

الفصل الثالث

إضمانات في المعاملات المصرفية الإسلامية

- أهمية الضمانات وتقسيمها .
- الضمانات الوقائية .
- الضمانات التابعة العلاجية .
- الضمانات الاجرائية والاثبات .

obeikandi.com

أهمية الضمانات وأقسامها

● تمهيد :

تمثل الضمانات أهم عوامل الأمان من الخوف فى الممارسات والمعاملات المصرفية التى يكتنفها الخطر وتقوم على جانب من المخاطرة ومن هنا كانت المعالجة الاسلامية للخطر والمخاطرة فى المعاملات وبصفة خاصة المصرفية منها ذات ثلاث شعب هى :

الأولى : وهى ما يمكن تسميته بالضمانات الوقائية •

الثانية : وهى ما يمكن تسميته بالضمانات التابعة العلاجية •

الثالثة : وهى ما يمكن تسميته بالضمانات الاجرائية والاثبات •

* * *

المبحث الأول - الضمانات الوقائية

وتتمثل الضمانات الوقائية فى تلك التوجيهات التى ترتبط بأصل المعاملة لتجنب الخلل والمحظور فيها أو بناسبتها ومن أهم تلك الضمانات الوقائية فى الفقه الاسلامى ما يأتى :

أولا - النواهى :

— كالغرر والجهالة : فكل ما لا يدرى حصوله وما لا يقدر على تسليبه غرر ، وكل ما علم حصوله وجهلت صفته فمجهول ، والغرر والجهالة كثير منتع اجماعا وقليل جائز اجماعا ، ومتوسط اختلف فيه هل يلحق بالأول أو بالثانى •

— والتدليس : باستخدام وسائل احتيالية لاختفاء عيب فى المعقود عليه وتضليل المتعاقد وحمله على التعاقد وقد يكون التدليس بالفعل أو بالقول أو بالكتمان •

— الغبن والاستغلال : ويتمثل الغبن في عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه نتيجة استغلال ضعف معين في التعاقد المغبون يدفعه الى التعاقد .

— النجش : بالزيادة في ثمن السلعة دون قصد الى شرائها يريد بذلك أن يضر المشتري وينفع البائع .

— الاختكار : حبس السلعة يريد اغلاءها على المشتري ويضيق الناس بذلك .

ثانيا - الأوامر :

وعلى رأسها يأتي — الصدق : فالكذب صورة من الغبن والخداع والاحتيال .

— الأمانة : في الأداء وفي الوفاء .

ثالثا - الخيارات الفقهية تشكل هي الأخرى مجموعة من الضمانات التي تتيح للمعاملات الاستقرار وتسام الرضا والسلامة من العيوب ومن أهمها :

● العقد الصحيح وأوصافه وأقسامه :

العقد الصحيح عقد مشروع ذاتا ووصفا بمعنى أنه صادر من أهله مضاف الى محله قابل لحكمه وأن تكون أوصافه صحيحة غير مقرونة بشرط من الشروط المفسدة للعقد ، وينقسم العقد الصحيح الى نافذ وموقوف ، والصحيح الموقوف يتوقف على اجازة معتبرة .

أما العقد الصحيح النافذ فهو الذي صدر من أهله مستوفيا كل شروطه الشرعية وهذا العقد تترتب عليه كل آثاره الشرعية وفق ما يتفق عليه العاقدان ويجيزه الشارع ، والعقد النافذ قد يكون لازما أو غير لازم .

والعقد اللازم هو ما لا يملك أحد العاقدين فسخه بائفراد فلا بد من رضا العاقد الآخر ، وقد يكون الفسخ بالاقالة ويشترط لذلك الإيجاب والقبول كعقد البيع ووجود المحل ، كما قد يكون الفسخ بالاعذار أيضا كالأجارة •

والعقد غير اللازم بعد نفاذه هو ما يستبد أحد العاقدين بفسخه كالوكالة ، وقد تلزم الوكالة كما في توكيل الراهن غيره ببيع الرهن عند حلول الأجل لأجل إيفاء الدين من ثمنه فلا يستطيع الراهن عزل هذا الوكيل ولا تبطل وكالته بالعزل لتعلق حق المرتهن الدائن به^(١) . وكالعارية والقرض عند جمهور الفقهاء خلافا للإمام مالك •

ومن العقود ما يكون لازما بالنسبة لأحد الطرفين وغير لازم بالنسبة للآخر كالرهن فلازم بالنسبة للمدين الراهن وغير لازم بالنسبة للدائن المرتهن •

● الخيارات :

غير أنه في العقود اللازمة^(٢) قد يثبت الخيار لأحد العاقدين أو لكل منهما وبذا يتمكن من له الخيار من امضاء العقد أو فسخه •

وتنقسم الخيارات الى قسمين :

قسم يثبت بالشرط ويقال له « خيار الشرط » أى الخيار الذى سببه الشرط •

وقسم يثبت بسبب آخر وإن تعددت الأسباب •

(١) الالتزامات فى الشرع الإسلامى - الشيخ أحمد إبراهيم بك ص ١٩٣ - دار الأنصار - بالقاهرة •

(٢) اذ لا فائدة من الخيار فى العقد غير اللازم فحق الفسخ مقرر فيه •

١ - خيار الشرط : هو ما يشترط في صلب العقد الذي يحتمل الفسخ أو بعده لأحد العاقدين أو كليهما من امضاء العقد أو فسخه في مدة معينة يتراضى عليها الطرفان^(١) .

وقد يكون الخيار لأجنبى نيابة عن أحد العاقدين .

٢ - خيار الرؤية :

والمراد بالرؤية ادراك الشيء بكل ما يفيد علما بطريق الحس والمشاهدة وفى كل شيء بحسبه الرؤية لتسام الرضا بالعقد ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه .

ويثبت خيار الرؤية من غير شرط فى أربعة أمور هى :

١ - شراء الأعيان التى يلزم تعيينها ولا تثبت دينا فى الذمة كعقد السلم .

٢ - الاجارة .

٣ - قسمة غير المثليات كالقيميات المتحدة أو المختلفة الجنس .

٤ - الصلح عن مال على شيء معين كالصلح عن دعوى مال معين على شيء معين لم يره .

٣ - خيار العيب :

يثبت به حق المشتري - من غير اشتراط فى العقد - فى فسخ العقد بسبب العيب فى المبيع لم يعلم به حين العقد ولا حين القبض ولم يكن البائع قد اشترط عليه البراءة من العيوب .

والعيب هو كل ما أوجب نقصان قيمة المبيع فى عرف التجار

(١) انظر كتابنا « ضوابط العقود » ص ٢٨٨ - مكتبة وهبة .

أو يفوت به على المشتري غرض صحيح من العقد وإن لم تنقص قيمة المبيع .

٤ - خيار تفريق الصفقة :

كما لو استحق بعض المبيع قبل قبضه أو بعده بطل البيع في قدر المستحق ويخير المشتري في الباقي ، وكذا لو هلك بعض المبيع قبل القبض فإن المشتري يتخير في الباقي لتفريق الصفقة قبل التمام كما يتخير في الاستحقاق وفيما لو تعيب بعض المبيع قبل أن يقبضه .
ويجب على البائع رد الثمن إلى المشتري إن كان أخذه منه .

٥ - خيار فوات الوصف المرغوب فيه :

يكون بمقتضاه المشتري مخيرا بين أخذ المبيع بكل ثمنه أو رده على البائع ما لم يحط عنه البائع شيئا مقابل الوصف الفات والخيار هنا كخيار العيب .

٦ - خيار النقد :

من اشترى شيئا على أنه إن لم ينقد ثمنه إلى مدة معينة فلا بيع بينهما صح ذلك ، فإن شاء نقد الثمن وأخذ المبيع وإن شاء فسخ العقد ، وكذلك لو أعطى المشتري البائع الثمن على أن البائع إن رد الثمن في مدة كذا فلا بيع بينهما صح ذلك والخيار هنا للبائع .

* * *

المبحث الثاني

الضمانات التابعة العلاجية

• المقصود بها وأقسامها :

ويقصد بها تلك الضمانات التي تلحق بالمعاملة المالية أو العقد كعملية تعاقدية ومن ثم يأتي دورها اذا لم يسر العقد أو تنفيذه سيرا حسنا وفقا لشروطه وأحكامه فتتعرض تلك الضمانات ونستطيع أن نتسمها الى قسمين رئيسيين هما :

أولا - العربون ودفعة ضمان الجدية :

يجتمع المعنيان في مرحلة غير باقة في التعاقد النهائي وينفرد العربون في حالة تأكيد العقد والبدء في تنفيذه بذلك العربون وهنا يعتبر جزءا من الثمن ولا يثير اشكالا •

أما اذا كان دفع العربون عند ابرام العقد لحفظ حق العدول عن العقد طبقا لارادة المتعاقدين فالجمهور لا يجيزه لما يعتبرونه فيه من الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير حق وأجازاه الامام أحمد^(١) •

ثانيا - عوض التأخير في السداد عن موعد الاستحقاق :

مدارها على الضرر الحاصل فعلا من جراء التأخير في السداد وكان الضرر نتيجة طبيعية لعدم السداد (الفعل الضار) ويقدر التعويض على هذا الأساس وفقا لمعايير موضوعية^(٢) •

(١) انظر تفصيل المسألة في بحثنا « الاستثمار والرقابة الشرعية »

ص ١٢٣

(٢) انظر ما تقدم ص ١٤١

المبحث الثالث

الضمانات الاجرائية والاثبات

• تقديم :

لقد صنفنا هذه المجموعة من الضمانات تحت الضمانات الاجرائية والاثبات لما غلب عندنا من ضرورة اجرائها والنص عليها ومن ثم يكون اعتبارها قائمة على الاجراءات التي يتعين على البنك اتخاذها هو السبب الغالب في هذا الادراج على الرغم من أن حقيقة بعضها قد يكون ضمانا عينيا مثل الرهن والحق في الحبس ولكن ذلك راجع الى طبيعة الضمان لا الى ضرورة اجرائه من قبل البنك حفاظا على حقوقه قبل المتعاملين معه ، ومن هنا صح عندنا هذا التقسيم وغلبناه على غيره من الاعتبارات الأخرى .

أولا - رهن المنقول

نظرا لأهميته ودقته وشيوعه في العمل نفرد به بالبحث :

(١) موقف القانون المدني المصرى من رهن المنقول :

تنص المادة (١١٢٢) من القانون المدني المصرى على أنه :

« تسرى الأحكام المتقدمة (فى رهن المنقول) بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع أحكام القوانين التجارية و ... وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول » .

وتتضمن المادة (١/١١١٠) من القانون المذكور أن الرهن يخول الدائن المرتهن الحق فى حبس الشئ المرهون عن الناس كافة ...

وتنص المادة (١١١٠) على أنه :

« اذا رجع المرهون الى حيازة الراهن انقضى الرهن الا

إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن « ... »

ويتضح من هذه النصوص أن القانون المدني المصري لم ينظم الحالة التي يكون فيها المنقول المرهون في حيازة المدين الراهن الا في مجال ضيق جدا في السفن البحرية والمحل التجارى كما أنه لم يعلق المسألة فأعطى للقانون التجارى وللقوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة في رهن المنقول فرصة تنظيمها بما يتلاءم ويتناسب مع ظروف التجارة والأحوال الخاصة في رهن المنقول ومن هذا المنطلق نستطيع القول بأن القانون المدني المصري في (المادة ١١١٠ / ١) منه اذا كان قد أعطى الدائن المرتهن الحق فى حبس الشئ المرهون الا أنه أجاز له أن يأذن للسدين الراهن بحيازة المرهون دون أن يقصد بذلك انقضاء الرهن (م ١١١٠ منه) .

ولما كانت أعمال البنوك تعتبر تجارية وبصفة خاصة اذا كان الالتزام المضنون تجاريا . وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن قروض البنوك التي تعقدها فى نطاق نشاطها المعتاد تعتبر عملا تجاريا مهما كانت صفة المقرض وأيما كان الغرض من القرض (١) ، فاز جواز أن يأذن المرتهن للراهن بحيازة السلعة المرهونة بغرض بيعها ويكون الثمن رهنا فى مقام المبيع أمر يرخص فيه القانون المدني المصرى نفسه بمقتضى المادة (١١٢٢) على ما سلف بيانه وان كان بطريق غير صريح أو غير مباشر لاعتبارات التجارة والأعمال التجارية التي تختلف عن الأعمال المدنية فى كثير من الأحكام .

(ب) أما المشرع الفرنسى فقد واجه المسألة « رهن المنقول » مواجهة صريحة انطلاقا من أن معظم المنقولات التي لها قيمة ويمكن للتاجر أن يرهنها تتعلق باستغلاله التجارى ومن ثم فان نقل حيازتها الى

(١) انظر د. على جمال الدين عوض - المرجع السابق ص ٨٥٧

الدائن يعطل مالهما عن مباشرة نشاطه فيها مما يجعل رهنها في غالب الأحيان غير مفيد ولذلك لجأ المشرع الفرنسي الى وضع تنظيم لرهن المنقول يحمي فيه كافة المصالح المتعارضة بحيث لا يلزم لنفاذه نقل الحيازة الى الدائن بل انه يشهر بالقيود في سجل خاص ليعلم به الغير ولذلك فعندما يتصرف المدين فيه الى الغير فان الغير يعلم عندئذ أنه مرهون^(١) .

(ج) في الفقه الاسلامي :

لقد كان الفقه الاسلامي أسبق من المشرع الفرنسي وأوسع تصورا من مشرع القانون المدني في المواد السابق ذكرها اذ نصت المادة (٧٤٧) من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتي :

« لو باع الراهن الرهن بدون رضا المرتهن لا ينفذ البيع ولا يطرأ خلل على حق حبس المرتهن، ولكن اذا أوفى الدين يكون ذلك البيع نافذا وكذا اذا أجاز المرتهن البيع يكون نافذا ويخرج الرهن من الرهنية ويبقى الدين على حاله ويكون ثمن المبيع رهنا في مقام المبيع^(٢) وان لم يجز المرتهن البيع فالمشتري يكون مخيرا ان شاء انتظر الى أن يفك الراهن الرهن وان شاء رفع الأمر الى الحاكم حتى يفسخ البيع » .

وفي أقوال الفقهاء متسع يجلب التيسير ويدفع المشقة ويحقق المصلحة الراجحة . فيقول الامام الكاساني : اذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن ووضعه في يده جاز لأن القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد الأجنبي سواء^(٣)

(١)أورد ذلك د. علي جمال الدين عوض - المرجع السابق ص ٨٥٥

(٢) جاء في بدائع الصنائع : « الثمن في باب البيع بدل المبيع وانه مرهون فجاز أن يكون بدله مرهونا » ج ٥ ص ١٤٦

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٧ طبعة ثانية - دار الكتاب العربي .

كما أورد الكاسانى قول الامام الشافعى^(١) وهو أكثر سعة
اذ يقول : أما حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان كان المرهون
شيئا يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من
يد المرتهن فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه ، وان كان شيئا
لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيل والموزون فليس للراهن أن
يسترده من يد المرتهن ، واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم أنه قال : « لا يعلق الرهن . لا يعلق الرهن . لا يعلق الرهن . .
هو لصاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه »^(٢) فأخبر عليه الصلاة والسلام
أن الرهن لا يعلق أى لا يحبس . وكذا أضاف عليه الصلاة والسلام
الرهن الى الراهن بلام التملك وسماء صاحبا له على الاطلاق فيقتضى
أن يكون هو المالك للرهن مطلقا رقة وانتفاعا وحبا . ولأن الرهن
شرع توثيقا للدين وملك الحبس على سبيل الدوام أيضا ، ومعنى
التوثيق لأنه يكون فى يده دائما وعسى يهلك فيسقط الدين فكان
توهينا للدين لا توثيقا له ولأن فى الحبس تعطيل العين المنتفع بها فى
نفسها من الانتفاع لأن المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلا
والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم (يقصد الحنفية) فكان تعطيل
والتعطيل تسبب وأنه من أعمال الجاهلية وقد نفاه الله تبارك وتعالى بقوله :

﴿ ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة . . ﴾ (٣)

كما جاءت فى الروض المربع للشيخ منصور البهوتى من علماء
الحنابلة نصوص حاسمة فى المسألة فيقول رحمه الله^(٤) :

« ويصح الرهن مع الحق ويصح بعده ، ويجوز رهن المبيع قبل
قبضه - غير المكيل والموزون والمزروع والمعدود - على ثمنه وغيره

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٤٥ طبعة ثانية - دار الكتاب العربى .

(٢) رواه الأثرم . (٣) المائدة : ١٠٣

(٤) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ج ٢ ص ١٦١ ، ١٦٣

- ط . مكتبة الرياض الحديثة .

عند بائعه وغيره لأنه يصح بيعه بخلاف المكيل ونحوه لأنه لا يصح بيعه قبل قبضه فكذلك رهنه » •

وإذا كان ذلك كذلك وكانت الحاجة داعية إليه فإنها أدعى في المعاملات التجارية على وجه أخص •

ثانيا - الحق في الحبس (حق الحبس) (١)

فقد نصت على هذا الحق الكثير من القوانين المدنية الشرعية المقبسة من الفقه الاسلامي فنصت المادة (٣٦٢) مدني يسنى على أنه :

« إذا كانت حقوق الطرفين متقابلة بحيث يكون التزام احدهما مترتبا على التزام الآخر ومرتبطا به يكون لكل منهما الحق في أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه ما دام الآخر لم يعرض الوفاء بما عليه أو لم يقدم تأمينا كافيا للوفاء به .. كما يكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره اذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يمتنع عن رده حتى يستوفى ما هو مستحق له الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » (٢) •

وتنص المادة (٣٦٣) مدني يسنى على أن :

« مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت للحابس حق أولوية عليه ويلزم الحابس المحافظة على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة وعليه أن يقدم حسابا عن غلته » •

(١) صاحب حق الحبس يسمى المحتس (Rétenteur) - انظر مجموعة المصطلحات العلمية والفنية التي أقرها مجمع اللغة العربية ص ٩١ المجلد العشرون سنة ١٩٧٨ - ط. الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية •

(٢) مثل ذلك نص المادة ٢٣٠ وما بعدها من القانون المدني السوداني رقم ٢٩ لسنة ١٩٧١ المأخوذ من الشريعة الاسلامية والمادة ٣٨٧ مدني أردني المأخوذ من الشريعة أيضا •

وتنص المادة (٣٦٤) مدني يمنى على أن :

« اذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه التلف فللمحاسب أن يحصل على اذن من القضاء ببيعه بالمزاد العلني أو بسعره في السوق وينتقل الحق في الحبس من الشيء الى ثمنه » (١) .

وقد نص القانون المدني العراقي على الحق في الحبس للضمان في المواد (٢٨٠) وما بعدها ، ونصت عليه مجلة الأحكام العدلية في حبس المبيع بالثمن الحال الى أن يؤدي المشتري جميع الثمن في المواد (٢٧٨) وما بعدها (٢) .

وقد نصت المادة (٢٤٦) من القانون المدني المصري على الحق في الحبس اذ يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على الآخر ومرتبطة به فاذا طُلب من له الحق بتنفيذ التزامه كان له أن يستمتع عن الوفاء حتى ينفذ الدائن التزامه المقابل وبذلك يعتبر الحق في الحبس بهذا المعنى وسيلة فعالة من وسائل الضمان وبذلك خرج القانون بهذا الحق من نطاق التطبيقات الخاصة الى حيز المبادئ العامة (٣) ومن ثم يشترط لاستعمال المحتبس الحق في الحبس ثلاثة شروط هي :

(أ) أن يكون المحتبس ملتزماً بأداء شيء .

(ب) وأن يكون في نفس الوقت دائناً بحق مستحق الأداء .

(ج) أن يوجد ارتباط بين الدينين (٤) :

هذا الارتباط قد يكون قانونياً وقد يكون مادياً .

والارتباط القانوني هو الذي ينشأ عن علاقة قانونية تبادلية بين المدينين ويستوى أن تكون هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية .

(١) مثل ذلك نص المادة ٣/٢٣١ و ٢٣٢ مدني سوداني المأخوذ من الشريعة الاسلامية .

(٢) مثل ذلك نص المادة ٤٥٤ وما بعدها من مرشد الحيران .

(٣) انظر استاذنا د. عبد الودود يحيى - أحكام الالتزام ص ١١٥ ط ١٩٨٧ دار النهضة العربية - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٢ ص ٦٤٨

(٤) د. عبد الودود يحيى - المرجع السابق ص ١١٩

أما الارتباط المادى فينشأ عن واقعة مادية هي حيازة الشيء
أو احرازه حيث ينشأ لحائزه أو محزره حق فى استيفاء ما يكون
قد أنفق على هذا الشيء أو فى التعويض عن الضرر الذى أصابه
بسببه (م ٢٤٦ مدنى) •

وإذا توافرت شروط نشوء الحق فى الحبس كان للمحتبس الحق
فى أن يمتنع عن تسليم الشيء المحبوس الى مالكه كما أن له أن يتمسك
بهذا الحق فى مواجهة الغير وكان على المحتبس فى نفس الوقت واجب
المحافظة على الشيء المحبوس فإذا كان يخشى عليه الهلاك أو التلف
فيجب عليه الحصول على إذن من القضاء فى بيع الشيء المحبوس
وينتقل الحق فى الحبس من الشيء الى ثمنه كما أنه على المحتبس أن
يقدم حسابا عن غلة الشيء المحبوس وينقضى الحق فى الحبس بانقضاء
الحق الذى يضمنه أو بتقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمون بالحبس
أو اذا أخل المحتبس بالمحافظة على العين أو بهلاك العين المحبوسة
أو بخروج العين من يد المحتبس بإرادته كأن يتنازل عن حقه فى
الحبس^(١) •

ثالثا : الحوالة

● الحوالة والضرورات الاقتصادية :

لقد فرضت التطورات الاقتصادية على واضعى النظم القانونية
تنظيم الحوالة فكان أول تنظيم قانونى وضعى لها فى القانون المدنى
الألماني فى المواد من (٤١٤) الى (٤١٩) والذى صدر فى ١٨/٨/١٨٩٦
وقد أحدث ذلك « ثورة » فى الفقه الأوروبى آنذاك ، هذا فى الوقت
الذى كانت الحوالة فيه معروفة فى الفقه الاسلامى قبل ذلك بمئات
السنين^(٢) لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم :

(١) انظر المواد ٣/٢٤٧ ، ١/٢٤٨ من القانون المدنى المصرى .

(٢) فتح البارى ج ٥ ص ٦١ كتاب الاستقراض .

« مظل الغنى ظلم واذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل » أخرجه البخارى عن أبى هريرة (١) .

وفى لفظ لأحمد : « ومن أحيل على ملىء فليحتل » وفى رواية عن ابن عمر : « مظل الغنى ظلم واذا أحلت على ملىء فاتبعه » .

والمظل هو تأخير ما استحق أدائه لغير عذر مع القدرة على الأداء (٢) .

ومظل الغنى ظلم سواء أكان هذا الغنى المماثل مدينا أصليا أو تابعا بالحوالة أو الكفالة .

والملاءة المقصودة : الملاءة المالية والمادية ، فتشمل البدن أيضا أو الملاءة المعنوية فتشمل القول ويكون الملىء هو القادر بماله وقوله وبدنه (٣) .

وعلى أساس الملاءة المذكورة فى الحديث الشريف تكون الحوالة وسيلة من وسائل تقوية الدين ومن ثم فهى مربوطة بالدين .

● حوالة الدين - احلال مدين محل مدين :

وعلى النحو المتقدم لا بد من رضا أطراف الحوالة مطلقة أو مقيدة (٤) فأما المحال عليه فلأنه هو الملتزم بدفع دين الحرالة ، وأما المحال فلأن فى الحوالة انتقال حقه الى ذمة أخرى والذمم متفاوتة وأما المحيل فلأن ذوى المروءات يأنفون من تحمل غيرهم ما عليهم من

(١) الشيخ أحمد إبراهيم - ص ٢١٨ - الالتزامات فى الشرع الاسلامى .

(٢) الروض المربع للشيخ منصور البهوتى ج ٢ ص ٢٩٤

(٣) الشيخ أحمد إبراهيم ص ٢٢٠ ، الالتزامات فى الشرع الاسلامى - انظر أيضا المادة ١/٧٧٢ من مرشد الحيران .

(٤) انظر د. عبد الودود يحيى - حوالة الدين - ص ٤ - ط ١٩٦٠ مكتبة القاهرة الحديثة .

ديون فلا بد من رضا^(١) ، وقيل : لا يشترط رضا المحيل - أى المدين الأصلي - لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف فى حق نفسه (أى فى الحوالة المطلقة) والمحيل لا يتضرر بل فى ذلك منفعة له لأن المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم تكن الحوالة بأمره ، كما فازع البعض^(٢) فى رضا المحال عليه اذا كانت الحوالة مقيدة فقد أنزل المحال عليه من المحال منزلة المحال عليه من المحيل ولم يعتبر رضاه معه لأن فى الحوالة تفويض فى القبض فلا يعتبر فيه رضا من عليه ، ولأن الحق عليه فلا يعتبر رضاه ، وهذا رأى مردود بأن الحوالة تصرف بنقل الدين ابتداء بينما التوكيل بقبض الدين تصرف بأداء الواجب ومن ثم لا يشترط فيه رضاه (المحال عليه) .

* * *

● شروط الحوالة :

من أهم شروط الحوالة ما يأتى :

- ١ - التكليف بالفعل والبلوغ .
- ٢ - الرضا .
- ٣ - أن يكون المحيل مدينا للمحال (م ٧٧٣ من مرشد الحيران) وذلك عند غير الحنفية من الفقهاء .
- ٤ - معلومية مال الحوالة - أى دين الحوالة .
- ٥ - أن يكون دين المحال حالا وأن يكون الحقان متساويان فى الصفة والحلول والتأجيل ، لأن الحوالة ارفاق كالقرض فلو جازت مع الاختلاف صار المطلوب منه طلب الفضل فتخرج عن موضوعها .

(١) انظر الكاسانى - بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٥ - البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٢٤٦
(٢) انظر الالتزامات فى الشرع الاسلامى - الشيخ أحمد ابراهيم - ص ٢٢١ - فتح القدير ج ٥ ص ٤٤٥

وينصب مفهوم الحوالة عند الحنفية على الحق فى المطالبة من عدمه
بينما عند غيرهم ينصب على التماثل بين الدينين^(١) .

* * *

● آثار الحوالة :

تنص المادة (٧٧٧) من مرشد الحيران على أنه^(٢) :

« اذا قبل المحتال الحوالة ورضى المحتال عليه بها برىء المحيل
وكفيله ان كان له كفيل من الدين ومن المطالبة معا وثبت للمحال حق
مطالبة المحتال عليه غير أن براءة المحيل وكفيله مقيدة بسلامة حق المحتال» .
وأهم آثار الحوالة بناء على هذه النصوص ما يأتى :

١ - براءة المحيل من الدين الا أن هناك اختلاف حول طبيعة هذه
البراءة :

(أ) فىرى البعض أنها براءة مقيدة بسلامة حق المحال اذ يجوز
للدائن اذا توافرت شروط خاصة أن يرجع بحقه على المحيل لما روى
عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه قال : « لا توى على مال امرئ
مسلم » فلا يرجع المحال على المحيل الا بالتوى كأن يجحد المحال عليه
الحوالة ولا بينة للمحيل عليه أو أن يسوت المحال عليه مفلسا^(٣) .

(ب) ويرى البعض أنها براءة نهائية ولكنها تبطل اذا أبطلت الحوالة
بسبب تخلف أحد عناصرها الرئيسية ويجيزون رجوع الدائن على
المحيل اذا توافرت شروط خاصة كأن يشترط ذلك بشرط صريح
فى العقد^(٤) .

(١) أنظر المذهب للشيرازى ج ١ ص ٤٤٥ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٩

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٤٧ وما بعدها .

(٣) أنظر المادة ٧٨٣ من مرشد الحيران - تبين الحقائق شرح
كنز الدقائق للزيلعى ج ٤ ص ١٧٣ - طبعة رابعة - المطبعة الأميرية
سنة ١٣١٤هـ مشار إليه فى حوالة الدين للدكتور عبد الودود يحيى .

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٢٩٧ المطبعة الأزهرية
بمصر سنة ١٣٠٩هـ .

(ج) ويرى البعض أن براءة المحيل تقتصر على المطالبة دون الدين فلا يصح الإبراء منه .

٢ - التزام المحال عليه قبل المحال (الدائن) يكون على نفس الصفة والصورة والكيفية التي كانت بين المحال عليه والمحيل فمناط الحوالة هو الدين^(١) .

٣ - لا يجوز للمحال عليه القيام بأى عمل يعوق المحال عليه عن الوفاء بالدين المحال .

ومما يجدر ذكره أن المادة (٣١٩) من القانون المدنى المصرى تنص على أن :

« يضمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسرا وقت اقرار الدائن للحوالة ما لم يتفق على غير ذلك » .

وهذا النص يجعل من يسار المحال عليه وقت اقرار الدائن للحوالة شرطا واقفا يمنع براءة المدين براءة نهائية أو أن المسار المحال عليه اذا ثبت وقت الاقرار يكون بمثابة الشرط الفاسخ .

ونص المادة (٣١٩) مدنى مصرى يتفق مع رأى الامام محمد ابن الحنفية اذ يرى خلافا لأبى يوسف أن الحوالة تنقل المطالبة فقط الى المحال عليه ، أما الدين فباق فى ذمة المحيل (المدين الأصلى) ومن ثم فبراءة المدين الأصلى ليست نهائية وانما هى براءة تحت شرط فاسخ اذا تحقق عاد الى الدائن حقه فى مطالبة المدين الأصلى لقول الحنفية : « لا يرجع المحال (الدائن) على المحيل (المدين الأصلى) الا بالتوى والتوى يكون بأحد أمرين :

اما أن يجمد المحال عليه الحوالة ولا بينة للمحيل عليه .

(١) حاشية ابن عابدين ج٤ ص٣٠٥ - طبعة ثالثة - المطبعة الاميرية ببولاق سنة ١٣٢٥هـ - المادة ٧٧٩ من مرشد الحيران والمادة ٢٩٢ مجلة الأحكام العدلية .

واما أن يموت المحال عليه مفلساً^(١) .

والاختلاف بين صاحبين يرجع الى اختلافهم في فهم طبيعة الحوالة .
فبينما يعتبر أبو يوسف أن الحوالة تنقل الدين الى المدين الجديد
يعتبر محمد أن القصد من الحوالة هو استيفاء الدين من المحال عليه
لا ثبوته في ذمته^(٢) .

وقد أخذ مرشد الحيران برأى محمد في المادة (٧٧٧) وأخذت
المجلة برأى أبي يوسف في المادة (٦٩٠) .

رابعاً : الكفالة

● الكفالة توثقة وضمان للدين :

الحوالة من التحول والنقل سواء للدين أو للمطالبة به على
ما سبق ، أما الكفالة من الكفل والضم فهي :

ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل المكفول في المطالبة بتنفيذ التزام
بحسب نوع الكفالة فقد يكون بالنفس أو الدين أو العين أو العمل ،
أو ضم ذمة الكفيل الى ذمة المكفول في الوفاء بالدين^(٣) .

وعلى ذلك كانت الكفالة لتقوية ذمة المدين وبخاصة في الكفالة
بالمال سواء أكان ديناً أو عيناً . فالمطالبة بالضم في الدين الثابت في

(١) انظر تبين الحقائق للزيلعي ج٤ ص ١٧٢ - البحر الرائق شرح
كنز الدقائق - ابن نجيم ج٦ ص ٢٤٩ - ط. دار الكتب العربية الكبرى -
مشار اليه في حوالة الدين د. عبد الودود يحيى ص ١٢٩ .

(٢) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٣٠٠ - فتح القدير للكمال بن الهمام
ج٥ ص ٤٤٦ - طبعة أولى - المطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣١٦ هـ .

(٣) نصت المادة ٦٥٤ مدني سوداني سنة ١٩٧١ على أن : « الكفالة
عقد بمقتضاه يتعهد الكفيل للدائن بالوفاء بالتزام على المدين اذا لم يف
به المدين نفسه » ومثل ذلك نص المادة ٧٧٢ مدني مصري - انظر المادة
٦١٢ مجلة الأحكام العدلية وم ٩٩٨ مدني يمنى وم ١٠٠٨ مدني عراقي
وم ٩٥٠ مدني أردني وم ٨٣٩ من مرشد الحيران .

الذمة أو تسليم المال أو الضم في الدين فيثبت بها دين آخر في ذمة الكفيل ويكتفى باستيفاء أحدهما •

أما الحوالة فهي من وسائل تقوية الدين المحال به •

• الكفالة بالمال وخصائصها :

تعتبر الكفالة بالمال أهم أنواع الكفالة فيما نحن بصدد من الضمانات في العمل المصرفي الاسلامي فالفاظ الكفالة يعبر بها عن الضمان والتوثيق حقيقة أو عرفا ولهذا كانت الكفالة للاستيثاق فيما كفل به الكفيل^(١) •

والكفالة بالمال تكون في المطالبة بعين مضمونة أو دين أو حق^(٢) ••

ولا يشترط في الكفالة بالمال أن يكون المال معلوما فلو قال : أنا كفيل بدين فلان على فلان - تصح الكفالة وان لم يكن مقداره معلوما^(٣) • وتصح بسائر الديون الصحيحة •

وتصح الكفالة بالوعد المعلق ، مثلا لو قال : ان لم يعطك فلان مطلوبك فأنا أعطيكه^(٤) •

وتصح مؤقتة بزمان كذا لو قال : أنا كفيل من يوم كذا الى الوقت الفلاني^(٥) •

وعلى ذلك تصح الكفالة معلقة على شرط ولو بمجهول انتهاء

(١) انظر المادة ٩٩٨ مدني يمني اذ تنص على أن :
« الكفالة ضم ذمة هي ذمة الكفيل الى ذمة هي ذمة المكفول عليه للاستيثاق فيما كفل به وتتم بلفظها ونحوه ولا تتوقف على رضا المكفول عليه » •

(٢) انظر المادة ١٠٠١ مدني يمني وم ٦١٤ مجلة الأحكام العدلية •

(٣) انظر المادة ٦٣٠ من مجلة الأحكام العدلية وم ١٠٠٩ مدني يمني •

(٤) انظر المادة ٦٢٣ من مجلة الأحكام العدلية •

(٥) انظر المادة ٦٢٤ من المجلة •

وتصح مضافة الى أجل معلوم ابتداء ، فإن كان الأجل مجهولا ابتداء بطل الأجل وبطلت الكفالة وأصبحت حالة الا أن يتعلق الأجل المجهول ابتداء بغرض كمحصول الثمر ونحوها فإنه يصح مع الكفالة^(١) .

وتصح الكفالة عن المفلس اذا لا يشترط يسار المكفول عنه ، كما تصح بدون أمر على ميت معسر^(٢) خلافا لما يذهب اليه الامام أبو حنيفة اذا لا تصح عنده : « كفالة من مات ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل » اذ كفل الكفيل بدين ساقط بالموت لأن الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لأنه يتول إليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبه الاستيفاء فيسقط ضرورة ، وقال صاحبان : تصح ، اذ كفل بدين ثابت حيث وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط^(٣) ، ويذهب ابن عابدين مذهبا وسطا عبرت عنه المادة (٨٦٨) من مرشد الحيران بقولها :

« يسقط الدين عن الميت المفلس الا اذا كان به كفيل حال حياته أو رهن »^(٤) .

(١) انظر المادة ١٠٠٨ مدني معنى .

(٢) انظر المادة ٦٣٣ مجلة الأحكام العدلية وم ١٠٠٦ مدني معنى .

(٣) انظر الهداية ج ٣ ص ٩٣ وتنص المادة ٩٥٧ مدني أردني على

أنه « لا تصح كفالة المريض مرض الموت اذا كان مدينا بدين محيط بماله » وينحاز بذلك لراي الامام أبو حنيفة بتشدد أكثر ، والشافعية يضيّقون في الكفالة ويقصرونها على كل دين لازم فقط كالثمن والأجرة ودين السلم ومن ثم لا تصح عندهم بالمجهول وبما لا يجب ، مثل قوله : ما تدين فلان فأنا ضامن له ، لأنه وثيقة بحق فلا تسبق الحق كالشهادة ولا يصح تعليق الكفالة على الشرط - (المهذب للشيرازي ج ١ ص ٤٤٨ وما بعدها) ويذهب المالكية مذهبا وسطا فتجوز الكفالة بالمال عندهم في كل مال ثابت في الذمة الا الكتابة فلا يصح ضمانه لأنه يلزم المكاتب أدائه فلا يلزم ضمانه كما أنه لا يمكن توثيقه لأنه يملك اسقاطه اذا شاء فلا معنى لضمانه ، وتجوز الكفالة عند المالكية فيما يستحق شيئا فشيئا مثل النفقات على الأزواج وما شابه ذلك (بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٩٩ وما بعدها) .

(٤) حاشية ابن عابدين اوسط الكفالة نمرة ٢٧٠ .

وتصح الكفالة بالدرك^(١) أى بأداء ثمن المبيع وتسليمه إذا استحق المبيع ولا يؤاخذ الكفيل ما لم يحكم على البائع برد الثمن وكذلك لو غر أحد آخر فى ضمان عقد المعاوضة يضمن ضرره .

وفى الكفالة بالمال الكفيل ضامن والطالب (الدائن) مخير فى المطالبة إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل أو كلاهما معا وكذلك لو تعدد الكفلاء ولو اشترط براءة الأصيل انقلبت الكفالة حوالة وكذلك ومن باب اللزوم إذا شرط فى الحوالة عدم براءة المحيل تحولت الى كفالة^(٢) .

وفى الكفالة بالمال المعلقة على شرط يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيود أيضا فالكفيل فى الكفالة المقيدة مطالب بالوصف الذى قيدت به الكفالة من التعجيل أو التأجيل .

* * *

● الرضائية فى الكفالة :

الكفالة عقد رضائى بين الكفيل والأصيل المكفول له (الدائن) ولكن لا يشترط رضا الأصيل المكفول له ومن تجوز الكفالة بغير علمه^(٣) ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له وعلى هذا لو كفل أحد فى غياب المكفول له بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل اليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالاته هذه ويؤاخذ بها ، وعلى ذلك تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل فقط .

وتجوز الكفالة أيضا بغير علم المدين أى كفالاته بغير علمه^(٤) ومن ثم لا تتوقف على رضاه .

(١) م ٩٦٤ ، ٩٦٥ مدنى أردنى .

(٢) انظر المادة ٩٥٨ مدنى أردنى .

(٣) انظر المادة ٦٢١ من مجلة الأحكام العدلية .

(٤) نصت على ذلك المادة ٦٥٧ مدنى سودانى .

وذهب القانون المدني المصري مذهباً توسع فيه في الكفالة
اذ نص على جواز الكفالة على الرغم من معارضة المدين^(١) ، وهذا
المسلك يتشيع لما ذهبت اليه مجلة الأحكام العدلية من أن عقد
الكفالة ينعقد وينفذ بإيجاب الكفيل فقط^(٢) .

* * *

● الكفالة الاجبارية :

على الرغم من أنه لا يشترط رضا المكفول له أو الدائن أو الأصيل
ولا رضا المدين على نحو ما تقدم الا أن هناك حالة تكون فيها الكفالة
اجبارية وهو ما نصت عليه المادة (٦٥٦) من مجلة الأحكام العدلية
والمادة (٨٦٩) من مرشد الحيران على النحو التالي :

المادة (٦٥٦) مجلة تنص على أن :

« المديون مؤجلاً^(٣) لو أراد الذهاب الى ديار أخرى قبل حلول
الأجل وراجع الدائن الحاكم (القاضي) وطلب كفيلاً يكون مجبوراً
على اعطاء الكفيل » .

المادة (٨٦٩) من مرشد الحيران تنص^(٤) :

« للكفيل بالنفس أو المال ان كانت كفالته حالة أن يمنع الأصيل
من السفر ان كانت الكفالة بأمره ولا يمكنه منه حتى يخلصه منها
بتسليم نفسه للطالب في كفالة النفس أو بدفع الدين الى الطالب ان
كانت الكفالة بالمال » .

ويتضح من النصين السابقين أنهما لتوفير الحماية والضمان فنص
المجلة يوفر الحماية للدائن اذا ظهر له أن سفر المدين الى ديار أخرى
يؤثر على دينه كان من حقه أن يلجأ الى القاضي لاجبار المدين على

(١) م ٧٧٥ مدني . (٢) انظر المادة ٦٢١ مجلة .

(٣) التأجيل تطبيق الدين وتأخيره الى وقت معين (م ١٥٦ مجلة) .

(٤) انظر أيضاً المادة ٩٨٤ مدني أردني .

تقديم كفيل ، ونص مرشد الحيران المأخوذ من حاشية ابن عابدين
يقرر حماية للكفيل نفسه أيضا اذا كان الدين حالا أو حل الدين ومن
ثم الكفالة ، وكانت الكفالة بأمر المدين ومن ثم يمنع الكفيل المدين من
السفر الا اذا دفع الدين •

● الأصل ان الكفالة عمل مدنى لا تجارى :

لقد اعتبر القانون المدنى السودانى والمصرى كفالة الدين التجارى
عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا^(١) واستثنى من ذلك الكفالة الناشئة
عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير تلك الأوراق •

● آثار الكفالة بالمال :

١ - اذا أدى الكفيل الدين برئت ذمته وذمة المدين الأصلي
بالنسبة للمكفول له •

٢ - اذا أدى الكفيل الدين فى الكفالة المأمور بها من المدين حل
محل المكفول له (الدائن) فى مطالبة المكفول عليه بالحق •

٣ - اذا أبرأ المكفول له (الدائن) المكفول عنه (المدين الأصلي)
من الحق فتبرأ ذمة الكفيل منه ويأخذ حكم البراء كل تمليك للحق
بأى سبب من أسباب التمليك •

٤ - اذا صالح المكفول عنه (المدين الأصلي) المكفول له
(الدائن) عن الحق بأقل منه برئت ذمة الكفيل من الباقي واذا صالح
المكفول عنه أو الكفيل المكفول له عن الكفالة يبعث الحق برئت ذمة
الكفيل من الباقي ولا تبرأ ذمة المكفول عنه منه ويكون للمكفول له
مطالبة المكفول عنه وحده بالباقي •

(١) انظر المادة ٦٦١ مدنى سودانى و م ٧٧٩ مدنى مصرى •

٥ - إذا كان للكفيل كفيل فالدائن مخير في مطالبة من شاء منهما أو كلاهما أو الباقيين إذا تعددوا إلا إذا كفلوا جميعا بعقد واحد ولم يشترط فيه تضامنهم فلا يطالب أحد منهم إلا بقدر حصته •

٦ - يتبع التزام الكفيل التزام الأصيل في التعجيل والتأجيل •

٧ - إذا كان الكفلاء متضامين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم والا فلا •

٨ - تكون الكفالة تضامنية إذا أطلقت •

٩ - على الدائن إذا أفلس مدينه أن يتقدم في التفليسة بديه والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر بسبب إهمال الدائن •

١٠ - ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل (المدين) بما عجل أداءه من الدين المؤجل إلا بعد حلول الأجل •

١١ - للكفيل أن يرجع على المدين بما يؤديه من نفقات ومصاريف لتنفيذ مقتضى الكفالة •

١٢ - إذا أحال الكفيل أو الأصيل (المدين) الدائن بالدين المكفول به أو بجزء منه على آخر حوالة مقبولة من المحال له والمحال عليه برىء الأصيل (المدين) والكفيل في حدود الحوالة وإذا اشترط في الحوالة براءة الكفيل فقط برىء وحده دون الأصيل •

١٣ - لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ولا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله^(١) ويتعين تمسك الكفيل بذلك الحق كى يقضى به ، ولا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد •

(١) انظر المادة ٦٧٠ من القانون المدني السوداني سنة ١٩٧١ والمادتين ٧٨٨ و ٧٩٣ مدنى مصرى •

١٤ - اذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ما له من حقوق قبل المدين ولكن اذا لم يوف الا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه الا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين وحق الرجوع للكفيل الذى وفى الدين سواء أكانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه (١) .

* * *

خامسا : الاثبات فى آية المداينات

● ما توفره وتدل عليه آية المداينات من ضمانات فى الاثبات :

يقول الله تعالى :

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ، وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ، وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ، فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلَأِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا ، فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمْلَ هُوَ فليَمْلَأْ وَلِيهِ بِالْعَدْلِ ، وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى ، وَلَا يَأْب الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ، وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ، ذَلِكَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ، وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ، وَلَا يُضَارِ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ، وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ ، وَاتَّقُوا اللَّهَ ، وَيَعْلَمُكُمْ اللَّهُ ، وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ . وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ، فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ، وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ، وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ، وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴾ (٢) .

(١) م ٧٩٩ ، ٨٠٠ مدنى مصرى .

(٢) البقرة : ٢٨٢ - ٢٨٣ .

وتتفهم الآية الكريمة من عدة وجوه هي :

١ - مرتبة الكتابة من طرق الاثبات في الفقه الاسلامى :

تأتى الكتابة كوسيلة اثبات ضمن طرق الاثبات المختلف فيها في الفقه الاسلامى وبعد طرق الاثبات المتفق عليها ومنها الشهادة والاقرار ، والمجيزون للكتابة كوسيلة اثبات يقولون بمشروعيتها لورود ذلك في الكتاب والسنة والعرف وبخاصة اذا كانت صادرة من جهة حكومية أو كانت تتضمن شهادة أو اقرارا وهى الصورة التى تنفرد بها آية المدائيات ومن ثم الفقه الاسلامى •

على حين تأتى الكتابة فى صدارة طرق الاثبات فى القانون الوضعى ويليهما الشهادة ثم الاقرار ومن ثم تعتبر من طرق الاثبات الملزمة والمباشرة بل ان النظام القانونى قد يشترط وجوب الاثبات بالكتابة فى حالات معينة مثل التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على مبلغ معين أو أن يكون غير محدد القيمة^(١) • وحالة اثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى^(٢) فيما عدا ما استثنى من حالات تقتصر على مورد النص فيها^(٣) •

كما أن هناك تصرفات يتطلب القانون الكتابة لاثباتها دون اعتداد بقيمتها كالكفالة وعقد الصلح وعقد الشركة وعقد المقاوله وكذلك

(١) تنص المادة (٦٠) من قانون الاثبات المصرى على أنه : « فى غم المواد التجارية اذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرين جنيهاً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود فى اثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ... » .

(٢) تنص المادة (٦١) من قانون الاثبات المذكور على أنه : « لا يجوز الاثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيهاً (١) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى ... » .

(٣) تنص المادتين ٦٢ ، ٦٣ مدنى مصرى على أنه : « يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة واذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى واذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب اجنبى لا بد له فيه » .

التصرفات الشكلية التي اشترط القانون لانعقادها تحرير ورقة بها كالرهن الرسمي أو بيع السفينة •

ويبدو أن شرط تحديد قيمة التصرف التي اشترطها القانون لوجوب اثباته بالكتابة لا يقره النص القرآني في قوله تعالى :

﴿ ولا تساموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ، ذلكم اقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا ﴾ •

ولا يقدح في كتابة الدين صغيرا أو كبيرا أن الأمر بالكتابة في قوله تعالى ﴿ فكتبوه ﴾ للنذب والاستحباب والارشاد لا للوجوب إذ صرفه عن الوجوب قرينة قوله تعالى : ﴿ فان امن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن امانته ﴾ •

وقوله تعالى : ﴿ وأدنى ألا ترتابوا ﴾ •

٢ - الكتابة الصادرة من كاتب عدل كجهة رسمية والمتضمنة اقرارا وشهادة :

فقد تضمنت الآية الكريمة طريقة فريدة من طرق الاثبات لم تشهدا بعد قوانين الاثبات الوضعية وهي تلك التي تجتمع فيها أربع طرق أخرى للاثبات منها اثنتان متفق عليهما بين الفقهاء وذلك على النحو التالي :

لقد دلت الآية الكريمة على الكتابة ابتداءا كطريق من طرق الاثبات ثم عهدت بتلك الكتابة الى كاتب عدل وهو تلك الجهة التي تقوم بذلك العمل ، وكونه جهة مأخوذ من قوله تعالى : ﴿ ولا ياب كاتب أن يكتب كما علمه الله ﴾ فمنعه من ابراء الكتابة وأن يكتب كما علمه الله دلالة فوية على كونه جهة منوط بها هذا العمل وتوفر بذلك للكتابة صفة الرسمية وكونها صادرة من موظف عام مختص •

والكتابة الصادرة على هذا النحو توفر فيها أمران آخران هما :

(أ) اقرار المدين أو وليه بالدين •

(ب) الشاهدان •

بذلك اجتمع فى ورقة الدين ولها أربعة أمور هى :

(أ) الكتابة •

(ب) صدورهما من كاتب عدل •

(ج) الاقرار • (د) الشهادة •

اذا كانت الشهادة والاقرار من طرق الاثبات المتفق عليها فى الفقه الاسلامى فان دليل الاثبات المستمد من الآية الكريمة يكون من أقوى الأدلة فى المداينات على النحو الذى دلت عليه ومن ثم يكون هذا الدليل من أفضل الضمانات وأقواها بما لم تشهده نظم الاثبات الوضعية •

٣ - المداينات التجارية وغير التجارية او المدنية والعادية :

لقد دلت الآية الكريمة بظاهرها ومضونها وفحواها على نوعين من المداينات ، كما دلت على التمايز فى طريقة التوثيق والاثبات بينهما نظرا لاختلاف طبيعة كل منهما عن الأخرى (١) •

(١) ان اختلاف طبيعة العمليتين المدنية والتجارية وما يعنيه وترتب عليه من اختلاف طبيعة واجراءات التوثيق أو الضمانات والاثبات لا يدل بالضرورة على سهولة واستثناء فى المعاملات التجارية فلا تلازم بينهما بل قد يكون على العكس بمعنى أن الطبيعة الخاصة والتميزة للمعاملات التجارية بما تضمنه من أهمية هذه المعاملات وسرعتها يفرض قوة فى الضمانات والاثبات وهذا هو ما يعنينا بالدرجة الأولى وليس ما يذهب اليه الكثيرون من أن القرآن الكريم استثنى العقود التجارية من الاثبات بالكتابة مراعاة للسر والتساهل ومن ثم حرية الاثبات - انظر محمد وهبة الزحلى - وسائل الاثبات فى المعاملات المدنية والأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، رسالة دكتوراة ص ٤٨٥ القاهرة ١٩٧١ - د. محمد حسن الجبر - القانون التجارى السعودى ص ٣ ف ٢ و ص ٤٠ ، ٤١ ف ٢٣ طبع جامعة الملك

=

(١) المداينات العادية والمدنية او غير التجارية :

وهى الالتزامات التى محلها أداء مالى بدين معين المقدار مسمى الأجل أو محدد للأجل وهذا النوع من الالتزام يسمى فى الفقه « الالتزام بدين » فى مقابل « الالتزام بعين » ويسمى فى القانون الوضعى « الحق الشخصى » فى مقابل « الحق العينى » .

والالتزامات تتعلق بالذمة اذا كانت بدين أو تحولت الى دين اذ يكون محل الالتزام أداء مالى يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن ، ولتعلقها بالذمة طلب الشارع الاستشهاد عليها أى طلب الشهود واستحضارهم وفقا لنصاب الشهادة الذى نصت عليه الآية وهو : رجلان أو رجل وامرأتان .

شريطة أن يكون الشهود ممن عرف عنهم عدم التقاعس عن الشهادة اذا ما دعوا اليها وهذا الشرط بدلالة قوله تعالى :
« ممن ترضون » أى أن يكون الشهود محل رضا طرفى الالتزام .

سعود - الرياض سنة ١٤٠٢ هـ (١٩٨٢ م) - أحمد نشأت - رسالة الإثبات ص ١٠٨ ف ٥٦ - القاهرة . محمد عبد اللطيف - قانون الإثبات ج ٢ ص ٢٦ ف ٢٦ ، القاهرة ١٩٧٢ - د . عباس حسنى - أصول القانون والقواعد الفقهية ص ٤٨ ف ٤٠ طبع جامعة الملك سعود - عبد القادر عودة - التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ف ٣٣ ، ٣٤ - دار الكتاب العربى بيروت - د. محمود محمد بابلالى - الأسس الفكرية والعملية للاقتصاد الإسلامى ص ١١٠ - دار الرفاعى للنشر بالرياض - د. محمد بن أحمد صالح - الشريعة الإسلامية ودورها فى مقاومة الانحراف ومنع الجريمة ص ٢٨ طبع الفرزدق التجارية بالرياض سنة ١٤٠٢ هـ . كما أن محاولة نفى الصفة التجارية عن عملية التبائع التى أساسها التجارة ، يصادم النص القرآنى المثبت لها صراحة حيث غاير النص بين المداينات المطلقة فى صدر الآية والمداينات التجارية أو الأعمال التجارية التى تتمخض عنها هذه المداينات مما يؤكد اختلاف طبيعة كل منها وما يترتب على ذلك من ضمانات فى إثبات وهو ما نوضحه ، انظر د. محمد وحيد سوار - الشكل فى الفقه الإسلامى ص ١٩٨ وما بعدها - طبع معهد الإدارة بالرياض سنة ١٤٠٥ هـ (١٩٨٥ م) .

(ب) المدائيات التجارية :

هى التى تنشأ بسبب ممارسة الأعمال التجارية ومباشرتها ويعتبر العمل تجاريا اذا اصطلح على اعتباره كذلك نصا أو عرفا .

وقد عبر النص القرآنى عن هذا النوع من المدائيات « بالتبايع » باعتبار أن جوهر الأعمال التجارية هو البيع والشراء من ناحية ومن ناحية أخرى باعتبار أن جوهر العقود ومحطها هو العملية القانونية المقصودة من العقد وفى عقد البيع يكون محله هو عملية التبايع المقصودة من عقد البيع .

ومن هنا وجب أن نلمح الى الفارق الدقيق بين محل الالتزام وسببه ومحل العقد وسببه^(١) .

فمحل الالتزام قد يكون صحيحا فى ذاته ولكن العقد يقع باطلا كأن يحرم القانون التعامل فى الحق المتنازع عليه بالنسبة للقضاة وأعضاء النيابة .

وسبب الالتزام هو الغرض المباشر المحدد الذى يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه .

أما محل العقد فهو العملية القانونية المقصودة من العقد .

وسبب العقد هو الباعث الدافع الى التعاقد أى الباعث الرئيسى الذى جعل المتعاقد يقدم على العملية التعاقدية وعلى ابرام التصرف

وباستصحاب ما تقدم فى محل وسبب كل من الالتزام والعقد فإن الآية الكريمة قد غايرت فى طريقة الاثبات بين المدائيات غير التجارية والمدائيات التجارية بدلالة قوله تعالى : « الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم » .

(١) انظر د. عبد المنعم فرج الصده - نظرية العقد ص ٢٦ ، ٢٧ - دار النهضة العربية - مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٩٠ .

ووجه المغايرة فى طريقة الاثبات يتمثل فى :

(أ) عدم الكتابة فى المداينات التجارية وما يشترط فيها من صدورها من كاتب عدل وما تتضمنه من اقرار المدين أمام كاتب العدل وكذلك الشهادة .

(ب) الاشهاد على عملية التبايع باعتبار أن العملية القانونية للتبايع هى محل العقد ومقصوده ومن هنا حصلت عندنا المفارقة بين : **الاشهاد والاستشهاد** فالأخير يعنى طاب الشهادة أى الشهود على المداينات العادية أو غير التجارية وهى ما يمكن أن يعبر عنه بالالتزام بالدين فى الفقه أو الحق الشخصى فى القانون الوضعى ومن ثم فالضمان فى هذه الالتزامات يتعلق أو يتصل بالاعتبارات الشخصية فى الدائن والمدين .

أما الاشهاد على عمليات التبايع فيتصل أو يتعلق بالاعتبارات الموضوعية للعملية التعاقدية التى محلها التبايع أساس عمليات التجارة ومن ثم كإن طبيعيا أن تختلف ضمانات تلك العمليات التجارية لطبيعتها الخاصة عن السابقة وبخاصة اذ أصبحت العمليات التجارية الآن تتم عن طريق المصارف والبنوك فى الداخل والخارج ويشترك فى اتسامها أكثر من شخص طبيعى أو معنوى ، لكل ذلك نقول : ان الاشهاد على التبايع يتسع لصور من الضمان أو الضمانات لا يتسع لها الاستشهاد المنصوص عليه فى صدر الآية الكريمة والذى هو عبارة عن رجلين أو رجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء .

وعلى هذا النحو يكون الاثبات فى الحالة الثانية أى العمليات التجارية غير محصور فى الشهادة بل يشمل ما توجبه أو تفرضه طبيعة العمليات التجارية من ضمانات مصرفية مستحدثة .

obeikandi.com