

هو المسمى فإذا فسدت هذه العقود فإن المسمى يسقط، ويختلف الفقهاء فيما يجب إذا سقط المسمى. وبيان ذلك:

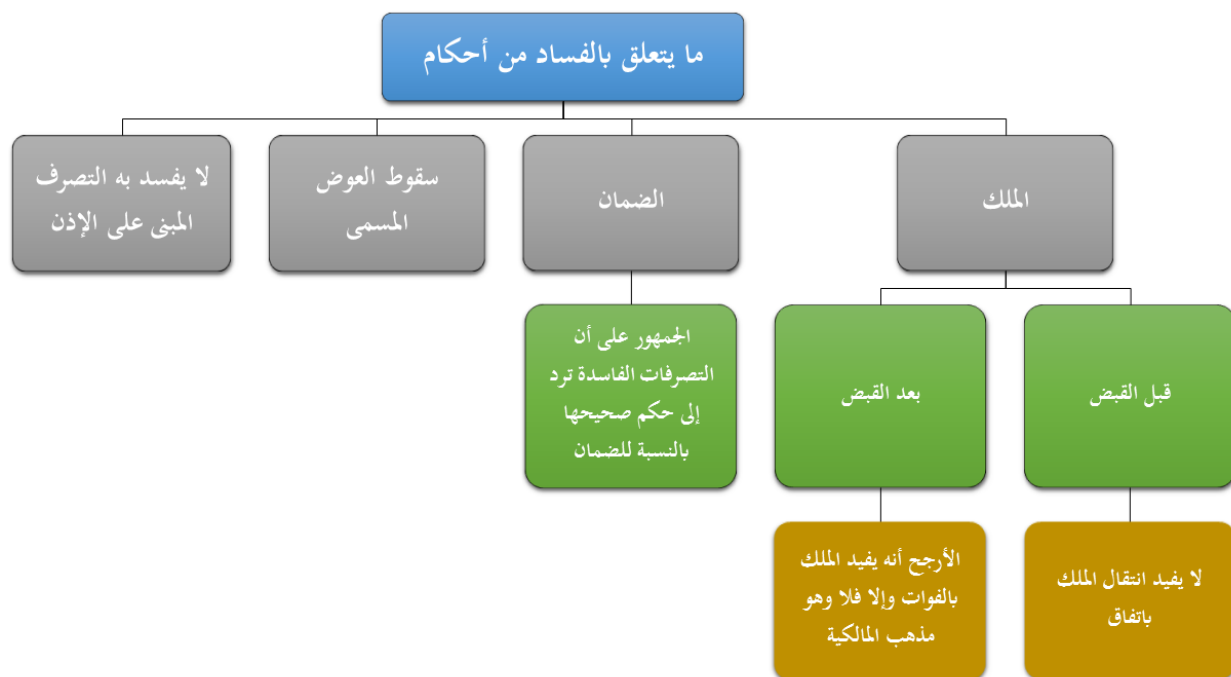
١. في الإجارة: إذا فسدت الإجارة واستوفى المستأجر المنفعة فعند المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، أي ولو زاد على المسمى. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد يجب أجر المثل، بشرط أن لا يزيد عن المسمى إذا كان في العقد تسمية، فإذا لم يكن في العقد تسمية وجب أجر المثل بالغاً ما بلغ.

٢. وفي المضاربة: الواجب في المضاربة الصحيحة هو الربح المسمى للمضارب فإذا فسدت المضاربة - كما لو كانت حصة المضارب من الربح مبلغاً محدداً وليست حصة شائعة من الربح - فلا يستحق المضارب الربح المسم؛ لأنها تسمية لم تصح واختلف فيما يجب له:

- فيرى الحنفية غير أبي يوسف والشافعية والحنابلة: أن له أجرة مثل عمله إذا عمل، ويكون الربح جميعه لرب المال؛ لأنه نماء ملكه. والمضارب يستحق أجرة المثل بالغة ما بلغت سواء أربحت المضاربة أم لم تربح لأنه عمل طامعاً في المسمى، فإذا فات وجب رد عمله عليه وهو متعذر، فتجب قيمته وهي الأجرة.
- ويرى المالكية أن الفساد إذا أخرج المضاربة عن حقيقتها من أصلها ففيها أجرة المثل، وأما إن شملها معنى المضاربة، لكن اختل منها شرط، ففيها ربح المثل.
- واختار ابن تيمية أن للمضارب ربح المثل حتى مع فساد المضاربة من أصلها؛ لأنه أقرب إلى حقيقة العقد من أجرة المثل.

الفرع الرابع: فساد العقد لا يفسد به التصرف المبني على الإذن:

ويظهر أثر هذا الفرع في العقود المتضمنة للإذن، مثل الشركة والمضاربة والوكالة فهذه العقود لا يمنع فسادها صحة تصرف المأذون ببقاء الإذن، فلو أبرم عقد مضاربة فاسدة، وباع العامل واشترى فبيعه وشراؤه صحيح لوجود الإذن.



المبحث الخامس : العقد المركب

* المطلب الأول: مفهوم العقد المركب:

هو عملية بين طرفين أو أكثر تشتمل على عقدين فأكثر.

والجمع بين العقود قد يكون:

- باشتراط أحدهما بالآخر.
- أو بمواطأة بين العاقلين دون شرط.
- أو بلا شرط ولا موواطأة.

* المطلب الثاني: صور الجمع بين العقود:

الصورة الأولى: الجمع بين عقدين بعوض واحد:

والمقصود أن يجمع بين عقدين مختلفي الحد، كأن يجمع بين البيع والإجارة، مثل أن يقول:

بعتك سيارتي وأجرتك بيتي مدة سنة بألف.

وهذه الصورة من جمع العقود جائزة.

وإذا كان الحد لكلا العقدين واحداً وتعدد المعقود عليه، فليس من جمع العقود؛ مثل أن

يقول بعتك أرضي وسيارتي بألف، فكل هذا عقد واحد، ولا إشكال فيه.

الصورة الثانية: الجمع بين عقدين بعوضين متميزين:

وهذه الصورة لها حالتان:

الحال الأولى: أن يكون التمليك من أحدهما في كلا العقدين، كأن يقول: بعتك أرضي بألف

وأجرتك سيارتي شهراً بمئة، ومثله لو قال: بعتك أرضي بألف وسيارتي بمئة، أو قال: أجرتك بيتي

شهراً بألف وسيارتي شهراً بمئة.

فهذه الصورة جائزة أيضاً، كالصورة السابقة.

والحال الثانية: اشتراط عقد في عقد، بحيث يكون التمليك في أحد العقدين من أحد العاقلين

وفي الآخر من الآخر، كأن يقول: بعتك أرضي بألف بشرط أن تبيعني سيارتك بمئة، أو بعتك

أرضي بألف بشرط أن تؤجرني بيتك شهراً بمئة. ونحو ذلك.

وهذه الصورة يجري عليها الخلاف الذي سبق بيانه في مسألة اشتراط عقد في عقد في باب

الشروط في البيع.

الصورة الثالثة: التردد بين عقدين بمحل واحد دون البت في مجلس العقد:

كأن يقول: بعتك هذه السيارة بتسعين نقداً أو بمئة مؤجلة، فيقول: قبلت، ويتم التعاقد ويفترقان دون البت بأي السعرين.

فهذه إحدى صور البيعتين في بيعة التي نهى عنها النبي ﷺ.

