلزمه الردّ بعد طلب الورثة، فلو أمسكها بعد الموت وقبل الطلب فهلكت عنده فلا ضمان عليه.

الشافعية والحنابلة: يجب على المودّع ردّ الوديعة بعد موت المودّع مباشرة، فإن تعدّر عليه ردّها إلى الورثة، ردّها إلى الحاكم، فإن تأخّر في الردّ مع تمكّنه منه ثمّ تلفت الوديعة عنده، ضمنها، وذلك إذا كان الورثة لا يعلمون بالوديعة، أمّا إذا كانوا يعلمون وتراخوا في الطلب، فلا ضمان عليه⁽³⁾.

2- إجارة العين: اختلف الفقهاء في فسخ إجارة العين بموت المستأجر، فذهب الحنفية إلى القول بالفسخ إلاّ عند وجود عذر، فتبقى الإجارة قائمة إلى زوال ذلك العذر، يقول الكاساني: "فعقد الإجارة ينتهي بأشياء...منها موت من وقع له الإجارة إلاّ لعذر عندنا"⁽⁴⁾.

ومثال العذر الذي تبقى معه الإجارة بعد موت المستأجر، كمن استأجر أرضاً للزّرع، وقبل طيب الزّرع مات المستأجر، فإنّ ورثته يحلّون محلّه إلى الحصاد؛ لأنّ في فسخ الإجارة وقلع الزّرع ضرر بورثة المستأجر، وقعدوا في ذلك قاعدة فقالوا: "إنّ الإجارة كما تفسخ بالعذر تبقى بالعذر"⁽⁵⁾.

(1) تفسير القرآن الكريم، إسماعيل بن عمر بن كثير، ج2، ص338. تحقيق: سامي بن مجّد سلامة، دار طيبة، ط2، 1420هـ/1999م.

(2) الإجماع لابن المنذر، ص107.

(3) يرجع في تفصيل المسألة إلى المطلب الثالث من المبحث الثالث من الفصل الثاني.

(4) بدائع الصنائع، الكاساني، ج4، ص222.

(5) ينظر: المصدر نفسه، ج4، ص223.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: بأنَّ الإجارة لا تنفسخ بموت المستأجر؛ لأنَّها عقد لازم لطرفي العقد⁽¹⁾، وهو رأي أكثر الصحابة والتابعين، روى ذلك الإمام البخاري فقال: "باب إذا استأجر أرضاً، فمات أحدُهما وقال ابنُ سيرين: "ليس لأهله أن يُخرجوه إلى تمام الأجل" وقال الحكم، والحسن، وإياس بن معاوية: "تمضى الإجارة إلى أجلها" وقال ابنُ عمر: "أعطى النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَبِيرَ الشَّطْرِ"، فَكَانَ ذَلِكَ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَبِي بَكْرٍ، وَصَدْرًا مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ "وَلَمْ يُذَكَّرْ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ، وَعُمَرَ جَدَّاءَ الْإِجَارَةَ بَعْدَمَا قُبِضَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ"⁽²⁾.

3- القرض: اتفق الفقهاء على أنه إذا مات المقرض بعد لزوم القرض ثبت العقد واستقرت التزاماته في ذمته، وانتقلت إلى الورثة، واختلفوا في وقت اللزوم.

القول الأول: إذا مات المقرض بعد القبض، فلا أثر للموت؛ لتمام العقد ولزومه، فتثبت التزامات العقد في ذمته وانتقلت إلى ورثته، وهو قول أبي حنيفة ومُجَدِّ والمالكية والشافعية فيما يقابل الصحيح عندهم والحنابلة.

القول الثاني: إذا مات المقرض بعد القبض ولم يكن المستقرض استهلك عين القرض أو تصرف فيه، بطل القرض وانتهت التزاماته، ولورثته المطالبة بالعين المستقرضة؛ لعدم ثبوت البطلان في ذمته المستقرض، أمَّا إذا استهلك المقرض القرض أو تصرف فيه بأن تعلَّق به حقُّ لازم، فلا أثر للموت في هذه الحالة؛ لأنَّ القرض قد لزم وترتبت عليه التزاماته، وهو قول الشافعية في الصحيح عندهم وأبو يوسف من الحنفية⁽³⁾.

والقول الأول الذي يقتضي ثبوت القرض وترتب التزاماته عليه وانتقالها إلى الورثة بالموت، هو الأرجح؛ لتمام العقد بالقبض.

(1) ينظر: حاشية الدسوقي، مُجَدِّ الدسوقي، ج4، ص32. وحاشيتا قليوبي وعميرة على تحفة المحتاج، أحمد سلامة القليوبي وأحمد

البرلسي عميرة، ج3، ص85. دار الفكر، بيروت، دط، 1415هـ/1995م. والمغني، ابن قدامة، ج5، ص431.

(2) صحيح البخاري، كتاب: الإجارة، باب: إذا استأجر أرضاً، فمات أحدهما، ج3، ص94.

(3) يرجع لتفصيل المسألة إلى المطلب الثالث من المبحث الثاني من الفصل الثاني.

والقول الثاني المقتضي أنّ القرض لا يلزم إلاً بالاستهلاك أو التصرف، قول مرجوح؛ لأنّ بالقبض يكون المقرض مكّن المستقرض من العين تمكّناً تاماً، يتصرّف فيها تصرف المالك وإن لم يتصرّف، فكيف يصحّ للمقرض الرجوع في قرضه؟.

4- المضاربة: إذا مات ربُّ المال في المضاربة، فجمهور الفقهاء؛ الحنفية والشافعية والحنابلة يقولون: تنفسخ المضاربة؛ لأنّها كالوكالة ومشمّلة عليها وهي تبطل بموت الموكل عندهم، إلاً أنّهم قالوا: إذا كان رأس المال في المضاربة عرضاً، فإنّ العامل يبقى على العقد إلى أن ينصّ المال.

جاء في بدائع الصنائع: "وتبطل بموت أحدهما؛ لأنّ المضاربة تشتمل على الوكالة، والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل، وسواء علم المضارب بموت ربِّ المال أو لم يعلم؛ لأنّه عزل حكمي، فلا يقف على العلم كما في الوكالة، إلاً أنّ رأس المال إذا صار متاعاً، فللوكيل أن يبيع حتى يصير ناصباً لما بيّننا"⁽¹⁾.

وفي مغني المحتاج: "لو مات أحدهما أو جُنَّ أو أُغمي عليه انفسخ عقد القراض كالوكالة، وللعامل إذا مات المالك أو جُنَّ الاستيفاء والتنضيض بغير إذن الورثة في الأولى، والولي في الثانية اكتفاء بإذن العاقد كما في حال الحياة"⁽²⁾.

وفي كشّاف القناع: "وإذا مات أحد المتقارضين أو جُنَّ جنوناً مطبقاً أو توسوس بحيث لا يحسن التصرف أو حجر عليه لسفه انفسخ القراض؛ لأنّه عقد جائز من الطرفين فبطل بذلك كالوكالة"⁽³⁾.

وذهب المالكية إلى أنّ المضاربة لا تنفسخ بموت ربِّ المال، إلاً إذا كان رأس المال عيناً وأراد ورثته الفسخ، جاء في تهذيب المدوّنة: "إن مات ربُّ المال فالعامل على قراضه، فإن أراد الورثة أخذ المال فذلك لهم إن كان المال عيناً وليس ذلك لهم إن كان سلعاً، وهم في هذا كوليهم سواء، فإن علم العامل بموت ربِّ المال، والمال بيده عيناً فلا يعمل به، وإن لم يعلم بموته حتى ابتاع به سلعاً مضى ذلك على القراض"⁽⁴⁾.

(1) بدائع الصنائع، الكاساني، ج6، ص112.

(2) مغني المحتاج، الشريبي، ج3، ص415.

(3) كشّاف القناع، البهوتي، ج3، ص522.

(4) التهذيب في اختصار المدونة، البراذعي، ج3، ص544.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

والخلاصة، نقول: اتفق أهل المذاهب الأربعة على أنه إذا مات ربُّ المال وكان مال المضاربة سلعة، فإنَّ العقد لا يفسخ حتى ينضَّ المال، واختلفوا فيما إذا مات ربُّ المال وكان مال المضاربة عيناً، فالجمهور قالوا: بالفسخ، وقال المالكية: يبقى العامل على عقده، إلا إذا أراد الورثة الفسخ.



المبحث الثاني: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التوثيقات.

للتوثيق في معاملات الناس اليوم أهمية بالغة، تظهر هذه الأهمية فيما يلي:

1- ضماناً لحق الدائن، في حالة عجز المدين أو مطله.

2- تشجيع الاستثمار بين المؤسسات والأفراد؛ لما يبعثه التوثيق من الطمأنينة لدى المتعاقدين.

3- غلق الباب أمام المتحايين، وتقليل المنازعات، وقطع أسباب الخصومات.

والعقود التي أدرجها العلماء القدامى ضمن التوثيقات ثلاثة: الكفالة، والرهن، والحوالة، وعقود التوثيقات المعاصرة لا تخرج عن هذه الثلاثة من حيث العموم، وإن اختلفت معها في التسمية والتصور.

وعقدت هذا المبحث للبحث في أهم التطبيقات المعاصرة لعقود التوثيقات، وأثر الموت على الالتزامات التي تنشأ عنها، وقسمته إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد خطاب الضمان المصرفي.

مع تطوّر واتّساع العقود الماليّة المعاصرة، ازدادت الحاجة إلى عقود مرافقة ومكمّلة وموثّقة لالتزامات العقود، فلم تعد عقود التوثيقات المعروفة قديماً تفي بالغرض؛ فمن أجل ضمان حسن تنفيذ الالتزامات، وضمن جدّيّة المتعاقدين، ومتابعة سير العمل وفق الشُّروط المعقود عليها؛ من أجل هذا وغيره ابتكرت المصارف ما يسمّى بالكفالات المصرفيّة التي ارتبطت بالصفقات التجارية الكبرى، والمشاريع الضخمة.

ولما كان موضوع الكفالة المصرفية موضوعاً واسعاً يشمل معاملات متعدّدة، اخترت معاملة واحدة من بين تلك المعاملات تجنّباً للطول، وهي ما يسمّى في العرف المصرفي بخطاب الضمان، فهو في حقيقته العمليّة، صورة من صور الكفالة بوجه عام⁽¹⁾.

(1) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، علي أحمد السالوس، ص 597. وتطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، سامي حسن أحمد حمود، ص 295.

فما هو مفهوم خطاب الضمان؟ وكيف يكيّف فقهيّاً؟ وكيف يؤثّر الموت على الالتزامات الناشئة عنه؟ هذا ما سنبحثه في هذا المطلب.

تعريف خطاب الضمان:

الخطاب لغة: الخطاب والمخاطبة مصدر لَحَطَبَ، وهو: الكلام بين متكلم ومستمع، ومنه: الرسالة. وخطيب القوم إذا كان هو المتكلم عنهم⁽¹⁾.

والضّمان لغة: "ضَمِنْتُ المال وبه ضماناً، فأنا ضامن وضمينٌ: التزمته. ويتعدى بالتّضعيف فيقال: ضَمَّنْتَهُ المال: ألزمته إياه"⁽²⁾.

خطاب الضّمان اصطلاحاً: هو "تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه في حدود مبلغ معيّن تجاه طرف ثالث، بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل، ضماناً للوفاء بالتزاماته، خلال مدّة معيّنة، على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أوّل مطالبة خلال سريان خطاب الضّمان"⁽³⁾.

أو هو: "تعهد كتابي، صادر عن البنك، بناءً على طلب عميله، يلتزم فيه لصالح هذا العميل في مواجهة شخص ثالث هو المستفيد، بأن يدفع مبلغاً معيّناً إذا طلبه المستفيد خلال أجل محدّد في الخطاب"⁽⁴⁾.

ومن خلال هذين التعريفين نستطيع أن نستخلص شيئين: عناصر خطاب الضمان، والتزاماته.

أولاً: عناصر خطاب الضمان.

1 - الكفيل الذي هو المصرف.

(1) ينظر: المصباح المنير، الفيومي، ج1، ص173.

(2) المصدر نفسه، ج2، ص364.

(3) ينظر: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة، علي السالوس، ص641. والمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مُجّد عثمان شبير، ص291.

(4) المعاملات المالية المعاصرة، مُجّد عثمان شبير، ص291.

- 2 - المكفول الذي هو العميل أو الرّبون.
- 3 - المستفيد الذي هو الجهة التي صدر خطاب الضمان لصالحها.
- 4 - الضمان الذي يستفيده العميل، المتمثّل في تعزيز ذمّته الماليّة.
- 5 - العمولة التي يتقاضاها المصرف من العميل.
- 6 - مبلغ الضّمان، وهو المبلغ الذي يلتزم المصرف بالكفالة في حدوده.
- 7 - مدّة الضّمان.

ثانياً: التزامات عقد خطاب الضّمان⁽¹⁾.

أ - التزامات المصرف:

- 1- يلتزم المصرف بدفع مبلغ معيّن عن العميل لصالح المستفيد، وذلك في حالة ما إذا أخلّ العميل بالتزاماته التي عهد بها للمستفيد، أو عدم تنفيذها أصلاً.
- 2- ردّ الغطاء للعميل، وذلك عند انتهاء المدّة المحدّدة في الخطاب، وعدم توجه المستفيد للمصرف وطلبه بصرف الغطاء لصالحه.

ب - التزامات العميل:

- 1- دفع عمولة للمصرف متّفق عليها في العقد، تكون غطاءً للضّمان.
 - 2- قبوله لرجوع المصرف عليه في حالة ما إذا صرف المصرف خطاب الضّمان للمستفيد.
- أنواع خطاب الضّمان⁽²⁾: تتنوع خطابات الضمان بحسب المعاملات التي تستلزمها، وإذا ذهبنا نستقصي جميع أنواعها طال بنا البحث؛ لذلك نذكر أهمّها وأكثرها شيوعاً.

(1) ينظر: الموسوعة التجارية المصرفية، محمود الكيلاني، ص305-312. دار الثقافة، عمان الأردن، ط1، 2008م.
(2) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، سامي حسن أحمد حمود، ص325. والمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مُجد عثمان شبير، ص290. والمعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلي، ص469.

أ - باعتبار التقييد وعدمه:

1 - مشروط: حيث يكون صرف خطاب الضمان للمستفيد مقيداً بشرط عجز العميل أو إخلاله بالالتزام، وعليه لا يحق للمصرف صرف خطاب الضمان للمستفيد إلا بعد إخطار العميل، وإثبات عجزه ببينة يقدمها المستفيد.

2 - غير مشروط: حيث يصرف المصرف خطاب الضمان للمستفيد من غير بينة تثبت عجز العميل أو إخلاله بالالتزام، ومن غير إخطار العميل.

ب - باعتبار الغرض:

1- خطابات لغرض الاشتراك في المناقصات والمزايدات: المناقصة طريقة يجريها المشترون بحثاً عن من يقدم إليهم أقل سعر، والمزايدة يجريها البائعون بحثاً عن من يقدم إليهم أعلى سعر، فيقومون بتقديم العروض، ويطلبون من الجادين تقديم عروضهم مصحوبة بخطاب الضمان، هذا الخطاب له ثلاث صور: ابتدائي، وانتهائي، ولسداد الدفوعات.

الصورة الأولى: خطاب الضمان ابتدائي: سمي بذلك؛ لأنه ينتهي بمجرد إرساء العطاء على واحد من الذين قدموا عروضهم، والغرض منه، ضمان جدية المشاركين وعدم انسحابهم في حالة ما فازوا بالعطاء.

الصورة الثانية: خطاب الضمان انتهائي: سمي بذلك؛ لسريان مفعوله إلى نهاية تنفيذ العرض، والغرض منه ضمان تنفيذ العرض وفق المواصفات والتاريخ المتفق عليهما في العقد.

الصورة الثالثة: خطاب الضمان لسداد الدفوعات: قد يكون العرض كبيراً يتطلب مبلغاً ضخماً، فيشترط العامل على جهة العطاء تقديم دفعة أولى من قيمة العرض؛ لحاجته لها، والغرض منه ضمان الدفعة المقدمة.

2- خطابات لغرض تسهيل مصالح الأفراد والمؤسسات: غالباً ما يكون هذا النوع من الخطابات في عقود الاستيراد والخدمات، خاصة إذا تعلق الاستيراد من بلد أجنبي، فيحتاج لمثل هذه الخطابات، والغرض منها، تسهيل حركة البضائع وضمنان جودة الخدمات.

ج - باعتبار التغطية وعدمها: يُقسّم خطاب الضمان بهذا الاعتبار إلى: مغطى كلياً، وغير مغطى، ومغطى جزئياً، ويقصد بالغطاء؛ أن يودع العميل مبلغاً من المال في حساب خاص عند المصرف.

1 - مغطى كلي: وهو أن يكون المبلغ الذي أودعه العميل يساوي قيمة الخطاب.

2 - غير مغطى: وهو أن يحصل العميل على الخطاب من غير أن يودع شيئاً من قيمة الخطاب.

3 - مغطى جزئي: وهو أن يكون المبلغ الذي أودعه العميل يساوي جزءاً من قيمة الخطاب.

وهناك أنواع أخرى من خطابات الضمان يطول المقام بذكرها؛ لذلك اكتفينا بأهمّها⁽¹⁾.

التكييف الفقهي لخطاب الضمان:

يختلف نظام خطاب الضمان بالنسبة للمصارف الإسلامية عن البنوك الربويّة، وأهم إشكال يواجهها عند التكييف الفقهي هو ما يؤخذ مقابل إصدار الخطاب للعميل.

