للتنمية الإسلامية بنك وتدريب الإسلامية المعهد للبحث بأ рыادة الصحة المد prejudices رقم 53
وجهات النظر في هذا الكتاب لا تعكس بالضرورة وجهات نظر المعهد أو البنك. الاقتباس مسموح به شريطة الإشارة إلى المصدر.

الطبعة الأولى: 1419هـ (1998م)
الطبعة الثانية: 1420هـ (2000م)
بسم الله الرحمن الرحيم
ﺎﳌﻨﻬﺞ

43 - ﺎﳌﺨﺘﺎﺭ ﺍﻟﻘﻮﻝ

47 - ﺍﻟــﺨــﺎﺗــﻤــﺔ

57 - ﺍﻟــبــﺣــﺚ ﻣــﺮﺍﺟــﻊ

61 - ﺍﻟــبــﺣــﺚ ﻣــﺮﺍﺟــﻊ

39 - ﺍﳌـﺬﻫـﺐ

41 - ﺍﳌـﺬﻫـﺐ

43 - ﺍﳌـﺬﻫـﺐ

44 - ﺍﳌـﺬﻫـﺐ

45 - ﺍﳌـﺬﻫـﺐ

46 - ﺍﳌـﺬﻫـﺐ

48 - ﺍﳌـﺬﻫـﺐ

50 - ﺍﳌـﺬﻫـﺐ

52 - ﺍﳌـﺬﻫـﺐ

54 - ﺍﳌـﺬﻫـﺐ

56 - ﺍﳌـﺬﻫـﺐ

58 - ﺍﳌـﺬﻫـﺐ

60 - ﺍﳌـﺬﻫـﺐ
من الحقائق الإيمانية المستقرة لدى كل مسلم قدرة النظام الإسلام. في جميع الظروف، على الوفاء ببحاجات الأمين ومصالحه. بل لقد أصبحت هذه الحقيقة مشهورة عند غير المسلمين، واعترف أساتذة الغرب وعلماؤه بعظمة الإسلام وعلو شريعته.

وتكمن عظمة النظام الإسلامي في نصوصه الشرعية الشاملة والمرنة في نفس الوقت، والقدرة على مواجهة كافة المشكلات ووضع الحلول الناجحة لها، على اختلاف الأزمات والأمكنة.

لكن هذه الحقيقة تظل حبيبة الكتب حتى يقبض الله لها من العلماء والمفكرين المخلصين من يتبقون عنها، ويخرجونها للناس في ثوب جديد يتناسب مع مقتضيات العصر الذي يعيشون فيه.

واستمر عار لواجب القيام بهذه المهمة. فقد أنهى البنك الإسلامي للتنمية المعهد الإسلامي للبحوث التدريب للمبادرة بتقديم البحوث الدراسات في مجال تطبيق الشريعة الإسلامية. ذات التأثير على الحياة الاقتصادية والمالية والمصرفية للشعوب والمجتمعات الإسلامية.

ومن الأنشطة المهمة التي يقوم المعهد بها، خدمة لأعراضاً، تكليف بباحثين من خارجه للقيام ببحوث حول الموضوعات التي تخدم رسالته، وتعيين على تحقيق أهداف.

وفي هذا الإطار نقدم للقارئ الكريم البحث الذي بين أيدينا " مدى صحة تضمين يد الأمنية بالشرط في الفقه الإسلامي" للاستاذ الدكتور "نزده حمادة". وهو من الباحثين الشرعيين المعروفين بالمثابرة، ودقة البحث، والعقل المتجدد المنضبط بضوابط الشريعة الغراء.
وفقِهِ، في بحثه هذا، يتتبع المسألة موضوع البحث تتبعًا دقيقة ومحييًا في كتب الفقه القديمة والحديثة ويعرضها علينا عرضاً علمياً منطقياً منظماً. فيبدأ بالتعريف بِيد الأمانة ويد الضمان والفرق بينهما. ثم يبين الظروف التي يمكن أن تتقلب فيها يد الأمانة إلى يد ضامنة. وتبقى يجوز اشتراط الضمان على صاحب اليد الأمينة، ومتبقي بِصه هذا الاشتراك متى لا يصح، وفي خلال ذلك يستعرض آراء الفقهاء المعتمدين في المذاهب المختلفة ليصل في ختام بحثه إلى رأيه الجديد وهو: "جواز اشتراط الضمان على الأمين وأنه صحيح وملزم شرعاً"، لكنه يؤكد أن هذا الضمان ليس مطلقاً فهو لا يتناول إلا المثليات، أما ما يصيب رأس المال في المضاربة من خسارة أو نقصان فهو لا يمكن القول بضمانته – دون تعد أو تفريط في المضاربة - إذ إن ذلك لا يجوز شرعاً.
ولما لهذا البحث من أهمية، ولما تضمنه من نتائج تهم المصارف الإسلامية، وتشغل تفكير الاقتصاديين المسلمين، فقد رأت اللجنة العلمية بالمعهد في جلسته الثالثة والسبعين نشره ضمن مطبوعات المعهد. أمَّل أن يكون إضافة مفيدة إلى المكتبة الإسلامية يسترشد به الباحثون في الاقتصاد الإسلامي ويبقاؤوه به طلاب الحقيقة في كل مكان.
سأثنين الله تبارك وتعالى أن يفعَّل به المسلمين في شتى مواقعهم.
وَإِنَّمَا وَقَدْ أَنْزَلْنَا الْكِتَابَ لِتُخْرِجَ الْإِنسَانَ مِنَ الْأَمْرِ مَثْلَ مَا كُنتَ مِنْهُ مَا خَلَفْتُكَ مِنْهُ وَلَوْ كُنتَ فِي مَكَانٍ آخَرِ
مقدمة

الحمد لله الذي أفاض على عباده النعمة، وكتب على نفسه الرحمة، وأشهد أن
لا إله إلا الله وحده لا شريك له. شهادة مبوبة لقالتها جنة الفوز في العقب، وأن
محمد عبده رسوله، أرسله إلى الخلق أجمعين، فأوضح بنوره سبل السالكين,
صلى الله عليه وسلم وعلى آله وسلم، ومن دعا دعوته وسار على هديه واتبع
نهجه إلى يوم الدين.

وبعد: فقد اشتهر على ألسنة الباحثين والفقهاء المعاصرين أن يد الأمانة لا
تضمن شرعاً إلا بالتعدي أو الت قريب، وأن اشتراع الضمان على الأمين باطل;
وأن هذا الحكم من الأمور المعلومة من الدين بالضرورة، أو الممارسات التي
اتفق عليها الفقهاء، فلا تصح مخالفتها. ولا الاستثناء منه، ولا الاجتهاد فيه.
وكلما قامت حاجة أو مصلحة إلى اشتراع الضمان على أحد الأمناء -
كالمستأجر والمضارب والوكيل وغيرهم - أوصدوا الباب أمام الفكره. فاحجم
الناس عن المعاملة مع ما في ذلك من عدت ومشقة. أو لجؤوا إلى الاحتياج عليها
باستخدام التأمين التجاري - ليقوم بدور المحلل بحيث يلزم عليه عبء الضمان;
فبتولى حمله عن الأمين المضمن - ضمنا - حيث يشترط صاحب المال في
أصل المعاقدة انتفاء التزامه بضمانة بالكلية.. والأمثلة على ذلك كثيرة. لا يتسع
المقام لبسطها.

ومن جهة أخرى، فإن المستعرض لعقود الأمانة في مدونات الفقه الإسلامي
يجد في بعضها - بعد ذكر حكم يد الحائر فيها، وأنها يد أمانة – قول المصنف;
وإذا أردت تضمين الأمين، فالحيلة إلى ذلك أن تفعل كذا وكذا .. وكان أولئك
الفقهاء أدركوا مبلغ الضيق والحرج المترتب على حظر وإبطال
تضمن الأمين بالشرط – كما هو مقرر في مذاهبهم – نظراً لانتقاء ثقة صاحب المال بأمانته، وعدم طمأنينته إلى إمكان إثبات تعديه أو تفريطه إذا وقع منه وحده، وخاصة مع فساد الزمان، وكثره خيانة الأُمناء، وعدم مبالاتهم بأكمل أموال الناس بالباطل، فحاولوا رفع ذلك الحرج والعنت عن طريق الحيل الفقهية.

وقد حفزني ذلك الحال في هذه الواقعة المهمة إلى إعداد بحث يتولى الإجابة عن مجموعة من الأسئلة والاستفسارات في القضية.

1. ما هو معنى "يد الأمانة" في الفقه الإسلامي؟ وهل صحيح أنها لا تضمن من غير تعدي أو تفريط؟ أم أنها تضمن بموجبات أخرى؟

2. وهل هناك دليل نصي في الكتاب والسنة على عدم ضمانها إلا بتلك الأسباب، أم هو نظر اجتهداني، ورأي فقهي، يحتمل الصواب والخطأ، ويقبل المراجعة والمناقشة؟

3. ثم من هم الأمانة (أصحاب يد الأمانة)؟ وهل اتفق الفقهاء على تحديدهم؟ و هل ثبت ذلك الحكم في حقهم بنص تشريعي لا تجاوز مخالفته، أم باستنباط اجتهداني يخضع للنظر والتأمل، ويرد عليه التحرير والتنقيح، والتصويب والتصحيح؟

4. ثم إن الحكم ببطلان اشترط الضمان على الأمين، هل هو محل إجماع الفقهاء، أم هو رأي ووجهة نظر في مسألة فقهية خلافية؟
وإذا كنت خلافية، فمما قيل فيها، وما برهان كل فريق على صحة ما ذهب إليه؟ وما هو القول الراجح فيها؟

5 - إن حكم اشتراط الضمان على الأمين هو فرع للقاعدة الأصلية في حكم الشروط العقدية، فما ترى ما الأصل في الشروط المقترنة بالعقود شرعاً وما هو المقبول منها والمرفوض وما هو معيار التفرقة بين الصحيح منها والفاسد وما أساس ذلك ومستنده؟

وقد حاولت في هذا البحث تقديم دراسة وافية للقضية، بحيث تلم شعثها وترجم متفرقها وتعرض مقولات الفقهاء فيها المشروعة في بطون مسندات الأحكام وتضايع الأبواب والتصور والأجزاء، مع بذلك الوسع في تحليلها ومناقشتها والترجيح بينها، في ضوء النصوص الشرعية، وعند القواعد الأصولية والفقهية، وظل مقاصد الشريعة الكلية، سئلاً المولى أن يهدئي إلى صواب القول وصحح النظر، ويعصمني من الخطأ والزلزل.

وقد اقتضت طبيعة البحث تقسيمها إلى أربعة مباحث وخاتمة:

أولها: في مفهوم يد الأمانة وحكمها ودليله.
والثاني: في إنقلاب يد الأمانة إلى يد الضمان.
والثالث: في حكم الشروط المقترنة بالعقد.
والرابع: في حكم اشتراط الضمان على الأمين.

أما الخاتمة: ففي بيان أهم نتائج البحث.

