تضامن المدينين و الكفلاء
دراسة تحليلية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الدكتور بلعتروس محمد
أستاذ محاضر "أ" بقسم العلوم الإسلامية، جامعة أدرار

ملخص باللغة العربية:

تَنْصَبُّ هذه المداخلة على دراسة نظام "تضامن المدينين والكفلاء" الذي يرمي إلى تأمين الوفاء بالدين وتيسيره، في حالة تعدد المدينين بالدين الواحد. ويهدف البحث إلى تبيان حقيقة هذا النظام التشريعي، ومدى افتراض التضامن وآثاره، وإبراز أصالته في الفقه الإسلامي، وكيف أتقن الفقهاء تشييده وإكماله، ليؤدي وظيفته في دعم الائتمان، فضلا عن دوره في النطاق الاجتماعي. كل ذلك بمنهج تحليلي ومقارن بالقانون الوضعي.

وتُقَدِّم نتائج هذا البحث دلائلَ تشهد على سبق الفقه الإسلامي، واكتمال نضوجه، ومسايرته لحاجات الناس العملية في كل عصر، فتتهاوى بذلك الدعاوى المغرضة التي تسمه بالجمود والعجز عن مواكبة العصر.

Le résumé en langue française:

La solidarité des débiteurs et des cautions

La présente contribution a comme objet l'étude du système de "la solidarité des débiteurs et des cautions" qui vise à assurer et faciliter le paiement de la créance, en cas de la pluralité des débiteurs par la même créance. Cette étude met en évidence les traits fondamentaux de cette institution, la présomption de la solidarité, et ses effets, ainsi que son originalité dans la doctrine musulmane. Elle montre également la complémentarité du système, ce qui lui permet, en outre de sa fonction sociale, de jouer le rôle économique du renforcement de crédit, en appliquant une méthode analytique et comparée avec le droit positif.

Les résultats de cette approche montreront, par des preuves palpables, l'avance de notre doctrine musulmane, sa parfaite maturité, et sa réponse aux besoins pratiques des Person nés dans toute ère, et déjouer, par voie de conséquence, les faussetés qui la décrivent incapable de répondre aux nouvelles exigences de la vie.

مقدمة:

خَلَّفَ علماء الإسلام رصيدا فقهيا زاخرا، امتاز بأصالة مبادئه وأحكامه، وقدرته على احتواء حاجات الناس في مختلِف عصورهم وبيئاتهم. وقد أفادوا هذا الرصيد من أصول الشريعة، وقواعدها العامة المبنية على فكرة المصلحة و العدل.

المنارة للاستشارات

وقد عرَف الفقه الإسلامي نظما تشريعية غاية في إحكام الأساس، ووضوح الغرض في مسايرة التطور الاجتماعي والحضاري. من بين تلك النظم" تضامن المدينين والكفلاء" الذي يساهم في تنظيم العلاقة بين الدائنين ومدينيهم وكفلائهم، سعياً إلى تأمين الوفاء بالالتزام، بل وتيسير حصول هذا الوفاء.

وتضامن المدينين يقوم أساسا على نظريتي الكفالة والضمان، وهو مبدأ يخول الحق للدائن أن يطالب مدينيه أو كفلاءهم بالدين المضمون، وأن المدينين والكفلاء متضامنون في الوفاء على نحو معين.

ولهذا الموضوع أهمية كبيرة، سواء من الناحية التشريعية الخالصة، أو بالنظر إلى مجالاته التطبيقية المتنوعة والعديدة، كالمدنية والتجارية وغيرها. وأكثر المنازعات القضائية تتعلق بالضمانات بمختلف أنواعها.

ويعالج هذا البحث، النظام التشريعي لتضامن المدينين والكفلاء، بمنهج تحليلي ومقارن، بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الذي يأخذ هو الآخر بفكرة تضامن المدينين. وهو يتناول حقيقة التضامن، وهل يُفترَض أم لا، وآثاره.

وستبرِز هذه الدراسة الموجزة أصالة هذا النظام في الفقه الإسلامي، وكيف شيده الفقهاء أتقن تشييد، ليؤدي على هدي مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وظيفة ائتمانية ممتازة؛ بحيث إذا أعسر أحد المدينين ساغ للدائن، بموجب هذا التضامن، أن يطلب حقه من غيره من المدينين الموسرين أو من الكفلاء. وهكذا تظهر لنا بجلاء أهمية هذا التضامن من خلال ما يقدمه للدائنين من تأمين شخصي قوي لاستيفاء حقوقهم، وهو ما يحفزهم، بالنتيجة، على منح الائتمان وعدم التلكؤ في ذلك. ولا يخفى ما لهذا الأمر من أثر اقتصادي واجتماعي بالغ.

أولاً– ماهية تضامن المدينين والكفلاء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

المنارة للاستشارات

لما كان الحكم على الشيء فرع عن تصوره، كان لزاما علينا أن نوضح حقيقة تضامن المدينين شرعا وقانونا، تمهيدا لبيان موقف التشريعين من هذا المبدأ، والوجه الذي يجري به التضامن بين المدينين في ظل كل منهما.

ولما كان أساس التضامن هو الضمان والكفالة، تعين التعريج على بيان هذين المصطلحين أولا.

1- ماهية الضمان والكفالة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

الضمان والكفالة في اللغة بمعنى واحد. يقال: ضمِن الشيءَ وبه ضمانا: كَفَله وكفل به. والكافل والكفيل: الضامن والضمين؛ ومنه قوله تعالى: "وكفلها زكريا"[1]؛ أي ضَمِن القيام بأمرها[2].

ويأتي الضمان في اللغة لمعانٍ عدة منها: الالتزام، والكفالة، والحفظ والرعاية[3].

وأما فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد ذكروا تعريفات عدة للضمان أو الكفالة[4]:

أ- فذهب الحنفية إلى أن الكفالة: هي "ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة"[5].

وعرفها بعضهم بأنها: "ضم الذمة إلى الذمة في الدين". والتعريف الأول أشمل إذ يتناول- كما بيَّن صاحب مرشد الحيران[6] – ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في

---

[1] سورة آل عمران: الآية 37.

[2] ابن منظور، لسان العرب، إعداد و تصنيف: يوسف خياط ونديم مرعشلي، بيروت، 279/3.

[3] الشوكاني، نيل الأوطار، مطبعة مصطفى الحلبي، الطبعة الأولى، مصر، 1306 هـ، 13/2.

[4] الغالب على الفقهاء أنهم يطلقون الضمان على التزام المال، و الكفالة على التزام إحضار النفس. أما المالكية فلا يفرقون بينهما، و إلى هذا ذهب ابن قدامة، فعنده الضمين و الكفيل و الزعيم بمعنى واحد، ولا مشاحة في الاصطلاح. غير أنه عند إطلاق "الكفالة" يُحمل المعنى على العرف؛ فمعاملات الناس تجري على أعرافهم و على ما يريدون.

[5] المرغيناني، الهداية شرح البداية، مطبعة المكتبة التجارية، مصر، 1356 هـ، 87/3؛ حاشية ابن عابدين، مطبعة مصطفى الحلبي، الطبعة الثانية، مصر، 1386 هـ، 458/3.

[6] محمد قدري باشا، مرشد الحيران، دار الفرجاني، ص 822.

المنارة للاستشارات

المطالبة بنفس أو دَيْن أو عين. ولذا يترجح التعريف الأول عند أكثر علماء الحنفية لشموله وقصور الثاني أمامه.

ب- ويرى المالكية أن الكفالة والضمان والحمالة والزعامة بمعنى واحد[1]. وهم يعرفون الضمان بأنه: "شغل ذمة أخرى بالحق"[2] أو هو "التزامُ مُكَلَّفٍ غير سفيه دينا على غيره"[3].

وقد استعمل الفقه المالكي لفظ التضامن للدلالة على المعنى الذي يتسع له إطلاقه، وهو أحكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين[4].

ج – وعرف الشافعية الضمان بقولهم: "التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة، أو بدن من يستحق حضوره"[5].

ويفرق الإمامان النووي والماوردي بين لفظي الضمان والكفالة في الإطلاق: فيخصصان الضمان بإحضار المال، والكفالة بإحضار البدن؛ ولذا يقال: ضمان المال و كفالة البدن[6].