فالبنوك الربوية تأخذ عمولة على طالب الخطاب، وتراعي في تحديد هذه العمولة ثلاثة أشياء: الأعمال والإجراءات التي تقوم بها لصالح العميل، وقيمة الدّين الذي تضمنه، ومدّة الضمان، فتجعل نسبة مئوية على كلّ من هذه الثلاث؛ حتى تحدّد قيمة العمولة، فهي لا تعود على العميل بما أدّته عنه من الدّين فحسب، بل تأخذ زيادة ربويّة، ومن ثمّ فهي ترجّب بخطابات الضمان؛ لأنّها تتصل بنشاطها الربوي، وعليه لا يعنينا ما تقوم به هذه البنوك.

والمصارف الإسلامية هي أيضاً تأخذ أجراً مقابل إصدار خطابات الضمان، فعلى أيّ أساس تُحدّد قيمة هذا الأجر؟ وبما تستحقه شرعاً؟

اختلف الفقهاء المعاصرون في التوصيف الفقهي لخطاب الضمان، فتباينت آراؤهم، نذكر منها أوجهها:

(1) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، سامي حسن أحمد حمود، ص352-361. المعاملات المالية المعاصرة، شبير، ص295-296. المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، دبيان بن محمد الديان، ج8، ص563-564. أبحاث هيئة كبار العلماء، ج5، ص268.

القول الأول: إن خطاب الضمان كفالة، وممن قال بهذا من المعاصرين بكر أبو زيد، حيث قال: "... أمّا أنواعه الأربعة المتقدّمة فلم يظهر في ماهيّتها ما يخرج عن المنصوص عليه في أحكام الضمان شرعاً، وتوفر شروطه، فالضامن البنك ممن يصحّ تبرّعه، ولوجود رضی الضامن، وكون الحقّ معلوماً حالاً أو مآلاً، وأنّ أجله معلوم غير مجهول... ولهذا قال الحنابلة في تعريف الضمان: هو التزام ما وجب أو يجب على غيره مع بقائه عليه، أو: هو ضمُّ الإنسان ذمّته إلى ذمّة غيره فيما يلزمه حالاً أو مآلاً، وقالوا في ضمان ما يؤول إلى الوجوب: يصحُّ الضمان بالحقّ الذي يؤول إلى الوجوب فيصحُّ الضمان بما يثبت على فلان أو بما يقرُّ به أو بما يخرج بعد الحساب عليه أو بما يداينه فلان"⁽¹⁾.

القول الثاني: إن خطاب الضمان وكالة، وهو قول الدكتور سامي حسن أحمد حمود، حيث قال: "وأنّ تكليف خطاب الضمان المصرفي على أنّه وكالة لا يبدو متبايناً مع نظرة الفقه الإسلامي للموضوع في نطاق الكفالة بالأمر التي يرجع فيها الكفيل بما يدفع على من أمره بذلك تماماً، كما يرجع الوكيل؛ لأنّ الكفالة بالأمر ما هي إلاّ وكالة بالأداء.

وهذا التّكليف على أساس الوكالة هو الذي يمكن أن يفتح المجال للقول باستحقاق المصرف الأجر على قيامه بما وُكِّل به، حيث إنّ الوكالة يمكن أن تكون بأجر، فيأخذ أحكام الإجارة، وذلك على عكس ما لو بقيت كفالة بمعنى الضامن، حيث لا توجد آراء فقهية تؤيد حقّ الضامن بأخذ الأجر"⁽²⁾.

القول الثالث: القول بالتّفصيل بين ما كان مغطّى وغير مغطّى، وممن ذهب إليه الدكتور علي السالوس، حيث قال: "خطاب الضمان إذا كان غير مغطّى من العميل، فمن الواضح أنّه يعتبر عقد كفالة... أمّا إذا كان العميل أودع لدى المصرف ما يغطّي الخطاب، فإنّ العلاقة بينهما علاقة وكالة، حيث وُكِّل العميل المصرفَ ليقوم بالأداء، وما جرى عليه العرف المصرفي غالباً هو قيام العميل

(1) فقه النوازل، بكر بن عبد الله أبو زيد، ج1، ص206. مؤسسة الرسالة، ط1، 1416 هـ / 1996 م.

(2) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، سامي حسن أحمد حمود، ص300.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

بالغطاء الجزئي لا الكلي، وفي هذه الحالة تكون علاقة المصرف بالعميل وكالة وكفالة معاً؛ فهو وكيل بالنسبة للجزء المغطى، وكفيل مراعاة للجزء المتبقي"⁽¹⁾.

وقد رجَّح مجمع الفقه الإسلامي القول الثالث، جاء في دورته التي عقدها مؤتمره الثاني بجدة من 10-16 ربيع الثاني 1406هـ، الموافق 22-28 ديسمبر 1985م. بحث مسألة خطاب الضمان. وبعد النظر فيما أُعدَّ في ذلك من بحوث ودراسات وبعد المداولات والمناقشات المستفيضة تبين ما يلي:

1- إنَّ خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهايي لا يخلو إمَّا أن يكون بغطاء أو بدونه، فإن كان بدون غطاء، فهو: ضمُّ ذمَّة الضامن إلى ذمَّة غيره فيما يلزم حالاً أو مآلاً، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم: الضمان أو الكفالة.

وإن كان خطاب الضمان بغطاء، فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مُصدِّره هي (الوكالة) والوكالة تصحُّ بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

2- إنَّ الكفالة هي: عقد تبرُّع يُقصد للإرفاق والإحسان، وقد قرَّر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة؛ لأنَّه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جرَّ نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً.

ولذلك فإنَّ المجمع قرَّر ما يلي:

أولاً: إنَّ خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان، والتي يُراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته، سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانياً: أمَّا المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجائزة شرعاً، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كلي أو جزئي، يجوز أن يُراعى في تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء. والله أعلم"⁽²⁾.

(1) الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة، علي السالوس، ص 60.

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ج2، ص1030.

أثر الموت على التزامات خطاب الضمان المصرفي:

بما أنّ خطاب الضمان لا تجرّيه إلاّ المصارف، فإنّنا ننظر إليه من الجانب القانوني ثمّ من الجانب الشرعي.

فمن الناحية القانونية: نجد أنّ مصير الخطاب يندرج ضمن مصير المشروع، فإذا أُرسى العطاء على شخص مّا، صار حقاً له، فإذا مات صاحب الحقّ أو نقصت أهليته، انتقل الحقّ بجميع مواصفاته إلى الورثة، ففي حالة عدم إتمام المشروع أو انتداب أو توكيل شخص لاستكمال المشروع، فإنّ الخطاب سيدخل ضمن المشروع ويتمّ التعامل مع المصرف وفق مقتضيات استخراج أموال المتوفى في الحساب الجاري، ويُجبر الورثة على تنفيذ التزامات مورّثهم حتى تثبت لهم جميع الحقوق.

جاء في المادة 617 من القانون الجزائري المتعلّق بالإجراءات المدنية والإدارية: "إذا توفى المنقذ عليه قبل البدء في إجراءات التنفيذ، فلا يجوز التنفيذ ضدّ ورثته إلاّ بعد التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء إلى ورثته جملة، أو إلى أحدهم في موطن مورّثهم وإلزامهم بالوفاء وفقاً للمادتين 612، 613 أعلاه.

المادة 613: يجب أن يسبق التنفيذ الجبري، التبليغ الرسمي للسند التنفيذي وتكليف المنفذ عليه بالوفاء بما تضمنه السند التنفيذي"⁽¹⁾.

يتبيّن من نصّ الفقرتين؛ أنّه إذا ثبت حقّ بسند تنفيذي ثمّ مات المطالب بالتنفيذ فإنّ تلك الالتزامات تنتقل إلى ورثة الملتزم، ويلتزمون بالوفاء جبراً، بعد التبليغ الرسمي بالوفاء، والتبليغ الرسمي للسند التنفيذي.

ومن الناحية الشرعيّة: فقد خلصنا إلى أنّ خطاب الضمان؛ إذا كان غير مغطّى من العميل فهو عقد كفالة، وإذا كان مغطّى فهو عقد وكالة، وإذا كان مغطّى جزئياً؛ فهو وكالة بالنسبة للجزء المغطّى، وكفالة في الجزء غير المغطّى، وبناءً عليه فإنّ المصرف هنا يحلّ محلّ الوكيل في المغطّى، والوكيل

(1) قانون الإجراءات المدنية والإدارية 2008، الجمهوري الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رئاسة الجمهورية، الأمانة العامة للحكومة، الكتاب الثالث: التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، القسم الثاني: في حالة وفاة أحد طرفي التنفيذ، ص 64.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

في غير المغطى، ولا يُتصور فيه الموت؛ لأنه شخص معنوي، والذي يعرضه الموت هنا هو العميل، وبالتالي ننظر في عقد خطاب الضمان إلى موت الموكل أو موت المكفول.

أ- **موت الموكل**: اتفق الفقهاء؛ الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁽¹⁾ على أن الوكالة تنفسخ وتبطل سائر الالتزامات المترتبة عليها من الجانبين إذا مات الموكل وعلم الوكيل بموته، ولم يتعلّق بالوكالة حقّ الغير، ولم يتربّب على فسخها فساد مال؛ لأنّ الوكالة انعقدت بإذن الموكل، وبموته يبطل إذنه، وللقاعدة الفقهية: "ما لا يكون لازماً من التصرفات يكون لدوامه حكم الابتداء"⁽²⁾.

والوكالة عقد جائز غير لازم، وما كان كذلك من العقود، فإن الدوام والاستمرار يسري فيه ويأخذ حكم ابتدائه.

وتبقى حالات استثنائية تلزم فيها الوكالة، وقد تقدّم ذكرها مفصّلة حسب كلّ مذهب في مطلب "أثر الموت على التزامات عقد الوكالة"، فحيثما كانت الوكالة لازمة، لم تبطل بسبب موت أحد المتعاقدين، وثبتت التزاماتها.

وعند استقراء الحالات الاستثنائية التي ذكرها الفقهاء يمكن إرجاعها؛ إمّا لتعلّق حقّ الغير بالوكالة كما في الوكالة بالخصومة أو بيع الرهن، وإمّا لوقوع الوكالة على عوض كما في الوكالة الواقعة على وجه الإجارة أو الجعالة، وإمّا ضياع مال الموكل أو فساده كما هو عند الشافعية في أوجه القولين عندهم، وإمّا القيام بتصرف عن الغير مثل وصي اليتيم وناظر الوقف.

وعند النظر في عقد خطاب الضمان المغطى نجده قد تعلّق به حقّ الغير، ووقع على عوض، فهو عقد لازم، لا يملك العميل فسخه، فلو مات فإنّه لا يتأثر بموته، ويبقى قائماً إلى الأجل المتفق عليه في العقد.

(1) ينظر: الهداية، المرغيناني، ج3، ص153. وشرح مختصر خليل للخرشي، ج6، ص86. وتحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي،

ج5، ص340. والمغني، ابن قدامة، ج5، ص88-89.

(2) موسوعة القواعد الفقهية، مجّد آل بورنو، ج9، ص246.

ب- **موت المكفول:** الكفالة كعقد لا تبطل بموت أيٍّ من المكفول أو الكفيل أو المكفول عنه، والذي يتأثر بالموت في الكفالة هو الأجل. كما أنّ موت المكفول لا يؤثر في العقد ولا في الأجل؛ لأنّه هو المتبرّع عليه، وذلك باتّفاق الفقهاء⁽¹⁾.

والأجل في عقد الكفالة هو حقُّ للكفيل وللمكفول عنه، فإذا مات أحدهما سقط الأجل في حقّه، وللدائن مطالبة ورثته وإن كان الدّين مؤجّلاً، ولا ترجع ورثة الميّت على الطّرف الحيّ إلّا بعد حلول الأجل؛ لأنّ الأجل باق قائم في حقّه، وهذا قول الحنفية غير زفر والمالكية والشافعية، والحنابلة إذا وثق الورثة الدّين برهنٍ أو كفيلٍ مليّ.

- **الحنفية:** يقول ابن عابدين: "وإذا حلّ الدّين المؤجّل على الكفيل بموته لا يحلّ على الأصيل، فلو أدّاه وارثه لم يرجع... إلّا إلى أجله خلافاً لزفر، كما لا يحلّ المؤجّل على الكفيل اتّفاقاً إذا حلّ على الأصيل... بموته"⁽²⁾.

- **المالكية:** جاء في حاشية الدسوقي: "وعجّل الدّين المؤجّل بأحد أمرين: بموت الضّامن أو فلسه قبل الأجل، ويؤخذ من تركته وإن كان المضمون حاضراً مليّاً ولا يؤخذ منه لعدم حلوله عليه، ورجع وارثه؛ أي وارث الضّامن على المدين بعد أجله، ويُعجّل الدّين كذلك عند موت الغريم؛ أي المدين فيعجّل الحقُّ أيضاً"⁽³⁾.

- **الشافعية:** جاء في نهاية المحتاج: "ولو مات أحدهما... حلّ عليه... دون الآخر... فإن كان الميّت الأصيل وله تركة فللضّامن مطالبة المستحق بأن يأخذ منها...، وإن كان الميّت الضّامن وأخذ المستحق الدّين من تركته لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه الآذن في الضّمان قبل حلول الأجل"⁽⁴⁾.

(1) ينظر: رد المحتار، ابن عابدين، ج5، ص319. وحاشية الصاوي على الشرح الصغير، الصاوي، ج3، ص441. ونهاية

المحتاج، الرملي، ج4، ص459. والمغني، ابن قدامة، ج4، ص407

(2) رد المحتار، ابن عابدين، ج5، ص319.

(3) حاشية الدسوقي، ج3، ص337.

(4) نهاية المحتاج، الرملي، ج4، ص459-460.

- الحنابلة: إذا مات الكفيل أو المكفول عنه، ووُثِّقَ ورثة الميِّتِ الدَّيْنِ برهنٍ أو كفيلٍ ملىءٍ، فإنَّ الأجل لا يسقط؛ لأنَّ التَّأجيل حقٌّ للميِّتِ، فلم يبطل بموته كسائر حقوقه، وإذا لم يقع توثيق الدَّيْنِ حلَّ الأجل.

يقول الباهوتي: "وإن مات؛ أي: الضَّامن والمضمون عنه... لم يحل الدَّيْنُ إن وثِّقَ الورثة برهنٍ يُحرز، أو كفيلٍ ملىءٍ بأقلِّ الأمرين من الدَّيْنِ أو التَّركة، وإلاَّ بأن لم توثِّق الورثة حلَّ الدَّيْنِ"⁽¹⁾.

وخلاصة ما تقدم: أنَّ موت المكفول لا يؤثِّر في عقد الكفالة بالمال من حيث سقوطها، باتِّفاق المذاهب الأربعة، ويؤثِّر في الأجل إذا مات الكفيل أو المكفول عنه وكان الدَّيْنُ مؤجَّلاً، فيصبح حالاً في حقِّ من مات منهما، وهذا باتِّفاق الفقهاء، عدا الحنابلة في المعتمد عندهم، أنَّ الموت لا يؤثِّر في حلول الدَّيْنِ إذا وثِّقَ ورثة الميِّتِ برهنٍ أو كفيلٍ ملىءٍ.

وبناءً على ما تقدَّم نقول: إنَّ العميل لو مات في عقد خطاب الضَّمان غير المغطَّى، لا يبطل العقد باتِّفاق الفقهاء، وأمَّا ما تعلَّق بدمته من الالتزام ينتقل إلى ورثته، يُطالبون بتنفيذه، شأنه شأن الدَّيْنِ؛ ويبقى الأجل وهو المدَّة المحدَّدة في الخطاب، فيسقط على قول الحنفية والمالكية والشافعية، ويبقى قائماً على قول الحنابلة في المعتمد عندهم؛ لأنَّ المستفيد من الخطاب قد وثِّقَ الالتزام بكفيلٍ ملىءٍ وهو المصرف، وهذا القول هو الذي يحقق المصلحة اليوم في عقد خطاب الضَّمان.



(1) كشف القناع، البهوتي، ج3، ص374.

المطلب الثاني: أثر الموت على التزامات عقد الحوالة المصرفية.

من كليات الشريعة الإسلامية حفظ المال، ومن مقاصدها الخاصة في المال، تداوله بين أيدي الناس، ويلزم من هذه الكلية وهذا المقصد، تحويل المال وانتقاله من ذمة إلى ذمة أخرى، أو من بلد إلى بلد، فقد يحتاج المرء إلى إبراء ذمته من دائنه، أو استيفاء حقه من مدينه، كما قد يحتاج لنقل ماله من بلد لآخر توفيراً للوقت، وقد يكون نقله غير متيسر؛ إمّا لمشقة، أو لكون الطريق غير آمن، فمن أجل هذا وغيره شرع الله عز وجل عقد الحوالة؛ لتحقيق مصالح الناس.

وإذا كان عقد الحوالة في التراث الفقهي عقداً بسيطاً غير مركب، فإنه في العقود المعاصرة عقد مختلف، حيث أصبح له صور متعدّدة، منها البسيط، ومنها المركب.

فما مفهوم عقد الحوالة الذي تجرّيه المصارف؟ وما هو تكييفه الفقهي؟ وما أثر الموت على التزاماته، هذا ما سنبحثه في هذا المطلب.