وأنا، ولست أضمن أن عملي هذا براء من كل عيب ونقص وما أنا بمدع فيه رفعة وانفتاح، وذلك لقصر الباعة وفقطة البضاعة، وحسبي أن أناشي وأمثل بقول ابن القيم في مقدمة كتابه "طريق الهجرتين"، "فيا أيها القارئ له والناظر فيه، هذه بضعة صاحبه المزوجة مسورة إليك، وهذا فهمه ونوره

11
معروض عليك، لك غنه، وعلى مؤلفه غره، و لك ثمرته، وعليه عائدة فإن عدم
منك حمدا وشكرًا، فلا يعد منك عذرا.

وأحد خير مسؤول أن يكتب لقارئه النفوع والفائدة. ويتقبله مني بحسن المثوبة
والأجر.. فمنه سبحانه وتعالى وحده الاستمداد، وعليه التوكل والاعتماد، وهو حسبنا
ونعم الوكيل؟

أبد. نزيه حماد

ثانكوثر (كندا) 16/5/1418هـ

الموافق 17/9/1997م
المبحث الأول

مفهوم يد الأمانة وحكمها ودليله

تعريف اليد:

1 - تطلق "يد" في اللغة على الجارحة المعروفة من المنكب إلى أطراف الأصابع وتستعير للنعمة والولاية والخز والملك والقوة والسلطان.

وفي الاصطلاح الفقهي: هي عبارة عن القرب والاتصال. كما قال العز ابن عبد السلام.


أقسام اليد (المعنوية):

2 - لقد قسم الفقهاء اليد المعنوية في اصطلاحهم إلى قسمين: يد ضمان، ويد أمانة.
• فأما يد الضمان: فهي يد الحائز للشيء بدون إذن مالكه ( عدوانا ) كالغاضب والسارق، أو بإذنه ولكن بقصد تملكه، كالقابض على سوم الشراء والملتقط بنيه التملك.

وحكم هذه اليد الضمان، أي غرم ما يتفق تحتها من أعيان مالية مطلقًا، أيا كان سبب هلاكها أو ضياعها، وعليها ردع المثل التالف إن كان مثليا وقيمتها إن كان قيمة. جاء في شرح الحموي على الأشياء والظائر " الضمان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليا وقيمتها إن كان قيمة ".

• وأما يد الأمانة: فهي يد الحائز للشيء بإذن صاحبه - لا بقصد تملكه - لمصلحة تعود لمالكه ( كالودع والوكيل والأجير الخاص والولي والوصي على مال البيت والناظر على الوقف وبيبت المال ) أو مصلحة تعود للحائر ( كالمستأجر والمستعير والمرتعد والقابض على سوم النظر ) أو مصلحة مشتركة بينهما ( كالمضارب والشريك والمزارع والمتساق).
وقد جاء في م (762) من مجلة الأحكام العدلية: "الأمانة: هي الشيء الذي يوجد عن الأمين، سواء أكان أمانة بقصد الاستحفاظ كالوديعة، أو كان أمانة ضمن عقد كمامأجور والمستعار، أو دخل بطرق الأمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد، كما لو ألقته الريح في دار أحد ماله جاره، فحيث كان ذلك بدون عقد، فلا يكون ودية، بل أمانة فقط.

وحكم هذه اليد أنها لا تتحمل تبعة هلاك ما تحتها من الأول ما لم تتعد أو تفرط في المحافظة عليها. فإن وقع شيء من ذلك صارت ضامنة، ولزمها غرم بدل التالف لمالك، المثل في المثاليات، والقيمة من القيمات. وقد جاء في م (768) من مجلة الأحكام العدلية. " والأمانة لا تكون مضمونة، يعني إذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصر منه، فاللزمه الضمان.

تحديد الأيدي الأمينة:

3 – لا خلاف بين الفقهاء في أن يد الوديع والمستأجر والمضارب والشريك والرسول والأجبر الخاص والوكيل بغير أجر والوايلي والوصي والقيم والملتقط بقصد التعريف ومن ألقته الريح في بيته متاعا لغيره. كلها أيد أمينة، فلا تضمن من غير تعد ولا تفرط. لأن الأصل في هذه الأيدي – في الجملة
الإرفاق والمعونة، فلو اعتبرت ضمانة مطلقاً لزهد الناس في قبول موجهاتها ورغبوا عنها وامتنعوا، وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين.

و لكن الفقهاء اختلفوا في بعض الأيدي الأخرى كيد المستعير والمرتدين والوكيل بأجر والأجير المشترك والصناع. فذهب طائفة منهم إلى أن يدهم يد أمانة، وذهب غيرهم إلى أنها يد ضمان. ويرجع اختلافهم في ذلك إلى عدة أسباب:

أحدها: أن بعض هذه الأيدي يتنازعها شبهان، شبه إلى الأيدي الأمينة وشبه إلى الأيدي الضامة، فمن ترجع في نظره عليه شبهها بالآيدي الأمينة جعلها منها، ومن ترجع عنده غلبة شبهها بالأيدي الضامة اعتبرها من زمرتها.

والثاني: استحسن بعض الفقهاء تضمين بعض الأيدي الأمينة في الأصل نظراً لقيام التهمة في هلاك ما يأتي أربابها من متها الغير بسبب تعديهم أو تقصيرهم.
والثالث: اختلاف العلماء في ثبوت أو دلالة بعض النصوص التي وردت في بعض الأيدي، مثل حديث "ليس على المستعير غير المغل ضمان" و "على اليد ما أخذت حتى تؤديه" و "أد الأمانة إلى من اتمنك ولا تخن من خانك" وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم – أنه استعار من صفوان بن أمية أدرعا يوم حنين.

فقد: أعصببا يا محمد؟ فقال: "بل عارية مضمونة".

دليل انتفاء ضمان يد الأمانة:

5 - لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما ينهض حجة على كون يد الأمانة لا تضمن ما يتلف في حوزتها من غير تعد أو تفريط. ولهذا احتصر استدلال الفقهاء على أصل عدم تضمينها بأمرين:
أحدهما: اعتبار الحانز نائبا عن المالك في اليد والتصرف، وذلك يستوجب أن يكون هناك الين في يده كحلأكها في يد المالك فيها حيث إنه قضيها بإذنه ورضاه دون قصد تمليكها منه.

والثاني: استصحاب دليل البراءة الأصلية للحائز. وقد عبر عن ذلك الشوكاني بقوله: "الأصل الشرعي هو عدم الضمان. لأن مال الأمين معصوم بعصمة الإسلام، فلا يلزم منه شيء إلا بأمر الشرع. ولا يحتاج مع هذا الأصل إلى الأستدلال على عدم الضمان بما لم يثبت" وقال أيضا: "لا يضمن إلا إذا حصلت منه جناية أو تفرط، فإن التضمين حكم شرعي يستلزم مال مسلم معصوم بعصمة الإسلام، فلا يجوز إلا بحجة شرعية، إلا إذا كان من أكل أموال الناس بالباطل".

وعلى هذا فلا يصح الحكم بتضمين يد الأمانة التي لم يقع منها تعد ولا تفرط إلا بموجب شرعي يسوغ الاستثناء من ذلك العموم. كالمصلحة والعرف والتراضي وطيب النفس البديع لأكل أموال الناس كما قال تعالى: { إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } (النساء الآية 29) وقال: { فإن طين لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مربعا } (النساء الآية 4) ونحو ذلك مما سيأتي بيانه.
6 - المراد بتضمين الأمين بالشرط - أو بغيره من موجبات تضمينه - في الإصطلاح الفقهي منحصر في ضمان المتفقات " أي أن يصير هو المتحمل لتبعة الهلاك الكلي أو الجزئي لما تحت يده من تلك الأموال - أي كان سببه - بحيث يلتزم برد مثل التالف إن كان من المثليات وقيمتته إن كان من القيميات وليس المقصود بتضمينه أن تشغله بذلك المال المقبوض. ويصير دينا فيها. يلزمها أداءه لصاحبها كسائر الديون التي تثبت في الدِّمَة. وإلا لتحول الأماناء عند اشترط الضمان عليهم إلى مقتضيين. وذلك لا سبيل إلى قبوله شرعا لما فيه من تفريع عقود الأمانة من مضمونها. وتعريتها عن حقيقتها. والتوسل بها إلى القروض الربوية.
المبحث الثاني

انقلاب يد الأمانة إلى يد ضمان

7 - هناك أسباب وموجبات عديدة لانقلاب يد الأمانة إلى يد ضمان، منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء. كالتعدي، والتفريط. ومنها ما هو مختلف فيه أو نص عليه بعض الفقهاء دون سائرهم. مثل التجهيل، والعرف، وتطوع الأمين بالتزام الضمان بعد العقد، والمصلحة، والتهمة، واشتراط الضمان على الأمين.

وسنعرض لبيان كل واحد منها على حدة.

أولاً - التعدي:

8 - التعدي لغة: هو الظلم وتجاوز الحد. وفي الاصطلاح الفقهي: "هو مجازرة ما ينبغي الاقتصار عليه شرعا أو عرفًا وعادة".

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن تعدي الأمين موجب لضمانه، كتعدي الوديع على الودية باتلافها أو بانتفاعها بها بدون إذن صاحبها، وكتعدي المضارب بتقليل المال فيها لم ياذن ربه المال له فيه، وكتعدي الأجير بمخالفة أمر المستأجر صراحة أو دلالة، وكتعدي الوكيل على ما بيده من مال الموكل باستهلاك أو تعمد فساد... الخ وذلك لأنه مباشر للإلفاح أو متسبب فيه ظلما ودعواتا.
وإذا وقع اختلاف بين الأمنين وصاحب المال فيما يعتبر تعدياً على ماله،
فإنه يرجع إلى أهل الخبرة والاختلاف في ذلك. وقد جاء في مجلته
الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: "يرجع معرفة التعدي من عدمه عند
الاختلاف إلى ذوي الخبرة.

ثانياً – التفريط:

9 – التفريط في اللغة: التقصير والنصوص. يقال: فرط في الأمر تفريطاً.
أي قصر فيه وضيعه حتى فات. أما الإفراط: فهو الإفراط وتجاوز الحد.
وقال الشريف الجرجاني: الفرق بين الإفراط والتفرط أن الإفراط يستعمل في
تجاوز الحد من جانب الزيادة والكمال، والتفرط يستعمل في تجاوز الحد من
جهة النقصان والقصير.

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن يد الأمنين الحائز تتقلب وتتحول بالتفريط
إلى بد ضمان. وعلى ذلك إذا فرط المضارب أو الوديع أو المستأجر أو الشريك
ونحوهم من الأمناء في المحافظة على ما بحوزته من الأعيان أو الأموال
المؤمن عليها، فإنه يضمن بتفرطه، حيث إنه متبعد في تلفها بترك ما وجب
عليه في حفظه.

