مقدمة

obeikandl.com

مُقَدِّمَة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ ، وعلى آله وصحبه وسلم ، ومن اتبع هداه .

وبعد :

فهذه دراسة فقهية مقارنة بين المذاهب الثمانية (مذهب الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية والزيدية ، والإمامية ، والإباضية) من ناحية وبين القانون المدنى المصرى [1] من ناحية أخرى فى موضوع بعنوان " **الضمان الشخصى والمالى فى الفقه الإسلامى ، دراسة مقارنة** " .

وقد تفضل أستاذى الجليل فضيلة الوالد الأستاذ الدكتور/ **محمد شرف الدين خطاب** بالإشراف على هذا البحث ، فلم يدخر جهداً فى نصحى وإرشادى وتعليمى ، ولولا فضل الله ثم ما أفاض علىَّ به أستاذى الكريم من توجيهات سديدة ونقدات صائبة ـ لَمَا تم إنجاز هذا البحث على هذا الوجه ، ولما خرج إلى النور ، وذلك بعد عمل فيه دام واتصل قرابة أربعة أعوام ، فجزاه الله خير ما جزى أستاذا عن تلميذه ونفعنا (طلاب العلم) والمسلمين بعلمه .

ويرجع الفضل ـ بعد فضل الله تعالى ـ فى اختيارى هذا الموضوع : " **الضمان الشخصى والمالى فى الفقه الإسلامى ، دراسة مقارنة** " إلى أستاذى فضيلة الوالد الأستاذ الدكتور/ محمد سراج (حفظه الله) فجزاه الله خير ما جزى أستاذا عن تلميذه ونفع المسلمين بعلمه .

---

(١) باستثناء الباب الأخير ، فقد كانت المقارنة فيه بين الفقه الإسلامى وبين قانون التجارة المصرى .

أسباب اختيارى هذا الموضوع :

هذا وقد دفع بى إلى دراسة هذا الموضوع عدة أمور منها :

١- أن الضمان من العقود المهمة جدا عند المسلمين وغير المسلمين ؛ حيث حاجة الناس إلى الاستيثاق فى معاملاتهم ؛ مما جعل الحاجة ماسة إلى دراسته باستفاضة لبيان جزئياته ودقائقه وجمع شتاته من بطون أمهات كتب الشريعة والقانون .

٢- أن هذا الموضوع (الضمان) له تطبيقات معاصرة مثل خطابات الضمان والاعتمادات المستندية ؛ مما يحتاج إلى الدرس والبسط والتحليل ؛ لبيان موقف الشريعة الإسلامية من هذه المعاملات المستحدثة التى اختلف الناس فيها اختلافا كثيرا ، مع بيان موقف القانون الوضعى من تلك المسائل المهمة ؛ لأنها تمس الاقتصاد ، وهو عصب الحياة .

٣- أن الاختلاف فى جزئيات هذا الموضوع (**الضمان الشخصى والمالى فى الفقه الإسلامى ، دراسة مقارنة**) كثيرة ومتناثرة مما يصعب على من أراد الوقوف على مسألة من مسائله جمع أقوال الفقهاء فى المذاهب الثمانية ، ثم الترجيح فيما قد وقع الخلاف فيه ، ثم مقارنة ذلك بما قاله رجال القانون لبيان ما إذا كانت الشريعة مصدرا من مصادر القانون المدنى المصرى فى تلك القضية التى معنا (الضمان [1]) أم لا ، وإذا لم تكن مصدرا ــ كما سيأتى بيانه بإذن الله ــ فما الذى تميز به تشريع رب العالمين على تشريع البشر .

---

(١) وهو ما يعرف فى القانون المدنى المصرى بالكفالة ، كما سيأتى شرحه تفصيلا ــ بإذن الله ــ فى ثنايا هذا البحث .

٤- أنه لم يتنامَ إلى علمى وعلم أساتذتى بقسم الشريعة بدار العلوم بالمنيا أن أحداً من الباحثين قد تناول هذا الموضوع (الضمان) بالدراسة والتحليل (دراسة مقارنة بين المذاهب الثمانية من ناحية وبين القانون المدنى المصرى من ناحية أخرى) فى جامعاتنا العريقة ، فلم يجد هذا الموضوع من ينقب عن مسائله المتناثرة فى كل تلك المذاهب ، فأحببت أن أنال شرف دراسته والاستدلال للراجح فى مسائله الخلافية ، مع المقارنة بالقانون المدنى المصرى .

الصعوبات التى واجهتنى أثناء تلك الدراسة :

فى الحقيقة يجب أن أعترف أن صعوبات عظيمة قد واجهتنى خلال هذا البحث ، ويمكننى إجمالها فيما يأتى :

أولا : صعوبة الوقوف على دقائق وجزئيات هذا الموضوع ، حيث إن مسائله منثورة فى بطون كتب التراث ، مما جعل الباحث يعانى كثيرا فى جمع شتاته ومسائله المتناثرة ، خاصة مع عملى وإقامتى بأطراف مصر شمالا (بالعريش) حيث ندرة المراجع فى الشريعة والقانون ، والبعد عن المراكز العلمية والمكتبات ، مما جعلنى أتكبد عناء كبيرا فى جمع المادة العلمية ودراستها .

ثانيا : صعوبة الترجيح فى المسائل المختلف فيها ، ثم الموازنة بين الفقه والقانون ، حيث إن الترجيح يحتاج إلى تمرس فى الفقه والأصول ، وكذلك فى القانون ، مع العلم بأنه لم يتسنَ لى دراسة القانون إلا فى مرحلة الدكتوراه ، وقد تكبدت من أجل ذلك جهدا ومشقة كبيرين ، غير أن طبيعة الدراسة اقتضت ذلك .

ثالثا : صعوبة الوقوف على درجة الحديث من الصحة والضعف .

الخطة والمنهج :

أما عن الخطة فقد تكونت هذه الدراسة ـ بتوفيق من الله ومنِّه ثم بإرشادات أستاذى الجليل الأستاذ الدكتور/ **محمد شرف الدين خطاب** ـ بعد هذه المقدمة ـ من : تمهيدٍ وثلاثة أبواب وخاتمة وفهارس عامة :

** **أما عن المقدمة :** فقد بينت فيها أهمية هذا البحث ، وأسباب اختيارى هذا الموضوع ، والصعوبات التى واجهتنى أثناء دراسته والخطة التى اتبعتها ، والمنهج الذى انتهجته .

** **وأما عن التمهيد** : وعنوانه (**الضمان :ماهيته،تطوره ، مشروعيته**) وقد انتظم ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الضمان : وينتظم ما يأتى :

أولاً : الضمان لغة.
ثانياً : تعريف الضمان فى الفقه الإسلامى .
ثالثا : تعريف الضمان فى القانون المدنى المصرى .

المبحث الثانى : التطور التاريخى للضمان : وفيه تم بيان التطور التاريخى للضمان .

المبحث الثالث : مشروعية الضمان : وفيه تم بيان أدلة مشروعية الضمان .

** **وأما الباب الأول** فهو عمدة البحث وأساس الدراسة ، وقد جاء بعنوان : **(أركان الضمان)** :وينتظم ستة فصول :

الفصل الأول: أركان الضمان بين الفقه والقانون . وينتظم ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : أركان الضمان فى الفقه الإسلامى .

المبحث الثانى : أركان الضمان فى القانون المدنى المصرى .

المبحث الثالث : مقارنة بين أركان الضمان فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى .

الفصل الثانى : صيغة عقد الضمان .وينتظم ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : صيغة عقد الضمان المطلقة .

المبحث الثانى : صيغة عقد الضمان المعلقة .

المبحث الثالث : صيغة الضمان الوقتية .

الفصل الثالث : الضامن . وينتظم ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الضامن فى الفقه الإسلامى .

المبحث الثانى : الضامن فى القانون المدنى المصرى .

المبحث الثالث : المقارنة بين الفقه والقانون .

الفصل الرابع : المضمون له . وينتظم ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : المضمون له فى الفقه الإسلامى .

المبحث الثانى : المضمون له فى القانون المدنى .

المبحث الثالث : المقارنة بين الفقه والقانون .

الفصل الخامس: المضمون عنه . وينتظم ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : المضمون عنه فى الفقه الإسلامى .

المبحث الثانى : المضمون عنه فى القانون المدنى .

المبحث الثالث : المضمون عنه بين الفقه والقانون .

الفصل السادس : المضمون به . وينتظم مبحثين :

المبحث الأول : الضمان الشخصى .

المبحث الثانى : الضمان المالى .

****وأما الباب الثانى** فقد جاء بعنوان : **(آثار عقد الضمان بين الفقه والقانون)** : وينتظم سبعة فصول :

الفصل الأول : العلاقة بين الضامن و المضمون له فى الفقه الإسلامى.

وينتظم مبحثين :

المبحث الأول : حق المضمون له فى المطالبة .

المبحث الثانى : تعدد الضامنين .

الفصل الثانى : العلاقة بين الضامن و المضمون له فى القانون المدنى المصرى .وينتظم مبحثين :

المبحث الأول : حق المضمون له فى المطالبة

المبحث الثانى : تعدد الضامنين

الفصل الثالث : العلاقة بين الضامن والمضمون عنه فى الفقه الإسلامى.

وينتظم ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : رجوع الضامن على المضمون عنه

المبحث الثانى : متى يرجع الضامن على المضمون عنه ؟

المبحث الثالث :بم يرجع الضامن على المضمون عنه ؟

الفصل الرابع : العلاقة بين الضامن والمضمون عنه فى القانون المدنى المصرى .

الفصل الخامس : انقضاء الضمان فى الفقه الإسلامى .وينتظم مبحثين :

المبحث الأول : انقضاء الضمان الشخصى فى الفقه الإسلامى .

المبحث الثانى : انقضاء الضمان المالى فى الفقه الإسلامى.

الفصل السادس : انقضاء الضمان فى القانون المدنى المصرى . وينتظم مبحثين :

المبحث الأول : انقضاء الكفالة (الضمان) بطريق تبعى .

المبحث الثانى : انقضاء الكفالة (الضمان) بطريق أصلى .

الفصل السابع : انقضاء الضمان بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى .

وينتظم وجوها عشرة للمقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى .

****وأما الباب الأخير (الثالث) وعنوانه (التطبيق المعاصر للضمان)** فقد تكون من فصلين :

الفصل الأول : الضمان وخطاب الضمان .

وينتظم ما يأتى :

أولاً : مفهوم خطاب الضمان .

ثانياً : أنواع خطابات الضمان .

ثالثاً : التكييف الفقهى لخطاب الضمان .

رابعاً : خطاب الضمان بين الشريعة والقانون .

خامسا : حكم العمولة التى يتقاضاها مُصْدِر خطاب الضمان .

الفصل الثانى (الأخير) : الضمان والاعتمادات المستندية .

وينتظم ما يأتى :

أولاً : مفهوم الاعتمادات المستندية .

ثانياً : علاقة الاعتماد المستندى بالضمان .

ثالثا : الاعتماد المستندى بين الفقه والقانون

أ- الاعتماد المستندى فى القانون .

ب- الاعتماد المستندى فى الفقه .

رابعا : حكم أخذ المصرف عمولة أو فائدة .

** **وأما الخاتمة** فقد جاءت إيجازا لأهم جوانب البحث والنتائج التى توصلت إليها من خلال هذه الدراسة . وما يُوصَى به . ثم أنهيت البحث بعمل فهارس عامة تتمة للفائدة من هذا البحث .

