

الباب الأول

أركان الضمان

وينتظم ما يأتي :

الفصل الأول: أركان الضمان بين الفقه والقانون .

الفصل الثاني : صيغة عقد الضمان .

الفصل الثالث : الضامن .

الفصل الرابع : المضمون له .

الفصل الخامس : المضمون عنه .

الفصل السادس : المضمون به .

الفصل الأول

أركان الضمان بين الفقه والقانون

المبحث الأول : أركان الضمان في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : أركان الضمان في القانون المدني المصري

المبحث الثالث : مقارنة بين أركان الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري

المبحث الأول

أركان الضمان في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

أركان الضمان في الفقه الإسلامي

يرى الحنفية أن للضمان ركنا واحدا هو الإيجاب فقط والإيجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد ورواية عن أبي يوسف ، وقد وافقهم في ذلك الإمامية .

قال السرخسي ^(١) مبينا مذهب الحنفية : " الالتزام يتم بالملتزم وحده كالإقرار ؛ وهذا لأنه تصرف منه في ذمته وله ولاية على ذمته ولا يتعدى ضرره إلى الطالب ؛ لأنه لا يزداد بالكفالة حق الطالب ، وأبو حنيفة ومحمد — رحمهما الله — قالوا : الكفالة تبرع وهو تبرع على الطالب بالالتزام له ، وإنشاء سبب التبرع لا يتم بالتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة ؛ وهذا لأن التزام الحق بإنشاء العقد ، والعقد لا يتم بالإيجاب بدون القبول ، ولا يمكن جعل إيجابه قائما مقام قبول الآخر ؛ لأنه لا ولاية له عليه ، فبقي إيجابه شطر العقد ، وذلك يبطل بالقيام عن المجلس ، بخلاف الإقرار فإنه إخبار عن واجب سابق والإخبار يتم بالمخبر ، ثم قد يتعدى ضرر هذا الالتزام إلى الطالب ، فإن — على قول بعض العلماء (رحمهم الله) — الكفالة إذا صحت برئ الأصيل فبقي الأمر إلى الطالب ، ولعل قاضيا يرى ذلك فيحكم ببراءة الأصيل عن حق الطالب ، وفيه ضرر عليه ؛ فلهذا لا تصح الكفالة إلا بقبوله ؛ وعلى هذا لو خاطب فضولي عن الطالب على قولهما يتوقف على إجازة الطالب ، وعلى قول أبي يوسف — رحمه الله — هو جائز قبله الفضولي أو لم يقبله " ^(٢) .

(١) السرخسي : محمد بن أحمد بن أبي بكر السرخسي (شمس الأئمة) متكلم ، فقيه ، أصولي مناظر ، من طبقة المجتهدين في المسائل . من آثاره المبسوط ت . سنة (٤٩٠) هـ . راجع معجم المؤلفين (٥٢/٣) .

(٢) المبسوط : (١٧٠/١٩ — ١٧١) تحقيق الشيخ خليل الميس . طبعة دار المعرفة بيروت — لبنان . ١٤٠٦ هـ — ١٩٨٦ م .

وفى بدائع الصنائع : " أما الركن فهو الإيجاب والقبول : الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول أبي يوسف الآخر ، وفي قوله الأول الركن هو الإيجاب فحسب " (١) .

و فى حاشية رد المحتار على الدر المختار : " وركنها إيجاب وقبول " (٢) .

وفى الروضة البهية : " ولا بد له (٣) من إيجاب وقبول مخصوصين (٤) " (٥) .

على حين ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن أركان الضمان خمسة :

ففى الشرح الصغير أن أركان الضمان " خمسة : ضامن ، ومضمون ، ومضمون له ، ومضمون به ، وصيغة ، والمضمون به هو الدين " (٦) .

فأركانه الخمسة قد أخذت من التعريف (٧) ، فإن قوله : " التزام مكلف " هو الضامن . وقوله : " دينا " هو المضمون به .

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : (٢/٦) لأبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى الملقب بملك العلماء ، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت . بدون تاريخ ولا رقم .

(٢) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين : (٢٨٢/٥) لابن عابدين . طبعة دار الفكر - بيروت . الطبعة الثانية سنة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م .

(٣) يعنى الضمان .

(٤) كأن يقول الضامن : أنا ضامن الدين الذى عند فلان ، فيقول المضمون له : وأنا قبلت ذلك ، وسيأتى شرح ذلك تفصيلا فى الكلام عن الركن الأول : الصيغة .

(٥) الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية للجبعى (١١٩/٤) .

(٦) الشرح الصغير للدردير (٤٣١/٣) .

(٧) راجع تعريف الضمان عندهم فى ص (٢٣ - ٢٥) من هذا البحث .

وقوله : " من عليه " هو المضمون . وقوله : " لمن هو له " هو المضمون له . وقوله : " بما يدل عليه " هو الصيغة ^(١) .

وفى تحفة المحتاج : وأركان ضمان الذمة — يقصد به الضمان الذى هو بعنى الكفالة — خمسة : ضامن ، ومضمون عنه ، ومضمون له ومضمون به ، وصيغة ، والمضمون به هو الدين ^(٢) .

وفى نهاية المحتاج : " وأركان ضمان الذمة خمسة : ضامن ومضمون ، ومضمون له ، ومضمون فيه ، وصيغة " ^(٣) .

وفى شرح البهجة : " وللضمان خمسة أركان ضامن ومضمون له ومضمون عنه ومضمون به وصيغة " ^(٤) .

وفى المغنى : " لا بد فى الضمان من : ضامن ، ومضمون عنه ، ومضمون له . ولا بد من رضى الضامن ، فإن أكره على الضمان لم يصح ، ولا يعتبر رضى المضمون عنه " ^(٥) .

وفى المبدع : " لا بد فى الضمان من ضامن ومضمون عنه وله ويصح بالألفاظ السابقة " ^(٦) .

(١) راجع بلغة السالك لأقرب المسالك (٤٣١/٣) .

(٢) انظر تحفة المحتاج بشرح المنهاج (٢٤١/٥) وراجع أيضا فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب لسليمان العجيلي ، الشهير بالجمل (٣٧٨/٣) طبعة دار الفكر . دون رقم ، ودون تاريخ .

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٤٣٣/٤) .

(٤) البهجة الوردية لابن الوردى : (١٥٠/٣) وهو متن الغرر البهية فى شرح البهجة الوردية لذكرى الأنصارى . طبعة المطبعة الميمنية بمصر . دون رقم أو تاريخ .

(٥) المغنى (٧٢/٧) .

(٦) ويقصد بالألفاظ السابقة : الزعيم والكفيل والضمين والكفيل والقبيل والحميل والصبير وهي بمعنى . راجع المبدع (٢٤٨/٤ — ٢٤٩) .

وفى السلسيل : " أركان الضمان خمسة : ضامن ومضمون ومضمون له ومضمون عنه والصيغة " (١) .

هذا ولم أجد عند الظاهرية (٢) والزيدية (٣) تصريحاً بذكر أركان الضمان .

وأما الإباضية فإنهم يرون أن أركان الضمان ثلاثة :

ففى شرح كتاب النيل : " والحمالة يعقدها الحميل والمحمول عليه [المضمون عنه] والمحمول له ، وهم ثلاثة " (٤) .

ويرجع سبب الخلاف بين الحنفية ومن وافقهم من ناحية وبين الجمهور من ناحية أخرى إلى اختلافهم فى تحديد حقيقة الركن والشرط ، فالحنفية لا يعتبرون الضامن والمضمون له والمضمون به والمضمون عنه وكل ما له علاقة بذلك من الأركان ، ولكنهم يعتبرونها من الشرائط ؛ لاتصالها الوثيق بهذه الشرائط ؛ ولذلك قال الكاسانى (٥) : " وأما شرائط الكفالة فأنواع : بعضها يرجع إلى الكفيل ، وبعضها يرجع إلى الأصيل ، وبعضها يرجع إلى المكفول

(١) السلسيل فى معرفة الدليل — حاشية على زاد المستتفع لصالح بن إبراهيم

البليهى (١١٠/٣) طبعة مكتبة نزار مصطفى الباز — الرياض الطبعة الثانية

١٤٢١ هـ — ٢٠٠٠ م . تحقيق : عبد المنعم إبراهيم .

(٢) راجع المحلى (٨ / ١١٠ — ١٢٢) .

(٣) راجع البحر الزخار (٦ / ٧٠ — ٧٩) ، وراجع أيضاً نيل الأطار : (٢٤٠ — ٢٣٧ / ٥) .

(٤) راجع شرح كتاب النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش (٩ / ٤١٣) .

(٥) الكاسانى : أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاسانى (نسبة إلى كاسان) مدينة فى أول بلاد تركستان وراء نهر سيحون (وراء الشاش) فقيه أصولى، توفى بحلب سنة (٧٨٧) هـ . من مصنفاته السلطان المبين فى أصول الدين وغيره. راجع معجم المؤلفين (٤٤٦/١) .

له ، وبعضها يرجع إلى المكفول به ، ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ " (١) .

فشرط الكفالة — عند الحنفية (٢) — كون الكفيل عاقلا بالغاً وكون المكفول به نفساً أو مالا مقدور التسليم من الكفيل فلم تصح بحد وقود (٣) ، وفي الدين كونه صحيحاً قائماً لا ساقطاً بموته مفلساً ، ولا ضعيفاً كبذل كتابة ونفقة زوجة قبل الحكم بها ، فما ليس ديناً بالأولى ... (٤) .

فالأركان الخمسة : (الصيغة والضامن والمضمون والمضمون له والمضمون عنه) ماعدا الصيغة تدخل أصالة وتبعا في هذه الشرائط المشار إليها آنفاً في كلام الكاساني .

وكذلك الأمر عند الإمامية فبعد فراغهم من بيان ركني الضمان — عندهم — : الإيجاب والقبول نراهم قد شرعوا في بيان شروط الضمان : شروط الضامن

فيشترط في الضامن — عندهم — الملاءة : بأن يكون مالكا لما يوفي به الحق المضمون ، فاضلا عن المستثنيات في وفاء الدين ، أو علم المستحق بإعساره حين الضمان ، فقبل ذلك مع علمه بالإعسار ، فلو لم يعلم به حتى ضمن تخير المضمون له في الفسخ

(١) بدائع الصنائع : (٧/٦) وسيأتى بيان ذلك — إن شاء الله — في الفصول التالية من هذا الباب .

(٢) على تفصيل سيأتى بيانه — إن شاء الله — في الفصول التالية من هذا الباب .

(٣) القود هو القصاص .

(٤) راجع الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي : (٢٨٣/٥) وراجع أيضا حاشية ابن عابدين عليه (٢٨٣/٥ - ٢٨٤) .

وإنما تعتبر الملاءة في الابتداء لا الاستدامة ، فلو تجدد إعساره بعد الضمان لم يكن له الفسخ ؛ لتحقيق الشرط حالته ، وكما لا يقدح تجدد إعساره فكذا تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر ... (١) .

هذا ولم أجد عند الإباضية ما يدل على اعتبارهم الصيغة والمضمون به من الأركان أو من الشروط ، لا صراحة ولا ضمناً ، فهم يعدون أركان عقد الضمان ثلاثة : الضامن والمضمون عنه والمضمون له .

والفرق بين الركن والشرط فرق كبير ، وتوضيح ذلك كما يأتي :

* الركن لغة :

رَكِنَ إِلَى الشَّيْءِ وَرَكَنَ يَرَكُنُ وَرَكْنٌ رُكْنًا وَرُكُونًا فَيُهِمَا وَرَكَانَةٌ وَرَكَانِيَّةٌ أَي : مَالٌ إِلَيْهِ وَسَكَنٌ . وَفِي التَّنْزِيلِ الْعَزِيزِ : ﴿ وَلَا تَرْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ ﴾ (٢) .

قرئ بفتح الكاف من رَكِنَ يَرَكُنُ رُكُونًا إِذَا مَالَ إِلَى الشَّيْءِ وَاطْمَأَنَّ إِلَيْهِ ، وَرَكَنَ إِلَى الدُّنْيَا إِذَا مَالَ إِلَيْهَا ، وَرَكَنَ فِي الْمَنْزِلِ يَرَكُنُ رُكْنًا : ضَمَّنَ بِهِ فَلَمْ يَفَارِقْهُ ، وَرَكَنَ الشَّيْءُ جَانِبَهُ الْأَقْوَى ، وَالرَّكْنُ النَّاحِيَةُ الْقَوِيَّةُ ، وَمَا تَقَوَّى بِهِ مِنْ مَلِكٍ وَجَنْدٍ وَغَيْرِهِ : وَبِذَلِكَ فَسَّرَ قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ فَتَوَلَّى بِرُكْنِهِ وَقَالَ سَاحِرٌ أَوْ مَجْنُونٌ ﴾ (٣) وَدَلِيلُ ذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَأَخَذْنَاهُ وَجُنُودَهُ فَنَبَذْنَاهُمْ فِي الْيَمِّ وَهُمْ مَلِيمٌ ﴾ (٤) أَي : أَخَذْنَاهُ وَرَكْنَهُ الَّذِي تَوَلَّى بِهِ

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية : (١٢١/٤-١٢٢) بتصرف يسير .

(٢) سورة هود: من الآية (١١٣) .

(٣) سورة الذاريات : الآية (٣٩) .

(٤) سورة الذاريات : الآية (٤٠) .

والجمع أركان و أركان . وركن الإنسان قوته وشدته ، وكذلك ركن الجبل والقصر: وهو جانبه ، وركن الرجل : قومه وعدده ومادته . وفي التنزيل العزيز: ﴿ قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ ﴾ (١) .

فالركن يعنى العشيرة والأمر العظيم ، وقيل في قوله تعالى : ﴿أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾: إن الركن القوة ، ويقال للرجل الكثير العدد : إنه ليأوي إلى ركن شديد ، وفلان ركن من أركان قومه أي : شريف من أشرفهم وهو يأوي إلى ركن شديد أي : عز ومنعة ، وفي حديث أبي هريرة ؓ قال : قال رسول الله ﷺ : " يرحم الله لوطا لقد كان يأوي إلى ركن شديد " (٢) أي إلى الله عز وجل الذي هو أشد الأركان وأقواها ، وإنما ترحم عليه لسهوه حين ضاق صدره من قومه حتى قال : أو آوي إلى ركن شديد : أراد عز العشيرة الذين يستند إليهم كما يستند إلى الركن من الحائط . وجبل ركين أي : له أركان عالية وقيل جبل ركين : شديد وأركان كل شيء جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها (٣) .

*** وأما الركن اصطلاحاً : فهو أحد أجزاء ماهية الشيء (٤) .**

*** أما الشرط لغة : فهو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، والجمع شروط وشرائط ، والشرط والشريطة بمعنى ، وقد**

(١) سورة هود : الآية (٨٠) .

(٢) صحيح البخارى : كتاب تفسير القرآن — باب قوله : " فلما جاءه الرسول قال ارجع إلى ربك ... " (٥ / ٢٦٤) (٤٦٩٤) .

(٣) راجع لسان العرب : مادة : ركن (١٨٥/١٣ - ١٨٦) .

(٤) راجع المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعى : ص : (٢٣٧) .

شُرْطُـلِـهْ وَعَلِيـهْ كَذَا يَشْرُطُ وَ يَشْرُطُ شَرْطًا وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ : أَلْزَمَهُ
بِالشَّيْءِ (١) .

* وأما الشرط اصطلاحاً :

فهو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود
ولا عدم لذاته . فالأول : احتراز من المانع ، لأنه لا يلزم من عدمه
وجود ولا عدم . والثاني : احتراز من السبب ومن المانع أيضاً :
أما من السبب : فلأنه يلزم من وجوده الوجود لذاته ، وأما من
المانع : فلأنه يلزم من وجوده العدم . والثالث : وهو قوله " لذاته " .
احتراز من مقارنة الشرط وجود السبب . فيلزم الوجود ، أو مقارنة
الشرط قيام المانع . فيلزم العدم ، لكن لا لذاته — وهو كونه شرطاً ؛
بل لأمر خارج وهو مقارنة السبب ، أو قيام المانع (٢) .

فهو عبارة عما لا يوجد المشروط مع عدمه (الشرط) لكن
لا يلزمه أن يوجد (يعنى المشروط) بوجوده (يعنى الشرط) ، وبه
يفارق العلة إذ العلة يلزم من وجودها وجود المعلول ، والشرط يلزم
من عدمه عدم المشروط ، ولا يلزم من وجوده وجوده (٣) .

وبإمعان النظر قليلاً في معنى الركن والشرط عند
اللغويين والأصوليين يتبين لى أن مذهب الجمهور هو الأرجح في
اعتبار الضامن والمضمون له والمضمون به والمضمون عنه من
الأركان ؛ لما يأتي :

(١) راجع لسان العرب : مادة : شرط (٣٢٩/٧) وانظر أيضاً القاموس المحيط : (٣٦٥/٢) .

(٢) شرح الكوكب المنير لأبى البقاء ابن النجار : ص : (١٤١) طبعة مطبعة السنة المحمدية
الطبعة الأولى ١٣٧٢هـ .

(٣) راجع المستصفي للغزالي : ص : (٢٦١) طبعة دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان
الطبعة الأولى ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م . تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي .

أن كلا من هذه الأركان - بالإضافة إلى الصيغة - تمثل أجزاء الضمان الذي لا يتم الضمان إلا بها ، فهي لا تقل أهمية عن الصيغة . فالضامن مثلا لا يصلح أن يكون شرطا ؛ لأنه يلزم من وجوده وجود الضمان ، والشرط لا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ، وكذلك بقية الأركان : المضمون له والمضمون به ... وصحيح أن الكاساني وغيره من الحنفية لم يذكرُوا هذه الأركان من الشروط ، ولكنهم ذكروا الشرائط متعلقة بها ركنا ركنا ، فإغفالهم لها (الضامن والمضمون له والمضمون به والمضمون عنه) في الأركان مع تعلقها بهذه الشرائط يدل على اعتبارهم إياها من الشرائط ضمنا لا تصريحاً .

إذن فأركان الشيء أجزاء ماهيته ، والشروط ما توقف صحة الأركان عليها ؛ وبناء عليه فقد جعل الغزالي الفاعل ركنا في مواضع كالبيع والنكاح ولم يجعله ركنا في مواضع كالعبادات والفرق عسر، ويمكن أن يقال : الفرق أن الفاعل علة لفعله والعلة غير المعلول فالماهية معلولة فحيث كان الفاعل متحداً مستقل بايجاد الفعل كما في العبادات وأعطى حكم العلة العقلية ولم يجعل ركنا وحيث كان الفاعل متعدداً لم يستقل كل واحد بايجاد الفعل بل يفتقر إلى غيره ؛ لأن كل واحد من العاقلين غير عاقد بل العاقد اثنان فكل واحد من المتبايعين مثلاً غير مستقل فبعد بهذا الاعتبار عن شبه العلة وأشبهه جزء الماهية في افتقاره إلى ما يقومه فناسب أن يجعل ركنا ^(١) .

(١) راجع المصباح المنير : ص : (٢٣٧) .

المبحث الثاني

أركان الضمان في القانون المدني المصري

المبحث الثانى

أركان الضمان فى القانون المدنى المصرى

رأينا فيما سبق عرضه أن أركان الضمان فى الفقه الإسلامى — على الأرجح — خمسة : الصيغة والضامن والمضمون له والمضمون عنه والمضمون به ، بينما يرى رجال القانون أن أركان الضمان ثلاثة :

الأول : الرضا .

الثانى : المحل .

الثالث : السبب .

وهذه هى أركان العقود بوجه عام من وجهة نظر القانون المدنى المصرى وليست خاصة بالضمان .

أما عن الركن الأول (الرضا) :

فإن ركن الرضا فى القانون المدنى يعنى رضا الضامن والمضمون له ، حيث إنهما يمثلان — فيه — طرفا عقد الضمان ، فينعقد الضمان بمجرد توافق إرادتيهما ، ودون حاجة إلى رضا المدين ؛ لأنه ليس طرفا فيه ، فإذا تراضى الضامن وحده — دون المضمون له (الدائن) — لم يصح الضمان ، إذن لا بد من رضا الدائن ، ولو ضمنيا ، هذا وإن القانون يعتبر اتخاذ المضمون له الإجراءات تجاه الضامن — إذا أخل بضمانه — متضمنا رضاه بالضمان ^(١) .

هذا ويشترط أن يكون رضا الكفيل صريحا — وإن كان الأصل فى التعبير عن الإرادة أنه يجوز أن يكون صريحا أو ضمنياً

(١) راجع الوافى فى شرح القانون المدنى : (٣١/٣) .

— " ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً " (١) .

فيشترط إذن في رضا الطرفين في عقد الضمان ما يشترط في سائر العقود وخصوصاً أن يتم تبادل التعبير بين الضامن والمضمون له عن إرادتين متطابقتين سليميتين وصادرتين عن طرفين يتمتعان بالأهلية اللازمة (٢) .

ولكن القانون الفرنسي (الذي هو — كما هو معروف — أصل القانون المدني المصري) شدد في المادة (٢٠١٥) منه على أن: الكفالة لا تقتض ، ويجب أن تكون صريحة ، وقد فسر الفقه (٣) والقضاء هذا النص بأن المقصود به إنما هو رضا الضامن بالضامن ، فلا يصح أن يفترض ، ويجب أن يعبر عنه تعبيراً صريحاً ؛ وذلك لخطورة الالتزام الذي ينشئه الضامن في ذمة الضامن ، أما الدائن (المضمون له) فلا ضرر عليه من الضامن ، و إذن فلا حاجة إلى أن يكون التعبير عن قبوله الضامن صريحاً (٤) .

ولم يرد في التقنين المصري نص يقابل نص المادة (٢٠١٥) مدني فرنسي ، ولكن الفقه و القضاء جريا عندنا أيضاً على اشتراط أن يكون رضا الضامن صريحاً . ولم ير واضعوا القانون داعياً إلى النص على ذلك في التقنين الحالي اكتفاء منه ببيان

(١) القانون المدني : (٢/٩٠) ص : (١٩) .

(٢) راجع الوافي في شرح القانون المدني : (٣٢،٣٣/٣) .

(٣) المقصود به فقه القانون وليس الفقه الإسلامي .

(٤) انظر الوافي (٣٣/٣) .

قصده في المذكرة الإيضاحية حيث ذكر أن التزام الكفيل هو أساساً من الالتزامات التبرعية فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع^(١).

وأما عن الركن الثاني وهو المحل^(٢):

وأعنى به ضمان الالتزام الأصلي المكفول في ذاته ، أى التزام يمكن ضمانه ، أيا كان مصدره وأيا كان محله ، فيمكن مثلاً ضمان الالتزام الذى يكون مصدره العقد ، وهذا يقع كثيراً ، فإذا ضمن التزاماً مصدره عقد قرض مثلاً فإنه يكون للمقترض ضامن المبلغ الذى اقترضه . ويمكن ضمان التزام مصدره عقد بيع ؛ وعليه يكون للمشتري ضامن يضمن الثمن ، ويمكن كذلك ضمان التزام مصدره عقد الإيجار ، فيكون للمستأجر ضامن يضمن الأجرة... إلخ^(٣) .

ويشترط فى محل الضمان [أى ضمان الوفاء بالالتزام المضمون] ما يشترط فى محل سائر العقود ، أى أن يكون ممكننا ومعينا ، فلا بد أن يكون الالتزام المضمون [محل الضمان] لى يكون ممكننا - موجودا وصحيحا كما يجب أن يكون معينا ، فلا

(١) المصدر السابق نفسه : الموضع نفسه .

(٢) يقول الدكتور عبد التواب : " يرى الفقه [يقصد فقه القانون] فى مجمله أن محل الكفالة هو الالتزام الأصلي للمدين المكفول والمضمون بالكفالة ، ولا نتفق [والكلام له] مع هذه النظرة ، فمحل عقد الكفالة هو التزام الكفيل بالضمان ، وليس هو - بأى حال من الأحوال - التزام المدين المكفول " . أحكام الضمانات الخاصة للوفاء بالدين : (٢٢٦/١) .

(٣) راجع الوسيط : (٣٨/١٠ وما بعدها) .

يجوز أن يرد الضمان على التزام معدوم أو باطل أو غير معين ^(١) .

هذا وقد نصت المادة (٧٧٦) مدنى على ما يأتى : " لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا " ^(٢) .

ويبين هذا النص أنه حتى يكون الضمان صحيحا ، ويرتب التزاما فى ذمة الضامن بضمان الالتزام المكفول – يجب أن يكون هذا الالتزام الأخير ذاته صحيحا ؛ وعليه فلا يكون الضمان صحيحا إلا إذا كان الالتزام المضمون صحيحا كما تنص المادة السالف ذكرها ، فإذا كان الالتزام المضمون باطلا أو قابلا للإبطال ، أمكن للضامن كما أمكن للمدين الأصلي (المضمون عنه) أن يتمسك بهذا الدفع ، فيعلن بطلان الالتزام الأصلي أو يبطله ؛ ومن ثم يصبح التزام الضامن باطلا .

ويؤخذ من ذلك أن ضمان الالتزام الباطل يكون هو أيضا باطلا كالتزام المضمون ، وعلى ذلك نصت الفقرة الأولى من المادة (٧٨٢) مدنى على أن " يبرأ الكفيل (الضامن) بمجرد براءة المدين (المضمون عنه) ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين " ^(٣) .

ومن الأوجه التى يحتج بها المدين الأصلي بطلان التزامه المضمون ، فللضامن أيضا أن يحتج بهذا البطلان ، فيكون ضمان الالتزام الباطل باطلا مثله ، والأمثلة على العقد الباطل كثيرة ، من ذلك: دين المقامرة ، ودين الربا ، والدين الذى يكون

(١) انظر الوافى : (٤١/٣) .

(٢) القانون المدنى المصرى : ص (١٨٧) .

(٣) القانون المدنى المصرى : ص: (١٨٨) .

محلّه غير موجود : كأن يضمن شخص متهما فيما عسى أن يحكم عليه بتعويض ثم يحكم ببراءة المتهم وبعدم مسؤوليته عن تعويض ما ، والدين الذى يقوم على سبب غير مشروع : كأن يكترى شخص ما أحداً لقتل آخر بأجر آجل فيطلب المكترى ضامناً للدين ، ولا ريب أنه يقوم على سبب غير مشروع ... كل هذه ديون باطلة ؛ لأن مصدرها عقد باطل ؛ وعلى ذلك لا يجوز ضمانها ، ويكون التزام الضامن فى هذه الحالة باطلاً بطلان الالتزام الأصلي المضمون .

وأما ضمان الالتزام القابل للإبطال فتوضحه المادة (٧٧٧) وتنص على ما يأتى : " من كفل التزام ناقص الأهلية ^(١) ، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية ، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول " ^(٢) .

وهذا النص مقصور على كفالة ناقص الأهلية ، أى إذا كان الالتزام الأصلي قابلاً للإبطال بسبب نقص الأهلية . ولكن القابلية للإبطال قد يكون لها سبب آخر غير نقص الأهلية ، فقد يكون سببها عيباً فى الرضاء فيكون الرضاء مشوباً بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أو بالاستغلال . وقد يكون سبب القابلية للإبطال نصاً فى القانون ، كما هو الأمر فى بيع ملك الغير فقد ورد نص على أن البيع فيما بين البائع والمشتري قابل للإبطال ؛ وذلك

(١) هو القاصر المميز ومن فى حكمه كالمحجور عليه بسبب غفلة أو سفه . راجع الوسيط (٤٦ / ١٠) .

(٢) القانون المدنى المصرى ص : (١٨٧) .

بلا شك لمصلحة المشتري^(١) . فإذا كان سبب القابلية للإبطال غير نقص الأهلية ، بأن كان السبب عيباً في الرضاء أو نصاً في القانون ، وجب تطبيق القواعد العامة ، إذا لم يرد نص في هذا الصدد كما ورد النص سالف الذكر في خصوص القابلية للإبطال بسبب نقص الأهلية . ولما كانت القواعد العامة تقضي بأن يكون الالتزام قابلاً للإبطال لعيب في الرضاء أو لنص في القانون ، فإن الضامن – والتزامه تابع للالتزام الأصلي المضمون – يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع ، وإذا رجع عليه الدائن تمسك بأن التزامه قابل للإبطال كالتزام المدين الأصلي (المضمون عنه) ؛ وعلى ذلك إذا ضمن شخص مديناً بعقد يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه أو ضمن شخصاً مشترياً من غير المالك – جاز للضامن أن يتمسك بأن التزامه كضامن هو أيضاً قابل للإبطال كالتزام المدين الأصلي^(٢).

وأما عن الركن الثالث وهو السبب :

أعني به الدافع والباعث على الضمان . فلا يكفي لقيام العقد توافر الإرادة الصحيحة ، وأن تنصب على محل معين وصحيح وممكن ، ولكن لابد للعقد من سبب ، فأنا ألتزم إذا فلابد أن يكون للالتزامي وتعهدى سبب ، فالإرادة التي تلتزم بلا سبب تكون

(١) لأن المشتري سيضار – لا محالة – إذا اشترى من غير صاحب الملك ؛ ولذلك كان البيع قابلاً للإبطال مراعاة لمصلحة المشتري .

(٢) راجع تفصيل ذلك في الوسيط : (١٠ / ٣٨ – ٥٠) وفي الوافي : (٣ / ٤١ – ٦٥) .

إرادة غير واعية وغير مدركة ، فالإرادة الواعية لا تلتزم إلا للوصول إلى غرض معين أو نتيجة معينة ^(١) .

هذا وقد نصت المادة (١٣٦) مدنى مصرى على أنه :
" إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " ^(٢) .

والضمان التزام فينطبق عليه ما ينطبق على باقى العقود والالتزامات .

كما قررت المادة (١٣٧) مدنى مصرى أن " ١ — كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعاً ، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك .

٢ — ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ... " ^(٣) .

وفى ضوء تلك النصوص يتبين لنا الشروط الواجب توافرها فى السبب حتى يكون ركناً من أركان الالتزام العقدى ، فالسبب قد يكون الباعث الدافع إلى التعاقد ، ويشترط فيه أن يكون موجوداً وأن يكون مشروعاً على خلاف بين القانونيين يراجع فى محله ، فلنأخذ دراسة الاتجاهات الفقهية لمذلول السبب ^(٤) .

وعلى ذلك يمكن تقسيم سبب الضمان عند القانونيين قسمين : سبب تبرعى ، وسبب مصلحى : أما التبرعى فهو مالا

(١) انظر أحكام الضمانات الخاصة بالوفاء بالدين (٣٠٠/١ ، ٣٠١) .

(٢) القانون المدنى المصرى : ص (٢٩) .

(٣) السابق نفسه : الموضع نفسه .

(٤) راجع عقد الكفالة د/ أحمد سعد : ص (٢٣٧ ، ٢٣٨) .

يأخذ الضامن عليه أجرا ، وأما المصلحى فهو ما يأخذ عليه أجرا ، أو يفيد من ورائه أية فائدة — سواء له أو للمدين — تدفعه للقيام بهذا الضمان ، كما سيأتى تفصيله فى الكلام عن خطابات الضمان ^(١) .

أما السبب التبرعى : فمثاله كأن يضمن شخص ما شخصا آخر فى دين عليه للمضمون له لا لشيء ولكن تبرعا من الضامن دون أجر أو فائدة .

وأما السبب المصلحى : فمثاله كأن يضمن شخص ما شخصا آخر فى دين عليه فى مقابل أن يسكنه الأخير فى داره بلا أجره حينئذ من الزمن . أو أن يسقط الدائن (المضمون له) عن المدين (المضمون عنه) ديناً آخر أو يؤجله عن مواعده المضروب بينهما....

هذا عن السبب المشروع وأما السبب غير المشروع فمثاله أن يضمن شخص امرأة ما ؛ لا لشيء إلا ليحظى بمعاشرتها له . فسبب الالتزام هنا — أعنى الباعث الدافع إليه — غير مشروع لمخالفته لحسن الآداب ، وبطلان الضمان فى هذه الصورة ينتج عن عدم مشروعية غاية الضامن منه باعتبارها الباعث الدافع إلى الالتزام بالضمان .

على أنه لإبطال الضمان ؛ لعدم مشروعية السبب يلزم أن يثبت الضامن عدم مشروعية السبب ، وأن يثبت علم المضمون له بذلك أو إمكانية علمه به ؛ حتى يستطيع أن يتوصل إلى بطلان التزامه استناداً إلى نظرية السبب ، وللضامن أن يلجأ فى ذلك إلى كافة طرق الإثبات ^(٢) .

(١) وذلك بإذن الله فى الفصل الأول من الباب الأخير .

(٢) انظر عقد الكفالة: ص (٢٤٣ ، ٢٤٤) .

والمهم أن نبين [والكلام للدكتور أحمد سعد] أن القانون المدنى المصرى قد استبعد فكرة التصرف المجرد كقاعدة عامة ، ولم يورد - وهو بصدد تنظيمه عقد الكفالة (الضمان) - ما يدل على استثناء هذا العقد من هذه القاعدة بل على عكس ذلك ، فالأحكام المنظمة عقد الكفالة تؤكد هيمنة العلاقة التى بين الكفيل والمدين على هذا العقد ^(١) .

(١) انظر عقد الكفالة : ص (٢٤٢) .

المبحث الثالث

مقارنة بين أركان الضمان فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى المصرى

المبحث الثالث

مقارنة بين أركان الضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري

بإمعان النظر قليلا يظهر الفرق كبيرا والبون شاسعا بين فقه مصدره رب العالمين وفقه مصدره البشر ، فالفقه الإسلامي — على رأى الجمهور وهو المذهب المختار — يعتبر أركان الضمان خمسة : الصيغة ، والضامن ، والمضمون له ، والمضمون عنه ، والمضمون به . ولكن القانون الوضعي المدني المصري يعتبر أركانه ثلاثة : الرضا ، والمحل ، والسبب . ويمكن بيان عظمة التشريع الإسلامي وتمايزه على قانون البشر — فى هذه المسألة — من خلال ما يأتى :

أولا : أن الفقه الإسلامى أكثر شمولية ودقة.

فالركن — كما سبق بيانه — أحد أجزاء ماهية الشيء ^(١). فهل يصح ضمان بلا أحد هذه الأركان الخمسة المذكورة آنفا ؟ وهى كلها أجزاء ماهية الضمان فلا يصح الضمان إذا فقد أحدها ، فإذا اعتبرنا (تجاوزا) ركن الرضا ^(٢) فى القانون مقابلا للصيغة فى الفقه الإسلامى ، وركن المحل مقابلا لركن المضمون به ، فهل يصح الضمان بلا ضامن أو مضمون له ؟! فالقانون لم ينص صراحة على أنهما من الأركان ، أو هل يصح الضمان بلا مضمون عنه (وهو المدين الأصل) ^(٣) ؟! ومن أجله وبسببه وجد عقد الضمان ، وبدونه لا يكون ثمة ضمان ، وهذا فى غاية الوضوح .

(١) راجع المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير : ص : (٢٣٧).

(٢) وهو فى القانون المدني يعنى رضا الضامن والمضمون له فقط .

(٣) فالقانون المدني المصرى لم يتناول إلا الضمان المالى فقط .

إنّ فالفقه الإسلامي أكثر شمولية وأدق في تحديد أركان الضمان ، ويا ليت رجال القانون يفيدون منه أصالة ولا أقول بدلا من القانون الغربي في ذلك وفي غيره .

ثانيا : أن الرضا لا يصح أن يكون ركنا من أركان الضمان :

فهو أقرب إلى الشرائط منه إلى الأركان ، فلا رضا بدون راضٍ فالركن هو الراضى ، وليس الرضا ، ولكن الرضا شرط رئيس من شروط صحة أى عقد حلال ، فمثلا عقد الوكالة : قال الشافعي (رحمه الله تعالى) : "وإذا وكل الرجل الرجل بوكالة فليس للوكيل أن يوكل غيره مرض الوكيل ، أو أراد الغيبة ، أو لم يردها ؛ لأن الموكل له رضي بوكالته ولم يرض بوكالة غيره ، فإن قال : وله أن يوكل من رأى كان ذلك له برضا الموكل " (١) .

وكلام الإمام في غاية الوضوح ، فإذا شرطية ، فلا يجوز للموكل أن يوكل غيره إلا إذا رضى الموكل .

وكذلك عقد البيع لا يصح إلا بالتراضى ، وفي ذلك يقول الشافعي : " فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزى الأمر فيما تباعا إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ منها وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله ﷺ محرم بإذنه داخل في المعنى المنهي عنه ، وما فارق ذلك أبخاه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى . وجماع ما يجوز من كل بيع أجل وعاجل وما لزمه اسم بيع بوجه أنه لا يلزم البائع والمشتري حتى يجمعا أن تباعاه برضا منهما بالتبايع به ولا يعقدها بأمر منهى عنه ولا على

(١) الأم للشافعي : (١٨٧/٧) خرج أحاديثه وعلق عليه محمود مطرجى . دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان الطبعة الأولى . ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م .

أمر منهي عنه وأن يتفرقا بعد تباعيهما عن مقامهما الذي تباعيا فيه على التراضى بالبيع " (١).

أما رضا الضامن والمضمون له والمضمون عنه ، ففيه خلاف سيتم بسطه — إن شاء الله — فى الكلام عن كل منهم على حده ، على أنه من الشروط وليس من الأركان ، ولا أعلم أحدا من الفقهاء قال إن الرضا من أركان الضمان ، ولكنهم تناولوه من قبيل اعتباره من الشروط .

وخلاصة القول — كما يقول علماء الأصول — : إن الرضا شرط فى جميع التصرفات المشروعة (٢) . ولكنه لا يعتبر فيما حرم الله — سبحانه وتعالى — ورسوله ﷺ ، فمثلا لو تراضى اثنان على أن يتعاملا بالربا لم يكن للتراضى أى اعتبار ، وكانت المعاملة حراما ، ولا أعلم خلافا فى ذلك بين العلماء .

ثالثا: أن السبب لا يصح أن يكون من أركان الضمان

أيضا:

فالسبب لغة : الحبل الذى يتوصل به إلى الماء ، ثم استعير لكل ما يتوصل به إلى شىء ، كقوله تعالى : ﴿ إِذْ تَبَرَّأَ الَّذِينَ اتَّبَعُوا مِنَ الَّذِينَ اتَّبَعُوا وَرَأَوْا الْعَذَابَ وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الْأَسْبَابُ ﴾ (٣) . أى : الوصل والمودات (٤) .

(١) الأم : (٣/٣) .

(٢) راجع قواعد الأحكام فى مصالح الأنام لابن عبد السلام : (١٧٤/٢) طبعة أم القرى للطباعة والنشر بالقاهرة . بدون رقم الطبعة وبدون تاريخ .

(٣) سورة البقرة : آية (١٦٦) .

(٤) انظر لسان العرب : مادة سبب (٤٥٨/١ ، ٤٥٩) .

. وقيل : هو ما يتوصل به إلى غيره ^(١) .

وقيل : هو عبارة عما يحصل الحكم عنده لا به ؛ أي لأنه ليس بمؤثر في الوجود بل وسيلة إليه ، فالحبل مثلا يتوصل به إلى إخراج الماء من البئر ، وليس المؤثر في الإخراج ، وإنما المؤثر حركة المستقى للماء ^(٢) .

واصطلاحاً : قال الأكثرون : هو الوصف الظاهر المنضبط الذي دل السمع على كونه معرّفاً للحكم الشرعي . كجعل دلوك الشمس معرّفاً لوجوب الصلاة ، وقيل : هو الموجب لا لذاته ، ولكن بجعل الشارع إياه موجبا ^(٣) .

وقيل : هو ما يلزم من وجوده الوجود ، ويلزم من عدمه عدمه ؛ لذاته . **فالأول :** احتراز من الشرط . فإنه لا يلزم من وجوده الوجود . **والثاني :** احتراز من المانع ؛ لأنه لا يلزم من عدمه وجود ولا عدم . **والثالث :** احتراز مما لو قارن السبب فقدان الشرط ، أو وجود المانع . كالنصاب قبل تمام الحول ، فهو شرط لوجوب زكاة المال ، أو مع وجود الدين فهو مانع من موانع وجوب الزكاة . فإنه لا يلزم من وجوده الوجود ، لكن لا لذاته ، بل لأمر خارج عنه ، وهو انتفاء الشرط ووجود المانع . فالتقييد بكون ذلك لذاته للاستظهار على ما لو تخلف وجود المسبّب مع وجدان السبب ؛ لفقد شرط أو وجود مانع : كمن به سبب الإرث ، ولكنه قاتل ، أو رقيق أو نحوهما ، وعلى ما لو وجد المسبّب مع فقدان السبب ،

(١) الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة لذكرى الأنصارى : ص (٧٢) طبعة دار الفكر

المعاصر - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١١هـ تحقيق د. مازن المبارك .

(٢) البحر المحيط للزركشى : (٦/٢ ، ٧) قام بتحريه الشيخ عبد القادر عبد الله العاني

وراجعه د. عمر سليمان الأشقر الطبعة الثانية . ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م . طبعة دار

الصفوة بالغرقة .

(٣) السابق نفسه : الموضع نفسه .

لكن لوجود سبب آخر . كالردة المقتضية للقتل ، حيث إنها سبب لوجوب القتل ، فإذا فقدت ووجد قتل يوجب القصاص ، أو زنا محصن . فتخلف هذا الترتيب عن السبب لا لذاته ، بل لمعنى خارج . إذا تقرر هذا فاعلم أن السبب يوجد الحكم عنده ، لا به ، فهو الذي يضاف إليه الحكم : نحو قوله تعالى : ﴿ أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ وَقُرْآنَ الْفَجْرِ إِنَّ قُرْآنَ الْفَجْرِ كَانَ مَشْهُودًا ﴾ (١) .

وقوله تعالى : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةً ﴾ (٢) ؛ إذ الله (سبحانه وتعالى) في دلوك الشمس حكمان : أحدهما : كون الدلوك سببا ، والآخر : وجوب الصلاة عنده . وكذلك الله تعالى في الزاني حكمان : أحدهما : وجوب الرجم . والثاني : كون الزنى الذي نيط به سببا . ولا شك أن الأسباب معرّفات ، إذ الممكنات مستتدة إلى الله تعالى ابتداء عند أهل الحق . وبين المعرّف الذي هو السبب ، وبين الحكم الذي نيط به : ارتباط ظاهر (٣) .

إذن فالسبب عند جمهور الفقهاء الأمر الظاهر المضبوط الذي جعله الشارع أمارة لوجود الحكم ؛ وينبنى على هذا التعريف وغيره أمران عظيمان :

الأول : أن السبب لا ينعقد سببا إلا بجعل الشارع له سببا ؛ وذلك لأن الأحكام التكليفية هي تكليف من الله تعالى ،

(١) سورة الإسراء : (٧٨) .

(٢) سورة النور : من الآية (٢) .

(٣) راجع شرح الكوكب المنير لابن النجار: ص (١٣٨ ، ١٣٩) طبعة مطبعة السنة المحمدية . الطبعة الأولى ١٣٧٢ هـ .

والمكلف هو الله سبحانه وتعالى ، وإذا كان المكلف هو الشارع فهو الذي يجعل الأسباب التي ترتبط بها الأحكام أسباباً (١) .

الثاني : أن الأسباب ليست فاعلة بنفسها ، أعنى أنها ليست مؤثرة في وجود الأحكام التكليفية ، ولكنها علامة على وجودها ووضوحها . وفي ذلك يقول الشاطبي : إن السبب غير فاعل بنفسه ، بل إنما وقع المسبب عنده لا به فإذا تسبب المكلف فإله خالق السبب والعبد مكتسب له ، ومما يدل على هذا ما يأتي :
قوله تعالى : ﴿ وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ ﴾ (٢) .

وقوله تعالى : ﴿ اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ وَكِيلٌ ﴾ (٣) .

وقوله تعالى : ﴿ وَمَا تَشَاءُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ (٤) ... والأدلة على هذا تنتهي إلى القطع بذلك (٥) .

فإذا كان السبب ليس فاعلاً بنفسه ، ولكنه أمانة وعلامة على وجود الحكم وظهوره ، فكيف ينظر إليه على أنه ركن من أركان عقد الضمان وغيره من العقود كما يراه القانونيون ؟ ! .

(١) أصول الفقه لأبي زهرة : ص (٥٠) طبعة دار الفكر العربي . بدون رقم الطبعة وبدون تاريخ .

(٢) سورة الصافات : (٩٦) .

(٣) سورة الزمر : (٦٢) .

(٤) سورة الإنسان : (٣٠) .

(٥) راجع الموافقات في أصول الشريعة : للشاطبي (١/١٩٧، ١٩٦) . بشرح وتحقيق الشيخ

عبد الله دراز ، وقد عني بضبطه وترقيمه ووضع تراجمه محمد عبد الله دراز طبعة دار المعرفة . بيروت . لبنان بدون رقم الطبعة وبدون تاريخ .

هذا وقد قسم الإمام أبو زهرة السبب قسمين اثنين :

الأول : سبب ليس من فعل العبد ، وهو الذى جعله الله أمانة على وجود الحكم مثل كون الوقت سببا للصلاة ، وكون الاضطرار سببا لوجوب النكاح ... فهذه وأمثالها أسباب ليست من العبد .

الثانى : السبب الذى يكون فى مقدور المكلف القيام به ؛ وعليه يرتب الشارع حكمه ، مثل كون السفر سببا لرخصة الإفطار ، والبيع سببا للأثار المترتبة عليه ... (١) .

ومما لا يصح إغفاله أن كلا من السبب والعلة أمانة على وجود الحكم ، فهل هما فى الشرع بمعنى واحد ؟ إلى هذا مال أغلب الأصوليين ، وقال بعضهم : إنهما متغايران ومختلفان فى الحقيقة ، فالسبب يطلق على ما لا يكون بينه وبين الحكم مناسبة ؛ وعلى ذلك يكون الوقت سببا لوجوب الصلاة ، ولا يكون الإسكار — من حيث كونه علة للتحريم — سببا ؛ وذلك للمناسبة بين الإسكار والتحريم ، وكذلك لا يعد السفر سببا لجواز الإفطار ؛ وذلك للمناسبة بين الحكم وبين السفر ؛ ولذلك يعتبر هؤلاء الأصوليون العلة وصفا مناسباً مؤثراً فلها تأثير فى الحكم ، وإن كانت قد نصبت أمانة لحكم الشارع فى الجملة . وفى الحقيقة أن الاختلاف اصطلاحى لفظى ، والحقائق فى جملتها متحدة ، فالذين يعتبرون العلة داخلة فى معنى السبب يقسمون السبب قسمين : سبب غير مناسب للحكم ، وسبب مناسب للحكم ، وبهذا التقسيم تلتقى الحقائق وتجتمع (٢) .

(١) راجع أصول الفقه : ص (٥٠ ، ٥١) وليس المجال مجال بسط الحديث عن السبب ، ولكن المجال هو بيان كون السبب سببا لعقد الضمان وليس ركنا فيه .

(٢) أصول الفقه لأبى زهرة : ص (٥٣) بتصرف يسير ، ومن أراد مزيدا عن السبب فليرجع إلى ما سبق من كتب الأصول .

ومن المعلوم أن عقد الضمان من عقود التبرع ، فسبب إنشاء هذا العقد - في الفقه الإسلامي - هو التبرع ، وهو من الأسباب التي في مقدور العبد القيام بها .

جاء في المبسوط : أن الكفالة تبرع بدليل أنها لا تصح ممن ليس من أهل التبرع ^(١) .

وعلى ذلك لا يجوز أخذ أجره عليها :

جاء في المبسوط : " باب الكفالة بالأجر . قال (رحمه الله) : ولا تجوز الكفالة والحوالة في جميع الإجازات بالأجرة في عاجلها وآجلها ؛ لأن الأجرة ، وإن لم تجب بنفس العقد فالسبب الموجب قد وجد والكفالة بعد وجود السبب صحيحة كالكفالة بالدرك ^(٢) وهذا ؛ لأن المقصود به التوثق وكما يحتاج إلى التوثق فيما هو واجب فكذلك فيما هو يعرض للوجوب ، ثم الكفالة بدين سيحب صحيحة كالكفالة بما يدور له على فلان " ^(٣) .

وجاء في الفروع أن الضمان والكفالة التزام من يصح تبرعه ^(٤) . وقال أبو حنيفة ومحمد (رحمهما الله) : " الكفالة تبرع وهو تبرع على الطالب بالالتزام له ، وإنشاء سبب التبرع لا يتم بالتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة ؛ وهذا لأن التزم

(١) انظر المبسوط (١٩٦/١١) .

(٢) هي الالتزام بأداء ثمن المبيع ، وتسليمه إن استحق المبيع . راجع القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً: ص : (٣٢١ - ٣٢٣) .

(٣) المبسوط : (١١٦/١٥) .

(٤) انظر الفروع لابن مفلح (٢٣٦/٤) طبعة عالم الكتب ، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، راجعه عبد الستار أحمد فراج .

الحق بإنشاء العقد ، والعقد لا يتم بالإيجاب بدون القبول ، ولا يمكن جعل إيجابه قائما مقام قبول الآخر ؛ لأنه لا ولاية له عليه فبقي إيجابه شطر العقد " (١) .

على حين يرى فريق من العلماء أن الكفالة (الضمان) تبرع ابتداء ، فإذا رجع الكفيل على الأصيل بما أدى صار العقد معاوضة انتهاء (٢) ، فإذا لم يرجع عليه بشيء صار تبرعا محضا (٣) .

وفى الاقتصاد المعاصر يرى د / جمال الدين عطية أنه لا بأس من أخذ أجر على الضمان ، حيث " إنه لا يوجد - كما يقول - نص على أن الكفالة من عقود التبرع ، وإن تصنيف العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع إنما صناعة فقهية ؛ لتسهيل دراسة الأحكام ، وإن جريان العرف فى زمن ما على تقديم الكفالة من باب الشهامة والمروءة لا يمنع من تقديمها بعوض من قبل من يتخذ ذلك مهنة وعرض نفسه للمخاطر دون التزام شرعى أو أدبى عليه بتقديم الكفالة.

وضربنا مثلا - والكلام له - على تغير الأحكام بتغير الأزمان بأخذ أجر على تعليم القرآن وإمامة الصلاة اللذين وردت النصوص بتحريمهما ؛ لما فيهما من شبهة عدم الإخلاص فيما يجب

(١) المبسوط (١٧٠/١٩) .

(٢) سيأتى بيان ذلك تفصيلا - إن شاء الله - فى الفصل الثانى (العلاقة بين الضامن والمضمون عنه) من الباب الثانى (آثار عقد الضمان) .

(٣) راجع الفروق للكرائيسى : (٢٤٧/٢ ، ٢٤٨) طبعة وزارة الأوقاف الكويتية ، الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م . راجعه د/ عبد الستار أبو غدة .

ديانة ، على القادر أن يفعله ابتغاء الثواب الأخرى ، ومع ذلك عندما تغير الزمان وأصبح التدريس والإمامة مهنة يتفرغ لها أناس تغير الحكم ، أجازوا أخذ الأجر على أداء هذه القربات والطاعات التي لا يمكن أن ترقى الكفالة إلى مرتبتها ، خاصة إذا كانت في أعمال تجارية لا يوجد أي التزام شرعى أو أدبى بالكفالة فيها " (١) .

والمهم تقرير أن السبب ليس ركنا من أركان عقد الضمان ، وإنما هو سبب العقد بالمعنى الذى ذكره الأصوليون أنه هو " الأمر الظاهر المضبوط الذى جعله الشارع أمارة لوجود الحكم " (٢) وليس المحل محل بسط الخلاف حول كون الضمان من عقود التبرع أو من عقود المعاوضة ، وسيأتى تفصيل ذلك إن شاء الله فى محله من هذا البحث .

ولا يخفى على منصف أن عقد الضمان أصالة من عقود التبرع ، ولا أعلم أحدا من الفقهاء قال إنه من عقود المعاوضة ابتداء ، وإنما من قال بشبهه بعقود المعاوضة إنما قال ذلك انتهاء ؛ لأخذ الضامن ما ضمنه عن المضمون عنه فى نهاية المطاف ، وعلى ما أرى فإنه عقد تبرع ابتداء وانتهاء ، حتى لو رجع الضامن على المضمون عنه بما أدى ؛ لأنه أسدى إليه معروفا بضمانه عند الدائن ، وهذا - على وجه الحقيقة - تبرع ، ألا ترى أن الأصل

(١) البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم، التقليد والاجتهاد، النظرية والتطبيق .

ص : (١١٩) كتاب الأمة ، العدد (١٣) طبعة رئاسة المحاكم الشرعية بدولة

قطر ، الطبعة الأولى ، صفر ١٤٠٧هـ .

(٢) أصول الفقه لأبى زهرة : ص (٥٠) .

إذا أخل فلم يدفع ما عليه ، فإن الضامن يلتزم بالدفع عنه ، حتى يتسنى له أخذ ما دفعه بالرجوع عليه بعد ذلك ، أليس فى ذلك تبرع وغرم ؟ .

هذا فى الضمان المالى أما فى الضمان الشخصى فهو أوضح ، فإن من يضمن نفسا بإحضارها أمام القاضى مثلا ، لا يرجع عليه فيه بشىء ، أليس الضامن فى ذلك متبرعا ؟ .

فإذا تقرر هذا فإن الفقه الإسلامى يفوق القانون الوضعى المدنى فى أمرين اثنين بالنسبة للسبب ، هما :

الأول : دقة الفقه الإسلامى فى بيان ماهية السبب وأنه ليس من أركان عقد الضمان .

الثانى : أن السبب فى القانون قد يكون مصلحة ، أما فى الفقه الإسلامى ، فلا أعرف نصا ذكر أن أحدا ممن ضمن (كفل) شخصا آخر — قد أخذ عليه أجرا ، أو أفاد أى فائدة ، دون معنى التبرع ، فهو السبب الرئيس من وراء الضمان — فيما أرى — فى شريعتنا الغراء ، وقد صرح الإمام الغزالي وغيره بأن الضمان تبرع مطلقا ^(١) ؛ "ولهذا قيل : الضمان أوله حماقة وأوسطه ندامة وآخره غرامة" ^(٢) .

(١) الغرب البهية فى شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصارى : (١٥١/٣) .

(٢) السابق نفسه : (١٦٠/٣) .

الفصل الثاني

صيغة عقد الضمان

المبحث الأول : صيغة عقد الضمان المطلقة

المبحث الثاني : صيغة عقد الضمان المتعلقة

المبحث الثالث : صيغة عقد الضمان الوقفية

المبحث الأول

صيغة عقد الضمان المطلقة

المبحث الأول

صيغة عقد الضمان المطلقة

الصيغة ما دل على الحقيقة عرفا وهو جلي ^(١) .

أما الصيغة المطلقة فهي التي ليست معلقة بشرط ولا مضافة إلى زمان مستقبل ، فلا تكون مؤقتة بوقت ^(٢) ولا مقيدة بشرط .

ومن المعلوم بدهيا أنه لا بد لعقد الضمان من صيغة يتم بها إيجاب هذا العقد وقبوله ^(٣) ، فلا بد مثلا للبيع حتى ينعقد من إيجاب وقبول : (صيغة ينعقد بها الضمان) وكذلك النكاح وغير ذلك من العقود فالإيجاب والقبول (كصيغة : سواء كانت مطلقة أو غير مطلقة) أحد أركان الضمان ، والأصل في الضمان أن تكون صيغته مطلقة ، كأن يقول : أنا ضامن هذا المال ، أو أنا ضامن حضوره ، أو كفيل .. ، أو زعيم ... ، أو غريم ... أو حميل ... ، أو قبيل ... ، فكل هذه الألفاظ صريحة ومطلقة ، وإن كان قد وقع بشأن بعضها خلاف .

أما الضامن والكفيل فلا جدال في دلالتهما على الضمان (الكفالة) ، وأما الزعيم والغريم ، فقد جاء في طلبه الطلبة : " وقول النبي عليه السلام (الزعيم غارم) أي : الكفيل ضامن ، وقد زعم زعامة من حد دخل أي : كفل ، وغرم أي : ضمن ، من حد

(١) شرح حدود ابن عرفة للرصاص التونسي : ص : (٣٢١) طبعة المكتبة العلمية ، الطبعة الأولى ١٣٥٠هـ .

(٢) سيأتي - بإذن الله - دراسة الضمان المؤقت في المبحث الثالث من هذا الفصل .

(٣) على خلاف في القبول سيأتي لاحقا بإذن الله في الكلام عن رضا المضمون له .

علم ، والمصدر الغرم والغرام والغرامة والمغرم والنعت الغريم والغارم " (١) .

وفى ذلك يقول الإمام النووي : لا بد من صيغة دالة على التزام الكفيل كقوله: ضمنت لك مالك على فلان أو تكفلت ببدن فلان أو بإحضار هذا المال ، أو هذا الشخص كفيل ، أو ضامن ، أو زعيم ، أو حميل ، أو قبيل ، وهناك وجه : أن لفظ القبيل ليس بصريح ويطرد هذا الوجه في الحميل وما ليس بمشهور في العقد (٢) .

ويرد على ما ذهب إليه النووي — أن لفظي (قبيل) و (حميل) لفظان يعنيان في اللغة الضامن والكفيل — ما يأتي :

أما اللفظ الأول (قبيل) :

فقد قال ابن منظور (٣) : " والقبالة بالفتح الكفالة وهي في الأصل مصدر قبل إذا كفل . و قَبِلَ بالضم إذا صار قبيلًا أى كفيلا ، وتقبل به : تكفل كَقَبِلَ وقال : قَبِلْتُ العامل العمل تَقْبِلًا ، وهذا نادر ، والاسم القَبالة ، وتقبله العامل تقبيلًا نادر أيضا ، وقد روى قَبِلْتُ به و قَبِلْتُ : في معنى كَفَلْتُ على مثال فَعِلْتُ وفَعَلْتُ " (٤) .

(١) طلبية الطلبة (ص: ١٣٩ ، ١٤٠) لنجم الدين عمر بن محمد النسفي . طبعة المطبعة العامرة — القاهرة ، ١٣١١ هـ بدون رقم الطبعة .

(٢) راجع روضة الطالبين وعمدة المفتين : (٢٦٠/٤) طبعة المكتب الإسلامي ، بيروت — ١٤٠٥ هـ الطبعة الثانية .

(٣) ابن منظور : محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين الإفريقي المصري ، أديب لغوى بارز ، ولد سنة (٦٣٠) هـ . خدم في ديوان الإنشاء بالقاهرة ، ثم ولى القضاء بطرابلس ، من مؤلفاته : لسان العرب ، و ... توفي بمصر سنة (٧١١) . انظر معجم المؤلفين (٧٣١/٣) .

(٤) لسان العرب : مادة قبل (٥٤٤/١١) .

وقال الفيومي ^(١) : " والقبيل : الكفيل وزناً ومعنى والجمع قُبَلَاء ، وقُبُلُ بضمّتين : فعيل بمعنى فاعل ، تقول قُبِلْتُ به أَقْبِلُ : من بابي قتل وضرب قَبَالَةً بالفتح إذا كَفَلْتُ " ^(٢) .

في القرآن العظيم : قوله تعالى : ﴿ أَوْ تَأْتِي بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا ﴾ ^(٣) . فقد فسرت كلمة (قبيلًا) بالضمين ^(٤) .

وفسرت — : " كفيلاً بما تدعيه أي : شاهداً على صحته ، ضامناً لدركه " ^(٥) . وكل منهما داخل في الضمان .

قال الكاساني : " وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضاً ، يقال : قُبِلْتُ به أَقْبِلُ قَبَالَةً وتقبِلْتُ به أي : كَفَلْتُ ، قال الله تعالى : ﴿ أَوْ تَأْتِي بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا ﴾ أي كفيلاً يكفلوني بما يقول " ^(٦) .

إن فالقَبَالَةَ في الأصل مصدر قَبِلَ به إذا كَفَلَ ، وَقَبِلَ إذا صَارَ كَفِيلًا ، وَتَقَبَّلَ لَهُ : تَكَفَّلَ ، وَالْقَبِيلُ : الْكَفِيلُ . وكثير من الفقهاء يستعمل لفظ القبالة بمعنى الكفالة ووزنه ، ولكن بعضهم خص

(١) الفيومي : أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي ، أبو العباس ، شافعي توفى (٧٧٠ هـ) عالم لغوي اشتهر بكتابه : المصباح المنير جمع فيه شرح الوجيز للرافعي جمع أصله من نحو سبعين مصنفًا مطولاً ومختصراً . الدرر الكامنة (٣٧٢/١) .

(٢) المصباح المنير : (٤٨٩/٢) .

(٣) سورة الإسراء : من الآية (٩٢) .

(٤) قد سبق ذلك في التمهيد : راجع ص : (٤٨) من هذا البحث .

(٥) تفسير البيضاوي : (٤٦٧/٣) طبعة دار الفكر — بيروت ١٤١٦ هـ — ١٩٩٦ م

تحقيق عبد القادر عرفات حسونة . بدون رقم الطبعة .

(٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : (٣/٦) .

الكفالة بالنفس أو العين ، وعمم القبالة في المال والدية والنفس والعين . والقبالة عند بعض الفقهاء أعم من الكفالة ^(١) .

وأما الثاني (حميل) :

فالحَمالة بفتح الحاء : ما يتحمله الإنسان عن غيره من دية أو غرامة . ووجه الصلة بين الحماله والكفالة : أن العرف خص الحماله بالدية والغرم لإصلاح ذات البين ، والعلاقة وطيدة بين العرف واللغة في ذلك ^(٢) :

فقد قال الفيروزابادي : " وحمل به يحمل حَمالة : كفل " ^(٣) .

وقال الزمخشري ^(٤) : " الحميل غارم " الحميل هو : الكفيل ، يقال : حمل به يحمل حمالة ^(٥) .

(١) الموسوعة الفقهية . لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت : (٢٨٩/٣٤)

طبعة وزارة الأوقاف الكويتية . الطبعة الرابعة ١٤١٤هـ — ١٩٩٣ م .

(٢) راجع المصدر السابق نفسه : (٢٨٨/٣٤) .

(٣) القاموس المحيط : مادة (حمل) (٣٥٠/٣) .

(٤) الزمخشري : محمود بن عمر بن محمد بن عمر أبو القاسم ، الخوارزمي جار

الله ، العلامة إمام اللغة والنحو والبيان بالاتفاق ، صنف عدة تصانيف منها

الفائق في غريب الحديث ، سقطت رجليه فكان يمشي في حاوون خشب ولد

٤٦٧ هـ — توفي ٥٣٨ هـ . انظر شذرات الذهب في أخبار من ذهب للدمشقي

(١١٨/٢ — ١٢١) طبعة دار الكتب العلمية — بيروت بدون رقم وبدون

تاريخ . والبلغة في تراجم أئمة النحو واللغة. للفيروزبادي : (٢٢٠/١) . طبعة

جمعية إحياء التراث الإسلامي — الكويت ، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ — ،

تحقيق : محمد المصري .

(٥) راجع الفائق في غريب الحديث (٣١٦/١) . طبعة دار المعرفة — لبنان ،

الطبعة الثانية ، تحقيق : علي محمد البجاوي — محمد أبو الفضل إبراهيم .

وفى حديث قبيصة بن المخارق الهلالي^(١) : قال : حملت حمالة ، فأتيت النبي ﷺ فسألته فيها فقال : " أقم حتى تأتينا الصدقة : فإما أن نحملها ، وإما أن نعينك فيها ، وقال : إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة : لرجل تحمل حمالة قوم فيسأل فيها حتى يؤديها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فيسأل فيها حتى يصيب قواما من عيش أو سدادا من عيش ثم يمسك ، ورجل أصابته فاقة فيسأل حتى يصيب قواما من عيش أو سدادا من عيش ثم يمسك ، وما سوى ذلك من المسائل سحتا يا قبيصة يأكله صاحبه سحتا^(٢) " .

وفى حديث عكرمة^(٣) عن ابن عباس : " أن رجلا لزم غريما له بعشرة دنانير ، فقال : والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل ، فتحمل بها النبي ﷺ أتاه بقدر ما وعده فقال له

(١) قبيصة بن المخارق بن عبد الله بن شداد العامري الهلالي . عداة في أهل البصرة ، يكنى أبا البشر قال أبو العباس محمد بن يزيد : لقبيصة صحبة . روى عنه أبو عثمان النهدي ، و أبو قلابة ، وابنه قطن بن قبيصة . انظر أسد الغابة (٨٣ / ٤) .

(٢) صحيح مسلم : كتاب الزكاة — باب من حل له المسألة (٧٢٢ / ٢) (١٠٤٤) . ومسنود الإمام أحمد بن حنبل (٦٠ / ٥) (٢٠٦٢٠) واللفظ له ، وسنن أبي داود : كتاب الزكاة — باب ما تجوز فيه المسألة (٢٩٠ / ٢) (١٦٤٠) والحديث صحيح . راجع صحيح سنن أبي داود (٣٠٨ / ١) (١٤٤٤) .

(٣) عكرمة بن عبد الله البربري مولى ابن عباس وأحد أعلام التابعين ، المفسر ، من رواة الجماعة ، وثقه النسائي وغيره ، قال ابن سعد : كان عكرمة كثير العلم والحديث ، بحراً من البحور ، وليس يحتج بحديثه ، ويتكلم الناس فيه . توفي (١٠٥) هـ وقبل غير ذلك وهو ابن ثمانين سنة . انظر الطبقات الكبرى لابن سعد (أبي عبد الله محمد بن سعد بن منيع) : (٣٨٥ / ٢) طبعة دار صادر بيروت ، بدون بقية البيانات . وسير أعلام النبلاء (١٢ / ٥) .

النبي ﷺ : من أين أصبت هذا الذهب ؟ قال : من معدن قال : لا حاجة لنا فيها ، وليس فيها خير فقضاها عنه رسول الله ﷺ " (١) .

وقال ابن الجوى (٢) : " فى الحديث : " الحميل غارم " (٣) وهو الضامن وفي الحديث " رجل تحمل حمالة " (٤) : الحمالة الغرم عن القوم ، وذلك أن الحرب تقع بين قوم فيسفك فيها الدم فيحتمل رجل تلك الديات ليصلح ذات البين " (٥) .

وقال ابن الأثير (٦) : " حمل : فيه : (الحميل غارم) الحميل : الكفيل أي الكفيل ضامن ، ومنه ، حديث ابن عمر " كان

(١) سنن أبى داود : كتاب البيوع و الإجازات - باب فى استخراج المعادن (٢٢٢/٣) (٣٣٢٨) والحديث صحيح . انظر صحيح سنن أبى داود (٦٤٠/٢) (٢٨٤٧) .

(٢) ابن الجوزى : الإمام العلامة ، الحافظ ، عالم العراق ، وواعظ الآفاق ، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن عبد الرحمن القرشي ، البكري ، الصديقي البغدادي الحنبلي الواعظ ، الفقيه صاحب التصانيف السائرة في فنون العلم ، ولد (٥١٠ هـ) . توفى (٥٩٧ هـ) . انظر تذكرة الحفاظ للإمام أبى عبد الله شمس الدين الذهبي : (١٣٤٢/٤ - ١٣٤٧) طبعة دار الفكر العربى ، طبعة أم القرى . بدون رقم أو تاريخ .

(٣) سبق تخريجه ص : (٥٥) بلفظ " الزعيم غارم " ولم أقف عليه باللفظ الذى ذكره ابن الجوزى .

(٤) سبق تخريجه فى الصفحة السابقة .

(٥) غريب الحديث (٢٤٣/١) طبعة دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى ١٩٨٥ م تحقيق : د. عبد المعطي أمين قلجى .

(٦) ابن الأثير : المبارك بن محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني العلامة مجد الدين أبو السعادات بن الأثير الجزرى ، الفقيه المحدث ، اللغوي البارع العلم ولد (٥٤٤ هـ) بجزيرة ابن عمر ، ونشأ بها ، ثم انتقل إلى الموصل ، وسمع الحديث ، وقرأ الفقه والحديث والأدب والنحو . توفى (٦٠٦ هـ) ودفن برباطه . ومن تصانيفه : جامع الأصول ، والنهاية في غريب الحديث والأثر . انظر طبقات الشافعية لابن قاضى شعبة : (٦٠/٢ - ٦١) . طبعة عالم الكتب - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٧ هـ ، تحقيق د. الحافظ عبد العليم خان .

لا يرى بأسا في السلم^(١) بالحميل " أي : الكفيل) (٢) . إذن فالإيجاب والقبول (٣) ركن مهم من أركان الضمان : الإيجاب من الكفيل (الضامن) والقبول من الطالب (المضمون له) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الأول الركن هو الإيجاب فحسب (فأما) القبول فليس بركن وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله (٤) ؛ ولأن الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الأصل (المضمون عنه) شرعا ، فمعنى الضم والالتزام في الضمان لا يتم إلا بإيجاب الضامن ، فأشبهه النذر ، والدليل عليه : أن المريض إذا قال عند موته لورثته : اضمنوا عني ما على من الدين لغرمائي وهم غيب فضمنوا ذلك فهو جائز ويلزمهم ، وأى فرق بين المريض والصحيح ؟! ولهما (أبي حنيفة ومحمد) أن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التملك ، والتمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع .

فإذا عرفنا أن أحد أركان الكفالة الإيجاب والقبول (على خلاف) : فالإيجاب من الكفيل أن يقول : أنا كفيل ، أو ضمين ، أو

(١) السلم : نوع من البيوع يجعل فيه الثمن ، وتضبط السلعة بالوصف إلى أجل معلوم وقيل : هو اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلا ، وفي الثمن آجلا . فالمبيع يسمى مسلما فيه ، والثمن رأس المال والبائع يسمى مسلما إليه ، والمشتري رب السلم .
القاموس الفقهي لغة واصطلاحا . لسعدى أبي جيب : ص : (١٨٢)

(٢) النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير : (٤٤٢/١) طبعة المكتبة العلمية — بيروت ١٣٩٩هـ — ١٩٧٩م . تحقيق : طاهر أحمد الزاوي — محمود محمد الطناحي .

(٣) على خلاف سياىي بيانه — بإذن الله — في المبحث الأول من الفصل الرابع من هذا الباب .

(٤) سياىي الكلام — تفصيلا إن شاء الله — عن الخيار بالنسبة للضامن في الكلام عن الركن الثاني : (الضامن) في الفصل الثالث من هذا الباب .

زعيم أو غريم ، أو قبيل أو حميل . (أما) لفظ الكفالة والضمان فصريحان وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان قال النبي ﷺ : " الزعيم غارم " ^(١) أي : الكفيل ضامن وكذلك القبالة بمعنى الكفالة أيضا يقال : قبلت به أقبل قبالة وتقبلت به أي كفلت قال الله تعالى : ﴿ أَوْ تَأْتِي بَالِئِهِ وَالْمَلَائِكَةُ قَبِيلًا ﴾ ^(٢) أي : كفيلا ، يكفلوني بما يقول . والحميل بمعنى المحمول فاعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول ، وإنه ينبئ عن تحمل الضمان .

وهناك ألفاظ توجب الضمان على الضامن لكنها غير صريحة على خلاف — فقوله : على كلمة إيجاب ، وكذا قوله : إليّ ، قال رسول الله ﷺ : " من ترك مالا فلورثته ومن ترك ديننا فإليّ وعلى " ^(٣) .

وقوله : قبلي ينبئ عن القبالة ، وهي الكفالة على ما ذكرت سابقا ، وقوله : عندي وإن كانت مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة ؛ لأن قوله عندي يحتل اليد ويحتل الذمة ؛ لأنها كلمة قرب وحضرة وذلك يوجد فيهما جميعا ، فعند الإطلاق يحمل على اليد لأنه أدنى ، وعند قرينة الدين يحمل على الذمة أي في ذمتي لأن الدين لا يحتمله إلا الذمة . (وأما) القبول من الطالب ^(٤)

(١) سبق تخريجه ص : (٥٥) .

(٢) سورة الإسراء : من الآية (٩٢) .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه بلفظ : " فمن توفي من المؤمنين فترك ديننا فعلي قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته " : كتاب الكفالة — باب الدين (٨٤/٣) (٢٢٩٨) .

(٤) سيأتي الكلام — تفصيلا إن شاء الله — عن قبول الطالب في الكلام عن الركن الثالث (المضمون له) .

فهو أن يقول قبالت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى ^(١) .

ولو قال : خل عن الذي لك عليه عندي . فليس بصريح في الضمان ، ولو قال : دين فلان إليّ ، فوجهان : قلت — والقول للنووي — : أقواهما ليس بصريح ، والله أعلم . ولو قال : أؤدي المال أو أحضر الشخص ، فهذا ليس بالتزام وإنما هو وعد ^(٢) .

هذا وقد أضاف المالكية إلى الصيغ المذكورة أنفا (أذين) فحملوا الضمان في مطلق قول الضامن : (أذين) من الإذن وهو الإعلام ؛ لأن الكفيل يعلم أن الحق قبله أو من الإذانة بمعنى الإيجاب ؛ لأنه أوجب الحق على نفسه (وقبيل وعندي وإلى ، وشبهه) نحو كفيل وضامن والمراد بالمطلق ما خلا عن التقيد بشيء : بلفظ أو قرينة ^(٣) .

أما عند الحنابلة فالضمان يصح بكل لفظ يدل عرفا على لزومه .

ففي الإنصاف أن الضمان " يصح بكل لفظ فهم منه الضمان عرفا . مثل قوله : " زوجه وأنا أؤدي الصداق ، أو بعه وأنا أعطيك الثمن ، أو اتركه ولا تطالبه وأنا أعطيك ، ونحو ذلك " ^(٤) .

(١) راجع بدائع الصنائع للكاظمي : (٣/٤) طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، دون رقم ودون تاريخ .

(٢) روضة الطالبين : (٢٦٠/٤) بتصرف يسير . وراجع في المذهب الشافعي : أسنى المطالب لأبى يحيى زكريا الأنصاري : (٢٤٥-٢٤٦/٢) وشرح البهجة لزكريا الأنصاري (١٦٠-١٦١/٣) .

(٣) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣٤٧) .

(٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (١٩٠/٥) . طبعة دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثانية . دون تاريخ . وراجع أيضا الفروع لابن مفلح (٤/٢٣٦) .

وكما يصح الضمان باللفظ ، فإنه يصح " بإشارة الأخرس وبالكناية كالخط " (١) .

ولكن الحنابلة يشترطون لزوم الإشارة مع الكتابة بالنسبة للأخرس ؛ احترازاً من أن تكون كتابته عبثاً .

ورد فى شرح منتهى الإرادات : " ويصح [أى الضمان] بإشارة مفهومة من أخرس ؛ لقيامها مقام نطقه ، لا بكتابة منفردة عن إشارة يفهم بها أنه قصد الضمان ؛ لأنه قد يكتب عبثاً أو تجربة قلم ، ومن لا تفهم إشارته لا يصح ضمانه ، وكذا سائر تصرفاته " (٢) .

وجملة القول إن ألفاظ الكفالة هى كل ما ينبئ عن العهدة في العرف والعادة (٣) .

وكما يقول الدكتور السالوس بحق : " ولعل الأولى استخدام الصريح الشائع الذى لا خلاف حوله ، وهو فى عصرنا يكاد ينحصر فى لفظى : الكفالة والضمان، حيث هجر غيرهما من الألفاظ الصريحة " (٤) .

(١) شرح البهجة (١٦٠/٣) .

(٢) شرح منتهى الإرادات (١٢٣/٢) .

(٣) حاشية ابن عابدين : (٢٨٨/٥) .

(٤) الكفالة فى ضوء الشريعة الإسلامية ص (٥٢) . طبعة مكتبة الفلاح بالكويت ، الطبعة

الأولى ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

الصيغة المنجزة:

ففي الحقيقة إن هذه الصيغة تدخل تحت الصيغة المطلقة ، وقد عرفها العلماء بأنها الصيغة التي ليست معلقة بشرط ولا مضافة إلى زمان مستقبل .

وقيل : هي التي تكون صيغتها خالية من التعليق بشرط أو الإضافة لأجل .

في درر الحكام (المادة ٦١٧) : أن الكفالة المنجزة هي الكفالة التي ليست معلقة بشرط ولا مضافة إلى زمان مستقبل . ومثال الكفالة المنجزة : أن يقال مثلا : إني كفيل فلان عن دينه الذي على فلان أو أكفل تسليمه المال الفلاني أو تسليمه نفس فلان كما ذكر في شرح المادة (٦٣٥) (١).

وفي الموسوعة الفقهية : أن الكفالة المنجزة هي التي تكون صيغتها خالية من التعليق بشرط أو الإضافة لأجل ، فمعنى التجيز : أن تترتب آثار الكفالة في الحال بمجرد وجود الصيغة مستوفية شروطها ، فإذا قال شخص لآخر : أنا كفيل بدينك على فلان وقبل الدائن الكفالة - على رأى من يوجب لتمام الصيغة قبول الدائن - فإن الكفيل يصير مطالبا بأداء الدين في الحال إذا كان الدين حالا . أما إذا كان الدين مؤجلا فيثبت الدين أو المطالبة به في ذمة الكفيل بصفته من الحلول والتأجيل متى كانت صيغة الكفالة مطلقة غير مقترنة بشرط يغير من وصف الدين . ويرى الحنابلة أن الكفالة إذا أطلقت انعقدت حالة ، لأن كل عقد يدخله الحل فإنه يحمل عليه عند إطلاقه ، كالثمن في البيع (٢) .

(١) راجع درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١/٧٣٥ ، ٧٣٦) .

(٢) راجع الموسوعة الفقهية (٣٤/٢٩٠ ، ٢٩١) .

أما الصيغة فى القانون المدنى المصرى :

ففى الحقيقة إننى لم أجد ما يقابل الصيغة فى القانون
الوضعى المدنى المصرى ، فقد عد أركان الضمان ثلاثة : الرضا
والمحل والسبب ^(١) .

والذى يعنينا هنا هو الرضا ؛ لأنه هو الذى يقابل
الإيجاب فى الفقه الإسلامى حيث إن القانون المدنى المصرى لم
يذكر - فيما أعلم - أى صيغة للتعبير عن الكفالة لكنه - وكما
توضح المادة (٩٠/مدنى) - اشترط أن يكون رضا الكفيل
صريحاً - و الأصل فى التعبير عن الإرادة أنه يجوز أن
يكون صريحاً أو ضمناً ، دون بيان الألفاظ الدالة على
الصريح والضمنى .

وها هو نص المادة (٩٠/مدنى) : "١- التعبير عن
الإرادة يكون باللفظ ، وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما
يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة
المقصود.

٢- " ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، إذا
لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً . " ^(٢) .

كما تنص المادة (٧٧٣/مدنى) على أنه : " لا تثبت
الكفالة إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأسمى
بالبيئة " ^(٣) .

(١) راجع الوافى (٣/ ٣١) .

(٢) القانون المدنى المصرى : ص : (١٩) .

(٣) المصدر السابق ص : (١٨٦) .

" غير أن القانون الفرنسي نص في المادة (٢٠١٥) منه على أن : " الكفالة لا تفترض ، ويجب أن تكون صريحة " ، وقد فسر الفقه والقضاء هذا النص بأن المقصود به إنما هو رضا الكفيل بالكفالة ، فلا يصح أن يفترض ، ويجب أن يعبر عنه تعبيراً صريحاً ؛ وذلك لخطورة الالتزام الذي تنشئه الكفالة في ذمة الكفيل ، أما الدائن (المضمون له) فلا ضرر عليه من الكفالة ، و إذن فلا حاجة إلى أن يكون التعبير عن قبوله الكفالة صريحاً .

ولم يرد في التقنين المصري نص يقابل نص المادة (٢٠١٥) مدني فرنسي ، ولكن الفقه والقضاء جريا عندنا أيضاً على اشتراط أن يكون رضا الكفيل صريحاً . ولم ير المشرع ^(١) الحديث داعياً إلى النص على ذلك في التقنين الحالي اكتفاء منه ببيان قصده في المذكرة الإيضاحية حيث ذكر أن التزام الكفيل هو أساساً من الالتزامات التبرعية فيجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع .

و بناء على ذلك لا يجوز استتباط إرادة الكفيل استتباطاً إذا لم تكن واضحة صريحة . فإذا وضع شخص إمضاءه إلى جانب إمضاء المدين . فلا يصح أن يستخلص من ذلك أنه قصد الكفالة لأن مجرد وضع إمضائه على الورقة لا يعتبر تعبيراً صريحاً عن نية الكفالة و يحتمل أن يكون قد قصد به مجرد الشهادة . فمجرد توصية شخص للدائن بأن يثق بمدينه لأن هذا المدين ملئ و لأنه يبادر إلى تنفيذ التزاماته ولو كانت هذه التوصية قد أتت بعد سؤال الدائن هذا الشخص عن حالة المدين ، لا يعد رضا بكفالة المدين ، إذ لا بد من أن يرضى هذا الشخص بكفالة المدين رضا واضحاً وأن يعقد مع الدائن عقد كفالة . و قضت محكمة النقض بأنه إذا تعهد شخص كتابة لوزارة الأوقاف بأن يضمن أخاه و آخر سماه في استئجار

(١) لفظ المشرع لا ينبغي أن يطلق على أحد غير الله عز وجل .

أرض معينة ثم لم يستأجر ذلك الأخ شيئاً من هذه الأرض واستأجر بعضها الشخص الآخر فإن الضامن يكون غير ملزم بالقيام بما تعهد به من الضمان ويصبح فى حل من عدم القيام بالتزامه ؛ لأن صفقة الإيجار لم تتم حسب اشتراطه ...

ولا يقتضى [القانون المدنى المصرى] اشتراط التعبير الصريح استعمال ألفاظ معينة كلفظ الكفالة و الضمان ، بل يكفى استعمال أى لفظ يدل دلالة صريحة على استعداد الشخص لأن يفى بالدين إذا لم يف به المدين . و قاضى الموضوع هو الذى يقدر توافر التعبير الصريح عن نية الكفالة أو عدم توافره " (١) .

وفى ذلك يقول الدكتور السنهورى : " عقد الكفالة عقد رضائى ، ينعقد بمجرد التراضى ما بين الكفيل و الدائن ، فلا حاجة فى انعقاده إلى شكل خاص و إذا كانت المادة (٧٧٣) مدنى تنص على أنه " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة " ، فالكتابة ليست ضرورية للإثبات . فهى ليست ضرورية لانعقاد الكفالة ، بل تنعقد الكفالة بمجرد التراضى كما قدمنا ، وتثبت بالكتابة أو بالإقرار أو باليمين . و لو كانت الكفالة عقداً شكلياً لا تنعقد إلا بالكتابة ، لما انعقدت إذا لم توجد الكتابة ، ولما جاز إثباتها بالإقرار أو باليمين لأن غير المنعقد لا يجوز إثباته أصلاً . " (٢) .

إن نخلص من هذا العرض — للصيغة المعبرة عن الضمان فى الفقه الإسلامى وما يقابلها فى القانون المدنى المصرى من الرضا ، وهو ما يسميه الفقهاء بالإيجاب — إلى ما يأتى :

١ — أن صيغة الضمان المطلقة فى الفقه الإسلامى

تنقسم قسمين :

(١) الوافى : (٣٣/٣ ، ٣٤) .

(٢) الوسيط (١٠ / ٢٤) .

أ - لفظ صريح : كأن يقول : أنا ضامن ، أو ضمين ، أو كافل ، أو كفيل ، أو زعيم ، أو حميل ، أو قبيل ، أو صبير .

ب - لفظ غير صريح : كأن يقول : أنا أدين ، أنا أؤدى ما عليه ، أو بعه وأنا أعطيك ما عليه ، أو زوجه وأنا أعطيك بقية الصداق أو على مال لك عنده ، أو إلى ما لك عنده ، أو عندى ما لك عنده ، أو مال لك عنه فهو قبلى ، أو لك على إحضاره متى ما أردت ، أو كل ما جرى العرف به تعبيراً عن الضمان بغير تصريح .

٢ - أن الرأج فى صيغة عقد الضمان - فيما أرى - هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة من أن صيغة الضمان تكون بإيجاب يصدر من الكفيل ، ولا يلزم قبول المضمون له ؛ وذلك لأن الضمان عقد تبرع المستفيد الأول فيه هو المضمون له ، ويترتب على ذلك أن الضمان يتم بعبارة الضامن وحده سواء كان الضمان شخصياً أم مالياً ، وليس من البد من قبول المضمون له .

٣ - أن بالقانون قصوراً فى التعبير عن الضمان ، إذ إنه قد اكتفى بالإشارة إلى أن ثبوت الكفالة لا يكون إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصل بالبينه ، كما نصت المادة (٧٧٣) مدنى ، كما سبقت الإشارة إلى ذلك آنفاً ، كما اعتبر التعبير الصريح باستعمال ألفاظ معينة كلفظ : (الكفالة أو الضمان) - أمراً ليس ضرورياً ، بل يكفى استعمال أى لفظ يدل دلالة صريحة على استعداد الشخص لأن يفى بالدين إذا لم يف به المدين . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر توافر التعبير الصريح عن نية الكفالة أو عدم توافره . ولا ينبغى - فيما أرى - أن يترك الأمر لتقدير

القاضى فى الألفاظ الدالة على الضمان ، بل كان ينبغى على واضعى القانون أن ينصوا على الألفاظ الموجبة الضمان ؛ لكى لا تكون ثمة ثغرات بالقانون تؤدى غالبا إلى ضياع حقوق الفرد والمجتمع .

٤ — أن ما يقابل الصيغة المطلقة فى الفقه الإسلامى — هو نص المادة (٧٨١) مدنى : " إذا لم يكن هناك اتفاق ، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ، ومصروفات المطالبة الأولى ، وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل " ^(١) . فهو أقرب شئ لذلك فى القانون المدنى المصرى ، فإن اصطلاح الكفالة المطلقة يطلق على الاتفاق الذى لا يحدد فيه الكفيل التزامه تحديدا كافيا ، وإنما يحدد فقط الدين الذى يكفله ، دون توضيح شروطه أو أوصافه ، إن كان ثمة شروط أو أوصاف ، فإذا ورد الاتفاق بهذه الصورة ، أو بعبارات غير محددة ، فقد وضع القانون تحديدا لما تشتمل عليه الكفالة ، فإن لم يورد هذا التحديد فإن الكفيل يسأل مسئولية مطابقة لالتزام المدين فى مقداره ، وشروطه ، وأوصافه . ويتضح من هذا النص أنه يمكن تخفيف حكمه بمقتضى الاتفاق الخاص ، وفى حالة غياب هذا الاتفاق ، فلا مناص من الأخذ بالحكم الوارد فى هذا النص ، وفى هذه الحالة يجب قانونا أن يلتزم بعدة عناصر يتكون منها محل التزامه وهى :

١ — أصل الدين المكفول .

٢ — ملحقات هذا الدين : كالفوائد القانونية ، أو الاتفاقية ، وكذلك التعويضات التى يحكم بها على المدين لإخلاله بالتزامه ...

(١) القانون المدنى المصرى : ص (١٨٨) .

٣ - المصروفات التى أنفقها الدائن فى رجوعه على المدين أو على الكفيل ... (١) .

وفى ذلك نظر من عدة أوجه ، أبينها فيما يأتى :

الوجه الأول : أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامى فى تحمل الضامن أصل الدين المضمون ، وهذا مما لا خلاف فيه .

الوجه الثانى : أن الفقه الإسلامى يختلف مع القانون فى تحمل الضامن ملحقات الدين : من الفوائد القانونية أو الاتفاقية ، فذلك مما حرمه الله - سبحانه وتعالى - حيث إنه يدخل فى نطاق الربا ، وهو من كبائر الذنوب ، قال الله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ (٢) . الربا : " الزيادة من ربا المال إذا زاد وارتفع ، والاسم الربا : مقصور وهو فى الشرع الزيادة على أصل المال من غير عقد تباع " (٣) وله أحكام كثيرة فى الفقه ليس هذا محل بسطها ، إذن فالزيادة محرمة أيا كانت صغيرة أم كبيرة ، بسيطة أم مركبة ، كله حرام بنص القرآن العظيم .

ولكن لا بأس فى القانون بالفائدة المسموح بها قانونا ، والعقد الربوى الباطل هو الذى يقوم على الربا الفاحش فقط ، دون الفائدة القانونية وكذلك الاتفاقية التى تكون بناء على اتفاق بين الدائن والمدين (٤) .

(١) راجع عقد الكفالة للدكتور أحمد سعد : ص (٢١٣-٢١٥) . والوافى : (٧٦ ، ٧٥/٣) .

(٢) سورة البقرة : من الآية (٢٧٥) .

(٣) لسان العرب : مادة ربو (٣٠٥/١٤) .

(٤) راجع الوسيط : (٤٢/١٠) .

وإن الكفيل يضمن تلك الفوائد — فى القانون — إذا كانت الكفالة مطلقة ، ولكن الشريعة الإسلامية لا تبيح فرض فوائد أصلا : لا على المدين ولا على الكفيل ، سواء كانت بسيطة أم مركبة ، فاحشة أم غير فاحشة .

قال الله تعالى : ﴿ يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ ﴾ (١) .

وقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ * فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴾ (٢) .

وقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ (٣) .

وقال تعالى : ﴿ وَأَخَذِمْ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ ﴾ (٤) .

ولا يخفى مدى عظمة التشريع الإسلامى فى ذلك ، حيث يحرم ما زاد على الدين ؛ مراعاة للفقير ، وحفظا لسلامة الصدور ، وإرساء لاقتصاد أقوى وأعظم .

الوجه الثالث : أن مراعاة القانون للمصروفات التى أنفقها الدائن فى رجوعه على المدين أو على الكفيل ، وتحميل

(١) سورة البقرة : (٢٧٦) .

(٢) سورة البقرة : (٢٧٨ ، ٢٧٩) .

(٣) سورة آل عمران : (١٣٠) .

(٤) سورة النساء : من الآية (١٦١) .

المضمون عنه — وكذلك الضامن إن لم يُخْطَر — المسئولية عن هذه المصروفات — أمر لم يتناوله الفقهاء المتقدمون ؛ لأن هذه المصروفات كانت شبه منعدمة في زمانهم ، فلم يكن ثمة محام يأخذ أجرا على رفع القضايا ، ولا رسوم تدفع في المحاكم والمصالح الحكومية ؛ وعليه فإن تحميل الأصل وكذلك الضامن — إن لم يخطر — تلك المصروفات أمر تقره الشريعة وتأمر به مراعاة لحق الدائن (المضمون له) ؛ حتى لا يضاف إلى تأخر سداد ماله نقص فيه بما دفعه من تلك النفقات والمصروفات .

المبحث الثاني

صيغة عقد الضمان المحلقة

المبحث الثانى

صيغة عقد الضمان المعلقة

تعريف المعلق : المعلق اسم مفعول من التعليق وهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون أخرى فإحداهما تسمى (الشرط) ، والثانية تسمى (الجزاء) ؛ وعليه فصيغة الضمان المعلقة هى التى يعلق وجودها على وجود شيء آخر ، فالمعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط : يعنى أن الشيء المعلق على شرط يكون معدوما قبل ثبوت الشرط الذى علق عليه ؛ لأنه لو ثبت الشيء قبل وجود الشرط لاستوجب ذلك وجود المشروط بدون الشرط وذلك محال (١) .

والضمان من التصرفات التى تقبل الاشتراط التعليقي ، وبيان ذلك كما يأتى :

ذهب الحنفية إلى صحة الضمان المعلق على شرط ملائم ، وإليه ذهب المالكية وبعض الشافعية ، والحنابلة فى إحدى روايتين عنهم ، وكذلك يظهر لى جواز التعليق عند الإباضية . والأصح عند الشافعية عدم جواز تعليق الضمان ، وهو الرأى الآخر عند الحنابلة ، وهو ما ذهب إليه الظاهرية ، ووافقهم الزيدية : فقد ذهبوا إلى عدم جواز تعليق الكفالة بشرط ولا وقت ، وهو ما ذهب إليه الإمامية وتفصيل ذلك كما يأتى :

(١) راجع درر الحكام فى شرح مجلة الأحكام : (٨٢/١) مادة : (٨٢) والموسوعة الفقهية (٣٠٧/٤) .

أما المجيزون : الذين يرون جواز الضمان المعلق على شرط ملائم فإن الشرط الملائم عندهم على أقسام :

١- وهو الشرط الذي يكون سببا لوجوب الحق ، كقول الكفيل للمشتري : إذا استحق المبيع فأنا ضامن الثمن ؛ لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق ووجوبه .

٢- الشرط الذي يكون سببا أو وسيلة لإمكان الاستيفاء ، كقول الكفيل للدائن : إذا قدم فلان - أى المضمون عنه - فأنا ضامن دينك عليه ؛ لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون مضمونا عنه أو يكون مضاربة .

٣- الشرط الذي يكون سببا لتعذر الاستيفاء مثل قوله : إذا غاب - يعنى المدين - عن البلدة ، فأنا ضامن لك مالك عنده .

٤- الشرط الذى جرى به العرف ، كما لو قال الكفيل : إن لم يؤد فلان مال لك عليه من دين إلى ستة أشهر فأنا له ضامن ^(١) ؛ لأنه علق الكفالة بالمال بشرط متعارف فصح .

فإذا علق الضمان على شرط غير ملائم بطل الضمان : كأن لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة إلى الأداء في الجملة ، فإنه لا يجوز ، بأن قال : إذا جاء المطر ، أو هبت الريح أو إن دخل زيد الدار فأنا كفيل ، أو إذا قدم فلان الأجنبي فأنا كفيل بنفس فلان ، أو بمالك عليه فالكفالة باطلة ؛ لأن الكفالة فيها معنى

(١) سيأتى بيانه - إن شاء الله - تفصيلا فى المبحث التالى (الصيغة المضافة إلى زمن مستقبل) .

التمليك ، والأصل أن لا يجوز تعليقها بالشرط إلا شرطاً ألحق به
تعلق بالظهور أو التوصل إليه في الجملة أو... على ما ذكرت آنفاً -
فيكون ملائماً للعقد فيجوز^(١) .

فعند الحنفية : يجوز تعليق الكفالة بالشرط — كما سبقت
الإشارة إليه — وهذا لا يخلو : إما أن يكون شرطاً ملائماً ، أو لا :
" ففي الأول : تصح الكفالة والتعليق .

وفي الثاني : وهو التعليق بشرط غير ملائم مثل أن يقول
إذا هبت الريح أو إذا جاء المطر أو إذا قدم فلان الأجنبي فأنا كفيل
بنفس فلان ، أو بمالك عليه فالكفالة باطلة ، فكل موضع أضاف
الضمان إلى ما هو سبب للزوم المال فذلك جائز ، وكل موضع
أضاف الضمان إلى ما ليس بسبب للزوم فذلك باطل ، كقوله : إن
هبت الريح فما لك على فلان فعلى^(٢) .

والمالكية يرون أنه " إن قال له : إن لم يوفك حقك حتى
يموت فهو عليّ فلا شيء على الكفيل حتى يموت الغريم (المكفول

(١) راجع : بدائع الصنائع (٣،٤/٦) وانظر ذلك أيضاً عند الحنفية فيما يأتي :
شرح فتح القدير (٧/ ١٨٣ — ١٨٥) علي الهداية شرح بداية المبتدى لكمال
الدين عبد الواحد بن الهمام : طبعة دار الفكر — بيروت ، بدون رقم الطبعة
وبدون التاريخ . والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لأبن نجيم : (٢٣١/٦ — ٢٣٣)
طبعة دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة ، الطبعة الثانية . بدون تاريخ . وراجع
أيضاً مجمع الضمانات لأبى محمد البغدادى ص : (٢٧٣) . طبعة الكتاب
الإسلامي ، الطبعة الأولى سنة ١٣٠٨ هـ ، وأحكام القرآن للجصاص (٣٧١/٢)
٣٧٢) ضبط نصه وخرج آياته عبد السلام محمد علي شاهين . طبعة دار
الكتب العلمية . بيروت — لبنان . الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ — ١٩٩٤ م ،
ومعين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لأبى الحسن علاء الدين
الطرابلسي ص : (١٥٥) . طبعة دار الفكر ، بدون رقم وبدون تاريخ .

(٢) حاشية ابن عابدين (٣٠٦/٥ ، ٣٠٧) .

عنه) ، وإن شَرَطَ الحميل (الكفيل) بدين تقرر أنه إن مات فلا شيء على ورثته ، وإن مات رب الدين (المكفول له) فلا شيء على الحميل جاز اتفاقا ، ولو كان في عقده بيع ففيه خلاف " (١) .

وفى الشرح الصغير: " إن ثبت لك عليه دين ، فأنا ضامن " (٢) .

فهذا يبين أن المالكية يرون جواز تعليق الضمان على شرط .

وفى القول الثانى — عند الشافعية — يجوز تعليق الضمان على شرط ؛ لأن القبول لا يشترط فيه ، فجاز تعليقه كالطلاق (٣) .

ففى الأشباه والنظائر قاعدة تنص على أن ما قبل التعليق من التصرفات صح إضافته إلى بعض محل ذلك التصرف : كالطلاق والعتق والحج ، وما لا يقبل التعليق من التصرفات ، فلا تصح إضافته إلى بعض محل ذلك التصرف : كالنكاح والرجعة والبيع . ويستثنى من الأول : الإيلاء ، فإنه يقبل التعليق ولا يصح إضافته إلى بعض المحل إلا الفرج ولا استثناء في الحقيقة ، لصدق إضافته إلى البعض ، واستدركت الوصية حيث يصح تعليقها ، ولا تصح إضافتها إلى بعض المحل . ويستثنى من الثانى صور : منها : الكفالة ، والقذف (٤) .

(١) التاج والإكليل لمختصر خليل (٤٤/٧ ، ٤٥) .

(٢) الشرح الصغير للدريدر (٤٣٢/٣) .

(٣) انظر نهاية المحتاج ، للرملى (٤٥٦/٤) .

(٤) راجع الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية ص : (٦٠٨) للإمام جلال

الدين السيوطى . طبعة المكتبة التوفيقية . تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، وعماد

البرونى . بدون رقم ولا تاريخ .

فيفهم من ذلك أن الكفالة من التصرفات التى تقبل التعليق ، وهذا هو رأى الشافعية الثانى ، وليس هو الأصح ، فالأصح عندهم عدم جواز التعليق كما سيأتى عند الكلام عن المانعين .

وعند الحنابلة كما فى الكشف : " إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان شهرا صح ذلك ؛ لأنها جمعت تعليقا وتوقيتا ، وكلاهما صحيح مع الانفراد فكذا مع الاجتماع " (١) .

فلا يمنع — فى إحدى روايتين عندهم — تعليق الضمان بالشرط ، كأن يقول : ضمنت أو كفلت إن رضى فلان ، أو يقول : ضمنت ما عليه إن كفل فلان بوجهه ، ونحو ذلك ، فإن اشترط فى الضمان أنه لا يطالبه حتى يتعذر مطالبة الأصيل ، جاز هذا الشرط ، بل هو حكم الضمان فى أشهر الروايتين عن مالك ؛ فلا يطالب الضامن حتى يتعذر مطالبة الأصيل ، وإن لم يشترطه (٢) .

قال ابن القيم : " وقد صرح القرآن بتعليقه بالشرط (٣) ، وهو محض القياس ؛ فإنه التزام ، فجاز تعليقه بالشرط كالندور ، والمؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا ، وهذا ليس واحدا منهما ، ومقاطع الحقوق عند الشروط ، فإن خاف من قاصر فى الفقه غير راسخ فى حقائقه فليقل : " ضمنت لك هذا الدين عند تعذر استيفائه ممن هو عليه " فهذا ضمان مخصوص

(١) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتى : (٣٧٧/٣) وانظر أيضا : مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى للشيخ مصطفى السيوطى الرحبباني : (٣١٧/٣) طبعة خاصة على نفقة الشيخ على بن عبد الله بن قاسم . الطبعة الثانية ١٤١٥هـ — ١٩٩٤م .

(٢) انظر إعلام الموقعين عن رب العالمين : (٣٧/٤) . لابن قيم الجوزية . تحقيق الشيخ عبد الرحمن الوكيل . طبعة مكتبة ابن تيمية - القاهرة . بدون رقم وبدون تاريخ .

(٣) يقصد قوله تعالى : ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ سورة يوسف : الآية (٧٢) .

بحالة مخصوصة فلا يجوز إلزامه به في غيرها كما لو ضمن الحال مؤجلاً أو ضمنه في مكان دون مكان ، فإن خاف من إفساد هذا أيضاً فليشهد عليه أنه لا يستحق المطالبة له به إلا عند تعذر مطالبة الأصل ، وأنه متى طالبه أو ادعى عليه به مع قدرته على الأصل كانت دعواه باطلة ، والله أعلم . (١) .

وفى شرح النيل عند الإباضية : أنه إذا قال له : كل ما

كان لك على فلان فقد تحملته عنه إن رضي فلان يعني فلانا الآخر غير المحمول عنه ، وكذا إن قال : إن رضي فلان المحمول عنه ، وهو المتبادر من حيث إن تكرار المعرفة لفظاً تكرير لها معنى غالباً ، لكن الظاهر أن المصنف (٢) أراد فلانا الآخر ، إذ لو أراد الأول المحمول عنه لأسقط لفظ فلان وأضمر له في رضي ؛ لأن هذا اختصار فأولى ما يقال : إن رضي فلان المحمول عنه أو غيره ؛ لأنه أعم فائدة ، أو إن قدم اليوم فلان ، أو إن بقي مالي إلى وقت كذا ونحو هذا ، أو إن دخلت الدار ، أو شرط نحو ذلك من الأفعال إن وقع ما ذكر من الصور المشخصة والصور المشار إليها بنحو ثبوت أو نفياً مثل أن يقول : إن قدم غداً أو إن كان قد قدم أمس أو إن لم يقدم فلان أو إن لم يرض فلان الذي هو غير المحمول عنه ، أو إن لم يدخل فلان الدار فوق ما شرط وقوعه وانتفى ما شرط انتفائه ، وكذا إذا عبر بإذا . وفي إجازتها إلى مجهول كحصد ونزول مطر مطلقاً ، أو في هذا البلد ، أو في موضع كذا ، وقدم مسافر مطلق أو مقيد ، والمراد بها واحد ، وهو التوقيت بالغاية ؛ لأن الحمالة إلى خريف أو صيف أو شتاء أو ربيع صادق بوجهين : أحدهما : الفصول بحساب العجم وهو الحساب بالشمس المذكورة في

(١) إعلام الموقعين : (٣/٤٩٨) .

(٢) هو صاحب المتن وهو كتاب النيل لضياء الدين عبد العزيز بن إبراهيم الثميني .

فن الفلك والآخر الخريف بمعنى ربيع الثمار وصيف القيط وشتاء
البرد وربيع الأزهار وهو أول الزمان ، وكلاهما فيه جهل ، لكن
الأول مجهول عند العرب والعامة؛ لأنه بالحساب والثاني : مجهول
الحد على الإطلاق ، فإن وقعت على الوجه الأول بين من عرفوا
حسابنا في دخول الفصول جازت قطعاً ، وإن وقعت على الوجه
المجهول ففيها قولان في الحكم :

أحدهما : ثبوتها ؛ لأنها عهد معقود بين أناس كعقد
البيع ، والعقد يجب الوفاء به كان فيه الجهل أو العلم إذا لم يكن
معصية ولأنها تبرع ، ولا يجب أن يكون ما هو كذلك معلوماً ، ألا
ترى أنه يجوز هبة المنافع إلى معلوم ومجهول ، ولأن ذلك شيء
ألزمه نفسه فألزمناه ، وقد قال جابر بن زيد ^(١) : من ألزم شيئاً
لنفسه ألزمناه له ، ولقوله ﷺ " **المؤمنون على شروطهم إلا شرطاً**
أحل حراماً أو حرم حلالاً " وهذا كالشرط بل أقوى ولأنه ﷺ قال : "
الزعيم غارم " ولم يشترط في غرامته أن يكون معلوماً في نفسه ،
ولا في أجله إن أجل كما اشترط ذلك في البيع والشراء .

الآخر : المنع ؛ لأن نصب الحكومة في ذلك ينافيه كونه
مجهول الأجل إن أريد نصبها فيه قبل الوقت لعارض داع ؛ ولأنه
ولو نصبت بعد الوقت فيه فكان معلوماً فإن علمه عارض — لم يكن
العقد عليه فلا يؤثر العلم فيه بعد أن كان مجهولاً إلا بتجديد كمن
اشترى مجهولاً أو إلى مجهول ثم علم لا يلزمه بعلمه ؛ ولأن فيها
طرفاً من الشبه بالبيع ؛ ولأنها إما بدل مما كان إلى أجل معلوم فلا
بد فيها من علم الأجل إن كان ، وإما بدل مما لا أجل فيه لكن لو

(١) جابر بن زيد أبو الشعثاء الأزدي ، تابعي فقيه ، محدث ، ثقة ، شهد له بالفضل بعض
الصحابية مثل ابن عباس وابن عمر ، ولد سنة (٢١) هـ . وتوفي سنة (٩٣) . انظر :
الأعلام (٩١/٢) وطبقات ابن سعد (١٧٩/٧) وطبقات الفقهاء للشيرازي (ص ٩٢) .

أجل لكان علم الأجل واجبا وصاحب ذلك القول الأول لا يرى البديل في حكم المبدل منه في كل وجه ، وإن قلت : ما الفرق بين قوله : إن رضي فلان ، وقوله : إن دخلت الدار ، ونحو ذلك ؟ قلت : الفرق أنهم قد عقدوا في هذا العقد الحماله في حينهم مغاية بغاية مجهولة ، فاختلف فيها ، وغير هذا لم تعقد فيه في حينهم بل علقت في حينهم إلى مجهول منتظر إذا وقع انعقدت من حين وقع ، وهو حينئذ معلوم ، فلو قال : أنا حميلك إذا حصد الناس أو نزل أو قدم المسافر أو إن كان ذلك ، أو إذا كان ذلك لجاز على حد إن رضي فلان . (١) .

أدلة المجيزين :

استدل الحنفية ومن وافقهم على ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة والقياس ، على ما يأتي شرحه وبيانه :

أما الكتاب :

— فعموم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٢).

قال الجصاص (٣) : " وقد روي عن ابن عباس في قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ : أي بعقود الله فيما حرم وحل . وعن الحسن قال : " يعني عقود الدين " . واقتضى أيضا الوفاء بعقود البياعات والإجازات والنكاحات ، وجميع ما يتناوله اسم العقود ،

(١) شرح النيل وشفاء العليل (٩ / ٤٣٧ - ٤٤٠) بتصرف .

(٢) سورة المائدة : من الآية (١) .

(٣) الجصاص : أحمد بن علي الرازي الحنفي ، فقيه مجتهد ، ورد بغداد في شببته ، ودرس العلم وجمع ، تخرج على يديه بعض الفقهاء ، له تصانيف منها : شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن توفي ببغداد سنة (٣٧٠) هـ . انظر معجم المؤلفين (٢٠٢/١) .

فتمى اختلافنا في جواز عقد أو فساده وفي صحة نذر ولزومه صح الاحتجاج بقوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ؛ لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات والإجازات والبيوع وغيرها . ويجوز الاحتجاج به في جواز الكفالة بالنفس ، وبالمال وجواز تعلقها على الأخطار ؛ لأن الآية لم تفرق بين شيء منها " (١) .

— وقوله تعالى : ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ (٢) .

والاستدلال بهذه الآية يعنى أن منادي يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك ، وكان نداؤه بأمر يوسف عليه السلام ، وشرية من قبلنا شرية لنا إذا قصها الله ورسوله من غير إنكار . واعترض عليه بأن هذه الآية محمولة على بيان الجعالة لمن يأتي به لا لبيان الكفالة ، فهو كقول من أبق عبده : من جاء به فله عشرة ، فلا يكون كفالة ؛ لأن الكفالة إنما تكون إذا التزم عن غيره وهامنا قد التزم عن نفسه .

والجواب عنه أن الزعيم حقيقة في الكفالة ، والعمل بها مهما أمكن واجب ، فكان معناه — والله أعلم — أن يقول المنادي للغير : إن الملك يقول : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ فبذلك يكون ضامنا عن الملك لا عن نفسه فتتحقق حقيقة الكفالة (٣) .

(١) أحكام القرآن للجصاص (٣٧١/٢ ، ٣٧٢) .

(٢) سورة يوسف : الآية (٧٢) .

(٣) راجع شرح فتح القدير (١٨٣ / ٧ — ١٨٥) .

قال ابن العربي : " وفي حقيقة القول في الآية : إن المنادي لم يكن مالكا ، إنما كان نائبا عن يوسف ورسولا له ، فشرط حمل البعير على يوسف لمن جاء بالصواع وتحمل هو به عن يوسف ، فصارت فيه ثلاث فوائد :

الأولى : الجعالة وهو عقد يتقدر فيه الثمن ولا يتقدر

فيه المثمن .

الثانية : الكفالة ، وهي هاهنا مضافة إلى سبب موجب

على وجه التعليق بالشرط . وقد اختلف الناس فيها اختلافا متباينا تقريره في المسائل ؛ وهذا دليل على جوازه ، فإنه فعل نبي ، ولا يكون إلا شرعا . وقد اختلف الناس في الكفالة ؛ فجوزها أصحاب أبي حنيفة محالة على سبب وجوب ؛ كقوله : ما كان لك على فلان فهو علي ، أو إذا أهل الهلال فك علي عنه كذا ، بخلاف أن تكون معلقة بشرط محض ، كقوله : إن قدم فلان أو إن كلمت زيدا . وقال الشافعي : لا يجوز بشيء من ذلك وهذه الآية نص على جوازها ، محالة على سبب الوجوب .

الثالثة : جهالة المضمون له ... (١) .

وأما السنة : فقد استدلوا بما يأتي :

— قوله ﷺ : " الزعيم غارم " (٢) .

ووجه الاستدلال به أنه ﷺ ذكر الزعامة بصفة عامة ، ولم يخصص أو يقيد شيئا منها بعدم الجواز ، مما يدل على جواز

(١) أحكام القرآن لابن العربي (١٠٩٧/٣) وسيأتي الكلام — بإذن الله — عن حكم تلك

الجهالة في الفصل الثالث من هذا الباب .

(٢) سبق تخريجه ص : (٥٥) .

الضمان المعلق على شرط .

— وقوله ﷺ : " المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك " ^(١) في معنى قول الله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ " ^(٢) .

وأما القياس :

فقد قاسه بعضهم على الطلاق ، وهذا عند الشافعية في قولهم الثاني ^(٣) .

قال ابن القيم : " وهو محض القياس ؛ فإنه التزام ، فجاز تعليقه بالشرط كالنذور " ^(٤) .

فإذا كان الشرط غير ملائم فإن بعض فقهاء المذهب الحنفي يجيزون الضمان مع بطلان الشرط وإلغائه :

ففي معين الحكام : " ويصح تعليق الكفالة بشرط متعارف نحو إذا قدم أو استحق زيد المبيع فأنا ضامن ، وإن كان شرطا محضا نحو إن دخل فلان الدار أو إن هبت الريح أو إن جاء المطر

(١) المستدرک: کتاب البیوع — باب المسلمون على شروطهم والصلح جائز (٥٠/٢) وهو صحيح انظر صحيح الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير) : (١١٣٨/٢) (٦٧١٦) لناصر الدين الألباني طبعة المكتب الإسلامي . الطبعة الثالثة (١٤٠٨هـ — ١٩٨٨م) .
وسنن أبي داود : كتاب الأقضية باب في الصلح (٢٠—١٩/٤) (٣٥٩٤) بلفظ : " المسلمون على شروطهم " والحديث صحيح . انظر صحيح الجامع (١١٣٨/٢) (٦٧١٤) .

(٢) راجع أحكام القرآن للجصاص (٣٧٢/٢) .

(٣) انظر نهاية المحتاج للرملي : (٤٥٦/٤) .

(٤) إعلام الموقعين : (٤٩٨/٣) .

تصح الكفالة لا الشرط ، وما جاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة كطلاق وعتق وحوالة وكفالة ، ويبطل الشرط " (١) .

وهناك من قال بجواز الضمان مع التعليق عموماً ، ولم يخص ذلك بشروط ملائمة مثل الجصاص — مستدلاً بقوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ فقد قال : وهو عموم في إيجاب الوفاء بجميع ما يشرط الإنسان على نفسه ، ما لم تقم دلالة تخصصه " (٢) .

وأما المانعون :

فقد ذهب الشافعية إلى القول بالمنع — وهو الأصح عندهم — وهو الرأي الآخر عند الحنابلة ، وهو ما ذهب إليه الظاهرية ، ووافقهم الزيدية : فقد ذهبوا إلى عدم جواز تعليق الكفالة بشرط ولا وقت ، وهو ما ذهب إليه الإمامية .

ففي تحفة المحتاج — عند الشافعية — : " والأصح أنه لا يجوز شرط الخيار للضامن أو الكفيل (٣) أو أجنبي ، ولا تعليقهما أي : الضمان والكفالة بشرط ؛ لأنهما عقدان كالبيع " (٤) . والبيع لا يجوز — عندهم — تعليقه بشرط ، فكذاك الضمان .

وفى المغنى — عند الحنابلة فى رأى الآخر — يقول ابن قدامة : وإذا تكفل برجل إلى أجل ، إن جاء به فيه ، وإلا لزمه ما

(١) انظر معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام. ص : (١٥٥) .

(٢) أحكام القرآن للجصاص (٣٧١/٢ ، ٣٧٢) .

(٣) سيأتى الكلام عن خيار الضامن فى الفصل الثانى من هذا الباب .

(٤) تحفة المحتاج فى شرح المنهاج (٢٦٩/٥ ، ٢٧٠) وراجع أيضاً : نهاية المحتاج للرمى

(٤٥٦/٤) والمنثور فى القواعد الفقهية لبدر الدين الزركشي : (٢٠٢/٢) و(١٧٥/٣)

طبعة وزارة الأوقاف الكويتية. الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م ، حققه د/تيسير

فائق وراجع د/عبد الستار أبوغدة .

عليه صح . وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف . وقال محمد بن الحسن والشافعي : لا تصح الكفالة ، ولا يلزمه ما عليه ؛ لأن هذا تعليق الضمان بخطر فلم يصح ، كما لو علقه بقدم زيد . ولنا ، أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها ، فصح اشتراطه ، كما لو قال : إن جئت به في وقت كذا ، وإلا فلك حبسي . ومبنى الخلاف هاهنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة ، وأما إن قال : إن جئت به في وقت كذا ، وإلا فأنا كفيل ببدن فلان ، أو فأنا ضامن لك مالك على فلان . أو قال : إذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه . أو إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان . أو قال : أنا كفيل بفلان شهرا . فقال القاضي ^(١) : لا تصح الكفالة . وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن ؛ لأن ذلك خطر فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به ، كمجيء المطر وهبوب الريح ، ولأنه إثبات حق لآدمي معين فلم يجز تعليقه على شرط ، ولا توقيته ، كالهبة .

واعترض عليه بأنها تصح ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ؛ لأنه أضاف الضمان إلى سبب الوجود ، فيجب أن يصح . والأول أقيس فإن قال : كفلت بفلان إن جئت به في وقت كذا . وإلا فأنا كفيل بفلان ، أو ضامن المال الذي على فلان . لم يصح فيهما عند القاضي ؛ لأن الأول مؤقت ، والثاني علق على شرط . فأما إن قال : كفلت بأحد هذين الرجلين . لم يصح في قولهم جميعا ؛ لأنه غير معلوم في الحال ولا في المآل ^(٢).

(١) القاضي : أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن الفراء البغدادي الحنبلي ، محدث فقيه أصولي مفسر ، ولد سنة (٣٨٠) هـ . أفتى ودرس وتخرج عليه جماعة ، وتولى القضاء من تصانيفه : المعتمد في الأصول . توفي سنة

(٤٥٨) . انظر معجم المؤلفين (٢٥٩/٣) .

(٢) المغنى : (١٠٢/٧-١٠٣) بتصرف يسير .

ويبين مذهب الظاهرية ابن حزم فيقول : " ولا يجوز أن يشترط في ضمان اثنين عن واحد أن يأخذ أيهما شاء بالجميع ، ولا أن يشترط ذلك الضامن في نفسه وفي المضمون عنه ، ولا أن يشترط أن يأخذ الملىء منهما عن المعسر ، والحاضر عن الغائب — وهو قول ابن شبرمة^(١)، وأبى سليمان^(٢). وأجاز هذا الشرط شريح^(٣)، وابن سيرين^(٤) وعطاء^(٥)، وعمرو بن دينار^(٦)، وسليمان بن موسى^(٧)، وهو قول سفيان الثوري^(٨)، وأبى حنيفة ، ومالك .

(١) عبد الله بن شبرمة بن الطفيل الضبي الكوفي القاضي ، تابعي ، ثقة في الحديث ، وكان عفيفا ، حازما ، فقيها ، عاقلا ، شاعرا ، حسن الخلق ، جوادا ، قال عبد الله بن داود الثوري : فقهاؤنا ابن شبرمة وابن أبي ليلى . قال بعض المؤرخين ولد سنة (٧٢) من الهجرة ، توفي (١٤٤) انظر تهذيب التهذيب (٥ / ٢٢٣ ، ٢٢٤) .

(٢) هو داود الظاهري ، سبقت ترجمته ص : (٢٨) .

(٣) شريح : هو الفقيه أبو أمية شريح بن قيس بن الجهم الكندي ، يقال له صحبة ولم يصح ، قاضي الكوفة ، أسلم في حياة النبي ﷺ ، انتقل من اليمن زمن الصديق ، من الثقات العدول ، توفي سنة (٧٨) هـ عن عمر يناهز مائة وعشر سنين . سير أعلام النبلاء (٤ / ١٠٠) .

(٤) محمد بن سيرين أبو بكر الإمام الرباني مولى أنس بن مالك — كان فقيها غزير العلم ثقة ثباتا علامة في التعبير ، رأسا في الورع ولد سنة (٣٣) هـ ، وتوفي . سنة (١١٠) هـ انظر تذكرة الحفاظ (٧٧/١) .

(٥) عطاء بن السائب ، أبو محمد ويقال أبو السائب ، الثقفي الكوفي ، صدوق ، اختلط بآخره ولم يفحش حتى يستحق أن يعدل به عن مسلك العدول ، توفي . سنة (١٣٦) هـ وقيل غير ذلك . راجع تهذيب التهذيب (١٧٧-١٨٠) والتقريب (٢ / ٢٢) .

(٦) عمرو بن دينار أبو محمد الجمحي . مولاهم المكي ، الحافظ الإمام عالم الحرم . وثقه أهل العلم تابعي ، ولد سنة (٤٦) هـ ، و توفي . سنة (١٢٦) هـ انظر تذكرة الحفاظ (١ / ١١٣) .

(٧) سليمان بن موسى الدمشقي الأشدق ، مولى آل معاوية بن أبي سفيان ، أبو أيوب ، الإمام الكبير مفتي دمشق ، كان من أعلى أصحاب مكحول ، قال البخاري : عنده مناكير وقال النسائي : هو أحد الفقهاء ، وليس بالقوي في الحديث ، كان من أعلم أهل الشام بعد مكحول ، مات سنة (١١٥) هـ . وقيل (١١٩) . انظر سير أعلام النبلاء (٥ / ٤٣٣-٤٣٧) .

(٨) سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري ، ثقة حافظ فقيه ، كان ربما دلس ، قال فيه ابن عيينة : ما رأيت رجلا أعلم بالحلال والحرام من سفيان الثوري ، ولد سنة (٩٦) هـ =

برهان صحة قولنا - قول النبي ﷺ : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " ^(١) وهذا شرط لم يأت بإباحته نص فهو باطل وأيضا : فإنه ضمان لم يستقر عليهما ، ولا على واحد منهما بعينه ، وإنما هو ضمان معلق على أحدهما بغير عينه لا يدري على أيهما يستقر فهو باطل ؛ لأن ما لم يصح على المرء بعينه حين عقده إياه ، فمن الباطل أن يصح عليه بعد ذلك في حين لم يعقده ولا التزمه ، وهذا واضح لا خفاء به . وبالله تعالى التوفيق " ^(٢) .

وفى البحر الزخار - عند الزيدية - : " ولا يصح تعليقها بشرط أو وقت كالإقرار " ^(٣) .

= وتوفى سنة (١٦١) هـ . انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ص: (٨٥ ، ٨٦) وتقريب التهذيب (٣١١/١) .

(١) صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان لأبي حاتم البستي : كتاب الطلاق - باب ذكر البيان بأن زوج بريرة كان عبدا لا حرا وأن الأسود واهم في قوله كان حرا (٩٤/١٠) (٤٢٧٢) طبعة مؤسسة الرسالة - بيروت ، مراجعة شعيب الأرناؤوط ، الطبعة الثانية ١٩٩٣م - ١٤١٤هـ - قال المحقق الشيخ شعيب الأرناؤوط: إسناده صحيح على شرطهما . والحديث صحيح . راجع : صحيح الجامع: (٨٣٣/٢) (٤٥٣٠) ، والحديث في صحيح البخاري بلفظ: "ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل ، شرط الله أحق وأوثق " : كتاب المكاتب - باب إثم من قذف مملوكه ، وباب ما يجوز من شروط المكاتب ، ومن اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل ... (١٧٧/٣) الأرقام : (٢٥٦٠ - ٢٥٦٣) .

(٢) المحلى : (١١٨/٨) مسألة (١٢٣٣) وانظر أيضا الإمام داود الظاهري وأثره في الفقه الإسلامي للدكتور عارف خليل : ص (٦٢٥) . طبعة دار الأرقم للنشر والتوزيع بالكويت الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م رسالة دكتوراه في الفقه المقارن بإشراف فضيلة الأستاذ الدكتور عبدالغنى محمد عبدالحالقي رئيس قسم أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر .

(٣) البحر الزخار : (٧٦/٦) .

وفى الروضة البهية — عند الإمامية — : " ولو علق الكفالة بشرط متوقع ، أو صفة مترقبة بطلت الكفالة ، وكذا الضمان والحوالة ، كغيرها من العقود اللازمة نعم لو قال : إن لم أحضره إلى كذا كان علي كذا صحت الكفالة أبدا ولا يلزمه المال المشروط ، ولو قال : علي كذا إن لم أحضره لزمه ما شرطه من المال إن لم يحضره) على المشهور. " (١) .

وبقليل من التأمل يُلاحظ أن ثمة تناقضا واضحا في مذهب الإمامية ، حيث إنه حكم على الكفالة بالبطلان إذا علقت بشرط متوقع أو صفة مترقبة ، في حين حكم بالصحة على الصيغة : (إن لم أحضره إلى كذا كان علي كذا ، وعلى كذا إن لم أحضره) وهو شرط متوقع ومرتقب فالأصل في المسلم الوفاء بتعهده وما شرطه على نفسه ؛ لقول النبي ﷺ : " المسلمون عند شروطهم " (٢) ؛ وعليه فإنه (أي الضامن) إذا شرط على نفسه مبلغا من المال إن لم يحضره — يجب الوفاء به ، فيكون متوقعا ؛ وعلى حسب ذلك فإن الكفالة تبطل حسب مطلع هذا الرأي ، وتصح حسب آخره وفي ذلك من التناقض مالا يخفى على أحد .

أدلة المانعين :

فقد استدل المانعون بالسنة والقياس والمعقول .

أما السنة :

— فقد استدل ابن حزم — وهو من المانعين — بقول

النبي ﷺ : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " (٣) .

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية : (١٥٥/٤) .

(٢) سبق تخريجه ضمن أدلة المجيزين ص : (١٢٣) .

(٣) سبق تخريجه في الصفحة السابقة .

وأما القياس :

فقد قاس الشافعية المانعون الضمان على البيع ، والبيع — عندهم — لا يجوز تعليقه على شرط ، فكذلك الضمان ^(١) .

وقاسه الحنابلة المانعون على الهبة ، حيث إن الهبة — عندهم — لا يجوز تعليقها على شرط ، فقالوا : إن الضمان " إثبات حق لأدمي معين فلم يجز تعليقه على شرط ، ولا توقيته ، كالهبة " ^(٢) .

ولكن الزيدية يقيسون الضمان على الإقرار ، فالإقرار — عندهم — لا يصح تعليقه على شرط ، فإن علق على شرط بطل الإقرار ولم يصح مثبتا للأمر المقر به ^(٣) .

وأما المعقول :

إن تعليق الضمان على شرط يعرض الضمان للضياع ، وذلك خطر ؛ فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به ، كمجيء المطر وهبوب الريح ، وغير ذلك ^(٤) .

الترجيح :

ومما سبق عرضه يتبين أن الراجح ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم من صحة الضمان المعلق على شرط ملائم ، دون غيره من الشروط غير الملائمة ؛ لما يأتي :

أولاً : أن القرآن الكريم قد أوجب الوفاء بالعقود**عموماً :**

(١) راجع تحفة المحتاج (٥/٢٦٩ ، ٢٧٠) وراجع أيضا : نهاية المحتاج (٤/٤٥٦) .

(٢) المغنى : (١٠٢/٧) .

(٣) راجع البحر الزخار : (٧٦/٦) .

(٤) راجع المغنى : (١٠٢/٧) .

وذلك كما فى قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ^(١) وعقد الضمان — المعلق على شرط أو غير المعلق — يدخل ضمن هذا العموم .

ومن المعلوم أن العام يعمل به على عمومه ما لم يرد ما يخصه كما يقول أهل الأصول ، فالناظر بتأمل فى كلام العلماء حول العام يلحظ أنه معروف منذ زمن الصحابة ﷺ ويظهر ذلك من خلال تتبع الوقائع الفردية فى حياتهم ، ومن ذلك مثلاً أن ابن عباس (رضى الله عنهما) قد ورد عنه ما يدل على اعتبار العموم ، فإنه قال به فى آية السرقة مع أنها نزلت فى امرأة سرقت ، فقد سئل ﷺ عن قوله تعالى : ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ ^(٢) أخاص أم عام ؟ قال : بل عام ^(٣) .

وسار التابعون على طريق الصحابة فى اعتبار عموم اللفظ ، والعمل بالعام ما لم يخصه دليل صحيح . بل إن الصحابة — وهم خير جيل — أجمعوا مع أهل اللغة بأجمعهم — على أن يجروا ألفاظ الكتاب والسنة على العموم إلا ما دل على تخصيصه دليل ، فإنهم كانوا يطلبون دليل الخصوص ، لا دليل العموم ^(٤) .

(١) سورة المائدة : من الآية (١) .

(٢) سورة المائدة : من الآية (٣٨) .

(٣) الإتيقان فى علوم القرآن للسيوطى (١/٨٦) . تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم . طبعة مكتبة دار التراث . بدون رقم ولا تاريخ .

(٤) راجع : روضة الناظر وجنة المناظر فى أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لابن قدامة المقدسى (٢/٦٧٢) . تحقيق وتعليق د/ عبد الكريم النملة ، طبعة دار العاصمة — السعودية . الطبعة السادسة ١٤١٩هـ — ١٩٩٨م . وأصول الفقه للخضرى ص : (١٥٠) . طبعة المكتبة التجارية الكبرى . بدون رقم ولا تاريخ . وأصول التشريع الإسلامى للأستاذ على حسب الله (٢٧٤) . أستاذ الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة والخرطوم والكويت . الطبعة السادسة (١٤٠٢هـ — ١٩٨٢م) .

ولو أننا أمعنا النظر فيما أورده الإمام الجصاص من قول ترجمان القرآن ابن عباس - رضى الله عنهما - فى تفسير الآية ، حيث قال : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ : " أي بعقود الله فيما حرم وحل " ^(١) ولا يخفى إطلاقاً أن عقد الضمان من العقود التى أحلها الله ، وقد سبق سوق الإجماع على جوازه وثبوته فى الجملة ^(٢) .

فعندما يقع خلاف فى حل عقد أو حرمة ، سواء كان عقد ضمان أم إجارة أم بيع أم غير ذلك - فإنه يصح الاحتجاج بعموم هذا النص : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ؛ لاقتضاء عموم جواز جميعها ، ما لم يكن قد ورد دليل آخر يخصصه فيخرج من هذا العموم ، فالبيع مثلاً جائز فى الجملة ؛ للعموم المذكور آنفاً تبعاً ؛ وأصالة لقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ ^(٣) فعموم قوله تعالى : " وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ " يقتضى حل البيوع كلها دون استثناء بيع ربوى أو غيره ، فخصص سبحانه - بقوله عز وجل : " وَحَرَّمَ الرِّبَا " - هذا العموم ، فصار كل بيع مشتمل على أى ربا حراماً ، وخصّص أيضاً بغيره من الأدلة .

وعملاً بهذا فقد خصصه الإمام طاوس ^(٤) وغيره بحديث عبادة

(١) راجع كلام الجصاص بتمامه : ص (١٢٠ - ١٢١) .

(٢) راجع ص : (٥٥-٥٦) من هذا البحث .

(٣) سورة البقرة : من الآية : (٢٧٥) .

(٤) طاوس : أبو عبد الرحمن طاوس بن كيسان اليماني الحميري الجندی ، من أبناء الفرس ، هو أول طبقة أهل اليمن من التابعين ، ولد سنة (٢٦) هـ وقيل سنة (٣٣) هـ كان زاهداً ، عابداً ، حكيماً ، مفسراً ، فقيهاً ، محدثاً ، كان من خواص تلاميذ ابن عباس ؓ مات - رحمه الله - سنة (١٠٦) هـ . راجع : البداية والنهاية لابن كثير (٢٤٤/٩ - ٢٥٣) دقق أصوله وحققه د . أحمد أبو ملحم ود . على نجيب عطوى ... ط . دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان ، والتاريخ الكبير للبخارى (٣٦٥/٤) ط . دار الكتب العلمية بيروت . والأنساب للسمعاني (٩٦/٢) ، تهذيب الكمال فى أسماء الرجال للحافظ المزي (٢١٣/٩ - ٢٢٥) .

ابن الصامت رحمه الله ^(١) أن النبي ﷺ قال : " الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبُرُّ بالبُرِّ والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، سواء بسواء ، يدا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف ، فبيعوا كيف شئتم ، إذا كان يدا بيد " ^(٢) فذهبوا — رحمهم الله — إلى حرمة التفاضل في كل صنف من هذه الأصناف المذكورة في الحديث وخصصوا بذلك عموم الآية ^(٣).

فهذه الآية سيقَّت من أجل التفرقة بين البيع و الرِّبا ، رداً علي من قالوا : ﴿ إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا ﴾ ^(٤).

وعليه فإن الضمان المعلق على شرط مقبول يكون جائزاً ؛ لهذا العموم : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ؛ وحيث إنه لم يرد ما يخصه بعدم الجواز.

وتفسير الحسن قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ بأنه " يعني عقود الدين " يؤيد ذلك ويعضده ؛ حيث إن من عقد الضمان المعلق على شرط ما هو من عقود الدين ، مثل ضمان الدين .

ثانياً : أن القرآن العظيم قد صرح بتعليق الضمان

بالشرط :

(١) عبادة بن الصامت بن قيس الأنصاري الخزرجي أبو الوليد ، بدرى ، وهو أحد من جمع القرآن في زمن النبي ﷺ ، مات رحمه الله بالرملة سنة (٣٤) وله (٧٢) سنة ، وقيل عاش إلى خلافة معاوية . راجع تهذيب التهذيب (٩٩ / ٥) .

(٢) صحيح مسلم : كتاب المساقاة - باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (٣ / ١٢١١) (١٥٨٧) .

(٣) راجع المحلى : (٤٦٨/٨) (١٤٧٩) . وفتح القدير علي الهداية شرح بداية المبتدى لكمال الدين عبد الواحد بن الهمام : (٥/٧ - ٦) طبعة دار الفكر - بيروت ، بدون رقم الطبعة وبدون التاريخ .

(٤) انظر : أصول التشريع الإسلامي ص : (٣٠٣) وأصول الفقه للخضرى ص : (١٢٩) وأصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص : (١١٠) .

وذلك في قوله تعالى : ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ (١) .

فمنادى يوسف — عليه السلام — علق الالتزام بالضمان بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك ، وكان نداؤه بأمر يوسف — عليه السلام — ولم يكن مالكا ، إنما كان نائبا عن يوسف ورسولا له ، فشرط حمل البعير على يوسف لمن جاء بالصواع وتحمل هو به عنه ، فهو ضامن حمل البعير عن يوسف بشرط المجيء بصواع الملك .

وأما اعتراض المعترضين بأن ذلك من باب الجعالة لمن يأتي به لا من باب الضمان ، فهو كقول من أبق عبده : من جاء به فله عشرة فلا يكون ضمانا ؛ لأن الضمان إنما يكون إذا التزم عن غيره وهاهنا قد التزم عن نفسه — فالرد عليه من ثلاثة أوجه كما يأتي :

الأول : أن الزعيم لغويا حقيقة في الضمان والكفالة — كما سبق بيان ذلك — (٢) ، وهذا ما عليه عظماء المفسرين :

فعن ابن عباس ؓ أنه قال في قوله تعالى : ﴿ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ أى : كفيل . وهو ما ذهب إليه كل من مجاهد بن جبر وسعيد بن جبير وقتادة بن دعامة السدوسي والضحاك بن مزاحم (٣) ؛ وعليه فإن تفسيره بالجعالة بعيد كل البعد .

(١) سورة يوسف : الآية (٧٢) .

(٢) راجع الكلام عن صيغة عقد الضمان ، ص : (٩٣ وما بعدها) .

(٣) راجع ص : (٤٥) من هذا البحث .

الثاني: أن الصواع لم يكن صواع المنادى ، إنما كان صواع الملك ولو كان صواع المنادى ، ولم يصرح بالزعامة — لكن فعلا من باب الجعالة كقول من ضل بعيره : من جاء به فله عشرة جنبيات ونحوه ، فيكون المعنى — والله أعلم — أن المنادى كان يريد أن يقول : إن الملك يقول ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ فبذلك يكون ضامنا عن الملك لا عن نفسه فتتحقق حقيقة الضمان وتكون عن الغير وليس عن النفس .

الثالث: أن الزعيم في السنة في قول النبي ﷺ : " الزعيم غارم " ^(١) يعني أن : الضامن غارم ، فلم يقل أحد على الإطلاق إن الزعيم في الحديث يعني شيئا غير الكفيل والضامن ؛ وعليه فيمكن أن يقال : إن الحديث من قبيل المفسر للآية وذلك باعتبار توافر العلماء على أن معنى الزعيم فيه : الضامن ، وتكون الآية من قبيل المفسر .

ثالثا: أن النبي ﷺ قال: " الزعيم غارم " :

وهذا أيضا من العموم ، وهو يدل دلالة قوية على جواز الضمان المعلق على شرط .

وقال أيضا ﷺ : " المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك " ^(٢) .

وهذا الحديث — كما يقول الجصاص بحق — في معنى قول الله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ " ^(٣) .

(١) سبق تخريجه ص : (٥٥) .

(٢) سبق تخريجه ص : (١٢٣) .

(٣) راجع أحكام القرآن للجصاص (٣٧٢/٢) .

وليس المقصود بالمعنى التفسير ، فالمعنى في الآية : هو الأمر بالوفاء بالعقود ، وفي الحديث : هو الأمر بالالتزام بالشروط ، وهو وإن كان أسلوبا خبريا إلا أنه في معنى الإنشائي — وإنما المقصود به — " في معنى قول الله تعالى ... " في كلام الجصاص — وجه الاستدلال من حيث العموم .

فكل هذه النصوص العامة تؤيد القول القائل بجواز صيغة عقد الضمان المعلقة على شرط ملائم .

وأما استدلال الظاهرية بقول النبي ﷺ : " كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل " (١) — فليس بقوى ؛ لأن الحديث ليس على ظاهره بأن كل شرط لابد أن ينص عليه في كتاب الله ، وإنما المقصود — والله أعلم — أن كل شرط ليس له ما يستند إليه من الكتاب فهو باطل .

رابعاً : أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يخالف

شرعنا : فشرعة من قبلنا شريعة لنا إذا قصها الله ورسوله من غير إنكار ، فقوله تعالى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ شرع يوسف ومن بعث إليه ، وهو شرع لنا ما لم ينكر ذلك رب العالمين ورسوله ﷺ ، وما لم يأت ما يخالفه ، وهذا ضمان معلق على شرط مصرح به من المشرع العظيم سبحانه ، قد قام به نبي كريم ابن نبي كريم ، وهو يوسف عليه السلام .

خامساً : أن القول بجواز التعليق أقيس :

فقد قاس بعض المجيزين الضمان على الطلاق ، وهذا عند الشافعية في قولهم الثاني (٢) .

(١) سبق تخريجه ص : (١٢٧) .

(٢) انظر نهاية المحتاج للرملي : (٤٥٦/٤) .

وقاسه ابن القيم على النذر ، فقال : " وهو محض القياس ؛ فإنه التزام ، فجاز تعليقه بالشرط كالنذور " (١) .

على حين قاسه الشافعية المانعون على البيع ، والبيع — عندهم — لا يجوز تعليقه على شرط ، فكذاك الضمان (٢) . وقاسه الحنابلة المانعون على الهبة ، حيث إن الهبة — عندهم — لا يجوز تعليقها على شرط فقالوا : إن الضمان " إثبات حق لآدمي معين فلم يجز تعليقه على شرط ولا توقيته ، كالهبة " (٣) . بينما نجد الزيدية يقيسون الضمان على الإقرار بالإقرار — عندهم — لا يصح تعليقه على شرط ، فإن علق على شرط بطل الإقرار ولم يصح مثبتا للأمر المقرر به (٤) .

إذا رجعنا إلى معنى القياس عند اللغويين والأصوليين ، تبين بوضوح أى القياسين أقرب للصواب والحق : قياس المجيزين أم قياس المانعين و بيانه كما يأتي :

أ - القياس لغة : هو التقدير ، وقيل المساواة ، والمشهور الأول . فقياس الشيء أى تقديره وتسويته به ؛ ولذلك سمى المكيال مقياسا ، وما يقدر به النعال مقياسا . وفلان لا يقاس بفلان : أى لا يساويه .

(١) إعلام الموقعين : (٤٩٨/٣) .

(٢) راجع تحفة المحتاج (٢٦٩/٥ ، ٢٧٠) وراجع أيضا : نهاية المحتاج (٤٥٦/٤) .

(٣) المغنى : (١٠٢/٧) .

(٤) راجع البحر الزخار : (٧٦/٦) .

قاس الشيء وقيسه قياسا وقياسه ، واقتاسه وقيسه إذا قدره على مثاله . وقيسُ رُمح وقاس رُمح أى قدر رُمح ، القيس والقيد سواء (١) .

ب - والقياس اصطلاحا :

هو حمل فرع على أصل فى بعض أحكامه ، بمعنى يجمع بينهما (٢) .

وقيل هو: "حمل معلوم على معلوم فى إثبات حكم لهما أو نفيه عنهما بأمر جامع بينهما من إثبات حكم أو صفة أو نفيهما عنهما" (٣) .

وقيل إنه : إثبات مثل حكم معلوم فى معلوم آخر ؛ لاشتراكهما فى علة الحكم عند المثبت (٤) .

هذا وإن بعض المحققين يرون أنه : "مساواة فرع لأصل فى علة الحكم أو زيادته عليه فى المعنى المعتبر فى الحكم" (٥) .

وبإتعام النظر فيما سبق عرضه من تعريف القياس عند أهل اللغة وأهل الأصول ، يتبين رجحان قياس المجيزين على قياس المانعين ؛ وذلك لما يأتى :

(١) راجع لسان العرب : مادة " قيس " (١٨٦/٦) .

(٢) راجع للمع فى أصول الفقه للشيرازى : ص : (٥٣) . طبعة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر . الطبعة الثالثة ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧م .

(٣) المستصفى : ص : (٢٨٠) .

(٤) راجع شرح المنهاج للبيضاوى (٦٣٤/٢) . لشمس الدين الأصفهاني . قدم له ، وحققه وعلق عليه د. عبد الكريم النملة ، طبعة مكتبة الرشد - الرياض ، طبعة الأولى ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م .

(٥) البحر المحيط للزركشى (٧/٥) .

١— أن قياس المجيزين الضمان على النذر قياس صحيح ؛ لمساواة الفرع (الضمان) للأصل (النذر) فى المعنى المعتبر فى الحكم ، وهو فى كل منهما : التبرع والالتزام ، فكل منهما يعد من عقود التبرع والالتزام . وهو محض القياس كما — يقول ابن القيم بحق — حيث إنه التزام ، فجاز تعليقه بالشرط كالنذور ^(١) .

أما قياس بعض الشافعية المجيزين الضمان على الطلاق فهو قياس بعيد ؛ لما بين الضمان والطلاق من فرق ، فهما يختلفان فى أن الضمان عقد تبرع محض ، والطلاق ليس كذلك إطلاقاً ؛ وعليه فلا يصح قياسه عليه .

٢— أن قياس الشافعية المانعين الضمان على البيع لا يصح ؛ لأن عقد الضمان من عقود التبرع بينما عقد البيع من عقود المعاوضة ؛ وعليه فلا يجوز — فيما أرى — قياس الضمان على البيع فى عدم جواز التعليق على شرط فى صيغة عقد الضمان .

٣— أن قياس الحنابلة المانعين الضمان على الهبة فى عدم جواز الضمان المعلق على شرط لا يصح — على الراجح عندى — وذلك من وجهين اثنين :

الأول: أن عدم جواز تعليق الهبة على شرط ليس أمراً

مسلماً به :

حيث إنه يجوز تعليق الهبة على شرط ، وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية المانعون أنفسهم ، فإن كان شرطاً صحيحاً

(١) راجع ص : (١٣٦) من هذا البحث .

صحت الهبة والشرط ، وإن كان شرطا فاسدا صحت الهبة مع بطلان الشرط فليس عدم جواز تعليق الهبة على الشرط حكما مجمعا عليه حتى يقاس الضمان عليه في عدم جواز التعليق ، فإذا وهب الواهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين ، فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب ؛ لأنه بيع انتهاء . وقال الشافعي - رحمه الله - : هو بيع ابتداء وانتهاء ؛ لأن فيه معنى البيع وهو التملك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني ، ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقا ^(١) .

وبتدقيق النظر يتضح أن هذا العقد قد اشتمل على جهتين : جهة الهبة لفظا ، وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما ، وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما ؛ لأن إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما ^(٢) .

وعند الشافعية المانعين أنفسهم لو وهب بشرط ثواب معلوم كوهبتك هذا على أن تثبيني كذا فقبل ، فالأظهر صحة العقد ؛ نظرا للمعنى : إذ هو معاوضة بمال معلوم فكان كبعثتك ، و من ثم يكون بيعا على الصحيح ^(٣) .

الوجه الثاني : أن الأصل المقيس عليه مستند إلى

قياس لا يصح :

فإننا إذا حققنا النظر في الأصل المقيس عليه وهو الهبة لوجدنا أن مستند الحنابلة المانعين في عدم جواز تعليق الهبة على شرط هو القياس أيضا ، ولكنه قياس غير صحيح - فيما أرى - فهم يقيسون الهبة على البيع :

(١) الهداية شرح بداية المبتدى (٩/٤٨-٤٩) .

(٢) راجع شرح فتح القدير (٩/٤٩) .

(٣) راجع تحفة المحتاج (٦/٣١٦) .

قال ابن قدامة : ولا يصح تعليق الهبة بشرط ؛ لأنها تملك لمعين فى الحياة ، فلم يجز تعليقها على شرط ، كالبيع ^(١) .

والفرق بين الهبة والبيع فرق كبير يحول — فيما أرى — دون هذا القياس ، ويمكن بيان الفرق فيما يأتى :

١— الهبة تملك بلا عوض ، والبيع تملك بعوض .

٢— الهبة من عقود التبرع ، بينما البيع من عقود المعاوضة ^(٢) .

فإذا سلم لى ما رجحته من جواز تعليق الهبة على شرط ، فإن من ينعم النظر يلحظ أن الهبة أقرب شبها بالضمان من غيره ، ويظهر هذا الشبه فى وجهين اثنين :

الأول : أن كلا منهما من عقود التبرع .

الثانى : أن كلا منهما التزام .

وعليه فيمكن قياس الضمان على الهبة فى جواز التعليق على شرط ، لا العكس ؛ وذلك لمساواة الفرع (الضمان) الأصل (الهبة) فى المعنى المعتبر فى الحكم ، والمعنى المعتبر فى الحكم — والله أعلى وأعلم — هو التبرع والالتزام .

٤— أما قياس الزيدية الضمان على الإقرار ، فلا يخفى بعده ؛ لما بينهما من فرق كبير ، فليس الإقرار تبرعا فضلا عن أنه ليس من العقود أصلا .

(١) المغنى : (٢٥٠/٨) .

(٢) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٩٧/٤ — ٩٨) .

وأما قولهم : إن تعليق الضمان على شرط يعرض الضمان للضياع ، وذلك خطر ؛ فلم يجز تعليق الضمان به ، كمجيء المطر وهبوب الريح ، وغير ذلك ، فهذا أيضا ضعيف ؛ لأن ذلك يدخل ضمن الشروط غير الملائمة ، وهذا ما لم يقل به المجيزون الذين تم ترجيح قولهم .

الضمان المعلق على شرط فى القانون :

وهو ما يسميه رجال القانون بكفالة الالتزام الشرطى ، فقد نصت المادة (٧٧٨) مدنى مصرى ، فى الفقرة الأولى على ما يأتى : " تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول ، كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى " (١) .

والذى يعنينا هنا هو كفالة الدين الشرطى ، فإن القانون المدنى يوافق رأى المختار فى الفقه الإسلامى فى جواز الكفالة المعلقة على شرط ، دون تمييز من القانون بين الشرط الملائم وغير الملائم ، أو المشروع وغير المشروع .

فإذا ضمن الكفيل التزاما شرطيا صحت كفالته ، والمفترض ألا يكون الالتزام الأصلى معلقا على شرط ، فإذا علق على شرط كان التزام الكفيل مثله معلقا على نفس الشرط ، فقد يعلق الكفيل التزامه على شرط وجود ضمانات أخرى يعتمد عليها الكفيل ، ويحل محل الدائن فيها ، ويكون الشرط هنا — كما يقول رجال القانون — شرطا واقفا : بمعنى أن الكفالة لا تنفذ إلا إذا تحقق الشرط ووجدت هذه الضمانات . وقد يكون الشرط فاسخا بمعنى : أن تنفذ الكفالة فى الحال بشرط أن يرهن المدين الأصلى عقارا له فى الدين ، فإذا لم يرهنه تحقق الشرط الفاسخ وانفسخت الكفالة ، وقد يعلق الكفيل التزامه على شرط فاسخ آخر مثل أن يشترط على المدين استعمال القرض الذى اقترضه استعمالا معيناً ، أو لغرض معين ، فإذا لم يفعل تحقق الشرط الفاسخ ؛ وبناء عليه تنفسخ الكفالة (٢)

(١) القانون المدنى المصرى : ص (١٨٧) .

(٢) انظر الوسيط : (١٠ / ٨٣ ، ٨٤) .

ولا يخفى من خلال هذا العرض المتواضع أن القانون المدنى المصرى قد أغفل الكلام عن حقيقة الشرط ، وأنه لابد أن يكون شرطاً ملائماً ومشروعاً ، أما عن الشرط الملائم فقد سبق الكلام عنه تفصيلاً فى مطلع هذا المبحث ، وأما عن الشرط المشروع ، فهو الشرط الذى لا يخالف نصاً من الكتاب والسنة وإجماع العلماء ؛ فلا يجوز شرعاً - على سبيل المثال - أن يشترط الدائن أو الكفيل على المدين الأصلي أن يرد الدين زائداً ؛ لأنه من الربا الذى حرمه الله ورسوله ﷺ ، فكل شرط لا يوافق الحق فهو باطل ، ويلزم من بطلانه بطلان الضمان ؛ وذلك لقول النبى ﷺ : " المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك " (١) .

على حين يرى رجال القانون جواز ذلك ، على ألا يكون الربا فاحشاً : أى زائداً على مقدار الفائدة المسموح بها قانوناً (٢) .

ومن المعلوم أن تلك الفائدة المسموح بها قانوناً من الربا فلا تجوز ، وكون القانون يسمح بها أم لا يسمح لا يحلها ؛ لأنه لا يستند إلى الشريعة الإسلامية فى ذلك ولا فى غيره .

(١) سبق تخريجه ص : (١٢٣) .

(٢) راجع الوسيط : (١٠ / ٤٢) .

المبحث الثالث

صيغة الضمان الوقتية

المبحث الثالث

صيغة الضمان الوقتية

تمهيد

أقصد بصيغة الضمان الوقتية صيغة الضمان المتعلقة بالوقت ، أى التى لها علاقة بالوقت ، اشتراطاً أو إضافة أو تأقيتاً :

أما اشتراطاً : فكأن يقول : ضمنت ما عليه إذا قدم فلان — أى المضمون عنه — فأنا ضامن دينك عليه ؛ لأن قدومه وسيلة إلى الأداء فى الجملة ، أى عند وصوله أنا ضامن ما لك عنده ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً فى الكلام عن الضمان المعلق على شرط فى المبحث السابق .

وأما إضافة : فكأن يقول الضامن للمضمون له : أنا ضامن ما ستقرضه لفلان من المال ، أو أن يقول : إن أقرضت فلاناً مبلغ كذا فأنا ضامنه ، وهذا النوع من الضمان لا ينعقد إلا بعد مجئ الوقت المضاف إليه ، ولا يترتب عليه أثر إلا من ذلك الوقت ، وهذا ما يسمى عند الأكثرين : (الضمان المضاف إلى زمن مستقبل) أو (الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل) وفى الحقيقة إن الضمان المعلق على شرط وقتى مستقبلى هو هو الضمان المضاف إلى زمن مستقبل ، ولكنه تم درسه مع الضمان المعلق على أنه شرط من الشروط التى يتعلق بها الضمان .

وأما تأقيتاً : فمثله أن يقول الضامن للمضمون له : أنا ضامن لك ما عند الأصيل (المضمون عنه) سنة أو شهراً أو أسبوعاً أو غير ذلك ، وبعد هذا الوقت أنا برئ من ضمان هذا الدين ، ويسمى هذا النوع من الضمان بالضمان المؤقت ، أو الكفالة

المؤقتة ، وهو المشهور ، ولكننى لم أفرد كلا منهما بمبحث خاص ؛ لأن كثيراً ممن أجاز الضمان المضاف إلى زمن مستقبل أجاز الضمان المؤقت ، ومن قال بمنعه قال بمنع الأخير ؛ وعليه فقد آثرت الكلام عنهما فى مبحث واحد ، فلا حاجة إذن إلى إفراد كل منهما بالدراسة ، فكل منهما يدخل تحت نطاق ما أسميته الضمان الوقتى .

وجدير بالذكر أن الخلاف فى هذه المسألة (الضمان الوقتى) خلاف لم يصل إلى حد الخلاف فى الضمان المعلق على شرط ، وسيأتى الحديث عن هذا المبحث (صيغة الضمان الوقتية) فى مطلبين اثنين هما :

المطلب الأول : الضمان المضاف إلى زمن مستقبل .

المطلب الثانى : الضمان المؤقت .

المطلب الأول

الضمان المضاف إلى زمن مستقبل

المطلب الأول

الضمان المضاف إلى زمن مستقبل

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الضمان المضاف إلى زمن مستقبل : وهو الذي يتعلق بدين غير موجود عند إنشائه ، ولكنه تعلق به بسبب إضافته إليه ، كما لو قال الضامن للمضمون له : أنا أضمن ما ستقرضه لفلان من المال ، أو بسبب تعليقه به ، كما لو قال : إن أقرضت فلانا مبلغ كذا فأنا ضامن له وهذا النوع من الضمان لا ينعقد إلا بعد وقوع ما علق به ، ولا يترتب عليه أثر إلا من ذلك الوقت ، فلو قال الضامن للمضمون له : أنا ضامن لك هذا المال أو هذا الدين ابتداء من أول الشهر القادم ، فإنه في هذه الحالة لا يكون ضامنا إلا في ذلك الوقت ، أما قبله فلا يعد ضامنا ولا يطالب بالمال ، وإذا توفي قبل الوقت المحدد لا يؤخذ الدين من تركته ^(١) .

هذا وقد ذهب الحنفية إلى ما ذهب إليه الجمهور ، ويبين ذلك السرخسي فيقول : " ولو قال أنا كفيل بنفس هذا إلى قدوم فلان وذلك معه في الدين عليهما جازت الكفالة إلى هذا الأجل ؛ لأن اشتراط قدومه لينتشر الأمر عليه يمكن الطالب من استيفاء الدين منه ، فكان هذا وما لو شرط قدوم المكفول بنفسه سواء " ^(٢) .

وقال الكاساني : " فأما إذا كانت مضافة إلى وقت بأن ضمن ماله على فلان أو ما قضى له عليه أو ما دأب فلانا أو ما أقرضه أو ما استهلك من ماله أو ما غصبه أو ثمن ما بايعه —

(١) راجع الموسوعة الفقهية (٢٩٢/٣٤ — ٢٩٤) .

(٢) المبسوط (١٧٣/١٩) .

صحت هذه الكفالة ؛ لأنها أضيفت إلى سبب الضمان ، وإن لم يكن الضمان ثابتاً في الحال . والكفالة وإن كان فيها معنى التملك فليست بتمليك محض فجاز أن يحتمل هذا التملك غير المحض بالإضافة إلى وقت " (١) .

إن فالكفالة المضافة إلى وقت في المستقبل جائزة عندهم ؛ وذلك لتعامل الناس بذلك ، وحاجتهم إليه (٢) .

فإن كان الأجل معلوماً جاز تأجيلها إليه فتجوز الكفالة إلى قدوم الحاج والحصاد والدياس والقطاف والجذاذ ؛ لأن الجهالة اليسيرة محتملة في الكفالة ، وجميع الآجال في ذلك على السواء ، إلا أن يحتوى الأجل على جهالة فاحشة : أي بأن قال إلى هبوب الريح أو مجيء المطر ونحوه مما هو مجهول جهالة متفاحشة ، فيبطل التأجيل وتصح الكفالة ، بخلاف ما كانت جهالته غير متفاحشة كالحصاد ونحوه فإنها تصح إلى الأجل (٣) .

وهي جائزة كذلك عند المالكية :

جاء في مواهب الجليل : أن " الحماله بالمال إلى أجل مجهول جائزة ، ويضرب له من الأجل بقدر ما يرى " (٤) .

أما الشافعية فعندهم تفصيل بيانه كما يأتي :

قالوا : لو نجز الضمان وشرط تأخير المضمون به شهراً أو شهرين كما لو قال الضامن : ضمنت إحضار المضمون به ، ثم

(١) بدائع الصنائع ، للكاساني (٥/٦) .

(٢) الفتاوى الهندية (٢٥٦/٣) .

(٣) انظر حاشية ابن عابدين : (٣٠٦/٥ ، ٣٠٧) ومجمع الضمانات: ص : (٢٧٣) .

(٤) مواهب الجليل للحطاب (١٠١/٥) .

أحضره بعد المدة التي أجل إحضاره إليها جاز ذلك ؛ لأنه التزام بعمل في الذمة ، فكان كعمل الإجارة يجوز حالا ومؤجلا . وخرج بشهر أو شهرين مثلا التأجيل بمجهول ، أعنى إضافته إلى زمن مستقبل مجهول ، فلو شرط التأخير إلى مجهول كالحصاد لم تصح الكفالة في الأصح^(١) ، والأصح أنه يصح ضمان الحال مؤجلا أجلا معلوما كشهر أو شهرين أو ثلاثة ؛ للحاجة ؛ إذ الضمان تبرع ، والحاجة تدعو إليه ، فكان على حسب ما التزمه ، ويثبت الأجل في حق الضامن وقيل : لا يثبت . والقول الثاني : لا يصح الضمان للمخالفة ، ولو ضمن المؤجل مؤجلا بأجل أطول من الأول فكضمان الحال مؤجلا^(٢) .

وجاء في نهاية المحتاج : " ولو نجزها أي الكفالة وشرط تأخير الإحضار شهرا كضمنت إحضاره وأحضره بعد شهر جاز ؛ لأنه التزام بعمل في الذمة فكان كعمل الإجارة يجوز حالا ومؤجلا ، ومن عبر بجواز تأجيل الكفالة أراد هذه الصورة " (٣) .

و جاء في المنثور : " ومنها " الكفالة " ، لا يصح تعليقها ويصح أن تضاف إلى بعض المحل على خلاف فيها . " (٤) .

وعند الحنابلة تفصيل كذلك ، جاء في المغنى بيانه كما يأتي : إذا تكفل برجل إلى أجل ، إن جاء به فيه ، وإلا لزمه ما عليه ، صح . وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف : وقال محمد بن الحسن والشافعي : لا تصح الكفالة ، ولا يلزمه ما عليه ؛ لأن هذا تعليق الضمان بخطر فلم يصح ، كما

(١) هو عندهم أجل مجهول .

(٢) انظر حاشيتي قليوبى وعميرة (٢ / ٤١١ ، ٤١٢) و تحفة المحتاج فى شرح المنهاج (٢٦٩/٥ ، ٢٧٠) .

(٣) نهاية المحتاج للملّى (٤٥٦/٤) .

(٤) المنثور فى القواعد الفقهية (٢٠٢/٢) .

لو علقه بقدوم زيد . ولنا ، أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها ، فصح اشتراطه ، كما لو قال : إن جئت به في وقت كذا وإلا فلك حبسى . ومبنى الخلاف هاهنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة (١) .

إذن إن جعل الضمان إلى الحصاد أو الجذاذ أو العطاء جاز عندهم على الأرجح ، كأجل في بيع ، فالأولى صحته هنا : أى صحة الضمان ؛ لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجل لا يمنع من حصول المقصود منه فيصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة (٢) .

فإن ضمن إلى أجل مجهول لم يصح الضمان ؛ لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه . وإن جعله [أى الضمان] إلى الحصاد والجذاذ والعطاء خرج على الوجهين — عندهم — في الأجل في البيع ، والأولى صحته هنا " (٣) .

وعند الظاهرية لا يجوز هذا النوع من الضمان ، وفي ذلك يقول ابن حزم : " ولا يجوز ضمان ما لم يجب بعد : كمن قال لآخر : أنا أضمن لك ما تستقرضه من فلان ، أو قال اقترض من فلان ديناً وأنا أضمنه لك ؛ لأنه شرط ليس في كتاب الله عز وجل ، فهو باطل . فإن قال له : أقرضني كذا وكذا وأدفعه إلى فلان ، أو زن عنى لفلان كذا وكذا ، أو أنفق عنى في أمر كذا فما أنفقت فهو علي ، أو ابتع لي أمر كذا — فهذا جائز لازم ، لأنها وكالة وكله بما أمره به " (٤) .

وابن حزم وإن لم يصرح بالضمان المضاف إلى زمن مستقبل إلا أنه يعنى ذلك — وإن ذكر أنه شرط — ولكنه ضمان مضاف إلى أجل مستقبل ، فمعنى ضمان مال لم يجب بعد ، كمن قال لآخر : أنا أضمن لك

(١) راجع المغنى : (١٠٢/٧-١٠٣) .

(٢) راجع كشف القناع عن متن الإقناع (٣٧٦/٣) .

(٣) راجع الإنصاف للمرداوى (٢١٣ / ٥) .

(٤) المحلى : (١١٧/٨) مسألة (١٢٣٢) .

ما تستقرضه من فلان... كما قال — هو ضمان ما سيحدث في المستقبل ، وهو غير جائز عنده .

وعند الزيدية يجوز الضمان المضاف إلى زمن مستقبل ، فقد جاء في التاج المذهب : إذا قال الكفيل : إذا جاء الغد فقد كفلت لك بكذا صح ، فلا يصير كفيلا إلا بعد مجيء الغد (١) .

وعند الإمامية تجوز الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل : ففي الروضة البهية : " وتصح حالة ومؤجلة : أما الثاني فموضع وفاق ، وأما الأول فأصح القولين ؛ لأن الحضور حق شرعي لا ينافيه الحلول . وقيل : لا تصح إلا مؤجلة إلى أجل معلوم لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من الآجال المشترطة " (٢) .

نعم لو قال : إن لم أحضره إلى كذا كان علي كذا صحت الكفالة أبدا ولا يلزمه المال المشروط (٣) .

وهذا وإن كان ضمانا معلقا على شرط إلا أنه مضاف إلى وقت مستقبل يوضحه قوله : إلى كذا ، وهذا لا شك في الزمان المستقبل .

وعند الإباضية وجهان :

جاء في شرح النيل عند الإباضية : أنه إذا قال الضامن للمضمون له : كل ما كان لك على فلان فقد تحمّلته عنه إن رضي فلان يعني فلانا الآخر غير المحمول عنه ، وكذا إن قال : إن رضي فلان المحمول عنه ، أو إن قدم اليوم فلان ، أو إن بقي مالي إلى وقت كذا ونحو هذا ، أو إن دخلت الدار ، أو إن قدم غدا ، أو إن لم يدخل فلان الدار . فوقع ما شرط وقوعه وانتفى ما شرط انتفائه صح الضمان .

(١) انظر التاج المذهب لأحكام المذهب (١٤١/٤) .

(٢) الروضة البهية : (١٥١/٤ ، ١٥٢) .

(٣) راجع السابق نفسه : (١٥٥/٤) .

وفي إجازتها إلى مجهول كحصد ونزول مطر مطلقا ، أو في هذا البلد ، أو في موضع كذا ، وقدم مسافر ، أو إلى مجيء الخريف أو شتاء أو ربيع ، والمراد بها واحد ، وهو التوقيت بالغاية ؛ لأن الحملالة إلى خريف أو صيف أو شتاء أو ربيع ، فإن وقعت الكفالة على وجه معلوم بين من عرفوا حسابنا في دخول الفصول جازت قطعاً عند بعضهم ، وعند غيرهم فيه قولان :

أحدهما : ثبوتها ؛ لأنها عهد معقود بين أناس كعقد البيع ، والعقد يجب الوفاء به كان معلوماً أو مجهولاً إذا لم يكن معصية ؛ ولأنها كالتبرع ، ولا يجب أن يكون ما هو كذلك معلوماً ، ألا ترى أنه تجوز هبة المنافع (أى الأعيان والأشياء) إلى معلوم ومجهول .

الآخر : المنع ؛ لأن الضمان ينافيه كونه مجهول الأجل ؛ ولأن فيها طرفاً من الشبه بالبيع ، والبيع لا يجوز إضافته إلى أجل مجهول ^(١) .

أدلة الجمهور :

استدل جمهور الفقهاء على جواز الضمان المضاف إلى زمن مستقبل — بالإضافة إلى عموم الأدلة على مشروعية الضمان — بالسنة والقياس ، والمعقول ، وبيانه كما يأتي :

*** أما السنة :**

فقد استدلوا بقول النبي ﷺ : " الزعيم غارم " ^(٢) .

ووجه الدلالة في هذا النص أن النبي ﷺ لم يشترط في غرامته أن يكون معلوماً في نفسه ، ولا في أجله إن أجل كما اشترط ذلك في البيع والشراء ^(٣) .

(١) راجع شرح النيل وشفاء العليل : (٤٣٧/٩-٤٤٠) .

(٢) سبق تخريجه ص : (٥٥) .

(٣) راجع شرح النيل وشفاء العليل : (٤٣٩/٩) .

واستدلوا كذلك بقول النبي ﷺ : " المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك " (١) . قالوا : وهذا كالشرط ، بل هو أقوى (٢) .

*** وأما القياس :** فقد قاسوا الضمان المضاف إلى زمن مستقبل على النذر ، وقاسه بعضهم على هبة المنافع ، وقاسه بعضهم على البيع ، وقاسه بعضهم على الإمارة ، وبيانه كما يأتي :

جاء في تبیین الحقائق : أن الكفالة تصح مضافة إلى الزمان المستقبل ؛ والكفالة التزام للمال ابتداء فيجوز إضافتها وتعليقها بالشرط كالنذر (٣) .

وجاء في كشف القناع : وإن جعله (أي : الضمان أو الكفالة) إلى الحصاد أو الجذاذ (أو العطاء) فكأجل في بيع ، فالأولى صحته هنا ؛ لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجل لا يمنع من حصول المقصود منه فيصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة (٤) .

وجاء في المحلى أن مخالفه (٥) قد احتجوا بأن رسول الله ﷺ ولى زيد ابن حارثة جيش الأمراء ، فإن مات ، فالأمير جعفر بن أبي طالب ، فإن مات ، فالأمير عبد الله بن رواحة . قال : فكما تجوز المخاطرة في الولايات فهي جائزة في الضمان .

قال ابن حزم ردا على هذا الاستدلال : وهذا قياس والقياس كله باطل ، ثم لو صح القياس لكان هذا منه عين الباطل ؛

(١) سبق تخريجه ص (١٢٣) .

(٢) راجع شرح النيل وشفاء العليل : (٤٣٩/٩) .

(٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٤٨ / ٥) . و انظر معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للطرابلسي . ص : (١٥٥) .

(٤) كشف القناع عن متن الإقناع (٣٧٦/٣) .

(٥) لم أقف عليه عندهم ، فرأيت من الأمانة العلمية نقله ولو من عند المخالف ، والله المستعان .

لأنه لا نسبة بين الولاية ^(١) وبين الضمان ولا نسبة بين الوكالة ^(٢) وبين الضمان ؛ لأن الولاية فرض على المسلمين إلى يوم القيامة ، وليس الضمان فرضا - وأما الوكالة فهي مما جاء به النص ^(٣) .

وجاء في شرح النيل : أن الضمان المضاف إلى أجل - سواء كان معلوما أم مجهولا - يجوز كما تجوز هبة المنافع (أى الأعيان والأشياء) إلى معلوم ومجهول ^(٤) .

* وأما المعقول :

فإن الحاجة ماسة إلى هذا النوع من الضمان :
قالوا : والأولى والأصح أنه يصح ضمان الحال مؤجلا أجلا معلوما ؛ للحاجة ، ويثبت الأجل في حق الضامن ^(٥) .
أدلة المخالفين : استدلل المخالفون بالسنة ،

والمعقول ، وبيانه كما يأتي :

أما السنة :

فقد استدلوا بحديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال : " كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل " ^(٦) .

(١) الولاية تطلق على القرابة والخطبة والإمارة والسلطان والبلاد التي يتسلط عليها الوالى وكذلك تطلق على تنفيذ القول على الغير : شاء الغير أو أبى . راجع القاموس الفقهي : ص (٣٩٠) .

(٢) الوكالة مصدر الوكيل بكسر الواو وبالفتح لغةً الوكيل . من وكل إليه الأمر بالتخفيف أى ترك وسلم ، تقول في الدعاء لا تكننى إلى نفسى ، وهو من حد ضرب ، ووكله بالتشديد أى جعله وكىلا ، والتوكل قبول الوكالة والتوكل على الله تعالى والاتكال عليه هو الاعتماد على الله تعالى عز وجل . طلبه الطلبة ص : (١٣٧ ، ١٣٨) . هى (اصطلاحاً) إقامة الشخص غيره مقام نفسه مطلقاً أو مقيداً . راجع القاموس الفقهي ص : (٣٨٧) .

(٣) راجع المحلى : (١١٧/٨) م (١٢٣٢) .

(٤) راجع شرح النيل وشفاء العليل : (٤٣٩/٩) .

(٥) انظر حاشيتى قلوبى وعميرة (٢ / ٤١١ ، ٤١٢) .

(٦) سبق تخريجه : ص (١٢٧) .

ووجه الاستدلال في هذا الحديث أن إضافة الضمان إلى أجل مستقبل يعتبر شرطاً ، ولم يرد هذا الشرط في كتاب الله فنقبله ونعمل به ؛ وعليه فهو مردود .

وأما المعقول :

قالوا : إن الضمان عقد واجب ، ولا يجوز الواجب في غير واجب : وهو التزام ما لم يلزم بعد ، وهذا محال وقول فاسد ، فقد لا يقرضه ما قال له وقد يموت قبل أن يقرضه ما أمره بإقرضه ، فصح بكل ذلك أنه لا يلزم ذلك القول ، ثم نسألهم — والكلام لابن حزم — عمن قال : أنا أضمن لك ما أقرضته زيدا ثم مات فأقرض المعقول له ذلك زيدا ما أمره به ؟ أيلزمونه ذلك بعد موته ؟ فهذا عجب أم لا يلزمونه ؟ فقد تركوا قولهم الفاسد ، ورجعوا إلى الحق ولئن لزمه ضمان ذلك في ذمته في حياته ، فهو لازم له في ماله ولا بد بعد موته من رأس ماله . ونسألهم عمن ضمن كل ما يتداين به زيد إلى انقضاء عمره ؟ فإن ألزموه ذلك كان شناعة من القول ، وإن لم يلزموه تناقضوا . ونقول لهم : كما لم يجز الغرر والمخاطرة في البيوع ، ولا جاز إصداق ما لم يخلق بعد ، فكذلك لا يجوز ضمان ما لم يلزم بعد . فهذا أصح من قياسهم على الإمارة ^(١) .

الترجيح :

مما سبق عرضه يتضح جليا ضعف قول القائلين بعدم جواز الضمان المضاف إلى أجل مستقبل ؛ فالأرجح هو ما ذهب إليه الجمهور من الجواز ؛ وذلك لما يأتي :

(١) انظر المحلى : (١١٧/٨ ، ١١٨) م (١٢٣٢) .

١ — أن أدلة الجمهور أقوى ، فهم يستندون — فيما ذهبوا إليه — إلى جميع الأدلة الدالة على مشروعية الضمان ، ولا شىء يمنع من ذلك .

٢ — أن إضافة الضمان إلى أجل : إلى الحصاد أو إلى العطاء أو إلى الراتب ... أمر قد تفرضه الحاجة والضرورة ؛ لأن الضامن قد يكون عاجزا عن الضمان فى غير ذلك الأجل المستقبل ، فتعطل المصالح ، وكثير من الناس لا يتيسر له المال إلا فى آجال مستقبلية ، فإذا منعوا من الضمان المستقبلى — إن صح التعبير بذلك — ضاع المعنى المرعى من وراء الضمان وهو التبرع من أجل إنجاز المصالح ، وقضاء حوائج الناس ، فإذا ضاع هذا المعنى أو كاد أضر بالفرد والمجتمع ، والخلاصة أن المصلحة تقتضى حل هذا النوع من الضمان .

٣ — أن أصول الشريعة وكلياتها تقضى بالتيسير على الناس ورفع المشقة ، كما قال الله تعالى : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾^(١). ومنع الضمان المستقبلى ليس من اليسر فى شىء ، ولكنه من العسر ، ومن المعلوم فى ديننا الحنيف أن المشقة تجلب التيسير ، والضامن حينما أقدم على الضمان متبرعا عرض نفسه لأن يطالب ويقاضى وقد يسجن إذا عجز عن القيام بما فرط أو عجز عنه المضمون عنه (المدين الأصلى) ، وهذا يدخل — فيما أرى — فى نطاق المشقة التى تجلب التيسير ، وهو يقتضى حل هذه الصيغة من صيغ الضمان .

٤ — أن شدة ضعف أدلة وأقوال المخالفين الجمهور — وهم قلة — تغنى عن الرد عليها ، ولكنه يتعين إيجاز تفنيدها من وجوه كما يأتى :

(١) سورة البقرة : من الآية (١٨٥) .

الوجه الأول :

أن استدلالهم بالحديث الشريف : " كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل " ^(١) لا يصح ؛ لأن نصوص الشريعة متناهية ، والوقائع غير متناهية ، فليس من الممكن أن ينص على جميع الشروط في كل ما يستجد من وقائع في حياة الناس ، ولا أعلم أحدا من أهل العلم يقول بذلك ؛ وعليه فكل شرط يوافق الحق فلا شيء فيه ، كما قال النبي ﷺ : " المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك " ^(٢) . فالشرط الملائم — كما سبق توضيحه في المبحث السابق (صيغة عقد الضمان المعلقة) — لا بأس به ، هذا إذا اعتبرنا إضافة الضمان إلى زمن مستقبل من شروط الضمان ؛ وعليه فكل شرط لا يوافق الحق فهو مرفوض شرعا ، وما بخلاف هذا فهو مقبول ، وإضافة الضمان إلى المستقبل لا يخالف الحق ، ومن ثم فهو جائز .

الوجه الثاني :

أن قولهم : — إن الضمان عقد واجب ، ولا يجوز الواجب في غير واجب : وهو التزام ما لم يلزم بعد — مردود عليهم ؛ لأنه إذا وجب عقد الضمان — كما قال ابن حزم — فإن الضمان المضاف يجب أيضا ؛ لأنه لا ينعقد إلا بعد وقوع ما علق به من الزمن المستقبل ، ولا يترتب عليه أثر إلا من ذلك الوقت ؛ وعليه فقوله — : فقد لا يقرضه ما قال له ، وقد يموت قبل أن يقرضه ما أمره بإقرضه ... — قول فيه خلط واضح من ابن حزم (رحمه الله) حيث إن الضامن في الضمان المضاف لا يتحمل أية مسئولية إلا من حين الوقت الذي حدده ؛ وعليه فلو لم يقرضه ، ولو

(١) سبق تخريجه : ص (١٢٧) .

(٢) سبق تخريجه ص (١٢٣) .

توفى قبل هذا الوقت فلا شيء عليه ، وهذا في غاية الوضوح ؛ لأن الضمان لم يلزم بعد ، وإنما يلزم من حين وقته المضاف إليه .

الوجه الثالث : أن رده القياس هنا جملة وتفصيلاً نابع من إنكاره القياس مطلقاً ، فهو الإمام الثاني للمذهب الظاهري بعد داود ؛ ولذلك يتحتم العرض الآتي ملخصاً عن حجية القياس :

فالم تأمل في موقف العلماء من حجية القياس يلحظ أنهم انقسموا فريقين اثنين :

الفريق الأول : ذهب أصحابه إلى الاحتجاج بالقياس فيما لا نص فيه أو إجماع ، وهو مذهب جمهور العلماء ، وتوسع آخرون من هذا الفريق في استعمال الأقيسة .

الفريق الثاني : نفى أصحابه القياس مطلقاً وهم الظاهرية والشيعة الإمامية وآخرون ^(١) .

والحق أن مذهب الجمهور هو الوسط ، فهو لا ينفي القياس مطلقاً ولا يتوسع فيه لدرجة الإفراط .

ويقرر هذا الإمام محمد أبو زهرة ، فيقول : " ولا شك أن منهاج الجمهور أهدى سبيلاً وأقوم قِيلاً وهو مشتق من النصوص القرآنية ، ومن ذلك :

(١) ذكر أبو زرعة العراقي أن العلماء اتفقوا على أن القياس حجة في الأمور الدنيوية كالأدوية والأغذية والأسفار . ثم عدد مذاهبهم المختلفة في أمورهم الشرعية فذكر أحد عشر مذهباً . راجع الغيث الهامع لأبي زرعة العراقي (٣/ ٦٤٧) شرح جمع الجوامع لتاج الدين السبكي ، تحقيق مكتب قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي . طبعة مؤسسة قرطبة . الطبعة الأولى ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م .

قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾ ^(١).

وليس الرد إلى الله وإلى الرسول إلا بتعرف الأمارات الدالة منهما على ما يرميان إليه ، وذلك بتعليل أحكامهما والبناء عليها ، وذلك هو القياس .

ومنهج الجمهور كذلك مشتق إلى جانب النصوص القرآنية من منهاج النبي ﷺ الذي أرشدنا إليه " ^(٢) .

والذي ينعم النظر في القرآن والسنة يجد كثيرا من الأقيسة المستخدمة فيهما :

ففي القرآن الكريم مثلا تجد قوله تعالى : ﴿ أَمْ نَجْعَلُ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ كَالْمُفْسِدِينَ فِي الْأَرْضِ أَمْ نَجْعَلُ الْمُتَّقِينَ كَالْفُجَّارِ ﴾ ^(٣) .

وقوله تعالى : ﴿ أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ ﴾ ^(٤) .

وكذلك قوله تعالى ﴿ أَفَلَمْ يَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَيَنْظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ دَمَّرَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَلِلْكَافِرِينَ أَمْتَالُهَا ﴾ ^(٥) .

(١) سورة النساء : من الآية (٥٩) .

(٢) أصول الفقه : ص (٢٠٧) .

(٣) سورة ص : (٢٨) .

(٤) سورة السجدة : (١٨) .

(٥) سورة محمد : (١٠) .

وتجد فى السنة : أن امرأة أمرت زوجها ^(١) أن يسأل النبى ﷺ : " أن أمها ماتت ولم تحج أفيجزئ عن أمها أن تحج عنها ؟ قال : نعم . لو كان على أمها دين فقضته عنها ، ألم يكن يجزئ عنها ؟ ! فلتحج عن أمها " ^(٢) .

فقد قاس ﷺ دين الله تعالى على دين العباد ؛ لأن كلا منهما ثابت واجب الأداء ، ثم ألحقه به فى جواز أداء الفرع ما وجب على أصله وبراءة ذمة الأصل بذلك ^(٣) .

وتجد فيها كذلك : أن رسول الله ﷺ جاءه أعرابى ، فقال : يا رسول الله إن امرأتى ولدت غلاما أسود ، فقال : " هل لك من إبل ؟ " قال : نعم . قال : " ما ألوانها ؟ " قال : حمر . قال : " فيها أورك ؟ " ^(٤) قال : نعم . قال : " فأتى كان ذلك ؟ " قال : أراه عرق نزع ، قال : " ففعل ابنك هذا نزع عرق " ^(٥) .

ولن يتطرق البحث لبيان حجج الفريقين ، فلا مجال لذلك هنا ، لكننى أشارت إلى بعض الأدلة التى تؤيد فى وضوح ما أميل إليه ^(٦) .

(١) هى امرأة سنان بن سلمة الجهنى . راجع سنن النسائى بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى وحاشية الإمام السندى (١١٦/٥) . طبعة دار الريان للتراث بالقاهرة .

(٢) سنن النسائى: كتاب مناسك الحج — باب الحج عن الميت الذى لم يحج (١١٦/٥) والحديث صحيح الإسناد : راجع صحيح سنن النسائى للألبانى (٥٥٨/٢) (٢٤٧٠) .

(٣) أصول التشريع الإسلامى ص (١٤٠) .

(٤) الورقة كالحمرة والخضرة . بياض إلى سواد (رمادى) .

(٥) صحيح البخارى : كتاب المحاربين ... — باب ما جاء فى التعريض . (٣٤٧/٨) (٦٨٤٧) .

(٦) فإن محل ذلك هو كتب الأصول . راجع : البحر المحيط (١٦/٥) وما بعدها) . والإحكام فى أصول الأحكام لابن حزم (٣٨٤/٧) (٥١٥/٨) فقد عرض أدلته تفصيلا على ما ذهب إليه من إنكار القياس . طبعة دار الكتب العلمية بيروت — لبنان . الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م .

وهذه جملة من الأقوال تبين موقف علماء الأمة من العمل بالقياس من لدن الصحابة (رضى الله عنهم) أؤيد بها ما ملت إليه :

فقد نقل ابن عبد البر عن المزني ^(١) أنه قال : " الفقهاء من عصر رسول الله ﷺ إلى يومنا وهم جرا استعملوا المقاييس في الفقه في جميع الأحكام في أمر دينهم . وأجمعوا أن نظير الحق حق ونظير الباطل باطل . فلا يجوز لأحد إنكار القياس . لأنه التشبيه بالأمور والتمثيل عليها " ^(٢) .

وقال ابن عبد البر نفسه : " وأما القياس على الأصول والحكم للشيء بحكم نظيره فهذا مالا يختلف فيه أحد من السلف ، بل كل من روى عنه ذم القياس قد وجد له القياس الصحيح منصوصا ، لا يدفع هذا إلا جاهل أو متجاهل مخالف للسلف في الأحكام " ^(٣) .

وقال الغزالي : " والذي ذهب إليه الصحابة (رضى الله عنهم) بأجمعهم وجماهير الفقهاء والمتكلمين بعدهم (رحمهم الله) ، وقوع التعبد به [يعنى بالقياس] شرعا " ^(٤) .

(١) المزني : إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل أبو إبراهيم ، من أهل مصر وأصله من مزينة ، صاحب الشافعي . توفي (٢٦٤) هـ — انظر سير أعلام النبلاء (٤٩٢/١٢) .

(٢) جامع بيان العلم وفضله ، ما ينبغي في روايته وحمله . لابن عبد البر (٦٧/٢) . طبعة دار الفتح بدون رقم الطبعة وبدون تاريخ . وراجع مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية . د. القرضاوى : ص (١٥٤) طبعة مكتبة وهبه . الطبعة الثالثة ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م .

(٣) جامع بيان العلم وفضله : (٧٧/٢) .

(٤) المستصفي : ص (٢٨٣) .

فإذا عدم الفقيه وجود نص من القرآن أو السنة في المسألة فإنه يفزع عند ذلك إلى استعمال القياس ، كما قال الشاعر :

إذا أعيى الفقيه وجود نص تعلق لا محالة بالقياس^(١).

قال الشيخ أبو زهرة بحق : " وفي الحق أن نفاة القياس قد أخطأوا إذ تركوا تعليل النصوص ، فقد أداهم إهمالهم إلى أن قرروا أحكاما تنفيها بدائنه العقول ، فقد قرروا أن بول الآدمي نجس ؛ للنص عليه ، وبول الخنزير طاهر ؛ لعدم النص عليه ، وأن لعاب الكلب نجس وبوله طاهر ، ولو اتجهوا إلى قليل من الفهم لفقه النص ما وقعوا في مناقضة البدهيات على ذلك النحو " (٢) .

وكما دلت الأقوال السابقة وغيرها — مما هو مبثوث في بطون الكتب — على اعتبار علماء الأمة — من لدن الصحابة — القياس مصدرا تشريعيا يلجأ إليه الفقيه فيما ليس فيه نص .

بل " ولقد انعقد إجماع الصحابة على ثبوت القياس في الأحكام " (٣) .

إذا سلم لنا ذلك فإن قياس الجمهور صحيح ، ولا يصح لابن حزم إنكاره عليهم ، ولا يصح أيضا ما ذهب إليه من فساد قياسهم الضمان المضاف على الإمارة ، فلو جازت المخاطرة في الفرض (أى الإمارة) لجازت فى الواجب (أى عقد الضمان) (٤) والمندوب أيضا من باب أولى ، وهذا هو الأرجح عندى .

(١) راجع : التنبيه على الأسباب التى أوجبت الاختلاف بين المسلمين فى آرائهم ومذاهبهم واعتقاداتهم للبطلانوسى ص(٢١٣) تحقيق د.أحمد حسن كحيل ود.حمزة عبد الله النشرتى . طبعة دار الاعتصام . الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ — ١٩٧٨م .

(٢) أصول الفقه : ص (٢١٢) .

(٣) راجع أصول الفقه لأبى زهرة : ص (٢٠٩) .

(٤) فقد عد ابن حزم الضمان واجبا ، وأراه هنا يوافق الحنفية فى التفرقة بين الفرض والواجب ، مع العلم أن ما ذهب إليه الجمهور أن لا فرق بينهما .

الصيغة المضافة إلى زمن مستقبل فى القانون :

فقد نصت المادة (٧٧٨) مدنى مصرى على ما يأتى :

" ١ — تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول ، كما تجوز الكفالة فى الدين الشرطى .

٢ — على أنه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة ، كان له فى أى وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ " (١) .

يقول الدكتور السنهورى فى شرح هذه المادة — بعد أن تكلم عن الدين الشرطى — : وكذلك تجوز كفالة الدين المستقبل ، وإن كان ديناً غير موجود وقت الكفالة ، وذلك باستثناء الالتزام فى تركة مستقبلية ، فإنه باطل وتبطل تبعاً له الكفالة . ومثل الدين المستقبل فتح اعتماد فتجوز كفالته ، كما تجوز كفالة الدين الاحتمالى لأنه دين مستقبل . فإذا فتح شخص اعتماداً فى مصرف ، جاز أن يقدم كفيلاً يضمن ما عسى أن يقبضه المدين من هذا الاعتماد و بالقدر الذى يقبض ، وذلك قبل أن يقبض المدين شيئاً من الاعتماد . كذلك يستطيع أن يقدم شخص كفيلاً يضمنه فيما عسى أن يشتريه من متجر معين ، فيكون الكفيل ضامناً ثمن البضائع التى يشتريها المدين الأصلى .

وتكون كفالة الدين المستقبل قائمة ويكون الكفيل ملزماً بها ، حتى قبل أن يوجد هذا الدين . ولكن الكفيل لا يكون ملتزماً بأى مقدار من المال قبل أن يوجد الدين ، فإذا ما وجد كفله المدين بالمقدار الذى به يوجد .

(١) القانون المدنى ص : (١٨٧) .

ولكن نص المادة (٧٧٨) مدنى سالف الذكر قد وضع
لكفالة الدين المستقبل قيدين :

القيد الأول : يجب فى الدين المستقبل المكفول أن يحدد مقدماً فى عقد الكفالة مقدار الدين المكفول . فإذا كفل شخص فتح اعتماد أو ثمن بضائع لم تشتتر بعد ، وجب تحديد المقدار الذى كفله الكفيل ، فيذكر مثلاً فى عقد الكفالة أن الكفيل يكفل الاعتماد لغاية مبلغ كذا أو يكفل ثمن البضائع لغاية مبلغ كذا . و السبب فى وضع هذا القيد حماية الكفيل ، فهو يقوم على كفالة دين مستقبلياً لئلا يوجد ، فلا أقل من تحديد مبلغ يكفله حتى لا يتورط فى كفالة دين لم يوجد ولا يعلم مقداره وقد كانت القواعد العامة تقضى — إذا لم يوجد نص — بجواز كفالة الدين المستقبلي حتى لو لم يحدد مقداره .

القيد الثانى : ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (٧٧٨) مدنى سالف الذكر من أنه " إذا كان الكفيل فى الدين المستقبلي لم يعين مدة للكفالة ، كان له فى أى وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ " . فإذا عين الكفيل مدة لقيام كفالاته ، لم يجز له أن يرجع فى الكفالة طوال هذه المدة ، ووجب عليه وفاء الدين عن المدين الأصلي متى وجد الدين وحل ولم يوفه المدين الأصلي فى خلال هذه المدة .

أما إذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالاته ، أو عين مدة وانقضت قبل نشوء الدين المستقبلي و تحققه فعلاً ، فإن للكفيل أن يرجع فى الكفالة ما دام الدين المكفول لم ينشأ ^(١) .

و بعد هذا العرض يتضح ما يأتى :

(١) الوسيط (٥٢/١٠ — ٥٤) بتصرف . وانظر الوافى : (٤٦/٣ — ٥١) .

١- أن الفقه الإسلامى فى هذا النوع من الضمان (الضمان المضاف إلى زمن مستقبل) لا يلزم الكفيل (الضامن) إلا من حين نشوء الدين ، أو الاتفاق عليه (إذا كان لم يجب) ولا يترتب عليه أى أثر إلا من حين الوقت الذى ضربه لنفسه ، وكذلك القانون ، فإنه قد وافق الفقه فى ذلك ، وهذا واضح بين فى كلام الدكتور السنهورى السالف الذكر ، حيث قال : فإذا فتح شخص اعتماداً فى مصرف وتكون كفالة الدين المستقبل قائمة ويكون الكفيل ملزماً بها ، حتى قبل أن يوجد هذا الدين ، فلا ينبغى إلزام الضامن بشيء لم يقع ولم ينشأ ، إلا إذا كان من باب ضمان ما لم يجب مما تقع الحاجة إليه ، وقد سبق توضيحه فى الكلام عن الضمان المستقبلى فى الفقه الإسلامى ، وسيأتى بإذن الله فى الكلام عن ضمان ما لم يجب ، وذلك فى الفصل الأخير من هذا الباب .

٢- أن الراجح فى الفقه الإسلامى أن الضامن إذا لم يعين وقتاً للضمان المضاف إلى زمن مستقبل ، فكان الوقت مجهولاً تماماً ؛ فإن الضمان لا يجوز ؛ لما ينطوى عليه من جهالة فاحشة ومخاطرة واضحة ، وأما فى القانون الوضعى فإنه يجوز ، كما ذكرت الفقرة الثانية من المادة (٧٧٨) : " على أنه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة ، كان له فى أى وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ " فهو يجيز للضامن (الكفيل) أن يرجع فى الضمان فى أى وقت طالما أنه لم يحدد وقتاً معيناً وأن الدين المضمون لم ينشأ ، فلا مانع فيه من ضمان مستقبلى غير محدد المدة ، وهو بذلك يحتوى على جهالة فاحشة ومخاطرة واضحة لا يصح معها الضمان فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثاني الضمان المؤقت

المطلب الثانيالضمان المؤقت

الضمان المؤقت هو الضمان المحدد بمدة يبدأ ببديئها وينتهي بانتهائها . مثل أن يقول الضامن : أنا ضامن نفس فلان شهرا ، وبعده أكون بريئا منه ، أو يقول : أنا ضامن لك مالك الذي عند فلان سنة ، فإذا مضت السنة فلست بضامن دينك عنده ؛ وعليه فإن الضامن — عند من أجاز التوقيت — لا يتحمل أية مسئولية بعد هذه المدة .

والجدير بالذكر أن الفقهاء قد اختلفوا في جواز توقيت الضمان : فقد ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية — على الصحيح عندهم — والحنابلة في أحد قولين و الزيدية و الإباضية إلى أنه يجوز توقيته ، ويرى الشافعية — على الأصح عندهم — أنه لا يجوز توقيته ، وهو القول الثاني عند الحنابلة (١) .

ويرجع اختلاف الفقهاء في صحة توقيت الضمان إلى اختلافهم في الأثر المترتب عليه ، فمن رأى أن ذمة الضامن لا تشغل بالدين وإنما يطالب فقط بأدائه ، أجاز الضمان المؤقت ، وقيد المطالبة بالمدة المتفق عليها ، أما من ذهب إلى أن ذمة الضامن تصير مشغولة بالدين إلى جانب ذمة المدين ، فلم يجز توقيت الضمان ؛ لأن المعهود في الشرع أن الذمة إذا شغلت بدين صحيح ، فإنها لا تبرأ منه إلا بالأداء أو الإبراء ، وقبول الضمان التوقيت يترتب عليه سقوط الدين عن الضامن دون أداء أو إبراء (٢) .

(١) هذا ولم أجد عند الظاهرية والإمامية — فيما وقفت عليه من مراجع — كلاما عن الضمان المؤقت ، أو الكفالة المؤقتة .

(٢) راجع الموسوعة الفقهية : (٢٩٤/٣٤ ، ٢٩٥) .

وبناء على ذلك فقد ذهب أغلب الحنفية إلى أن الضامن لو قال : كفلت فلانا من هذه الساعة إلى شهر ، ينتهي الضمان بمضي الشهر بلا خلاف ، ولو قال : كفلت فلانا شهرا أو ثلاثة أيام . . . من المشايخ من قال : إن الضامن في هذه الصورة يطالب في المدة ويبرأ بمضي المدة .

جاء في المبسوط : " وإذا كفل بنفسه إلى شهر ثم دفعه إليه قبل الشهر برئ ؛ لأن التأجيل إنما كان لحق الكفيل ، حتى لا يضيق عليه الأمر في المطالبة قبل الشهر ، فإذا سلمه قبل مضي الشهر فقد أوفى ما عليه وأسقط حق نفسه ، فهو بمنزلة من عليه دين مؤجل إذا قضاه قبل مضي الأجل برئ ، ولم يكن للطالب أن يأبى القبول فكذاك هنا ، لا يكون للمكفول أن يأبى القبول " (١) .

وفي معين الحكام : وإذا كفل بنفسه : [أى بنفس المضمون] إلى شهر على أنه برئ بعد الشهر فهو كما قال (٢) .

وجاء في درر الحكام : أنه إذا تكفل فلان بنفس آخر في ثلاثة أيام ، فإنه يطالب بتسليم النفس في الأيام الثلاثة ، ولا يطالب بعدها أشبه بعرف الناس وعن أبي يوسف في رواية أخرى إذا قال : أنا كفيل بنفس فلان عشرة أيام ، أو ثلاثة أيام يصير كفيل في الحال ، وإذا مضت الأيام الثلاثة لا يبقى كفيل ولو قال أنا كفيل بنفس فلان إلى عشرة أيام يصير كفيل بعد عشرة أيام ؛ وعليه فإذا قال الكفيل للطالب كفلت لك بنفس فلان شهرا فإنه تتوجه المطالبة إليه من حين كفل إلى أن يمضي شهر فإذا مضى شهر سقطت

(١) المبسوط (١٩ / ١٦٦) .

(٢) راجع معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام . ص : (١٥٥) وانظر أيضا حاشية ابن عابدين (٢٨٩ / ٥) .

المطالبة ، ولا يبقى كفيلا ؛ لأنه وقت الكفالة بشهر ، والكفالة مما يقبل التوقيت أما لو قال كفلت لك بنفس فلان إلى شهر فإنه لا يطالبه بتسليم النفس في هذا الشهر ويطالبه بعد مضي الشهر . (وهذه هي الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل التي سبق دراستها في المطلب السابق) (١) .

وذهب المالكية إلى جواز توقيت الضمان في إحدى حالتين : الأولى : أن يكون المدين موسرا ولو في أول الأجل فقط ، والثانية : أن يكون معسرا والعادة أنه لا يوسر في الأجل الذي ضمن الضامن إليه ، بل بمضي ذلك الأجل عليه وهو معسر ، فإن لم يعسر في جميعه ، بل أيسر في أثنائه كبعض أصحاب الغلات والوظائف ، كأن يضمنه إلى أربعة أشهر وعادته اليسار بعد شهرين ، فلا يصح ؛ لأن الزمن المتأخر عن ابتداء يساره يعد فيه صاحب الحق مسلفا ، لقدرة رب الحق على أخذه منه عند اليسار (٢) .

والأصح عند الشافعية أنه لا يجوز توقيت الضمان ، كأننا ضامن زيدا إلى شهر : (يعني الضمان الشخصي) وأكون بعده بريئا ، ومقابل الأصح عندهم (يعني الصحيح) أنه يجوز ؛ لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة ، بخلاف المال (يعني الضمان المالي) فإن المقصود منه الأداء ؛ فلا تخلو الذمة منه حتى تؤديه ؛ ولهذا امتنع توقيت الضمان المالي قطعا .

(١) راجع درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢ / ٢٩٦ ، ٢٩٧) . وانظر درر الحكام شرح

مجلة الأحكام : المادة (٦٢٤ ، ٦٣٩) .

(٢) انظر شرح مختصر خليل للخرشي : (٦ / ٢٤) .

جاء في حاشيتي قليوبي وعميرة : والأصح أنه لا يجوز توقيت الكفالة ^(١) : [يعنى الضمان الشخصي] نحو : أنا كفيل بزيد إلى شهر ، فإذا مضى برئت ، ولا يجوز توقيت الضمان قطعا : [يعنى به الضمان المالي] نحو : أنا ضامن المال إلى شهر ، فإذا مضى ولم أغرم فأنا برىء ، ومقابل الأصح [يعنى الصحيح وهو الجواز] فى توقيت الكفالة [يعنى ضمان النفس] ومن قال بذلك نظر إلى أنها تبرع بعمل ، فهى على الصحيح جائزة دون الضمان [المالي] ^(٢) .

وفى التجريد لنفع العبيد : " ولا يصحان : أى الضمان [المالي] والكفالة [الضمان الشخصي] بشرط براءة أصيل ... ولا بتعليق ... ولا توقيت نحو : أنا ضامن ما على فلان أو كفيل ببدنه إلى شهر فإذا مضى برئت " ^(٣) .

واختلف الحنابلة في صحة توقيت الضمان على وجهين : الأول : أن الضمان يكون صحيحا ، ويبرأ الضامن بمضي المدة التي عينها وإن لم يحدث فيها وفاء . والثاني : عدم صحة الضمان ؛ لأن الشأن في الديون أنها لا تسقط بمضي الزمن .

جاء فى إعلام الموقعين : أن " الضمان [يعنى الضمان المالي] والكفالة [يعنى الضمان الشخصي] من العقود اللازمة ، ولا يمكن

(١) يطلق بعض الشافعية مصطلح " الكفالة " على الضمان الشخصي ، ومصطلح " الضمان " على الضمان المالي .

(٢) راجع حاشيتي قليوبي وعميرة (٢ / ٤١١ ، ٤١٢) .

(٣) التجريد لنفع العبيد (حاشية البيجرى على منهج الطلاب) لسليمان البيجرى : (٣٥/٣) طبعة مكتبة مصطفى البابى الحلبي بالقاهرة ، دون رقم طبعة ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م . وانظر أيضا : تحفة المحتاج فى شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي (٢٦٩/٥ ، ٢٧٠) ونهاية المحتاج للرملى (٤٥٦/٤) .

الضامن والكفيل أن يتخلص متى شاء ، ولا سيما عند من يقول :
إن الكفالة توجب ضمان المال إذا تعذر إحضار المكفول به مع بقاءه ، كما
هو مذهب الإمام أحمد ومن وافقه . وطريق التخلص من وجوه ،
أحدها : أن يوقتها بمدة فيقول : ضمنته ، أو تكفلت به شهرا أو جمعة ،
ونحو ذلك ، فيصح " (١) .

وجاء في الفروع : توقيت الضمان والكفالة أیصح
أم لا ؟ فيه وجهان : يحتمل عدم الصحة ، وهو أقيس (٢) ويحتمل الصحة
فحكمه حكم التعليق (٣) .

قال صاحب المغنى فى تعليل الرواية القائلة بالمنع : " ولأنه
[يعنى الضمان] إثبات حق لآدمي معين ، فلم يجز تعليقه على شرط ، ولا
توقيته ، كالهبة " (٤) .

وجاء فى مطالب أولى النهى : لو قال : إذا قدم
الحاج فأنا كفيل بزيد شهرا : [يعنى ضمان النفس] صح ذلك ؛ وقد
جمعت هذه المسألة تعليقا وتوقيتا ، وكلاهما صحيح مع الانفراد ،
فكذا مع الاجتماع . ويبرأ من كفل شهرا أو نحوه إن لم
يطالب مكفول له بإحضاره فيه ؛ أي : الشهر ونحوه ؛ لأنه بمضيه
لا يكون كفيلا ، وأما توقيت الضمان : [يعنى الضمان المالى]
فالظاهر أنه لا يصح (٥) .

(١) إعلام الموقعين (٣٧/٤) .

(٢) أقرب إلى القياس الصحيح ، فهم يقيسونه على الهبة .

(٣) راجع الفروع لابن مفلح (٢٤٩/٤) .

(٤) المغنى : (١٠٢/٧ - ١٠٣) .

(٥) انظر مطالب أولى النهى شرح غاية المنتهى للرحياني (٣١٧/٣) .

وقال القاضي أبو يعلى : إذا قال الضامن : إن جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه ، أو إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان شهرا — لا تصح الكفالة . وقال غيره : تصح ^(١) .

وأما عن الزيدية : فإن الضمان عندهم يصح مؤقتا نحو أن يقول : ضمنت لك شهرا فيلزم تسليمه له ما دام وقته في ذلك الشهر ، ومتى خرج الشهر بطلت الكفالة ^(٢) .

جاء في البحر الزخار : " وتصح مؤقتة الابتداء ، كبعد شهر ، وله الرجوع قبله ، وتصح مؤقتة الانتهاء ، كإلى شهر ، فتسقط بعده " ^(٣) .

وعند الإباضية : يجوز الضمان المؤقت ، فلو قال : " ضمنت لفلان ألفا على أنه مخير إلى ثلاثة أيام لزمه الضمان ، ويجوز وإن بأقل من ذلك الأجل أو أكثر " ^(٤) .

وجاء في شرح النيل : أنه إن وقتها (أى الحمل) : أي جعلها مؤجلة إلى وقت معين عند حصوله ، مثل أن يقول : إن بينت مقدار الحق إلى وقت كذا أو فرضته أو جئت ببيان على أن لك عليه كذا فأنا حميل لك عنه ، فإن ثبت ذلك قبل الوقت أعطاه وإلا فلا ، ومثل أن يقول : إن جئتني قبل وقت كذا للقبض أعطيتك عنه ، فإن لم يجرئ إلا بعد الوقت فلا ضمان عليه ، ومثل أن يقول : إن ذهب المحمول عنه قبل وقت كذا فأنا أعطيتك عنه وإلا فلا ، فإن لم يذهب

(١) راجع الإنصاف للمرداوي (٢١٢/٥ ، ٢١٣) .

(٢) انظر التاج المذهب : (١٤١/٤) .

(٣) البحر الزخار (٧٤/٦) .

(٤) شرح النيل و شفاء العليل (٤٤٠/٩) .

حتى كان الوقت فلا ضمان عليه ، وأصل الحمالة أن تكون على الحلول بلا أجل ، وأن تكون بلا شرط ، وإن كانت بأجل أو شرط أو لهما جازت (١) .

أدلة الفريقين :

في الحقيقة لم أجد - كما هو واضح مما سبق عرضه - من أفاض في ذكر أدلته من كلا الفريقين ، ولكن يمكن الاستدلال للمجيزين الضمان المؤقت بكل الأدلة المذكورة في مشروعية الضمان (٢) .

أما المانعون :

فقد استدلوا على ما ذهبوا إليه من المنع بالقياس على الهبة ، فهي تبرع ، ولا يجوز توقيتها بوقت محدد كذلك الضمان ؛ حيث إنه تبرع أيضا ، فلا يجوز توقيته قياسا على الهبة .

جاء في المغنى : " أو إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان . أو قال : أنا كفيل بفلان شهرا . فقال القاضي : لا تصح الكفالة . وهو مذهب الشافعي ومحمد ابن الحسن ؛ لأن ذلك خطر فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به ، كمجيء المطر وهبوب الريح ، ولأنه إثبات حق لآدمي معين ، فلم يجز تعليقه على شرط ، ولا توقيته ، كالهبة " (٣) .

(١) شرح النيل و شفاء العليل (٩/ ٤٣٦) بتصرف .

(٢) سبق ذكرها في المبحث الثالث من التمهيد ص : (٤٦-٥٦) .

(٣) المغنى : (١٠٢/٧) .

القول الراجح :

مما سبق عرضه يظهر لى أن الأرجح هو قول المجيزين ؛ وذلك لما يأتى :

أولا : أن عموم الأدلة الدالة على جواز الضمان يؤيده ويقويه ، وقد سبق تفصيل ذلك ^(١) .

ثانيا : أن الحاجة تدعو إليه ، والمصلحة تقتضيه ، ولا يوجد دليل قوى يمنع من جوازه .

ثالثا : أن الأصل فى عقود البيوع والإجازات والكفالات الإباحة إلا ما أتى الدليل على تحريمه ، ولا أعلم دليلا يدل على حرمة تأقيت الضمان .

يقول الجصاص : " فمتى اختلفنا في جواز عقد أو فساده وفي صحة نذر ولزومه صح الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ ؛ لاقتضاء عموم جواز جميعها من الكفالات والإجازات والبيوع وغيرها . ويجوز الاحتجاج به في جواز الكفالة بالنفس ، وبالمال وجواز تعلقها على الأخطار ؛ لأن الآية لم تفرق بين شيء منها ^(٢) .

رابعا : أن مراعاة حال الضامن وظروفه أمر تقره الشريعة وترعاه ؛ حتى لا يضر ، كما قال رسول الله ﷺ : " لا ضرر ولا ضرار " ^(٣) فهو أدرى بوضعه حينما يضرب لنفسه أجلا يكون ضامنا فيه ثم يبرأ بعده ، فهو كالشرط ، والشرط جائز ما

(١) راجع ص : (١٢٠ - ١٢١) .

(٢) أحكام القرآن للجصاص (٣٧١/٢ ، ٣٧٢) .

(٣) سنن ابن ماجه : كتاب الأحكام — باب من بنى فى حقه ما يضر بجاره : (٧٨٤/٢)

(٢٣٤١) من حديث ابن عباس ؓ . وصححه الألبانى فى صحيح سنن ابن ماجه (٣٩/٢)

(١٨٩٦) .

وافق الحق كما قال النبي ﷺ : " المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك " (١) . وتوقيت الضمان سواء كان ضمانا شخصيا أو ماليا لا يخالف الحق في شيء .

(١) سبق تخريجه ص: (١٢٣) .

الفصل الثالث

الضامن

وينتظم ما يأتي :

- المبحث الأول : الضامن في الفقه الإسلامي .
- المبحث الثاني : الضامن في القانون المدني المصري .
- المبحث الثالث : المقارنة بين الفقه والقانون .

المبحث الأول
الضامن في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

الضامن في الفقه الإسلامي

شروط الضامن :

للضامن شروط يجب توفرها فيه ؛ حتى يصح ضمانه —
على خلاف بين المذاهب — وهي ثلاثة :

الشرط الأول : أن يكون الضامن أهلاً للتبرع .

الشرط الثاني : أن يكون الضامن مختاراً .

الشرط الثالث : أن يكون الضامن غير المضمون له .

الشرط الأول : أن يكون الضامن أهلاً للتبرع :

يرى الحنفية أن لكل من الضامن والمضمون عنه
والمضمون له والمضمون به شروطاً ، وأن منها ما هو شرط انعقاد
ومنها ما هو شرط نفاذ ، فأما شروط الضامن : فالعقل ، والبلوغ ،
وهما من شرائط الانعقاد ، والحرية ، وهي شرط نفاذ ، على
تفصيل يتضح مما يأتي عرضه :

قالوا : شرائط الضمان أنواع بعضها يرجع إلى الضامن
وبعضها يرجع إلى الأصل (المضمون عنه) وبعضها يرجع إلى
المضمون له وبعضها يرجع إلى المضمون به : ثم منها ما هو
شرط انعقاد ، ومنها ما هو شرط نفاذ : أما الذي يرجع إلى الضامن
فأنواع :

منها العقل ، ومنها البلوغ ، وإنهما من شرائط الانعقاد
لهذا التصرف ، فلا ينعقد ضمان الصبي والمجنون ؛ لأنه عقد تبرع
فلا ينعقد ممن ليس من أهل التبرع إلا أن الأب أو الوصي لو
استدان ديناً في نفقة اليتيم وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه جاز .

ولو أمره أن يضمن عنه النفس لم يجز ؛ لأن ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط لا يزيده إلا تأكيدا فلم يكن متبرعا ، فأما ضمان النفس وهو تسليم نفس الأب أو الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعا فيه فلم يجز .

ومنها الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف فلا يجوز ضمان العبد محجورا [أى ممنوعا] كان أو مأذونا له في التجارة ؛ لأنه تبرع والعبد لا يملكه بدون إذن مولاه ولكنه ينعقد حتى يؤخذ به بعد العتاق ؛ لأن امتناع النفاذ ما كان لانعدام الأهلية بل لحق المولى وقد زال ، بخلاف الصبى لأنه غير منعقد منه لعدم الأهلية فلا يحتل النفاذ بالبلوغ ، ولو أذن له [يعنى العبد] المولى بالضمن ، فإن كان عليه دين لم يجز ؛ لأن إذنه بالتبرع لم يصح ، وإن لم يكن عليه دين جاز ضمانه وتباع رقبته في الضمان بالدين إلا أن يفديه المولى ، ولا يجوز ضمان المكاتب من الأجنبي لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم على لسان صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام ، وسواء أذن له المولى أو لم يأذن لأن إذن المولى لم يصح في حقه وصح في حق القن ، ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق ، ولو ضمن المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لأنهما يملكان التبرع عليه ^(١) .

أما عن المدبر ^(٢) وأم الولد من غير السيد فضمامهما (سواء كان ضمانا شخصيا أم ماليا) بغير إذنه باطلة ، حتى يعتقوا فإذا عتقوا لزمهم .

(١) انظر بدائع الصنائع : (٥ / ٦ ، ٦) وانظر تفصيل مذهب الحنفية — بالإضافة إلى البدائع — فى : المبسوط (٨ / ٥٩ — ٦١) و (٨ / ٢٠ — ١٤) وفتح القدير لابن الهمام (١٦٣ / ٧) ورد المختار على الدر المختار (٥ / ٢٨٤ ، ٢٨٥) وراجع مقدمة درر الحكام فى شرح مجلة الأحكام (١ / ٧٢٤) والمادة (٦٢٨) (١ / ٧٤٩) .

(٢) المدبر هو العبد أو الأمة الذى علق عتقه بموت سيده . راجع المغنى : (١٤ / ٤١٢) .

يقول السرخسي : " وكفالة المدبر وأم الولد من غير السيد بنفس أو مال بغير إذن باطلة ، حتى يعتقوا فإذا عتقوا لهم ؛ لأن المانع حق مولاه وإذا أذن له سيده فيها جازت إن لم يكن عليه دين ويباع العبد في الكفالة بالدين ، وإن كان عليه دين بدئ بدينه قبل دين الكفالة . وأما أم الولد والمدبر فإنهما يستسعيان في الدين ؛ لأن رقبتهما ليست بمحل للبيع فكان عليهما قضاء الدين من كسبهما وهو السعاية فيبدأ بدينهما من سعائتهما ، ثم بدين الكفالة إذا كان بإذن المولى " (١) .

وأما المالكية فإنهم يقولون : إن الذي تصح حمالته [أى الذى يصح ضمانه] كل مالك لأمره لا حجر لأحد عليه ، سواء كان يقدر على النطق ، أو كان أخرس إذا فهم مراده ، قال مالك فى المدونة : يجوز كفالته إذا فهم عنه ، وأما من عليه حجر لحقه ولحق غيره فإنه يعتبر أمره : فإن كان محجورا عليه لحق نفسه كالصغير والسفيه والمولى عليه لم يلزمه الحماله ، وأما من كان محجورا عليه لحق غيره كالعبد والمستغرق في الدين ، فإن العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد حمالتهم بغير إذن السيد باطلة ، وإن كان العبد مأذونا له في التجارة . وقال بعضهم : تجوز حمالة العبد ، وحكى القولان في العبد : [عدم جواز ضمان العبد المأذون له في التجارة بغير إذن سيده في الضمان ، والجواز] .

ووجه القول الأول — وهو قول مالك وجمهور أصحابه — : معنى يدخل في ذمته نقصا وعبيا فلم يكن له ذلك بغير إذن سيده كالمداينة ، وأيضا فإنه [أى الضمان] وجه من المعروف فلم يكن له بغير إذن سيده ، وإن أذن له في التجارة كهبة ماله .

(١) المبسوط (١٤/٢٠) .

وتجوز حمالة العبد بإذن السيد ، وإن لم يكن مأذونا له في التجارة إلا أن يستغرقه الدين فلا يجوز ، وإن أذن له السيد ، ووجه ذلك كله أن الحجر إنما تعلق به لحق سيده فإذا أذن له في ذلك جازت له حمالته ، ولو كان عليه دين يفترق ماله لم يجز ذلك ؛ لأنه محجور عليه لحق الغرماء فلا تصح حمالته : أذن له السيد أم لم يأذن له ، وأما المكاتب والمدير وأم الولد فإنه إن أذن السيد لهم في الحمالة جازت حمالتهم عند بعض المالكية ، وقال غيرهم لا يجوز معروف المكاتب ؛ لأن ذلك داعية إلى رقه - وهو في طريقه إلى الحرية بمكاتبته - وليس له ذلك ولا لسيده ، ووجه القول الأول القائل بالجواز أنه محجور عليه بحكم الرق فجاز ما يفعله من ذلك بإذن السيد أصل ذلك العبد القن [أى قياسا على العبد القن] ووجه قول الغير ما احتج به من أنه ليس له أن يرق نفسه فوجب أن يكون ممنوعا من كل ما يكون سببا له " (١) .

وعند الشافعية :

جاء في الأم أنه : " لا تجوز كفالة العبد المأذون له بالتجارة ؛ لأن هذا استهلاك ، ولو ضمن عن مكاتب أو مالا في يدى وصى أو مقارض وضمن ذلك أحد منهم عن نفسه فالضمان في

(١) راجع المنتقى شرح الموطأ لأبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي (٨٤/٦ ، ٨٥) طبعة الكتاب الإسلامى ، الطبعة الثانية ، بدون تاريخ . وراجع تفصيل مذهب المالكية - بالإضافة إلى المنتقى - فى المدونة ويليهام مقدمات ابن رشد: للإمام مالك بن انس رواية سحنون عن ابن القاسم : (١١٨/٤ ، ١١٩) ضبطه وصححه أحمد عبد السلام ، طبعة الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ - ١٩٩٤ م ومنح الجليل شرح مختصر خليل (١٩٩ / ٦ - ٢٠١) و الإتقان و الإحكام فى شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة لمحمد بن أحمد الفاسى مياره (١٢٢/١) طبعة دار المعرفة .

ذلك كله باطل ، ولا يجوز ضمان من لم يبلغ ، ولا مجنون ، ولا مبرسم يهذى ، ولا مغمى عليه ، ولا أخرس لا يعقل ، وإن كان يعقل الإشارة والكتاب فضمن لزمه " (١) .

وتفصيل ذلك يعرضه صاحب روض الطالب فيقول :

الركن الثالث الضامن وشرطه - ليصح ضمانه - صحة العبارة وأهلية التبرع منه [أى من الضامن] والقيد الثاني [وهو أهلية التبرع] يغني عن الأول [صحة العبارة] فلا يصح ضمان غير المكلف إلا السكران كما سيأتي ، ولا ضمان المحجور عليه بسفه ولو بإذن الولي ؛ لأنه تبرع ، وتبرعه لا يصح بإذن الولي ، وإذا شرط ذلك [يعنى الأهلية] فيصح الضمان ممن اتصف بها ، ولو بإشارة الأخرس المفهمة وكتابته عند القرينة المشعرة بالضمان ، بخلاف ما إذا لم تكن له إشارة مفهمة ، ولا كتابة تشعر بالمراد كسائر تصرفاته ، ثم إن اختص بفهم إشارته فطُنُونُ فهي كناية ، وإلا فصريحة ، وكذا كتابة ناطق نوى بها الضمان كسائر تصرفاته ، وقضية كلامه كأصله أن كتابة الناطق كناية وكتابة الأخرس بالقرينة صريحة ، وهو ظاهر . ويصح ضمان سكران بمحرم كسائر تصرفاته ، لا بمباح كالمجنون ، ويصح ضمان المفلس في الذمة كشرائه فيها ، ويطلب بما ضمنه بعد فك الحجر ، ولو ضمن العبد - ولو مأذونا له في التجارة بلا إذن من سيده - لم يصح ضمانه ؛ لأنه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبهه النكاح ، وفارق صحة خلع الأمة بغير إذنه بأنه لا حاجة إلى الضمان ، والأمة قد تحتاج إلى الخلع لسوء العشرة ، أو بإذن منه - صح حتى عن السيد ؛ لأن المنع إنما كان لحقه ، وقد زال بالإذن ، فلو كان العبد المأذون له في التجارة مديونا فبالفاضل عن حقوق الغرماء ؛

(١) الأم (١١٩/٩) .

وذلك رعاية للجانبين ، وحكم أم الولد والمدير والمعلق عتقه بصفة والمبعض كالقن فيما ذكر . هذا ويصح ضمان المكاتب بالإذن من سيده فقط : أى لا يصح الضمان بغير إذنه كما فى سائر تبرعاته (١) .

وعند الحنابلة : يصح ضمان كل جائز التصرف في

ماله ، فلا يصح من المجنون والمبرسم [وهو الذى يهذى] ، ولا من صبي غير مميز ، بغير خلاف ؛ لأنه إيجاب مال بعقد ، فلم يصح منهم ، كالنذر . ولا يصح من السفیه المحجور عليه ، وهو قول الشافعي . وقال القاضي : يصح ، ويتبع به بعد فك الحجر عنه ؛ لأن من أصلنا أن إقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنه ، فصح ، فكذلك ضمانه .

وقد أجاب الحنابلة أنفسهم على قول القاضي أبى يعلى بأن القول بعدم الصحة أولى ؛ لأنه [أى الضمان] إيجاب مال بعقد ، فلم يصح منه [السفیه المحجور عليه] كالبيع والشراء ، ولا يشبه الإقرار ؛ لأنه إخبار بحق سابق .

وأما الصبي المميز ، فلا يصح عندهم ضمانه ، في الصحيح من الوجهين . وهو قول الشافعي . وخرجه أصحابنا على الروايتين في صحة إقراره وتصرفاته بإذن وليه ، ولا يصح هذا الجمع ؛ لأن هذا التزام مال لا فائدة له فيه ، فلم يصح منه ، كالتبرع والنذر ، بخلاف البيع . فأما المحجور عليه لفلس ، فيصح ضمانه ، ويتبع به بعد فك الحجر عنه ؛ لأنه من أهل التصرف ، والحجر عليه في ماله ، لا في ذمته ، فأشبهه الراهن ، فصح تصرفه فيما عدا الرهن ، فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمته .

(١) انظر روض الطالب (٢٣٦/٢ ، ٢٣٧) .

ولا يصح ضمان العبد بغير إذن سيده ، سواء كان مأذونا له في التجارة أو غير مأذون له . وبهذا قال الثوري وأبو حنيفة . ويحتمل أن يصح ، ويتبع به بعد العتق ؛ لأنه من أهل التصرف ، فصح تصرفه بما لا ضرر على السيد فيه ، كالإقرار بالإتلاف . ووجه الأول [عدم صحة ضمان العبد بغير إذن سيده] أنه عقد تضمن إيجاب مال ، فلم يصح بغير إذن ، كالنكاح . فإن ضمن بإذن سيده ، صح ؛ لأن سيده لو أذن له في التصرف صح . فإن أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده ، صح ، ويكون ما في ذمته متعلقا بالمال الذي في يد العبد ، كتعلق حق الجناية برقبة الجاني ، كما لو قال الحر : ضمنت لك الدين ، على أن تأخذ من مالي هذا . صح . وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير إذن سيده ، كالعبد القن ؛ لأنه تبرع بالتزام مال ، فأشبهه نذر الصدقة بغير مال . ويحتمل أن يصح ، ويتبع به بعد عتقه ، كقولنا في العبد . وإن ضمن بإذنه ، ففيه وجهان : أحدهما لا يصح أيضا ؛ لأنه ربما أدى إلى تفويت الحرية . والثاني يصح ؛ لأن الحق لهما ، لا يخرج عنهما . وإذا فهمت إشارة الأخرس ، صح ضمانه ؛ لأنه يصح بيعه وإقراره وتبرعه ، فصح ضمانه ، كالناطق ، ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن إشارة يفهم بها أنه قصد الضمان ؛ لأنه قد يكتب عبثا أو تجربة ، فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال . ومن لا تفهم إشارته لا يصح منه الضمان ؛ لأنه لا يدري بضمانه ، ولأنه لا يصح سائر تصرفاته ، فكذلك ضمانه (١) .

وعند الظاهرية : — كما يقول ابن حزم — : إنه " لا

فرق بين العبد ، والحر ، والمرأة ، والرجل ، والكافر ، والمؤمن ،

(١) راجع المغنى (٧/٧٩—٨١) وراجع الإنصاف (٥/١٩٠—١٩٥) . وكشاف القناع

فكلهم سواء ؛ لعموم النص الذي أوردناه في ذلك ^(١) ، ولم يأت نص بالفرق بين شيء مما ذكرناه " ^(٢) .

وعند الزيدية : أن الكفالة لا تصح من عبد محجور

ببدن ؛ وذلك لتأديتها إلى حبسه ، وهب أن ضمان العبد مطلقا صحيح ، لكنه يتعلق بذمته يطالب به إذا عتق ، فإن دلس بالإذن فيها فجناية ، هذا ولا تصح مع اعتبار الإذن [أى من المكفول به] ببدن من صبي أو مجنون إلا بإذن الولي ^(٣) .

كما يصح الضمان أيضا من الأخرس بالإشارة مع القرينة ويصح بالكتابة كغيره من العقود ^(٤) .

وعند الإمامية : أن الضامن لا بد أن يكون مكلفا ، جائز

التصرف : فلا يصح ضمان الصبي ، ولا المجنون ، ولو ضمن المملوك لم يصح إلا بإذن مولاه ، ويثبت ما ضمنه في ذمته لا في كسبه ، إلا أن يشترطه في الضمان بإذن مولاه . وكذا لو شرطه ، أن يكون الضمان من مال معين . ولا يشترط علمه [يعنى الضامن] بالمضمون له ولا المضمون عنه ، وقيل : يشترط ، والأول أشبه لكن لا بد أن يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد إلى الضمان عنه ، ويشترط فيه الملاءة ، فإن لم تتوفر الملاءة فلا بد من علم المضمون له بالإعسار ، أما لو ضمن ،

(١) يقصد به حديث أبي قتادة رضي الله عنه . راجع تخريجه ص : (٥٠) .

(٢) المحلى (١١٧/٨) م (١٢٣٠) .

(٣) راجع البحر الزخار (٧٠/٦ ، ٧٣) .

(٤) انظر السابق نفسه (٧٦/٦) .

ثم بان إعساره ، كان للمضمون له فسخ الضمان ، والعود على المضمون عنه (١) .

هذا ولا تصح كفالة المكاتب عندهم ، على تردد منهم (٢) .

وجاء في الروضة البهية : " ... وكذا لا يشترط معرفة [أى معرفة الضامن] قدر الحق المضمون " (٣) .

" و كذا لا يشترط علمه بالغريم [وهو المضمون عنه] ؛ لأنه وفاء دين عنه وهو جائز عن كل مديون " (٤) .

وعند الإباضية : أن الحماله [الضمان] تجوز من البالغ

العقلاء ولو كانوا عبيدا بإذن أو شركين ، ، ومن أجاز معروف الصبي أثبتتها بتحملة فيما قل ، وكذا العبد مطلقا فيما قل واطمأنت النفس أو فيما بيده من جنان يخدمه ونحوه بلا إذن ، ومن منع منعها ، وعلى كل حال لا يحكم بها عليهما إذا ندما أو أبطل ذلك قائمهما ، وفي المراهق القولان ، الصحيح البطلان ، وكذا في كل شيء حتى يتحقق بلوغه لاستصحاب الأصل وفي (الأثر) (٥) : كل حر بالغ عاقل ضمن عمن يجوز أن يلزمه الحق الذي ضمن عليه من جميع الحقوق والأموال وما يعود إليها ، أو فيما يدرك من

(١) انظر شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام (٨٩/٢) وانظر أيضا الروضة البهية (١٢١/٤ ، ١٢٢) .

(٢) راجع السابق نفسه (٩٨/٢) .

(٣) انظر الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (١١٣/٤ ، ١١٤) .

(٤) الروضة البهية (١١٨/٤) .

(٥) يبدو أن هذا الأثر من أقوال علماء الإباضية ، ولم أقف عليه في كتب السنة والأثر .

استحقاق أو رد بعيب أو نحو ذلك فهو غارم إلا الحدود والقصاص فإن الضمان فيها باطل (١) .

ولا تجوز حمالة المفلس (٢) عند الأكثر ، وجازت عند قليل من العلماء ، وعلى الجواز فللمحمول له أن يرجع إلى أيهما شاء من المحمول عنه والحميل إلا إن اشترط المحمول عنه أن لا رجوع إليه ، وقيل : لا رجوع إلى المحمول عنه إلا إن اشترطه المحمول ، وهو الصحيح عند بعض ؛ لأن المفلس بالغ عاقل ، إلا أنه حجر عليه ، والحمالة تكون في الذمة لا في مال معين فلا ينافيها إفلاسه ، ووجه المنع أن المفلس مشغول بالغرماء المتقدمين عليه ، فلسه لهم الحاكم أو قاموا عليه بلا رفع إلى الحاكم ، وتجوز منه إن لم يقم عليه الغرماء ، أو لم يفلسه الحاكم ، وتجوز من كل فقير بالغاً فقره ما بلغ : سواء كان عليه دين أم لم يكن ، فالصحيح جواز حمالة المعدم ؛ لعدم مانع من حجر حاكم أو قيام غرماء ، والمأذون له بتجارة من العبيد والإماء إن تحمل بلا إذن ؛ ولحمالته بلا إذن كان الخلاف ، وأما بالإذن في الحمالة فجازة باتفاق ، فالأكثر على منعها بلا إذن فيها ؛ لأن الحمالة ليست بتجارة ولا من توابعها ، وهو إنما أذن له ماله في التجارة ، وإنما هي [الحمالة] أقرب إلى التبرع ولو كان الحميل يأخذ من المحمول عنه [أي سيرجع عليه بما تحمله عنه] ، قال الله - جل وعلا - : ﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ﴾ (٣) ووجه من أجاز أنها

(١) شرح النيل (٤١٣/٩ ، ٤١٤) بتصرف .

(٢) سمي المفلس مفلساً ؛ لأنه نقص ماله كأنه صارت دنائيره أو دراهمه فلوساً .

راجع السابق نفسه : (٤١٤/٩) .

(٣) سورة النحل : من الآية (٧٥) .

من المعروف الجارى ممن بأيديهم الأموال كالقرض ، وإن أجاز سيده بعد الحماله جاز قطعاً بلا إشكال ، ولو حجر عليه قبل (١) .

(وفى المعتق قولان) ، قيل : تلزم حمالته سيده ؛ لأنها وقعت ، وهو في ملكه قبل العتق أو بإذنه أو إجازته ، وتلزم العبد أيضاً ؛ لأنه مكلف ، وقيل : تلزم العبد المعتق ؛ لأنه صار حراً فرجع إليه الحكم ، والصحيح الأول ، والقولان ثابتان سواء أعتقه سيده أو باعه أو أعتقه من انتقل إليه ، فقيل : لزمت السيد الأول ، وقيل : العبد المعتق (٢) .

ولا يجوز ممن هو كالطفل ، مثل المجنون والأبله الذى لا يعرف ذلك — وإن بإذن أبيه — قبل الحماله أو إجازته بعدها ؛ لأنه لا عقد لطفل ولا سيما المجنون ، وأجازها بعضهم فيما قل ، ويحتمل أن يكون من كسبه ولو بلا إذن أو إجازة ولا يؤخذ بها أبوه إن لم يأذن ولم يجز ... (٣) .

مما سبق عرضه يتبين أن المذاهب الثمانية تقرر ضرورة أن يكون الضامن أهلاً للتبرع — على التفصيل السابق ذكره آنفاً — فلا يصح الضمان إلا من العاقل البالغ الحر : حيث إن العقل هو مناط التكليف ، والبلوغ هو سن التكليف ، والضمان تبرع محض فلا يصح من العبد ؛ لأنه هو وماله ملك لسيده : أما العاقل البالغ فلحديث عائشة عن النبي ﷺ قال : " رفع القلم عن ثلاث عن

(١) شرح النيل : (٤١٤/٩ ، ٤١٦) بتصرف .

(٢) راجع السابق نفسه (٤٢٠/٩) .

(٣) راجع السابق نفسه (٤٢٠/٩ ، ٤٢١) .

النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق " (١) .

ولما رواه البخارى حيث قال : " باب لا يرجم المجنون والمجنونة وقال علي لعمر : أما علمت أن القلم رفع عن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يدرك وعن النائم حتى يستيقظ " (٢) .

وأما العبد فلقوله : — جل وعلا — : ﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ﴾ (٣) .

(١) سنن النسائى : كتاب الطلاق — باب من لا يقع طلاقه من الأزواج . (١٥٦/٦) .

و صححه الألبانى فى صحيح سنن النسائى : (٧٢٣/٢) (٣٢١٠) .

(٢) صحيح البخارى : كتاب المحاربين من أهل الكفر و الردة — باب لا يرجم

المجنون والمجنونة . (٣٣٦/٨) .

(٣) سورة النحل : من الآية (٧٥) .

*** ضمان المريض :****عند الحنفية :**

قال الحنفية : وأما صحة بدن الضامن فليس بشرط لصحة الضمان فيصح ضمان المريض لكن من الثلث ؛ لأنه تبرع ^(١) .

فقد جاء في المبسوط : " وكفالة المريض مرض الموت معتبرة من ثلثه " ^(٢) .

وجاء في فتح القدير : " ولا تصح من المريض إلا من الثلث " ^(٣) .

عند المالكية : ذهب المالكية إلى جواز كفالة المريض في نطاق الثلث :

جاء في المدونة : أن كفالة المريض جائزة في ثلثه . فقد قال مالك في المرأة تكون تحت الزوج فتتكفل بكفالة : إن ذلك في ثلثها إذا لم تتجاوز الثلث ؛ لأنها محجورة عن جميع مالها ، وكذلك المريض قد حبر عنه جميع ماله ، وإنما يجوز له من ماله الثلث ، والكفالة معروف ، وإنما يجوز ذلك في ثلثه كما يجوز للمرأة ذات الزوج معروفها في ثلثها عند مالك . فإن تكفل في مرضه بكفالة ، ودأب الناس بعد الكفالة حتى اغترق الدين ماله ، فإن الكفالة تسقط ولا يضار بها الغرماء في قول مالك ؛ لأن الدين أولى من الكفالة ؛ ولأن الكفالة في الثلث والدين من رأس المال ، وكل شيء يكون في الثلث وآخر يكون في جميع المال ، فالذي يكون في جميع المال

(١) انظر بدائع الصنائع : (٥/٦ ، ٦) .

(٢) المبسوط (١٩٨/١١) .

(٣) فتح القدير لابن الهمام (١٦٣/٧) . وانظر رد المحتار على الدر المختار (٢٨٤/٥) .

أولى بذلك . فلو أن رجلاً أوصى لرجل بثلث ماله ، فركبه دين اغترق ماله ، فإن الوصية تبطل في قول مالك ، فكذا الكفالة ؛ لأنها معروفة من المريض في مرضه . فإن تكفل في مرضه لوارث أو لغير وارث ، فصح من مرضه ذلك ، فإن الكفالة تلزمه ، وهذا قياس قول مالك ؛ لأنه لو تصدق على وارث في مرضه بأمر ثم صح ، لزمته الصدقة إذا لم يكن على وجه الوصية ، وهذا قول مالك (١) .

عند الشافعية :

ذهب الشافعية إلى أن المريض إن ضمن شخصاً بلا إذن منه فمن الثلث ؛ لأن الضمان تبرع ، أو بإذن منه ، ووجد الضامن مرجعاً : [أى شيئاً يرجع عليه بما كفله فيستوفى منه] فمن رأس المال ؛ لأنه يرجع به [أى لأن الضامن يرجع بما أدى] ، إلا إن كان الضمان عن شخص معسر عند موت الضامن ، أو حيث لا رجوع ، فإنه معتبر من الثلث ، ويبطل الضمان باستغراق الدين الذي على الضامن (٢) .

عند الحنابلة :

وذهب الحنابلة إلى أن المريض إذا كان مرضه غير مخوف ، أو غير مرض الموت ، فحكمه حكم الصحيح . وإن كان مرضه مرض موت مخوف ، فحكم ضمانه حكم تبرعه : يحسب

(١) راجع المدونة (١١٧/٤) . وانظر: المنتقى شرح الموطأ (٨٥/٦) ومنح الجليل

شرح مختصر خليل (١٩٩ /٦) والتاج والإكليل لمختصر خليل (٣١/٧ ، ٣٢) .

(٢) راجع روض الطالب (٢٣٦/٢ ، ٢٣٧ ، ٢٥١) وانظر : الغرر البهية في

شرح البهجة الوردية : (١٥١/٣ ، ١٦٤ ، ١٦٥) وتحفة المحتاج في شرح

المنهاج (٢٤٢/٥) .

من ثلثه ؛ لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ، ولم يأخذ عنه عوضا ، فأشبهه الهبة (١) .

وعند الظاهرية :

جاء في المحلى : " مسألة : وحكم العبد ، والحر ، والمرأة ، والرجل ، والكافر ، والمؤمن : سواء ، لعموم النص الذي أوردناه في ذلك ، ولم يأت نص بالفرق بين شيء مما ذكرناه - وبالله تعالى التوفيق . " (٢) .

وعند الإمامية :

جاء في شرائع الإسلام : " إذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه ، خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الأصح " (٣) .

وعند الإباضية :

يرى الإباضية جواز الضمان من المريض على التفصيل الآتي : تجوز الكفالة من مريض ولو رجعت أفعاله إلى الثلث بلزوم الفراش وعدم انتقاله ؛ لأن ذلك كهبة في مرض إن مات فيه ، فإن كان ذلك فمن الثلث ، ولو لوارث : بأن يكون على إنسان أو مسجد أو نحوه دين لوارث المريض فيعطي المريض ذلك الدين للوارث فيتبع به من أعطى عنه فالمحمول عنه غير الوارث والمحمول له وارث ، ويجوز أن يكونا معا وارثين . أو عنه : أى

(١) انظر المغنى (٨١/٧) وراجع الإنصاف (١٩١ / ٥) وكشاف القناع (٣ / ٣٦٣) .

(٢) المحلى (١١٧/٨) م (١٢٣٠) .

(٣) شرائع الإسلام (٩٣/٢) .

عن الوارث ، بأن يكون الدين على الوارث فيعطيه لمن له على الوارث ، فالمحمول عنه الوارث ، والمحمول له غيره ، ويكونان وارثين معا أيضا ، وأما إذا كانا معا غير وارثين فتجوز بالأولى من الكل : أى من كل مال المريض لا من ثلثه فقط ، فإذا أعطى ورثته من ماله لا من ثلثه فقط ما تحمل به عن غير الوارث لغير الوارث أو للوارث عن غير الوارث ، أو لغير الوارث عن الوارث ، أو عن الوارث للوارث فتخصص حمالته الديون إن كانت موجودة ، ولم يف بها ماله ، فهل تبطل الحماله من المريض إن كانت عن الوارث أو للوارث عن الوارث ؟ وهل كانت من الثلث فقط إن كانت لغير الوارث عن غير الوارث كالوصية إلا إن أجاز الورثة ذلك ؟ قلت ^(١) : ليس كذلك ؛ لأن الحميل يأخذ من المحمول عنه ، فالورثة إذا أعطوا ما تحمل به مورثهم أخذوا عن المحمول عنه ما أعطوا والنفع الذي لا يقدر له مال أو أجر في الشرع أو في العرف يجوز في المرض للوارث بخلاف ما يقدر له ذلك كسكنى الدار والحمل على الدواب ، فإن ذلك له كراء فيرده للوارث ولغيره ما ينوبه من الثلث فقط ، إلا إن أجاز الورثة ذلك للوارث أو غيره ^(٢) .

ولا يخفى أن الخلاف فى هذه المسألة يسير ، فالكل متفق على جواز الضمان من المريض ، ولكن مع خلاف يسير فى التفصيلات - كما سبق ذكره آنفا - والراجع أن الضمان من المريض مرضا عارضا غير مخوف أن يؤدي به إلى

(١) القائل هو المؤلف ، وهو محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش .

(٢) راجع شرح كتاب النيل : (٤١٦/٩ ، ٤١٧) .

الموت - جائز من جميع ماله كحاله تماما أثناء صحته ؛ وذلك لاستصحاب الأصل ، والأصل هو الجواز من المال كله ، أما إن كان المريض مرضا مخوفا : أى مرض موت ، فإن الضمان يتعين أن يكون من الثلث قياسا على الوصية .

ومع كل التقدير والإجلال للإمام مالك فإننى لا أرى وجهاً قويا لقياسه المريض على المرأة فى لزوم كل منهما الكفالة - إذا تكفل - فى نطاق الثلث ، أما قوله بلزومها فى الثلث بالنسبة للمريض ؛ فلأنه قاسها على الوصية فى عدم جواز الوصية فى أكثر من الثلث ؛ لما رواه سعد رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : " عادنى رسول الله ﷺ فى حجة الوداع من وجع أشفيت منه على الموت فقلت : يا رسول الله : بلغنى ما ترى من الوجع وأنا ذو مال ، ولا يرثنى إلا ابنة واحدة ، أفأتصدق بثلثى مالى ؟ قال : لا . قال : قلت : أفأتصدق بشطره ؟ قال : لا . الثلث . والثلث كثير ... " (١) .

ولكن ما وجه قياسه المريض على المرأة ؟ ثم هل يسلم له الحكم على المرأة بعدم جواز الكفالة فيما زاد على الثلث ؟ ! .

(١) صحيح مسلم : كتاب الوصية - باب الوصية بالثلث (١٦٢٨/٣) (١٢٥٠/٣) .

ضمان المرأة^(١) :

لا يفرق جمهور الفقهاء بين الرجل والمرأة في حكم التصرفات المالية ، ولكن المالكية يرون أن ضمان المرأة – إذا كانت ذات زوج – ينفذ في حدود ثلث مالها ، أما إذا زاد على الثلث فيصح ولكنه لا يلزم إلا بإجازة الزوج . أما المرأة الأيم غير ذات الزوج – إذا كانت لا يولى عليها – فهي بمنزلة الرجل في الكفالة (٢) .

أما الحنفية :

فإنهم يرون جواز كفالة المرأة ، هي والرجل في ذلك سواء ، فينطبق عليها ما ينطبق على الرجل من شروط : مثل أهلية التبرع (فلا تكون صغيرة ولا مجنونة ... على ما سبق بيانه) ولا بد أن تكون مختارة ، ويجب ألا تكون هي المكفول له ، على ما سيأتى بيانه .

وأما المالكية :

فإنهم قد تفردوا برأى مخالف للجمهور في جزئياته ، وتفصيله كما يأتى :

فكفالة المرأة البكر التي قد عنست ورضي حالها إذا تكفلت بكفالة غير جائزة عند مالك – حتى وإن أجازها الوالد ، ولا

(١) ذكرت ضمان المريض والمرأة بعد الكلام عن أهلية التبرع ؛ لبيان أن المريض والمرأة من حقهما الضمان ، وأن ذلك لا يتنافى مع أهلية التبرع على التفصيل المذكور .

(٢) الموسوعة الفقهية (٢٩٨/٣٤) .

ينبغي للسلطان أن يجيزه ، حيث إنه يقيسها على هبتها وصدقته فهبته وصدقته لا تجوز — عنده — إذا كانت بكرا ، وإن كانت قد عنست ، فكذلك كفالتها في هذا ، وتعليل ذلك أن بضعها بيد أبيها ، وأنها بمنزلة الصبي ، وبمنزلة المولى عليه ، ولا يجوز هذا عند مالك ؛ لأن الصبي لو تكفل بكفالة عن رجل بإذن الوالد لم يجز له ذلك ؛ لأن الوالد ليس له أن يهب مال الولد الصغير ولا مال الجارية التي قد حاضت ، فكذلك لا تجوز كفالتهم وإن كان بإذن الوالد ؛ لأن الكفالة ههنا معروف فلا يجوز ذلك وإن كان بإذن الوالد (١) .

فإن كانت المرأة ذات زوج جازت كفالتها في ثلث مالها ؛ لأن كل معروف تصنعه المرأة ذات الزوج فهو في ثلثها ، فالكفالة عند مالك من وجه الصدقة (٢) .

فإذا تكفلت المرأة بزوجها جاز من جميع مالها ؛ وذلك لأن عطية المرأة زوجها جميع مالها جائز لها ، وكذلك كفالتها عنه ، وإن أحاطت بمالها كله (٣) .

ويأتى تعليل إجازة مالك كفالة الزوج من جميع مال الزوجة بناء على جواز عطيتها للزوج المال كله ، فقد جعله خلاف غيره من الناس ؛ حيث إن الرجل إنما يتزوج المرأة لمالها ، ويرفع في صداقها لمالها ، فهو خلاف غيره في هذا ، إنما أعطاها إياه على بضعها ومالها ، وقد جاء عن رسول ﷺ أنه قال : " لا يجوز

(١) انظر المدونة (١٢٢/٤) والمنقلى شرح الموطأ (٨٥، ٨٤/٦) . وراجع الإقناع

والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة (١٢٢/١) .

(٢) راجع المدونة (١٢٢/٤ ، ١٢٣) .

(٣) انظر المنقلى شرح الموطأ (٨٥/٦) .

لامرأة عطية إلا بإذن زوجها " (١). أو لا ترى أن شهادة الزوج لا تجوز لها ومالها غير ماله ؟ ورأى أهل العلم من أهل الحجاز أن تبلغ بعطيتها الثلث بغير أمر الزوج . وقال بعضهم : وإن جاوزت الثلث لم يبطل الثلث . كالمريض يوصي بأكثر من ثلثه ، فيجوز من ذلك الثلث . وقال آخرون : ليست كالمريض (٢) .

وأما الشافعية :

فإنهم يرون أن ضمان المرأة كالرجل ، ولا يفرقون بينهما في شيء (٣) .

و يصح — عندهم — ضمان المرأة من مالها بغير إذن الزوج كسائر تصرفاتها (٤) .

وأما الحنابلة :

فإنهم يرون صحة ضمان كل جائز التصرف في ماله ، سواء كان رجلاً أو امرأة ؛ لأنه عقد يقصد به المال ، فصح من المرأة كالبيع (٥) .

وعند الظاهرية :

كذلك فحكم العبد ، والحر ، والمرأة ، والرجل ، والكافر ، والمؤمن سواء ، لعموم النص ، ولم يأت نص بالفرق بين شيء من ذلك (٦) .

(١) سنن أبي داود : كتاب البيوع والإجازات — باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها

(٢/٦٧٨) (٣٠٣١) . وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود (٢/٦٧٨) (٣٠٣١) .

(٢) راجع تفصيل ذلك في المدونة (٤/١٢٤ ، ١٢٥) وفيما سبق من مراجع .

(٣) راجع الأم (٩/١١٩) .

(٤) انظر روض الطالب (٢/٢٣٦ ، ٢٣٧) .

(٥) المغنى (٧/٧٩) . وراجع الإنصاف (٥/١٩٠-١٩٥) . وكشاف القناع (٣/٣٦٥ ، ٣٦٦) .

(٦) المحلى (٨/١١٧) م (١٢٣٠) .

وعند الزيدية : كذلك يصح من المرأة كالرجل ولكن بإذن زوجها ^(١) .

وعند الإباضية :

تجوز الحمالة من النساء أو بتخالف : أى من المرأة للرجل ، ومن الرجل للمرأة ، ومن زوجة بلا إذن زوج [عند بعضهم] ؛ لأنها بالغة عاقلة مالكة ، ومن بالغة غير متزوجة ، وعند آخرين منهم لا تجوز كفالة ذات الزوج إلا بإذنه ؛ وذلك لقول النبي ﷺ : " لا تجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها " ^(٢) ، وفي لفظ : " لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها " ^(٣) ووافق بعضهم المالكية فى عدم جواز الحمالة من المرأة فيما زاد على الثلث من مالها إلا بإذن زوجها ^(٤) .

تعليق :

قال الشوكانى : وقد استدل بهذا الحديث على أنه لا يجوز للمرأة أن تعطي عطية من مالها بغير إذن زوجها ولو كانت رشيدة وقد اختلف في ذلك : فقال الليث ^(٥) : لا يجوز لها ذلك مطلقا لا في الثلث ولا فيما دونه إلا في الشيء التافه ، وقال طائوس ومالك : إنه يجوز لها أن تعطي مالها بغير إذنه في الثلث لا فيما

(١) انظر البحر الزخار (٦/٧٦) .

(٢) سبق تخريجه في الصفحة السابقة .

(٣) سنن أبى داود : كتاب البيوع والإجازات — باب فى عطية المرأة بغير إذن زوجها (٣٠٣/٨١٥، ٨١٦) (٣٥٤٦) وصححه الألبانى فى صحيح سنن أبى داود (٢/٦٧٨) (٣٠٣٠)

(٤) راجع شرح النيل (٩/٤١٣ ، ٤١٧) .

(٥) الليث بن سعد. فقيه مصرى مشهور — من كبار أتباع التابعين — ولد (٩٤) هـ وتوفى (١٧٥) هـ . انظر طبقات ابن سعد (٧/٥١٧) .

فوقه فلا يجوز إلا بإذنه ، وذهب الجمهور إلى أنه يجوز لها مطلقاً من غير إذن من الزوج إذا لم تكن سفية ، فإن كانت سفية لم يجز ، قال في الفتح : وأدلة الجمهور من الكتاب والسنة كثيرة ^(١).

وقد استدل البخاري في صحيحه على جواز ذلك ، فقال : " باب هبة المرأة لغير زوجها وعقها إذا كان لها زوج فهو جائز ، إذا لم تكن سفية فإذا كانت سفية لم يجز ، قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾ " ^(٢) " ^(٣).

ومن جملة أدلة الجمهور حديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ أتى النساء يوم العيد : " فوعظهن وذكرهن ، فقال : " تصدقن فإن أكثركن حطب جهنم " فقامت امرأة من سطة النساء ^(٤) سفعاء الخدين ^(٥) فقالت لم يا رسول الله ؟ قال : لأتكن تكثرن الشكاة وتكفرن العشير ، قال فجعلن يتصدقن من حليهن يلقين في ثوب بلال من أقرطتهن وخواتمهن " ^(٦) ، وحملوا [أى الجمهور] حديث الباب : " لا تجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها " — على ما إذا كانت سفية غير رشيدة . وحمل مالك أدلة الجمهور على الشيء اليسير ، وجعل حده الثلث فما دونه ^(٧).

(١) راجع نيل الأوطار : (١٨/٦ ، ١٩) .

(٢) سورة النساء : من الآية (٥) .

(٣) صحيح البخارى : كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها (١٨٨/٣) .

(٤) هكذا هو فى النسخ : سطة . وفى بعض النسخ : واسطة النساء . قال القاضى : معناه من خيارهن ، والوسط العدل والخيار . ملخص شرح النووى لمحمد فؤاد عبد الباقي : (٦٠٣/٢) .

(٥) السَّفْعَةُ وزان غرفة : سواد مشرب بحمرة ، وسفع الشيء من باب تعب : إذا كان لونه كذلك . فالذكر أسفع والأنثى سفعاء .

(٦) صحيح مسلم : كتاب صلاة العيدين (٦٠٣/٢ ، ٦٠٤) (٨٨٥) .

(٧) راجع نيل الأوطار : (١٩/٦) .

الراجع :

مهما يكن من أمر فإن مذهب المالكية يفتقر إلى الدليل القوى ؛ ولذلك فهو رأى مرجوح ، والراجع هو رأى الجمهور : القائل بأن المرأة بمنزلة الرجل فى ذلك ، وتفصيله كما يأتى :

المرأة إذا كانت بالغة عاقلة رشيدة مختارة تجوز كفالتها ، وإن كانت بكرا ؛ لعموم النص ، حيث قال النبى ﷺ : " الزعيم غارم " . فلم يفرق رسول الله ﷺ بين المرأة والرجل فى ذلك .

قال الدكتور على السالوس : " ولعل رأى الإمام مالك ومن وافقه يحتاج إلى مزيد من الأدلة ، فلا يكفى القول بالحجر دون دليل يثبت هذا القول ، ومنع الضرر يمكن أن يجاب عنه بأنه لا ضرر هنا ما دامت تتصرف فى ملكها الخاص و هى مرضية غير سفيهة .

و الحديث الشريف يمكن أن يذكر بأن المراد منع المرأة من التصرف فى مال زوجها إلا بإذنه لأنه صاحب المال ، وليس منعها من التصرف فى مال هى مالكة إلا بإذن من لا يملكه وهو الزوج ، وهذا واضح فى العطايا اليسيرة " (١) .

وكذلك لقول النبى ﷺ : " إن النساء شقائق الرجال " (٢) . فهم كالرجال سواء فى التكاليفات إلا ما نصت الشريعة على تخصيص النساء به من أحكام .

(١) الكفالة : ص(٦٦) .

(٢) سنن الترمذى : كتاب الطهارة عن رسول الله ﷺ — باب ما جاء فىمن يستيقظ فىرى بلا ولا يذكر احتملا (١٩٠/١) (١١٣) وصححه الألبانى فى صحيح سنن الترمذى (٣٥/١) (٩٨) .

أما المرأة ذات الزوج فيحسن بها استئذان زوجها ، مراعاة لطيب خاطره وحسن عشرته ، ولعل هذا هو المقصود من قول النبي ﷺ : " لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها " كما قال الخطابي في معالم السنن : " هذا عند أكثر العلماء على معنى حسن العشرة واستطابة نفس الزوج بذلك ، إلا أن مالك بن أنس قال : ترد ما فعلت من ذلك حتى يأذن الزوج .

ويحتمل أن يكون ذلك في غير الرشيدة ، وقد ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال للنساء : " تصدقن " ^(١) فجعلت المرأة تلقى القرط والخاتم ، وبلال يتلقاها بكسائه . وهذه عطية بغير إذن أزواجهن " ^(٢) .

فإذا جاز للمرأة أن تتصدق بهذا الوضع دون إذن أزواجهن ، فإنه يجوز لها الضمان قياساً على الصدقة والعطية ، وإن كان الأفضل استئذان زوجها — كما سبق — مراعاة لحسن العشرة وطيب خاطر .

(١) سبق تخريجه ص : (٢٠٠) .

(٢) معالم السنن : (٨١٢/٣) .

الشرط الثاني وهو أن يكون الضامن مختاراً : وبياناه

كما يأتي :

أما الحنفية : فإنهم لا يجيزون الضمان (الكفالة) إلا

برضا الضامن ، فإن لم يرض بطل الضمان :

جاء في المبسوط : " ولو كان لرجل على رجل دين حالٌ من ثمن بيع أو قرض أو غصب ، فسأله أن يؤخره عنه على أن يضمنه له فلان الغائب ، فصالحه على ذلك ، فقدم الكفيل فأبى أن يضمن ؛ فالصلح منتقض ؛ لأن الصلح في المال يعتمد تمام الرضا ، وهو ما رضي بذلك إلا بكفالة الكفيل ، فإذا أبى أن يكفل كان المال حالا عليه كما كان ، وإن ضمن الكفيل بعد ما حضر جاز الصلح ؛ لتمام الرضا به ، ولا يشترط حضوره في مجلس الصلح ؛ لأنه ليس في هذا العقد من التملك شيء فلا فرق بين أن يتم الرضا به في المجلس وبعد المجلس بخلاف البيع " (١) .

وجاء في درر الحكام : وإذا كان الكفيل أهلاً للكفالة فيشترط في صحة الكفالة رضا الكفيل ؛ وعلى ذلك فإذا كفل كفالة بمال أو كفالة بنفس أو كفالة بتسليم لا تعتبر إذا كانت واقعة بإكراه (٢) . فمثلاً لو أكره أحد آخر على أن يكفل منه بدين لغريمه وكفل ذلك مكرهاً فلا يؤخذ بالكفالة هذه ولا يطالب الكفيل بشيء (٣) .

(١) المبسوط (١٢٦/٢٠ ، ١٢٧) .

(٢) انظر المادة (١٠٠٦) راجع درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (٧٣٢/٢) .

(٣) راجع السابق نفسه : (٧٤٩/١ ، ٧٥٠) وراجع أيضاً العقود الدرية في تنقيح الفتاوى

الحامدية : (١٤٣/٢) لابن عابدين — طبعة دار المعرفة ، بدون رقم الطبعة

وبدون تاريخ .

وعند الحنابلة :

لا يصح الضمان إلا برضا الضامن فتفتقر صحة الضمان إلى رضى الضامن ؛ لأنه لا يلزمه الحق ابتداء إلا برضاه ، فلا بد من رضاه ، فإن أكره على الضمان لم يصح (١) .

وجاء فى الإنصاف : " ولا تصح إلا برضى الكفيل . بلا نزاع " (٢) .

وجاء فى كشف القناع : أنه لا يصح الضمان إلا برضا الضامن فلا يصح ضمان المكره ؛ لأنه التزام مال فلم يصح بغير رضا الملتزم كالنذر ولا يعتبر أيضا معرفة الضامن لهما أى : للمضمون له والمضمون عنه ؛ لأنه لا يعتبر رضاها فكذا معرفتهما (٣) .

وعند الشافعية : لا يصح ضمان المكره ، ولو كان رقيقا بإكراه سيده (٤) .

جاء فى حاشيتي قليوبى و عميرة : " ولا يصح ضمان المكره ، ولو بإكراه سيده ، وفارق صحة بيع مال الغير بإكراهه ؛ لأن الضمان يتعلق بذمته فيعود ضرره عليه " (٥) .

وعند المالكية : لا تصح الكفالة أيضا إلا برضا الكفيل .

(١) راجع المغنى (٧٢/٧ ، ١٠٤) .

(٢) الإنصاف (٢١٣/٥) وراجع أيضا دقائق أولى النهى لشرح المنتهى المعروف بـ شرح منتهى الإرادات (١٣٢/٢) .

(٣) انظر كشف القناع (٣٦٦/٣ ، ٣٦٧) .

(٤) راجع روض الطالب وعليه شرح أسنى المطالب (٢٣٦/٢) وانظر أيضا البهجة لابن الوردي وعليه شرح الغرر البهية لذكريا الأنصارى (١٥٠/٣) .

(٥) حاشيتا قليوبى وعميرة (٤٠٤/٢) .

جاء في مواهب الجليل : " ولو أشهد سيده أنه ألزمه الكفالة لم تلزمه إلا برضاه " (١) .

وجاء في شرح مختصر خليل : " مذهب المدونة أن السيد ليس له أن يجبر عبده على الضمان " (٢) .

وإذا كان العبد يتمتع بحق الرضا ؛ ليصح ضمانه ، فمن باب أولى أن يكون شرطاً في حق الحر .

وأما الظاهرية

فإنهم يوافقون الجمهور فيما ذهبوا إليه ، كما يبدو لي مما ذكره ابن حزم ، فقد جاء في المحلى : " 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 لاشيء عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذي له الحق — فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال " (٣) .

وقال : " ثم إن الضمان ليس عقداً على المضمون له ، وإنما هو على الضامن وحده وإنما للمضمون له إنصافه من حقه فقط ، فإن أنصف في مثل هذا ، وإلا فلا يلزمه ما لم يرض به " (٤) .

(١) مواهب الجليل : (٩٧/٥) .

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي : (٢٣/٦) .

(٣) المحلى لابن حزم (١١١/٨) مسألة (١٢٢٩) .

(٤) السابق نفسه : الموضع نفسه .

وعند الزيدية : كذلك لو أكره الكفيل على الكفالة صارت باطلة ^(١) .

جاء في البحر الزخار : " وإنما يصح من مكلف مختار " ^(٢) .

وأما الإمامية : فإنهم يشترطون أيضا رضا الضامن :

جاء في الروضة البهية : " ولا بد له من إيجاب وقبول (مخصوصين) ؛ لأنه من العقود اللازمة الناقلة للمال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن " ^(٣) .

والإيجاب والقبول لا يكونان إلا عن رضا .

وأما الإباضية فلم أقف على رأى لهم في ذلك .

وبعد هذا العرض يظهر جليا أنه لا خلاف بين المذاهب الإسلامية حول اشتراط رضا الضامن ، إذ كيف يصح أو يتم الضمان بلا رضاه ، وهو تبرع محض ، فلا يجوز إجباره عليه بكل حال ، فلو وقع الإكراه بطل الضمان .

(١) راجع التاج المذهب لأحكام المذهب (١٤٨/٤) .

(٢) البحر الزخار (٧٦/٦) .

(٣) الروضة البهية (١١٩/٤) .

وأما الشرط الثالث (الأخير) : وهو أن يكون الضامن غير

المضمون له : فبياناه كما يأتي :

عند الحنفية :

يرى أبو حنيفة أن الرجل إذا أعطى الرجل ثوبا لبيعه بعشرة ففعل ثم ضمن البائع الثمن للآمر ، قال : الضمان باطل ، وكذلك المضاربة إذا باعها الرجل وضمنها ، فلا ضمان عليه . وهو ما يراه الحنفية ، حيث إنهم يرون أن اشتراط الضمان عليهما تغيير لحكم الشرع ، كالمودع إذا ضمن الوديعة للمودع وكالمستعير إذا ضمن العارية للمعير بالشرط فإنه باطل . فإذا باع رجلان لرجل عبدا صفقة واحدة فضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن فالضمان باطل ؛ وذلك لأن الثمن مشترك بينهما ، فلو صح الضمان فلا يخلو إما : أن يصح في نصف الثمن مطلقا ، أو في حصة الشريك ، فلا وجه إلى الأول [أن يكون الضمان في نصف الثمن مطلقا] ؛ لأنه يلزم أن يكون ضامنا لنفسه وهو باطل ؛ لأنه ما من جزء من الثمن إلا وهو مشترك بينهما ، ألا ترى أنه لو قبض شيئا من الثمن كان صاحبه شريكا ؟! ولا وجه إلى الثاني [أن يكون الضمان في حصة الشريك] ؛ لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض ، وذلك باطل ؛ لأن الدين في ذمة من عليه لا يقبل القسمة ، فلا يتميز نصيب صاحبه ؛ لأن القسمة إفراز الأنصباء والإفراز لا يتحقق إلا في العين دون الدين في الذمة ، فإذا لم يتميز نصيب صاحبه يقع الضمان عن نفس الضامن لنفسه وهو باطل ^(١) .

(١) راجع تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لأبي محمد عثمان بن علي الزيلعي :

(١٦٠/٤) طبعة دار الكتاب الإسلامي - الطبعة الثانية - بدون تاريخ .

وانظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم : (٢٥٤/٦) ونصب الراية

لأحاديث الهداية لجمال الدين عبد الله بن يوسف الزيلعي : (٢٧/٥) اعتني به =

وعند الشافعية :

لا يجوز ضمان السيد عبده ولا العبد أن يضمن سيده ،
إنما يضمن عنه بإذنه :

جاء فى نهاية المحتاج : أنه لا يصح ضمان السيد لعبده : بأن يضمن له الدين الذي له على أجنبي ، بخلاف ما إذا كان مأذونا له كذلك فإنه يصح لما فيه من توفية ما على العبد : أى باللائم ؛ لأن العبد حينئذ يصير مطالبا للسيد بما يوفي به دينه ، ووجه عدم الصحة عند انتفاء ما ذكر أن السيد يصير ضامنا لنفسه (١) .

وجاء فى روض الطالب : أن العبد " لا يصح ضمانه له [أى لسيده] ؛ لأنه يؤدي من كسبه ، وهو لسيده فهو كما لو ضمن المستحق لنفسه " (٢) .

وعند المالكية :

كذلك لا تجوز كفالة الإنسان عن نفسه .

جاء فى شرح حدود ابن عرفة : " وكفالة الإنسان عن نفسه ممتنعة " (٣) . فلا يصح أن يكون الضامن هو المضمون له .

= أيمن صالح شعبان — طبعة دار الحديث ، الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ —
١٩٩٥ م . وفتح القدير : (٢١٩/٧) والعناية شرح الهداية : (٢١٩/٧)
للإبرتي . ومجمع الضمانات : ص (٢٧٧) . والفتاوى الهندية : (٢٩٠/٣)
ومجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر للشيخ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان
المعروف بدامادا أفندى (١٤١/٢) طبعة إحياء التراث العربي ، بيروت :
مصورة عن دار الطباعة العامة بالهند ١٣١٧ هـ .

(١) راجع نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : (٤٣٦/٤) .

(٢) روض الطالب (٢٣٦/٢ ، ٢٣٧) .

(٣) شرح حدود ابن عرفة : ص (٣٣١) .

هذا ولم أقف — بعد البحث ^(١) — على قول للحنابلة وغيرهم فى ذلك . ولكن هذا الشرط [ألا يكون الضامن هو المضمون له] هو مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية ، كما سبق توضيحه آنفا .

(١) فيما اطلعت عليه من مراجع .

المبحث الثاني

الضامن في القانون المدني المصري

المبحث الثانى

الضامن (الكفيل) فى القانون المدنى المصرى

وجوب أن يكون للكفيل (الضامن) أهلية إبرام العقد :

إذا نظرنا إلى الصورة البسيطة من الضمان و هى التى يتقدم فيها الضامن بضمان الدين خدمة منه للدائن أو للمدين دون مقابل ، بدا الضمان عملا من أعمال التبرع ، و الضامن متبرعا ، والدائن متبرعا إليه بهذه الخدمة ، ووجب إذن أن تتوافر فى الضامن أهلية التبرع : أى أنه يشترط فى الضامن أن يكون بالغاً رشده غير محجور عليه ، و إلا وقع الضمان منه باطلا .

أما إذا نظرنا إلى صورة الضمان الغالبة فى العمل ، و هى التى يعقدها الضامن لمصلحة المدين ، فيلتزم فيها الضامن إزاء الدائن مقابل ما يشترطه عليه من مصلحة للمدين ، سواء كانت تلك المصلحة قرضاً جديداً أو مداً لأجل دين سابق ، ظهر لنا أن الضمان فى هذه الحالة لا يتمحض عن تبرع من الضامن إلى الدائن ، و أنه بما ينطوى عليه من اشتراط لمصلحة الغير يعتبر عملا من الأعمال الدائرة بين النفع و الضرر (١) .

إذن فالضمان فى غالب الأمر قانوناً يكون نفعياً وليس تبرعياً ، فقد يكون دافعه حط فائدة عن المدين أو تخفيضها ، أو تسهيل الحصول على قرض جديد للمدين من الدائن ، أو قد يكون لتحصيل مصلحة للضامن نفسه من الدائن أو المدين ، فالمهم تقريره تحول الضمان من عقد تبرعى إلى عقد نفعى ، يدور بين الضرر والنفع ، وهذا ما يخرج به عن أصله التبرعى ، وقد أصبح الفرع غالباً على الأصل كما يذكر رجال القانون .

(١) انظر الوافى : (٣٥، ٣٤/٣) .

و لما كان الضامن يلتزم عادة متبرعا ، فإنه يجب أن يكون متوفرا فيه أهلية التبرع . فالضامن المتبرع كالمقرض المتبرع الذى لا يتقاضى فائدة على القرض ، كلاهما يجب أن تتوافر فيه أهلية التبرع ؛ وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يضمن الغير متبرعا ، ولا للصغير غير المميز ، وإذا ضمن كان الضمان باطلا : وعلى ذلك تنص المادة (١١٠) مدنى : " ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة " (١) .

وإذا بلغ الثامنة عشرة كان له حق التصرف فى أمواله ، وعلى ذلك تنص المادة (١١٢) مدنى على أنه : " إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون " (٢) .

ولا يصح الضمان كذلك من المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة ، وعلى ذلك تنص المادة : (١١٣) و (١١٤) مدنى ، فالأولى تنص على أن " المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد وللإجراءات المقررة فى القانون " والأخرى تنص على : أنه " ١- يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر . ٢- أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا

(١) القانون المدنى المصرى : ص (٢٣) .

(٢) السابق نفسه : ص (٢٤) .

يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ،
أو كان الطرف الآخر على بينة منها . " (١) .

بل لا يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يعقد باسم
القاصر أو المحجور عليه كفالة تبرعية ، حتى بإذن المحكمة ، لأنه
يمنع التبرع بمال القاصر المحجور عليه و لو بإذن المحكمة ، إلا
لواجب إنسانى أو عائلى . فلا بد إذن للكفيل المتبرع أن يكون بالغاً
سن الرشد (٢) ، غير محجور عليه (٣) .

أما إذا كان الضمان بمقابل ، سواء كان المقابل من
المدين أو الدائن ، وهذا نادر ، فتجب فى الضامن أهلية التصرف
لا أهلية التبرع ، وذلك قياساً على المقترض بفائدة . وعلى ذلك لا
يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يضمن ؛ لأنه لا يملك أهلية
التصرف ، وقد يملك أهلية الإدارة ، ولكن الضمان من أعمال
التصرف لا من أعمال الإدارة ، وإذا ضمن كان الضمان قابلاً
للإبطال إلى أن يجاز . ولكن يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن
يعقد ضماناً بمقابل [الضمان النفعى] باسم القاصر أو المحجور
عليه ، على أن يكون ذلك بالنسبة إلى الوصى أو إلى القيم بإذن
المحكمة . وغنى عن البيان أن الإنسان إذا بلغ سن الرشد غير
محجور عليه ، فإنه يملك الضمان بمقابل لأنه يملك الضمان
التبرعى فأولى أن يملك الضمان النفعى (٤) .

(١) السابق نفسه : الموضع نفسه .

(٢) سن الرشد فى القانون المدنى المصرى واحد وعشرون عاماً ميلادية كاملة . انظر
القانون المدنى المصرى ، ص: (١٤) (م ٢/٤٤) .

(٣) راجع الوسيط : (٨٠/١٠) .

(٤) راجع السابق نفسه : (٨١/١٠) . وانظر كذلك الوافى : (٣٥ ، ٣٤/٣) . وعقد الكفالة
للدكتور/ أحمد سعد : ص (٦٨ ، ٦٩) .

أما عن الرضا فى القانون: فقد سبق تناوله تفصيلا عند الكلام عن ركن الرضا فى القانون المدنى المصرى ^(١) .

أما عن طبيعة التزام الكفيل [الضامن] فإنه لا يجوز أن يكون أشد عبئا من الالتزام المكفول ، ولكن يجوز أن يكون أهون ، وذلك ما نصت عليه المادة (٧٨٠) مدنى مصرى ، فقد نصت على ما يأتى :

- " ١ — لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول .
- ٢ — ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل ، وبشروط أهون" ^(٢) .

(١) راجع ص: (٧٠) من هذا البحث .

(٢) القانون المدنى : ص (١٨٧ ، ١٨٨) الوسيط : (٥٨/١٠) .

المبحث الثالث المقارنة بين الفقه والقانون

المبحث الثالث

المقارنة بين الفقه والقانون

لا يعتبر القانون المدني المصري الضامن (الكفيل)
ركنا من أركان الضمان ، فأركان الكفالة (الضمان) عنده الرضا
والسبب والمحل وقد سبق بيانه تفصيلا في المبحث الثاني من
الفصل الأول من هذا الباب (١).

وبناء عليه فإنه لم يعطه حقه تفصيلا في الكفالة ؛ ولذلك
ينبغي على أى باحث في هذا الموضوع أن يراجع الكلام عن العقد
وأركانه في القانون المدني بصفة عامة ، باعتبار أن الضامن في
نهاية المطاف عاقد ، غير أن مواد القانون المدني الخاص بالكفالة لم
تفرد الكفيل بما يستحق من تفصيلات .

هذا ويمكن بيان جوانب المقارنة بالنسبة للضامن بين
الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري فيما يأتي :

أولا : أن الفقه الإسلامي قد وفى الضامن حقه — كما
سبق تفصيله في المبحث السابق — في البسط والتحليل بما لا يكون
معه نقص أو إخلال ، حتى الكلام عن ضمان العبد والمكاتب ، فقد
ذكرت كلام الفقهاء عنه تفصيلا — مع عدم وجود الرق في زماننا
جريا على ما كان يفعله فقهاؤنا واقتداء بهم : فقد كانوا يبحثون
المسائل وإن لم تكن موجودة في زمانهم ثم يُحتاج إليها بعد ذلك ،
فيظهر مدى بعد نظرهم (رحمهم الله) ولا أقول كما يقول العلامة
الدكتور السالوس : ولا حاجة لمناقشة الاختلاف في الحرية ، فلا
يوجد رق الآن يبيحه الإسلام ، وبهذا أفتى مجمع البحوث

(١) راجع ص: (٧٠ — ٧٨) .

الإسلامية^(١) . ولكنني طرحت الكلام عنه ضمن الكلام عن أهلية الضامن ؛ لحتمية وقوع الرق في المستقبل ؛ لما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه قال : " لأحدثنكم حديثا لا يحدثكم أحد بعدى ^(٢) ، سمعت رسول الله ﷺ يقول : من أشراط الساعة أن يقل العلم ، ويظهر الجهل ، ويظهر الزنا ، وتكثر النساء ويقل الرجال حتى يكون لخمسين امرأة القيم الواحد " ^(٣) .

قال ابن حجر : قوله : (وتكثر النساء) قيل سببه أن الفتن تكثر فيكثر القتل في الرجال ؛ لأنهم أهل الحرب دون النساء . وقيل : هو إشارة إلى كثرة الفتوح فتكثر السبايا فيتخذ الرجل الواحد عدة موطوءات . والظاهر أنها علامة محضة لا لسبب آخر ، بل يقدر الله في آخر الزمان أن يقل من يولد من الذكور ويكثر من يولد من الإناث ، وكون كثرة النساء من العلامات مناسبة لظهور الجهل ورفع العلم . وقوله : " لخمسين " يحتمل أن يراد به حقيقة هذا العدد ، أو يكون مجازا عن الكثرة . ويؤيده أن في حديث أبي موسى : " وترى الرجل الواحد يتبعه أربعون امرأة " . قوله : (القيم) أي من يقوم بأمرهن ، واللام للعهد إشعارا بما هو معهود من كون الرجال قوامين على النساء . وكأن هذه الأمور الخمسة

(١) راجع الكفالة : ص (٦٤) .

(٢) يبدو أن أنس بن مالك رضي الله عنه قد عرف أنه لم يبق أحد ممن سمعه من رسول الله ﷺ غيره ، لأنه كان آخر من مات بالبصرة من الصحابة ، فعمل الخطاب بذلك كان لأهل البصرة ، أو كان عاما وكان تحديثه بذلك في آخر عمره ، لأنه لم يبق بعده من الصحابة من ثبت سماعه من النبي ﷺ إلا النادر ممن لم يكن هذا المتن في مرويته . وقال ابن بطال : يحتمل أنه قال ذلك لما رأى من التغيير ونقص العلم ، يعني فافتضى ذلك عنده أنه لفساد الحال لا يحدثهم أحد بالحق . قلت [والقول لابن حجر] : والأول أولى [يعني أنه قد عرف أنه لم يبق أحد...] . انظر فتح الباري : (٢١٥/١) .

(٣) صحيح البخارى : كتاب العلم — باب رفع العلم وظهور الجهل (٣٥/١) (٨١) .

خصت بالذكر لكونها مشعرة باختلال الأمور التي يحصل بحفظها صلاح المعاش والمعاد ، وهي الدين لأن رفع العلم يخل به ، والعقل لأن شرب الخمر يخل به ، والنسب لأن الزنا يخل به ، والنفس والمال لأن كثرة الفتن تخل بهما . ويحتمل أن يراد بالقيم من يقوم عليهن سواء كن موطوءات أم لا (١) .

وأيضاً لما رواه أبو هريرة ؓ أن رسول الله ﷺ قال :
 " لا تقوم الساعة حتى يقاتل المسلمون اليهود فيقتلهم المسلمون
 حتى يختبئ اليهودي من وراء الحجر والشجر فيقول الحجر أو
 الشجر يا مسلم يا عبد الله هذا يهودي خلفي فتعال فاقتله إلا
 الغرقد (٢) فإنه من شجر اليهود" (٣) .

وإذا وقع ذلك — ولا بد أن يقع — فلا بد أن يكون ثمة أسر
 وسبى والله المستعان على ما آل إليه حال المسلمين .

ولا مانع — على كل حال — من مناقشة ما قد يستجد من
 وقائع ونوازل ، وهذا ما لم يتناوله القانون المدني المصري ؛ لما
 يعيشه المسلمون في مصر بله العالم الإسلامي من ضعف يصعب

(١) راجع فتح الباري (٢١٥/١ ، ٢١٦) .

(٢) الغرقد نوع من شجر الشوك معروف ببلاد بيت المقدس ، وهناك يكون قتل الدجال
 واليهود وقال أبو حنيفة الدينوري : إذا عظمت العوسجة صارت غرقة . شرح النووي
 على صحيح مسلم : (٤٥/١٨) طبعة دار الكتب العلمية — بيروت — لبنان . الطبعة
 الأولى ١٣٤٧ هـ — ١٩٢٩ م . جاء في المعجم الوجيز : العوسج جنس نبات شائك من
 الفصيلة الباذنجانية ، له ثمر مدور كأنه خرز العقيق ، واحدته عوسجة . ص (٤١٨)
 مادة عسج . المعجم الوجيز لمجمع اللغة العربية . الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ — ١٩٨٠ م
 مطابع شركة الإعلانات الشرقية دار التحرير للطبع والنشر .

(٣) صحيح مسلم : كتاب الفتن وأشرط الساعة — باب لا تقوم الساعة حتى يمر الرجل بقبر
 الرجل ، فيتمنى أن يكون مكان الميت من البلاء (٢٢٣٩/٤) (٢٩٢٢) .

معه - إن لم يستحل - وقوع أى فتوحات لنشر الإسلام ، بل إنهم لا يستطيعون دفع العدو الصهيونى وغيره عن ديارهم ومقدساتهم .

هذا فضلا عن إغفال القانون المدنى الكلام عن كفالة المريض بينما تجد الفقه الإسلامى يفصل الكلام عنها ، فقد تبين - بعد عرض المذاهب - أن كفالة المريض مرضا عارضا غير مخوف أن يؤدى به إلى الموت - جائزة من جميع ماله كحاله تماما فى أثناء صحته ؛ وذلك لاستصحاب الأصل ، والأصل هو الجواز من المال كله ، أما إن كان المرض مرضا مخوفا : أى مرض موت فإن الضمان يتعين أن يكون من الثلث قياسا على الوصية ، وهذا ما لم أجده ولو بالإشارة فى القانون المدنى المصرى .

ثانياً : أن صورة الضمان الغالبة فى العمل - كما يذكر القانونيون - هى التى يعقدها الضامن لمصلحة ما ، إذن فالضمان فى غالب الأمر قانونا يكون نفعيا وليس تبرعيا ، وهذا على العكس بالنسبة للفقه الإسلامى ، ولا يخفى أن هذا من أوضح ما تميز به الفقه الإسلامى عن القانون الوضعى فى موضوع الضمان ، وهو ما أشار إليه الدكتور السالوس - بحق - بقوله : إن القانون الوضعى يجيز الكفالة بأجر خلافا لما أجمع عليه الفقهاء : من أن الكفالة تبرع محض (١) .

ثالثاً : أن ما نصت عليه المادة (٧٨٠) مدنى مصرى ، من أنه : " ١ - لا تجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول ٢ - ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل ، وبشروط أهون " (٢) - يتفق وما

(١) انظر الكفالة : ص (٦٧) . وسوف يأتى الكلام عن أخذ أجر على الكفالة عند الكلام عن

خطاب الضمان فى الفصل الأول من الباب الثالث بإذن الله .

(٢) القانون المدنى : ص (١٨٧ ، ١٨٨) الوسيط : (٥٨/١٠) .

جاءت به الشريعة المطهرة ؛ حيث إن التيسير من أعظم مقاصد الشريعة الإسلامية ؛ وعليه فإن القانون الوضعي يتفق في ذلك مع جمهور الفقهاء (١) .

كما أن الشريعة تساوى بين الضامن والأصيل (المضمون عنه) فى قضية الإعسار : فـ " إعسار الضامن حكمه كحكم إعسار الأصيل في وجوب الإنظار إلى ميسرة ، ولا يسقط به حق المطالبة " (٢) .

قال الدكتور على السالوس : " واتفاق القانون الوضعي مع جمهور الفقهاء لا يعنى أن واضعيه - وهم مسلمون كلهم أو جلهم - استمدوا الأحكام من شريعة الله عز وجل ، فاللجنة التحضيرية بينت فى المذكرة الإيضاحية أن المادة ١١٣٨ من المشروع التمهيدى تطابق المادة ٧١١ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، و أشارت إلى التقنين الألمانى و التقنين السويسرى ، ولا يوجد أى ذكر للفقه الإسلامى و مصادره .

ملحظ نذكره بكل الأسى والحزن :

كما أن الاتفاق هنا فى الجملة وليس فى التفصيل ، انظر مثلاً إلى بيان أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول ، حيث يفصل الدكتور السنهاورى فيقول : " و إذا كان الدين الأصيل لا ينتج فوائد ، لم يجز أن ينتج التزام الكفيل فوائد ما . و إذا كان الدين الأصيل ينتج فوائد بسعر معين ، لم يجز أن تكون الفوائد على التزام الكفيل بسعر أعلى . و إذا كان الدين الأصيل ينتج فوائد بسيطة ، لم يجز أن ينتج التزام الكفيل فوائد مركبة " .

(١) راجع الكفالة : ص (٥٨) .

(٢) الموسوعة الفقهية (٢٥٦/٥) .

وفى الحاشية يشير إلى المراجع فيقول : " جيوار فقرة ٦٢ — بودرى وفال فقرة ٦٤ — ص ٥١٦ . و معلوم أن الفوائد المذكورة هى ربا الديون الذى حرمه الله تعالى فى الكتاب و السنة " (١).

ويا ليت شعرى كيف استباحث كثير من الدول الإسلامية استمداد القوانين من الدول الأجنبية ، وترك الشريعة الإسلامية ، مصدر الهدى والرشاد ، ولقد قال النبى الأمين ﷺ : " إني قد تركت فيكم شيئين لن تضلوا بعدهما : كتاب الله وسنتى ، ولن يتفرقا حتى يردا علي الحوض " (٢) .

رابعاً : أن القانون المدنى يحمل الضامن فائدة الدين الذى على المضمون عنه فى الضمان المالى ، فلا بأس فى القانون بالفائدة المسموح بها قانوناً ، والعقد الربوى الباطل هو الذى يقوم على الربا الفاحش فقط ، دون الفائدة القانونية وكذلك الاتفاقية التى تكون بناء على اتفاق بين الدائن والمدين (٣) .

وإن الكفيل يضمن تلك الفوائد — فى القانون — إذا كانت الكفالة مطلقة ، ولكن الشريعة الإسلامية لا تجيز فرض فوائد أصلاً : لا على المدين ولا على الكفيل ، سواء كانت بسيطة أو مركبة ، فاحشة أو غير فاحشة ، فالضامن فى شريعتنا الغراء لا يتحمل إلا أصل الدين ، كما لا يتحمل غيره الأصيل أصالة .

(١) الكفالة : ص : (٦٠ ، ٦١) .

(٢) مستدرک الحاكم : كتاب العلم — باب خطبته ﷺ فى حجة الوداع (٩٣/١) من حديث أبى

هريرة ؓ . والحديث صحيح . راجع صحيح الجامع (٥٦٦/١) (٢٩٣٧) .

(٣) راجع الوسيط : (٤٢/١٠) .

الفصل الرابع المضمون له

المبحث الأول : المضمون له في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : المضمون له في القانون المدني

المبحث الثالث : المقارنة بين الفقه والقانون

المبحث الأول المضمون له في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

المضمون له في الفقه الإسلامي

أولاً : رضا المضمون له بالضمان :

تقدم في الكلام عن الركن الأول من أركان الضمان (وهو صيغة الضمان) أن أبا حنيفة ومحمدا والإمامية يرون أن الضمان لا يتم إلا بإيجاب وقبول ، وأن قبول المضمون له يدخل ضمن الركن الأول ؛ لأن الضمان عقد يملك به المضمون له حق مطالبة الضامن بحقه ، وإذا كان كذلك وجب قبول المضمون له ، إذ لا يملك إنسان حقا رغم أنفه ، فكان كالبيع يفيد ملكا ، فلا يتحقق إلا بإيجاب وقبول . وتقدم هناك أيضا أن الحنفية والمالكية والحنابلة وأبا يوسف — وهو الأصح عند الشافعية — يرون أنه لا يطلب في الضمان أكثر من الإيجاب فقط : أي من الضامن فحسب ، فلا يتوقف صحته على قبول المضمون له ^(١) .

يرى جمهور العلماء أن الضمان يصح بغير رضا المضمون له : ذهب أبو يوسف (في رواية عنه) من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية (في الأصح عندهم) إلى عدم لزوم رضا المضمون له بالضمان ، بينما يرى أبو حنيفة ومحمد وجوب رضاه ، وقد ذهب الظاهرية إلى أن المضمون له إن لم يرض بالضمان لم يلزمه ، وأما الإمامية فإنهم يشترطون رضاه ، وكذلك الإباضية ، فإن الحماله (الضمان) لا تجوز — عندهم — إلا بإذن المحمول له .

وكما هو واضح أن الظاهرية والإمامية والإباضية يوافقون أبا حنيفة ومحمد في اعتبار الإيجاب والقبول من الضامن والمضمون له ركنا من أركان الضمان وليس الإيجاب فقط ؛ وعليه فإن رضا المضمون له شرط — عندهم — لصحة الضمان ، ولا

(١) راجع ص (٦٠) وما بعدها من البحث .

تتضح الصورة حول هذه القضية إلا ببسط أقوال أصحاب المذاهب الإسلامية - كما هو الأصل في هذا البحث - في جميع المسائل الخلافية وغير الخلافية ؛ ليسهل في النهاية ترجيح الأصوب منها :

عند الحنفية :

يرى الحنفية أن من الشرائط التي ترجع إلى المضمون له أن يكون ^(١) في مجلس العقد ، وأنه شرط انعقاد عند أبي حنيفة ومحمد إذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس ، حتى أن من كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لا تجوز عندهما إذا لم يقبل عنه حاضر ، وعن أبي يوسف روايتان ، وظاهر إطلاق محمد في الأصل أنه جائز على قوله الآخر يدل على أن المجلس عنده ليس شرطاً أصلاً : لا شرط النفاذ ولا شرط الانعقاد ؛ لأن محمداً ربما يطلق الجواز على النافذ فأما الموقوف على إجازة من المضمون له الذي لم يحضر المجلس - فنسبته باطلاً إلا أن يجيز . وهذا الإطلاق صحيح لأن الجائز هو النافذ في اللغة يقال جاز السهم إذا نفذ . وجه قول أبي يوسف الآخر أن معنى هذا العقد لغة وشرعاً وهو الضم ، والالتزام يتم بإيجاب الضامن ، فكان إيجابه كل العقد . ووجه قولهما أن فيه [يعنى الضمان] معنى التملك أيضاً ، والتمليك لا يقوم إلا بالإيجاب والقبول ، فكان الإيجاب وحده شرط العقد ، فلزم الإيجاب والقبول كالبيع ^(٢) .

فعندهم لو كفل رجل بنفس رجل آخر ، والطالب غير حاضر فهو باطل في قول أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال هو جائز ، فمن أجاز الضمان بإيجاب فقط فهو

(١) أي المضمون له .

(٢) راجع بدائع الصنائع : (٦/ ٦ ، ٧) .

كالذى يقول : اشهدوا أنى تزوجت فلانة وهي غائبة ، فكما أن هناك عند أبي حنيفة ومحمد كلام الواحد ككلام الوحد شرط العقد ، وعند أبي يوسف جعل كلام الواحد كالعقد التام ، وإن كان الصحيح من قول أبي يوسف أنه جائز . ووجه قوله أن الكفالة التزام من الكفيل من غير أن يكون بمقابلته إلزام على غيره ، والالتزام يتم بالملتزم وحده كالإقرار ؛ وهذا لأنه تصرف منه في ذمته وله ولاية على ذمته ولا يتعدى ضرره إلى الطالب ؛ لأنه لا يزداد بالكفالة حق الطالب وأبو حنيفة ومحمد (رحمهما الله) قالا : الكفالة تبرع ، وهو تبرع على الطالب بالالتزام له وإنشاء سبب التبرع لا يتم بالتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة ؛ وهذا لأن التزام الحق بإنشاء العقد ، والعقد لا يتم بالإيجاب بدون القبول ولا يمكن جعل إيجابه قائما مقام قبول الآخر لأنه لا ولاية له عليه فبقي إيجابه شرط العقد وذلك يبطل بالقيام عن المجلس ، بخلاف الإقرار فإنه إخبار عن واجب سابق والإخبار يتم بالمخبر ، ثم قد يتعدى ضرر هذا الالتزام إلى الطالب ، فإن على قول بعض العلماء — رحمهم الله — الكفالة إذا صحت برئ الأصل فبقي الأمر إلى الطالب ، ولعل قاضيا يرى ذلك فيحكم ببراءة الأصل عن حق الطالب وفيه ضرر عليه ؛ فلهذا لا تصح الكفالة إلا بقبوله ، وإذا قال المريض لورثته أو لبعضهم : اضمنوا عني ديني ، فضمنوا ، فهذا لا يجوز في القياس على قول أبي حنيفة ومحمد ؛ لأن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان إلا بقبوله ؛ ولأن الصحيح لو قال هذا لورثته أو لغيرهم لم يصح إذا ضمنوه ، فكذلك المريض ؛ وفي الاستحسان ^(١) يصح ؛ لأن حق

(١) الاستحسان لغة : هو اعتبار الشيء حسنا . والحسن ضد القبح ونقيضه .

ويقال : حسنت الشيء تحسينا : يعنى زينته . راجع مادة : " حسن " في لسان العرب (١١٤/١٣) و اصطلاحا : اختلف الأصوليون اختلافا واسعا فى بيان حد الاستحسان وحقيقته ، ومن ذلك ما يأتى : عرفه أبو =

= الحسين البصري فقال : " هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ ، لوجه هو أقوى منه ، وهو في حكم الطارئ على الأول " المعتمد في أصول الفقه لأبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي (٢٩٦/٢) قدم له الشيخ خليل الميس . طبعة دار الكتب العلمية بيروت - لبنان . ويعنى بقوله : " غير شامل شمول الألفاظ " الاحتراز عن العدول عن العموم إلى القياس ؛ لكونه لفظا شاملا . وبقوله : " وهو في حكم الطارئ " الاحتراز عن قولهم : تركنا الاستحسان بالقياس فإنه ليس استحسانا من حيث إن القياس الذي ترك له الاستحسان ليس في حكم الطارئ ، بل هو الأصل . انظر الإحكام للآمدي (٣٩٢/٤ - ٣٩٣) . وعرفه السرخسي بأنه : " ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس " . المبسوط (١٤٥/١٠) . وذكر ابن قدامة ثلاثة معانٍ للاستحسان : الأول : أن المراد به العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة . الثاني : أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله . الثالث : قولهم : المراد به : دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه . انظر روضة الناظر لابن قدامة : (٥٣١/٢ - ٥٣٦) وقد علق على المعنى الأخير فقال . " وهذا هوس " وهذا ما علق به عليه أيضا الغزالي في المنخول من تعليقات الأصول لحجة الإسلام الإمام أبي حامد محمد محمد ابن الغزالي : ص (٧٧) . حققه وخرج نصه وعلق عليه محمد حسن هيتو . طبعة دار الفكر المعاصر - بيروت - لبنان ، ودار الفكر دمشق سورية . الطبعة الثالثة ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م . وقال ابن العربي : " الاستحسان إثارة ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته " وقد عد أقساما أربعة للاستحسان هي : ترك الدليل للعرف ، وترك الدليل للمصلحة ، وتركه في اليسير لرفع المشقة ، وإثارة التوسعة . الاعتصام لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد الغرناطي الشاطبي المالكي : (٦٣٨/٢) تحقيق : سليم بن عيد الهلالي . طبعة دار ابن عفان الطبعة الأولى ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م . وراجع كذلك الموافقات للشاطبي : (٢٠٨/٤) . بشرح وتحقيق الشيخ عبد الله دراز ، وقد عنى بضبطه وترقيمه ووضع تراجمه أ. محمد =

الغرماء والورثة يتعلق بتركته بمرضه ، على أن يتم ذلك بموته وتوجه المطالبة على الورثة بقضاء ديونهم من التركة ، فقام المطلوب في هذا الخطاب لورثته مقام الطالب أو نائبه ؛ لأنه يقصد به النظر لنفسه حتى يفرغ ذمته - بقضاء الدين - من تركته فلهذا جوزناه استحسانا ، بخلاف ما إذا كان صحيحا فإنه لا حق لأحد في ماله ، ولا مطالبة في شيء من دينه قبل ورثته ، فلا يقوم هو مقام الطالب في الخطاب لهم بهذا الضمان ^(١) .

جاء في الجوهرة النيرة : " ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في مجلس العقد ، وكذا الحوالة أيضا ، وهذا قولهما ، وقال أبو يوسف لا يعتبر ذلك في المجلس بل إذا بلغه فأجازه ورضي به جاز وفي بعض النسخ لم يشترط الإجازة عنده ، وتجوز من غير إجازة ، والخلاف في الكفالة في النفس والمال جميعا " ^(٢) .

عند المالكية :

يجوز الضمان بغير إذن المضمون له ، فمثلا لو أشهد رجل على نفسه أنه ضامن بما قضي لفلان على فلان أو قال : أنا كفيل لفلان بما له على فلان وهما حاضران أو غائبان أو أحدهما

= عبد الله دراز . طبعة دار المعرفة . بيروت لبنان . إلى آخر ما ذكره الأصوليون ، فليراجع ، فقد أكثروا الكلام عن ذلك .
(١) انظر المبسوط : (١٧٠/١٩ ، ١٧١) . وانظر أيضا تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : (١٤٦/٤) .

(٢) راجع الجوهرة النيرة لمختصر القدوري وبهامشه اللباب للميداني علي مختصر القدوري لأبي بكر محمد بن علي الحدادي البغدادي : (٣١٤/١ ، ٣١٥) . طبعة المطبعة الخيرية ، الطبعة الأولى - ١٣٢٢هـ . وانظر أيضا : مجمع الأنهر : (١٣٧/٢) .

غائب ، لزمه ما أوجب على نفسه من الكفالة والضمان ؛ لأن ذلك معروف ، وقد قال مالك : من أوجب المعروف على نفسه لزمه والكفالة معروف فلزمت لزوم الدين ^(١).

عند الشافعية :

لا يشترط الشافعية في المضمون له (وهو الدائن) رضاه ؛ لأن الضمان محض التزام لم يوضع على قواعد المعاقبات ^(٢) .

عند الحنابلة :

لا يعتبر الحنابلة رضى المضمون له ؛ لأنها وثيقة له لا قبض فيها ، فصحت من غير رضاه فيها ، كالشهادة ، ولأنها التزام حق له من غير عوض ، فلم يعتبر رضاه فيها ، كالنذر ^(٣) .

جاء في كشف القناع : أنه لا يعتبر لصحة الضمان رضا المضمون له ؛ لأن أبا قتادة ؓ ضمن الميت بغير رضا المضمون له ، وأقره الشارع ﷺ على ذلك ولم ينكره ، فدل على عدم اعتبار رضا المضمون له ^(٤) .

عند الظاهرية :

أن المضمون له إن لم يرض بالضمان لم يلزمه ^(٥) .

(١) راجع التاج والإكليل لمختصر خليل : (٣٧/٧ - ٣٩) والمنتهى شرح الموطأ : (٨٣/٦) .

(٢) راجع منهج الطلاب مع شرحه فتوحات الوهاب المعروف بحاشية الجمل على شرح المنهج (٣٧٩/٣) . وانظر : الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للخطيب البغدادي مع حاشية البجيرمي على الخطيب (١٢٠/٣) وروض الطالب (٢٣٦/٢) وحاشيتي قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج (٤٠٥/٢) .

(٣) انظر المغنى (٧٢/٧ ، ١٠٤) .

(٤) انظر كشف القناع (٣٦٦/٣ ، ٣٧٧) . وانظر أيضا : مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى (٣٠٠/٣) وشرح منتهى الإرادات (١٣٢/٢) .

(٥) راجع المحلي : (١١٢/٨) مسألة (١٢٢٩) .

قال ابن حزم : " فمن كان له على آخر حق مال من بيع أو من غير بيع من أى وجه كان — حالاً أو إلى أجل — سواء كان الذى عليه الحق حياً أو ميتاً فضمن له ذلك الحق إنسان لاشيء عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذى له الحق — فقد سقط ذلك الحق عن الذى كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال " (١) . فطيب نفس الذى له الحق (وهو المضمون له) يعنى قبوله .

عند الزيدية :

لا يعتبر رضا المضمون له في الأصح كالمكفول له بالدين تبرعا [يعنى فلا يرجع على الأصل بما أدى عنه من دين ، فإن رضا المضمون له في هذه الحالة غير معتبر] (٢) .

جاء في التاج المذهب : " ولا يعتبر في الكفالة إذن المكفول له ، يعنى : لا يعتبر منه القبول ، بل يكفي فيها عدم الرد ، فإن ردها بطلت الكفالة " (٣) .

وعند الإمامية :

لا بد للضمان من إيجاب [أى من الضامن] وقبول [أى من المضمون له] مخصوصين (٤) ؛ لأنه من العقود اللازمة الناقلة للمال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن والإيجاب : ضمانت ، وتكفلت ، ويتميز عن مطلق الكفالة بجعل متعلقها المال ، وتقبلت وشبهه من الألفاظ الدالة عليه صريحا ، فيقبل المستحق : وهو المضمون له . وقيل : يكفي

(١) المحلى لابن حزم : (١١١/٨) مسألة (١٢٢٩) .

(٢) راجع البحر الزخار : (٧٣/٦) .

(٣) التاج المذهب لأحكام المذهب (١٤١/٤) .

(٤) كأن يقول الضامن : أنا ضامن الدين الذى عند فلان ، فيقول المضمون له : وأنا قبلت ذلك ، وقد سبق شرح ذلك تفصيلا في الكلام عن الركن الأول : الصيغة . راجع ص (٩٣ وما بعدها) .

رضاه بالضمان وإن لم يصرح بالقبول ؛ لأن حقه يتحول من ذمة إلى أخرى ، والناس يختلفون في حسن المعاملة وسهولة القضاء ، فلا بد من رضاه به ولكن لا يعتبر القبول ، للأصل ؛ لأنه وفاء دين . والأقوى الأول ؛ لأنه عقد لازم فلا بد له من إيجاب وقبول لفظين صريحين متطابقين عربيين ، فعلى ما اختاره من اشتراطه يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة (١) .

جاء في شرائع الإسلام : " ويشترط رضا المضمون له " (٢) .

وعند الإباضية :

لا تجوز الحماله إلا بإذن المضمون له (٣) .

هذا ويتفرع عن هذا الخلاف في قبول المضمون له بالضمان خلاف في وجوب كونه عاقلا بالغاً ، وبيانه كما يأتي :

اشتراط بعض العلماء في المضمون له أن يكون بالغاً عاقلاً :

اشتراط البلوغ والعقل في المضمون له أمر مختلف عليه ، فقد ذهب المالكية والحنابلة وأبو يوسف إلى عدم اشتراط البلوغ والعقل في المكفول له ؛ لأن الكفالة تتعقد بإيجاب الكفيل دون حاجة إلى قبول المكفول له ، فلا يلزم أن يكون أهلاً للقبول ، وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى اشتراط أن يكون المكفول له بالغاً عاقلاً ، وهو ما ذهب إليه الإباضية فإنه لا بد للمضمون له — عندهم — من

(١) راجع الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية للجيعي (١١٩/٤ — ١٢١) .

(٢) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام (٨٨/٢ — ٩٠) .

(٣) انظر شرح النيل وشفاء العليل : (٤٢٣/٩) .

البلوغ والعقل حتى يصح الضمان ؛ لأن الكفالة تحتاج إلى إيجاب من الكفيل وقبول من المكفول له . ويجوز قبول الصبي المميز والسفيه ؛ لأن ضمان حقهما نفع محض ، فلا يتوقف على إجازة وليهما ^(١) وبيان ذلك كما يأتي :

عند الحنفية :

يرى الحنفية أنه لو أقر رجل بأنه كفيل لهذا الصبي عن فلان بألف درهم والصبي لا يعقل ولا يتكلم فالكفالة باطلة عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو جائز في قول أبي يوسف الآخر . وأصل المسألة أن من كفل لغائب بمال ولا يقبل عن الغائب أحد فهو باطل عندهما صحيح عند أبي يوسف ، فكذا إذا كفل لصبي عند أبي حنيفة العقد باطل وإقراره بالعقد الباطل لا يلزمه شيئاً ، وعلى قول أبي يوسف العقد صحيح والمال لازم له لإقراره به على نفسه للصبي ، قال : كأن كان أبو الصبي أو وصيه خاطبه بهذه الكفالة فالكفالة باطلة على معنى أنها غير لازمة بل هو موقوف حتى يدرك الصبي ، فإذا أدرك ورضي بها جازت ، وإن رجع الرجل قبل أن يدرك الصبي بطلت في قولهما ؛ فلهذا لا يملك الأب والوصي ذلك ، بل هما فيه كسائر الأجانب إذا بلغه وصح رجوع الكفيل قبل إجازته ، فكذا هنا نتوقف على إجازة الصبي إذا أدرك وصح رجوع الكفيل قبل إدراكه ؛ لأن العقد لم يلزم بعد ^(٢) .

جاء في مجمع الضمانات : " رجل كفل صبياً لو كان الصبي

تاجراً صحت الكفالة ولو خاطب عنه أجنبي وقبل عنه توقفت على إجازة

(١) راجع الموسوعة الفقهية (٢٩٩/٣٤) .

(٢) انظر المبسوط (١٨ / ١٤٦ ، ١٤٧) .

وليه ، وإن لم يخاطب أجنبيًّا وإنما خاطب الصبي عند أبي حنيفة ومحمد لا تصح وعند أبي يوسف تصح . (١) .

وجاء في الفتاوى الهندية : " ولو أقر أنه كفل لهذا الصبي عن فلان بألف درهم والصبي لا يتكلم ولا يعقل فالكفالة باطلة إلا أن يقبل عنه وليه الذي له ولاية التجارة على الصبي عند أبي حنيفة ومحمد (رحمهما الله تعالى) وعلى قول أبي يوسف (رحمه الله تعالى) يجوز ، وإن لم يقبل عنه وليه " (٢) .

وجاء في بدائع الصنائع : وجه قول أبي يوسف الآخر ما ذكرنا في صدر الكتاب أن معنى هذا العقد لغة وشرعا وهو الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فكان إيجابه كل العقد . ووجه قولهما [أبي حنيفة ومحمد] ما ذكرنا أن فيه معنى التملك أيضا والتمليك لا يقوم إلا بالإيجاب والقبول ، فكان الإيجاب وحده شطر العقد ومنها : وهو تفريع على مذهبهما [أبي حنيفة ومحمد] أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل ؛ لأنهما ليسا من أهل القبول ، ولا يجوز قبول وليهما عنهما ؛ لأن القبول يعتبر ممن وقع له الإيجاب ، ومن وقع له الإيجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الإيجاب له فلا يعتبر قبوله (٣) .

وأما حرية المكفول له فليست بشرط — عند الحنفية — ؛ لأن العبد من أهل القبول (٤) .

(١) مجمع الضمانات ص: (٢٨١) .

(٢) الفتاوى الهندية (١٧٠/٤) .

(٣) بدائع الصنائع (٦/ ٦ ، ٧) بتصرف . وانظر رد المحتار على الدر المختار (٣٠١/٥) .

(٤) راجع بدائع الصنائع (٧/٦) .

عند الإباضية :

تجوز الحماله بين البالغ العقلاء ولو عبيدا بإذن ، أو مشركين أو متخالفين ، وكذا بين نساء أو بتخالف [يعنى بين نساء ورجال] ^(١) .

وهذا يدل على أنه لابد للمضمون له — عند الإباضية — من البلوغ والعقل حتى يصح الضمان .

هذا ولم أجد عند المالكية والحنابلة ما يدل على عدم اشتراطهم البلوغ والعقل فى المضمون له ؛ لأنهم يرون انعقاد الضمان بإيجاب الضامن وحده ، دون حاجة إلى قبول المكفول له ؛ وعليه فلا يلزم أن يكون المضمون له أهلا للقبول : بأن يكون بالغاً عاقلاً .

الترجيح :

أما قضية رضا المضمون له ، فإن الراجح فيها هو ما ذهب إليه أبو يوسف (فى رواية عنه) من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية (فى الأصح عندهم) من عدم لزوم رضاه بالضمان ؛ وذلك لما يأتى :

أولاً : حديث أبى قتادة المشهور ، فإنه ضمن عن الميت دينه للمضمون له دون رضا الأخير ، وصلاة النبى ﷺ على الميت بعد ذلك تعتبر إقراراً منه بصحة ذلك ، فلم يشترط النبى ﷺ رضا المضمون له لكى يصلى على الميت ، وهذا دليل قاطع على أن الضمان بدون رضاه جائز .

ثانياً : أن المضمون له صاحب مصلحة ، فإذا ضمن له أحد حقه ، فلا يشترط رضاه ؛ ولأنه (أى الضمان) التزام حق له من غير عوض ، فلم يعتبر رضاه فيه ، كالنذر . فإن الضمان (الكفالة) وثيقة

(١) شرح النيل : (٤١٣/٩) .

لحفظ حقه ، فلا يقع عليه به غرم ، إنما يقع الغرم على الضامن كما قال النبي ﷺ " الزعيم غارم " (١) .

وأما قضية العقل والبلوغ بالنسبة للمضمون له فهي مبنية على الرضا (أى القبول) فمن قال بوجوب الرضا قال بوجوب أن يكون المضمون له بالغاً عاقلاً ؛ حتى يكون أهلاً للقبول ، ومن قال بعدم وجوب الرضا لم يشترط البلوغ والعقل . والخلاصة أن الراجح هو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة وأبو يوسف من عدم اشتراط البلوغ والعقل في المكفول له ؛ لما يأتي :

أولاً : لأن النبي ﷺ لم يشترط رضاه ، ولا أن يكون بالغاً عاقلاً حينما امتنع عن الصلاة عن الميت ، إنما امتنع فقط من أجل بقاء الدين في ذمة الميت ، فإذا ضمنه ضامن — كما فعل أبو قتادة مثلاً — صلى عليه وهذا ما قد حدث حقاً ، ولم يسأل ﷺ عن المضمون له : هل هو راض بالضمان أو لا ؟ أو هل هو عاقل بالغ أو لا ؟ مما يدل على أن ذلك كله ليس بشرط .

ثانياً : لأن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل دون حاجة إلى قبول المكفول له ، فلا يلزم أن يكون أهلاً للقبول ؛ ولأن المضمون له — في حقيقة الأمر — محتاج لمن يضمن حقه ، ولا شك مطلقاً أن المضمون له (السفية أو المجنون أو الصبي) يكون أحوج من المضمون له البالغ العاقل لأن يُضمّن حقه .

(١) سبق تخريجه . راجع ص : (٥٥) .

ثانيا جهالة المضمون له :

هل يشترط كون المضمون له معلوما للضامن ؟ اختلف الفقهاء فى تلك القضية ، فقد ذهب الحنفية ، والشافعية فى الأصح عندهم ، والقاضي من الحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية - إلى اشتراط كون المضمون له معلوما للضامن ، فإن كان مجهولا له لم يصح الضمان ؛ لتفاوت الناس فى استيفاء حقوقهم تشديدا وتسهيلا ، وليعلم الضامن هل هو أهل لإسداء الجميل إليه أو لا ؛ ولأن الكفالة شرعت لتوثيق الدين ، فإذا كان المضمون له مجهولا ، فلا يتحقق مقصود الضمان . بينما ذهب المالكية ، والحنابلة عدا القاضي منهم ، والشافعية فى مقابل الأصح ، والإمامية - إلى أن جهالة المضمون له لا تضر ، والضمان صحيح بدون كون المضمون له معلوما للضامن ، فلا يشترط علمه بالمضمون له . ويمكن تفصيل المذاهب فى ذلك كما يأتى بيانه :

عند الحنفية :

يشترط الحنفية أن يكون المضمون له معلوما عند الضامن : ويفصل ذلك البابرتى فيقول - كما جاء فى العناية - : " فإن قلت : ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له ، فإن الأولى لا تمنع الجواز أصلا ، والثانية تمنعه إذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما بايعت أحدا من الناس ، والثالثة تمنعه مطلقا . ؟ فالجواب أن الأولى منصوص على جوازها ؛ لأنه قال تعالى : ﴿ حِمْلُ بَعِيرٍ ﴾ وهو غير معلوم ؛ لأنه يختلف باختلاف البعير فلم تمنع مطلقا ، والثانية إنما تمنعه لأجل الإضافة لا للجهالة فإن الكفالة المضافة إلى المستقبل يأبى القياس جوازها على ما يأتى ، وإنما جوزت استحسانا للتعامل ، والتعامل

فيما إذا كان المكفول عنه معلوما فالمجهول باق على أصل القياس ،
والثالثة إنما تمنعه مطلقا ؛ لأن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع
حتى لا تصح من غير قبول الطالب ، وفي حق المطلوب بمنزلة
الطلاق والعتاق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق
من غير قبول أصلا وإذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت
جهالة الطالب مانعة جوازها كما أن جهالة المشتري مانعة من البيع
بخلاف جانب المطلوب فإن جهالته لا تمنع كما أن جهالة المعتق لا
تمنع جواز العتق " (١) .

وجاء في البحر الرائق : " وأما شرائط المكفول له
فالأول : أن يكون معلوما ، الثاني : وجوده في مجلس العقد " (٢) .

عند المالكية :

يعرض ابن العربي المالكى ما ذهب إليه المالكية من عدم
اشتراطهم أن يكون المضمون له معلوما لدى الضامن — فيقول : " جهالة
المضمون له : قال علماؤنا : هي جائزة ،... والآية (٣) نص في جهالة
المضمون له " (٤) .

جاء في التاج و الإكليل لمختصر خليل : " الركن الثاني
المضمون له ، ولا يشترط معرفته ، بل لو مات من عليه ديون لا يدري كم
هي ! وترك مالا لا يدري كم هو ! فتحمل بعض ورثته بدينه نقدا أو إلى
أجل ، على أن يخلي بينه وبين ماله ، فإن كان فيه فضل بعد وفاء الدين

(١) العناية شرح الهداية (١٨٣ / ٧ ، ١٨٤) .

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٢٢٤ / ٦) .

(٣) يقصد قوله تعالى : " وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ " سورة يوسف : من
الآية (٧٢) .

(٤) أحكام ابن العربي (٦٧ / ٣) .

كان بينه وبين الورثة على فرائض الله ، وإن كان نقصا فعليه وحده فذلك جائز ؛ لأن ذلك فيه على وجه المعروف وطلب الخير للميت ولورثته " (١) .

أما الشافعية :

فقد اشترطوا في المضمون له (وهو الدائن) معرفة الضامن عينه [أى عين المضمون له] ؛ لتفاوت الناس في استيفاء الدين تشديدا وتسهيلا ، ومعرفة وكيله كمعرفته كما أفتى به ابن الصلاح (٢) وإن أفتى ابن عبد السلام بخلافه لأن الغالب أن الشخص لا يوكل إلا من هو أشد منه في المطالبة ، ولا يشترط رضاه لأن الضمان محض التزام لم يوضع على قواعد المعاقبات ولا رضا المضمون عنه وهو المدين ، ولا معرفته لجواز التبرع بأداء دين غيره بغير إذنه ومعرفته " (٣) .

جاء في حاشيتي قليوبى وعميرة : " والأصح اشتراط

معرفة المضمون له أى إن معرفة الضامن وهو مستحق الدين لتفاوت الناس في استيفائه تشديدا وتسهيلا ، والثاني ينظر إلى أن الضامن يوفي فلا يبالي بذلك ، (و) الأصح على الأول (أنه لا يشترط قبوله ورضاه) أي واحد منهما ، والثاني يشترط أن الرضا ثم القبول لفظا والثالث يشترط الرضا دون القبول لفظا ، وعلى اشتراطه يكون بينه وبين الضامن ما بين الإيجاب والقبول في سائر العقود " (٤) .

(١) التاج و الإكليل لمختصر خليل : (٣٧/٧) . وراجع حاشية الدسوقي : (٣٣٤/٣) .

(٢) ابن الصلاح: عثمان بن عبد الرحمن بن موسى، كردى الأصل ، محدث فقيه ولد سنة (٥٧٧هـ) وتوفى . (٦٤٣هـ) . انظر معجم المؤلفين (٣٦١/٢) .

(٣) حاشية البجيرمى على الخطيب (١٢٠/٣) .

(٤) حاشيتا قليوبى وعميرة على شرح المحلى على المنهاج: (٤٠٥/٢) .

أما الحنابلة :

فإنهم لا يعتبرون معرفة الضامن المضمون له . وقال القاضي : يعتبر معرفته ؛ ليعرف المضمون له ، فيؤدي إليه : واستدل الحنابلة على ما ذهبوا إليه من عدم اشتراط معرفة الضامن بحديث على^(١) وأبى قتادة^(٢) فإنهما ضمنا لمن لم يعرفاه ؛ ولأنه تبرع بالتزام مال ، فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به ، كالنذر^(٣) .

جاء في مطالب أولى النهى أنه لا يعتبر لصحة الضمان أن يعرف الضامن المضمون له ؛ لأنه لا يعتبر رضاه ، فكذا معرفته^(٤) .

أما الظاهرية :

فإنهم يجيزون الضمان مع جهالة المضمون له ، كما يبدو من كلام ابن حزم ، حيث قال : " فيه أيضا : جواز الضمان بغير محضر الطالب الذي له الحق " ^(٥) .

أما الزيدية :

فإنهم يرون أن الضمان لا يصح مع جهالة المضمون له^(٦) .

(١) راجع تخريجه ص : (٥٣) .

(٢) راجع تخريجه ص : (٥٠) .

(٣) راجع المغنى (٣٤٤/٤) والإنصاف (١٩٥/٥) .

(٤) انظر مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى (٣٠٠/٣) .

(٥) المحلى : (١١٢/٨) مسألة (١٢٢٩) .

(٦) راجع البحر الزخار (٧٣/٦) .

أما الإمامية :

فإنهم لا يشترطون علمه بالمضمون له ، وقيل :
يشترط ، والأول أشبه ^(١) .

جاء في الروضة البهية : " ولا يشترط علمه بالمستحق
للمال المضمون وهو المضمون له بنسبه أو وصفه ؛ لأن الغرض
إيفاء الدين وهو لا يتوقف على ذلك " ^(٢) .

أما الإباضية فإنني لم أقف على قول لهم في ذلك .

الترجيح :

الراجح قول المالكية ومن وافقهم : القائل بعدم اشتراط
كون المضمون له معلوما للضامن ، وأن جهالة المضمون له
لا تضر في شيء ، ولا تؤثر إطلاقاً على صحة الضمان ؛ وذلك
لما يأتي :

أولاً : أن أبا قتادة رضي الله عنه لما ضمن الميت لم يسأل عن
المضمون له ليعرفه ، ولم يقل النبي ﷺ له : لا أصلي حتى تعلم
المضمون له من هو ! وهذا الحديث هو عمدة أدلة هذا القول ، ولا
يوجد دليل يدانيه عند المخالفين .

ثانياً : أنه كما سبق تقريره من أن الضمان تبرع محض ، وهو
يشبه النذر ، والنذر يجوز بدون علم الناذر من سيكون له النذر ، وكذلك
الضمان .

ثالثاً : أن العبرة بأداء الحق سواء علم الضامن من هو
المضمون له أم لا ، وسواء كان أداء الحق بواسطة بين الضامن
والمضمون له أم بدون واسطة .

(١) انظر شرائع الإسلام : (٨٩/٢) .

(٢) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية : (١١٤/٤) .

أما قول المخالفين أنه لابد من اشتراط معرفة المضمون له ، وهو مستحق الدين ؛ لتفاوت الناس في استيفائه تشديدا وتسهيلا ، فهو مردود ؛ لعدم تأثيره على الضمان من قريب أو من بعيد ؛ لأن المضمون له صاحب حق يحتاج إلى من يضمنه له ويوصله إليه ، وعدم معرفة الضامن له لن تعوق إيفاء حقه إذا كان ديناً أو غيره .

المبحث الثاني المضمون له في القانون

المبحث الثاني

المضمون له في القانون

رضا المضمون له :

من المعلوم سلفاً أن طرفاً الكفالة هما الدائن [المضمون له] والكفيل ، فتعقد الكفالة ، بالتراضي بين الكفيل و الدائن ، فيتفق الاثنان على أن الكفيل يكفل المدين الأصلي . ولا يكفي رضا الكفيل وحده ، بل يجب أيضاً حتى يتم العقد من رضا الدائن بالكفالة ولو رضا ضمنياً ، وذلك حتى لو كان الكفيل متبرعاً بكفالته كما هو الغالب ، و ذلك كعقد الهبة لا بد فيه من رضا الموهوب له ^(١) .

كيفية التعبير عن الإرادة :

هناك فرق بين رضا الدائن [وهو المضمون له] و رضا الكفيل [وهو الضامن] : فالكفيل عادة متبرع ، فيجب أن يكون رضاؤه واضحاً ، وهذا بخلاف رضا الدائن ، فإن الكفالة تكون عادة لمصلحته ؛ لذلك لا يشترط في رضائه أن يكون صريحاً ، بل ولا أن يكون واضحاً . فيكفي استخلاص هذا الرضاء من الظروف و القرائن ، ولذلك جاز أن يكون قبول الدائن بالكفالة قبولاً ضمنياً . وقد قضى بأنه يعتبر رضا ضمنياً من الدائن بالكفالة احتفاظه بسندها ، و تنفيذ هذا السند على الكفيل ^(٢) .

أما الوعد بالكفالة : فإنه " يصح أن يتم التراضي بين الكفيل والدائن ، لا على عقد الكفالة ، بل على وعد بالكفالة ، فيعد الملتزم الدائن

(١) انظر الوسيط : (٧٣/١٠) وراجع الوافي : (٣١/٣) وقد سبق الوقوف مع ذلك تفصيلاً

عند الكلام عن ركن الرضا في القانون . راجع ص: (٧٠ وما بعدها) .

(٢) راجع الوسيط : (٧٥/١٠، ٧٦) .

بأن يكفل الدين الذى لم يترتب بعد فى ذمة المدين ، ولا بد من أن يقبل الدائن الوعد حتى يتم عقد الوعد بالكفالة ، وقبل قبول الدائن لا يكون هناك لا كفالة ولا وعد بالكفالة " (١) .

إذن فالوعد بالكفالة إما أن يكون بين الواعد [الضامن] والدائن [المضمون له] وإما أن يكون بين الواعد والمدين [المضمون عنه] . والفرض الأول كأن أعدك بأن أكفل لك فلانا إذا أنت أقرضته كذا ، فتقبل أنت هذا الوعد منى ، فأكون أنا ملزما بمقتضى وعدى أن أكفل لك فلانا هذا إذا أنت أقرضته المبلغ وطالبته بالكفالة . وحيث إن الكفالة عقد رضائى فإنه ينعقد وينتج جميع آثاره دون حاجة إلى أى شكل أو إجراء خاص ، ويعتبر الوعد بالكفالة بمثابة كفالة بمجرد حصول القرض من الدائن ومطالبته الواعد بالكفالة ، إذ يتحول الوعد بالكفالة إلى كفالة كما يتحول الوعد بالبيع إلى بيع . و إذا قبل الدائن الوعد بالكفالة محدودا بمدة معينة ، فإن أقرض المدين خلال هذه المدة تحول الوعد بالكفالة إلى كفالة ، وإن لم يقرضه فى المدة المعينة انقضى الوعد بالكفالة (٢) .

أهلية الدائن :

تعتبر الكفالة بالنسبة للدائن — كما سبق تقريره مرارا — عملا نافعا محضا ، ولذلك فلا يشترط فيه إلا أهلية الاغتناء و تكون للصبي المميز (٣) و من فى حكمه كذى الغفلة و السفية : على أن هذا الحكم منوط بكون أن الكفالة تعتبر بالنسبة للدائن عملا نافعا محضا ، حيث إنه لا يلزم فى العادة بمقابل ، ولذلك فلا يشترط فيه إلا أهلية قبول التبرع . أما إن

(١) الوسيط : (٧٥، ٧٤/١٠) .

(٢) انظر الوافى : (٣٩/٣) . وعقد الكفالة : ص: (١٣٢، ١٣١) .

(٣) وسن التمييز فى القانون المدنى المصرى سبع سنين كاملة . راجع القانون المدنى

المصرى المادة (٤٥) الفقرة الثانية ص : (١٤) .

كانت الكفالة بمقابل ، فإن الفقه يشترط أن تتوافر للدائن الأهلية الكاملة على اعتبار أن الكفالة تعد عملا يدور بين النفع و الضرر ، ومن ثم لزم بشأنها توافر الأهلية الكاملة لطرفي العقد . وبناء على ذلك متى كانت الكفالة مقترنة بمنح القرض أو بمد أجل الدين السابق — مثلا — فإنها تكون معه عملا قانونيا واحدا لا تكفى فيه أهلية الدائن للاغتناء بل لابد من أن تتوافر فيه أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر شأنه في ذلك شأن أهلية الكفيل ، فيجب أن يكون كل منهما بالغا رشده غير محجور عليه وإلا وقعت الكفالة قابلة للإبطال^(١).

إذن فالقانون يوجب رضا المضمون له ، ولكنه لا يشترط أن يكون رضاه صريحا ولا واضحا ، فيكفى أن يكون ضمنيا ؛ وذلك لأن الضمان نفع محض له ، ويصح في القانون الوعد بالضمان : وعد الضامن بضمان دين ما للمضمون له ، فإذا قبل الأخير ، ووقع القرض كان الضمان ، ولزم الضامن الوفاء بوعده والقيام بالضمان ، وصح من المضمون له مطالبته بالضمان .

كما يوجب القانون المدني المصري ألا يقل سن المضمون له عن سبع سنين : أى أن يكون أهلا للاغتناء ، ولا يشترط أن يكون بالغا سن الرشد ، فيصح أن يكون المضمون له صبيا مميزا وسفيها وذى غفلة .

(١) راجع عقد الكفالة : ص (١٢٧ ، ١٢٨) . والوافي في شرح القانون المدني :

(٣٥، ٣٤/٣) والوسيط : (٨١/١٠ ، ٨٢) .

المبحث الثالث

المقارنة بين الفقه والقانون

المبحث الثالث

المقارنة بين الفقه والقانون

المضمون له في الفقه الإسلامي هو المكفول له في القانون المدني المصري ، ولكل منهما موقف منه ، وقد يتفق القانون مع الفقه بالنسبة للمضمون له ، وقد يختلف معه ، ويمكن بيان ذلك فيما يأتي :

أولاً : أن الرسول ﷺ قبل الضمان من أبي قتادة ، ومن ثم صلى ﷺ على الميت دون إيدان المضمون له بذلك ، مما يدل على أن رضاه ليس شرطاً . أما القانون المدني فإنه يرى ضرورة رضا المضمون له ، حتى ولو كان الرضا ضمناً ، ولا يخفى أن ما تم ترجيحه من جواز الضمان بدون رضا المضمون له في الفقه الإسلامي أيسر وأقرب إلى روح التيسير العظيمة التي جاء بها الإسلام ، قال الله (عز وجل) : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَكَأَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ (١) .

ثانياً : أن الفقه الإسلامي - فيما تم اختياره - لا يوجب رضا المضمون له ؛ لأنه صاحب المصلحة الأوحد في هذا العقد ، فلا يشترط رضاؤه ؛ لأنه يجوز أداء الدين عن المدين بدون علمه أو إذنه ، فهو من الإحسان ، وقد قال تعالى : ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (٢) .

وكذلك الضمان حين يضمن شخص ما شخصاً آخر فإنه يكون قد أسدى معروفاً إلى المضمون له بتحمل حقه الذي له عند المضمون عنه ، فإذا تخلف المضمون عنه عن أداء الحق فإنه يلزم

(١) سورة البقرة : من الآية (١٨٥) .

(٢) سورة التوبة : من الآية (٩١) .

الضامن أدائه ، أفيكون الضمان بعد ذلك فى حاجة إلى رضا المضمون له ؟! وهو قد أنشئ أصلا لحفظ حقه .

ثالثا : يوجب القانون المدنى المصرى ألا يقل سن المضمون له عن سبع سنين ، ولا يشترط أن يكون بالغاً سن الرشد ، فيصح أن يكون المضمون له صبيا مميزا وسفيها وذى غفلة . أما المذهب المختار فى الفقه الإسلامى فإنه يجيز أن يكون المضمون له صبيا غير مميزا أو مجنوناً ، بل كل منهما أحق بالضمان (بأن يُضمن لهما حقهما) من غيرهما ؛ لأنهما أحوج إلى حفظ حقهما من غيرهما .

الفصل الخامس

المضمون عنه

المبحث الأول : المضمون عنه في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : المضمون عنه في القانون المدني

المبحث الثالث : المضمون عنه بين الفقه والقانون

المبحث الأول
المضمون عنه في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

المضمون عنه في الفقه الإسلامي

أولاً: رضا المضمون عنه :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ومعهم الإمامية إلى عدم اشتراط رضا المضمون عنه أو إذنه لصحة الضمان ، وأما الزيدية فعندهم وجهان : أحدهما عدم صحة الضمان بغير أمره ، والآخر صحته ، بينما ذهب الإباضية إلى عدم الجواز بدون إذنه ، ويمكن بيان ذلك فيما يأتي عرضه :

عند الحنفية :

جاء في الفروق : أن " الكفالة بالنفس والمال تصح بغير رضا المكفول عنه . والوكالة عن الغير بغير رضا الموكل لا يجوز . والفرق أن في الوكالة إيجاب حق لنفسه على الموكل ، وهو تنفيذ إقراره وبيعه وشرائه أو سماع البيعة عليه ، وإيجاب الحق على الغير بغير رضا الغير لا يجوز . وليس كذلك الكفالة ؛ لأنه ليس فيه إيجاب حق على الغير ولا في ملكه وإنما هو تحمل حق مضمون عنه وتحمل الحق عن الغير بغير رضاه جائز كما لو قضى دينه " (١) .

وجاء في الجوهرة النيرة : أن الكفالة تجوز بأمر المكفول عنه وبغير أمره ؛ لأنه التزم المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ، ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره ، فإن كفّل بأمره رجع بما يؤدي عليه هذا

(١) الفروق للكرابيسي : (٢٤١/٢ ، ٢٤٢) وانظر المبسوط : (١٤٧/١٨ ، ١٤٨) .

إذا كان الأمر ممن يجوز إقراره على نفسه بالديون ويملك التبرع حتى لو كان صبيًا محجورًا أمر رجلاً بأن يكفل عنه فالكفالة صحيحة (١) .

وأما عند المالكية :

فقد جاء في الإتيان : " أن من ضمن عن شخص حقا من الحقوق ، فإن الضمان يصح ، وإن لم يأذن المضمون عنه " (٢) .

وجاء في شرح مختصر خليل : أنه " يصح الضمان بغير إذن المضمون عنه " (٣) .

وأما الشافعية :

فقد جاء - عندهم - في روض الطالب : أنه " لا يشترط رضاه [يعنى المضمون عنه] ؛ لجواز التبرع بأداء دين غيره بغير إذنه ومعرفته " (٤) .

وجاء في حاشية الجمل : " لا يعتبر رضا المضمون ، ولا رضا المضمون عنه " (٥) .

وأما عند الحنابلة : فقد جاء في المغنى : " ولا يعتبر رضى المضمون عنه . لا نعلم فيه خلافا . لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح ، فكذلك إذا ضمن عنه . " (٦) .

(١) راجع الجوهرة النيرة : (٣١٣/١ ، ٣١٥) .

(٢) الإتيان و الإحكام فى شرح تحفة الحكام (شرح ميارة) : (١٢٣/١) .

(٣) شرح مختصر خليل للخرشى : (٢٥/٦) .

(٤) روض الطالب مع شرحه أسنى المطالب : (٢٣٦/٢) . وانظر كذلك شرح المحلى على المنهاج مع حاشيتي قليوبى وعميرة : (٤٠٥/٢ ، ٤٠٦) . ومنهاج الطالبين مع شرحه

تحفة المحتاج : (٢٤٦/٥) . ومغنى المحتاج فى معرفة ألفاظ المنهاج : (٢٠٢/٣) .

(٥) فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (حاشية الجمل) : (٣٧٧/٣) .

(٦) المغنى : (٧٢/٧) . وراجع مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى : (٣٠٠/٣) .

وجاء فى الإنصاف : أن الضمان لا يصح إلا برضى الضامن بلا نزاع . وفى رضى المضمون به وهو هنا ^(١) المكفول عنه وجهان : أحدهما : يعتبر رضاه أصح الوجهين . والوجه الثانى : لا يعتبر رضاه . وهو المذهب على ما اصطلاحناه ^(٢) .

وأما عند الظاهرية :

فقد وافقوا الجمهور فى هذه المسألة : فقد ذهبوا إلى جواز الضمان بغير رغبة المضمون عنه ، استدلوا بقول رسول الله ﷺ : " إنكم يا معشر خزاعة قتلتم هذا القليل من هذيل وإنى عاقله " ^(٣) وذكر باقى الخبر ، فضمن النبي صلى الله عليه وسلم عنهم الدية بغير رغبتهم فى ذلك ^(٤) .

وأما عند الإمامية :

فقد جاء فى شرائع الإسلام : أنه " لا عبرة برضا المضمون عنه ؛ لأن الضمان كالقضاء : [أى قضاء الدين ، فإنه لا يحتاج إلى رضا المدين] " ^(٥) .

هذا عن رأى الجمهور القائل بجواز الضمان بدون رضا المضمون عنه ، ويعتبر أقوى دليل عندهم حديث أبى قتادة رضي الله عنه

(١) يعنى كفالة النفس ، فالمضمون به فيها هو نفسه المضمون عنه .

(٢) راجع الإنصاف : (٥ / ٢٠٩ ، ٢١٣ ، ٢١٤) .

(٣) سنن أبى داود ، كتاب الديات — باب ولى العمد يرضى بالدية (٦٤٣/٤ ، ٦٤٤) (٤٥٠٤) والحديث صححه الألبانى فى صحيح سنن أبى داود (٨٥٣/٣) (٣٧٧٩) ، وأخرجه أحمد فى مسنده بلفظ : " إنكم معشر خزاعة قتلتم هذا القليل وإنى عاقله " (٣٨٤/٦) (٢٧٢٠٤) .

(٤) انظر المحلى : (١١١/٨) مسألة (١٢٢٩) .

(٥) شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام : (٨٩/٢) وانظر كذلك (٩٦/٢) من المرجع نفسه .

المشهور فى موضوعنا ، وموطن الشاهد فيه أن أبا قتادة ؓ قد ضمن الميت ، والميت لا إرادة له ، وقد أقره رسول الله ﷺ على ذلك بصلاته على الميت ، مما يدل على جواز الضمان بغير إذن المضمون عنه .

أما قول المخالفين (الزيدية والإباضية) فبيانهم كما يأتى :

أما عند الزيدية :

فقد جاء فى البحر الزخار : أن الكفالة تصح بإذن المكفول به اتفاقا ، فيلزمه الحضور متى طلب الكفيل لتبرأ ذمته وإن لم يطلبه المكفول له ، إذ التزمها بأمره ، فإن تكفل بغير أمره فوجهان : أصحهما لا تصح ^(١) .

وأما عند الإباضية :

فقد جاء فى شرح النيل : ومنعت مطلقا [أى الكفالة] بلا إذن من المحمول عنه ^(٢) .

الترجيح :

فى الحقيقة إن خلافهم هذا لا يؤبه به ؛ لأنه لا يستند إلى دليل ، ومذهب الجمهور — القائل بجواز الضمان مع عدم رضا المضمون عنه — هو الراجح ؛ لحديث أبى قتادة ؓ ؛ وللقياس : فإن الجمهور — من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، ووافقهم فى ذلك الإمامية — قد قاسوا المضمون عنه على المدين فى عدم لزوم رضاه لقضاء دينه ، وهو قياس قوى .

(١) راجع البحر الزخار : (٧٣/٦) .

(٢) انظر شرح النيل وشفاء العليل : (٤٢٣/٩) .

ثانيا : جهالة المضمون عنه :

يرى جمهور الفقهاء — من المالكية ، والشافعية في الأصح ، والحنابلة ، وقد وافقهم الإمامية في الأصح عندهم وهو مذهب الإباضية — جواز الضمان بدون معرفة الضامن المضمون عنه ، وذهب الحنفية — على تفصيل — وهو مقابل الأصح عند الشافعية وبعض الحنابلة والزيدية إلى اشتراط علم الضامن بالمضمون عنه ، هذا وقد أجاز الحنفية الضمان إذا كانت الجهالة يسيرة (كأن يكون المضمون عنه وحده هو المجهول) ، فإذا كانت الجهالة متفاحشة (كأن يكون المضمون عنه والمضمون له مجهولين : أى إذا انضمت جهالة المضمون له إلى جهالة المضمون عنه) لم يجز الضمان ، وتوضيح ذلك فيما يأتي :

عند الحنفية :

إذا كانت الجهالة متفاحشة لم يجز الضمان عندهم ، يوضح ذلك السرخسى ، فيقول : وإذا كفّل رجل لرجلين وقال : قد كفّلت فلان بماله على فلان ، أو كفّلت لفلان الآخر بماله على فلان ؛ فهذا باطل سواء كان المالان من جنس واحد أو من جنسين ؛ لأن المكفول له والمكفول عنه مجهول فتكون الجهالة متفاحشة وقد بينا أن مثل هذه الجهالة تمنع الكفالة . أما إذا كانت الجهالة غير متفاحشة فإن الضمان يجوز عندهم فمثلا لو كان الحق لرجل واحد على رجلين على كل واحد منهما ألف درهم فقال : كفّلت لك بمالك على فلان فهذا جائز سواء كان المالان من جنس واحد أو من جنسين ؛ لأن الجهالة هنا يسيرة مستدركة وهي جهالة المكفول عنه ومثل هذه الجهالة لا تؤثر في العقد المبني على التوسع وهذا لأن

الطالب معلوم فتتوجه المطالبة من جهته على الكفيل وإنما بقي الخيار في حق الكفيل في أن يؤدي أي المالين شاء ^(١) .

وجاء في تبين الحقائق : " قوله ولو كان المكفول به إلخ) وإنما قيد بذكر المكفول له والمكفول عنه لأنه إذا كان أحدهما مجهولا لا تصح الكفالة " ^(٢) .

عند المالكية :

يعرض ابن العربي مذهبه فيقول : " وقال أصحاب الشافعي : إن معرفة المضمون عنه والمضمون له فيه ثلاثة أقوال : أحدها : أنه لا بد من معرفتهما ؛ أما معرفة المضمون عنه فليعلم هل هو أهل للإحسان أم لا ؟ وأما معرفة المضمون له فليعلم هل يصلح للمعاملة أم لا ؟ الثاني : أنه افتقر إلى معرفة المضمون خاصة ؛ لأن المعاملة معه خاصة . الثالث : أنه لا يفتقر إلى معرفة واحد منهما ، وهو الصحيح ، لما ثبت عن النبي ﷺ في حديث أبي قتادة ؓ أنه ضمن عن الميت ولم يسأله النبي ﷺ عن المضمون له ولا عن المضمون عنه " ^(٣) .

وقد رجح ابن العربي - كما هو واضح - القول الثالث من أقوال أصحاب الشافعي الثلاثة التي نقلها عنهم ؛ وذلك لحديث أبي قتادة ؓ .

ثم قال : والآية نص^(٤) في جهالة المضمون له ، وحمل جهالة المضمون عنه عليه أخف . والله أعلم " ^(٥) .

(١) راجع المبسوط : (١٢٨/٢٠) .

(٢) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : (١٥٢/٤) وانظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق :

(٢٣٥/٦) . ودرر الحكام في شرح غرر الحكام : (٢٩٩/٢ ، ٣٠٠) .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي : (١٠٩٨/٣) .

(٤) يقصد بالآية قوله تعالى : ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ سورة يوسف : الآية (٧٢) .

(٥) أحكام القرآن لابن العربي : الموضع السابق نفسه .

وجاء في مواهب الجليل : " ومن مات وعليه دين وهو وتركته مجهولان فضمنه وارثه ؛ ليتمكن من التركة جاز " (١) .

عند الشافعية :

قال الشافعية : " ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعاً [وهو من عليه الدين] ولا معرفته في الأصح . والثاني يشترط ليعرف حاله وأنه هل يستحق اصطناع المعروف إليه " (٢) .

وجاء في روض الطالب : " وكذا يصح [أى الضمان] عن من لم يعرفه الضامن ولو بعينه " (٣) .

عند الحنابلة :

قال ابن تيمية : " ويصح ضمان المجهول ، ومنه ضمان السوق وهو أن يضمن ما يلزم التاجر من دين وما يقبضه من عين مضمونة ، وتجوز كتابته " (٤) .

وجاء في الإنصاف : ولا يعتبر معرفة الضامن لهما [أى للمضمون له والمضمون عنه] وهذا هو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وعن القاضي وجهان : الأول : يعتبر معرفتهما . والآخر : يعتبر معرفة المضمون له ، دون معرفة المضمون عنه (٥) .

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : (٤٠/٥) .

(٢) شرح المحلى على المنهاج مع حاشيتي قليوبى و عميرة : (٤٠٥/٢ ، ٤٠٦) .

(٣) روض الطالب مع شرحه أسنى المطالب : (٢٣٦/٢) .

(٤) الفتاوى الكبرى لابن تيمية : (٣٩٤/٥ ، ٣٩٥) طبعة دار الكتب العلمية الطبعة الأولى

١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، ومصطفى عبد القادر عطا .

(٥) راجع الإنصاف : (١٩٥/٥) .

وجاء فى كشف القناع : " ولا يعتبر أيضا (معرفة الضامن لهما) أى : للمضمون له والمضمون عنه ؛ لأنه لا يعتبر رضاهما فكذا معرفتهما " (١) .

عند الظاهرية : لم أجد لهم قولاً فى ذلك .

عند الزيدية :

جاء فى البحر الزخار : إذا ضمن البائع قيمة ما أحدثه المشتري من بناء أو غرس ، إذا استحققت الأرض فإن الضمان باطل ؛ لجهالة المضمون عنه ، فمن بيّن مثلاً أن فلاناً ضمن له بكذا ، ولم يبين المضمون عنه ، فوجهان : أحدهما لا تسمع ، إذ لا يثبت للضامن حق لجهالة الأصل [وهو المضمون عنه] ، وقيل : تسمع لتعين الحق عليه (٢) .

جاء فى التاج المذهب : " وصحيحها [أى الكفالة] أن يضمن لزمة معلومة بما قد ثبت فى ذمة معلومة ، يتميز كل واحد منهما باسمه ونسبه عن غيره ، وإن لم يعرف شخصه نحو أن يقول : أنا ضامن لك أو فلان الفلاني بالدين الذى قد ثبت فى ذمة فلان الفلانى ، ويدخل فى هذا القيد الضمانة بالوجه (٣) ؛ لأنه قد ثبت فى ذمة المضمون عنه وجوب الحضور ووجوبه بمقام الحق الثابت المضمون له ، وكذا الكفالة بالعين المضمونة كمستأجر أو

(١) كشف القناع عن متن الإقناع : (٣/٣٦٦، ٣٦٧) . وانظر مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى : (٣/٣٠٠) .

(٢) انظر البحر الزخار : (٦/٧٨، ٧٩) .

(٣) سيأتى بيانه - بإذن الله - فى الفصل المقبل من هذا الباب ضمن أقسام الضمان من حيث المضمون به.

معار مضمن ؛ لأنها إذا كانت مضمونة فوجوب تحصيلها حق ثابت للمضمون له في ذمة الضامن لها " (١) .

عند الإمامية :

جاء في شرائع الإسلام : " ولا يشترط علمه [أى الضامن] بالمضمون له ولا المضمون عنه ، وقيل : يشترط ، والأول أشبه " (٢) .

وجاء في الروضة البهية : " و كذا لا يشترط علمه بالغريم (وهو المضمون عنه) ؛ لأنه وفاء دين عنه ، وهو جائز عن كل مديون . ويمكن أن يريد به الأعم منه ، ومن المضمون له ، ويريد بالعلم به : الإحاطة بمعرفة حاله من نسب أو وصف ، لسهولة الاقتضاء ، وما شاكله ، لأن الغرض إيفاءه الدين ، وذلك لا يتوقف على معرفته كذلك ، (بل تميزهما) أي المستحق والغريم ليتمكن توجه القصد إليهما ، أما الحق فليمكن أدائه ، وأما المضمون له فليمكن إيفاءه ، وأما المضمون عنه فليمكن القصد إليه . ويشكل بأن المعتبر القصد إلى الضمان وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له ، وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين . فلو قال شخص : إني أستحق في ذمة آخر مائة درهم مثلاً فقال آخر : ضمننتها لك كان قاصداً إلى عقد الضمان عن كان عليه الدين مطلقاً ، ولا دليل على اعتبار العلم بخصوصه " (٣) .

(١) التاج المذهب لأحكام المذهب : (١٤٦/٤) .

(٢) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام : (٨٩/٢) .

(٣) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية : (١١٨/٤ ، ١١٩) .

عند الإباضية :

جاء في شرح النيل : " ويسقط الحميل [أى عن الحميل] ما تحمل على مفلس ، أو على منكر ولا بيان ، أو على من لا يقدر على أخذ الحق منه ؛ لتجبره أو غيبته غيبة تؤيس ؛ أو لجهل به " (١) .

وجاء فيه أيضا : " ولا يشترط في الحملية حضور الثلاثة ولا الاثنين ، بل تجوز في الغيب إذا رضي بها " (٢) .

فالذى يبدو أن جهالة المضمون عنه لا تؤثر على صحة الضمان ، ولكنها فقط قد تؤدي - عندهم - إلى سقوط ما تحمله الضامن عن المضمون عنه للجهالة .

الترجيح :

لا يخفى مدى قوة مذهب الجمهور - من المالكية ، والشافعية في الأصح ، والحنابلة ، وقد وافقهم الإمامية في الأصح عندهم وهو مذهب الإباضية - القائل بعدم اشتراط معرفة الضامن المضمون عنه ، وأن الضمان جائز مع جهالة المضمون عنه ؛ وهذا هو الراجح ؛ وذلك لما يأتى بيانه :

أولاً : أن حديث أبى قتادة ؓ المشهور معنا يدل على أن أبا قتادة ؓ لم يكن يعرف الميت (وهو المضمون عنه) ومع ذلك قد ضمن عنه ، وقد أقره النبي ﷺ على ذلك بصلاته على المضمون عنه ، مما يدل دلالة قاطعة على جواز الضمان مع جهالة المضمون عنه .

(١) شرح النيل وشفاء العليل : (٩٤/٣ ، ٩٥) .

(٢) شرح النيل وشفاء العليل : (٤١٣/٩) .

ثانياً: أن القياس يؤيده ، فلو قضى شخص ما ديناً ما عن شخص لا يعرفه لجاز ، وهو من صالح وفضائل الأعمال ، فالجهالة هنا لا تضر فى شيء ، فإن قضاء الدين هو المقصد ، وكذلك الضمان عن المضمون عنه مع جهالته معروف ؛ لأنه يضمن عنه ديناً أو غيره تبرعاً منه وتطوعاً ، وهذا من أفضل المعروف ؛ وعليه فإن الجهالة لا تؤثر عليه من قريب أو بعيد .

ثالثا : الضمان عن الميت :

يرى أبو حنيفة وجوب كون الأصيل (المضمون عنه) قادرا على تسليم المضمون به إما بنفسه أو بنائبه ؛ وعليه فإن ضمان الدين لا يصح عن ميت مفلس ، وعند أبي يوسف ومحمد يصح ، وقال الشافعي : إذا ضمن الرجل دين الميت بعدما يعرفه ويعرف لمن هو ، فالضمان له لازم ترك الميت شيئا ، أو لم يترك ، والشافعية على أن الضمان يصح عن الميت ، وإن لم يخلف وفاء ، بينما يرى المالكية أن الضمان بما على الميت جائز وإن لم يترك وفاء ، ويرى الحنابلة صحة الضمان عن كل من وجب عليه حق ، حيا كان أو ميتا ، مليئا أو مفلسا ، وذهب الظاهرية إلى جواز ضمان دين الميت سواء ترك وفاء لدينه أو لم يترك وفاء ، ووافق الزيدية والإباضية الجمهور على ذلك ؛ ولبيان ذلك بشيء من التفصيل لابد من العرض الآتي :

عند الحنفية :

جاء في بدائع الصنائع : أنه لا بد أن يكون الأصيل قادرا على تسليم المكفول به إما بنفسه أو بنائبه عند أبي حنيفة ، فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده ، وعند أبي يوسف ومحمد تصح . وجه قولهما أن الموت لا ينافي بقاء الدين لأنه مال حكمي ، فلا يفتقر بقاؤه إلى القدرة ؛ ولهذا بقي إذا مات مليا حتى تصح الكفالة به ، وكذا بقيت الكفالة بعد موته مفلسا . وإذا مات عن كفيل تصح الكفالة عنه بالدين فكذا يصح الإبراء عنه والتبرع . ووجه قول أبي حنيفة أن الدين عبارة عن الفعل ، والميت عاجز عن

الفعل ، فكانت هذه كفالة بدين ساقط ، فلا تصح كما لو كفل عن إنسان بدين ولا دين عليه ، وإذا مات ملياً فهو قادر بنائيه ، وكذا إذا مات عن كفيل لأنه قائم مقامه في قضاء دينه ^(١) .

وجاء في الجوهرة النيرة : " وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة : سواء كان ابنه أو أجنبياً ؛ لأنه قد سقط حق الغرماء من المطالبة والملازمة فصار كما لو دفع المال ثم كفل عنه إنسان ، وقال أبو يوسف ومحمد تجوز الكفالة بعد الموت لما روى : (أن رجلاً مات فقام النبي ﷺ ليصلي عليه ، فقال هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا نعم . عليه ديناران ، فقال عليه الصلاة والسلام : صلوا على صاحبكم ، فقال أبو قتادة : هما على يا رسول الله فصلى عليه حينئذ ، وقال : الآن بردت عليه مضجعه) ^(٢) قلنا يحتمل أن يكون قد تكفل بهما قبل الموت فأخبر بذلك والله سبحانه وتعالى أعلم " ^(٣) .

عند المالكية :

جاء في المنتقى : والحمالة بما على الميت جائزة ، وإن لم يترك وفاء ، والدليل على ما نقوله ما روى سلمة بن الأكوع : " أن النبي ﷺ أتى بجنازة ، فقال : هل عليه من دين ؟ قالوا نعم . قال : هل ترك شيئاً قالوا : لا . قال : صلوا على صاحبكم . قال أبو قتادة : صل عليه يا رسول الله وعلي دينه فصلى عليه " ^(٤) ومن

(١) راجع بدائع الصنائع : (٦/٦) وانظر كذلك المبسوط : (٩/٢٠) وتبيين الحقائق : (١٥٩/٤ ، ١٦٠) .

(٢) راجع ص (٥٣) من هذا البحث .

(٣) الجوهرة النيرة : (٣١٦/١) .

(٤) راجع ص (٤٩) من هذا البحث .

جهة المعنى أن كل دين صحت الحملالة به مع اليسار فإنها تصح به مع الإعسار كدين الحي (١) .

وجاء في مواهب الجليل : " الحملالة على مذهب مالك تجوز على الحي والميت غير أنه إن تحمل عن الحي فأدى عنه كان له الرجوع عليه بما أدى عنه واتباعه به إن كان معدماً كأن تحمل عنه بإذنه ، أو بغير إذنه ، وإن كان تحمل عن ميت لا وفاء له بما تحمل عنه لم يكن له أن يرجع بما أدى عنه في ماله إن طرأ له . هذا لم يختلف أحد من أهل العلم في جواز الحملالة عن الحي موسراً كان ، أو معسراً ، ولا في الحملالة عن الميت إذا كان موسراً ، وإنما اختلفوا في الحملالة عن الميت إذا كان معسراً فالجمهور على جواز الحملالة ، وانفرد أبو حنيفة والثوري فمنعوا ذلك " (٢) .

عند الشافعية :

جاء في الأم : " قال الشافعي (رحمه الله تعالى) : وإذا ضمن الرجل دين الميت بعدما يعرفه ويعرف لمن هو فالضمان له لازم ترك الميت شيئاً ، أو لم يترك " (٣)

وجاء في روض الطالب : " صح الضمان عن الميت ، وإن لم يخلف وفاء ؛ لخبر أبي قتادة السابق " (٤) .

عند الحنابلة :

جاء في المغنى : " ومنها صحة الضمان عن كل غريم وجب عليه حق ، حيا كان أو ميتاً ، مليئاً أو مفلساً ؛ لعموم لفظه

(١) راجع المنتقى شرح الموطأ : (٨٤/٦) والتاج والإكليل لمختصر خليل : (٣٣، ٣٢/٧) .

(٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل : (٩٨، ٩٧/٥) .

(٣) الأم : (١٢٥/٧) .

(٤) روض الطالب : (٢٣٦/٢) .

فيه . وهذا قول أكثر أهل العلم ولنا ، حديث أبي قتادة ^(١) وعلى ^(٢) ، فإنهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء . والنبي ﷺ حضهم على ضمانه في حديث أبي قتادة ﷺ بقوله : " ألا قام أحدكم فضمنه ؟ " وهذا صريح في المسألة ، ولأنه دين ثابت ، فصح ضمانه ، كما لو خلف وفاء ، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه ، جاز لصاحب الدين اقتضاؤه ، ولو ضمنه حيا ثم مات ، لم تبرأ ذمة الضامن ، ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن " ^(٣) .

عند الظاهرية :

جاء في المحلى : " ومن قال بقولنا في الضمان عن الميت الذي لا يترك وفاء : مالك ، وأبو يوسف ، ومحمد بن الحسن ، والشافعي ، وأبو سليمان . روينا من طريق البخاري نا ... عن سلمة بن الأكوع ﷺ قال : (كنا جلوسا عند النبي ﷺ إذ أتى بجنائزة ، فقالوا : صل عليها ؟ فقال : هل ترك شيئا ؟ قالوا : لا ، قال : فهل عليه دين ؟ قالوا : نعم ، ثلاثة دنائير ، قال : صلوا على صاحبكم ، فقال أبو قتادة : صل عليه يا رسول الله وعلي دينه ؟ فصلى عليه .) ففي هذا الخبر جواز ضمان دين الميت الذي لم يترك وفاء بدينه " ^(٤) .

(١) راجع حديث أبي قتادة ﷺ ص (٥٠) من هذا البحث .

(٢) راجع حديث على ص (٥٣) من هذا البحث .

(٣) المغنى : (٧٤/٧) . و الإنصاف : (١٩٧/٥) . و كشف القناع : (٣٦٨/٣) .

(٤) المحلى : (١١٢/٨) م (١٢٢٩) .

عند الزيدية :

جاء في البحر الزخار : أن الضمان يصح عن الميت المعسر ؛ لقصة علي وأبي قتادة ^(١) .

هذا ولم أقف على قول للإمامية في ذلك .

عند الإباضية : أن الضمان يجوز عن الحي والميت ^(٢) .

الترجيح :

الراجح جواز الضمان عن الميت سواء ترك وفاء أو لم يترك ؛ لحديث أبي قتادة ، حيث سكوت النبي ﷺ عن الاستفسار عن حال الميت أهو ملئ أم مفلس عندما ضمنه أبو قتادة ﷺ ؟ فدل على جواز الضمان عن الميت عموماً ترك وفاء أو لم يترك وفاء .

وأما ما ذهب إليه أبو حنيفة من عدم جواز ضمان الدين عن الميت ، وأن الدين عبارة عن الفعل ، والميت عاجز عن الفعل ، فكان هذا ضماناً بدين ساقط ، فلا يصح ، كما إذا ضمن عن إنسان بدين ولا دين عليه ، وإذا مات ملئاً فهو قادر بنائبه ، وكذا إذا مات عن ضامن ؛ لأنه قائم مقامه في قضاء دينه — مردود عليه بأن كل هذا كان متوفراً في الميت الذي ضمنه أبو قتادة وعلى (رضى الله عنهما) . أضف إلى هذا أنه كما يجوز — بلا منازع — التبرع بقضاء دينه ، فإنه يجوز كذلك ضمانه .

ولا يصح الاستدلال بحديث أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ " كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين ، فيسأل هل ترك لدينه

(١) انظر البحر الزخار : (٧٦/٦ ، ٧٧) .

(٢) راجع شرح النيل : (٩/ ٤٢٢ ، ٤٢٣ ، ٤٢٥) .

فضلا ؟ فإن حدث أنه ترك وفاء صلى ، وإلا قال للمسلمين : صلوا على صاحبكم . فلما فتح الله عليه الفتوح ، قال : أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، فمن توفى من المؤمنين فترك ديننا فعلى قضاؤه ، ومن ترك مالا فلورثته " (١) . فلا يستدل به على جواز الضمان عن الميت الملى ، وعدم جوازه عن الميت المفلس ؛ لأن الأمر مختلف ، فالنبي ﷺ كان يمتنع أول الأمر عن الصلاة عن الميت المفلس ؛ لأنه لم يملك له قضاء ؛ ولأنه لم يكن ثمة ضامن يضمنه ، فلما توفر الضامن كما فى حديث أبى قتادة ، صلى عليه ﷺ ولم يسأل ﷺ أترك وفاء أم لا بعد ضمان أبى قتادة ﷺ ؟ .

(١) صحيح البخارى — كتاب الكفالة — باب الدين (٨٤/٣) رقم (٢٢٩٨) .

المبحث الثاني

المضمون عنه في القانون المدني

المبحث الثاني

المضمون عنه فى القانون المدنى

رضا المضمون عنه :

يرى القانون المدنى جواز الضمان (الكفالة) بدون رضا المضمون عنه (المدين) ، وعلى ذلك نصت المادة (٧٧٥) مدنى مصرى حيث نصت على أنه " تجوز كفالة المدين بغير علمه ، ويجوز أيضا رغم معارضته " (١) .

وبيان ذلك - كما سبق بيانه فى أركان الضمان فى القانون - أن الكفالة قانونا عقد طرفاه الكفيل والدائن ، أما المدين فليس طرفاً فيه . فالمطلوب إذن هو رضا الكفيل والدائن طرفى العقد ، ولا حاجة إلى رضا المدين ، وهو حكم طبيعى تقتضيه القواعد العامة ، مادامت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق إرادتهما (٢) .

فإذا كان الرضا هو جوهر أى عقد فإن هذا الرضا يكون مقصوراً على طرفى العقد : [وهما - فى القانون - الضامن والمضمون له] حيث يجب توافر رضائهما على تكوين العقد وترتيب آثاره ، ولما كان طرفى عقد الضمان هما الدائن [المضمون له] والكفيل [الضامن] فقط ، فمن ثم كان منطق الأمور يقتضى ألا نثير قضية رضا المدين [المضمون عنه] أو عدمه ، لا سيما وأنه يعتبر من الغير بالنسبة لطرفى العقد ؛ وعليه فيصح انعقاد الضمان رغم عدم رضا المدين (المضمون عنه) [(٣)] .

(١) القانون المدنى المصرى : ص (١٨٧) .

(٢) انظر الوسيط : (٧٠/١٠) .

(٣) راجع عقد الكفالة : د/ أحمد سعد : ص (١١٦ ، ١١٧) .

وإن كان عادة ما تتم الكفالة (الضمان) بعلم المدين [المضمون عنه] ورضائه باعتباره هو الذى سيحث الضامن على ضمان دينه لدى المضمون له ، بل إنه فى الغالب العملى يلتزم قانونا أو قضاء بتقديم ضامن ، بما يفترض معه علمه وموافقته كذلك على الضمان ، كل ما فى الأمر أنه حتى ولو فرض عدم علم المدين الأصلى [المضمون عنه] أو عدم قبوله الضمان ، فإنه لا يحول ذلك البتة - قانونا - دون انعقاد عقد الكفالة (الضمان) باعتباره غيرا عن الكفالة ولا دخل لإرادته فى نسج بنائها أو قيام أركانها ^(١) .

ولم يكن هناك ضرورة - وفقاً لرأى فى فقه القانون - من النص صراحة فى المادة : (٣٢٣) الفقرة الثانية مدنى مصرى ^(٢) على كون المدين ليس من أركان الكفالة ، و على جواز انعقادها و لو بغير المدين أو رغم عدم إرادته - اكتفاء بالقواعد العامة فى هذا الصدد . إلا إذا كان واضعوا القانون يريدون التأكيد على خروج حكمه فى المادة السابقة على أحكام الشريعة الإسلامية ، و التى تمنع رجوع الكفيل على المدين إذا كانت الكفالة بغير علمه ولا إرادته ، وهو ما لم يأخذ به واضعوا القانون ^(٣) .

هذا ولم يتناول القانون المدنى المصرى فى باب الكفالة الكلام عن جهالة المضمون عنه ، وكذلك الضمان عن الميت : لا بالتصريح ولا بغيره ، وهذا ما سنتوقف معه فى المبحث المقبل إن شاء الله .

(١) راجع أحكام الضمانات الخاصة بالوفاء بالدين : (١١٧/١ ، ١١٨) .

(٢) نص المادة هو : " ويصح الوفاء أيضاً مع ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين ، أو رغم إرادته ... " القانون المدنى : ص (٧٣) .

(٣) راجع أحكام الضمانات الخاصة بالوفاء بالدين : (١١٨/١) .

المبحث الثالث

المضمون عنه بين الفقه والقانون

المبحث الثالث

المضمون عنه بين الفقه والقانون

أولاً : قضية الرضا :

يوافق القانون المدنى المصرى مذهب جمهور الفقهاء فى قضية الرضا — القائل بجواز الضمان مع عدم رضا المضمون عنه — فالقانون يجيز الضمان مع معارضة المضمون عنه وعدم رغبته ، وهو الراجح فى الشريعة الإسلامية ؛ وذلك لأن المضمون عنه هو صاحب المصلحة العظمى فى هذا العقد (الضمان) فلا يشترط رضاه ، وإن وقع الرضا فلا بأس فى ذلك ، لكن رفضه لا يبطل العقد : لا شرعاً ولا قانوناً ، وبالطبع فإن موافقة القانون للشريعة الإسلامية ليست — كما هو معلوم — عن قصد من واضعى القانون ؛ لأنها (أى الشريعة الإسلامية) ليست مصدر التشريع لهذا التقنين الوضعى .

ثانياً : قضية الجهالة :

لم يتناول القانون المدنى المصرى قضية جهالة المضمون عنه فى باب الكفالة ، بل إنه قد اعتبره خارجاً تماماً عن أركان العقد ، وهو ما عبر عنه الدكتور عبد التواب بأن القانون قد اعتبر المدين غيراً عن الكفالة : أى أنه لا اعتبار لإرادته ، ولا لمعرفته ^(١) .

لكن الفقه الإسلامى قد أفاض فى الحديث عن هذه القضية ، ومذهب جمهور الفقهاء على اعتبار المدين (المضمون عنه) ركناً من أركان العقد — على ما سبق بيانه فى الكلام عن

(١) راجع أحكام الضمانات الخاصة بالوفاء بالدين : (١١٨/١) .

أركان عقد الضمان ^(١) - وعلى الرغم من اعتباره ركناً إلا أنهم قالوا بعدم اشتراط معرفة الضامن المضمون عنه ، وأن الضمان جائز مع جهالة المضمون عنه ؛ وهذا هو المذهب الراجح ؛ حيث إن الجهل به لا يقدم أو يؤخر ، فالمهم إيصال الحق إلى أهله .

ثالثاً : قضية الضمان عن الميت :

وكذلك لم يتناول القانون المدنى المصرى قضية الضمان عن الميت ، بينما نجد الفقه الإسلامى قد فصل الكلام عنها ، وقد تبين فى المبحث قبل السابق أن الراجح فى هذه القضية هو جواز الضمان عن الميت سواء ترك وفاء أو لم يترك ؛ لحديث أبى قتادة رضي الله عنه ، فقد كان سكوت النبى ﷺ عن الاستفسار عن حال الميت أهو ملئ أم مفلس ؟ إقراراً منه لصحة ضمان أبى قتادة رضي الله عنه ، فدل ذلك على جواز الضمان عن الميت عموماً : ترك وفاء أو لم يترك وفاء . وهذا ما لم يتطرق إليه القانون المدنى المصرى فى باب الكفالة ، وهو - بلا أدنى شك - أحد أوجه القصور فى القانون الوضعى ، مما يدل على عظمة وكمال التشريع الإسلامى .

(١) راجع ص (٦٠) وما بعدها من البحث .

الفصل السادس

المضمون به

تمهيد

المبحث الأول : الضمان الشخصي

المبحث الثاني : الضمان المالي

تمهيد

أولا : المضمون به

ثانيا : المضمون به فى القانون المدنى المصرى

تمهيد

أقسام الضمان باعتبار المضمون به

أولاً : المضمون به فى الفقه الإسلامى:

اختلفت المذاهب الإسلامية فى تقسيم الضمان (الكفالة) من حيث المضمون به ، فمنها من ذهب إلى أنه أربعة : ضمان عين ، وضمان دين ، وضمان نفس ، وضمان فعل . وهم الحنفية : جاء فى بدائع الصنائع : " وجملّة الكلام فيه أن المكفول به أربعة أنواع : عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس " (١) .

ومنها من ذهب إلى أنه ثلاثة أقسام : ضمان المال ، وضمان النفس ، وضمان الطلب . وهم المالكية ، فأضافوا إلى القسمين المشهورين (ضمان المال ، وضمان النفس) قسماً ثالثاً وهو ضمان الطلب : جاء فى الشرح الكبير : " و صح الضمان بالطلب : وهو التفتيش على الغريم والدلالة عليه " (٢) .

على حين يرى الشافعية أنه ثلاثة أقسام : هى ضمان الدين ، وضمان البدن وضمان العين . جاء فى تحفة المحتاج : " وشرعاً يطلق [أى الضمان] على التزام الدين والبدن والعين " (٣) .

ويرى الحنابلة أن الضمان يرجع إلى قسمين اثنين : ضمان المال وضمان النفس : قالوا : " ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه ، أو قال : ما أعطيته فهو على . فقد لزمه ما صح أنه أعطاه " (٤) .

(١) بدائع الصنائع : (٧/٦) .

(٢) الشرح الكبير للدردير : (٣٤٦/٣) .

(٣) تحفة المحتاج فى شرح المنهاج : (٢٤٠/٥) .

(٤) مختصر الخرقى : (٧١/٧) وهو متن المغنى لابن قدامة .

وجاء فيه أيضا : " ومن كفل بنفسه لزمه ما عليها إن لم يسلمها " (١) .

قال ابن قدامة معلقا على قول الخرقي : " جملة ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة ، في قول أكثر أهل العلم " (٢) .

وباستقراء مذهب الظاهرية نجدهم يوافقون الحنابلة فيما ذهبوا إليه من أن الضمان قسمان : ضمان المال ، وضمان النفس (٣) .

و كذلك الزيدية ينقسم الضمان عندهم قسمين : ضمان المال ، وضمان الوجه : جاء في التاج المذهب : " وتصح الضمانة (بالخصم) المعلوم ، وهي الكفالة بالوجه كما تصح بالمال " (٤) .

وكذلك الإمامية يرون أن الضمان يعود إلى قسمين : ضمان المال ، وضمان النفس : جاء في شرائع الإسلام : " لو قال الكفيل : أبرأت المكفول فأنكر المكفول له ، كان القول قوله فلو رد اليمين إلى الكفيل فحلف برئ من الكفالة ، ولم يبرأ المكفول من المال " (٥) .

فهم وإن لم يصرحوا بأقسام الضمان إلا أنهم يعنون هنا جواز كفالة المال على تفصيل .

(١) مختصر الخرقي : (٩٦/٧) .

(٢) المغنى : الموضع السابق نفسه .

(٣) راجع المحلى : (١١٠/٨-١٢٢) .

(٤) التاج المذهب لأحكام المذهب : (١٤٠/٤) وراجع البحر الزخار (٧٠،٧١/٦) .

(٥) شرائع الإسلام : (٩٨/٢) .

ويعنون هنا ضمان النفس (الضمان الشخصى) حيث جاء فيه أيضا : " لو كفل برأسه ، أو بدنه ، أو بوجهه ، صح ؛ لأنه قد يعبر بذلك عن الجملة عرفا ، ولو تكفل بيده أو رجله واقتصر ، لم يصح ، إذ لا يمكن إحضار ما شرط مجردا ، ولا يسري إلى الجملة " ^(١). وهو يعنى قولهم بجواز كفالة النفس .

وكذلك هى عند الإباضية غير أنهم لا يجيزون إلا ضمان المال ، أما ضمان النفس ففيه تفصيل سيأتى فى المبحث الثانى من هذا الفصل : جاء فى النيل : " لا تصح [أى الحماله] فى نفس أو جرح أو حد " ^(٢) .

ويقسم أستاذنا الدكتور محمد سراج الضمان (الكفالة) أربعة أقسام (من حيث المضمون به) : أولها ضمان النفس ، ويطلق عليه : كفالة البدن وكفالة الوجه كذلك ، وهى الالتزام بإحضار الخصم أو الدلالة عليه .

والثانى الكفالة بالمال ، هى عند الجمهور ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصل فى وجوب الدين والمطالبة به .

والقسم الثالث هو الكفالة بتسليم الأعيان ، وهو الالتزام بتسليم مال مضمون بذاته كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا ...

والقسم الرابع الكفالة بالدرك ، وهى الالتزام بأداء ثمن المبيع ، وتسليمه إن استحق المبيع ^(٣) ^(٤).

(١) شرائع الإسلام : (٩٨/٢) .

(٢) شرح النيل : (٤٣٥/٩) .

(٣) راجع النظام المصرفى الإسلامى لأستاذنا الدكتور محمد أحمد سراج : ص :

(١٢٣ — ١٢٧) طبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع بالقاهرة — ١٤١٠ هـ — ١٩٨٩ م .

بدون رقم الطبعة .

(٤) راجع القاموس الفقهى لغة واصطلاحا لسعدى أبى جيب : ص : (٣٢١ — ٣٢٣) .

ولكنه فى حقيقة الأمر (أى الضمان) يعود إلى قسمين
اثنين فقط : هما ضمان النفس ، وضمان المال ، وهو ما ذهب إليه
صاحب الهداية وغيره ، حيث يقول : " الكفالة ضربان : كفالة
بالنفس وكفالة بالمال " (١) كما سيأتى عرضه بإذن الله تعالى .

ثانياً : المضمون به (المكفول به) فى القانون

المدنى المصرى :

أما المضمون به فى القانون المدنى المصرى فإنه يقتصر
على الضمان المالى فقط ، ولم يتطرق من قريب أو بعيد إلى
الضمان الشخصى (ضمان النفس) وهذا واضح فى كلامه عن
الكفالة من المادة : (٧٧٢) حتى المادة : (٨٠١) (٢) .

(١) الهداية شرح بداية المبتدى : (١٤/٥) . وعليه نصب الرأية فى تخريج أحاديث .

(٢) راجع القانون المدنى : ص (١٨٦-٨٠١) .

المبحث الأول الضمان الشخصي

المبحث الأول

الضمان الشخصي

وهو ما تعبر عنه بعض المذاهب بكفالة النفس أو كفالة البدن أو كفالة الوجه ، وكل ذلك يعبر عن شيء واحد هو ضمان البدن (ضمان الشخص نفسه) وهو التزام الضامن بإحضار المضمون إلى المضمون له أو إلى مجلس الحكم أو نحو ذلك ، وفي هذه الحالة وما يماثلها يتحد المضمون به والمضمون عنه . وفي حكم الكفالة بالنفس خلاف بين الفقهاء ، أفصله فيما يأتي :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة إلى أن ضمان النفس جائز ، وهو مذهب شريح والثوري والليث بن سعد وغيرهم . والمذهب عند الشافعية صحة ضمان البدن في الجملة ، وفي قول لا تصح ، وهو ما ذهب إليه الظاهرية ، فلا يجوز عندهم ضمان الوجه : لا في مال ولا في حد ، ولا في شيء من الأشياء ، وعند الزيدية يجوز فيما ليس حقا لله تعالى ، فلا يصح في حق الله تعالى محض ، إذ يسقط بالشبهة فلا يستوثق فيه ، وفي حد القذف وجهان : أصحهما يصح (أى الضمان الشخصي) وكذلك عند الإمامية يصح ضمان البدن ، وعند الإباضية وجهان : الجواز والبطلان . وذلك على التفصيل الآتي :

عند الحنفية :

يرى الحنفية أنه إذا كفل رجل برأس رجل أو برقبته أو بوجهه أو بجسده أو ببدنه جاز ؛ لأن هذا كله يعبر به عن جميع البدن ؛ ولهذا صح إيقاع الطلاق والعتاق به فهذا وكفالاته بنفسه سواء وكذلك لو كفل بروحه ، فإنه يعبر بالروح عن النفس وكذلك لو كفل بنصفه أو بجزئه لأن النفس واحدة في الكفالة لا تتجزأ فإن المستحق

إحضارها . وإحضار بعض النفس لا يتحقق ، وذكر جزء ما لا يتجزأ كذكر كله ، وعند بعضهم ولو كفل بيده أو رجله فهذا باطل ؛ لأن هذا اللفظ لا يعبر به عن جميع البدن ؛ ولهذا لا يصح إيقاع الطلاق والعتاق به فكذلك الكفالة ، وإن قال أنا ضامن لمعرفته فهو باطل ؛ لأن موجب الكفالة التزام التسليم وهو إنما ضمن المعرفة فهذا بمعنى قوله : أنا ضامن لأن أدخلك عليه أو أوقفك عليه بخلاف ما لو قال أنا ضامن بوجهه ؛ لأن الوجه إنما يعبر به عن النفس فكأنه قال : أنا ضامن نفسه ^(١) . ولو قال في الكفالة بالنفس : هو على جاز ؛ لأن هذا صريح في التزام تسليم النفس ^(٢) .

عند المالكية :

يرى الإمام مالك أن الرجل إذا تكفل لرجل برجل إلى أجل ، فأتى به إلى ذلك الأجل لا شيء عليه ، وأنه لا يكون عليه من دينه شيء وإن كان عديما ؛ لأنه قد أتى به ^(٣) .

جاء في الفواكه الدواني : ولما فرغ من الكلام على ضامن المال شرع في الكلام على ضامن الوجه بقوله : (وحمل الوجه) ومثله العين أو الأذن ، وهو عبارة عن إحضار ذات المدين وقت الحاجة إليه ، فالوجه عبارة عن الذات (إن لم يأت به) أي بمن عليه الدين عند حلول الأجل (غرم) جميع الحق (حتى يشترط أن لا يغرم) وبرئ بتسليمه له وإن بسجن أو بتسليمه نفسه إن أمره به إن حل الحق ولو عديما ، وإلا أغرم بعد خفيف تلوم إن قربت

(١) انظر المبسوط : (١٧١/١٩ ، ١٧٢) .

(٢) راجع بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : (٧/٦ ، ٨) .

(٣) انظر المدونة : (٩٦/٤) .

غيبة غريمه كالיום ، ولا يسقط بإحضاره لمن حكم به، لا إن ثبت عدمه أو موته في غيبته ، ولو بغير بلده ورجع به (١) .

عند الشافعية : يرى الإمام الشافعي أن الكفالة بالنفس على الخيار لا تجوز ، وإذا جازت بغير خيار فليس يلزم الكافل بالنفس مال إلا أن يسمى مالا كفل له (٢) .

جاء في حاشية البجيرمي على الخطيب : فصل : في

كفالة البدن وتسمى أيضا كفالة الوجه وهي بفتح الكاف اسم لضمان الإحضار دون المال ، والكفالة بالبدن : أي ببدن من يستحق حضوره مجلس الحكم عند الاستدعاء جائزة إذا كان المكفول به حقا لله تعالى أو حقا لأدمي ؛ للحاجة إلى ذلك . وكالبدن الجزء الشائع كثلثه ، والجزء الذي لا يعيش بدونه كرأسه ، ثم إن عيّن محل تسليم في الكفالة فذاك ، وإلا تعين محلها ، كما في السلم فيهما ، ويبرأ الكفيل بتسليم المكفول في محل التسليم المذكور بلا حائل ، كتسليمه نفسه عن الكفيل ، فإن غاب لزمه إحضاره إن أمكن : بأن عرف محله وأمن الطريق ولا حائل ، ولو كان بمسافة القصر ويمهل مدة إحضاره : بأن يمهل مدة ذهابه وإيابه على العادة ، وظاهر أنه إن كان السفر طويلا أمهل مدة إقامة المسافة وهي ثلاثة أيام غير يومي الدخول والخروج ، ثم إن مضت المدة المذكورة ولم يحضره حبس إلى أن يتعذر إحضار المكفول بموت أو غيره ، أو يوفى الدين ،

(١) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني : (٢/٢٤٠) . لأحمد النفراوي .

طبعة دار الفكر . ١٤١٥ هـ / ١٩٩٥ م ، بدون رقم الطبعة . وانظر حاشية الدسوقي

على الشرح الكبير: (٣/٣٤٤ ، ٣٤٥) .

(٢) انظر الأم : (٣/٢٦٤) .

فإن وفاء ثم حضر المكفول فالمتجه أن له الاسترداد . ولا يطالب كفيل بمال ولا عقوبة في الضمان الشخصي ، وإن فات التسليم بموت أو غيره ؛ لأنه لم يلتزمه ^(١) .

وجاء في روض الطالب : أن كفالة البدن - وهي ما تسمى أيضا كفالة الوجه - تصح ببدن من عليه مال يصح ضمانه ، ولو جهل قدره ؛ للحاجة إليها . وإنما لم يشترط العلم بقدر المال ؛ لأنه تكفل بالبدن لا بالمال ^(٢) .

وجاء في الأم : " ولا تلزم الكفالة بحد ، ولا قصاص ، ولا عقوبة ، لا تلزم الكفالة إلا بالأموال . ولو كفل له بما لزم رجلا في جروح عمد فإن أراد القصاص فالكفالة باطلة وإن أراد أرش ^(٣) الجراح فهو له والكفالة لازمة ؛ لأنها كفالة بمال وإذا اشترى رجل من رجل دارا فضمن له رجل عهدها أو خلاصها فاستحقت الدار رجوع المشتري بالثمن على الضامن إن شاء ؛ لأنه ضمن له خلاصها والخلص مال يسلم ، وإذا أخذ الرجل من الرجل كفيلا بنفسه ثم أخذ منه كفيلا آخر بنفسه ، ولم يبرأ الأول فكلاهما كفيل بنفسه " ^(٤) .

(١) انظر حاشية البجيرمي على الخطيب : (١٢٣/٣ ، ١٢٤) .

(٢) انظر روض الطالب مع شرحه أسنى المطالب : (٢٤١/٢ ، ٢٤٢) . وانظر :

حاشيتي قليوبى وعميرة : (٤٠٨/٢ ، ٤٠٩) . وثغفة المحتاج :

(٢٥٩-٢٥٧/٥) .

(٣) الأرش : لغة الفساد . واصطلاحا دية الجراحة ، وهو ما ليس له قدر معلوم من

الدية . القاموس الفقهى ص (١٩) .

(٤) الأم : (٢٦٤/٣) .

عند الحنابلة :

جاء في كشف القناع : الكفالة صحيحة ^(١) وهي التزام رشيد ، ولو مفلسا برضاه إحضار مكفول به إلى مكفول له ؛ لأن العقد في الكفالة واقع على بدن المكفول به ، فكان إحضاره هو الملتزم به كالضمان ^(٢) ولو قال : إحضار من عليه حق مالي إلى ربه لكان أخصر وأولى ^(٣) .

وجاء في المغنى : أن الضامن إذا قال : أنا كفيل بفلان ، أو بنفسه ، أو ببدنه ، أو بوجهه ، كان كفيلا به . وإن كفّل برأسه أو كبده ، أو جزء لا تبقى الحياة بدونه ، أو بجزء شائع منه ، كثلثه أو رבעه ، صحت الكفالة ؛ لأنه لا يمكنه إحضار ذلك إلا بإحضاره كله . وإن تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله ، كيده ورجله ، ففيه وجهان : أحدهما تصح الكفالة . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ؛ لأنه لا يمكنه إحضار هذه الأعضاء على صفتها إلا بإحضار البدن كله ، فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه ؛ ولأنه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه إذا أضيف إلى البعض ^(٤) ، كالطلاق والعتاق . والثاني لا يصح ؛ لأنه يمكن إحضاره بدون الجملة مع بقائها . وقال القاضي : لا تصح الكفالة ببعض البدن ، ولا تصح إلا في جميعه ؛ لأن ما لا يسرى لا يصح إذا خص به عضو ، كالبيع والإجارة ، فمذهب الحنابلة إذن أن الضمان يصح

(١) يقصد بذلك ضمان النفس (الضمان الشخصي) .

(٢) يقصد بذلك الضمان المالي ، فإن الحنابلة إذا أطلقوا الضمان في مقابل الكفالة فإنهم يعنون ضمان المال ، ويكون المقصود بالكفالة الضمان الشخصي .

(٣) راجع كشف القناع عن متن الإقناع : (٣٧٤/٣ ، ٣٧٥٩) .

(٤) هكذا في الأصل ، ولعل الصواب بعضه .

ببذن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم ، سواء كان الدين معلوما أو مجهولا ؛ وقال بعض أصحاب الشافعية : لا تصح بمن عليه دين مجهول ؛ لأنه قد يتعذر إحضار المكفول به ، فيلزمه الدين ، ولا يمكن طلبه منه لجهله . ولنا ، أن الكفالة بالبدن لا بالدين ، والبدن معلوم ، فلا تبطل الكفالة ؛ لاحتمال عارض ؛ ولأننا قد تبينا أن ضمان المجهول يصح ، وهو التزام المال ابتداء ، فالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداء أولى . وتصح الكفالة بالصبي والمجنون ؛ لأنهما قد يجب إحضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالإتلاف ، وإذن وليهما يقوم مقام إثنين . وتصح الكفالة ببدن المحبوس والغائب . وقال أبو حنيفة : لا تصح . ولنا أن كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة والحبس ، كالرهن والضمان ، ولأن الحبس لا يمنع من التسليم ؛ لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم ، أو أمر من حبسه ، ثم يعيده إلى الحبس بالحقين جميعا ، والغائب يمضي إليه فيحضره إن كانت الغيبة غير منقطعة ، وهو أن يعلم خبره ، وإن لم يعلم خبره ، لزمه ما عليه : قاله القاضي . وقال في موضع آخر : لا يلزمه ما عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها ، فلا يفعل ^(١) .

وأما الكفالة ببدن من عليه حد فلا تصح ، سواء كان حقا لله تعالى ، كحد الزنى والسرقه ، أو لأدمى كحد القذف والقصاص . وهذا قول أكثر أهل العلم ؛ منهم شريح والحسن .

(١) راجع المغنى : (٩٧/٧ ، ٩٨) . وراجع أيضا الإنصاف : (٢١٠/٥ — ٢١٢)

وكشاف القناع : (٣٧٦/٣) .

وبه قال إسحاق^(١) وأصحاب الرأي . وبه قال الشافعي في حدود الله تعالى ، واختلف قوله في حدود الآدمي ، فقال في موضع : لا كفالة في حدود الآدمي ولا لعان . وقال في موضع : تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد ؛ لأنه حق لآدمي ، فصحت الكفالة به ، كسائر حقوق الآدميين . ولنا ، ما روى عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن النبي ﷺ أنه قال : " لا كفالة في حد " ^(٢) . ولأنه حد ، فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ، ولأن

(١) إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي المروزي أبو يعقوب ، المعروف بابن راهويه ، نزيل نيسابور وعالمها ، جمع بين الحديث والفقه والورع ، ولد سنة (١٦١) هـ . وتوفي سنة (٢٣٨) وقيل غير ذلك . انظر طبقات الفقهاء لأبي إسحاق الشيرازي ص : (١٠٨) ويلييه طبقات الشافعية لأبي بكر بن هداية الله الحسيني الملقب بالمصنف . تصحيح ومراجعة الشيخ خليل الميس . طبعة دار القلم بيروت - لبنان . وتذكرة الحفاظ (٤٣٣/٢) وصفة الصفوة لابن الجوزي (١٠٥/٤) . ضبطها وكتب هوامشها : إبراهيم رمضان وسعيد اللحام ، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م .

(٢) السنن الكبرى لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي : (٧٧/٦) (١١١٩٩) طبعة مكتبة دار الباز بمكة المكرمة . تحقيق محمد عبد القادر عطا ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م . قال البيهقي : تفرد به بقية عن أبي محمد عمر بن أبي عمر الكلاعي وهو من مشايخ بقية المجهولين وروايته منكروا والله أعلم . الموضوع السابق نفسه . ورواه الديلمي في الفردوس بمأثور الخطاب : (٢٠٠/٥) طبعة دار الكتب العلمية - بيروت . تحقيق السعيد بن بسيوني زغلول ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م . والحديث قد ضعفه أيضا أبو الفرج ابن الجوزي في التحقيق في أحاديث الخلاف : (٢٠٦/٢) (١٥٣٨) حققه وخرج أحاديثه مسعد عبد الحميد محمد السعدني ، علق على المسائل الفقهية واللغوية وألفاظ الحديث محمد فارس . طبعة دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان . الطبعة الأولى ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م . وقال الزيلعي : " ورواه بن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله به وقال إنه مجهول لا أعلم روى عنه غير بقية كما يروى عن سائر المجهولين وأحاديثه منكروا وغير محفوظة " نصب الراية للزيلعي : (٢٠/٥) .

الكفالة استيثاق ، والحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات ، فلا يدخل فيها الاستيثاق ، ولأنه حق لا يجوز استيفاءه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به ، فلم تصح الكفالة بمن هو عليه ، كحد الزنى " (١) .

عند الظاهرية :

أما الظاهرية فإنهم لا يجيزون ضمان الوجه أصلاً ، لا فى مال ولا فى حد ، ولا فى شىء من الأشياء ؛ حيث إنهم يرون أنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى ؛ فهو باطل (٢) .

عند الزيدية :

أما الزيدية فإنهم يرون صحة كفالة البدن [الضمان الشخصى] فيما ليس حقاً محضاً لله تعالى إذ يسقط بالشبهة ، فلا يستوثق فيه ، وفى حد القذف وجهان : أحدهما تصح بالبدن ، ولا تصح بشخص مجهول ؛ وذلك لتعذر الوفاء ، ولا يعتبر أن يكون على المكفول ببدنه دين ، لجواز تعلق الغرض بإحضاره ليتبين الدعوى عليه أو ليلزمه الحد ، وتصح ببدن الصبي والزوجة والعبد الأبق وببدن الميت حيث تعلق بصورته حق فيشهد عليها ، وفى الكفالة ببعض البدن وجوه : أحدها المنع ، إذ هو حق يتعلق بعين فلم تسر ، كالبيع وسراية العتق والطلاق . والآخر تصح ، إذ لا يمكن تسليم البعض على الصفة المقصودة إلا بالكل ، فإن سمي ما لا يبقى البدن إلا به كالرأس والقلب والكبد والنصف والثالث ، صح

(١) المغنى: (٩٨/٧) . وراجع الإنصاف : (٢١٠/٥) . دقائق أولى النهى

شرح المنتهى (شرح منتهى الإرادات) : (١٣١/٢) .

(٢) انظر المحلى : (١١٩/٨-١٢٠) م (١٢٣٧) .

لما مر ، وإلا فلا ، كاليد والرجل لإمكان تسليمهما منفصلين وهو [يعنى البدن] باق لما مر ^(١) .

عند الإمامية :

أما الإمامية فإنهم يرون جوازه فقد جاء فى شرائع الإسلام أن الضامن لو كفل برأسه ، أو بدنه ، أو بوجهه ، صح ؛ لأنه قد يعبر بذلك عن الجملة عرفا ، ولو تكفل بيده أو رجله واقتصر ، لم يصح ، إذ لا يمكن إحضار ما شرط مجردا ، ولا يسرى إلى الجملة ^(٢) .

أما عند الإباضية فوجهان :

فقد جاء فى شرح النيل : وفى حمالة الوجه ^(٣) — وهى أن يتحمل لصاحب الحق بأن يحضر له من عليه الحق — قولان : الجواز والبطالان ، وجه الجواز أن حضور الذى عليه الحق حق لمن له الحق ، فالحمالة بإحضاره حمالة بحق ، وأنه كأمر بمعروف ونهى عن منكر ، وأنه كحبس وأخذ الإنسان أن يأتى بوليّه للحق ووجه المنع أنه قد وردت حمالة المال فى القرآن والسنة كما مر أول الباب لا حمالة الوجه ، وأما ﴿ وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ﴾ ^(٤) فمعناه كفيلا على مقتضى إيمانكم ، وخص الوجه بالذكر من سائر الأعضاء ؛ لأنه أفضل الأعضاء الظاهرة لاشتماله على ما به الخطاب والسمع والشم والنظر والذوق ، أو سمي الإنسان به

(١) راجع البحر الزخار : (٧٠/٦ — ٧٣) وراجع أيضا التاج المذهب لأحكام المذهب : (١٤٠/٤) .

(٢) انظر شرائع الإسلام : (٩٨/٤) .

(٣) كفالة الوجه : هى كفالة البدن نفسها .

(٤) سورة النحل : من الآية (٩١) .

لشرفه على سائر أعضائه الظاهرة ، وفي قوله تعالى : ﴿ أَفَمَنْ يَتَّقِي بِوَجْهِهِ سُوءَ الْعَذَابِ ﴾ ^(١) إشارة إلى أنه أعز الأعضاء ؛ لأن سياق الآية للإهانة ، والإهانة بمباشرة العذاب بما هو أبعد من الهون أنسب ^(٢) .

هذا فى ضمان من يتحمل لصاحب الحق بأن يحضر له من عليه الحق ، أما ضمان النفس [الضمان الشخصى] فى الحدود والجراحات فلم يجيزوه مطلقا ، فلا تصح الحمالة فى نفس أو جرح أو عضو أو منفعة عضو أو فى القصاص ؛ لأنه لا يقوم أحد عن أحد فيما مرجعه إلى البدن ؛ لأن القصاص شرع زجرا ، وبه تبقى الحياة ، وصونا للأعراض والأنساب والأموال كحد القذف والرجم والجلد وقطع السارق وعقوبة على الذنب ، فلا يوقع بمن ليس الذنب منه ، ولو ضمن من حيث الأرش والدية لجازت ضمانته ، والحكم فى القصاص والحدود أن يكون بالحبس حتى يثبت الحق ، والمراد بالحد ما يشمل الأدب والنكال والتعزير وغير ذلك ، وروى عنه ﷺ : لا كفالة فى حد ^(٣) ولا قصاص إلا من كفل بإنسان فقد لزمه وإنما يلزمه واجب الأرش ^(٤) .

(١) سورة الزمر : من الآية (٢٤) .

(٢) راجع شرح النيل و شفاء العليل : (٤٣٣/٩ ، ٤٧٤ ، ٤٧٥) .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث ص : (٢٨٧) بلفظ " لا كفالة فى حد " أما بقية النص الوارد عند الإباضية هنا فلم أفق عليه فى كتب السنة .

(٤) راجع النيل : (٤٣٥-٤٣٦) .

ضمان الطالب :

أما ضمان الطالب فلم أجد أحدا من أصحاب المذاهب تناوله من قريب أو بعيد سوى المالكية .

عند المالكية :

فقد جاء عندهم في المدونة : في الحميل بالوجه لا يغرم المال : أن الضامن إذا قال : أنا أتكفل بوجهه إلى أجل كذا وكذا ، فإن لم آت به وإلا فعلى طلبه حتى آتي به فأما المال فلا أضمنه .

أكون عليه من المال شيء إن مضى الأجل ولم يأت به في قول مالك ؟ قال مالك : لا شيء عليه ويكون كما اشترطه . فإن تكفل الضامن لرجل بوجه رجل إلى كذا وكذا ، فإن لم يوافه به إلى ذلك الأجل فلا شيء له علي الضامن من المال ، ولكنه حميل له بوجهه يطلبه حتى يأتيه به . فقد قال مالك : هو على شرطه الذي اشترطه ليس عليه إلا طلب وجهه إن هو شرط لنفسه ذلك . وقال غيره : إذا تحمل الرجل بالرجل أو بالحق أو بعينه ، فالحمالة لازمة كالدين وذلك كله سواء ، إلا أنه إذا تحمل بالرجل أو بالعين ولم يقل بالمال فجاء بالرجل فقد برئ من جميع حمالته ، وإن لم يأت به أغرم الحميل كما يغرم من تحمل بالمال . فالحمالة بنفس الرجل وبالمال سواء ، إذا لم يأت بالرجل ، وحميل المال لا يبرئه أن يأتي بالرجل ومن اشترط في الحمالة بالوجه أنني لست من المال في شيء ، فإنه لا يكون عليه من المال شيء ، أ جاء بالرجل أو لم يأت به ؛ لأن المحمول له لم يؤكد ما ينتفع به إلا أن يكون ذلك الذي اشترط لنفسه أنني لست من المال في شيء ، كان قادرا على الإتيان بالرجل الذي تحمل به ، ففرط في ذلك وتركه وهو يمكنه حتى غاب ، فيكون قد

غرم ولم يؤخذ بذلك ، وإنما أخذ ليجمعه على صاحبه — وليس هذا من شروط المسلمين — وإن تحمل بعين الرجل فلم يأت به إلى الأجل الذي تحمل به إليه ، فطلبه منه المحمول له ، ورفعته إلى الحاكم ، فلم يقض عليه بالمال حتى أتى به ، فقد برئ من المال ومن عين الرجل ، وإن حكم عليه بالمال حين لم يأت بالرجل على قدر ما رآه السلطان ، فقد لزمه المال ومضى الحكم ، وإن حبس الغريم المحمول بعينه في الحبس ، وقد كفل به رجل فأخذ به فدفعه إليه وهو في السجن ، فقد برئ الحميل ؛ لأنه يقدر على أخذه في السجن ، فيحبس له في حقه . وإن كان قد انقضى ما سجن فيه فهو يحبس له في حقه . وكذلك إذا أمكنه منه في موضع حكم وسلطان ، فإنه يبرأ . وإن دفعه في موضع لا يستطيع حبسه ولا يبلغ به سلطانا ؛ لأنه موضع لا سلطان فيه ، أو في حال فتنة أو في مفازة أو في موضع يقدر الغريم على الامتناع ، لم يبرأ منه حتى يدفعه حيث تمضى الأحكام ويكون السلطان ، وإن كان غير بلده ؛ لأنه إنما تكفل له بنفسه فقد أمكنه من نفسه في السجن ، أو حيث تجوز الأحكام . وكذلك لو مات الغريم ؛ لأنه إنما تحمل له بنفسه ، وهذه نفسه قد ذهبت وإنما تحمل به ما كان حيا وإن كان أخذ الحميل بالغريم — والغريم غائب — فحكم على الحميل وأغرم المال ، ثم طلعت للحميل بينة أن الغريم كان ميتا قبل أن يحكم على الحميل ، ارتجع ماله ؛ لأنه لو علم أنه ميت حين أخذ به الحميل لم يكن عليه شيء ؛ لأنه إنما تحمل له بنفسه ، وهذه نفسه قد ذهبت . وإنما تقع الحماله بالنفس ما كان حيا . ولو أن الغريم أمكن الطالب من نفسه ، وأشهد أنني قد دفعت نفسي إليك من حمالة فلان بي ، وهو في موضع يقدر عليه يبرئه ذلك ، وكان كأنه دفعه إليه رجل أجنبي ليس

بوكيل للحميل ، ولا يبرأ الحميل حتى يدفعه هو نفسه أو وكيله .
 وإن أبى الطالب أن يقبل ذلك ، فأشهد عليه الحميل أو وكيل الحميل
 فقد برئ الحميل . وقد ثبت أن رسول الله ﷺ قال : " الزعيم غارم "
 والزعيم هو الحميل . فإذا قال : أنا ضامن لك ، أو حميل لك ، أو
 قبيل لك ، أو زعيم لك ، أو هو لك عندى ، أو هو لك على ، أو هو
 لك إلى أو هو لك قبلى ، فهذا كله ضامن لازم . والضمان حمالة
 والحاملة لازمة كالدين وإن كان في هذه الوجوه كلها يريد الحق فهو
 لازم . وإن كان يريد الرجل فهو لازم (١) .

وجاء فى التاج والإكليل : أن ضمان الطلب صحيح .
 فلو قال : أنا حميل بطلبه أو علي أن أطلبه فليس عليه سوى ذلك .
 قال مالك : لو شرط حميل الوجه أني أطلبه فإن لم أجده برئت من
 المال ولكن على طلبه حتى آتي به — لم يلزمه إلا ما شرط . وقال
 غيره : لو قال : لا أضمن إلا وجهه فهذا لا يضمن إلا بالوجه ،
 غاب أو حضر أو مات أو فلس ، ولا يحبس إن لم يحضره إلا أن
 يعلم بمكانه فليحبس بقدر ما يرى السلطان مما يرجو به إحضاره .
 هذا ولا يلزمه من المال شيء : جاء بالرجل أو لم يأت به إلا أن
 يمكنه بعد الأجل إحضاره ففرط فيه حتى عد مفرطاً فيه فإنه يغرم
 المال ؛ لأنه كالقاصد بذلك إتلاف مال غيره بعد أن التزم صيانته ،
 وهذا التعليل يقتضي أن لا يقال لأب أحضر ابنك ، ولا للزوج
 أحضر زوجتك . ولو كانت المطالبة بجرح أو قطع أو قتل لم تجز
 الكفالة بما يجب على المطلوب ، ولا أن يتكفل بوجهه على أنه متى
 عجز عن إحضاره أخذ ذلك منه وجازت الكفالة بطلبه خاصة ، وأما

(١) راجع المدونة : (٩٨٠، ٩٧/٤) .

إن كانت المطالبة لحق الله لم يجز أن يترك بحميل والحكم أن يسجن حتى يقام عليه الحد ^(١) .

أدلة الفريقين :

أولاً : أدلة المجيزين ضمان النفس (وهم الجمهور) :

استدل جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة والشافعية (فى الراجح) والزيدية (فيما ليس حقا محضاً لله تعالى) والإمامية ، والإباضية (فى أحد وجهين) وغيرهم — على صحة ضمان البدن في الجملة بما يأتى :

الكتاب :

استدلوا بقوله تعالى — حكاية عن يعقوب عليه السلام — : ﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِي مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ ﴾ ^(٢) فقد استأنسوا بذلك لضمان النفس حيث إن الحاجة داعية إلى الاستيثاق بضمان المال أو البدن ، وضمان المال يمتنع منه كثير من الناس ، فلو لم تجز الكفالة بالنفس لأدى إلى الحرج ، وعدم المعاملات المحتاج إليها وهذا مما يتنافى مع روح التيسير التى جاءت بها شريعة الله ؟ قال تعالى : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ ^(٣) ^(٤) .

(١) راجع التاج والإكليل لمختصر خليل : (٦١/٧ ، ٦٢) وشرح مختصر خليل :

(٣٦/٦) . وانظر أيضا الشرح الكبير للرددير : (٣٤٦/٣ ، ٣٤٧) .

(٢) سورة يوسف : من الآية (٦٦) .

(٣) سورة البقرة : من الآية (١٨٥) .

(٤) انظر كشف القناع عن متن الإقناع : (٣٧٤/٣ ، ٣٧٥٩) وراجع حاشية

البجيرمى على الخطيب : (١٢٣/٣ ، ١٢٤) .

واستدلوا أيضا بقوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ إِنَّ لَهُ أَبًا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ إِنَّا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ﴾ (١) فاعتبروه ضمانا شخصا (كفالة بالبدن) :

قال القرطبى : ﴿ فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ ﴾ على وجه الحقيقة ، فبعد عليهم وهم أنبياء أن يروا استرقاق حر ، فلم يبق إلا أن يريدوا بذلك طريق الحمالة (الضمان) أى : خذ أحدنا مكانه حتى ينصرف إليك صاحبك ومقصدهم بذلك أن يصل بنيامين إلى أبيه ويعرف يعقوب جلية الأمر فمنع يوسف (عليه السلام) من ذلك ، إذ الحمالة فى الحدود ونحوها - بمعنى إحضار المضمون فقط - جائزة مع التراضى غير لازمة إذا أبى الطالب وأما الحمالة فى مثل هذا على أن يلزم الحمل ما كان يلزم المضمون من عقوبة فلا يجوز إجماعا . وإن الحمالة فى الوجه فقط فى جميع الحدود جائزة إلا فى النفس ، وجمهور الفقهاء على جواز الكفالة فى النفس ، واختلف فيها عن الشافعى : فمرة ضعفها ومرة أجازها (٢) .

جاء فى البحر الزخار أن : " باب كفالة الوجه . الأصل فيها من الكتاب قوله تعالى : ﴿ فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ ﴾ وهذا كفالة ببدن " (٣) .

وجاء فى تفسير الثعالبى : أن قوله تعالى ﴿ فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ ﴾ يحتل أن يكون ذلك منهم مجازا ، ويحتمل أن يكون حقيقة على طريق الحمالة (الضمان) حتى يصل بنيامين إلى أبيه ،

(١) سورة يوسف : الآية (٧٨) .

(٢) راجع تفسير القرطبى : (١٥٧/٩) .

(٣) البحر الزخار : (٧٠/٦) .

ويعرف يعقوب جلية الأمر ، فمنع يوسف من ذلك ، وقال معاذ الله... الآية (١) .

السنة : فقد قال النبي ﷺ : " الزعيم غارم " ولحبسه ﷺ للذين أرسل معهما عمرو بن أمية حتى رجع (٢) .

الإجماع : فإن حمزة بن عمرو الأسلمي صحابي ، وقد فعله ولم ينكر عليه عمر مع كثرة الصحابة حينئذ وأيضاً حبس على (عليه السلام) ضمير الوجه حتى جاء به ولم ينكر (٣) .

المعقول : حيث إن الحاجة داعية إلى الاستيثاق بضمان المال أو البدن ، وضمان المال يتمتع منه كثير من الناس فلو لم تجز الكفالة بالنفس لأدى إلى الحرج ، وعدم المعاملات المحتاج إليها (٤) .

ثانياً : أدلة المانحين ضمان النفس :

ذهب الشافعية في قول لهم إلى أن الضمان الشخصي لا يصح ، وهو ما ذهب إليه الظاهرية ، فلا يجوز عندهم ضمان النفس : لا في مال ولا في حد ، ولا في شيء من الأشياء ، وعند الزيدية لا يصح في حق الله تعالى محض ، إذ يسقط بالشبهة فلا

(١) راجع تفسير الثعالبي (الجواهر الحسان في تفسير القرآن) (٢٥٣/٢) لعبد الرحمن بن محمد ابن مخلوف الثعالبي . طبعة مؤسسة الأعلمي للمطبوعات - بيروت . بدون رقم أو تاريخ .

(٢) نقله صاحب البحر الزخار راجعه : (٧٠/٦) ولم أقف على هذا الخبر عن النبي ﷺ .

(٣) نقل هذا الإجماع صاحب البحر الزخار . راجعه : (٧٠/٦ - ٧٢) .

(٤) انظر كشف القناع عن متن الإقناع : (٣٧٤/٣ ، ٣٧٥) وكذلك البحر الزخار : (٧١/٦) .

يستوثق فيه وفي حد القذف وجهان : أحدهما يصح (أى الضمان الشخصي) وهو أحد وجهين عند الإباضية .

ويستدل لهذا الفريق ابن حزم الظاهري ، ويرد على المجيزين فيقول : لا يجوز ضمان الوجه أصلاً ، لا في مال ولا في حد ، ولا في شيء من الأشياء ؛ لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل . ومن طريق النظر إننا نسألهم عن تكفل بالوجه فقط فغاب المكفول ماذا تصنعون بالضامن لوجهه ؟ أتلتزمونه غرامة ما على المضمون - فهذا جور وأكل مال بالباطل - لأنه لم يلتزمه قط ، أم تتركونه ؟ فقد أبطلتم الضمان بالوجه الذي جاذبتم فيه الخصوم ، وحكمتم بأنه لا معنى له ، أم تكلفونه طلبه ؟ فهذا تكليف الحرج ، وما لا طاقة له به ، وما لم يكلفه الله تعالى إياه قط ، ولا منفعة فيه ، ولعله يزول عن موضعكم ولا يطلبه ، ولكن يشتغل بما يعنيه . وقولنا هذا هو أحد قولي الشافعي ، وقول أبي سليمان^(١) . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يجوز ضمان الوجه إلا أن مالكا قال : إن ضمن الوجه غرم المال ، إلا أن يقول الوجه خاصة ، فكان هذا التقسيم طريفاً جداً ، وما يعلم أحد فرق بين قوله : أنا أضمن وجهه وبين قوله : أنا أضمن وجهه خاصة ، وكلا القولين لم يلتزم فيه غرامة مال ولا ضماناً أصلاً ، فكيف يجوز أن يأخذ بغرامة مال لم يضمنه قط ؟ وحسبنا الله ونعم الوكيل - وما نعلم لمالك في هذا التقسيم سلفاً .

واحتمج المجيزون ضمان الوجه بما رواه أبوهريرة رضي الله عنه : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كفل في تهمة " ^(٢) . وبما

(١) هو داود الظاهري . وسبقت ترجمته ص : (٢٧) .

(٢) لم أقف عليه إلا في ضعفاء العقيلي (الضعفاء الكبير) لأبي جعفر محمد بن عمر بن موسى العقيلي : (٥٢/١) طبعة دار المكتبة العلمية - بيروت - الطبعة =

روينا من حديث حمزة بن عمرو الأسلمي ^(١) : أن عمر بعثه مصدقا على بني سعد وفي الخبر " أنه وجد فيهم رجلا وطئ أمة امرأته فولدت منه فأخذ حمزة بالرجل كفيلا " ^(٢) لأنهم ذكروا له : أن عمر قد عرف خبره ، وأنه لم ير عليه رجما ، لكن جلده مائة ، فلما أتى عمر أخبره الخبر ، فصدقهم عمر ، قال : وإنما درأ عنه الرجم لأنه عذره بالجهالة . وبخبر رويناه عن حارثة بن مضرب : أن ابن مسعود أتى بقوم يقرون بنبوة مسيلمة ، وفيهم ابن النواحة فاستتابه فأبى ؟ فضرب عنقه ، ثم إن ابن مسعود استشار أصحاب رسول الله ﷺ في الباقيين ؟ فأشار عليه عدى بن حاتم بقتلهم ، وأشار عليه الأشعث بن قيس ، وجريز بن عبد الله باستتابتهم وأن يكفلهم عشائهم ، فاستتابهم ، فكفلهم عشائهم ، ونفاهم إلى الشام . وذكروا : أن شريحا كفل في دم وحبسه في السجن ؛ وأن عمر بن عبد العزيز كفل في حد ، قالوا : وهذا إجماع من الصحابة كما ترى . قال أبو محمد : في احتجاج من احتج بهذا كله دليل على رقة دين المحتج به ولا مزيد ، وعلى قلة مبالاته بالفضيحة العاجلة والخزي الآجل عند الله تعالى ، وما لهم حجة أصلا غير ما ذكرنا ، وكل ذلك باطل . أما الخبر عن رسول الله ﷺ فباطل لأنه من

= الأولى ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م . تحقيق : عبد المعطي أمين قلنجي وكذلك في مجمع الزوائد للهيثمي ، حيث قال بعد ذكره الحديث : " فيه إبراهيم بن حثيم عن عراك وهو متروك " راجع مجمع الزوائد للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي : (٣٦٨/٤) طبعة دار الفكر ، بيروت - ١٤١٢هـ .

(١) حمزة بن عمرو الأسلمي كنيته أبو صالح مات سنة إحدى وستين وهو بن إحدى وسبعين سنة . انظر : مشاهير علماء الأمصار لأبي حاتم التميمي : ص : (١٦) طبعة دار الكتب العلمية بيروت ١٩٥٩م ، تحقيق : م . فلايشهمر . ومولد العلماء ووفياتهم (١٧٣/١ ، ١٧٤) .

(٢) صحيح البخاري : كتاب الكفالة - باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها (٨٠/٣) حديث رقم (٢٢٩١) .

رواية إبراهيم بن خثيم بن عراك ، وهو وأبوه في غاية الضعف ، لا تجوز الرواية عنهما ، ومعاذ الله من أن يأخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه وسلم أحدا بتهمة ، وهو القائل : " إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث " ^(١) والتهمة ظن . ولو جاز أن يكفل إنسان بتهمة لوجب الكفيل على كل من على ظهر الأرض ، إذ ليس أحد بعد الصدر الأول يقطع ببراءته من التهمة — وهذا تخطيط لا نظير له ، والمحتجون بهذا الخبر لا يقولون بما فيه من أخذ الكفالة في التهمة ، فمن أضل ممن يحتج بخبر يطلقه على رسول الله ﷺ فيما ليس فيه منه شيء ، وهو يخالف كل ما في ذلك الخبر ، ويرى الحكم بما فيه جورا وظلما ؟ نبرأ إلى الله تعالى من مثل هذا . وأما خبر حمزة بن عمرو الأسلمي فباطل لأنه عن عبد الرحمن بن أبي الزناد وهو ضعيف — ثم المحتجون به أول مخالف لما فيه ، فليس منهم أحد يرى أن يجلد الجاهل في وطء أمة امرأته مائة ، ولا أن يدرأ الرجم عن الجاهل فكيف يستحلون أن يحتجوا عن عمر رضي الله عنه بعمل هو عندهم جور وظلم ، أما في هذا عجب وعبرة ما شاء الله كان . وأيضا : فكلهم لا يجيز الكفالة في شيء من الحدود وهذا الخبر إنما فيه الكفالة في حد فاعجبوا لهذه العجائب ؟ وأما خبر ابن مسعود — فإننا رويناه من طريق يحيى بن سعيد القطان ، وسفيان بن عيينة ، كلاهما عن إسماعيل بن أبي خالد ^(٢) عن قيس بن أبي

(١) رواه البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة ؓ : كتاب الأدب — باب يألها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن (١١٧/٧) (٦٠٦٦).

(٢) إسماعيل بن أبي خالد الأحمسي مولاهم . روى عن : أبيه ، وأبي جحيفة وعمرو بن حريث ، وأبي كاهل ، وعبد الله بن أبي أوفى وهؤلاء صحابة ، وعن : زيد بن وهب ، وقيس بن أبي حازم ، والشعبي ، وغيرهم من كبار التابعين ، وعن جماعة من أقرانه ، وعن إخوته ، وغيرهم . وعنه : شعبة والسفيانان ، وابن المبارك . قال البخاري ، عن علي : له نحو ثلاثمائة حديث =

حازم^(١) عن ابن مسعود . ومن طريق الأعمش ، وشعبة ، وسفيان الثوري ، كلهم عن أبي إسحاق^(٢) عن حارثة بن

= وقال أحمد : أصح الناس حديثاً عن الشعبي ابن أبي خالد . وقال بن مهدي ، وابن معين و النسائي : ثقة . وقال ابن عمار الموصلي : حجة . قال البخاري ، عن أبي نعيم : مات سنة (١٤٦) . انظر تهذيب التهذيب : (٢٦٤، ٢٦٣/١) الطبقات الكبرى لابن سعد : (٣٤٤/٦) .

(١) قيس بن أبي حازم ، واسمه حصين بن عوف ، ويقال عوف بن عبد الحارث ، ويقال عبد عوف بن الحارث بن عوف البجلي الأحمسي ، أبو عبد الله الكوفي . قال إسحاق بن إسماعيل عن بن عيينة : ما كان بالكوفة أحد أروى عن أصحاب رسول الله ﷺ من قيس ، وقال الأجرى عن أبي داود : أجود التابعين إسناداً قيس بن أبي حازم روى عن تسعة من العشرة ولم يرو عن عبد الرحمن بن عوف ، وقال ابن معين : هو أوثق من الزهري وقال مرة : ثقة ، قال عمرو ابن علي : مات سنة أربع وثمانين ، وقال ابن أبي خيثمة عن ابن معين : مات سنة سبع أو ثمان وتسعين ، وقيل غير ذلك . انظر تهذيب التهذيب : (٣٣٧-٣٣٥/٨) .

(٢) أبو إسحاق السبيعي : عمرو بن عبد الله بن عبيد الهمداني الكوفي ، أحد الأعلام ، روى عن علي وجابر بن سمرة وزيد بن أرقم والبراء وأنس وابن عمر وابن عباس وغيرهم ، وعنه ابنه يونس وشعبة والسفيانان وشريك والأعمش ، قال أبو حاتم : يشبه الزهري في كثرة الرواية واتساعه في الرجال ، قال علي بن المديني : روى أبو إسحاق عن سبعين رجلاً أو ثمانين لم يرو عنهم غيره ، وأحصيت مشيخته نحو من ثلاث مئة شيخ ، وقال علي في موضع آخر : أربعمئة شيخ وقيل : إنه سمع من ثمانية وثلاثين صحابياً ، وقال الأعمش : كان أصحاب ابن مسعود إذا رأوا أبا إسحاق قالوا : هذا عمرو القاري الذي لا يلتفت ، ابن فضيل عن أبيه قال : كان أبو إسحاق يقرأ القرآن في كل ثلاث ، قال أحمد بن حنبل ويحيى بن معين : أبو إسحاق ثقة ، قال يحيى بن سعيد القطان : توفي أبو إسحاق سنة سبع وعشرين ومئة يوم دخول =

مضرب^(١) عن ابن مسعود وهذه الأسانيد هي أنوار الهدى لم يذكر أحد منهم في روايته أنه كفل بهم ، ولا ذكر منهم أحد كفالة إلا إسرائيل وحده - وهو ضعيف - ولو كان ثقة ما ضر روايته من خالفها من الثقات ، ولكنه ضعيف - ثم لو صحت لكان جميع المحتجين بها أول مخالف لها ؛ لأنهم كلهم لا يجيزون الكفالة في الردة تاب أو لم يتب ، ولا يرون التغريب على المرتد إذ تاب ، وليس هذا مكانا يمكنهم فيه دعوى نسخ بل هي أحكام مجموعة : إما صواب وحجة ، وإما خطأ وغير حجة : الكفالة بالوجه في الحدود وفي الردة ، والتغريب في الردة وجلد الجاهل المحض في الزنى مائة جلدة ، ولا يرحم ، فيا للمسلمين كيف يستحل من له مسكة حياء أن يحتج على خصمه بما هو أول مخالف له ؟! . وكذلك الرواية عن شريح ، وعمر بن عبد العزيز إنما هي أنهما كفلا في حد ودم ، وهم لا يرون الكفالة فيهما أصلا ، وهي بعد عن شريح من طريق جابر الجعفي^(٢) - وهو كذاب - ولا يعرف هذا أيضا يصح عن

= الضحاك بن قيس غالبا على الكوفة ، وقيل سنة ست وعشرين ومائة . انظر طبقات الحفاظ للسيوطي : (٥١، ٥٠/١) طبعة دار الكتب العلمية . الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، وسير أعلام النبلاء (٣٩٢/٥ - ٤٠١) .

(١) حارثة بن مُضَرَّب : بتشديد الراء المكسورة العبدى ، له إدراك ورواية عن عمر وعلى وغيرهما ، روى عنه أبو إسحاق السبيعي ، ووثقه ابن معين وغيره وقد استدركه أبو موسى فى الذيل لكونه قد أدرك . انظر الإصابة فى تمييز الصحابة : (١٣٩/٢) .

(٢) جابر بن يزيد الجعفي ، قال ابن عيينة : جابر بن يزيد الجعفي : إذا قال لك حدثنى أو سمعت فذاك ، وإذا قال : قال . فكأنه يدلس . قيل : إنه كان ضعيفا جدا فى رأيه وحديثه ، قال ابن عيينة : كنت معه فى بيت فتكلم بكلام ينقض البيت أو كاد ينقض أو نحو هذا ، توفى جابر بن يزيد سنة ثمان وعشرين ومائة . انظر الطبقات الكبرى (١٤٥/٦) . ومولد العلماء ووفياتهم لمحمد بن عبد =

عمر بن عبد العزيز . فإن كان ما ذكروا من هذه التكاذيب إجماعاً كما زعموا فقد أقروا على أنفسهم بمخالفة الإجماع ، فسحقاً وبعداً لمن خالف الإجماع ، نقول فيهم : كما قال تعالى فيمن اعترف على نفسه بالضلال : ﴿ فَأَعْتَرَفُوا بِذَنبِهِمْ فَسُحْقًا لِأَصْحَابِ السَّعِيرِ ﴾ (١) وشهدوا على أنفسهم إلا إن أولئك نادمون ، وهؤلاء مصررون . وأما نحن فلو صحت هذه الروايات كلها لما كان فيها حجة ؛ لأنها إنما هي عن خمسة من الصحابة رضي الله عنهم فقط ، وأين هذه من صلاة معاذ مع النبي ﷺ ثم إمامته قومه في مسجد بني سلمة في تلك الصلاة وخلفه ثلاثة وأربعون بدرية مسمون بأسمائهم وأنسابهم سوى سائر أصحاب المشاهد منهم فلم يروا هذا إجماعاً ، بل رأوها صلاة فاسدة ، ومعاذ الله من هذا ، بل هي والله صلاة مقدسة فاضلة ، حق ، وصلاة المخالفين لها هي الفاسدة حقاً . وأين هذا من إعطاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وجميع أصحابه أرض خيبر على نصف ما يخرج منها من زرع أو تمر إلى غير أجل مسمى ، لكن يقرونهم بها كما شاءوا ، ويخرجونهم إذا شاءوا ؟ فلم يروا هذا إجماعاً ، بل رأوه معاملة فاسدة مردودة ، وحاشا لله من هذا ، بل هو والله الإجماع المتيقن والحق الواضح ، وأقوال من خالف ذلك هي الفاسدة المردودة حقاً ، ونحمد الله تعالى على ما من به . ثم اعلموا الآن أنه لم يصح قط إباحة كفالة الوجه عن صاحب ولا تابع فهي باطل متيقن لا تجوز البتة . (٢) .

وهذا كلام في منتهى القسوة والشدة ، وذلك ليس غريباً

على ابن حزم ، وسيأتي الرد عليه بإذن الله في الترجيح .

= الله الربيعي (٢٩٩/١) طبعة دار العاصمة : الرياض ، الطبعة الأولى ،

١٤١٠ هـ . تحقيق : د. عبد الله أحمد سليمان الحمد .

(١) سورة الملك : آية (١١) .

(٢) راجع المحلى : (١١٩/٨-١٢٠) م (١٢٣٧) .

الترجيح :

الراجح — بعد العرض السابق — هو ماذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة والشافعية (فى الراجح) وقد وافقهم — على التفصيل السابق — الزيدية والإمامية والإباضية (فى أحد وجهين) وغيرهم — على صحة ضمان البدن في الجملة ، مع بعض الاختلاف ؛ وذلك كما يأتي :

أولاً : قوة أدلة الجمهور ، وإضافة إلى ما سبق من أدلتهم يمكن إضافة ما ساقه الإمام البخارى — مستدلاً على صحة ضمان الأبدان — ما يأتي من أدلة :

" ١ — عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه [أى حمزة بن عمرو الأسلمي] أن عمر رضي الله عنه بعثه مصدقاً فوق رجل على جارية امرأته ، فأخذ حمزة من الرجل كفيلاً حتى قدم على عمر ، وكان عمر قد جلده مائة جلدة فصدقهم وعذره بالجهالة .

٢ — وقال جرير ^(١) والأشعث ^(٢) لعبد الله بن مسعود في المرتدين : استتبههم وكفلهم ، فتأبوا وكفلهم عشائريهم .

(١) جرير بن عبد الله البجلي أبو عمرو ، كان ممن هاجر إلى رسول الله ﷺ . ما حجه رسول الله منذ أسلم ، ولا رآه إلا تبسم في وجهه ، سكن الكوفة ، فلما وقعت الفتن خرج هو وعدى بن حاتم وحنظلة الكاتب ، وقالوا لا نقيم ببلدة يشتم فيها عثمان رضي الله عنه فخرجوا إلى قرقيسية وسكنوها . مات جرير بالسراة في ولاية الضحاك بن قيس على الكوفة سنة إحدى وخمسين . انظر مشاهير علماء الأمصار (٤٤/١) والطبقات الكبرى (٢٢/٦) .

(٢) الأشعث بن قيس بن معدى كرب بن معاوية بن كندة . كان اسم الأشعث معدى كرب وكان أبداً أشعث الرأس فغلب عليه . له صحبة ورواية . حدث عنه الشعبي وقيس بن أبي حازم وأبو وائل ، وأرسل عنه إبراهيم النخعي . وأصيب عينه يوم اليرموك ، وكان أكبر أمراء على يوم صفين . وعن إبراهيم النخعي : قال ارتد الأشعث فى ناس من =

وقال حماد ^(١) : إذا تكفل بنفس فمات فلا شيء عليه
وقال الحكم ^(٢) : يضمن ^(٣) .

٣— عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه ذكر رجلا من بني إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار، فقال انتتني بالشهداء أشهدهم ، فقال : كفى بالله شهيدا ، قال فأنتني بالكفيل ، قال : كفى بالله كفيلا ، قال : صدقت فدفعها إليه إلى أجل مسمى ، فخرج في البحر فقضى حاجته ، ثم التمس مركبا يركبها يقدم عليه للأجل الذي أجله فلم يجد مركبا ، فأخذ خشبة فنقرها فأدخل فيها ألف دينار وصحيفة منه إلى صاحبه ثم زجج موضعها ، ثم أتى بها إلى البحر ، فقال : اللهم إنك تعلم أنى كنت تسلفت فلانا ألف دينار فسألنى كفيلا فقلت : كفى بالله كفيلا فرضى بك ، وسألنى شهيدا فقلت : كفى بالله شهيدا فرضى

= كندة فحوصر ، وأخذ بالأمان فأخذ الأمان لسبعين ، ولم يأخذ لنفسه فأتى به الصديق فقال : إنا قاتلوك لا أمان لك ، فقال تمن على وأسلم ، قال : ففعل وزوجه أخته . إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال : كان الأشعث حلف على يمين ، ثم قال قبحك الله من مال أما والله ما حلفت إلا على حق ، ولكنه رد على صاحبه وكان ثلاثين ألفا . عن حكيم بن جابر قال : لما توفى الأشعث بن قيس أتاهم الحسن بن علي ، فأمرهم أن يوضؤوه بالكافور ، وكانت بنته تحت الحسن . قالوا توفى سنة أربعين ، وزاد بعضهم بعد علي رضي الله عنه بأربعين ليلة ، ودفن في داره . وقيل عاش ثلاثا وستين سنة . انظر : الطبقات الكبرى (٢٢/٦) . وسير أعلام النبلاء : (٣٧/٢) .

(١) حماد بن أبي سليمان مولى إبراهيم بن أبي موسى الأشعري ، فقيه صدوق ، شيخ أبي حنيفة وتلميذ النخعي . توفى (١٢٠هـ) راجع طبقات ابن سعد (٣٣٢/٦) والتقريب (١٩٧/١) وطبقات الشيرازي ص (٨٤) .

(٢) الحكم بن عتيبة أبو محمد الكندي مولاهم الكوفي ، الإمام الكبير عالم الكوفة ، من أقران النخعي ، ولد في نحو سنة (٤٦هـ) . كان الحكم ثقة ثبتا فقيها ، صاحب سنة واتباع ، توفى سنة (١١٥هـ) . انظر سير أعلام النبلاء (٢٠٨/٥) .

(٣) صحيح البخاري : كتاب الكفالة — باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها (٨٠/٣) حديث رقم (٢٢٩١) .

بك ، وأني جهدت أن أجد مركبا أبعث إليه الذي له فلم أقدر وإنى أستودعها ، فرمى بها في البحر حتى ولجت فيه ثم انصرف ، وهو في ذلك يلتمس مركبا يخرج إلى بلده ، فخرج الرجل الذي كان أسلفه ينظر لعل مركبا قد جاء بماله فإذا بالخشبة التي فيها المال ، فأخذها لأهله حطبا ، فلما نشرها وجد المال والصحيفة ، ثم قدم الذي كان أسلفه فأتى بالآلف دينار فقال والله ما زلت جاهدا في طلب مركب لآتيك بمالك فما وجدت مركبا قبل الذي أتيت فيه ، قال : هل كنت بعثت إلي بشيء ؟ قال : أخبرك أني لم أجد مركبا قبل الذي جئت فيه ، قال فإن الله قد أدى عنك الذي بعثت في الخشبة ، فانصرف بالآلف الدينار راشدا " (١) .

ويحسن سوق ما قاله ابن حجر تعليقا على تلك الأخبار ، فقد قال : واستفيد من هذه القصة مشروعية الكفالة بالأبدان فإن حمزة بن عمرو الأسلمي صحابي ، وقد فعله ولم ينكر عليه عمر مع كثرة الصحابة حينئذ . وقد أخذ البخاري الكفالة بالأبدان في الديون من الكفالة بالأبدان في الحدود بطريق الأولى . والكفالة بالنفس قال بها الجمهور ، ولم يختلف من قال بها أن المكفول بحد أو قصاص إذا غاب أو مات أن لا حد على الكفيل بخلاف الدين ، والفرق بينهما أن الكفيل إذا أدى المال وجب له على صاحب المال مثله (٢) .

أما عن قول جرير بن عبد الله البجلي والأشعث بن قيس الكندي لعبد الله بن مسعود في المرتدين : استتبهم وكفلهم ،

(١) صحيح البخاري : كتاب الكفالة — باب الكفالة في القرض و الديون بالأبدان وغيرها

(٨١، ٨٠/٣) حديث رقم (٢٢٩١) .

(٢) راجع فتح الباري : (٥٤٩/٤) .

فتابوا وكفلهم عشائهم فهو مختصر من قصة أخرجها البيهقي بطولها من طريق أبى إسحاق عن حارثة بن مضرب قال : صليت الغداة مع عبد الله بن مسعود ، فلما سلم قام رجل فأخبره أنه انتهى إلى مسجد بنى حنيفة فسمع مؤذن عبد الله بن النواحة يشهد أن مسيلمة رسول الله ، فقال عبد الله : علي بابن النواحة وأصحابه ، فجاء بهم . فأمر بضرب عنق ابن النواحة ، ثم استشار الناس فى أولئك النفر فأشار عليه عدى بن حاتم بقتلهم ، فقام جرير والأشعث فقالا : بل استتبهم وكفلهم عشائهم ، فتابوا وكفلهم عشائهم .

وأما عن وجه الدلالة من حديث أبى هريرة رضي الله عنه على الكفالة فهو تحدث النبي ﷺ بذلك وتقريره له ، وإنما ذكر ذلك ليتأسى به فيه ، وإلا لم يكن لذكره فائدة ^(١) .

ثانيا : ضعف حجج المانعين ، وبيانه كما يأتى :

أما عن قول ابن حزم — فى رده على الجمهور — : أن ضمان الوجه شرط ليس فى كتاب الله تعالى ؛ وعليه فهو باطل . فيمكن الرد عليه بأنه شرط فى كتاب الله تعالى ؛ لأن قوله تعالى : ﴿ فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ ﴾ من باب ضمان النفس على الراجح — فيما يبدو لى — :

فقوله تعالى : ﴿ فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ ﴾ على وجه الحقيقة فبعيد عليهم وهم أبناء يعقوب (عليه السلام) أن يروا استرقاق حر فلم يبق إلا أن يريدوا بذلك طريق الحمالة [الضمان] أى : خذ أحدنا مكانه حتى يعود إليك صاحبك ، ومقصدهم بذلك أن يصل بنيامين إلى أبيه ، ويعرف يعقوب جلية الأمر فمنع يوسف (عليه

(١) راجع فتح البارى : (٥٥١/٤) .

السلام) من ذلك ، إذ الحمالة في الحدود ونحوها — بمعنى إحضار المضمون فقط — جائزة مع التراضي غير لازمة إذا أبى الطالب وأما الحمالة في مثل هذا على أن يلزم الحميل ما كان يلزم المضمون من عقوبة فلا يجوز إجماعا . وإن الحمالة في الوجه فقط في جميع الحدود جائزة إلا في النفس ، وجمهور الفقهاء على جواز الكفالة في النفس واختلف فيها عن الشافعي فمرة ضعفها ومرة أجازها ^(١) .

وجاء في التسهيل لعلوم التنزيل : " فخذ أحدنا مكانه على وجه الضمان والاسترهان والانقياد وهذا هو الأظهر " ^(٢) .
والضمان هنا هو ضمان النفس .

وأما قوله : ومن طريق النظر إننا نسألهم عن تكفل بالوجه فقط فغاب المكفول ماذا تصنعون بالضامن لوجهه ؟ أتلمونه غرامة ما على المضمون — فهذا جور وأكل مال بالباطل — لأنه لم يلتزمه قط ، أم تتركونه ؟ فقد أبطلتم الضمان بالوجه الذي جاذبتم فيه الخصوم ، وحكمتم بأنه لا معنى له ، أم تكلفونه طلبه ؟ فهذا تكليف الحرج ، وما لا طاقة له به ، وما لم يكلفه الله تعالى إياه قط ، ولا منفعة فيه ، ولعله يزول عن موضعكم ولا يطلبه ، ولكن يشتغل بما يعنيه أ.هـ — فإن " الزعيم غارم " كما قال النبي ﷺ فإن ضمن وجهه أو طلبه فاشترط لنفسه أن يطلبه فقط ، فإن لم يجده برئ من المال ، ولكن عليه طلبه حتى يأتي به — لم يلزمه إلا ما

(١) راجع المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز لأبي محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي : (٢٦٨/٣) . طبعة دار اكتب العلمية — لبنان ، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ —

١٩٩٣م . تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد . وراجع تفسير القرطبي : (١٥٧/٩) .

(٢) التسهيل لعلوم التنزيل لمحمد بن أحمد بن محمد الكلبي : (١٢٥/٢) . طبعة دار الكتاب

العربي — لبنان — الطبعة الرابعة ١٤٠٣هـ — ١٩٨٣م .

شرط ، وليس عليه سوى ذلك . فقد قال النبى ﷺ : " المسلمون عند شروطهم " ^(١) ، فإن لم يقتصر الضمان على الطلب فقط ضمن ما عليه من مال ؛ وعليه فلا يجوز حبسه إن لم يحضره إلا أن يعلم بمكانه فيقصر فى طلبه وإحضاره ، فإن فعل حبس بقدر ما يرى السلطان مما يدفعه إلى إحضاره . هذا ولا يلزمه من المال شيء : جاء بالرجل أو لم يأت به إلا أن يمكنه بعد الأجل إحضاره ففرط فيه ؛ حتى عد مفرطاً فيه فإنه يغرم المال ؛ لأنه كالقاصد بذلك إتلاف مال غيره بعد أن التزم صيانتة ، هذا ولا يعد تكليفه بذلك تكليف الحرج ، وما لا طاقة له به ، وما لم يكلفه الله تعالى إياه قط ، ولا منفعة فيه ؛ لأنه لم يجبر على ذلك ، بل من هو من اختياره ، وهو يعلم مسبقاً أن " الزعيم غارم " وإن لم يعلم مسبقاً فإن ذلك لا يؤثر على الحكم فى شيء ، فلا أحد يملك إجباره على الضمان ، فإن فعل كلف بما التزم .

وأما إن كانت المطالبة لحق الله : سواء كان حقاً لله تعالى خالصاً ، كحد الزنى والسرقة ، أو لآدمى كحد القذف والقصاص - لم يجز أن يترك بضامن ؛ لأن ذلك لم يؤثر عن رسول الله ﷺ فعله ، ولو كان جائزاً لفعله ﷺ ؛ ولأن ترك المضمون الذى عليه حد بضامن قد يؤدى إلى ضياع الحدود ، فإن الضامن إذا فشل فى الإتيان بالمضمون لإقامة الحد عليه فإنه لا يقام عليه الحد بدلاً منه إجماعاً ^(٢) فيفوت بذلك إقامة حدود الله ؛ ولأن فتح هذا الباب [ضمان من عليه حد] أيضاً سيكون ذريعة للتهرب من تنفيذ العقوبات والحدود ، فيؤدى ذلك إلى التساهل وجرأة كثير من الناس

(١) سبق تخريجه ص : (١٢٣) .

(٢) نقل هذا الإجماع الإمام القرطبي : راجع تفسير القرطبي : (١٥٧/٩) . و الإمام أبو

محمد الأندلسي . راجع المحرر الوجيز فى تفسير الكتاب العزيز : (٢٦٨/٣) .

على إرتكاب الموبقات . والصواب أن يسجن المضمون حتى يقام عليه الحد ؛ لكي يكون ذلك رادعا لكل من تسول له نفسه التعدي على حدود الله ؛ فتتحقق بذلك النتيجة والغاية المرجوة من وراء فرض العقوبات في الشريعة الإسلامية .

وهذا قول أكثر أهل العلم ؛ منهم شريح والحسن . وبه قال إسحاق بن راهويه وأصحاب الرأي والحنابلة ووافقهم الإباضية . وبه قال الشافعي في حدود الله تعالى ، ؛ وحيث إن الكفالة استيثاق ، والحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات ، فلا يدخل فيها الاستيثاق ؛ ولأنه حق لا يجوز استيفاءه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به ، فلم تصح الكفالة بمن هو عليه .

أما تضعيفه عبد الرحمن بن أبي الزناد فليس على إطلاقه ؛ لأنه لم يجتمع الأئمة على تضعيفه ^(١) .

(١) قال عنه الذهبي وغيره : الإمام الفقيه الحافظ أبو محمد عبد الرحمن بن الفقيه أبي الزناد عبد الله بن ذكوان المدني ولد بعد المئة وسمع أباه وسهيل بن أبي صالح وعمرو بن أبي عمرو وهشام بن عروة ويحيى بن سعيد وطبقتهم ، وكان من أوعية العلم ، أخذ القراءة عرضا عن أبي جعفر القارئ ، وحدث عنه ابن جريح وهو من شيوخه وسعيد بن منصور ... وعدد كبير ، قال يحيى بن معين : هو أثبت الناس في هشام بن عروة . وقال ابن سعد : كان فقيها مفتيا . قال ابن مهدي ضعيف . قلت [أي الذهبي] : احتج به النسائي وغيره وحديثه من قبيل الحسن . قال الخطيب : تحول من المدينة فسكن بغداد . وقال ابن المديني : ما حدث به بالمدينة صحيح ، وما حدث به ببغداد أفسده البغداديون . وقال عمرو بن علي وكذلك الساجي : فيه ضعف ، وما حدث بالمدينة أصح مما حدث ببغداد . وقال الفلاس فيه ضعف . وروى عبد الله بن أحمد عن أبيه قال : هو كذا وكذا يلبسه . وقال سليمان بن أيوب البصري : سمعت ابن معين يقول : إني لأعجب ممن يعد فليحا وابن أبي الزناد في المحدثين . قال ابن حبان : كان عبد الرحمن ممن ينفرد بالمقلوبات عن الأثبات ، وكان ذلك من =

فهو كما ترى قد ضعفه بعض العلماء ووثقه آخرون ، ولو استندنا إلى ما قاله ابن المدينى والساجى فيه : من أنه ما حدث به بالمدينة فهو صحيح ، وما حدث به ببغداد أفسده البغداديون — لأخذنا بروايته تلك عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمى ، وهو حجازى وليس بغدادى ، وهو ما أخذ به الدكتور السالوس مدافعا عن قول الجمهور ، فقد قال بعد عرضه ترجمة ابن أبى الزناد : " من هذا يمكن القول بأن موطن الضعف فى مروياته عن البغداديين فقط ، أما هذا القرشى المدنى فما حدث بالمدينة فهو صحيح . والخبر الذى رواه ، وأخذ به جمهور الفقهاء ، ليس من من مروياته عن البغداديين ، وإنما رواه عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمى وهو حجازى ، فما أظن أن مثل هذا الخبر بعيد عن الصحة ، أو قريب من البطلان " (١) .

فمن جهة السند يمكن الأخذ بهذا الخبر — بناء على ما سبق — ولكن من جهة الاستدلال لا يترجح الأخذ به ؛ لعدم فعل النبى ﷺ ذلك ، فإن قيل : إن المثبت مقدم على النافى لم يصح ؛ لأن الخبر الذى معنا ليس مرفوعا إنما هو من الموقوفات ، فهل قول وفعل الصحابى حجة ؟ أو لا ؟ هذا ما يمكن بيانه باختصار فيما يأتى :

= سوء حفظه وكثرة خطئه ، فلا يجوز الاحتجاج به إلا فيما وافق الثقات ، فهو صادق . راجع ترجمته فى تهذيب التهذيب (١٥٧/٦ ، ١٥٨) وسير أعلام النبلاء : (١٦٧/٨ — ١٧٠) .

(١) الكفالة : ص (٣٤) .

موقف العلماء من حجبة قول الصحابى :

اتفق العلماء على أن قول الصحابى فى مسائل الاجتهاد ليس بحجة على صحابى آخر (١) .

لكن هل يكون مذهب الصحابى حجة على من بعد الصحابة من التابعين ومن بعدهم ؟ اختلف العلماء فى ذلك على أقوال :

الأول : أنه ليس بحجة مطلقا . ونسبه الشوكانى إلى الجمهور ، واختاره الغزالى والشوكانى .

الثانى : أنه حجة شرعية مقدمة على القياس . وبه قال أكثر الحنفية ، ونقل عن مالك وهو قديم قول الشافعى .

الثالث : أنه حجة إذا انضم إليه القياس . فيقدم حينئذ على قياس ليس معه قول صحابى ، وهو ظاهر قول الشافعى فى الرسالة .

الرابع : أنه حجة إذا خالف القياس ؛ لأنه لا محل له إلا التوقيف ، وذلك القياس والتحكم فى دين الله باطل ، فيعلم أنه لا يقول إلا توقيفا (٢) .

(١) ممن نقل هذا الاتفاق الأمدى فى الإحكام (٣٢١/٢) والشوكانى فى إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول : ص (٣٦٠) . طبعها وصححها أحمد عبد السلام . الطبعة الأولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م دار الكتب العلمية بيروت - لبنان .

(٢) إرشاد الفحول ص (٣٦٠-٣٦١) . وراجع الإحكام للأمدى (٣٢١/٢) ضبطه وكتب حواشيه الشيخ إبراهيم العجوز ، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان . وتخريج الفروع = على الأصول للزنجانى ص (١٧٩) تحقيق د / محمد أديب صالح . طبعة مؤسسة الرسالة - بيروت ، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ . والبحر المحيط (١١/٦) .

فالذين يرون أن قول الصحابى حجة شرعية مقدمة على القياس فى مراتب الأدلة - يلتزمون بهذا المنهج لما يعتقدونه من علو شأن الصحابة ، حيث إنهم جالسوا صاحب الشريعة وشهدوا الوقائع والنوازل فى عصر النبوة مما كفل لهم ما حرم غيرهم من مثله من رقة فى القلوب وعمق الأفهام ودقة الاستنباط ، ولم لا ؟! وهم " عصاة الإيمان وعسكر القرآن وجند الرحمن ، أولئك أصحابه ﷺ ألين الأمة قلوبا ، وأعمقها علما ، وأقلها تكلفا ، وأحسنها بيانا ، وأصدقها إيمانا ، وأعمها نصيحة وأقربها إلى الله وسيلة " (١).

والمقصود - كما يقول ابن القيم بحق - " أن أحدا ممن بعدهم لا يساويهم فى رأيهم ، وكيف يساويهم وقد كان أحدهم يرى رأى فينزل القرآن بموافقته ! كما رأى عمر فى أسارى بدر أن تضرب أعناقهم ، فنزل القرآن بموافقته ، ورأى أن تحجب نساء النبى ﷺ فنزل القرآن بموافقته ، ورأى أن يتخذ من مقام إبراهيم مصلى ، فنزل القرآن بموافقته ...

ثم قال : وحقيق بمن كانت آراؤهم بهذه المنزلة أن يكون رأيهم لنا خير من رأينا لأنفسنا وكيف لا ؟! وهو الصادر من قلوب ممتلئة نورا وإيمانا وحكمة وعلما ومعرفة وفهما عن الله ورسوله ونصيحة للأمة ، وقلوبهم على قلب نبيهم ولا واسطة بينهم وبينه ، وهم ينقلون العلم من مشكاة النبوة غضا طريا ، لم يشبه إشكال ، ولم يشبه خلاف ، ولم تدنسه معارضة ، فقياس رأى غيرهم بأرائهم من أفسد القياس ... " (٢).

(١) إعلام الموقعين (٣٩/١) .

(٢) المرجع السابق نفسه (١٢٠/١-١٢١) .

على حين ترى بعض الأصوليين على النقيض الآخر ، حيث يرون عدم حجية قول الصحابى ، ويرفضون فكرة تميز الصحابة فى اجتهادهم الخاص على غيرهم ممن بعدهم ، كما عبر عنها ابن القيم وغيره.

ويرفع لواء هذه النظرة للصحابة الغزالي والشوكاني :

أما الأول فيعتبر قول الصحابى من " الأصول الموهومة " فيقول : " من الأصول الموهومة قول الصحابى وقد ذهب قوم إلى أن مذهب الصحابى حجة مطلقا ، وقوم إلى أنه حجة إن خالف القياس ، وقوم إلى أن الحجة فى قول أبى بكر وعمر خاصة ... والكل باطل عندنا ، فإن من يجوز عليه الغلط والسهو ولم يثبت عصمته عنه فلا حجة فى قوله ، فكيف يحتج بقولهم مع جواز الخطأ ؟ وكيف تدعى عصمتهم من غير حجة متواترة ؟ وكيف يتصور عصمة قوم يجوز عليهم الاختلاف ؟ وكيف يختلف المعصومان ؟ كيف وقد اتفقت الصحابة على جواز مخالفة الصحابة ، فلم ينكر أبو بكر وعمر على من خالفهما بالاجتهاد ، بل أوجبوا فى مسائل الاجتهاد على كل مجتهد أن يتبع اجتهاد نفسه ؟ فانتفاء الدليل على العصمة ووقوع الاختلاف بينهم ، وتصريحهم بجواز مخالفتهم ، فيه ثلاثة أدلة قاطعة " (١) .

وأما الشوكاني فيقول : "... والحق أنه ليس بحجة ، فان الله سبحانه لم يبعث إلى هذه الأمة إلا نبينا محمد ﷺ ، وليس لنا إلا رسول واحد وكتاب واحد ، وجميع الأمة مأمورة باتباع كتابه وسنة نبيه ، ولا فرق بين الصحابة ومن بعدهم فى ذلك ، فكلهم مكلفون بالتكاليف الشرعية وباتباع الكتاب والسنة ، فمن قال : إنها تقوم

(١) المستصفى ص (١٦٨) .

الحجة فى دين الله عز وجل بغير كتاب الله وسنة رسوله وما يرجع إليهما - قد قال فى دين الله ما لا يثبت ، وأثبت فى هذه الشريعة الإسلامية شرعا لم يأمر الله به ، وهذا أمر عظيم وتقول بالغ ... " .

ويسترسل الشوكانى فى هذه المعانى ويكررها ثم يختم كلامه بقوله : " ... فاعرف هذا واحرص عليه ، فان الله لم يجعل إليك وإلى سائر هذه الأمة رسولا إلا محمدا ﷺ ولم يأمرك باتباع غيره ، ولا شرع لك على لسان سواه من أمته حرفا واحدا ، ولا جعل شيئا منه الحجة عليك فى قول غيره كائنا من كان " (١) .

ويعلق الأستاذ أبوزهرة على ذلك كله ، فيقول : " ولاشك أن هذه مغالاة فى رد أقوال الصحابة ، ومن الواجب علينا أن نقول : إن الأئمة الأعلام عندما اتبعوا أقوال الصحابة لم يجعلوا رسالة لغير محمد ، ولم يعتبروا حجة فى غير الكتاب والسنة ، فهم مع اقتباسهم من أقوال الصحابة مستمسكون أشد الاستمساك بأن النبى ﷺ واحد والسنة واحدة والكتاب واحد . ولكنهم وجدوا أن هؤلاء الصحابة هم الذين است حفظوا على كتاب الله سبحانه وتعالى ، ونقلوا أقوال محمد ﷺ إلى من بعدهم ، فكانوا أعرف الناس بشرعه ، وأقربهم إلى هديه ، وأقوالهم قبسة نبوية ، وليست بدعا ابتدعوه ، ولا اختراعا اخترعوه ، ولكنها تلمس للشرع الإسلامى من ينابيعه ، وهم أعرف الناس بمصادرها ومواردها ، فمن اتبعهم من الذين قال الله تعالى فيهم : ﴿ وَالَّذِينَ اتَّبَعُوهُمْ بِإِحْسَانٍ ﴾ (٢) " (٣) .

والخلاصة - كما يقول الأستاذ على حسب الله - : أن قول الصحابى لا يعفى المجتهد من طلب الدليل ، ومتى وجده لم

(١) إرشاد الفحول ص (٣٦١ - ٣٦٢) .

(٢) سورة التوبة : من الآية (١٠٠) .

(٣) أصول الفقه ص (٢٠٣) .

يصح له العدول عنه إلى قول قائل صحابيا كان أو غيره ، فإذا لم يكن دليل فاتباع قول الصحابى أولى من القول بالنشهى واتباع الهوى ^(١) .

والذى يطمئن إليه القلب — بعد البحث والتقصى — أنه يؤخذ بقول الصحابى ويعمل به إذا لم يخالف أصول الشريعة والقواعد العامة التى جاءت بها ، وما لم يؤد ذلك إلى ضياع الحدود التى فرضها الله كما سبق بيان ذلك آنفا . فما قد يؤدى إلى ضياع حدود الله حرام ، وقبول ضمان من عليه حد قد يؤدى إلى ذلك ، فسدا للذريعة يجب ألا يُقبل الضمان الشخصى فى نطاق الحدود ، ومن المعلوم أن سد الذرائع من الأصول العامة للشريعة الإسلامية ؛ ولذلك يحسن الوقوف مع أقوال العلماء حول هذا الأصل ، وذلك كما يأتى بيانه باختصار :

موقف العلماء من "سد الذرائع" ^(٢) وأقسامه :

- (١) أصول التشريع ص (٨٦) .
- (٢) السدُّ فى اللغة : إغلاق الخلل وردم الثلم ، والجبل والحاجز . والذرائع جمع ذريعة : وهى الوسيلة . وقد تذرع فلان بذريعة أى توسل . وتأتى بمعنى : السبب إلى الشئ . لسان العرب : مادة (سد) (٢٠٧/٣) . ومادة (ذرع) (٩٦/٨) .
- وأما سد الذرائع فى الاصطلاح : فقد عرفها ابن القيم بأن " الذريعة ما كان وسيلة وطريقا إلى الشئ " إعلام الموقعين (١٧٩/٣) . وهو تعريف عام يشمل الذريعة غير المحرمة ولا يقتصر على الذريعة المحرمة كما اختاره كثير من الأصوليين .
- وقد عرفها آخرون ، فقالوا : " الذريعة هى المسألة التى ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور ، مثل أن يبيع السلعة بمائة إلى أجل ويشترىها بخمسين نقداً ، فهذا قد توصل إلى خمسين بذكر السلعة " البحر المحیط (٦٢/٦) وراجع إرشاد الفحول ص (٣٦٥) . إذن فالذريعة ما كان من قول أو فعل وسيلة وطريقا مؤديا إلى شئ آخر . والمقصود بسد الذرائع منع ما يجوز من ذلك إذا كان موصلا إلى مالا يجوز .

تنقسم الذرائع — بحسب موقف العلماء منها سدا وفتحاً —
ثلاثة أقسام هى (١) :

الأول : ما أجمعت الأمة على سده . ومثال ذلك : سب
الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها ، وأن
يسب الرجل أبا الرجل فيسب الرجل أباه ، وإلقاء السم فى أطعمة
المسلمين إذا علم أو ظن أنهم يأكلونها فيهلكون ، وحفر الآبار فى
طريق المسلمين ...

الثانى : ما أجمعت الأمة على عدم سده . كالمنع من
زراعة العنب خشية الخمر ، والمنع من التجاور فى البيوت
خشية الزنا ...

الثالث : ما اختلف فيه : هل يسد أو لا ؟ ! كبيع
الآجال التى منعها مالك وأحمد (رحمهما الله) ؛ وذلك للتهمة على
أخذ الكثير بالقليل ، أما الشافعى (رحمه الله) فقد أجازها ؛ لأنه
نظر إلى صورة البيع الظاهر ... (٢) .

وهذا القسم الأخير هو الذى تتنازع فيه العلماء ؛ لاعتبار
فريق منهم النيات والمقاصد فى العقود عملاً بقول النبى ﷺ : " إنما
الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ... الحديث " (٣) وأما
الفريق الآخر فقد أخذ بالألفاظ ولم يعتبر النيات والمقاصد .

(١) راجع الموافقات (١٩٨/٤) وانظر تفصيل ذلك فى إعلام الموقعين (١٨٠/٣)

وسد الذرائع فى الشريعة الإسلامية للأستاذ محمد هشام برهانى ص (١٨١) .

طبعة دار الفكر ، تصوير ١٩٩٥ عن الطبعة الأولى : ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٥ م .

(٢) راجع سد الذرائع فى الشريعة الإسلامية : الموضع السابق نفسه . هناك

تقسيمات أخرى راجعها فى سد الذرائع . الموضع السابق نفسه .

(٣) صحيح البخارى : كتاب بدء الوحي - باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول

الله ﷺ (٣/١) (١) .

ويشرح العلامة ابن القيم موقفه من سد الذرائع فيقول " لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تقضى إليها ، كان طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها ، فوسائل المحرمات والمعاصى فى كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها ، ووسائل الطاعات والقربات فى محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها ، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود ... " (١) .

ويبين ابن القيم بحق أن وسيلة العمل معتبرة فى الحكم على العمل ، وأنه لا يكتفى بالصورة الظاهرة للعقود سدا لأبواب الربا فإذا حرم الله تعالى شيئا ، وله وسائل وطرق تقضى إليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقا لتحريمه وتثبوتا له ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضا للتحريم وإغراء للنفوس به ، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء . فالزنا مثلا حرام والنظر وسيلة مؤدية إليه وكذلك الخلوة وغير ذلك من مقدمات الزنا ، فيلزم أن تكون تلك الذرائع حراما لأنها تؤدي إلى الحرام (٢) .

فسدُ الذرائع إذن أصل من أصول الشريعة : حكمه مالك فى أكثر أبواب الفقه ، وتوسع المالكية فى تطبيقه من بعده حتى نسب إليهم ، والحق أن غيرهم لا يخالفهم فى أصل القاعدة وإن خالفهم فى تطبيقها على بعض الفروع (٣) . فـ " مالك لم ينفرد بذلك [يعنى القول بسد الذرائع] بل كل أحد يقول بها ولا خصوصية للمالكية بها إلا من حيث زيادتهم فيها ... " (٤) .

(١) راجع إعلام الموقعين (١٧٩/٣) .

(٢) راجع السابق نفسه : الموضع نفسه .

(٣) راجع أصول التشريع الإسلامى ص (٣٥٧) .

(٤) إرشاد الفحول ص (٣٦٥) وراجع البحر المحيط (٨٢/٦-٨٣) .

ومما ينبغى تقريره أن سد الذرائع ليس دليلاً مستقلاً بذاته ، وقد قرر ذلك بحق الأستاذ محمد هشام البرهانى فى دراسته المفصلة " سد الذرائع فى الشريعة الإسلامية " فقال : " إن سد الذرائع إذا أطلق عليه اسم الدليل ، فإنه لا ينبغى أن نرتقى به إلى مستوى المصادر الأصلية الأربعة [وهى الكتاب والسنة والإجماع والقياس] ؛ لأنه لا يخرج فى هذه الحالة عن كونه دليلاً تبعياً ، يرجع فى حال التطبيق إلى واحد من الأدلة الأصلية ، أو إلى المصلحة المرسلّة (١) " (٢) .

ثم يبرهن على ذلك بذكر أمثلة على رجوع سد الذرائع إلى الكتاب والسنة والإجماع والقياس والمصلحة المرسلّة ، ويستدل برجوعه إلى واحد من هذه المصادر على كونه دليلاً تبعياً (٣) .

والذى يعيننا تقريره الآن هو أن الضمان الشخصى فى الحدود قد يفضى إلى ضياعها ، وإذا تحقق أنه من الممكن أن يكون ذريعة إلى ضياع بعضها لا كلها - فليس ثمة شك فى عدم جوازها ، وأن المصلحة واضحة فى البعد عنه وعدم الأخذ به .

(١) المصلحة المرسلّة لغة : الصلاح ، وهى واحدة المصالح ، والاستصلاح نقيض الفساد. راجع لسان العرب : مادة "صلح" (٥١٦/٥). المرسلّة لغة : المطلقة ، يقال : أرسل الشئ يعنى : أطلقه وأهمله . السابق نفسه : مادة "رسل" (٢٨٥/١١) . وهى (المصلحة) اصطلاحاً : المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفسد عن الخلق . (والمرسلّة) : يعنى ما سكت الشرع عن اعتبارها وإهدارها ، وقد سميت : "مرسلّة" لأنها لم تعتبر ولم تلغ . انظر البحر المحيط للزركشى (٧٦/٦) .

(٢) سد الذرائع ص (١٧٠) .

(٣) راجع السابق نفسه : ص (١٧٠ - ١٧٣) .

أما عن إسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق عمرو بن عبد الله فهو حافظ إمام حجة^(١).

(١) أبو يوسف الهمداني السبيعي الكوفي ، أكثر عن جده وروى أيضا عن زياد بن علاقة وآدم بن علي وآدم بن سليمان أبي يحيى وإسماعيل السدي ... وخلق كثير . وكان من أوعية الحديث ، ومن مشايخ الإسلام كأبيه وجده وأخيه عيسى ، حدث عنه أخوه وحجاج الأعور وأحمد بن خالد الوهبي وآدم بن أبي إياس وعبد الرزاق ومحمد بن سابق وشبابة ... وخلق كثير ، ولد إسرائيل سنة مئة . روى عبد الرحمن بن مهدي عن عيسى بن يونس قال : قال لي : إسرائيل كنت أحفظ حديث أبي إسحاق كما أحفظ السورة من القرآن ، وعن ابن المديني عن يحيى بن سعيد قال : إسرائيل فوق أبي بكر ابن عياش ، وعن أحمد قال : كان ثقة وجعل يعجب من حفظه . وأما صالح بن أحمد فروى عن أبيه قال : إسرائيل عن أبي إسحاق فيه لين . وسئل أحمد أيما أثبت ؟ شريك أو إسرائيل ؟ قال : إسرائيل كان يؤدي ما سمع ، كان أثبت من شريك . قلت من أحب إليك يونس أو إسرائيل ابنه في أبي إسحاق ؟ قال : إسرائيل ؛ لأنه صاحب كتاب ، وقال أبو داود : قلت لأحمد بن حنبل : إسرائيل إذا انفرد بحديث يحتج به ؟ قال : إسرائيل ثبت الحديث . وروى عن يحيى بن معين قال : كان القطان لا يحدث عن إسرائيل ولا عن شريك . وقال ابن معين قال يحيى بن آدم : كنا نكتب عند إسرائيل من حفظه . قال يحيى : كان إسرائيل لا يحفظ ثم حفظ بعد ، يعني أنه درس كتابه . وعن يحيى بن معين قال : ثقة . وقال العجلي ثقة . وقال أبو حاتم الرازي : ثقة صدوق من أئمة أصحاب أبي إسحاق . وقال النسائي ليس به بأس . قلت [الذهبي] : قد أثنى على إسرائيل الجمهور ، واحتج به الشيخان ، وكان حافظا وصاحب كتاب ومعرفة ، وروى عن علي ابن المديني أن إسرائيل ضعيف . قلت [الذهبي] : مشى على خلف أستاذه يحيى بن سعيد ، وفقى أثرهما أبو محمد ابن حزم ، وقال : ضعيف ، وعمد إلى أحاديثه التي في الصحيحين فردها ، ولم يحتج بها ، فلا يلتفت إلى ذلك بل هو ثقة ، نعم ليس هو في التثبت كسفيان وشعبة ، ولعله يقاربهما في حديث جده ، فإنه لازمه صباحا ومساء عشرة أعوام ، وكان عبد الرحمن بن مهدي يروى عنه ويقويه ، ويقول : إسرائيل في أبي إسحاق أثبت من شعبة والثوري ، إن إسرائيل كان عكاز جده وكان مع علمه وحفظه ذا صلاح وخشوع (رحمه الله) . قال أحمد بن حنبل : إسرائيل ثبت الحديث وإن تفرد به . مات إسرائيل سنة ستين ومئة ، وقيل : مات سنة اثنتين وستين ومئة . راجع ترجمته في تهذيب التهذيب : (٢٣٧/١ - ٢٣٩) وسير أعلام النبلاء : (٣٥٥/٧ - ٣٦٠) وطبقات الحفاظ : (٩٧/١) ، وطبقات الحنفية (الجواهر المضوية في طبقات الحنفية) : (١٤١/١) ، وتاريخ بغداد لأحمد بن علي أبي بكر الخطيب البغدادي : (٢٤٠/٧ - ٢٤١) طبعة دار الكتب العلمية . بدون رقم وتاريخ .

فإسرائيل إذن ثبتت حجة عند معظم أئمة الجرح والتعديل ، ولكن الاستطراد فى ذلك (فى التضمين الشخصى فى الحدود) قد يفضى إلى مفسدة أعظم (وهى الهروب والتنصل من إقامة حدود الله) من المصلحة التى قد ترجى من وراء الضمان الشخصى ، ولا أرى فى هذا التضمين أية مصلحة فضلا عن مصلحة ترجح المصلحة المبتغاة فى سجنه حتى يقام عليه حد الله .

المبحث الثاني

الضمان المالي

المبحث الثاني

الضمان المالي

تقديم:

من المعلوم أن العلماء لم يختلفوا في الضمان المالي في الجملة ، وقد نقل ابن قدامة الإجماع على ذلك فقال : " أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة . وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى " ^(١) . إذن قد وقع الخلاف في الفروع عامةً ، والذي وقع الخلاف فيه في الضمان المالي هو : ضمان المجهول ، وضمان ما لم يجب ، وبيانه كما يأتي :

بداية يجب تقرير أن المضمون به في الضمان المالي قد يكون ديناً ، وقد يكون عيناً والذي أراه أن مرد ضمان العين إلى ضمان الدين (الضمان المالي) في الحكم ، فالأعيان متقومة بالمال ؛ ولذلك سأكتفي ببحث ما وقع الخلاف فيه واضحاً : في مسألتين اثنتين : كون الدين معلوماً أو مجهولاً ، وضمان ما لم يجب ؛ وذلك على التفصيل الآتي :

أولاً : ضمان المجهول :

اختلف الفقهاء في اعتبار كون المضمون به معلوماً شرطاً يجب توفره به ، فقد اشترط بعضهم لصحة ضمان الدين أن يكون ديناً معلوماً ، فلا يصح الضمان مع جهالة المضمون به ، وهو ما ذهب إليه الثوري والليث وابن أبي ليلى ^(٢) والشافعي في

(١) المغنى (٧٢/٧) . وراجع مبحث مشروعية الضمان من هذا البحث . ص : (٤٦) وما بعدها .

(٢) عبد الرحمن بن أبي ليلى أبو عيسى الأنصاري ، من كبار التابعين ، ثقة ، جليل القدر ، سمع منه بعض الصحابة ، ولد سنة (١٧) هـ . وتوفي سنة (٨٣) هـ . انظر طبقات ابن سعد (١٠٩/٦) وسير أعلام النبلاء (٢٦٢/٤) .

الجديد وابن المنذر وهو مذهب الشافعية والظاهرية وأحد وجهين عند الإباضية ، بينما خالفهم جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في القديم ووافقهم الزيدية والإمامية - في الأصح عندهم - وهو الوجه الآخر عند الإباضية فلا يشترطون أن يكون المضمون به معلوم القدر ، غير أن الحنابلة يشترطون لصحة ضمان دين مجهول أن يكون مآله إلى العلم بمقداره ، كأن يقول الضامن : كفلت لك بمالك قبل فلان ، ولا يعلم مقدار ذلك ، لكن مآله سيكون إلى العلم بكميته ومقداره ، وتفصيله كما يأتي :

عند الحنفية :

جاء في المبسوط أن الضامن لو قال : أنا كفيل لفلان أو لفلان كان جائزا بدفع أيهما شاء الكفيل إلى المكفول له فيبرأ من الكفالة ؛ لأن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة فلو قال : ما ثبت لك على فلان فهو على إن شاء الله تعالى جاز . ثم إن الكفيل بهذا اللفظ يكون ملتزما تسليماً أحدهما إلى الطالب ؛ لإقحامه حرف " أو " بينهما فيكون الخيار في بيان ما التزمه إليه ، وأيها سلم فقد وفى بما شرط (١) .

وجاء في العناية : أن الكفالة بالمال جائزة : سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بألف ، أو مجهولاً كقوله : تكفلت عنه بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيع : يعني من الضمان بعد أن كان ديناً صحيحاً ؛ لأن مبنى الكفالة على التوسع فإنها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة . وفى الكفالة بالدرك بفتح الراء وسكونها : وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول ، وفيه إشارة إلى نفي قول من يقول إن

(١) انظر المبسوط : (١٧٤/١٩) .

الضمان بالمجهول لا يصح ؛ لأنه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن في البيع . وقلنا ^(١) الضمان بالدرك صحيح بالإجماع وهو ضمان بالمجهول ، وأصبحت الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجرة : أى شجرة كانت إذا كانت خطأ فإنها صحيحة ، وإن كانت بمجهول لاحتمال السراية والاقتصار . وإنما قيل خطأ ؛ لأنها إذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجرة بألة جارحة فإنها توجب القصاص والكفالة به لا تصح ^(٢) .

عند المالكية :

جاء في المدونة : أن الرجل إذا أعتق عبده على مال ويأخذ منه بالمال كفيلا جاز ذلك في مذهب مالك ، كما لو أعتق المضمون له عبده على ألف درهم وأخذ منه بها كفيلا ، فإنه جائز عند الإمام مالك ^(٣) .

وجاء في المنتقى : أن الحملالة تصح في المعلوم والمجهول خلافا للشافعي في منعها من المجهول ، والدليل على ما نقوله أن هذه وثيقة بحق فصحت في المجهول كالشهادة بالوصية . إذا ثبت ذلك فقد قال مالك : من أوصى ولده أو غيرهم أن يضمنوا عنه دينه فذلك جائز سمي الدين أو لم يسمه ، والغرماء حضور أو غيب ، في الصحة أو في المرض ، وفيمن مات وعليه من الدين ما لا يدري كم هو ! وترك مالا من عين وعرض لم يحصر ولا يدري كم هو فتحمل بعض ورثته بدينه إلى أجل على أن يخلى بينه وبين ماله ، فإن كان فيه فضل بعد وفاء الدين كان بينه وبين الورثة

(١) القائل هو البابرتي .

(٢) راجع العناية شرح الهداية : (١٨١/٧ ، ١٨٢) و انظر الجوهرة النيرة : (٣١٢/١) .

(٣) راجع المدونة : (١١١/٤) .

على فرائض الله تعالى ، وإن كان نقصان فعلية وحده — إن ذلك جائز كان الذي تحمل به نقدا ، أو مؤجلا ؛ لأنه صانه على وجه المعروف ، ولو كان على أن له الفضل وعليه النقص لم يجز ؛ لأنه بيع فاسد . إذا ثبت ذلك فإن طرأ غريم لم يعلم به الوارث لزمه أن يقضيه ولا ينفعه قوله لم أعلم به قال ذلك مالك وابن القاسم ، ووجه ذلك أنه قد التزم أداء ديونه على العموم ولم يخص ما يعلمه دون ما لا يعلمه ، والتزام ذلك عن الميت أو المفلس جائز لازم ، والتزام المجهول لازم ، ومن قال لرجل : بايع فلانا وأنا ضامن لما بعته به لزمه ذلك إذا ثبت ما باعه به ، وقال غيره إنما يلزمه من ذلك ما يشبه أن يعامل به المتحمل عنه ، ويراعى فيه أيضا حال المتحمل له ، وهذه المسألة مبنية على ثلاثة أصول :

أحدها : أن ضمان المجهول جائز .

والثاني : أن ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله ألق مالك في البحر وعلي ضمانه .

والثالث : أن إطلاق مثل هذا محمول على العرف والعادة .

ووجه ذلك أن من قال لبائع فاكهة يريد مبايعة رجل بالدرهم والدرهمين أنا ضامن لما بايعت به فلانا ، فعامله مثلا بيواقيت وجواهر لها الثمن الكثير من آلاف الدنانير لم يلزمه ذلك ؛ لأنه يعلم أنه لم يرد هذه المعاملة ولا ضمان هذا المقدار من الأثمان ، وإنما أراد ما جرت به العادة من مبايعة مثله فيما يبتاعه على وجه التفكه الشيء بعد الشيء ، ومن اشترى جارية فتكفلت له بما أدركه فيها من درك لزمه ضمان ذلك ، ووجه ذلك ما قدمناه من صحة الكفالة بالمجهول ^(١) .

(١) انظر المنتقى شرح الموطأ : (٨٣/٦) .

عند الشافعية :

اشتراط الشافعية في الحق المضمون أن يكون معلوما ، فلا يصح ضمان المجهول عندهم ، وضمان الدرك كذلك - لما انطوى على جهالة كبيرة ذهبوا إلى عدم جوازه ، وتفصيله كما يأتي :

جاء في روض الطالب : أن الحق المضمون يشترط في صحة ضمانه كونه معينا يصح التبرع به ^(١) .

وجاء في معنى المحتاج أنه: " لا يضمن درك المبيع إلا أحقق " ^(٢) .

وجاء فيه أيضا : ويصح ضمانه (أى الضامن) الثمن في مدة الخيار في الأصح ^(٣) ؛ لأنه آيل إلى اللزوم بنفسه ، فألحق باللائم ، والثاني لا ؛ لعدم لزومه في الحال ، وأشار الإمام (النووي) إلى أن تصحيح الضمان مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع . أما إذا منعه فهو ضمان ما لم يجب ، وما أشار إليه هو المتجه حتى لو كان الخيار لهما أو للبائع وحده لم يصح الضمان ، وهذا يخالف الحوالة أيضا ؛ لأنها تصح في زمن الخيار مطلقا ، وينبغي الإشارة إلى أن ضمان الجعل ^(٤) في الجعالة لا يصح قبله ولو بعد الشروع في الأصح ، فلو قال

(١) انظر روض الطالب : (٢٣٧/٢) .

(٢) معنى المحتاج : (٢٠٤/٣) .

(٣) أى إن ضمان الدرك جائز ما لم يكن خارج مدة خيار البيع .

(٤) الجُعْل " التزام عوض معلوم على عمل معين " . القاموس الفقهي ص : (٦٣) .

وجاء في شرح حدود ابن عرفة : أنه " عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض

غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه " ص : (٤٠٢) .

شخص : من رد عبدي ، فله دينار . فضمنه عنه ضامن قبل مجيء العبد لم يصح ؛ لأنه غير لازم كمال الكتابة ، والفرق بين الجعل والضمن في مدة الخيار ؛ أنه لا يصير إلى اللزوم إلا بالعمل ، بخلاف الثمن فإنه يثول إليه بنفسه (١) .

قال الشافعي (رحمه الله تعالى) : " وإذا قال الرجل للرجل ما قضى لك به القاضي على فلان ، أو شهد لك به عليه شهود ، أو ما أشبه هذا فأنا له ضامن — لم يكن ضامنا لشيء من قبل أنه قد يقضى له ولا يقضى له ويشهد له ولا يشهد له فلا يلزمه شيء مما شهد له بوجوه ، فلما كان هذا هكذا لم يكن هذا ضمانا ، وإنما يلزم الضمان بما عرفه الضامن فأما ما لم يعرفه فهو من المخاطرة " (٢) .

عند الجنابلة :

جاء في كشف القناع : ولا يعتبر كون الحق معلوما ؛ لأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالإقرار ، فلو قال : ضمنت لك ما على فلان صح ، أو قال : ما على فلان عليّ أو عندي ونحوه صح ، وهذه من أمثلة المجهول فيها أو قال : ضمنت لك ما يقر لك به فلان صح . أو ما تقوم لك به البينة عليه أو ما يخرج الحساب بينكما ونحوه : كضمنت لك ما يقضى به عليه صح ذلك ، وهذه من أمثلة المجهول أيضا (٣) .

(١) راجع مغنى المحتاج : (٢٠٤/٣ ، ٢٠٥) .

(٢) الأم : (١٨٧/٧) .

(٣) راجع كشف القناع عن متن الإقناع : (٣٦٧/٣) .

جاء في الإنصاف : أنه لا يشترط كون الحق معلوما .
يعنى إذا كان مآله إلى العلم ، فلو قال : ضمانت لك ما على فلان ،
أو ما تدأينه به صح هذا المذهب . وعليه الأصحاب (١) .

وجاء فيه أنه يصح ضمان عهدة المبيع عن البائع
للمشتري ، وعن المشتري للبائع بلا نزاع في الجملة . فضمانه عن
المشتري للبائع : أن يضمن الثمن الواجب قبل تسليمه . أو إن ظهر
به عيب ، أو استحق . وضمانه عن البائع للمشتري : أن يضمن
عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقا ، أو رد بعيب أو أُرش
العيب (٢) . فضمان العهدة في الموضعين : هو ضمان الثمن أو
بعضه عن أحدهما للآخر . وأصل العهدة : هو الكتاب الذى تكتب
فيه الوثيقة للبيع . ويذكر فيه الثمن . ثم عبر به عن الثمن الذى
يضمنه . وألفاظ ضمان العهدة " ضمانت عهدة ، أو ثمنه ، أو دركه
" أو يقول للمشتري : " ضمانت خلاصك منه . أو متى خرج المبيع
مستحقا فقد ضمانت لك الثمن " وهذا المذهب فى ذلك كله . وذهب
بعضهم إلى أنه لا يصح ضمان الدرك (ضمان العهدة) وقال
القاضى : لا يختلف المذهب : أن ضمان الدرك لثمن المبيع يصح .
وإنما الذى لا يصح : ضمان الدرك لعين المبيع (٣) .

عند الظاهرية :

جاء فى المحلى : " ولا يجوز ضمان ما لا يدري مقداره
مثل أن يقول له : أنا أضمن عنك ما لفلان عليك ؛ لقول الله تعالى :

(١) انظر الإنصاف : (١٩٥/٥) .

(٢) يعنى به قيمة العيب ، وما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب . راجع القاموس
الفقهى : ص (١٩) .

(٣) راجع السابق : (١٩٨/٥) .

﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ^(١) . وإخباره (عليه السلام) : أنه " لا يحل مال مسلم إلا بطيب نفس منه " ^(٢) والتراضى ، وطيب النفس لا يكون إلا على معلوم القدر — هذا أمر يعلم بالحس والمشاهدة " ^(٣) .

عند الزيدية :

يرى الزيدية جواز الضمان مع جهالة المضمون به :

جاء فى البحر الزخار : أن الضمان تقرير الدين فى ذمة الضامن حتى يصير مطالبا مع الأصيل ، والأصل فيه قوله تعالى ﴿ وأنا به زعيم ﴾ ^(٤) وقوله ﷺ : " الزعيم غارم " ونحوه . وصحيحه أن يضمن بما قد ثبت فى ذمة معلومة ولا رجوع ، وله الرجوع قبله لشبهها بالعقد الموقوف ^(٥) .

وجاء فيه أيضا أن فى ضمان الأجنبى درك المبيع وجهان : يصح للحاجة إلى التوثيق فيه ، ولا ، إذ هو ضمان برد

(١) سورة النساء : من الآية (٢٩) .

(٢) لم أجده بهذا النص فى كتب السنة التى وقفت عليها ، والمعنى وردت به نصوص كثيرة ليس المجال مجال بسطها ، وأكتفى بذكر مثال واحد أخرجه مسلم من حديث أبى هريرة ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : " لا تحاسدوا ، ولا تناجشوا ، ولا تباغضوا ، ولا تدابروا ، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ، وكونوا عباد الله إخوانا ، المسلم أخو المسلم ، لا يظلمه ، ولا يخذله ، ولا يحقره ، التقوى ها هنا " ويشير إلى صدره ثلاث مرات " بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم ، كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه " صحيح مسلم : كتاب البر والصلة والآداب — باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله . (١٩٨٦/٤) (٢٥٦٤) .

(٣) المحلى : (١١٧/٨) مسألة (١٢٣١) .

(٤) سورة يوسف : من الآية (٧٢) .

(٥) راجع البحر الزخار الجامع لمذاهب الأمصار : (٧٦ ، ٧٥/٦) .

الثلث قبل وجوبه ، فأما ما يكتب في الوثاق من ضمان البائع قيمة ما أحدثه المشتري من بناء أو غرس ، إذا استحققت الأرض فباطل ، إذ هو مجهول ولمّا يجب . قلت : بل لجهالة المضمون عنه ، إذ لا تضر جهالة المضمون به ^(١) .

عند الإمامية : لم يشترط الإمامية كون المضمون به معلوما ؛ وعليه فإن ضمان المجهول يجوز عندهم ، وإن لم يصرحوا بذلك :

جاء في شرائع الإسلام أن : الحق المضمون وهو كل مال ثابت في الذمة ، سواء كان مستقرا كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار ، أو معرضا للبطلان كالثلث في مدة الخيار بعد قبض الثمن [أي أن المشتري أعطاه الثمن ولما يفارقه بعد] . ولو كان قبله ، لم يصح ضمانه عن البائع ؛ [لأنه لم يأخذه بعد] ، وكذا ما ليس بلزوم ، لكن يئول إلى اللزوم ، كمال الجعالة قبل فعل ما شرط . وهل يصح ضمان مال الكتابة ؛ قيل : لا ؛ لأنه ليس بلزوم ، ولا يئول إلى اللزوم ، ولو قيل بالجواز كان حسنا ، لتحقيقه في ذمة العبد ، كما لو ضمن عنه مالا غير مال الكتابة ، ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة [وهي غير محددة ولا معلومة] ؛ لاستقرارها في ذمة الزوج دون المستقبلية ^(٢) .

هذا وقد صرح صاحب الشرائع أن الأصح عندهم عدم اشتراط معرفة كمية المال المضمون حيث قال :

(١) راجع السابق نفسه : (٧٨/٦) .

(٢) راجع شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام : (٩٠/٢) .

" ولا يشترط العلم بكمية المال ، فلو ضمن ما في ذمته صح ، على الأشبه . ويلزمه ما تقوم البينة به ، أنه كان ثابتا في ذمته وقت الضمان " (١) .

وجاء في الروضة البهية : أن الضامن لو ضمن للمشتري

عهدة الثمن : أى دركه على تقدير الاحتياج إلى رده لزمه ضمانه فى كل موضع يبطل فيه البيع من رأس [أى من أصله] كالاستحقاق للمبيع المعين ولم يجر المالك البيع ، أو أجاز له ولم يجر قبض البائع الثمن ، ومثله تبين خلل في البيع اقتضى فساد منه رأس ، كتخلف شرط ، أو اقتران شرط فاسد ، لا ما تجدد فيه البطلان كالفسخ بالتقاييل [أى إقالة أحدهما البيع مع موافقة الآخر] وتلف المبيع قبل القبض ؛ لعدم اشتغال ذمة المضمون عنه حين الضمان على تقدير طروء الانفساخ بخلاف الباطل من أصله ولو في نفس الأمر (٢) .

فضمن الدرك بلا شك ينطوى على جهالة وها هم قد أجازوه مع تقدير الاحتياج إلى رده فإن الضامن يكون ملزما بضمانه ، وإذا ألزم الضامن بضمانه فلا بد أن يكون الضمان صحيحا مع جهالة المضمون به .

عند الإباضية :

اشترط الإباضية كون المضمون به معلوما ، فإن كان مجهولا فقد اختلفوا على قولين اثنين الجواز وعدمه :

(١) السابق نفسه : الموضع نفسه .

(٢) راجع الروضة البهية : (١٢٣/٤ ، ١٢٤) .

جاء في شرح النيل : " و جازت [أى الحماله] فى الديون مطلقا عاجلة أو آجلة من قبل بيع أو غيره كأرث ودية وصادق وكل ما ثبتت فى الذمة بحكم الشرع فإنه تجوز فيه الحماله إذا كانت الديون معلومة الكمية والثبوت ، وإن جهلت ففي الحماله قولان كما قال " (١) .

الترجيح :

الراجح - بعد ما سبق عرضه - هو ما ذهب إليه الشافعى - فى الجديد - ومن وافقه من عدم صحة ضمان الدين المجهول ؛ لأن الضمان التزام دين فى الذمة ، والتزام المجهول فيه غرر ، وقد نهى الشارع عما فيه غرر ، فعن أبى هريرة ؓ قال : " نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة (٢) وعن بيع الغرر " (٣) .

قال الإمام النووى فى شرح هذا الحديث :

" وأما النهي عن بيع الغرر فهو أصل عظيم من أصول كتاب البيوع ؛ ولهذا قدمه مسلم ، ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة ببيع الآبق والمعدوم والمجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملك البائع عليه وبيع السمك فى الماء الكثير واللبن فى

(١) شرح النيل وشفاء العليل : (٤٢٧/٩) .

(٢) بيع الحصاة فيه ثلاث تأويلات : أحدها أن يقول بعثك من هذه الأثواب ما وقعت عليه الحصاة التي أرميها أو بعثك هذه الأرض من هنا إلى ما انتهت اليه هذه الحصاة ، والثانى أن يقول : بعثك على أنك بالخيار إلى أن أرمى بهذه الحصاة ، والثالث أن يجعل نفس الرمى بالحصاة بيعا فيقول إذا رميت هذا الثوب بالحصاة فهو مبيع منك بكذا . شرح النووى على صحيح مسلم : (١١٥٣/٣) (١٥١٣) .

(٣) صحيح مسلم : كتاب البيوع - باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذى فيه غرر . (١١٥٣/٣) (١٥١٣) .

الضرع وبيع الحمل في البطن وبيع بعض الصبرة ^(١) مبهما وبيع ثوب من أثواب وشاة من شياه ونظائر ذلك ، وكل هذا بيعه باطل ؛ لأنه غرر من غير حاجة . وقد يحتمل بعض الغرر بيعا إذا دعت إليه حاجة كالجهل بأساس الدار ، وكما إذا باع الشاة الحامل والتي في ضرعها لبن فإنه يصح للبيع ؛ لأن الأساس تابع للظاهر من الدار ؛ ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه لا يمكن رؤيته . وكذا القول في حمل الشاة ولبنها . وكذلك أجمع المسلمون على جواز أشياء فيها غرر حقير ، منها : أنهم أجمعوا على صحة بيع الجبة المحشوة وإن لم ير حشوها ، ولو بيع حشوها بانفراده لم يجز . وأجمعوا على جواز إجارة الدار والدابة والثوب ونحو ذلك شهرا مع أن الشهر قد يكون ثلاثين يوما وقد يكون تسعة وعشرين . وأجمعوا على جواز دخول الحمام بالأجرة مع اختلاف الناس في استعمالهم الماء وفي قدر مكثهم . وأجمعوا على جواز الشرب من السقاء بالعوض مع جهالة قدر المشروب واختلاف عادة الشاربين وعكس هذا . وأجمعوا على بطلان بيع الأجنة في البطون والطير في الهواء . قال العلماء : مدار البطلان بسبب الغرر . والصحة مع وجوده على ما ذكرناه وهو أنهن ^(٢) إن دعت حاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة وكان الغرر حقيرا جاز البيع وإلا فلا ، وما وقع في بعض مسائل الباب من اختلاف العلماء في صحة البيع فيها وفساده كبيع العين الغائبة مبني على هذه القاعدة ، فبعضهم يرى أن الغرر حقير فيجعله كالمعدوم فيصح البيع ، وبعضهم يراه ليس بحقير فيبطل البيع والله أعلم " ^(٣) .

(١) الصُّبْرَةُ من الطعام وغيره : الكومة المجموعة . ويقال : اشترى الشيء صبرة : بلا

وزن ولا كيل ، والجمع صُبْرٌ وصِبَارٌ . القاموس الفقهي : ص (٢٠٧) .

(٢) هكذا بالأصل ، ولعل الصواب " وهو أنه " .

(٣) شرح النووي : (١١٥٣/٣) (١٥١٣) .

وقد حرصت على نقل كلام النووى بتمامه ؛ لأنه يبين أن كل ما ينطوى على الغرر فهو حرام إلا ما دعت الحاجة إليه ، وكان يسيرا ، إذن ضمان المجهول غير جائز قياسا على عدم جواز بيع الغرر وبيع المجهول وليس هناك ما يدعو إلى قبول الغرر الكبير الموجود فى ضمان المجهول ، وحاجة الناس إلى الضمان كعقد من عقود التبرع لا تبرر هذا الغرر ، فضلا عن أن العلم بمقدار المضمون به لا يضر أيا من أطراف الضمان فى شيء ، فوجب أن يكون الدين معلوما حتى يكون الكفيل على بينة من أمره ومن قدرته على الوفاء بما التزم .

ضمان المجهول فى القانون :

نصت المادة (٧٧٨) مدنى مصرى على ما يأتى :
 " ١ — تجوز الكفالة فى الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول " (١).

فقد قيدت الفقرة الأولى من هذه المادة ضمان الدين المستقبل المكفول بأنه يجب أن يحدد مقدماً فى عقد الكفالة مقدار الدين المكفول . فإذا كفّل شخص فتح اعتماد أو ثمن بضائع لم تشتتر بعد ، وجب تحديد المقدار الذى كفله الكفيل ، فيذكر مثلاً فى عقد الكفالة أن الكفيل يكفل الاعتماد حتى مبلغ كذا أو يكفل ثمن البضائع لغاية مبلغ كذا . و السبب فى وضع هذا القيد حماية الكفيل ، فهو يقوم على كفالة دين مستقبل لمّا يوجد ، فلا أقل من تحديد مبلغ يكفله حتى لا يتورط فى كفالة دين لم يوجد ولا يعلم مقداره ، وقد كانت القواعد العامة تقضى — إذا لم يوجد نص — بجواز كفالة الدين المستقبل حتى لو لم يحدد مقداره (٢).

ولكن القواعد العامة فى الشريعة تأبى ذلك ؛ لما تنطوى عليه جهالة الدين المضمون به من الغرر المحرم شرعاً ، كما سبق بيان ذلك آنفاً .

وكما هو واضح أن تلك الفقرة الأولى من نص المادة (٧٧٨) توافق القول الراجح — عندى — فى الفقه الإسلامى ، وهو

(١) القانون المدنى ص : (١٨٧) .

(٢) هذا فى القانون ؛ ولذلك يقول الدكتور السهنورى فى هذا الشأن : " وتجوز كذلك كفالة دين غير محدد المقدار ما دام هذا الدين موجوداً فعلاً وقت كفالته ، وهذا غير كفالة الدين المستقبل ؛ وعلى ذلك تجوز كفالة ما ترتب فعلاً فى ذمة شخص معين دون أن يعين مقدار الدين " الوسيط : (٥٢/١٠ ، ٥٣) هامش (١) .

مذهب الثورى والليث وابن أبى ليلى والشافعى فى الجديد وابن المنذر ، وإليه ذهب الشافعية والظاهرية ، وهو أحد وجهين عند الإباضية كما سبق بيانه تفصيلا.

ثانيا : ضمان ما لم يجب :

ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية إلى عدم جواز ضمان ما لم يجب ، فلا بد من كون الحق ثابتا فى الذمة عند العقد ، وإلا لم يكن الضمان صحيحا ، وقد وافقهم على ذلك الإمامية ، وقد خالفهم فى ذلك المالكية والحنابلة حيث إنهم يرون جواز ضمان ما لم يجب ولكن بعض الحنابلة يشترط فى جواز ضمان ما لم يجب أن يكون مآله إلى الوجوب ، وهو مذهب الزيدية والإباضية ، فإنهم يجيزون ضمان ما لم يجب ، كما سبق بيانه فى الكلام عن ضمان المجهول ؛ حتى لا يقع الغرر المنهى عنه فى شرعنا المطهر ؛ وإليكم تفصيل ذلك :

عند الحنفية : يرى الحنفية عدم جواز ضمان ما لم

يجب بعد :

جاء فى المبسوط : " وإن أخذ كفيلا بالمكاتبة عن المكاتب لم يجز عندنا ، وقال ابن أبى ليلى يجوز ؛ لأنه دين مطلوب فى نفسه وهو كالدين الثابت فى ذمة حر من صدق أو غيره ، ولكننا نقول المكاتب عبد له وليس للعبد ذمة قوية فى وجوب الدين عليها للمولى ؛ ولأنه لا يملك أن يعجز نفسه فتبرا ذمته بذلك ولا يمكن إثباته بهذه الصفة فى ذمة الكفيل ، ولا يجوز أن يثبت فى ذمة الكفيل أقوى مما هو ثابت فى ذمة الأصل " (١) .

وجاء فيه أيضا : " وإذا قال الرجل للرجل : اكفل عني فلان بكذا وكذا ؛ فهذا إقرار منه بالمال إن كفل به أو لم يكفل ؛ لأنه أمره بالكفالة عنه ولا تكون إلا بعد وجوب المال على الأصل ، فإن الكفيل إما أن يلتزم المطالبة بما هو واجب على الأصل ، أو يقرض ذمته على أن يثبت فيها ما هو واجب فى ذمة الأصل

(١) المبسوط : (٢١٠/٧) .

فيقتضى أمره بذلك الإقرار وجوب المال عليه . والثابت بمقتضى النص كالثابت بالنص . فكأنه قال : فلان على ألف درهم فاكفل بها عني " (١) .

عند المالكية :

يجيز المالكية ضمان ما لم يجب بعد ، فإذا ضمن الضامن الحق قبل وجوبه كان الضمان صحيحا ، وتفصيله فيما يأتي :

جاء في المنتقى : " أن ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله ألق مالك في البحر وعلي ضمانه " (٢) .

وجاء في الشرح الكبير : لا يصح ضمان عبد في ثمن سلعة اشتراها بغير إذن سيده لعدم اللزوم أو ما يؤول إليه ؛ لأنها غير لازمة ولا آتلة للزوم ؛ لأن المكاتب لو عجز عاد رقيقا ، والضامن ينزل منزلة المضمون ، وما لا يلزم الأصل [المضمون عنه] لم يلزم الفرع [الضامن] بالأولى ، إلا أن يعجل السيد عتقه أو يشترط عتقه إذا عجز ؛ فيصح ضمانها في الصورتين ، ولو كفل جعلا — ولو قبل الشروع في العمل — صح كأن يقول إن جننتي بعبدى الشارد مثلا فلك دينار ، وضمن القائل أجنبى ، فإن جاء المجاعل به لزم الضامن ما تحمل به وإلا فلا ، ولو قال قائل لآخر إن ثبت حقك على فلان فأنا ضامن له فثبت صح ، وكذلك لو قال قائل لآخر : دابن فلانا أو بايعه أو عامله وأنا ضامن لزمه (٣) .

(١) المبسوط : (٣٠/٢٠) وراجع تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق : (١٦١/٤ — ١٦٣) .

(٢) المنتقى شرح الموطأ : (٨٣/٦) .

(٣) راجع الشرح الكبير ، للدردير : (٣٣٣/٣ ، ٣٣٤) . وعليه حاشية الدسوقي . و انظر

شرح مختصر خليل للخرشي : (٢٤/٦ ، ٢٥) .

عند الشافعية :

أما الشافعية فإنهم يرون عدم جواز ضمان ما لم يجب ، فلا بد من كون الحق ثابتاً في الذمة عند العقد ، وإلا لم يكن الضمان صحيحاً ، وتفصيله فيما يأتي :

جاء في شرح الإقناع : ويشترط في المضمون كونه حقاً ثابتاً

حال العقد فلا يصح ضمان ما لم يجب كنفقة ما بعد اليوم للزوجة ، ويشترط في الديون المضمونة أن تكون لازمة . ولا يشترط أن تكون مستقرة في الذمة ، فليس بقيد بل يصح ضمانها وإن لم تكن مستقرة ، كالمهر قبل الدخول أو قبل الموت ، وضمن المبيع قبل قبضه لأنه آيل إلى الاستقرار (١) .

وجاء في مغنى المحتاج : أنه يشترط في المضمون [وهو

الدين أو العين المضمونة] كونه حقاً ثابتاً حال العقد ، فلا يصح ضمان ما لم يجب ، سواء أجرى سبب وجوبه : كنفقة ما بعد اليوم للزوجة وخادمها أم لا كضمان ما سيقرضه لفلان ؛ لأن الضمان وثيقة الحق فلا يسبقه كالشهادة ، فيصح بنفقة اليوم للزوجة وما قبله لثبوته ، ويكفى في ثبوت الحق اعتراف الضامن لا ثبوته على المضمون عنه ، فلو قال شخص : لزيد على عمرو مائة ، وأنا ضامنه فأنكر عمرو فلزيد مطالبة القائل في الأصح . والحق الثابت يشمل الأعيان المضمونة كذلك . هذا وقد صحح الشافعي في القديم ضمان ما سيجب كثمن ما سيبيعه أو ما سيقرضه ؛ لأن الحاجة قد تدعو إليه ، والمذهب (٢) صحة ضمان الدرك بفتح الراء وسكونها ،

(١) راجع شرح الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع : (١١٥/٣) . وعليه حاشية البجيرمي .

(٢) أى الراجح فيه؛ لأن حوله خلافاً داخل المذهب كما سبقت الإشارة إليه في المسألة السابقة.

وهو التبعة : أى المطالبة والمؤاخذه ، وإن لم يكن له حق ثابت ؛ لأن الحاجة قد تدعو إلى معاملة الغريب ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقا ولا يظفر به فاحتيج إلى التوثق به ، ويسمى أيضا ضمان العهدة ؛ لالتزام الضامن ما فى عهدة البائع رده ، والعهدة فى الحقيقة عبارة عن الصك المكتوب فيه الثمن ، ولكن الفقهاء يستعملونه فى الثمن ؛ لأنه مكتوب فى العهدة مجازا ، تسمية للحال باسم المحل ، وإنما يصح ضمان العهدة بعد قبض الثمن ؛ لأنه إنما يضمن ما دخل فى يد البائع ولا يدخل الثمن فى ضمانه إلا بقبضه ، وخارج بعد قبض الثمن ما لو ثبت دين على غائب فباع الحاكم عقاره من المدعى بدينه وضمن له الدرك شخص إن خرج المبيع مستحقا ؛ فإنه لا يصح الضمان ، وذلك لعدم القبض ، ونحوه ما لو أجر المديون وقفا عليه بدينه ، وضمن ضمان الدرك . ثم بان بطلان الإجارة لمخالفتها شرط الواقف لا يلزم الضامن شيء من الأجرة لبقاء الدين الذي هو أجرة بحاله فلم يفت عليه شيء ، وهو [أى ضمان الدرك] أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقا ، أو إن أخذ بشفعة سابقة على البيع ببيع آخر ، أو معيبا ، أو ناقصا ، ورده المشتري ؛ إما لردائه أو لنقص الصنعة التى وزن بها - وهى بفتح الصاد فارسية وعربت والجمع صنع ، ويقال : صنعة بالسین - وهذا كالمستثنى من بطلان ما سيجب ، ووجه صحته ما مر^(١) ، وفى قول هو باطل ؛ لأنه ضمان ما لم يجب ، وكيفية ضمان الدرك بالثمن أن يقول للمشتري : ضمانت لك عهدة الثمن أو دركه أو خلاصك منه ، فإن قال : ضمانت لك

(١) حيث إن الحاجة قد تدعو إلى معاملة الغريب ، ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقا ، ولا يُظفر به فاحتيج إلى الاستيثاق به .

خلاص المبيع لم يصح ؛ لأنه لا يستقل بتخليصه إذا استحق ، فإن شرط في البيع كفيلا بخلاص المبيع بطل البيع لفساد الشرط ، وإن ضمن درك الثمن وخلاص المبيع معا صح ضمان الدرك دون ضمان خلاص المبيع تفريقا للصفقة ، ولا يختص ضمان الدرك بالثمن ، بل يجري في المبيع فيضمنه للبائع إن خرج الثمن المعين مستحقا أو أخذ بشفعة سابقة أو معيبا أو ناقصا إما لرداءته أو لنقص الصنعة ، ولو ضمن عهدة فساد البيع بغير الاستحقاق أو عهدة العيب أو التلف قبل قبض المبيع صح للحاجة إليه ^(١) .

عند الحنابلة :

ولكن الحنابلة يرون أن ضمان ما لم يجب صحيح ، ولكن بعضهم يشترط في جواز ضمان ما لم يجب أن يكون مآله إلى الوجوب : **جاء في المغنى** : أن ضمان ما لم يجب صحيح . إلا أنهم قالوا : الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين ، فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء ، فلا ضم فيه ، فلا يكون ضمانا . قلنا : قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه ، وأن ما ثبت في ذمة مضمونه يثبت في ذمته . وهذا كاف . وقد سلموا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله : ألق متاعك في البحر ، وعلى ضمانه . وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجعالة قبل العمل ، وما وجب شيء بعد ^(٢) .

وجاء في إعلام الموقعين أنه : " يصح ضمان ما لا يجب

كقوله : " ما أعطيت لفلان فهو على " عند الأكثرين ، كما دل عليه

(١) راجع مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : (٢٠٢/٣-٢٠٣) وانظر روض

الطالب : (٢٣٧/٢ ، ٢٣٨) .

(٢) راجع المغنى : (٧٣/٧ ، ٧٤) .

القرآن في قول مؤذن يوسف : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ^(١) والمصلحة تقتضي ذلك ، بل قد تدعو إليه الحاجة أو الضرورة ، وعند الشافعي لا يجوز ، وسلم جوازه إذا تبين سبب وجوبه كدرك المبيع . والحيلة في جوازه على هذا القول أنه إذا رضى بأن يلتزم عنه مقداراً له لم يجب عليه بعد أن يقر المضمون عنه به للدافع ثم يضمنه عنه الضامن ، فإن خشي المقر أن يطالبه المقر له بذلك ولا يدفعه إليه فالحيلة أن يقول : هو على من ثمن مبيع لم أقبضه ، فإن تخرج من الإخبار بالكذب فالحيلة أن يبيعه ما يريد أخذه منه بالمبلغ الذي التزم الضامن أدائه ، فإذا صار في ذمته ضمنه عنه ، وهذا الحكم إذا زوج ابنه أو عبده أو أجيره وضمن للمرأة نفقتها وكسوتها فالصحيح في هذا كله جواز الضمان ، والحاجة تدعو إليه ، ولا محذور فيه ، وليس بعقد معاوضة فتؤثر فيه الجهالة ، وعقود الالتزام لا تؤثر فيها الجهالة كالنذر ، ثم يمكن رفع الجهالة بأن يحد له حدا فيقول : من درهم إلى كذا وكذا " ^(٢) .

وجاء في كشف القناع : أن ضمان الجعل في الجعالة

يصح ، والجعل في المسابقة ، و الجعل في المناضلة — ولو قبل العمل — ؛ لأنه [أى الجعل] يؤول إلى اللزوم إذا عمل العمل . ويصح ضمان أرش الجنائية ؛ لأنها واجبة أو تتول إلى الوجوب ، ويصح ضمان نفقة الزوجة ، مستقبلة كانت أو ماضية ^(٣) .

هذا ويشترط بعض الحنابلة في جواز ضمان ما لم يجب

أن يكون مآله إلى الوجوب : جاء في كشف القناع : ولا يعتبر

(١) سورة يوسف : من الآية (٧٢) .

(٢) إعلام الموقعين : (٤٧٨/٣ ، ٤٧٩) .

(٣) راجع كشف القناع عن متن الإقناع : (٣٧١/٣) . و مطالب أولى النهى :

(٣٠٢/٣) .

كون الحق واجبا إذا كان مآله إلى الوجوب ، فيصح ضمان ما لم يجب إذا آل إلى الوجوب ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ فدللت الآية على ضمان حمل البعير مع أنه لم يكن وجب . لا يقال : الضمان ضم ذمة إلى ذمة فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم ؛ لأنه قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه ويثبت في ذمته ما يثبت وهذا كاف . فلو قال : ضمنت لك ما تدأينه به صح ، وهو من أمثلة ما يثول إلى الوجوب . ومنه ضمان السوق وهو أن يضمن ما يلزم التاجر من دين وما يقبضه من عين مضمونه ، وتجوز كتابته والشهادة به لمن لم ير جوازه ؛ لأنه محل اجتهد ، فغايتة أنه ضمان ما لم يجب وضمان المجهول ، كضمان السوق ^(١) الذي معنا ، فإن الضامن فيه يضمن ما يجب على التاجر للناس من الديون ، وهو جائز عند أكثر العلماء كمالك وأبي حنيفة وأحمد ^(٢) .

عند الظاهرية :

أما الظاهرية فإنهم لم يجيزوا أيضا ضمان ما لم يجب كما لم يجيزوا ضمان المجهول :

جاء في المحلى : " ولا يجوز ضمان مال لم يجب بعد كمن قال لآخر : أنا أضمن لك ما تستقرضه من فلان ، أو قال له : اقترض من فلان دينارا وأنا أضمنه عنك ، أو قال له : أقرض فلانا

(١) ضمان السوق في حقيقة الأمر يدخل في نطاق ضمان ما لم يجب ، وضمان المجهول .

(٢) راجع كشف القناع عن متن الإقناع : (٣/٣٦٧) . وانظر مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى : (٣/٣٠٠، ٣٠١) .

دينارا وأنا أضمنه لك ، وهو قول ابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن والشافعي ، وأبى سليمان ، لأنه شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل . ولأن الضمان عقد واجب ، ولا يجوز الواجب في غير واجب ، وهو التزام ما لم يلزم بعد ، وهذا محال وقول متفاسد ، وكل عقد لم يلزم حين التزامه فلا يجوز أن يلزم في ثان ، وفي حين لم يلتزم فيه ، وقد لا يقرضه ما قال له . وقد يموت القائل لذلك قبل أن يقرضه ما أمره بإقراضه . فصح بكل هذا أنه لا يلزم ذلك القول فإن قال له : أقرضني كذا وكذا وادفعه إلى فلان ، أو زن عني لفلان كذا وكذا ، أو أنفق ، عني في أمر كذا فما أنفقت فهو على ، أو ابتع لي أمر كذا - فهذا جائز لازم ، لأنها وكالة وكله بما أمره به . وأجاز ما ذكرنا بطلانه : أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، ومالك وعثمان البتي^(١) . واحتج لهم بعض الممتحنين بتقليدهم بأن رسول الله ﷺ ولى زيد بن حارثة جيش الأمراء ، فإن مات ، فالأمير جعفر ابن أبي طالب ، فإن مات ، فالأمير عبد الله بن رواحة . قال : فكما تجوز المخاطرة في الولايات فهي جائزة في الضمان . قال أبو محمد : وهذا قياس والقياس كله باطل ، ثم لو صح القياس لكان هذا منه عين الباطل ؛ لأنه لا نسبة بين الولاية وبين الضمان ، ولا نسبة بين الوكالة وبين الضمان ، لأن الولاية فرض على المسلمين إلى يوم القيامة ، وليس الضمان فرضا - وأما الوكالة فحكم على حياله جاء به النص . ثم نسألهم عن قال : أنا أضمن لك ما أقرضته زيدا ثم مات فأقرض المقول له ذلك زيدا ما أمره به ؟ أيلزمونه ذلك بعد موته ؟ فهذا عجب أم لا يلزمونه ؟ فقد تركوا قولهم الفاسد ، ورجعوا إلى الحق ، ولئن لزمه ضمان ذلك في ذمته في حياته ،

(١) عثمان البتي : قيل اسم أبيه مسلم ، أبو عمرو البصري ، كان صاحب رأى وفقه ، سمى البتي لأنه كان يبيع البتوت ، وهي الأكسية الغليظة ، وثقه أحمد والدار قطنى وابن سعد ، توفي سنة (١٤٣) هـ. تهذيب التهذيب (٧/ ١٣٥) .

فهو لازم له في ماله ولا بد بعد موته من رأس ماله . ونسألهم عن ضمن كل ما يتداين به زيد إلى انقضاء عمره ؟ فإن ألزموه ذلك كان شناعة من القول ، وإن لم يلزموه تناقضوا . ونقول لهم : كما لم يجرر والمخاطرة في البيوع ، ولا جاز إصداق ما لم يخلق بعد ، فكذلك لا يجوز ضمان ما لم يلزم بعد . فهذا أصح من قياسهم على الإمارة ، والوكالة ، والدلائل هاهنا على بطلان قولهم تكثر جدا وفيما ذكرنا كفاية " (١) .

عند الزيدية :

يجوز الزيدية ضمان ما لم يجب مما سيثبت بما يئول إلى اللزوم ، كمال السبق والرمى :

جاء في البحر الزخار: أن الضمان تقرير الدين في ذمة الضامن حتى يصير مطالبا مع الأصيل ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ وقوله ﷺ : " الزعيم غارم " ونحوه . وصحيحه أن يضمن بما قد ثبت في ذمة معلومة ولا رجوع أو سيثبت فيها ، وفاسده أن يقول : ضمننت ما يغرق أو يُسرق . وإنما يصح بدين مستقر غير معرض للسقوط كالمهر قبل الدخول ، والثن قبل قبض المبيع ومال الكتابة . فالأقرب صحة ذلك بناء على صحة الضمان بما سيثبت ، ويصح بما يئول إلى اللزوم كمال السبق والرمى والجعالة قبل العمل ، نحو : من رد على عبدى فله دينار ، فالضمان بما سيثبت في ذمة معلومة صحيح عندنا ، كتزوج فلانة وأنا ضامن مهرها ، أو ما ثبت لك على فلان ، فأنا ضامنه (٢) .

(١) المحلى : (١١٧/٨) مسألة (١٢٣٣) .

(٢) راجع البحر الزخار الجامع لمذاهب الأمصار : (٧٥/٦ - ٧٨) .

عند الإمامية :

أما الإمامية فإنهم لا يرون صحة ضمان ما لم يجب ، فلا يرون جواز النفقة المستقبلية للزوجة ؛ لأنها لم تجب بعد في ذمة الزوج ، ويتضح ذلك مما يأتي :

جاء في شرائع الإسلام : ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة ، لاستقرارها في ذمة الزوج دون المستقبلية ، ويلزمه ما تقوم البيئة به ، أنه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان ، لا ما يوجد في كتاب ولا ما يقر به المضمون عنه ، ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين ، أما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح ؛ لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان ، [أى : لا بد أن يكون ثابتاً في الذمة وقت الضمان ؛ وعليه فلا يجوز ما لم يثبت في الذمة وقت الضمان] ^(١) .

عند الإباضية :

على حين يرى الإباضية جواز الضمان قبل وجوب الحق ، وبيانه فيما يأتي :

جاء في شرح النيل : أن الضمان يجوز بعد وجوب الحق اتفاقاً وقبل وجوبه خلافاً لشريح القاضي ، ومعنى قوله : بعد وجوب الحق أى بعد ثبوته مؤجلاً أو معجلاً ، ومعنى قوله : قبل وجوبه أى أنه لمّا يجب ، وسيجب إن شاء الله تعالى ، مثل أن يقول : تزوج أعطك الصداق ، فالصداق لم يجب قبل التزوج والشروع فيه أو : حج عن فلان أعطك الزاد أو ما يكفيك أو نحو ذلك . ويؤخذ — على قول جواز الحمل في ذلك من تركته — أى يؤخذ ما تحمل به الحمل مما جهل أو لم يفرض من تركة الحمل إن مات ولم يتبين ما تحمل به فرضاً أو كمية إلا بعد موته ، أو تبين

(١) راجع شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام : (٩١، ٩٠/٢) .

قبل موته ولم يُعطِ حتى مات ، فيخرج ذلك من كل ما له ، ويتحاص مع الديون إن كانت هناك ديون ^(١) .

الترجيح :

مما سبق يتبين أن الحنفية والشافعية والظاهرية يرون عدم جواز ضمان ما لم يجب بعد ، فلا بد من كون الحق ثابتا فى الذمة عند العقد ، وإلا لم يكن الضمان صحيحا ، وقد وافقهم على ذلك الإمامية ، وقد خالفهم فى ذلك المالكية والحنابلة حيث يرون جواز ضمان ما لم يجب ولكن بعض الحنابلة يشترط فى جواز ضمان ما لم يجب أن يكون مآله إلى الوجوب ، وهو مذهب الزيدية والإباضية ، فإنهم يجيزون ضمان ما لم يجب ، وهو القول الراجح إذا كان المضمون به معلوما ، كما سبق بيانه فى الكلام عن ضمان المجهول ؛ حتى لا يقع الغرر المنهى عنه فى شرعنا المطهر ؛ وذلك لما يأتى :

أولا : لقوله تعالى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ فدلّت الآية على ضمان حمل البعير مع أنه لم يكن قد وجب بعد . لا يقال : الضمان ضم ذمة إلى ذمة فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم ؛ لأنه قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه فى أنه يلزمه ما يلزمه ويثبت فى ذمته ما يثبت ، فإذا قال الضامن مثلا ما تأخذه من فلان من واحد إلى ألف جنيه فأنا ضامنه جاز ، وأقوى دليل على ذلك ما ساقه القرآن العظيم من قول مؤذن يوسف (عليه السلام) : ﴿ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ فضمن حمل البعير — وهو معلوم — حيث لم يكن قد وجب بعد .

(١) انظر شرح النيل وشفاء العليل : (٤٣٠/٩) .

ثانياً : أن المصلحة تقتضى ذلك ، فـضمان مؤخر
الصادق يدخل فى ذلك ، وضمان كثير من البىاعات ثمنا أوسلعة
يدخل فى ذلك مما استحدث من معاملات تحتاج إلى ضمان السلع أو
الأثمان حتى تتم الصفقات ، وإذا كان المضمون به محددا فليس ثمة
مخالفة شرعية فى ذلك ، فلو منع ذلك وغيره لوُضع الناس فى
حرج ، والله تعالى يقول : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ
الْعُسْرَ ﴾ (١) ؛ وعليه ضمان السوق جائز بالقيء السابق (أى إذا
كان المضمون به محددا) .

(١) سور البقرة : من الآية (١٨٥) .

ضمان ما لم يجب فى القانون :

فقد نصت المادة (٧٧٨) مدنى مصرى (الفقرة الثانية) على ما يأتى : " ٢ — على أنه إذا كان الكفيل فى الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة ، كان له فى أى وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ " (١) .

يقول الدكتور السنهورى فى شرح هذه الفقرة من تلك المادة — بعد أن تكلم عن الدين الشرطى — : وكذلك تجوز كفالة الدين المستقبل ، وإن كان ديناً غير موجود وقت الكفالة ، وذلك باستثناء الالتزام فى تركة مستقبلة ، فإنه باطل وتبطل تبعاً له الكفالة . ومثل الدين المستقبل فتح اعتماد فتجوز كفالته ، كما تجوز كفالة الدين الاحتمالى لأنه دين مستقبل . فإذا فتح شخص اعتماداً فى مصرف ، جاز أن يقدم كفيلاً يضمن ما عسى أن يقبضه المدين من هذا الاعتماد و بالقدر الذى يقبض ، وذلك قبل أن يقبض المدين شيئاً من الاعتماد . كذلك يستطيع أن يقدم شخص كفيلاً يضمنه فيما عسى أن يشتريه من متجر معين ، فيكون الكفيل ضامناً لثمن البضائع التى يشتريها المدين الأصلى (٢) .

وتكون كفالة الدين المستقبل قائمة ويكون الكفيل ملزماً بها ، حتى قبل أن يوجد هذا الدين . ولكن الكفيل لا يكون ملتزماً بأى مقدار من المال قبل أن يوجد الدين ، فإذا ما وجد كفله المدين بالمقدار الذى به يوجد (٣) .

(١) القانون المدنى ص : (١٨٧) .

(٢) وهو ما يعرف فى الفقه الإسلامى بضمان السوق .

(٣) راجع الوسيط (٥٢/١٠ — ٥٤) . وانظر الوافى : (٥١ — ٤٦/٣) .

وكما أن القانون يوافق الرأى الراجح فى الفقه الإسلامى فى المسألة السابقة (ضمان المجهول) فإنه يوافقه أيضا فى هذه المسألة (ضمان ما لم يجب) مع القيد المذكور سابقا (وهو تحديد مقدار الدين) ؛ وذلك لتفادى الغرر ، ويزيد عليه تحريم الفوائد المضاعفة وغير المضاعفة ، والتي يبيحها القانون الوضعى ، كما سيأتى تفصيله فى الباب الأخير بإذن الله .