والتفريط الموجب للضمان: هو ما يعد في عرف الناس تهاونا في الحفظ
والصون، لا يفعله العاقل بماله، ويختلف في كل شيء بحسبه.
10 – هذا وقد ذكر الفقهاء أن التعدي يكون غالبا في صورة فعل. كإتلاف الوديع أو استهلاكه للوديعة، وكاستعمالها بدون رضا صاحبها، ونحو ذلك. أما التفريق فيكون غالبا في صورة ترك فعل، مثل عدم منع الوديع سارق الودية من سرقتها مع اقتراده على ذلك، وعدم وضعها في حزب مثلها، ونحو ذلك.

ثالثاً – التجهيل:

11- من معاني التجهيل في اللغة: النسبة إلى الجهل. يقال: جهلت فلاناً، أي نسبتها إلى الجهل.

أما في المصطلح الفقهي، فالجهيل هو عدم تبين الأمين حال الأمانة التي بيه عند موتة، مع علمه بأن وارثه لا يعرف كونها أمانة عنده.

وقد جاء في القواعد الفقهية عند الحنفية "الأمين بالتجهيل يصير ضامناً", وعللوا ذلك بأن موتة مجهل، وحال الأمانة التي بيه يعتبر منعا للأمانة عن ربها ظلما، وذلك موجب لضمانه. وقال الكاساني: إن الأمين لما مات مجهل، ففيكون قد أتلفه معنى، لخروجهما من أن تكون منفعا بها في حق المالك بالتجهيل، وهو تفسير الإتلاف. وذكر السراحي أن أصل المسألة هو أن الأمين إذا مات مجهل للأمانة، فإنها تصرير دينا في تركته، حيث إنه بالتجهيل صار متملكا لها، إذ اليه المجهولة عند الموت تنقلب بيد ملك، ولهذا لو
صار متملكا لها، إذ اليد المجهولة عند الموت تنقلب بيد ملك، ولهذا لو شهد الشهود بها. كان ذلك بمنزلة الشهادة بالملك، حتى إن القاضي يقضي للوارث بها، والأمين بتملك الأمانة يصير ضامنا. وأيضاً: فإنه بالتجهيل يصير مسلطاً غروماً وورثته على أخذها، والأمين بمثل هذا التسليط يصير ضامنا، كما لو دل سارقاً على سرقتها. ولأنه التزم أداء الأمانة، ومن أداء الأمانة بيانها عند موته؛ وردها على المالك إذ طلب فكما يضمن بترك الرد بعد الطلب، فإنه يضمن أيضاً بترك البيان عند الموت.

12 – وتفرعًا على هذا الأصل جاء في م (1355) من المجلة العدلية: "إذا أخذ أحد الشركين مقداراً من مال التجارة، ومات وهو في حال العمل مجهلاً، فتستوفي حصة شريكة من تركته " واجه في م (1430) منها: " إذا مات الفضول مجهلاً، فالضمان في تركته " واجه في م (801) منها: " إذا مات المستودع بدون أن بين حال الوديعة يكون مجهلاً، فتؤخذ قيمة الوديعة من تركته، كسائر ديونه " واجه في م (795) من مرشد الحيران: " إن مات المستعير مجهلاً للعين المستعارة، ولم توجد في تركته، تكون ديناً واجباً أداءً من التركه ".

13 – وقد ذهب الحنابلة إلى مثل ما ذهب إليه الحنفية من أن بد الأمانة تقلب إلى يد ضمان بالتجهيل، ونصوا على ذلك في الوديع والمضارب والوصي والوكيل والأجير وعامل الوقف، ونظره إذا مات أحدهم مجهلاً الأمانة التي يده، وعليهما قولهم بمثل ما علّه به الحنفية.
والإلى نحو ما ذكرنا اتجاه الشافعية والمالكية، ولكن مع بعض الاختلاف في التفصيلات والتقييمات والأحكام التسميات.

رابعا – العرف:

14 – ذهب بعض فقهاء الحنفية والمالكية إلى اعتبار العرف موجبا لتنغير

يد الأمانة إلى يد ضمان، إذ "العادة محكمة" و "العرف حجة بلزم العمل به ما

يخالف نصا شرعيًا". ومن الأمثلة على ذلك:

أ ) ما جاء في "كشف القناع عن تضمين الصناع" للحسن بن رحال

المعداني المالكي: أن قاضي القضاة شمس الدين التتاني بعد أن ذكر في شرحه

على خليل قوله في المختصر بعد تضمين الحراس ما يحرسونه قال ما نصه:

"والعرف الآن ضمان الحراس، لأنهم إنما يستأجرون على ذلك". ونقله عنه

اليزناسي في شرح التحفة وسلمه.

ب ) وقول ابن نجيم في "الأشياء والنظائر " عند شرح قاعدة المعروف

كالمشروط": وحين تأليف هذا المحل ورد على سؤال فيمن أجر مطبخا لطيب

السكر، وفيه فخار، أدن للمستأجر في استعمالها، فقتلف ذلك، وقد جرى العرف

في المطبخ بضمانها على المستأجر، فأجبرت بأن المعروف كالمشروط، فصار

كأنه صرح بضمانها. والعارية إذا اشترتها ضمان على المستعير تصير

مضمونة عندنا في رواية ذكره الزليعي في العارية، وجزم به في الجوهرة.
خامسا – تطوع الأمين بالالتزام الضمان بعد العقد:

15 - ذهب المالكية إلى أن صاحب يد الأمانة إذا تبرع بالالتزام ضمانها بعد تمام العقد المقتضى لها، فإنها تصير مضمونة في يده، لأن ذلك من باب التبرع بالمعروف، وهو واجب على من التنزمه في مذهب مالك.

قال ابن رشد: "إن العقد إذا سلم من الشرط، وكان أمرًا طاع به بعده على غير وأي، ولا مواطأ، لذلك جائز، لأنه معروف أوجب على نفسه، والمعروف عند مالك لازم أن أوجب على نفسه ما عدا جارية الوطأ.

وقال ابن زرب: "فلو تبرع بالضمان، وطاع به بعد تمام الاكتراء، لجاز ذلك. قبل له: فيجب على هذا القول الضمان في مال القراض إذا طاع به قايضه بالالتزام الضمان، فقاله: إذا التزم الضمان طائعا بعد أن شرع في العمل، فما يعد أن يلزمه.

16 - بل إن بعض فقهاء المالكية ذهبوا إلى صحة تطوع الأمين بالالتزام الضمان عند العقد لا بعده. فجاء في "إيضاح المسالك" للونشيري، "ونقل ابن عتاب عن شيخه أبي المطرف بن بشير: أنه ألمى عقدا بدفع الوصي مال السفه قراضا إلى رجل على جزء معلوم. وإن العام طاع بالالتزام ضمان المال وغرمه. وصحح ابن عتاب مذهبه في ذلك، ونصره بحجج بسطها، وأدلته قررها ومسائل استدل بها، وقال بقوله فيها. واعتبر غيره من الشيوخ ذلك وأنكره، وقال: التزامه غير جائز. وفي سماع ابن القاسم ما يشهد لصحة.
العترض على ابن بشير. وفي رسم الجواب من سماع ابن القاسم ما يؤيد صحة قولة:

سادسا - المصلحة:

17 - لقد ذهب المالكية في الشهر إلى تضمين الصناع، وهم الأجراء الذين ينصبون لحرف، أو صناعة، يدفع الناس إليهم أمنعهم. ويتعاقدون معهم على صنع شيء أو إصلاحه لهم منها في غيبتهم. كالخياط والطراز والصباغ والقصار والنجار والخراج وغيرهم، وذلك بناء على المصلحة العامة وسدا لذريعة الفساد.

فمع أن الأصل في كل صانع أنه مؤتن على ما بيده من أعيان الناس الذين استأجروه. غير ضمان لها بناء على البراءة الأصلية، وتفريقًا على القاعدة الفقهية: (الأصل فيمن دفع مختارا لا على قصد التمليك الانتحال) فقد ذهب الإمام مالك وأصحابه إلى تضمينه ما يتفن تحت يده منها استثناء لداعي المصلحة وصيانة لأموال الناس.

قال الوشريسي: إن الصناعي إنما ضمنوا لتاثير عملهم في عين المصنوع وذاته. لأن السلعة إذا تغيرت بالصناعة لا يعرفها ربي إذا وجدوا قد بيعت في الأسواق، فكان الأصلح للناس بهذا التضمين. وأيضاً في تضمينهم
مصحة ونظر للصناع وأرباب السلع. وفي ترك الضمان عليهم ذريعة إلى
إتفال الأموال، وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع، إذ ليس كل واحد من
الناس يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه، فلو قبل قولهم في التلف مع
علمهم بضرورة الناس إليهم. لا أشك أن تنسب أن يذبح على أموال الناس. فلا بد
من الضمان إن لم تقم البيئة على المشهور.

وقال الشاطبي: "إن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناع. قال علي
رضي الله عنه: لا يصلح الناس إلا ذلك. ووجه المصلحة فيه: أن الناس لهم
حاجة إلى الصناع، وهم يغيرون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم
التلف وترك الحفظ. فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم
لأفضل ذلك إلى أحد أمرين: إما إلى ترك الاستصناع بالكلية. وذلك شاق على
الخلق. وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعاهم الهلاك والضياع، فتضيع
الأموال. ويقل الاحتراز. ويتطرف الخيانة. فكانت المصلحة التضمن. هذا معنى
قوله: لا يصلح الناس إلا ذلك".

وجاء في المقدمات المهمات لأبن رشد: "الأصل في الصناع أن لا
ضمان عليهم، وأنهم مؤتمنون. لأنهم أجراء وقد أسقط النبي - صلى الله عليه
 وسلم - الضمان عن الأجراء في الانتفاع، وضمنهم نظرا واجتهادا، لضرورة
الناس إلى استعمالهم. فلو علموا أنهم يؤتمنون ولا يضمنون، يصدقون فيما
يدعون من التلف، لتسارعوا إلى أخذ أموال الناس، واجتهروا.
على أكلها، فكان ذلك ذريعة إلى اتلاف الأموال وإهلاكها، وللحق أرباب السلع في ذلك ضرر شديد ".

سابعا - التهمة:

18 – المراد بالتهمة هاها: رجحان الظن وغلبة الاحتمال – بشهادة

الحرف في كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة بدون تعديه أو تفريطه.

وقد اعتبر المالكية التهمة موجبة لتغير حال يد الأمانة إلى يد ضمان في

مسائل متعددة. وكذا أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة في الأجير المشترك.

وببيان ذلك:

أ) أن المشهور في مذهب مالك عدم تضمين المرتهن في المستعير مالا

يغاب عليه من الأعيان (أي ما يظهر هلاكه ولا يخفى) كالدور والأرضين

والحيوان. إذا ادعى هلاكه بدون تعديه أو تفريطه، اعتبارا للأصل في يده أنها

عيد أمانة. أما إذا كان المرهون أو المستعع مما يغلب عليه (أي ما يخفى هلاكه)

كالحلي والثياب والجواهر والنقود، فإنه يكون ضامنا له. وأساس التفرقة بين

الحالتين قائم التهمة في دعوى هلاك ما يغاب عليه فيضمن، وانتفازها فيما لا

يغاب عليه فيكون أمانة في يده. قال
القرافي: "فنحن نجعل كونه مغيبا عليه مرجحا للضمان. لكونه مظلمة التهمة، فهو مناسب ".

