

مقدمة

مُتَكَلِّمَاتُ

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 (١)
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 نصحي وإرشادى وتعليمى ، ولولا فضل الله ثم ما
أفاض علىَّ به أستاذى الكريم من توجيهات سديدة ونقدات صائبة —
لَمَّا 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 — بعد فضل الله تعالى — 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 ^(١)) أم لا ، وإذا لم تكن مصدرا — كما سيأتى بيانه بإذن الله — فما الذى تميز به تشريع رب العالمين على تشريع البشر .

(١) وهو ما يعرف فى القانون المدنى المصرى بالكفالة ، كما سيأتى شرحه تفصيلا — بإذن الله — 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 للراجع 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 :

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

ثانياً : 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 يتسن لى دراسة القانون إلا فى مرحلة الدكتوراه ، وقد تكبدت من أجل ذلك جهداً ومشقة كبيرين ، غير أن طبيعة الدراسة اقتضت ذلك .

ثالثاً : صعوبة الوقوف على درجة الحديث من الصحة والضعف .

الخطوة والمنهج :

أما عن الخطوة فقد تكونت هذه الدراسة — بتوفيق من الله ومنه ثم بإرشادات أستاذي الجليل الأستاذ الدكتور/ محمد شرف الدين خطاب — بعد هذه المقدمة — من : تمهيد وثلاثة أبواب وخاتمة وفهارس عامة :

****أما عن المقدمة:** فقد بينت فيها أهمية هذا البحث ، وأسباب اختياري هذا الموضوع ، والصعوبات التي واجهتني أثناء دراسته والخطوة التي اتبعتها ، والمنهج الذي انتهجته .

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

المبحث الأول : تعريف الضمان : وينتظم ما يأتي :

أولاً : الضمان لغة .

ثانياً : تعريف الضمان في الفقه الإسلامي .

ثالثاً : تعريف الضمان في القانون المدني المصري .

المبحث الثاني : التطور التاريخي للضمان : وفيه تم

بيان التطور التاريخي 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 .

1 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 والمضمون له فى الفقه الإسلامى.

وينتظم مبحثين :

المبحث الأول : حق المضمون له فى المطالبة .

المبحث الثانى : تعدد الضامين .

الفصل الثانى : العلاقة بين الضامن والمضمون له فى القانون المدنى

المصرى . وينتظم مبحثين :

المبحث الأول : حق المضمون له فى المطالبة

المبحث الثانى : تعدد الضامين

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 : به 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 الفقہى لخطاب الضمان .

رابعاً : خطاب الضمان بين الشريعة والقانون .

خامساً : حكم العمولة التى يتقاضاها مُصدر خطاب الضمان .

الفصل الثانى (الأخير) : الضمان والاعتمادات المستندية .

وينتظم ما يأتى :

أولاً : مفهوم الاعتمادات المستندية .

ثانياً : علاقة الاعتماد المستندى بالضمان .

ثالثاً : الاعتماد المستندى بين الفقه والقانون

أ. الاعتماد المستندى فى القانون .

ب. الاعتماد المستندى فى الفقه .

رابعاً : حكم أخذ المصرف عمولة أو فائدة .

****وأما الخاتمة** فقد جاءت إيجازاً لأهم جوانب البحث والنتائج التى توصلت إليها من خلال هذه الدراسة . وما يُوصى به . ثم أنهيت البحث بعمل فهارس عامة تنمّة 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 – فى كثير من الأحيان – بذكر كلام أصحاب المذهب فى كتابين أو ثلاثة مع الإحالة على بقية المراجع ، وقد كان ذلك خاضعاً 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 – حسب أهمية المسألة أو كثرة الخلاف فيها أو قلتها – ولم أجمع فى ذكر الأقوال الموافقين والمخالفين كلا على حده ، وإنما ذكرت أقوال كل مذهب منفرداً لاختلاف أصحاب المذهب على أنفسهم ، ولكنى فعلت ذلك (جمع الموافقين والمخالفين كلا على حده) فى ذكر أدلة

الفريقين المختلفين - إن كانت تستحق الأفراد بالكلام - 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 - إن وجد^(١) - وأذكر تباعا ما أراه فور كل قضية لئلا يتيه القارئ - 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 .

أما عن الدراسات السابقة عن الضمان ، فلم أجد — فيما وقفت عليه — من درسه في نطاق تلك المذاهب الثمانية مع مقارنته بالقانون المدني المصري — كما سبقت الإشارة — ولكنني وقفت على ثلاثة كتب ذات صلة بالموضوع الكفالة (الضمان) : واحد منها في الشريعة والثاني في القانون والأخير بينهما ، لكنه ليس في صميمها : أما الأول فهو بعنوان : " الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية " للدكتور السالوس . وقد جاءت هذه الدراسة مقتضبة في نطاق المذاهب الأربعة — باختصار شديد أدى إلى غموض في بعض المسائل — مع إشارات بسيطة للقانون المدني . والحق أنني قد أفدت منها في الوقوف على بعض مسائل الموضوع في نطاق تلك المذاهب . وأما الثاني الذي في القانون فهو بعنوان : " عقد الكفالة " للدكتور أحمد سعد ، وهي دراسة للقانون المدني اليمني مقارنا بالقانون المدني المصري ، ولم أفد منها كثيرا لأنه ركز فيها على القانون المدني اليمني . وأما الأخير فهو كتاب بعنوان : " الضمان في الفقه الإسلامي " للأستاذ على الخفيف ، وقد بين مؤلفه في مقدمته أنه قد أرجأ بحث موضوع الكفالة وضمان النفس وسلامتها إلى زمن مستقبل ، وهذا يعني أن تعرضه لموضوعي (الضمان) لم يكن إلا في جزئيات قليلة ، وقد صرح بأنه قد قصر مؤلفه على دراسة أهم مسائل الضمان فيما يتلف من الأموال .

وقد امتازت هذه الدراسة التي بين أيدينا عن تلك الدراسات ذات الصلة — قربت الصلة أم بعدت — بهذا الموضوع (الضمان) بما يأتي :

أولا : التوسع والشمول في جزئيات وكليات البحث ، وهذا واضح جدا في ثنايا البحث .

ثانيا : أن دراسة الدكتور السالوس ركزت على المذهب الأربعة المشهورة : (المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي) ، 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 إجمالاً قد يكون فى كثير من المواضع مخلاً ، فمثلاً تناول انقضاء الضمان فقها وقانوناً فى خمس صفحات ونصف ، بينما تناولته الدراسة فى سبع وأربعين صفحة .

ثالثاً : أن دراسة الدكتور سعد دراسة قانونية بحثة 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 أستاذى الجليلين : الأستاذ الدكتور/ محمد شرف الدين خطاب ، والأستاذ الدكتور/ محمد أحمد سراج .