الصورة الرابعة: اجتماع عقدين أو أكثر على سبيل التعاقب:

وهذه الصورة هي الأكثر تطبيقاً في المعاملات المعاصرة، بحيث تتجه إرادة العاقلين إلى إبرام عدة عقود متتالية تهدف إلى تحقيق غرض محدد. ومن أمثلتها:

- الإجارة مع الوعد بالتملك: فهي تتضمن عقد إجارة ويعد المؤجر المستأجر بتمليكه العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الإجارة وسداد دفعاتها، فهنا عقد إجارة يعقبه بيع أو هبة.
- بيع المرابحة للأمر بالشراء: بأن يطلب العميل من البنك أن يشتري سلعة نقداً له -أي للبنك- وبعد تملك البنك لها يبيعها على العميل مرابحة بالأجل.
- المشاركة المتناقصة: وهي كسابقتها إلا أن العميل والبنك يشتركان في شراء السلعة ثم يبدأ العميل بشراء حصة البنك بالتدريج.



* المطلب الثالث: الحكم الشرعي للجمع بين العقود وضابطه:

الأصل هو جواز الجمع بين العقود باستثناء ما يلي:

١. الجمع بين القرض والمعاوضة؛ للنهي الوارد؛ لئلا يتخذ حيلة للاسترباح من القرض.
٢. أن يكون حيلة على الربا، مثل بيع العينة.
٣. أن يؤدي إلى الغرر، كالبيع مع تردد الثمن دون بت بأحدهما في مجلس العقد.
٤. أن تجمع المعاملة عقوداً متضادة في أحكامها في محل واحد ووقت واحد، مثل اشتراط بعض شركات التقسيط في بيع التقسيط أن المشتري إذ تخلف عن سداد بعض الأقساط فينقلب العقد إجارة وتعود السيارة إلى ملكية الشركة ويكون ما دفعه المشتري من أقساط بمثابة دفعات إجارة ثم تفسخ الشركة العقد.

* المطلب الرابع: المواطأة على الجمع بين العقود:

يقصد بالمواطأة: توافق إرادة الطرفين صراحة أو دلالة على الإتيان بمعاملة مشروعة يقصد بها التوصل إلى أمر آخر، قد يكون محرماً فتكون المواطأة حيلة على أمر محرم، وقد يكون جائزاً فتكون من المخارج الشرعية.

والقوة الملزمة للمواطأة شرعاً هي نفس القوة الملزمة للشرط المصاحب للعقد؛ ولذا فالقاعدة أن كل ما يحرم اشتراطه في العقد - كاشتراط هدية من المقترض للمقرض - فتحرم المواطأة عليه، ولو بلا شرط؛ لأنها في قوة الشرط، وكل ما يباح اشتراطه في العقد - كاشتراط الصيانة الدورية على المؤجر - فتجوز المواطأة عليه.

* المطلب الخامس: الحيل والمخارج في العقود المركبة:

الحيل: هي العقود المباحة في ظاهرها ويجمع بينها لأجل التوصل إلى أمر محرم شرعاً.

والمخارج: هي العقود المباحة ولا يؤدي اجتماعها إلى أمر محرم شرعاً.

والنبي ﷺ نهى عن الحيل المحرمة، مثل قوله في حديث جابر المتفق عليه: «قاتل الله اليهود لما حرم الله عليهم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه»، وقوله: «لا تتركبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل».

وأرشد إلى المخارج الشرعية التي لا توقع في محذور، ومن ذلك ما جاء في الصحيحين عن

أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خير فجاءه بتمر جنيب فقال رسول الله ﷺ: «أكل تمر خير هكذا» فقال: لا والله يا رسول الله، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله ﷺ: «لا تفعل. بع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيباً». متفق عليه.

ومعظم المعاملات المعاصرة من قبيل العقود المركبة، والبعض يعيب التمويل الذي تجريه البنوك الإسلامية بأنه تحايل ربوي، لا يختلف في حقيقته وجوهره عن التمويل الربوي الذي تقدمه البنوك التقليدية، بالنظر إلى أن النتائج المتحققة من كل منهما تكاد تكون متقاربة. فالتمويل الذي تقدمه البنوك التقليدية محرم لأنه مبادلة نقد بنقد مع التأخير والتفاضل، ولا يختلف عنه التمويل المقدم من البنوك الإسلامية سوى أن التمويل في البنوك الإسلامية يكون بتوسيط سلعة غير مقصودة للممول وهو البنك (كما في المرابحة للآمر بالشراء حيث يشتري البنك سلعة بمئة نقداً مثلاً بناء على طلب العميل ثم يبيعها على العميل بمئة وخمسة مؤجلة)، وقد لا تكون مقصودة للمتمول أيضاً وهو العميل (كما في التورق كأن يقوم العميل في المثال السابق ببيع السلعة على غير البنك بمئة نقداً إذا كان غرضه من المعاملة النقد وليس تملك السلعة) والنتيجة في نهاية المطاف أن ذمة العميل أصبحت مشغولة بمال أكثر من المال الذي دفعه البنك، وقد تكون نسبة الزيادة هذه مقاربة لسعر الفائدة أو مبنية عليها.

وبتأمل النصوص الشرعية وقواعد البيوع فإن توسيط سلعة غير مقصودة لأجل التمويل أمر جائز، وينقل العقد من الحرمة إلى الحل، سواء أكانت السلعة غير مقصودة للبنك وحده، أم غير مقصودة لهما معاً أي البنك والعميل معاً، إذا توافرت شروط صحة العقد، يدل على ذلك حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة السابق، ووجه الدلالة: أن الدراهم التي توسطت في هذه المعاملة غير مقصودة لصاحب التمر، وإنما قصده استبدال ما عنده من التمر الرديء بتمر جيد، ومع ذلك أرشد النبي ﷺ إلى هذا المخرج، وهذا الحديث يعد أصلاً في المخارج المشروعة.

فتوسيط سلعة غير مقصودة في التمويل لا يجعل العقد صورياً ولا حيلة على الربا، فإن أي تاجر لا يقصد من شراء السلعة ذاتها، بل المال الناتج من بيعها، فهو يشتري السلعة بتسعين لبيعها بمئة، فكون السلعة وسيلة للحصول على النقد لم يجعل المعاملة صورية، فهذا هو سبيل التجارة.

ويبقى أن ننظر في الفرق بين ما أبيع في هذا الحديث وما نهي عنه من الحيل الربوية كالعينة وغيرها.

والذي يظهر من خلال استقراء نصوص الفقهاء في هذه المسألة أن الفرق بين التمويل المشروع (المخارج الشرعية) والتمويل الصوري الممنوع (الحيل الربوية) من عدة أمور:

الأول: في الحيل المحرمة لا يملك الممول -البنك- السلعة تملكاً حقيقياً، بل تملكه لها صوري، بخلاف التمويل المشروع فإن السلعة وإن لم تكن مقصودة للبنك إلا أنه يملكها حقيقة بعقد صحيح، ولهذا يحتاط في شرائه للسلعة.

الثاني: في التمويل الصوري الممنوع لا تدخل السلعة في ضمان البنك، وإنما ينتقل الضمان مباشرة من البائع الأول إلى المشتري.

الثالث: في التمويل الصوري الممنوع يكون هناك اتفاق أو توافق لفظي أو عرفي على أن تعود السلعة إلى البائع الأول، سواء كان العقد ثنائياً -وهو العينة- أو ثلاثياً -وهو الحيلة الثلاثية-، وهذا يعني أن تملك المشتري للسلعة صوري ولهذا لا يحتاط أي منهما في العقد، فلا يتحرى المشتري في اختيار السلعة ولا البائع في الثمن. ولذا فإن من الأهمية معرفة الحكم الشرعي لإعادة شراء السلعة المباعة وهل يعد ذلك حيلة محرمة أم من العقود المركبة الجائزة؟ وهذا ما سنبينه في المطلب الآتي:

*** المطلب السادس: إعادة الشراء:**

تعريفه: هو بيع عين أو منفعة ثم شراؤها ممن اشتراها أو من غيره ممن انتقل إليه ملكها بأي طريق من طرق التملك.