أما عن المنهج الذى انتهجته فى هذه الدراسة فيمكن تلخيصه فيما يأتى :

اعتمدت بداية على المنهج الاستقصائى ، فقد تتبعت مسائل هذه الدراسة فى بطون كتب التراث الإسلامى فى المذاهب الفقهية الثمانية (الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية ، والإمامية ، والإباضية) فقد جمعت فيه ما يزيد على عشرة آلاف بطاقة فى الفقه والقانون ، وبناء على إرشاد **أستاذى الأستاذ الدكتور/ محمد شرف الدين** فقد اكتفيت ـ فى كثير من الأحيان ـ بذكر كلام أصحاب المذهب فى كتابين أو ثلاثة مع الإحالة على بقية المراجع ، وقد كان ذلك خاضعا لما قد يضيفه ذلك المرجع أو ذاك إلى المسألة أو الموضوع قيد البحث ، ولم أذكر كل ما اسقصيته لئلا يطول البحث .

ثم عمدت بعد ذلك إلى المنهج التحليلى ، وذلك بذكر أقوال أصحاب المذاهب الثمانية باختصار أو باستفاضة ـ حسب أهمية المسألة أو كثرة الخلاف فيها أو قلته ـ ولم أجمع فى ذكر الأقوال الموافقين والمخالفين كلا على حده ، وإنما ذكرت أقوال كل مذهب منفردا لاختلاف أصحاب المذهب على أنفسهم ، ولكنى فعلت ذلك (جمع الموافقين والمخالفين كلا على حده) فى ذكر أدلة

الفريقين المختلفين ـ إن كانت تستحق الإفراد بالكلام ـ وذلك بموضوعية تامة ، وقد حاولت الجمع والتوفيق بين ما قد يتعارض من الروايات فى المسألة الواحدة ، إلا أن يتعذر الجمع ، فيتعين الترجيح ما أمكن ، وقد اعتمدت فى نقل أقوال الموافقين والمخالفين على كتب الخلاف التى عنيت بنقل مذاهب الفقهاء . ثم قمت بالترجيح مع ذكر مبررات الترجيح . ثم أقارن ذلك بما ورد فى القانون المدنى المصرى ـ إن وجد[1] ـ وأذكر تباعا ما أراه فور كل قضية لئلا يتيه القارئ ـ كما أشار أستاذى فضيلة المشرف **الأستاذ الدكتور/ محمد خطاب** . هذا وقد أفردت بعض المسائل فصولا أو مباحث مستقلة لسببين رئيسين : **الأول : أهمية المسألة . والأخير كثرة الخلاف حولها .**

هذا وقد ترجمت للأعلام غير المشهورين فقط عند ذكرهم لأول مرة فى متن الرسالة ، وقد جاءت الترجمة مختصرة فى الغالب ؛ لأن هذا ليس محل بسط التراجم .

وقد وضحت ما يحتاج إلى توضيح من كلامى بوضعه بين قوسين ، وإذا كان مقتبسا معنىً أو نصا وضعت التوضيح بين معكوفتين . وقد جاء العزو فى الهامش بقولى : (انظر أو راجع كذا) إذا كان الاقتباس معنىً وليس نصا ، أما إذا كان نصا ذكرت المرجع مباشرة دون ذكر (انظر أو راجع) .

وبناء على ذلك يمكننى أن أقرر أن المنهج الغالب على الرسالة هو المنهج التحليلى ، وإن كان البحث لم يغفل الناحية الاستقصائية فى تتبع فروع الضمان الفقهية لتوظيفها فى بناء التصور العام للضمان .

---

(١) فلم يتناول القانون مثلا الكلام عن الضمان الشخصى (ضمان النفس) مطلقا .

أمـــا عن الدراسات السابقة عن الضمان ، فلم أجد ـــ فيما وقفت علـــيه ـــ مـــن درســـه فى نطاق تلك المذاهب الثمانية مع مقارنته بالقانون المدنـــى المصـــرى ـــ كما سبقت الإشارة ـــ ولكننى وقفت على ثلاثة كتب ذات صـــلة بالموضوع الكفالة (الضمان) : واحد منها فى الشريعة والثانى فـــى القانـــون والأخيـــر بيـــنهما ، لكنه ليس فى صميمها : أما الأول فهو بعـــنوان : " **الكفالة فى ضوء الشريعة الإسلامية** " للدكتور السالوس . وقد جـــاءت هذه الدراسة مقتضبة فى نطاق المذاهب الأربعة ـــ باختصار شديد أدى إلى غموض فى بعض المسائل ـــ مع إشارات بسيطة للقانون المدنى . والحـــق أننـــى قد أفدت منها فى الوقوف على بعض مسائل الموضوع فى نطـــاق تلـــك المـــذاهب . وأما الثانى الذى فى القانون فهو بعنوان : " **عقد الكفالـــة** " للدكـــتور أحمد سعد ، وهى دراسة للقانون المدنى اليمنى مقارنا بالقانـــون المدنى المصرى ، ولم أفد منها كثيرا لأنه ركز فيها على القانون المدنـــى اليمنـــى . وأمـــا الأخيـــر فهو كتاب بعنوان : " **الضمان فى الفقه الإســـلامى** " للأســـتاذ علـــى الخفـــيف ، وقد بيَّن مؤلفه فى مقدمته أنه قد أرجـــأ بحـــث موضوع الكفالة وضمان النفس وسلامتها إلى زمن مستقبل ، وهـــذا يعنـــى أن تعرضـــه لموضوعى (الضمان) لم يكن إلا فى جزئيات قليلة ، وقد صرح بأنه قد قصر مؤلفه على دراسة أهم مسائل الضمان فيما يتلف من الأموال .

وقـــد امـــتازت هذه الدراسة التى بين أيدينا عن تلك الدراسات ذات الصلة ـــ قربت الصلة أم بعدت ـــ بهذا الموضوع (الضمان) بما يأتى :

أولا : التوســـع والشمول فى جزئيات وكليات البحث ، وهذا واضح جدا فى ثنايا البحث .

ثانـــيا : أن دراســـة الدكتور السالوس ركزت على المذهب الأربعة المشـــهورة : (المـــذهب الحنفى والمالكى والشافعى والحنبلى) ، وأغفلت

تماما المذاهب الأربعة الأخرى الأقل شهرة : (المذهب الظاهرى والزيدى والإمامى والإباضى) وتلك الأخيرة تستحق أن تكون دراسة أخرى مستقلة. بالإضافة إلى أنه قد أجمل فى عرض المذاهب الأربعة إجمالا قد يكون فى كثير من المواضع مخلا ، فمثلا تناول **انقضاء الضمان فقها وقانونا** فى خمس صفحات ونصف ، بينما تناولته الدراسة فى سبع وأربعين صفحة .

ثالثا : أن دراسة الدكتور سعد دراسة قانونية بحتة قد سلطت الضوء على القانون المدنى المصرى والقانون المدنى اليمنى ، بينما دراستى دراسة شرعية بالدرجة الأولى مع إلقاء الضوء على القانون المدنى المصرى بناء على نصيحة من أستاذىَّ الجليلين : **الأستاذ الدكتور/ محمد شرف الدين خطاب ، والأستاذ الدكتور/ محمد أحمد سراج** .

رابعا : أن دراسة الشيخ على الخفيف قد ركزت الكلام عن ضمان المتلفات من الأموال ، بينما ركزت الدراسة التى معنا على ضمان النفس والمال ، والذى أجل هو بدوره الكلام عنها إلى إشعار آخر فى مؤلف آخر ، وقد ذكر ذلك فى مقدمته .

وحسبى أننى قد بذلت غاية الجهد لإنجاز هذا البحث ، والله أسأل أن يجعله فى ميزان حسناتى يوم الدين . وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

والله الموفق والمستعان ،،،

حى الزهور ــ العريش .

١٤٢٦/٨/٢هـ ــ ٢٠٠٥/٩/٥ م .

تمهيد

الضمان :ماهيته ،تطوره ، مشروعيته

و ينتظم ما يأتى :

المبحث الأول : تعريف الضمان .

المبحث الثانى : التطور التاريخى للضمان .

المبحث الثالث : مشروعية الضمان .

المبحث الأول
تعريف الضمان

obeikandl.com

المبحث الأول

تعريف الضمان

أولاً : الضمان لغة :

الضمان : يعني الكفالة والضمين : الكفيل . يقال : ضَمِنَ الشيء وبه ضمناً وضماناً : كفل به . وضمنه إياه : كفلَه ومنه : فلان ضامن وضمين وكافل وكفيل . يقال أضمنت الشيء أضمنه ضمناً ، وأنا ضامن ، وهو مضمون . **وفي الحديث " تضمن الله لمن يخرج في سبيله لا يخرجه إلا جهاداً في سبيلي وإيمانا بي وتصديقاً برسلي فهو عليَّ ضامن أن أدخله الجنة أو أرجعه إلى مسكنه الذي خرج منه نائلاً ما نال من أجر أو غنيمة "** [1] . وضمنته الشيء تضميناً فتضمنه عني مثل غرمته . وضمن الشيء الشيء أودعه إياه كما تودع الوعاء المتاع والميت القبر : فكلّ شيء جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه ...[2].

وقال الفيروزابادى [3] : " ضمن الشيء وبه كعلم ضماناً فهو ضامن وضمين : كفله وضمنته الشيء تضميناً فتضمنه عنى : غرمته

---

(١) متفق عليه ، واللفظ لمسلم . صحيح البخاري : كتاب فرض الخمس ــ باب قول النبي ﷺ أحلت لكم الغنائم (٣٨١/٤) رقم (٣١٢٣) طبعة دار الكتب العلمية بيروت – لبنان . الطبعة الأولى . ١٤١٢ هـ ــ ١٩٩٢م ولفظه :" تكفل الله ... " وهو يبين معنى تضمن في رواية مسلم التي أخرجها في كتاب الإمارة ــ باب فضل الجهاد والخروج فى سبيل الله (١٤٩٥/٣) (١٨٧٦) طبعة مطبعة دار إحياء الكتب العربية . تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى . بدون تاريخ ولا رقم.

(٢) راجع لسان العرب . مادة (ضمن) (٢٥٧/١٣) طبعة دار الفكر، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ ــ ١٩٩٠م .

(٣) محمد بن يعقوب بن محمد أبو الطاهر الفيروزابادى ، من أهل شيراز، لغوى كبير أخذ الأدب واللغة عن أبيه وغيره من علماء شيراز.أخذ عنه الصفدى وابن عقيل وغيرهم ، ولد (٧٢٩) وت. (٨١٧)هـ . انظر معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٧٧٦/٣) طبعة مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى١٤١٤ هـ ــ ١٩٩٣م .

فالتـزمه ، وما جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه ، و المُضَمَّن كمعظم ــ من الشـعر ــ ما ضمنته بيتاً ، ومن البيت ما لا يتم معناه إلا بالذي يليه ، ومن الأصـوات مالا يستطاع الوقوف عليه حتى يوصل بآخر ، وضِمْنُ الكتاب بالكسر طَيُّةُ ، وتضمنه : اشتمل عليه "[1] .

قـال المُطَـرِّزى[2]: إن الضـمان هـو الكفالـة ، يقـال : ضـمن المـال مـنه : إذا كفـل لـه بـه وضمنه غيره ، وقوله ــ عليه السـلام حكايـة عـن الله سـبحانه ــ : مـن خـرج مجاهـدا في سبيلي وابـتغاء مرضـاتي فأنـا علـيه ضـامن أو هـو علـي ضامن ــ شك الـراوي ــ والمعنـى أنـي فـي ضمان ما وعدته من الجزاء حيا وميتا وعُـدِّى بعلـى ؛ لأنـه يتضـمن معنى محامٍ ورقيب ، وقوله : هو علي ضـامن قـريب المعنـى مـن الأول إلا أنه يؤول الضامن بذي الضمان، فـيعود إلـى معنـى الـواجب كأنـه علىَّ واجب الحفظ والرعاية كالشيء المضمون [3] .

ويقـال : ضَـمِنْتُ المـال وبـه ضمانا فأنا ضامن وضمين : التـزمته ويـتعدى بالتضـعيف فـيقال : ضـمَّنته المال ألزمته إياه . قال

---

(١) القامـوس المحـيط للفيـروزابادى : مـادة (ضـمن) (٢٣٩/٤) نسخة مصورة عن الطـبعة الثالـثة للمطـبعة الأميـرية سـنة ١٣٠١هـ الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٣٩٧هـ ـ٩٧٧م.

