شروط الضمان

د. عبد الرؤوف محمد أحمد الكمالي*

(*) محاضر بقسم الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية – جامعة الكويت.

ملخص البحث

لفظ «الضمان» إذا أطلق قد لا يعني ضمان المال فقط دون ضمان البدن الذي يطلق عليه «الكفالة»، وقد يعني بالضمان ضمان المال والبدن جميعاً، وهذا هو المراد من لفظ «الضمان» الوارد في هذا البحث.

والضمان هو: «التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين «مضمونة». وهذا تعريف الشربيني الخطيب من الشافعية، وهو من أحسن تعريفات الفقهاء للضمان؛ لشموله ووضوحه ودقته.

والضمان جائز في الشريعة الإسلامية بالكتاب والسنة وإجماع العلماء على ذلك، وللضمان خمسة أركان يتكون منها، هي: الضامن، والمضمون عنه، والمضمون له، والشيء المضمون، وصيغة عقد الضمان.

وبحثي هنا إنما هو في بيان الشروط الواجب توافرها ليصح هذا الضمان، بحيث لو تخلف واحدٌ منها كان الضمان باطلاً غير منعقد.

وهذا بيان هذه الشروط:

أولاً: شروط الضامن: وهي ستة:

١ – ٣: فلا خلاف بين العلماء في اشتراط العقل والتمييز – وكذا البلوغ على الراجح من قولَيْ العلماء – والرضا من الضامن.

٤ – والراجح من أقوال العلماء: اشتراط عدم الحجر على الضامن لسفه، وأما المحجور عليه لفَلَس فيصح ضمانه، ويُتَّبع به بعد فك الحجر عنه.

٥ – والراجح – أيضاً – اشتراط الحرية، فالعبد لا يصح ضمانه إلا بإذن سيده.

٦ – وكذا الراجح اشتراط صحة الضامن، فحكم ضمان من كان مريضاً مرض الموت أنه يُحسَب من ثلثه.

ثانياً: شروط المضمون عنه:

الذي ترجّح لي في هذا البحث، أنه لا يشترط في المضمون عنه شيء مما

اشترط بعض الفقهاء في كل شرط، فلا يشترط قدرة المضمون عنه على تسليم المضمون، فيصح الضمان عن الميت وإن لم يترك شيئاً، ولا يشترط رضا المضمون عنه، ولا معرفة الضامن له.

ثالثاً: شروط المضمون له:

الذي ترجح لي – كذلك –، أنه لا يشترط في المضمون له شيء مما اشترط بعض الفقهاء، فلا يشترط معرفة الضامن للمضمون له، ولا رضا المضمون له، ولا أن يكون عاقلاً.

رابعاً: شروط المضمون:

أ – إن كان المضمون مالاً، فيُشتَرط فيه أن يكون حقًّا ثابتًا، أي: قد أُمِنَ من سقوطه بالفسخ، كثمن المبيع قبل قبضه، أو أن يكون – على الراجح – حقاً صائراً إلى الثبوت، كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده.

ولا يشترط فيه غير ذلك، على الراجح، كأن يكون موجوداً وقتَ الضمان – فيصح ضمان ما سيجب مستقبلاً، كنفقة الغد، أو أن يكون معلوماً، فيصح ضمان المجهول.

ب – وإن كان المضمون إحضار شخصٍ (المكفول)، فيُشتَرط فيه شرطان:

١ – أن يكون ممن يَلزمه حضورُ مجلس الحكم، أو ممن يُستَحق إحضاره، فتصح الكفالة ببدنِ الصبيِّ والمجنون، والمحبوس والغائب.

والراجح: أنه لا تصح الكفالة بإحضار بدن من عليه حَدٌّ (وهو العقوبة المقدرة من الشرع) مطلقاً، سواء أكان الحد لِحَقٍّ من حقوق الله تعالى – كالزنا – أم لِحَقِّ آدمي كالقذف، وكذلك لا تصح بإحضار بدن من عليه قصاص.

٢ – تعيين بدن المكفول به.

ولا يُشتَرط العلم بقدر المال الذي على المكفول به ولا رضاه.

خامساً: شروط الصيغة:

يُشترط في الصيغة أن تكون دالةً على الإلزام، إما لفظاً – وهذا بلا خلاف – وإما كتابةً أو إشارةً مفهمةً على الراجح.

واللفظ منه الصريح: كلفظ الضمان والكفالة والزعامة، ومنه الكناية: كقوله: لك عَلَيّ. ويُشترط في الكناية القرنية التي تدل على الالتزام، من نيةٍ أو غيرها.

والراجح: أنه يصح تعليق الصيغة على شرط، كقوله: إذا جاء الغد فقد ضمنت لك ما على فلان، أو: إن استحق المبيع فأنا كفيل.

كما يصح – أيضاً – إضافة الصيغة إلى وقت معلوم، كقوله: أنا ضامن لفلان في شهر كذا.

هذه أهم الأحكام المستفادة من بحث «شروط الضمان»، نسأل الله تعالى أن ينفعنا بها، وصلى الله وسلم على نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

المقـــدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على عبده ورسوله محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن باب المعاملات في الفقه الإسلامي يعتبر باباً مهماً، ينبغي العناية به وتسهيل مسائله وتوضيحها، لتقدم لطلبة العلم خصوصاً، وللمثقفين من المسلمين عموماً؛ وذلك لحاجة الجميع إليها.

ولا شك أن موضوع الضمان من المواضيع التي لا يخلو منها كتاب فقهي إلا أن جمع شتات الكلام فيه، مع اختصاره وتسهيله، ثم ذكر الرأي الراجح بكل وضوح في كل مسألة، هو الدافع لاختيار موضوع هذا البحث، فلهذا اجتهدت في جمع كلام العلماء المتقدمين في شروط الضمان، مع إيضاح عرض المسائل وترتيبها وتحقيق القول فيما يظهر لي أنه الأرجح من حيث الدليل.

وأما المسائل المستجدة: فنظراً لاحتياجها إلى بحث طويل و موسع، بل واحتياج المسألة الواحدة منها – أحياناً – إلى بحث مستقل منفرد، فإنه لم يكن من المناسب إلحاقها بهذا البحث الذي أعد لتقديمه إلى مجلة علمية محكمة.

فمن أجل ذلك انحصر البحث في تأصيل المسائل الفقهية، بالرجوع إلى كلام المتقدمين فيها، واستيعاب ما أمكن من ذلك مما هو مهم، ثم عرضها عرضاً ميسراً مرتباً محققاً، وهذا الأمر لا يقل أهمية عن الأمر الأول، بل إن إتقان هذه المسائل هو الأصل والأهم، وأما الأخرى المستجدة فهي تبع لها، فمن أتقن الأولى سهلت له الثانية.

هذا، وإن عنوان هذا البحث هو: «شروط الضمان» وأقصد بذلك:

شروط أركانه، أي الشروط التي يجب تحققها ليصح الضمان، ولهذا لم أتطرق إلى أحكام الضمان الخارجة عن هذه الشروط.

والضمان إذا أطلق قد يعنى به ضمان المال فقط دون ضمان البدن، إذ يطلق على هذا الثاني لفظ: «الكفالة» أو «كفالة البدن»، كما أن الضمان قد يطلق

ويعنى به المعنيان معاً: ضمان المال، وضمان البدن، وهذا الذي أردته من عنوان البحث، وعليه جريت عند ذكر الضمان في هذا البحث.

وقد بدأت البحث بتمهيد تحدثت فيه عن تعريف الضمان وأقسامه، وحكمه وأركانه، ثم أعقبته بفصول البحث، وهي خمسة:

الفصل الأول: شروط الضامن.

الفصل الثاني: شروط المضمون عنه.

الفصل الثالث: شروط المضمون له.

الفصل الرابع: شروط المضمن والمكفول به.

الفصل الخامس: شروط الصيغة.

ثم ذكرت في الخاتمة نتائج البحث.

أسال الله تعالى أن يجعل هذا البحث صالحاً، ولوجهه خالصاً، وأن ينفع به، إنه سميع مجيب.

تمـهيد:

يشمل هذا التمهيد على أربعة مباحث:

المبحث الأول
تعريف الضمان

الضمان لغة: هو الكفالة والالتزام.

تقول: ضمن الشيء، وضمن به، كعلم، ضماناً وضمناً، فهو ضامن وضمين: كفله والتزمه.

وضمنته الشيء تضميناً، فتضمنه عني: غرمته فالتزمه[١].

وأما الضمان اصطلاحاً: فللفقهاء تعريفات متنوعه له:

١ – فعرفه صاحب «الهداية[٢]» من الحنفية بأنه: «ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة».

٢ – وعرفه الدردير من المالكية بأنه: «التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره، أو طلبه من عليه لمن هو له[٣]».

٣ – وعرفه الشربيني الخطيب من الشافعية بأنه: «التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة»[٤].

٤ – وفصل الحنابلة تعريف ضمان المال عن الكفالة بالنفس:

فعرف البهوتي الضمان بأنه:«التزام ما وجب على غيره – مع بقائه – وما قد يجب»[٥].

---

(١) انظر: «انظر المصباح المنير» (٢/ ٣٦٤)، و«القاموس المحيط» (ص ١٣٦١).
(٢) (١٦٣/٧). وانظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٤٠٤).
(٣) «أقرب المسالك» (٢/ ٦٦٤، ٦٦٥). وانظر: «جواهر الإكليل» (١٠٩/٢).
(٤) «مغني المحتاج» (١٩٨/٢).
(٥) «الروض المربع» (٩٧/٥). وانظر: «المغني» (٣٩٩/٤)

وعرف الكفالة بأنها: «التزام رشيد إحضار من عليه حق مالي لربه»[١]

وأحسن هذه التعريفات تعريف الشربيني الخطيب من الشافعية، وذلك لثلاثة أمور:

الأمر الأول: أنه تعريف شامل، دخل فيه جميع أقسام الضمان.

الأمر الثاني: أنه واضح ومفصل.

الأمر الثالث: أنه لم يدخل فيه ما يتعلق بالشروط.

هل هناك فرق بين الضمان والكفالة؟

- أما من حيث اللغة: فالضمان والكفالة بمعنى واحد.
- وأما في اصطلاح الفقهاء: فإن الغالب أنهم يطلقون الضمان ويريدون به التزام المال، ويطلقون الكفالة ويريدون بها التزام إحضار النفس.

قال الشربيني الخطيب – رحمه الله –: «ويسمى الملتزم لذلك[٢]: ضامناً وضميناً، وحميلاً، و زعيماً، وكافلاً، وكفيلاً، وصبيراً، وقبيلا».

قال: «قال الماوردي: غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال والحميل في الديات، والزعيم في الأموال العظام، والكفيل في النفوس، والصبير في الجميع»[٣].

ومن الفقهاء من يطلق لفظ الضمان، ويريد به جميع أقسامه، ثم ما يختص به أحد أقسامه من الأحكام يذكره بعد ذلك، إما بلفظ الضمان وبدون عنوان مستقل، كما تجده – مثلاً في «مختصر خليل[٤]» للمالكية، وإما بلفظ «كفالة البدن» وبعنوان مستقل كما تجده في «المنهاج»[٥] و«روضه الطالبين[٦]»

---

(١) «الروض المربع» (١٠٨/٥). وانظر: «الإنصاف» (٢٠٩/٥)
(٢) أي الحق الثابت في ذمة غيره.
(٣) «مغني المحتاج» (١٩٨/٢).
(٤) (١٠٩/٢ – ١١٥) – مع «جواهر الإكليل».
(٥) (١٩٨/٢ – ٢١١) – مع مغني المحتاج.
(٦) (٢٤٠/٤ – ٢٧٤).

للشافعية، و«المغني[1]» و«الروض المربع»[2] للحنابلة، حيث بوبا بابا للضمان، ثم أتبعوه بفصل عن كفالة البدن يختص بأحكامها.

ومن الفقهاء من يطلق لفظ الكفالة، ويريد بها جميع أقسام الضمان كما تجده – مثلاً – في «بدائع الصنائع»[3] والهداية[4] للحنفية. وعلى كل حال فالمسألة اصطلاحية، ولا مشاحة في الاصطلاح.

المبحث الثاني
أقسام الضمان

– **قسم الحنفية الضمان إلى قسمين:**

القسم الأول: ضمان المال. ويدخل فيه الأعيان المضمونة.

القسم الثاني: ضمان النفس أو البدن، ويسمى أيضاً: ضمان الوجه. وهو التزام إحضار بدن المضمون[5].

– وزاد المالكية قسماً ثالثاً، وهو ضمان الطلب: وهو التفتيش على الغريم الذي عليه الدين، ثم يخبر صاحب الدين به، ويلزمه إحضاره[6].

– وجعل الشافعية القسم الثالث: ضمان العين المضمونة[7]. وهو في حقيقته داخل في ضمان المال.

---

(١) (٣٩٩/٤) – بتحقيق الدكتور / عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور / عبد الفتاح محمد الحلو – دار هجر بالقاهرة ط:١ – ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م.

(٢) (٩٧/٥ – ١١٤) – مع «الروض المربع».

(٣) (٧ / ٣٤٠٤ – ٣٤٣٥).

(٤) (١٦٢/٧ – ٢٣٧) مع «فتح القدير». وأما ما ذكره في الهداية (٢١٨/٧) من فصل الضمان، فليس من أجل التغاير بين الكفالة والضمان عنده، وإنما الأمر – كما قال ابن الهمام في فتح القدير (٢١٨/٧) –: «الضمان هو الكفالة، لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان،أوردها مترجمة بذلك» ١هـ.

(٥) انظر: «فتح القدير» (٧ / ١٦٤) و«الاختيار» (٢ / ١٦٧).

(٦) انظر: «الشرح الصغير» (٢ / ٦٦٤، ٦٦٥) و«أسهل المدارك» (٣ / ٢٢).

(٧) انظر: «مغني المحتاج» (١٩٨/٢) و«شرح المنهج» (٣ / ٣٧٧).

المبحـث الثـالث
حُكـــم الضـــمان

الضمان جائز بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)[١]، والزعيم هو الكفيل والضامن[٢].

وأما السنة: فأحاديث، منها: قوله صلى الله عليه وسلم: «.. والزعيم غارم» أخرجه أحمد – واللفظ له – وأبو داود والترمذي وابن ماجه[٣]، وقال الترمذي «حديث حسن غريب».

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الضمان، والناس على ذلك من الصدر الأول إلى يومنا هذا من غير نكير.[٤]

---

(١) سورة يوسف / الآية: (٧٢).

(٢) انظر:«المغني» (٤/٣٩٩) ط: دار هجر – و:«تفسير ابن كثير» (٤/٣٢٥) و«تفسير القرطبي» (٥/٢٣١).

(٣) «مسند أحمد» – حديث أبي أمامه الباهلي.. (٥/٢٦٧) وسنن أبي داود «– كتاب البيوع – باب في تضمين العارية – (٣/٢٩٧) – حديث رقم (٣٥٦٥) – و«سنن الترمذي» – كتاب البيوع – باب ما جاء في أن العارية مؤداة – (٣/٥٦٥) – حديث رقم (١٢٦٥) وفي كتاب الوصايا – باب ما جاء لا وصية لوراث – (٤/٣٧٧) – حديث رقم (٢١٢٠) و«سنن ابن ماجه» كتاب الصدقات – باب الكفالة – (٢/٨٠٤) – حديث رقم (٢٤٠٥).

(٤) انظر: «المغني» (٤ / ٤٠٠) – ط: دار هجر – و«الاختيار» (٢ /١٦٦) و«مغني المحتاج» (٢/١٩٨).

المبحث الرابع
أركان الضمان

للضمان خمسة أركان، هي

١ – الضامن.

٢ – المضمون عنه.

٣ – المضمون له.

٤ – المضمون.

٥ – الصيغة[١].

وبعد هذا التمهيد، نأتي إلى فصول البحث، وهي خمسة:

(١) انظر «مغني المحتاج» (١٩٨/٢) و«الشرح الصغير» (٢ / ٦٦٦).

الفصـل الأول
شـروط الضـمان

وهي سبعة:

أولاً: العقل:

يشترط في الضامن أن يكون عاقلاً بلا – خلاف بين العلماء –؛ لأن عقد الضمان عقد تبرع، ومبنى عقود التبرع على الرضا، والرضا لا يتحقق من فاقد العقل.

وعلى هذا، فلا يصح ضمان المجنون، ولا المُبَرْسَم، وهو الذي يَهذي[(١)].

ثانياً: البلوغ:

وينبني على هذا الشرط حكم الصبي: هل يصح ضمانه؟

١ – اتفق العلماء – أولاً – على أن الصبي غير المميز لا يصح ضمانه[(٢)]؛ لما سبق ذكره قريباً في المجنون من عدم تحقق الرضا.

٢ – ثم اختلفوا في الصبي المميز على قولين:

القول الأول: أنه لا يصح ضمانه. وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية، والصحيح من مذهب الحنابلة[(٣)].

---

(١) انظر: «المغني» (٤ / ٤٠٥). وانظر – أيضاً – للحنفية: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤١١) و«فتح القدير» (٧ / ١٦٣) وللمالكية: «جواهر الإكليل» (٢/١٠٩) وللشافعية: «روضة الطالبين» (٤/٢٤١) و«مغني المحتاج» (٢/١٩٨) وللحنابلة: «الإنصاف» (٥/ ١٩٢).

(٢) انظر: «المغني» (٤ / ٤٠٥). وانظر – أيضاً – للحنفية: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤١١) و«فتح القدير»(٧/١٦٣) وللمالكية: «جواهر الإكليل» (٢/١٠٩) وللشافعية: «روضة الطالبين» (٤/٢٤١) و«مغني المحتاج»(٢/١٩٨) وللحنابلة: «الإنصاف» (٥/ ١٩٢).

(٣) انظر: المصادر السابقة.

القول الثاني: أنه لا يصح ضمانه وهو وجه للحنابلة[١].

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم صحة ضمان الصبي المميز: بما سبق ذكره في المجنون من عدم تحقق الرضا.

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بصحة ضمان الصبي المميز: بالقياس على صحة إقرار الصبي وبيعه بإذن وليه[٢].

ونوقش هذا الدليل: بأن القياس المذكور قياس مع الفارق، فلا يصح ويتضح ذلك في وجهين:

الوجه الأول: أن الضمان التزام مال لا فائدة له فيه، فلم يصح؛ كالتبرع والنذر، بخلاف البيع[٣]؛ فإن له فيه فائدة، على أن الخلاف في بيع الصبي معروف[٤].

الوجه الثاني: أن الإقرار إنما هو إخبار بحق سابق[٥]، بخلاف الضمان فهو إنشاء لحق.

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو أنه لا يصح ضمان الصبي؛ وذلك لعدم تحقق الرضا.

---

(١) انظر: «الإنصاف» (٥ / ١٩٢).
(٢) انظر: «المغني» (٤/٤٠٥).
(٣) «المغني»: (٤/٤٠٥).
(٤) انظر: «الإفصاح» لابن هبيرة (١/٣٢٦).
(٥) انظر: «المغني» (٤/٤٠٥).

ثالثاً: عدم الحَجْر:

وفيه مبحثان:

المبحث الأول
ضمان المحجور عليه لسَفَه

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنه لا يصح. وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية والصحيح من مذهب الحنابلة[١].

القول الثاني: أنه يصح، ويُتّبع به بعد فك الحجر عنه. وهو وجه في مذهب الحنابلة[٢].

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم صحة ضمان المحجور عليه لسفه: بأنه إيجاب مال بعقد، فلم يصح من المحجور عليه لسفه؛ كالبيع والشراء[٣].

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بصحة ضمان المحجور عليه لسفه: بالقياس على إقراره؛ فإنه يتبع به بعد فك الحجر عنه، فكذلك الضمان[٤].

---

(١) انظر للحنفية: «الاختيار» (٢/١٦٧) حيث ذكر أن الكفالة لا تصح إلا ممن يملك التبرع. وانظر للمالكية: «جواهر الإكليل» (٢/١٠٩) وللشافعية: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٤٢) و«مغني المحتاج» (٢/١٩٨) و«شرح المنهج» (٣/٣٧٨) وللحنابلة: «المغني» (٤/٤٠٥) و«الإنصاف» (٥/١٩٣) و«الروض المربع» (٥/٩٩).

(٢) انظر: «المغني» (٤/٤٠٥) و«الإنصاف» (٥/١٩٣).

(٣) انظر: «المغني» (٤/٤٠٥).

(٤) انظر: المصدر السابق.

ونوقش هذا الدليل: بعدم صحة القياس المذكور؛ لأن الضمان لا يشبه الإقرار فإن الإقرار إخبار بحق سابق[١].

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو أنه لا يصح ضمان المحجور عليه لسفه؛ وذلك قياساً له على البيع والشراء.

المبحث الثاني
ضمان المحجور عليه لفلس

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنه يصح ضمانه، ويتبع به بعد فك الحجر عنه. وهو الصحيح من مذهبي الشافعية والحنابلة[٢].

القول الثاني: أنه لا يصح ضمانه. وهو ظاهر قول الحنفية[٣] ورواية عند الحنابلة[٤].

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بصحة ضمان المحجور عليه لفلس: بأنه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته، فأشبه الراهن، فصح تصرفه فيما عدا الرهن فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمته[٥].

---

(١) انظر: المصدر السابق.
(٢) انظر للشافعية: «روضة الطالبين» (٢٤٢/٤) و«مغني المحتاج» (١٤٨/٢، ١٩٩) و«شرح المنهج» (٣٧٨/٣) وللحنابلة: «المغني» (٤ / ٤٠٥) و«الإنصاف» (٥ / ١٩٠) و«الروض المربع» (٩٩/٥).
(٣) لأنهم لا يصححون الكفالة إلا ممن يملك التبرع. انظر: «الاختيار» (٢ / ١٦٧).
(٤) انظر: «الإنصاف» (١٩٠/٥).
(٥) انظر: «المغني» (٤٠٥/٤).

ثانياً أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم صحة ضمان المحجور عليه لفلس: بأنه ليس من أهل التبرع.

ويمكن أن يناقش هذا الدليل: بعدم التسليم بأنه ليس من أهل التبرع على الإطلاق، بل يصح تصرفه فيما تعلق بذمته منه، كما هو الحال في الضمان، لأن ذمته لا حجر عليها كما تقدم بيانه، وإنما الحجر على ماله.

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو صحة ضمان المحجور عليه لفلس؛ لأنه من أهل التصرف، والحجر عليه إنما هو في ماله لا في ذمته.

رابعاً: الصحة:

المقصود بالصحة: أن يكون الإنسان صحيحاً غير مريض.

والمرض نوعان: مرض عادي غير مخوف، ومرض مخوف وهو مرض الموت. فأما المرض العادي، فحكم ضمان صاحبه حكم الصحيح[(١)]، وأنه جائز وماض، وليس هو المقصود بالبحث هنا.

ولكن المقصود بالبحث هنا: حكم ضمان من كان مريضاً مرض الموت المخوف، وقد نص العلماء على أن حكم ضمانه حكم تبرعه، فيحسب من ثلثه؛ قياساً على الهبة، بجامع أن الكل تبرع بالتزام ما لا يلزم، ولم يأخذ عنه عوضاً. وإن كان عليه دين مستغرق لأمواله بطل الضمان[(٢)]؛ لأن الدين أولى من الضمان فإن الضمان في الثلث، وأما الدين ففي جميع ماله، فهو أولى، كما لو أوصى رجل بثلث ماله فركبه دين استغرق ماله فإن الوصية تبطل[(٣)].

---

(١) انظر للمالكية: «المدونة» (٥/٢٧٧) وللشافعية: «روضة الطالبين» (٤/٢٤٢) و«شرح المنهج» (٣/٣٧٨) وللحنابلة: «المغني» (٤/٤٠٦) و«الإنصاف» (٥/١٩١).

(٢) انظر: «المدونة» (٥/٢٧٧) و«روضة الطالبين» (٤/٢٤٢) و«شرح المنهج» (٣/٣٧٨).

(٣) انظر: «المدونة» (٥/٢٧٧).

خامساً: الذكورة:

وينبني على هذا الشرط حكم المرأة: هل يصح ضمانها ؟

نستطيع أن نلخص أقوال العلماء في هذه المسألة في قولين:

القول الأول: صحة ضمان المرأة مطلقاً، سواء كانت متزوجة أم غير متزوجة، وسواء أكان بإذن الزوج أم لا. وهو قول الشافعية والحنابلة وابن حزم[١].

القول الثاني: التفصيل – وهو لمالك – رحمه الله[٢]:

١ – فالمرأة التي لا زوج لها وكانت قد تزوجت، فضمانها صحيح في جميع مالها.

٢ – والجارية البكر التي بلغت وعنست، لا يصح ضمانها.

٣ – والمرأة المتزوجة يصح ضمانها في ثلث مالها فقط، إلا أن تكون الزيادة ديناراً أو شيئاً خفيفاً، أو يكون ضمانها عن زوجها، فيصح ولو استغرق مالها إذا كانت مرضية[٣] وكان الضمان بإذن زوجها.

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بصحة ضمان المرأة مطلقاً: بأنه عقد يقصد به المال، فصح منها كالبيع[٤].

ثانياً: أدلة القول الثاني:

أدلة القائلين بالتفصيل هي ما يلي:

---

(١) انظر للشافعية «روضة الطالبين» (٤/٢٤٢) و«مغني المحتاج» (٢/٢٠٠) و«للحنابلة:» (٤ / ٤٠٥) ولابن حزم «المحلى» (٨/٥٣٣).

(٢) انظر: «المدونة» (٥/٢٨٣، ٢٨٥ – ٢٨٧).

(٣) أي: غير سفيهة.

(٤) انظر: «المغني» (٤/٤٠٥).

١ – أما الدليل على صحة ضمان المرأة التي لا زوج لها وكانت قد تزوجت – في جميع مالها:

فهو أن الضمان معروف، ومعروفها جائز كله؛ لأنه لا ولاية عليها[١].

٢ – وأما الدليل على عدم صحة ضمان الجارية البكر التي بلغت وعنست: فهو ثلاثة أمور:

أ – أن بضعها بيد أبيها.

ب – أن الكفالة معروف، ولا يصح للبكر صنع المعروف.

ج – أنه لا يجوز لها قضاء في مالها[٢].

٣ – وأما الدليل على صحة ضمان المرأة المتزوجة في ثلث مالها فقط: فهو أن الضمان صدقة، وصدقة الزوجة إنما تجوز في ثلث مالها فقط؛ لأن ما زاد عن ذلك كان ضرراً.

٤ – وأما استثناء الدينار أو الشيء الخفيف الذي زاد عن الثلث من البطلان: فلأن هذا يعلم أنها لم ترد به الضرر.

٥ – وأما استثناء ضمان الزوجة عن زوجها من البطلان ولو زاد عن الثلث:

فلأن الرجل إنما يتزوج المرأة لمالها، ويرفع في صداقها لمالها، فخالف غيره في مسألة الضمان[٣].

ويمكن أن تناقش الأدلة المستدل بها على عدم صحة الضمان كله أو بعضه من وجهين:

الوجه الأول: أن هذه الأدلة إنما هي آراء عقلية مخالفة لعموم النصوص المجيزة للضمان، والتي لم تفرق بين الرجل والمرأة.

---

(١) انظر: «المدونة» (٥/٢٨٧).

(٢) انظر: «المدونة» (٥/٢٨٣).

(٣) انظر: «المدونة» (٥/٢٨٤ – ٢٨٦).

الوجه الثاني: أن تلك الآراء تحتاج إلى أدلة لتصحيحها، والواقع أنه ليس عليها دليل كالقول بأن البكر لا يصح لها صنع المعروف، والقول بأن كون بضع البكر بيد أبيها يعتبر مانعاً من صحة ضمانها.

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو صحة ضمان المرأة مطلقاً سواء أكانت متزوجة أم غير متزوجة، وسواء أكان بإذن الزوج أم لا، وذلك لثلاثة أمور:

الأمر الأول: عموم النصوص التي لم تفرق في صحة الضمان بين الرجل والمرأة.

الأمر الثاني: قياس ضمان المرأة علي بيعها.

الأمر الثالث: عدم إتيان من خالف ذلك بدليل صحيح.

سادساً: الرضا:

لا بد لصحة الضمان من رضا الضامن؛ لأنه عقد تبرع، وهو مفتقر إلى الرضا، ولا خلاف في ذلك بين العلماء(١).

سابعاً: الحرية:

وللعلماء في حكم ضمان العبد تفاصيل وأقوال، آثرت عدم ذكرها اختصاراً لعدم الضرورة إليها في هذا الوقت، لعدم وجود العبيد في العصر الحاضر(٢).

---

(١) انظر: «المغني» (٤/٤٠٠، ٤٢٠) و«الإنصاف» (٥/٢١٣) و«الروض المربع» (٥/ ١٠٢).

(٢) وانظر إن شئت – لأقوال العلماء في حكم ضمان العبد: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤٢١) و«فتح القدير» (٢٣٥) والمدونة (٥/٢٧٩، ٢٨٠) و«جواهر الإكليل» (٢/١٠٩) و«روضة الطالبين» (٤/٢٤٣) و«مغني المحتاج» (٢/١٩٩) و«المغني» (٤/٤٠٥، ٤٠٦) و«الإنصاف» (٥/١٩٣، ١٩٤) و«المحلى» (٨ / ٥٣٣).

الفصل الثاني
شروط المضمون عنه

وهي ثلاثة:

أولاً: قدرة المضمون عنه على تسليم المضمون:

اشترط أبو حنيفة – رحمه الله – أن يكون المضمون عنه قادراً على تسليم المضمون، إما بنفسه وإما بنائبه، بينما لم يشترط ذلك أكثر العلماء.

وبناء على ذلك، اختلفوا في حكم الضمان عن الميت الذي لم يترك شيئاً[(١)].

على قولين:

القول الأول: أنه يصح الضمان عنه. وهو قول عامة العلماء. ومنهم الصاحبان من الحنفية[(٢)].

القول الثاني: أنه لا يصح. وهو قول أبي حنيفة[(٣)].

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بصحة الضمان عن الميت الذي لم يترك شيئاً بما يلي:

---

(١) فأما الميت الذي خلف وفاء فقد اتفقوا على صحة الضمان عنه، إلا رواية عن أحمد كما في «الإنصاف» (٥/١٩٧) و«الروض المربع» (٥/١٠٢).

(٢) انظر للحنفية: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤١٢) و«فتح القدير» (٧/٢٠٤) و«حاشية ابن عابدين» (٤/٢٧٠) وللمالكية: «بداية المجتهد» (٢/٣٣٠) و«جواهر الإكليل» (٢/١٠٩) و«أسهل المدارك» (٣/٢٢) وللشافعية: «الأم» (٣/٢٣٠) و«روضة الطالبين» (٤/٢٤٠) و«مغني المحتاج» (٢/٢٠٠) وللحنابلة: «المغني» (٤/٤٠١) و«الإنصاف» (٥/١٩٧) وللظاهرية: «المحلى» (٨/٥٤٢).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤٢١) و«فتح القدير» و«حاشية ابن عابدين» (٥/٢٧٠).

الدليل الأول:

عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: «كنا جلوساً عند النبي صلى الله عليه وسلم إذ أتى بجنازة فقالوا: صل عليها، فقال: هل عليه دين ؟ قالوا: لا. قال: فهل ترك شيئاً ؟ قالوا لا. فصلى عليه. ثم أتي بجنازة أخرى فقالوا: يا رسول الله، صلِّ عليها. قال: هل عليه دين ؟ قيل: نعم. قال: فهل ترك شيئاً ؟ قالوا: ثلاثة دنانير. فصلى عليها. ثم أتي بالثالثة فقالوا: صلِّ عليها. قال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا. قال: فهل عليه دين ؟ قالوا ثلاثة دنانير. قال: صلوا على صاحبكم.

قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلَيَّ دينه، فصلى عليه «أخرجه البخاري[1]. والحديث صريح الدلالة في الضمان عن الميت الذي لم يترك شيئاً.

ونوقش هذا الدليل من وجهين[2]:

الوجه الأول: أن الحديث ليس صريحاً في إنشاء الكفالة، بل يحتمل إنشاءها والإخبار بها على حد سواء.

الوجه الثاني: أنها واقعة حال لا عموم لها.

ويمكن أن يجاب عن هذه المناقشة من وجهين:

الوجه الأول: دعوى أن الحديث يحتمل كلاً من إنشاء الضمان والإخبار على حد سواء، غير مسلمة، إذ احتمال الإخبار ضعيف ومخالف لظاهر الحديث فلا اعتبار به.

ومما يؤيد أنه إنشاء لا إخبار: ما جاء في رواية من حديث أبي قتادة

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الحوالة – باب إن أحال دين الميت على رجل جاز – (٤/ ٤٦٦، ٤٦٧) – حديث رقم (٢٢٨٩) الفتح وكتاب الكفالة – باب من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع – (٤ /٤٧٤) – حديث رقم (٢٢٩٥) – الفتح.

(٢) انظر: «فتح القدير» لابن الهمام (٢٠٦/٧).

رضي الله عنه[1]: «فقال أبو قتادة: أنا أتكفل به». وفي رواية من حديث جابر رضي الله عنه: «فتحملهما[2] أبو قتادة[3].

الوجه الثاني: دعوى أنها واقعة حال مردودة؛ لأن الأصل في التشريع العموم حتى يقوم دليل التخصيص، ولا دليل هنا.

الدليل الثاني:

عن على رضي الله عنه قال: «كان رسول الله عليه وسلم إذا أتي بالجنازة لم يسأل عن شيء من عمل الرجل ويسأل عن دينه، فإن قيل: عليه دين كف عن الصلاة عليه، وإن قيل: ليس عليه دين صلى، فأتي بجنازة، فلما قام ليكبر سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أصحابه: هل على صاحبكم دين ؟ قالوا: ديناران.

فعدل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه وقال: صلوا على صاحبكم، فقال علي رضي الله عنه: هما علي يا رسول الله، بريء منهما، فتقدم رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه، ثم قال لعلي بن أبي طالب: (جزاك الله خيراً، فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك، إنه ليس من ميت يموت وعليه دين إلا وهو مرتهن بدينه، ومن فك رهان ميت الله فك رهانه يوم القيامة). فقال بعضهم: هذا خاصة لعلي أم للمسلمين عامة؟ فقال: «بل للمسلمين عامة» أخرجه الدارقطني[4].

والحديث صريح الدلالة – أيضاً – في الضمان عن الميت، وظاهر الدلالة في أن الميت لم يترك شيئاً.

---

(١) أخرجها ابن ماجه – في سننه – كتاب الصدقات – باب الكفالة – (٢/٨٠٤) – حديث رقم (٢٤٠٧).

(٢) أي: الديناران، كما هو في هذه الرواية.

(٣) أخرجها أحمد – في مسنده – مسند جابر بن عبد الله رضي الله عنه – (٣ / ٣٣٠).

(٤) سنن الدار قطني – كتاب البيوع – (٣/٤٧) – حديث رقم (١٩٤)، والحديث ذكره ابن حجر في «فتح الباري» (٤/٤٦٨) وسكت عنه، وكذلك سكت عنه صاحب «التعليق المغني» (٣/٤٧).

وقوله: «بل للمسلمين عامة»: صريح في أن الحكم ليس لواقعة عين، وإنما هو للعموم.

الدليل الثالث:

أنه لو تبرع رجل بقضاء دين هذا الميت، جاز لصاحب الدين اقتضاؤه، فكذلك لو ضمنه صح[(١)].

ونوقش هذا الدليل: بأن التبرع لا يعتمد قيام الدين، فيصح وإن لم يوجد الدين أصلاً[(٢)].

ويمكن أن يجاب عن هذه المناقشة: بأن التبرع وإن كان لا يعتمد قيام الدين، فإن الضمان كذلك لا يعتمد قيام الدين، بل يصح ضمان ما لم يجب – على الراجح – كما سيأتي الكلام فيه مفصلاً.

الدليل الرابع:

أنه لو ضمنه إنسان وهو حي ثم مات، لم تبرأ ذمة الضامن، ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن[(٣)].

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم صحة الضمان عن الميت الذي لم يترك شيئاً: بأن الدين عبارة عن الفعل[(٤)]، والميت عاجز عن الفعل، فكان ذلك ضماناً بدين ساقط فلا يصح، كما لو ضمن على إنسان ديناً وليس عليه دين[(٥)].

---

(١) انظر: «المغني» (٤/٤٠١).
(٢) انظر: «فتح القدير» (٧/٢٠٥).
(٣) انظر: «المغني» (٤/٤٠١).
(٤) أي: المقصود هو الفائدة الحاصلة من الدين، وهو فعل الأداء، ولذلك وصف الدين بالوجوب، ويقال: دين واجب، كما يقال: الصلاة واجبة. انظر: «شرح العناية على الهداية». (٧ / ٢٠٥).
(٥) انظر: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤١٢) و«فتح القدير» (٧ / ٢٠٥).

ويمكن أن يناقش هذا الدليل من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أنه رأي في مقابل النص فلا يؤخذ به.

الوجه الثاني: عدم التسليم بسقوط الدين بالموت؛ لأنه مال حكمي فلا يفتقر بقاؤه إلى القدرة[1].

الوجه الثالث: عدم التسليم – أيضاً – بعدم صحة ضمان ما لم يجب من دين، بل المسألة فيها خلاف مشهور سيأتي بيانه إن شاء الله.

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضة رجحان القول الأول، وهو صحة الضمان عن الميت الذي لم يترك شيئاً، وذلك لثلاثة أمور:

الأمر الأول: حديثا سلمة بن الأكوع وعلي رضي الله عنهما الصريحان في الدلالة على ذلك.

الأمر الثاني: القياس على التبرع بقضاء الدين عن الميت، وعلى بقاء ذمة الضامن فيما لو ضمن إنساناً وهو حي ثم مات.

الأمر الثالث: عدم وجود دليل ينتهض للاحتجاج به على عدم الصحة.

ثانياً: معرفة المضمون عنه:

أي: أن يعرف الضامن المضمون عنه.

وقد اختلف العلماء في اشتراط ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يشترط ذلك. وهو الأصح عند الشافعية والمذهب عند الحنابلة[2].

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤١٢).

(٢) انظر للشافعية: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٤٠) و«(مغني المحتاج)» (٢ / ٢٠٠) و«شرح المنهج» (٣ / ٣٧٩) وللحنابلة: «المغني» (٤/ ٤٠٠) و«الإنصاف» (٥/ ١٩٥).

القول الثاني: يشترط ذلك. وهو قول الكاساني من الحنفية، ووجه للشافعية وللحنابلة[١].

القول الثالث: أنه يشترط في التعليق والإضافة[٢] لا في التنجيز. وهو مذهب الحنفية[٣].

أدلة الأقوال:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم اشتراط معرفة الضامن للمضمون عنه بما يلي:

الدليل الأول:

حديثا ضمان أبي قتادة وعلي رضي الله عنهما – اللذان سبق ذكرهما – عن الميت، فإنهما ضمنا عمن لمن يعرفاه[٤] كما هو ظاهر الحديثين؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسألهما إن كانا يعرفانه أولا.

الدليل الثاني:

القياس على رضا المضمون عنه، إذ لا يشترط بالاتفاق – كما سيأتي – فكذلك معرفته؛ إذ ليس ثم معاملة بينهما[٥].

---

(١) انظر للكاساني: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤١٣) وللشافعية: «مغني المحتاج» (٢/ ٢٠٠) وللحنابلة: «الإنصاف» (٥ / ١٩٥)

(٢) التعليق: أن يصرح فيه بأداة الشرط، والإضافة ما سواه.
مثال المعلق: إن غصبك إنسان شيئاً فأنا كفيل.
ومثال المضاف: ما ذاب – أي ثبت – لك على الناس فعلي.
انظر: «حاشية ابن عابدين» (٤/٢٦٧).

(٣) انظر: «فتح القدير» (٧/ ١٨٤) و«حاشية ابن عابدين» (٤/٢٦٧).

(٤) انظر: «المغني» (٤ / ٤٠٠).

(٥) انظر: «مغني المحتاج» (٢/٢٠٠).

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون باشتراط معرفة الضامن للمضمون عنه: ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أو لا[١]؟

ونوقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: أنه رأي مخالف لحديثي ضمان أبي قتادة وعلي رضي الله عنهما، فلا يؤخذ به.

الوجه الثاني: أن اصطناع المعروف إنما هو معروف على كل حال، سواء أكان لأهله أم لغير أهله[٢].

ثالثاً: أدلة القول الثالث:

استدل القائلون باشتراط المعرفة في التعليق والإضافة فقط دون التنجيز:

بأن القياس يأبى – أصلاً – جواز تعليق الضمان وإضافته، لأنه تمليك في حق الطالب، وإنما جوز استحساناً للتعامل، والتعامل إنما يكون إذا كان المكفول عنه معلوماً، فإذا كان مجهولاً لا يبقى على القياس.

وأما في التنجيز: فإن الضمان في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق، حيث صح من غير قبوله وأمره، فلا تمنع جهالته جوازها، كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق[٣].

ويمكن أن يناقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بما ذكر من عدم صحة الضمان إذا كان معلقاً أو مضافاً أصلاً، بل هو صحيح على الراجح.

---

(١) انظر: «المغني» (٤ / ٤٠٠).
(٢) انظر: «مغني المحتاج» (٢/ ٢٠٠).
(٣) انظر: «فتح القدير» (لابن الهمام (٧/ ١٨٤).

الوجه الثاني: أنه معارض لحديثي ضمان أبي قتادة وعلي رضي الله عنهما.

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو أنه لا يشترط معرفة الضامن للمضمون عنه؛ وذلك لثلاثة أمور:

الأمر الأول: حديثا ضمان أبي قتادة وعلى – رضي الله عنهما –، حيث ضمنا عن ميت لم يعرفاه.

الأمر الثاني: القياس على عدم اشتراط رضا المضمون عنه.

الأمر الثالث: ضعف أدلة المخالفين.

ثالثاً: رضا المضمون عنه:

اتفق عامة العلماء على أنه لا يشترط لصحة الضمان رضا المضمون عنه[1] وذلك لأن قضاء دينه بغير إذنه جائز، فضمانه أولى.

---

(١) انظر: «المغني» (٤/٤٠٠) حيث قال: «لا نعلم فيه خلافاً». وقال النووي في «روضة الطالبين» (٤/٢٤٠): «بالاتفاق» ا هـ لكن يظهر أن في المسألة خلافاً شاذاً أو ضعيفاً؛ فقد قال الكشناوي في «أسهل المدارك» (٣/٢٠): «وما ذهب إليه المتيطي عن بعض العلماء ضعيف» يعني في اشتراط رضا المضمون عنه.

الفصل الثالث

شروط المضمون له

وهي ثلاثة:

أولاً: معرفة المضمون له:

أي: أن يعرف الضامن المضمون له.

وقد اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: لا يشترط ذلك. وهو قول المالكية، ووجه للشافعية، والمذهب عند الحنابلة(١).

القول الثاني: أنه يشترط ذلك. وهو قول الحنفية، والأصح عند الشافعية، ووجه للحنابلة(٢).

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم اشتراط معرفة الضامن له بما يلي:

الدليل الأول:

حديثا ضمان أبي قتادة وعلي – رضي الله عنهما –، فإنهما ضمنا لمن لم

---

(١) انظر للمالكية: «أسهل المدارك» (٣/٢٠) وللشافعية: «مغني المحتاج» (٢/٢٠٠) وللحنابلة: «المغني» (٤/٤٠٠) والإنصاف (٥/١٩٥).

(٢) انظر للحنفية: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤١٣) و«فتح القدير» (٧/١٨٣) و«حاشية ابن عابدين» (٤/٢٦٧) وللشافعية: «روضة الطالبين» (٤/٢٤٠) و«مغني المحتاج» (٢/٢٠٠) و«شرح المنهج» (٣/٣٧٩). وللحنابلة: «المغني» (٤/٤٠٠) و«الإنصاف» (٥/١٩٥).

يعرفاه كما هو ظاهر الحديثين، فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسألهما إن كانا يعرفانه أو لا[1].

الدليل الثاني:

أن الضمان تبرع بالتزام مال، فلم يعتبر معرفة من تبرع له به؛ كالنذر[2].

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون باشتراط معرفة الضامن للمضمون له: بأن الناس تتفاوت في استيفاء الدين تشديداً وتسهيلاً[3].

ويمكن أن يناقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: أن كون الناس تتفاوت في استيفاء الدين لا يلزم منه اشتراط معرفة المضمون له – ولاسيما مع رضا الضامن بجهالته – بل غاية ما يدل عليه استحباب معرفته.

الوجه الثاني: أنه رأي مخالف لحديثي ضمان أبي قتادة وعلي – رضي الله عنهما – فلا يؤخذ به.

الدليل الثاني:

أن الضمان في حق الطالب بمنزلة البيع، والمضمون له كالبائع؛ لأنه تملك ما في ذمة المضمون عنه من الضامن، فلا بد من التعيين، ولا يصح بدون قبول المشتري، وقبوله يستلزم تعيينه، فكانت جهالة الطالب مانعة جواز الضمان، كما أن جهالة المشتري مانعة للبيع[4].

ويمكن أن يناقش هذا الدليل من وجهين:

---

(١) انظر: «المغني» (٤/ ٤٠٠) و«مغني المحتاج» (٢/ ٢٠٠).
(٢) انظر: «المغني» (٤/ ٤٠٠).
(٣) انظر: «مغني المحتاج» (٢/ ٢٠٠) و«شرح المنهج» (٣ / ٣٧٩).
(٤) انظر: «فتح القدير» (٧ / ١٨٤).

الوجه الأول: عدم التسليم بأن الضمان في حق الطالب بمنزلة البيع، بل هو عقد خاص فيه تحمل لما في ذمة المضمون عنه.

الوجه الثاني: أنه قياس في مقابلة النص، فلا يقبل.

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو أنه لا يشترط معرفة الضامن للمضمون له، وذلك لثلاثة أمور:

الأمر الأول: حديثا ضمان أبي قتادة وعلي رضى الله عنهما.

الأمر الثاني: قياسه على النذر.

الأمر الثالث: ضعف أدلة المخالفين.

ثانياً: رضا المضمون له:

اختلف العلماء في اشتراط رضا المضمون له على قولين:

القول الأول: أنه لا يشترط ذلك. وهو قول أبي يوسف الأول[١] وقول الشافعية والحنابلة وابن حزم[٢].

القول الثاني: أنه يشترط ذلك. وهو مذهب الحنفية[٣].

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم اشتراط رضا المضمون له بما يلي:

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤٠٤) و«فتح القدير» (٢٠١/٧) وقال فيه: فيه «وهو الأظهر عنه» ا هـ.

(٢) انظر للشافعية: «روضة الطالبين» (٤ /٢٤٠، ٢٥٩) و«مغني المحتاج» (٢ / ٢٠٦) و«شرح المنهج» (٣٧٩/٣) وللحنابلة: «المغني» (٤ / ٤٠٠، ٤٢٠) و«الروض المربع» (١١١/٥) و«لابن حزم: المحلى» (٨ / ٥٢٣).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» (٣٤٠٤/٧، ٣٤١٣) و«فتح القدير» (٢٠١/٧) و«حاشية ابن عابدين» (٤ / ٢٦٩).

الدليل الأول:

حديث سلمة بن الأكوع عند البخاري[١] في ضمان أبي قتادة عن الميت.

وجه الدلالة من الحديث: أنه لم ينقل قبول الطالب[٢]، فهو دليل على عدم طلبه منه، إذ لو طلب منه لنقل، وعدم طلب قبوله دليل على عدم اشتراط رضاه.

الدليل الثاني:

أن الضمان وثيقة لا يعتبر فيها قبض، فأشبهت الشهادة[٣].

الدليل الثالث:

أن الضمان هو التزام بما على الأصيل شرعاً وليس تمليكاً، فصح بإيجاب من الضامن وحده، كالنذر[٤].

الدليل الرابع:

أن المريض إذا قال عند موته لورثته: اضمنوا عني ما علي من الدين لغرمائي، وهم غيب، فضمنوا ذلك، فهو جائز ويلزمهم[٥].

ونوقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: أن قوله: (اضمنوا عني) فيه معنى الوصية، فليس حقيقة بضمان، ولذلك فإنما تؤخذ الورثة بديونه إذا كان مال وإلا فلا، فلو كان ضمانا حقيقة، لأخذوا بها حيث ضمنوا[٦].

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) انظر: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤٠٤) و«المغني» (٤ / ٤٠٠) و«» المحلى (٨/٥٢٥).
(٣) انظر: «المغني» (٤ / ٤٠٠).
(٤) انظر: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤٠٤) و«المغني» (٤ / ٤٠٠).
(٥) انظر: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤٠٤). وانظر: «فتح القدير» (٧ / ٢٠٢) والمغني (٤ / ٤٠٠).
(٦) انظر: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤١٤) و«فتح القدير» (٧ / ٢٠٢).

الوجه الثاني: أن حق الغرماء يتعلق بتركته في مرض موته لا بذمته لضعفها بمرض الموت، ولذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار، فنزل نائباً عن الغرماء المكفول لهم عاملاً لهم؛ لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته، وفيه نفع للطالب المكفول له، كما إذا حضر بنفسه[١].

ويمكن أن يجاب عن الوجهين السابقين من المناقشة: بعدم التسليم بهما؛ وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن قوله: (اضمنوا عني) صريح في الضمان، فإذا وافق ورثته على هذا الضمان، لزمهم على كل حال، سواء أكان له أمال أم لم يكن.

الوجه الثاني: أن تنزيل المريض منزل النائب عن الغرماء والعامل لهم، مجرد دعوى تخالف ظاهر الحال، ولا دليل عليها.

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون باشتراط رضا المضمون له: بأن الضمان ليس بالتزام محض، وإنما فيه معنى التمليك، لا يتم إلا بالإيجاب والقبول، كالبيع[٢].

ويمكن أن يناقش هذا الدليل من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: عدم التسليم بأن الضمان يأخذ حكم التمليك، وكونه فيه معنى التمليك لا يجعله كذلك.

الوجه الثاني: الفرق بين الضمان والبيع ظاهر جداً، وأوجه الفرق كثيرة، فلا يصح قياس أحدهما على الآخر.

الوجه الثالث: أنه قياس في مقابلة النص – وهو حديث ضمان أبي قتادة عن الميت – فلا يقبل.

---

(١) انظر: «فتح القدير» (٧ /٢٠٢).
(٢) انظر: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤٠٤) و«فتح القدير» (٧ / ٢٠٢).

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو أنه لا يشترط لصحة الضمان رضا المضمون له، وذلك لثلاثة أمور:

الأمر الأول: حديث سلمة بن الأكوع في ضمان أبي قتادة رضي الله عنه عن الميت.

الأمر الثاني: الأدلة العقلية، كقياس الضمان على الشهادة والنذر.

الأمر الثالث: ضعف دليل المخالف.

ثالثاً: العقل:

هذا الشرط إنما اشترطه الحنفية تفريعاً على قول أبي حنيفة ومحمد في اشتراط القبول في الضمان[١].

وعلى هذا، لا يصح عندهم الضمان للمجنون ولا للصبي الذي لا يعقل؛ لأنهما ليسا من أهل القبول.

ولا يجوز قبول وليهما عنهما؛ لأن القبول يعتبر ممن وقع له الإيجاب[٢].

وأما الصبي الذي يعقل، ففيه تفصيل:

١ – إن كان تاجراً – أي: مأذوناً له بالتجارة – فيصح قبوله؛ لأنه تبرع عليه.

٢ – وإن كان غير تاجر، فروايتان، والجواز قول أبي حنيفة رحمه الله[٣].

والذي يظهر: هو ما ذهب إليه سائر العلماء – سوى الحنفية – من عدم اشتراط أن يكون المضمون له عاقلاً لصحة الضمان، وذلك لما تقدم بيانه قريباً من عدم اشتراط رضا المضمون له أصلاً.

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤١٤).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤١٤، ٣٤١٥) و«حاشية ابن عابدين» (٤/٢٦٣).

(٣) انظر: «حاشية ابن عابدين» (٤/ ٢٥١، ٢٦٣).

الفصل الرابع
شروط المضمون والمكفول به

لضمان المال شروط خاصة به، ولضمان البدن شروط خاصة به أيضاً، وسأعبر عن ضمان البدن بلفظ الكفالة؛ لأنه الغالب في الاستعمال.

وسيكون هذا الفصل مشتملاً على مبحثين:

المبحث الأول: شروط المضمون.

المبحث الثاني: شروط المكفول به.

المبحث الأول
شروط المضمون

وهي ثلاثة:

أولاً: أن يكون المضمون حقاً ثابتاً:

صرح بعض العلماء باشتراط أن يكون المضمون حقاً ثابتاً لصحة الضمان[1]، أي موجوداً وقت الضمان، ويندرج تحت ذلك مسائل، سأبحثها – إن شاء الله تعالى – في أربعة مطالب:

---

(١) صرح بذلك الحنفية والمالكية والشافعية، انظر: «حاشية ابن عابدين» (٤/٢٥١) و«الكافي» لابن عبد البر (٢/٧٩٣ و«روضة الطالبين» (٤/٢٤٤) و«مغني المحتاج» (٢ / ٢٠٠) و«شرح المنهج» (٣ / ٣٧٩).

المطلب الأول
ضمان ما لم يجب

المقصود بما لم يجب: أي أنه سيجب مستقبلاً، كنفقة الغد، أو ثمن ماسيبيعه أو سيقرضه[١]. وقد اختلف العلماء في حكم ضمان ذلك على قولين:

القول الأول: أنه يصح. وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعي في القديم[٢].

القول الثاني: أنه لا يصح. وهو قول الشافعية والظاهرية وابن أبي ليلى[٣].

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بصحة ضمان ما لم يجب بما يلي:

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾[٤].

وجه الدلالة من الآية: أن يوسف عليه الصلاة والسلام ضمن حمل بعير لمن يأتي بالصاع، وهو ضمان لما لم يجب؛ لأن الصاع لم يأت بعد. وهذا وإن

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (٢/٢٠١).

(٢) انظر للحنفية: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤١١) و«فتح القدير» (٧ / ١٨٣) و«الاختيار» (٢ / ١٦٩) وللمالكية «بداية المجتهد» (٢ / ٣٣٠) و«جواهر الإكليل» (٢ / ١١٠) وللحنابلة: «المغني» (٤/٤٠١) والروض المربع (٥/١٠٦) وللشافعي: «روضة الطالبين» (٤ / ٢٤٤) و«مغني المحتاج» (٢ / ٢٠١).

(٣) انظر للشافعية: «الأم» (٣ / ٢٢٩) و«روضة الطالبين» (٤ / ٢٤٤) و«مغني المحتاج» (٢ / ٢٠٠) و«شرح المنهج»
(٣ / ٣٧٩) وللظاهرية وابن أبي ليلى: «المحلى» (٨ / ٥٣٣).

(٤) سورة يوسف / الآية (٧٢).

كان في شرع من قبلنا، إلا أنه شرع لنا ما لم يرد ما ينسخه[١]، كيف وقد أتى من شرعنا ما يعضده، وهو الدليل الآتي.

الدليل الثاني:

عن أبي أمامه – رضي الله عنه – قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم في خطبته عام حجة الوداع يقول: «العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم» أخرجه أحمد – واللفظ له – وأبو داود والترمذي وابن ماجه[٢]، وقال الترمذي: «حديث حسن غريب».

وجه الدلالة من الحديث: أن قوله صلى الله عليه وسلم: «والزعيم غارم» عام يشمل كل ضامن، سواء أضمن ما وجب أم ما لم يجب[٣].

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم صحة ضمان ما لم يجب بما يلي:

الدليل الأول:

أن ضمان ما لم يجب يعد من المخاطرة، فلا يصح[٤].

ونوقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: أنه رأى مخالف للنص، فلا يؤخذ به.

الوجه الثاني: أن مبنى الضمان على التوسع، وما لم يجب يعتبر جهالة يسيرة والحاجة تدعو إليه، فتتحمل فيه هذه الجهالة[٥].

---

(١) كما هو قول جمهور الحنفية، وبعض المالكية والشافعية، وهو رواية عن أحمد، انظر: «روضة الناظر» (ص: ٨٢) والإحكام للآمدي (٤/ ١٤٠) و«إحكام الفصول» (ص: ٣٢٧) و«تيسير التحرير» (٣/ ١٣١) و«فواتح الرحموت» (٢/ ١٨٤) و«إرشاد الفحول» (ص٢٤٠).

(٢) سبق تخريجه في (ص٦).

(٣) انظر: «المغني» (٤ / ٤٠١).

(٤) انظر: «الأم» (٣ / ٢٢٩).

(٥) انظر: «الاختيار» للموصلي (٢ / ١٩٦).

الدليل الثاني:

أن الضمان وثيقة بالحق، فلا يسبقه، كالشهادة[١].

ويمكن أن يناقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: أنه قياس في مقابلة النص، فهو فاسد الاعتبار.

الوجه الثاني: أنه قياس مع الفارق؛ لأن الشهادة لا يتصور وجودها من غير ثبوت مشهود عليه، خلافاً للضمان.

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو صحة ضمان ما لم يجب؛ وذلك لثلاثة أمور:

الأمر الأول: دلالة الآية عليه: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾.

الأمر الثاني: عموم قوله صلى الله عليه وسلم: «و الزعيم غارم».

الأمر الثالث: عدم سلامة أدلة المخالفين من المناقشة.

المطلب الثاني

ضمان الدرك

الدرَك: بفتح الراء وسكونها، وهو التبعة، أي: المطالبة والمؤاخذة. ويسمى أيضاً ضمان العهدة؛ لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده[٢].

وقد اختلف مراد العلماء في ضمان الدرك هنا:

– فقال الحنفية والمالكية: هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع[٣].

---

(١) انظر: «روضة الطالبين» (٤ / ٢٤٤) و«مغني المحتاج» (٢/٢٠١).
(٢) انظر: «روضة الطالبين» (٤/٢٤٦) و«مغني المحتاج» (٢ / ٢٠١).
(٣) انظر للحنفية: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤٢٠) و«حاشية ابن عابدين» (٤ / ٢٦٤) وللمالكية: «المدونة» (٥ / ٢٩٦).

– وقال الشافعية: هو ضمان الثمن للمشتري إن خرج المبيع مستحقاً، أو معيباً أو ناقصاً، وضمان المبيع للبائع إن خرج الثمن مستحقاً، أو معيباً أو ناقصاً[١].

– وقال الحنابلة: وهو ضمان الثمن أو جزء منه عن المشتري للبائع، أو العكس[٢].

واختلف العلماء في حكم ضمان الدرك – كل على تفسيره له – على قولين:

القول الأول: أنه يصح. وهو قول الحنفية والمالكية، وقول الشافعية والحنابلة في المذهب عندهم[٣].

القول الثاني: أنه لا يصح. وهو قول للشافعية والحنابلة[٤].

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بصحة ضمان الدرك بما يلي:

الدليل الأول:

أن الحاجة تدعو إلى الوثيقة على البائع، والوثائق ثلاثة: الشهادة والرهن والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق، وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالإجماع؛ لأنه يؤدي إلى أن يبقى أبداً مرهوناً، فلم يبق إلا الضمان[٥].

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (٢/٢٠١) و«شرح المنهج» (٣/ ٣٧٩، ٣٨٠).

(٢) انظر: «المغني» (٤ / ٤٠٣) و«الإنصاف» (٥ / ١٩٨).

(٣) انظر للحنفية: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤٢٠) و«حاشية ابن عابدين» (٤ / ٢٦٤) وللمالكية: «المدونة» (٥ / ٢٦٩) وللشافعية:«مغني المحتاج» (٢ / ٢٠١) و«شرح المنهج» (٣ / ٣٧٩، ٣٨٠) وللحنابلة: «المغني» (٤ / ٤٠٣)، و«الإنصاف» (٥ / ١٩٨) و«الروض المربع» (٥ /١٠٤، ١٠٥) وقيد الشافعية الصحة بما إذا كان الضمان بعد قبض الثمن.

(٤) انظر للشافعية: «روضة الطالبين» (٤ / ٢٤٦) و«مغني المحتاج» (٢ / ٢٠١) وللحنابلة: «الإنصاف» (٥/١٩٨).

(٥) انظر: «المغني» (٤/٤٠٣) و«مغني المحتاج» (٢ / ٢٠١).

الدليل الثاني:

أنه لا يضمن إلا ما كان واجباً حال العقد؛ لأنه إنما يتعلق بالضمان حكم إذا خرج مستحقاً أو معيباً حال العقد، ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد[١].

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم صحة ضمان الدرك: بأنه ضمان ما لم يجب، وهو باطل[٢].

ويمكن أن يناقش هذا الدليل: بعدم التسليم ببطلان ضمان ما لم يجب، بل فيه خلاف معروف، وأكثر العلماء على صحته، وهو الراجح كما تقدم[٣].

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو صحة ضمان الدرك؛ وذلك لأن الحاجة تدعو إليه، مع عدم قيام دليل يمنع منه.

المطلب الثالث

ضمان الأعيان المضمونة

مثال الأعيان المضمونة: المغصوب، والمبيع في يد البائع[٤].

وقد اختلف العلماء في حكم ضمان ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: أنه يصح مطلقاً، أي ضمان ردها إن وجدت، وضمان بدلها إن تلفت، وهذا هو الصحيح من مذهب الحنابلة[٥].

---

(١) انظر: المصدرين السابقين.
(٢) انظر: «مغني المحتاج» (٢ / ٢٠١).
(٣) انظر: (ص٢٦).
(٤) انظر: «حاشية الجمل على شرح المنهج» (٣ / ٣٨٣).
(٥) انظر: «المغني» (٤ / ٤٠٢) و«الإنصاف» (٥/ ٢٠٠) و«الروض المربع» (٥/ ١٠٤).

القول الثاني: أنه لا يصح مطلقاً، وهو قول للشافعية ورواية عن أحمد[١].

القول الثالث: أنه يصح ضمان ردها فقط دون ضمان قيمتها إن تلفت. وهو المذهب عند الشافعية[٢].

القول الرابع: التفصيل: فإن كان مضموناً بنفسه – كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء – صح ضمانه مطلقاً، وإن كان مضموناً بغيره، صح ضمان تسليمه فقط إن وجد، ولم يصح ضمان بدله إن تلف. وهذا قول الحنفية[٣].

أدلة الأقوال:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بصحة ضمان الأعيان المضمونة مطلقاً: بالقياس على الحقوق الثابتة في الذمة؛ بجامع أنها مضمونة على من هي في يده[٤].

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم الصحة مطلقاً: بأن الأعيان غير ثابتة في الذمة، وإنما يصح الضمان لما ثبت في الذمة؛ لأن معنى الضمان أنه يلزمه قيمتها إن تلفت والقيمة هنا مجهولة[٥].

ونوقش هذا الدليل: بأن الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردها، أو ضمان قيمتها عند تلفها، وهذا مما يصح، كصحة ضمان عهدة المبيع مع أنه في الحقيقة ضمان رد الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقاً[٦].

---

(١) انظر للشافعية: «روضة الطالبين» (٤ / ٢٥٥) ولأحمد: «الإنصاف» (٥/ ٢٠٠).
(٢) انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٥٣، ٢٥٤) و«شرح المنهج» (٣ / ٣٨٣).
(٣) انظر: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤١٥، ٣٤١٦) و«فتح القدير» (٧ / ١٩٨، ١٩٩) و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٣٦٨).
(٤) انظر: «المغني» (٤ / ٤٠٣).
(٥) انظر: المصدر السابق.
(٦) انظر: «المغني» (٤ / ٤٠٣).

ثالثاً: أدلة القول الثالث:

استدل القائلون بصحة ضمان ردها فقط وعدم صحة قيمتها إن تلفت بما يلي:

١ – أما صحة ضمان ردها، فللقياس على صحة ضمان البدن، بل هنا أولى لأن المقصود هو المال.

٢ – وأما عدم صحة ضمان قيمتها أن تلفت، فلما تقدم من عدم ثبوت القيمة[١].

وقد سبقت مناقشة هذا الدليل الأخير في أدلة القول الثاني.

رابعاً: أدلة القول الرابع:

استدل القائلون بالتفصيل بما يلي:

١ – الدليل على صحة ضمان المضمون بنفسه مطلقاً: أن الواجب على الأصيل رد العين حال قيامها، ورد مثلها أو قيمتها حال هلاكها، فكذلك يكون حكم الضامن.

٢ – والدليل على عدم صحة ضمان بدل المضمون بغيره إن تلف: أن هذه العين ليست مضمونة بنفسها، بل بغيرها، كالمبيع قبل القبض بالثمن لا بنفسه، والرهن مضمون بالدين لا بنفسه[٢]، فإذا كانت في أصلها غير مضمونة ففي الضمان من باب أولى.

ويمكن أن يناقش هذا الدليل الأخير: بأن كون العين غير مضمونة بنفسها في الأصل لا يمنع من تصحيح ضمان من ضمنها؛ إذ لا دليل على المنع.

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان الأول، وهو صحة ضمان الأعيان المضمونة مطلقاً، أي: ضمان ردها إن وجدت، وضمان قيمتها إن تلفت؛ وذلك

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (٢/٢٠٢).

(٢) انظر: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤١٥ / ٣٤١٦) و«فتح القدير» (٧/١٩٨، ١٩٩).

قياساً على ضمان الحقوق الثابتة في الذمة وهي مضمونة، مع عدم وجود دليل يمنع من ضمانها.

المطلب الرابع
ضمان الأمانات

اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه يصح ضمانها مطلقاً، أي ضمان تسليمها، وضمان بدلها إن تلفت.

وهو ظاهر رواية عن أحمد(١).

القول الثاني: أنه إن ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها، وإن ضمنها مع تعد فيها صح. وهو قول الشافعية والحنابلة(٢).

القول الثالث: أنه إن كانت العين أمانة غير واجبة التسليم – كالودائع ومال الشركات – لم يصح ضمانها مطلقاً، لا ضمان تسليمها ولا ضمان بدلها إن تلفت، وإن كانت أمانةً واجبة التسليم – كالعارية والمستأجر في يد الأجير – صح ضمان تسليمها فقط. وهو قول الحنفية(٣).

أدلة الأقوال:

أولاً: أدلة القول الأول:

يمكن أن يستدل للقول بصحة الضمان مطلقاً: بقوله صلى الله عليه وسلم:

---

(١) انظر: «الإنصاف» (٥/٢٠٠) وذكر فيه أنه حملت هذه الرواية على حالة التعدي، والله أعلم.

(٢) انظر للشافعية: «روضة الطالبين» (٤/٢٥٥) و«مغني المحتاج» (٢/٢٠٢) وللحنابلة: «المغني» (٤ /٤٠٣) و«الإنصاف» (٥ /٢٠٠) و«الروض المربع» (٥/١٠٦).

(٣) انظر: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤١٥) و«فتح القدير» (٧ / ١٩٨ – ٢٠٠) و«حاشية ابن عابدين» (٤ / ٢٦٨).

«.. والزعيم غارم»[(١)].

وجه الدلالة من الحديث: أن الحديث عام، فيشمل بذلك ضمان الأمانات.

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بالتفريق بين حالة التعدي في العين وعدم التعدي فيها بما يلي:

١ – الدليل على أنه إن ضمنها من غير تعدٍ فيها لم يصح ضمانها: هو أن العين غير مضمونة في هذه الحالة على من هي في يده، فكذلك يكون الحكم في ضمانه.

٢ – والدليل على أنه إن ضمنها مع تعدٍ فيها، صح: هو أن العين في هذه الحالة تكون مضمونة على من هي في يده، فيصح ضمانها؛ كالمغصوب[(٢)].

ثالثاً: أدلة القول الثالث:

استدل القائلون بالتفريق بين الأمانة واجبة التسليم والأمانة غير واجبة التسليم بما يلي:

١ – الدليل على عدم صحة ضمان العين مطلقاً إن كانت أمانةً غير واجبة التسليم: هو أن العين ليست بمضمونة على الأصيل، فلا يصح ضمان عينها.

٢ – والدليل على صحة ضمان تسليمها فقط إن كانت أمانةً واجبةَ التسليم: هو أن الضمان إنما كان لشيء مضمون على الأصيل – وهو فعل التسليم – فصح[(٣)].

ويمكن أن تناقش أدلة القولين السابقين من وجهين:

الوجه الأول: أنها آراء بحاجة إلى أدلة نقلية.

---

(١) سبق تخريجه في (ص٦).
(٢) انظر: «المغني» (٤/ ٣.٤) و«مغني المحتاج» (٢/ ٢٠٢).
(٣) انظر: «بدائع الصانع» (٧/ ٣٤١٥) و«فتح القدير» (٧/ ١٩٨).

الوجه الثاني: أنها مخالفة لعموم حديث: «... والزعيم غارم».

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو صحة ضمان الأمانات مطلقاً، أي: ضمان تسليمها، وضمان بدلها إن تلفت؛ وذلك لأمرين:

الأمر الأول: عموم قوله صلى الله عليه وسلم: «والزعيم غارم».

الأمر الثاني: عدم إتيان المخالفين بأدلة صحيحة تخصص هذا العموم فتمنع من ضمان الأمانات.

ثانياً: أن يكون المضمون لازماً أو آيلاً إلى اللزوم:

المراد بالدين اللازم: الثابت الذي أُمِن من سقوطه بالفسخ أو الانفساخ[(١)].

ومثاله: ثمن المبيع قبل قبضه، والمهر قبل الدخول أو الموت[(٢)].

والمراد بالدين الآيل إلى اللزوم: أي الآيل إلى الثبوت وعدم السقوط.

ومثاله: ثمن المبيع في مدة الخيار وبعده[(٣)].

وقد صرح أصحاب المذاهب الأربعة باشتراط أن يكون الدين لازماً لصحة الضمان. وصحّحوا أيضاً – عدا الحنفية منهم – ضمان ما مآله إلى اللزوم[(٤)].

ويندرج تحت ذلك مسائل، سأبحثها – إن شاء الله تعالى – في مطلبين:

---

(١) انظر: «حاشية ابن عابدين» (٤/٢٥١) و«أسهل المدارك» (٣/١٩) و«حاشية الجمل على شرح المنهج» (٣/٣٨٠) و«المغني» (٤/٤٠٢).

(٢) انظر: «روضة الطالبين» (٤/٢٤٩) و«مغني المحتاج» (٢/٢٠١) و«المغني» (٤/٣.٤).

(٣) انظر: المصادر السابقة.

(٤) انظر للحنفية: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤١٩) و«حاشية ابن عابدين» (٤/٢٥١) وللمالكية: «الكافي» لابن عبد البر (٢/٧٩٣) و«أسهل المدارك» (٣/١٩) وللشافعية: «روضة الطالبين» (٤/٢٤٩) و«مغني المحتاج» (٢/٢٠١) و«شرح المنهج» (٣/٣٨٠) وللحنابلة: «المغني» (٤/٤٠٢) و«الإنصاف» (٥/١٩٥).

المطلب الأول
ضمان الجُعْل

أما ضمان الجُعْل في الجعالة بعد الفراغ من العمل، فيصح قطعاً للزومه، وإنما الخلاف في ضمان الجُعْل قبل الشروع في العمل أو في أثنائه قبل تمامه، وللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أنه يصح. وهو قول المالكية والحنابلة[١].

القول الثاني: أنه لا يصح. وهو قول الشافعية[٢].

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بصحة ضمان الجُعْل بما يلي:

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾[٣].

والآية صريحة الدلالة على صحة ضمان الجُعْل، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يَرِدْ ما ينسخه، كما تقدم بيانه[٤].

الدليل الثاني:

أن الجُعْل يؤول إلى اللزوم إذا عمل العمل، وإنما الذي لا يلزم العمل، والضمان للمال دون العمل.

---

(١) انظر للمالكية: «جواهر الإكليل» (٢/١١٠) و«أسهل المدارك» (٣/١٩) وللحنابلة: «المغني» (٤/٤٠٢).

(٢) انظر: «روضة الطالبين» (٤/٢٥٠، ٢٥٥) و«مغني المحتاج» (٢/٢٠٢) و«شرح المنهج» (٣/٣٨١).

(٣) سورة يوسف / الآية (٧٢).

(٤) انظر: (ص٢٧).

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم صحة ضمان الجُعْل: بأنه غير لازم، كمال الكتابة، ولا يؤول إلى اللزوم إلا بالعمل.

ويمكن أن يناقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بعدم ضمان مال الكتاب، بل فيه خلاف سيأتي ذكره في الفرع الآتي.

الوجه الثاني: أنه رأي مخالف للنص فلا يؤخذ به.

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو صحة ضمان الجُعْل؛ وذلك للآية، ولعدم وجود دليل يمنع منه.

المطلب الثاني
ضمان مال السلم

المراد بمال السلم: المسلَم فيه.

وقد اختلف العلماء في حكم ضمانه على قولين:

القول الأول: أنه يصح. وهو الأصح عند الحنابلة[١].

القول الثاني: أنه لا يصح. وهو قول الشافعية ورواية عن أحمد[٢].

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بالصحة: بأنه دين لازم، فصح ضمانه؛ كالأجرة وثمن المبيع[٣].

---

(١) انظر: «المغني» (٤/٤٠٢).

(٢) انظر للشافعية: «شرح المنهج» (٣/٣٨١) ولأحمد:«المغني» (٤/٤٠٢).

(٣) انظر: «المغني» (٤/٤٠٢).

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم الصحة: بأن ذلك يؤدي إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم إليه، فلم يجز؛ كالحوالة به[١].

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو صحة ضمان مال السلم؛ قياساً له على أجرة وثمن المبيع؛ لأنه دين لازم.

ثالثاً: أن يكون المضمون معلوماً:

وينبني على هذا الشرط حكم المجهول: هل يصح ضمانه ؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه يصح. وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعي في القديم[٢].

القول الثاني: أنه لا يصح. وهو قول الشافعية[٣] والثوري والليث وابن أبي ليلي وابن المنذر[٤] وابن حزم[٥].

---

(١) انظر: «المغني» (٤ / ٤٠٢).

(٢) انظر للحنفية: بدائع الصنائع (٧/ ٣٤٢٠) و«فتح القدير» (٧/ ١٨٣) و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٢٦٣) وللمالكية: «بداية المجتهد» (٢/ ٣٣٠) و«جواهر الإكليل» (٢/ ١١٠) و«أسهل المدارك» (٣/ ٢٠) وللحنابلة: «المغني» (٤/ ٤٠١) و«الإنصاف» (٥/ ١٩٥) و«الروض المربع» (٥/ ١٠٣) وللشافعي: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٥٠) و«مغني المحتاج» (٢/ ٢٠٢) وقال فيه: ومحل الخلاف [يعني في قولي الشافعي] في مجهول يمكن الإحاطة به، مثل: أنا ضامن ما بعت من زيد، كما مثل به في المحرر فإن قال: لشيء منه، بطل جزماً.

(٣) تبعاً لقول الشافعي في الجديد، انظر: «مغني المحتاج» (٢/ ٢٠٢).

(٤) انظر: «المغني» (٤/ ٤٠١).

(٥) انظر: «المحلى» (٨ / ٥٣٣).

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بصحة ضمان المجهول بما يلي:

الدليل الأول:

قول الله عز وجل: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾[1].

وجه الدلالة من الآية: أن حمل البعير غير معلوم؛ لأنه يختلف باختلاف البعير[2] ونوقش وجه الدلالة بعدم التسليم؛ لأن حمل البعير كان معيناً معلوماً عندهم كالوسْق[3].

ويمكن أن يجاب عن هذه المناقشة: بأن القول بأن حمل البعير كان معيناً عندهم غير مسلم، إذ يحتاج إلى دليل، وهو خلاف الظاهر؛ وهو أن الحمل يختلف باختلاف البعير.

الدليل الثاني:

قولة صلى الله عليه وسلم: «.. والزعيم غارم»[4].

وجه الدلالة من الحديث: أن الحديث عام، فيشمل ضمان المعلوم والمجهول[5].

الدليل الثالث:

أنه التزام حق في الذمة من غير معارضة، فصح في المجهول، النذر والإقرار[6].

---

(١) سورة يوسف / الآية (٧٢).
(٢) انظر: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤٢) و«المغني» (٤/٤٠١)
(٣) انظر: «تفسير القرطبي» (٥/٢٣٢)
(٤) سبق تخريجه.
(٥) انظر: «المغني» (٤/٤٠١).
(٦) المصدر السابق.

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعد صحة ضمان المجهول بما يلي:

الدليل الأول:

أنه لا يحمل أخذ أموال الناس إلا بالتراضي وطيب النفس، ولا يكون ذلك إلا على المعلوم كما هو معروف بالحس والمشاهدة[١].

ويمكن أن يناقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بأن ضمان المجهول ليس فيه التراضي وطيب النفس بل ما دام ذلك باختيار الضامن فهو برضاه وطيب نفسه، والضمان إنما هو تبرع فجاز فيه ذلك.

الوجه الثاني: أنه رأي مخالف للنصوص التي دلت على جواز ضمان المجهول كقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾[٢].

الدليل الثاني:

أن الضمان إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد، فأشبه البيع والإجارة[٣] فلا يصح في المجهول.

ويكمن أن يناقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: أن قياس الضمان على البيع والإجارة قياس مع الفارق؛ فإن البيع والإجارة معارضة مالية، وأما الضمان فهو تبرع.

الوجه الثاني: أنه قياس في مقابلة النص فلا يقبل.

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو صحة ضمان المجهول، وذلك لثلاثة أمور:

---

(١) انظر: «المحلى» (٨/٥٣٣).
(٢) سورة يوسف / الآية (٧٢).
(٣) انظر: «مغني المحتاج» (٢/٢٠٢).

الأمر الأول: دلالة النص عليه، وهو الآية وعموم حديث: «والزعيم غارم».

الأمر الثاني: القياس على النذر والإقرار.

الأمر الثالث: ضعف دليل المخالفين.

المبحث الثاني
شروط المكفول به

وهي أربعة:

أولاً: أن يكون المكفول به ممن يلزمه حضور مجلس الحكم:

المقصود بهذا الشرط: أن يكون المكفول به ممن يلزمه حضور مجلس الحكم عند استدعائه، أو ممن يستحق إحضاره، وأن يكون مقدور التسليم.

ويندرج تحت ذلك مسائل، سأبحثها – إن شاء الله تعالى – في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول
الكفالة بالصبي والمجنون

نص الحنفية والشافعية والحنابلة على صحة الكفالة بالصبي والمجنون، وعلى أن إذن وليهما يقوم مقام إذنهما[1].

وعللوا الصحة: بأنهما قد يجب إحضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالإتلاف[2].

---

(١) انظر للحنفية:«حاشية ابن عابدين» (٢٥٢/٤) حيث نص على جواز الكفالة بنفس الصبي، وانظر للشافعية: «روضة الطالبين» (٢٥٣/٤) و«مغني المحتاج» (٢٠٤/٢) و«شرح المنهج» (٣٨٣/٣) وللحنابلة «المغني» (٦١٤/٤).

(٢) انظر: «المغني» (٤١٦/٤).

المطلب الثاني

الكفالة ببدن المحبوس والغائب

نص أصحاب المذاهب الأربعة على صحة الكفالة ببدن المحبوس، وكذلك الغائب، إلا أن الحنفية لم يصححوا الكفالة ببدن الغائب الذي لا يدرى مكانه[١].

واستدل العلماء على الجواز بما يلي:

الدليل الأول:

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 جمعياً[٢].

الدليل الثاني:

أن حصول المقصود متوقع، وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال؛ كما يصح ضمان المعسر بالمال[٣].

المطلب الثالث

الكفالة ببدن من عليه حد أو قصاص

أما الكفالة بالحد والقصاص أنفسهما فلا تجوز إجماعاً؛ إذ لا يمكن استيفاء ذلك من الكفيل[٤]، ولكن المسألة في الكفالة بإحضار بدن من عليه حد أو قصاص.

---

(١) انظر للحنفية: «حاشية ابن عابدين» (٤/٢٥١) وللمالكية: «أسهل المدارك» (٣/٢٢) وللشافعية: «روضة الطالبين» (٤/٢٥٤) و«مغني المحتاج» (٢/٢٠٤) و«شرح المنهج» ٣/٣٨٣، ٣٨٤) وللحنابلة: «المغني» (٤ / ٤١٦).

(٢) انظر:«المغني» (٤/ ٤١٦).

(٣) انظر: «مغني المحتاج» (٢/٢٠٤).

(٤) انظر: «حاشية ابن عابدين» (٤/٢٦٠) و«أسهل المدارك» (٣/٢٠)

وقد اختلف العلماء في حكم ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنها لا تصح مطلقاً، سواء أكانت ببدن من عليه حق لله تعالى أم حق لآدمي. وهو قول ابن القاسم من المالكية وبعض الشافعية والمذهب عند الحنابلة[١].

القول الثاني:

أنها لا تصح ببدن من عليه عقوبة لله تعالى، وتصح في عقوبة الآدمي. وهو المذهب عند الشافعية[٢].

القول الثالث:

لا تصح في الحقوق الخالصة لله تعالى مطلقاً، سواء أطابت نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل أم لم تطب، وأما في القصاص وحد القذف والسرقة[٣]، ففيه تفصيل:

فإن طابت نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل صح، وإلا فلا يجبر الكفيل عليه. وهذا مذهب الحنفية[٤].

القول الرابع: أنها تصح مطلقاً. وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية وبعض الحنابلة[٥].

---

(١) انظر لابن قاسم:«المدونة» (٥/٢٧٥) وللشافعية «روضة الطالبين» (٤/٢٥٣) ومغني المحتاج (٢/٢٠٤) وللحنابلة: «المغني» (٤/٤١٦) و«الإنصاف» (٥/٢١٠).

(٢) انظر: «روضة الطالبين» (٤/٤١٦) و«الإنصاف» (٥/٢٠٣).

(٣) اعتبروا السرقة من حقوق العباد؛ لكون الدعوى فيها شرطا بخلاف غيرها. انظر: «حاشية الشيخ أحمد الشلبي على تبيين الحقائق» (٤/١٥١) و«حاشية ابن عابدين» (٤/٢٦٠).

(٤) تبعاً لقول أبي حنيفة، وقال الصاحبان في القصاص ونحوه إذا لم تطب نفس المدعى عليه: يجبر الكفيل عليه. والمراد بالجبر: الملازمة لا الحبس. انظر: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤١٨، ٣٤١٩) و«فتح القدير» (٧/١٧٧، ١٧٨) و«حاشية ابن عابدين» (٤/ ٢٦٠، ٢٦١).

(٥) انظر: «الإنصاف» (٥/٢١٠).

أدلة الأقوال:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم الصحة مطلقاً بما يلي:

الدليل الأول:

حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا كفالة في حد» أخرجه البيهقي[١].

وجه الدلالة من الحديث: أن قوله: «لا كفالة في حد» نفي للكفالة مطلقاً في الحد، سواء أكانت بضمان الحد نفسه عن صاحبه، أم كانت بإحضار بدن صاحب الحد.

ونوقش هذا الدليل: بأن الحديث ضعيف؛ فقد قال البيهقي – رحمه الله – عقب إخراجه: «تفرد عن أبي محمد عمر بن أبي عمر الكلاعي، وهو من مشايخ بقية المجهولين، ورواياته منكرة، والله أعلم»[٢]. ا هـ.

وضعف إسناده – أيضاً – الحافظ ابن حجر في «بلوغ المرام»[٣].

الدليل الثاني:

أن الكفالة استيثاق، والحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات، فلا يدخل فيها الاستيثاق[٤].

ويمكن أن يناقش هذا الدليل: بأنه يمكن تقييد صحة الكفالة بالحالات التي ليس فيها شبهات، حيث يكون المطلوب إقامة الحدود لا إسقاطها، كما لو ثبت القتل – مثلاً – بشهادة العدول[٥].

---

(١) السنن الكبرى – كتاب الضمان – باب ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق – (٦/ ٧٧).

(٢) السنن الكبرى (٦ / ٧٧).

(٣) (٣/ ٧٢) – مع «سبل السلام».

(٤) انظر: «المغني» (٤ / ٤١٦) و«مغني المحتاج» (٢ / ٢٠٤).

(٥) انظر: «المغني» (٤ / ٤١٦، ٤١٧).

الدليل الثالث:

أن الحد حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به، فلم تصح الكفالة بمن كان الحد عليه؛ ولا يكون للكفالة حينئذ معنى؛ إذ الكفالة معناها الضمان، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «.. والزعيم غارم»[(١)]، فأي شيء يغرم الكفيل حينئذ؟!

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم صحة الكفالة في حق الله تعالى فقط وبصحتها في حق الآدمي: بأن ما كان سبباً لعقوبة الله تعالى فنحن مأمورون بستره والسعي في إسقاطه ما أمكن[(٢)]، بخلاف عقوبة الآدمي التي هي حق لازم فأشبهت المال[(٣)].

ويمكن أن يناقش ما استدل به لعقوبة الآدمي من القياس على المال:

بأنه قياس مع الفارق؛ فإن المال إذا ضمن ولم يؤده المضمون عنه، غرمه الضامن، ولكن أي شيء يغرمه الكفيل في عقوبة الآدمي؟ والكفالة معناها الضمان.

ثالثاً: أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول على تفصيلهم بما يلي:

١ – أما أنه لا تصح الكفالة في الحقوق الخاصة لله تعالى مطلقاً: فلوجوب الدرء[(٤)].

---

(١) سبق تخريجه في ص (٦).
(٢) انظر: «حاشية الجمل على شرح المنهج» (٣ / ٣٨٣).
(٣) انظر: «مغني المحتاج» (٢ / ٢٠٣).
(٤) انظر:«فتح القدير» (٧ / ١٧٨).

٢ – وأما صحتها في القصاص ونحوه عند طيبة نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل: فلأنه كفالة بمضمون على الأصيل، مقدور الاستيفاء من الكفيل، فتصح؛ كالكفالة بتسليم نفس من عليه دين[١].

ويمكن أن يناقش ما استدل به لصحة الكفالة في القصاص ونحوه عند الطيبة من القياس على المال: بأنه قياس مع الفارق، كما سبق بيانه قريباً في مناقشة أدلة القول السابق.

رابعاً: أدلة القول الرابع:

يمكن أن يستدل للقول بالصحة مطلقاً: بأن الكفالة بإحضار بدن من عليه حد أو قصاص أمر مقدور عليه، ولم يأت شيء صحيح يمنع منه.

ويمكن أن يناقش هذا الدليل: بعدم التسليم بعدم إتيان شيء صحيح يمنع منه، فقد جاء ما يدل على المنع منه، وهو أمران:

الأمر الأول: أن مبنى الحدود على الدرء والإسقاط بالشبهات ما أمكن، والكفالة تنافي ذلك – ولو في بعض الصور – لأنها استيثاق.

الأمر الثاني: أن الكفيل غارم، لقوله صلى الله عليه وسلم: «.. والزعيم غارم»[٢] فأي شيء يضمنه الكفيل عند تعذر إحضار بدن من عليه حد أو قصاص ؟

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو أنه لا تصح الكفالة ببدن من عليه حد أو قصاص مطلقاً، سواء أكان الحد لحق من حقوق الله تعالى – كالزنا وشرب الخمر – أم لحق آدمي كالقذف، وذلك للأمرين الذين ذكرا أخيراً.

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤١٨٧، ٣٤١٩) وانظر: «فتح القدير» (٧ / ١٧٨).
(٢) سبق تخرجه.

ثانياً: العلم بقدر المال الذي على المكفول به:

أي: إذا تكفل شخص بإحضار مدين، فهل يشترط حينئذ معرفة الكفيل بقدر المال الذي على المكفول به ؟

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه لا يشترط ذلك. وهو ظاهر كلام الحنفية[١] والأصح عند الشافعية وقول الحنابلة[٢].

القول الثاني: أنه يشترط ذلك. وهو قول الشافعية[٣].

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم الاشتراط بما يلي:

الدليل الأول:

أن الكفالة بالبدن لا بالدين، والبدن معلوم، فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض[٤].

الدليل الثاني:

أنا قد تبينا أن ضمان المجهول يصح، وهو التزام المال ابتداء فالكفالة التي لا تتعلق بالمال أولى[٥].

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بالاشتراط: بأنه لو مات المكفول به غرم الكفيل المال[٦].

---

(١) حيث إنهم يصححون ضمان المجهول، انظر: «حاشية ابن عابدين» (٤ / ٢٦٣).
(٢) انظر للشافعية: «روضة الطالبين» (٤ / ٢٥٣) و«مغني المحتاج» (٢ / ٢٠٣) وللحنابلة:«المغني» (٤ / ٤١٦).
(٣) انظر: «روضة الطالبين» (٤ / ٢٥٣).
(٤) انظر: «المغني» (٤ / ٤١٦).
(٥) المصدر السابق.
(٦) انظر: «روضة الطالبين» (٤ / ٢٥٣).

ويمكن أن يناقش هذا الدليل: بما ذكره القائلون بعدم الاشتراط من أدلة.

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو أنه لا يشترط العلم بقدر المال الذي على المكفول به.

ثالثاً: تعيين بدن المكفول به:

للعلماء في اشتراط ذلك قولان:

القول الأول: أنه يشترط ذلك، فلا يصح أن يقول: كفلت بدن أحد هذين. وهو قول الشافعية والمذهب عند الحنابلة[١].

القول الثاني: أنه لا يشترط ذلك. وهو قول للحنابلة[٢].

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بالاشتراط: بالقياس على اشتراط تعيين الدين في ضمانه[٣].

ويمكن للمخالف أن يناقش هذا الدليل: بعدم التسليم بصحة القياس المذكور، وأنه لا يشترط تعيين الدين أيضاً.

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم الاشتراط: بأن الكفالة تبرع، فهي كالإعارة والإباحة[٤].

---

(١) انظر للشافعية: «روضة الطالبين»: (٤ / ٢٥٤) وللحنابلة: «الإنصاف» (٥ / ٢١٠).
(٢) انظر: «الإنصاف» (٥ / ٢١٠).
(٣) انظر: «روضة الطالبين» (٤/ ٢٥٤).
(٤) انظر: «الإنصاف» (٥/ ٢١٠).

ويمكن أن يناقش هذا الدليل: بأن قياس الكفالة على الإعارة والإباحة قياس مع الفارق؛ وذلك من وجهين:

الوجه الأول: أن الإعارة يزول بها الإبهام عند استلام المعار، بخلاف الكفالة فإنه يستمر الإبهام فيها إلى وقت المطالبة.

الوجه الثاني: أن الكفيل ضامن من وقت كفالته، فللمكفول له مطالبته من وقت العقد، بخلاف المستعير، لا يضمن إلا عند التعدي أو التقصير، وحينئذ يكون قد تحدد المعار بالاستلام.

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو أنه يشترط تعيين بدن المكفول به، وذلك لأن الكفالة يلزم منها حق المطالبة، ولا تمكن المطالبة مع الإبهام، فلابد من التعيين لصحة الكفالة.

رابعاً: رضا المكفول به:

اختلف العلماء في اشتراط ذلك على قولين:

القول الأول: أنه لا يشترط ذلك. وهو قول للشافعية والمذهب عند الحنابلة[١].

القول الثاني: أنه يشترط ذلك. وهو الأصح عند الشافعية ووجه عند الحنابلة[٢].

---

(١) انظر للشافعية: «مغني المحتاج» (٢/٢٠٦) وللحنابلة: «الإنصاف» (٥/٢١٤) و«الروض المربع» (٥/١١١).

(٢) انظر للشافعية: «روضة الطالبين» (٤/٢٥٩) و«مغني المحتاج» (٢/٢٠٤، ٢٠٦) وللحنابلة: «المغني» (٤/٤٢٠) و«الإنصاف» (٥/٢١٣، ٢١٤).

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بعدم الاشتراط: بأن الكفيل يغرم المال الذي على المكفول به إذا عجز عن إحضاره[(١)].

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بالاشتراط: بأن الكفيل لا يغرم المال الذي على المكفول به إذا عجز عن إحضاره، فلا فائدة للكفالة – إذاً – إلا حضور المكفول،وهو لا يلزمه الحضور بدون رضاه، فكان رضاه شرطاً لصحة الكفالة[(٢)].

الترجيح:

تبين بما سبق عرضه، أن اختلاف القولين مبني على الاختلاف في غرم الكفيل عند عجزه عن إحضار المكفول به.

والذي يظهر: أن الأرجح هو أنه يغرم المال عند العجز؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «... والزعيم غارم»[(٣)]، ولأنه لو لم يكن الأمر كذلك، لم يبق للكفالة معنى، ولو اشترطنا رضا المكفول به وألزمناه بالحضور، فما فائدة الضمان إذاً ؟!

فالذي يترجح هو القول الأول، وهو أنه لا يشترط لصحة الكفالة رضا المكفول به، والله تعالى أعلم.

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (٢/٢٠٦).
(٢) انظر: «مغني المحتاج» (٢/٢٠٦).
(٣) سبق تخريجه.

الفصل الخامس

الصيغة

الصيغة: هي الإيجاب من الضامن؛ حيث يشترط رضاه بالاتفاق كما سبق بيانه[(١)]، وأما القبول فهو من الصيغة أيضاً، ولكنه ليس شرطاً لصحة الضمان عند عامة العلماء كما سبق أيضاً[(٢)].

وللصيغة شروط متعددة، سأبحثها – إن شاء الله – في مبحثين:

المبحث الأول
دلالة الصيغة على الإلزام

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول
الضمان باللفظ

يشترط في لفظ الضمان أن يكون دالاً على الالتزام، إما صراحة أو كناية[(٣)]، لأن الرضا لا يعرف إلا بذلك[(٤)].

---

(١) انظر: (ص١٣).
(٢) انظر: (ص٢٠).
(٣) انظر: «الإنصاف» للمرداوي (٥/١٩٠) و«الشرح الصغير» للدردير (٢/٦٦٦) و«شرح المنهج» لزكريا الأنصاري (٣/٣٨٦).
(٤) انظر: «شرح المنهج» (٣/٣٨٦).

واللفظ الصريح في الضمان مثل: أنا ضامن لك دينك على فلان، أو ضمين أو كفيل، أو زعيم، أو غريم[١]، أو: تقلدت دينك على فلان، أو التزمته[٢].

والكناية مثل: دين فلان إلي أو عندي[٣]، أو لك علي، أو لك قِبَلي، أو لك عندي[٤]. فيشترط في الكناية النية أو قرينة تدل على الالتزام[٥].

ولو قال: أنا أؤدي المال أو أحضر الشخص، وخلا عن النية أو القرينة، فليس بضمان عند الشافعية والحنابلة،وإنما هو وعد[٦].

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: «وقياس المذهب: يصح بكل لفظ فهم منه الضمان عرفاً، مثل قوله: زوِّجْه وأنا أؤدي الصداق، أو: بِعْه وأنا أعطيك الثمن، أو اتركه ولا تطالبه وأنا أعطيك، ونحو ذلك»[٧] أ هـ.

المطلب الثاني
الضمان بالكتابة

اختلف العلماء في حكم الضمان بالكتابة على قولين:

القول الأول: أنه يصح الضمان بالكتابة مع القرينة المشعرة مطلقاً، سواء

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤٠٤، ٣٤٠٥) و«الاختيار» (٢/١٦٧) و«روضة الطالبين» (٤/٢٦٠) و«مغني المحتاج» (٢/٢٠٦) و«حاشية الجمل على شرح المنهج» (٣/ ٣٨٦).

(٢) انظر: «روضة الطالبين» (٤/٢٦٠) و«مغني المحتاج» (٢/٢٠٦) و«حاشية الجمل على شرح المنهج» (٣/٣٨٦).

(٣) انظر «روضة الطالبين» (٤/٢٦٠) و«حاشية الجمل على شرح المنهج» (٣/٣٨٦).

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤٠٤).

(٥) انظر: «حاشية الجمل على شرح المنهج» (٣/٣٨٦، ٣٨٧).

(٦) انظر للشافعية: «روضة الطالبين» (٤/٢٦٠) و«حاشية الجمل على شرح المنهج» (٣/ ٣٨٦) وللحنابلة: «الإنصاف» (٥/١٩٠) و«المبدع» (٤/٢٤٩).

(٧) انظر: «الإنصاف» (٥/١٩٠).

أصدرت الكتابة من ناطق أم من أخرس، وسواء أكان للأخرس إشارة مفهمة أم لا. وهو قول الشافعية في الأصح[١] وظاهر قول المالكية[٢].

القول الثاني: أنه لا يصح الضمان بالكتابة منفردة عن الإشارة المفهمة. وهو وجه للشافعية وقول الحنابلة[٣].

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بصحة الضمان بالكتابة مع القرينة المشعرة مطلقاً: بأن الكتابة مع النية كناية، فهي في معنى الصيغة[٤].

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم صحة الضمان بالكتابة منفردةً عن الإشارة المفهمة:بأنه قد يكتب عبثاً، أو تجربة قلم، فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال[٥].

ويمكن أن يناقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: أن هذا الاحتمال ضعيف فلا اعتبار له؛ إذ الأصل الحكم بالظاهر.

الوجه الثاني: أنه يمكن إزالة هذا الاحتمال بسؤاله، ثم إجابته بالكتابة.

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو صحة الضمان بالكتابة عند وجود القرينة المشعرة مطلقاً، سواء أصدرت الكتابة من ناطق أم أخرس،

---

(١) انظر: «روضة الطالبين» (٤/٢٤١) و«مغني المحتاج» (٢/١٩٩) و«حاشية الجمل على شرح المنهج» (٣/٣٨٦).
(٢) حيث إنهم أطلقوا القول بصحة الضمان بالكتابة، انظر: «الشرح الصغير» (٢/٦٦٦).
(٣) انظر للشافعية: «روضة الطالبين» (٤/٢٤١) وللحنابلة: «المغني» (٤/٤٠٦).
(٤) انظر: «حاشية الجمل على شرح المنهج» (٣/٣٨٦).
(٥) انظر: «المغني» (٤/٤٠٦).

وسواء كان للأخرس إشارة مفهمة أم لا؛ وذلك لأن الكتابة مع القرينة المشعرة تؤدي ما تؤديه الصيغة، فكانت في معناها.

المطلب الثالث

الضمان بالإشارة المفهمة

أما الأخرس الذي لا تُفْهَم إشارته، وليس لديه كتابة، فلا نعرف أنه ضمن – أصلاً – حتى نُصحِّح أو نُبطِل[(١)].

وأما الأخرس الذي تُفهم إشارته، فللعلماء في حكم ضمانه قولان:

القول الأول: أنه يصح ضمانه. وهو قول المالكية والشافعية في المذهب والحنابلة[(٢)].

القول الثاني: أنه لا يصح. وهو وجه للشافعية[(٣)].

أدلة القولين:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بالصحة: بالقياس على بيعه وإقراره وتبرعه وسائر تصرفاته[(٤)].

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم الصحة: بأن الضمان لا ضرورة إليه بخلاف سائر التصرفات[(٥)].

---

(١) انظر: «روضة الطالبين»: (٤/٢٤١)، وانظر – أيضاً – «المغني» (٤/٤٠٦).

(٢) انظر للمالكية: «المدونة» (٥/٢٧٥) و«الشرح الصغير» (٢/٦٦٦) وللشافعية: «روضة الطالبين» (٤/٢٤١) و«شرح المنهج» (٣/٣٨٦) وللحنابلة: «المغني» (٤/٤٠٦) و«الإنصاف» (٥/١٩٥) و«الروض المربع» (٥/٩٩).

(٣) انظر: «روضة الطالبين» (٤/٢٤١).

(٤) انظر: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤٠٥).

(٥) انظر: «روضة الطالبين» (٤/٢٤١).

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بعد التسليم بأن صحة سائر تصرفاته إنما هو من باب الضرورة، بل منه ما هو للضرورة ومنه ما هو لغيرها.

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو صحة ضمان الأخرس الذي تفهم إشارته؛ قياساً له على سائر تصرفاته.

المبحث الثاني
تعليق الصيغة وإضافتها

الصيغة: إما أن تكون مطلقة أو معلقة على شرط أو مضافة إلى وقت.

فالمطلقة: كقوله: ضمنت لك دينك على فلان، أو تكفلت ببدن فلان. ولاشك في صحة الضمان بالصيغة المطلقة[1]؛ إذ هي الأصل.

والصيغة المعلقة على شرط: كقوله: إذا جاء الغد فقد ضمنت لك ما على فلان، أو كفلت بدنه، أو: إن استحق المبيع فأنا كفيل لك.

فالمقصود إلى وقت: كقوله: أنا ضامن لك ما على فلان إلى شهر أو كفيل ببدنه إلى سنة.

وسأبحث هاتين الصيغتين الأخيرتين في مطلبين:

المطلب الأول
تعليق الصيغة على شرط

اختلف العلماء في حكم الضمان إذا كانت صيغته معلقة على شرط، على أربعة أقوال:

---

(١) انظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٣٤٠٥).

القول الأول: أنه يصح. وهو وجه للشافعية[١].

القول الثاني: أنه لا يصح. وهو الأصح عند الشافعية[٢].

القول الثالث: التفصيل: – وهو للحنفية –[٣]:

١– فإن كان الشرط سبباً لظهور الحق – كقوله: إن استحق المبيع فأنا كفيل[٤]– أو لوجوبه، أو كان سبباً للأداء في الجملة – كقوله: إذا قدم زيد فأنا كفيل[٥] – جاز الضمان.

٢– وإن لم يكن كذلك، بأن كان مجرد شرط، لم يجز الضمان، كأن قال: إذا جاء المطر، أو هبت الريح، أو: إن دخل زيد الدار، فأنا كفيل.

القول الرابع: يمتنع تعليق ضمان المال دون الكفالة بالنفس فتصح. وهو وجه للشافعية[٦].

أدلة الأقوال:

أولاً: أدلة القول الأول:

استدل القائلون بالصحة: بأن القبول لا يشترط في الضمان، فجاز تعليقه؛ كالطلاق[٧].

ثانياً: أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم الصحة: بأنه عقد فلا يقبل التعليق؛ كالبيع[٨].

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (٢/٢٠٧).
(٢) انظر: «روضة الطالبين» (٤/٢٦٠) و«مغني المحتاج» (٢/٢٠٧) و«شرح المنهج» (٣/٣٨٧).
(٣) انظر: «بدائع الصنائع» (٧/٣٤٠٧) و«الاختيار» (٢/١٧١).
(٤) لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق. «بدائع الصنائع» (٧/٣٤٠٧).
(٥) لأن قدومه وسيلة للأداء في الجملة؛ لجواز أن يكون مكفولاً عنه، أو يكون مضاربة. المصدر السابق.
(٦) انظر: «مغني المحتاج» (٢/٢٠٧).
(٧) المصدر السابق.
(٨) المصدر السابق.

ويمكن أن يناقش هذا الدليل: بأن قياس الضمان على البيع قياس مع الفارق؛لأن البيع يشترط فيه القبول بخلاف الضمان.

ثالثاً: أدلة القول الثالث:

استدل القائلون بالتفصيل – والذي مفاده صحة الشرط الملائم دون الشرط المجرد – بما يلي:

الدليل الأول:

قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾[1].

وجه الدلالة من الآية: أنه علق الضمان على شرط، وهو المجيء بالصاع، وهو شرط ملائم.

الدليل الثاني:

أن الضمان فيه معنى التمليك، والأصل أنه لا يجوزه تعليقه بالشرط إلا شرطاً ألحق به تعلق بالظهور أو التوسل إليه في الجملة، فيكون ملائماً للعقد فيجوز[2].

ويمكن أن يناقش هذا الدليل: بعدم التسليم بأن الأصل عدم جواز تعليق الضمان بالشرط، بل هذا مجرد دعوى تحتاج إلى دليل، ولا دليل، بل الدليل يدل على الجواز كما تقدم في أدلة القول الأول.

الدليل الثالث:

أن الضمان جوازه بالعرف، والعرف في الشرط الملائم دون غيره[3].

ويمكن أن يناقش هذا الدليل: بعدم التسليم بجميع ما ذكره فيه، فليس

---

(١) سورة يوسف / الآية (٧٢). وانظر: «الاختيار» (٢/ ١٧١).
(٢) انظر:«بدائع الصنائع» (٧/ ٣٤٠٧).
(٣) انظر: «المصدر السابق».

جواز الضمان بالعرف، بل هو بالنص والقياس، وكذلك ليس العرف في الشرط الملائم دون غيره، بل هذه مجرد دعوى تحتاج إلى إثبات.

رابعاً: أدلة القول الرابع:

استدل القائلون بامتناع تعليق ضمان المال دون الكفالة بالنفس: بأن الأصل المنع من التعليق، وإنما استثنيت الكفالة بالنفس للحاجة إليها[1].

ويمكن أن يناقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بأن الأصل منع التعليق حتى يستثنى منه الكفالة.

الوجه الثاني: أن الحاجة موجودة أيضاً إلى ضمان المال، ولا فرق بينه وبين الكفالة بالنفس في ذلك.

الترجيح:

فيتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو صحة تعليق الضمان على شرط؛ وذلك لأمرين:

الأمر الأول: القياس الصحيح على الطلاق؛ بجامع أن كلاً منهما لا يحتاج إلى القبول.

الأمر الثاني: عدم قيام دليل صحيح يمنع من تعليق الضمان على شرط.

---

(١) انظر: «مغني المحتاج» (٢/٢٠٧).

المطلب الثاني

إضافة الصيغة إلى وقت

نص الحنفية على صحة الكفالة[١] إذا أضيفت إلى وقت،بأن ضمن ما أدان فلان لفلان، أو ما قضي له عليه، أو ما استهلك من مال فلان، أو ما غصبه، أو ثمن ما بايعه[٢].

قالوا في تعليل الصحة: لأنها أضيفت إلى سبب الضمان وإن لم يكن الضمان ثابتاً في الحال. والكفالة وإن كان فيها معنى التمليك، فليست بتمليك محض، فجاز أن تحتمل الإضافة[٣].

وأما الشافعية فقد نصوا على أن تأجيل الكفالة لا يصح، وإنما يصح عندهم شرط تأخير الشخص إلى أجل معلوم[٤].

والذي يظهر: أنه يصح إضافة الضمان إلى وقت إذا كان الوقت معلوماً كشهر وسنة ونحو ذلك، سواء أكان ضمان مال أم ضمان إحضار نفس، كالقول بصحة تعليق الضمان على شرط كما تقدم بيانه قريباً.

ومما يقوي الصحة، أن أصحاب المذاهب الأربعة قد نصوا على جواز تأجيل الضمان والكفالة إلى أجل معلوم[٥].

---

(١) وهي عندهم تشمل ضمان المال وضمان إحضار النفس.
(٢) انظر: «بدائع الصنائع» (٣٤١١/٧).
(٣) المصدر السابق.
(٤) انظر: «مغني المحتاج» (٢٠٧/٢).
(٥) انظر للحنفية: «بدائع الصنائع» (٣٤٠٥/٧) و«الاختيار» (١٦٨/٢) وللمالكية: «جواهر الإكليل» (١٠٩/٢) وللشافعية: «مغني المحتاج» (٢٠٧/٢) و«شرح المنهج» (٣/ ٣٨٧) وللحنابلة: «المغني» (٨٢/٧) – ط دار هجر.

الخاتمة

وفي خاتمة هذا البحث عن شروط الضمان، أذكر أهم النتائج التي خلصت إليها؛ لأن ذلك أدعى لتثبيتها، فأقول وبالله التوفيق:

أولاً: شروط الضامن: وهي ستة – على الراجح –:

١ – العقل: فلا يصح ضمان المجنون، ولا المُبَرْسَم، وهو الذي يَهذي. وهذا بلا خلاف.

٢ – البلوغ: فلا يصح ضمان الصبي غير المميز بلا خلاف، وكذا المميز على الراجح.

٣ – عدم الحَجْر: فلا يصح ضمان المحجور عليه لسفه. وأما المحجور عليه لفَلَس فيصح ضمانه، ويُتَّبع به بعد فك الحجر عنه.

٤ – الحرية: وفي اشتراطها تفاصيل وخلاف للعلماء لم أذكره في البحث اختصاراً.

٥ – الصحة: فحكم ضمان من كان مريضاً مرض الموت، أنه يُحسب من ثلثه.

٦ – الرضا: ولا خلاف في ذلك.

ولا يشترط الذكورة في الضامن، فيصح ضمان المرأة ولو كانت متزوجةً، ولو كان بغير إذن زوجها.

ثانياً: شروط المضمون عنه:

الراجح أنه لا يشترط في المضمون عنه شيء مما اشترطه بعض الفقهاء:

١ – فلا يشترط قدرة المضمون عنه على تسليم المضمون، فيصح الضمان عن الميت وإن لم يترك شيئاً.

٢ – ولا يشترط معرفة الضامن للمضمون عنه.

٣ – ولا يشترط رضا المضمون عنه.

ثالثاً: شروط المضمون له:

الراجح – كذلك – أنه لا يشترط في المضمون له شيء مما اشترطه بعض الفقهاء:

١ – فلا يشترط معرفة الضامن للمضمون له.

٢ – ولا يشترط رضا المضمون له.

٣ – ولا يشترط فيه أن يكون عاقلاً.

رابعاً: شروط المضمون والمكفول به:

أ – يشترط في المضمون أن يكون حقّاً لازماً (أي: ثابتاً، قد أُمِن من سقوطه بالفسخ أو الانفساخ) كثمن المبيع قبل قبضه، أو يكون حقاً آيلاً إلى اللزوم، كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده.

ويصح ضمان الجُعْلِ ومال السَّلَم (المُسلَم فيه).

ولا يشترط في الحق المضمون أن يكون ثابتاً موجوداً وقت الضمان، فيصح ضمان ما لم يجب وإنما سيجب مستقبلاً كنفقة الغد، ويصح ضمان الدَّرَك،ويسمى ضمان العهدة، وهو ضمان الثمن للمشتري إن خرج المبيع مستحقّاً أو معيباً أو ناقصاً، وضمان المبيع للبائع إن خرج الثمن مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً.

ويصح ضمان الأعيان المضمونة، كالمغصوب، كما يصح ضمان الأمانات.

ولا يشترط في المضمون أن يكون معلوماً، فيصح ضمان المجهول.

ب – ويشترط في المكفول به شرطان:

١ – أن يكون ممن يلزمه حضور مجلس الحكم، أو ممن يستحق إحضاره: فتصح الكفالة ببدن الصبي والمجنون،وببدن المحبوس والغائب.

ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حدٌّ أو قصاص مطلقاً، سواء أكان الحد لحق من حقوق الله تعالى – كالزنا – أم لحق آدمي كالقذف.

٢ – تعيين بدن المكفول به.

ولا يشترط العلم بقدر المال الذي على المكفول به، ولا رضاه.

خامساً: شروط الصيغة:

يشترط في الصيغة أن تكون دالةً على الإلزام،إما لفظاً أو كتابةً أو إشارةً مفهمة.

واللفظ: منه الصريح: كلفظ الضمان والكفالة والزعامة، ومنه الكناية: كقوله: لك علي، ويشترط في الكناية القرينة التي تدل على الالتزام من نية أو غيرها.

ويصح الضمان بكل لفظٍ فهم منه الضمان عرفاً، كقوله: زوجُه وأنا أؤدي الصداق، أو: بِعْه وأنا أعطيك الثمن.

ويصح الضمان بالكتابة مع القرينة المشعرة مطلقاً، سواء أصدرت الكتابة من ناطق أم من أخرس،وسواء أكان للأخرس إشارة مفهمة أم لا.

ويصح ضمان الأخرس الذي تُفهم إشارته.

ويصح تعليق الصيغة على شرط، كقوله: إذا جاء الغد فقد ضمنت لك ما على فلان، أو: إن استحق المبيع فأنا كفيل.

كما يصح – أيضاً – إضافة الصيغة إلى وقت معلوم، كقوله: أنا ضامن لفلان في شهر كذا.

الفهارس والمراجع

١) الإحكام في أصول الحكام – للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن سالم الآمدي (ت ٦٣١ هـ) – تعليق الشيخ / عبد الرزاق عفيفي – رحمه الله تعالى – المكتب الإسلامي – بيروت – ط٢ – ١٤٠٢ هـ.

٢) إحكام الفصول في أحكام الفصول – للإمام أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت ٤٧٤ هـ) – تحقيق ودراسة الدكتور / عبد الله محمد الجبوري – مؤسسة الرسالة – بيروت – ط١ – ١٤٠٩ هـ – ١٩٨٩ م.

٣) الاختيار لتعليل المختار – لعبد الله بن محمود الموصلي (ت ٦٨٣هـ) – عليه تعليقات الشيخ محمود أبو دقيقة – دار المعرفة – بيروت – ط٣ – ١٣٩٥ هـ – ١٩٧٥م.

٤) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للعلامة محمد بن علي الشوكاني (ت ١٢٥٥ هـ) – دار المعرفة – بيروت.

٥) أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك – لأبي بكر بن حسن الكشناوي – دار الفكر – ط٢.

٦) الإفصاح عن معاني الصحاح – للوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي (ت ٥٦٠هـ) المؤسسة السعيدية بالرياض.

٧) أقرب المسالك – للشيخ أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدردير (ت ١٢٠١ هـ) – مطبعة عيسى البابي الحلبي.

٨) الأم – للإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤ هـ) – أشرف على طبعه: محمد زهري النجار – دار المعرفة – بيروت – ط٢ – ١٣٩٣ هـ – ١٩٧٣م.

٩) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل – لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي (ت ٨٨٥ هـ) صححه وحققه: محمد حامد الفقي – مطبعة السنة المحمدية – ط١– ١٣٧٤ هـ – ١٩٩٥ م.

١٠) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – للعلامة علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاسات (ت ٥٨٧ هـ) – الناشر: زكريا علي يوسف.

١١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد – للإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي – (ت ٥٩٥ هـ) – تحقيق وتصحيح: محمد سالم محيسن وشعبان محمد إسماعيل – مكتبة الكليات الأزهرية – ١٣٩٠ هـ – ١٩٧٠ م.

١٢) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك – للشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي – (ت ١٢١٤ هـ) – مطبعة عيسى البابي الحلبي.

١٣) بلوغ المرام من أدلة الأحكام – للحافظ أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد العسقلاني المعروف بابن حجر (ت ٨٥٢ هـ) (مطبوع مع سبل السلام) – تحقيق عدة أشخاص – مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية – الرياض – ط٢– ١٤٠٠ هـ.

١٤) التعليق المغني على سنن الدارقطني – للمحدث أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي – حديث أكاديمي – باكستان.

١٥) تفسير القرآن العظيم – للإمام الحافظ عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن كثير الدمشقي (ت ٧٧٤ هـ) – تحقيق: مجموعة من المشايخ – طبعة الشعب.

١٦) تيسير التحرير – للعلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني – (ت حوالي ٩٨٧ هـ) – مطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر – ١٣٥١ هـ.

١٧) جامع الترمذي – للإمام الحافظ أبي عيسى محمد بن سَوْرة (ت ٢٧٩ هـ) – تحقيق: عدة أشخاص – دار الكتب العلمية.

١٨) الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم – للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (ت ٢٥٦ هـ) – (مطبوع مع فتح الباري) – دار المعرفة – بيروت.

١٩) الجامع لأحكام القرآن – للإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (ت ٦٧١ هـ) – دار الكتاب العربي – ط٣ – ١٣٧٨ هـ – ١٩٦٧ م.

٢٠) جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل – للشيخ صالح عبد السميع الأزهري – دار إحياء الكتب العربية – عيسى البابي الحلبي – ١٣٤٧ هـ.

٢١) حاشية الشيخ أحمد الشلبي على تبيين الحقائق – لأبي العباس شهاب الدين أحمد ابن محمد بن أحمد، المعروف بالشلبي (ت ١٠٢١ هـ) – دار الكتاب العربي – ط٢ – (مصورة عن ط١ ببولاق – ١٣١٣ هـ).

٢٢) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (المشهور بحاشية بن عابدين) – لشيخ المحققين محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين – (ت ١٣٠٦ هـ) – دار إحياء التراث العربي – بيروت – ط٢ – ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٧ م.

٢٣) الروض المربع شرح زاد المستنقع (ومعه حاشية الشيخ ابن قاسم) – للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت ١٠٥١ هـ) ط٢ – ١٤٠٣هـ.

٢٤) روضة الطالبين وعمدة المفتين – للإمام أبي زكريا بن شرف النووي – (ت٣٧٣ هـ) – المكتب الإسلامي – ط٢ – ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م.

٢٥) روضة الناظر وجُنة المناظر – للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠ هـ) – دار الكتب العلمية – بيروت – ط١ – ١٤٠١ هـ – ١٩٨١ م.

٢٦) سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام – للعلامة محمد بن اسماعيل الأمير الصنعاني – (ت ١١٨٢ هـ) – صححه وعلق عليه: حسين بن قاسم الحسيني – مطبوعات جامعة محمد بن مسعود الإسلامية – ط٢– ١٤٠٠ هـ.

٢٧) سنن ابن ماجة – للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٣ هـ) – تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي – دار الفكر.

٢٨) سنن أبي داود – للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٣ هـ) – مراجعة وتعليق: محمد محيي الدين عبد الحميد رحمه الله – دار الفكر.

٢٩) سنن الدراقطني – للإمام الحافظ أبي الحسن علي بن عمر الدارقطني – (ت ٣٨٥ هـ) – حديث أكاديمي – باكستان.

٣٠) السنن الكبرى – للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسن بن علي البيهقي – (ت ٤٥٨ هـ) – دار المعرفة – بيروت.

٣١) الشرح الصغير – للشيخ أبي البركات أحمد بن محمد العدوي، الشهير بالدردير – (ت ١٢٠١ هـ) – مطبعة عيسى الباي الحلبي.

٣٢) شرح العناية على الهداية – للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي – (ت ٧٨٦ هـ) – (مطبوع مع فتح القدير) – مصطفى البابي الحلبي – ط١ – ١٣٨٩ هـ – ١٩٧٠ م.

٣٣) شرح المنهج – للشيخ زين الدين أبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري – (ت ٩٢٦ هـ) – دار إحياء التراث العربي.

٣٤) صحيح مسلم – للإمام الحافظ أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري – (ت ٢٦١ هـ) – تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي – المكتبة الإسلامية – استنابول.

٣٥) فتح الباري بشرح صحيح البخاري – للحافظ أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، المعروف بابن حجر – (ت ٨٥٢ هـ) – تحقيق العلامة الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز – دار المعرفة – بيروت.

٣٦) فتح القدير – للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد، المعروف بابن الهمام الحنفي – (ت ٨٦١ هـ) – مصطفى البابي الحلبي – ط١ – ١٣٨٩ هـ – ١٩٧٠ م.

٣٧) فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب – للعلامة الشيخ سليمان بن عمر الجمل (ت ١٢٠٤ هـ) – دار إحياء التراث العربي.

٣٨) فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت – لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري – دار الكتب العلمية – بيروت – ط ١٤٠٣ هـ – ١٩٨٣ م.

٣٩) القاموس المحيط – للعلامة اللغوي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي – (ت ٨١٧ هـ) تحقيق: مكتب التراث في مؤسسة الرسالة – بيروت – ط١ – ١٤٠٦ هـ – ١٩٨٦ م.

٤٠) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي – للإمام أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد القرطبي – (ت ٤٦٣ هـ) – تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني – مكتبةالرياض الحديثة – ط١– ١٣٩٨ هـ – ١٩٧٨ م.

٤١) المبدع في شرح المقنع – لأبي اسحاق إبراهيم بن محمد بن مفلح – (ت٨٨٤ هـ) – المكتب الإسلامي – ١٣٩٤ هـ – ١٩٨٤ م.

٤٢) المحلى – للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم – (ت ٤٥٦ هـ) – تصحيح: حسن زيدان طلبه – مكتبة الجمهورية العربية – ١٣٩٢ هـ – ١٩٧٢م.

٤٣) المدونة الكبرى – للإمام مالك بن أنس – (ت ١٧٩ هـ) – دار صادر.

٤٤) المسند – للإمام الحافظ أبي عبد الله أحمد بن محمد حنبل الشيباني – (ت٢٤١ هـ) – المكتب الإسلامي – ط٥ – ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥ م.

٤٥) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي – لأحمد بن محمد الفيومي – (ت ٧٧٠ هـ) – دار الفكر.

٤٦) المغني – للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي – (ت ٦٢٠ هـ) – تحقيق: محمود عبد الوهاب فايد وعبد القادر أحمد عطا – مكتبة القاهرة – ط١ – ١٣٨٩ هـ– ١٩٦٩ م.

٤٧) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج – للشيخ شمس الدين محمد الشربيني الخطيب – (ت ٧٧٧ هـ) – مصطفى البابي الحلبي بمصر – ١٣٧٧ هـ – ١٩٥٨ م.

٤٨) الهداية شرح بداية المبتدي – لشيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المَرْغيناني – (ت ٥٩٣ هـ) – (مطبوع مع فتح القدير) – مصطفى البابي الحلبي – ط١ – ١٣٨٩ – ١٩٧٠ م.