

للتوزيع الداخلي فقط

المملكة العربية السعودية  
وزارة التعليم العالي  
جامعة الملك عبد العزيز



# المدائيات

تأليف  
د. عيسوي أحمد عيسوي

عناية  
د. رفيق يونس المصري

التوزيع الداخلي فقط

المملكة العربية السعودية  
وزارة التعليم العالي  
جامعة الملك عبد العزيز



# المدائيات

تأليف

د. عيسوي أحمد عيسوي

عناية

د. رفيق يونس المصري

## تقديم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وبعد ،

فالأستاذ عيسوي أحمد عيسوي ، له كتب مطبوعة (نافذة) في الميراث ،  
والوصية، والوقف ، والمدخل إلى الفقه الإسلامي . وكتابه هذا : " المداينات " هو رسالته  
لنيل شهادة العالمية من درجة أستاذ ، من جامعة الأزهر في عام ١٣٦٥هـ (= ١٩٤٦م) .  
وهو حتى الآن من أجمع وأسبق ما كتب في المداينات . ولم يطبع ، لكن نشر منه جزء  
صغير بعنوان : "بيع الدين ونقله" في مجلة الأزهر ، رمضان ١٣٧٥هـ (ص ١٠١٤ -  
١٠١٨) ، وشوال ١٣٧٥هـ (ص ١١٦ - ١١٢٥) ، وصفر ١٣٧٦هـ (ص ١٦٥ - ١٧٢) .

وقد رأى المركز طبع ٣٠٠ نسخة من هذا الكتاب ، لتوزيعها على الباحثين  
المهتمين ، والله الموفق .

مدير المركز

د. عبد الله قربان تركستاني

## فاتحة الرسالة

الحمد لله ، هدى إلى الحق ، وألهم الصواب ، وبين المحجة الواضحة  
والسبيل المستقيم ، أسبغ علينا من نعمه ما لا يحصى ، وأفاض علينا من كرمه  
ما لا ينفد ، وأمدنا بكل عارفة من فيض فضله ، سبحانه وتعالى ، إليه نلجأ  
وبه نستعين .

والصلاة والسلام على سيد المرسلين وخاتم النبيين سيدنا محمد بن عبدالله ،  
من أرسله ربه للعالمين هدى ونوراً ، وداعياً إلى الله بأمره ، وسراجاً منيراً . جاء  
بالحنيفية السمحة ، والناس في ظلمة من الضلال ، وفورة من الإلحاد ، وغمرة  
من الظلم والفضوى ، فأثار بها سبيل الخير ، ورفع معالم الحق ، وأرسى دعائم  
العدل ، وطهر أدران النفوس .

وبعد ، فقد خلق الله الناس ، ولم يجعل لأحدهم الكفاية بنفسه ، والغنية  
عن غيره ، بل أحوجه في أكثر ما يحيط به إلى من سواه ، كما أحوج غيره إليه  
في ضرور من العيش وصنوف من الحاجات ، فتشابكت بينهم المصالح ،  
واتصلت بينهم الأسباب ، فهم أبدأ لا يفتأون يتبادلون المنفعة ، ويتلمسون  
العيش ، وسيظل ذلك أمرهم إلى أن تطوى السماء والأرض .

قد جرت سنة الله في كونه على التفاوت بين الناس ، فمنهم المقل ، ومنهم  
المكثر ، ومنهم من بسط له في العيش ، ومنهم من قدر عليه رزقه ، ولم بين الله  
الغنى على قوم ويضرب الفاقة على آخرين سرمداً ، بل جعل رزقه غادياً ورائحاً  
بين الخلق أجمعين . لذلك شرع سبحانه وتعالى التعامل بالدين ، سداً لخلعة  
المحتاج ، وتيسيراً لمطالب العيش ، وإعانة على نوائب الدهر .

وقد بين الشارع الحكيم مشروعية التعامل بالدين في مواطن كثيرة ، من ذلك قول الله سبحانه وتعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ ، ومنه ما رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل ، ورهنه درعاً من حديد .

وقد أقام الشارع هذا الضرب من التعامل - كما هو شأنه في سائر ضروب التعامل الأخرى - على أسس من الحق والعدل والرحمة ، فأبعد عنه كل شائبة ، من غرر أو ربا ، ونهى عن المظل وسوء المجازاة ، وأمر بحسن القضاء ، وإنظار المعسر ، وندب إلى حسن الاقتضاء ، ووضع له من الحدود ما يحفظ على الناس حقوقهم ، وسن له من التوثيقات ما به تطمئن النفوس ، ويروج معه التعامل .

هذا وإن تكن هناك داعية تدعو المرء لإيثار بعض الموضوعات بالبحث ، فقد تجمع لي من الدواعي ما جعلني أؤثر موضوع "المداينات" على غيره .

فقد أجلت النظر - أولاً - في الحياة ، فوجدت التعامل على التزام شيء في المستقبل متغلغلاً في صميم الحياة ، لا يكاد يخلو منه ضرب من ضروبها ، فأردت بالكتابة في هذا الموضوع أن أتابع الحياة العامة في سيرها ، وأمشي مع ركبها المجد ، وأبين للناظر في الفقه الإسلامي ما فيه من حيوية ومرونة وسعة أفق ، تؤهله لمسيرة الحياة في كل زمان ومكان .

ورأيت ثانياً أن القوانين الوضعية قد حفلت بمباحث الالتزام ، وقد توفر علماءها على معالجة البحوث الخاصة بالدين على جهة الاستقلال ، ولم يكن أحد من علماء الشريعة - فيما أحسب - قد عالج موضوع الالتزام الديني في مبحث على حدة ، وإنما هو مسائل منشورة هنا وهناك ، فأردت بالكتابة في هذا الموضوع

---

أن أضع أمام الناظر مجموعة من الأحكام الخاصة بالتعامل الديني في مبحث مستقل ، حتى يتسنى للباحث بسهولة أن يجد الحكم الشرعي فيما يقع للناس من تعامل ، وحتى يتمكن من مقارنة ما عند القانونيين بما عند الفقهاء .

ولشد ما عانيت في تحقيق هذا المطلب ، فإن مسائل المداينات قد تناثرت في أكثر أبواب الفقه على طوله وتنوعه ووفرة بحوثه ، مما اقتضاني الاطلاع على أكثر أبوابه في المذاهب المختلفة .

ولقد كنت أطلب المسألة في مظانها فيعيني طلابها ، حتى إذا بيئت أو كدت وقعت عليها حيث لم أكن أظن .

وقد عنيت فيما كتبت بإبراز بعض الصور التي يكثر وقوعها في حياتنا اليومية ، والتي يخيل للناظر في الكتب الفقهية بادئ ذي بدء أن الفقهاء جميعاً ينعون منها ، لتخلف شرط من شروط الصحة ، فاستقصيت فيها آراء العلماء ، وبيئت أن الشريعة الإسلامية لاتضيق أفقاً بمثل هذا التعامل .

وقد التزمت فيما كتبت ذكر آراء العلماء ووجهات نظرهم في المسائل المختلف فيها ، موازناً بين تلك الوجهات ومرجحاً - قدر جهدي - ماشهد له الدليل ، غير متعصب لمذهب أو متحيز لفئة ، وإنما سرت مع الدليل أينما سار ، واتجهت معه حيث اتجه .

وما أبرئ نفسي ، ولا أزعم أنني كنت مصيباً في كل ما كتبت ، وإنما الذي أستطيع أن أقر به وأنا مطمئن إليه أنني كنت دائماً أهدف إلى الوصول إلى الحق ، فإن أكن قد أصبت - وذلك ما أرجو - فمن الله ، وإن تكن الأخرى فمن نفسي ، ولي عذر الباحث عن الحقيقة ، ثم يعجزه الوصول إليها .

---

وقد ذكرت طرفاً من آراء علماء القانون في بعض المسائل التي لها أهمية خاصة ، وقارنتها بما عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، متوخياً في ذلك القصد وحسن الفائدة .

وقد سويت رسالتي هذه في مقدمة وسبعة أبواب وخاتمة .

فالمقدمة قد اشتملت على معنى المداينات ، والتطور التاريخي لها ، وطبيعة الالتزام عند أهل القانون ، وبيان مذاهبهم فيه ، وموقف الشريعة الإسلامية من تلك المذاهب .

وقد اشتمل الباب الأول على ما يصلح أن يكون ديناً ؛

والثاني على أقسام الديون ؛

والثالث على التوثق في الديون ؛

والرابع على بيع الدين ؛

والخامس على انتقال الديون ؛

والسادس على طرق انقضاء الديون ؛

والسابع على وسائل استيفاء الديون ؛

والخاتمة على الآجال في الديون .

والله أسأل أن يتقبلها بقبول حسن ، إنه سميع مجيب .

**عيسوي أحمد عيسوي**

## فهرس الرسالة

ز	تقديم
ط	فاتحة الرسالة
١	المقدمة
١	١ - معنى المداينات
١	معنى الدين لغة
٢	معنى الدين شرعا
٢	شرح مفردات التعريف
٢	المال في اللغة
٢	معنى المال شرعا
٣	معنى الذمة
٤	التعريف الثاني
٥	التعريف الثالث
٥	التعريف الرابع
٦	المقارنة بين هذه التعريفات
٧	٢ - التطور التاريخي للمداينات
٩	أ - أسباب الديون وتطورها
٩	أسباب الديون عند العرب في الجاهلية
١١	مصادر الديون في القانون الروماني
١٢	مصادر الديون في القانون المصري
١٣	ب - السلطة التي يخولها عقد المداينة للدائن قبل المدين
١٦	٣ - طبيعة الالتزام الديني في القوانين والمذاهب فيه
١٦	المذهب الشخصي
١٦	المذهب المادي
١٧	النتائج المترتبة على اختلاف المذاهب
١٨	موقف الشريعة الإسلامية من هذين المذاهب



٢١	الباب الأول : ما يصلح أن يكون ديناً
٢١	مذاهب الفقهاء فيما يصلح أن يكون ديناً
٢٤	خلاصة
٢٥	أولاً - الحيوان ( هل يثبت في الذمة ؟ )
٣١	ثانياً - المذروع (هل يثبت ديناً في الذمة ؟)
٣٣	ثالثاً - الأموال التي لا يمكن ضبطها بالصفات الظاهرة (هل تثبت في الذمة ؟)
٤٣	رابعاً - المنافع (هل تثبت في الذمة ؟)
٣٩	الباب الثاني : أقسام الديون
٣٩	تمهيد
٤٠	١ - أقسام الديون باعتبار الدائن
٤١	٢ - أقسام الديون باعتبار الوصف
٤١	٣ - أقسام الديون من حيث القوة
٤٤	٤ - أقسام الديون من حيث السبب
٤٥	أنواع الديون في القانون
٥١	الباب الثالث : التوثق في الديون
٥١	التوثق بالكتابة والإشهاد
٥٨	التوثق بالكفالة
٥٩	١ - ما يفيد عقد الكفالة شرعاً
٦٦	٢ - الديون التي يصح ضمانها والتي لا يصح
٧٠	خلاصة
٧٠	أولاً - ضمان دين الميت المفلس
٧٤	ثانياً - ضمان الدين الذي سيجب في المستقبل
٧٧	ثالثاً - ضمان الدين المجهول
٨٠	٣ - الآثار المترتبة على الضمان
٨٣	حق رجوع الكفيل على المكفول عنه
٨٤	شروط الرجوع
٨٦	ما يرجع به الضامن
٨٨	٤ - تعدد الكفلاء
٩١	٥ - الأسباب الموجبة لبراءة الكفيل
٩٣	التوثق بالرهن

أولاً - الديون التي يصح الارتهان بها والتي لا يصح	٩٤
أ - الارتهان بالديون التي لا يجوز استبدالها قبل قبضها	٩٧
ب - الارتهان بالدين الذي لم يجب بعد	٩٩
ثانياً - ما يتحقق به الاستيثاق في الرهن	١٠١
ثالثاً - الحقوق التي تثبت للمرتهن في العين المرهونة	١٠٦
رابعاً - تأثر الدين بهلاك العين المرهونة	١٠٨
<b>الباب الرابع : بيع الدين</b>	١٢١
بيان مذاهب الفقهاء في بيع الدين	١٢١
الصورة الأولى : بيع الدين لمن عليه بضمن حال	١٢٥
الصورة الثانية : بيع الدين لمن عليه بضمن مؤجل	١٢٨
الصورة الثالثة : بيع الدين لغير المدين بضمن حال	١٣٠
الصورة الرابعة : بيع الدين لغير المدين بضمن مؤجل	١٣٢
ابتداء الدين بالدين	١٣٣
بيع الدين عند القانونيين	١٣٦
أ - بيع الكمبيالات	١٣٦
ب - بيع السندات	١٣٨
<b>الباب الخامس : انتقال الدين (الحوالة)</b>	١٤١
تمهيد	١٤١
توقف انتقال الدين على رضا المحال	١٤٤
توقف انتقال الدين على رضا المحيل	١٤٦
توقف انتقال الدين على رضا المحال عليه	١٤٨
عدم توقف انتقال الدين على كون المحال عليه مديناً للمحيل	١٥٠
الدين التي تصح الحوالة بها والتي لا تصح	١٥١
١ - الحوالة بالديون التي لا يصح استبدالها قبل القبض	١٥٤
٢ - حوالة الديون غير اللازمة	١٥٥
٣ - حوالة الدين الذي يختلف عن الدين المحال به في الصفة	١٥٦
صفة انتقال الدين بالحوالة	١٥٨
<b>الباب السادس : انقضاء الديون</b>	١٦٧
بيان طرق انقضاء الديون	١٦٧
١ - أداء الدين	١٦٨
شروط الأداء	١٧٠

١٧٢.....	مكان الأداء وزمانه .....
١٧٥.....	ترتيب قضاء الديون .....
١٨٠.....	أداء الدين في القانون.....
١٨٢.....	٢ - المقاصة .....
١٨٣.....	أنواع المقاصة وشروطها .....
١٨٤.....	المقاصة في القانون .....
١٨٦.....	٣ - الاستبدال .....
١٨٦.....	الصلح عن الدين .....
١٩١.....	٤ - فسخ العقد المترتب عليه الدين .....
١٩٢.....	٥ - اتحاد النمة .....
١٩٣.....	٦ - الإبراء .....
١٩٣.....	هل يتوقف الإبراء على قبول المدين ؟ .....
١٩٥.....	شروط الإبراء.....
١٩٦.....	تعليق الإبراء على الشرط وتقييده به .....
١٩٨.....	٧ - مضي الزمن .....
٢٠٠.....	مضي الزمن في القانون .....
٢٠٥.....	<b>الباب السابع : وسائل استيفاء الديون</b> .....
٢٠٥.....	تمهيد .....
٢٠٦.....	الحجر (بسبب الدين) .....
٢١٤.....	الديون التي يحجر من أجلها .....
٢١٦.....	أثر الحجر على المدين .....
٢١٦.....	الأثر الأول - منع المدين من التصرف في ماله .....
٢١٩.....	تصرفات المدين قبل حجر القاضي عليه .....
٢٢١.....	الأثر الثاني - بيع الحاكم مال المحجور عليه وقسمته بين الغرماء .....
٢٢١.....	١ - شرط البيع .....
٢٢٢.....	٢ - ما يباع على المدين وما لا يباع .....
٢٢٤.....	٣ - ما ينبغي مراعاته عند البيع .....
٢٢٥.....	٤ - ما يبدأ ببيعه .....
٢٢٥.....	٥ - الديون التي تقع بها المحاصة .....
٢٢٧.....	٦ - كيفية القسمة .....
٢٢٨.....	من وجد عين ماله عند المفلس هل يكون أحق به ؟ .....
٢٣٥.....	شروط رجوع الدائن في عين سلعته .....

٢٤٠.....	فكاك الحجر.....
٢٤٢.....	حبس المدين.....
٢٤٢.....	مشروعية الحبس.....
٢٤٣.....	الحالات التي يجوز فيها حبس المدين.....
٢٤٤.....	الحالة الأولى : المدين معلوم اليسار.....
٢٤٥.....	الحالة الثانية : المدين معسر بين الإعسار.....
٢٥٠.....	هل يؤاجر المعسر ويجبر على التكسب لقضاء دينه؟.....
٢٥٢.....	ملازمة المدين المعسر.....
٢٥٦.....	الحالة الثالثة : المدين مشكل الحال بين العسر واليسر.....
٢٦٠.....	مدة الحبس.....
٢٦٠.....	من لا يجوز حبسه في الدين.....
٢٦١.....	الحبس في القانون.....
٢٦٢.....	أ - النفقة وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن.....
٢٦٢.....	ب - في مواد الجرائم.....
٢٦٢.....	ج - في المواد الإدارية.....

٢٦٥.....	الباب الثامن : الأجل في الديون.....
٢٦٥.....	مشروعية الأجل.....
٢٦٦.....	شروط الأجل.....
٢٦٦.....	ما يصح تعجيله أو تأجيله من الديون.....
٢٧٢.....	لزوم الأجل بالتأجيل.....
٢٧٦.....	مبطلات الأجل.....
٢٧٦.....	١ - حلول الدين المؤجل بموت المدين.....
٢٧٨.....	٢ - هل يحل الدين المؤجل بتفليس المدين ؟.....
٢٧٩.....	٣ - أثر موت الدائن في إبطال الأجل.....
٢٨٠.....	٤ - استقلال المدين بإبطال الأجل.....

## المقدمة

- ١ - معنى المداينات ؛
- ٢ - التطور التاريخي للمداينات ؛
- ٣ - طبيعة الالتزام الديني عند أهل القانون ، وبيان مذاهبهم فيه ، وموقف الشريعة الإسلامية من تلك المذاهب .

### ١ - معنى المداينات

المداينات جمع مداينة ، وهي مأخوذة من دابن إذا أخذ بالدين وأعطى به . وهي مفاعلة منه ، لأن أحد المتداينين يرضاه والآخر يلتزمه <sup>(١)</sup> .

### معنى الدين لغة

والدين في اللغة : كل شيء غير حاضر ، ويجمع على ديون وأدين ، والفعل منه دان . يقال دنته : أقرضته ، ودنته : استقرضت منه أيضاً ، وأنشد الأحرر للعميل السلولي :

تدين ويقضي الله عنا وقد نرى

مصارع قوم لا يدينون ضيعاً <sup>(٢)</sup>

والدائن يطلق على أخذ الدين ، وعلى المعطي له ، والأكثر استعماله في

(١) أحكام القرآن لابن العربي ، ج ١ ، ص ١٠٤ .

(٢) لسان العرب ، ج ١٧ ، ص ٢٤ : المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني ص ١٧٤ .

الثاني <sup>(١)</sup> ، والمدين والمديون من عليه الدين . وقيل المديون : كثير الدين ، وهي لغة بني تميم . والحجازيون لا يقولون : مديون ، وإنما يقولون : مدين <sup>(٢)</sup> .

**معنى الدين شرعاً** : أما معناه شرعاً ، فقد اختلفت عبارة الفقهاء فيه ، فعرفه بعضهم بأنه ما ثبت من المال في الذمة ، بسبب من الأسباب الموجبة له <sup>(٣)</sup> .

### شرح مفردات التعريف

**المال في اللغة** : ما ملكته من كل شيء ، فكل ما يقبل الملك فهو مال عيناً كان أو منفعة <sup>(٤)</sup> . وقد يخص بالأعيان ، قال ابن الأثير في النهاية : المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة . ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان . وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل ، لأنها كانت أكثر أموالهم <sup>(٥)</sup> .

**معنى المال شرعاً** : ومعناه شرعاً عند الفقهاء من الحنفية ما يميل إليه الطبع ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة <sup>(٦)</sup> . وقيل : المال اسم لغير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ، وأمكن إحرازه ، والتصرف فيه على وجه الاختيار <sup>(٧)</sup> . والمراد من الادخار الاحتفاظ به ، سواء كان مما يمكث زمناً طويلاً كما في الأعيان والأمتعة ، أو قصيراً كما في البقول والخضروات <sup>(٨)</sup> .

(١) محيط المحيط ، ج ١ ، ص ٧٠٢ .

(٢) لسان العرب ، ج ١٧ ، ص ٢٤ .

(٣) غمز عيون البصائر للحموي ، ج ٤ ، ص ٢٠٩ .

(٤) لسان العرب ، ج ١٤ ، ص ١٥٨ .

(٥) النهاية ، ج ٤ ، ص ١١٤ .

(٦) ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ١٥٠ ، ٢ .

(٧) غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٢٠٩ .

(٨) التلويح ، ج ٢ ، ص ١٦١ .

وظاهر أن هذا التعريف لا يشمل المنافع ، لأنها لا تدخر ، فلا تثبت ديناً في الذمة ، وسيأتي التحقيق في ذلك إن شاء الله . وبناءً على هذا فالميتة والدم المسفوح ، والقليل من التراب ونحو ذلك ، لا يثبت ديناً في الذمة ، لأنها ليست بأموال .

**معنى الذمة :** والذمة في اللغة العهد ، وفي الشرع وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وعليه .

والأسباب الموجبة لثبوت المال في الذمة على الإجمال ثلاثة ، وهي العقود ، والأفعال ، والنصوص . فالعقود ، كالقرض والإجارة والبيع والنكاح ونحو ذلك ، والديون التي تثبت بها بدل القرض والأجرة والثلثين والمهر وهكذا .

وأما الفعل ، فكالغصب واستهلاك أموال الغير بالتعدي ، فإنه يثبت بهما مثل المغصوب والمستهلك إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان قيمياً في ذمة الغاصب والمستهلك <sup>(١)</sup> .

وأما النصوص فالمراد بها النصوص الشرعية التي توجب مالاً في ذمة الإنسان ، من دون أن يكون هناك فعل أو عقد يترتب عليه هذا الإيجاب . وذلك كالنصوص التي توجب الزكاة على المكلفين بها ، والنصوص الموجبة لنفقة الأقارب ، فإن الزكاة والنفقة تكونان ديناً في ذمة من وجبت عليهما بسبب هذه النصوص ، لاسبب عقد أو فعل .

وبناءً على هذا التعريف يكون كل مال يثبت في الذمة بسبب من الأسباب المتقدمة ديناً ، سواء كان الثابت بدلاً عن شيء آخر كثلثين المبيع أو ليس بدلاً كنفقة القريب والزكاة .

(١) المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية . ج ١ ، ص ١١٥ .

**التعريف الثاني :** وعرفه بعضهم بأنه اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلاً عن شيء آخر ، كبذل المتلف والقرض والمبيع ونحو ذلك <sup>(١)</sup> .

وعلى هذا فما ثبت من المال في الذمة ، ليس بدلاً عن شيء آخر ، لا يكون ديناً . فالزكاة ليست بدين على من وجبت عليه ، لأنها إنما وجبت على الأغنياء شكراً لنعمة المال ، ولم تجب عوضاً عن شيء آخر استفاده من وجبت عليه من شخص آخر .

وكذا نفقة القريب ليست ديناً في ذمة من وجبت عليه . على هذا إذ هي لم تجب عوضاً عن شيء أيضاً ، وإنما هي صلة تشبه المون ، من جهة أنها تجب على الغني كفاية لما يحتاج إليه أقاربه ، بمنزلة النفقة على نفسه ، بخلاف نفقة الزوجة ، فإنها تشبه الأعواض ، من جهة أنها وجبت جزاء للاحتباس الواجب عليها عند الزوج ، وإنما لم تجعل عوضاً محضاً ، بل لوحظ فيها معنى الصلة ، لأنها لم تجب بعقد المعاوضة بطريق التسمية على ما هو المعتبر في الأعواض . فمن حيث كونها صلة تسقط بمضي المدة إذا لم يوجد التزام كنفقة الأقارب . ولشبهها بالأعواض تصير ديناً بالالتزام <sup>(٢)</sup> . وعلى هذا يكون إطلاق لفظ الدين على النفقة والواجب في الزكاة مجازاً .

**التعريف الثالث :** وهو منقول عن أبي حنيفة ، أن الدين هو الفعل حقيقة ، أي فعل تملك المال أو تسليمه <sup>(٣)</sup> . قالوا : ومعنى قول أبي حنيفة أن الدين هو الفعل حقيقة أن المقصود منه هو فعل الأداء .

والدليل على أن الدين هو الفعل وصفه بالوجوب ، حيث يقال : دين واجب ،

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٦١ .

(٢) التلويح ، ج ٢ ، ص ١٦٣ .

(٣) البدائع ، ج ٦ ، ص ٦ : التحرير ، ج ٢ ، ص ٢٤٢ .



والوصف بالوجوب في الحقيقة إنما هو في الأفعال ، كما في قولهم : صلاة واجبة ، وزكاة واجبة ، غير أن هذا الفعل لما لم يكن له تحقق في الخارج إلا بتملك طائفة من المال ، كان الدين مالاً في الحكم . ولهذا الاعتبار صح وصف المال بالوجوب على طريق المجاز <sup>(١)</sup> .

**التعريف الرابع :** وعرفه بعضهم بأنه وصف في الذمة ، عبارة عن شغل الذمة بمال وجب بسبب من الأسباب . وهو مراد من قال إنه وصف شرعي يظهر أثره في المطالبة <sup>(٢)</sup> .

### المقارنة بين هذه التعريفات

بالنظر في هذه التعريفات نجد أن التعريفين الأول والثاني يتفقان في أن الدين مال ، إلا أن التعريف الأول لا يشترط فيه أن يكون مسمى الدين بدلاً عن شيء آخر ، بينما يشترط ذلك في التعريف الثاني .

والذي يظهر لي رجحان التعريف الثاني ، لأن الفقهاء صرحوا في كثير من المواضع بأن إطلاق لفظ الدين على الواجب في الزكاة ونفقة القريب من باب المجاز . والتعاريف إنما تكون لبيان المعاني الحقيقية للألفاظ ، لا لمعانيها المجازية.

ولعل وجهة صاحب التعريف الأول ، في عدم اشتراط البدلية ، ما رآه من أن الفقهاء يطلقون لفظ الدين على ما يثبت بدلاً عن شيء آخر كضمن المبيع ، وعلى ما يثبت لا بطريق البدلية عن شيء آخر كالزكاة ونفقة القريب ، وما رآه أيضاً من تقسيمهم الدين إلى صحيح وغير صحيح ، وجعلهم نفقة القريب والزكاة من القسم الثاني .

(١) العناية ، ج ٥ ، ص ٤١٩ .

(٢) شرح الأشباه والنظائر لهبة الله التاجي ، ج ٣ ، ص ١٤٦ ، مخطوط ؛ كشاف اصطلاحات العلوم للفاروقي التهانوي ، ج ١ ، ص ٥٠٢ .

ولكن هذا كان يكون مقبولاً لو لم يصرح هؤلاء الفقهاء أنفسهم بأن إطلاق لفظ الدين على النفقة والزكاة من باب المجاز .

هذا عن التعريفين الأولين ، وإذا نظرنا إلى التعريف الثالث المأثور عن أبي حنيفة نجد أنه - بعد بيان المراد منه - يتفق معهما في أن الدين مال في الحكم .

وغاية ما في الأمر أن الإمام أبا حنيفة قد اعتبر المقصود من الدين ، وهو فعل الأداء ، فرتب عليه بطلان كفالة المدين إذا مات مفلساً ، ولم يكن بالدين كفيل سابق . وهذه مسألة أخرى سيأتي تحقيقها في باب الكفالة بالدين إن شاء الله .

على أننا نلاحظ أن بين التعاريف الثلاثة وبين الرابع مخالفة في الظاهر، إذ قد اعتبر الدين في الثلاثة الأولى اسماً لمال يجب في الذمة ، بينما اعتبر في الرابع أنه اسم لوصف ثابت في الذمة ، والحق أنه ليس هناك مخالفة بينها ، لأن من قال بأن الدين مال قد صرح بأن هذا ليس حقيقة الدين ، وإنما حقيقته هي الوصف الثابت في الذمة . كما أن من قال بأن الدين وصف في الذمة ، قد صرح أيضاً بأنه مال في الحكم <sup>(١)</sup> .

وعلى هذا تكون كلمة فقهاءنا متفقة على أن الدين في الحقيقة اسم للوصف الثابت في الذمة ، وهو في حكم الشارع مال له ما للأموال من الأحكام .

(١) شرح الأشباه للتاجي . ج ٢ ، ص ١٤٦ - مخطوط - وكشاف اصطلاحات العلوم للفاروقي .

## ٢ - التطور التاريخي للمداينات

لم يكن المجتمع البشري في عهده الفطري محتاجاً إلى المبادلة فيما بينهم إلا في القليل النادر ، لبساطة الحياة ، وبعدها عن التعقيد ، فإذا احتاج أحد إلى ذلك لجأ إلى التعامل الفوري ، أما التعامل على التزام شيء لا يدفع في الحال ، بل يؤجل دفعه إلى المستقبل ، فإنه لم يكن معروفاً في هذه العهود <sup>(١)</sup> .

حتى إذا تعددت مطالب الحياة ، وتنوعت أساليبها ، وتنقل العقل البشري في مدارج التفكير ، وراح الإنسان يضرب في الأرض يبغى العيش والكسب ، تطور تبعاً لذلك أسلوب التعامل ، فلم يعد قاصراً على التبادل الفوري ، الذي توحى به الفطرة البدائية ، بل تعداه إلى ما وراء ذلك . فتعامل الناس على التزام شيء يؤدي في المستقبل ، وتعارفوا هذا النوع من المعاملة فيما بينهم ، وهكذا ظهر ما نسميه بالمداينة .