الحكم الشرعي لإعادة الشراء وضوابطه:

الأصل هو جواز بيع العين أو المنفعة ثم شراؤها من المشتري أو من غيره بالشروط الآتية:

١. أن يكون البيع حقيقياً ينتقل به الملك شرعاً ويترتب عليه آثاره مثل استحقاق المشتري لنماء العين وانتقال ضمانها إليه فترة تملكه لها.
٢. ألا يكون العقد الثاني مشروطاً في العقد الأول.
٣. ألا يكون هناك مواعدة ملزمة للطرفين بإبرام العقد الثاني.
٤. ألا تكون إعادة الشراء مسبقة بمواطأة أو عرف على أن يكون الثمن المؤجل في العقد

الأول أو الثاني هو الأكثر؛ لأن ذلك من العينة؛ سواء أكان البائع الثاني هو المشتري الأول أم غيره. ومن ذلك:

- أ. التواطؤ على بيع العين بثمن مؤجل ثم شراء البائع الأول لها - من المشتري أو طرف ثالث متواطئ معهما - بثمن أقل نقدًا. (العينة)
- ب. التواطؤ على بيع العين نقدًا ثم شراؤها - من المشتري أو من طرف ثالث متواطئ معهما - بثمن أكثر مؤجل. (عكس العينة)
- ج. بيع العين بأجل ثم شراؤها بثمن أكثر لأجل أبعد.
- د. بيع العين نقدًا ثم شراؤها في تاريخ لاحق نقدًا بثمن أكثر.

وعلى هذا؛ فتجوز إعادة الشراء في الحالات الآتية:

- إذا خلت من أي مواطاة أو عرف.
- إذا كان التغير في الثمن بسبب تغير صفة العين أو قيمتها في السوق لا بسبب التأجيل أو النقد.
- إذا كان المشتري الثاني (الأخير) غير البائع الأول؛ ولو كان قريبه كأبيه وابنه وأخيه ما لم يكن بينهم مواطاة على إعادة لها للأول.
- إذا كان الثمن في أحد العقدين من غير النقود.
- بيع سلعة بالأجل ثم شراؤها من المزاد ولو بثمن أقل نقدًا، ويجوز شراء سلعة بالأجل ثم عرضها في المزاد لبيعها نقدًا ولو كان البائع الأول من بين المستامين.

* المطلب السابع: نماذج لبعض العقود المركبة عند الفقهاء المتقدمين:

المسألة الأولى: بيع الوفاء:

وهو أن يشترط البائع أنه متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه. وهذه التسمية هي المشتهرة عند فقهاء الحنفية، ويسميه المالكية بيع الثنيا، والشافعية بيع العهدة، والحنابلة بيع الأمانة.

وقد اختلف فيه أهل العلم:

فذهب بعض متأخري الحنفية والشافعية إلى أن بيع الوفاء جائز مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أن المشتري لا يملك بيعه. وحجتهم: أن الناس تعارفوا عليه وتعاملوا به لحاجتهم إليه؛ فرارًا من الربا، فيكون صحيحًا وإن كان مخالفًا للقواعد؛ لأن القواعد تترك بالتعامل.

وذهب المالكية والحنابلة ومتقدمو الحنفية والشافعية إلى أنه بيع فاسد؛ لأن اشتراط البائع أخذ المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري شرط يخالف مقتضى العقد، ولأن البيع بهذا الشرط لا يراد منه انتقال الملك حقيقة، وإنما يقصد منه الربا المحرم، وهو إعطاء المال إلى أجل، ومنفعة المبيع هي الربح، فهو في حقيقته قرض بعوض.

والراجح هو القول الثاني لأن حقيقته قرض وليس بيعاً، والعين رهن بيد المشتري فلا يملك بيعها ولا التصرف بها، فإذا شرط الانتفاع صار قرضاً جر نفعاً، فيحرم لذلك؛ إذ العبرة في العقود بمعانيها وحقائقها لا بألفاظها.

المسألة الثانية: العينة:

العينة في اصطلاح الفقهاء: بيع سلعة إلى أجل ثم شراؤها من المشتري بأقل من ثمنها نقداً. سميت بذلك لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلها عيناً، أي نقداً حاضراً.

وإذا كان هناك اتفاق بين العاقلين في العقد الأول على الدخول في العقد الثاني فيحرم العقدان باتفاق الفقهاء، وأما إذا كان هناك مواطأة من دون اتفاق، أو باعه السلعة ثانية من دون مواطأة ولا اتفاق فقد اختلف أهل العلم في حكم ذلك، والراجح التحريم. وهو قول الحنفية، والمالكية، والحنابلة. واستدلوا بما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم». فدل الحديث على أن التبايع بالعينة سبب للإذلال، ولا يكون ذلك إلا لأمر محرم؛ ولأن العينة حيلة ظاهرة على الربا؛ فإن المتعاقدين لم يعقدا على السلعة بقصد تملكها ولا غرض لهما فيها بحال، وإنما الغرض: مائة بمائة وعشرين.

وقد تكون العينة ثلاثية أو رباعية فيدخل العاقدان بينهما محللاً أو أكثر، والحكم فيها واحد، فيطبق عليها الضوابط السابقة في إعادة الشراء، فمتى كان هناك اتفاق أو مواطأة على أن ترجع السلعة إلى البائع الأول والثمن الآجل أكثر من الثمن الحال فهي من العينة سواء دارت السلعة بين عاقلين أو أكثر، وأما إن عادت السلعة إلى البائع الأول بدون مواطأة أو بشرائه لها من المزداد أو تغيرت صفتها أو قيمتها في السوق فليس من العينة.

وألحق أهل العلم بالعينة عكسها وهو: أن يبيع سلعة بنقد ثم يشتريها بأكثر منه نسيئة.

المسألة الثالثة: التورق:

وهو أن يشتري من يحتاج إلى نقد سلعة بثمن مؤجل ثم يبيعها على غير البائع نقداً. وقد اختلف أهل العلم في حكم التورق، والصحيح جوازه، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة، واختاره من المتأخرين الشيخ ابن باز رحمته الله؛ عملاً بالأصل في البيوع وهو الحل ولا دليل على المنع.

* المطلب الثامن: بعض التطبيقات المعاصرة للعقود المركبة:

المسألة الأولى: الإجارة المنتهية بالتملك:

وهي أن يؤجره العين مع وعد من المؤجر بتمليكها للمستأجر بعد انقضاء الإجارة، ويكون التملك إما بثمن رمزي وهي الإجارة مع الوعد بالبيع، أو بلا عوض وهي الإجارة مع الوعد بالهبة.

وقد اختلف فيها المعاصرون وليس هذا موضع بسطها، والأظهر جوازها إذا كان التملك بعقد مستقل بعد انتهاء الإجارة لئلا يؤدي إلى تداخل العقود، وبشرط أن يكون ضمان هلاك العين المؤجرة فترة الإجارة وصيانتها الأساسية على المؤجر فيما عدا حالات تعدي المستأجر أو تقصيره.

المسألة الثانية: القروض المتبادلة بالشرط:

أي أن يتفق اثنان أو أكثر على أن يقرض أحدهما الآخر شريطة أن يقرضه الآخر مثل ذلك المبلغ للمدة نفسها. ولها تطبيقات متعددة، منها:

١. ما يعرف بجمعيات الموظفين حيث يتفق مجموعة على أن يدفع كل منهم اشتراكاً شهرياً، ويأخذ كل واحد منهم مجموع الاشتراكات على سبيل التعاقب فيما بينهم.
٢. اتفاقيات البنوك مع البنوك المراسلة في الدول الأجنبية، حيث يتفق البنك مع البنك الآخر في الدولة الأخرى على التعامل بالقروض المتبادلة فيما بينهما بدلاً من احتساب فوائد على الأرصدة الدائنة أو المدينة.
٣. إدارة السيولة فيما بين المصارف المحلية مع بعضها، أو فيما بينهما وبين البنك المركزي.

