

الفصل الثاني

الاتجاه القائل بجواز التأمين وأدلة القائلين به

وَيَتَضَمَّن: تَمْهِدًا وَثَلَاثَةَ عَشَرَ مَبْحَثًا

- المبحث التمهيدي في: نسبة هذا الاتجاه إلى جملة من قائله.
- المبحث الأول: الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالضمان.
- المبحث الثاني: الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالوديعة.
- المبحث الثالث: الاستدلال على جواز التأمين بشبهه ببيع الوفاء.
- المبحث الرابع: الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالمضاربة.
- المبحث الخامس: الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بنظام العواقل.
- المبحث السادس: الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بمسألة ولاء الموالاة.
- المبحث السابع: الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالوعد الملزم عند المالكية.
- المبحث الثامن: الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالسلم.
- المبحث التاسع: الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالجهالة.
- المبحث العاشر: الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالهبة.
- المبحث الحادي عشر: الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بنظام التأمين الاجتماعي.
- المبحث الثاني عشر: الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالتعاون.
- المبحث الثالث عشر: الاستدلال على جواز التأمين بشبهه ببيع أصول التشريع.

□ تمهيد: في نسبة هذا الاتجاه إلى جملة من قائله:

يرى أصحاب هذا الاتجاه: أن المعاملات التأمينية التجارية -التي تتعامل بها شركات التأمين التجارية- لها نظير في المعاملات الشرعية، وكذلك لها أسس وقواعد جاءت مقررة في الفقه الإسلامي فقالوا بجواز التأمين بناء على ذلك. غير أنهم في هذا الاتجاه فريقان: موسع، ومضيق.

فالفريق الموسع: مال إلى القول بجواز التأمين بكافة أنواعه من غير إبداء أي شيء من التحفظ.

والفريق المضيق: يقول بالجواز مع التحفظ على بعض قضايا التأمين الفرعية وجزئياته، وذلك: كضرورة خلو المعاملة التأمينية من الربا، أو التحفظ على بعض صور التأمين على الحياة، أو على بعض الشروط التعسفية التي تغالي بها شركات التأمين، لكن يحمل الرأي لدى الفريقين هو الميل إلى القول بحل التأمين في مجموعه.

ومن هنا فإني سأعرض في هذا الفصل الاتجاه الموسع بناء على هذا الإجمال، أما الاتجاه الذي ذهب إليه الفريق المضيق فسأرجئه لأتحدث عنه في خاتمة هذا الفصل.

إذا تبين ذلك فأقول:

ذهب إلى القول بجواز التأمين - إجمالاً - فريق من الباحثين، ومن نسب إليهم القول بذلك: الشيخ محمد عبدة^(١)،

(١) مجلة المحاماة، السنة الخامسة، رقم ٤٦٠، ص ٥٦٣، بتاريخ ٩/صفر/١٣١٩هـ—، ومجلة نور الإسلام -سابقاً-، الازهر الآن، العدد التاسع من المجلد الأول، ص ٦٧٩، وجريدة الأهرام المصرية الصادرة بتاريخ ١٦/٥/١٩٧٥ في حقل (الأعمال الكاملة للإمام محمد عبدة عن السجلات الرسمية).

والدكتور محمد يوسف موسى^(١)، والشيخ علي الخفيف^(٢)، والأستاذ مصطفى الزرقاء^(٣)، والدكتور محمد سلام مذكور^(٤)، والشيخ عبد الرحمن عيسى^(٥)، والدكتور محمد البهي^(٦) والأستاذ برهام محمد عطا الله^(٧)، والشيخ محمد بن الحسن الحجوي المالكي^(٨)، والأستاذ عبد الوهاب الخلاف^(٩) والأستاذ عبد الكريم الخطيب^(١٠)، والأستاذ محمد سمير سرحان^(١١)، والأستاذ عبدالله قسم السيد علي^(١٢)، والأستاذ السيد علي السيد^(١٣)، والأستاذ الطيب حسن

(١) أسبوع الفقه الإسلامي، ص: ٣٨٢.

(٢) التأمين في الفقه الإسلامي، ص ٧١ وما بعدها.

(٣) كتابه: نظام التأمين: حقيقته والرأي الشرعي فيه، ص ١٣١ وما بعدها، وأسبوع الفقه الإسلامي، ص ٤٠٩ وما بعدها.

(٤) مجلة العربي الكويتية، العدد ١٩٥، محرم ١٣٩٥ هـ - فبراير ١٩٧٥ م، ص ٢٣.

(٥) أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٤٧٩ وما بعدها.

(٦) ينظر: كتابه: نظام التأمين في هدي أحكام الإسلام وضرورات المجتمع المعاصر، ص ٨٣-٨٤.

(٧) ينظر: التأمين في الفقه الإسلامي، ص ٦٥.

(٨) ينظر: كتابه: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: ٣٠٦/٤ - ٣١٣.

(٩) ينظر: مجلة لواء الإسلام، عدد رجب ١٣٧٤ هـ - فبراير ١٩٤٥ م، السنة الثامنة، العدد ١١، ص ٧٠٨.

(١٠) ينظر: كتابه: السياسة المالية في الإسلام، ص ٢٠٥ وما بعدها.

(١١) ينظر: مجلة الحارس: إصدار الشركة المصرية لإعادة التأمين، العدد ٢٥، ١٩٧٣، ص ٣٤.

(١٢) ينظر: مجلة التأمين العربي: إصدار الاتحاد العام العربي للتأمين، العدد ٢٥، السنة الثامنة، ١٩٩٠، القاهرة، ص ٤٢-٤٩.

(١٣) ينظر: كتابه: التأمين: فكرته الاجتماعية ونظريته القانونية في ضوء الأصول الإسلامية، ١٧.

النجار^(١)، والدكتور محمد صادق فهمي^(٢)، والدكتور عبد الرزاق السنهوري^(٣)،
والأستاذ توفيق علي وهبة^(٤)، والأستاذ أحمد محمد دانش^(٥)، والدكتور إبراهيم
اللبان، والأستاذ إدريس الكتاني، والأستاذ وفيق القصار^(٦)، والدكتور صلاح
الدين الناهي^(٧)، والأستاذ أحمد طه السنوسي^(٨)، والدكتور إبراهيم
الطحاوي^(٩)، والدكتور قحطان الدوري^(١٠)، والشيخ عبد الحميد السائح^(١١)،
والشيخ عبد المنصف محمود^(١٢)، والسيد محسن الحكيم الطبطبائي^(١٣)، والأستاذ
عز الدين بحر العلوم^(١٤)، والسيد أبو القاسم الخوئي^(١٥)، والسيد اليزدي^(١٦)،

(١) ينظر: أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٤٩٩-٥٠٢.

(٢) ينظر: المصدر السابق نفسه.

(٣) ينظر: كتابه: الوسيط، ج ٧/٢، ص ١٠٨٨.

(٤) ينظر: مجلة التأمين العربي، العدد الثامن، السنة ١٩٧١، القاهرة، ص ٤٢-٤٥.

(٥) ينظر: التأمين في الفقه الإسلامي، ص: ٦٩.

(٦) ينظر: مجلة الأزهر، العدد الأول، محرم، ١٣٨٥هـ، ص ١٠٤ وما بعدها.

(٧) ينظر: التأمين في الفقه الإسلامي، ص ٧٩.

(٨) ينظر: مجلة الأزهر، سنة ١٣٧٣ هـ، المجلد ٢٥، ج ٢، ص ٢٣٢، وج ٣، ص ٣٠٣.

(٩) ينظر: كتابه: الاقتصاد الإسلامي مذهباً ونظاماً: ١/١٤١.

(١٠) ينظر: رسالته: التأمين في الفقه الإسلامي، ص ٢١٢.

(١١) ينظر: التأمين بين الحل والتحريم، ص ٢٢١.

(١٢) ينظر: المصدر السابق، ص ٢١٣.

(١٣) ينظر: كتابه: منهاج الصالحين: ٢/٨٥.

(١٤) ينظر: التأمين في الفقه الإسلامي، ص ٦٦.

(١٥) ينظر: كتابه: مستحدثات المسائل، ينظر المسألة رقم ٢٨.

(١٦) أشار إليه الدكتور جعفر شهيدي في بحثه نقلاً عن: عقود التأمين بين الاعتراض

والتأييد، ص ٩٤.

والدكتور جعفر شهيدي^(١)، وسماحة الشيخ كاشف الغطاء^(٢)، والسيد شريعتمداري، والأستاذ علي السيد عبد الحكيم الصافي^(٣)، والأستاذ محمد سلامة جبر^(٤).

وفي الآتي نصوص مختارة من كلام أصحاب هذا الاتجاه.

فقد روي أن الشيخ محمد عبدة رحمه الله تعالى وجه إليه سؤال بالصيغة الآتية: "رجل يريد أن يتعاقد مع جماعة على أن يدفع لهم مالاً من ماله الخاص على أقساط معينة ليعملوا فيها بالتجارة، واشترط عليهم: أنه إذا قام بما ذكر أو انتهى أمد الاتفاق المعين بانتهاء الأقساط المعينة، وكانوا قد عملوا في ذلك المال وكان حياً فيأخذ ما يكون له من المال مع ما يخصه من الأرباح، وإذا مات في أثناء تلك المدة فيكون لورثته أو لمن له حق الولاية في ماله أن يأخذوا المبلغ، تعلق مورثهم مع الأرباح، فهل مثل هذا التعاقد -الذي يكون مفيداً لأربابه بما ينتجه لهم من الربح- جائز شرعاً؟"

وقد أجاب الشيخ محمد عبده بالنص الآتي:

"لو صدر مثل هذا التعاقد بين ذلك الرجل وهؤلاء الجماعة على الصفة المذكورة كان ذلك جائزاً شرعاً، ويجوز لذلك الرجل بعد انتهاء الأقساط والعمل في المال وحصول الربح أن يأخذ لو كان حياً ما يكون له من المال مع ما خصه من الربح، وكذا يجوز لمن يوجد يعد موته من ورثته، أو من له ولاية التصرف في ماله بعد موته أن يأخذ ما يكون له من المال مع ما أنتجه من الربح"^(٥).

(١) ينظر: المصدر السابق نفسه.

(٢) ينظر: مجلة الأزهر، العدد الأول، محرم، ١٣٨٥هـ، ص ١٠٥.

(٣) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي - أسبابه ومجالاته في العقود، ص ٢٥١-٢٥٨.

(٤) ينظر: كتابه: التأمين في الشريعة الإسلامية: ٧٥.

(٥) مجلة الأزهر، العدد ٩، المجلد الأول، ص ٩٧٩.

وبالتدقيق في هذه الفتوى يتبين لنا أنها لا علاقة لها في موضوع التأمين، غير أن السؤال لم يعرض على الشيخ محمد عبده - كما هو واضح من السؤال فيما تقدم بشكل دقيق.

وللأمانة العلمية أسوق ملخصاً في الآتي ما ذكره الأستاذ عيسى عبدة، بحروفه عن حقيقة هذه الفتوى وملابساتها. فقد قال ما ملخصه:

"بالرجوع إلى السجلات الرسمية لدار الإفتاء نجد أنه في صفر سنة ١٣٢١هـ، ابريل ١٩٠٣ م تقدم الخواجة "هور روسل" يطلب الإجابة عن سؤال محدد، وقد أجب إلى طلبه، وكان الإمام محمد عبدة -حينئذ- يشغل منصب المفتي، وتدلنا السجلات أيضاً على أنه في ذي القعدة من سنة ١٣٤٧هـ، مايو ١٩٣٩م، تقدم شخص آخر هو الخواجة جورج فوشيه وكيل شركة التأمين على الحياة "لاجنفلواز"، وطلب صورة من الفتوى بذاتها التي صدرت قبل ذلك بخمسة وعشرين عاماً، فأجب إلى طلبه بغير توقف ولا تعقيب، وكان مفتي الديار المصرية -حينئذ- المرحوم الشيخ عبد المجيد سليم، وكل من اتصل بشركات التأمين - في مصر خاصة - كان يرى هذه الفتوى الأصلية أو المجددة، وقد طبعت بحروف دقيقة، وأحيطت بالأختام، ومن حولها إطار ثمين، ومن فوقها زجاج أو بلاستيك شفاف، ثم إن الإطار بمشتملاته يشهر في المكاتب الرئيسة من خلف بائع التأمين، وكثيراً ما تعد الفتوى في حجم أصغر ليصاحبه البائع في محفظة أوراقه، ويلوح بها لمن ارتاب أو لمن يتساءل، ثم قل الاهتمام بهذه الفتوى لأسباب عديدة - ذكرها الشيخ عيسى عبدة - زهاء عشرين عاماً حتى انعقاد أسبوع الفقه الإسلامي عام ١٩٦١ بدمشق، والذي كان عقد التأمين من أهم ما دار حوله البحث، وحينئذ عاد المشتغلون بالتأمين إلى سجلاتهم يقبلونها، فما وجدوا كفتوى الإمام محمد عبدة فأعلنوها في دعاياتهم بأحدث الأساليب

ووضعوها في مركز الصدارة، مع أن بعضهم من هواة البحث في هذه المشكلات قد أعلن رأيه بالحل من غير تردد، إلا أن شركات التأمين وهيئاته قد طاب لها جميعاً أن تعود إلى فتوى الإمام من جديد وأطلقت حملات الدعاية للقول في إلحاح سميح مرذول بأن هذا أمر قد استقر من زمن بعيد منذ صدور الفتوى التاريخية موضوعة البحث^(١) .

من هذا الضبط لنقل الفتوى يتبين لنا عدم دقة نقل مجلة المحاماة لنص الفتوى في (السنة الخامسة رقم ٤٦٠ ص ٥٦٣) والتي بنى عليها بعض الباحثين وجود اختلاف بينها وبين هذه الفتوى^(٢).

كما لا أرى جدوى في استنتاجات بعض الباحثين أيضاً من نص مجلة المحاماة أن الشيخ محمد عبدة قد يتوقع منه القول بجواز التأمين على الحياة لشبهه بالمضاربة بناء على ما ورد في تفسير المنار من القول بجواز أخذ العامل في المضاربة حظاً معيناً من الربح - قل الربح أو كثر - وكذلك سكوت الشيخ عما روجت عنه شركات التأمين بفتواه وعدم رده على ذلك^(٣).

ذلك لأن ضابط نقل الفتوى التي أثبتاها عاد بنفسه إلى السجلات لدار الإفتاء، ونقلها حرفياً، كما إنه لاحظ أن شركات التأمين اعتمدت هذا النص نفسه، فلذلك لا أرى أن يُلتفت إلى النصوص الأخرى ولا إلى التعليقات والتعقيبات حولها.

(١) (التأمين بين الحل والتحريم، ص ١٢٠-١٢٢ بتصرف يسير).

(٢) ينظر: الدكتور ياسين أحمد إبراهيم درادكة في كتابه: نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية: ٢٨٨/٢-٢٨٩.

(٣) ينظر: الدكتور محمد بلتاجي في كتابه: عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي، ص: ٢٩ وما بعدها.

وبالعودة إلى صيغة السؤال نجد أنه يتكلم عن عقد المضاربة، وأنه كما قال أحد الباحثين: صيغ بمكر رخيص فلم يعرض لأي واحد من العناصر الأساسية للتأمين ومن ذلك:-

أولاً: إنه - في عقد التأمين على الحياة - تلتزم الشركة المؤمنة بدفع رأس مال العقد كاملاً إن حصلت الوفاة في أثناء سريان العقد حتى وإن كان المستأمن قد دفع قسطاً واحداً من الأقساط التي كانت تستحق لو امتد به الأجل.

ثانياً: لم يعرض السؤال لنوع الربح الذي يعود على المستأمن -أهو جزء من الربح الذي تحققه الشركة بتشغيل أمواله، أم هو قدر محدد سلفاً بصرف النظر عن التشغيل ونتائجه؟

الواقع إن جميع شركات التأمين تحسب الربح على جملة الأقساط وجملة الفترات الزمنية، وهذا هو الربا الصريح - كما أشرنا سابقاً، أما السؤال ففيه إبهام مقصود وتلويح بما يشبه المضاربة الشرعية، وهذا سبب ثان لفساد العقد، لكنه كان محجوباً بسوء قصد عن دار الإفتاء عند تقديم السؤال.

وبالاطلاع على نص السؤال ونص الإجابة لا نجد في أي منهما شيئاً يتعلق بطلب الأمن أو الاستئمان، لا على الحياة، ولا على الأموال - ، وكذلك لا نجد في النصين - السؤال والإجابة- أي أثر للأركان الأساسية التي يقوم عليها كل عقد من عقود التأمين، تلك الأركان التي تستوجب الحكم على هذا النوع من العقود بالفساد؛ ذلك لأن السؤال ينطبق على نوع من الشركات المعتمدة عند الفقهاء، وفيه يكون المال من جانب أحد الشركاء - أو فريق منهم- ويكون العمل من جانب فريق آخر أو شريك واحد بالعمل - ، أم النشاط الذي يباشره فريق العمل فيكون بتقليب المال في تجارة أو صناعة بأوسع مدلول لهاتين اللفظيتين بشرط الوقوف عند حد الأعمال المباحة: كالنقل والتخزين والأعلام - مثلاً- ،

وهذه كلها صورة تدخل في النشاط المباح، ولذلك لا يجوز تضيق مفهوم التجارة والصناعة في غير ضرورة، بل العكس أولى ما لم يخرج الشريك العامل على نص قطعي الثبوت والدلالة: كأن يشتغل بالتهريب أو بإنتاج الخمر أو نشر الفساد في الأرض"^(١).

ومما تقدم يتضح أن الإمام محمد عبدة ما أفتى بحل التأمين التجاري، بل لم تصدر عنه شبه فتوى، ولقد سجل التأريخ على كل من يسمى في هذا الفساد - بصياغة السؤال وبترويح الإجابة التي لا صلة لها بالتأمين من قريب ولا من بعيد سجل على هؤلاء المفسرين في الأرض - خزيًا في الأولى وعذابًا في الآخرة". وإني أثبتُّها هنا لاعتداد بعض الكتاب والباحثين في التأمين بها^(٢)، ولأنها الفتوى التي روجتها شركات التأمين لإقناع عملائها بأنها هي الرسمية التي يعتد بها^(٣).

ويقول الدكتور محمد يوسف موسى: "إن التأمين بكل أنواعه ضرب من ضروب التعاون التي تفيد المجتمع، والتأمين على الحياة يفيد المؤمن كما يفيد الشركة التي تقوم بالتأمين أيضاً، وأرى شرعاً أنه لا بأس إذا خلا من الربا، بمعنى أن المؤمن عليه إذا عاش المدة المنصوص عليها في عقد التأمين استرد ما دفعه فقط

(١) (التأمين بين الحل والتحريم، ص ١٢٠-١٢٢).

(٢) ينظر: مثلاً: الشيخ عبد الوهاب خالاف في بحثه المنشور في مجلة: لواء الإسلام، عدد رجب ١٣٧٤هـ - فبراير ١٩٤٥م، السنة الثامنة، رقم ١١، ص ٧٠٨، والدكتور قحطان الدوري في رسالته: التأمين في الفقه الإسلامي، ص ٥٩ وما بعدها، والدكتور علي الصافي في كتابه: الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٢٥٢، وأنبه هنا بأنني سوف لن أتطرق في استدلال المجوزين للتأمين بشبهه بالمضاربة - في المبحث الرابع من هذا الفصل - بناء على ما توصلنا إليه فيما سبق في الهامش السابق أن الشيخ محمد عبدة لم يقل بذلك؟

(٣) ينظر: ما تكلمنا عن ذلك بشيء من التفصيل قبل الهامش السابق.

دون زيادة، أما إذا لم يعيش المدة المذكورة حق لورثته أن يأخذوا قيمة التأمين - أي التعويض - وهذا حلال شرعاً^(١).

وذهب الشيخ عبد الوهاب خلاف إلى مشاهة عقد التأمين للمضاربة "وكون الربح غير محدد في المضاربة ليس حكماً مجمعاً عليه، فقد خالف فيه بعض المجتهدين من الفقهاء، وأما الاقتراض بفائدة فهو محرم سداً للذريعة، وما حرم سداً للذريعة فهو مباح عند الضرورة والتأمين ضرورة، ولذا فهو عملية مضاربة صحيحة فضلاً عما فيه من تعاون وإدخار وليس فيه إضرار بأحد، ولا أكل لمال أحد بغير حق"^(٢).

وقال الشيخ عبد الرحمن عيسى: "وجملة القول: إن شركة التأمين والمؤمن له تعاقداً على هذه العملية برضاها التام، وهي عملية تخدم الصالح العام، وتحفظ لكثير من الناس ثرواتهم وتدرأ عنهم الكوارث المالية الخطيرة، كما أنها تدر على شركة التأمين الربح الوفير، فقد ارتفق بهذا العقد الطرفان، واتفقا على عملية مصلحية تتصل بما خلقه الله لمنفعتنا، وللناس في هذه العملية حاجة، ولم يوجد نص يحظرها بعينها من كتاب أو سنة أو إجماع، ولا يترتب عليها ما حظره الشارع من التنازع والشحناء، لذلك كله نحكم بجواز عمليات التأمين تيسيراً على الناس ودفعاً للحرص وللعسر عنهم"^(٣).

وأجمل الشيخ علي الخفيف رأيه في التأمين في بحثه بنقاط هي:

أ- أنه عقد جديد لم يتناوله نص خاص ولم يشمل نص حاصر، والأصل في ذلك الجواز.

(١) أسبوع الفقه الإسلامي،: ٣٨٢.

(٢) مجلة لواء الإسلام، السنة الثامنة، العدد ١١، ص ٧٠٨ - بتصرف يسير.

(٣) أسبوع الفقه الإسلامي، ص: ٤٧٧.

ب- أنه يؤدي إلى مصالح، ولم يكن وراءه ضرر، وإذا ثبتت المصلحة، فثم حكم الله.

ج- أنه أصبح عرفاً عاماً دعت إليه مصلحة عامة شخصية، والعرف دليل شرعي.

د- إن الحاجة تدعو إليه، وهي حاجة تقارب الضرورة، ومعها لا يكون للاشتباه موضع إذا فرض وكان فيه شبهة.

هـ- إن فيه التزاماً أقوى من التزام الوعد، وقد ذهب المالكية إلى وجوب الوفاء به قضاء.

ولهذا كله كان حكم التأمين هو الجواز^(١).

ويقول الأستاذ عبد الكريم الخطيب: "وأما أصحاب التأمين على الحوادث، فإن ما يدفعونه لشركات التأمين هو أشبه بالحراسة الأمانة على ممتلكاتهم، وهي أشبه بالودائع عند الشركات، وللمودع عنده له أن يأخذ أجراً من صاحب الوديعة ولضمان سلامتها في يده"^(٢).

ويقول الدكتور مصطفى الزرقاء: "في نظري أن نقطة الانطلاق في بحثه حكم الشريعة الإسلامية في عقد التأمين يجب أن يبدأ من ناحية هي عندي حجر الأساس، وهي: هل أنواع العقود في الشريعة الإسلامية محصورة لا تقبل الزيادة".

والجواب عن هذا التساؤل: أن الشرع الإسلامي لم يحصر الناس في الأنواع المعروفة قبلاً من العقود، بل للناس أن يبتكروا أنواعاً جديدة تدعوهم حاجتهم الزمنية إليها - بعد أن تستوفي - شرائطها العامة.

(١) ينظر: التأمين في الفقه الإسلامي، ص: ٧٥.

(٢) ينظر: كتابه: السياسة المالية في الإسلام: ٢٠٨.

ومن الشواهد الواقعية في المذهب الحنفي -على أن الأصل في العقود الجديدة هو الإباحة شرعاً - عقد "بيع الوفاء".

فبيع الوفاء عقد جديد ذو خصائص وموضوع وغاية يختلف فيها عن كل عقد آخر من العقود المسماة المعروفة قبله لدى فقهاء الشريعة، وهو ينطوي على غاية يراها الفقهاء محرمة؛ لأنه يخفي وراءه لونا من الربا المستور، وهو الحصول على منفعة وراء القرض، حيث يدفع فيه الشخص مبلغا من النقود ويسميه ثمناً لعقار يسلمه صاحبه إلى دافع المبلغ الذي يسمى مشتريا للعقار لينتفع به بالسكنى أو الإيجار. بمقتضى الشراء، بشرط أن صاحب العقار الذي يسمى في الظاهر بائعا متى وفى المبلغ المأخوذ على سبيل الثمنية استرد العقار، ونتيجة ذلك إن من يسمى مشترياً بالوفاء لا يستطيع أن يتصرف بالعقار الذي اشتراه، بل عليه الاحتفاظ بعينه كالمرهون، لأنه سوف يكلف رده لصاحبه متى أعاد هذا إليه الثمن، ولكل منهما الرجوع عن هذا العقد، أي فسخه وطلب التراد ولو حددت له مدة.

هذه خلاصة بيع الوفاء الذي تعارفه الناس وثارَت حوله اختلافات عظيمة وتخريجه - أي تكييفه - أعظم مما هو واقع اليوم في عقد التأمين^(١)، وقال في ملحق له في آخر كتابه: "أصبح التأمين اليوم وثيق الصلة بأنواع من المصالح التي اعتبرتها الشريعة أو أوجبت حمايتها.

ولما كانت الحجج الفقهية حول التأمين لا بد أن تتعرض لهذه المصالح، فمن الضروري النظر في تصنيف هذه المصالح الشرعية، من سلبية وإيجابية، والموازنة بين درجات أهميتها، وبالتالي وجوب حمايتها، وطرق هذه الحماية، فالتأمين ضد المسؤولية تجاه الغير من حادث سيارة مثلاً أو طائفة أو باخرة، لضمان ما يترتب

(١) باختصار وتصرف عن: أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٣٨٧ وما بعدها، وكتاب الزرقاء: نظام التأمين: ص ٣٣ وما بعدها.

عليه من ديات أو أرش أو ضمان ما يتلف من أموال الآخرين هو صيانة للدماء والأموال من أن تذهب هدرًا دون تعويض، لأن الكثير من هذه الحوادث تكون مبالغ التعويض فيها باهظة، وقلما تكفي لوفائها ثروة المتسبب العادي.

وهذا النوع من المصلحة قد نصت الشريعة على اعتبارها ووجوب حمايتها، وأن التأمين للتوقي من إهدارها يكون اليوم هو الطريق الوحيد لإقامة هذه الأحكام الشرعية وعدم تعطيلها.

ويظهر لي في هذه الحالة وجوب التأمين ولولدي الشركات التجارية، وليس جوازه فقط. وأن من يقول بعدم جواز التأمين التجاري لفرط الغرر فيه بزعمه يجب عليه هنا أن يفتي بوجوبه لمن لا يجد طريقاً غيره يتوقى به خطراً تلاف الأنفس والأموال مع عدم القدرة على التعويض من ماله؛ لأن ارتكاب محذور التعاقد فيما فيه غرر، أهون شرعاً من إهدار الدماء والأموال. فهل يجوز شرعاً لمن يعلم أنه عاجز عن دفع دية قتيل واحد أن يقود سيارة دون تأمين من هذه المسؤولية؟

أما التأمين لما بعد الموت -المسمى خطأً: تأمين على الحياة- ففي هذا التأمين أرى أنه: إن كان الغالب على ظن رب الأسرة أن ما لديه من ثروة يكفي ستر أسرته بعد موته، فهذا التأمين في حقه مباح.

وإن كان يغلب على ظنه أن أسرته ستكون في فاقة ولا تجد ما يسترها فإن هذا التأمين يكون واجباً عليه شرعاً إذا كان متيسراً له، وهذا لا ينافي التوكل على الله تعالى الذي تكفل بأرزاق المخلوقات^(١).

ويقول السيد علي السيد: "إن التأمين في صورته الحديثة لا يتعارض مع الدين بل يندب إليه، فالإنسان مأمور بأن يحتاط لمستقبله ومستقبل عياله لئلا

(١) نظام التأمين - حقيقته والرأي الشرعي فيه: ١٧٥-١٧٧.

يتكفون الناس. والدين يندب إلى التأمين، لأنه يقوم على التعاون.. ويشجع على إثارة الغير وهي ميزة اجتماعية كبيرة.

والتأمين لا ينطوي على أي مقامرة؛ لأن غاية المستأمن تفادي الخطر وضرره وكفالة الأمان بتعاونه مع مجموع المستأمنين المشتركين في جميع الرصيد لتعويض من يصيبه الضرر، أما المقامر فهو يخلق الخطر بنفسه ليحقق ربحاً غير مشروع^(١).

وبعد أن أورد الدكتور قحطان الدوري آراء المانعين وناقشها وعرض أدلة المجوزين ودافع عن الاعتراضات الموجهة إليها ذكر الأسس التي رأى أنها تصح عقد التأمين في الفقه الإسلامي والتي منها: إباحة التعاقد، والمصلحة، والعرف، وبيع الوفاء، وضمان المجهول، والضمان بعوض وغيرها؛ وبعد بسطه للأدلة ختم رسالته بالنتيجة الآتية:

"بعد أن رددنا الشبهات المثارة حول عقد التأمين، وشرعيته في الفقه الإسلامي بما ذكرناه من أسانيد نخلص إلى: أن التأمين عقد مباح شرعاً للأسباب الآتية: -

١- التأمين بأنواعه المختلفة عقد مستحدث لم يرد به نص من الشرع ولم يتعرض له الفقهاء المتقدمون، فكان مباحاً، لأن الأصل في العقود الإباحة على ما حققناه.

٢- التأمين مصلحة مرسله عن الاعتبار أو الإلغاء تقدم منافع ظاهرة للمتعاملين به، وتدفع عنهم المضار المترتبة عليهم وتحافظ على مقصود الشرع، فيكون عقد التأمين مشروعاً تحت باب المصالح المرسله التي قال بها بعض الفقهاء.

(١) التأمين: فكرته الاجتماعية ونظريته القانونية في ضوء الأصول الإسلامية، ص ١٧ وما بعدها.

٣- التأمين عقد جرى به التعامل في مختلف البلاد فأصبح عرفاً عاماً، والعرف العام يخصص النص، فهو يخصص أسباب التحريم حتى على فرض مجارة القائلين بها.

٤- التزام الواعد عند المالكية، وعقد الإنفاق مدى الحياة الذي قال به المالكية أيضاً، والضمان بشرط العوض، وضمان ما هو على خطر الوجود، وضمان المجهول، وضمان ما ليس بلازم حين العقد ولكنه يؤول إلى اللزوم، ونظام التقاعد، كل هذه الالتزامات تصحح التزامات طرفي التأمين.

٥- الشروط الربوية وغيرها من الشروط المحظورة في التأمين هي شروط لا تتعلق بجوهره ولا يتوقف انعقاد العقد على وجودها، فضلاً عن أن بعض الفقهاء أجازوا للمحتاج الاستقراض بالربح.

٦- التأمين مسألة عمت بها البلوى، وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه.

٧- انتشار التأمين دليل الحاجة إليه؛ لما يؤديه من منافع لعموم الناس، والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة، بل إنه أصبح ضرورة اقتصادية واجتماعية، والضرورات تبيح المحظورات.

ومن أجل ذلك كله حكمنا على التأمين بأنه إن لم يكن مطلوباً شرعاً فهو عقد مباح^(١).

ونختم هذه النصوص المختارة بنماذج من كلام الدكتور جعفر شهيدى، إذ قال: "إن علماء القانون يعتبرون التأمين عقداً، وإن هذه الشعوب المسلمة الملتزمة بهذه القوانين عاقلة، وإن طرفي العقد يلتزمان فيه بأمر عقلائي شائع وببصيرة تامة. وإذن: فلا يقوم التأمين على مجازفة ولا رهان، ولا يشبه بما يجري في أركان الملاهية من اللعب والفرص ووسائل اللهو.

(١) التأمين في الفقه الإسلامي، ص: ٢١٢.

وإذا أردنا أن نقيس هذا العقد مع ما يلائمه من العقود الرائجة المباحة شرعاً نرى أنه أشبه بعقود الضمان - كما يرى ذلك أحد فقهاء الإمامية السيد اليزدي - وهو أول من تعرض من الإمامية للتأمين وعده من جملة الضمان، وأفقي بجواز التصرف في المال المأخوذ من الأجنبي.

وإنما خصص المال بالأجنبي، لأن المسألة حدثت في وقت قوى الاتصال فيه بين الشرق والغرب، فكان المسلمون يستأجرون مركبا من وكيل التاجر الأجنبي المقيم في بغداد - مثلاً - أو استانبول أو غيرها من البلاد الإسلامية، فيدفعون له أجره المركب، ويدفعون أيضاً مالا معلوما له يسمى (السكورة) على أنه مهما هلك المال الذي في المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره فذلك الرجل ضامن له في مقابلة ما يأخذه منهم. ويقرب من هذا ما أفقي به أحد معاصريه من فقهاء الحنفية - وهو العلامة ابن عابدين - غير أنه اشترط جواز أخذ التعويض فيما إذا كان العقد معقوداً في دار الحرب^(١).

ونظراً لسعة الأدلة وطولها، وتمايز بعضها على بعض، وحاجة كل دليل منها إلى تمهيد قد يطول لدرجة يحتاج إلى إفراده بمطلب مستقل، لذلك فإني سأفرد كل دليل منها في مبحث مستقل، ومن هنا فإن هذا الفصل سيتضمن ثلاثة عشر مبحثاً:



(١) عقود التأمين بين الاعتراض والتأييد، ص: ٩٣ وما بعدها.

المبحث الأول

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالضمان

□ تمهيد:

الاستدلال على جواز التأمين بالضمان يتوقف على فهم قضايا عديدة متعلقة بالضمان نفسه، لذلك فإني مضطر هنا للتعرض لهذه القضايا كلها محاولاً الاقتصار ما أمكن على ما لا بد منه من تفاصيل وأدلة؛ فإن الإسهاب في ذلك ليس هذا موضعه، وسأتكلم في هذا التمهيد بالآتي:

◀ أولاً: تعريف الضمان ودليل مشروعيته:

أ- تعريف الضمان:

الضمان والكفالة والحماله والزعامة والقبالة - لغة - بمعنى واحد، فيقال: كفيل، وضمين، وضامن، وقبيل، وحميل، وزعيم، وكلها تعني: الضم، أو الالتزام والتعهد، قال تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾^(١)، يعني ضمها إليه، وجعله كافلاً لها وضامناً لمصالحها^(٢). وقال تعالى: ﴿وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(٣)، قال القرطبي: "الزعيم والكفيل والحميل والضمين والقبيل سواء"^(٤).

أما في الاصطلاح: فلم يفرق جمهور الفقهاء بين الضمان والكفالة وبقية الأسماء التي تطلق عليها، لكن غلب استعمال لفظ "الضمان" عند الشافعية والحنابلة، وغلب عند الحنفية والمالكية استعمال لفظ: "الكفالة"، ويستعمل

(١) سورة آل عمران: جزء من الآية: ٣٧.

(٢) لسان العرب: مادة "كفل"، مختار الصحاح: ٤٢١، وينظر: تفسير القرطبي: ٢٥٦/٥.

(٣) سورة يوسف، جزء من الآية: ٧٢.

(٤) تفسير القرطبي: ٢٣١/٩.

المالكية أيضاً لفظ: "الحمالة"^(١).

وقد عرف الجمهور الضمان بتعاريف متقاربة لعل من أجودها تعريف الشافعية له، وقد عرفها الشرييني بقوله: "الضمان هو: التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة"^(٢).

فهذا تعريف يشمل الكفالة بالنفس، والكفالة بالمال.

وقد فرق بعض الفقهاء ومنهم الإمامية بين الكفالة والضمان، فقالوا: "الكفالة: التعهد بالنفس، والشمان: التعهد بالمال"^(٣).

ب- أدلة مشروعية الضمان:

دل على مشروعية الضمان أدلة منها:

١- قوله تعالى حكاية عن يعقوب (عليه السلام) وهو يخاطب بنيه في شأن

أخيهم: ﴿قَالَ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنِّي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾^(٤).

٢- قوله ﷺ: «الزعيم غارم»^(٥).

(١) بدائع الصنائع: ٢٢/٦، بداية المجتهد: ٢/٢٢١، القوانين الفقهية: ٢٧٨، مغني المحتاج:

١٩٨/٢، المعني: ٥٩٠/٤.

(٢) مغني المحتاج: ١٩٨/٢.

(٣) الروضة البهية - شرح اللمعة الدمشقية: ٣٦٨/١.

(٤) سورة يوسف، الآية ٦٦.

(٥) سنن الترمذي رقم ١٢٦٥، ج ٣/٥٦٥ وقال حديث حسن، سنن أبي داود رقم

٣٥٦٥، كتاب البيوع باب تضمين العارية، وابن ماجه رقم ٢٣٩٨ كتاب

الصدقات، باب العارية.

٣- والإجماع منعقد على صحة الكفالة، فقد جرى العمل بها من الصدر الأول إلى الآن من غير نكير^(١).

◀ ثانياً: أركان الضمان والشرائط المتعلقة بها:

لا يقوم ضمان من غير الأمور الآتية: -

١- الصيغة. ٢- والضمان.

٣- والمضمون عنه. ٤- والمضمون له.

٥- والمضمون به.

وسأتكلم بإيجاز عن كل واحد منها في الآتي:

أولاً: الصيغة:

اختلف الفقهاء في صيغة عقد الكفالة هل تتكون من إيجاب وقبول؟ أم يكفي قيامها بالإيجاب فقط؟ وذلك على مذهبين رئيسيين:

المذهب الأول: الصيغة تتكون من الإيجاب والقبول. وهو مذهب أبي حنيفة، ومحمد، وقول لأبي يوسف، وقول مرجوح للشافعية، والأقوى عند الإمامية^(٢).

ومن أبرز أدلتهم: أن في الكفالة معنى التملك، وهو لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كما في البيع^(٣).

المذهب الثاني: يكفي لقيام الصيغة بالإيجاب من الضامن. وهو مذهب الحنابلة، والأظهر عند الشافعية، وقول للإمامية، وإليه ذهب أبو يوسف في أرجح قولي، لكن اختلف الحنفية في توجيه رأيه: فقليل: تنعقد الكفالة موقوفة على إجازة المكفول له، فإن أجازها أجازت، وإن ردها ارتدت، وقيل: تنعقد

(١) المغني: ٤/٤٠٠.

(٢) بدائع الصنائع: ٦/٢٢، مغني المحتاج: ٢/٢٠٠، الروضة البهية: ٤/١١٩.

(٣) بدائع الصنائع: الصفحة السابقة.

صحيحة نافذة لا تحتاج إلى إجازة، لكن إذا ردها المكفول له ارتدت، وصحح ابن عابدين القول الأخير، وفي مذهب الشافعي قول يتفق مع التوجيه الأخير لقول أبي يوسف، ومؤدى هذا القول أنه: يشترط الرضا دون القبول لفظاً، وهو يعني السكوت عن رد الكفالة؛ فإن ردها تترد، ويوجد في مذهب الإمامية قول مثل هذا^(١).

واستدلوا لرأي أبي يوسف: بأن الكفالة تصرف التزام، وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالإقرار والنذر^(٢). أي: تتم بإرادة منفردة.

ويعضد ذلك: ما صح عن رسول الله ﷺ في حديث حاصله: أنه ﷺ (حضر جنازة، فقال: «هل عليه دين؟» فقالوا: نعم، ديناران، قال: «هل ترك شيئاً؟» قالوا: لا، قال: «صلوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة: هما عليّ يا رسول الله. فصلّى عليه رسول الله ﷺ)^(٣).

فقد ضمن أبو قتادة من غير قبول المضمون له ولا المضمون عنه، ولم يسأله النبي ﷺ عن ذلك.

ولأنه ضمان دين، فأشبهه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد ساءحه^(٤). وتوجد هنا قضية مهمة تجب الإشارة إليها، وهي:

"الضمان المشروط بالعرض".

(١) بدائع الصنائع: ٢/٦، حاشية ابن عابدين: ٢٨٣/٥، العناية على الهداية: ٤١٧/٥،

مغني المحتاج: ٢٠٠/٢، المغني: ٧١/٥، الروضة البهية: ١٢٠/٤.

(٢) العناية بهامش القدير: ٤١٧/٥.

(٣) رواه أبو داود رقم ٣٣٤٣ في البيوع، باب تشديد الدين، والنسائي: ٦٥/٤-٦٦ في الجنائز، باب الصلاة على من عليه دين.

(٤) المغني مع المشرح الكبير: ٧١/٥، مغني المحتاج: ٢٠٠/٢-٢٠١.

فأقول: الأصل في الكفالة أنها من عقود التبرع، وقد جرى عرف المسلمين وعملهم على ذلك في مختلف العصور، إذن: فمن كفل فهو متبرع بهذه الكفالة، هذا أمر لم أعثر على ما يخالفه عند الفقهاء ما دام لم يشترط العوض، لكن السؤال هنا هو: لو اشترط الكفيل العوض على الكفالة فهل تجوز الكفالة ويلزم العوض؟ كما هو الحال مثلاً في الهبة التي يسميها الفقهاء "هبة الثواب"، حيث تجوز عند أكثر الفقهاء؟

قال ابن جزى^(١): "هبة الثواب -على أن يكافئه الموهوب له - جائزة، خلافاً للشافعي، والموهوب له مخير بين قبولها أو ردها، فإن قبلها فيجب أن يكافئه بقيمة الموهوب.... الخ"؟

الجواب عن ذلك: إن بعض^(٢) الباحثين المحدثين بناء على ما سبق، وبناء على ما ذهب إليه بعض الفقهاء من جواز أخذ الأجرة على الشهادة^(٣)، قد ذهب إلى القول بجواز أخذ الأجرة على الكفالة، لكنني لم أعثر على ما يؤيد ذلك في نصوص المتقدمين من الفقهاء، بل على العكس، فإن ما عثرت عليه يمنع من ذلك.

فقد جاء في مجمع الضمانات: "ولو كفل بمال على أن يجعل الطالب له جعلاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة، فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً في الكفالة فالكفالة لا تصح"^(٤).

(١) القوانين الفقهية، ص: ٣١٥.

(٢) الدكتور قحطان الدوري في رسالته: التأمين في الفقه الإسلامي، ص ١٩٨ وما بعدها.

(٣) وذهب الشيخ علي الخفيف إلى أن العوض في الضمان أمر تدعو إليه المصلحة وهو مباح بالإباحة الأصلية، وهذا مردود بما سنفضله من أقوال الفقهاء. ينظر المصدر السابق، ٢٠٣.

(٤) مجمع الضمانات: ٢٨٢/٢.

وقال ابن قدامة: "ولو قال: اقترض لي من فلان مائة ولك عشرة فلا بأس، ولو قال: اكفل عني ولك ألف لم يجوز؛ وذلك لأن قوله: اقترض لي ولك عشرة جعله على فعل مباح فجازت، كما لو قال: ابن لي هذا الحائط ولك عشرة، وأما الكفالة فإن الكفيل يلزمه الدين، فإذا أداه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جازاً للمنفعة فلم يجوز"^(١).

فهذا ينص على عدم جواز اشتراط العوض في الكفالة.

لكن تعليل عدم الجواز بالخشية من الوقوع بالربا يعطي الفرصة للقول بجواز أخذ العوض في الكفالة عند الأمن من ذلك وليس مطلقاً كما ذهب إلى ذلك الباحث السابق.