على أن هذا التعامل الديني لم يصل إلى تلك الصورة الواضحة المعالم، المرسومة الحدود ، التي صورتها له الشريعة الإسلامية ، إلا بعد تطور كبير ، شمل فيما شمل ما نسميه أسباباً للديون ، كما شمل الحقوق التي كانت لكل من المتدينين . وأظهر ما يكون ذلك التطور وضوحاً في تلك السلطة التي كان يخولها عقد المداينة للدائن قبل المدين .

ونحن نقصر الكلام هنا على أبرز نقطتين ظهر التطور فيهما واضحاً جلياً ، ونعني بهما أسباب الديون، والسلطة التي تعطي للدائن على المدين.

(١) نظرية العقد للسهوري باشا ، ص ٨٧ .

## أ - أسباب الديون وتطورها

قدمنا فيما سبق أن أسباب الديون في الشريعة الإسلامية ثلاثة :

**الأول :** العقود كالبيع والإجارة والقرض والسلم والنكاح والكفالة والحوالة ونحوها .

**والثاني :** الأفعال ، كالغصب والإتلاف والجنايات .

**والثالث :** النصوص الشرعية ، كالنصوص التي توجب الزكاة ، ونفقة القريب في ذمة من وجبت عليهم .

والآن ننظر فيما إذا كانت هذه الأسباب ، التي تعتبر منشأً للالتزام في الشريعة الإسلامية ، هي بعينها ما اعتبر أسباباً للالتزام عند الأمم قبل مجيء الإسلام وبعده ، أو هناك مغايرة بالزيادة والنقصان بين هذه وتلك .

### أسباب الديون عند العرب في الجاهلية

أما عند العرب الذين لم يكونوا يسيرون في حياتهم على مقتضى قوانين مدونة ، وإنما قامت حياتهم على وفق عادات وأعراف لها حكم القانون في كثير من الأحيان ، فمن المعروف تاريخياً أنهم قد جروا على اعتبار هذه الأسباب في الجملة ، فقد كانت لهم بياعات بأثمان مؤجلة في الذمة ، كما كانوا يقرضون ويسلمون ويكفلون ويحيلون . وقد اعتبروا كل هذه العقود مسببة لديون تثبت في ذمة من وجبت عليهم . وكان لهم نظام متبع في الديات والأروش والإتلافات ونحوها . كما كان العرف - وهو يقوم مقام النصوص عندهم - يقضي بوجوب بعض النفقات ، فلم يكن هناك اختلاف جوهري في سببية هذه الأشياء قبل الإسلام وبعده . وكل ما هناك أن الإسلام قد تناول تلك الأسباب بالتهذيب والتقنين ، وأجراها على مقتضى الحق والعدل ، فأبعد عنها كل شائبة من ربا أو

غرر أو حيف .

فقد كان من المعروف في الجاهلية صحة بيع الذهب بالذهب أو بالورق نساءً<sup>(١)</sup> . فلما جاء الإسلام أخرج ذلك البيع على تلك الصورة من أن يكون سبباً صحيحاً ، ينشأ عنه التزام بدين ، وذلك بتحريم البيع على تلك الصفة ، واعتبر ذلك ريباً محرماً . وقضى في تلك الصورة التي سماها صرفاً بوجوب القبض في الحال ، ومنع من أن يكون أحد البدلين ديناً مؤجلاً في الذمة . كما أن هناك بعض تصرفات كان العرب قد تعارفوا على اعتبارها أسباباً صحيحة للالتزام ، لم يقرها الإسلام ، وأبعدها عن دائرة الأسباب . فمن ذلك ما كان معروفاً عند العرب أن منح الأجل يصلح سبباً ينشأ عنه التزام بدين<sup>(٢)</sup> . وكان لهذا الأصل تطبيق شامل عندهم . فكان أحدهم يقرض الآخر دراهم أو دنانير إلى أجل بزيادة على مقدار ما استقرض ، على ما يتراضون به .

وليس من شك في أن الزيادة على مقدار القرض دين في ذمة المستقرض يجب عليه الوفاء به عند حلول الأجل . وليس لتلك الزيادة من سبب سوى التأجيل في القرض ، وكثيراً ما كان يعتاض عن الأجل عندما يحل أجل الدين ، فلا يجد المدين وفاء ، فيقول له الدائن : " أؤخر وتزيد " .

وقد قضى الشارع الحكيم بحرمة كل هذه العقود ، لما فيها من الربا ، وبذا خرجت من أن تكون سبباً صحيحاً للديون . هذا عن العرب ، وأما غيرهم من أصحاب القوانين الوضعية ، فلننتخذ الرومان لهم مثلاً ، إذ يعتبر قانونهم من أوفى القوانين الوضعية القديمة وأدقها . وكان ولا يزال النبع الأول لكثير من القوانين الوضعية الحديثة .

(١) أحكام القرآن للجصاص ، ج ١ ، ص ٤١٤ .

(٢) المصدر السابق ، ص ٤٦٥ .

## مصادر الديون في القانون الروماني

وقد أدمج القانون الروماني مصادر الديون ضمن مصادر الالتزام ، لأنها من جزئياتها . ومصادر الالتزام فيه هي :

١ - العقد ؛

٢ - العمل غير المشروع ؛

٣ - الإثراء بلا سبب ؛

٤ - القانون <sup>(١)</sup> .

فهو كما ترى يتفق مع الشريعة الإسلامية في اعتبار كل من العقد والعمل غير المشروع والقانون مصدراً ينشأ عنه التزام بدين .

أما الإثراء بلا سبب فبابه ضيق في رأي أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية ، بخلاف القانون الروماني والقوانين المشتقة منه ، فإنها تعترف بالإثراء بلا سبب كمصدر عام للالتزامات ، ويتمثل الإثراء بلا سبب في موضعين :

**أولاً :** دفع ما لا يجب ، **ثانياً :** عمل الفضولي .

أما دفع ما لا يجب فالشريعة الإسلامية تجعله مصدراً للالتزام ، فلو أن شخصاً ظن بأن عليه ديناً ، فدفع المال ، ثم ظهر أن لادين عليه ، رجع بما أدى . وكذا إذا دفع إلى من ادعى الوكالة عن الدائن فإن له أن يسترد ما دفعه إذا اتضح كذب المدعي <sup>(٢)</sup> .

وأما عمل الفضولي ، فأكثر فقهاء الشريعة الإسلامية لا يعترفون به مصدراً

(١) نظرية العقد للسنهوري باشا ، ص ٦٢ .

(٢) البدائع ، ج ١ ، ص ١٣٦ .

للاللتزام ، لأنه يعد تبرعاً<sup>(١)</sup> ، على أنه إذا انتفت نية التبرع كان له الرجوع على من أثرى على حسابه . وتنتفي هذه النية في الأحوال التي يكون الفضولي فيها مضطراً إلى ذلك العمل . من ذلك أن المعير إذا دفع دين المستعير ، ليفك رهن الشيء المستعار ، كان له الرجوع . وكذلك لو كان الأب رهن مال الصغير ، فبلغ وقضى دين أبيه ، ليفك المرهون ، كان له الرجوع . كما أن للشريك في حائط مشترك أن يرجع على شريكه بنصف قيمة الحائط، إذا كان قد أعاد بناءه على نفقته الخاصة . وكذا كل شريك بوجه عام إذا اضطر للعمل في مصلحة شريكه .

### مصادر الديون في القانون المصري

قد اعتبر القانون المصري مصادر الديون ثلاثة :

١- العقد ؛ ٢ - العقل ؛ ٣ - القانون<sup>(٢)</sup> .

فهو كما نرى قد جرى على نمط قريب مما جرت عليه الشريعة الإسلامية.

#### ب - السلطة التي يخولها عقد المداينة للدائن قبل المدين

الظاهر من التطور التاريخي للالتزام أنه كان في أول أمره سلطة تعطى للدائن على جسم المدين، لا على ماله . وقد كانت هذه السلطة واسعة إلى حد بعيد ، يدخل فيها حق الموت والاسترقاق والتصرف<sup>(٣)</sup> .

فقد كان من حق الدائن في القوانين الرومانية أن يتولى التنفيذ بنفسه، بأن يبدأ بمنح المدين ثلاثين يوماً للوفاء كأجل شرعي . فإذا لم يقم بالوفاء قبض عليه، وأحضره طوعاً أو كرهاً إلى مجلس القاضي . وبعد أخذ ورد، يصدر القاضي أمره

(١) يرى الإمام أحمد أن عمل الفضولي يصلح مصدراً للديون ، كما لو كفل إنسان عن آخر دينه بغير أمره وأداه ناوياً للرجوع له أن يرجع . المغني لابن قدامة ، ج ٥ ، ص ٨٦ .

(٢) انظر المادتين ٩٢ و ١٤٧ .

(٣) نظرية العقد للسنيهوري باشا ، ص ١٢ .

بتحويل الدائن حق الاستيلاء على المدين ، وهو ما يسوغ له زجه في سجن خاص مكبلاً بالحديد ، حتى إذا لم يأت أحد في خلال ستين يوماً للوفاء عنه وإخلاء سبيله ، صار المدين ملكاً شرعياً للدائن ، يتصرف فيه بالشنق وغيره . فإذا تعدد الدائنون كان من حقهم أن يقتسموه فيما بينهم .

وقد سلمت الشريعة الإسلامية من تلك الوحشية المنكرة ، فلم تعط الدائن الحق في قتل المدين ، ولا التصرف فيه تصرفاً مشيناً . ولم ترك ذلك استرقاق المدين في دينه ، اللهم إلا ماروى الطحاوي من أن الحر كان يباع في دينه في الجاهلية وأول الإسلام ، ثم نسخ بعد ذلك بقوله تعالى ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ . وقد ذكر الطحاوي أن رسول الله ﷺ باع " سرقاً " في دينه . وكان سرق رجلاً دخل المدينة ، وذكر أن وراءه مالاً ، فداينه الناس ، فركبته الديون ، ولم يكن وراءه مال . فسامه الرسول عليه السلام سرقاً<sup>(١)</sup> . وقد طعن العلماء في صحة هذا الحديث ، فقالوا إنه من طريق عبد الرحمن بن السلمي ، وهو معروف بالضعف الشديد . وقد حمل بعضهم الحديث على بيع المنافع ، لبيع الرقبة<sup>(٢)</sup> .

هذا ولم تبق السلطة التي كانت تخولها القوانين الوضعية للدائن على ما كانت عليه من غلظة وقسوة ، بل تلطفت على توالي الأيام ، وصارت مقصورة على التنفيذ البدني ، بحبس المدين وملازمته والحجر على ماله .

وكان الحبس ولايزال وسيلة من وسائل الوصول إلى الحق في الشريعة الإسلامية . وكان أيضاً متبعاً في العهد القديم في فرنسا ، باعتباره وسيلة من وسائل إرغام المدين على الوفاء ، وكان له أثر في القانون المدني ، ولم يبلغ هناك

(١) معاني الآثار ، ج ٢ ، ص ٢٨٩ .

(٢) المغني ، ج ٤ ، ص ٤٩٩ .



إلا بالقانون الصادر في ٢٢ يوليو ١٨٦٧ م .

ومما يجدر ذكره في هذا المقام أن قدماء المصريين كانوا يقضون بحبس المدین ، ثم زال هذا الحق ، فاحتاطوا للأمر بطريقة أخرى ، وهي أنهم منعوا الاقتراض ما لم يقدم المقترض للمقرض رهناً ، هو جثة أبيه محنطة ، وقرروا أن من مات وهو مدین لایوارى التراب ، حتى تبرأ ذمته . فكان ذلك باعثاً قوياً للورثة على الوفاء بالدين ، دفعاً لهذا العار الشديد ، وتخلصاً من تلك الفضيحة الشنعاء <sup>(١)</sup> .

وأخيراً وبعد تطور طويل ، جرى التشريع العصري ، على وجه العموم ، على أساس أن الإنسان يستدين على ماله ، فلا تأثير للالتزام في نفسه ، فلم يعد للدائن أية سلطة على جسم المدین ، وإنما تقتصر هذه السلطة على ماله . وهكذا كان للالتزام الديني منذ القدم مظهران : مظهر باعتباره رابطة شخصية بين الدائن والمدین ، ومظهر باعتباره عنصراً مالياً يحسب للدائن ، ويحتسب على المدین .

وقد عاب بعض الباحثين على الشريعة الإسلامية رأيها في الحبس ، من حيث هو وسيلة من وسائل الوصول إلى الحق ، لما في ذلك من الإكراه البدني الذي منه بُدئ ، إذ يمكن الوصول إلى الحق عن طريق بيع المال جبراً على صاحبه ، من غير أن تلجأ إلى الحبس ، لما فيه من الإعنت والإرهاق .

ولكن فات هذا الباحث أن الوصول إلى الحق إنما يكون عن طريق بيع المال على صاحبه إذا كان له مال ظاهر ، ولكن أرأيت لو أن له مالاً قد أخفاه ، وما أكثر ذلك ، أيكون العدل والمصلحة في أن يلجأ إلى إظهاره وإيفاء ما عليه بالحبس ، على ما فيه من قسوة ، أم يكون العدل والمصلحة في أن يترك ذلك المدین المماطل يضيع على الناس حقوقهم ، ويفسد عليهم أمور معاملاتهم ،

(١) التنفيذ لأحمد قمحة بك . وعبد الفتاح السيد بك ، ص ١٥ .

ويهدم الثقة فيما بينهم ؟ فلا يطمئن أحد إلى وصول حقه إليه ، فيحجم كل أحد عن أن يتعامل هذا النوع من التعامل ، ويقف دولاب العمل ، ويتورط الناس في الحرج ، ثم يقال بعد كل هذا إن في الحبس قسوة وغلظة ! ثم ما بال هؤلاء القوم يجيزون الحبس فيما هو أقل مفسدة من المماثلة في الدين ، وينكرونه ويتحرجون منه في المماثلة ؟ رأيت لو أن المشرع الفرنسي كان ممن يرى الحبس في الدين ؟ أترأهم كانوا له يخالفون وعليه يلومون ؟

### ٣ - طبيعة الالتزام الديني في القوانين والمذاهب فيه

بيننا فيما تقدم أن للالتزام الديني مظهرين : مظهراً باعتباره رابطة شخصية بين الدائن والمدين ، ومظهراً باعتباره عنصراً مالياً يحسب للدائن ويحتسب على المدين . ولا يزال الالتزام في القوانين الوضعية محتفظاً بهذين المظهرين ، وإن اختلفت المذاهب في تغليب أحدهما على الآخر . فمذهب يغلب الناحية الشخصية ، وهو المذهب الفرنسي التقليدي الموروث عن الروماني ، ومثله في ذلك المذهب المصري . ومذهب يغلب الناحية المالية ، وهو المذهب الألماني الحديث .

**المذهب الشخصي :** فالمذهب الشخصي يرى أن الأمر الجوهرى في الالتزام هو أنه رابطة شخصية بين الدائن والمدين . ومن هنا يعرف الالتزام بأنه "علاقة قانونية بين شخصين يكون بمقتضاها للدائن الحق في تقاضي شيء معين من المدين" ، بل من العلماء في هذا المذهب من يؤكد الرابطة الشخصية في الالتزام ، فيعرفه "بأنه علاقة بين شخصين تتحلل إلى سلطة تمنح للدائن على المدين ، وتسمح له بإخضاع المدين للقيام بعمل فيه فائدة له " .

**المذهب المادي :** أما المذهب المادي فإنه لا يقف عند الرابطة الشخصية ، بل ينظر إلى محل الالتزام ، وهو العنصر الأساسي ، ويجرده من الرابطة الشخصية

حتى يصبح الالتزام شيئاً مالياً أكثر منه علاقة شخصية<sup>(١)</sup> .

### النتائج المترتبة على اختلاف المذهبين

لم يكن الخلاف بين المذهبين نظرياً بحتاً ، وإنما يترتب عليه نتائج عملية هامة ، نذكر منها ما يأتي :

**أولاً :** إنه لما كانت العبرة في الالتزام بمحله دون أشخاصه ، عند المذهب المادي ، أصبح من السهل إمكان تغيير الأشخاص مع بقاء محل الالتزام من غير تغيير ، فيجوز بناءً على ذلك حوالة الدين من جهة الدائن ، بأن يحول ما له على شخص إلى آخر ، كما تجوز الحوالة أيضاً من جهة المدين ، بأن يحول الدائن بما له على شخص ثالث .

أما المذهب الشخصي فإنه لما كان الالتزام عنده رابطة شخصية فقد منع من تغيير أحد طرفي الالتزام ، فلا تجوز الحوالة عنده ، سواء كانت من طرف الدائن ، أو من طرف المدين ، وبهذا جرى العمل في القانون الروماني . أما القانون الفرنسي ، وتبعه المصري ، فإنه بالرغم من اتباعهما للمذهب الشخصي في الالتزام ، فقد جوزا حوالة الدين من قبل الدائن ، ومنعا الحوالة من قبل المدين .

والمنطق يقضي بأن القوانين التي تجوز حوالة الحق من جهة الدائن يجب أن تجوز حوالة الدين من جهة المدين ، لأن الفكرتين ترجعان لأصل واحد ، وهو مادية الالتزام ، وكونه شيئاً مالياً يجوز تداوله والتصرف فيه ، وهو من حيث إنه عنصر مالي له وجهان : وجه من حيث الدائن يعتبر فيه عنصراً إيجابياً ، فهو حق ، ووجه من حيث المدين يعتبر فيه عنصراً سلبياً ، فهو التزام . فإذا تقرر جواز تداوله وجب أن يكون التداول على كل من الوجهين المتقدمين .

(١) نظرية العقد للسهنوري باشا ، ص ١٥ - ٢٠ .

فالحق أن موقف القوانين التي تعترف بحوالة الدين من جهة الدائن دون المدين فيه تناقض ، وقد كان القانون الروماني منطقياً ، حين رد الاثنين معاً .

ثانياً : إنه لما كانت الصلة ضعيفة بين محل الالتزام وأشخاصه في المذهب المادي كان من الممكن أن نتصور وجود التزام دون دائن وقت نشوء الالتزام ، فيستند الالتزام إلى المدين وحده ، وذلك كإلزام المدين بإرادته المنفردة ، كأن يعرض شخص جائزة لمن يقوم بعمل معين ، كالعثور على شيء مثلاً ، فالمدين هنا قد التزم بإرادته المنفردة ، وقد وجد الالتزام من غير وجود دائن ، على أن يوجد ذلك الدائن فيما بعد ، عند تنفيذ الالتزام .

أما المذهب الشخصي فنظراً لما للرابطة الشخصية فيه ، فإنه لا يرى وجود التزام دون دائن ، وقت نشوء الدين ، ووقت تنفيذه .

### موقف الشريعة الإسلامية من هذين المذهبين

يرى بعض الباحثين من علماء القانون أن رابطة الالتزام في الفقه الإسلامي هي في الجوهر رابطة شخصية<sup>(١)</sup> . وقد استنتج رأيه هذا من كون الشريعة الإسلامية تعطي الدائن حق حبس المدين من ناحية ، ولا تجيز حوالة الدين من جهة الدائن ، من جهة أخرى .

ولكن فات هذا الباحث أن الحبس في الشريعة الإسلامية ليس إلا وسيلة إكراه ، تستعمل عند تعسر الوصول إلى الحق ، وما أبعد هذا عن فكرة بيع المدين في دينه ، وتقطيعه إرباً إرباً ، كما كانت تجري الأمور في روما ، وحيث كان يصح القول بأن للالتزام صبغة شخصية بحتة .

(١) هذا هو رأى عبد الحميد بدوي باشا ، والمستشرق سانتيلانا - وموران ، انظر النظرية العامة للالتزامات للدكتور شفيق شحاته ، ص ١٩٩ .

وليس أدل على أن الفكرة الإسلامية للالتزام مصطبغة بصبغة مادية من أن الفقهاء عندما نظروا إلى الدين لم ينظروا إليه إلا على أنه "مال حكمي" ، حتى إنهم قسموا الأموال جميعها إلى قسمين ، هما : الدين والعين .

كما نجد كثيراً أن الفقهاء قد فرقوا بين الدين والمطالبة ، وهذه التفرقة تفيد أن الدين نفسه لم يكن في نظر الفقهاء إلا المال الموجود في الذمة ، وأما المطالبة التي تعتبر رابطة فقد أضيفت إلى الدين إضافةً .

ومن دلائل هذه النزعة المادية أيضاً ما نراه لهذه المادية من الآثار المحسوسة في أكثر من موضع ، وهذه الآثار هي عينها تلك الآثار التي تلاحظ على التشريعات الحديثة التي أخذت بالمذهب المادي .

فمن ذلك حوالة الدين ، فإن تلك الحوالة تفيد أن الدين في الفقه الإسلامي قد نظر إليه على أنه شيء يمكن تحوله من ذمة إلى أخرى ، فهو عبارة عن قيمة مالية ، وليس علاقة شخصية تتحلل إلى سلطة .

وأما عدم جواز الحوالة من قبل الدائن عند أكثر الفقهاء فليس العلة فيه كون الالتزام رابطة شخصية ، وإنما علة ذلك ، على ما هو مقرر عندهم ، أن تحويل الدين من جهة الدائن إنما هو في الحقيقة بيع لما في ذمة المدين ، وقد اشترطوا لصحة البيع أن يكون المبيع مقدور التسليم ، قالوا : والدين ليس مقدوراً على تسليمه ، لاحتمال أن يجحد المدين أو يموت مفلساً ، فلا يجوز بيعه لغير من عليه .

ومن دلائل النزعة المادية في الفقه الإسلامي إمكان تصور التزام الشخص بإرادته المنفردة ، أي يصبح الشخص ملتزماً قبل تعيين الملتزم له ، كما في الجعالة .

على أن الفقه الإسلامي وإن كان ينظر إلى الالتزام الدّيني نظرة مادية، فهو لم يغفل الناحية الشخصية فيه ، إذ لا يخفى ما لشخصية الدائن والمدين عنده من أثر كبير في تكوين الالتزام وتنفيذه ، فإنه لا بد من وجود دائن ومدين معينين وقت التنفيذ على الأقل .

## **الباب الأول**

**ما يصلح أن يكون دينًا**

## الباب الأول

### ما يصلح أن يكون ديناً

#### مذاهب الفقهاء فيما يصلح أن يكون ديناً

لم يعقد الفقهاء مبحثاً خاصاً يبينون فيه ما يصلح أن يكون ديناً وما لا يصلح . وكل ما نجده في الكتب الفقهية المختلفة مسائل منشورة في أبواب متعددة ، كأبواب السلم والقرض والصرف والديات ، يمكن للباحث أن يستنتج منها ، بعد عناء شديد ، ما يصلح أن يكون ديناً وما لا يصلح .

وبالنظر في تلك المسائل ، نرى الفقهاء يتفقون على أن ما يصلح أن يكون ديناً إنما هو المال ، فما ليس بمال كالميتة والدم وقليل التراب لا يثبت في الذمة ديناً ، وكذا التزام إحضار المكفول عنه في الكفالة بالنفس لا يسمى ديناً .

ولكننا نرى الفقهاء يختلفون في بعض الأموال ، فهي صالحة لأن تثبت في الذمة ديناً بكل سبب من أسباب الديون ، أم أن صلاحيتها قاصرة على بعض الأسباب دون البعض الآخر ؟ كما نراهم يختلفون في مالبة بعض الأشياء ، فمنهم من يقول بماليتها ، فيصح ثبوتها في الذمة ديناً ، ومنهم من لا يرى ماليتها ، فيمنع من ثبوتها في الذمة ديناً .

واليك مذاهب الفقهاء في ذلك :

يرى الحنفية أن المال إن كان مثلياً ، وهو ما يضمن بمثله عند الهلاك ،



كالمكيل والموزون ، فهو صالح لأن يكون ديناً ، بكل سبب من أسباب الديون ، سواء أكان ذلك السبب تعاقدياً ، كالبيع والسلم والقرض والنكاح والخلع ، أم غير تعاقدية ، كالغصب والإتلاف .

وإن كان قيمياً ، فإن كان حيواناً فإنه يثبت في الذمة ديناً ، إذا قوبل بغير مال ، وذلك كأن يكون دية ، أو يجعل مهراً أو بدل كتابة . وأما في المعاوضات المحضه فإنه لا يثبت في الذمة ، فلا يجوز أن يكون مسلماً فيه أو بدل قرض ، واستثنوا السمك ، فأجازوا أن يكون مسلماً فيه .

وإن كان مذكوراً فإنه يصلح للثبوت في الذمة ، إذا دفع مهراً أو ثمناً أو مسلماً فيه أو دية ، ولا يثبت في الذمة بدل قرض .

وإن كان عقاراً أو نحوه مما لا يضبط بالصفات الظاهرة ، كالجواهر واللائي والأشجار وغير ذلك ، فإنه لا يصلح للثبوت في الذمة بأي حال من الأحوال .

أما المنافع فإنها لا تثبت في الذمة ديناً إلا إذا جعلت مهراً أو مخالفاً عليها ، وكانت مما يجوز أخذ الأجرة في مقابلتها <sup>(١)</sup> .

ويرى المالكية أن المكيل والموزون والعددي المتقارب والعروض التي تنضبط بالصفة ، كالعددي المتفاوت والمذكور والحيوان ، كل ذلك يصلح أن يكون ديناً في الذمة بكل سبب من أسباب الديون ، سواء أكان تعاقدياً أم غير تعاقدية .

أما العقار وما لا يمكن ضبطه بالصفة ، كالجواهر النفيسة ، وكل ما لا يقدر على وفائه بمثله ، كالأشجار ، فلا يصلح شيء منها أن يكون ديناً بأي سبب كان .

(١) انظر البدائع ، ج ٤ ص ٢٥٣ ، ٢٩٤ ؛ وفتح القدير ، ج ٢ ، ص ٤٥١ ، ٤٦١ ، ج ٥ ، ص ١١ ، ٣٣٩ ، ج ٧ ، ص ٢٩٤ ؛ والبحر الرائق ، ج ٤ ، ص ١٣٢ ، ١٣٣ ؛ وابن عابدين ، ج ٢ ، ص ٢٢٧ ، ج ٤ ، ص ١٨٠ ، ٢١٢ ؛ ونيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ١٩٥ ، ج ٦ ، ص ١٤٥ .

وأما المنافع فإنها تصلح للثبوت في الذمة مهراً وغيره <sup>(١)</sup> . ويؤخذ من كتب الشافعية أن كل مال يملك بالبيع ، ويضبط بالصفة ، كالمكيل والموزون والعددي والحيوان والعروض والمنافع ، يصلح أن يثبت ديناً في الذمة ، بكل سبب من أسباب الديون .

وأما ما يصلح بيعه ، ولا يضبط بالصفة ، كالعقار والجواهر والأشجار وغير ذلك ، فإنه لا يصلح أن يكون ديناً . وقد حكى عن ابن الرفعة أنه يجوز إقراض جزء من دار ، وحمله ابن السبكي على ما إذا لم يزد الجزء على النصف ، قال : " لأنه حينئذ يكون له مثل فيجوز إقراضه " <sup>(٢)</sup> . وظاهر من هذا التعليل أن جزء الدار يثبت ديناً في ذمة المستقرض بدلاً عن الجزء المقرض .

ويرى الحنابلة أن كل متمول يضبط بالصفة التي يختلف الثمن باختلافها ، كالمكيل والموزون والمذروع والحيوان والمنافع ، يصلح للثبوت في الذمة بكل سبب . أما ما لا يضبط بالصفة كالعقار والأشجار وغير ذلك ، فإنه لا يثبت في الذمة ديناً بأي سبب من أسباب الديون <sup>(٣)</sup> .

وذهب الظاهرية إلى أن كل مال يحل تملكه وتملكه بهبة أو غيرها ، سواء جاز بيعه أو لم يجز ، يصلح أن يثبت في الذمة ، إذا كان بدل قرض ، فيجوز قرض المكيل والموزون والعددي المتقارب والمتفاوت والمذروع والدور والأرضين والأشجار والجواهر والعبيد والجواري وغير ذلك ، ويكون الواجب في ذمة المستقرض هو المثل حقيقة إن كان للشيء المقرض مثل حقيقة ، كالمكيل والموزون ، والمثل خلقة وصورة ، إن لم يكن له مثل حقيقة ، كالحيوان والدور .

وقالوا : لا يكون شيء من الأموال مسلماً فيه إلا المكيل والموزون .

(١) المدونة ، ج ٩ ، ص ٢٤ ، ١٢٨ ؛ بداية الجتهد ، ج ١ ، ص ١٧ ، ج ٢ ، ص ١٦٥ ؛ الخرشي ، ج ٥ ص ٢٢٩ ، ج ١ ، ص ١٤١ ، الفواكه الدواني ، ج ٢ ص ٢٤٢ .

(٢) مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ١٠٨ - ١١٠ ، ١١٩ ؛ والمهذب للشيرازي ، ج ١ ، ص ٢٩٦ ، ٣٠٢ .

(٣) المغني لابن قدامة ج ٤ ، ص ٣١٣ - ٣١٧ ، ٣٥٥ ، ٣٥٦ .

## خلاصة

يستخلص مما تقدم ما يأتي :

**أولاً :** أن الفقهاء جميعاً متفقون على صلاحية المكيل والموزون للثبوت في الذمة ، بكل سبب من أسباب الديون .

**ثانياً :** أن الأئمة الثلاثة ، مالكاً والشافعي وأحمد ، يرون صلاحية الحيوان للثبوت في الذمة في كل حال . ويرى الحنفية أنه لا يصلح للثبوت في الذمة إلا إذا قوبل بغير مال ، كما لو جعل مهراً أو مخالفاً عليه أو بدل كتابة . وأما إذا قوبل بمال ، بأن جعل ثمناً أو مسلماً فيه أو بدل قرض ، فإنه لا يصلح أن يثبت في الذمة ديناً .

والظاهرية مع الحنفية في السلم ومع الجمهور في غيره .

**ثالثاً :** أن الحنفية يرون صلاحية المذروع للثبوت في الذمة ، إلا أن يكون بدل قرض . ويرى الأئمة الثلاثة صلاحيته لذلك في كل حال . ويرى الظاهرية عدم صلاحيته في السلم .

**رابعاً :** أن الأئمة الأربعة لا يرون صلاحية العقار ، وكل ما لا يضبط بالصفة للثبوت في الذمة أبداً .

ويرى الظاهرية جواز ثبوت هذه الأشياء في الذمة إذا كانت بدل قرض .

**خامساً :** أن الحنفية لا يرون ثبوت المنافع في الذمة ، إلا إذا جعلت مهراً أو مخالفاً عليها ، وكانت مما يجوز أخذ الأجرة في مقابلته .

ويرى جمهور الفقهاء جواز ثبوت المنافع في الذمة سلماً وقرضاً وغير ذلك .

وإذ قد بينا ما هو متفق عليه ، وما هو مختلف فيه بين الفقهاء ، فلندع ما هو متفق عليه جانباً ، ونتكلم فيما اختلفوا فيه ، ذاكرين أدلة الأئمة على ما ذهبوا إليه ، ليتبين لنا وجهة نظر كل إمام ، ويتسنى لنا معرفة أي الجهات أولى بالقبول .

### أولاً : الحيوان ( هل يثبت في الذمة ؟ )

قدمنا أن الحنفية قالوا : إن الحيوان لا يصلح ثبوته في الذمة ، إذا قوبل بمال ، وذلك في البيع والسلم والقرض . وقد وافقهم الظاهرية والزيدية والهادوية في السلم .

وقال الأئمة الثلاثة : إنه مما يثبت في الذمة في كل ذلك . احتج الحنفية بما يأتي :

أولاً : ما أخرجه ابن حبان في صحيحه عن سفيان عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس " أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة " <sup>(١)</sup> . فقد دل هذا الحديث على أن الحيوان مما لا يثبت في الذمة في البيع ، والسلم بيع ، والقرض مآله إلى البيع ، فلا يصح أن يكون الحيوان ديناً في شيء من ذلك .

وقد نوقش هذا الدليل من وجوه :

١ - أن هذا الحديث غير ثابت كما قال الشافعي . وقال البيهقي : "الصحيح في هذا الحديث عن عكرمة مرسل" <sup>(٢)</sup> ، وحجية المرسل محل خلاف بين العلماء .

(١) نيل الأوطار ج ٥ ، ص ١٧٣ ، فتح القدير ج ٥ ، ص ٣٢٩ .

(٢) نصب الراية ، ج ٤ ، ص ٤٨ ، فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٣٢٩ .

وقد أجاب الحنفية عن ذلك بأن الثقات لعبد الرزاق صرحوا بثبوتهم ، وقال البزار فيه : " ليس في الباب أجل إسناداً منه " . ورواه الطبراني مسنداً موصولاً . فإذا كان مسنداً مرةً ، وموصولاً أخرى ، فغاية الأمر تعارض الوصل والإرسال فيه من الثقات ، فيعمل بالوصل ، لأنه زيادة عن الثقة ، وهي مقبولة <sup>(١)</sup> .

٢ - أن هذا الحديث قاصر عن إثبات تمام المدعى ، إذ المدعى عدم ثبوت الحيوان في الذمة ، إذا قوبل بمال ، أعم من أن يكون ذلك المال المقابل له حيواناً مثله أو غيره من النقود وسائر العروض ، والحديث لا يفيد إلا منع ثبوته في الذمة إذا قوبل بحيوان مثله .

٣ - أن هذا الحديث محمول على ما إذا كان النساء من الجانبين ، وهو بيع الكالئ بالكالئ ، جمعاً بينه وبين غيره من الأحاديث الصحيحة التي تفيد جواز ثبوت الحيوان في الذمة إذا قوبل بمال <sup>(٢)</sup> . وستأتي تلك الأحاديث في أدلة الجمهور .

واحتج الحنفية ثانياً بما رواه الترمذي عن الحجاج بن أرطاة عن أبي الزبير عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : " الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساءً ، ولا بأس به يداً بيد " ، فقد دل هذا الحديث على منع بيع الحيوان بالحيوان نسيئة مع التفاضل وإباحته عند التقابض ، والسلم بيع نسيئة ، والقرض مآله إلى البيع ، فلا يصح أن يثبت الحيوان في الذمة في واحدٍ منها <sup>(٣)</sup> .

ويتجه على هذا الحديث أنه من رواية الحجاج بن أرطاة ، وهو لا يحتج

(١) انظر المصدرين السابقين .

(٢) نيل الأوطار . ج ٥ ، ص ١٧٤ .

(٣) فتح القدير . ج ٥ ، ص ٢٢٩ ؛ نيل الأوطار . ج ٥ ، ص ١٧٣ .

به <sup>(١)</sup> ، على أن فيه ما في الحديث الأول من عدم الدلالة على تمام المدعى .

**ثالثاً -** ما أخرجه الحاكم والدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ "نهى عن السلف في الحيوان" . وهذا نص في أن الحيوان لا يثبت في الذمة سلباً ، والقرض في معناه ، إذ هو معاوضة في الانتهاء <sup>(٢)</sup> .

وقد نوقش هذا بأن الحديث ضعيف ، لا يصلح للاحتجاج به ، لأن في سنده اسحق بن إبراهيم ، ضعفه ابن معين ، وقال ابن حبان : "اسحق بن إبراهيم منكر الحديث جداً ، يأتي عن الثقات بالموضوعات ، لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب" ، وقال الحاكم : "روى أحاديث موضوعة" <sup>(٣)</sup> .

**رابعاً -** ماروي عن الصحابة من الآثار التي تفيد عدم جواز السلم في الحيوان ، فمن ذلك ماروي عن عمر بن الخطاب أنه قال : " إن من الربا أبواباً لا تخفى ، وأن منها السلم في السن " ، ومنها ما رواه أبو حنيفة ، رحمه الله ، عن حماد بن أبي سليمان ، عن ابراهيم النخعي ، قال : دفع عبد الله بن مسعود إلى زيد بن خويلدة البكري مالاً مضاربة ، فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص ، فلما حلت أخذ بعضها وبقي بعض ، فأعسر عتريس ، وبلغه أن المال لعبد الله ، فأتاه يسترفقه ، فقال عبد الله : أفعل زيد ؟ قال : نعم ، فأرسل إليه فسأله ، فقال عبد الله : " اردد ما أخذت ، وخذ رأس مالك ، ولا تسلمن مالنا في شيء من الحيوان " . وقد نوقش هذا بأنها آراء صحابة معارضة بمثلها ، كما سيأتي ، فلا تنهض للاحتجاج بها .

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٣٢٩ .

(٢) المصدر السابق ، ونيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ١٧٣ .

(٣) نصب الراية ، ج ٤ ، ص ٤٦ .

واحتج الأئمة الثلاثة بما يأتي :

**أولاً :** ما روي عن عبد الله بن عمر أنه قال : " أمرني رسول الله ﷺ أن أبعث جيشاً على إبل كانت عندي ، قال : فحملت الناس عليها ، حتى نفذت الإبل ، وقد بقيت بقية من الناس ، قال : فقلت يارسول الله : الإبل قد نفذت ، وقد بقيت بقية من الناس ، لا ظهر لهم ، فقال لي : ابتع علينا إبلاً بقلاتص من إبل الصدقة إلى محلها حتى تنفذ هذا البعث . قال : وكنت أبتاع البعير بقلوصين وثلاث قلاتص من إبل الصدقة إلى محلها ، حتى نفذت ذلك البعث . فلما جاءت إبل الصدقة أداها رسول الله ﷺ " (١) .

ووجه الدلالة في الحديث أن رسول الله ﷺ قد أمر عبد الله أن يشتري إبلاً بإبل مؤجلة في الذمة ، وقد نفذ عبد الله ذلك ، وكان يشتري البعير باثنين أو ثلاثة ، فلما حضرت إبل الصدقة أدى الرسول ﷺ ذلك بنفسه . فدل هذا على أن الحيوان يثبت في الذمة ، إذا قوبل بمال .

وقد قيل من جانب الحنفية : إن هذا الحديث لا تقوم به حجة ، لأنه ضعيف مضطرب الإسناد ، كما قال ابن القطان : أما ضعفه فلأن فيه مجهولين ، هما : عمرو بن حريش ومسلم بن جبير ، وأما اضطرابه فقد جاء من أنه تارة يذكر في سنده يزيد بن أبي حبيب ، وتارة لا يذكر ، ومرة يقدم فيه أحد الرواة على الآخر ، وتارة يؤخر . فمن أجل ذلك وقع فيه الاضطراب ، وحديث هذا شأنه لا تقوم به حجة (٢) .

وقد أجيب عن ذلك بأن ابن حجر العسقلاني ، وهو ممن يعتد به ، قد قوى إسناد هذا الحديث ، وأن البيهقي قد أخرجه من طريق عمر بن شعيب عن أبيه عن

(١) نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ١٧٢ .

(٢) نصب الراية ، ج ٤ ، ص ٤٧ .

عبد الله بن عمرو بن العاص ، وهي طريق صحيحة ، تقوم بها الحجّة <sup>(١)</sup> .

**ثانياً -** ما رواه مسلم وأصحاب السنن عن أبي رافع قال : " استلف النبي ﷺ بكرةً ، فجاءته إبل الصدقة ، فأمرني أن أقضي الرجل بكره ، فقلت: إنني لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً ، فقال : " أعطه إياه ، فإن من خير الناس أحسنهم قضاءً " <sup>(٢)</sup> . فقد دل هذا الحديث على أن الحيوان مما يشبه في الذمة ، في القرض ، والسلم في معناه .

ويتجه على هذا الحديث والذي قبله أنهما معارضان بحديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئةً ، وهما مبيحان وهو محرم ، والقاعدة تقديم المحرم على المبيح ، عند التعارض <sup>(٣)</sup> .

وقد أجاب الشافعي عن ذلك بأن حديث النهي محمول على ما إذا كان النساء من الجانبين ، وهو بيع الكالئ بالكالئ <sup>(٤)</sup> ، وعلى هذا فالتعارض .

فإن قيل : إن حديث النهي أعم من أن يكون بيع كالئ بكالئ أو غيره ، فحمله على بيع الكالئ بالكالئ تقييد له ، فلا يجوز المصير إليه بلا موجب <sup>(٥)</sup> .

قلنا : الموجب قائم ، وهو دفع التعارض بين الأحاديث وإعمال الدليلين ، وذلك أولى من إعمال أحدهما ، وإهمال الآخر .

(١) نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ١٧٤ ، والسنن الكبرى للبيهقي ، ج ٥ ، ص ٢٨٨ .

(٢) نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ١٩٥ .

(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٣٢٨ .

(٤) نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ١٧٤ .

(٥) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٣٢٨ .



**ثالثاً** - ما روي عن علي كرم الله وجهه أنه باع جملاً، يدعى عصيفيراً، بأربعة أبعرة أو بعشرين بغيراً إلى أجل ، وماروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه باع بغيراً له بأربعة إلى أجل <sup>(١)</sup> ، فقد دل فعل علي وابن عمر على أن الحيوان مما يثبت في الذمة ، إذا قوبل بمال . ولكن يقال في هذين الأثرين ما قيل في آثار الحنفية ، من أنها آراء لأصحابها معارضة بغيرها ، فلا تنهض حجة على المخالف .

وقد استدلل للجمهور أيضاً بأن الحيوان يصير معلوماً ببيان جنسه وسنه وصفته ، فيصح أن يثبت في الذمة مسلماً فيه كالمكيل <sup>(٢)</sup> .

ولكن هذا قياس مع الفارق ، لأن المكيل يمكن ضبطه ، على وجه ينتفي معه التفاوت المفضي إلى النزاع ، وليس كذلك الحيوان ، فإنه بعد ذكر جنسه ونوعه وصفته وسنه ، يبقى هناك تفاوت فاحش بين أفراده في المعاني الباطنة، بحيث لا يمكن ضبطه ضبطاً يرفع ذلك التفاوت عنه <sup>(٣)</sup> . فالحق أن مرد ذلك إلى السنة ، وقد رأينا أن الأحاديث التي تفيد جواز ثبوت الحيوان في الذمة في المعاوضات المالية قد سلمت مما وجهه إليها الحنفية ، وأن حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة محمول على ما إذا كان النساء من الجاتيين ، وهو حمل مقبول ، وبه تسلم الأحاديث من التعارض .

ولهذا نرى رجحان القول بجواز ثبوت الحيوان في الذمة ، إذا قوبل بمال أو بغير مال ، وهو ما ذهب إليه الجمهور .

(١) نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ١٧٣ .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٣٢٧ .

(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٣٣٠ .

## ثانياً - المذروع (هل يثبت ديناً في الذمة ؟)

ذهب الظاهرية إلى أن المذروع لا يجوز أن يكون مسلماً فيه ، وذهب الأئمة الأربعة إلى جواز ذلك .

استدل الظاهرية بما روي أن النبي ﷺ قال : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ، ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم » (١) .

ووجه الدلالة أن هذا الحديث أفاد شرعية السلم في المكيل والموزون ، فلا يصح أن يلحق بهما غيرهما ، لأن المشروعية إنما تؤخذ من النصوص ، أو ما في حكمها كالإجماع ، ولا نص ولا إجماع يدل على الجواز في المذروع ، فيبقى على الأصل ، وهو عدم الجواز . وقد ألزم الظاهرية الجمهور بأن مقتضى كون السلم على خلاف القياس أن لا يقاس ما لم يرد فيه النص على ما ورد فيه . إذ المقرر عندهم أن ما شرع على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس ، فلا يصح قياس الإسلام في المذروع على الإسلام في المكيل والموزون اللذين ورد فيهما النص (٢) .

واحتج الجمهور بدلالة النصوص المثبتة لمشروعية السلم ، وهي ما روي أنه عليه السلام رخص في السلم وغير ذلك . وبيان ذلك أن سبب مشروعية هذا العقد هو الحاجة الماسة إلى استرباح الممولين والتوسعة على المحتاجين ، يفهم ذلك كل من سمع النصوص المفيدة لمشروعية السلم ، سواء أكان من أهل الاجتهاد أم لم يكن ، ولا شك أن هذه الحاجة متحققة عند القزازين في المذروعات ، كما هي متحققة عند أصحاب المكيلات والموزونات . فكما جاز السلم في المكيل والموزون الوارد فيهما النص ، يجوز كذلك في المذروعات ، بطريق دلالة النص ، والثابت

(١) نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ١٩١ .

(٢) المحلى ، ج ١ ، ص ١٠٥ - ١٠٧ .

بدلالة النص ثابت بالنص . وعلى هذا يكون قوله عليه السلام : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم » الحديث ، جاء بياناً لشرط صحة السلم ، وهو أن يكون المسلم فيه مضبوطاً على وجه ترتفع معه الجهالة المؤدية إلى المنازعة بين المتعاقدين ، ولم يجيء لتقييد الجواز بكون المسلم فيه مكيلاً أو موزوناً . وإنما خصهما ﷺ بالذكر لشيوعهما وكثرة السلم فيهما حينذاك ، يدلنا على ذلك سياق الحديث نفسه ، ففيه أن رسول الله ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث ، فقال : « من أسلم فليسلم » الحديث<sup>(١)</sup> . وإذ قد ثبت أن السلم في المذروع ثابت بدلالة النص كما بينا ، فلاصحة لما قاله الظاهرية ، من عدم ورود النص في المذروع ، إذ النص شامل له بطريق الدلالة . وعلى هذا فلا يتأتى بعد ذلك الإلزام للجُمهور بأن ما شرع على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس .

وبهذا يتبين رجحان ما ذهب إليه الجمهور .

وقد منع الحنفية قرض المذروع خلافاً للجمهور ، محتجين في ذلك بأن موجب القرض رد المثل ، إذ لا سبيل إلى إيجاب رد العين ، لأن القرض شرع للانتفاع باستهلاكها ، كما أنه لا سبيل إلى إيجاب رد القيمة ، لأنه يؤدي إلى النزاع ، لاختلاف القيمة باختلاف تقويم المقومين ، فتعين أن يكون الواجب فيه رد المثل فيكون مختصاً بما له مثل ، والمذروع مما لا مثل له فلا يجوز قرضه .

ولقائل أن يقول : ما المراد بما له مثل ذلك الذي قصرتم القرض عليه؟ أهو ما له مثل مطلقاً أعم من أن يكون ذلك المثل في الحقيقة أو الصورة والخلقة ، أو أن يكون له مثل في الحقيقة فقط ؟ إن أردتم الأول فمسلم ، والمذروع مما له مثل بهذا المعنى فيجوز قرضه ، وإن أردتم الثاني فغير مسلم ، لأن الحيوان مما لا مثل

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٣٢١ .

له حقيقة ، وقد دلت السنة على جواز قرضه ، كما في حديث أبي رافع السابق ، وفيه أن رسول الله ﷺ استلف بكرة ورد خياراً رباعياً . فدل هذا على أن القرض جائز فيما له مثل في الصورة فقط ، والمذروع مما يتحقق فيه هذا المعنى .

### ثالثاً - الأموال التي لا يمكن ضبطها بالصفات الظاهرة (هل تثبت في الذمة ؟)

يرى الأئمة الأربعة أن ما لا يمكن ضبطه بالصفة الظاهرة من الأموال كالعقار ونحوه لا يصح ثبوته في الذمة . ويرى الظاهرية أن كل مال يصح تملكه يجوز أن يثبت في الذمة في باب القرض .

وقد احتج ابن حزم لذلك بقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ الآية ، قال : فقد عم الله سبحانه وتعالى ، ولم يخص مثلياً أو غيره ، فلا يجوز التخصيص في ذلك بالرأي الفاسد ، بغير قرآن ولا سنة <sup>(١)</sup> .

وإذا ثبت أن ما لا يمكن ضبطه بالصفة يجوز قرضه بعموم الآية ، فإنه يلزم من ذلك جواز ثبوته في الذمة ، لأن موجب القرض رد المثل حقيقة أو صورة ، فيكون الثابت في ذمة المستقرض هو مثل هذه الأموال .

والعجب من ابن حزم الذي أولع بالطعن على العلماء أن يستدل بعموم الآية على جواز القرض في جميع الأموال ، فإن الآية ليس فيها إلا الأمر بكتابة الدين والإشهاد عليه إذا كان مؤجلاً ، سواء أكان الدين صغيراً أم كبيراً ، وليس فيها أية إشارة من قرب أو بعد إلى ما يصلح من الأموال أن يكون ديناً حتى تكون الآية عامة فيه ، ويكون إخراج بعضه تخصيصاً بالرأي الفاسد ، بغير قرآن ولا سنة .

(١) المحلى ، ج ٨ ، ص ٨٢ .

وحجة الجمهور على عدم جواز قرض هذه الأموال أن القرض مختص بما له مثل "حقيقة أو صورة" ، لأن موجب القرض رد المثل ، إذ لا سبيل إلى إيجاب رد العين ، لأن القرض إنما شرع للانتفاع باستهلاك العين ، كما أنه لا سبيل إلى إيجاب رد القيمة ، لأنه يؤدي إلى المنازعة لاختلاف القيمة باختلاف تقويم المقومين ، فتعين أن يكون الواجب فيه رد المثل ، فلا يكون إلا فيما له مثل "حقيقة أو صورة" ، وهذه الأموال لا مثل لها لا في الحقيقة ولا في الصورة . أما الأول فظاهر ، وأما الثاني فلأن هذه الأموال تختلف أفرادها اختلافاً بيناً يتعذر معه التماثل في الصورة ، فالعقار مثلاً تختلف أفراده باختلاف البقاع والهيآت وقوة البناء وجودة الأرض وغير ذلك . وإذا ثبت أن هذه الأموال لا مثل لها حقيقة أو صورة ، فإنه لا يجوز قرضها ، وبالتالي لا تثبت أبدأ ديناً في الذمة ، وهو ما نختار وإليه نميل .

#### رابعاً - المنافع (هل تثبت في الذمة ؟)

يرى الحنفية أن المنافع ليست مالاً ، وإنما هي ملحقة بالأموال في باب المهر والخلع فقط ، فيصح أن تثبت في الذمة فيهما دون غيرها .

ويرى الأئمة الثلاثة أن المنافع مال ، فيصح أن تثبت في الذمة ديناً في المهر والخلع وغيرها .

وحجة الحنفية أن وصف المالية إنما يثبت للأشياء التي يمكن ادخارها وإحرازها ، لأن المال ما يميل إليه الطبع ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، والمنافع لا يمكن ادخارها ، لأنها من الأعراض التي لا تبقى زمانين فصاعداً ، وإنما تكسب آنأً بعد آن ، وبعد الاكتساب تفنى ولا يبقى لها أثر ، وهي قبل كسبها معدومة ، فلا يمكن إحرازها ولا ادخارها ، فلا تثبت لها المالية <sup>(١)</sup> .

(١) التلويح على التوضيح : ج ١ ، ص ١٧١ ، ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ١٠٥ .

وأما حجة الأئمة الثلاثة على ماليتها فهي أن الشريعة قد أجازت أن تقع المنافع مهراً في عقد النكاح ، فكان ذلك تقريراً لكونها مالاً ، إذ لا يكون مهراً إلا المال . قال تعالى : ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ﴾ ، فورود الشريعة بصلاحيية المنافع لأن تكون مهراً دليل على اعتبارها مالاً .

أما ما قاله الحنفية من أن شرط المالية إمكان الادخار والإحراز ، فلم يقيم عليه دليل ، من كتاب أو سنة أو لغة ، على أنه لو سلم اشتراط الإحراز فليس بلازم في المال أن يحرز ويحاز بنفسه ، بل يكفي أن يحاز بحيازة أصله ومصدره ، ولاشك أن المنافع تحاز بحيازة مالها ومصادرها .

والحق أن إقرار الحنفية ، بجواز وقوع المنفعة مهراً ، يعد اعترافاً منهم بمالية المنافع ، فلا يستقيم بعد ذلك القول بأنها ليست مالاً .

وبعد ثبوت ماليتها يبقى الكلام فيما إذا كانت من الأموال التي تتوفر فيها الشروط التي اشترطها الفقهاء في المقرض والمسلم فيه ، كما كان ضبطه بالوصف وغير ذلك ، فيصح أن تثبت في الذمة مسلماً فيها ، وبدل قرض ، أم لا تتوفر فيها تلك الشروط ، فلا يصح إقراضها ولا الإسلام فيها .

وقد جرى الأئمة الثلاثة على اعتبارها من الأموال التي تتوفر فيها تلك الشروط ، فأجازوا قرضها والإسلام فيها .

**الباب الثاني**

**أقسام الديون**

## الباب الثاني أقسام الديون

### تمهيد

يذكر الفقهاء للديون أقساماً في مناسبات شتى ، ويجعلون لبعض تلك الأقسام من الأحكام ما ليس للبعض الآخر ، متفقين في ذلك حيناً ، ومختلفين حيناً آخر . والمقصود في هذا الباب هو ذكر تلك الأقسام ، مع ذكر بعض الأحكام الخاصة بها عند الحنفية ، تاركين أمر الخلاف ، وحكاية المذاهب إلى المواضع المناسبة لتلك الأحكام ، مما سنقف عليه بعد ، في الأبواب الآتية، إن شاء الله .

وليكن معلوماً أن شيوخنا الحنفية يجعلون مورد القسمة ما يطلق عليه لفظ الدين ، أعم من أن يكون هذا الإطلاق حقيقة أو على سبيل المجاز ، فهم يذكرون الديون التي تجب للعباد كثمن المبيعات وأبدال القروض ، ويجعلون ذلك قسيماً للديون التي تجب لله سبحانه وتعالى ، كدين النذور والكفارات والزكاة ، وإن كان القسم الثاني لا يعتبر عندهم ديوناً على الحقيقة . والمتبع للكتب الفقهية يرى أن انقسام الدين بتبع اعتبارات مختلفة، ويمكن إجمال ذلك فيما يأتي :

١ - أقسام الدين باعتبار الدائن ؛

٢ - أقسامه باعتبار الوصف ؛



٣ - أقسامه من حيث القوة ؛

٤ - أقسامه من حيث السبب .

## ١ - أقسام الديون باعتبار الدائن

تنقسم الديون بهذا الاعتبار إلى قسمين :

**الأول :** ديون العباد ، وهي التي لها مطالب من جهة العباد حقاً لنفسه ، وذلك كضمن المبيع وبدل القرض والمتلف والديات والأروش ونحو ذلك .

**والثاني :** ديون الله سبحانه وتعالى ، وهي التي ليس لها مطالب من جهة العباد كالنذور والكفارات ، أو لها مطالب من جهة العباد ، ولكن ليس حقاً لنفسه كالزكاة ، فإنها وإن كان لها مطالب من جهة العباد ، وهو الإمام في الأموال الظاهرة ، وصاحب المال في الأموال الباطنة ، إلا أنها لم تجب حقاً لواحد منهما ، وإنما وجبت حقاً للفقراء .

ويفترق هذان النوعان في كثير من الأحكام عند الحنفية . من ذلك الجبر على الأداء ، فإن المدين يجبر على أداء النوع الأول في حياته بالحبس ، وتباع أمواله فيه ويحجر عليه به ، ويتعلق بتركته بعد موته ، ولا تنتقل تلك التركة إلى الورثة إلا بعد وفاء تلك الديون منها .

أما النوع الثاني فإنه لا يجبر على أدائه ، ما عدا الزكاة ، كما أنه لا حبس فيما عداها ، ولا تباع أملاك المدين في شيء منها ، ولا تمنع انتقال التركة إلى الورثة بعد موت المدين ، ولا يجب على الوارث إخراجها من التركة ، إلا أن يكون قد أوصى المورث بوفاتها من التركة . وهي في مرتبة الوفاء بعد ديون العباد على كل حال <sup>(١)</sup> .

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٠٢ ؛ السراجية ص ٢٧ ؛ كشف الأسرار ، ج ٤ ، ص ٣١٠ .

## ٢ - أقسام الديون باعتبار الوصف

ينقسم الدين باعتبار وصفه إلى حالٍّ ومؤجلٍّ ومقسط . فالدين الحال ما تصح المطالبة به فوراً ، وفيه يملك الدائن حق مقاضاة المدين وحبسه وملازمته في الحال ، كما أنه يملك تلك الحقوق قبل الكفيل ، إذا كان به كفيل .

والدين المؤجل : هو ما لاتصح المطالبة به إلا وقت حلول الأجل . ولكن يجوز للمدين أن يعجل الأداء ويسقط الأجل ، وليس للدائن الامتناع عن الوفاء إلا إذا كان في ذلك ضرر عليه <sup>(١)</sup> .

ويشترط في الأجل ، لصحة العقد المترتب عليه الدين ، أن يكون معلوماً عند المتعاقدين علماً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع .

والدين المقسط : هو ما يؤدي أجزاء متفرقة في أوقات متعددة ، ويسمى منجماً ، ويشترط لصحة التقسيط أن تكون الأجزاء معلومة ، وأوقات الأداء معينة عند المتعاقدين ، وإذا اشترط الدائن أنه إذا تأخر المدين عن دفع أي قسط في وقته تحل بقية الأقساط اعتبار الشرط ، ووجب العمل به ، وإن لم يشترط ذلك وتأخر المدين فلا تحل <sup>(٢)</sup> .

## ٣ - أقسام الديون من حيث القوة

يقسم الدين من هذه الحثية إلى أقسام متعددة :

**فأولاً :** ينقسم إلى قوي ومتوسط وضعيف . فالقوي هو بدل القرض ومال التجارة . والمتوسط هو بدل مال ليس للتجارة ، كضمن ثياب البذلة وعبيد الخدمة

(١) غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٤٩ .

(٢) ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٢٤ .

ودور السكنى . والضعيف هو بدل ما ليس بمال ، كالمهر والوصية وبدل الخلع والصلح عن دم العمد والدية وبدل الكتابة والسعاية .

وهذا التقسيم انفرد به الإمام أبو حنيفة رحمه الله ، ويظهر أثره في الزكاة فقط . فتجب الزكاة في الدين القسوي إذا حال الحول وتراخى الأداء إلى أن يقبض أربعين درهماً ، فيدفع عنها درهماً واحداً ، وما يقبضه بعد ذلك فبحسابه ، وفي الدين المتوسط لاتجب الزكاة على الدائن ، ما لم يقبض نصاباً ، ويعتبر لما مضى من الحول .

وفي الدين الضعيف لاتجب الزكاة ما لم يقبض نصاباً ويحول الحول عليه بعد القبض .

ولافرق بين هذه الديون عند أبي يوسف ومحمد ، فتجب الزكاة في جميعها قبل القبض ، وكلما قبض شيئاً زكاه ، قلّ أو كثر ، إلا دين الكتابة والسعاية ، وفي رواية أخرجا الدية أيضاً قبل الحكم بها وأرش الجراحة<sup>(١)</sup> .

**ثانياً :** ينقسم إلى دين ممتاز وغير ممتاز . فالدين الممتاز هو الذي تعلق بعين من الأعيان المملوكة للمدين ، فوق تعلقه بذمة ذلك المدين . وذلك كالدين الذي يأخذ الدائن به رهناً ، وكدين الجناية في رقبة العبد الجاني . وغير الممتاز هو الدين المرسل الذي لاتعلق له إلا بذمة المدين . وصاحب الدين الممتاز أخص بالعين التي تعلق بها دينه من سائر الغرماء في حال حياة المدين وموته ، ولا يتعدى الإيثار تلك العين إلى ما عداها من أملاك المدين<sup>(٢)</sup> .

**ثالثاً :** ينقسم إلى دين صحة ودين مرض . ودين الصحة هو ما يثبت في

(١) فتح القدير ، ج ١ ، ص ٤٩١ .

(٢) السراجية ، ص ١٢ - ١٧ .

ذمة المدين حال صحته ، أو حال مرضه الذي لم يمت فيه ، سواء أعلم سببه ، بأن كان ثمن مبيع ، أم لم يعلم كما إذا ثبت بالإقرار . ودين المرض هو ما يثبت في ذمة المدين في أثناء مرض موته ، أو ما له حكم المرض كالخروج للمبارزة مثلاً .

ثم إن دين المرض إن كان ثابتاً ببينة ، أو بنكول المدين ، كان في قوة دين الصحة ، سواء علم سببه أو لم يعلم ، وكذا لو ثبت بإقراره وعلم ثبوته بطريق المعاينة ، كدين وجب عليه بدلاً عن مال ملكه أو استهلكه .

أما لو ثبت دين المرض بالإقرار ، ولم يعلم ثبوته بطريق المعاينة ، فإنه لا يكون في قوة دين الصحة . فلا يأخذ من استحقه شيئاً إلا بعد استيفاء أرياب الديون المذكورة حقوقهم<sup>(١)</sup> .

رابعاً : يقسم الدين إلى صحيح ويسمى لازماً ، وغير صحيح ويسمى غير لازم .

والدين الصحيح هو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء حقيقة ، كأن يقول الدائن للمدين : أبرأتك من الدين الذي لي عليك ، أو حكماً ، كأن يفعل الدائن فعلاً يلزم منه سقوط الدين ، كما في مطاوعة الزوجة ابن زوجها ، فإن تمكين المرأة ابن زوجها منها يعتبر إبراءً لزوجها من المهر .

وديون العباد كلها صحيحة ، ماعدا النفقة غير المستدانة وبدل الكتابة ، وغير الصحيح هو ما يسقط بهذين وبغيرهما ، وذلك كالنفقات غير المستدانة وبدل الكتابة ، والديون التي تجب حقاً لله كالنذور والكفارات . فإن النفقة إذا كانت للزوجة ، ولم تكن مستدانة بالقضاء أو الرضا ، فإنها تسقط بالموت أو الطلاق . وإذا كانت لغير الزوجة من الأقارب فإنها تسقط بزوال الوصف الموجب

(١) نتائج الأفكار ، ج ٧ ، ص ٢ : السراجية ، ص ٢٧ - ٢٩ .

لها ، وبدل الكتابة يسقط بتعجيز المكاتب نفسه ، وديون الله تعالى تسقط بالموت <sup>(١)</sup> . ويفترق هذان النوعان في كثير من الأحكام ، كجواز الكفالة والحوالة والرهن على ما سنذكر إن شاء الله . وينقسم أيضاً إلى مستقر وغير مستقر ، فالمستقر هو الذي لا يقبل الفسخ ، وغير المستقر بخلافه . وجميع الديون بعد لزومها مستقرة إلا دين السلم لقبوله الفسخ بالانقطاع <sup>(٢)</sup> .

#### ٤ - أقسام الديون من حيث السبب

ينقسم الدين باعتبار سببه بالنسبة للمدين إلى ثابت أصالة في الذمة ، وإلى ثابت تبعاً لثبوتة على شخص آخر . فالدين الثابت أصالة في الذمة هو ما وجب في ذمة المدين ابتداءً ، وهو كل الديون ما عدا دين الكفالة والحوالة، وما ثبت تبعاً ، وهو كل من النوعين المذكورين ، فإنهما يثبتان بالتبعية لثبوتهما في ذمة المكفول عنه والمحيل . وسيأتي بيان كل منهما في مبحثه الخاص به .

وبالنسبة للدائن ينقسم إلى دين مشترك ، وغير مشترك . فالدين المشترك هو ما كان سبب ثبوتة في ذمة المدين متحداً ، كأن يكون ثمن مبيع مشترك بين اثنين أو أكثر بيع صفقة واحدة ، ولم يذكر في العقد نصيب كل واحد ، أو يكون أجرة مال مشترك ، أو آيلاً للورثة من مورثهم ، أو قيمة مال مستهلك مشترك ، أو أداه الكفلاء من مال الشركة بأمر المكفول عنه، فإنه يكون مشتركاً عليه .

ويجوز لأحد الشركاء في الدين المشترك أن يطالب بنصيبه في غيبة شريكه وحضرته ، فإذا استوفى أحد الشركاء نصيبه أو جزءاً منه كان للشريك الآخر الخيار في أن يأخذ منه نصف ما استوفاه ، أو أن يرجع على المدين نفسه ،

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٠٣ ؛ غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٢٢٦ .

(٢) غمز عيون البصائر ، ج ٢ ، ص ٢٠٦ .

لاستيفاء حقه منه <sup>(١)</sup> .

وليس لأحد الشريكين أن يتصرف في الدين المشترك تصرفاً يضر بالآخر، فلا يجوز لأحدهما أن يؤجل جميع الدين المشترك، إذا كان حالاً، أو أن يبطل الأجل بدون إذن شريكه، ولكن يجوز له أن يؤجل نصيب نفسه، لأن له الولاية في ماله <sup>(٢)</sup>. فإن كان الدين واجباً بمباشرة أحد الشركاء في شركة العنان وأجله المباشر كله أو بعضه صح تأجيله، وإن أجله غيره أو أجل حصته فقط لا يصح.

والدين غير المشترك هو ما كان سبب ثبوته في ذمة المدين مختلفاً، كأن يكون أحد الدينين بدل قرض والآخر ثمن مبيع، أو أن يكون الدينان ثمن مبيع مشترك، ولكن كل واحد من الشريكين سمي لنصيبه ثمناً معيناً حين العقد. وحكمه أنه يجوز لكل واحد من الدائنين أن يستوفي دينه على حدة، وما يأخذه يكون له خاصة لا يشاركه فيه غيره من الدائنين، إلا إذا كان المدين محجوراً عليه بسبب الدين، وأعطى من المال الذي تخصص بالحجر لأداء الديون، فإنه حينئذ يبطل تصرفه، ويسترد المال ممن أخذه إذا لم يجزه الدائنون <sup>(٣)</sup>.

### أنواع الديون في القانون

تنقسم الديون في القانون إلى خمسة أنواع :

**النوع الأول :** الديون العادية ؛

**النوع الثاني :** الديون التي بها رهن عقاري ؛

(١) المبسوط، ج ٢١، ص ٤١، البدائع، ج ٦، ص ٦٥؛ تبين الحقائق، ج ٥، ص ٤٥-٤٦؛ ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٠١.

(٢) تبين الحقائق، ج ٥، ص ٤٧.

(٣) ابن عابدين، ج ٤، ص ٥٠١.

**النوع الثالث :** الديون التي ثبت لأصحابها حق الاختصاص بعقارات المدين كلها أو بعضها لاستيفاء ديونهم منها ؛

**النوع الرابع :** الديون الممتازة التي لأصحابها حق الأولوية في استيفائها من ثمن منقولات أو عقارات معينة مما يملكه المدين ؛

**النوع الخامس :** الديون التي لأصحابها حق صالح للاحتجاج به على بقية الدائنين في حبس ما تحت أيديهم من ملك مدينهم إلى حين استيفاء ديونهم <sup>(١)</sup> .

ويظهر أثر هذا التنوع في تقديم بعض الأنواع على بعض عند الإيفاء، كما يظهر في إشار بعض الدائنين ببعض الأعيان المملوكة للمدين ، وفي الحقوق القانونية التي يملكها الدائن قبل المدين ، كحق إبطال بعض تصرفات المدين في الأعيان المملوكة له ، وكالحقوق التي تمكن الدائن من استيفاء دينه من مال المدين، كطلب تعيين قيم على أموال المدين السفيه أو المعتوه ووضع الأختام على تركة الميت وغير ذلك .

وحكم هذه الديون في الأداء أنه يقدم فيها الأقوى فالقوي فالضعيف .  
وأقوى الديون إذا اختلفت أنواعها هو الدين الممتاز امتيازاً عاماً، وأنواعه :

١- المصاريف القضائية ؛

٢- المبالغ المستحقة للحكومة من الضرائب والرسوم ؛

٣- الأجرة المستحقة للمستخدمين عن خدمة سنة سابقة وللكتابة والعملة عن

عمل ستة أشهر مضت ؛

٤ - دين من صرف شيئاً لحفظ الشيء ؛

٥- دين صاحب حق الحبس .

(١) انظر المادة (٥٥٤) .

ويُلي ما ذكر الديون الممتازة امتيازاً خاصاً ، والديون التي بها رهن ، ثم يلي ذلك الديون التي لأصحابها حق اختصاص على عقارات المدين ، بحسب تواريخ تسجيلاتهم ، مع اعتبار من سجلوا في يوم واحد طبقة واحدة ، ثم يلي ذلك الديون العادية . ولا امتياز لأحد من أصحاب الديون العادية على الآخرين ، بل تقسم أموال المدين بينهم بنسبة ديونهم ، كما أنه لا تفاضل بين المرتهنين إلا بأسببية تاريخ سجل رهنهم ، فإن سجلت في يوم واحد فلا فرق بينها .

والمقارنة ما جرى عليه علماء القانون بما جرى عليه علماء الشريعة الإسلامية نجد أنهما يتفقان في كثير من المواطن ، فكل منهما قد جرى على مبدأ التسليم بالتفاوت بين الديون ، ولم يجعلها جميعاً في درجة واحدة من القوة . وقد اعتبر كل منهما المرتهنين ، ومن ثبت لهم حق الاختصاص بالأعيان المملوكة للمدين أو بعضها ، مقدمين في الاستيفاء على أصحاب الديون العادية ، فليس لهؤلاء مزاحمتهم في تلك الأعيان ، كما أنهما اعتبرا الدائنين العاديين جميعاً في مرتبة واحدة ، لا امتياز لأحد منهم على الآخر .



# **الباب الثالث**

## **التوثق في الديون**

## الباب الثالث

### التوثق في الديون

التوثق معناه التثبت والتقوي ، يقال : وثق الشيء يوثق : قوي وثبت ، وكان محكماً ، ووثق الرجل : أخذ بالوثيقة في أمره ، والوثيقة مؤنث الوثيق ، وهو ما يعتمد به <sup>(١)</sup> .

والتوثق في الديون يكون بطرق ثلاثة :

**الأولى** : الكتابة والإشهاد ؛

**والثانية** : الكفالة ؛

**والثالثة** : الرهن .

وهذه الطرق الثلاث وإن اتفقت جميعها في إفادة التوثق ، مختلفة في المعنى المقصود منها ، فالأولى لخوف الجحد ، والأخيراتان لخوف الإفلاس . وسنتكلم على كل طريق من هذه الطرق في مبحث على حدة .

### التوثق بالكتابة والإشهاد

لا خفاء في أن الديون التي تحتاج إلى التوثق بالكتابة والإشهاد إنما هي الديون المؤجلة . أما ما كان من الديون حالاً فليس في حاجة إلى هذا التوثق ، فإن

---

(١) محيط المحيط ، ج ٢ ، ص ٢٢٥ .

الكتابة والإشهاد إنما شرعا لخوف الجحد والإنكار ، وهو إنما يتصور في الديون المؤجلة ، دون المعجلة .

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على مشروعية التوثق بالكتابة والإشهاد في الديون ، غير أنهم اختلفوا في صفة هذه المشروعية .

فذهب الأئمة الأربعة ، وأكثر أهل العلم ، إلى أن ذلك مشروع على جهة الندب ، لا على جهة الوجوب <sup>(١)</sup> .

وذهب الظاهرية وعطاء والشعبي وابن جرير وجابر بن زيد وجماعة من العلماء إلى أن تلك المشروعية على جهة الوجوب في دين الحضرة ، دون دين السفر .

### الأدلة

احتج الظاهرية ومن معهم بالكتاب والسنة والأثر ، أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ الآية .

وجهة الدلالة أن الله سبحانه وتعالى قد أمر بكتابة الدين والإشهاد عليه على جهة التأكيد ، والأصل في الأمر أن يكون للوجوب ، إلا إذا وجد صارف يصرفه إلى الندب ، ولم يوجد <sup>(٢)</sup> .

وأما السنة فما رواه شعبة عن فراس الخارقي عن الشعبي عن أبي بردة عن أبي موسى الأشعري عن النبي ﷺ قال : « ثلاثة يدعون الله فلا يستجاب

(١) أحكام القرآن للجصاص ، ج ١ ، ص ٥٧٢ ، أحكام القرآن للقرطبي ، ج ٢ ، ص ٢٨٢ ، ٤٠٣ .

(٢) المحلى ، ج ٨ ، ص ٢٤٤ ، تفسير المنار ، ج ٢ ، ص ١٢٢ .

لهم: رجل كانت له امرأة سيئة الخلق فلم يطلقها ، ورجل أعطى ماله سفيهاً ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُم ﴾ ، ورجل له على رجل دين ولم يشهد عليه به «<sup>(١)</sup> . ووجه الدلالة فيه ظاهر من حيث إن الحرمان من إجابة الدعاء عقوبة شديدة ، لا تكون إلا على ترك واجب من الواجبات ، فيكون الإشهاد واجباً .

وأما الأثر فما رواه مجاهد من أن ابن عمر رضي الله عنهما كان إذا باع بنقد أشهد، وإذا باع بنسيئة كتب وأشهد، وهو نص في المطلوب<sup>(٢)</sup> .

واحتج الجمهور بما يأتي :

**أولاً :** قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ ، فقد أباح الله سبحانه وتعالى ترك الكتابة والإشهاد عند اطمئنان الدائن ووثوقه بالمدين ، فدل ذلك على أن الكتابة والإشهاد غير واجبين<sup>(٣)</sup> .

**ثانياً :** أن المسلمين منذ العصر الأول لم يلتزموا الكتابة والإشهاد في مديانتهم وعقودهم ، بل كانوا يأتونهما تارة ويتركونهما تارة أخرى ، ولو فهموا وجوبهما لالتزموهما .

**ثالثاً :** أن التعامل بالدين مما يكثر بين الناس في أسواقهم وغيرها ، فلو وجبت الكتابة والإشهاد لأفضى ذلك إلى الحرج ، والحرج منفي بالنص ، قال تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾<sup>(٤)</sup> .

(١) أحكام القرآن للجصاص ، ج ١ ، ص ٥٧٢ ؛ المحلى ، ج ٨ ، ص ٣٤٤ .

(٢) المحلى ، ج ٨ ، ص ٣٣٥ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ، ج ١ ، ص ٥٧٢ ؛ القرطبي ، ج ٣ ، ص ٤٠٣ ؛ ابن العربي ، ج ١ ، ص ١٠٤ .

(٤) أحكام القرآن للجصاص ، ج ١ ، ص ٥٧٢ ؛ القرطبي ، ج ٣ ، ص ٤٠٣ ؛ تفسير المنار ، ج ٣ ،

## مناقشة الأدلة

قيل للظاهرية ومن معهم : إن الأمر بالكتابة والإشهاد في الآية منسوخ بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ ، فقد روي عن أبي سعيد الخدري أنه تلا : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا ﴾ ، وقال : نسخت هذه الآية ما قبلها <sup>(١)</sup> . وإذا كانت الآية منسوخة فإنها لا تصلح للاحتجاج بها ، بهذا أجاب بعض القائلين بالندب . ونحن نرى أن دعوى النسخ هنا غير صحيحة ، إذ لم يتبين تأخر نزول قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ ﴾ عن صدر الآية المشتملة على الأمر بالكتابة والإشهاد ، بل هما وردا معاً ، كما قال العلماء ، ولا يجوز أن يرد الناسخ والمنسوخ معاً جميعاً في حالة واحدة ، لأنه أشبه ما يكون بالعبث ، وتعالى الله عن ذلك . يؤيد ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه لما قيل له : إن آية الدين منسوخة ، قال : لا والله إن آية الدين محكمة ليس فيها نسخ <sup>(٢)</sup> . ولسنا بحاجة في الرد على الظاهرية إلى دعوى النسخ ، فإن قولهم : لم يوجد صارف يصرف الأمر في الآية من الوجوب إلى الندب ممنوع ، فإن الصارف موجود ، وهو قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا ﴾ الآية ، فإنه يفيد أن الكتابة والإشهاد والرهن موكول أمرها إلى الدائن وتقديره ، فإن وجد اطمئناناً تركها ، وإن لم يجد الاطمئنان كان له أن يفعل ما تيسر له من هذه الأمور ، وهذا يدل دلالة ظاهرة على أن الأمر بمنأى عن الوجوب ، ويؤيد ذلك ما توارثه الناس خلفاً عن سلف من عدم التزام الكتابة والإشهاد في مدينتاتهم ، مع علم فقهاءهم بذلك من غير نكير ، ولو كان ذلك

ص ١٢٣ .

(١) أحكام القرآن للقرطبي ، ج ٣ ، ص ٤٠٣ .

(٢) أحكام القرآن للقرطبي ، ج ٣ ، ص ٤٠٤ .

واجباً ما تركوا النكير على تاركه .

فإن قيل : إن قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا ﴾ راجع إلى الأمر بالرهن فقط ، إذ إنه خاص بحالة تعذر وجود الكاتب والشهيد <sup>(١)</sup> .

قلنا : إن السياق يرشد إلى أنها راجعة للجميع ، فإن الآيتين نزلتا معاً دفعة واحدة ، وقد بين الله فيهما ما ينبغي عمله عند المدائنة ، في حالتي الأمان وعدم الأمان ، سواء وجد الكاتب أو لم يوجد .

على أنه لو سلم رجوع الآية إلى الأمر بالرهن فقط ، فهناك ما يدل على أن الأمر بالإشهاد والكتابة محمول على الندب والإرشاد ، وهو ما عرف من أن الرهن قائم مقام الإشهاد والكتابة في السفر ، وحيث كان الرهن مندوباً ، وليس واجباً ، باتفاق بين الجميع ، لزم أن يكون الإشهاد والكتابة مندوبين كذلك ، لأن المندوب لا يكون بديلاً عن الواجب . ومما يستأنس به ، على أن الأمر في الآية محمول على الندب ، أن هذه الآية نفسها قد اشتملت على الأمر بالإشهاد عند البيع : ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ ، وهو مصروف عن الوجوب إلى الندب ، بدليل أن النبي ﷺ ابتاع ولم يشهد ، فقد روى النسائي وأبو داود وأحمد عن عمارة بن خزيمة أن عمه حدثه أن النبي ﷺ ابتاع فرساً من أعرابي ، فاستتبعه النبي ﷺ ليقبضه ثمن فرسه ، فأسرع النبي عليه السلام المشي ، وأبطأ الأعرابي ، فطفق رجال يعترضون الأعرابي ، فيساومونه بالفرس ، لا يشعرون أن النبي ﷺ ابتاعه ، فنادى الأعرابي النبي ﷺ فقال : إن كنت مبتاعاً هذا الفرس فابتعه ، وإلا بعته ، فقال النبي ﷺ حين سمع نداء الأعرابي : أوليس قد ابتعته منك ؟ قال الأعرابي : لا والله ما بعته ، فقال النبي ﷺ : بلى قد ابتعته ، فطفق الأعرابي يقول : هلم شهيداً . قال خزيمة : أنا أشهد أنك قد

ابتعته، فأقبل النبي ﷺ على خزيمة ، فقال : بم تشهد ؟ فقال بتصديقك  
يارسول الله ، فجعل شهادة خزيمة شهادة رجلين <sup>(١)</sup> .

فهذا مما يرشد إلى أن الأوامر في الآية لم يقصد بها الوجوب ، وإنما قصد  
بها الإرشاد والندب .

أما قوله عليه الصلاة والسلام : " ثلاثة يدعون الله فلا يستجاب لهم"  
الحديث ، فلا متمسك فيه للظاهرة ومن معهم ، لأنه لا جائز أن يكون المراد أن  
الله تعالى لا يستجيب له أي دعاء كان ، بل الظاهر أن الله لا يستجيب دعاءه  
على المرأة والسفيه والمدين إذا أصابه ضرر منهم ، وحينئذ لا يلزم أن يكون الحرمان  
من الاستجابة لأنه ترك واجبات ، بل لأنه تهاون في المخلص الذي كان يمكنه  
بسببه أن يدفع هذا الضرر عن نفسه بأن يطلق المرأة، وقد أباح الله له الطلاق ،  
وأن لا يعطى السفيه ماله ، وقد نهاه الله عن إعطائه ، وأن يستوثق لدينه  
بالكتابة والإشهاد ، وقد شرعهما الله طريقاً للاستيثاق ، فلما ترك هذا المخلص  
عاقبه الله بالحرمان من إجابة الدعاء ، لا لأنه ترك واجباً ، بل لأنه تسبب في هذا  
الظلم لنفسه .

وأما ما روي عن ابن عمر أنه كان إذا باع بنسيئة كتب وأشهد ، فهو  
محمول على الكمال ، لما أسلفنا ، وجدير بابن عمر أن يفعل ذلك .

وقيل للججمهور بأن القول بأن الصدر الأول ومن بعدهم لم يلتزموا الكتابة  
والإشهاد في مدايناتهم دعوى مجردة مما يثبتها ، فإنه لم يؤثر عن الصحابة  
الذين يحتج بمعاملاتهم ، ولا من التابعين ، شيء صحيح يؤيد هذه الدعوى ، وإنما  
نظر الفقهاء إلى معاملات أهل عصرهم ، ورأوا أنهم لا يلتزمون فيها الكتابة  
والإشهاد ، فجعلوا ذلك أمراً عاماً في جميع العصور، من غير أن ينقلوا عن

(١) نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ١٤٤ .

الصحابة في ذلك شيئاً صحيحاً واقعاً بالفعل<sup>(١)</sup> ، ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن متقدمي الفقهاء قد عاصروا كبار التابعين ، وحكوا ما كان عليه العمل في ذلك الوقت ، ومن غير المعقول أن يكون عمل التابعين في جميع الأمصار مخالفاً لما كان عليه عمل الناس في عصر الصحابة ، لقرب العهد ، ولأن هذا لا يلائم طبيعة ذلك العصر ، ولا يلائم طبيعة التدرج في التعامل .

وإذا كان عمل أهل المدينة يعتبر عند بعض الفقهاء دليلاً على ما كان عليه العمل في الصدر الأول ، أفلا يكون عمل الناس في جميع الأمصار والسهول والجبال دليلاً على ذلك ؟

وقيل للجمهور أيضاً إن دعوى لزوم الحرج والضيق في التزام الكتابة والإشهاد غير مسلمة ، بل الأمر على العكس مما يقولون ، فإن ترك الكتابة والإشهاد أدعى للضيق والحرج ، لأن التعامل الذي لا يكتب ، ولا يستشهد عليه ، يترتب عليه مفسد كثيرة ، منها ما يكون عن عمد إذا كان أحد المتدائنين ضعيف الأمانة ، فيدعي بعد طول الزمن خلاف الواقع ، ومنها ما يكون عن خطأ ونسيان ، فإذا ارتاب المتعاملان واختلفا ، ولا شيء يرجع إليه في إزالة الريبة ورفع الخلاف ، من كتابة أو شهود ، أساء كل منهما الظن بالآخر ، ولم يسهل عليه الرجوع عن اعتقاده إلى قول خصمه ، فلجّ في خصامه وعدائه ، وكان وراء ذلك من ضرر المنازعات ما يرهقهما عسراً ، ويوقعهما في أشد الحرج ، وربما ارتكبا في ذلك محارم كثيرة<sup>(٢)</sup> .

ويجاب عن ذلك بأنه لا كلام في ترتب بعض المفسد والمضار على ترك الكتابة والإشهاد ، وإن فعلهما أدعى لصيانة الحقوق والبعد عن النزاع ، ومن أجل هذا ندب الشارع إليهما ، ولكن مما لا شك فيه أن إلزام الناس بالكتابة

(١) تفسير المنار ، ج ٣ ، ص ١٣٤ .

(٢) تفسير المنار ، ج ٣ ، ص ١٣٤ .



والإشهاد على كل دين ، صغيراً كان أو كبيراً ، مما يوقع الناس في الحرج والضيق ، كما يشهد بذلك الحس ، وينطق به الواقع ، ألا ترى البدالين وأرباب المتاجر الذين يعقدون في كل يوم ما لا يحصى من صفقات المداينة ، وقد يكونون ممن لا يعرف الكتابة ، ولا يسهل عليهم استحضار من يكتب لهم أو يشهد ، أليس في إلزام هؤلاء ، ومن في حكمهم ، الكتابة والإشهاد ، حرج ومشقة ؟ إن إنكار هذا مكابرة ومخالفة للواقع .

ولاشك في أن ما ذهب إليه الجمهور هو الأقرب إلى روح الشريعة السمحة ، فإن الله سبحانه وتعالى لم يشرع الكتابة وأخواتها إلا لمصلحة الدائن في الأكثر ، فهو بالخيار في أن يكتب إذا خاف الجحود ، أو خشي النسيان . وذلك ما ندبه الشارع إليه قطعاً للنزاع ، وأن لا يكتب إذا دأب أميناً مليئاً ، وكان مطمئناً على حقه ، وصاحب الحق أدري بما يكون فيه صلاح حاله .

### التوثق بالكفالة

أجمع المسلمون على جواز الكفالة في الجملة ، مستنديين في ذلك إلى قوله تعالى : ﴿ ولئن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾ ، والزعيم هو الكفيل ، كما قال ابن عباس ، وإلى ما رواه أبو داود والترمذي أن النبي ﷺ قال : « الزعيم غارم » ، وغير ذلك من الأحاديث الكثيرة التي تثبت مشروعية الكفالة .

ولما كنا بصدد الكلام على الكفالة بالدين ، فسنجعل بحثنا فيها قاصراً على المواضيع الآتية :

- ١ - بيان ما يفيدته عقد الكفالة شرعاً ؛
- ٢ - بيان الديون التي تصح الكفالة بها والتي لا تصح ؛
- ٣ - بيان الآثار المترتبة على الكفالة بالدين ؛

- ٤ - بيان حكم تعدد الكفلاء ؛  
٥ - بيان الأسباب الموجبة لبراءة الكفيل .

### ١ - ما يفيد عقد الكفالة شرعاً

اختلف الفقهاء فيما يفيد عقد الكفالة . فذهب المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية إلى أن الكفالة تفيد ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه في التزام الدين ، فيثبت الدين في ذمتها معاً ، ويكون كل منهما مديناً ومطالباً للدائن .

وذهب أكثر الحنفية إلى أنها تفيد ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه ، في التزام المطالبة ، لا في الدين . فالذي يلتزمه الكفيل إنما هو المطالبة فقط ، بخلاف الأصيل ، فإنه ملتزم للدين والمطالبة معاً .

وذهب ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو ثور وابن حزم إلى أنها تنقل الدين من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل ، كالحوالة ، فلا سبيل للدائن على المكفول عنه بعد الكفالة<sup>(١)</sup> .

### الأدلة

احتج القائلون بأن الكفالة تفيد نقل الحق من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل بالمنقول والمعقول . أما المنقول فأولاً : مارواه أحمد وأبو داود والنسائي والدارقطني وابن حبان والحاكم عن جابر قال : " توفي رجل ، فغسلناه وحنطناه وكفناه ، ثم أتينا به النبي ﷺ ، فقلنا : تصلي عليه ، فخطا خطوة ، ثم قال : أعلية دين ؟ قلنا : ديناران ، فانصرف ، فتحملها أبو قتادة ، فأتيناها فقال

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٣٨٨ : الخرشي ، ج ٦ ، ص ٢١ : مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ١٩٨ ؛ المغني لابن قدامة ، ج ٥ ، ص ٧٠ : المحلى ، ج ٨ ، ص ١١٢ .

أبو قتادة : الديناران علي ، فقال النبي ﷺ : قد أوفى الله حق الغريم ، وبرئ منه الميت . قال : نعم ، فصلى عليه ، ثم قال بعد ذلك بيوم : ما فعل الديناران ؟ قال : إنما بات أمس ، قال : فعاد إليه من الغد ، فقال : قد قضيتهما ، فقال النبي ﷺ : الآن بردت عليه جلده " (١) .

وطريق الدلالة في هذا الحديث من وجهين :

أحدهما أن رسول الله ﷺ قد امتنع عن الصلاة على الميت قبل ضمان أبي قتادة لما عليه ، ثم صلى عليه بعد الضمان ، فدل هذا على أن الحال بعد الضمان غيره قبل الضمان ، فلو لم يسقط الدين بمجرد الضمان لكانت الحال واحدة قبل الضمان وبعده ، ولما كان ثم داعٍ إلى الامتناع عن الصلاة قبله وفعلها بعده .

ثانيهما أن قول الرسول ﷺ : " وبرئ منه الميت " صريح في براءة ذمة الميت بمجرد الضمان ، من غير توقف على أداء الضامن .

ويمكن أن يناقش هذان الوجهان ، فيقال في الأول إن امتناع الرسول عن الصلاة قبل الضمان ، ثم الصلاة بعده ، يفيد تغاير الحالين حقاً ، ولكن لا يفيد أن ذلك التغاير إنما حصل بخصوص براءة المدين ، لم لا يجوز أن يكون ذلك بأنه بالضمان قد صار وفاء الدين ووصوله إلى صاحبه محققاً ، بعد أن كان قبل الضمان ميؤوساً منه ، وذلك كافٍ في التغاير بين الحالين ، ومسوخ للصلاة عليه بعد الامتناع عنها .

ويقال في الثاني إن قوله عليه السلام : " وبرئ منه الميت " ليس المراد منه أن الميت قد برئ الآن بالفعل ، بل المراد أنه في طريق البراءة من الدين بالأداء ، ألا ترى أن الرسول عليه السلام قد أخبر قبل ذلك بوفاء حق الغريم ، ولم يحصل وفاء بعد ؟

(١) نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ٢٠٢ ، المغني ، ج ٥ ، ص ٨١ .

ويدلنا على هذا ما جاء في آخر الحديث من قوله ﷺ ، بعد أن أخبر بالأداء : " الآن بردت عليه جلده " فإنه لو كان مجرد الضمان ناقلاً للدين ، من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل ، لبردت عليه جلده بمجرد الضمان ، من غير توقف على الأداء .

واحتجوا ثانياً بما رواه الدارقطني والبيهقي عن أبي سعيد قال : « كنا مع رسول الله ﷺ في جنازة ، فلما وضعت قال : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا : نعم ، درهمان ، قال : صلوا على صاحبكم ، فقال علي : يارسول الله هما علي ، وأنا لهما ضامن ، فقام يصلي ، ثم أقبل على علي فقال : جزاك الله عن الإسلام خيراً ، وفك رهانك ، كما فككت رهان أخيك ، مامن مسلم فك رهان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامة » <sup>(١)</sup> . ووجه الدلالة في الحديث أن الرسول عليه السلام قد أخبر بأن المدين قد فك رهانه بمجرد الضمان ، ولا يفك رهانه إلا براءة ذمته من الدين . فدل هذا على أن الحق ينقل من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل بالضمان .

ونوقش هذا الحديث بأنه لا يصلح للاحتجاج به لضعف أسانيده ، كما قال المحافظ ، وقد اعترف ابن حزم نفسه بعدم صحته <sup>(٢)</sup> .

وعلى فرض صحته ، فهو لا يثبت المدعى ، لاحتمال أن يكون المراد من قوله عليه السلام : « فككت رهان أخيك » ، أنه بالضمان قد فكه من الاحتباس عن صلاة الرسول ﷺ عليه ، لا أنه قد فك رهانه من الدين بالضمان <sup>(٣)</sup> .

واحتجوا ثالثاً بأن الدين واحد ، فإذا صار في ذمة ثانية برئت منه الذمة

(١) نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ٢٠٢ : المغني ، ج ٥ ، ص ٨١ .

(٢) المحلى ، ج ٨ ، ص ١١٥ .

(٣) المغني ، ج ٥ ، ص ٨٢ .

الأولى ، قياساً على الحوالة ، بجامع أن كلاً منهما عقد توثق<sup>(١)</sup> .

ويجاب عن هذا بأنه قياس مع الفارق ، لأن الكفالة تنبئ عن الضم ، أما الحوالة فإنها تنبئ عن النقل والتحويل ، ولو كان الحق ينتقل بالكفالة لما كان هناك فرق بينها وبين الحوالة في المفهوم ، مع أنهما متغايران مفهوماً ، لأن اختصاص كل منهما باسم يدل على تغاير مفهوميهما ، إذ تغاير الأسماء دليل على تغاير المعاني في الأصل .

واحتجوا رابعاً بأنه من المحال المتنع أن يكون مال واحد معدود محدود واجباً كله في ذمة شخص ، وهو بعينه وفي الوقت نفسه واجب في ذمة شخص آخر ، ولو كان هذا جائزاً لكان لصاحب الدين أن يأخذ كلاً منهما بجميع الدين ، فيحصل له العدد مضاعفاً ، ولما برئ أحدهما عن الدين بأداء الآخر ، لأن المؤدي إنما أدى عن نفسه ما لزمه ، ولم يقل أحد بذلك<sup>(٢)</sup> .

ويتجه على هذا أنه لا يقوم حجة في وجه من يقول إن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في التزام المطالبة لا الدين ، لأن الدين عنده لم يقم إلا في محل واحد ، وهو ذمة الأصيل .

وأما من يقول بثبوت الدين في ذمة الكفيل أيضاً ، فله الانفصال عنه بأنه لا استحالة في قيام الدين بمحلين ، إذ ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبار الشرعية ، فيجوز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين ، والممتنع إنما هو ثبوت العين في زمن واحد في محلين حقيقيين .

وأما قولهم : لو ثبت الدين في ذمة كل واحد منهما لاستوفاه صاحبه مضاعفاً ، ولما سقط عن أحدهما بأداء الآخر ، فالجواب عنه أنه ليس من ضرورة

(١) المحلى ، ج ٨ ، ص ١١٤ .

(٢) المحلى ، ج ٨ ، ص ١١٤ ، المغني ، ج ٥ ، ص ٨٢ .

ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقاءه في ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق الطالب ، لأن الدين وإن ثبت في ذمة الكفيل ، إلا أن الاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما ، وذلك كالغاصب مع غاصب الغاصب ، فإن كلاً منهما ضامن للقيمة ، وليس للمالك أن يستوفي إلا من أحدهما ، فإذا استوفى من أحدهما برئ الآخر <sup>(١)</sup> .

واحتمج القائلون بأن الكفالة تفيد ضم الذمة إلى الذمة ، وليست موضوعة للنقل بما يأتي :

أولاً - حديث جابر الذي استدل به الأولون ، ومنسأط الدلالة فيه قول النبي ﷺ ، بعدما أخبره أبو قتادة بالأداء : « الآن بردت عليه جلده » ، فإنه ظاهر في أن ذمة المدين ظلت مشغولة بالدين بعد الضمان ، ولم تبرأ منه إلا بالأداء .

وقد ناقش ابن حزم الجمهور فقال : إن قوله عليه السلام ، بعدما أخبر بالأداء : « الآن بردت عليه جلده » ليس فيه متمسك لكم ، لاحتمال أن يكون التبريد الذي حصل للميت إنما هو تبريد زائد دخل عليه حين القضاء عنه ، لا أنه كان قبل ذلك في حرّ ، كما تقول : لقد سرنى فعلك ، وإن لم تكن قبل ذلك في همّ ولا حزن ، كما يحتمل أن يكون المدين قد مظل وهو غني ، فحصل منه الظلم ، ثم غفر الله له ذلك الظلم ، بالقضاء عنه <sup>(٢)</sup> .

وأنت ترى أن هذا خروج باللفظ عما يتبادر منه إلى الفهم ، فإن المتبادر منه أن التبريد قد حصل له بسبب القضاء عنه ، بعد أن كان في حرّ قبله لبقاء الحق في ذمته .

وأما احتمال أن يكون الحرّ قد حصل للميت بسبب المظل السابق فينفيه

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ١١٠ .

(٢) المحلى ، ج ٨ ، ص ١١٥ .

سياق الحديث ، فإن الرسول عليه السلام قد سأل عما إذا كان على الميت دين أو لا ، ولم يسأل عما إذا كان مظل وهو غني أو لم يظل ، فدل هذا على أن الحرّ الذي كان فيه إنما هو بسبب انشغال ذمته بالدين ، لا بسبب المظل السابق .

واحتجوا ثانياً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال : " نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه " ، فقد أفاد الحديث بقاء الحق في ذمة المدين إلى أن يقضى عنه ، من غير فرق بين أن يكون بالدين كفيلاً أو لا <sup>(١)</sup> .

ويمكن أن يناقش هذا بأن غاية ما يفيدته الحديث أن نفس المدين معلقة إلى حين القضاء ، ونحن نقول : إن المكفول عنه غير مدين ، بل يخرج بمجرد الكفالة عن أن يكون مديناً ، فيكون بمنأى عن الحديث .

واحتجوا ثالثاً بأن الكفالة في اللغة تنبئ عن الضم ، فوجب أن يكون مفادها شرعاً ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه ، لأن المعاني الشرعية تكون على وفق المعاني اللغوية <sup>(٢)</sup> . هذا ما ذكره العلماء في هذه المسألة استدلالاً ورداً ، ومنه يتبين أن مذهب القائل بنقل الدين من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل لم يسلم له دليل ، وأن مذهب القائل بأنها موضوعة لضم ذمة إلى ذمة أخرى قد سلم له الاستدلال بحديث أبي قتادة رضي الله عنه ، كما سلم له الاستدلال بالمعقول .

والآن بقي علينا أن نتكلم في أن هذا الضم يكون في الحق أو في المطالبة . فأكثر الحنفية على أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة أخرى في التزام المطالبة فقط . ويرى المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية أن الكفالة تفيد ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه في التزام الدين ، فهو ثابت في ذمتهما معاً .

(١) المغني ، ج ٥ ، ص ٨٣ .

(٢) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٠ .

وحجة الأولين أن في ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق المطالب ، وهو ما لا يجوز .

ودفع هذا بأن الدين وإن ثبت في ذمة الكفيل إلا أن الاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما ، نظير مسألة الغاصب مع غاصب الغاصب ، فإن كلاً منهما ضامن لقيمة المغصوب ، وليس للمالك حق إلا في أخذ قيمة واحدة ، فإذا استوفاهما من أحدهما برئ الآخر .

وحجة الآخرين دلالة الإجماع ، حيث اتفق القائلون بأن الكفالة موضوعة للضم على أن الدائن لو ذهب الدين ، أو اشترى به شيئاً من الكفيل ، كان ذلك صحيحاً ، فدل هذا على أن ذمة الكفيل مشغولة بالدين أيضاً ، لأن هبة الدين والشراء به من غير من عليه الدين لا يجوز .

وأجيب عن ذلك من قبل الأولين بأن صحة الهبة والشراء من الكفيل ليس مبناهما على أن الكفيل مدين حقيقة ، بل مبناهما على أنه مدين في الحكم ، وإنما جعل مديناً في الحكم ضرورة تصحيح تصرف صاحب الحق ، وقبل وقوع التصرف لضرورة ، فلا داعي لجعل الكفيل مديناً<sup>(١)</sup> .

هذا هو كل ما يمكن أن يوجه به ما ذهب إليه كل فريق في هذه المسألة ، وأنت ترى أنه ليس بيد أحدهما ما يعتمد عليه من كتاب أو سنة أو قياس ، بل كل ما هناك ادعاء أحد الفريقين وجود المانع الشرعي من ثبوت الدين في ذمة الكفيل حال بقائه في ذمة الأصيل ، واستناد الفريق الآخر إلى فروع فقهية يظهر من الحكم فيها أن الدين ثابت في ذمة الكفيل أيضاً .

وقد رد كل فريق دليل الآخر كما رأيت . وببدو لي - والله أعلم - وجهة ما ذهب إليه الفريق الثاني ، لأن الجميع متفقون على أن الكفيل مجبر على أداء

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٣٩٠ .



الدين ، وعلى أنه يحبس فيه ، وعلى حلول الدين في ماله بموته ، وعلى صحة الهبة والشراء به منه ، وحيث كان الأمر كذلك فإنه لا معنى للقول بأنه غير مدين ، على أنه ليس لهذا الخلاف أثر عملي يظهر حين التطبيق ، اللهم إلا ما ذكره ابن نجيم في البحر الرائق : " أن الكفيل لو حلف أن لا دين عليه يحنث ، عند القائلين بشبوت الدين في ذمته ، ولا يحنث ، عند القائلين بشبوت المطالبة لا الدين " .

وهذه كما ترى مسألة بعيدة عن مسائل الكفالة .

## ٢ - الديون التي يصح ضمانها والتي لا يصح

يرى الناظر في الكتب الفقهية في المذاهب الأربعة أن الفقهاء جميعاً يقولون بصحة ضمان الدين في الجملة ، غير أنهم يختلفون فيما يصح ضمانه من الديون ، فبعضهم يتوسع فيما يضمن منها ، وبعضهم يتضيق ، محتجاً كل منهم بما ثبت لديه من دليل .

ونحن نورد هنا مذاهب الأئمة ، ونستخلص منها ما هو محل اتفاق ، وما هو محل خلاف .

يشترط الحنفية في الدين كي تصح به الكفالة شرطين ، أحدهما متفق عليه ، والآخر مختلف فيه :

أما الأول فهو أن يكون ديناً صحيحاً ، وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء أو بفسخ سبب الوجوب ، فلا يصح ضمان الديون التي ليست صحيحة كالتفقات الماضية ، إذا لم تكن مقررة بقضاء أو رضا ، لأنها تسقط بمضي الزمن ، وكبدل الكتابة ، لأنه يسقط بتعجيز المكاتب نفسه .

وكذا لا يصح ضمان ما ليس ديناً على الحقيقة ، كالدية على العاقلة ، لأن وجوبها لم يكن بدلاً عن شيء آخر ، وإنما وجبت بطريق المعاونة والمساعدة للقاتل ،

وكذا سائر الديون التي تجب حقاً لله سبحانه وتعالى ، كالزكاة والנדور والكفارات، لأنها ليست ديوناً على الحقيقة كما بينا .

وقد استثنى الحنفية من هذا الشرط طرداً وعكساً ديوناً ثلاثة :

**الأول :** الدين المشترك بين اثنين ، فإنه وإن كان ديناً صحيحاً ، لا يصح لأحد الشريكين أن يضمه لشريكه الآخر ، فلو اشترى شخص من تاجرين شريكين سلعة بعشرين جنيهاً ، فإنه لا يصح لأحد الشريكين أن يضمن المشتري في الثمن ، لأنه إن ضمنه مع بقاء الشركة بأن ضمنه في نصف شائع كان ضامناً لنفسه ، لأنه ما من جزء يؤديه المشتري أو الكفيل من الثمن إلا وهو مشترك بينهما ، وإن ضمنه في نصف صاحبه بدون شيع كان معناه قسمة الدين قبل قبضه ، وهي لا تجوز عندهم .

**الثاني :** بدل السعاية ، فإنه دين صحيح ، ومع ذلك منع الإمام أبو حنيفة ضمانه ، وقد خالفه في ذلك أبو يوسف ومحمد ، واختلافهم هنا راجع إلى اختلافهم في المستسعي . فعند الإمام أبي حنيفة حكمه حكم الرقيق ، حتى لا تقبل شهادته ، ولا يتزوج أكثر من اثنتين ، فيكون دينه ثابتاً مع المنافي ، فلا تصح به الكفالة . وعندهما هو حر مديون ، فتصح الكفالة بما عليه .

**الثالث :** النفقة الماضية ، إذا كانت مقررة ، ولم تكن مستدانة ، فإنها دين غير صحيح ، لسقوطها بالموت والطلاق ، ومع ذلك فقد جوزوا الكفالة بها استحساناً .

أما الشرط الثاني ، وهو المختلف فيه ، فهو أن لا يكون الدين على ميت مفلس ، وليس به كفيل سابق ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد وزفر والأئمة الثلاثة : يجوز ضمان دين الميت المفلس ، سواء أكان به كفيل سابق أم لم يكن .

ولم يشترط الحنفية وراء ذلك شيئاً من الشروط ، فأجازوا ضمان الدين المجهول في الصفة أو في القدر أو في الجنس ، كما إذا قال شخص لآخر : أنا ضامن لما لك على فلان ، وكان يجهل ما على فلان هذا ، فإن الضمان يكون صحيحاً . وكذا أجازوا ضمان الدين الموعود ، كأن يقول شخص : من ردّ إليّ ضالتي فله عشرة جنيهاً ، كما يجوز ضمان النفقة المستقبلية ونحو ذلك (١)

وقال المالكية والحنابلة : كل دين لازم أو يؤول إلى اللزوم في المستقبل يصح ضمانه ، ومثال اللازم بدل القرض والأجرة وأرش الجناية وبدل المتلف وثن البيع بعد مدة الخيار ، ومثال ما يؤول إلى اللزوم ثمن المبيع في مدة الخيار والمجمل قبل الفراغ من العمل ونحو ذلك ، فكل هذه الديون يصح ضمانها ، سواء أكانت معلومة أم مجهولة ، وسواء أكانت على ميت مفلس أم على غيره ، وسواء وجد سبب وجوبها كنفقة ما بعد اليوم للزوجة أو لم يوجد كضمان ما سيقرضه لفلان مثلاً .

أما إذا لم يكن الدين لازماً ، ولا مآله إلى اللزوم ، فإنه لا يصح ضمانه ، وذلك كدين الصبي بغير إذن وليه ، ودين الرقيق بغير إذن سيده ، ودين الكتابة (٢) .

ومما تقدم يظهر لك أن مذهب المالكية والحنابلة كمذهب أبي يوسف ومحمد وزفر من الحنفية .

أما الشافعية فمذهبهم أضيق المذاهب في هذا الباب ، فهم يشترطون في الدين الذي يصح ضمانه شروطاً ثلاثة :

(١) فتح القدير . ج ٥ ، ص ٤٠٢ : البدائع ، ج ٤ ، ص ٩ : البحر الرائق ، ج ٦ ، ص ٢٣٥ - ٢٣٧ : ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٢٧٤ - ٢٧٦ .

(٢) الخرشبي ، ج ٦ ، ص ٢٤ - ٢٥ : المغني ، ج ٥ ، ص ٧٢ - ٧٦ .

**الشرط الأول :** أن يكون الدين ثابتاً حال العقد ، فلا يصح ضمان ما لم يجب بعد ، سواء جرى سبب وجوبه ، كنفقة ما بعد اليوم للزوجة وخادماها ، أو لم يجز كضمان ما سيقرضه لفلان .

وقد استثنى الشافعية من ذلك ضمان الدرك بعد قبض الثمن ، وهو أن يضمن شخص الثمن للمشتري إذا استحق المبيع ، فقالوا بصحته مع أن الدين غير ثابت حال عقد الكفالة ، وعللوا ذلك بأن الحاجة قد تدعو إلى معاملة الغريب ، وبخاف أن يظهر ما يبيعه مستحقاً ، ولا يظفر به ، فاحتجج إلى التوثق به .

**الشرط الثاني :** أن يكون الدين لازماً أو آيلاً للزوم بنفسه .

وبناءً على هذا الشرط قالوا : لا يصح ضمان بدل الكتابة ، لأنه دين غير لازم ، ولا يؤول إلى اللزوم . وكذا الجعل في الجعالة قبل الفراغ من العمل ، ولو بعد الشروع فيه ، لأنه لا يؤول إلى اللزوم بنفسه ، بل بالعمل ، بخلاف الثمن في مدة الخيار ، فإنه يؤول إلى اللزوم بنفسه ، فيصح ضمانه .

**الشرط الثالث :** أن يكون الدين معلوم الجنس والقدر والصفة ، فلو جهل شيء من ذلك لا يصح الضمان ، فلو قال شخص لآخر : ضمنت مالك على زيد ، لم يصح ، وكذا لو قال : ضمنت لك العشرين التي عند زيد ، ولم يبين جنسها ولا صفتها ، أو قال : ضمنت لك العشرين جنيهاً ، ولم يبين صفتها ، كمصرية أو إنجليزية ، مثلاً ، فإنه لا يصح .

واستثنوا من ذلك إبل الدية ، فقالوا بصحة ضمانها ، ولو كانت مجهولة الصفة ، لأنه اغتفر ذلك في إثباتها في ذمة الجاني ، فيغتفر في الضمان تبعاً له <sup>(١)</sup> .

(١) مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ٢٠٠ - ٢٠٢ .

## خلاصة

يستخلص مما تقدم أن الفقهاء متفقون على ما يأتي :

**أولاً :** صحة ضمان الدين الثابت حال عقد الضمان ، إذا كان معلوماً لازماً أو آيلاً إلى اللزوم بنفسه أو لم يكن على ميت مفلس ، وليس به كفيل سابق ؛

**ثانياً :** عدم صحة ضمان الدين الذي ليس بلازم ، ولا آيل إلى اللزوم .

ويختلفون في ضمان بعض الديون وأهمها ما يأتي :

**أولاً :** دين الميت المفلس الذي ليس به كفيل سابق ؛

**ثانياً :** الدين الذي لم يثبت بعد ، كضمن ما سيبيعه أو سيقرضه ؛

**ثالثاً :** الدين المجهول .

وستكلم على كل دين من هذه الديون الثلاثة بكلمة على حدة ، نبين فيها وجهة نظر الفقهاء ، ونوازن بين تلك الجهات .

### أولاً - ضمان دين الميت المفلس

يرى الإمام أبو حنيفة أن دين الميت المفلس الذي ليس به كفيل سابق لا تصح الكفالة به . وذهب الأئمة الثلاثة وأبو يوسف ومحمد وزفر والظاهرية وأكثر أهل العلم إلى صحة الكفالة به .

وحجة أبي حنيفة أن الكفالة عن الميت المفلس كفالة بدين ساقط ، والكفالة بالدين الساقط لاتصح ، أما إنها كفالة بدين ساقط فلأن الموت على الوصف الذي ذكرنا موجب لسقوط الدين لأمرين :

**الأول :** أن الدين في الحقيقة فعل ، هو التسليم أو التملك ، والدليل على ذلك وصفه بالوجوب ، حيث يقال : دين واجب ، كما يقال : صلاة واجبة ، ولايوصف بالوجوب إلا الفعل ، والفعل يقتضي القدرة عليه بالنفس ، أو بالخلف ، وقد انتفت القدرة عليه بالنفس بسبب الموت ، وكذلك بالخلف لانتفاء الكفالة السابقة على الموت كما هو فرض المسألة ، ومتى انتفت القدرة سقط الدين ضرورة ، لأنه لا تكليف مع العجز عن الفعل بالاتفاق .

**الثاني :** أن الموت سبب في ضعف الذمة ضعفاً يخرجها عن أن تكون محلاً للدين بالنسبة للأحكام الدنيوية ، والكفالة من الأحكام الدنيوية ، لأن المقصود بها التوصل إلى الدين في دار الحياة ، وإذا خرجت الذمة بالموت عن المحلية سقط الدين ضرورة ، لأن الشيء لايبقى بعد زوال محله <sup>(١)</sup> .

واحتج الجمهور بالمنقول والمعقول ، أما المنقول فما رواه البخاري عن سلمة بن الأكوع قال : كنا عند النبي ﷺ ، فأتي بجنازة ، فقالوا : يا رسول الله ، صلّ عليها ، قال : هل ترك صاحبكم شيئاً ؟ قالوا : لا ، قال : هل عليه دين ؟ قالوا : ثلاثة دنانير ، قال : صلوا على صاحبكم ، فقال أبو قتادة : صلّ عليه يارسول الله ، وعليّ دينه ، فصلّى عليه .

وفي رواية للنسائي وابن ماجه : فقال أبو قتادة : أنا أتكفل به <sup>(٢)</sup> . قالوا : فهذا أبو قتادة يتكفل بدين على ميت مفلس ، وليس به كفيل سابق بحضرة

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤١٩ ، تيسير التحرير ، ج ٢ ، ص ٤٤٨ .

(٢) نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ٢٠١ ، المغني ، ج ٥ ، ص ٧٣ ، إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٢٣ .

رسول الله ﷺ ، ويقره على ذلك ، ليكون دليلاً واضحاً على صحة الكفالة عن الميت المفلس .

أما المعقول فقالوا : إن هذه كفالة بدين صحيح ثابت في ذمة المكفول عنه ، وكل كفالة هذا شأنها فهي جائزة . أما إنها كفالة بدين صحيح فلأن هذا هو المفروض ، وأما إنها بدين ثابت فلما يأتي :

١- أن الدين قد وجب في حياة المدين لحق الدائن ، وما وجب لحقه لا ينتفي إلا بالإبراء منه ، أو بالأداء ممن عليه ، أو بفسخ سبب الوجوب ، ولم يوجد شيء من ذلك ، فوجب القول بلقائه بعد الموت .

٢- أن هذا الدين لو تبرع إنسان بأدائه جاز للدائن أن يأخذه من المتبرع ، ولو كان الموت مسقطاً له لما حل للدائن أخذه .

٣- أنه لو كان هناك كفيل بالدين قبل موت المدين مفلساً لبقيت الكفالة بعد الموت ، ولو كان الموت مسقطاً للدين لبطلت الكفالة ، لأن براءة الأصيل موجبة لبراءة الكفيل <sup>(١)</sup> .

ونوقش ما استدل به لأبي حنيفة على سقوط الدين بالموت بأنا لانسلم أن حقيقة الدين هي الفعل ، وإنما هي الوصف القائم بالذمة ، كما صُرح بذلك في كتب المذهب ، واعتمده مشايخ الحنفية ، حتى بنوا على ذلك قاعدتهم المشهورة : "الديون تقضى بأمثالها" ، ووصفه بالوجوب لا يدل على أن حقيقته الفعل ، لأن هذا الوصف إنما هو باعتبار أنه محل لتعلق فعل الأداء أو التسليم به ، نظير ذلك قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ﴾ الآية ، فإن التحريم

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤١٩ ؛ تيسير التحرير ، ج ٢ ، ص ٤٤٩ ؛ إعلام الموقعين ، ج ٢ ، ص ٢٤ .

في الآية قد أضيف إلى الأمهات ، وما عطف عليه ، وهي ليست بأفعال ، غير أنها لما كانت محلاً للفعل ، وهو النكاح ، صح إضافة التحريم إليها ، فكذلك الدين لما كان يتعلق به الفعل ، وهو الأداء أو التسليم ، صح وصفه بالوجوب بهذا الاعتبار .

فإن قيل إن المراد من قول أبي حنيفة : الدين فعل ، هو أن المقصود المهم من الدين أداؤه إلى صاحبه ، وليس المراد أن الفعل هو حقيقة الدين ، بل حقيقته الوصف القائم بالذمة ، وهذا الأداء لا يتصور من الميت ، فوجب القول بسقوط الدين ضرورة استحالة المقصود منه وعجز المدين عما كلف به .

فالجواب أن عجز المدين عن الأداء إنما يستلزم سقوط الدين إذا كان المقصود من الأداء هو تحصيله والإتيان به من المدين نفسه ، وليس كذلك ، بل المقصود من الأداء وصول الحق لصاحبه ، بقطع النظر عن خصوص الفاعل مراعاةً لحق الدائن ، وحفظاً لماله من الضياع .

ويتجه عليه في مستنده الثاني أن القول بخروج الذمة عن المحلية بالموت دعوى مجردة عما يثبتها من المنقول أو المعقول ، بل هي مصادمة للمنقول عن الرسول ﷺ في قصة أبي قتادة التي ذكرناها في أدلة القائلين بصحة الكفالة .

وقيل للجمهور في استدلالهم بالحديث : إنه لا يثبت مدعاكم لأمرين :

**الأول :** أنه يحتمل أن يكون عدة بالأداء ، وليس من باب الكفالة ، ويدل على ذلك أن الدائن مجهول ، والكفالة لاتصح مع جهالة المكفول له بالاتفاق .

**الثاني :** أنه يحتمل أن يكون إخباراً عن كفالة سابقة ، وليس إنشاءً لكفالة

جديدة<sup>(١)</sup> .

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٢٠ ؛ تيسير التحرير ، ج ٢ ، ص ٤٤٩ - ٤٥٠ .



والجواب أن هذين الاحتمالين مردودان ، أما الأول فلأن الحديث صريح في الكفالة ، فقد جاء فيه : " أنا أتكفل به " ، وليس في الحديث ما يدل على جهالة المكفول له ، بل فيه إشارة إلى كونه معلوماً ، لأن معرفتهم لمقدار الدين تبعد عن معرفتهم للدائن ، وأما الثاني فيبطله ما ورد في بعض الروايات من قول أبي قتادة : " أنا أتكفل به " ، لأنه صريح في الإنشاء لا يحتمل الإخبار بما مضى .

وقد أجيب من جهة المستدلين لأبي حنيفة عن معقول الجمهور بأن بطلان الدين إنما هو في حق الميت لا المستحق ، لأن الموت يخرج من قام به عن المحلية ، والمتبرع لا يعتمد قيام الدين في ذمة المدين ، بل يكفي فيه بقاؤه في حق المستحق ، فيحل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير ، وأما عدم بطلان الكفالة السابقة بالموت فلأن ذمة الكفيل خلف عن ذمة الميت ، فلا تبطل ذمته بالموت ، وما دامت ذمته لم تبطل يبقى الدين قائماً في حقه ، فيبقى في حق الكفيل كذلك <sup>(١)</sup> .

ومهما يكن من شيء ، فإن الإمام أبا حنيفة لم يسلم له ما يثبت مدعاه ، وما قاله المدافعون عن رأيه في تخريج الفروع التي ذكرها الجمهور لزمانه لا يضرهم في شيء لأن هذه التخريجات على فرض تسليمها لا تطعن في دلالة الحديث على مدعى الجمهور ، بعد سلامته ووضوح دلالاته .

### ثانياً - ضمان الدين الذي سيجب في المستقبل

اختلف العلماء في ضمان الدين الذي لم يجب بعد ، كنفقة ما بعد اليوم للزوجة ، والجعل قبل الشروع في العمل ، والقرض الموعد .

فذهب الشافعي في الجديد إلى عدم صحة ضمانه ، وذهب الأئمة الثلاثة

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٢٠ ؛ تيسير التحرير ، ج ٢ ، ص ٤٥٠ .

إلى صحة الضمان .

احتج الشافعي أولاً : بأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين ، فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء ، فلا ضم فيه ، فلا يتحقق التصرف ضمناً<sup>(١)</sup> .  
وثانياً : بأن الضمان وثيقة بالحق ، فلا يسبقه كالشهادة<sup>(٢)</sup> واحتج الجمهور بالمنقول والمعقول .

أما المنقول فقولته تعالى : ﴿ ولئن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾ .

وجهة الدلالة فيه ، أن منادي العير قد ضمن الجعل لمن يرد صواع الملك ، والجعل لم يجب بعد<sup>(٣)</sup> .

أما المعقول فقالوا : إن الحاجة داعية إلى هذا النوع من التوثق ، فإن المقرض قد يمتنع عن الإقراض خشية التؤى ، والبائع قد يمتنع عن البيع بالثمن المؤجل خوف الإفلاس ، فيتعطل بسبب الامتناع كثير من معاملات الناس ، ويفوتهم كثير من المعروف ، فإذا وجد المقرض من يضمن له ماله قبل أن يقرضه ، ووجد البائع من يضمن له الثمن قبل أن يعقد الصفقة أقدم كل منهما على العقد وهو مطمئن على ماله ، واثق من استيفائه ، وإذا ثبت أن هذا النوع من الضمان قد تدعو إليه حاجة الناس فالشرع أحكم من أن يحظر على الناس ما هم في حاجة إليه .

وقد نوقش ما استدل به الشافعي بأنه أولاً معقول في مقابلة النص فلا يعمل به .

وثانياً : بأن الضمان وإن كان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين ، لا يشترط

(١) المغني ، ج ٥ ، ص ٧٢ .

(٢) مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ٢٠٠ .

(٣) المغني ، ج ٥ ، ص ٧٢ - ٧٣ .

في تحققة وجود الدين بالفعل ، بل يكفي في تحققة أن يضم الضامن ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه ، وأن ما يثبت في ذمة مضمونه يثبت في ذمته <sup>(١)</sup> .

أما قياس الضمان على الشهادة فقياس مع الفارق ، لأن سبق الشهادة على ثبوت الحق غير مفيد ، ولا حاجة إليه ، بخلاف الضمان .

ويمكن أن يناقش الجمهور بأن الاستدلال بالآية لا يستقيم إلا على رأي من يقول : شرع من قبلنا شرع لنا ، أما من يقول : ليس شرعاً لنا - وهم أكثر العلماء - فلا يصح الاستدلال بالآية الكريمة .

ويجاب عن ذلك بأن جمهور الحنفية والمالكية والشافعية على الرأي الأول <sup>(٢)</sup> . فالآية حينئذٍ تصلح حجة على الشافعية . ولا يسع الناظر فيما تجري عليه أمور الناس في معاملاتهم ، وما تتطلبه الحاجات العملية في الحياة، إلا أن يحكم بأمر التوثق ، كما أنه قد تدعو إليه الحاجة بعد وجود الحق، فهو أيضاً تدعو إليه الحاجة قبل ثبوت ذلك الحق ، إذا كان بسبيل الوجود فيجوز هنا ، كما جاز في الأول ، وهذا هو ما أفادته الآية الكريمة ، وسلم به الشافعية في ضمان الجعل في أحد الوجهين عندهم ، وقد أجمع العلماء على صحة ضمان الدرك - والضمن غير واجب حال عقد الضمان - وكفى بهذا الإجماع حجة على ضمان ما لم يجب بعد .

(١) المغني ، ج ٥ ، ص ٧٢ .

(٢) تيسير التحرير ، ج ٣ ، ص ١٣١ .

## ثالثاً - ضمان الدين المجهول

يرى الشافعي في الجديد والثوري وابن أبي ليلى والليث بن سعد وابن المنذر أن ضمان الدين المجهول لا يصح ، سواء أكان مجهولاً في الجنس أم في القدر أم في الصفة . ويرى الأئمة الثلاثة أبو حنيفة ومالك وأحمد جواز ضمان المجهول وهو رأي الشافعي في القديم .

احتج الأولون بقياس الضمان على البيع ، بجامع أن كلاً منهما يثبت مالاً في الذمة لأدومي ، فكما لا يصح البيع مع جهالة الثمن ، فكذا لا يصح الضمان مع جهالة المضمون به <sup>(١)</sup> .

واحتج الآخرون بما يأتي :

أولاً : قوله تعالى : ﴿ ولئن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾ ، وجهة الدلالة أن منادي العير قد ضمن حمل بعير ، وهو غير معلوم ، لأن حمل البعير يختلف باختلافه <sup>(٢)</sup> .

ثانياً : دلالة الإجماع ، فقد أجمع العلماء على صحة ضمان الدرك ، وهو ضمان الثمن إن استحق البيع - وضمان الدرك من ضمان المجهول ، لجواز أن يظهر استحقاق البعض أو الكل . فدل هذا على جواز ضمان المجهول <sup>(٣)</sup> .

وقد ناقش كل من الطرفين ما استدلل به الآخر .

فقيل للشافعي ومن معه : إن قياس الضمان على البيع قياس مع الفارق ،

(١) مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ٢٠٢ ؛ المغني لابن قدامة ، ج ٥ ، ص ٧٢ .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٠٣ ؛ المغني ، ج ٥ ، ص ٧٢ .

(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٠٣ .

لأن البيع معاوضة محضة ، ومبناه على الماكسة والمشاحة ، فتفضي جهالة الثمن فيه إلى المنازعة ، بخلاف الضمان ، فإنه عقد تبرع ، ومبناه على التوسع والمساهلة ، فالجهالة فيه لاتفضي إلى النزاع ، ومن آثار التوسع فيه جوازه بشرط الخيار عشرة أيام ، بخلاف البيع <sup>(١)</sup> .

وقيل للجمهور : إن الآية لاتثبت مدعاكم لأمرين :

أما الأول فلأنه من الجائز أن يكون حمل البعير مقداراً مبيناً بالعرف ، كما يتعارف في بعض الأزمنة أن يكون حمل البعير كذا رطلاً ، فلاتكون الآية في ضمان المجهول .

وأما الثاني فلجواز أن يكون ما في الآية من باب العمالة ، لا من باب الضمان ، لأن منادي العير ضامن عن نفسه ، وهذا حال المستأجر ، لأنه ضامن للأجرة عن نفسه ، بحكم الإجارة لا الكفالة ، وضمان العمالة على هذا الوجه جائز ، كمن ند بعيره ، فقال : من جاء به فله كذا .

والدليل على أنه ليس من باب الكفالة ، بل من باب العمالة ، أن المكفول له في الآية مجهول ، ولا كفالة مع جهالته ، إلا في مسألة المريض ، إذا ضمن الورثة ما عليه من الدين .

وقد أجيب من قبل الجمهور عن الأول بأن احتمال أن يكون حمل البعير مقداراً مبيناً احتمال بعيد ، إذ لم تجر عادة الناس بذلك في مختلف الأزمنة والأمكنة ، وإن يكن ذلك متعارفاً في بعض الأزمنة فهو من الندرة بحيث لا يقوى على معارضة ما جرت عليه أعراف الناس في كافة العصور .

وأجيب عن الثاني بأن احتمال أن يكون ما في الآية من باب العمالة ،

(١) المصدر السابق .

وليس من باب الكفالة ، احتمال مردود ، لأن الزعيم حقيقة الكفيل ، فالحمل على العمالة خروج باللفظ عن حقيقته من غير ضرورة ، والمؤذن إنما نادى العير عن غيره وهو الملك ، فإن المعنى : إن الملك يقول لكم : " لمن جاء به حمل بعير " ، لأنه إنما نادى بأمره ، ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور ، لا عن نفسه .

فإن قيل : إن الآية اشتملت على جواز الضمان مع جهالة المضمون له ، وأنتم لاتقولون به ، قلنا : إنها اشتملت على أمرين : جواز الضمان مع جهالة المضمون له ، وجوازه مع جهالة المضمون به ، وقد علم انتساخ الأول ، بدلالة الإجماع على منعه مع جهالة المضمون له ، وهو لا يستلزم نسخ الآخر ، كما في حديث أبي قتادة ، فإنه دل على جواز الكفالة عن دين الميت المفلس ، وجوازه مع جهالة المكفول له وغيبته ، ثم قام الدليل على انتساخ أحدهما ، وهو جوازه مع غيبة المكفول له ، ولم يبق الدليل على انتساخ الآخر ، وهو الكفالة عن الميت المفلس <sup>(١)</sup> .

ولاشك أن إجماع العلماء على صحة ضمان الدرك أكبر حجة على صحة ضمان المجهول ، لأن ضمان الدرك ضمان مجهول ، وما علل به جوازه ، وهو حاجة الناس إليه ، موجود في غيره من صور ضمان المجهول .

وليس يخاف أن الضمان عقد تبرع لا يقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب ، فلا يبالي الضامن بما التزم في ذلك ، ويدل لذلك إقدامه بلا تعيين المقدار ، حين قال ما كان عليه فعلي . فكان مبناه أبداً على التوسع ، فتتحمل فيه الجهالة ، بخلاف البيع ، فإن مبناه على الماكسة والمساومة ، فلا تتحمل الجهالة فيه .

ومن هذا نرى أن مذهب الجمهور أولى بالقبول .

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٠٣ - ٤٠٥ .

### ٣ - الآثار المترتبة على الضمان

لضمان آثار عملية هامة تترتب عليه ، وهذه الآثار تظهر في علاقة المضمون له بكل من الضامن والمضمون عنه ، كما تظهر في علاقة الضامن بالمضمون عنه كذلك . وبعض هذه الآثار متفق عليه وبعضها مختلف فيه . ونحن نورد هذه الآثار ، ونبين ما في بعضها من خلاف :

**أولاً :** أن الضامن ملزم بحكم الضمان بأداء ما ضمنه لصاحب الحق ، لانعلم في هذا خلافاً . وهو الفائدة المنشودة من الضمان ، وقد دل عليه قول النبي ﷺ : " الزعيم غارم " .

**ثانياً :** أن الدائن يملك بحكم الضمان مطالبة الضامن متى شاء ، سواء تعذر عليه مطالبة المضمون عنه أم لم يتعذر . وهذا هو رأي أكثر أهل العلم ، وعن الإمام مالك في رواية ابن القاسم أن الدائن لا يملك مطالبة الضامن إلا إذا تعذر عليه مطالبة الأصيل ، بأن كان الأصيل معسراً أو غائباً مثلاً<sup>(١)</sup> .

وحجة الجمهور فيما ذهبوا إليه أن الحق ثابت في ذمة الكفيل ، كما هو ثابت في ذمة الأصيل . لأن ذلك هو موجب الكفالة ، إذ هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه ، في التزام الدين ، وإذا كان الحق ثابتاً في ذمة الكفيل كان للطالب أن يأخذه بذلك متى شاء قياساً على الأصيل<sup>(٢)</sup> .

ولالإمام مالك فيما ذهب إليه حجتان :

احدهما أن الضامن فرع ، والمضمون عنه أصل ، وقاعدة الشريعة أن الفروع والأبدال لا يصار إليها إلا عند تعذر الأصول ، كالتراب في الطهارة ، والصوم في

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٠٣ ؛ المغني ، ج ٥ ، ص ٨٢ ؛ المدونة الكبرى ، ج ١٣ ، ص ١١٦ ؛ أعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٢٩٧ .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٠٣ ؛ المغني ، ج ٥ ، ص ٨٣ .

كفارة اليمين ، وشاهد الفرع مع شاهد الأصل ، وقد أطرده هذا في ولاية النكاح واستحقاق الميراث ، لايلي فرع مع أصله ولايرث معه .

**والحجة الثانية** أن الكفالة توثقة وحفظ للحق ، فهي جارية مجرى الرهن ، ولكن ذاك رهن عين ، وهي رهن ذمة ، أقامها الشارع مقام رهن الأعيان ، للحاجة إليها واستدعاء المصلحة لها ، والرهن لايستوفى منه إلا مع تعذر الاستيفاء من الراهن ، فكذا الضمين <sup>(١)</sup> .

وقد نوقشت أدلة الفريقين :

ف قيل للجمهور : إن كون الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل ، في التزام الدين ، لايستلزم تمكين الدائن من مطالبة الكفيل ، قبل تعذر مطالبة الأصيل ، لأن الضم المأخوذ في المفهوم مشترك بين ضم يطالب معه الكفيل استقلالاً وبدلاً ، والأعم لايستلزم الأخص <sup>(٢)</sup> .

وهناك فرق بين الأصيل والكفيل ، فإن الأول قد ثبت الدين في ذمته أصالة ، والثاني قد ثبت في ذمته تبعاً ، فلا يستويان في حكم المطالبة .

وقيل للإمام مالك : إن قياس الضمين على الرهن قياس مع الفارق ، لأن الرهن مال من عليه الدين ، وليس بذمته يطالب ، وإنما يطالب من عليه الدين ليقضى منه أو من غيره بخلاف الضمين <sup>(٣)</sup> .

ويمكن أن يجاب عن هذا بأن كون الرهن ملكاً لمن عليه الحق ، والضمين ليس ملكاً له ، لا يصلح فارقاً ، لأنه لا أثر له في الحكم ، إذ مدار الحكم على أن كلاً منهما وثيقة بالحق يرجع إليها في الاستيفاء ، عند تعذره من الأصيل .

(١) أعلام الموقعين ، ج ٢ ، ص ٢٩٧ .

(٢) أعلام الموقعين ، ج ٢ ، ص ٢٩٨ .

(٣) المغني ، ج ٥ ، ص ٨٢ .



أما قولهم : إن الضمين صاحب ذمة ، فيمكن مطالبتة ، بخلاف الرهن ، فغير مفيد ، لأن المقصود من المطالبة إنما هو الاستيفاء ، وهو ممكن من الرهن والضمين ، ويكون في كل بحسبه ، فهو في الضمين بالمطالبة ، وفي الرهن ببيعه . ونحن إذا نظرنا إلى المعنى الذي من أجله شرعت الكفالة ، وهو التوثق وحفظ حق الطالب من التوى والهلاك ، رأينا أن الضامن إنما نصب نفسه ليكون محلاً يرجع إليه صاحب الحق ، عند تعذر الاستيفاء من محله الأصلي ، ولم ينصب نفسه لأن يطالبه الدائن مع وجود الأصيل وسرته والتمكن من مطالبتة ، وهذا أمر مستقر في فطر الناس ومعاملاتهم ، بحيث لو طالب الدائن الضامن والمضمون عنه إلى جانبه ، وهو متمكن من مطالبتة مع يسرة الأصيل وعدم لدده لاستقبح الناس ذلك غاية الاستقبح ، ولأنكروه وعدوا فاعله متعدياً ومتجاوزاً لموطن الحق .

ولهذا نرى رجحان ما ذهب إليه الإمام مالك .

**ثالثاً :** أن للدائن أن يطالب المدين الأصلي بما عليه من الدين ، وله قبله كافة الحقوق المشروعة التي تثبت للدائن على المدين ، كحق الملازمة وطلب الحبس ، إلا إذا شرط في الضمان براءة الأصيل ، فإنه لا يكون للدائن أي حق من هذه الحقوق قبل المدين ، لأن الكفالة مع اشتراط براءة الأصيل تنعقد حوالة ، فتجري فيها حينئذ أحكام الحوالة ، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل تنعقد كفالة ، اعتباراً للمعنى .

وقد خالف في ثبوت حق المطالبة للمكفول له على المكفول عنه ابن أبي ليلى وداود وأبو ثور وابن شبرمة وجماعة من العلماء ، وهذا بناء على أن الكفالة تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل كالحوالة سواء بسواء ، وقد وفينا الكلام على ذلك فيما سبق <sup>(١)</sup> .

(١) انظر ص ٦٤ وما بعدها من الرسالة .

**رابعاً :** أن للدائن ملازمة الضامن وحبسه في الدين ، إذا امتنع عن الأداء ، وقد حبس شريح ابنه بسبب الكفالة عن رجل .

على أن هذا الحق لا يثبت للطالب قبل الضامن ، عند الإمام مالك ، إلا إذا تعذر استيفاء الدين من الأصيل ، بسبب غيبته أو عسره أو مماطلته .

**خامساً :** أن للضامن الحق في مطالبة المكفول عنه بتخليصه من الكفالة ، وله أن يلازمه ويمنعه من السفر ، ويطلب أن يحبس معه إذا حبس هو بسبب الكفالة . لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة ، فكان عليه تخليصه منها .

وإنما يثبت له حق الحبس والملازمة بقيود ثلاثة :

١- أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه ، فإذا لم تكن بأمره فليس للكفيل حبسه ولا ملازمته ، لأنه ما أدخله في هذه العهدة حتى يلزمه أن يخلصه منها .

٢ - أن لا يكون للمدين الأصلي على الكفيل دين مثل الدين الذي كفل به الكفيل عن الأصيل ، وإلا فلا يجوز حبسه ولا ملازمته .

٣ - أن يكون المال حالاً على المدين الأصلي كالكفيل ، فإذا كان حالاً على الكفيل ، ولكنه لم يحل بعد على الأصيل ، فليس له شيء من ذلك <sup>(١)</sup> .

**حق رجوع الكفيل على المكفول عنه :**

والأثر السادس والأخير أن للكفيل حق الرجوع على المكفول عنه بما ضمنه عنه ، أو بما أداه ، على خلاف بين العلماء .

(١) البحر الرائق ، ج ٦ ، ص ٢٤٥ ؛ مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ٢٠٩ ؛ المغني ، ج ٥ ، ص ٩٠ .

## شروط الرجوع :

ولكن لا يثبت حق الرجوع للكفيل إلا إذا تحققت شروط أربعة :

**الشرط الأول :** أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه ، فإذا لم تكن الكفالة بأمره فليس للكفيل الرجوع عليه ، وهذا هو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد . وعنه في رواية أخرى أن الكفيل بغير الأمر إن أدى محتسباً للرجوع كان له أن يرجع ، وإن أدى متبرعاً لم يكن له حق الرجوع ، وهو قول مالك وعبد الله بن الحسن واسحق <sup>(١)</sup> .

وحجة الحنفية فيما ذهبوا إليه أن الكفيل بغير الأمر متبرع بقضاء دين المكفول عنه . والمتبرع لا يملك الرجوع كما هو الحال في سائر التبرعات <sup>(٢)</sup> .

وللمالكية ومن معهم حجتان :

أحدهما أن الطالب بالاستيفاء من الكفيل يكون قد ملكه المال الذي له على المكفول عنه ، أو أقامه مقام نفسه في استيفاء ذلك المال منه ، فيملك الرجوع من غير توقف على رضا الأصيل <sup>(٣)</sup> .

**والحجة الثانية** قياس قضاء الكفيل على قضاء الحاكم عند امتناع من عليه الدين من القضاء ، بجامع أن كلاً منهما قضاء مبرئ عن دين واجب . فكما أن قضاء الحاكم مسوغ للرجوع ، ولا يتوقف ذلك على أمر المدين ، فكذا قضاء الكفيل <sup>(٤)</sup> .

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٠٨ ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ٢٠٩ ، المغني ، ج ٥ ، ص ٨٦ .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٠٩ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) المغني ، ج ٥ ، ص ٨٨ .

ونوقش الدليل الأول للمالكية بأن الطالب بالاستيفاء من الكفيل قد صار أجنبياً لا حق له قبل الأصيل ، فلا يملك تمليك ما على الأصيل للكفيل ، ولا أن يقيمه مقامه في الاستيفاء ، فلم يعد هناك من سبب يستند إليه حق الرجوع .

ويمكن أن يناقش الثاني بأنه قياس مع الفارق ، إذ إن الحاكم له ولاية عامة ، فيكون وكيلاً في الأداء عن المدين ، وليس في تصرفه شائبة التبرع ، فيملك الرجوع ، بخلاف الكفيل إذا كفل بغير أمر المكفول عنه .

هذه أدلة الفريقين ، والأشبه ما ذهب إليه الحنفية ، فإن بعض الكفلاء قد يكون أقسى في المطالبة ، وأشد في الاقتضاء ، من الدائن الأصلي ، وقد يقصد الإضرار بالمكفول عنه ، والتعنت معه ، فلا بد من رضی المدين بكفالاته حتى يستحق الرجوع عليه .

**الشرط الثاني :** أن تكون الكفالة بإذن صحيح ، وهو إذن من يجوز إقراره على نفسه بالدين ، حتى إنه لو كفل عن صبي محجوز بإذنه فأدى لا يرجع ، لأن إذن الصبي بالكفالة لم يصح ، لأن الإذن من المدين استقراض ، واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان <sup>(١)</sup> .

**الشرط الثالث :** أداء الكفيل المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الأداء ، فلا يملك الكفيل الرجوع على الأصيل قبل الأداء أو ما في معناه ، لأن معنى الإقراض والتملك الذي يستند إليه الرجوع لا يتحقق إلا بأداء المال أو ما في معناه ، فلا يملك الرجوع قبل ذلك <sup>(٢)</sup> .

**الشرط الرابع :** أن لا يكون للأصيل على الكفيل دين مثل المكفول به ، أما

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٣ .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤١٠ ؛ مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ٢٠٩ .

إذا كان فلا يرجع ، لأن الدينين يلتقيان قصاصاً<sup>(١)</sup> .

### ما يرجع به الضامن

قد علمنا أن فقهاء المذاهب الأربعة متفقون على أن للضامن حق الرجوع على المضمون عنه إذا أدى ما عليه للمضمون له بالشروط التي سبق ذكرها ، لكن بقي الكلام فيما يرجع به الضامن ، ولا خلاف بين العلماء في أن الضامن إذا أدى للطالب مثل ما ضمن قدراً وجنساً وصفة ، أنه يرجع على المضمون عنه بما أدى ، وإنما الخلاف فيما لو أدى للضامن غير ما ضمنه ، كأن يكون الدين المضمون عشرين جنيهاً مصرياً ، فيؤدي الضامن عشرة أو ثلاثين جنيهاً مصرياً ، أو يؤدي عشرين جنيهاً إنجليزياً ، أو يؤدي عرضاً يساوي قدر الدين ، أو يقل عنه أو يزيد ، فشيوخنا الحنفية قالوا : إن الضامن يرجع بما ضمن لا بما أدى ، فيرجع فيما ذكرنا من الصور بعشرين جنيهاً مصرياً<sup>(٢)</sup> .

وقال الأئمة الثلاثة : إن الضامن يرجع بالأقل من المؤدى والدين . فإن أدى عن العشرين ثلاثين ، أو عرضاً يساوي ثلاثين ، رجح بالعشرين فقط ، وإن أدى عنها عشرة أو عرضاً يساوي عشرة رجح بالعشرة فقط ، فهو أبداً يرجع بالأقل من المضمون والمؤدى<sup>(٣)</sup> .

وحجة الحنفية في ذلك أن الكفيل إنما يرجع بحكم الكفالة ، وحكمها أنه يملك الدين بالأداء ، فيصير كالتطالب نفسه ، فيرجع بنفس الدين ، قياساً على ما لو ملكه بهبة أو ميراث ، فإنه يرجع بنفس الدين ، لقيامه مقام الطالب<sup>(٤)</sup> .

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٣ : فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٠٨ : البحر ، ج ٦ ، ص ٢٤٣ .

(٢) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٥ : فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٠٩ .

(٣) الخرشبي ، ج ٦ ، ص ٢٦ : مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ٢٠٩ : المغني ، ج ٥ ، ص ٨٩ .

(٤) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٠٩ .

وحجة الأئمة الثلاثة أن أساس الرجوع إنما هو الغرم ، بدليل أنه لو لم يغرم شيئاً ، بأن أبرأه الطالب لم يكن له الرجوع بشيء ما على المدين ، فإذا غرم ما هو مطلوب في عقد الكفالة رجع به ، وكذا إذا غرم الأقل ، أما إذا غرم الأكثر فإنه يكون متبرعاً بالزيادة ، ولارجوع للمتبرع <sup>(١)</sup> .

ويتجه على ما استدل به الحنفية أن دعوى تملك الكفيل الدين بالأداء حكماً للكفالة غير مسلمة على إطلاقها ، بل إنما يملك الدين إذا أدى مثله أو أكثر منه ، أما إذا أدى الأقل فإنما يملك منه بمقدار ما أدى فقط ، وليس هناك من دليل شرعي يثبت أنه يملك الدين جميعه ، وبهذا يبطل ما قيل من أن الكفيل منزل منزلة الطالب ، ويبطل بالتالي قياسه على الكفيل الوارث أو الموهوب له .

ويتجه على الأئمة الثلاثة أن عدم رجوع الكفيل بشيء على المطلوب ، إذا أبرأ الطالب الكفيل لا يدل على أن أساس الرجوع هو الغرم ، بدليل أن الطالب ، لو وهب الدين للكفيل من غير عوض ، كان له الرجوع على المكفول عنه ، مع أنه لم يغرم شيئاً ، وإنما امتنع الرجوع في فصل الإبراء ، لكون الإبراء إسقاطاً لا تمليكاً ، لا لأن الكفيل لم يغرم شيئاً .

ونحن نميل إلى الأخذ بما ذهب إليه الأئمة الثلاثة لما يأتي :

**أولاً :** أن تجاوز الطالب عن بعض دينه ، وأخذه الأقل منه من الكفيل ، إنما هو في الحقيقة إبراء منه للكفيل من هذا البعض ، فلا يكون للكفيل الرجوع به اعتباراً بما لو أبرأه من جميع الدين ، وبما لو صالح من الألف على خمسمائة .

**ثانياً :** أن في الرجوع بما ضمن ما يؤدي إلى الربا في بعض الصور ، كما لو كان الدين المضمون عشرين جنيهاً مصرياً ، فأدى الضامن عشرة جنيهاً مصرية ، ورجع بالعشرين ، فإنه يكون قد استعاض عن عشرة بعشرين من

جنسها ، وهو رباً محرم .

وأما إذا أدى الكفيل أكثر من المطلوب في عقد الكفالة ، فلاشك أنه متبرع بهذه الزيادة ، ولا رجوع للمتبرع .

#### ٤ - تعدد الكفلاء

يحدث في بعض الأحيان أن يكفل عدة أشخاص عن رجل بدين واحد في عقد واحد ، كما يحدث أحياناً أن يكفلوا عنه بذلك الدين في عقود متفرقة ، وقد يكون الكفلاء في كلا الحالين متضامين فيما بينهم ، بأن يكفل كل منهم صاحبه بجانب كفالاته للمدين الأصلي ، وقد ترجمنا لكل ذلك "بتعدد الكفلاء" .

ولما كان بعض هذه الصور يختلف عن البعض الآخر في الحكم وفي الآثار المترتبة عليها ، رأينا أن نفرّد كل صورة منها بكلمة على حدة .

"الصورة الأولى" : أن يتكفل عدة أشخاص عن شخص بما عليه من دين في عقد واحد ، من غير أن يكونوا متضامين فيما بينهم ، كأن يقولوا للدائن : "نضمن مالك على المدين معاً" ، ولم يضمن كل منهم صاحبه ، فإن هذا التصرف صحيح بإجماع الفقهاء ، ويكون ضمان الدين عليهم جميعاً ، يقسم على رؤوسهم ، فيطالب كل منهم بما يخصه فقط ، وإذا أدى ما عليه للطالب فلا يرجع إلا على المدين الأصلي ، إذا كان قد كفل بأمره ، وليس له الرجوع بشيء على من معه من الكفلاء ، لأنه لم يكفل عنهم بشيء ، وما أدى إلا نصيب نفسه ، وكذا لا يرجع عليهم بشيء إذا أدى جميع الدين ، لأنه لم يكفل عنهم بشيء<sup>(١)</sup> .

"الصورة الثانية" : أن يكون الكفلاء متضامين فيما بينهم والمسألة بحالها ، فإن هذا التصرف صحيح أيضاً ، ويكون للدائن في هذه الصورة أن

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٠٢ ؛ الخرشي ، ج ٦ ، ص ٣١ ؛ المغني ، ج ٥ ، ص ٨٥

يطلب كل واحد من الكفلاء بجميع الدين ، أما ببعضه فباعتباره كفيلاً عن المدين الأصلي ، وأما بالباقي فباعتباره كفيلاً عن بقية الكفلاء متضامناً معهم ، وهذا من أكثر فوائد التضامن بالنسبة للدائن .

على أن له الحق أيضاً في أن يقاضي كل واحد من الكفلاء بما يخصه من المطلوب في عقد الكفالة ، ولكن لكل واحد من الكفلاء الحق في أن يرغم صاحب الدين على قبول حقه كله منه ، لأن كل كفيل منهم مدين له بجميع الدين ، فيكون بدفعه كل الحق موفياً عن نفسه مبرئاً لذمته ، فيرغم الدائن على قبول الوفاء منه ، بخلاف الصورة الأولى ، فإنه ليس لأحد الكفلاء أن يجبر الدائن على قبول جميع الدين منه ، لأنه متبرع بالوفاء فيما يزيد على مقدار ما يخصه ، وليس للمتبرع بقضاء دين الغير أن يجبر الدائن على قبول الوفاء منه .

ثم إذا أدى أحد الكفلاء المتضامنين جميع الدين ، كان له الحق في أن يرجع بجميعه على الأصيل ، كما أن له أن يرجع بغير ما يخصه من الضمان على الكفلاء ، وبالباقي على الأصيل <sup>(١)</sup> .

**"الصورة الثالثة"** : أن يتعدد الكفلاء بدين واحد ، ولكن في عقود متفرقة ، ولم يكفل كل منهم صاحبه ، كأن يكون لرجل على آخر خمسون جنيهاً فيكفل له بها رجل آخر ، ثم إن آخر يكفل بها بعقد آخر وهكذا ، فإن هذا الضمان صحيح أيضاً ، وللدائن أن يأخذ أي الكفيلين شاء بجميع الدين ، لأن كل واحد منهما التزم جميع الدين بالكفالة عن الأصيل بعقد على حدة ، فإن أصل الدين باقٍ بعد الكفالة الأولى كما كان قبلها . والدائن إذا أخذ المال من أحد الكفيلين فليس للمأخوذ منه أن يرجع على الكفيل الآخر بشيء ، لأنه ما كفل عنه بشيء ، وإنما كفل عن الأصيل بعقد باشره وحده ، ليرجع عليه إن كان كفل بأمره <sup>(٢)</sup> .

(١) تبيين الحقائق ، ج ٤ ، ص ١٦٨ ؛ الخرشبي ، ج ٦ ، ص ٣٢ ؛ المغني ، ج ٥ ، ص ٨٥ .

(٢) تبيين الحقائق ، ج ٤ ، ص ١٦٨ ؛ الخرشبي ، ج ٦ ، ص ٣٢ ؛ المغني ، ج ٥ ، ص ٨٥ .



"الصورة الرابعة" : أن يتعدد الكفلاء عن شخص في عقود متفرقة ، ولكنهم يتضامنون فيما بينهم ، كأن يكفل رجلان عن رجل بمال في عقدين ، ثم إن كل واحد يكفل عن صاحبه بكل المال ، وقد اتفق العلماء على صحة الكفالة الأولى ، وهي الكفالة عن الأصيل ، واختلفوا في الكفالة الثانية ، وهي كفالة كل من الكفيلين صاحبه ، فقال الحنفية : إنها صحيحة كأولى ، وقال الحنابلة : إنها غير صحيحة ، وحنة الحنابلة في ذلك أن الحق جميعه قد ثبت في ذمة كل من الكفيلين بضمانه الأصلي ، فلا يجوز أن يثبت ثانياً . وأن كلاً من الضامنين أصيل في هذا المال ، فلا يجوز أن يصير فيه فرعاً<sup>(١)</sup> .

ووجهة الحنفية أن موجب عقد الكفالة التزام المطالبة ، فتصح الكفالة عن الكفيل ، لأنها التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به ، كما تصح عن الأصيل بالتزام المطالبة بما عليه ، وكما تصح الحوالة من المحتال عليه<sup>(٢)</sup> .

والأوجه ما ذهب إليه الحنابلة ، لأن الكفالة إنما شرعت لفائدة هي التوثق ، وهنا التوثق موجود قبل الكفالة الثانية ، فلم تفد الكفالة الثانية أية فائدة بالنسبة للمكفول له ، لأنه يملك بمقتضى الكفالة الأولى مطالبة من شاء من الأصيل أو الكفلاء بجميع الدين ، فلا قيمة للتضامن بين الكفلاء هنا بالنسبة للمكفول له .

هذا وكما أن التضامن بين الكفلاء صحيح ، وله آثار عملية هامة ، فهو كذلك بين المدنين ، فلو أن لرجل ديناً على اثنين ، فكفل كل منهما صاحبه كان ذلك صحيحاً ، وكان للدائن أن يأخذ أيهما شاء بجميع الدين ، أما بالنصف فلأنه أصيل فيه ، وأما بالنصف الآخر فلأنه كفيل عن صاحبه . وإذا أدى أحدهما ليس له الرجوع على صاحبه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة ،

(١) المغني ، ج ٥ ، ص ٨٥ .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤٣٧ .

لأنه في نصف الدين أصل وفي الآخر تبع ، والثابت بحق الكفالة ليس بقوة الثابت ، بطريق الأصالة ، فيقع ما يؤديه عن الأصل ، وما زاد ينصرف إلى التبع .

والكفالة المتبادلة بين المدينين أو بين الكفلاء تعتبر من أوثق التأمينات التي يتوصل بها الدائن إلى حقه ، فضلاً عن أنها تستعمل حيلة للتخلص من براءة الأصيل في مذهب من يرى أن براءة الأصيل نتيجة حتمية لتعهد الكفيل ، قال محمد في المخارج : " قال أبو حنيفة إذا كان لرجل على رجل دين ، فضمنه له رجل أو كفل به ، فللدائن أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال ، وقال بعض الفقهاء : الكفالة بمنزلة الحوالة ليس للدائن على المدين الأصلي سبيل بعد رضا الدائن بضمان الكفيل ، إلا أن يكون الدائن اشترط في أصل الكفالة أن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه ، فإن اشترط ذلك فهو جائز في قول كل أحد " (١) .

### ٥ - الأسباب الموجبة لبراءة الكفيل

للخروج عن عهدة الضامن ، يجب أن تبرأ ذمة الضامن من المال الذي شغلت به ، وبراءة ذمته تكون بأحد الأشياء الآتية :

**أولاً :** أداء المال إلى الطالب ، سواء كان الأداء من قبل الكفيل أو من قبل الأصيل ، وذلك لأن شغل ذمة الكفيل ، وتسلمت صاحب الحق عليه ، إنما كان وسيلة للوصول إلى الحق ، فإذا وجد الأداء فقد حصل المقصود ، فينتهي حكم العقد ، ولأنه بالأداء قد فرغت ذمة الأصيل عن هذا المال ، ولم يبق للطالب حق قبله ، فيسقط الضمان عن الضامن ، لأن وجوب المال في ذمته فرع وجوبه على الأصيل ، ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا (٢) .

(١) المخارج في الحيل ص ٣٢ .

(٢) البدائع ، ج ٦ ، ص ١١ .

**ثانياً :** هبة الطالب الدين أو التصدق به ، سواء كان ذلك للضامن أو للأصيل ، لأن الهبة بمنزلة الأداء ، والصدقة تمليك كالهبة فهي كأداء المال أيضاً ، وفي الأداء تبرأ ذمة الضامن ، فكذا في الهبة والصدقة <sup>(١)</sup> .

**ثالثاً :** الإبراء ، فإنه إذا أبرأ الطالب الأصيل أو الكفيل خرج الكفيل عن الكفالة ، غير أنه إذا أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل أيضاً ، وإذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل . وتوجيهه على رأي من يقول إن الكفيل مطالب لا مدين أن الطالب إذا أبرأ الأصيل كان هذا إسقاطاً للدين عن ذمته ، وإذا سقط عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة ، لأن المطالبة بالدين ولا دين محال ، أما إذا أبرأ الكفيل فإنه يكون مسقطاً للمطالبة لا الدين ، لأنه لا دين عليه ، وليس من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصيل ، لكن يخرج الكفيل عن الكفالة ، لأن حكم الكفالة ثبوت حق المطالبة على الكفيل ، فإذا سقط هذا الحق بسبب الإبراء تنتهي الكفالة <sup>(٢)</sup> .

وتوجيهه على رأي من يقول إن الكفيل مدين ، هو أن ثبوت المال في ذمة الكفيل تبع لثبوته في ذمة الأصيل ، فإذا أبرأ الطالب الأصيل سقط الأصل فيسقط التبع ، أما إذا أبرأ الضامن فإنه يسقط التبع ولا يلزم من سقوط التبع سقوط الأصل <sup>(٣)</sup> .

**رابعاً :** الحوالة ، فإنه إذا أحال الأصيل أو الكفيل الطالب بماله على شخص آخر ، وقبل الطالب ذلك ، خرج الكفيل عن الكفالة ، وذلك لأن الحوالة تقتضي نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، عند أكثر أهل العلم ، فتبرأ ذمة

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ١١ : الخرشبي ، ج ٦ ، ص ٢٦ : مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ٢٠٨ : المغني ، ج ٥ ، ص ٨٣ .

(٢) البدائع ، ج ٦ ، ص ١١ .

(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٤١١ : المغني ، ج ٥ ، ص ٨٣ .

المحيل تبعاً لذلك ، فيخرج الكفيل عن الكفالة ، كما لو برئت ذمته بالأداء ، وقد خالف في ذلك زفر رحمه الله ، وقال : لا يخرج الكفيل عن الكفالة بمجرد الحوالة ، وذلك بناءً على أن الحوالة عنده ليست بمبرئة أصلاً ، وسنبين ذلك عند الكلام على الحوالة إن شاء الله <sup>(١)</sup> .

**خامساً : الصلح** ، فإنه إذا صالح الكفيل أو الأصيل الطالب على بعض المدعى خرج الكفيل من الكفالة ، سواء أكان الصلح على جنس المدعى أم على خلاف جنسه ، لأن الصلح على جنس المدعى إسقاط لبعض الحق ، فكان فيه معنى الإبراء ، وعلى خلاف الجنس معاوضة ، فكان في معنى الأداء ، وفي كل ذلك يخرج الكفيل عن الكفالة <sup>(٢)</sup> .

**سادساً : تملك كل من الأصيل أو الكفيل للدين** ، عن طريق الإرث ، فإن الطالب إذا مات ، وكان الأصيل وارثاً له ، ملك ذلك الدين ، فتبرأ ذمته ضرورة أنه أصبح مطلوباً لنفسه ، فيخرج الكفيل عن الكفالة ، وكذا إذا كان الوارث له الكفيل ، فإنه يحل محل الدائن ، ويخرج عن الكفالة <sup>(٣)</sup> .

### التوثق بالرهن

هذا هو الطريق الثالث من طرق التوثق للدين ، وهو توثق لجهة الاستيفاء ، وذلك أن الدين له طرفان : طرف الوجوب ، وطرف الاستيفاء ، فإن الدين يجب أولاً في الذمة ، ثم يستوفى بعد ذلك ، وقد جعل الشارع الضمان وثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة ، وجعل الرهن وثيقة لطرف الاستيفاء الذي يختص بالمال .

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٥ ؛ المغني ، ج ٥ ، ص ٨٥ ؛ مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ٢٠٨ .

(٢) نفسه .

(٣) نفسه .

ومباحث الرهن التي عني الفقهاء بها كثيرة ، والذي يعيننا منها هنا  
المباحث الآتية :

**أولاً :** الديون التي يصح الارتهان بها والتي لا يصح :

**ثانياً :** ما يتحقق به الاستيثاق في الرهن :

**ثالثاً :** الحقوق التي تثبت للمرتهن في العين المرهونة ؛

**رابعاً :** تأثر الدين بهلاك العين المرهونة .

**أولاً :** الديون التي يصح الارتهان بها والتي لا يصح

إن المتتبع للكتب الفقهية يرى أن آراء الفقهاء في هذه المسألة متعددة،  
وتفاصيلهم فيها متشعبة ، الأمر الذي يحتم على الباحث أن يذكر أقوال كل  
مذهب على حدة ، حتى يتسنى له بعد ذلك أن يتعرف على مواضع الاتفاق  
ومواضع الخلاف ، وإليك هذه المذاهب :

يرى الإمام أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف ومحمد ، أن الديون التي يصح  
الارتهان بها هي الديون المضمونة في الحال ، كثمن المبيع ، وأجرة الدار ، وأرث  
الجنابة ، وقيم المتلفات ، أو التي لها حكم المضمونة في الحال ، كالدين الموعود ،  
سواء أكانت تلك الديون مما يجوز استبداله قبل قبضه ، كثمن المبيع ، أم كانت مما  
لا يجوز استبداله كرأس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه ، وسواء أكانت تلك  
الديون لازمة كبذل القرض ، أم غير لازمة كبعض النفقات وبدل الكتابة .

أما الديون التي ليست مضمونة في الحال ، ولا لها حكم المضمون ، كأجرة  
النائحة والمغنية والدرك ، فإنه لا يصح الارتهان بها . وقال زفر : الديون التي  
لا يصح استبدالها قبل القبض لا يجوز الارتهان بها <sup>(١)</sup> .

(١) البدائع ج ٦ ، ص ١٤٢ - ١٤٣ ؛ ابن عابدين ج ٥ ، ص ٤٢٢ ؛ تبين الحقائق ، ج ٦ ،  
ص ٦٦ حاشية .

ويرى المالكية أن الدين التي يصح الارتهان بها هي كل دين لازم ، أو آيل إلى اللزوم في المستقبل ، بشرط أن لا يكون واجب الإقباض في المجلس . فإذا كان الدين غير لازم ، ولا آيل إلى اللزوم ، كدين الصبي بغير إذن وليه ، أو كان مما يجب إقباضه في المجلس كرأس مال السلم ، وبدل الصرف ، فإنه لا يجوز الارتهان به ، أما ما وراء ذلك من الدين فيجوز الارتهان به ، فيصح الارتهان بالمسلم فيه وضمن المبيع في مدة الخيار وبعدها وقيم المتلفات وأروش الجنائيات والجعل في الجعالة والدين الموعود وغير ذلك <sup>(١)</sup> .

واشترط الشافعية في الدين الذي يصح الارتهان به ثلاثة شروط : <sup>(٢)</sup>

**الأول :** أن يكون ثابتاً كضمن المبيع والمسلم فيه وبدل القرض ، فإذا لم يكن ثابتاً حين العقد ، فإنه لا يصح الارتهان به ، سواء أوجد سبب وجوبه كنفقة الزوجة في الغد ، أم لم يوجد سبب وجوبه ، كالمال الذي سيقرضه له في المستقبل ، إلا أنهم قالوا بصحة الرهن فيما لو امتزج عقد الرهن بسبب ثبوت الدين ، كأن يقول شخص لآخر : أقرضتك مائة جنيه ، وارتهنت بها دارك ، فيقول الآخر : اقترضت ورهنت ، وذلك للحاجة .

**الشرط الثاني :** أن يكون الدين معلوماً للعاقدين ، فلو جهلاه أو أحدهما لم يصح الرهن .

**الشرط الثالث :** أن يكون لازماً أو آيلاً إلى اللزوم ، فلا يصح الارتهان بالجعل قبل الفراغ من العمل ، ولا ببدل الكتابة ولا بالدية قبل الحلول ، لأن كل هذه ديون غير لازمة ، ولا يعلم افضاؤها إلى اللزوم . ولا يصح الارتهان ببديل الصرف ورأس مال السلم ، لأنهما كما قالوا : لا يلزمان في الذمة ، إذ يجب

(١) البداية لابن رشد ، ج ٢ ، ص ٢٢٦ ، منح الجليل ، ج ٢ ، ص ٨٢ - ٨٤ ، الغرشي ، ج ٥ ، ص ٢٤٩ .

(٢) المهذب للشيرازي ، ج ١ ، ص ٢٠٤ ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ١٢٦ - ١٢٧ .

إقباضهما في الحال .

وقد اشترط الحنابلة ثلاثة شروط أيضاً :

**الأول :** أن يكون الدين ثابتاً في الذمة حال العقد ، كأثمان البياعات والمهر وعوض الخلع ، فإذا لم يكن ثابتاً في الذمة لا يصح الارتهان به ، وذلك كالقرض الموعود ، وكذا رأس مال السلم وبدل الصرف ، لأنهما غير ثابتين في الذمة ، إذ إنه يجب إقباضهما في المجلس .

**الشرط الثاني :** أن يكون الدين مما يمكن استيفاؤه من الرهن ، فلا يصح الارتهان بالمسلم فيه ، لأنه لا يمكن استيفاؤه من الرهن .

**الشرط الثالث :** أن يكون لازماً ، فلا يجوز الارتهان بالدية قبل الحلول ولا بالجعل قبل العمل ونحو ذلك <sup>(١)</sup> .

هذه مذاهب الفقهاء كما تؤخذ من كتبهم ، ومنها يتبين ما يأتي :

**أولاً :** أن الأئمة الأربعة متفقون على صحة الارتهان بكل دين ثابت حال العقد ، إذا كان لازماً غير واجب الإقباض في المجلس ، وكان مما يجوز استبداله .

**ثانياً :** أنهم يختلفون في صحة الارتهان ببعض الديون ، وأهمها ما يأتي :

أ - الديون التي لا يجوز استبدالها قبل القبض ؛

ب - الدين الذي لم يجب بعد ؛

وسنفرد كل واحد من هذين بكلمة على حدة :

(١) المغني ، ج ٤ ، ص ٣٤٨ - ٣٥٠ .

## أ - الارتهان بالديون التي لايجوز استبدالها قبل قبضها

الديون التي لايجوز فيها الاستبدال قبل القبض هي بدل الصرف ورأس مال السلم والمسلم فيه . أما بدل الصرف ورأس مال السلم ، فقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلى جواز الرهن بهما . وذهب مالك والشافعي وأحمد وزفر من الحنفية إلى عدم جواز الرهن بهما .

وحجة المجيزين أن الرهن ببدل الصرف ورأس مال السلم عقد تحقق ركنه وشرطه ، وانتفى المانع الشرعي من جوازه ، فيكون صحيحاً كما في سائر العقود ، وليس هناك مانع يمنع من الجواز إلا وجود الخلل في شرط عقدي السلم والصرف ، وهو القبض قبل الافتراق . وعقد الرهن لا يخل بهذا الشرط ، بل هو محقق له ، لكونه وسيلة إلى استيفاء الحق ، فكان مؤكداً له <sup>(١)</sup> .

وحجة المانعين أن عقد الرهن مشروع للتوثق ، والتوثق إنما يتحقق إذا كان الدين مما يحتمل التأخير عن المجلس ، وبدل الصرف ورأس مال السلم لا يحتملان التأخير عن المجلس ، فالرهن بهما لا يكون مفيداً لما شرع له ، فلا يكون صحيحاً <sup>(٢)</sup> .

هذه حجة الفريقين ، والترجيح في المسألة يتوقف على معرفة ما إذا كان هذا العقد مفيداً لما شرع له من التوثق حتى يكون جائزاً ، أو غير مفيد لما شرع له فيكون فاسداً . وبالنظر في الأحكام التي رتبها المجيزون على هذا العقد نرى أنه لا يفيد التوثق في كثير ولا قليل ، حيث قالوا : إن المتعاقدين إذا افترقا قبل قبض رأس مال السلم وبدل الصرف ، والرهن قائم ، بطل السلم والصرف ، ووجب على المسلم إليه والمصارف رد الرهن إلى صاحبه ، ولم يجعلوا لهما الحق في

(١) البدائع ، ج ٦ ، ١٤٢ ؛ العناية ج ٨ ، ص ٢٠٧ ؛ تبيين الحقائق ، ج ٦ ، ص ٧٢ .

(٢) مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ١٢٧ ؛ المغني ، ج ٤ ، ص ٣٤٨ .



الاستيفاء من الرهن ، ولو هلك الرهن في المجلس كان المسلم إليه مستوفياً لرأس مال السلم وكذا المصارف ، وتم عقد السلم والصرف بذلك ، وفي كلا الحالتين لم يكن الرهن مفيداً للتوثق ، أما في حال قيام المرهون فظاهر ، وأما في حال هلاكه فإن المرتهن قد غرم جزءاً من ماله ، ولم يعد عليه الرهن بفائدة ما ، وإذا لم يكن الرهن مفيداً لما شرع له لا يكون صحيحاً ، وبهذا يترجح ما ذهب إليه المانعون .

وأما المسلم فيه فقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد في إحدى الروايتين عنه إلى صحة الارتهان به . وذهب زفر وأحمد في الرواية الأخرى إلى فساد الرهن به . استدلل المجيزون بقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ ، ووجه الدلالة أن الآية قد أفادت مشروعية الرهن بالدين ، والدين في الآية إما قاصر على دين السلم ، كما روي ذلك عن ابن عباس وابن عمر ، أو عام يشمل السلم وغيره ، كما هو رأي غيرهما ، فالقول بعدم مشروعية الرهن في دين السلم إما إبطال للآية أو تخصيص لها ، وكلاهما لا يجوز إلا بدليل ، ولا دليل <sup>(١)</sup> .

واستدل المانعون بما رواه أبو داود وابن ماجه عن أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله ﷺ : " من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره " <sup>(٢)</sup> .

ووجه الدلالة في الحديث أن رسول الله ﷺ نهى عن أخذ شيء آخر بدل المسلم فيه ، وفي تجوز الرهن بالمسلم فيه إفضاء إلى أخذ غير المسلم فيه فلا يجوز . ويبان ذلك أن من أحكام الرهن سقوط الدين عند هلاك العين المرهونة أو استهلاكها ، وهذا السقوط إما أن يكون بطريق الاستيفاء أو بطريق الاستبدال ،

(١) المغني ، ج ٤ ، ص ٢٤٨ .

(٢) نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ١٦٢ .

والاستيفاء لا يتحقق إلا عند المجانسة ، والرهن في العادة يكون من جنس آخر مخالف للمسلم فيه ، فتعين أن يكون سقوط الدين عند هلاك الرهن أو استهلاكه بطريق الاستبدال ، واستبدال المسلم فيه غير جائز ، فلا يجوز ما يفضي إليه <sup>(١)</sup> .

ونوقش دليل المانعين بأن الحديث لا يصح ، لأن في إسناده عطية بن سعد العوفي ، وقد قال فيه ابن المنذر : إنه لا يحتج بحديثه <sup>(٢)</sup> .

وعلى فرض صحته فلا تسلم دلالته على بطلان الرهن بالمسلم فيه ، لأن سقوط الدين عند هلاك الرهن أو استهلاكه إنما هو بطريق الاستيفاء لا بطريق الاستبدال ، وذلك لوجود المجانسة بين الرهن والمسلم فيه من حيث المالية ، والتجانس من حيث المالية يكتفى به لتحقيق الاستيفاء عند الحاجة والضرورة ، كما في إتلاف ما لا مثل له من جنسه ، وقد تحققت الحاجة في باب الرهن لحاجة الناس إلى التوثق لديونهم من جهة الاستيفاء <sup>(٣)</sup> .

ومن هذا نرى رجحان مذهب الجمهور .

### ب - الارتهان بالدين الذي لم يجب بعد

ذهب الحنفية والمالكية إلى القول بصحة الرهن بالدين الذي لم يجب بعد ، سواء اقترن عقد الرهن بسبب ثبوت ذلك الدين ، كأن يقول : رهنتك داري هذه بما ستقرضنيه ، أم لم يقترن عقد الرهن بسبب ثبوت الدين .

وذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بعدم صحة الرهن بالدين الذي لم يجب بعد إلا أن يقترن عقد الرهن بسبب ثبوت ذلك الدين .

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٤٢ ؛ المغني ، ج ٤ ، ص ٢٤٨ .

(٢) نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ١٩٣ .

(٣) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٤٢ .

واستدل المجيزون بما يأتي :

**أولاً :** أن الرهن بالدين الموعود مما تدعو إليه حاجة الناس ، فإن الرجل قد يحتاج إلى الاستقراض ، وصاحب المال ربما لا تسمح نفسه ببذل ماله خوفاً عليه من الضياع ، فإذا قُدم له رهن به قبل الإقراض كان ذلك باعثاً له على بذل المال ، وتنفيذ ما وعد به ، وإذا ثبت أن حاجة الناس تدعو إلى هذا النوع من التعامل فإنه يجوز ، ويجعل الدين الموعود كالموجود ، احتياطاً للجواز لدفع الحاجة عن المستقرض <sup>(١)</sup> .

**ثانياً :** أن الرهن عقد وثيقة كالضمان ، فكما جاز الضمان بالمال الذي لم يثبت بعد فكذلك الرهن <sup>(٢)</sup> .

وحجة المانعين أن الرهن وثيقة بالحق ، فلا يصح قبل وجود الحق ، قياساً على الشهادة ، وأيضاً فالرهن تابع للحق ، فلا يتقدم عليه كما في الشهادة والتمن في البيع ، حيث لا يوجد الثمن قبل وجود البيع <sup>(٣)</sup> .

وبالنظر في أدلة الطرفين ، نرى رجحان أدلة المانعين ، وضعف أدلة المجيزين ، لأن الحاجة لا تدعو إلى تقديم الرهن على وجود الدين ، فإن صاحب الحق إنما يهتم الحصول على حقه والتوثيق به ، وذلك يحصل بأخذ الرهن عند إعطاء المال بالفعل .

وأما القياس على الكفالة فمع الفارق ، لأن الرهن استيفاء ، والاستيفاء لا يكون إلا بعد الوجوب ، وهذا المعنى غير موجود في الكفالة ، لأنها مجرد التزام مال بالقول على جهة التبرع ، فيصح أن يكون مضافاً إلى المستقبل .

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٤٤ ؛ العناية ، ج ٨ ، ص ٢٠٧ ؛ تبیین الحقائق ج ٦ ، ص ٧١ .

(٢) المغني ، ج ٤ ، ص ٣٦٨ .

(٣) المرجع السابق .

## ثانياً - ما يتحقق به الاستيثاق في الرهن

اتفق الفقهاء على أن الرهن مشروع للاستيثاق ، ولكنهم اختلفوا فيما يتحقق به هذا الاستيثاق .

فيرى الحنفية أن يكون بالحبس الدائم للعين المرهونة تحت يد المرتهن إلى أن يستوفي دينه ، فلا يملك الراهن استرداد العين المرهونة للانتفاع بها إلا أن يأذن له المرتهن في ذلك ، فإن أذن له بطل الرهن ، إلا إذا أعطاه له على جهة العارية ، فإن الرهن لا يبطل حينئذٍ ، فلو عادت إلى يده كانت رهناً كما كانت من قبل ، من غير حاجة إلى إنشاء عقد جديد <sup>(١)</sup> .

هكذا قرر أصحاب الكتب المعتبرة في مذهب الحنفية ، وأنت إذا علمت أن فقهاء الحنفية يختلفون في قبض المرهون ، أهو شرط في جواز عقد الرهن، أم شرط في لزومه ؟ ترى أن الحكم ببطان الرهن عند الإذن في الانتفاع إنما يستقيم على رأي القائلين بأن القبض شرط في جواز العقد ، ولا يستقيم على رأي القائلين بأنه شرط في لزومه ، بل المستقيم على هذا أن يبقى عقد الرهن، غير أنه لا يكون لازماً لفوات شرطه ، وهو القبض . ولعل المؤلفين قد جروا على القول الأول في هذه المسألة . وجرى المالكية والحنابلة أن الاستيثاق يكون بالحبس الدائم تحت يد المرتهن ، إلى أن يستوفي دينه . فليس للراهن استرداد العين المرهونة ، ولا الانتفاع بها ، بدون إذن المرتهن ، وهم في هذا كالحنفية ، ولكنهم أجازوا انتفاع الراهن بالعين المرهونة بوساطة المرتهن ، بأن يؤجرها المرتهن لحساب الراهن خلافاً للحنفية ، كما أجازوا انتفاع الراهن بالعين المرهونة بنفسه أو بغيره ، إذا أذن له المرتهن في ذلك ، ولا يفوت عقد الرهن بذلك الإذن ، وإنما يفوت به اللزوم عند الحنابلة ، والحوز عند المالكية <sup>(٢)</sup> .

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٤٥ ؛ الهداية ، ج ٨ ، ص ١٩٦ .

(٢) منح الجليل ، ج ٣ ، ص ٧٤ - ٧٦ ؛ الخرشى ، ج ٥ ، ص ٢٢٦ ؛ المغني ، ج ٤ ، ص ٣٧٠ .

ويرى الشافعية وابن أبي ليلى وابن المنذر أن الاستيثاق في الرهن يحصل بمجرد تعلق الدين بالعين المرهونة استيفاءً منها بالبيع ، وصيرورة المرتهن أولى بالرهن ، بحيث يقدم على سائر الغرماء .

وعلى هذا فللراهن أن يسترد العين المرهونة ، وينتفع بها على وجه لا ينقصها ، ولا يخرجها عن ملكه ، سواء أذن له المرتهن في ذلك أو لم يأذن <sup>(١)</sup> .

ومما تقدم يتضح أن الحنفية والمالكية والحنابلة متفقون على أن الاستيثاق إنما هو بحبس العين المرهونة حبساً دائماً إلى وقت الاستيفاء ، وعلى أن الراهن لا يملك استرداد العين للانتفاع بها بدون إذن من المرتهن ، والشافعية على خلاف هذا .

احتج الشافعية ومن وافقهم بالمنقول والمعقول .

أما المنقول فأولاً : مارواه البخاري وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » <sup>(٢)</sup> .

وجهة الدلالة أن رسول الله ﷺ قد جعل الانتفاع بالرهن ركوباً وشرباً في مقابلة النفقة ، ومن المعلوم أن النفقة واجبة أولاً وبالذات على الراهن ، فيكون له الحق في الانتفاع بالعين المرهونة في نظير النفقة ، أما الركوب والشرب فبالنص ، وأما غيرهما فبطريق القياس عليهما .

وإذ قد ثبت للراهن حق الانتفاع بالعين المرهونة ، فإن ذلك يقتضي ملك استردادها من يد المرتهن ، فلا يكون للمرتهن حبس المرهون حبساً دائماً .

(١) الأم للإمام الشافعي ، ج ٣ ، ص ١٢٤ : مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ١٢١ .

(٢) نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ١٩٨ : مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ١٢٢ .

**ثانياً :** ما رواه الشافعي والدارقطني عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: « لا يغلُق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » (١) .

فقد جعل الرسول عليه السلام غنم الرهن للراهن ، والمنافع من الغنم، فيكون للراهن أن يستوفيها كما شاء ، وذلك يقتضي ملك استردادها .

وأما المعقول فأولاً : أن منافع الرهن لم تدخل في عقد الرهن ، والتصرف فيها لا يلحق بالمرتهن ضرراً ، فتبقى على ملك الراهن وتصرفه ، كخدمة الأمة المزوجة ، ووطء الأمة المستأجرة ، وإذا ثبت أنه يملك الانتفاع ، فإن ذلك يقتضي ملك الاسترداد ، لأن بعض ضروب الانتفاع لا يكون إلا بالاسترداد كالركوب مثلاً (٢) .

**ثانياً :** أن المرتهن لا يملك الانتفاع بالمرهون في الغالب باتفاق الجميع ، فلو كان الراهن لا يملك الانتفاع أيضاً لكان في ذلك تعطيل لمنافع العين المرهونة ، وفي هذا إضاعة للمال ، وقد نهى الشارع عن إضاعة الأموال ، فيكون للراهن الانتفاع ، وذلك يقتضي الاسترداد (٣) .

واحتج الحنفية ومن وافقهم بما يأتي :

**أولاً :** قوله تعالى : ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ﴾ ، فقد شرع الله تعالى الرهن على صفة خاصة ، وهو أن يكون مقبوضاً ، فإذا عدت الصفة انتفى كونه رهناً (٤) .

(١) نيل الأوطار . ج ٥ ، ص ١٩٩ : الأم للشافعي ، ج ٣ ، ص ١٤٧ .

(٢) المذهب للشيرازي . ج ١ ، ص ٣١٠ .

(٣) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٤٥ .

(٤) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٤٥ : المغني ، ج ٤ ، ص ٣٧١ : القرطبي ، ج ٣ ، ص ٤١٠ .

**ثانياً :** أن الرهن في اللغة ينبئ عن الثبوت والدوام ، قال الجوهري : رهن الشيء رهناً : أدامه ، وأرهنته لهم الطعام والشراب : أدمته لهم ، فيلزم أن يكون موجبه في الشرع الحبس الدائم للعين المرهونة ، لأن الأحكام الشرعية تثبت على وفق الأوضاع اللغوية <sup>(١)</sup> .

**ثالثاً :** أن الرهن شرع وثيقة بالدين ، والتوثيق إنما يكون بحبس العين تحت يد المرتهن حبساً دائماً ، بحيث لا يكون للراهن القدرة على استردادها ، لأن ذلك يحمله على المسارعة في قضاء الدين ، كما أن في استمرار الحبس أماناً من ضياع الدين بسبب جحود المدين <sup>(٢)</sup> .

تلك أدلة الفريقين ، وقد ناقش كل فريق أدلة الآخر ، فقبل للشافعية في الحديث الأول إنه لا يثبت مدعاكم ، لأن المراد به بيان جواز انتفاع المرتهن بالعين لا الراهن ، بدليل أنه جعل الانتفاع في مقابل النفقة ، وانتفاع الراهن إنما هو بحق الملك لا بطريق المعاوضة بين النفقة والانتفاع ، ويؤيد ذلك ما جاء في بعض الروايات : " إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ، ولبن الدر يشرب ، وعلى الذي يشرب نفقته " <sup>(٣)</sup> .

وقيل لهم في الحديث الثاني إنه بعيد عن محل النزاع ، لأن المقصود منه إبطال حكم كان في الجاهلية ، وهو أن المرتهن كان يملك المرهون إذا عجز الراهن عن إيفاء الدين ، عند حلول الأجل المضروب ، ولو كانت قيمة الرهن أكثر من قدر الدين ، فبين الرسول ﷺ بهذا النص أن الرهن لا يستحقه المرتهن بعجز الراهن عن الإيفاء ، وأنه باق على ملك صاحبه كما كان ، وأن حكمه حكم سائر أمواله

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٤٥ ؛ القرطبي ، ج ٢ ، ص ٤٠١ .

(٢) البدائع ، ج ٤ ، ص ١٤٥ .

(٣) نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ١٩٩ .

فله ما زاد على قيمة الدين ، وعليه ما نقص عنها <sup>(١)</sup> .

ويقال لهم في المعقول الأول : إن تسليط الراهن على الرهن للانتفاع به وتمكينه من استرداده يؤدي إلى ضياع التوثق المقصود من الرهن شرعاً ، لأن المرتهن بعد زوال يده عن الرهن لا يأمن جحود الراهن الدين ، وإخفاء العين المرهونة ، وعلى هذا فلا يصح القياس على الأمة المزوجة أو المستأجرة ، لأن التصرف والانتفاع بهما لا يلحق ضرراً بالزوج ولا المستأجر ، ولا يخل بما شرع العقد له .

ويتجه على الجمهور ، في استدلالهم بالآية ، أن غاية ما تفيده أن القبض لا بد منه في الرهن ، وهذا يتحقق بقبض المرهون في الابتداء ، أما اشتراط استدامة القبض فليس في الآية ما يدل عليه .

ويجاب عن هذا بأن القبض حيث كان شرطاً في الابتداء ، فإنه يكون شرطاً في الاستمرار ، لأن الأصل أن ما كان شرطاً في الابتداء يكون شرطاً في البقاء .

على أنا إذا نظرنا إلى الحكمة التي شرط القبض لأجلها ، وهي حصول التوثق بالفعل ، نرى أنه لا بد من استمرار ذلك القبض لينبثق ذلك التوثق الذي شرط القبض من أجله . ويتجه عليهم ، في معقولهم الأول ، أنه لا يلزم من المعنى اللغوي للرهن ، وهو الثبوت والدوام ، الحبس الحسي ، تحت يد المرتهن ، بل يتحقق ذلك بحبس العين لحق المرتهن على معنى تعلق الدين بالعين استيفاء منها بالبيع .

ويتجه على الحنفية ، خاصة في الدليل الثالث ، أن هذا الدليل إنما يثبت منع الراهن من أن يسترد العين المرهونة ، وهذا لا يستلزم منعه من الانتفاع به ، إذ من الممكن أن لا يسترد العين المرهونة ، ومع ذلك يكون له حق الانتفاع بها بوساطة



المرتهن ، كما هو مذهب المالكية والحنابلة .

وهذا هو ما نرجحه في هذه المسألة ، لما فيه من حفظ المال من الضياع ، مع تحقق معنى الوثيقة التي شرع عقد الرهن لأجلها .

### ثالثاً - الحقوق التي تثبت للمرتهن في العين المرهونة

قدمنا أنه يثبت للمرتهن حق حبس العين المرهونة تحت يده إلى حين الفكك - توثقاً لدينه - وقد قرر الفقهاء أن حق الوثيقة يتعلق بالرهن جميعه ، فيصير الرهن محبوساً بكل الدين ، وبكل جزء منه ، لا ينفك منه شيء حتى يقضي المدين جميع الدين ، قال ابن المنذر : "أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من رهن شيئاً بمال ، فأدى بعض المال ، وأراد إخراج بعض الرهن ، أن ذلك ليس له ، ولا يخرج شيء حتى يوفيه آخر حقه ، أو يبرئه من ذلك" (١) .

والعلة في ذلك أن الرهن وثيقة بحق ، فلا يزول إلا بزوال جميعه ، كالضمان والشهادة ، ولأن الرهن في حق ملك الحبس مما لا يتجزأ ، فما بقي شيء من الدين بقي محبوساً به ، كالمبيع قبل القبض ، لما كان محبوساً بجميع الثمن ، فما بقي شيء من الثمن بقي محبوساً به ، كذا هذا ، ولأن صفقة الرهن واحدة ، فاسترداد شيء من المرهون بقضاء بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة ، من غير رضا المرتهن ، وهذا لا يجوز (٢) .

وليس للراهن أن يسترد شيئاً من المرهون بقضاء بعض الدين ، سواء أكان المرهون شيئاً واحداً أم أشياء كثيرة ، سمي لكل واحد منها شيئاً من المال الذي رهن به أم لم يسم ، كذا في رواية الأصل ، وذكر في الزيادات أن من رهن مائة

(١) المغني ، ج ٤ ، ص ٣٩٩ .

(٢) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٥٢ - ١٥٣ ، الخرشي ، ج ٥ ، ص ٢٥٩ ، مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص

١٤١ ، القواعد لابن رجب ، ص ١٩٢ .

شاة بألف درهم ، على أن كل شاة منها بعشرة دراهم ، فأدى عشرة ، كان له أن يقبض شاة ، ووجه رواية الزيادات أنه لما سمي لكل واحدة منها ديناً متفرقاً أوجب ذلك تفريق الصفقة ، فصار كأنه رهن كل واحدة منها بعقد على حدة .

ووجه رواية الأصل أن الصفقة واحدة حقيقية ، لأنها أضيفت إلى الكل إضافة واحدة ، إلا أنه تفرقت التسمية ، وتفريق التسمية لا يوجب تفريق الصفقة ، كما في المبيع إذا اشتملت الصفقة على أشياء كثيرة كان للبائع حق حبسها كلها إلى أن يستوفي جميع الثمن ، وإن سمي لكل واحد منها ثمناً على حدة ، كذا هذا <sup>(١)</sup> .

ومن الحقوق التي أثبتها الشارع للمرتهن حق استيفاء الدين من العين المرهونة ، عند امتناع المدين عن الأداء من غيرها ، أو عند إعساره ، وذلك أنه إذا حل أجل الدين روجع الراهن في وفاء دين المرتهن ، فإن لم يوف ، وكان قد أذن للمرتهن أو العدل في بيع الرهن باعه ، ووفى الحق من ثمنه ، وما فضل من ثمنه فلمالكه ، وإن فضل من الدين شيء فعلى الراهن ، وإن لم يكن أذن لهما في بيعه ، أو أذن لهما ، ثم عزلهما ، طولب بالوفاء وبيع الرهن ، فإن فعل ، وإلا كان للحاكم أن يبيعه عليه جبراً ، ليوفي حق المرتهن ، سواء كان الراهن معسراً ليس له مال غيره ليقضي منه دين المرتهن ، أو موسراً .

على هذا جرى أبو يوسف ومحمد والأئمة الثلاثة . وقال الإمام أبو حنيفة : "ليس للحاكم أن يبيع عليه جبراً ، وإنما يحبسه لبيع بنفسه" ، وسيأتي هذا الخلاف مع الأدلة في الحجر بالدين إن شاء الله ، ثم إذا بيع الرهن في حياة الراهن أو بعد موته ، وكان عليه ديون آخر ، وليس له مال بقدر ما عليه من ديون ، كان المرتهن أحق بثمن الرهن من بين سائر الغرماء ، لأنه بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالرهون ، فيثبت له الاختصاص بثمنه ، وهو الثمن ، وهذا من أكثر

فوائد الرهن ، ولا نعلم فيه خلافاً . ثم إن كان الدين من جنس ما يبيع به الرهن فقد استوفى المرتهن حقه ، إن كان في الثمن وفاء بالدين ، وإن كان فيه فضل رده على الراهن ، وإن نقص عن الدين رجع المرتهن بما بقي من دينه في مال الراهن ، ويكون بينه وبين سائر الغرماء بالخصص ، لا فضل له فيه على غيره ، لأن الزائد من الدين دين مرسل لا رهن به ، فيستوي فيه مع الغرماء . وإن كان الدين من غير جنس ما يبيع به الرهن ، فالمرتهن بالخيار إن شاء أخذ الثمن ، وإن شاء ابتاع له بالثمن جنس حقه <sup>(١)</sup> .

### رابعاً - تأثر الدين بهلاك العين المرهونة

اتفقت كلمة الفقهاء على أن المرهون إذا هلك بتعدي المرتهن أو تفریطه في الحفظ كان مضموناً على المرتهن ، فإن كانت قيمته تساوي مقدار ما رهن فيه من دين ، سقط ذلك الدين بهلاكه ، وإن كانت قيمته أكثر من الدين رجع الراهن على المرتهن بما زاد على الدين ، وإن كانت أقل من الدين رجع المرتهن على الراهن بما بقي من دينه ، أما إذا هلك المرهون من غير تعدٍ ولا تفریط من المرتهن في الحفظ ، فهل يكون مضموناً على المرتهن ، فيتأثر الدين بهلاكه ؟

هنا اختلفت كلمة الفقهاء :

فذهب الشافعية والحنابلة وداود إلى أنه غير مضمون على المرتهن ، بل يهلك من مال الراهن ، ولا يسقط شيء من دين المرتهن فيه ، ويروي هذا عن علي كرم الله وجهه وعطاء والزهري والأوزاعي وأبي ثور وابن المنذر <sup>(٢)</sup> .

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٥٣ ؛ الخرشي ، ج ٥ ، ص ٢٥٤ ؛ مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ١٣٤ ؛ المغني ، ج ٤ ، ص ٤٥١ .

(٢) الأم ، ج ٣ ، ص ١٦٤ ؛ مغني المحتاج ، ج ٢ ، ص ١٣٦ ؛ المغني ، ج ٤ ، ص ٤٤٢ ؛ المحلى لابن حزم ، ج ٨ ، ص ٩٦ .

وقال المالكية : إن كان المرهون مما يغاب عليه ، أي يمكن إخفاؤه مع وجوده كالحلي ، فهو مضمون على المرتهن بالقيمة إن كان قيمياً ، وبالمثل إن كان مثلياً ، إلا أن تقوم بينة على هلاكه ، فإنه لا يكون مضموناً .

وإن كان مما لا يغاب عليه ، كالعقار مثلاً ، فإنه لا يكون مضموناً على المرتهن ، بل يهلك على الراهن <sup>(١)</sup> .

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد والثوري إلى أنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، ويروى هذا عن عمر بن الخطاب . وذهب زفر وعبيدالله بن الحسن وأبو عبيد وإسحق بن راهويه إلى أنه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت ، فإن كانت قيمته وقيمة الدين سواء سقط الدين عن الذي كان عليه ، ولا يرجع أحدهما على الآخر بشيء ، وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين سقط الدين بمقداره من الرهن ، وكلف المرتهن أن يؤدي إلى الراهن مقدار ما تزيده قيمة الرهن على قيمة الدين ، وإن كانت قيمة الرهن أقل سقط من الدين بمقدارها ، وكلف الراهن أن يدفع إلى المرتهن فضل ما زاد الدين على قيمة الرهن <sup>(٢)</sup> .

ويروى هذا المذهب عن علي أيضاً ، وابن عمر رضي الله عنهم . وذهب الحسن البصري وإبراهيم النخعي والشعبي وشريح والزهري وقتادة إلى أنه مضمون بالدين ، فإن هلك سقط الدين عن الراهن ، ولا يغرم أحدهما للآخر شيئاً ، سواء كان الرهن مساوياً للدين أو أقل منه أو أكثر .

احتج الشافعي ومن وافقه بما يأتي :

**أولاً :** مارواه الشافعي والدارقطني عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال :

(١) الخري ، ج ٥ ، ص ٢٥٦ ؛ منح الجليل ، ج ٢ ، ص ١٠٠ - ١٠١ .

(٢) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٥٤ ؛ نتائج الأفكار ، ج ٨ ، ص ١٩٤ ؛ تبين الحقائق ، ج ٦ ، ص ٦٣ - ٦٤ .

« لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » .

فقد جعل رسول الله ﷺ غرم الرهن على الراهن ، وغرمه هلاكه ونقصه ، فدل هذا على أن يد المرتهن يد أمانة ، فلا يضمن شيئاً بهلاك الرهن .

**ثانياً :** أن الرهن وثيقة بالدين كالكفالة والشهادة ، فكما أن الدين لا يسقط بموت الكفيل والشاهد ، فكذا لا يسقط بهلاك الرهن .

**ثالثاً :** أن الرهن مشروع لمصلحة المرتهن ، وحفظ حقه من الضياع ، فلو كان المرهون مضموناً على المرتهن بالهلاك ، لكان في ذلك إضرار بالمرتتهن ، وتفويت لحقه ، وكان حاله قبل الرهن خيراً منه بعد الرهن ، لأن حقه إذا كان في ذمة الراهن وفي جميع ماله لازماً أبداً ، كان خيراً له من أن يكون في شيء من ماله ، فإن هلك ذلك الشيء بعينه هلك من المرتتهن ، وبرتت ذمة الراهن <sup>(١)</sup> .

وقد نوقش استدلال الشافعي بالحديث من وجوه :

**الأول :** أن هذا الحديث قد اختلف في وصله وإرساله ، ورفع ووقفه ، فلا ينهض للاحتجاج به <sup>(٢)</sup> .

وأجيب عن ذلك بأن الحديث إذا روي موصولاً مرة ومرسلاً أخرى ، ومرفوعاً تارة وموقوفاً أخرى ، كان الحكم بالوصل والرفع ، كما قرر ذلك رجال الحديث .

**الثاني :** أن في سند هذا الحديث عبد الله بن نصر الأنطاكي ، وقد ذكر له ابن عدي في كتابه أحاديث منكورة ، منها هذا الحديث ، وقال صاحب التنقيح : " عبدالله بن نصر الأنطاكي ليس بذاك المعتمد " <sup>(٣)</sup> .

(١) الأم . ج ٢ ، ص ١٤٧ و ١٦٤ و ١١٥ ؛ المحلى ، ج ٨ ، ص ٩٨ .

(٢) نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ٢٠٠ ؛ نصب الراية ، ج ٤ ، ص ٣١٩ .

(٣) نصب الراية ، ج ٤ ، ص ٣٢٠ .

وقد أجيب عن ذلك بأن هذا الحديث قد ورد من طرق أخرى ، ليس فيها عبد الله هذا ، وقال عنها العلماء إنها حسنة <sup>(١)</sup> .

**الثالث :** أن قوله في الحديث : « له غنمه وعليه غرمه » ليس من قول الرسول عليه السلام ، وإنما هو من كلام سعيد بن المسيب ، نقله عنه الزهري ، قاله أبو داود ، وقال : هذا هو الصحيح <sup>(٢)</sup> . ويمكن أن يجاب عن ذلك بأنه على فرض تسليم أن هذا من كلام سعيد فهو لا يقدر في الاستدلال بالحديث ، لأن قول الرسول ﷺ فيه : « الرهن من صاحبه » كافٍ في إثبات المطلوب ، لأن معناه أن الرهن من ضمان صاحبه ، وإذا كان من ضمانه فلا يكون مضموناً على المرتهن ، بل يكون في يده أمانة .

**الرابع :** أن المقصود من الحديث إبطال حكم كان في الجاهلية ، وهو أن المرتهن كان يملك المرهون ويستحقه ، إذا عجز الراهن عن إيفاء الدين عند حلول الأجل ، ولو كانت قيمة الرهن أكثر من الدين . فيبين الرسول بهذا النص أن الرهن لا يستحق للمرتهن بعجز الراهن عن الإيفاء ، وأنه باقٍ على ملك صاحبه ، وله حكم سائر أمواله ، وإذا كان كذلك فهو بعيد عن محل النزاع <sup>(٣)</sup> .

ونوقش المعقول الأول بأن قياس الرهن على الكفالة والشهادة قياس مع الفارق ، فإن الرهن استيثاق بقبض المرهون على جهة الاستيفاء ، وهذا غير موجود في الكفالة والشهادة ، فلا يصح القياس .

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن التوثق في الرهن إنما هو بحبس العين المرهونة تحت يد المرتهن ، أما أن يده هذه تكون يد استيفاء فهو غير مسلم ، بل هو عين

(١) نفسه .

(٢) نفسه .

(٣) العناية . ج ٨ ، ص ١٩٤ ؛ نصب الرأية . ج ٤ ، ص ٣٢٠ .

## محل النزاع .

ونوقش معقولهم الثاني بأنه ليس في سقوط الدين بهلاك المرهون ما يضاف معنى الصيانة التي شرع لها عقد الرهن ، لأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء ، وهو يحقق الصيانة لا محالة ، وفراغ ذمة الراهن عند الهلاك من ضروراته ، ألا ترى الحوالة فإنها توجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب ، ومن ضرورة ذلك فراغ ذمة المحيل من الدين ، ولم يكن هذا مفوتاً للمقصود من عقد الحوالة ، فكذا عقد الرهن ، وذلك لأن الاعتبار بالموضوعات الأصلية ، لا باللوازم الضمنية <sup>(١)</sup> .

ويجاب عن ذلك بأننا لا نسلم أن موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء حتى يكون سقوط الدين لازماً من لوازمه ، بل موجب حسب العين تحت يد المرتهن ، أو تعلق الدين بها للاستيفاء منها بالبيع ، ولو كان موجب العقد ما قلتم من ثبوت يد الاستيفاء لما تحقق في الرهن معنى الصيانة للدين ، لأن إثبات يد الاستيفاء هو المؤدي إلى سقوط الدين ، وكون سقوط الدين لازماً من لوازمه لا يخرج عن أن يكون مضاداً لما شرع العقد من أجله ، والتشبيه بالحوالة غير مستقيم ، فإن فراغ ذمة المحيل في الحوالة لا يؤثر في التوثق الذي شرع عقد الحوالة له ، إذ إن حق المحال ثابت بكل مال في ذمة المحال عليه ، بخلاف سقوط الدين بالهلاك في الرهن اللازم لثبوت يد الاستيفاء ، فإنه مؤثر ومضيع للوثيقة والحفظ الذي شرع عقد الرهن له .

وحجة المالكية ما يأتي :

أولاً : ما نقله الإمام مالك في الموطأ من إجماع أهل المدينة على تضمين المرتهن فيما يغاب عليه ، وعدم تضمينه فيما لا يغاب عليه .

(١) العناية ، ج ٨ ، ص ١٩٦ .

**ثانياً :** أن الرهن لم يؤخذ لمنفعة صاحبه فقط حتى يكون ضمانه منه ، كالوديعة ، ولم يؤخذ لمنفعة المرتهن فحسب حتى يكون ضمانه منه ، كالقرض ، وإنما هو مأخوذ لمصلحة كل من الراهن والمرتهن ، فيأخذ شياً من كل من الوديعة والقرض ، فيثبت له حكم وسط بينهما ، فيجعل مضموناً على المرتهن ، إذا كان مما يغاب عليه لوجود التهمة ، وغير مضمون عليه إذا كان مما لا يغاب عليه لانتفاء التهمة <sup>(١)</sup> .

وقد نوقش الدليل الأول بأن إجماع أهل المدينة إنما يكون حجة إذا دل على سنة متبعة من زمن الرسول ﷺ ، أما إذا كان عن اجتهاد فلا يكون حجة ، كما هو الظاهر في هذا الإجماع المنقول في هذه المسألة .

ونوقش الدليل الثاني بأنه لا وجه للتفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه ، إلا ما يخال من وجود التهمة في الأول دون الثاني ، ولكن التهمة موجودة في كل شيء ، ومتوجهة إلى كل أحد ، فلا وجه للتفرقة بينهما <sup>(٢)</sup> .

واحتج الإمام أبو حنيفة ومن معه بما يأتي :

**أولاً :** ما رواه أبو داود في مراسيله ، وابن أبي شيبة في مصنفه ، عن ابن المبارك عن مصعب بن ثابت قال : سمعت عطاء يحدث أن رجلاً رهن فرساً ، فنفق في يده ، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن : « ذهب حقاك » .

فقد حكم رسول الله ﷺ بذهاب حق المرتهن ، عند هلاك الرهن ، وحقه إنما هو الدين ، فيكون الدين ساقطاً بهلاك الرهن <sup>(٣)</sup> .

(١) الخرخشي، ج ٥ ، ص ٢٥٧ ، منح الجليل، ج ٣ ، ص ١٠٢ .

(٢) المحلى لابن حزم ، ج ٨ ، ص ٩٧ .

(٣) الهداية والعناية ، ج ٨ ، ص ١٩٤ - ١٩٥ ؛ تبين الحقائق ، ج ٦ ، ص ٦٣ و ٦٥ .



صدوقاً<sup>(١)</sup> .

**ثانياً :** أنه يخالف ما ذهب إليه الحنفية ، إذ إنه يفيد سقوط الحق بهلاك الرهن ، ولو كان الدين أكثر من قيمة الرهن ، وهم لا يقولون بذلك<sup>(٢)</sup> .

ونوقش دليلهم الثاني بأن دعوى الإجماع على ضمان الرهن عارية عن الدليل ، بل هي مخالفة لما هو منقول عن الصحابة والتابعين ، فقد صح النقل عن علي كرم الله وجهه بأنه أمانة في يد المرتهن ، فقد روي عنه أنه قال في الرهن : " يتراد أن الفضل ، فإن أصابته جائحة برئ " ، فهذا يدل على أن علياً لم ير تراداً الفضل إلا فيما تلف بجناية المرتهن ، لا فيما أصابته جائحة ، بل رأى البراءة له فيما أصابته جائحة ، وقد صح عن عطاء والزهري ، وهما من التابعين القول بأنه أمانة في يد المرتهن ، وإذا كان الأمر كذلك ، فكيف تصح حكاية الإجماع ؟<sup>(٣)</sup>

ويتجه عليهم في الدليل الثالث أن غاية ما يفيد كونه الرهن في اللغة ينبيء عن الحبس ، وأنه كذلك في الشرع ، وأنه مشروع للاستيثاق ، إنما هو إثبات حق الحبس للمرتهن في العين المرهونة ، ولا يلزم من كونه محبوساً تحت يد المرتهن أن يكون من ضمانه ، ألا ترى أن العين المستأجرة محبوسة تحت يد المستأجر بحيث لا يستطيع صاحبها أن يستردها بغير عذر من الأعذار الموجبة لفسخ عقد الإجارة ، وهي مع ذلك غير مضمونة على المستأجر ، وإنما يده عليها يد أمانة .

واستدل زفر ومن معه على أن الرهن مضمون على المرتهن بالقيمة بما يأتي :

**أولاً :** ماروي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال : " يتراد أن الفضل " والتراد يكون من الجانبين ، فيرجع كل واحد منهما على صاحبه بالفضل

(١) نصب الراية ، ج ٤ ، ص ٢٢١ : المحلى ، ج ٨ ، ص ٩٩ .

(٢) الأم ، ج ٣ ، ص ١٦٧ .

(٣) المحلى ، ج ٨ ، ص ٩٨ .

عند الهلاك (١) .

ثانياً : أن القدر الزائد على قيمة الدين مرهون عند المرتهن لكونه محبوساً عنده ، فيكون مضموناً عليه قياساً على ما يساوي الدين (٢) . ويجاب عن دليل زفر الأول بأن قول علي : " يتراد أن الفضل " محمول على ما لو هلك الرهن بجناية المرتهن ، وهو ما صرحت به الرواية الصحيحة عنه ، كما ذكرنا آنفاً (٣) .

وأما الدليل الثاني فإن مبناه على أن الرهن مضمون على المرتهن ، وقد بينا أنه لم يقد دليل على ذلك .

واستدل الحسن البصري ، ومن وافقه ، على أن الرهن مضمون بالدين فقط ، بما رواه الدارقطني في سننه ، عن أنس عن النبي ﷺ قال : « الرهن بما فيه » ، فقد جعل الرهن في مقابلة ما رهن به ، وهو الدين (٤) .

وقد أجيب عن ذلك بأن الحديث لا يصلح للاحتجاج به ، فقد رواه الدارقطني مرفوعاً من طرق ثلاثة ، لم يسلم طريق منها من الطعن ، فالأول فيه أحمد بن محمد بن غالب ، وهو غلام خليل ، قال فيه ابن الجوزي : كان كذاباً يضع الحديث . والثاني فيه اسماعيل بن أبي أمية ، قال فيه الدارقطني : كان يضع الحديث . والثالث فيه سعيد بن راشد ، قال فيه يحيى بن معين : ليس بشيء . وقال فيه النسائي : متروك الحديث . وقال فيه ابن حبان : " لا يجوز الاحتجاج به " (٥) .

(١) الهداية والعناية ، ج ٨ ، ص ١٩٨ ؛ المحلى ج ٨ ، ص ١٩٧ .

(٢) الهداية والعناية ، ج ٨ ، ص ١١٨ .

(٣) انظر الصفحة السابقة .

(٤) الهداية ، ج ٨ ، ص ١٩٤ .

(٥) نصب الراية ، ج ٤ ، ص ٣٢١ .

ويتبين مما بسطناه من الأدلة لكل فريق وما ورد عليها من مناقشات رجحان مذهب القائلين بنفي الضمان عن المرتهن ، ومما يقوي ذلك أن الفقهاء جميعاً متفقون على أن الرهن كان على ملك الراهن ، وقد دفعه إلى المرتهن باختياره ، وأن المرتهن إنما حبسه بحقه الثابت له عند الراهن ، وليس متعدياً في هذا الحبس ، فليس هناك من وجه لجعله مضموناً على المرتهن ، إلا أن يكون نص من صاحب الشرع يوجب هذا الضمان ، ولم يثبت عن الشارع ما يثبت ذلك .