

البدائل الشرعية لإنهاء خصومات ديون المصارف الإسلامية: دراسة مقارنة
بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي

عبد القادر زناتي

أكاديمية الدراسات الإسلامية

جامعة ملايا

كوالالمبور

٢٠٢٢

البدائل الشرعية لإنهاء خصومات ديون المصارف الإسلامية: دراسة مقارنة
بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي

عبد القادر زناقي

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير

أكاديمية الدراسات الإسلامية

جامعة ملايا

كوالالمبور

٢٠٢٢

UNIVERSITY OF MALAYA
ORIGINAL LITERARY WORK DECLARATION

Name of Candidate: **Abdelkader Zenati**

Matric No: **17043137/1**

Title of Project Paper/Research Report/Dissertation/Thesis ("this Work"):

البدائل الشرعية لإنهاء خصومات ديون المصارف الإسلامية: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي
Islamic Alternatives in Mitigating Disputes of Debts in Islamic Bankings: A Comparative Study between Islamic Jurisprudence and Kuwait Law.

Field of Research: (310: Social and Behavioural Sciences)

I do solemnly and sincerely declare that:

- (1) I am the sole author/writer of this Work;
- (2) This Work is original;
- (3) Any use of any work in which copyright exists was done by way of fair dealing and for permitted purposes and any excerpt or extract from, or reference to or reproduction of any copyright work has been disclosed expressly and sufficiently and the title of the Work and its authorship have been acknowledged in this Work;
- (4) I do not have any actual knowledge nor do I ought reasonably to know that the making of this work constitutes an infringement of any copyright work;
- (5) I hereby assign all and every rights in the copyright to this Work to the University of Malaya ("UM"), who henceforth shall be owner of the copyright in this Work and that any reproduction or use in any form or by any means whatsoever is prohibited without the written consent of UM having been first had and obtained;
- (6) I am fully aware that if in the course of making this Work I have infringed any copyright whether intentionally or otherwise, I may be subject to legal action or any other action as may be determined by UM.

Candidate's Signature

Date: **19/11/2021**

Subscribed and solemnly declared before:

Witness's

Date: **22.11.2021**

Name:

Designation:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

البدائل الشرعية لإنهاء خصومات ديون المصارف الإسلامية:

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي

ملخص

يهدف هذا البحث إلى إيجاد بعض البدائل الشرعية لتصرف البنوك الإسلامية في الديون فقهياً، مثل بيع الدين أو رهنه مع إمكانية المقاصة أو الحوالة، مع التأصيل الشرعي للشرط الجزائي الذي تستعمله أغلب البنوك، وتتجلى مشكلة البحث في غرامات التأخير عندما تكون شرطا جزائيا في عقودها وتصلبها في بعض أساليبها التمويلية التي شابت الأقساط الربوية، عندها تلجأ البنوك الإسلامية، إلى القانون الوضعي الذي حسب دراسة القانون المدني قد يختلف مع التشريع الإسلامي، والذي قد يتعارض مع خصوصية المصارف الإسلامية التي يجب أن تلتزم أحكام الشريعة الإسلامية في فض النزاعات. ولذا ظهرت أهمية البحث في الدفع بالمصارف الإسلامية نحو الصدارة في معالجة مشكلاتها مع الحفاظ على خصوصيتها لتبقى الملاذ الآمن والخيار الأمثل بين مثيلاتها من البنوك التقليدية. يعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي حيث يهتم بوصف المعاملات وبيان مفهوما وصورها اعتمادا على الكتاب والسنة وأقوال الفقهاء، وأصحاب القانون المدني، كما سيعتمد البحث على التحليل المالي لأهم مصرفين إسلاميين، (بيت التمويل الكويتي وبنك الراجحي السعودي)، كما يستخدم الباحث المنهج الاستنباطي من أجل استخراج واستنباط أهم الصور التي يمكن الاعتماد عليها في تطبيق التصرف في الدين كأسلوب لحل النزاع المالي، ويعتبر بحثا مقارنا بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي باستخدام المنهج المقارن. ومن أهم النتائج التي توصل إليها البحث أن هناك بدائل كثيرة عن الشرط الجزائي، وأن البدائل الشرعية التي ذكرت آنفا تم النظر فيها مع اختلاف أو توافق أصحاب المذاهب الفقهية وغيرهم فيها، مع الأخذ بما فيه تيسير على الناس، والاستفادة من آراء المذاهب التي تعتمد على سد الذرائع وعلى التهمة في باب البيوع من أجل تجنب الربا والمعاملات الصورية التي تؤول إليه. كما توصل البحث إلى أن القانون المدني الكويتي قد توافقت مع الشريعة الإسلامية في كثير من مواد القانون كما أنه اختلف معها في أخرى وبقيت بعض مواد غير مُحكَّمة كعدم التفريق بين بيع الدين للمدين ولغيره وهذه ثغرات قد تستعمل للتحايل على الربا أو للإضرار بالخصم عند التنازع. وعليه يوصي الباحث بمحاولة معالجة الكثير من الحالات التي أجمل فيها القانون المدني، والاهتمام أكثر بوضع الحلول للمشكلات المالية بين البنوك الإسلامية والعملاء المتعثرين خاصة مع كثرة النوازل من زلازل وحرائق للمنشآت لأصحاب الاستصناع والزراع، وظهور الأوبئة كمرض العصر كورونا (١٩ covid).

Alternatif syariah dalam menyelesaikan pertelingkahan hutang dalam perbankan Islam: Kajian perbandingan di antara perundangan Islam dan undang-undang sivil di Kuwait

Abstrak

Kajian ini bertujuan untuk mencari beberapa alternatif syariah bagi perbankan Islam dalam menguruskan hutang menurut perspektif *fiqh*, seperti *bai` al-dayn* (jual beli hutang) dan menggadaikannya dengan kemungkinan untuk melaksanakan *muqasah* (tolak selesai) dan *hiwalah* (pemindahan hutang), berserta asas syariah bagi *syart jaza'i* (penalti) yang diguna pakai oleh kebanyakan bank. Permasalahan kajian terzahir pada denda kelewatan ketika ia menjadi *syart jaza'i* (penalti) dalam akad pada beberapa kaedah pembiayaan yang menyerupai ansuran yang bersifat ribawi. Perbankan Islam menggunakan *qanun wad'i* (hukum positif), yang menurut kajian undang-undang sivil mungkin bertentangan dengan perundangan Islam dan bercanggah dengan ciri khususnya yang seharusnya mematuhi undang-undang Islam dalam menyelesaikan pertelingkahan. Oleh itu, kepentingan kajian telah nyata dalam mendorong perbankan Islam ke barisan hadapan dalam menangani masalah ini, di samping memelihara ciri khusus tersebut supaya mereka tetap menjadi tempat perlindungan yang selamat dan pilihan yang terbaik di kalangan jenis-jenis bank yang lain seperti bank konvensional. Kajian ini menggunakan metode deskriptif analisis di mana ia mengambil perhatian dalam menerangkan muamalat, konsep dan gambarannya berdasarkan al-Quran, al-Sunnah, pandangan *fuqaha* serta ahli dalam undang-undang sivil. Di samping itu, kajian ini juga berperanan melaksanakan analisis kewangan terhadap dua bank Islam utama iaitu, Kuwait Finance House dan Al Rajhi Bank di Arab Saudi. Pengkaji menggunakan metode deduktif untuk mengekstrak dan mendapatkan gambaran penting yang dapat diguna pakai dalam menerapkan pengurusan hutang sebagai satu kaedah dalam menyelesaikan pertelingkahan kewangan. Kajian ini dianggap sebagai satu kajian perbandingan antara perundangan Islam dan undang-undang sivil di Kuwait dengan menggunakan kaedah perbandingan. Salah satu hasil kajian yang terpenting ialah terdapat pelbagai alternatif lain selain *syart jaza'i* (penalti). Selain itu, alternatif syariah yang disebutkan di atas telah pun dibincangkan pada sisi perbezaan atau persetujuan *fuqaha* mazhab yang empat dan lain-lain, di samping menitikberatkan apa yang memudahkan masyarakat serta mengambil manfaat dari pandangan mazhab yang memilih *sad zari'ah* (menutup jalan kerosakan) dalam bab jual beli; bagi mengelakkan daripada riba dan transaksi-transaksi lain yang termasuk dalam gambaran riba. Seterusnya, kajian ini juga mendapati bahawa undang-undang sivil di Kuwait bersesuaian dengan perundangan Islam pada kebanyakan

artikel undang-undang, di samping ia juga bercanggah dengan perundangan Islam pada sudut yang lain. Sebahagian daripada bahawa undang-undang sivil ini juga tidak dibincangkan dengan sempurna, sebagai contoh tidak membezakan antara jual beli hutang kepada penghutang dan penghutang yang lain. Kelompangan ini boleh digunakan sebagai helah bagi mengelakkan daripada riba dan boleh memudaratkan musuh ketika dalam pertelingkahan. Oleh itu, pengkaji mengesyorkan untuk melaksanakan percubaan dalam menangani pelbagai situasi yang tidak dijelaskan oleh undang-undang sivil, di samping menumpukan perhatian yang lebih kepada meletakkan penyelesaian dalam masalah kewangan antara perbankan Islam dan pelanggan yang mengalami masalah, terutamanya pelbagai bencana seperti gempa bumi, kebakaran dan kemunculan wabak seperti penyakit zaman ini, Korona (Covid-19).

Universiti Malaysia

Islamic Alternatives in Mitigating Disputes of Debts in Islamic Bankings: A Comparative Study between Islamic Jurisprudence and Kuwait Law

Abstract

This research aims to find some legitimate alternatives for Islamic banks' debt disposition on a jurisprudential level, such as sale or pledge of debt with the possibility of al-Muqassah or al-Hawalah; with tracing shari'ah roots of penalty clause which most banks use. The research problem lies in having clauses penalizing delays in the banks' contracts, and banks' rigidity in some of their funding modalities which are similar to the usurious instalments, then Islamic banks resort to positive law which, based on the study of the civil law, might differ from the Islamic legislation and might contradict the specificities of Islamic banks who must commit to the rulings of Islamic shari'ah in settling conflicts. The significance of this research is therefore presented in bringing Islamic banks to the forefront in dealing with their issues while maintaining their specificities so that they remain the best and safest option among their conventional counterparts. The descriptive analytical method is used by describing the transactions, their meanings and modals based on Quran, Sunnah, and the opinions of the jurists and civil law experts. The research also carried a financial analysis of the two most important Islamic banks (Kuwait Finance House, and Al-Rajih Bank). Deductive approach was used as well to derive the most significant models that can be based on to the application of the disposition of debts as a means of solving financial disputes. comparative method was used by comparing between the Islamic jurisprudence and Kuwaiti civil law. Among the significant results that have been reached is that there are numerous alternatives of the penalty clause, and that the aforementioned legitimate alternatives have been examined in terms of the agreement or disagreement between the jurists regarding their legitimacy, while choosing the opinions which bring ease to people and considering the opinions of the doctrines that use the principles of sad al-dara'I' and accusation in financial transactions to avoid riba and modalities that eventually lead to it. The research also concluded that the Kuwaiti civil law is compatible with the Islamic shari'ah in many legal provisions while it disagrees in others. The compatibility of other provisions in Kuwaiti civil law with Islamic shari'ah has not yet been examined, such as differentiating between selling debt to the debtor and selling it to other parties. Such loopholes might be used to circumvent the rulings and eventually fall in riba or cause harm to the other party of the conflict. Therefore, the researcher recommends treating many cases which the civil law addressed in broad terms and focusing more on generating solutions for the financial issues between Islamic banks

and debt burdened clients, especially with the occurrence of many calamities, such as earthquakes and fires that affect industrial and agricultural enterprises; also, the emergence of pandemics such as the Covid-19.

Universiti Malaya

الإهداء

إلى والدي ووالدي العزيزين على قلبي أسأل الله أن يحفظهما ويبارك في أعمارهما وأعمالهما وأن يختتم لي ولهما بالحسنى ويكرمهما بالجنة العلى.

إلى زوجتي وأولادي الذين تحملوا بعدي عنهم عند سفري للدراسة في الجامعة.

إلى كل عائلتي الكبيرة إخوتي وأخواتي وأعمامي وعماتي أخوالي وخالاتي حيهم وميتهم أسأل الله لهم الرحمات من رب البريات.

إلى كل من علمني منذ حداثة سني إلى حيني، من علماء ومشايخ وأساتذة وطلبة علم وإلى كل من قدم لي كلمة ناصح وصنع لي معروفاً.

إلى أهل مدينتي مسقط رأسى خميس مليانة وإلى الشعب الجزائري المسلم الحر الأبي.

إلى الكويت وأهلها الطيبين الذين أعيش بينهم ولم أجد منهم إلا الطيبة والكرم والنخوة العربية الأصيلة.

إلى كل طالب علم يريد بعلمه وجه الله وخدمة الإسلام والمسلمين وأن تكون بلاد الإسلام كلها بلده، يفرح لفرحها ويسعى لسؤدها.

إلى هؤلاء جميعاً أهدي جهد عملي المتواضع هذا

الباحث

شكر وتقدير

قال تعالى: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ ﴿٧﴾ [إبراهيم: ٧].

يا رب أنت صاحب الإنعام والفضل فلك الحمد ولك الشكر أولا وآخرا.

وأخرج البخاري في الأدب المفرد وصححه الألباني من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: "لا

يشكر الله من لا يشكر الناس".

وبعد شكر الله أتقدم بخالص شكري إلى أستاذي ومشرقي على هذه الرسالة الأستاذ المشارك الدكتور

عبد الكريم بن علي الذي غمرني بحسن أدبه ولطيف توجيهه. كما أشكر كل أعضاء التدريس في قسم الفقه

وأصوله في أكاديمية الدراسات الإسلامية، ولا أنسى أن أشكر عميد الكلية السابق فضيلة الدكتور داتو ذو

الكفل الذي كان عوننا للطلبة ولم يدخر جهدا لتذليل جميع العقبات في طريقهم، والشكر موصول كذلك

لعميد الكلية الجديد فضيلة الدكتور فوزي الذي كان وما زال يمد يده معينا ولسانه ناصحا، فجزاكم الله عنا

خييرا.

وأشكر كل من شجعني على إتمام دراستي وأعانني بالنصح والتوجيه والمساندة أخص منهم الشيخ

الدكتور مراد بوضاية والدكتور إبراهيم زيان والدكتور محمد فلاق والدكتور محمد أمين حسيني والدكتور محمد

فاضل والدكتور طلال زيد العازمي والدكتور محمد علي الحماد وأخي ياسين كتاني والإخوة علي وسالم محسن

القماد المري، والإخوة الأفاضل فهد وخالد الركبي والأخوين فواز وخالد مفرح الرشيد، وإلى كل الإخوة

الجزائريين الأفاضل الذين سعدت بصحبتهم في دولة الكويت، وإلى كل من لم أستطع أن أدون أسماءهم فأنتم

في القلب قبل القرطاس، والله لقد كنتم نعم السند والمعين، فكان حالي من حال المهاجرين الذين هاجروا

بدينهم وكنتم نعم الأنصار فأسأل الله أن يكتب أجرنا جميعا كأجر المهاجرين والأنصار.

لَيْتَ الْكَوَاكِبَ تَدْنُو لِي فَأَنْظِمَهَا *** عقود مدحٍ فما أرضى لكم كلمي

فهرس المحتويات

iii	ملخص
iv	Abstrak
vi	Abstract
viii	الإهداء
ix	شكر وتقدير
x	فهرس المحتويات
xiii	فهرس الجداول
xiii	فهرس الرسوم البيانية
١	الفصل التمهيدي: مقدمة الدراسة والإطار العام لها
١	أولاً: المقدمة
٢	ثانياً: مشكلة البحث
٣	ثالثاً: أهمية البحث
٤	رابعاً: أسئلة البحث
٤	خامساً: أهداف البحث
٤	سادساً: أسباب اختيار هذا البحث
٥	سابعاً: منهج البحث
٥	ثامناً: الدراسات السابقة
٨	ثامناً: خطة البحث التفصيلية
١١	الفصل الأول: الشرط الجزائي في الدُيون المتعثرة
١١	المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائي في الدُيون المتعثرة
١١	المطلب الأول: الشرط الجزائي لغةً واصطلاحاً
١٣	المطلب الثاني: الشرط الجزائي في الحضارات والقوانين المعاصرة
١٧	المبحث الثاني: التأصيل الشرعي للشرط الجزائي
١٨	المطلب الأول: أقوال وأدلة المجيزين للشرط الجزائي
٢١	المطلب الثاني: أدلة المانعين للشرط الجزائي

المطلب الثالث: مناقشة الأدلة	٢٢
المبحث الثالث: الشرط الجزائي في القانون الكويتي وفي المالية الإسلامية.....	٢٦
المطلب الأول: الشرط الجزائي في القانون المدني الكويتي.....	٢٦
المطلب الثاني: الأحكام التنفيذية في قانون المرافعات المدنية والتجارية.....	٢٧
المطلب الثالث: مفهوم الشرط الجزائي في المالية الإسلامية.....	٢٨
المبحث الرابع: مرتكزات ترجيحية للشرط الجزائي.....	٢٩
المطلب الأول: مقارنة الشرط الجزائي بالتعويض المالي عن الضرر في الشريعة الإسلامية.....	٢٩
المطلب الثاني: الأداء المالي وحجم الديون المتعثرة في بيت التمويل الكويتي وفي مصرف الراجحي.....	٣٠
المطلب الثالث: تحرير محل النزاع والترجيح.....	٣٤
المبحث الخامس: البدائل القضائية والائتمانية للشرط الجزائي.....	٣٦
المطلب الأول: البدائل القضائية.....	٣٦
المطلب الثاني: البدائل الائتمانية.....	٣٨
الفصل الثاني: البدائل الشرعية عند التصرف في الديون بالبيع والرهن.....	٤٠
تمهيد.....	٤٠
المبحث الأول: مفهوم الدين وأنواعه في الفقه الإسلامي.....	٤١
المطلب الأول: مفهوم الدين.....	٤٢
المطلب الثاني: أنواع الدين والتصرفات فيه.....	٤٣
المبحث الثاني: التصرف في الديون ببيعها للمدين ولغيره في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.....	٤٥
المطلب الأول: التصرف في الديون ببيعها للمدين ولغير المدين في الفقه الإسلامي.....	٤٦
المطلب الثاني: التصرف في الديون ببيعها للمدين ولغيره في القانون الكويتي.....	٥٣
المطلب الثالث: مقارنة بيع الدين للمدين ولغيره بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.....	٥٦
المبحث الثالث: تطبيقات بيع الدين للمدين ولغيره.....	٥٧
المطلب الأول: حالات استفادة البنك الإسلامي من بيع الدين للمدين.....	٥٨
المطلب الثاني: حالات استفادة البنك الإسلامي من بيع الدين لغير المدين.....	٦٠
المبحث الرابع: إنهاء خصومات الديون برهنها بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.....	٦٣
المطلب الأول: رهن الدين ابتداء.....	٦٤

المطلب الثاني: المناقشة.....	٦٥
المطلب الثالث: التصرف في الديون برهنها للمدين ولغيره في القانون الكويتي	٦٦
المطلب الرابع: مقارنة رهن الدين بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي	٦٦
الفصل الثالث: البديل الشرعي لإنهاء خصومات الديون بالمقاصة والحوالة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.....	٦٨
تمهيد.....	٦٨
المبحث الأول: التصرف في الديون بالمقاصة في الفقه الإسلامي.....	٦٨
المطلب الأول: التصرف في الديون بالمقاصة عند الفقهاء.....	٦٩
المطلب الثاني: حالات استفادة البنك الإسلامي من التصرف في الديون بالمقاصة.....	٨٥
المبحث الثاني: التصرف في الديون بالمقاصة في القانون المدني الكويتي.....	٨٧
المطلب الأول: التصرف في الديون بالمقاصة في القانون الكويتي	٨٧
المطلب الثاني: المقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي في المقاصة.....	٨٨
المبحث الثالث: التصرف في الديون بالحوالة في الفقه الإسلامي.....	٨٩
المطلب الأول: التصرف في الديون بالحوالة عند الفقهاء.....	٨٩
المطلب الثاني: مناقشة الأدلة والترجيح.....	٩٩
المطلب الثالث: حالات استفادة البنك الإسلامي من التصرف في الديون بالحوالة	١٠١
المبحث الرابع: التصرف في الديون بالحوالة في القانون المدني الكويتي.....	١٠٣
المطلب الأول: التصرف في الديون بالحوالة في القانون الكويتي	١٠٣
المطلب الثاني: مقارنة التصرف في الديون بالحوالة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.....	١٠٥
الخاتمة.....	١٠٨
أولاً: أهم النتائج	١٠٨
ثانياً: التوصيات: أهم التوصيات لطلبة العلم والباحثين.....	١١٠
فهرس المصادر والمراجع.....	١١٢

فهرس الجداول

جدول (١) يوضح حجم الأصول والودائع والعائد على حقوق المساهمين وربحية السهم في بيت التمويل الكويتي.....	٣١
جدول رقم (٢) يوضح حجم الأصول والودائع والعائد على حقوق المساهمين وربحية السهم في مصرف الراجحي.....	٣٣

فهرس الرسوم البيانية

رسم بياني رقم (١) يوضح عمل لجنة المخاطر وأقسامها.....	٣٨
---	----

الفصل التمهيدي: مقدمة الدراسة والإطار العام لها

أولاً: المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد ﷺ وبعد:

يُعتبر تمويل البنوك الإسلامية البديل الإسلامي للتمويل الربوي الذي تستطيع من خلاله البنوك الإسلامية تقديم المال اللازم لأصحاب العجز المالي من المستثمرين وغيرهم. وقد نما في السنوات الأخيرة الطلب على هذا النوع من التمويل بسبب توافقه عموماً مع مبادئ الشريعة التي يدين بها معظم العملاء، وحقق التمويل نمواً متزايداً وملحوظاً، بيد أن هذا التمويل واجه بعض المشاكل التي تحدث غالباً بين الشركاء -أي النزاع المالي بين الأشخاص. وحاول الكثير من الباحثين الإسلاميين تقديم الحلول للكثير من المشاكل التمويلية التي واجهت البنوك الإسلامية في ظل انتشار التمويل الربوي وقواعده التي ألفها معظم العملاء، وظل القوانين الوضعية التي لا تُساعد التمويل الإسلامي كثيراً. وما تزال الأبحاث متواصلة في محاولة لحل المشاكل التمويلية الجديدة من أجل دفع مسيرة العمل المصرفي الإسلامي، حيث إنّ محاولة تقديم الحلول للبنوك الإسلامية أصبح الشغل الشاغل للكثير من الباحثين، وهو ما يُبرز أهمية العمل المصرفي الإسلامي. ولذا فإن وجود مشاكل ونزاعات بين البنوك الإسلامية والعملاء سيدفع الباحثين في مواصلة البحث عن الحلول التي تتوافق مع الشريعة الإسلامية وتتلاءم مع خصوصية الوساطة المالية الإسلامية.

إن من أهم مقاصد الشريعة في باب المعاملات المالية هو فضّ الخصومات ورفع النزاع بين المتعاقدين، وقد أوجدت البنوك الإسلامية نظام تمويل ماليّ بينها وبين العملاء أدى إلى وجود ديونٍ متعثّرة. فالبرغم من الشرط الجزائي الذي ركنت إليه معظم التشريعات الوضعية ورغم اختلافها في تكييفه ما تزال مشكلة تعثر الديون مُستمرة. فمثلاً رغم محاولات البنك المركزي لشطب بعضها حيث أُعتبرت الكويت الثالثة خليجياً من حيث نسبة القروض المتعثّرة، فمثلاً لما حدثت الأزمة المالية العالمية عام ٢٠٠٨م واجهت البنوك الكويتية مشكلة الديون المتعثّرة وبلغت ١١,٥٪ عام ٢٠٠٩م. ثم أوصى البنك المركزي الكويتي البنوك بشطب جزء كبير من الديون فانخفضت الديون المتعثّرة إلى ٩٤٨,٣ مليون دينار في نهاية عام ٢٠١٣م، مقارنةً بنحو ١,٤٥ مليار دينار في نهاية العام ٢٠١٢م. ويحاول البنك المركزي الكويتي خفض نسبة الديون المتعثّرة من ٣,٢٪ حالياً إلى ٢٪ في العام ٢٠١٦.

أوجد هذا التعثر خصومات مالية استوجبت التّحاكم ورفع الخصومة إلى القوانين الوضعية ومنها القانون الكويتي. ثم إن إدارة المخاطر في البنوك التقليدية وشرطها الجزائي والأحكام المترتبة عليه كحبس المدين

والحجر عليه ومنعه من السفر قد أثبتت التجربة والواقع العملي عدم جدوى تلك الإجراءات في تحصيل الديون، وهنا تظهر مشكلة البحث حيث إن أسس أحكام ونظرية الشرط الجزائي من حبسٍ ومنعٍ من السفر وحجر في النظام التقليدي لم تعد مناسبةً عملياً وعلمياً في الوقت الحاضر لتعارضها مع المعايير الإنسانية ومع شُعبة خصوصيات التمويل الإسلامي، فعقوبة الحبس مثلاً كانت في زمن النبي ﷺ وأبو بكر الصديق للردع والتأديب وكان حبس المعتدين فرادى في سارية المسجد أو في بُيوتهم وهو خلاف الحبس الحالي الذي أصبح عبارةً عن مؤسسات تحوي مئاتٍ أو آلافاً من أصحاب الجرائم والسراقات والقتل والمخدرات والداخل إليها مُعرضٌ لأن يتخرَّج منها مجرماً، فلا ديناً قضاؤه ولا خيراً حباه، ومن هنا يتبيّن أن أحكام الشرط الجزائي من حبسٍ وغيرها ليست وسائل سليمةً وحكيمةً في استيفاء الديون بل الواقع وحجم الديون المتعثّرة حتى مع الشرط الجزائي مازالت موجودةً وفي تزايد. وتزداد المشكلة تعقيداً مع الأسف الشديد عندما تكون غرامات التأخير كشرطٍ جزائيٍّ في عقودها وتصلبها في بعض أساليبها التمويلية التي شابهت الأقساط الربوية، اتبعت البنوك الإسلامية النظام التقليدي بتحاكمها إلى القانون المدني الكويتي والذي حسب دراسة القانون المدني قد يختلف مع التشريع الإسلامي، والذي قد يتعارض مع خصوصية المصارف الإسلامية التي يجب أن تلتزم أحكام الشريعة الإسلامية في قُض النزاعات، وتغافلت عن البدائل الشرعية من الإشهاد في العقود والنُصح وإيجاد هيئةٍ متخصصةٍ في معرفة الأسواق والقطاعات الاقتصادية التي تتعرض لهزّات، أو القطاعات التي تكثُر فيها المخاطرة. وكذلك المحاسبة الدورية للعميل في صيغة المراجعة والمشاركة وطرقٍ أخرى لاستيفاء الديون بعد حدوث الدَّين، مثل بيع الدَّين ورهن الدَّين والمُقاَصَّة والحوالة بدلاً من اللُّجوء إلى القانون لاستيفاء دُيُونها بدعوى الضَّرر. وإن كانت البنوك الإسلامية هي الخيار الأمثل لمن كان يرجو الله واليوم الآخر مقارنةً بالبنوك التقليدية التي ارتكزت مُعاملاتها على الرِّبا الصريح.

ثانياً: مشكلة البحث

يمكن تلخيص مشكلة البحث أنه في حالة وجود نزاع مالي بين البنوك والعميل، عند تعثر سداد الديون، وخاصة البنوك الإسلامية، حيث حاول الفقهاء إيجاد بدائل شرعية لاستيفاء الديون، وتزداد المشكلة تعقيداً عندما تكون غرامات التأخير كشرط جزائي في عقودها، وتصلبها في بعض أساليبها التمويلية التي شابهت الأقساط الربوية، عندها تلجأ البنوك الإسلامية، إلى القانون الوضعي الذي حسب دراسة القانون المدني قد يختلف مع التشريع الإسلامي، أو تكون بنوده فضفاضة وغير محكمة مما يسوق إلى الوقوع في المحاذير الشرعية كالرِّبا والغرر وغيرها. وهذا قد يتعارض مع خصوصية المصارف الإسلامية التي يجب أن تلتزم أحكام الشريعة الإسلامية في فض النزاعات، وإلا تكون شبيهة بالبنوك التقليدية التي لا تراعي في ذلك إلا مصلحتها الخاصة.

ثالثاً: أهمية البحث

تتجلى أهمية البحث في كونه محاولةً لدفع مسيرة العمل المصرفي التمويلي حيث يُعتبر حلّ النزاع المالي القائم بين البنك الإسلامي والعميل لأي سببٍ من الأسباب من أهم عوامل نجاح البنوك الإسلامية. وقد أدى ظهور المشكلة الأخلاقية لبعض العملاء وإخفاء حقيقة الأرباح، وازدياد نسبة المخاطرة بتبني أساليب المراجحة من طرف البنوك الإسلامية وتجنبها عموماً أسلوباً المضاربة والمشاركة لكثرة المخاطر وتفضيلها أساليب المراجحة تجنباً للدخول مع العملاء في المحاكم أو المخاطرة والخسائر.

ومن هنا تتجلى أهمية هذا البحث حيث يُعتبر محاولةً لإرجاع الثقة التي تأثرت بين البنك والعميل خصوصاً بالنسبة للاستثمار المتوسط والطويل. فقد يكون الخلاف بينهما له أسبابٌ خارجةٌ أحياناً عن نطاقهما لأسباب كالتضخم أو كساد السوق بسبب السياسة المالية للدولة أو غيرها مما قد يؤثر سلباً على مردودية التّجارية. فالبنوك تريد كل الأرباح المتفق عليها سلفاً بغضّ النظر عن أي واقع، والعميل قد يحتاج إلى فسحةٍ من الزمن لتدبير أموره وهو ما لا يسمح به البنك الإسلامي غالباً. والشريعة الإسلامية راعت هذا الجانب حالة تعثر تسديد الديون أو الإفلاس وأوجدت عقوداً مثل (بيع الدين، والحوالة، وجواز رهن الدين، والمقاصة) لحل النزاعات المالية. ولما كانت البنوك الإسلامية تحتكم إلى القوانين الوضعية تطلب هذا عقد مقارنة بين القانون المدني الكويتي والنصوص الفقهية من أجل بيان أهمية الرجوع والاحتكام للنصوص الفقهية وبأنها تعمل لتحقيق مصلحة المتعاملين بعقودٍ مالية.

فعقود طرق استيفاء الديون مهمةٌ وتفتح المجال للاستثمار وتُتيح للبنك التعاقد بأشكالٍ مُتعددة وباستيفاء حقوقه حسب تعدد الحالات، فالحوالة على المليء تساعد البنك الإسلامي في ضمان حقوقه حالة تعثر المدين، وتُخرج العميل من مأزقه المالي، وكذلك بيع الدين يوفر السيولة للبنك الإسلامي ويسمح له بفسخ الكثير من الديون، واستغلال ذلك في الدخول في فرص استثمارية جديدة، والمقاصة الشرعية تُخلى وتُنهي الدين وآثره للعميل والبنك معاً، ورهن الدين له أهمية خاصة حيث يستطيع البنك الاستقراض برهنه للدين ويفتح المجال له للاستثمار الواسع بدل الجلوس في انتظار أقساط الدين المختلفة في الآجال والأغراض. ويفتح المجال أمام البنوك والعملاء لبحث أنسب أساليب للتخارج واستيفاء الحقوق بعقودٍ شرعيةٍ تُرضي الطرفين.

وتزداد أهمية هذه العقود عندما اقتربت البنوك الإسلامية من أساليب التجارة وبدأت تُمول القطاعات الاقتصادية المهمة كقطاع الصناعة والزراعة والبناء والذي بدأ يفرض عليها تملك الآلات، وشراء الأراضي أي الدخول مع العميل في مشاركات مالية. وهذه المشاركات المالية محتاجةٌ إلى تلك العقود كحلٍ عند التنازع، فتدخل مع العملاء في حالة العجز أو حالة احتياجها لسيولة عاجلة وتستعين بعقود بيع الدين أو بقاعدة

ضع وتعجّل أو يرهّن الدّين، أو بعقد الحوالة من أجل مواصلة استثمارها واستغلال فرص استثمارية جديدة قد تتطلّب سيولةً ماليةً عاجلة.

رابعاً: أسئلة البحث

بناء على خلفيات البحث وإشكالياته؛ فإنّ الباحث يطرح الأسئلة التالية:

١. ما مدى فعالية وشرعية أحكام الشرط الجزائي وتأصيله، وما بدائله الشرعية؟
٢. ما مدى مجال وفعالية التصرف في الديون ببيعها أو رهنها كبديل شرعي، في استيفاء الحقوق المالية أو تقليل التنازع المالي بين البنك الإسلامي والعميل؟
٣. هل يُعتبر التصرف في الديون بالمقاصة والحوالة بين البنك الإسلامي والعميل أحد أهم البدائل الشرعية لاستيفاء الحقوق المالية، وقضاء الدين للطرفين وبالتالي إنهاء التنازع؟
٤. هل مقارنة التصرف بالديون في الفقه الإسلامي مع القانون المدني الكويتي يُظهر خلافاً وثغرات في القانون، ويدفع مسيرة العمل المصرفي الإسلامي قدماً؟

خامساً: أهداف البحث

١. بيان مدى مخالفة أحكام الشرط الجزائي الكويتي للتشريع ولخصائص التمويل المصرفي الإسلامي.
٢. التأكيد على أنّ بيع الدّين أو رهنه كبديل شرعي، يحقق مصلحة العميل والبنك في جذب السيولة، ويُسهّم في إنهاء النزاع المالي بينهما، وبيان مدى اهتمام الشريعة بعدم تعطيل المصالح المالية أكثر من القانون المدني الكويتي.
٣. التوصل إلى أنّ المقاصة والحوالة باعتبارها بديلاً شرعياً، تكفل حلّ النزاع المالي عند التنازع بين العميل والبنك لما تحويه من خصوصية وتساعد في فتح المجال أمام الاستثمار وتُلبي رغبات العميل وهي أقل ضرراً من التّحاكم للقانون الوضعي الكويتي.
٤. مقارنة التصرف في الديون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي يسمح للباحثين في وضع اقتراحاتٍ تشريعيةٍ شاملةٍ لجميع حالات التصرف في الدّين من أجل تجنّب المخالفات الشرعية والثغرات القانونية الغير محكمة.

سادساً: أسباب اختيار هذا البحث

- ١- كثرة الانتقادات التي تُوجّه للبنوك الإسلامية والخاصة بتصلّب وعدم مرونة بعض أساليب تمويلها التي أشبهت الأقساط الربوية في التمويل الربوي خصوصاً عن حدوث الأزمات المالية.

٢- وجود مخارج شرعية كثيرة كفيلة بحلّ أو تقليل النزاع المالي بين العميل والبنك ومع هذا فهي غير مستخدمة أو غير مستفادٍ منها.

٣- دفع مسيرة التّمويل المصرفي الإسلامي لتبدأ عملية التّمويل بعمودٍ شرعية ولتنتهي عند النزاع المالي أيضاً بمخارج شرعية كفيلة باستيفاء الحقوق للطرف وبأقل الأضرار مقارنةً بالقانون المدني.

سابعاً: منهج البحث

يعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي حيث يهتم بوصف المعاملات وبيان مفهومها وصورها اعتماداً على الكتاب والسنة وأقوال الفقهاء وأصحاب القانون المدني. ثم يقوم الباحث بتحليل صور بيع الدّين ورهنه وكذا حوالاته والمقاصة فيه، من أجل بيان مدى تطابقها مع الأدلة ومدى اعتبار بعض صورها أحد أهم صور إنهاء النزاع المالي. كما سيعمد البحث إلى التحليل المالي لأهم مصرفين إسلاميين، (بيت التّمويل الكويتي وبنك الرّاجحي السّعودي)، حول نسبة نمو الودائع والأرباح، ومقارنتها مع نسبة الدّيون لدحض دعوى وجود الضّرر كسببٍ للشّروط الجزائي أو التعزيرات المالية.

كما سيستخدم الباحث المنهج الاستنباطي من أجل استخراج واستنباط أهم الصور التي يمكن الاعتماد عليها في تطبيق بيع الدّين كأسلوبٍ لحلّ النزاع المالي، ومن جهةٍ أخرى فإن هذا البحث يُعتبر بحثاً مقارنةً بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الكويتي في صور بيع الدّيون وهو ما يتطلّب استخدام المنهج المقارن.

ثامناً: الدّراسات السابقة

١. رسالة دكتوراه بعنوان (التصرّف في الدّيون وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)

للباحث خالد محمد حسين إبراهيم، كلية الشريعة والقانون بأسيوط ٢٠٠٣م.

وقد قسّم رسالته إلى أبواب عالج في بابها الأول أحكام التصرّف في الدّيون ببيعها للمدين ولغيره مقارنةً بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي المصري، وفي الباب الثاني تطرّق إلى التصرّف في الديون بمعاوضة أي غير البيع كالمقاصّة، وبرهن الديون، والمضاربة، وخصّص باباً ثالثاً للتصرّف في الديون بغير المعاوضة كالإبراء والهبة والوصية. ثم تناول في الباب الرابع التصرّف في الدّيون عن طريق الحوالة، وحاول في الباب الخامس ذكر أهم التطبيقات المعاصرة للتصرّف في الدّيون كالتعامل بالسّنديات، وخصم الأوراق التّجارية. ولذا فإن هذه الرسالة أجادت في بيان أحكام التصرّف في الديون ومقارنتها بالقانون المدني المصري، ولم تركز بل لم تُشر إلا بشكلٍ عابرٍ في كيفية توظيف بيع الدّيون في حال المنازعات المالية بين العميل والبنك لأنّها كانت

تُعالج مشكلة البحث من زاوية بيان الأحكام الشرعية للتصرف في الديون. وهذا ما سيحاول هذا البحث بيانه أي كيفية توظيف أحكام التصرف في الديون في حل المنازعات المالية بين البنك والعميل.

٢. رسالة دكتوراه بعنوان (بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي) للباحث أسامة بن حمود بن محمد، جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض، المعهد العالي للقضاء، ٢٠٠٩م.

وقد تناول في فصله التمهيدي بعض المصطلحات المتعلقة ببيع الدين، ثم قسم رسالته إلى بابين عالج في أولها حكم بيع الدين، ثم بيع الدين في الصرف والبيع، فبيع الدين في السلم والاستصناع، ثم بيع الدين في الحوالة والمقاصة، وبيع الدين في الصلح والقسمة. وفي الباب الثاني تطرق إلى التطبيقات المعاصرة كخصم الأوراق التجارية وغيرها تماماً كالدراسة السابقة. ويتضح من خلال أهداف البحث التي ذكرها الباحث في مقدمة رسالته بأنها جاءت لبيان أحكام الدين وأنواعه، وأهم التطبيقات المعاصرة لبيع الدين أي أنها لم تتناول بيع الدين إلا من أجل ما ذكر أي أن رسالتنا مكتملة حيث أنها تحاول توظيف حالات وصور بيع الدين في إنهاء النزاع والخصومات بين العميل والبنك.

٣. رسالة دكتوراه بعنوان (بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في البنوك التجارية والإسلامية، دراسة تحليلية) للباحث توفيق بيج من جامعة العلوم الإسلامية الماليزية. وقد استطاع الباحث في رسالته جمع ما يتعلق ببيع الدين وتطبيقات بيع الدين في البنوك التجارية والإسلامية المالية، حيث قسم رسالته إلى خمسة فصول عالج في أولها مفهوم الدين، ثم أحكام الدين. ثم انتقل في الفصل الثالث إلى طرق بيع الدين المعاصر، وختم رسالته بفصلين أحدهما فصل نظري عن بيع الدين في البنوك التجارية والإسلامية، ثم بفصل تحليلي حول تطبيق بيع الدين في التجربة الماليزية، فجاءت رسالته كما عنون لها في بحثه.

٤. رسالة ماجستير للباحث خالد محمد تريان بعنوان (بيع الدين أحكامه وتطبيقاته المعاصرة) الجامعة الإسلامية غزة، قسم الفقه المقارن ٢٠٠١م. وقد ركزت هذه الرسالة أيضاً وحسب عنوانها على أحكام بيع الدين من الجانب الشرعي، ثم تناول صاحبها تطبيقات بيع الدين في العقود المختلفة كالحوالة، والصرف، والسلم، ولم يوضح الباحث كيفية الاستفادة من هذه العقود بوضوح لحل النزاع المالي رغم أنه أشار في أسباب اختياره للموضوع إلى محاولة حل المشاكل المالية.

٥. بحث بعنوان (بيع الكالئ بالكالئ - الدين بالدين) للباحث نزيه حماد الذي حاول في بحثه حصر الصور الراجحة التي تتضمن النهي عن بيع الكالئ بالكالئ (بيع الدين بالدين) لعدم اتفاق الفقهاء على الصور التي تنطوي تحت النهي الوارد عن بيع الكالئ بالكالئ، ولذا يُعتبر هذا البحث نوعاً من

التأصيل الشرعي للصور المنهي عنها، والتي يمكن لنا تجنّبها كصورٍ لحل النزاع والخصومات بين البنك والعميل إذا وافقنا الباحث في ترجيحِهِ.

٦. بحثٌ لبعده العظيم أبو زيد بعنوان (قراءةٌ في شرعية التطبيقات المعاصرة لبيع الدين) والذي حاول فيه بيان أهم المخالفات الشرعية لبعض صور البيوع المعاصرة ورَكَز على ضرورة اجتناب الربا في الأجناس الربوية، وتصحيح بعض المفاهيم التي أوردها الفقهاء المتقدمون كقضية ضع وتعجل وبعض أنواع البيوع التي لا ينبغي التوسّع فيها.

٧. (بيع الدين الثابت في الذمة قبل قبضه) للباحث خالد بن مفلح آل حامد، بحثٌ محكّمٌ في مجلة العدل، العدد ٤٢، ربيع الآخر ١٤٣٠، والذي حاول فيه التفصيل في جميع أنواع بيع الدين وصورها، وتبّه على ضرورة التفرقة بين الدين المستقر في الذمة والدين غير المستقر، وبيع الدين الحال من غيره، كما أشار إلى ما يندرج في بعض صور بيع الدين كالمقاصّة، والمصارفة، وتناول أيضاً كغيره من الباحثين التطبيقات المعاصرة لبيع الدين مثل خصم الأوراق التجارية وغيرها. واستطاع الباحث شرح صور بيع الدين بأسلوبٍ سهل يمكن الاعتماد عليه في بحثنا لتوظيف بعض الصور في إنهاء النزاع المالي.

٨. دراسات فقهية للباحث نزيه حماد، والذي خصّص في كتابه هذا مبحثاً بعنوان الصلح في الأموال وأثره في إنهاء الخصومات حيث تطرّق بإسهابٍ عن الصلح وأنواعه كالحطيطة وصلح المعاوضة، والصلح عن دينٍ من الجانب الفقهي. وقد ركّز في بحثه على الجانب الفقهي للصلح وبعض آثاره ولم يتناول إلا بشكلٍ عابرٍ المعاملات المالية المعاصرة.

٩. دراسة فقهية مقارنة: أحكام التصرف في الديون، إعداد الباحث علي محيي الدين القره داغي، عمد فيها الباحث إلى التأصيل الشرعي للديون وبيان تقسيماتها وأسبابها، ثم تطرّق إلى الأحكام المترتبة على بيع الدين الذي وصفه بتمليك الدين بعوضٍ للمدين نفسه ولغير المدين وتكلّم عن الحوالة على أنّها ليست بيعاً إنما هي إلى أقرب إلى صورة الوكالة، كما تكلم عن دين السلم وأحكام الصرف ولم يتطرّق البحث إلى جعل ما ذكر من بيع الدين أو الحوالة وسيلةً لفلك الخصومة في الديون كما يمكن جعله مرجعاً مهماً في مجاله.

١٠. دراسة فقهية: مشكلة الديون المتأخرات وكيفية ضمانها في البنوك الإسلامية، للقره داغي تطرّق فيها إلى التأصيل الشرعي للدين وبيان الأسباب التي تجعل العميل يماطل في سداد ديونه لدى البنوك الإسلامية مما يسوق البنوك إلى تحمل خسائر وفوات منافع كان يمكن استغلالها، وتطرّق

إلى بدائل يمكن استعمالها لاستيفاء الديون كتعاون البنوك للإشهار بالمماطلين بالسداد وجعلهم في قائمة سوداء مشتركة بينهم وغير ذلك، وإن كان البحث تطرّق لبيع الدين مقابل عين وبيّن أحكام بيع الدين للمدين وغيره وتطرّق لأحكام الشرط الجزائري وغرامات التأخير ولكن البحث لم يأت بالحلول كافة مما يجعل البحث مرجعاً يمكن الاعتماد عليه للتوسّع في إيجاد الحلول الناجعة لاستيفاء الديون المتعثّرة لدى البنوك الإسلامية ومقارنة كل ذلك مع نصوص القانون الكويتي.

ونخلص من خلال الدراسات السابقة بأنها حاولت بيان أحكام التصرف في الديون من خلال إيجاد بعض البدائل الشرعية لتصرف البنوك الإسلامية في الديون فقهيّاً. وأغفلت أن تصرّف البنوك في الديون وهو من باب المنازعات المالية في حالة تعثر العميل، والذي قد يستوجب غالباً التّحاكم للتشريعات المدنية. التي قد تخالف بعض موادها للتشريع الإسلامي، وعليه حاول البحث تدارك هذه النقطة بعمل مقارنة بين أحكام تصرف في الديون في التشريع الإسلامي والقانون الكويتي من أجل معرفة مدى توافق القانون الكويتي بالفقه الإسلامي، وذلك لدفع الباحثين والمتخصّصين إلى اقتراحات بتعديل وزيادة تشريعات مدنية مُستوحاة من جميع الحالات المشروعة التي ذُكرت في باب التصرف في الديون وتجنّب الرّبا والمحاذير الشرعية.

تاسعا: خطة البحث التفصيلية

المقدمة

الفصل التمهيدي: (مشكلة البحث - أهمية البحث - أسئلة البحث - منهج البحث - حدود الدراسة (المكانية الكويت) - الدراسات السابقة.

الفصل الأول: الشرط الجزائري في الديون المتعثّرة

المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائري في الديون المتعثّرة:

المطلب الأول: الشرط الجزائري لغةً واصطلاحاً:

المطلب الثاني: الشرط الجزائري في الحضارات والقوانين المعاصرة:

المبحث الثاني: التأسيس الشرعي للشرط الجزائري

المطلب الأول: أقوال وأدلة المجيزين للشرط الجزائري.

المطلب الثاني: أدلة المانعين للشرط الجزائري.

المطلب الثالث: مناقشة الأدلة.

المبحث الثالث: الشرط الجزائري في القانون الكويتي وفي المالية الإسلامية:

المطلب الأول: الشرط الجزائري في القانون المدني الكويتي.

المطلب الثاني: الأحكام التنفيذية في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

المطلب الثالث: مفهوم الشرط الجزائي في المالية الإسلامية.

المبحث الرابع: مُرتكزات ترجيحية للشرط الجزائي

المطلب الأول: مقارنة الشرط الجزائي بالتعويض المالي عن الضرر في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: الأداء المالي وحجم الديون المتعثرة في بيت التمويل الكويتي وفي مصرف الراجحي.

المطلب الثالث: تحرير محل النزاع والترحيح.

المبحث الخامس: البدائل القضائية والائتمانية للشرط الجزائي

المطلب الأول: البدائل القضائية.

المطلب الثاني: البدائل الائتمانية.

الفصل الثاني: البدائل الشرعية عند التصرف في الديون بالبيع والرهن.

المبحث الأول: مفهوم الدين وأنواعه في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: مفهوم الدين.

المطلب الثاني: أنواع الدين والتصرفات فيه.

المبحث الثاني: التصرف في الديون ببيعها للمدين ولغيره في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

المطلب الأول: التصرف في الديون ببيعها للمدين ولغيره في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: التصرف في الديون ببيعها للمدين ولغيره في القانون الكويتي.

المطلب الثالث: مقارنة بيع الدين للمدين ولغيره بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.

المبحث الثالث: تطبيقات بيع الدين للمدين ولغيره

المطلب الأول: حالات استفادة البنك الإسلامي من بيع الدين للمدين.

المطلب الثاني: حالات استفادة البنك الإسلامي من بيع الدين لغير المدين.

المبحث الرابع: إنهاء خصومات الديون برهنها بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

المطلب الأول: رهن الدين ابتداءً.

المطلب الثاني: الترحيح.

المطلب الثالث: التصرف في الديون برهنها للمدين ولغيره في القانون المدني.

المطلب الرابع: مقارنة رهن الدين بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.

الفصل الثالث: البديل الشرعي لإنهاء خصومات الديون بالمقاصة والحوالة بين الفقه الإسلامي والقانون

الكويتي

المبحث الأول: التصرف في الديون بالمقاصة في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: التصرف في الديون بالمقاصة عند الفقهاء.

المطلب الثاني: حالات استفادة البنك الإسلامي من التصرف في الديون بالمقاصة.

المبحث الثاني: التصرف في الديون بالمقاصة في القانون المدني الكويتي

المطلب الأول: التصرف في الديون بالمقاصة في القانون الكويتي.

المطلب الثاني: المقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي في المقاصة.

المبحث الثالث: التصرف في الديون بالحوالة في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: التصرف في الديون بالحوالة عند الفقهاء.

المطلب الثاني: مناقشة الأدلة والترجيح.

المطلب الثالث: حالات استفادة البنك الإسلامي من التصرف في الديون بالحوالة.

المبحث الرابع: التصرف في الديون بالحوالة في القانون المدني الكويتي

المطلب الأول: التصرف في الديون بالحوالة في القانون الكويتي.

المطلب الثاني: مقارنة التصرف في الديون بالحوالة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي.

الفصل الأول: الشرط الجزائري في الدُّيون المتعثِّرة

المبحث الأول: مفهوم الشرط الجزائري في الدُّيون المتعثِّرة

يُعتبر الشرط الجزائري من أهم الإجراءات الوقائية التي تعتمد عليها البنوك في تقليل خسائرها جرّاء التمويلات الائتمانية حيث إنّ أغلب تمويل البنوك يعتمد على الائتمان. ولذا أخذت البنوك بمفهوم الشرط الجزائري في عقود المعاملات المالية في قراراتها الائتمانية التمويلية. وقد اختلف التّقنين المُعاصر في مفهوم وأهمية ومجالات تطبيق الشرط الجزائري، وتظهر مشكلة الشرط الجزائري في قول البعض بأن مضمون الشرط الجزائري يتعارض ضمناً مع أحكام الشريعة، ولما رفعت البنوك الإسلامية شعار تطبيق فقه المعاملات الإسلامية ظهرت إشكالية الشرط الجزائري في العقود الشرعية.

المطلب الأول: الشرط الجزائري لغةً واصطلاحاً

أولاً: الشرط الجزائري لغةً واصطلاحاً: لغة هو إلزام الشيء والتزامه في بيعٍ ونحوه، ويُطلق أيضاً على العلامة وجمعه أشرافاً^١، وعرفه ابن فارس بأنه الذي يدل على علم وعلامة^٢. وزاد البعض بأن: (الشرط لغةً العلامة اللازمة)^٣. وقيل إنّ الذي بمعنى العلامة هو الشرط بالتحريك وجمعه أشرافٌ ومنه أشراف الساعة أي علاماتها، وأما الشرط بالسكون فيُجمع على شروط جمع الكثرة وفي جمع القلة يُقال أشراف^٤. وعليه فإنّ الشرط هو العلامة التي تربط إرادة المتعاقدين على ما يتفق عليه كلاهما. ومنها قوله: ﴿قَهْلٌ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا فَأَنَّى لَهُمْ إِذَا جَاءَتْهُمْ ذِكْرُهُمْ﴾ [سورة محمد، الآية ١٨].

وعزى أبو عُبيد الهروي أن الأصمعي قال: أشراف الساعة علاماتها. قال: ومنه الاشتراط الذي يشترط الناس بعضهم على بعض، أي هي علامات يجعلونها بينهم. ولهذا سُميت الشرط؛ لأنهم جعلوا لأنفسهم علامةً يعرفون بها^٥.

و اصطلاحاً الشرط عند الأصوليين هو: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدمٌ لذاته^٦. أي أنّ انعدام الشرط هو انعدام للمشروط، فانعدام رؤية الهلال مثلاً ينعدم معها الصّوم، وعرفه

١ ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، (دار صادر بيروت، الطبعة الثالثة ١٩٩٤)، ج ٧، ص ٣٢٩.

٢ ابن فارس، أحمد، معجم مقاييس اللغة، (دار الفكر ١٩٧٩م) ج ٣/٢٦٠.

٣ الحصكفي، محمد بن علي، الدر المختار (بيروت: دار الفكر، ط ٢، ١٣٨٦م) ج ١، ص ٤٠٢.

٤ الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول، تحقيق محمد سعيد البدري (بيروت: دار الفكر، ط ١، ١٩٩٢م) ج ١، ص ٢٥٩.

٥ الهروي، القاسم بن سلام، غريب الحديث، (المطابع الأميرية، القاهرة الطبعة: الأولى، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤م) ج ١، ص ١٦٨.

٦ القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، شرح تنقيح الفصول، (شركة الطباعة الفنية للتحفة للطباعة: الأولى، ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م) ج ١، ص ٢٦٢.

محمد عرفة بمثال في اشتراط الحول للزكاة فقال: (لأنه يلزم من عدمه عدم وجوب الزكاة و لا يلزم من وجوده وجوبها)^١ و كإلحسان مثلاً فإنه شرط في رجم الزاني، وهو نوعان: نوعٌ عقلي معلوم، ونوع شرعي كشرط الإحصان في رجم الزاني. ^٢ ونقل الصنعاني نفس المعنى عن لسان الفقهاء فقال: (ما يلزم من عدمه عدم).^٣ فالوضوء مثلاً شرطاً في صحة الصلاة و إذا انتفى هذا الشرط بطلت الصلاة.

وأما الفقهاء فيتناولون معنى الشرط وحكمه في أبواب الفقه المختلفة، فشروط المعاملات المالية أو البيوع تختلف في أحكامها عن شروط الصلاة، والنكاح والطلاق، والوصايا وغيرها. وبعضهم يقسمها إلى شروط فاسدة وشروط صحيحة كقول ابن عابدين في حاشيته: (وإنما صحَّ الشرط لكونه شرطاً صحيحاً... لأن كلامه في الشرط الفاسد).^٤ فهم يقبلون في البيوع مثلاً الشروط التي لا تتعارض مع ماهية العقد أي أنّ هذا الشرط يُباني مقتضى العقد كقولك مثلاً بعتك هذه الدابة على ألا تتركبها. فمقصود شراء الدابة هو تركبها ومن هنا قال البعض: (فيبطل على أصل المذهب في الشرط المنافي للعقد).^٥ ومنهم من يُبطل الشرط ويُبطل البيع (فيبطل الشرط لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة)^٦ والبعض الآخر يُبطل الشرط ويجيز البيع مثل قول ابن عبد البرّ في حديث الولاء (فيبطل الشرط ويصح البيع).^٧ وفي بعض الحالات يبطلون الشرط والبيع كقولهم: (فإذا بطل الشرط بطل البيع).^٨

ولما كان الشرط الجزائي مركباً تركيباً إضافياً فقد وجب علينا تعريف الجزء الذي هو بمعنى جزى يجزي جزءاً، ومن معانيه الثواب على الشيء ومقابلة ما يماثله من عملٍ. منها قوله -: ﴿وَذَلِكَ جَزَاءُ مَنْ تَزَكَّى﴾ [سورة طه: الآية: ٧٦]، وكلمة الجزء تعني المكافأة، والمكافأة قد تكون ثواباً وقد تكون عقاباً. وعليه فإن الشرط الجزائي يحمل معنى الالتزام ومعنى الجزء، فيكون مجرّداً شرط عند تنفيذ شروط العقد والالتزام كل طرف ببند العقد، ويترتب عليه الالتزام؛ أي العقوبة التي تتضمن معنى الشرط الجزائي حالة عدم التزام أحد الطرفين

١ ابن عرفة، الدسوقي، حاشية الدسوقي، تحقيق محمد عليش (بيروت: دار الفكر) ج ١، ص ٤٣١.

٢ الرازي، محمد بن عمر، المحصول، تحقيق طه جابر العلواني (الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود، ط ١، ١٤٠٠ هـ) ج ٣، ص ٨٩.

٣ الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، تحقيق محمد الخولي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ٤، ١٣٧٩ هـ) ج ٣، ص ١٣١.

٤ ابن عابدين، محمد أمين، رد المختار على الدر المختار (بيروت: دار الفكر، ط ٢، ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م) ج ٥، ص ٢٥١.

٥ العبدري، محمد بن يوسف، أبو عبد الله، التاج والاكلیل (دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٩٩٤ م) ج ٤، ص ٣٧٥.

٦ أبو الحسين، المرغيناني، الهداية شرح البداية، تحقيق: طلال يوسف (دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، د-ت-ط) ج ٣، ص ٥٥.

٧ ابن عبد البر، أبو عمر يوسف، التمهيد، تحقيق مصطفى العلوي، ومحمد البكري (المغرب: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٣٨٧ هـ) ج ٢٢، ص ١٨١.

٨ أبو إسحاق، الشيرازي، المهذب (بيروت: دار الفكر، د.ت.ط.) ج ١، ص ٣١٣.

بشروط العقد. ولذا فإن الشرط الجزائي هو تهديدٌ مالي كما ذكره السنهوري^١ وتظهر قوته أو أهميته في إجبار أي طرفٍ من أطراف العقد بالعقد.

المطلب الثاني: الشرط الجزائي في الحضارات والقوانين المعاصرة

أولاً: علاقة الشرط الجزائي بالتعويض المالي أو بغرامات التأخير:

لما كان مضمون الشرط الجزائي هو التعويض عن الضرر حاول كثير من الباحثين المعاصرين مثل عبد الرزاق السنهوري ومصطفى الزرقا والضير وغيرهم كثير، بيان الشرط الجزائي وأحكامه من خلال أحكام الضرر ومدى وقوعه والذي ينتج عنه التعويض المالي، و لذا فإنّ البحث عن علاقة الشرط الجزائي بالتعويض أو بالضرر أو بغرامات التأخير، إذ تُعتبر أحد أشكال أو أوجه الشرط الجزائي، فمضمون الشرط الجزائي وأحكامه وتطبيقاته تشمل هذه الجزئيات خلافاً للضرر^٢ الذي رأى بأنّ الباحثين يخلطون بين الشرط الجزائي وغرامات التأخير، فعنده أن غرامات التأخير تفرضها الدولة وهي من باب العقوبة المالية بينما الشرط الجزائي هو تقديرٌ اتفق عليه المتعاقدان. ولا يخفى بأن هذا الكلام فيه نظرٌ فكلٌّ من الشرط الجزائي وغرامات التأخير يُقصد منها التعويض.

ومما يزيد المسألة وضوحاً فإن أكثر الأبحاث الشرعية وحتى القانونية تناولت الشرط الجزائي من باب البحث في الشروط العامة في الفقه كالمعاملات^٣، بل إن بعض الباحثين ناقشوا في الشرط الجزائي الشروط الصحيحة والفاصلة في المذاهب الأربعة وغيرها^٤. ولذا فإن معظم الأبحاث تطرقت في الشرط الجزائي للعقوبة المالية والتعويض عن الضرر وكذا ناقشت غرامات التأخير في بدائل الشرط الجزائي. وعليه يرى الباحث بأن التعويض المالي والضرر وغرامات التأخير تُعتبر من جزئيات الشرط الجزائي وهي مرتبطةً به ارتباطاً الأصل بالفرع.

وقد اختلفت التشريعات القانونية في صياغة تعريف الشرط الجزائي رغم اتّفاقهم عموماً على مضمونه أو أهميته أو وظيفته، وخصوصاً ما يتعلّق بمبدأ الالتزام. حيث يُعتبر الشرط من أهم عناصر الالتزام حتى مع

١ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط، (القاهرة: دار النهضة العربية (١٩٦٨م) ج ٢، ٨٥١.

٢ الضير، مجلة مجمع الفقه، ع ١٢، ج ٢، ص ٧٤.

٣ حمداتي ماء العينين، المرجع السابق، ص ١٨، وص ٤٤.

٤ السالوس، المرجع السابق، ص ١٠٧-١٠٨.

قول السنهوري^١ بأن الشرط الجزائي قانوناً هو التزامٌ تابعٌ وليس التزاماً أصلياً. ويؤكد محمد أبو زهرة بأن آثار العقد تنشأ في نظر القانون من إرادة المتعاقدين عملاً بقاعدة إن العقد شريعة المتعاقدين^٢.

ولعل فكرة الإرادة الحرة التي هي مبدأ القانون والغاية التي ينتهي إليها^٣ قد أخذت نصيبها في مفهوم الشرط الجزائي حيث إن التقدير يكون مقدماً للتعويض على الضرر قبل وقوعه وقد يكون أكبر بكثير من الضرر المتوقع أو أقل بكثير من الضرر، ولذا قيل بأنه بمثابة تهديد مالي^٤.

ثانياً: الشرط الجزائي في الحضارة البابلية: لقد عرف الشرط الجزائي أو مضمونه في الحضارات القديمة كالحضارة البابلية والتي هي من أقدم الحضارات، حيث إن قوانينها شملت مضمون الشرط الجزائي الذي وضعه الملك حمورابي^٥ (١٧٥٠ - ١٧٩٣ ق.م). فالقانون الذي وضعه حمورابي تضمن شروطاً تلزم المتعاقدين بتنفيذ ما اتفقا عليه، وفوق ذلك تضمن هذا القانون. وكما جاء في القسم العاشر من كتاب شريعة حمورابي بعض المواد من ٢٢٨ إلى ٢٤٠ والتي نصت على عقوبات التعويض وغرامات نقض العقود والاتفاقيات والتعهدات^٦. وبهذا يتبين بأن حتى الحضارات القديمة كانت تأخذ بمفهوم الشرط الجزائي وطبيعته الإلزامية وبعض ما يترتب عليه.

ثالثاً: الشرط الجزائي في القانون الروماني: ذكر السنهوري بأن القانون الروماني لم يعترف في كل عصر من عصوره بمبدأ سلطان الإرادة الكاملة فمجرد اتفاق أو توافق إرادتين لا يكون عقداً ويولد التزاماً، وسرعان ما تطور وظهرت شكل العقود الرضائية والتي أخذت بمبدأ سلطان الإرادة. واستمر هذا التطور في العصور الوسطى وساعدت بعض العوامل الاقتصادية التبادل التجاري الذي تطلب إزالة كل العقبات، والعوامل السياسية حيث أصبحت الدولة تنظم القوانين وتتدخل في حماية الاتفاقات والعهد بين الأفراد، وفي بداية القرن السابع عشر أصبح مبدأ سلطان الإرادة مُسيطرًا وثابتًا ومقرراً^٧. ومن هنا أصبحت الإرادة الحرة من أهم مصادر الالتزام في العقود وتترتب على الإرادة آثارٌ توجب على المتعاقدين الوفاء بها، ولا يجوز حتى للقاضي تعديل هذا الاتفاق إلا برضى المتعاقدين.

١ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط، (القاهرة: دار النهضة العربية (١٩٦٨ م) ج ٢، ٨٥٤.

٢ أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (القاهرة: دار الفكر العربي ١٩٩٦) ج ٢، ص ١٨٤، ١٨٥.

٣ السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، مرجع سابق، نظرية الالتزام بوجه عام، ج ١، مرجع سابق، ص ١٤١.

٤ الوسيط، نظرية الالتزام مرجع سابق بوجه عام، ج ٢، ص ٨٥٢.

٥ حمورابي أو حمورابي باللغة البابلية من أعظم ملوك العراق ومعناه السيد العظيم أو رئيس العائلة.

٦ شريعة حمورابي - ترجمة محمود الأمين (الطبعة الأولى شركة دار الوراق للنشر المحدودة لندن ٢٠٠٧ م).

٧ الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام، ج ١، ص ١٤٣-١٤٤.

وكان القانون الروماني يجعل المدّين تحت تصرف الدّائن بشخصه متى حل الدّين، ويستطيع الدّائن بيع المدّين كالعبد ويأخذ ثمنه.^١ أي أن المتقاعس في التزاماته اتّجاه الدّائن يُعتبر مجرماً يعاقب لفعّله تلك فكانت سمة القانون الروماني عقابيةً تُلزم الطرف المدّين وتجبره على الالتزام بتعهداته وإلا حل عليه العقاب.^٢

رابعاً: الشرط الجزائي في قانون الكنيسة قديماً: اعتبرت الكنيسة التّعويض الماليّ عن التأخير... محرّماً عندهم باعتبارها زيادة ربوية، ثم احتالوا على هذا التّحريم وأقروا بعد ذلك بأن يكون الشرط الجزائي في مجال المعاملات المالية تعويضاً عن الضّرر الذي يلحق بالدّائن فإذا لم يلحقه ضررٌ لم يستحقّ ذلك الشرط.^٣

خامساً: الشرط الجزائي في القانون الفرنسي: تأثرت أغلب القوانين الأوروبية في صياغتها للشرط الجزائي بالقانون الروماني القديم، وبالقانون الكنسي وعلى رأس تلك الدول فرنسا. فكان القانون السائد آنذاك أنّ الشرط الجزائيّ هو عبارةٌ عن عقوبة يُسلّطها القاضي على المدّين عند إخلاله بالتزاماته ومن صلاحيات القاضي تخفيض الشرط لصالح المدّين إذا كان أكبر من الضّرر دون ما زيادةٍ لصالح الدّائن حتى ولو كان الشرط أقل من الضّرر الذي لحق به.^٤ ثم تطور القانون الفرنسي نظراً لتراكم المشاكل حول الشرط الجزائي الظالم الذي يضعه الدّائنون في عقودهم على مبدأ أنّ العقد شريعة المتعاقدين جعلوا للقضاء القول الفصل في تقييم التعويض نتيجة الضّرر.^٥ ومن بنود القانون الفرنسي الحديث التي نصّت على الشرط الجزائي التّغريمي في الفصل (١٢٢٦) مدني: (إن الشرط التّغريمي هو ذلك البند الذي يتعهّد بمقتضاه شخصٌ ضمان تنفيذ الالتزام بشقّى ما في صورة عدم الوفاء). وينصّ الفصل (١٢٢٩) منه على: الشرط التّغريمي هو تعويض الأضرار التي تلحق الدّائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي). ويُعرّف الشرط الجزائي أحد رجال وشرح القانون الفرنسي العميد كاربوني: (هو الشرط الذي بمقتضاه يحدد المتعاقدان التّعويض جُزافاً).^٦

١ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية، (دار السلام للطباعة والنشر الطبعة الأولى ٢٠٠١م) ص ٨٢٧.

٢ انظر موسوعة العقود لناصر ص ٢٦٥، وتعويض الضرر لأبي الليل الدسوقي، إبراهيم، (دراسة تحليلية تأصيلية جامعة الكويت، ١٩٩٥)

ص ٤٠٤ ، والمهتار، طلال، البند الجزائي في القانون المدني، (رسالة دكتوراه، مقدمة بجامعة السوربون بفرنسا، ١٩٧٤) ص ٤٠-٤١

٣ نجاري، عبد الله، الشرط الجزائي في القانون الجزائري (دراسة مقارنة اطروحة ماجستير جامعة الجزائر، ١٩٨٣) ص ٢٨-٢٩.

٤ البند الجزائي، للمهتار مرجع سابق، ص ٤١-٤٢ ، والبند الجزائي لناصر ص ٢٠

٥ الدسوقي، محمد إبراهيم، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، (دار الفكر العربي ١٩٩٨) ص ٣ ، وموسوعة العقود المدنية والتجارية لناصر

مرجع سابق، ص ٢٦٧-٢٦٨

٦ الشرط الجزائي دراسة معمقة حول الشرط الجزائي فقها وقانونا، إعداد القاضي محمود شام، كتاب مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المكتبة

الشاملة الحديثة) ص ٦١٨.

وقد أكد الباحثون عدم اختصاص الشرط الجزائري في القانون الفرنسي بالضرر أي عدم ربط الشرط الجزائري بالضرر^١. حيث ذكرت المادة ١١٥٢ من القانون الفرنسي بأنه إذا نصّ في الاتفاق على أن يدفع مبلغاً نقدياً للتعويض فلا يحقُّ أن يُعطى لا أكثر ولا أقل من التعويض المتفق عليه، بل إن الشرط الجزائري يستحقّه الدائن حتى ولو لم يقع أي ضررٍ عليه فالعبرة بما اتفقا عليه المتعاقدان فقط^٢. وهو دليل على عدم تقدير التعويض من أي طرفٍ أو سلطةٍ غير سلطة المتعاقدين.

سادساً: الشرط الجزائري في القوانين المدنية العربية: تأثرت القوانين العربية وخصوصاً التقنين المصري بالقانون الفرنسي في مفهوم الشرط الجزائري وأهميته، ولكنها مالت في تشريعاتها المدنية إلى ربط الشرط الجزائري باعتباره تعويضاً مالياً ناجماً عن احتمال وقوع الضرر بضرورة وقوع الضرر على أحد المتعاقدين وبعض التقنيات العربية أسندت هذا التقدير إلى سلطة القاضي، حيث جاء في المادة ٢٢٤ من القانون المدني المصري بأنه: (يجوز للقاضي أن يُخفّض هذا التعويض إذا ثبت أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة)^٣.

وصرح القانون المصري المدني فيما جاء في مادته ٢٢٣ بأنه يجوز أن يتفق المتعاقدان مقدماً على تحديد قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاقٍ لاحق. وقد أخذت التقنيات المدنية العربية بهذا المعنى كالقانون المدني السوري في مادته ٢٢٤، والتقنين المدني العراقي في مادته ١٧٠، والتقنين الليبي في المادة ٢٢٦، والقانون المدني اللبناني في مادته ٢٦٦^٤. والقانون الجزائري في المادة ١٨٣، وأوجب التقنين الجزائري أيضاً وجوب استحقاق التعويض في الشرط الجزائري بوجود الضرر في مادته ١٨٤. واعتبر السنهوري بأن التقنين اللبناني هو الأشد تأثراً في بند الشرط الجزائري بالقانون الفرنسي، ثم انتقد عدم توافق التقنين اللبناني حيث ذكر بأن التقنين اللبناني لم يُعارض مبدأ اشتراط الضرر في استحقاق الشرط الجزائري مع أنه نصّ على تخفيف الشرط الجزائري إذا وجده القاضي فاحشاً^٥.

١ محمد بن عبد العزيز، الشرط الجزائري وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، غير منشور، كلية التربية، جامعة الملك سعود، عام ١٤٢٥هـ، ص ١٥.

٢ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٢، ٨٥٦، ٨٥٧.

٣ السنهوري، مرجع سابق، ج ٢، الالتزام، ص ٨٦٨.

٤ السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد جزء ٢، القاهرة: دار النهضة العربية (١٩٦٨م) ص ٨٥٣-٨٥٤.

٥ نجاري، عبد الله، الشرط الجزائري في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير غير منشورة (جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، ١٩٨٣م)، ص ١.

٦ السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد جزء ٢، القاهرة: دار النهضة العربية (١٩٦٨م)، ص ٨٦٩.

المبحث الثاني: التأصيل الشرعي للشرط الجزائي

تطوّرت الكثير من الأبحاث إلى بيان الشرط الجزائي من الجانب الفقهي وناقشت تلك الرسائل والأبحاث بالتفصيل الأدلة سواءً للمُجيزين أو المانعين أو المفصلين في الجواز، ولذا لا أريد الاستطراد والتفصيل في المناقشة إلا فيما يراه الباحث يستوجب ذلك. ومن جهةٍ أخرى يرى أن أغلب الأبحاث الفقهية قد أغفلت نُقطتين مهمّتين يمكن توظيفهُما في ترجيح جواز أو عدم جواز الشرط الجزائي، وهما تفنيد دعوى وجود الضرر جرّاء تأخر سداد أقساط الدُّيون، و قد أغفلوا قاعدةً شرعيةً مهمةً تقيد القواعد العامة التي تنهى عن الضّرر كقاعدة "الضرورة تُقدّر بقدرها" وعليه حاول الباحث معرفة حجم الضرر الذي قد يُصيب المصارف جراء عدم سداد أقساط الدّين، حيث أنه تم الاعتماد على التقارير السنوية لأكبر مصرفين إسلاميين وهما بنك الراجحي السعودي، وبيت التمويل الكويتي، على اعتبار أن هذا البحث يعالج مسألة الخصومات المترتبة على الديون المتعثرة بين المصارف الإسلامية والعملاء، من أجل التأكّد من حجم الخسائر ليسهل علينا التّرجيح. زيادةً على أن استثمار البنوك الإسلامية يعتمد أساساً أهم خاصيةٍ وهي المخاطرة أي أساس "الخراج بالضمان" و "العُثم بالعُثم". وهذا ما يستوجب فهم أُسس الوساطة المالية الإسلامية والتي تعتمد على مبادئ وأسس الاقتصاد الإسلامي، والبنوك الإسلامية أحد نوافذ ومجالات تطبيق تلك الأُسس التي تختلف كلياً مع أُسس النظام المالي الرّبوي. بيد أن حصار البنوك الإسلامية بالسقوف الائتمانية للبنك المركزي التي لا تُراعي خصوصية البنوك الإسلامية، ومن جهةٍ أخرى القرارات الائتمانية لبازل الأخيرة أي بازل "٣" ١، التي رفعت سقف الاحتياطات، قد دفعت البنوك الإسلامية إلى البحث عن أقوالٍ فقهيةٍ وتطويرها لتوافق أحياناً عمل الوساطة المالية وأساليب الضمان التي تتعارض مع شعار أهم أُسس الاستثمار الإسلامي كالخراج بالضمان والعُثم بالعُثم.

١ بازل ٣: هو اتفاق تنظيم دولي تم إصداره في عام ٢٠٠٩ اعتماداً على اتفاقيات بازل ١ و ٢. وقد تم إصداره بعد وقت قصير من الأزمة المالية التي حدثت في عام ٢٠٠٨ من قِبل لجنة بازل للرقابة المصرفية (Basel Committee on Banking Supervision) ومن قِبل مجموعة من البنوك المركزية في ٢٨ دولة حول العالم. تقع أمانة اللجنة في بنك التسويات الدولية (BIS) في بازل، سويسرا. وتُعرف اتفاقية بازل على أنّها مجموعة من الإصلاحات المالية ذات العلاقة بالتخفيف من المخاطر وتعزيز التنظيم والإشراف داخل القطاع المصرفي الدولي، وذلك من خلال مطالبة البنوك بالحفاظ على نسب مناسبة من الرافعة المالية، والحفاظ على مستويات معينة من رأس المال = الاحتياطي والسيولة، وتحسين قدرة البنوك وقطاع التمويل على التعامل مع الصدمات التي تحدث بسبب الضغوطات المالية واكتشافها ومعالجتها بسرعة لتلافي ما تسببت به الأزمة المالية لعام ٢٠٠٨. (نقلا عن موقع تعريف بازل ٣: <https://www.meemapps.com/term/basel-iii>./).

المطلب الأول: أقوال وأدلة المجيزين للشرط الجزائي

أجازت كل من هيئة كبار العلماء^١ وعبد الله بن منيع^٢ الشرط الجزائي بمعناه الذي وُضع له، ووافق كلٌّ من مصطفى الزرقا^٣ هذا الرأي بيد أنه حصر تقدير التعويض في جهة القضاء بتقدير الخبراء المختصين للضرر، وأجاز الضرير^٤ والسالوس^٥ التعويض في غير المدائبات أي بأن لا يكون الالتزام المالي ديناً وبأن يكون الضرر فعلياً مادياً، وأجازه كذلك رفيق المصري^٦ في مسألة عدم التنفيذ ومنعه في مسألة التأخير. وفصل مجمع الفقه الإسلامي فأجازه في عقد الاستصناع فقط للصانع ما لم تكن هناك ظروف قاهرة،^٧ وفي كل العقود المالية ما لم يكن الالتزام الأصلي فيها ديناً أي أنه منع الشرط الجزائي في البيع بالتقسيط، والسلم، والقرض، وقيد مجمع الفقه ذلك فقط بالضرر المالي الفعلي، وما فات المضرور من كسب مؤكّد ومنع الضرر الأدبي والمعنوي.^٨

وتخلص البعض الآخر من شبهة الربا حيث أوجبوا صرف غرامات التأخير في وجوه البرّ والإحسان ومنعها عن الدائن لأجل شبهة الربا.^٩ ونحى محمد نجاة الله صديقي إلى معاقبة المدين المماطل بتغريمه لصالح صندوق يُنشئه ولي الأمر^{١٠}، بينما مال كلٌّ من محمد أنس الزرقا ومحمد علي القرني إلى معاقبة المماطل بوجود بأن يُقرض الدائن قرضاً حسناً بمقدار مدة مماطلته^{١١}. وعليه يمكن تقسيم أدلة المجيزين^{١٢} إلى:

- ١ قرار هيئة كبار العلماء رقم (٢٥) بتاريخ (٢١ / ٨ / ١٣٩٤هـ) (أبحاث هيئة كبار العلماء، ج ١، ص ٢٩٥، ٢٩٦، طباعة الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء الرياض، الطبعة الخامسة ٢٠١٣) الضرير، محمد صديق (٢٠٠٠م) "الشرط الجزائي" مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ١٢م، ٢٤ع، ص ٨٨-٩٠.
- ٢ المنيع، عبد الله بن سليمان، أهمية الاقتصاد الإسلامي في الواقع العملي، (مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشرة، الدوحة، قطر ٢٠٠٣).
- ٣ الزرقا، مصطفى (١٩٨٥م) "هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن"، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، ٣م، ٢٤ع، ص ١١٠.
- ٤ الضرير، محمد صديق ع ١٢، ج ٢، مرجع سابق، ص ٧٦.
- ٥ السالوس، "الشرط الجزائي" مجلة مجمع الفقه، ع ١٢٤، ج ٢، ص ١٦٥.
- ٦ المصري، رفيق يونس، "بيع العربون" مجلة مجمع الفقه الدورة التاسعة ج ٢، ص ٢٣٥-٢٣٦.
- ٧ مجلة المجمع (العدد السابع) ج ٢ ص ٢٢٣.
- ٨ قرار مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع ١٢٤، ج ٢، ص ٣٠٥، ٣٠٦.
- ٩ القرة الداغي، مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، مجلة مجمع الفقه، ع ١٤٤، ج ٤، ص ٥١٨.
- ١٠ التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، لمحمد أنس الزرقا، ومحمد علي القرني، (مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، جدة، السعودية، ع ١٤، ج ٤، ص ١٩٩٢، ١٩٩٣، ١٩٩٤).
- ١١ التعويض عن الضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، المرجع السابق.
- ١٢ الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي، ص ٥٤١، ٥٥٣، قرار هيئة كبار العلماء، الضرير، ع ١٢٤، ج ٢، ص ٨٨-٩٠، والمنيع، عبد الله، أهمية الاقتصاد الإسلامي في الواقع العملي، مرجع سابق.

أولاً: الأدلة عامة: منها قوله - ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة: ١]، وقوله ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ [سورة الإسراء: ٣٤]، وفي السنة بعض الأحاديث التي أجازت الشروط في البيوع منها حديث جابر المتفق على صحته (أنه كان يسير على جمل له قد أعيب... ثم قال بعنيه بوقية فبعته فاستثنيت حملانه إلى أهلي)^١، وحديث (المسلمون على شروطهم)^٢ حيث أكدت معاني الآيات والسنة سلطة العاقد وحرية الشروط ما لم يُنافي ذلك مقاصد الشريعة أي أنّ الأصل في العقود والشروط الإباحة^٣. وكذلك استدلوا ببعض القواعد الفقهية العامة مثل "الضرر يُزال"^٤، وحديث (لا ضرر ولا ضرار)^٥. وبقياس تقدير التعويض على بيع العُربون من حيث كونه تعويضاً عن ضرر، ترك المبيع عند من أجاز بيع العُربون.

وبالقياس أيضاً على الغاصب حيث ضمن كثيرٌ من الفقهاء الغاصب^٦، قال النووي: "منافع المغصوبة مضمونة"^٧، وفي كشف القناع: "كذا لو غصب فصاد أو كسب فهو لسيدته"^٨ وجاء أيضاً في المنشور: "لا خلاف أنّ الغاصب لا يملك المنافع وهذا جواب الإمام الشافعي"^٩ وفي المحرر في الفقه: "ويلزم الغاصب رده وأجرة نفعه مدة عصبه وما تلف أو ما تعيب منه أو من زيادته المتصلة أو المنفصلة"^{١٠} وعند المالكية جاء في

١ البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، ج ٢، ٩٦٨، ومسلم، صحيح مسلم، ج ٣، ص ١٢٢١، (تحقيق محمد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي (بدون سنة نشر) أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين، دار الفكر، ج ٣، ٢٨٣، والبيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عطاء، (دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م) ج ٥، ص ٥٤٩، وأبو عبد الرحمان، النسائي، سنن النسائي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، (حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط ٢، ١٤٠٦ هـ) ج ٧، ص ٢٩٧.

٢ سنن الترمذي، تحقيق أحمد شاكر وآخرون، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج ٣، ص ٦٣٤، عبد الرزاق، أبو بكر، مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الأعظمي (بيروت: ط ٢، ١٤٠٣ هـ) ج ٨، ص ٣٧٧.

٣ الزرقا، المدخل الفقهي، مرجع سابق، ص ٥٥٢، ٥٥٣.

٤ السيوطي، عبد الرحمان، الأشباه والنظائر (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م) ص ٨٣.

٥ البيهقي، أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، مرجع سابق، ج ٦، ص ١١٤، الدارقطني، أبو الحسن (١٩٦٦ م) سنن الدارقطني، تحقيق عبد الله المدني، بيروت: دار المعرفة، ج ٣، ص ٧٧.

٦ السنهوري، الوسيط، ص ج ٢، ص ٨٦٤، والزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي، ص ٥٦٦، الزرقا، مصطفى (١٩٨٥ م) "هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن"، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، مرجع سابق م ٣، ٢٤، ص ١٠٩.

٧ النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش (بيروت: المكتب الإسلامي ١٩٩١ م) ط ٣، ج ٥، ص ٢٧.

٨ البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، كشف القناع، ج ٤، ص ٨٧ (تحقيق هلال مصطفى هلال، بيروت: دار الفكر، ١٤٠٢ هـ).

٩ الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله، المنشور في القواعد الفقهية، ط ٢، ج ٢، ص ١٢٠ (تحقيق، تسير محمود، الكويت: وزارة الأوقاف الإسلامية ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م).

١٠ أبو البركات، عبد السلام بن تيمية، المحرر في الفقه، ط ٢، ج ١، ص ٣٦٠-٣٦١ (الرياض: مكتبة المعارف، الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م).

المواهب: "من غصب منفعة دار أو استأجر منه رجل تلك المنفعة، فلربما أخذ المنفعة من الغاصب أو من المستأجر" وقال في الشرح الكبير: "وللمالك أيضا محاسبة الغاصب بأجرة المثل مدة استيلائه على الأرض"^٢. ومن أقوى الأدلة العامة هو جواز التعزير بالمال في حديث عبد الله عمرو بن العاص عن رسول الله ﷺ (سئل عن الثمر المعلق فقال: ما أصاب من ذي حاجة غير متخذ حُبْنَةً، فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة)، ومن سرق شيئاً منه بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجرى فعليه القطع، ومن سرق دون ذلك فعليه غرامة مثليه والعقوبة)^٣، وحديث بهز بن حكيم قال: (حدثني أبي عن جدي قال سمعت النبي ﷺ يقول في كل سائمة إبل في أربعين بنت لبون ولا يفرق إبل عن حسابها من أعطاها مؤتجراً فله أجرها ومن منعها فإن أخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا عز وجل ليس لآل محمد ﷺ منها شيء)^٤.

وهو ثابت -أي التعزير المالي- أيضاً عن بعض الصحابة والتابعين فقد قال ابن القيم: "ومن التعزيرات المالية أمره ﷺ بكسر دنان الخمر، وشق ظروفها... ومنها تعزير عمر وعلي بحرق أمكنة الخمارين"^٥ وأكد الشوكاني في الفتح بأن عمر بن الخطاب أحرق بيت زويشد وكان حانوتاً للشراب، وبأن عبد الرحمان بن عوف رضي الله عنه دخل على عمر لس ومعه ابنه وعليه قميص من حرير، فشق أمير المؤمنين عمر القميص، وبأن عثمان بن عفان لس قال في النرد، لقد همت أن أمر بحزم من حطب فأحرق بيوت من وجدت فيه، وكذا بأن ابن مسعود لس آتاه ابن له قد ألبسته أمه حريراً فشقه^٦... إلى أن قال: "فهذه أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن جماعة من أصحابه ن فيها العقوبة لأهل المعاصي بالهدم والحرق والتمزيق"^٧.

١ أبو عبد الله، المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر، ج ٥، ص ٢٨٣ (بيروت: دار الفكر ١٣٩٨هـ).

٢ الدردير، أحمد (بدون تاريخ نشر) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج ٣، ص ٤٥٤ (تحقيق محمد عليش، بيروت: دار الفكر (د-ت-ط)، والموسوعة الفقهية، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج ١٣، ص ٣٧.

٣ البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٥٣، وأبو داود، سنن أبي داود، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٣٦. وحسنه الألباني، ناصر الدين، صحيح سنن أبي داود، رقم ٤٩٧٣ (مكتبة المعارف ١٩٩٩ - ١٤١٩).

٤ وأبو عبد الرحمان، النسائي، سنن النسائي، (١٤٠٦هـ) تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط ٢، ج ٥، ص ١٦، والبيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، ج ٢، ص ٨. (صححه الألباني، صحيح سنن أبي داود رقم ١٥٧٥) مرجع سابق.

٥ أبوزيد، بكر بن عبد الله، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم، الرياض: دار العاصمة للنشر ١٤١٥هـ ص ٣٢٤، ٣٢٥.

٦ الشوكاني، محمد بن علي، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني (بدون تاريخ نشر) تحقيق محمد صبحي حلاق، اليمن: مكتبة الجيل الجديد، ص ٣٨٥٣-٣٩٥٤.

٧ المرجع السابق، ص ٣٩٥٥.

ثانياً: الأدلة الخاصة: ونقصد بها الأدلة التي تتعلق مباشرةً بمضمون الشرط الجزائي من تعويضٍ عن الضرر وجواز عقوبة المثل كقوله ﷺ في حديث (مطل الغني ظلم) ^١ وحديث (لي الواجد) ^٢ وبقضاء شريح حيث صرح الزرقا بأن قضاء شريح ^٣ يسمى في الفقه الأجنبي بالشرط الجزائي ^٤، وهي نفس أدلة من فصل في جواز الشرط الجزائي كالاختلاف في جهة تقدير التعويض أو في مجالات استخدام الشرط الجزائي سواءً في قطاع الأعمال أو الديون بصفة عامة.

المطلب الثاني: أدلة المانع للشرط الجزائي

اختلف المانع للشرط الجزائي في أنواع العقود ومجالات تطبيقه حيث منعه مُطلقاً السَّهْوِيُّ، بينما مال الكثير إلى منع الشرط الجزائي في بيوع المداينات أي بيوع الآجال، واستثنى البعض بيع الاستصناع فأجازوا التعويض عن التأخير من جهة الصانع لشبهة الربا، كمجمع الفقه الإسلامي ^٥، والضري ^٦، وابن بيه، والسالوس ^٧، وهبة الزحيلي ^٨ ومحمد الفرفور ^٩، كما رأوا جواز حلول الأقساط وفي البيع بالتقسيط إذا لم يُؤد بعضها.

وأما ما لا يجوز فيه الشرط الجزائي فهو كل ما كان الالتزام الأصلي فيه ديناً كعقود القرض والسلم والبيع بالتقسيط، وفي الدورة الرابعة عشرة أجاز الفرفور في تعقيبه أن تأخذ مبالغ معينة من المدين المماطل شريطة أن تُصرف في وجوه الخير والإحسان ^{١٠}، ورأى عبد الله المنيع ^{١١} أن الشرط الجزائي بالنسبة لسداد الديون هو أخذٌ بالمنهج الجاهلي أترَّبِي أم تقضي بل قد يكون أشدَّ من ذلك.

١ مسلم، الحسين الحجاج، صحيح مسلم، ج٣، ص١١٩٧ (تحقيق محمد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي (بدون سنة نشر)،

٢ أبو عبد الله، البخاري، صحيح البخاري، (١٤٠٧هـ) تحقيق مصطفى البغا، بيروت: دار ابن كثير، ط٣، ج٢، ص ٨٤٥.

٣ شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، كان قاضي الكوفة لستين سنة، قال فيه علي بن أبي طالب «هو أفضى العرب». عاش مائة وثمان سنين وتوفي سنة ٧٨ هجرية - وقيل ثمانين. ولعله أول من أوجد الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، فقد روى البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكرهه: أدخل ركابك، فإن لم أرجل معك يوم كذا أو كذا فلك مائة درهم فلم يخرج، فقال شريح: من شرط علي نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه، وقال أيوب، عن ابن سيرين: أن رجلاً باع طعاماً وقال: إن لم أتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع فلم يجيء فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت فقضى عليه. (نقلا عن

٤ المدخل الفقهي، مرجع سابق، ص ٥٦٦.

٥ قرار مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج١٢ع، ص٢، ص ٣٠٥، ٣٠٦.

٦ الضري، محمد صديق، مجلة المجمع الفقهي، ج١٢ع، ص٢، ص ٧٦.

٧ السالوس، الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق مجلة المجمع الفقهي، ج١٢ع، ص٢، ص ١٥٩

٨ وهبة الزحيلي، تعقيب مجلة المجمع، مرجع سابق، ج١٢ع، ص٢، ص ٢٦٥

٩ مجلة مجمع الفقه، مرجع سابق، ج١٢ع، ص٢، ص ٢٧٢

١٠ الفرفور، محمد عبد اللطيف صالح، مجلة المجمع الفقهي، ج١٤ع، ص٤، ص ٦٨٥

١١ المنيع، عبد الله، مجلة مجمع الفقه، ج١٢ع، ص٢، ص ٢٩٢

وأما بالنسبة للأدلة لفهم أيضاً استدلوها بالأدلة العامة التي تمنع الربا كقوله -: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [سورة البقرة: ٢٧٥] حيث إن أي تعويض زائد عن ثمن المبيع يُعتبر من الربا، وبعض الأحاديث التي تمنع بعض الشروط كحديث بريرة (حُذِيهَا وَاشْتَرَطِي لَهُمْ فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ)١، ويترتب على هذا بأن الأصل في العقود والشروط ونحو ذلك الحظر إلا ما ورد الشرع بإجازته.٢

والقسم الثاني من الأدلة هو عبارة عن ردودٍ على أدلة المجيزين وبيان عدم رجحان استدلالهم بتلك النصوص سواءً الأدلة العامة كآليات ونصوص السنة، والقواعد الفقهية أو الأدلة الخاصة من السنة والأقيسة على جواز تعويض الغاصب عند بعض الفقهاء.

المطلب الثالث: مناقشة الأدلة

ذكر مصطفى الزرقا^٣ بأن الفقهاء لم يتطرقوا إلى مسألة تعويض الدائن عن تأخير الوفاء في المداينات، وما ذكره من احتمالات لا أعتقد صحتها ببساطة لأن الحكم بتعويض الدائن في المداينات من الربا المحرم، وهو نفسه قال بأن المسألة حساسة خشية الوقوع في الربا، ثم أضاف قائلاً بأن الفقهاء بحثوا في الضرر في غير المداينات كالغصب^٤، حيث يرى عبد الله بن بيه: بأن التعويض عن الضرر في عدم سداد ديون البيوع من الربا المحرم.^٥

ونوقش استدلال القائلين بجواز الشرط الجزائي والتعويض عن الضرر بأن الأدلة العامة كقوله - ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة: ١] والقواعد الفقهية العامة كـ "الضرر يُزال"، و"لا ضرر ولا ضرار"، والأحاديث العامة التي تُجيز الشروط منها، وحديث جابر المتفق على صحته وقد رواه السبعة (أنه كان يسير على جمل له قد أعيب... ثم قال بعنيه بأوقية فبعته فاستثنيت حملانه إلى أهلي)^٦ وحديث (المسلمون على

١ مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ج٢، ص ١١٤٢، والبخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، ج١، ص ١٧٤.

٢ ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، م٥، ص ١٩، (بيروت: دار الأفاق الجديدة، ١٩٨٣م)، نقلاً عن محمد بن عبد العزيز اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة دراسة فقهية مقارنة لنيل الدكتوراه، كلية التربية جامعة الملك سعود، (١٤٢٦هـ، ١٤٢٥هـ) ص ١١٠

٣ الزرقا، مصطفى (١٩٨٥م) "هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن"، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، م٣، ج٢، ص ١٠٤.

٤ المرجع السابق، هل يقبل شرعاً، ص ١٠٥

٥ مجلة مجمع الفقه، الشرط الجزائي، ج٢، ص ٢٩٤.

٦ البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، ج٢، ص ٩٦٨، ومسلم، صحيح مسلم، ج٣، ص ١٢٢١، أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين، دار الفكر، ج٣، ص ٢٨٣، والبيهقي، أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، مرجع سابق، ج٥، ص ٣٣٧، وأبو عبد الرحمان، النسائي، سنن النسائي، (١٤٠٦هـ) تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط٢، ج٧، ص ٢٩٧.

شروطهم)^١ هي أدلة عامة في إيجاب الوفاء ما يشترطه الإنسان على نفسه ما لم تقم دلالة تُخصّصه^٢، قال شيخ الإسلام ابن تيمية إنّ العقود يجب الوفاء بها لإيجاب الشرع الوفاء بها مُطلقاً إلا ما خصّه الدليل^٣. والأدلة العامة لا تقوى على دفع الأدلة الخاصة التي استدلت بها المانعون ولذا قال القراني: "وإنما النزاع في ذرائع خاصة وهي بيوع الآجال ونحوها فينبغي أن تذكر أدلة خاصة بمحل النزاع وإلا فهذه لا تفيد"^٤ وقال شيخ الإسلام: "العموم يكون دالاً إذا لم ينفه دليل خاص فإن الخاص يُفسّر العام"^٥. والمانعون يرون بأن تلك العموميات مخصّصة بالآيات والأحاديث التي تنهى عن الرّبا إذ يعتبرون بأن فرض أي عقوبة مالية على تأخير المماطل هي ربا الجاهلية كما سبق ذكره.

ثانياً: أما قولهم بأن الأصل في العقود والشروط الجواز معارض لحديث بريرة الذي قال فيه النبي ﷺ: (ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله)^٦ وهو دليل على عدم جواز أي شرط لم يُصصّ عليه في القرآن والسنة.

وردّ على هذا الاستدلال بأن الشريعة فصلت في التحريم لقوله -: ﴿ وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾ [سورة الأنعام: ١١٩] وما لم يُحرّم فهو على الإباحة وحديث بريرة معارض لحديث جابر الذي يُبيح الشروط، فالأصل حسب البعض بأن العقود والشروط الجواز والصحة إلا ما أبطله الشارع ونهى عنه. ثالثاً: وأما قولهم بأن الأصل في العقود والشروط عند المذاهب الأربعة هو الجواز أو الإباحة فهو أمرٌ اختلف فيه علماء المذاهب حتى أنّ شيخ الإسلام ابن تيمية نقل قولين في المسألة فقال: "الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك الحظرُ إلا ما ورد الشرع بإجازته، فهذا قول أهل الظاهر، وكثيرٌ من أصول أبي حنيفة تُبنى على هذا وكثير من أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد... والقول الثاني: أن الأصل في

١ سنن الترمذي، تحقيق أحمد شاكر وآخرون، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج ٣، ص ٦٣٤، عبد الرزاق، أبو بكر، مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الأعظمي (بيروت: ط ٢، ١٤٠٣ هـ) ج ٨، ص ٣٧٧

٢ الضمير، الشرط الجزائي، مرجع سابق، ع ١٢، ج ٢، ص ٦٠، نقلاً عن أحكام القرآن ٢، ٣٦٢، للجصاص، (دار إحياء الكتب العربية ١٩٩٢م).

٣ ابن تيمية الحرائي، أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، تحقيق: أنور الباز - عامر الجزائر (دار الوفاء ط ٣، ١٤٢٦ هـ / ٢٠٠٥م) ج ٢٩، ص ١٥١.

٤ الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات، (تحقيق، عبد الله دراز، بيروت: دار المعرفة، من غير تاريخ نشر) ج ٣، ص ٣٠٥.

٥ ابن تيمية الحرائي أبو العباس، أحمد عبد الحليم، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج ٢٩، ص ١٦٤.

٦ البيهقي، أبو بكر، سنن البيهقي الكبرى، مرجع سابق، ج ٧، ص ١٣٢، الطحاوي، أبو جعفر، أحمد بن محمد، معاني الآثار، تحقيق محمد النجار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٣٩٩ هـ) ج ٤، ص ٤٤.

العقود والشروط الجواز والصحة و لا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به، و أصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه).^١

فعزو شيخ الإسلام ابن تيمية إلى أن أصول أبي حنيفة والشافعي، وطائفة من المالكية والحنابلة ترى بأن الأصل في الشروط الحظر مخالفاً، رد ابن الحزم على الحنفية والمالكية وترجيحه أن الأصل في الشروط هو الحظر خلافاً للحنفية والمالكية.

ولذا انقسم المعاصرون في عزوهم للمذاهب الأربعة مسألة هل الأصل الحظر أو الجواز في الشروط؟ فرأى البعض بأن الظاهرية تمسكوا بعدم إباحة الشروط أي حرمة الاشتراط إلا إذا ورد دليل من الشرع على جوازه، وعكس هذا فريق من الحنابلة هو الحرية للمتعاقدين في الاشتراط، والتوسط بين المذهبين للحنفية والشافعية والحنابلة يميلون إلى أن الأصل فيها هو الحظر واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا في الاستثناء.^٢ بينما يرى آخر بأن هناك اتجاهين فريق مضيق وقائل بأن الأصل في الشروط الحظر فلا يباح إلا ما قام الدليل من الشرع على صحته وهم الظاهرية ويمنح نحوهم الأحناف والشافعية والمالكية وجمهور الحنابلة، بينما يرى فريق آخر من الحنابلة بأن الأصل هو الجواز وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم.^٣ وفي موضع آخر قال بأن المالكية وجمهور الحنابلة يرون بأن الأصل في الشروط عندهم الإباحة لا الحظر وإن كانوا لم يقولوا ذلك صراحة.^٤

وهذا الاضطراب يجعل القول بأن الأصل في العقود والشروط سواءً أكان الحظر أو الإباحة دليلاً يتطرق إليه الاحتمال والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال؛ حيث أن الأئمة الأربعة لم ينصوا

١ ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، مرجع سابق، ج ٢٩، ص ١٣٢: (أن الأصل في العقود والشروط: الجواز والصحة ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به. وأصول أحمد المنصوصة عنه: أكثرها يجري على هذا القول. ومالك قريب منه؛ لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط. فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه. وعمامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها يثبتها بدليل خاص من أثر أو قياس؛ لكنه لا يجعل حجة الأولين مانعاً من الصحة ولا يعارض ذلك بكونه شرطاً يخالف مقتضى العقد أو لم يرد به نص. وكان قد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ما لا تجده عند غيره من الأئمة. فقال بذلك وبما في معناه قياساً عليه وما اعتمده غيره في إبطال الشروط من نص: فقد يضعفه أو يضعف دلالته. وكذلك قد يضعف ما اعتمده من قياس. وقد يعتمد طائفة من أصحابه عمومات الكتاب والسنة التي سندتها في تصحيح الشروط. كمسألة الخيار أكثر من ثلاث مطلقاً فمالك يجوزها بقدر الحاجة وأحمد في إحدى الروايتين عنه يجوز شرط الخيار في التكاثر أيضاً).

٢ شلي، محمد مصطفى (١٩٨٥)، **المدخل في الفقه الإسلامي**، ط ١٠، دار الجامعة، بيروت، ص ٤٧٧

٣ مذكور، محمد سلام (١٩٩٦)، **المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة**، ط ٢، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ص ٦٥٢، ٦٥٣.

٤ مذكور، محمد سلام، مرجع سابق ٦٥٦.

على أن الأصل في العقود والشروط هو الإباحة أو الحظر كل ما في الأمر هو ترجيحهم لتعارض أحاديث الشروط، فالشافعية والحنفية^١ لم يصحَّ عندهم حديث جابر^٢ وأخذوا بحديث النهي عن بيعٍ وشرط^٣.
رابعاً: القياس على تضمين بعض الفقهاء للمنافع المغصوبة هو قياسٌ مع الفارق حيث أبان نزيه حماد علة فساد القياس فقال: (وأما المنافع المغصوبة المقومة المعدّة للاستغلال التي يصح ورود عقد الإجارة عليها فهي منافعٌ محقّقةٌ لها أجرة المثل، ويجوز نقلها بعوضٍ ومبادلتها بمال لأنها في نظر الجمهور أموالٌ مقومةٌ... وشتان بين منافع الأعيان المعدّة للاستغلال المحققة وقابلية الزيادة المحتملة بالنسبة للنقود)^٤.

خامساً: أما بالنسبة للأدلة الخاصة فقد نوقش قولهم بجواز التعويض عن الضرر بأن هذا مسلّم وإنما الخلاف في نوع الضرر الذي يعرض عنه وفي هذا يقول علي الخفيف: (إن وجوب التضمين بالمال يكون من ضرر ماليٍّ أصاب المضرور، و ذلك بتلف بعض ماله، أو نقص فيمنع بفعل ضار، أما الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال كان قائماً فلا يرى الفقهاء فيه تعويضاً)^٥ و يضيف قائلاً: (فأما المسؤولية العقدية فليس التعويض فيها عن مال تالفٍ، إنما هو التعويض عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناءً على العقد)^٦. ومفاد هذا الكلام المنع عن ما فات من المضرور من الكسب والذي هو خلاف مضمون الشرط الجزائي. وأيضاً نوقش استدلالهم بقضاء شريح فقد رُدَّ عليه بأن شريحاً خالف فيه جمهور الفقهاء كما نقله عنه ابن حجر^٧.

الترجيح: مما سبق ذكره من بيان اختلاف العلماء قديماً وحديثاً في جواز الشرط الجزائي من عدمه فإن الباحث يميل إلى ما توصل إليه المجمع الفقهي الذي أجاز الشرط الجزائي في عقود الاستصناع ما لم تكن هناك مسببات طارئة على التأخير كما أجازته في العقود المالية ما لم تكن ديناً كالبيع بالتقسيط والسلم والقروض احترازاً من الوقوع في الربا.

١ سبق تخريجه، ص ١٤ - ذلك ان الأحناف والشافعية لم يصح عندهم حديث جابر السابق الذكر.

٢ سبق تخريجه ص ١٤.

٣ السالوس، مجلة مجمع الفقه، مرجع سابق، ع ١٢٤، ج ٢، ص ١٤٨.

٤ نزيه، حماد، (١٩٨٥م) "المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء"، مجلة الاقتصاد الإسلامي، مكة المكرمة: جامعة أم القرى،

٣م، ع ١٤، ص ١١٠.

٥ الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، (القاهرة: دار الفكر العربي، ٢٠٠٠م) ص ١٧.

٦ المرجع السابق، ص

٧ الضرير، الشرط الجزائي، مرجع سابق، ع ١٢، ج ٢، ص ٥٨.

المبحث الثالث: الشرط الجزائي في القانون الكويتي وفي المالية الإسلامية

استمد التشريع المدني الكويتي أغلب تشريعاته من مجلة الأحكام العدلية التي كانت المرجع التشريعي في عهد الخلافة العثمانية^١ وبعد استقلال دولة الكويت عام ١٩٥٠م، صدر مرسوم أميري رقم ٦٧/١٩٨٠م في ٢٥ فبراير بضرورة إصدار القانون المدني لكي يكون بديلاً لمجلة الأحكام. وبعض القوانين التي كانت سارية كقانون التأمينات الجديد في عام ١٩٦١م ثم أتبعه قانون الإيجارات العقارية ١٩٧٨م، وبعده ألغي العمل مُطلقاً بتشريعات مجلة الأحكام العدلية^٢. وبدأ العمل بالقانون المدني بعد اتمام صدوره في الجريدة الرسمية في ٢٥ فبراير سنة ١٩٨١م^٣. علماً أن غالبية الدول العربية التي وطأها الاستعمار الفرنسي، استمدت قوانينها من القانون الفرنسي^٤، وقد أكد بعض الباحثين بأن تسعة أعشار القانون الفرنسي مستمدة من مذهب الإمام مالك^٥.

وبما أن موضوع البحث هذا مرجعية المقارنة فيه بين الفقه والقانون الكويتي، فستركز الدراسة في الجانب القانوني على هذا الأخير، إذ يُعتبر القانون الكويتي من أهم التشريعات العربية التي قيدت مضمون الشرط الجزائي خصوصاً في بيوع المداينات، ولذا يُعتبر مقارنة غيره من أقرب التشريعات القانونية إلى الشريعة الإسلامية. حيث منع صراحة الفائدة أو الزيادة التي يُتفق عليها المتعاقدان جراء التأخر في سداد أقساط البيوع مثلاً. ولم ينس التشريع المدني الكويتي طرق تحصيل ديون أو المدين المُماطل ومحاوله إجباره على سداد ديونه كما سيأتي في القانون الجزائي.

المطلب الأول: الشرط الجزائي في القانون المدني الكويتي

يُعتبر التشريع الكويتي من أقرب التشريعات المدنية إلى فقه الشريعة الإسلامية حيث نصّت المادة ٣٠٢ من القانون المدني بأنه: "إذا لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود، يجوز للمتعاقدين أن يُقدّرا مقدّماً التعويض في العقد أو في اتفاقٍ لاحق" ونصت المادة ٣٠٥ أيضاً بأنه: "يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به"^٦ و يُفهم من هذا بأن القانون الكويتي منع

١ وضعت مجلة الأحكام العدلية في عهد الدولة العثمانية سنة ١٨٦٩م إلى ١٨٧٦ واعتمدت في تشريعها على المذهب الحنفي.

٢ مجموعة التشريعات الكويتية، ج ٢، القانون المدني المجلد الأول، إصدار وزارة العدل الكويتية، ص ١٤، ١٥.

٣ مجموعة التشريعات الكويتية، مرجع سابق.

٤ علي حسين، سيد عبد الله، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية ومذهب مالك، ص ٦٥، (القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر، ط ١، ٢٠٠١).

٥ علي حسين، سيد عبد الله، مصدر سابق، ص ١٥.

٦ القانون المدني الكويتي (الناشر: إدارة الفتوى والتشريع، الطبعة الرابعة- ١٩٩٨م) ص ٩٨.

الشرط الجزائي إذا كان مبلغاً مالياً مُرتبباً على العقود التي محل الالتزام فيها أموال، واعتبر التعويض فهي في هذه الحالة فائدةً ربويةً على مبدأ قرضٍ جلب منفعةً.

المطلب الثاني: الأحكام التنفيذية في قانون المرافعات المدنية والتجارية

فصل القانون الكويتي في الجانب التنفيذي وقّنت سبعة موادٍ تنفيذية حول حبس المدين ومنعه من السفر بدء من المادة ٢٩٢ إلى ٢٩٨ في الباب الرابع من الكتاب الثالث. ففي المادتين ٢٩٢ و ٢٩٣ يأمر مدير التنفيذ أو من تتدبّه الجمعية العامة للمحكمة من الوكلاء بالمحكمة أمراً بحبس المدين مدّة لا تزيد على ستة أشهرٍ إذا امتنع عن تنفيذ حكمٍ نهائيٍّ بالرغم من ثبوت قدرته على الوفاء، وأضافت المادة الأخيرة بجواز منح الأمر المدين للوفاء في مدّة لا تتجاوز الشهر، وأجازت المادة أيضاً بأن يسمح الدائن للمدين بتقسيط دينه. وقد راعى التشريع المدني الكويتي بعض الجوانب الإنسانية فقّرر في مادته ٢٩٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية بأن المدين يُمتنع إصدار الحبس عليه إذا توقّرت فيه الشروط التالية:

١. إذا تجاوز الخامسة والستين.
 ٢. إذا كان له أولادٌ لم يبلغوا سن الخامسة عشرة وكان زوجه متوفياً أو محبوساً لأي سبب.
 ٣. إذا كان زوجاً للدائن أو من أصوله أو من فروعه.
 ٤. إذا قدّم كفالةً مصرفيةً أو كفيلاً مقنّداً.
- وأضاف القانون الكويتي بعض حالات سقوط أمر الحبس كحالة موافقة الدائن كتابة إسقاط الأمر، أو إذا سقط شرطٌ من الشروط اللازم توفّرها في الحبس في مادته ٢٩٦. وأما مادة ٢٩٧ فقد فصلت في شروط المنع من السفر ومنح الدائن حقّ مُطالبه مدير إدارة التنفيذ منع المدين من السفر، أجاز القانون، سفر المدين إذا كان مريضاً مع أحد أصوله أو فروعه أو زوجته بشرط وجود شهادةٍ طبيّةٍ تؤكد الحاجة للسفر أي عدم إمكانية علاجه داخل البلد^١.

١ الموقع الإلكتروني لوزارة العدل الكويتية، المادتين ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٤، ٢٩٦.

<https://www.moj.gov.kw/sites/ar/Pages/DynamicContents/KuwaitConstitution.aspx>

المطلب الثالث: مفهوم الشرط الجزائي في المالية الإسلامية

لما كان مدار الشرط الجزائي على مبدأ الرضى بين المتعاقدين وإرادتهما حاول المتأخرون المهتمون بفقته المعاملات المالية الإسلامية إيجاد تعريفٍ يُناسب هذا المعنى، وبالبحث في آثاره ومفهومه العام توصل الكثير من خلال مُحاولاتهم التأصيلية وأدلتهم التي ساقوها إلى اعتبار الشرط الجزائي جزءاً من نظرية التعويض المالي أو التعزير المالي في الفقه الإسلامي، وفي قضاء بعض الصحابة وبعض السلف بالتغريم بالمال. بينما مال البعض إلى قياسه على بيع العُربون بجامع أن كلاً منهما يُراد منه التعويض. وغلب آخرون المصلحة المترتبة على الشرط الجزائي في كونه من أهم وسيلة حفظ حقوق الناس ودفعهم للوفاء بالتزاماتهم، وهو من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية. ومال كثيرٌ من المتأخرين وبعض الجامع الفقهيّة إلى جواز الشرط في بعض العقود دون بعضها فمنعوا -مثلاً- التعويض إذا كان مُرتبباً على تأخّر في سداد ديون البيع.

ولذا اختلف المعاصرون في تعريف الشرط الجزائي حيث ركّز البعض في تعريفه على ماهيته ومضمونه^١، ومال البعض الآخر إلى التفصيل في أهدافه وأحكامه^٢. ويكاد يتفق معظمهم على أنه اتفاقٌ بين الدائن والمدين في تقدير التعويض عن الضرر الذي يلحق بأي طرفٍ حالة عدم الالتزام^٣، وأخذ المجمع الفقهي الدولي أيضاً بهذا فقال: "الشرط الجزائي في القانون هو اتفاقٌ بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقّه من شَرَطَ له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم يُنقذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخّر في تنفيذه"^٤.

وقد عرّف الشرط الجزائي بأنه "اتفاقٌ بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقّه الدائن على المدين، إذا لم يُنقذ المدين التزامه، أو تأخّر في تنفيذه"^٥ و رأى نزيه حماد بأنه "اتفاقٌ بين المتعاقدين على تقديرٍ مُسبقٍ للتعويض الذي يستحقّه الدائن أو الملتزم له إذا لم ينفذ الملتزم أو المدين التزامه أو تأخّر في تنفيذه"^٦. ورأى البعض بأنه: "تعويضٌ عن ضررٍ فعلي نشأ عن عدم تنفيذ المدين ما التزم به بناء على العقد"^٧. من

١ الضير، محمد الصديق، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه، جدة (٢٠٠٠م) عدد ١٢، ج٢، ص٥٩، نزيه، حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية ص٢٥٧.

٢ السالوس، علي، أحمد، مجلة مجمع الفقه، جدة (٢٠٠٠م) عدد ١٢، ج٢، ص١٦٥، حمداتي، ماء العينين، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه، جدة (٢٠٠٠م) عدد ١٢، ج٢، ص٤٤.

٣ السنهوري، الوسيط، جزء٢، مرجع سابق ص ٨٥١.

٤ مجلة المجمع الفقهي الدولي، جدة العدد ١٢/٢ ص ٩١

٥ الصديق الضير، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (ع ١٢ ج ٢ ص ٥٠).

٦ حماد، نزيه، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية (ط١)، دار القلم ٢٠٠٨م) ص٢٥٧.

٧ ناجي شفيق عجم، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه، مرجع سابق، ع١٢، ج٢، ص ٢٢٣.

خلال تلك التعريفات تتأكد حقيقة الشرط الجزائي والذي مبناه على أنه "اتفاق" أو "تعويض" عن ضرر قد يلحق بأحد الدائنين بسبب عدم الالتزام بشروط العقد.

المبحث الرابع: مرتكزات ترجيحية للشرط الجزائي

المطلب الأول: مقارنة الشرط الجزائي بالتعويض المالي عن الضرر في الشريعة الإسلامية

إنّ البحث في أهم الفوارق الرئيسية بين الشرط الجزائي قانوناً والتعويض عن الضرر شرعاً من أهم المحاور التي تُجلي حقيقة الشرط الجزائي، حيث إنّ بعض الباحثين أخذوا بمضمون الشرط الجزائي واعتبروه تعويضاً عن الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين جرّاء تخلف أو تأخر سداد الدين، وهو ما لا تعارض مبدئياً مع الشريعة. ولكن بالنظر إلى آثار وأحكام الشرط الجزائي خصوصاً في المدائينات يجد الباحث تعارضاً واضحاً وفروقاً جوهرية بين التعويض عن الضرر شرعياً وأحكام الشرط الجزائي قانوناً، حيث قال أبو زهرة: "إن آثار العقد تُنشئها إرادة المتعاقدين الحرة بناء على قاعدة إنّ العقد شريعة المتعاقدين، وأما في الشريعة فالإرادة تنشأ العقد فقط ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من ترتيب الشارع لا من العاقد"^١. ويزيد أحدهم في بيان أهم الفروق التي جعلت الباحثين الشرعيين يختلفون في ماهية وآثار العقد فيقول: "من هنا فالشرط الجزائي مقبول من حيث المبدأ ولكن الشرط الجزائي نوعان: نوعٌ على التأخير في العمل والتنفيذ ونوعٌ آخر على الديون"^٢. وأخذ المجمع الفقهي الدولي بهذا الفرق فأجاز الشرط الجزائي الذي مبناه على التأخير في العمل والتنفيذ مع وجود الضرر وبين الشرط الجزائي المترتب على ديون البيع^٣. لأن ماهية الشرط الجزائي في باب بيع الدين تتفق مع مفهوم ربا النسئة المجمع على تحريمه. كما أن العقوبات الشرعية ليست للجبر بل للزجر، فقطع يد السارق لا يُزيل الضرر عن المسروق، وقتل القاتل لا يُزيل الضرر عن المقتول، وجلد الزاني ورجمه لا يُزيل ضرر الزنا الواقع^٤.

وعليه يمكن حصر أهم الفروق في الآتي:

أ- فائدة التأخير في الشرط الجزائي تكون في اتفاقٍ مُسبقٍ عكس التعويض الذي هو ناجمٌ عن الضرر ولا يكون إلا بعد المماطلة أو وقوع الظلم على أحد المتعاقدين.

١ الزرقا، المدخل الفقهي، مرجع سابق، ص ٥٤٨.

٢ القرة داغي، مجلة مجمع الفقه، مرجع سابق، ع ١٤٤، ج ٤، ص ٤٨٣.

٣ مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ع ١٢، ج ٢، ١٤٢١ هـ، ص ٣٠٥، ٣٠٦.

٤ محمد بن عبد العزيز اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه غير منشورة (السعودية: جامعة الملك سعود) مرجع سابق، ص ١٩١.

ب- فائدة التأخير في الشرط الجزائي معلومةً ومحددةً مسبقاً بينما يعتمد التعويض المالي على أساس الرّبح المتوقع.

ت- الشرط الجزائي يُطلق سلطان حرية التعاقد والتراضي بين المتعاقدين، وأما في الشريعة فالأحكام المترتبة على العقود من وضع الشارع -.

ث- الشرط الجزائي لا يفرق بين المدين المملئ أي الواجد والمدين المُعسر خلافاً للشريعة التي فرقت بينهما^١.

ج- اعتبار أن اشتراط الدائن غرامةً ماليةً محددةً إذا تأخر عن السداد هو عينُ الربا المحرم وهو خلاف أساس الشريعة ولذا حرّم المجمع الفقه الإسلامي الدولي أيّ فائدةٍ محددةٍ مسبقاً على بيع المداينات واعتبرها من الربا المحرم^٢.

ح- إذا كان التأخير في سداد الدّيون ناجماً عن عذرٍ قاهرٍ خارجٍ عن قدرة الإنسان رأت الشريعة عذاره وإمهاله الوقت؛ كالجائحة مثلاً التي تُصيب وبه أخذ المجمع الفقهي الدولي^٣، وهو خلاف الشرط الجزائي الذي يُستحقُّ مع أيّ ضرر.

المطلب الثاني: الأداء المالي وحجم الدّيون المتعثرة في بيت التمويل الكويتي وفي مصرف الراجحي

إن هذا المطلب يوضّح حجم الأداء المالي وحجم الأرباح في أهم مصرفين إسلاميين، حيث سبق القول بأن بعض الفقهاء قد رأى أن الشرط الجزائي أصبح ضرورةً في هذا العصر، وبأن الضرورة في الفقه الإسلامي تُقدّر بقدرها. والتحليل المالي لنمو الودائع وحجم العائد على حقوق المساهمين والعائد على الأسهم يساعد في تكوين نظرةٍ شاملةٍ عن حقيقة الأداء المالي للمصرفين. ومن جهةٍ أخرى سوف سيتم ذكر حجم الدّيون المتعثرة في المصرفين ومقارنتها بحجم الأرباح في المصرفين، من أجل الرّدّ على بعض المزاعم بأن عدم وجود الشرط الجزائي قد يُعرض البنوك الإسلامية للخسارة وخصوصاً أن بيت التمويل الكويتي لا يأخذ بمضمون الشرط الجزائي كما سبق ذكره. كما أنّ معرفة حجم الودائع مقارنةً بحقوق المساهمين يُبرز عموماً حجم الودائع الجارية التي تستثمرها البنوك الإسلامية ولا تُعطي عليها أيّ عائدٍ، وهو ما يحملنا على القول بإمكانية تخصيص جزءٍ بسيطٍ جداً من عوائد الودائع الجارية المستثمرة في تغطية خسارة أقساط الدّيون المتأخرة إن وُجدت.

١ المرجع السابق، ص ١٨٥-١٨٦.

٢ مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ع ١٢، ج ٢، ١٤٢١ هـ، ص ٣٠٥، ٣٠٦.

٣ مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ع ١٢، ج ٢، ١٤٢١ هـ، ص ٣٠٥، ٣٠٦.

جدول (١) يوضح حجم الأصول والودائع والعائد على حقوق المساهمين وربحية السهم في بيت التمويل الكويتي

السنوات	٢٠١١	٢٠١٢	٢٠١٣	٢٠١٤	٢٠١٥	معدل
حجم الودائع بالبلين دينار كويتي	٨,٩	٩,٤	١٠,١	١٠,٨٨	١٠,٨٤	١٠,٠٢٤
التغير السنوي للودائع %	١٦,١ %	٥,٨ %	٨ %	٧,٧٢ %	٠,٣٧ - %	٧,٤٥ %
صافي الأرباح بالمليون دينار كويتي	٨٠,٣	٨٧,٧	١١٥,٩	١٢٦,٥	١٤٥,٨	١١١,٢٤
التغير السنوي للأرباح %	-	٩,٢٢ %	٣٢,١٦ %	٩,١٥ %	١٥,٢٦ %	١٦,٤٥ %
حقوق المساهمين بالبلين دينار	١,٢٩٢	١,٣٢٨	١,٧٢٨	١,٧٤٥	١,٧٧٩	١,٥٧٤٤
نسبة نمو حقوق المساهمين	٠,١٦ %	٢,٧٩ %	٣٠,١٢ %	٠,٩٨ %	١,٩٥ %	٧,٢ %
العائد على حقوق المساهمين	٥٦,٣٥ %	٥٧,١٠ %	٨,٠٤ %	١٥,٣ %	١٧ %	١٠,٧ %
ربحية السهم بالفلس كويتي	٣٠,٢	٣٠,٨	٣٢,٩	٢٩,٧	٣١,١٠	٣٠,٩٤

المصدر: التقرير السنوي لبيت التمويل الكويتي ٢٠١٠، ص ٢٢، وتقرير ٢٠١١، ص ١٦، ٢٠١٣، ص ٣٦-٣٩، وص ٤٨، وتقرير ٢٠١٢، ص ١٧، وتقرير ٢٠١٣، ص ١٢، وص ٠,٣٧، وص ٣٩. وتقرير ٢٠١٤، ص ٢٧، ٢٠١٥، ص ١١، ص ٢٧.

من خلال الجدول رقم (١) تبين بأن ودائع بيت التمويل نمت من ٨,٩ بليون دينار كويتي إلى ١٠,٨٤ بليون دينار بين سنوات (٢٠١١-٢٠١٥م) بمعدل تغير سنوي قدره ٧,٤٥ %، وهو معدل مهم يعكس نمواً جيداً للودائع. كما أن أرباح البيت التمويلي قد ارتفعت من ٨٠,٣ مليون دينار كويتي عام ٢٠١١م إلى ١٤٥,٨ مليون دينار في عام ٢٠١٥م، وبمعدل تغير سنوي وصل إلى ١٦,٤٥ %، إضافة إلى أن معدل العائد على حقوق المساهمين قد بلغ ١٠,٧ % بين سنوات (٢٠١١-٢٠١٥م) كما هو موضح في الجدول أعلاه.

تكون الخلاصة من هذا بأن بيت التمويل الكويتي حقق أرباحاً جيدة جعلته يكسب ثقة العملاء وهو ما نتج عنه تطوير ودائعه بشكل ملحوظ، واستطاع كذلك تقديم عائدٍ جيد للمساهمين حيث بلغ متوسط معدل النسبة ١٠,٧٪. كما أن معدل ربحية السهم وصل إلى ٣٠,٩٤ فلس، وهذا ما يقوي تأكيدنا بأن اتباع الإجراءات المتعلقة بمخاطر الائتمان غير الشرط الجزائي كفيلة بتحقيق أرباح وتقليل حجم الخسائر. ولذا سيحاول الباحث بيان مقدار نسبة الديون المتعثرة غير المنتظمة إلى حجم الأرباح كالآتي:

بلغ حجم التسهيلات التمويلية المتأخرة غير المنتظمة ٧٢١,٥٢٨ ألف دينار كويتي عام ٢٠١١م وحجم أرباح البيت في نفس العام حوالي ٣٩,٦ مليون دينار كويتي^١، أي أنّ نسبة حجم الديون مقارنة بحجم الأرباح هي ١,٨٪ فقط. وأما في عام ٢٠١٢م فقد بلغ حجم الأرباح ٨٧,٦٧٦ مليون دينار كويتي بينما وصلت الديون أو التسهيلات التمويلية المتأخرة إلى ٦٧٩,٦٣٠ ألف دينار كويتي^٢، أي أنّ نسبة الديون المتعثرة مقارنة بحجم الأرباح لم تتجاوز ٠,٧٨٪. وفي سنة ٢٠١٣م بلغ صافي أرباح بيت التمويل ١١٦ مليون دينار كويتي، وحجم الديون المتعثرة ٨٤٤,٣٨١ ألف دينار كويتي^٣ وعليه تكون نسبة الديون المتعثرة إلى حجم الأرباح لم تتجاوز ٠,٧٣٪.

وفي عام ٢٠١٤م حقق بيت التمويل أرباحاً صافية قدرها ١٢٦,٥ مليون دينار كويتي، وحجم الديون بلغ ٤٢٨,١٣٧ ألف دينار كويتي^٤، وهو ما يعني أنّ نسبة حجم الديون المتعثرة إلى إجمالي صافي الأرباح قد بلغ ٠,٣٤٪، في حين بلغ حجم الأرباح الصافية ١٤٥,٨ مليون دينار كويتي في عام ٢٠١٥م بينما بلغت قيمة الديون المتعثرة ٧٦٩,١٣٩ ألف دينار كويتي^٥، وبالتالي فإن نسبة الديون المتعثرة مقارنة بحجم الأرباح لم تتجاوز ٠,٥٣٪.

والخلاصة من هذا بأن معدل نسبة حجم الديون المتأخرة إلى حجم صافي الأرباح بين (٢٠١١-٢٠١٥م) قد بلغ ٠,٨٣٪ أي أقل من ١٪ من حجم أرباح بيت التمويل الكويتي وهي نسبة ضئيلة جداً لا تستلزم التشريع أو الأخذ بالشرط الجزائي المتعلق بغرامة تأخير الديون.

١ التقرير السنوي ٢٠١١م، ص ٢٤، ص ٤١.

٢ التقرير السنوي لبيت التمويل الكويتي ٢٠١٢، ص ١٧، ص ٤٤.

٣ التقرير السنوي ٢٠١٣، ص ١٢، ص ٦٨.

٤ التقرير السنوي لبيت التمويل الكويتي ٢٠١٤، ص ١٢، ص ١١٦.

٥ التقرير السنوي لبيت التمويل الكويتي ٢٠١٥، ص ٢٧، ص ٦٢.

جدول رقم (٢) يوضح حجم الأصول والودائع والعائد على حقوق المساهمين وربحية السهم في مصرف الراجحي

المعدل	٢٠١٥	٢٠١٤	٢٠١٣	٢٠١٢	٢٠١١	
حجم الودائع	٣٥٦,٤٠	٣١٥,٦١	٢٧٩,٨٧	٢٧٦,٣٨٢	٢٢٠,٨١	
	٢٦	٩	٠		٣	
نمو حجم الودائع ^١	%١٢,٤٨	%١,٤٣	%١٠,٥٧	%٢٤,٥٧	%٢١,٢٢	
صافي الأرباح بالبيون ريال	٧,٣٢٥	٧,١٣٠	٦,٨٣٦	٧,٤٣٧	٧,٨٤٤	
نمو صافي الأرباح	%٣,٦٤	%٤,٣	%-٨,٠٩	%٥,٦-	%٦,٨٦ ^٢	%٩
نمو نسبة حقوق المساهمين ^٣	%٨,٩٦	%١١,٣	%٨,٨٣	%٥,٣	%٨,٩	%١٠,٤٦
العائد على حقوق المساهمين	%٢٠,٤١	%١٦,١١	-	%١٩,٨٧	%٢٢,٥٤ ^٤	%٢٣,١١
العائد على السهم (ريال)	٤,٧٥	٤,٣٩	٤,٢١	٤,٩٦	٥,٢٦	٤,٩٢

المصدر: ٢٠١٥ راجع تقرير الراجحي، ص ١٠-١١، وتقرير ٢٠١٤، ص ٣-٤، وتقرير ٢٠١٣، ص ١٦، وتقرير ٢٠١٢، ص ١١، وكذا ص ١٢، ١٣، ١٦، وص ١٦، وتقرير ٢٠١١، ص ٨، وص ١٠، وص ١٧.

من خلال الجدول رقم (٢) تبين بأن حجم وودائع بنك الراجحي قد نما من ٢٢٠,٨١٣ بليون ريال سعودي إلى ٣١٥,٦١٩ بليون ريال بين سنوات (٢٠١٥-٢٠١١م) بمعدل تغير سنوي قدره %١٢,٤٨، وهو معدل جيد يؤكد ثقة العملاء بالبنك، إضافة إلى أن حقوق المساهمين أيضاً والنمو السنوي لحقوق المساهمين هو أيضاً شهدا نمواً مطرداً حيث بلغ معدل نسبة التغير السنوي %٩ تقريباً بين (٢٠١٥-٢٠١١م). كما أن أرباح البنك تراوحت بين (٦,٨٣٦-٧,٨٤٤) بليون ريال سعودي. وبلغ معدل العائد على حقوق

١ استخراج الباحث حجم النمو من التقرير السنوي لبنك الراجحي ٢٠١٥، ص ١١، وتقرير ٢٠١٠، ص ٩.

٢ بلغ صافي الربح عام ٢٠١١ م ٧,٣٧٨,٢٦٨ مليون ريال، وفي عام ٢٠١٢ بلغ حجم صافي الأرباح ٧,٨٨٤,٧٠٦ مليون ريال أي نسبة النمو وصلت إلى %٦,٨٦، راجع تقرير ٢٠١٣، ص ١٧.

٣ استخراج الباحث نسبة حقوق المساهمين من التقرير السنوي ٢٠١٥، ص ١١، وتقرير ٢٠١٣، ص ١٧.

٤ تقرير ٢٠١٢، ص ١١

المساهمين ٢٠,٤١٪ بين سنوات (٢٠١٥-٢٠١١م) كما هو موضح في الجدول أعلاه. ونخلص من هذا بأن بنك الراجحي نمت ودائعه بشكل جيد وكان معدل عائده على حقوق المساهمين أيضاً جيداً حيث إن ٢٠,٤١٪ هي ضعف معدل عائد حقوق المساهمين لبيت التمويل الكويتي. وهو دليل واضح على ثقة المساهمين في الأداء المالي من أرباح وعوائد مجزية للمساهمين والعملاء عموماً.

المطلب الثالث: تحرير محل النزاع والترجيح

أولاً: يرى الباحث بأن أهم دليل اعتمده المميزون للشرط الجزائي هي العقوبة التي ذكرها الحديث في المماثل وهي قوله ﷺ: (يحل عرضه وعقوبته) بيد أن الرواة للحديث قد فسروا هذه العقوبة بالحبس والزجر كما تقدم ذكره، ولم يُنقل عن سلف هذه الأمة بأنهم قالوا بجواز أن تكون العقوبة هي تعويض مالي لأنهم يعلمون أنّ هذا من باب الرّبا.

ثانياً: وجود الفوارق بين التعويض المالي عن الضرر في الشريعة الإسلامية والشرط الجزائي الذي يتضمن فائدة ثابتة في باب الديون المترتبة على البيع الآجل، والتي منها أنّ الشرط الجزائي هو اتفاقٌ مُسبقٌ على التعويض عكس التعويض الذي يكون بعد وقوع الضرر، ويكون مقدراً من القاضي وهو خلاف الشرط الجزائي.

ثالثاً: وجود بدائل مهمة تستعملها البنوك حالياً تُغني عن الشرط الجزائي مثل الحبس والمنع من السفر والتشهير به في الجرائد اليومية ووضعه في القائمة السوداء ممن يُمنع عنه القروض والتمويلات البنكية، ولكن هذه البدائل تبقى قاصرة لأنها ليست حلاً جذرياً لاسترجاع البنوك ديونها المتعثرة.

رابعاً: دعوى الضرر التي يتمسك بها المميزون فيها نظر، حيث إن الضرر في الشريعة يُقدّر بقدره، ومن المعروف بأن البنوك الإسلامية تستثمر كغيرها الودائع الجارية ولا تعطي أيّ عائد عليها. وبالتالي فهي دائماً في ربح مستمرٍ ناهيك على الأجر المرتفعة للعاملين ومدراء البنوك.

خامساً: قد عُلم مما سبق ذكره بأن التمويل الإسلامي يقوم على المخاطرة عملاً بالقاعدتين "الخراج بالضمان" و"الغرم بالغنم" وبأن الشرط الجزائي هو أحد أهم وسائل الضمان في البنوك الربوية التي لا يقوم تمويلها على أساس المخاطرة بل على الفائدة الثابتة.

سادساً: ثبت للباحث من التحليل المالي لأهم مصرفين إسلاميين بأن حجم الديون المتعثرة في بيت التمويل الكويتي والذي لا يأخذ بالشرط الجزائي أي بالفائدة الثابتة على ديون البيوع قد بلغت نسبة ديونه المتأخرة أقل من ١٪ بين (٢٠١١-٢٠١٥م) وهي نسبة ضعيفة جداً. كما أن نمو المعدل السنوي للودائع في مصرف الراجحي وصل إلى ١٢,٤٨٪ بين (٢٠١١-٢٠١٥م) وبلغ مُعدّل العائد على حقوق المساهمين ٢٠,٤١٪.

بين سنوات (٢٠١٥-٢٠١١م). وهذا يدلُّ على أن أرباح البنوك جيّدة وبأن دعوى وجود ضرر وخسائر أمرٌ مبالغ فيه، وهو ما يقوي القول بعدم الأخذ بالشرط الجزائي خصوصاً أن بيت التمويل الكويتي قد كانت أرباحه جيّدةً رغم أن القانون الكويتي يمنع الشرط الجزائي في بيوع الدين أي يمنع الفائدة الثابتة.

سابعاً: الدّين باب عظيم وتكثر فيه المنازعات، وقد حدّرت الأحاديث من الدّين والتساهل في المدائنة كما جاء في الحديث: (قام رجل فقال يا رسول الله، أ رأيت إن قُتلت في سبيل الله أتكفّر عني خطاياي؟ فقال له رسول الله ﷺ: نعم، إن قُتلت في سبيل الله وأنت صابراً محتسباً مقبلاً غير مدبر، ثم قال الرسول كيف قلت؟ قال: أ رأيت إن قُتلت في سبيل الله أتكفّر عني خطاياي؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم وأنت صابراً محتسباً مقبلاً غير مدبر، إلا الدّين فإن جبريل؛ قال لي ذلك).^١ ولذا بوّب النسائي في سننه باباً سماه "التغليظ في الدّين" وأورد حديثاً عن محمد بن جحش س قال: (كنا يوماً جلوساً مع رسول الله ﷺ، فرفع رأسه في السماء ثم وضع راحته على جبهته فقال: سبحان الله ما ذا أنزل الله من التشديد؟ فسكتنا وفزعنا، فلما كان الغد سألته: يا رسول الله ما هذا التشديد الذي نزل؟ قال: في الدّين، والذي نفسي بيده لو أنّ رجلاً قُتل في سبيل الله، ثم أُحيي، ثم قتل، ثم أُحيي، ثم قتل وعليه دين، ما دخل الجنة حتى يُقضى عنه دينه).^٢ فدل هذا الحديث بأن عمل العبد ومصيره معلقٌ بدخوله إلى الجنة شرط عدم انشغال ديمته بدّين، وهذا المعنى ورد في حديث أبي هريرة س قال: قال رسول الله ﷺ: (نفس المؤمن معلقةٌ بدّينه حتى يُقضى عنه)^٣، قال النووي: وحديث أبي هريرة رواه الترمذي وابن ماجه بإسنادٍ صحيح أو حسن،^٤ و غيرها من الأحاديث.

الترجيح: يستخلص الباحث مما تقدّم ذكره بأن الشرط الجزائي في بيوع الدّين لا يتفق مع أسس التمويل الإسلامي القائم على المخاطرة عملاً بقاعدتي الخراج بالضمان وقاعدة العُرم بالعُرم، وبأن هناك فروقاً جوهرية بين التعويض المالي عن الضرر في الشريعة والشرط الجزائي في القانون المدني. كما أنّ دعوى البنوك بوجود

١ مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ج٣، ص ١٥٠١، وأبو عيسى، الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق أحمد شاکر وآخرون (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د. ت. ط) ج٤، ص ٢١٢.

٢ أبو عبد الرحمن، النسائي، سنن النسائي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة (حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، ط٢، ١٩٨٦م) ج٧، ص ٣١٤، وأبو بكر، البيهقي، سنن البيهقي، مرجع سابق، ج٥، ص ٣٥٥. صححه الالباني، ناصر الدين، صحيح النسائي رقم ٤٦٨٤ (مكتبة المعارف - بيروت ١٩٩٩ - ١٤١٩هـ)

٣ أبو بكر، البيهقي، سنن البيهقي، مرجع سابق، ج٩، ص ٢٥، والمباركفوري، محمد بن عبد الرحمن، تحفة الأحمدي (بيروت: درا الكتب العلمية، د. ت. ط.) ج٤، ص ١٦٤، وابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، أبو محمد، الخلي، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي ١٩٨٧م (بيروت: دار الأفاق الجديدة، د. ت. ط.) ج٨، ص ١١٥. صححه الالباني، صحيح ابن ماجه، رقم ١٩٧٢ (مكتب التربية العربي لدول الخليج ط ١٤٠٧هـ).

٤ النووي، محي الدين، يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، المجموع، تحقيق محمود مطرحي (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٩٩٦م) ج٥، ص ١٠٨.

خسائر وضرر أمرٌ مبالغ فيه، وعليه يميل الباحث إلى بدائل الشرط الجزائي مثل الدعاوى القضائية والسياسة الائتمانية للبنوك كافيّة لتقليل الديون المتعثرة، وهو ما يعنى عدم الحاجة لأي شرط جزائي في بيوع الدين، والتأكيد بأن الشرط الجزائي في باب بيوع الديون أي بوجود مبلغٍ محددٍ مسبقاً يدفع عن تأخر السداد هو ربا الجاهلية المحرم.

المبحث الخامس: البدائل القضائية والائتمانية للشرط الجزائي

قبل التطرق إلى البدائل الشرعية لا بد من الإشارة إلى أن الأعداء الطارئة في المعاملات المالية المعاصرة قد أصبحت بعد تطور علم مخاطر الائتمان لا تُشكّل خطراً كبيراً على البنوك بصفةٍ عامة وبأن سياسة مخاطر الائتمان المتبعة من البنوك قد أثبت أهميتها أكثر من الشرط الجزائي وأساليب الضمان المعاصرة.

المطلب الأول: البدائل القضائية

يمكن تقسيم البدائل الشرعية للشرط الجزائي إلى بدائل قضائية أي تلجأ فيها البنوك الإسلامية إلى القضاء بصفةٍ عامة، وإلى بدائل مخاطر الائتمان التي تعكس السياسة الائتمانية للبنك كالاتي:

أولاً: بدائل الدعاوى والقضاء: هي مطالبة استيفاء الديون بالقضاء وذلك أن يرفع البنك دعوى قضائية على العميل لإجباره على سداد دينه أو مُعاقبته بما يلي:

الحبس وهي مستفادة من حديث (لي الواجد يحل عرضه وعقوبته) كما تقدم بيانه بأن العقوبة فُسرت عند الكثير بالحبس، وفي حديث بجز بن حكيم عن أبيه عن جدّه أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمته ثم خلى عنه^١، والتهمته أنهم ظنوا به سوءاً كما أورد ذلك الإمام الشوكاني^٢، وجاء في الباب عن أبي هريرة وحديث بجز هذا قد رواه الإمام أحمد أتم من هذا وأطول وهو حديث حسن^٣. وقد أوردت الأخبار أنّ عمر بن الخطاب كان له سجن وكذلك عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب ن جميعاً. كما قال بعض الفقهاء بمشروعية الحبس استناداً إلى حديث بجز بن حكيم، بينما استدلت الحنفية على جواز الحبس مستدلين بقوله: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [سورة المائدة: ٣٣]، قالوا المقصود من النفي هو الحبس^٤. وقد ذكر القرابي المالكي ثمانية مواضع

١ رواه أحمد، المسند وأبو داود والترمذي والنسائي، في السنن. الاباني، صحيح سنن الترمذي، (مكتب التربية العربي لدول الخليج، ١٤٠٨هـ)

٢ محمد علي الشوكاني، نيل الأوطار ٧ ص ١٨٠ (باب ما جاء في قدر التعزير والحبس في التهم، المكتبة الشاملة)

٣ المبار كفوري، تحفة الاحوذى في شرح جامع الترمذي ٤ ص ٦٧٧

٤ ابن قدامة المقدسي، المغني ج٩، ص ١٥١، (المكتبة الشاملة).

للحبس كحبس الجاني لغيبة المجني عليه، وحبس الأبق سنة، ثم حبس الممتنع عن دفع الحق كحالتنا هاته. وكذا حبس ممن لم تتبين حال إعساره، وأيضاً حبس الجاني تعزيراً، وحبس مفطر عن واجب لا تدخله النيابة، وحبس من أقر بمجهول سواء أكان عيناً أو في الذمة حتى يُعَيَّن، وأخيراً حبس ممتنع في حق الله - عند الشافعية كالصوم^١. وكذا أورد ابن القيم مسألة حبس المدين إذا لم يكن مُعسراً وكان ممطلاً ظالماً وعلى الحاكم أن يتبين حاله قبل حبسه، فإن كان حاله أنه معسرٌ عاجزٌ عن الوفاء بالدين لم يحبسه، وإلا كان ذلك ظلاماً، وإن كان حاله المماثلة حبسه^٢.

ثانياً: الحجر: وأما الحجر فهو منع المالك من التصرف في ماله. وذهب أكثر الفقهاء إلى جواز الحجر على المدين المعسر وجواز بيع الحاكم عليه ماله، جاء في الرّوض "فإن أصّر على عدم قضاء الدين ولم يبع ماله باعه الحاكم وقضاه"^٣ وورد في الكشاف بأنه إذا سأل الغرماء الحجر على غريمهم لزم الحاكم إجابتهم لذلك حتى لو كان من عند بعضهم^٤، وهو أيضاً ما أكّده صاحب المهذب فقال: "فإن لم يقض ألزمه الحاكم فإن امتنع فإن كان له مالٌ ظاهرٌ باعه عليه"^٥.

ثالثاً: المنع من السفر: يعرف المنع من السفر بالترسيم في الفقه الإسلامي ويتناول الفقهاء كثيراً الحبس أو الترسيم في الديون إذا خاف الدائن هروب المدين مثلاً، قال الدمياطي: "ترسيم أي تضيق عليه من الحاكم كأن يوكل الحاكم من يلازمه حتى يأمن من هربه"^٦ وفي المبدع: "فإن أراد السفر يحل دينه قبل مدته فلغريمه منعه منه"^٧ وبيع الحاكم عليه ماله إذا طالب الغرماء بأموالهم ولا يترك له إلا ما يواريه والمشهور عن مالك أن يترك له كسوته المعتادة^٨. وقد نقل ابن تيمية الاتفاق على أن الحاكم الذي أوجب الترسيم على المدين بأنه يجب على الحاكم تمكينه من بيع وما يوفي دينه. وسئل ابن تيمية عن رجلٍ عليه دينٌ وأدعى عليه ثم رسم الحاكم عليه فقال أقعد في الترسيم حتى أبيع مالي وأوفي الدين فأجاب: "يجب تمكينه من بيع وما يوفي دينه ويجب تمكينه من ذلك"^٩.

١ القرافي، أبو العباس، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الفروق، ج ٤، ص ٧٩ (المكتبة الشاملة)

٢ ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية (مكتبة دار البيان الطبعة، ٢٠١٦ م) ص ٥٦، ٥٧.

٣ البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، الروض المربع شرح زاد المستنقع، مع حاشية ابن عثيمين، ص ٣٨٦ (دار المؤيد - مؤسسة الرسالة بدون تاريخ نشر).

٤ البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، كشف القناع، ج ٣، ص ٤٢٢-٤٢٣. (بيروت: دار الكتب العلمية ٢٠٠٩).

٥ الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب، (بيروت: دار الكتب العلمية ٢٠١٨ م) ج ٢، ص ١١٢.

٦ الدمياطي، أبو بكر، عثمان بن محمد شطا، إعانة الطالبين، (بيروت: دار الفكر، ١٩٩٧ م) ج ٣، ص ٢٢٢.

٧ ابن المفلح، أبو إسحاق، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، المبدع (بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٠ هـ) ج ٤، ص ٣٠٦-٣٠٧.

٨ القرطي، أبو عبد الله، تفسير القرطي، تحقيق أحمد البردوني (القاهرة: دار الشعب، ط ٢، ١٣٧٢ هـ) ج ٣، ص ٣٧٢.

٩ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج ٣٠، ص ٣٤.

المطلب الثاني: البدائل الائتمانية

تُعتبر إدارة مخاطر الائتمان صمام الأمان لأي بنك وقد أصبحت في ظل الأزمات المالية العالمية اليوم من أهم الوسائل التي تضمن قدرة البنوك على الاقتراض وتمويل المشاريع مع المحافظة على الودائع. ولم تعد أساليب الضمان الأخرى من ملاءة المقترض وسمعته، والضمان الذي يقدمه يحتل المرتبة الأولى في القروض، فهناك عوامل كثيرة أصبحت تأخذ بعين الاعتبار في السياسة الائتمانية. ولذا أصبحت البنوك تهتم بدراسة مخاطر الائتمان ومخاطر السوق ومخاطر التشغيل ومخاطر السيولة، وسيركز الباحث على أهم بنود إدارة المخاطر في أكبر بنكين إسلاميين وهما بنك الراجحي وبيت التمويل الكويتي، ويمكن حصر أهم المخاطر الائتمانية فيما يلي:

١- مخاطر الائتمان.

٢- مخاطر السوق.

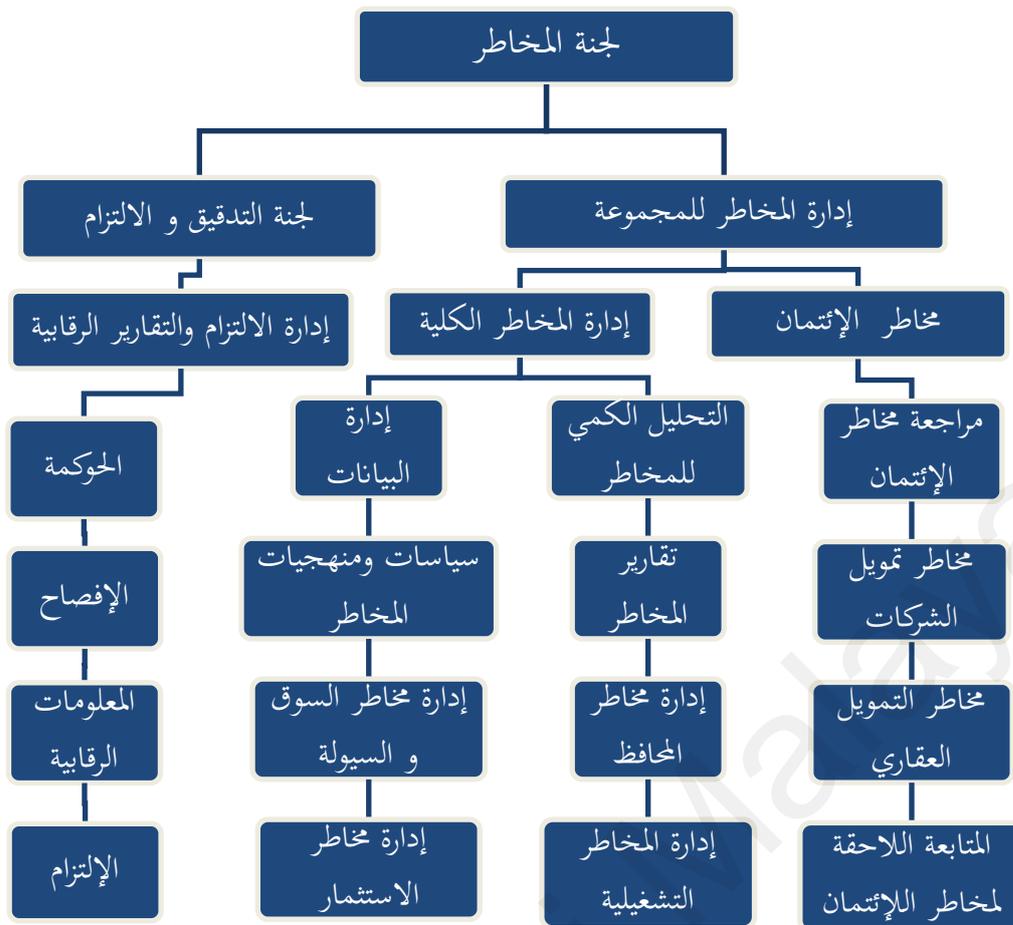
٣- مخاطر السيولة.

٤- مخاطر التشغيل.

وقد أوجد بيت التمويل الكويتي سياسةً ائتمانيةً تُقلل من نسبة المخاطر، حيث أحدث ثلاث وحداتٍ وهي وحدة مخاطر موظفي الائتمان والتداول والتشغيل من أجل ضمان إدارةٍ فعّالةٍ للمخاطر. ثم إدارة المخاطر والرقابة المالية التي تعمل على ضمان إدارة المخاطر التي تتوافق مع نزعة المخاطر. وأخيراً وحدة التدقيق الداخلي وتقديم تقارير إلى جهة الإدارة والحكومة^١. والرسم البياني التالي يوضح عمل لجنة المخاطر.

رسم بياني رقم (١) يوضح عمل لجنة المخاطر وأقسامها

١ تقرير بيت التمويل الكويتي، ٢٠١٥م، ص ٥٦، ٥٧.



وأما السياسة الائتمانية لبنك الراجحي فقد حاولت في مخاطر الائتمان التفصيل في التمويل الذي يتعلّق بالعمل وفي مخاطر التسويات التي تتعلق بتخلّف دفع مؤسساتٍ ماليةٍ ما عليها، وعليه أوجدت الوحدات التالية:

- أ- وحدة ائتمان الشركات.
- ب- وحدة إدارة ومتابعة ومراقبة الائتمان.
- ت- وحدة معالجة الديون.
- ث- وحدة سياسة الائتمان.
- ج- وحدة ائتمان الأفراد.

وعليه يتأكد بأن إدارة المخاطر في البنوك تستطيع أن تقلل الديون المتعثرة أكثر من وجود الشرط الجزائي لأنها تُدخل معلوماتٍ دقيقةً مبنية على دراسات وتحليل اقتصادية وبهذا تُعتبر إدارة المخاطر أهم وسيلة لمعالجة مشكلة التمويل الائتماني والاستثمار في البنوك.

الفصل الثاني: البدائل الشرعية عند التصرف في الديون بالبيع والرهن

تمهيد

يُعبّر عن إنهاء الخصومات في المعاملات المالية في كثيرٍ من الأحيان بكلمة الصُّلح في الأموال، أو التحكيم والإبراء، والعفو، وقيل في تعريف الصلح بأن "معناه لغة قطع المنازعة وتصالح الناس بينهم، وشرعاً معاهدة

يُتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين) ^١ وقيل أيضاً: "العقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين" ^٢، وهو جائز بالإجماع لقوله -: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقْتُلُوا الَّتِي تَبَغَى حَتَّى تَقَى إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا﴾ [سورة الحجرات: ٩] ولحديث: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً) ^٣.

وأهم ما يتعلق بالبحث هو الصلح عن الدين والذي يُسمى عند الشافعية "صلح الحطيطة" وهو أن يضع الدائن بعد إقرار بالدين بعض الدين، وهو جائز عند الحنفية والمالكية والشافعية إذ هو إسقاط الدائن لبعض حقه لصالح المدين ^٤.

ولما كان مفهوم الصلح في الأموال يقع على إنهاء الخصومات المالية سأحاول في ذكر بعض صور إنهاء الخصومات المالية.

المبحث الأول: مفهوم الدين وأنواعه في الفقه الإسلامي

يجلب تمويل البنوك الإسلامية بعض النزاعات بسبب تمويلها القائم على بعض الصيغ الائتمانية كبيع المدائيات، والتي قد يتخلف العميل فيها عن أداء ما عليه من دين وأقساط مالية بسبب العجز، وقد حاول الفقهاء قديماً بيان بعض أحكام المنازعات أو الخصومات المالية، وعبروا عنها بألفاظٍ متعددة كالصلح والإبراء، والصلح عن الدين. وقد عرّف الصلح لغةً بأنه "قطع المنازعة وشرعاً معاهدةٌ يُتوصل بها إلى الإصلاح بين

١ ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، لسان العرب، (دار صادر - بيروت الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ) ج ٢، ص ٥١٧، ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، أبو اسحاق، المبدع شرح المقنع، (دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) ج ٤، ص ٢٥٨.

٢ النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش (بيروت: المكتب الإسلامي ١٩٩١ م) ج ٤، ص ١٩٣.
٣ الترمذي، محمد بن عيسى، السنن، واللفظ له، تحقيق أحمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض، رقم ١٣٥٢، وصححه الالباني (مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر - ١٩٧٥ م) ج ٣، ص ٦٢٦.

٤ عثمان بن علي بن محجن البارع، الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، (المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ) ج ٥، ص ٣١-٣٣، يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، (المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - الطبعة: الثالثة، ١٤١٢ هـ / ١٩٩١ م) ج ٤، ص ١٩٥-١٩٦، الخرشبي المالكي، محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، (دار الفكر للطباعة - بيروت، د-ت-ط) ج ٦، ص ٢-٤، منصور بن يونس بن صلاح الدين، البهوتي الحنبلي، كشاف القناع، (دار الكتب العلمية، د-ت-ط) ج ٣، ص ٣٩٤-٣٩٥، بيت التمويل الكويتي فتوى رقم (٩٩)، الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، مطابع الخط / الكويت ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م، ج ١، ص ٥١.

المتخاصمين) وقيل أيضا: (العقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين)^١ وهو جائز بالإجماع لقوله -: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقْتُلُوا الَّتِي تَبَغَى حَتَّى تَبْغِيَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ فَإِنَّ فَاءَ ت فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٦﴾ [سورة الحجرات: ٩] ولحديث: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)^٢. ومثل ابن الحاجب المالكي عن الصلح والإبراء في الدين ببيع الدين، فقال: "الصلح عن الدين كبيع الدين وعن البعض إبراء عن البعض"^٣.

المطلب الأول: مفهوم الدين

لغة يُقال: دان الرجل يدين ديناً من المدائنة، قال ابن قتيبة لا يستعمل إلا لازماً فيمن يأخذ الدين، وقال دان الرجل إذا استقرض فهو دائن، والدين لغة هو القرض^٤، وقيل بأن دان لفظٌ مشترك بين الإقراض والاستقرض، ورجل "مديون" كثر ما عليه من دين، و "مديان" أي عادته أن يأخذ بالدين ويستقرض، وتداينوا تبايعوا بالدين^٥. ويقال أدان واستدان وتدين، قال الشاعر:

يُؤْتِبِي فِي الدَّيْنِ قَوْمِي، وَإِنَّمَا *** تَدَيْتُ فِيمَا سَوْفَ يَكْسِبُهُمْ حَمْدًا

وأصله أي الدين والمدائينات قول الحق -: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَأَكْتَبُوهُ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٢] ومن السنة النبوية حديث أبي رافع قال: (استلف رسول الله ﷺ من رجل بكرةً فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكرة، فرجع إليه أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خياراً رُباعياً، فقال: أعطه إياه إن خيار الناس أحسنهم قضاء)^٦.

واصطلاحاً: يُطلق الدين في اصطلاح الفقهاء في العموم على معنيين، الأول عام ويُطلق في مقابل العين^٧، حيث إن الدين متعلق بالذمة أي يثبت في الذمة، عكس العين التي لا تثبت في الذمة، واعتبروا أن ما تقرّر في الذمة لا يكون عيناً في قواعد الفقه. وسبب التفرقة بين العين والدين هو أن في العين يكون الحق معلقاً

^١ الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٩، النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٩٣ ابن المفلح، أبو إسحاق، المبدع، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٧٨..

^٢ رواه الترمذي، وقال: حسن صحيح، الدرر السننية، للموقع الإلكتروني: <https://www.dorar.net/hadith/sharh/٦٨١٢٤>

^٣ ابن الحاجب، أبو عمرو، مختصر ابن الحاجب، تحقيق بدر العمراني، (دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٤م) ص ٢٤٥.

^٤ المقري، أحمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، تحقيق، عبد العظيم الشناوي، (دار المعارف القاهرة، ط ٢) ص ٧٨.

^٥ محمد بن أبي بكر، الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، ١٩٨٦م، ص ٩١.

^٦ المقدسي، ابن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح الحلو (دار عالم الكتب، الرياض، ط ٣، ١٩٩٧م) ج ٦، ص ٣٤٨.

^٧ مسلم، أبو الحسين بن حجاج، صحيح مسلم، مرجع سابق، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت.ط) ج ٣، ص ١٢٢٤، والشافعي، محمد بن إدريس، مسند الشافعي (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت.ط) ج ١، ص ٩١.

^٨ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ط ٢، ١٩٩٢م، ج ٢١، ص ١٠٢.

على ذاتها، فلا يتحقق الوفاء في الالتزام إلا بأدائها بعينها خلافاً للدين الثابت في الذمة الذي يمكن الوفاء به بأيّ عينٍ ماليةٍ مثلية.

والثاني معنى خاص، وللفقهاء فيه مذهبان: أحدهما لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية بأنه المال الثابت في الذمة، والمذهب الثاني للحنفية الذين ذهبوا إلى أن الدين الثابت في الذمة هو بدلٌ عن شيءٍ آخر كالزكاة مثلاً لكونها عبارة عن إيجاب إخراج مال ابتداءً من غير أن يكون بدلاً عن شيءٍ آخر.^١ وقد صرح ابن رشد بأنّ الدين هو المال الذي في الذمة^٢. ويُطلق أيضاً على القرض وعلى بيع الكالئ بالكالئ الذي فُسّر على أنه بيع الدين المؤخر بالدين المؤخر^٣.

وعليه يمكن تلخيص مفهوم الدين في مذهبين، أحدهما للحنفية الذين عرفوه بأنه: "ما يثبت في الذمة من مال في معاوضة، أو إتلاف، أو قرض" والثاني عند جمهور الفقهاء على أنه: "ما يثبت في الذمة من مال بسببٍ يقتضي ثبوته" والخلاف بين جمهور الفقهاء والحنفية في الدين هو في سبب الوجوب في الذمة. كما أنهم اختلفوا في نوع مال الدين الذي يصح أن يكون ديناً في الذمة، حيث إن الأعيان تنقسم إلى أموال قيمة ومثلية، فلم يختلف الفقهاء في جواز أن يكون المال المثلي ديناً في الذمة، وكذا المال القيمي المنضبط بالوصف، بينما لم يجزوا أن يكون المال القيمي غير المنضبط بالوصف كالجواهر من لؤلؤ ديناً في الذمة عند جمهور الفقهاء^٤.

ويميل الباحث إلى أن الدين اسم لمال واجب في الذمة، وهو ما ينسجم مع موضوع البحث، ويميل إلى ما ذهب إليه الجمهور، وجل تعاريف العلماء تدور حول هذا المعنى. وقد يكون بدلاً عن مال أتلفه المدين، أو قد يكون عوض عن مبيع اشتراه بثمن مؤجل، أو بدل إجار لعين أو دابة، وقد يكون عن قرض اقترضه من الغير.

المطلب الثاني: أنواع الدين والتصرفات فيه

يجدر قبل الحديث عن أنواع الدين أن نتناول أسباب نشوء الدين الثابت في الذمة لارتباط تلك الأسباب بأنواع الدين، ومن أهم أسباب نشوء الدين، أولاً: الالتزام الذي ينشأ في عقد البيع المؤجل بين طرفين،

١ نزيه، حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم دمشق، ودار الشامية، لبنان، ط١، ٢٠٠١م، ص ١١٠، وأسامة بن حمود

اللاحم، بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، ج١، ط١، ٢٠١٢م، ص ٥٥.

٢ أبو الوليد، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة الطبعة: دون طبعة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م ج٢، ص ٧

٣ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، الكويت، ج٢١، ص ١٠٣.

٤ المرجع السابق، ج٢١، ص ١٠٣-١٠٤.

القرض والسلم والإجارة والكفالة بالمال والحوالة، وغير ذلك. والثاني: التزامٌ فردي كندر المال، والعمل غير المشروع كإتلاف المال الذي تحت ضمانه إذا كانت يده يد ضمان، وتلف المال المغصوب في يد الغاصب، والقتل الموجب للدية والجنايات الموجبة للأرش. وكذا تحقُّق ما جعله الله مناطاً لثبوت حقِّ مالي كحولان الحول على النصاب في الزكاة وحاجة القريب في نفقة الأقارب ونحوه.^١ ويمكن تقسيم الدين إلى أنواع كثيرة باعتبار التعلُّق إلى اعتبارات كثيرة من أهمها:

١- باعتبار دين الله سبحانه ودين العبد: فدين الله هو الذي ليس للعباد المطالبة به على أنه حقُّ لهم، ويتمثَّل هذا الحق في العبادة والتقرب لله تعالى كالنذر والكفارة وصدقة الفطر، ودين العبد الذي يحق لهم المطالبة به كثمن مبيع، وأرش جنائية، وأجرة دارٍ، وعوضٍ عن إتلاف مالٍ ونحوه.

٢- باعتبار وقت أداء الدين: دينٌ حالٌّ وهو الذي يجب على المدين أدائه فوراً للدائن وتجاوز المخاصمة فيه باتفاق، ودينٌ آجل يكون المدين مُطالباً به عند حلول أجله.

٣- باعتبار القدرة على استيفاء الدين: ويعني الباحث بذلك الدين المرجو الذي يقدر المدين على أدائه أو يغلب الظن القدرة على أدائه لكون المدين مُقرراً به وبإذلاً له وحاضر، ودينٌ غير مرجو كالمدين المعسر، أو المماطل، أو الجاحد.

٤- باعتبار السقوط وعدمه: دينٌ صحيح لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء كدين القرض، ودينٌ غير صحيح يسقط بالأداء والإبراء وبغير ذلك من الأسباب التي تقتضي سقوطه كدينٍ بدل الكتابة، فإنَّه في حالة عجز العبد المكاتب عن أدائه سقط^٢.

ومن أهم التصرُّفات التي تردُّ على الدين:

١- تملك الدين: فرَّق الفقهاء بين الدين المستقر والدين غير المستقر، حيث لم يختلف الفقهاء في جواز تملك الدين المستقر لمن هو عليه بعوض وبدون عوضٍ كثمن المبيع، والأجرة بعد استيفاء المنفعة، وقيمة القرض، وثمن المغصوب، وبين الدين غير المستقر كالمسلم فيه، والأجرة قبل استيفاء المنفعة، ومال جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز بيع دين السلم قبل قبضه، في حين رأى المالكية، وفي

١ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج ٢١، ص ١١٠-١١١ وأسامة، اللاحم، بيع الدين، مرجع سابق، ص ٦٣-٦٤، ديرشوي، خالد، المقاصة في الحقوق: دراسة فقهية تحليلية، (ماليزيا: المجلة الدولية للتراث والثروة الإسلامية، ٢٠٢٠)، مجلد ١، ع ١، ص ٩٦.
٢ نزيه، حماد، قضايا فقهية معاصرة، مرجع سابق، ص ١١٥ و ١١٩، والموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج ٢١، ص ١١٨-١١٩.

رواية عن أحمد رجّحها شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، وبعض المعاصرين جواز بيع دين السلم لمن هو في ذمته بثمن المثل أو دونه^١.

٢- نقل الدين: يقوم أساس عقد الحوالة على نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى، فهي عند الأحناف (نقل المطالبة من ذمة المدّيون إلى ذمة الملتزم) أي تحويل المطالبة بالدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه الذي حل محل المدين الأصلي^٢ ومن خلال التعريف يتأكد بأن الحوالة عندهم تختص بنقل المطالبة بالدين فقط وليس نقل الدين، وعند المالكية فهي "صرف دين عن ذمة المدين بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى"^٣ ونفس المعنى أكدته الشافعية والحنابلة من أنها نقل دين من ذمة إلى ذمة أخرى^٤.

٣- إسقاط الدين: يكون إسقاط الدين بالمقاصة والصُّلح، فالمقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من مدينه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لمدينه^٥، وذكر ابن القيم بأنها "سقوط أحد الدينين بمثله جنساً وصفة"^٦، وعليه فالمقاصة نوع من إسقاط الدين بعوض، وأما الصُّلح عن الدين بأقل منه قدرًا من جنسه فهو إبراء من جزء من الدين^٧.

٤- توثيق الدين: ويكون بالكتابة والشهادة من أجل منع المدين من الإنكار، وتجنّب الخصومة في ادعاء الدائن أو المدين فيما يتعلّق بمقدار الدين وأجله، وتذكير المدين في حالة نسيانه^٨.

المبحث الثاني: التصرف في الديون ببيعها للمدين ولغيره في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

إن الحامل على التصرف في الديون ببيعها أو رهنها من طرف البنوك الإسلامية قد يكون بسبب عجز العملاء عن سداد ديونهم أو بسبب الحاجة الماسة للسيولة التي تضطره للإقدام على التصكيك أو توريق الديون، كما

١ الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج ٢١، ص ١٢٦-١٢٨، والقرّة داغي، أحكام التصرف في الديون، دراسة فقهية مقارنة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ط ٢، ٢٠٠٦م، ع ١٢٤، ص ١٢٧.

٢ ابن الهمام، كمال الدين، شرح فتح القدير، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ج ٧، ص ٢٣٨

٣ الدردير، أبو البركات، الشرح الكبير، تحقيق محمد علوش دار الفكر، بيروت، د.ت.ط، ج ٣، ص ٣٢٤

٤ الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ، ج ٢، ص ٤٦، والبهوتي، منصور، كشف القناع، تحقيق هلال مصيلحي هلال (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٢هـ) ج ٢، ص ٢٥٦

٥ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية النص الكامل للمعايير الشرعية، (المنامة: ١٤٣٧)، ص ١١٣.

٦ ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، (مصر: مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٨٨هـ، ١٩٦٨م)، ج ١، ص ٣٧٤.

٧ أسامة، اللاحم، الدين وتطبيقاته، مرجع سابق، ص ٧١٢.

٨ الموسوعة الكويتية، مرجع سابق، ج ٢١، ص ١٢٠.

أن معرفة أحكام القانون المدني الكويتي وطرقه التشريعية في استيفاء الديون مقارنةً بالتشريع الإسلامي يزيد المسألة وضوحاً ويُبين مدى قدرته في حل مشكلة الديون المتعثرة تمويلياً.

المطلب الأول: التصرف في الديون ببيعها للمدين ولغير المدين في الفقه الإسلامي

أولاً: بيع الدين للمدين بئمن حال:

أ- القائلين بجوازه: أجاز الفقهاء الأربعة كالحنفية¹ والمالكية² والشافعي في الجديد³ والحنابلة⁴ بيع الدين المستقر للمدين بئمن حالٍ والمقصود بالدين المستقر، أن يكون آمناً من فسخ سببه، بينما يرى ابن حزم الظاهري⁵ وأشهب من المالكية⁶ والشافعي في القديم⁷ عدم جواز بيع الدين المستقر للمدين بئمن الحال واستثنى ابن حزم حالة واحدة فقط وهو أن يأخذ الدائن أي شيء يجل تملكه بمقدار حقه دون أي زيادة على ذلك،⁸ وكذلك من الذين قالوا بعدم الجواز من الصحابة والتابعين: ابن عباس،⁹ وابن مسعود،¹⁰ وابن شبرمة،¹¹ ومثاله: ثمن المبيع بعد تسليمه، والأجرة بعد إتمام المنفعة، والمهر بعد الدخول بالزوجة، ومثال غير المستقر: كدين السلم في المسلم فيه، فرغم كونه صار ملكاً للمسلم الذي هو رب السلم، إلا أن ملكيته له غير مستقرة¹²، ومثال بيع الدين المستقر للمدين بئمن حالٍ كأن يكون للبنك مثلاً دينٌ مقداره عشرة آلاف ريال على

١ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المختار على الدر المختار (بيروت: دار الفكر، الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م) ج ٥، ص ١٥٣.

٢ العبدري، أبو عبد الله، التاج والإكليل (بيروت: دار الفكر - بيروت ٢، ١٣٩٨هـ) ج ٥، ص ٨١.

٣ النووي، محي الدين، المجموع، تحقيق محمود مطرحي (بيروت: دار الفكر، ط ١، ١٩٩٦م) ج ٩، ص ٢٦٢.

٤ البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، كشف القناع، تحقيق هلال مصيلحي ومصطفى هلال (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٢هـ) ج ٣، ص ٣٠٧، والمرداوي، علي بن سليمان، أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي (بيروت: دار إحياء التراث العربي - بيروت د.ت.ط) ج ٥، ص ١١٠.

٥ ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد القرطبي، المحلى بالآثار، (دار الفكر - بيروت الطبعة: د-ت-ط) ج ٧، ص ٤٥١.

٦ التُّسُولِي، علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن، البهجة في شرح التحفة، (دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م)، ج ٢، ص ٨٢.

٧ القزويني، عبد الكريم بن محمد الرافعي، فتح العزيز بشرح الوجيز (دار الفكر) د-ت-ط) ج ١١، ص ٤٥٠.

٨ المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج ٧، ص ٤٥١.

٩ ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد، الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا - محمد علي معوض، (دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٢١ - ٢٠٠٠ د-ت-ط).

١٠ مصنف عبد الرزاق، تحقيق حبيب الأعظمي (بيروت: ط ٢، ١٤٠٣هـ)، ج ٨، ص ١٢٧.

١١ ابن عبد البر، الاستذكار، مرجع سابق، ج ٦، ص ٣٨١.

١٢ السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين، الأشباه والنظائر (طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٣م) ص ٣٢٧.

العميل فلان، فهل يجوز للبنك أن يتفق مع العميل ببيع العشرة آلاف ريال بسيارة أو بمبلغ قدره خمسة عشر ألف درهم مغربي استدلالاً بحديث ابن عمر قال: "كنت أبيع الإبل بالبيع، فأخذ مكان الدنانير دراهم، ومكان الدراهم دنانير، فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: لا بأس به إذا افترقتما وليس بينكما شيء)¹. فالظاهر جواز بيع الدين المستقر للمدين بثمن حال وهو رأي الجمهور، وقد رأى جواز هذا البيع كذلك شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وهو قول للإمام أحمد، بشرط أن يتم القبض بسعر يومه قبل التفريق، إذا اختلفت العملة، مُستدلين بحديث ابن عمر عندما سئل ﷺ عن بيع الدنانير بالدراهم والدراهم بالدنانير. الشاهد في قوله ﷺ: (لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء)². أما أدلة

ب- **الرأي الثاني:** الذين ذهبوا إلى عدم الجواز، استدلوا بما روي من حديث أبي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز" متفق عليه³. ووجه استدلالهم من الحديث أنه صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع أحد النقدين بالآخر إذا كان أحدهما غائباً والآخر ناجزاً وهو كما ترون في هذه الصورة يكون الدين غائباً عن مجلس العقد، فيكون على قبيل بيع غائب بناجز، وهو منهي عنه لاشتماله على الغرر.

وقد اضطرب الناقلون عن الصحابييين الجليلين عمر بن الخطاب وولده عبد الله رضي الله عنهما، فمرة نقل عنها القول بالجواز ومرة بعدمه. ونقل قولهما بجواز ذلك عبد الرزاق الصنعاني صاحب المصنف: فعن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه (قال في الرجل يسلف الرجل الدنانير أيأخذ الدراهم؟ قال: إذا قامت على الثمن فأعطاها إياه بالقيمة) وأما ما نقل عن القول بالجواز عن ابن عمر وجاء فيه (...).

١ البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، مرجع سابق، ج ٥، ص ٥١٤. الحاكم المستدرک فقال: "صحيح على شرط مسلم" تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا (دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م). ج ٢، ص ٥٠، ووافقه الذهبي، انظر: إرواء الغليل، الألباني، محمد ناصر الدين (المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٥ م) ج ٥، ص ١٧٤

٢ ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني، مجموع الفتاوى، تحقيق: أنور الباز - عامر الجزائر (دار الوفاء ١٤٢٦ هـ / ٢٠٠٥ م) ٣، ج ٢٩، ص ٥١٩.

المغني ابن قدامة، مصدر سابق ج ٤، ص ٣٨، (مكتبة القاهرة ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م)، البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (بيروت - عالم الكتب الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م) ج ٢، ص ٩٧.

٣ البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، مرجع سابق، كتاب البيوع، ج ٢، ص ٧٦١. مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، مرجع سابق، كتاب المساقاة، ج ٣، ص ١٢٠٨.

عن ابن عمر أنه كان لا يرى بأساً أن يأخذ الدراهم من الدنانير والدنانير من الدراهم).^١ كما نقل قولهما بعدم جواز ذلك عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه: (. . . . عن ابن سيرين أن امرأة ابن مسعود باعت جارية لها بذهب فأخذت ورقاً، أو باعت بورق فأخذت ذهباً، فسألت عمر بن الخطاب فقال: لا تأخذي إلا الذي بعته به) وكذا نقل عن ابن عمر القول بعدم الجواز وفيه: (. . . . أخبرنا معمر عن أيوب عن نافع عن ابن عمر قال: لا يأخذ الرجل الدنانير من الدراهم والدراهم من الدنانير.^٢

ثانياً: المناقشة والترجيح: القول بأن بيع الدين للمدين بثمان الحال يشوبه الغرر على رأي المانعين له فيه نظر، لأن الغرر يتحقق إذا كان البدلان أو أحدهما مجهولين في القدر والصفة، فكيف لو انتفتت الجهالة في ذلك، واضطراب القول مرة بالجواز ومرة بعدمه للذين ينقلون عن أمير المؤمنين عمر وعن ابنه عبد الله رضي الله عنهما قولهما مرة بجواز بيع الدين للمدين بثمان الحال، ومرة بعدم جواز ذلك، لا شك أن قول الصحابي يعد حجة إذا لم يعارضه قول صحابي آخر فكيف لو كان التعارض بما ورد عن عمر بن الخطاب نفسه فقد جاء عنه أنه سئل عن أخذ الدنانير قضاء عن الدراهم وبالعكس، فقال: (في الرجل يسلف الرجل الدنانير يأخذ الدراهم؟ قال: إذا قامت على الثمن فأعطاهما إياه بالقيمة). فهذا أجاز أخذ الدنانير بدل عن الدراهم التي في ذمة المدين وهو عكس ما ورد عنه نهي عن بيع الدين بالعين كما في حديث بيع جارية امرأة ابن مسعود السالف الذكر. وكذا ما ورد عن عبد الله بن عمر مرة بالنهي ومرة بالجواز فيه تعارض، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال. وأما استدلال ابن حزم بحديث أبي سعيد الخدري: "ولا تبيعوا منها غائباً بناجز" فالغائب هنا المقصود به من كان غائباً عن مجلس العقد سواء أكان حالاً أم مؤجلاً. وعلى هذا فليس هناك تعارض بين حديث أبي سعيد الخدري وحديث ابن عمر رضي الله عنهما، والذي استدلل به الجمهور على جواز بيع الدين بثمان الحال، ولأن حديث ابن عمر مفسر وحديث أبي سعيد مجمل، والمفسر مقدم على المجمل، فيصير المعنى لا تبيعوا غائباً ليس في الذمة بناجز، وعلى هذا لا تعارض. وقول الجمهور هو القول الذي يميل إليه الباحث ويقره.

ثالثاً: بيع الدين المؤجل للمدين بثمان مؤجل: قد منع جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة^٣ بيع الدين المؤجل للمدين بثمان مؤجل من غير جنسه كأن يكون للبنك دينٌ مثلاً مئة دينار مؤجلة من بيع وعند حلول أجلها

^١ عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، مرجع سابق، ج ٨، ص ١٢٦.

^٢ عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، مرجع سابق، ج ٨، ص ١٢٧.

^٣ ابن المنذر، أبو بكر، الإجماع، تحقيق فؤاد عبد المنعم، أحمد (الاسكندرية: دار الدعوة، ط ٣، ١٤٠٢ هـ) ج ١، ٩٢، الكاساني، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م) ج ٥، ص ١٨٢، والدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٦٢، والعبدي، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٣٢، والشربيني، محمد الخطيب، مغني

يطلب العميل من البنك أن يبيع له سلعةً معيّنةً بعد ستة أشهر وقبل البنك بذلك ويُسمى هذا النوع عند المالكية بفسخ الدين بالدين^١، لكونه بيع كالي بكالي وهو منهي عنه. بينما أجاز ابن تيمية وتلميذه ابن القيم^٢ وبعض المعاصرين كالضير، ونزبه حماد هذا البيع^٣.

ومعنى الكالي في اللغة: المؤخر، يقال كالأ الدين يكالاً كلوءاً فهو كالي: إذا تأخر^٤، روى ابن عمر بس أن النبي ﷺ (نهى عن بيع الكالي بالكالي)^٥ وقال (هو النسبئة بالنسبئة). وإن كان في هذا الحديث نظر، فقد قيل إن في سنده موسى بن عبيدة الربذي، وهو ضعيف، وقد أورد صاحب التاج والإكليل كلاماً لابن عرفة يقول فيه: "لقد تلقى الأئمة هذا الحديث بالقبول يغني عن طلب الإسناد فيه، كما قالوا في: "لا وصية لوارث"^٦. والكالي هو الدين، الذي يتأخر تسليمه عند العقد، وهو بيع دين بدين ويطلق عليه أيضاً بيع النسبئة، ومعناه التأخير. والحكمة في عدم جواز هذا النوع من بيع الدين بالدين لوجود الغرر، لكون البدلين اللذان هما المبيع والتمن دينان في الذمة، لذلك اشترط الفقهاء في بيع السلم تعجيل الثمن ليبقى المؤجل هو المبيع فقط لا كليهما.

رابعا: المناقشة: أما بيع الدين للمدين بتمنٍ حالّ فحكمه الجواز كما تم بيانه، ولكن الإشكال في حكم بيع الدين المؤجل للمدين بتمنٍ مؤجل، لقد استدل جمهور الفقهاء المانعين لهذا البيع بحديثٍ ضعيفٍ وهو نهي ﷺ عن بيع الكالي بالكالي فإن قيل نعم الحديث ضعيف ولكنه مجمعٌ عليه قال الباحث بأن هذا الإجماع لا يثبت لاختلاف الفقهاء في صور بيع الكالي بالكالي. فعند الإمام مالك الكالي بالكالي هو أن يبيع الرجل ديناً له على رجلٍ بدينٍ على رجلٍ آخر^٧، وقال الصنعاني هو: "أن يشتري الرجل شيئاً إلى أجل فإذا

احتجاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (بيروت - دار الفكر بدون تاريخ نشر) ج ٢، ص ٧١، وابن مفلح الحنبلي، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع (دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) ج ٤، ص ١٩٠.

١ الخريشي، محمد بن عبد الله، شرح الخريشي على مختصر خليل (بيروت - دار الفكر للطباعة، بدون تاريخ النشر) ج ٥، ص ٧٦، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٣٢.

٢ نزبه حماد، في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة (دمشق: دار القلم، ط ١، ٢٠٠٧ م) ١٢٥، والضير، محمد الأمين، بيع الدين، مجلة الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ع ١٣، ص ٥٥.

٣ الضير، محمد، بيع الدين، مرجع سابق، ص ٥٦، ونزبه، حماد، في فقه المعاملات، مرجع سابق، ج ١٢٧.

٤ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج ١، ص ١٤٧.

٥ أخرجه الحاكم، محمد بن عبد الله بن محمد، المستدرک، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٦، رقم ٢٣٤٣، والدارقطني، السنن رقم: ٣٠٦٠، (مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م) ج ٤، ص ٤٠، الحديث ضعيف انظر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد (دار المعرفة - بيروت، دون طبعة ولا تاريخ نشر، الشاملة) ج ٢، ص ١٥٧.

٦ المواق، محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٣٢.

٧ مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (دار احياء الكتب دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٥ م)

ج ٢، ص ٦٥٩، رقم: ٧٠.

حل الأجل لم يجد ما يقضي به فيقول بعنيه إلى أجل آخر بزيادة شيء فيبيعه ولا يجري بينهما تقابضٌ والحديث دل على تحريم ذلك وإذا وقع كان باطلاً^١. وهو يصدق على حالة واحدة اتفق عليها الفقهاء وهي أن يسلم شخص شيئاً في شيء في الذمة وكلاهما مؤخر^٢، أي حالة السلم المؤجل من الطرفين، وهو ما يُسميه المالكية ابتداءً الدين بالدين. وعليه فإن القول بأن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال بطل به الاستدلال، وبهذا يترجح الجواز والذي قال به بعض المعاصرين.

خامساً: بيع الدين الحال لغير المدين: اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مضارب وأراء فقهية:

أ- **القائلين بعدم الجواز:** ذهب الحنفية والصحيح من مذهب الشافعية والراجح عند الحنابلة إلى عدم جواز بيع الدين الحال لغير المدين^٣. وسبب المنع عندهم هو احتمال عدم القدرة على التسليم أو إعسار المدين أو مماطلته.

ب- **القائلين بجواز بيع الدين الحال لغير المدين بشروط:** وأما المالكية وقول الشافعية^٤، فقد أجازوا بيع الدين لغير المدين بثمن حالّ بشروط منها عدم وجود الغرر والربا والتقابض في مجلس العقد قبل التفريق، وأن يكون الدين مسقراً فلا يكون دين السلم لعدم استقراره، وأن يكون المدين مليئاً ومُقراً بالدين، وزاد المالكية، أن يكون المدين حاضراً في البلد، وأن يباع الدين بغير جنسه أو بجنسه مساوياً له، وألا يكون الثمن ذهباً حيث يكون الدين فضة أو يكون فضة والدين ذهباً لاختلاف الصرف المؤخر، وأن يعجل المشتري الثمن لكي لا يؤدي إلى بيع الدين بالدين المنهي عنه، وأخيراً ألا تكون بيع بين المشتري والمدين عداوة تسوقه إلى التسلط عليه والإضرار به. وغيرها من الشروط مما يجنب النزاع والخلاف ويضمن القدرة على التسليم وأن يكون المبيع ليس طعاماً حتى لا يدخل في بيع الطعام قبل قبضه أو بيع دين بدين. واستدلوا

١ الأمير الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، تحقيق صبحي حسن حلاق، (دار ابن الجوزي ١٩٩٧م) ط ١، ج ٥، ص ١٣٧.

٢ إبراهيم، خالد محمد حسين، التصرف في الديون وتطبيقاته المعاصرة (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦م) ص ١٨٧.

٣ السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط (دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م) ج ١٤، ص ٢٢. وابن عابدين، حاشية، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٦٩، والنووي، محي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين، مرجع سابق (بيروت: المكتب الإسلامي، ط ٢، ١٤٠٥هـ) ج ٤، ص ١٩٦، المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج ٥، ص ١١٢، ابن تيمية، عبد السلام، المحرر في الفقه، مرجع سابق (الرياض، مكتبة المعارف، ط ٢، ١٤٠٤هـ) ج ١، ص ٣٣٨.

٤ ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٦٣، العبدري، التاج والإكليل، مرجع سابق، ج ٤، ص ٥٤٣، وابن جزري، محمد بن أحمد بن محمد، القوانين الفقهية، (الشاملة) ص ١٧٨. النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥١٦، النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج ٩، ص ٢٧٥. والشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٧١.

لرأيهم بأنهم قيدوا رأيهم بالجواز بالشروط التي ذكروا، بأن تلك الشروط كفيلا أنها تجعل هذه المعاملة بعيدة عن الوقوع في الغرر وعدم القدرة على التسليم والخصومة أو الجهالة.

ت- **القائلين بالجواز مطلقاً:** في حين رأى بعض الشافعية في وجهِ عندهم^١، وابن تيمية في رواية اختارها عن الإمام أحمد وكذا تلميذه ابن القيم^٢ إلى جواز ذلك مُطلقاً، مستدلين بما أورده عبْدُ الرَّزَّاقِ قَالَ: أَخْبَرَنَا مَعْمَرٌ، عَنْ رَجُلٍ مِنْ قُرَيْشٍ، أَنَّ عَمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ قَضَى فِي مَكَاتِبِ اشْتَرَى مَا عَلَيْهِ بَعْرَضٍ، فَجَعَلَ الْمَكَاتِبِ أَوْلَى بِنَفْسِهِ، ثُمَّ قَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: " من ابتاع ديناً على رجل فصاحب الدين أولى إذا أدى مثل الذي أدى صاحبه"^٣ وقياساً على جواز بيع الدين للمدين بثمانٍ حالّ لكون الدين ثابتاً في ذمة المدين أيضاً.

ث- **الترجيح:** بعد طرح آراء الفقهاء فقد تبين للباحث أن الذين قالوا بعدم جواز بيع الدين لغير المدين بثمانٍ حال لوجود بعض المحاذير الشرعية كالغرر وعدم القدرة على التسليم ولما فيه من الجهالة ولما يسوق إليه من خصومة وشقاق. وعلى ذلك يكون القول بالجواز إذا انتفت هذه الموانع له وجه. وعلى ذلك جاء رأي من قال بالجواز بالشروط التي وضعها المالكية والشافعية قد ضيق الخناق على الوقوع في المخذور وكان بيع الدين لغير المدين بثمانٍ حال جائزاً على رأيهم بشروطهم التي ذكرت آنفاً. وأما الذين ذهبوا إلى جواز ذلك مطلقاً مستدلين بحديث ضعيف في سنده راوياً جهولاً فقد رواه معمر، عن رجل من قريش لم يسمه، عن عمر بن عبد العزيز عن النبي صلى الله عليه وسلم وعلى ذلك يكون الحديث مرسل قال عنه ابن حزم لا حجة في أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم^٤. أما قياسهم على بيع الدين للمدين بثمانٍ حال، فالقياس يقتضي جواز بيع الدين الحال لغير المدين. بيد أن الفرق واضحٌ والقياس مع وجود الفارق لا يستقيم حيث إن الدين الثابت في ذمة المدين مقبوضٌ ولذا فلا يُنصّر عدم القدرة على التسليم أصلاً، عكس بيع الدين لغير المدين الذي قد لا يستطيع البائع تسليمه لغير المدين.^٥ حيث يميل الباحث إلى جواز بيع الدين الحال لغير المدين بالشروط التي ذكرها المالكية

١ الشيرازي، المهذب، مرجع سابق (دار الكتب العلمية، بيروت) ج ٢، ص ١٣

٢ المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج ٥، ص ١١٢، ابن القيم، أبو عبد الله، حاشية ابن القيم (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٩٩٥م) ج ٩، ص ٢٥٧.

٣ مصنف عبد الرزاق، مرجع سابق، كتاب البيوع، ج ٨، ص ٨٨

٤ علي بن أحمد، ابن حزم، أبو محمد، المحلى بالآثار، (دار الفكر - بيروت الطبعة: بدون تاريخ نشر) ج ٧، ص ٤٨٨

٥ إبراهيم، خالد، التصرف في الديون، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

والشافعية التي تجعل المعاملة خالية من الغرر والربا والجهالة والضرر المترتب عن وجود الخصومة، مع ضرورة وجود شرط إبلاغ المدين من قبل الدائن فإن بادر بأن يشتري دينه كان مقدما عن غيره، وإلا باع الدائن الدين على من يشاء بالشروط التي ذكرها المالكية والشافعية بما ليس فيه إضرار له. فإن لم يبلغ الدائن مدينه قبل البيع بذلك يكون له حق الشفعة، ويدفع نفس القيمة التي أداها المشتري لكي تبرأ ذمته من الدين.

سادسا: أما بيع الدين المؤجل لغير المدين بثمن مؤجل: فهو محرم عند فقهاء الحنفية والمالكية، والشافعية والحنابلة^١ إلا أن المالكية يرون جواز بيع الدين لغير المدين بمعين يتأخر قبضه كعقار وغيره^٢. إلا أن المجمع الفقهي رأوا بأن هذا البيع يدخل في النهي عن بيع الكالئ بالكالئ^٣. بينما أجاز ابن تيمية وابن القيم هذا البيع أيضاً، لأنهما وكما أسلفنا يحصران بيع الكالئ بالكالئ في السلم في الذمة وكلاهما مؤخر، وهو عند المالكية ابتداء الدين بالدين^٤. وقد استدلل المجيزون بأن قاسوه على الحوالة، لأنها تتضمن بيع دين بدين على شخص ثالث، ولما كانت الحوالة جائزة، جاز بيع الدين المؤجل لغير المدين كذلك. واستدلوا لرأيهم كذلك أن بيع الدين هنا يتضمن غرضاً صحيحاً وتحقيق مصلحة مطلوبة، وأن المطالب بالوفاء بالدين سواء أكان الدائن الأصلي أو طرفاً آخر لا يضر ما دام هناك عزيمة على الوفاء^٥.

سابعا: المناقشة: بعد استعراض الأدلة وبيان بأن حصر شيخ الإسلام ابن تيمية صور الكالئ بالكالئ في صورة واحدة وهي السلم المؤخر من طرفين يفتقر إلى دليل فهناك صور كثيرة ذكرها الفقهاء، وحتى مع ضعف حديث بيع الكالئ بالكالئ فقد نقل الكثير من الفقهاء الإجماع على عدم جواز بيع الدين بالدين، ولذا فإن بيع الدين الحال لغير المدين محاطاً بالغرر واحتمال عدم القدرة على التسليم وهذا ما ينبغي منعه كما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء. كما أن بيع الدين المؤجل للمدين بثمن مؤجل أيضاً، وقياسهم على جواز بيع الدين

١ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، الحنفي، رد المختار على الدر المختار مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٦٩، الدردير، أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق ج ٣، ص ٦٢، والشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج مرجع سابق، ج ٢، ص ٧١، والنووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥١٦، والمرداوي، المبدع في شرح المقنع، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٩٠.

٢ ابن جزري، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص ١٩١، الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد، شرح الزرقاني على مختصر خليل ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني (دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م) ج ٥، ص ١٤٧.

٣ قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، الموقع الإلكتروني: https://d1.islamhouse.com/data/ar/ih_books/single_010/ar_qrarat_elmogama3_alfiqhy.pdf.

ص ٣٦٦.

٤ ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، أبو العباس، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج ٢٠، ص ٥١٢، حماد، نزيه كمال، بيع الكالئ بالكالئ (جدة: مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، ١٩٩٤ م) ص ١٤.

٥ ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، اعلام الموقعين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم (دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م) ج ١، ص ٢٩٤.

الحال للمدين هو قياسٌ مع الفارق لأن الدَّين مقبوض في هذه الحالة وقد يتعدَّر في بيع الدين المؤجل لغير المدين بثمانٍ مؤجلٍ، كما أن قياسه على الحوالة لا يستقيم، لأن الحوالة عقدٌ إرفاق لها ضوابطها التي بيَّنها أهل العلم منها تماثل الدينان في الجنس والقدر والصفة والأجل، وهو عقدٌ مشروع، أما الحال في بيع الدَّين لغير المدين بثمانٍ مؤجلٍ غير مشروعةٍ لدخولها في نهي بيع الدَّين بالدَّين.

أما القول إن بيع الدين هنا يتضمن غرضاً صحيحاً وتحقيق مصلحة مطلوبة، فكلامٌ لا يستقيم، لأن الدين المؤجل وثمانه الذي بيع به مؤجلٌ أيضاً، فلا برئت الذمم ولا مصلحة تحققت، ومناطق الجواز في المسائل ليس تحقيق المصالح إنما الموافقة لأصول الشريعة، وعليه يُرجَّح الباحث عدم جواز بيع الدين لغير المدين لا بثمانٍ حالٍ ولا مؤجلٍ.

المطلب الثاني: التصرف في الديون ببيعها للمدين ولغيره في القانون الكويتي

ناقش القانون المدني الكويتي بيع الدين في أبوابٍ متفرقةٍ ولذلك لتعدد صور وأوجه بيع الدين، فتارة يورد بعض الصور في باب الوفاء بمقابل في المادتين ٤١٤ و ٤١٥، وتارةً أخرى يناقشها في باب حوالة الحق بعوض بين المواد (٣٦٤-٣٧٦) وحوالة الدين بين (٣٧٧-٣٩٠) ناقش بعض الأوجه الأخرى وبعض الأوجه في باب تجديد الدين بين المواد (٤١٦-٤٢١). كما ناقش القانون المدني أيضاً وفاء الدَّين لغير المدين في مادتي: (٣٩٣-٣٩٤) وأثار البيع بين المواد (٤٦٣-٤٦٥) والتزامات البائع والمشتري بين المواد (٤٦٦-٥٠٧).^١ ولذا فإن معرفة حيثيات بيع الدَّين للمدين ولغيره يستلزم الإحاطة بمفهوم البيع وأنواعه المجازة في القانون المدني الكويتي نظراً لتعدد صور بيع الدَّين وتعدد أطراف الوفاء والضمان وقضاء بيع الدين. بيد أن أقرب المواد التي تناقش مسألة بيع الدين للمدين هي مواد الوفاء بالمقابل والتجديد.

أولاً: بيع الدين للمدين في القانون الكويتي: سبق أن ذكرنا شرعاً بأن الأئمة الأربعة قد أجازوا بيع الدَّين المستقر للمدين بثمانٍ حالٍ، ومنع بيع الدين المؤجل بثمانٍ مؤجلٍ من غير جنسه، في حين ناقش القانون المدني الوفاء بمقابل في مادتي (٤١٤) و (٤١٥) والتي جاء فيهما: "إذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئاً آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء"^٢.

كما أضافت المادة (٤١٦) نصاً يشمل على تجديد الدَّين أي استبدال الدَّين القديم بدَّين جديد مختلفٍ في محلِّه أو في مصدره وحتى تغيير المدين إذا رضي الدائن وأكدت براءة المدين الأصلي بهذا التجديد

١ الموقع الإلكتروني: <https://www.mohamah.net/law> /نصوص-و-مواد-القانون-المدني-الكويتي-دول

٢ المادة ٤١٤، القانون المدني الكويتي، (طباعة: الفتوى والتشريع-الطبعة: الرابعة، ١٩٩٨م).

والالتزام الجديد، وهو الذي قد يقابل بيع الدين للمدين بثمانٍ مؤجَّل حيث إن تجديد الدين يتطلب التزاماً جديداً محل الدين ومصدره، جاء في المادة (٤١٦): (١- يتجدد الالتزام باتفاق الطرفين على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً، يختلف عنه في محله أو في مصدره. ٢- ويجوز تجديد الالتزام بتغيير المدين إذا اتَّفَق الدائن مع أجنبيٍّ على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجةٍ لرضائه أو إذا حصل المدين الأصلي على رضاء الدائن بشخصٍ أجنبي قبل أن يكون مديناً مكانه. ٣- وكذلك يجوز تجديد الالتزام بتغيير الدائن إذا اتَّفَق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد).

وعليه فإن المادة (٤١٤) قد أكَّدت جواز استيفاء الدائن دينه عوضاً عنه إذا قبله الدائن وبترتب عليه أحكام الوفاء بمقابل، واشترطت المادة ٣٩٢ صحة قبول الوفاء من المدين بأن يكون الموفي مالكاً لما يوفي به، واستثنت المادة حالة انعقاد الوفاء حالة مرض الموت حيث أكَّدت على عدم سريان ذلك إذا أدى الوفاء إلى ضرر بقية الدائنين^١.

وقد بينت المادة (٤١٥) بعض آثار هذا بأنه: "يسري على الوفاء بمقابل من حيث أنه ينقل ملكية الشيء الذي أعطي في الدين أحكام البيع، وعلى الأخص ما يتعلَّق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية..."^٢ وبهذا تكون المادة في شقِّها الأول قد بيَّنت بعض آثار الوفاء من كونه ينقل ملكية العوض المقدم مقابل الدين من طرف المدين للدائن عند طريق أحكام البيع أي أنه تجري عليه أحكام البيع.

وفي شقِّها الثاني: "...ويسري عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلَّق منها بتعيين الخصم في الوفاء من الديون المتعددة، وبانقضاء التأمينات) حيث ذكرت بأن الوفاء بالدين مفاده ومنتهاه هو انقضاء الدين أي براءة الذمة من الدين وما يتعلَّق به من تأمينات، وهي التي تكفل للمدين عدم جواز مطالبة الدائن له بأيِّ حقٍّ متعلِّقٍ بدينه). وهو ما صرحت به المادة: (٣٤٧) والتي جاء فيها: "١- يترتب على وفاء أحد المدينين المتضامنين بالدين عيناً أو بمقابل براءة ذمته وبراءة باقي المدينين..."^٣ فتأكد بهذا براءة المدين من الدين الذي أوفى به.

١ المادة ٣٩٢، مرجع سابق.

٢ المادة: ٤١٥، مرجع سابق.

٣ المادة ٣٤٧.

وأما ما يخص تجديد الدين فد بينت كذلك المادة (٣٤٨) من القانون المدني بأن ذمة المدين تبرأ من الدين حيث ذكرت بأنه: "يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقي المدينين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم"^١.

ثانياً: بيع الدين لغير المدين في القانون الكويتي: من خلال تتبع قوانين تجديد الدين التي أجملت عموماً في موادها و ركزت على جواز تجديد الدين بالالتزام جديد لم تفرق تلك المواد عموماً مثل الشريعة حيث ذكر القانون المدني تجديد لغير المدين في باب تجديد الدين للمدين ولغيره، ففي المادة (٤١٦) و في شقها الثاني أكدت بأنه: "٢...- ويجوز تجديد الالتزام بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه أو إذا حصل المدين الأصلي على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون مديناً مكانه. ٣- وكذلك يجوز تجديد الالتزام بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد"^٢.

ومن خلال المادة ٤١٦ يتأكد جواز بيع الدين لغير المدين شرط موافقة الدائن والتأكيد على براءة المدين الأصلي كما في الحوالة عموماً، وحتى أنه لم يشترط القانون المدني رضا المدين. ولكنه في نفس الوقت وعند حديثه عن انقضاء الالتزام وهو ما يعني شرعاً براءة الذمة، قد أكد على عدم جواز انتقال التأمينات في الالتزام الجديد إلا بنص في القانون أو إذا انصرفت النية لذلك، جاء في المادة (٤١٩) بأنه: "١- يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء التزام جديد مكانه. ٢- ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تضمن الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إذا تبين أن النية قد انصرفت إلى ذلك"^٣. ودلت المادة (٣٩٣) بقولها: "١- إذا قام الغير بوفاء الدين، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه..."^٤ بأن غير المدين إذا وفي عن المدين فله أن يرجع على المدين بنفس مقدار الدين المدفوع.

وعليه فإن القانون المدني الكويتي يميز تجديد الدين وهو استبدال الدين القديم بدين جديد، ويؤكد انقضاء الالتزام القديم بالالتزام الجديد في الدين، بيد أنه يصرح بضرورة وجود نص في القانون وانصراف النية لذلك، ويميز كما في المادة (٣٩٣) بجواز وفاء غير المدين بدين المدين. وهو نفس الذي تؤكد المادة (٣٦٤) في باب الحوالة بأنه: "يجوز للدائن أن يحيل إلى غيره ما له من حق في ذمة مدينه، إلا إذا منع من ذلك نص

١ المادة ٣٤٨.

٢ المادة: ٤١٦.

٣ المادة: ٤١٩.

٤ المادة: ٣٩٣.

في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين " وبهذه المادة ويتأكد جواز تعبير الدائن وبأنه لا يُشترط قبول المدين.

المطلب الثالث: مقارنة بيع الدّين للمدين ولغيره بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

من خلال ما سبق عرضه في بيع الدّين للمدين ولغيره شرعاً وقانوناً يتلخص ما يلي:

١- يتفق القانون المدني الكويتي مع الشرع في أنه يجوز بيع الدين للمدين بثمنٍ حالٍ تحت فقرة الوفاء بمقابل في المادة (٤١٤) حيث قبل القانون المدني الكويتي دفع شيء آخر يقوم مقام الدّين واشترط رضا الدائن.

٢- ويتفق القانون المدني مع مذهب الجمهور بجواز بيع الدّين المستقر للمدين بثمنٍ حالٍ من غير جنسه مع الوفاء بمقابل، وبأنه ينقل ملكية المبيع للدائن وتبرأ ذمة المدين من دينه.

٣- وأكدت المادة (٤١٥) بأن الوفاء بمقابل يأخذ أحكام البيع تماماً كبيع الدّين للمدين شرعاً في عمومته، ومن جهةٍ أخرى أكدت على انقضاء الالتزام أي براءة الذمة وما يتعلق به من تأمينات وهو أيضاً موافق في عمومته للشرع من أن يبيع شيئاً آخر للوفاء بدّينٍ من غير جنسه وبثمنٍ حالٍ يقوم مقام الدّين مع رضا الدائن يبرأ ذمة المدين عموماً.

٤- وأما بيع الدّين للمدين بثمنٍ آجل فقد تطرق القانون المدني لهذا في باب تجديد الدّين كما سبق ذكره في المادة (٤١٦) والذي يقابله عموماً في الشرع بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه شرعاً وقد سبق ذكر الخلاف فيه وبالتالي على مذهب جمهور العلماء يكون بيع الكالئ بالكالئ غير جائز شرعاً عكس القانون المدني الذي أطلق في عمومته جواز تجديد الدّين أي استبدال الدّين الجديد بدّينٍ قديمٍ يختلف عن محلٍّ ومصدر الدّين القديم. وعليه يتبيّن بأن الشريعة فصلت في بيع الدّين بالدّين بين بيع الدّين للمدين ولغير المدين بثمنٍ حالٍ وبثمنٍ مؤجلٍ ولكل حالةٍ أحكامها الخاصة بها. وهو ما لم يتطرق إليه القانون المدني الكويتي بالتفصيل، حيث اكتفى بذكر جواز تجديد الدين من المدين وغيره.

٥- وأما بالنسبة لبيع الدين لغير المدين فقد سبق القول بأن الجمهور من مذهب الحنفية والصحيح من مذهب الشافعي والراجح عند الحنابلة بعدم جواز بيع الدّين لغير المدين خلافاً لمذهب المالكية

وبعض المعاصرين الذين أجازوا ذلك بشروط عدم وجود الغرر والربا، والذي يُعتبر راجحاً. وبمقارنته مع القانون المدني الكويتي الذي أطلق جواز تحديد الدين لغير المدين في مادته (٤١٦) دون قيد وشرط وعدم الاحتراز من الربا والغرر والقدرة على التسليم الذي احتاط له المالكية ومن وافقهم من بعض المعاصرين يكون بهذا إطلاق الجواز مخالفاً لمذهب الجمهور المانع ومذهب المالكية المفصل عموماً.

٦- كما أجاز القانون المدني الكويتي تحديد الدين مع غير المدين بالنظر للمادة (٤١٦) هو أيضاً مخالف لمذهب جمهور الفقهاء الذين لم يميزوا بين الدين لغير المدين بضمن مؤجل، حيث لم يفرق القانون المدني الكويتي بين بيع الدين لغير المدين سواءً بضمنٍ حالٍ أو بضمنٍ مؤجل. بيد أنه يوافق عموماً مذهب المالكية الذين أجازوا بيع الدين لغير المدين بمعين يتأخر قبضه وكذا مذهب شيخ الإسلام ابن تيمية وابن قيم اللذان أجازا ذلك مطلقاً.

٧- ويتفق القانون المدني مع الشرع في أن تحديد الدين أي تحديد الالتزام لغير المدين في تغيير شخص الدائن قانوناً وشرعاً.

٨- يتفق القانون المدني مع الشرع في أن كلاً منهما يترتب عليه انقضاء الدين القديم.

٩- وفي باب الحوالة بعوض التي تتفق في مضمونها مع بيع الدين لغير المدين كما هو منصوص في المادة (٣٦٤) التي سبق بيانها، وبأن بيع الدين لغير المدين بضمنٍ مؤجلٍ غير جائز عند جمهور الفقهاء، وعند المالكية بشروط، وهو ما لم يُفصل فيه القانون المدني الكويتي.

المبحث الثالث: تطبيقات بيع الدين للمدين ولغيره

لقد انبرى هذا البحث على إيجاد البدائل الشرعية التي يمكن من خلالها للمصارف الإسلامية أن تستوفي ديونها المتعثرة عند العملاء المعسرين أو المماطلين، مع تمييزها عن غيرها من البنوك التقليدية التي انبرت عقودها غالباً على مخالفات شرعية كزيادات التأخير كشرط جزائي وهو عين الربا المحرم أو اللجوء إلى القضاء الذي يقضي بقوانين قد تكون مجانبة أحكام الشريعة الإسلامية في بعض البلاد الإسلامية، وتستوي عنده خصومات البنوك سواءً كانت إسلامية أو تقليدية. وعليه نطرح بعض البدائل في بيع الدين للمدين وغيره وكيفية الاستفادة من البنوك الإسلامية منها.

المطلب الأول: حالات استفادة البنك الإسلامي من بيع الدين للمدين

أولاً: **ضع وتعجل**: إن قاعدة "ضع وتعجل" تعنى بيع الدين المؤجل للمدين بثمان حال أقل منه، ومسألة اختلاف الفقهاء فيها، بيد أنهم اتفقوا على أن إذا وضع الدائن بعض الدين على مدينه بغير شرط أو اتفاق مسبق فهذا لا مانع فيه^١، حيث إن الدائن هنا أحسن للمدين كما أن المدين أيضاً أحسن للدائن بالتعجيل والله يقول ﴿ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴾ [سورة البقرة: ١٩٥] ولأنه إسقاط لبعض حقه وهو هبة ولا يمنع الإنسان من إسقاط بعض حقه، وعند البعض هو نوع من الإبراء والحطيطة^٢. وعليه يستطيع المصرف الإسلامي حالة عجز العميل أو تماطله عن السداد أن يُرْعِب العميل ويُشجِّعه على سداد ديونه أو جميع أقساطه بـ"ضع وتعجل".

لكن مشكلة "ضع وتعجل" صارت معلومة لكثير من العملاء ومشرع بها في كثير من المصارف الإسلامية، حيث إن العميل إذا تعجل فله الحق في أن يضع عنه بعض دينه وقد منع جمهور الفقهاء^٣ الاتفاق المسبق على "ضع وتعجل". وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي قراراً بهذا الخصوص هذا نصه: "الحطيطة من الدين المؤجل لأجل تعجيله، سواء أكانت بطلب الدائن أم المدين (ضع وتعجل) جائزة شرعاً، لا تدخل في الربا المحرم إذا لم تكن بناءً على اتفاق مسبق..."^٤.

وحتى لو أن البنوك الإسلامية لا تتفق مسبقاً مع العميل على "ضع وتعجل" ولكن هذا أصبح معروفاً وربما يدخل في قاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"^٥ فصار هذا كالشرط المسبق إذا كان متعارفاً عليه. وإن كان رأي الباحث أن مناط ذلك هي العقود التي هي شرعة المتعاقدين فإذا كانت خالية من الحطيطة كشرط مسبق فلا محذور في ذلك كما نص عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي.

١ المرغيناني، علي بن أبي بكر، **بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة**، تحقيق، حامد كرسون، ومحمد بحيري (القاهرة: مطبعة محمد صبيح، ط ١، د-ت-ط) ج ١، ص ١٧٧، والسمرقندي، محمد بن أحمد، **حنيفة الفقهاء** (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م) ج ٣، ص ٢٥٩. وابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم، **الحنبلي، منار السبيل**، تحقيق: زهير الشاويش (المكتب الإسلامي ط ٧، ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م) ج ١، ص ٣٦٧، والبهوتي، منصور، **كشاف القناع** (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٣ هـ) مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٩٤، ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، **الظاهر، المحلى بالآثار** (دار الفكر - بيروت، د-ت-ط) ج ٦، ص ٣٥٧.

٢ **البهوتي، كشاف القناع**، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٩٤.

٣ **السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط**، مرجع سابق، ج ١٣، ص ١٢٦. مالك بن أنس، **المدونة الكبرى**، بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م) ج ٤، ص ١١٤. مغني المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٧٩، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٩، مسألة رقم ٢٨٥٥.

٤ **مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السابعة**، قرار ٧/٢/٦٦.

٥ ابن عابدين، **رد المختار على الدر المختار**، مرجع سابق، ج ٥، ص ٦٩٦، **بدائع الصنائع**، مرجع سابق ج ٥، ص ١٦٧. وابن مفلح الحنبلي، **المبدع في شرح المنقح**، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٤٩.

ثانياً: للمزارعين وأصحاب المنتوجات المستقبلية: صورته أن يكون للبنك دينٌ ثابتٌ في الذمة على بعض المزارعين أو الذين لهم منتوجات طبيعية غير مصنعةٍ فإذا حل الأجل وعجز العميل عن السدادٍ فهل يجوز للبنك أن يتفق مع أصحاب هذا القطاع بأن يجعل الدين رأس مال سلم يتسلم البنك أي منتوج بعد مدةٍ زمنيةٍ معينة. وقد منع جمهور الأئمة الأربعة هذا حيث سماه المالكية بفسخ الدين بالدين، واعتبره الفقهاء من باب بيع الكالئ بالكالئ، بينما رأى ابن تيمية وابن القيم جوازه. ووافق مجمع الفقه الإسلامي الدولي رأي جمهور الفقهاء ومنع جعل الدين الحال رأس مال السلم خوفاً من الوقوع في الربا وعملاً بحديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ.

وقد أشار نزيه حمادة إلى علة منع هذا البيع بقوله: "حيث إن استبدال الدين الحال بدين مؤجل من غير جنسه مظنة الزيادة في الدين في مقابل الأجل الممنوح للمدين"^١ وفي موضع آخر قال: "ويظهر لي رجحان ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم من جواز وصحة الاعتياض عن الدين في هذه الصورة، وذلك لعدم تحقق بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه شرعاً... إذ لا يخفي وجود القبض الحكمي لرأس مال السلم، وهو ما في الذمة المدين فيها، فكأن المسلم قبضه منه وردّه إليه فصار مُعجلاً حكماً"^٢. وعلة المنع تدور مع الحكم وجوداً وعدمياً فإذا انتفت العلة انتفى الحكم. فلو أن ثمن الدين الحال كان مُساوياً لثمن دين السلم فلا محذور فيه وهو ما أشار إليه أحد الباحثين رغم أنه رجح منع هذا البيع ومال إلى جوازه إذا خلا من أي رباً^٣. وهو نوعٌ من التيسير على الناس ويجنب الفائدة الربوية وهذا ما يميل إليه الباحث مع التفصيل الذي ذكر.

ثالثاً: لأصحاب المقاولات وقطاع البناء والمهن والحرف: وهي نفس الصورة السابقة فقد يكون العميل هنا من أصحاب المقاولات وكل ما يُستصنع أي كل ما يدخل في عقود الاستصناع، فإذا حل دين العميل وكان من أصحاب المقاولات والحرف مثلاً يستطيع البنك أن يجعل دينه رأس مال استصناع بنفس قيمة الدين الحال. وبهذا لا يضيع دين البنك ويستفيد من سلعة معقولة الثمن يمكن أن يبيعها بعد قبضها بثمن أكبر، حيث إن قيمة الاستصناع الحالة غالباً ما تكون أقل من ثمنها جاهزةً عموماً، بل إن أحد الباحثين^٤ جَوّز

١ نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، مرجع سابق.

(دمشق: دار القلم/ بيروت: الدر الشامية، ط١، ٢٠٠١م) ص ١٩٦.

٢ نزيه حماد، في فقه المعاملات والمصرفية (دمشق: دار القلم، ط١، ٢٠٠٧م) ص ١٣٠.

٣ خالد إبراهيم، التصرف في الديون، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

٤ نزيه حماد، بيع الكالئ بالكالئ في الفقه الإسلامي (السعودية: جامعة الملك عبد العزيز، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، ١٩٩٤م) ص

ابتداء الدين المجمع على تحريمه واعتبره من باب الحاجة والضرورة لأصحاب المهن والحرف والصناعة لضمان وجود موادهم الأولية، واعتبر هذا بأن من باب الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة، وبأنه لا يوجد مانع شرعي من القول بإباحة هذا لداعي الحاجة الخاصة. والباحث يميل إلى الأخذ بالأحوط للبنك والعميل إن لا يأخذ البنك من المواد المصنعة من ثمنها إلا ما كان له على العميل من دين ويرد ما زاد من ثمن السلع المباعة إلى العميل، حتى لا يكون من قبيل القرض الذي جرة نفعا ويكون ربا محرما، وكذلك البعد عن الغبن الذي يترتب على العميل المدين.

المطلب الثاني: حالات استفادة البنك الإسلامي من بيع الدين لغير المدين

يُعتبر بيع الدين لغير المدين من أهم الوسائل التي تستعملها البنوك الإسلامية للحصول على السيولة التي تعتبر المورد الرئيسي والشريان الذي يضح لها المال. فبدون سيولة لا يستطيع البنك ممارسة أي تمويل أو استثمار. وقد أوجدت البنوك الإسلامية بعض الوسائل التي تُحقق لها هذا وهي التصكيك أو التسديد أو التوريق كالاتي: **أولاً: التصكيك أو التوريق:** التصكيك هو تحويل الموجودات العينية أو الديون الثابتة في الذمم إلى أوراق مالية قابلة للتداول في أسواق المال، وقد عرفها المجمع الفقه الإسلامي الدولي "أما التصكيك ' التوريق الإسلامي' فهو إصدار وثائق أو شهادات مالية متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية موجودات (أعيان أو منافع أو حقوق أو خليط من الأعيان والمنافع والنقود والديون) قائمة فعلاً أو سيتم إنشاؤها من حصيلة الاكتتاب، وتصدر وفق عقد شرعي وتأخذ أحكامه"^١.

وعند الكثير هي تحويل الديون أو القروض إلى أوراق مالية قابلة للتداول^٢. وعند هيئة المحاسبة والمراجعة "هو تقسيم ملكية الموجودات من الأعيان والمنافع أو هما معاً إلى وحدات متساوية القيمة وإصدار صكوك بقيمتها"^٣.

وعليه فقد أصبح التوريق أو التصكيك يُطلق على تجزئة الأصول المالية أو الموجودات العينية إلى حصص أي إلى قيمة مالية محددة من أجل طرحها على الجمهور أو شركات للمساهمة في أي نشاط تمويلي

١ الموقع الإلكتروني: <http://www.iifa-aifi.org/٢٣٠٠.html>

٢ النشمي، عجيل جاسم، التوريق والتصكيك وتطبيقاتهما، المجمع الفقه الإسلامي الدولي، (الشارقة: الامارات العربية المتحدة، الدورة التاسعة عشرة، ص ٣، القرة داغي، الصكوك الإسلامية "التوريق" وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة فقهية اقتصادية تطبيقية، المجمع الفقهي، المرجع السابق، الدورة التاسعة عشرة، ص ٣.

٣ المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (المنامة: البحرين)، المعيار ١٧، ملحق ج، ص ٢٥٠.

أو استثماري، ويعطى صاحب الورقة المالية أو صاحب الحصة صكاً بمقدار حصته تثبت ملكيته لبعض تلك الأصول المالية أو الدُّيون.

وقد نصّ قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في مؤتمره الحادي عشر ما يلي:
أولاً: أنه لا يجوز بيع الدَّين المؤجل من غير المدين بنقدٍ معجَّلٍ من جنسه أو من غير جنسه لإفضائه إلى الربا، كما لا يجوز بيعه بنقدٍ مؤجلٍ من جنسه أو غير جنسه لأنه من بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه شرعاً. ولا فرق في ذلك بين كون الدَّين ناشئاً عن قرض أو بيع آجل^١.

أ- توريق الدين النقدي (ديون المراجعة المصرفية): إذا كان الدَّين نقوداً ثابتة في الذمة فإن الفقهاء اتفقوا على عدم جواز توريقه أي بيعه في سوق ثانوية بنقدٍ معجَّلٍ من جنسه لأنه في معنى حسم الكمبيالة، وقد أكّد بعض الباحثين المعاصرين بأن بيع الدَّين المعمول به في الكثير من البنوك الإسلامية الماليزية كبيع الدَّين بثمانٍ حالٍ وبأقل من مقدار الدَّين أمر ترفضه المجامع الفقهية، ولا يُقرّه الكثير من علماء الشريعة حتى في ماليزيا باستثناء البعض^٢.

وقد علّق أحدهم على هذا فقال: "فعلّم مما سبق أن ما يجري من تلك الدولة من بيع الدَّين المؤجل لشخص آخر بثمانٍ معجَّلٍ أقل من الدَّين لا يجوز أبداً عند الشافعية، وليس عليه أي قول من أقوال الشافعي ولا وجه من الوجوه أصحابه وإنما هو نابغٌ من عدم فهم بعض العبارات المطلقة في جواز بيع الدَّين دون الخوض في مرادها وما تتطلبها قواعد المذهب في مسائل الصرف ونحوها"^٣. وقد أكّد المعيار الشرعي سبعة عشرًا بعدم جواز تداول صكوك المراجعة وصكوك السلم لأنها دُيونٌ نقدية، وأجاز تداول صكوك الاستصناع بعد تحول النقود إلى أعيان وجواز تداول صكوك الأعيان والمنافع^٤.

ب- توريق ديون مختلطة بين أعيان وديون: إذا كانت الدُيون مختلطةً بين أعيانٍ وديونٍ مالية فإما أن تكون الأعيان هي الغالبة فتطبق عليها أحكام بيع الأعيان، أو أن تكون الديون هي الغالبة فتطبق عليها أحكام الدُيون، وقد رجّح المجمع الفقهي هذا فقال: "الأولى: أن تكون قيمة الأعيان 'ونحوها من المنافع' أكثر من مقدار الدَّين الموجود في الوعاء وعندها يسري على هذه الصورة حكم الحالة الأولى وهو الحل والجواز، الثانية:

١ الموقع: <http://www.fiqhacademy.org.sa/qrarat/11-4.htm>

٢ قحف، منذر، أساسيات التمويل الإسلامي (ماليزيا: إسرائ، الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية، ط ١، ٢٠١١م) ص ١٨٣،

٣ القره داغي، علي، أحكام التصرف في الديون، دراسة فقهية مقارنة، (مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، من الشاملة) ١١٤، ص ٧٣.

٤ القره داغي، أحكام التصرف في الديون، مجلة المجمع الفقهي، مرجع سابق، ١١٤، ص ٥١

أن تكون قيمة الأعيان والمنافع أقل من مقدار دين المراجعة، و عندها يسري على هذه الصورة حكم الحالة الثانية وهو الحرمة و الحظر" ^١.

ج- توريق الدين السلعي: كأن يكون الدين منتجاً زراعياً أو صناعياً موصوفاً بمواصفات تنفي عنه الغرر والجهالة فيمكن تخريج هذا على ترجيح ابن تيمية لرواية عن الإمام أحمد وعلى مذهب المالكية بجواز بيع الدين لغير المدين بثمن معجل بالشروط الثمانية التي ذكرها ^٢.

د- التوريق ببيع الأعيان والمنافع والوعد بالشراء: يبيع البنك هنا بعض الأعيان والمنافع التي يمكن استئجارها لمؤسسة مالية وبعد ذلك تقوم تلك المؤسسة بتأجير تلك الأعيان للبنك الذي باع بدايةً عن طريق الإجارة المنتهية بالتملك أو الإجارة التشغيلية. ^٣ وقد أجاز المجمع الفقهي صيغة الإجارة المنتهية بالتملك مع التفصيل وبيان المحذور منها في قراره رقم: (٤/١٢) ١١٠ في دورته الثانية عشرة بالرياض من ٢٥ جمادى الآخرة ١٤٢١هـ إلى غرة رجب ١٤٢١هـ ٢٨-٢٣ سبتمبر ٢٠٠٠م ^٤.

ثانياً: نقل الأصول في حوالة الحق: وهي إحالة الدائن حقه الذي في ذمة مدينه إلى غيره، وهي عكس حوالة الدين التي يحيل فيها المدين دينه على مدين له. وطريقة هذا أن يقوم البنك الذي يرغب في التوريق ببيع حقوقه المالية وما يتبعها من فوائد إلى شركة توريق بأقل من قيمة الدين، ثم تقوم شركة التوريق بطرحه للاكتتاب العام، وتنتهي علاقة الدائن الذي باع ديونه لشركة التوريق نهائياً بالدين في حوالة الحق ^٥.

ثالثاً: نقل الأصول عن طريق التجديد أو الاستبدال: هو عبارة عن اتفاق ثلاثي بين الدائن وشركة التوريق التي ستشتري الدين والمدين، وهذا يعني بأن شركة التوريق قد حلت محلّ الشركة الدائنة الأصلية. وأما دور شركة التوريق فهو الالتزام برّد أصل الدين بأقل من مبلغ الدين وإصدار أوراق مالية بمبلغ الدين لتكسب من الفرق ^٦. ولذا فإنها عبارة عن نقل نفس الدين الربوي الحرام والذي قال البعض بعدم جواز شراؤه ونقل نفس الفوائد الربوية المحرمة، وهو خلاف دين المؤسسات المالية الإسلامية لأنها لا تتعامل بالربا ^٧.

١ المعايير الشرعية، هيئة المراجعة والمحاسبة (النامية: البحرين ٢٠٠٩م) ص ٢٤٩.

٢ النشمي، عجيل جاسم، التوريق والتصكيك وتطبيقاتهما، مرجع سابق، ص ١٣-١٤.

٣ القرّة داغي، الصكوك الإسلامية "التوريق" وتطبيقاتها المعاصرة، مرجع سابق، ص ١٣، وبن عيد، محمد علي القري، الصكوك الإسلامية "التوريق" وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها (المجمع الفقهي، (الدورة التاسعة عشرة بالشارقة - ٢٠٠٩م) انظر من ص ٧ إلى ص ١٠.

٤ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج ١٢، ص ١٩٨٢

٥ عبد الحليم عمر، محمد، الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها، (الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الاسلامي، الشارقة- الامارات - ٢٠٠٩م) ص ١١، والقرّة داغي، الصكوك الإسلامية "التوريق" وتطبيقاتها المعاصرة، مرجع سابق، ص ١٠.

٦ عبد الحليم عمر، محمد، الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها، مرجع سابق، ص ١١. القرّة داغي، الصكوك الإسلامية "التوريق" وتطبيقاتها المعاصرة، مرجع سابق، ص ١٥.

٧ القرّة داغي، الصكوك الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٨.

المبحث الرابع: إنهاء خصومات الديون برهنها بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

الرهن لغة: جاء في لسان العرب: "قال ابن سيده: الرهن ما وضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه يقال: رهنه فلاناً داراً رهناً وارهنه إذا أخذه رهناً"^١. أما تعريف الرهن اصطلاحاً فقد تعددت تعاريف الرهن عند الفقهاء فذهب الحنفية بأنه: "جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن"^٢ ورأى المالكية بأنه: "بذل من له البيع ما يُباع أو غرراً ولو اشترط في العقد وثيقة بحق"^٣ وأما الشافعية فمالوا إلى أنه "جعل عين مال وثيقة بدين يستوفي منها"^٤ ذكر النووي في أركان الرهن الأربعة بأن أولها لا بد أن يكون عيناً ولا يصح رهن المنفعة أو الدين^٥.

وأخيراً رأى الحنابلة بأنه "توثيق دين بعين يمكن استيفاءه منها أو من ثمنها"^٦ وقد اتفقت التعاريف الأربعة على أنه المال الذي يُحبس من أجل استيفاء الدين، غير أن أهم ما ذكر في تعريف المالكية والحنفية هو تعميم حبس العين وغيرها، كما ورد التعبير بقولهم شيء مالي وهو عند الأحناف وعند المالكية ما يُباع، أي دخول الرهن في كل ما جاز بيعه ومنه الدين كما سيأتي.

ولذا يرى الباحث أن الراجح هنا يدور بين الحنفية والمالكية بيد أن تعريف المالكية أشمل وكما ذكر ذلك أحد الباحثين^٧ لأنه أفاد جواز رهن كل ما يجوز بيعه من عينٍ ودينٍ وكذا جواز رهن ما يتضمن الغرر كالعبد الآبق والبعير الشارد والثمار التي لم يبدوا صلاحها، وفيه تيسيرٌ على الراهن. لكونه شيئاً موجوداً خيراً من شيءٍ معدوم^٨.

١ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق (دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٩٤) ج ١٣، ص ١٨٨.

٢ الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٢٦.

٣ خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، مختصر خليل، ص ١٦٦، تحقيق: أحمد جاد (دار الحديث/القاهرة الطبعة: الأولى، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م).

٤ الشريبي، محمد الخطيب، مغنى المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٢١.

٥ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٨.

٦ البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، مع حاشية ابن عثيمين، مرجع سابق، ص ٣٦٤.

٧ خالد محمد إبراهيم، التصرف في الديون، مرجع سابق، ص ٣٢٥-٣٢٦.

٨ خالد محمد إبراهيم، التصرف في الديون، مرجع سابق، ص ٣٢٥، وعباد العنزي، رهن الدين وتطبيقاته المعاصرة، مجلة البحوث الإسلامية (الرياض، المملكة العربية السعودية، ع ١١٠، ١٤٣٨ هـ) ص ٢٥٠.

المطلب الأول: رهن الدين ابتداء

لما كان رهن الدين ابتداءً من أهم الأساليب التي يمكن للبنك أن يستعملها للحصول على السيولة أو الدخول في مشاريع استثمارية برهنه لبعض الديون كأسلوب ضمان ولا يضطر البنك الإسلامي إلى بيع الدين أو التوريق، وعليه فقد اختلف الفقهاء في مدى جواز رهن الدين ابتداءً على ثلاثة أقوال كالاتي:

القول الأول: ذهب جمهور الحنفية^١ والشافعية^٢ على الأصح والحنابلة في مشهور مذهبه^٣ إلى عدم جواز الرهن ابتداءً، واستدلوا بظاهر قوله تعالى ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٣] فالله - وصف الرهن بأنه مقبوض وعليه فلا يصح الرهن دون قبض، وأيضاً بأن الدين غير مقدور على تسليمه لكونه في الذمة.

نوقش استدلالهم بأن قول الله -: ﴿فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٣] بأن كلمة رهان خير لمبتدأ محذوف تقديره "الوثيقة" و"مقبوضة" صفة لرهان، فلو كان القبض ركناً لذكر مع ذكر الرهن، ولم يكن لكلمة مقبوضة معنى، وهذا يدل على ذكر القبض مقروناً مع كلمة الرهن على كونه شرطاً وليس ركناً، قال صاحب البدائع: "وصف الرهن بكونه مقبوضاً فيقتضي أن يكون القبض فيه شرطاً؛ صيانةً لخبره تعالى عن الخلف"^٤ كما أن رهن الدين لمن هو عليه هو مقبوض حكماً. وقد رأى ابن قدامة في المغنى بأن قوله - "مقبوضة" إرشادٌ لنا لا إيجاباً بدليل قوله ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٣]^٥. وأما قولهم بأن الدين غير مقدور على تسليمه فلا يصح أن يكون رهناً قلنا مثلاً بأن الدين الذي في ذمة المدين مقبوض أصلاً فهو يجوز من نفسه لنفسه.

القول الثاني: ذهب المالكية^٦ وقول عند الشافعية^٧ وبعض الحنابلة^٨ إلى جواز رهن الدين ابتداءً واستدلوا بأن الدين إذا جاز بيعه جاز رهنه ولأنه مال تحصل الوثيقة به، وقد رأى المالكية بأن القبض شرطٌ تمام وليس شرط صحة قال ابن جزى: "المسألة الثالثة في القبض وهو الحوز فهو شرط تمام في العقد وقال الشافعي وأبو حنيفة شرط صحة"^٩. كما أن المقصود من الرهن هو الاستيفاء من مالية الرهن عند تعذر الوفاء وهو في حالة

١ علي بن أبي بكر، المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٣٣.

٢ الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٩٧.

٣ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٠٦.

٤ الكاساني، أبوبكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٣٧.

٥ ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٤٦.

٦ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٣١.

٧ الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج ٢، ص ٩٢.

٨ الزركشي، محمد بن عبد الله، شرح الزركشي على مختصر الحرقى (دار العبيكان الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م). ج ٤، ص ٢٥.

٩ ابن جزى، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص ٢١٣.

رهن الدين لمن هو عليه مقبوضٌ حكماً فلا يتصور التعذر في هذه الحالة. وأيضاً لقاعدة "تنزل الديون منزلة الأعيان"^١. وأما إذا كان رهن الدين لغير المدين فأيضاً يمكن استيفاء الدين بالعقد والمطالبة به عند القاضي وهذا يعني إمكانية قبضه.

القول الثالث: وهو مروى عن الإمام أحمد وكثير من أصحابه،^٢ إذ أنهم يفرقون بين رهن الدين عند المدين وعند غيره، فيرون بجواز رهن الدين عند المدين لا عند غيره، متحججين بأن الدين إذا كان مرهوناً عند المدين يكون الدين مقبوضاً حكماً لأنه في ذمته حقيقة، بخلاف لو كان مرهوناً لغير المدين فإنه يتعذر قبضه وعليه لم يرون بجوازه لوجود الغرر في إمكانية عدم القبض.

المطلب الثاني: المناقشة

إن الترجيح في هذه المسألة يعتمد على علة منع رهن الدين ابتداءً ألا وهي الخوف من عدم القدرة على تسليم الدين، ولذا يذهب الباحث إلى أن إجازة رهن المشاع من طرف بعض المانعين^٣ يُبطل حُجَّتَهُم تلك أو يجعلها مظنة للتساؤل، حيث إن المشاع غير المقسوم، خصوصاً أنه يدخله احتمال عدم القدرة على التسليم لأنه مشاعٌ غير مقسوم قال ابن رشد: "واختلفوا في رهن المشاع فمنعه أبو حنيفة وأجازه مالك والشافعي والسبب في الخلاف في هل تُمكن حيازة المشاع أم لا تُمكن؛ كما أن قاعدة^٤ "ما جاز بيعه جاز رهنه" تقوى هذا الترجيح، وقد أخذت هيئة المحاسبة والمراجعة بهذا الرأي حيث ورد في معيار أحكام الرهن: "الأصل أن يكون المرهون عيناً، و يجوز أن يكون ديناً أو نقداً أو مالاً مثلياً" و (١٠/٢/٣): (يجوز رهن الدين سواء أكان ذلك الدين على المرتهن أو غيره)^٥.

وأخيراً يقول الباحث إن المسألة في المعاملات المصرفية شبه محسومة حيث إن الائتمان المصرفي أي الديون مقسمة ومصنفة من مراكز عالمية متخصصة في التصنيف الائتماني قد قسموا الدين عموماً إلى ديون عالية الائتمان وديون متوسطة وديون ضعيفة مثل الديون المعدومة وهي المشكوك في تحصيلها.

١ المحلى، جلال الدين، شرح المحلى على منهاج الطالبين في فقه مذهب الإمام الشافعي للشيخ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (الشاملة).

٢ البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٠٧، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مرجع سابق، ج ٥، ص ١١١.

٣ النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٨.

٤ ابن رشد، محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (دار الحديث - القاهرة، بدون طبعة ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٠م) ج ٤، ص ٥٦.

٥ السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص ٤٥٧.

٦ المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة، مرجع سابق، ص ٥٣٥.

وعليه فإن البنوك الإسلامية تستطيع أن تستفيد بالبدل الشرعي كرهن الديون عالية الائتمان والمتوسطة ولا يجوز لها أن ترهن الديون ذات التصنيف الائتماني الضعيف، بل إن المؤسسة المالية التي ستقبل رهن الديون كضمان هي التي سوف تتأكد من درجة تصنيف تلك الديون المرهونة، ومعنى قبولها للرهن تلك الديون هو بمثابة إقرار بالقدرة على تحصيل تلك الديون عموماً. وعليه فرجحان رأي القائلين بجواز رهن الدين ابتداء للمدين ولغير المدين فيه مصلحة للبنوك الإسلامية في رهن الديون المستقرة ذات التصنيف الائتماني العالي والمتوسط مما يسمح لها من استعادة بعض السيولة التي تكون البنوك الإسلامية في حاجة لها في ظرف من الظروف الملحة.

المطلب الثالث: التصرف في الديون برهنها للمدين ولغيره في القانون الكويتي

سبق بيان حكم رهن الدين ابتداء عند الفقهاء وترجيح مذهب المالكية وقول عند الشافعية بجواز رهن الدين، وهو الذي أخذت به هيئة المحاسبة والمراجعة، وأما القانون المدني فقد أكد في مادته (١٠٥١) والتي جاء فيها: "الأحكام المتعلقة بالآثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها تسري على رهن المنقول"^١ والتي تؤكد جواز رهن الدين عند غير المدين والذي يسمح للبنوك الإسلامية برهن بعض ديونها كديون المراجعة والتوريق المصرفي لدى مؤسسات مالية وتوسيع استثمارها.

وأضافت المادة (١٠٥٤) بأن الرهن لا يكون مقبولاً ونافاً في حق المدين إلا بإعلانه بالرهن أو قبوله إياه كقواعد الحوالة، وأضافت المادة أن الرهن لا يكون نافذاً في حق الغير إلا إذا حاز الدائن المرتهن سند الدين المرهون.^٢ وعليه يجوز في الراجح رهن الدين شرعاً وكذا قانوناً، حيث إن القانون المدني الكويتي قد أجاز حسب المادة (١٠٥١) رهن المنقولات والسندات وبأنها تسري على رهن المنقولات.

المطلب الرابع: مقارنة رهن الدين بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

من خلال ما سبق عرضه في رهن الدين للمدين ولغيره شرعاً وقانوناً يتلخص ما يلي:

١- يمكن القول بإيجاز بأن الرهن في الفقه الإسلامي له شروط وأركان كثيرة منها ما هو متعلق بشروط الدين المرهون وشروط الراهن والمرهون والمحل وشروط نفاذ رهن الدين، وهو ما يجعل المقارنة صعبةً ومحتاجةً إلى تفصيلٍ أكثر. بيد أنه يمكن القول بالعموم بأن القانون المدني الكويتي (١٠٥٤) وهو

١ المادة (١٠٥٤) من القانون المدني الكويتي.

٢ المادة السابقة.

بهذا يتفق في عمومته مع رهن الدين عند غير المدين شرعاً وأحكامه التي سبق ذكرها على مذهب المالكية وفي قول عند الشافعية.

٢- يختلف القانون المدني عن مذهب المالكية في جواز رهن الدَّين بأن القانون المدني اشترط كتابة الديون المرهونة في سندات، حيث أكدت المادة (١٠٥٠) بأنه: "يشترط لفاذ رهن المنقول في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يحرر العقد في ورقة ثابتة التاريخ يُبيّن فيها المبلغ المضمون والعين المرهونة بياناً كافياً. وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الرهن"^١. ومعنى هذا بأن الديون غير المكتوبة غير مقبولة في القانون المدني الكويتي، وهو خلاف ما عليه المالكية من أن رهن الدَّين يكفي فيه الإشهاد. وحتى هذا الخلاف ليس له أثر كبير في رهن ديون المراجعة والتوريق لكون هذه الديون موثقة عند البنوك ولها صكوكها وسنداتها.

٣- وكذلك يشترط القانون المدني بأن يكون الدَّين قابلاً للحوالة كما في المادة (١٠٥٤) وهو خلاف ما قرره الفقهاء من إجازة رهن كل ما يُباع^٢.

١ المادة ١٠٥٠.

٢ خالد إبراهيم، التصرف في الديون، مرجع سابق، ص ٣٦١.

الفصل الثالث: البديل الشرعي لإنهاء خصومات الديون بالمقاصة والحوالة بين الفقه

الإسلامي والقانون الكويتي

تمهيد

لما كانت المقاصة وسيلةً كغيرها من الوسائل لاستيفاء الديون لتبرأ بذلك الذمم، كان لزاماً مذاكرة المقاصة بحيثياتها سواءً في الفقه الإسلامي أو القانون المدني، والنظر في ما إذا كان مفهوم المقاصة يستوي أو يختلف في كلا الفقهين الشرعي والقانوني، متقيدين في ذلك بالقانون المدني الكويتي على اعتبار أنه موضوع هذه الرسالة، حيث أن البُغية من وراء ذلك كله أن تجد البنوك الإسلامية بعض الحلول للديون المتعثرة، وتستنفذها في تحصيل تلك الديون، وتميز عن غيرها من البنوك التقليدية، في تغليب الحلول الشرعية حتى وإن لجأت إلى المحاكم التقليدية، خاصةً إذا كانت القوانين المعمول بها لا تسوق المتخصصين إلى التعاملات المحذورة شرعاً، ومن خلال البحث والتقصي من خلال هذه الرسالة سيكون النظر فيما إذا ما كان القانون المدني الكويتي أسس بنود أحكام المقاصة بما لا يتعارض والتشريع الإسلامي أم لا، وذلك أن التقنين المعاصر تأثر كثيراً بالقوانين الغربية وخاصة ما كان في جانب المعاملات المالية.

المبحث الأول: التصرف في الديون بالمقاصة في الفقه الإسلامي

من المصادفات الكثيرة التي تجمع بين أن يكون أحد الناس دائماً لشخص فبحكم التعاملات المالية أو التجارية أصبح نفس الشخص الدائن، مديناً لدائنه، فكانت المقاصة وسيلةً من أعظم الوسائل ليسقط الدينان بقدر الأقل منها إن استوى الدينان في الجنس والصفة، مع محاولة الوقوف على حيثيات هذه المعاملة، والتعرف من خلال هذا البحث على حقيقة المقاصة، وعلى أنواعها وآثارها، والمشروع منها وغير المشروع في تعاملاتها، ومحاولة جعلها وسيلةً ناجعة من وسائل استيفاء الديون المتعثرة لدى بعض عملاء المؤسسات المصرفية الإسلامية.

المطلب الأول: التصرف في الديون بالمقاصة عند الفقهاء

أولاً: تعريف المقاصة لغةً وشرعاً:

أ- المقاصة لغة: لها عدّة معانٍ، منها تتبع الأثر تقول قصصتُ الشيء إذا تتبعتُ أثره من ذلك قول الله -: ﴿ وَقَالَتْ لِأُخْتِهِ قُصِّيهِ ﴾ [القصص: ١١] بمعنى تتبّعي أثره^١ وتأتي بمعنى البيان ومنه قول الله -: ﴿ لَحْنٌ نَقُصُّ عَلَيْكَ أَحْسَنَ الْقَصَصِ ﴾ [يوسف: ٣] أي نبين لك أحسن القصص^٢ وجاء في مادة قَصَصَ: "نقاصَ القوم: إذا قاصَّ كلَّ واحدٍ منهم صاحبه في حسابٍ أو غيره"^٣. وتأتي بمعنى المساواة في القصاص من قتل أو قطع أو جرح أو ضرب^٤، وجاء في المعجم: وقاصّه: أي كان له دَيْنٌ مثل ما على صاحبه، فجعل الدّين في مقابلة الدين^٥.

ب- المقاصة شرعاً: في الحقيقة هناك تعريفات عديدة للمقاصة أوردها العلماء باختلاف مذاهبهم، وسأذكر بعضها هنا: عرفها ابن جزّي في كتابه القوانين الفقهية بأنها "اقتطاع دَيْنٍ من دَيْنٍ، وفيها مُتاركة ومُعاضة وحوالة"^٦، وجاء في الشرح الكبير بأنها "إسقاط مالك من دَيْنٍ على غريمك في نظير ماله عليك بشروطه"^٧. وذكر الدكتور وهبة الزحيلي بأنّ هذا التعريف يشمل أنواعاً من المقاصة والمتمثلة في: "المقاصة الاتفاقية والمقاصة التي يطلبها أحد الطرفين وإن أبي الآخر"^٨، وذكر ابن القيم بأنها "سقوط أحد الدّينين بمثله جنساً وصفة"^٩، وعرفها صاحب القاموس الفقهي بأنها: "طرح كلِّ واحد ما له على الآخر مما عليه له"^{١٠}. وجاء في المعايير الشرعية: "إسقاط دَيْنٍ مطلوب لشخص من مدينه في مقابلة دَيْنٍ مطلوب من ذلك الشخص لمدينه"^{١١}.

١ ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، (بيروت: دار صادر)، جزء ١١، ص ١٩٠

٢ لسان العرب، مرجع سابق، جزء ١١، ص ١٩٠

٣ لسان العرب، مرجع سابق، ج ٧، ص ٧٣.

٤ لسان العرب، مرجع سابق، جزء ١١، ص ١٩٢

٥ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، ص ١٩٢

٦ ابن جزّي، أبو القاسم محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، تحقيق: ماجد الحموي، (بيروت: دار ابن حزم، ١٤٢٤هـ، ٢٠١٣م). ص ٤٨٦.

٧ الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (دمشق: دار الفكر، د.ط، د.ت)، ج ٣، ص ٢٢٧.

٨ الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، (دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م) ج ٥، ص ٣٧٢.

٩ ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم (دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ -

١٩٩١م) ج ١، ص ٢٤٢.

١٠ قلنجي، محمد رواس، قنبي، حامد صادق، معجم لغة الفقهاء، (بيروت: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط ٢، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م).

ص ٤٥١.

١١ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية النص الكامل للمعايير الشرعية، (المنامة: ١٤٣٧هـ)، ص ١١٣.

وجاء تعريفها في الموسوعة الفقهية الكويتية بشيءٍ من التفصيل حيث تم تعريفها بأنها: "إسقاط دينٍ مطلوبٍ لشخص من غريمه في مقابلة دينٍ مطلوبٍ من ذلك الشخص لغريمه، وذلك بأن تشغل ذمة الدائن بمثل ما له على المدين في الجنس والصفة ووقت الأداء، فعندئذٍ تقع المقاصة ويسقط الدينان إذا كانا مُتساويين في المقدار، فإن تفاوتتا في القدر سقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة، فتكون المقاصة في القدر المشترك، ويبقى أحدهما مديناً للآخر بما زاد"^١ وإذا تساوى الدينان في القدر أو القيمة يضرب الزحيلي مثلاً للمقاصة فيقول: "إذا كان لخالد دينار عند محمد، ولمحمد دينار عند خالد، تلاقى الدينان قصاصاً، وسقط حق أحدهما في مطالبة الآخر"^٢. فمن خلال التعريفات السابقة يتبين بأن المقاصة نوعٌ من الإسقاط إلا أنه إسقاطٌ بعوض، فالمقاصة بهذا أخص من الإسقاط الذي يكون بعوضٍ وبغير عوض^٣. وبعد النظر في هذه التعريفات وإن كانت قد اختلفت ألفاظها إلا أنها اتفقت في المعنى على كون أن هناك شخصان كلٌّ منهما دائن للآخر ومدينٌ له، فيسقط بالمقاصة الدينان بالتساوي في القيمة والقدر.

ثانياً: مشروعية المقاصة: تُعتبر المقاصة وسيلةً من وسائل استيفاء الدين شُرعت في ديننا الحنيف بدليل النقل، والإجماع، وفعل الصحابي ودليل العقل، فأما دليل الشرع قول الله -: ﴿ فَإِنِ آمِنَ بَعْضُكُم بِعَصَا فُلْيُودَ الَّذِي أُوتِئِنَّ أَمْنَتَهُ ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٣] وقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ [النساء: ٥٨] وجه الاستدلال من الآيتين الكريميتين على وجوب إبراء الذمم بأداء الأمانات إلى أصحابها ومن تلك الأمانات الدُّيون التي ينبغي على كل مسلم الوفاء بها بشتى الطرق كالأداء أو المقاصة وغيرها فكل دليلٍ على أداء الأمانة والوفاء بالدُّيون والعهود هو دليل على مشروعية المقاصة. أما دليل مشروعيتها من السنة فلما رُوِيَ عن ابن عمر أنه قال: "كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه، وأُعطي هذه من هذه، فأتيت رسول الله ﷺ وهو في بيت حفصة فقلت: يا رسول الله، رويدك أسألك، إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه وأُعطي هذه من هذه، فقال رسول الله ﷺ: (لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء)^٤، ففي هذا الحديث دلالةٌ على جواز "الاستبدال عن الثمن الذي في الذمة بغيره"^٥ وحديث أبي هريرة

١ الموسوعة الفقهية الكويتية، (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤٠٧هـ، ١٤٢٧هـ). ج ٢١، ص ١٣٩، ١٤٠.

٢ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٧٣.

٣ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٢٦، ٢٢٧. وينظر كذلك: اللحام، نعيم جهاد عيادة، المقاصة في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقاتها في مصارف قطاع غزة، (غزة: الجامعة الإسلامية، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م)، ص ٥٠.

٤ السجستاني، أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، (بيروت: المكتبة العصرية، د.ت). كتاب: البيوع، باب: في اقتضاء الذهب من الورق، ر: ٣٣٥٤-ج ٣، ص ٢٥٠ ضعفه الألباني.

٥ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، جزء ٥، ص ٣٧٣.

س أن النبي ﷺ قال: "الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة"^١. وفيه دليل على أن المرتهن للدابة ما يُنفقه عليها يكون قِصاصاً من ركوبها أو شرب لبنها.^٢ وذكر الزحيلي أن الاتفاق واقع على مشروعية المقاصة بين المذاهب.^٣

وقد نقل الإمام الطبري إجماع الأمة على جواز المقاصة ومشروعيتها في تفسير قول الله -: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا كَيْبَ عَلَيْكَ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ١٧٨] فقال: "والجميع مُجمعون على أن لأهل الحقوق الخيار في مقاصتهم حقوق بعضهم من بعض"^٤.

وأما مشروعية المقاصة عقلاً فإنه لا يمكن أن تتصور رجلاً يُطالب رجلاً آخر بدين هو مدين له بمثله، كأن يُطالب محمد دينه المقدر بألف دينار من مدينه عمر وفي نفس الوقت محمد مدينٌ لعمر بنفس القيمة ألف دينار فكلاهما دائنٌ ومدينٌ للآخر، فالمطالبة بالدين من أحدهما للآخر إنما هي على سبيل العتب واللغو الذي ليس من ورائه فائدة، إنما الحل الأسلم لكلا الطرفين أن يُسقطا الدينان قِصاصاً وتبرء بذلك الدّيم. ولأن "قبض نفس الدّين لا يتصور، لأنه عبارة عن مال حكمي في الذمة، أو عبارة عن الفعل، وكل ذلك لا يتصور فيه قبضه حقيقةً، فكان قبضه بقبض بدلّه وهو قبض الدّين، فتصير العين المقبوضة مضمونة على القابض وفي ذمة المقبوض منه مثلها في المالية، فيلتقيان قِصاصاً، هذا هو طريق قبض الديون، وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين أن يكون المقبوض من جنس ما عليه، أو من خلاف جنسه، لأن المقاصة إنما تتحقق بالمعنى وهو المالية، والأموال كلها في معنى المالية جنس واحد"^٥.

ثالثاً: محلّ المقاصة: هل تُعدّ المقاصة طريقة من طرق قضاء الديون واستيفائها أم أنّها من قبيل بيع الدين بالدين المعروف؟ الأصل في المقاصة أن تكون بين دينين، وذلك بأن يكون كل طرفٍ دائناً للآخر ومديناً له في نفس الوقت، فهنا تحصل المقاصة بين الدينين جبراً بمجرد ثبوت الدّين الثاني، وبهذه الطريقة يستوفي كل طرف حقه من الآخر، شريطة أن يتمثل الدينان في الجنس والصفة والحلول والتأجيل، حيث يرى الحنفية^٦،

١ البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح، مرجع سابق، كتاب الرهن - باب الرهن مركوب وحلوب، جزء ٢، ص ٨٨٨، حديث رقم ٢٣٧٧

٢ انظر خالد حسين محمد ابراهيم، التصرف في الديون وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص ٢٩٠

٣ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، جزء ٥، ص ٣٧٣.

٤ الطبري، محمد بن جرير، جامع البيان على تأويل أي القرآن، (مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م) جزء ٣، ص ٣٦٤.

٥ انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج ٣٨، ص ٣٢٩ - ٣٣١. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٧٣. المعايير الشرعية النص الكامل للمعايير الشرعية، مرجع سابق، ص ١٢٢. المقاصة في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقاتها في مصارف قطاع غزة، مرجع سابق، ص ٥٤ وما بعدها.

٦ السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، (دار المعرفة - بيروت الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م) ج ١٤،

و جمهور المالكية،^١ والشافعية،^٢ وجمهور الحنابلة،^٣ أن المقاصة مُستثناة من بيع الدين بالدين، إنما يغلب عليها معنى القضاء والاستيفاء وتُعطى أحكامه، وبناءً على هذا فإن المقاصة لا تقع بين عينٍ وعين، كما لا تقع بين دينٍ وعين. والحديث هنا عن المقاصة الجبرية التي تحصل تلقائياً. دون توقّفٍ على تراضي الطرفين، ولا على طلب أحدهما، وإن تفاوت الدينان في القدر سقط من الدين الأكثر بقدر الأقل، مع مراعات عدم الإضرار بأي طرف والبعد عن المحاذير الشرعية.^٤ بينما ذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى أنّ المقاصة تعد من قبيل بيع الدين الساقط بالدين الساقط، وتبرأ بذلك ذمة كلٍّ من الطرفين وهو أمرٌ مطلوبٌ. وهذا ما يُسمى المقاصة الاتفاقية أو الرضائية التي تحصل برضا الطرفين فإنه لا يُشترط في محل المقاصة أن تكون بين دين ودين، فيصحّ أن تكون بين دين وعين.^٥ وقد تمّ التطرّق إلى موضوع بيع الدين للمدين وسرد رأي شيخ الإسلام وتلميذه ابن القيم، في الفصل الثاني.

ثالثاً: أنواع المقاصة: قسّم الفقهاء المقاصة إلى نوعين اثنين، المقاصة الجائزة وغير الجائزة، وتنقسم المقاصة الجائزة إلى نوعين أساسيين كذلك، وهي الجبرية والاختيارية (الاتفاقية)، أما المقاصة الطلبية ويُسميها البعض القضائية فتُذكر هنا على سبيل الاستئناس والتوضيح فقط، وفيما يلي عرضٌ لأنواع المقاصة الجائزة وشروط كل نوعٍ منها. وبعد ذلك يأتي دور المقاصة الغير جائزة.

أ- المقاصة الجبرية وشروطها: وهي مقاصةٌ تحصل تلقائياً بسبب تقابل دينين في الجنس والصفة والقدر والحلول والتأجيل، فيلاحظ أن التراضي بين الطرفين في هذا النوع من المقاصة لا يُشترط^٦، حيث إنه بمجرد ثبوت دين لأحد على الآخر له عليه دين في الذمة فإن المقاصة تقع جبراً بينهما، كأن يبيع عمرو لدائنه زيد بضاعةً بألف دينار معجلة فيقوم زيدٌ بقص ثمن البضاعة من الدين الذي له على عمرو ألف دينار كانت

١ شرح الزرقاني على مختصر خليل، مرجع سابق، ج ٥، ص ٤١١

٢ السيوطي، الأشباه والنظائر، (باب: ما افتقر فيهِ الصلحُ والبَيْعُ) مرجع سابق ص ٥٢٣.

٣ البهوتي الحنبلي، شرح منتهى الارادات، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٣٥

٤ الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج ٥، ص ٤٤٩، السنكي، الشافعي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، مرجع سابق، ج ٤، ص

٤٩٣، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٠٦. علي بن سليمان، المرادوي، الإنصاف، مرجع سابق، ج ٥، ص ١١٨

٥ إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٦٤.

٦ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٧٤، الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج ٣٨، ص ٣٣١. وفي محل

المقاصة تفصيل في الموسوعة الفقهية الكويتية يُنظر في: ج ٣٨، ص ٣٣١-٣٣١.

٧ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج ٣٨، ص ٣٣١. المعايير الشرعية النص الكامل للمعايير الشرعية، مرجع سابق، ص ١١٣.

المقاصة في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقاتها في مصارف قطاع غزّة، مرجع سابق، ص ٧٣.

ديناً ثابتاً في ذمته لزيد الدائن، فتبرأ ذمة كل من عمرو وزيد بالمقاصة بين الدينين من غير تراضٍ ولا طلبٍ من الطرف الآخر بل تقع المقاصة جبراً بينهما.^١

والمقاصة الجبرية جائزة عند جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة عند تحقق الشروط وانتفاء الموانع، أما المالكية فإنهم لم يميزوها إلا بناءً على طلبٍ واتفق^٢. والصحيح أن المالكية يميزون المقاصة الجبرية في أحوالٍ معينةٍ فقط أشار إليها كلام الدسوقي بقوله: "هي إسقاط ما لك من دين على غريمك في نظير ما له عليك بشروطه وعبر بالجواز إما لأنه الغالب أو لأن المراد به الإذن الصادق بالوجوب إذا حلّ الدينان أو اتفقا أجلاً أو طلبها من حلّ دينه فإن المذهب وجوب الحكم بها".^٣ يُستنبط من هذا أن المالكية يرون بالمقاصة الجبرية في أحوالٍ ثلاثة هي: إذا حلّ الدينان معاً، أو اتفقا في الأجل، أو يطلبها من صار دينه حالاً، فعندها يحكم بالمقاصة جبراً.

٢ - شروط المقاصة الجبرية: يُشترط لجواز المقاصة الجبرية شروط أسردها، وهي كما يلي:

١- تلاقي الدينين وتقابلهما: وذلك بأن يكون كل طرفٍ دائناً للآخر ومديناً له في نفس الوقت فلو قيل أن هناك ثلاثة أشخاص (عمر، محمد، عثمان) تربطهم علاقة دائنٍ ومدينٍ كلٌّ على حدى بأن يكون عمر دائناً لمحمد بمائة دينار ومديناً لعثمان بمائة دينار كذلك ويكون عثمان دائناً لعمر بمائة دينار ومديناً لمحمد بمائة دينار ففي هذه الحالة لا يُشرع لعمر أن يُقاصَّ عثمان بما عليه من دين لمحمد، كما ليس لعثمان الحق في أن يُقاصَّ محمد بما عليه من دين لعمر حتى وإن كانت قيمة الدين بين كل طرفٍ من الأطراف الثلاثة واحدة (مائة دينار) كما هو ملاحظٌ لأن كل واحدٍ من المتقاصين ليس دائناً للآخر مباشرةً ولا مديناً له^٤.

٢- تماثل الدينين في الجنس والنوع: وذلك بأن يكونا مُتحدّين ومتساويين في الجنس والنوع، ذهب جمهور الفقهاء إلى اتّحاد الدينين في الجنس والنوع لتقع المقاصة الجبرية، فقال الحنفية: "والدينان إذا كانا من جنسين لا تقع المقاصة بينهما ما لم يتقاصّا..."^٥، وقال الشافعية: "ولو كانا من جنسين، أو وصفيين مُختلفين، لا

١ انظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٧٤.

٢ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٧٥. الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج ٣٨، ص ٣٣١.

٣ بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٢٧.

٤ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٧٥. الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج ٣٨، ص ٣٣١. المعايير الشرعية النص الكامل للمعايير الشرعية، مرجع سابق، ١١٤. المقاصة في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقاتها في مصارف قطاع غزة، مرجع سابق، ص ٧٥.

٥ الحنفي، ابن نجيم، البحر الرائق (دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) ج ٦، ص ٣٣٢.

يصير قصاصاً^١ وكذلك كان رأي الحنابلة^٢. وخالف المالكية رأي الجمهور كونهم لا يشترطون تماثل الدينين في الجنس كأن يكون أحد الدينين عيناً من ذهب أو فضة والآخر طعاماً^٣.
٣- تساوي الدينين في القدر وزناً أو عدداً: لا بد من تماثل الدينين في الوزن أو العدد حتى تقع المقاصة الجبرية أما لو اختلف القدر في الوزن أو العدد على أن تكون المقاصة بإلغاء الزائد لن تقع المقاصة لأنها اشتملت على ربا الفضل كما هو واضح^٤.

٤- اتحاد الدينين في الصفة: بحيث أن اختلاف الدينين في الصفات يؤدي إلى الإلتلاف في القيمة والانتفاع، ومن هذه الصفات التي يشترط الفقهاء توفرها ما يلي:

أولاً- الحلول والتأجيل: يشترط لوقوع المقاصة جبراً بين ديني الغريمين أن يتفقا في الحلول والتأجيل معاً، أما إذا كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً، وكذلك لو كانا مؤجلين واختلف أجل كل واحد عن الآخر فلا مجال للمقاصة جبراً، إلا أن يكون تراضياً بين الطرفين وهذا رأي جمهور الفقهاء من المالكية^٥، والحنابلة^٦، والشافعية في وجه عندهم^٧، بينما يرى الأحناف^٨، وبعض الشافعية في وجه آخر^٩، أن يكون الدينان حالين أما لو كان أحد الدينين حالاً والآخر مؤجلاً، وكذلك لو كان مؤجلين سواءً اتفقا في مدة التأجيل أم اختلفا فلا تقع المقاصة عندهم.

١ البغوي، الحسين بن مسعود بن محمد، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، (دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م) ج٣، ص٤١٩
٢ انظر الانصاف، مرجع سابق، ج٥، ص١١٨.
٣ الخرشني محمد بن عبد الله الخرشني المالكي، شرح مختصر خليل مختصر خليل (دار الفكر للطباعة - بيروت الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، الشاملة) ج٥، ص٢٣٣
٤ الحنفي، ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج٦، ص٢٧٣، الدردير، الشرح الكبير، ج٣، ص٢٢٨. التهذيب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج٣، ص٤١٩. كشاف القناع، مرجع سابق، ج٣، ص٣١٠
٥ شرح الزرقاني على المختصر، مرجع سابق، ج٥، ص٤١١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج٣، ص٢٢٨.
٦ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج١٠، ص٣٩٨.
٧ روضة الطالبين، مرجع سابق، ج١٢، ص٢٧٣
٨ البحر الرائق، مرجع سابق، ج٦، ص٣٣٢
٩ البغوي، التهذيب، مرجع سابق، ج٣، ص٤١٩

ثانياً- اتفاق الدَّينين في الجودة والرداءة: كما يشترط الأحناف، والشافعية^١ أن يتساوى الدَّينان من حيث جودة كل واحد مع الآخر وان يتساوى في الرداءة أيضاً حتى تقع المقاصة، إلا أن يتنازل صاحب الدين الأجود والأفضل ورضي بالمقاصة، ويُعتبر هذا إحساناً من صاحب الدَّين الأجود، عندها تقع المقاصة الجبرية.

ثالثاً- اتفاق الدَّينين في القوة والضعف: ذهب الحنفية إلى التمثيل له بدَّين النفقة التي تنبغي للزوجة على زوجها، حيث لا يقع القصاص على دَّين للزوج في ذمة الزوجة لأن دَّين النفقة أضعف من دَّين الزوج على زوجته إلا أن يكون ذلك بالتراضي قال في البحر الرائق: "وإذا طلبت المرأة النفقة وكان للزوج عليها دَّينٌ فقال الزوج: احسبوا لها نفقتها منه، كان جائزاً لأنها من جنس الدراهم والدنانير فتقع المقاصة عند التراضي، فرق بين هذا وبين سائر الديون، فإن هناك المقاصة تقع من غير التراضي، وهنا شرط التراضي، والفرق أن دَّين النفقة أدنى لما ذكرنا، فلا تقع المقاصة إلا بالتراضي، كما لو كان أحد الدَّينين جيداً والآخر رديئاً، بخلاف سائر الديون، لأنها جنس واحد، فلا يشترط التراضي"^٢. وقد ذكر برهان الدين محمود بن أحمد الحنفي^٣، أنّ من العلل التي حكموا بها أن دين نفقة المرأة ضعيف وهو أنقص من سائر الديون. ذلك لأن دين النفقة يسقط بالموت بخلاف سائر الديون تنتقل إلى تركة المتوفى.

ونظراً للحاجة الماسة للنفقة من أجل متطلبات حياة الزوجة المطلقة وأولادها ولاعتبارها من الضرورات فوقع المقاصة من النفقة لا يصحُّ إلا أن تكون بالخيار، ولا يتساوى الدَّينان في القوة (دين النفقة المترتب على الزوج مع دين الزوجة لزوجها) حتى تقع المقاصة بينهما إلا بحكم القاضي أو بالتراضي بينهما، وفي هذه الحال يستطيع أحد الزوجين طلب المقاصة وليس على الطرف الآخر الامتناع عن ذلك لتساوي الدَّينين في القوة. أما لو كان دين النفقة ليس مستنداً لأمر القاضي أو برضا الزوج فإن المقاصة به لا تكون إلا بطلب الزوج وليس للزوجة طلب المقاصة بدَّينها من الزوج لأن دَّينها أضعف من دَّينه في هذه الحال إلا إذا رضي الزوج، هذا رأي الأحناف بينما أ، رأياً آخر من آراء الفقهاء الشافعية^٤ يرى أن دَّين النفقة دَّينٌ صحيح وهو واجب الأداء لتبرأ به الذمة وهو كسائر الدَّيون في القوة سواءً فرضه القاضي أو وقع بالتراضي، وتقع به المقاصة

١ أبو بكر، الكاشاني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٠٧، البحر الرائق، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٧٣، العزيز شرح الوجيز، مرجع سابق، ج ١٣، ص ٥٣٨، ٥٣٩، الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بمجاشية الجمل (دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ) ج ٥، ص ٤٧٦.

٢ ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة الأولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م) ج ٦، ص ٣٣٣.

٣ بن مازة البخاري الحنفي، برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي (دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م) ج ٣، ص ٥٣٣.

٤ السنكي، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، الشافعي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (دار الكتاب الإسلامي الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ) ج ٢، ص ١٨٨، البكري الدمياطي، إعانة الطالبين، مرجع سابق، ج ٣، ص ٨١.

مطلقاً إلا أن المالكية^١، والحنابلة^٢، استثنا ما لو كانت الزوجة فقيرةً وطلب الزوج المقاصة بما له من دينٍ عليها مقابل دين النفقة فلا يُستجاب لطلبه إلا إذا رضيت الزوجة بذلك منعاً للإضرار بها.

الترجيح: فيما يبدو للباحث مما سبق ذكره أن قول الجمهور هو الأقرب إلى الصواب؛ وهو أنه لا فرق بين الديون في القوة والضعف ما دام الدين مستقرّاً في الذمة ولا فلاح إلا بأداء الأمانة وإبراء الذمم بأدائها ولا يستند رأي الحنفية إلى دليل في كون دين النفقة لا يتساوى مع دين الزوج لزوجته، والصحيح أن الدين الثابت في الذمة لأي سبب من الأسباب الصحيحة يستوي مع جميع الحقوق في القوة ويكون واجب الأداء. لا تبرأ الذمة من الدين إلا بالأداء كما هو معلوم، مع مراعاة عدم الإضرار بأحد الطرفين كما لو كانت الزوجة معسرةً كما سبق بيانه.

رابعاً- تساوي الدينين في الرواج والكساد، والرخص والغلاء: به قال الأحناف^٣، والشافعية^٤، والحنابلة^٥، فلا تقع المقاصة جبراً على الطرفين إذا كان أحدهما أفضل والآخر أدنى، فرضي أحدهما بالتقصان، وأبى الآخر، فإن أبي صاحب الأفضل لا يصير قصاصاً، ويمثل لها في لو كان أحد الدينين من دراهم والدين الآخر من دراهم رديئة، بما يسمونه دراهم "الغلة" ليست لكونها مزورةً زائفةً بل لأنها متداولةً بين التجار وتردّها بيت المال، لكونها مكسرةً أو مقطّعة، وإن كان هذا غير ملحوظٍ في عصرنا إذ أن البنوك عموماً تستقبل النقود الهشة والمقطّعة لتعيد تدويرها بطباعة ما يقابل تلك الأموال التالفة وتضخ ما يُعادها في السوق.

٥- ألا تكون المقاصة جالبةً للضرر: ومن شروط المقاصة الجبرية ألا يترتب على وقوعها حدوث ضررٍ بأحد الطرفين أو غيرهما لقوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)^٦ ومن ذلك المقاصة في دين النفقة بين الزوج وزوجته إذا كان بينهما دينٌ متبادلاً فلا يحق للزوج أن يطلب أن يكون القصاص في دين النفقة مقابل ما له من دينٍ في ذمة زوجته إذا كانت الزوجة معسرةً إذ يترتب على ذلك إضراراً بالزوجة وأولادها لو كانت فقيرةً لا تستطيع أن تُنفق على نفسها وعيالها إلا ما كان من مال النفقة، أما ما كان في الإضرار بالغير نطرح مثال كما لو بيع بعض مال المفلس على بعض غرمائه بثمن في الذمة بما يقابل ما لهم على المفلس، فلا تقع المقاصة لتعلق

١ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥١٤، الصاوي، أحمد بن محمد الخلوقي، المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (دار المعارف الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، الشاملة) ج ٢، ص ٧٤٠

٢ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ٨، ص ٢٠٦، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٣٨، ص ٣٣٧

٣ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٦٦

٤ المنشور في القواعد، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٩٢-٣٩٣.

٥ كشاف القناع، (دار الكتب العلمية) مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٩٦، وغاية المنتهى، ج ٢، ص ١١٤، الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٧٧-٣٧٨

٦ أخرجه الامام مالك في الموطأ، باب: القضاء في المرفق، مرجع سابق، برقم: ٣١.

باقي الغرماء بمال المفلس، وليس فقط البعض منهم^١، إلا إذا وجد أحد الغرماء متاعه بعينه عند المفلس، فهو أحق به من بقية الغرماء، لما روى الشيخان من حديث أبي هريرة لس أن النبي ﷺ قال: (من أدرك ماله بعينه عند رجلٍ أو إنسانٍ قد أفلس فهو أحق به من غيره)^٢.

٦- ألا يترتب على المقاصة محظورٌ شرعي: ومن شروط المقاصة الجبرية كأن تكون المقاصة في رأس مال السلم قبل قبضه بدينٍ سبق وجوبه، لما يترتب على ذلك فوات شرط قبض رأس مال السلم قبل التفريق من مجلس العقد، ولأنه داخلٌ في النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، ونص جمهور الفقهاء على وجوب قبض رأس مال السلم قبل التفريق من مجلس العقد وإلا فهو استبدال دينٍ مكان دينٍ وهو غير مشروع^٣. ومن المحذورات الشرعية التعاملات الربوية أو ما فيها شبهة الربا كما لو كان أحد الدينين ذهباً والآخر فضة وكانا مؤجلين، أو كان واحد من الدينين حالاً والآخر مؤجلاً، أو اندرج تحت قرضٍ جرّ نفعاً، أو بيع الطعام قبل قبضه، فكل هذه التعاملات محضورة شرعاً وجب التنبيه عليها.

ب- المقاصة الاتفاقية: ويُسميها البعض الاختيارية أو الرضائية، وهي ليست كالجبرية التي تقع تلقائياً، فإن كان الدينان من جنسين مختلفين أو مُتفاوتين في القيمة أو في الوصف أو كان الدينان مؤجلين أو أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً، أو كان أحدهما قوياً والآخر ضعيفاً فلا تقع المقاصة إلا بتراضي المتدائنين سواء اتحد سببهما أو اختلف أو كان أحدهما ديناً والآخر عيناً، والمقصود بهذه المقاصة: "سقوط الدينين بتراضي الطرفين على انقضاء الالتزام بينهما"^٤ وهي التي تتم بالتراضي بين الطرفين عند اختلاف جنس الدينين كما سبق الإشارة إليه، ولم يشترط الفقهاء إلا تراضي الطرفين إذا تلاقا الدينان، شريطة أن يكون كل طرفٍ دائناً للآخر ومديناً له في نفس الوقت، تساقط الدينين إن تساوا في القيمة، وإلا سقط من الأكثر بقدر الأقل إن كانا مُتفاوتين في القيمة بينهما. شريطة ألا يترتب على المقاصة محظورٌ شرعي مثل التعاملات الربوية، أو ما فيه شبهة الربا^٥.

١ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٧٨، ٣٧٩.

٢ صحيح البخاري، مرجع سابق، ج ٢، ص ٨٤٦، رقم ٢٢٧٢، وصحيح مسلم، مرجع سابق، ج ٣، ص ١١٩٣، رقم ١٥٥٩.

٣ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٠٦ و ٢٣٤ البحر الرائق، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢١٦، مالك بن أنس، المدونة، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٨٢، المنثور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٩٣ و ٣٩٤. أسنى المطالب، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٩٤، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مرجع سابق، ج ٥، ص ١١٨، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٨٢.

٤ البحر الرائق، مرجع سابق، ج ٦، ص ٣٣٢ القوانين الفقهية، مرجع سابق (الشاملة) ص ١٩٣، المغني، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٣٩٨.

٥ البحر الرائق، مرجع سابق، ج ٦، ص ٣٣٢-٣٣٣. الحرشي على مختصر خليل، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٣٣، أسنى المطالب، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٩٤، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ١٠، ص ٣٩٨. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج ٥، ص ١١٨.

ج- المقاصة الطلبية: ويُسميها البعض القضائية، لأن المطالبة بها تتم عن طريق اللجوء إلى القضاء، وإن كان الكثير لا يُقرّ بهذا النوع من المقاصة ويحاول الباحث أن يذكرها ويوضح متطلبات هذا النوع من المقاصة لتعم الفائدة إذ لا مشاحة في الاصطلاح.

يمكن تعريف هذا النوع من المقاصة على أنه طلب صاحب الحق الأفضل والأقوى المقاصة من صاحب الحق الأضعف أو الرديء، إذ يُعتبر تنازلاً من الأول لِيُسقط الدينين، مثل أن يتنازل صاحب التمر الأجود لأن يأخذ التمر الأقل جودةً من غريمه قِصاصاً لما بينهما من دين، أو أن يكون أحد الدينين حالاً والآخر مؤجلاً، وهذه الخاصية هي التي تفرقها وتميزها عن المقاصة الجبرية. وقد وقع خلافٌ بين أهل العلم على مشروعيتها إلى مانعٍ ومُجيز، فالذين يقولون بالمنع هم: المالكية^١، الذين لا يرون إلا بالمقاصة الاتفاقية في المشهور عندهم وقولٌ للشافعية، إذ أنهم يشترطون رضا الطرفين أو أحدهما لوقوع المقاصة قياساً على الحوالة^٢. والحنابلة الذين يقولون بالمنع كما لو كان أحد الدينين حالاً والآخر مؤجلاً^٣، ويشترطون لها شروطاً، فلو نُظِرَ إلى تلك الشروط لوجدناها هي نفسها شروط المقاصة الجبرية غير أنها لا يُشترط فيها رضا الطرفين كما هو الحال، إنما تقتصر على مُطالبة صاحب الحق الأفضل. وهي تختلف عن الحوالة، لأن الحوالة هي نقلٌ للدين من ذمةٍ إلى أخرى، أما المقاصة فتبرأ بها الذمتان. والذين يقولو بجواز هذا النوع من المقاصة: الأحناف^٤ والمالكية^٥ في رأيٍ لهم، وكذا الشافعية^٦ والحنابلة^٧.

وشروط المقاصة الطلبية هي خليطٌ من شروط المقاصة الجبرية: وهو تماثل الدينين في الجنس والنوع ولا يُشترط تماثلهما في الصفة والأجل كما هو الحال في المقاصة الجبرية، كما يشترطون ألا يتعلق أحد الدينين بحقٍ لأحد، كحق المرتهن في العين المرهونة مثلاً. ومن الشروط كذلك أن يكون كل طرفٍ دائناً ومديناً للآخر. وخلاصة القول أنّ المقاصة الطلبية هذه لم تنفرد إلا بشرطٍ واحد فقط وهو تنازل صاحب الدين الأفضل والأقوى لصاحب الدين الأضعف والأقل جودةً من دين صاحبه عنده، كأن يكون دينه أفضل في الصفة، أو كان الدين موثقاً برهن، أو كفالةٍ أو كان أجل دينه حالاً والآخر مؤجلاً، أو لأي اعتبارات تجعل أحد

١ مالك بن انس، المدونة، مرجع سابق، ج٣، ص ١٨٢

٢ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج١٢، ص ٢٧٣

٣ البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، ج٣، ص ٣١٠، الانصاف، مرجع سابق، ج٥، ص ١١٨

٤ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج٥، ص ٢٠٧، البحر الرائق، مرجع سابق، ج٦، ص ٢٧٣.

٥ الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٢٧، منح الجليل، مرجع سابق، ج٥، ص ٤١١، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص

١٩٣

٦ الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج٨، ص ٧٧.

٧ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج١٠، ص ٤٢٥.

الدَّيْنَيْنِ أَجُودَ مِنَ الْآخَرِ. فَإِذَا تَنَازَلَ صَاحِبُ الدَّيْنِ الْأَجُودِ لِأَصْحَابِ الدَّيْنِ الْأَضْعَفِ صَحَّتْ الْمَقَاصَةُ وَإِلَّا فَلَا.^١

الترجيح: إن المقاصة يتم بها استيفاءً للحقوق وتبرأ بها الذمم مع البعد عن المحاذير الشرعية في ذلك، وهذا من مقاصد الشريعة التي انبثرت على السعي لإبراء ذمم الناس من حقوق العباد بكل الطرق المشروعة. كما أنه لو أعطى المدينُّ لدائنه الأجود وأفضل ما لديه على أن يكون قِصاصاً لما عليه من دينٍ رديءٍ لغريمه فعندها يجبر صاحب الدين الأضعف على قبول المقاصة لا محالة وهذا عين الصواب. ومن الواضح أن صاحب الدين الأفضل تنازل لصاحب الدين الأضعف بمحض إرادته واختياره وليس في الشرع ما يمنع ذلك.

والرأي الذي يميل له الباحث بعد عرض المقاصة القضائية هذه أنها تحمل شروطاً إذا اختلت هذه الشروط فلا يمكن أن تقع هذه المقاصة لا طلبية ولا جبرية وقد تقع مقاصة اتفافية إذا استوفت شروطها التي تبدوا الأقرب إلى هذا النوع من المقاصة، ومن جهةٍ أخرى أن المقاصة هذه إذا لجأ أحد أطرافها إلى القضاء كما هو الحال في المقاصة الجبرية، لا يمكن للقاضي أن يخرج عن شروط المقاصة سواء الجبرية أو الاتفافية، لأن القاضي لا يُنشئ أحكاماً، إنما يكون وسيلةً لتنفيذ أحكام المقاصة على نوعيها إذا استوفت شروطها من غير إضرارٍ بأحد، مع البعد عن المحاذير الشرعية، إنما الغرض من وراءها إبراء الذمم واستيفاءً للحقوق. ولأن القاضي مهمته الفصل في النزاعات والخصومات، وهو وسيلةٌ لإظهار الحق ومثبتٌ لوجوده من قبل، فلو قيل إن القاضي حكم بالمقاصة القضائية وكأن الأمر جُزم بأن القاضي أنشأ لها أحكاماً لم تكن موجودةً من قبل، وهذا غير صحيح. كما أنه لا يستطيع القاضي أن يحكم بالمقاصة جبراً إذا كان الدينان غير متماثلين فكان مختلفين في النوع أو الصفة أو الجودة والرداءة، أو الحلول والتأجيل، إلا إذا رضي طرفا المقاصة بذلك، أو تنازل صاحب الحق الأفضل منهما.

وعليه فإن المقاصة بنوعيها الجبرية والاتفافية إذا استوفت شروطها وانتفت موانعها، كانت هي الشرعة القانونية التي تحوّل للقاضي إيقاع المقاصة بين الخصمين ولا يمكن إجبار أحدٍ عليها خارج تلك الشروط، اللهم إلا أن القاضي يملك القوة القهرية التي تنفذ أحكامها، بما يكفل إرجاع الحقوق إلى أصحابها والأمور إلى نصابها من غير إضرارٍ بأحد في حقٍّ من حقوقه^٢. كما أنه لا يمكن أن نقيس المقاصة على الحوالة، لأن في الحوالة ذمة المحيل تبرأ من الدين ويقع الالتزام بالدين في ذمة المحال، أي أنه تحويل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى، بخلاف المقاصة التي تبرأ بها ذمة كلا الطرفين باعتبار كل واحد منهما دائماً ومديناً للآخر.

١ انظر شروط المقاصة الجبرية التي ذكرت سابقاً.

٢ انظر السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، فقرة ٥٥٩، ٥٦٠، ص ٩٣٨ وما بعدها

د- **المقاصة الباطلة:** هناك نوع آخر من المقاصة وهو المقاصة غير الجائزة، وذلك حين يتخلف شرط من شروط المقاصة السابقة ذكرها، كأن يترتب عليها محظور شرعي أو مخالفة حكم شرعي، وذكر العلماء صوراً لبعض المسائل التي يمكن أن تقع فيها المقاصة غير الجائزة نذكر منها ما يلي:

١- **بعض مسائل الصرف** لو وقعت المقاصة بين ديني المتصارفين بعد التفرق من مجلس عقد الصرف كانت باطلة وكان العقد باطلاً، ولأن المقاصة لا تكون إلا بوجود دين صحيح بين المتعاقدين^١. أما لو تقاصّ المدينان بدين سابق أضافاً إليه العقد، وقعت المقاصة في نفس العقد بلا توقف على إرادة العاقدين لها، جاز ذلك، وكذلك لو كان الدين لاحقاً، أو بدين ثبت للمدين في مجلس العقد عن طريق قبض مضمون كل ذلك جائز^٢.

٢- **في رأس مال السلم:** إذ المقاصة غير جائزة "برأس مال السلم مع دين آخر مطلقاً، حتى ولو اتفق عليه الطرفان، ولكونه تصرف في رأس مال السلم قبل قبضه وهو منهي عنه شرعاً، وهو من قبيل مبادلة كاليء بكاليء وجمهور الفقهاء أحناف^٣ وشافعية^٤ وحنابلة^٥ على وجوب قبض رأس مال السلم في مجلس العقد وإلا فالمقاصة باطلة.

٣- **في المسلم فيه:** كأن يسلم رجل إلى آخر في مكيالٍ من تمر أو شعير، ثم يسلم الآخر إليه نفس الذي أسلم إليه الأول كذلك، وأجلهما واحد، وصفتها واحدة أو مختلفة لأنه من قبيل بيع ما لا يملك فكل من الطرفين لم يقبض من الآخر شيئاً، وإنما أخذ به ديناً عليه، ولا يجوز له أن يأخذ إلا الذي أسلم فيه أو رأس ماله^٦.

١ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٠٧، المبسوط، مرجع سابق، ج ١٤، ص ١٩. بن عبد البر القرطبي، يوسف بن عبد الله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني (مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م) ج ٢، ص ٦٩١-٦٩٢، أسنى المطالب، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٩٤، الإنصاف، مرجع سابق، ج ٥، ص ١١٨.

٢ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٠٦، والبحر الرائق، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢١٦ المنشور في قواعد الزركشي، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٩٣ و ٣٩٤، أسنى المطالب، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٩٤. الإنصاف، مرجع سابق، ج ٥، ص ١١٨.

٦ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٨٢. المقاصة في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقها في مصارف قطاع غزة، مرجع سابق، ص ١٢٠.

٤- **المقاصة في المسلم فيه بعد الإقالة**^١: حكم المقاصة في المسلم فيه بعد الإقالة، كحكم المسلم فيه، وكذلك لو كان الدينان من غير الأثمان، فإن تقابل طرفا السلم لم يكن للمسلم أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله^٢، لما روى ابن أبي شيبه عن عبد الله بن مغفل رضي الله عنه " في رجل أسلم مائة درهم في طعام، فأخذ نصف سلمه طعاماً وعسر عليه النصف، فقال له عبد الله: لا تأخذ إلا سلمك، أو رأس مالك جميعاً"^٣ يقصد عند الفسخ فلا يجوز التصرف فيه قبل القبض كالمبيع، ولما كانت المقاصة في رأس مال السلم تصرف فيه قبل قبضه، أوضح الحديث السابق الذكر النهي عن ذلك. وقال صاحب الإنصاف من الخبائلة^٤: "أما إن كان الدينان أو أحدهما دين سلمً امتنعت المقاصة قولاً واحداً، قطع به الأصحاب منهم صاحب المحرر، والنظم، والرعايتين، والحاويين، والفروع والفائق وغيرهم". خلاصة القول إن رأس مال السلم إذا صارت فيه إقالة حكمه عدم الجواز مثل حكم المسلم فيه تماماً، على اعتبار أنه لا تجوز المقاصة بالمسلم فيه، لأنه مبيع منقول لا ينبغي التصرف فيه قبل القبض، فكذلك عدم جواز المقاصة برأس مال السلم بعد الإقالة كما لو كان ذلك قبل الإقالة.

٥- **عند وجود شبهة الربا ولو بالتراضي**: لا يوجد خلاف بين أهل العلم في التحريم إذا كانت المقاصة تؤدي إلى شيء من الربا فإنها تُعتبر غير جائزة، كالنفع الذي يترتب على القرض^٥.

٦- **المقاصة في الزكاة**: إذا كان لرجل دين على رجل فقير فقال الدائن الغني لمدينه الفقير جعلت زكاتي لك قصاصاً بما لي عندك من دين، للشافعية فيه روايتان: أولها أن الدين لا يسقط قصاصاً، حتى يقبض الرجل الفقير الزكاة ويصير ما قبضه من مال الزكاة في ملكه، ثم إن شاء رده إلى دائنه فيصير قصاصاً بالدين الذي عليه^٦. وبهذا أفتت اللجنة الدائمة للإفتاء لهيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بعد سؤال ورد إليها ما

١ الإقالة هي: في اللغة: "الفسخ والإزالة"، لسان العرب، مرجع سابق، ج ١١، ص ٥٨٠، واصطلاحاً هي: "رفع حكم العقد وآثاره باختيار المتعاقدين" انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٢٤.

٢ الفتاوى الهندية، المؤلف: لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي (دار الفكر الطبعة: الثانية، ١٣١٠هـ) ج ٣، ص ١٨٨، ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير (دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ) ج ٧، ص ١٠١، الزحيلي، الفقه الإسلامي، مرجع سابق، وأدلته، ج ٥، ص ٣٨٢-٣٨٣.

٣ أخرجه ابن أبي شيبه في المصنف، ج ٤، ص ٢٧٠، رقم ٢٠٠٢، ورواه أبو داود، وابن ماجه، عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً إلى الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره". وهو حديث حسن، وله شواهد متعددة، كما قاله الزيلعي، نصب الراية، ج ٤، ص ٥١.

٤ الماوردي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مرجع سابق، ج ٥، ص ١١٨.

٥ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

٦ المنشور في القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٩٦، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٢٠، والجاوي، محمد بن عمر بن علي بن نوي، نهاية الزين في إرشاد المبتدئين، (دار الفكر، بيروت، ط ١ بدون تاريخ) ج ١، ص ١٨٢.

نصه: " ولا يجوز أن تحتسب الدين على معسر مقابل الزكاة؛ لأن الزكاة أخذ وعطاء، فلا يجوز لك ذلك، ولأن في ذلك حماية للمالك بالزكاة".¹ والقول الثاني: أنه يجوز للغني أن يجعل زكاته قصاصاً بما له على الفقير من دين، قياساً على الوديعة، أي أنه لو كان هناك وديعة عند شخص، وكان للمودع دين على صاحب الوديعة، عندئذ فإن الدين يسقط قصاصاً من مال صاحب الوديعة.²

الترجيح: والصحيح أن القول الأول هو الراجح: لأن الزكاة عبادة من العبادات التي تُبنى على نية أن الغني يخرج ما كتبه الله في ماله للفقراء، من غير أن يكون ذلك مقيداً بموضوع المقاصة، إذا كانت الزكاة موجهة لرجلٍ يستحقها من الفقراء، نكون قد وجهنا الزكاة لشخصٍ دون آخر ممن تجب فيه الزكاة لارتباط صاحب المال بمصلحة له، أنه يريد أن يستفيد من أداء زكاته للرجل الذي يربطه به دينٌ كائن له في ذمته، والمعلوم أن الزكاة تكون للأقرب من مُستحقها، والأقربون أولى بالمعروف، فإن الزكاة لهم زكاةً وصلته، كما أخبر النبي ﷺ: "الصدقة على الفقير صدقة، وعلى ذي الرحم اثنتان صدقة وصلته"³، فتخرج الزكاة عن مقصدها حينئذ بنية فاسدة، والأمر الآخر أن الفقير عندما يقبض الزكاة هو حرٌّ في ماله إن شاء أدى ما عليه من دينٍ من غير إلزامه بالمقاصة مع دائنه، وإن كان الواجب قضاء الديون إذ هو من الأوليات لكي تبرأ به الذمم، شريطة أن يكون بإرادته، وإنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى، سئل شيخ الإسلام ابن تيمية عن إسقاط الدين عن المعسر، هل يجوز أن يحسبه من الزكاة؟ فأجاب: "وأما إسقاط الدين عن المعسر فلا يجزئ عن زكاة العين بلا نزاع"⁴، وأما قياس المقاصة مع الوديعة هنا قياس مع الفارق.

٧- المقاصة في الوديعة: الوديعة هي أمانةٌ وُضعت عند الغير للحفاظ عليها،⁵ وقيل: "هو توكيلٌ من المالك، أو نائبه، للآخر بحفظ مال، واختصاص".⁶ ذهب الأحناف إلى أنه إذا كان لرجلٍ دينٌ على صاحب الوديعة هو من جنس الوديعة لم تقع المقاصة في الوديعة إلا إذا اجتمع الدائن المودع والمدين صاحب الوديعة شريطة أن تكون الوديعة في يد الوديع حقيقة، وإلا فلا تقع المقاصة.⁷ ويشبه هذا ما ذكره الزركشي من

¹ مجلة البحوث الإسلامية، مرجع سابق، العدد ٦٠، ص ١٠٤.

² محمد بن أحمد الشريبي الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٣١، محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٢٠.

³ أخرجه الترمذي ٦٥٨، والنسائي ٢٥٨٢، وابن ماجه ١٨٤٤، وصححه الألباني (انظر صحيح السنن للألباني)

⁴ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، كتاب الزكاة، مرجع سابق، ج ٢٥، ص ٨٤.

⁵ الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف، التعريفات، ضبطه وصححه جماعة من العلماء (دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة: الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م) ص ٢٥١.

⁶ سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، (دار الفكر - دمشق - سورية الطبعة: الثانية ١٤٠٨ هـ = ١٩٨٨ م) ص ٣٧٦.

⁷ الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٣٠، ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج ٥، ص ٢٦٦.

الشَّافِعِيَّة بقوله: "إذا كان لشخص على الفقير دين، فقال جعلته عن زكاتي لا يجزيه في الأصحَّ حتى يقبضه، ثمَّ يرده إليه إن شاء كما لو كان له ودیعة".^١ وبعد التتبع والاستقراء لم أقف على رأي مخالف من أقوال أصحاب المذاهب الأخرى وغيرهم.

٨- المقاصة في الكفالة: ينصَّ الحنفية على أنَّه إذا كان كفيل المديون مدينًا للمكفول له، من جنس الدَّين المكفول به، فيقع القصاص جبراً من غير رضاهما، أما إن كان الدين من غير جنس المكفول به فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضي الدَّائن المكفول له مع كفيل المديون لا مع المديون^٢.

أ- مقتضى المقاصة: إن مقتضى المقاصة إسقاطٌ يحمل معنى الوفاء، وهو إسقاطٌ بعوضٍ تبرأ به الذمة إذا وقعت المقاصة مستوفيةً لجميع شروطها، ومنتهيةً لموانعها، فيسقط بعد ذلك الدَّينان إذا كانا مُتساويين في القيمة، وإلا سقط من الأكثر مقدار الأقل، أو رضي صاحب الأفضل، وتبرأ بعد ذلك ذمة المتقاصين اللذان كانت ذمة كل واحدٍ منهما مشغولةً بدين الآخر، وتسقط المطالبة بهما معاً، وهو قول جمهور الفقهاء،^٣ وهو القول الصحيح، بخلاف الحنفية الذين قالوا أن المقاصة لا تُسقط أصل الدَّين، ولكن تُسقط المطالبة به، أما الدَّين فيبقى في الذمة، إلا أنه لا تصح المطالبة به^٤، وفي هذا الكلام نظر.

ب- نقض المقاصة: الحقيقة أن المقاصة إذا أُجرت على وجهها الصحيح مستوفيةً جميع شروطها فعندئذٍ لا يمكن نقضها بفسخٍ أو بغيره، لأنها في حكم الساقط، فلا يمكن للدَّين الساقط أن يعود بعدما برأت بالمقاصة الذمَّ وسقطت المطالبة بالدَّينين كما سبق بيانه. ولكن إذا تبين أن المقاصة تطرقت إليها ما يفسدها فإن المقاصة تقع ناقصةً موءودة نذكر منها ما يلي:

-الحالة الأولى: كما لو كان أحد الدائنين لا حق له في استيفاء كل الدَّين الذي انبرت عليه المقاصة، مثاله: أن يبيع عمرو لدائنه زيداً من الناس في حال صحته وعافيته، بضاعةً بقدر الدَّين الذي في ذمته لزيد، على يكون ثمن المبيع مؤجلاً، على أن يكون قصاصاً إذا حل أجله، فباغت الموت المدين عمرو، وكانت عليه ديونٌ وغرماء، فصار ثمن المبيع شركة بين جميع الغرماء، ولا يحق لزيد أن يستوفي ثمن المبيع قصاصاً من الدَّين الذي

١ الزركشي، المنشور في القواعد، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٩٦.

٢ الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج ٣٨، ص ٣٣٩، محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، (المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق الطبعة: الثانية، ١٣٠٨ هـ - ١٨٩١ م) المادة ٢٣١.

٣ ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٧٨ و ١٧٩، مالك بن أنس، المدونة، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٨٣، الأنصاري، أسنى المطالب، مرجع سابق، ج ٤، ص ٤٩٣، ٤٩٤، البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣١٠.

٤ انظر الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٨٤، ٣٨٥.

له في ذمة عمرو إلا بالقدر الذي يُصيبه مع الغرماء، بخلاف لو كان زيدٌ في حياته لتمت المقاصة بينهما ولم يكن للغرماء الحق في الاعتراض عليها.

- **الحالة الثانية:** أن يزول أحد الدَّينين قبل قبضه بفساد عينه مثلاً، مثاله: أن يبيع الوكيل لمدينه عيناً على أن يكون ثمن المبيع قصاصاً بينهما، إلا أنّ الوكيل تأخّر في تسليم العين المبيعة حتى فسدت، فعند إذ تُعتبر المقاصة لاغية، ولأن البيع لم يتم أساساً لعدم تسليم المبيع لصاحبه^١.

الترجيح: من أجل الخوض في الموضوع يُطرحُ تساؤلٌ حتى يتم التوصل إلى خلاصة هذا الموضوع مع إبراز رأي الباحث الذي توصل إليه والسؤال المطروح هو: هل المقاصة نوعٌ من أنواع الإسقاط، وهو الإسقاط بعوض، أم أنّها من قبيل بيع دينٍ بدين، أم هي حوالة، أم ماذا؟

سبق أن تمت الإجابة على كون المقاصة نوعاً من أنواع استيفاء الديون، وهو إسقاطٌ بعوض، وتُعد طريقة من الطرق المثلى للحصول على الحقوق بين المتدائنين وإبراء الذمم، وبالغ بعض الفقهاء الحنفية بالقول إنّها الطريقة الوحيدة لقضاء الديون^٢، وإن كان الصواب أنّها واحدةٌ من طرق كثيرةٍ لتحصيل الحقوق واستيفائها، وقولهم أن المقاصة لا تُسقط أصل الدين، وإنما تسقط المطالبة به، وفي الحقيقة أنّ هذا الرأي لا يتقبله المنطق والعقل، وهو لا يستند لأي دليلٍ يرتكز عليه وجاء بنقيض ما بنيت عليه أحكام المقاصة التي أُسست على أدلة نقلية وعقلية والتي أثبتت أن المقاصة المستكملة للشروط والبعيدة عن الموانع يسقط بها الدَّينان وتسقط بذلك المطالبة بهما وتبرأ بذلك ذمة المتقاصين وهذا هو الحق والعدل الذي انبثت عليه شريعة الإسلام.

والقول بأنّها من قبيل بيع الدين بالدين قولٌ مجانبٌ للصواب على إطلاقه، فلو قيل إنه من قبيل بيع الدين لغير المدين لتطلب وجود في عقد المقاصة ثلاثة أطرافٍ بينما طرفا المقاصة اثنان فقط دائنٌ ومدينٌ. وإن قيل إنّها من قبيل بيع الدين للمدين نفسه، فإنه وإن كان يتفق مع المقاصة في بعض الأحيان كما مال إلى هذا الرأي شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، فإنه يختلف معها في أوجهٍ أخرى لعل الباحث يذكر منها ما يلي:

أولاً: بيع الدين للمدين يختلف مع المقاصة لكون بيع الدين عقداً معاوضة، أي أن كل طرفٍ من المدينين يأخذ حق غيره عوضاً عن حق صاحبه الذي في ذمته، وبهذه الطريقة يكون كل واحدٍ أخذ حقه وأدى الذي عليه عن طريق المعاوضة، بينما غالباً ما تكون المقاصة مجرد سقوط للدَّينين ليس إلا.

١ المرجع السابق، ج ٥، ص ٣٨٥.

٢ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص ٣٠٥.

ثانياً: لوقوع المقاصة لا بد من أن يكون الطرفان كل واحدٍ منهما دائئاً للآخر ومدينٌ له في نفس الوقت بينما يبيع الدَّين للمدين يتطلب وجود دَينٍ ثابت في ذمة المشتري المدين لدائنه البائع، أي وجودُ دَينٍ واحدٍ فقط، بخلاف المقاصة التي تقضي وجودَ دينين في ذمة الطرفين.

ثالثاً: ومن المفارقات كذلك أنَّ العِوض في بيع الدَّين للمدين قد يكون معيناً، وقد يكون ديناً سابق التقرُّر في الذمة، وقد يكون موصوفاً غير مُعيَّن، بخلاف أن العِوض في المقاصة يجب أن يكون ديناً سابق التقرُّر في الذمة.^١ ورأي الباحث أن المقاصة تختلف عن بيع الدين لما ذكر من مفارقاتٍ بينهما وأنها طريقةٌ مستقلة بذاتها كغيرها من الطرق لقضاء الدُّيون واستيفائها وإسقاطها من الذمة بعوضٍ.

والقولُ أن المقاصة من قبيل الحوالة غلطٌ بائن لأن الحوالة نقلٌ للدَّين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وتبرأ ذمة المحيل من الدَّين ويقع الالتزام بالدَّين في ذمة المحال إذا استجمعت الحوالة جميع أركانها وشروطها وهو رأي الجمهور^٢ بينما المقاصة سقوط أحد الدَّينين بمثله بشروطه، وبراءة ذمة المدينين.

المطلب الثاني: حالات استفادة البنك الإسلامي من التصرف في الديون بالمقاصة

جرت عادة القوانين الوضعية على تقسيم المقاصة إلى مقاصة قانونية (جبرية) والتي هي: يسقط فيها الدَّينان تلقائياً دون مُطالبة من الطرفين، ومقاصة اختيارية (اتفاقية) وتعني سقوط أو إنهاء الدَّينين بالتراضي بينهما، ومقاصة القضائية وهي التي يحكم فيها بسقوط الدَّينين بطلبٍ من صاحب الحق الأفضل. وقد جاء في المادة ٤٢٥ بأن: "للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه، وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدَّينين إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة، وكان كلٌّ منهما خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاء"^٣ وهو ما يقابل المادة (٣٦٢) من القانون المدني المصري.

وأما أثر المقاصة فهو انقضاء الدَّينين كما أكّدت عليه المادة (٤٢٨): "... ويترتب على المقاصة

انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة"^٤.

١ أسامة اللاحم، بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الاسلامي، (دار الميمان للنشر والتوزيع - الرياض الطبعة الأولى ١٤٣٣ هجري - ٢٠١٢م) ص ٧٠١، ٧٠٢.

٢ ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٣٨، الحطاب الرُّعيني، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج ٥، ص ٩٣، النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٣١، ٢٣٢، ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ٣٩٠، ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج ٦، ص ٣٩٢.

٣ القانون المدني الكويتي، ص ١٣٢.

٤ القانون المدني الكويتي، ص ١٣٣.

وأما صور الاستفادة من البنوك والتصرف في الديون بالمقاصة فهي كما ورد في مفهوم المقاصة، حيث يستطيع المصرف الإسلامي والعميل المقاصة بينهما بأن يتطارحا دَينهما أي يُسقطان الدَّينين بينهما إذا كان المصرف مديناً للعمل وبمبلغ ماليٍّ وفي نفس الوقت دائناً للعميل نفسه.

١- المقاصة بين البنوك^١ والتي يتولاها البنك المركزي كالمقاصة الإلكترونية، وصورتها بأن يقوم المصرف الذي تلقى الصك بتصويره ثم إرسال صورة ضوئية منه للبنك المركزي الذي بدوره يُرسل نفس الصورة للبنك المسحوب عليه ليتم التأكد والمصادقة على صرفه، ثم يُرسل إلكترونياً الموافقة أو الرفض للبنك المركزي، ثم منه إلى المصرف المقدم للصك كي يقوم بصرفه أو رفضه. وبالنسبة للتكليف الفقهي أو الشرعي للمقاصة هاته. فهي عبارة عن مقاصة يتم توكيل العملاء للمصارف التي يتعاملون معها في تقديم خدمات و صرف شيكاتٍ من مصارف أخرى وقبض ثمنها ولا حرج على المصرف بتقاضي عمولةٍ على هذا العمل باعتبارها وكالةً مشروعةً بأجر.

٢- المقاصة في الدُّيون المستقبلية بين العميل والمصرف الإسلامي وهو عبارة عن اتِّفاق بين العميل والمصرف على ما ينشأ بينهما من دُيون مستقبلية^٢، ومال المعيار الشرعي رقم (٤) إلى جواز ذلك إذا كان الدَّينان بعملتين مُختلفتين وبسعر الصرف يوم المقاصة، جاء فيه: "وإذا كان الدينان بعملتين مختلفتين فتكون المواعدة بإجراء المقاصة بينهما بسعر الصرف السائد عند وقوع المقاصة، منعا للتواطؤ على الربا"^٣.

٣- المقاصة في الدُّيون الناشئة عن البيوع الآجلة بين المصرف والعميل^٤.

٤- المقاصة في عقود المستقبلات والتي غالباً ما تتم على عقود آجلة ويكون الاستلام والتسليم فيه آجل؛ فالثمن مؤجلٌ والسلعة أيضاً مؤجلةٌ وتشتمل غالباً على بيع كاليء بكاليء.

١ عبد الله، الديرشوي، المقاصة بين الديون النقدية تأصيل شرعي وتطبيقات معاصرة، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دبي، ٣١ مايو-٣ يونيو ٢٠٠٩م، ص ٣١-٣٢ وص ٣٤-٣٦.

٢ ديرشوي، خالد، مقاصد الديون في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المستحدثة في البنوك الإسلامية، (ماليزيا: مجلة التجديد، ٢٠١٧)، مجلد ٢١، عدد ٤٢، ص ١٣٤.

٣ المعيار الشرعي رقم (٤) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ملحق (ج) ط. نوفمبر ٢٠١٧م، ص ١١٦.

٤ المرجع السابق، ص ١١٦.

المبحث الثاني: التصرف في الديون بالمقاصة في القانون المدني الكويتي

لا شك أن التقنين الكويتي هذا حذو سائر القوانين العربية المتأثرة بالقوانين الغربية أم أنه استند في تقنينه إلى مذاهب الفقهاء للوصول إلى تيسير مصالح الناس عند التخاصم والنزاع، ولا شك أن المقاصة أحد الوسائل الفعالة لفك النزاع بين المتخاصمين التي أعطى لها الفقهاء في التشريع الإسلامي الاهتمام الواسع في بيان أحكامها ومشروعيتها، فما كان حال فقهاء القوانين الوضعية بما فيهم الذين سطوروا القانون المدني الكويتي من المقاصة عندما وضعوا تقنينها؟

المطلب الأول: التصرف في الديون بالمقاصة في القانون الكويتي

لما كانت المقاصة عبارة عن وسيلة مهمة في انقضاء الالتزام حيث يقضى على الدينين المتقابلين في نفس الوقت بقيمة الأقل منهما ويبقى الدين المتبقي حاولت التشريعات المدنية ومنها القانون المدني الكويتي بيان هذه الخصوصية. وقد نوهت المادة (٤٢٥) هذا بأن: "للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه، وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة، وكان كل منهما خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحاً للمطالبة به قضاءً - ولا يمنع المقاصة أن يكون ميعاد الوفاء قد تأجل بناءً على نظرة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن"^١.

كما بيّنت هذه المادة بأنه يشترط أن يكون التماثل في الدينين في المحل بمعنى أن المقاصة لا تقع إلا إذا كان محلها نقوداً أو مثليات متحدة في الجودة والنوع. واهتمت التشريعات بإعمال بعض شروط المقاصة كوجوب ألا يكون الدين متنازعاً عليه والذي يعني أن يكون الدين محقق الوجود والمقدار، وكذا بأن لا يكون أحد الدينين مودعا، وإمكانية المطالبة بالدينين قضاءً والحجز عليه. ولذا جاء في المادة (٤٢٧): "تقع المقاصة في الديون أيا كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية: أ- إذا كان محل أحد الالتزامين رد شيء نزع دون حق من يد مالكة. ب- إذا كان محل أحد الالتزامين رد شيء مودع أو مُعار. ج- إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز. د- إذا كان أحد الدينين مستحقاً للنفقة"^٢.

وأما ما يخص انقضاء الدين الأقل بالمقاصة فهو مأخوذ من معنى المقاصة جاء في المادة (٤٢٨): "...ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يُصبحان فيه صالحين للمقاصة"^٣.

١ القانون الكويتي، ص ١٣٢

٢ القانون الكويتي، ص ١٣٢

٣ القانون الكويتي، ص ١٣٣

وأكدت المادة (٤٣٠) بمنع أي مُقاصَّةٍ تُسبِّبُ أضراراً بحقوق الغير وصرحت بعدم جواز ذلك: "لا يجوز ان تقع المقاصة أضراراً بحقوق الغير"^١.

المطلب الثاني: المقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي في المقاصة

يكاد يتفق الأثر المترتب على المقاصة قانوناً وشرعاً حيث يلاحظ تساقط الدَّينين في نهاية المقاصة بقدر الأقل منهما، ويظهر الخلاف جلياً في أجل الدينين حيث مال التشريع الكويتي إلى جواز المقاصة في الديون في المادة (٤٢٧) وحسب استثناءه السابق من كون عدم جواز مقاصة دَينٍ مُتَنَازِعٍ عليه أو كان أحد الالتزامين شيئاً مُعَاراً أو مودعاً، وكذا عدم جواز المقاصة في الدَّين غير القابل للحجز. وهذا الإطلاق والاستثناءات التي ذكرت في المادة يُفهم منها بأن التشريع المدني الكويتي لم يلتفت إلى ما قرره بعض الفقهاء عند اختلاف جنس المال وحلوله من عدمه.

١- لا يختلف التشريع المدني الكويتي مع الفقہ الحنفي الذي أجاز المقاصة إذا كان أحدهما ذهباً والآخر فضةً حلَّ الدينان أو لم يحللاً، وعلى مذهب الشافعية والحنابلة عدم الجواز ومالوا إلى أن هذا من باب الدَّين بالدَّين، وتوسط المالكية في هذا وأجازوا المقاصة هاته بشرط أن يكون الدَّينان قد حللاً^٢. وعليه يكون التشريع المدني الكويتي وافق في عدم اشتراط أن يكون الدَّينان قد حللاً على مذهب الحنفية.

٢- ويختلف التقنين الكويتي مع الفقہ الإسلامي في المقاصة الخاصة بالفوائد الربوية فمن المعروف أن الفقہ الإسلامي يحرم الفائدة أخذاً وعطاءً.

٣- والفروق بين التقنين المدني الكويتي والتشريعات المدنية لبعض الدول العربية عموماً هو في المقاصة القضائية حيث مال بعض الفقهاء المعاصرين بأنه لا توجد في الفقہ الإسلامي مُقاصَّةٌ قضائية، أي أن طبيعة القضاء لا تتوافق مع مقاصة قضائية وذلك لأن القاضي لا يعدو عمله إلا في إظهار الحق وإثبات وجوده لا منشأ له^٣.

١ القانون الكويتي، ص ١٣٣

٢ الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية (الكويت: ط ١، ١٩٩٥م) ج ٣٢، ص ٢٦٤.

٣ خالد محمد، التصرف في الديون، مرجع سابق، ص ٣١٨.

المبحث الثالث: التصرف في الديون بالحوالة في الفقه الإسلامي

لا شك أنّ الحوالة وسيلة من الوسائل التي ينبغي استعمالها لفاك خصومات الدّيون المتعثرة بين البنوك الإسلامية والمتعاملين لديها ممن لديهم ديون متعثرة، إما أنّها تُستعمل من قبل البنوك بأنّها هي التي تحيل ديونها على طرفٍ ثالث أو أنّ العميل المتعثّر هو من يقوم بإحالة البنك على ملىء يقوم مقامه في قضاء دينه، ولما كانت غالبُ هذه الخصومات تسوق إلى التنازع لدى المحاكم والتقاضى إلى القوانين الوضعية، ولأن البنوك الإسلامية ليست في منأى عن ذلك في كونها كغيرها من البنوك التقليدية تلجأ كثيراً إلى المحاكم لكي تُجبر الغرماء على استيفاء حقوقها لديهم من ديونٍ متعثرة، وعليه سنتدارس ما إذا كان القانون الكويتي تتماشى موادّه مع ما أسس له فقهاء الشريعة في أحكام الحوالة أم أن هناك فجواتٍ في بعض مواد القانون التي تُناقض أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تجعل البنوك الإسلامية مُجرّرةً على الوقوع في المحذور ربما. ويكون حالها كحال البنوك التقليدية التي لا تُراعي أحكام الشريعة الإسلامية في معاملاتهما في الغالب إنّما تكون تعاملاتهما فيما تقتضيه المصلحة الخاصة والربح فقط.

المطلب الأول: التصرف في الديون بالحوالة عند الفقهاء

أولاً- تعريف الحوالة لغة وشرعاً:

الحوالة لغة: مشتقة من التحول والانتقال من موضعٍ لآخر^١، يُقال أحلت زيداً على عمرو بدنانير أحيله إحالة. منها قوله -: ﴿لَا يَتَّبِعُونَ عَنْهَا حَوْلًا﴾ [الكهف: ١٠٨] أي تحوّلوا وانتقالاً. واصطلاحاً: عرفها الأحناف كما جاء في شرح مختصر القدوري في الفقه الحنفي: نقلُ الدّين وتحويله من ذمة المحيل إلى المحال عليه على سبيل التوثيق^٢. بينما قال بعض الحنفية بأنّها: تحويل المطالبة بالدّين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه الذي حل محل المدين الأصلي^٣. وعرّفها المالكية بأنّها: صرف دينٍ عن ذمة المدين بمثله

١ الفيومي، أحمد بن محمد بن علي ثم الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مادة: حول (المكتبة العلمية - بيروت - الشاملة) ج١، ص١٥٧.

٢ القدوري، أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين، مختصر القدوري في الفقه الحنفي (دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م) ص ١٢٠، عبد الغني الغنيمي، الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، حققه وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد (المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، د- ت - ط) ج٢، ص ١٦٠.

٣ الكمال بن همام، فتح القدير، مرجع سابق، ج٧، ص ٢٣٨.

إلى أخرى تبرأ بها الأولى.^١ أما الشافعية قالوا: هي عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة أخرى^٢. وأما الحنابلة فعرفوه بقولهم: هي انتقال مال من ذمة إلى ذمة بلفظها، أو معناها الخاص^٣. يتبين للمتأمل في هذه التعريفات أن الحوالة هي نقل دين أو المطالبة به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، إلا أن المالكية نصوا على براءة ذمة المحيل، إذ لم يصرح البقية بذلك، كما انفرد الشافعية في تعريفهم للحوالة بأنها عقد من العقود. وعلى ضوء ما ذكر يمكن تعريف الحوالة على أنها: عقد يتم من خلاله نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، مع براءة المحيل من صفة الالتزام بالدين. فيقال للمدين الأصلي مُحَيلاً، ويقال للدائن مُحَالاً أو مُحْتالاً، ويقال للأجنبي الذي صار صاحب الالتزام بدفع الدين نيابة عن المدين الأصلي مُحَالاً عليه أو مُحْتالاً عليه، ويسمى الدين محل الالتزام مُحَالاً به أو مُحْتالاً به.

ثانياً- مشروعية الحوالة: الحوالة ثابتة بالسنة والإجماع: أما السنة فلما روى البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة س أن النبي ﷺ قال: (مَطَّلُ الْغَنِيِّ ظَلْمٌ، وَإِذَا أَتَبَعَ أَحَدَكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتَّبِعْ)^٤.

وأما الإجماع: فقد نقله ابن قدامة المقدسي بقوله: وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة^٥. ولا شك أن هذا من محاسن الشريعة التي فيها توسعة على الناس في قضاء حوائجهم وسداد ديونهم عن طريق الحوالة، لأنه قد يتعذر على المدين من سداد دينه إذا وقع في عُسْرٍ ولم يجد ما يقضي به دينه، فيُحِيل دأئنه على غيره، وتسير بذلك مصالح الناس من غير تضييع للحقوق.

ثالثاً- أركان الحوالة: وللحوالة أركان ذكرها الفقهاء وهي:

١. المحيل: وهو المدين الذي عليه الدين وحول دينه إلى ذمة غيره.
٢. المحال: وهو الدائن الذي يحال إلى غير مدينه ممن يضمن وفائه.
٣. المحال عليه أو المحتال عليه: وهو الأجنبي الذي ضمن الوفاء بالدين المحال به لصاحب الحق.
٤. المحال به: وهو دين المحال على المحيل.

١ الصاوي، بلغة السالك على أقرب المسالك، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٢٣، وابن عرفة، الشرح

الكبير وحاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٢٥

٢ الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٠٩.

٣ البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٨٢.

٤ صحيح البخاري، مرجع سابق، ج ٤، ص ٩٤ رقم الحديث ٢٢٨٧، صحيح مسلم، مرجع سابق، ج ٣، ص ١١٩٧ رقم الحديث ١٥٦٤.

٥ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٩٠.

٥. الصيغة: وهي العبارة التي فيها معنى الإيجاب والقبول، ومعنى الإيجاب قولك بصريح لفظها كأحلتك أو بمعناها كأتبعتك، ومعنى القبول بكل لفظ يحمل معنى الرضا والامتثال. وذهب المالكية إلى أن الحوالة تحصل بالإشارة والكتابة للعاجز عن النطق كالأخرس^١ إذ العبرة في العقود المعاني لا الألفاظ. وقد اختلف الفقهاء في اعتبار ما ذكر أركاناً للحوالة، فذهب الجمهور إلى كونها أركاناً للحوالة، بل وقد زاد الشافعية على ما ذكر ركناً سادساً وهو وجود دينٍ للمحيل على المحال عليه^٢، وإن كان هذا يُعدّ من الشروط لا الأركان كما سيأتي. بخلاف الأحناف الذين يرون أن الصيغة وحدها ركنٌ أما المحيل والمحال والمحيل عليه فهم أطراف العقد الذين تتم بهم الحوالة، والمحال به هو محلها^٣.

رابعاً- الشروط التي ينبغي توفرها في المحيل والمحال والمحال عليه والمحال به:

١- الشروط التي ينبغي توفرها في المحيل:

أ- لانعقاد الحوالة ينبغي أن يكون المحيل عاقلاً بالغاً حيث أن الحوالة لا تنعقد للمجنون فاقد الأهلية العقلية ولا للصبي حتى يبلغ وإن كان صبيّاً مُميّزاً تنعقد له الحوالة ولا تنفذ الحوالة إلا بإذن وليه أو وصيّ القائم عليه، فتكون الحوالة في حق الصبي المميز شرط نفاذ لا شرط انعقاد^٤. كما نصت المادة ٦٨٤ من مجلة الأحكام العدلية، على أن يكون كلٌّ من المحيل والمحال له والمحال عليه عقلاء بالغين. كما نصت المادة ٨٦٣ من مرشد الحيران أن يكون كلٌّ من المحيل والمحتمل والمحال عليه عاقلاً بالغاً.

ب- يشترط أن يكون المحيل مديناً للمحال إذ لا يمكن أن نتصور حوالة الدين من غير أن يكون هناك دينٌ للمحال على المحيل يريد بمقتضى عقد الحوالة المحيل أن يحول هذا الدين من ذمته إلى ذمة المحال عليه. وهذا ما ذهب إليه الجمهور من الأحناف^٥ والمالكية^٦ والحنابلة^٧ أن يكون المحيل مديناً للمحال الذي هو الدائن، إذ لا يمكن أن تكون هناك حوالة من غير أن يكون هناك دينٌ للمحال

١ ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٣ ص ٣٢٧، أحمد الصاوي المالكي، بلغة السالك على أقرب المسالك، مرجع سابق، ج ٣ ص ٤٢٤.

٢ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٢٦، ٣٢٥، الشريبي، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣١٠، ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٥٢.

٣ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٥، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤١٣.

٤ الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق الجزء ٥، ص ١٦٦.

٥ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٦٠.

٦ شرح الزرقاني، على مختصر خليل، مرجع سابق، ج ٦، ص ٣٠.

٧ البهوتي الحنبلي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، مرجع سابق، ص ٣٧٦.

على المحيل. فإن لم يكن هناك دينٌ بين المحال والمحيل فلا تكون هذه حوالة بل وكالة. بخلاف الشافعية^١ حيث يرون أنها تنعقد حوالةً باعتبار اللفظ وترجيحاً لدلالته.

ت- مدى اشتراط رضا المحيل: فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية^٢، والشافعية^٣ وكذا الحنابلة^٤ إلى اشتراط رضا المحيل بالحوالة لأن المحيل هو المدين فلا ينبغي أن يحال على جهةٍ غصباً إلا بمحض إرادته، ولأن الحوالة عقدٌ من العقود لا بد فيه من الرضا والقبول، وقد تمنع المروءة بعض الناس من أن يرضا بأن يتحمل عنهم أحدٌ قضاء ديونهم^٥، وقد ذهب الأحناف إلى عدم اشتراط رضا المحيل في حوالة الدين^٦.

الترجيح: لا شك أن شرط العقل والبلوغ هو من الشروط العامة المشتركة التي ينبغي توفرها في عقد الحوالة عند المحيل والمحال عليه إذ لا خلاف بين الفقهاء في هذا بينما الخلاف القائم حول مدى أن يكون المحيل مديناً للمحال كما سبق بيانه والراجح عند الباحث رأي الجمهور من أحناف ومالكية وحنابلة في وجوب أن يكون هناك دينٌ مستقرٌ في ذمة المحيل للمحال الذي هو الدائن. وباعتبار أن الرضا هو أساس صحة أي عقدٍ من العقود، فكان لزاماً من اشتراط قبول المحيل بالحوالة لأنها عقدٌ كسائر العقود ولأن المحيل مُحَيَّرٌ وليس بمجبرٍ فرأى الجمهور من المالكية والشافعية والأحناف هو الصواب. والرأي بخلاف ما ذهب إليه الأحناف.

٢- الشروط التي ينبغي توفرها في المحال:

أ- نفس الشروط التي كان لزاماً توفرها في المحيل بأن يكون المحال عاقلاً بالغاً وإن كان صبيّاً مميّزاً فلا تنعقد الحوالة إلا بإجازة وليه أو القائم عليه.

١ الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ومعه حاشية الشبرايمليسي، (دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م) ج ٤ ص ٤٢٣.

٢ الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه، مرجع سابق، ج ٣، ص ٣٢٥.

٣ الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م) ج ٣، ص ١٩٠.

٤ ابن قدامة، المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٩٣.

٥ محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين ابن الهمام - أحمد بن قودر قاضي زاده، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، تحقيق: عبد الرزاق غالب المهدي، (دار الكتب العلمية، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م) ج ٧، ص ٢٢٣ (انظر في الحاشية).

٦ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج ٦، ص ١٥.

ب- مدى اشتراط رضا المحال: وهنا التحق الأحناف^١ مع المالكية^٢ والشافعية^٣ باشتراط رضا المحال بينما ذهب الحنابلة إلى عدم اشتراط قبوله بالحوالة^٤، وكان رأي الجمهور من أحناف ومالكية وشافعية مَبِيناً على أن الذمم تختلف من شخصٍ لآخر، فقد يكون المحال عليه موسراً ولكنه معروفٌ بين الناس بالتماطل في قضاء حقوق الناس مما يسوق المحال إلى الضّرر ولا يستطيع الحصول على حقه إذا كان هذا حاله. واستدلوا كذلك بأن الحوالة قد تنتقل من ذمة إلى ذمة، كما أنها تنتقل من ذمة إلى عين بالمعاوضة، فلما تبين أن نقل الدين من ذمة إلى عين لا يكون إلا بالتراضي فكذلك نقله من ذمة لأخرى لا يكون إلا بالتراضي أيضاً. فلذا كان لزاماً من رضا المحال، بينما رأى الحنابلة عدم اشتراط رضا محال مستدلين بحديث أبي هريرة س عن النبي ﷺ: (مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع) ووجه استدلالهم من الحديث أن قول النبي ﷺ "فليتبع" مفادها الوجوب، فإذا أحيل على مليء يجبر المحال على قبول الحوالة ولا يُشترط رضاه.

الترجيح: الظاهر أن القول باشتراط رضا المحال هو الصواب لأن المحال هو الدائن وله الحق في القبول والرفض حتى وإن أحيل على مليء، لأنه قد يكون أحيل على رجلٍ ظالمٍ مُماطل في أداء حقوق الناس، وهذا الرأي المعتمد في مجلة الأحكام العدلية في نص المادة ٦٨٣: "الحوالة التي أُجريت بين المحيل، والمحال عليه تنعقد موقوفةً على قبول المحال".

٣- الشروط التي ينبغي توفّرها في المحال عليه:

أ- لا بد أن يكون المحال عليه عاقلاً بالغاً فلا تنعقد الحوالة إذا كان المحال عليه مجنوناً أو كان صبيّاً سواءً أكان مُميزاً أو غير ممّيز كانت الحوالة باطلةً إذ يُعتبر البلوغ هنا شرطاً لانعقاد الحوالة وعليه لا يجوز للصبي قبول الحوالة حتى وإن رضي بذلك وليه أو القائم عليه^٥.

١ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج٦، ص١٦، الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج٣، ص٢٩٦.

٢ الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج٥، ص٩٠، محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، ج٣، ص٣٢٥.

٣ محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مرجع سابق، (دار الكتب العلمية) ج٣، ص١٩٠، الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ج٢، ص٣١٠.

٤ ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، (دار عالم الكتب) ج٤، ص٣٩٤، رقم: ٣٥٦١. البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، (دار الكتب العلمية) ج٣، ص٣٨٦.

٥ الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، الجزء ٥، ص١٦٧.

ب- يشترط جمهور الفقهاء من المالكية،^١ والشافعية،^٢ والحنابلة^٣ ضرورة أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل، فيصبح المحيل هنا دائماً للمحيل عليه ومديناً للمحال في نفس الوقت. أما الأحناف^٤ فلا يشترطون أن يكون للمحيل عليه دينٌ للمحيل إنما يكتفون بأن يكون المحيل مديناً للمحال فقط. ذلك لأن الحوالة عندهم قسمان: حوالة مقيدة وحوالة مُطلقة:

فالحوالة المقيدة هي: الحوالة التي يعطي فيها المحيل عليه ما في ذمته من دينٍ للمحيل ومثلها بأن يقول المدين (المحيل) أحلت أحمد عليك يا علي (المحال عليه) بالمائة دينار التي لي في ذمتك، فيقول قبلت، سُميت الحوالة مقيدة لأنها قُيدت بدينٍ في الذمة. كما نصت المادة ٦٧٨ من مجلة الأحكام العدلية: "الحوالة المقيدة هي الحوالة التي قيدت بأن تعطى من المال الذي للمحيل بذمة المحال عليه أو بيده".

أما الحوالة المطلقة: فهي الحوالة التي لم تُقيد بدين، ويكون المحال عليه متبرعاً بأن يعطي المحيل من ماله الخاص، سواء أكان المحال عليه مديناً للمحيل أو لا، فإن الحوالة تصحُّ عند الأحناف بهذه الصورة مطلقة.^٥ وهذا ما نصّت عليه مجلة الأحكام العدلية في مادتها ٦٧٩: "الحوالة المطلقة هي التي لم تُقيد بأن تعطى من المال الذي للمحيل بيد المحال عليه".

وناقش جمهور الفقهاء ما ذهب إليه الحنفية في عدم اشتراطهم أن يكون للمحيل دينٌ ثابت في ذمة المحال عليه، بما يسميه الأحناف **الحوالة المقيدة**، فقال المالكية^٦ والحالة كذلك فهي كفالة كما أورد صاحب الشرح الصغير بقوله: "...وثبت دينٌ للمحيل على المحال عليه، وإلا كانت حمالة إن رضي المحال عليه، لا حوالة، وإن وقعت بلفظ الحوالة...". وهي عند الشافعية^٧ تطوُّعٌ من المحال عليه بقضاء دين المحيل بالأداء عوضاً عنه، كما جاء في أسنى المطالب ما نصه: "ولو أحال على من لا دين عليه لم تصح الحوالة، ولو رضي بها لعدم الاعتياض، إذ ليس عليه شيءٌ يجعله عوضاً عن حق المحتال، فإن تطوع بأداء دين المحيل كان قاضياً دين غيره، وهو جائز...". وقال الحنابلة^٨ هي وكالةٌ بالاقتراض جاء في الكشاف: "وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فهو وكالة في اقتراض".

١ الزرقاني شرح الزرقاني على مختصر خليل، مرجع سابق، جزء ٦، ص ٣٠.

٢ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، جزء ١، ص ٣٣٨.

٣ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، جزء ٢، ص ١٣٨.

٤ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، جزء ٦، ص ١٦.

٥ المرجع السابق، جزء ٦، ص ١٦.

٦ الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٢٥.

٧ السنيني، أسنى المطالب، مرجع سابق، جزء ٢، ص ٢٣١.

٨ البهوتي، كشاف القناع، مرجع سابق، جزء ٣، ص ٣٨٥.

هل يُشترط رضا المحال عليه في قبول الحوالة: أصحاب الرأي الأول ما ذهب إليه الأحناف^١ وبعض المالكية في غير المشهور عندهم^٢، والشافعية في الصحيح عندهم^٣ إلى ضرورة رضا المحال عليه بالحوالة. ويستدلون على رأيهم بقياس المحال عليه بالمحال باعتبار أنّ كلاً منهم طرف في عقد الحوالة فكما أن المحال يشترط رضاه في هذا العقد كان لزاماً من رضا المحال عليه أيضاً، وقالوا إن الحوالة تلزم المحال عليه بالدين فيكثر عليه الطلب والمطالبة، والناس يختلفون في أخلاقهم وطباعهم، فمنهم المعنف ومنهم المستعجل في الطلب ومنهم الهين اللين السمع في الطلب.^٤

أما أصحاب الرأي الثاني وهم المالكية في المشهور عندهم، والشافعية في الأصح عندهم، والحنابلة لا يشترطون رضاه المحال عليه في الحوالة، واستدلوا بحديث (... إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع) وفيه أمرٌ للمحال أي يتبع الحوالة إذا جاءت من المحيل وكان المحال عليه مليئاً، ولم يقل على مليء راض فدل هذا على عدم اشتراط رضا المحال عليه.

الترجيح: لا شك أن اشتراط جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة هو الرأي الراجح أن يكون هناك دينٌ في ذمة المحال عليه للمُحيل وإلا فهي كفالة لا حوالة. كما يميل الباحث إلى أنّ الرأي الثاني من آراء الفقهاء بعدم اشتراط رضا المحال عليه بالحوالة هو الصواب، لأن المحال عليه مدينٌ وهو مُطالبٌ بأداء الدين الذي عليه إلى دائنه الأصلي أو إلى أي شخصٍ آخر فالأمر عنده سَيان. واشترط المالكية^٥ ألا يكون المحال خصماً للمحال عليه، قد يسوقه إلى الشدة عليه والنكاية به وهذا ما يُؤدي إلى التنازع والنزاع المنهي عنه شرعاً كما قال الله -: ﴿ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَسْزَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَأَصِيرُوا إِنْ اللَّهَ مَعَ الصَّادِقِينَ ﴾ [الأنفال: ٤٦].

١ الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج٦، ص ١٦.

٢ الخطاب الرعيبي، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج٥، ص ٩١.

٣ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج٢، ص ١٤٤.

٤ القزويني، عبد الكريم بن محمد الرافعي، العزيز شرح الوجيز، تحقيق: علي معوض - عادل عبد الموجود (دار الكتب العلمية ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م) ج٥، ص ١٢٧.

٥ ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج٦، ص ٤١٤.

٦ الخرشبي، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج٦، ص ١٦.

٤ - شروط المحال به وهو الدين الذي للمحال في ذمة المحيل:

الشرط الأول: أن يكون ديناً ثابتاً في الذمة: فإن لم يكن ديناً لا يكون حوالته بل كفالة. وهو قول الجمهور من الأحناف^١ والمالكية^٢ والحنابلة^٣، بخلاف الشافعية الذين لا يشترطون أن يكون بين المحيل والمحال ديناً باعتبار لفظ الحوالة كما سبق بيانه في الشروط التي ينبغي توفّرها في المحيل.

الشرط الثاني: أن يكون ديناً لازماً: فلا تصح الحوالة على دين صبي أو سفیه إلا بإذن وليّهما^٤. أما الأحناف فيقصدون بالدين اللازم هو الدين الصحيح الذي لا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء واشترطوه قياساً على الكفالة باعتبار أن الحوالة والكفالة عقد التزام والأصل عندهم ما تصح كفالته تصح الحوالة به^٥.

الشرط الثالث: أن يكون الدين المحال به معلوماً: فقد اتفق كلٌّ من الحنفية^٦ والشافعية^٧ والحنابلة^٨ على لزوم أن يكون الدين معلوماً جنسه ومقداره حتى لا يكون غرراً يؤدي إلى التنازع والضرر والخسومة، وجاء في المادة ٦٨٨ من مجلة الأحكام العدلية ما نصه: "...يلزم أن يكون المحال به معلوماً، فلا تصح حوالته الدين المجهول. مثلاً: لو قال قبلتُ دينك الذي سيثبت على فلان لا تصح الحوالة"^٩. ولأن الحوالة عقد إرفاقٍ لفكّ المنازعات والخسومة بين دائنٍ ومدينٍ لا أن تكون سبباً في الخسومة والنزاع.

الشرط الرابع: أن يكون الدين المحال به مُستقراً: المقصود به هو الدين الذي لا يفسخ بتلفٍ مقابله، أو فواته لأي سببٍ كان. كالحوالة على مهر الزوجة قبل الدخول بها، ولأن الدخول بالزوجة يُثبت لها صدقاتها ويكون بذلك مُستقراً لها بلا شك، أما قبل الدخول بها فلا. وثن المبيع في مدة خيار المجلس ما لم يفترق البيعان وكذا الحوالة على أجره قبل إتمام المنفعة قد يكون عملاً يُطلب إنجازه أو من العين المستأجرة كبيت أو محلٍ أو دابةٍ أو سيارة ونحوها، وكذلك الحوالة بدين السلم، ومثاله أن يبيع محمد سلعةً لأحمد فيستلم البائع ثمن السلعة حين انعقاد عقد البيع ويتأخر تسليم السلعة للمشتري إلى أجلٍ معلوم، مع الاتفاق على وصف السلعة ونوعها وقدرها، فيقوم أحمد بإحالة السلعة التي لم يقبضها بعدُ على المحيل عليه عمرو بدين السلم إذ

^١ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج٦، ص١٦.

^٢ منح الجليل شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج٦، ص ١٨٠.

^٣ كشاف القناع عن متن الإقناع، مرجع سابق، ج٣، ص ٣٨٣ - ٣٨٤.

^٤ انظر الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج٥، ص١٦٧.

^٥ بدائع الصنائع، مرجع سابق، جزء٦، ص١٦.

^٦ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج٥، ص ٣٤٣.

^٧ نهاية المحتاج، مرجع سابق، جزء٤، ص٤٢٥.

^٨ ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، جزء٤، ص٣٩٠، ٣٩١.

^٩ مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج١، ص ١٢٩.

لا يؤمن تسليم السلعة بسبب انقطاع المسلم فيه لأي سببٍ من الأسباب ويمتنع الاعتياض عنه ولعدم استقراره. وهذا ما ذهب إليه المالكية إذا كان الدَّين المحال به طعاماً من سلم حل موعد تسليمه والوفاء به^١، وهو الرأي الراجح عند الشافعية^٢ والحنابلة^٣ في الصحيح عندهم.

-الشرط الخامس: وأن يكون الدَّين المحال به مماثلاً للمحال في الجنس والقدر والصفة والحلول والتأجيل إذ لا تصح الحوالة بأموالٍ من فضة على أموال ذهبية والعكس كما لا تصح الحوالة بمائة ريال على مائة وخمسون ريال إلا أن يأخذ المائة التي له دون الخمسين التي ترجع إلى صاحبها، كما أنه لا تصح الحوالة بدَّين حال على دين مؤجل كما لا تصح الحوالة بدَّين مؤجل بشهر على دين مؤجل بأشهر إذ كان لزاماً من تساويهما في الحلول وفي التأجيل بنفس المقدار، إلا أن المالكية اتفقوا مع الشافعية والحنابلة في صفات التماثل المذكورة مع كونهم أي المالكية، يشترطون أن يكون الدَّين حالاً، فقد جاء في الخرشي: (ومن شروط صحة الحوالة ولزومها، حلول الدَّين المحال به وهو دين المحتال الذي هو في ذمة المحيل، لأنه إذا لم يكن حالاً أدى إلى تعميم ذمة بذمة فيدخله ما نهي عنه من بيع الدين بالدين، ومن بيع الذهب بالذهب، أو بالورق إلا يداً بيد إن كان الدَّينان ذهباً أو ورقاً، إلا أن يكون الدَّين الذي ينقل إليه حالاً، ويقبض ذلك مكانه قبل أن يفترقا مثل الصرف، فيجوز ذلك)^٦.

الشرط السادس: أن يكون الدَّين حالاً: فلا تصح الحوالة عندهم على دين لم يحن أوانه بعد، وقد انفرد السادة المالكية^٧ بهذا الشرط دون غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى من أحناف وحنابلة وشافعية. إذ كان الواجب عند المالكية أن يقبض المحال الدَّين قبل التفرق من المجلس، وإلا تكون الحوالة حينها من قبيل بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه في الحديث. وقد سبق التفصيل فيه في الشرط الخامس أعلاه.

١ مالك بن أنس، المدونة، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٨٥.

٢ النووي، المجموع، مرجع سابق، جزء ٩، ص ٢٧٣، ٢٧٤.

٣ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٣٥.

٤ زكريا بن محمد الأنصاري، أسنى الطالب شرح روض الطالب، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٣١.

٥ منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الارادات، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٣٥.

٦ شرح الخرشي على مختصر خليل، مرجع سابق، جزء ٦، ص ١٨.

٧ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق، جزء ٣، ص ٣٢٦-٣٢٧.

٥- براءة المحيل من الدين: ذهب جمهور أهل العلم من الحنفية وهو المشهور عندهم ما عدا زُفر الذي قال بعدم براءة المحيل أسوة بالكفالة^١ والمالكية^٢ والشافعية^٣ والحنابلة^٤ والظاهرية^٥ كلهم على أن ذمة المحيل تبرأ من الدين ويقع الالتزام بالدين في ذمة المحال إذا استجمعت الحوالة جميع أركانها وشروطها.

والحوالة نوعان: تماشياً مع ما مال إليه كثيرٌ من الفقهاء وما مشت عليه كثيراً من القوانين والتشريعات على تقسيم الحوالة إلى حوالة الدين وحوالة الحق، نلخصها فيما يلي:

أولاً: حوالة الدين: وحوالة الدين هي أن تُبدل مديناً بمدينٍ جديدٍ بالنسبة للدائن، والذي يحيل هنا هو المدين الذي جعل أحداً غيره محل الالتزام ليفي الدائن دينه.

ثانياً: حوالة الحق: أما حوالة الحق هي أن تُبدل دائناً بدائناً جديداً آخر بالنسبة للمدين أو هو نقل المطالبة بالحق الذي في ذمة المدين لا بعين من دائنٍ إلى دائنٍ، كانت الحوالة حوالة حق. والدائن فيها هو المحيل، إذ هو يحيل على غيره ليستوفي حقه.

وقد انفرد المذهب الحنفي دون غيره من المذاهب الأخرى بتقسيم الحوالة إلى مطلقة ومقيدة. وترتكز كلا الحوالتين على وجود دائنٍ ومدينٍ وطرف ثالث وهو المحال عليه، فالحوالة المطلقة أن يحيل المدين زيد دائنهُ خالد على محمد ويقبل محمد من باب الكفالة أو التبرع حيث أن محمداً ليس مديناً لزيد بشيء في ذمته ويُشترط فيها رضا الأطراف الثلاثة بذلك الدائن والمدين والمحال عليه. أما الحوالة المقيدة أن يحيل زيداً دائنهُ خالد على المحال عليه محمد بدينه الذي له عليه، وأما المذاهب الأخرى من مالكية وشافعية وحنابلة الحوالة عندهم ما كان مقيداً بدينٍ فقط^٦.

١ ابن الهمام، الفتح القدير، مرجع سابق، ج٧، ص٢٤١.

٢ مواهب الجليل، مرجع سابق، ج٥، ص٩٤.

٣ روضة الطالبين، مرجع سابق، ج٤، ص٢٣١-٢٣٢.

٤ ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج٤، ص٣٩١.

٥ ابن حزم، المحلى، دار الفكر، مرجع سابق، ج٦، ص٣٩٢.

٦ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج٥، ص١٦٨.

المطلب الثاني: مناقشة الأدلة والترجيح

السؤال المطروح بداية: هل عرف الفقه الإسلامي حوالة الحق وحوالة الدين أم أنّ المتعارف عليه عند الفقهاء ما كان من تقسيم الأحناف إلى حوالة مطلقة وحوالة مقيدة. يحاول الباحث فيما يلي أن يتطرق إلى هذا الجدل باختصار وعلى الله التكلان.

لقد اتسعت رقعة الجدل بين فقهاء الشريعة كما كان الحال بين فقهاء القانون - هل عرف الفقه الإسلامي حوالة الحق؟ أم أنها مستنبطة من القانون المدني المصري الذي تأثر كثيراً بالقوانين الغربية بحيث كان هذا الأخير له تأثير كبير على التشريعات العربية التي استمدت كثيراً قوانينها من القانون المدني المصري ونذكر على وجه التحديد موضوع الحوالة، حيث نجد أن بعض الدول العربية أخذت في تقسيم الحوالة إلى حوالة مطلقة وحوالة مقيدة مجارية في ذلك تقسيم الفقه الإسلامي على سبيل المثال القانون الأردني والقانون الإماراتي بينما انتهجت دول أخرى تقسيم الحوالة إلى حوالة دين وحوالة حق، متأثرة بالتقسيم الغربي للحوالة كالقانون المصري والقانون الكويتي الذي هو موضوع دراستنا. كما أنّ القانون الغربي لم يعرف حوالة الدين كما عرفها الفقه الإسلامي الذي لم تسبقه التشريعات الغربية والمقصود بها هنا القوانين الرومانية أو الجرمانية وعلى رأسها القانون الألماني وكذا القانون الفرنسي فيما بعد^١.

يحاول الباحث عرض هذا الجدل والخلوص إلى رأي منطقي حوله. يمكن أن نلخص الجدل القائم إلى رأيين مختلفين أولهما أن المذهب المالكي انفرد عن باقي المذاهب الأخرى الحنفية والشافعية والحنابلة في كونه يُقرّ بحوالة الحق على اعتبار أن التصرف في الدين على نوعين. أولاً إما أن يكون عبارة عن هبة للدين وهذه تُعتبر حوالة حقّ بدون عوض أو هو تبرع من المحيل. والحالة الثانية هي بيع الدين وهي حوالة حق بعوض أو بمقابل، ولكل نوع مما ذكر شروطاً وضوابط تُقيده. فما كان من هبة الدين يندرج تحت أحكام الهبة وما كان من بيع الدين يندرج تحت الأحكام العامة للبيع، إلا أنه لا يجوز بيع الدين بأقل من قيمته على أن يكون هناك أجل على المشتري، لأن هذا يُعتبر رباً صريحاً محرماً شرعاً^٢ ويمكن مراجعة مسألة بيع الدين للمدين ولغير المدين في الفصل الثاني من هذه الرسالة حتى لا نضطر للإسهاب والإطالة.

أما الرأي الثاني فعَمَدَ إلى أن الحوالة المقيدة في الفقه الإسلامي تحتمل حوالة الحق أيضاً باعتبار أنه قد يكون زيداً مديناً لعمرو ودائناً لمحمد فيحيل دائته محمد على مدينه عمرو ليستوفي منه الدائن المحال محمد

١ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥٥٧-٥٥٨.

٢ علي محي الدين، القرّة داغي، أحكام التصرف في الديون، مرجع سابق، ص ٦٥.

دين المحيل زيد على المحال عليه عمرو فهي حوالة دَينٍ وحوالة حق في نفس الوقت^١. ويجدر بالباحث التنويه بالرأي الذي ذهب إليه السنهوري في معرض كلامه عن موقف الفقه الإسلامي من حوالة الحق مُعتزلاً على من قال إن الفقه الإسلامي عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق حيث أنه أوضح أن الحوالة في الشريعة الإسلامية لا هي حوالة دَينٍ ولا هي حوالة حقٍ باعتبار أنها نظامٌ قانونيٌّ ربانيٌّ متكاملٌ وقابلٌ للتطور، وأساسه الحوالة المطلقة والحوالة المقيدة.

ويؤسس السنهوري لرأيه على منطق أنه ليس من المعقول أن يكون الفقه الإسلامي عرف نوعاً واحداً فقط وهي حوالة الدَينِ وغفل عن بيان حوالة الحق وقال إن الفقه الإسلامي الذي لا يعترف بانتقال الدَينِ بسبب الموت لأن الدَينِ لا ينتقل إلى الورثة ولكنه يبقى في تركة المتوفى يؤخذ منها الحق قبل تقسيمها على الورثة من ذلك قول الله -: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء: ١١].

فكيف نستطيع أن نُسلمَ أنها تنتقل حال الحياة إلا أن تكون كفالةً أو تجديداً. والفقه الإسلامي في تطور كسائر أي نظامٍ من النظم القانونية^٢. ويذهب بعض الباحثين إلى أن حوالة الحق ليست بيعاً للدَينِ وتندرج تحت أحكام البيوع كما سبق ذكره. مُحتجاً على ذلك بقوله إن هناك اختلافاً واضحاً بين الأطراف في عقد الحوالة يختلف عنه في عقود البيع. ففي عقد البيع هناك بائعٌ ومُشترٍ وأن صيغة البيع جاءت للتملك بمجرد انتقال العين من البائع إلى المشتري مباشرةً، أما عقد الحوالة فهناك محيلٌ ومحالٌ عليه في حوالة الدَينِ ومحالٌ له في حوالة الحق، والحوالة تتضمن نقل المطالبة ولا يتملك المحال له أو المحال به إلا بالقبض^٣.

وبعد بيان وجهات النظر المختلفة من وجود حوالة الحق في الفقه الإسلامي من عدمها كان لزاماً من إبراز رأي الباحث، حيث لا يُسلمَ بوجود حوالة الحق في الفقه الإسلامي كما أسند هذا التقسيم إلى المذهب المالكي كما تمت الإشارة إليه سابقاً على اعتبار أن المالكية هم الذين يجيزون حوالة الحق في حدود ضيقة، بينما كان تقسيم الحوالة عند الأحناف على أن الحوالة مطلقةٌ ومقيدةٌ كما سبق بيانه ولم يتصور أصحاب المذاهب الأخرى الشافعية والحنابلة إلا الحوالة المقيدة^٤. كما لا يسلم أن الفقه الإسلامي عرف حوالة الدَينِ ولم يعرف حوالة الحق. فيمكننا أن نقول أن هناك بعض التطبيقات الشرعية يمكن مُقاربتها على أنها حوالة حق، من ذلك حوالة البائع دائنه على المشتري مثال ذلك كأن يقوم محمد ببيع سيارته على سعد

١ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٧١.

٢ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٢١-٤٢٢.

٣ السامرائي، محمد عباس، انتقال الالتزام بين الأحياء في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، مصر، ١٩٧٦ (مطبعة جامعة بغداد ١٩٧٩) ص ١١٤-١١٥.

٤ الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٧١.

وعلى اعتبار أنّ محمداً عليه دين في ذمته لخالد يقوم محمداً بإحالة دائته خالد على المشتري سعد ليستوفي منه ثمن السيارة ويكون بذلك قد استوفى حقه الذي له في ذمة محمد بشرط أن يكون ثمن السيارة مساوياً للدين الذي له، وتبرأ بذلك ذمته وبهذه الطريقة يكون دائن البائع الذي هو خالد قام بمطالبة المشتري الذي هو سعد بثمن المبيع (السيارة) بدلاً من البائع الذي هو محمد ويكون ذلك بموجب عقد الحوالة يُنشئه البائع (المحيل) محمد لفائدة (المحال له) خالد. وإن كان ظاهر هذه المعاملة أنها تُشبه الوكالة إلا أن الفرق الكائن بين معاملة الحوالة والوكالة أن الحوالة العلاقة التي تجمع بين أطرافها هو وجود دينٍ بين اثنين والطرف الثالث هو المحال له في حوالة الحق أو المحال عليه في حوالة الدين، وقد جاء في ذلك "... فلا بد أن يكون للمحتال دينٌ على المحيل ولذا قال في الخلاصة، ربُّ الدين إذا أحال رجلاً على رجل وليس للمحتال على المحيل دين، فهذه وكالةٌ وليست بحوالة..."^١ والعبرة هنا في كون العلاقة بين المحيل والمحال له، في حوالة الحق وليس العلاقة بين المحيل والمحال عليه فقط. وكذلك لا يمكن أن نتصورها كفالةً لأن الكفيل يضمن إحضار المكفول الذي هو المدين ولكنه لا يضمن المال الذي هو الدين. بينما في الحوالة تبرء ذمة المحيل إذا أحال على مليء وقد سبق الحديث عن هذا من قبل.

وهناك صورةٌ أخرى يمكن مقارنتها على أنها حوالةٌ حق وهي حوالةُ المرتهن على الراهن بالدين، وفي هذه الصورة يقوم محمد المرتهن مثلاً بإحالة دائته خالد على سعد الراهن حقه لدائته محمد، وهكذا يقوم دائن الدائن خالد المرتهن بالمنفعة من هذا الرهن والتنفيذ على المال المرهون بدلاً من الدائن المرتهن محمد بموجب عقد الحوالة. وكذلك حوالة الزوجة على زوجها بمهرها، حيث يقوم الزوج هنا بإعطاء مهر زوجته لدائتها بموجب الحوالة التي تُنشئها الزوجة لزوجها، وهنا تتجلى حوالة الحق، كما يمكن أن تتجلى حوالة الحق في كون المحيل مديناً للمحال ودائناً للمحيل عليه في نفس الوقت فهنا تكون الحوالة، حوالة دين وحق معاً.

المطلب الثالث: حالات استفادة البنك الإسلامي من التصرف في الديون بالحوالة

يُعتبر الصك المسحوب على المصرف إذا كان له مقابلٌ عند المصرف من قبيل الحوالة بدّين إذا كان الساحب مديناً بقيمة الصك فيعتبر حوالةً شرعية لتوفر أركان الحوالة، حيث يُعتبر الساحب هو المحيل والمسحوب عليه هو المحال عليه. وقد بين المعيار الشرعي بأن المحيل هو المدين الأصلي وقد يكون دائناً في بعض أنواع الحوالة،

١ ابن نجيم زين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج ٦، ص ٤١٤.

٢ الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ج ٥، ص ١٧١-١٧٢.

والمحال هو الدائن ويُقال له المحال له، والمحال عليه هو الذي يقبل الحوالة على نفسه أي الذي نُقلت إليه ذمة الدَّين^١.

وأما في حالة عدم وجود دَينٍ بين الساحب والمستفيد فتُعتبر وكالةً بالقبض وهي وكالةٌ شرعية جائزة أو من باب تمليك الدَّين لغير من عليه الدَّين. كما سبق ذكره في بيع الدَّين وترجيح الجواز وذلك بشرط انتفاء المعاملة من الغرر والربا.

وهنا أمثلةٌ عديدةٌ يمكن الاستفادة منها كالأتي:

١- السحب على الحساب الجاري في حالة كون المستفيد دائناً بقيمة الصك للمصدر الصك (الساحب) فيُعتبر إصدار الصك على الحساب الجاري حوالة، فالصك هو أمرٌ مكتوب من الساحب إلى المصرف الذي يُعتبر (المسحوب عليه) بأن يدفع بمجرد الاطلاع عليه من حساب الأمر للمستفيد وعليه يكون الساحب هو المحيل، المستفيد هو المحال، والمصرف المسحوب عليه الصك هو المحال عليه، وهي حوالةٌ شرعية جائزة إذا كان مصدر الصك مديناً للمستفيد^٢.

٢- الحق الشخصي القابل للحوالة والذي يغلب عليه في الحوالة أن يكون محلُّ الحق فيه مبلغاً نقدياً وغير ذلك من متاعٍ أو عملٍ أو وعداً ببيع دار، يمكن تحويله من دائنٍ إلى الدائن الأصلي إلى دائنٍ جديد^٣. ومن أمثلته أن يكون محلُّ القيام بعملٍ إيجابي كحق البائع في تسليم المبيع، وقيام المقاول ببناءٍ لمصلحة الدائن، أو الامتناع بالقيام بعمل كحق المودع على الوديع في عدم جواز استعمال وديعته دون إذنه. وعليه فيمكن للمصرف الإسلامي أخذ مُقابل من مدينه أو من دَين له على غيره متمثلاً في عملٍ يقدمه المحال عليه.

٣- حوالة حق مثل حوالة مصرفٍ إسلامي كان مديناً لشركة إسمنت تُعتبر هنا طرفاً ثانياً ويُعتبر المصرف طرفاً أولاً، والمصرف الإسلامي يكون دائناً مثلاً لشركتين (شركة حديد وشركة نسيج). فيقوم الفريق الأول (المصرف الإسلامي) بإحالة حقوقه المستحقة والثابتة على الشركتين (شركة الحديد والنسيج) لصالح الفريق الثاني (شركة إسمنت) ويلتزم الطرف الأول بتسليم كافة المستندات والوثائق الرسمية التي تُثبت الحق المحال به.

٤- حقُّ محالٍ بضمان رهن عقار بأن يكون المصرف الإسلامي له دَينٌ على العميل عُمر، وعمر لديه حقُّ مرهون لزيد، فيحيل عمر حق الرهن الذي له على زيد إلى المصرف الإسلامي من أجل أن يستوفي مكان

١ هيئة المحاسبة، المعيار الشرعي رقم (٧)، مرجع سابق، ص ١٩٧.

٢ المرجع السابق، ص ١٨٣، ١٨٤.

٣ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج٣، ص ٤٥٠.

دينه لزيد. فالحيل هنا هو عمر، والمحال المصرف صاحب الدين، والمحال عليه هو زيد هنا. ويشترط الفقهاء في الحيل أن يكون مديناً للمحال، ويشترط في المحال عليه أن يكون مديناً للمحال^١.

المبحث الرابع: التصرف في الديون بالحوالة في القانون المدني الكويتي

حاولت التشريعات العربية تقنين مفهوم الحوالة وشروط انعقادها ونفاذها وما يترتب عليها من خلال التصرف في الديون باتباع التقنين الغربي والاسترشاد بالفقه الإسلامي عموماً، قد جاءت تشريعاتها متباينة عموماً حيث مالت بعض التشريعات إلى الأخذ بالتقسيم الغربي بأن الحوالة تنقسم إلى حوالة حق وحوالة دين، بينما مالت بعضها إلى تقسيمها استرشاداً بالفقه الإسلامي إلى حوالة مطلقة وحوالة مقيدة.

المطلب الأول: التصرف في الديون بالحوالة في القانون الكويتي

من خلال جمع بعض المواد القانونية التشريعية لبعض الدول العربية تبين أن حوالة الدين مثلاً وكما هي في المادة (٣١٥) من القانون المصري نوهت إلى أن الحوالة تتم باتفاق بين المدين والمحال عليه ولا يشترط في نفس المادة من القانون المصري رضی الدائن الأصلي، ولعل كون اعتبار الحوالة نقل التزام بين الحيل والمحال له لم يشترط فيها رضی المدين الأصلي^٢. ومفاد نص المواد (٣١٥/٣١٦/٣٢١) (٣١٥-٣١٦-٣٢١) من القانون المصري بأن حوالة الدين تتحقق إما باتفاق المدين الأصلي والمحال عليه الذي يصبح بمقتضاه مديناً بدلا منه، ولا يُنفذ في مواجهة الدائن بغير إقراره، وإما باتفاق بين الدائن والمحال عليه بغير رضی المدين الأصلي^٣.

وقد أخذ التشريع المدني الكويتي بمقتضى حوالة الدين والذي هو نقل الدين من ذمة المدين إلى المحال عليه حيث نصت المادة (٣٧٩) من القانون المدني الكويتي على أن الحوالة: "تصح باتفاق الدائن والمحال عليه، ولكن إذا لم يُقرها المدين الأصلي فلا يكون للمحال عليه حق في الرجوع عليه طبقاً لأحكام حوالة الدين". في مادته (٣٧٧) وصرح بأنه: "يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة المحل عليه"^٤. ويُسمى المدين الأصلي الحيل، والأجنبي المحال عليه، الدائن هو المحال.

١ خالد محمد، التصرف، في الديون، مرجع سابق، ص ٥٤٦، و ص ٥٥١.

٢ نور العمروسي، وأشرف عبد الوهاب وأحمد نور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني (مصر: دار العدالة، ط ٥، ٢٠١٢-٢٠١٣) ص ١٤.

٣ المرجع السابق، ص ١٨.

٤ القانون المدني الكويتي، ص ١١٩.

وأما في حوالة الحق فقد استدركت تلك القوانين المدنية عموماً واشترطت قبول وإعلان إقرار المدين في المادة (٣٠٥) من القانون المدني المصري، ومن القانون الكويتي في مادته (٣٧٩) والتي نصت على أنه: "تصح الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه، ولكن إذا لم يقرها المدين الأصلي فلا يكون للمحال عليه حق الرجوع عليه طبقاً لأحكام حوالة الدين"^١، حيث إن عدم اشتراطهم قبول المدين أو الإعلان في الحوالة يوقع المدين في حرجٍ ولبسٍ وهو من سُننِ دفع الحوالة أو أقساطها وعليه وجد اشتراط علم المدين حتى لا يُوفي مرتين ويعرف لمن يوفي دينه.

ويميل الباحث على أن سبب تقسيم الحوالة إلى حوالة دينٍ و حوالة حقٍ هو محاولةٌ للأخذ بالقوانين الحديثة وإدراج حوالة الحق في باب انتقال الالتزام في حين أن تقسيمها إلى حوالة مُطلقةٍ ومقيدة كما هو في التشريع الأردني مدرج في باب عقود التوثيقات مستمداً ذلك من مجلة الأحكام العدلية في موادها (٦٧٣-٧٠٠) و تماشياً في العموم مع النظرة الفقهية للأحناف للحوالة المطلقة والمقيدة^٢، بل إن المشرع القطري مثلاً انتهج في تنظيمه للحوالة في القانون المدني تقسيم الحوالة إلى حوالة حق وحوالة دينٍ مُجارياً للتقنين الغربي، وقسمها إلى حوالة مُطلقةٍ ومقيدة تماشياً مع الفقه الإسلامي^٣.

ولعل هذا ما حدا بالسنهوري إلى القول بأن حوالة الحق بالمفهوم الحديث غير موجودة بشكلها الحالي في الفقه الإسلامي وبأن مذهب مالك هو من أقرّ بحوالة الحق الذي يتفق عموماً مع التقنين الحديث في قوله: "ولا يعرف الفقه الإسلامي هذا التعبير ويُسمى حوالة الحق بيع الدين أو هبة الدين"^٤. ويمكن القول أيضاً بأن سبب إلحاق حوالة الحق عند الغربيين بالحوالة المقيدة عند الأحناف هو توافق المعنى الموجود في مفهوم الحوالتين حيث إن كليهما له صفة الدائن والمدين أي أن عناصر حوالة الحق في المذهب الغربي متوفرة في الحوالة المقيدة عند الأحناف.

ويوضح السنهوري أيضاً هذا المعنى قائلاً: "ففي الحوالة المقيدة أو الحوالة إطلاقاً لأن الحوالة المطلقة لا تدعى في العادة حوالةً في المذاهب الثلاثة - يشترط أن يكون للمدين دينٌ في ذمة المحال عليه معادل في الجنس ومساوٍ في المقدار للدين المحال به"^٥. ويؤكد الرُّحيلي هذا المعنى عندما بيّن اشتراط الأحناف في الحوالة المقيدة أن يكون الشخص مديناً لشخص ودائناً لآخر فيحيل الدين الذي عليه لدائنه على الدين الذي له

١ القانون المدني الكويتي، ص ١٢٠.

٢ أمير أحمد الحجة، آثار عقد الحوالة المدنية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية - نابلس، فلسطين، ٢٠٠٨م) ص ١١-

١٢

٣ محاسنة، نسرین سلامة، التنظيم القانوني للحوالة في القانون القطري، (المجلة الدولية للقانون، جامعة قطر، عدد ٣- ٢٠١٥م) ص ٨.

٤ السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٢٢.

٥ المرجع السابق، ص ٤٢٨.

على مدينه، ليحصل الدائن المحال على دينه من المدين المحال عليه^١. وحتى المالكية والشافعية الذين يجيزون هبة الدين لغير المدين تظهر عندهم حوالة الحق في هذين العقدين بنحو كامل واضح. لكن بشرط تحقيق شروط الهبة كالإذن بالقبض، وشروط بيع الدين^٢.

المطلب الثاني: مقارنة التصرف في الديون بالحوالة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

أجازت المادة (٣٦٤) من القانون المدني الكويتي حوالة الحق بإطلاق وبدون شروط أو قيود كما هو معروف في الفقه الإسلامي وأفادت بأنه: "يجوز للدائن أن يحيل إلى غيره ما له من حق في ذمة مدينه، إلا إذا منع من ذلك نص في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين"^٣. وقد سبق مناقشة أدلة وشروط القائلين ببيع الدين والتي منها أن يكون حالاً، وأن لا تدخل المعاملة في بيع الدين المؤجل بدين مؤجل، و بأن لا تشتمل عملية الحوالة على الغرر أو معاملة ربوية، ويمكن حصر أهم الفروق بين التقنين المدني الكويتي والفقه الإسلامي في الآتي:

١- لم يفصل ما إذا كان الدين حالاً أم لا واكتفى القانون بإجازة أن يحيل الدائن إلى غيره ما له من حق في ذمة مدينه عكس الفقه الإسلامي الذي فصل في حوالة الحق أو حوالة بيع الدين ووضع لها شروطاً وأركاناً تخص الحيل والمحال والمحال عليه والمحال به، وضبطت معها المحال به ما إذا كان حالاً أم لا، وربت عليه أحكاماً تمنع بيع الدين بالدين وفصلت كذلك في براءة المدين وغيره من الدين.

وأما بالنسبة للحوالة بعوض أي بمقابل والذي هو من قبيل بيع الدين شرعاً، ومن باب الهبة إذا كانت الحوالة بدون مقابل فقد أجملت المادة (٤١٥) من القانون المدني الكويتي بأن الوفاء بمقابل تسري عليه أحكام البيع والوفاء من الديون بشكل عام وبدون تفصيل، حيث عممت ذلك في مادتها التي جاء فيها: "يسري على الوفاء بمقابل من حيث إنه ينقل ملكية الشيء الذي أُعطي في الدين أحكام البيع، وعلى الأخص ما يتعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية. ويسري عليه من حيث إنه يقضي الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين الخصم في الوفاء من الديون المتعددة، وبانقضاء التأمينات".

١ الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٧١.

٢ انظر شروط المالكية والشافعية لبيع الدين لغير المدين في الفصل الثاني، والفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج ٥، ص ١٧٢، ١٧٣.

٣ القانون المدني، مرجع سابق، ص ١١٧.

٤ المادة (٤١٥) القانون المدني، مرجع سابق، ص ١٢٩.

وقد اختلف الفقهاء في مسائل بيع الدّين ووضعت لها ضوابطاً وشروطاً حسب كل مذهب، واتفقوا في الإجمال على منع بيع الغرر والربا، واشترط المالكية^١، والشافعية^٢، أن يكون الدّين في المحال به مُساوياً في القدر والصفة للمحال عليه فلا تجوز الحوالة بأقل أو أكثر كي لا يندرج في بيع الدّين بالدّين. وهو أيضاً ما لم يفصل فيه التشريع المدني الكويتي كغيره من بعض التشريعات مثل التشريع القطري. وعليه تكون المقارنة عامة وغير مفصلة حيث إن تتبع الاختلاف بين القانون المدني الكويتي والفقهاء الإسلامي في حوالة الحق أو حوالة الدّين أمراً صعباً وغير ممكن بالتفصيل لكون التشريع المدني الكويتي لم يفصل في هاته الأخيرة.

٢- صفة الدّين المحال به فقد أكدت المادة (٣٨١) من القانون المدني الكويتي: "بأن الدّين ينتقل بكل صفاته وتوابعه وتأميناته إلى المحال عليه- ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصياً ملتزماً قبل المحال له إلا إذا رضي بالحوالة). وتقابل هذه المادة في القانون القطري مادته رقم (٣٢٨) حيث أبان أحد الباحثين بأن القانون المدني القطري لم يُشر كما أشار القانون المدني المصري إلى انتقال الفوائد في مادته (٣٠٧).

وعليه فقد حرص المشرع المدني الكويتي في المادة (٣٨١) والقطري (٣٢٨) بعدم ذكر أقساط الفوائد واستبدال ذلك بكلمة "توابعه" رغم تصريح المشرعين الكويتي والقطري بعد جواز الفوائد إلا أن كلمة توابع تنصرف إلى الفوائد^٣. وبه يتأكد بأن المشرع المدني الكويتي ترك الاجتهاد للقضاة حيث يمكن أن تدخل كثير من المعاملات ربما المحرمة في الفقه الإسلامي في كلمة "توابع" وهو ما يدل على قصور التشريع الكويتي المدني وعدم احترازه من الوقوع في المعاملات الربوية.

٣- وأيضاً مما يظهر فيه الخلاف بين القانون المدني الكويتي والفقهاء الإسلامي في مسألة تجديد الالتزام حيث إنّ التجديد في المادة (٤١٦) والتي جاء فيها: "يتجدد الالتزام باتفاق الطرفين على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً، يختلف عنه في محله أو في مصدره)^٤. وهو بخلاف الحوالة التي ينتقل الالتزام فيها بجميع مقوماته وخصائصه عكس التجديد الذي يحل فيه الالتزام الجديد محل الالتزام الأصلي بدفوع وضمائمات قد تكون مختلفة عما كانت عليه في الالتزام الأصلي^٥.

ولعل المادة (٤١٩) أكثر توضيحاً حيث أفادت هذا المعنى بما جاء فيها بأنه: "يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه وإنشاء التزام جديد مكانه ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت

١ ابن جزى المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، مرجع سابق (الشاملة) ص ١٧٨.

٢ النووي، يحي بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج ٣، ص ٥١٤، ٥١٥.

٣ محاسنة، نسرین سلامة، التنظيم القانوني للحوالة، مرجع سابق، ص ٥.

٤ القانون المدني، مرجع سابق، ص ١٢٩، ١٣٠.

٥ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق ج ٣، ص ٤٣٨، ٤٣٩.

تضمن الالتزام الأصلي إلا بنصّ في القانون أو إذا تبين أن النية قد انصرفت الى ذلك^١. حيث صرّحت بأنه بانقضاء الالتزام القديم وإحلال الالتزام الجديد مكانه، وهو ما يختلف مع الفقه الإسلامي لكون الالتزام في الحوالة ينتقل بنفسه بجميع مقوماته وخصائصه. وإليه مال السنهوري^٢ إلى تفضيل الحوالة على التجديد لكون الحوالة تحتفظ بالالتزام ذاته حفاظاً على مصلحة الدائن والمدين.

وقد أشار أحدهم إلى خطورة التجديد الذي يكون بمعنى بيع الدين للمدين بثمان مؤجل، وهو أمر غير جائز لكونه بيع كالي بكالي^٣.

وأما مسألة جواز أو عدم جواز الرجوع على المحيل حالة إفلاس المحال عليه، فقد نصت المادة (٣٨٠) من القانون المدني الكويتي، والتي توافقت مع ما ذهب إليه أكثر الفقهاء عموماً من أحناف ومالكية وشافعية وحنابلة الذين ذهبوا إلى عدم جواز الرجوع في حوالة الحق إلى المحيل بعد انتقال الحق ورضى المحال كما سبق توضيحه^٤، فلو كان المحال عليه مفلساً عند الحوالة وجهله المحال فلا يُرجع على المحيل، جاء في المادة (٣٨٠): (إذا كان المحال له طرفاً في عقد الحوالة، أو أقرها برئ المدين الأصلي من الدين).^٥

١ القانون المدني، مرجع سابق، ص ١٣٠.

٢ السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج ٣، ص ٤٣٩.

٣ خالد محمد، التصرف في الديون، مرجع سابق، ص ٢١٤-٢١٥.

٤ ابن الهمام، الفتح القدير، مرجع سابق، ج ٧، ص ٢٤١، البهوتي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج ٤، ص ٢٣١-٢٣٢، الطرابلسي المغربي،

مواهب الجليل، مرجع سابق، ج ٥، ص ٩٤، ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج ٤، ص ٣٩١.

٥ القانون المدني، مرجع سابق، ص ١٢٠.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبعد:

لقد تم بحمد الله بحث البدائل الشرعية لإنهاء خصومات ديون المصارف الإسلامية، وقد اجتهدت أن أعالج المسائل بكل موضوعية وقد توصلت إلى نتائج وتوصيات مهمة، وهي كالآتي:

أولاً: أهم النتائج

تم بحمد الله وفضل منه سبحانه وتعالى هذا البحث وخلاصته وأهم نتائجه أوجزها في النقاط التالية:

١- أصل الشرط الجزائي متجدر في الحضارات القديمة بداية من الحضارة البابلية والقانون الروماني وكذا قانون الكنيسة القديمة مروراً بالقانون الفرنسي إلى أن وصل إلى طيات القوانين العربية عبر القانون المدني المصري المتأثر بدوره بالقانون الفرنسي، ولا شك أن القانون المدني الكويتي ليس بمنأى من هذا التأثير. وقد حكمت القوانين الكنسية القديمة على الشرط الجزائي في المعاملات المالية بأنه محرم عندهم، ثم احتالت على التحريم بأن رخصته إذا كان هناك ضرر يلحق الدائن وإلا فلا، وهذا هو حال البنوك في عصرنا التي تستعمل الشرط الجزائي.

٢- التأصيل الشرعي للشرط الجزائي خاصة إذا كان متعلقاً في المعاملات المالية كالديون وغيرها. وربط الشرط الجزائي باعتباره تعويض مالي ناجم عن احتمال وقوع الضرر على أحد المتعاقدين، وبعض التقنيات العربية أسندت تقدير التعويض إلى سلطة القاضي.

٣- الذين يجيزون الشرط الجزائي بدعوى الضرر فيه نظر، لأن البنوك الإسلامية تستثمر في الودائع كغيرها من البنوك التقليدية ولا تعطي على ذلك عائد للمودعين، بخلاف البنوك التقليدية يقوم تمويلها على أساس الفائدة الثابتة للعميل تربطه بالشرط الجزائي، والربح في استعمال الودائع لدى البنوك الإسلامية والذي لا تعطي عليه فائدة بين وواضح. وإن كان تمويلها قائم على أساس المخاطر المدروسة.

٤- بعد تحليل مالي لأهم مصرفين إسلاميين بيت التمويل الكويتي وبنك الراجحي السعودي أمودجاً، تبين أن نسبة الديون قليلة جداً مقارنة مع نمو نسبة الودائع السنوية، كما أن نسبة الأرباح لدى هذه البنوك كبيرة جداً، مما يدحض دعوى الضرر، ومما يعزز دعوى البعد عن الشرط الجزائي. وإن كان بيت التمويل الكويتي لا يعمل به، والقانون المدني الكويتي يمنعه.

٥- التأصيل الشرعي لبيع الدين سواء أكان للمدين بضمن حال أو مؤجل أو كان لغير المدين بضمن حال أو مؤجل، ليعلم ما كان رأي العلماء بين مجيز ومانع مع بيان دليل كل واحد منهم ومناقشته مع الترجيح وبيان ما توصل إليه الباحث.

٦- القانون المدني الكويتي يتفق مع الشرع في بيع الدين للمدين بضمن حال من غير جنسه مع الوفاء بمقابل وبضمن مؤجل كما أجاز بيع الدين لغير المدين ولم يفرق سواء أكان بضمن حال أو مؤجل ويتفق القانون المدني مع الشرع في أن تجديد الدين أي تجديد الالتزام لغير المدين في تغيير شخص الدائن قانونا وشرعا. ويتفق القانون المدني مع الشرع في أن كل منهما يترتب عليه انقضاء الدين القديم.

٧- بيان حالات استفادة البنك الإسلامي من بيع الدين للمدين وهي على النحو التالي: أولا: ضع وتعجل:

ثانيا: للمزارعين وأصحاب المنتوجات المستقبلية: ثالثا: لأصحاب المقاولات وقطاع البناء والمهن والحرف: وهي نفس الصورة السابقة فقد العميل هنا من أصحاب المقاولات وكل ما يُستصنع أي كل ما يدخل في عقود الاستصناع، لأصحاب المهن والحرف والصناعة.

٨- بيان حالات استفادة البنك الإسلامي من بيع الدين لغير المدين: - التصكيك أو التوريق:

أ- توريق الدين النقدي (ديون المراجعة المصرفية): وقد أكد المعيار الشرعي سبعة عشر بعدد جواز تداول صكوك المراجعة وصكوك السلم لأنها ديون نقدية كما أجاز تداول صكوك الاستصناع بعد تحول النقود إلى أعيان وجواز تداول صكوك الأعيان والمنافع.

ب- توريق ديون مختلطة بين أعيان وديون.

ت- توريق الدين السلعي.

ث- التوريق ببيع الأعيان والمنافع والوعد بالشراء.

ج- نقل الأصول في حوالة الحق.

ح- نقل الأصول عن طريق التجديد أو الاستبدال.

٩- جواز رهن الدين ابتداء للمدين ولغير المدين لقوة رأي القائلين بذلك من الفقهاء، كما هو رأي هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

- ١٠- يتفق القانون المدني الكويتي عموماً مع رهن الدين عند غير المدين شرعاً على مذهب مالك والشافعي في قول إلا أن القانون المدني يشترط كتابة الرهن وتوثيقه وأن يكون الدين قابلاً للحوالة، وهو خلاف ما جاءت به آراء الفقهاء. على قاعدة كل ما جاز بيعه جاز رهنه.
- ١١- بيان مدى مشروعية بيع الدين أو رهنه للمدين ولغيره مع بيان أحكام المقاصة والحوالة، مع مقارنة بالقانون المدني الكويتي وتخريج ذلك كله على اعتبار أنه من بين الحلول لاستيفاء الديون وفك الخصومة والنزاع بين البنوك الإسلامية والعملاء المتعثرين.
- ١٢- بيان أحكام المقاصة شرعاً وشروطها وبيان أنواعها والمشروع منها والغير المشروع، وبيان حالات استفادة البنوك الإسلامية من المقاصة مع بيان المقاصة في القانون المدني الكويتي ومقارنته بالفقه الإسلامي، مع بيان التوجيهات في المسائل ورأي الباحث.
- ١٣- الخوض في أحكام الحوالة شرعاً وقانوناً، وبيان أحكام الحوالة وأنواعها وتقسيماتها قديماً وحديثاً، والمشروع منها والمردود منها شرعاً مع مقارنتها بالجانب القانوني لمعرفة مدى تطابق أحكام القانون المدني الكويتي بالشريعة الإسلامية، مع التعرّيج على مدى استفادة البنوك الإسلامية من الحوالة في استيفاء الديون، وترجيح المسائل وبيان رأي الباحث.

ثانياً: التوصيات: أهم التوصيات لطلبة العلم والباحثين

- ١- أوصيكم ونفسي بتقوى الله في استنباط الأحكام بما يتماشى مع نصوص الشريعة وإظهار الراجح والمرجوح وفقاً لذلك لا لما تقتضيه مصلحة الأشخاص أو المؤسسات فيغلبون بذلك المرجوح على الراجح والله المستعان، اللهم إلا إذا وجد رأي من آراء الفقهاء أخذ به الباحث من باب التيسير على الناس في معاملاتهم مع سد الذرائع أسوة برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه "ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً". فالبعية إيجاد الحلول في الخصومات المالية بما يرضي الله سبحانه وتعالى.
- ٢- على البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية اللجوء إلى الحلول الشرعية الكثيرة عوضاً عن اللجوء إلى القوانين الوضعية خاصة إذا كانت تلك القوانين تسوق إلى المخاذير الشرعية كالربا والإضرار بالغير الذي من شأنه نشر العداوة والبغضاء، وهذا ينفر العملاء من التعامل مع المؤسسات المالية الإسلامية ولا يكون لها تميز بين مثيلاتها التقليدية.

٣- الاهتمام أكثر بوضع الحلول للمشكلات المالية بين البنوك الإسلامية والعملاء المتعثرين خاصة مع كثرة النوازل من زلازل وحرائق للمنشآت لأصحاب الاستصناع والزراع، وظهور الأوبئة كمرض العصر كورونا (١٩ covid).

٤- يوصي الباحث بمحاولة معالجة الكثير من الحالات التي أجمل فيها القانون المدني الكويتي ولم يفرق فيها بين بيع الدين للمدين ولغيره، ولا شك بأنها فراغات تستغل ليكون البيع صوريا، ويُستخدم البيع فيها للتحايل على الربا، فالربا الخفي كربا البيوع يحتاج إلى تشريعات مدنية مفصلة، ويجب الاستفادة من آراء المذاهب التي تعتمد على سد الذرائع وعلى التهمة في باب البيوع من أجل تجنب الربا والمعاملات الصورية التي تؤول إليه.

٥- وعليه يتبين بأن الشريعة فصلت في بيع الدين بالدين وفرقت بين بيع الدين للمدين ولغير المدين بئمن حال وبئمن مؤجل، ولكل حالة أحكامها الخاصة بها. وهو ما لم يتطرق إليه القانون المدني الكويتي بالتفصيل، حيث اكتفى بذكر جواز تحديد الدين من المدين وغيره فهي مسألة لو تطرق لها الباحثين القانونيين لكي يجعلوا مواد القانون أكثر وضوحاً وإحكاماً.

وفي الأخير أسأل الله تعالى أن يوفقنا جميعاً لما يحب ويرضى وأن يجعل عملنا في رضاه، فإن أصبت في هذا العمل فبتوفيق من الله وحده، وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان. مع تمنياتي بالتوفيق والسداد والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعباد وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم المعاد.

فهرس المصادر والمراجع

أبحاث هيئة كبار العلماء (طباعة الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء الرياض الطبعة الخامسة ٢٠١٣).
آثار عقد الحوالة المدنية دراسة مقارنة، أمير أحمد الحجّة، (رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية - نابلس، فلسطين، ٢٠٠٨م).

الإجماع، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد (الإسكندرية: دار الدعوة، ط٣، ١٤٠٣هـ).

أحكام التصرف في الديون، دراسة مقارنة، على محيي الدين القره داغي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ط٢، ٢٠٠٦م.

الإحكام في أصول الأحكام، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي أبو محمد، تحقيق أحمد شاكر، (بيروت: دار الأفاق الجديدة، ١٩٨٣م).

أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين، مختصر القُدوري في الفقه الحنفي (دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)

الاستذكار، يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر، تحقيق: سالم محمد عطا - محمد علي معوض (دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤٢١ - ٢٠٠٠ بدون تاريخ نشر).

إرشاد الفحول، محمد بن علي الشوكاني، تحقيق محمد سعيد البدري (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٩٩٢م).
إرواء الغليل، محمد ناصر الدين (المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٥م).

أساسيات التمويل الإسلامي، منذر قحف، (ماليزيا: إسرائ، الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية، ط١، ٢٠١١م).

أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري السنيكي، الشافعي، ومعه حاشية الرملي الكبير (دار الكتاب الإسلامي الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ).

الأشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ النُّعْمَانِ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات (دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م).

إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي، الشافعي (بيروت: دار الفكر، ١٩٩٧م).

إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم (دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م).

إعلام الموقعين، محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، (مصر: مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٨٨ هـ، ١٩٦٨ م).

الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، تحقيق، مكتب البحوث والدراسات (دار الفكر - بيروت - الشاملة، بدون تاريخ طباعة).

إرواء الغليل، محمد ناصر الدين الألباني، (المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٥ م).

انتقال الالتزام بين الأحياء في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، محمد عباس السامرائي، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، مصر، ١٩٧٦ (مطبعة جامعة بغداد ١٩٧٩).

الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علي بن سليمان المرادوي، أبو الحسن الحنبلي، تحقيق محمد حامد الفقي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، د.ت.ط).

المقاصة بين الديون النقدية تأصيل شرعي وتطبيقات معاصرة، عبد الله، الديرشوي، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دبي، ٣١ مايو - ٣ يونيو ٢٠٠٩ م.

البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين ابن نجيم الحنفي (دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م).

البهجة في شرح التحفة، علي بن عبد السلام بن علي التُّسُولي أبو الحسن، (دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م)

بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، تحقيق: حامد كرسون، ومحمد بحيري (القاهرة: مطبعة محمد صبيح، ط ١ د-ت-ط).

بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (دار الحديث - القاهرة الطبعة: بدون طبعة تاريخ النشر: ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م).

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، أبوبكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، الحنفي (دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م).

بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي (دار المعارف الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، الشاملة).

البند الجزائي في القانون المدني، طلال المهتار، (رسالة دكتوراه، مقدمة بجامعة السوربون بفرنسا، ١٩٧٤).

بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، أسامة بن حمود بن محمد اللاحم (دار الميمان للنشر والتوزيع - الرياض الطبعة الأولى ١٤٣٣ هـجري - ٢٠١٢ م).

بيع الديون، محمد الأمين الضير، مجلة الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد السادس، ٢٠١١ م.

بيع العربون" رفيق يونس المصري، مجلة مجمع الفقه الدورة التاسعة، العدد الثامن.
بيع الكالئ بالكالئ، حماد نزيه كمال، (جدة: مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز، ١٩٩٤ م).

التاج والإكليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، أبو عبد الله المواق المالكي (بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٣٩٨ هـ).

تحفة الأحوذى، محمد بن عبد الرحمان المباركفوري (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ت. ط.).
تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، الحنفي (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م).

التصرف في الديون وتطبيقاته المعاصرة، خالد محمد حسين إبراهيم (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦ م).

تعويض الضرر، لأبي الليل إبراهيم الدسوقي، (دراسة تحليلية تأصيلية جامعة الكويت، ١٩٩٥).
التعويض عن ضرر المماثلة في الدين بين الفقه والاقتصاد، محمد أنس زرقا، ومحمد علي القرني، (مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامي، جدة ع١٤، ج٤، ١٩٩٢).

تفسير البغوي، الحسين بن مسعود البغوي، سورة البقرة الآية ٢٨٢، مجموعة محققين، (دار طيبة ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م).

تفسير القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر أبو عبد الله القرطبي، تحقيق أحمد البردوني (القاهرة: دار الشعب، ط٢، ١٣٧٢ هـ).

تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، لمحمد دسوقي، (دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٨).

التقرير السنوي لبيت التمويل الكويتي للسنوات من ٢٠١١ إلى ٢٠١٥.

تقرير مصرف الراجحي السنوي من ٢٠١١ إلى ٢٠١٥.

التمهيد، يوسف بن عبد البرّ النمري، تحقيق مصطفى العلوي، ومحمد البكري (المغرب: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٣٨٧ هـ).

التنظيم القانوني للحوالة في القانون القطري، نسرين سلامة محاسنة، (المجلة الدولية للقانون، جامعة قطر، عدد ٣- ٢٠١٥م).

التهديب في فقه الإمام الشافعي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي، الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م).

التوريق والتصكيك وتطبيقاتهما، جاسم عجيل النشمي، لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، (الشارقة: الإمارات العربية المتحدة، الدورة التاسعة عشرة- ٢٠٠٩م).

جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر (مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م).

حاشية ابن القيم على سنن أبي داود، مُحَمَّدُ بْنُ أَبِي بَكْرٍ بْنُ أَيُّوبَ بْنِ سَعْدِ بْنِ حَرِيزِ الرَّزْعِيِّ المعروف بابن القيم الجوزية، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م).

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي والشرح الكبير على مختصر خليل، لأحمد الدرير، (تحقيق محمد عليش، دار الفكر بيروت، بدون تاريخ نشر).

الحدود والتعزيرات عند ابن القيم، بكر بن عبد الله أبو زيد، (الرياض: دار العاصمة للنشر ١٤١٥هـ).

الدراية في تخريج أحاديث الهداية، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، الشافعي، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني (دار المعرفة - بيروت دون طبعة ولا تاريخ نشر، الشاملة).

رد المختار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر بن عابدين (بيروت: دار الفكر، ط ٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م).

رهن الدين وتطبيقاته المعاصرة، عياد العنزي، مجلة البحوث الإسلامية (الرياض، المملكة العربية السعودية، ع ١١٠، ١٤٣٨هـ).

الروض المربع شرح زاد المستقنع، مع حاشية ابن عثيمين، منصور بن يونس البهوتي، (دار المؤيد - مؤسسة الرسالة بدون تاريخ نشر).

روضة الطالبين وعمدة المفتين، يحيى بن شرف النووي، الشافعي، تحقيق: زهير الشاويش (بيروت: المكتب الإسلامي ١٩٩١م)

سبل السلام، محمد بن إسماعيل الصنعاني تحقيق محمد الخولي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ٤، ١٣٧٩ هـ).

سبل السلام، محمد بن إسماعيل، الأمير الصنعاني، تحقيق صبحي حسن حلاق، (دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٩٩٧ م).

سنن ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي (الشاملة)).

سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد (بيروت: المكتبة العصرية، د.ت).

سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى البيهقي، تحقيق محمد عطا، (دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م).

سنن الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني، حققه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، حسن عبد المنعم شلي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد بهوم (مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م).

سنن الدارقطني، تحقيق عبد الله المدني، بيروت: دار المعرفة (١٩٦٦ م)

سنن النسائي تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، (حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية حلب: ١٤٠٦ هـ)

السنن، محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق أحمد شاکر ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض، (مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر - ١٩٧٥ م).

شرح الخرخشي على مختصر خليل، محمد بن عبد الله الخرخشي، (بيروت - دار الفكر للطباعة، بدون تاريخ النشر).

شرح الزرقاني على مختصر خليل ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني (دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢ م).

شرح الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (دار العبيكان الطبعة: الأولى، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م).

شرح المحلي على المنهاج، جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين في فقه مذهب الإمام الشافعي، أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (المكتبة الشاملة).

شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين ابن الهمام - أحمد بن قودر قاضي زاده، تحقيق: عبد الرزاق غالب المهدي، (دار الفكر العلمية، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م).

شرح مختصر خليل للخرشي، المؤلف: محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله (دار الفكر للطباعة - بيروت الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، الشاملة).

شرح منتهى الإرادات، المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى) منصور بن يونس بن إدريس، البهوتي (بيروت - عالم الكتب ١٩٩٦ م).

شرح منتهى الإرادات، المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الحنبلي (بيروت - عالم الكتب الطبعة: الأولى، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م).

الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ناجي شفيق عجم، العدد ١٢، ج ٢ - سنة ٢٠٠٠ م.

الشرط الجزائي في القانون الجزائري، عبد الله نجاري، (دراسة مقارنة أطروحة ماجستير جامعة الجزائر، ١٩٨٣). الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، محمد بن عبد العزيز اليميني (رسالة دكتوراه، غير منشور، كلية التربية، جامعة الملك سعود، عام ١٤٢٥ هـ - ١٤٢٦ هـ).

الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، علي أحمد السالوس، مجلة مجمع الفقه.

الشرط الجزائي، محمد صديق الضير، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

شريعة سمو رابي، ترجمة محمود الأمين (الطبعة الأولى شركة دار الوراق للنشر المحدودة لندن ٢٠٠٧).

صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح المختصر (تحقيق مصطفى البغا، بيروت: دار ابن كثير، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م).

صحيح سنن الترمذي - ضعيف سنن الترمذي، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، (مكتبة المعارف الرياض - ٢٠٠٠ م).

صحيح مسلم، تحقيق محمد عبد الباقي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر).

الصكوك الإسلامية "التوريق" وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها، محمد علي القرني بن عيد، جامعة الملك عبد العزيز بجدة، (المجمع الفقهي، (الدورة التاسعة عشرة بالشارقة - ٢٠٠٩ م).

الضمان في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، (القاهرة: دار الفكر العربي، ٢٠٠٠ م).

الطرق الحكمية، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، (مكتبة دار البيان الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ).

العزیز شرح الوجیز، عبد الكرم بن محمد الرافي القزويني أبو القاسم تحقيق: علي معوض - عادل عبد الموجود (دار الكتب العلمية ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م).

غريب الحديث، القاسم بن سلام الهروي، تحقيق حسين محمد محمد شرف (المطابع الأميرية، القاهرة الطبعة: الأولى، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م).

الفتاوى الهندية، (على المذهب الحنفي) المؤلف: لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي (دار الفكر الطبعة: الثانية، ١٣١٠هـ).

الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، محمد علي الشوكاني، (اليمن: مكتبة الجيل الجديد، بدون تاريخ نشر).

فتح العزیز بشرح الوجیز، عبد الكرم بن محمد الرافي القزويني، (دار الفكر، بدون تاريخ نشر).

فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي (دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ).

فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (دار الفكر الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ).

الفروق، أبو العباس، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القراني، (عالم الكتب - الرياض، بدون تاريخ طباعة).

الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي (دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).

فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، نزيه حماد، (دمشق: دار القلم، ط ١، ٢٠٠٧م).

القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، سعدي أبو حبيب (دار الفكر. دمشق - سورية الطبعة: الثانية ١٤٠٨هـ = ١٩٨٨م).

قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، نزيه حماد، (دمشق: دار القلم/ بيروت: الدر الشامية، ط ١، ٢٠٠١م).

القوانين الفقهية، في تلخيص مذهب المالكية أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى المالكي، تحقيق: ماجد الحموي، (بيروت: دار ابن حزم، ١٤٢٤هـ، ٢٠١٣م).

الكافي في فقه أهل المدينة أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي تحقيق: محمد أحميد ولد مادريك الموريتاني (مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية الطبعة: الثانية، ١٤٠٠هـ/١٩٨٠م).

كتاب الأغاني، أبو الفرج الأصفهاني (بيروت - دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٢، ١٩٩٧م).
الأم المؤلف: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب (دار المعرفة - بيروت الطبعة: بدون طبعة سنة النشر: ١٤١٠هـ/١٩٩٠م).

كتاب التعريفات علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني ضبطه وصححه جماعة من العلماء (دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة: الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م).

كتاب العين، الخليل بن احمد الفراهيدي، تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي (دار ومكتبة الهلال المكتبة الشاملة).

مجلة مجمع الفقه تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة المملكة العربية السعودية.
كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، الحنبلي (بيروت: دار الكتب العلمية ٢٠٠٩).

كشاف القناع، منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي الحنبلي، (تحقيق هلال مصيلحي - مصطفى هلال، بيروت: دار الفكر، ١٤٠٢هـ).

لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور، (دار صادر بيروت، الطبعة الثالثة ١٩٩٤).
المبدع شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، الحنبلي، أبو إسحاق، (دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م).

المبدع شرح المقنع، أبو إسحاق، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، بن مفلح الحنبلي (بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٠ هـ).

المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، الحنفي (دار المعرفة - بيروت، بدون طبعة، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م).

مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي (مجلة نصف سنوية تصدر عن جامعة الملك عبد العزيز، جدة، مملكة العربية السعودية).

مجلة الأحكام العدلية (وضعت في عهد الدولة العثمانية سنة ١٨٦٩م الى ١٨٧٦ واعتمدت في تشريعاتها على المذهب الحنفي) المؤلف: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية المحقق: نجيب هواويني الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي (الشاملة).

مجموع الفتاوى، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، تحقيق: أنور الباز - عامر الجزار (دار الوفاء ط ٣، ١٤٢٦ هـ / ٢٠٠٥ م).

المجموع، يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، النووي، تحقيق محمود مطرحي، (بيروت: دار الفكر، ط ١، ١٩٩٦ م).

مجموعة التشريعات الكويتية، ج ٢، القانون المدني المجلد الأول، إصدار وزارة العدل الكويتية.

المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، (مكتبة المعارف- الرياض الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م).

المحصل، محمد بن عمر بن الحسن الرازي تحقيق طه جابر العلواني (الرياض: جامعة الإمام محمد بن سعود، ط ١، ١٤٠٠ هـ).

الحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (دار الفكر - بيروت، د-ت-ط).

الحلى بالآثار، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي (بيروت: دار الآفاق الجديدة، ١٩٨٧ م).

الحلى، علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم، (تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، بيروت: دار الآفاق الجديدة، ١٩٨٧ م).

المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي (دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م).

مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر، الرازي (مكتبة لبنان، ١٩٨٦ م).

مختصر ابن الحاجب، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، أبو عمرو جمال الدين ابن الحاجب الكردي المالكي، تحقيق بدر العمراني، (دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٤ م).

مختصر العلامة خليل، خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، تحقيق: أحمد جاد (دار الحديث/القاهرة الطبعة: الأولى، ١٤٢٦ هـ/٢٠٠٥ م).

المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا (دار القلم دمشق، الطبعة الثانية ٢٠٠٤).

- المدخل في الفقه الإسلامي، محمد مصطفى شلبي، (بيروت: الدار الجامعية، ط ١٠، ١٩٨٥ م).
- المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، محمد سلام مذكور، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط ٢، ١٩٩٦).
- المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م).
- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدرى باشا (المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق الطبعة: الثانية، ١٣٠٨ هـ - ١٨٩١ م).
- المستدرک على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا (دار الكتب العلمية - بيروت الطبعة: الأولى، ١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م).
- مسند الإمام أحمد، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون (مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م).
- مسند الشافعي، محمد بن إدريس الشافعي، (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت.ط).
- مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، القره داغي، مجلة مجمع الفقه.
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، (المكتبة العلمية - بيروت المكتبة الشاملة).
- المصباح المنير في غريب شرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس تحقيق، عبد العظيم الشناوي، (دار المعارف القاهرة، ط ٢).
- مصنف عبد الرزاق تحقيق حبيب الأعظمي (بيروت: ط ٢، ١٤٠٣ هـ)
- معاني الآثار، أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي أبو جعفر، تحقيق محمد النجار (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٣٩٩ هـ).
- المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (المنامة: البحرين).
- معجم المصطلحات المالية والاقتصادية، نزيه حماد (ط ١، دار القلم ٢٠٠٨ م).
- المعجم الوسيط، (مجمع اللغة العربية دار الدعوة المكتبة الشاملة).
- معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعي - حامد صادق قنبي (دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م).

معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، دار الفكر عام النشر: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م).
مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، الشافعي (بيروت - دار الفكر بدون
تاريخ نشر)

مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، الشافعي (دار الكتب العلمية الطبعة:
الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م).

المغني، ابن قدامة، المقدسي، (دار عالم الكتب، الرياض، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح
الحلو، ط ٣، ١٩٩٧م).

المغني، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي (مكتبة القاهرة ١٣٨٨هـ -
١٩٦٨م، المكتبة الشاملة).

المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية ومذهب مالك، سيد عبد الله علي حسين، (القاهرة: دار السلام
للطباعة والنشر، ط ١، ٢٠٠١)

مقاصد الديون في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المستحدثة في البنوك الإسلامية، خالد ديرشوي، (ماليزيا: مجلة
التجديد، ٢٠١٧)، مجلد ٢١، عدد ٤٢.

المقاصد بين الديون النقدية تأصيل شرعي وتطبيقات معاصرة، عبد الله بن محمد نوري الديرشوي.

المقاصد في الحقوق: دراسة فقهية تحليلية، خالد ديرشوي، (ماليزيا: المجلة الدولية للتراث والثروة الإسلامية،
٢٠٢٠)، مجلد ١، ع ١.

المقاصد في الفقه الإسلامي ومدى تطبيقاتها في مصارف قطاع غزة (غزة: الجامعة الإسلامية، ١٤٢٥هـ،
٢٠٠٤م).

منار السبيل في شرح الدليل، إبراهيم بن محمد بن سالم، ابن ضويان، الحنبلي، تحقيق: زهير الشاويش (المكتب
الإسلامي ط ٧، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م).

المنتور في القواعد الفقهية، بدر الدين محمد بن عبد الله الزركشي، تحقيق، تسيير محمود، (الكويت: وزارة
الأوقاف الإسلامية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).

المهذب، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (بيروت: دار الفكر، د.ت.ط.).

المهذب، في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، (بيروت: دار الكتب
العلمية ٢٠١٨م).

الموافقات، إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، (تحقيق، عبد الله دراز، بيروت: دار المعرفة، من غير تاريخ نشر).

مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، أبو عبد الله (بيروت: دار الفكر ١٣٩٨هـ).

مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، أبو عبد الله (بيروت: دار الفكر، الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢هـ)

موسوعة العقود، إلياس ناصيف، (موسوعة قانونية عربية شاملة تتضمن كافة العقود المدنية والتجارية، دراسة مقارنة بين مختلف التشريعات العربية، والتشريع الفرنسي).

الموسوعة الفقهية الكويتية (الطبعة الأولى مطابع دار الصفوة الكويت ١٩٩٢)

الموسوعية الوافية في شرح القانون المدني، نور العمروسي، وأشرف عبد الوهاب وأحمد نور العمروسي، (مصر: دار العدالة، ط ٥، ٢٠١٢-٢٠١٣).

الموطأ، للإمام مالك بن أنس، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (دار إحياء الكتب دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م)

المؤيدات الشرعية لحمل المدين المماطل على الوفاء، نزيه حماد (مجلة الاقتصاد الإسلامي، مكة المكرمة: جامعة أم القرى ٣م، ١ع، ١٩٨٥).

نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي تحقيق: محمد عوامه (مؤسسة الريان للطباعة والنشر - بيروت - لبنان/ دار القبلة للثقافة الإسلامية - جدة - السعودية الطبعة: الأولى، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م).

نهاية الزين في إرشاد المبتدئين المؤلف: محمد بن عمر نوي الجاوي البنتي (دار الفكر، بيروت، ط ١ بدون تاريخ).

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ومعه حاشية الشبراملسي، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي - علي بن علي الشبراملسي (دار الكتب العلمية - بيروت ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م).

نيل الأوطار، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المكتبة الشاملة).

الهداية شرح بداية المبتدئ، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الحنفي، تحقيق: طلال يوسف (دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، د-ت-ط).

الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق أحمد السنهوري، (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت).

ISLAMIC ALTERNATIVES IN MITIGATING
DISPUTES OF DEBTS IN ISLAMIC BANKINGS:
A COMPARATIVE STUDY BETWEEN ISLAMIC
JURISPRUDENCE AND KUWAIT LAW

ABDELKADER ZENATI

ACADEMY OF ISLAMIC STUDIES
UNIVERSITY OF MALAYA
KUALA LUMPUR

2022