ومن هنا ذهب باحث آخر من المحدثين إلى جواز اشتراط العوض عند أمن الربا، وعليه فلو وضع عند الكفيل ما يسدد منه الدين عند لزوم سداد - سواء كان ما وضعه عنده نقداً أو سلعة أو عقاراً أو غير ذلك - جاز أو يشترط العوض؛ وذلك للأمن من الوقوع في الربا في هذه الحالة؛ لأن الكفيل عند المطالبة لن يسدد الدين من ماله، وإنما من مال المكفول عنه نفسه، فالكفيل هنا في الحقيقة وكيل في سداد الدين من هذا المال، فالعوض عند الاشتراط هو عوض عن الوكالة التي تضمنتها الكفالة، والعوض عن الوكالة جائز شرعاً^(٢).

وقد استوفى الباحث الأدلة، فليراجعها من أراد المزيد^(٣):

(١) المغني: ٣٦٥/٤.

(٢) ينظر: المغني: ٩٤/٥، القوانين الفقهية: ٢٨١.

(٣) الدكتور عبد الرزاق رحيم الهيبي في رسالته لنيل درجة الدكتوراه من جامعة بغداد - كلية العلوم الإسلامية - سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، والموسومة: المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص ٣١٣ وما بعدها.

◀ ثانياً: الضمان "الكفيل":

يشترط في الضامن أن يكون أهلاً للتصرف، فلا يصح ضمان المجنون، أو المعتوه، أو المكره، أو الصبي، ويصح ضمان المريض مرض الموت لكن لا ينفذ في أكثر من تلك التركة.

ولا فرق بين ضمان المرأة والرجل، لكن إن كانت ذات زوج فإن ضمانها عند المالكية فيما زاد على ثلث مالها موقوف على إجازة زوجها وإذنه، والجمهور لا يشترطون ملاءة الضامن، واشترطها الإمامية^(١).

◀ ثالثاً: المضمون عنه:

أ - اختلاف الفقهاء في العلم بالمضمون عنه

اشترط العلم بالمضمون عنه موضع خلاف بين الفقهاء، ومن هنا اختلفوا في صحة الضمان إذا كان المضمون عنه مجهولاً:

فذهب فريق من الفقهاء إلى عدم صحة الضمان في هذه الحالة. وهو رأي الحنفية وقول للحنابلة وبعض الشافعية^(٢)؛ وذلك لأن الكفالة الجائزة هي الكفالة المتعارف عليها بين الناس، والكفالة على هذا الوجه غير معروفة^(٣).

واعترض على ذلك: بأن قول الحنفية هنا مناقض لقولهم في مسألة أخرى مشابهة، فقد قالوا: (ومن قال لآخر: أسلك هذا الطريق فإنه آمن لا ضمان عليه إذا سلكه وأخذ ماله، ولكن لو قال له: إن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن،

(١) مجمع الأنهر: ١٢٤/٢، المغني: ٩٩/٤، تكملة المجموع: ٤٦٤/١٣، القوانين الفقهية، ص ٣٥٣، حاشية الدسوقي: ٣٣/٣، شرائع الإسلام: ١٠٨/٢.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع: ٦/٦، المغني بهامش الشرح الكبير: ٧١/٥، مغني المحتاج: ٢٠٠/٢.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: ٦/٦.

وَأُخِذَ مَالُهُ ضَمَنًا^(١)، أليس هذا ضمان جُهْل المضمون عليه؟.

قال المعارض: فالصورة الأخيرة ضمان جهل فيه المضمون عنه، فلماذا صح هذا الضمان، ولم يصح ضمان من قال: "من بايعت من الناس فأنا كفيله".

وأجاب الحنفية عن ذلك: بأن هذه الحالة لا يوجد فيها تغيير، لذلك لا يصح الضمان فيها، وذلك بخلاف ضمان الطريق، فالكفيل فيه ضامن، لأن فيه تغيراً^(٢).

واعترض على الحنفية عن ذلك: بأن ما يصيب سالك الطريق من خسران لا يكون مضموناً عليه والشرط في صحة الضمان أن يكون المضمون به مضموناً على الأصل، ولهذا قال الحنفية: من قال لآخر بايع فلأنا وما أصابك من خسران فعلي لا تصح الكفالة هنا؛ لأن الخسران غير مضمون على الأصل.

وقد أجابوا عن ذلك: بأن الخسران في البيع حاصل بسبب مجهل المأمور بالبيع والشراء، بخلاف ضمان الطريق المخوف يؤخذ فيه المال غالباً ولا يد فيه للمأمور، فيتحقق التغيير، فيضمنه الأمر، ولعلمهم - كما يقول ابن عابدين - أجازوا الضمان منه مع جهل المكفول عنه زجراً عن هذا الفعل^(٣).

وذهب فريق آخر إلى: عدم اشتراط معرفة الضامن للمضمون عنه. وهو الراجح عند الحنابلة والشافعية، وهو مذهب الإمامية، إلا أنهم قالوا: لا بد من امتيازته عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه، أي: الضمان عنه^(٤).

(١) ينظر: ما سنتحدث عنه في صورة ضمان خطر الطريق الآتية قريباً بصورة مفصلة.

وينظر حاشية ابن عابدين: ٣٣٢/٥.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٣٣٢/٥.

(٣) ينظر: المصدر السابق نفسه.

(٤) المغني مع الشرح الكبير: ٧١/٥ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢/٢٠٠، شرائع الإسلام:

١٠٩/٢.

وحجة هذا الفريق: ما روى عن علي وأبي قتادة (رضي الله عنهما) أنهما ضمنا ديننا على ميت وهما لا يعرفانه. ولم يسألهما النبي ﷺ هل يعرفان عين المضمون عنه أم لا؟^(١) ولو كان الحكم يختلف والضمان لا يصح من غير لما قبل النبي ﷺ الضمان منهما حتى يسألهما: أيعرفانه أم لا؟.

فالحديث يرجح هذا المذهب، وأيضاً فإن الضمان تبرع بالتزام مال، فلا يلزم معرفة من يتبرع عنه به كما هو الحال في النذر، ولأن الواجب أداة الحاجة لا غير. هذا فيما يخص الضمان بالمال، أما الكفالة بالنفس فقد اشترط الحنفية والشافعية والحنابلة أن يكون المضمون عنه معلوماً، لكن الحنفية قالوا: لو قال: أنا كفيل بنفس فلان أو فلان جاز ذلك، لكن عليه أن يبين من الذي قصده في كفالته^(٢).

ب- اختلافهم في رضا المضمون عنه:

لم يشترط المالكية والشافعية والحنابلة، والظاهرية، والإمامية، رضا المضمون عنه أو إذنه، وهو مقتضى مذهب الحنفية؛ لأنهم أجازوا أن يكون المضمون عنه صغيراً أو مجنوناً، وإذنهما غير معتبر.

وهذا في الضمان بالمال، أما الضمان بالنفس فلا يصح عند الحنابلة، وإلا صح من قولي الشافعية بغير إذن المضمون، وفي قول للشافعية يصح ذلك^(٣).

◀ رابعاً: المضمون له:

اشترط فريق من الفقهاء أن يكون المضمون له معلوماً. وهو مذهب الحنفية

(١) تقدم الحديث وتخرجه في بداية هذا الاستدلال.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع: ٦/٦، مغني المحتاج: ٢/٢٠٠، المغني بالشرح الكبير: ٥/٧١.

(٣) ينظر: بداية المجتهد: ٢/٢٩٤، بدائع الصنائع: ٦/٦، مغني المحتاج: ٢/٢٠٠ و ٢٠٦، المغني

هامش الشرح الكبير: ٥/١٠٣ وما بعدها، المحلى: ٨/١١٢، الروضة البهية: ٤/١٢١.

والشافعية في الأصح، وبعض الحنابلة^(١)؛ لأن المكفول له إذا كان مجهولاً لا يصح ما شرعت لأجله الكفالة^(٢).

وذهب الحنابلة في المعتمد من مذهبهم وقول للشافعية إلى أن معرفة المكفول له ليس شرطاً، لحديث أبي قتادة السابق^(٣).

واشترط أبو حنيفة ومحمد حضور المكفول له مجلس العقد؛ وذلك لأن قبوله لا بد لانعقاد الكفالة عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يشترط حضوره، لأن قبول المكفول له غير لازم لانعقاد الكفالة في أصح قوليهِ^(٤).

◀ خامساً: المضمون به:

أ- يشترط في المضمون به إمكانية استيفائه من الكفيل: فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص؛ لتعذر الاستيفاء؛ لأن العقوبة فيه تستوفي من الجاني لا الضامن^(٥).

ب- أن يكون المضمون ديناً صحيحاً لازماً ولو غير مستقر، كالمهر قبل الدخول والموت.

ج - اختلف الفقهاء في الضمان مع جهالة المال المضمون على مذهبين:

المذهب الأول: قال بالمنع. وهو مذهب الظاهرية، والشافعية في الجديد، وبعض الإمامية، وإليه ذهب الثوري والليث، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة،

(١) ينظر: بدائع الصنائع: ٦/٦، مغني المحتاج: ٢/٢٠٠، المغاني الشرح الكبير: ٥/٧١.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع: ٦/٦.

(٣) ينظر: مغني المحتاج، والمغني: الصفحات السابقة.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع: الصفحة السابقة.

(٥) ينظر: المصدر السابق نفسه.

والناصر من الزيدية^(١).

ومن الحجة لهم: في ذلك: قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَتْ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢)، والتراضي لا يكون إلا على معلوم القدر.

ثم إن الضمان يعني إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد، فأشبه البيع والإجارة، فلم يصح مع الجهل^(٣).

المذهب الثاني: قال بالجواز. وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة، وجمهور الزيدية، وأكثر الإمامية، واليه ذهب الشافعي في القديم^(٤).

ومن الحجة لهم في ذلك: قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(٥). وهو حمل غير معلوم، لأنه يختلف باختلاف البعير. ولعموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم»^(٦).

إذا تمهد هذا أتكلم الآن في المقصود من البحث وهو:

(١) ينظر: مغني المحتاج: ٢/٢٠٢، المحلى: ٨/١٣٦، مفتاح الكرامة: ٥/٣٧٧، المغني ٥/٧٦، البحر الزخار: ٥/٧٦، فتح القدير: ٥/٤٠٣.

(٢) سورة النساء، جزء من الآية: ٢٩.

(٣) ينظر: مغني المحتاج: ٢/٢٠٢، نهاية المحتاج: ٤/٤٢٨.

(٤) ينظر: فتح القدير مع العناية: ٥/٤٠٣-٤٠٥، الاختيار: ٢/٦٢، المغني: ٤/٨٤١، القوانين الفقهية: ٣١٢، نهاية المحتاج: ٤/٤٢٨، مفتاح الكرامة: ٥/٣٧٧، البحر الزخار: ٥/٧٦.

(٥) سورة يوسف، جزء من الآية ٧٢.

(٦) سنن الترمذي، وقال: حديث حسن: ٣/٥٦٥، سنن أبي داود رقم ٣٥٦٥ كتاب البيوع باب تضمين العارية، سنن ابن ماجه رقم ٢٣٦٨ كتاب الصدقات العارية.

﴿ الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالضمان ﴾

وذلك في صور عدة:

☆ الصورة الأولى: "قياس التأمين من الأضرار على الضمان بشكل عام":

استدل بعض الباحثين^(١) على جواز التأمين -خاصة التأمين من الأضرار- بالقياس على الضمان.

وبيان ذلك: أن عقد الضمان يلتزم فيه الكفيل للمكفول له بضمان ما التزم به المكفول عنه، سواء كان ما التزم به سداد دين أو تسليم عين. ووجه القياس يتضح في الآتي:

إن عقد الضمان سبب للضمان، وعقد التأمين مثله؛ من حيث إنه يمكن أن يكون سبباً للضمان أيضاً.

والضمان في التأمين هو ضمان المؤمن للمؤمن له سداد دينه في التأمين من المسؤولية، أو سلامة العين المؤمن عليها في التأمين على الأشياء^(٢).

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

اعترض على هذا الاستدلال من وجوه عدة:

(١) ينظر: الشيخ علي الخفيف، والدكتور قحطان الدوري في: التأمين في الفقه الإسلامي، ص ٧٦، و ١٩٨ وما بعدهما، والسيد اليزدي، والدكتور جعفر شهيد في: عقود التأمين بين الاعتراض والتأييد، ص ٩٣ وما بعدها، والأستاذ عز الدين بحر العلوم نقلاً عن شيخه حسين الحلبي في: التأمين في الفقه الإسلامي، ص ٦٦، والشيخ كاشف الغطاء في: مجلة الأزهر، العدد الأول، محرم، ١٣٨٥هـ، ص ١٠٥، والدكتور صلاح الدين الناهي، في: التأمين في الفقه الإسلامي، ص ٧٩، الأستاذ علي الصافي في كتابه: الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٢٥١ وما بعدها.

(٢) ينظر: الشيخ علي الخفيف والدكتور علي الصافي في المصدرين المشار إليهما سابقاً.

الوجه الأول: إن قياس عقد التأمين على عقد الضمان لا يصح؛ وذلك لأن الضمان الشرعي لا وجود له من قريب أو بعيد، وبمجرد ذكر الضمان فيه لفظاً أو معنى لا يبرر إلحاقه بعقد الضمان، وذلك "لأن العقد حقيقة شرعية، والموازنة تكون بين الحقائق لا بين الألفاظ"^(١).

يقول الدكتور هاشم جميل: "هذا الاعتراض بمنتهى الدقة، فقد اعتمد المعارض في إسقاط قياس المستدل على أحداث فارق بين الأصل - الذي هو عقد الضمان - وبين الفرع - الذي هو عقد التأمين، وهذا الفارق يتمثل في طبيعة كل من العقدين؛ وذلك لأن عقد الضمان في أصل الشرع محدود من عقود التبرعات، وقد مرت الإشارة في التمهيد لهذا المبحث إلى أن هذا لا يعلم فيه خلاف بين المتقدمين من الفقهاء، بل يبدو من كلام ابن قدامة الذي مر ذكره^(٢) هناك: أن عقد الكفالة - عند الفقهاء - شديد الارتباط بالتبرع، فهو أشد ارتباطاً من الهبة، أو الشهادة عند من يقول بجواز أخذ العوض عليها؛ وذلك لأن أخذ عوض عن الهبة والشهادة لا يخشى منه الوقوع في الربا، في حين أنه يخشى الوقوع في الربا من أخذ العوض على الكفالة.

وهكذا يتجلى بوضوح شدة ارتباط عقد الضمان بالتبرع، إذن: فعقد الضمان من عقود التبرعات، وعقد التأمين من عقود المعاوضات، ونظراً لهذا الفارق لا يصح قياس عقد التأمين على عقد الضمان"^(٣).

الوجه الثاني: اعترض أيضاً على قياس التأمين على الضمان: بأن الضمان له خمسة أركان: ضامن، ومضمون له، ومضمون عنه، ومضمون به، وصيغة،

(١) الشيخ أبو زهرة نقلاً عن التأمين التجاري والبدل الإسلامي، ص ٢٢٨.

(٢) ينظر تمهيد هذا المبحث وقول ابن قدامة فيه.

(٣) الدكتور هاشم جميل في حوار معه.

وهذه الأركان مجتمعة لا تتحقق في تأمين مالك الشيء عليه، فلا يوجد في هذه الصورة مضمون عنه.

وإذا نظرنا إلى الحالات التي تتحقق فيها الأركان كلها - كما في صور التأمين من المسؤولية، أو في صورة التأمين الذي يبرمه أمين النقل لضمان سلامة الأشياء المملوكة للغير - فإن الضمان هنا لا يصح؛ لأن هذه الأشياء من قبيل الأمانات التي لا يصح ضمانها^(١).

فقد جاء في مجمع الأنهر ما ملخصه:

"الأعيان: إما أمانة وإما مضمونة على الأصيل.

فالأول: كالوديعة، ومال المضاربة، ومال الشركة، والمستعار، والمأجور في يدي المستأجر، والمقبوض على سوم النظر، أو على سوم الشراء بدون تسمية ثمنه، فهذه لا تصح الكفالة بها؛ لأنها غير مضمونة على الأصيل.

والثاني: أي المضمونة: قسمان:

- مضمونة بغيرها: كالرهن والمبيع قبل القبض فإنهما مضمونان بالدين والضمن فلا تصح الكفالة بهما أيضاً.

- ومضمونة نفسها: كالمبيع فاسداً، والمقبوض على سوم الشراء إذا سمي ثمنه، والمغصوب ونحوه مما يجب تسليمه بعينه إن كان قائماً وضمان مثله أو قيمته لو كان هالكاً، وهذا تصح الكفالة به؛ لأنه مضمون على الأصيل لا يخرج عنه إلا بدفع بدله أو عينه"^(٢).

ومن الواضح أن صورتَي التأمين - المار ذكرهما - تشبه النوع الأول من الوديعة ونحوها؛ لأنها غير مضمونة على الأصيل، فلا تصح الكفالة بها.

(١) ينظر: الدكتور أحمد شرف الدين في: عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار: ص ١٣٣.

(٢) مجمع الأنهر: ١٣٥/٢ - ١٣٦.

الوجه الثالث: اعترض أيضاً: بأنه يشترط في المضمون به - كما تقدم - أن يكون ديناً صحيحاً لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، أو عيناً مضمونة بنفسها يجب على المضمون عند تسليمها بعينها للمضمون له، فإن هلكت ضمن مثلها إن كانت مثلية وقيمتها إذا كانت قيمة، ومقتضى هذا الشرط أن الضمان إنما يصح إذا خرج المضمون به من يد المضمون له كالمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً، وهذا الشرط لا يتحقق في التأمين على الأشياء من مالكة، لأن الشيء المؤمن عليه ليس ديناً عليه، ولم يخرج عن يده، ولا يجب لأحد غيره، وزيادة على ذلك فإنه - في هذا التأمين - لا وجود للمضمون عنه ولا سيما إذا وقع الضرر قضاءً وقدرًا^(١).

☆ الصورة الثانية: الاستدلال على جواز التأمين بضمان ما لم يجب:

وصورة ضمان ما لم يجب: أن يقول شخص لآخر: ما ذاب لك على فلان فضمانه علي أو بايع فلاناً وأنا كفيل بما تبايعه، أو: ما أعطيت أو تعطي فلاناً فعلي^(٢).

فاختلف الفقهاء في هذه الصورة ونحوها من الضمان على مذهبين:

المذهب الأول: قال بالجواز. وهو رأي الحنفية، والحنابلة، والمالكية، والزيدية، والشافعية في القديم، وعثمان البتي^(٣).

(١) ينظر: الشيخ محمد بن حنيت المطيعي نقلاً عن للشيخ عبد الله القلقيلي في: أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٤٢٤ - ٤٢٥.

(٢) ينظر: فتح القدير ٤٠٥/٥ حاشية الدسوقي ٣/٣٣٣، المغني ٤/٤٨١.

(٣) ينظر: مع المصادر السابقة: مغني المحتاج ٢/٢٠١، نهاية المحتاج ٤/٤٢٥ البحر الزخار، ٥/٧٥ و ٧٨، المحلى ٨/١٣٦.

ومن حجتهم في ذلك: قوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(١).

فقد دلت الآية على جواز ضمان حمل البعير مع أنه لم يجب^(٢).

المذهب الثاني: قال بالمنع. وهو مذهب الشافعي في الجديد، والإمامية، والظاهرية، وابن أبي ليلى، وابن سليمان، وشريح القاضي، وسحنون^(٣).

ومن حجتهم في ذلك: أن الضمان عقد واجب، ولا يجوز الواجب في غير واجب، وهو التزام ما لم يلزم بعد^(٤).

ندخل بعد هذا التمهيد الموجز إلى المقصود وهو:

الاستدلال على جواز التأمين بضمن ما لم يجب ﷺ

استدل بعض القائلين بجواز التأمين: بأن ضمان ما لم يجب قال بجوازه كثير من الفقهاء، و"ما لم يجب" مجهول، وهو ضمان شيء لا يستلزم وجوده فعلاً، بل قد يكون غير موجود حين عقد الضمان وهو على خطر الوجود، فكذلك عقد التأمين، فإن المؤمن - في هذا العقد يتعهد بضمن مبلغ التأمين إن حل بالمؤمن له الخطر، بمعنى أن مبلغ التأمين يصح أن يكون غير لازم حين العقد إلا أنه يؤول إلى اللزوم بحلول الخطر^(٥).

(١) سورة يوسف، جزء من الآية ٧٢.

(٢) ينظر: البحر الزخار ٧٥/٥ وما بعدها.

(٣) ينظر: مغني المحتاج ٢/٢٠٠، مفتاح الكرامة ٣٦٧/٥، المحلى ١٣٦/٨ القوانين الفقهية ٣١٣.

(٤) ينظر: المحلى: ١٣٦/٨.

(٥) الشيخ علي الخفيف في بحثه: التأمين، ص ٥١، نقلاً عن الدكتور قحطان الدوري الذي قال بذلك أيضاً، ينظر رسالته: التأمين في الفقه الإسلامي ١٩٣-١٩٤.

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

اعترض على هذا الاستدلال من عدة وجوه:

الوجه الأول: أن الكفالة من عقود التبرعات، فاغتفرت فيها الجهالة رفعاً للمشقة وتيسيراً على الناس.

أما التأمين فهو من عقود المعاوضة فلا تغتفر فيه الجهالة.

الوجه الثاني: إذا صح أن يقاس التأمين على ضمان ما لم يجب فإن القياس لا يتحقق في التأمين من ناحيتين.

الأولى: تخلف ركن المضمون عنه في التأمين، كما تقدم في الصورة السابقة.

الثانية: إن الضامن في الشريعة فرع، والمضمون عنه أصل.

أما في التأمين فالضامن "المؤمن" هو الأصل، فاختلقت صورتان ومن شرط القياس الاتفاق في الصورة بين الأصل والفرع^(١).

الوجه الثالث: أن الضامن إذا دفع إلى المضمون له، فإنه يرجع على المضمون عنه ليأخذ منه ما دفعه عنه، ولذلك فلا ضرر عليه.

أما شركة التأمين فإنها تدفع عند وقوع الضرر ما وجب عليها ولا ترجع على أحد فيقع الضرر عليها وحدها، ولذلك فلا يصح قياس ما فيه ضرر على مالا ضرر فيه^(٢).

☆ الصورة الثالثة: "قياس التأمين على ضمان خطر الطريق"

صورة ضمان خطر الطريق- عند الحنفية: هي أن يشير شخص على صاحب مال بأن يسلك طريقاً معينة ويلتزم المشير ضمان المال إذا هلك من

(١) ينظر: الأحكام للآمدي ٣/٣٥٩ وما بعدها.

(٢) ينظر: الأستاذ سعدي أبو حبيب في كتابه: التأمين بين الحظر والإباحة، ص ٥٧-٥٨.

صاحبه في ذلك الطريق. فإذا هلك فالحكم عندهم - حينئذ - أنه لا يجب على المشير ضمان شيء إلا إذا كان صاحب المال لا يعلم حقاً في الطريق من خطر وكان المرشد لسلوكه ذلك الطريق يعلم جيداً ما فيه من معاطب ومخاوف؛ لأنه إذا كان الأمر كذلك كان المرشد غاراً صاحب المال فيغرم ما ضاع منه، أما إذا كان المرشد لا يعلم ما في الطريق من خطر، بل كان يعتقد منه وأنه ليس فيه ما يخاف ويحذر فليس عليه ضمان شيء، وكذلك إذا كان المرشد يعلم بخطر الطريق وكان صاحب المال يعلم ذلك أيضاً فإنه لا ضمان على المرشد؛ لأن صاحب المال - في هذه الحالة - يكون هو الذي عرض ماله للضياع، فإنه ليس أحد أحرص على المال ولا أحفظ له من صاحبه، فإرشاد المرشد في هذه الحالة لم يأت بشيء جديد ولم يحصل شيئاً كان غير حاصل، فلا يكون موجباً لضمان^(١).

قال ابن عابدين في أثناء كلامه على السوكرة: (فإن قلت سيأتي - قُبِّلَ باب كفالة الرجلين - قال لآخر: أسلك هذا الطريق فإنه آمن، فسلكه، وأخذ ماله لم يضمن، ولو قال: إن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن ضمن. وعلمه الشارح هناك بأنه ضمن الغار صفة السلامة للمغرور، أهـ، أي بخلاف الأولى فإنه لم ينص على الضمان بقوله: أنا ضامن).

وفي جامع الفصولين: الأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار لو حصل الغرر في ضمن المعاوضة، أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور، فصار كقول الطحان لرب البر: اجعله في الدلو فجعله فيه، فذهب من النقب إلى الماء وكان الطحان عالماً به يضمن، أو غيره في ضمن العقد وهو يقتضي السلامة^(٢).

قلت - والقول لابن عابدين - : لا بد في مسألة الطحان المذكورة أن يكون

(١) ينظر إشارة الشيخ المطيعي إلى هذا الرأي في: تكملة المجموع ١٣/١٢١.

(٢) جامع الفصولين: ٢/١٣٢.

المغرور غير عالم، إذ لا شك أن رب البر لو كان عالماً بنقب الدلو يكون هو المضيع لماله باختياره.

ولفظ المغرور ينبيء عن ذلك لغة؛ لما في القاموس: غَرَّه غَرًّا وَغُرُورًا فَهُوَ مَغْرُورٌ وَغَرِيرٌ خَدَعَهُ وَأَطْمَعَهُ بِالْبَاطِلِ فَاغْتَرَّ هُوَ^(١).

(ولا يخفى أن صاحب السوكرة لا يقصد تغيير التجار ولا يعلم بحصول الغرق هل يكون أم لا، وأن الخطر من اللصوص والقطاع فهو معلوم له وللتجار؛ لأنهم لا يعطون مال السوكرة إلا عند شدة الخوف طمعا في أخذ بدل الهالك فلم تكن مسألتنا من هذا القبيل)^(٢).

وبعد وضوح صورة "ضمان خطر الطريق" عند الحنفية ومقارنة ابن عابدين بينهما وبين التأمين وعدم تسليمه بإمكانية قياسه عليها، نأتي إلى الغرض من هذا التمهيد وهو:

"قياس التأمين على ضمان خطر الطريق"

يرى بعض الباحثين^(٣): أن مسألة ضمان خطر الطريق -عند الحنفية- يمكن الاستئناس بها لتكون دليلاً على جواز التأمين على الأموال من الأخطار، فيقول أحدهم:

"وأما صحة ضمان خطر الطريق، والذي نص عليه الحنفية، وانتبه إليه ابن عابدين، فإني أجد فيه فكرة فقهية يصلح بها أن يكون نصاً استثنائياً قوياً في تجويز التأمين على الأموال من الأخطار وإن لم يسلم ابن عابدين رحمه الله

(١) القاموس المحيط ١٠٤/٢ مادة (غرر).

(٢) حاشية ابن عابدين في ١٧٠/٤، وينظر مجموعة رسائل ابن عابدين ف ١٧٩/٢.

(٣) الدكتور مصطفى، الزرقا كما سنشير إليه في الهامش الآتي، والشيخ عبد الحميد السائح نقلاً عن التأمين بين الحل والتحريم، ص ٢٢١، والدكتور جعفر شهيد نقلاً عن: عقود التأمين بين الاعتراض والتأييد، ص ٩٧.

بكفاية هذه الدلالة فيه، ورأى فرقاً بينه وبين السوكرة يمنع القياس عليه.

كما يرى الباحث: أن فقهاءنا - الذين قرروا هذا الحكم في الكفالة في ذلك الزمن البعيد- لو أنهم عاشوا في عصرنا اليوم، وشاهدوا الأخطار التي نشأت من الوسائل الحديثة - كالسيارات التي فرضت على الإنسان من الخطر بقدر ما منحتة من السرعة- لو أنهم شاهدوا ذلك ونبتت أمامهم فكرة التأمين ولمسوا ضرورته التي نلمسها نحن اليوم في سائر المرافق الاقتصادية الحيوية لتخفيف آثار الكوارث الماحقة لما ترددوا لحظة في إقرار التأمين نظاماً شرعياً^(١).

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

نوقش هذا الاستدلال بالآتي:

أولاً: رأى الباحث بإمكانية التناظر بين صورتين ضمان خطر الطريق عند الحنفية وبين التأمين على الأموال من الأخطار. اعترض عليه من وجوه عدة:

الوجه الأول: ما تقدم من مناقشة ابن عابدين في أثناء كلامه عن السوكرة: من أن أساس أو سبب التضمين في ضمان خطر الطريق هو: تغيير المرشد بصاحب المال الذي لا يعلم خطر الطريق مع علم المرشد به، ولذلك فإنه إذا كان صاحب المال عاملاً بالخطر فلا ضمان على المرشد؛ لأنه وإن كان قد قرر غير الحقيقة فإن اتباع صاحب المال للطريق مع علمه بما به من خطر تقصير من جانبه لا يسأل عنه المرشد. أما في عقد التأمين فالمؤمن لا يغرر بالمؤمن له، بل كلاهما يعلم أن الخطر قد يتحقق، ولذلك فإن ضمان المؤمن يرجع إلى اتفاقه مع المؤمن له على ذلك في عقد التأمين لا غير.

(١) الأستاذ مصطفى الزرقاء في أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٤٠٥ وكتابه: نظام التأمين

الوجه الثاني: إن في الحالات التي يطلب فيها المؤمن له تأمين أمواله من الأخطار - كحالات إتلاف المال الحاصل من اعتداء معتد عليه، أو اطرقت شخص لماله، فإن ضمان المؤمن والتزامه بذلك غير مشروع.

جاء في مجمع الضمانات: (لو قال - الكفيل -: إن غصب فلان مالك أو أحد من هؤلاء القوم فأنا ضامن صح، ولم عمم فقال: لو غصبك إنسان شيئاً فإننا له ضامن لك لا تصح.. ولو قال: ما ذاب لك على الناس أو لأحد من الناس عليك فعلي لا يصح، لجهالة المضمون عنه)^(١).

كما إن من صور تأمين الأموال من الأخطار ما يكون فيه المؤمن له هو المضمون ويكون المضمون له مجهولاً - كما في حالة التأمين من المسؤولية: كالتأمين من حوادث السيارات - فإن شركة التأمين تلتزم بدفع ما يثبت على المؤمن له من تعويض لمن أصابه ضرر منه يتحقق التعويض بسببه، وهذا ضمان غير صحيح: لجهالة المضمون به كما ذكرنا.

الوجه الثالث: هناك فارق عام يمنع من صحة القياس، وهو: أن الضمان من عقود التبرعات، والتأمين من عقود المعاوضات، ولذا لو شرط في عقد الضمان أن يكون بعوض فإن العقد يكون باطلاً.

جاء في مجمع الضمانات: (ولو كفّل بمال على أن يجعل الطالب له جعلاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطاً في الكفالة فالكفالة لا تصح)^(٢).

وفارق آخر، وهو: أن عقد التأمين ملزم للطرفين: المؤمن والمؤمن له، فالمؤمن له يلتزم بدفع القسط، ويلتزم المؤمن بدفع العوض المالي أو المبلغ المؤمن عليه،

(١) مجمع الضمانات، ص ٢٦٨، و ١٥٦.

(٢) المصدر السابق، ص ٢٨٢.

أما عقد الضمان فإنه لا يلزم المكفول له بشيء والالتزام فيه من جانب الكفيل فقط، ولذا كان عقداً لازماً بالنسبة للكفيل وغير لازم بالنسبة للمكفول له^(١).

ومن هنا يتبين أن ضمان خطر الطريق لا يصح أن يقاس عليها التأمين لا بخصوص مسئلتها ولا على الضمان بشكل عام ولا على ضمان المتلفات.

ثانياً: قول الباحث: إن الفقهاء الأقدمين لو عاشوا لأقروا التأمين.. الخ فذلك قول مردود، بل مستبعد من الفقهاء، بل الأولى أن يقال: لو عاشوا لأخرجوا نظاماً تأمينياً يتلاءم مع نصوص الشريعة وقواعدها بعيداً عن محرقاتها، لكنهم لا يقرون النظام الوضعي المعروف بالتأمين التجاري.

☆ الصورة الرابعة: الاستدلال على جواز التأمين بالقياس على ضمان الأجير:

□ تمهيد: في بيان أمور تتعلق بالإجارة

أولاً: تعريف الإجارة، ودليل مشروعيتها

الإجارة لغة: اسم للأجرة، وهي: ما يستحق على عمل الخير، واشتقاقها من الأجر، وهو العوض^(٢).

واصطلاحاً: تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم^(٣).

ودل على مشروعيتها: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآوِهْنَ أَجُورَهُنَّ﴾^(٤)، وقوله ﷺ: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة - حتى قال - ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره» رواه البخاري^(٥).

(١) الدكتور محمد صديق الضير في: أسبوع الفقه الإسلامي ٤٩٨.

(٢) ينظر: لسان العرب: مادة (أجر).

(٣) ينظر: تبين الحقائق: شرح كنز الوقائق ١٤١٥ هـ، ١٠٥/٥.

(٤) سورة الطلاق، الآية ٦.

(٥) البخاري بشرح الفتح ٤/٤٤٧، وابن ماجه رقم ٢٤٤٢، والبيهقي ١٤/٦ و ١٢١.

ثانياً: أركان الإجارة وأهم شروطها:

أما أركانها فهي: المؤجر، والمستأجر، والإجارة، والمنفعة، والصيغة^(١).

ونذكر أهم شروطها في الآتي:

١- معرفة المنفعة، لأن عدم معرفتها غرر، كما في البيع إذا لم يعلم، ولأن المنفعة هي المعقود عليها.

ويشترط في المنفعة الآتي:

أ- أن تكون مباحة لغير ضرورة.

فالكلب، وأواني الذهب، وجلود الميتة تباح للضرورة أو للحاجة. فالمقصود فيها إباحتها مطلقاً.

ب- أن تكون متقومة بأن يكون لها قيمة ليحسن بذل المال في مقابلتها.

ت- أن يكون المؤجر قادراً على تسليمها حساً أو شرعاً ليتمكن المستأجر منها.

ث- أن تكون المنفعة مملوكة للمؤجر، أو مأذوناً له فيها؛ لأنها تمليك المنافع، فاشترط فيها ذلك البيع^(٢).

٢- معرفة الأجرة، لأن الأجر عوض في عقد معاوضة، فوجب أن يكون معلوماً كالثمن^(٣).

ثالثاً: بعض الأحكام المتعلقة بالإجارة:

الأجير على نوعين: أجير مشترك، وأجير خاص.

(١) ينظر: المغني ٣٢٢/٥ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ٢٦٠/٤، كشاف القناع ٢/٢٩٧.

(٢) ينظر: كشاف القناع ٣/٥٥٩، مغني المحتاج ٢/٣٣٥، المغني ٢/٣٣٥.

(٣) ينظر: كشاف القناع ٣/٥٤٧، ٥٤٨، مغني المحتاج ٢/٣٤٠.

فالمشترك: هو الذي استؤجر على الأعمال لأكثر من شخص: كنجار وحداد وخياط، وسمي مشتركاً؛ لأنه يتقبل أعمالاً لاثنتين فأكثر في وقت واحد ويعمل لهم، فيشتركون في منفعته.

والخاص: هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة، يستحق المستأجر نفعه في جميعها كمن استؤجر للخدمة، أو عمل، وسمي خاصاً: لاختصاص مستأجره بنفعه في تلك المدة فالخاص لا يكون ضامناً للعين التي تسلم إليه للعمل فيها؛ لأن يده يد أمانة كالوكيل والمضارب، إلا إذا حصل تعد أو تقصير منه، سواء تلف في يده أو في أثناء عمله. ولم أطلع في ذلك على خلاف^(١)، لكن اختلف الفقهاء في الأجير المشترك هل يده يد أمانة أم يد ضمان على اتجاهين:

الاتجاه الأول: أنها يد أمانة كالأجير الخاص، فلا يضمن ما تلف عنده إلا بالتعدي أو التقصير. وهذا مذهب أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد، والحنابلة في الصحيح من مذهبهم، إلا أنه لم يكن يفتى به - عندهم -؛ لفساد الناس^(٢).

وحجتهم: قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَنْهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾^(٣). فهذا يدل على أن الأصل أن لا يجب الضمان إلا باعتماد، ولا يوجد تعد من الأجير؛ لأنه مأذون في القبض، والهلاك ليس سبباً فيه^(٤).

الاتجاه الثاني: أن يد الأجير المشترك يد ضمان، فهو ضامن لما يهلك بيده ولو بغير تعد أو تقصير. وهذا مذهب المالكية، وأبي يوسف، ومحمد من الحنفية،

(١) ينظر: بداية المجتهد ٢/٢٣٠ المغني ٥/٤٨١.

(٢) ينظر: المبسوط ١٥/١٠٣، بدائع الصنائع ٤/٢٢١، المهذب ١/٤٠٨، المغني ٥/٤٨١.

(٣) سورة البقرة: جزء من الآية ١٩٣.

(٤) ينظر: تكملة فتح القدير ٧/٢٠٧. مغني المحتاج ٢/٣٥١.

غير أنهما استثنيا ما إذا حصل الهلاك بحريق غالب عام، أو غرق غالب، ونحو ذلك، فإنه لا يكون ضامنا في مثل تلك الحالات^(١).

واحتجوا:

١- بقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه». رواه الترمذي وغيره، وقال الترمذي: حسن صحيح^(٢).

٢- بما روي (عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ، ويقول: لا يصلح الناس إلا هذا). رواه البيهقي بسند ضعيف، وله طرق أخرى تقويه^(٣).

٣- بما روي (عن عمر رضي الله عنه أنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس). أخرجه عبد الرزاق في المصنف بلفظ "أن عمر ضمن الصناعات". وفي سنده انقطاع^(٤).

والراجع -فيما يبدو- الاتجاه الثاني؛ لوجهاته، ولأن الأجير المشترك حينما قبض العين، إنما قبضها لمنفعته من غير استحقاق فيضمن كما في الإعارة فإن المستعير يكون ضامنا من غير استحقاق وقد قبضها لانتماعه.

بعد عرض هذه المسألة نذكر الصورة التي لها علاقة بهذا المبحث، وهي:

(١) ينظر: بداية المجتهد ٣٠/٢، الشرح الكبير ٣٨/٤، بدائع الصنائع ٢١١/٤، تبين الحقائق ١١٠/٥، مختصر الطحاوي: ص ١٢٩.

(٢) سنن الترمذي: ٥٦٦/٣، سنن أبي داود: رقم ٣٥٦١، كتاب البيوع باب تضيق العارية، سنن ابن ماجه: رقم ٢٤٠ كتاب الصدقات.

(٣) البيهقي: السنن الكبرى: ١٢٢/٦.

(٤) مصنف عبد الرزاق ٢٨٧/٨-٢١٨.

ضمان الحارس

ويدخلها أكثر الفقهاء في باب الأجير الخاص، وذلك على أساس أن عمله محصور في موضع واحد وفي مدة واحدة، فإذا أراد أن يشغل نفسه في موضع آخر لم يكن له ذلك، ويمكن أن يكون مشتركاً - كما هو عند بعضهم - ويمكن تصورها بأن تكون هناك مجموعة من الدور أو الحوانيت التي يعود كل واحد منها لشخص، فيتولى شخص واحد حراستها.

فالشيخ البهوتي يروي عن بعض الحنابلة صحة ضمان حارس ونحوه^(١)، وجاء في مجمع الضمانات - من مذهب الحنفية - الآتي:

(إذا غرقت السفينة، فلو من ريح أصابها أو موج أو جبل صدمها من غير مد الملاح وفعله لا يضمن بالاتفاق، وإن كان بفعله يضمن سواء خالف - بأن جاوز العادة - أو لم يخالف؛ لأنه أجير مشترك، ولو دخلها الماء فأفسدت المتاع فلو بفعله ومده يضمن بالاتفاق، ولو بلا فعله، إن لم يكن التحرز عنه لا يضمن إجماعاً، وإن كان بسبب يمكن التحرز عنه لا يضمن عند أبي حنيفة، وعنهما يضمن.

وهذا كله لو لم يكن رب المتاع أو وكيله في السفينة، فلو كان لا يضمن في جميع ما مر إذا لم يخالف، بأن لم يجاوز المعتاد؛ لأن محل العمل غير مسلم إليه. وعلى ذلك صاحب الفصولين^(٢). وكذا إذا كان بأمر لا يمكن التحرز عنه فإنه لا يضمن. ذكره في البزازية^(٣). وفيها نقلاً عن المنتقى^(٤): لو كانت السفن

(١) كشف القناع: ٣٠٤/٢.

(٢) جامع الفصولين ١٣٢/٢.

(٣) وهي للشيخ الإمام حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردي الحنفي (ت ٨٢٧ هـ) (ينظر كشف الظنون ٢٤٢/١).

(٤) للحاكم الشهيد أبي الفضل محمد بن محمد بن أحمد المقتول شهيد اسنة (٣٣٤) (ينظر كشف الظنون ١٨٥١/٢).

كثيرة وصاحب المتاع أو الوكيل في إحداها فلا ضمان على الملاح فيما ذهب من السفينة التي فيها صاحب المتاع أو وكيله وضمن فيما سوى ذلك، وعن أبي يوسف: إذا كانت السفن تنزل معاً وتسير فلا ضمان على الملاح فيما هلك، فإنهن كسفينة واحدة. وإن تقدم بعضها بعضها فكون أحدهما في إحداهن تكون أحدهما في كلهن.

وعن أبي يوسف أيضاً: - في سفينتين مقرونتين أحدهما في إحداهن - لا ضمان على الملاح، وكذا لو غير معروفتين ويسيرات معا ويجبران معاً^(١).
وجاء في مجمع الضمانات أيضاً:

(إذا استأجر شخصاً رجلاً لحفظ الخان فسرقت من الخان شيء لا ضمانات عليه؛ لأنه يحفظ الأبواب، أما الأموال فإنها في يد أربابها في البيوت. وروي عن أحمد بن محمد القاضي: في حارس يحرس الحوانيت في السوق فنقب حانوت فسرقت منه شيء أنه ضامن؛ لأنه في معنى الأجير المشترك، لأن كل واحد حانوت على حدة، فصار بمنزلة من يرعى غنماً لكل إنسان شاة ونحو ذلك، وقال الفقيه أبو جعفر والفقيه أبو بكر، الحارس أجير خاص، ألا يرى أنه لو أراد أن يشغل نفسه في موضع آخر لم يكن له ذلك، فلا يضمن الحارس إذا نُقب حانوت؛ لأن الأموال محفوظة في يد ملاكها، وهو الصحيح، وعليه الفتوى.. وفي الخلاصة^(٢): حارس يحرس الحوانيت في السوق، فنقب حانوتاً رجل، فسرقت منه شيء لا يضمن؛ لأن الأموال في يد أربابها، وهو حافظ الأبواب؛ لهذا قال الفقيه أبو جعفر، وعليه الفتوى، قال: وهذا قولهما، أما عند أبي حنيفة: لا يضمن

(١) مجمع الضمانات، ص ٤٧.