تعريف عقد الحوالة المصرفية:

الحوالة لغة: مشتقة من التحوّل بمعنى: الانتقال، تقول: تحوّل من مكانه؛ انتقل عنه، وحوّلته تحويلاً؛ نقلته من موضع إلى موضع، والحوالة بالفتح مأخوذة من النقل، فأحلتها بدّينه: نقلته إلى ذمة غير ذمتك، وأحلت الشيء إحالة: نقلته أيضاً⁽¹⁾.

الحوالة اصطلاحاً: "نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه"⁽²⁾.

وهذا في اصطلاح الفقهاء، وهي بهذا المعنى لها صورة واحدة، وهي: أن يكون شخص مديناً لشخص وفي الوقت نفسه دائناً لآخر، فيحيل دائنه على مدينه، ويكون هذا وفق شروط ذكرها الفقهاء في مصنفاتهم.

ويسمّي الفقهاء المدين مُحِيلاً، والدائن مُحَالاً ومحتالاً، والملتزم بدفع الدين للدائن محالاً عليه أو محتالاً عليه، والدين محالاً به أو محتالاً به.

(1) المصباح المنير، الفيومي، ج 1، ص 157.

(2) التعريفات، الجرجاني، ص 93.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

والكلام هنا على الحوالة المصرفية التي تجريها المصارف، فهي تشمل صوراً متعدّدة، وتكون الصّورة السّابقة الذّكر في عُرف المصرف أحد صوّرها فقط.

تعريف الحوالة المصرفية: هي " قيام البنك بإجراء يترتب عليه نقل مبلغ من حساب أحد العملاء إلى حساب آخر بناءً على طلبه" (1).

أو هي: "أمر صادر من بنك لآخر أو لفرع من فروع نفس البنك لدفع مبلغ معيّن لشخص معيّن بناءً على طلب المتعامل معه" (2).

ومن خلال التعريفين يتبيّن لنا أنّ الحوالة المصرفية هي: خدمة يقدّمها البنك لعملائه، تتضمن تحويل مبلغ من المال من حساب العميل؛ إمّا لحساب شخص آخر أو لحساب العميل ذاته، كما تتضمن قبول ما يتمّ تحويله إلى حساب هذا العميل، والبنك الذي قام بعملية التحويل؛ إمّا أن يحوّل المبلغ لأحد فروع التّابعة له، وإمّا أن يحوّل لبنك آخر، وقد تتمّ عمليّة التحويل داخل البلد الواحد، وقد تكون بين بلدين مختلفين.

والغرض من هذه العمليّة هو تيسير تحويل الأموال، والاستفادة من الوقت، والاستغناء عن مناوالتها من يد إلى يد، وتفادي المخاطرة بها عند تداولها في الأيد والسّفر بها من بلد إلى بلد، ومن هنا يتبيّن لنا أنّ الحوالة المصرفية صوّر وأنواع.

(1) الموسوعة التجارية والمصرفية، محمود الكيلاني، المجلد 4، ص414. دار الثقافة، عمان الأردن، ط1، 2008م.

(2) الحوالة وتطبيقاتها المعاصرة، يوسف صالح محمود، مقال منشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي، يصدرها بنك دبي الإسلامي، تاريخ النشر: 21 أبريل 2020م.

أنواع الحوالة المصرفية⁽¹⁾: تختلف الحوالة المصرفية بعدة اعتبارات.

أ - باعتبار سرعة التنفيذ وعدمه:

حوالة عاجلة: فبعد أن يدفع العميل المبلغ المطلوب تحويله لدى المصرف المحلي، يأمر بها فرعه أو المصرف الأجنبي الذي يرأسه عن طريق وسائل الاتصال الفوري الحديثة، فيتم مباشرة وضع المبلغ المتفق عليه تحت تصرف المستفيد (المحول إليه) في الحال.

حوالة كتابية: بأن يسلم المصرف المحلي للعميل أمراً كتابياً ليتولى إرساله للمستفيد، متمثلاً في شيكات مصرفية أو حوالات مصرفية، أو يرسله المصرف بالبريد إلى أحد فروعه أو مراسله، ويطلب فيه دفع المبلغ المطلوب إلى المستفيد عند الاطلاع على الشيك أو الحوالة.

ب - باعتبار اختلاف العملتين واتحادها:

- إما أن يكون المبلغ المحوّل والمحوّل إليه بنفس العملة، وهنا يكون العقد بسيطاً غير مركّب، حيث اشتمل على عقد الحوالة فقط.

- وإما أن تكون عملة المبلغ المحوّل إليه تختلف عن عملة المبلغ المحوّل، وهنا يكون العقد مركّباً من حوالة وصرف.

ج - باعتبار أطراف الحوالة:

- إما أن يكون الحساب المحوّل منه والمحوّل إليه هو حساب شخص واحد، وقد يتم هذا في نفس المصرف، أو بين مصرفين مختلفين.

- وإما أن يكون التحويل من حساب شخص إلى حساب شخص آخر، وقد يتم هذا أيضاً في نفس المصرف، أو بين مصرفين مختلفين.

(1) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة، مُجد عثمان شبير، ص276. وتطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، سامي حمود، ص333. والحوالة المصرفية دراسة فقهية، عبد العزيز بن مُجد السلامة، ص71-77. رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه، قسم الفقه، كلية الشريعة، جامعة الإمام مُجد بن سعود بالرياض، المملكة العربية السعودية، العام الجامعي: 1430هـ/1431هـ.

د - باعتبار مكان التحويل⁽¹⁾:

- حوالة داخلية: وذلك بتحويل المصرف المبلغ بنفس البلد بناءً على طلب العميل بعد إيداع المبلغ المطلوب تحويله، أو يكون له لدى المصرف حساب جاري وفيه ما يغطي هذا المبلغ.

- حوالة خارجية: وذلك بتحويل المصرف المبلغ من بلد إلى بلد آخر بناءً على طلب العميل.

خلاصة ما سبق ذكره في بيان أنواع الحوالة المصرفية كالتالي: إمّا أن تكون داخلية أو خارجية، وكلاهما يجريان بين شخصين مختلفين أو لصالح الشخص المحيل نفسه، ويكون المبلغ المحوّل والمحوّل إليه بنفس العملة أو بعملتين مختلفتين، ويتم كل هذا بطريقتين: بطريقة آلية عاجلة، أو عن طريق الكتابة والحتّم في شيك أو حوالة.

التكليف الفقهي للحوالة المصرفية: الأنواع التي لها الأثر في التّوصيف الفقهي، والتي ينبغي الوقوف عندها هي: الحوالات الداخلية والخارجية.

أولاً: الحوالات الداخلية: يقول مُجّد عثمان شبير: "بالنسبة للحوالات الدّاخلية التي تتمُّ بعملة واحدة، فإنّها لا تخرج عن كونها وكالة بأجرة، حيث أنّ المصرف ما هو إلاّ منقّد لطلب العميل. والأجرة تحتسب على أساس التّكلفة التّقديرية على ضوء المصروفات الفعلية التي يقوم بها البنك... وبناءً على ذلك فإنّ حكمها الشرعي جائز؛ لأنّ الوكالة جائزة شرعاً بأجرة وبدون أجرة"⁽²⁾.

ومن قال بهذا أيضاً سامي حمود، حيث قال: "أمّا بالنسبة لعملية التّحويل نفسه، فإنّ الواضح في المسألة بحسب تصويرها العملي، أنّها توكيل للمصرف بدفع مبلغ معيّن لشخص معيّن، وذلك بمعنى أنّ الشّخص المتواجد في القاهرة - مثلاً - يوكل فرع البنك الأهلي المصري ليدفع عن طريق فرعه - أو أي بنك آخر في الإسكندرية - مبلغاً من المال للشّخص الذي يسمّيه المحوّل، حيث يوفّر على نفسه

(1) ينظر: البنوك الإسلامية المنهج والتطبيق، مصطفى كمال السيد طابيل، ص 126. دار الوفاء، المنصورة، مصر، دط، 1988م.

(2) المعاملات المالية المعاصرة، مُجّد عثمان شبير، ص 277.

مشقة السّفر في الذّهاب والإيّاب، وبذلك فإنّ الحوالة المصرفيّة بهذا المعنى تختلف عن الحوالة بالمفهوم الفقهي المعروف من حيث كونها عبارة عن قيام المدين بإحالة دائته على شخص ثالث⁽¹⁾.

وبناءً على هذا نقول: إذا كان العميل (طالب الحوالة)، يطلب من المصرف تحويل المبلغ من حسابه إلى حساب له آخر، فأمر الوكالة فيه ظاهر جليّ؛ لأنّ الحوالة لا تتمّ إلاّ بين أطراف ثلاث: محيل، ومحال عليه، ومحتال، وكلّ ما في الأمر هنا، أنّ المصرف قام بعملٍ للعميل بأجرة، بناءً على طلب منه، فكانت أطراف العقد ثنائية فقط.

وإذا كان العميل يطلب من المصرف تحويل المبلغ من حسابه إلى حساب شخصٍ آخر داخل البلد الواحد، فهي أيضاً وكالة بأجر؛ وذلك لسببين:

- 1- لأنّ الحوالة في الفقه لا يجوز أخذ الأجرة عليها، بينما الحوالة المصرفيّة يأخذ المصرف أجرة عليها.
- 2- لأنّ عقد الحوالة: هو نقل دَيْن من ذمّة إلى أخرى، بينما الحوالة المصرفيّة هنا قد لا يوجد دَيْن أصلاً قبل إجراء عقد الحوالة.

ثانياً: الحوالات الخارجيّة: وهي التي يتمّ بموجبها تحويل المبلغ من بلد إلى بلد آخر، وقد يكون المبلغ المدفوع في بلد والمسحوب في البلد الآخر بنفس العملة، وهذا لا إشكال فيه، حيث يأخذ حكم الحوالة الدّاخليّة كما سبق، وقد تكون عملة المبلغ المدفوع مغايرة لعملة المبلغ المسحوب في البلد الآخر، وهذا هو الغالب، فيصبح العقد متضمناً أكثر من معاملة، أهمّها: اجتماع الصّرف مع الحوالة. نذكر صورة المسألة ثم أقوال الفقهاء المعاصرين فيها:

صورة المسألة: يذهب شخص - يريد العمرة مثلاً - إلى مصرف في الجزائر له فرع في المملكة العربية السعودية، ومعه مبلغ من المال بعملة الدينار الجزائري، يريد تحويله إلى السعودية بعملة الريال السعودي؛ ليستلمه هناك، فيقوم المصرف بتحويل الدينار إلى الريال أولاً، ثم يسلم للشخص بيّنة على الاستلام متمثلة في شيك أو حوالة، ويسجّل ذلك في أجهزته، أو يقيّده في دفاتره، وبعدها يحوّل

(1) تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، سامي حمود، 338.

المصرف المبلغ إلى فرع في السعودية بالريال، فتكون عملية الحوالة بعد الانتهاء من عملية الصّرف، ويأخذ المصرف على هذا العمل أجره.

التكليف الفقهي لاجتماع الصّرف مع الحوالة المصرفية الخارجية:

اختلفت آراء الفقهاء المعاصرين في التكليف الفقهي في المسألة، نذكر أهمّها:

القول الأول: أنّها سفتجة⁽¹⁾، فعندما يتقدّم العميل للمصرف ويعطيه المبلغ الذي يريد تحويله، يكون بذلك قد أقرضه، ووصل الاستلام الذي يعطيه المصرف للعميل يعتبر صك السفتجة الذي به يستطيع العميل عند إظهاره أن يسحب المبلغ هو أو وكيله نيابة عنه.

ومن قال بهذا: الشيخ مصطفى الزرقا، حيث يقول: "إن تحويل النقود بين البلدان... بموجب صك عرف باسم السفتجة في الفقه... وفي هذا العصر أصبح تحويل النقود بين البلدان بطريقة السفتجة ضرورة ملحة أو حاجة عامة في حركة السياحة العالمية... والواقع في هذه الحالة أن تدفع النقود إلى مصرف أو صراف في بلد ويقبض مقابلها - بمقتضى السفتجة - من النوع الآخر في البلد الآخر، وفي هذه الحال لم تبق القضية مجرد إقراض في بلد واستيفاء في بلد آخر، بل دخلت المصارفة فيه... والحل الشرعي الذي ارتأيته... هو أن يتم التحويل بمقتضى الشيك، فهذا الشيك يعتبر في حكم النقود الرسمية"⁽²⁾.

القول الثاني: أن الحوالة المصرفية عقد جديد مستحدث مركب من عدة عقود، والأصل في العقود الحل ما لم تشتمل على محذور شرعي، وليس في الحوالة المصرفية أي محذور، فهي جائزة شرعاً.

(1) السفتجة: تعريب سفته، بمعنى الشيء المحكم، وهي إقراض؛ لسقوط خطر الطريق. أو الحوالة بمال تدفعه لمن له مال في بلد آخر لتقبضه في ذلك البلد. و (في علم الاقتصاد) حوالة صادرة من دائن يُكلف فيها مدينه دفع مبلغ معين في تاريخ معين لإذن شخص ثالث أو لإذن الدائن نفسه أو لإذن الحامل لهذه الحوالة. ينظر: التعريفات، الجرجاني، ج1، ص120. والمعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، أحمد الزيات وآخرون، ج1، ص432.

(2) المصارف معاملات التعريفات، الجرجاني، ج1، ص120. والمعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، أحمد الزيات وآخرون، ج1، ص432.

(2) المصارف معاملات ودائعها فوائدها، مصطفى أحمد الزرقا، بحث مقدم مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الأولى، العدد الأول، ص142-143. لم أعر على المجلة كاملة.

ومن قال بهذا عبد الله بن سليمان بن منيع، جاء في بحث له نشرته مجلة مجمع الفقه الإسلامي: "...فكتبت في ذلك بحثاً مطولاً ناقشت فيه القول بتخريجها على السفتجة المعروفة لدى فقهاء الشريعة فذكرت ما بينهما من تشابه وفروق كما ناقشت القول بتخريجها على القرض أو الوكالة ثم انتهيت إلى القول بأن التحويلات المصرفية عملية مركبة من معاملتين أو أكثر وهو عقد حديث بمعنى أنه لم يجر العمل به على هذا الوجه المركب في العهود السابقة ولم يدل دليل على منعه فهو صحيح جائز شرعاً من حيث أصله"⁽¹⁾.

القول الثالث: أن الحوالة المصرفية تكيف على أنها إجارة.

ومن قال بهذا صالح المرزوقي، حيث قال: "والذي نراه أنها إجارة وليست سفتجة. هذه المعاملة جائزة، والوصف الفقهي لها عندي إجارة على نقل النقود أو صرف وإجارة، ففي حالة استلام ذات العملة فهي إجارة فقط، وفي حالة استلام عملة أخرى بديلة للعملة المقدمة فهي صرف ثم إجارة، كل من العقدين مستقل عن الآخر... وأخذ عوض مقابل هذا النقل، يعتبر إجارة على نقل النقود؛ لأنه هو مقصود العاقدين، وليست العمولة التي يدفعها طالب التحويل إلا أجرة النقل"⁽²⁾.

القول الرابع: أن الحوالة المصرفية تكيف على أنها وكالة بأجر، فالعميل يعطي المبلغ للمصرف، ويوكله على تحويله له إلى بلد آخر مقابل أجرة، ويجري هذا بعد إتمام عقد الصرف، فيكونان عقدان منفصلان.

ومن قال بهذا سامي حسن حمود، حيث قال: "فإذا كانت الحوالة المصرفية تتجاوز الحدود الإقليمية للبلد الذي يعمل فيه المصرف، فإن اختلاف نوع العملة المدفوعة يُدخِل مع الحوالة عملية أخرى ملازمة لها وهي الصرف، حيث يكون المحول مضطراً لشراء العملة الأجنبية التي سيتم بها دفع القيمة في البلد الأجنبي... أما بالنسبة لعمل التحويل نفسه، فإن الواضح في المسألة بحسب تصويرها العملي،

(1) المرجع السابق، العدد 6، ص 511.

(2) المرجع نفسه، العدد 9، ص 220.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

أنها توكيل للمصرف بدفع مبلغ معين لشخص معين... كما أن الحوالة المصرفية تختلف من هذه الناحية أيضاً عن السفتجة"⁽¹⁾.

وبهذا القول صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، جاء فيه: "إذا كان المطلوب في الحوالة دفعها بعملة مغايرة للمبالغ المقدمة من طالبها، فإن العملية تتكون من صرف وحوالة بالمعنى المشار إليه في الفقرة (أ)، وتجري عملية الصرف قبل التحويل، وذلك بتسليم العميل المبلغ للبنك، وتقييم البنك له في دفاتره بعد الاتفاق على سعر الصرف المثبت في المستند المسلم للعميل، ثم تجري الحوالة بالمعنى المشار إليه"⁽²⁾.

والذي جاء في الفقرة (أ) أن الحوالة المصرفية إذا كانت بأجر فهي وكالة بأجر.

وهذا القول هو الذي أراه أرجح وأقرب إلى الواقع العملي؛ لأن القول: بأن الحوالة المصرفية سفتجة لا يصح؛ لأن حقيقة السفتجة قرض كما سبق في تعريف الجرجاني لها. واعتبارها قرضاً لا يصح؛ لأننا إذا سألنا العملاء الذين يتقدمون إلى المصارف قصد تحويل أموالهم، هل تريدون أن تقرضوا المصرف؟ يقولون: لا. نريد تحويلها. وعلى فرض أنها قرض، فقد اجتمع القرض مع الصرف، وهو لا يجوز؛ لأن القرض يثبت ديناً في الذمة، وهذا لا يجوز في الصرف إجماعاً، يقول ابن عبد البر: "لا يجوز في الصرف شيء من التأخير، ولا يجوز حتى يحضر العين منهما جميعاً، وهذا أمر مجتمعه عليه"⁽³⁾.