رابعاً : 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 — العريش .

١٤٢٦/٨/٢ هـ — ٢٠٠٥/٩/٥ م .

تمهيد

**الضمان : ماهيته ، تطوره ، مشروعيته
و ينتظم ما يأتي :**

المبحث الأول : تعريف الضمان .

المبحث الثاني : التطور التاريخي للضمان .

المبحث الثالث : مشروعية الضمان .

المبحث الأول تعريف الضمان

المبحث الأول

تعريف الضمان

أولاً : الضمان لغة :

الضمان : يعني الكفالة والضمين : الكفيل . يقال : ضَمِنَ الشيء وبه ضماناً وضماناً : كفّل به . وضمّنه إياه : كفّله ومنه : فلان ضامن وضمين وكافل وكفيل . يقال أضمنت الشيء أضمنه ضماناً ، وأنا ضامن ، وهو مضمون . وفي الحديث " تضمن الله لمن يخرج في سبيله لا يخرجه إلا جهاداً في سبيلي وإيماناً بي وتصديقاً برسلي فهو عليّ ضامن أن أدخله الجنة أو أرجعه إلى مسكنه الذي خرج منه نائلاً ما نال من أجر أو غنيمة " (١) . وضمّنته الشيء تضميناً فتضمنه عني مثل غرّمته . وضمن الشيء الشيء أودعه إياه كما تودع الوعاء المتاع والميت القبر : فكلّ شيء جعلته في وعاء فقد ضمّنته إياه ... (٢).

وقال الفيروزابادي (٣) : " ضمن الشيء وبه كعلم ضماناً فهو ضامن وضمين : كفّله وضمّنته الشيء تضميناً فتضمنه عني : غرّمته

(١) متفق عليه ، واللفظ لمسلم . صحيح البخاري : كتاب فرض الخمس — باب قول النبي ﷺ أحلت لكم الغنائم (٣٨١/٤) رقم (٣١٢٣) طبعة دار الكتب العلمية بيروت — لبنان . الطبعة الأولى . ١٤١٢ هـ — ١٩٩٢ م ولفظه : " تكفل الله ... " وهو يبين معنى تضمن في رواية مسلم التي أخرجها في كتاب الإمارة — باب فضل الجهاد والخروج في سبيل الله (١٤٩٥/٣) (١٨٧٦) طبعة مطبعة دار إحياء الكتب العربية . تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي . بدون تاريخ ولا رقم .
(٢) راجع لسان العرب . مادة (ضمن) (٢٥٧/١٣) طبعة دار الفكر ، الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ — ١٩٩٠ م .

(٣) محمد بن يعقوب بن محمد أبو الطاهر الفيروزابادي ، من أهل شیراز ، لغوي كبير أخذ الأدب واللغة عن أبيه وغيره من علماء شیراز . أخذ عنه الصفدي وابن عقيل وغيرهم ، ولد (٧٢٩) وت . (٨١٧) هـ . انظر معجم المؤلفين لعمر رضا كحالة (٧٧٦/٣) طبعة مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ١٤١٤ هـ — ١٩٩٣ م .

فالتزمه ، وما جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه ، و المضمن كمعظم — من الشعر — ما ضمنته بيتاً ، ومن البيت ما لا يتم معناه إلا بالذي يليه ، ومن الأصوات ما لا يستطيع الوقوف عليه حتى يوصل بآخر ، وضمن الكتاب بالكسر طيئة ، وتضمنه : اشتمل عليه " (١) .

قال المطرزي^(٢): إن الضمان هو الكفالة ، يقال : ضمن المال منه : إذا كفل له به وضمنه غيره ، وقوله — عليه السلام حكاية عن الله سبحانه — : من خرج مجاهداً في سبيلي وابتغاء مرضاتي فأنا عليه ضامن أو هو علي ضامن — شك الراوي — والمعنى أنني في ضمان ما وعدته من الجزاء حياً وميتاً وعُدّي بعلى ؛ لأنه يتضمن معنى محامٍ ورفيق ، وقوله : هو علي ضامن قريب المعنى من الأول إلا أنه يؤول الضامن بذی الضمان ، فيعود إلى معنى الواجب كأنه على واجب الحفظ والرعاية كالشيء المضمون (٣) .

ويقال : ضمنتُ المال وبه ضماناً فأنا ضامن وضمين : التزمته ويتعدى بالتضعيف فيقال : ضمنتُ المال ألزمته إياه . قال

(١) القاموس المحيط للفيروزابادي : مادة (ضمن) (٢٣٩/٤) نسخة مصورة عن الطبعة الثالثة للمطبعة الأميرية سنة ١٣٠١هـ — الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٣٩٧هـ — ١٩٧٧م .

(٢) ناصر الدين عبد السيد بن علي المطرزي نسبة إلى تطريز الثياب وكنيته أبو الفتح . حنفي ولد (٥٣٨هـ) وت. ٦١٠ هـ . أديب نحوي برع في فنون اللغة العربية . من أهم مصنفاته : المغرب في ترتيب المعرب (كتاب في غريب ألفاظ الفقهاء) — و... ، انظر سير أعلام النبلاء للذهبي (٢٨/٢٢) طبعة مؤسسة الرسالة — بيروت ، الطبعة التاسعة ١٤١٣هـ — ١٩٩٣م .

(٣) المغرب في ترتيب المعرب لأبى الفتح بن المطرزي : مادة (ضمن) (١٣/٢) . طبعة مكتبة أسامة بن زيد بحلب الطبعة الأولى سنة ١٩٧٩ ، 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 ضَمَنْتُ الشيء كذا : جعلته محتويا عليه فتضمنه : أي فاشتمل عليه واحتوى ، ومنه ضَمَّنَ الله أصْلابَ الفحول النسل فتضمنته أي ضمنته وحوته (١) .

وجاء في طلبه الطلبة : مادة (ك ف ل) : الْكَفَالَةُ الضَّمَانُ مِنْ حَدِّ دَخَلَ وَأَصْلُهَا الضَّمُّ وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ كَفَلَ فُلَانٌ فُلَانًا إِذَا ضَمَّهُ إِلَى نَفْسِهِ يَمُونُهُ وَيَصُونُهُ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾ (٢) وَالْكَفْلُ مُوَاصَلَةُ الصِّيَامِ وَهُوَ الضَّمُّ بَيْنَ الصِّيَامَاتِ فِي الْأَيَّامِ . قَالَ الْقُطَامِيُّ يَصِفُ إِبِلًا تَقِفُ عِنْدَ مُؤَخَّرَاتِ الْحِيَاضِ فَلَا تَشْرَبُ لِذَاءِ بِهَا : يُلْذَنَ بِأَعْقَارِ الْحِيَاضِ كَأَنَّهَا

نِسَاءُ النَّصَارَى أَصْبَحَتْ وَهِيَ كُفْلٌ وَقَالَ فِي مُجْمَلِ اللُّغَةِ : (الْكَفْلُ) بِكَسْرِ الْكَافِ هُوَ الضَّعْفُ مِنَ الْأَجْرِ وَالْإِثْمِ : يَعْنِي بِهِ مَا رَوَى مَنْ فَعَلَ كَذَا فَلَهُ كِفْلَانٍ مِنَ الْأَجْرِ وَمَنْ فَعَلَ كَذَا فَلَهُ كِفْلَانٍ مِنَ الْوِزْرِ. فَالْكَفَالَةُ ضَمُّ ذِمَّةٍ فِي التَّزَامِ الْمُطَالَبَةِ بِالذِّينِ .