(٢) وهي للشيخ الإمام طاهر بن عبد الرشيد البخاري (ت ٥٤٢هـ) (ينظر: كشف الظنون ١/٧١٨).

مطلقاً وإن كان في يده؛ لأنه أجير.. والخاني المستأجر لحفظ الأمتعة ليلاً ونهاراً، ذهب إلى الحمام بعد طلوع الشمس وتركها بلا حافظ مفتوحة فكسر السارق مغلاق الأجير فسرق وسرق ما فيه لا يضمن ليلاً كان أو نهاراً، ولو سرق مما في الصحن يضمن" (١).

إذا تمهد ذلك ندخل الآن إلى المقصود، وهو:

❦ الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بضمان الأجير ❦

استدل بعض الباحثين على مشروعية التأمين بقياسه على مشروعية ضمان الأجير لما استؤجر له، وحيث كان ضمان الأجير مشروعاً فالتأمين كذلك يكون مشروعاً؛ لما في كل منهما من الضمان، وهو أمر مقبول شرعاً (٢).

وبيان ذلك: أن الأجير الحارس في عقد الحراسة "وإن كان مستأجراً على عمل يؤديه هو القيام بالحراسة نجد أن عمله المستأجر عليه ليس له أي أثر أو نتيجة سوى تحقيق الأمان للمستأجر على الشيء المحروس واطمئنانه إلى استمرار سلامته من عدوان شخص أو حيوان يخشى أن يسطو عليه، فهو ليس كعمل الصانع فيما استؤجر على صنعه، وعمل الخادم في الخدمة المستأجر عليها، وعمل الناقل في نقل الأشياء التي استؤجر لنقلها فنقلها إلى مكان لم تكن فيه، فكل هذه أعمال منتجة نتيجة محسوسة يقوم بها الأجير، أما الحارس، فليس لعمله أي نتيجة سوى هذا الأمان الذي بذل المستأجر ماله للحصول عليه

(١) مجمع الضمانات ص ٣٤ وما بعدها.

(٢) ينظر: الأستاذ مصطفى الزرقاء في أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٤٠٤ وكتابه: نظام التأمين، ص ٥١ و٩٥، وهامش ص ٨٠، والأستاذ عبد الكريم الخطيب في كتابه: السياسة المالية في الإسلام، ص ٢٠٨، والشيخ عبد الحميد السائح نقلاً عن: التأمين بين الحل والتحريم ص ٢٢١.

فهكذا الحال في عقد التأمين، يبذل فيه المستأمن جزءاً من ماله في سبيل الحصول على الأمان من نتائج الأخطار التي يخشاها^(١).

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

اعترض على ذلك: بأن "الأمان في عقد الحراسة غاية وليس محلاً للعقد، وطرفا العقد فيه هما الأجير، والمستأجر.. والأجير أجير خاص يأخذ في نظير القرار في مكان معين يكون فيه قائماً بالحراسة، والأجرة فيه على الزمن لا على مجرد العمل، ومن المؤكد أنه ليس محل العقد هو الأمان، وعدم السرقة، وإلا ما استحق الأجرة إذا قام بالحراسة على وجهها وسرق المكان المحروس.

أما القول: بأن المستأجر قد دفع الأجرة للحارس في مقابل الأمان الذي حصل عليه من الحراسة، فكذلك المستأمن بدفع الأقساط في مقابلة الأمان الذي يحصل عليه من المؤمن، فهذا مردود: بأن حصول الأمان للمستأجر من الحراسة أثر من آثار العقود، ولا تسمى محلاً للعقد، فمن اشترى عقاراً ليسكنه لا تعد غايته هذه محلاً للعقد، ولا يعد البائع ضامناً لهذه السكنى، وإلا لأدى ذلك إلى القول:

بأن من عاين ونظر واشترى ثم تبين له بعد ذلك بأن العقار لا يصلح للسكن يكون العقد لذلك باطلاً، وهذا لم يقل به أحد، إذن: فغايات العقود وبواعثها لا يمكن أن تعتبر محلها^(٢).

ثم إن الحارس يباشر عمله في موضع حراسته، أما الشركة فلا تلازم الشيء المؤمن عليه، والأجير يلتزم بالمباشرة طوال مدة سريان العقد المتفق عليه، بحيث تتحدد التزاماته بالمدة التي يباشرها، أما شركة التأمين فإنها تلتزم بها جميعاً وإن لم تمض من المدة المقررة في العقد إلا بعضها بل قد لا يمضي منها إلا دقائق معدودة، ومع ذلك تلتزم نفسها بضمان الشيء المؤمن عليه.

(١) ينظر: أسبوع الفقه الإسلامي ٥٢١-٥٢٢، نظام التأمين ٧٩-٨٠ و ٩٥.

(٢) أسبوع الفقه الإسلامي ٤٠٤، نظام التأمين ص ٥١.

من خلال ما تقدم يظهر لنا: أنه لا يصح قياس عقد التأمين على عقد الحراسة في الفقه الإسلامي، لأن الحارس إذا كان أجيراً خاصاً فالفقه لا يضمن الأجير الخاص للحراسة ما لم يعتمد التعدي والفساد.

وإذا كان أجيراً عاماً فبعض الفقهاء لا يقولون بضمانه إلا بالتعدي، ومن قال بضمانه فهو إنما يضمن إذا كانت العين المحروسة مسلمة اليد وتحت رعايته، وشركة التأمين ليست كذلك، فهي تضمن الخسارة بمبلغ متفق عليه كما سبق بيانه في الباب الأول^(١)، وهي لم تتعد ولم يكن لها يد في هذه الخسارة؛ لأن الشيء الذي سيقع عليه الخطر ليس في يدها أو تحت رعايتها على أي نحو، فهي تضمن، ولم تتعد، وتضمن والمؤمن عليه ليس في يدها، بل هو في الغالب في يد صاحبه.

وعقد التأمين بعد كل هذا لا يعطي المستأمن طمأنينة ولا أماناً، إذ الأمان يعني ضمان عدم وقوع الخطر، وليس ذلك بمقدور شركة التأمين، إنما هي تعوض عنه إن وقع، فالباعث عند المستأمن ليس هو رغبته في حفظ موضع التأمين من الخطر؛ لأنه يعلم أن شركة التأمين لن تقوم بجهد في حفظه، إنما باعته على ذلك هو رغبته في ضمان عوض مناسب عنه، إذا وقع الخطر عليه، أما صاحب الشيء في عقد الحراسة فإنه يقصد عادة حفظه بالحراسة من التعدي، ولا يقصد إطلاقاً العوض عنه من الحارس إذا وقع التعدي وهو لم يتعد أو يعتمد: هذا وحتى على مستوى البواعث النفسية نجد اختلافاً كبيراً بين العقدین، وعليه فكيف يصح قياس أحدهما على الآخر؟^(٢).



(١) راجع الباب الأول في شروط تحقق الخطر والتي منها: أن يكون متعلقاً بمحض إرادة أحد طرفي العقد، وينظر الوسيط ١٢٢٢/٧.

(٢) ينظر: الأستاذ أبي زهرة في أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٤٠٤ وما بعدها.

المبحث الثاني

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالوديعة

□ تمهيد: في بيان أمور تتعلق بالوديعة:

أولاً: تعريف الوديعة، ودليل مشروعيتها:

أ - تعريف الوديعة:

الإيداع في اللغة بمعنى: تسليط للغير على حفظ أي شيء كان مالا أو غير مال فيقال: (أودعتك الشيء، أي جعلته عندك وديعة، وقبلته منك وديعة، فهي من أسماء الأضداد تستعمل في إعطاء المال لحفظه وفي قبوله، والوديعة: واحدة من الودائع وتكون اسماً للإيداع، وتطلق على العين المودعة^(١)).

واصطلاحاً: عرفها الفقهاء بتعريفات متقاربة منها:

ما عرفها به بعض الشافعية حيث قال: الإيداع: توكيل في حفظ مملوك أو محرم مختص على وجه مخصوص.

وقال بعض الحنابلة: هو توكيل في حفظ المال تبرعاً^(٢).

وأهم ما يستفاد من تلك التعاريف: أن الوديعة يلزم حفظها سواء كانت مالا أو غير مال متى قبلها المودع عنده، وأن ملكيتها تبقى للمودع، فلا يملك المودع عنده التصرف فيها، وأنها مجرد توكيل واستئابة في الحفظ، وهي عقد تبرع إن شاء يقبلها المودع عنده أو يرفضها.

(١) تاج العروس: مادة: "ودع" مختار الصحاح ٧١٥.

(٢) مغني المحتاج ٧٩/٢، كشف القناع ١٦٧/٤، وينظر: فتح القدير ٨٨/٧، مجمع

الأثر ٣٣٧/٢، شرائع الإسلام ١٦٣/٢.

ب- دليل مشروعيتها:

مما يستدل على مشروعيتها: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾^(١) وقوله سبحانه: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(٢).

ومن السنة: قوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» رواه الترمذي وغيره^(٣).

والإجماع منعقد على ذلك؛ للحاجة الماسة والضرورة للإيداع والاستيداع^(٤).

ثانياً: أركانها، وبعض المهم من شروطها:

أ - أركانها:

للوديعة أركان أربعة:

- ١- المودع، بكسر الدال، وهو مالك العين المودعة، أو من له فيها حق التصرف.
- ٢- المودع، بفتح الدال، وهو الأمين الذي يحفظ الشيء المودع، ويقال المودع عنده أو المودع إليه خشية الالتباس بفاعل الإيداع. ويسمى: الوديع أيضاً.
- ٣- العين المودعة: وهي الشيء المودع مالاً كان أو غيره، وتسمى: الوديعة أيضاً.
- ٤- الصيغة التي تتضمن الإيجاب والقبول على خلاف بين الفقهاء في ذلك^(٥).

(١) سورة البقرة ٢٨٣.

(٢) سورة النساء ٥٩.

(٣) الترمذي ١٢٦٤ في البيوع باب ٣٨ وحسنه، وأبو داود ٢٦٠/٢ في البيوع باب الرجل يأخذ حقه من تحت يده، والدارمي ٢٦٤/٢، والحاكم في المستدرک ٤٦/٢، والدارقطني ٣٥/٣.

(٤) ينظر: مغني المحتاج ٧٩/٣.

(٥) ينظر: المصدر السابق نفسه.

ب- بعض شرائطها:

للوديعة شرائط عدة تقتصر على ذكر ما نحتاجه في بحثنا، ومنها:

١- قالوا يشترط في العين المودعة أن تكون قابلة لإثبات اليد عليها، فلا يصح إيداع الطير في الهواء والسماك في البحر.

ويصح عند الشافعية إيداع كل مملوك حتى ولو كانت خمرًا محترمة - وهي الخمر المتخذة لتكون خلا - ويجوز أيضاً إيداع جلد ميتة تطهر بالدباغ، والكلب المَعْلَم.

ولم يجوزوا إيداع ما لا اختصاص فيه كالكلب الذي لا يقتنى^(١).

ومما نص الفقهاء عليه أنهم قالوا: يجوز للوديع أن يشترط الأجرة على المالك لقاء حفظ الوديعة.

وعللوا جواز اشتراط الوديع الأجرة: بأن الوديعة توكيل بالحفظ. وعللوا بأن الوكالة بأجر جائزة، فكذلك الوديعة^(٢).

بعد هذا التمهيد نعود إلى المقصود بالبحث، وهو:

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالوديعة ﷺ

ما يمكن الاحتجاج به على جواز التأمين: أن الوديع إذا أخذ أجرة على الوديعة يضمنها إذا هلك، فكذلك شركة التأمين تضمن النظر في محل التأمين مقابل أجرة وهي قسط التأمين^(٣).

(١) ينظر: الخرشي ١٠٨/٦، مغني المحتاج ٨٠/٣، كشاف القناع ١٦٧/٤.

(٢) ينظر: القوانين الفقهية ٣٢٢، مغني المحتاج ٨١/٣، كشاف القناع ١٦٨/٤-١٦٩، الخرشي ١٠٩/٦.

(٣) مجموعة رسائل ابن عابدين ١٧٨/٢ وحاشية ابن عابدين ١٧٠/٤ وما بعدها.

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

هذا الاحتجاج أورده ابن عابدين في صورة اعتراض ثم أجاب عنه بقوله: إن القياس لا يصح، لأن المال في الوديعة يكون في يد المودع وتحت رعايته وإشرافه، وله في ذلك عمل هو حفظه، والحفظ واجب مقصود مقابل بدل، أما في هيئة التأمين فليس المؤمن عليه في يد هيئة التأمين، وليس لها عمل في حفظه، وليس حفظه من خصائص عقدتها أو شروط وأركانها، فليس هناك سبب لالتزامها بالضمان، فهو التزام مالا يلزم شرعاً.

ومن ناحية أخرى فإن المودع بأجر: كالأجير المشترك لا يضمن فيما لا يمكن الاحتراز عنه: كالموت والحريق ونحوها مما لا يمكن ضمانه والتعهد بدفعه. أما شركة التأمين فتضمن ما لا يمكنها الاحتراز عنه أو دفعه، فهي بهذا أيضاً تلتزم بما لا يلتزم شرعاً، فيبطل التزامها ويبطل معه ما يقابله بالضرورة^(١).

على أن المعروف من شروط الحنفية في الوديعة أن يكون المال قابلاً لإثبات اليد عليه^(٢)، وعقد التأمين يكون فيما لا تثبت يد شركة التأمين عليه، والشيء المؤمن عليه يبقى في حيازة المؤمن له، والمؤمن غير ملزم بالحفاظ عليه. لذلك فلا وجه للشبه بين التأمين والوديعة.



(١) ينظر: المصدران السابقان نفسيهما.

(٢) ينظر: شرح الدر المختار من حاشية ابن عابدين/ الصفحة السابقة.

المبحث الثالث

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بيع الوفاء

□ تمهيد: في بيان قضايا تتعلق ببيع الوفاء:

بيع الوفاء: هو بيع العين على أنه إذا رد عليه الثمن رد عليه العين.

ويسمى بيع الأمانة بمصر، وبيع الإطاعة في الشام، ويسميه بعض الحنفية بـ "بيع المعاملة" ويذكر عن الشافعية أنهم يسمونه: "الرهن المعاد". ويقال: إن هذا النوع من البيوع ظهر ببخاري وبلخ في القرن الخامس الهجري وسيلة للتخلص من الربا ولترغيب الأغنياء بالإقراض وتسجيل الاستقراض على المعسرين^(١).

وأكثر من بحث في هذا النوع من البيوع هم الحنفية، ومع ذلك فقد اختلفوا في حكمه وفي تكييفه على وجوه:

فمنهم من كيفه على أنه رهن؛ لأنه لا يملكه المشتري ولا ينتفع به إلا بإذن مالكة، وهو ضامن لما أكل من ثمره، ويسقط الدين بهلاكه، والعبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وقد أفتى بهذا أكثر فقهاء الحنفية^(٢).

وقد نظر هؤلاء الفقهاء إلى غاية بيع الوفاء ونتيجته فقالوا بأن حكمه لا يختلف عن حكم الرهن.

فقد روي عن نجم الدين عمر النسفي أنه قال: (البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالاً للربا وسموه - بيع الوفاء - هو رهن في الحقيقة؛ لا يملكه - المشتري - ولا ينتفع به إلا بإذن مالكة، وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره،

(١) ينظر: البحر الرائق ٨/٦، جامع الفصولين مع حاشية الرملي عليه ١٦٩/١ وما بعدها، حاشية ابن عابدين ٣٤١/٤، عقد البيع للأستاذ مصطفى الزرقاء، ص ١٢٤ نقلاً عن كتابه: نظام التأمين هامش ص ٨٩، نقلاً عن التأمين في الفقه الإسلامي ص ١٨٤.

(٢) ينظر: مع المصادر السابقة: الفتاوى الهندية ٣/١٥٠.

ويسقط الدين بهلاكه ولا يضمن الزيادة، وللبائع استرداده إذا قضى دينه، لا فرق عندنا بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام؛ لأن المتعاقدين - وإن سمياه بيعاً - ولكن غرضهما الاستيثاق بالدين؛ إذ العاقد يقول - بعد هذا العقد - : رهنت ملكي فلاناً، والمشتري يقول:

ارهننت ملك فلان، والعبرة في التصرفات للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فإن الحوالة بشرط أن لا يبرأ كفالة، والكفالة بشرط البراءة حوالة، وهبة الحرة نفسها بحضرة الشهود مع تسمية المهر نكاح.. ونظائره كثيرة.

قال السيد الإمام: قلت للإمام أبي الحسن الماتريدي: قد فشا هذا البيع بين الناس وفيه مفسدة عظيمة، وفتواك أنه رهن، وأنا أيضاً على ذلك، فالصواب: أن نجمع الأئمة ونتفق على هذا ونظهره بين الناس، فقال: المعتبر اليوم فتوانا فقد ظهر ذلك بين الناس، فمن خالفنا فليبرز نفسه وليقم دليله^(١).

ومن هنا يتبين أن بيع الوفاء - عند أكثر الحنفية - لا يصح اعتباره بيعاً: لأنه احتيال على الربا، وحكموا عليه بأنه رهن لا يختلف حكمه عن حكمه وعليه فإن للبائع على هذا الأساس - استرداد الشيء المباع وفاء بعد أداء الدين^(٢).

مناقشة الحكم والتكييف على هذا الوجه:

ناقش أحد الباحثين المعاصرين تنظير بيع الوفاء على أساس الرهن: بأنه يختلف عنه: من حيث أن بيع الوفاء تمليك منفعة للقرض في مقابل القرض بصورة مشروعة، وهو الأصل في نشوئه، أما الرهن فهو توثيق محض لا يوجب تمليك المرتضى منافع المرهون^(٣).

(١) جامع الفصولين ١/١٦٩-١٧٠.

(٢) الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية: ٣/٣٦.

(٣) الأستاذ مصطفى الزرقاء في كتابه: عقد البيع، ص ١٢٥ نقلاً عن التأمين في الفقه الإسلامي، ص ١٨٥.

الجواب على هذه المناقشة:

يقول الدكتور هاشم جميل: قوله: "بيع الوفاء: تملك منفعة في مقابل القرض بصورة مشروعة" هذا القول عجيب، فكيف تكون المنفعة في مقابل القرض وتكون مشروعة؟ والاتفاق حاصل بين الفقهاء على أن: كل قرض جر نفعاً فهو حرام ومنهم من قال أنه بيع صحيح، وذلك لامتلاك المشتري منافع البيع، أما الرد فهو وعد ملزم، لأن المواعيد بصورة التعليق لازمة لحاجة الناس إلا أنه لا يملك بيعه، ونقل الزيلعي أن على ذلك الفتوى^(١)، ومنهم من رأى أنه بيع فاسد؛ لأن شرط الرد مفسد^(٢).

واستقر الفقهاء المتأخرون على رأي أسموه "الرأي الجامع" وعدّوا بيع الوفاء عقداً جديداً ليس برهن محض، وأن ثمن الوفاء ليس بدين محض في ذمة البائع^(٣)، فكان عقداً مركباً من ثلاثة عقود: البيع الصحيح، والبيع الفاسد، والرهن. فهو عقد صحيح في حق بعض الأحكام؛ إذ جوزوا للمشتري ملك منافع المبيع وفاء بلا حاجة إلى الشرط، كما له أن يؤجر البيع وفاء من البائع نفسه ومن غيره ويستحق الأجرة.

وعقد فاسد؛ إذ أثبتوا له من أحكام البيع الفاسد حق الفسخ والتراد لكل من الطرفين، وهو رهن؛ إذ المشتري لا يملك عين المبيع، ولا يجوز له ولا للبائع التصرف في عين المبيع من بيع ورهن واستملاك وغيره.

ورجح ابن نجيم هذا القول وقال: لا ينبغي العدول عنه وذلك لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين لصاحبهما^(٤)، وبذلك أخذت مجلة الأحكام العدلية،

(١) تبين الحقائق ١٨٤/٥، البحر الرائق ٨/٦.

(٢) تبين الحقائق ١٨٣/٥، البحر الرائق ٨/٦، الرملي على جامع الفصولين: ١٦٩/١.

(٣) جامع الفصولين ١٨٧/١.

(٤) البحر الرائق ٩/٦، حاشية ابن عابدين ٣٤٢/٤.

فقد جاء في المادة ١١٨ منها: (بيع الوفاء: هو بيع المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع، وهو في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري به، وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى اقتدار كل من العاقدین على الفسخ، وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيع المبيع من الغير)^(١)، لكن جاء في شرح المجلة الآتي:

(إن بيع الوفاء صحيح في العقار على الإطلاق، أما في المنقول: فعلى الخلاف؛ فمنهم من أجازوه ومنهم من منعه).

قال الشارح حيدر أفندي رئيس محكمة التمييز الأول: إن مشايخ الإسلام كانوا يفتون بعدم الجواز، ولكنه حيث وردت المسألة في المجلة على الإطلاق وكان هذا البيع في حكم الرهن كان من المناسب القول بالجواز، وقد عبر بـ "بيع المال" احترازاً عن المستغلات الموقوفة والأرض الأميرية؛ لأنه وإن جرت على أصول الفراغ بالوفاء فليس بيعاً بالوفاء.

وقال أيضاً: إن بيع الوفاء كالرهن لا يتم إلا بالقبض. فإذا اشترى متزلاً فاحترق قبل أن يقبضه هلك على البائع، ولا يسقط من الدين، وإن مات قبل القبض فالمشتري أسرة للغرماء.

نعم إن المرحوم جودت باشا كان قد وضع رسالة في عدم اشتراط القبض لتمام بيع الوفاء إلا أن الفتوى خانته لم تستصوب ذلك)^(٢).

إذا تمهد ذلك فنتكلم الآن في المقصود من البحث، وهو:

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية المادة ١١٨ ص ١٢٣.

(٢) ينظر: المصدر السابق نفسه.

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بيع الوفاء ۞

فأقول: استدل بعض من قال بجواز التأمين التجاري بقياسه على بيع الوفاء^(١)، وصاغ بعضهم هذا الاستدلال بقوله: (إن بيع الوفاء عقد جديد ذو خصائص وموضوع وغاية يختلف فيها عن كل عقد آخر من العقود المسماة المعروفة قبله لدى فقهاء الشريعة، وهو ينطوي على غاية يراها الفقهاء محرمة؛ لأنه يخفي وراءه لونا من الربا المستور، وهو الحصول على منفعة من وراء القرض حيث يدفع فيه الشخص مبلغا من النقود ويسميه ثمنا للعقار ويسلمه صاحبه إلى دافع المبلغ الذي يسمى مشتريا للعقار لينتفع به بالسكن أو بالإيجار بمقتضى الشراء، بشرط أن صاحب العقار -الذي يسمى في الظاهر بائعاً- متى وفى المبلغ المأخوذ على سبيل الثمنية استرد العقار، ونتيجة ذلك أن من يسمى مشترياً بالوفاء لا يستطيع أن يتصرف بالعقار الذي اشتراه، بل عليه الاحتفاظ بعينه كالمرهون؛ لأنه سوف يكلف رده لصاحبه متى أعاد هذا إليه الثمن، ولكل منهما الرجوع عن هذا العقد، أي فسخه وطلب التراد ولو حددت له مدة. هذه خلاصة بيع الوفاء الذي تعارفه الناس في بُخارى وبلخ -واستقرت الفتوى في المذهب الحنفي على ما سمي: "القول الجامع" وهو أن بيع الوفاء ليس بيعاً صحيحاً ولا بيعاً فاسداً ولا رهناً، وإنما هو عقد جديد له موضوع وخصائص تختلف عن كل واحد من هذه العقود الثلاثة، ولكن فيه شبه من كل عقد من هذه الثلاثة، لذلك قرر له فقهاء المذهب فيما بعد أحكاماً مستمدة من هذه العقود الثلاثة جميعاً ولم يلحقوه بأحدها ويطبقوا عليه أحكامه، وبهذا القول الجامع أخذت

(١) ينظر: الأستاذ مصطفى الزرقاء في أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٣٨٧ وما بعدها وكتابه نظام التأمين، ص ٣٤ وما بعدها، والدكتور قحطان الدوري في رسالته: التأمين في الفقه الإسلامي، ص ١٧٨ وما بعدها.

مجلة الأحكام العدلية^(١)، حتى جاء القانون المدني^(٢) فمنع بيع الوفاء استغناء بأحكام الرهن الحيازي.

والتاريخ اليوم يعيد نفسه فتتجدد لدينا مشكلة نظير مشكلة بيع الوفاء هي مشكلة "عقد التأمين"، فبعض العلماء يراه عقد مقامرة، وبعض آخر يراه عقد رهان يتحدى فيه قضاء الله وقدره، وبعض آخر يراه عقد مقامرة، وبعض آخر يراه التزام ما لا يلزم وآخرون يرونه عقد تعاون مشروع، لأن غايته التعاون على ترميم المضار وتفتيت مصائب الأقدار، فهو نظام معاوضة تعاونية وإن انحرف به ممارسوه، وأحاطوه بشوائب ليست من ضرورة نظامه، وهذا لا يعني تشبيه عقد بيع الوفاء بعقد التأمين من حيث الموضوع، وإنما بيع الوفاء شاهد واقعي في تاريخ الفقه الإسلامي على جواز إنشاء عقود جديدة وإن اعتراه في أول نشأته ما اعترى اليوم عقد التأمين من اختلاف في تخريجه وتكييفه وإلحاقه ببعض العقود المعروفة قبلاً وتطبيق شرائط عليه، أو اعتباره عقداً جديداً مستقلاً يقرر له من الأحكام الفقهية ما يتناسب مع خصائصه وموضوعه^(٣).

ويؤكد باحث آخر^(٤) هذا التخريج، ويحصر التشابه بين عقد التأمين وبين بيع الوفاء من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن بيع الوفاء عقد جديد قائم بذاته لا يشبه عقداً من العقود المسماة في الفقه الإسلامي، وكذا عقد التأمين لا يجمع أن يكون عقداً حديثاً.

الوجه الثاني: أن بيع الوفاء مبني على العرف؛ لأن الناس تعارفوا عليه احتيلاً

(١) ينظر: مجلة الأحكام العدلية مع شرحها فيما تقدم قريباً.

(٢) يعني به القانون المدني المصري.

(٣) عقد التأمين ٧٠-٧٣.

(٤) الدكتور قحطان الدوري.

لربما، لأن صاحب المال لا يقرض إلا بنفع، والمستقرض محتاج، فأجازوا ذلك لينتفع المقرض بالمبيع وتعارفه الناس، لكنه مخالف للنص، فرجحوا كونه رهنا.

كما إن بيع الوفاء فيه غرر ومخاطرة؛ لأنه يجوز أن لا يستطيع المستقرض رد الثمن عليه ليرد العين فيخسر المبيع الذي قد يعادل ثمنه أضعاف المال المعطى إليه ثمنا لذلك المبيع. ومع ذلك فالعرف الذي بني عليه بيع الوفاء مخصص للنصوص التي تحرم الربا والغرر والمخاطرة، وكذلك التأمين، فإنه قد جرى به العرف ويصلح أن يخصص النصوص المحرمة التي يعتمد عليها المحرمون للتأمين على أساس الغرر والربا والمخاطرة.

الوجه الثالث: لما كان بيع الوفاء عقدا مركبا من ثلاثة عقود "البيع الصحيح والفاقد والرهن" فأصبح عقدا قائما بذاته يجمع من كل عقد بعض الصفات، فكذلك التأمين فيه من صفات بيع الوفاء.

وفيه ضمان ما هو على خطر الوجود، وضمان المجهول وغير ذلك فشابهت بيع الوفاء من هذه الناحية"^(١).

✍ **مناقشة هذا الاستدلال:**

نوقش هذا الاستدلال بوجه إجمالي بالآتي:

إن هذا العقد - بيع الوفاء - قد شاع في بلاد ما وراء النهر، وصارت القروض لا تدرس إلا على أساسه، وللتأمين حاجة فيها، فصارت الحاجة تطلبه، والحاجات نزلت منزلة الضرورات، ولذلك نقل ابن نجيم وغيره صحته، والذين قالوا بصحته اختلفوا: أخرج على أنه رهن؟ أم يخرج على أنه بيع فيه شرط الخيار للبائع؟ فعلى الأول: لا تباح الغلة، وعلى الثاني لا تنتقل الملكية إلى

(١) التأمين في الفقه الإسلامي ١٨٧-١٨٨.

المشتري، لأنه إذا كان الخيار للبائع تستمر ملكيته للمبيع بمقتضى أحكام المذهب الحنفي، والكثيرون من الفقهاء لا يبيحونه، ولا ينبغي أن يستشهد بعقد تحيط به الشبهات على هذا النحو، وعلى فرض إباحته فقد أدخل في عقد قائم: أما الرهن.. وأما البيع.. فلا يكون واحد منهما جديداً^(١).

بعد هذا أقول:

إن هذه المناقشة تكفي رداً إجمالياً على الاستدلال بشبه التأمين ببيع الوفاء، لكن أحد المستدلين - كما سبق قد فصل وحصر وجه الشبه بين العقدين بثلاثة أوجه، وهذه المناقشة تكفي للرد على الوجهين الأول والثالث، أما الوجه الثاني فهو لا زال بحاجة إلى المزيد من المناقشة. وبيان ذلك:

إن المستدل قد بني استدلاله على أساس أن جواز بيع الوفاء مبني على العرف، ومع تضمنه للربا والغرر والخطر، فإن العرف الذي بني عليه جواز هذا البيع يخص النصوص المحرمة للربا والغرر والمخاطرة، وكذلك التأمين فإن تعارف الناس على العمل به يخص كل الأدلة الدالة على تحريمه.

والاحتجاج على حل التأمين بهذه الطريقة يتضمن اتجاهات خطيرة يتعدى بكثير مسألة التأمين، وفيه نظر شديد نوضحه في الآتي: -

أولاً: لم يقل أحد من الذين ذهبوا إلى جواز بيع الوفاء بأن جواز هذا البيع مبني على العرف، وإنما القول بالجواز مبني على الحاجة العامة المتزلة منزلة الضرورة، وقد أوضحت ذلك المناقشة السابقة للاستدلال^(٢).

وإذا كان الأمر كذلك وسلمنا القول بجواز بيع الوفاء بناءً على الضرورة، فإن القول بحل التأمين حينئذ يحتاج إلى وجود الضرورة إليه، أو على الأقل

(١) ينظر: الشيخ أبو زهره في أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٥١٦ وما بعدها، و ٥٤٠ وما بعدها.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين ٣٤١/٤.

وجود حاجة عامة تنزل منزلة الضرورة، والضرورة أو الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة غير موجودة في التأمين^(١)، والواقع يشهد بذلك، ومن ادعى وجود شيء من ذلك فعليه إثباته، ولدى إثبات ذلك فإن الأمر حينئذ لا يحتاج إلى قياس التأمين على بيع الوفاء ما دام الأصل - الذي يبنى عليه الجواز وهو الضرورة - موجوداً؛ لأن من المعلوم: أن الضرورات تبيح المحظورات.

ثانياً: دعوى المستدل: أن جريان عمل الناس بصورة من الصور التي يتناولها النهي يعد عرفاً يخص به دليل التحريم... هذه دعوى خطيرة لا أعلم أحداً من فقهاء هذه الأمة قال بها، ولا أظن أن أحداً يدرك خطورتها يمكن أن يتخذها أصلاً من الأصول الفقهية التي يمكن أن يستند إليها في استنباط الأحكام؛ وذلك لأن الانسياق وراء هذا الأصل يمكن أن يفتح الباب على مصراعيه بتحليل المحرمات؛ لأن هذا يستلزم القول بأن الناس إذا اعتادوا - مثلاً - لوناً من القمار كان ذلك عرفاً يخص به الدليل العام لتحريم القمار، وإذا جرينا وراء هذا الأصل فإن ذلك سيؤدي - كما قلنا - إلى فتح باب تحليل المحرمات على مصراعيه، وينهار التشريع من أساسه، ومن هنا نجد الفقهاء قد احتاطوا لمثل هذا الاتجاه في التفكير حينما قرروا، بأنه لا اعتبار للعرف إذا خالف النص، ولننقل النص الآتي من أحد كتب الأصول ليتبين لنا بأن ما ذكرناه موضع اتفاق بين العلماء.

يقول هذا النص: (لا نزاع بين العلماء في أن العرف إذا كان مخالفاً لأدلة الشرع وأحكامه الثابتة التي لا تتغير باختلاف البيئات والعادات لا يلتفت إليه ولا يعتد به بل يجب إلغاؤه: كتعارف الناس شرب الخمر، والتعامل بالربا، ولعب الميسر، ومشى النساء وراء الجنائز، وخروجهن كاسيات عاريات، وإضاءة الشموع

(١) من الباحثين من قال بجواز التأمين للضرورة وسناقش ذلك في البحث الثالث عشر من هذا الفصل.

على المقابر، وغير ذلك من الأمور التي حرمتها الشريعة، لما يترتب من المفساد الدينية والاجتماعية الثابتة التي لا تتغير بتغير الظروف والعادات^(١).

على ذلك: فإذا كان المستدل يقر بأن التأمين يتضمن الربا، والغرر، والمقامرة وكل هذه محرمة نصاً فكيف يجعل الاعتماد عليه عرفاً يخص به النص؟
على أنه هنا قد يرد السؤال الآتي:

هل القول: بأن المسلمين اعتادوا التأمين هو حقيقة أو مجرد دعوى؟
هنا ينبغي فحص حال المسلمين، فهل يوجد عليه إقبال شديد منهم بحيث يمكن أن تقول بأنهم قد اعتادوه حتى أصبح العمل به عرفاً لهم؟

الحق أن الواقع يشهد بخلاف ذلك، وأن هذا القول مجرد دعوى، ولو ترك المسلمون وحالهم لما أقدم عليه إلا التمر اليسير، وعلى ذلك يتوجه السؤال الآتي:
لو فرضنا أن التعارف على التأمين لا يعارض النصوص، فأين هو هذا العرف أصلاً لكي يصح لنا بعد ذلك أن ندعي أنه عرف صحيح يمكن أن يخص به النص؟
ثالثاً: المناقشة السابقة كلها مسوقة على افتراض أننا نسلم بجواز بيع الوفاء،

لكننا الآن فوق ما سبق كله نقول: بأننا لا نسلم القول بجوازه، وذلك للآتي:
إن هذا البيع من بيوع الذرائع الربوية، لأن البيع هنا غير مقصود أصلاً، وإنما المقصود التحايل على الانتفاع بالقرض، ومن القواعد المعروفة: أن كل قرض جر منفعة فهو حرام، خصوصاً إذا كانت مشروطة^(٢).

والحصول على غلة ما يسمى مبيعاً في بيع الوفاء مشروط، أوفى حكم المشروط؛ لأن المتعارف عليه في هذا البيع أن غلة المبيع أو قسماً منها للمشتري، والمعروف كالشرط وعلى ذلك فهذا البيع حرام؛ لأن المقصود منه التحايل على

(١) أصول الفقه: زكي الدين شعبان / ١٧٦.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥: ١٦٦.

الربا، وقاعدة الشرع المستمرة المنصوص عليها على لسان الرسول ﷺ هي: «إنما الأعمال بالنيات»^(١) رواه البخاري ومسلم^(٢).

وعليه فنظائر هذا البيع عند الحنفية - الذين نقل القول بجواز بيع الوفاء عن بعض علمائهم - تقتضي بتحريمه؛ وذلك لأنه من بيع العينه، وبيع العينه له صور عديدة يشملها كلها؛ أنه معاملة لها صورة البيع، ولكن البيع فيها غير مقصود، وإنما المقصود التحايل على الربا. وهذا البيع حرام عند الحنفية وجمهور الفقهاء^(٣).

على أن القائل بخلاف ذلك محجوج بالنص فعن عطاء بن أبي رباح عن ابن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا تبايعتم بالعينه، وأخذتم بأذناب البقر، ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم»^(٤).

قال الزيلعي: صححه ابن القطان.

والحديث له طريقان: أحدهما عند أبي داود عن ابن عمر أيضاً، والثاني عن عبد الله بن عمرو بن العاص. وفي هذين الطريقين مقال لا يضر؛ لأنهما معتمدان بالطريق المذكور الذي صححه ابن قحطان^(٥).

ويعضد ذلك حديث العالية، قالت "خرجت أنا وأم محبة إلى مكة، فدخلنا على عائشة، فسلمنا عليها، فقالت لها أم محبة: يا أم المؤمنين، كانت لي جارية، وإني بعثتها من زيد بن أرقم الأنصاري بثمانمائة درهم إلى عطائه، وأراد أن يبيعهها

(١) الفتاوى الهندية ١/١٧٨.

(٢) البخاري ٢/١، مسلم ١٩٠٧.

(٣) القوانين الفقهية: ٢٣٣، وينظر فقه الإمام سعيد بن المسيب: ٧/٣ وما بعدها والمصادر التي نقل عنها.

(٤) نصب الراية ١٧/٤، سنن أبي داود، ٧٤/٣، نيل الأوطار ٥، ١٧٥.

(٥) ينظر: المصادر السابقة نفسها.

فابتعتها منه بستمائة درهم نقداً، قالت: فأقبلت علينا فقالت: بئسما شريت وما اشتريت، فأبلغني زيدا: أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب، فقالت: أرايت إن لم آخذ منه إلا رأس مالي؟ قالت: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ﴾^(١) رواه الدار قطني والبيهقي^(٢).

لكن اعترض: بأن هذا قول عائشة خالفها فيه زيد بن أرقم، وبأن في إسناده العالية، وهي مجهولة^(٣).

والجواب على ذلك: أن أم المؤمنين قد ذكرت بأن هذا العمل يوجب بطلان الجهاد، وهذا قول لا يعرف بالاجتهاد، فلا بد أن تكون قد علمت بذلك بنص من الشارع فهذا من الموقوف الذي له حكم المرفوع. وأما العالية: فهي امرأة معروفة جليلة القدر، سمعت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، وقد وثقها العجلي، وروى عنها زوجها وابنها، وهما إمامان، وقد ذكرهما ابن حبان في الثقات^(٤).

وبهذا يتبين أن بيع العينة حرام؛ للنص على ذلك، ولأنه حيلة للربا، وبما أن بيع الوفاء صورة من صور العينة - كما هو واضح - فهو حرام أيضاً، وعلى من ادعى حله الإتيان بنص يعارض النصوص الدالة على التحريم. ومن هنا نجد الكثير من أئمة الحنفية وربما أكثرهم قد ذهبوا إلى القول بتحريم بيع الوفاء، وقد ذكروا صراحة: أن علة تحريم هذا البيع هي كونه احتيالياً للربا، وقالوا: هذه مفسدة عظيمة. وقد نقل ابن عابدين عن جواهر الفتاوى: أن هذا هو الصحيح،

(١) سورة البقرة: جزء من الآية: ٢٧٥ .

(٢) سنن الدار قطني ٣١١/٢، السنن الكبرى للبيهقي ٣٣٠/٥.

(٣) ينظر: المصدران السابقان.

(٤) تهذيب التهذيب ٤٣٣/٢، ميزان الاعتدال ٦٠٨/٤.

ونقل عن الفتاوى الخيرية: أن هذا هو الذي عليه الأكثرون^(١). وقال في الفتاوى الهندية: على هذا فتوى السيد أبي شجاع السمرقندي، وفتوى القاضي علي السغدري وكثير من الأئمة^(٢).

بعد كل ما سبق: إذا ثبت أن بيع الوفاء من البيوع المحرمة، فإنه لا يبقى بعد ذلك وجه للاستدلال على جواز التأمين بشبهه بهذا البيع.



(١) ينظر: حاشية ابن عابدين ٢٧٦/٥ وينظر لابن عابدين: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ٣٩٩/٢ - ٣٠١.

(٢) الفتاوى الهندية ١٧٨/١.

المبحث الرابع

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالمضاربة

□ تمهيد: في بيان أمور تتعلق بالمضاربة:

أولاً: تعريف المضاربة، ودليل مشروعيتها:

أ - تعريف المضاربة:

المضاربة لغة: اسم مشتق من الضرب، بمعنى السفر^(١). وقيل: سميت بالمضاربة؛ لأن كل واحد منهما يضرب في الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال والتقليب فيه^(٢). وقد شاعت هذه التسمية عند أهل العراق، واستعملها فقهاء الحنفية والحنابلة والزيدية^(٣). أما أهل الحجاز فيسمون هذه المعاملة: القراض. والقراض قيل: هو مشتق من المقارضة، وهي: المساواة؛ لأن المال من المالك والعمل من العامل، أو لتساويهما في الربح^(٤). وقيل: القراض مأخوذ من القرض، وهو القطع؛ لأن رب المال يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها^(٥)، وعلى هذه التسمية غالب فقهاء المالكية والشافعية^(٦).

أما في الاصطلاح: فقد عرفت بتعريفات عدة، منها: ما عرفها به ابن عابدين حيث يقول: (هي عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب)^(٧).

(١) ينظر: لسان العرب: مادة (ضرب) .

(٢) ينظر: نهاية المحتاج ٢١٧/٥، تحاف المتقنين بشرح أسرار إحياء علوم الدين: ٤٦٥/٥.

(٣) ينظر: المغني ٢٦/٥، الهداية ٢٠٢/٣، الروض النضير ٣٤٥/٣.

(٤) نهاية المحتاج: ٢١٧/٥.

(٥) المصدر السابق نفسه.

(٦) الأم: ٣: ٢٣٣، المدونة الكبرى: ٨٦/١٢.

(٧) حاشية ابن عابدين: ٤٨٣/٤.

ويلاحظ هنا: أن العامل إنما يقدم هنا جهده وعمله، وليس عليه شيء من رأس المال ولا يتحمل شيئاً من خسارته، وإنما ينحصر نصيبه من هذه الشركة الناتج عنها بالقدر الذي تم الاتفاق عليه بينه وبين صاحب رأس المال إن تحقق ربح، وإن لم يتحقق من هذه العملية ربح فإن العامل في هذه الحالة يخسر الجهد الذي بذله فيها، ويتحمل صاحب رأس المال خسارة رأس ماله^(١).

ب- دليل مشروعيتها:

أما دليل مشروعيتها فهو الإجماع، وذكر الفقهاء: أن الكتاب والسنة لم يرد فيهما نص على مضمون المضاربة وشروطها، لذا فدليل مشروعيتها معتمد على الإجماع المستند إلى السنة التقريرية^(٢).

نقل ذلك الإجماع ابن قدامة عن ابن المنذر^(٣)، ويقول ابن حزم (كل أبواب القفه ليس منها باب إلا وله أصل في القرآن والسنة نعلمه والله الحمد حاشا القراض فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة، ولكنه إجماع صحيح مجرد، والذي نقطع به أنه كان في عصره ﷺ)^(٤).

ثانياً: طبيعة عقد المضاربة ومجال عمله:

اختلف الفقهاء في طبيعة عقد المضاربة هل هي من عقود المعاوضات المحضة - كالإجارة - أو هي من عقود المشاركات التي هي ليست من عقود المعاوضات المحضة، وإنما فيها شوب المعاوضة؟

(١) ينظر: المصدر السابق نفسه.

(٢) السنة التقريرية: هي ما أقره ﷺ من غير أن يرد عنه فيه قول أو عمل بعد البعثة. وهي حجة كالسنة القولية. (ينظر الموافقات ٣/٣٠٨).