وطريقة القروض المتبادلة في البنوك: أن يحتسب لصالح الرصيد الدائن نقاط دائنة يراعى فيها مقدار الرصيد ومدة بقاءه، وفي المقابل يحتسب على الرصيد المدين نقاط مدينة يراعى فيها المقدار والمدة. وتعرف هذه الطريقة في الأوساط المالية بـ (حساب النقاط) أو (حساب النمر).

فعندما يحتاج مصرف لمبلغ نقدي لليلة واحدة مثلاً، فبدلاً من أن يدخل في قرض ربوي فإنه يقترض من البنك المركزي أو من مصرف آخر المبلغ النقدي ويقدم الضمانات لذلك، ويرده في اليوم التالي، ويلتزم بإقراض البنك المقرض مثل ذلك المبلغ لليلة أو نصف المبلغ لليلتين، وهكذا.

وعندما يتوافر لدى المصرف سيولة نقدية، فبدلاً من إيداعها لدى بنك آخر بفوائد فإنه يقرضها له لمدة معينة، ويلتزم المقرض بإقراضه في المستقبل مثل ذلك المبلغ المدة نفسها، وهكذا.

حكم القروض المتبادلة بالشرط:

اختلف أهل العلم في القروض المتبادلة إذا كانت على أساس المساواة بين الطرفين على قولين:

القول الأول: تحريم القروض المتبادلة بالشرط. وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة. ويسمي المالكية هذه المعاملة: أسلفني أسلفك.

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول: أن هذا الشرط فيه منفعة للمقرض، ولا خلاف بين أهل العلم أن كل قرض جر نفعاً مشروطاً للمقرض فهو محرم.

نوقش: بأن المنفعة هنا لا يختص بها المقرض وحده، بل هي من قبيل النفع المشترك للمقرض والمقرض على حد سواء، ويحقق مصلحة عادلة للطرفين، وهذا ليس بمنصوص على تحريمه ولا في معنى المنصوص، فلزم إبقاؤه على الأصل وهو الإباحة.

الدليل الثاني: قول النبي ﷺ: «لا يحل سلف وبيع».

ووجه الدلالة: أنه نهى عن الجمع بين السلف والبيع ومثله اشتراط قرض في قرض.

نوقش: بأن الجمع بين البيع والسلف في هذه المسألة غير متحقق لا بالمنطوق ولا بالمفهوم؛

فأما المنطوق فظاهر؛ إذ لا يوجد بيع البتة في هذه المعاملة؛ وأما المفهوم فلأن علة النهي عن الجمع بين السلف والبيع (أن اقتران أحدهما بالآخر ذريعة إلى أن يقرضه ألفاً ويبيعه سلعة تساوي ثمانمائة بألف أخرى، فيكون قد أعطاه ألفاً وسلعة بثمانمائة ليأخذ منه ألفين، وهذا هو معنى الربا). وهذه العلة غير متحققة في هذه المعاملة.

القول الثاني: جواز القروض المتبادلة بالشرط إذا كانت مبنية على أساس المساواة بين الطرفين. وقد أخذ بهذا الرأي عدد من الهيئات الشرعية، وبعض الباحثين المعاصرين.

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

الدليل الأول: قياس القروض المتبادلة على السُّفْتَجَةِ^(١)؛ فإن من أجاز السفتجة من الفقهاء -وهو الراجح- فمن مقتضى أصله إجازة القروض المتبادلة بالشرط، بجامع أن المنفعة المشروطة في كليهما لا تخص المقرض وحده، بل هي مشتركة بينهما.

الدليل الثاني: أن الربا إنما حرم شرعاً؛ لأنه ظلم من المقرض للمقرض، أما الاتفاق على الإقراض المتبادل بين المقرض والمقرض بمبالغ متساوية ولمددٍ متماثلة فليس فيه ظلم لأي من الطرفين، بل هو مقتضى العدل بين الطرفين.

الترجيح:

بالنظر في الأدلة والمناقشات السابقة فإن جوهر المسألة في النفع المتحقق للمقرض من هذا الشرط، فالفريق الأول يرى أن هذا الشرط يحقق نفعاً للمقرض زائداً عن أصل القرض، فيعد من القرض بفائدة مشروطة للمقرض، بينما الفريق الثاني يرى أن هذا الشرط فيه نفع مشترك، ولا مزية لأحدهما فيه على الآخر، فلا يخرج به عقد القرض عن كونه للإرفاق.

وعند التأمل فإن إلحاق القروض المتبادلة بالشرط بالقرض بفائدة محل نظر؛ لما يلي:

١. في القروض المتبادلة بالشرط لا يمكن أن يوصف أي من الطرفين بأنه مستفيد على حساب الآخر، فعندما يوقع مصرفان اتفاقية ودائع أو قروض متبادلة فكلاهما على درجة سواء، ولا مزية لأي منهما على الآخر، وقد يكون أحدهما مقرضاً مرة، ومقرضاً

(١) السفتجة: قيل بضم السين وقيل بفتحها: كتاب صاحب المال لوكيله أن يدفع مالا قرضاً يأمن به من خطر الطريق والجمع السفاتج.

مرة أخرى، بينما في القرض بفائدة لا يختلف اثنان أن المقرض هو المستفيد وحده دون المقرض.

٢. أن الغرض من اتفاقيات القروض المتبادلة المتساوية بين المصارف هو ضبط التعامل فيما بينها بحيث لا يستغل أي من الطرفين الآخر، فليست تهدف إلى الربحية؛ ولذا لا تقبل بها المصارف مع عملائها إلا مع التفاوت كأن تكون النسبة في احتساب النقاط (٢:١).

٣. أن القروض المتبادلة بالشرط تختلف عن مسألة (أسلفني أسلفك) التي تحدث عنها الفقهاء المتقدمون. وبيان ذلك أن (أسلفني أسلفك) معاملة واحدة فيها شرط لصالح المقرض؛ ولذا قيل بتحريمها، بينما القروض المتبادلة منظومة عقدية تهدف إلى تحقيق التعاون بين طرفين، إذا احتاج أحدهما للنقد أقرضه الآخر، وتحسب النقاط لأجل الضبط، فالشرط: (أسلفك) يمكن أن يكون مرة لصالح الأول، ومرة أخرى لصالح الثاني؛ إذ كل منهما مقرض مقرض.

وبناء على ما سبق فيترجح القول بجواز القروض المتبادلة إذا كانت مبنية على أساس المساواة بين الطرفين، وأما إذا تضمنت اتفاقية القروض المتبادلة تفاوتاً بين الطرفين كأن يتفق على أن يكون احتساب النقاط (٢:١) أي إقراض ألف ليوم يقابله إقراض ألفين ليوم أو ألف ليومين فلا أعلم خلافاً على تحريم هذا الشرط؛ لأن فيه زيادة محضة للمقرض، فهو داخل في الإجماع على تحريم كل قرض يجر منفعة مشروطة للمقرض. والقائلون بجواز القروض المتبادلة بالشرط متفقون - فيما أعلم - على أن شرط الجواز التساوي في القروض بأن تكون لمبالغ متساوية ولمدد متماثلة.

*** المطلب التاسع: قاعدة التبعية وأثرها في العقود:**

الأصل في العقود المركبة أن يكون كلا العقدین مقصوداً، ومن هنا نشأ للتركيب صفته وأحكامه التي يخالف بها العقود المفردة، وأما إذا اجتمع عقدان وأحدهما تابع ليس مقصوداً فلا يعد ذلك من العقود المركبة.

والمقصود بالتابع في العقود: ما جاء في الصفقة ضمناً بحيث لا يكون مقصوداً بالأصالة للعاقدين.

والأصل أن يغتفر في التابع ما لا يغتفر في العقد المستقل، عملاً بالقاعدة الشرعية: يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً.