(٢) ناصـر الـدين عـبد السـيد بـن علـي المطرزى نسبة إلى تطريز الثياب وكنيته أبو الفـتح. حنفـي ولـد (٥٣٨هـ) وت. ٦١٠ هـ .أديب نحوي برع في فنون اللغة العـربية . مـن أهـم مصـنفاته :المغـرب فـي تـرتيب المعرب(كتاب في غريب ألفـاظ الفقهـاء) ــ و... ،. انظـر سـير أعـلام النـبلاء للذهبـى (٢٨/٢٢) طبعة مؤسسة الرسالة ــ بيروت ، الطبعة التاسعة ١٤١٣هـ ـ١٩٩٣م .

(٣) المغـرب فـي تـرتيب المعـرب لأبـى الفـتح بـن المطرز: مادة (ضمن) (١٣/٢). طـبعة مكتـبة أسـامة بـن زيـد بحلـب الطـبعة الأولى سنة١٩٧٩، تحقيق محمود فاخوري وعبد الحميد مختار .

بعض الفقهاء : الضمان مأخوذ من الضم ، وهو غلط من جهة الاشتقاق ؛ لأن نون الضمان أصلية ، والضم ليس فيه نون ، فهما مادتان مختلفتان .

و ضَمَّنْتُ الشيء كذا : جعلته محتويا عليه فتضمنه : أي فاشتمل عليه واحتوى ، ومنه ضمَّن الله أصلابَ الفحول النسلَ فتضمَّنَتْهُ أى ضمنته وحوته [1] .

وجاء فى طلبة الطلبة : مادة (ك ف ل) : الْكَفَالَةُ الضَّمَانُ مِنْ حَدِّ دَخَلَ وَأَصْلُهَا الضَّمُّ وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ كَفَلَ فلانٌ فُلانًا إذَا ضَمَّهُ إلَى نَفْسِهِ يَمُونُهُ وَيَصُونُهُ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾ [2] وَالْكَفْلُ مُوَاصَلَةُ الصِّيَامِ وَهُوَ الضَّمُّ بَيْنَ الصِّيَامَاتِ فِي الأيَّامِ . قَالَ الْقُطَامِيُّ يَصِفُ إبِلا تَقِفُ عِنْدَ مُؤَخِّرَاتِ الْحِيَاضِ فَلا تَشْرَبُ لِدَاءٍ بِهَا :

يَلُذْنَ بِأَعْقَارِ الْحِيَاضِ كَأَنَّهَا
نِسَاءُ النَّصَارَى أَصْبَحَتْ وَهِيَ كُفَّلُ

وَقَالَ فِي مُجْمَلِ اللُّغَةِ : (الْكِفْلُ) بِكَسْرِ الْكَافِ هُوَ الضِّعْفُ مِنْ الأجْرِ وَالإثْمِ : يَعْنِي بِهِ مَا رُوِيَ مَنْ فَعَلَ كَذَا فَلَهُ كِفْلانِ مِنْ الأَجْرِ وَمَنْ فَعَلَ كَذَا فَلَهُ كِفْلانِ مِنْ الْوِزْرِ.فَالْكَفَالَةُ ضَمُّ ذِمَّةٍ فِي الْتِزَامِ الْمُطَالَبَةِ بِالدَّيْنِ .

وجاء فى المعجم الوسيط أن الضمان : هو الكفالة والالتزام[3] .

---

(١) راجع المصباح المنير (للفيومي) في غريب الشرح الكبير للرافعي (٣٦٤/٢) . مادة : ضمن ، طبعة المكتبة العلمية . بيروت . بدون رقم ولا تاريخ . وراجع التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي : ص (٤٧٤ ــ٤٧٥) طبعة دار الفكر ــ بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ ، تحقيق د. محمد رضوان الداية .

(٢) سورة آل عمران : من الآية (٣٧) .

(٣) المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية مادة (ضمن) (٥٦٥/١) .. طبعة المجمع ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٥هـ ــ ١٩٨٥م .

ثانياً : تعريف الضمان في الفقه الإسلامي :

ذكر الفقهاء تعريفات متعددة للضمان أهمها :

١. تعريف الضمان [١] عند الحنفية :

قال الزيلعي[٢]: الضمان: هو ضم ذمة إلى ذمة في الدين[٣] .

وقال البابرتي [٤] : هو ضم الذمة إلى الذمة فى المطالبة [٥] .

---

(١) يعبر الحنفية عن الضمان بالكفالة ، وكلاهما بمعنىً .

(٢) عثمان بن علي بن مِحْجَن ، فخر الدين الزيلعي من أهل زيلع بالصومال – أبو عمر ، فقيه حنفي ، درس وأفتى ونشر الفقه واشتغل بالنحو والفقه والفرائض . أهم مصنفاته تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق – بركة الكلام على أحاديث الأحكام ــ شرح الجامع الكبير للشيباني ، قدم القاهرة وتوفي بها سنة٧٤٣هـ . انظر الدرر الكامنة فى أعيان المائة الثامنة لأبى الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي بن أحمد الشهير بابن حجر(٢٥٨/٣) طبعة مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية ــ حيدر أباد – الهند تحقيق د.محمد عبد المعيد خان الطبعة الثانية ١٩٧٢ م . و الجواهر المضية فى طبقات الحنفية لعبد القادر بن أبي الوفاء القرشي (ص: ٣٤٥) طبعة مير محمد كتب خانه ــ كراتشى . بدون رقم الطبعة ، وبدون تاريخ .

(٣) راجع تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى (١٤٦/٤) طبعة دار الكتاب الإسلامي . الطبعة الثانية .

(٤) محمد بن محمود أبو عبد الله أكمل الدين الرومي البابرتى ولد (٧١٤هـ ــ ١٣١٤م) ،فقيه حنفي أصولي متكلم مفسر محدث له عناية باللغة والنحو والصرف والمعاني والبيان – وكان علّامة المتأخرين وقائمة المحققين أهم مصنفاته : شرح الجامع الكبير للخلاطى ، العناية شرح الهداية ، العقيدة في التوحيد ، شرح مشارق الأنوار – التقرير على أصول البزدوى ، شرح وصية الإمام أبي حنيفة ، شرح المنار ــ شرح ألفية ابن معطي حاشية على الكشاف. ت. القاهرة ٧٨٦هـ ١٣٨٤م . راجع الدرر الكامنة : (١/٦) .

(٥) انظر العناية شرح الهداية للبابرتى (١٦٣/٧) طبعة دار الفكر ، بيروت . بدون رقم الطبعة وبدو ن تاريخ .

وقيل : هو ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً بنفس أو بدين أو عين كمغصوب ونحوه [١] .

فالتعريف الأول يتعرض لنوع واحد من أنواع الضمان وهو ضمان الدين وهو ما أسميته (الضمان المالي) فليس بتعريف جامع ، حيث ند عنه ضمان النفس وهو ما أسميته (الضمان الشخصى) .

وأما التعريف الثاني فإنه أعم وأشمل غير أنه ينطوى على إبهام ونقص ، فإنه لا يبين ما بينه وفصله التعريف الأخير .

٣- تعريف الضمان عند المالكية :

عرف المالكية الضمان بتعريفات منها :

ـ " الضمان شغل ذمة أخرى بالحق " [٢] .

وهذا التعريف غير جامع وغير مانع : أما كونه غير جامع فلأنه لم يشمل ضمان الوجه والطلب [٣] وأما كونه غير مانع فلكونه يشمل البيع المتعدد كمن باع رجلاً سلعة بدين ثم باع أخرى لآخر بدين إذ يصدق على البيع الثاني أنه شغل ذمة أخرى بالحق ، وهو ليس بضمان [٤] .

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفى (٥/٢٨١) وعليه حاشية ابن عابدين . طبعة دار الفكر ، بيروت الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ ـ ١٩٦٦م .

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف المواق (٧/٣٠) بهامش مواهب الجليل للحطاب . طبعة دار الفكر ـ بيروت . الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م .

(٣) سيأتي بيانه إن شاء الله فى الكلام عن الضمان الشخصى .

(٤) شرح مختصر خليل للخرشي (٦/٢١- ٢٢) طبعة دار صادر ـ بيروت . بدون رقم وبدون تاريخ .

وأجاب المالكية عن ذلك فقالوا: " قوله : شَغْلُ ذمةٍ جنسٌ ، وقوله : أخرى فصلٌ أخرج به البيع والحوالة [1] إذ ليس فيهما شغل بل براءة ذمة ، وقوله : شغل ذمة من إضافة المصدر لمفعوله : أى أن يشغل رب الحق ذمة الضامن مع الأولى وأراد بالذمة الجنس فيشمل الواحد والمتعدد ، وأراد الشغل بالحق بلا توقف على شيء أو بعد التوقف على شيء آخر كعدم إتيان المضمون في الوجه أو تهربيه أو تفريط الضامن في الطلب ، فقد اشتمل تعريفه على أنواعه الثلاثة ، وأل في الحق للعهد ، أي الحق الأول ، فخرج ما لو باع سلعة لرجل بدين ثم باع أخرى لغيره بدين " [2] .

ـــ ومن تعريفات المالكية أيضاً : أن " الضمان التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره أو طلبه من عليه لمن هو له " [3] .

فيبين هذا التعريف أن كفالة الصبي والمكره والمجنون لا تصح وكذلك السفيه ويقصد بقوله : " دينا " ضمان المال ، ويشير إلى ضمان الوجه والطلب بقوله : " أو طلبه " يقصد المكلف المذكور وهو من عليه الدين لمن له الدين ، سواء كان الطلب على وجه الإتيان به لرب الدين ، أو مجرداً عن ذلك ، فشمل التعريف

---

(١) الحوالة عقد يقتضى نقل دين من ذمة إلى ذمة أخرى . راجع القاموس الفقهى لغة واصطلاحا لسعدى أبى جيب: ص(١٠٥). ط٠دار الفكر٠دمشق ـ سوريا ـ الطبعة الأولى ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م .

(٢) الشرح الكبير للدردير (٣/ ٣٣٠) وبهامشه حاشية الدسوقى . طبعة دار الفكر. بدون رقم وبدون تاريخ .

(٣) أقرب المسالك لمذهب مالك (٣/٤٢٩-٤٣٠) وعليه حاشية الصاوى بلغة السالك لأقرب المسالك .

أنواع الضمان الثلاثة (عند المالكية) : ضمان المال ، و ضمان الوجه ، وضمان الطلب [1].

٣- تعريف الضمان عند الشافعية :

عرف الشافعية الضمان بتعريفات أهمها : ــ الضمان التزام حق ثابت في ذمة الغير ، أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك ، ويسمى الملتزم لذلك ضامناً وضميناً وحميلاً وزعيماً وكافلا وكفيلاً وصبيراً وقبيلاً [2] .

قال الماوردى [3] : غير أن العرف جارٍ بأن الضمين مستعمل في الأموال والحميل في الديات ،والزعيم في الأموال العظام ، والكفيل في النفوس ، والصبير في الجميع [4] .

ــــ ومن تعريفات الشافعية : أن الضمان " التزام ما في ذمة الغير من المال ويتحقق بالضامن والمضمون له وغيرهما " [5].

(١) راجع بلغة السالك لأقرب المسالك (٣/ ٤٢٩- ٤٣٠) طبعة دار المعارف ــ القاهرة ــ بدون رقم وبدون تاريخ .

(٢) روض الطالب لابن المقري اليمني (٢/٢٣٥) وعليه شرح أسنى المطالب لأبى يحى زكريا الأنصارى .طبعة دار الكتاب الإسلامى . بدون رقم ولا تاريخ .