ونقل الإجماع الإمام الباجي في المنتقى فقال: "عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: "لا يجل بيع وسلف" وأجمع الفقهاء على المنع من ذلك، وتلقي الأمة له بالقبول والعمل به يدل على صحة معناه، وذلك يقوم له مقام الإسناد"⁽⁴⁾.

(1) تطوير الأعمال المصرفية، سامي حسن حمود، ص338.

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 9، ص256.

(3) التمهيد، ابن عبد البر، ج7، ص16.

(4) المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي، ج5، ص29. مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332 هـ.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

كما نقل الإجماع الإمام القرابي في الفروق، فقال: "ويجتمع الأمة على جواز البيع والسلف مفترقين، وتحريمهما مجتمعين لذريعة الربا"⁽¹⁾.

ويعترض كذلك على القول بأنها إجارة، بأن الإجارة لا تجتمع مع الصرف في عقد واحد؛ لاجتماع بيعتين في بيعة، وقد نهي النبي ﷺ عن ذلك.

والقول بأن الحوالة المصرفية وكالة بأجر، أيضاً لم يسلم من اعتراضات، أهمها.

هل القيد المصرفي يقوم مقام القبض الشرعي في عقد الصرف؟.

إذا تقدم العميل إلى المصرف يريد تحويل مبلغ إلى بلد ما ودفع المبلغ بالدينار الجزائري، على أن يستلمه بالعملة الأجنبية في البلد المعين، فقام المصرف بصرف المبلغ داخل حسابه مكتفياً بذلك عن القبض الحقيقي، وقيد العملية بالتسجيل في أجهزته وأعطى للعميل إيصالاً على ذلك. فهل يقوم القيد المصرفي مقام القبض الحقيقي؟.

يقول ابن تيمية رحمه الله: "والأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع كالصلاة والزكاة والصيام والحج، وتارة باللغة كالشمس والقمر والبر والبحر، وتارة بالعرف كالقبض والتفريق"⁽²⁾. وقد تعارف الناس في عصرنا على أن الاقتطاعات المالية من الحسابات وتثبيتها فيها مع استلام البيانات يعدُّ في حكم التصرف الحقيقي في الأموال.

ونظراً إلى ضخامة حجم المعاملات المالية واتساع دائرتها في عصرنا الحاضر، فقد ألجأت الحاجة لمثل هذه التسهيلات، وهذا لا يتنافى مع القواعد الفقهية المقتضية لذلك، كقاعدة: الأصل في المعاملات الإباحة والأصل في العبادات الحظر، والمشقة تجلب التيسير، وإذ ضاق الأمر اتسع، والعرف والعادة محكمان.

والقول بأن: القيد المصرفي يقوم مقام القبض الحقيقي، أخذ به المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، وعليه أكثر الباحثين في هذا العصر.

(1) الفروق، القرابي، ج3، 266.

(2) مجموع الفتاوى، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، ج29، ص448. تحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ/1995م.

جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة من 13 إلى 20 رجب 1409هـ الموافق 19 إلى 26 فبراير 1989م، في بعض التطبيقات المعاصرة للقبض الحكمي للأموال، حيث نظر في موضوع:

- 1- صرف النقود في المصارف، هل يستغنى فيه عن القبض بالشيء الذي يتسلمه مريد التحويل؟.
- 2- هل يُكتفى بالقبض في دفاتر المصرف عن القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى مودعة في المصرف؟.

وبعد البحث والدراسة قرّر المجلس بالإجماع ما يلي:

أولاً: يقوم تسلّم الشيء مقام القبض عند توفر شروطه في مسألة صرف النقود في المصارف.
ثانياً: يعتبر القيد في دفاتر المصرف في حكم القبض لمن يريد استبدال عملة بعملة أخرى، سواء كان الصرف بعملة يعطيها الشخص للمصرف أو بعملة مودعة فيه⁽¹⁾.

وبناءً على هذا التكييف الفقهي، يمكننا القول: بجواز هذه المعاملة، بشرط أن تجري عملية الصرف قبل التحويل؛ لأن الصرف يجب فيه التقابض قبل التفرّق، ويتحقق ذلك إذا سلم العميل المبلغ للمصرف، وقام المصرف بصرف المبلغ بسعر اليوم، وقيد ذلك في أجهزته أو دفاتره وسلم للعميل وصل إثبات قبل التفرقة.

أثر الموت على التزامات عقد الحوالة المصرفية:

نعرض أثر الموت على الحوالة المصرفية من الناحية القانونية ثم من الناحية الفقهية.

أ- الجانب القانوني: بيّن القانون التجاري الجزائري كيف ومتى تتم الحوالة في مادتين:

المادة 543 مكرر 19: يحتوي الأمر بالتحويل على:

- 1- الأمر الذي يوجهه صاحب الحساب إلى ماسك الحساب لتحويل الأموال.

(1) مجلة المجمع الفقه الإسلامي، العدد: 6، ص 559.

2- بيان الحساب الذي يتم الخصم منه.

3- بيان الحساب الذي يتم إليه التحويل وصاحبه.

4- تاريخ التنفيذ.

5- توقيع الأمر بالتحويل.

المادة 543 مكرر 20: يكون الأمر بالتحويل غير قابل للرجوع فيه ابتداءً من تاريخ الاقتطاع من حساب الأمر بالتحويل. يعتبر التحويل نهائياً ابتداءً من تاريخ دخول المبلغ المحول إلى حساب المستفيد⁽¹⁾.

وبناءً على نص المادتين، يتبين لنا أن عقد الحوالة لا ينعقد بالإيجاب والقبول فقط، وإنما ينعقد بعد الأمر بالتحويل والإدلاء بالبيانات المتعلقة بالحساب الذي يتم منه الخصم والحساب الذي يتم إليه التحويل مع تسجيل تاريخ التحويل والتوقيع، ثم يقوم المصرف بالاقتطاع من حساب الأمر، عندها يكون عقد الحوالة لازماً غير قابل للرجوع، فلو مات الأمر بعد تدوين المعلومات وقبل الخصم من حسابه، انفسخ العقد وكان لورثته الرجوع، وإذا مات بعد الاقتطاع فلا أثر لموته على عقد الحوالة، ولا يحق لورثته الرجوع.

ب- الجانب الفقهي: خلصنا في التكييف الفقهي للحوالة المصرفية بأنها في حقيقتها وكالة بأجر.

ومن المعلوم أن الوكالة عقد جائز بإجماع الفقهاء، ما لم تكن بأجر أو تعلق به حق الغير، فإن كانت كذلك تكون لازمة باتفاق الفقهاء⁽²⁾.

وقد علل الحنفية عدم بطلان الوكالة اللازمة بعد الموت بقولهم: "لأن التوكيل في هذا النوع صار لازماً لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الأمر"⁽³⁾.

(1) القانون التجاري الجزائري، الباب الرابع: في بعض وسائل الدفع، الفصل الأول: في التحويل، ص 95.

(2) ينظر: الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر المرغيناني، ج 3، ص 152. تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، دط، دت. حاشية الدسوقي، ج 3، ص 397. مغني المحتاج، الشريبي، ج 3، ص 257. منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، ج 2، ص 191. عالم الكتب، بيروت، ط 1، 1414هـ/ 1993م.

(3) العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، البابري، ج 8، ص 142. دار الفكر، دط، دت.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

وتلزم الوكالة عند المالكية إذا وقعت على وجه الإجارة: "الوكالة إذا وقعت على وجه الإجارة تلزم كلاً من الوكيل والموكل بمجرد العقد"⁽¹⁾. كأن يقول شخص لغيره: وكلتك على كذا، ويسمي له عملاً وأجرًا معلومين.

وتلزم الوكالة عند الشافعية في حالة ما إذا وقعت بلفظ الإجارة: فإنها تكون لازمة، ولا يصح للموكل أن يعزل موكله، ولا الوكيل عزل نفسه، وأما إذا وقعت بلفظ الجعالة فلا تلزم عندهم، جاء في مغني المحتاج: "فصل الوكالة ولو يجعل جائزة من الجانبين... هذا إذا لم يكن عقد الوكالة باستتجار، فإن كان بأن عقد بلفظ الإجارة فهو لازم"⁽²⁾.

وتلزم الوكالة عند الحنابلة في حالة ما إذا تعلقت الوكالة بتصرف يقوم به الوكيل لصالح الغير، ففي هذه الحالة لا تبطل الوكالة بموت الموكل.

جاء في منتهى الإرادات: "الوكالة والشركة والمضاربة... عقود جائزة من الطرفين... وتبطل هذه العقود بموت أو جنون مطبق، لأنها تعتمد الحياة والعقل فإذا انتفى ذلك انتفت صحتها لانتهاء ما تعتمد عليه، وهو أهلية التصرف، لكن لو وُكِّل وليُّ يتيم أو ناظرٌ وقف أو عقد عقداً جائزاً غيرها ثم مات لم تبطل بموته؛ لأنه متصرف على غيره"⁽³⁾.

وبناءً على نصوص الفقهاء المقتضية لزوم الوكالة إذا وقعت بأجر، كإن وقعت الحوالة بين حسابين لنفس الشخص، أو تعلق بها حق الغير، كإن وقعت بين حسابين؛ دائن ومدين، فإنها لا تبطل بسبب موت الموكل وهو الأمر بالحوالة هنا، وثبتت التزاماتها، وليس للورثة الرجوع عن عقد مورثهم.



(1) حاشية الدسوقي، ج3، ص 397.

(2) مغني المحتاج، الشرييني، ج3، ص 257.

(3) منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، ج2، ص 191. عالم الكتب، بيروت، ط1، 1414هـ/1993م.

المطلب الثالث: أثر الموت في التزامات عقد الرهن الرسمي.

توسعت الشريعة الإسلامية في وسائل توثيق المعاملات المالية وما يترتب عليها من ديون، وآية الدَّين دالة على ذلك، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمْلََّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْب الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْنَأُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ (282) وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ (283) ﴿ [البقرة، الآيتين: 282-283].

ذكرت الآيتان ثلاث وسائل من وسائل التوثيق؛ الكتابة والإشهاد والرهن، وأهم هذه الوسائل الثلاث الرهن؛ لأن الكتابة والإشهاد وسيلتا توثيق للدَّين فحسب، بينما الرهن وسيلة توثيق واستيفاء معاً فهو أقوى وسائل التوثيق، وظل الفقهاء القدامى يتحدثون عن الرهن في مؤلفاتهم بصفة عامة، وعنوا بذلك الرهن الحيازي وإن لم يطلقوا عليه هذا المسمى، ولم يفرقوا بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي، ومع اتساع دائرة الديون وتطور نظام التأمينات ووقوع الحرج على الناس في معاملاتهم، استحدثت المؤسسات المالية الإسلامية نوعاً جديداً من الرهن، وهو ما اصطلح عليه فقهاء القانون بـ "الرهن الرسمي أو الرهن التأميني".

فما مفهوم الرهن الرسمي؟ وكيف وكيف فقهيًا؟ وما تأثير الموت على التزاماته؟. هذا ما سنبحثه في هذا المطلب.

سبق لنا تعريف الرهن لغة واصطلاحاً في المطلب الأول من مبحث "أثر الموت في التزامات عقود التوثيقات" فلا حاجة لإعادته هنا، ونكتفي بتعريف الرسمي لغة ثم تعريف الرهن الرسمي اصطلاحاً تعريفاً مركباً.

تعريف الرسمي لغة: الرسمي من الرسم وهو في اللغة: الأثر، نَاقَةٌ رَسُومٌ: تُؤَثَّرُ فِي الْأَرْضِ مِنْ شِدَّةِ الْوَطْءِ. وَالثَّوْبُ الْمُرْسَمُ: الْمُحَطَّطُ وَالرَّاسِمُ: الْمَاءُ الْجَارِي؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَرَى أَثَّرَ وَأَبْقَى الرَّسْمَ. وَالْعَمَلُ الرَّسْمِيُّ: عَمَلٌ يَنْتَسِبُ إِلَى الدَّوْلَةِ وَيَجْرِي عَلَى أَصُولِهَا الْمَقْرَرَةِ. وَرَجُلٌ رَسْمِيٌّ: يُمَثِّلُ الدَّوْلَةَ فِي عَمَلِهِ أَوْ قَوْلِهِ وَهِيَ رَسْمِيَّةٌ. وَالورقة الرسمية: هِيَ الَّتِي يُثَبَّتُ فِيهَا مَوْظِفٌ عَامٌّ أَوْ شَخْصٌ مُكَلَّفٌ بِخِدْمَةِ عَامَّةٍ مَا تَمَّ عَلَى يَدَيْهِ فِي حُدُودِ اخْتِصَاصِهِ. وَالْعُقُودُ الرَّسْمِيَّةُ: الْمَحْرَرَاتُ الْمُوثَقَةُ عَلَى يَدِ الْمُوثَقِينَ فِي حُدُودِ اخْتِصَاصِهِمْ⁽¹⁾.

الرهن الرسمي اصطلاحاً:

عرفه السنهوري بقوله: "الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون"⁽²⁾.

وعرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 882 من القانون المدني بقوله: "عقد به يكسب الدائن حقاً عينياً على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حق من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون"⁽³⁾.

التعريفان متفقان من حيث المضمون، وإن اختلفا في تقديم أو تأخير بعض العبارات، ومن خلالهما يمكننا استنتاج أهم الخصائص والمميزات التي تميز الرهن الرسمي.

(1) ينظر: مقاييس اللغة، ابن فارس، ج2، ص393. والمعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى وآخرون، ج1، ص345.
(2) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج10، ص268. دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان. دت.
(3) جريدة رسمية صادرة بتاريخ: 30 سبتمبر 1975، عدد: 78. الأمر: 75 / 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

- 1- أنه عقد لا يتم إلا بتسجيله رسمياً، فلا يكفي فيه الإيجاب والقبول من العاقدين، "لا بد لانعقاد هذا الرهن من تسجيله في صحيفة العقار المخصصة له في السجلات العقارية"⁽¹⁾.
- 2- أنه حق يثبت على العقار دون المنقول، عدا بعض الاستثناءات الواردة في القانون على سبيل الحصر، كرهن السفن والطائرات الخاصة والمحلات التجارية والسيارات "رعاية للمصلحة، فهذا المنقول ملحق بالعقار، عملاً بالقاعدة الشرعية: التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"⁽²⁾.
- 3- يمنح صاحبه حق التقدم أو الأولوية على بقية الدائنين، "يتقدم الدائن بموجب هذا الحق العيني ليس فحسب على الدائنين العاديين لمالك العقار المرهون، بل أيضاً على الدائنين الذين لهم حق عيني آخر على هذا العقار إذا كانوا متأخرين في المرتبة؛ أي مقيدين بعد تاريخ تقييد الدائن المرتهن"⁽³⁾.
- 4- للمرتهن أن يستوفي حقه من ثمن العقار لا من عينه، "يلجأ الدائن المرتهن عادة إلى استيفاء دينه من ثمن العقار المرهون إلى التنفيذ على هذا العقار وبيعه بالمزاد العلني، ولكن العقار المرهون قد يهلك قبل بيعه بالمزاد العلني، فينتقل حق الدائن المرتهن إلى قيمة هذا العقار"⁽⁴⁾.
- 5- ليس فيه حياة للشئ المرهون، وإنما "يبقى الراهن مالاً للعقار المرهون، بل ويبقى حائزاً له"⁽⁵⁾.

أهمية الرسمية في عقد الرهن الرسمي:

تظهر أهمية الرسمية في الرهن الرسمي في كونها تحقق مصلحة للراهن (المدين) والمرتهن (الدائن) معاً، فبالنسبة للراهن،
فذلك يكون حماية له، عن طريق إشعاره بخطورة ما يقدم عليه وحمله على التبصر في عواقب العقد، فلا يقدم إلا بعد احتياط وتدبر.

(1) المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلي، ص 88. دار الفكر المعاصر، بيروت لبنان، ط3، 1427هـ/ 2006م.

(2) المرجع السابق، ص 89.

(3) الوسيط، السنهوري، ص 269.

(4) المرجع نفسه، ص 270.

(5) المرجع نفسه، ص 395.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

وبالنسبة للمرتهن، فذلك يظهر في حاجته إلى التثبيت من أصل ملكية الراهن ومن أهليته للتعاقد، فالتجاوز إلى الرسمية يجعله في مأمن من ذلك، كما أن الرسمية من شأنها أن تضع في يد المرتهن سنداً قابلاً للتنفيذ، فلا يحتاج إلى حكم جديد إذا حلَّ أجل الدين .

التكييف الفقهي لعقد الرهن الرسمي:

الرهن أحد عقود التوثيقات التي يقدمها المدين للدائن توثيقاً للدَّين الذي عليه، أجمع العلماء على جوازه، قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن الرهن في السفر والحضر جائز"⁽¹⁾. وقال ابن قدامة: "والرهن في الشرع: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه، وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع"⁽²⁾. هذا من حيث الأصل، واختلفوا في بعض الأحكام المتعلقة به.

والرهن الذي وقع عليه الإجماع هو الرهن الحيازي الذي يقتضي نقل حيازة الشيء المرهون من يد المدين (الراهن) إلى يد الدائن (المرتهن) ويكون للدائن أن يجسه حتى يستوفي حقه، وهو يرد على العقار والمنقول.