ودليل ذلك: ما جاء في الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع عبداً له مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع». فهذا الحديث أصل في قاعدة التبعية في المعاملات، فقد دل على أمرين:

- الأمر الأول: أن الغرر إذا كان تابعاً في المعقود عليه يغتفر: فإن الثمرة التي لم يبد صلاحها لا يجوز بيعها مفردة، لنهي النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، ولكن دل هذا الحديث على جواز بيعها مع أصلها. وقد نقل ابن قدامة الإجماع على جواز هذا البيع وقال: (ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع، فلم يضر احتمال الغرر فيها).
- الأمر الثاني: أن المال الربوي إذا كان تابعاً في المعقود عليه يغتفر: فإن العبد قد يكون معه دنائير ويشترى بدنانير، والجارية قد يكون عليها قلادة من ذهب وتشترى بذهب، ومع ذلك يجوز البيع دون التحقق من التقابض والتماثل، فدل الحديث على أن المبيع إذا اشتمل على نقد واشترى بنقد، ولم يكن النقد المخلوط مقصوداً فلا يلتفت إليه بمعنى أنه لا يجري على الصفقة حكم الصرف، حتى ولو كانت قيمة النقد المخلوط أكثر من قيمة الخلط الذي معه، ولا يشكل على هذا الحديث حديث فضالة بن عبيد رضي الله عنه قال: أتى النبي ﷺ يوم خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز، وهي من المغانم تباع، فأمر بالذهب الذي في القلادة فتزع وحده، ثم قال لهم: «الذهب بالذهب وزناً بوزن». رواه مسلم. ووجه الجمع بين الحديثين أن الذهب الذي في القلادة مقصود للمشتري؛ ولذا وجب فصله للتحقق من التماثل بين الذهب في القلادة والذهب (الدنانير) الذي تشتري به؛ لأن له حكم الصرف، بينما المال الذي مع العبد ليس مقصوداً للمشتري؛ ولذا لم يجر على الصفقة حكم الصرف. وهذا أحسن ما قيل في الجمع بين الحديثين.

ومن التطبيقات الفقهية لقاعدة التبعية:

١. لا يجوز بيع الحمل في بطن الناقة مفرداً، ويجوز بيعه تبعاً لأمه.
٢. لا يجوز بيع الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل يدا بيد، ويجوز أن يبيع داراً سقفها مموه بالذهب بذهب ولو من غير تقابض ولا تماثل.

ومن التطبيقات المعاصرة على قاعدة التبعية بشقيها السابقين:

١. تداول الأوراق المالية كالأسهم والصكوك الاستثمارية في الشركات الصناعية والزراعية والتجارية ونحوها، التي تكون موجوداتها مختلطة ما بين أعيان ونقود وديون للشركة على الآخرين، فيجوز تداول تلك الأسهم والصكوك دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون، باعتبار أن النقود والديون التي فيها تابعة لأصل نشاط الشركة، أما لو كانت موجودات الشركة كلها نقوداً صرفة فيجب مراعاة أحكام الصرف، ولو كانت كلها ديوناً على الآخرين فيجب مراعاة أحكام التصرف في الديون.
٢. جواز تداول الأوراق المالية كالأسهم والصكوك الاستثمارية -مع أن تفاصيل موجودات تلك الأسهم والصكوك مجهولة لكثير من المتداولين- عملاً بقاعدة التبعية، واكتفاء بمعرفة المتبايعين بنوع الشركة وعدد الأسهم وقيمتها ونحو ذلك من المعلومات التي هي مقصودة لهم.
٣. لا يجوز الدخول في المسابقات التجارية التي يكون الدخول فيها بعوض؛ لأن العقد دائر بين الغنم والغرم، فهو من عقود الغرر والقمار، فإن كان الدخول في المسابقة تابعاً لشراء سلعة معلومة أو الاشتراك في خدمة معلومة، وهي -أي السلعة أو الخدمة- مقصودة للمشتري فيجوز الدخول في المسابقة حينئذ.
٤. لا يجوز التأمين التجاري؛ لما فيه من الغرر، فإن كان التأمين تابعاً لشراء سلعة معلومة أو استئجارها فيجوز، ومن ذلك:
 - شراء سلعة مع الضمانات التسويقية، وتكون عادة عند بيع الأجهزة الإلكترونية وتغطي أموراً زائدة عن العيوب في الضمان المصنعي، مثل الكسر والعيوب اللاحقة، وتكون عادة برسوم خاصة بها، فإذا تم الاشتراك بها تبعاً لشراء الجهاز فتجوز.
 - استئجار السيارة مع التأمين عليها.
 - التأمين الطبي على الموظفين، يجوز للموظف الاستفادة منه باعتباره تابعاً للأجور والمزايا التي يحصل عليها من الشركة التي يعمل عندها.



المبحث السادس : المسؤولية العقدية

* المطلب الأول: التعريف بالمسؤولية العقدية وعلاقتها بالمسؤولية التقصيرية:

يقصد بالمسؤولية العقدية الالتزامات الناشئة على العاقد بسبب العقد. مثل: مسؤولية المشتري عن سداد الثمن ومسؤولية البائع عن تسليم السلعة سليمة من العيوب، و ضمان المؤجر للعين المؤجرة بما يمكن المستأجر من استيفاء منفعتها و ضمان المستأجر للأجرة، و ضمان المقرض للقرض، ونحو ذلك.

ففي جميع ما سبق إذا أخل العاقد بالتزاماته في العقد فيتحمل المسؤولية عن ذلك الإخلال، وهذا ما يعرف ب (المسؤولية العقدية).

وأما المسؤولية التقصيرية فهي مصطلح قانوني يراد به: المسؤولية الناشئة عن إيقاع الضرر على الآخرين من غير ارتباط عقدي، مثل قيم المتلفات وأروش الجنايات والأضرار الناشئة بسبب الجوار، ونحو ذلك.

فالمسؤولية العقدية تختلف عن المسؤولية التقصيرية، من أوجه:

١. أن الأولى ناشئة عن ارتباط عقدي، بينما الثانية تثبت بالشرع أو بالقانون، ولا يلزم وجود ارتباط عقدي.

٢. التعويض: في المسؤولية العقدية يقتصر على الأضرار الفعلية فقط أو ما يعبر هنا بالأضرار المتوقعة، بينما في المسؤولية التقصيرية يشمل الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة.

٣. الأهلية: فالمسؤولية العقدية تستلزم توافر أهلية الأداء الكاملة بينما التقصيرية يكفي فيها توافر أهلية الوجوب الكاملة، فالصبي المميز يضمن في ذمته ما يتلفه دون ما ينشأ من التزام عقدي.

٤. الإعذار: -أي تبليغ العاقد عن المسؤولية- شرط للمطالبة بالتعويض في المسؤولية العقدية، ولا يلزم ذلك في المسؤولية التقصيرية.

٥. التضامن: فلا تضامن في المسؤولية العقدية عند تعدد المسؤولين إلا باتفاق العاقلين أو بنص في القانون، بينما التضامن في المسؤولية التقصيرية واجب بالقانون.

٦. الإعفاء من المسؤولية: يصح في المسؤولية العقدية دون التقصيرية.

٧. عبء الإثبات: في المسؤولية العقدية لا يطالب مدعي التعويض إلا بإثبات الرابطة العقدية بما ينطوي على إثبات نشوء الالتزام فيقع على عاتق المسؤول إثبات وفاء الالتزام أو أن عدم الوفاء يرجع لسبب أجنبي، بينما في المسؤولية التقصيرية يقع على عاتق المتضرر إثبات وقوع الضرر.

٨. الاختصاص القضائي: فالمسؤولية العقدية من اختصاص المحاكم التجارية أو العامة، بينما المسؤولية التقصيرية قد تدخل ضمن اختصاص المحاكم الجزائية. وستقتصر الدراسة في هذا المبحث على المسؤولية العقدية فقط.

* **المطلب الثاني: أنواع الأيدي من حيث الضمان وعدمه:**

يقسم الفقهاء الأيدي من حيث الضمان الناشئ عن العقد وعدمه إلى قسمين:

القسم الأول: يد الأمانة:

وهي التي لا تضمن تلف العين أو المال إلا في حال التعدي أو التفريط.