وبناء على ذلك: فإذا أقيمت البيئة فيما يثوب عليه من المتاع أن الهلاك لم يكن بسببه، فترتفع عنه الضمان. قال القاضي عبد الوهاب: " لأن التهمة قد انتفعت عنه بقيام البيئة على أنه لا صنع له بتفقه، فلم يلزمه الضمان " ثم بسط القاضي عبد الوهاب التأويل بقوله: " إذ سبب الضمان معدوم، لأنه إنما يضمن لنفاؤه قد يتفقه، وأدعى أنه تلف بغير صنعه. فإذا علم صدقته فلا ضمان. ألا ترى أن العرف لما كان يشهد له " قبل قوله، ولم يضمن ".

ب) لقد فرق المالكية - في المشهور - في تضمين الأجراء على حمل المتاع ونقله من مكان لآخر، إذا هلك في أيديهم بين ما إذا كان المحمل طعاماً فقالوا يضمنهم إياه، وبين ما إذا كان غير ذلك من الأشياء فلم يضمنوه.
وقالوا: إن فصل التفرقة بين الحالتين التهمة، فحيث كانت قائمة ترتب عليها الضمان، وحيث كانت منتفية لم يعد عن الأصل، وهو الانتساب.

قال القراوي في الفرق السابع والثمانين بين قاعدة ما يضمنه الأجراء إذا هلك وبين قاعدة ما لا يضمنوه: " أعلم أن الهلاك خمسة أقسام: ...
الرابع: ما هك يقولهم من الطعام لا يصدقون فيه لقيام التهمة. وله الكراء كلهم.
لأن شأن الطعام امتداد الأيدي إليه، لأنهم استحقوه بالعقد.
الخامس: ما هك يأديهم من العروض يصدقون فيه لعدم التهمة. وله الكراء كلهم، وعلى جمل مثله من موضع الهلاك. لأنهم لما صدقوا أشبه ما لو هلك بأمر سماوي.
 وقال الونشريسي: "إنا ضمن مالك حامل الطعام إذا لم تقم له بيئة على التلف من غير سببه - ولم يضمن حامل غيره حتى تقوم عليه البيئة بالتفرط والإضاءة - لأن العادة جارية أن الأكريباء يسرعون إلى الطعام الذي في أيديهم لبناء أنفسهم. ولهما يعلمون أن نفوس أهل الأقدار والمرؤوة تأتي من مطالبتهم بمثل المأكولات. لا سيما العرب مع كرمها وعزة نفوسها، فضحروا نظرا للفريقين.
وحيث كان مناط تضمين الأجير حامل الطعام هو التهمة لا غير، فإذا انتهى المناط زال الموجب للضمان. وقد عبر عن ذلك القرافي في "الذخيرة" بقوله: "لا يضمن الطعام إذا كنت معه على الدابة أو السفينة، وإلا فلا يصدق في الطعام والإدام للتهمة في امتداد الأيدي إليه إلا ببيان أن التلف من غير فعلهم.
ويصدقون في العروض.
(ج) تضمين الرعالي المشترك والسمسار: ذلك المشهور في مذهب مالك عدم تضمين الأجير المشترك الذي ليس لعمله تأثير في عين المصنوع وذاته، كالراعي المشترك والسمسار من غير ثبوت تعديهم أو تفريطهم. وخلاف
في ذلك ابن حبيب الأندلسي وجمع من فقهاء المالكة، وقالوا بتضمينهم للتهمة.

قال اللفمي في "تبرزته": "الفحص أن القياس والنظر هو عدم ضمانه، والذي يقتضيه كثرة خيانة الرعاة في هذه الأزمنة هو ضمانه، وهذا هو الذي نختاره فيه وفي سمسار الدواب، أعني الضمان فهما".

وقال اليسناسي في "شرح التحفة": "كانت زمن ولايتى بمدينة تلمسات، كثيرا ما أحكم بتضمين الراعي المشترك عندما يظهر لي مخايل كذب الرعاة وتعديهم وتفريطهم، وذلك غالب أحوالهم، وأرى أن الحكم بعدم تضمينهم يؤدي إلى تلف كثير من أموال الناس، لاضطرارهم إليه في كثير من الأحيان.

فتوى ابن حبيب بتضمين صاحب الحمام: ذلك أن مذهب مالك في "المدونة" عدم تضمينه ما يدعي هلاكه أو ضياعه من ثياب الناس المودعة لديه، وعليه ذلك كما قال اللفمي "أن صاحب الثياب إنما اشتري منافع. هو يتولى قبضها بنفسه، وهي الأنتقاء بالحمام، والثياب خارجة عن ذلك، ووديعة لا صناعة فيها ولا إجارة عليها، وإن دفع صاحب الثياب أجرة للحاسات كانت الأجرة للأمانة، وهي منزلة من أوعده، وديعة بإجارة. فليس أخذ الأجرة عليها يخرجه من أن يكون آمنا".
ولكن فقيه الأندلس وإمامها ابن حبيب خالف في ذلك وذهب إلى تضمينه للتهمة، فقال: "وذلك صاحب الحمام جرت العادة بخيانته في ثياب الناس. فيضمنها ".

هـ) تضمين الأجير المشترك استحساناً: الأصل في يد الأجير عند الحنفية سواء أكان أجيراً خاصاً أم مشتركاً - أنها يد الأمانة، فلا يضمن متاع من استأجره من غير تعد أو تفريط. واستثنى الصاحبان أبو يوسف ومحمد في ذلك الأجير المشترك، وقالا: هو مضمون عليه بالقبض، فإن هلك في يده أو تلف بأي وجه من الوجه ضمنه، إلا أن يكون من شيء غالب لا يتحفظ من مثله، مثل حريق غالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرין.
ونحو ذلك. وحجةهم على ذلك - كما قال الكاساني - " أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم، فلز طعنا أنهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس، لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك، وهذا المعنى لا يوجد في الحريق الغالب والغرق الغالب والساق الغالب " قال صاحب تبيين الحقائق: " وبقولهما يقتلي اليوم لتغير أحوال الناس. و به تحصل صيانة أمواتهم ".

ولنفس المعنى - وهو التهمة - ذهب الإمام الشافعي - في غير الأظهر - إلى تضمين الأجير المشترك. وجعل يده على متاع من استأجره بدلاً من ضمان مطلق.

ثانيا - اشتراط الضمان على الأمين:

وسيأتي بيان ذلك بالتفصيل في البحث الرابع.
حكم الشروط المقترنة بالعقد

19 – لقد وردت نصوص كثيرة في القرآن والسنة تثبت للعقود الرسمية التي أثرها لشرع آثارا وأحكاما والتزامات تربط الطرفين في كل عقد بحسب موضوعه. فقد اتفق النكاح مثلا بترتب عليه جل الاستمتاع بين الزوجين، ووجوب متابعة المرأة للرجل في السكنى، ووجوب النفقة للمرأة على الرجل، وثبوت النسب، وحقوق الحضانة، وحرية المصاحبة، والإرث بين الزوجين، ثم بينهما وبين الأولاد. وكذلك عقد البيع والسلم والكفالة وغيرها. كل منها قد ثبتت له في الشرع أحكام، منها ما بينه الكتاب والسنة القولية أو العملية أو التقريرية مباشرة، ومنها ما أضافه الاجتهاد استنبطانا.

20 – أما سلطة المعاقدين على تعديل تلك الأثار للعقود، إما بالنقض منها، وإما بإضافة التزامات على أحد الطرفين لا يستلزمها أصل العقد. وذلك بشروط شترطتها في التعاقد، ومدى هذه السلطة، فقد اختلفت في ذلك اتجهات الفقهاء وانظارهم على النحو التالي:

(أولاً):

21 – ذهب الحنفية إلى أن الأصل الشرعي في حرية الشروط العقدية هو التقيد، وذلك لأن لكل عقد في الشريعة أحكاما أساسية تسمى "مقالى العقد" دلت عليها نصوص الكتاب والسنة، أو استنباطها الاجتهد وأثبتها حفظا للتوازن بين المعاقدين في الحقوق، فليس للمعاقدين أن يشرطا من الشروط ما يخالف هذا
المقتضى، لأن مخالفته تغيير لما أوجبه الشرع. فإن اشتهرًا شرطاً مخالفاً للعقد في الجملة، واحتجوا على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو بطل".

وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه "نهى عن بيع وشرط".

وقد اعتبار الفقه الحنفي كل شرط يتضمن منفعة لأحد العاقدين توحيداً على أصل العقد مخالفاً وميسداً للمعاوضة المالية، كما لو اشتهر في عقد البيع حمل المبيع إلى بيت المشتري على حساب البائع، أو إقرار أحد المتبايعين للأخر قرضاً ونحو ذلك. أما إذا كان ذلك الشرط في غير عقود المعاوضات المالية كالزواج مثلاً، فيلعو الشرط ويصيح العقد. ولكنه استثني من المنع في عقود المبادلات المالية ثلاثة أنواع من الشروط، فاعتبرها صحيحة لازمة، وهي:

أ) الشرط الذي ورد الشرع بجوازه. كاشتراط تأجيل ثمن المبيع واشتراط الخيار لأحد المتبايعين.

ب) الشرط الذي يلائم العقد. كاشتراط البائع على المشتري تقديم كفيلة أو رهن بالثمن المؤجل، لأنه توقيف له.

ج) الشرط الذي يجري به العرف المعتبر شرعاً، حيث إن العرف يصحح الشروط التي تعتبر في الأصل مفسدة للعقد.
قال الإمام البخاري: "الضابط على ما في الهدية وشروطها: أن كل شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منعّة لأحد المتعاقدين أو المعقود عليه - وهو من أهل الاستحقاق - يفسد البيع إذا لم يكن متعاً، ولم يرد به الشرع - كشرط الأجل في الثمن والمشترا وشرط الخيار - ولم يكن متضمناً للتوثق، كشرط الكفيل بالثمن، فإنه جائز.

وذلك كم اشتري حنطة على أن يطنهنها البائع، أو ثوباً على أن يخيطيه، أو عبده على أن يبيعه المشتري بعد ذلك، أو لا يبيعه إلا منه، فلما ذلك فإن كان وفق مقتضى العقد لا يفسد، كشرط الملك للمشتري وتسليم الثمن و نحو ذلك، وكذا إذا لم يكن فيه نفع لأحد المتباحين، أو فيه نفع للمعقود عليه ولكن ليم من أهل الاستحقاق، كمن باع ثوباً أو حيواناً سوى الرقيق على أن لا يبيعه ولا ينهبه، وكذا إذا كان متعاً، كما إذا اشتري مدين بشرط أن يحذوه البائع، والفروع مبسطة في كتب الفروع.