(٣) علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي أبو الحسن ، فقيه شافعي مفسر أديب ، سياسي ، ولي القضاء ببلدان كثيرة ' من تصانيفه الحاوى الكبير و... ولد سنة (٣٦٤هـ) وت. سنة (٤٥٠هـ) . معجم المؤلفين (٢/٤٩٩) .

(٤) روض الطالب (٢/٢٣٥) . وراجع أيضا تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي (٥/٢٤١) طبعة إحياء التراث العربي . بدون رقم وبدون تاريخ.

(٥) شرح جلال الدين المَحلِّى لمناهج الطالبين للنووي(٢/٤٠٣) وعليه حاشيتا قليوبي وعميرة طبعة دارالفكر ــ بيروت ١٤١٥هـ ــ ١٩٩٥م . بدون رقم .

ـــ ومنها : أن الضمان : " التزام الدين والبدن والعين الآتي كل منها على العقد المحصل لذلك " [1] .

والملاحظ على تعريفات الشافعية أنها تركز على أقسام الضمان الثلاثة ـ عندهم ـ :

أحدها : يتعلق بالذمة فقط ، وهو (ضمان المال) ، أو إحضار من عليه المال ، وهو (ضمان النفس) .

وثانيها : يتعلق بالذمة والعين : كما إذا قال : ضمنت دينك على أن أؤديه من هذه العين .

وثالثها : يتعلق بالعين فقط : كما إذا قال : ضمنت دينك في هذه العين [2] .

٤- تعريف الضمان عند الحنابلة :

عرف الحنابلة الضمان بتعريفات عدة أهمها :

ـــ تعريف ابن قدامة [3] حيث قال: " الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ، فيثبت في ذمتهما

---

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي(٤/٤٣٢) طبعة دار الفكر ـ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م بدون رقم .

(٢) راجع أسنى المطالب شرح روض الطالب (٢/٢٣٥) .

(٣) **ابن قدامة** : عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر بن عبد الله المقدسي الصالحي الحنبلي وكنيته أبو محمد ويلقب بموفق الدين .ولد : ٥٤١ هـ في جُمَّاعِيل (إحدى قرى نابلس في فلسطين) ت ٦٢٠ هـ بدمشق ودفن بجبل قاسيون . فقيه ، محدث مفسر ، إمام فى علم الفرائض والأصول والنحو وكان إمام الحنابلة بجامع دمشق. انظر : مقدمة المغنى ، وسير أعلام النبلاء للذهبى (٢٢/١٦٥ـ ١٧٢) .

جميعاً ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ، واشتقاقه من الضم [١] .

ـــ ومنها " الضمان التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي إلى ربه " [٢] .

ولا يخفى أن هذا التعريف اقتصر على الضمان الشخصى (بإحضار من عليه الحق المالى) و أغفل الضمان المالى ، فهو تعريف غير جامع .

ـــ وقال آخرون : " الضمان التزام من يصح تبرعه أو مفلس برضاهما ما وجب أو يجب على غيره مع بقائه عليه " [٣] .

ويعني هذا التعريف أن الضمان التزام الحر غير المحجور عليه بالحق ، وكذلك المفلس برضا الضامن والمضمون عنه مع بقاء ذلك الحق في ذمة المضمون عنه [٤] .

---

(١) المغني لابن قدامة (٧/٧١) تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركى ، و د . عبد الفتاح محمد الحلو. طبعة هجر. الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ – ١٩٨٦ م .

(٢) منتهى الإرادات لابن النجار (٢/١٣٠) وعليه شرح منتهى الإرادات للبهوتى ، طبعة عالم الكتب . بدون رقم وبدون تاريخ .

(٣) الإقناع لشرف الدين أبي النجار المقدسى (٣/٣٦٢- ٣٦٣) وعليه كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتى . طبعة دار الفكر ١٤٠٢ هـ ـ ١٩٨٢م . بدون رقم .

(٤) راجع كشاف القناع (٣/ ٣٦٢ـ ٣٦٣) .

٥- تعريف الضمان عند الظاهرية [١]:

يرى الظاهرية أن الضمان والحوالة سواء ، فإنهم يخالفون جمهور الأئمة في أن الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في الالتزام بالحق ، بل يرون الضمان نقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن .

قال ابن حزم [٢] : " الكفالة هي الضمان ، وهي الزعامة وهي القبالة ، وهي الحمالة فمن كان له على آخر حق مال من بيع أو من غير بيع من أي وجه كان ــ حالاً أو إلى أجل ــ سواء كان الذي عليه الحق حياً أو ميتاً فضمن له ذلك الحق إنسان لاشيء عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذي له الحق ــ فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال ،

---

(١) تنسب هذه الطائفه إلى داود بن على خلف الأصبهانى أبو سليمان ،الملقب بالظاهرى ، أحد الأئمة المجتهدين فى الإسلام . وسميت بذلك لأخذها بظاهر الكتاب والسنة وإعراضها عن التأويل والرأى والقياس ، وكان داود أول من جهر بهذا القول وهو أصبهانى الأصل ، من أهل قاشان (بلدة قريبة من أصبهان) ولد فى الكوفة (٢٠١) هـ ، سكن بغداد ، وانتهت إليه رياسة العلم فيها وتوفى سنة (٢٧٠)هـ . راجع الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين لخير الدين الزركلى :(٣٣٣/٢). طبعة دار العلم للملايين ، الطبعة الخامسة . بدون تاريخ .

(٢) **ابن حزم** :على بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن خلف بن سعد بن سفيان بن يزيد كنيته أبو محمد ويعرف بابن حزم الأندلسي نسبة إلى بلاد الأندلس. فقيه ، أصولي ، حافظ ، متكلم ، ولد ٣٨٤ هـ في قرطبة ، توفى ٤٥٩ هـ في قرية تدعى أونيه (غرب الأندلس) . انظر سير أعلام النبلاء (١٨٤/١٨ ــ ٢١١) .

ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ، ولا على ورثته أبداً بشيء من ذلك الحق ـ انتصف أولم ينتصف ـ ولا بحال من الأحوال ... " [1] .

٦- تعريف الضمان عند الزيدية [2] :

جاء في البحر الزخار ما نصه : " الضمان تقرير الدين فى ذمة الضامن حتى يصير مطالباً مع الأصل[3] " [4].

ولا يخفي أن هذا التعريف غير جامع ، لأنه تضمن الضامن المالي وهو ما أشار إليه بـ (الدين) وأغفل الضمان الشخصي ، وهو ما يعرف بـ (ضمان النفس) .

وقال صاحب التاج المذهب : الضمان " في الشرع ضم ذمة فارغة إلى ذمة مشغولة للاستيثاق " [5] .

---

(١) المحلى بالآثار (٨/١١٠، ١١١) مسألة (١٢٢٩) . طبعة دار التراث ـالقاهرة . بدون رقم وبدون تاريخ . تحقيق : أحمد محمد شاكر .

(٢) إنما سموا " زيدية " لتمسكهم بقول زيد بن على بن الحسين بن على بن أبى طالب وكان زيد بن على قد بويع له بالكوفة فى أيام هشام بن عبد الملك . وزيد بن على ابن الحسين بن على بن أبى طالب العلوى الهاشمى القرشى أبو الحسن ، فقيه ، خطيب ، قرأ على واصل بن عطاء رأس المعتزلة ، ولد سنة ٧٩هـ وقيل ٨٠هـ و توفى ١٢٢هـ . راجع مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين . لأبى الحسن الأشعرى (١/١٣٦) الطبعة الثانية ـ مكتبة النهضة المصرية ١٩٦٩م تحقيق : محمد محيى الدين عبد الحميد .

(٣) هكذا بالنص ، ولعله يقصد الأصيل (وهو المدين) وهو الصواب .

(٤) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للمرتضى(٦/٧٥) طبعة دار الكتاب الإسلامى ـ القاهرة . أشرف عليها وراجعها عبد الله محمد الصديق وعبد الحفيظ سعد عطية . بدون رقم وبدون تاريخ .

(٥) التاج المذهب لأحكام المذهب ، للعنسى الصنعانى (٤/ ٣٨٥) طبعة مكتبة اليمن الكبرى . بدون رقم ولا تاريخ .

٧- تعريف الضمان عند الإمامية [١]:

من تعريفات الضمان عند الإمامية :

ـــ " الكفالـــة هـــي الـــتعهد بالـــنفس : أي التـــزام إحضـــار المكفول متى طلبه المكفول له " [٢].

وواضـــح إغفـــال التعـــريف لكفالـــة المال (الضمان المالى) فقـــد قصـــر الضـــمان (الكفالـــة) علـــى ضمان النفس فقط ، وهذا نقص لاشك فيه .

ـــ و مـــنها : " الضـــمان : وهـــو عقـــد شـــرع للتعهد بمال أو نفس. " [٣] .

وهـــو ـــ لاشـــك ـــ تعـــريف أشـــمل مـــن سابقه حيث إنه قد بين أن الضمان عقد ينتظم ضمان المال والنفس .

---

(١) هـم القائلـون بالـنص الجلـى علـى إمامة على ، وقد كفّروا الصحابة ووقعوا فيهم ، وسـاقوا الإمامـة إلـى جعفـر الصـادق ، واخـتلفوا فـى المنصـوص علية بعده . وتشـعب متأخـرون إلـى معتـزلة وإلـى إخـبارية وإلـى مشبهة وسلفية ، وملتحقة بالفـرق الضـالة. وإمـامهم هـو جعفـر بـن محمد الباقر بن على زين العابدين بن الحسـين الهاشـمى القرشـى أبـو عـبد الله ، الملقب بالصادق ، سادس الأئمة الإثنى عشـر عـند الإمامـية ، كـان مـن أجلاء التابعين . وله منزلة رفيعة فى العلم . أخذ عـنه جماعـة ، مـنهم الإمامـان أبـو حنيفة ومالك ، ولقب بالصادق ؛ لأنه لم يعرف عـنه الكـذب قـط . وقـد ولد عام ٨٠هـ العام الذى ولد فيه عمه زيد بن على ، و الإمـام أبـو حنـيفة الـنعمان وواصـل بن عطاء شيخ المعتزلة الأول ، و توفى عام ١٤٨هـ . راجـع الأعـلام للزركلـى (١٢٦/٢) . ومعجـم المؤلفـين (١٤٥/٣) . والمواقـف لعضـد الـدين الإيجـى (٦٧٨/٣) الطـبعة الأولـى ـ دار الجيل بيروت ١٩٩٧م تحقيق د/عبد الرحمن عميرة .

(٢) الروضـة البهـية شـرح اللمعـة الدمشـقية لـزين الـدين الجبعى (١٩٤/٤- ١٥٠) طبعة دار العالم الإسلامي بيروت ـ بدون تاريخ وبدون رقم .

(٣) شـرائع الإسـلام فـي مسـائل الحـلال والحـرام للمحقـق الحلـي (٨٨/٢) طبعة مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان . بدون تاريخ وبدون رقم .

٨- تعريف الضمان عند الإباضية [١] :

يعرف الإباضية الضمان بأنه : " شغل الإنسان ذمته للآخر بما شغلت به ذمة بدون تعلق الشغل بمال عليه لذلك الآخر " [٢] .

ويعني هذا التعريف أن الضمان يتطلب أن لا يكون للمضمون له على الضامن دين ، فيُعَلَّق الضمان بذلك الدين ، فخرجت الإحالة بنفي التعليق . والضمانة ــ عندهم ــ والحمالة والكفالة والزعامة و القبالة بمعنىً ، والمشغول بها يسمى : حميلاً وضميناً وزعيماً وقبيلاً [٣] .

ولا يخفى أن تعريف الإباضية الضمان قد اقتصر على الضمان المالي وأغفل الضمان الشخصي (ضمان النفس) .

والذى أراه أن الضمان هو : ضم ذمة الضامن إلى ذمة الأصيل(المضمون عنه) في المطالبة بنفس أو مال (سواء كان عينا أم غيره) عاجلا أو آجلا .