والتعدي: فعل ما لا يجوز شرعاً أو عرفاً.

والتفريط: ترك ما يجب شرعاً أو عرفاً.

ومن أمثلة يد الأمانة:

١. يد المضارب.
٢. ويد الوكيل.
٣. ويد الشريك على حصة شريكه.
٤. ويد المودع.
٥. ويد المستأجر على العين المؤجرة.
٦. ويد الأجير الخاص على مال المستأجر، كالسائق والخدمة، والفني يستأجر لعمل معين مدة معلومة.

القسم الثاني: يد الضمان:

وهي تضمن مطلقاً ولو بلا تعدٍ ولا تفريط.

وهي على نوعين:

الأول: ضمان يقتضيه العقد: مثل:

١. القرض، فالمال المقترض مضمون على المقترض مطلقاً؛ لأن مقتضى العقد أن يرد

بدل المال لا عينه، فلو تلف عين المال فلا تسقط المسؤولية لأنها لم تتعلق به.

٢. الضمان الشخصي: فالضامن يضمن للمضمون له (الدائن) المال الذي في ذمة

المضمون عنه، ولو لم يكن ثم تعد ولا تقصير من الضامن.

والثاني: ضمان التعدي (اليد العادية): وهو الضمان الناشئ بسبب تعدي العاقد على العين

التي هي في الأصل أمانة عنده، فتتقلب يده إلى يد ضمان. مثل استعمال المودع للوديعة بدون إذن

المودع، أو مخالفة المضارب شرط رب المال، ومن ذلك ما لو استأجر العين مدة فتجاوز تلك

المدة فيضمن أي تلف ولو لم يكن بسببه، ونحو ذلك. ومن باب أولى أن يدخل في هذا النوع

تعدي الإنسان على مال غيره بدون ارتباط عقدي مثل يد الغاصب والسارق، ونحوهما.

واختلف أهل العلم في نوعين من الأيدي:

الأول: يد المستعير:

اختلف أهل العلم في يد المستعير، والراجح أن العارية أمانة في يد المستعير فلا يضمن إلا

بالتعدي أو التفريط، وهو قول الحنفية والمالكية. واستدلوا بما يلي:

١. بما روى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدرعا يوم حنين، فقال: أغصبا يا

محمد؟ قال: «بل عارية مؤداة» رواه أحمد.

٢. وبما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «ليس على المستعير غير

المغل ضمان» رواه الدارقطني والبيهقي.

٣. ولأنه قبضها بإذن مالكةا، فكانت أمانة، كالوديعة.

ويؤصل أصحاب هذا القول قاعدة في التفرقة بين الأعيان المضمونة والأعيان الأمانة، وهي

أن من أخذ عيناً بإذن مالكةا فهي أمانة ومن أخذ عيناً بدون إذن مالكةا فهي مضمونة

وأما رواية (بل عارية مضمونة) في حديث صفوان فهي محمولة على ما إذا شرط المعير

ضمان المستعير فتكون يده يد ضمان بالشرط، عملاً بالحديث، ولا إشكال في ذلك لأن العارية من

عقود التبرعات ويتجاوز فيها ما لا يتجاوز في غيرها.

الثاني: يد الأجير المشترك:

الإجارة على نوعين:

١. إجارة الأعيان: مثل استئجار منزل أو سيارة، ونحو ذلك، فالعقد هنا بين (مؤجر ومستأجر) ويد المستأجر يد أمانة.
٢. إجارة الأعمال: وهي الإجارة الواقعة على منفعة شخص، فالعقد فيها بين (مستأجر وأجير)، والأجير ضربان:

○ الأجير الخاص: وهو من يعمل لمعين عملاً مؤقتاً، ويكون عقده لمدة، ويستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة، لأن منافعه صارت مستحقة لمن استأجره في مدة العقد، كالخادم والراعي والموظف في الشركة، وكمن استؤجر لخدمة، أو عمل في بناء أو خياطة، أو رعاية، يوماً أو شهراً، وسمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس. ولا بد في إجارة الأجير الخاص من تعيين المدة. وليس للأجير الخاص أن يعمل لغير مستأجره إلا بإذنه، وإلا نقص من أجره بقدر ما عمل، ولو عمل لغيره مجاناً أسقط رب العمل من أجره بقدر قيمة ما عمل.

وفيما يتعلق بالضمان فإن الأجير الخاص أمين، فلا يضمن ما هلك في يده من مال، أو ما هلك بعمله، إلا بالتعدي أو التقصير، وله الأجرة كاملة، أما أنه لا ضمان عليه لما تلف في يده من مال فلائ العين أمانة في يده لأنه قبضه بإذن رب العمل، فلا يضمن، وأما ما هلك بعمله فإن المنافع تصير مملوكة للمستأجر، لكونه يعمل في حضوره، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح، ويصير نائباً منابه، ويصير فعله منسوباً إليه، كأنه فعله بنفسه، فلهذا لا يضمن.

○ الأجير المشترك: وهو الذي يتقبل العمل من عموم الناس في وقت واحد، كالبناء، والملاح، والخياط، والطبيب ونحوهم، وسمي مشتركاً لأنه يتقبل أعمالاً لاثنتين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم. ولا خلاف في أن الأجير المشترك يقع عقده على العمل، ولا تصح إجارته إلا ببيان نوع العمل، ولا يمنع هذا من ذكر المدة أيضاً.

وقد اختلف أهل العلم في تضمين الأجير المشترك، والراجح أنه يضمن ما تلف بفعله كتخريق الثوب وغلطه في تفصيله، ولا يضمن ما تلف من حرزه أو من غير فعله ولا

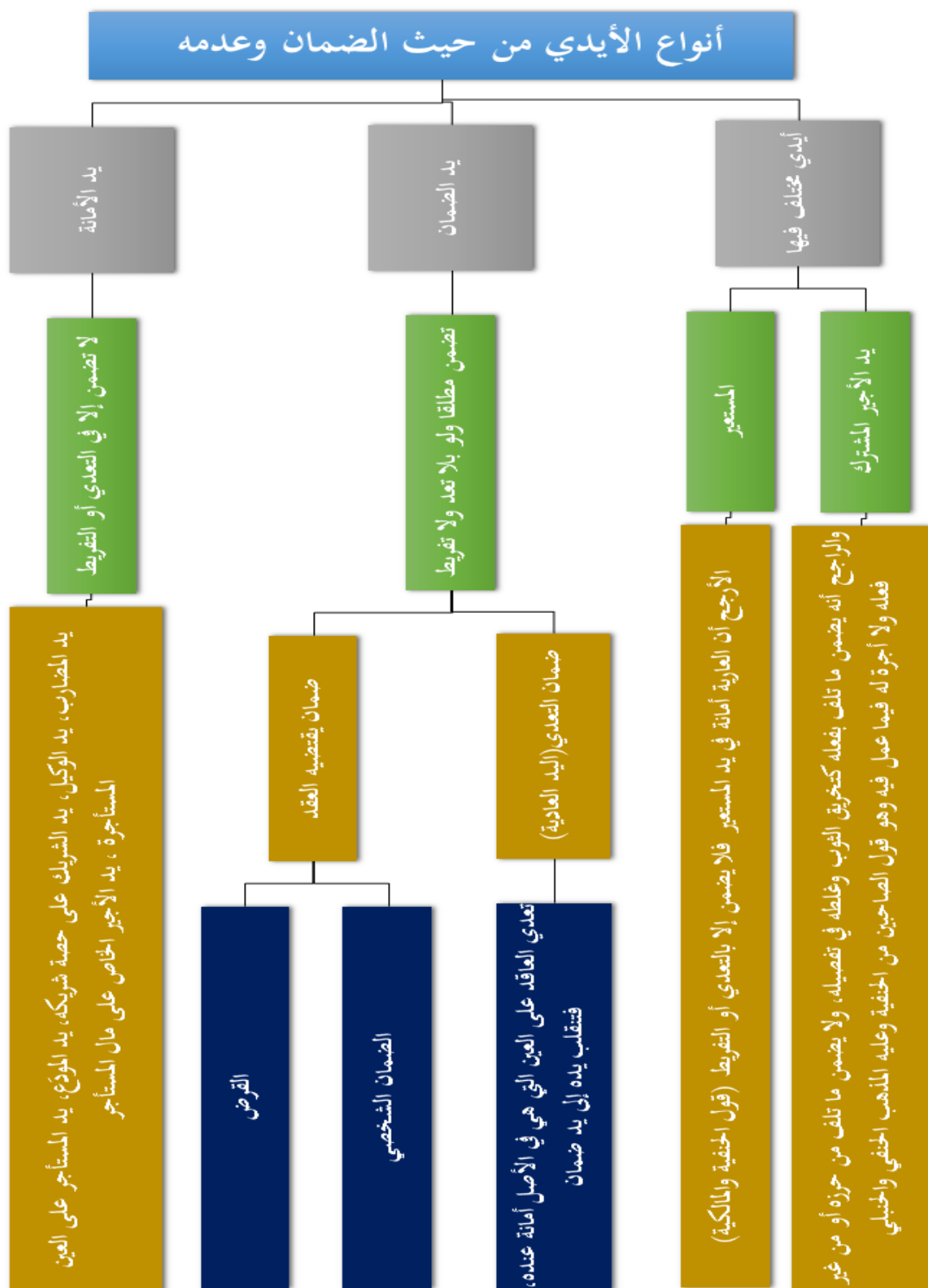
أجرة له فيما عمل فيه؛ لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر، فلم يستحق عوضه. وهذا قول الصاحبين من الحنفية وعليه المذهب الحنفي والحنبلي. واستدل أصحاب هذا القول:

١. بما روي عن علي عليه السلام أنه كان يضمن الأجراء، ويقول: (لا يصلح الناس غير هذا).

٢. وبما روي عن عمر عليه السلام أنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس.

وعلى هذا: لو أخطأ القصار، فدفع الثوب إلى غير مالكة، فعليه ضمانه؛ لأنه فوته على مالكة، وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله، على استيفاء الأجر، فتلف، ضمنه، لأنه لم يرهنه عنده، ولا أذن له في إمساكه.

فائدة: لا يضمن طبيب وبيطار ونحوهم من أصحاب المهارات إن عرف حذقهم، وكان لهم فعل ذلك؛ لأنه فعل فعلاً مباحاً فلم يضمن سرايته، ولا فرق بين خاصهم ومشتركهم.



* المطلب الثالث: مسائل تتعلق بالضمان:

المسألة الأولى: حكم تضمين يد الأمانة بالشرط:

وصورة ذلك أن يشترط رب المال في المضاربة مثلاً على العامل ضمان رأس المال، أو يشترط المؤجر على المستأجر ضمان هلاك العين المؤجرة، أو يشترط الموكل على الوكيل بالشراء أو بالبيع ضمان السلعة ونحو ذلك.

يفرق في هذا الشرط بين نوعين من العقود:

الأول: عقود الإرفاق والتبرعات، كالعارية والوديعة بلا عوض، ونحوهما، فيجوز اشتراط الضمان على يد الأمانة؛ لحديث صفوان بن أمية السابق في العارية؛ ولأنه لا يترتب على التضمين محذور شرعي، ولأن عقود التبرعات يتسامح فيها ما لا يتسامح في المعاوضات والشركات.

والثاني: أن يكون هذا الشرط في غير عقود التبرعات، كعقود المعاوضات مثل الإجارة، أو المشاركات مثل المضاربة، فالذي عليه عامة أهل العلم، وبه أخذ مجمع الفقه الإسلامي هو تحريم هذا الشرط، وأن يد الأمانة لا يجوز تضمينها بالشرط؛ لأن هذا الشرط يخالف مقتضى عقد الأمانة؛ ولما يترتب على هذا الشرط من الوقوع في محذور شرعي. وبيان ذلك:

- اشتراط ضمان رأس المال على المضارب يفرض عقد المضاربة من مضمونه ويحوله إلى قرض؛ ذلك أن الفرق بين القرض والمضاربة أن المال في الأول مضمون وفي الثاني غير مضمون، فإذا كان رب المال شريكاً في الربح فهو قرض جر نفعاً فيكون ربا.
- واشتراط ضمان العين المؤجرة على المستأجر فيه غرر فاحش؛ إذ المستأجر على خطر، فقد تسلم العين فيغنم النقص في الأجرة بسبب ضمانه، وقد تهلك هلاكاً كلياً بجائحة أو غيرها فيغرم.

وهكذا في بقية العقود.

المسألة الثانية: تطوع الأمين بالضمان من غير شرط:

وصورة ذلك أن يتطوع العامل في المضاربة مثلاً أو الوكيل أو المستأجر بضمان التلف عند وقوعه من غير أن يكون ذلك مشروطاً في العقد، فلا بأس بذلك؛ لأن هذا من باب المعروف.

المسألة الثالثة: التزام طرف ثالث بالضمان:

من وسائل الضمان المعاصرة أن يلتزم بضمان المال طرف ثالث من غير العاقلين، أي غير

رب المال والمضارب، أو الموكل والوكيل، أو المؤجر والمستأجر.

والتزام الطرف الثالث على نوعين:

النوع الأول: أن يلتزم الطرف الثالث بالضمان من غير نية الرجوع على العامل:
وهذا النوع له حالتان:

الحال الأولي: أن يكون التزام الطرف الثالث بالضمان بغير أجر:

وهذا هو الأغلب فيما إذا كان الضامن جهة حكومية. والغرض منه تشجيع الناس على المشاركة في المشاريع الاستثمارية المتعلقة بالمرافق العامة ونحوها، والتي قد يحجم كثير منهم عنها لولا وجود هذا الضمان.

فهذا الالتزام جائز؛ إذ لا يترتب عليه محذور شرعي؛ لأن الالتزام المحظور في المضاربة ونحوها من عقود الاستثمار هو ضمان العامل للخسارة، حتى لا تجتمع عليه خسارة الربح الذي كان يسعى لتحقيقه، وخسارة المال بسبب لا يد له فيه.

والشرط الأساس عند أصحاب هذا القول أن يكون للطرف المتبرع ذمة مستقلة عن ذمة العامل أو الوكيل أو المستأجر. فإن لم يتحقق هذا الشرط فلا يصح الضمان.

الحال الثانية: أن يكون الالتزام بأجر:

وهذا الالتزام نوع من التأمين التجاري على الاستثمار؛ لأن الطرف الثالث يلتزم بالتعويض في مقابل الأجر المدفوع من المدير أو من المستثمرين. وعامة المجامع الفقهية على تحريم التأمين التجاري، ومنه هذا النوع من التأمين، بل إن الغرر فيه فاحش نظرًا للمخاطر الكثيرة التي يتعرض لها الاستثمار ما بين مخاطر ائتمانية وسياسية وأمنية وأخلاقية وغيرها.

النوع الثاني: كفالة الطرف الثالث للعامل (الضمان الشخصي)^(١):

والمقصود أن يكون للضامن حق الرجوع على العامل. وهذه الكفالة لها حالتان:

الحال الأولي: الكفالة المطلقة:

أي أن الطرف الثالث سواء أكان جهة حكومية أم خاصة يكفل العامل كفالة مطلقة أي غير

(١) الضمان الشخصي: ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، وقيد بكونه شخصيًا لتمييزه عن الضمان بمعناه العام الذي يشمل ضمان اليد وضمان العقد وضمان الإتلاف والضمان بإلزام الشارع.