(٣) ينظر: المغني ٥/٢٦.

(٤) مراتب الإجماع: لابن حزم، ص ١٠٦.

يرى الجمهور أنها من عقود المعاوضات المحضة، بذلك قال الحنفية، والمالكية، والشافعية^(١).

والمضاربة عندهم لا يقاس عليها، لأنها هي من حيث الأصل قد ثبتت على خلاف القياس، فهي استئجار بأجر مجهول، وقياس هذا العقد أن يكون باطلاً، إلا أن القياس تُرك هنا للإجماع، أو للرفق بالناس، أو للأدلة الأخرى التي دلت على مشروعيتها^(٢).

وهكذا فقد ضيق الجمهور دائرة هذا العقد وحصروه في نطاق محدود. ويرى الحنابلة: أن المضاربة من عقود المشاركات وليس من جنس المعاوضات المحضة^(٣).

وبهذا تتوسع دائرة العقد عندهم لتشمل أي اتفاق آخر يقوم على هذا الأساس. ويوضح ابن القيم ما قرره شيخه ابن تيمية^(٤) بعدم وجود أمر في الشريعة على خلاف القياس فيقول: (فالذين قالوا: المضاربة، والمساقاة^(٥))، والمزارعة^(٦) على خلاف القياس ظنوا أن هذه العقود من جنس الإجارة، لأنها عمل بعوض،

(١) ينظر: بدافع الصنائع ٧٩/٦، بداية المجتهد ١٧٨/٢، نهاية المحتاج ٢١٨/٥.

(٢) ينظر المصادر السابقة نفسها.

(٣) ينظر: المغني ٩/٥.

(٤) ينظر كلام ابن تيمية رحمه الله في كتابه: القواعد النورانية، ص ١٧٠.

(٥) المساقاة: وتسمى بالمعاملة عند بعض الفقهاء وهي: دفع الشجر لمن يعمل به على أن يكون الثمر بين العامل وضاحب الشجر. وهذا التعامل جائز عند الجمهور، وقد قصر بعضهم الجواز في المساقاة على النخل والكرم كالشافعي في الجديد، وقصره بعض الظاهرية على النخل فقط. ينظر المحلى ٢٢٩/٨ وما بعدها، مغني المحتاج ٣٢٣/٢ وما بعدها.

(٦) المزارعة: عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج من الأرض بشرائطه الموضوعة له شرعاً. ينظر: بدائع الصنائع ١٧٥/٦.

والإجارة يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض، فلما رأوا أن العمل والريح في هذه العقود غير معلومين قالوا: هي على خلاف القياس، وهذا من غلطهم، فإن هذه العقود من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات المحضة التي يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض، والمشاركات جنس غير جنس المعاوضات وأن كان فيها شوب المعاوضة^(١).

ومن هنا اختلف الفقهاء في مجال عقد المضاربة، أهو مقصور على العمل التجاري الخاص في البيع والشراء فقط أم يشمل غيره من النشاطات التي يتم فيها تحويل رأس المال وتكليفه إلى أنشطة متعددة كشراء الحنطة وطحنها ومن ثم بيعها؟ وقد انقسم الفقهاء هنا على فريقين، أحدهما: مضيق، وهو أكثر الشافعية وبعض الحنفية^(٢). فلا تجوز المضاربة عندهم على أن يشتري العامل حنطة فيطحن ويخبز ويبيع، أو غزلاً فينسجه ويبيعه، أو ذهباً فيصوغه حلياً ويبيعه، ونحو ذلك، لأن المضاربة مشروعة رخصته على خلاف القياس للحاجة إليها. وهذه أمور يتيسر الاستئجار عليها، فلم تشملها الرخصة^(٣).

وثانيهما: موسع. وهم المالكية والحنابلة وبعض الحنفية، فلا ينحصر العقد عندهم في حدود التجارة فقط، بل يشمل أنشطة أخرى: كدفع دابة لمن يعمل عليها، أو دفع ثوب إلى خياط ليفصله قمصاناً ثم يبيعه والربح بينهما^(٤).

ثالثاً: بعض شروط صحة المضاربة التي يهمننا ذكرها هاهنا:

للمضاربة شروط، منها ما يتعلق برأس المال، ومنها ما يتعلق بالربح، ومنها ما يتعلق بالعمل، ونذكر منها الآتي:

(١) أعلام الموقعين: ٣٣٦/١، وينظر معه مصادر الهامشين السابقين.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٩٨/٦ - ١٠٠، نهاية المحتاج ٢٢٢/٥.

(٣) ينظر: نهاية المحتاج ٢٢٢/٥.

(٤) ينظر: المدونة ١٢/١٢، شرح منتهى الإرادات: ٣٣٨/٢، حاشية ابن عابدين: ٤٨٥/٥.

أ- بعض الشروط المتعلقة برأس المال. ونذكر منها الآتي:

١- أن يكون رأس المال معلوماً، فلا تصح المضاربة على مجهول^(١).

٢- أن يكون رأس المال مسلماً للمضارب^(٢).

ب- بعض الشروط المتعلقة بالربح. ونذكر منها الآتي:

١- بيان كل من الطرفين من الربح عند التعاقد على أن يكون نصيب كل

منهما مقدراً بنسبة شائعة من الربح: كالنصف والثلث ونحو ذلك، ولا

يصح أن يكون الربح مقدراً بدراهم معلومة، فإن قدر بدراهم معلومة

بطلت المضاربة اتفاقاً. نقل الإجماع على ذلك ابن المنذر على ما نقله ابن

قدامة عنه^(٣). وإذا لم يحدد نصيب كل منهما من الربح على نحو ما مر

ذكره بطلت المضاربة أيضاً عند جمهور الفقهاء.

وقال أكثر الحنفية: إذا جرى العقد على أنهما شريكان في الربح صح،

وحمل ذلك على أن الربح بينهما نصفان. بذلك قال أبو حنيفة وأبو سيف، أما

مذهب محمد فهو موافق للجمهور.

وقال المالكية: إن كان هناك عرف يحدد نصيب كل منهما عمل بالعرف،

وإلا فسدت المضاربة^(٤).

٢- أن يكون الربح مشتركاً بين المتعاقدين، بأن لا يختص أحدهما دون الآخر،

فإذا اشترط الربح لأحدهما دون الآخر فإن هذا العقد لا يكون عقد

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٨٢/٦.

(٢) ينظر: المصدر السابق نفسه.

(٣) ينظر: المغني ٣٨/٥.

(٤) ينظر: بداية المجتهد ١٧٨/٢، بدائع الصنائع ٨٥/٦، المغني ٣٤/٥، روضة الطالبين:

١٢٣/٥.

مضاربة إجماعاً، لكن اختلفوا هل تتحول إلى عقد آخر أم تبطل اختلافاً واسعاً لا أرى حاجة لذكره^(١).

٣- أن يكون المشروط للمضارب نصيباً من الربح، فلو شرط من رأس المال أو منهما فسدت المضاربة^(٢).

ج - بعض الشروط المتعلقة بالعمل، ونذكر منها الآتي:

١- أن يكون في المضاربة عمل، وهل العمل محصور في التجارة فقط، أو يمكن أن ينضم إلى ذلك تقليب المال في أعمال أخرى يمكن أن تؤدي إلى الربح؟ في ذلك خلاف مبني على الخلاف في طبيعة عقد المضاربة ومجال عملها الذي تم بحثه فيما سبق^(٣).

٢- يشترط في المضاربة أن يكون هناك عمل من الطرف الآخر المقابل لصاحب رأس المال، واشترط الجمهور أن يختص المضارب بالعمل، وإلى ذلك ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والزيدية، وبعض الإمامية^(٤). ومن حجتهم: إن شرط عمل رب العمل يعني بقاء يده على المال وهذا يجعل الشرط فاسداً^(٥).

ويرى الحنابلة وبعض الإمامية صحة شرط عمل رب المال مع العامل^(٦)؛

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٨٦/٦، مغني المحتاج ٣١٢/٢، شرائع الإسلام ١٤٠/٢.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٨٦/٦، الاختيار ٢٨/٣.

(٣) بدائع الصنائع ٩٨/٦ - ١٠٠، نهاية المحتاج ٢٢٢/٥ وما بعدها.

(٤) بدائع الصنائع ٨٥/٦، تكملة حاشية ابن عابدين ٢٨٣/٨، المدونة ١١/١٢ البحر الزخار ٨١/٤ - ٨٢، مفتاح الكرامة ٤٤٦/٧.

(٥) بدائع الصنائع ٨٥/٦.

(٦) ينظر المغني ٢٩/٥، مفتاح الكرامة ٤٤٦/٧.

لأن غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعمله في مال غيره، وهذا هو حقيقة المضاربة^(١).

إذا تمهيد ذلك أذكر الآن المقصود بهذا المبحث، وهو:

﴿ الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالمضاربة ﴾^(٢)

فأقول: قاس بعض القائلين بالجواز عقد التأمين على عقد المضاربة، بل هو عند بعضهم^(٣) عقد مضاربة، لأن المضاربة في الشريعة تعني: عقد شركة في الربح، بمال من طرف وعمل من طرف آخر، وفي التأمين: المال من جانب المشتركين، والربح للمشاركين وللشركة بحسب الاتفاق^(٤).

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

الاعتراض الأول:

اعتراض: بأن شرط صحة المضاربة: أن يكون الربح بين صاحب المال والقائم بالعمل شائعاً مقدراً بالنسبة، وهو ليس كذلك في التأمين، إذ يشترط فيه للمشارك قدر معين، وقد سبق بيان أن اشتراط قدر معين يجعل المضاربة غير صحيحة لشبهها حينئذ بالربا^(٥).

(١) المغني: ٢٩/٥.

(٢) من القائلين بذلك الأستاذ عبد الوهاب الخلاف في أسبوع الفقه الإسلامي ن ص ٥٠٤، مجلة لواء الإسلام، العدد (١١)، ص ٧٠٨ وما بعدها، والدكتور محمد البهي في كتابه: نظام التأمين في هدى أحكام الإسلام وضرورات المجتمع، ص ٤٣، ومحمد سمير سرحان في مجلة الحارس، العدد (٢٥)، سنة ١٩٧٣، ص ٣٤، والشيخ علي الخفيف في: التأمين في الفقه الإسلامي، ٧٢-٧٣.

(٣) هو الأستاذ عبد الوهاب خلاف، في أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٤٥٤.

(٤) ينظر: المصدر السابق نفسه.

(٥) أورد هذا الاعتراض على نفسه الأستاذ عبد الوهاب خلاف ليجيب عنه هو بعد ذلك. ينظر: أسبوع الفقه الإسلامي: ٤٥٤.

وأجيب: (بأن اشتراط زيادة معينة ليست من الربا المحرم بالنص، استناداً إلى فتوى صاحب [تفسير المنار]، فإنه يرى: "أن لا يدخل في الربا من يعطي آخر مالاً يستغله، ويعطي له من كسبه خطأ معيناً، لأن مخالفة قواعد الفقهاء في جعل الحظ معيناً قل الربح أو كثر لا يدخل ذلك في الربا الجلي المركب المخرب للبيوت، لأن هذه المعاملة نافعة للعامل ولصاحب المال معاً... الخ" (١).

هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية: بأن اشتراط أن يكون الربح نصيباً لا قدرأً معيناً خالف فيه بعض المجتهدين من الفقهاء، وليس حكماً مجمعاً عليه (٢).

وأجيب: الجواب السابق عن الاعتراض الأول على الاستدلال قد بناه المستدل على رأي للسيد رشيد رضا يجب بيانه هنا بإيجاز شديد لخطورته،

وحاصله: أن السيد رشيد رضا يرى أن الربا الجلي المحرم بنص الكتاب في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بَاطِلًا كَمَا كُنْتُمْ تَأْكُلُونَ﴾ (٣) هو الربا المعروف في الجاهلية، وهو في رأيه الصورة الآتية فقط:

أن يكون لشخص على آخر دين ثابت في ذمته مؤجل إلى أجل معين، فيحل ذلك الأجل، فإذا لم يسدد المدين دينه زيد على الدين من أجل تأخير المطالبة به إلى أجل آخر.

فهذا عنده فقط هو الربا الجلي الذي نص القرآن على تحريمه.

وعليه: فليس من الربا المنصوص عليه -في رأيه- الزيادة على أصل الدين عند العقد، بدليل اختلاف الصحابة فيه، فالنهي عنده محمول على الكراهة، أو هو لسد الذريعة، وما نهي عند لسد الذريعة يباح للمصلحة. وكرر السيد رشيد

(١) تفسير المنار: ١١٦/٣.

(٢) أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٤٥٤.

(٣) سورة آل عمران، الآية ١٢٠.

رضا ذلك في أكثر من موضع في تفسيره، وفي فتاويه^(١).

والجواب عن ذلك من وجوه:

الوجه الأول: القول بأن الزيادة على الدين في أصل العقد ليست من ربا الجاهلية قول ليس بصحيح.

فقد ذكر المفسرون والفقهاء: أن الزيادة في أصل العقد، والزيادة عند حلول الأجل كل ذلك من ربا الجاهلية. ذكر ذلك الجصاص، والكنيا المهراسي وابن رشيد وغيرهم^(٢).

وقال ابن حجر الهيتمي: (ربا النسيئة هو الذي كان مشهورا في الجاهلية؛ لأن الواحد منهم كان يدفع ماله لغيره إلى أجل، على أن يأخذ منه كل شهر قدرا معيناً، ورأس المال باق بحاله، فإذا حل طالبه برأس ماله، فإذا تعذر عليه الأداء زاد في الحق والأجل، وتسمية هذا نسيئة مع أنه يصدق عليه ربا الفضل أيضاً؛ لأن النسيئة هي المقصودة فيه بالذات)^(٣).

فهذا النص، وتلك الأقوال كلها تدل على أن ربا الجاهلية كان يشترط في صلب العقد كما كان يشترط عند حلول الأجل.

فلم يبق مجال للقول بأن الزيادة في صلب العقد على القرض لا دليل على تحريمها إلا القياس، أو لأنها من ربا الفضل الذي نهي عنه سداً للذريعة، وكلاهما يباح للحاجة أو للمصلحة، فتبين أن هذه الصورة مما كان يتعامل بها في الجاهلية، فتحري منها لذلك مما هو ثابت بنص الآية.

(١) ينظر: تفسير المنار: ١١٦/٣، وما بعدها، فتاوى الشيخ رشيد رضا: ٢٢٥٤/٦ وما بعدها.

(٢) ينظر: أحكام القرآن للجصاص ١٣٠/٤، بداية المجتهد ٩٦/٢.

(٣) الزواجر عن اقتراف الكبائر: ١٢٤/١.

هذا وقد نقل ابن حزم الإجماع على أن أي زيادة في القرض على ما اقترض تعد من الربا^(١)، وربما الفضل أيضاً مجمع على تحريمه.

أما القول بأن الصحابة اختلفوا فيه، فهذا كان من بعضهم قبل أن يبلغه الحكم بالتحريم، فلما بلغه رجع عنه، ونهي النبي ﷺ أشهر من أن يُذكر، ويكفي هنا أن أذكر كلام الترمذي ليتبين ذلك:

فقد روى الترمذي بإسناده (عن نافع قال: انطلقت أنا وابن عمر إلى أبي سعيد - أي الخدري - فحدثنا أن رسول الله ﷺ قال - وفي رواية: سمعته أذناي هاتان يقول -: «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا الفضة إلا مثلاً بمثل، لا يشفّ بعضه على بعض، ولا تبيعوا منه غائباً بناجز»^(٢)).

قال الترمذي: (وفي الباب عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، وأبي هريرة، وهشام ابن عامر، والبراء، وزيد بن أرقم، وفضالة بن عبيد، وأبي بكرة، وابن عمر، وأبي الدرداء، وبلال. قال: وحديث أبي سعيد عند أهل العلم حديث حسن صحيح. والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ كابن عباس وغيره. ونقل عن ابن المبارك أنه ليس في ذلك خلاف)^(٣).

إذن فربا الفضل ليس من الربا المشكوك فيه أو الربا الخفي: وإنما هو من الربا القطعي الجلي، وإجماع الأمة على ذلك مشهور لا يحتاج إلى إثبات، وأنقل هنا ما قاله ابن رشد الحفيد، قال: (اتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين: في البيع، وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك)^(٤).

(١) ينظر: المحلى: ٤٩٩/٨.

(٢) جامع الترمذي: ٥٤٣/٣.

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) بداية المجتهد ٩٦/٢.

وقال أيضاً: (أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما)^(١).
ومن هنا قال ابن رشد الجدل: (من استحل الربا فهو كافر حلال الدم، يستتاب، فإن تاب وإلا قتل)^(٢).

وعليه فإذا كان السيد رشيد رضا أو غيره قد أخطأ فإننا لا يجوز أن نتخذ من خطئه حجة نحتج بها، وإنما يجب علينا التنبيه على الخطأ، ونسأل الله تعالى لنا وله المغفرة.

وأجيب عن الاعتراض الأول أيضاً: بأنه (لا أهمية في اشتراط حصة محددة من الربح ما دامت عاقبة اشتراطه مكفولة، وهو الاشتراك في الربح، ويتحقق ذلك إذا ثبت بناء على السوابق والتجارب زيادة الكسب عن مقدار الربح الذي اشترطه صاحب المال، وهو ما يسمح باشتراك الطرف الآخر في الربح، وهذا الأمر يتحقق في نظام التأمين الذي يتعدد فيه المؤمن لهم، وتعدد بالتالي عقود المضاربة، ويمكن فيه تحديد ربح رؤوس الأموال المستغلة على وجه التقريب، ويمكن بالتالي تحديد ما يأخذه المؤمن لهم بمقدار يسمح باشتراك المؤمن في هذا الربح.

وعلى أية حال فتحديد القدر الذي يأخذه المؤمن وإن كان يفسد التأمين بكونه مضاربة إلا أنه ينقلب صحيحاً بزوال المفسد حين يظهر تحقق الكسب بمقدار يزيد عن مبلغ التأمين المشروط، وأمكن بالتالي الشركة فيه)^(٣).

يمكن الإجابة عن ذلك: بأن المضاربة لها من الناحية الاستثمارية وجهان:

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) المقدمات: ٥٠٣/٢.

(٣) علي الخفيف في بحثه: التأمين، ص ٢٤-٢٥، نقلاً عن التأمين في الفقه الإسلامي، ص ٧٢-٧٣، وعقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار، ص ١٢٧.

الوجه الأول: وجه الاشتراك في الربح، وهو ما تحدث عنه في الاعتراض السابق بأنه يمكن تحديد ربح رؤوس الأموال المستغلة على وجه التقريب في حالة تعدد عقود المضاربة، وبذلك يمكن تحديد ما يأخذه المؤمن لهم بمقدار يسمح باشتراك المؤمن في الربح.

أما الوجه الثاني: فهو وجه الاشتراك في الخسارة، فإن اشتراك صاحب المال في تحمل خسارته وضياع قيمة العمل على العامل لا يتحقق في عقد التأمين الذي لا يتحمل فيه المؤمن له الخسارة المالية التي انتهت إليها تعامل المؤمن في الأقساط.

ثم إن المستدل بنى جوابه هذا على أساس غريب؛ وذلك لأنه يقر بأن جهالة المقدار تؤدي إلى جعل عقد التأمين من العقود الفاسدة شرعاً، ومع ذلك يقول بجوازه؛ لأن هذا العقد الفاسد يمكن أن ينقلب صحيحاً بزوال المفسد.

وهنا يتجه السؤال الآتي: أيحل شرعاً أن يتعمد مسلم الإقدام على عقد فاسد على أمل أن ينقلب هذا العقد إلى عقد صحيح؟

إن من لم يتعمد ذلك يمكن أن يحاول الفقهاء إيجاد مخرج له لتصحيح عقده بإزالة المفسد له، حتى لا يهدر تصرف العاقل في ماله ما أمكن، لكن المتعمد لذلك هل يستحق نفس الميزات؟ والنص الشرعي يقول: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد» رواه البخاري وغيره^(١). والقاعدة الشرعية تقول: (من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه)^(٢). فالمتعمد يجب أن لا يصحح عقده، وإلا فإننا في هذه الحالة سنفتح الباب أمام كل من يريد العبث بالشرائط والعقود الشرعية، وهذا لا يجوز.

(١) البخاري: ٢٤١/٣.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي/ ١٦٩.

الاعتراض الثاني:

ومن عدا ذلك فقد وردت اعتراضات على قياس التأمين على المضاربة أحملها في الآتي:

١- إن عقد المضاربة يلزم فيه أن يكون المال من جانب المالك، والعمل من جانب المضارب، والربح على ما اشترطاه. أما في عقد التأمين فإن الشركات تأخذ المال على أنه ملك لها، وتعمل فيه لمصلحة نفسها، فأين هو الشبه بعقد المضاربة؟ فهذا ليس عقد مضاربة وإنما هو مقامرة، لأنه معلق على خطر يقع وقد لا يقع فهو قمار في المعنى^(١).

٢- إذا مات رب المال في المضاربة، فإن الورثة سيجري حسابهم مع المضارب على أساس رأس المال الذي دفعه مورثهم فعلاً، وما نتج عنه فعلاً من ربح أو خسارة. أما في التأمين على الحياة فإن الورثة يستحقون المبلغ الذي اتفق عليه مورثهم مع الشركة مع قطع النظر عن مقدار ما دفعه، ومع قطع النظر عما نتج عن ذلك من ربح أو خسارة للشركة.

فلو أمن شخص على حياته بمبلغ ألف دينار، فدفع مائة دينار للشركة، ثم مات فالورثة يستحقون الألف، كاملة، فتلك مخاطرة لا ضابط لها إلا المصادفات، وقد نهي عنها الشارع.

أما القول بأن الشركة تكون متبرعة بالزائد على ما دفعه المؤمن له، فهو قول غير صحيح؛ لأن عقد التأمين عقد معاوضة، وهو عقد ملزم للطرفين، فالشركة ملزمة بدفع المبلغ المتفق عليه إذا وفى المؤمن له بالتزامه في دفع الأقساط. وأيضاً

(١) ينظر: الشيخ محمد المطيعي نقلاً عن مجلة البحوث الإسلامية، العدد ١٥٣/٢٠، سنة

فإن رأس مال المضاربة الذي في يد المضارب سيكون جزءاً من تركة صاحبه عند وفاته، يأخذ حكم سائر أمواله، أما في عقد التأمين - وفي حالة ما إذا عين المؤمن له مستفيداً من غير الورثة - فإن مبلغ التأمين سيذهب كله لهذا المستفيد، ولا يذهب للورثة منه شيء ولو لم يكن للمتوفى مال غيره، ولا حق لورثته في الاعتراض؛ لأن قواعد عقد التأمين لا تسمح بذلك^(١).

٣- لا يقصد المؤمن له في نظام التأمين مشاركة شركة التأمين في أرباحها، فشركة التأمين تستولي على ذلك الربح لنفسها، وإذا أصاب المؤمن له شيء منه، فإنما يكون بطريقة غير مباشرة وذلك في صورة تخفيض القسط، أو في صورة فائدة ربوية للأقساط، فالمؤمن له لا يقصد - في عملية التأمين - المضاربة مع شركة التأمين بأمواله، وحتى إن قصد فإنما يكون ذلك أمراً ثانوياً، بخلاف المضاربة فإن القصد فيها واضح من العقد، وهو الربح لكل من رب المال والعامل^(٢).

٤- وعلى فرض أن مبلغ التأمين المستحق للمؤمن له عند وقوع الخطر يمكن أن يعد ربحاً فإنه لا يعد كذلك إلا عند تحقق الخطر، واشتراط تحقق الخطر يفيد أن سبب توزيع الربح لم يكن مجرد حدوث الكسب كما في المضاربة، وإنما استحقاق مبلغ التأمين معلق على تحقق الخطر لا يكفي وحده دليلاً على تحقق الكسب لشركة التأمين والمؤمن له؛ وذلك أننا إذا نظرنا إلى عقود التأمين كل عقد بمفرده فإن تحقق الخطر يعد خسارة لشركة التأمين، وهو في الوقت نفسه لا يعد كسباً للمؤمن له؛ لأنه لا يعوض في التأمين من الأضرار إلا بمقدار الضرر فيكون التأمين جابراً لضرر المؤمن له لا محققاً لكسبه، وهكذا نرى أن

(١) ينظر: الدكتور محمد صديق الضيرير في بحثه: أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٤٥٥.

(٢) ينظر: عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار، ص ١٢٦.

شركة التأمين تدفع مبلغ التأمين بغض النظر عن مسألة تحقق الكسب، في حين أن الأرباح في المضاربة معلقة على وجود الكسب^(١).

٥- المضاربة لا تصح إلا بالسبل المشروعة، أما شركة التأمين فإنها تستغل الأقساط المتجمعة لديها بطرق مشروعة وغير مشروعة - كالإقراض بفائدة مثلاً - وعليه فحتى لو كان التأمين عقد مضاربة فإنه بطريقة عمله الحالية لا يجوز ما دمنا نعلم أنه ينمي الأموال بوسائل غير مشروعة^(٢).

والخلاصة:

أ- إن رأس المال في المضاربة يجب أن يكون مسلماً للمضارب، أما في عقد التأمين فإن المؤمن له يدفع ما عليه - في الغالب - على شكل أقساط.

ب- إن رأس المال في المضاربة يبقى ملكاً لصاحبه له غنمه وعليه غرمه، بينما في عقد التأمين تعد الأقساط التي يدفعها المؤمن له ملكاً لشركة التأمين.

والمضارب في عقد المضاربة ملزم بأن يعمل على تقليب رأس المال، وي بذل جهده في سبيل تنميته لمصلحته ومصلحة صاحب رأس المال معاً، فإذا حصل ربح اقتسماه على حسب ما اتفقا عليه.

أما في عقد التأمين فإن شركة التأمين غير ملزمة بتنمية رأس المال المدفوع على شكل أقساط من المؤمن له، وفي حالة رغبتها في تنميته فإنها إنما تنميته لمصلحتها خاصة، فهي ليس لها عمل إلا جمع الأموال من المؤمن لهم لمصلحتها.

ج- صاحب رأس المال يستحق - عند التصفية - رأس ماله ونصيبه في الربح، والمضارب يستحق نظير عمله جزءاً شائعاً من الربح مقدراً بالنسبة، وليس له تمليك رأس المال أو شيء منه. هذا في عقد المضاربة. أما في عقد

(١) ينظر: المصدر السابق نفسه.

(٢) ينظر: التأمين في الشريعة والقانون: ص ١٢٨.

التأمين فإن صاحب رأس المال -وهو المؤمن له دافع الأقساط - يفقد جميع رأس المال وأرباحه معه، فتأخذها كلها شركة التأمين، ولا يبقى له إلا تعويض معلق على خطر قد يقع وقد لا يقع، وهذا شأن المقامرة لا شأن المضاربة. وبذلك يتضح بجلاء أن عقد التأمين التجاري مناقض جملةً وتفصيلاً لعقد المضاربة، ولا يوجد بينهما شبه في ناحية من النواحي، وبالتالي فإنه لا يصح الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالمضاربة.



المبحث الخامس

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بنظام العاقلة

أولاً: العاقلة لغة: مأخوذ من العقل. والعقل: الدية. قيل سميت عقلاً تسمية بالمصدر، لأن الإبل التي كانت تدفع دية تعقل بفناء ولي المقتول، ثم كثر استعمال هذا اللفظ حتى أصبح يطلق على الدية حتى ولو لم تكن إبلاً^(١). وعلى ذلك: فعاقلة الرجل: عصبته التي تعقل عنه.

أما معنى العاقلة في الاصطلاح: فهو قريب من المعنى اللغوي المذكور، لأن العاقلة، اصطلاحاً تعني: من يحمل العقل، أي الدية^(٢).

ثانياً: العاقلة التي تحمل الدية: أجمع العلماء على تحمل العاقلة الدية عند توافر الشروط الأزمة لذلك^(٣)، غير أنهم اختلفوا فيمن يعد عاقلة: فيرى بعضهم أنهم أهل ديوانه^(٤): وهم المقاتلة من الرجال الأحرار العاقلين المسجلين في الديوان، وتؤخذ الدية من عطاياهم. وإذا لم يكن للجاني ديوان فعاقلته قبيلته من النسب، ويدخل فيهم آباء القاتل وأبناءؤه وإخوته وعمومته وأبناءؤهم. وبذلك قال الحنفية والمالكية^(٥). وذهب بعض الفقهاء إلى أن العاقلة هم العصابات الذين يرثون بالنسب ولكن يستثنى منهم: الأب وإن علا، والابن وإن نزل. وإليه

(١) ينظر: لسان العرب: مادة (عقل).

(٢) ينظر: المهذب مع هامش ابن بطال عليه ٢/٢١١، المجموع ١٩/١٤٢-١٤٣.

(٣) المغني بهامش الشرح الكبير ٩/٤٩٦-٤٩٧.

(٤) الديوان: هو الدفتر الذي تكتب فيه أسماء الجند وأهل العطاء. ينظر: النهاية في غريب

الحديث ٢/٤٠، والمراد به هنا: مجموعة الجند الذين يقاتلون تحت راية واحدة، ينظر:

الهداية: ١٦٦، الاختيار: ٨٥/٥.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع ٧/٢٥٦، حاشية الدسوقي ٤/٢٨٢، المنتقى ٧/٩٨.

ذهب الشافعية والحنابلة في رواية عنهم، وبه قال الإمامية في المشهور عنهم^(١). ودلت أحاديث كثيرة على أن الدية كانت على العصبة في زمن الرسول ﷺ^(٢). لكن لما دونت الدواوين في عهد عمر رضي الله عنه جعل الدية على أهل الديوان^(٣)، مما يدل على أن العقل كان على أهل النصر. وقد كان الناس يتناصرون بقبائلهم، ثم أصبح التناصر بالديوان، ومن هنا قالت الحنفية: لو كان قوم يتناصرون بالحرفة فأهل الحرفة، هم العاقلة، ولو كان قوم يتناصرون بالحلف فأهل الحلف هم العاقلة^(٤). وهذا كله إذا كانت للجاني عاقلة، فإن لم تكن له عاقلة أو كانت له عائلة فقيرة، أو عددها صغير لا يتحمل كل الدية، فللعلماء اتجاهان:

الأول: أن يقوم بيت المال^(٥) مقام العاقلة فتأخذ، الدية كلها منه إن لم تكن للجاني عاقلة، أو له لكنه فقيرة، فإن كانت لا تستطيع تحمل الدية كلها فتكمل الدية من بيت المال. وهذا مذهب مالك والشافعي والظاهر في مذهبي أبي حنيفة وأحمد^(٦).

(١) ينظر: المجموع ١٥٣/١٩-١٥٤، المغني بهامش الشرح الكبير ٥١٤/٩ وما بعدها، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٤٤٦/٢.

(٢) ينظر: في ذلك مسلم هامش النووي ١٧٩/١١، سنن النسائي ٤٧/٨، والسنن الكبرى ١٠٧/٨.

(٣) ينظر: المنتقى ٩٨/٧، بدائع الصنائع ٢٥٦/٧.

(٤) ينظر: الهداية ١٦٦/٤، الاختيار ٨٥/٥.

(٥) استعمل لفظ (بيت مال المسلمين) في صدر الإسلام للدلالة على المبنى المكان الذي تحفظ فيه الأموال العامة للدولة إلى أن تصرف في وجوها ثم اكتفي بـ(بيت المال) للدلالة على ذلك عند الإطلاق. ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٤٢/٨.

(٦) ينظر: مواهب الجليل ٢٦٦/٦، المهذب ٢٢٨/٢، بدائع الصنائع ٢٥٦/٧، المغني ٥٢٤/٩.

الثاني: أن الدية لا تجب إلا في مال القاتل فقط. وهو رواية عن أبي حنيفة وإليه ذهب بعض الحنابلة^(١). والراجح رأي الفريق الأول؛ لأن الدية إنما جعلها الشارع على العاقلة لمكان التناصر، ومن ليس له عاقلة تنصره، فإن نصرته تجب على عامة المسلمين، وبيت المال ما لهم جميعاً، فكان ذلك عاقلته. وأيضاً: فإن بيت المال وارث من لا وارث له، فيجب أن يعينه بيت المال في تحمل الدية إذا لم يكن عاقلة تعينه بها.

ثالثاً: الحكمة من تحمل العاقلة الدية: القاعدة الشرعية تقتضي بأن غير الجاني لا يتحمل جناية الغير. قال ﷺ: ﴿وَلَا نَزْرُ وَازِرَةٌ وَزَرَ أُخْرَى﴾^(٢). لذلك فإن تحمل العاقلة للدية جاء استثناء من هذه القاعدة؛ وذلك لأسباب، منها:

١- أن العاقلة لا تتحمل دية العمد اتفاقاً، وإنما تتحمل الخطأ اتفاقاً^(٣)، وشبه العمد عند جمهور من يقول به^(٤). وبذلك يتضح أن العاقلة لا تتحمل العقوبة عن المجني عليه، بدليل أنها لا تتحمل دية العمد، إنما تتحمل التعويض المالي الناتج عن الإهمال للحبيطة أو سوء التقدير. والإهمال وسوء التقدير ناتجان في الغالب عن سوء التربية، والبيئة التي يعيش فيها الإنسان لها

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٥٦/٧، المغني ٥٢٤/٩.

(٢) سورة الإسراء: ١٥.

(٣) ينظر: المغني هامش الشرح الكبير ٤٩٦/٩، ٣٠٥، تفسير القرطبي ٣٢٠/٥، ٣٣١.

(٤) العمد والخطأ معروفان، أما شبه العمد فهو: أن يتعمد الجاني ضرب المجني بما لا يقتل غالباً فيحصل القتل بذلك. وقد أثبت شبه العمد الجمهور ونفاه البعض منهم مالک في المشهور، ينظر: الهداية ١١٧/٤، المغني هامش الشرح الكبير، الصفحات السابقة، المنتقى ١٠٠/٧. واختلفوا في دية شبه العمد: فقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد في رواية: على العاقلة، وقال أحمد في رواية أخرى: على القاتل، وهذا مقتضى مذهب مالک، لأن المشهور عنه: أن شبه العمد عنده عمد. ينظر: المصادر السابقة.

أثر كبير في التربية، ومن هنا تأتي مسؤولية المجتمع سواء العاقلة أو عموم المسلمين عند عدم وجودها.

٢- إن في تحمل العاقلة للدية نوعاً من التكافل ينفع من تسبب في الضرر ومن وقع الضرر عليه، ولا يضر أحداً، وهذا من مكارم الأخلاق التي يحرص الإسلام على إشاعتها في مجتمعه، فالدية الكبيرة المقدار، وهي فوق طاقة الغالبية والأفراد، ومن هنا فإن عدم إتباع نظام العاقلة سيؤدي إلى عجز غالبية من تجب الدية عليه عن دفعها كلياً أو جزئياً، ودفعها سيدفع حتى القادر منهم إلى حافة الفقر أو يغرقه فيه، وهذا سيؤدي بدوره إلى عدم حصول من وقع به الضرر على التعويض عنه كلياً أو جزئياً، وفي هذا إهدار في الدماء، وفي كلا الأمرين مفسدة عظيمة، يمنع من الوقوع فيها اتباع نظام العاقلة^(١).

وبعد هذا التمهيد ننتقل الآن إلى المقصود بالبحث، وهو:

﴿ الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بنظام العاقلة ﴾^(٢)

استدل بعض من قال بجواز التأمين على قوله بالجواز بشبه التأمين بنظام العاقلة، وقال بصدد ذلك: (إن كلام الفقهاء صريح في أن نظام العواقل في الإسلام أصله عادة حسنة تعاونية كانت قبل الإسلام تهدف إلى توزيع المصيبة المالية الناشئة من القتل، أو من الحرق، أو من سرقة أو نحوها، بغية تخفيف الضرر عن كاهل من لحقته جبراً لمصابه، وإحياء لحقوق الضحايا في الجنايات،

(١) ينظر: التشريع الجنائي الإسلامي لعبد القادر عودة، ط ٥، ١٩٦٨م، ٦٧٢/١ وما بعدها.

(٢) من القائلين بذلك: الأستاذ مصطفى الزرقاء في أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٤١٢،

و كتابه: نظام التأمين ص ٦١، الدكتور محمد صادق فهمي، والأستاذ الطيب حسن

النجار، في أسبوع الفقه الإسلامي ص ٤٩٩-٥٠٢.

وقد أقر الشرع الفكرة؛ لما فيها من مصلحة، وجعلها إلزامية في جناية القتل؛ لأن فيها مسؤولية متعددة بسبب التناصر، وذلك بعد إخراج حالة العمد منها كما يقتضيه التنظيم القانوني؛ بقول الرسول: ﷺ «لا تعقل العاقلة عمداً»^(١)؛ لكيلا يكون في المعاونة العامة تشجيع على الجريمة، وهذا هو منطق القانون نفسه في عدم جواز التأمين من المسؤولية قانوناً عن فعل الغش وجناية العمد، وتركها اختيارية للمروءات على وفق التوجيه الشرعي العام في التعاون المندوب إليه شرعاً في الكوارث المالية الأخرى.

فما المانع أن يفتح باب التنظيم هذا التعاون على ترميم الكوارث وجعله ملزماً بطريق التعاقد والإرادة الحرة كما جعله الشرع إلزامياً دون تعاقد في نظام العواقل؟ وهل المصلحة التي يراها الشرع الإسلامي بالغة من القوة درجة توجب جعلها إلزامية بحكم الشرع تصبح مفسدة إذا حققها الناس على نطاق واسع بطريق التعاقد والمعارضة التي يدفع فيها القليل لصيانة الكثير، ولترميم الضرر الكبير من مختلف الكوارث، وذلك لكي يصبح هذا الباب قابلاً لأن يستفيد منه كل راغب، مع ملاحظة أن هذا التوسيع في النطاق داخل في دائرة التعاون المندوب شرعاً بصورة غير إلزامية؟.. يقول ابن القيم -رحمه الله- في صدد ما يجوز من المشاركات العقدية الشرعية (كل ما يجوز بذله وتركه دون اشتراط فهو لازم بالشرط)^(٢).

(١) غَرِيبٌ مَرْفُوعٌ، أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي السَّنَنِ ٨ / ١٠٤ عَنْ الشَّعْبِيِّ عَنْ عُمَرَ. ينظر: نصب الراية ٤ / ٣٧٩.

(٢) أعلام الموقعين: ٣ / ٣٣٩ - ٣٤٠. والاعتراض هو للشيخ أبو زهرة. ينظر: أسبوع الفقه الإسلامي: ٤١٢، نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه: ٦١ - ٦٢.

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

اعترض على ذلك: بأن العاقلة يربطها الدم والرحم والتعاون على البر وتحمل الغرم مثلما تشترك في كسب الغنم، فلا يشبهها عقد التأمين؛ لأنه عقد جعلي ينشأ بالإرادة، يكون بين شركة مستغلة وطرف يقدم إليها مالا كل عام أو كل شهر^(١).

وأجيب: (بأن تشبيه عقد التأمين بنظام العواقل في الإسلام من حيث فكرة التعاون لا يستلزم أن تكون شركة التأمين أسرة أو عشيرة للمؤمن له، كما أن العاقلة هي أسرة الجاني في القتل الخطأ. وأن من المقرر في علم أصول الفقه، أن طريق القياس الذي يرجع إليه الفضل الأعظم في تضخم الفقه الإسلامي هذه الضخامة لا يجب فيه الاتحاد المطلق في الصورة بين المقيس والمقيس عليه، وإلا لما كان عندئذ حاجة لإجراء القياس.

إذ يكون القياس عندئذ فرداً من أفراد المقيس عليه يدخل مباشرة تحت النص الشرعي الذي يقرر الحكم في المقيس عليه، بل يكفي في القياس التشابه بين المقيس والمقيس عليه في نقطة ارتكاز الحكم ومناطه، وهي العلة، وهذا ما رأيناه بين نظام العواقل الإسلامي ونظام التأمين الحديث في بعض فروع. ففي نظام العواقل تعاون إلزامي شرعاً في تحمل المسؤولية المالية عن القتل الخطأ، وفي نظام التأمين تعاون اختياري بطريق التعاقد على توزيع الموجب المالي -المسؤولية المدني- في حال التأمين من المسؤولية، وهو أحد فروع نظام التأمين، فما أوجبه الشرع إيجاباً في بعض الأحوال دون تعاقد لما فيه من مصلحة يمكن أن نسوِّغ نظيره تسويغاً بطريقة التعاقد في صور أخرى لمصالح أخرى تشبه تلك في

(١) ينظر: أسبوع الفقه الإسلامي: ٤١٢، نظام التأمين حقيقته والرأي الشرعي فيه:

المصلحة من حيث النفع التجاري والاقتصادي بوجه عام وتخفيف نتائج الكوارث والأخطار عمن يصاب بها، وذلك بطريقة فنية لتوزيعها وتشيتها^(١).

ونوقشت هذه الإجابة بالآتي:

(إن التعاون مطلوب شرعاً لكن التأمين لا نجد فيه نظاماً تعاونياً محضاً كما في الشريعة الإسلامية، بل هو تجارة محضة تنشؤها شركات التأمين بقصد تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح لأصحابها، والمؤمن لهم لم يقصدوا التعاون مع غيرهم، ولا نية لهم في ذلك، ولا تعاقد مكتوب، ولا مشافهة بل لا يعرف أحدهم الآخر غالباً ولا عددهم ولا يعينهم ذلك، إذ لا يعرف المؤمن له في تعاقدته إلا شركة التأمين نفسها، وهي ليست ضمن المتعاونين، إنما هي مؤسسة تجارية محضة تستغل حاجة الناس إلى الأمن في تحقيق أرباح هائلة من مجموع من يتعاقد معها، هذا هو المقصد الأساس لنظام التأمين، فلا يتناظر هذا مع النظام الإسلامي الذي هو تعاون محض على البر والتقوى، بل ولا يصح قياس التأمين مطلقاً على نظام العواقل؛ لأن نظام العواقل وإن كان يتضمن إلزام مجموعة من الناس يربطهم رابط بأن يتحمل مجموعهم ما توجهه جنايات بعضهم تعاون على البر والتقوى، فإن عناصر هذا النظام لا تتوافر كلياً ولا جزئياً في التأمين التجاري الذي ليس فيه إلا الالتزام المتبادل بين المؤمن لهم والشركة، أما المؤمن لهم فلا يوجد بينهم التزام، وأيضاً فإن نية التبرع والتكافل والتعاون على البر تبدو واضحة لدى العاقلة عند قيامها بتحمل التبعة وأداء الالتزام.

وهذا لا تجد منه شيئاً في نظام التأمين، حيث يدفع فيه أفراد لا يعرف بعضهم بعضاً لجهة أجنبية عن مجموعهم أموالاً يلتزم بها كل منهم -على نحو خاص-

(١) الأستاذ مصطفى الزرقاء في: أسبوع الفقه الإسلامي: ٥٤٣-٥٤٤، ونظام التأمين

مقابل التزام هذه الجهة بدفع أموال أخرى إذا حدث أمر ما متفق عليه سلفاً، وهي حريصة قدر استطاعتها على تقليل فرصة دفعها ما تلتزم به كلما وجدت لذلك سبيلاً، وذلك باستخدام بنود العقد الذي هو إذعان من جانب المتعاقد معها، فلا تشابه بينه وبين نظام العواقل المبني على التناصر والتعاون والبر المحض دونما تجارة أو شبه تجارة^(١).