د – أما الحنابلة فقد تعددت عباراتهم في تعريف الضمان، نذكر من ذلك: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعا"[7].

---

[1] قال أبوعمر بن عبد البر في كتابه " الكافي في فقه أهل المدينة"، الطبعة الأولى، مكتبة الرياض الحديثة، 1398 هـ، ص398: " الضمان والكفالة و الحمالة أسماء معناها واحد، فمن قال: أنا كفيل بما لك على فلان أو أنا حميل أو أنا زعيم فهو ضامن". وانظر كذلك: ابن عاصم، تحفة الحكام، مطبوع مع البهجة للتسولي، المطبعة البهية، مصر، 1258 هـ، 119/1.

[2] الدردير، الشرح الكبيرعلى مختصر خليل، ط بولاق، 1319 هـ، 370/3؛ الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ط 1329 هـ، 109/2؛ ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ط 1982 م، 327/2،.

[3] الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير بهامش بُلغة السالك، 272/3.

[4] القطب الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، 370/3.

[5] الشربيني، مغني المحتاج، مطبعة مصطفى الحلبي، 1352 هـ، 161/3.

[6] الشربيني، مغني المحتاج، 161/3.

[7] ابن قدامة، المغني مع الشرح، الطبعة الثالثة، 1367 هـ، 313/6.

المنارة للاستشارات

وإني أختار من التعريفات السابقة، التعريف الراجح عند الحنفية، وهو أن الكفالة أو الضمان: "ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة"؛ لوضوحه، وشموله لأنواع الكفالات، ولرجحان معناه كما سيأتي. كما أختار في هذا البحث لفظ الكفالة للدلالة على الضمان بهذا المعنى المرجح.

ويتضح من هذا التعريف المختار أن الضمان أو الكفالة هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتيهما جميعاً، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما[1].

ويذهب جمهور الفقهاء إلى تقسيم الضمان أو الكفالة إلى قسمين: ضمان المال، وضمان النفس[2]. ويدخل في الأول الأعيان المضمونة؛ مثل المغصوب والمبيع بيعاً فاسداً.

ويزيد المالكية قسماً ثالثاً وهو: ضمان الطلب[3]. وما يهمنا في هذا البحث هو القسم الأول، أي ضمان المال.

ويكاد الفقهاء يتفقون على أن الضمان يعني ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في المطالبة بحق مالي. وما ذلك إلا لأن الضمان شُرع للتوثق؛ إذ يمنح للدائن ضمانا إضافيا لاستيفاء حقه من أحد المدينين، دون أن يضر بباقي المدينين المتضامنين، لإمكان رجوع المدين الموفي على باقي المدينين المتضامنين؛ فهو بالتعبير الحديث نوع من التأمين الشخصي للدائن. والقانون الوضعي جار على هذا المعنى

[1] إبراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع- دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار عمار، الطبعة الأولى، 1997 م، ص 67.

[2] ويسمى أيضا ضمان الوجه: وهو التزام إحضار بدن المضمون. أو التزام إحضار المكفول إلى المكفول له عند الأجل أو عند وقت الحاجة. وهو معنى واحد: المرغيناني، الهداية شرح البداية، 87/3؛ الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك وحاشية الصاوي عليه، ط 1393 هـ، 4/ 430؛ أبو عبد القدوس بدر الدين مناصرة، الفقه المالكي وأدلته- الأحكام المالية، دار الهدى، عين مليلة، ص 150.

[3] وهو البحث عن المكفول وإخبار صاحب الدين، راجع: الدردير، الشرح الصغير، 430/4.

المنارة للاستشارات

أيضا، فقد عرفه القانون المدني الأردني، مثلا، بأنه: "ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام"[1]، وهو تعريف مطابق لتعريف الجمهور.

وعرف القانون المدني الجزائري الكفالة في المادة 644 منه بأنها: " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه".

وبهذا يظهر أن الكفيل في القانون مدين احتياطي لا يضمن الدين إلا عند عدم وفاء المدين الأصلي بالتزامه قِبَل الدائن. أما الكفيل على الرأي الراجح في الفقه الإسلامي فهو ضامن للدين بالتضامن مع المدين الأصلي. والرأي المعتمد في الفقه المالكي أن الدائن لا يرجع على الكفيل إلا بعد مطالبة المدين الأصلي، ما لم يوجد شرط يقضي بغير ذلك[2]. وبهذا يظهر أن موقف القانون المدني يختلف عما عليه جمهور فقهاء المذاهب الإسلامية، ولكنه يطابق الراجح في المذهب المالكي.

هذا، وإذا صح الضمان لَزِم أداء ما ضمنه، وكان للمضمون له مطالبته، وهذا هو فائدة الضمان[3]. ومن ثم، تكون ذمة الكفيل أو الضمين مشغولة بما في ذمة المكفول عنه بكل ما ينتج عن ذلك من آثار: فتتعدى المدين إلى خلَفه، فيؤخذ الدين من تركته، ويحل الدين بموته، وهو ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية بقولها: "لو مات الكفيل بالمال يطالب المال المكفول به من تركته ثم يرجع الورثة على المكفول منه، إن كانت الكفالة بأمره وكان الدين حالا"[4].

2 – معنى التضامن في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

[1] ومثلها المادة 1056 من القانون المدني الإماراتي.

[2] محمد سكحال المجاجي، المهذب في الفقه المالكي وأدلته، الطبعة الأولى، دار الوعي الجزائر– دار القلم دمشق،1431 هـ– 2010 م، 2/ 585.

[3] الدردير، الشرح الكبير، 329/3.

[4] المادة 670 من مجلة الأحكام العدلية.

المنارة للاستشارات

يوجد تضامن المدينين عندما يتعددون، ويكون كل منهم ملتزما بكل الدين، بحيث يستطيع الدائن أن يطالب أيا منهم بكل الدين، مجتمعين أو منفردين.

وتضامن المدينين بهذا المعنى يقترب من حقيقة الكفالة، لا سيما في الفقه الإسلامي. بيد أن بينهما أوجه شبه وأوجه اختلاف:

أ – أوجه الشبه بين الكفالة وتضامن المدينين:

- تضامن المدينين، أو الالتزام التضامني، يقترب من حيث المعنى من الكفالة، ذلك أن الدين في كل منهما متعلق بذمتين (وهما ذمة المدين الأصلي أو المكفول عنه، وذمة المدين المتضامن أو الكفيل). وقد كان الدين قبل التضامن أو الكفالة متعلقا بذمة واحدة، وهي ذمة المدين الأصلي أو المكفول عنه[1]. ولما صار الدَيْنُ متعلقاً بالذمتين، فوجب أن تكونا مسؤولتين عنه كله.

- وينتج عن ضم الذمتين إلى بعضهما (ذمة المدين الأصلي وذمة المدين المتضامن أو الكفيل) جواز مطالبة المكفولِ له (الدائن) الكفيلَ الذي التزم بالدين بموجب عقد الكفالة، مثلما هو الشأن في تضامن المدينين تماماً، في حدود الدين الثابت في ذمة المدين الأصلي[2].

- هذا، ويعد تضامن المدينين والكفالة كلاهما شكلا من أشكال التأمين الشخصي.

ب – أوجه الاختلاف بين الكفالة والتضامن:

- يوجد بين المصطلحين عموم وخصوص مطلق، فالكفالة أعم من تضامن المدينين؛ لأنها تشمل كفالة الدين، وكفالة العين، وكفالة النفس. أما تضامن المدينين أو الالتزام التضامني فلا ينصب إلا على كفالة الدين.

---

[1] الرملي، نهاية المحتاج، المطبعة البهية المصرية، 1304 هـ، 440/4؛ ابن قدامة، المغني، 70/5.

[2] ابن الهمام، فتح القدير، ط المكتبة التجارية، 403/5؛ الشربيني، مغني المحتاج، 208/2؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة عيسى الحلبي، مصر، 337/3؛ ابن قدامة، المغني، 73/5.

المنارة للاستشارات

- المدين المتضامن صاحب مصلحة شخصية، أما الكفيل فلا يلتزم إلا لمصلحة الغير وهو المدين الأصلي.

- وتضامن المدينين مصدره الاتفاق أو القانون، بينما مصدر الكفالة هو الاتفاق غالبا.

- والتزام الكفيل التزام تبعي، أما المدين المتضامن فالتزامه أصلي. ويترتب على هذا تأثر التزام الكفيل في نشأته وانقضائه بالالتزام الأصلي، فإذا كان التزام الأصيل باطلا كان التزام الكفيل باطلا أيضا. وأيضا، فإن ذمة الكفيل تبرأ إذا برئت ذمة الأصيل، بخلاف الأمر في التضامن، فإن ذمة المدين لا تبرأ إلا بمقدار حصة الدين الموفى[1].

3- التخريج الفقهي لتضامن المدينين والكفلاء في الفقه الإسلامي:

بعد أن بينا حقيقة الضمان والتضامن في الفقه الإسلامي، يجدر بنا الآن أن نحاول تخريج تضامن المدينين والكفلاء على أقوال فقهائه، الذين حرروه تحريراً، وقرروه في كتبهم على صورة لم تكتحل عين القانون الوضعي على مثلها أو ما يقاربها إلا حديثا. وهذه عبارات بعض فقهاء الشريعة في الموضوع:

*** تضامن الكفيل والأصيل قِبل الدائن:**

لقد ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة أن الكفالة تعطي المكفول له (الدائن) الحق في مطالبة الكفيل بما التزمه، وأن له الحق أيضا في مطالبة الأصيل: فله مطالبة أيهما شاء، أو مطالبة الاثنين الكفيل والأصيل معا، ولكنه لا يأخذ أكثر من حقه.

[1] عبد الله النجار، ص 27.

المنارة للاستشارات

وعن الإمام مالك في هذه المسألة روايتان: الأولى: مثل الجمهور، والثانية: لا يطالب الضامن، إلا أن يتعذر الاستيفاء من المضمون عنه وهو الأصيل[1] (فالكفيل على الرواية الثانية عند المالكية، وهي الرواية الراجحة، مدين احتياطي لا متضامنا).

*** تضامن الكفلاء فيما بينهم عند تعددهم:**

جاء في "بلغة السالك لأقرب المسالك": (مسألة تعدد الحملاء (الكفلاء) صُوَّرُها أربعٌ:

أولها: تعددهم، ولم يشترط حمالة بعضهم عن بعض، ولا أخذ أيهم شاء بحق، فلا يُؤخذ كلٌّ إلا بحصته.

ثانيها: اشترط حمالة بعضهم عن بعض، ولم يقل: أيكم شئت أخذتُ بحقي، فيُؤخذُ من وجد بجميع الحق، إن غاب الباقي أو أعدم أو مات.

ثالثها: اشترط حمالة بعضهم عن بعض، وقال مع ذلك: أيكم شئت أخذت بحقي، فله أخذ أي واحد منهم بجميع الحق، ولو كان غيره حاضرا مليئا، وللغريم في هاتين الصورتين الرجوع على أصحابه أو على الغريم.

رابعها: تعدد الحملاء، ولم يشترط حمالة بعضهم عن بعض، وقال: أيكم شئت أخذت بحقي، فيُؤخذ أي واحد بجميع الحق، ولو كان غيره حاضراً مليئاً، وليس للغارم الرجوع على أحد أصحابه)[2].

أما عن كيف يبرأ الكفيل عند تعدد الكفلاء، فقد قال ابن قدامة الحنبلي: "ويجوز أن يضمن الحقَّ عن الرجل الواحد اثنان أو أكثر، سواء ضمِن كل واحد منهم جميعه أو جزء منه: فإن ضمن كل واحد منهم جميعه، برئ كل واحد منهم بأداء أحدهم، وإن أبرأ

[1] ابن رشد، بداية المجتهد، 407/2؛ ابن الهمام، فتح القدير، 390/5؛ الشربيني، مغني المحتاج، 176/3؛ ابن هبيرة، الإفصاح، 206/2؛ ابن قدامة، المغني، 329/6؛ ابن حزم، المحلى، مطبعة المنيرية، القاهرة، 1350 هـ، 526/8.

[2] الصاوي، حاشية على الشرح الصغير، 382/3-383؛ وانظر: الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، 87/6.

المنارة للاستشارات

المضمون عنه برئ الجميع؛ لأنهم فروع له. وإن أبرأ أحدَ الضُّمَّان برئ وحده ولم يبرأ غيره؛ لأنهم غير فروع له، فلم يبرؤوا ببراءته كالمضمون عنه (المدين الأصلي)..."[1]. "وإن أبرأ صاحبُ الدين المضمونَ عنه، برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافاً. وإن أبرأ المضمون له الضامنَ، لم تبرأ ذمة المضمون عنه؛ لأنه أصل، فلا يبرأ بإبراء التبع"[2].

*** تضامن المدينين فيما بينهم:**

وفي ضمان المدين على سبيل التضامن، في حالة الفعل الضار، كما في الغصب مثلا، يقرر الفقهاء أنه: إذا غصب شخص من آخر، فجاء غيره وغصبه منه فهلك في يده، فالمالك بالخيار: إن شاء ضمَّن الغاصبَ الأولَ، لوجود فعل الغصب منه وهو إزالة يد المالك عنه، وإن شاء ضمَّنَ الغاصب الثاني أو المتلف، سواء علم بالغصب أو لم يعلم...فإن اختار المالك تضمين الأول، وكان هلاك المغصوب في يد الغاصب الثاني، رجع الغاصب الأول بالضمان على الثاني...وإن اختار المالك تضمين الثاني أو المتلف، لا يرجع هذا بالضمان على أحد، ويستقر الضمان في ذمته؛ لأنه ضمن فعل نفسه، وهو إزالة يد المالك أو استهلاكه وإتلافه. وللمالك أن يأخذ بعض الضمان من شخص وبعضه الآخر من الشخص الآخر..."[3].

وعند المالكية: "... المشتري من الغاصب، ووارثه، وموهوب الغاصب كالغاصب، وإن علموا بالغصب فعليهم ضمان المثلي بمثله، والقيمي بقيمته، ويضمنون الغلة والحادث السماوي لأنهم غُصَّاب بعلمهم بالغصب، وللمالك أن يتبع بالضمان أيهما شاء"[4].

---

[1] ابن قدامة، المغني، 331/6.

[2] ابن قدامة، المغني، 329/6.

[3] الكاساني، بدائع الضنائع، مطبعة الجمالية القاهرة، 1328 هـ، 7/ 144-146؛ الدردير، الشرح الكبير، 457/3؛ الشربيني، مغني المحتاج، 279/2؛ ابن قدامة، المغني، 69/7؛ مجلة الأحكام العدلية (م 910).

[4] الدردير، الشرح الصغير مع بلغة السالك، 370/3، 374.

المنارة للاستشارات

وذهب الشافعية إلى أن الأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان، وإن جهل صاحبها الغصب؛ لأن واضع اليد وضع يده على ملك غيره بغير إذنه، والجهل غير مسقط للضمان، بل يسقط الإثم فقط، فيطالب المالك من شاء منهما..."[1].

وهذه النماذج، وغيرها كثير جدا، من أقوال فقهاء الإسلام رحمهم الله تدل على تنظير دقيق ومتكامل لنظام تضامن المدينين والكفلاء في الفقه الإسلامي، لم تسبقه إليه القوانين الوضعية.

4 – لمحة تاريخية عن نظام تضامن المدينين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

يحتم علينا واجب تفنيد الدعاوى المتحاملة على تراثنا الفقهي، والتصدي لمحاولات تشويه الحقائق التاريخية بزعم الغربيين الدائم الأجوف أن: أصل النظام الفلاني – أيّ نظامٍ تشريعي أو حضاري– موروث عن النظام اليوناني أو الروماني!، من دون تحقيق أمين أو تحرٍّ دقيق يفضيان بكل موضوعية وتجرد إلى تحديد نَسَب هذا النظام أو ذاك. كل ذلك مع مسايرة مراحل نموه ومتابعة اتجاهات تطوره. هذا ما حدا بنا أن نميط اللثام عن نشأة هذا النظام وتطوره في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

ليس صحيحا الادعاء بأن تضامن المدينين مصدره القانون الروماني، وأنه نظام ورثته عنه المجتمعات الحديثة. فقد دلت الدلائل التاريخية أنه كان معروفا في مصر الفرعونية[2]، وأن الإغريق طبقوا المبدأ نفسه بصورة لا تختلف إلا قليلا عما كان عليه النظام في مصر قديماً[3]. أما القانون الروماني فكان الأصل فيه انقسام الدَّيْن عند تعدد المدينين، وأهم استثناءات هذا المبدأ: "الالتزام التضامني"، ومؤداه أن مجرد سعي الدائن إلى القضاء ضد أحد مدينيه ينتهي إلى انقضاء الدين بالنسبة لكل المدينين المتضامنين. وكان الالتزام التضامني عند الرومان يتحدد دوره في توفير الضمان عن طريق إزالة

[1] الشربيني، مغني المحتاج، 293/3.

[2] د. عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون المصري– مع دراسات في نظرية العقد في القانون الروماني، ط 1977–1978، ص233.

[3] المرجع نفسه، ص 233.

المنارة للاستشارات

العقبات الناشئة عن تقسيم الدين حتى يكون جميع المدينين في مركز متساو قِبل الدائن. ولم يبلغ هذا النظام التشريعي عند الرومان المستوى المطلوب من الوضوح والنضج.

وتأثراً بالقانون الروماني، سار القانون الفرنسي القديم على الأخذ بذلك النظام منه، وقام فقهاؤه بتطويره على نحو أدخل المزيد من الغموض عليه. لكن تعديلات تلت ذلك أفضت إلى تحديد معناه بأن صار "ذلك الحق الذي يكون للدائن في أن يطالب بحسب اختياره أيا من المدينين بالدين كله" حسب تعبير الفقيه الفرنسي "دوما"، الذي قرر أن هذا التضامن إما أن ينشأ عن اتفاق أو ينتج عن طبيعة الدين ذاته، ككونه جناية أو جنحة[1]. ولم يأخذ تضامن المدينين شكل نظام قانوني واحد ومتكامل إلا حين منحت النصوص للدائن ضمانا دون أن يضر بالمدين الذي متى وَفَّى بالدَيْن جاز له الرجوع على بقية المتضامنين معه كل بقدر نصيبه في الدين، كما قررت أن مصدر التضامن هو الاتفاق أو القانون أو القضاء في بعض الأحوال[2].

أما التضامن في الفقه الإسلامي، فهو نظام مكتمل، بلغ ذروة نضجه في عهد ازدهار الاجتهاد. وسيأتي، عند دراسة مشروعيته، بيان من أين استفاد الفقهاء هذا المبدأ، مما يدل دلالة قطعية على استقلالية مصدره في الشريعة الإسلامية، وأصالة تطوره الفقهي. وقد استبان من العنوان السابق أن الفقه الإسلامي سبق القانون الوضعي إلى معرفة هذا النظام وتدقيق أحكامه وتشييد بنائه على قاعدة الوضوح والإحكام، من خلال قواعد الكفالة والضمان، في حين تعثر القانون الوضعي، وقَطَع إلى الصورة التي هو عليها النظام اليوم مراحل تتسم بالغموض وعدم الانتظام. بل إن صورة التضامن السلبي –كما يقرر الأستاذ السنهوري[3]– لم تُعرف بوضوح إلا منذ عهد القانون الروماني الذي لم يعرف الكفالة على وضعها الحديث إلا بعد أن مر بمراحل تَطَوَّرَ خلالها، وكان القانون الفرنسي القديم أكثر غموضا في معرفته للالتزام التضامني، حيث خلط فقهاؤه بين

[1] Jean français, de la distinction entre l'obligation solidaireet l'obligation in solidum, these paris, 1932, p.17.

[2] د. نبيل إبراهيم سعد، التضامن ومبدأ عدم افتراض التضامن: دراسة تحليلية مقارنة، ط 1986، ص 6.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط 1958، 367/3.

المنارة للاستشارات

التعويض المدني والجزاء الجنائي، كما لم يفلح القانون الفرنسي الجديد (أي قانون نابليون لسنة 1804 م) في تنظيم تضامن المدينين على شكل نظرية متكاملة تظللها روح العدالة التي نلمسها في تنظيم الفقه الإسلامي لها، سواء على صعيد نطاق النظرية أو آثارها. وبهذا فإن الفقه الإسلامي، وإن اتفقت معه أكثر أحكام القانون المتعلقة بتضامن المدينين، إلا أنه كان الأسبق تاريخا في إرساء هذا النظام والأدق تنظيما له.

5- مقارنة تضامن المدينين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

وهذا التصوير لحقيقة تضامن المدينين في الفقه الإسلامي ينطبق على مفهوم التضامن السلبي في القانون الوضعي؛ حيث ذهب رجاله إلى أن المدينين يكونون متضامنين إذا كان للدائن مطالبة أي منهم بكل الدين بالرغم من قابلية محل الالتزام للانقسام، وإذا وفى أحدهم برئت ذمته وذمة الباقين، فإذا باع إنسان شيئا لخمسة أشخاص واشترط أن يكونوا متضامنين في الوفاء بالثمن، كان له الحق في مطالبتهم مجتمعين أو منفردين، وإذا اختار الدائن أحد المدينين وطالبه بالوفاء بكامل الثمن، كان هذا المدين ملتزما بذلك[1].

وبالتأمل في المسألة، يمكن أن نقدم تعريفا موجزا لفكرة تضامن المدينين بأنه: حق يثبت للدائن في مواجهة أي من المدينين، يخوله مطالبتهم بكامل الدين، مجتمعين أو منفردين، متى كان كل منهم ملتزما بكل الدين قِبَله.

ومعلوم أن للمدين الذي وفَّى بالدين، الرجوع على غيره من المدينين المتضامنين معه، كل حسب مقدار نصيبه في الدين المضمون.

ويجدر البيان بأن فكرة التضامن بين المدينين، أو ما يعرف بـ: (التضامن السلبي) فكرة عرفتها الشريعة الإسلامية، عموماً، كصورة من صور الضمان الذي يتفق في

[1] د. عبد المنعم البدراوي، أحكام الالتزام، ص 337.

المنارة للاستشارات

أوصافه وآثاره مع التضامن في القانون، بل إن الفقه المالكي ليستعمل اللفظ نفسه أي "التضامن"[1].

ثانياً– مشروعية تضامن المدينين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

نبحث في هذه الفقرة، على التوالي، مشروعية المبدأ المبحوث في الفقه الإسلامي، ثم تأصيله في القانون الوضعي؛ لنقف على مصدر استمداده في كل من التشريعين.

1 – مشروعية تضامن المدينين في الفقه الإسلامي:

ذهب الفقهاء إلى القول بجواز أن يتضامن المدينون قبَل دائنهم، استنادا إلى جملة أدلة[2]، نجملها فيما يلي:

أ– الكتاب:

* قوله تعالى في قصة يوسف عليه السلام: " قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتُنَّني به إلا أن يُحاط بكم"[3].

* وقوله تعالى أيضا: "ولِمن جاء به حِملُ بعيرٍ وأنا به زعيمٌ"[4].

والآيتان دلتا على جواز الكفالة في شرع من قبلنا، وهو شرع لنا إلا ما خصه الدليل[5]، وبهذا الحكم قضى النبي صلى الله عليه وسلم في قوله " الزعيم غارم" لذلك كانت الكفالة مشروعة عندنا.

---

[1] انظر: الدردير، الشرح الكبير، 370/3.

[2] ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، 291/2 ؛ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الجزائر، الطبعة الأولى، 1412 هـ– 1991 م، 131/5.

[3] سورة يوسف: الآية 66.

[4] سورة يوسف: الآية 72.

[5] الباجي، المنتقى، 80/6.

المنارة للاستشارات

* وقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"[1]، قال أبو بكر الرازي الجصاص: "...وهو عام في إيجاب الوفاء بجميع ما يشرطه الإنسان على نفسه ما لم تقم دلالة تخصصه"[2]. وقال ابن العربي من المالكية: " قال علماؤنا هذا نص في جواز الكفالة"[3].

ب – السنة النبوية:

* قوله صلى الله عليه وسلم: "العارية مُؤَدَّاة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم"[4]، والشاهد قوله صلى الله عليه وسلم: "والزعيم[5] غارم" وهو قضاء منه صلى الله عليه وسلم بموجب الكفالة. فالزعيم أو الكفيل يضمن الحق سواء أكان عينا أم دينا أم نفسا.

* وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: كان رسول الله صلى الله لا يصلي على رجل مات وعليه دين، فأتي بميت فقال: أعليه دين؟ قالوا: نعم، ديناران. فقال: "صلوا على صاحبكم" فقال أبو قتادة الأنصاري: هما علي يا رسول الله، فصلى عليه رسول الله"[6].

فههنا قام أحد الصحابة بكفالة دين أخيه، بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم، دون أن ينكرها عليه، فدلَّ ذلك على جواز الكفالة أو الضمان.

---

[1] سورة المائدة: الآية 1.

[2] ابن العربي، أحكام القرآن، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، 296/1.

[3] ابن العربي، أحكام القرآن، 1059/3.

[4] صحيح: رواه أبو داود (3565)؛ والترمذي (1265)؛ وابن ماجه (2405)؛ و أحمد (267/5)؛ والبيهقي، السنن الكبرى، مطبعة مجلس إدارة المعارف العثمانية، 1354 هـ، 72/6؛ والترمذي، وقال: حسن صحيح. وانظر: الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، دار المأمون بشبرا، 63/4.

[5] الكفيل والضامن.

[6] أخرجه بهذا اللفظ أبو داود، السنن، الطبعة الثالثة، دار الفكر، بيروت، 1399 هـ، 193/9، باب التشديد في الدين، وأصله في الصحيحين: " صحيح البخاري"، دار الفكر، بيروت، 467/4، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز؛" صحيح مسلم"، دار الريان للتراث، القاهرة، 1237/3، رقم 1619.

المنارة للاستشارات

وقد استدل الإمام البخاري رحمه الله في صحيحه على صحة الكفالة فقال: "باب الكفالة في القروض والديون بالأبدان وغيرها" وذكر آثارا كثيرة تشهد على ذلك[1].

ج- الإجماع:

اتفقت الأمة على مشروعية الضمان[2]؛ للآيات والأخبار المتقدمة.

وقال ابن رشد: وأما الحمالة (الكفالة) بالمال فثابتة بالسنة ومجمع عليها من الصدر الأول من فقهاء الأمصار..."[3].

هذا، وإن الضمان، ومثله التضامن، محقِّق لتكافل أفراد المجتمع وقوة تماسكهم، لِما يشتمل عليه من رفق بالمدين، وإحسان إليه بتفريج كربه من الخوف على نفسه من العجز عن دفع الحق[4]، وأنه من الأمور الجائزة، بل المستحبة في بعض الأحيان، وذلك إذا أدى إلى فض المنازعات أو تخليص المدين من الحبس أو الإلحاح عليه في الطلب[5]. وهو من ناحية أخرى، تحفيز للدائنين على منح الديون لمن هم في حاجة إليها اجتماعيا أو اقتصاديا.

2 - تأصيل تضامن المدينين في القانون الوضعي:

عالج القانون المدني الجزائري[6] موضوع التضامن - بنوعيه الإيجابي والسلبي- في المواد من 217 إلى 235 من القسم الأول من الفصل الثالث الخاص بتعدد طرفي الالتزام. وذلك يدل على مشروعية تضامن المدينين (التضامن السلبي)، وهو ما تؤكده شروح الفقهاء وأحكام القضاء المقرِّرة لهذا التضامن.

---

[1] البخاري (2290).

[2] ابن قدامة، المغني، 313/6؛ ابن المنذر، الإجماع، ص 535.

[3] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، 405/2.

[4] انظر: ابن الهمام، فتح القدير، 162/7.

[5] د. محمد بكر إسماعيل، الفقه الواضح، 566/2.

[6] وانظر القانون المدني المصري في المواد من 184- 199.

المنارة للاستشارات

فنَصُّ المادة 217 من القانون المدني الجزائري على أن: " التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون"، ما هو إلا تقرير لمبدأ التضامن، وسائر الأحكام المتضمنة في المواد الموالية تأكيد على ذلك.

والمسؤولون عن الفعل الضار متضامنون بنص القانون أيضا، حيث تنص المادة 126 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر..."[1].

ثالثا – فكرة افتراض تضامن المدينين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

يَرِد سؤال هام تجدر الإجابة عليه، وهو: هل يُفتَرَض التضامن بين المدينين، سواء أكانوا أصليين أم كفلاء أم مجتمعين، أو لا يُفترض؟، وسنحاول بحث هذا السؤال فيما يلي.

1 – عدم افتراض تضامن المدينين ومسوغاته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

المبدأ المقرر بشأن تضامن المدينين هو عدم افتراض ذلك التضامن، ولهذا المبدأ مسوغات وجيهة يجدر التعريج عليها بعد تحقيق المبدأ.

أ– مبدأ عدم افتراض التضامن في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

تجيب القوانين المدنية الوضعية صراحة بأن التضامن بين المدينين لا يفترض، بل يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون، وذلك سواء في التضامن السلبي– وهو التضامن بين المدينين– أو التضامن الإيجابي – وهو التضامن بين الدائنين–. وهذا الموقف في غاية الوضوح في القانون الوضعي، حيث تنص المادة 217 من القانون المدني الجزائري على أن "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يُفترض، وإنما يكون

[1] ونظيرها المادة 169 من القانون المدني المصري.

المنارة للاستشارات

بناء على اتفاق أو نص في القانون"[1]. وتنص المادة 1202 من القانون المدني الفرنسي[2] على أن: "التضامن لا يفترض إنما يجب الاتفاق عليه صراحة".

ولم يرد على هذا الأصل من الاستثناءات إلا قليلا من الحالات، ذكرها القانون على سبيل الحصر، فهي إذن لا تصلح أن يُقاس عليها.

وتقوم المعاملات التجارية على السرعة والائتمان، وتقتضي الخاصية الأخيرة افتراض التضامن بين المدينين في المادة التجارية، ما يصطدم بالمبدأ الراسخ في المجال المدني والمقرر سابقاً. الأمر الذي أثار خلافاً كبيراً بين فقهاء القانون حول مدى افتراض التضامن في نطاق المعاملات التجارية، فانقسموا إلى اتجاهين متعاكسين:

* **الاتجاه الأول:** يرى أصحابه أن التضامن بين المدينين مفترض في المعاملات التجارية، ما لم يُستبعد بشرط خاص[3]. وقد أسسوا رأيهم هذا على اعتبارات الائتمان التجاري. ومشى على هذا الرأي غالبية الفقه الفرنسي والقضاء هناك[4]، وبعض فقهاء القانون في مصر[5].

* **الاتجاه الثاني:** ويذهب أصحابه إلى عدم افتراض التضامن بين المدينين في المادة التجارية، مثلما هو الحال في المادة المدنية. عملا بقواعد القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقانون الخاص، واعتباراً بأن القانون التجاري نفسه ينص في حالات

[1] وعلى مثل ذلك نصت المادة 320 من القانون المدني العراقي، والمادة 426 من القانون المدني الأردني، والمادة 341 من القانون المدني الكويتي.

[2] والموقف ذاته مبين بالمادة 279 من القانون المدني المصري.

[3] كما لو أمنت شركتا ن للتأمين شيئاً واحداً، واشترطت كلتاهما أن تؤمّن نصفه، فهنا لا محل لافتراض أن نيتهما انصرفت إلى قيام التضامن بينهما.

[4] Marty et Raynaud, droit civil, Paris, 1962,n°.782.

[5] د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، دار المعارف، مصر، 279/2؛ د. محسن شفيق، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، طبعة 1957، 35/1.

المنارة للاستشارات

خاصة على افتراض التضامن. وهو ما عليه بعض فقهاء القانون[1]، والقضاء المصري[2].

والرأي الثاني أكثر وجاهة من الأول، فلا مجال للقول بأن التضامن مفترض مطلقا في النطاق التجاري، والنصوص لا تعتبره كذلك إلا في حالات يحددها القانون التجاري. كما أن التوسع في تفسير النصوص من شأنه أن يؤدي إلى كثير من المنازعات في المعاملات.

ثم إننا نؤيد هذا الرأي لتماشيه مع مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها، التي ليس فيها ما يوحي بإقامة التفرقة أصلا بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية[3]، اللهم إلا في بعض المسائل القليلة كحرية الإثبات التجاري، فمعاملاتها المالية موحدة ثابتة لا تعرف هذا التمييز. وعليه فإن أصل عدم جواز افتراض تضامن المدينين يُستصحب هنا، فضلا عن أن القول بهذا يحقق استقرار المعاملات بين الأفراد وتجنيبهم المنازعات.

وفي الفقه الإسلامي، جاء في حاشية الدسوقي المالكي[4] أن تضامن المدينين لا أثر له إلا بتوافق إرادة الدائن والضامن على ذلك، استنادا إلى أن الرضا ركن في التصرف الشرعي، عملا بقوله تعالى: "فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا"[5]، ومن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الكثيرة الدالة على شرط الرضا في التصرفات بين الناس.

---

[1] السنهوري، الوسيط ، 3/266-270.

[2] نقض مدني في 1968/12/26 مجموعة أحكام النقض المدنية 19-1965.

[3] هناك تشريعات وضعية، كالتشريع الأنجلوسكسوني، لا تقيم هي الأخرى تفرقة تُذكر بين المسائل المدنية والمسائل التجارية. ومن أبرز التشريعات التي تقيم هذه التفرقة: التشريع الفرنسي.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/5. وهو ما عليه جمهور فقهاء المذاهب الإسلامية: النووي، المجموع، مطبعة الطباعة الخيرية، 9/162؛ ابن الهمام، فتح القدير، 5/74.

[5] سورة النساء: الآية 4.

المنارة للاستشارات

فإذا اشترط الكفيل أن لا ضمان عليه إلا بعد موت الأصيل، أو مع التمكن من الاستيفاء بحضور الأصيل وملائه، فإن الشرط صحيح لازم؛ لقوله صلى الله عليه وسلم "المسلمون عند شروطهم"[1]. وإذا اشترط الدائن على الكفيل أنه ضامن في جميع الأحوال: فهو ضامن في حضور الأصيل وغيابه، وفي حياته وموته، وملائه وعُدمه[2].

ب – مسوغات عدم افتراض تضامن المدينين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

تحرص الشريعة الإسلامية على قطع كل أسباب النزاع بين الأفراد، حفاظا على وشيجة الإخاء والائتلاف بينهم. لأجل ذلك منعت ما كان مبنيا على الشك والتغرير والجهالة ونحو ذلك. والأخذ بافتراض التضامن أخذٌ بالظن في المعاملات، والمظنون لا يصلح أن يكون مستحقا، وهذا من المبادئ الظاهرة في هذه الشريعة الواضحة العادلة الحكيمة.

بالفعل، فإن المدين إذا كان معسرا، انتقل عبء الوفاء بكامل الدين إلى غيره من المتضامنين، متى كان التضامن مفترضا، فيتحمل فجأة أمرا قد لا يرضى به لو اشتُرِط مُقَدما، وقد لا يكون قادرا على الوفاء به، فيكون ذلك سببا للعنت والخصومة. وهو الاعتبار الذي دفع بأهل القانون[3] أيضاً أن يقرروا ألا يكون تضامن إلا بموافقة المدينين المتضامنين أو بنص القانون.

2 – حالات افتراض تضامن المدينين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

الأصل المتفق عليه شرعاً وقانوناً، هو أن التضامن غير مفترض، كما سبق تقريره. ولا يخرج على هذا الأصل إلا التضامن الاتفاقي، أو التضامن بنص الشرع أو القانون. وهو ما قرره ملخصا الأستاذ السنهوري بقوله: فالالتزامات التضامنية المدنية إما أن يكون

[1] أخرجه الترمذي عن عمرو بن عوف وصححه.

[2] أخرجه الترمذي عن عمرو بن عوف وصححه.

[3] د. طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة و القانون– دراسة مقارنة، ط 1983م، ص 199.

المنارة للاستشارات

مصدرها: العقد (عقد المقاولة– عقد الوكالة) أو العمل غير المشروع، أو الفضالة، وإما أن يكون مصدرها القانون.

أما تضامن المدينين الاتفاقي، فقد تقدم معنا أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتفقان على أن التضامن بين المدينين لا يكون إلا بتوافق إرادتي الدائن ومدينيه. أما الكفيل، فهو ضامن للدين بالتضامن مع المدين الأصلي، في الفقه الإسلامي، بحيث يثبت للدائن الخيار في مطالبة أيهما شاء، وإذا طالب أحدهما لم يسقط بذلك حقه في مطالبة الآخر. ولكن الكفيل، في القانون، لا يضمن بالتضامن، وإنما على سبيل الاحتياط وحسب، إلا إذا وُجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

أما تضامن المدينين بحكم القانون، فإن المطالع لنصوص هذا الأخير يجد مواضع عديدة من تقنينات مختلفة يقرر فيها واضعها تضامن المدينين بالدين الواحد رغم إرادتهم، ولكن التضامن لا يمتد إلى غير تلك الحالات؛ لأنها حالات حصرية تأبى القياس عليها، وهذه الحالات كثيرة، نذكر منها:

* التضامن في حالة التعويض عن الضرر الناجم عن العمل الضار[1]؛ * تضامن المهندس المعماري والمقاول عن سلامة تشييداتهم[2]؛ * تضامن الفضوليين في حالة تعددهم عن المسؤولية[3]. وكما في بيع المحل التجاري، وبيع السفينة، والسند لأمر وغير ذلك.

وعلى صعيد آخر، توجد حالات كثيرة نص عليها القانون التجاري، ومن أبرز تلك الحالات:

– المسؤولية التضامنية للشركاء عن ديون شركتهم في بعض الشركات:

[1] المادة 126 من القانون المدني الجزائري و المادة 3/192 من القانون المدني المصري.

[2] المادة 651 من القانون المدني المصري

[3] المادة 154 من القانون المدني الجزائري و المادة 192 من القانون المدني المصري.

المنارة للاستشارات

ويصدق ذلك على الشريك المتضامن حيثما وُجد؛ ونعني بذلك أن الشركاء في شركة التضامن[1]، والشركاء المتضامنين في شركة التوصية بنوعيها- البسيطة وبالأسهم- كل أولئك مسئولون مسؤولية تضامنية وشخصية عن ديون شركتهم. وتضامنهم هنا بنص القانون، وهو متصل بالنظام العام، ومن تم لا يجوز الاتفاق على استبعاده. فدائن الشركة يتمتع بضمان عام على أموال الشركاء المتضامنين، فضلاً عن الضمان المقرر له في الذمة المالية للشركة. ومقتضى تضامن الشركاء المتضامنين في هذه الشركات أنهم مسئولون عن ديونها قِبل الدائن على وجه التضامن، فيعود الأخير عليهم مجتمعين أو منفردين[2]. دون أن يكون لأحدهم الحق في الدفع قِبَله بأي دفع.

- المسؤولية التضامنية في السفتجات التجارية:

يلتزم كل الموقعين على السفتجة في مواجهة حاملها بضمان قبولها ووفائها في ميعاد الاستحقاق[3]. ومعنى هذا أن كلا من الساحب، والمظهرين والضامنين الاحتياطيين والقابل للسفتجة أو القابل بالتدخل، إن وجدوا، وعلى الجملة كل موقع عليها يلتزم، على وجه التضامن، القبولَ والوفاءَ في موعد الاستحقاق لحامل السفتجة[4].

ويمكن تخريج تضامنهم الصرفي الذي يرجع بموجبه حامل الورقة على المسحوب عليه قبل الرجوع على قول المالكية في هذه المسألة، أو على قول الجمهور أيضا على قاعدة العرف، إذ أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[5].

هذه بعض الحالات المنصوص على تضامن المدينين فيها في القانون، أما حالات تضامن المدينين والكفلاء المقررة بالشرع الإسلامي فكثيرة، وسنقتصر على بيان نموذجين

---

[1] انظر: المادة 22 من القانون التجاري المصري.

[2] د. محسن شفيق، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، 207/1.

[3] المادة 426 من القانون التجاري الجزائري والمادة 117 من القانون التجاري المصري.

[4] المادة 426 من القانون التجاري الجزائري والمادة 117 من القانون التجاري المصري.

[5] د. سعد بن تركي الخثلان، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، 2004، ص 371.

المنارة للاستشارات

من تلك الحالات هما: التضامن بين المدينين في عقد الوديعة، والتضامن بين المدينين في الفعل الضار.

- التضامن بين المدينين في عقد الوديعة:

يطبق مبدأ تضامن المدينين في مسائل فرعية كثيرة من عقد الوديعة، من ذلك ما لو عهد شخص بوديعة لدى آخر، فأودعها الأخير من غير إذن المودع عند شخص ثالث من غير ضرورة، فهلكت العين المودعة أو ضاعت، وهي بين يدي الثاني: قال أبو حنيفة الضمان على الأول، لكن الجمهور مالك والشافعي وأحمد ذهبوا إلى أن لصاحبها تضمين أيهما شاء[1].

- التضامن بين المدينين عن الفعل الضار في الفقه الإسلامي:

إن المجال الخصب لهذا الحكم هو الغصب. فقد قرر الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه[2] أن الاعتداء على الأموال والحقوق بغير حق، كما في الشيء المغصوب إذا غصبه شخص آخر من الغاصب الأصلي، أو اعتدى عليه شخص آخر فهلك في يده، يوجب التضامن بين المدينيْن الذيْن هما الغاصب الأول والغاصب الثاني، وذلك بحكم الشرع.

ويضاف إلى ما سبق، مسائل عديدة أجرى فيها الفقه الإسلامي تضامن المدينين بحكم الشرع، إذا ارتكبوا فعلاً ضاراً؛ و ذلك كما لو تعدد السارقون أو المحاربون، فكل واحد منهم يكون ضامنا لكل ما أخذه بعضهم أو سرقه أو أتلفه؛ لأن بعضهم تقوى

[1] النووي، المجموع، 24/15؛ ابن قدامة، المغني، 55/9؛ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الإرشاد، 267/3.

[2] الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الثانية، 1386 هـ، 126/5؛ الدردير، الشرح الكبير، 457/3؛ الشربيني، مغني المحتاج، 279/2؛ ابن قدامة، المغني، 410/5.

المنارة للاستشارات

بالبعض الآخر[1]. وكذلك لو أتلف الجيش الثمار، فإن كل واحد منهم يسأل عن فعل البقية؛ إذ هم كالحملاء عن بعضهم بعضا[2].

ويتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في الأخذ بالمبدأ، وعلى طريقة تطبيقه عموما، وإن امتاز الفقهاء بالدقة المتناهية في صياغة ضوابط ومعايير التضامن بين المدينين بحكم الشرع. وإذا جاء التضامن القانوني بين المدينين في القانون الوضعي على سبيل الحصر، فإنه ورد في الفقه الإسلامي على سبيل البيان لا الحصر، ولهذا يمكن التوسع فيه استجابة لمصلحة الدائن، الذي غالبا ما يكون هو المُضَارُّ أو المغبون، وبهذا يكون الفقه الإسلامي أوسع نطاقا في هذا الشأن، ومن ثم أعظم تأمينا لحقوق الدائنين.

رابعا – الآثار الأساسية لتضامن المدينين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

يقوم تضامن المدينين على اعتبار الدين واحدًا رغم تعدد المدينين، وكل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقلة عن الروابط التي تربط الدائن ببقية المدينين[3].وهكذا فتضامن المدينين محكوم بفكرتين أساسيتين: * فكرة وحدة الدين * وفكرة تعدد الروابط. وعلى هاتين الفكرتين تدور الآثار الرئيسة لتضامن المدينين.

1 – أثر وحدة الدين في تضامن المدينين:

ويترتب على الفكرة الأولى هذه: أن محل الالتزام واحد بين كل المدينين، وما يلتزم به مدين يلتزم به غيره من المدينين، فالدين كل لا يتجزأ عليهم، وللدائن أن يطالب من شاء منهم بكل الدين، مجتمعين أو منفردين. ومتى وفَّى مدينٌ متضامن الدينَ كله برئت ذمته وذمة سائر المدينين قِبَل الدائن.

والرأي الراجح في الفقه الإسلامي في غاية الوضوح، في هذا الشأن، بل هو أدق بيانا في تقرير حق الدائن في مطالبة الضامن والأصيل بالدين، اجتماعا أو انفرادا.

[1] الحطاب، مواهب الجليل، مطبعة السعادة، 1329 هـ، 6/216-217.

[2] التسولي، البهجة شرح التحفة، 2/33.

[3] د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ط 1968 م، ص 318.

المنارة للاستشارات

فيجوز للمستحق أو ورثته مطالبة الضامن والمدين، معاً أو مطالبة من شاء منهما، في الحياة وبعد الموت، حتى ولو كان المدين مليئاً[1]. ومتى وفَّى أحد المدينين بالتضامن كامل الدين برئت ذمة غيره من المدينين الآخرين.

بيد أنه من الأمر البالغ في الأهمية أن نسجل هنا فائدة رأي الإمام مالك، في الرواية الثانية عنه والمرجوحة في المذهب كما تقدم، فيما إذا اتجه الدائن،على سبيل الكيد والتعسف، إلى مطالبة الضامن ابتداء، رغم ملاءة المدين الأصلي واستعداده لدفع الدين، كما هو الحال مثلا في ضمان الشركاء في شركة التضامن ديون شركتهم[2].

2 – أثر تعدد الروابط في تضامن المدينين:

ويترتب على فكرة تعدد الروابط، وجوب مراعاة الدائن ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين[3]. فقد يكون أحد المدينين المتضامنين مدينا تحت شرط واقف، ويكون مدين آخر دينه مضاف إلى أجل، وآخر دينه منجز[4]، وهكذا. وعليه، إذا جاز للدائن أن يرجع بالدين كله على أي مدين، طبقا لمبدأ وحدة الدين المذكور، فهو لا يستطيع أن يرجع على مدينٍ دينُه معلق على شرط واقف، أو مضافٌ إلى أجل، إلا بعد تحقق الشرط أو حلول الأجل، لكنه يستطيع أن يطالب فورا المدين الذي يكون دينه منجزاً.

---

[1] الباجي، المنتقى، 86/6؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 10/6؛ الشربيني، مغني المحتاج، 208/2؛ ابن قدامة، المغني، 81/5.

[2] لقد اشترط القانون التجاري الجزائري أن يُعذر الدائنُ الشركةَ قبل التوجه إلى مطالبة الشركاء بحسبانهم ضمانا لديونها على وجه التضامن و في أموالهم الخاصة.

[3] انظر: المادة 223 من القانون المدني الجزائري و المادة 1/285 من القانون المدني المصري.

[4] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 300.

المنارة للاستشارات

والفقه الإسلامي متفق، في الجملة، مع أحكام القانون الوضعي فيما يتعلق بمراعاة ما يلحق رابطة كل مدين من وصف[1].

أما المدين المتضامن الموفي، فإنه يرجع على باقي المدينين المتضامنين معه، وذلك بقدر حصة كل واحد منهم في مجموع الدين[2]. وهذا هو أثر التضامن السلبي في علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم، وتلك هي قاعدته، ولا خلاف في ذلك بين الشريعة والقانون.

وفي القانون، إذا وفَّى المدين ببعض الدين، فلا يكون رجوعه على المدينين المتضامنين معه إلا بمقدار ما وفاه. وفي الفقه الإسلامي خلاف: أما المالكية فيذهبون[3] – ومعهم الشافعية[4] في الأصح عندهم، والحنابلة[5] – إلى أن الضامن لا يرجع على الأصيل إلا بما غرم (أي بما أدى فعلا)، وهذا هو الرأي الصحيح، والقانون الوضعي على ذلك.

وليس من الضروري أن يقع الوفاء من المدين المتضامن للدائن بالمعنى الفني للكلمة، بل يكفي أن يكون قد تم بما يقوم مقام الوفاء؛ كالإبراء، والوفاء بمقابل، والمقاصة، أو التجديد.

الخاتمة:

يمكن إجمال أهم النتائج التي أبان عنها جليا هذا البحث فيما يلي:

---

[1] راجع: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 337/3؛ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص136.

[2] انظر المادة 234 من القانون المدني الجزائري و المادة 297 من القانون المدني المصري؛ و د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 454.

[3] الدردير، الشرح الكبير، 346/3.

[4] الشربيني، مغني المحتاج، 209/2.

[5] المغني، ابن قدامة، 90/5.

المنارة للاستشارات

1 – موافقة القانون الوضعي للفقه الإسلامي في الأخذ بمبدأ تضامن المدينين بدين واحد.

2 – الكفيل ضامن في الفقه الإسلامي بالتضامن مع المدين، ولكنه ضامن احتياطي وحسب في القانون.

3 – اتفاق التشريعين على مصادر تضامن المدينين، وهما الاتفاق والشرع أو القانون. واختلافهما في كون الفقه الإسلامي– خلافا للقانون الوضعي– يجعل حالات تضامن المدينين بالشرع على سبيل الاسترشاد لا الحصر، منعا لغبن الدائن والإضرار به.

4 – يتفق التشريعان على مبدأ عدم افتراض تضامن المدينين، وأنه لا يجب إلا بنص أو اتفاق. ولا يفرق الفقه الإسلامي بين المجال التجاري والمجال المدني في عدم افتراض التضامن بين المدينين، والرأي الراجح قانونا يوافق هذا الاتجاه.

5 – يجوز للدائن، تبعاً لخاصية "وحدة الدين"، الرجوع على المدينين المتضامنين، أو الكفلاء، أو الكفلاء ومدينه، بكامل الدين. وهو محل اتفاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي. ومتى وفَّى المدين المتضامن الدين كله للدائن، جاز له الرجوع على بقية المدينين المتضامنين معه، كل بحسب مقدار دينه. أما إذا وفى بجزء من الدين فلا يرجع إلا بذلك الجزء، قول واحد في القانون، وهو موافق للرأي الراجح فقها، الذي عليه المالكية، وغالبية الشافعية والحنابلة.

واعتنق القانون الوضعي بوضوح رأي جمهور الفقهاء، وهو الرأي الذي أيدناه بالدلائل، والذي يعطي الدائن حق مطالبة الكفيل أو المكفول عنه أو هما معا، ولم يأخذ بمشهور المذهب المالكي الذي يقضي بأن الدائن لا يطالب الكفيل بالدين مع قدرة المدين على السداد وعدم مماطلته.

6 – والآثار الناشئة عن "تعدد الروابط" متوافقة عموما بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وفي الفقه الإسلامي تفاصيل أوفى وأدق.

المنارة للاستشارات

7 – وأخيراً، يبدو واضحاً من تحليل نظام تضامن المدينين ونتائج دراسته أنه يخدم الاعتبارات الاجتماعية، من الرفق بالغريم، وتفريج كربه بضمانه والتضامن معه، وتخليصه من الإلحاح في الطلب ونحو ذلك من الأمور المحرجة للمدين وأهله، وكل ذلك مظهر بالغ من التكافل الاجتماعي وقوة التماسك بين الأفراد. وهو، فضلاً عن ذلك، يحقق الغاية المرجوة من مسايرة المستجدات الاقتصادية، من خلال تأمين مصالح الدائنين، وتحفيزهم على منح الائتمان، ما يساهم في تحقيق ازدهار المجتمع.

وقد بدا لنا، بما لا يَدَعُ مجالا للريب، أصالة هذا النظام في الفقه الإسلامي، وتطوره التشريعي، واكتمال نضجه مبكرا، وأن الفقه الإسلامي كان حائزا لقصب السبق في هذا، وليس هذا إلا إحدى الدلائل القاطعة على مسايرة هذا التشريع الرباني لمقتضيات الزمن ومطالبه العملية وحاجات التمدن المشروعة. فما أحق أهله المسلمين بالاعتزاز به، والرجوع إليه في حل مشكلاتهم. كما بينت الدراسة اقتراب القانون الوضعي، بعد مراحل طويلة من التطور، من نظام تضامن المدينين والكفلاء في الفقه الإسلامي، ومضاهاة كثيرا من أحكامه.

قائمة المراجع الأساسية:

*** كتب اللغة:**

ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث، إعداد وتصنيف: يوسف خياط ونديم مرعشلي، بيروت.

*** كتب الحديث:**

1. أبو الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار الريان للتراث، القاهرة.
2. أبو داود، السنن، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1399 هـ.
3. أبو عبد الله إسماعيل البخاري، صحيح البخاري (المسمى الجامع الصحيح)، دار الفكر، بيروت.
4. البيهقي، السنن الكبرى، مطبعة مجلس إدارة المعارف العثمانية، 1354 هـ.
5. الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، دار المأمون بشبرا.

*** كتب الفقه الإسلامي:**

المنارة للاستشارات

1. ابن العربي، أحكام القرآن، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت.
2. ابن الهمام، فتح القدير، ط المكتبة التجارية.
3. ابن حزم، المحلى، مطبعة المنيرية، القاهرة، 1350 هـ.
4. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط 1982 م.
5. ابن قدامة المقدسي، المغني ، الطبعة الثالثة، 1367 هـ.
6. أبو عبد القدوس بدر الدين مناصرة، الفقه المالكي وأدلته– الأحكام المالية، دار الهدى، عين مليلة.
7. الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ط 1329..
8. الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة.
9. التسولي، البهجة شرح التحفة، المطبعة البهية، مصر،1258.
10. الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الثانية، 1386 هـ.
11. الحطاب، مواهب الجليل، مطبعة السعادة، 1329 هـ.
12. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مطبعة مصطفى الحلبي، 1352هـ.
13. الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك وحاشية الصاوي عليه، ط 1393 هـ.
14. الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، طبعة بولاق، 1319 هـ.
15. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الإرشاد.
16. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية القاهرة، 1328 هـ.
17. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة عيسى الحلبي، مصر.
18. محمد سكحال المجاجي، المهذب في الفقه المالكي وأدلته، الطبعة الأولى، دار الوعي الجزائر– دار القلم دمشق، 1431 هـ – 2010 م.
19. محمد قدري باشا، مرشد الحيران، دار الفرجاني.
20. مخلوف بن محمد المنياوي، المقارنات التشريعية، دار السلام، الطبعة الأولى، 1999م.
21. المرغيناني، الهداية شرح البداية، مطبعة المكتبة التجارية، مصر، 1356 هـ.
22. الرملي، نهاية المحتاج، المطبعة البهية المصرية، 1304 هـ.
23. النووي، المجموع، مطبعة الطباعة الخيرية.
24. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، الطبعة الأولى، الجزائر،1991 م.
25. مجلة الأحكام العدلية

المنارة للاستشارات

*** كتب القانون و الدراسات المقارنة:**

1 Jean français, de la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation in solidum, thèse paris, 1932.
2 Marty et Raynaud, droit civil, Paris, 1962.
3. إبراهيم فاضل الدبو، ضمان المنافع– دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار عمار، الطبعة الأولى، 1997 م.
4. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ط 1968 م.
5. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، دار المعارف، مصر.
6. سعد بن تركي الخثلان، أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، 2004 م.
7. طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة و القانون– دراسة مقارنة، ط 1983م.
8. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط 1958م.
9. عبد المجيد الحفناوي، تاريخ القانون المصري– مع دراسات في نظرية العقد في القانون الروماني، ط 1977–1978م.
10. عبد المنعم البدراوي، أحكام الالتزام.
11. محسن شفيق، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، طبعة 1957م.
12. نبيل إبراهيم سعد، التضامن ومبدأ عدم افتراض التضامن: دراسة تحليلية مقارنة، ط1986م.