مقيدة بتعدي العامل أو تفريطه، على أن يكون له حق الرجوع عليه بالمال الذي ضمنه به. وهذه الكفالة محرمة، سواء أكانت بأجر أم تبرعاً؛ لأن مآلها تضمين العامل ضماناً مطلقاً، وقد سبق معنا أنه لا يجوز أن تكون يد العمل في عقود الاستثمار يد ضمان.

الحال الثانية: أن تكون مقيدة بتعدي العامل أو تفريطه:

وهذه الحال على ضربين:

* الأول: أن يكون الكفيل متبرعاً:

فهذه الكفالة جائزة؛ إذ لا يترتب عليها محذور شرعي، وقد نص أهل العلم على جواز أن يشترط رب المال على العامل ضميناً أو كفيلًا يضمن له ما يضيع من ماله أو يتلف بتعدي أو تقصير. ومثل ذلك في الإجارة والوكالة ونحوها.

* الثاني: أن تكون الكفالة بأجر:

ويكثر هذا النوع في التعاملات المعاصرة، حيث تتطلب بعض المعاملات ضماناً شخصياً (كفيلًا) بحسن الأداء كمناقصة ينوي الشخص الدخول فيها، أو شراء سلعة بالأجل، ونحو ذلك فيطلب الشخص (المضمون عنه) خطاب ضمان من البنك، بحيث إن البنك يضمنه تجاه المضمون له، وإذا أخل فيدفع البنك عنه للمضمون له، ويكون للبنك حق الرجوع على المضمون عنه، وعادة ما يأخذ البنك أجرًا مقابل خطاب الضمان.

وقد اختلف أهل العلم في حكم أخذ الأجر على الضمان الشخصي (الكفالة):

فذهب عامة أهل العلم إلى التحريم، وحكى بعضهم الإجماع على ذلك؛ لأن الضمان من عقود التبرعات التي يجب ألا تكون إلا لله، ولأن الأجر إنما يستحق بالمال أو العمل، والضمان ليس مالا ولا عملاً؛ ولأنه يؤول إلى القرض بفائدة؛ لأن الضامن إذا أدى عن المضمون عنه ثم رجع عليه بالمال المؤدى، فصورة ذلك أنه أقرضه وأخذ زيادة وهي الأجر الذي أخذه أولاً.

وذهب بعض المعاصرين كالدكتور نزيه حماد إلى الجواز، وهذا القول يروى عن إسحاق بن راهويه.

والذي يترجح أن إطلاق القول بجواز أخذ الأجر على الضمان أو بمنعه فيه نظر. فيمنع أخذ الأجر على الضمان إذا آل الضمان إلى قرض؛ لما يترتب عليه من القرض بفائدة، وأما إذا كان لا

يؤول إلى قرض فليس في الأدلة الشرعية ما يمنع منه، ولا يترتب عليه محذور شرعي، ومما يؤيد ذلك: ما ذكره بعض فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة من جواز أخذ ثمن الجاه، مع أن العلل التي ذكرها المانعون من أخذ الأجر على الضمان متحققة فيه، إلا أنه يفارق الضمان بكونه لا يؤول إلى القرض، لأن صاحب الجاه لا يغرم، بخلاف الضامن فإنه يغرم، وهذا يبين أن الإجماع المحكي في تحريم الأجر على الضمان ينبغي حمله على ما إذا كان يؤدي إلى القرض بمنفعة.

وبناءً على ذلك فيجوز للبنك الضامن أخذ الأجر على الضمان في الحالات التي لا تؤول إلى القرض، ومنها:

١. إذا كان الضمان الصادر من البنك مغطى، أي أودع العميل مبلغاً يعادل مبلغ الضمان ليحجز عليه البنك، فالأجر هنا ليس في مقابل قرض ولا ما يؤول إلى القرض؛ لأن المصرف لا يدفع من ماله شيئاً وإنما يدفع ما التزمه بموجب الضمان من مال المضمون عنه.
٢. إذا كان الأجر مشروطاً على أنه في الحال التي يتم فيها تغريم الضامن (تسييل خطاب الضمان) فإنه لا يرجع على المضمون عنه إلا بمقدار المبلغ الذي غرمه مخصوماً منه الأجر الذي أخذه عند إصدار الضمان، وذلك حتى لا يؤول الضمان إلى قرض بفائدة للضامن.

ويجوز للضامن أن يأخذ الأجر مقابل الخدمات الأخرى المقدمة لطالب خطاب الضمان، وتحمله المصروفات الإدارية، سواء أكان الضمان مغطى أم غير مغطى، على أن يكون ذلك بأجر المثل.

المسألة الرابعة: نقل عبء الإثبات إلى الأمين:

الأصل في عقود الأمانة - كالمضاربة والإجارة والوكالة - أن يصدق الأمين في دعواه عدم التعدي أو التفريط، وأن عبء إثبات التعدي أو التفريط على رب المال - المالك -؛ لأن الأصل عدم ذلك. ولكن هل يجوز أن يتفق الطرفان على أن يكون الضمان على الأمين ما لم يأت ببينة تثبت عدم تعديه أو تفريطه؟ ومن البينات أن يأتي بأسباب معقولة للخسارة - فيما لو كان العقد مضاربة - كهبوط في الأسهم، أو ركود اقتصادي، أو حريق، أو سرقة، ونحو ذلك.

بالنظر في هذا الشرط قد يقال: إنه ذريعة إلى تضمين الأمين مطلقاً، وهو لا يجوز - كما سبق - . وقد يقال - وهو الأظهر - بجواز هذا الشرط؛ لأنه لا يترتب عليه محذور شرعي، ولا يؤول

إلى تضمين الأمين مطلقاً، وغايته أنه إن أتى بالبيئة على عدم تعديه أو تفريطه فلا ضمان عليه، وإن لم يأت بالبيئة فعليه الضمان؛ لقيام التهمة، ومثل هذه الأحداث لا تخفى؛ ولكونه مفرداً بعدم توثيق أسباب الخسارة أو التلف.

*** المطلب الرابع: التعويض:**

التعويض في اللغة: من العوض وهو البدل، وأما في اصطلاح الفقهاء المعاصرين فهو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال.

والمصطلح المستخدم عند الفقهاء هو الضمان بمعنى الغرامة، وقد عرف الضمان بعدة تعريفات، والمختار منها أن الضمان لزوم إعطاء مثل الشيء أو قيمته.

والتعويض هو المقصود الأهم من المسؤولية العقدية. والحديث عنه هنا سيقصر على جانبين:

الأول: شروط وجوب التعويض الناشئ عن المسؤولية العقدية.

والثاني: قواعد التعويض في المسؤولية العقدية.

المسألة الأولى: شروط التعويض:

يشترط لثبوت التعويض الناشئ عن المسؤولية العقدية ما يلي:

١. وجود رابطة تعاقدية بين المتضرر والمتسبب بالضرر.
٢. وجود إخلال (حالة تقصير) من قبل أحد العاقدین تجاه الآخر.
٣. أن يكون الإخلال بسبب من العاقد نفسه لا بسبب خارج عنه. فخرج بهذا القيد نوعان من الأسباب الخارجية:

الأول: القوة القاهرة: وهو مصطلح قانوني يرادف مصطلح (الجائحة) الشرعي، ويشمل ذلك الكوارث السماوية كالزلازل والبراكين والأعاصير والفيضانات. وهل يشمل الجوائح البشرية كالانقلابات السياسية والأزمات الاقتصادية والحروب ونحوها؟ من الناحية القانونية: فإن الكوارث البشرية كالسماوية من حيث الإعفاء من المسؤولية. وأما من الناحية الفقهية فاختلف الفقهاء في ذلك والأرجح أنها تشملها. وعلى هذا فضابط الجائحة (القوة القاهرة) التي يعفى بسببها العاقد من المسؤولية: أن تكون جائحة عامة تمنع من أداء الالتزام سواء أكانت سماوية أم بشرية.