(ثانياً): 23 - واتجه الشافعي وأكثر المالكية وطائفة من الحنابلة إلى نحو ما ذهب إليه الحنبلي من لزوم التماس بمقتضيات العقود إجمالاً، وعدم جواز اشتراك ما يخالفها، ولكنهم اختلفوا معهم في الفروع والتفصيلات، وفي بعض الاستثناءات ومدى صحة التوسع فيها، نظراً لتفاوت أنظارهم واجتهاداتهم فيما هو مقتضي كل عقد، وفيما هو مخالف له من الشروط، ودرجة المخالف، ومدى إخلالها بما يلزم مراعته في العقود.
قال البغوي: "وجملة ذلك أن كل شرط هو من مقتضى البيع أو من
مصلحة البيع فهو جائز. أما مقتضاه: فهو مثل أن يبيعه عبده على أن يحسن
إليه، أو دارا على أن يسكنها إن شاء أو يسکنها غيره. وأما مصلحة العقد: فمثل
أن يبيع بثمن ضرب له أخلا معلوما، أو شرط أن يرهن بالثمن داره، أو يقيم
فلانا كفیًا بالثمن.

فأما مالا يقتضيه مطلق البيع من الشروط، ولا هو من مصلحة البيع، فإنه
يفسذ البيع إلا شرط العتق. وذلك مثل أن يشترى سلعة ما على أن يحملها البائع
ببيته، أو ثوبا على أن يخيفه، أو دابة على أن يسلمها في بلد كذا وفي وقت كذا,
أو على أن لا خسارة عليه في ثمن البيع. فالفقد فاسد لأنه شرط يصير به الثمن
مجهولا. وكذلك لو باع داره وشرط فيه رضا الجبران أو رضا فلان، ففاسد لما
 فيه من الغرر. لأنه لا يدري هل يرضى فلان أو لا. وكذا لو باعه على أن البائع
مثى رد الثمن عاد المبيع إليه، أو يرد المشتري إليه ففاسد. وكذلك لو باعه على
أن لا يبيع المشتري، أو على أن يبيعه، أو على أن يعيش، فلا يصح. لأنه حجر
علىه فيما هو مقصود الملك من إطلاق التصرف."

وجاء في "الأшибاه والنظائر" لابن السبكي: "تنبيه قد يتردد في أن
الشيء مقتضى العقد أول؟ فذير ذلك تردد في أن شرطه هو يبطل أو لا.".

وقال في "بداية المجتهد": وأما مالك، فالشروط عنه تنقسم ثلاثة أقسام:
شروط تبطل هي والبيع معا، وشروط تجوز هي والبيع معا، وشروط تبطل
ويثبت البيع. وقد يظن أن عنده قسما رابعا وهو أن من الشروط ما إن تمسك
المشتري بشرطه بطل البيع، وإن تركه جاز البيع.
وإعطاء فروق بيئة في مذهب بين هذه الأصناف الأربعة عسير. وقد رام ذلك في كثير من الفقهاء، وإنما هي راجعة إلى كثرة ما تتضمن الشروط من 
صنف الفساد الذي يخل بصحة البيع، وهما الرضا والغرر، وإلى قلته، وإلى 
التوسط بين ذلك، أو إلى ما يفيد نقصاً في الملك، فما كان دخول هذه الأشياء فيه 
كثيراً من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط، وما كان قليلاً أجازه وأجاز الشرط 
فيها، وما كان متوسطاً أبطله وأجاز البيع.

ويبرأ أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب، إذ بمذهبه تجمع الأحاديث 
كلها، والجمع عنهم أحسن من الترجيح. وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك 
تفصيلات متقاربة.

(ثالثاً): 24 – ونتجه أصول أحمد المنصوصة عنه إلى أن الأصل الشرعي بمقتضى 
دلائل نصوص الكتاب والسنة هو حرية العقود أنواعاً وشروطاً، وواجب الوفاء 
بكل ما يتزم به المتعاقدان ويشرطانه، ما لم يكن هناك نص أو قياس يمنع من 
عقد معين أو شرط محدد، فعندئذ يمنع بخصوصه على خلاف القاعدة. ويعتبر 
الاتفاق عليه باطلًا، كالتآفة على الرضا أو الغرم أو الغرر ونحو ذلك.

وحجته على ذلك عموم قوله تعالى: { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود } 
وقوله صلى الله عليه وسلم: " المسلمون على شروطهم." أما الفيد الاستثنائي 
المائع فقد استفيد من قوله صلى الله عليه
 وسلم – في حديث بريرة "كل شرط له في كتاب الله فهو باطل". والمراد به ما أجل حراماً أو حرم حالاً.

قال ابن نكيم: "وهذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة، وهو حقيقة المذهب، فإن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شرطه حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله. وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً جلما، ففقدت الشرط وجوب ما لم يكن واجباً بكون المشترط مناقضاً للشرع، وكل شرط صحيح فلا بد أن يقيد وجوب ما لم يكن واجباً."

وعلى ذلك فإن أصول الإمام أحمد المنسوحة عنه لم تعتبر للعقود مقتضيات ضيقة بحدود ثابتة تتحكم في إرادة المتعاقدين، بمعنى أن الشارع قد فرض إلى إرادة المتعاقدين تحديد هذه المقتضيات في نطاق حقوقهما في كل مالا يصادم نصا من نصوص الشريعة ولا ينقض أصلا من أصولها. وكثر من فقهاء الحنابلة لا يعتبرون – كغيرهم – أن كل مصلحة يشترطها أحد العاقدين لنفسه مما لا يوجب العقد بذاته تكون منافية لمقضيات، بل يعتبرون مصلحة العقد من مصلحة العقد نفسه ما دامت مشروعة، أي غير محظورة بنص شريعي.

جاء في "مجمع فتاوى ابن تيمية": "الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما ذل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به. وأصول أحمد المنسوحة عنه أكثرها يجري على
القول المختار:

25 – إن الذي يترجح عندي الأخذ به والتعويل عليه بعد النظر في أقوال الفقهاء السابقة وأدلهتم وبراهينهم هو ما اتجه إليه شيخ الإسلام ابن تيمية والعلامة ابن القيم من أن الأصل في الشروط العقدية الجواز والصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهي عنه. وعلى ذلك فكل شرط يخالف نصا أو قياسا صحيحاً
فهو فاسد مردود، وكل شرط لا يخالف نصًا ولا يعارض قياسا صحيحاً.

فهو صحيح معتبر إذا لا وجه لتحريمه، فكان الواجب حله لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، لو لا حاجتهم إليه لما فعلوه، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه. وحيث لم يثبت تحريمه أو النهي عنه، فإنه يعتبر سائغا شرعا بناءً على عمومات الكتاب والسنة القاضية برفع الحرج عن العباد.
البحث الرابع

حكم اشتراط الضمان على الأمين

لقد اختلف الفقهاء في حكم اشتراط الضمان على الأمين في العقد، كما إذا اشترط الضمان على المضارب أو المستأجر أو الوديع أو الوكيل أو الشريك، ونحوهم. وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

وهو أن هذا الاشتراط باطل، لمنافته لمقتضى العقد، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة في المعتمد المشهور في مذاهبهم. وحكي عن الثوري والأوزاعي وإسحاق النخعي وابن المنذر.

26 – و هو أن هذا الاشتراط باطل، لمنافته لمقتضى العقد، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة في المعتمد المشهور في مذاهبهم. وحكي عن الثوري والأوزاعي وإسحاق النخعي وابن المنذر.
وهذه قاعدة تتعلق بالضمان على الأمين باطل. وقال الخطابي: "الشيء إذا كان حكمه في الأصل الأمانة، فإن الشرط لا يغيره عن حكم أصله.

وقال الماوردي: "لأن العقود أصولاً مقدرة، وأحكاماً معبرة، لا تغيرها الشروط عن أحكامها في شرط سقوط الضمان أو إيجابه، كالودائع والشركة، لما كانت غير مضمونة بالعقود لا تعتبر مضمونة بالشروط.

وقال القاضي عبد الوهاب: "لأن أصل العقد موضوع على الأمانة، فإذا شرط فيه الضمان، فذلك خلاف موجب أصله، والعقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله أوجب بطلانه.

وقال ابن قدامة: "وذلك لأنه شرط ضمان ما لم يوجب سبب ضمانه، فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتفت في يد مالكه.

27 - ولكن هل يفسد العقد لفساد الشرط المقترن به؟ اختلفوا على قولين:

أحدهما: للحنافية والحنايلة في المعتمد: وهو أن الشرط باطل والعقد صحيح.
والثاني: للشافعية والمالكية وأحمد في رواية عنه: وهو أن الشرط باطل والعقد باطل.

القول الثاني:

28 - وهو أنه إذا اشترط الضمان على الأمين لأمر خالفه صاحب العين

من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص أو ما أشبه ذلك، فيلزمهم الشرط إن تلفت
في ذلك الأمر الذي خافه، واشترط الضمان من أجله. وإن تلفت فيما سواه
لم يلزم الشرط. وهو قول مطرف من أصحاب مالك.

القول الثالث:

29 – وهو أن هذا الشرط صحيح ملزوم وهو قول قتادة وعثمان البتي
وعبيد الله بن الحسن العنبري وداود الظاهري وأحمد في رواية عنه والمالکية
في غير المشهور والحنفية في المرجوع وهو المذهب الذي رجحه واعتمده
وانتصر له الشوكاني من المتأخرين. إذ الأمين قد قضى لنفسه بذلك التزام ما لم
يكن ملزم و اختياره والتراضي هو المناط في تحليل أموال البعاد. والمسلمون
على شروطهم.

- جاء في المغنى لابن قدامة: وعن أحمد أنه سأل عن شرط ضمان ما لا
يجب ضمانه، هل يصير الشرط مضموناً؟ قال: المسلمون على
شروطه. وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوده بشرطه، لقوله
صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم".
وجاء في "إيضاح المسالك" للونشريسي: "ونقل ابن عقاب عن شيخه أبي المطرف بن بشير أنه أملى عقداً بدفع الوصى مال السفه قراضًا إلى رجل على جزء معلوم. وأن العامل طاع بالالتزام ضمان المال وغرمه. وصحح ابن عتاب مذهبه في ذلك، ونصره بحجج بسطها وعجلة قررها، ومسائل استدل بها، وقال بقوله فيها. واعتبره غيره من الشيوخ ذلك وأنكره. وقال: التزامه غير جائز. وفي سماع ابن القاسم ما يشهد الصحة الاعتراف على ابن بشير، وفي رسم الجواب من سماع ابن القاسم ما يؤيد صحة قوله.

وجاء في شرح المندور على "المنهج": " ومن اشترط الضمان فيما لا يغاب عليه من العواري والرهون، وفيه فيما يغاب عليه منهما، ففي المدونة إعمال شرط الضمان في الرهن، ويتخرج فيه قول بالضمان ولمالك وكثير من أصحابه عدم إعماله في العارية، ويتخرج فيها قوله بإعماله.

وقال ابن الحاب: " وإذا اشترط إسقاط الضمان فيما يضمن، أو إثباته فيما لا يضمن، ففي إفادته قولان".

وقال المقري في "قواعد": قاعدة: اشترط ما يوجب الحكم خلافه، هل يعتبر أور لا؟ اختلفوا فيه.

وقال ابن نجم في "الأشياء والنظائر" وهو بصدد شرحه لقاعدة "العادة محكمة": "وحين تأليف هذا المجال ورد على سوال فيمن آخر مطبخاً لطبخ السكر وفيه فخار، أذن للمستأجر في استعمالها. فتلف ذلك، وقد جرى
العرف في المطالبة بضمانها على المستأجر؟ فاجبت بأن المعروف كالمشروط، فكأنه صرح بضمانها عليه. والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير، تصير مضمونة عندنا في رواية. ذكره الزيلعي في العارية، ولزم به في الجوهرة.

الرأي المختار:

لقد تبين لنا بعد النظر في أقوال الفقهاء وحجتهم في حكم اشتراط تضمين

يد الأمانة في ضوء المقدمات المبينة في المباحث الثلاثة الأولى ما لي:

( أولاً ):

30 – أنه لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما ينهض حجة

على كون يد الأمانة لا تضمن ما بحوزتها من أعيان الغير إلا في حالتى التعدي أو التفريط. وأن عمدة استدلال الفقهاء على تلك المقولات هو استصحاب دليل

البراءة الأصلية للحائز، وعلى فلما يضمن إلا إذا حصلت منه جناية أو تقصير، لأن التضمين حكم شرعي يستلزم أخذ مال معصوم بعصمة الإسلام، فلا يجوز

إلا بحجة شرعية، وإلا كان من كل أموال الناس بالباطل.

وحيث كان المناظر في تحليل الأموال شرعًا هو التراضي، إلا أن يرد الشرع الذي تقوم الحجة بمنع التراضي في شيء بخصوصه. كما ورد في
النهي عن مهر البغي وحلوان الكاهن وأكل الربا ونحو ذلك .. فإن الأمين إذا
لزم نفسه ما لم يكن يلزم من الضمان باختياره. كان ذلك الالتزام صحيحاً، إذ
لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما يمنع من التراضي على التزام
الأمين الضمان. قال الشوكاني: فحịchي رضي لنفسه بذلك. كان هذا الرضا
 الصادر منه محلا لماله الذي يدفعه في ضمان الأمانة، ولا حجر في مثل هذا,
ولا وجه لقول من قال: أنه لا يصح.

ولو كان تضمين الأمين من غير تعد أو تفريط بهدم أصلا شرعياً أو
يخالف نصا ثابتاً لما ساغ لأحد من الفقهاء أن يقول بتضمين الأمين للتجهيل أو
التهمة أو للمصلحة أو للعرف والعادة .. ولا وقع اختلاف بين الفقهاء في
العديد من الأيدي: هل هي يد أمانة فلا تضمن بدون تعد أو تفريط أو بد ضمان
قتضمن مطلقًا، كيد المستعير والمرتهن والوكيل بأجر والصانع .. الخ.

(ثانياً) :

31 - أن هذه المسألة في حقيقتها فرع عن قاعدة الأصل في الشروط
المقترنة بالعقد. وقد ترجح لنا فيها أن الأصل في الشروط العقدية الجواز
والصحة إلا ما أبطله الشرع أو نهي عنه، كما قال ابن تيمية : "القياس المستقيم
في هذا الباب، الذي عليه أصول أحمد وغيره من فقهاء الحديث أن اشتراط
الزيادة على مطلق العقد واشتراط النقص جائز ما لم يمنع منه الشرع، ولم يرد
في النهي عن هذا الاشتراط أو إبطاله نص شرعي، فكان صحيحاً ملزمًا.

فإن قيل: هذا شرط ينافي مقتضى العقد. أجيب إن أريد بذلك أنه ينافي
العقد المطلق. فهذا لا يضر، لأن هذا حال كل شرط زائد وإن أريد أنه ينافي
العقد المطلق والمقيد (أي ينافي مقصود الشارع أو مقصود العقد) فهذا يحتاج إلى دليل.. ولا يوجد دليل من كتاب أو سنة أو قياس صحيح على أن اشتراط الضمان على الأمين ينافي مقصود الشارع أو مقصود العقد.

وقد وضع الإمام ابن القيم يده على سر المسألة وحل المعضلة في قاعدة الشروط المقتضبة بالعقود حيث قال: "أباح الله سبحانه للمكلف تنويع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها، فباشر من الأسباب ما يحل له بعد أن كان حراما عليه، أو يحرم عليه بعد أن كان حلالا له، أو يوجبه بعد أن لم يكن واجبا، أو يسقطه بعد وجوبه، وليس في ذلك تغيير لأحكامه، بل كل ذلك من أحكامه، فهو الذي أحل وحرم وأوجب وأسقط، وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا.

فكما أن شراء الأمة ونكاح المرأة يجل له ما كان حراما عليه قبله، وطلاقها وبيعها بالعكس يحرم عليه، ويسقط عند ما كان واجبا عليه من حقوقها، كذلك التزامه بالعقد والعهد والنذر والشرط. فإذا ملك تغيير الحكم بالعقد ملكه بالشرط الذي هوتابع له، وقد قال تعالى: { إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } فأباح التجارة التي تراضي بها المتباينان، فإذا تراضيا على شرط لا يخالف حكم الله جاز لهما ذلك، ولا يجوز إلغاؤه، وإنلزمهما بما لم يتلزموا، ولا ألزمهما الله ولا رسوله به، ولا يجوز إلزامهما بما لم يلزمهما الله ورسوله به، ولا هما التزمان، ولا إبطال ما شرطاه مما لم يحرم الله ورسوله عليهما شرطه ومحرم الحلال كمحلل الحرام.
(ثالثاً) :

32 - صح عن النبي صلى الله عليه وسلم - أنه استعار من صفوان بن
أمانة يوم حنين أدرعا فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة.

فدل قوله - عليه الصلاة والسلام - "مضمونة " على أن اشتراط ضمان
العارية على المستعير الأمين صحيح ملزم، حيث إنه جعل لفظ "مضمونة"
صفة مخصصة، أي استعيرها منك عارية مشروطة فيها الضمان، ومنصفة بأنها
مضمونة، لا عارية مطلقة عن الضمان كله هو الأصل فيها.

قال الشوكاني: إن العارية لا تضمن إلا بأحد أمور ثلاثة: الأول التعدي،
والثاني الاستهلاك. والثالث اشتراط الضمان. لما في حديث صفوان، وإن كان
فيه مقال، فهو لا يقصر عن الانتهاض للاحتجاج به، ولا سيما إذا كان الشرط
المعير ورضي المستعير، فإنه رضي باللزم نفسه. وجميع هذه الأسباب داخلة
تحت قوله - صلى الله عليه وسلم: على اليد ما أخذت حتى تؤديه ".

(رابعاً) :

33 – إذا جاز تضمين الأمانة جبرًا بدون رضاهم عند جريان العرف بذلك
في قول بعض فقهاء المالكيّة والحنفية، فإنّه يجوز تضمينهم بالشرط
أولاً، لأن مبنى تضمينهم بمقتضى الصرف إنما هو اعتباره بمنزلة الشرط.
فحيث أثبت الحكم بالتضمين في المقضى، فإنه يكون ثابتاً ومقرراً في المقضى عليه
لا محالة.

(خامساً):

34 – لقد أجاز المالكية في المشهور تطور الأمين بالتزام الضمان بعد تمام
عقد الأمانة، واعتبروه صحيحاً ملزماً بناءً على قاعدة التزام التبرعات في
مذههبهم.

وعندي أنه إذا صح التزام الأمين بالضمان بعد العقد، فإنه يصح التزامه به
في العقد. لأن ثبوته في حالة التطور به بعدة بناء على أنه تبرع بالمعروف,
وهو واجب على من التزمه، وثبوته أيضاً في حالة الشرط بناء على أن تطوع
بالتزام ما لم يكن يلزم في صلب العقد. فكان واجباً أيضاً على من التزمه، وهو
ما أفتى به ابن بشر من محقق المالكية، وصححه وانتصر له ابن عتاب من
تلاميذه. ذلك أن ما لا يجوز التزامه في العقد لا يجوز التطور بالتزامه بعده، كما
في التزام المقتضى تطوعاً بعد القرض بزيادة على ما اقترضه، فإنه غير جائز
شرعاً كما لو كان مشترطاً في العقد.

(سادساً):

35 – إذا جاز تضمين الأمناء بالتهمة عند المالكية في المشهور وغيرهم
في مسائل كثيرة، والمراد بها "رجحان الظن وغلبة الاحتمال بشهادة الصرف"
في كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة بدون تعديه أو تفريطه " فإنه يجوز تضمين الأمانة بالشرط، إذ المناظر وهو الظهيرة موجود في معظم حالات اشتراط الضمان على الأمين، إذ لولا لما اشترطه صاحب المتاع بل إن التراضي على شرط الضمان - وهو واقع غالباً بسبب الظهيرة - أولئك أورج من تضمين الأمنان جبرًا بدون رضاه عند قيام مظفتهما في تلك المسائل التي ذكرها، والعيرة للكثر الغالب لا للقليل النادر، وخاصة مع فساد الزمان، وعدم مبالاة الناس بأكمل الحراس، وحرصهم على الوصول إلى المال بأي سبيل، وتعذر أو تعرض إثبات صاحب المتاع تعديل الأمين أو تفريطه في كثير من عقود الأمانة، وهو ما يحمل على اشتراط الضمان فيها أو يلخي إليه.

(سابعًا): 36 – لقد ذهب المالكية في المشهور إلى تضمين الصناع، مع أنهم في الأصل أجراء مؤتنون، لا يضمنون بدون تعد أو تفريط. واستندوا في ذلك كما حكي ابن رشد إلى مبدأ أساسي في تضمين الأمنان، وهو أن الضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدي، أو مكان المصلحة وحفظ الأموال " ثم أوضح أن مبنى قولهم بتضمين الصناع هو الوجه الثاني، وقال: " ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة " أي إلى تصنيع أموال الناس واتلافها.

وعلى ذلك: فإذا كانت " المصلحة العامة وصيانة أموال الناس " قاعدة معترفة شرعًا في جعل بد الأمين ضمانة جبرًا بغير رضاه، فإنها تعتبر ضمانة برضاه واستياء عند اشتراطه ذلك على نفسه في العقد أو اشتراطه عليه وقبوله به أولاً. ولا أدل على أن في اشتراط الضمان على الأمين حاجة معتبرة ومصلحة راجحة من أنمرين.
أحدهما: أن هذا الاشتراط عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لو لا حاجتهم إليه لما فعلوا. فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه. من حيث لم يثبت تحرمته بنص، فإنه يلزم القول بإباحته وصحته رفقًا بالناس وتيسيراً عليهم اعتباراً لعمومات الكتب والسنة القاضية برفع الحرج عن العباد في معاملاتهم.

وقد كان الإمام أبو يوسف يقول دائماً: "وأما كان أرفع بالناس فالأخذ به أولى، لأن الحرج مرفوع ".