والخلاصة: أن عقد التأمين لا يفتقر إلى الشبه بنظام العواقل فحسب، وإنما -على ما يبدو لي- هو مضاد له تماماً، ويتضح ذلك من الوجوه الثلاثة الآتية:

الوجه الأول: أن نظام العاقلة هو نظام تعاوني بحت لا ريب فيه ولا شبهة، أما عقد التأمين فهو عقد إذعان يخضع فيه المؤمن له لشروط المؤمن -وهو شركة التأمين- خضوعاً مطلقاً، وهذا -كما هو معلوم- ليس عقد معاوضة عادياً فحسب وإنما هو من أقسى عقود المعاوضات، أما دعوى أن عقد التأمين عقد تعاوني فقد أوضحنا في أكثر من موضع أن هذه الدعوى لا يوجد لها إلا في خيال مدعيها.

الوجه الثاني: أن شركات التأمين لم تكن لتلتزم بشيء لو لم يدفع المؤمن له المبلغ المتفق عليه، بينما الأمر في نظام العاقلة على العكس من ذلك تماماً.

فالمؤمن له - وهو هنا: من وقعت منه الجناية خطأ أو شبه عمد - لا يلزم بدفع شيء في الاتجاه الغالب عند الفقهاء، فقد قال أحمد وأغلب أصحاب مالك: لا يدفع الجاني من الدية شيئاً سواء اتسعت العاقلة لدفع الدية أو لم تتسع، وقال الشافعي: إن اتسعت العاقلة للدية لا يدفع الجاني شيئاً، وإن لم تتسع شارك معهم في الدفع، ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل ذهب الشافعي إلى القول: بأنَّ أب الجاني وإن علا أبنائه وإن نزلوا حكمهم فيما سبق حكم

(١) الدكتور محمد بلتاجي في كتابه: عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي ص ١٤١-١٤٢.

الجاني في عدم إلزامهم في دفع شيء، وهذا رواية عن أحمد، وهو المشهور عن الإمامية، بينما ذهب أبو حنيفة وبعض أصحاب مالك إلى القول: بأن الجاني واحد من العاقلة يلزمه ما يلزم واحد منها^(١).

وظاهر النص يؤيد اتجاه الجمهور في أقصى ما توسعوا فيه. فعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه: (أن امرأتين من هذيل قتلت إحداهما الأخرى، ولكل واحدة منهما زوج وولد، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم دية المقتول على العاقلة وبرأ زوجها وولدها) رواه أبو داود^(٢).

قالوا: فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يحمل ولد الجاني شيئاً، فالأب مثله، لأنه مساو له في القرابة^(٣).

ونحن حتى لو نظرنا إلى المسألة من زاوية مذهب أبي حنيفة الذي أدخل الجاني ضمن العاقلة في تحمل الدية لوجدنا أن الأمر لا يكاد يختلف شيئاً؛ لأن ما يدفعه الفرد عند أبي حنيفة لا يزيد على أربع دراهم مقسطة على ثلاث سنين، والعاقلة تظل تتسع حتى تشمل في النهاية بيت المال^(٤).

إذن: فالجاني حتى على مذهب أبي حنيفة لا يتحمل أكثر من أربعة دراهم مقسطة على ثلاث سنين، في كل سنة يدفع درهماً وثلاث الدرامم، إذن: فهو في الواقع لم يدفع شيئاً إذا علمنا أن الدية بالدرهم عند أبي حنيفة هي: عشرة آلاف درهم^(٥).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٥٦/٧، حاشية الدسوقي ٨٢/٤، المهذب ٢١٢/٢، المغني

٥١٥/٩، شرائع الإسلام.

(٢) أبو داود ٢٦٧/٤ رقم ٤٥٧٥.

(٣) ينظر: المغني: ٥١٥/٩.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع: ٢٥٦/٧.

(٥) ينظر: الاختيار ٣٦/٥، ٦٠.

الوجه الثالث: أن المؤمن في نظام العاقلة هو العاقلة، والعاقلة هنا تجمع من خالص مالها الدية كاملة، وتدفع المبلغ كله إلى من وقع عليه الضرر -وهو المجني عليه في الجناية على الأعضاء وورثته في الجناية على النفس - والعاقلة لا يصيبها من الدية شيء، ولا يبقى لها مما جمعه شيء؛ لأنها لا تجمع إلا إذا وقع السبب الموجب للدية، ولا تجمع شيئاً زائداً عن المقدار الواجب دفعه، أما في عقد التأمين فإن المؤمن هو شركة التأمين، وشركة التأمين في الواقع لا تدفع شيئاً من خالص مالها، وإنما هي تجمع المال من المؤمن لهم، فإن وقع الخطر على أحدهم دفعت إليه ما التزمت به، وإن لم يقع -وهذا هو الأغلب - استولت على المال لنفسها.

بعد هذا العرض يتضح لنا بجلاء: أن كل ما يهتم العاقلة هو تحمل آثار الكارثة عند وقوعها من غير أن تجني هي من ذلك شيئاً، بينما شركات التأمين على العكس من ذلك، فكل ما يهتمها هو الثراء على حساب خوف الناس من وقوع الكارثة، وعليه فلا أدري: أين هو الشبه بين النظامين لكي يستدل القائلون بجواز التأمين على قولهم بشبهه بنظام العاقلة؟.



المبحث السادس

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بولاء الموالاتة

أولاً: الولاء لغة: بمعنى النصر، والملك، من وُلِيَ ولاية إذا ملكه^(١).
وفي اصطلاح الفقهاء: ثبوت حكم شرعي بعق أو بتعاطي سببه^(٢).
وينقسم الولاء على قسمين: ولأء عتاقه، وولأء موالاة:

فولأء العتاقه: هو علاقة حكمية بين المعتق السيد وعتيقه، يرث بها السيد عتيقه إذا لم يكن له صاحب فرض أو عصبه^(٣). وهذا النوع من الولأء أقره الإسلام ضمن سياسته العامة لتحرير العبيد من الرق؛ لأنه جعل الولأء سبباً من أسباب الإرث، إذ فيه تشجيع على العتق، فقد صح (عن أبي هريرة رضي الله عنه) قال: أرادت عائشة - رضي الله عنها - أن تشتري جارية لتعتقها فأبى أهلها إلا أن يكون لهم الولأء فذكرت ذلك لرسول الله صلی الله علیه وسلم فقال: «لا يمنعك ذلك، فإنما الولأء لمن أعتق» رواه البخاري ومسلم^(٤).

وأما ولأء الموالاة: فقد ذكر صاحب الاختيار: سببه العقد، وصورته: (أن يسلم رجل على يد رجل، ويواليه على أن يرثه ويعقل عنه، فيقول: أنت مولاي ترثني إذا متُّ وتعقل عني إذا جنيت، فيقبل الآخر، فذلك صحيح، وكذلك إذا أسلم على يد رجل ووالى غيره صح فإذا مات ولا وارث له ورثه)^(٥).

(١) ينظر: المصباح المنير ٣٥٠/٢.

(٢) كشاف القناع ٤٩٨/٤.

(٣) ينظر: المغني ٣٤٨/٦.

(٤) البخاري ٣١٥/٤ في البيوع باب: إذا اشترط شروطاً لا تحل، ومسلم رقم ١٥٠٤ في العتق باب إنما الولأء لمن أعتق.

(٥) الاختيار ٤٤/٤.

ثانياً: ما يترتب على الولاء:

لا خلاف بين الفقهاء في أن المعتق يرث عتيقه إذا لم يكن للعتيق وارث، واختلفوا في ولاء الموالاة هل يكون سبباً للميراث؟، على مذهبين:

المذهب الأول: يرى بطلان عقد ولاء الموالاة وعدم جوازه، وأنه ليس سبباً للإرث. وإليه ذهب جمهور الفقهاء، ومنهم مالك، والشافعي، وأحمد^(١).

المذهب الثاني: يرى أن ولاء الموالاة عقد صحيح وهو سبب للإرث، فمولى الموالاة يرث كمولى العتاقة إذا لم يكن للميت وارث. وبذلك قال فريق من الفقهاء، منهم أبو حنيفة وأصحابه^(٢).

وورد في السنة النبوية ما يؤيد هذا المذهب: فقد ذكر صاحب الاختيار محتجاً لهذا المذهب: (أن رجلاً أسلم على يد تميم الداري ووالاه، فقال له ﷺ: «هو أخوك ومولاك تعقل عنه وترثه»)^(٣).

ولم أعر على الحديث بهذا اللفظ فيما بين يدي من كتب السنة، وإنما رواه الترمذي وابن ماجه وغيرهما من طريق عبد الله بن موهب عن تميم الداري -هكذا عند الترمذي- بينما جاء في سنن ابن ماجه (أن عبد الله بن موهب قال: سمعت تميم الداري يقول: قلت يا رسول الله: ما السنة في الرجل من أهل الكتاب يسلم على يدي الرجل؟ قال: «هو أولى بمحياه ومماته»)^(٤). والحديث رواه الحاكم أيضاً وقال: صحيح على شرط مسلم^(٥).

(١) ينظر: التمهيد لابن عبد البر ٨٥/٣، الأم ٤١٣/٧ المغني ٣٨٠/٦.

(٢) ينظر: الاختيار ٤٤/٤.

(٣) المصدر السابق.

(٤) سنن ابن ماجه ٩١٩/٢، رقم ٢٧٥٢، الترمذي ٤٤/٤.

(٥) المستدرك ٢١٩/٢.

وجه الدلالة: أن الحديث قد جعله أولى به في حياته، وهذا يدل استحقيقه الميراث إذا لم يكن للميت وارث أقدم منه؛ وذلك لأنه ليس بينهما ولاية بعد الموت إلا في الميراث.

واعترض على الاستدلال بهذا الحديث بالآتي:

أن الحديث مروي من طريق عبد الله بن موهب، وهو مجهول، ثم هو لم يلق تقيماً، فالحديث منقطع، وفي إسناده رجل مجهول^(١)، وبهذا يتبين أن عبد الله ابن موهب ليس من رجال مسلم، وقد بين الذهبي أن تصحيح الحاكم له على شرط مسلم وهم ظنا منه أنه عبد الله بن وهب بن زمعة، بينما هو عبد الله بن موهب الهمداني، وهذا ليس من رجال مسلم^(٢).

ويجاب عن ذلك: بأن الحديث وإن لم يكن على شرط مسلم - كما بين ذلك الذهبي - لأن عبد الله بن موهب ليس من رجال مسلم، لكن هذا لا يعني نفي الصحة عن الحديث على الإطلاق، والإمام الذهبي لم يقل هذا، وذلك لأن عبد الله بن موهب وإن لم يكن من رجال سلم إلا أنه ثقة معروف، فقد قال الحافظ ابن حجر: وهو ثقة لكنه لم يسمع من تميم الداري^(٣).

إذن: فهو ثقة فقد روى عنه عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز، والزهري، وعمرو بن مهاجر، وغير هؤلاء^(٤)، إذن: فالرجل معروف العين ومعروف الحال: فهو كما قلنا: ثقة مشهور، وبهذا يندفع تعليل الحديث بأن في إسناده رجلاً مجهولاً.

(١) السنن الكبرى ٢٩٧/١٠.

(٢) تلخيص المستدرک بذیل المستدرک ٢١٩/٢.

(٣) تقريب التهذيب: ٤٥٥/١.

(٤) الجوهر النقي هامش السنن الكبرى ٢٩٧/١٠.

أما القول بأنَّ عبد الله بن موهب لم يسمع من تميم فهذا يرد عليه: أن ابن أبي شيبة في مصنفه، وابن ماجه - وقد روي من الحديث من طريق ابن أبي شيبة - وأبا نعيم كلهم ساقوا هذا الحديث بإسناده صرح فيه عبد الله بن موهب بالسماع من تميم وقد أشرت إلى ذلك عند ذكرى للحديث، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الحاكم وغيره قد ذكروا طريقاً آخر للحديث فيه ورواية عبد الله بن موهب للحديث عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم الداري (١)، وقبيصة ثقة أدرك زمان تميم بلا شك، فهو من أبناء الصحابة، بل قال الحافظ ابن حجر: له رؤية (٢).

إذن: إذا كان عبد الله بن موهب قد سمع من تميم فإن روايته للحديث تحمل على أنه قد سمعه مرتين: مرة بواسطة قبيصة، وأخرى سمعه من تميم مباشرة وبدون واسطة، وإذا كان عبد الله لم يسمع من تميم مباشرة فإنه قد سمعه من بواسطة قبيصة (٣)، وبذلك يندفع أيضاً تعليل الحديث بالانقطاع.

بعد هذا البيان يتبين لنا بأنَّ الحديث متصل برواية الثقات فيكون صالحاً للاحتجاج به، على أن الطبراني قد روى حديثاً نحوه عن عمرو بن العاص، وقد صححه الهيثمي (٤)، وأخرج ابن عبد البر حديثاً مرسلاً نحوه أيضاً (٥)، فحصل بذلك الاطمئنان إلى ثبوت الحديث.

إذا تمهد هذا ننتقل الآن إلى المقصود بالمبحث وهو:

(١) ينظر: المستدرک، والسنن الکبری والجوهر النقي: الصفحات السابقة.

(٢) تقريب التهذيب: ١١٢/٢.

(٣) الجوهر النقي الصفحة السابقة.

(٤) مجمع الزوائد ٢٣٢/٤.

(٥) ينظر: التمهيد ٨٥/٣.

﴿ الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بولاء الموالاة ﴾^(١)

استدل بعض القائلين بجواز التأمين بقياسه على عقد ولاء الموالاة، غير أن بعضهم ذكروا أن شبه ولاء الموالاة موجود في التأمين من المسؤولية فقط سواء كانت مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية ناشئة عن الفعل الضار، أما النوعان الآخران فإن شبه هذا العقد غير موجود فيهما، وهما: التأمين على الأموال، والتأمين على الأشخاص، لذلك فلا يتعدى الحكم إليهما^(٢) فعقد ولاء الموالاة تتفق أركانها إلى حد كبير - كما يرى أصحاب هذا الرأي - وأركان عقد التأمين من المسؤولية؛ لأن ولاء الموالاة في التشريع الإسلامي رابطة قانونية بين شخصين، بمقتضاها يتعاقدان: على أن يعقل أولهما وهو مولى الموالاة عن الآخر المعقول عنه إذا جنى فيدفع عنه الدية، وفي مقابل ذلك يرثه مولى الموالاة إذا توفي ولم يخلف وارثاً قط، وهو في هذا يشبه عقد التأمين من المسؤولية؛ لأن للتأمين أركاناً أربعة: أولاً: الخطر المؤمن منه، ويشترط فيه أن يكون حادثاً احتمالياً مستقبلاً وهو يناظر الجناية التي يعقلها مولى الموالاة.

ثانياً: التعامل المادي الذي يحصل عليه المؤمن من المستأمنين ليحمل عنه تبعة الخطر - قسط التأمين - ، وهو يناظر المال الذي يرثه مولى الموالاة إذا مات المعقول عنه.

(١) استدل بذلك الأستاذ مصطفى الزرقاء في: أسبوع الفقه الإسلامي ص ٣٨٣ و ٤٠١، ٤١٠، و كتابه: نظام التأمين ص ٢٩، والأستاذ أحمد طه السنوسي في مجلة الأزهر العدد ٢ و ٣، من المجلد ٢٥، سنة ١٣٧٣هـ، ج ٢، ص ٢٣٢ و ج ٣، ص ٣٠٣، والأستاذ محمد سلامة جبر في كتابه: حكم التأمين في الشريعة الإسلامية، ص ٧٢، والشيخ علي الخفيف في بحثه: التأمين، ص ٢٠ نقلاً عن عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار، ص ١٢٠.

(٢) الأستاذ مصطفى الزرقاء في كتابه: نظام التأمين ص ٢٩.

ثالثاً: العوض المالي الذي يلتزم المؤمن بدفعه عند تحقيق الخطر، وهو يناظر الدية أو التعويض الذي يتحملها مولى الموالاة.

رابعاً: المصلحة التأمينية للتأمين، وهي تناظر مصلحة المعقول عنه^(١). ولذلك فإن عقد الموالاة المذكور يقيم رابطة حقوقية بين عاقيه شرعاً، قوامها: التزام شخص بأن يتحمل الموجب المالي عن جناية الخطأ الصادرة من الآخر، والمتلزم بهذا الالتزام يستحق في مقابل ذلك أن يرث الطرف الآخر إذا مات دون وارث، لذا فعقد الموالاة الذي ينشئ رابطة شرعية سميت "ولاء الموالاة" وهو صورة حية من صور عقد التأمين من المسؤولية. وعقد الموالاة وإن كان مختلفاً في عده سبباً كافياً لاستحقاق الإرث قد قال بصحة عقده سببته هذه عدد من كبار فقهاء الصحابة والأحناف وإن خالفهم من سواهم من أئمة الاجتهاد فهو مذهب محترم في فقه الشريعة^(٢).

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

اعترض على هذا الاستدلال قياس التأمين على عقد الموالاة قياس مع الفارق؛ لأن التأمين يكون مع شركة استغلالية وأما الموالاة فهي أن يتفق شخص ممن أسلم من غير العرب مع عربي مسلم، على أن يلتزم العربي بالدية إذا جنى، ويلتزم غير العربي بأن يكون العربي وارثه إذا لم يكن له لوارث سواه، لذلك فلا رابطة بين العقدين^(٣).

وأجيب: بأن العقدين يتشابهان في الضمان المالي المترتب على كل عقد

(١) ينظر: مقال الأستاذ أحمد السنوسي في مجلة الأزهر ٢٥/٢٢٣ وما بعدها.

(٢) ينظر: مع المصدر السابق: الأستاذ مصطفى الزرقاء في نظام التأمين، ص ٢٩.

(٣) الشيخ أبو زهرة في أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٥١٦ و ٥١٧.

منهما، فالعربي يتحمل الدية وهي من المسؤولية الجنائية يقابلها مبلغ التأمين بالنسبة للمسؤولية الجنائية^(١).

وردٌ على هذا: بأنَّ قياس التأمين على عقد الموالاة يبقى مع فارق كبير؛ لأنَّ عقد الموالاة يجعل غير العربي في أسرة عربية ينتمي إليها ويكون كأحد أفرادها، ويحمل اسمها ولقبها، فيقال - في هذه الحالة - للفارسي مثلاً شيباني؛ لأنَّ ولاءه لبني شيبان وهكذا من يعقد مع شركة استغلالية فإنه لا يكون واحداً من مالكيها ولا يدخل في جمعيتها العمومية وليس له أن يتدخل في ميزانيتها أو يبين رأيه في أوجه الاستغلال والإنفاق لذلك فلا جامعة قط تجمع المقيس والمقيس عليه^(٢).

وأجيب: بأنه لا يؤثر في سلامة القياس ما قيل: أن المولى في المقيس عليه يكتسب انتسابه لعشيرة مولى الموالاة، والمستأمن في المقيس لا يشارك في أعمال الشركة؛ وذلك لأنه أمر زائد على المقصود الأصلي لعقد الموالاة وهو العقل في مقابلة الميراث.

وهذا الأمر الزائد إنما جاء من مقتضى قوله: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾^(٣) وقول النبي: «سلمان منا أهل البيت»^(٤).. أما شركات التأمين فهي مؤسسات تجارية لا تفرق في تعاملها بين مسلم ونصراني؛ لأنَّ مقصدها الربح عن طريق تقديم الضمان بعوض، وليس في الشرع ما يمنع ذلك؛ لأنَّ أخذ الأجرة عن

(١) الأستاذ مصطفى الزرقاء في المصدر السابق نفسه أثناء اعتراض الشيخ أبي زهرة وينظر: كتاب الأستاذ الزرقاء: نظام التأمين، ص ٧٣.

(٢) الشيخ أبو زهرة في المصدر السابق نفسه أيضاً.

(٣) سورة الحجرات: الآية (١٠).

(٤) رواه الحاكم في المستدرک ٥٩٨/٣، والطبراني ٢٦١/٦، قال الهيثمي في: مجمع الزوائد ١٣٠/٦ فيه كثير بن عبد الله المزني، وقد ضعفه الجمهور ينظر: كشف الخفاء ٥٥٨/١، والأسرار المرفوعة، ص ٢٩.

الخدمة جائز: كأجرة السمسار والدليل وكاتب الرسائل لمن لا يحسن وغير ذلك من صنوف الخدمة^(١).

وعلق الدكتور هاشم جميل على ذلك بما حاصله: (إن الأمر هنا - على ما يبدو - قد التبس على المستدل، إذ ظن أن الانتساب إلى العشيرة أمر ثانوي بالنسبة لعقد الموالاة، وأن المقصود الأصلي من ذلك هو العقل والميراث، بينما الواقع أن الأمر على العكس مما ظنه تماماً، فالمقصود الأصلي من ذلك هو حصول الولاء، أما العقل والميراث فليس مقصوداً أصلياً لذلك، وإنما جعل الشارع الولاء سبباً لهما، كما جعل العتق سبباً لهما أيضاً مع أنه من الإسقاطات وليس من العقود، فترتب العقل والإرث على ولاء الموالاة كترتب النفقة والإرث على النكاح، فالمقصود الأصلي من عقد النكاح هو حصول الرابطة الزوجية وما ينشأ عنها من مودة ورحمة، وليس المقصود منه أصلاً النفقة والميراث، وإنما هي أمور ثانوية ترتبت على قيام الرابطة الزوجية. ومما يدل على أن الولاء ليس المقصود منه العقل والميراث وإنما الشارع هو الذي جعله سبباً لذلك أن المسلمين كانوا يوالون وهم لا يعلمون أن الولاء يعطي حقاً في الميراث، وإنما علموا ذلك حين مات بعض الموالي ولهم أموال وليس لهم وارث، فسألوا عن هذه الأحوال ماذا يعملون بها؟ ف قيل لهم، يرثها مواليتهم، وحديث تميم الداري صريح في ذلك، وإليك حديث عمرو بن العاص، فقد روى (أنه أتى النبي ﷺ فقال: إن رجلاً أسلم على يدي وله مال: قال: «فلك ميراثه») قال الهيثمي: رواه الطبراني، وصحح إسناده^(٢). وعن مجاهد قال: (جاء رجل إلى عمر فقال: إن رجلاً أسلم على يدي ومات وترك ألف درهم فلمن ميراثه؟

(١) الأستاذ محمد سلامة جبر في آخر كتابه: حكم التأمين في الشريعة الإسلامية ص ٧٤-٧٥.

(٢) مجمع الزوائد ٤/٢٣٢.

قال: أرأيت لو جنى جناية من كان يعقل عنه؟ قال: أنا، قال: فميراثه لك^(١).
إذن: فالعقل والميراث ليس مقصوداً أصلياً للولاء، بينما الذي جعله المستدل في مقابلتها في عقد التأمين هما المقصود الأصلي من هذا العقد وبهذا يتضح الفارق جلياً بين المقيس والمقيس عليه، ومع هذا الفارق لا يصح القياس. على أننا لو سلمنا بالقول أن المقصود من عقد الولاء العقل والميراث فالفارق موجود أيضاً؛ ذلك لأنّ الحنفية صرحوا بأنه عقد تبرع، قال في الاختيار: "وله أن يفسخ عقد الولاء بالقول والفعل: لأنه عقد غير لازم، لأن الأعلى متبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته، والأسفل متبرع بجعله خليفته في ماله، والتبرع غير لازم ما لم يحصل به القبض أو العوض كالهبة"^(٢)، وحيث كان عقد الولاء عقد تبرع بينما التأمين عقد معاوضة، فهذا فارق أيضاً ومع هذا الفارق لا يصح القياس^(٣).

بعد هذا التعليق أقول: لو سلمنا أن عقد التأمين من المسؤولية يشبه عقد المولاة في أن موجب كل منهما: التزام أحد المتعاقدين بدفع التعويض المترتب على انعقاد مسؤولية العاقد الآخر فإن هذا التشابه لا يكفي للقول بشرعية التأمين، لأسباب أبينها في الآتي:

- ١- لأن قول الجمهور لا يعد عقد ولاء المولاة مثبتاً لإرث أو عقل فللمعارض أن يختار هذا القول، وحينئذ يمتنع القياس.
- ٢- حتى لو أخذنا بالرأي الثاني فيبقى الفارق كبيراً في قياس عقد التأمين من المسؤولية على عقد ولاء المولاة وذلك في أمور نذكر منها الآتي:
أ - أن التوريث بالمولاة تشريع استثنائي لأسباب خاصة دعت إلى ذلك، وكل استثناء لا يجوز التوسع فيه والقياس عليه.

(١) الجوهر النقي هامش السنن الكبرى ٢٩٧/١٠.

(٢) الاختيار ٤٤/٤.

(٣) الدكتور هاشم جميل في مقابلة معه.

ب- عقد الموالاة هو عقد على التعاون بين طرفيه، أما في عقد التأمين فلأن التعاون مفقود بين طرفيه.

ج- على الرغم مما ذكر في الرد السابق فعقد التأمين يفتقد العنصر المعنوي لعقد الموالاة، والذي بموجبه يصبح المعقول عنه فرداً من أسرة مولى الموالاة ويحمل أسمها، أما في عقد التأمين فإن المؤمن له لا يصبح عضواً في الجمعية العمومية لشركة التأمين.

د- عقد الموالاة لا تفسده الجهالة والمخاطرة، لأنه عقد تبرع وحماية ونصرة، والتأمين عقد بيع وتجارة ومعاوضة تفسده الجهالة وهي موجودة فيه.

هـ- إن تحمل الولي للمسؤولية المالية المرتبة على جنابة الخطأ في عقد الموالاة أمر احتمالي كما أن اكتساب الشركة للقسط أمر مؤكد، في حين أن اكتساب المؤمن أمر احتمالي فينعدم احتمال الطرفين.

و- أن شركة التأمين ضامنة ومتحملة لمسؤولية المستأمن عند وقوعه في خطأ والمستأمن ليس عليه سوى دفع القسط مهما عظم الخطر على الشركة المؤمنة، وهذا بخلاف عقد الموالاة فكل منها يعقل عن الآخر ويرثه، فقد روى مسلم في صحيحه (عن عمران بن حصين رضي الله عنه) قال: "كانت ثقيف حلفاء لبني عقيل فأسر ثقيف رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ، وأسر أصحاب رسول الله ﷺ رجلاً من بني عقيل وأصابوا معه العضباء^(١)، فأتى عليه رسول الله ﷺ وهو في الوثاق فقال يا محمد، فأتاه، فقال "ما شأنك؟" فقال: بم أخذتني وأخذت سابقة الحاج؟^(٢) فقال: - إعظماً لذلك - أخذتك بجريرة حلفائك ثقيف، ثم انصرف عنه، فناداه: يا محمد، يا محمد، - وكان رسول الله ﷺ رحيماً رقيقاً فرجع إليه، فقال:

(١) اسم ناقة رسول الله ﷺ (شرح مسلم ١٠/١١).

(٢) يعني ناقته العضباء شرح مسلم/ الصفحة السابقة.

«ما شأنك؟» فقال: إني مسلم. قال: «لو قتلها وأنت تملك أمرك أفلحت كل الفلاح...» الحديث^(١).

فالمستأمن حين يتعاقد مع شركات التأمين لا يكون عضواً فيها يفيد من فوائدها ولا يتحمل خسارتها ولا يؤخذ بجريرتها كما أخذ رسول الله ﷺ الرجل بجريرة حلفائه^(٢).

ومن هذا الذي ذكرنا يبدو واضحاً الفرق الشاسع بين التأمين وولاء الموالاة فلا يصح قياس التأمين عليه؛ إذ لا يقاس مع الفارق، وبالتالي فلا وجه لاستدلال من أجاز التأمين بقياسه على ولاء الموالاة.



(١) مسلم شرح النووي ٩٩/١١ - ١٠٢.

(٢) ينظر: التأمين في الشريعة والقانون ١٥٨، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار ١٢٠ وما بعدها عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي ١٢٦ وما بعدها. نظام التأمين وموقف الشريعة منه ٤٣، ٤٥، مجلة البحوث الإسلامية ١٢٥/٢٠ وما بعدها.

المبحث السابع

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالوعد الملزم عند المالكية

إذا وعد شخص غيره بقرض، أو أن يتحمل عنه خسارة، أو نحو ذلك مما ليس بواجب عليه، فللعلماء خلاف في إلزامه بالوفاء بعهده أو عدم إلزامه به، والأوسع في هذه القضية هو مذهب المالكية، وسأقتصر هنا في عرض آرائهم، فهي التي يهمننا معرفتها هنا فأقول:

اختلفت المالكية فيما إذا وعد واعد، غيره عدة بقرض ونحوه مما هو غير واجب عليه فهل يكون ملزماً بالوفاء ويقضى عليه بموجبه إن لم يف له أم لا يكون ملزماً؟ على أربعة آراء:

الأول: يقضى بالعدة - أي الوفاء - مطلقاً، أي: أنها ملزمة له قضاء.

الثاني: لا يقضى بها مطلقاً، أي: أنها غير ملزمة القضاء، وهذا مذهب جمهور العلماء أيضاً.

الثالث: العدة تلزم الواعد، فيقضى بها إذا وجد لها سبب، وإن لم يباشر الموعد: كما لو قال شخص لآخر: إني أعيرك بقري ومحراثي لحراثة أرضك ونحوه فوعده بذلك ثم بدا له فرجع عن مواعده قبل أن يباشر الموعد السبب الذي ذكر، فإن الوعد ملزم ويقضى عليه بالتنفيذ جبراً إن امتنع...

الرابع: لا يلزم بوعده إلا إذا دخل الموعد في سبب ذكر في الوعد، أي: إذا باشر السبب: كما إذا وعده أن يسلفه ثمن شيء يريد شراءه فاشتراه فعلاً، ونحو ذلك وهذا هو الراجح في مذهب مالك^(١).

(١) فتح العلي المالك ٢/٢٥٥، وينظر: الفروق ٤/٢٥، وتهذيب الفروق ٤/٤٥

وما بعدها.

ومن الواضح أن الخلاف هنا في إلزام الوعد بما وعد قضاء، أما إلزامه ديانة ففيه خلاف أيضاً: فالجمهور على أن الإخلاف بالوعد مكروه كراهة شديدة. وذهب بعضهم، ومنهم عمر بن عبد العزيز - إلى تحريم الإخلاف بالوعد^(١).

والنصوص العامة في الشريعة تقتضي التزام الواعد بما وعد ما دام قادراً على ذلك، ولا سيما إذا ترتب على الإخلال بالوعد أضرار بمن وعد به. قال ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾^(٢) كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ^(٣). والوعد إذا أخلف فهو قول لم يفعل فيلزم منه أن يكون كذباً محرماً، وأن يحرم إخلاف الوعد. وفي الحديث «آية المنافق ثلاث: إذا أؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف» متفق عليه^(٤).

إذا تمهد هذا أذكر الآن المقصود بالبحث وهو:

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالوعد الملزم عند المالكية^(٥)

استدل بعض الباحثين على جواز التأمين بقياسه على الوعد الملزم عند المالكية، على أساس (أن التأمين التزام من المؤمن للمستأمين ولو بلا مقابل على سبيل الوعد: أن يتحمل عنه أضرار الحادث الخطر الذي هو معرض له، أي: أن يعرض عليه الخسائر، فقد نص المالكية على أنه: لو قال شخص لآخر: بع

(١) ينظر: الفروق للقرافي ٢٥/٤، رحمة الأمة ١٩٥.

(٢) سورة الصف الآيتان ٢-٣.

(٣) البخاري ٨٣/١ في الإيمان، باب علامات المنافق، ومسلم رقم ٥٩ في الإيمان باب خصال المنافق.

(٤) بذلك قال الأستاذ علي الخفيف في بحثه التأمين، ص ٤٠ نقلاً عن عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار ص ١٣٠، والأستاذ مصطفى الزرقاء في: أسبوع الفقه الإسلامي ص ٤١٠-٤١٢ وكتابه: نظام التأمين، ص ٥٨-٦٠ والدكتور قحطان الدوري في رسالته: التأمين في فقه الإسلامي، ص ١٣٣ و٢٥٠.

بستانك الآن، وإن لحقتك من هذا البيع وضیعة -خسارة - فأنا أرضیک، فباعه بالوضیعة، كان على القائل أن یرضیه بما یشبه ثمن ذلك الشيء المبیع، والوضیعة فیہ هی: أن یتحمل عنه مقدار الخسارة. وهو قول ابن وهب^(١). وهكذا فإن عقد التأمين التزام یتحمل الخسائر عن الموعود فی حادث معین محتمل الوقوع بطریق الوعد الملزم، نظیر الالتزام یتحمل خسارة المبیع عن البائع كما نص علیه المالكیة على سبیل المثال لا على سبیل الحصر^(٢).

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

یحاب عن ذلك بالآتی:

أولاً: أن المقیس علیه هنا -وهو الوعد الملزم عند المالكیة- من عقود التبرعات، والمقیس -الذي هو عقد التأمين- من عقود المعاوضات، فلا یصح قیاس عقد معاوضة على عقد تبرع؛ للاختلاف فی طبیعة كل من العقدین. ثانياً: ذكرنا أن الراجح فی مذهب مالك هو: أن الوعد لا یجب الوفاء به إلا بسبب دخول الموعود فی أمر ذكر فی الوعد.

أما فی عقد التأمين فإن المؤمن له لا یتحقق شيئاً إذا دخل بنفسه فأتلف المؤمن علیه قصداً، ویتحقق ما سوى هذه الصورة من صور التأمين، ففي تحقیق المناط تختلف الصورتان، بمعنى: أن الوعد الملزم إذا تحقق فیہ الحكم الوضعي، فإن الحكم التکلیفي یتحقق بعده، أما فی التأمين فإن الحكم الوضعي إذا انتفی، بأن لم یکن له سبب، فإنه حینئذ یتحقق المبلغ، أما إذا ثبت الحكم الوضعي وهو التسبب من المؤمن له فإن الاستحقاق ینتفی، لذا فلا یصح القیاس هنا.

(١) تقدم قبل قليل الإشارة إلى بعض مصادر المالكیة كالفروق وفتح العلي المالك ینظر: صفحاهما السابقة.

(٢) أسبوع الفقه الإسلامی، ص ٤١٠ وما بعدها.

ثالثاً: العوض في الوعد الملزم معلوم عند الطرفين ابتداءً، وأما ما تدفعه شركة التأمين فهو مجهول لا يعلم لكل واحد من الطرفين إلاّ بعد وقوع الخطر، فلا يصح قياس مجهول على معلوم^(١).



(١) ينظر: مذكرات في المعاملات المالية المعاصرة، إصدار جامعة الكويت - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مخطوط مصور، ص ١٣ وما بعدها، وعقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار: ١٢٠-١٢١.

المبحث الثامن

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بعقد السلم

أولاً: تعريف السلم: بفتح السين المهملة واللام، يقال له: السلف، بفتحيتين أيضاً. فالأول لغة أهل الحجاز، والثاني لغة أهل العراق^(١). ومعناه لغة كما جاء في اللسان: "يقال أسلم وسلم، إذا أسلف، وهو أن تعطي ذهباً وفضة في سلعة معلومة إلى أمد معلوم فكأنك قد أسلمت الثمن إلى صاحب السلعة وسلمته إليه^(٢)."

وفي الاصطلاح: يعرف السلم على مذهب الشافعية بأنه: عقد على موصوف في الذمة بلفظ السلم أو السلف^(٣). وعند غيرهم يمكن تعريفه بأنه: شراء آجل بعاجل^(٤). والفرق بين التعريفين: أن الشافعية لم يقيّدوا الموصوف بالذمة بأن يكون آجلاً، لأنهم يرون أن السلم يكون حالاً ومؤجلاً بخلاف غيرهم الذين قيدوه بالتأجيل، لأنه من خصائص المسلم فيه عندهم، لذا فالتعريفان كلاهما ضروريان؛ لاستدراك ما يرد من اعتراضات على تعريفات الفقهاء: جميعها^(٥).

ثانياً: دليل مشروعيته والحكمة منه: جاء الإسلام والناس يتعاملون بالسلم فأقره رسول الله ﷺ واستمر العمل بعد ذلك في عهد الصحابة من غير نكير لذلك فإني سأكتفي في الاستدلال على مشروعيته هنا بالآتي:

(١) ينظر: كشف اصطلاحات الفنون ١/٦٩٥، سبل السلام ٣/٤٩.

(٢) لسان العرب: مادة (السلم)، القاموس المحيط: مادة (سلم).

(٣) نهاية المحتاج مع حواشيه ٤/٨٢، شرح المحلى على المنهاج مع حواشيه ٤/١٨٢، مغني المحتاج ٢/١٢٠.

(٤) فتح القدير ٥/١٩٥، حاشية ابن عابدين ٤/٢١٢، والجامع لأحكام القرآن ٣/٦١٤، ٣٧٨، المغني: ٤/٣١٢ الروض النضير ٣/٦١٤، شرائع الإسلام ٢/٦١.

(٥) ينظر: بحث لأستاذي الدكتور هاشم جميل (أحكام السلم) في مجلة كلية الإمام الأعظم - العلوم الإسلامية حالياً، العدد ٣ سنة ١٩٧٦، ص ٣٠٢-٣٠٣.

١- مما ورد في السنة ما صح عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون بالتمر الستين والثلاث، فقال ﷺ: «من أسلف في شيء فليبينه في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» رواه الشيخان واللفظ للبخاري^(١).

٢- ويدل على إجماع الصحابة ما صح عن ابن أبي أوفى أنه قال: "إنا كنا نسلف على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر... الحديث" رواه البخاري^(٢). فنقل ابن أبي أوفى تعامل الصحابة به على عهد الرسول ﷺ والخليفين من بعده يدل على أن هذا الأمر منتشر من غير إنكار أحد منهم فكان ذلك إجماعاً.

وأما الحكمة من مشروعية السلم: فإن الفقهاء قد أطلقوا على بيع السلم اسم: [بيع المحاويج] لحاجة كل من البائع والمشتري لهذا البيع، وهذا البيع في الأصل مخالف للقياس - أي الأصل العام المقرر في البيوع - ؛ وذلك لدخوله ضمن بيع المعلوم المنهي عنه، لكن خص فيه تسهياً لمصالح الناس ودفعاً للحرص. فالمسلم سينتفع بالسلم لحاجته إلى الاسترباح للنفقة على نفسه أو على من تلزمه نفقته، وذلك أيسر؛ لأن المسلم فيه يكون عادة نازلاً في القيمة عن المبيع في البيع المطلق فيربح المسلم الفرق، أما المسلم إليه فقد يحتاج إلى ما يحصل به على الضروري من مقومات الحياة، أو ما ينفقه على زراعته أو نحوها، وقد لا يجد من يقرضه قرضاً حسناً وليس عنده ما يبيعه الآن، ولكن يقدر على الحصول عليه وتسليمه في المال، فيجوز له السلم، ليأخذ رأس المال، فتندفع به حاجته الحالية^(٣).

(١) البخاري بشرح الفتح ٣٥٥/٤، مسلم بشرح النووي ٤١/١١.

(٢) البخاري بشرح الفتح ٣٥٦/٤.

(٣) ينظر: بحث الدكتور هاشم جميل السابق ص ٣١٦.

ثالثاً: بعض الشرائط المهمة في السلم:

أ - بعض شروط المسلم به "رأس مال السلم":

١ - أن يكون مالاً متقوماً، ولا يجري ربا النسيئة بينه وبين المسلم فيه، فلا يسلم مثلاً قمحاً في قمح أو ذهباً في ذهب أو فضة في فضة أو عملة في مثلها، ذلك لأن رأس مال السلم يجب أن يكون مالاً متقوماً منتفعاً به انتفاعاً شرعياً، كما يجب أن لا يجمعه مع السلم فيه أحد وصفي ربا الفضل، لأن المسلم فيه موصوف بالذمة، فإذا جمعه مع رأس المال أحد وصفي علة ربا الفضل تحقق ربا النسيئة، والعقد المتضمن لأي نوع من أنواع الربا عقد فاسد باتفاق الفقهاء، لذا يجب مراعاة العلل الربوية في حال كون رأس المال في السلم عوضاً كي لا يؤدي ذلك إلى ربا النساء، لذا فلا يجوز إسلام المكيل في المكيل، ولا الموزون في الموزون، ولا شيء في جنسه وهذا الشرط مجمع عليه^(١).

٢ - أن يكون كل من البديلين معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر في العقد، وقد اتفق الفقهاء على هذا المقدار بخصوص هذا الشرط^(٢).

ب- بعض الشروط المهمة في المسلم فيه:

١ - أن يكون المسلم فيه ما يمكن ضبط صفاته التي يختلف الثمن باختلافها: كالحبوب، والثمار، والأدوية، والأقمشة، ونحو ذلك^(٣).

٢ - أن يكون المسلم فيه ديناً موصوفاً في الذمة، فإن كان معيناً بذاته، كأن

(١) ينظر: بداية المجتهد ٢/٢٢٠.

(٢) ينظر: المغني ٥/٣٣١.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٥/٢٠٨، حاشية الدسوقي ٣/٣١٧، نهاية المحتاج ٤/٢٠٠، المغني ٤/٣٠٥.

يقول: أسلمت إليك في هذا الوسط من الحنطة، أو أسلمت إليك في مركبة فلان لا يصح سلماً^(١).

٣- وجود المسلم فيه عند محل العقد: اشترط جمهور الفقهاء لصحة السلم أن يكون المسلم فيه عامّاً الوجود عند المحل ولا يشترط وجوده عند العقد ولا ما بعده إلى المحل. وإلى ذلك ذهب كل من مالك، والشافعي، وأحمد، والظاهرية، والزيدية، والإمامية^(٢). واشترط بعض الفقهاء لصحة عقد السلم وجود جنس المسلم فيه ودوامه من وقت العقد إلى محل الأجل. وبه قال الأوزاعي، والنووي. وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه^(٣).

إذا تمهد هذا أنتقل الآن إلى المقصود بالمبحث وهو:

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالسلم^(٤)

استدل بعض الباحثين على جواز التأمين بقياسه على السلم من حيث أن الشارع أجاز له حاجة الناس إليه مع أن القياس يأباه لما فيه من جهالة، إذ هو يبيع معدوم، والتأمين مما تدعو إليه الحاجة، فيجوز قياساً على السلم، مع التجاوز عن بعض الأضرار التي قد ترد في عقد التأمين للمصلحة الراجحة^(٥).

(١) ينظر: الهداية مع فتح القدير ٣٢٧/٥، المنتقى ٢٩٣/٤، نهاية المحتاج ١١٠/٢، المغني ٣٠٧/٤-٣١٧، الروض النصير ٣٣١/٣، شرائع الإسلام ٦٢/٢.

(٢) ينظر: المنتقى ٣٠٠/٤، شرح ابن قاسم مع حاشية الباجوري ٣٧٢/١، المغني ٣٢٦/٤، المحلى ١١٤/٩، البحر الزخار ٤٠٣/٣، شرائع الإسلام ٦٤/٢.