---

(١) هم المنسوبون إلى عبد الله بن إباض المقاعسى المرى التميمى ، من بنى مرة بن عبيد بن مقاعس : رأس الإباضية .اضطرب المؤرخون فى سيرته وتاريخ وفاته . وكان معاصرا لمعاوية ، وعاش إلى أواخر أيام عبد الملك بن مروان ، وتوفى سنة (٨٦) هـ . انظرالأعلام للزركلى (٦١/٤) . قالوا : مخالفونا من أهل القبلة كفار ، ومرتكب الكبيرة موحد غير مؤمن ، بناء على أن الأعمال داخلة فى الإيمان ، وكفرو علياً ﷺ و أكثر الصحابة . وراجع التعريفات للجرجانى ص(٢٠) الطبعة الأولى ــ دار الكتاب العربى ــ بيروت ١٤٠٥هـ تحقيق إبراهيم الإبيارى . و راجع الملل و النحل للشهرستانى (١٣٤/١) طبعة دار المعرفة بيروت ١٤٠٤هـ تحقيق محمد سيد كيلانى .

(٢) انظر شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش (٤١٢/٩) طبعة مكتبة الإرشاد جدة . الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ ــ ١٩٨٥م .

(٣) راجع السابق نفسه : الموضع نفسه .

ويعد أقرب تعريف إلى هذا التعريف ــ الذى اختارته هو تعريف الحنفية الضمان بأنه : " ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً بنفس أو بدين أو عين " (١).

فالمضمون في ضمان النفس هو إحضار المضمون نفسه وفي ضمان المال ــ سواء كان نقداً أم عيناً ــ هو أداؤه ، فضمان العين يدخل تحت ما أسميته الضمان المالي لا الضمان الشخصى .

وعليه فإنى أخلص من تلك التعريفات إلى أن الضمان قسمان :

الأول : ضمان النفس(الضمان الشخصى) .

الثانى : ضمان المال (الضمان المالى) .

وسيأتي بيان ذلك ــ إن شاء الله ــ في الباب الأول وهو بعنوان : **أركان الضمان .**

---

(١) راجع ص (٢٢) من هذا البحث .

ثالثا: تعريف الضمان في القانون المدني المصري :

عرف القانون المدني المصري الضمان [1] بأنه : " عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه " [2].

ويشرح الدكتور السنهورى هذا التعريف فيقول : " ويؤخذ من هذا التعريف أن الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن ، أما المدين الأصلي فليس طرفاً في عقد الكفالة ، بل إن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين ، و تجوز أيضاً رغم معارضته ، والذي يهم في الكفالة هو التزام هذا المدين ، إذ إن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل ، فيجب أن يكون مذكوراً في وضوح ودقة في عقد الكفالة ، وهذا الالتزام المكفول أكثر ما يكون مبلغ من النقود ، وقد يكون إعطاء شيء غير النقود ، كما قد يكون عملاً أو امتناعا عن عمل، فإذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغاً من النقود ضمن الكفيل ما عسى أن يحكم على المدين الأصلي من تعويض من جراء إخلاله بالالتزام بإعطاء شيء غير النقود ، أو من جراء إخلاله بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن العمل .

فالكفالة إذن تفترض وجود التزام مكفول ، وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي به ودائن ، كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول بموجبه يفي الكفيل

---

(١) يعبر القانون المدنى المصرى عن الضمان بالكفالة ، وهما بمعنىً ، على ما سبق بيانه فى التعريف بالضمان لغة واصطلاحا .

(٢) القانون المدنى المصرى : ص (١٨٦) المادة (٧٧٢) ــ ملحق العددين الأول و الثانى ــ السنة السبعون ١٩٩٠من مجلة المحاماة بمصر .

بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي . فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل،والتزام الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلى "[1].

فيؤخذ من هذا التعريف أن الكفالة عقد يلتزم به الكفيل إزاء الدائن ، أي أنها عقد بين الكفيل والدائن فقط ، فلا يكون المدين طرفاً فيه ، ولكنها تفترض وجود مدين ترد على دينه الكفالة .

ـــ ويؤخذ منه أيضاً أنه لا يجوز أن يفهم من عبارة : " إذا لم يف به المدين نفسه " (٧٧٢) مدني ـ الواردة في نهاية التعريف ـ أن التزام الكفيل التزام شرطي ، بل إنه التزام منجز ينشأ بمجرد انعقاد الكفالة ، ويحل بمجرد حلول الالتزام الأصلي . وإنما المقصود بهذه العبارة أن التزام الكفيل يكون تابعاً لالتزام المدين ، فإذا وفَّى هذا بالتزامه لم يبق ثمة محل لالتزام الكفيل ووجب أن ينقضي هذا الالتزام الأخير تبعاً لوفاء الالتزام الأول [2] .

وبإمعان النظر قليلاً يلاحظ ما يأتي :

أن التعريف المختار في الفقه الإسلامى الذى رجحته ، وهو أن : " الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في المطالبة بنفس أو بمال عاجلاً أو آجلا " [3]ـــ يتضمن نوعى الضمان : ضمان النفس وضمان المال . أما تعريف القانون المدنى

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء العاشر والأخير : في التأمينات الشخصية والعينية الدكتور عبد الرزاق السنهوري (١٩/١٠-٢٠) . طبعة دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ١٩٧٠م بدون رقم .

(٢) انظر الوافي في شرح القانون المدني (٣ / ٧ - ٨) في العقود المسماة : عقد الكفالة للدكتور سليمان مرقس . طبعة نقابة المحامين بمصر .الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٤م.

(٣) راجع ص : (٣١) من هذا البحث .

المصـــرى الضـــمان فإنـــه قد أغفل ضمان النفس ، واقتصر على ضمان المـــال ، وهـــو مـــا أشـــار إلـــيه بقوله : " بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتـــزام إذا لـــم يـــف بـــه المـــدين نفسه " فضمان الدين هو ضمان المال وإن كـــان الأخيـــر أعـــم مـــن الأول ، إلا أنه هو المقصود ؛ وعليه فإن تعـــريف الضـــمان فـــي الفقـــه الإســـلامي أعـــم وأشـــمل من تعريفه فى القانون المدني المصرى .

وبالإضـــافة إلـــى ذلـــك مـــا تفرد به فقهاء المسلمين من سبق فـــي تأصـــيل الأحكـــام ، كمـــا يقول الدكتور أحمد محمود : " وعلى ذلك يمكـــن القـــول أن معنـــى الكفالـــة فـــي الفقـــه الإسلامي ينصرف إلى ما اصـــطلح علـــيه فـــي القوانـــين الوضـــعية باعتـــبارها أداة تأمين وائتمان فجـــاء تعـــريف الفقـــه الإســـلامي جامعـــاً لأنـــواع الكفالـــة وفقاً للقوانين الحديثة .

وإن كـــان هـــذا يـــدل علـــى شيء فإنما يدل على سبق فقهاء المســـلمين فـــي تأصـــيل الأحكـــام ـــ كعـــادتهم ـــ [1] حيث جاء تعريفهم للكفالـــة جامعـــاً مانعـــاً لدلالـــتها وعناصـــرها . فالكفالـــة بالـــدين تعنى الالتـــزام بأدائـــه وهـــي الصـــورة الحديـــثة للتأمينات الشخصية ، والتى تعنـــي ضـــم ذمـــة الكفـــيل بجانـــب ذمـــة المدين للوفاء بالدين . والكفالة بالعـــين والتـــي يقصـــد بهـــا تسليمها إلى المكفول له أو ضمانها ، فتعنى

---

(١) إطـــلاق المقارنـــة بـــين الـــراجح فـــى الفقـــه الإسلامى وبين القانون المدنى المصرى مـــن قبـــيل الـــتجاوز الـــذى أرجـــو أن يسامحنى الله عليه ؛ لأن المقارنة أو الموازنة إنمـــا تكـــون بـــين أمـــرين متكافئـــين أو متقاربـــين ، وليس هناك تكافؤ أو تقارب بين مـــا شـــرعه رب البشـــر وبـــين ما وضعه البشر ، ولكن ضرورة الوقوف على أوجه قصـــور وضـــعف قوانـــين البشـــر مـــن ناحية ، وكمال وعظمة التشريع السماوى من ناحية أخرى ـــ لن يتم بيانها إلا بتلك المقارنة ، والله ربى المستعان .

ـــ في إطار القانون الوضعي ـ ما اصطلح على تسميته بالكفالة العينية ، حيث تخصص العين للوفاء بالدين أو لضمانه " [1] .

وبذلك يتضح جلياً أن الكفالة في القانون الوضعي المدني المصري لها المعنى نفسه ـ كما يقرر الدكتور أحمد عبد التواب ـ في الشريعة الإسلامية بضم ذمة إلى ذمة أي بضمان ذمة الكفيل الوفاء بكل أو بعض دين المدين الأصلي ، وذلك إذا لم تفِ ذمة المدين بهذا الدين. مع احتفاظ الشريعة الإسلامية بالسبق والشمول المشار إليهما آنفا [2] .

---

(١) عقد الكفالة ـ دراسة مقارنة بالقانون اليمني ـ للدكتور/ أحمد محمود سعد ص : (٣٢-٣٣) . طبعة دار النهضة العربية بالقاهرة – الطبعة الأولى ١٤١٥هـ ـ١٩٩٤م .

(٢) راجع أحكام الضمانات الخاصة بالوفاء بالدين ، الجزء الأول : الكفالة والرهن الرسمي للدكتور أحمد عبد التواب (٢٨/١) . طبعة مكتبة النصر بالزقازيق – الطبعة الأولى ١٩٩٩م .

المبحث الثانى
التطور التاريخى للضمان

obeikandl.com

المبحث الثانى

التطور التاريخى للضمان

بإمعان النظر يجد الدارس أن الضمان قديم قدم الإنسان ، حيث حاجة الإنسان لأخيه الإنسان أمر حتمى ، وقد تكون هذه الحاجة ديناً أو ما يشبه الدين ، فيحتاج الدائن أو صاحب الحق إلى من يؤمن له حقه عند المدين أو عند غيره ، ومن هنا نشأ الضمان .

فالضمان يعد تأميناً شخصياً لصاحب الحق ، يتحقق عن طريق ضم ذمة أو ذمم أخرى إلى جانب ذمة المدين ؛ لضمان الوفاء بالالتزام . فإذا التزم شخص آخر مع المدين بالوفاء بالدين ، فهنا نجد أن شخصاً معيناً يلعب دور التأمين ، بأن يضم ذمته إلى ذمة المدين في الوفاء بالدين . فالتأمين الشخصي يقوم على تعدد المدينين ، فبدلاً من أن يكون للدائن مدين واحد يكون له مدينون متعددون .

وإن فكرة الضمان لم تكن فى البداية وليدة الحاجة إلى توفير الضمان للدائن فقط بل ترجع أيضا إلى الوقت الذي فرضت فيه السلطة العامة تدخلها في القصاص الفردي لمراقبة تنفيذه حين أرغم الدائن ضحية الجريمة على منح المدين مهلة قبل الثأر لنفسه ، ولم يكن إرغام الدائن على هذه المهلة يسيراً بغير توفير الضمان له ، في صورة تعهد بإحضار المدين ، يحل بمقتضاه الكفيل محل المدين في حالة عدم إحضاره . وفي مرحلة لاحقة اقتصر التزامه على دفع فدية نقدية لقاء عدم حضوره [1] .

هذا وقد عرف القانون الرومانى الضمان ، حيث كانت طبيعة المجتمع القديم تسمح بهذا النوع من التأمينات الشخصية ، فقد

---

(١) راجع عقد الكفالة للدكتور أحمد سعد ص (١٦ - ١٧) .

