جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

الظفر بالحق وتطبيقاته الفقهية المعاصرة

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلامية – تخصص: فقه مقارن وأصوله

الطالبة:
أسماء نصري

المشرف:
أ.د. محمد رشيد بوغزالة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. خالد تواتي	أستاذ محاضر –أ–	جامعة الشهيد حمه لخضر–الوادي	رئيسا
أ.د. محمد رشيد بوغزالة	أستاذ التعليم العالي	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	مشرفا ومقررا
أ. ميلود ليفة	أستاذ متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	عضوا

السنة الجامعية: 1439–1440هـ/2018–2019م

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

الظفر بالحق وتطبيقاته الفقهية المعاصرة

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلامية – تخصص: فقه مقارن وأصوله

الطالبة:
أسماء نصري

المشرف:
أ.د. محمد رشيد بوغزالة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. خالد تواتي	أستاذ محاضر –أ–	جامعة الشهيد حمه لخضر–الوادي	رئيسا
أ.د. محمد رشيد بوغزالة	أستاذ التعليم العالي	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	مشرفا ومقررا
أ. ميلود ليفة	أستاذ متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	عضوا

السنة الجامعية: 1439–1440هـ/2018–2019م

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى:

❖ إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأطال عمرهما.

❖ إلى من كانوا بجانبي دائما وتحملوا معي الكثير... الإخوة...أدام الله المحبة بيننا.

❖ إلى كل من ساعدني ولو بابتسامة صدقة... نفع الله بهم جميعا.

❖ إلى من أفنى عمره طالبا للعلم النافع.... سدد الله خطاهم لكل خير.

❖ إلى طلبة معهد العلوم الإسلامية عامة وطلبة سنة ثانية ماستر فقه مقارن وأصوله خاصة...وفقهم الله إلى سبيل الرشاد.

إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل.....

شكر وتقدير

الشكر أولاً لله الذي منّ على بإتمام هذا العمل المتواضع.

كما أخص بالشكر البرفسور محمد رشيد بوغزالة الذي

تشرفت بإشرافه على هذه المذكرة، والذي لم يبخل علي بعلمه وإرشاده...

وأشكر كل من بسط لي يد العون من قريب أو من بعيد، رعاهم الله وأدامهم نورا للطلبة...

ملخص

هذه الدارسة بعنوان: "الظفر بالحق وتطبيقاته الفقهية المعاصرة" وتبحث اشكاليته الرئيسة إلى أي مدى يمكن اعتبار الظفر بالحق طريقا مشروعا في استيفاء الحقوق؟ وما هو أثر الظفر بالحق لاستيفاء الحقوق المالية؟

بنيت الدراسة على مبحثين، عني المبحث الأول بمفهوم الظفر بالحق، بيْنمَا سلَّطَ المبحث الثاني الضوءَ على التطبيقات الفقهية المعاصرة للظفر بالحق.

ومن النتائج الأساسية التي وصل إليها البحث في هذا الموضوع أن تقتضي المصلحة اللجوء إلى القضاء والتأكيد على قفل باب الظفر بالحق وأن تسد الذرائع التي تؤدي إلى الفتن.

واقترح البحث بأخذ الاحتياطات بالتوثيق الحقوق بالوسائل المشروعة، من أجل الحفظ عليها، ومن باب سد الذرائع للظفر بالحق.

Abstract

This study entitled: "The right to justice and contemporary jurisprudence applications" and examines the main question of how far can be considered nail right a legitimate way to meet the rights? What is the effect of the right to fulfill the financial rights?

The study is based on a preliminary study and researchers. The introductory section deals with the truth of the right. The first topic is devoted to the right of the nail. The second section highlights the contemporary jurisprudential applications of the right.

One of the main findings of the research on this subject is that the interest requires resorting to the judiciary and

emphasizing the closure of the door of nail right and blocking the pretexts that lead to sedition.

The study suggested taking precautions by documenting the rights by lawful means, in order to preserve them, and in order to fill the pretexts to justify the truth.

مقدمة

مقدمة

الحمد لله الذي أعظم من شأن المال فجعله في مكانة رفيعة ووصفه بزينة الحياة فقال تعالى: ﴿**الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا**﴾[الكهف:46].

فإن الشريعة الإسلامية دعت للمحافظة على المال وأمرت بأداء الامانات والديون إلى أصحابها ومنعت الجحود والمماطلة في تسديد الديون، إلا أن يكون المدين عاجزا عن الوفاء أما المليء القادر فقد وصف رسول الله ﷺ فعله المماطلة بالظلم؛ فقد قال عليه الصلاة والسلام: «**مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ**»[1]، ولم يأت كل هذا التشديد في أمر الدين إلا لما فيه من المفاسد على مستوى الفرد وعلى مستوى المجتمع فشرع الله القضاء وفصّل أحكامه ليأخذ كل ذي حق حقه حين يقع النزاع ويحتاج الناس إلى من يحكم بينهم.

فكان هذا هو الأصل لمن له حق يريد أن يستوفيه فإما أن يستوفيه ممن عليه الحق باختياره وطيب نفسٍ منه، وإما أن يرفع أمره إلى القضاء ليأخذ له حقه.

لكن حين لا يتمكن صاحب الحق من أخذ حقه بكلا الطريقتين، فمن عليه الحق لم يعطه حقه، ويتعذر عليه أخذه عن طريق القضاء لأي سبب يمكن أن يكون مانعا له من ذلك، وهنا قد يتيسر لصاحب الحق أخذه دون معرفة صاحب الحق أو دون رضاه، وهو ما يعرف ب " الظفر بالحق " ومع أن هذا السبيل يحقق مصلحة معتبرة لصاحب الحق لكنه سبيل محفوف بالمخاطر ؛ لما قد يترتب عليه من حدوث فتن ومفاسد بسبب مدافعة من عليه الحق ، فقد يكون الحق غير ثابت أصلا، أو أن يكون الحق من قبيل الحقوق تحتاج إلى اجتهاد من قبل القاضي ولو ترك الأمر لتقدير من له الحق فقد يحيف ويظلم؛ من أجل ذلك حاولت مستعينة بالله تعالى وبرغبة كبيرة طرق هذا الموضوع فكان عنوان المذكرة الموسوم ب" الظفر بالحق وتطبيقاته الفقهية المعاصرة".

وقبل الدخول في تفاصيل الموضوعِ، أعرفُ به إجمالاً، وأوضح ظروف إنجازِه، وأبيِّنُ طرقة كتابتهِ، من خلا ل النقاط الآتية:

[1]–رواه: مالك في موطأ،كتاب البيوع، باب جامع الدين والحول ،رقم:84، 674/2، ومسلم في صحيحه،كتاب المساقاة باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي ، رقم:1564، 1197/3.

أولا– أهمية الموضوع:

لهذا البحث أهمية تُلخص كالأتي:

1- هذا الموضوع يعالج قضية الظفر بالديون وقد شاع التعامل بالديون بين الأفراد فما بينهم وبين الأفراد والمؤسسات المالية، وغدا ضرورة من ضرورات الحياة؛ وهذا الانتشار الواسع للديون صاحبته صور كثيرة لتضييع الأموال بالجحود المعروف وبالامتناع والمماطلة عن الوفاء بالديون.

2- الإسهام في منع التعدي في استيفاء الحقوق، ومنع الفوضى في ادعاء الشخص استيفاء الحق من غير قضاء.

3- الظفر بالحقوق له تعلق بالحياة العملية للناس، فمنهم طالب ومطلوب.

4- إن المسلمين بحاجة ماسة لدراسة الظفر بالحق في هذا العصر أكثر من ذي قبل لكثرة النوازل والمستجدات.

ثانيا– إشكالية الموضوع:

لقد شاع بين الناس الكثير من التعاملات بين الأفراد والمؤسسات وهذا التعامل يقتضي وجود حقوق متبادلة إلا أنه قد يقصر أحد الأطراف عن الوفاء بحق الطرف الآخر، ومن هنا نطرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى يمكن اعتبار الظفر بالحق طريقا مشروعا لاستيفاء الحقوق؟ وما هو أثر الظفر بالحق لاستيفاء الحقوق المالية؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية نطرح التساؤلات التالية:

1- ما المقصود بالظفر بالحق؟

2- ماهي أحكام الظفر بالحق وماهي ضوابطه؟

3- هل يعتبر الظفر بالحق بديلا مشروعا عن القضاء؟

4- ماهي التطبيقات المعاصرة للظفر بالحق؟

5- هل يجوز للمصرف الإسلامي تجميد الحساب الاستثماري للعميل؟

6- هل يستطيع المصرف بيع البضاعة واستيفاء حقه منه؟

ثالثا– أسباب اختيار الموضوع:

يرجع اختياري لهذا الموضع لأسباب وهي كالأتي:

1– الرغبة في دراسة هذا الموضوع بعد أن تعرضنا لدراسته في السنة الأولى ماستر في مقياس الفقه المقارن.

2– تعلق هذا الموضوع بحقوق العباد، ولا يخفى ما لها من أهمية بالغة شدد فيها الشرع وأمر بحفظها وأدائها لأصحابها، وحرم أكلها بالباطل، لاسيما ونحن في عصر كثر فيه أكل أموال الناس بالباطل، وشق فيه طريق التقاضي على البعض.

3– ندرة من كتب في موضوع الظفر بالحق على وجه مستقل بأن جمعها في كتاب مستقل، وإنما توجد في المسألة في بطون الكتب الفقهية مفرقة هنا وهناك حسب ما بحثه الفقهاء؛ وإن وجدت كتب مستقلة عن الظفر بالحق فإنها تعتني بالجانب النظري له أما الجانب التطبيقي ندر من كتب فيه، وهذا في حدود ما اطلعت عليه، وخصوصا في الظفر بالحق بين المؤسسات المالية والأفراد.

4– معاناة المصارف الإسلامية من المماطلة والامتناع عن تسديد الديون في تاريخ الاستحقاق، وهذا يؤثر عليها تأثيراً بالغا.

رابعا– أهداف البحث:

لهذا البحث أهدافا تُلخص في الأتي:

1– جمع المسائل المتعلقة ب "الظفر بالحق" المنثورة في كتب الفقه.

2- بيان تلك المسائل وتحريرها مع دراستها دراسة فقهية مقارنة.

3- التعرف على بعض التطبيقات المعاصرة للظفر بالحق عند العلماء سواء القدامى أو المعاصرين.

خامسا- الدراسات السابقة:

في حدود ما اطلعت عليه في هذا الموضوع، ظهر لي أن أهم الأعمال هي:

1- نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، تأليف محمد نعيم ياسين، نشرته دار عالم الكتب بالرياض 1423هـ، وهو في 738 صفحة، وامتاز هذ الكتاب بالاستفاضة بالجانب النظري، حيث أفرد لهذه المسألة فصلاً، وأجاد في البحث، حيث ذكر أقوال الفقهاء من المذاهب الأربعة، والظاهرية، وكذلك الشيعة الإمامية، وقد انتهى في نهاية عرضه إلى القول بمنع الظفر في جميع الأحوال، إلا أنه يعتبر من الرواد الذين تناولوا هذه القضية بالبحث والمناقشة غير أنه لم يتعرض للجانب التطبيقي.

2- أحكام الظفر بالحق بين الشريعة والقانون، تأليف محمود عبد الرحيم الديب، نشرته دار الجامعة الجديدة بمصر 2008م، وهو في 101 صفحة، وامتاز هذ الكتاب بالاستفاضة من جهة القانونية أكثر من الجاجب الشرعي، أما هذا الأخير درسه على ضوء المذاهب الأربعة، ومذهب الظاهرية، والشيعة الإمامية، وتوصل إلى ترجيح القول القائل بمنع الظفر بالحق، أما الجانب التطبيقي لم يتعرض له.

3- استيفاء الحق بالظفر بالمستحق دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، لغافود سالم علي، تحت إشراف الجليدي سعيد محمد سعيد، وهذه الدراسة هي في أصلها رسالة أكاديمية قدمت استكمالا لنيل شهادة الماجستير الشريعة والقانون، وذلك في الجامعة بجامعة المرقب ليبيا سنة2007م، في259 صفحة، لقد تحصلت على الرسالة كاملة إلا المقدمة، و قد تناول المسألة من الجهة الشرعية والجهة القانونية كما يتضح من

عنوان البحث، و هو بحث جيد حوى فوائد جمة يبرز فيها ما بذله الباحث من جهد متميز، إلا أنه تعرض لشيء من التطبيقات المعاصرة حيث تعرض لأنواع المقاصة التي تعتبر قديمة حديثة واستفاض فيها لكن اقتصار دراسته فيها على أحكام الظفر في القانون المدني فقط، وكذلك وضح حكم الظفر بالحق من الأشخاص الاعتبارية في صفحتين من البحث فقط وكانت دراسته من الناحية الشرعية والقانونية وتوصل الباحث إلى أنه لا يجوز الظفر بالحق إلا بعد صدور حكم قضائي عن طريق جهات التنفيذ المختصة.

وبعد النظر في هذه الكتابات التي سبقت هذه المذكرة، تبين لي أن إضافة الشيء الجديد في هذا الموضوع نظريا من الصعوبة بمكان، لذا أثرت أن أتجنب الاستفاضة والإطناب في الجانب النظري للظفر بالحق؛ إذ إن هذا الأخير قد قتل بحثا في الدراسات آنفة الذكر، أما الجانب التطبيقي فقد تعرض الباحث الغافود سعيد محمد سعيد له قليلا وأغلب الدراسة كانت من الجهة القانونية؛ على أمل أن أستطيع بتوفيق من الله الاضافة في الجانب التطبيقي، وعليه ما تميز دراستي في هذه الرسالة ذكر نماذج تطبيقية معاصرة في الظفر بالحق، وأراء الفقهاء المعاصرين فيها.

سادسا– منهج البحث: سوف يكون المنهج المتّبع هو:

1– أ. المنهج الوصفي لبيان الحقائق والمفاهيم.

ب. وصف مذاهب أهل العلم وعرض المسائل.

2– المنهج التحليلي المقارن في عرض اختلاف أهل العلم في المسائل الخلافية وبعض أدلتهم، ثم بيان القول المختار.

سابعا– المنهجية البحث: لقد اتبعت في هذا الموضوع منهج التزمت به قدر الإمكان وهو كالأتي:

1– عزو الآيات يكون في المتن بالطريقة الأتية: [اسم السورة: رقم الآية]، وكتبت الآية فيما بين الرمزين:﴿﴾، مع تثخين الخط تميزا لكلام المولى عز وجل عن باقي كلام البشر.

2- عزو الأحاديث النبوية يكون في الهامش بذكر صاحب المصَنَّف الحديثي وعنوان المصنف، ثم الكتاب والباب إن وُجدا، رقم الحديث إن وجد، رقم الجزء إن وجد، والصفحة.

3- الاكتفاء بتخريج الحديث من الصحيحين أو موطأ مالك إن كان الحديث في واحد منهم، أما ما لم أجده في هذه الكتب فأخرجه من أكثر من مصدر حديثي على حسب استطاعتي، مع ذكر درجة الحديث معتمدا في ذلك على أحد أهل الصناعة الحديثية متقدما كان أو متأخرا.

4- شرح بعض المصطلحات التي تحتاج إلى شرح.

5- توثيق المعلومات الواردة في المتن بالهامش على الطريقة الأتية: ذكر المؤلَّف، المؤلِّف، رقم الجزء إن وجد، رقم الصفحة. على أن أذكر سائر معلومات الكتاب في فهرس المصادر والمراجع وفق الترتيب الأتي: المولِّف، المولَّف، التحقيق إن وجد، رقم الطبعة، دار النشر، تاريخ النشر.

6- عند استعمال الكتب في موضعين متتاليين لا يُفصل بينهما باستعمال كتاب أخر، تُورد العبارة الأتية: المرجع نفسه، ثم تُردف برقم الجزء والصفحة. هذا إن كان الاستعمالان في الصفحة نفسهما، أما إذا كان الأول في صفحة والأخر في تاليتها فتُرد العبارة الأتية: المرجع السابق.

7- إذا كان المرجع رسالة علمية أكاديمية فإن التوثيق يكون في قائمة المصادر والمرجع على النحو الأتي: عنوان الرسالة، الباحث، نوع الدرجة العلمية، المشرف، الجامعة، مكانها، سنة المناقشة، أما في الهامش تكون مثل الكتب.

8- إذا كان المرجع عبارة عن مقال في مجلة، فتوثيقه يكون كالأتي: عنوان المقال، صاحب المقال (الإشارة بين قوسين بأنه مقال)، رقم الصفحة. ويكون ذكر سائر المعلومات

المقال في المصادر والمراجع كالأتي: عنوان المقال، صاحب المقال، اسم المجلة، رقم العدد، سنة الصدور، جهة الإصدار-إن وجدت-مكانها.

9- الترجمة لبعض الأعلام المصرح بأسمائهم في المتن.

تاسعا- خطة البحث:

بعد الاطلاع على الموضوع رسمت خطة بدت لي أنها تخدمني في الإجابة عن الإشكالات المطروحة، وتمكنني من تحقيق الأهداف المرجوة من هذه الدراسة، وهي على شكل مقدمة ومبحث تمهيدي ومباحثين ثم خاتمة متبوعة بفهارس فنية، وأوجز عرضها في الأتي:

-المقدمة: ذكرت فيها أهمية الموضوع، مع طرح الإشكالية، وذكر أسباب اختياره، والأهداف المرجوة منه، ثم الدراسات السابقة له، والمنهج المتبع في الدراسة، والمنهجية المتخذة، ثم عرض مختصر لخطته، ووصف عام لأهم مصادره ومرجعه، وإشارة إلى الصعوبات البحث.

-المبحث الأول: مفهوم الظفر بالحق

المطلب الأول: حقيقة الظفر بالحق

الفرع الأول: تعريف الظفر بالحق لغة واصطلاحا

الفرع الثاني: الألفاظ ذات الصلة

المطلب الثاني: أحكام الظفر بالحق

الفرع الأول: الظفر بالحق المحرم

الفرع الثاني: الظفر بالحق المشروع

الفرع الثالث: الظفر بالحق المختلف فيه

المطلب الثالث: ضوابط الظفر بالحق

الفرع الأول: ضوابط الظفر بالحق المتفق عليها

الفرع الثالث: ضوابط الظفر بالحق المختلف فيها

المبحث الثاني: التطبيقات المعاصرة للظفر بالحق

المطلب الأول: تجميد أموال العميل في الحساب الاستثماري

الفرع الأول: مفهوم الحساب الاستثماري

الفرع الثاني: التكييف الفقهي لودائع الاستثمار

الفرع الثالث: تجميد المصرف لأرصدة العميل في الحساب الاستثماري

المطلب الثاني: بيع المصرف البضاعة بموجب الاعتماد المستندي

الفرع الأول: حقيقة الاعتماد المستندي

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للاعتماد المستندي

الفرع الثالث: حكم بيع المصرف البضاعة

الخاتمة: جاء فيها ذكر لأهم النتائج المتوصل إليها من خلال البحث، ثم إعطاء جملة من التوصيات التي من شأنها زيادة خدمة هذا الموضوع.

-**الفهارس**: ذُيِّل البحث بفهارس فنية من شأنها تسهيل عملية التعامل معه؛ حيث خصص الفهرس الأول منها للآيات، والثاني للأحاديث، وبعده للمصادر والمراجع، وفي الأخير يأتي فهرس المحتويات.

عاشرا: الصعوبات

إن مما لا شك أن لكل بحث صعوبات تواجه الباحث في أي موضوع، ومن الصعوبات التي وجهتني:

-أن مسألة الظفر بالحق لا توجد في باب مستقل بل توجد في أبواب الفقهية للكتب مفرقة هنا وهناك حسب ما بحثه الفقهاء.

- عدم ترجمة للأعلام المصرح بأسمائهم في المتن لتحديد الصفحات إدارياً.

وبما أن هذا جهد بشري، فهو لن يخلو من الخطأ والسقط، فربما غفلت عن بعض جوانبه، أو ضيقت واسعا فيه جزاء فهم أو ضعف تأويل، أوقصرت فيه ماكان شأنه التطويل؛ لذا أسترشد المناقشين لتصحيح خلل حاصل، وأطلب نصحهم لتقويم ما وجد فيه من باطل، سواء كان في شكل الموضوع أو مضمونه، وصل اللهم وسلم على النبي المصطفى الكريم، وعلى أله وصحبه وتابعيهم، أجمعين، وأخر دعونا أن الحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول: مفهوم الظفر بالحق

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حقيقة الظفر بالحق

المطلب الثاني: أحكام الظفر بالحق

المطلب الثالث: ضوابط الظفر الحق

المبحث الأول: مفهوم الظفر بالحق

لبيان مفهوم الظفر بالحق يلزمنا تحديد معناه، وتميزه عن الألفاظ ذات الصلة أولا، وبيان أحكامه، ثم بيان ضوابطه.

المطلب الأول: حقيقة الظفر بالحق

لبيان مفهوم الظفر بالحق يلزمنا تعريفه وتميزه عن الألفاظ ذات الصلة.

الفرع الأول– تعريف الظفر بالحق لغة واصطلاحا:

أولا– تعريف الظفر لغة: الظَّفَرُ بفتح الظاء في اللغة الفوز بالمطلوب، قال الليث: الظفر الفوز بما طلبت والفلح على من خاصمت[1]. وجاء في مقاييس اللغة: الظفر، وهو الفلج والفوز بالشيء. يقال: ظفر يظفر ظفرا. والله تعالى أظفره. وقال تعالى:﴿**مِنْ بَعْدِ أَنْ أَظْفَرَكُمْ عَلَيْهِمْ**﴾[الفتح: 24]. ورجل مظفر، أي الظفر هو الفوز الإنسان بالشيء[2].

ثانيا– تعريف الحق لغة: الحق نقيض الباطل، وهو مصدر، حق الشيء يحق إذا ثبت ووجب[3]. وجاء في القاموس المحيط أن الحق يطلق على المال والملك والموجود الثابت حقيقة الأمر. والحق اسم من أسماء الله تعالى، أو من صفاته[4].

ثالثا– تعريف الحق اصطلاحا: "يقول الشيخ مصطفى الزرقاء: لم أر للحق بمفهومه العام تعريفًا صحيحًا جامعًا لأنواعه كلها لدى فقهاء الشريعة، فالحق: هو اختصاص يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً"[5]

وعرفه بعض المعاصرين فقال علي الخفيف: "الحق: هو مصلحة مستحقة شرعاً"[6].

وقال أيضا علي الخفيف:"لا يختلف استعمال الحق عند الفقهاء عن استعماله اللغوي... "[7].

---

[1]– ابن منظور، لسان العرب، مادة: ظفر، 519/4.

[2].– ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة: ظفر ،466/3

[3]– ابن منظور، لسان العرب، مادة: حقق ،49/10-53.

[4]– الفيروزآبادى، القاموس المحيط، مادة: الحق،874/1.

[5]– مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص19.

[6]– علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما وبحوث أخرى، ص57.

[7]– المرجع نفسه، ص56.

رابعا– تعريف الظفر بالحق اصطلاحا:

1– "هو أن يظفر رجل بمال لغريم له، جحده حقه، ولا بينة للظافر بهذا الحق المجحود"[1].

2– "الاستيلاء على مال مملوك لمدين بحق ممتنع عن أدائه وفاء لما عليه"[2].

3– "فوز صاحب الحق أو من يقوم مقامه بحقه الواجب الأداء من ممتنع دون لجوء إلى القضاء بشروط مخصوصة"[3].

خامسا– التعريف المختار: هو فوز صاحب الحق أو من يقوم مقامه بحقه الواجب الأداء من ممتنع دون لجوء إلى القضاء بشروط محصوصة.

سادسا– شرح التعريف المختار:

(فوز) جنس في التعريف يشمل كل أنواع الأخذ سواء عن طريق الظفر أو بأي طريق أخر. (صاحب الحق أو من يقوم مقامه) قيد في التعريف لإخراج من به من كان ليس له حققي الشيء المظفور به، فيصبح في هذه الحالة سارقاً، أو مغتصباً، أو مختلساً، أو غير ذلك بحسب صورته.

(بحقه الواجب الأداء) قيد ثان يخرج به فوز صاحب الحق أو من يقوم مقامه بحقه الذي لم يجب أداؤه لعدم حلول أجله، أو لإعسار من عليه الحق، أو غيرها من الأعذار. فلا يعتبر ظفرا.

(دون لجوء إلى القضاء) قيد ثالث خرج به مايفوز به صاحب الحق أو من يقوم مقامه من ممتنع عن طريق القضاء.

(بشروط مخصوصة) قيد رابع لإخراج الحالات التي لا ينطبق عليها الظفر لتخلف بعض شروطه[4].

سابعا– العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي: لم يتعرض الفقهاء القدامى لتعريف الظفر بالحق كما أن المعني الذي يؤخذ من كلامهم عند التعرض لبيان حكمه لا يخرج عن المعنى اللغوي وعليه فيكون المعني الاصطلاحي يتفق مع المعني اللغوي[5].

الفرع الثاني– الألفاظ ذات الصلة:

[1] محمود عبد الرحيم الديب، أحكام الظفر بالحق، ص9.

[2]– عطية فياض، الظفر بالحق في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة(مقال)، ص13.

[3]– الغافود محمد سالم علي، استيفاء الحق بالظفر بالمستحق دراسة مقارنة، ص73.

[4]– المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[5]– جابر مهران، الظفر بالحق في الفقه الإسلامي المقارن(مقال)، ص6.

أولا– الاستيفاء لغة: الاستيفاء "استوفى"، وأخذ حقه كاملا[1].

ثانيا– الاستيفاء اصطلاحا: أخذ صاحب الحق حقه كاملا[2].

"ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي[3]، وقد يكون برضى من عليه الحق، وقد يكون بغير رضاه، كما قد يكون بناء على حكم قضائي، وقد يكون من غير قضاء، فهو أعم من الظفر بالحق"[4].

ثالثا– تعريف الاستيلاء لغة: وضع اليد على الشيء، والغلبة عليه، والتمكن منه[5].

رابعا– تعريف الاستيلاء اصطلاحا: إثبات اليد على المحل[6]، أو الاقتدار على المحل حالا ومآلا[7]، أو هو القهر والغلبة ولو حكما[8]. "ولا يخرج المعنى اللغوي عن الاصطلاحي، ويختلف عن الظفر بالحق من حيث إنه يختص بالأعيان المادية، والظفر يقع على الحقوق، سواء أكان محلها عينا أم لا، كما يختلف عنه أيضا من حيث إنه قد يكون بحق، وقد لا يكون بحق، بينما الظفر لا يكون إلا بحق"[9].

خامسا– تعريف القضاء لغة: "يقال قضى يقضي قضيًا وقضاء وقضية الحكم والفصل، والقضاء: الحكم، أو الأداء، أو عمل القاضي"[10].

سادسا– تعريف القضاء في اصطلاح الفقهاء: تنوع معنى القضاء في اصطلاح الفقهاء، لهذا اختلفت عبارتهم لاختلاف أنظارهم[11].

---

[1]– ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة: وفى،129/6.

[2]– ينظر: المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، 99/3–100، وابن رشد، بداية المجتهد، 83/4، والسنيكي، أسنى المطالب،230/2، وابن قدامة، المغني، 390/4، والنووي، المنهاج شرح صحيح مسلم، 224/10، ومزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد، استيفاء الديون في الفقه الإسلامي، ص30.

[3]– وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، 93/44.

[4]– المرجع نفسه،156/29.

[5]– لسان العرب، ابن منظور، مادة: ولى:413/15.

[6]– الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 121/7.

[7]– ابن نجيم، البحر الرائق،103/5.

[8]– القليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، 27/3.

[9]– وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية،157/29.

[10]– لسان العرب، ابن منظور، مادة: قضى: 186/15.

[11]– محمد ياسين نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص21.

1- عرفه فقهاء الحنفية بأنه: "الفصل بين الناس في الخصومات وقطع المنازعات ".[1]

2- عرفه فقهاء المالكية بأنه: "صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين".[2]

3- عرفه فقهاء الشافعية بأنه: "فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى"[3].

4- عرفه فقهاء الحنابلة بأنه: "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الخصومات"[4].

5- والتعريف المختار: "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"[5]

سابعا- الدعوى لغة: اسم من الادعاء، مصدر ادعى، وتجمع على دعاوى بكسر الواو وفتحها والدعوى اسم لما يدعيه، ولها عدة معاني في اللغة منها الدعاء والطلب وغيرها[6].

ثامنا- تعريف الدعوى في اصطلاح الفقهاء: جاءت تعريفات فقهاء الشريعة للدعوى متقاربة حيث تعتبر تصرفا قوليا له شروط خاصة، متى ما استكملت تحققت أثار الدعوى شرعا.[7]

1- "هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته"[8]

2- "أنها طلب معين أو ما في ذمة معين أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعا لا تكذبها العادة"[9]

3- "هو من ادعى شيئا في يد غيره أو دينا في ذمته"[10]

---

[1]- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار،352/5.

[2]- ابن عرفة، المختصر الفقهي،85/9.

[3]- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،257/6.

[4]- البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات،485/3.

[5]- محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، 15/1.

[6]- ينظر: لسان العرب، ابن منظور، مادة ادعى:260/14-263.

[7]- مصطفي ديب البغا وأخرون، الدعاوى والبينات والقضاء، ص11.

[8]- البابرتي، العناية شرح الهداية،152/8.

[9]- القرافي، الفروق،72/4.

[10]- الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود،395/2.

4- "إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره، أو في ذمته"[1]

5- والتعريف المختار: يبدو لي أن تعريف المختار هو "قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به إنسان طلب حق له أو من يمثله، أو حمايته"[2].

المطلب الثاني: أحكام الظفر بالحق

اختلفت أقوال الفقهاء على حكم الظفر بالحق لاختلاف الحقوق فيحرم في بعضها ويجوز في بعضها واختلفوا في بعضها

الفرع الأول: الظفر بالحق المحرم

اتفاق الفقهاء على تحريم الظفر بالحق في الحقوق التي لابد الرفع فيها إلى القضاء، وهذه الحقوق هي:

أولا- تحصيل العقوبات: لا خلاف بين الفقهاء في أن الأصل في استيفاء العقوبات كالقصاص والحدود القدف أوالسرقة أوالزنا أو التعزير أن يكون عن الطريق القضاء[3].ذلك أنها عظيمة الخطر، حيث إنها توقع على النفس، والفائت فيها لايعوض والخطأ فيها لا يستدرك فوجب الاحتياط في إثباتها واستيفائها وذلك لا يتحقق إلا بالرفع إلى الحاكم، لينظر فيها وفي أسبابها وشروطها، والاحتياط في استيفاء العقوبات متفق عليه عند العلماء المسلمين[4]، وبهذا ورد حديث رسول الله -ﷺ- «**ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ**»[5].

---

[1]- ابن قدامة، المغني،242/10.

[2]- مصطفي ديب البغا وأخرون، الدعاوى والبينات والقضاء، ص12.

[3]- ينظر: محمود عبد الرحيم الديب، أحكام الظفر بالحق بين الشريعة والقانون، ص 62،وابن نجم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق،192/7 والكاساني، بدائع الصنائع،85/7،والطربلسي،معين الحكام ص41، والقرافي، الفروق، 123/4،وابن فرحون، تبصرة الحكام،112/1، والنووي، روضة الطالبين، 3/12، والماوردي، الحاوي الكبير،192/12، وابن الفراء، الأحكام السلطانية، ص279.

[4]- ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق،192/7، والهيثمي، تحفة المحتاج، 286/10، والشربيني، مغني المحتاج،400/6، والعز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، 197/2-198.

[5]-رواه البيهقي في سننه الكبرى،كتاب الجنايات، باب بيان ضعف الخبر الذي روي في قتل المؤمن بالكافر، وما جاء عن الصحابة في ذلك،رقم:8،57/15922. قال الألباني: "ضعيف". ينظر: إرواء الغليل،125/8.

ولأنه لا يقدر صاحب الحق على استيفاء العقوبة بنفسه، لأنه ينقاد في الغالب لعاطفته، ثم إنه ليس لديه من الوسائل اللازمة للتحري ما يقدر عليه القاضي بما وضع تحت يديه مما يمكنه من تقصي الواقع وكشف الحقائق[1]. ولأنه لو جعل للناس استيفاء ما لهم من عقوبات لكان في ذلك ذريعة إلى تعدي بعض الناس على بعض، ثم ادعاؤهم بعد ذلك أنهم يستوفون حقوقهم، فيكون هذا سببا في تحريك الفتنة وربما أدى إلى الفوضى وإثارة العصبية بين الناس فيقع الظلم والفساد، فسدًا لذريعة التي قد توصل إلى الفعل المحرم ولأن كثيرا من العقوبات لا ينضبط إلا بحضرة الإمام، سواء في شدة إيلامها كالجلد أو في قدرها كالتعزير، ولأن الغاية أصلا من العقوبة الزجر والردع، وذلك لا يتحقق إلا بواسطة الحاكم[2].

حالات الاستثناء من العقوبة:

–حالة عجز صاحب الحق في العقوبة من استيفائها بواسطة الحاكم، بسبب البعد عنه، فأجازوا لمن وجب له تعزير أو حد قذف أو قصاص وكان في بادية بعيدة عن السلطان أن يستوفي ذلك بنفسه، للضرورة؛ لأن الحق يحتمل ضياعه إذا لم يستوفه صاحبه في مثل هذه الحالة. ويقول عن العز بن عبد السلام أنه لو انفرد –أي بالقود– بحيث لا يرى، فينبغي أن لا يمنع منه، ولا سيما إذا عجز عن إثباته[3]، إن ترك استيفاء العقوبة للأفراد أمر خطير، لأنها قد تؤدي للاعتداء على بعضهم البعض بحجة أنهم يأخذون حقوقهم، وفي هذا فتنة وفساد في الأرض، ثم إن استيفاء الفرد حقه في العقوبة بنفسه لا يضمن أن تكون على الوجه المطلوب، وقد يترتب عن ذلك من مضار اجتماعية جسمية، وإن إقامة الحدود إنما تثبت للحاكم لمصلحة العباد، وفي ذلك صيانة لأنفسهم وأموالهم وأعراضهم، فيلجأ للقضاء للفصل بين الخصومات[4].

–كما أجاز بعض الفقهاء للمشتوم أن يرد على الشاتم بمثل قوله، والأفضل ألا يفعل، وإن رد عليه فلا يرد بما هو معصية، لأن المعصية لا تقابل بمثلها[5]، وإلى مثل هذا ذهب القرطبي في تفسير قوله

---

[1]– ينظر: عبد الودود محمد السريتي، استيفاء الحق بغير دعوى،47، ابن نجيم، البحر الرائق،192/7، والقرافي، الفروق،123/4، وتحفة المحتاج،286/10، والعز بن عبد السلام، قواعد الأحكام،198/2،

[2]–ينظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، 198/2، و

[3]– ينظر: الهيثمي، تحفة المحتاج،286/10،

[4]–ينظر: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[5]–ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق،192/7،

تعالى: ﴿**فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ**﴾[البقرة:194]. فقال: الاعتداء هو التجاوز، وقال تعالى: ﴿**وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ**﴾ [الطلاق:01]، أي: يتجاوز، ومن ظلمك فخذ حقك منه بقدر مظلمتك، ومن شتمك فرد عليه مثل قوله، ولا تتعد إلى أبويه، ولا إلى ابنه أو قريبه، وليس لك أن تكذب عليه وإن كذب عليك، فلو قال لك مثلا: يا كافر جاز لك أن تقول له: أنت الكافر، ولو قال لك يا زان جاز لك أن تقول له يا كذاب يا شاهد الزور، ولو قلت له: يا زان كنت كذابا وأثمت في الكذاب، فإن المعصية لا تقابل بالمعصية[1].

–كما لا يجوز لمن ضرب بغير حق أن يضرب من ضربه، ولو فعل يعزر الاثنان، ويبدأ بإقامة التعزير على البادئ، لأنه أظلم، والوجوب عليه أسبق[2].

ولا يجوز الخروج عن الأصل العام إلا في حالات قليلة ونادرة، نص عليها الفقهاء وذلك إما للضرورة، أو لعدم الخطورة، أو للانضباط بغير الحاكم والضرورة تقدر بقدرها ولا يقاس عليها كما لا يتوسع فيها[3].

ثانيا– تحصيل الحقوق الشرعية المحضة: وهي كتحصيل الحقوق المتعلقة بالنكاح واللعان والإيلاء والطلاق بالإعسار والإضرار ونحو ذلك، ذهب الفقهاء إلى عدم جواز استيفائها من غير طريق القضاء[4]؛ لأن هذه أمور خطيرة، فيجب الاحتياط في إثباتها وتحصيلها، ولأنها تحتاج إلى الاجتهاد والتحري في تحقيق سببه ومقدار مسببه، وكل هذه الأمور يختص به الحاكم[5].

ثالثا– حالة خوف الفتنة أو مفسدة: ذهب الفقهاء إلى أنه لا يجوز استيفاء الحق من غير قضاء إذا ترتب على ذلك فتنة أو مفسدة تزيد على مفسدة ضياع الحق،كقتال أو إراقة دم أو فساد عضو أو عرض أو نحو ذلك[6].

---

[1]– ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 256/18، ومحمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص،110، وعبد الودود محمد السريتي، استيفاء الحقوق بغير دعوى، ص50.

[2]– ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق،192/7.

[3]–ينظر: محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص111.

[4]– الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ص41، والقرافي، الفروق،123/4–124، والرملي، نهاية المحتاج،333/8، والقلوبي وعميرة، حاشيتا قلوبي وعميرة،335/4.

[5]–ينظر: القرافي، الفروق،123/4–1234، والقلوبي وعميرة، حاشيتا قلوبي وعميرة،335/4.

[6]– القرافي، الفروق،123/4، والبهوتى، كشاف القناع،375/6، والغزالي، الوجيز في فقه الشافعي، 260/2.

أما مفهوم المفسدة التي يجب الاحتياط لرفعها إلى القضاء: ذكر المالكية على أن من ظفر بالعين المغصوبة أو المشتراة أو الموروثة فإذا أخذها بنفسه ينسب إلى السرقة فلا يأخذها إلا بعد الرفع للحاكم[1].وقال بعض فقهاء الشافعية أنها الضرر الذي يترتب على تحصيل الإنسان حقه بنفسه[2]. وذهب أخرون منهم إلى إنه لا يجوز أخذ الحق إذا ترتب عليه إرعاب المسلم وترويعه، فلا يجوز لمستحق العين أخذها إذا كانت مودعة عند آخر، لما في ذلك من ترويع المودع عنده بظن ضياع الوديعة، فيلجأ صاحب الحق إلى طريق القضاء[3].

ولعل مقتضى القواعد الشرعية أن يُقارن بين مفسدتين:

"الأولى: تلك التي تترتب على ترك الحق، والثانية: التي تترتب على أخذ الحق بغير قضاء فإن كانت الأولى أشد جاز لصاحب الحق أخذه بغير قضاء وإن كان العكس وجب اللجوء إلى القضاء، ومن القاعدة الفقهية أنه يرتكب أخف الضررين عندما لا يكون مفر من ارتكاب أحدهما"[4]، وذلك بما ورد أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يُرَوِّعَ مُسْلِمًا**»[5].

رابعا–تحصيل الدين المبذول: ذهب الفقهاء إلى أنه لا يجوز تحصيل الديون بغير قضاء إذا كان من عليه الحق مقرًا بما عليه غير ممتنع عن أدائه، أو تكون له بينة تثبت حقه، إذ الواجب هنا اللجوء إلى القضاء، حيث لا ضرورة للظفر حينئذ[6].

يقول صاحب روضة الطالبين: "أما الدين فإن كان من عليه مقرا غير ممتنع من الأداء ...وليس له أن يأخذ شيئا من ماله... فإن خالف وأخذ شيئا من ماله لزمه رده، فإن تلف عنده وجب ضمانه"[7]

---

[1]–ينظر: القرافي، الفروق،123/4.

[2]–ينظر: البجيرمي، حاشية البجيرمي،414/4.

[3]– ينظر: الهيثمي، تحفة المحتاج، 287/10، والبجيرمي، حاشية البجيرمي،414/4.

[4]– محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص113.

[5]– رواه أبوداود في سننه، كتاب الأدب باب من يأخذ الشيء على المزاح رقم:5004، 301/4. قال الألباني: "صحيح" ينظر: صحيح الجامع الصغير وزياداته،1268/2.

[6]– ينظر: النووي، روضة الطالبين، 3/12، والهيثمي، تحفة المحتاج، 288/10.

[7]– النووي، روضة الطالبين، 3/12.

الفرع الثاني: الظفر بالحق المشروع

إن الظفر بالحق يشرع باتفاق الفقهاء في الحقوق التي لا تحتاج الرفع فيها إلى القضاء

أولا– تحصيل الأعيان المستحقة: يجوز تحصيل الأعيان المستحقة بغير قضاء، كالعين المغصوبة، حيث أجاز الفقهاء استردادها من الغاصب ولو قهرا[1]، ومثل ذلك كل عين مغصوبة أو مستحقة بأي سبب من أسباب الاستحقاق، فلصاحب الحق أخذها من غير إذنه ودون اللجوء إلى القضاء، فمن وجد عين سلعته التي اشتراها أو ورثها أو أوصى بها له فله أخذها ولا يشترط الرفع إلى الحاكم[2].

وذكر بعض الحنفية أن المستأجر لو غاب بعد السنة ولم يسلم المفتاح إلى المؤجر، فله أن يتخذ مفتاحا آخر ويفتح العين المؤجرة ويسكن فيها أو يؤجرها لمن يشاء، وأما المتاع فيرحله في ناحية إلى حين حضور صاحبه، ولا يتوقف الفتح على إذن القاضي[3]. ويشترط المالكية لصاحب الحق الظفر بالعين المغصوبة، إن لم تؤدى إلى سواء العاقبة من فساد عضو أو يخاف أن ينسب إلى السرقة، فلا يجوز له أخذها إلا بعد رفعها إلى القضاء لتجنب الضرر والمفاسد[4].

كما ذكر بعض الفقهاء أن للشخص تحصيل منافعه المستحقة بغير إذن الحاكم، فجعلوا للمستأجر والموقوف عليه والموصي له بالمنفعة أخذ الأعيان التي تعلقت منافعهم بها من أجل تحصيل هذه المنافع، ولا يشترط في ذلك دعوى ولا قضاء[5]. ويشترط في تحصيل الأعيان المستحقة بغير قضاء أن لا يؤدى ذلك إلى تحريك فتنة أو مفسدة أعظم من مفسدة ضياع الحق، بل ذهب بعض فقهاء الشافعية فضلا عن ذلك إلى جواز الأخذ بغير قضاء بشرط ألا يكون قد تعلق بالعين المستحقة حق لشخص آخر، وذلك كأن يشتري شخص عينا من آخر كان قد أجرها أو رهنها فليس له بناء على هذا الشرط أن يأخذها قهرا، لتعلق حق غير البائع بها[6].

---

[1]– ينظر: القرافي، الفروق،123/4، والشربيني، مغني المحتاج،400/4، والقلوبي وعميرة، حاشيتا قلوبي وعميرة،335/4، والبهوتى، كشاف القناع،357/6

[2]– ينظر: القرافي، الفروق،123/4، والشربيني، مغني المحتاج، 400/4، والبهوتى، كشاف القناع،6357.

[3]– ابن نجيم، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق،192/7.

[4]– ينظر : القرافي، الفروق، 123/4.

[5]– ينظر: البجيرمي، حاشية البجيرمي،4/،414، والشربيني، مغني المحتاج،400/6، والقليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة،336/4.

[6]– ينظر: البجيرمي، حاشية البجيرمي،414/4، والشربيني، مغني المحتاج،400/6-401.

ولكن بعضهم لم يشترط هذا الشرط، فأجاز أخذها، وإن تعلق بها حق لشخص آخر[1].

ولكن فقهاء الحنابلة في هذه المسألة إذ أنهم يقصرون ذلك على حالة الغصب عند تمثليهم لهذه المسألة، ولم يذكروا غيره[2].

ثانيا– تحصيل نفقة الزوجة والأولاد: اتفق الفقهاء على جواز تحصيل نفقة الزوجة والأولاد بغير إذنه ودون اللجوء إلى القضاء، ويقاس عليهما غيرهم مما يكون في درجتهما، لأن الزوج امتنع عن أداء حقوق زوجته وأولاده المالية فيباح للزوجة أن تأخذ من ماله بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف من غير إسراف[3].

ومما يدل على ذلك ما ورد في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «**دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله –ﷺ–فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك جناح؟ فقال رسول الله ﷺ:«خُذِي مِنْ مَالِهِ بِالْمَعْرُوفِ مَا يَكْفِيكِ وَيَكْفِي بَنِيكِ»**[4].

وجه الدلالة: ويشير الحديث أن هند كانت تأخذ من مال زوجها لا أنها جاءت تعرض قضيتها وتنتظر الحكم فجعل لها رسول الله ﷺ الحق في أخذ نفقتها ونفقة ولدها من مال زوجها، وبأن ما كانت تفعله لا حرج فيه، على سبيل الإفتاء لا قضاء لأن الواقعة كانت أمام الرسول ص وبالتالي يكون الحكم خاصا بها بل الراجح أنها على سبيل الإفتاء لا القضاء[5].

---

[1]– ينظر: الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج،291/10-292.