وجاء في المعجم الوسيط أن الضمان : هو الكفالة والالتزام (٣) .

(١) راجع المصباح المنير (للفيومى) 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 - ٤٧٥) طبعة دار الفكر - 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 - ١٩٨٥م .

ثانياً : تعريف الضمان في الفقه الإسلامي :

ذكر الفقهاء تعريفات متعددة للضمان أهمها :

1. 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 في المطالبة ^(٥) .

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

(٢) عثمان بن علي بن مَحَجَن ، فخر الدين الزيلعي من أهل زيلع بالصومال - أبو عمر ، فقيه حنفي ، درس وأفتى ونشر الفقه واشتغل بالنحو والفقه والفرائض . أهم مصنفاته تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - بركة الكلام على أحاديث الأحكام - شرح الجامع الكبير للشيباني ، قدم القاهرة وتوفي بها سنة ٧٤٣هـ . انظر الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي بن أحمد الشهير بابن حجر (٢٥٨/٣) طبعة مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية - حيدر آباد - الهند تحقيق د. محمد عبد المعيد خان الطبعة الثانية ١٩٧٢ م . و الجواهر المضية في طبقات الحنفية لعبد القادر بن أبي الوفاء القرشي (ص: ٣٤٥) طبعة مير محمد كتب خانة - كراتشي . بدون رقم الطبعة ، وبدون تاريخ .

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

(٤) محمد بن محمود أبو عبد الله أكمل الدين الرومي البابرتي ولد (٧١٤هـ - ١٣١٤م) ، فقيه حنفي أصولي متكلم مفسر محدث له عناية باللغة والنحو والصرف والمعاني والبيان - وكان علامة 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 - شرح ألفية ابن معطي حاشية على الكشف . ت. القاهرة ٧٨٦هـ - ١٣٨٤م . راجع الدرر الكامنة : (١/٦) .

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

وقيل : هو ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصل 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 الشخصي) .

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

٢- تعريف الضمان عند المالكية :

عرف المالكية الضمان بتعريفات منها :

— " 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 فلأنه 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 للحصكفي (٢٨١/٥) وعليه حاشية ابن

عابدين . طبعة دار الفكر ، بيروت الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ — ١٩٦٦م .

(٢) التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف المواق (٣٠/٧) بهامش مواهب

الجليل للحطاب . طبعة دار الفكر — بيروت . الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ —

١٩٩٢م .

(٣) سيأتي بيانه إن شاء الله في الكلام عن الضمان الشخصي .

(٤) شرح مختصر خليل للخرشي (٢١/٦ - ٢٢) طبعة دار صادر — بيروت .

بدون رقم وبدون تاريخ .

وأجاب المالكية عن ذلك فقالوا: " قوله : شَغْلُ ذِمَّةٍ جنسٌ ، وقوله : أخرى فصلٌ أخرج به البيع والحوالة ^(١) إذ ليس فيهما شغل بل براءة ذمة ، وقوله : شغل ذمة من إضافة المصدر لمفعوله : أي 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 تهريبه أو تفريط الضامن في الطلب ، فقد اشتمل تعريفه على أنواعه الثلاثة ، وأل في الحق للعهد ، أي الحق الأول ، فخرج مالهو باع سلعة لرجل بدين ثم باع أخرى لغيره بدين " ^(٢) .

— ومن تعريفات المالكية أيضاً : أن " الضمان التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره أو طلبه من عليه لمن هو له " ^(٣) .

فبين هذا التعريف أن كفالة الصبي والمكره والمجنون لا تصح وكذلك السفیه 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 الفقهي لغة واصطلاحاً لسعدى أبى جيب: ص(١٠٥) . ط٠ دار الفكر ٠ دمشق — سوريا — الطبعة الأولى ١٤١٩هـ — ١٩٩٨م .

(٢) الشرح الكبير للدريير (٣ / ٣٣٠) وبهامشه حاشية الدسوقي . 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 ، و ضمان الطلب^(١).

٣- تعريف الضمان عند الشافعية :

عرف الشافعية الضمان بتعريفات أهمها : — 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 وكافلاً وكفياً وصبيراً وقبلاً^(٢) .

قال الماوردي^(٣) : غير أن العرف جارٍ بأن الضمين مستعمل في الأموال والحميل في الديات ، والزعيم في الأموال العظام ، والكفيل في النفوس ، والصبير في الجميع^(٤) .

— ومن تعريفات الشافعية : أن الضمان " التزام ما في ذمة الغير من المال ويتحقق بالضامن والمضمون له وغيرهما " ^(٥).

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

(٢) روض الطالب لابن المقرئ اليميني (٢ / ٢٣٥) وعليه شرح أسنى المطالب لأبي يحيى زكريا الأنصاري . طبعة دار الكتاب الإسلامي . 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 الحاوي الكبير ... ولد سنة (٣٦٤ هـ) وت. سنة (٤٥٠ هـ) . معجم المؤلفين (٢ / ٤٩٩) .

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

(٥) شرح جلال الدين المحلى لمنهاج الطالبين للنووي (٢ / ٤٠٣) وعليه حاشيتا قليوبي وعميرة طبعة دار الفكر - بيروت ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م . بدون رقم .

— ومنها : أن الضمان : " التزام الدين والبدن والعين الآتي كل منها على العقد المحصل لذلك " (١) .

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

أحدها : يتعلق بالذمة فقط ، وهو (ضمان المال) ، أو إحضرار 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 (٢) .

٤- تعريف الضمان عند الحنابلة :

عرف الحنابلة الضمان بتعريفات عدة أهمها :

— تعريف ابن قدامة (٣) حيث قال: " الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ، فيثبت في ذمتها

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي (٤/٤٣٢) طبعة دار الفكر — ١٤٠٤هـ — ١٩٨٤م بدون رقم .

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

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

جميعاً ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ، واشتقاقه من الضم (١) .

— ومنها " الضمان التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي إلى ربه " (٢) .

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

— وقال آخرون : " الضمان التزام من يصح تبرعه أو مفلس برضاها ما وجب أو يجب على غيره مع بقاءه 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) المغنسي لابن قدامة (٧١/٧) تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ، و د .

عبد الفتاح محمد الحلو . طبعة هجر . الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

(٢) منتهى الإرادات لابن النجار (١٣٠/٢) وعليه شرح منتهى الإرادات للبهوتي ،

طبعة عالم الكتب . بدون رقم وبدون تاريخ .

(٣) الإقناع لشرف الدين أبي النجار المقدسي (٣٦٢/٣ - ٣٦٣) وعليه كشف القناع

عن متن الإقناع للبهوتي . طبعة دار الفكر ١٤٠٢ هـ — ١٩٨٢ م .

بدون رقم .

(٤) راجع كشف القناع (٣ / ٣٦٢ - 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 - حالاً أو إلى أجل - سواء كان الذي عليه الحق حياً أو ميتاً فضمن له ذلك الحق إنسان لشيء عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذي له الحق - فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال ،

(١) تنسب هذه الطائفة إلى داود بن علي خلف الأصبهاني 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 أصبهاني الأصل ، من أهل قاشان (بلدة قريبة من أصبهان) ولد فى الكوفة (٢٠١) هـ ، سكن بغداد ، وانتهت إليه رئاسة 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 : علي 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 فى قرطبة ، توفى ٤٥٩ هـ فى قرية تدعى أونيه (غرب الأندلس) . انظر سير أعلام النبلاء (١٨/١٨٤ - ٢١١) .

ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ، ولا على ورثته أبداً بشيء من ذلك الحق - انتصف أولم ينتصف - ولا بحال من الأحوال ... " (١) .

٦- تعريف الضمان عند الزيدية (٢) :

جاء في البحر الزخار ما نصه : " الضمان تقرير الدين في ذمة الضامن حتى يصير مطالباً مع الأصل (٣) " (٤) .

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

وقال صاحب التاج المذهب : الضمان " في الشرع ضم ذمة فارغة إلى ذمة مشغولة للاستيثاق " (٥) .

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

(٢) إنما سموا " زيدية " لتمسكهم بقول زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب وكان زيد بن علي قد بويع له بالكوفة في أيام هشام بن عبد الملك .
وزيد بن علي ابن الحسين بن علي بن أبي طالب العلوي الهاشمي القرشي أبو الحسن ، فقيه ، خطيب ، قرأ على وأصل بن عطاء رأس المعتزلة ، ولد سنة ٧٩هـ وقيل ٨٠هـ وتوفي ١٢٢هـ . راجع مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين . لأبي الحسن الأشعري (١٣٦/١) الطبعة الثانية - مكتبة النهضة المصرية ١٩٦٩م تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد .

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

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

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

٧- تعريف الضمان عند الإمامية^(١):

من تعريفات الضمان عند الإمامية :

— " الكفالة هي التعهد بالنفس : أي التزام إحضار المكفول متى طلبه المكفول له " ^(٢).

وواضح إغفال التعريف لكفالة المال (الضمان المالي) فقد قصر الضمان (الكفالة) على ضمان النفس فقط ، وهذا نقص لاشك فيه .

— و منها : " الضمان : وهو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس " ^(٣) .

وهو — لاشك — تعريف أشمل من سابقه حيث إنه قد بين أن الضمان عقد ينتظم ضمان المال والنفس .

(١) هم القائلون بالنص الجلي على إمامة علي ، وقد كفّروا الصحابة ووقعوا فيهم ، وساقوا الإمامة إلى جعفر الصادق ، واختلقوا في المنصوص عليه بعده . وتشعب متأخرون إلى معتزلة وإلى إخبارية وإلى مشبهة وسلفية ، وملتحقة بالفرق الضالة . وإمامهم هو جعفر بن محمد الباقر بن علي زين العابدين بن الحسين الهاشمي القرشي أبو عبد الله ، الملقب بالصادق ، سادس الأئمة الإثني عشر عند الإمامية ، كان من أجلاء التابعين . وله منزلة رفيعة في العلم . أخذ عنه جماعة ، منهم الإمامان أبو حنيفة ومالك ، ولقب بالصادق ؛ لأنه لم يعرف عنه الكذب قط . وقد ولد عام ٨٠هـ العام الذي ولد فيه عمه زيد بن علي ، و الإمام أبو حنيفة النعمان وواصل بن عطاء شيخ المعتزلة الأول ، وتوفي عام ١٤٨هـ . راجع الأعلام للزركلي (١٢٦/٢) . ومعجم المؤلفين (١٤٥/٣) . والمواقف لعضد الدين الإيجي (٦٧٨/٣) الطبعة الأولى — دار الجيل بيروت ١٩٩٧م تحقيق د/عبد الرحمن عميرة .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية لزين الدين الجبعي (١٩٤/٤ - ١٥٠) طبعة دار العالم الإسلامي بيروت — بدون تاريخ وبدون رقم .

(٣) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للمحقق الحلي (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 — عندهم — والحالة والكفالة والزعامة و القباله بمعنى ، 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 الأصل (المضمون عنه) في المطالبة بنفس أو مال (سواء كان عينا أم غيره) عاجلاً أو آجلاً .

(١) هم المنسوبون إلى عبد الله بن إياض المقاعسى المرى التميمي ، من بنى مرة بن عبيد بن مقعاس : رأس الإباضية . اضطرب المؤرخون فى سيرته وتاريخ وفاته . وكان معاصراً لمعاوية ، وعاش إلى أواخر أيام عبد الملك بن مروان ، وتوفى سنة (٨٦) هـ . انظر الأعلام للزركلى (٤/٦١) . قالوا : مخالفونا من أهل القبلة كفار ، ومرتكب الكبيرة موحد غير مؤمن ، بناء على أن الأعمال داخله فى الإيمان ، وكفروا عليه ﷺ وأكثر الصحابة . وراجع التعريفات للجرجاني ص (٢٠) الطبعة الأولى — دار الكتاب العربى — بيروت ١٤٠٥ هـ تحقيق إبراهيم الإبيارى . و راجع الملل و النحل للشهرستانى (١/١٣٤) طبعة دار المعرفة بيروت ١٤٠٤ هـ تحقيق محمد سيد كيلانى .

(٢) انظر شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش (٩/٤١٢) طبعة

مكتبة الإرشاد جدة . الطبعة الثالثة ١٤٠٥ هـ — ١٩٨٥ م .

(٣) راجع السابق نفسه : الموضوع نفسه .

ويعد أقرب تعريف إلى هذا التعريف — الذي 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 — سواء كان نقداً أم عيناً — هو أدائه ، فـضمان العين يدخل تحت ما أسمىته الضمان المالي لا الضمان الشخصي .

وعليه فإنني أخلص من تلك التعريفات إلى أن الضمان

قسمان :

الأول : ضمان النفس (الضمان الشخصي) .

الثاني : ضمان المال (الضمان المالي) .

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

(١) راجع ص (٢٢) من هذا البحث .

ثالثاً: تعريف الضمان في القانون المدني المصري :

عرف القانون المدني المصري الضمان^(١) بأنه : " عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه " ^(٢).

ويشرح الدكتور السنهوري 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 امتناعاً 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 يفى الكفيل

(١) يعبر القانون المدني المصري عن الضمان بالكفالة ، وهما بمعنى ، على ما سبق بيانه في التعريف بالضمان لغة واصطلاحاً .

(٢) القانون المدني المصري : ص (١٨٦) المادة (٧٧٢) — ملحق العددين الأول و الثاني — السنة السبعون ١٩٩٠ من مجلة المحاماة بمصر .

بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي . فالكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل، والالتزام الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلي " (١).

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 تقتض وجود مدين ترد على دينه الكفالة .

— ويؤخذ منه أيضاً أنه لا يجوز أن يفهم من عبارة : " إذا لم يف به المدين نفسه " (٧٧٢) مدني — الواردة في نهاية التعريف — 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 للالتزام المدين ، فإذا وفّى هذا بالتزامه لم يبق ثمة محل للالتزام الكفيل ووجب أن ينقضي هذا الالتزام الأخير تبعاً لوفاء الالتزام الأول (٢) .

وبإمعان النظر قليلاً يلاحظ ما يأتي :

أن التعريف المختار في الفقه الإسلامي الذي رجحته ، وهو أن : " الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في المطالبة بنفس أو بمال عاجلاً أو آجلاً " (٣) — يتضمن نوعي الضمان : ضمان النفس وضمان المال . أما تعريف القانون المدني

(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 — 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 .

المصري الضمان فإنه قد أغفل ضمان النفس ، واقتصر على ضمان المال ، وهو ما أشار إليه بقوله : " بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه " ف ضمان الدين هو ضمان المال وإن كان الأخير أعم من الأول ، إلا أنه هو المقصود ؛ وعليه فإن تعريف الضمان في الفقه الإسلامي أعم وأشمل من تعريفه في القانون المدني المصري .

وبالإضافة إلى ذلك ما تفرد به فقهاء المسلمين من سبق في تأصيل الأحكام ، كما يقول الدكتور أحمد محمود : " وعلى ذلك يمكن القول أن معنى الكفالة في الفقه الإسلامي ينصرف إلى ما اصطلح عليه في القوانين الوضعية باعتبارها أداة تأمين وائتمان فجاء تعريف الفقه الإسلامي جامعاً لأنواع الكفالة وفقاً للقوانين الحديثة .

وإن كان هذا يدل على شيء فإنما يدل على سبق فقهاء المسلمين في تأصيل الأحكام — كعادتهم — ^(١) حيث جاء تعريفهم للكفالة جامعاً مانعاً لدلالاتها وعناصرها . فالكفالة بالدين تعني الالتزام بأدائه وهي الصورة الحديثة للتأمينات الشخصية ، والتي تعني ضم ذمة الكفيل بجانب ذمة المدين للوفاء بالدين . والكفالة بالعين والتي يقصد بها تسليمها إلى المكفول له أو ضمانها ، فتعني

(١) إطلاق المقارنة بين الراجح في الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري من قبيل التجاوز الذي أرجو أن يسامحني الله عليه ؛ لأن المقارنة أو الموازنة إنما تكون بين أمرين متكافئين أو متقاربين ، وليس هناك تكافؤ أو تقارب بين ما شرعه رب البشر وبين ما وضعه البشر ، ولكن ضرورة الوقوف على أوجه قصور وضعف قوانين البشر من ناحية ، وكمال وعظمة التشريع السماوي من ناحية أخرى — لن يتم بيانها إلا بتلك المقارنة ، والله ربي المستعان .

— في إطار القانون الوضعي — ما اصطلح على تسميته بالكفالة العينية ، حيث تخصص العين للوفاء بالدين أو لضمانه " (١) .

وبذلك يتضح جلياً أن الكفالة في القانون الوضعي المدني المصري لها المعنى نفسه — كما يقرر الدكتور أحمد عبد التواب — في الشريعة الإسلامية بضم ذمة إلى ذمة أي بضمان ذمة الكفيل الوفاء بكل أو بعض دين المدين الأصلي ، وذلك إذا لم تف ذمة المدين بهذا الدين. مع احتفاظ الشريعة الإسلامية بالسبق والشمول المشار إليهما آنفاً (٢) .

(١) عقد الكفالة — دراسة مقارنة بالقانون اليمني — للدكتور/ أحمد محمود سعد ص : (٣٢-٣٣) . طبعة دار النهضة العربية بالقاهرة — الطبعة الأولى ١٤١٥هـ — ١٩٩٤م .

(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 الثاني التطور التاريخي للضمان

المبحث الثاني

التطور التاريخي للضمان

بإمعان النظر يجد الدارس أن الضمان قديم قدم الإنسان ، حيث حاجة الإنسان لأخيه الإنسان أمر حتمي ، 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 في البداية وليدة الحاجة إلى توفير الضمان للدائن فقط بل ترجع أيضاً 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 ^(١) .

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

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

كان أفراد الأسرة الواحدة يبادر كل منهم بضمان غيره إذا احتاج إلى ضمان . غير أن الضمان [الكفالة] لم يكن قد تميز في أول عهوده عن التضامن في المديونية ، فقد كان الضامن مديناً متضامناً مع المدين الأصلي ، ولم يكن يوجد لكل من الضمان والتضامن إلا شكل واحد يلتزم به كل من الضامن والمدين المتضامن ، فلم يكن الضمان عند ذاك يتميز عن التضامن ، بل كان هو والتضامن شيئاً واحداً ، وكان الضامن مديناً متضامناً مع المدين الأصلي . ثم راح الضمان يتميز شيئاً فشيئاً في القانون الروماني . فعرف القانون أنواعاً أخرى من الضمان فكان من يلتزم في هذه الأنواع ضامناً للمدين ، ولكنه في بعضها يلتزم التزاماً أصلياً مستقلاً عن التزام المدين ، وفي بعضها الآخر يلتزم التزاماً تابعاً ، ولكنه يبقى متضامناً مع المدين .

هذا وقد منع القانون الروماني الزوجة من ضمان زوجها وبقي عدم أهلية الزوجة لضمان زوجها يلعب دوراً كبيراً في القانون الفرنسي القديم ، ثم ألغي بعد ذلك ، وبقي ملغياً منذ ذلك الوقت ^(١) .

هذا وقد كان القانون الفرنسي القديم كالقانون الروماني في أول عهوده حيث اختلط أيضاً الضمان بالتضامن في المديونية وبقيت الحال كذلك حتى بدأ الضمان يتميز شيئاً فشيئاً عن المديونية بالتضامن ، وأصبح الضامن يضمن ديناً في ذمة الغير ، وليس متضامناً معه في أصل الدين ^(٢) .

ثم تطور الضمان حتى أصبح الرئيس السياسي أيضاً يبادر إلى ضمان الأشخاص المقيمين في دائرته الانتخابية . وقد كان

(١) راجع الوسيط للدكتور السهنوري (١٠ / ٢٢ - ٢٣)

(٢) راجع السابق نفسه (١٠ / ٢٣) .

مركز الضامن - في البداية - سيئاً بسبب إمكان التنفيذ على شخص المدين ؛ وعلى هذا كان الضامن يتعرض لأن يقتل أو يباع عبداً في الأسواق إذا لم يقيم 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 للالتزام الضامن خاتمة تطور طويل اعتبر الضامن خلاله مديناً أصلياً ، حيث كان ملتزماً بصفة أصلية مثله مثل المدين الأصلي ^(١) .

ثم جاء الإسلام فأقر ما كان موجوداً من صور وأقسام الضمان (وهو الضمان المالي) 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 ، الذي لم يكن منتشراً قبل مجئ الإسلام ^(٢) .

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

ثم جاء فريق من المتأخرين من علماء المسلمين - في عهد الخلافة العثمانية - ففقدوا أحكام الفقه الإسلامي معتمدين في هذا على المذهب الحنفي ، وأسماوا هذا التقنين : " مجلة الأحكام العدلية " وكان ذلك في عام (١٣٠٥ هـ) 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 سيأتي تفصيله في هذه الدراسة بإذن الله تعالى .

— أما عن المقدمة : فقد تناولت الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالكفالة (الضمان) . وهي تبدأ بالمادة (٦١٢) وتنتهي بالمادة (٦٢٠) .

— وأما عن الباب الأول فقد انتظم الكلام عن عقد الكفالة وهو يبدأ بالمادة (٦٢١) وينتهي بالمادة (٦٣٣) .

— وأما عن الباب الثاني : فقد فصل الكلام عن أحكام الكفالة وهو يبدأ بالمادة (٦٣٤) وينتهي بالمادة (٦٥٨) .

— وأما عن الباب الثالث والأخير: فقد تناول الكلام عن البراءة من الكفالة . وهو يبدأ بالمادة (٦٥٩) وينتهي بالمادة (٦٧٢) ^(١) .

واعتماداً على المادة (٦٤٤) من هذا التقنين ، والتي تنص على أن : " الطالب [المضمون له] يخير في المطالبة ، إن شاء طالب الأصل [المضمون عنه] وإن شاء طالب الكفيل [الضامن] ومطالبته أحدهما لا تسقط من مطالبته الآخر ، وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ، و يطالبهما معاً " ^(٢) — فقد قال الدكتور السنهوري : إن الكفيل كذلك جاء في الفقه الإسلامي متضامناً مع المدين الأصلي ، وللدائن أن يرجع على أيهما شاء — كما نصت هذه المادة المذكورة آنفاً — انظر — والكلام له — في أن الكفالة هي جعلت أساساً للتضامن السلبي في الفقه الإسلامي ،

(١) راجع درر الحكام في شرح مجلة الأحكام . لعلي حيدر (١ / ٧٢٤ - ٨٥١)
تعريب فهمي الحسيني المحامي طبعة دار الجيل ، الطبعة الأولى سنة

١٤١١هـ - ١٩٩١م .

(٢) السابق نفسه (١ / ٧٩٥) .

وساعد على ذلك أن الكفيل لا يملك حق التجريد فى هذا الفقه ، فللدائن أن يطالب بالدين أيا شاء المدين الأصلي 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 فى النهاية حق التجريد " (١) .

بمعنى أن الكفيل لا يتعهد بالوفاء بدين المدين الأصلي إلا بعد مطالبة الدائن له أولاً ، وثبوت عجز المدين الأصلي أو امتناعه عن الوفاء بالدين كله أو جزءاً منه . باعتبار أن الكفيل هو مدين احتياطى ، فيتعين على الدائن أن يجرد أولاً المدين من أمواله (٢) 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 منطقياً مطالبة المدين الاحتياطى بالدين قبل مطالبة المدين الأصلي به أول بدء (٣) .

ولا يخفى أن ما ذهب إليه الدكتور السنهورى من أن الكفيل كان فى الفقه الإسلامى متضامناً مع المدين الأصلي ... الخ — بعيد كل البعد ؛ لأن المادة التى اعتمد عليها فى حكمه بأن الكفالة قد جعلت — على حد قوله — أساساً للتضامن السلبي فى الفقه

(١) راجع الوسيط (٢٣ / ١٠) .

(٢) وهو ما يعرف بحق التجريد .

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

الإسلامي — جاءت في تقنين اعتمد على مذهب ^(١) ليس هو الراجح لدى هذه الدراسة في هذه المسألة ، كما سيأتى بيان ذلك تفصيلاً — إن شاء الله — في محله من هذه الدراسة .

وبإمعان النظر في قضية تعدد الذمم الضامنة للوفاء بالدين يتبين أن التضامن يجعل الضامن في مركز متساوٍ مع المدين ، حيث إن ذمة كل منهما ضامنة الوفاء بالدين ، ولا يخفى أن هذه المساواة تجافى حقيقة الضمان ، حيث إن الضامن — بحسب الأصل — غير مدين ، وكل ما هنالك أنه أصبح ضامناً الوفاء بالدين بإبرامه عقد الضمان . ومن هنا يمكن القول : أن هذا التعدد أو الضم ليس على قدم المساواة ؛ لأن مركز الأصل (المضمون عنه) يختلف عن مركز الضامن في درجة المسؤولية عن الدين ، فالضامن مسئول من الدرجة الثانية عن الدين ، في حين أن الأصل (المدين) يسأل عنه بصفة أصلية ، وهذا يعنى أن مسؤولية الضامن تقوم بصفة تبعية ، أي في حالة عدم وفاء المدين الأصلي بالدين ، فلا يجوز للمضمون له (الدائن) أن يبدأ أولاً 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 — في القانون المدني المصري — أن يدفع بالتجريد ، فصفة التبعية التي 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) في اعتبار تعدد الذمم الضامنة ، إلا أن الراجح بخلافه كما سيأتى تفصيله بإذن الله في المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثانى .

أن اختلاف مركز الضامن عن مركز المدين ، والذي انتهى بصفة التبعية لالتزام الضامن — لا ينطبق إذا كنا بصدد الضمان التضامني ، والذي يستطيع المضمون له — من خلاله — أن يرجع على الأصل أو على الضامن المتضامن مع الأصل : أيهما شاء ، وهذا البيان بمركز الكفيل قد جاء نتيجة تطور لَحَقَ بأحكام الضمان وماهيته ^(١) .

هذا وقد جاء القانون المدني المصري مفصلاً ذلك كله في المواد من (٧٧٢) إلى مادة (٨٠١) كما سيأتي — إن شاء الله — بيان ذلك والإشارة إليه خلال المقارنة بين الشريعة والقانون في ثنايا البحث الذي بين أيدينا ^(٢) .

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

(٢) راجع شرح هذه المواد في: الوسيط في شرح القانون المدني (١٠/ ١٨ - ٢٥٧).
والوفاي في شرح القانون المدني ، المجلد الثالث " عقد الكفالة " .

المبحث الثالث

مشروعية الضمان

المبحث الثالث

مشروعية الضمان

الضمان مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

أما الكتاب :

— فمنه قوله تعالى : ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ^(١) .
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 ^(٢) وسعيد بن جبير ^(٣) وقتادة ^(٤) والضحاك ^(٥) ^(٦) .

(١) سورة يوسف : الآية (٧٢) .

(٢) مجاهد بن جبر : أبو الحجاج المخزومي مولا هم المكي ، ثقة ، إمام في التفسير وفي العلم ، ت. سنة (١٠٤) هـ وقيل غير ذلك . انظر تقريب التهذيب للحافظ ابن حجر العسقلاني (٢٢٩/٢) طبعة دار المعرفة - لبنان . تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف . بدون رقم الطبعة وبدون تاريخ .

(٣) سعيد بن جبير الأسدي الكوفي ، 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 قنادة السدوسي ، أبو الخطاب البصري ، ثقة ثبت ، ولد أكمه ، حافظ العصر ، يضرب به المثل في الحفظ ، مات سنة بضع عشرة ومائة . انظر سير أعلام النبلاء للذهبي (٢٦٩/٥) والتقريب (١٢٣/٢) .

(٥) الضحاك بن مزاحم الهلالي أبو القاسم ، ثقة مأمون عالم بالتفسير ، لقي جماعة من التابعين ، ولم يشافه أحدا من الصحابة ، كان أصله من بلخ وكان يقيم بها مدة وبسمرقند مدة وبخارى مدة ، حملت به أمه سنتين وولد وله أسنان كان معلّم كتاب يعلم الصبيان ولا يأخذ منهم شيئا ، ت . سنة (١٠٥) هـ . انظر تهذيب الكمال في أسماء الرجال للحافظ المزي (١٧٣/٩-١٧٧) وبهامشه نيل الوطر من تهذيب التهذيب لابن حجر ومستدرك عليه الإكمال في ذكر من له رواية في مسند الإمام أحمد من الرجال سوى من ذكر في تهذيب الكمال ، للإمام أبي المحاسن الحسيني ط . دار الفكر ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م .

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

قال ابن كثير : " (وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) وهذا من باب الضمان والكفالة " (١) .

وقال ابن العربي (٢) فى تفسير هذه الآية : " قال علماؤنا : هذا نص فى جواز الكفالة " (٣) .

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 على أو إلیّ أو قبلى - فذلك كله حمالة لازمة ، وقد اختلف الفقهاء فيمن تكفل بالنفس أو بالوجه ، هل يلزمه ضمان المال أو لا ؟ . على تفصيل (٤) .

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

(٢) محمد بن عبدالله بن محمد الأندلسى الإشبيلى، المالکى ، 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 - بيروت - الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ - 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 كفّل 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 ^(١) ولم تكن كفالة ، وعندنا تجوز مثل هذه الجعالة " ^(٢) .

— ومنه قوله ﷺ : «أَوْ تَأْتِي بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا» ^(٣) .
قبيلًا أى : ضمينا ^(٤) .

فالقابلة بفتح القاف أى : الكفالة ، وهى فى الأصل
مصدر قَبِلَ — بفتح عينه وكسرهما — إذا كفّل . وقَبِلَ بالضم إذا
صار قبيلًا أى : كفيلا ، وتقبل به يعنى : تكفل كقبل ^(٥) .

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 المثلن . راجع أحكام القرآن لابن
العربى (١٠٩٧/٣) .

(٢) تفسير القرآن للإمام أبى 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 عموماً منها : ١ — حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه ^(١) قال : " كنا جلوساً عند النبي ﷺ إذ أتى بجنائزة ، فقالوا : صل عليها ، فقال : هل عليه دين ؟ قالوا : لا ، قال : فهل ترك شيئاً ؟ قالوا : لا ، فصلى عليه ، ثم أتى بجنائزة أخرى ، فقالوا : يا رسول الله صل عليها ، قال : هل عليه دين ؟ قيل نعم ، قال : فهل ترك شيئاً ؟ قالوا : ثلاثة دنائير ، فصلى عليها ، ثم أتى بالثالثة ، فقالوا : صل عليها قال : هل ترك شيئاً ؟ قالوا : لا ، قال : فهل عليه دين ؟ قالوا : ثلاثة دنائير ، قال : صلوا على صاحبكم ، قال أبو قتادة ^(٢) : صل عليه يا رسول الله وعلى دينه فصلى عليه " ^(٣) .

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

(٢) أبو قتادة الأنصاري الحارث بن ربيع 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 - كتاب الحوالات - باب إذا حال دين الميت على رجل جاز (٧٨/٣) رقم (٢٢٨٩) وهو مروى من طريق آخر - دون تحديد قيمة الدين - فى كتاب الكفالة - باب من كفّل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع (٨٢/٣) رقم (٢٢٩٥) .

وجه الدلالة في هذا الحديث هو قبول النبي ﷺ ضمان أبي قتادة أداء دين الميت ، ولو لم يكن الضمان مشروعاً ؛ لما صلى النبي ﷺ عليه .

٢- حديث أبي قتادة - رضى الله عنه - : أن النبي ﷺ أتى بجنائز ليصلي عليها ، فقال : " صلوا على صاحبكم فإن عليه ديناً " فقال أبو قتادة : أنا أتكفل به ، قال النبي ﷺ : " بالوفاء؟ " قال : بالوفاء . وكان الذي عليه ثمانية عشر أو تسعة عشر درهماً (١) .

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

٣- حديث جابر ﷺ (٢) قال : " كان رسول الله ﷺ لا يصلي على رجل مات ، وعليه دين فأتى بميت فقال : أعليه دين ؟ قالوا :

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

(٢) جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصارى السلمى ، وأمه نسيبة بنت عتبة بن عدى تجتمع مع أبيه فى حرام ، يكنى أبا عبدالله ، شهد العقبة الثانية مع أبيه وهو صبي قال جابر : لم أشهد بدراً ولا أحداً ، 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 الأنصاري
 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 ديننا فعلي قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته ^(١) .

قال الخطابي ^(٢) : " فيه من الفقه جواز الضمان عن
 الميت — ترك وفاء بقدر الدين أو لم يترك — وهذا قول
 الشافعي " ^(٣) .

وقوله في الحديث الأول : (ثلاثة دنائير) وفي الثاني
 (ثمانية عشر أو تسعة عشر درهما) وفي الثالث (ديناران) يدل
 على تعدد الوقائع .

(١) سنن أبي داود : كتاب البيوع والإجازات — باب في التشديد في الدين (٦٣٨/٣)
 (٣٣٤٣) ومعه كتاب معالم السنن للخطابي وهو شرح عليه. إعداد وتعليق
 عزت عبيد الدعاس. طبعة مكتبة الحنفاء. الطبعة الأولى. ١٣٨٩هـ — ١٩٦٩م
 ١٩٧٠م ، والحديث صحيح . راجع صحيح سنن أبي داود (٦٤٣/٢) (٢٨٥٩) .
 باختصار السند . صحح أحاديثه الألباني بتكليف من مكتب التربية العربي لدول
 الخليج — الرياض. اختصر أسانيده وعلق عليه وفهرسه زهير الشاويش
 الناشر. مكتب التربية العربي لدول الخليج توزيع المكتب الإسلامي بيروت
 الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ — ١٩٨٩م .

(٢) أحمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي 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 للخطابي : (٦٣٨/٣) .

قال الحافظ في الفتح : " قوله : (ثلاثة دنانير) وفي حديث جابر عند الحاكم^(١) " ديناران " ^(٢) وأخرجه أبو داود من وجه آخر عن جابر نحوه ^(٣) وكذلك أخرجه الطبراني ^(٤) 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 فباعته الأصل ومن قال ديناران فباعته ما بقي من الدين ، والأول أليق ووقع عند ابن ماجه من حديث أبي 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 وفي مالك والميت منهما برئ ؟ قال نعم ، فصلى

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

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

(٣) هو الحديث الثالث .

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

عليه ، فجعل رسول الله ﷺ إذا لقي 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 علي ؓ " 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 علي : هما علي يا رسول الله وهو بريء منهما ، فصلى عليه ، ثم قال لعلي : " جزاك الله خيراً وفك الله رهائك " الحديث (١).

قال ابن بطال (٢) : ذهب الجمهور إلى صحة هذه الكفالة ولا رجوع له في مال الميت . وعن مالك له أن يرجع إن قال إنما ضمننت 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 أبادى . طبعة عالم الكتب . الطبعة الثالثة ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م . لم أقف على درجة الحديث صحة أو ضعفا .

(٢) ابن بطال : العلامة أبو الحسن ؛ على بن خلف بن بطل البكرى ، القرطبي ، ثم البلنسى ، ويعرف بابن اللجام . شارح صحيح البخارى ، كان من كبار المالكية ، وكان من أهل العلم والمعرفة ، عنى بالحديث العناية التامة ، شرح الصحيح فى عدة أسفار رواه الناس عنه ، وله أيضاً " الاعتصام " فى الحديث وكتاب فى الزهد والرقائق . ت. فى صفر سنة ٤٤٩ هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (١٨ / ٤٧) .

للجمهور . وفي هذا الحديث إشعار بصعوبة أمر الدين وأنه لا ينبغي تحمله إلا من ضرورة " (١) .

ومما يؤيد ما اختارته من تعدد القصص ما ذهب إليه الإمام الشوكاني (٢) ، 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 النبي ﷺ " (٣) .

٤- حديث أبي أمامة الباهلي ﷺ (٤) قال سمعت رسول الله ﷺ في خطبته عام حجة الوداع : إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث والولد للفراس وللعاشر الحجر وحسابهم

(١) فتح الباري (٥٤٦/٤) .

(٢) الشوكاني : محمد بن علي بن محمد الصنعاني 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 للشوكاني : (٢٣٨/٥) ، طبعة دار الحديث - بدون رقم ولا تاريخ .

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

على الله ومن ادعى إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله التابعة إلى يوم القيامة ، لا تنفق المرأة شيئا من بيتها إلا بإذن زوجها فقيل يا رسول الله : ولا الطعام قال : ذلك أفضل أموالنا ، قال : ثم قال رسول الله ﷺ : " العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم " ^(١) . والزعيم هنا هو الضامن .

وأما الإجماع :

قال ابن قدامة : " أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة . وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى " ^(٢) .

وفى شرح منتهى الإرادات : " الضمان جائز إجماعا في الجملة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ . قال ابن عباس : الزعيم الكفيل ؛ ولقوله ﷺ (الزعيم غارم) " ^(٣) .

(١) مسند الإمام أحمد بن حنبل (٢٦٧/٥) (٢٢٣٤٨) واللفظ له . وسنن الترمذي : كتاب البيوع - باب ما في أن العارية مؤداة (٥٦٥/٣) (١٢٦٥) تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، طبعة دار الكتب العلمية بيروت - لبنان . (١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م) وهو حديث صحيح . راجع : صحيح سنن الترمذي للألباني (٢١٨/٢) (١٧٢١) . باختصار السند ، بتكليف من مكتب التربية العربي لدول الخليج - المكتب الإسلامي في بيروت . الطبعة الأولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .

(٢) المغنى (٧٢/٧) .

(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (١٢٢/٢) . وراجع كذلك : المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ، فقد نقل الإجماع أيضا على ثبوت الضمان ، فقال : " وهو ثابت بالإجماع " (٢٤٨/٤) طبعة المكتب الإسلامي ، بيروت ١٤٠٠ هـ بدون رقم .

هذا وقد نقل ابن المنذر الإجماع على " أن الرجل إذا ضمن عن الرجل لرجل مالا معلومة ^(١) بأمره : أن الضمان لازم له وله أن يأخذ ممن ضمن عنه " ^(٢) .

وأما المعقول :

فإن الحاجة إلى الضمان قوية وملحة ، فلا يوجد مجتمع يخلو من البيع والشراء والتداين وغير ذلك مما لا غنى فيه عن الكفالة (الضمان) ، فقد شرع الضمان للتيسير على الناس ، ولضمان حقوق بعضهم على بعض ، ولفض المنازعات بضمان بعض الناس بعضهم الآخر .

(١) هكذا وردت بالأصل والصواب : معلوما .

(٢) الإجماع ص (٥٩) للإمام ابن المنذر . طبعة دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان ، الطبعة الثانية ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .