

والضمان: أن يضمن الحق عن الذي عليه، والكفالة: أن يلتزم بإحضار بدن الخصم، قَالَ ﷺ: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»، فَكُلُّ مَنَّهُمَا ضَامِنٌ إِلَّا إِنْ قَامَ بِمَا التَّزَمَ بِهِ، أَوْ أَبْرَاهُ صَاحِبُ الْحَقِّ، أَوْ بَرَى الْأَصِيلَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح

قوله: (الضمان: أن يضمن الحق الذي عليه).

هذا تعريف مختصر من المؤلف، ويمكن أن نزيده تفصيلاً فنقول:

تعريف الضمان: هو التزام جائز التصرف ما وجب وما قد يجب على غيره مع بقاءه على المضمون عنه.

وقد دلَّ عليه قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢].

وهذه الآية يمكن أن نستنبط منها ما يلي:

(١) أن الضمان يكون في التزام ما قد يجب أيضاً.

(٢) أن ما كان مجهولاً يجوز ضمانه إذا آل إلى العلم، كما في هذه الصورة من

هذه الآية، وقد جاء أيضاً في الحديث: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»^(١).

وهو دليل على مشروعية الضمان والكفالة.

ومسائل الضمان اختصرها المؤلف فقال:

قوله: (فَكُلُّ مَنَّهُمَا ضَامِنٌ إِلَّا إِنْ قَامَ بِمَا التَّزَمَ بِهِ، أَوْ أَبْرَاهُ صَاحِبُ الْحَقِّ، أَوْ بَرَى الْأَصِيلَ).

ذكر المؤلف هنا أن الضمان ينشأ عنه حقُّ على الضامن مع بقاء هذا الحق على المضمون عنه؛ ولذلك قال: (فكل منهما ضامن).

وقوله: (إن قام بما التزم به) المراد هنا الضامن، يعني أدَّى الضامن ما عليه من الضمان.

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥)، وابن ماجه (٢٤٠٥) من حديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه، وصححه الألباني (إرواء الغليل ١٤١٢).

وقوله: (أبرأه صاحب الحق) أي: عفا عنه، كأن قال مثلاً: تنازلت عن حق الضمان.

وقوله: (أو برئ الأصيل) بأن أدّى المدين الذي عليه، فالضمان كالرهن عقد تابع لعقد الدين يزول بزواله.

فهذه ثلاث حالات يبرأ فيها الضامن:

الحالات التي
يبرأ فيها
الضامن

(١) إذا قام بما التزم به أولاً، فأدّى الدين الذي عليه، وهذا الكلام في المدين.

(٢) أو أبرأه صاحب الحق الذي هو الدائن، فعفا عنه أو أسقط ما عليه.

(٣) أو برئ الأصيل (المدين).

مسألة مهمة: من المطالب بالحق المضمون؟ المدين أو الضامن؟

المذهب عند الحنابلة أن المطالبة تكون لأبيّ منهما^(١)، وهو وجيه؛ فالدائنون غالباً لا يتجهون لمطالبة الضامن إلا إذا ظهر على المدين المَطْل، فينتقلون من مطالبة المدين إلى مطالبة الضامن بناء على المذهب؛ وعليه العمل القضائي عندنا.

مسألة: لو اشترك اثنان في الضمان من غير تقييد، فالأصل قسمة الدين بينهما، فإن قُيِّد، فقال كل واحد منهما: أنا ضامن بكل الدين كانا جميعاً شركاء في ذلك فيتم مطالبتهما جميعاً.

مسألة: هل كل من كان عليه دين ولم يستطع الوفاء به يسجن؟

جمهور أهل العلم لا يوسعون في هذا الباب، وهو الحكم بالسجن على من لم يف بالدين أو يؤدّه، والتطبيق القضائي عندنا وهو أن يسجن استظهاراً مخالف للمذهب^(٢)، وموافق لاتجاه الحنفية^(٣)، وهو أيضاً ما يتجه إليه ابن القيم في (الطرق الحكمية)^(٤).

(١) انظر: كشاف القناع (٣/ ٣٦٤)، وثمّ قول للمالكية بأنه لا يحق للدائن أن يطالب الضامن إلا بعد تعذر أداء المدين ومطالبته (انظر: القوانين الفقهية ص: ٢١٤).

(٢) انظر: الفروع (٦/ ٤٥٤ - ٤٥٥).

(٣) انظر: المبسوط (٨٨/ ٢٠).

(٤) انظر: الطرق الحكمية (ص: ٥٦).

الفرق بين
الكفالة
والضمان

قوله: (والكفالة: أن يلتزم بإحضار بدن الخصم، قَالَ ﷺ: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»^(١)).
تفترق الكفالة عن الضمان بأنها: التزامٌ بإحضار بدن الخصم، وتتفق معه
في أن الذي التزم بالكفالة (الكفيل) إذا لم يُحضر بدن الخصم تنقلب من
بدنية إلى مالية، فتشغل ذمته بما على هذا الخصم من دين، ويلتزم بوفائه
فيكون ضماناً.

ولا تصح الكفالة إلا فيما يصح فيه الضمان؛ ولذلك مُنعت الكفالة في القصاص
والحدود؛ لعدم إمكان الاستيفاء من الكفيل عند تعذر إحضار المكفول.
مسألة: أخذ الأجرة على الضمان:

وصورتها: لو قال شخص: أنا أضمنك في عقد السيارة أو البيت، لكن بأجرة،
فهذا مما اتفق الفقهاء في الجملة على تحريمه^(٢)، والخلاف فيه ضعيف، بل نقل ابن

= وحاصله: أنهم لا يسجنون المدين إذا لم يوف دينه إلا في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الدين ناشئاً عن عوض، كبيع أو إجارة أو نحو ذلك من عقود المعاوضة.
الحالة الثانية: إذا كان ذلك ناشئاً عن التزام عقد، مثل: الضمان، أو الكفالة، فإنه والحالة هذه إذا لم يف
بما عليه من عوض هذا العقد أو من الالتزام الذي أنشأه على نفسه، سُجن استظهاراً، يعني حتى يتم
التحقق من كونه معسراً، وهذا يتفاوت بين دين وآخر، وقد تطول المدة وقد تقصر، وأحياناً لا يرى
القاضي سجنه، لكن هذا الحكم من جهة الأصل.

لكن قد يستثنى من ذلك الحكم بعض الصور، مثل: لو أن شخصاً أتلّف عيناً من غير قصد، أو قتل
شخصاً خطأ، فوجب عليه أرش متلف أو دية خطأ، فإنه لا يسجن باتفاق أهل القضاء عندنا.
وإنما يسجن؛ لأن الأصل في الإنسان الفقر، وهذا لا ينقله عن أصله، بخلاف الحاليتين الأوليين،
إذا أبرم عقداً فيه معاوضة، أو أنشأ على نفسه التزاماً فإنه يشير إلى غناه؛ والأصل أنه عندما أبرم
عقد معاوضة وقبض الأصل أنه انتقل من أصل الفقر إلى الغنى والملك، مثل: لو اشترى سيارة
ولم يدفع المبلغ، فيسجن حتى يستخرج منه هذا الأصل، أو حتى نتأكد أنه معسر، وهذا من النظر
القضائي الدقيق عندنا.

(١) سبق تخريجه ص (٦١٧).

(٢) انظر: المبسوط (١١٦/١٥)، التاج والإكليل (٥٣/٧)، روضة الطالبين (٢٦٣/٤)، المغني
(٤٤١/٦).

المنذر الإجماع عليه، فقال: (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحماله بجعل يأخذه الحميل، لا تحل ولا تجوز)^(١). وهذا موجود في كثير من التطبيقات البنكية اليوم، مثل خطاب الضمان؛ فإنه لا يجوز أخذ الأجرة عليه من قبل البنك.

ووجه التحريم: أنه في حقيقته يؤول إلى كونه قرضاً جر نفعاً، قال ابن قدامة: (الكفيل يلزمه الدين، فإذا أداه وجب له على المكفول عنه، فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضاً صار القرض جازاً للمنفعة، فلم يجوز)^(٢).

إضافة إلى أن الضمان في أصله عقد تبرع؛ ولذلك لا يجوز أخذ الأجرة عليه، في قول عامة أهل العلم كما ذكرنا.

ويشترط في الضمان والكفالة: رضا الضامن، ورضا الكفيل؛ لأنه تبرع وحق سيلزمه، فلا بد من رضا سواء كان ضامناً أو كفيلاً، أما المضمون عنه فلا يلزم أن يرضى، ولا المكفول كذلك؛ لعدم أثر ذلك في العقد.



(١) الإجماع (ص: ١٣٩).

(٢) المغني (٦/ ٤٤١).

بَابُ الْحَجْرِ لِفَلَسٍ أَوْ غَيْرِهِ

وَمَنْ لَهُ الْحَقُّ فَعَلِيهِ أَنْ يُنْظَرَ الْمَعْسَرُ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَيْسَرَ عَلَى الْمَوْسَرِ، وَمَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ فَعَلِيهِ الْوَفَاءُ كَامِلًا بِالْقَدْرِ وَالصِّفَاتِ، قَالَ ﷺ: «مِطْلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ، وَإِذَا أَحِيلَ بَدِينُهُ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَحْتَلْ» مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ.

الشرح

قوله: (باب الحجر لفلسٍ أو غيره).

الحجر ذكره المؤلف بعد الكلام عن عقود الاستيثاق؛ لأنه في حال عدم تحقق الوفاء في عقود الاستيثاق أو غيرها لمثل هذه الديون التي نشأت في الذمة، فإن الشريعة عندئذ تضع مخرجاً آخر، وهو الحجر على المدين.

تعريف الحجر:

ويراد بالحجر: منع المالك من التصرف في ماله، أو في ماله وذمته، سواء كان ذلك بيعاً أو شراءً أو هبةً أو إجارةً أو نحو ذلك.

والحجر قسمان:

١. حجر على الشخص لحظ غيره، كما لو كان مفلساً.

٢. حجر على الشخص لحظ نفسه، كما لو كان مجنوناً أو صبيّاً أو سفيفاً.

والحجر على الشخص لحظ غيره يفترق عن الحجر على الشخص لحظ نفسه من جهة كون المنع من التصرف لحظ الغير متعلق بالمال فقط، كما هو المذهب عند الحنابلة^(١)، بخلاف المنع من التصرف لحظ النفس فالمنع متعلق بالمال والذمة معاً، فيجوز للمحجور عليه لحظ غيره كالمفلس من التصرف في الذمة بعد الحجر عليه، كما لو اشترى سيارة في ذمته، لا من ماله، لكن هذا الدائن الجديد لا يدخل مع الغرماء الذين وقع الإفلاس لمطالبتهم بديونهم التي عجز المفلس أو نقص ماله عن أن يوفيهما، وإنما يطالب بحقه إذا ثبت إعساره بعد فك الحجر عن المفلس.

(١) انظر: الإنصاف (٥/ ٢٨٥).

تعريف الحجر

الفرق بين
الحجر لحظ
غيره، ولحظ
نفسه

قوله: (وَمَنْ لَهُ الْحَقُّ فَعَلِيهِ أَنْ يُنْظَرَ الْمَعْسَرُ، وَيُنْبَغِي أَنْ يُيسَّرَ عَلَى الْمُوسِرِ).

وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

والمراد بالإعسار: هو الوصف الذي يكون معه الشخص عاجزاً عن القيام بنفقاته الواجبة وسداد ديونه، والمعسر هو المتصف بذلك.

أما الإفلاس: فهو عدم كفاية أموال المدين لسداد ما عليه من ديون، والمفلس هو من اتصف بهذا الوصف^(١).

وينبغي التيسير على الموسر، فلا يشق عليه عند المطالبة بحقه، وفي الحديث: «خياركم أحسنكم قضاء»^(٢)، سواء كان ذلك في حق الدائن أو المدين، وهو الأصل في معاملة المسلم، وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ، قال: «رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع، وإذا اشترى، وإذا اقتضى»^(٣).

قوله: (ومن عليه الحق فعليه الوفاء كاملاً بالقدر والصفات).

فإذا أخذ من الدائن مثلاً أربعة كيلو تمر سكري من النوع الجيد، فيجب أن يعيدها له كذلك، لا يعيده من النوع الرديء، هذا في الصفة، ويجب أيضاً أن يفي بالقدر فلا يعيده له ثلاثة كيلو، بينما يجوز أن يعيدها أجود أو أكثر، وقد ثبت أنه ﷺ استسلف بكرة ورده ربيعاً^(٤)، يعني أعاد ما هو أحسن، وهذا لا يعد ربا؛ لأنه غير مشروط؛ لأن ضابط الربا في الدين: كل قرض جر نفعاً مشروطاً متمحصاً زائداً للمقرض على المقرض.

وهذا ليس مشروطاً، بل هو نوع من الكمال والإحسان تدعو لمثله الشريعة، وقد سبق بيان ذلك في (الربا).

(١) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن أحكام الإعسار والإفلاس رقم (١٨٦/٢٠/١).

(٢) سبق تخريجه ص (٥٧١).

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٧٦) من حديث جابر رضي الله عنه.

(٤) سبق تخريجه ص (٥٧١). والبكر من الإبل كالغلام من الناس، والرباع: الذي سقطت رباعيته، واستكمل ست سنين ودخل في السابعة، والأنثى: رباعية -بتخفيف الياء-. انظر: المعلم بفوائد مسلم، للمازري (٣١٨/٢).

قوله: (قال ﷺ): «مطل الغني ظلم»^(١).

والمطل هو: الامتناع عن وفاء الدين، وهو من الظلم المحرم، بل هو من كبائر الذنوب، والمماطل في وفاء الدين يكون قادرًا عليه لكنه ممتنع عن وفائه، وهذا يختلف عن المعسر الذي لا يقدر.

وفي هذه الحالة يحق للدائن أن يطالب بأدائه أو حبسه؛ لعموم قوله ﷺ: «لِيُالْوَاجِدُ ظَلَمَ يُحْلُ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتُهُ»^(٢).

يعني يجوز له أن يتكلم فيقول: فلان لم يعطني حقي، أو: يماطلني، ونحو ذلك، أما العقوبة فالسجن.



(١) أخرجه البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (١٥٦٤) من حديث أبي هريرة ﷺ.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٦٢٨)، والنسائي (٤٦٨٩)، وابن ماجه (٢٤٢٧) من حديث الشريد بن سويد ﷺ، وحسنه الألباني (إرواء الغليل ١٤٣٤).