وأما الرهن الرسمي الذي بين أيدينا لا يشمل هذا الإجماع، فهو عقد أحدثه فقهاء القانون نتيجة التطور في نظام التأمينات العينية إلى جانب الرهن الحيازي، وأصبح متداولاً في العالم بشكل عام، وساعد على إبرام كثير من العمليات والصفقات التعاقدية، فهو يحقق نفس الغرض المرجو من الرهن الحيازي، من حفظ الشيء المرهون وتوثيق الدَّين به وبقائه ضماناً للدائن.

وإذا كان الرهن الحيازي مجمعاً على جوازه، فإن صورة الرهن الرسمي تختلف عن صورة الرهن الحيازي، ومن هنا يلزمنا ذكر أهم الفروق بينهما والتي تعتبر إشكالات فقهية اعترت الرهن الرسمي، وهي:

1- خلو الرهن الرسمي من قبض العين المرهونة قبضاً حقيقياً، حيث يثبت للدائن حقاً عينياً على المال المرهون دون أن تنتقل حيازة هذا المال إلى يده بل تبقى حيازته في يد المدين (الراهن). فهل الرسمية في الرهن تقوم مقام القبض؟.

(1) الإجماع لابن المنذر، ص 115.

(2) المغني، ابن قدامة، ج 4، ص 245.

2- الرهن الرسمي يرد على العقار دون المنقول. فهل يصح اشتراط تخصيص الرهن بمال دون مال؟.

3- لزوم تسجيله رسمياً، وعدم الاكتفاء بالإيجاب والقبول كما هو معروف عند جميع الفقهاء في العقود. فهل يلزم تسجيله رسمياً حتى يتم العقد وتترتب عليه آثاره؟.

جواب الإشكال الأول:

يقول ابن رشد: "فأما القبض: فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ سورة البقرة، الآية: 283. واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة؟ ... فذهب مالك إلى أنه من شروط التمام، وذهب أبو حنيفة، والشافعي، وأهل الظاهر إلى أنه من شروط الصحة"⁽¹⁾.

والقبض الذي ذكر ابن رشد الاتفاق عليه، هو القبض الحقيقي المدرك بالحس، غير أن ذلك لا يعني أن القبض الحكمي غير معتبر عند جمهور الفقهاء، بل هو معتبر عندهم ويقوم مقام الحقيقي وتترتب عليه أحكامه، من أمثلته:

أ- اعتبار التخلية في المنقولات قبضاً عند الحنفية، وإن لم يقبضها المرتهن حقيقة، قال الكاساني: "فالتسليم والقبض عندنا هو التخلية، وهو أن يخلّي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه"⁽²⁾.

ب- جواز رهن الدّين عند المدّين عند المالكية، قال ابن العربي في أحكام القرآن: "إذا تعامل رجلان لأحدهما على الآخر دينٌ، فرهنته دينه الذي له عليه، كان قبوله قبضاً. وقال غيرنا من العلماء: لا يكون قبضاً. وكذلك إذا وهبت المرأة كالتها - أي مهرها المؤجل - لزوجها جاز، ويكون قبوله قبضاً. وخالفنا فيه أيضاً غيرنا من العلماء. وما قلناه أصحّ لأنّ الذي في الذمة أكد قبضاً من المعين، وهذا لا يخفى"⁽³⁾. وقد ذهب المالكية إلى أبعد من ذلك، حيث أجازوا رهن الدّين لغير المدّين، وجعلوا دفع وثيقة الدّين أو الإشهاد عليه بمثابة القبض، جاء في حاشية الدسوقي: "كما لو كان لي دّين على زيد وزيد له دّين على عمرو فيرهنني زيد دينه الذي على عمرو في ديني الذي عليه بأن يدفع لي وثيقة

(1) بداية المجتهد، ابن رشد، ج4، ص57.

(2) بدائع الصنائع، الكاساني، ج5، ص224.

(3) أحكام القرآن، ابن العربي، ج1، ص261.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

الدَّين الذي له على عمرو حتى يقضي ديني... وهو رهن الدَّين لغير المدين، فالشرط في صحته قبضه بالإشهاد على حوزة ودفع الوثيقة للمرتهن⁽¹⁾.

ج- الإذن بالقبض، قبض عند الشافعية، فيكفي تعيين العين المرهونة؛ ليستوفي منها الدَّائن دينه، من غير اشتراط حبسها عند المرتهن، يقول زكريا الأنصاري: "يشترط في اللزوم، إقباض الراهن أو الإذن منه في القبض، فإن رهن العين من غاصب لها أو مستعير أو مودَّع أو وكيل، صح كالبيع"⁽²⁾.

فكلُّ من تخلية المشتري عن المبيع عند الحنفية، وجواز رهن الدَّين عند المالكية، والإذن بالقبض قبض عند الشافعية، يعتبر قبضاً حكماً، وإذا تقررت هذه الصور عند الفقهاء، فإن الرسمية في الرهن لا تخرج عن هذا المعنى؛ لجامع بينها وهو: تمكن المرتهن من استيفاء دينه وضمأن حقه، وما دام كذلك، فإن الرسمية في الرهن تقوم مقام القبض الحقيقي وتترتب عليه آثار؛ لأن ما تعارف الناس على أنه قبض يعتبر قبضاً، وأنه لم يرد في كيفية القبض نص من الشارع.

يقول ابن تيمية رحمه الله: "والأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع كالصلاة والزكاة والصيام والحج، وتارة باللغة كالشمس والقمر والبر والبحر، وتارة بالعرف كالقبض والتفريق"⁽³⁾. وقد تعارف الناس في عصرنا على أن تسجيل الرهن قبض للمرهون، وعليه يكون التسجيل قبضاً مشروعاً.

جواب الإشكال الثاني:

نعم، الرهن في الشرع يرد على العقار وعلى غيره، وأما تخصيص الرهن الرسمي بعقار، فهذا غير مخالف للشرع؛ لأن "كل ما جاز بيعه جاز رهنه، وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه"⁽⁴⁾. والعقار جاز بيعه فجاز رهنه، فليس العقار خمراً أو خنزيراً أو ميتة، أو شيئاً غير مقدور على تسليمه.

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص231.

(2) أسنى المطالب، زكريا الأنصاري، ج2، ص155.

(3) مجموع الفتاوى، ابن تيمية، ج29، ص448.

(4) موسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد آل بورنو، ج8، ص509. مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط1، 1424 هـ/

2003 م.

وأما سبب قصر الرهن الرسمي عليه، فذلك لأن للعقارات سجلات لدى الجهات الرسمية، مقيد فيها مساحتها وحدودها وعنوانها وجميع معلوماتها المتعلقة بها، فيصعب على الراهن ادعاء ضياعها أو تغييرها، كما يسهل على المرتهن إثبات أنها مرهونة عنده إذا أنكر الراهن.

جواب الإشكال الثالث:

يُعبّر بالإيجاب والقبول على رضا المتعاقدين وإرادتهما، فلا تتوقف إلزامية العقود وصحتها على تفرغ ذلك الرضا في وثيقة رسمية، لكن لو اشترط المرتهن على الراهن تسجيل ذلك رسمياً جاز.

فيجوز في الرهن من الشروط ما كان موافقاً لمقتضى العقد وخادماً لمقصده الذي هو التوثيق وضمان الدَّين، كما يجوز كل شرط ملائم للعقد غير مناف لمقتضاه، كأن يشترط المرتهن أن يكون الرهن مالاً مخصوصاً أو تسجيله أو وضعه عند أمين.

ولا يفسد الرهن من الشروط إلا ما كان منافياً لمقتضى العقد، كأن يشترط الراهن عدم بيع الرهن عند حلول أجل الدين مثلاً.

ومعلوم أن جمهور الفقهاء أجازوا وضع الرهن عند أمين إذا اتفقا المرتهنان على ذلك، جاء في تبين الحقائق: "وضعا الرهن على يد عدل صح"⁽¹⁾. وفي الفواكه الدواني: "لو امتنع الراهن من وضع الرهن تحت يد المرتهن وطلب وضعه عند أمين فالقول قوله كعكسه وإن اختلفا في الأمين فإنه ينظر الحاكم"⁽²⁾. وفي مغني المحتاج: "ولو شرط؛ أي الراهن والمرتهن وضعه؛ أي المرهون عند عدل جاز؛ لأن كلا منهما قد لا يثق بصاحبه"⁽³⁾. وفي المغني لابن قدامة: "أن المتراهنين إذا شرطوا كون الرهن على يدي رجل رضياه، واتفقا عليه، جاز"⁽⁴⁾.

(1) تبين الحقائق، الزيلعي، ج6، ص80.

(2) الفواكه الدواني، النفراوي، ج2، ص166.

(3) مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص67.

(4) المغني، ابن قدامة، ج4، ص263.

فإذا كان جمهور الفقهاء قالوا بجواز وضع الرهن عند أمين، وأن قبضه ينوب عن قبض المرتهن، فإن تسجيل الرهن رسمياً يكون بمنزلة وضعه عند الحاكم، وقبض الحاكم يكون أقوى من قبض الأمين؛ لأن الأمين قد يموت، فيكون هناك احتمال إنكار من ورثته أو الراهن، أما تسجيله رسمياً لا يتأت معه إنكار أو جحود.

وبالنظر إلى الجانب المقاصدي، نجد أن المقصد من الرهن هو تأمين الدائن المرتهن، وزرع الثقة في قلبه؛ وذلك بحبس العين المرهونة تحت يده، حتى يستوفي منها دينه إذا حل الدين، وليس المقصد من تشريع الرهن هو التعبد بدون معنى، والرهن الرسمي المسجل في دائرة السجلات العقارية يحقق هذا المقصد، من حفظ المرهون وضمان حق الدائن وتأمين مصلحته وزيادة.

وبناء على ما سبق نستطيع القول: بجواز الرهن الرسمي شرعاً، لأنه خال مما يمنع التعامل به في الشريعة الإسلامية، وإن لم يكن معروفاً لدى الفقهاء القدامى.

يقول وهبة الزحيلي - عن الرهن الرسمي -: "جائز شرعاً؛ لأنه يحقق مصلحة المرتهن بالمطالبة ببيع المرهون، وإن لم يكن موجوداً بيد المرتهن؛ ولأن الفقهاء الذين اشترطوا قبض المرتهن للشيء المرهون، أجازوا إعارة المرهون للراهن"⁽¹⁾.

وجاء في فتاوى هيئة الفتاوى والرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي فتوى رقم (22)

السؤال: هل يجوز للمصرف الإسلامي إدخال السلعة المباعة بالمراجحة كضمان؟

الجواب: العقد شريعة المتعاقدين فإذا اشترط البائع أن يحبس المبيع حتى أداء جميع الثمن فهو شرط يقتضيه العقد وإنما يحبس البائع المبيع إذا كان الثمن حالاً أما إذا كان مؤجلاً فلا يجوز الحبس لأنه رضى بتأخير الثمن لكن يجوز له أن يرهن المبيع رهناً ائتمانياً أي رسمياً - ينص عليه في العقد حتى يستوفي الثمن ضماناً لحق البنك لأن الرهن الائتماني لا يمنع المالك من التصرف في ملكه"⁽²⁾.

(1) المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلي، ص353. دار الفكر المعاصر، بيروت لبنان، ط3، 1427هـ/2006م.

(2) فتاوى هيئة الفتاوى والرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي، فتوى رقم (22) المكتبة الشاملة الحديثة، تاريخ الدخول 05-

06-2022م. الرابط: <https://al-maktaba.org/book/968/1593#p6>.

أثر الموت على التزامات عقد الرهن الرسمي.

موت المرتهن لا أثر له على عقد الرهن الرسمي إذا وقع صحيحاً وفق الضوابط القانونية؛ لأن العقد غير لازم من جانبه، وإنما هو لازم من جانب الراهن فقط.

وموت الراهن هو الذي يؤثر على عقد الرهن الرسمي، ويختلف هذا التأثير في حالة ما إذا مات بعد تسجيل الرهن وتقييده، أو مات بعد تسجيله وقبل تقييده، ومن هنا لابد أن نفرق بين التسجيل والقيود، ثم نذكر أثر الموت.

يفرق الدكتور السنهوري بين التسجيل والقيود، فيقول: "التسجيل يكون بنقل صورة كاملة من المحرر في سجل معد لذلك... أما القيد فهو نقل بعض بيانات مستخرجة من المحرر الذي يتضمن عقد الرهن، وتدوينها في سجل خاص... طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقاري"⁽¹⁾.

ومن خلال نص السنهوري يتبين لنا أن التسجيل هو العملية التي يقوم بها المحرر ويقصد بها الضبط الدقيق للعقار المرهون وما يتعلق به وتسجيل ذلك كله في سجل خاص، وأما القيد فهو الإجراء اللازم الذي يقصد به الشهر من أجل الاحتجاج به في مواجهة الغير، ويكون بعد عملية التسجيل.

وعليه فإن حق الرهن ينشأ بمجرد تسجيل العقد، ولكنه لا ينفذ في مواجهة الغير إلا إذا تم قيده، فالقيود شرط لازم لسريان الرهن في حق الغير؛ أي أن الدائن المرتهن لا يستطيع أن يباشر حقه في الأفضلية والتقدم على الدائنين العاديين إلا إذا كان رهنه مقيداً.

وبعد التفريق بين تسجيل الرهن الرسمي وتقييده نذكر آراء فقهاء القانون بعد إخراج الصور المنفق عليها، ثم الترجيح بينها استناداً على الفقه الإسلامي.

لقد اتفق فقهاء القانون على أن الرهن الذي يقيده الدائن المرتهن في حياة الراهن وفق ضوابط قانونية يكون نافذاً تترتب آثاره في حق المتعاقدين وفي حق مواجهة الغير، فيتقدم الدائن عن الدائنين العاديين في استيفاء حقه. كما اتفقوا على أن موت الراهن بعد تسجيل العقد وقبل تقييده يترتب آثاره في حق المتعاقدين، جاء في المادة: 888 من القانون المدني الجزائري ما يلي: "توقف وتوزع ثمار العقار المرهون

(1) الوسيط، السنهوري، ص 436.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات

وإيراده مثلما يوقف ويوزع ثمن العقار ابتداءً من تسجيل نزع الملكية الذي هو بمثابة الحجز العقاري⁽¹⁾. فمجرد إبرام عقد الرهن وتسجيله يرتب آثاره فيما بين المتعاقدين.

واختلفوا فيما إذا مات الراهن بعد تسجيل عقاره رهناً رسمياً وقبل تقييده، فهل يجوز للمرتهن إجراء القيد بعد وفاة الراهن؟. وهل تترتب آثار العقد في مواجهة الدائنين العاديين؟.

الرأي الأول:

يقول الدكتور السنهوري: " أن الدائن (المرتهن) إذا كسب حق الرهن في حياة الراهن ولم يقيده، ومات الراهن، فكثير من الفقهاء المصريين يذهبون إلى أن موت الراهن يمنع من قيد الرهن، منهم مُجَّد كامل مرسي وشفيق شحاته ومُجَّد علي وإمام وجمال الدين زكي⁽²⁾ .

وهذا ما قرره المادة 904 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها ما يلي: "لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد..."⁽³⁾.

وعليه فإن "الرهن الذي لم يتم قيده قبل وفاة الراهن، فإنه لا يكون نافذاً في حق الدائنين الآخرين، وأن الدائن الحاصل على هذا الرهن غير المقيد يكون شأنه شأن الدائنين العاديين، ويتساوى معهم بدون امتياز"⁽⁴⁾.

(1) القانون المدني الجزائري 2007م، الكتاب الرابع: الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، القسم الثالث: حق التقادم وحق التبعية، ص 149.

(2) الوسيط، السنهوري، ص 461. بتصرف قليل.

(3) القانون المدني الجزائري 2007م، الكتاب الرابع: الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية، القسم الثالث: حق التقادم وحق التبعية، ص 149.

(4) عقد الرهن الرسمي، زاهية سي يوسف، ص 108. دار الأمل تيزي وزو الجزائر، ط 2006م.

الرأي الثاني:

ويقول الدكتور السنهوري: "غير أن كثيراً من الفقهاء المصريين لا يرون موت الرهن سبباً لمنع القيد، وأنه يجوز قيد الرهن الذي انعقد صحيحاً في حياة الرهن بعد وفاته، منهم عبد الفتاح عبد الباقي وشمس الدين الوكيل وأحمد سلامة ومنصور مصطفى منصور"⁽¹⁾.

وبعد عرض الرأيين نرى ترجيح الرأي الثاني للأسباب التالية:

1- إن المشرع الجزائري لم يورد نصاً صريحاً يمنع قيد الرهن بعد وفاة الرهن، وعليه يبقى الأصل هو جواز قيد الرهن حتى بعد وفاة الرهن.

2- عقد الرهن الرسمي ملزم لطرف واحد وهو المدين (الرهن) فهو الملزم بإنشاء عقد الرهن على عقاره، فإذا أنشأ هذا العقد في حال حياته وبرضاه، فإن من حق الدائن (المرتهن) أن يتم قيده حتى وإن مات الرهن.

وقد رجح الدكتور السنهوري الرأي الثاني، فقال -بعد ذكر الرأيين-: "ونكتفي بما تقدم ونقول: إن موت الرهن لا يؤثر في هذا الإجراء التحفظي الذي هو القيد ولم يرد نص في القانون يجعل وفاة الرهن سبباً لحرمان المرتهن من قيد رهنه"⁽²⁾.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية تنص في (المادة 733) لَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ بِوَفَاةِ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ. وفي (المادة 734) إِذَا تُؤَيِّى الرَّاهِنُ وَكَانَتْ وَرَثَتُهُ كِبَارًا قَامُوا مَقَامَهُ وَوَجِبَ عَلَيْهِمْ آدَاءُ الدَّيْنِ تَمَامًا مِنْ التَّرَكَةِ وَتَخْلِيصِ الرَّهْنِ، وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا أَوْ كِبَارًا غَائِبِينَ فِي مَحَلِّ بَعِيدٍ مُدَّةَ السَّفَرِ فَالْوَصِيُّ يَبِيعُ الرَّهْنَ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ وَيُؤَدِّي الدَّيْنَ مِنْ ثَمَنِهِ"⁽³⁾.

(1) الوسيط، السنهوري، 461-462. بتصرف قليل.

(2) الوسيط، السنهوري، ص 462.

(3) مجلة الأحكام العدلية، ص 139.

وقد تقدم لنا أن تسجيل الرهن رسمياً يعد قبضاً، وعليه فإن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة يقولون: بأن موت الراهن أو المرتهن بعد حصول القبض لا تسقط التزامات عقد الرهن.

قال ابن عابدين: "لا يبطل الرهن بموت الراهن والمرتهن، ولا بموت أحدهما، ويبقى رهناً عند الورثة... فورثة المرتهن أحق به من بقية الغرماء حتى يستوفوا دينهم؛ لأن لهم عليه يداً مستحقة..."⁽¹⁾.

وقال ابن جزري: "إذا قبض الرهن ثم أفلس الراهن أو مات فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء"⁽²⁾.

وقال النووي: "وإن مات أحدهما بعد القبض لم يفسخ الرهن بلا خلاف، ويقوم وارث كل واحد منهما مقامه؛ لأن الرهن لازم من جهة الراهن، والعقد اللازم لا يبطل بالموت كالبيع والإجارة"⁽³⁾.

وجاء في مسائل الإمام أحمد: "وإذا قال له: ضعه على يدي عدل، فهو مقبوض للمرتهن، فإن مات الراهن، أو أفلس، كان المرتهن أحق به من الغرماء"⁽⁴⁾.



(1) العقود الدرّية في تنقيح الفتاوى الحامديّة، ابن عابدين، ج2، ص238. دار المعرفة، دط، دت.

(2) القوانين الفقهية، ابن جزري، ص213.

(3) المجموع، النووي، ج13، ص193.

(4) مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه، إسحاق بن منصور بن بمرام، المعروف بالكوسج، ج6، ص3036. عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1425هـ - 2002م.

الخاتمة

الخاتمة:

الحمد لله أولاً وأخيراً، وبعد:

جاءت هذه الخاتمة عنواناً على نهاية ما تيسر عرضه من مادة علمية حول تأثير الموت على التزامات عقود التبرعات والتوثيقات، وبعض التطبيقات المعاصرة ذات الشأن نفسه، والتي انطلقت من إشكالية مفادها:

كيف عالج الفقه الإسلامي طروء الموت على أحد طرفي العقد في التبرعات والتوثيقات، وقد خلص بنا هذا العرض إلى ما يلي:

1- الموت عند الفقهاء من حيث تعلق الأحكام به ثلاثة أنواع: حقيقي؛ الذي يكون بفقدان الحياة بعد وجودها في الإنسان، وحكمي؛ الذي يثبت القضاء للمفقود والمرتد، وتقديري؛ الذي يكون للجنين الذي أسقط ميتاً بسبب جنابة على أمه. ومن خلال البحث تبين لنا أن هذه الأنواع الثلاثة مختلفة من حيث الآثار المترتبة عليها، واكتفى البحث بمعالجة آثار الموت الحقيقي فقط.

2- لم يفرد الفقهاء القدامى مصطلح الالتزام بالذكر، وإن كان موجوداً عندهم كمعنى، حتى جاء الإمام الحطاب في القرن العاشر فألف رسالة سماها "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" فبيّن مصطلح الالتزام وفصل فيه.

3- التفرقة بين الالتزام والإلزام، فإذا أطلق الفقهاء الالتزام، فإنهم يريدون به ما أوجبه الإنسان على نفسه، مع كونه جائزاً شرعاً، سواء كان ذلك ناشئاً عن عقدٍ بينه وبين طرف آخر، أو كان ناشئاً عن إرادته المنفردة، وإذا أطلقوا الإلزام أرادوا به ما أوجبه الشارع على الإنسان، ويدخل في ذلك العبادات وضمن المتلفات.

4- يفرق بين التكليف والأهلية والذمة، فالتكليف أعم وأشمل من الأهلية والذمة، فكل مكلف له ذمة وأهلية ما لم يصبها عارض، وليس كل من له أهلية أو ذمة يكون مكلفاً.

- والأهلية والذمة وصفان يقومان بالإنسان، بمنزلة السبب حتى يكون الإنسان أهلاً للوجوب له، وعليه، والذمة محل، والأهلية حال، فتكون الذمة سبباً لوجود الأهلية، وتكون الأهلية أثراً لوجود الذمة. بينما التكليف لا علاقة له بالذمة والأهلية من حيث السببية.

5- بقاء الذمة حكماً بعد الموت حتى إيفاء الديون وتصفية التركة، وهذا هو الذي يتفق مع قواعد الشرع العامة، التي يقصد بها ضبط الأحكام وجريها على نسق واحد، فضرورة تجهيزه ودفنه وتنفيذ وصاياه، لا يقل أهمية عن إيفاء ما عليه من الحقوق والديون وجميع التزاماته الناشئة عن تصرفات صدرت منه حال حياته وترتبت آثارها بعد موته.

6- مدلول العقد عند الفقهاء يدور بين معنيين: معنى عام: فهو يشمل كل التزام تعهد الإنسان الوفاء به وترتب عليه حكم شرعي، وإن نشأ من طرف واحد، كالبيع والنكاح واليمين والنذر والهبة. ومعنى خاص: فهو يشمل كل تعهد بين طرفين على أمر مشروع تمّ بينهما بإيجاب وقبول، سواء كان هذا التعهد لازماً للطرفين، أو في حق طرف واحد، أو غير لازم للطرفين.

6- تأثير الموت في العقود مرتبط بطبيعة لزوم العقد وجوازه، ووقت اللزوم فيه، فيؤثر في التزامات العقود الجائزة دون اللازمة، وهذا قول جمهور الفقهاء، مع اختلافهم في بعض العقود هل هي لازمة أم جائزة، فاختلافهم في الفروع التي ترد على العقد بسبب موت الملتزم في بعض العقود، ترجع إلى هذا المعنى الأخير.

7- الشخصية الاعتبارية كانت موجودة عند الفقهاء القدامى بمعناها وإن لم يصطلحوا عليها بهذا المصطلح، ولها ذمة، من ذلك ذمة المسجد، وذمة الوقف وبيت مال المسلمين وغيرها.

أهم التوصيات:

يوصي الباحث بما يلي:

1- ضرورة اهتمام القانون المدني الجزائري وقانون البنك الإسلامية بتغطية أثر الموت في التزامات عقود التوثيقات بشكل خاص وإفراده بفصل.

2- اقتراح البحث في موضوع أثر الموت الحقيقي في التزامات عقود الشركات، حيث لم تتمكن من إدراجه في الأطروحة.

3- كما نقترح البحث في موضوع أثر الموت الحكمي في التزامات العقود، كالمترد والمفقود.

4- واقترح البحث في موضوع أثر موت الدماغ في التزامات العقود.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب التفسير:

1. أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الجصاص، تحقيق: مُجَدِّ صَادِق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، 1405هـ.
2. أحكام القرآن، القاضي مُجَدِّ بن عبد الله أبو بكر بن العربي، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: مُجَدِّ عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424 هـ / 2003 م.
3. تفسير القرآن الكريم، إسماعيل بن عمر بن كثير، تحقيق: سامي بن مُجَدِّ سلامة، دار طيبة، ط2، 1420 هـ / 1999 م.
4. الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله مُجَدِّ بن أحمد شمس الدين القرطبي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1427 هـ / 2006 م.

ثالثاً: كتب الحديث النبوي الشريف وشروحه وتخرجه:

1. الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، أبي حاتم مُجَدِّ بن حبان، تحقيق، شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1408 هـ / 1988 م.
2. التلخيص الحبير في تخرج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة، مصر، ط1، 1416 هـ / 1995 م.
3. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبد البر، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ومُجَدِّ عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387 هـ / 1967 م.
4. تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، شمس الدين أبو عبد الله مُجَدِّ بن أحمد الذهبي، تحقيق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي عجيب، دار الوطن، الرياض، ط1، 1421 هـ / 2000 م.
5. سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430 هـ / 2009 م.

6. سنن الترمذي، مُجَّد بن عيسى الترمذي، تحقيق: أحمد مُجَّد شاکر وآخرون، شركة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1395هـ / 1975م.
7. سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد الدارقطني، تحقيق: شعيب الارنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424 هـ / 2004 م.
8. السنن الصغير للبيهقي، أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط1، 1410هـ / 1989م.
9. السنن الكبرى للبيهقي، أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي، تحقيق: مُجَّد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424 هـ / 2003 م.
10. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، مُجَّد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 1424هـ / 2003م.
11. شرح صحيح البخاري، ابن بطلال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشيد، الرياض، ط2، 1422هـ / 2002م.
12. شرح صحيح البخاري، أبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، تحقيق: ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، ط2، 1423هـ / 2003م.
13. صحيح البخاري، مُجَّد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق: مُجَّد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.
14. فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: مُجَّد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
15. المراسيل، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1408هـ.
16. المستدرک على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم مُجَّد بن عبد الله بن مُجَّد بن حمدويه، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ / 1990م.
17. مسند الإمام الشافعي، أبو عبد الله مُجَّد بن إدريس الشافعي، تحقيق: ماهر ياسين فحل، شركة غراس، الكويت، ط1، 1425 هـ / 2004م.

18. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، تحقيق: مُحمَّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت.
19. المنتقى شرح الموطأ، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي، ج5، ص29. مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332 هـ.
20. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1392 هـ.
21. موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، تحقيق: مُحمَّد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1406 هـ/ 1985 م.
22. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمي في تخريج الزيلعي، جمال الدين أبو مُحمَّد عبد الله بن يوسف الزيلعي، تحقيق: مُحمَّد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ/ 1997 م.

رابعاً: كتب اللغة والمعاجم والمصطلحات والحدود وغريب القرآن والحديث:

1. أساس البلاغة، أبو القاسم محمود بن عمرو الزمخشري، تحقيق: مُحمَّد باسل عيون السود، دار الكتاب العلمية، بيروت لبنان، ط1، ت1998 م.
2. تاج العروس، مُحمَّد بن مُحمَّد، بن عبد الرزاق الملقب بالزيدي، دار الهداية، دط، دت.
3. التعريفات، علي بن مُحمَّد بن علي الزين الشريف الجرجاني، تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1983 م.
4. حلية الفقهاء، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الشركة المتحدة للتوزيع، بيروت، ط1، 1403 هـ/ 1983 م.
5. شرح حدود ابن عرفة، مُحمَّد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي، المكتبة العلمية، ط1، 1350 هـ.
6. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم، بيروت، ط4، ت1987 م.

7. عبد الرزاق السنهوري أبو القانون وابن الشريعة، دراسة في مشروعه الفكري ورؤيته الإسلامية، محمود عبده، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، بيروت، ط1، 2011م.
8. القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، سعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق سورية، ط1، 1402هـ / 1982م.
9. القاموس المحيط، مجد الدين أبو طاهر مُحمَّد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: مُحمَّد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط8، 1426 هـ / 2005 م.
10. كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مُحمَّد بن علي بن القاضي مُحمَّد الحنفي التهانوي، تحقيق: د. علي دحروج، مكتبة لبنان بيروت، ط1، 1996م.
11. الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الكفوي الحنفي، تحقيق: عدنان درويش و مُحمَّد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، دط، دت.
12. لسان العرب، مُحمَّد بن مكرم بن علي، ابن منظور، دار صادر، بيروت، ط2، 1414 هـ.
13. مجمل اللغة لابن فارس، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن مُحمَّد بن حبيب، تحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1406 هـ / 1986 م.
14. مختار الصحاح، أبو عبد الله مُحمَّد بن أبي بكر الرازي، تحقيق: يوسف الشيخ مُحمَّد، المكتبة العصرية، بيروت، ط5، 1420 هـ / 1999م.
15. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن مُحمَّد بن علي الفيومي، المكتبة العلمية بيروت، دط، دت.
16. معاني القرآن وإعرابه، إبراهيم بن السري بن سهل أبو إسحاق الزجاج، تحقيق: عبد الجليل عبده شلبي، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1408 هـ / 1988 م.
17. المعجم الجامع في تراجم المعاصرين، أعضاء ملتقى أهل الحديث، المكتبة الشاملة، الكتاب مرقم آلياً غير مطبوع، تاريخ الدخول: 2022/11/03م.
18. معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل. ج2، ص1292. عالم الكتب، ط1، 1429 هـ / 2008 م.
19. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، دار الدعوة، دط، دت.

20. معجم لغة الفقهاء، مُجَدِّد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، دار النفائس، ط2، 1408 هـ / 1988م.
21. المفردات في غريب القرآن، أبو القاسم الحسين بن مُجَدِّد المعروف بالراغب الأصفهاني، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، دمشق بيروت، ط1، 1412هـ.
22. مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، تحقيق: عبد السلام مُجَدِّد هارون، دار الفكر، دط، 1399هـ / 1979م.

خامساً: كتب الفقه:

أ- كتب الفقه الحنفي:

1. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ / 1986م.
2. المبسوط، مُجَدِّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ / 1993م.
3. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر: نور مُجَدِّد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، دط، دت.
4. فتح القدير، كمال الدين مُجَدِّد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، دار الفكر، دمشق، دط، دت.
5. كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، عبد العزيز بن أحمد البخاري الحنفي، ج4، ص237. دار الكتاب الإسلامي، دط، دت.
6. درر الحكام شرح غرر الأحكام، مُجَدِّد بن فرامرز بن علي الشهير بملا خسرو، ج1، ص411. دار إحياء الكتب العربية، دط، دت.
7. ردّ المختار على الدر المختار، ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ط2، 1412هـ / 1992م.
8. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن مُجَدِّد بن بكر، المعروف بابن نجيم، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1499هـ / 1999م.

9. البناية شرح الهداية، محمود بن أحمد بن موسى المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، تحقيق: أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1420هـ/2000م.
10. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دت.
11. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الكبرى، بولاق القاهرة، ط1، 1313هـ.
12. الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمد بن مودود الموصللي، تحقيق: محمود أبو دقيقة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دط، دت.
13. المحيط البرهاني في الفقه النعماني، أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز البخاري، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1424هـ/2004م.
14. كنز الدقائق، أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، تحقيق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، ط1، 1432هـ/2011م.
15. الهداية في شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، تحقيق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دط، دت.
16. الننف في الفتاوى، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّعدي، تحقيق: صلاح الدين الناهي، دار الفرقان ومؤسسة الرسالة، عمان الأردن، بيروت لبنان، ط2، 1404هـ/1984م.
17. تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد السمرقندي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1405هـ/1984م.
18. العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، البابرتي، دار الفكر، دط، دت.
19. الأصل، أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، تحقيق: محمد بوينوكال، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1433هـ/2012م.
20. متن بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، مكتبة ومطبعة محمد علي صباح، القاهرة، دط، دت.

ب- كتب الفقه المالكي:

1. الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، أبو عبد الله محمد بن أحمد الفاسي ميارة، دار المعرفة، دط، دت.
2. بلغة السالك لأقرب المسالك، أبو العباس أحمد بن محمد الشهير بالصاوي المالكي، دار المعارف، دط، دت.
3. البهجة في شرح التحفة، علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط1، 1418هـ/1998م.
4. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، حققه د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط2، 1408هـ/1988م.
5. التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم المواق، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ/1994م.
6. التبصرة، علي بن محمد، أبو الحسن، المعروف باللخمي، تحقيق: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1432هـ/2011م.
7. تحرير الكلام في مسائل الالتزام، أبو عبد الله محمد بن محمد، المعروف بالخطاب، تحقيق: عبد السلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1404هـ/1984م.
8. التفریع في فقه الإمام مالك بن أنس، عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجلاب المالكي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1428هـ/2007م.
9. التهذيب في اختصار المدونة، أبي سعيد البراذعي، تحقيق: محمد الأمين ولد محمد السالم بن الشيخ، دار البحوث الإسلامية، دبي، ط1، 1423هـ/2002م.
10. الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، صالح بن عبد السمیع الآبي، المكتبة الثقافية، بيروت، دط، دت.
11. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، دط، دت.
12. حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن علي بن أحمد العدوي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، دط، 1414هـ/1994م.

13. الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس الشهير بالقرافي، تحقيق: مُجَدَّ حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994 م.
14. الشامل في فقه الإمام مالك، بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدَّمِيرِي، تحقيق: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للطباعة والنشر والدراسات، القاهرة، ط1، 1429هـ/ 2008م.
15. شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، ضبطه وصححه وخرَّجَ آياته، عبد السلام مُجَدَّ أمين، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1422هـ/ 2002م.
16. شرح مختصر خليل، مُجَدَّ بن عبد الله الخرشبي المالكي، دار الفكر للطباعة، بيروت، دط، دت.
17. الفواكه الدواني، أحمد بن غانم النفراوي، دار الفكر، دط، 1415هـ / 1995م.
18. القوانين الفقهية، أبو القاسم، مُجَدَّ بن أحمد بن مُجَدَّ بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي، دط، دت.
19. المختصر الفقهي، مُجَدَّ بن عرفة، تحقيق: حافظ عبد الرحمن، مؤسسة خلف أحمد الحبثور للأعمال الخيرية، دبي الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1435هـ/ 2014م.
20. مختصر خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، ص189. تحقيق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1426هـ/ 2005م.
21. المدونة، مالك بن أنس، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ - 1994م.
22. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله مُجَدَّ بن مُجَدَّ المعروف بالحطاب، دار الفكر، دمشق، ط3، 1412هـ - 1992م.

ت- كتب الفقه الشافعي:

1. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن مُجَدَّ بن زكريا الأنصاري، ومعه حاشية الرملي، دار الكتاب الإسلامي، دط، دت.
2. الإقناع في الفقه الشافعي، أبي الحسن علي بن مُجَدَّ بن حبيب الماوردي، دار احسان، طهران إيران، ط1، 1420هـ.
3. الأم، أبو عبد الله مُجَدَّ بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، دط، 1410هـ/ 1990م.

4. البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج، بيروت لبنان، ط1، 1421هـ / 2000م.
5. تحرير ألفاظ التنبيه، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، ط1، 1408هـ.
6. تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، دط، 1357 هـ / 1983م.
7. جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، محمد بن أحمد بن علي الأسيوطي، تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ط1، 1417 هـ / 1996 م.
8. حاشيتنا قليوبي وعميرة على تحفة المحتاج، أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر، بيروت، دط، 1415هـ / 1995م.
9. الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، أبو الحسن علي بن محمد، الشهير بالماوردي، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1414هـ / 1994م.
10. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتبة الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ط3، 1412هـ / 1991م.
11. المجموع شرح المذهب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، دط، دت.
12. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الشربيني، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ / 1994م.
13. المذهب في فقه الإمام الشافعي، أبي إسحاق إبراهيم الشيرازي، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1416هـ / 1995م.
14. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط3، 1424هـ / 2002م.

ث- كتب الفقه الحنبلي:

1. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي ابن سليمان المرودي، دار إحياء التراث العربي، ط2، دت.

2. حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، عبد الرحمن بن مُجَدِّد بن القاسم الحنبلي، ط1، 1397م.
3. شرح الزركشي على مختصر الخرقى، مُجَدِّد بن عبد الله الزركشي، تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1413هـ / 1993م.
4. الشرح الكبير على متن المقنع، عبد الرحمن بن مُجَدِّد بن أحمد بن قدامة المقدسي، دار الكتاب العربي، دط، دت.
5. الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو مُجَدِّد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، دار الكتب العلمية، ط1، 1414 هـ / 1994 م.
6. كشف القناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي الحنبلي، دار الكتب العلمية بيروت، دط، 1403هـ / 1983.
7. المبدع في شرح المقنع، أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن مُجَدِّد بن مفلح، تحقيق: حسن مُجَدِّد حسن، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1418هـ / 1997م.
8. مختصر الخرقى، أبو القاسم عمر بن الحسين الخرقى، دار الصحابة، طنطا، ط1، 1413هـ / 1993.
9. مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه، إسحاق بن منصور بن بھرام، المعروف بالكوسج، عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1425هـ / 2002م.
10. المغني، أبو مُجَدِّد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، مكتبة القاهرة، دط، 1388هـ / 1968م.
11. منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1414هـ / 1993م.

ج- كتب الفقه العام:

1. الإجماع لابن المنذر، مُجَدِّد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم، ط1، 1425هـ / 2004 م.
2. اختلاف الأئمة العلماء، يحيى بن مُجَدِّد بن هبيرة الشيباني، تحقيق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1423هـ / 2002م.

3. الإشراف على مذاهب العلماء، أبي بكر مُحمَّد بن إبراهيم بن المنذر، تحقيق: أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، مكتبة مكة الثقافية، ط1، 1425هـ/ 2004م.
4. بحوث في قضايا فقهية معاصرة، مُحمَّد تقي العثماني، دار القلم، دمشق، طبعة خاصة بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بقطر، 1434هـ/ 2013م.
5. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد مُحمَّد بن أحمد بن رشد الحفيد، دار الحديث القاهرة، دط، 1425هـ/ 2004م.
6. البنوك الإسلامية المنهج والتطبيق، مصطفى كمال السيد طایل، ص126. دار الوفاء، المنصورة، مصر، دط، 1988م.
7. تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، سامي حسن أحمد حمود، مطبعة الشرق، عمان، ط2، 1402هـ/ 1982م.
8. عقد الرهن الرسمي، زاهية سي يوسف، دار الأمل تيزي وزو الجزائر، ط 2006م.
9. العقود وعمليات البنوك التجارية، علي البارودي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، دت.
10. الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة بن مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط12، دت.
11. فقه النوازل، بكر بن عبد الله أبو زيد، مؤسسة الرسالة، ط1، 1416 هـ / 1996 م.
12. مجموع الفتاوى، أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن بن مُحمَّد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ/ 1995م.
13. المحلى بالآثار، أبو مُحمَّد علي بن أحمد بن حزم الظاهري، ج7، ص487، دار الفكر، بيروت، دط، دت.
14. المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط2، 1425هـ/ 2004م.
15. المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط1، 1420هـ/ 1999م.
16. مصادر الحق، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، دت.

17. المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، دُبيان بن مُجَّد الدُبيان، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط2، 1434هـ.
18. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مُجَّد عثمان شبيب، دار النفائس، الأردن، ط6، 1427هـ/ 2007م.
19. المعاملات المالية المعاصرة، وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، بيروت لبنان، ط3، 1427هـ/ 2006م.
20. موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، د. أسامة بن سعيد القحطاني وآخرون، دار الفضيلة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1433 هـ / 2012 م.
21. الموسوعة التجارية والمصرفية، محمود الكيلاني، دار الثقافة، عمان الأردن، ط1، 2008م.
22. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1427هـ.
23. موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، علي أحمد السالوس، مكتبة دار القرآن، مصر، ودار الثقافة، قطر، ط7، دت.
24. الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار إحياء تراث العربي، بيروت لبنان. دط، دت.

سادساً: كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية والمقاصد:

1. الأشباه والنظائر، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، دار الكتب العلمية، ط1، 1991م.
2. الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ/ 1990م.
3. أصول البزدوي (كنز الوصول إلى معرفة الأصول)، علي بن مُجَّد بن الحسين فخر الإسلام البزدوي، ص324. مطبعة جاويد بريس كراتشي، دط، دت.
4. أصول السرخسي، مُجَّد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، دار المعرفة بيروت، دط، دت.
5. إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم الجوزية، تحقيق مُجَّد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1411هـ/ 1991م. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، مُجَّد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1427هـ/ 2006م.

6. ترتيب الفروق واختصارها، أبو عبد الله مُحَمَّد بن إبراهيم البقوري، تحقيق: عمر ابن عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1414 هـ / 1994 م.
7. التقرير والتحبير على تحرير الكمال بن الهمام، أبو عبد الله شمس الدين مُحَمَّد بن مُحَمَّد المعروف بابن أمير حاج، دار الكتب العلمية، ط2، 1403 هـ / 1983 م.
8. التلخيص في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله الجويني أبو المعالي المعروف بإمام الحرمين، تحقيق: عبد الله جولم النبالي وبشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، دط، دت.
9. روضة الناظر وجنة المناظر، أبو مُحَمَّد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مؤسسة الريان، ط2، ت2002 م.
10. شرح التلويح على التوضيح، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، مكتبة صبيح، مصر، دط، دت.
11. شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء مُحَمَّد بن أحمد المعروف بابن النجار الحنبلي، تحقيق: مُحَمَّد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، ط2، ت1997 م.
12. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن مُحَمَّد مكي أبو العباس الحموي، دار الكتب العلمية، ط1، 1405 هـ / 1985 م.
13. الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، عالم الكتب، دط، دت.
14. القواعد، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الدمشقي الحنبلي، دار الفكر، دت، دط.
15. المنثور في القواعد الفقهية، بدر الدين مُحَمَّد بن عبد الله الزركشي، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، راجعه عبد الستار أبو غدة. ج3، ص392. وزارة الأوقاف الكويتية، ط2، 1405 هـ / 1985 م.
16. الموافقات، إبراهيم بن موسى الشهير بالشاطبي، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1417 هـ / 1997 م.
17. موسوعة القواعد الفقهية، مُحَمَّد صدقي بن أحمد بن مُحَمَّد آل بورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424 هـ / 2003 م.

سابعاً: الفتاوى:

1. العقود الدرّية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ابن عابدين، دار المعرفة، دط، دت.

2. الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط2، 1310هـ.
3. فتاوى هيئة الفتاوى والرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي، فتوى رقم (22) المكتبة الشاملة الحديثة، تاريخ الدخول 05 - 06 - 2022م. الرابط: <https://al-maktaba.org/book/968/1593#p6>

ثامناً: قوانين ومراسم وقرارات:

1. الأحكام والشروط العامة لتشغيل حسابات الشركة في الجزائر، قانون صدر عن بنك إتش إس بي سي (HSBC) الشرق الأوسط المحدود، فرع الجزائر للأعمال، الصنوبر البحري، المحمدية 16212 الجزائر، خاضع للتنظيم من قبل بنك الجزائر وخاضع للتنظيم الرئيسي من قبل سلطة دبي للخدمات المالية. الموقع الرسمي لبنك الشرق الأوسط، تاريخ زيارة الموقع: 2022/09/25م.
2. الأمر: 75 / 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. جريدة رسمية صادرة بتاريخ: 30 سبتمبر 1975، عدد: 78.
3. قانون الإجراءات المدنية والإدارية 2008، الجمهوري الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رئاسة الجمهورية، الأمانة العامة للحكومة، الكتاب الثالث: التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، القسم الثاني: في حالة وفاة أحد طرفي التنفيذ، المادة: 617 - 612 - 613.
4. القانون المدني، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رئاسة الجمهورية، الأمانة العامة للحكومة، 2007م. الفصل الثالث: الوديعة. القسم الثالث: أنواع الوديعة، المادة: 11 و13.
5. قرار مجلس مجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة من 13 إلى 20 رجب 1409هـ الموافق 19 إلى 26 فبراير 1989م.
6. قرار مجمع الفقه الإسلامي، الدورة المنعقدة بجدة: من 10-16 ربيع الثاني 1406هـ، الموافق 22 - 28 ديسمبر 1985م.
7. المادة: 543 مكرر 19 من القانون التجاري الجزائري، (القانون رقم 05 - 02 المؤرخ في 6 فبراير 2005).

8. المادة: 543 مكرر 20 من القانون التجاري الجزائري، (القانون رقم 05- 02 المؤرخ في 6 فبراير 2005).

9. نظام بنك الجزائر، أنظمة عام 2020م ، النظام رقم: 2020- 02 المؤرخ في 20 رجب عام 1441 الموافق 15 مارس 2020، المحدد للعمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

تاسعاً: مجلات وبحوث ورسائل جامعية:

1. أبحاث هيئة كبار العلماء، هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية المجلد5، إصدار سنة 1422هـ.

2. أحكام عقد الوديعة النقدية في النظام المصرفي الجزائري، فرحي مُجَّد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة 2012 / 2013.

3. تأصيل التأمين التكافلي على أساس الوقف والحاجة الداعية إليه، مُجَّد تقي العثماني، بحث مقدم لندوة البركة لدراسة صيغ التأمين التكافلي حسب الأحكام الشرعية، المنعقدة بجدة، المملكة العربية السعودية، رمضان 1426هـ الموافق شهر نوفمبر 2005م.

4. الحوالة المصرفية، دراسة فقهية، عبد العزيز بن مُجَّد السلامة. رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه، قسم الفقه، كلية الشريعة، جامعة الإمام مُجَّد بن سعود بالرياض، المملكة العربية السعودية، العام الجامعي: 1430هـ / 1431هـ.

5. الحوالة وتطبيقاتها المعاصرة، يوسف صالح محمود، مقال منشور في مجلة الاقتصاد الإسلامي، يصدرها بنك دبي الإسلامي، تاريخ النشر: 21 أبريل 2020م.

6. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد: 9.

7. المصارف معاملاتها ودائعها فوائدها، مصطفى أحمد الزرقا، بحث مقدم لمجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الأولى، العدد الأول، ص142- 143.

8. مقارنة بين نظامي الوقف والتأمين التكافلي، يوسف بن عبد الله الشبيلي، بحث مقدم في ندوة عالمية عن التأمين التعاوني من خلال نظام الوقف بالجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، 26- 27 صفر 1429هـ / 06 مارس 2008م.

عاشراً: كتب التراجم:

1. الأعلام، خير الدين بن محمود بن مُحمَّد بن علي بن فارس، الزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، ط15، 2002 م.
2. الناج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول، أبو الطيب مُحمَّد صديق خان بن حسن بن علي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1428 هـ / 2007 م.
3. الجواهر المضية في طبقات الحنفية، عبد القادر بن مُحمَّد بن نصر الله القرشي، عبد القادر بن مُحمَّد بن نصر الله القرشي، الناشر: مير مُحمَّد كتب خانة - كراتشي، دت.
4. ذيل طبقات الحنابلة، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، تحقيق: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط1، 1425 هـ / 2005 م.
5. سلم الوصول إلى طبقات الفحول، مصطفى بن عبد الله القسطنطيني العثماني المعروف بـ «حاجي خليفة» تحقيق: محمود عبد القادر الأرنؤوط، مكتبة إرسیکا، إستانبول، تركيا، 2010 م.
6. سير أعلام النبلاء، أبو عبد الله مُحمَّد بن أحمد بن عثمان، المعروف بالذهبي، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط3، 1405 هـ / 1985 م.
7. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، مُحمَّد بن مُحمَّد بن عمر مخلوف، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1424 هـ / 2003 م.
8. شذرات الذهب في أخبار من ذهب، عبد الحي بن أحمد العكري الحنبلي، تحقيق: محمود الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط1، 1406 هـ / 1986 م.
9. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، مُحمَّد بن عبد الرحمن بن مُحمَّد السخاوي، دار مكتبة الحياة، بيروت، دط، دت.
10. الطبقات السنية في تراجم الحنفية، تقي الدين بن عبد القادر التميمي الغزي، دط، دت.
11. طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، تحقيق: د. محمود مُحمَّد الطناحي، د. عبد الفتاح مُحمَّد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1413 هـ / 1992 م.

12. طبقات الشافعية، أبو بكر بن أحمد بن مُحمَّد بن عمر، تقي الدين ابن قاضي شهبة، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1407 هـ.
13. طبقات الفقهاء الشافعية، عثمان بن عبد الرحمن، المعروف بابن الصلاح، تحقيق: محيي الدين علي نجيب، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 1992م.
14. الفوائد البهية في تراجم الحنفية، أبو الحسنات مُحمَّد عبد الحي اللكنوي الهندي، تحقيق: مُحمَّد بدر الدين أبو فراس النعساني، مطبعة دار السعادة، مصر، ط1، 1324هـ.
15. الكواكب السائرة بأعيان المئة العاشرة، نجم الدين مُحمَّد بن مُحمَّد الغزي، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418 هـ / 1997م.
16. معجم المؤلفين، عمر رضا كحالة، دار إحياء التراث العربي بيروت، دط، دت.
17. النور السافر عن أخبار القرن العاشر، محي الدين عبد القادر بن شيخ بن عبد الله العيْدَرُوس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ.

الفهارس

- فهرس الآيات

- فهرس الأحاديث والآثار

- فهرس القواعد الأصولية والفقهية

- فهرس الأعلام

- فهرس المصادر والمراجع

- فهرس المحتويات

فهرس الآيات

الصفحة	السورة ورقم الآية	الآية
10	الزمر، الآية 30	﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ﴾
10	الأَنْعَام، الآية 132	﴿أَوْ مِنْ كَانَ مَيِّتًا فَأَحْيَيْنَاهُ﴾
10	إِبْرَاهِيم، الآية 17	﴿وَيَأْتِيهِ الْمَوْتُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ﴾
11	الزمر، الآية 42	﴿وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا﴾
12	الملك: الآية 2	﴿خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ﴾
12	آل عمران، الآية 185	﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ﴾
20	المائدة، الآية 1	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
27	المدثر، الآية 56	﴿هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ﴾
32	الأعراف، الآية 172	﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ...﴾
56	البقرة، الآية 282	﴿وَلِيُمَلِّلِ الَّذِينَ عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلِيَتَّقِيَ اللَّهَ رَبَّهُ...﴾
59	النساء، الآية 24	﴿أَنْ تَبْنَعُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾
83	النساء، الآية 1	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

89	القيامة، الآية 31	﴿فَلَا صَدَقَ وَلَا صَلَّى﴾
89	يوسف، الآية 88	﴿إِنَّ اللَّهَ يَجْزِي الْمُتَصَدِّقِينَ﴾
89	الحديد، الآية 18	﴿إِنَّ الْمُصَدِّقِينَ وَالْمُصَدِّقَاتِ﴾
90	التوبة، الآية 103	﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾
90	التوبة، الآية 60	﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ﴾
91	البقرة، الآية 245	﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا...﴾
91	البقرة، الآية 262	﴿الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ...﴾
91	البقرة، الآية 267	﴿وَلَا تَيَمَّمُوا الْحَبِيبَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾
91	آل عمران، الآية 92	﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾
101	البقرة، الآية 180.	﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ...﴾
111	المائدة، الآية 2	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾
111	الحج، الآية 77	﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾
111	الماعون، الآية 7	﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾
121	آل عمران، الآية 92	﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾

121	الزلزلة، الآية 7-8	﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ...﴾
139	يوسف، الآية 72	﴿قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٍ بَعِيرٍ...﴾
160	النساء، الآية: 58	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾
168	البقرة، الآية 282	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ...﴾
168	البقرة، الآية 283	﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾
171	النساء، الآية: 92	﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ﴾
197	المائدة، الآية 2	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَىٰ الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ...﴾
218	النساء، الآية 58	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾

فهرس الأحاديث والآثار

الصفحة	الحديث
10	"...فمن أكلهما فليمتهما طبخاً"
47	"أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة ليصلي عليها، فقال: "هل عليه من دين؟"
49	"نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه"
82	"إن أبا بكر كان نحلها جاد عشرين..."
83	"ما بال رجال ينحلون أبناءهم..."
84	"العائد في هبته كالكلب بقيء ثم يعود في قيئه"
91	"...ورجل تصدق بصدقة فأخفاها..."
111	"كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ"
112	" مَا مِنْ صَاحِبِ إِبِلٍ، لَا يَفْعَلُ فِيهَا حَمًّا..."
114	"الدَّيْنُ مَقْضِيٌّ وَالْعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ..."
115	"لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ"
116	"بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ"
116	"عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تُؤَدِّي..."

121	"إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ..."
121	"إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا"
122	"لَا حَبْسَ عَنِ فَرَائِضِ اللَّهِ"
139	"أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَتَى بِجَنَازَةٍ لِيُصَلِّيَ..."
172	"لَا يَغْلِقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ، لَهُ عُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ"
173	"أَنْ رَجُلًا ارْتَهَنَ فَرَسًا مِنْ رَجُلٍ، فَنَفَقَ فِي يَدِهِ، ..."
185	"مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ..."
197	"إِنَّ الْأَشْعَرِيِّينَ إِذَا أَرْمَلُوا فِي الْعَزْوِ..."
197	"مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادُّهِمْ، وَتَرَاحُمِهِمْ..."
212	"أَنَّ الرَّجُلَ كَانَ يَأْتِيهِ بِالْمَالِ، فَيَسْتَوْدِعُهُ إِيَّاهُ، فَيَقُولُ الزُّبَيْرُ: "لَا وَلَكِنَّهُ سَلَفٌ..."
220	"بَابُ إِذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا..."

فهرس القواعد الفقهية والأصولية

الصفحة	القاعدة
38	"عمد الصبي والمجنون كالخطأ"
58	"الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة"
64	"الإقالة هل هي حلٌ للبيع الأول، أو ابتداء بيع ثانٍ؟"
64	"الإقالة هل هي فسخ أو بيع؟"
74	"الصلوات لا تتم إلاً بالقبض"
83	"فالجمع المعرف بالألف واللام من ألفاظ العموم"
109	"أن المنافع التي تملك ببدل يجوز تمليكها ببدل كالإجارة، والتي تملك بغير عوض لا يجوز تمليكها بعوض"
148	"ما يجوز للإنسان فعله بنفسه، يجوز له فيه التوكيل، وما لا فلا"
153	"كلّ عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل فيه غيره"
153	"كل عقد لا يحتاج فيه إلى إضافته إلى الموكل..."
156	"ما لا يكون لازماً من التصرفات، يكون لدوامه حكم الابتداء"
203	"من ألزم نفسه معروفاً لزمه"

211	"العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني"
212	"وكل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه فهو قرض حقيقة"
219	"إن الإجارة كما تفسخ بالعدر تبقى بالعدر"
244	"الأصل في المعاملات الإباحة والأصل في العبادات الحظر"
244	"المشقة تجلب التيسير"
244	"إذ ضاق الأمر اتسع"
244	"العرف والعادة محكمان"

فهرس الأعلام

الصفحة	العلم
11	يحي بن شرف النووي.
11	أبو عبد الله محمد القرطبي.
12	سعد الدين التفتازاني.
13	أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني.
14	محمّد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسيّ.
16	محمّد بن محمّد الحطاب.
17	أحمد بن محمّد بن عليّ بن حجر الهيثمي.
18	مصطفى أحمد الزرقاء.
18	عبد الرزاق أحمد أفندي السنهوري.
21	الشريف الجرجاني.
25	وهبة بن مصطفى الزحيلي.
31	أبو الحسن عليّ بن محمّد البزديّ.

31	عبد العزيز بن أحمد بن مُحَمَّد البُخَارِيّ.
31	شهاب الدين الصنهاجي القرافي.
32	تَقِيّ الدِّين السُّبْكِيّ.
46	أبو البركات أحمد ابن الشيخ الصالح محمد، الدردير.
46	شهاب الدين الرملي.
47	عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي.
48	ابن أمير حاج.
53	بدر الدِّين الزَّركَشِيّ.
54	محمد أمين بن عابدين.
58	أبي الوليد بن رشد.
69	بن قدامة المقدسي.
69	مُحَمَّد بن أحمد بن جُزي الكلبي.
78	الْجَلال الدِّين السُّيُوطِيّ.
81	محمد بن أحمد الشرييني.

86	منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي.
87	خليل بن إسحاق الجندي.
90	الشريف الجرجاني.
91	أبو بكر ابن العربي.
91	علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال.
93	بن أبي زيد عبد الرحمن النفزي القيرواني.
93	أَبُو الْحَسَنِ الْمَاوَرِدِيِّ.
96	أبو سعيد خلف البراذعي.
100	محمد بن عرفة.
105	أبو بكر محمد بن عبد الله الأبهري.
106	علي بن عبد السلام التسولي.
113	أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي.
126	فخر الدين الزيلعي.
130	محمود بن أحمد بن عبد العزيز البخاري.

148	أبو عمر بن عبد البر.
150	محمد بن عبد الواحد بابن الهمام.
151	محمد بن أحمد الفاسي ميارة.
159	يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني.
163	مُحَمَّدُ بنُ إِبرَاهِيمَ بنِ المُنْدِرِ.
168	زين بن إبراهيم بن محمد ابن نُجيم.
184	محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي.
184	زَكْرِيَّا بن مُحَمَّد بن أَحْمَد بن زَكْرِيَّا الأَنْصَارِيّ.
187	يحيى بن محمد بن هبيرة.

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتويات
/	إهداء
/	شكر وعرهان
/	الملخص.
أ	المقدمة.
10	الفصل الأول: فصل تمهيدى.
10	المبحث الأول: التعريف بمصطلحات العنوان.
10	المطلب الأول: تعريف الموت وأنواعه.
11	تعريف الموت لغة واصطلاحاً.
12	علاقة المعنى اللغوى بالمعنى الاصطلاحى.
12	أنواع الموت عند الفقهاء.
13	النوع الأول: الموت الحقيقى.
13	النوع الثانى: الموت الحكمى.
14	النوع الثالث: "الموت التقديرى.
15	المطلب الثانى: تعريف الالتزامات.

15	الالتزام في اصطلاح الفقهاء.
16	التزام بمعروف مطلق.
16	التزام بمعروف معلق.
16	الالتزام بالمعنى الأخص.
20	المطلب الثالث: تعريف عقود التبرعات والتوثيقات.
20	تعريف العقد لغة واصطلاحاً.
20	المعنى العام للعقد.
21	المعنى الخاص للعقد.
23	العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي.
23	تعريف عقود التبرعات لغة واصطلاحاً.
24	تعريف عقود التوثيقات لغة واصطلاحاً.
27	المبحث الثاني: أهلية الإنسان وتأثير الموت فيها.
27	المطلب الأول: أهلية الإنسان والمصطلحات المتداخلة معها.
27	تعريف الأهلية لغة واصطلاحاً

28	علاقة المعنى اللغوي بالمعنى الاصطلاحي.
28	المصطلحات المتداخلة مع الأهلية.
28	أولاً: التكليف.
30	ثانياً: الذمة.
33	أهم الفروق بين الأهلية والتكليف والذمة.
35	المطلب الثاني: أنواع الأهلية وعوارضها.
35	الفرع الأول: أنواع الأهلية.
35	أولاً: أهلية الوجوب.
38	ثانياً: أهلية الأداء.
40	الفرع الثاني: عوارض الأهلية.
41	أولاً: باعتبار من ينشئها.
43	ثانياً: باعتبار تأثيرها في الأهلية.
45	المطلب الثالث: تأثير الموت في أهلية الإنسان.
46	أقوال الفقهاء في بقاء الذمة بعد الموت.
46	الرأي الأول: بقاء الذمة حكماً بعد الموت حتى إيفاء الديون وتصفية التركة.

48	الرأي الثاني: ضعف الذمة وعدم فقدها كلاً.
49	الرأي الثالث: انهدام الذمة بمجرد الموت.
52	المبحث الثالث: التزامات العقود عموماً وتأثير الموت فيها.
52	المطلب الأول: أنواع التزامات العقود.
52	الفرع الأول: التزامات العقود عموماً.
54	أنواع التزامات العقود.
55	أولاً: التزام بدّين.
55	ثانياً: التزام بعين.
55	ثالثاً: التزام بمنفعة.
56	رابعاً: التزام بعمل.
56	خامساً: التزام بحق.
57	الفرع الثاني: ماذا يشترط لموضوع الالتزام حتى يعتد به شرعاً؟.
61	المطلب الثاني: طرق إنهاء الالتزامات.
63	أ- طرق إنهاء الالتزامات في العقود اللازمة.

63	1- الإبراء.
63	2- المقاصّة في الدّيون.
64	3- الإقالة.
65	ب - طرق إنهاء الالتزامات في العقود الجائزة.
65	1- الفسخ أو العزل.
65	2- انعدام الأهلية.
66	3- الرجوع في التبرعات.
67	ج - الطرق المشتركة بينهما.
67	1- انقضاء المدّة المحدّدة للالتزام.
67	2- العجز عن التنفيذ أو تعذُّره.
71	المطلب الثالث: تأثير الموت في التزامات العقود عموماً.
71	الفرع الأول: أثر الموت بحسب طبيعة العقد من حيث اللزوم وعدمه.
72	القسم الأول: أثر الموت في التزامات العقود اللازمة من الجانبين.
73	القسم الثاني: أثر الموت في التزامات العقود اللازمة من جانب واحد:
73	القسم الثالث: أثر الموت في التزامات العقود غير اللازمة من الجانبين:

73	الفرع الثاني: أثر الموت بحسب نوع الالتزام من كونه ديناً أو عيناً أو عملاً أو منفعة أو حقاً.
74	أثر الموت على الالتزام بالدين.
74	أثر الموت على الالتزام بعين.
75	أثر الموت في الالتزام بعمل.
76	أثر الموت على الالتزام بمنفعة.
77	أثر الموت على الالتزام بحق.
79	الفصل الثاني: أثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات.
80	المبحث الأول: أثر الموت في التزامات عقود التبرعات بالأعيان.
80	المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد الهبة.
81	تعريف الهبة لغة واصطلاحاً.
81	حكم الهبة.
82	أقوال الفقهاء في وقت لزوم الهبة.
84	الالتزامات التي تنشأ عن عقد الهبة.
85	أثر الموت على التزام الهبة.
89	المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد الصدقة.
89	تعريف الصدقة لغة واصطلاحاً.

90	حكم الصدقة.
92	أقوال الفقهاء في وقت لزوم الصدقة.
94	الالتزامات التي تنشأ عن عقد الصدقة.
96	أثر الموت على التزامات الصدقة.
99	المطلب الثالث: أثر الموت على التزامات عقد الوصية.
99	تعريف الوصية لغة اصطلاحاً.
101	حكم الوصية.
101	أقوال الفقهاء في وقت لزوم الوصية.
102	الالتزامات التي تنشأ عن عقد الوصية.
103	أثر الموت على التزامات عقد الوصية.
107	المبحث الثاني: أثر الموت في التزامات عقود التبرعات بالمنافع.
107	المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد العارية.
107	تعريف العارية لغة واصطلاحاً.
109	حكم العارية.

112	أقوال الفقهاء في وقت لزوم العارية.
113	الالتزامات التي تنشأ عن عقد العارية.
117	أثر الموت على التزامات عقد العارية.
119	المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد الوقف.
119	تعريف الوقف لغة واصطلاحاً.
121	حكم الوقف.
122	أقوال الفقهاء في وقت لزوم الوقف.
123	الالتزامات التي تنشأ عن عقد الوقف.
125	أثر الموت على التزامات الوقف.
128	المطلب الثالث: أثر الموت في التزامات عقد القرض.
128	تعريف القرض اللغة واصطلاحاً.
129	حكم القرض.
130	أقوال الفقهاء في وقت لزوم القرض.
131	الالتزامات الناشئة عن عقد القرض.

133	أثر الموت على التزامات القرض.
136	المبحث الثالث: أثر الموت في التزامات عقود التبرعات الخاصة بالنيابة.
136	المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد الكفالة.
137	تعريف الكفالة لغة واصطلاحاً.
138	حكم الكفالة.
139	أقوال الفقهاء في وقت لزوم الكفالة.
141	الالتزامات التي تنشأ عن عقد الكفالة.
142	أثر الموت على التزامات عقد الكفالة.
147	المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد الوكالة.
147	تعريف الوكالة لغة واصطلاحاً.
148	حكم الوكالة.
149	أقوال الفقهاء في وقت لزوم الوكالة.
153	الالتزامات التي تنشأ عن عقد الوكالة.
156	أثر الموت على التزامات عقد الوكالة.

158	المطلب الثالث: أثر الموت في التزامات عقد الوديعة.
158	تعريف الوديعة لغة واصطلاحاً.
159	حكم الوديعة.
160	أقوال الفقهاء في وقت لزوم الوديعة.
162	الالتزامات التي تنشأ عن عقد الوديعة.
164	أثر الموت على التزامات عقد الوديعة.
168	المبحث الرابع: أثر الموت على التزامات عقود التوثيقات.
168	المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد الرهن.
169	تعريف الرهن لغة واصطلاحاً.
170	حكم الرهن.
170	أقوال الفقهاء في وقت لزوم الرهن.
171	الالتزامات التي تنشأ عن عقد الرهن.
174	أثر الموت على التزامات عقد الرهن.
177	المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد الكفالة بالنفس.

178	الالتزامات التي تنشأ عن عقد الكفالة بالنفس.
180	أثر الموت على التزامات عقد الكفالة بالنفس.
183	المطلب الثالث: أثر الموت في التزامات عقد الحوالة.
183	تعريف الحوالة لغة واصطلاحاً.
185	حكم الحوالة.
186	أقوال الفقهاء في وقت لزوم الحوالة.
187	الالتزامات التي تنشأ عن عقد الحوالة.
188	أثر الموت على التزامات عقد الحوالة.
192	الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات والتوثيقات.
194	المبحث الأول: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التبرعات.
194	المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد التأمين التعاوني.
194	تعريف التأمين التعاوني.
195	أهم الفروق بين التأمين التجاري والتأمين التعاوني.
196	التكييف الفقهي للتأمين التعاوني.

202	أثر الموت على التزامات عقد التأمين التعاوني.
205	المطلب الثاني: أثر الموت في التزامات عقد الودائع المصرفية.
205	تعريف الودائع المصرفية لغة واصطلاحاً.
206	أنواع الودائع المصرفية.
207	التكييف الفقهي للودائع المصرفية.
208	التكييف الفقهي للودائع المصرفية العينية.
211	التكييف الفقهي للودائع المصرفية النقدية.
217	أثر الموت على الالتزامات عقد الودائع المصرفية.
224	المبحث الثاني: تطبيقات معاصرة لأثر الموت في التزامات عقود التوثيق.
224	المطلب الأول: أثر الموت في التزامات عقد خطاب الضمان المصرفي.
225	تعريف خطاب الضمان لغة اصطلاحاً.
225	عناصر عقد خطاب الضمان.
226	التزامات عقد خطاب الضمان.
226	أنواع خطاب الضمان.

229	التكليف الفقهي لعقد خطاب الضمان.
232	أثر الموت على التزامات خطاب الضمان المصرفي.
236	المطلب الثاني: أثر الموت على التزامات عقد الحوالة المصرفية.
236	تعريف عقد الحوالة المصرفية لغة واصطلاحاً.
238	أنواع الحوالة المصرفية.
239	التكليف الفقهي للحوالة المصرفية.
245	أثر الموت على التزامات عقد الحوالة المصرفية.
148	المطلب الثالث: أثر الموت في التزامات عقد الرهن الرسمي.
249	تعريف الرهن الرسمي لغة واصطلاحاً.
251	التكليف الفقهي لعقد الرهن الرسمي.
257	أثر الموت على التزامات عقد الرهن الرسمي.
261	الخاتمة.
264	قائمة المصادر والمراجع.
283	الفهارس.

284	فهرس الآيات.
287	فهرس الأحاديث.
289	فهرس القواعد الفقهية والأصولية.
291	فهرس الأعلام.
295	فهرس المحتويات.