[2]– ينظر: محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص115، وابن تيمية، مختصر الفتاوى المصرية، ص609.

[3]– ينظر: القرافي، الفروق، 125/4، والشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي،425/3، وابن قدامة، المغني،287/10.

[4]– رواه البخاري صحيحه،كتاب النفقات، باب نفقة المرأة إذا غاب عنها زوجها، ونفقة الولد ،رقم:5364/، 65/7، والنسائي، السنن الكبرى، كتاب القضاء قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه،رقم:5941، 421/5.

[5]–ينظر: ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام،270/2، وعبد القادر شيبة الحمد، فقه الإسلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام،91/8-95.

"ومقتضى هذا الحديث أنه يجوز للزوجة أن تأخذ نفقتها من مال زوج سواء أكان من جنس حقها أم لم يكن، ولكن مقتضى مذهب الحنفية في استيفاء الديون هو أنه لا يجوز لها ذلك إلا من جنس حقها فقط"[1].

الفرع الثالث: الظفر بالحق المختلف فيه

اختلف الفقهاء في الظفر بالحقوق المترتبة في الذمة فمنهم من أجاز ذلك ومنهم من منعه، على قولين.

أولا– الرأي القائل بالجوز:

وهو قول الجمهور من الحنفية والمالكية ومذهب الشافعية ورواية عند الحنابلة، الجواز، سواء مطلقا أو بشروط ومجمل أدلتهم كما يلي[2].

احتج الجمهور بما ذهبوا إليه من جواز الظفر بالحقوق المتعلقة بالذمة بالكتاب والسنة والمعقول:

1– من الكتاب: وقوله تعالى:﴿**وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ**﴾[النحل:126].

وجه الدلالة: أن المقصود من هذه الآية شرع المعاقبة بالمثل، ونهي المظلوم عن استيفاء الزيادة من الظالم، واستيفاء الحق بغير قضاء من المعاقبة بالمثل[3]. قال ابن سيرين: "إن أخذ منك رجل شيئا فخذ منه مثله"[4]. فإن كان صاحب الحق لديه وديعة من عليه الحق فله أن يجحده ما أودعه مكان حقه[5].

قوله تعال:﴿**فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ**﴾[البقرة: 194].

وجه الدلالة: إذا طلب صاحب الحق حقه ممن عليه فأنكره أو جحده وامتنع عن بذله؛ فقد اعتدى، ومن ثم يجوز أخذ الحق من ماله بغير إذنه وبدون اللجوء إلى القضاء؛ لأن الشارع قد أذن فيه[6].

---

[1]– محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص118،

[2]– ابن نجيم، البحر الرائق، 192/7، والخرشي، شرح مختصر خليل، 235/7، والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،225/4، وعليش، منح الجليل شرح مختصر خليل ،550/8و القليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، 335/4، 336، والهيثمي تحفة المحتاج، 288/10، المرداوي، الانصاف، 309/11.

[3]– ينظر: الرازي، مفاتيح الغيب، 288/20.

[4]– المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[5]– ينظر: اللخمي، التبصرة، 6010/12.

[6]– ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 355/2-356، والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 431/3.

2- من السنة:

أ- قضية هند زوجة أبي سفيان، حيث أجاز لها رسول الله ﷺ أخذ ما يكفيها وولدها بالمعروف من غير إذن زوجها، وبدون رفع إلى الحاكم[1].

ووجه الدلالة: من الحديث أن النبي أذن لهند أن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها وولدها بالمعروف فمثلها الرجل يكون له على الرجل الحق بأي وجه ما كان فيمنعه إياه فله أن يأخذ من ماله حيث وجده سرا وعلانية[2].

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ "لأن للمرأة من التبسُّط في ماله، بحكم العادة ما يؤثر في إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف، بخلاف الأجنبي"[3].

-أن أخذ الزوجة موضع حاجة، فإن النفقة لا غني عنها ولا قوام للحياة إلا بها، فإذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها الزوجة، أفضى إلى ضياعها وهلاكها، ويشق عليها الترافع إلى المحكمة في كل وقت، بخلاف الدين[4].

وأجيب عن ذلك بأن النبي ﷺ أذن لغير هند من أصحاب الحقوق بما أذن به لها، وقال به الحنابلة أيضا؛ فأذن للضيف أن يأخذ ضيافته إذا امتنع مضيفه عن بذلها له، فدل إذن النبي ﷺ لأصحاب هذه الحالات وغيرهم على أن ما أذن به لهند لم يكن لأنها زوجة ضعيفة ومن حقها النفقة إنما هو إذن عام لجميع أصحاب الحقوق إذا توافرت شروط ذلك[5].

ب- من حديث عقبة بن عامر-رضي الله عنه- أَنَّهُ قَالَ: قُلْنَا: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّكَ تَبْعَثُنَا فَنَنْزِلُ بِقَوْمٍ فَلَا يَقْرُونَنَا، فَمَا تَرَى؟ فَقَالَ لَنَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**إِنْ نَزَلْتُمْ بِقَوْمٍ فَأَمَرُوا لَكُمْ بِمَا يَنْبَغِي لِلضَّيْفِ، فَاقْبَلُوا، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلُوا، فَخُذُوا مِنْهُمْ حَقَّ الضَّيْفِ الَّذِي يَنْبَغِي لَهُمْ**»[6] وفي

---

[1]- سبق تخريج الحديث، ص31.

[2] - ينظر: الرازي، شرح مختصر الطحاوي،238/8، والبغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف،985/2، والشافعي، الأم 108/5، وابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد،565/4، والبيهقي، معرفة السنن والآثار،379/14.

[3]- ابن قدامة، المغني،288/10.

[4]- ينظر: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[5] - ينظر: المرداوي، الإنصاف، 309/11، والبهوتي، كشاف القناع، 357/6.

[6]-رواه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب باب إكرام الضيف، وخدمته إياه بنفسه، رقم:8،32/6137، ومسلم في صحيحه، كتاب اللقطة باب الضيافة ونحوها، رقم:3،1353/1727.

رواية أبي هريرة –ﷺ–«**أَيُّمَا ضَيْفٍ نَزَلَ بِقَوْمٍ فَأَصْبَحَ الضَّيْفُ مَحْرُومًا، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِقَدْرِ قِرَاهُ، وَلَا حَرَجَ عَلَيْهِ**»[1]. وعند الطبراني وأحمد –رضى الله عنهم– «**لَيْلَةُ الضَّيْفِ وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ...**»[2].

وجه الدلالة: من هذه الآثار إجازة استيفاء حق الضيافة بغير قضاء، وجعلها دينا وجعل للذي وجبت له أخذها كما يأخذ الدين، وهذا يدل على أن الإنسان إذا كان له على غيره حق فمنعه إياه وجحده كان له أن يأخذ ما قدر عليه من ماله في مقابلة ما منعه من حقه[3].

نوقش من وجوه:

1– أن إكرام الضيف سنة لا واجب، ولا يجوز قهر الممتنع عن إقامة السنن، ويحمل الحديث المذكور على حالة الضيف المضطر للطعام غيره له أن يأخذه قهرا إن منع منه من قبل صاحبه ولا يلزم إذنه ولا إذن القاضي، وإنما سقط اعتبار الإذن هنا لأن اعتباره يؤدي إلى الحرج والمشقة، وربما أدى إلى فوات الحق بالكلية[4].

كما أن نصوصا كثيرة في حق الضيف وردت بلفظ " فليحسن، وليكرم " ومثل هذه النصوص تستعمل في الندب والاستحسان ومكارم الأخلاق لا مع الواجب. كما أن إكرام الضيف جاء مع إكرام الجار، وهو ليس بواجب فيكون إكرام الضيف مثله[5].

---

[1] –رواه أحمد في مسنده، باب مسند أبي هريرة رضي الله عنه، رقم:4948، 509/14–510. قال الألباني: "إسناده صحيح". ينظر: سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها،240/2.

[2] –رواه الطبراني في معجمه الكبير، رقم:20،263/621، وأحمد في مسنده، رقم:17172، 409/28.قال أحمد:" إسناده صحيح على شرط الشيخين".

[3] –ينظر: القرطبي، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، 230/1، وابن الرسلان، شرح سنن أبي داود،312/15.

[4] – ينظر: عبد الرحيم العراقي، طرح التثريب في شرح التقريب، 225/8، والطحاوي، شرح معاني الآثار، 242/4، وابن رجب، القواعد، ص31.

[5] –ينظر: الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، 480/4، وشرح النووي لصحيح مسلم، 18/2.

2- المراد أن لكم أن تأخذوا من أعراض من لم يضيفكم بألسنتكم وتذكروا للناس لؤمهم والعيب عليهم، لا أن تأخذوا من أموالهم، وهذا من المواضع التي يباح فيها الغيبة كما أن القادر المماطل بالدين مباح عرضه وعقوبته[1].

3- يحمل على من مر من أهل المدينة على الذين شرط عليهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين، وقد كان عمر رضي الله عنه حين ضرب الجزية على نصارى الشام جعل عليهم الضيافة لمن نزل بهم فإذا شرطت على قوم من أهل الذمة مع الجزية فمنعوها كان للضيف أن يأخذ حقه من عرض أموالهم[2].

ثانيا- الرأي القائل بعدم الجواز:

وهو رواية عند المالكية ومشهور المذهب عند الحنابلة ومجمل أدلتهم هي:[3]

1- من الكتاب:

أ- قال تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا**﴾[النساء:58].

وجه الدلالة: من الآية أن هذا أمر من الله تعالى بأداء الأمانة إلى صاحبها، والأمر يقتضي الوجوب، فأخذ من له الحق حقه ممن عليه الحق يعدُ خيانة للأمانة[4].

ب- قوله تعالى:﴿**يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً**﴾[النساء : 59]، وقوله تعالى:﴿**فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيما شَجَرَ بَيْنَهُمْ**﴾[النساء : 65].

ووجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى أمر المؤمنين برد خصوماتهم إلى الله تعالى ورسوله ﷺ، وكان المسلمون يلجأون إلى رسول الله ﷺ ليقضي بينهم، وبعد وفاته نصبت القضاة

---

[1]- ينظر: الشوكاني نيل الأوطار، 178/8.

[2]- ينظر: عبد الرحيم العراقي، طرح التثريب في شرح التقريب، 225/8.

[3]- الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، 567/3، وابن قدامة، المغني، 287/10، والبهوتي كشاف القناع، 357/6.

[4]-ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف على النكت مسائل الخلاف،905/2.

للقيام بهذا الواجب، وهكذا يكون اللجوء إلى من القضاة أمرا واجبا تطبيقا لمقتضى تلك النصوص[1].

ويمكن مناقشة ما تقدم بأن هذه الآيات الكريمة تأمر المسلمين بالرجوع إلى أوامر الله ونواهيه في كل خصومة أو نزاع، وما يفعله صاحب الحق إنما هو تطبيق لهذه النصوص[2].

ثانيا– من السنة:

1– عن أبي هريرة –رضي الله عنه–أن النبي–ﷺ– قال: «**أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَك، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَك**»[3].

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ نهى عن الخيانة، وأخذ الإنسان قدر حقه من مال غيره بغير علمه خيانة، فلا يجوز[4].

وقد نوقش هذا الحديث من وجوه:

أ– أن الحديث غير ثابت، حيث ذهب كثير من علماء الحديث إلى تضعيفه وعدم صلاحيته للاحتجاج به، ووجه تضعيفه: أن معظم طرقه إما رواية عن مجهول، أوعن ضعيف لا يحتج بحديثه وتعدد طرقه[5].

وأجيب عن ذلك: أنه إن وجد من ضعف الحديث من حيث سنده فقد وجد من حسنه وصححه، فقد حسنه الترمذي، وصححه الحاكم على شرط مسلم، وانتصر له الشوكاني[6].

أما ما ورد من إنكار الإمام أحمد له مع استدلاله به فقد أجاب عن ذلك ابن اللحام في قواعده بأنه نُقِل عن الإمام روايتان في قبول الحديث، وأن الأرجح منهما ثبوته عنده، فقال " واحتج أحمد في

---

[1]– ينظر: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص156.

[2]– عطية فياض، الظفر بالحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة(مقال)، ص31.

[3]– رواه أحمد في مسنده، باب حديث رجل، عن النبيﷺ، رقم: 15424 ،150/24، وأبي داود في سننه، كتاب أبواب الإجارة باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، رقم: 3534 ،290/3.قال الألباني: "صحيح". ينظر: مشكاة المصابيح،885/2.

[4]– ينظر: ابن قدامة، المغني،287/10.

[5]–ينظر: العسقلاني، التلخيص الحبير ،213/2–214، والزيلعي، نصب الراية، 119/4.

[6]– ينظر: الترمذي، سنن ،555/2، والحاكم، المستدرك على الصحيحين،53/2، والشوكاني، نيل الأوطار، 355/5.

مواضع بقول النبي ﷺ:«**أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَك، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَك**»[1]. واستدلاله بالحديث يدل على ثبوته ولهذا جعله القاضي أبو يعلى رواية عنه بثبوت الحديث وهو يخالف رواية مهنا عنه بإنكاره"[2].

1- أن الحديث على فرض صحته فإنه لا يدل على تحريم أخذ الحق من مال الغريم؛ لأنه لا يكون خيانة، وإنما الخيانة فيمن أخذ ما ليس له ظلما[3].

2- أنه معارض بحديث هند وفيه أن النبي -ﷺ- أذن لها أن تأخذ من مال زوجها بغير علمه وهو أصح منه فيقدم عليه[4].

3- عن أبي بكرة -رضي الله عنه- «**فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ، وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا**»[5].

وجه الدلالة: أن عموم النص يدل على حرمة مال المسلم فضلا عن دمه وعرضه[6].

4- عن أبي حرة الرقاشي عن عمه أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ**»[7].

---

[1]- سبق تخريج الحديث، ص36.

[2]- ابن اللحام، القواعد والفرائد الأصولية، ص .392

[3]- ينظر: الطحاوي، شرح مشكل الآثار، 95/5، وابن عبد البر، التمهيد، 129/20، والماوردي، الحاوي، 412/17، والصنعاني، سبل السلام، 98/2، والشوكاني، نيل الأوطار، 354/5، ومحمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص153.

[4]-ينظر: الشوكاني، نيل الأوطار،356/5.

[5]- رواه البخاري في صحيحه، كتاب الحج باب الخطبة أيام منى، رقم: 1739، 176/2، ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، رقم:679، 1305/3.

[6]- ينظر: ابن قدامة، المغني، 288/10.

[7]- رواه أحمد في مسنده، رقم:20695، 299/34، وسنن الدار قطني، كتاب البيوع، رقم: 2885، /424.
قال الهيثمي:"رواه أبو يعلى، وأبو حرة وثقه أبو داود، وضعفه ابن معين". ينظر: مجمع الزوائد،172/4.

وجه الدلالة: فهذا النص يفيد حرمة الأموال؛ ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه، كان معاوضة بغير تراض، وإن أخذ من جنس حقه، فليس له تعيين الحق بغير رضى صاحبه؛ وتقتضي تلك الحرمة أنه لا يجوز لإنسان أن يأخذ مال غيره إلا برضاه[1].

مناقشة: إن الأدلة القاضية بتحريم مال المسلم ودمه وعرضه مخصصة بالأدلة التي تبيح رد العدوان كقوله تعالى:﴿**فَمَنِ اعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ**﴾[البقرة:194]، كما أن هذه الأدلة مخصصة بحديث «**أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَكَ..**»[2]. تفيد الآية أنه يحرم من مال الآدمي وعرضه ودمه ما لم يكن على طريق المجازاة فإنها حلال إلا الخيانة فإنها لا تحل، وما حق المدين المماطل بأولى من حق الدائن صاحب الحق[3].

ثالثا– القول المختار: وبعد سرد الأقوال وأدلّتها: فإني أميل إلى القول القاضي بمنع الظفر بالحق من غير قضاء وذلك للأمور الآتية:

1– أنّ الله دعا المسلمين إلى التحاكم لشرعه كلما حدث نزاع بينهم، وأمرهم أن يردوا خصوماتهم إلى حكم الله ورسوله، وبعد وفاته ﷺ أصبح القيام بذلك من جملة الوظائف العامة التي يقوم بها القضاة، فاللجوء إليهم أمر واجب، تطبيقا لمقتضى النصوص[4].

2– لا يخلو كل خلاف من الحاجة إلى دراسة والتحقّق من جوانبها، فقد ينسى صاحب الحق، وقد يكون الذي عليه الحق معسراً، وقد يدّعي أحد ما ليس له والنفوس مجبولة على اعتقاد أن الحق في جانبها، والقول بالإباحة يفتح باب التأويل فربما يظن أن الحق له فيسئ ويعتدي على حقوق الغير، فكان الرجوع إلى القضاء مهمّاً، لمعاينة الأحوال

[1]–ينظر: ابن قدامة، المغني،288/10.

[2]– سبق تخريج الحديث، ص36.

[3]– ينظر: الشوكاني، نيل الأوطار، 356/5، وعطية فياض، الظفر بالحق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة(مقال)، ص145.

[4]– ينظر: مصطفي ديب البغا، الدعاوى والبينات والقضاء، ص31.

والظروف والقرائن، وغيرها من الوسائل التي جعلت في يده ولم تجعل لغيره. واحتمال خطأ القاضي في معرفة الحق أقل بكثير من احتمال وقوعه من صاحب الحق نفسه[1].

3- أن الحق عندما ينكره من يطلب منه يصبح محل نزاع، والظاهر لا يشهد لصاحب الحق، لأن الأصل براءة الذمة، وتجاوز هذا الأصل يؤدي إلى مفسدة عامة ينبغي سدّ الطريق إليها، ويكون السبيل الوحيد لتغيير الوحيد اللجوء للقضاء وعرض بيّنته أو إقرار خصمه، لأن السماح للأفراد بتحصيل حقوقهم بأنفسهم من غير قضاء قد يؤدي إلى مفاسد عظيمة أو الفتن، ومصلحة الأمة تقتضي أن تقفل الأبواب سدا لذرائعه، من غير نظر إلى الحالات الفردية أو النيات الخاصة، وإنما النظر إلى الضرر المتوقع من ناحية عامة فتسدّ الذريعة في وجه الجميع[2].

المطلب الثالث: ضوابط الظفر بالحق

استلزم الفقهاء وجود ضوابط في ظفر بمال المديون؛ لذلك لم يطلقوا للدائن اليد أن تأخذ من أموال المدين ما شاءت في أي وقت وبالكيفية التي قد لا تكون مناسبة للمدين، بل قيدته بشروط.

الفرع الأول- ضوابط الظفر بالحق المتفق عليها هي:

أولا-أن يكون الظافر ذا حق شرعي: أن يكون الظافر صاحب حق شرعي، إذ أن الله -سبحانه- حرم الاعتداء على مال الغير بأي نوع من العدوان، وجعله ظلمًا يكون ظلمات يوم القيامة، ووضع له عقوبات دنيوية بالحد أو التعزير بما يتناسب وحجم الاعتداء وأهميته، فمن أخذ ما ليس له حق فيه فهو إما أن يكون ناصباً، أو سارقاً أو خائناً، أو جاحداً، أو غير ذلك حسب الصورة التي استولى بها على مال الغير ولا يعتبر ظافرا، والشواهد من السنة من الكتاب والسنة على ذلك كثيرة جداً[3].

---

[1]- ينظر: مصطفي ديب البغا، الدعاوى والبينات والقضاء، ص32، ومحمود عبد الرحيم الديب، أحكام الظفر بالحق بين الشريعة والقانون، ص 86-87.

[2]-ينظر: المرجع السابق، الصفحة نفسها.

[3]- ينظر: القرافي، الفروق،123/4، والغافود محمد سالم علي، استيفاء الحق بالظفر بالمستحق دراسة مقارنة، ص173.

فالظافر لا بد أن يكون له حق على غيره بسبب شرعي، وإلا أثم في هدا الأخذ، ولا يسمي عندها ظافراً، لأن الظفر لا يكون إلا بسبب ثابت لأن ما اختلف في كونه ثابتا لابد من رفع إلى الحاكم، وهدا باتفاق جميع أهل الفقه، أخدا بأحكام والمبادئ العامة والقواعد في هده الشريعة[1].

ثانيا– أن يكون من عليه الحق ممتنعا عن أدائه: اتفق الفقهاء على أن المدين بالحق إذا كان مقرًا بالحق باذلاً له غير ممتنع عن أدائه فلا يجوز لصاحب الحق أن يأخذ من ماله شيئا سواء أكان من جنس حقه أم كان من غيره إلا بإذنه[2]، وفي ذلك قال الماوردي: "وهو أن يكون لرجل على رجل دين، فهو على ضربين: أحدهما: أن يكون على مقر ومليء يقدر على أخذه منه متى طالبه به، فلا يجوز لصاحب الدين أن يأخذه من مال الغريم بغير إذنه، وإن أخذه كان آثما، وعليه رده، وإن كان جنس دينه، لأن لمن عليه الدين أن يقضيه من أي أمواله شاء، ولا يتعين في بعضه، ويجري على ما أخذه حكم الغاصب، على أن يرد ما أخذه، وله أن يطالب بما وجب له، ولا يكون قصاصا، لأن القصاص يختص بما في الذمم، دون الأعيان"[3].

وقال ابن قدامة "إذا كان لرجل على غيره حق، وهو مقر به، باذل له، لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يعطيه، بلا خلاف بين أهل العلم، فإن أخذ من ماله شيئا بغير إذنه لزمه رده إليه، وإن كان قدر حقه؛ لأنه لا يجوز أن يملك عليه عينا من أعيان ماله، بغير اختياره، لغير ضرورة، وإن كانت من جنس حقه؛ لأنه قد يكون للإنسان غرض في العين"[4].

---

[1]–ينظر: القرافي، الفروق،123/4.

[2]– ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 192/7، والقرافي، الفروق، 123/4، والماوردي، الحاوي الكبير، 412/17، وابن قدامة، المغني، 287/10.

[3]– الماوردي، الحاوي الكبير، 412/17، والسنيكي، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، 230/5

[4]– ابن قدامة، المغني، 287/10.

ولذلك عد الفقهاء مستحق الدين إذا سرق مال من عليه دين ومن عليه الدين غير مماطل قطع، بخلاف ما إذا فعل ذلك مع المدين المماطل على تفصيل عند الفقهاء في حدود ذلك[1].

ثالثا– أن يكون الدين حقا ماليا للعبد: فإدا كان الدين حقًا لله تعالى كامتناع على أداء الزكاة والكفارات والنذور لا يجوز للمستحق الأخذ من مال الواجبة عليه إذا ظفر به ذلك لأن الزكاة تتوقف على نية المالك[2].

فالزكاة في الأصل ديناً لله تعالى في عنق العبد، فإذا امتنع عن إخراجها لا يمكن للمستحق كفقير أو مسكن أخذها ونحوهما، وفي الزكاة نية إخراجها عبودية لله الذي فرضها، فهي لا تقع زكاة إلا بالنية، وأخذها ظفرا إنما هو مجرد استيلاء على مال الممتنع لا تبرأ عن الغني الذي أخدت منه وكذا النية في سائر القرب لأن النية تكون من المالك لا المستحق، ومع ذلك فإنهم قالوا لا يجوز للمستحق الظفر حتى وإن كان المالك قد عزل الزكاة ونوى إخراجها، وكان المستحقون لها منحصرين، إذ له الإخراج من غيره، إلا أنه لو أخدها المستحق حينئذ اعتد بها لوجود نية من المالك وكان فعله محرما[3].

وقد أشارت العديد من النصوص في الشريعة الاسلامية إلى مقاصد تشريع الزكاة وأهدافها وآثارها، ومن ذلك تحقيق مبدأ الامتثال والانقياد لله تعالى، وتقرير شكره وحمده والثناء عليه، و أن حب المال غريزة إنسانية تحمل الإنسان على أن يحرص على المحافظة والتمسك به، فأوجب الشرع أداء الزكاة تطهيراً للنفس من رذيلة البخل والأنانية، ومن عبادة المال وتقديسه، وإزالة حب الدنيا والتمسك بأهدابها[4]، وفي هذا المعنى يقول الله تعالى:﴿**خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا**﴾[التوبة:103].

---

[1]–ينظر: السرخسي، المبسوط، 178/9، وأبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، 465/6،

[2]– ينظر: البخاري، المحيط البرهاني،445/2، وابن الحاجب، جامع الأمهات، ص 166، والقرافي، الذخيرة، 136/3، الشيرازي، المهذب،160/1–161، وابن قدامة، المغني، 478/2، وجابر مهران، الظفر بالحق في الفقه الإسلامي المقارن(مقال)، ص22، والغافود علي محمد سالم، استيفاء الحق بالظفر بالمستحق دراسة مقارنة، ص175.

[3]– ينظر: البخاري، المحيط البرهاني،445/2، وابن الحاجب، جامع الأمهات، ص 166، والقرافي، الذخيرة، 136/3، والشيرازي، المهدب،160/1–161، وابن قدامة، الغني، 478/2، والظفر بالحق في الفقه الإسلامي، غازي(مقال)، ص362.

[4]– ينظر: الشاطبي، الموافقات،121/3–122، ونور الدين الخادمي، علم المقاصد الشرعية، ص171–127، وجابر مهران، الظفر بالحق في الفقه الإسلامي المقارن(مقال)، ص22.

رابعا– ألا يترتب على الظفر فتنة أو مفسدة: أن يأمن مستوفي الحق على نفسه إذا أخذ من مال من عليه الحق بغير رضاه أو بغير علمه، فلو لحق أذى بسبب ما أقدم عليه فلا يجوز من باب درء المفاسد لأن الأصل أن الشريعة جاءت لجلب المنافع، ودرء المفاسد، فإذا تعارضت مصلحة ومفسدة قدم دفع المفسدة غالباً؛ لأن الشرع حريص بدفع الفساد، ويعتني بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات. ويشترط في تقديم درء المفسدة ألا يؤدي إلى مفسدة أخرى، وهنا قد تحدث عدة مفاسد وفتن كبيرة وربما لا تؤدى إلى المصلحة المرجوة من رد الحقوق إلى أصحابها، وذلك كأن يحدث اقتتال بين طرفي الحق وتشاجر قد تزهق فيه الأرواح وتراق الدماء ويضطرب الأمن، وقد لا يصل صاحب الحق إلى حقه إلا بإتلاف مال من عليه الحق تزيد قيمته على مقدار الحق المطلوب أخذه، وقد يأخذ الحق بطريقة يعد معها سارقا أو مختلسا وخائنا للأمانة حسب الأنظمة والقوانين المعمول بها في الدولة ولا يشفع له في هذه الحالة أن له حق على غيره، فلا يجوز الظفر لاستيفاء الحق في هذه الحالة لعظم خطرها وسببا في حصول الفتنة والضرر فلعدم وجود الأمن فالاحتياط أن يلجأ إلى القضاء[1].

قال القرافي: " إذا تعارضت المفسدة الدنيا والمفسدة العليا فإنا ندفع العليا بالتزام الدنيا"[2].

وعند السيوطي وابن نجيم: " إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما"[3].

ونظيرها: قاعدة خامسة، وهي " درء المفاسد أولى من جلب المصالح " فإذا تعارض مفسدة ومصلحة؛ قدم دفع المفسدة غالبا، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات ...وقد يراعى المصلحة، لغلبتها على المفسدة"[4].

خامسا– أن يكون الحق واجب الأداء حالاً: أن يكون الدين غير مؤجل الوفاء أي أن يكون حالا فلو كان الدين مؤجلاً فلا يجوز لصاحب الحق أخذ شيء من مال المدين دون رضاه، ويفهم هذا القيد من عبارة الفقهاء" استحق" و "من كان له حق" والاستحقاق لا يكون قبل حلول أجل الدين، والدين الأجل ليس حقًا للدائن قبل حلول الأجل، وفضلاً عن ذلك فإن الدين المؤجل لا يجوز

[1]– ينظر: القرافي، الفروق،125/4، والهيثمي، تحفة المحتاج،287/10، والسيوطي، الأشباه والنظائر، ص87–88، والبهوتى، كشاف القناع،375/6، والبورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص265، وعطية فياض، الظفر بالحق في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة(مقال)، ص43–44.

[2]– القرافي، الفروق، 211/1.

[3]– السيوطي، الأشباه والنظائر، ص87–88، والحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، 286/1.

[4]– ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص88.

استيفاؤه عن طريق القضاء ولا ترفع من أجله دعوى، فإن كان لا يجوز تحصيله بالقضاء فأولى ألا يجوز تحصيله بغير قضاء، كما أن امتناع مدين عن الوفاء بالحق امتناع مباح[1].

الفرع الثاني– ضوابط الظفر بالحق المختلف فيها:

أولا– مشقة الترافع إلى القضاء: لا شك أنه إذا تيسر القضاء لأصحاب الحقوق وكان بإمكانهم استرداد حقوقهم دون عناء الانتظار لسنوات، ولوجود بينة تثبت حقهم، ودون أن يتكبدوا نفقات باهظة في رفع الدعوى وأتعاب المحاماة التي ربما تزيد في بعض الأحوال عن مقدار الحق المتنازع عليه، فإن ذلك سيدفع بأصحاب الحقوق إلى سلوك هذا الطريق؛ لجدواه[2].

لكن هل يتوقف استيفاء الدائن حقه من المدين بنفسه على شرط العجز عن استيفائه بطريق القضاء أم أنه ليس بشرط، حيث يجوز له إذا ظفر به أن يأخذه ولو كان طريق القضاء متيسرا؟

واختلف العلماء في هذه الحالة على قولين:

1– أنه ليس بشرط، فيجوز لمن ظفر بحقه أن يأخذه ولو كان طريق القضاء متيسرا، وهو المشهور عند المالكية والمعتمد في مذهب الشافعية، ووجه عند الحنابلة[3].

لأن اللجوء للقضاء فيه من التكلف والمشقة وتضييع الزمان مما يفوت الحق ويرهق أصحابه[4].

2– يشترط، وهو وجه لمتأخري الحنفية إذا لم يمكنه أخذ الحق إلا بإتلاف مال ككسر باب ونقب جدار[5]، ووجه عند المالكية، ووجه كذلك للشافعية، والمعتمد في مذهب الحنابلة[6].

---

[1]–ينظر: أفندي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 90/3، وابن قدامة، المغني، 287/10، والهيثمي، تحفة المحتاج، 289/10.

[2]– ينظر: عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل،550/8 والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 225/4، والشيرازي، المهذب،424/3، وابن قدامة، المغني،287/10. وعطية عياض، الظفر بالحق في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة(مقال)، ص155.

[3] – الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 225/4، والشيرازي، المهذب،424/3، وابن قدامة، المغني،287/10.

[4]– ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 225/4، والشيرازي، المهذب،424/3.

[5] – ابن نجيم، البحر الرائق،193/7.

[6]– عليش، منح الجليل،550/8، والشيرازي، المهذب،425/3، وابن قدامة، المغني،287/10.

لأن القضاء هو الطريق المتعين لتحصيل الحقوق واستردادها تنعدم معه المفسدة والفتنة فإذا تيسر فلا داعي لسلوك طريق آخر يحتمل معه وقوع ضرر وفتنة[1].

3- القول المختار: يبدو لي أن القول المختار أنه إذا تيسر طريق القضاء فلا يجوز الانفراد بأخذ الحق ممن امتنع عن بذله ودفعه؛ لما في ذلك من تقليل المفاسد وتجنب الفتن ولذلك اتفق الجميع على وجوب سلوك هذا الطريق إذا خشيت الفتنة وعظمت المفسدة[2].

ثانيا- أن يكون الحق متفقا على ثبوته: أضاف هذا الشرط القرافي المالكي في فروعه فقال: "ما اختلف في كونه ثابتا أم لا فلا بد فيه من الرفع للحاكم حتى يتوجه ثبوته بحكم لحاكم فهذا النوع من حيث الجملة يفتقر إلى حاكم في بعض مسائله دون بعض"[3].

فإذا كان الحق مختلفا في ثبوته فلابد من اللجوء إلى القضاء، لأن العباد تعتقد أن الحق دائما بجانبها، فقد يؤدي إلى مفاسد عظيمة، فيلجأ للقضاء لاستيفاء حقه واثباته بالطرق الخاصة[4].

ثالثا- أن يكون الظفر بالحق من جنس حق الدائن: وقع خلاف كبير بين العلماء فيما لو ظفر صاحب الحق بغير جنس حقه من مال من عليه الحق، هل يجوز له أخذه أم يتعين عليه أخذ جنس حقه فقط؟

في المسألة ثلاثة أقوال:

1- القول الأول: يشترط اتفاق الجنس والصفة وإليه ذهب الحنفية ووجه عند المالكية قول عند الشافعية ووجه للحنابلة[5]، حيث اشترطوا في جواز الظفر بالحق أن يكون المال المظفور به من جنس حق الدائن وبنفس صفته، فإذا كان جنس حق الدائن ريالات سعودية مثلا وظفر الدائن بدنانير جزائرية فلا يجوز له أن يأخذها؛ لاختلاف الجنس.

---

[1]- ينظر: عليش منح الجليل، 550/8.

[2]- ينظر: عطية فياض، الظفر بالحق في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة(مقال)، ص157.

[3]- القرافي، الفروق، 123/4.

[4]- ينظر: المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[5] - ابن نجيم، البحر الرائق،192/7، والخرشي، شرح مختصر خليل، 235/7، والمواق، التاج والإكليل، 293/7، والنووي، روضة الطالبين، 3/12، وابن قدامة، المغني، 288/10، والمرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح في خلاف،309/11.

لأن الظفر بالحق استثناء من الأصل العام في أخذ أموال الناس بغير رضا منهم وبغير طريق القضاء، لكنه أجيز دفعا للظلم الواقع على أصحاب الحقوق ومن ثم فلا يتوسع فيه ويقف الجواز فيما لو ظفر بجنس حقه فقط[1].

وذهب جمهور الحنفية إلى أن يأخذ حقه وكذلك لو كان دينه دراهم فوجد دنانير أو العكس لأنها من جنس الأثمان وإن تنوعت. وقال المازري إن ظاهر المذهب أن لا فرق بين جنس ماله وغيره[2]

2- القول الثاني: لا يجوز أخذ غير جنس الحق إلا إذا تعذر أخذ الحق من جنسه سواء أكان من جنسه أم من غير جنسه، وبه قال المالكية، وهو قول الشافعية والحنابلة[3].

لأن الأصل اقتضاء الحقوق من جنسها لكن إذا تعذر اقتضاؤها من نفس الجنس تعين المصير إلى غيره للضرورة[4].

3- القول الثالث: يجوز أخذ الحق من مال المدين سواء أكان من جنسه أم من غير جنسه، وهو المشهور في مذهب المالكية ومذهب الشافعية[5].

لأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وإذا أفلس المدين قام القاضي ببيع أمواله ما كان منها من جنس الدين وما ليس من جنسه وإذا كان ذلك للقاضي فيجوز أيضا للغريم[6].

وفصل الشافعية في القول فيجوز لصاحب الدين أن يأخذ من مال غريمه قدر دينه سرا بغير علمه، فإن قدر عليه من جنس حقه فله أخذه ولأنه يتملكه بدلا عن حقه، لم يتجاوز إلى غيره، وإن لم يقدر عليه من جنسه، جاز أن يعدل إلى غير جنسه، للضرورة ويستوفي حقه منه، وفي قول من طريق المنع؛ لأنه لا يتمكن من تملكه، فإن كان المأخوذ من غير جنس الحق أو أعلى من صفته فإنه يبيعه

---

[1] - ينظر: المغني لابن قدامة، 288/10.

[2] - ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 192/7، والقرافي، الفروق،124/4.

[3] - القرافي، الفروق،125/4، والسنيكي، الغرر البهية، 230/5، وابن قدامة، المغني،287/10.

[4] - ينظر: القرافي، الفروق،125/4، والهيثمي، تحفة المحتاج، 288/10.

[5] -الخرشي، شرح مختصر خليل، 235/7، والمواق، التاج والإكليل، 293/7، والشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 401/6.

[6] - الخرشي، شرح مختصر خليل، 235/7، والمواق، التاج والإكليل، 293/7، والشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 401/6، وعطية فياض، الظفر بالحق في الفقه الإسلامي(مقال)، ص164.

للحاجة، وقيل يجب رفعه إلى قاض يبيعه، لأنه لا يتصرف في مال غيره لنفسه، والمأخوذ مضمون عليه فيضمنه إن تلف قبل تملكه وبيعه، ولا يأخذ فوق حقه إن أمكنه الاقتصار فإن أخذ حقه مع الزيادة ضمن ذلك الزائد، لتعديه بأخذه، وإن لم يمكنه بأن لم يظفر إلا بما تزيد قيمته على حقه أخذه ولا يضمن الزيادة، ثم إن تعذر بيع قدر حقه فقط باع الجميع وأخذ من ثمنه قدر حقه ورد ما زاد عليه على غريمه وإن لم يتعذر باع منه بقدر حقه ورد ما زاد[1].

4- القول المختار: يبدو لي أن القول المختار هو القول القاضي بالتقييد بكون الأخذ من جنس الحق فيه تشديد على أصحاب الحقوق؛ لأن الحق إنما هو متعلق بذمة المدين وليس عينا حتى نقول بوجوب أخذها فقط، وفضلا عن ذلك فإن الجنس قد لا يتيسر في جميع الأحوال ولا يقدر الغريم على أخذه ومن ثم إذا قلنا بجواز الظفر فيجوز الأخذ من الجنس ومن غير الجنس لكن إذا وجد الجنس تعين وإلا انتقل إلى غيره مع مراعاة الأمانة في التقويم ورد ما زاد إلى صاحبه[2].

رابعا- أن يكون للحق سببا ظاهرا لا يحتاج إلى الاجتهاد: أن يكون الحق ظاهرا بَيِّنا فالزوجية ظاهرة في ثبوت حق الزوجة في مال زوجها، لأنه إذا كان متنازعا في ثبوته فليس بحق، وإذا كان سببه أو مسببه أو محله في حاجة إلى اجتهاد وتحري فلا يترك ذلك للغريم إنما يجب الفصل فيه من قبل القضاء[3].

لكن انكار المدين الحق ولا بينة مع الدائن ولم يكن سبب الوجوب ظاهرا، فهل يجوز في هذه الحالة إذا ظفر الدائن بمال المدين أن يأخذه؛ لأن الرفع إلى القضاء لا يجدي؛ لعدم البينة؟

ذهب المالكية في المشهور عندهم، والمذهب عند الشافعية إلى أنه في مثل هذه الحالة لا بأس بأخذ الدائن ما له من حق على مدينه؛ إذ نصوا على حالة ما لو أنكر المدين. إن كان لشخص حق على غيره وهو مماطل أو منكر أو سارق أو غاصب ونحو ذلك فله أخذ حقه سواء بعينه أو بقدر ما

---

[1]- ينظر: الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 401/6-403، والماوردي، الحاوي الكبير،412/17/ 413، والهيثمي، تحفة المحتاج،290/10، وأبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، 399/7-400.

[2]- ينظر: عطية فياض، الظفر بالحق في الفقه الإسلامي(مقال)، ص164-165.

[3]- ينظر: القرافي، الفروق،123/4.

يساوي ماله من مال من عليه الحق وبدون اللجوء إلى القضاء[1] من خلال كلام النووي أنه إذا كان الدين على منكر للحق ولا بينة مع الغريم له أخذ جنس حقه من ماله، وكذلك له أخذه من غير جنسه إن تعذر له ذلك أو كان على مقر به لكنه ممتنع عن البذل، أو كان الدين على منكر ومع الغريم بينة فالمذهب أن جميع الحالات سواء[2].

من توجد عنده بينة يتعين عليه الرفع إلى القضاء من أجل الحرص على عدم ضياع الحقوق، والمشقة على أصحابها باللجوء إلى القضاء. ولكن عند عدم وجود البينة بتقصير الدائن في حفظ حقه ولم يوثق له ما أدى إلى إنكار المدين له، وعندما حث القرآن على كتابة الديون بين حكمتها فلما يفعل ذلك عليه أن يتحمل عاقبة تقصيره، ولا نفتات على قواعد الشرع في الإثبات ونمكن مدعيا لحق من أخذه دون حجة شرعية معتبرة.

خامسا– ألا يتعين بالعين المظفور بها حق للغير: ذهب بعض الفقهاء أن يستوفي صاحب الحق حقه من مال من وجب عليه دون ما عنده من ودائع وأمانات للغير، وإلا كان الأخذ من ذلك مخالفة لأنها ليست ملكا لمن عليه الحق فكيف لك أن تظفر بحقك ممن لا حق لك عنده[3]. في حين لم يشترط البعض الاخر منهم هذا فأجاز أخذها وإن تعلق بها حق لشخص أخر لأن من أخذ حقه فليس بخائن سواء أكان الأخذ من العين أم من المثل أو القيمة[4].

سابعا– الظفر بالحق قبل المطالبة به من المماطل الموسر بلا عذر: والمطل "هو منع قضاء ما استحق اداؤه"[5].

إن مطل المدين الموسر القادر على قضاء الدين بلا عذر بعد مطالبة صاحب الحق فإنه حرام شرعا، ومن الظلم الموجب للعقوبة الحاملة على الوفاء[6]، أما قبل الطلب، فقد وقع الخلاف في مذهب الشافعي هل يجب الأداء مع القدرة من غير طلب صاحب الحق، حتى يعد مطلا بالباطل قبله وقال

---

[1]– ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 225/4.

[2]– ينظر: الشربيني، مغني المحتاج في شرح أدلة المنهاج، 400/6، والهيثمي، تحفة المحتاج، 289/10، والرملي، نهاية المحتاج، 334/8.

[3]– ينظر: الهيثمي، تحفة المحتاج، 287/10، والشربيني، مغني المحتاج،402/6، وابن اللحام، القواعد والفوائد، ص309.

[4]– ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،431/3.

[5]– النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم، 227/10.

[6]– ينظر: العسقلاني، فتح الباري،465/4-466، وابن دقيق العيد، إحكام الإحكام شرح عمد الإحكام، 145/2.

ابن دقيق العيد فيه وجهان: عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رسول الله ﷺ قال: «**مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ**»[1]، فمطل الغني ظلم وحرام ومطل غير الغني ليس بظلم ولا لأنه معذور ولو كان غنيا ولكنه ليس متمكنا من الأداء لغيبة المال أو لغير ذلك جاز له التأخير إلى الإمكان أما الغني المتمكن من الأداء فلا يدخل هذا فيه[2].

واختلفوا في مذهب الشافعي: هل يجب الأداء مع القدرة من غير طلب صاحب الحق؟ وذكر فيه وجهان ولا ينبغي أن يؤخذ الوجوب من الحديث"[3]، ومال الحافظ ابن حجر إلى ترجيح عدم الوجوب قبل الطلب[4].

ثامنا– إذا كان المدين بالحق مقرًا به غير باذل له: "فقد اختلف القول في هذه الحالة، فثمة اتجاه يرى أنه في حكم الممتنع وينزل منزلة المماطل ومن ثم يجوز لصاحب الحق أن يأخذ من ماله بغير إذنه وبغير حكم القاضي؛ لما في الرفع إلى القضاء من المشقة والمؤنة. قال ابن حجر الهيثمي" أو على مقر ممتنع ولو مماطلا أو منكر وله بينة فكذلك له الاستقلال بأخذ حقه لما في الرفع من المؤنة والمشقة"[5]. وفي قول أخر: لا يجوز لإمكان صاحب الحق الحصول عليه بواسطة القضاء لوجود حجة شرعية معه وهي إقرار من عليه الحق، ولا يتعين حقه إلا بتيين من عليه الحق أو تعين القاضي. قال الغزالي "وأما الدين فإن كان على معترف مماطل أو منكر يمكن رفعه إلى القاضي فلا يجوز الانفراد باستيفائه إذ لا يتعين حقه من الدين إلا بتعيين من عليه أو بتعيين القاضي"[6].

تاسعا– حكم الظفر من غريم الغريم: صورة المسألة: "وله أخذ مال غريم غريمه كأن يكون لزيد على عمرو دين ولعمرو على بكر مثله"[7]

قال الشافعية يجوز للمستحق أخذ مال غريم غريمه بشروط هي:

---

[1]– سبق تخريج الحديث، ص1.

[2]– ينظر: النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم، 227/10.

[3]– ابن دقيق العيد، إحكام الإحكام شرح عمد الإحكام، 145/2.

[4]– ينظر: العسقلاني، فتح الباري،466/4.

[5]– الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 289/10.

[6]– أبو حامد الغزالي، الوسيط، 399/7، والهيثمي، تحفة المحتاج، 288/10.

[7]– الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،403/6، والنووي روضة الطالبين،12/6-5، والهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 291/10.

1- أن ألا يظفر بمال الغريم[1]: "والظاهر أنه يلحق بعدم الظفر الفعلي بمال المدين عدم تحقق الشروط التي بوجودها يجوز للمستحق أن يأخذ من مال المدين ما يستوفي به حقه، وذلك كأن يغلب على ظنه أنه إن أخذ من مال المدين نشبت فتنة بينما أو مفسدة عظيمة، بينما إن أخذه من مال مدين مدينه لم يحدث مثل ذلك، فينبغي أن يجوز له في مثل هذه الحالة أن يأخذ من مال مدين مدينه إذ تحقق الشروط اللازمة"[2].

2-أن يكون غريم الغريم جاحدا أو ممتنعا: "أن يكون المدين ومدينه جاحدين للدين أو ممتنعين عن أدائه أو مماطلين، فلو كان أحدهما باذلا للحق فليس له أن يأخذه من مال مدين مدينه، ثم إن كان الباذل منهما هو المدين الأول لم يجز لصاحب الحق أن يأخذ من مال أي منهما، وأما إن كان الباذل هو مدين المدين وكان المدين ممتنعا فالظاهر أنه يجوز له الأخذ من مال المدين بغير قضاء، وإن لم يجز الأخذ من مال مدين المدين وذلك لأن حقه متوجه في الأصل إلى ذمة المدين الممتنع. وقد تكون هناك مشقة ومؤنة في أخذ حقه من مدين المدين، وإن كان هذا غير ممتنع عن الباذل له. وقد يستأنس لهذا الرأي بأن جمهور الفقهاء الشافعية ذهبوا إلى أن صاحب الحق لا يجب عليه اللجوء إلى القضاء وإن كان معه بينة بحقه أحيان، فكذلك يمكن أن يقال لا يجب عليه اللجوء إلى مدين المدين الباذل مثل الأخذ من مال المدين الممتنع بغير إذنه وبغير قضاء قياسا عليه، ثم إن الدائن غير ملزم بأن يطلب دينه من غير مدينه اللهم إلا إذا كان هناك عقد حوالة بين الدائن والمدين ومدين المدين"[3].

4- أن يعلم المستحق الغريم أنه أخذ مقدار حقه من مال غريمه، حتى إذا طالب صاحب الحق المباشر من عليه الحق بعد ذلك كان هو الظالم[4]، أما إن غلب على ظنه أنه لا يفعل ذلك فلا لزوم لهذا الشرط[5].

---

[1]- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،404/6.

[2]- محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون وقانون المرافعات المدنية التجارية، ص 141.

[3]- المرجع السابق، ص 141-142.

[4]- ينظر: الهيثمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 291/10، والشربيني مغني المحتاج في معرفة المنهاج، 404/6.

[5]- ينظر: الهيثمي تحفة المحتاج في شرح المنهاج،291/10.

المبحث الثاني: التطبيقات المعاصرة للظفر بالحق

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تجميد أرصدة العميل في حسابه الاستثماري

المطلب الثاني: بيع المصرف البضاعة بموجب الاعتماد المستندي

المبحث الثاني: التطبيقات المعاصرة للظفر بالحق

نظرًا للتطور الكبير الذي شهدته المصارف الإسلامية المعاصرة وتوسع المعاملات فيها إلا أن الطوارئ له تختلف في كثير من الأحيان، فقد يحدث أن يماطل العملاء في سداد ما يتوجب عليهم نحو المصرف، فكيف فُعِّل "الظفر بالحق" المعروف عند الفقهاء في معاملات المصارف المعاصرة؟

المطلب الأول: تجميد أرصدة العميل في حسابه الاستثماري

يتلقى المصرف الإسلامي أموال المتعاملين والمستثمرين الذين يودعونها في حسابات عنده ليضارب لهم فيها وفقا لمبدئ الشريعة الإسلامية، وقد يتعرض المصرف من طرف هؤلاء للمماطلة والامتناع عن الأداء الديون. فهل يمكن للمصرف أن يستوفي حقه من رصيد الحساب الاستثماري للعميل المماطل؟ إلا أن الجواب عن ذلك يقتضي منا أن نعرف ودائع الاستثمار وتكييفها الفقهي وبيان معني الحجر الذي سينفذ عل العميل.

الفرع الأول– مفهوم الحساب الاستثماري (الوديعة الاستثمارية):

الودائع الاستثمارية هي شكل من أشكال الحسابات المصرفية[1]، وتعد الودائع الاستثمارية أهم مصدر للاستثمار، التي تكون وفق نظام المضاربة بين صاحب الوديعة وهو صاحب رأس المال وبين المضارب وهو البنك.

أولا– تعريف الودائع الاستثمارية(ثابتة): بأنها" المبالغ التي يضعها أصحابها في البنك بناء على اتفاق بينهما بعدم سحبها أو شيء منها إلا بعد إخطار البنك بمدة معينة، ويدفع البنك المودع فائدة إذا بقيت مدة معينة دون أن تسحب"[2].

ثانيا–عرفت أيضا: أنها "المبالغ التي يودعها أصحابها في المصرف لأجل معيّن، ولا تسترد قبل انتهاء الأجل، ويعطى أصحاب تلك الودائع فوائد وأرباح تزداد كلما زادت مدة الأجل وتسمى أيضا (ودائع لأجل)"[3].

---

[1]–مفهوم الحسابات المصرفية: هي الأموال التي يعهد بها الأفراد أو الهيئات إلى المصرف على أن يتعهد برد مساو لها إليهم أو نفسها لدى الطلب أو بالشروط المتفق عليها. ينظر: محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، في الفقه الإسلامي، ص264.

[2]– محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، في الفقه الإسلامي، ص265.

[3]–عامر بن عيسى اللهو، الودائع البنكية في المصارف الإسلامية، ص34.

وتختلف الودائع الاستثمارية عن الودائع الجارية فالغرض منها إيجاد فرصة النماء لأموال العميل عن طريق استثمارها وتحقيق الأرباح، فهي أمانة لدى المصارف غير مضمونة إلا بالتعدي، بخلاف الودائع الجارية التي تكون لأغراض الحفظ وتسوية المدفوعات، لأنها قروض حسنة مضمونة على البنك.

وتسمى هذه الودائع لدى البنوك الربوية بالحسابات لأجل بينما تسمى في المصارف الإسلامية حسابات الاستثمار.

وسميت هذه الحسابات آجلة؛ لأن العميل لا يحق له سحب الوديعة أو جزء منها قبل حلول الأجل المتفق عليه بين العميل وبين البنك[1].

وتشترط البنوك الإسلامية عدم جواز سحب قيمة الحساب الاستثماري قبل نهاية أجله المتفق عليها، وذلك لدخولها في مشاريع طويلة الأجل، وإذا حدث وطلب صاحب الودائع الآجلة سحب وديعته كلها أو بعضها قبل الأجل الاستحقاق المتفق عليه فإن البنك له كامل الحق في الامتناع عن ذلك أو إجابة طلبه انطلاقا من مبدأ المسلمون على شروطهم الورد في الحديث النبوي الشريف، وفي الغالب أن البنك يتنازل عن حقه في هذا الحالة أجازت الفتاوى المعاصرة أن يتم النص على اتفاقية الحساب الاستثماري أنه يرغب في استرداد ماله قبل المدة المتفق عليها، فإذا كان نظام المعمول به في الحسابات الاستثمارية يقوم على اختلاف نسب الربح بالاختلاف مدة الاستثمار، فإنه يستحق نسبة الربح المقررة للمدة الأقصر، أي مثلا أن المستثمر رغب في الاستثمار لمدة 9 أشهر وانسحب قبل المدة المقررة فإنه يستحق نسبة الربح المقررة للمدة الأدنى وهي 6 أشهر فقط. وذهبت بعض التطبيقات في البنوك الإسلامية أن صاحب الحساب الاستثماري لا يمانع من رد الوديعة مقابل حرمان المودع من الربح نظرا لعدم بقاء الوديعة إلى تاريخ الاستحقاق، وكذلك من ذهب إلى احتساب الربح على المبلغ المتبقي في الحساب[2].

ويشترط في الحساب الاستثماري في المصارف الإسلامية ضرورة توافر عاملين لكي تصبح وديعة استثمارية بالمعني المتعارف عليه وهما:

أولا–عنصر الزمن: ويشترط أن تبقى الوديعة الاستثمارية لفترة لا تقل عن ستة شهور كاملة.

[1]– ينظر: الدبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة،307/12.

[2]– ينظر: الدبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة 307/12، وعز الدين خوجة، أليات استقطاب الموارد المالية الحسابات الاستثمارية، ص78.

ثانيا–أما عنصر المبلغ: ويشترط فيه ألا يقل حجم الوديعة الاستثمارية عن مبلغ معين لكل عملة من العملات المكملة للسيولة النقدية دخل المصرف الإسلامي[1].

وهناك قسمين من الودائع الاستثمارية لدى البنوك الإسلامية وهما:

1– الودائع الاستثمارية مطلقة (حساب الاستثمار العام): وهي التي يوكل أصحابها المصرف في استثمار أموالهم في النشاطات التي يراها مناسبة دون ربطها بمشروع أو برنامج استثماري معين وتخضع هذه الحسابات لقواعد المضاربة غير المشروطة أي المضاربة غير مقيدة،[2] ويحصل المودعين على نصيب معين في الأرباح التي تتحقق للمصرف ويتحملون مخاطر الاستثمار انطلاقا من قاعدة النغم بالغرم. وتختلف توزيع الأرباح فلا تحسب إلا من شهر التالي للإيداع أو عادة مرة في السنة وقد تزيد هذه الفترة وتنقص على حسب ما يقع عليه الاتفاق[3].

2– الودائع الاستثمارية المخصصة (حساب الاستثمار المخصص): يؤسس هذا الحساب على ضوء قواعد المضاربة المقيدة، فيستخدم المصرف الأموال فيما اتفق عليه مع العميل، وفيه تربط العوائد من الأرباح بالنتائج الفعلية للمشروعات التي

خصصت لتمويلها، ويرتبط التوزيع بالنض الفعلي[4] للعوائد في تلك المشروعات[5].

---

[1]– ينظر: عبد الرزاق الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص268.

[2]– ينظر: أحمد أبو عبيد، المصارف الإسلامية ودورها في تعزيز القطاع المصرفي، ص9، وغريب ناصر، أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، ص67.

[3]– ينظر: أحمد أبو عبيد، المصارف الإسلامية ودورها في تعزيز القطاع المصرفي، ص9، وعز الدين خوجة، أليات استقطاب الموارد المالية الحسابات الاستثمارية، ص77.

[4]– يقصد بالتنضيض فى فقه المعاملات: تحول المتاع إلى دراهم أو دنانير أو ما فى حكم ذلك من النقد.أما تعريف التنضيض الفعلى في فقه المعاملات: ويتمثل فى تحويل العروض إلى نقد من خلال عملية البيع الفعلى وتحصيل القيمة فى صورة نقد أو ما فى حكمه، وفى مجال المضاربة وما فى حكمهما: يتولى الطرفان أو رب العمل عملية التنضيض واسترداد رأس المال وتوزيع الأرباح حسبما اتفق عليه. ينظر: حسين حسين شحاتة، الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للتنضيض الحكمى في المعاملات المالية المعاصرة(مقال)، ص19-22.

[5]– ينظر: غريب ناصر، أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، ص67.

الفرع الثاني: التكيف الفقهي لودائع الاستثمار:

إن الودائع الاستثمارية تكييف على أنها مضاربة، ويعرف الحنفية المضاربة على أنها: "عقد شركة في الربح بمال من جانب رب المال وعمل من جانب المضارب"[1].

ويعرف المالكية القراض: "أن يعطي الرجلُ الرجلَ المال على أنه يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال"[2].

ويعرف الشافعية المضاربة: "أن يدفع إلى غيره مالا ليتجر فيه والربح مشترك بينهما"[3].

أما الحنابلة يعرفون القراض: "دفع مال إلى من يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه"[4].

إن التعريفات متقاربة وهو أن يعطي الرجلُ مالا إلى غيره ليتجر فيه والربح معلوم ومشترك بينهما، أما التسمية اختار الحنفية والحنابلة بالمضاربة، واختار المالكية والشافعية التسمية بالقراض.

ويقصد بالحسابات الاستثمارية في المصرف الإسلامية أن العميل قد أودع ماله في المصرف بقصد توكيل المصرف في استثمار رأس المال، وذلك بتوظيفه عن طريقه أو عن طريق إحدى الشركات، وهذا العمل من الناحية الفقهية يُكيف على أنه عقد مضاربة حيث يشكل العميل المودع صاحب المال، والمصرف المضارب[5]، ولذلك لأن العلاقة تشمل ثلاثة أطراف لأن المصرف عادة لا يقوم باستثمار هذه الودائع بنفسه بل يقوم بإعطائها لجهة تستثمر هذه الأموال، وأن المصرف الإسلامي يكون فيه وسيطا أو مضاربا بمال المضاربة، و هذا لا يغير في الأمر شيء سواء كان المال في يد المصرف أو الجهة المستثمرة، ولقد بحث الفقهاء من الباحثين المعاصرين حالة ما إذا كان المضارب وسيطا بين صاحب المال ومضارب آخر حيث أن يد المصرف على هذه الودائع يد أمانة، ولا تضمن إلا بالتعدي، فالمودع يستحق جزءا من الربح إن تحقق، وفي حالة الخسارة يتحمل البنك والمودعون الخسائر بنسبة الأموال الموظفة في كل منهما، كما أن البنك لا يضمن رد أصل

---

[1]- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 645/5.

[2]- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 21/4.

[3]- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 397/3.

[4]- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 508/3.

[5]-ينظر: عيسى عامر اللهو، الودائع البنكية في المصارف الإسلامية، ص37.

الودائع وذلك انطلاقا من قاعدة الغنم بالغرم، وإن الأصل في الأمور هو ضمان الأرباح المحققة لرأس المال فلا يتم توزيع الربح إلا بعد استرداد صاحب رأس المال لأمواله، وما يتبقى بعد ذلك فيتم توزيعه وفقا لنسب التوزيع المتفق عليها بين الأطراف المتعاقدة[1]، حيث أن المصرف مضاربا وسيطا يأخذ المال من طرف العميل على نسبة معينة، ثم يعطيه لمن يعمل فيه مضاربة على نسبة أقل من النسبة التي اتفق عليها مع صاحب رأس المال، ليحتفظ لنفسه بالفرق الذي يحصل بين النسبتين[2].

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1 إلى 6 ذي القعدة 1415 هـ، الموافق 1-6 أبريل 1995م، بخصوص موضوع: الودائع المصرفية (حسابات الاستثمار) وبعد اطلاعه على البحوث الواردة للمجمع أن قرر الودائع التي تسلم للبنوك الملتزمة فعليا بأحكام الشريعة الإسلامية بعقد استثمار على حصة من الربح هي رأس مال مضاربة، وتنطبق عليها أحكام المضاربة (القراض) في الفقه الإسلامي التي منها عدم جواز ضمان المضارب (البنك) لرأس مال المضاربة[3]. من خلال تكييف ودائع الاستثمار على أنها عقد مضاربة، يتبيّن أنه لا حرج في التعامل مع المصارف الإسلامية على هذا الأساس لأن الأصل في المعاملات الإباحة ويبقى النظر في نوع النشاط الاستثماري الذي يمارس المصرف، فإن كان نشاطا مباحا جاز التعامل مع المصرف، وأما إذا كان نشاطا محرما يشتمل على ربا أو غرر، فإنه لا يجوز الاستثمار فيه[4].

---

[1]-ينظر: حسين كامل فهمي، الودائع المصارفية(مقال)،527/9، وحمد عبيد الكبيسي، الودائع المصارفية(مقال)، 567/9، ودبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة،315/12-316.

[2]- ينظر: عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص280، وغريب ناصر، أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، ص67.

[3]- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، بشأن الودائع المصرفية(حسابات المصارف)، المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1-6 ذي القعدة 1415هـ، الموافق 1-6 أفريل 1995م، 701/9-702.

[4]- ينظر: عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص282.

وتقوم البنوك بخلط أموال المستثمرين أي خلط المضارب المصرف أمواله مع أموال المودعين وضارب بها يكون في هذه الحال رب المال بالنظر إلى أمواله، ومضاربا بالنظر إلى أموال المودعين فتكون شركة عنان[1] ومضاربة في نفس الوقت لأنهما يشتركان في المال والعمل والربح[2].

ويختلف المصرف الإسلامي عن البنوك الربوية أن المصرف الإسلامي لا يدفع أية فوائد على هذه الودائع، وإنما يقوم بتشغيلها واستثمارها بنفسه مباشرة أو بواسطة غيره، ويحقق الأرباح نتيجة لذلك، فالمودع يستحق جزءا من الربح إن تحقق، وإذا كانت العلاقة بين المصرف الإسلامي والعميل عقد مضاربة فإن الأرباح التي يحصل عليها العميل هي أرباح مباحة إذا روعي في ذلك تطبيق شروط المضاربة، وأما العلاقة بين البنك التجاري الربوي وبين العميل فإنها علاقة قرض بفائدة مضمونة[3]؛ أما المصارف الإسلامية فالوديعة الاستثمارية تستعمل في مظلة عقد المضاربة ولا ليس تحت ستار عقد القرض؛ لأن الوديعة أمانة عند المصرف فلا تضمن إلا بالتعدي والتقصير في المحافظة عليها[4].

الفرع الثالث– تجميد المصرف لأرصدة العميل في الحساب الاستثماري:

يتعرض المصرف الإسلامي للمماطلة من طرف العملاء بأداء الديون في موعد الاستحقاق مما يُلجئ المصرف بالحجر على أموالهم في حساباتهم الاستثمارية، فما هو المقصود الحجر وما هو حكمه؟ وهل يستطيع المصرف تجميد الحساب الاستثماري للعميل والظفر بحقه بنفسه؟

[1]– تعريف شركة العنان: عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر، بأن يسهم كل منهم بدفع حصة معينة في رأس المال يتجرون به، على أن يكون الربح بينهم على حسب أموالهم أو على نسبة يتفقون عليها. ينظر: رشاد حسن خليل، الشركات في الفقه الإسلامي، ص115.

[2]– ينظر: عيسى عامر اللهو، الودائع البنكية في المصارف الإسلامية، ص 37-39.

[3]–ينظر: دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة،316/12.

[4]– وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ص460.

أولا– الحجر على أموال العميل المودعة في حساب الاستثماري:

يعرف الحنفية الحجر أنه: من التصرفات القولية لأن تلك التصرفات هي التي يتصور الحجر فيها بالمنع من نفاذها. أما التصرف الفعلي فلا يتصور الحجر فيه، لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رده، فلا يتصور الحجر عنه[1].

ويعرف المالكية الحجر بأنه: "صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته، أو من نفوذ تبرعه بزائد على ثلث ماله"[2].

أما الشافعية والحنابلة فالحجر هو: أن يمنع الإنسان من التصرف في ماله[3].

فالحجز هو تجميد رصيد العميل وعدم قابليته للتصرف فيه، ويتم الحجز تحت يد البنك، إن كان باتفاق بين المصرف والعميل عند تأخيره عن السداد، أو يرفع الأمر إلى القضاء لتجميد الحساب الاستثماري، ومقتضى ذلك أنه يحظر على العميل بعد توقيع الحجز سحب أي مبلغ من قيمة هذا الرصيد ويشمل الحجز الحساب الاستثماري للعميل دخل البنك الواحد أما إذا كان له حسابات في عدة فروع فلا أثر للحجر في حسابات العميل الأخرى، كما لا يشمل الأموال غير المودعة والأموال المتجمدة[4].

وإن الحجر جائز شرعا وله أحكام وشروط إذا توفرت منع الإنسان من التصرف في جميع أمواله الموجودة والمتجمدة بعد الحجر بإرث أو هبة وما كان مودعا أو غير مودع إذا كان الحجر كليا،[5] ولكن الأصل أن للإنسان حرية التصرف في ماله، ولا تقيد هذه الحرية إلا حينما يؤدي تصرفه إلى الإضرار بغيره أو بنفسه، ومماطلة العميل الموسر عن أداء الدين يؤدي إلى ضياع حقوق صاحب الحق المصرف[6].

---

[1]– ينظر: الطوري، تكملة الطوري البحر الرائق،8/88-89، وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 143/6، والزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، 190/5.

[2]– الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 292/3.

[3]– السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، 205/2، والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع،416/3.

[4]– ينظر: مسعود بن مسعد الثبيتي، الحسابات الجارية وأثرها في تنشيط الحركة الاقتصادية (مقال)، 629/9-631.

[5]– ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،169/7، والبابرتي، العناية شرح الهداية،271/9، والصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير،391/3، والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 420/3، ومسعود بن مسعد الثبيتي، الحسابات الجارية وأثرها في تنشيط الحركة الاقتصادية (مقال)، 629/9-631.

[6]– ينظر: مسعود بن مسعد الثبيتي، الحسابات الجارية وأثرها في تنشيط الحركة الاقتصادية(مقال)، 629/9.

وفي حالة الغني المماطل فهل يجور لقاضي الحجر عليه، وحبس أمواله، ومنعه من التصرف؟ للفقهاء في المسألة قولان:

1- **القول الأول:** إن القاضي لا يحجر عليه، بل يجبره بالوفاء بدينه بالحبس أو بغيره فإن أبى باع عليه ماله ووفي دائنيه، وهو قول أبي حنيفة الذي لا يرى الحجر على المدين أبدا موسر كان أو مفلسا، وبه قال المالكية، وقول عند الشافعية، وبه قال الحنابلة[1].

2- **القول الثاني:** إن للقاضي الحجر على المدين المماطل إذا كان موسرا، بأن كان لديه المال ما يفي بديونه، وذلك عند طلب الغرماء الحجر عليه خوفا من أن يتصرف في أمواله تصرف يترتب عليه ضياع حقوق الدائنين، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية، وهو قول عند الشافعية[2].

3- **القول المختار:** يبدو لي أن القول المختار هو القول الثاني القاضي بالحجر على المدين الموسر الذي يماطل في الوفاء بديونه سداً للذرائع، وحماية لمصلحة الدائنين من تصرفات المدين التي تضر بحقوقهم، وعملاً[3] بقول رسول الله ﷺ:«**لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ**»[4].

ثانيا– استيفاء المصرف ديونه من الحساب الاستثماري للعميل:

اختلف الفقهاء في الظفر بالديون فمنهم من أجاز ذلك ومنهم من منعه، على قولين:

---

[1]– ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،169/7، والحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل،33/5، والشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، 113/2، والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 420/3.

[2]– الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،169/7، والرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 312/4-313.

[3]– ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 6292/8.

[4]– رواه النسائي في سننه، كتاب البيوع، باب مطل الغني، الرقم:4689، 313/7. وقال الألباني: "صحيح". ينظر: مشكاة المصابيح، 881/2.

1- **القول الأول**: قول الجمهور من الحنفية والمالكية ومذهب الشافعية قول عند الحنابلة جواز تحصيل الحقوق بغير دعوى ولا حكم في حالات معينة وبشروط خاصة[1] ويترتب على هذا القول أن المصرف يلجأ إلى القضاء إذا لم يكن بينهما اتفاق؛ وإذا كان بين المصرف والعميل اتفاق كلما تأخر العميل على التسديد في المدة المحددة يستطيع المصرف تجميد الحساب الاستثماري للعميل واستفاء الحق منه.

2- **القول الثاني**: المنع، وهو رواية عند المالكية ومشهور المذهب عند الحنابلة والأصل عند الحنابلة اشتراط إذن الحاكم في كل مرة يريد صاحب الحق أن يستوفي حقه بغير إذن المدين، ولهم على هذا الأصل استثناءات[2]، ويترتب على هذا القول أنه لا يجوز للمصرف تجميد الحساب الاستثماري للعميل والظفر بحقه بنفسه بل يلجأ إلى القضاء.

3- **القول المختار**: يبدو لي أن القول المختار هو قول الجمهور القاضي بجواز استيفاء صاحب الحق حقه من غير إذن الطرف الأخر، ولكن لابد أن يكون مقيدا بضوابط التي ساقها الجمهور والتي من أهمها ألا يؤدي إلى ضرر ومفاسد عظيمة وفتنة أكبر من المصلحة المتحققة في استيفاء الحق، أي أن يكون بين المصرف والعميل اتفاق عن تجميد الحساب الاستثماري واستيفاء الحق منه في حالة تأخر العميل عن السداد[3].

وقد تطورات أليات القضاء وسهولة التعامل معها اليوم تقضي بأن يكون استيفاء الحقوق راجعا للسلطات المختصة إن لم يكن باتفاق بين الطرفين؛ والعميل مماطلا للحق أو ممتنعا عن الأداء ولصاحب الحق صاحبه بينة فإنه يجب عليه أن يلجأ إلى لقضاء ويأخذ حكم

[1]- ابن نجيم، البحر الرائق، 192/7، والخرشي، شرح مختصر خليل، 235/7، والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،225/4، وعليش، منح الجليل شرح مختصر خليل،550/8، والقليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، 335/4، 336، والهيثمي تحفة المحتاج، 288/10.

[2]- الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، 567/3، وابن قدامة، المغني، 287/10، والبهوتي كشاف القناع، 357/6.

[3]- ينظر: عمر مصطفي جبر إسماعيل، ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، ص196.

بالتجميد القضائي وبعد صدور الحكم يحق للمصرف استيفاء حقه من الحساب الاستثماري ولذلك لتجنب الفتن وردعا عن المماطلة في الوفاء بالحقوق ودفعا للظلم والعدوان[1].

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1 إلى 6 ذي القعدة 1415 هـ، الموافق 1-6 أبريل 1995 م، بخصوص موضوع: الودائع المصرفية (حسابات الاستثمار) وبعد اطلاعه على البحوث الواردة للمجمع وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله

قرر أنه يجوز الحجز من الحسابات إذا كان متفقا عليه بين البنك والعميل[2].

وما تقوم به المصارف من اشتراط استيفاء حقها دون إذن العميل أمر جائز شرعا، وذلك من خلال الاتفاق بين المصرف والعميل، والمسلون عند شروطهم، على، على أن يقيد بمايلي:

1- أن يكون هناك اتفاق مسبقا بين الطرفين على استيفاء من أرصدتهم مباشرة بدون إذنهم، إذا تأخر العميل المدين عن السداد، وهذا أمر على سبيل الأفضلية لا الإلزام.

2- أن يكون الاستيفاء بدون إذن المدين إذا كانت الأرصدة من عملة الدين نفسه أما إذا كانت مختلفة عنها فيجب تحديد سعر الصرف بالاتفاق أو بالحصول على التفويض العميل للمؤسسة بالصرف بالسعر السائد.

3- إخطار وإنذار العميل قبل استيفاء الحق من الحساب الاستثماري.

4- أن يكون استيفاء الحق فقط دون عقوبة مالية جزاء المماطلة[3].

[1]- ينظر: المرجع نفسه، ص196-197.

[2]- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، بشأن الودائع المصرفية(حسابات المصارف)، المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1-6 ذي القعدة 1415هـ، الموافق 1-6 أفريل 1995م، 9/701-702.

[3]- عمر مصطفي جبر إسماعيل، ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، ص196-197.

المطلب الثاني: بيع المصرف البضاعة بموجب الاعتماد المستندي

يعتبر الاعتماد المستندي أصلح وسائل الدفع وأكثرها انتشارا في العمليات التجارية الداخلية والخارجية ذلك أنها تمثل في عصرنا الحاضر الإطار الذي يحظى بالقبول من جانب سائر الأطراف من مصدرين ومستوردين الخارجية والداخلية من خلال كون البنك وسيطا بين البائع والمشتري، ولكن إذا كان المشتري مماطلا أو ممتنعا عن الأداء فهل يحق للمصرف الظفر بحقه عن طريق بيع البضاعة واستيفاء ديونه منها؟

الفرع الأول– حقيقة الاعتماد المستندي:

يعرف الاعتماد المستندي بتعريفات متقاربة في المضمون منها:

أولا: "تعهد كتابي من المصرف لصالح مورِّد، يتعهد فيه المصرف بدفع ثمن السلع المصدرة لمستورد طالب فتح الاعتماد، متى قدم المورد مستندات السلع والشحن، على أن تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد"[1].

ثانيا: عرف الاعتماد المستندي أيضا "بأنه تعهد من قبل المصرف للمستفيد (البائع) بناء على طلب فاتح الاعتماد وهو المشتري، ويقرر المصرف للمستفيد في هذا التعهد بأنه قد اعتمد تحت تصرف المستفيد (البائع) مبلغا من المال يدفع له مقابل مستندات محددة تبين شحن سلعة معينة خلال مدة معينة[2]".

يشترك في الاعتماد المستندي أربعة أطراف هي مايلي:

1- **المستورد(الآمر، العميل، المشتري)**:وهو الذي يطلب فتح الاعتماد لصالح الطرف الآخر البائع[3].

2- **المصرف**: وهو الذي يصدر منه الاعتماد، ويلتزم بالوفاء بموجبه عند تحقق شرطه.

---

[1]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 4181/6.

[2]– دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 433/12.

[3]–ينظر: دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 434/12، وعبد الله السعيدي، الربا في المعاملات المالية المصرفية، ص384.

3- **المستفيد(البائع، المصّدر)**: وهو الذي يقوم بتنفيذ شروط الاعتماد في مدة صلاحيته[1].

4- **المصرف الخارجي**: وهو الذي يكون فيه الاعتماد معززا بناء على طلب المستفيد[2].

أنواع الاعتماد المستندي هي:

1-الاعتماد من حيث قوته: اعتماد معزز واعتماد غير معزز: إن الاعتماد المعزز (مؤيد) يكون بناء على طلب المستفيد البائع بأن يكون الاعتماد معزز من بنك بلده. أما الاعتماد إذا كان غير مؤيد من بنك البائع سمي ذلك بالاعتماد غير المعزز، وهذا الاعتماد يكون بناء على طلب الثقة بين المستفيد والمصرف المصدر المنشئ للاعتماد[3].

2-الاعتماد بالنسبة للمستفيد: اعتماد غير قابل للتحويل: لا يستطيع المستفيد أن يطلب من المصرف بتحويل لصالح مستفيد آخر. أما اعتماد قابل للتحويل بموجبه يحق للمستفيد أن يطلب من المصرف تحول حقه من الاعتماد جزئيا أو كليا لمصلحة مستفيد أو أكثر في البلد نفسه أو غيره[4].

الفرع الثاني- التكييف الفقهي للاعتماد المستندي:

اتفق الباحثين من الفقهاء المعاصرون على جواز الاعتماد المستندي[5]؛ لأن الأصل في المعاملات الإباحة، ولكن هل يجوز أخذ المقابل عليه؟ اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم أخذ المصرف عمولة على الاعتماد المستندي تبعا لاختلافهم في تكييفهم الفقهي، ويمكن بيان هذه الأقوال إجمالا بأدلتها فيما يأتي[6]:

---

[1]-ينظر: دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 434/12، وعبد الله السعيدي، الربا في المعاملات المالية المصرفية، ص384.

[2]- دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 434/12.

[3]-ينظر: عبد الله سعيدي، الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، ص386-388، وعمر المترك الربا والمعاملات المصرفية، ص339، وعمر مصطفي جبر اسماعيل، ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، ص222، ومحمد بن سعد الشويعر، المعاملات المصرفية(مقال)،115/8-116.

[4]- ينظر: دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ص 436/12، وعمر مصطفي جبر اسماعيل، ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، ص222.

[5]-ينظر: مجموعة من المؤلفين، فقه المعاملات،75/2.

[6]- ينظر: دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ص 449/12.

أولا– القول الأول: أن العقد بين المستفيد وبين والبنك عقد كفالة[1] مطلقا سواء غطي مبلغ الاعتماد أو لم يغط.

وأما العقد بين العميل والبنك فهو عقد توكيل ورهن[2] مطلقا غطي مبلغ الاعتماد أو لم يغط[3].

تخريج الاعتماد المستندي على أنه وكالة إذا كان مغطى تغطية كاملة من قبل العميل، بمعنى أن العميل يودع لدى المصرف ما يغطي الاعتماد المستندي؛ أي العميل قد فوض البنك نيابة عنه بأداء الدين حق المستفيد، وفي تسلم مستندات البضاعة وفحصها، والتأكد من مطابقتها للشروط قبل أداء الدين، ويقوم المصرف بالنيابة عن العميل في الأداء فقط فهو وكالة غطي المبلغ أو لم يغط، وإن ناب عنه في التحمل، فهو ضمان غطي المبلغ أو لم يغط[4].

ويتضمن هذا التوكيل رهن البضاعة لدى الوكيل إلى أن يستوفي الثمن الذي وكل بأدائه من ماله، وهو رهن مستنده العرف، ويستحق أجرته لقيامه تحويل المال وتسلم المستندات، ومتابعة الإجراءات المختلفة للاعتماد. وبما أن هذه العلاقة تضمّنت الوكالة ومعلوم أن الوكالة يجوز أخذ الأجر عليها، وعليه يجوز أخذ الأجر على خطابات الاعتماد المستندي بغطاء كامل[5].

وإن كان غير مغطى كلياً أو جزئياً يكون العقد بين البنك والمستفيد علاقة ضمان كفالة أن المصرف كفيلاً بموجب خطاب الاعتماد يتحمل حق المستفيد مطلقا، سواء قدم العميل فاتح

---

[1]– تعريف الكفالة عند الحنفية: "هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة"، وتعريف الكفالة عند المالكية: "الْتِزَامُ مُكَلَّفٍ دَيْنًا على غيره"، وتعريف الكفالة عند الشافعية:" يتضمن حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة"، وتعريف الكفالة عند الحنابلة: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق. فيثبت في ذمتهما جميعا، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما". ينظر: المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 87/3، والصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 430/3، والشربيني، مغني المحتاج،198/3، وابن قدامة، المغني، 399/4.

[2]– تعريف الرهن:" جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها أو من ثمنها إذا تعذر الوفاء". ينظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 677/6، والدسوقي،234/3، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الشربيني، ومغني المحتاج،38/3، وابن قدامة، المغني، 245/4.

[3]–ينظر: دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ص 449/12

[4]–ينظر: دبيان بن محمد الدبيان، محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ،449/12–450، ووهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 4181/6.

[5]– ينظر: دبيان بن محمد الدبيان، محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ،450/12، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 4181/6، واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، المعاملات المصرفية والتحويلات المصرفية(مقال)،304/5، وعبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص 416.

الاعتماد المكفول عنه الغطاء أو لم يقدمه، فحق المستفيد متعلق بذمة المصرف، لا بما يقدمه العميل للمصرف. وهذا هو حقيقة الكفالة[1].

فالمصرف يجمع بين صفتي الوكيل والكفيل، وتنطبق عليه الأحكام المقررة من عدم جواز أخذ الأجر على الكفالة، واقتصار العمولة على أجر الوكالة في حدود الجهد المبذول والتكلفة التي يتحملها المصرف عند إصدار خطاب الاعتماد، فلا يجوز للمصرف أخذ أجر مقابل الكفالة ذاتها، وإنما مقابل الإجراءات والمصاريف الإدارية فقط[2].

ونوقش: إن العقد بين العميل والبنك عقد وكالة غير صحيح؛ لأن العقد بينهما لا تنطبق عليه أحكام الوكالة؛ لأن الوكالة تفويض بالأداء دون التحمل، والبنك ليس مفوضا بالأداء فقط، وإنما هو يتحمل الحق الذي وجب للمستفيد، وذمته مشغولة بأداء هذا الحق مطلقا، سواء قام العميل بالغطاء أو لم يقم بذلك[3].

الجواب: إن المصرف يأخذ الأجر ويستحقه بمجرد فتح الاعتماد المستندي حتى ولو لم يقم بأي عمل للعميل، والوكالة جائزة شرعا ويجوز أخذ الأجر عليها، أما أخذ الأجرة على الكفالة لا يجوز؛ لأن الكفالة بالمال قرض على المدين، فإن رده مع زيادة كان ربا[4].

أما بالنسبة إن الاعتماد المستندي رهن فلا يجوز الانتفاع بالمرهون خاصة إذا لم يكن مركوبا ولا محلوبا كالنقود، فإذا انتفع أصبح القرض قد جر نفعا وهذا لا يجوز، لإن إذا كان الاعتماد المستندي قرض سوف يملكه المصرف ويتصرف فيه، ويرد بدله، وهذه حقيقة القرض، وما يدفعه المصرف للمستفيد نيابة عن العميل سيكون قرضا[5].

ثانيا– القول الثاني: أن العقد بين المستفيد وبين البنك عقد كفالة مطلقا سواء غطي مبلغ الاعتماد أو لم يغط.

---

[1]–ينظر: مجموعة من المؤلفين، فقه المعاملات ،75/2، ودبيان بن محمد الدبيان، محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة،450/12، ووهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 4181/6.

[2]– ينظر: مجموعة من المؤلفين،78/2، ودبيان بن محمد الدبيان،450/12.

[3]– ينظر: دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 451/12.

[4]– ينظر: عبد الله السعيدي، الربا في المعاملات المالية المعاصرة، ص439–440، ومجموعة من المؤلفين، فقه المعاملات،75/2.

[5]– ينظر: دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة،467/12–468.

وأما العقد بين العميل والبنك فهو عقد وكالة[1] إن كان مبلغ الاعتماد مغطى، وعقد ضمان إن كان غير مغطى[2].

الدليل: إن تكييف العقد بين المستفيد وبين المصرف عقد كفالة مطلقا؛ فلإن المستفيد يشعر بأن ذمة المصرف قد شغلت بالدين الأصلي الذي على العميل، وهذا حقيقة الضمان فهو ضم ذمة إلى ذمة في الدين؛ ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين[3].

وأما في حالة العقد بين المصرف والعميل الذي قدم غطاء ماليا كليا عقد وكالة؛ لأن العميل يعطي للمصرف المال ويطلب منه أن يدفع هذا المال نيابة عنه عندما يطالب به وهذا حقيقة الوكالة[4]،" ولا يستنكر أن يكون للتصرف الواحد اعتباران، فهناك كثير من العقود تعتبر لازمة بالنسبة لطرف، وغير لازمة بالنسبة لطرف آخر"[5].

فالاعتماد المستندي إذا كان مغطي كليا فيكون المصرف في هذه الحالة وكيلا وله أن يأخذ عمولة أو أجراً عن وكالته، وإن كان غير مغطى كلياً أو جزئياً، كان المصرف كفيلاً عن العميل، وإن كان كفيلا بالنسبة للمصدر الذي يعتبر مكفول عنه، فلا يجوز للمصرف أخذ أجر مقابل الكفالة ذاتها، وإنما مقابل الإجراءات والمصاريف الإدارية فقط[6].

---

[1]–تعريف الوكالة عند الحنفية: "إقامة الغير مقام نفسه–ترفها أو عجزا –في تصرف جائز معلوم"، أما تعريف المالكية الوكالة: "نيابة ذي حق –غير ذي إمرة ولا عبادة –لغيره فيه، غير مشروط بموته"، ويعرف الشافعية الوكالة: "تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته"، ويعرف الحنابلة الوكالة: "استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين". ينظر: ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، 511/5، الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 181/5، والشربيني، مغني المحتاج، 231/3، والبهوتي، كشاف القناع، 461/3.

[2]– ينظر: دبيان بن محمد الدبيان المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 451/12.

[3]– ينظر: المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 87/3، وابن قدامة، المغني، 399/4، ودبيان بن محمد الدبيان المعاملات المالية أصالة ومعاصرة451/12.

[4]– ينظر: دبيان بن محمد الدبيان المعاملات المالية أصالة ومعاصرة451/12.

[5]– المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[6]–ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدالته،4181/6، وعبد الله السعيدي، الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة،411–412.

ثالثا– القول الثالث: إن العقد في هذه المعاملة عبارة على حوالة[1]، والحوالة جائزة شرعا فمن أحيل بحقه على مليء فليحتل؛ لأنها تحول الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فالمشتري العميل محيل، والبائع المستفيد محال، والمصرف محال عليه، وقيمة خطاب الاعتماد محال به[2].

ونوقش: إن أخذ العوض على الحوالة الفقهية لا يجوز مطلقا؛ سواء في التكييف الفقهي للحوالة؛ إن الحوالة هي استيفاء للحق وليست بيعا، وهو مذهب الجمهور، وهو القول المختار فلا يجوز أخذ العوض عليها، أما الحنابلة والشافعية فالحوالة عندهم عقد إرفاق، وليست الحوالة بيعا لأنها لو كانت بيعا لما جاز التفرق قبل القبض؛ لأنها بيع دراهم بدراهم ولأنها من عقود الإرفاق لم يجز أخذ العوض عليها[3].

ولا بأس بأخذ المصرف العمولة لأنها منفصلة عن الحوالة؛ فليست حوالة بأجر أي أنه لا تتنافي مع طبيعتها لأنها عقد إيفاء واستيفاء لا غير أو عقد إرفاق، فهي أجر ومستحقة لأجير وهو المصرف على الأعمال التي يقوم بها.[4]

رابعا– القول المختار: يبدو لي أن القول المختار هو القول القاضي بأن العقد عقد كفالة لحق البائع المستفيد بكل حال سواء غطي الاعتماد أو لم يغط، وهذا ما ذهب إليه عبد الله السعيدي، وذلك وجهين:[5]

الوجه الأول: أن الوكيل أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط؛ والمال الذي أخذه البنك من العميل يضمنه مطلقا حتى ولو لم يتعد أو يفرط؛ فلا يكون المصرف وكيلا.

الوجه الثاني: إن علاقة المستفيد بالمصرف هي علاقة كفالة مطلقا، فإن المعلوم أن المصرف إنما ضمن العميل لصالح المستفيد، فسقط التكييف بأن الاعتماد المستندي بالنسبة للمستفيد كفالة، وبالنسبة للعميل هو عقد وكالة.

---

[1]– تعريف الحوالة: "نقل الدين من ذمة إلى ذمة". ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع،17/6، والرملي، نهاية المحتاج،421/4، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،326/3، والبهوتي، شرح منتهى الإرادات،134/2.

[2]–ينظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، 134/2، ودبيان بن محمد الدبيان، 455/12.

[3]–ينظر: المرجع السابق، 456/12-460.

[4]– ينظر: عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ص 416.

[5]–ينظر: عبد الله السعيدي، الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، ص428، ودبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 461/12.

لننظر الآن في الاعتماد المستندي الذي هو في حقيقته كفالة، هل يمكن أن يتقاضى عليه أجر؟

فالجواب لا يخلو الأمر من حالين:

1- **الحالة الأولى:** أن يكون الأجر في مقابل الخدمة كإصدار هذا الخطاب والتكاليف الإدارية من الاتصال بالمصدر، ومطالبته بتسليم مستندات الشحن، وإيصالها إلى المشتري فهذه خدمة مصرفية جائزة، وأخذ الأجرة عليها جائز شرعا، ولا تعتبر هذه في حكم الفائدة الربوية بوجه من الوجوه.

2- **الحالة الثانية:** أما إذا تعلق الأجر في الاعتماد المستندي الغير مغطي كليا إذا كانت الفائدة مقابل الضمان فقط لا مقابل التحويل المصرفي غير جائزة فهو عبارة عن عوض على الكفالة، وقد عرف من نصوص الفقهاء وتطبيقاتهم تحريم العوض على الكفالة ؛ لأن الكفالة في مآلها تتحول إلى قرض، وإذا كانت الشريعة قد منعت أخذ الجُعل أو العوض على القرض الفعلي نفسه، فمن باب أولى أن تمنع أخذ العوض على الاستعداد للإقراض؛ لأنه هذا أشد ظلما، ولكن يجوز فقط استرداد المصاريف الإدارية والتكاليف الحقيقية حتى لا يكون هناك فائدة مستترة باسم العمولة مقابل في فتح الاعتماد، وأما إذا كان خطاب الاعتماد المستندي مغطي كليا بناء على تعهد المصرف وضمانه فتكون هذه المعاملة جائزة والعمولة التي يأخذها المصرف مقابل خدماته، ولا ينبني عليها شيء من الربا لأن المصرف لا يدفع شيء من ماله وإنما المبلغ من مال العميل الموجود لديه[1].

الفرع الثالث- حكم بيع المرتهن المصرف البضاعة الرهن:

إن من أثار الاعتماد المستندي أن يرهن المصرف البضاعة بموجب مستنداتها والحاصل في العمل أن المصرف يبيع البضاعة بمواجب مستنداتها عند امتناع العميل عند الأداء وتعذر الاستيفاء منه، كان للمصرف حق التصرف في البضاعة؛ ليستوفي حقه بأن يبيع منها بقدر

[1]- ينظر: عمر المترك، الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة، ص442-443، ودبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، 12/452-453.

الحاجة، دون رجوع إلى القاضي إذا كان عن شرط؛ وإن لم يكن اتفق بين العميل والمصرف، فهنا تبرز مسألتان[1].

أولا– أن المصرف باع البضاعة بموجب مستنداتها، والسندات لا تعد قبضاً:

كيفية القبض: اختلف الفقهاء في تحديد مفهومه تبعا لوجهات نظرهم المختلفة في كيفية تمام القبض، وأكثر الفقهاء لم يضعوا تعريفا جامعا للقبض بل بينوه من خلال أنواعه حسب اختلاف الأشياء، كما أنهم أرجعوا أمره إلى العرف والقبض[2]، فالقبض عند الحنفية" هو التخلية، والتخلي، وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه، فيجعل البائع مسلما للمبيع، والمشتري قابضا له"[3].أما المالكية "قبض العقار بالتخلية وغيره بالعرف"[4] والشافعية: الرجوع في القبض إلى العرف فما ينقل، أما ملا ينقل مثل: العقار والثمر على الشجرة فقبضه بالتخلية[5]، أما الحنابلة: "وقبض كل شيء بحسبه، فإن كان مكيلا، أو موزونا بيع كيلا، أو وزنا في مقبضه بكيله، ووزنه..."[6]

إن المقبوض لا يخلو من أن يكون أحد الحالتين:

[1]– ينظر: واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، المعاملات المصرفية والتحويلات المصرفية(مقال)، 5/304-305، الربا في المعاملات المالية المصرفية، ص525، وعلي أحمد الندوي، موسوعة القواعد والضوابط الفقهية، 380-381.

[2]– ينظر: علي محيي الدين القره داغي، القبض صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامه(مقال)، 6/417

[3]– الكاساني، بدائع الصنائع،5/244.

[4]– الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل،4/477.

[5]– ينظر: النووي، المجموع شرح المهذب،9/275-276.

[6]– ابن قدامة، المغني،4/126.

1- **قبض العقار**: أن يكون عقار (غير منقول)[1]، فلا خلاف بين العلماء في الجملة على قبض العقار يكون بالتخلية، وحقيقتها:"أن يسلم البائع العقار للمشتري ويرفع ملكه عنه، بحيث يتمكن المشتري من المبيع بلا مانع ولا حائل".[2] وإن في الإذن البائع للمشتري بالقبض مع عدم حصول المانع والحائل وجدت التخلية يخرج عن ضمان البائع فلو هلك المبيع هلك على المشتري في دخوله في ضمانه[3].

2- **قبض المنقول**[4]: اختلف الفقهاء في كيفية قبض المنقول على أقوال:

أ- **القول الأول**: ذهب الحنفية والمالكية وقول عند الشافعية والحنابلة، أن قبض المنقول يكون بالتخلية مع التمييز، ولو لم يحصل تقدير، أو النقل ومجمل أدلتهم[5].

واستدلوا لذلك باللغة والعقل، فأما اللغة على اعتبار التخلية مع التمكين في المنقولات قبضا بأن تسليم الشيء في اللغة معناه جعله سالما خالصا لا يشاركه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، أما العقل: فلأن من وجب عليه التسليم وهو البائع لا بد وأن يكون له سبيل للخروج من

---

[1]- تعريف العقار اصطلاحا: "هو الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، مثل الأرض والدار". ينظر: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ص31. والدسوقي الشرح الكبير على حاشية الدسوقي،477/3، والهيتي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج،410/4، والشربيني، مغني المحتاج، 467/2، وابن قدامة، المغني،179/5، ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-الكويت الموسوعة الفقهية الكويتية،186/30.

[2]- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار،561/4-562، والحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 477/4، والنووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين،517/3، والبهوتى، كشاف القناع عن متن الإقناع،247/3، ووهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 3389/5.

[3]- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،5 /244، والحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 4/،478، والنووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين،517/3، والبهوتى، كشاف القناع عن متن الإقناع،247/3.

[4]- تعريف الجمهور المنقول:" الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر سواء أبقي على صورته وهيئته الأولى أم تغيرت صورته وهيئته بالنقل والتحويل ويشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات"، أما المالكية تعريف المنقول: "أن المنقول يطلق على ما يمكن نقله من مكان إلى آخر مع بقائه على صورته وهيئته الأولى كالملابس والكتب ونحوها". ينظر: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، ص31، الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،476/3، والموسوعة الفقهية الكويتية،115/39.

[5]- ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،244/5، والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،145/3، ومغني المحتاج، 487/2-468، وابن قدامة، المغني، 85/4، والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 48/3.

عهدة ما وجب عليه، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع، أما الإقباض فليس في وسعه، لأن القبض فعل اختياري للقابض، فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب، وهذا لايجوز[1].

وقال ابن عمر: كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ ﷺفِي سَفَرٍ، وَكُنْتُ عَلَى بَكْرٍ صَعْبٍ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِعُمَرَ: «بِعْنِيهِ»، فَابْتَاعَهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللَّهِ»[2]، وجه الدلالة من الحديث أن الرسولﷺ لم يقبض البعير بنقله، ولا بوضع يده عليه، وإنما حصل القبض بالتخلية بينه وبينه مع تميزه وتعينه، وهذا كاف في القبض، ولذلك تصرف فيه الرسول ﷺ في البعير بالهبة، وهي نوع من التصرف.[3]

ب- **القول الثاني**: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أن المقدرات قبضها تقديرها من كيل أو وزن ونحوها[4]واستدلوا بما رواه ابن عباس عن النبيﷺ أنه قال: «**مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ**»[5]، فتعين بما قدر بالكيل الكيل أو بالوزن ونقيس عليه الباقي[6].

ت- **القول الثالث**: وما ليس متناولا ولا مقدّرا، كالمتاع والعروض والدواب، فقبضه يكون بنقله وتحويله من مكانه، وعليه ذهب الشافعية وقول عند الحنابلة[7]، واستدلوا بالحديث الذي رواه ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَنِ اشْتَرَى طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى**

---

[1]- ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 244/5،

[2]-رواه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب إذا وهب بعيرا لرجل وهو راكبه فهو جائز:2611، 162/3.

[3]- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار،561/4-562، والحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 477/4، والنووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين،517/3، وابن قدامة، المغني، 86/4-87.

[4]-ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،144/3، والشربيني، مغني المحتاج، 470/2، والنووي، روضة الطالبين،519/3، وابن قدامة المغني، 85/4.

[5]-رواه مسلم في صحيحه، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض: 1525، 1160/3.

[6]-ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،144/3، والشربيني، مغني المحتاج، 470/2، والنووي، روضة الطالبين،519/3-520.

[7]- ينظر: الشربيني، مغني المحتاج، 468/2، والنووي، روضة الطالبين،517/3وابن قدامة، المغني،85/4-86.

يَسْتَوْفِيَهُ»[1]، **قال: وَكُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافًا، فَنَهَانَا رَسُولُ اللهِ ﷺأَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ»**[2].نهي رسول الله ﷺ عن شراء الطعام من الركبان جزافا؛ فتعين النقل فيما بيع جزافا من الطعام وقيس على الطعام غيره، أما المالكية فيرجعون القبض في ذلك إلى العرف[3].

فمن هذه تبين اختلف أقوال العلماء في كيفية قبض المبيع، باختلاف أنواعه، أما النوع الذي يكون غالبا في الاعتماد المستندي هو المنقول غالبا. وإن قبض المستندات تؤدي إلى التيسير على الناس ورفع الحرج بما يوافق أهواءنا وطرحها بما يعارض أهواءنا؛ ذلك من خلال قبض المستندات بكيفية معينة فهي ذريعة إلى الربا[4]والدليل حديث عن ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال: «**نَهَى أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ طَعَامًا حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ» قُلْتُ لِابْنِ عَبَّاسٍ: كَيْفَ ذَاكَ؟ قَالَ: ذَاكَ دَرَاهِمُ بِدَرَاهِمَ وَالطَّعَامُ مُرْجَأٌ قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ».("مُرْجَئُونَ): مُؤَخَّرُونَ** "[5]، جاء النهي لإن هذا البيعباعه المشتري قبل القبض وتأخر المبيع في يد البائع فكأنه باعه دراهم بدراهم، أي أن يشتري من إنسان طعاما بدرهم إلى أجل فإذا باعه منه أو من غيره بدرهمين مثلا قبل أن يستوفيه(يقبضه) فلا يجوز لأنه في التقدير بيع درهم بدرهم والطعام غائب كأنه باعه درهمه الذي اشترى به الطعام بدرهمين وهو ربا لا يجوز[6]، وقد علّله ابن تمية بالغرر من عدة جهات منها فقد ينكر البائع البيع فيترتب عليه عدم إمكانية التسليم[7]، ولأن في الربا والغرر يكون أكل أموال الناس بالباطل كذلك يؤدي إل الظلم والعداوة والبغضاء بين الناس، وحيث أن المستندات لا تخلو من أن تكون ذريعة إلى الربا لأنها بيع الدراهم بالدراهم ،أي بيع البضاعة قبل وصولها وهذا لا يجوز، والغرر موجود فيها لأنها تصدر من جهات مجهولة، وليس ثمة ما

[1]– رواه مسلم في صحيحه، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض:1526، 1161/3.

[2]– رواه مسلم في صحيحه، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض:1527، 1161/3.

[3]–ينظر: عبد الله السعيدي، الربا في المعاملات المالية المصرفية، ص505.

[4]– ينظر: المرجع السابق، ص 506-507.

[5]–رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة: 2132، 68/3.

[6]– ينظر: عبد الله محمد عبد الله، القبض صوره وبخاصة المستجدة منها، وأحكامها (مقال) ،375/6.

[7]– ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 402/29.

يضمن صحتها ولا مطابقتها لواقع البضاعة، أي فإن مجرد قبض المستندات لا يعد قبضا للبضاعة[1].

ثانيا– حكم بيع المبيع قبل قبضه: وبما تقدم فإن مجرد قبض المستندات لا يعد قبضا للبضاعة فهل تباع البضاعة بمجرد قبض مستنداتها، فإن بيعت بمجرد ذلك كان البيع من قبل بيع المبيع قبل قبضه، فهل هذا البيع جائز أو لا؟ وهذا موضع خلاف بين الفقهاء على ثلاثة أقوال:

1– **القول الأول:** يصح عن بيع العقار قبل قبضه لا بيع المنقول، وهو المذهب عند الحنفية[2]، ودليلهم في ذلك أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم قبض، فعن حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه قال: **يَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ إِنِّي رَجُلٌ أَشْتَرِي هَذِهِ الْبُيُوعَ فَمَا تُحِلُّ لِي مِنْهَا، وَمَا تُحَرِّمُ عَلِيَّ؟، قَالَ: «يَا ابْنَ أَخِي إِذَا اشْتَرَيْتَ بَيْعًا فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ»**[3]. **وجه الدلالة:** من الحديث أنهم استثنوا العقار اعتبارا بأن علة النهي هي غرر لأنه لا يتوهم هلاك العقار، ولا يخاف تغيره غالبا بعد وقوع البيع وقبل القبض،[4] وبناء على هذا المذهب لا يجوز للمصرف بيع البضاعة قبل قبضها.

2– **القول الثاني:** حرمة بيع المبيع قبل قبضه مطلقا، عقارا كان أو منقولا، مطعوما كان أو غير مطعوم، وهو محمد بن الحسن وزفر من الحنفية ومذهب الشافعية[5]،عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه ، قَالَ: «**نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ**»[6]، وجه الدلالة من الحديث أن الغرر المنهي عنه في المبيع قبل القبض بعدم القدرة على التسليم، لأن البائع الأول قد يسلم البائع الثاني المبيع، وقد لا يسلمه، لاسيما إذا رأي البائع المشتري قد ربح فيه فيختار أن

---

[1]– ينظر: عبد الله السعيدي، الربا في معاملات المالية المصرفية، 507–510.

[2]–ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع،180/5، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار،147/5.

[3]– رواه الدار قطني في سننه، كتاب البيوع، 2820، 39/3، والبيهقي في سننه الصغير، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع ما لم يقبض:1918، 258/2.قال الألباني "إسناده صحيح". ينظر: إرواء الغليل، 132/5.

[4]–ينظر: الصديق محمد الأمين الضرير، لقبض صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها(مقال)، 345/6، وعبد الله السعيدي، الربا في معاملات المالية المصرفية، 512–513.

[5]– ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع،181/5، والبابرتي، العناية شرح الهداية، 266/6.

[6]– أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر:1513، 1153/3.

يكون الربح له، فيسعى في رد المبيع: إما بجحده أو باحتيال في فسخ العقد، فيحصل الضرر للمشتري فيحال بينه وبينه، ومثل هذا لم يكن ليحصل في حالة قبض المشتري البضاعة، وكذلك لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض،[1] ويترتب عليه أنه لا يجوز للمصرف بيع البضاعة قبل قبضها.

3- القول الثالث: لا يجوز بيع الطعام قبل قبضه ويجوز وما عدا ذلك فهو على أصل الجواز، وهو مذهب المالكية وقيده عند الحنابلة بأن يكون الطعام مكيلا أو موزونا أو معدودا (أي المقدرات)[2].

فعن ابن عباس، قال: قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ»[3]، ووجه الدلالة من الحديث تخصص النبي ﷺ الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له، وأن النهي محمول على ما اشُتريَ كيلا أو وزنا؛ لأنه لا يدخل في ضمانه حتى يستوفيه بالكيل أو الوزن، فإذا باعه قبل أن يستوفيه، كان قد ربح ما لم يضمن، وعلى هذا يجوز بيع المصرف للبضاعة بموجب السندات التي لا تتعلق بالطعام قبل القبض، لأن النهي عن بيع ما لم يقبض منصب على الطعام[4].

ثالثا- حكم بيع المرتهن الرهن بإذن الراهن لاستيفاء حقه منه: وللعلماء في جوازه أقوال:

1- القول الأول: الجواز وقال به الحنفية والحنابلة

يجوز للراهن أن يوكل المرتهن في بيع الرهن واستيفاء الدين منه ولكن لو قال الراهن للمرتهن[5] "إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فهو لك " لم يجز وهو رهن على حاله لأن التمليك لا يتعلق بالشرط[1].

---

[1]- ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع،181/5، والصديق محمد الأمين الضرير، لقبض صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها(مقال)345/6.

[2]- الخرشي، شرح مختصر خليل،163/6، وبدية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد ،163/3، وابن مفلح، المبدع في شرح المقنع،118/4.

[3]-رواه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض: 1153، 1160/3.

[4]- ينظر: الصديق محمد الأمين الضرير، لقبض صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها(مقال) 340/6.

[5]- ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، 43/3، والبهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 347/3.

2- **القول الثاني**: يجوز بشرطين وهو قول المالكية

أ- أن يكون الإذن حال العقد لا بعد العقد، وسواء أذن له في بيعه قبل الأجل أو بعده لأنه وكيلا.

ب- أن لا يعلق هذا الإذن بقوله: "إن لم أت بالدين وقت كذا"، فإن قال ذلك لم يجز له البيع لأن في هذا يحتاج إلى التحري والإثبات غيبه أو إعساره فلابد فيه من إذن الحاكم[2].

3- **القول الثالث**: وهو قول الشافعية.

"ولو باعه المرتهن بإذن الراهن، فالأصح أنه إن باعه بحضرته صح البيع وإلا فلا يصح؛ لأنه يبيعه لغرض نفسه فيتهم في الغيبة بالاستعجال وترك التحفظ دون الحضور. والثاني: يصح مطلقا كما لو أذن له في بيع غيره. والثالث: لا يصح مطلقا؛ لأن الإذن له فيه توكيل فيما يتعلق بحقه، إذ المرتهن مستحق للبيع، ومحل هذه الأقوال إذا كان الدين حالا ولم يعين له الثمن ولم يقل استوف حقك من ثمنه فإن كان الدين مؤجلا صح جزما، أو عين له الثمن صح على غير الثالث لانتفاء التهمة، أو قال: بعه واستوف حقك من ثمنه لم يصح على غير الثاني لوجود التهمة"[3].

4- **القول المختار**: وبعد سرد الأقوال يبدو لي أن القول المختار هو القول الأول القاضي بالجواز بيع المرتهن الرهن بإذن الراهن، لاستيفاء حقه منه، وعليه فإن المرتهن إن إذن للبنك ببيع البضاعة بعد قبضها كان له لذلك وإلا فلا؛ وعند الامتناع المرتهن عن الأداء للمصرف، والإذن للبنك في بيع الرهن، فإن للمصرف حينئذ أن يرفع الأمر إلى الحاكم، وعند أبو حنيفة[4] فيمنع بيع المرتهن الرهن، لكنه يقول بحبس الراهن حتى يؤدي

---

[1]- ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، 43/3.

[2]- ينظر: الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 332/3.

[3]- الشربيني، مغني المحتاج، 70/3، والرافعي، فتح العزيز بشرح الوجيز، 129/10.

[4]- ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء،43/3، والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،251/3، والشربيني، مغني المحتاج، 69/3، وابن قدامة، المغني، 303/4.

الدين أو بيع الرهن، وأما الجمهور يرى الجواز منهم أبي يوسف ومحمد من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[1]، في بيع الحاكم الرهن عند تعذر الوفاء من الراهن بسبب غيبه أو المماطلة ونحوه، لأن الوفاء حق تعين على الراهن فإن امتنع عن أدائه يجوز للحاكم أن يقوم مقامه في الأداء، من أجل دفع الضرر عن المرتهن.

ويبدو لي أن القول المختار هو القول القاضي بالجواز بيع الحاكم الرهن عند امتناع الراهن عن الوفاء للمرتهن أو امتناعه عن بيع الرهن، وتأخير الأداء بهذا الدين فيه ضرر للمرتهن، وببيع الحاكم الرهن يرفع الضرر[2].

[1]-ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، 43/3.

[2]-ينظر: عبد الله السعيدي، الربا في المعاملات المالية المصرفية، ص528-523.

خاتمة

وفي نهاية هذا البحث الذي وفّقني الله تعالى لإتمامه، فإنه من المهم جدا أن أختمه ببعض النتائج التي توصلت إليها.

1- أن الظفر بالحق هو فوز صاحب الحق أو من يقوم مقامه بحقه الواجب الأداء من ممتنع دون لجوء إلى القضاء بشروط مخصوصة.

2- لا يجوز الظفر بالحق في تحصيل العقوبات، أو الحقوق المتعلقة بالنكاح وفرقه كالطلاق، واللعان وغيره.

3- تقتضي المصلحة اللجوء إلى القضاء والتأكيد على قفل باب الظفر بالحق وأن تسد الذرائع التي تؤدي إلى الفتن.

4- يجوز الظفر بالحق لتحصيل الأعيان المستحقة ونفقة الزوجة والأولاد.

5- تجميد المصارف الإسلامي الحساب الاستثماري للعميل، واستيفاء حقه منه، أمر جائز شرعا، على أن يقد ب: الاتفاق المسبق بين الطرفين على ذلك، وإنذار العميل قبل استيفاء الحق على سبيل الأفضلية لا الإلزام، أما إذا لم يكن بالاتفاق المسبق بين الطرفين عليه أن يلجأ إلى لقضاء ويأخذ حكم بالتجميد القضائي وبعد صدور الحكم يحق للمصرف استيفاء الحق منه.

6- في حالة الاعتماد المستندي يجوز بيع المصرف البضاعة واستيفاء حقه منه إن إذن العميل للمصرف ببيع البضاعة بعد قبضها، وأما إذا لم يأذن له في بيع البضاعة وامتناع عن الأداء فإن المصرف حينئذ أن يرفع الأمر إلى القضاء، ليستوفي له حقه، ويجوز للحاكم أن بيع البضاعة من أجل دفع الضرر عن المصرف.

التوصيات:

1- إن صاحب الحق يرفع أمره إلى القضاء ليأخذ له حقه؛ ولكن يبقي ينتظر السنين الطويلة حلول اليوم المرتقب الذي فيه حقه إليه نتيجة لبطء القضاء في إيصال الحقوق إلى أربابها، كل هذا في الحقيقة يكون مبررا لأن يسعي صاحب الحق بأخذه بنفسه؛ وعليه فإذا أردنا أن لا يظفر صاحب الحق بنفسه، ونقطع عنه الأعذار وسدا لذرائع نوصي الجهات المعينة بأن تقف على هذه القضايا بالسرعة والجدية في الفصل فيها لقطعيها.

2- إذا كان صاحب الحق عنده بينة على من عليه الحق يتعين عليه الرفع إلى القضاء من أجل الحرص على عدم ضياع الحقوق، ولكن عند عدم وجود البينة بتقصير والتهاون من عليه الحق في حفظ حقه ولم يوثق له، وعندما حث القرآن الكريم على كتابة الديون بين حكمتها فلم يفعل ذلك عليه أن يتحمل عاقبة تقصيره ولا نفتات على الشرع على قواعد الشرع في الإثبات ونمكن مدعيا لحق من أخذه دون حجة شرعية معتبرة؛ لذا نوصي بأخذ الاحتياطات بالتوثيق الحقوق بالوسائل المشروعة، من أجل الحفظ عليها، ومن باب سد الذرائع للظفر بالحق.

3- اتجاه المصارف الإسلامية إلى المبالغة في طلب الرهون والضمانات، بسبب مظنة أن كل عميل مماطلا للأداء، أو ممتنعا، الأمر الذي يضيق فرص الاستفادة من التمويل ويجعلها محصورة في فئة الأثرياء وذوي الغنى؛ لأن تلك هي الفئة القادرة على تقديم الضمانات الممتازة، وهذا من أعظم الخطر لأنها تؤدي إلى جعل المال دولة بين الأغنياء، وتلك بلا شك أسوأ مساوئ الصيغ المصرفية الربوية التي ما جاءت البنوك الإسلامية إلا للقضاء عليها.

1- فهرس الآيات القرآنية:

الآية	اسم السورة	رقم الآية	الصفحة
فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ	البقرة	194	16-21-27
إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا	النساء	58	24
يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً	النساء	59	24
فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيما شَجَرَ بَيْنَهُمْ	النساء	65	24
خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا	التوبة	103	30
وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ	النحل	126	21
الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا	الكهف	46	01
مِنْ بَعْدِ أَنْ أَظْفَرَكُمْ عَلَيْهِمْ	الفتح	24	10
وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ	الطلاق	01	16

2- فهرس الأحاديث النبوية

طرف الحديث	الصفحة
أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَكَ	25-36-27
ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ	15
إِنْ نَزَلْتُمْ بِقَوْمٍ فَأَمَرُوا لَكُمْ بِمَا يَنْبَغِي لِلضَّيْفِ	22
أَيُّمَا ضَيْفٍ نَزَلَ بِقَوْمٍ فَأَصْبَحَ الضَّيْفُ مَحْرُومًا،	22
خُذِي مِنْ مَالِهِ بِالْمَعْرُوفِ مَا يَكْفِيكِ وَيَكْفِي بَنِيكِ	20
فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ، وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا	26
كُنَّا مَعَ النَّبِيِّ ﷺفِي سَفَرٍ، وَكُنْتُ عَلَى بَكْرٍ صَعْبٍ	59
لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يُرَوِّعَ مُسْلِمًا	26
لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ	38
لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ	48
لَيْلَةُ الضَّيْفِ وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ	23
مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ	1-37
مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ	63
مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ	60
مَنِ اشْتَرَى طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ	60
نَهَى أَنْ يَبِيعَ الرَّجُلُ طَعَامًا حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ	61
نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ	62
وَكُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافًا، فَنَهَانَا رَسُولُ اللهِ ﷺأَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ	60

3- قائمة المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب

1. أحمد أبو عبيد، المصارف الإسلامية ودورها في تعزيز القطاع المصرفي، بدون رقم الطبعة، بدون دار النشر، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر. وهو كتاب حملته على نسخته"pdf" يوم 26-05-2019م في الساعة00:17، من الشبكة العنكبوتية، من الصفحة الآتية:
http://library.nawroz.edu.krd/lib.php?file=1400.pdf.
2. الألباني: محمد ناصر الدين ت1420هـ، إرواء الغليل، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405 هـ/1985م.
3. الألباني: محمد ناصر الدين ت1420هـ، التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان وتمييز سقيمه من صحيحه وشاذه من محفوظه، ط1، دار با وزير للنشر والتوزيع، جدة، 1424 هـ/2003 م.
4. الألباني: محمد ناصر الدين ت1420هـ، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1422هـ/2002م.
5. الألباني: محمد ناصر الدين ت1420هـ، صحيح الجامع الصغير وزياداته، بدون طبعة، المكتب الإسلامي، بدون تاريخ النشر.
6. الأصبحي: مالك بن أنس، الموطأ ت179هـ، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، بدون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت،1406هـ/1985م.
7. الأسيوطي: شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي ت 880هـ، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، ط2، دار الكتب العلمية بيروت،1417هـ/.1996م.

8. أفندي: علي حيدر خواجه أمين ت1353هـ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط1، دار الجيل، 1411هـ/1991م.
9. البابرتي: محمد بن محمد بن محمود ت786هـ، العناية شرح الهداية، بدون طبعة، دار الفكر، بدون تاريخ النشر.
10. البجيرمي: سليمان بن محمد بن عمر ت1221هـ، حاشية البجيرمي على الخطيب، بدون طبعة، دار الفكر، 1415هـ/1995م.
11. البخاري: محمد بن إسماعيل الجعفي ت256هـ، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، تح: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة، بدون مكان النشر،1422هـ.
12. البخاري: برهان الدين محمود بن أحمد ت616هـ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، تح: عبد الكريم سامي الجندي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1424هـ/2004م.
13. البغدادي: بن علي عبد الوهاب ت422هـ، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ط1، دار ابن حزم، 1420هـ/1999م.
14. البهوتى: منصور بن يونس ت 1051هـ، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ط1، عالم الكتب، 1414هـ/1993م.
15. البهوتى: منصور بن يونس ت 1051هـ، كشاف القناع عن متن الإقناع، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ النشر.
16. البيهقي: أحمد بن الحسين ت 458هـ، السنن الصغير، تح: عبد المعطي أمين قلعجي، بدون طبعة، جامعة الدراسات الإسلامية كراتشي، باكستان، 1410هـ/1989م.
17. البيهقي: أحمد بن الحسين ت 458هـ، السنن الكبرى، تح: محمد عبد القادر عطا،

ط3، دار الكتب العلمية، بيروت،1424هـ/2003 م.
18. البيهقي: أحمد بن الحسين ت 458هـ، معرفة السنن والآثار، تح: عبد المعطي أمين قلعجي، ط1، دار الوفاء، القاهرة، 1412هـ/1991م.
19. الترمذي: محمد بن عيسى ت 279هـ، السنن، تح: بشار عواد معروف، بدون طبعة، دار الغرب الإسلامي، بيروت،1998م.
20. الجرجاني: علي بن محمد بن علي الشريف ت 816هـ، التعريفات، تح: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، ط1، دار الكتب العلمية بيروت،1403هـ -1983م.
21. الحاكم: أبو عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري ت405هـ، المستدرك على الصحيحين، تح: مصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ/1990م.
22. الحطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد ت954هـ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، 1412هـ/1992م.
23. الحموي: أبو العباس أحمد بن محمد مكي ت1098هـ، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، 1405هـ/1985م.
24. الخرشي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله ت1101هـ، شرح مختصر خليل، بدون طبعة، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون تاريخ النشر.
25. أبو داود: سليمان بن الأشعث ت275هـ، السنن، تح: محمد محيي الدين عبد الحميد، بدون طبعة، المكتبة العصرية صيدا، بيروت، بدون تاريخ النشر.
26. دبيان أبو عمر بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ط2، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1432هـ.
27. الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة ت1230هـ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بدون طبعة، دار الفكر، بدون تاريخ النشر.

28. ابن دقيق العيد: محمد بن علي بن وهب القشيري ت702هـ، إحكام الأحكام شرح عمد الأحكام، بدون طبعة، مطبعة السنة المحمدية، بدون تاريخ النشر.
29. الرازي: أبو عبد الله محمد بن عمرت 606هـ، شرح مختصر الطحاوي، تح: عصمت الله عنايت الله محمد وأخرون، ط1، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، بدون مكان النشر، 1431هـ/2010 م.
30. الرازي: أبو عبد الله محمد بن عمرت 606هـ، مفاتيح الغيب، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1420هـ.
31. الرافعي: عبد الكريم بن محمد ت623هـ، فتح العزيز بشرح الوجيز، بدون طبعة، دار الفكر، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
32. رشاد حسن خليل، الشركات في الفقه الإسلامي، ط3، دار الرشيد لنشر والتوزيع. الرياض، 1401هـ 1981م.
33. ابن رشد الحفيد: محمد بن أحمد ت595هـ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بدون طبعة دار الحديث، القاهرة،1425هـ ،2004م.
34. الرملي: محمد بن أبي العباس ت1004هـ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، 1404هـ/1984م.
35. الزرقاني: محمد بن عبد الباقي بن يوسف ت1099هـ، شرح الزرقاني على الموطأ، تح: طه عبد الرءوف سعد، ط1، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 1424هـ/2003م.
36. الزيلعي: عثمان بن علي ت743هـ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1313 هـ.
37. الزيلعي: عثمان بن علي ت743هـ، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تح: محمد عوامة، ط1، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، 1418هـ/1997م.

38. السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي بكر ت490هـ، المبسوط، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ/1993م.
39. السنيكي: زكريا بن محمد ت926هـ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، بدون طبعة، دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ النشر.
40. السنيكي: زكريا بن محمد ت926هـ، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، بدون طبعة، المطبعة الميمنية، بدون تاريخ النشر.
41. الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى ت790هـ، الموافقات، تح: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، 1417هـ/1997م.
42. الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس ت204هـ، الأم، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت، سنة النشر: 1410هـ/1990م.
43. الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب ت977هـ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار الكتب العلمية، 1415هـ -1994م.
44. الشوكاني: محمد بن علي ت1250هـ، نيل الأوطار، تح: عصام الدين الصبابطي، ط1، دار الحديث، مصر، 1413هـ/1993م.
45. الشيرازي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي ت476، المهذب في فقه الإمام الشافعي، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ النشر.
46. الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد ت1241هـ، بلغة السالك لأقرب المسالك، بدون طبعة، دار المعارف، بدون تاريخ النشر.
47. الصنعاني: أبو إبراهيممحمد بن إسماعيل ت1182هـ، سبل السلام، بدون طبعة، دار الحديث، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
48. الطبراني: أبو القاسم سلميان بن أحمد ت360هـ، معجم الكبير، تح: حمدي بن

عبد المجيد السلفي، ط2، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، بدون تاريخ النشر.
49. السيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر ت911هـ، الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، 1411هـ/1990م.
50. ابن الحاجب: عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس ت646هـ، جامع الأمهات، تح: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري، ط2، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، 1421هـ/2000م.
51. الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد ت505هـ، الوجيز في فقه الشافعي، تح، علي معوض وعادل عبد الموجود، ط1، دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ،1418هـ/1997م.
52. الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد ت505هـ، الوسيط في المذهب، تح: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، ط1، دار السلام، القاهرة، 1417هـ.
53. ابن تيمية: أبو العباس أحمد بن عبد الحليم الحراني ت728هـ، مجموع الفتاوى، تح: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، بدون طبعة، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، 1416هـ/1995م.
54. ابن تيمية: أبو العباس أحمد بن عبد الحليم الحراني ت728هـ، مختصر الفتاوى المصرية، تح: عبد المجيد سليم ومحمد حامد الفقي، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بدون تاريخ النشر.
55. الشيباني: أحمد بن حنبل ت241هـ، المسند، تح: شعيب الأرنؤوط وأخرون، بدون طبعة، مؤسسة الرسالة،1421هـ/2001م.
56. العمري: أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخطيب ت741هـ، مشكاة المصابيح، تح: محمد ناصر الدين الألباني، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت،1985م.
57. الدار قطني: أبو الحسن علي بن عمر ت385هـ، سنن الدار، تح: شعيب الارنؤوط

وأخرون، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1424هـ/ 2004 م.
58. الطحاوي: أبو جعفر أحمد بن محمدت321هـ، شرح معاني الآثار، تح: محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، ط1، عالم الكتب، بدون مكان النشر،1414هـ/1994م.
59. الطوري: محمد بن حسين بن علي ت1138، تكملة البحر الرائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي، بدون تاريخ النشر.
60. الطرابلسي: أبو الحسن، علاء الدين، علي بن خليل ت844هـ، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، بدون طبعة، دار الفكر، بدون تاريخ النشر.
61. ابن عابدين: محمد أمين بن عمرت1252هـ، رد المحتار على الدر المختار، ط2، دار الفكر، بيروت،1412 هـ/1992م.
62. عامر بن عيسى اللهو، الودائع البنكية في المصارف الإسلامية دراسة تطبيقية، بدون طبعة، بدون مكان النشر،1429هـ.و هو كتاب حملته على نسخته"word" يوم 26-05-2019م في الساعة 00:05، من "موقع مكتبة نور" على الشبكة العنكبوتية، من الصفحة الآتية:https://www.noor-book.com/كتاب-الودائع-البنكيّة-في-المصارف-الإسلاميّة-دراسة-تطبيقيّة
63. عبد الرحيم العراقي: أبو الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين ت806هـ، طرح التثريب في شرح التقريب، بدون طبعة، الطبعة المصرية القديمة، مصر، بدون تاريخ النشر.
64. عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ط 1، دار أسامة لنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1998م
65. عبد العزيز بن عبد السلام: أبو محمد بن أبي القاسم ت660، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، القاهرة،1414 هـ/1991م.
66. عبد القادر شيبة الحمد، فقه الإسلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ط1،

مطابع الرشيد، المدينة المنورة، 1402هـ/1982 م.

67. عبد الله بن محمد بن حسن السعيدي، الربا في المعاملات المالية المصرفية، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، بدون تاريخ طبعة.

68. عبد الودود محمد السريتي، استيفاء الحق بغير دعوى، مؤسسة النفائس الجامعية، الإسكندرية،2006م.

69. ابن عرفة: محمد الورغمي ت 803 هـ، المختصر الفقهي، تح: حافظ عبد الرحمن محمد خير، ط1، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية،1435هـ/2014 م.

70. عز الدين خوجة، أليات استقطاب الموارد المالية الحسابات الاستثمارية، بدون رقم الطبعة، بدون دار النشر، بدون تاريخ النشر. و هو كتاب حملته على نسخته"pdf" يوم 28-05-2019م في الساعة23:58، من الشبكة العنكبوتية، من الصفحة الآتية:
http://iefpedia.com/arab/wp-content/uploads/2010/05/%D8%A2%D9%84%D9%8A%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D9%82%D8%B7%D8%A7%D8%A8-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%88%D8%A7%D8%B1%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%84%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AD%D8%B3%D8%A7%D8%A8%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D8%AB%D9%85%D8%A7%D8%B1%D9%8A%D8%A9-%D8%AF.-%D8%B9%D8%B2-

%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%8A%D9%86- %D8%AE%D9%88%D8%AC%D8%A9.pdf/
71. العسقلاني: أبو الفضل أحمد بن عليت852هـ، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ط1، دار الكتب العلمية، 1419هـ/1989م.
72. العسقلاني: أبو الفضل أحمد بن عليت852هـ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
73. السمرقندي: أبو بكر محمد بن أحمد ت540هـ، تحفة الفقهاء، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت،1414هـ/1994م.
74. على أحمد الندوى، موسوعة القواعد والضوابط الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، الرياض،1419هـ/1999م.
75. علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما وبحوث أخرى، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة،1431هـ/2010م.
76. عليش: أبو عبد الله محمد بن أحمد ت1299هـ، منح الجليل شرح مختصر خليل، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، 1409هـ/1989م.
77. عمر المترك، تح: بكر بن عبد الله أبو زيد: الربا والمعاملات المصرفية، بدون طبعة دار العاصمة للنشر والتوزيع، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
78. عمر مصطفي جبر إسماعيل، ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، ط1، دار النفائس لنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1430هـ-2010م.
79. المواق: أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري ت897هـ، التاج والإكليل، ط1، دار الكتب العلمية، 1416هـ/1994م.
80. غريب ناصر، أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، ط1، دار أبو اللو للطباعة

والنشر والتوزيع، القاهرة،1417هـ/1996م.
81. البورنو: أبو الحارث محمد صدقي بن أحمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1416 هـ/1996م.
82. ابن فارس: أبو الحسين أحمد بن زكرياء ت395هـ، معجم مقاييس اللغة، تح: عبد السلام محمد هارون، بدون طبعة، دار الفكر، 1399هـ/1979م.
83. ابن الفراء: أبو يعلى محمد بن الحسين ت458هـ، الأحكام السلطانية، تح: محمد حامد الفقي، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت،1421 هـ/2000م.
84. ابن فرحون: إبراهيم بن علي ت799هـ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ/1986م.
85. فيروزآبادى: أبو طاهر محمد بن يعقوب ت817هـ، القاموس المحيط، تح: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1426هـ/2005 م.
86. ابن قدامة: أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي ت620، الكافي في فقه الإمام أحمد، ط1، دار الكتب العلمية،1414هـ/1994م.
87. ابن قدامة: أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي ت620، المغني، بدون طبعة، مكتبة القاهرة، 1388هـ / 1968م.
88. القرافي: أبو العباس أحمد بن إدريس ت648هـ، الذخيرة، تح: محمد حجي وأخرون، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت،1994م.
89. القرافي: أبو العباس أحمد بن إدريس ت648هـ، أنوار البروق في أنواء الفروق، بدون طبعة، عالم الكتب، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
90. القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري ت671هـ، الجامع لأحكام القرآن، تح: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية،

القاهرة،1384هـ/1964م.
91. القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري ت671هـ، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، تح: محيي الدين ديب ميستو وأخرون، ط1، دار ابن كثير، دمشق، 1417هـ/ 1996م.
92. القليوبي وعميرة: أحمد سلامة وأحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، 1415هـ/1995م.
93. الكاساني: أبو بكر علاء الدين بن مسعود ت587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، 1406هـ/1986م.
94. لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، ط3، دار الفكر، بدون مكان النشر، 1310 هـ.
95. لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، تح: نجيب هواويني، مجلة الأحكام العدلية، بدون طبعة، نور محمد وكارخانه تجارتِ كتبو آرام باغوكراتشي، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.
96. ابن اللحام: أبو الحسن علي بن محمد ت803هـ، القواعد والفوائد ومايتبعها من الأحكام الفرعية، تح: عبد الكريم الفضيلي، بدون طبعة، المكتبة العصرية، 1420هـ/1999م.
97. اللخمي: أبو الحسن علي بن محمد الربعي ت478هـ، التبصرة، تح: أحمد عبد الكريم نجيب، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1432 هـ/2011 م.
98. الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد ت450هـ، الحاوي الكبير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ/1999م.
99. مجموعة من المؤلفين، فقه المعاملات، بدون طبعة، بدون مكان الطبعة، بدون دار النشر، بدون تاريخ النشر. الكتاب موجود في الشاملة.

100. محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، ط2، دار البيان، 1415هـ/1994م.

101. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة، في الفقه الإسلامي، ط6، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1427هـ/2007م.

102. محمد ياسين نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة والقانون وقانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون طبعة، دار عالم الكتب، الرياض،1423هـ/2003م.

103. محمود عبد الرحيم الديب، أحكام الظفر بالحق بين الشريعة والقانون، بدون طبعة، المكتبة القانونية، مصر،2008م.

104. المرداوي: أبو الحسن علي بن سليمان ت885هـ، الإنصاف في معرفة الراجح في خلاف، ط2، دار إحياء التراث العربي، بدون تاريخ النشر.

105. ابن الرسلان: أبو العباس أحمد بن حسين ت844هـ، شرح سنن أبي داود، تح: عدد من الباحثين بدار الفلاح بإشراف خالد الرباط، ط1، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، مصر،1437هـ/2016م.

106. المرغيناني: علي بن أبي بكرت 593هـ، الهداية في شرح بداية المبتدئ، تح: طلال يوسف، بدون طبعة، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ النشر.

107. مزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد، استيفاء الديون في الفقه الإسلامي دارسة فقهية مقارنة، ط1، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية،1431هـ.

108. القشيري: أبو الحسن مسلم بن الحجاج ت261هـ، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول اللهﷺ، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، بدون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ النشر.

109. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل إلى نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط1، دار القلم، دمشق،1420هـ/1999م.

110. مصطفي ديب البغا وأخرون، الدعاوى والبينات والقضاء، ط1، دار المصطفى،1427هـ/2006م.

111. ابن مفلح: أبو إسحاق إبراهيم بن محمد ت 884هـ، المبدع في شرح المقنع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت،1418هـ/1997م.

112. ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين الأنصاري ت711هـ، لسان العرب، ط3، بيروت،1414هـ.

113. ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم ت970هـ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ط2، دار الكتاب الإسلامي، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.

114. النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب ت303هـ، السنن الكبرى، تح: حسن عبد المنعم شلبي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت،1421هـ/2001 م.

115. نور الدين الخادمي، علم المقاصد الشرعية، ط1، مكتبة العبيكان، 1421هـ/2001م.

116. النووي: أبو زكريا يحي بن شرف ت676هـ، المجموع شرح المهذب، بدون طبعة، دار الفكر، بدون مكان النشر، بدون تاريخ النشر.

117. النووي: أبو زكريا يحي بن شرف ت676هـ، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، دار إحياء التراث العربي، بيروت،1392هـ.

118. النووي: أبو زكريا يحي بن شرف ت676هـ، روضة الطالبين وعمدة، تح: زهير الشاويش، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1412هـ-1991م.

119. الهيثمي: أحمد بن حجر ت973هـ، تحفة المحتاج، بدون طبعة، بدون دار النشر، 1357 هـ/1983م.

120. الهيثمي: أبو الحسن علي بن أبي بكر ت807هـ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تح:

حسام الدين القدسي، بدون طبعة، مكتبة القدسي، القاهرة،1414هـ، 1994م.
121. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية: الطبعة من 1404هـ1427هـ، الأجزاء 1 -23: ط2، دارالسلاسل، الكويت، الأجزاء 24 - 38: ط1، مطابع دار الصفوة – مصر، الأجزاء 39 -45: ط2، طبع الوزارة.
122. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط12، دار الفكر، دمشق، بدون تاريخ النشر.
123. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، دمشق، ط3، 1427هـ/2006م.
المقالات والموسوعات:
124. جابر مهران، الظفر بالحق في الفقه الإسلامي المقارن، مجلة: الأمن والقانون، ع2، 2000م، أكاديمية شرطة، دبي.
125. حسين كامل فهمي، الودائع المصارفية، مجلة: مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ع9، 1415هـ/1995م، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي، جدة.
126. عطية فياض، الظفر بالحق في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، مجلة: البحوث الفقهية المعاصرة، ع100، 1435هـ/2014م، المملكة العربية السعودية.
127.غازي خالد رحال العبيدي، مسألة الظفر بالحق، مجلة: كلية العلوم الإسلامية،1432هـ/2011م، بغداد.
128. مسعود بن مسعد الثبيتي، لحسابات الجارية وأثرها في تنشيط الحركة الاقتصادية، مجلة: مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ع9، 1415هـ/1995م، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي، جدة.
129. وحمد عبيد الكبيسي، الودائع المصارفية، مجلة: مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر

الإسلامي، ع9، 1415هـ/1995م، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي، جدة.

130. الصديق محمد الأمين الضرير، لقبض صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامها، مجلة: مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ع6، 1410هـ/1990م، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي، جدة.

131. اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، المعاملات المصرفية والتحويلات المصرفية، مجلة: أبحاث هيئة كبار العلماء، ع5، 1395هـ، هيئة كبار العلماء، بالمملكة العربية السعودية.

132. حسين حسين شحاتة، الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للتنضيض الحكمى فى المعاملات المالية المعاصرة، مجلة: معايير المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية سلسلة الدراسات والبحوث، ع1419،7هـ/1999م، جامعة الازهر، مصر.

133.عبد الله محمد عبد الله، القبض صوره وبخاصة المستجدة منها، وأحكامها، مجلة: مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ع6، 1410هـ/1990م، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي، جدة.

134.علي محيي الدين القره داغي، القبض صوره وبخاصة المستجدة منها وأحكامه، مجلة: مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ع6، 1410هـ/1990م، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي، جدة.

135.محمد بن سعد الشويعر، المعاملات المصرفية، مجلة البحوث الإسلامية، ع8، 1404 هـ/1983، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد.

الدراسات السابقة والقرارات:

136.الغافود محمد سالم علي، استيفاء الحق بالظفر بالمستحق: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، إشراف: الجليدي سعيد محمد سعيد، قسم الشريعة بكلية القانون، ليبيا،2007م.

137.قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، بشأن الودائع المصرفية(حسابات المصارف)، المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1-6 ذي القعدة 1415هـ، الموافق

1-6 أفريل 1995م، 9/701-702.

4- فهرس المحتويات

المحتوى	الصفحة
مقدمة	1
المبحث الأول: مفهوم الظفر بالحق	
المطلب الأول: حقيقة الظفر بالحق	10
الفرع الأول: تعريف الظفر بالحق لغة واصطلاحا	10
الفرع الثاني: الألفاظ ذات الصلة	12
المطلب الثاني: أحكام الظفر بالحق	14
الفرع الأول: الظفر بالحق المحرم	14
الفرع الثاني: الظفر بالحق المشروع	18
الفرع الثالث: الظفر بالحق المختلف فيه	20
المطلب الثالث: ضوابط الظفر بالحق	28
الفرع الأول: ضوابط الظفر بالحق المتفق عليها	28
الفرع الثاني: ضوابط الظفر بالحق المختلف فيها	32
المبحث الثاني: التطبيقات المعاصرة للظفر بالحق	

المطلب الأول: تجميد أموال العميل في الحساب الاستثماري	40
الفرع الأول: مفهوم الحساب الاستثماري	40
الفرع الثاني: التكييف الفقهي لودائع الاستثمار	43
الفرع الثالث: تجميد المصرف لأرصدة العميل في الحساب الاستثماري	46
المطلب الثاني: بيع المصرف البضاعة بموجب الاعتماد المستندي	50
الفرع الأول: حقيقة الاعتماد المستندي	50
الفرع الثاني: التكييف الفقهي للاعتماد المستندي	52
الفرع الثالث: حكم بيع المرتهن المصرف البضاعة الرهن	57
خاتمة	66
الفهارس	
1- فهرس الآيات القرآنية	68
2- فهرس الأحاديث النبوية	69
3- المصادر والمراجع	70
4- فهرس المحتويات	87