والثاني: أن جمهور الفقهاء الذاهبين إلى أن اشتراط الضمان على الأمين باطل لما أدركوا ما في هذا الرأي من تقوية مصالح معتبرة على الناس لجنوا إلى فتح باب الحيل لتضمن الأمناء، وتعليمها للناس حفاظًا على مصالحهم من الضياع ونظرًا إلى حاجتهم لذلك، وأضرب لذلك بعض الأمثلة والشواهد:

أ) قال أبو حاتم القرؤيني الشافعي: "والرهن لا يصير مضمونًا على المرتين، والحيلة في أن يصير مضمونًا: أن يعبره، ثم يرره عندم، فتكون مرهونًا عليه، مضمونًا عليه إن تلف".

ب) وقال ابن القيم الحنبلي في " إعلام الموقفين " : "إذا رهن عنه رهناً ولم يشق بأمانته، وخفان أن يدعي هلاله ويذهب به، فالحيلة في أن يجعله مضمونًا عليه أن يعبره إياه أو لا، فإذا قبضه رهنه عنه بعد ذلك، فإذا تلف كان في ضمانه، لأن طريان الرهن على العارية لا
يبطل حكمها. لأن المرتهن يجوز له الانتفاع بها بعد الرهن. كما كان ينتفع
بها قبله ".

( وقال السرخسي الحنفي: " لو أن رجلا آراد أن يدفع مالا مضاربة إلى
رجل، وأراد أن يكون المضارب ضامنا له، فالحيلة في ذلك أن يقرضه ربح
المال المال إلا دوما، ثم يشاركه بذلك القدر فيما أقرضه على أن يعمل، فما
رزقه الله تعالى في ذلك من شيء فهو بينهما على كذا، وهذا صحيح. لأن
المستقرض بالقبض يصير ضامنا للمستقرض متملكا له، ثم الشركة بينهما مع
التفاوت في رأس المال صحيحة، والربح بينهما على الشرط، على ما قال على
رضي الله عنه: الربح على ما اشتراطا، والوضعية على المال. ويستوي إن عملا
جميعا أو عمل به أحدهما فربح، فإن الربح يكون بينهما على هذا الشرط.")

( وجاء في " تبين الحقائق " للزيلعي: " وإذا آراد ربح المال أن يجعل
رأس المال مضمونا على المضارب أقرضه رأس المال كله، ويشهد عليه
ويسلمه إليه، ثم يأخذ منه مضاربة، ثم يدفعه إلى المستقرض يستعين به في
العمل، فإذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط، وأخذ رأس المال على أنه
بدل الفرض، وإن لم يربح أخذ رأس المال بالقرض، وإن هلك هلك على
المستقرض، وهو العامل."
وعندى أن تخريج جواز اشتراط الضمان على الأمين بناء على الحاجة والمصلحة الراجحة وسد الذرائع إلى إتلاف الأموال وتشييعها على أربابها خير وأولى من التشديد بالمنع. ثم اللجوء إلى تضمينه عن طريق الحيل الفقهية...\n\nفإن قيل: إذن قياس تضمين الأمناء بالشرط على تضمين الصناع للمصلحة
( أي مصلحة أرباب السلع والصناع ) قياس مع الفارق لأن الصناع لو لم يضمنوا أنفسهم وأبيديهم على أموال الناس. وتضاعفوا إلى أكلها بالباطل. وادعاء التلف والضياع والناس في حاجة إلى استعمالهم. وليس هذا المعنى بمثاب في سائر الأمانة؟

أجيب: إذن صاحب المتاع لا يلجأ عادة إلى اشتراط الضمان على الأمين إلا حيث لا تتوفر الثقة الكافية بأمانته وقيامه بحفظ ما ظلم عليه لصاحبه، ولا تتحقق طمأنينته بإمكان إثبات تعديه أو تقربه إن وقع وداعي الهلاك والضياع بدون ذلك. ولهذا فإنه صيانة لما له وسدا لذريعة إتلافه وضريبه عليه يشترط على الأمين ضمانه. والناس بحاجة إلى إجراء عقود الأمانة. وتلك مصلحة ظاهرة راجحة، وهي نفس المناقش في المقص عليه بل إنها أرجح وأوضح مما ذكر المالكة من مصلحة تضمين الصناع لأنها مظنة أو موعومة في كثير من الأحوال. حتى أن بعض أنتمهم ومحققهم وهو المقري قال: " وما يقال من أنهم لو يضمنوا أمرعوا إلى كل أموال الناس. وأبهروا إلى ما يضر بهم، فقد كذبهم العيان. لأن غالب من وراء الإسكندرية إلى أقصى الشرق لا يضمنون. ولم يقع فيهم شيء من ذلك. لإبقائهم على أسباب عقوتهم مع أن أولئك الصناع شر من هؤلاء بكثير ".

37 - فناء على ما تقد، فإنه يترجح في نظري جواز اشتراط الضمان على الأمناء. وأنه صحيح ملزم إذا يد ذلك الشرط إلى تفريغ عقد الأمانة من مضمونه، وتعريته عن حقهم. واتخاذه ذريعة إلى التعامل بالربا.
فإن ترتتب عليه ذلك كان اشتراط الضمان على الأمين حراماً باطلًا، كسائر
الخيل المذمومة التي تهدف إلى إبطال مقصود الشارع في أحكامه، إذ العبرة في
العقود للمقاصد والمعاني لا للألغاز والمباني، والمطلوب من الأوامر والنهائي
حقائقها وأرواحها ومقاصدها، لا مجرد صورها وأشباحها ورسومها. والله
تعالي أعلم.

وآخر دعونا أن الحمد لله رب العالمين ..
الخاتمة

لقد انتهينا بعد الدراسة الفقهية المقارنة لأقوال الفقهاء ومذاهبهم حول يد الأمانة وحكمها وموجبات ضمانها. ومدى صحة اشتراط الضمان على الأمانة إلى ما يلي:

1- أن اليد التي تعني في المصطلح الفقهي "الاستيلاء على الشيء بالحيازة" تسمى: يد ضمان، ويد أمانة.

2- أما يد الضمان: فهي يد الحائز للشيء بدون إذن مالكه - كالعاصب والسارق - أو بإذنه ولكن بقصد تملكه كقاصب على سوم الشراء والملتقط بنينة التملك. وأن حكمها الضمان مطلقاً أي غرم ما يتلف تحتها من مال الغير، أي كان سبب هلاك.

3- وما يد الأمانة: فهي يد الحائز للشيء باذن صاحبه، لا بقصد تملكه، لمصلحة تعود لمالكه ( كالوديع والوكيل والولي والوصي والناظر ) أو لمصلحة تعود للحائز ( كالمستعير والمترهن والمستأجر والقاضي على سوم النظر) أو لمصلحة مشتركة بينهما ( كالمضارب والشريك والمزارع والمتسابق ). وأن حكم هذه اليد في الأصل أنها لا تتحمل تبعة هلاك أو ضياع ما تحتها من مال الغير ما لم تنتعد أو تفرط في المحافظة عليه.

4- أما عن تحديد الأيدي الأمينة شرعاً، فقد اتفق الفقهاء على أن يد الوديع والمستأجر والمضارب والشريك والرسول والأمير الخاص والوكيل بغير أجر والولي والوصي على مال الصغير والمحجوز والناظر على الوقف وبيت المال والملتقط بنينة التعريف ومن ألقف الريح في بيئة متاعباً لغيره..
كلها آيدي أمانة، وتسري عليها أحكامها ولكنهم اختلفوا في أيد أخرى. كيد المستعير والمرتدين والوكيل بأجر الأجور المشتركة والصناع، فذهب بعضهم إلى أنها يد ضمان، وذهب غيرهم إلى أنها يد أمانة وبرفع اختلافهم في ذلك إلى 

عدة أسباب:

أحدها: أن بعض هذه الأيدي يتنازع عنها شبهان، أحدهما: إلى الأيدي الأمينة والثاني: إلى الأيدي الضامنة والأنظار مختلفة في ترجيح غلبة أحدهما.

والثاني: استحسان بعض الفقهاء تضمين بعض الأمناء في الأصل لداعي التهمة. قدما لذريعة إتلاف الأموال وتضيعها.

والتالث: اختلاف العلماء في ثبوت أو دلالة بعض الأحاديث المتعلقة بالموضوع.

5. لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما ينهض حجة على كون يد الأمانة لا تضمن ما يلف بحوزتها من غير تعد أو تفريط. ولهدى انسحاب

استدلال الفقهاء على أصل عدم تضمينها بأمرين:

أحدهما: اعتبار الحائز نائباً عن المالك في اليد والتصريف، وذلك يستوجب أن يكون هلاك العين في يده كهلاكها في يد مالكها.

والثاني: استصحاب دليل البراءة الأصلية للحائز. وهذا يقتضي عدم جواز تضمين يد الأمانة إلا بموجب شرعي.

6. أن هناك موجبات شرعية عديدة لانقلاب يد الأمانة إلى يد ضمان، منها ما هو متفق عليه بين الفقهاء، كالتعدي والتفرط، ومنها ما هو مختلف فيه، أو

نص عليه بعض الفقهاء دون سائرهم: مثل التجهيل، والتهمة، والمصلحة العامة، والعرف، وتطوع الأمين بالالتزام الضمان بعد العقد وإشراك الضمان على الأمين.
7- وأن الفقهاء اختلفوا فيما هو الأصل في حكم الشروط العقدية التي فيها مخالفة أو تعديل لمقتضيات العقد، وذلك على ثلاثة اتجاهات:

أحدها: للحنفية، وهو أنها شروط فاسدة إلا إذا جرى بها العرف.

والثاني: للشافعية والمالكية وبعض الحنابلة، وهو أنها شروط فاسدة في الجملة باستثناء بعض الشروط التي اقتضت ضرورة الجمع بين الأحاديث المتعارضة أباحتها، أو التي نازعوا في كونها مخالفة لمقتضى العقد.

والثالث: للإمام أحمد بن حنبل. كما جاء في جل أصوله المنصوصة عنه، وهو أنها صحيحة ملزمة إذا لم تختلف نصا شرعيا، لأن الأصل في الشروط العقدية عموما الجواز والصحة إلا ما دل الكتاب أو السنة أو القياس الصحيح على حظره أو إبطاله.

وقد ترجح لدينا الاتجاه الأخير، وهو ما اختاره وروجاه وانتصر له شيخ الإسلام ابن تيمية والعلامة ابن القيم.

8- أن مسألة اشتراط الضمان على الأمين ومدى صحته قضية فقهية خلافية تباينت فيها أنظار العلماء منذ القرن الهجري وحتى العصور المتأخرة.

والللفقهاء فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: أن هذا الشرط باطل، وهو اتجاه المذاهب الأربعة على المشهور المعتمد عندهم.

والثاني: أنه صحيح ملزم، وهو قول قتادة وعثمان البتي وعبيد الله بن السحن العنبيري وداود الظاهري وأحمد في رواية عنه والمالكية في غير المشهور والحنفية في المرجع. وقد رجح هذا القول وانتصر له الإمام الشوكاني من المتأخرین.
والثالث: التفصيل في المسألة وهو قول مطروق في أصحاب مالك.

وبعد النظر في أدلة الفقهاء ومناقشتها ظهر لنا رجحان القول بجواز
اشتراط الضمان على الأمين. وأنه صحيح ملزماً شرعاً ما لم يتخذ حيلة إلى
قرض ربوى.

9- أن المراد بتضمين الأمين بالشرط - في الاصطلاح الفقهي - منحصر في
" ضمان الملتفات "، بمعنى جعله متحملاً لتبعة الهلاك الكلي أو الجزئي -
مهما كان سببه - للمال الذي حازه في عقد الأمانة، بحيث يلتزم برد مثل
التالف إن كان من المثلثات وقيمته إن كان من القيميات. وعلى ذلك فلا
يغرب المضارب شيئاً من الخسارة والنقصان في رأس مال المضاربة -
بدون تعديه أو تفويته – إذا اشترط عليه الضمان. لأنه ذلك الغرم خارج
عن موجبات ذلك الشرط أصلاً، بالإضافة إلى أنه غير سائع شرعاً، والله
تعالى أعلم.
مراجع البحث

- الأحكام للقاضي أبي المطرف المالكي, ط. دار الغرب الإسلامي بيروت سنة 1992م.

- إروة الغليل في تحرير أحاديث منار السبيل للألباني, ط المكتب الإسلامي بدمشق سنة 1399هـ.

- أساس البلاغة للزمخشري, ط. دار المعرفة بيروت سنة 1982م.

- أسنى المطالب شرح روض الطالب لزكريبا الأنصاري, مطب. اليمنية بمصر سنة 1313هـ.

- الأشباه والنظائر للنافج السبكي, ط. دار الكتب العلمية بيروت سنة 1411هـ.

- الأشباه والنظائر لابن نجيم, ومعه حاشية ابن عابدين عليه, ط. دار الفكر بدمشق سنة 1403هـ.

- الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر, ط. دار إحياء التراث الإسلامي بقطر سنة 1986م.

- الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي, مطب. الإدارة بتونس.

- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجزوزية, مطب. السعادة بمصر سنة 1374هـ.

- إغاثة الليفان من مصائد الشيطان لابن القيم, مطب. أنصار السنة المحمدية بمصر سنة 1358هـ.

- إيثار الأنصاف في آثار الخلاف لسبط ابن الجوزي, ط. دار السلام بمصر سنة 1408هـ.

- إيضاح المسالك لقواعد الإمام مالك للونشريسي, ط. الرباط سنة 1400هـ.
البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، ط دار الكتب العربية الكبرى

بمصر 1333 هـ.

- بدائع الصنائع للكاساني، مط الجمالية بمصر سنة 1327 هـ.
- بداية التجهد ونهائية المقصود لابن رشد الحفيد، مط. مصطفى البابي الحلوبي

بمصر سنة 1379 هـ.

- البحجة شرح التحفة للتنسولي، مط. مصطفى البابي الحلوبي بمصر سنة

1370 هـ.

- التاج والإكليل على مختصر خليل للمواقف، مط السعادة بمصر سنة 1329 هـ.

- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلي، مط. بولاية بمصر 1313 هـ.

- تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحثاب، ط. دار الغرب الإسلامي بيروت

سنة 1404 هـ.

- تحفة المحتاج على المنهاج لابن حجر الهمتيمي، مط. الميمنة بمصر 1315 هـ.

- التعريفات للشريف الجرجاني، ط. الدار التونسية للنشر 1971م.

- التفرع لابن الجلاب البصري المالكي، ط. دار الغرب الإسلامي بيروت

سنة 1408 هـ.

- التلخيص الحبير في تحرير أحاديث الرازي الكبير لابن حجر العسقلاني، ط.

شركة الطباعة الفنية بمصر سنة 1384 هـ.

- تهذيب الفروق والقواعد السنة في الأسرار الفقهية لابن حسين، المالكي، مط.

دار إحياء الكتب العربية بمصر سنة 1346 هـ.

- التوقف على مهمات التعريف للمناوي، ط. دار الفكر بدمشق سنة 1410 هـ.

- حاشية الحموي على الأشياء والنظرات لابن نجيم، ط. استنبول سنة 1290 هـ.

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدرديري، مط. مصطفى محمد بمصر سنة

1373 هـ.

- حاشيتا قليوب ومصرية على شرح المنهاج للمحال، ط. عيسى البابي الحلوبي

بمصر سنة 1394 هـ.
- الحاوة الكبير للماوردي، ط. دار الفكر بيروت سنة 1414هـ.
- الحيل في الفقه لأبي حاتم القزويني الشافعي، ط. هانوفر سنة 1924م.
- الدراسة في تخريج أحاديث الهدایة لأیان حجر العسقلاني، ط. مكتبة ابن تيمية بمصر.
- الی للفکر الداری، ط. دار الغرب الإسلامي بيروت 1994 م.
- رد المختار على الی المختار لأیان عابدين، مط. الأميرية ببولاق سنة 1272هـ.
- روضة الطلابي للنوروي، ط. المكتبة الإسلامية بدمشق سنة 1388هـ.
- روضة الفضیة وطريق النجاة للسمناني، مط. أسعد ببغداد سنة 1389هـ.
- سنن الدارقطني، ط. دار المحاسن بالقاهرة سنة 1386هـ.
- السنن الكبرى للبيهقي، ط. حیدر أباد الدکن بالهند سنة 1352هـ.
- سنن ابن ماجة القزویني، ط. دار إجیاء الكتب العربية بمصر سنة 1373هـ.
- سنن النساني، مط. المصرية بالقاهرة سنة 1348هـ.
- السیل الجراح المتذوق على حدائق الأزهار للشوكاني، ط. دار الكتب العلمیة بمصر سنة 1405هـ.
- شرح الزرقاني على مختصر خلیل، مط. محمد مصطفی بمصر سنة 1307هـ.
- شرح السنة للبغوي، ط. المكتبة الإسلامية بدمشق سنة 1391هـ.
- شرح المجلة للانسانی، مط. حمص سنة 1352هـ.
- شرح المنجر على المنهج إلى قواعد المذهب، ط. دار الشنقتی بمصر.
- شرح منتهى الإرادات للبهوتي الحنبلی، ط. مصر.
- شرح مبارة على تحفة وحاشتیة الحسن بن رجال المعدانی عليه، مط. الاستقامة بمصر.
- عارضه الأحمدی شرح سنن الترمذي لابن العربي، مط. الصاوي بمصر سنة 1353هـ.
- عدد البروق في جميع ما في المذهب من الجمع والفرق للتراثي, ط.
- دار الغرب الإسلامي بيروت سنة 1410هـ.
- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامديه لابن عابدين, مط. الأميرية بيولاك
- سنة 1300هـ.
- الفائق في غريب الحديث للزمخشري, ط. عيسى البابي الحلبي بمصر سنة
- 1971م.

- الفتاوى الطرسوسية, مط. الشرق بالقاهرة سنة 1344هـ.
- الفتاوى الكبرى لابن تيمية, ط. دار الريان للتراث بمصر سنة 1408هـ.
- الفتاوى الهندية (العالم كيرية) مط. الأميرية بيولاك سنة 1310هـ.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني, مط. السلفية بمصر.
- الفروق للقرافي, مط. دار إحياء الكتب العربية بمصر سنة 1344هـ.
- القاموس المحيط للفيروز أبادي, ط. مؤسسة الرسالة بيروت سنة 1406هـ.
- القواعد لابن رجب, مط. الصدق الخيرية بمصر سنة 1352هـ.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام, ط. دار الطباعة بدمشق
- سنة 1413هـ.
- القواعد النورية في الفقه لابن تيمية, مط. السنة المحمدية بمصر سنة 1370هـ.
- القواعد الفقهية لابن جزي الغرانيطي, ط. الدار العربية للكتب بتونس سنة
- 1982م.

- كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي, مط. الحكومة بمكة المكرمة سنة
- 1394هـ.
- كشف القناع عن تضمين الصناع للحسن بن رحال المعاذي, ط. الدار التونسية
- للنشر سنة 1986م.
- المبوسط للسرخسي, مط. السعادة بمصر سنة 1324هـ.
- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد بن حنبل للقاري, ط. مكتبات تهامّة
- بجدة سنة 1401هـ.
- مجلة الأحكام العدلية، ط. بيروت سنة 1388 هـ.
- مجمع الضمانات البغدادي، مط. الخيرية سنة 1308 هـ.
- المجموع شرح المهذب النووي، مط. التضامن الأخوي بمصر سنة 1348 هـ.
- مجموع فتاوى ابن تيمية، ط. الرياض/ السعودية 1398 هـ.
- المحلى لابن حزم الأندلسي، مط. المنيرية بمصر سنة 1350 هـ.
- مختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي، اختصار الجصاص، ط. دار البشائر الإسلامية بيروت سنة 1416 هـ.
- مختصر سن أبي داود للمنذر، مط. أنصار السنة المحمدية بمصر سنة 1369 هـ.
- المدخل الفقهى العام لمصففى الزرقا، مط. الجامعة السورية بدمشق سنة 1952 م.
- المسند الكبرى للإمام مالك، مط. السعادة بمصر سنة 1323 هـ.
- مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان لمحمد قدرى باشا، مط. الأميرية بمصر سنة 1931 م.
- المستدرك للحاكم النيسابوري، ط. حيدر أباد الدكن بالهند سنة 1341 هـ.
- المصباح المنير للفيومي، مط. الأميرية ببولاق مصر سنة 1324 هـ.
- معالم السنن للخطابي، مط. السنة المحمدية بمصر سنة 1948 م.
- المعونة على مذهب عالم المدينة للقضي عبد الوهاب البغدادي، ط. المكتبة التجارية بمكة المكرمة.
- المغرب للمطرزي، ط. حلب سنة 1402 هـ.
- المغني لابن قدامى المقدسي، ط. هجر بمصر سنة 1410 هـ.
- مغني المحتاج على المناهج للخطيب الشربيني، مط. مصطفى البابي الحلبى بمصر سنة 1377 هـ.
المفردات لألفاظ القرآن للراغب الأصبهاني، ط. دار القلم بدمشق سنة 1412 هـ.

المقدمات الممهدات للقاضي ابن رشد الجد، ط. دار الغرب الإسلامي بيروت سنة 1408 هـ.

المنثور في القواعد للزركشي، ط. وزارة الأوقاف بالكويت سنة 1402 هـ.

المذهب للشيرازي، ط. مصطفى البابي الحليبي بمصر سنة 1379 هـ.

مواهب الجليل شرح مختصر خليل للخطاب، مطب. السعادة بمصر سنة 1329 هـ.

الموطأ للإمام مالك بن أنس، مطب. عيسى البابي الحليبي بمصر سنة 1951 م.

نيل الأوطار على منتقى الأخبار للشوكاني، ط. دار الكتب العلمية بيروت سنة 1403 هـ.

وبل الغمام على شفاء الأئمة للشوكاني، ط. مكتبة ابن تيمية بالقاهرة سنة 1416 هـ.