كـــان أفـــراد الأســـرة الـــواحدة يـــبادر كل منهم بضمان غيره إذا احتاج إلـــى ضـــمان . غيـــر أن الضـــمان [الكفالـــة] لم يكن قد تميز في أول عهـــوده عـــن التضـــامن فـــي المديونية ، فقد كان الضامن مديناً متضامناً مـــع المـــدين الأصـــلي ، ولـــم يكن يوجد لكل من الضمانِ والتضامن إلا شـــكل واحـــد يلتـــزم بـــه كـــل من الضامن والمدين المتضامن ، فلم يكن الضـــمان عـــند ذاك يتميـــز عـــن التضامن ، بل كان هو والتضامن شيئا واحـــد، وكـــان الضـــامن مديـــنا متضـــامنا مع المدين الأصلي . ثم راح الضـــمان يتميـــز شـــيئاً فشـــيئاً فـــي القانـــون الروماني . فعرف القانون أنـــواعا أخـــرى مـــن الضـــمان فكـــان من يلتزم في هذه الأنواع ضامناً للمـــدين ، ولكـــنه فـــي بعضـــها يلتـــزم التـــزاماً أصلياً مستقلاً عن التزام المـــدين ، وفـــي بعضـــها الآخـــر يلتـــزم التـــزاما تابعـــا ، ولكـــنه يبقى متضامنا مع المدين .

هـــذا وقـــد مـــنع القانـــون الروماني الزوجة من ضمان زوجها وبقـــى عـــدم أهلـــية الزوجة لضمان زوجها يلعب دوراً كبيراً في القانون الفرنسي القديم ، ثم ألغي بعد ذلك ، وبقي ملغي منذ ذلك الوقت [1].

هـــذا وقـــد كـــان القانـــون الفرنســـي القديم كالقانون الروماني فـــي أول عهـــوده حـــيث اخـــتلط أيضاً الضمان بالتضامن في المديونية وبقـــيت الحـــال كـــذلك حتـــى بدأ الضمان يتميز شيئاً فشيئاً عن المديونية بالتضـــامن ، وأصـــبح الضـــامن يضـــمن ديـــناً في ذمة الغير ، وليس متضامناً معه في أصل الدين [2] .

ثـــم تطـــور الضـــمان حتـــى أصـــبح الـــرئيس السياسى أيضاً يـــبادر إلـــى ضـــمان الأشخاص المقيمين في دائرته الانتخابية . وقد كان

---

(١) راجع الوسيط للدكتور السهنورى (١٠ / ٢٢ – ٢٣)

(٢) راجع السابق نفسه (١٠/ ٢٣) .

مركز الضامن ـ في البداية ـ سيئاً بسبب إمكان التنفيذ على شخص المدين ؛ وعلى هذا كان الضامن يتعرض لأن يقتل أو يباع عبداً في الأسواق إذا لم يقم المدين بالوفاء ، وكان الضامن نفسه معسراً ، إلا أن هذا الخطر الشديد كان يمنع أي شخص غير متأكد من يساره من ضمان شخص آخر . وبهذا كان الضمان وسيلة فعالة لحفظ الحقوق وضمان الوفاء بالديون . ولم يظهر الضمان بمعناه المفهوم حديثاً إلا في وقت لاحق ، وكانت الصفة الاحتياطية لالتزام الضامن خاتمة تطور طويل اعتبر الضامن خلاله مديناً أصلياً ، حيث كان ملتزماً بصفة أصلية مثله مثل المدين الأصلي [1] .

ثم جاء الإسلام فأقر ما كان موجوداً من صور وأقسام الضمان (وهو الضمان المالى) أعني بذلك ضمان الدين ، فقد كان الأعم الأغلب ، إن لم يكن هو الأوحد من أقسام الضمان في واقع الناس قبل الإسلام . أضف إلى ذلك الضمان الشخصي ، الذى لم يكن منتشراً قبل مجئ الإسلام [2] .

ولأهمية الضمان عند المسلمين ؛ فقد عكف فقهاء المسلمين على دراسته وخصصوا له أبواباً في كتبهم ، كما سيأتي بيانه تفصيلاً ـ بإذن الله تعالى ـ وهو محل هذه الدراسة .

ثم جاء فريق من المتأخرين من علماء المسلمين ـ في عهد الخلافة العثمانية ـ فقننوا أحكام الفقه الإسلامي معتمدين في هذا على المذهب الحنفي ، وأسموا هذا التقنين : " مجلة الأحكام العدلية " وكان ذلك في عام (١٣٠٥هـ) وقد انتظم هذا التقنين الضمان تحت مسمى : " الكفالة " وجاء هذا في الكتاب الثالث : وهو يحتوي على : مقدمة وثلاثة أبواب .

---

(١) راجع عقد الكفالة للدكتور أحمد سعد : ص (١٧) .

(٢) على ما سيأتى تفصيله في هذه الدراسة بإذن الله تعالى .

ـــ أمـا عـن المقدمـة : فقـد تناولت الاصطلاحات الفقهية المـتعلقة بالكفالـة (الضـمان) . وهـى تـبدأ بالمـادة (٦١٢) وتنتهي بالمادة (٦٢٠) .

ـــ وأمـا عـن الـباب الأول فقد انتظم الكلام عن عقد الكفالة وهو يبدأ بالمادة (٦٢١) وينتهي بالمادة (٦٣٣) .

ـــ وأمـا عـن الـباب الثانـي : فقد فصل الكلام عن أحكام الكفالة وهو يبدأ بالمادة (٦٣٤) وينتهي بالمادة (٦٥٨) .

ـــ وأمـا عـن الـباب الثالث والأخير: فقد تناول الكلام عن البـراءة مـن الكفالـة . وهـو يـبدأ بالمـادة (٦٥٩) وينتهـي بالمـادة (٦٧٢) [١] .

واعـتماداً علـى المـادة (٦٤٤) مـن هـذا التقنين ، والتي تـنص علـى أن : " الطالـب [المضـمون له] يخير في المطالبة ، إن شـاء طالـب الأصـيل[المضـمون عـنه] وإن شـاء طالـب الكفـيل [الضـامن] ومطالبـته أحـدهما لا تسـقط مـن مطالبـته الآخر ، وبعد مطالبـته أحـدهما لـه أن يطالـب الآخـر ، و يطالبهما معاً " [٢] ـــ فقد قـال الدكـتور السـنهورى : إن الكفـيل كـذلك جاء في الفقه الإسلامي متضـامناً مـع المـدين الأصـلي ، وللـدائن أن يرجع على أيهما شاء ـــ كمـا نصـت هـذه المـادة المذكورة آنفاً ـــ انظر ـــ والكلام له ـــ فى أن الكفالـة هـى جعلـت أساسـاً للتضـامن السـلبى فـي الفقه الإسلامى ،

---

(١) راجـع درر الحكـام فـي شـرح مجلـة الأحكـام . لعلي حيدر (١/ ٧٢٤ - ٨٥١) تعـريب فهمـي الحسـيني المحامـي طـبعة دار الجـيل ، الطـبعة الأولـى سـنة ١٤١١هـ ـــ١٩٩١م .

(٢) السابق نفسه (١/ ٧٩٥) .

وساعد على ذلك أن الكفيل لا يملك حق التجريد فى هذا الفقه ، فللدائن أن يطالب بالدين أيا شاء المدين الأصلى أو الكفيل فتمشت أحكام الكفالة على هذا النحو مع أحكام التضامن إلى مدى بعيد ، أما تاريخ الكفالة فى الفقه الغربى فهو على العكس من ذلك ، إذ التضامن هو الذى وجد أولاً ، وكان أساساً للكفالة ، ثم تميز الكفيل بعد ذلك عن المدين المتضامن حتى كسب في النهاية حق التجريد " [1] .

بمعنى أن الكفيل لا يتعهد بالوفاء بدين المدين الأصلى إلا بعد مطالبة الدائن له أولا ، وثبوت عجز المدين الأصلى أو امتناعه عن الوفاء بالدين كله أو جزءاً منه .باعتبار أن الكفيل هو مدين احتياطى ، فيتعين على الدائن أن يجرد أولا المدين من أمواله [2] قبل أن يطالب الكفيل بالوفاء بالدين المضمون ، فإذا لم توجد للمدين أموال لم تكن كافية للوفاء بكل الدين ، كان له مطالبة الكفيل بعد ذلك به . فالكفيل إذن هو مدين احتياطى لا أصلى للدين ، فلا يجوز منطقيا مطالبة المدين الاحتياطى بالدين قبل مطالبة المدين الأصلى به أول بدء [3] .

ولا يخفى أن ما ذهب إليه الدكتور السنهورى من أن الكفيل كان فى الفقه الإسلامي متضامنا مع المدين الأصلي ... الخ ـــ بعيد كل البعد ؛ لأن المادة التى اعتمد عليها فى حكمه بأن الكفالة قد جعلت ـ على حد قوله ـ أساسا للتضامن السلبى فى الفقه

---

(١) راجع الوسيط (١٠/ ٢٣) .

(٢) وهو ما يعرف بحق التجريد .

(٣) راجع الكفالة والرهن الرسمى للدكتور عبد التواب ص : (٨١) .

الإسلامى ـــ جاءت فى تقنين اعتمد على مذهب [1] ليس هو الراجح لدى هذه الدراسة فى هذه المسألة ، كما سيأتى بيان ذلك تفصيلا ـ إن شاء الله ـ فى محله من هذه الدراسة .

وبإمعان النظر فى قضية تعدد الذمم الضامنة للوفاء بالدين يتبين أن التضامن يجعل الضامن فى مركز متساوٍ مع المدين ، حيث إن ذمة كل منهما ضامنة الوفاء بالدين ، ولا يخفى أن هذه المساواة تجافى حقيقة الضمان ، حيث إن الضامن ـ بحسب الأصل ـ غير مدين ، وكل ما هنالك أنه أصبح ضامنا الوفاء بالدين بإبرامه عقد الضمان . ومن هنا يمكن القول : أن هذا التعدد أو الضم ليس على قدم المساواة ؛ لأن مركز الأصيل (المضمون عنه) يختلف عن مركز الضامن فى درجة المسئولية عن الدين ، فالضامن مسئول من الدرجة الثانية عن الدين ، فى حين أن الأصيل (المدين) يسأل عنه بصفة أصلية ، وهذا يعنى أن مسئولية الضامن تقوم بصفة تبعية ، أي فى حالة عدم وفاء المدين الأصلي بالدين ، فلا يجوز للمضمون له (الدائن) أن يبدأ أولا بالتنفيذ على ذمة الضامن ، وإنما يجب أن يبدأ بذمة المدين ، فهو المسئول الأصلي عن الدين . وإذا بدأ الدائن بالتنفيذ على ذمة الضامن جاز لهذا الأخير ـ فى القانون المدنى المصرى ـ أن يدفع بالتجريد ، فصفة التبعية التى تلحق بالتزام الضامن تنشئ له حق الدفع بالتجريد . على

---

(١) فقد اعتمد على المذهب الحنفى ، وهو مذهب واحد من مذاهب الفقه الإسلامى ، وإن كان الجمهور قد وافقه (المذهب الحنفى) فى اعتبار تعدد الذمم الضامنة ، إلا أن الراجح بخلافه كما سيأتى تفصيله بإذن الله فى المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثانى .

أن اختلاف مركز الضامن عن مركز المدين ، والذي انتهى بصفة التبعية لالتزام الضامن ـ لا ينطبق إذا كنا بصدد الضمان التضامنى ، والذى يستطيع المضمون له ـ من خلاله ـ أن يرجع على الأصيل أو على الضامن المتضامن مع الأصيل : أيهما شاء ، وهذا البيان بمركز الكفيل قد جاء نتيجة تطور لَحِقَ بأحكام الضمان وماهيته [1] .

هذا وقد جاء القانون المدنى المصرى مفصلا ذلك كله فى المواد من(٧٧٢) إلى مادة (٨٠١) كما سيأتى ـ إن شاء الله ـ بيان ذلك والإشارة إليه خلال المقارنة بين الشريعة والقانون فى ثنايا البحث الذى بين أيدينا [2] .

---

(١) راجع عقد الكفالة للدكتور أحمد سعد : ص (٢٧ – ٢٨) .

(٢) راجع شرح هذه المواد فى: الوسيط فى شرح القانون المدنى(١٠/ ١٨– ٢٥٧). والوافى فى شرح القانون المدنى ، المجلد الثالث " عقد الكفالة " .

المبحث الثالث

مشروعية الضمان

obeikandl.com

المبحث الثالث

مشروعية الضمان

الضمان مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

أما الكتاب :

ـــ فمنه قوله تعالى : ﴿ قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [1].

والزعيم هنا هو الضامن (الكفيل) ، وهذه الآية من أقوى الأدلة على جواز الضمان .

وبنحو ذلك قال أهل التفسير : فعن ابن عباس : قوله : " وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ " قال : كفيل . وهذا مروى عن مجاهد [2] وسعيد بن جبير [3] وقتادة [4] والضحاك [5] [6] .

---

(١) سورة يوسف : الآية (٧٢) .

(٢) مجاهد بن جبر : أبو الحجاج المخزومى مولاهم المكى ، ثقة ، إمام فى التفسير وفى العلم ، ت. سنة (١٠٤) هـ وقيل غير ذلك . انظر تقريب التهذيب للحافظ ابن حجر العسقلانى (٢٢٩/٢) طبعة دار المعرفة ـ لبنان . تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف . بدون رقم الطبعة وبدون تاريخ .

(٣) سعيد بن جبير الأسدى الكوفى ، من أصحاب ابن عباس ، ثقة ثبت ، عالم بالتفسير والفقه ، كان ممن توعدهم الحجاج قتل بين يديه سنة (٩٥)هـ ، ولم يكمل الخمسين . انظر التقريب (٢٩٢/١) .

(٤) قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسى ، أبو الخطاب البصرى ، ثقة ثبت ، ولد أكمه ، حافظ العصر، يضرب به المثل فى الحفظ ،مات سنة بضع عشرة ومائة . انظر سير أعلام النبلاء للذهبى (٢٦٩/٥) والتقريب (١٢٣/٢) .

(٥) الضحاك بن مزاحم الهلالى أبو القاسم ، ثقة مأمون عالم بالتفسير ، لقى جماعة من التابعين ، ولم يشافه أحدا من الصحابة ، كان أصله من بَلْخ وكان يقيم بها مدة وبسمرقند مدة وببخارى مدة ، حملت به أمه سنتين وولد وله أسنان كان معلِّم كتَّاب يعلم الصبيان ولا يأخذ منهم شيئا ، ت . سنة (١٠٥)هـ . انظر تهذيب الكمال فى أسماء الرجال للحافظ المزى (١٧٣/٩-١٧٧) وبهامشه نيل الوطر من تهذيب التهذيب لابن حجر ومستدرك عليه الإكمال فى ذكر من له رواية فى مسند الإمام أحمد من الرجال سوى من ذكر فى تهذيب الكمال ،للإمام أبى المحاسن الحسينى ط. دار الفكر ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م.

(٦) راجع تفسير الطبرى (٢٥٦/٧-٢٥٧) . طبعة دار الكتب العلمية ـ بيروت ـ الطبعة الأولى ، ١٤١٢ هـ- ١٩٩٢م .

قال ابن كثير : " (وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) وهذا من باب الضمان والكفالة " [1] .

وقال ابن العربى [2] فى تفسير هذه الآية :" قال علماؤنا : هذا نص فى جواز الكفالة " [3] .

ولا يخفى على المتأمل أن هذه الآية دليل واضح جلى على جواز الكفالة على الرجل ؛ لأن المؤذن الضامن هو غير يوسف عليه السلام فإذا قال الرجل : تحملت أو تكفلت أو ضمنت أو أنا حميل لك أو زعيم أو كفيل أو ضامن أو قبيل ، أو هو لك عندى أو علىَّ أو إلىَّ أو قِبَلِى – فذلك كله حمالة لازمة ، وقد اختلف الفقهاء فيمن تكفل بالنفس أو بالوجه ، هل يلزمه ضمان المال أو لا ؟ . على تفصيل [4].

---

(١) تفسير ابن كثير(٢ / ٤٨٥) . طبعة مكتبة دار التراث بالقاهرة ــ بدون رقم ولا تاريخ .

(٢) محمد بن عبدالله بن محمد الأندلسى الإشبيلى، المالكى ، أبو بكر بن العربى،عالم فقيه أصولى مفسر ، تولى القضاء بإشبيلية بعد عودته . ولد سنة (٤٦٨)هـ . وقيل(٤٦٩) وتوفى سنة (٥٤٣)هـ . من تصانيفه أحكام القرآن و.... انظر معجم المؤلفين : (٤٥٦/٣).

(٣) أحكام القرآن (٣ / ١٠٩٥) . طبعة دار الجيل – بيروت ، تحقيق : على محمد البجاوى بدون رقم الطبعة و بدون تاريخ .

(٤) راجع تفسير القرطبى (١٥٢/٩) طبعة دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ ــ ١٩٨٨ م . وسيأتى بإذن الله مناقشة هذا الدليل وغيره فى الباب الأول .

قال السمعانى : " وقوله (وَأَنَا بِهِ زَعِيم) أى كفيل والزعيم والكفيل والضمين بمعنى واحد ، ويسمى الرئيس زعيما ؛ لأنه كفل أمور القوم ، زعيم يقوم بمصالحهم ويتكلم عنهم ، فإن قيل أتجوز الكفالة بالمجهول عندكم ، وهذه كفالة بالمجهول قلنا : لا تجوز ويحتمل أن حمل البعير كان معلوما قدره عندهم ، **والثاني** أن هذه جعالة [1] ولم تكن كفالة ، وعندنا تجوز مثل هذه الجعالة " [2] .

ـــ ومنه قوله ﷻ : ﴿أَوْ تَأْتِيَ بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلاً﴾ [3].

قبيلا أى : ضمينا [4] .

فالقبالة بفتح القاف أى : الكفالة ، وهى فى الأصل مصدر قَبِلَ ـ بفتح عينه وكسرها ـ إذا كفل . وقبُل بالضم إذا صار قبيلا أى : كفيلا ، وتقبل به يعنى : تكفل كقبل [5] .

والآية الكريمة وإن كان الاستدلال بها على مشروعية الضمان بعيدا إلا أنه يصح الاستدلال بها على جواز استخدام لفظ " القبيل " بمعنى : الضامن .

---

(١) الجعالة عقد يتقدر فيه الثمن ولا يتقدر فيه المثمن . راجع أحكام القرآن لابن العربى (١٠٩٧/٣) .

(٢) تفسير القرآن للإمام أبي المظفر السمعانى : (٣ / ٥٠) .

(٣) سورة الإسراء : من الآية (٩٢) .

(٤) التبيان فى تفسير غريب القرآن (٢٦٩/١) لشهاب الدين المصرى ، طبعة دار الصحابة للتراث بطنطا ، الطبعة الأولى ١٩٩٢. تحقيق د/ فتحى أنور الدابولى.

(٥) راجع لسان العرب مادة (قبل) (٥٤٤/١١) .

وأما السنة :

فهناك أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الضمان عموما منها :١ـ حديث سلمة بن الأكوع ﷺ[1] قال : " **كنا جلوسا عند النبي ﷺ إذ أتي بجنازة ، فقالوا : صل عليها ، فقال : هل عليه دين ؟ قالوا : لا ، قال : فهل ترك شيئا ؟ قالوا : لا ، فصلى عليه ، ثم أتي بجنازة أخرى ، فقالوا : يا رسول الله صل عليها ، قال : هل عليه دين ؟ قيل نعم ، قال : فهل ترك شيئا ؟ قالوا : ثلاثة دنانير ، فصلى عليها ، ثم أتي بالثالثة ، فقالوا: صل عليها قال : هل ترك شيئا ؟ قالوا : لا ، قال : فهل عليه دين ؟ قالوا ثلاثة دنانير ، قال : صلوا على صاحبكم ، قال أبو قتادة [2] : صل عليه يا رسول الله وعلىَّ دينه فصلى عليه**" [3] .

---

(١) سلمة بن عمرو بن الأكوع صحابى جليل ، أول مشاهده الحديبية ، وكان من الشجعان ، ويسبق الفرس عدواً ، بايع النبى ﷺ عند الشجرة على الموت ، ت. سنة (٧٤) بالمدينة وقيل غير ذلك . انظر الإصابة فى تمييز الصحابة للحافظ بن حجر (١٢٧/٣) دارسة وتحقيق وتعليق عادل أحمد عبد الموجود ، على محمد معوض . قدم له وقرظه أ.د . محمد عبد المنعم البسرى ، ود. عبد الفتاح أبو سنة، ود. جمعة طاهر النجار. الطبعة الأولى ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م طبعة دار الكتب العلمية بيروت ـ لبنان . ، وأسد الغابة فى معرفة الصحابة . لعز الدين بن الأثير (٢٧١/٢، ٢٧٢) . طبعة دار الفكر بيروت . ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م .

(٢) أبو قتادة الأنصارى الحارث بن ربعى بن بلدعة السلمى الأنصارى الخزرجى ، اختلف فى كونه بدريا ، شهد أحدا وما بعدها ، فارس رسول الله ﷺ ، توفى سنة (٥٤) هـ بالمدينة . انظر أسد الغابة (٢٥٠/٥، ٢٥١) .

(٣) صحيح البخارى ـ كتاب الحوالات ـ باب إذا أحال دين الميت على رجل جاز (٧٨/٣) رقم (٢٢٨٩) وهو مروىّ من طريق آخر ـ دون تحديد قيمة الدين ـ فى كتاب الكفالة ـ باب من كفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع (٨٢/٣) رقم (٢٢٩٥) .

ووجه الدلالة فى هذا الحديث هو قبول النبى ﷺ ضمان أبى قتادة أداء دين الميت ، ولو لم يكن الضمان مشروعا ؛ لما صلى النبى ﷺ عليه .

٢- حديث أبي قتادة ـ رضى الله عنه ـ :**أن النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها ، فقال : " صلوا على صاحبكم فإن عليه دينا " فقال أبو قتادة : أنا أتكفل به ، قال النبى ﷺ : "بالوفاء؟ " قال : بالوفاء . وكان الذي عليه ثمانية عشر أو تسعة عشر درهما** [1].

هذا الحديث أوضح فى الدلالة من الأول ؛ لأن أبا قتادة ﷺ صرح بضمان ما على الميت من دين بقوله : " أنا أتكفل به " فأكد النبى ﷺ عليه بضمان الوفاء بدين الميت بقوله ﷺ :" بالوفاء ؟ " وهذا يدل دلالة واضحة على جواز الضمان .

٣- حديث جابر ﷺ [2] قال :" **كان رسول الله ﷺ لا يصلي على رجل مات ، وعليه دين فأتي بميت فقال : أعليه دين ؟ قالوا :**

---

(١) سنن ابن ماجه : كتاب الصدقات ـــ باب الكفالة (٨٠٤/٢)(٢٤٠٧) . طبعة المكتبة العلمية ـ بيروت . تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ـ بدون تاريخ ولا رقم . والحديث صححه الألبانى فى صحيح سنن ابن ماجه (٥١/٢) (١٩٥١) الناشر مكتب التربية العربى لدول الخليج ـ الرياض أشرف على الطبع والتصحيح المكتب الإسلامى فى بيروت. الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م .

(٢) جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصارى السلمى ، وأمه نسيبة بنت عقبة بن عدى تجتمع مع أبيه فى حرام ، يكنى أبا عبدالله ، شهد العقبة الثانية مع أبيه وهو صبى قال جابر : لم أشهد بدرا ولا أحدا ، منعنى أبى فلما قتل يوم أحد لم أتخلف عن رسول الله ﷺ فى غزوة قط ، ت سنة (٧٤)هـ . ﷺ .انظر أسد الغابة(٣٠٧/١، ٣٠٨) .