(٣) ينظر: المحلى ١١٤/٩، المغني ٣٣٣/٤، تحفة الفقهاء ١١/٢.

(٤) ممن ذهب إلى ذلك الدكتور محمد البهي في كتابه: نظام التأمين في هدي أحكام الإسلام وضرورات المجتمع المعاصر، ص ٣١، وأشار الدكتور شوكت عليان في كتابه التأمين في شريعة والقانون، ص ١٠٦ إلى ذلك بدون عزو.

(٥) ينظر: المصدرين السابقين.

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

أقول: إن قياس التأمين على السلم قياس مع الفارق؛ لأنه - من تعريف السلم عند الفقهاء- تبين لنا أنه بيع، وقد لاحظنا أن شروط البيع تنطبق عليه، وبالتالي فهو عملية بيع وشراء بين من يملك الثمن ومن له التصرف في المبيع عند حلول الأجل، أما التأمين فهو ليس بيعاً، لأن شركات التأمين لا تملك شيئاً تباعه للمؤمن لهم، وما قيل: من أن شركة التأمين تباع الأمان فهو قول غير صحيح، لما بيناه سابقاً: أنها لا تملك الأمان، لأنها لا تعمل شيئاً بصدد ذلك، وإنما التأمين أقرب ما يكون إلى الكفالة بعوض، والربا فيها غير مأمون بل هو موجود غالباً، وذكرنا أن ذلك غير جائز اتفاقاً، فكيف يصح بعد ذلك قياس التأمين على السلم؟. هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى: لو فرضنا وجود شبه بين التأمين وبين السلم فالشريعة إنما رخصت السلم بشروط، ولو لاحظنا التأمين لوجدنا أنه في المهم من هذه الشروط يسير على عكس السلم تماماً، فقد بينا فيما سبق: أنه يشترط في العوضين: أن يكونا مما لا يجري الربا بينهما، وهذا غير متحقق في التأمين غالباً، لأن العوض فيه من النقد غالباً.. كما يشترط في المسلم فيه أن يكون ديناً في الذمة يمكن ضبطه بالصفة، معلوم المقدار، غالب الوجود عند محل العقد -على مذهب الجمهور- أو متحقق الوجود مدة سريان العقد - كما هو مذهب الحنفية- وكل هذا غير متحقق في العوض الذي تلتزم به شركة التأمين، لأنها غير ملزمة بشيء إلا عند وقوع الخطر، والخطر عند العقد غير واقع إذن فلا يوجد دين في ذمة الشركة معلوم الصفة والمقدار، على أن الخطر لو كان واقعاً عند العقد لما صح التأمين، ولو كان غالب الوقوع عند محل العقد لما تعاقدت شركة التأمين عليه إلا بمواصفات غير اعتيادية، فإذا كان الأمر غير كذلك فكيف يصح قياس التأمين على السلم مع كل هذا الاختلاف بينهما؟.

ثم إن المصلحة التي لاحظها الشارع في السلم هي حاجة الإنسان الضرورية، فالمزارع كثيراً ما يضطر إلى استلاف الأموال ليشتري بها بعض مستلزمات الزراعة، وكذلك التاجر فإنه يحتاج أحياناً إلى بعض المبالغ بحكم متطلبات السوق لشراء بضاعة أو نقلها من بلدة إلى أخرى، وما سوى ذلك ذكرنا سابقاً في حكمة تشريع السلم، أما التأمين فلا توجد إليه ضرورة ولا حاجة ملحة تنزل منزلة الضرورة، فهو - في الغالب - ليس أكثر من كسب محض لأحد المتعاقدين، وعليه: فمع وجود الفوارق بين العقدين وانتفاء العلة الجامعة بينهما كيف يصح القياس؟.



المبحث التاسع

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالجعالة

أولاً: الجعالة لغة: مشتقة من: جَعَلَ وأَجْعَلَ. أي: ما جعله الإنسان من شيء على فعل^(١).

واصطلاحاً عرفت الجعالة بتعريفات عدة، منها ما قاله ابن جزري، هي: (إجارة على منفعة يضمن حصولها)^(٢). ومن هذا التعريف يتبين أهم الفروق بين الإجارة والجعالة، وهي:

١- أن المنفعة لا يعد شيء منها حاصلاً للجاعل إلا بتمام العمل: فمن قال من رد ضالتي فله كذا، فإن المنفعة هنا لا تحصل للجاعل إلا ببرد الضالة، ومن هنا فإن الجاعل لا يلزم بشيء من الجعل إذا لم ترد الضالة، بخلاف المستأجر فإنه يعد محصلاً من المنفعة بمقدار العمل، ولذلك فالأجير إذا عمل في الإجارة بعض العمل حصل له من الأجرة بحساب ما عمل، أما في الجعالة فلا يحصل له شيء من الأجرة قبل تمام العمل.

٢- مقدار العمل في الجعالة لا يشترط أن يكون معلوماً؛ لأن الأجير لا يستحق شيئاً قبل تمامه، ومن هنا لو قال: من حفر لي بئراً حتى يخرج الماء فله كذا صح ذلك مع أن مقدار العمل هنا غير معلوم؛ لأن الماء قد يكون قريباً فيقل العمل وتقصّر مدته، وقد يكون بعيداً فيكثر العمل وتطول مدته، ومع ذلك يصح ذلك، لأنه جاعله على خروج الماء لا يستحق الأجير فيها شيئاً قبل ذلك، والإجارة بخلاف هذا فإن العمل فيها لا بد أن يكون معلوماً.

٣- لا يجوز شرط تقديم الأجرة في الجعالة على العمل بخلاف الإجارة^(٣).

(١) لسان العرب: مادة (جعل)، مختار الصحاح: ١٠٤-١٠٥.

(٢) القوانين الفقهية: ٢٥٧.

(٣) ينظر: القوانين الفقهية: الصفحة السابقة.

ثانياً: جماهير العلماء على أن الجعالة مشروعة. ذهب إلى ذلك المالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية^(١). ولم أطلع على وجود باب مستقل للجعالة فيما بين يدي من كتب الحنفية.

ولكنهم تكلموا عن الجعل في باب الإباق^(٢)، مما يدل على أنهم لا ينكرون مشروعيته من حيث الأصل، وإن نقل بعض العلماء من غير الحنفية عن أبي حنيفة القول بأن الجعالة غير جائزة^(٣).. ونقل الخطيب الشربيني الإجماع على مشروعية الجعالة^(٤)، مع أن الظاهرية قالوا بعدم مشروعيته^(٥).. وهذا يدل على ندرة المخالف بحيث عد خلافه شذوذاً، أو أنهم عدو هذا الخلاف طارئاً بعد الإجماع فلا يعتد به. واستدلوا على مشروعيته بأدلة نذكر منها الآتي:

١- قوله ﷺ في قصة يوسف: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(٦).

وجه الدلالة من هذه الآية: أن مؤذن الملك بلغ ركب القافلة: أن من يأتي بصواع الملك فله حمل بعير، وهو به زعيم - كفيل - وهذا هو معنى الجعالة، والراجح أن شرع من قبلنا شرع لنا إن قص علينا ولم يقم دليل على نسخه^(٧).

(١) ينظر: بداية المجتهد ٥٤/٢، المهذب ٤١٨/١، المغني ٣٠٠/٩، البحر الزخار ٣٦/٤، الروضة البهية ٤٣٩/٤.

(٢) الآبق: العبد الهارب، يقال: احتبس الآبق إذا هرب واستتر عن مولاه: احتبس عنه" فالجعل هنا: وضعه لمن يرده عليه. الاختيار ٥١/٣.

(٣) ينظر: رحمة الأمة ٨/٢-٩، والميزان الكبرى ١٠٢/٢.

(٤) مغني المحتاج ٤٢٩/٢.

(٥) المحلى ٢٠٤/٨.

(٦) سورة يوسف الآية ٧٢.

(٧) أصول السرخسي: ٩٩/٢، أصول الفقه، محمد أبو زهرة: ٣٠٦-٣٠٧.

٢- ما صح (عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه) "أن ناساً من أصحاب النبي ﷺ أتوا على حي من أحياء العرب، فلم يقرؤهم، فبينما هم كذلك، إذ لدغ سيد أولئك، فقالوا هل معكم من دواء أو راق^(١)؟ فقالوا: إنكم لم تقرونا، ولا نفعله حتى تجعلوا لنا جعلاً، فجعلوا لهم قطيعاً من الشاء^(٢) فجعل يقرأ بأمر القرآن^(٣)، ويجمع بزاقه ويتفل فبراً، فأتوا بالشاء، فقالوا: لا نأخذه حتى نسال النبي ﷺ فسألوه فضحك وقال: «وما أدراك أنها رقية» رواه البخاري ومسلم^(٤).

ثالثاً: من أشهر صور الجعالة: أن يقول الجاعل: من رد ضالتي فله عشرة دنائير أو: من أمسك بعيري الشارد فله كذا، أو: من حفر البئر حتى يخرج الماء فله كذا^(٥).

قال ابن جزى: ويتردد بين الجعل والإجارة: مشاركة الطبيب على برئ المريض، والمعلم على تعليم القرآن^(٦).

فمن أركان الجعالة: الجعل، ومن شرائطه: أن يكون معلوماً، وأنه لا يجوز اشتراط تقديمه على العمل.. وتبين لنا من أركانها: العمل، وذكرنا قريباً: أن الأجير في الجعالة لا يستحق شيئاً من الجعل قبل إنجاز العمل بتمامه^(٧). هذا والأصل في الجعالة أن تكون مطلقة، فلا يشترط لصحتها أن تكون مقيدة بمدة، ولم أعثر على خلاف في هذا، وإنما اختلفوا في جواز التأقيت فيها أو

(١) من الرقية، وهي: تعويد المريض بشيء من القرآن ونحوه (المصباح المنير ١/٢٥٣).

(٢) الشاء: جمع شاة تطلق على الذكر والأنثى من الغنم (المصدر السابق ١/٢).

(٣) وهي سورة الفاتحة.

(٤) البخاري ٩١/٢، ومسلم رقم ١٦١ فضائل الصحابة.

(٥) بداية المجتهد ٥٤/٢، والمهذب ١١٨/١، والمغني ٩/٣٠٠.

(٦) القوانين الفقهية ٢٥٧.

(٧) ينظر: المصدر السابق نفسه.

عدم جوازه، فقالت المالكية والشافعية: التأقيت يفسد الجعالة، وقالت الحنابلة: التأقيت غير شرط لكن لو وقت جاز^(١).

إذا تمهد ذلك: أذكر الآن المقصود، وهو:

﴿ الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالجعالة ﴾^(٢)

استدل بعض الباحثين على جواز التأمين بقياسه على الجعالة لاشتراكه معها في أمور تجيز إلحاقه بها، إذ كل منهما قيام بعمل مباح، ففي الجعالة يقوم الجاعل بدفع مبالغ من المال للمجعول له حين يرد عليه ضالته، كذلك في التأمين تقوم الشركة المؤمنة بدفع مبلغ المال للمؤمن له بعد ما يقوم بما التزم به وتحقق الشيء المؤمن منه^(٣).

﴿ مناقشة هذا الاستدلال: ﴾

ذكرنا في التمهيد للاستدلال أموراً عن الجعالة الغرض من ذكرها هو الاستعانة بذلك على فهم الاستدلال، وتوجيه مناقشته ولو رجعنا إلى ما ذكرناه هناك لتبين لنا الآتي:

١- أن الجعالة عقد على عمل في مقابل أجر معلوم.

وهنا نسال: أين هو العمل؟ فإذا جعلنا الجاعل الدافع هو للأجر هو شركة التأمين كما يريد المستدل أن يفهمنا ذلك، فهنا نقول: ما العمل الذي التزم به المستأمن لمصلحتها حتى يستحق الأجر عليه؟

(١) المدونة الكبرى: ٤/٤٥٧، مغني المحتاج ٢/٤٢٩، المغني: ٦/٩٤.

(٢) من القائلين بذلك الدكتور محمد البهي في كتابه: رأي الدين ص ١٨٦-١٨٩ نقلاً عن عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامي ص ١٩٠ وكتابته: نظام التأمين في هدي أحكام الإسلام وضرورات المجتمع المعاصر ص ٤٤.

(٣) المصدر السابق نفسه.

الواقع: أنه لم يقيم بعمل ما، وإنما قدم مالا، فهو إذن ليس الأجير كما يريد المستدل أن يفهمنا ذلك. وعلى أي حال فلو تجاوزنا ذلك وقلنا بأن المستأمن هو الجاعل وشركة التأمين هي الأجير، فهنا نسأل: ما العمل الذي تقوم به الشركة لدفع الخطر من المؤمن له بحيث يبقى المؤمن عنه سالماً؟ الواقع أنها لا تقوم بعمل سوى انتظار وقوع الخطر، والخطر ليس من صنعها ولا يد لها في وقوعه.

٢- ذكرنا فيما سبق: أن الأجير في الجعالة لا يستحق شيئاً من الجعل حتى يؤدي العمل بتمامه، وليس له أن يشترط تقديم شيء من الجعل قبل العمل. وإذا جعلنا الشركة هي الأجير - كما هو الواقع - فإن الأمر هنا سيكون على العكس تماماً، لأن شركات التأمين تشترط على المستأمن من الوفاء بالتزامه في المواعيد المقررة لدفع الأقساط وقبل أن تقوم هي بأي عمل لمصلحة المستأمن. ٣- لا نعلم خلافاً بين الفقهاء في أن التأقيت غير لازم لصحة عقد الجعالة بل الجمهور على أن التأقيت يفسده وإذا جعلنا المستأمن هو الأجير - كما يريد المستدل أن يفهمنا - وإن عمله هو تقديم الأقساط فإن الشرط في التأمين على عكس من الشرط في الجعالة، لأن المستأمن عليه أن يقوم بعمله - هو تقديم الأقساط هنا في مواعيد مقررة وأيضاً فإنه على اعتبار المستأمن هو الأجير - كما يدعي المستدل لذلك - فإنه في عقد الجعالة لا يستحق شيئاً قبل إتمام عمله وعمله هنا دفع الأقساط، وعليه فالمفروض - على شروط الجعالة - لا يستحق المستأمن شيئاً قبل تمام الأقساط، بينما نجد الشرط في التأمين: أن المستأمن يستحق التعويض عند وقوع الخطر سواء أكمل دفع الأقساط أم لم يكملها.

بعد هذا العرض يتبين أن الشبه بين الجعالة والتأمين مفقود، ولذلك لا يصح الاستدلال على جواز التأمين بقياسه على الجعالة.



المبحث العاشر

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالهبة بعوض

أولاً: الهبة لغة: "التبرع بما ينفع الموهوب له سواء كان مالا أم غير مال"^(١). واصطلاحاً: عرفت الهبة بتعريفات عدة لعل من أشهرها: (تمليك المال بلا عوض حال حياة المالك)^(٢). والهبة مشروعة بلا خلاف، ويدل لها من السنة قوله ﷺ: «تهادوا تحابوا» رواه البخاري في الأدب المفرد، والبيهقي، قال الحافظ ابن حجر إسناده حسن^(٣).

ثانياً: الهبة تنقسم إلى قسمين: هبة منفعة كالوديعة، وهبة رقبة.

وهبة الرقبة تنقسم على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الهبة لوجه الله ﷻ وهذه تسمى الصدقة، وهذه لا رجوع فيها.

القسم الثاني: هبة التودد والمحبة وهذه لا رجوع فيها أيضاً عند أحمد في رواية، وقال أحمد في رواية أخرى، والظاهرية: لا يجوز الرجوع إلا للأب والأم فقط، وبذلك قال مالك، والشافعي، ولكن أظهر القولين عند الشافعي: أن هذا الحكم يشمل سائر الأصول بينما المشهور عند مالك: أن هذا الحكم لا يشمل الأبوين. وقال أبو حنيفة: إن كانت الهبة لذي رحم محرم لا يجوز الرجوع فيها، وإن كانت لأجنبي جاز.

القسم الثالث: هبة الثواب على أن يكافئه الموهوب له، وهي جائزة عند

جماهير العلماء باستثناء قول للشافعي وهو خلاف الأظهر في المذهب^(٤).

(١) المصباح المنير ٣٥١/٢.

(٢) المغني المحتاج ٢٩٦/٢.

(٣) الأدب المفرد رقم ٥٩٤ البيهقي ١٦٩/٦ تلخيص الحبير ٧٠/٣.

(٤) ينظر: القوانين الفقهية ٣١٥، مختصر الطحاوي ١٣٨، المغني ٢٠٧/٦ وما بعدها،

الحلى ١٢٧/٩، مغني المحتاج ٤٠١/٢، رحمة الأمة ١٩٤.

وفي السنة ما يؤيد الاتجاه الأول، فقد صح عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها» رواه الحاكم، وقال صحيح على شرط الشيخين^(١).

ثالثاً: ذكرنا فيما سبق: أن هبة الثواب فيها اتجاهان:

الاتجاه الأول: جواز إشرط العوض في العقد على أن يكون معلوماً؛ وهو مذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والإمامية، والشافعية في أظهر القولين عنهم. بل قال مالك: لو وهب هبة مطلقة، ثم قال: إنما أردت الثواب نُظِر: فإن كان مثله ممن يطلب الثواب من الموهوب له فله ذلك كهبة الفقير للغني والهبة لمن هو فوقه.

إذن: فالعرف هنا يأخذ حكم الشرط. وهذا قول للشافعي.

الاتجاه الثاني: وهو الذي عليه الحنفية والحنابلة، والقول الأظهر للشافعي ألا عوض إلا بالشرط سواء وهب إلى من هو مثله أو دونه أو أعلى منه^(٢). وذكر ابن جزى: أن الموهوب له في هبة الثواب مخير بين قبولها أو ردها فإن قبلها فيجب أن يكافئه بقيمة الموهوب ولا يلزمه الزيادة عليها، ولا يلزم الواهب قبول ما دونها^(٣).

ويبدو أن هذا مبني على قول مالك: أن المطالبة بالثواب يجوز فيما جرى به العرف وإن لم يشترط في العقد، أما إذا اشترط شيء معلوم في العقد كما يقول الآخرون فإن ما يشترط في العقد هو الواجب، و تقدم ذكر هذا قبل قليل.

(١) المستدرك ٥٢/٢ ووافقه الذهبي على ذلك: ينظر: تلخيص المستدرك: نفس الصفحة.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ١٣٢/١، بداية المجتهد ٢٤٨/٢، مغني المحتاج ٤٠٤/٢، المغني مع شرح الكبير ٢٤٦/٦، شرائع الإسلام ٢٣٢/٢.

(٣) ينظر: القوانين الفقهية ٣١٥/٥.

واختلف الفقهاء في تكييف هبة الثواب:

فيرى أبو حنيفة وصاحبه أن العقد في هذه الحال عقد هبة، وجوازه جواز بيع، أي أنه هبة ابتداءً وبيع انتهاءً، ولأنه هبة ابتداءً فإنه لا يثبت الملك لكل واحد منهما قبل القبض، ولكل منهما أن يرجع في سلعته ما لم يتقابضا، وكذا إذا قبض أحدهما ولم يقبض الآخر فلكل منهما أن يرجع في سلعته ما لم يقبضا جميعاً؛ فهذه الأحكام هبة، لا بيع أما لو تقابضا جميعاً فإن العقد يصير بيعاً فتسري أحكامه، فيرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية، ويرجع في الاستحقاق، وتجب الشفعة في غير المنقول.

وحيثهم: بأنه يعمل بالشبهين أحدهما: بالهبة لفظاً، والثاني: بالبيع معنى. وقال زفر: الهبة بشرط العوض بيع ابتداءً وانتهاءً وتثبت، فيها أحكام البيع لأن معنى العقد بيع وإن اختلف اللفظ^(١). وهذا تكييف الشافعية في الصحيح من مذهبهم^(٢). والظاهر من كلام ابن جزى السابق أن هذا هو تكييف المالكية أيضاً. إذا تمهد هذا ننتقل الآن إلى الكلام في المقصود وهو:

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه هبة الثواب^(٣)

استدل بعض الباحثين على جواز التأمين بقياسه على الهبة من حيث صحة اشتراط العوض في كل منهما، فالمعاملة التأمينية يهب فيها المؤمن فيها المؤمن له

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦/١٣٢.

(٢) ينظر: مغني المحتاج ٢/٤٠٤.

(٣) من القائلين بذلك السيد محسن الحكيم في كتابه منهاج الصالحين ٢/٨٥، والأستاذ بحر الدين العلوم في التأمين في الفقه الإسلامي ص ٦٦، والدكتور جعفر شهيد نقلاً عن عقود التأمين بين الاعتراض والتأييد ص ٩٨، ينظر: التأمين في الشريعة والقانون: ص ٤٩ بدون عزو.

الأقساط إلى الشركة المؤمنة، بشرط أن تلتزم بتعويضه عما قد يصيبه من أضرار؛ والهبة بشرط العوض جائزة شرعاً، فالتأمين جائز شرعاً؛ لأن شرط العوض سائغ في كل منهما^(١).

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

بملاحظة ما تقدم ذكره عن الهبة يظهر لنا بين هبة الثواب وبين التأمين فرق: أن الجمهور قالوا بصحة هبة الثواب على أساس أنها تحولت إلى عقد بيع نظراً إلى المعنى، وبشرط أن يكون العوض معلوماً.. أما التأمين فالعوض فيه غير معلوم؛ ذلك لأن المؤمن له قد يحصل على العوض وقد لا يحصل؛ وإذا كان الأمر كذلك فلا يصح حمل التأمين على الهبة المطلقة، وإنما على هبة الثواب التي تحولت إلى بيع ويشترط فيها ما يشترط في البيع، فإذا لاحظنا ما في التأمين من غرر وغيره لا يمكن قياسه على البيع، وبالتالي فإنه لا يمكن قياسه على هبة الثواب؛ لأنها بيع كما قلنا.



(١) ينظر: المصادر السابقة.

المبحث الحادي عشر

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه لنظام التأمين الاجتماعي

سبق أن ذكرنا في المبحث الثاني من الباب الأول^(١) أن التأمين من الناحية الموضوعية يشمل أنواعاً، منها: التأمين الخاص والتأمين الاجتماعي، وعيننا بالتأمين الاجتماعي: بأنه مظهر من المظاهر العامة لسياسة الدولة، وقائم على فكر التضامن الاجتماعي لتأمين الأفراد الذين يعتمدون في معاشهم على كسب أيديهم من بعض الأخطار التي يتعرضون لها، ويتم ذلك باقتطاع الدولة جزءاً من الدخل المحدود الشهري لموظفيها، وتسهم هي بمبلغ قد يصل إلى ضعف ما تستقطعه منه، ويتم إيداعه في حساب خاص باسمه لدى دائرة حكومية خاصة، تدفع له إدارة تلك الدائرة مبلغاً دورياً كبيراً يتجاوز قيمة الأقساط المدفوعة وذلك عند إحالته على التقاعد ما دام حياً مهما طال حياته، فإذا مات نقل ذلك المبلغ إلى ورثته وفق ضوابط معينة معروفة في أنظمة التقاعد^(٢).

بعد هذا التمهيد ننتقل إلى المقصود، وهو:

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه لنظام التأمين الاجتماعي^(٣)

استدل بعض الباحثين على جواز التأمين التجاري بأنه لا فرق بينه وبين التأمين الاجتماعي الذي -قالوا- بأنه لم يناع فيه أحد من علماء عصرنا، والأدلة الشرعية جميعها تؤيد جوازه، فيقول أحدهم (إن في كليهما يدفع

(١) ينظر: الفرع الثالث من المطلب الثاني من المبحث الثاني من الباب الأول من هذه الرسالة.

(٢) ينظر: الباب الأول، الفصل الأخير منه، المبحث الأول.

(٣) من القائلين بذلك الأستاذ مصطفى الزرقاء في أسبوع الفقه الإسلامي ٤١٤-٤١٥،

وكتاب نظام التأمين ٦٢-٦٣، والدكتور قحطان الدوري ص ١٤٩، والدكتور

غريب الجمال في التأمين التجاري والبديل الإسلامي ١١٩.

الشخص قسطاً ضئيلاً دورياً لا يدري كم سيستمر به دفعه وكم يبلغ مجموعه عند التقاعد، وفي كليهما يأخذ الشخص أو أسرته في مقابل هذا القسط الدوري الضئيل مبلغاً كبيراً دورياً أيضاً في التقاعد وفورياً في التأمين على الحياة يتجاوز كثيراً مجموع الأقساط ولا يدري كم يبلغ مجموعه من التقاعد إلى أن ينطفئ الاستحقاق وانتقالاته بينما هو محدد معلوم المقدار في التأمين على الحياة: فالغرر، والجهالة في نظام التقاعد أعظم منها في التأمين على الحياة. فلماذا يحسن وجود النظام التقاعدي ترتيباً يقوم بين الدولة وموظفيها، ولا يجوز نظيره تعاقداً ملزماً بين الناس؟^(١).

ويؤكد باحث آخر عدم الفرق بين التأمينين فيقول: (فجميع الموظفين تستقطع منهم نسب ضئيلة معينة يدفعونها أقساطاً للدولة لا يعلم عددها، فقد يموت الموظف بعد مدة قليلة من ابتدائه بدفع الأقساط، والدولة تقوم بدفع مبالغ إعانة أو مرتبا للمتقاعد عوضاً عن الأقساط التي دفعها، وهذا المبلغ قد يكون كبيراً، فلا يعلم كم سيبلغ مجموعه، فقد تطول مدة حياته، فيأخذ أضعافاً مضاعفة لما دفعه من أقساط، ونظام التقاعد أقره الفقهاء المحدثون جميعاً، وكذلك التأمين التعاوني، فإذا رأى الفقهاء أن نظام التقاعد والتأمينات الاجتماعية، والتأمين التعاوني مباحة وهي ضرورية لما تحقق من مصلحة عامة، فلا يجوز لهم القول بأن التأمين الفردي محظور؛ لأن الجوهر والأساس فيهما واحد، وأن الشبهات التي حرم بها التأمين الفردي من ربا أو غرر أو مقامرة أو غبن تنطبق كلها على هذه التأمينات التي أباحوها، بل إن شبهة الغرر والجهالة في التقاعد والتأمينات الاجتماعية أعظم بكثير من التأمين الفردي، لأن في التأمين الفردي يحدد مبلغ التأمين الذي تدفعه الشركة في بداية العقد، بينما في نظام التقاعد والتأمينات الاجتماعية

(١) أسبوع الفقه الإسلامي، نظام التأمين: الصفحات السابقة.

يكون المرتب المدفوع للتقاعد أو المصاب غير معين، فقد يكون كثيراً جداً، بحيث لا يتناسب مع ما دفعه من أقساط^(١).

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

١- إن القصد من نظام التقاعد وتأمين الدولة لمستقبل طائفة كبيرة من مواطنيها وأسرهم ومن يعولهم بتوفير مبلغ يساعدهم إذا عجزوا عن العمل، ولا تقصد من هذا النظام رباً تجنيه من مجموع الموظفين؛ لأنها تدفع لمجموعهم أكبر مما تحصل منهم تحملهم على الدخول في نظام تعاوني كبير تديره لصالحهم، وكان الموظف قبل تشريع نظام التقاعد إذا مات ولم يكن له مورد آخر تنزل أسرته التي كانت مستورة منازل الذل بعد عزهم، فاضطرت أنظمة الدول إلى تشريع هذا النظام لا للكسب والتجارة إنما للتعاون والتكافل، بخلاف شركات التأمين التجارية فإن القصد الأساس من إنشائها الربح والاستغلال.

فعقد التأمين الاجتماعي إذن: من عقود التبرعات، فيتجاوز فيها عن الغرر مالا يتجاوز في غيرها من عقود المعاوضات، فالشريعة تشجع ولي الأمر في هذه الحالة إن رأى بيت المال لم يف بسد حاجة الموظف أن يحملهم على الدخول في نظام تعاوني لتأمين حياتهم عند إحالتهم على التقاعد ولأسرهم بعد وفاتهم عملاً بقوله ﷺ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾^(٢)، فإن ذلك من مسؤولية ولي الأمر عن توفير العيش الكريم للرعية ومن حقه فرض ما يراه مناسباً بما يقوم بهذه المسؤولية كما ينبغي، ووضع الفقهاء شروطاً لجواز ذلك أهمها: أن يقصد منه

(١) التأمين في الفقه الإسلامي: الصفحة السابقة بنحو ذلك قال الدكتور غريب جمال،

التأمين التجاري والبديل الإسلامي، ١١٩.

(٢) سورة المائدة آية (٢).

تحقيق مصلحة معتبرة عامة^(١).. أما شركات التأمين التجارية فليس لها هذه الولاية، وعقودها مع المستأمنين معاوضات محضة، وتتضمن العديد من المحرمات والشبهات، فشتان بينهما.

٢- ما قيل من إقرار علماء الشريعة كافة نظام التقاعد قول مبالغ فيه، فإن فيهم من يخالف^(٢)، وإذا وجد المخالفون فإن القول بتضافر جميع الأدلة على مشروعية نظام التقاعد أمر مبالغ فيه أيضاً، وبهذا لم يصل الأمر إلى حد الإجماع.

٣- يختلف نظام التقاعد عن نظام التأمين؛ فالأول تفرضه الدولة لصالح العاملين تقديراً -لخدمتهم-، والجزء الثاني الذي تأخذه من رواتبهم موقوف لهم، لا يكون ملكاً للدولة، أما نظام التأمين فهو عقد تجاري يخضع لقواعد معينة، وتدخله شبهات متعددة. فبمجرد دفع المؤمن له القسط صار ملكاً للشركة المؤمنة تنقله بوسائلها الخاصة ولمصلحتها هي دون المؤمن لهم.

٤- إن الراتب التقاعدي الذي جعل للموظف إنما هو بمثابة مكافأة التزمت الدولة بها بحكم مسؤوليتها عنه وعن أسرته، ووضعت النظام الملائم لمصلحته ومصلحة من يعولهم مراعاة لجهده المبذول في خدمة أمته، ولا يوجد في نظام التأمين تلك الاعتبارات.

٥- المصدر الأساس للتمويل التجاري هي الأقساط التي يدفعها المؤمن لهم، ومنها تؤخذ أرباح الشركة، أما الشركة فلا تدفع منها شيئاً إلى جانب اشتراكات المستأمنين ما يستحق عليها من تعويضات؛ بخلاف نظام التقاعد فإن مصادر التمويل فيه تتكون من:

(١) ينظر: الاعتصام للشاطبي ٧١/٢-٧٢.

(٢) مجلة البحوث الإسلامية عدد ٢٠ ص ١٦٧.

- الحصة التي تلزم بها جهة العمل بواقع ١٥٪ من أجور المؤمن عليهم لديها شهرياً.
- الحصة التي يلتزم بها المؤمن عنه بواقع ١٠٪ من أجره شهرياً.
- المبالغ التي تلتزم بها الخزانة العامة بواقع ١٪ من الأجور الشهرية للمؤمن عليهم.
- القيمة الرأسمالية للحقوق التي يؤديها الصندوق بالنيابة عن الصندوق الآخر أو الخزانة المالية.
- المبالغ المستحقة لحساب مدة الاشتراك في قوانين التأمينات الاجتماعية والتأمين والمعاشات.
- المبالغ المستحقة لحساب المدد السابقة.
- المبالغ التي يؤديها المؤمن عليهم مقابل الاشتراك عن مدد العمل السابقة أو حسابها.
- ريع استثمار أموال هذا التأمين^(١).



(١) ينظر: قانون التأمين الاجتماعي المصري رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ الفصل الأول من الباب الثالث، وينظر: قوانين التأمينات الاجتماعية ص ١٦-١٨، وينظر: المبادئ العامة للتأمينات الاجتماعية وتطبيقاتها في القانون المقارن ١٢٧/١ وما بعدها.

المبحث الثاني عشر

الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالتعاون

□ تمهيد:

التعاون لغة: مد العون من شخص لآخر، يقال تعاون القوم إذا أعان بعضهم بعضاً^(١).

وشرعاً التعاون على فعل البر، قال ﷺ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾^(٢).

قال ابن عباس ؓ: (البر ما أمرت به، والتقوى ما نهيت عنه)^(٣).

والأمة المسلمة مأمورة بالتكافل بينها ومسؤولة عن حماية ضعفائها ومعوزيها وأن ترزقهم ما فيه الكفاية بالزكاة، فإن لم تف الزكاة فإنه فرض على القادرين سد عوز المحتاجين^(٤).

(١) ينظر: تاج العروس ٢٨٥/٩ مادة (عون).

(٢) سورة المائدة آية ٢.

(٣) تفسير الطبري ٦٦/٥.

(٤) قال القرطبي في (قوله تعالى: ﴿لَيْسَ الْبِرَّ أَنْ تُولُوا وَجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ

مَنْ ءَامَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَآلَمَتِكَ وَالْكَتَبِ وَالنَّبِيِّنَ وَءَاتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ فِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَءَاتَى الزَّكَاةَ وَالْمُؤْفِقُ بَعَثَهُمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ﴾ (البقرة ١٧٧) المسألة السادسة: قوله تعالى:

﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ...﴾ استدلال به من قال: إن في المال حق سوى الزكاة وبها

كمال البر. وقيل المراد الزكاة المفروضة وصحح القرطبي القول الأول؛ لما روي عن فاطمة بنت قيس قالت: قال رسول الله ﷺ: «إن في المال حقاً سوى الزكاة» (رواه

الترمذي رقم ٦٥٩ و ٦٦٠ الدارقطني ١٢٥/٢)، والحديث ضعفه الترمذي وصاحب=

وقال ﷺ - وهو يرسم التعاون في أجمل صورهِ -: «مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم كمثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى» متفق عليه^(١).

وفي حديث آخر يقول ﷺ: «المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً» رواه الشيخان^(٢).

فالتعاون مطلوب شرعاً على سبيل الاستحباب على الأقل، وقد تصل الدرجة عند الشارع إلى الوجوب والإلزام. إذا تمهد هذا ننتقل الآن إلى المقصود، وهو:

❦ الاستدلال على جواز التأمين بشبهه بالتعاون^(٣) ❦

=التحفة ٣/٣٢٧، كما ضعفه القرطبي أيضاً لكنه قال:- والحديث وإن كان فيه مقال فقد دل على صحته معنى ما في الآية نفسها من قوله تعالى ﴿وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ﴾ فذكر الزكاة مع الصلاة، وذلك دليل على أن المراد بقوله: ﴿وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ﴾ ليس الزكاة المفروضة، فإن ذلك يكون تكراراً. واتفق العلماء على أنه إذا نزلت بالمسلمين حاجة بعد أداء الزكاة فإنه يجب صرف المال إليها قال مالك: يجب على الناس فداء أسراهم وإن استغرق ذلك أموالهم وهذا إجماع أيضاً (القرطبي) ١٦٢/٢.

(١) البخاري ١٠/٣٣٦ في الأدب باب رحمة الناس والبهائم، ومسلم ٢٥٨٦ في البر والصلة باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم.

(٢) البخاري ٥/٧١ في المظالم باب نصرة المظلوم، ومسلم ٢٥٨٥ في البر والصلة باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم.

(٣) من القائلين بذلك: مصطفى الزرقاء في أسبوع الفقه الإسلامي ٣٩٥-٣٩٧ ونظام التأمين ٤٢، ومحمد البهي في كتابه: نظام التأمين: ٥٠ و٨٣، وتوفيق على وهبة في مجلة الاتحاد العام العربي للتأمين العدد ٥، ١٩٧١م ٢٤٢-٢٤٩، وأحمد محمد داناش، وعلي الخفيف في التأمين في الفقه الإسلامي ٦٩ و٧٥ ومحمد سمير سرحان في مجلة الحارس العدد ٢٥ سنة ١٩٧٣ ص ٣٤، عبد الرزاق السنهوري في الوسيط ٧/ ١٠٨٧.

استدل بعض القائلين بجواز التأمين: بأنّ الأسس الفنية للتأمين تستند كلها إلى محور واحد وتدور عليه وهو تحقيق التضامن بين جماعة من الناس تتهددها مخاطر واحدة، وهذا التعاون يختلف درجة ظهوره بحسب شكل التأمين وإن الموضوع الأصلي الذي تقوم عليه عقود التأمين الذي تقوم به الشركات هو إزاحة الضرر الذي يحدثه وقوع المخاطر عن رأس من ينزل به على رؤوس كثيرة جداً، هي رؤوس بقية المستأمنين، عن طريق تعويض ذلك الضرر الذي نزل بأحدهم من الأقساط التي يدفعونها، وهذا هو عين التعاون^(١).

يؤكد هذه النظرة باحثون آخرون، فيقول أحدهم:

إن الذي دفع الكثير ممن تصدى للإفتاء إلى القول بعدم جوازه هو: الوقوف عند أحد جانبي عقد التأمين والنظر إليه وحده، وهو جانب العلاقة بين المؤمن ومؤمن له بالذات، دون النظر إلى جانبه الآخر، وهو العلاقة بين المؤمن ومجموع المؤمن لهم؛ إذ لا يكون المؤمن حينئذ إلا وسيطاً يجمع أقساطهم. وينظم تعاونهم جميعاً على مواجهة الخسارة التي تحيق بقلة منهم، ذلك لأن توقف النظر عن العلاقة بين المؤمن وكل مؤمن له على انفراد أو عدم تجاوز ذلك إلى علاقته بمجموع المؤمنين هو الذي جعل عقد التأمين يبدو وكأنه عقد مقامرة أو رهان غير مشروع في الفقه الإسلامي بل وفي الفقه الوضعي أيضاً، ولكن النظر إلى جانبه الآخر، هو الذي يظهر عقد التأمين في صورته الحقيقية، ويبرز طبيعته ويحددها، ويتبين أنه ليس إلا انضماماً إلى اتفاق تعاوني نظم تنظيمًا دقيقاً بين عدد كبير من الناس معرضين جميعاً للخطر، حتى إذا أصاب الخطر بعضهم تعاون الجميع على رفعه أو تخفيف ضرره ببدل ميسور لكل منهم، يتلافون به ضرراً عظيماً نزل ببعضهم^(٢).

(١) نظام التأمين للزرقاء ٤٢.

(٢) الشيخ علي الخفيف في بحثه "التأمين وحكمه على هدي الشريعة الإسلامية" ص ٣
مقدم للمؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة .

ويعصف آخر التعاون في التأمين بأنه تعاون محمود مبني على البر والتقوى
"ير به المتعاونون بعضهم بعضاً ويتقون جميعاً شر المخاطر التي تهددهم"^(١).

وقيام التأمين التجاري على مبدأ التعاون يحقق في منظورهم فوائد جمة في
الاقتصاد العام للمجتمع، وفي الإصلاح الاجتماعي، حتى أن أحدهم لا يرى بأساً
في التأمين على الحياة إذا خلا من الربا، بمعنى: أن المؤمن له "إذا عاش المدة
المنصوص عليها في عقد التأمين استرد ما دفعه فقط دون زيادة أما إذا لم يعيش المدة
المذكورة حق لورثته أن يأخذوا قيمة التأمين - أي العوض - وهذا حلال شرعاً"^(٢).

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

أجيب عن تلك الاستدلالات بالآتي:

١- إن التعاون الثابت لا ريب فيه في النظام الذي كان بين تجار البندقية، وفي
كل التأمينات الاجتماعية التي تكون آحادها متعاونة، ولكن لا يمكننا تصور
ثبوت التعاون بين المستأمنين وبين شركات التأمين التجاري، وأنه يوجد
لكل واحد منهم التزام منفرد وحقوق معينة منفردة، وإلا كان لكل من يعقد
عقداً مع شركة متعاوناً مع كل المتعاقدين معها وهذا غير صحيح، لأن من
يعقد عقداً مع مصرف - لا يتصور تعاونه مع كل العاقدين معه، نعم إن
أصل التأمين كان تعاونياً، ولكن اليهود الذين استولوا على الاقتصاد بعد
عصر تجار البندقية قد حولوه من معناه التعاوني إلى هذا المعنى الاستغلالي
الواضح، فمن تمسك بمعنى التعاون بعد هذا التحويل الغريب، فإن مثله كمثله
من يعتبر الخمر حلالاً، لأن أصلها من العنب، وهو حلال، وكذلك كل
الأمور التي تحولت وتغيرت، بل إن التأمين الذي تتولاه الشركات الاستغلالية

(١) السنهوري في الوسيط ج ٧ ص ١٠٨٧.

(٢) الدكتور محمد يوسف موسى في: أسبوع الفقه الإسلامي ٣٨٢.

لا يعد متحولاً من أصل التأمين التعاوني بل هو معنى آخر وإن حمل اسم الأول، والتسميات لا تغير حقائق الأشياء، فمن سمى الأبيض باسم الأبيض لا يحوله إلى أسود وعكس ذلك صحيح، ويدل على أن المقصود من التأمين هو الاستغلال: أنه قد أتى بصور غريبة كل الغرابة، حتى أصبحنا نسمع التأمين على السيقان، والتأمين على ألوان النساء، وهكذا، فهو يعد هذا النوع من التأمين امتداداً للتأمين التعاوني الذي كان عند أهل البندقية؟ إنه ليس كذلك، ولكنه التفكير اليهودي الذي يبتدع أسباب الاستغلال من أشد المواطن سوءاً وفساداً، وإذا كان الجانب الخيري فيه لم يكن يهودياً، فإن اليهود فيه هو ما كان استغلالياً تتولاه شركات استغلالية، والبحث عن أي شركة تأمين في أي عصر تجد اليهود فيها مسيطرين^(١).

٢- يقوم التأمين على النظام الرأسمالي، وجميع الأنظمة الرأسمالية ليس من رسالتها التعاون وليس التعاون من أهدافها، وإنما كل ما تسعى إليه هو اكتناز الأموال والثراء عن طريق استغلال مخاوف الناس من المخاطر، وقد تنبّهت بعض الدول إلى ذلك فوضعت تشريعات تحد من انطلاق هؤلاء الناس في هذا المجال، وتحافظ على حقوق المستأمنين باعتباره الضعيف، فهو يوقع على عقد مطبوع، وليس له حق أية مناقشة تتعارض مع بنود العقد^(٢).

٣- إن شركات التأمين ليست نائباً كما زعموا؛ ذلك لأن النائب إنما يعمل لمصلحة المنوب عنه وليس له أن يتصرف فيما تتعارض فيه مصلحته مع مصلحة المنوب عنه، بينما شركات التأمين لا تعمل إلاّ لحساب نفسها ولمصلحتها سواء وافق ذلك مصلحة المستأمن أو عارضها فالشركة إنما

(١) الشيخ محمد أبو زهرة في أسبوع الفقه الإسلامي ٥١٧ - ٥١٩.

(٢) التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون ص ١٩٩.

تسعى للحصول على أكبر قدر ممكن من الربح، وتحاول دائماً التخلص من تعهداتها والتزاماتها ما وسعها ذلك والمستأمن بمجرد دفعه لالتزامه -سواء كان على شكل أقساط أو دفعة واحدة - فإن ما دفعه يخرج عن ملكيته، ويصبح ملكاً لشركة التأمين وهي تتصرف فيه كيفما تشاء ومتى شاءت، وليس للمستأمن حق التدخل في ذلك أو أدنى اعتراض عليه، وهذا ما نص عليه قانون التأمين^(١).