نعم ديناران ، قال : صلوا على صاحبكم ، فقال أبو قتادة الأنصارى ﷺ : هما علي يا رسول الله ، قال : فصلى عليه رسول الله ﷺ فلما فتح الله على رسول الله ﷺ قال أنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك دينا فعلي قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته [1] .

قال الخطابى [2] : " فيه من الفقه جواز الضمان عن الميت ـــ ترك وفاء بقدر الدين أو لم يترك ـــ وهذا قول الشافعى " [3] .

وقوله فى الحديث الأول : (**ثلاثة دنانير**) وفي الثانى (**ثمانية عشر أو تسعة عشر درهما**) وفى الثالث (**ديناران**) يدل على تعدد الوقائع .

---

(١) سنن أبى داود : كتاب البيوع والإجارات ـــ باب فى التشديد فى الدين (٦٣٨/٣) (٣٣٤٣) ومعه كتاب معالم السنن للخطابى وهو شرح عليه. إعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس.طبعة مكتبة الحنفاء.الطبعة الأولى.١٣٨٩هـ ـــ ١٩٦٩م ١٩٧٠م ، والحديث صحيح .راجع صحيح سنن أبى داود (٦٤٣/٢)(٢٨٥٩) . باختصار السند . صحح أحاديثه الألبانى بتكليف من مكتب التربية العربى لدول الخليج – الرياض. اختصر أسانيده وعلق عليه وفهرسه زهير الشاويش الناشر. مكتب التربية العربى لدول الخليج توزيع المكتب الإسلامى بيروت الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م .

(٢) أحمد بن محمد بن إبراهيم الخطابى أبو سليمان ، من ولد زيد بن الخطاب أخى الخليفة ، محدث فقيه لغوى أديب ولد سنة (٣١٩) ببست من بلاد كابل. ت. سنة (٣٨٨) هـ . من تصانيفه : غريب الحديث. انظر معجم المؤلفين (٢٣٨/١) .

(٣) معالم السنن للخطابى : (٦٣٨/٣) .

قال الحافظ فى الفتح : " قوله : (**ثلاثة دنانير**) وفى حديث جابر عند الحاكم[1] " **ديناران** " [2] وأخرجه أبو داود من وجه آخر عن جابر نحوه [3] وكذلك أخرجه الطبرانى [4] ويجمع بينهما بأنهما كانا دينارين وشطرا ، فمن قال ثلاثة جبر الكسر ومن قال ديناران ألغاه أو كان أصلهما ثلاثة فوفى قبل موته دينارا وبقي عليه ديناران ، فمن قال ثلاثة فباعتبار الأصل ومن قال ديناران فباعتبار ما بقي من الدين ، والأول أليق ووقع عند ابن ماجه من حديث أبى قتادة " **ثمانية عشر درهما** " وهذا دون دينارين ويجمع إن ثبت بالتعدد .

قوله : (فقال أبو قتادة : صل عليه يا رسول الله ، وعلى دينه فصلى عليه) وفي رواية ابن ماجه من حديث أبي قتادة نفسه " فقال أبو قتادة وأنا أتكفل به " زاد الحاكم في حديث جابر : " فقال هما عليك وفى مالك والميت منهما برئ ؟ قال نعم ، فصلى

---

(١) الحاكم : أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الطهمانى النيسابورى ، الإمام العلم ، الحافظ الناقد العلامة ، ولد سنة (٣٢١) بنيسابور ، وتوفى بها سنة (٤٠٥)هـ. انظر : سير أعلام النبلاء للذهبى (١٦٢/١٧) وكذلك معجم المؤلفين (٤٥٤/٣) .

(٢) المستدرك على الصحيحين : كتاب البيوع ـ باب التشديد فى أداء الدين (٢ / ٥٨) قال الذهبى : صحيح . التلخيص : الموضع نفسه ، وهو بذيل المستدرك . طبعة دار المعرفة ـ بيروت . إشراف د/ يوسف عبد الرحمن المرعشلى ـ بدون تاريخ ولا رقم.

(٣) هو الحديث الثالث .

(٤) معجم الطبرانى الكبير (١٠٥/٨) (٧٥٠٦) . طبعة مكتبة العلوم والحكم بالموصل . بدون رقم ـ ١٤٠٤ هـ ـ ١٩٨٣م .

عليه ، فجعل رسول الله ﷺ إذا لقى أبا قتادة يقول : **ما صنعت الديناران** ؟ حتى كان آخر ذلك أن قال : قد قضيتهما يا رسول الله ، قال : **الآن حين بردت عليه جلده** .

وقد وقعت هذه القصة مرة أخرى ؛ فروى الدارقطني من حديث على ﷺ " **كان رسول الله ﷺ إذا أتى بجنازة لم يسأل عن شيء من عمل الرجل ، ويسأل عن دينه ، فإن قيل عليه دين كف ، وإن قيل ليس عليه دين صلى . فأتى بجنازة ، فلما قام ليكبر سأل " هل عليه دين ؟ " فقالوا : ديناران ، فعدل عنه فقال على : هما علي يا رسول الله وهو بريء منهما ، فصلى عليه ، ثم قال لعلى: " جزاك الله خيرا وفك الله رهانك** " الحديث [1].

قال ابن بطال [2] : ذهب الجمهور إلى صحة هذه الكفالة ولا رجوع له في مال الميت . وعن مالك له أن يرجع إن قال إنما ضمنت لأرجع ، فإذا لم يكن للميت مال وعلم الضامن بذلك فلا رجوع له ، وعن أبي حنيفة إن ترك الميت وفاء جاز الضمان بقدر ما ترك ، وإن لم يترك وفاء لم يصح ذلك . وهذا الحديث حجة

---

(١) سنن الدار قطنى (٤٧/٣) (١٩٤) وبذيله التعليق المغنى على الدارقطنى لأبى الطيب محمد آبادى . طبعة عالم الكتب . الطبعة الثالثة ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م . لم أقف على درجة الحديث صحة أو ضعفا .

(٢) ابن بطال : العلامة أبو الحسن ؛ عَلِيُّ بن خلف بن بطال البكرى ، القرطبى ، ثم البلنسى ، ويعرف بابن اللَّجَّام . شارح صحيح البخارى ، كان من كبار المالكية ، و كان من أهل العلم و المعرفة ، عُنى بالحديث العناية التامة ، شرح الصحيح فى عدة أسفار رواه الناس عنه ، وله أيضاً "الاعتصام " فى الحديث و كتاب فى الزهد والرقائق . ت. فى صفر سنة ٤٤٩هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٨ / ٤٧) .

للجمهور . وفي هذا الحديث إشعار بصعوبة أمر الدين وأنه لا ينبغي تحمله إلا من ضرورة " [1] .

ومما يؤيد ما اختارته من تعدد القصص ما ذهب إليه الإمام الشوكانى [2] ، حيث علق على ما قاله ابن حجر ، فقال : " ولا يخفى ما في ذلك من التعسف ، والأولى الجمع بين الروايات كلها بتعدد القصة وأحاديث الباب تدل على أنها تصح الضمانة عن الميت ويلزم الضمين ما ضمن به ، وسواء كان الميت غنيا أو فقيرا ، وإلى ذلك ذهب الجمهور وأجاز مالك للضامن الرجوع على مال الميت إذا كان له مال وقال أبو حنيفة : لا تصح الضمانة إلا بشرط أن يترك الميت وفاء دينه وإلا لم يصح والحكمة في ترك النبي ﷺ الصلاة على من عليه دين تحريض الناس على قضاء الديون في حياتهم والتوصل إلى البراءة لئلا تفوتهم صلاة النبى ﷺ " [3] .

٤- حديث أبى أمامة الباهلي ﷺ [4] قال سمعت رسول الله ﷺ في خطبته عام حجة الوداع : **إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث والولد للفراش وللعاهر الحجر وحسابهم**

---

(١) فتح البارى (٥٤٦/٤) .

(٢) الشوكانى : محمد بن على بن محمد الصنعانى أبو عبد الله ، ولد بشوكان سنة (١١٧٣) هـ. مفسر محدث فقيه أصولي ، نشأ بصنعاء ، وتولى القضاء ، من تصانيفه : فتح القدير ونيل الأوطار ... ت. سنة (١٢٥٠) . انظر معجم المؤلفين (٥٤١/٣) .

(٣) نيل الأوطار للشوكانى: (٢٣٨/٥) ، طبعة دار الحديث ــ بدون رقم ولا تاريخ.

(٤) أبو أمامة الباهلى : صُدى بن عجلان بن الحازن ، سكن مصر، ثم حمص من الشام ،كان من المكثرين فى الرواية،مات ﷺ بحمص سنة(٨١)هـ .وهو آخر من مات من الصحابة بالشام انظر أسد الغابة (١٦/٥)(٣٩٨/٢) .

علـى الله ومـن ادعـى إلـى غيـر أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعـنة الله الـتابعة إلـى يـوم القيامة ، لا تنفق المرأة شيئا من بيتها إلا بـإذن زوجهـا فقـيل يـا رسـول الله : ولا الطعـام قـال : ذلك أفضل أموالـنا ، قـال : ثـم قـال رسـول الله ﷺ : " العاريـة مؤداة والمنحة مـردودة والـدين مقضـي والـزعيم غـارم " (١) . والـزعيم هـنا هو الضامن .

وأما الإجماع :

قـال ابـن قدامـة : " أجمـع المسـلمون على جواز الضمان في الجملة . وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى " (٢).

وفـى شـرح منتهـى الإرادات : " الضـمان جائز إجماعا في الجملـة ؛ لقـوله تعالـى: ﴿ **وَلِمَـنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ** ﴾ . قال ابن عباس : الزعيم الكفيل ؛ ولقوله ﷺ (**الزعيم غارم**) " (٣) .

---

(١) مسـند الإمـام أحمـد بـن حنـبل(٢٦٧/٥)(٢٢٣٤٨)واللفظ له.وسنن الترمذى : كتاب البـيوع ـ بـاب مـا فـى أن العارية مؤداة(٥٦٥/٣)(١٢٦٥)تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقـي ، طـبعة دار الكـتب العلمـية بيـروت- لبـنان.(١٤٠٨هـ ـ١٩٨٧م)وهو حـديث صـحيح.راجـع : صـحيح سـنن التـرمذى للألبانـى(٢١٨/٢)(١٧٢١). باختصـار السـند ، بتكلـيف مـن مكـتب التـربية العربى لدول الخليج – المكتب الإسلامى فى بيروت . الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م .

(٢) المغنى (٧٢/٧) .

(٣) شـرح منتهـى الإرادات للبهوتـى (١٢٢/٢) . وراجـع كـذلك : المـبدع فى شرح المقـنع لابـن مفلـح ، فقـد نقـل الإجمـاع أيضا على ثبوت الضمان ، فقال : " وهو ثابـت بالإجمـاع " (٢٤٨/٤) طـبعة المكـتب الإسـلامي ، بيـروت ١٤٠٠هـ بدون رقم .

هـذا وقـد نقـل ابـن المـنذر الإجمـاع على " أن الرجل إذا ضـمن عـن الـرجل لرجل مالا معلومة [1] بأمره : أن الضمان لازم له وله أن يأخذ ممن ضمن عنه " [2] .

وأما المعقول :

فـإن الحاجـة إلـى الضـمان قوية وملحة ، فلا يوجد مجتمع يخلـو مـن البـيع والشـراء والـتداين وغيـر ذلك مما لا غنى فيه عن الكفالـة (الضـمان) ، فقـد شـرع الضـمان للتيسـير علـى الناس ، ولضـمان حقـوق بعضـهم علـى بعـض ، ولفـض المنازعات بضمان بعض الناس بعضهم الآخر .

---

(١) هكذا وردت بالأصل والصواب : معلوما .

(٢) الإجمـاع ص(٥٩) للإمـام ابـن المـنذر . طـبعة دار الكـتب العلمية . بيروت – لبنان ، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ ١٩٨٨م.