٤- الملاحظ في عقد التأمين خلوه من قصد التعاون، أما الاتفاق التعاوني المدعى فإنه لا وجد له في الواقع، فإن كل مؤمن له لا يقصد من تعاقدته مع المؤمن التعاون مع غيره من المؤمن لهم، بل يقدم على التعاقد إذا كان - بدفعه للمؤمن وما سيأخذه منه نتيجة التزامه بتحمل تبعة الخطر - مصلحة له، وعليه فإن كل مؤمن يتعاقد تعاقدًا فردياً مع المؤمن لمصلحته هو لا لمصلحة باقي المؤمن لهم، مما يؤكد أن عقد التأمين ليس فيه اتفاقاً تعاونياً بين المؤمن لهم، بل هو عقد معاوضة بين المؤمن والمؤمن له، والأمر كذلك في القانون؛ فعقد التأمين لا ينشئ وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقد إلاّ علاقة قانونية بين طرفيه وهما: المؤمن والمؤمن له المعين، دون أن تنشئ أية علاقة قانونية بين المؤمن لهم.

٥- أما قيام الشركة بدور الوسيط بين المؤمن لهم فهو قول خالي من الواقعية؛ وذلك لأن المؤمن طرف أصيل شرعاً وقانوناً، فلا يكون نائباً، لأن النائب يقوم بالتصرفات باسم ولحساب المؤمن لهم، أما المؤمن فإنما يتصرف لحساب نفسه، ولو كانت الشركة تقوم بدور الوسيط فقط، فإن مركزها هذا سيحولها الحق في الأجر على قيامها بهذا العمل دون أن تتقاضى أي ربح ولو سلمنا قيام المؤمن بهذا الدور فذلك يقتضي أن ما يدفعه المؤمن له

(١) ينظر: المصدر المشار إليه سابقاً.

من أقساط للشركة إنما يدفعه على سبيل التبرع للجماعة التعاونية، ولا يدفعه للمؤمن فيجب عند ذلك أن لا يدخل في ذمة المؤمن، بينما نجد في الواقع أن المؤمن له يدفع الأقساط معاوضة لقاء ما سيحصل عليه من مبلغ التأمين، وإذا دفع المستأمن الأقساط دخلت في ذمة المؤمن، لذلك لا يرد المؤمن الأقساط عند انتهاء المدة في حالة عدم تحقق الخطر المؤمن ضده، وإنما تؤول الأقساط للمؤمن. ولا يقال أنه سيردها للمؤمن له في صورة مبلغ التأمين؛ لأنه قد لا يستحق في الحالات المعلق فيها استحقاقه على وقوع الخطر الذي لم يتحقق خلال مدة التأمين.

٦- لو سلمنا أن الغاية من التأمين مشروعة وهي التعاون فذلك من حيث الفكرة التي يستند عليها وهي فكرة لا غبار، عليها لكن الوسائل التي تباشرها شركات التأمين -ومن بينها عقد التأمين في ذاته - تستدعي الوقوف عندها لبحث مدى شرعيتها.

فالغاية وإن كانت محمودة فلا تبرر الوسيلة، ويلزم أن يكون الهدف الأصلي الأساسي هو تحقيق هذه الغاية، وأن يكون الحصول على الربح أمراً ثانوياً، وهذا غير متحقق في التأمين التجاري، فشركات التأمين لا يعينها تفتت المخاطر، وإنما يعينها الربح الذي تحققه عن طريق خوف الناس من المخاطر فهي تغلب دائماً فكرة الربح على فكرة التعاون وتتخذ من وسائل غير مشروعة كالمراباة والشروط الفاسدة سبيلاً يحقق لها هدفها في الربح.

٧- لقد شهد العديد من علماء الاقتصاد على خلو التأمين من التعاون ومن ذلك شهادة عالمين معاصرين، أحدهما بريطاني وهو: اللورد كيتز؛ إذ يهيب بالدولة أن تسيطر على وسائل الاستثمار، ومن أهمها شركات التأمين بشرط أن توجه الاستثمارات لخدمة المجتمع وليس للربح، وهذا دليل على أن شركات التأمين التجارية تمثل خطراً اقتصادياً على الدولة لأنها تسيطر على مدخرات

وفيرة، فإذا تركت هذه المدخرات لفئة لا يحركها غير الربح فإنها ستستثمرها بما تراه محققاً لمصالحها الفردية دون تقدير لظروف المجتمع وحاجياته، ولذا أقدمت دول كثيرة على تأمين شركات التأمين وغيرها من المصارف محافظة على اقتصادها ولاسيما من الدول المتخلفة اقتصادياً^(١).

والشهادة الثانية لعالم أمريكي معاصر وهو "جيرري فور" فهو يقول: "شركة التأمين المساهمة ليست مشروعاً تعاونياً؛ لأن الشركات المساهمة للتأمين تعمل على كسب الفوائد لحملة أسهمها ولأن شركات التأمين المساهمة ليست ملكاً لمن يريدون سياستها، والذي يميز العمل أو المشروع بأنه تعاوني هو أن يكون الغرض من وجوده مواجهة حاجة جماعة من الناس بأقل تكلفة عملية اقتصادية ممكنة، وبالشكل والجودة الذين تريدها تلك الجماعة، وعلى أن يكونوا هم أصحابه دون سواهم، وعلى هذا فكل مشروع يهدف إلى توفير الربح لطائفة من الناس هم حملة أسهمه، وبيع سلع وخدمات لآخرين هم مستهلكوه لا يعد مشروعاً تعاونياً. والتأمين التجاري يقبل عليه المساهمون لزيادة أموالهم فقط، كما يقبل عليه المستأمنون رغبة في الحصول على ضمان يخفف عنهم تلك المخاطر التي يتعرضون لها، ثم إنهم لا يملكون شيئاً من الشركة المؤمنة، وإن الذي يملكها ويهيمن عليها هم المساهمون لا غير، وتمرور الزمن يصبح لهؤلاء المساهمين ثروات ضخمة من شأنها التحكم في مجال الحياة الاقتصادية وخلق نوع من الاحتكار المالي في أيدي فئة من الناس، ولا يخفى ما لهذا من مساوئ في مختلف شؤون الحياة.

فشركات التأمين بهذا الذي ذكرناه لا تعد مشروعاً تعاونياً وإنما هي نوع من الاحتكار المالي له أضراره على الحياة الاقتصادية والاجتماعية^(٢).

(١) ينظر: الأهرام الاقتصادية بمصر العدد ٣٢ ص ٢٩ وينظر: التأمين في الشريعة والقانون ٢٠١.

(٢) المصدر السابق نفسه، وينظر: فلسفة النظام التعاوني في المجتمعات الحديثة ص ٣٠.

بعد هذا العرض يتضح الفرق الشاسع بين التأمين التجاري وبين التعاون، ومع وجود هذا الفارق لا يصح القياس.

وقبل أن أغادر هذا المبحث، أذكر نموذجاً ساقه بعض الباحثين مستدلاً به على جواز التأمين من الأشياء والمسؤولية، وهو: "قضية تجار البزّ مع الحاكة"^(١).

هذه القضية حدثت في مدينة "سُلا" - في المغرب - في القرن الثامن الهجري فاستدل بها أحد الباحثين على جواز عقد التأمين التجاري، وخلاصتها: أن تجار البزّ رأوا: أن المغارم المخزنية الموظفة عليهم ثقيلة؛ لذلك اتفقوا على أن كل من اشترى منهم سلعة دفع درهماً عند رجل يثقون به، وما اجتمع من ذلك استعانوا به على الغرم، وأراد الحاكم منعهم من ذلك، بدعوى: أنه يضر بهم وينقص من ربحهم، فرفعوا الأمر إلى قاضي مدينتهم: أبي عثمان، سعيد بن محمد العقباني، فحكم بإباحة ذلك بشرط أن: لا يجبر واحد من التجار على دفع الدراهم^(٢).

ويمكن الإجابة على هذا الاستدلال: بأنه قياس مع الفارق؛ فإن قضية تجار البزّ مع الحاكة من باب التأمين التبادلي - التعاوني - وهو تعاون محض، وعقود التأمين التجاري التي هي محل البحث عقود معاوضة، فلا يصح قياسها على تلك القضية.



(١) الاستدلال للشيخ محمد بن الحسن الحجوي المالكي (ت ١٣٧٦هـ) صاحب كتاب:

الفكر السامي، ينظر: الكتاب ٣٠٨/٤ - ٣١٠.

(٢) المصدر السابق نفسه.

المبحث الثالث عشر

الاستدلال على جواز التأمين ببعض أصول التشريع

استدل بعض الباحثين على جواز التأمين: بأنه يدخل ضمن أصول الشرع
المعتبرة، وقد ذكروا بهذا الصدد أربعة أصول وهي: العرف، والمصلحة،
والضرورة، والإباحة الأصلية.

وسأذكر استدلالهم بكل أصل من هذه الأصول في مطلب مستقل، لذلك
هذا المبحث سيتضمن أربعة مطالب:

المطلب الأول: الاستدلال على جواز التأمين بدخوله ضمن العرف^(١):

يعد العرف مصدراً من مصادر التشريع التبعية؛ ومن هنا فبعض القائلين بجواز
التأمين استدلل على الجواز بقوله: "أن الناس قد تعارفوا عليه حتى أصبح شائعاً

(١) العرف والعادة: اسمان لما ألفه الناس واعتادوه وساروا عليه في أمور حياتهم
ومعاملاتهم من قول أو فعل أو ترك، ويفرق بعضهم بين العادة والعرف: فالعادة:
الأمر المتكرر، فهي أعم بذلك من العرف، وبعضهم يجعل العرف هو الأعم،
وأكثرهم سوّوا بينهما. وينقسم العرف إلى: قولي، كإطلاق كلمة الولد على الذكر
دون الأنثى عند الناس مع أنها تطلق في اللغة عليهما، وعرف عملي: كبيع التعاطي
من غير لفظ، ومن جهة أخرى ينقسم إلى عام، وهو: ما تعارفه الناس في جميع
البلاد في وقت من الأوقات، كتعارفهم على دخول الحمامات بلا تعيين مدة المكث
فيها ولا مقدار الماء المستهلك فيها، وخاص: وهو: ما تعارفه بعض أهل البلاد،
كتعارف العراقيين على تعجيل قسم من المهر وتأجيل الباقي إلى أقرب الأجلين،
وينقسم أيضاً إلى: صحيح، وهو ما لا يخالف نصاً من نصوص الشريعة ولا قاعدة
من قواعدها وعرف فاسد، وهو: ما خالف أحكام الشريعة وقواعدها الثابتة (ينظر:
الأنموذج في أصول الفقه للدكتور فاضل عبد الواحد، ص ١٦٩ وما بعدها والمدخل
للدكتور عبد الكريم زيدان ٢٠٥-٢٠٦).

بينهم واطمأنت إليه نفوسهم؛ لذلك فإن العرف يمكن أن يكون مستنداً تقوم عليه مشروعية التأمين"^(١).

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

اعترض على هذا الاستدلال: "بأننا لو أحصينا عدد المستأمنين نجد نسبتهم بالنسبة لعموم الشعب الإسلامي ضئيلة جداً واعتياد العدد الضئيل لا يوجه عرفاً. ثم إن هذا العرف المدعى يصادم أموراً مستنبطة من النصوص، وإذا قيل: إنها شبهات. قلنا: بأنها قد تكاثفت وكثرت حتى صرنا نحكم معها بأن هذا النوع من العقد لا يتلائم مع مقاصد الشارع، ولا مع ما قدره الفقهاء، بل نستطيع القول: بأنه يصادم نص الربا، فالربا يحيط به من كل ناحية.

هذا فضلاً عن وجود الغرر والمقامرة وغيرها من الأمور التي أقمنا الحجة على وجودها في التأمين التجاري، وهذه كلها محرمة أيضاً، فوجودها في التأمين التجاري يحول دون جعل التعارف عليه دليلاً على الجواز، حتى لو تعارف على العمل به كل الناس.

وها هي ذي أمتنا تواجه بين الحين والآخر هجوماً فكرياً وأخلاقياً من أعدائها يحاول فيه نشر أخلاق وعادات قبيحة لتشاع بين عموم المسلمين وترين لهم بوسائل مختلفة حتى يستسلموا لها، وتصبح عادة وعرفاً مستساغاً، فإذا وصلوا إلى هذه المرحلة ارتفعت أصوات مسلمة تنادي بأن "العادة محكمة"^(٢) فيقع المسلمون بذلك في الشَّرْكِ الذي نصبه لهم أعدائهم.

(١) من القائلين بذلك الشيخ علي الخفيف، ينظر: التأمين في الفقه الإسلامي ص ٧٣ والدكتور قحطان الدوري في المصدر نفسه، ص ١٧٢.

(٢) وهي إحدى القواعد التشريعية (ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٩٣).

إن الإسلام لا يخضع قواعده لهوى الناس وعاداتهم المخالفة لأصوله ومبادئه؛ لأن ذلك إسقاط لبناء الشريعة شيئاً فشيئاً، ومن هنا جاء اتفاق الفقهاء على أن أي عرف مهما عم -حتى لو عم الناس جميعاً- إذا تضمن أمراً يخالف نصوص الشريعة ومقرراتها فإنه في هذه الحالة يكون بلا وزن، ولا قيمة له ولا اعتبار له مهما كانت دوافعه.

يقول الإمام الشاطبي: "إن العوائد الشرعية التي أقرها الدليل الشرعي أو نفاها ثابتة أبداً، فلا تبدل لها وإن اختلفت آراء المكلفين فيها، فلا يصح أن ينقلب الحسن قبيحاً ولا القبيح حسناً، إذ لو صح مثل هذا لكان نسخاً للأحكام المستقرة المستمرة، والنسخ بعد موت النبي ﷺ باطل فرفع العوائد الشرعية باطل" (١).

والعوائد -كما يعرفها الشاطبي- : "التي ورد فيها دليل من الشارع فأمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهى عنها كراهة أو تحريماً، أو أذن فيها فعلاً أو تركاً، وذلك في مقابل العوائد الجارية بين الخلق مما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي، والأخيرة هي التي يقبل فيها تغير الحكم بتبدل العادات الاجتماعية والعرف في البيئات على اختلافها" (٢).

فإذا كان العرف يسقط الاستدلال به عند وجود النص المعارض فإن العرف على العمل بالتأمين -لو وجد- لا يصح الاستدلال به على الجواز، لأنه يعارض مقتضيات نصوص كثيرة ذكرناها بالتفصيل فيما سبق، إذا كان مثل هذا العرف لم يثبت أصلاً.

(١) الموافقات ٢/٢٨٢ وما بعدها.

(٢) المصدر السابق، وينظر: الاعتصام للشاطبي أيضاً ١/١٧٦ وما بعدها.

المطلب الثاني: الاستدلال على جواز التأمين بدخوله ضمن المصلحة^(١).

يستدل بعض الباحثين^(٢) على جواز التأمين التجاري بأنه يحقق مصالح اقتصادية كبيرة للمجتمع. يقول أحدهم: "وقد دفعت قواعد الاقتصاد الناس دفعاً إلى التأمين، ليؤمنوا أثر الكوارث المالية الفادحة التي يتعرضون لها نظير ما يدفعونه لشركات التأمين من مال لا يذكر بجانب الكوارث والخسارة إذا نزلت بفرد منهم، وكم سمعنا من قبل التأمين عن بيوت عظيمة للتجار خربت بغرق بضائعهم- وكم من كوارث حلت فبددت الثروات، ولكن التأمين انتشر وظهرت آثاره وتحقق معناه فأمّن الناس من هذه الكوارث، وخففت من فداحتها.

وقد قرر العلماء: أن المصالح العامة إذا كانت تناسب حكماً شرعياً فإن ذلك الحكم الذي تناسبه يثبت عملاً فيها يحقق المصلحة العامة، واعتباراً لهذا الوصف المناسب للحكم فقد جمع أبو بكر رضي الله عنه القرآن في صحف بعد موقعة اليمامة خوفاً من ضياعه بقتل القراء ولم يكن ذلك قبل أبي بكر وقد نسخ عثمان رضي الله عنه أربعة مصاحف وزعها على الأقطار الإسلامية، وأمر بحرق ما يخالفها

(١) الشارع قد يعتمد بأمر تصلح أن تكون مناطاً لحكم شرعي يحكم به بناءً عليها، فإذا قام الدليل الشرعي على الاعتداد بها كحفظ العقل مثلاً مصلحة اعتد بها الشارع فحرم الخمر، وأقام الحد على شاربها، فللمجتهد إن وجد شيئاً آخر لا يسمى خمرًا ويفعل فعل الخمر حكم بالتحريم قياساً على الخمر ويسمى هذا بالمصلحة المعتبرة، وقد يلغي الاعتداد بمصلحة كالاستسلام للعدو حفظاً للنفس، بدليل الجهاد، وتسمى: المصلحة الملغاة، وقد يسكت عن أمور لم يقدّر دليل على اعتبارها ولا إلغائها، ولم يرتّب عليها حكماً، فتلك هي المسماة: المصلحة المرسلة. ينظر: الإحكام للآمدي ٢٠٣/٣. أصول الفقه لركبي الدين شعبان ص ١٦٦ وما بعدها للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٢٠٢-٢٠٣.

(٢) من القائلين بذلك الدكتور عبد الرحمن عيسى في أسبوع الفقه الإسلامي ٤٧٤ وما بعدها، والشيخ عبد الحميد السائح في التأمين بين الحل والتحريم، ص ٢٢١.

منعاً لاختلاف الناس في القرآن، ولعمر بن الخطاب رضي الله عنه من ذلك الكثير فهو الذي أنشأ الدواوين وأنشأ البريد.

بل إن عمر اسقط سهم المؤلفة قلوبهم من الزكاة مع أنهم صنف من الأصناف الثمانية الذين تصرف لهم الزكاة، وذلك لأن عمر رضي الله عنه رأى أن هذا الصنف كان يأخذ من الزكاة مراعاة لمصلحة المسلمين إذ كان فيهم ضعف، وكانوا في حاجة إلى تأليف هذا الصنف. ولكن لما قويت شوكة المسلمين، ولم يصيروا بحاجة إلى تأليف هؤلاء رأى عمر رضي الله عنه ألا مصلحة في إعطاء هذا الصنف من الزكاة، بل المصلحة في منعهم لئلا يُظن بالمسلمين الضعف، وكذلك أسقط عمر حد السرقة عن السارق عام الجماعة، لأن الجماعة لما اشتدت ربما تكون هي التي دفعت السارق تحت تأثير العوامل الطبيعية إلى السرقة ليحصل السارق على الطعام الذي يسد به رمقه فتكون حالة الضرورة هي الدافع على السرقة، فاقتضت المصلحة عدم إقامة الحد مراعاة لهذه العوامل الطبيعية.

فهذه المواقف وأمثالها من الخلفاء الراشدين على مشهد من أصحاب رسول الله ﷺ مع عدم إنكارهم الدليل على أنهم يرون أن المصالح العامة من الأمور المناسبة للحكم الشرعي والتي يبنّي عليها ثبوت ذلك الحكم، لأن التأمين يحقق مصلحة عامة هامة، فإن حكمه في هذه الحالة هو الجواز شرعاً، اعتباراً للمصلحة العامة التي يحققها^(١).

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

المصلحة المرسلة إنما يعمل بها فيما لم يرد به نص أو إجماع ولا أصل تقاس عليه إذا كان فيها معنى يصلح أن يكون مناطاً لحكم شرعي، فهذا فقط يحق

(١) الدكتور عبد الرحمن عيسى في أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٤٧٣-٤٧٥.

للمجتهد استنباط الحكم وبناءه على ما تقتضيه المصلحة، وذلك إذا تحققت شروط معينة ذكرها الفقهاء وهي:

١- أن تتفق مع المصالح التي قصد الشارع تحصيلها، فلا تنافي أصلاً من أصول الشرع، أو دليلاً من أدلته القطعية، ومن هنا فإنه لا يعتمد بالمصلحة المالية المتوخاة من الربا أو بيع الخمر، ولا المصلحة المتوخاة من الاستسلام للعدو وعدم جهاده، بحجة حفظ النفس، وذلك لأن الشارع ألغى هذه المصالح لمصالح أخرى أرجح منها، وهي حفظ كيان الأمة.

٢- أن تكون المصلحة من المصالح المحققة، أي يتأكد من أن تشريع الحكم في الواقعة يحقق مصلحة أو يدفع مفسدة، أما مجرد توهم وجود المصلحة من غير موازنة بين ما يمكن أن يؤديه تشريع الحكم من ضرر، فهذا يعد بناء للحكم على مصلحة متوهمة فلا يجوز بذلك كالمصلحة المتوهمة من سلب الزوج حق الطلاق، وجعله بيد القاضي في جميع الأحوال من غير موازنة بين ذلك وبين ما يمكن أن يلحق الأسرة من أضرار نتيجة اضطرارها إلى إفشاء أسرارها بين يدي القضاء.

٣- أن تحقق المصلحة نفعاً عاماً أو تدفع ضرراً عاماً، ولا تختص بفرد أو أفراد قلائل.

٤- أن تكون المصلحة معقولة في ذاتها، بأن يتلقاها أصحاب العقول السليمة بالقبول.

٥- أن يكون في الأخذ بها رفع حرج لازم، بحيث لو لم يؤخذ بها لوقع الناس في الحرج^(١).

فإذا طبقنا تلك الضوابط على المصلحة المدعاة من إقرار التأمين التجاري نجد أنفسنا في وضع لا يسمح لنا ببناء القول بالجواز على تلك المصلحة، وبيان ذلك في الآتي:

(١) ينظر: مسائل الفقه المقارن للدكتور هاشم جميل ١/٥١/٥٢.

أ - يشترط في المصلحة التي يبنى الحكم عليها، أن تكون من المصالح التي قصد الشارع إلى تحصيلها، والقول بجواز التأمين التجاري لا يتفق مع المصالح التي قصد الشارع إلى تحصيلها، وذلك لتضمنها الربا والغرر والقمار وغير ذلك من الأمور التي قامت الأدلة القطعية على تحريمها، فالمصلحة في التأمين مصلحة ملغاة، لأنها تنافي تلك النصوص.

ب - يشترط في المصلحة التي يصح بناء الحكم عليها أن تكون مصلحة محققة، والمصلحة التي تتأتى من التأمين ليست مصلحة محققة، بل هي مصلحة وهمية، لأنها لم توازن بين المصلحة التي تصيب بعض الأفراد المستأمنين أحياناً وبين الضرر الذي يصيب مجموع المستأمنين دائماً وأكثر الأفراد غالباً، فشركات التأمين لم تكن لتبقى لولا معرفتها بالطرق التي تجعل مجموع المستأمنين في مركز الخاسر دائماً لمصلحتها لتكون هي الراجحة على الدوام.

ج - يشترط في المصلحة التي يصح بناء الحكم عليها أن تكون مصلحة عامة، والتأمين لا يحقق مثل هذه المصلحة، بل إنه لا يحقق حتى مصلحة عموم المستأمنين أنفسهم وإنما - كما أوضحنا مراراً - يحقق مصلحة بعض أفرادهم أحياناً، ويوقع الضرر بمجموعهم دائماً، وبأكثر أفرادهم غالباً، فالمصلحة إذن مصلحة الشركات القائمة بالتأمين، وهذه ليست مصلحة عامة يصح بناء الحكم عليها.

د - يشترط في المصلحة التي يصح بناء الحكم عليها أن تكون مصلحة معقولة بذاتها، بحيث تتلقاها العقول السليمة بالقبول؛ وهذا غير متحقق في المصلحة المدعاة في التأمين، بدليل أن جمهور علماء الأمة لو يقرؤوا القول بجوازه.

هـ - المصلحة المعتبرة هي التي يكون في الأخذ بها رفع حرج لازم، وهذا غير متحقق في المصلحة المدعاة في التأمين؛ لأنه لا يوجد حرج بالناس من عدم وجوده حتى نقول بمشروعيته لنرفع الحرج عنهم.

وأما ما استشهد به في مسألتى التوقف عن صرف المؤلفة قلوبهم إليهم، والتوقف عن قطع اليد عام المجاعة في خلافة عمر رضي الله عنه "بأن عمر لم يسقط سهم المؤلفة قلوبهم، ولكن منع إعطاء أناس كانوا يأخذون في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهد الصديق رضي الله عنه، وذلك لأن عد مثل هذا العطاء منوط بحال الشخص وحال المسلمين، وقد يقال: ولكنه لم يعط غيرهم، فنقول: إنه رأى أنه لا موضع لتطبيق النص لعدم حاجة المسلمين إليه ومثل ذلك سهم المدنيين، فهل يعد إسقاطاً له إن لم يجد مدينا يسد عنه؟، ولذلك قرر الفقهاء بالإجماع^(١): إذا وجدت حال يكون فيها إعطاء ناس تأليفاً لقلوبهم فيه تقوية للإسلام فإن النص القرآني يجب الأخذ به.

وأما مسألة عدم قيام الحد عام الرمادة -وهو السنة التي اشتدت فيها المجاعة على المسلمين- فذلك لأن عمر رضي الله عنه وجد شبهة في إقامته، ومن المقررات الفقهية أن الحدود تدرا بالشبهات وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: «ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم»^(٢).

(١) ينظر: المحلى ١٤٥/٦ وقال أبو عبيد في "الأموال" عن آية مصارف الزكاة: وهي آية محكمة لا نعلم لها ناسخاً في كتاب ولا سنة (ينظر: الأموال ٧٩٧).

(٢) يرى ابن حزم أن الأحاديث الواردة في أن (الحدود تسقط بالشبهات باطلة) (ينظر: المحلى ٤٢٨/٩) وفيما قاله نظر، لأن الحديث له طرق عدة: فعن أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم قال: "ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً" رواه ابن ماجه وفي إسناده إبراهيم بن الفضل المخزومي، وهو ضعيف، وعن عائشة أنه صلى الله عليه وسلم قال: «ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم» رواه الترمذي وضعفه، وصحح وقفه، وعن علي أنه صلى الله عليه وسلم قال «ادروا الحدود» رواه البيهقي وضعفه، وذكره الشوكاني بلفظ: «ادروا الحدود بالشبهات»، وذكر الحافظ ابن حجر: أن الحديث بهذا اللفظ رواه أبو حنيفة من طريق مقسم عن ابن عباس مرفوعاً. قال الشوكاني: هذه الأحاديث وإن كان كل منها لفرده ضعيف، إلا أنها بمجموعها يشد بعضها بعضاً فتكون صالحة للإحتجاج بها =

والشبهة هنا أنه رأى السارقين في حال جوع شديد واضطرار، ويعلم كل فقيه أن: الضرورات تبيح المحظورات، أن من كان في حال جوع يتعرض فيه للتلف إذا لم يأكل يباح له مال غيره بقدر ما يسد رمقه، والقصة تنبئ عن ذلك: فإن غلمان حاطب بن أبي بلتعة سرقوا ناقة ونحروها، وأكلوها فهمّ عمر بأن يقيم الحد عليهم، ولكنه تبين له أن حاطبا يجيع غلمانها، فلم يقم عليهم الحد، وغرمه ضعف قيمة ما أكله غلمانها^(١).

أليس في الخبر ما يدل على: أن الحد دُرئ بشبهة الاضطرار، وقد اشتكوا إليه وثبت صحة شكواهم والعام عام مجاعة؟.

ولذلك يقرر فقهاء الحنابلة وكثيرون غيرهم^(٢): أن من شرط إقامة الحد في السرقة ألا يكون السارق قد سرق طعاما في مجاعة؛ لمكان شبهة الاضطرار في إقامة الحد^(٣).

بعد ذلك أقول: هذا الجواب في غاية الدقة؛ وذلك لأن الذي يتضمن حكما إنما ينفذ عند وجود المقتضى لذلك الحكم، وانتفاء المانع من تنفيذه، والنص الذي يتضمن نص سهم المؤلفة قلوبهم لم يوجد المقتضى لتنفيذه حينما أوقف عمر رضي الله عنه العمل به بالنسبة لمن كانوا يأخذونه في عهد النبي صلى الله عليه وسلم لأن هؤلاء لم يعودوا من المؤلفة قلوبهم؛ فقد مضى على إسلامهم وقت طويل؛ أما النص

=وصح موقوفاً عن عمر، وابن مسعود، وروى أيضاً عن معاذ بن جبل وعقبة بن عامر (ينظر، ابن ماجه ٨٥٠/٢، الترمذي هامش تحفة الأحوذى ٣١٨/٢، السنن الكبرى ٨: ٢٣٨، التلخيص الحبير ٥٦/٤، نصب الراية ٣٣٣/٣، نيل الأوطار ١١٠/٧).

(١) ينظر: المغني هامش الشرح الكبير ٢٨٨/١٠-٢٨٩.

(٢) ينظر: مع المصدر السابق: روضة الطالبين للإمام النووي ١٣٣/١٠، والمجموع ٨٨-٨٧/٢٠.

(٣) ينظر في ذلك الشيخ أبو زهرة في أسبوع الفقه الإسلامي، ص ٥٢٥-٥٢٦.

الذي يتضمن قطع اليد فقد أوقف عمر العمل به عام المجاعة بالنسبة لغلman حاطب وأمثالهم، لوجود المانع من التنفيذ، وهو اضطرارهم الذي أحدث شبهة، ومع وجود الشبهة تمنع إقامة الحد للقاعدة المشهورة: "الحدود تدرأ بالشبهات".

وهذه القاعدة مأخوذة في الأصل من حديث له طرق فيها مقال^(١) أما جمع القرآن الكريم في خلافة أبي بكر وعثمان (رضي الله عنهما) ففيه مصلحة عظيمة لم يرد نهي عنها أو عن شيء مما تضمنته، فهي لذلك تتفق مع مقاصد الشارع في حفظ القرآن الكريم وصيانته.

بعد هذا العرض يتضح لنا عدم وجود المصلحة المرسلة التي تتوافر فيها الضوابط المعتبرة والتي يمكن معها القول بأن التأمين يندرج تحتها، ولا بد أن نحكم بجوازه، فلا مصلحة مرجوة ولا الحرج من عدم الأخذ بها موجود، لذلك فإنه لا يصح اتخاذ المصلحة هنا دليلاً على الجواز.

(١) ينظر: تخريج الحديث والكلام فيه قبل ثلاثة هوامش تقدمت بالتفصيل.

المطلب الثالث: الاستدلال على جواز التأمين بدخوله ضمن الضرورة^(١).

استدل بعض الباحثين على جواز التأمين بأنه ضرورة^(٢) العصر، وأن الإسلام مبني على أساس اليسر ورفع الحرج والعسر، كما في قوله ﷺ: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾^(٣). وقد بنى العلماء على ذلك قواعد منها: "إذا ضاق الأمر اتسع" و"المشقة تجلب التيسير" و"الضرورات تبيح المحظورات"

(١) من القائلين بذلك الدكتور عبد الرحمن عيسى في، أسبوع الفقه الإسلامي ٤٧٦، والدكتور إبراهيم الطحاوي في كتابه: الاقتصاد الإسلامي ٤٤١/١ والدكتور محمد البهي في كتابه: نظام التأمين في هدى أحكام الإسلام والضرورات المجتمع المعاصر، ص ٨٣ والأستاذ عبد الوهاب خلاف في مجلة لواء الإسلام العدد ١١ لسنة ١٣٧٤، السنة الثامنة، ص ٧٠٨ وما بعدها، والسيد علي السيد في كتابه: التأمين، ص ١٧، وإبراهيم اللبان فلان خليل، وإدريس الكناي، ووفيق القصّار، في مجلة الأزهر العدد (١) سنة ١٣٨٥هـ، ص ١٠٤ وما بعدها، والدكتور قحطان الدوري في: التأمين في الفقه الإسلامي، ص ٢٠٩ وعبد الله بن زيد آل محمود في التأمين من حوادث السيارات فقط في نظام التأمين وموقف الشريعة منه ص ٨١-٨٢.

(٢) الضرورة لغة: اسم من الاضطرار، وشرعاً: قال الجصاص: هي خوف الضرر والهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل، وعرفها بعض المالكية بأنها "الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً" وعرفها السيوطي بأنها "بلوغ الإنسان حداً أن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب" وفصل صاحب مغني المحتاج ذلك بقوله: "من خاف من عدم الأكل على نفسه موتاً أو مرضاً مخوفاً أو زيادته، أو طول مدته، أو انقطاعه عن رفقته أو خوف ضعف عن شيء أو ركوب، ولم يجد حلالاً يأكله ووجد محرماً لزمه أكله، ولا يشترط فيما يخاف منه تحقيق وقوعه لو لم يأكل بل يكفي في ذلك الظن (ينظر: لسان العرب ٤/٨٣ أحكام القرآن ١٥٠/١ القوانين الفقهية، ١٧٣ الأشباه والنظائر للسيوطي، ٦١ مغني المحتاج ٤/٣٠٦).

(٣) سورة البقرة من الآية ١٨٥.

وما حرم لذاته يباح للضرورة، و"وما حرم لسدّ الذريعة يباح للحاجة"^(١).

وقد أناط الفقهاء معرفة المشقة التي تجلب التيسير بالعرف، فالرجوع إليه فيما يشق على الناس وما لا يشق عليهم أمر لا بد منه، وقد تبين في التأمين: أن حاجة الناس إليه قد اشتدت ونظمت، وأنه يشق عليهم جداً ألاّ يمارسوا عمليات التأمين، ليدفعوا بها الكوارث الفادحة التي تقضي على الثروات، وتخرب الديار، وأن الاقتصاد الصحيح يحتم على ذوي المتاجر أو المصانع الكبيرة ممارسة عمليات التأمين، حفاظاً على أموالهم، ودفاعاً لما قد ينزل بهم من خسائر تبدد ثرواتهم وتخرب العامر من بيوتهم.

كل هذا يحققونه بالتأمين لدى شركة التأمين في مقابل ما يدفعون لهذه الشركات من مال يتضاعف بجانب ما يجنون من ثمرات، مع اطمئنان قلوبهم واستقرارها من جهة المحافظة على ثرواتهم. على أن شركات التأمين لا تضار بعمليات التأمين؛ لأنها كما قلنا تتعامل مع كثير من الناس وتجمع منهم أقساط التأمين، والغالب السلامة بحيث يبقى لشركة التأمين بعد ما تدفعه من تعويض الخسائر أرباح كثيرة^(٢).

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

وللإجابة على هذا الاستدلال أقول:

إن ركن الضرورة هو الإلجاء، وذلك بأن يجد المكلف نفسه مُلجئاً إلى ارتكاب الفعل المحظور شرعاً، وإنما يكون كذلك إذا أصبح في حالة يخشى معها على أحد الضروريات الخمس من التلف أو ما قاربه، وتلك الضروريات هي:

(١) الأشباه والنظائر: للسيوطي: ٨٤، ٩٢، ٩٧ والأشباه والنظائر لابن نجيم ٧٥، ٨٤،

٨٥-٩١.

(٢) ينظر: أسبوع الفقه الإسلامي ٤٧٦.

الدين، والنفس، والنسل، والعقل، والمال، وقد اشترط العلماء لحصول الضرورة شروطاً أهمها الآتي:

١- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة؛ فإذا تبين للمكلف وقوع الخطر الذي يهدد الضروريات الخمس: كمن أشرف على الهلاك جوعاً، وليس أمامه إلاّ المحرم فهو في هذه الحالة مضطر ويجوز له الأخذ بالحكم الاستثنائي لدفع الخطر عن نفسه ولو بارتكاب المحظور عملاً بالقاعدة الفقهية "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما"^(١).

٢- تعيين فعل المحظور لدفع الضرورة. وذلك بأن لا تكون هناك وسيلة لدفع الخطر إلاّ ارتكاب المحظور، فإذا وجد الجائع نفسه ملجأً إلى سرقة جازت له، ولكنه إذا استطاع شراء طعام بالاقتراض مثلاً فلا يجوز له ارتكاب الفعل المحرم.

٣- أن تدفع الضرورة بقدرها، فلا يجوز التماذي بأكثر مما رخص الشارع فيه. وهل المرخص عند الضرورة مقدار ما يدفع التلف عن النفس أو يمكن الزيادة على ذلك؟ هذا محل خلاف، وفي ذلك اتجاهات ثلاثة:

الأول: أن المضطر لا يجوز له الأكل من الميتة إلاّ بقدر ما يسد رمقه، ويحفظ حياته، ولا يجوز له الشبع. وهذا مذهب الحنفية وأكثر الشافعية، وبعض الحنابلة، وبعض المالكية^(٢).

الثاني: أن المضطر له الشبع والتزود من الحرام حتى يجد الحلال، فإذا استغنى عنه طرحه حتى يجد الحلال. وهذا مذهب الظاهرية، وأكثر المالكية، وبعض الشافعية والحنابلة والإمامية^(٣).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٨٩.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين ٢٣٨/٥، مغني المحتاج ٣٠٧/٤، المغني ٥٩٥/٨ كشف القناع ١٥٨/٦.

(٣) ينظر: بداية المجتهد ٤٩٢/١ المحلى ٥٠٠/٧ الشرح الكبير للدردير ١١٦/٢ القوانين الفقهية مغني المحتاج والمغني: الصفحات السابقة الروضة البهية ٣٥٤/٧.

الثالث: التفصيل: فإذا كانت الضرورة دائمة جاز له الشبع والتزود، أما إذا كانت مؤقتة يتوقع عدم دوامها فلا يجوز له تناول إلاّ بقدر ما يسد به الرمق ويحفظ الحياة ولا يجوز له الشبع ولا التزود، وإليه ذهب المالكية الشافعية والحنابلة^(١).

ولعل الرأي الأخير هو الراجح؛ لأن المسافر المنقطع توقفت حياته على المحرم حتى يصل مظنة الحلال، فإذا تزود من الميتة، إنما يتزود بقدر ضرورته المستمرة فلو ترك الشبع والتزود لربما هلك ولم ينتفع من الرخصة على الوجه الأكمل فهو في حالة ضرورة حتى يصل إلى الأمان، أما الضرورة المؤقتة فلا يجوز معها الشبع ولا التزود من الحرام؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها فلا يجوز له التجاوز إلى ما وراء ذلك، إذ المتبادر إلى الذهن من الآية ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ هو عدم قصد التلذذ بالحرم؛ لأنه جاز له تناول لدفع الخطر عن نفسه، فلا يتوغل أكثر من حاجته.

٤- أن يكون الفعل أقل خطراً مما حل بالمضطر بحيث تترتب على فعله فائدة، ومصلحة أكثر من مصلحة التقييد بمراعاة الحلال والحرام.

وذلك كتعارض التضحية ببعض أبناء الأمة لإنقاذ الأمة بكاملها في حالة الدفاع عنها والجهاد في سبيل الله، أما إذا كان الفعل أكبر خطراً مما حل بالمضطر، فلا يجوز الإقدام بأي حال عملاً بالقاعدة الفقهية "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" وقاعدة "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما"^(٢).

٥- أن لا يكون لإرادته دخل في إحداث الضرورة، وذلك بالاحتياط على الحكم الشرعي بالوصول إلى الاستباحة المحرمة بحجة الضرورة المفتعلة، وذلك كمن عنده مال يمكنه من بناء سكن لسد حاجته فيتوسع منه بما يزيد على ذلك، فهذا لا يجوز له الاقتراض بالربا بحجة إنه أصبح مضطراً.

(١) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي ٥٥/١، تفسير القرطبي ٢٢٦/٢، مغني المحتاج والمغني: الصفحات السابقة، الوجيز للغزالي ٢١٦/٢، الإقناع للشريبي ٣١٢/٤.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ٨٧ و ٧٦ والأشباه والنظائر: ص ٨٨ و ٨٩.

٦- أن يعود الخطر على إحدى الضروريات الخمس الدين، والعقل، والنفس، والعرض، والمال، فإذا تعرض من هذه الأمور شيء للتلف وتعين الفعل المحذور شرعاً لإنقاذه جاز أما إذا كان الخطر يهدد أمراً حاجياً أو تحسينياً^(١) فلا يجوز الإقدام على الفعل الحرام، فلا يجوز الاقتراض بالربا لتسديد القرض أو لإنشاء مشروع يعود بربح وفير لأنها لا تعد ضرورة^(٢).

فهذه هي الضرورة، وتلك هي الشروط اللازمة لكي يباح معها المحذور، وقد توسعت شيئاً ما في الكلام عليها وعلى شروطها لكي تكون بذاتها جواباً واضحاً ووافياً لمن يقر "بأن التأمين محرم ولكنه يباح للضرورة" ومع ذلك فاني سأتوقف قليلاً عند الشرطين الأولين:

فالشرط الأول: هو أن تكون الضرورة قائمة غير منتظرة، وهذا عكس التأمين تماماً، لأن التأمين لا يكون على خطر قد وقع، وإنما لا بد أن يكون احتمالاً، إذن فالشرط الأول للعمل بالضرورة مفقود بالنسبة للتأمين كما هو واضح.

(١) المقاصد التي جاءت بها الشريعة ثلاث ضروريات، وحاجيات، وتحسينيات، فالأمور الضرورية هي خمسة (الدين والنفس والعرض والعقل والمال) والحاجية: هي ما احتاجه الناس لرفع الحرج بحيث إذا فقدت وقع في الناس ضيق وتجري في العبادات والمعاملات والجنايات والعبادات ومن أمثلتها في المعاملات عقد الاستصناع الذي أجاز رعاية لمصلحة حاجية تعود على كل من طرفي العقد؛ والتحسينية، وهي: الأخذ بما يليق بالإنسان من محاسن وعادات وكمال الأخلاق وتمايم المروءة، وهي أيضاً تكون في العبادات والمعاملات والجنايات، ومن أمثلتها في الجنايات منع التمثيل بالقتلى قصاصاً؛ وقد تتحول بعض الأمور الحاجية إلى ضرورة، كفتح المدارس وما تحتاجه الصناعة والزراعة فهي من الأمور الحاجية التي ترقى إلى درجة الضرورة ينظر: "النظرية العامة للضرورة (١٧- ٢٤)".

(٢) ينظر: مع المصدر السابق: قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ص ٣٧، وما بعدها.

والشرط الثاني هو: تعين الفعل المحذور لدفع الضرورة.

وقد أجاب أحد العلماء^(١) عن ذلك بقوله: "إنه لكي نحكم بأن التأمين غير التعاوني أمر ضروري لا بد أن نفرض أنه لا يمكن أن يوجد تأمين سواه، لأن الضرورة لا تكون إلا حيث تستغلل الأمور ويتعين الحرام سبيلاً للإنقاذ، فهذا الذي يبلغ به الجوع أقصاه ولا يجد إلا الخنزير يأكله، فإنه يباح له أكله. ولكن إن وجد طعاماً آخر، ولكنه دون الخنزير اشتهاً مع أنه طيب حلال لا يعد في حال ضرورة.

والأمر هنا كذلك فإن التأمين الاجتماعي^(٢) مفتاح الأبواب، وإن لم يكن قائماً أقمناه، وإن كان ضيقاً وسعناه، وإذا كان الأفق محدوداً وضعنا بين أيدي المفكرين أوسع الأفاق^(٣).

فوجود البديل بالقوة أو بالفعل الذي لا يتضمن المحرمات لا يجوز أن يلجأ إلى غيره مما يتضمن أموراً نهى الشارع عنها، سيما وأن البديل يحقق للناس ما يطلبونه من غير استغلال ولا حرمة فيه.

وإذا قيل: بأن التأمين وإن لم يكن من ضرورة الناس إلا أنه من حاجياتهم التي يترتب على فقدانها ضيق ومشقة، وأن الحاجيات تنزل منزلة الضرورة في بعض الأحيان؟.

أقول: إن المقياس الشرعي الذي يحدد المشقة التي لها قيمة في رفع الحرج إنما هو "بالتكليف الخارج من المعتاد بحيث يشوش على النفوس في تصرفها ويقلقها أو يؤدي إلى وقوع خلل في النفس، أو المال أو الحال من الأحوال المعتبرة"^(٤).

(١) الشيخ محمد أبو زهرة.

(٢) يقصد غير التجاري.

(٣) الشيخ: أبو زهرة في أسبوع الفقه الإسلامي ٥٢٤.

(٤) الموافقات للشاطبي ٨٧/٣.

فيفتح سبل شرعية تحقق الأمان في نظم تعاونية لا نجد الحرج إن قلنا بمنع التأمين التجاري، إنما سيتحول مما نمت عنه الشريعة إلى ما فيه المصلحة المشروعة التي تجلب ما يطلبه الناس من الأمن.

وحتى مع عدم وجود البدائل الشرعية فإن الإنسان يستطيع العيش بطريق مشروع زراعي أو صناعي أو تجاري آخر وغير ذلك من وسائل الكسب المشروعة من غير تعامل بالتأمين، فما عرف التأمين مصدراً طبيعياً للثروة المالية فضلاً عن كونه طريقاً غير مشروع.

المطلب الرابع: الاستدلال على جواز التأمين بدخوله ضمن الإباحة الأصلية^(١):

استدل بعض الباحثين^(٢) على جواز التأمين التجاري: بأنه داخل ضمن

(١) الإباحة عند الفقهاء: ضد الحظر، وقد عرف صاحب الاختيار المباح بقوله "المباح: ما أجزى للمكلفين فعله وتركه، بلا استحقاق ثواب ولا عقاب أو مأخذاً فيه"، (ينظر: الإحكام للآمدي ١/١٧٥-١٧٦، الاختيار ٣/١٢٧).

إذا عرفنا ذلك نقول: ما دخل في حوزة الإنسان أو ملكه فالأصل فيه التحريم إلا أن يأذن الشرع كأخذ الزكاة منه، أو يرضى صاحب المال على أن لا يخالف نصاً مانعاً من رضاه كالعقود الشرعية من بيع وإجارة وإرث ونحو ذلك لا خلاف بين العلماء في ذلك، واختلفوا فيما لم يرد فيه دليل في حله أو تحريمه وليس ملكاً لأحد على أربعة اتجاهات الاتجاه الأول يرى: أن الأصل فيه الإباحة، والثاني الحظر والثالث التوقف، والرابع: الإباحة في المنافع، والخطر في المضار.

والأدلة تسعف الاتجاه الأول، والذي عليه جمهور العلماء، فكل ما وجد من العقود والتصرفات، ولم يكن له حكم شرعي، يحكم بإباحة الأصلية، لقوله تعالى ﴿خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ (البقرة ٢٩) ولذكره تعالى آيات كثيرة تسخير ما في السماوات والأرض جميعاً للناس، والشيء لا يكون مستمراً للإنسان إلا إذا كان مباحاً له.. ينظر: تفصيل المسألة في (ميزان الأصول للسمرقندي ١/٣١٤، الحصول للرازي ١/٢١١ الإحكام للآمدي ١/١١٣، والإحكام لابن حزم ١/٤٧، حاشية البناني مع شرح المحلي عل جميع الجوامع ١/٣٩، المستصفى ١/٦٥).

(٢) من القائلين بذلك الدكتور عبد الرحمن عيسى والأستاذ مصطفى الزرقاء في أسبوع الفقه الإسلامي ٤٧٦ و٣٨٧ وكتاب الزرقاء: نظام التأمين ص ٥٦ والشيخ عبد الحميد السائح في: التأمين بين الحل والتحريم ٢٢١ والشيخ علي الخفيف ود. قحطان الدوري، والأستاذ برهام عطا الله في: التأمين في الفقه الإسلامي ص ٦٥ و٧٤ و١٥٢ والسيد كاشف الغطاء في مجلة "الأزهر العدد سنة ١٣٥٨هـ ص ١٠٥.

القاعدة التي تقول: "بأن الأصل في الأشياء الإباحة"^(١) ومن هنا تحدث عنها أحدهم بقوله: أن عمليات التأمين مباحة؛ لأنها من معاملات الناس فيما خلقه الله لمنفعتهم ولم يرد بخصوصها نص يحظرها^(٢) ويقول أيضاً عن التأمين على الحياة "ويمكن أن تثبت للتأمين ضد الأخطار الشخصية في الصناعات والمهن الخطيرة الجواز أيضاً من ناحية الإباحة التامة الثابتة لكل عمل يتصل بها خلقه الله لمنفعتنا، ولم يرد فيه بخصوصه دليل يقتضي الحظر؛ لأن كل ذلك ينطبق على هذا التأمين"^(٣).

وينطلق باحث آخر من الفكرة القائلة: بأن العقود لا تنحصر في أنواع من المسماة منها: كالهبة والبيع والعارية وغيرها مما ورد لها حكم في مصادر الشريعة، بل تركت الشريعة الباب مفتوحاً لأنواع العقود للناس "فيمكنهم أن يتعارفوا على أنواع جديدة إذا دعتهم حاجاتهم الزمنية إلى نوع جديد وليس فرعاً من أحد الأنواع المعروفة قبلاً، ويصح منهم كل عقد جديد متى توافرت فيه الأركان والشرائط العامة التي تعد من النظام التعاقدي العام في الإسلام كالشروط المطلوبة شرعاً في التراضي والتعبير عن الإرادة وفي محل العقد بحيث لا يتضمن العقد ما يخالف قواعد الشريعة، فللناس أن يبتكروا أنواعاً جديدة تدعوهم حاجاتهم الزمنية إليها بعد أن تستوفي الشرائط العامة"^(٤).

وقد استشهد المستدل ببيع الوفاء -المرار ذكره- على أن الأصل في العقود الجديدة: الإباحة شرعاً.

(١) ينظر: كلام العلماء حول هذه القاعدة في الهامش قبل السابق.

(٢) الدكتور عبد الرحمن عيسى: في أسبوع الفقه الإسلامي: ٤٧٥-٤٧٦.

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤) الأستاذ مصطفى الزرقاء في أسبوع الفقه الإسلامي ٣٨٧ ونظام التأمين ٢٥٦.

ويقول باحث آخر: "ولما كان التأمين نظاماً جديداً ولم يتضارب مع حقائق الشريعة لانتفاء الشبهات التي تدعو إلى تحريمه كان إذا محكوماً عليه بالإباحة"^(١). ولا يكتفي مستدل آخر بما سبق، بل يزيد على ذلك فيقول: "إن لم يكن التأمين مندوباً إليه ديناً من حيث مصالحه المترتبة عليه فلا أقل من أن يكون مباحاً لم يرد بحظره نص ولا ضرر فيه"^(٢).

✍ مناقشة هذا الاستدلال:

يتبين لنا من مجموع ما تقدم: أن الاستدلال مبني على ثلاثة افتراضات: الافتراض الأول: أن التأمين التجاري لا يتعارض مع نصوص الشريعة الإسلامية ومبادئها العامة.

ويجب عن ذلك: بأن هذا الافتراض لم يعد مقبولاً بعد أن بينا مدى التقاطع بين التأمين وبين نصوص الشريعة ومبادئها في الفصل الأول من هذا الباب. الافتراض الثاني: أن الحاجة تدعو إلى ابتكار عقود جديدة، ومن هذه العقود عقود التأمين.

ويجب عن ذلك: أن هذه القضية -أيضاً- قد سبقت مناقشتها بالتفصيل، وقد توصلنا إلى أنه لا توجد ضرورة أو حاجة إلى التأمين التجاري، ولو وجدت فإن شرائط العمل بها لوجود بدائل مباحة تغني عنه.

الافتراض الثالث: ما دام التأمين لا يوجد فيه ما يتعارض مع الشريعة وما دامت الحاجة داعية إليه فهو عقد مباح؛ لأن الأصل في الأشياء الإباحة ومن هذه الأشياء المباحة عقد التأمين.

(١) الدكتور قحطان الدوري في التأمين في الفقه الإسلامي ١٢٥.

(٢) بحث الشيخ علي الخفيف: التأمين ص ٤٨، ينظر: التأمين في الفقه الإسلامي ص ١٦٠-١٦١.

ويجاء عن ذلك بما يأتي:

الإجابة عن ذلك: تتصل ببيان مدى حرية الإنسان في إنشاء العقود والشرائط المتصلة بها؛ وذلك لأن الشارع نص على عقود وجعلها أسباباً مفضية لآثارها، بل إن الشارع قد حدد الآثار وحدد الشروط التي من شأنها أن تزيد أو تنقص من هذه الآثار التي فيها مصلحة هذا العاقد أو ذاك.

وعلى ذلك يرد السؤال الآتي:

هل يمنع التنصيص المذكور في إنشاء عقود جديدة لم يرد بها نص؟ وهل يمكن للعاقد إجراء تغيير أو تعديل بإدارته لتلك الآثار بما يشترطه من شروط؟.

هذا موضع اختلاف الفقهاء فيه بين مضيق وموسع ومتوسط: فتلك ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: هذا الاتجاه يضم الرأي المضيق؛ ويرى أصحابه عدم صحة عقد أو شرط لم يثبت جوازه بنص أو إجماع، فإذا لم يثبت جوازه بذلك قالوا ببطلانه، وعلى هذا فقهاء المذهب الظاهري^(١).

وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بأدلة عدة منها:

١- قول الله ﷻ: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾^(٢).

قالوا: فإنشاء عقود أو شروط لم يشرعها الإسلام يعد تجاوزاً لحدود الله ﷻ.

٢- قوله ﷻ: «ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ﷻ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله، فليس له وإن اشترط مائة شرط، شرط الله ﷻ أحق وأوثق» رواه البخاري^(٣).

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٣٢/٥.

(٢) سورة البقرة الآية ٢٢٩.

(٣) البخاري ١٢٣/١ و ٩٣/٣ و ١٩٨ و ١٩٩.

الاتجاه الثاني: وهذا الاتجاه يتضمن الرأي الموسع؛ وأصحاب هذا الرأي لا يشترطون نصاً أو إجماعاً لإباحة عقد أو شرط وإنما يشترطون عدم وجود نص يحرم ذلك، فإن لم يوجد فللإنسان أن ينشئ ما يريد من عقود. وعلى هذا الرأي فريق من الحنابلة، منهم الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم^(١).

وذلك لأن الأصل عندهم في العقود والشروط الصحة والجواز، فلا يحرم أو يبطل منها إلا ما دل على تحريمه أو إبطاله نص في الكتاب أو في السنة أو إجماع صحيح أو قياس معتبر^(٢).

واستدلوا على ذلك بقوله ﷺ: «يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(٣). قالوا فأمر الله ﷻ بالوفاء بالعقود مطلق لذلك، فالأصل صحة العقود والشروط.

أما قوله ﷺ: «من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل»^(٤) فالمراد به: النهي عن الإتيان بشرط يخالف شرع الله ﷻ، بحيث يحرم حلالاً أو يحل حراماً، فمن فعل ذلك فهذا مخالف لكتاب الله ﷻ، فهو باطل، أما إذا لم يكن كذلك فما يأتي به ليس بباطل؛ لأنه لم يخالف كتاب الله وشرطه.

الاتجاه الثالث: وهو رأي المتوسطين وهؤلاء، يرون أن الأصل في العقود والشروط التحريم لكنهم استثنوا بعضها وتوسعوا فيها؛ ومن هؤلاء الحنفية، إذ يتنوع الشرط عندهم إلى صحيح وباطل وفاسد.

(١) فتاوى ابن تيمية ٢٩/٣ وما بعدها.

(٢) ينظر: المصدر السابق نفسه.

(٣) سورة المائدة الآية (١).

(٤) تقدم تخريجه قبل قليل.

فالصحيح: ما وافق مقتضى العقد أو أكدّه أو أذن الشرع به أو جرى به عرف صحيح.

والباطل: ما ليس فيه من أوصاف الشرط الصحيح بشيء، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين، فحكم مثل هذا الشرط أنه لاغ والعقد صحيح. والفاسد: هو ما لم يكن منه واحد من أوصاف الشرط الصحيح وفيه منفعة لأحد المتعاقدين؛ فالشرط هنا يفسد عقود المعاوضات المالية كالبيع ويكون لغواً في التبرعات ونحوها^(١).

الراجح فيما يبدو:

هو الاتجاه الموسع - وهو الاتجاه الثاني - ؛ وذلك لقوة أدلته التي أوردها القائلون به لأن العقود أفعال عادية والأصل فيها عدم التحريم حتى يدل دليل على التحريم.

فهذه الأفعال ليست من العبادات لكي تحتاج إلى أدلة خاصة، وقد جاء في الحديث عنه ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلاّ شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» رواه الترمذي وغيره^(٢).

فالمشترط لا ينقض الشرع إذا أوجب - بمعنى: ألزم عن طريق العقد ما لم يكن واجبا في الشرع لكن بشرط أن لا يؤدي ما أوجبه المكلف عن طريق العقد إلى إباحة ما حرمه الشرع أو تحريم ما أحله.

بعد هذا العرض: لو أخذنا بأكثر الاتجاهات توسعاً، وهو الرأي القائل: بأن الأصل في العقود الإباحة فهو - مع مخالفة كثير من الفقهاء له - ليست على

(١) بدائع الصنائع ١٦٨/٥ - ١٧٤، المبسوط ١٣/١٤ وما بعدها، فتح القدير ٢١٥/٥ - ٢٢١.

(٢) الترمذي ١٣٥٢ في الإحكام، باب ١٧ وقال حسن صحيح، ابن ماجه ٢٣٥٣ في

الإحكام، باب الصلح، والبيهقي ٢٩/٨، والحاكم في المستدرک ١٤١/٢.

إطلاقه؛ لأن من قال بأن الأصل في الأشياء الإباحة قد استثنى ما ورد الشرع بحظره وقد ورد الشرع بما يدل على حظر "التأمين التجاري" لاحتوائه على الربا والغرر الكثير والمقامرة ونحو ذلك مما مر ذكره مفصلاً، وبذلك يتضح أن التأمين التجاري لا يدخل ضمن الأصل القائل: "الأصل في الأشياء الإباحة" وبذلك يتضح أيضاً مدى المجازفة في قول بعض الباحثين: أن التأمين مندوب إليه.



خاتمة الباب الثاني

تشتمل على: فقرتين:

الفقرة الأولى: عرض موجز للآراء التي تضمنها الاتجاه القائل بالتفصيل بين أنواع التأمين.

الفقرة الثانية: عرض أهم القرارات الصادرة عن المؤتمرات الإسلامية في التأمين.

□ **الفقرة الأولى:** عرض موجز الآراء التي تضمنها الاتجاه القائل بالتفصيل بين أنواع التأمين

يرى فريق من الباحثين المسلمين الحد من نطاق التأمين، وحصر الترخيص ببعض أنواعه؛ وذلك لأنه لم تتحقق عندهم الأسباب التي أدت إلى القول بعدم جوازه في أنواع أخرى.

وقد سلك المفصلون مسالك عدة في التفصيل أو في الاستدلال، ولأجل أن لا يتشتت البحث أرى من الأفضل الإشارة إلى ذلك بمسالك متعاقبة:

المسلك الأول:

يرى بعض الباحثين القول بمشروعية التأمين في بعض أنواعه: فمنهم^(١) من قال: بجواز التأمين بجميع أنواعه ما عدا التأمين على الحياة، ومنهم^(٢) من قال:

(١) ومن هؤلاء الشيخ الحجوى الذي سبق تقدم استدلاله بقضية تجار البرز على جواز التأمين، ينظر: كتابه: الفكر السامي ٣٠٦/٤ وما بعدها، وينظر: آخر استدلال المبحث الثاني عشر من الفصل الثاني السابق.

(٢) الأستاذ أحمد السنوسي الذي سبق استدلاله على جواز التأمين على المسؤولية بشبهه بمسألة ولاء الموالة: ينظر: مجلة الأزهر سنة ١٩٧٣، مجلد ٢٥ العدد ٢/٢٣٢ ٣/٣٠٣، ينظر: المبحث السادس من الفصل الثاني السابق.

يمنع التأمين بجميع أنواعه ما عدا التأمين على المسؤولية، ومنهم^(١) من قال: بجواز التأمين من حوادث السيارات وأشباهه دون التأمين على الحياة.

فالذين ذهبوا إلى الترخيص ببعض أنواع التأمين فإنهم يستدلون على ذلك بنحو ما استدل القائلون جواز التأمين التجاري، مطلقاً، وذلك كاستدلالهم بأنه من التعاون والوفاء بالعقود، وأن الأصل في العقود الإباحة حتى يقوم دليل على المنع وأنه يباح للمصلحة ولشدة حاجة الناس إليه.

واستدلوا على منع التأمين على بعض الأنواع الأخرى، لاسيما التأمين على الحياة ببعض ما استدل له المانعون للتأمين التجاري مطلقاً، وذلك مثل كونه قماراً ونوعاً من بيوع الغرر ومتضمناً بيع دراهم بدراهم مثلاً نسيئة، أو مع التفاضل، ونحو ذلك.

وناقش كل أدلة مخالفته بما ناقش كل من الفريقين السابقين مخالفه وقد تقدم ذلك مفصلاً، فلا حاجة لإعادته.

المسلك الثاني:

ومنهم من^(٢) يرى قياس التأمين على عقد المولاة كما هو بما فيه من جهالة وغرر، لكن اشترط فيه عدم وجود الربا، وإلا كان محرماً واقترح لضمان عدم دخول الربا فيه الآتي:

(١) منهم عبد الله بن زيد: رئيس محاكم الشرعية بقطر وينظر: كتابه. وينبغي هنا أن نشير إلى أن الشيخ محمد أبا زهرة له رأي منشور في مجلة الأهرام الاقتصادية بعدها ١٣٢ ص لسنة ١٩٦١ مفاده: أن التأمين على السيارات ليس حراماً لكن في نفسه منه شيء، لكن ثبت عنه أنه تراجع عن الفتوى. ينظر: نظام التأمين للأستاذ الزرقاء ص ٥٦-٥٧ مع هامشيتهما.

(٢) وهذا الرأي قال به الشيخ نديم الجسر المنشور رأيه في مجلة الأهرام، العدد الأول محرم، سنة ١٣٨٥هـ، ص ١٠٦.

- أ- أن تتفق شركة التأمين مع المشتركين على استثمار أموالها في التجارة المباحة.
- ب- أن توزع الأرباح بنسبة الأسهم بين الشركاء.
- ج- أن يتحمل المساهمون الخسارة بالنسبة نفسها.
- د- أن يخصص الشركاء قسماً من الأرباح ليؤدي منه الضمان عند الكارثة^(١).
- ومن الواضح أننا مع هذه الشروط ننتقل إلى تأمين آخر غير التأمين التجاري الذي نتحدث عنه.

المسلك الثالث:

وسلك جماعة^(٢) في التفصيل مسلكاً آخر ففرقوا بين ما كان من عقود التأمين خالياً من الربا فقالوا بجوازه وبين ما كان منها مشتملاً على الربا فرخصوا فيه للضرورة وبالقدر الذي يتيح له فرصة التخلص مما فيه الربا.

المسلك الرابع:

ومن العلماء^(٣) من حكم بناء على أسس طبيعة الخطر، فإن كان الخطر فعلاً من أفعال العباد كالسرقة والغصب جاز التأمين ضد نتائجها، وإن كان من

(١) المصادر السابقة نفسها.

(٢) منهم الأستاذ محمد يوسف في كتابه: الإسلام والحياة ٢١٦، والشيخ أحمد الشرباصي في مجلة الأهرام الاقتصادي، العدد ١٣٢ في ١٥/٢/١٩٦١ والشيخ حسين الحلي في: التأمين في الفقه الإسلامي ٨٣.

(٣) وقد نقل هذا الرأي عن الشيخ نجم الدين الواعظ مفتي الديار العراقية سابقاً الشيخ فرج السنهوري في بحث له أشار إليه صاحب: عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار ص ٩٢، غير أننا ضبطنا للشيخ نجم الدين الواعظ رأياً ضمن آراء المانعين بدون هذا التفصيل (ينظر: تمهيد الفصل الأول من الباب الثاني ومن القائلين بنحو هذا المسلك الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود رئيس المحاكم الشرعية بقطر، ينظر: كتابه: أحكام عقود التأمين ومكانتها من شريعة الدين ص ٣٧ و ٥٧).

الحوادث الكونية التي تجري فيها المقادير الإلهية فضمامها بالتأمين من قبيل الميسر والقمار وغير ذلك.

المسلك الخامس:

ومنهم^(١) من يرى إباحة التأمين بجميع أنواعه عدا التأمين على الحياة لصالح مستفيد غير المؤمن له وعدا التأمين الادخاري.

وفي صدد التأمين الادخاري يسلم هنا الأستاذ مصطفى الزرقاء باستثناء صورته من أنواع التأمين المباح فيقول بتحريمه لا لأنه تأمين على الحياة، ولكن لأن شركات التأمين مارستها بصورة جعلتها من صور التعامل الصريح بالربا^(٢).

وفي ختام هذه الفقرة تجدر الإشارة إلى أن هناك فريقاً^(٣) قد تردد في الحكم على التأمين التجاري فلم يقل فيه بحل ولا بحرمة، ويرى هذا الفريق أن هذه المسألة من المسائل العامة، ولها أهمية كبرى، فينبغي ألا تُترك لفرد يفتي فيها، بل يجب على علماء العصر أن يوفروا جهودهم ويكرسوها لبحثها، وأن يتعاونوا على حل مشاكلها، لينتهوا من بحثهم إلى رأي واضح يذهب ببلبلة الأفكار، ويقضي على اختلاف الآراء أو يجد من كثرتها ويخفف من شدتها.

وقد ذكرت هذا حتى لا أهمل شيئاً يتعلق بموضوع البحث، وإلا فإن من الواضح أن هذا ليس برأي، وإنما هو نصيحة لعلماء العصر ومشورة عليهم بما

(١) وهو رأي الشيخ فرج السنهاوري، ينظر، عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار ص ٩٢ وبنحوه قال الشيخ عبد الرحمن عيسى، ينظر: التأمين في الفقه الإسلامي/ ٨٣.

(٢) ينظر: الأستاذ مصطفى الزرقاء في الملحق الثالث في كتابه: نظام التأمين ص ١٥٨.

(٣) من هؤلاء الشيخ محمد المدني في مجلة الأهرام الاقتصادي، العدد ١٣٢ سنة ١٩٦١ ص ١٩، والدكتور السيد عبد المطلب عبده في كتابه الأسلوب الإسلامي لمزاولة التأمين ص ٢٠٨.

يجب أن يعملوه، وإرشاد إلى الطريق الذي يجب أن يسلكوه بحل هذه المشكلة والوصول فيه إلى نتيجة تظهر فيها المصلحة وذلك إنما يكون بعد دراسة مستفيضة قد يتوصل المختصون فيها إلى رأي متفق عليه، وقد قال أحدهم: "أن هذا وحده هو الذي يستطيع أن يناهض الإجماع المشهور لدى العلماء على التحريم، وبغير هذا سيظل الناس منقسمين؛ منهم من يحرم إتباعاً للمأثور والمشهور، ومنهم من يبيح رغبةً في التيسير والمسايرة للتطور"^(١).

بقي أن نشير إلى أن هنالك تفصيلاً آخر ليس هذا موضعه نشير إليه هنا فقط، وهو: أن كثيراً^(٢) من الباحثين يفصلون بين التأمين التجاري والتأمين التعاوني فيذهبون إلى القول بتحريم الأول دون الثاني، ومنشأ هذا التفصيل عائد إلى وجود المعنى التعاوني في الثاني دون الأول.

أما التجاري فيذهبون إلى القول بتحريمه وذلك لاشتماله على المقامرة، والكسب الباطل والغبن الفاحش والربا وعدم وجود الضرورة إليه، ونحو ذلك مما سبق عرضه مفصلاً.

أما التأمين التعاوني فيذهبون إلى القول بمشروعيته، وهذا ما سنتحدث عنه بالتفصيل المستطاع في موضع آخر^(٣).

بعد هذا العرض المسهب الذي تضمنه الباب الثاني للآراء والأدلة ومناقشتها يتضح بجلاء رجحان الاتجاه القائل بتحريم التأمين التجاري على ما هو عليه الآن؛ وذلك لأن الغرر قد تغلغل فيه والربا يحيط فيه من جميع جوانبه، فضلاً عن

(١) الشيخ محمد المدني في المصدر المشار إليه سابقاً.

(٢) وهو الاتجاه الغالب في بحوث العلماء في أسبوع الفقه الإسلامي وباحثين غيرهم، وهذا ما قرره مجمع البحوث الإسلامية كما سنذكر ذلك بعد قليل في هذه الخاتمة.

(٣) ينظر: الفصل الخاص بالتأمين التعاوني في الباب القادم.

ما شابه من أمور أخرى مر ذكرها بالتفصيل أما الأدلة التي سبقت على إباحته فقد سبق الرد عليها بالتفصيل، بل إن قياسه على بعض العقود التي أقرها الفقه الإسلامي أو بعض الاتجاهات منه قد نفاه بعض شُرَّاح القوانين الذين لهم اطلاع على الفقه الإسلامي^(١) فضلاً على الباحثين المسلمين، إذ قرروا أن عقد التأمين بما قام عليه من مبادئ وما حكمه من قواعد وشروط لا يتشابه مع أي من تلك العقود التي أقرها الإسلام؛ فقد قال صاحب كتاب الوسيط في شرح القانون المدني ما نصه:

(لا يجوز قياس عقد التأمين على عقود أو نظم معروفة في الفقه الإسلامي فهو لا يشبه عقد المضاربة في شيء، ولا هو كفالة، ولا ودیعة بأجر، ولا هو عقد مولاة، ولا يدخل في ضمان خطر الطريق، ولا في الوعد الملزم، ولا في نظام العواقل إلى آخر ما جاء من التشبيهات"^(٢) ومن هنا فلا يبقى أمامنا غير اللجوء إلى التطبيق الإسلامي للتأمين وهو ما سنذكره في باب مستقل به.

□ الفقرة الثانية: عرض لأهم القرارات الصادرة عن المؤتمرات الإسلامية بشأن التأمين

فيما يأتي أسرد نصوصاً لقوانين من قرارات المؤتمرات التي سبقت^(٣) الإشارة إليها في تمهيد الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الرسالة.

أولهما: قرر المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة سنة ١٩٧٦م، وقد قرر ما يأتي:

(١) الوسيط ١٠٨٩/٧.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣) ينظر: تمهيد الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الرسالة.

أ- يرى المؤتمر أن التأمين التجاري الذي تمارسه شركات التأمين التجاري في هذا العصر لا يحقق الصيغة الشرعية للتعاون والتضامن؛ لأنه لا تتوافر فيه الشروط الشرعية التي تقتضي حله.

ب- يقترح المؤتمر تأليف لجنة من ذوي الاختصاص من علماء الشريعة وعلماء الاقتصاد المسلمين لاقتراح صيغة للتأمين خالية من الربا والغرر وتحقيق التعاون المنشود بدلا من التأمين التجاري^(١).

ثانيهما: قرار المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة عام ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م، وقد قرروا الآتي:

"قرر مجلس المجمع الفقهي بالإجماع -عدا فضيلة الشيخ مصطفى الزرقاء- تحريم التأمين التجاري بأنواعه سواء كان على النفس أو على البضائع التجارية أو غير ذلك، للأدلة الآتية:

أولاً: (عقد التأمين التجاري) من عقود المعاوضات المالية الاحتمالية المشتملة على الغرر الفاحش؛ لأن المستأمن لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يعطي أو يأخذ؛ فقد يدفع قسطاً أو قسطين ثم تقع الكارثة فيستحق ما التزم به المؤمن وقد لا تقع الكارثة أصلاً فيدفع جميع الأقساط ولا يأخذ شيئاً. وكذلك المؤمن لا يستطيع أن يحدد ما يعطي ويأخذ بالنسبة لكل عقد بمفرده، وقد ورد في الحديث الصحيح عن النبي ﷺ النهي عن بيع الغرر.

ثانياً: (عقد التأمين التجاري) ضرب من الضروب المقامرة، ونوع من المخاطرة في معاوضات مالية وهي الغرم بلا جناية أو تسبب فيها، ومن الغنم بلا مقابل، أو مقابل غير مكافئ، فإن المستأمن قد يدفع قسطاً من التأمين ثم يقع

(١) مجلة حارس، ص ١٩، وينظر: التأمين التعاوني من وجهة النظر الشرعية ص ١١.

الحادث فيغرم المؤمن كل مبلغ التأمين، وقد لا يقع الخطر، ومع ذلك يغنم المؤمن أقساط التأمين بلا مقابل، وإذا استحكمت فيه الجهالة كان قماراً ودخل في عموم النهي عن الميسر في قوله ﷺ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْحَرَمُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رَجَسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(١) والآية التي بعدها.

ثالثاً: (عقد التأمين التجاري) يشتمل على ربا الفضل والنساء: فإن الشركة إذا دفعت للمستأمن أو لورثته أو للمستفيد أكثر مما دفعه من النقود لها فهو ربا فضل، والمؤمن يدفع للمستأمن بعد مدة فيكون ربا نساء، وإذا دفعت الشركة للمستأمن مثل ما دفعه لها يكون ربا نساء فقط، وكلاهما محرم بالنص والإجماع.

رابعاً: (عقد التأمين التجاري) من الرهان المحرم؛ لأن كلا منهما فيه جهالة وغرر ومقامرة ولم ييح الشرع من الرهان إلا ما فيه نصرة للإسلام وظهور لإعلامه بالحجة والسنان، وقد حصر النبي ﷺ رخصة الرهان بعوضهن في ثلاثة بقوله ﷺ: «لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل» وليس التأمين من ذلك ولا شبيهاً به فكان محرماً.

خامساً: (عقد التأمين التجاري) فيه أخذ مال الغير بلا مقابل وأخذه بلا مقابل في عقود المعاوضات التجارية محرم بدخوله في عموم النهي في قوله ﷺ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢).

سادساً: في (عقد التأمين التجاري) الإلزام بما لا يلزم شرعاً فإن المؤمن لم يحدث الخطر منه ولم يتسبب في حدوثه وإنما كان منه مجرد التعاقد مع المستأمن

(١) سورة المائدة الآية ٩٠.

(٢) سورة النساء ٢٩.

على ضمان الخطر على تقدير وقوعه مقابل مبلغ يدفعه المستأمن له والمؤمن لم يبذل عملاً للمستأمن فكان حراماً.

وأما ما استدل به المبيحون للتأمين التجاري مطلقاً أو في بعض أنواعه فالجواب عنه الآتي:

أ- الاستدلال بالاستصلاح غير صحيح؛ فإن المصالح في الشريعة الإسلامية ثلاثة أقسام:

قسم شهد الشرع باعتباره فهو حجة وقسم سكت عنه الشرع فلم يشهد له بإلغاء ولا اعتبار فهو مصلحة مرسلة، وهذا محل اجتهاد المجتهدين، وقسم ثالث ما شهد الشرع بإلغائه وعقود التأمين فيها جهالة وغرر وقمار وربما فكانت مما شهد الشرع بإلغائه لغلبة جانب المفسدة فيه على جانب المصلحة.

ب- الإباحة الأصلية لا تصلح دليلاً هنا، لأن عقود التأمين التجاري قامت الأدلة على مناقضتها لأدلة الكتاب والسنة والعمل بالإباحة الأصلية مشروط بعدم التناقض لها وقد وجد، فبطل الاستدلال بها.

ج- (الضرورات تبيح المحظورات) لا يصح الاستدلال به هنا، فإن ما أباحه الله من طرق كسب الطيبات أكثر أضعافاً مضاعفة مما حرمه عليهم، فليس هناك ضرورة معتبرة شرعاً تلجأ إلى ما حرمته الشريعة من التأمين.

د- لا يصح الاستدلال بالعرف، فإن العرف ليس من أدلة تشريع الأحكام، وإنما يبنى عليه في تطبيق الأحكام وفهم المراد من ألفاظ النصوص ومن عبارات الناس في أيمانهم وتداعيمهم وأخبارهم وسائر ما يحتاج إلى تحديد المقصود منه من الأفعال والأقوال، فلا تأثير له فيما تبين أمره وتعيين المقصود منه، وقد دلت الأدلة دلالة واضحة على منع التأمين فلا اعتبارية معها.

هـ- الاستدلال بأن عقود التأمين التجارية من عقود المضاربة أو في معناها غير صحيح، فإن رأس المال من المضاربة لم يخرج عن ملك صاحبه

وما يدفعه المستأمن يخرج بعقد التأمين من ملكه إلى الشركة حسبما يقضي به نظام التأمين، وإن رأس مال المضاربة يستحقه ورثة مالكة عند موته، وفي التأمين قد يستحق الورثة نظاماً مبلغ التأمين ولو لم يدفع مورثهم إلاّ قسطاً واحداً، وقد لا يستحقون شيئاً إذا جعل المستفيد سواء المستأمن من ورثته، وإن الربح في المضاربة يكون بين شريكين نسبا مئوية مثلاً، بخلاف التأمين، فربح رأس مال وخسارته للشركة، وليس للمستأمن إلاّ مبلغ التأمين أو مبلغ غير محدد.

و - قياس عقود التأمين على ولاء الموالاة عند من يقول به غير صحيح فإنه قياس مع الفارق ومن الفروق بينهما أن عقود التأمين هدفها الربح المادي المشوب بالغرر والقمار وفاحش الجهالة، بخلاف عقد ولاء الموالاة فالقصد الأول فيه التأخي في الإسلام والتناصر والتعاون في الشدة وسائر الأحوال، وما يكون من كسب مادي فالقصد إليه بالتبع.

ز - قياس عقد التأمين التجاري على الوعد الملزم عند من يقول به لا يصح؛ لأنه قياس مع الفارق، ومن الفروق أن الوعد بقرض أو إعارة أو تحمل خسارة مثلاً من باب المعروف المحض فكان الوفاء به واجباً أو من مكارم الأخلاق بخلاف عقود التأمين فإنها معاوضة تجارية غايتها الربح المادي فلا يغتفر فيها ما يغتفر في التبرعات من الجهالة والغرر.

ح - قياس عقود التأمين التجاري على ضمان المجهول وضمان ما لم يجب قياس غير صحيح؛ لأنه قياس مع الفارق أيضاً، ومن الفروق أن الضمان نوع من التبرع يقصد به الإحسان المحض بخلاف التأمين فإنه عقد معاوضة تجارية يقصد منها أولاً الكسب المادي، فإن ترتب عليه معروف فهو تابع غير مقصود إليه، والأحكام يراعى فيها الأصل لا تابعاً ما دام تابع غير مقصود إليه.

ط - قياس عقود التأمين التجاري على ضمان خطر الطريق لا يصح، فإنه قياس مع الفارق كما سبق في الدليل قبله.

ي- قياس عقود التأمين التجاري على نظام التقاعد غير صحيح، فإنه قياس مع الفارق أيضاً؛ لأن ما يعطى من التقاعد حق التزم به ولي الأمر بكونه مسؤولاً عن رعيته وراعياً في صرفه فأقام به الموظف من خدمة الأمة، ووضع له نظاماً راعى فيه مصلحة أقرب الناس إلى الموظف ونظر إلى مظنة الحاجة بهم، فليس نظام التقاعد من باب المعاوضات المالية بين الدولة وموظفيها، وعلى هذا لا شبه بينه وبين التأمين الذي هو من عقود المعاوضات المالية التجارية التي يقصد بها استغلال الشركات للمستأمنين، والكسب من ورائهم بطرق غير مشروعة، لأن ما يعطى في حالة التقاعد يعد حقاً التزم به من حكومات مسؤولة عن رعيته وتصرفها لمن قام بخدمة الأمة كفاء لمعرفه وتعاوناً معه جزاء تعاونه ببذنه وفكره وقطع الكثير من فراغه في سبيل النهوض معاً بالأمة.

ك- قياس نظام التأمين التجاري وعقود على نظام العاقلة لا يصح فإنه قياس مع الفارق، ومن الفروق: أن الأصل في تحمل العاقلة لدية الخطأ وشبه العمد: ما بينهما وبين القاتل خطأ أو شبه عمد من الرحم والقرابة التي تدعو إلى النصرة والتواصل والتعاون وإسداء المعروف ولو دون مقابل، وعقود التأمين تجارية استغلالية، تقوم على معاوضات مالية محضة لا تمت إلى عاطفة الإحسان وبواعث المعروف بصلة.

ل- قياس عقود التأمين التجاري على عقود الحراسة غير صحيح؛ لأنه قياس مع الفارق أيضاً ومن الفروق أن الأمان ليس محلاً للعقد في المسألتين، وإنما محله في التأمين: الأقساط، ومبلغ التأمين. وفي الحراسة: الأجرة وعمل الحارس، أما الأمان فغاية ونتيجة، وإلا ما استحقاق الحارس الأجرة عند ضياع المحروس.

م- قياس التأمين على الإيداع لا يصح، لأنه قياس مع الفارق أيضاً فإن الأجرة في الإيداع عوض عن قيام الأمين بحفظ شيء في حوزته يحوطه، بخلاف

التأمين، فإن ما يدفعه المستأمن لا يقابله عمل من المؤمن، ويعود إلى المستأمن منفعة، إنما هو ضمان الأمن والطمأنينة، وشرط العوض عن الضمان لا يصح، بل هو مفسد للعقد، وإن جعل مبلغ التأمين في مقابلة الأقساط كان معاوضة تجارية جعل فيها مبلغ التأمين أو زمنه، مختلف عن عقد الإبداء بأجر.

ن - قياس التأمين على ما عرف بـ "قضية تجار البز مع الحاكة" لا يصح. والفرق بينهما أن المقيس عليه التأمين التعاوني وهو تعاون محض والمقيس تأمين تجاري، وهو معاوضات تجارية فلا يصح القياس.

* كما قرر مجلس الجمع بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم (٥١) وتاريخ ١٣٩٧/٤/٤هـ من جواز التأمين التعاوني بدلا من التأمين التجاري المحرم والمنوه عنه آنفاً، للأدلة الآتية:

الأول: أن التأمين التعاوني من عقود التبرع التي يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، وذلك عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية، تخصص لتعويض من يصيبه الضرر، فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون لتجارة ولا رباحاً من أموال غيرهم، وإنما يقصد توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر.

الثاني: خلو التأمين التعاوني من الربا بنوعيه: ربا الفضل وربا النِّسَاء، فليس عقود المساهمين ربوية، ولا يستغلون ما جمع من الأقساط في معاملات ربوية.

الثالث: إنه لا يضر جهل المساهمين في التأمين التعاوني بتحديد ما يعود عليهم من النفع؛ لأنهم متبرعون، فلا مخاطرة ولا غرر ولا مقامرة، بخلاف التأمين التجاري، فإنه عقد معاوضة مالية تجارية.

الرابع: قيام جماعة من المساهمين، أو من يمثلهم باستثمار ما تجمع من الأقساط لتحقيق الغرض الذي من أجله أنشئ هذا التعاون، سواء كان القيام بذلك تبرعاً، أو مقابل أجر معين.

ورأى المجلس أن يكون التأمين التعاوني على شكل شركة تأمين تعاونية للأُمور الآتية:

أولاً: الالتزام بالفكر الاقتصادي الإسلامي، الذي يترك للأفراد مسؤولية القيام بمختلف المشروعات الاقتصادية، ولا يأتي دور الدولة إلاّ عنصراً مكملًا لما عجز الأفراد عن القيام به ودوراً موجهاً ورقياً لضمان نجاح هذه المشروعات، وسلامة عملياتها.

ثانياً: الالتزام بالفكر التعاوني التأميني الذي بمقتضاه يستقل المتعاونون بالمشروع كله من حيث تشغيله ومن حيث الجهاز التنفيذي، ومسؤولية إدارة المشروع.

ثالثاً: تدريب الأهالي على مباشرة التأمين التعاوني، وإيجاد المبادرات الفردية والاستفادة من البواعث الشخصية، فلا شك أن مشاركة الأهالي في الإدارة، تجعلهم أكثر حرصاً ويقظة على تجنب وقوع المخاطر التي يدفعون مجتمعين تكلفة تعويضها، مما يحقق بالتالي مصلحة لهم في إنجاح التأمين التعاوني إذ أن تجنب المخاطر يعود عليهم بأقساط أقل في المستقبل كما أن وقوعها قد يحملهم أقساطاً أكبر في المستقبل.

رابعاً: أن صورة الشركة المختلطة لا يجعل التأمين كما لو كان هبة أو منحة من الدولة للمستفيدين منه بل مشاركة منها معهم فقط، ولحمايتهم ومساندتهم بكونهم أصحاب المصلحة الفعلية وهذا أكثر إيجابية، ليشعر معه المتعاونون بدور الدولة، ولا يعفيهم في الوقت نفسه من المسؤولية.

ويرى المجلس أن يراعى في وضع المواد التفصيلية للعمل بالتأمين التعاوني على الأسس الآتية:

الأول: أن يكون لمنظمة التأمين التعاوني مركز له فروع في كافة المدن وأن يكون بالمنظمة أقسام تتوزع بحسب الأخطار المراد تغطيتها وبحسب مختلف

فئات ومهن المتعاونين؛ كأن يكون هناك قسم للتأمين الصحي وثان للتأمين من العجز والشيخوخة. الخ.

أو يكون هناك قسم لتأمين الباعة المتجولين، وآخر للتجار، وثالث للطلبة ورابع لأصحاب المهن الحرة، كالمهندسين والأطباء والمحامين. الخ.

الثاني: أن تكون منظمة التأمين التعاوني على درجة كبيرة من المرونة والبعد عن الأساليب المعقدة.

الثالث: أن يكون للمنظمة مجلس أعلى يقرر خطط العمل ويقترح ما يلزمها من لوائح القرارات تكون نافذة إذا اتفقت مع قواعد الشريعة.

الرابع: يمثل الحكومة في هذا المجلس من تختاره من الأعضاء، ويمثل المساهمين من يختارونه ليكونوا أعضاء في المجلس ليساعد ذلك على إشراف الحكومة عليها واطمئنانها على سلامة سيرها وحفظها من التلاعب و الفشل.

خامساً: إذا تجاوزت المخاطر موارد الصندوق بما قد يستلزم زيادة الأقساط فتقوم الدولة والمشترون بتحمل هذه الزيادة.

ويؤيد مجلس الجمع الفقهي ما اقترحه مجلس هيئة كبار العلماء في قراره المذكور بأن يتولى وضع المواد التفصيلية لهذه الشركة التعاونية جماعة من الخبراء المختصين في هذا الشأن^(١).



(١) التأمين التعاوني من جهة النظر الشرعية، ص ١٢- ٢١ وينظر: تأمين الحظر والإباحة: