المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

نظرية الضمان الشخصي
(الكفالة)

تأليف
د. محمد بن ابراهيم الموسى

الجزء الأول

طبع بمناسبة افتتاح المدينة الجامعية
١٤١١هـ - ١٩٩١

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
سلسلة نشر الرسائل الجامعية = ٦ =

نظرية الضمان الشخصي
(الكفالة)

تأليف
د. محمد بن إبراهيم الموسى

الجزء الأول

طبع بمناسبة افتتاح المدينة الجامعية
على نفقة شركة لاكي للتنمية المحدودة

أشرفت على طباعته ونشره إدارة الثقافة والنشر بالجامعة
١٤١١ هـ - ١٩٩١ م

حقوق الطبع والنشر محفوظة

تقديم

لمعالي مدير الجامعـــــة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على محمد الأمين وآله وأصحابه ومن تبعهم إلى يوم الدين، وبعد:

فإننا بتمعن أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها نهتدي إلى البنية المتكاملة والدور الحضاري المميز الذي جاءت عليه أسس الدين الحنيف محققة مصلحة البشر ومتطلبات حياتهم في كل زمان ومكان.

وأن أحكامه متناسقة وفياضة بكل ما يكفل القوة للإرادة الإنسانية والمقاصد الفردية والاجتماعية.

كما أنه في كل عصر إسلامي يقوم بدور حيوي ومنقذ للمجتمع ليعيش في أمن ورفاهية وسلامة في التكوين والأداء، وقد سادت كل المقومات التي بها يتكامل العمل التربوي والإصلاحي وبها تصبح الإنسانية ذات عدل ورحمة وأمانة.

وأن البشرية لهي أحوج ماتكون إلى هذه الشريعة لتنقذها من وهدتها وضعفها وهوانها ولتخرجها إلى حيث الحب والإخاء والمساواة.

إذ الشريعة لديها من عوامل البقاء والنهوض ما لا يتوفر لسواها فهي ذات بعد حضاري وإنساني في كل مجالات الحياة وفي كل نواحي النشاط البشري.

وهي تستلهم قوتها ونفوذها من الشرع الإلٰهي، والذي لايعتريه نقص ولا ضعف كما هو حال القوانين الوضعية.

وأن المبادئ الإلهية يجب أن تسود في هذا العصر ـــ كما هي في غيره ـــ خاصة أن الإنسان قد توفر له الكثير من متطلباته المادية ولم يبق إلا أن يثوب إلى رشده وينفذ بنفسه وروحه إلى حيث يعيش حياة اليقين والتوحد بدلاً من معيشة الحيرة والتمزق.

وأن من الخطط العلمية المعتمدة في عمادة البحث العلمي اختيار بعض الرسائل المقدمة لنيل درجة الماجستير أو الدكتوراه لتقوم الجامعة بنشرها إسهاماً منها في نشر الثقافة بالمجتمع وتشجيعاً لأصحاب الرسائل لبذل المزيد من البحث والتأليف لخير هذا المجتمع الإسلامي الكبير.

ومن بين هذه الرسائل المختارة رسالة «نظرية الضمان الشخصي» التي أعدها الدكتور محمد بن إبراهيم الموسى ونال بها درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي من المعهد العالي للقضاء.

وقد تناول الضمان بمختلف أسسه وأنظمته مع مقارنة لكل ذلك بالقانون الوضعي.

وهذا الكتاب يصدر ضمن سلسلة علمية مختارة من الكتب رأت الجامعة إصدارها بمناسبة انتقالها إلى المدينة الجامعية الجديدة إسهاماً منها في خدمة الثقافة الإسلامية والنقد الإسلامي الأصيل، ولتؤكد أن البناء الحضاري الشامخ لايقتصر على المادة، وإنما يتجاوز ذلك إلى نهضة في الفكر، ونشاط في التدريس والبحث العلمي وخدمة المجتمع والدعوة الإسلامية.

وإن هذه المدينة الجديدة الرائعة ينبغي أن تكون عوناً وحافزاً للجامعة على

التقدم والرقي في جميع المجالات، وأن تكون من شواهد الأعمال المجيدة **لحكومة خادم الحرمين الشريفين ــ أيده الله ــ في خدمة العلم وأهله وطلابه.**

وقد رغبت شركة لاكي للتنمية المحدودة إحدى الشركات التي عملت في مشروع المدينة الجامعية أن تشارك الجامعة في سرورها بانتهاء هذا المشروع فتبرعت بطباعة هذا الكتاب على نفقتها فلها منا كل شكر وتقدير.

وصلى الله على نبينا محمد...

مديـــر جامعـــة
الإمام محمد بن سعود الإسلامية
عبدالله بن عبد المحسن التركي

المقدمة

الحمد لله الذي شرع الشرائع وسن الأحكام.. والصلاة والسلام على من أرسله الله رحمة للعالمين.. وبعد:

فإن الله تعالى قد شرع الشرائع وأنزل الكتب السماوية، وأرسل الرسل لهداية البشرية إلى مافيه سعادتها وفلاحها، وجعل الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع، ورضيها للناس كافة في مختلف الأزمنة والأمكنة لتكون دستوراً لحياتهم ومنهاجاً لفلاحهم وسبيلاً لسعادتهم في الدنيا والآخرة، قال تعالى: ﴿وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا﴾[1]، وقال: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَٰلَمِينَ﴾[2]، وقال: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا كَآفَّةً لِّلنَّاسِ﴾[3].

لذلك جاءت الشريعة الإسلامية شاملة ومشتملة على كافة أمور الحياة، فهي تنظم علاقة الإنسان بربه، وعلاقته بغيره من الأفراد والجماعات، كما تنظم علاقة الدول بعضها بالبعض الآخر سلماً أو حرباً؛ وذلك بما تضمنه دستور هذه الأمة من قواعد ومبادئ أساسية أتسمت بالعموم والشمول والمرونة لتكون وافية بما تحتاج إليه الإنسانية في مختلف العصور ولمختلف الفئات والأمكنة.

ولقد آتى الفكر الإسلامي ثماره اليانعة في عصور الإسلام الزاهرة، فقامت المدارس الفقهية،وتعددت المناهج الاجتهادية، وكان على رأس أولئك الفقهاء أئمة الاجتهاد كأبى حنيفة ومالك والشافعي وأحمد وغيرهم، وبعدهم ازدهرت حركة التدوين في الفقه المذهبي، وصار التقليد المذهبي سمة هذا العصر، ولهذا تباطأت حركة النمو الفقهي وبدأ الركود فيه.

(١) سورة المائدة آية /٣.
(٢) سورة الأنبياء آية /١٠٧
(٣) سورة سبأ آية /٢٨.

وفي بداية العصر الحديث اتجهت الدولة العثمانية إلى وضع مجلة الأحكام العدلية مقننة على المذهب الحنفي، ولهذا لم تستطع استيعاب كثير من المسائل المستحدثة، ولو كانت شاملة للمذاهب الفقهية المعتبرة لكانت أشمل وأحسن في معالجة كثير من المشكلات المستحدثة.

وقد حرصت كليات الحقوق في الجامعات العربية على تدريس الشريعة الإسلامية. وتتناول هذه الدراسة: تاريخ التشريع الإسلامي، والنظريات[٤] الكلية للفقه الإسلامي، وأصول الفقه الإسلامي، ونظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مقارناً بالقانون الوضعي.

ومما يستحق الإشادة أن هناك اتجاهاً جديداً في الجامعات بتوسيع الدراسات الإسلامية سواء من حيث الكمية أو الكيفية التي يتم بها تدريس ذلك. وهذا الاتجاه يلاقي تجاوباً كبيراً من كافة الأوساط، نظراً لأنه يعبر عن رؤية أصيلة لحاجات مجتمعنا الذي تشده الرغبة الأكيدة لدينه وعقيدته.

وإنا نرى الشعوب والأمم في هذا العصر تتسابق في إبراز ونشر مالديها من مبادئ وأنظمة وقوانين، وتفتخر في ذلك بين الأمم.

ونحن المسلمين أولى بأن نبرز مالدينا من أنظمة ومبادئ وتشريع، وندعو الناس إليها لتكون دستوراً ومنهاج حياة ينقذ البشرية مما هي فيه من تخبط وويلات ونكبات، لأن ذلك رسالتنا في الحياة.

ولما كنت قد حصلت على درجة الماجستير في الفقه المقارن، وعلىّ أن أتقدم بموضوع أختاره لأنال به درجة الدكتوراه من المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، لذا فقد فكرت مليًّا، ثم فكرت

---

(٤) مفردها نظرية، والنظرية قضية تثبت ببرهان /المعجم الوسيط /٩٣٢.

وقدرت فآثرت البحث في موضوع: (**نظرية الضمان الشخصي «الكفالة» دراسة مقارنة**) وقد دفعني لاختيار البحث في هذا الموضوع أسباب عدة أهمها:

١ ــ أنه يعرض لنظرية هامة من أهم نظريات الفقه الإسلامي؛ ذلك أن الضمان يتناول كثيراً من العقود والمعاملات، ويكثر التساؤل عنه في الحياة العملية في المجتمعات البشرية، فآثرت البحث فيه لأكون على علم بتفاصيله.

٢ ــ بيان هذه النظرية وقواعدها ومبادئها في الفقه الإسلامي، ووضع ذلك في كتاب مستقل يحوي تفاصيله، وذلك محاولة مني في إضافة شيء جديد إلى المكتبة الإسلامية حسب طاقتي وجهدي.

منهجي في البحث:

لقد نهجت في البحث منهج المقارنة بين المذاهب الفقهية الإسلامية الأربعة ــ الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ــ ولم أقتصر على مذهب واحد، لأن الاقتصار على مذهب واحد لا يعطي صورة كاملة عن حقيقة الفقه الإسلامي وحاولت جهدي ألا أدع قول أحد منهم في كافة أجزاء البحث إلا إذا لم أعثر لأحد منهم على قول فيما تطرقت إليه، وقد قمت بالموازنة بين هذه المذاهب وأدلتها، ودراستها، واختيار ما أراه راجحاً يؤيده الدليل، وتقوم على صدقه الحجج والبراهين المعتبرة باذلاً جهدي ومستفرغاً وسعي لعلي أوفق إلى الصواب.

ثم إني قد أتطرق أحياناً إلى أقوال في المذاهب الأخرى غير المذاهب الأربعة كمذهب الظاهرية والشيعة من زيدية وجعفرية ما وسعني البحث وعثرت على قول لهم فيما تطرقت إليه.

وقد التزمت ألا أنقل حكم واقعة في مذهب من المذاهب إلا من الكتب المعتمدة في المذهب نفسه ابتغاء الأمانة في النقل والدقة في البحث. ثم آثرت

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وخاصة القانون المدني المصري لأنه الأصل لأغلب القوانين العربية الأخرى، وذلك في الأمور الأساسية دون الدخول في التفصيلات، ورغبت عدم الإسهاب في المقارنة خشية الإطالة، والسبب الذي دفعني إلى المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون ما يأتي:

١ ـــ بيان أن التشريعات الإسلامية تفوق القوانين الوضعية في مختلف النظريات والقواعد، ذلك لأن التشريع الإسلامي منزل من عند الله الذي خلق الإنسان ويعلم ما يصلحه في كل الأزمنة والأمكنة.

أما القانون الوضعي فهو من وضع البشر الذين تؤثر فيهم مختلف العوامل والأهواء.

٢ ـــ دعوة المفكرين والباحثين من الفقهاء المسلمين أن يجدوا ويواصلوا العمل بصبر وكفاح لكي يكون الفقه الإسلامي مشتملاً وشاملاً لجميع مرافق الحياة؛ وذلك بالأخذ بأسباب الاجتهاد المشروعة، ودراسة ما يهم المسلمين في مختلف المجالات سواء كان ذلك بالأخذ بما عند الأمم الأخرى مما لايخالف الشريعة الإسلامية، أو بإحداث البدائل المناسبة.

وبذلك يعود للأمة الإسلامية سابق عزها ومجدها، وتتبوأ مكانتها اللائقة بين الأمم.

وفي ذلك دعوة لأولئك القانونيين أن يأخذوا بالنظريات التي جاء بها الفقه الإسلامي، ويعملوا على تطبيقها في المجتمعات العصرية لما تنطوي عليه تلك التشريعات من سمو وعدالة ورحمة وكمال.

ويعلم الله أني قد بذلت في إعداد هذه الرسالة طاقتي ساعياً وراء الحقيقة

صابراً محتملاً لما ألاقيه من تعب ونصب مواصلاً البحث ليل نهار ماوسعني ذلك، يحدوني الأمل وتدفعني الرغبة لأن أراجع الأسفار وأنقب في بطون الكتب مع إمعان النظر وإعمال الفكر لعل الله أن يوفقني لتحقيق ما أملته ويفتح عليّ بشيء مما طلبته، ولا يخفي أن دراسة المذاهب الفقهية دراسة مقارنة فيما بينها ثم مقارنة ذلك بما جاء في القانون أنها دراسة مضنية لما تتطلبه من وقت وجهد، ولكن إلى جانب ذلك فقد استفدت كثيراً حيث أطلعت من خلال البحث على مختلف النظريات التي يتطلب البحث الرجوع إليها.

وعلى الرغم مما بذلت من جهد وما حاولته من الوصول بهذا العمل إلى مراتب الكمال فلست أدعي الكمال فيه ولا تنزيهه عن القصور، وأقدم اعتذاري عما يقع فيه من قصور بما قاله المزني[٥]: «قرأت كتاب الرسالة على الشافعي ثمانين مرة،-فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ، فقال الشافعي: هيه أبى الله أن يكون كتاب صحيحاً غير كتابه» ويقول عماد الدين الأصفهاني في بعض ما كتبه: «إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر».[٦]

وما ذلك إلا أن جهد الإنسان محدود مهما أوتي من قدرة، وبلغ من علم، وهذه طبيعة البشر.

ولايفوتني أن أتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتنان **لفضيلة الشيخ مناع خليل القطان مدير الدراسات العليا بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية والمشرف على هذه الرسالة** فقد أسبغ عليّ من علمه وفضله وسديد توجيهه ما كان له أعمق

(٥) كشف الأسرار للبزدوي ١ /٤ دار الكتاب العربي — بيروت.

(٦) الفقه الإسلامي د / محمد يوسف موسى ص ٤، دار الكتاب العربي بمصر.

الاثر وأطيبه في إعداد هذه الرسالة بفضل ما تميز به من بعد النظر وحصافة الرأي، ولقد كان لا يألوا جهداً في توجيهي وإرشادي بملاحظاته القيمة وتوجيهاته الدقيقة، فله مني أسمى آيات العرفان بالجميل ومن الله المثوبة وحسن الجزاء.

وأتقدم بالشكر لكل من أسدى لي عوناً في إعداد هذه الرسالة وإظهارها بالمظهر الذي آمل أن يكون موفقاً.

كما أنني **أشكر وأقدر جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ممثلة في المعهد العالي للقضاء** وذلك لما يسرته من سبل البحث العلمي وهيأته من أساتذة أكفاء ووسائل تساعد الباحث وتنير له الطريق للوصول إلى ما يؤمله.

خطة البحث

وقد جعلت هذا البحث مشتملاً على ستة أبواب وخاتمة:

البـــاب الأول : بيان مقومات الضمان الأساسية (بمعناه العام) حقيقته وشروطه وأسبابه وموانعه: ويتضمن أربعة فصول:

الفصـــل الأول : بيان حقيقة الضمان ومشروعيته وشروطه

ويندرج تحته ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : بيان حقيقة الضمان.

المبحث الثاني : بيان مشروعية الضمان.

المبحث الثالث : بيان شروط الضمان.

الفصـــل الثانـــي : بيان أسباب الضمان

ويندرج تحته أربعة مباحث:

المبحث الأول : السبب الأول: إلزام الشارع.

المبحث الثاني : السبب الثاني: الالتزام.

المبحث الثالث : السبب الثالث: الإتلاف.

المبحث الرابع : السبب الرابع: وضع اليد.

الفصـــل الثالث : بيان بعض عقود الضمان والأمانة

ويندرج تحته أربعة مباحث:

المبحث الأول : بيان بعض عقود الضمان.

المبحث الثاني : بيان بعض عقود الأمانة.

المبحث الثالث : بيان بعض العقود التي هي في الأصل أمانة ويترتب عليها الضمان.

المبحث الرابع : يد الضمان وما يترتب عليها.

الفصل الرابع : موانع التضمين:

ويندرج تحته ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : الإتلاف بحق.

المبحث الثاني : رضا المضرور بالضرر.

المبحث الثالث : انعدام الفائدة من التضمين.

الباب الثاني : بيان حقيقة الضمان الشخصي «الكفالة» من حيث الماهية والنشأة وبيان الخصائص المميزة.

ويشتمل على ثلاثة فصول:

الفصل الأول : بيان خصائص عقد الكفالة وتطورها التاريخي:

ويندرج تحته مبحثان:

المبحث الأول : نشأة الكفالة وتطورها التاريخي.

المبحث الثاني : خصائص عقد الكفالة.

الفصل الثاني : بيان حقيقة الكفالة.

ويندرج تحته أربعة مباحث:

المبحث الأول : تعريف الضمان الشخصي: «الكفالة» لغة وشرعاً ومناقشة التعاريف.

المبحث الثاني : تعريف الكفالة في القانون.

المبحث الثالث : المقارنة بين التعريف المختار في الفقه الإسلامي للكفالة وتعريف القانون.

المبحث الرابع : الأثر المباشر المترتب على عقد الضمان.

الفصل الثالث : بيان الأصل في مشروعية الضمان الشخصي «الكفالة».

ويندرج تحته مبحثان:

المبحث الأول : الأصل في مشروعية الكفالة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني : أصل الكفالة في القوانين الوضعية وبيان مصادرها.

الباب الثالث:بيان أقسام الضمان الشخصي «الكفالة».

ويشتمل على أربعة فصول:

الفصل الأول : أقسام الكفالة باعتبار المكفول به.

ويندرج تحته أربعة مباحث:

المبحث الأول : الكفالة بالنفس.

المبحث الثاني : الكفالة بالتسليم.

المبحث الثالث : الكفالة بالدرك.

المبحث الرابع : ضمان الطلب.

الفصل الثاني : أقسام الكفالة باعتبار العقد نفسه.

ويندرج تحته أربعة مباحث:

المبحث الأول : الكفالة المنجزة.

المبحث الثاني : الكفالة المضافة إلى زمان مستقبل.

المبحث الثالث : الكفالة المعلقة.

المبحث الرابع : الكفالة المشروطة.

الفصل الثالث : أقسام الكفالة باعتبار القيد والوصف.

ويندرج تحته أربعة مباحث:

المبحث الأول : الكفالة المطلقة.

المبحث الثاني : الكفالة المؤقتة.

المبحث الثالث : الكفالة المعجلة «الحالة».

المبحث الرابع : الكفالة المؤجلة.

الفصل الرابع : أقسام الكفالة في القانون.

ويندرج تحته ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : كفالة الالتزام المستقبل.

المبحث الثاني : كفالة الالتزام الشرطي.

المبحث الثالث : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في تلك الأقسام.

الباب الرابع : القواعد والأحكام العامة للضمان الشخصي «الكفالة»

ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول : أركان الضمان الشخصي «الكفالة» في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

ويندرج تحته مبحثان:

المبحث الأول : أركان الكفالة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني : أركان الكفالة في القانون.

الفصل الثاني : شروط الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

ويندرج تحته ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : شروط الكفالة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني : شروط الكفالة في القانون الوضعي.

المبحث الثالث : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تلك الشروط.

الباب الخامس : آثار الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون.

ويشتمل على ثلاثة فصول:

الفصل الأول : آثار الكفالة في الفقه الإسلامي.

ويندرج تحته أربعة مباحث:

المبحث الأول : العلاقة فيما بين الكفيل والدائن.

المبحث الثاني : متى يطالب الدائن الكفيل.

المبحث الثالث : تعدد الكفلاء وما يترتب عليه.

المبحث الرابع : العلاقة فيما بين الكفيل والمدين.

الفصل الثاني : آثار الكفالة في القانون.

ويندرج تحته أربعة مباحث:

المبحث الأول : العلاقة فيما بين الكفيل والدائن.

المبحث الثاني : متى يطالب الدائن الكفيل.

المبحث الثالث : تعدد الكفلاء وما يترتب عليه.

المبحث الرابع : العلاقة فيما بين الكفيل والمدين.

الفصل الثالث : المقارنة بين آثار الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون

الباب السادس : بطلان الضمان الشخصي «الكفالة» وانتهاؤها في الفقه الإسلامي والقانون.

ويشتمل على خمسة فصول:

الفصل الأول : بطلان الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون.

ويندرج تحته ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : بطلان الكفالة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني : بطلان الكفالة في القانون.

المبحث الثالث : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في معنى البطلان.

الفصل الثاني : انقضاء الكفالة وانتهاؤها في الفقه الإسلامي.

ويندرج تحته مبحثان:

المبحث الأول : أسباب انقضاء الكفالة وانتهائها في المذاهب الفقهية الإسلامية.

المبحث الثاني : أسباب انقضاء الكفالة الخاصة بكفالة النفس في المذاهب الفقهية الإسلامية.

الفصل الثالث : انقضاء الكفالة في القانون الوضعي.

ويندرج تحته مبحثان:

المبحث الأول : انقضاء الكفالة بطريق التبعية.

المبحث الثاني : انقضاء الكفالة بطريق أصلي.

الفصل الرابع : المقارنة بين أسباب انقضاء الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون.

ويندرج تحته ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : في المقارنة بين الأسباب التي تنقضي بها كفالة المال.

المبحث الثاني : في المقارنة بين الأسباب التي تنقضي بها كفالةالنفس.

المبحث الثالث : فيما أورده القانون ولم يرد ذكره في الفقه الإسلامي ونتيجة المقارنة.

الفصل الخامس : الضمان في الاعتمادات المصرفية التي تقدمها البنوك وكفالة الاستقدام وبيان حكمها.

ويندرج تحته ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : الاعتماد المصرفي بالوفاء.

المبحث الثاني : الاعتماد المصرفي بالضمان.

المبحث الثالث : كفالة الاستقدام وبيان حكمها.

خاتمة البحث : وتشتمل على النتائج المستفادة من البحث،والاقتراحات المقدمة.

وإنني أدعو الله تعالى أن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه،وأن يتقبلها منا،إنه سميع مجيب.

الباب الأول

بيان مقومات الضمان الأساسية
«بمعناه العام»
حقيقته وشروطه وأسبابه وموانعه

ويشتمل على أربعة فصول :

الفصل الأول : بيان حقيقة الضمان ومشروعيته وشروطه.
الفصل الثاني : بيان أسباب الضمان في الفقه الإسلامي.
الفصل الثالث : بيان بعض عقود الضمان والأمانة.
الفصل الرابع : موانع التضمين.

الفصـــل الأول

بيان حقيقة الضمان ومشروعيته وشروطه

ويندرج تحته ثلاثة مباحث :
المبحـث الأول : بيان حقيقة الضمان.
المبحـث الثانـي : بيان مشروعية الضمان.
المبحث الثالث : بيان شروط الضمان.

المبحث الأول

في بيان حقيقة الضمان

وفيه نعرف الضمان بمعناه العام، وذلك فيما يشمل ضمان المال أو غيره، وما يشمل التزام المكلف بعقد، أو إلزامه من الشارع.

تعريف الضمان في اللغة :

يقال: ضمن الشيء ضماناً وضمناً فهو ضامن أي: كفله،[1] وضمن الرجل ضماناً كفله أو التزم أن يؤدي عنه ماقد يقصر في أدائه، قال في الصحاح:[2] ضمنت الشيء أضمنه ضماناً كفلت به، وقال في لسان العرب[3]:ضمنته الشيء تضميناً فتضمنه عني مثل غرمته، يقال ضمنت الشيء أضمنه ضماناً فأنا ضامن وهو مضمون، وضمن الشيء: جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه، والضامن: الكفيل أو الملتزم أو الغارم[4].

جاء في الحديث: «تضمن الله لمن خرج في سبيله لا يخرجه إلا جهاد في سبيلي إيماناً بي وتصديقاً برسلي فهو عليّ ضامن أن أدخله الجنة، أو أرجعه إلى مسكنه الذي خرج منه نائلاًمانال من أجر أو غنيمة» الحديث.[5] أي ذو ضمان على الله[6].

(١) القاموس المحيط للفيروز آبادى ٤ /٢٤٣ دار الفكر ــ بيروت.

(٢) تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري ٦ /١٥٥، دار العلم ــ بيروت ــ الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ.

(٣) لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ١٧ /١٢٦، المطبعة الأميرية بمصر ــ الطبعة الأولى ١٣٠٣هـ.

(٤) المعجم الوسيط،لمجموعة من المؤلفين ١ /٥٤٦ مطابع دار المعارف بمصر١٣٩٣هـ-الطبعة الثانية،ومعجم متن اللغة،لأحمد رضا ٣ /٥٦٦ ــ دار مكتبة الحياة ببيروت.

(٥) أخرجه مسلم في كتاب الإمارة ٣ /١٩٤٥ عن أبي هريرة،وابن ماجه في كتاب الجهاد ٢ /٩٢٠.

(٦) لسان العرب لابن منظور ٢ /٥٥٠ ــ دار لسان العرب ببيروت.

وجاء في الحديث كذلك: «الخراج بالضمان»[٧] أي:أن المنافع تكون مقابل الالتزام عند الهلاك، وقيل: الضمان مشتق من الضم قال تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾[٨]أي ضمها إلى نفسه، وقيل: مشتق من التضمين، لأن ذمة الضامن تتضمن الحق، وقيل من الضمن،فذمة الضامن في ضمن ذمة المضمون عنه[٩] وقال في البسيط: هو مشتق من التضمين، ومعناه تضمين الدين في ذمة من لادين عليه[١٠]

تعريف الضمان في اصطلاح الفقهاء:

يجد الباحث في كتب الفقه الإسلامي أن الفقهاء يختلفون في إطلاق لفظ الضمان:

١ ــ نرى أن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة يطلقون لفظي الضمان والكفالة كلاً منهما على الآخر، ويرون أنهما مترادفان يراد بهما ما يعم ضمان المال وضمان النفس وضمان الطلب، وذلك عند التزام المكلف بعقد الكفالة. كما أنهم يستعملون لفظ الضمان فيما هو أعم من ذلك وهو الضمان مطلقاً سواء كان بعقد الملتزم أو الضرر أو الاعتداء أو غيره.

٢ ــ ونرى الحنفية يطلقون الكفالة على ماكان فيه الضمان بموجب العقد، وتشمل كفالة المال وكفالة النفس والكفالة بالفعل، ويطلقون الضمان على ماهو أهم فيشمل الضمان بالعقد وغير العقد، فهم

(٧) رواه أبوه دواد في كتاب ــ باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، ورقمه عنده /٣٥٠٨. ورواه الترمذي في كتاب البيوع ٣ /٥٧٢ حديث رقم ١٢٨٥ وقال فيه: حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام بن عروة. وأخرجه النسائي في كتاب البيوع كذلك ٧ /٢٢٣. وأخرجه ابن ماجه في باب الخراج بالضمان ٢ /٧٥٤ حديث رقم ٢٢٤٣.

(٨) لسان العرب لابن منظور ٢ /٥٥٠، دار لسان العرب ببيروت والآية ٣٧ من سورة آل عمران.

(٩) كشاف القناع لمنصور البهوتي ٣ /٣٦٢.

(١٠) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٣.

يتفقون مع الجمهور في إطلاق لفظ الضمان على ماهو أعم من الكفالة وضمان المال وغيرها.

٣ ــ ومن الفقهاء من يرى تخصيص الضمان بالمال، أما الكفالة فيراد بها الضمان بالنفس، وقد شاع هذا عند الشافعية والحنابلة.

ومن تعريفات الضمان بمعناه الأعم :

عرفه الحموي [١١] **بأنه:** عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة ٤١٦ تعريف الضمان بأنه «هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات».

وعرفه الشوكاني[١٢] **بقوله:** «الضمان عبارة عن غرامة التالف».

وعرفه الغزالي[١٣]: **هو** «واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة».

وعرفه الأستاذ الزرقاء[١٤] **بقوله:** «الضمان التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير» وهو تعريف موجز مختصر.

وعرفه الشيخ علي الخفيف[١٥]**بقوله:** والضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء: هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوب أداؤه شرعاً عند تحقق شرط أدائه سواء كان مطلوباً أداؤه في الحال كالدين الحال، أم في الزمن المستقبل المعين كالدين المؤجل إلى وقت معين إذ هو

(١١) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي ٢ /٢١١.
(١٢) نيل الأوطار للشوكاني ٥ /٢٩٩.
(١٣) الوجيز في فقه الإمام الشافعي ١ /٢٠٨ للغزالي
(١٤) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء ص ١٠١٧.
(١٥) الضمان في الفقه الإسلامي للأستاذ علي الخفيف١ /٥.

مطلوب أداؤه إذا ماتحقق شرط أدائه، وكالبيع في يد من اشتراه بعقد فاسد فإن ضمانه على مشتريه مادام في يده يضمنه بقيمته إذا هلك لبائعه.

وعرفه الدكتور وهبه الزحيلي[١٦] **بقوله**: ويمكننا تعريف الضمان بما يتلاءم مع عموم نظريته الشاملة بما يأتي: وهو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلى الحادث بالنفس الإنسانية.

وكل هذه التعاريف تلتقي على **تعويض المضمون له لقاء ما أصابه من اعتداء أو ضرر** سواء كان بعقد أو بغير عقد، وأن يكون التعويض بالمثل إذا كان من المثليات وهو ما يحصره كيل أو وزن، أو بالقيمة إذا كان مما لامثل له كالعروض والحيوان وكل ما كان غير مكيل ولا موزون[١٧].

وبدراسة التعاريف السابقة أرى أن التعريف الأولي هو تعريف الأستاذ علي الخفيف؛ وذلك لما يأتي:

١ ــ أن التغاريف الأخرى إنما تتناول الضمان بمعنى دفع التعويض لمستحقه، ولا تتناول الضمان بمعناه الأعم وهو ما يشمل التعويض وغيره من أنواع الضمان الأخرى، فلا يكون التعريف جامعاً لأفراد مانريد تعريفه.

٢ ــ أن تعريف كل من الأستاذ الزرقاء والدكتور الزحيلي قد نص فيهما على أن الضمان هو التزام، والالتزام إنما يكون من المكلف بعقد. ومعلوم أن الضمان بمعناه الأعم يشمل ما كان التزاماً من المكلف أو إلزاماً من الشارع أو ما كان ناتجاً عن اعتداء.

(١٦) نظرية الضمان د / وهبه الزحيلي ص ١٥.

(١٧) الإفصاح عن معاني الصحاح لمؤلفه عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة ٢ /٢٨، المؤسسة السعيدية بالرياض.

٣ ــ أن تعريف الأستاذ الزرقاء قد اقتصر على التعويض المالي، أما تعريف الدكتور الزحيلي فإنه أضاف إلى جانب التعويض المالي غيره من أنواع التعويض؛ وذلك نتيجة لما يتلف من المال أو يضيع من المنافع أو يقع من الضرر على الغير، وبهذا يكون تعريف الدكتور الزحيلي أولى من تعريف الأستاذ الزرقاء من هذه الناحية.

٤ ــ أن تعريف الأستاذ الخفيف قد جاء بعبارة: شغل الذمة، وهذا شامل لما يشغل الذمة بإلزام الشارع أو التزام المكلف أو غير ذلك من أسباب الضمان الآتي بيانها، ثم إنه قد أشار إلى نوع مايجب الوفاء به بقوله: من مال أو عمل، وبهذا فإنني أرى أن تعريف الأستاذ الخفيف أولى لأنه جامع لأفراد المعرف، ومانع لدخول غير أفراد المعرف فيه، ذلك أن قول: شغل الذمة، يخرج الحوالة لأن فيها براءة الذمة لاشغلها. ومع هذا فهو مختصر فأرى أن صفات المعرف قد توفرت فيه فيكون أولى من غيره للدلالة على الضمان بمعناه الأعم... والله أعلم.

المبحث الثاني

في مشروعية الضمان بمعناه الأعم

يدل على شرعية الضمان الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾.(١٨)

قال ابن كثير(١٩): هذه الآية من باب الضمان والكفالة، وقال القاسمي(٢٠): إنها أصل في الضمان والكفالة.

كذلك قررت الشريعة الإسلامية مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الناس وأنفسهم، وجبراً للضرر، وزجراً للمعتدين، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾.(٢١)

وقوله: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾.(٢٢)

وقوله: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾(٢٣)

---

(١٨) سورة يوسف آية /٧٢.

(١٩) تفسير ابن كثير ٢ /٥٢٢ مكتبة النهضة الحديثة بمصر الطبعة الأولى ١٣٨٤هـ.

(٢٠) محاسن التأويل ٩ /٣٥٧٤ لمؤلفه محمد جمال الدين القاسمي، دار إحياء الكتب العربية بمصر.

(٢١) سورة البقرة آية /١٩٤.

(٢٢) سورة الشورى آية /٤٠.

(٢٣) سورة النحل آية / ١٢٦.

وهذه الآيات تدل على أن التضمين مشروع عند الاعتداء أو أخذ المال بدون حق أو إتلافه،لما في ذلك من صيانة لأموال المسلمين وحقوقهم.

وأما السنة النبوية فمنها:

١ ــ روى أنس رضي الله عنه قال: «أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاماً في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فأتلفت مافيها، فقال النبي ﷺ: طعام بطعام وإناء بإناء»[٢٤] فقد ضمنها الرسول ﷺ ما أتلفت.

٢ ــ وعن النبي ﷺ قال: «ألا إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه» إلى أن قال: «والزعيم غارم»[٢٥]، والزعيم هو الضامن،وقد حكم عليه بالضمان بإثبات الغرم عليه.

٣ ــ وعن أبي بكرة رضي الله عنه قال: إن رسول لله ﷺ قال في خطبته يوم النحر بمنى: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا».[٢٦] وتحريم ذلك يوجب الضمان على من اعتدى على شيء منها.

---

(٢٤) رواه الترمذي في كتاب الأحكام ٣ /٦٣١ وقال فيه: حديث حسن صحيح، وقال في نيل الأوطار ٥ /٣٦٣ هو بمعناه لسائر الجماعة إلا مسلماً.

(٢٥) رواه أبو داود في باب تضمين العارية ٢ /١٤٦، ورواه الترمذي في كتاب البيوع ٣ /٥٥٦ حديث ١٢٦٥ قال:وحديث أبي أمامة حديث حسن غريب. وعند ابن ماجه بهذا اللفظ في كتاب الكفالة. نصب الراية للزيعلي٤ /٥٧.

(٢٦) رواه البخاري في كتاب الحدود ٨ /١٦٠ ومسلم في كتاب الإمارة ٣ /١٤٩٥.

٤ ــ وعن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لاضرر ولاضرار».[٢٧]

وهذا الحديث قاعدة أساسية في وجوب الضمان على من اعتدى وأضر بغيره.

وأما الإجماع فقد أجمع الفقهاء على شرعية الضمان في الجملة[٢٨].

---

(٢٧) رواه الإمام أحمد وابن ماجه ٢ /٧٨٤ رقمه ٢٣٤٠ وقال في الزوائد في حديث عبادة هذا:إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع لأن إسحاق بن الوليد لم يدرك عبادة بن الصامت قاله الترمذي وابن عدي، وقال البخاري:لم يلق عبادة، قال الشوكاني: روى من حديث ابن عباس وأبي سعيد الخدري وهو حديث مشهور / نيل الأوطار ٥ /٢٩٢.

(٢٨) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٧، والمغني لابن قدامة ٤ /٥٩١.

المبحث الثالث

في شروط الضمان

ونريد بذلك شروط الضمان بمعناه العام، أما شروط الضمان (الكفالة) فسيأتي الكلام عليها في موضعها إن شاء الله تعالي.

شروط الضمان:

١ ــ **الشرط الأول**: أن يكون الضامن أهلاً لوجوب الضمان عليه وذلك فيما يتعلق بالضمان عموماً. ففي ضمان الإتلاف يشترط أهلية الوجوب[٢٩] للمتلف فلا يضمن المالك ماتتلفه بهيمته من الأموال، لأن فعل العجماء جبار، أى: هدر لاضمان فيه على خلاف في ذلك.

وفي ضمان الالتزام بالكفالة يشترط أهلية التبرع، ولا يصح التزام الضمان من غير أهل التبرع.

٢ ــ **الشرط الثاني**: أن يكون المضمون متقوماً وذلك بأن يكون ذا قيمة معتبرة عند المسلمين، فلا يجوز ضمان الخمر والخنزير في حق المسلم، ولا ضمان على المسلم بإتلافها لعدم اعتبار القيمة لهما شرعاً.

٣ ــ **الشرط الثالث**: أن يكون التلف أو الضرر محققاً بشكل دائم: وذلك بالنسبة لما يضمن نتيجة الإتلاف أو الضرر أو الاعتداء. فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها فلا ضمان كأن عولج المرض أو برأ من نفسه فعاد إلى حالته الطبيعية، وصار الضرر كأن لم يكن.

---

(٢٩) هي صلاحية الشخص لتكون له حقوق وعليه التزامات، الوسيط في نظرية العقود /عبد المجيد الحكيم ص٢٠٥ شركة الطبع والنشر الأهلية في بغداد.

٤ ــ **الشرط الرابع**: أن يكون في إيجاب الضمان فائدة،وذلك فيما يتعلق بالضرر والإتلاف حتى يتمكن صاحب الحق من الوصول إلى حقه. فإذا لم يكن في الضمان فائدة فلا ضمان على المتلف. وبناء عليه فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي، ولا على الحربي بإتلاف مال المسلم في دار الحرب إذ ليس لحاكم بلد سلطة أو ولاية تنفيذ الأحكام على رعايا البلد الآخر وليس مال الحربي محترماً وإنما هو مباح لاضمان على متلفه.[٣٠]

(٣٠) نظرية الضمان د. وهبه الزحيلي ص ٥٨ ــ ٦١.

الفصـــل الثانـــي

في بيان أسباب الضمان في الفقه الإسلامي

ويندرج تحته أربعة مباحث :

المبحـث الأول : السبب الأول : إلزام الشارع.
المبحـث الثانـي : السبب الثاني :العقد (الالتزام).
المبحـث الثالـث : الإتـــــلاف.
المبحـث الرابـع : وضع اليد

الفصل الثاني

في بيان أسباب الضمان في الفقه الإسلامي وفيه مباحث

للضمان أسباب كثيرة أشار إليها الفقهاء في مواضع متعددة من أبواب الفقه، ولم يتناول الفقهاء الموضوع ببحث خاص مستقل يتناول جميع عناصره وأسبابه وشروطه وأحكامه، واختلفت آراء الفقهاء بالنسبة لأسباب الضمان، فبعضهم يعتبر أموراً من أسباب الضمان على حين يعتبر غيرهم أموراً أخرى غيرها.

وقد قام الشيخ على الخفيف بتنظيم تلك الأسباب تنظيماً جيداً يقرب للدارس فهم تلك الأسباب مصنفة تحت عناوين منظمة.

ويتبين مما ذكر الفقهاء أن أسباب الضمان ثلاثة: عقد ويد وإتلاف، ويضيف الخفيف لذلك سبباً رابعاً حيث ذكر أنها أربعة:

إلزام الشارع، والالتزام من المكلف، والفعل الضار، ويد الضمان. وإليك بيان تلك الأسباب بشيء من التفصيل:

المبحث الأول

السبب الأول: إلـزام الشارع

ويندرج تحت هذا السبب كثير من حالات الضمان مثل ضمان الديات والأروش، وضمان مايجب من الكفارات في الأيمان والظهار والإفطار عمداً في رمضان، وضمان ما أوجبه الشارع في الأموال من زكاة، وضمان مايجب من النفقات، وغير ذلك، فإن الذمة في جميع ذلك تشغل بما يجب أداؤه شرعاً من مال لإلزام الشارع به، إما عقوبة زاجرة عن عمل محرم أو معونة مفروضة لتكون ركيزة في بناء المجتمع.

والضمان المترتب على ذلك لايعدو أن يكون ضماناً أمر به الشارع وألزم به لأن الضمان حكم ولا حكم إلا للشارع.

المبحث الثاني

السبب الثاني: (الالتزام)

ويسمى العقد التزاماً لأن العقد إنما يكون بالتزام العاقد وهو الإنسان، وقد يكون الالتزام من جانب واحد كما في الكفالة لأن الكفيل ألزم نفسه بإرادته بكفالة المكفول عنه على خلاف سيأتي بيانه في الفصل الثاني من الباب الثاني.

والعقد مصدر للضمان إذا نص فيه صراحة أو ضمناً على شرط من الشروط ثم أخل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط فلم يقم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه. ومن العقود ماشرع لإفادة الضمان فكان الضمان حكماً له وأثرا كعقد الكفالة، ومنها ما شرع لإفادة حكم آخر غير الضمان ولكن الضمان يترتب عليه أثراً لازماً لحكمه كعقد البيع فإنه شرع لإفادة الملك في البيع والثمن، ويلزم ذلك البائع بتسليم المبيع إلى المشتري عند أدائه الثمن فتشغل به ذمته.

وأساس الالتزام بتنفيذ مقتضى العقد وشروطه والمسئولية في الإخلال بها قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[٣١]، وقول الرسول ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»[٣٢] وأساس تنفيذ الشرط المتعارف عليه والمسئولية في الإخلال به ماقرره الفقهاء من قواعد كقولهم: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.[٣٣]

---

(٣١) سورة المائدة آية /١.

(٣٢) أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ٣ /٦٢٥ حديث رقم ١٣٥٢.

(٣٣) أصول الفقه الإسلامي / محمد سلام مدكور ص ٣٢٨ دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الأولى.

والضمان الناشئ عن العقد إما أن يكون مطلقاً في جميع الحالات سواء كان هناك تعد أو تقصير أم لا، وهذه هى عقود الضمان كالبيع ونحوه، وإما أن يكون حال العدوان فقط، وهذه هي عقود الأمانة كالوديعة ونحوها، وإما أن يكون في بعض الحالات، وهذه هي العقود المزدوجة الأثر كالإجارة.

جاء في القواعد لابن رجب[٣٤] فيما يضمن من الأعيان بالعقد:

أحدها: أن يكون عقد على ماملكه عقداً لازماً ينقل الملك فيه ولم يقبض المالك بعد، فإن كان ممتنعاً من تسليمه فهو غاصب إلا حيث يجوز الامتناع من التسليم.

القسم الثاني: أن يعقد عقداً وينقله إلى يد المعقود له ثم ينتهي العقد أو ينفسخ وهو نوعان:

أحدهما: أن يكون عقد معاوضة كالبيع إذا انفسخ بعد قبضه بعيب أو خيار والعين المستأجرة إذا انتهت المدة، أو العين التي أصدقها المرأة وأقبضها ثم طلقها قبل الدخول.

والثاني: أن يكون غير معاوضة كعقد الرهن إذا وفى الدين وكعقد الشركة والمضاربة والوديعة والوكالة إذا فسخ العقد والمال في أيديهم.

والنوع الثاني ــ عقود الأمانات: كالوكالة والوديعة والشركة والمضاربة والرهن إذا انتهت أو انفسخت والهبة إذا رجع فيها الأب أو قيل بجواز فسخها مطلقاً.

ومن القواعد المعروفة أن كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده عدا الكفالة، جاء في نهاية المحتاج.[٣٥] «وحكم فاسد العقود حكم صحيحها فى الضمان وعدمه».

(٣٤) القواعد في الفقه الإسلامي للحافظ بن رجب ص٥٦ مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ.

(٣٥) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٢٨٢ مطبعة مصطفى الحلبي بمصر، الطبعة الأخيرة /١٣٨٦هـ.

المبحث الثالث

في السبب الثالث: الإتلاف

والإتلاف إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة،وهو سبب لوجوب الضمان لأنه اعتداء وإضرار لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[٣٦] وقوله عليه الصلاة والسلام: «لاضرر ولاضرار في الإسلام».[٣٧].

وأطلق الشيخ على الخفيف[٣٨] على هذا السبب الفعل الضار وعرفه بقوله: ويراد به كل فعل حسِّي ترتب عليه ضرر سواء أكان قد ترتب عليه بطريق المباشرة أو ترتب عليه بطريق التسبب.

والإتلاف نوعان: إتلاف بالمباشرة، وإتلاف بالتسبب.

فالإتلاف بالمباشرة: هو إتلاف الشيء بدون أن تكون هناك واسطة، وقال «الخفيف»: يكون بطريق المباشرة إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر كأن يعمد إنسان إلى إناء لغيره فيكسره.

وعرفه في مجلة الأحكام العدلية مادة ٨٨٧ «إتلاف الشيء بالذات».

والإتلاف بالتسبب: هو الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة م٨٨٨.

---

(٣٦) سورة البقرة آية /١٩٤.

(٣٧) سبق تخريجه ص ٣١

(٣٨) الضمان في الفقه الإسلامي للأستاذ على الخفيف ص٤٠.

وإتلاف الشيء بالذات مثل القتل والذبح والإحراق والإغراق وهدم الدور وأكل الأطعمة ونحوها.

وقال القرافي[٣٩]: «السبب مايقال عادة: حصل الهلاك به، والتسبب مايحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة».

وعرفه في مجلة الأحكام العدلية مادة ٨٨٨ بأنه «التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف آخر على جري العادة».

وذلك مثل حفر البئر في موضع لم يؤذن فيه كالطرقات العامة، وكإيقاد النار قريباً من الزرع، ونحو ذلك.

جاء في الفروق[٤٠] في بيان أسباب الضمان «أحدها العدوان كالقتل والإحراق وهدم الدور وأكل الأطعمة وغير ذلك من أسباب إتلاف المتمولات فمن تعدى في شيء من ذلك وجب عليه الضمان إما المثل إن كان مثليًّا أو القيمة إن كان مقوماً، أو غير ذلك من الجوابر، وثانيها: التسبب للإتلاف كحفر الآبار في طريق الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافر، وكإيقاد النار قريباً من الزرع...».

وإذا كان الفعل نفسيًّا كالكف يتسبب عنه تلف مال لآخر فلا ضمان بسببه، كما إذا رأى إنسان مالاً لآخر معرضاً للتلف بنار مثلاً وكان في قدرته إنقاذه ولم يفعل فتلف فلا ضمان عليه لعدم المباشرة، ولأنه لم يتسبب في الإتلاف، والكف لم يؤد إلى فعل كان من نتيجته التلف، وهذا مذهب بعض الفقهاء، جاء في البدائع[٤١] في اللقطة «أما حالة الندب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها، فأخذها لصاحبها أفضل من تركها، لأنه إذا خاف عليها الضيعة

(٣٩) الفروق للقرافي ٢ /٢٠٤ دار المعرفة للطباعة والنشر ــ لبنان.

(٤٠) الفروق للقرافي ٢ /٢٠٦.

(٤١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ــ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ٨ /٣٨٦٥.

كان أخذها لصاحبها إحياء لمال المسلم معنى فكان مستحبًّا».

وجاء في المغني[٤٢]: «والأفضل ترك الالتقاط، واختار أبو الخطاب إذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها فالأفضل أخذها...» ومعنى هذا عدم الضمان في حال تركها وتلفها، ومعنى ذلك أن هؤلاء لايرون أن الكف سبب للضمان».

وذهب بعض الفقهاء ومنهم المالكية إلى تضمينه بناء على أنه قد ترك واجباً عليه هو المحافظة على مال أخيه المسلم مع قدرته على ذلك، ومن ترك واجباً فترتب على تركه ضرر مباشر ضمن كمن مر على لقطة فتركها ولم يلتقطها، وهو عالم أنها معرضة للتلف، ثم تلفت فإنه يضمنها إذ قد تسبب عن تركه هذا الواجب تلفها وهى مال فيضمن قيمتها.

جاء في بلغة السالك[٤٣]: «ووجب على من وجد لقطة أخذها لخوف خائن...».

وجاء في نهاية المحتاج[٤٤]: «وقال جمع: بل نقل عن الجمهور: إن غلب على ظنه ضياعها لو تركها وجب وإلا فلا».

والفعل الضار ليس مشروعاً لأن الله سبحانه وتعالى إنما شرع لعباده مافيه نفعهم وصلاحهم وسعادتهم، وغاية الشريعة الإسلامية وهدفها: المصلحة العامة فكل أمر فيه مصلحة عامة مطلوب لها، وكل أمر تزيد منافعه على مضاره مطلوب لها، وكل أمر تقل منافعه عن مضاره ممنوع فيها، ولذا قال ابن القيم[٤٥]: إذا تأملت شرائع الله وجدتها لاتخرج عن تحصيل المصالح الخالصة

(٤٢) المغني لابن قدامة ٥ /٦٩٤ مكتبة الرياض الحديثة.

(٤٣) بلغة السالك لأقرب المسالك ٢ /٢٢ للشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر، الطبعة الأخيرة ١٣٧٢هـ.

(٤٤) نهاية المحتاج للرملي ٥ /٤٢٨.

(٤٥) مفتاح دار السعادة لابن القيم ٢ /٢٢ الناشر رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء بالرياض.

أو الراجحة وإن تزاحمت قدم أهمها وأجلها وإن فات أدناها، كما لاتخرج عن درء المفاسد الخالصة أو الراجحة بقدر الإمكان، وإن تزاحمت عطل أعظمها فساداً بتحمل أدناها، وعلى هذا وضع أحكم الحاكمين شرائع دينه ورتب حقوق عباده».

ويكون الإتلاف مباشرة سبباً للضمان سواء كان الإتلاف عمداً أو خطأ أو سهواً، وسواء كان المتلف صغيراً أو كبيراً، لأن ضمان المتلفات ينظر فيه إلى أنه بدل مال لاجزاء فعل حفاظاً على حقوق الناس في أموالهم، ويستوى في ذلك العلم والجهل للمتلف، فلو أتلف إنسان مال غيره سهواً مثلاً أو نائماً فهو ضامن له.

ويشترط للضمان في التسبب ثلاثة شروط:

١ ــ **التعدي**: وهو تجاوز الحق أو مايسمح به الشرع، كأن يحفر شخص بئراً في الطريق العام من غير إذن الحاكم، فإذا سقط فيها إنسان أو حيوان فإنه يضمن الحافر.

٢ ــ **التعمد**: وهو أن يصدر الفعل عن قصد وإرادة، كأن يجذب ثوب إنسان فيسقط منه ما يحمله فيه فيتلف فيضمنه.

أما إذا لم يكن هناك تعمد كما لو جفلت دابة من رجل فهربت وضاعت فلا يضمن لأنه غير متعمد.

٣ ــ **ألا يكون التلف قد نشأ عن فعل آخر مباشر**: فإن اشترك المباشر والمتسبب ضمن المباشر، كمن حفر بئراً في مكان عدواناً فجاء غير الحافر وأردى فيها إنساناً أو حيواناً فالضمان عليه دون الحافر[٤٦].

(٤٦) نظرية الضمان د /وهبه الزحيلى ص ٧٧، الضمان في الفقه الإسلامي للأستاذ الخفيف ص٤٦.

ويذكر الشيخ الخفيف أن المراد بالضرر الذي يعد سبباً للتضمين كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أو عن نقص منافعها، أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك، وفيه ضرر مادي آخر وهو مايصيب الإنسان في جسمه من جراح يترتب عليها تشويه فيه أو عجز عن العمل أو ضعف في كسبه ونحو ذلك، وهذا النوع من الضرر يستوجب الأرش لأنه اعتداء على سلامة الإنسان، ولابد أن يكون الضرر المالي الموجب للتعويض في مال متقوم مملوك لمن أصابه الضرر. ولذلك ذهب الحنفية إلى أن إتلاف الخمر أو الخنزير إذا كانا لمسلم فإنه لا تعويض فيهما لأنهما ليس بمال متقوم بالنسبة للمسلم، جاء في تبيين الحقائق[٤٧]: إذا أتلف المسلم خمراً لذميّ وجب عليه قيمتها... ولو أسلم الذمي بعد أن قضى له بمثلها على ذمي فلاشيء له لأن الخمر في حقه حينئذٍ غير متقومة، فكان إسلامه في حكم إبراء منه للمتلف».

ولاضمان عند الحنابلة في آلات اللهو، وأدوات الخمر، وكل نجس لايباح الانتفاع به.[٤٨].

وذكر الشيخ الخفيف أنواع الضرر ومايترتب عليها من ضمان:

١ ــ **الضرر الجسمي**: وذلك فيما يصيب الإنسان من أذى في جسمه ويترتب عليه مافرضه الشارع وقدره من جزاء أو من حكومة عدل وهو يشبه التعويض من ناحية ويشبه العقوبة من ناحية أخرى.

٢ ــ **الضرر الأدبي**: وذلك فيما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد إهانة له كما في القذف والسب، وفيما يصيبه من ألم في

(٤٧) تبيين الحقائق للزيلعي ٥ /٢٣٥، دار المعرفة ــ بيروت ــ لبنان.
(٤٨) كشاف القناع للبهوتي ٢ /٣٦٤، مكتبة النصر الحديثة بالرياض.

جسمه أو في عاطفته من ضرر لا يحدث فيه أثراً.

٣ ــ **الضرر المعنوي**: وذلك يتمثل في تفويت مصلحة غير مالية ملزم بها كالوديعة يمتنع المودع عن تسليمها إلى مالكها، وكالعارية يمتنع المستعير من تسليمها إلى المعير. ونحو ذلك مما ليس فيه تفويت مال على صاحب العين.

وفي هذين النوعين يشير الخفيف إلى أنه ليس فيهما تعويض مالي على ماتقضي به قواعد الفقه الإسلامي. ويجب التعويض في الضرر الجسمي ابتداءً بالمثل متى أمكن ذلك، لأن التعويض به كامل من جميع الوجوه، فإن لم يكن له مثل اعتبرت المساواة في المالية.

٤ ــ **ضرر يتسبب عن** فعل نتيجته تلف المال كله أو نقص قيمته عما كانت عليه: ويتمثل ذلك في تفويت مال على مالكه سواء كان باتلاف أتى على كل المال أو على بعضه، أو بتعييب في المال نقصت به قيمته عما كانت عليه قبل التعييب، أو بتفويت منفعة من منافعه على ماملكه.

إذا أدى فعل من الأفعال إلى نقص في مادة المال أو نقص في صفاته فإن من أحدث ذلك يلزم بضمان مانقص من القيمة بسبب هذا الفعل. وطريق معرفته هو تقويم المال الذي حدث فيه الفعل الضار قبل حدوثه وتقويمه بعد حدوثه ويلزم من حدث منه الفعل بدفع الفرق بين القيمتين[٤٩].

---

(٤٩) الضمان في الفقه الإسلامي للأستاذ / علي الخفيف ص٥٤ معهد البحوث والدراسات العربية /١٩٧١م.

المبحث الرابع

في السبب الرابع: وضع اليد

ليست اليد سبباً للضمان في كل الأحوال بل إنها قد تكون يد ضمان وقد تكون يد أمانة.

فإذا كانت اليد يد ضمان وجب على صاحبها الضمان عند تلف ماتحتها من الأموال أو نقصه سواء كانت اليد مؤتمنة أو غير مؤتمنة.

واليد المؤتمنة: كيد الوديع في الودائع،وعامل المضاربة والمساقاة وغيرهم فهؤلاء لايضمنون هلاك الشيء إلا بالتعدي.

أما اليد غير المؤتمنة: فإنها قد تكون بغير إذن المالك كيد السارق والغاصب أو بإذن المالك كيد البائع على المبيع قبل القبض ومقترض الأعيان بعد قبضها والقابض على سوم الشراء ونحو ذلك فإن هؤلاء يضمنون الشيء مهما كان سبب التلف.

وأسباب التضمين لما يتلف في يد الضمان هي:

الأول : الاعتداء الذي يتمثل في وضع يد على مال لغير صاحبها فيحول بين مالكه وبينه أو يمنعه من الانتفاع به على الوضع الذي يريده وذلك كالغاصب. أو أن يضع إنسان يده على مال غيره بدون ولاية وإن لم يكن غاصباً فإن صاحبها يلزم حينئذٍ بضمان ماتحتها إذا تلف بأي سبب كان.

الثاني : حكم الشارع بضمان صاحبها وإن وضعت على المال بإذن

صاحبها كيد المستعير عند الحنابلة والشافعية خلافاً للحنفية.

الثالث : وضع اليد على أساس التملك والضمان ليكون وسيلة وطريقة إلى التملك كما في يد القابض على سوم الشراء.

الرابع : وضع اليد على مال الغير بإذن من صاحبه لمصلحة صاحب اليد خاصة، فإن كانت المصلحة مشتركة كانت العبرة بأرجحهما، فإن كانت مصلحة المالك أرجح كانت يد أمانة وإلا كانت يد ضمان، كالعارية لأن مصلحة المستعير أرجح فكانت يده يد ضمان عند بعض الفقهاء.

ولاضمان على صاحب يد الأمانة عند تلف المال تحتها إلا إذا قصر في حفظها، أو تعدى عليها، ومن أجل ذلك ضمن الوديع عند تعديه في الحفظ. ومن أمثلة يد الأمانة يد الوكيل بالقبض ويد الشريك.

أما يد الضمان فالحكم تضمين صاحبها عند التلف سواء أكان تلفه باعتداء عليه من واضع اليد أو من أجنبي أو كان بسبب لايد لصاحب اليد فيه كالآفة السماوية[٥٠].

ولقد ذكر ابن جزى[٥١] المالكي موجبات الضمان فقال: « ومن أخذ مال غيره فهل يضمنه أم لا؟. يختلف ذلك باختلاف وجوه القبض فإنه على وجوه وذلك إن كان لمنفعة القابض فالضمان عليه، وإن كان لمنفعة الدافع فلا ضمان عليه، وإن كان لمنفعتهما معاً فينظر من أقوى منفعة فيضمن، وقد يختلف في فروع من هذا الأصل، وهو ينقسم إلى سبعة أقسام:

(٥٠) الضمان في الفقه الإسلامي للأستاذ الخفيف ص ١٠٤.

(٥١) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى ص ٣٦٤، دار العلم للملايين بيروت ـ ١٩٧٩م.

الأول : أن يقبض على وجه التعدي والغصب فهو ضامن.

الثاني : أن يقبض على وجه انتقال تملكه بشراء أو هبة أو وصية فهو ضامن أيضا سواءً كان البيع صحيحاً أو فاسداً.

الثالث : أن يقبضه على وجه السلف فهو ضامن له أيضاً.

الرابع : أن يقبض على وجه العارية والرهن، فإن كان مما لايغاب عليه وهو الأصول والحيوان لم يضمنه، وإن كان مما يغاب عليه كالعروض فهو ضامن له إلا أن تقوم بينة على التلف من غير تعد منه ولا تضييع.

الخامس : أن يقبض على وجه الوديعة فلاضمان عليه سواء كان مما يغاب عليه أم لا.

السادس : أن يكون على وجه القراض أو الإجارة على حمله أو الإجارة على رعاية الغنم فلا يضمن العامل ولا الأجير إلا أن تعدى، وهو مصدق في دعوى التلف مع يمينه،وخسارة المال من ربه إلا الأجير على حمل الطعام فإنه لايصدق على دعوى التلف إلا ببينة.

السابع : تضمين الصناع فيضمنون ماغابوا عليه سواء عملوه بأجرة أو بغير أجرة،ولايضمنون مالم يغيبوا عليه،ولا يضمن الصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه للناس، فإن قامت بينة على التلف سقط عنهم الضمان.

هذا ماورد في الفقه الإسلامي، أما القانون فإنه جعل مصادر الالتزام خمسة هي: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء دون سبب والقانون.[٥٢]

(٥٢) الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصرى د /عبد الرزاق أحمد السنهوري ص ١٨ دار إحياء التراث العربي /بيروت.

وأرى أن تقسيم الأسباب إلى أربعة أقسام كما جاء ذلك بترتيب المحدثين من الباحثين في الفقه الإسلامي أولى من تقسيم القانون وذلك:

١ ــ أن إلزام الشارع يدخل ضمنه القانون وهو ماألزم فيه بموجب نص قانوني.

٢ ــ أن الالتزام يشمل العقد والإدارة المنفردة.

٣ ــ أن الفعل الضار يشمل العمل غير المشروع والإثراء دون سبب.

٤ ــ أن وضع اليد يشمل أموراً من العمل غير المشروع.

ولذا فإن تقسيم الشيخ الخفيف لأسباب الضمان أولى من التقسيم القانوني لأنه أحسن في البحث والترتيب.

الفصـــل الثالـــث

بيان بعض عقود الضمان والأمانة

ويندرج تحته أربعة مباحث :

المبحـث الأول : بيان بعض عقود الضمان

المبحـث الثانـي : بيان بعض عقود الأمانة

المبحـث الثالـث : بيان بعض العقود التي هي في الأصل أمانة ويترتب عليها الضمان.

المبحـث الرابـع : يد الضمان ومايترتب عليها

الفصل الثالث

بيان بعض عقود الضمان والأمانة

وفيه مباحث:

تنقسم العقود بالنسبة للضمان وعدمه إلى ثلاثة أقسام هي:

عقود ضمان،وعقود أمانة،وعقود هي في الأصل أمانة إلا أنه يترتب عليها الضمان في بعض الحالات.

المبحث الأول

بيان بعض عقود الضمان: وفيه مطالب

___ **المطلب الأول** : عقد البيع.

___ **المطلب الثاني** : عقد القسمة.

___ **المطلب الثالث** : عقد النكاح.

___ **المطلب الرابع** : عقد العارية.

___ **المطلب الخامس** : عقد الصلح.

___ **المطلب السادس** : عقد الكفالة

___ **المطلب السابع** : عقد القرض.

عقود الضمان هي التي يترتب عليها الضمان بالقبض عند التلف، فإذا وجد عقد من هذه العقود وانتقل محل العقد من يد إلى يد أخرى كان ذلك المحل مضموناً مطلقاً سواء هلك بفعل الشخص القابض أو بفعل أجنبي أو آفة سماوية، وهذه العقود هي:

عقد البيع والقسمة،وعقد النكاح والخلع والعارية عند الشافعية والحنابلة. وعقد الصلح والكفالة والقرض.

المطلب الأول
عقد البيع

البيع في اللغة: مصدر باع يبيع بيعاً، والبيع ضد الشراء، ويطلق على الشراء، وهو من الأضداد، قال الشاعر:

إذا الثريا طلعت عشاء فبع لراعي غنم كساء[٥٢]

أى اشتر له.

يقال باعه الشيء وباعه منه وله بيعاً ومبيعاً أعطاه إياه بثمن.

والبيع مبادلة المال بالمال، جمعه بيوع، والبيعة الصفقة على إيجاب البيع، والبائع اسم فاعل من باع، والمتبادر إلى الذهن باذل السلعة والمرأة النافقة لحمالها[٥٣].

واشتقاقه من الباع لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والإعطاء.[٥٤]

وفي الاصطلاح: عقد يتضمن مقابلة مال بمال بشرطه لاستفادة ملك عين أو منفعة مؤبدة.[٥٥]

---

(٥٢) جمهرة اللغة لابن دريد أبي بكر محمد بن الحسن الأزدي البصرى ١ /٣١٧ مكتبة المثنى بغداد.

(٥٣) معجم متن اللغة لأحمد رضا ١ /٣٧٣ ــ دار مكتبة الحياة ببيروت ١٣٧٧هـ ١٩٥٨م، ولسان العرب لابن منظور ٩ /٣٧١، وانظر المعجم الوسيط ١ /٧٩.

(٥٤) المغني لابن قدامة ٣ /٥٦٠.

(٥٥) نهاية المحتاج للرملي ٣ /٣٧٢.

أركانه: أركان البيع ثلاثة، وهي: العاقدان، ومحل العقد (المعقود عليه) والصيغة. جاء في كشاف القناع:[٥٦] «البيع ثلاثة أركان: عاقد ومعقود عليه وصيغه». وهذا عند الجمهور، أما عند الحنفية فركنيه الإيجاب والقبول[٥٧].

وينعقد البيع بالصيغة القولية بكل ماأدى معنى البيع، وينعقد بالفعل وهو التعاطي.

جاء في بلغة السالك:[٥٨] «والثالث: صيغة أو مايقوم مقامها مما يدل على الرضى من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما، وإن كان مايدل عليه معاطاة من الجانبين».

حكم البيع: البيع جائز ومشروع في الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[٥٩] وقوله: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٦٠]

وأما السنة فقول النبي ﷺ: «البيعان بالخيار مالم يتفرقا». متفق عليه.

وروى رفاعة أنه خرج مع النبي ﷺ إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال: يامعشر التجار، فاستجابوا لرسول الله ﷺ ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه فقال: «إن التجار يبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من بر وصدق» قال الترمذي:[٦١] هذا حديث حسن صحيح.

---

(٥٦) كشاف القناع للبهوتي ٣ /١٤٦.

(٥٧) شرح فتح القدير لابن الهمام ٥ /٤٥٤ دار إحياء التراث العربي ــ لبنان.

(٥٨) بلغة السالك لأحمد الصاوي٣ /٣

(٥٩) سورة البقرة آية /٢٧٥.

(٦٠) سورة النساء آية /٢٩.

(٦١) كشف الخفا ومزيل الالباس /إسماعيل العجلوني ١ /٢٥٣.

وروى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «كانت عكاظ ومجنة وذو المجاز أسواقاً في الجاهلية،فلما كان الإسلام تأثموا فيه فأنزلت: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾[٦٢] يعنى في مواسم الحج» وعن الزبير نحوه.

وقد فعله النبي ﷺ وأقر أصحابه عليه.

وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة.

وأما المعقول: فإن الإنسان يحتاج إليه في حياته لأن الإنسان لايصل إلى مافي يد الغير عن رضا إلا بطريق البيع،ولذلك شرع لتلبية احتياجات الإنسان حيث يصل كل منهما إلى غرضه برضا دون مشقة أو منازعة أو غيرها.[٦٣]

واتفق الفقهاء على أن البيع يصح من كل بالغ عاقل مختار مطلق التصرف.[٦٤]

شروط البيع:

١ ــ التراضي به من المتبايعين، وهو أن يأتي به اختياراً.

٢ ــ أن يكون العاقد جائز التصرف وهو الحر البالغ الرشيد.

٣ ــ أن يكون المبيع والثمن مالاً أو نفعاً مباحاً، ويخرج به ما لا نفع فيه كالحشرات.

٤ ــ أن يكون المبيع مملوكاً لبائعه ملكاً تاماً.

٥ ــ أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه حال العقد.

٦ ــ أن يكون المبيع معلوما لهما لأن جهالة المبيع غرر فيكون منهيًّا عنه.

(٦٢) سورة البقرة آية /١٩٨ وحديث ابن عباس أخرجه البخاري في صحيحه ٣ /٦٢.

(٦٣) المجموع للنووي ٩ /١٤٥.

(٦٤) الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة ١ /٣١٧ المؤسسة السعيدية بالرياض.

٧ ــ أن يكون الثمن معلوماً للمتعاقدين حال العقد.[٦٥]

أثر عقد البيع والضمان المترتب عليه:

إذا تم عقد البيع واستوفى أركانه وشروطه ترتب عليه نقل ملكية السلعة من البائع إلى المشتري ونقل ملكية الثمن من المشتري إلى البائع وحل لكل منهما التصرف فيما انتقل إلى ملكه بكل نوع من أنواع التصرف المشروع.

وإذا هلك المبيع بعد القبض، وذلك يتم بالنقل في المنقول وبالكيل في المكيل وبالوزن في الموزون وبالتخلية في العقارات كالأراضي والأبنية ونحوها. وكان الهلاك بآفة سماوية أو بفعل لاصلة للبائع فيه فلا ينفسخ البيع، ويكون هلاكه على المشتري لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشتري فتقرر الثمن عليه، أما إذا كان الهلاك بفعل البائع فيكون الضمان واجباً عليه. وإذا هلك المبيع قبل القبض فلا يخلو إما أن يكون الهلاك بآفة سماوية أو بفعل البائع فينفسخ عقد البيع، ويكون ضمان المبيع على البائع.

أو يكون الهلاك بفعل المشتري فلا ينفسخ البيع، ويكون الضمان على المشتري، أو يكون الهلاك بفعل أجنبي، فهنا يكون المشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أمضاه ودفع الثمن، وطالب الأجنبي بالضمان.

وقد جاء الكلام عن ذلك في المادتين ٢٩٣ /٢٩٤ من مجلة الأحكام العدلية «المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولاشيء على المشتري» و«إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولاشيء على البائع».

---

(٦٥) البدائع للكاساني ٦ /٢٩٩٦ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ /٦ دار إحياء الكتب العربية بمصر، ونهاية المحتاج للرملي ٣ /٣٩٢، وكشاف القناع للبهوتي ٣ /١٤٩.

وإذا هلك بعض المبيع بفعل البائع سقط عن المشتري من الثمن بقدر الجزء الهالك،ويخير في الباقي بأخذه بحصته من الثمن.

أما إذا كان هلاك بعض المبيع بفعل نفسه فإنه لايسقط شيء من ثمنه، والمشتري مخير بين فسخ العقد وبين أن يأخذ مابقي بجميع الثمن.

وإذا كان الهلاك بآفة سماوية ترتب عليها نقصان قدره، فيسقط من الثمن بقدر النقصان الحادث، ثم يكون المشتري بالخيار بين فسخ العقد وبين أخذ الباقي بحصته من الثمن.[٦٦]

(٦٦) نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي د /وهبه الزحيلي ص ١٤٧ دار الفكر بدمشق ــ ١٤٠٢هـ.

المطلب الثاني
من عقود الضمان: عقد القسمة

والقسمة في اللغة: اسم من اقتسام الشيء، والقسم بكسر القاف هو النصيب.[٦٧]

وفي الاصطلاح: تعيين نصيب كل شريك في مشاع ولو كان باختصاص تصرف[٦٨].

الأصل في مشروعية القسمة:

الأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع:

فمن الكتاب: بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾[٦٩] وقوله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ﴾[٧٠]

ومن السنة: قوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة».[٧١]

---

(٦٧) الروض المربع للبهوتي ٣ /٤٠٦ مكتبة الرياض الحديثة.

(٦٨) بلغة السالك لأحمد الصاوي ٢ /٢٣٧.

(٦٩) سورة النساء آية /٨.

(٧٠) سورة القمر آية /٢٨

(٧١) رواه البخاري في صحيحه ٣ /١١٤ في باب الشفعة مطابع الشعب في القاهرة، ورواه أبو داود في باب الشفعة كذلك ٣ /٢٨٥ ورقم الحديث ٣٥١٤،قال ابن حجر في التلخيص ٣ /٥٦ البخاري بهذا من طريق أبي سلمة ولمسلم نحوه بمعناه من طريق أبي الزبير عن جابر.

وقسم النبي ﷺ «خيبر على ثمانية عشر سهماً»[٧٢].

وكان يقسم الغنائم، وأجمعت الأمة على جواز القسمة لأن الناس بحاجة الى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف فيما يخصه.[٧٣]

والقسمة نوعان: قسمة تراض: وهذه القسمة في حكم البيع تجوز بتراضيهما، ويجوز فيها مايجوز في البيع خاصة، ولايجبر من امتنع منهما من قسمتها لأنها معاوضة. وذلك كالدور الصغار والأرض التي لاتتعدل بأجزاء ولاقيمة.

النوع الثاني: قسمة إجبار: وهي مالاضرر على الشريك في قسمته كالبستان والأرض الواسعة ونحوها، وإذا طلب الشريك قسمتها أجبر شريكه الآخر عليها إن امتنع من القسمة مع شريكه، وهذه القسمة إفراز لحق أحد الشريكين من الآخر لا بيع لأنها تخالفه في الأحكام.[٧٤]

ويشترط لإجبار الشريك الآخر ثلاثة شروط:

١ ــ أن يثبت عند الحاكم ملكهما ببينة؛ لأن الإجبار على القسمة حكم على الممتنع منهما فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضا فإنه لايحكم على أحدهما وإنما يقسم بقولهما ورضاهما.

٢ ــ ألا يكون فيها ضرر، فإن كان فيها ضرر لم يجبر الممتنع لقول النبي ﷺ «لاضرر ولاضرار» رواه ابن ماجه، ورواه مالك في موطأه مرسلاً.

---

(٧٢) رواه أحمد في باب تقسيم غنيمة خيبر ٢١ /١٢٦ رقم الحديث ٣٣٨ الفتح الرباني، ترتيب وتأليف / أحمد بن عبد الرحمن البنا.. وروى الحديث أبو داود كذلك في باب من أسهم له سهماً ٣ /٧٦ رقم الحديث ٢٧٣٦ نشر المكتبة الإسلامية في تركيا.

(٧٣) المغني لابن قدامة ٩ /١١٢.

(٧٤) الروض المربع للبهوتي ٣ /٤٠٦.

٣ ــ أن يمكن تعديل السهام من غير شيء يجعل معها فإن لم يمكن ذلك لم يجبر الممتنع لأنها تصير بيعاً والبيع لايجبر عليه أحد المتبايعين[٧٥].

وبما أن القسمة تشتمل على المعاوضة فهي عقد ضمان فإذا قبض كل شريك نصيبه ثم هلك كان ضامناً له.

(٧٥) المغني لابن قدامة ٩ /١١٥.

المطلب الثالث

من العقود التي تفيد الضمان: عقد النكاح

والنكاح في اللغة: نكح فلان امرأة ينكحها إذا تزوجها. ونكحها ينكحها باضعها، وامرأة ناكح في بني فلان أي ذات زوج منهم. قال الأزهري: أصل النكاح في كلام العرب الوطء وقيل للتزوج نكاح لأنه سبب الوطء المباح. قال ابن سيده: النكاح البضع وذلك في نوع الإنسان خاصة[٧٦] قال في المعجم الوسيط[٧٧] النكاح: الضم والوطء والجمع بين الشيئين، يقال نكحت المرأة نكاحاً : تزوجت وفي التنزيل العزيز قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[٧٨].

وفي الاصطلاح: حقيقة في العقد والوطء جميعاً، وقيل: حقيقة في العقد مجاز في الوطء[٧٩].

أركانه: أركان النكاح ثلاثة: أحدها: الزوجان، الثاني: الإيجاب، والثالث: القبول.[٨٠]

الأصل في مشروعية النكاح:

الأصل في مشروعية النكاح الكتاب والسنة والإجماع.

---

(٧٦) لسان العرب لابن منظور ٣ /٤٦٥، وانظر معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس ابن زكريا. تحقيق عبد السلام هارون ــ الطبعة الأولى في القاهرة ١٣٦٩هـ دار الكتب العربية.

(٧٧) المعجم الوسيط ٢ /٩٦٠.

(٧٨) سورة النساء آية /٣.

(٧٩) نهاية المحتاج للرملي ٦ /١٧٦، والمغني لابن قدامة ٦ /٤٤٥.

(٨٠) الروض المربع للبهوتي ٣ /٦٧.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ﴾[٨١]، وقوله: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِن﴾.[٨٢]

وأما السنة : فقول النبي ﷺ: «**يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج،فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء**» متفق عليه[٨٣].

وقد أجمع المسلمون على مشروعية النكاح.[٨٤]

حكمة مشروعية النكاح:

رغب الإسلام في الزواج وحبب فيه لما يترتب عليه من فوائد للفرد والجماعة منها:

١ ــ في الزواج حفظ النسل وتكثيره لقول الرسول ﷺ: «**تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة**».[٨٥]

وفي كثرة النسل من المصالح العامة ماجعل الأمم تحرص على إكثار أفرادها.

---

(٨١) سورة النساء آية /٣.

(٨٢) سورة النور آية /٣٢.

(٨٣) أخرجه البخاري ٧ /٣، ومسلم ٢ /١٠١٨ من صحيحيهما.

(٨٤) نهاية المحتاج للرملي ٦ /١٧٧ وبداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢ /٢ لابن رشد، والمغني لابن قدامة ٦ /٤٤٥.

(٨٥) رواه أبو داود ٢ /١٧٦ كتاب النكاح ورواه ابن ماجه عن عائشة قال في الزوائد:إسناده ضعيف لاتفاقهم على ضعف عيسى بن ميمون المديني لكن له شاهد صحيح ١ /٥٩٢ حديث رقم ١٨٤٦، ورواه ابن حبان عن أنس وصححه بلفظ:«تزوجوا الولود الودود فإني مكاثر بكم الانبياء يوم القيامة» تلخيص الحبير لابن حجر ٣ /١١٦.

٢ ــ أن الغريزة الجنسية من أقوى الغرائز وأعنفها، والزواج هو الطريق لاستيفاء التمتع واللذة على الوجه المشروع.

٣ ــ إقامة الروابط الوثيقة بين الأسر وتقوية أواصر المحبة بين المجتمع بالتزاوج بين العائلات وغير ذلك كثير.

حكـم النكـاح:

١ ــ يجب الزواج على من قدر عليه، وتاقت نفسه إليه، وخشي العنت.

٢ ــ ويسن الزواج ويستحب لمن تاقت نفسه إليه، ويملك المقدرة عليه ولكنه يأمن على نفسه من اقتراف ماحرم الله عليه.

٣ ــ ويحرم الزواج في حق من لايستطيع القدرة على القيام بحقوقه من الوطء والإنفاق، وعدم توقاته إليه.

٤ ــ ويكره الزواج في حق من يخل بحقوق الزوجة في الوطء والإنفاق.

٥ ــ ويباح الزواج فيما إذا لم يترتب عليه محذور، وأمن العنت على نفسه[٨٦].

شـروط الـزواج:

يشترط لصحة النكاح شروط خمسة:

١ ــ تعيين الزوجين فلا يصح مع جهالة الزوجة أو الزوج.

٢ ــ رضاهما فلا يصح من المكره.

٣ ــ أن يكون الزواج بولي. لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي

---

(٨٦) المغني لابن قدامة ٦ /٤٤٦، وفقه السنة للسيد سابق ٢ /١٥ دار الكتاب العربي، لبنان.

موسى «لا نكاح إلا بولي». رواه الخمسة إلا النسائي، وصححه أحمد وابن معين.

٤ ــ الإشهاد على الزواج لحديث عائشة موفوعاً «لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل» رواه أحمد والدار قطني والبيهقي في العلل.[٨٧]

٥ ــ حل المرأة للتزوج بالرجل الذي يريد الاقتران بها.

فإذا تم عقد النكاح فإنه تشغل ذمة الزوج بالمهر إن كان ديناً فيكون حكمه حكم الديون تشغل بها ذمة المدين، وأما إذا كان عيناً فإنه يكون بمجرد العقد مملوكاً للزوجة ويلزم الزوج بتسليمه لها، ولذا يصير مضموناً عليه كالمبيع في يد بائعه قبل تسليمه للمشتري إذ يصير مضموناً عليه بالثمن.

فإذا هلك في يد الزوج قبل تسليمه للزوجة فإن ضمانه على الزوج حينئذٍ لأنه مال مملوك للزوجة في يده، وعليه تسليمه لها بموجب العقد فيكون عليه قيمته وقت تعديه، وإذا طلقها قبل الدخول في هذه الحال وجب عليه نصف قيمته، لارتفاع ملكها عن نصفه بالطلاق قبل الدخول، وإذا قبضته الزوجة فتلف في يدها وطلقها الزوج قبل الدخول بها وجب عليها رد نصف قيمته، لأنه تبين بالطلاق قبل الدخول فساد ملكها في النصف فكان في يدها مضموناً عليها كما يكون مضموناً عليها إذا كانت الفرقة من قبلها قبل الدخول بسبب هو معصية.

---

(٨٧) حديث أبي موسى اختلف في وصله وإرساله قال الحاكم «وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبى ﷺ عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش، وحديث عائشة رواه الشافعى من وجه آخر عن الحسن مرسلاً وقال: وهذا وإن كان منقطعاً فإن أكثر أهل العلم يقولون به» تلخيص الحبير للسيوطي ٣ /١٥٦.

(٨٨) الروض المربع للبهوتي ٣ / ٦٩،وفقه السنة للسيد سابق ٢ /٥٦.

وكذلك الحكم في بدل الخلع إذا كان عيناً معينة،فذهب بعض الفقهاء إلى أنه مضمون في يدها ضمان عقد،فإذا تلف وجب بتلفه للزوج ماتم الاتفاق عليه مهراً وقيل تضمنه بقيمته وقت التلف.

المطلب الرابع

من العقود التي تفيد ضماناً: عقد العارية عند بعض الفقهاء

العارية: «**في اللغة**»: قال الجوهري في الصحاح العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها عار وعيب. يقال تعاوروا الشيء واعتوروه تداولوه.

وفي الاصطلاح: إباحة الانتفاع بملك الغير[٨٩].

حكم العارية :

العارية عمل من أعمال البر التي ندب إليها الإسلام ورغب فيها قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ﴾[٩٠].

ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبى ﷺ قال: «مامن صاحب إبل لايؤدي حقها» الحديث قيل يارسول الله وماحقها؟ قال: «إعارة دلوها،وإطراق فحلها ومنيحتها،وحلبها على الماء،وحمل عليها في سبيل الله».[٩١]

ويشترط للعارية ثلاثة شروط:

١ ــ أن يكون المعير أهلاً للتبرع.

٢ ــ أن تكون العين منتفعاً بها مع بقائها.

٣ ــ أن يكون النفع مباحاً.

الأصل في مشروعية العارية :

الأصل في مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع.

(٨٩) شرح فتح القدير لابن الهمام ٧ /٤٦٤.

(٩٠) سورة المائدة آية /٢.

(٩١) رواه مسلم في كتاب الزكاة ٢ /٦٨٥ حديث رقم ٢٨.

أما الكتاب: فقول الله تعالى ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾[٩٢] روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا: العواري، وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾[٩٣].

وأما السنة: فما روي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة عام حجة الوداع: «العارية مؤداة، والدين مقضي، والمنحة مردودة، والزعيم غارم » أخرجه الترمذي،[٩٤] وقال حديث حسن غريب.

وروى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين فقال: أغصباً يامحمد؟ قال: «بل عارية مضمونة» رواه أبو داود.

وأما الإجماع: فقد انعقد الإجماع من الأمة كلها على أن العارية مندوب إليها، لأنها من القربات، ولأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع؛ ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً.

وعقد العارية يوجب الضمان عند الشافعية والحنابلة، فإذا تلفت في يده ضمنها بقيمتها يوم تلفها، إن كانت قيمية سواء كان تلفها بتعد من المستعير أم لا.

وضمنها بمثلها إن كانت مثلية وذلك أثر من آثار العقد، والحكمة في ذلك توفير مال المعير حتى لايناله ضرر بسبب ماتفضل به على المستعير من الانتفاع.[٩٥]

---

(٩٢) سورة الماعون آية /٧.

(٩٣) سورة المائدة آية /٢.

(٩٤) أخرجه الترمذي في كتاب البيوع حديث رقم ١٢٦٥.

(٩٥) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٢٠٠، والمغني لابن قدامة ٥ /٢٢٠، وحديث صفوان بن أمية رواه أبو داود في كتاب البيوع، باب في تضمين العارية ٢ /١٤٥.

ويرى الحنفية أن العارية أمانة لايضمنها المستعير إلا بتعدٍ أو تقصير، جاء في تبيين الحقائق ٥ /٨٤ «ولو هلكت بلا تعد لا يضمن». ويرى المالكية أنها كالرهن فما كان منها مما يغاب عنه ويخفى هلاكه كالثياب **والأثمان** ضمن، وماكان مما لايخفى هلاكه كالدواب والحيوان لم يضمن جاء في أسهل المدارك ٣ /٣٠ « وضمانها كالرهن، يضمن مايغاب عليه ولا يضمن مالا يغاب عليه نحو عبد أو دابة إلا أن يتعدى فيضمن».

ويستدل القائلون بالضمان بحديث سمرة بن جندب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».[٩٦]

(٩٦) أخرجه الترمذي ٣ /٥٧٧ حديث رقم ١٢٦٦، وقال فيه: حديث حسن صحيح. قال في تلخيص الحبير ٣ /٥٣ في كتاب العارية: رواه أحمد والنسائى وابن ماجه والحاكم من حديث الحسن عن سمرة ورواه أبو داود، والحسن مختلف في سماعه من سمرة.

المطلـب الخامـس

من العقـود التي تفيد ضماناً «عقد الصلح»

والصلح في اللغة: يقال صلح يصلَح ويصلُح صلاحاً وصلوحاً، وأصلح الشيء بعد فساده أقامه، والصلاح ضد الفساد. والصلح تصالح القوم بينهم، والصلح السلم وهو يذكر ويؤنث.[٩٧] والصلح اسم للمصالحة وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فمعناه دال على حسنه الذاتي وهو: إنهاء الخصومة وإنهاء حالة الحرب. أي قطع المنازعة.[٩٨]

وفي الاصطلاح: معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين.[٩٩]

أنـواعـه:

١ ــ صلح بين المسلمين والكفار.

٢ ــ صلح بين أهل العدل وأهل البغي.

٣ ــ صلح بين الزوجين عند الشقاق.

٤ ــ وصلح في المعاملة، وهذا هو المقصود وهو نوعان:

(أ) صلح على إقرار.

(ب) صلح على إنكـار.[١٠٠]

---

(٩٧) لسان العرب لابن منظور ٣ /٣٤٨ وانظر معجم مقاييس اللغة لأحمدبن فارس ٣ /٣٠٣.

(٩٨) المعجم الوسيط ١ /٥٢٢.

(٩٩) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٩٠.

(١٠٠) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٣٨٢ وشرح فتح القدير لابن الهمام ٧ /٣٨٦.

الأصل في مشروعيته:

الأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[١٠١] وقوله: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا﴾[١٠٢].

وأما السنة فحديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» رواه أبو دواود والترمذي وقال حديث حسن صحيح، وصححه الحاكم.

وأجمعت الأمة على جواز الصلح[١٠٣] من أجل إحلال الوفاق محل الشقاق.

أثـر الصلـح:

والصلح يتضمن معنى المعاوضة؛ لأن المُصالح يتنازل عادة عن بعض حقه، لذا قال الفقهاء: كل ماصلح بدلاً في البيع صلح بدلاً في الصلح، فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم والخنزير، فالصلح عن مال بمال يعتبر بيعاً، وبما أن البيع عقد ضمان فيكون الصلح الملحق به عقد ضمان كذلك، ويأخذ حكم البيع من حيث الضمان المترتب عليه.

---

(١٠١) سورة النساء آية /١٢٨.

(١٠٢) سورة الحجرات آية /٩.

(١٠٣) المغني لابن قدامة ٤ /٥٢٧، ونهاية المحتاج للرملي ٤ /٣٨٢، وحديث أبي هريرة قال فيه السيوطي صحيح /الجامع الصغير للسيوطي ٢ /١١٦.

المطلـــب الســـادس

القـــــــــــــــــــــرض

والقرض في اللغة: القطع،سمي قرضاً لأنه قطعة من مال المقرض،والقرض ماتعطيه غيرك من مال على أن يرده إليك،ومايقدم من عمل يلتمس عليه الجزاء وما أسلف الإنسان من إساءة أو إحسان. وفي التنزيل: ﴿ وَأَقْرَضُوا۟ ٱللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا ﴾[١٠٤]، والقرض الحسن: قرض بدون ربح أو فائدة تجارية.[١٠٥]

وفي الاصطلاح: دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله[١٠٦].

مشروعيـــة القـــرض:

والقرض من المقرض مندوب ومشروع دفعاً لحاجة المحتاج ورفقاً به،وقد دل على مشروعيته السنة والإجماع.

أما السنـة: فمنهـا:

١ ــ مارواه أبو رافع رضي الله عنه «أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكراً ورد عليه رباعيًّا» رواه مسلم».

٢ ــ عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «مامن مسلم يقرض قرضاً مرتين إلا كان كصدقتها مرة» رواه ابن ماجه وابن حبان.[١٠٧]

---

(١٠٤) سورة الحديد آية /١٨.

(١٠٥) القاموس المحيط للفيروز آبادي ٢ /٣٤٢ والمعجم الوسيط ٢ /٧٣٣.

(١٠٦) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣١٢.

(١٠٧) سنن ابن ماجه ٢ /٨١٢ حديث رقم ٢٤٣٠ قال في الزوائد:هذا إسناده ضعيف لأن قيس بن رومي مجهول، وسلمان بن يسير متفق على تضعيفه، وحديث أبي رافع أن النبى ﷺ =

٣ ــ وعن أنس قال: قال رسول الله ﷺ «رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر، فقلت: ياجبريل مابال القرض أفضل من الصدقة؟ قال: لأن السائل يسأل وعنده، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة» رواه ابن ماجه.(١٠٨)

ويشترط أن يكون المقرض ممن يصح تبرعه،لأن القرض عقد إرفاق فلا يصح إلا ممن يصح منه التبرع.

ويرى جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة وغيرهم أنه لايجوز اشتراط الأجل في القرض لأنه تبرع محض،وللمقرض أن يطالب ببذله في الحال وقال مالك: يجوز اشتراط الأجل ويلزم الشرط،فإذا أجل القرض إلى أجل معلوم تأجل ولم يكن له حق المطالبة قبل حلول الأجل(١٠٩) لقول الله تعالى﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾(١١٠).

ولما رواه عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «المسلمون عند شروطهم».(١١١)

= استسلف بكراً ورد رباعياً رواه مسلم في باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه ٣ /١٢٢٤ حديث رقم ١٦٠٠. وقال الدارقطني.والصواب أنه موقوف على ابن مسعود، نيل الأوطار ٥ /٢٥٩.

(١٠٨) رواه ابن ماجه ٢ /٨١٢ حديث رقم ٢٤٣١ قال في الزوائد:في إسناده خالد بن يزيد ضعفه أحمد وابن معين وأبو داود والنسائى وأبو زرعة والدارقطني وغيرهم.

(١٠٩) نهاية المحتاج للرملى ٤ /٢٢٠ والمغني لابن قدامة ٤ /٣٤٦ ومواهب الجليل للحطاب ٤ /٥٤٨.

(١١٠) سورة البقرة آية /٢٨٢.

(١١١) رواه البخاري تعليقاً في باب الإجارة ٣ /٩٢ مكتبة الجمهورية بمصر قال ابن حجر في تلخيص الحبير ٣ /٢٣،رواه أبو داود والحاكم من حديث الوليد بن رباح عن أبي هريرة وضعفه ابن حزم وعبد الحق،وحسنه الترمذي،ورواه الترمذي والحاكم من حديث كثير بن =

وإذا تم القرض وقبضه المقترض فإنه يصبح ضامناً له مطلقاً سواء هلك بتعمد أو تقصير منه في حفظه أم بآفة سماوية مثل المشتري بعد تسلمه المبيع.

= عبدالله بن عمرو عن أبيه عن جده.

المطلب السابع
من العقود التي تفيد الضمان: «عقد الكفالة»

وسنفصل الكلام فيها وأحكامها لأن عقد الضمان الشخصي (الكفالة) هو المقصود بالبحث.

المبحث الثاني

بيـــان بعض عقـود الأمانة

ويندرج تحته خمسة مطالب :

المطلـــب الأول : الوديعة.
المطلب الثاني : الوكالـــة.
المطلب الثالث : الشركة.
المطلب الرابع : الوصيـــة.
المطلب الخامس : الهبـــة.

المبحث الثاني

بيان بعض عقود الأمانة

أما عقود الأمانة فهي:

عقد الوديعة والوكالة والشركة والوصية والهبة.

وعقود الأمانة هي التي لايترتب عليها الضمان بالتلف بمجرد القبض،وإنما بالتعدي من القابض أو التقصير منه في الحفظ.

المطلـــب الأول

الوديعـــــــــة

الوديعة في اللغة: الودع الترك،وسميت الوديعة بها لأنها شيء يترك عند الأمين. والوديعة فعيلة من ودع الشيء [١١٢] إذا تركه، وقيل هى مشتقة من الدعة فكأنها في دعة عند المودع[١١٣].

وفي الاصطـلاح: توكيـل بحفظ مال.[١١٤]

حكمهـا: يستحب قبول الوديعة لمن يعلم من نفسه الاستطاعة على حفظها، ولأن الناس لايستطيعون جميعاً حفظ أموالهم بأنفسهم فكان فيها إعانة لعباد الله بحفظ الله أموالهم.

الأصل في مشروعيتهـا:

الأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع.

أمـا الكتـاب فقـول الله تعالـــى: ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾[١١٥]. وقوله: ﴿ فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥۗ ﴾[١١٦]

---

(١١٢) القاموس المحيط للفيروزآبادي ٣ /٩٢.
(١١٣) شرح فتح القدير لابن الهمام|٧ /٤٥١.
(١١٤) حاشية الدسوقي٣ /٤١٩.
(١١٥) سورة النساء آية /٥٨.
(١١٦) سورة البقرة آية / ٢٨٣

أما السنة فقوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك».[117]

وروي عنه عليه السلام: «أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن، وأمر عليًّا أن يردها إلى أهلها.[118]

وأما الإجماع فقد أجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع[119].

والوديعة أمانة فإذا تلفت بغير تفريط من المودع أو تقصير فليس عليه ضمان لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس على المستودع غير المغل ضمان»[120]. ويترتب على ذلك وجوب رد الوديعة عند طلب المودع لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾[121].

وتضمن الوديعة إذا ترك المودَع حفظها أو فرط أو قصر في حفظها بأي شكل من الأشكال لأنه متلف لمال غيره فيضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع.

---

(١١٧) رواه الترمذي ٣ /٥٥٥ حديث رقم ١٢٦٤ عن أبي هريرة وقال هذا حديث حسن غريب وأخرجه أبو داود في البيوع في باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، حديث رقم ٣٥٣٥ ورواه الإمام أحمد في مسنده ٣ /٤١٤.

(١١٨) قال في تلخيص الحبير لابن حجر ٣ /٩٨ رواه ابن إسحاق بسند قوي،فذكر حديث الخروج إلى الهجرة، قال فأقام علي بن أبي طالب خمس ليال وأيامها حتى أدى عن النبي ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس.

(١١٩) المغني لابن قدامة ٦ /٣٨٢.

(١٢٠) أخرجه الدار قطني وقال:إنما نروى هذا عن شريح غير مرفوع، قال في نصب الراية: قلت أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننيهما عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وأخرجه الدارقطني في البيوع ٢ /٣٠٦ والبيهقي في كتاب العارية ٦ /٩١، نصب الراية للزيلعي ٤ ١١٥.

(١٢١) سورة النساء آية /٥٨

المطلب الثاني
الوكالة

الوكالة في اللغة: أن يعهد إلى غيره أن يعمل له عملاً، والوكيل الذي يسعى في عمل لغيره وينوب عنه فيه، وقد وكله توكيلاً، والاسم الوكالة، والوكالة معناها: التفويض، تقول وكلت أمري إلى الله أي فوضته إليه، وتطلق على الحفظ[١٢٢]، ومنه قول الله تعالى: ﴿حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ﴾.[١٢٣]

وفي الاصطلاح: استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة[١٢٤].

حكمها: الجواز، وقد دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ﴾[١٢٥] لأن هذا توكيل، وقد قصه الله تعالى عن أصحاب الكهف بلا نكير فكان شريعة لنا لأن شرع من قبلنا شرع لنا مالم يرد في شرعنا ماينسخه. وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱلْعَٰمِلِينَ عَلَيْهَا﴾[١٢٦].

وجواز العمل عليها يفيد حكم النيابة عن المستحقين في تحصيل حقوقهم ويقول القاضي أبوبكر بن العربي[١٢٧]: وهم الذين يقومون بتحصيلها ويوكلون على جمعها.

(١٢٢) القاموس المحيط للفيروزآبادي ٤ /٦٦ والمعجم الوسيط ٢ /١٠٦٧.
(١٢٣) سورة آل عمران آية /١٧٣.
(١٢٤) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٤٦١.
(١٢٥) سورة الكهف آية/١٩.
(١٢٦) سورة التوبةآية /٦٠.
(١٢٧) أحكام القرآن لأبي بكر ابن العربي ٢ /٩٦١ مطبعة عيسى الحلبي بمصر.

وقال القرطبي[١٢٨]: يعني السعاة والجباة الذين يبعثهم الإمام لتحصيل الزكاة بالتوكيل على ذلك.[١٢٩]

ومن السنة:

ماروى أبو داود وابن ماجه وغيرهما عن عروة بن أبي الجعد البارقي أن النبي ﷺ وكله في شراء شاة.[١٣٠]

وقد وكل النبي ﷺ أبا رافع في تزوج ميمونة،ووكل عمرو بن أمية الضمري في تزوج أم حبيبة.[١٣١]

وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على جوازها من لدن رسول ﷺ إلى يومنا هذا[١٣٢]

---

(١٢٨) تفسير القرطبي ٨ /١٧٧.

(١٢٩) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٨ /١٧٧ دار الكتاب العربي بالقاهرة ــ الطبعة الثالثة ١٣٨٧هـ.

(١٣٠) قال في التلخيص لابن حجر ٣ /٥ رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني من حديث عروة البارقي،وفي إسناده سعيد بن زيد أخو حماد مختلف فيه عن أبي لبيد لمازة بن زبار ــ وقد قيل إنه مجهول ــ لكن وثقه ابن سعد، وقال حرب: سمعت أحمد أثنى عليه، وقال المنذري والنووي،إسناده حسن صحيح لمجيئه من وجهين،وقد رواه البخاري من طريق ابن عيينة عن شبيب بن غرقده سمعت الحي يحدثون عن عروة به.

(١٣١) حديث أنه ﷺ وكل أبا رافع في قبول نكاح ميمونة رواه مالك في الموطأ والشافعي عنه عن ربيعة عن سليمان بن يسار مرسلاً،ووصله أحمد والترمذي والنسائي وابن حبان عن سليمان عن أبي رافع،وتعقبه ابن عبد البر بالانقطاع بأن سليمان لم يسمع من أبي رافع لكن وقع التصريح بسماعه منه في تاريخ ابن أبي خيثمة في حديث نزول الأبطح،ورجح ابن القطان اتصاله. وحديث عمرو بن أمية الضمرى قال البيهقي في المعرفة: روينا عن أبي جعفر محمد ابن علي أنه حكى ذلك،ولم يسنده البيهقي في المعرفة،وأخرجه في السنن عن طريق ابن إسحاق،تلخيص الحبير لابن حجر ٣ /٥٠.

(١٣٢) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٩٢.

وقد شرعها الإسلام للحاجة إليها، فليس كل إنسان قادراً على مباشرة أموره بنفسه، فيحتاج إلى توكيل غيره ليقوم بها بالنيابة عنه، وهي نوع من التعاون على البر والتقوى الذي دعا إليه القرآن الكريم ورغبت فيه السنة. وتصح الوكالة في كل عمل تدخله النيابة، أماماً لاتدخله النيابة فلا يجوز التوكيل فيه كالصلاة.

شـــروط الوكالـــة:

يشترط في الموكل: أن يكون الموكل جائز التصرف

ويشترط في الوكيل: أن يكون عاقلاً مميزاً، ويشترط في الموكل فيه أن يكون معلوماً للوكيل، فلا يجوز التوكيل في المجهول.

ومتى تمت الوكالة كان الوكيل أميناً فيما وكل فيه فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، ويقبل قوله في التلف كغيره من الأمناء.

المطلب الثالث
عقد الشركة

الشركة في اللغة: الشِّرْكَة والشَّرِكَة سواء وهي مخالطة الشركاء، والشريك هو المشارك وهو الداخل مع غيره في عمل أو أي أمر كان، ويجمع شريك على أشراك وشركاء.[١٣٣]

وقد ورد في المعنى اللغوي قوله تعالى: ﴿وَأَشْرِكْهُ فِي أَمْرِي﴾[١٣٤].

وفي حديث معاذ[١٣٥] أنه أجاز بين أهل اليمن الشرك: أي الاشتراك في الأرض، وهو أن يدفعها صاحبها إلى آخر بالنصف أو الثلث ونحو ذلك. وتطلق الشركة على الاختلاط الذي هو صفة للمال. وتطلق على خلط الشريكين أي فعلهما وتطلق كذلك على العقد نفسه لأنه سبب الخلط[١٣٦].

وفي الاصطلاح: هي تعاقد اثنين أو أكثر على العمل للكسب بواسطة الأموال أو الأعمال، أو الوجاهة ليكون الغنم والغرم بينهما.

---

(١٣٣) معجم متن اللغة للشيخ أحمد رضا ٣ /٣١٢ دار مكتبة الحياة بيروت ١٣٧٨هـ.

(١٣٤) سورة طه آية /٣٢.

(١٣٥) هذا الحديث أورده صاحب لسان العرب ابن منظور ١٢ /٣٣٣ ولم أعثر عليه بهذا النص وإنما أورد الحديث الشوكاني في نيل الأوطار ٥ /٣٠٧، أن معاذ بن جبل أكرى الأرض على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان على الثلث والربع...الحديث وقال:حديث معاذ رجال إسناده رجال الصحيح.

(١٣٦) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٥ /١٧٩.

الأصل في مشروعية الشركة:

الأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

فأما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿**فهم شركاء في الثلث**﴾[١٣٧] حيث جعل الله الميراث مشتركاً بين الإخوة لأم إذا كانوا اثنين فأكثر، وهذا معنى الشركة.[١٣٨]

وقوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾.[١٣٩]

فقد جعل الله المال الذي يغنمه المسلمون في الجهاد مشتركاً بين الغانمين.[١٤٠]

وأما السنة فمنها: الحديث القدسي،وهو مارواه أبو هريرة رضي الله عنه مرفوعاً قال: «إن الله يقول: أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه،فإذا خانه خرجت من بينهما».[١٤١]

وعن النبي ﷺ قال: «يد الله مع الشريكين مالم يتخاونا، فإذا تخاونا

---

(١٣٧) سورة النساء آية /١٢.

(١٣٨) فتح القدير لابن الهمام ٥ /٣ والمغني لابن قدامة ٥ /٢.

(١٣٩) سورة الأنفال آية /٤١.

(١٤٠) تكملة المجموع للمطيعي ١٣ /٥٠٥ والبحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد ابن يحيى المرتضى ٥ /٩٠.

(١٤١) رواه أبو داود في الشركة ٢ /١٢٤ وقال في نصب الراية ٣ /٤٧٤ للزيلعي،أخرجه أبو داود في البيوع عن محمد بن الزبرقان عن أبي حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة قال ابن القطان في كتابه:وهو حديث إنما يرويه أبوحيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة،وأبو حيان هو يحيى ابن سعيد بن حيان أحد الثقات،ولكن أبوه لايعرف الرجال. وقال في نيل الأوطار: وصححه الحاكم ٥ /٢٩٧.

محقت تجارتهما فرفعت البركة منها»[١٤٢]. والحديث يدل على جواز شركة العقد لأنه نص على ذكر التجارة.

أما الإجماع: فهو مانراه من اشتراك المسلمين في التجارات منذ القرون الأولى وإلى يومنا هذا بدون إنكار من أحد، قال في الفواكه الدواني: « وانعقد الإجماع على جوازها».[١٤٣]

أما المعقول (حكمة شرعيتها):

إن الشريعة الإسلامية قد تكفلت بحفظ الضروريات[١٤٤] والحاجيات والتحسينات ،فكل ما أدى إلى حفظ واحد منها فهو من مقاصد الشريعة المطهرة، ولما كان الناس محتاجين إلى التعامل بالشركة أقر الإسلام مشروعيتها، لأن في منعها حرجاً ومشقة على الناس،بل ورغب فيها بقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَغُواْ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾[١٤٥] والشركة طريق من طرق ابتغاء الفضل وطلب الرزق،وهو مشروع. ومن المعاني التي شرعت الشركة بسببها وجود بعض الناس الذين لديهم الثروة

---

(١٤٢) رواه الحاكم وصححه، ورواه البيهقى في سننه /الروض النضير للسياغي ٤ /٥ وهذا النص الذي أورده في الروض لم أجده بلفظه في مستدرك الحاكم ولافي سنن البيهقي، وإنما يشهد له في المعنى الحديث الذي سبقه إذ هو بمعناه، وقد وردت في الشركة أحاديث كثيرة غير ماذكرنا فمن أحب الاطلاع فليرجع إلى كتابنا شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون ص ٤٣ والذي طبعته الجامعة..

(١٤٣) الفواكه الدواني على رسالة أبى محمد عبدالله القيرواني المالكي لأحمد غنيم ٢ /١٧١ مطبعة مصطفى الحلبي بمصر، الطبعة الثالثة ١٣٧٤هـ.

(١٤٤) الضروريات: هى التى تتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية وهي حفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسل. والحاجيات: هي التى يحتاج إليها لرفع الحرج عنهم بحيث إذا فقدت وقع الناس في الضيق والحرج دون أن تختل الحياة. أما التحسينات: فهى المصالح التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العادات ومكارم الأخلاق، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي د /وهبه الزحيلي ص٥٠٠المطبعة العلمية بدمشق.

(١٤٥) سورة الجمعة آية /١٠.

المالية وليست عندهم المقدرة على تنميتها، إلى جانب وجود طائفة أخرى لاتملك الثروة إلا أنها تتمتع بالمهارات والخبرات اللازمة لإدارتها وتنميتها، فباجتماع ذلك عن طريق الاشتراك يتم بناء المجتمع اقتصادياً وحضارياً، وتكون الأمة قوية راسية على دعائم ثابتة وأسس متينة.

دعائم الشركة: للشركة دعائم أساسية لابد من توفرها وهي:

١ ــ تعـــدد الشركـــاء.
٢ ــ نية المشاركـــة.
٣ ــ تقديم الحصص، وذلك بأن يساهم كل شريك بتقديم حصته وهي إما مال أو عمل أو غيرها.
٤ ــ مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائـر.

شروط صحة الشركة:

١ ــ أهلية كل من العاقدين للتوكيل والتوكل، وذلك بأن يكون كل منهما حراً بالغاً رشيداً.
٢ ــ أن يكون رأس مال الشركة معلوماً.
٣ ــ يشترط أن يكون رأس مال الشركة حاضراً.
٤ ــ يشترط معرفة مقدار الربح، وأن يكون جزءاً شائعاً في الجملة كالنصف والثلث ونحوهما.

أقسام الشركة: تنقسم الشركة إلى أربعة أقسام هي:

١ ــ **شركة الأموال**: وهي التي تعتمد في إنشائها على مشاركة الشركاء في رأس المال للتجارة واقتسام ماينتج عن ذلك من ربح أو خسارة.

٢ ــ **شركة الأعمال (الأبدان)**: وهي التي تعتمد في إنشائها على الحرفة.

والصنعة وضمان العمل، يدل لها حديث ابن مسعود حيث اشترك مع عمار وسعد(*).

٣ ــ **شركــة الوجوه**: وهي التي تعتمد على ثقة الناس بالمتشاركين وليس لهما مال أو صنعة، ولكن الشركاء فيها يتمتعون بحسن التصرف والخبرة. وكل من هذه الأقسام الثلاثة ينقسم إلى عنان أو مفاوضة.(١٤٦)

(أ) **العنــان وهي**: عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم بدفع حصة معينة في رأس مال يتجرون به، على أن يكون الربح بينهم على حسب أموالهم أو على نسبة يتفقون عليها.

وشركة العنان مبناها على الوكالة والأمانة، فكل شريك أمين بما في يده لايضمنه إلا بتعد منه.

(ب) **المفاوضــة وهي**: تفويض كل شريك إلى صاحبه شراءً وبيعا في الذمة ومضاربة وتوكيلاً ومسافرة بالمال وارتهاناً وضمان مايرى من الأعمال فهي شركة عامة في جميع التجارات.

٤ ــ **القسم الرابع من أقسام الشركة**: المضاربة أو القراض.

ولفظ المضاربة هو إطلاق أهل العراق، ويطلق عليها أهل الحجاز لفظ القراض.

(*) حديث ابن مسعود قال: «اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نصيب يوم بدر فجاء سعد بأسيرين ولم أجىء أنا وعمار بشيء» قال ابن حزم: روى وكيع عن شعبة عن عمرو بن مرة قال: قلت لأبي عبيدة: أتذكر من عبدالله شيئاً؟ قال: لا. أخرجه أبو داود في باب الشركة على غير رأس مال من كتاب البيوع ٣ /٣٤٩ مطبعة السعادة بمصر، الطبعة الثانية ١٣٦٩هـ.

(١٤٦) العناية شرح الهداية لمحمد البابرتي ٥ /٥ المكتبة التجارية الكبرى.

والمضاربة هي: عقد على الشركة بين اثنين أو أكثر يقدم أحدهما مالاً والآخر عملاً، ويكون الربح بينهما حسب الاتفاق والشرط.

وهي تقوم على الجهد المالي والبدني معاً.

وقد نقل الإجماع على شرعيتها بعض الفقهاء، قال ابن رشد[١٤٧]: «ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه مما كان في الجاهلية فأقره الإسلام». ووردت فيها أحاديث كثيرة تدل على شرعيتها.

ويتفق الفقهاء على أن يد الشريك يد أمانة، لأن كل شريك قبض مال الشريك الآخر بإذن صاحبه للمتاجرة فيه لا لأجل أن يدفع الثمن، وبناء على ذلك إذا هلك المال في يد الشريك من غير تفريط لم يضمن مثله أو قيمته لأنه نائب عن شريكه في الحفظ والتصرف، ويضمن بالتعدي أو التقصير كما هو المقرر في سائر الأمانات. وإذا هلك مال أحد الشركاء قبل خلط رأس المال ببعضه، أو قبل التصرف فيه بشراء شيء لحساب الشركة، فإن الشركة تبطل، لأن الشريك لايستطيع تقديم حصة في الشركة، ويبطل العقد لعدم فائدته، ويهلك المال حينئذٍ على ذمة صاحبه، وبعد خلط الشركة يكون الهلاك على الشركاء جميعاً، ولا يؤدي إلى إبطال عقد الشركة.

وفي المضاربة فإن العامل المضارب أمين على ما في يده يجب حفظه ورده عند طلب المالك، وليس عليه الضمان إذا فقد منه شيء، لأنه أمين، ولا ضمان على مؤتمن مالم يفرط، ولأنه نائب عن رب المال في التصرف، فلم يضمن من غير تفريط في الحفظ كالوديع، وإذا هلك مال المضاربة قبل التصرف به بطلت المضاربة، والقول قول المضارب مع يمينه في إثبات الهلاك.

---

(١٤٧) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢ /٢٣٦.

وإذا اشترط رب المال الضمان على المضارب فقد اختلف الفقهاء في ذلك فيرى الحنفية والحنابلة(*) أن المضاربة صحيحة والشرط باطل، ذلك أن اشتراطه هذا الشرط يعتبر كالشرط الفاسد في البيع عند الحنفية، واشتراط ذلك لا يؤثر في جهالة الربح فلا يؤدي إلى إفساد القراض.

ويرى المالكية والشافعية أن المضاربة فاسدة، وذلك لأن اشتراط الضمان زيادة غرر في المضاربة يؤدي إلى فسادها، قال في الشرح الصغير(١٤٨): «ولما كان هذا العقد عقد أمانة كان شرط الضمان على العامل إذا تلف المال أو ضاع بلا تفريط شرطاً فاسداً، وفيه قراض المثل في الربح إن عمل».

وقال في الإقناع(١٤٩): ولاضمان على العامل بتلف المال أو بعضه لأنه أمين، فلا يضمن إلا بعدوان كتفريط».

وإذا خالف المضارب شرطا من شروط رب المال في العمل فإنه يكون كالغاصب في الإثم، ويجب عليه رد المغصوب، وعليه ضمانه، وله ربحه، لأنه تصرف في مال الغير بلا إذنه..

(*) بدائع الصنائع للكاساني ٨ /٣٦٦٨ والمغني لابن قدامة ٥ /٦٨.

(١٤٨) الشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير ٣ /٦٨٨ دار المعارف بمصر ١٣٩٣هـ.

(١٤٩) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني الخطيب ٢ /٦٥، دار إحياء الكتب العربية بمصر.

المطلـــب الرابـع
الوصيـــة

والوصيـــة في اللغة: مايوصى به، جمعه وصايا، والوصي من يوصى له، يقال أوصى فلاناً: جعله وصيه يتصرف في أمره وماله وعياله بعد موته. وأوصاه ووصّاه توصية عهد إليه، والاسم الوصاة والوصاية والوصية. والوصية مأخوذة من وصيت الشيء أوصيه إذا أوصلته؛ فالموصي وصل ماكان في حياته بعد موته والوصي من يوصى له،ومن يقوم على شئون الصغير.(١٥٠)

وفي الاصطـلاح: هي التبرع بعد الموت بمال عيناً أودِيناً أو منفعة.(١٥١) أو تفويض التصرف في ماله ومصالح أطفاله إلى غيره بعد موته.

مشروعيتهـا:

والوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتـاب: فقول الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾(١٥٢). وقوله: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾(١٥٣)

وأما السنـة :

١ ـــ روى البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول

---

(١٥٠) القاموس المحيط للفيروزآبادي ٤ /٤٠٠ وانظر المعجم الوسيط ٢ /١٠٥٠.
(١٥١) المغني لابن قدامة ٦ /١.
(١٥٢) سورة البقرة آية /١٨٠.
(١٥٣) سورة النساء آية /١١.

الله ﷺ: «ماحق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» قال ابن عمر: مامرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك إلا وعندي وصيتي.

٢ ــ روى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يارسول الله قد بلغ بي الوجع ماترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت فبالشطر يارسول الله؟ قال: لا، قلت فبالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم يتكففون الناس.(١٥٤)

٣ ــ وروى أبو أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث» رواه الخمسة إلا النسائي وقال الترمذي: حديث صحيح.(١٥٥)

---

(١٥٤) قال في نيل الأوطار ٦/٤٣: الحديث رواه الجماعة قال الزيلعي في نصب الراية ٤/٤٠١ قلت أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سعد بن أبي وقاص،فرواه البخاري في كتاب الوصايا ٤/٣ ورواه مسلم في الوصية ٣/١٢٥٣ حديث رقم ١٦٢٨ وابن ماجه ٢/٩٠٤ حديث رقم ٢٧٠٨،وحديث ابن عمر رواه البخاري في كتاب الوصايا ٤/٢ ومسلم في كتاب الوصية كذلك ٣/١٢٤٩ حديث رقم ١٦٢٧.

(١٥٥) رواه الخمسة إلا النسائي قال في التلخيص لابن حجر ٣ /٩٢، الحديث رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أبي أمامة، وهو حسن الإسناد. قال الشافعي: وإجماع العلماء على القول به. وقال الزيلعي في نصب الراية ٤ /٤٠٣: قلت روي من حديث أبي أمامه ومن حديث عمرو ابن خارجة ومن حديث أنس ومن حديث ابن عباس ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ومن حديث زيد بن أرقم ومن حديث علي بن أبي طالب ومن حديث خارجة بن عمرو الجمحي، وحديث أبي أمامة أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه كل منهم في باب الوصايا عن إسماعيل بن عياش عن شرحيل بن مسلم عن أبي

وأما الإجماع: فقد أجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية[١٥٦] والوصية قربة يتقرب بها الإنسان إلى ربه للتزود من الحسنات وتدارك مافاته في حياته، والوصية من أعمال البر وتعمق المودة كما فيها من المواساة لمن أوصى له.

حكم الوصيـــة:

يختلف حكم الوصية باختلاف أحوالها:

١ ــ تجب الوصية على من عليه دين أو عنده وديعة، أو عليه واجب شرعي يخشى أن يضيع إن لم يوص به، فإن الله تعالى فرض أداء الأمانات وطريقه في هذا الباب الوصية.

٢ ــ والوصية مندوبة في القربات وللأقرباء والصالحين من الناس.

٣ ــ وتحرم الوصية إذا كان فيها إضرار بالورثة أو أوصى بمحرم.

٤ ــ وتكره الوصية إذا كان الموصي قليل المال وله وارث يحتاج إليه وتكره لأهل الفسق متى علم أو غلب على ظنه أنهم سيستعينون بها على الفسق والفجور.

٥ ــ وتكون الوصية مباحة إذا كانت لغير مستحق سواء كان الموصى له قريباً أو بعيداً.

شـــروط الوصيـــة:

١ ــ **شـــروط الموصي:** يشترط أن يكون الموصي أهلاً للتبرع بأن يكون

أمامة. قال في التنقيح: قال أحمد والبخاري وجماعة من الحفاظ مارواه إسماعيل بن عياش عن الشاميين فصحيح، ومارواه عن الحجازيين فغير صحيح وهذا رواه عن شامي ثقة. أهـ.

(١٥٦) المغني لابن قدامة ــ ٦ /١.

كامل الأهلية.

٢ ــ **ويشترط في الموصى لـه**: ألا يكون وارثا للموصي، وألا يقتل الموصى له الموصي قتلاً محرماً مباشراً .

٣ ــ **ويشترط للموصى بـه**: أن يكون الموصى به قابلاً للتمليك بعد الموت بأي سبب من أسباب الملك.[١٥٧]

ولاتستحق الوصية للموصى له إلا بعد موت الموصي، وسداد الديوان ،فإذا استغرقت الديون التركة كلها فليس للموصى له شيء لقوله تعالى:﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ ﴾[١٥٨].

ويعتبر الوصي نائباً شرعيًّا عن الموصي يتولى تنفيذ الوصية وإدارة شئون القاصرين المالية، وتعتبر يده يد أمانة فيقبل قوله فيما يدعيه من الإنفاق،ولايضمن مايتلف بيده دون تعد أو تقصير في الحفظ.

---

(١٥٧) فقه السنة للسيد سابق ٣ /٥٨٨.

(١٥٨) سورة النساء آية /١١.

المطلب الخامس

الهبة

والهبة في اللغة: مصدر وهب، يقال: وهبت له وهباً وهبة، وتواهب القوم إذا وهب بعضهم لبعض، يقال وهب الله فلاناً ولداً صالحًا، ومنه قوله تعالى ﴿فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا يَرِثُنِي﴾[١٥٩] ومعناها إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال. يقال: وهب له الشيء يهبه هبة أعطاه إياه بلا عوض واتهبه قبله.[١٦٠]

وفي الاصطلاح: هي تمليك المال بلا عوض.[١٦١]

مشروعيتها:

لقد شرع الإسلام الهبة لما لها من فوائد كبيرة على الفرد والمجتمع، وذلك لما ينتج عنها من تأليف القلوب، وتعميق أواصر المحبة بين الناس.

ولقد أمر رسول الله ﷺ في الحديث الذي رواه أبو هريرة وغيره بالإهداء حيث قال: «تهادوا تحابوا»[١٦٢] وكان النبي ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها.

---

(١٥٩) سورة مريم آية ٦.

(١٦٠) القاموس المحيط ١ /١٣٨ للفيروزآبادي.

(١٦١) شرح فتح القدير لابن الهمام ٧ /٤٧٩.

(١٦٢) رواه مالك في الموطأ عن عطاء الخراساني في باب حسن الخلق مرسلاً، نيل الأوطار ٥ /٣٩٠. ورواه الترمذى بلفظ: «تهادوا فإن الهدية تذهب وحر الصدر» في باب الولاء. قال في نصب الراية: أخرجه أصحاب الكتب المشهورة من حديث أبى هريرة، ومن حديث ابن عمرو، ومن حديث ابن عمر، ومن حديث عائشة، وحديث أبي هريرة رواه البخاري في الأدب المفرد وترجم «عليه باب قبول الهدية»، وأخرجه النسائي في كتاب الكنى، عن أبي =

شـروط الهبـة:

يشتـرط في الواهـب:

١ ـ أن يكون مالكاً للموهوب.
٢ ـ ألا يكون محجوراً عليه لسبب من أسباب الحجر.
٣ ـ أن يكون بالغاً.
٤ ـ أن يكون مختاراً.

شـروط الموهوب له:

أن يكون موجوداً حقيقة وقت الهبة.

ويشترط في الموهـوب:

١ ـ أن يكون موجوداً حقيقة.
٢ ـ أن يكون مالاً متقوماً.
٣ ـ أن يكون مملوكاً للواهب، ومقدوراً على تسليمه.[١٦٣]

واتفق الفقهاء على أن قبض الهبة قبض أمانة غير مضمون لأن الهبة عقد تبرع. ويتضح ذلك في الرجوع في الهبة عند من يقول بجواز الرجوع فيها. فإذا هلك الموهوب أو استهلك فلا سبيل إلى الرجوع فيه، ولايضمن الموهوب له لأن يده يد أمانة. لكن يضمن هلاك الموهوب إذا امتنع الموهوب له من رده بعد

= الحسين محمد بن بكير الحضرمي عن ضمام بن إسماعيل به، وكذلك رواه أبويعلى الموصلي في مسنده،والبيهقي في شعب الإيمان، ورواه ابن عدي في الكامل، وأعله بضمام بن إسماعيل وقال: إن أحاديثه لايرويها غيره. أهـ ١٢٠/٤ وهذه الطرق التي روي بها يقوي بعضها بعضاً.

(١٦٣) بلغة السالك لأحمد الصاوي ٢ /٣١٣.

حكم قضائي برده، لأن المنع بعد الطلب يوجب الضمان في الأمانات. وإذا وهب الواهب قصداً للثواب على هبته وشرط ذلك فإن له أن يرجع بهبته إذا لم يثبه عليها، وهذا عند الحنفية والمالكية والأصح عند الشافعية.

وفي قول عند الشافعية أن الهبة تبطل لأن لفظ الهبة يقتضي التبرع، والأصح هو جواز رجوعه فيها إذا شرط الثواب عليها ولم يثب،لأنها أصبحت بيعاً معاوضة،فيعتبر فيها التراضي،فإذا عوضه بما يرضيه صح العقد وإلا فلا، وعلى هذا فإن بقاء الهبة عند الموهوب له بشرط الثواب تعتبر مضمونة عليه يرد بدلها إن تلفت[١٦٤].

(١٦٤) شرح فتح القدير لابن الهمام ٧ /٥٠٩ وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ص ٣٩٨ ونهاية المحتاج للرملي ٥ /٤٢٣، والمغني لابن قدامة ٥ /٦٨٥.

المبحث الثالث

العقود التي هي في الأصل أمانة ويترتب عليها الضمان

ويندرج تحته مطلبان:

المطلب الأول: الإجـــارة.

المطلب الثاني: الرهـــن.

المبحـــث الثالث

«في العقود التي هي في الأصل أمانة ويترتب عليها الضمان»

وأما العقود التي هي في الأصل أمانة يترتب عليها الضمان في بعض الحالات فتكون عقوداً مزدوجة الأثر فهي:

المطلـب الأول

الإجـــارة

الإجارة في اللغة: مشتقة من الأجر وهو العوض، والأجر الجزاء على العمل كالإجارة ومنه سمي الثواب أجراً، لأن الله تعالى يعوض العبد على طاعته أو صبره على مصيبته. والأجرة: الكراء.[١٦٥]

وفي الاصطلاح: عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض.[١٦٦]

مشروعيتها:

الأصل في مشروعية الإجارة الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[١٦٧]

وقوله: ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ۝٢٦ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا

---

(١٦٥) القاموس المحيط للفيروز آبادي ١ /٣٦٢.

(١٦٦) بلغة السالك لأحمد الصاوي ٢ /٢٦٣.

(١٦٧) سورة الطلاق آية /٦.

فَمِنْ عِندِكَ﴾[١٦٨]. **وقوله:** ﴿قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾[١٦٩] وهذا يدل على جواز أخذ الأجر على إقامته.

وأما السنــة:

١ ــ روى البخاري[١٧٠] أن النبي ﷺ استأجر رجلاً من بني الديل يقال له: عبدالله بن أريقط، وكان هادياً خريتاً أي: ماهراً.

٢ ــ روى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرًّا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره» والأخبار في هذا كثيرة.

وأجمع العلماء على مشروعية الإجارة، ولا عبرة بمن خالف هذا الإجماع.[١٧١].

وقد شرعت الإجارة لحاجة الناس إليها، لأن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، والناس يحتاجون إلى الدور للسكني، ووسائل المواصلات للسفر لأنه ليس باستطاعة كل الناس تملكها ولذلك شرعت رحمة بالناس لقضاء حوائجهم.

شــروط صحــة الاجارة:

١ ــ الرضا من العاقدين فلا تصح من المكره.

---

(١٦٨) سورة القصص آية /٢٦، ٢٧.

(١٦٩) سورة الكهف آية /٧٧.

(١٧٠) صحيح البخاري ٣ /٨٩ في باب الإجارة حديث رقم٤.

(١٧١) المغني لابن قدامة ٥ /٥٣٢ وبدائع الصنائع للكاساني ٥ /٢٥٥٤، وحديث أبي هريرة رواه البخاري في باب الإجارة ٣ /٩٠ حديث رقم ١٠.

٢ ــ معرفة المنفعة المعقود عليها معرفة تامة تمنع المنازعة
٣ ــ معرفة الأجرة لأنه عوض في عقد معاوضة.
٤ ــ أن تكون المنفعة مباحة غير محرمة.
٥ ــ القدرة على تسليم العين المؤجرة، فلا يصح تأجير ما لا يمكن تسليمه.

أنــواع الإجــارة:

الإجــارة نــوعــان:

١ ــ **إجارة على المنافع**: والمعقود عليه فيها هو المنفعة كإجارة الدور وغيرها.

٢ ــ **إجارة عمـل**: وهي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخياطة وغيرها[١٧٢].

وتستحق الأجرة بالفراغ من العمل، أو استيفاء المنفعة إذا كانت الإجارة على عين مستأجرة وإذا مضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة ولم تستوف بالفعل.

وتعتبر العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر باتفاق العلماء، فإذا تلفت بغير تفريط منه لم يضمنها، لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة.

أما المنافع المعقود عليها كسكنى الدار فهي مضمونة على المستأجر بمجرد التمكن من الاستيفاء، فلو لم ينتفع بالعين مدة من الزمن فإنه يلزمه دفع الأجرة عن تلك المدة، وهذا هو أثر الضمان الذي يترتب على انعقاد الإجارة، وإذا هلكت العين المؤجرة فإن الأجرة تسقط عن المستأجر بالنسبة للمدة الباقية لانتهاء العقد.

---

(١٧٢) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٥٤٧.

وأما الإجارة على الأعمال فإن الضمان فيها يختلف حكمه بحسب صفة الأجير، فالأجير الخاص[١٧٣] لايكون ضامناً للعين التي تسلم له للعمل فيها إلا بالتفريط، لأن يده يد أمانة كالوكيل والشريك.

وأما الأجير المشترك فهو ضامن لما جنت يده أو قصر في حفظه، فإن تلف في يده من غير تعدٍ منه ولا تفريط فإن الفقهاء يختلفون في تضمينه:

١ ــ يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد في الصحيح من قوليهما أن يد الأجير المشترك يد أمانة كالأجير الخاص، فلا يضمن ماتلف إلا بالتقصير والتعدي[١٧٤].

٢ ــ ويرى المالكية وصاحبا أبي حنيفة وهو أحد قولي الشافعي وأحمد أن يد الأجير المشترك يد ضمان، فهو ضامن لما يهلك في يده ولو بغير تعد أو تقصير فيه. وعلى هذا يضمن الأجير المشترك ماتلف بيده مطلقا.[١٧٥]

وعقد الإجارة الأصل فيه أنه من عقود الأمانة، ويترتب عليه الضمان في الحالات الآتية:

١ ــ **التفريط في حفظ العين المؤجرة**: فإنه يلزمه الضمان لأن التفريط يوجب الضمان.

٢ ــ **الإتلاف**: إذا تعدى الأجير بأن تعمد الإتلاف فإنه يضمن.

٣ ــ **مخالفة المستأجر شرط المؤجر**: بأن شحن السيارة أكثر من الوزن المتفق عليه. فإنه يضمن لمخالفته الشرط

---

(١٧٣) الأجير الخاص: هو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة. والأجير المشترك: هو الذي يعمل لأكثر من واحد فيشترك الناس فيه عامة كالحداد والخياط.

(١٧٤) المبسوط للسرخسي ١٥ /١٠٣، ومغني المحتاج لمحمد الخطيب ٢ /٣٥١ والمغني لابن قدامة ٥ /٤٧٩.

(١٧٥) الشرح الكبير للدردير ٤ /٢٨ والمراجع السابقة قبله فيما يخص المذاهب الأخرى.

المطلب الثاني

الرهن

الرهن في اللغة: تقول رهنت فلاناً رهناً وارتهنته إذا أخذه رهناً،ويطلق الرهن في اللغة على الثبوت والدوام، ومنه الحالة الراهنة أي الثابتة. وقيل هو من الحبس قال تعالى: ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾[١٧٦]، أي محبوسة، وكل أمر يحبس به شيء فهو رهنه ومرتهنه كما أن الإنسان رهين عمله.[١٧٧]

وفي الاصطلاح: جعل عين مال ممولة وثيقة بدين ليستوفي منها عند تعذر وفائه.[١٧٨]

مشروعية الرهن: الأصل في مشروعية الرهن الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ۖ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ۗ﴾[١٧٩].

وأما السنة: فروت عائشة رضي الله عنها: «أن رسول الله ﷺ عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه» متفق عليه.

وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة» رواه البخاري.

---

(١٧٦) سورة المدثر آية /٣٨.

(١٧٧) تهذيب اللغة لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري ٦ /٥٧٣ الدار المصرية للتأليف والترجمة.

(١٧٨) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٢٣٤.

(١٧٩) سورة البقرة آية /٢٨٣.

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة[١٨٠].

شـروط صحـة الرهـن:

١ ــ أن يكون الراهن عاقلاً بالغاً.

٢ ــ أن تكون العين المرهونة موجودة وقت العقد.

٣ ــ أن يقبضها المرتهن أو وكيله.

ويجوز الرهن في الحضر والسفر؛ لأنه وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضر كالضمان.

ويرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه لايصح الرهن على الحق قبل وجوبه، وخالفهم في ذلك أبو حنيفة فأجاز الرهن على الحق قبل وجوبه، واختلف الفقهاء في يد المرتهن هل هي يد أمانة أو يد ضمان.

فقال الحنفية إن يد المرتهن يد أمانة بالنظر إلى عين المال المرهون لكنها مع ذلك يد استيفاء بالنسبة لما يعادل الدين من مالية الرهن، ويكون مضموناً بالأقل من قيمته أو الدين، فإن هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفياً لدينه حكماً، وإن كان قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة، وإن كان أقل سقط من الدين بقدرها، ويرجع المرتهن بالفضل.

وقال مالك: يضمن منها مايخفى هلاكه كالذهب والفضة والعروض بقيمته بالغاً مابلغ، ولايضمن مايظهر هلاكه كالحيوان والعقار.

وقال الشافعي وأحمد هو أمانة في يد المرتهن فإذا هلك المرهون فلا يضمنه

---

(١٨٠) المغني لابن قدامة ٣٦١/٤ وحديث أبي هريرة رواه البخاري في باب الرهن ٣ /١٤٣ حديث رقم ٤ أما حديث عائشة فرواه البخاري في باب الرهن كذلك ١٤٣/٣ حديث رقم ٢ ورواه مسلم في باب الرهن ٢٢٧/٣ حديث رقم ١٦٠٣.

إلا بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ، لأن الرهن في يد المرتهن برضا الراهن فيعتبر أميناً كالوديع بالنسبة للمودع.[١٨١]

(١٨١) الإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة ١ /٣٧٠.

المبحث الرابع

في يد الضمان ومايترتب عليها

وأظهر ماتتمثل فيه يد الضمان الغصب، وهو الاعتداء على مال الغير ومنعه من الانتفاع به،وسوف نتناول الغصب بشيء من التفصيل.

الغصب في اللغة: غصبه غصبا من باب ضرب، واغتصبه أخذه قهراً[١٨٢] وظلماً، قال الجوهري: أخذ الشيء ظلماً غصبه منه وغلبه سواء.

وفي الاصطلاح: الاستيلاء على مال غيره بغير حق.[١٨٣]

وقال في حاشية الدسوقي: الغصب أخذ مال قهراً تعدياً بلا حرابة.[١٨٤]

حكمه: الغصب محرم،دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[١٨٥] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾.[١٨٦]

وأما السنة: فمنها: ماروى جابر رضي الله عنه أن رسول ﷺ قال في

---

(١٨٢) القاموس المحيط للفيروز آبادي ١ /١١١.
(١٨٣) المغني لابن قدامة ٥ /٢٣٨.
(١٨٤) حاشية الدسوقي ٣ /٤٤٢.
(١٨٥) سورة النساء آية /٢٩.
(١٨٦) سورة البقرة آية /١٨٨.

خطبته يوم النحر:[١٨٧] «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا». رواه مسلم وغيره.

وروى البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «من ظلم من الأرض شيئاً طوقه من سبع أرضين».[١٨٨]

وعند الدارقطني من طريق أنس مرفوعاً إلى النبي ﷺ «لايحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»[١٨٩]، ورواه أحمد والحاكم من حديث ابن عباس.

وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة،وإنما اختلفوا في فروع منه.[١٩٠]

ويحرم الانتفاع بالمغصوب،ويجب رده إن كان قائماً لحديث سمرة بن جندب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «على اليد ماأخذت حتى تؤديه»، أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه والحاكم وصححه.

وإذا تلف بيده وجب عليه رد بدله سواء كان التلف بفعله أبو بغير فعله. واتفق الفقهاء على أنه يجب رد مثل المغصوب إن كان مثليًّا، كالذي تتساوى أجزاؤه، كالمكيل والموزون،وغير المثلي تجب فيه القيمة كالعروض والثياب والحيوان، وإذا نقص المغصوب وجب رد قيمة النقص سواء كان النقص في

(١٨٧) رواه البخاري ٣ /١٧٦ في كتاب الحج ورواه مسلم في كتاب القسامه ٣ /١٣٠٥ حديث رقم ١٦٧٩.

(١٨٨) رواه البخارى ٣ /١٣٠ ورواه مسلم ٣ /١٢٣١ حديث رقم ١٦١٢.

(١٨٩) أخرجه الدارقطني في كتاب البيوع ٣ /٢٦ ورقمه ٩١ نشر عالم الكتب ببيروت. وقال في نصب الراية: أخرجه الدارقطني في سننه في البيوع عن عمارة بن حارثة الضميري عن عمرو ابن يثربي،وإسناده جيد. نصب الراية للزيلعي ٤ /١٦٩ ورواه أحمد والحاكم بلفظ آخر تلخيص الحبير لابن حجر ٣ /٤٥.

(١٩٠) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٢٣٠ والمغني لابن قدامة ٥ /٢٣٨.

العين أو الصفة.[١٩١]

واختلف الفقهاء في منافع الغصب:

فذهب الحنفية إلى أنه لا يتحقق فيها الغصب لأنها ليست بأموال عندهم ولذا فهي غير مضمونة عندهم، ولا يطالب الغاصب بعوض انتفاعه بها.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يتحقق فيها الغصب لأنها أموال فتكون مضمونة على الغاصب،واختلفت الرواية عن مالك. فروي عنه وجوب الضمان في الجملة، وروي عنه إسقاط الضمان في الجملة. والثالثة التفرقة كما إذا كانت داراً فسكنها الغاصب بنفسه لم يضمن، وإن إكراهاً لغيره ضمن.

واختلف الفقهاء في غصب العقار هل يتحقق وهل يترتب عليه الضمان أم لا؟

١ ــ فذهب أبو حنيفة إلى أن الغصب لا يتحقق في العقار لأن الغصب لايكون إلا فيما ينقل.

٢ ــ وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الغصب يتحقق في العقار لأن الغصب هو إثبات اليد المعتدية، وإزالة اليد المحقة، وهذا متحقق في العقار،وبناء على هذا فإن أبا حنيفة يرى أنه لايضمن غاصب العقار إلا إذا كان هو المتلف، وهذا يكون من قبيل ضمان الإتلاف لا من قبيل ضمان الغصب.

أما الجمهور فيرون أن عليه الضمان إذا تلف في يده سواء كان بهدم أو غشيان سيل أو حريق[١٩٢].

---

(١٩١) حاشية الدسوقي ٣ /٤٤٥ ونهاية المحتاج للرملي ٥ /١٥٨ والمغني لابن قدامة ٥ /٢٣٩.

(١٩٢) الإفصَاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة ٢ /٢٨.

ويبرأ الغاصب من الضمان برد المغصوب سليماً كما أخذه،وإذا لم يرد الغاصب المغصوب بأي سبب وجب عليه ضمانه بالمثل إن كان مثليًّا، والقيمة إن كان قيميًّا.

وإذا ترتب على يد الغاصب يد أخرى فإنها تعد يد ضمان، وإن كانت في أصلها يد أمانة كيد وكيل الغاصب ويد وديعه، وإن جهل الغصب وذلك لأن اليد وضعت على مال لغير صاحبها بدون إذنه وبدون ولاية شرعية، ومن ذلك يد المشتري من الغاصب ويد المستأجر منه.

الفصـــل الرابـــع

في موانع التضمين : وذلك فيما يختص بالاعتداء أو الضرر أو إلزام الشارع

وفيه مباحـــث :

المبحـث الأول : الإتـلاف بحق «وهو كون الفعل جائزاً شرعاً».

المبحـث الثاني : رضا المضرور بالضرر

المبحـث الثالـث : انعدام الفائدة من التضمين

المبحث الأول

في الإتلاف بحق وهو كون الفعل جائزاً شرعاً

وذلك يكون في حالة كون الفعل الذي تسبب عنه التلف جائزاً شرعاً غير ممنوع، وذلك يكون في مثل الحالات الآتية:

١ ــ إذا كان المتلف غير مال، فإذا أتلف إنسان جلد ميتة أو شيئاً غير مالي فلا ضمان عليه.

٢ ــ إذا كان المال المتلف غير متقوم كما إذا أتلف مسلم خمراً أو خنزيراً لمسلم آخر، لأن الخمر والخنزير مال غير متقوم في حق المسلم، فيكون إتلاف ذلك غير مضمون على المتلف.[١٩٣]
أما إذا كان الخمر والخنزير لذميّ فأتلفها مسلم فإن الفقهاء يختلفون في ذلك:

(أ) فيرى الشافعية والحنابلة[١٩٤] أنه لاضمان على المتلف، لأن هذه الأشياء لاقيمة لها، لأن الرسول ﷺ حرم بيعها وأمر بإراقتها؛ وذلك فيما روى جابر رضي الله عنه أنه سمع من رسول الله ﷺ يقول عام الفتح: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام».[١٩٥]

(١٩٣) مجمع الضمانات للبغدادي ص٤٥٧.

(١٩٤) مغني المحتاج للشربيني الخطيب ٢ /٢٨٥، والمغني لابن قدامة ٥ /٢٧٦.

(١٩٥) رواه البخاري في كتاب البيوع ٣ /٨٤، ورواه مسلم في صحيحه ٣ /١٢٠٧ حديث رقم ١٥٨١ وأخرجه الترمذي ٣ /٥٨٢ حديث رقم ١٢٩٧ ورواه ابن ماجه ٢ /٧٣٢ـحديث رقم ٢١٦٧ والنسائي ٧ /٢٧٣.

(ب) ويرى الحنفية والمالكية[١٩٦] أن على المتلف الضمان لأنه متعدٍ، ولأنها مال محترم عند غير المسلمين يتمولونها.
ويلحق بذلك كل مالٍ غير متقوم شرعاً فلا يترتب عليه الضمان.

٣ ــ أن يكون الإتلاف قد أمر به الشرع كما في القصاص بالقتل أو القطع أو غيرها، فإنه لاضمان في ذلك ولافيما يترتب عليه إن أخذ على الوجه الشرعي المطلوب.

٤ ــ إذا ترتب على إفتتاح إنسان محلاً تجارياً له فأدى ذلك إلى خسارة غيره، وصار سبباً في إضراره فإنه لاضمان عليه لأنه إنما فعل شيئاً جائزاً له شرعاً غير ممنوع.

٥ ــ إذا حفر الإنسان بئراً في ملكه فوقع فيها حيوان فمات فلا يضمن الحافر شيئاً لأن كل إنسان حر التصرف في أملاكه بما فيه مصلحته، وقد عمل مايجوز له شرعاً، فلا يضمن مايترتب على فعله وإن كان سبباً للإتلاف، جاء ذلك في المادة(٩١) من مجلة الأحكام العدلية.

٦ ــ إذا أذن الحاكم بفعل لمصلحة لازمة كهدم جدار أو دار أثناء الحريق، وإذا تلف الشيء المأجور أثناء الاستعمال المأذون فيه فلا ضمان في ذلك، لأن الفعل الذي تسبب في ذلك جائز شرعاً غير ممنوع.

٧ ــ دفع الصائل: وذلك فيما إذا عمل الإنسان على الدفاع عن نفسه أو ماله أو عرضه، وتسبب ذلك بإتلاف الصائل أو شيء منه أو مال

(١٩٦) البدائع للكاساني ٧ /١٤٧ وحاشية الدسوقي ٢ /٢٠٤.

لغيره، فإنه لاضمان على الدافع، لكنه يجب أن يكون الضرر الذي يريد دفعه ضرراً مداهماً وحالاً، ولا يمكن دفعه بالالتجاء إلى الحاكم قبل وقوعه[١٩٧] فإن هذه الأفعال قد أجازها الشرع، جاء في مجلة الأحكام العدلية (٩١): الجواز الشرعي ينافي الضمان.

(١٩٧) الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ١ /٢٢٩.

المبحث الثاني

رضا المضرور بالضرر

أباح الشرع الإسلامي للإنسان أن يتصرف في حقوقه المالية بما يعود عليه بالمصلحة شريطة ألا يترتب عليه ضرر يمنعه الشرع، أما حقوق غيره من البشر فلا يجوز له التصرف فيها بدون ولاية شرعية؛ إذ أن تصرفه من دون ولاية شرعية يعتبر اعتداء يترتب عليه الضمان.

ولو أمر إنسان آخر بإتلاف منزل الآمر أو متاعه ففعل المأمور فلاضمان عليه لأن الآمر قد رضي بالضرر.

ومن ذلك لو عمل شخص عملاً وكان هذا العمل بإذن من ولي الأمر أو من ينوب عنه في نطاق اختصاصه، كما لو هدم عامل جداراً لإزالة خطره عن المارة، وكان ذلك بإذن الجهة المختصة النائبة عن ولي الأمر فترتب عليه أضرار مالية جاءت عرضاً فإنه لاضمان على العامل.

وكما لو عمل مشروع فترتب على إقامته ضرر مالي بشخص، فإنه لاضمان على المنفذ مالم يفرط، لأن ذلك قد وقع بإذن ولي الأمر أو نائبه فيما هو من اختصاصه، وقد يكون الإذن صريحاً كما بينا، وقد يكون غير صريح وإنما دل عليه العرف أو العادة أو الضرورة. ومثال ذلك جواز الشراء من مال المريض مايحتاج إليه من طعام ودواء بلا إذنه إذا كان لايمكن استئذانه لمرضه. ولو أودع صاحب المال ماله عند صبي أو أقرضه إياه فأتلفه فلا ضمان على الصبي لأن المالك هو الذي سلطه عليه.

المبحث الثالث

في انعدام الفائدة من التضمين

لقد رتب الشرع الإسلامي الضمان على المتلف أو واضع اليد بقصد تعويض صاحب الحق لما فقده، وكذلك زجر المتلف عن الاعتداء والإتلاف.

لكن قد يكون إيجاب الضمان على المتلف عديم الفائدة؛ وذلك في الأمور التالية:

١ ــ استيلاء المسلمين على أموال الحربيين، فإنهم لا يضمنونها لعدم الفائدة بل إن الإسلام أباح الاستيلاء عليها وامتلاكها، واعتبرها غنائم للمجاهدين لأن أموالهم غير محترمة.

٢ ــ استيلاء المسلمين على أموال البغاة، أو البغاة على مال المسلمين لاضمان فيه على أي منهم لعدم الفائدة في التضمين، إذ لو وجب الضمان على المسلمين لم يجز أن يعطى للبغاة المحاربين، ولا محل لإيجاب الضمان على البغاة لعدم الولاية عليهم، ولأن مصير أموالهم قبل التسلط عليهم إلى المسلمين.[١٩٨]

ولقد ذكر العز بن عبد السلام[١٩٩] أنواع الإتلاف المشروع.

ويحسن بنا أن نستعرضها، قال: الاتلاف أنواع:

---

(١٩٨) الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ١ /٢٢٧ ــ ٢٣٦، ونظرية الضمان د /وهبه الزحيلي ص ٥٧، ٢١٢ دار الفكر بدمشق ١٤٠٢هـ.

(١٩٩) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢ /٧٤.

أحدها: إتلاف لإصلاح الأجساد وحفظ الأرواح، كإتلاف الأطعمة والأشربة والأدوية وذبح الحيوان المباح حفظاً للأنفس البشرية، ويلحق به قطع الأعضاء المتآكلة حفظاً للنفس، وإفساد هذه الأشياء جائز للإصلاح.

الثاني: إتلاف الدفع وهو أنــواع:

١ ــ القتل والقطع والجرح لدفع ضرر الصيال على الأرواح والأبضاع والأموال، أي: الدفاع عن النفس والعرض والمال.

٢ ــ قتل الحيوانات المؤذية كالحية والعقرب والسباع والضباع، وهذا واجب عند الإمكان.

٣ ــ قتل الأعداء دفعاً لمفسدة الإضرار والاعتداء على المسلمين.

٤ ــ قتل البغاة دفعاً لبغيهم وخروجهم عن طاعة الحاكم الواحد للجماعة.

٥ ــ إتلاف لدفع المعصية كقتال الظلمة دفعاً لظلمهم وعصيانهم أو تخريب ديارهم وقطع أشجارهم وقتل دوابهم إذا لم يمكن دفعهم إلا بذلك.

٦ ــ إتلاف مايعصى الله به كالملاهي والأوثان ونحوهما من وسائل الشرك.

٧ ــ إتلاف الزجر، أي العقوبات الشرعية كرمي الزناة أي رجمهم بالحجارة والقصاص من الجناة، وقطع أيدي السراق والمحاربين زجراً عن السرقة والمحاربة والجناية وصوناً لهم[٢٠٠].اهـ

وكل هذه الإتلافات لاضمان فيها لأنها جائزة شرعاً، والجواز الشرعي ينافي الضمان ويمنعه.

وقد ذكر ابن رجب في كتابه القواعد أنواع الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه،ومايثبت فيها الضمان وما لايثبت،ونرى أن نذكرها.

(٢٠٠) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢ /٧٤.

قال: «الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاث:

١ ــ يد يثبت باستيلائها الملك وينتفي الضمان.

٢ ــ يد لايثبت لها الملك وينتفي عنها الضمان.

٣ ــ يد لايثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان.

أما الأولى فيدخل فيها صور منها:

(أ) استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب.

(ب) استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين، لأنهم يملكون علينا بالاستيلاء. وهو المشهور عند الأصحاب، وينتفي الضمان عنهم فيما لم يملكوه أيضا مما تثبت عليه الأيدى كأم الولد، ومالم يحوزوه إلى دارهم، وماشرد إليهم من دواب المسلمين وأرقائهم على قولنا أنهم لايملكون ذلك أيضاً.

(جـ) استيلاء الأب على مال الابن فإن كان استيلاء يحصل به الملك فلا إشكال في انتفاء الضمان، وإن كان غير وجه التملك فلا يثبت به الضمان ولو أتلفه على أصح الوجهين.

وأما اليد الثانية فيدخل فيها صور:

(أ) من له ولاية شرعية بالقبض.

(ب) من قبض المال لحفظه على المالك فإنه لايضمنه.

(جـ) الطائفة الممتنعة عن حكم الإمام كالبغاة لايضمن الإمام وطائفته ما أتلفوه عليهم حال الحرب، وفي تضمينهم ما أتلفوه على الإمام في تلك الحال روايتان أصحهما نفي الضمان

إلحاقاً لهم بأهل الحرب. وأما أهل الردة إذا لحقوا بدار الحرب أو اجتمعوا بدار منفردين ولهم منعة ففي تضمينهم روايتان. واختار أبو بكر عدم التضمين إلحاقاً لهم بأهل دار الحرب.

وأما اليد الثالثة فهي اليد العادية التي يترتب عليها الضمان».[٢٠١]

(٢٠١) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ص٢٢٠.

البـــاب الثانـــي

بيـان حقيقـة الضمـان الشخصي «الكفـالـة» من حيث الماهية والنشأة وبيان الخصائص المميزة

ويشتمل على ثلاثة فصـول :

الفصل الأول : بيان خصائص عقد الكفالة وتطورها التاريخي .

الفصل الثاني : بيان حقيقة الكفالة .

الفصل الثالث : الأصل في مشروعية الضمان الشخصي «الكفالة» .

تقديم

بعد الكلام عن الضمان بمعناه العام وبيان حقيقته وأسبابه وموانعه نستطيع الدخول إلى موضوع البحث وهو نظرية الضمان الشخصي «الكفالة» دراسة مقارنة. ذلك أن الضمان بمعناه العام يشمل الضمان الشخصي وغيره من أنواع الضمان وأقسامه التي سبق بيانها، ولما كان موضوعنا هو الضمان الشخصي دراسة مقارنة لذا اكتفينا بالإيجاز فيما مضى،ونتكلم في هذا الباب ومابعده عن موضوع البحث بالتفصيل.

وأطلق اسم الضمان الشخصي على عقد الكفالة لأن الكفالة التزام شخصي يضاف إلى التزام المدين بالضمان فيها بالتزام الكفيل لا بحق عيني. ذلك أن الضمان بعقد المكلف والتزامه إما أن يكون ضماناً شخصيًّا أو عينيًّا.

الضمان الشخصي: هو ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي. ويتحقق ضمان الدائن الشخصي في الكفالة من تعدد الذمم الضامنة لحقه بحيث إن أعسر أحدهم أمكنه أن يستوفي حقه من أموال الآخرين. وفي هذا تأمين كاف لحق صاحب الحق.

أما الضمان العيني: أو التأمين العيني فإنه يقوم على أساس تخصيص عين مال معين لضمان الوفاء بحق الدائن، فيكون للدائن حق عيني على هذا المال ويحمي التأمين العيني الدائن من مزاحمة الدائنين الآخرين له. وتكون له الأولوية في استيفاء حقه من قيمة العين، وبذلك يكفل التأمين العيني استيفاء الدائن لحقه منه وأهم صورة للضمان العيني هو الرهن، فالضمان إما شخصي وهو الكفالة أو عيني وهو الرهن،وذلك في أهم صوره. وإليك بيان الضمان الشخصي «الكفالة» فنقول وبالله التوفيق.،،

الفصـــل الأول

بيان خصائص عقد الكفالة وتطورها التاريخي

ويندرج تحته مبحثان :

المبحـث الأول : نشأة الكفالة وتطورها التاريخي.

المبحـث الثانـي : خصائص عقد الكفالة.

المبحث الأول

نشأة الكفالة وتطورها التاريخي:

يجد الباحث في التطور التاريخي للضمان الشخصي أنه وجد منذ القدم، ذلك أن الإنسان بحاجة إلى التعامل مع الآخرين أخذاً وعطاءً، وهو في تعامله هذا قد لايملك الوسائل المطلوبة لذلك التعامل من بيع وشراء وغيرها، لذلك كان لابد من وجود فكرة الضمان حفظاً للحقوق والأموال.

ولايمكن قيام الحياة بدونه، وبواسطة الضمان يأمن الإنسان على حقه من الضياع، ذلك أن كل دائن بحق مالي يحرص على أن يكون لحقه من الضمانات مايكفل له استيفاءه في موعد استحقاقه، ويقوده هذا الحرص إلى اتخاذ الوسائل التي تؤدي إلى ذلك، وهي وسائل عرفتها القوانين منذ وقت طويل ووضعتها في خدمة الدائن لتؤمنه على اقتضاء حقه، ومن هنا تسمى بالتأمينات، وتأمين الدائن على حقه له أهمية كبيرة في سير الحياة الاقتصادية والمعاملات خصوصاً في العصور الحديثة التي يؤدي الائتمان[1] وظيفة كبرى في نشاطها الاقتصادي، بعد أن أصبح هذا الائتمان في كثير من الأحيان وسيلة الحصول على رؤوس الأموال لمشروعات الإنتاج، ولم تعد وظيفته الأساسية وظيفة

(١) الائتمان: عمليات الإقراض والاقتراض، ذلك أن الذين يملكون النقود ليسوا بالضرورة هم الذين يستطيعون استثمارها، ومن شأن الائتمان نقل هذه الأموال من الطائفة الأولى إلى الطائفة الثانية على سبيل القرض. ويتم الجانب الأكبر من ذلك عن طريق المصارف التي تقوم بدور الوساطة بين الطرفين. والائتمان ضرورة جوهرية للتقدم الاقتصادي، فهو يحول دون بقاء الأموال معطلة، ويمكن رجال الأعمال من مباشرة أعمالهم أو توسيع نطاقها، وفي ذلك زيادة لإنتاجية رأس المال. الموسوعة العربية الميسرة ص ٢٧٦ مطبعة الشعب بالقاهرة.

استهلاكية كما كان في الماضي. وكل صاحب حق مالي قبل شخص آخر له تأمين عام أو ضمان عام يتمثل في ذمة مدينه.

ومقتضى هذا الضمان الذي يقع على ذمة المدين أن الدائن يستطيع أن يستوفي حقه في موعد استحقاقه.

والضمان قسمان: **شخصي وعيني**

فالشخصي: هو ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين الأصلي.

والعيني: يكون بتخصيص مال معين يكون عادة مملوكاً للمدين لتأمين حق الدائن، فيكون للدائن حق عيني على هذا المال، ويكفل هذا الضمان العيني الوفاء بحق الدائن.

وقد بدأت التأمينات الشخصية كالتضامن والكفالة في الظهور في المجتمعات البدائية قبل ظهور التأمينات العينية ولذلك سببان:

١ ــ **السبب الأول**: أن التأمينات العينية تفترض حضارة أكثر تقدماً ،لأنه يسبقها حق تنظيم الملكية، وتتفرع عنه الحقوق العينية الأخرى، وهذا يتطلب حضارة متقدمة، ولذلك تأخرت هذه التأمينات في الظهور عن التأمينات الشخصية، لأن التأمينات الشخصية تتطلب فقط أن تضم ذمة إلى ذمة أخرى على قدم المساواة، وقد ظهرت التأمينات الشخصية[٢] ولم تظهر التأمينات العينية[٣] إلا في وقت متأخر تحت تأثير القانون اليوناني.

---

(٢) التأمينات الشخصية: تقوم على تعدد المسئولين عن تنفيذ الالتزام،ويتحقق ضمان الدائن فيها من تعدد الذمم الضامنة لحقه بحيث إن أعسر أحدهم أمكنه أن يستوفي حقه من أموال الآخرين.

(٣) تقوم على تخصيص عين أو أعيان معينة لضمان الوفاء بحق الدائن وهي تحمي الدائن من =

٢ ــ **السبب الثاني**: أن التأمينات الشخصية ظهرت أولاً لأن المدينين في أول الأمر كانوا من الطبقة الفقيرة، وهي لاتملك ماتقدمه تأميناً عينيًّا، فقد كانت التأمينات العينية تقوم أساساً على العقار، وكان العقار هو ملك الأسرة جميعاً؛ إذا كان يمثل الثروة الحقيقية لها، فكانوا يلجأون إلى التأمينات الشخصية: يساعدهم على ذلك روابط الأسرة والقبيلة، فكان الفرد لايعدم من أفراد قبيلته من يتضامن معه، ويكفل الدين عنه، فكان النظام الاجتماعي للقبيلة والأسرة يهيئ السبيل إلى التأمينات الشخصية من تضامن وكفالة.

ولما ظهرت التامينات العينية تفوقت على التأمينات الشخصية لأن الشخصية ضم ذمة إلى ذمة أخرى، وقد تكون كل من الذمتين معسرة فلا تكون هذه التأمينات ضماناً كافياً لحق الدائن، أما في التأمينات العينية فإن مالاً معيناً يكون غالباً من أموال المدين يخصص لوفاء حق الدائن، ويثبت للدائن عليه حق التقدم، فإذا كان هذا المال كافياً للوفاء بحق الدائن أصبح الدائن في مأمن من إعسار المدين بماله من حق التقدم.

والكفالة هي أهم صور التأمينات الشخصية وأوضحها، ولم تكن الكفالة تتميز في أول عهود القانون الروماني عن التضامن في المديونية، فقد بدأ الكفيل مديناً متضامناً مع المدين الأصلي، ولم يكن يوجد لكل من الكفالة والتضامن إلا شكل واحد يلتزم به كل من الكفيل والمدين المتضامن، فلم تكن الكفالة عند ذاك تتميز عن التضامن، بل كانت هي والتضامن شيئاً واحداً، وكان الكفيل مديناً متضامناً مع المدين الأصلي. ثم بدأت الكفالة تتميز شيئاً فشيئاً في القانون الروماني، وعرف هذا القانون أنواعاً من الكفالة، فكان من يلتزم في هذه الأنواع كفيلاً للمدين، ولكنه في نوع منها يلتزم التزاماً أصليّاً مستقلاً عن التزام المدين، وفي نوع آخر يلتزم التزاماً تابعاً، ولكنه يبقى متضامناً مع المدين، وقد

= مزاحمة الدائنين الآخرين له بأن تجعل له أولوية في استيفاء حقه من قيمة العين المحملة بالتأمين. التأمينات الشخصية والعينية /جميل الشرقاوي ص٧.

منعت الزوجة من كفالة زوجها في القانوني الروماني، وبقي ذلك في القانون الفرنسي القديم حتى ألغي ذلك سنة ١٦٠٦م.

ثم عرف القانون البريطوري(*) نوعاً جديداً لكفالة الغير يلتزم بموجبه الكفيل بدفع دينّ في ذمة الغير. وكذلك كان الأمر في القانون الفرنسي القديم، حيث بدأت الكفالة تتميز شيئاً فشيئاً عن المديونية بالتضامن، وأصبح الكفيل يضمن ديناً في ذمة الغير.

ولما جاء الإسلام والناس يتعاملون بالضمان والكفالة بين مشروعية ذلك، ونتيجة لتوسع الفتوحات الإسلامية والاتصال بالحضارات الأخرى وجدت أنواع أخرى من الضمان مما دفع الأئمة المجتهدين من الفقهاء إلى دراسة الضمان بأنواعه، وبيان أحكامه، ووضع القواعد الشرعية التي تحكمه، وقد وجدت أنواع أخرى من الضمانات نتيجة لتطور الحياة واتصال الحضارات بعضها ببعض، ومن ذلك الضمانات البنكية والاعتمادات المصرفية وغيرها، وهذا يتطلب إعداد الدراسات والبحوث لبيان أحكامها الشرعية وفق القواعد الفقهية، وإقرار الصالح منها، وإيجاد البديل الذي يتفق وتطور الحياة الاقتصادية لما يخالف الشريعة الإسلامية منها، ويوجد في البنوك والمصارف الحديثة أنواع من هذه الضمانات حيث أصبح البنك هو الذي يضمن عميله لقاء عمولة يتقاضاها منه، ويضمن البنك أو المصرف عميله بطرق مختلفة منها: أن يتقدم مباشرة كفيلاً لعميله. ومنها أن يقبل الكمبيالة من عميله، وهذا القبول يتضمن ضرباً من الكفالة. ومنها أن يقبل تحويل الشيكات عليه.

وتوجد الكفالة كذلك فيما بين الشركات التجارية؛ فكثيراً ماتكفل الشركة الأصلية شركة أخرى متولدة عنها، أو تجعل هذه الشركة المتولدة عنها تكفلها

(*) نسبة إلى الحاكم القضائي، وهي وظيفة قضائية أنشئت عام ٣٦٧ قبل الميلاد.

إلى غير ذلك مما جد من أمور نتيجة التقدم الاقتصادي والتجاري الذي يعيشه العالم اليوم، وقد كانت معظم القوانين التي تصدر في هذا الشأن منبثقة عن النظام الرأسمالي، وفي عام ١٣٠٥هـ أصدرت الدولة العثمانية مجلة الأحكام العدلية مقننة للفقه الإسلامي على المذهب الحنفي، وجاء فيها تنظيم الكفالة في الكتاب الثالث في المواد من ٦٤٣ إلى ٦٧٢. وصدرت القوانين العربية مستوحاة من القانون الفرنسي، فجاء القانون المدني المصري وتناول الكفالة في المواد من ٧٧٢ إلى ٨٠١، وكذلك القوانين العربية الأخرى كالقانون السوري والعراقي وغيرها[٤].

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني د /عبد الرزاق السنهوري. ٥٢٣/١٠ دار إحياء التراث العربي، وعقد الكفالة د /منصور مصطفى منصور ص٣ المطبعة العالمية بالقاهرة ١٩٦٠م والتأمينات الشخصية والعينية /جميل الشرقاوي ص٣ دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٧٦م.

المبحث الثاني

خصائص عقد الكفالة

للضمان الشخصي خصائص عدة جاء ذكرها في الكتب الفقهية والقانونية وأهمها:

أولاً: في الكتب الفقهية: لقد جاء ذكر هذه الخصائص متناثراً في الكتب الفقهية وإليك بيانها:

١ ـــ ينعقد عقد الكفالة بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن، ولايحتاج في انعقاده إلى شكل خاص، جاء في المغني[٥] «ولابد من رضا الضامن...» فلم يشترط إثبات ذلك بطرق معينة وإنما اشترط الرضا لاغير. وجاء في فتح القدير[٦]: «وتنعقد إذا قال تكفلت ...» فلم يشترط شيئاً غير ذلك من كتابة ونحوها.

٢ ـــ الكفالة عقد لازم من جهة الكفيل، وهو بالتزامه لابد أن يقوم بوفاء الدين للدائن، ولايستقل الكفيل بفسخه بدون رضا المكفول له لأن سلامة حق المكفول له تعلقت بتعهد الكفيل، ففي فسخ العقد دون رضاه إضرار به، ومن القواعد الفقهية أن الضرر يزال. أما الدائن فلا يلتزم بشيء نحو الكفيل، ويجوز له فسخه ولو لم يرض الكفيل لأن الكفالة الصالحه خاصة، فتنازله عنها لايترتب عليه ضرر للغير، جاء في حاشية الدسوقي[٧]: «أو جهل من له الحق وهو المضمون» فإن

(٥) المغني لابن قدامة ٤ /٥٩١.

(٦) شرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد ٦ /٢٨٦.

(٧) حاشية الدسوقي ٣ /٣٣٤.

الضمان صحيح. وصحة الضمان مع جهل المضمون له معناه عدم اشتراط رضاه، ومادام لايشترط رضاه فيجوز تنازله عن الضمان، لأنه لمصلحته.

وجاء في كشاف القناع[٨]: «ولايعتبر رضا المضمون له لأن أبا قتادة رضي الله عنه ضمن الميت[٩] بغير رضا المضمون له، وأقره الشارع ﷺ».

وجاء في نهاية المحتاج[١٠]: والأصح أنه لا يشترط قبوله ولارضاه لأن الضمان محض التزام لامعاوضة فيه». فهذه النصوص تدل على إلزام الكفيل دون المكفول له؛ لأنها لم تشترط رضاه وقال أبو حنيفة ومحمد: يعتبر لأنه إثبات مال لآدمي فلم يثبت إلا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء.

وجاء في البدائع[١١]: «فأما القبول فليس بركن، وهو أحد قولي الشافعي» ويعني بذلك عند أبي يوسف خلافاً لأبي حنيفه ومحمد، وإذا لم يكن القبول لازماً لانعقاد العقد فإن المكفول له لايلتزم بشيء إذا لم يشترط قبوله حتى يلزم بشيء.

٣ ــ الكفالة من عقود التبرعات لأن الكفيل بعمله هذا لم يأخذ شيئاً معاوضة، وإنما بذل التزامه رفعاً للضيق والمشقة عن المدين، جاء

---

(٨) كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور البهوتي ٣ /٣٦٦.

(٩) حديث أبي قتادة هو مارواه سلمة بن الأكوع وجابر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها، فقال هل على صاحبكم من دين؟ فقالو: نعم ديناران، فقال أبو قتادة، هما عليّ يارسول الله قال:فصلى عليه ﷺ» رواه البخاري عن سلمة بن الأكوع في كتاب الكفالة/صحيح البخاري ٤٦٦/٤ حديث رقم ٢٢٨٩ بشرحه فتح الباري لابن حجر.

(١٠) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٤ /٤٣٨.

(١١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٤ /٣٤٠٤.

في البدائع[١٢]: «لأنها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع» وجاء في نهاية المحتاج[١٣]: «وشرط الضامن ــ ثم قال ــ وأهلية التبرع»

وجاء في بلغة السالك[١٤]: «ولزم اهل التبرع».

وجاء في كشاف القناع[١٥]: «ولايصح الضمان إلا من جائز التصرف» وفسر ذلك بأنه ممن يصح تصرفه في ماله لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح من غير جائز التصرف كالبيع.

واشتراط الفقهاء أهلية التبرع للكفيل يدل على أنهم يعتبرونها من عقود التبرع، وليست من عقود المعاوضات إلا إذا كانت مقابل عوض، وسيأتي بحث الكفالة بعوض، وقد تكون الكفالة تبرعاً ابتداءً ومعاوضة انتهاء كما إذا كانت الكفالة بأمر المدين، فإن الكفيل بالأمر متبرع بالتزام أداء الدين عن المدين، وعندما يرجع الكفيل على المدين بما دفع عنه فإن العقد يؤول إلى معاوضة.

٤ ــ الأصل في الكفالة هو التزام المدين الأصلي، والتزام الكفيل تبع لالتزام الأصلي، وليس هذا الالتزام قائماً بذاته، بل يقوم استناداً على التزام شخص آخر بقصد تأمين هذا الالتزام، وتبعية هذا الالتزام تقتضي أن يكون التزام الكفيل في حدود الالتزام المكفول. ولهذا يطلق على عقد الكفالة بأنه عقد تابع؛ ذلك أن العقود إما أن تكون أصلية: وهي كل عقد يكون مستقلاً في وجوده غير متفرع عن أمر آخر على سبيل التبعية له في الوجود والزوال؛ وذلك كالبيع والإيداع

(١٢) بدائع الصنائع للكاساني ٤ /٣٤١١.
(١٣) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٣٤.
(١٤) بلغة السالك للشيخ أحمد الصاوي ٢/١٥٥
(١٥) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٦٥.

والإعارة.

وعقـود تبعية: وهي كل عقد يكون تابعاً لحق آخر، وملحقاً به في وجوده وزواله وذلك كالرهن والكفالة.

فالرهن والكفالة كلاهما توثيق لغيره فلا ينعقدان ابتداءً إذا لم يكن في مقابلهما حق آخر ثابت أو متوقع.

وتنعقد الكفالة في مقابل مايثبت من دين، فتكون تابعة لهذا الدين تزول بزواله فلو أبرأ الدائن المدين الأصيل سقطت الكفالة عن الكفيل تبعاً لسقوط الدين[١٦].

هذه هي خصائص الكفالة «الضمان الشخصي» في الفقه الإسلامي. أما خصائص الكفالة في الكتب القانونية فهي:

١ ــ **الكفالة عقد ضمان شخصي**: ويقصد بهذا أنه عقد يلتزم به الكفيل شخصيًّا بالوفاء بالالتزام الأصلي بحيث يعتبر مديناً بهذا الالتزام ومسئولاً عن تنفيذه مسئولية شخصية يكون للدائن بمقتضاها أن ينفذ بحقه على كل أمواله[١٧] إذا لم يف المدين نفسه بهذا الالتزام المكفول. والكفالة من العقود الرضائية؛ إذ يشترط لانعقادها الرضا من الطرفين، ويشترط القانون علاوة على ذلك كتابة عقد الكفالة وذلك شرط للإثبات لا للانعقاد، نصت على ذلك المادة ٧٧٣ من القانون المدني المصري.

٢ ــ **الكفالة بحسب الأصل عقد ملزم لجانب واحد**: من تعريف القانون للكفالة في المادة ٧٧٢ مدني مصري وغيرها يتضح أن الدائن وهو

(١٦) المدخل الفقهي العام للأستاذ /مصطفي أحمد الزرقاء ١ /٣٢٦ مطبعة الجامعة السورية ١٣٧١هـ.

(١٧) عقد الكفالة د /منصور مصطفى منصور ص٩.

الطرف الآخر في العقد لايتعهد في مقابل التزام الكفيل بأي التزام. وأن الملزم إنما هو الكفيل.

ويرى بعض القانونيين أن الكفالة عقد ملزم لجانبين، وذلك إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل نظير كفالته للدين، فيصبح كل من الكفيل والدائن ملتزماً نحو الآخر.

٣ ــ **الكفالة بحسب الأصل من عقود التبرع**: ذلك أن الكفيل لايحصل على مقابل لما يتعهد به، والدائن لايعطي شيئاً في مقابل التعهد الذي يحصل عليه، ولهذا تعتبر الكفالة من عقود التبرع. وبناء عليه فتكون الكفالة عملاًمدنيًّا سواء كان الالتزام الأصلي مدنيًّا أو تجارياً وسواء كان الكفيل تاجراً أو غير تاجر. وقد تكون معاوضة كما إذا أخذ الكفيل من المدين مقابلاً للكفالة، ويجوز قانوناً أن يلتزم المدين بدفع مقابل للكفيل وخاصة إذا كان أحد المصارف هو الذي يقدم كتاب ضمان المدين، فيكون كفيلاً له، ويتقاضى أجراً على كفالته، وذلك يجعل الكفيل مأجوراً، والكفالة عقد معاوضة لاعقد تبرع.

٤ ــ **الكفالة عقد تابع**: محل الكفالة هو تعهد الكفيل بضمان تنفيذ الالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين نفسه، فالالتزام الذي يتعهد به الكفيل التزام تابع للالتزام الأصلي، ولهذا يوصف عقد الكفالة بأنه عقد تابع[١٨].

المناقشـــة:

بدراسة خصائص الضمان الشخصي في كل من الشريعة والقانون يتضح الآتي:

(١٨) الوسيط للسنهوري ١ /٢٤ ،وعقد الكفالة د / منصور مصطفى منصور ص٩ ــ ١٣.

١ ــ **الخاصية الأولي**: انعقاد الضمان الشخصي بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن، وفي هذا يتفق الفقه الإسلامي ــ على ماذهب إليه أبو حنيفة ومحمد ــ والقانون.

لكن جاء في القانون المدني المصري في المادة (٧٧٣): «لاتثبت الكفالة إلا بالكتابة» ويفهم من ذلك أنه لابد في إثبات الكفالة من الكتابة، لكن ليست الكتابة شرطاً للانعقاذ في القانون، وإنما هي ضرورية للإثبات، ذلك أن الكفالة ليست من العقود الشكلية حتى يشترط لانعقادها الكتابة، ولو كانت الكفالة عقداً شكليًّا لاتنعقد إلا بالكتابة لما جاز إثباتها بالإقرار أو باليمين لأن غير المنعقد لايجوز إثباته أصلاً. وليست الكتابة شرطاً للإثبات في الفقه الإسلامي. ولكن نرى أن اعتبار الكتابة واجباً للإثبات شيء لابأس به لأن فيه حفظا للحق وتوثقا، والشريعة الإسلامية تأمر بحفظ الحقوق وصيانتها، ولذلك كانت الكتابة في الديون مستحبة، حث عليها الإسلام كما جاء في آية المداينة في سورة البقرة[١٩]، وهو الرأي الراجح من أقوال الفقهاء بكتابة الديون.

٢ ــ **الخاصية الثانيــة**: كون الكفالة عقداً ملزماً لجانب واحد: يتفق القانون في ذلك مع الفقه الإسلامي، فالملزم في ذلك هو الكفيل دون غيره، ولايستطيع الكفيل أن يفسخه بنفسه دون موافقة صاحب الشأن، وهذا قول الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية، ذلك أن الكفالة عندهم التزام من قبل الكفيل بمحض اختياره وبإرادته المنفردة، وليست الكفالة عقداً، وإنما تتم بإيجاب الكفيل فقط دون حاجة إلى قبول المكفول له، فيكون الملزم هو

(١٩) آية ٢٨٢ وهي قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ...﴾ الآية. انظر صفحة ٧٤.

جانب واحد فقط هو الكفيل[٢٠]وبهذا يقول القانونيين.

٣ ــ يتفق الفقه الإسلامي والقانون في اعتبار الكفالة من عقود التبرع وذلك واضح من تعريفات الفقهاء للكفالة، حيث إن الكفيل لايحصل على مقابل لما يتعهد به. وكذلك الأمر في القانون، ولم يفرق الفقه الإسلامي بين كفالة مدنية أو تجارية خلافاً للقانون، ولذلك يشترط في الكفيل عادة أهلية التبرع.

ويرى القانون أن الكفالة قد تكون عقد معاوضة بالنسبة إلى الكفيل، فيأخذ مقابلاً لكفالته من الدائن أو المدين، ومن ذلك تقديم أحد المصارف كتابات الضمان للمدينين، وذلك لضمانهم أمام الشركات أو الأفراد، ويتقاضى على ذلك أجراً، وهذا جائز في القانون[٢١].

ولايجوز ذلك عند جمهور الفقهاء لأن فيه أكل الأموال بالباطل، والله تعالى يقول: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ ﴾[٢٢]... وليس هذا من قبيل التجارة لأن الكفيل لايعطى بكفالته شيئاً معاوضة بما يعطاه من عوض يأخذه من المكفول عنه أو المكفول له. جاء في مواهب الجليل[٢٣]: «لايجوز للضامن أن يأخذ جعلا سواء كان من رب الدين أو من المدين أو غيرهما» وجاء كذلك «والضمان بجعل لايجوز»[٢٤].

وجاء في المغني[٢٥] «وإن قال كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئني

(٢٠) تبيين الحقائق للزيلعي ٤ /١٤٦ وحاشية الرهوني ٦ /٧ ونهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٣٨ وكشاف القناع للبهوتي ٣ /٦٦٦.

(٢١) الوسيط للسنهوري ١٠ /٢٥.

(٢٢) سورة النساء آية ٢٩.

(٢٣) مواهب الجليل للحطاب ٥ / ١١٢.

(٢٤) نفس المرجع ص١١٣.

(٢٥) المغني لابن قدامة ٤ /٦٢٠.

من الكفالة لفلان، أو ضمنت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر خرج فيه الوجهان، والأولى أنه لايصح لأنه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح».

ويترتب على اعتبار الكفالة من أعمال التبرع أو من أعمال المعاوضة مايترتب على التفرقة بين هذين النوعين من الأعمال من نتائج، وعلى الخصوص فيما يتعلق بالأهلية، وسوف نتعرض لبحث العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك وتقوم على الضمان ـــ إن شاء الله ـــ في الفصل الخامس من الباب السادس.

٤ ـــ يتفق الفقه الإسلامي والقانون على القول باعتبار الكفالة عقداً تابعاً وليس عقداً أصلياً، ذلك أن التزام الكفيل يعتبر تابعاً لالتزام المدين الأصلي، إذ لو كان التزام المسئول عن دين الغير التزاماً أصلياً فإنه لايكون كفيلاً بل يكون مديناً أصلياً التزامه مستقل عن التزام المدين[٢٦].

(٢٦) عقد الكفالة د /منصور مصطفى منصور ص١٣.

الفصـــل الثاني

بيان حقيقة الضمان الشخصي «الكفالة»

ويندرج تحته أربعة مباحث :

المبحث الأول تعريف الضمـان الشخصي: «الكفـالة» لغـة وشرعاً ومناقشة التعاريف في الفقه الإسلامي .
المبحث الثاني:تعريف الكفالة في القانون .
المبحث الثـالث : المقـارنـة بين التعـريف المختار في الفقه الإسلامي للكفالة وتعريف القانون.
المبحث الرابع : الأثر المترتب على عقد الضمان

المبحث الأول

تعريف الضمان الشخصي «الكفالة» لغة وشرعاً ومناقشة التعاريف

التعريف اللغوي للكفالة:

كفل فلان كفلاً وكفالة: ضمنه، والكافل العائل يكفل إنساناً أي يعوله،ومنه قوله تعالى:﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾[٢٧]. أي يعولها وينفق عليها.

ومنه الحديث: «أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة، وأشار بالسبابة والوسطى»[٢٨]. والكافل الضامن كالكفيل يقال: كفل المال وكفل بالمال أي ضمنه، قال ابن الأعرابي: كفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد، وكفلاء جمع كفيل والأنثى كفيل ويقال في الجمع كفيل. وتكفل بالشيء ألزمه نفسه وتحمل به، يقال تكفل بالدين: التزم به [٢٩]، ومثل الكفالة في دلالتها على الضمان: الضمان، والزعامة، والحمالة، والقبالة، والصيارة، قال المازري في شرح التلقين: الحمالة في اللغة والكفالة والضمان والزعامة كل ذلك بمعنى واحد غير أن الماوردي قال: إن العرف قد خصص الضمين بالمال. والحميل بالدية، والزعيم بالمال العظيم، والكفيل بالنفس، والصبير يعم الكل، ومثله القبيل[٣٠].

(٢٧) سورة آل عمران آية /٤٤.

(٢٨) رواه البخاري والإمام أحمد وأبو داود والترمذي كلهم عن سهل بن سعد / الجامع الصغير للسيوطي ١ /٤١٦.

(٢٩) تاج العروس من جواهر القاموس / محمد مرتضي الزبيدي ٨ /٩٩ دار البيان للنشر والتوزيع ــ بنغازى، ولسان العرب لابن منظور ١٤ /١٠٩ وانظر تاج اللغة وصحاح العربية / إسماعيل بن حماد الجوهرى ٥ /١٨١١.

(٣٠) مواهب الجليل للحطاب ٥ /٩٦ دار الفكر ــ بيروت ــ الطبعة الثانية.

قال ابن حبـان: الزعيم لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل العراق، والكفيل لغة أهل مصر[٣١].

تعريف الكفالــة في اصطلاح الفقهاء:

ذكر الفقهـــاء تعريفات للكفالــة أهمها:

١ ــ **الحنفية**: أورد فقهاء الحنفية تعريفات للكفالة منها:

التعريف الأول: ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة[٣٢].

شــرح التعريــف: يراد بذلك أن الكفيل تضم ذمته إلى ذمة المدين الأصلي في المطالبة بأداء الدين، ويكون الدين باقياً في ذمة الأصيل، فالاشتراك في الضم إنما هو في المطالبة لاغير.

المناقشـــة:

هذا التعريف أشار إلى أن الضم بين ذمة الكفيل والأصيل إنما هو في المطالبة لاغير، وبناء عليه لاتشغل ذمة الكفيل بالدين، وإنما حق الدائن في مطالبته ليكون ذلك دافعاً للأصيل على الوفاء بما عليه. ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع لأنواع الكفالة بلفظه، غير أن ابن عابدين أورد إضافة للتعريف بقولة:

ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً بنفس أو دين أو عين. وبهذا يكون التعريف شاملاً لأنواع مايراد تعريفه عندهم.

التعريــف الثانــي: الضمـان ضم ذمة إلى ذمة في الدين، يثبت بها دين آخر

---

(٣١) مغني المحتاج لمحمد الشربيني الخطيب ٢ /١٩٨.

(٣٢) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٢٨٣ دار إحياء التراث العربي.

في ذمة الكفيل[٣٣]

شـرح التعريـف: أن الكفيل تضم ذمته إلى ذمة الأصيل فيثبت في ذمته الدين ويكون ملزماً كالأصيل بالدين وتبرأ الذمة بالوفاء من أحدهما، فالكفالة إقراض للذمة والتزام المطالبة ينبني على التزام أصل الدين.

المناقشـة:

هذا التعريف نص على أن الضم بين ذمة الكفيل والمدين في الدين، فتشغل ذمة الكفيل بالدين كذمة الأصيل، ويكون مطالباً بالسداد. وعلى هذا فإن التعريف غير جامع لأنه خاص بنوع من أنواع الكفالة وهي الكفالة بالمال.. وقد اختار أكثر الحنفية التعريف الأول لأنهم يرون أن التعريف بالمطالبة أعم لأنه يشمل أنواع الكفالة الثلاثة وهي الكفالة بالمال وبالنفس وبالأعيان، بخلاف التعريف الثاني فإنه لم يعرف النوعين الأخيرين فكان مختصًّا بكفالة المال[٣٤].

٢ ـ **المالكية**: يعرف المالكية الضمان بتعاريف منها:

التعريف الأول: التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره أو طلبه من عليه لمن هو له[٣٥] بما يدل عليه.

شـرح التعريـف: أن الضمان يتم بالتزام البالغ العاقل المختار فلا يصح من الصبي والمجنون والمكره والسفيه، ويكون الالتزام إما بضمان المال، أو بالطلب من المكفول عنه لصاحب الحق بما يدل على الضمان من صيغة أو غيرها

---

(٣٣) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٥ /٢٨٢ مطبعة الحلبي بمصر،الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ.

(٣٤) نفس المرجع ٥ /٢٨٢.

(٣٥) بلغة السالك لأحمد الصاوي ٢ /١٥٥ مطبعة الحلبي بمصر ـ الطبعة الأخيرة ـ ١٣٧٢هـ.

كإشارة مفهمة أو كتابة، وسواء كان الطلب على وجه الإتيان به لرب الدين أو مجرداً عن ذلك، فشمل التعريف أنواع الضمان الثلاثة عندهم.

ويناقش هذا التعريف أنه أشار إلى ضمان الوجه بأنه طلب الوفاء من المدين للدائن على حين أنهم يرون أن الضامن في ضمان الوجه يغرم المال للدائن، فلا يكون الشمول للأنواع واضحاً، كما أنه لم يتعرض للضم بين الذمتين الضامن والمضمون عنه، وهو أهم مايميز الضمان.

التعريف الثاني: الضمان شغل ذمة أخرى بالحق.

شرح التعريف: قوله «شغل» جنس شامل للمعرف ولغيره من البيع والحوالة لأن في البيع شغل ذمة المشترى بالحق. وفي الحوالة شغل لذمة المحال عليه بحق المحال. وقوله «أخرى» فصل أخرج به البيع والحوالة وغيرها من أنواع الضمان غير المقصود بالتعريف، لأن في البيع والحوالة براءة ذمة لاإشغالها.

وقوله «شغل ذمة» من إضافة المصدر لمفعوله، والمراد: أن يشغل رب الحق ذمة الضامن مع ذمة المضمون عنه سواء كان المضمون عنه أو الضامن متعدداً أو مفرداً. وذلك بالحق الواجب بلا توقف على شيء، أو بعد التوقف على شيء آخر كعدم إتيان المضمون في الوجه أو تهريبه أو تفريط الضامن في الطلب.[٣٦]

وهو شامل لأنواع الضمان الثلاثة عندهم. ضمان المال والوجه والطلب.

ويناقش التعريف: بأنه أطلق الشغل بالحق، ولم يبين أنواع الحق، ومعلوم أن الإطلاق يقصد به العموم، ولكن الأولى التصريح بالأنواع نصًّا لامفهوماً.

٣ ــ **الشافعية**: عرف الشافعية الضمان بأنه: يطلق على التزام الدين والبدن

(٣٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ / ٣٣٠ دار الفكر ــ بيروت.

والعين، وعلى العقد المحصل لذلك.

شـرح التعريـف: يريد أن الضمان عقد يقتضي التزام حق ثابت سواء كان مالاً أو منفعة أو إحضار العين أو البدن ممن يستحق حضوره.

وقوله: «وعلى العقد المحصل لذلك » أن الضمان يطلق على كل من الضمان والأثر، وقد ذكر في التعريف أنواع الضمان[٣٧].

ويناقش هذا التعريـف: بأنه وإن كان شاملاً لأنواع الضمان: الدين والبدن والعين فإنه لم يتطرق إلى ذكر الضم بين ذمة المضمون عنه والضامن في التزام الحق، وهذا من أهم مايميز الضمان.

التعريـف الثاني للضمان عندهم: يقال الالتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونه، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك[٣٨].

شـرح التعريـف: أن الضمان التزام حق، وهو شامل، غير أنه لابد أن يكون الحق المضمون ثابتاً في ذمة الغير لأنه لايجوز عند الشافعية ضمان مالم يجب بل لابد أن يكون المضمون ثابتاً.

ثم أشار الى القسم الثاني، وهو كفالة النفس بقوله : «أو إحضار من عليه» أو يكون المضمون عيناً من الأعيان المضمونة، وهذا يخرج به الأعيان التي هي أمانة كالوديعة ونحوها.

ويناقش هذا التعريـف: بأنه لايختلف عن الأول في كونه يشمل أنواع الضمان وفي كون الضمان عقداً. وإنما يختلف عن الأول في كون الثاني قد نص على أنه لابد أن يكون الدين الملتزم ثابتاً عند الضمان، وذلك بناء على أنه لايجوز عندهم ضمان الحقوق غير الثابتة، ومن هذا يكون التعريف الثاني أولى لاشتماله

---

(٣٧) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٣٢ مطبعة الحلبي بمصر.

(٣٨) شرح البهجة للشربيني الخطيب ٣ /١٤٩.

على أفراد المعرف عند الشافعية، إلا أنه يرد عليه مايرد على التعريف الأول من أنه لم يذكر الضم بين الذمتين مما يتوهم معه أن الالتزام بتحول الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، فكان الأولى الإشارة إليه.

٤ ــ **الحنابلة**: عرف الحنابلة الضمان بتعاريف منها:

التعريف الأول: الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتهما جميعاً[٣٩].

شرح التعريف: إن ذمة الضامن يثبت فيها الدين بجانب ذمة الأصيل، ويكون ملزماً كالأصيل في أداء الحق، ويكون الحق شاغلاً لذمتهما معاً.

وفي إطلاق الحق شمول لأنواع الضمان. وهي ضمان المال، وكفالة النفس.

التعريف الثاني: التزام من يصح تبرعه أو التزام مفلس برضاهما ماوجب على غيره أو مايجب على غيره مع بقائه عليه[٤٠].

شرح التعريف: أي أن الضمان يكون بالتزام جائز التصرف، فلا يصح من صغير ولا مجنون ولا سفيه، لأنه إيجاب مال بعقد فلا يصح منهم كالشراء، كذلك يكون بالتزام المفلس برضا الطرفين، لأن منع المفلس من التصرف في ماله لافي ذمته كالراهن يتصرف في غير الرهن. والملتزم فيه هو الدين أو غيره مما يضمن سواء كان واجباً في الماضي أو يجب في المستقبل، وهذا الالتزام لاينقل الحق إلى الملتزم وإنما يكون الحق شاغلاً للذمتين معاً، لذمة الكفيل بالضمان وللأصيل بالبقاء على أصله، وهذا يفهم من بيانهم للضمان.

---

(٣٩) المغني لابن قدامة ٤ /٥٩٠ ــ مكتبة الرياض الحديثة.

(٤٠) كشاف القناع لمنصور البهوتي ٣ /٣٦٢ مكتبة النصر الحديثة بالرياض.

ويناقش هذا التعريف: أن التعريف لم يذكر الضم بين ذمة المضمون عنه مع ذمة الضامن مما قد يوهم أن الالتزام بتحول الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، وكذلك فإن التعريف لم يذكر القسم الثاني للضمان وهي كفالة النفس.

٥ ــ الظاهريـــة: يعرف ابن حزم الضمان بأنه: نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى. وهذا التعريف لم يرد نصًّا، وإنما يؤخذ من سياقه في بيان معنى الضمان حيث قال: «سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه، وانتقل إلى الضامن، ولزمه بكل حال»[٤١]

شـرح التعريـف: المراد أن الدين ينتقل من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة الضامن، ولايبقى في ذمة المضمون عنه، ولارجوع للدائن على الأصيل ولو تعذر أخذ الحق من الكفيل.

ويناقـش التعريـف: بأن الضمان لا ينقل الحق، وإنما يضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه، وسيأتي بحث ذلك قريباً بمشيئة الله.

٦ ــ وقد جاء تعريف الضمان في مجلة الأحكام العدلية ٦١٢:

الكفالـــة: ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة بشيء.

وهذا التعريف هو نص التعريف الأول عند الحنفية لا يختلف عنه، بل هو منقول منه، لأن مجلة الأحكام كما هو معلوم أخذت من المذهب الحنفي في العهد العثماني.

---

(٤١) المحلي لابن حزم ٨ /١١٠، ١١١ المكتب التجاري للنشر ــ بيروت.

الدراسة والمناقشـــة:

بدراسة هذه التعاريف التي أوردها الفقهاء يتضح أن كلاً منهم إنما عرف الضمان بالأثر المترتب عليه عنده. ولما كان جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة يرون أن الضمان يترتب عليه ضم ذمة الضامن والمضمون عنه، واشتراكهما في الضمان فإنهم عرفوا الضمان بأنه «ضم ذمة»، ومن هذه الدراسة يتبين مايأتي:

١ ــ نصت بعض التعاريف على أن الضمان عقد، ويترتب على هذا أنه لابد من إيجاب وقبول لكي يتم انعقاده، على حين يرى جمهور الفقهاء أن الضمان تبرع يتم بإرادة الضامن وإيجابه وحدة دون توقف على قبول الدائن، فهو من التصرف بالإرادة المنفردة.

٢ ــ أن تعريفات الجمهور متحدة المعنى، وجميعها مبنية على أساس أن حكم الكفالة هو انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل.

٣ ــ في التعريف الأول للحنفية يكون انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة فقط مع بقاء الدين في ذمة الأصيل، وبهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية. أما تعاريف الفقهاء الآخرين فإنها تدل على انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين؛ بمعنى أن ذمة الكفيل تصبح مشغولة به مع بقائه شاغلاً لذمة الأصيل.

٤ ــ أن تعاريف المالكية والشافعية والحنابلة لا تختلف عن بعضها في مضمونها إلا من حيث إيراد بعض الاشتراطات والقيود التي يراها بعضهم، وذلك بناء على حكم الضمان عنده.

من ذلك أرى أن التعريف الأولى للضمان هو:

ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق الواجب حالاً أو مستقبلاً.

وهذا التعريف شامل لأنواع الضمان. لأن التزام الحق قد يكون بالمال وقد يكون بالنفس.

ومع أنه تعريف جامع لأفراد المعرف فهو مانع لدخول غير المعرف في التعريف كضمان الغاصب أو المستعير.

المبحث الثاني

تعريف الكفالة في القانون

لقد عرف القانون المصري الكفالة في المادة ٧٧٢ بما يأتي: «الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إن لم يف به المدين نفسه» ويتفق معه في هذا التعريف القانون المدني السورى في المادة، ٧٣٨، وقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة ١٠٥٣.

شرح التعريف: في هذا التعريف تبين أن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن أما المدين الأصلي فليس طرفاً في عقد الكفالة، مع أن الكفالة لاتتصور بغير وجود الالتزام الذي يقع على عاتق هذا المدين، ومادام أن المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة فمن الممكن أن تنشأ الكفالة دون علمه بل ورغم معارضته، لأن الكفالة لاتلزمه بشيء ولاتثقل التزامه الأصلي. والذي يهم في الكفالة هو التزام هذا المدين إذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل، فيجب أن يكون مذكوراً بوضوح ودقة في عقد الكفالة، ويكون هذا الالتزام من الكفيل التزاماً تبعياً لالتزام المدين، وذلك هو ماتوحي به عبارة «إن لم يف به المدين نفسه».

وهذا الالتزام المكفول به أكثر مايكون مبلغاً من النقود، وقد يكون إعطاء شيء غير النقود، كما قد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل، ويكون الكفيل ملتزماً شخصيًّا بالوفاء بما التزم به إذا لم يوفه المدين.

والكفالة من التأمينات الشخصية، ويخرج من ذلك التأمينات العينية من النقود أو القيم المنقولة التي تودع ضماناً لدين. ويخرج منها كذلك الكفيل العيني، وهو الذي يقدم شيئاً مملوكاً عقاراً أو منقولاً رهناً لوفاء دين الغير، لأن

الكفيل العيني لايكون مسئولاً شخصيًّا عن الدين المضمون، بل الذي يضمن الدين هو العين التي قدمها رهنا سواء كان الرهن رهناً رسميًّا أو رهناً حيازيًّا.[٤٢]

وينتقل الالتزام الشخصي في تركته إلى ورثته، ويكون مسئولاً في جميع أمواله لافي مال معين بالذات، ولكن لايكون للدائن في الكفالة الشخصية إلا الضمان العام لكل دائن لكل دائن في أموال في أموال مدينه، ولذلك يزاحمه سائر دائني الكفيل الشخصي ولايتركز الدين في عين معينة بالذات يكون للدائن فيها حق التقدم وحق التتبع كالكفالة العينية[٤٣].

ولقد عرف القانون المدني العراقي في المادة ١٠٠٨ الكفالة بأنها: «ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام». وهذا التعريف مأخوذ من الفقه الإسلامي ومن المذهب الحنفي، ذلك أن القانون المدني العراقي قد استفاد من مجلة الأحكام العدلية التي قد قننت من المذهب الحنفي في العهد العثماني.

---

(٤٢) الرهن الرسمي: عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقًّا عينيًّا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون.
والرهن الحيازي: «عقد به يلتزم شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يترتب عليه الرهن حقًّا عينيًّا يخوله حبس الشيء لحين اسيتفاء الدين وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون. مادة ١٠٣٠، ١٠٩٦ مدني مصري.

(٤٣) الوسيط شرح القانون المدني للسنهوري ١٠ /١٨. والتأمينات الشخصية والعينية /جميل الشرقاوي ص١٦ وعقد الكفالة د /منصور مصطفى منصور ص٧.

المبحث الثالث

المقارنة بين تعريف الكفالة «الضمان الشخصي» في القانون بالتعريف المختار في الفقه الإسلامي.

عرف الضمان الشخصي في الفقه الإسلامي بأنه: «عقد يقتضي التزام مكلف». وتبعه القانون، حيث جاء في التعريف: «عقد بمقتضاه يكفل شخص». فاتفق تعريف القانون مع التعريف الوارد في الفقه الإسلامي بأنه عقد. وتعريف الفقه بأنه «التزام مكلف» أولى من تعريف القانون بقوله «يكفل شخص». لأن الشخص قد يكون مكلفاً وقد يكون غير مكلف.

وقوله في القانون: «تنفيذ التزام» وهو المكفول به وهذا الالتزام قد يكون واجباً في الحال أو سيجب في المستقبل، وهذا هو معنى ماورد في الفقه: «ماوجب على غيره أو مايجب على غيره».

وقوله في القانون: «بأن يفي بهذا الالتزام إن لم يف به المدين نفسه» أي أن الكفيل يلتزم بالوفاء بما على المدين مع بقاء الدين على الأصيل، وهذا هو معنى قوله في تعريف الفقه الإسلامي «مع بقائه عليه».

ويذكر شراح القانون في نص المادة ٧٧٢ على التزام الكفيل بالوفاء إن لم يف به المدين نفسه «أن ذلك لايعني أن يكون الالتزام من الكفيل معلقاً على شرط هو عدم قيام المدين بالوفاء، وإنما هي تقرر أن الكفيل لايلتزم بالدين الأصلي على قدم المساواة مع المدين به، بل يلتزم به التزاماً تبعيًّا لالتزام المدين وهذه التبعية تعني ارتباط الكفيل بالتزام المدين في وجوده وفي مصيره، ومعنى هذا أن الشرط ليس على إطلاقه، وإنما يطالب الكفيل بالوفاء مطلقاً، ومن ذلك

نرى أن القانون لم يوضح المقصود في تلك الفقرة، مع أن التعريف من شروطه أن يكون واضحاً في الدلالة على المعرف، وبذلك نعلم أن تعريف الفقه الإسلامي أوضح وأولى من التعريف القانوني.

أما التعريف المختـــار وهو:

ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق الواجب حالاً أو مستقبلاً.

فإنه يفضل التعريف القانوني للكفالة بما يأتي:

١ ــ أن أهم مايميز الكفالة كونها ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في الالتزام، وهو/مايقول به القانون حيث تتجه المطالبة عنده أولاً إلى المدين، فإذا لم يفِ بالتزامه اتجهت المطالبة إلى الضامن، كما تدل عليه عبارة: «إذا لم يفِ به المدين نفسه»

٢ ــ أن التعريف القانوني لم يشر إلى نوع الملتزم به، على حين أشير إلى ذلك بالتعريف المختار في الفقه الإسلامي من جواز كون الحق حاضرا أو مستقبلاً.

٣ ــ أن التعريف القانوني إنما يتناول كفالة المال دون الكفالة بالنفس، على حين أن التعريف المختار في الفقه الإسلامي يشير إلى أنواع الكفالة بقوله«في التزام الحق» وهذا يشمل كفالة المال وكفالة النفس.

المبحث الرابع

الأثر الذي يترتب على الضمان

اختلف الفقهاء هل يترتب على الضمان الضم بين ذمة المضمون عنه والضامن، أو يترتب عليه نقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى الضامن:

١ ـــ يرى أبو ثور والظاهرية أن الضمان ينقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، وبالضمان تبرأ ذمة المضمون عنه.

قال أبو ثور: الكفالة والحوالة سواء، وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل، وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى، وابن شبرمة(٤٤).

٢ ـــ ويرى جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة أن الضمان يثبت به الحق في ذمة الضامن مع بقائه في ذمة المضمون عنه، ولا تبرأ به ذمة المضمون عنه، وإنما يطالبان جميعاً بالأداء، فإذا أدى أحدهما بريء الآخر(٤٥).

٣ ـــ وذهب بعض الحنفية إلى أن الضمان هو الضم لذمة الضامن مع ذمة المضمون عنه، إلا أن الضم إنما هو ضم في المطالبة فقط لا في الأداء، فيكون الدين شاغلاً لذمة المضمون عنه فقط، والضامن يشاركه في المطالبة لاغير، وهذا هو المختار عند الحنفية(٤٦).

---

(٤٤) المحلي لابن حزم ٨ /١١٢ والمغني لابن قدامة ٤ /٦٠٣.

(٤٥) الشرح الصغير للدردير ٣ /٤٣٨ ونهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٥٨ والمغني لابن قدامة ٤ /٦٠٤.

(٤٦) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٢٨٣.

الأدلة والمناقشة:

أولا: استدل أصحاب القول الأول وهم القائلون بأن الضمان ينقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن بما يأتي:

١ ــ روى البخاري [٤٧] عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: «كنا جلوساً عند النبي ﷺ إذ أتي بجنازة. فقالوا صلِّ عليها فقال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا. قال: فهل عليه دين؟ قالوا: نعم ثلاثة دنانير، قال: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة صلِّ عليه يارسول الله وعليّ دينه، فصلى عليه».

قال ابن حزم: فيه أن الدين يسقط بالضمان جملة، لأنه لو لم يسقط عن الميت وينتقل إلى ذمة أبي قتادة لما كانت الحال إلا واحدة وامتناعه عليه السلام من الصلاة عليه قبل ضمان أبي قتادة لدينه ثم صلاته عليه السلام عليه بعد ضمان أبي قتادة برهان صحيح على أن الحال الثانية غير الأولى.

٢ ــ روى الإمام أحمد[٤٨] في المسند عن جابر رضي الله عنه قال: «توفي صاحب لنا فأتينا النبي ﷺ ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال: أعليه دين؟ قلنا ديناران. فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فقال: الديناران عليّ. فقال ﷺ وجب حق الغريم، وبريء الميت منهما؟ قال نعم. فصلى عليه ثم قال بعد ذلك: مافعل الديناران؟ قال: إنما مات أمس. فعاد إليه من الغد. فقال: قد قضيتهما. فقال رسول الله ﷺ: الآن بردت جلده».

وهذا الحديث صريح في براءة ذمة المضمون عنه لقوله « وبرئ

---

(٤٧) صحيح البخاري بشرحه فتح الباري لابن حجر ٤ /٤٦٦ كتاب الكفالة حديث رقم ٢٢٨٩.
(٤٨) مسند الإمام أحمد ٣ /٣٣٠.

الميت منهما» وسقوط الدين عنه وانتقاله إلى الضامن بمجرد الضمان بدليل صلاة النبي ﷺ.

٣ ــ أن الدين الواحد لايحل في محلين،فإذا صار في ذمة ثانية برئت الأولي منه كالمحال به.

المناقشـــة:

١ ــ نوقش استدلالهم بالحديث الأول بأنه ليس فيه دليل على انتقال الدين إلى ذمة الضامن وبراءة الأصيل منه، وإنما كان فيه حض الناس على الوفاء وعدم التهاون في شأنه. وصلاته ﷺ على الميت بعد الضمان لأن ضمان أبي قتادة صار وفاء له لا أن الدين سقط عنه يدل لذلك مافي الروايات الأخرى «الآن بردت عليه جلده» ولو برئت ذمته بالضمان لبردت جلده قبل قوله له.

٢ ــ وأما الدليل الثاني فالمراد بقوله: وبريء منهما الميت أي صرت أنت المطالب بهما، وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الأداء عليه، فصار الدين بكفالته قريب الوفاء حتى كأنه قد وفي وبريء منه المدين كما في قوله تعالى: ﴿ أَتَىٰٓ أَمْرُ ٱللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ ﴾ (النحل /١).

٣ ــ وقولهم: إن الدين الواحد لايحل في محلين. يرد عليه أنه يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن. وتشبيههم الضمان بالحوالة غير صحيح لأن الضمان مشتق من الضم فيقتضي الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما، والحوالة من التحول فتقتضي تحول الحق من محله إلى ذمة المحال عليه ولايلزم من مطالبتهما معاً حلوله في محلين وتعدد الحق، لأن الاستيفاء لايكون إلا من أحدهما.

ثانيا: واستدل أصحاب القول الثاني وهم القائلون إن الضمان يثبت به الحق في ذمة الضامن مع بقائه في ذمة المضمون عنه بما يأتي:

١ ــ الحديث الذي رواه جابر رضي الله عنه وفيه قوله ﷺ «الآن بردت عليه جلده» وهذا دليل على عدم براءة ذمته قبل الوفاء، وأنما برئت بالوفاء من أبي قتادة، وإنما قبل الوفاء قد انشغلت ذمة أبي قتادة بالدين وانضمت إلى ذمة المضمون عنه.

٢ ــ قول النبي ﷺ «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضي عنه»[٤٩].

وجــه الدلالــة:

أن جعل الدين معلقاً بنفس المدين حتى يؤدى عنه يدل على أن الكفالة لاتنقل الدين، وإنما تضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين.

٣ ــ أنه لو وهب الدين للكفيل صح، ويرجع الكفيل به على الأصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لاتجوز، فدل ذلك على أن الدين ثابت في ذمة الكفيل، إلى جانب ثبوته في ذمة الأصيل.

٤ ــ أنه يصح أن يشترى الدائن من الكفيل شيئاً في مقابل دينه مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لايصح.

٥ ــ عدم بطلان الكفالة بوفاة الكفيل، وإنما يستوفي الدين من تركته، وهذا دليل على أن الدين ثابت في ذمة الكفيل إلى جانب ثبوته في ذمة الأصيل. فليس الضم في المطالبة فقط، وإلا لانتهت الكفالة بموت الكفيل.

---

(٤٩) رواه أبو هريرة وأخرجه أحمد في مسنده، والترمذي، وابن ماجه، والحاكم في مستدركه، وقال: حديث صحيح / الجامع الصغير للسيوطي ٢ /٦٧٦ حديث رقم ٩٢٨١.

المناقشــة:

١ ــ نوقش استدلالهم بالحديث بأن المضمون عنه بريء من الدين بصلاة النبي ﷺ بضمان أبي قتادة، وقوله «الآن بردت عليه جلدة» تأكيد للبراءة الواقعة بضمان أبي قتادة.

٢ ــ ونوقش استدلالهم بصحة الهبة للكفيل والشراء منه بالدين المكفول بأن الضرورة تقضي باعتبار الدين متعلقاً بذمة الكفيل في هاتين الحالتين تصحيحاً لتصرف الدائن.

٣ ــ ونوقش استدلالهم بأن الكفالة لو كانت ضمًّا في المطالبة فقط لانتهت بموت الكفيل ولم يؤخذ الدين من تركته بأن الوكيل في الشراء مطالب بالثمن فقط، وبهذه المطالبة تشغل ذمته دون أن تشغل بالدين، وإذا توفي لاينتهي التزامه بل يؤخذ الثمن من تركته مع أنه غير مدين، وإنما أخذه من تركته نتيجة التزامه بأدائه.

ثالثــاً: واستدل أصحاب القول الثالث وهو أن الضم إنما هو في المطالبة فقط بالأدلة الآتية:

١ ــ استدلوا بما ورد في السنة مما سبق بيانه دليلاً للجمهور، لأنهم متفقون مع الجمهور على أن الكفالة هي الضم، وإنما الضم إنما هو في المطالبة فقط.

٢ ــ أن الغرض من الكفالة هو التوثق، ويكفي في التوثيق أن يكون الضم في المطالبة فقط، لأن المطالبة للكفيل تدفع المدين إلى الوفاء نتيجة لمطالبة الدائن والكفيل جميعاً له.

٣ ــ أنه في القول بثبوت الدين في ذمة الكفيل مع ثبوته في ذمة الأصيل يجعل الدين متعدداً ويصير للدائن دينان يستوفيهما من اثنين وهذا لايجوز.

المناقشـــة:

١ ـــ نوقش الدليل الأول كما نوقش عند الجمهور لاتفاق الجميع على الأخذ به.

٢ ـــ ونوقش الدليل الثاني بأن الأصل تبعية المطالبة للدين، فلا تثبت بدونه وأما انفصال المطالبة عن الدين في بعض الحالات فمرده إلى وجود مايدعو لذلك كما في مسألة الوكيل بالشراء يطالب بالثمن، وهو ثابت في ذمة الموكل لافي ذمته، أما في الكفالة فليس فيها ما يدعو إلى الخروج عن أصل تبعية المطالبة للدين[٥٠].

٣ ـــ أنه لايلزم من ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل صيرورة دين الدائن دينين يستوفيهما منهما. بل هو دين واحد، ولكنه يشغل ذمة كل منهما، والاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما، فإذا استوفى من أحدهما انتهى الضمان، كما في الغاصب وغاصب الغاصب إذا تلف المغصوب في يد غاصب الغاصب فإن المالك في هذه الحال لايستحق إلا قيمة المغصوب يأخذها من أحدهما.

الترجيـــح:

بدراسة أدلة كل من المذاهب الفقهية السابقة ومناقشتها يتضح أن الراجح هو القول بأن الضمان لا ينتقل به الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل، وإنما تنضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل، ويكون هذا الانضمام في المطالبة بأداء الدين، ويكون الدين شاغلاً لذمة الكفيل والأصيل معاً، وأنه باستيفائه من أحدهما ينتهي الضمان، وهذا هو معنى قول الجمهور من الفقهاء، وخلافهم مع

---

(٥٠) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٢٨٣ وحاشية ابن عابدين ٥ /٢٨٢ والشرح الصغير للدردير ٣ /٤٣٨ ونهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٥٨ وتكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٢٤ والمغني لابن قدامة ٤ /٦٠٣ والمحلى لابن حزم ٨ /١١٢.

الحنفية إنما هو خلاف نظري ليس له ثمرة حقيقية، فلذلك نرى رجحان قول الجمهور للأدلة السابقة،ولأن الدائن يطمئن إلى استيفاء حقه في تلك الحال وهذا فائده الضمان.

الفصـــل الثالـــث

الأصل في مشروعية الضمان الشخصي «الكفالة»

ويندرج تحته مبحثان :

المبحـث الأول : الأصل في مشروعية الكفالة في الفقه الإسلامي.

المبحـث الثانـــي : أصل الكفالة في القوانين الوضعية وبيان مصادرها

المبحث الأول

الأصل في مشروعية الضمان «الكفالة» في الفقه الإسلامي

الأصل في مشروعية الضمان الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

١ ــ الكتاب: ورد من الكتاب في مشروعية الكفالة قوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾.(٥١)

قال ابن عباس: الزعيم الكفيل، وهذا نص في جواز الكفالة.

وقال مجاهد: الزعيم هو المؤذن الذي قال: أيتها العير، والزعيم والكفيل والحميل والضمين والقبيل سواء.(٥٢)

وقال ابن كثير:(٥٣) إن قوله: وأنا به زعيم من باب الضمان والكفالة.

وقال في الفتوحات الإلهية: إن قوله: وأنا به زعيم قول المؤذن وحده، فهو الذي كفل وضمن.(٥٤)

وقال الشوكاني(٥٥): وأنا به زعيم أي بحمل البعير الذي جعل لمن جاء

---

(٥١) سورة يوسف آية /٧٢.

(٥٢) تفسير القرطبى ٩ /٢٣١ دار الكتاب العربي ــ القاهرة ١٣٨٧هـ.

(٥٣) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٣ /٥٢٢ وجاء تفسير المراغي مثله، تفسير المراغي ١٣ /٢٠.

(٥٤) الفتوحات الإلهية على تفسير الجلالين /سليمان بن عمر الجمل ٢ /٤٦٩، وتفسير المراغي لأحمد مصطفى المراغى ١٣ /٢٠ الطبعة الثالثة ١٣٩٤هـ.

(٥٥) فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير /محمد بن علي الشوكاني ٣ /٤٢ مطبعة الحلبي بمصر، الطبعة الثانية ١٣٨٣هـ.

بالصواع قبل التفتيش للأوعية، والزعيم هو الكفيل، ولعل القائل: نفقد صواع الملك هو المنادي، وإنما نسب إلى الجماعة لكونه واحداً منهم، ثم رجع الكلام إلى نسبة القول إلى المنادي وحده لأنه القائل بالحقيقه.

وقال ابن جرير الطبري[٥٦] في تفسير الآية : وأنا به زعيم أي: بأن أوفيه حمل بعير من الطعام إذا جاءني بصواع الملك كفيل.

وجــه الدلالة من الآيــة:

أن الله سبحانه وتعالى قد ذكر أن المنادي قد تكفل عن الملك لمَن جاء بصواعه بحمل بعير من الطعام.

وقد اعترض على الاستدلال بالآية بما يأتي:

١ ــ أنه ليس من باب الكفالة، لأنه ليس فيها كفالة إنسان عن إنسان وإنما هو رجل التزم عن نفسه وضمن منها، وذلك جائز لغة لازم شرعاً.[٥٧] ونقل عن أبي بكر الجصاص تضعيف الاستدلال بالآية لجواز أن يكون لبيان الإجارة لا الكفالة، لأن هذا القائل ضامن عن نفسه فلا يكون فيها دليل على الكفالة.[٥٨]

قال أبو بكر ظن بعض الناس أن ذلك كفالة عن إنسان، وليس كذلك لأن قائل ذلك جعل حمل بعير أجرة لمن جاء بالصاع. فهذا القائل لم يضمن عن إنسان شيئا، وإنما ألزم نفسه ضمان الأجرة لرد الصاع.. وإن هذا إجارة جائزة.

---

(٥٦) جامع البيان عن تأويل آي القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ١٣ /٢٠.

(٥٧) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٣.

(٥٨) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٣٠٠، وأحكام القرآن للجصاص ٣ /١٧٥ دار الفكر ــ بيروت.

٢ ــ أن الاستدلال بالآية بناء على أن شرع من قبلنا شرع لنا، وهذا غير صحيح، لأن شرع من قبلنا ليس بشرع لنا لأنها مخصوصة ببعض الأمم وفي بعض الأزمنة، وإنما جاءت شريعتنا عامة وناسخة لكل ماتقدمها، وهذا هو رأى بعض العلماء، ومنهم بعض الشافعية.[٥٩]

ويجاب عن هذه الاعتراضات بما يأتي:

يجاب عن الاعتراض الأول: بأن الاستدلال بالآية على الكفالة صحيح، ويرد على المعترض:

١ ــ بأنه لافرق بين التزام الإنسان عن نفسه وبين التزامه به عن غيره، ولايمكن قصر الاستدلال بالآية على أنها ضمان عن النفس فقط بذلك.

٢ ــ أن الاستدلال بالآية على صحة الكفالة واضح، ذلك أن الزعيم حقيقة الكفيل، والمؤذن إنما نادى عن غيره ، وهو الملك، فكأنه قال: الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير، لأنه إنما نادى عن أمره ثم كفل عن الملك بالجعل فلا يكون ضامناً عن نفسه وإنما عن غيره وهو الملك.

فتكون الآية دالة على مشروعية الكفالة[٦٠].

ويجاب عن الاعتراض الثاني بما يأتي: أن الصحيح هو أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يرد في شرعنا ماينسخه، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء، لأن الأصل هو وحدة الشرائع السماوية، وذكر الله الأمر دون إنكار يدل على أنه مشروع في

---

(٥٩) مغني المحتاج للشربيني الخطيب ٢ /١٩٨.

(٦٠) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٣٠١.

الإسلام، لأن مادكر عن الأمم السالفة لا يخلو من النص بتخصيصه أو تعميمه، فإن نص على تخصيصه فيعتبر خاصًّا بهم وإلا فيعتبر عامًّا[٦١].

وبذلك تكون الآية دالة على مشروعية الكفالة.

ثانياً: «السنـــة»

وقد دلت السنة على مشروعية الضمان الشخصي «الكفالة» يتمثل ذلك فيما ورد عن الرسول ﷺ قولاً أو فعلاً أو تقريراً. ومن ذلك:

أولاً القول: ومن الأحاديث التي وردت عن الرسول ﷺ:

١ ــ حديث سلمة بن الأكوع قال: «كنا عند النبي ﷺ فأتي بجنازة فقالوا يارسول الله صلِّ عليها، قال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا، قال هل عليه دين؟، قالوا: ثلاثة دنانير، قال: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: صلِّ عليه يارسول الله وعليّ دينه، فصلى عليه». رواه أحمد والبخاري، والنسائي[٦٢].

٢ ــ عن جابر رضي الله عنه قال: توفي رجل منا فغسلناه وحنطناه وكفناه ثم أتينا به النبي ﷺ فقلنا: نصلي عليه فخطا خطوة ثم قال: أعليه دين؟ قلنا: ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فأتيناه فقال أبو قتادة: الديناران عليّ، فقال النبي ﷺ: قد أوفي الله حق الغريم وبريء منه الميت، قال: نعم، فصلى عليه ثم قال بعد ذلك بيوم: مافعل الديناران؟ قال إنما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغد، فقال قد قضيتهما فقال النبي ﷺ: «الآن بردت عليه جلده» رواه أحمد وأبو

---

(٦١) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص٢٤١ دار الفكر العربي بالقاهرة.

(٦٢) رواه البخاري في كتاب الكفالة ورقم الحديث ٢٢٨٩جـ٤ /٤٦٦ فتح الباري لابن حجر،والإما أحمد في مسنده ٥ /٢٩٧، والنسائي في الجنائز ٤ /٥٣.

داود والنسائي والدارقطني، وصححه ابن حبان والحاكم.[٦٣]

وجمع بين قوله في حديث سلمة بن الأكوع: ثلاثة دنانير، وبين حديث جابر: ديناران، بأحد الوجوه الآتية:

١ ــ أن الدين كان دينارين وشطرا، فمن قال«ثلاثة» جبر الكسر، ومن قال: ديناران ألغاه.

٢ ــ أنه كان الأصل ثلاثة فقضى قبل موته ديناراً، فمن قال: ثلاثة اعتبر أصل الدين، ومن قال دينارين اعتبر الباقي.

٣ ــ وقيل يحتمل أنهما قصتان، ولكن ذلك بعيد الاحتمال، والأول أولى كما في الفتح[٦٤].

الحديث الثاني[٦٥]:

روى الدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «كنا مع رسول الله ﷺ في جنازة، فلما وضعت قال رسول الله ﷺ: هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم، درهمان قال: صلوا على صاحبكم فقال عليّ: يارسول الله هما علي وأنا لهما ضامن، فقام فصلى عليه ثم أقبل على عليّ، وقال: جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك» ورواه البيهقي من طرق بأسانيد ضعيفة وفي آخره: «مامن مسلم فك رهان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامة» وفيه زيادة، فقال بعضهم: هذا لعلي خاصة أم للمسلمين عامة؟ فقال: «للمسلمين عامة».[٦٦]

---

(٦٣) نيل الأوطار للشوكاني ٥ /٢٧٠، وسبل السلام للصنعاني ٣ /٨١، وتلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني ٣ /٤٨.

(٦٤) نيل الأوطار للشوكاني ٥ /٢٦٨.

(٦٥) سنن الدارقطني ٣ /٤ دار المحاسن للطباعة ــ القاهرة ١٣٨٦هـ

(٦٦) تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني ٣ /٤٧.

ويجمع بين حديث عليّ وأبي قتادة رضي الله عنهما بتعدد القصة، وأن الحالة تكررت مع كل منهما.

وجـه الدلالـة:

أن الرسول ﷺ قد امتنع عن الصلاة على الميت قبل ضمان أبي قتادة له فلما زال سبب الامتناع بضمان أبي قتادة لدين الميت صلى عليه الرسول ﷺ فكانت الكفالة مشروعة، وإلا لما اختلفت الحال قبل الضمان وبعده.

وفي حديث علي إقرار الرسول ﷺ ضمان علي رضي الله عنه للميت، ودعاؤه له بفك رهانه، وهذا يدل على مشروعية الكفالة، وإلا لما دعا له بذلك، بل يدل على أنها فوق ذلك مندوبة.

الحـديث الثالـث:

حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين، فيسأل: هل ترك لدينه من قضاء؟ فإن حدث أنه ترك وفاء صلى عليه وإلا قال: صلوا على صاحبكم، فلما فتح الله عليه الفتوح قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفي وعليه دين فعليّ قضاؤه.(٦٧) متفق عليه.

وفي رواية للبخارى: فمن مات ولم يترك وفاءً فعليّ قضاؤه.

وقد ذكر الرافعى في آخر الحديث «قيل: يارسول الله وعلى كل إمام بعدك؟ قال: وعلى كل إمام بعدي، وقد وقع معناه للطبراني في الكبير من حديث زاذان عن سلمان قال: أمرنا رسول الله ﷺ أن نفدي سبايا المسلمين ونعطي

(٦٧) رواه البخاري في كتاب الكفالة وفي باب الدين رقم الحديث ٢٢٩٨، صحيح البخاري بشرحه فتح الباري لابن حجر ٤ /٤٧٧. ورواه مسلم كذلك في كتاب الفرائض ١١ /٦٠ بشرح النووي. دار الفكر ١٤٠١هـ.

سائلهم، ثم قال: «من ترك مالاً فلورثته ومن ترك ديناً فعليّ وعلى الولاة من بعدي من بيت مال المسلمين» وقد وقع معناه في الطبراني الكبير، قال ابن حجر العسقلاني: وفيه عبدالرحمن بن سعيد الأنصاري متروك ومتهم أيضاً.[٦٨]

وجه الدلالة من الحديث:

أن الرسول ﷺ كان في صدر الإسلام لايصلي على من مات ولم يترك وفاءً إلا إذا تكفل أحد بالوفاء عنه، ثم تكفل الرسول ﷺ بقضاء دين من مات من المسلمين ولم يخلف وفاءً لدينه، فضمانه ﷺ بذلك يدل على مشروعية الضمان والكفالة.

الحديث الرابع:

حديث أبي أمامة[٦٩] رضي الله عنه قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث، ولاتنفق المرأة من بيتها إلا

(٦٨) سبل السلام للصنعاني ٣ /٨٢ وانظر تلخيص الحبير لابن حجر ٣ /٤٩.

(٦٩) هو أبو أمامة الباهلي، وسند الحديث من رواية عبدالله عن أبيه حدثه أبو المغيرة حدثنا إسماعيل بن عياش، حدثنا شرحبيل بن مسلم الخولاني قال سمعت أبا أمامة الباهلي يقول: الحديث.. وفي رواية أخرى: حدثنا عبدالله حدثه أبوه قال: حدثنا يحيى ابن معين حدثنا إسماعيل بن عياش عن شر حبيل عن أبي أمامة عن النبي ﷺ: «الزعيم غارم». وفيه إسماعيل ابن عياش ضعفه ابن حزم، قال ابن حجر لم يصب ابن حزم في ذلك، والحديث عند الترمذي في الوصايا أتم سياقاً واختصره ابن ماجه. وله في النسائي طريقان من رواية غيره إحداهما عن طريق أبي عامر الوصابي والأخرى من طريق حاتم ابن حريث كلاهما عن أبي أمامة، وصححه ابن حبان من طريق حاتم هذه، وقد وثقه عثمان الدارمي، وقد رواه ابن ماجه والطبراني في مسند الشاميين من طريق سعيد بن أبي سعيد عن أنس،وهذه الطرق التي ورد بها الحديث يقوى بعضها بعضاً في الاستدلال ثم إن إسماعيل بن عياش قال عنه البخارى: اذا حدث عن أهل بلده فصحيح، وإذا حدث عن غيرهم ففيه نظر، قال في التنقيح: رواية إسماعيل بن عياش عن الشاميين جيدة، وشرحبيل من ثقات الشاميين، قال أحمد: ووثقه أيضاً العجلى وابن حبان وضعفه ابن معين اهـ.. نصب الراية للزيلعي ٤ /٥٨، تلخيص الحبير لابن حجر ٢ /٤٧، وانظر ميزان الاعتدال للذهبي ٢٤١٨.

بإذن زوجها، فقيل: يارسول الله ولا الطعام قال: ذلك أفضل أموالنا قال: ثم قال رسول الله ﷺ: العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم.

هذا نص الحديث في مسند الإمام أحمد[٧٠]، وأخرجه أبوداود[٧١]، والترمذي وحسنه[٧٢].

وفي الشرح الكبير للرافعي «العارية مردودة» قال الحافظ ابن حجر في تخريجه: لم أره بهذ اللفظ، وإنما رواه أحمد وأصحاب السنن بلفظ «العارية مؤداة»[٧٣]، وقال في التلخيص[٧٤]: رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي.

وقد روي هذا الحديث من طريق أخرى عند الدارقطني[٧٥] والطبراني[٧٦] عن أنس بن مالك قال: «إني لتحت ناقة رسول الله ﷺ يسيل عليّ لعابها فسمعته يقول:... فذكر الحديث».

وجه الدلالة من الحديث:

أن الرسول ﷺ جعل الزعيم ــ وهو الضامن والكفيل ــ غارماً، فلو لم يكن الضمان يلزمه إذا ضمن لما جعله غارماً يجب عليه وفاء ما التزم به، وهذا يدل على مشروعية الضمان والكفالة.

---

(٧٠) مسند الإمام أحمد بن حنبل ٥ /٢٦٧ دار صادرــ بيروت.

(٧١) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع في باب تضمين العارية ٣ /٣٢٢ حديث رقم ٣٥٦٥.

(٧٢) أخرجه الترمذي في كتاب البيوع، باب ماجاء في أن العارية مؤداة حديث رقم ١٢٦٥ قال الترمذي،وفي الباب عن سمرة بن صفوان بن أمية وأنس.
قال: وحديث أبي أمامة حديث حسن غريب وقد روي عن أبي أمامة عن النبي ﷺ أيضاً من غير هذا الوجه.

(٧٣) كشف الخفاء ومزيل الإلباس للعجلوني ٢ /٦٧ ورقم الحديث ١٦٩٥ عنده.

(٧٤) تلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني ٢ /٤٧ ورقم الحديث عنده ١٢٥١.

(٧٥) سنن الدار قطني ٣ /٤٠.

(٧٦) نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزيلعي ٤ /٥٨.

الحديـث الخامس:

حدثنا عبدالله حدثني أبي حدثنا إسماعيل أنبأنا أيوب عن هارون بن رئاب عن كنانه بن نعيم عن قبيصة بن المخارق قال: حملت حمالة فأتيت النبي ﷺ فسألته فيها، فقال: أقم حتى تأتينا الصدقة فإما أن نحملها وإما أن نعينك فيها، وقال: إن المسألة لاتحل إلا لثلاثة لرجل تحمل حمالة قوم فيسأل حتى يؤديها ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فيسأل حتى يصيب قواماً من عيش أو سداداً من عيش ثم يمسك، ورجل أصابته فاقة فيسأل حتى يصيب قواماً من عيش أو سداداً من عيش ثم يمسك، وما سوى ذلك من المسائل سحتا ياقبيصة يأكله صاحبه سحتا»[٧٧] رواه الإمام أحمد، ورواه مسلم من طريق آخر عن يحيى بن يحيى وقتيبة بن سعيد كلاهما عن حماد بن زيد، قال يحيى أخبرنا حماد بن زيد عن هارون بن رئاب إلى آخر المسند عن قبيصة ابن مخارق الهلالي.[٧٨]

وجـه الدلالـة:

أن النبي ﷺ أباح له الصدقة حتى يؤدى ما التزم به، فدل ذلك على أن الحمالة قد لزمته لأنه قد حملها، وذلك يدل على مشروعية الضمان والحمالة.

وأما الفعل: فمنـه ماورد عن ابن عباس رضي الله عنهما:

١ ــ حديث عبدالله بن عباس رضي الله عنهما قال: إن رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير، فقال: ما أفارقك حتى تقضي أو تأتي بحميل، فتحمل بها رسول الله

---

(٧٧) رواه الإمام أحمد في المسند٥ /٦٠، ورواه أبو داود في كتاب الزكاة ٢ /٤٠، دار الكتاب العربي بلبنان.

(٧٨) صحيح مسلم للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج ٢ /٧٢٢ ورقمه عنده (١٠٤٤) دار الفكر بيروت.

ﷺ، فأتاه بها من وجه غير مرضي فقضاها رسول الله ﷺ عنه «وقال: الحميل غارم».

وفي رواية فتحمل بها رسول الله ﷺ فأتاه بها فقال له رسول الله ﷺ: من أين أصبت هذا الذهب؟ فقال من معدن، فقال لاحاجة لنا فيه، ليس فيها خير، فقضاها عنه رسول الله ﷺ «أخرجه أبو داود وابن ماجه»[٧٩].

وجـه الدلالـة من الحديـث:

أن الرسول ﷺ تحمل عن الرجل دينه،وتحمل الرسول عليه الصلاة والسلام يدل على مشروعية الكفالة وصحتها، وإلا لما تحمل فيها الرسول بنفسه والدلالة من هذا الحديث فعله ﷺ للكفالة.

وأمـا التقريـر:

فقد ورد عن الرسول ﷺ مايدل على أنه قد أقر الكفالة وذلك:

حديث أبي هريرة رضى الله عنه الذي رواه عنه الليث قال: حدثني جعفر بن ربيعة عن عبد الرحمن بن هرمز عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه ذكرَ رجلاً من بني إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار فقال: ائتنى بالشهداء أشهدهم، فقال كفى بالله شهيداً، قال: فائتنى بالكفيل، قال: كفى بالله كفيلاً، قال: صدقت، فدفعها إليه على أجل مسمى، فخرج في البحر فقضى حاجته، ثم التمس مركباً يركبها يقدم عليه للأجل الذي أجله، فلم يجد مركباً، فأخذ خشبة فنقرها، فأدخل فيها ألف دينار وصحيفة منه إلى صاحبه، ثم زجج موضعها[٨٠]، ثم أتى بها إلى البحر فقال: اللهم إنك تعلم أني

(٧٩) جامع الأصول في أحاديث الرسول لابن الأثير الجزري ٧ /٦١ ورقمه عنده ٥٠٢٦ مطبعة الملاح ١٣٩١هـ، وأخرجهما أبو داود في حديث واحد رقم ٣٣٢٨ في البيوع باب في استخراج المعادن، وابن ماجه برقم ٢٤٠٦ في الصدقات وباب الكفالة وهو حديث حسن، جامع الأصول لابن الأثير ٧ /٦١، تحقيق عبد القادر الأرناؤوطى.

(٨٠) أي سوى موضع النقر وأصلحه.

كنت تسلفت فلاناً ألف دينار، فسألني كفيلاً فقلت: كفى بالله كفيلاً، فرضي بك،وسألني شهيداً فقلت: كفى بالله شهيداً، فرضي بذلك،وإني جهدت أن أجد مركباً أبعث إليه الذي له فلم أقدر، وإني أستودعكها، فرمى بها في البحر حتى ولجت فيه ثم انصرف، وهو في ذلك يلتمس مركباً يخرج إلى بلده، فخرج الرجل الذي كان أسلفه ينظر لعل مركباً قد جاء بماله، فإذا بالخشبة التي فيها المال،فأخذها لأهله حطباً، فلما نشرها وجد المال والصحيفة، ثم قدم الذي كان أسلفه فأتى بالألف دينار، فقال: والله مازلت جاهداً في طلب مركب لآتيك بمالك فما وجدت مركباً قبل الذي أتيت فيه. قال: هل كنت بعثت إلى بشيء؟ قال: أخبرك أني لم أجد مركباً قبل الذي جئت فيه. قال: فإن الله قد أدى عنك الذي بعثت في الخشبة، فانصرف بالألف دينار راشداً». رواه البخاري[٨١].

وجه الدلالة من الحديث:

أن الرسول عليه الصلاة والسلام قد ذكر الحديث على وجه التقرير، فلو لم تكن الكفالة مشروعة لما أورد الحديث على وجه التقرير، وهذا من الاستدلال من السنة بالتقرير.

فهذه الأحاديث كلها سواء ماورد منها بالقول أو الفعل أو التقرير تدل على أن الكفالة مشروعة، كما أنه قد ورد عن السلف مايدل على جواز الكفالة ومشروعيتها.. ومن ذلك ماذكر البخاري رحمه الله قال: قال جرير والأشعث لعبدالله بن مسعود في المرتدين: استتبهم وكفلهم، فتابوا وكفلهم عشائرهم.

وقال حماد: إذا تكفل بنفس فمات فلا شيء عليه، وقال الحكم: يضمن.[٨٢]

---

(٨١) صحيح البخاري وشرحه فتح الباري لابن حجر ٤ /٤٦٩ في كتاب الكفالة ورقمه عنده ٢٢٩١، نشر رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء.

(٨٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر ٤ /٤٦٩.

ثالثاً: الإجمـاع:

أما الإجماع فهو مانراه من تعامل الناس وكفالة بعضهم البعض منذ القرون الأولى وإلى يومنا هذا بدون إنكار من أحد، وقد نقل الإجماع كثير من الفقهاء.

فجاء في حاشية ابن عابدين:[٨٣] ودليلها الإجماع وسنده، قوله ﷺ «الزعيم غارم».[٨٤]

وجاء في فيض الإله المالك:[٨٥] «والأصل في ذلك قبل الإجماع أخبار».

وجاء في تكملة المجموع:[٨٦] «وأما الإجماع فإن أحداً من العلماء لم يخالف في صحة الضمان».

وجاء في المغني[٨٧]: «وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة وإنما اختلفوا في فروع».

رابعـاً: المعقـول:

وأما المعقول فإن الشريعة الإسلامية الغراء قد تكفلت بحفظ الضروريات والحاجيات والتحسينات[٨٨]، فكل ما أدى إلى حفظ واحد منها فهو من مقاصد

---

(٨٣) حاشية ابن عابدين ٥ /٢٨٥.

(٨٤) سبق تخريجه ص ١٦٧.

(٨٥) فيض الإله المالك في حل ألفاظ عمدة السالك لعمر بركات ٢ /٤٢، المكتبة التجارية بمصر ١٣٧٤هـ.

(٨٦) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٧.

(٨٧) المغني لابن قدامة ٤ /٤٩١.

(٨٨) الضروريات: هي التي تتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية بحيث إذا فقدت اختلت الحياة في الدنيا وحل العقاب في الآخرة،وهي حفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسل.
والحاجيات: هي مايحتاج إليها لرفع الحرج عنهم فقط بحيث إذا فقدت وقع الناس في الضيق

الشريعة المطهرة، ولما كان الناس محتاجين إلى التعامل بالضمان والكفالة أقر الإسلام مشروعيتها، لأن في منعها حرجاً ومشقة على الناس،والإسلام دين اليسر والسماحة قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[٨٩].

والإسلام دين التعاون والتكاتف يأمر بكل ما يحقق ذلك من مبادىء ومعاملات،قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾[٩٠] ويقول عليه الصلاة والسلام: «يد الله مع الجماعة»[٩١]، ويقول: «المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً»،[٩٢] ففي هذه الأحاديث وغيرها يحث الرسول ﷺ على التعاون بين المسلمين.. فكل مايدعوا إلى التعاون قد حث عليه الإسلام ورغب فيه،والضمان الشخصي «الكفالة» يحصل به التعاون على الخير والمحبة والألفة مما يعود على المجتمع والأفراد بفوائد كثيرة منها:

١ ــ أن الضمان يطمئن صاحب المال على ماله،لأن الكفيل يكون مستطيعاً لدفع ماالتزم به لصاحب الحق في الغالب.

٢ ــ أنه نتيجة لتوثق المضمون له بحقه من الضامن فإن المدين بذلك يكون منصرفاً إلى العمل والسعي في طلب الرزق وسداد الدين ويكون عضواً عاملاً في المجتمع.

= والحرج دون أن تختل الحياة، وقد شرع الشارع لها أصناف المعاملات من بيع وشراء ونحوها. أما التحسينات: فهي المصالح التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العادات ومكارم الأخلاق مثل الطهارات بالنسبة للصلوات /الوسيط في أصول الفقه الإسلامي د / وهبة الزحيلي ص ٥٠٠ المطبعة العلمية بدمشق.

(٨٩) سورة الحج آية /٧٨.

(٩٠) سورة المائدة آية /٢.

(٩١) أخرجه الترمذي في باب الفتن ٩ /١٠ من شرح ابن العربي بصحيح الترمذي وقال حديث حسن غريب. مطبعة الصاوي بمصر الطبعة الأولى ١٣٥٣هـ، وأخرجه النسائي ١٦٦/٢. المطبعة الميمنية بمصر.

(٩٢) رواه البخاري ٨ / ١٤ في باب تعاون المؤمنين بعضهم بعضاً، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر.

٣ ــ عن طريق الضمان تنتشر المحبة بين أفراد المجتمع، إذ يشعر الفقير بتعاون الآخرين معه في تحمل التبعات والمسئوليات، ويستطيع الحصول بسبب ذلك على مالا يستطيع الحصول عليه بدون الضمان من مقومات الحياة، ولهذا كانت الكفالة من الأعمال المستحبة[٩٣] لما لها من مردود طيب على المجتمع أفراد وجماعات وبالتعاون والتكاتف تسعد الأمة وتتفيأ ظلال الأمن والرخاء.[٩٤]

(٩٣) وقد قال ﷺ عند ماكفل عليّ عن الميت «جزاك الله عن الإسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك، مامن مسلم فك رهان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامة» وهذا يدل على أنها مندوبة لأنها إحسان ومعروف تقدم الحديث ص١٨٥.

(٩٤) المعاملات المادية والأدبية لعلي فكري ٢ /٧.

المبحث الثاني

أصل الكفالة في القوانين الوضعية وبيان مصادرها

إن الدارس للقوانين الوضعية يعلم أنها مأخوذة في الأصل من القانون الروماني الذي كان في أول عهده مبنيًّا على العرف والعادة، ثم أصبح بعد ذلك قانوناً رسميًّا مدوناً.

ويمكن إرجاع الأصل في الضمانات في القوانين الوضعية إلى شعب ثلاث:

١ ــ **الشعبة اللاتينية**: ويأتي في مقدمتها التقنين الفرنسي الذي كان يتمتع بأكبر نفوذ في أوربا وأمريكا الجنوبية والشرق.

وإن قانون نابليون المدني لايزال إلى اليوم معمولاً به في الدولة الفرنسية مع تعديلات طرأت عليه اقتضتها ظروف الزمان، وهو يحتوي على ألفين ومائتين وثمانين مادة.

ولقد كانت القوانين الفرنسية وخاصة القانون المدني الأساس في تمهيد الطريق لمعظم دول أوربا، فقامت بتدوين قوانينها، فجاء القانون البلجيكي منقولاً عن القانون الفرنسي بكامله تقريباً، أما الدول الأخرى فقد نقلت عنه بتصرف تبعاً لما تمليه الظروف الخاصة للدولة الناقلة.

٢ ــ **الشعبة الأنجلوسكسونية**: وتشتمل الأنظمة والقوانين غير المجموعة والمدونة، وتأتي في مقدمة هذه الدول بريطانيا، وتتبعها في ذلك الولايات المتحدة الأمريكية، فإن هذه الدول لم تقم بتدوين قوانينها، بل بقيت محتفظه بدستورها غير المدون والمبني على العامة والسابقات المعروفة باسم العرف العام.

والدافع للدولة البريطانية على عدم تدوين قانونها تدويناً رسميًّا هو المحافظة على التقاليد التي اشتهر بها الإنجليز، وكثرة الملل والعناصر التي تتألف منها الإمبراطورية البريطانية، ومايتبع ذلك من تعدد الشرائع وتباين العادات.

٣ ــ الشعبة الألمانية: وتختلف القوانين في هذه المجموعة كثيراً عن القوانين الفرنسية، والقواعد العامة بينهما مختلفة على الرغم من أنها قد استفادت كثيراً من قانون نابليون إلا أن استفادتها لم تذهب بصبغتها، حيث ظلت محتفظة بطابعها الوطني، وقد قامت ألمانيا بإصدار قانونها التجاري، فأصدرت قانون عام ١٨٩٦م لكنه لم يطبق إلا في عام ١٩٠٠م[٩٥].

ولقد استمدت القوانين العربية أنظمتها في الضمان الشخصي «الكفالة» من القوانين والمصادر السابقة، والقوانين العربية التي تناولت الضمان الشخصي منها:

(أ) القانون المدني المصري وفيه وردت القواعد الخاصة بالكفالة في المواد من ٧٧٢ ــ ٨٨٠.

(ب) القانون المدني السوري وقد تكلم عن الكفالة في المواد من ٧٣٨ ــ ٧٦٧.

(جـ) قانون الموجبات والعقود اللبناني وذلك في المواد من ١٠٥٣ ــ ١٠٩٦.

(د) القانون المدني العراقي وقد تكلم عن الكفالة في المواد من ١٠٠٨ ــ ١٠٤٧.

وقد كانت الشريعة الإسلامية تحكم المجتمع وعلاقات الأفراد في البلاد التي تدين بالإسلام كالدول العربية وغيرها من البلاد الإسلامية حتى اتجه بعضها

(٩٥) الوسيط شرح القانون المدني ٢ /٢١٨ وفلسفة التشريع في الإسلام / صبحي محمصاني ص ١٣ دار العلم للملايين بيروت ــ الطبعة الثالثة.

إلى الأخذ بتقنينات استقى أحكامها من التقنينات الغربية كما بينا ذلك سلفاً، فضاق نطاق أعمال الشريعة وقواعدها منها، أما البلاد التي لم تأخذ بمثل هذه التقنينات كالجزيرة العربية واليمن فقد ظلت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في تلك البلاد.

وتنص المادة الأولى من القانون المدني المصري على أنه: «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...، فجعل هذا النص من الشريعة الإسلامية مصدراً رسميًّا احتياطيًّاً للقانون المصري.

والشريعة الإسلامية هي المصدر التاريخي لكثير من الأحكام التشريعية، ففي القانون المدني المصري أخذت عنها نظريات عامة كنظرية التعسف في استعمال الحق[٩٦]، ومجلس العقد، ووقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده، كما أن الشريعة الإسلامية قد بقيت هي المصدر الرسمي الأصلي في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين. ثم أصبحت الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطيًّا في كافة المسائل حتى العينية منها، وبالنسبة للجميع؛ المسلمين وغيرهم، ويأتي ترتيبها مصدراً احتياطيًّا بعد التشريع والعرف.

---

(٩٦) التعسف في استعمال الحق: انحراف في استعمال الحق ينشأ عنه ضرر بالغير يستوجب المسئولية ، يقع التعسف إذا لم يقصد باستعمال الحق سوى الإضرار بالغير، أو إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة،أو كانت هذه المصالح قليلة الأهمية ولاتتناسب مع مايصيب الغير من ضرر بسببها، ويجب ضمان الأضرار الناجمة عن سوء استعمال الحق ومن أمثلة منع التعسف عند الفقهاء المسلمين: وجوب سد النافذة التي تطل على نساء الجار. الموسوعة العربية الميسرة ص ٥٣٣.

(٩٧) الوجيز في نظرية القانون / محمد كمال عبد العزيز ص١٧٠، ١٨٧ مكتبة وهبة بمصر.

وعمل القانونيين بذلك يعد إقراراً منهم بأن القانون قاصر لايشمل جميع المتطلبات والأمور الحاضرة للمجتمع فضلاً عن المستقبل. ولذلك فإنه يتعين على المسلمين التمسك بالشريعة الإسلامية والعمل بأحكامها، وعدم التلفيق والتجميع من هنا وهناك، فالشريعة الإسلامية كفيلة بالوفاء بجميع متطلبات البشرية حاضراً ومستقبلاً.

البـــاب الثالـــث

بيان أقسام الضمان الشخصي «الكفالة»

ويشتمل على أربعة فصول :

الفصـل الأول : أقسام الكفالة باعتبار المكفول به
الفصل الثاني : أقسام الكفالة باعتبار العقد نفسه.
الفصل الثالث : أقسام الكفالة باعتبار القيد والوصف.
الفصل الرابع : أقسام الكفالة في القانون.

الفصـــل الأول

أقسام الكفالة باعتبار المكفول به

باستقراء المذاهب الفقهية نجد أن لكل منها تقسيماً في الضمان. وهذه التقسيمات لاتختلف في جوهرها، وإنما يراد منها التبويب والتنظيم.

١ ــ **الحنفية**: يرى بعض الحنفية أن أقسام الضمان الشخصي ثلاثة هي كفالة النفس وكفالة العين وكفالة الدين، جاء في حاشية ابن عابدين[١] في تعريف الكفالة أنها: «هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً بنفس أو بدين أو عين كمغصوب ونحوه» وزاد بعضهم قسماً رابعاً هي الكفالة بالتسليم.

وقد جاء ذكر الأقسام الأربعة للكفالة في معرض مناقشة تعريف الكفالة بأنها: «ضم ذمة إلى ذمة في الدين» قال في البحر الرائق[٢]: «وفي الإيضاح أخذاً من الغاية أن تعريفها بالضم في الدين لاينتظم الكفالة بالنفس والكفالة بالعين والكفالة بالفعل». اهـ. وهذا هو ماسارت عليه مجلة الأحكام العدلية، حيث ذكرت كفالة النفس في المادة: ٦١٣، وكفالة المال في المادة ٦١٤، وكفالة التسليم في المادة ٦١٥، وكفالة الدرك في المادة ٦١٦. فاعتبرت أقسام الكفالة أربعة، ويرى بعضهم أن الكفالة في الأصل نوعان هما: كفالة بالنفس وكفالة بالمال، ثم تنقسم كفالة المال إلى قسمين هما: كفالة الديون وكفالة الأعيان جاء في تبيين الحقائق[٣]: «وأنواعها في الأصل نوعان هما كفالة بالنفس وكفالة بالمال، والكفالة بالمال نوعان: كفالة بالديون وكفالة بالأعيان»..

(١) حاشية ابن عابدين ٥ /٢٨١.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٦ /٢٢٢.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٤ /١٤٧.

٢ ــ **المالكية**: يرى المالكية أن أقسام الضمان ثلاثة: هي ضمان المال وضمان الوجه وضمان الطلب، جاء في الشرح الصغير[٤]: «الضمان التزام... ديناً على غيره وهذا ضمان المال، وأشار لضمان الوجه والطلب بقوله: أو طلبه من عليه لمن هو له سواء كان الطلب على وجه الإتيان به لرب الدين أو مجرداً عن ذلك، فشمل أنواعه الثلاثة».

٣ ــ **الشافعية**: يرى الشافعية أن أقسام الضمان ثلاثة هي ضمان الدين وضمان البدن وضمان العين، جاء في نهاية المحتاج[٥]: «وشرعاً يطلق على التزام الدين والبدن والعين».

٤ ــ **الحنابلة**: يرى الحنابلة أن أقسام الضمان اثنان هما: ضمان المال وضمان البدن، ثم ينقسم ضمان المال إلى ضمان الدين وضمان العين، جاء في كشاف القناع[٦]: «الضمان التزام من يصح تبرعه... ديناً ــ ثم قال ــ ويصح ضمان الأعيان المضمونة.. ــ ثم قال ــ الكفالة بالنفس هي: التزام رشيد إحضار مكفول به»

ومن هذه النصوص يتبين أن كلاً من الفقهاء قد قسم الضمان إلى أقسام أراد منها وضع الأحكام الخاصة بكل نوع منها في بحث مستقل، وليس لهذا التقسيم ثمرة، وإنما هو أمر تنظيمي ولا مشاحة في الاصطلاح. وإلا فإن الأصل في أقسام الضمان انقسامه إلى قسمين: كفالة بالمال وكفالة بالنفس والأقسام الأخرى من كفالة التسليم وكفالة العين وكفالة الدرك تندرج تحت قسم كفالة المال، وهذا هو ماسار عليه أكثر الفقهاء، ولكن لما كانت كل من كفالة التسليم وكفالة الدرك تختلف عن غيرها في بعض الأحكام فإني أرى أن من

(٤) الشرح الصغير للدردير ٣ /٤٣٠.
(٥) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٣٢.
(٦) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٦٢.

المناسب جعل كل منها في مبحث مستقل يتناول أحكامها،ولذلك سأقسم البحث في هذا الفصل إلى أربعة مباحث هي:

المبحث الأول : كفالة النفس.
المبحث الثاني : الكفالة بالتسليم.
المبحث الثالث : الكفالة بالدرك.
المبحث الرابع : ضمان الطلب.

أما كفالة المال فإن البحث يتناولها بدءاً بتعريف الكفالة إلى نهاية البحث والأنواع الأخرى وإن كانت تشترك مع كفالة المال في بعض الأمور فإن لها أحكاماً خاصة بها، ولذلك نفرد كلاً منها في مبحث مستقل.

الفصـــل الأول

أقسام الكفالة باعتبار المكفول به

ويندرج تحته أربعة مباحث :

المبحـث الأول : الكفالة بالنفس .

المبحـث الثاني الكفالة بالتسليم .

المبحث الثالث : الكفالة بالدرك .

المبحـث الرابـع : ضمـــان الطلـــب

المبحث الأول

الكفالة بالنفس وفيه مطالب:

المطلب الأول : تعريف كفالة النفس.
المطلب الثاني : حكم كفالة النفس.
المطلب الثالث : حكم كفالة بدن من عليه حد أو قصاص.
المطلب الرابع : مايترتب على الكفيل عند تعذر إحضار المكفول بنفسه .

المطلـــــب الأول
«تعريف كفالـــة النفـــس»

إليك تعريفها في المذاهب الفقهية:

١ ــ جاء تعريفها عند الحنفية بأنها: ضمان إحضار المكفول به.

والمقصود أن المضمون فيها هو إحضار المكفول به إلى.صاحب الحق أو في المكان الذي يستطيع استيفاء حقه منه.

٢ ــ المالكية:

عرف المالكية ضمان الوجه وهو كفالة النفس بأنه[٨]:

التزام الإتيان بالغريم عند حلول الأجل[٩].

شرح التعريف: أن الضامن يلتزم في كفالة النفس الإتيان بالمضمون عنه في الوقت الذي يستحق فيه دفع ماعليه من حق،وضمان الوجه عند المالكية هو كفالة النفس عند غيرهم من الفقهاء،فأطلق الجزء وأراد الكل.

٣ ــ الشافعية:

عرف الشافعية كفالة النفس بأنها:

التزام إحضار المكفول أو جزء شائع منه[١٠].

---

(٧) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٢٨٥.

(٨) المراد بالوجه الذات،وهو مجاز مرسل من إطلاق اسم البعض وإرادة الكل وهو النفس عموماً / الشرح الصغير للدردير ٣ /٤٥٠

(٩) بلغة السالك للصاوي ٢ /١٦٣.

(١٠) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٤٥

الشـرح: أن الكفيل إنما يلتزم في كفالة النفس إحضار المكفول إلى الدائن لأخذ استحقاقه منه، وأن الالتزام إما أن يكون بالمكفول وإما أن يكون بجزء شائع منه كنصفه أو مالا يبقى بدونه كرأسه أو قلبه أو روحه.

٤ ــ الحنابلـــة:

عرف الحنابلة كفالة النفس بأنها:

التزام رشيد برضاه إحضار مكفول به تعلق به حق مالي إلى مكفول له [١١].

الشرح: أن الالتزام لابد أن يكون من رشيد مختار غير مكره، وأن الملتزم فيها هو إحضار المكفول بنفسه الذي تعلق بذمته حق مالي إلى صاحب الدين في الوقت المحدد لذلك.

بدراسة تلك التعاريف يتبين لنا أنها كلها تتفق في المعنى، وأن المقصود بالكفالة هو إحضار المكفول به. لكن يختلف تعريف المالكية والحنابلة بكونهما قيداً الإحضار بكون المكفول بنفسه عليه حق مالي، والأولى عدم التقييد لتشمل الحق المالي وغيره من الحقوق التي يجيز بعض العلماء الكفالة فيها كحقوق الآدميين من قصاص وحد وقذف.

ولهذا فإني أرى أن التعريف الأولى هو أن الكفالة بالنفس:

ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه في التزام إحضاره. ويكون التعريف شاملاً لأفراد المعرف سواء كان حقًّا ماليًّا أو غيره من حقوق الآدميين.

---

(١١) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٧٥.

المطلب الثاني
«حكم الكفالة بالنفس»

اختلف الفقهاء في حكم الكفالة بالنفس، وإليك بيان ذلك:

١ ــ ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وهو المذهب عند الشافعية إلى جواز الكفالة بالنفس، جاء في البدائع[١٢]: «ولو كفل بنفس المطلوب على أنه إن لم يواف به غداً فعليه ماعليه... فمضى الوقت ولم يواف به فالمال لازم للكفيل، وأما الكفالة بالنفس فلا شك فيها، وكذا الكفالة بالمال لأن هذا شرط ملائم للعقد، محقق لما شرع له، وهو الوصول إلى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول إليه من قبل الأصيل».

وجاء في مواهب الجليل:[١٣] «وصح بالوجه». والمقصود بضمان الوجه هو الكفالة بالنفس.

وجاء في كشاف القناع[١٤] : «لو لم تجز الكفالة بالنفس لأدى إلى الحرج».

وجاء في نهاية المحتاج:[١٥] «المذهب صحة كفالة البدن».

٢ ــ وذهب بعض الشافعية والظاهرية إلى عدم جواز الكفالة بالنفس.

---

(١٢) البدائع للكاساني ٧ /٣٤٠٨.
(١٣) مواهب الجليل للحطاب ٥ /١١٢.
(١٤) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٧٦.
(١٥) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٤٥.

جاء في تكملة المجموع:[١٦] «ومن أصحابنا من قال: فيه قولان، أحدهما: أنها لاتصح لأنه ضمان عين في الذمة بعقد فلم يصح كالسلم في ثمرة نخلة بعينها والثاني: يصح... «ولأن الحر لايدخل تحت اليد حتى يمكن تسليمه».

وجاء في المحلى:[١٧] «ولايجوز ضمان الوجه أصلا لا في مال ولا في حد ولا في شيء من الأشياء».

الأدلـة:

يستدل كل من المجيزين والمانعين بأدلة نبينها فيما يلي:

أولاً: استدل المجيزون لكفالة النفس بما يأتي:

١ ــ الكتاب:

(أ) قوله تعالى: ﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّآ ءَاتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ ﴾[١٨]

وجـه الدلالـة من الآيـة:

أن يعقوب عليه السلام أخذ على بنيه العهود والمواثيق على أن يضمنوا الإتيان بابنه إلا أن يغلبوا على ذلك. ولايستطيعوا تخليصه، وكفالتهم هذه من كفالة النفس حيث التزموا إحضاره معهم والإتيان به، وهذا بناء على أن شريعة من قبلنا شرع لنا إذا لم يرد ماينسخه وهذا هو الصحيح كما بينا ذلك.[١٩]

(١٦) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٤١.
(١٧) المحلى لابن حزم ٥ /١١٩.
(١٨) سورة يوسف آية/٦٦.
(١٩) سبق ذلك ص ١٦٢.

قال القرطبي[٢٠] في تفسيره: «هذه الآية أصل في جواز الحمالة بالعين والوثيقة بالنفس».

(ب) قوله تعالى: ﴿فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُۥٓ إِنَّا نَرَىٰكَ مِنَ ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[٢١]

وجه الدلالة من الآية: أن إخوة يوسف عليه السلام قد طلبوا من يوسف أخذ أحدهم مكان أخيهم حتى يذهب إلى والده ويعرف جلية الأمر، ثم يعود إليه بعد ذلك، وهذا من كفالة النفس وهذا مبني على أن شرع من قبلنا شرع لنا، حيث ذكر الله ذلك ولم ينكر عليهم. قال القرطبي[٢٢]: «أي خذ أحدنا مكانه حتى ينصرف إليك صاحبك، فمنع يوسف من ذلك؛ إذ الحمالة في الحدود ونحوها بمعنى إحضار المضمون فقط جائزة مع التراضي غير لازمة إذا أبى الطالب».

٢ ــ السنة:

(أ) قوله ﷺ في حديث أبي أمامة «الزعيم غارم[٢٣]». وهذا عام يشمل كفالة النفس لأنها أحد نوعي الكفالة، فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال.

(ب) ماروى عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه أنه «أتي بقوم يقرون بنبوة مسيلمة، وفيهم ابن النواحة فاستتابه فأبى فضرب عنقه، ثم إن ابن مسعود استشار أصحاب رسول الله ﷺ في الباقين

(٢٠) تفسير القرطبي ٩ /٢٢٥.
(٢١) سورة يوسف آية / ٧٨.
(٢٢) تفسير القرطبي ٩ /٢٤٠.
(٢٣) أخرجه الإمام أحمد ٥ /٢٦٧ والترمذي في كتاب البيوع ٣ /٥٥٦ حديث رقم ١٢٦٥ وأبو داود في البيوع حديث رقم ٣٥٦٥.

فأشار عليه عدي بن حاتم بقتلهم، وأشار عليه الأشعث بن قيس وجرير بن عبدالله باستتابتهم وأن يكفلهم عشائرهم، فاستتابهم وكفلهم عشائرهم ونفاهم إلى الشام» وقد ذكر ذلك البخاري في صحيحه.

قال ابن المنير: أخذ البخاري الكفالة بالأبدان في الديون من الكفالة بالأبدان في الحدود بطريق الأولى[٢٤].

وهذا يدل على أن الكفالة كانت سائغة عند الصحابة رضوان الله عليهم، إذ لم ينكر عليه ذلك أحد من الصحابة.[٢٥]

(جـ) أخرج البيهقي في سننه في باب ماجاء في الكفالة ببدن من عليه حق من طريق الليث بن سعد: حدثني جعفر بن ربيعة عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول ﷺ «أنه ذكر أن رجلاً من بني إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار، قال: ائتني بالشهود أشهدهم عليك. قال: كفى بالله شهيداً. قال: فأتني بكفيل. قال: كفي بالله كفيلاً. قال: فدفعها إليه إلى أجل مسمى...» وساق الحديث بطوله. وأخرج البخاري الحديث في صحيحه[٢٦].

وجـه الدلالـة:

أن حكايته ﷺ وتقريره إياه دليل على ثبوته لأنه في مقام التشريع وشرائع من قبلنا شرع لنا مالم تنسخ.

---

(٢٤) صحيح البخاري بشرحه فتح الباري لابن حجر ٤ /٤٦٩ في كتاب الكفالة.

(٢٥) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٤٥.

(٢٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦ /٧٦ مطبعة مجلس دائرة المعارف بالهند عام ١٣٥٢هـ ورواه البخاري في صحيحه في كتاب الكفالة ٤ /٤٦٩ حديث رقم ٢٢٩١ صحيح البخاري بشرحه فتح الباري لابن حجر.

(د) قال أبو الزناد عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه: «أن عمر رضي الله عنه بعثه مصدقاً فوقع رجل على جارية امرأته فأخذ حمزة من الرجل كفلاء حتى قدم على عمر، وكان عمر قد جلده مائة جلدة فصدقهم وعذره بالجهالة» رواه البخاري، قال ابن حجر: واستفيد من هذه القصة مشروعية الكفالة بالأبدان، فإن حمزة بن عمرو الأسلمي صحابي وقد فعله ولم ينكر عليه عمر مع كثرة الصحابة حينئذٍ»[٢٧].

ثانياً: واستدل المانعون لكفالة النفس بما يأتي:

١ ــ أن الكفالة بالنفس شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل[٢٨].

٢ ــ أن التزام الضامن بالوجه ماعلى المضمون عنه في حالة عدم إحضاره جور وأكل مال بالباطل لأنه لم يلتزمه قط، وإن قيل بعدم غرم الكفيل فقد بطل الضمان بالوجه في حالة عدم إحضاره، ثم إن تكليف الضامن بطلب المضمون عنه تكليف بما لاطاقة للكفيل به، وفيه حرج ومشقة عليه. قال في المحلي:[٢٩] «ولايجوز ضمان الوجه أصلاً لافي مال ولافي حد ولافي شيء من الأشياء لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل...»

المناقشـــة:

لقد ناقش ابن حزم أدلة الجمهور بما يأتي:

١ ــ ناقش حديث ابن مسعود في استشارة الصحابة وتكفيلهم عشائرهم بأن

(٢٧) صحيح البخاري ٤ /٤٦٩ حديث رقم ٢٢٩٠ كتاب الكفالة / صحيح البخاري بشرحه فتح الباري لابن حجر.

(٢٨) المحلى لابن حزم ٥ /١١٩.

(٢٩) نفس المرجع ٥ /١١٩.

الخبر قد روي من عدة طرق، ولم يذكر أحد منهم في روايته أن ابن مسعود كفل بهم، ولاذكر أحد منهم كفالة إلا إسرائيل وحده، وهو ضعيف. ولو كان ثقه ماضر روايته من خالفها من الثقات ولكنه ضعيف.

ورد هذا الاعتراض بأن البخاري رحمه الله قد روى هذا الأثر وصححه فيندفع بذلك الاعتراض بالضعف، ثم إنه لو لم يرو الكفالة إلا إسرائيل وحده فإن من حفظ حجة على من لم يحفظ.

٢ ــ واعترض ابن حزم على الاستدلال بخبر حمزة بن عمرو الأسلمي بأنه من رواية عبد الرحمن بن أبي الزناد وهو ضعيف.[٣٠]

ورد هذا الاعتراض بأن البخاري رحمه الله قد أخرج هذا الخبر وصححه.

الترجيح عندي:

بدراسة ذلك يتبين أن الراجح هو قول المجيزين للكفالة بالنفس للأدلة التي أوردوها، ويجاب عن أدلة المانعين بالآتي:

١ ــ أن الدليل الأول للمانعين والذي أورده ابن حزم ويستشهد به في أكثر العقود، إنما هو بناء على أن الأصل في العقود المنع إلا ماورد الشرع بجوازه، وهذه قاعدة لدى الظاهرية في العقود.

وهذا غير صحيح ذلك أن الأصل فى العقود الإباحة والجواز إلا ماورد الشرع بمنعه لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[٣١].

---

(٣٠) المحلى لابن حزم ٥ /١٢١.

(٣١) سورة المائدة آية / ١.

ولقوله ﷺ «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»[٣٢].

٢ ــ ويجاب عن الدليل الثاني للمانعين، وهو أن إلزام الضامن بالوجه بدفع ماعلى المضمون عنه جور وأكل مال بالباطل. يجاب عن ذلك بأنه ليس جورا، لأن الضامن إنما التزم الصمان وأقدم عليه برغبته ورضاه وأنه على استعداد لقضاء دين الأصيل عند تعذر حضوره.

وقوله: إن تكليف الضامن بطلب المضمون عنه تكليف بمالا يطاق، يرد عليه أن هذا غير صحيح، لأن الضامن قد التزم ذلك برغبته ثم إن عليه البحث عن المضمون عنه في الأماكن التي يرجى وجوده فيها وإحضاره، فإن امتنع فبإمكانه الاستعانه بالسلطة، وهذا في طاقة الضامن وقدرته.

٣ ــ ويرد على الشافعية بأن المراد إنما هي ضعيفة من جهة القياس، وإلا فإنها صحيحة لثبوتها بالأثر والإجماع[٣٣] وقد نص الشافعي رحمه الله على صحتها في عدة مواضع. يؤيد ذلك ماجاء في نهاية المحتاج:[٣٤] «وأصله قول إمامنا رضي الله عنه إنها ضعيفة أي من جهة القياس لأن الحر لايدخل تحت اليد، والمذهب منه صحة كفالة البدن».

---

(٣٢) رواه البخاري في صحيحه كتاب الإجارة ومن رواته كثير بن عبد الله وهو ضعيف عند الأكثرين، والبخاري ومن تبعه كالترمذي وابن خزيمة يقوون أمره /فتح الباري ٤ /٤٥١ لابن حجر.

(٣٣) المغني لابن قدامة ٤ /٦١٤.

(٣٤) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٤٥.

ويجاب عن قول الشافعية إن الحر لايدخل تحت اليد ولايمكن تسليمه بأن المكفول بنفسه ينقاد لكفيله عادة، وإذا قدر أن المضمون امتنع فيستعان بالسلطات لإحضاره، ولا يكون ذلك مانعاً للقول بجواز كفالة النفس.

من هذا يتبين جواز الكفالة بالبدن وشرعيتها، لأن الأدلة التي أوردناها تكفي في إثبات جوازها.

المطلـــب الثالـــث
حكم كفالة بدن من عليه حد أو قصاص

ومع قولنا بجواز الكفالة بالنفس يتفرع عليه القول بجواز الكفالة ببدن من عليه حد أوقصاص أو عدم جوازه. والكفالة بالنفس تصح ببدن كل من يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم بدين لأنه لازم، فصحت الكفالة ببدن من عليه حق كالدين.

وقد اختلف الفقهاء في القول بصحة كفالة بدن من عليه حد أو قصاص على مايأتي:

١ ــ ذهب المالكية والحنابلة والشافعية في أحد أقوالهم إلى أن الكفالة ببدن من عليه حد غير صحيحة سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة أو لآدمي كحد القذف والقصاص. جاء في الخرشي على مختصر خليل:[٣٥] «وإنما يصح ضمان الوجه حيث كان على المضمون دين، إذ لايصح في قصاص ونحوه». وجاء في نهاية المحتاج:[٣٦] «وفي قول لاتصح لأنها مبنية على الدرء».

وجاء في المغني[٣٧]: «ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة، أو لآدمي كحد القذف والقصاص».

---

(٣٥) الخرشي على مختصر خليل ٦ /٣٤.
(٣٦) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٤٧.
(٣٧) المغني لابن قدامة ٤ /٦١٦.

٢ ــ وذهب الحنفية والشافعية في أحد أقوالهم إلى أن الكفالة بالنفس لاتصح في حدود الله تعالى، وتصح إذا كانت لحق آدمي كحد القذف والقصاص.

وجاء في البدائع[٣٨]: «وتجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس ومادونها وبحد القذف». وقال في شرح فتح القدير:[٣٩] «بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى».

وجاء في نهاية المحتاج[٤٠]: «والمذهب صحتها ببدن من عليه عقوبة آدمي كقصاص وحد قذف وتعزير، ومنعها في حدود الله تعالى وتعازيره كحد خمر وزنا وسرقة، وقد أخذ بهذا القول الشيخ تقي الدين من الحنابلة، جاء في الأنصاف:[٤١]« وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله تصح، واختاره في الفائق».

٣ ــ **وفي قول للشافعية**: إن الكفالة بالنفس تصح في حدود الله كحدود الآدميين لأن الحد حق لازم فأشبه المال، ولأن الحضور مستحق على الجاني فتصح الكفالة بإحضاره، قال في نهاية المحتاج:[٤٢] «في حكم الكفالة بالنفس في حدود الله قولان: ثانيهما: الصحة كحدود الآدميين...»

---

(٣٨) البدائع للكاساني ٧ / ٣٤١٨.
(٣٩) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٢٩٥.
(٤٠) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٤٦.
(٤١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين أبي الحسن المرداوي ٥ /٢١٠.
(٤٢) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٤٧.

الأدلـــة:

أولاً: استدل القائلون بالمنع بما يأتي:

١ ــ ماروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «لاكفالة في حد». أخرجه البيهقي[٤٣].

وجـــه الدلالـــة:

أن النبي ﷺ منع الكفالة في الحدود، فلم يفرق بين ماكان منها من حق الله أو فيه حق للعبد، وهذا يدل على عدم صحة الكفالة بالحدود، وكذلك القصاص لأنه بمنزلة الحد، لأنه لايمكن استيفاؤها إلا ممن وجبت عليه.

٢ ــ أن الكفالة وثيقة، وحدود الله تعالى لايستوثق بها لأنها تسقط بالشبهات.

٣ ــ أنه حق لايجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به، فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا[٤٤].

ثانياً: استدل المجيزون لكفالة البدن فيمن عليه حد لآدمي:

١ ــ أن ذلك حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين،

---

(٤٣) سنن البيهقي في الضمان ــ باب ماجاء في الكفالة ببدن من عليه حق ٦ /٧٧ قال في نصب الراية، أخرجه البيهقي في سننه عن بقيه عن عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وقال تفرد به عمر وهو من مشائخ بقية المجهولين ورواياته منكرة. أهـ. ورواه ابن عدي في الكامل وأعله به وقال: إنه مجهول لا أعلم روى عنه غير بقيه كما يروى عن سائر المجهولين، وأحاديثه منكرة وغير محفوظة. أهـ. نصب الراية للزيلعي ٤ /٥٩.

(٤٤) البدائع للكاساني ٧ /٣٤١٩ والمغني لابن قدامة ٤ /٦١٨ وتكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٤٥.

وذلك كما لو كان على المكفول دين[٤٥]. إذ الواجب فيهما هو حضور الأصيل .

٢ ــ أن الكفالة في ذلك كفالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين[٤٦]. لأن المضمون هو إحضار نفس من عليه القصاص أو حد القذف،وهو ممكن بإحضار الكفيل فتكون الكفالة به جائزة.

الترجيـح عنـدي:

بدراسة أدلة الفريقين أرى أن الراجح هو القول بأن الكفالة ببدن من عليه حد صحيحة فيما كان من ذلك حق آدمي، وغير صحيحة فيما كان حقًّا لله تعالى خالصاً وذلك:

١ ــ أن حديث عمرو بن شعيب ضعيف، قال ابن عديّ فيه عمر بن أبي عمر الدمشقي وهو منكر الحديث، وكذا قال البيهقي، وزاد بأنه تفرد به بقية عن عمر بن أبي عمر.

٢ ــ أما التفريق بين حدود الله تعالى والحد لحق آدمي فلأن حق الله مبني على الدرء، والكفالة وثيقة فلا تناسب الدرء، وذلك لحديث «ادرأو الحدود بالشبهات[٤٧]» أما حقوق الآدميين فلا تنافي بينها وبين الدرء بالشبهات، لأن حضور المدعى عليه مجلس الحكم واجب بمجرد الدعوى فيناسبها الاستيثاق.

---

(٤٥) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٤٥.

(٤٦) البدائع للكاساني ٧ /٣٤١٨.

(٤٧) قال في تلخيص الحبير ٤ /٥٦ رواه الترمذي والحاكم والبيهقي من طريق الزهري عن عروة عن عائشة، رقم الحديث ١٧٥٥ وروى هذا الحديث عن ابن مسعود، قال البخاري: وأصح مافيه ماروي عن سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبدالله بن مسعود قال: «ادرأوا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم» نيل الأوطار للشوكاني ٧ /١٠٥.

٣ ــ أما القول بأنه لايمكن استيفاؤها من الكفيل فيجاب عنه بأن الواجب على الكفيل هو إحضار المكفول، وهو قادر عليه،فإن عجز بعد بذل كافة الأسباب فلا شيء عليه، وتتولى السلطات إحضاره إلى مجلس الحكم سواء كان داخل البلاد أو خارجها، وذلك عن طريق الاتفاقات التي تعقد بين الدول لتسليم المجرمين.

المطلب الرابع
مايترتب على الكفيل عند تعذر إحضار المكفول بنفسه

اختلف الفقهاء في ذلك على النحو التالي:

١ ــ ذهب المالكية والحنابلة إلى أن الكفيل بالنفس يضمن ماعلى المكفول من الحق إذا لم يحضره أو امتنع من إحضاره.

جاء في بلغة السالك:[٤٨] «وبرئ بتسليمه له... وإلا أغرم بعد تلوم خف» وجاء في المغني:[٤٩] «متى تعذر على الكفيل إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من إحضاره لزمه ماعليه».

٢ ــ ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الكفيل بالنفس يحبس إذا لم يحضر المكفول بنفسه حتى يتبين للقاضي عجزه عن إحضاره، ولايضمن شيئاً مما على المكفول إذا تعذر الاستيفاء منه. جاء في تبيين الحقائق:[٥٠] فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم،وإن غاب أمهله مدة ذهابه وإيابه، فإن مضت ولم يحضره حبسه،وإن غاب ولم يعلم مكانه لايطالب به... ويحبسه القاضي إلى أن يظهر عجزه».

وجاء في نهاية المحتاج:[٥١] «فإن غاب المكفول لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه،ولايطالب الكفيل بالمال لأنه لم يلتزم به أصلاً بل النفس وقد فاتت». ثم قال: «فإن مضت المدة ولم يحضره حبس».

---

(٤٨) بلغة السالك لأحمد الصاوي ٢ /١٦٣.
(٤٩) المغني لابن قدامة ٤ /٦١٤.
(٥٠) تبيين الحقائق للزيلعي ٤ /١٤٨.
(٥١) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٥٠.

الأدلـــة:

٢ ــ يستدل القائلون بتضمين الكفيل بالآتي:

١ ــ عموم قوله ﷺ «الزعيم غارم»[٥٢]

وجـه الاستـدلال:

أن الزعيم شامل لكفيل المال وكفيل النفس، ووصف بأنه غارم وغرم الكفيل إلزامه بدفع مايجب على المكفول عنه، فيجب على الكفيل بالنفس أن يدفع ماوجب على المكفول بنفسه إذا لم يحضره.

٢ ــ أن الكفالة بالنفس أحد نوعي الكفالة، فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال قياساً عليها[٥٣].

ثانيـاً: ويستدل القائلون بعدم التضمين للكفيل بمايأتي:

١ ــ أن الكفيل إنما التزم إحضار المكفول بنفسه، ولم يلتزم ماعليه، وإلزامه بالغرم إلزام له بما لم يلتزمه وذلك لايجوز.

٢ ــ أن الكفيل في هذه الحال بمنزلة المفلس فيجب إنظاره[٥٤]، وأجابوا عن استدلال أصحاب القول الأول:

بأن حديث «الزعيم غارم »يعني مايلزم أداؤه والغرم في كفالة النفس هو إحضار المكفول بنفسه، وفي كفالة المال أداء المال الذي على المكفول عنه، لأن الغرم في كل منهما بحسبه.

---

(٥٢) سبق تخريجه ص ١٦٧.

(٥٤) المغني لابن قدامة ٤ /٦١٥.

(٥٤) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٤٦.

الترجيح عندي:

أن الكفيل بالنفس إن فرط أو تساهل في إحضار المكفول بنفسه حتى ضاع حق المكفول له فإن الكفيل يلزم بالتضمين، لأنه لو لم يلزم الكفيل في تلك الحالة لضاعت حقوق الناس، والكفيل يراد منه التوثق،وفي عدم إلزامه بالضمان بتلك الحالة لايكون للكفالة معنى.

أما إذا لم يفرط الكفيل ولم يتساهل بل بذل كل مافي وسعه وعجز عن إحضاره فإنه لايلزمه شيء مما على المكفول لأنه التزم الإحضار وعجز عنه بعد بذل كل الأسباب.

وأرى أن في هذا جمعاً بين القولين،ومع كونه يجمع بينهما فإن فيه دفعاً للكفيل لمطالبة ومتابعة المكفول عنه بإيصال الحق إلى صاحبه. والله أعلم.

المبحث الثاني

الكفالة بالتسليم

وهي الكفالة بتسليم عين ونحوها[٥٥].

وجاء تعريفها في مجلة الأحكام العدلية م٦١٥ بقولها: « الكفالة بالتسليم هي الكفالة بتسليم مال» وذلك كالكفالة بتسليم المبيع قبل القبض والمرهون، لأنهما مضمونا التسليم المبيع على البائع والرهن على المرتهن، فكان المكفول به مضموناً على الأصيل وهو فعل التسليم. لكن إذا هلك المكفول به فلا شيء على الكفيل لأنه لم يبق مضموناً على الأصيل فلا يبقى على الكفيل»[٥٦]

وهذا التقسيم عند الحنفية، ويفرقون بينها وبين الكفالة بالعين المضمونة من حيث الماهية ومن حيث الحكم.

ذلك أن الكفالة بالعين عبارة عن الكفالة بأداء ثمن العين، والكفالة بالتسليم عبارة عن الكفالة بتسليم العين، وهذا من حيث الماهية، وفي الكفالة بالعين يكون الكفيل مجبوراً على تسليمها عيناً إلى صاحبها إذا كانت موجودة، وبدلها إذا استهلكت، والكفيل لايخلص بتلف العين. أما في الكفالة بالتسليم فإنه يكون مطالباً إذا كانت العين باقية، وإذا تلفت سقطت عنه المطالبة،[٥٧] وهذا من حيث الحكم.

---

(٥٥) حاشية ابن عابدين ٥ /٣٠١.

(٥٦) البدائع للكاساني ٧ /٣٤١٦.

(٥٧) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ٣ /٦٢٣. مكتبة النهضة بغداد.

حكـم كفالـة التسليـم:

يختلف الفقهاء في القول بصحة ضمان الأعيان، وإليك بيان ذلك:

أولاً: يرى الحنفية أن الأعيان أربعة أنواع:

١ ــ أعيان مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهور وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك، وهذا النوع يصح الكفالة به ويلزم الكفيل بتسليمه مادام قائماً، فإذا أهلك ألزم بضمان مثله إن كان مثليًّا أو قيمته إن كان قيميًّا.

٢ ــ أعيان مضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع والرهن في يد المرتهن وهذا النوع لاتصح كفالته وضمانه، وإنما يصح ضمان تسليمه فقط فيلزم بتسليمه الكفيل مادام قائماً، فإذا هلك سقطت الكفاله ولم يلزم الكفيل بشيء، ووجه سقوط الكفاله بهلاكه أنه إذا هلك هلك على صاحب اليد بما هو مضمون به فالمبيع مضمون بالثمن، فإذا هلك في يد البائع سقط الثمن عن المشتري. فلا محل لمطالبة الكفيل بشيء بعد سقوط مطالبة الطالب للمكفول عنه.

٣ ــ أعيان هي أمانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها مطلقاً، وذلك لأن هذه الأشياء غير مضمونة على من هي في يده فكذا على ضامنه.

٤ ــ أعيان هي أمانة واجبة التسليم كالعارية والعين المؤجرة،وهذا النوع تجوز الكفالة بتسليمه لوجوب التسليم على صاحب اليد، فإذا هلكت لم يلزم الكفيل بشيء لأنه يهلك مجاناً لكونه أمانة.

جاء في تبيين الحقائق[٥٨]: «والكفالة بالمال نوعان: كفالة بالديون فتجوز مطلقاً إذا كانت صحيحة، وكفالة بالأعيان وهي نوعان: كفالة بأعيان مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهور ونحو ذلك. وكفالة بأعيان هي أمانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها أصلا، وكفالة بأعيان هي أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجرة،أو بعين مضمونة بغيره كالمبيع فإن الكفالة بها لاتصح وبتسليمها تصح».

ثانياً: يرى المالكية أنه لاتصح الكفالة في أي عين من الأعيان سواء كانت مضمونة على من هي في يده كالمبيع أو كانت أمانة كالعارية والوديعة ونحوها.

جاء في الخرشي[٥٩]: «فلا يصح ضمان معين كمن باع سلعة معينة على أنها إن هلكت قبل القبض كان عليه عينها، وكذا إن باع على أنها إن استحقت لزمه عينها...».

ثالثاً: يرى الحنابلة والشافعية في قول لهم أن الأعيان قسمان:

١ ــ أعيان هي أمانة كالوديعة ومال الشركة والمضاربة ونحوها، وهذه لايصح ضمانها لأنها غير مضمونة على من هي في يده، فكذا على الكفيل.

٢ ــ أعيان مضمونة كالمغصوب والعارية والمبيع قبل القبض، وهذه يصح ضمانها لأنها مضمونة على من هي في يده، وضمانها عندهم يكون بردها مادامت قائمة ورد قيمتها عند تلفها.

---

(٥٨) تبيين الحقائق للزيلعي ٤ /١٤٧.

(٥٩) الخرشي على مختصر خليل ٦ /٢٤.

جاء في كشاف القناع:[٦٠] ولا يصح ضمان الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة ومال الشركة والمضاربة... لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذا على ضامنه... ويصح ضمان الأعيان المضمونة كالغصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم من بيع وإجارة»

وجاء في تكملة المجموع:[٦١] «وإن تكفل بعين نظرت فإن كان أمانة كالوديعة لم يصح، لأنه إذا لم يجب ضمانها على من هي عنده، فلأن لايجب على من يضمن عنه أولى، وإن كان عيناً مضمونة كالمغصوب والعارية والمبيع قبل القبض ففيه وجهان، فإن قلنا إنها تصح فهلكت العين فقد قال أبو العباس فيه وجهان: **أحدهما**: يجب عليه ضمانها **والثاني**: لايجب».

ومن هذا النص عند الشافعية نرى أن لهم قولين في صحة ضمان الأعيان المضمون:

أحدهما: عدم صحة ضمانها وهذا كمذهب المالكية.

والثاني: صحة ضمانها، وفي حالة هلاكها لايجب عليه ضمانها، وهذا كمذهب الحنفية والكفالة فيه تكون كفالة تسليم مادامت قائمة.

وفي القول بصحة ضمانها وجه آخر وهو وجوب الضمان على الكفيل في حالة التلف، وهذا كمذهب الحنابلة.

ومن هذا يتبين أن كفالة التسليم عند الحنفية وفي قول للشافعية إنما تتناول الأعيان المضمونة بغيرها، ويضيف الحنفية إلى ذلك الأعيان التي هي أمانة واجبة التسليم.

---

(٦٠) كشاف القناع لمنصور البهوتي ٣ /٣٧٠.

(٦١) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٥٤.

الراجـــح عندي:

بدراسة ذلك أرى صحة القول بكفالة التسليم في الأنواع التي ذكرها الحنفية، وأن الواجب التسليم مادامت قائمة،فإن هلكت فإن الكفالة تنقضي، وذلك في الأعيان المضمونة بغيرها، وذلك قياساً على موت المكفول بنفسه في كفالة النفس، فإنه إذا هلك المكفول بنفسه فإن الكفالة بالنفس تنقضي[٦٢]. أما الأعيان التي يرى الحنفية أنها أعيان هي أمانة واجبة التسليم كالعارية والعين المؤجرة فهذه أرى أنه يجوز فيها كفالة التسليم، ويجب ضمانها حالة التلف بمثلها إن كانت مثلية وبقيمتها ان كانت قيمية، وذلك في العارية دون العين المؤجرة لأنها أمانة في يد المستأجر، وقد قبضها ليستوفي منها منفعة يستحقها، فإذا هلكت فإن الكفالة تنقضي، ولايضمنها إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ.

ووجـه التفـريق: أنه إذا هلك المكفول به في الأعيان المضمونة بغيرها فإنه يهلك على صاحب اليد بما هو مضمون به، فالمبيع مضمون بالثمن، فإذا هلك في يد البائع سقط الثمن عن المشتري، والرهن مضمون بالدين، فإذا هلك سقط الدين عن الراهن في حدود قيمة الرهن، فلا محل إذن لمطالبة الكفيل بشيء بعد سقوط مطالبة الطالب للمكفول عنه.

أما الأعيان التي هي أمانة واجبة التسليم كالعارية فإنها تهلك على صاحبها بيد غيره فيصيبه الضـرر بسبب فعل غيره فيكون الأولى إلزامه بضمانها عند التلف، لأن المستعير قد قبضها لمصلحته هو.

---

(٦٢) البدائع للكاساني ٧ /٣٤٢٩ ومواهب الجليل للحطاب ٥ /١١٥ وتكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٥٤ والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٤ /٢٦٦.

المبحث الثالث

ضمـــان الدرك «العهـــدة»

الدرك بفتحتين اسم من أدركت الرجل أي لحقته، وقد جاء في الحديث الشريف «تعوذوا بالله من جهد البلاء ودرك الشقاء وسوء القضاء وشماتة الأعداء» رواه البخاري وقوله[٦٣] «درك الشقاء» أي من لحاق الشقاء، يقال: مالحقك من درك فعليّ خلاصه، ومنه ضمان الدرك.

والدرك كذلك التبعة أو المطالبة بفتح الراء وسكونها.[٦٤]

ونعرض لذلك في المذاهب الفقهية التي تطرقت له وبينت حكمه.

أولاً: الحنفيـــة:

يختلف تعريف ضمان الدرك وضمان العهدة عند الحنفية. فيرى أبو حنيفة أن ضمان الدرك يختلف عن كل من ضمان العهدة وضمان الخلاص.

١ ــ فضمان الدرك: هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع.[٦٥]

وجاء تعريفه في مجلة الأحكام العدلية في المادة ٦١٦: الكفالة بالدرك: هي الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه أو بنفس البائع إن استحق المبيع.

ويفهم من هذا التعريف أن الكفالة بالدرك قسمان: أولهما: يتحقق ضمن الكفالة. وثانيهما: يتحقق ضمن الكفالة بالنفس. وعلى هذا فليست الكفالة

---

(٦٣) رواه البخاري في كتاب القدر من صحيحه ٨ /١٢٦.

(٦٤) القاموس المحيط للفيرزآبادي ٣ /٣٠١.

(٦٥) البدائع للكاساني ٧ /٣٤٢٠.

بالدرك قسماً منفرداً، ولكن لما كان للكفالة بالدرك أحكام خاصة أفردت في قسم مستقل.

والاستحقاق المشار إليه: هو ظهور حق للغير في مال، وهو قسمان:

الأول: هو مايبطل ملكية كل أحد في المستحق به كظهور المبيع وقفاً أو مسجداً، وذلك كما لو ادعى متولي الوقف أن المبيع الذي في يد المشترى وقف، وأثبت ذلك وحكم له بالوقف، فيبطل هذا الاستحقاق الملكية في المبيع وبعد ذلك لاتبقى صلاحية لأحد في تملك ذلك المال.

القسم الثاني: ماينقل الملكية، كأن يشتري أحد مالاً فيظهر أنه ملك لآخر فهذا الاستحقاق ينقل ويحول ملكية ذلك المال من المشتري إلى ذلك الآخر. وللمشتري مراجعة بائعة في ثمن المبيع.[٦٦]

وقد شرعت الكفالة بالدرك لتأمين حق المشتري في مراجعة البائع في ثمن المبيع. وضمان الدرك بهذا المعنى صحيح وجائز باتفاق الحنفية. جاء في شرح فتح القدير[٦٧] «وعلى ضمان الدرك إجماع».

٢ ــ ضمان العهـــده:

العهدة هي كتاب الشراء، وهو للمشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه.

وعلى هذا فإن أبا حنيفة يقول بعدم جواز ضمان العهدة، لأن العهدة تحتمل الدرك وتحتمل الصحيفة وهو الصك، وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الأصيل، فدارت الكفالة بالعهدة بين أن تكون بمضمون وغير مضمون، فلا تصح مع الشك.

---

(٦٦) شرح مجلة الأحكام العدلية ٣ /٦٢٤. لعلي حيدر.

(٦٧) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٢٩٨.

ويرى أبو يوسف ومحمد أن ضمان العهدة جائز، ذلك أن ضمان العهدة في عرف الناس هو ضمان الدرك، وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع[٦٨].

جاء في تبيين الحقائق:[٦٩] «وإنما لايجوز لأن العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لأنه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة، وهو ملك للبائع ولايلزمه التسليم، فإذا ضمن تسليمه إلى المشتري فقد ضمن مالا يقدر عليه فلا يصح ويطلق على العقد وعلى الدرك. «فبطل الضمان للجهالة». وقال أبو يوسف ومحمد «إن حملنا الضمان على هذا المعنى بطل وصار لغواً، فحملناه على ضمان الدرك فيما عقد عليه الشراء ليصح معنى الضمان».

٣ ــ ضمــان الخلاص:

وهو مختلف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه بناء على تفسيره عندهم. فيرى أبو حنيفة أن الخلاص: معناه تخليص المبيع لامحالة. وهذا غير صحيح لأنه لايقدر على ذلك، لأن المستحق لا يمكنه منه.

ويرى أبو يوسف ومحمد أن معناه: تخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه، وهذا هو ضمان الدرك في المعنى، وعلى هذا المعنى يجيز ذلك أبو حنيفة لأنه ضمن مايمكن الوفاء به، وإنما منع الأول لعدم القدرة على التخليص. جاء في تبيين الحقائق[٧٠]: «لاتجوز الكفالة بالخلاص، وهذا عند أبي حنيفه، وقال أبو يوسف ومحمد: تجوز لأن تفسيره عندهما تخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه، وهذا ضمان الدرك في المعنى، وأبو حنيفة يقول تفسيره تخليص المبيع لامحالة وهو لايقدر على ذلك».

(٦٨) البدائع للكاساني ٧ /٣٤٢٠.

(٦٩) تبيين الحقائق للزيلعي ٤ /١٦١ وقال فيما نقل عن أبي يوسف ومحمد. أورده أبو بكر الرازي في شرح الطحاوي.

(٧٠) نفس المرجع ٤ /١٦١.

ثانياً: المالكية:

يرى المالكية صحة ضمان الدرك. جاء في المدونة[٧١]: «قلت: أرأيت لو أني بعت من رجل بيعاً وأعطيته كفيلاً بما أدركه من درك، أتجوز هذه الكفالة أم لا؟ قال: إن أعطاه كفيلاً بما أدركه فقال أن أدركك فيها درك فعليّ أن أرد الثمن فالكفالة في هذا جائزه، وإن كان إنما أعطاه على أنه إن أدركه فيها درك فعليه أن يخلصها له بالغة مابلغت فالكفالة في هذا باطلة، لأن هذا لايلزم البائع، قال: والكفالة لاتلزم أيضاقلت: وهذا قول مالك، قال: هذا قوله وهو رأيي».

ومن هذا نرى أن المالكية يقولون بصحة ضمان الدرك، وعدم صحة ضمان الخلاص بهذا التفسير الذي أوردوه، وهو يتفق مع تفسير أبي حنيفة له.

ثالثاً: الشافعيـــة :

ضمان الدرك عندهم: هو التبعة أي المطالبة، سمي به لالتزام الغرامة عند إدارك المستحق عين ماله، ويسمى ضمان العهدة لالتزامه مافي العهدة وهي الصك المكتوب فيه الثمن والمثمن[٧٢].

وهو أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً لنقص الصنجة[٧٣]، ويصححون الضمان للبائع بأن يضمن له المبيع بعد قبض المشتري له إن خرج الثمن المعين مستحقاً.. وذكر الضمان للمشتري لأنه الغالب.

جاء في نهاية المحتاج[٧٤]: «والمذهب صحة ضمان الدرك بعد قبض الثمن».

(٧١) المدونة للإمام مالك رواية سحنون ٥ /٢٦٩.
(٧٢) شرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣ /١٥٣.
(٧٣) الصنجة: هي الآلة التي يوزن بها وهي فارسية معربة / القاموس المحيط ١ /١٩٧.
(٧٤) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٣٩.

ويتعلق ضمان الدرك بعين المبيع أو الثمن إن بقي وسهل رده، وبدله إن عسر رده، ومثل المثلي وقيمة المتقوم إن تلف. ويكون ضمان العهدة ضمان عين إذا كان الثمن معيناً باقياً لم يتلف، ويكون ضمان ذمة فيما عدا ذلك.(٧٥)

رابعاً: الحنابلة.

ضمان العهدة «الدرك عندهم»:

هو أن يضمن عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع، وذلك بأن يضمن الثمن عن المشتري للبائع أو إن ظهر به عيب أو استحق، أو أن يضمن الثمن عن البائع للمشتري، وذلك متى خرج المبيع مستحقاً أورد بعيب أو أرش العيب.

وضمان العهدة صحيح عند الحنابلة لأن الحاجة تدعو إليه.

ألفاظه عندهم:

هي: ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه، أو يقول للمشتري: ضمنت خلاصك منه، أو متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمنت لك الثمن.

ويصح عندهم ضمان نقص الصنجة ونحوها كالمكيال، ويرجع القابض بما نقص، وإن اختلفا في قدر النقص أخذ بقوله مع يمينه لأنه منكر ما ادعاه خصمه.

جاء في الكشاف(٧٦): «يصح ضمان عهدة بائع لمشتر وعن مشتر لبائع». من هذا الاستعراض للمذاهب الفقهية نرى أن الفقهاء يختلفون في صحة ضمان الدرك:

---

(٧٥) شرح البهجة /زكريا الأنصاري ٣ /١٥٣ وتكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٣٦.
(٧٦) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٦٩.

١ ــ فيرى بعض الشافعية أنه لايجوز ضمان الدرك.

٢ ــ ويرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، وهو المذهب عند الشافعية أن ضمان الدرك صحيح.

الأدلـــة:

أولاً: يستدل القائلون بعدم جواز ضمان الدرك بالآتي:

١ ــ أن ضمان العهدة ضمان لشيء غير ثابت، ومن شروط الضمان كون المضمون به ثابتاً.

٢ ــ أن الكفالة وثيقة فلا يجوز أخذها بالعهدة كالرهن.

٣ ــ أن ضمان العهدة ضمان المجهول، ومن شروط الضمان كون المضمون به معلوماً.

٤ ــ أن ضمان العهدة ضمان عين، وضمان العين لايصح(٧٧).

وتناقش أدلة المانعين بما يأتي:

١ ــ أن هذا الشرط خاص بالمذهب الشافعي، أما الجمهور فيرون صحة ضمان مالم يجب إذا كان ماله إلى الوجوب. ثم إن ضمان العهدة ضمان لشيء قد وجب حال العقد ولكن لم يظهر ذلك إلا فيما بعد فالاستحقاق كان قبل العقد.

٢ ــ أن قياس الضمان على الرهن قياس مع الفارق، لأن الرهن بالدرك يستلزم بقاء العين المرهونة في يد المرتهن إلى أن يظهر عدم الاستحقاق أو عدم العيب، وهذا لايعرف له وقت بل قد يستمر

---

(٧٧) فتح العزيز شرح الوجيز لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي ١٠ /٣٦٥ والمغني لابن قدامة ٤ /٥٩٦.

العمر كله، فلايصح إجماعاً، على حين أن الكفالة التزام في الذمة، ولاحبس فيها لحق أحد.

٣ ــ أن هذا الشرط إنما يقول به الشافعية والجمور على صحة الضمان ولو كان المضمون به غير معلوم إذا كان ماله إلى العلم، والجهالة منتفية لأنه ضمن الجملة، فإذا خرج بعضه مستحقاً لزمه بعض ماضمنه.

٤ ــ أن هذا الشرط لايقول به جمهور الفقهاء الذين يرون صحة ضمان الأعيان المضمونة على من هي في يده، ومتعلق ضمان الدرك هو العين أن بقيت وأمكن ردها وإلا وجب رد بدله وهو مثل المثلي وقيمة المتقوم، فيكون الضمان في ذلك ضمان ذمة لاضمان عين[٧٨]. جاء في نهاية المحتاج[٧٩]: «إن ضمان العهدة يكون ضمان عين فيما إذا كان الثمن معيناً باقياً لم يتلف، وضمان ذمة فيما عدا ذلك».

ثانياً: ويستدل الجمهور القائلون بجواز ضمان الدرك بما يأتي:

١ ــ أن مبنى الكفالة على التوسع، لأنها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به إذا كانت يسيرة ومتعارفة.

٢ ــ أن الحاجة تدعو إلى الوثيقة وهي ثلاثة: الشهادة والرهن والضمان والأولى لايستوفى منها الحق، والثانية ممنوعة لأنه لايلزم حبس الرهن إلى أن يؤدي وهو غير معلوم فيؤدي إلى حبسه أبداً، فلم يبق غير الضمان، ولو لم يصح لامتنعت المعاملات وشق على الناس السير في أمور حياتهم.[٨٠]

(٧٨) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٤٠ والمغني لابن قدامة ٤ /٥٩٦.

(٧٩) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٤١.

(٨٠) الإنصاف في الراجح من مسائل الخلاف للمرداوي ٥ /١٩٨ والمغني لابن قدامة ٤ /٥٩٦.

الدارسة والمقارنة:

١ ـــ ضمان الدرك صحيح باتفاق الحنفية والمالكية والحنابلة والصحيح من قول الشافعية وهو الراجح، وذلك لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين.

٢ ـــ يرى أبو يوسف ومحمد من الحنفية والحنابلة، وهو الصحيح من قولي الشافعية أن ضمان العهدة صحيح، وذلك لأنهم يفسرونه بمعنى صحيح لاجهالة فيه بل هو معلوم ومقدور التسليم فيه معنى الدرك.

أما أبو حنيفه فيرى عدم صحة ضمان العهدة لأنه قد فسره بمعنى فيه ضمان ما لا يقدر على تسليمه وهو باطل عنده، فالخلاف بينهم إنما هو خلاف في التفسير وكل أصدر حكمه بناء على تفسيره عنده.

٣ ـــ ضمان الخلاص صحيح عند أبي يوسف ومحمد من الحنفية والحنابلة لأنه فيه معنى ضمان الدرك. أما عند أبي حنيفه والمالكية فإنه غير صحيح لأن الضامن لايقدر على ماضمن. فالخلاف بينهم خلاف في المعنى، وعليه يترتب الحكم.

٤ ـــ أن اختلاف الفقهاء في الحكم في ضمان العهدة والخلاص إنما كان نتيجة لتفسير كل منهم، فمن فسره بتفسير فيه الجهالة وعدم القدرة على الضمان قال بعدم جوازه، ومن فسره بتفسير فيه معنى الدرك قال بجوازه.

والذي يظهر أن ضمان العهدة والخلاص على تفسير أبي حنيفة ومن تبعه غير جائزين عند الفقهاء لما فيهما من الغرر والجهالة. وأنهما على تفسير غيره جائزان لأن فيهما معنى الدرك ولاجهالة، بل فيهما العلم وإمكانية التسليم، وذلك عنده وعند غيره من الفقهاء.

المبحث الرابع

في ضمـــان الطلـــب وهو من أقسام الضمان عند المالكية.

تعريفه: «هو التزام طلب الغريم والتفتيش عنه إن تغيب، ثم يدل عليه رب الحق وإن لم يأت به[٨١]».

ومعنـاه: أن المطلوب من الضامن في ضمان الطلب أن يطلب الغريم ويبحث عنه، ثم يدل المضمون له عليه في مكانه ليستوفي منه حقه، وإن لم يحضره، وقيل إنه يشترك مع ضمان الوجه في لزوم الإحضار.

ألفاظـــه:

إما بصريح اللفظ كقوله.أنا حميل بطلبه أو على طلبه أو لا أضمن إلا طلبه.

أو بصيغة ضمان الوجه عندهم مع شرط نفي ضمان المال. كأن يقول: أضمن وجهه بشرط عدم غرم المال إن لم أجده. أوقال: لا أضمن إلا وجهه أي دون غرم المال.

حكـم ضمـان الطلـب

يجب على الضامن طلب المضمون عنه إذا كان حاضراً، والبحث عنه في البلد وماقرب منه إن جهل مكانه. أما إذا كان غائباً فإن الضامن يجب عليه البحث عنه في البلد وما يقرب منه، وذلك إذا كان يعلم موضعه ويستطيع الدلالة عليه عادة، فإن لم يستطع الدلالة عليه حاضراً أو لم يعلم مكانه غائباً فإنه لايكلف بالتفتيش عليه، ولا يلزمه شيء مالم يكن مفرطاً أو مهملاً، ويكفي في ذلك حلفه بعدم التقصير.

---

(٨١) بلغة السالك لأحمد الصاوي ٢ /١٦٤.

فإن كان الضامن مهملاً أو مفرطاً في ذلك لزمه ماعلى المضمون عنه[٨٢].
جاء في حاشية الدسوقي:[٨٣] «وطلبه بما يقوى عليه في البلد وماقرب منه... وحلف ماقصر في طلبه، ولايعلم موضعه، فإن نكل غرم، وغرم إن فرط في الإتيان به أو في الدلالة عليه بأن علم موضعه،وتركه حتى يتمكن رب الحق منه أو هربه».

ولعل من هذا المعنى ضمان المعرفة عند الحنابلة حيث جاء تعريفه:

تعريف ضمان المعرفة:

«أن يضمن الضامن معرفة إنسان بقوله: اني أعرفك من هو وأين هو[٨٤]».

مثاله: أن يجيء إنسان إلى آخر يستدين منه فيمتنع من إعطائه لأنه لايعرفه فيضمن شخص آخر معرفته فيداينه بناء على ذلك.

حكم ضمان المعرفة عند الحنابلة:

أنه يجب على الضامن أن يبحث عن المضمون بمعرفته ويعرف مكانه ثم يدل عليه المضمون له. فإن لم يعرفه ولم يدل عليه ضمن ما عليه عندهم لأن المضمون له لم يعطه إلا بناء على تعريفه له.

ومن الحنابلة من يرى أن على ضامن المعرفة إحضار المضمون بمعرفته، فإن عجز عن إحضاره لزمه ماعليه لمن ضمن معرفته. جاء في كشاف القناع[٨٥]: «ضمان المعرفة: إني أعرفك من هو وأين هو ، فإن لم يعرف من هو وأين هو ضمن ماعليه وإن عرفه ذلك فليس عليه أن يحضر».

(٨٢) الشرح الصغير للدردير ٣ /٤٥٢.
(٨٣) حاشية الدسوقي ٣ /٣٤٦.
(٨٤) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٧٥.
(٨٥) نفس المرجع ٣ /٣٧٥.

وقال ابن عقيل في الفصول... «فكأنه قال: ضمنت لك حضوره متى أردت لأنك أنت لاتعرفه ولايمكنك إحضار من لاتعرفه فأنا أعرفه فأحضره لك متى أردت، فصار كقوله: تكفلت ببدنه. فيطالب ضامن المعرفة بإحضاره، فإن عجز عن إحضاره مع حياته لزمه ماعليه لمن ضمن معرفته»ومن الحنابلة من يرى عدم تضمينه لأنه لايلزم الإنسان شيء غير ماالتزم به، وهو إنما التزم بالتعريف(*).

وكلام ابن عقيل اجتهاد منه في تفسير ضمان المعرفة، وإلا فإن ضمان المعرفة لايجب عليه إلا التعريف لأن اللفظ لايدل على غير ذلك.

ضمان المعرفة عند الحنفية:

تعريفه: أن يقول الضامن للمضمون له: أنا ضامن لمعرفةالمضمون.

حكمه عند الحنفية:

يرى أبو حنيفة ومحمد أن قول الضامن: أنا ضامن لمعرفته لايعتبر من الكفالة عندهم، وذلك لأن الكفالة فيها التزام المطالبة، وهنا التزام المعرفة دون المطالبة ويرى أبو يوسف أن الضامن يصير بهذا الكلام ضامناً لأن عرف الناس بذلك يدل على الكفالة جاء في تبيين الحقائق(٨٦): «لابأنا ضامن لمعرفته أي: لايصير كفيلاً بقوله أنا ضامن لك بمعرفة فلان، وقال أبو يوسف: يصير ضامناً للعرف لأنهم يريدون به الكفالة وجه الأول: أنه التزم دون المطالبة».

الدراسة والمقارنة:

١ ــ بدراسة تعاريف الفقهاء أرى أنها تتفق في المعنى،ذلك أن مقصود المالكية بضمان الطلب: هو البحث عن الغريم ودلالة المضمون له

(*) مطالب أولي النهى للسيوطي ٣ /٣١٥.

(٨٦) تبيين الحقائق للزيلعي ٤ /١٤٨.

على مكانه، وهذا هو معنى التعريف به، لأن التعريف به هو الإخبار من هو وأين هو؟ وهذا لايتم إلا بالبحث عنه ثم الدلالة عليه. وإن اختلفت بعض الألفاظ.

٢ ــ بناء على هذا فإن المالكية والحنابلة وأبا يوسف من الحنفية يرون أن الضامن ملزم بالدلالة على المضمون، ولم أعثر على شيء في ذلك عند الشافعية.

٣ ــ يتفق المالكية والحنابلة على أن الضامن إذا لم يدل على المضمون فإنه يلزمه ماعليه.

٤ ــ يرى أبو يوسف أن الأمر في ضمان المعرفة راجع إلى العرف، فإن كان العرف يقضي بالتضمين ضمن وإلا فلا. ومن ذلك فإني أرى رجحان ماذهب إليه المالكية والحنابلة، لأن الضامن قد التزم ذلك برغبته ورضاه فيلزمه ماالتزمه إلا إذا بذل جهده وعجز عن الدلالة عليه فلايلزمه شيء.والله أعلم

الفصـــل الثانـي

أقسام الكفالة باعتبار العقد نفسه

ويشتمل على أربعة مباحث :

المبحـث الأول : الكفالة المنجـزة .
المبحـث الثانـي : الكفالة المضافة إلى زمان مستقبل .
المبحـث الثالـث : الكفالة المعلقة .
المبحـث الرابـع : الكفالة المشروطة .

المبحـــث الأول

الكفالـــة المنجزة:

الأصل في العقود أن تكون منجزة، ومعنى ذلك أن تترتب على وجود صيغتها مستوفية لجميع شروطها، وتترتب عليها آثار العقد في الحال، والمراد بالتنجيز في الكفالة ماكانت صيغتها خالية من التعليق بشرط ومن الإضافة إلى المستقبل.

ومثالها: أن يقول: إني أكفل لفلان عن دينه الذي على فلان.

ولاخلاف في جـواز ذلك عند الفقهاء.

ويقصد بالعقد المنجز: ماتدل الصيغة المنشئة له على أنه أريد منها عقده وإبرامه في الحال فور تمام الصيغة وترتب عليه أحكامه في الحال، ولايؤثر في اعتبار العقد منجزاً كون المكفول به مؤجلاً فإنها تنعقد الكفالة ويتأجل المكفول به إلى وقت حلوله لأنها كفالة بما على الأصيل، فتتقيد بصفته من الحلول والتأجيل.(٨٧).

(٨٧) النظرية العامة للعقد في الفقه الإسلامي د /محمد الحسيني ص ٣٦٥. وشرح مجلة الأحكام العدلية ٣ /٦١٦.

المبحث الثاني

الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل:

والعقد المضاف عند الفقهاء: هو العقد الذي يتبين من الصيغة المنشئة له أن المتصرف أراد إنشاء تصرفه في الحال، مع تأخير ترتيب آثاره عليه إلى زمان يأتي في المستقبل.

حكم العقد المضاف:

يعتبر العقد المضاف موجوداً ومنعقداً من الوقت الذي تم فيه صدور الصيغة المنشئة له، لكن لاتترتب عليه كل آثاره في الحال، وإنما تتأخر إلى الزمان الذي أضيفت إليه. وذلك كما لو قال: أنا كفيل بنفس فلان بعد شهر، أو أنا ضامن ماداينت به فلاناً بعد شهر، فإن هذه الكفالة صحيحة ومنعقدة في الحال، لكن لاتترتب آثارها إلا في الزمان المستقبل بعد تحقق ماأضيفت اليه.[٨٨]

ونبحث ذلك في المذاهب الفقهية:

١ ــ **الحنفية:** يرى الحنفية أن الكفالة تجوز إضافتها إلى زمان مستقبل إذا كان الأجل معلوماً، جاء في الفتاوى الهندية[٨٩] «ويجوز تأجيلها إلى أجل معلوم. والجهالة اليسيرة فيها محتمله، وجميع الآجال في ذلك على السواء القريب والبعيد»، جاء في البدائع[٩٠]: «إذا كفل إلى قدوم زيد جاز».

(٨٨) النظرية العامة للعقد /محمد الحسيني ص٣٦٧ والكفالة والحوالة د /عبد الكريم زيدان ص١٣٧.

(٨٩) الفتاوى الهندية لمجموعة من العلماء ٣ /٢٧٨ دار إحياء التراث العربي بيروت ــ الطبعة الثالثة١٤٠٠هـ.

(٩٠) البدائع للكاساني ٧ /٣٤٠٨.

٢ ــ **المالكيــة**: يرى المالكية صحة إضافة الكفالة إلى زمان مستقبل سواء كان الأجل معلوماً أو مجهولاً، جاء في مواهب الجليل[٩١]: «الحمالة بالمال إلى أجل مجهول جائزة، ويضرب له من الأجل بقدر مايرى» ويفهم من هذا أن الكفالة إلى أجل معلوم جائزة من باب أولى.

وفي المدونة[٩٢] «ولابأس أن يتكفل بمال الغريم إلى خروج العطاء وإن كان مجهولاً إن كان في قرض أو تأخير بثمن مبيع صحت عقدته».

٣ ــ **الشافعيــة**: يرى الشافعية أنه لايجوز إضافة الكفالة إلى المستقبل، لكن ورد في نهاية المحتاج[٩٣]: «ولو نجزها أي الكفالة وشرط تأخير الإحضار شهراً كضمنت إحضاره وأحضره بعد شهر جاز لأنه التزام بعمل في الذمة، ومن عبر بجواز تأجيل الكفالة أراد هذه الصورة». ويظهر من هذا جواز الكفالة المضافة إلى المستقبل، ولكن آخر العبارة يدل على أن التنجيز شرط لصحة الكفالة، وإنما هنا وقعت الكفالة منجزه واشترط تأجيل المطالبة شهراً.

٤ ــ **الحنابلــة**: يرى الحنابلة صحة إضافة الكفالة إلى زمان مستقبل. جاء في كشاف القناع:[٩٤] «وإن جعله ــ أي الضمان والكفالة ــ إلى الحصاد أو الجذاذ أو العطاء فكأجل في بيع لايصح في المتقدم،والأولى صحته هنا لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجل لايمنع من حصول المقصود منه، وهكذا كل مجهول لايمنع مقصود الكفالة».

---

(٩١) مواهب الجليل للحطاب ٥ /١٠١.

(٩٢) المدونة للإمام مالك ١٣ /٢٨٢. رواية سحنون.

(٩٣) نهاية المحتاج للرملي ٣ /٤٥٧.

(٩٤) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٧٦.

الراجـــح:

نرى أن الراجح هو القول بصحة إضافة الكفالة إلى زمان مستقبل، لأن الكفالة تبرع من غير عوض فيجوز إضافتها إلى المستقبل في الزمان المعلوم. ولقوله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾[٩٥]. فرتب المنادي التزامه بالكفالة عن المالك على المجيء بالصواع، والمجيء به إنما يكون في المستقبل، وهذا يدل على صحة إضافة الكفالة على زمن مستقبل.

(٩٥) سورة يوسف آية/٧٢.

المبحث الثالث

الكفالة المعلقة

والعقد المعلق: هو ماكانت صيغته تدل على ترتيب وجوده على حصول أمر يوجد في المستقبل.

والكفالة المعلقة: هي التي علقت بشرط، أي علق وجودها بوجود شيء آخر كما لو قال: أنا ضامن لك بالثمن إذا استحق البيع[٩٦].

والفرق بين العقد المضاف والمعلق:

أن المضاف يعتبر موجوداً عند تمام الصيغة المنشئة له والذي يتأخر إنما هو ترتب آثاره عليه كلها أو بعضها.

والمعلق لايكون له وجود أصلاً إلا عند وجود الأمر المعلق عليه.[٩٧]

وقد يكون التعليق صوريًّا؛ وذلك إذا علق الكفالة على أمر موجود وقت التعليق. كما لو قال: إن كان فلان مديناً لك بكذا فأنا كفيل لك بهذا الدين، ثم تبين أنه مدين فعلا وقت إنشاء الكفالة. فإن الكفالة والحالة هذه تنعقد منجزة.

ولايجوز تعليق الكفالة على شرط مستحيل الوقوع كما لو قال: إن سقطت السماء على الأرض فأنا كفيل بدينك على زيد، لأن معنى ذلك أن الكفيل لايريد الكفالة، والتعليق الصريح ماتضمنت الصيغة أداة من أدوات الشرط. وغير

---

(٩٦) الكفالة والحوالة د /عبد الكريم زيدان ص١٣٢.

(٩٧) النظرية العامة للعقد في الفقه الإسلامي د /محمد الحسيني ص٣٦٩.

الصريح مالم يتضمن ذلك كما لو قال لشخص: عند استحقاق المال على زيد فأنا كفيل بذلك.

اجتمـاع التعليـق والإضافـة:

وذلك يكون فيما إذا علق الكفيل تصرفه على شرط، ونص على تأخير الكفالة مدة، وذلك كأن يقول: إذا استحق المال على فلان فأنا كفيل به بعد ستة أشهر.

أقوال الفقهاء في الكفالة المعلقة:

١ ــ **الحنفيـة**: يرى الحنفية أنه يجوز تعليق الكفالة بالشروط الملائمة دون غيرها، مثل أن يقول: مابايعت زيداً فعليّ. جاء في شرح فتح[٩٨] القدير: «ويجوز تعليق الكفالة بالشروط» ثم قال: «ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها».

والشروط الملائمة عند الحنفية ثلاثة هي:

١ ــ أن يكون الشرط سبباً للزوم الحق، كقوله: إذا استحق المبيع فأنا كفيل لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق ولزومه.

٢ ــ أن يكون الشرط سبباً لإمكان الاستيفاء أو وسيلة إليه مثل أن يقول: إذا قدم زيد فأنا كفيل، لأن قدوم زيد وسيلة إلى الأداء.

٣ ــ أن يكون الشرط سبباً لتعذر الاستيفاء مثل: إن غاب عمرو عن البلد أو هرب أو مات ولم يدع شيئاً فأنا كفيل بدينك.

فإن لم يكن الشرط سبباً للزوم الحق ولا وسيلة إلى الأداء ولا سبباً لتعذره فإنه لايجوز، كما إذا قال: إن جاء المطر أو هبت الريح أو إن دخل زيد الدار فأنا كفيل. وذلك لأن الكفالة فيها معنى التمليك، والأصل عدم جواز تعليقها بالشروط إلا الشروط الملائمة، ولأن الكفالة جوازها بالعرف، والعرف في مثل هذا

(٩٨) شرح فتح القدير٦ /٢٩٩ لابن الهمام الحنفي.

الشرط دون غيره[٩٩]، وقد اختلف الحنفية حالة تعليق الكفالة بشرط غير ملائم:

فمنهم من ذهب إلى أن الكفالة صحيحة وإنما يبطل الشرط.

ومنهم من أبطل الكفالة.

وقد نقل الخلاف ابن عابدين[١٠٠]بعد أن ساق المثال: «إذا هبت الريح وإذا جاء المطر.. فأنا كفيل بنفس فلان أو بمالك عليه فالكفالة باطلة، كما نقله في النسخ عن المبسوط والخانية، وصرح به أيضا في النهاية والمعراج والعناية وجزم بذلك الزيلعي وصاحب البحر والنهر.. ولكن وقع في كثير من الكتب أنه يبطل التعليق وتصح الكفالة ويلزم المال حالاً منها حاشية الهداية وغيرها» قال ابن عابدين «والأولى اتباع مامشى عليه جمهور شراح الهداية وشراح الكنز وغيرهم تبعاً للمبسوط من بطلان الكفالة».

وإنما جاز تعليق الكفالة بالشروط الملائمة دون غيرها، لان للكفالة شبهين شبهاً بالتمليك من ناحية مايترتب عليها من تمليك الطالب حق مطالبة الكفيل وهذه ناحية فيها تقتضي عدم صحة تعليق الكفالة مطلقاً لافرق بين شرط ملائم أو غير ملائم. وشبهاً بالنذر من ناحية أنها التزام،وذلك مايقتضي صحة تعليقها بأي شرط، فعملاً بالشبهين وضعت موضعاً وسطاً. وهو جواز تعليقها بالشرط الملائم دون غيره[١٠١].

المالكيـــة: بدراستي لمذهب المالكية لم أعثر لهم على نص في جواز تعليق الكفالة، لكن ورد في الشرح الصغير: «إن ثبت لك عليه دين فأنا

---

(٩٩) البدائع للكاساني ٧ /٣٤٠٧ وشرح فتح القدير ٦ /٣٠٢ لابن الهمام.

(١٠٠) حاشية ابن عابدين ٥ /٣٠٧.

(١٠١) الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ١ /٣٨.

(١٠٢) الشرح الصغير للدردير ٣ /٤٣٢.

ضامن».

وهذا هو التعليق، لأنه علق الضمان على ثبوت الدين، وهذا تعليق على شرط ملائم.

٣ ــ **الشافعية**: يرى الشافعية أنه لايجوز تعليق الكفالة، جاء في نهاية المحتاج[١٠٣]: «والأصح أنه لايجوز تعليقها ــ أي الضمان والكفالة ــ بشرط».

وقيل: يجوز تعليقها لأنه لايشترط فيها القبول، لأنها مجرد التزام فيتبين من ذلك ذلك أن للشافعية قولين في التعليق أصحهما المنع.

٤ ــ **الحنابلة**: يرى بعض الحنابلة صحة تعليق الكفالة، ويرى البعض الآخر عدم الصحة، جاء في الأنصاف:[١٠٤] «قال في الفروع: وفي صحة تعليق ضمان وكفالة بغير سبب الحق وتوقيتها وجهان، قال في الرعاية الكبرى: وإن علق الضمان على شرط مستقبل صح». وجاء في الكشاف:[١٠٥] «وإذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان شهراً صح ذلك، لأنها جمعت تعليقاً وتوقيتاً وكلاهما صحيح مع الانفراد فكذا مع الاجتماع، وقيل لايصح التعليق إلا بسبب كالعهدة والدرك.»[١٠٦].

باستعراض المذاهب الفقهية التي اوردناها يتضح مايلي:

١ ــ أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وفي قول عند الشافعية والحنابلة يرون صحة تعليق الكفالة بالشرط الملائم.

٢ ــ أن بعض الشافعية وبعض الحنابلة يرون عدم جواز تعليق الكفالة بالشرط.

---

(١٠٣) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٥٦.
(١٠٤) الإنصاف للمرداوي ٥ /٢١٣.
(١٠٥) كشاف القناع للبهوتي ٣/٣٧٧ .
(١٠٦) الإنصاف للمرداوي ٥ /٢١٣.

الأدلـــــة:

أولاً : يستدل القائلون بجواز تعليق الكفالة بما يأتي:

١ ــ قوله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾[١٠٧].

وجـه الدلالـة: أن تعليق الكفالة بالشرط جائز، حيث علق الكفالة بشرط المجيء بالصواع، وكان نداء المنادي بأمر يوسف عليه السلام. وشريعة من قبلنا شريعة لنا إذا قصها الله ورسوله بلا إنكار، ولم يرد في شرعنا ناسخ لها[١٠٨].

٢ ــ أن التعليق بالشرط يجوز قياسا على ضمان الدرك، فإن الكفالة به مترتبة على ظهور الإستحقاق، فهي مضافة،والتعليق في معنى الإضافة.

ثانيـاً : ويستدل المانعون بما يأتي:

١ ــ أن ذلك خطر، فلم يجز تعليق الكفالة به كمجيء المطر وهبوب الريح. ولأنه اثبات حق لآدمي معين، فلم يجز تعليقه على شرط ولاتوقيته كالهبة.[١٠٩].

٢ ــ وأجابوا عن استدلال المجيزين بالآية: بأنها محمولة على بيان العمالة لمن يأتي به لالبيان الكفالة، لأنه قد التزم عن نفسه، وهذا حال المستأجر لأنه ضامن للأجرة عن نفسه بحكم الإجارة لا الكفالة. وضمان العمالة على هذا الوجه جائز،

---

(١٠٧) سورة يوسف آية / ٧٢.

(١٠٨) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٣٠١.

(١٠٩) المغني لابن قدامة ٤ /٦٢٠.

والدليل على أنه ليس من باب الكفالة، وإنما هو من باب العمالة أن المكفول له في الآية مجهول، ولا كفالة مع جهالته[١١٠].

الراجح عنـدي:

بدراسة تلك الأقوال أرى أن الراجح هو القول بجواز تعليق الكفالة بالشرط الملائم دون غيره، وذلك لما يأتي:

١ ــ لما ورد في الآية الكريمة، فإن الزعيم حقيقة الكفيل، والمؤذن إنما نادي العير عن غيره وهو الملك فإن المعنى: الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير لأنه إنما نادي بأمره، ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه.

٢ ــ أن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا إذا دل الدليل الشرعي على المنع. ولادليل على المنع، فيكون الحكم الجواز.

٣ ــ أن الكفالة لها شبه بالنذر ابتداء وبالبيع انتهاء، فينبغي مراعاة الشبهين وهذه المراعاة تقتضي جواز التعليق بالشرط الملائم والمتعارف، وإنما لم يجز تعليقها بشرط غير ملائم لها لأنه لايظهر في غرض صحيح فكان ذلك ضرباً من اللهو والهزل، ولاتصح العقود مع ذلك.

٤ ــ أن الكفالة مبناها على التوسع، لأنها تبرع في الأصل فلا غرر فيها ولاضرر.

٥ ــ أنه لو لوحظ شبهها بالبيع فقط فإنه يجوز التعليق في البيع بالشرط، وقد نص الإمام أحمد على جواز تعليق البيع بالشرط اتباعاً لآثار وردت في ذلك عن الصحابة، فإذا جاز تعليق البيع وهو من

---

(١١٠) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٣٠١.

المعارضات فجوازه في الكفالة وهي من التبرعات في الأصل أولى. هذا وإن المعاملات التجارية في الوقت الحاضر تتطلب مثل ذلك في فتح الاعتمادات وتسليم البضائع، كأن يشترط وصول البضاعة في شهر كذا ويعلق العقد في الكفالة والضمان على ذلك لأن التعليق له فائدة وشرطه ملائم لتذبذب الأسعار من وقت لآخر، والشريعة الإسلامية مبناها على جلب المصالح ودرء المفاسد، والتقيد بذلك فيه مصلحة ولامفسدة في التقيد به، فتكون مراعاته واجبة.. والله أعلـم

المبحث الرابع

الكفالة المشروطة:

وهي التي يقترن بها شرط: كما لو قال الكفيل:أنا كفيل بدينك على فلان بشرط أن تبرئني من كفالتي بدينك على فلان.

وقد اختلف الفقهاء في مسألة اقتران الشروط في العقود ومدى تأثيرها على هذه العقود أو التصرفات في الصحة أو الإبطال.

ويراد بالشرط التزام المتصرف في تصرفه بأمر زائد على أصل التصرف، سواء كان هذا الالتزام مما يقتضيه ذلك التصرف شرط أم لم يشرط،أم لم يكن من مقتضاه،وسواء أكان فيه منفعة لمن التزم به أو لغيره أم لم يكن فيه منفعة لأحد[١١١] والفقهاء متفقون على أن الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم منها ماهو مباح جائز التزامه،ويجب الوفاء به إذا التزم، ويسمى هذا النوع بالشروط الصحيحة، ومنها ماهو محظور لايجوز التزامه ولا الوفاء به، ويسمى هذا النوع بالشروط الفاسدة والباطلة على اختلاف الفقهاء في التفريق بين الفاسد والباطل.

لكنهم يختلفون عند التطبيق فيما يعد من هذه الشروط صحيحاً، وما يعد منها غير صحيح، وبالتالي مايترتب على ذلك من أثر في العقد هل يفسد العقد والشرط أم يصح العقد ويلغى الشرط فقط لفساده.

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في الأصل في العقود والشروط المقترنة بالعقد على النحو التالي:

١ ــ **المسلك الأول:** وهو أشد المذاهب في مسألة الشروط المقترنة بالعقد

(١١١) الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ الخفيف ص٤٠ القسم الثاني.

وهو مسلك الظاهرية، وهو يقضي بأنه لايجوز أن يعقد الإنسان عقداً أو يشترط شرطاً إلا إذا كان ذلك العقد أو الشرط قد ورد التصريح بجوازه باسمه ووصفه في الكتاب أو السنة أو الإجماع المستند إلى واحد منهما.

أي أن الأصل عندهم في العقود والشروط الحظر والمنع إلا ماورد الشرع بإباحته وجوازه. وقد تناول الكلام على ذلك ابن حزم في المحلى[١١٢] عند البحث في الشروط في البيع.

٢ ــ **المسلك الثاني**: وهو أوسع المذاهب الفقهية، وهو أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولايحرم منها ويبطل إلا مادل الدليل الشرعي على تحريمه وإبطاله، وعلى رأس القائلين بذلك الإمام ابن تيمية وابن القيم[١١٣].

٣ ــ **المسلك الثالث**: وهو رأى المتوسطين بين الرأيين السابقين، وهو يتمشى مع الرأي الأول، وهو أن الأصل في العقود والشروط المنع إلا ماورد الشرع بإباحته لكنهم لايجعلون إباحة الشرع مقصورة على نص الكتاب أوالسنة أو الإجماع وإنما هناك أدلة شرعية أخرى هي القياس وهكذا[١١٤] والمصالح

(١١٢) المحلى لابن حزم ٨ /٤٠٩.

(١١٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩ /١٨٦.

(١١٤) القياس في اللغة: التسوية بين شيئين.
وفي الاصطلاح: إلحاق أمر لانص فيه من الكتاب أو السنة بآخر منصوص على حكمه وتطبيق حكمه عليه لاشتراكهما في العلة التي شرع لأجلها الحكم. أي التسوية بين واقعة لم يرد فيها حكم منصوص عليه بأخرى ورد فيها نص لتساوي الواقعتين في علة الحكم / المستصفى للغزالي ٢ /٢٢٨.
المصالح المرسلة: يراد بالمصلحة في لسان الشريعة الإسلامية جلب المنفعة ودفع المضرة في حدود المحافظة على مقاصد الشريعة / أصول الفقه الإسلامي،محمد سلام مدكور ص ١٧١.
والاستصحاب:معناه: المصاحبة أو استمرار الصحبة.
واصطلاحا: يعرف بأنه بقاء الأمر مالم يوجد مايغيره. بمعنى: أن ماثبت في الماضي فالأصل

المرسلة وأقوال الصحابة والاستصحاب وغيرها، ونتيجة لذلك ظهر مذهبهم أقرب مايكون إلى مذهب المبحين، لشمول هذه الأدلة لكثير من العقود والشروط. فهم يتفقون مع الظاهرية في القاعدة، وهي أنه لايجوز إبرام أي عقد من العقود أو العقود أو الشروط إلا إذا دل على جوازه وصحته دليل شرعي، لكنهم يختلفون معهم في المقصود بالدليل الشرعي. ثم إن الفقهاء يختلفون في التطبيق فيما يعتبر صحيحاً أو غير صحيح.

فهناك شروط يعتبرها بعضهم شروطاً صحيحة، على حين يرى الاخرون انها شروط غير صحيحة[١١٥].

الأدلـــة:

أولاً: يستدل المضيقون بما يأتي:

١ ــ ماروي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد»[١١٦].

وجـه الدلالـة: أنه يراد به كل عمل لم يجزه الشارع جوازاً صريحا. وإذا كان العمل الذي لم يرد به جواز صريح مردوداً فهو باطل لأنه

= بقاؤه في الزمن الحاضر والمستقبل، وعرفه ابن القيم: بأنه استدامة ماكان ثابتاً ونفي ماكان منفياً، أي: بقاء الحكم نفياً وإثباتاً حتى يقوم دليل على تغيير الحال /محمد أبو زهرة ص ٢٣٤.

قول الصحابي: الصحابي الذي يعتبر قوله حجة: هو من آمن برسول الله قبل فتح الحديبية: والتقى به وغزا مع المسلمين غزوة أو أكثر واشتهر بالفقه والفتوى وتوافرت لديه الملكة الفقهية. وقال بعض الأصوليين: هو من لقي النبي ﷺ مؤمناً به وطالت صحبته حتى أصبح يطلق عليه اسم الصاحب في عرف الناس. أصول الفقه الإسلامي / محمد سلام مدكور ص ١٤٢ وأصول الفقه / محمد أبو زهرة ص ١٦٨.

(١١٥) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي د /محمد الحسيني ص١٢. والضمان في الفقه الإسلامي للشيخ على الخفيف /٤٢القسم الثاني.

(١١٦) رواه مسلم في كتاب الأقضية من صحيحه ٥ /١٣٢ مطبعة محمد علي صبيح.

لامعنى للرد إلا عدم ترتيب أي أثر عليه وهو معنى البطلان.

٢ ــ ماروي عن عائشة رضي الله عنها: «أن النبي ﷺ قال: ماكان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[١١٧].

وجه الدلالة: أن أي عقد أو شرط لم يرد التصريح بجوازه عن الشارع فهو باطل.

ثانياً: «أدلة الموسعين»:

١ ــ نصوص القرآن التي تأمر بالوفاء بالعقود والعهود ومنها:

قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[١١٨].

وقوله تعالى: ﴿وَبِعَهۡدِ ٱللَّهِ أَوۡفُواْۚ﴾[١١٩].

فهذه النصوص تأمر بالوفاء بالعقود والعهود، فعلم من ذلك أن مايعقده الناس ويلتزمون الوفاء به مأمور بالوفاء به.

٢ ــ الأحاديث الكثيرة التي يعضد بعضها بعضا، والتي تلزم بالوفاء بالعهود والشروط إلا فيما حرمه الله، ومنها:

(أ) مارواه أبو داود والدار قطني عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل

---

(١١٧) رواه البخاري ومسلم من حديث عائشة في قصة بريرة المشهورة. رواه البخاري في كتاب البيوع ورقمه ٢١٦٨ صحيح البخاري بشرحه فتح الباري لابن حجر ٤ /٣٧٦. ومسلم في كتاب العتق ٢ /١١٤٢.

(١١٨) سورة المائدة آية/١.

(١١٩) سورة الأنعام آية/١٥٢.

حراماً أو حرم حلالاً، والمسلمون على شروطهم »[١٢٠].

(ب) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «المسلمون عند شروطهم ماوافق الحق من ذلك».[١٢١].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: واذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمورا به علم أن الأصل صحة العقود والشروط اذ لامعنى للتصحيح الا ماترتب عليه أثره.

ثالثا: أدلة جمهور الفقهاء «المتوسطين»:

أن العقود أسباب جعلية اعتبارية، ولاتكون إلا بجعل الشارع واعتباره، ولايكون ذلك إلا بدلالة الدليل الشرعي على جواز ذلك العقد، وترتيب آثاره عليه، فتكون تلك الآثار هي مقتضي العقد، فإذا كان الشرط المشروط لايمس ذلك المقتضي ولايخالفه فلا بأس به، وإذا خالف مقتضى العقد فإنه لايصح إلا إذا دل الدليل الشرعي على الصحة والجواز[١٢٢].

الترجيح عندي:ـــ

بدراسة تلك الأقوال وأدلتها يتبين أن القول الراجح هو قول الموسعين، وهو القول الذي قال به شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم، وهو أن الأصل في العقود

---

(١٢٠) هذا الحديث رواه أبو داود والدارقطني من حديث سلمان بن بلال عن كثير بن زيد عن الوليد آبن رباح، وكثير بن زيد قال يحيى بن معين في رواية: هو ثقة وضعفه في رواية أخرى.. ورواه أحمد في مسنده وأبو داود والحاكم كلهم عن أبي هريرة، ورواه الترمذي وقال فيه: حديث حسن صحيح. الجامع الصغير للسيوطي ٢ /١٦٦.

(١٢١) ذكره الحاكم في المستدرك والسيوطي في الجامع الصغير وقال السيوطي: وهو من رواية أنس وعائشة وهو حديث صحيح. صحيح الجامع الصغير ٦ /١٩ المكتب الإسلامي بدمشق.

(١٢٢) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩ /١٢٦ والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي د / الحسيني ص ١٣ والكفالة والحوالة د / عبد الكريم زيدان ص ١٤٥.

والشروط الجواز والصحة. ولايمنع شيء من ذلك ولايحرم إلا ما حرمه أو منعه الشارع،وذلك للأسباب الآتية:

١ ــ أن الأدلة العامة على مشروعية الوفاء بالعقود من الآيات والأحاديث واضحة ولايمكن دفعها.

٢ ــ أن معنى الحديث الشريف،«ليس في كتاب الله» أي: ماليس في كتاب الله لابعمومه ولا بخصوصه، بل ينافي ماكتبه الله وقرره من وجوب أو حرمة.

٣ ــ أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية،والأصل في هذه عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على تحريمها.

٤ ــ أن انتفاء دليل التحريم دليل عدم التحريم، فثبت بانتفاء الدليل الشرعي عدم تحريم الشروط والعقود،فيكون فعلها اما حلالا وإما عفوا كالأعيان التي لم تحرم،وكلاهما يقتضي الإباحة التي تستلزم الصحة.(١٢٣)

والشروط التي تشترط في العقد عند الحنفية ثلاثة أنواع:

١ ــ شروط صحيحة:

والصحيح هو ما كان موافقا لمقتضى العقد أو ملائما له،أو كان مخالفا له لكن دل دليل شرعي على جوازه من نص أو قياس أو عرف،وإذا اشترط في الكفالة شرط من ذلك وجب الوفاء به لأنه مما تم التعاقد عليه،فكان جزءًا من العقد يلزم بلزوم العقد.

---

(١٢٣) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩ /١٥٠.

وذلك كقوله،إذا استحق المبيع فأنا ضامن لك ثمنه أو إذا قدم زيد فأنا كفيل لك بالمال.

٢ ــ شروط فاسدة:

والشرط الفاسد عندهم هو ماكان مخالفا لمقتضي العقد ولم يدل دليل شرعي على جوازه، وكان فيه فائده لأحد المتعاقدين أو لغيرهما ممن هو أهل للاستحقاق. وذلك كقوله:أنا كفيل لك بمالك على زيد إلى أن يجيء المطر أو إلى أن تهب الريح، فإن الشرط هنا فاسد،وقد اختلف الحنفية في الكفالة إذا علقت بهذا الشرط الفاسد:

فمنهم من ذهب الى أن الكفالة صحيحة وتقع حالة، وإنما يبطل الشرط لأن الكفالة مشروعة بأصلها لكن اعتراها وصف زائد، وبإبعاده تصح الكفالة. جاء في شرح فتح القدير:[١٢٤] «وإن كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجيء المطر لايصح التعليق ويبطل الشرط وتنعقد الكفالة ويجب المال، لأن كل ماجاز تعليقه بالشرط لايبطل بالشروط الفاسدة أصله الطلاق والعتاق».

وذهب البعض الآخر إلى أن الكفالة باطلة إذا اقترنت بالشرط الفاسد، وهذا هو ماصرح به في المبسوط وفتاوى قاضيخان. جاء في فتح القدير:[١٢٥]

وفي الخلاصة: كفل بمال على أن يجعل له الطالب جعلاً، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل وإن كان مشروطاً فالكفالة باطلة، وجاء منه كذلك أن الشرط غير الملائم لاتصح معه الكفالة أصلاً»[*]. انتهى. وهذا يفيد

---

(١٢٤) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٣٠٢.

(١٢٥) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٣٠٢.

(*) نفس المرجع ٥ /٤٠٦.

أنها تبطل بالشروط الفاسدة إن كانت في صلبها، وحملوا التصحيح بأن يجعل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال، وقلد المصنف في هذا الإستعمال لفظ المبسوط فإنه ذكر التعليق وأراد التأجيل .

ثم إن اقترن الشرط الفاسد بعقد من عقود المعاوضات المالية صار كل من العقد والشرط فاسداً، وتعين فسخه،فإن ترتب عليه قبض صحيح فإنه يعتبر ملكا غير مستقر، فإذا صار غير قابل للفسخ كأن هلك المعقود عليه إو إذا أخرجه عن ملكه فإن البائع يملك، ويستحق ثمن المثل لا الثمن المسمى في العقد.

أما إذا اقترن بعقد معاوضة غير مالي كعقد الزواج أو اقترن بعقد تبرع أو وثيقة فإن الشرط وحده يفسد ويلغو ويصح العقد بدونه.

٣ ــ شروط باطلة: والباطل هو مايكون مخالفاً لمقتضي العقد من غير أن يدل دليل شرعي على جوازه وصحته. ويختلف عن الفاسد في أنه ليس فيه فائدة لأحد من أهل الاستحقاق.

وحكمه: أن يلغو الشرط وحده ويصح العقد بدونه، سواء كان معاوضة أو تبرعاً. كقوله: أنا كفيل بمالك على زيد بشرط أن تدفع لي مبلغ كذا[١٢٦].

المالكيـــة:

يرى المالكية أن الشروط في العقود أنواع:

١ ــ شروط تبطل هي والعقد معاً، وذلك إذا كانت غير مستوفية للشروط بأن اختل شرط من شروط الصحة.

---

(١٢٦) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٣٠٢. والضمان في الفقه الإسلامي للشيخ الخفيف ص ٤٢. القسم الثاني.

٢ ــ شروط صحيحة ويصح العقد معها، وذلك إذا لم تكن منافية للعقد ولم تؤد إلى الإخلال بشرط من شروط الصحة.

٣ ــ شروط تبطل ويصح العقد معها،وذلك إذا كانت منافية لمقتضى العقد فإنها تبطل مع العقد ماتمسك بها صاحبها، وذلك كما لو كفل بدينه قبل فلان على أن يكفل له المكفول به بدينه قبل شخص آخر فإن الكفالة باطلة إذا تمسك بهذا الشرط الكفيل، أما إذا تنازل عنه فإنها تصح ويبطل الشرط فقط.[١٢٧]

الشافعيـــــة:

يرى الشافعية أن الشروط تنقسم إلى قسمين:

١ ــ صحيحة: وهي ماوافقت مقتضى العقد وكان من مصلحة العقد اشتراطها،وذلك كما لو كفل وشرط تأخير الإحضار شهراً فإنه يجوز.

٢ ــ غير الصحيحة «الفاسدة»: هي كل شرط خالف مقتضى العقد فإنه يفسد ويبطل العقد إلا في مواضع استثناها الإمام الشافعي رحمه الله للدليل الخاص في عموم العقود كبيع الشجر مع استيفاء الثمرة مستحقة البقاء.

لكن في الضمان والكفالة يبطل العقد بالشروط الفاسدة مطلقاً وذلك كشرط الخيار للضامن لأن الخيار يراد لطالب الحظ والضامن يعلم أنه مغبون لامن جهة المال بل من جهة الثواب، ولذا فهو يخالف مقتضى الضمان،فيبطل العقد والشرط معاً. جاء في تكملة المجموع ١٣ /٤٦٥ «ويبطل بالشروط الفاسدة لأنه عقد يبطل بجهالة المال فبطل بالشروط الفاسدة كالبيع» ومن ذلك الضمان

(١٢٧) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢ /١٦٠.

بشرط إعطاء مال لايحسب من الدين، أو كفل بزيد على أن لي عليك كذا،أو إن أحضرته وإلا فبعمرو، أو بشرط إبراء الكفيل[١٢٨].

الحنابلـــة:

يرى الحنابلة أن الشروط قسمان هما:

١ ــ صحيحـة: والصحيح ثلاثة أنواع:

١ ــ شرط يوافق مقتضى العقد كشرط التقابض في البيع، وكما إذا كفل بانسان على أنه إن جاء وإلا فهو كفيل بزيد فإنها تصح الكفالة به.

٢ ــ شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن أو تأجيل وقت معلوم أو اشتراط ضمين معين وقتاً لذلك كقوله: إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان شهراً فإنها صحيحة.

٣ ــ شرط منفعة مباحة معلومة كشرط البائع للدار سكناها شهراً

٢ ــ فاسدة: وهي ثلاثة أنواع:

١ ــ أن يشترط أحد العاقدين على صاحبه عقداً آخر كقرض وبيع وكقوله: كفلت ببدن فلان على أن تبرئني من فلان. أو كفل على أن يبيعه المكفول به شيئاً عينه الكفيل، أو على أن يؤجره داره، أو شرط الكفيل أن يكفل المكفول له أو المكفول به بآخر أو يضمن ديناً عليه، فهذا يبطل العقد لأنه شرط فسخ العقد في عقد آخر.

٢ ــ أن يشترط ماينافي مقتضى العقد، كما لو اشترط على المدين أن يعطيه جعلاً على كفالته له، لأن مقتضى الكفالة التبرع

(١٢٨) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٥٧ وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩ /١٢٨.

تقرباً إلى الله وابتغاء للأجر من عنده، واشتراط الجعل يخالف هذا المقتضي ويفسد العقد، كذلك شرط الخيار للضامن يفسد الشرط والعقد معاً، لأنه يخالف مقتضي العقد، لأن مقتضى عقد الضمان أنه شرع للتوثق فيلزم الضامن، والخيار ينافي هذا المعنى.

٣ ــ أن يشترط شرطاً يعلق العقد عليه كقوله: ضمنته أو كفلته إلى مجيء المطر وهبوب الريح فلا يصحان، لأنه ليس فيه وقت يستحق المطالبة فيه. وإذا شرط شرطاً علق العقد عليه وهو فاسد فلا يصح لأنه يخالف مقتضى العقد(١٢٩).

وجاء في فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩ /١٦٩ «وأصول أحمد ونصوصه تقتضي جواز شرط كل تصرف فيه مقصود صحيح».

الدراسة والمقارنة:

بدراسة أقوال الفقهاء في الشروط في العقود ومنها عقد الكفالة يتبين الآتي:

١ ــ أن الفقهاء متفقون على أن الشرط الصحيح في العقود هو ماوافق مقتضاها أو كان من مصلحة العقد اشتراطه، ولم تكن مخالفة لمقتضى العقد، أو كانت مخالفة لمقتضى العقد لكن دل الدليل الشرعي على صحتها، لكنهم يختلفون في المقصود بالدليل الشرعي، فمنهم من يرى أنه الكتاب والسنة والإجماع، ومنهم من يرى أن الدليل الشرعي ليس مقصوراً على ذلك، وإنما هو علاوة على ذلك القياس والمصالح المرسلة والاستصحاب وأقوال الصحابة وغير ذلك مما يقول به أولئك الفقهاء.

(١٢٩) كشاف القناع للبهوتي ٣ /١٨٨ ــ ١٩٥ والمغني لابن قدامة ٤ /٦٢٠.

ومنهم من يرى أنها صحيحة حتى يثبت فسادها بدليل شرعي.

٢ ــ **والشروط الفاسدة هي:**

(أ) متفق عليه بين الفقهاء، وهو كل شرط خالف مقتضى العقد ولم يدل دليل شرعي على جوازه وصحته.

(ب) عند الحنابلة اشتراط أحد العاقدين على صاحبه عقداً آخر وهذا يدخل ضمن مخالفة مقتضى العقد، لأن مقتضى العقد في الكفالة هو تبرع الكفيل بضمان المكفول به توثيقاً لحق المكفول له.

قال ابن تيمية[١٣٠]: «أبو حنيفة أصوله تقتضي أنه لايصحح في العقود شروطاً يخالف مقتضاها في المطلق. والشافعي يوافقه على أن كل شرط يخالف مقتضى العقد فهو باطل لكنه يستثنى مواضع للدليل الخاص، وطائفة من أصحاب أحمد يوافقون الشافعي على معاني هذه الأصول لكنهم يستثنون أكثر مما يستثنيه الشافعي، ذلك أن نصوص أحمد تقتضي أنه جوز من الشروط في العقود أكثر مما جوز الشافعي».

٣ ــ يرى الحنفية أن هناك نوعاً آخر من الشروط، وهي الشروط الباطلة ويفرقون بينها وبين الشروط الفاسدة بأن الفاسدة مايكون فيها فائدة لأحد من أهل الاستحقاق، أما الباطل منها فهو مالا يكون فيها فائدة لأحد من أهل الاستحقاق.

٤ ــ يرى بعض الحنفية والشافعية والحنابلة أن الشروط الفاسدة في العقد تبطل هي والعقد معاً. إلا أن الشافعية والحنابلة قد استثنوا من ذلك مواضع للدليل الشرعي على صحة العقد.

(١٣٠) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩ /١٢٧.

ويرى بعض الحنفية والمالكية أن الشروط فاسدة والعقد صحيح.

٥ ــ يرى الحنفية أن الشروط الباطلة لاتعتبر ويصح معها العقد،وذلك أن الحنفية يفرقون في الحكم بين الشرط الباطل والفاسد على حين لايفرق الفقهاء غيرهم.

٦ ــ والرأي المختار عندي أنه إذا اقترنت الشروط الباطلة والفاسدة في عقد الكفالة فإن الكفالة تكون باطلة إلا ماورد استثناؤه بدليل شرعي. ذلك أنها تؤدي إلى التنازع والاختلاف،فلا يمكن تصحيح الكفالة وإبطال الشروط،وإنما تبطل الشروط والكفالة معاً.

الفصـــل الثالـث

أقسام الكفالة باعتبار القيد والوصف

ويندرج تحته أربعة مباحـث :
المبحـث الأول : الكفالة المطلقة .
المبحـث الثانـي : الكفالة المؤقتـــة.
المبحـث الثالـث : الكفالة المعجلة «الحالة».
المبحـث الرابـع : الكفالة المؤجـلة.

المبحث الأول

الكفالة المطلقة:

وهي التي تأتي مطلقة دون قيد التأجيل أو التعجيل أو التقسيط.

مثالها: أن يقول شخص:أنا كفيل بدينك قبل فلان، ونحو ذلك دون تقييد بوقت. يرى الفقهاء أن إطلاق الكفالة صحيح. لكن عند الإطلاق هل تكون الكفالة حالة أو يأخذ الكفيل حكم الأصيل في الحلول والتأجيل؟ فيه خلاف بين الفقهاء:

١ ــ يرى الحنفية أن الكفالة إذا كانت مطلقة فإن الكفيل يأخذ منزلة الأصيل في صفة الدين من الحلول والتأجيل. فإن كان الدين حالاً كانت الكفالة حالة وإن كان مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة، لأن الكفيل تابع للمدين الأصلي في الضمان فيأخذ حكمه. جاء في البدائع[١٣١]: «فإن كان مطلقاً فلا شك في جوازه إذا استجمع شرائط الجواز، غير أنه إن كان الدين على الأصيل حالاً كانت الكفالة حالة وإن كان الدين عليه مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة، لأن الكفالة بمضمون على الأصيل فتتقيد بصفة المضمون».

وجاء في درر الحكام[١٣٢]: «وإن كان مقسطاً، على الأصيل ففي حق الكفيل يثبت مقسطاً،وفي هذا قد تبع الفرع الأصل».

٢ ــ ويرى الشافعية والحنابلة أن الكفالة إذا أطلقت كانت حالة.

---

(١٣١) البدائع للكاساني ٧ /٣٤٠٥.

(١٣٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣ /٦٨٧.

جاء في تكملة المجموع[١٣٣] «وإذا أطلق وجب التسليم في حال العقد. وقال الشارع: «واذا أطلق اقتضى الحلول».

وجاء في الكشاف[١٣٤]: «وإن وقعت الكفالة مطلقة بأن لم يعين موضعاً لتسليمه وجب تسليمه مكان العقد كالسلم[١٣٥] وبريء الكفيل لأنه عقد على عمل فبريء منه بالعمل المعقود عليه كإجارة»، وذلك أن الحنابلة يرون أن كل عقد يدخله الحلول فإن إطلاقه يقتضي الحلول كالثمن والضمان.

الدراســـة والمناقشـــة:

من ذلك نرى أن الحنفية يرون أن الكفيل يأخذ منزلة الأصيل، أما الشافعية والحنابلة فيرون أن إطلاق الكفالة يجعلها حالة، ولكل مستنده.

الراجـــح:

أرى أن الراجح من ذلك هو أن الكفيل يأخذ حكم الأصيل، لأنه بمنزلته فيكون تبعاً له.

كما أن الكفالة تختلف عن البيع، لأن الكفالة من عقود التبرع، وإلزامه بالحلول فيه زياده على مافي عقد الكفالة، فيبقى الدين على حاله كما كان على الأصيل.

---

(١٣٣) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٤٨.

(١٣٤) كشاف القناع لمنصور البهوتي ٣ /٣٧٨.

(١٣٥) السلم: هو عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد، كشاف القناع للبهوتي ٣ / ٢٨٨.

المبحث الثاني

الكفالة المؤقتة «توقيت الكفالة»:

وهي الكفالة التي تتحدد فيها مسئولية الكفيل بمدة معينه يبرأ بعدها من التزامه. وقد اختلف الفقهاء في القول بجواز التوقيت على النحو التالي:

١ ــ يرى الحنفية أن للكفالة المؤقتة ثلاث صور هي:

(أ) أن يذكر البداية والنهاية كقوله: كفلته من اليوم إلى شهر. وهذه كفالة صحيحة، وللمكفول له مطالبة الكفيل خلال هذه المدة فقط، وتنتهي الكفالة بانتهائها.

(ب) أن يذكر النهاية دون البداية كقوله: كفلت لك زيداً أو ماعلى زيد إلى شهر، وفي هذه الحال اختلف الحنفية، فمنهم من ذهب إلى أن القائل يكون كفيلاً بعد الشهر ولا يطالب في الحال، لأنه قصد بذلك تأجيل الكفالة لاتوقيتها، ولايطالب بعدها.

(جـ) ألا يذكر الابتداء ولا الانتهاء كقوله: كفلته شهراً، واختلف فيه الحنفية فمنهم من رأى أن ذلك توقيت للكفالة ويطالب الكفيل خلال هذه المدة وبعدها يبرأ من الكفالة.

ومنهم من رأى أن الكفيل يطالب بذلك بعد الشهر، وبه يكون كفيلاً.

قال ابن عابدين[١٣٦] بعد أن أورد هذه الصور: «قلت: وينبغي عدم الفرق بين الصور الثلاث في زماننا كما هو قول أبي يوسف والحسن، لأن الناس اليوم

(١٣٦) حاشية ابن عابدين ٥ /٢٨٩.

لايقصدون بذلك إلا توقيت الكفالة بالمدة، وأنه لاكفالة بعدها، ومبنى ألفاظ الكفالة على العرف، وقالوا: إن كلام كل عاقد وناذر وحالف وواقف يحمل على عرفه سواء وافق عرف اللغة أو لا».

٢ ــ الشافعيـــة:

يرى الشافعية أنه لايجوز توقيت ضمان المال إطلاقاً لأن المقصود منه الأداء فلهذا امتنع توقيته.

واختلفوا في توقيت الكفالة، فقال بعضهم: إنه يجوز توقيت الكفالة لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة.

وقال آخرون منهم: إنه لا يجوز توقيتها، ذلك أن الحقوق لاتسقط بمضي الزمن وإنما تسقط بالأداء أو الإبراء.

جاء في نهاية المحتاج[١٣٧]: «والأصح أنه لايجوز تعليقهما ــ أي الضمان والكفالة ــ بشرط ولاتوقيت الكفالة كأنا كفيل بزيد إلى شهر وبعده أنا بريء، والثاني يجوز لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة، بخلاف المال فإن المقصود منه الأداء، فلهذا امتنع توقيت الضمان مطلقاً كما يشعر كلامه حيث أفردها».

٣ ــ الحنابلـــة:

عند الحنابلة في توقيت الضمان والكفالة وجهان: أحدهما الجواز، والثاني عدم الجواز.[١٣٨]

جاء في الإنصاف «قال في الفروع: وفي صحة تعليق ضمان وكفالة بغير

(١٣٧) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٥٦.
(١٣٨) الإنصاف للمرداوي ٥ /٢١٣.

سبب الحق وتوقيتها وجهان. وقدم في المحرر صحة توقيته بمدة معلومة. قال: ويحتمل عدمه، وهو أقيس».

وجاء في مطالب أولى النهي[١٣٩] «أو قال: إذا قدم الحاج فأنا كفيل بزيد شهراً صح ذلك، والمسألة جمعت تعليقاً وتوقيتاً وكلاهما صحيح مع الانفراد فكذا مع الاجتماع، وأما توقيت الضمان فالظاهر أنه لايصح».

الدراسة والمناقشـــة:

بدراسة أقوال الفقهاء في توقيت الضمان والكفالة يتبين الآتي:

١ ــ يرى الحنفية جواز توقيت الكفالة، وذكر ابن عابدين التوقيت الكفالة صوراً ثلاثاً بها تكون الكفالة مؤقتة، وذلك لأن العرف يقتضي ذلك.

٢ ــ يخالف الشافعية الحنفية بالقول بعدم جواز توقيت الضمان مطلقاً، لأن الضمان يقصد منه الأداء فلا يزول إلا بالأداء لا بالمدة المؤقتة.

أما الكفالة فاختلف فيها الشافعية: فمنهم من قال بقول الحنفية وأجازها معللاً الجواز بأن الكفيل قد يكون له غرض في تسليمه في تلك المدة.

ومنهم من قال: إنها لاتجوز كالضمان، لأن الحقوق لاتسقط بمضي الزمن وهذا هو الأصح عندهم.

ومن هذا يتضح أن من الشافعية من منع التوقيت مطلقاً، ومنهم من فرق بين الضمان والكفالة فأجازها في الكفالة ومنعها في الضمان.

---

(١٣٩) مطالب أولى النهى شرح غاية المنتهى للسيوطي ٣ /٣١٧.

٣ ــ الحنابلـــة:

يختلف الحنابلة في ذلك فمنهم من قال بقول الحنفية وأجاز التوقيت مطلقاً ومنهم من منع ذلك مطلقاً.

من ذلك نرى أنه يمكن تلخيص الأقوال الفقهية إلى مايأتي:

١ ــ يذهب الحنفية وبعض الحنابلة إلى جواز التوقيت مطلقاً.

٢ ــ ويذهب بعض الشافعية وبعض الحنابلة الى منع التوقيت مطلقاً.

٣ ــ ويذهب بعض الشافعية إلى التفريق بين الضمان والكفالة، فيمنعونها في الضمان ويجيزونها في الكفالة.

٤ ــ أما المالكية فلم أعثر لهم على نص في جواز توقيت الضمان أو منعه لكن يفهم مما ورد في المدونة[١٤٠] «قلت أرأيت إن قال: أنا كفيل بمالك على فلان إلى خروج العطاء... وأما الحمالة فلا بأس به وإن لم يكن العطاء معروفاً». يفهم من ذلك جواز توقيت الضمان إلى أجل معلوم، حيث أجازه إلى خروج العطاء وهو غير معلوم لكن مآله إلى العلم.

الراجـــح من ذلك:

من ذلك أرى أن الراجح هو القول بجواز التوقيت مطلقاً في الكفالة للأدلة الآتية:

١ ــ أن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[١٤١].

---

(١٤٠) المدونة للإمام مالك رواية سحنون ١٣/ ٢٨٢.

(١٤١) سورة المائدة آية /١.

ولقول الرسول ﷺ «المسلمون عند شروطهم»[١٤٢].

٢ ــ أن المصلحة تقضي بذلك، إذ لو امتنع توقيت الضمان لأدى إلى الحرج والمشقه على المدين، لأن الكفيل قد يكون له غرض صحيح في التوقيت.

٣ ــ أن المعاملات التجارية خاصة في الوقت الحاضر تتطلب ذلك، لأن التوقيت له أغراض صحيحة في الضمانات وفتح الاعتمادات وغيرها.

٤ ــ يجاب على قول: إن الضمان يقصد به الأداء بأن حق الدائن لم يسقط إنما هو في ذمة المدين، وقد قبل الدائن ذلك التوقيت ابتداء.

٥ ــ أن التفريق بين الضمان والكفالة غير مسلم، ذلك أنه ربما يكون له غرض في تحديد المدة للضمان كذلك.

---

(١٤٢) سبق تخريجه ص ٧٤.

المبحث الثالث

الكفالة المعجلة «الحالة»

وهي التي يطالب فيها الكفيل بالالتزام بما كفل به حالاً، كأن يكون على زيد مبلغ من المال لشخص آخر، وهو مؤجل إلى شهر أو سنة فيكفل الكفيل الوفاء به حالاً ومعجلاً.

اختلف في ذلك الفقهاء على النحو الآتي:

١ ــ الحنفيــة:

يرى الحنفية أنه يجوز الضمان في الدين المؤجل حالاً. جاء في البدائع[١٤٣]: «إذا كانت حالة فإن شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سواء كان الدين على الأصيل حالاً أو مؤجلاً، لأن المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل».

٢ ــ المالكية:

يرى المالكية أنه يجوز ضمان الدين المؤجل حالاً بشرط أن يسقط من عليه الدين حقه من التأجيل، وأن يكون الدين مما يجوز تعجيله.

ومثل ضمان المؤجل حالاً ضمان المؤجل لدون الأجل بشرطه عندهم.

جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير[١٤٤] «وصح ضمان الدين المؤجل حالاً بأن رضي المدين بإسقاط حقه من الأجل إن كان الدين مما يعجل وهو العين مطلقاً والعرض والطعام من قرض لا من بيع فلا يجوز لما فيه

(١٤٣) البدائع للكاساني ٧ /٣٤٠٧.

(١٤٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ /٣٣١.

من حط الضمان وأزيدك توثقاً بالضامن إذ هو مخصوص بالبيع فقط».

٣ ــ الشافعيـة:

للشافعية في ضمان المؤجل حالاً قولان:

أحدهما: أنه لايصح ضمان المؤجل حالاً للاختلاف بين الصفتين.

الثاني: وهو الأصح عندهم، أنه يصح ضمان المؤجل حالاً، لأن الضامن قد تبرع بالتعجيل فيكون صحيحاً، والضمان في الأصل تبرع.

وإذا التزم وصح التزامه هل يجبر على ذلك؟ وجهان عندهم:

أحدهما: أنه لايلزمه التعجيل.

الثاني: يلزمه، لأنه تبرع لزم فتلزم صفته وهي التعجيل.[١٤٥]

٤ ــ الحنابلــة:

يرى الحنابلة أنه يصح أن يضمن المؤجل حالاً ويكون الضامن ملزماًبما ضمنه، إلا أنه لايلزم الضامن بذلك إلا بحلول الأجل المحدد للضمان. وذلك لأن الضامن فرع المضمون عنه، فلا يستحق مطالبته دون أصله ولو ضمن حالاً، لأنه التزام مالم يجب، ولذا فلا يستحق القضاء إلا عند حلول الأجل.

جاء في كشاف القناع[١٤٦]: «وإن ضمن المؤجل حالاً صح الضمان ولم يصر حالاً ولم يلزمه قبل أجله، لأن الضامن فرع المضمون عنه فلا يستحق مطالبته دون أصله».

---

(١٤٥) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٢١.

(١٤٦) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٧٤.

الدراسة والمناقشة:

١ ــ يتفق الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في قول لهم على أنه يجوز ضمان المؤجل حالاً لأنه تبرع فيكون صحيحاً، لأن الضمان في الأصل تبرع.

ويشترط المالكية لذلك شروطاً هي:

(أ) إسقاط المدين حقه في التأجيل.

(ب) أن يكون الدين مما يجوز تعجيله عندهم.

٢ ــ إذا التزم الكفيل بالتعجيل فإنه يلزم بذلك، لأنه تبرع قد التزم به الكفيل فيلزم به. ويرى الحنابلة وبعض الشافعية أن الضامن لايلزم بالتعجيل، وانما يلزم بالمطالبة بحلول الأجل المحدد للضمان، لأن الضامن التزم مالم يجب فلا يلزم بالتعجيل.

الراجـــح:

من ذلك يتبين صحة ضمان المؤجل حالاً ويلزم به الكفيل للأسباب الآتية:

١ ــ أن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز.

٢ ــ أن الضمان تبرع، فإذا تبرع الضامن بالضمان والتزم الوفاء به حالاً لزمه، لأنه ألزم نفسه بذلك.

المبحث الرابع

الكفالة المؤجلة:

وهي التي يطالب فيها الكفيل بالالتزام بما كفل به مؤجلاً كأن يكون على شخص مبلغ من المال لشخص آخر وهو حال فيكفل الكفيل الوفاء به مؤجلاً.

ونبين ذلك في المذاهب الفقهية:

١ ــ **الحنفية**: يرى الحنفية جواز تأجيل الكفالة بشرط أن يكون التأجيل إلى وقت معلوم، كأن يكفل إلى شهر أو سنة، ويجوز أن يطلب الكفيل أجلاً أنقص أو أزيد لأن المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد منهم بتأخير حقه.

وإذا كانت الكفالة حالة وطلب الكفيل التأجيل ووافق عليه المكفول له فإن الكفالة صحيحة، ويكون التأجيل في حقهما جميعاً، وروي عن محمد أنها خاصة للكفيل، واستدل من قال إن التأجيل في حقهما بأن التأجيل في نفس العقد يجعل الأجل صفة للدين، والدين واحد وهو على الأصيل فيصير مؤجلاً عليه ضرورة، بخلاف ما إذا كان بعد تمام العقد، لأن التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة، وقد خص به الكفيل فلا يتعدى إلى الأصيل.

واستدل من قال إن التأجيل في حق الكفيل خاصة بأن الطالب خص الكفيل بالتأجيل، فيخص به كما إذا كفل حالاً أو مطلقاً ثم أخر عنه بعد الكفالة، وإذا كان التأجيل إلى وقت مجهول فله حالتان:

١ ــ أن يكون الأجل غير متعارف كمجيء المطر وهبوب الريح فالأجل

باطل والكفالة صحيحة،لأن هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة.

٢ ــ أن يكون الأجل متعارفاً عند الناس كالحصاد والدياس ونحوها، فهذا جائز لأن الجهالة يسيرة فتغتفر، لأن جهالة التقديم والتأخير لاتفضي إلى المنازعة لأنه يتسامح في الكفالة مالا يتسامح في غيرها لإمكان الاستيفاء من جهة الأصيل بخلاف البيع.

وإذا كان الدين على الأصيل مؤجلاً إلى سنة أو مطلقاً ثم مات الأصيل قبل حلول الأجل فإن الدين يحل في ماله، أما الكفيل فيبقى إلى أجله.

وكذا لو مات الكفيل قبل الأجل فإن المكفول به يحل في ماله ويبقى الأصيل إلى الأجل لأن المبطل وجد في حق أحدهما دون الآخر. جاء في البدائع[١٤٧]: «فإن كانت به الكفالة مؤجلة فإن كان التأجيل إلى وقت معلوم بإن كفل إلى شهر أو سنة جاز، وإن كان الدين عليه حالاً جاز التأجيل إلى الأجل المذكور.

وإن كان التأجيل إلى وقت مجهول فإن كان يشبه آجال الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه فكفل إلى هذه الأوقات جاز عند أصحابنا، لأن الكفالة جوازها بالعرف، والكفالة إلى هذه الآجال متعارفة، ولو كانت الكفالة حالة فأخر إلى هذه الأوقات جاز، وإن كان لايشبه آجال الناس كمجيء المطر وهبوب الريح فالأجل باطل والكفالة صحيحة، لأن هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة».

٢ ــ **المالكية**: يرى المالكية أنه يجوز ضمان الحال مؤجلاً كأن يقول شخص لرب دين حال: أجل مدينك شهراً وأنا أضمنه لك، فيصح لكن بأحد شرطين هما:

(١٤٧) البدائع للكاساني ٧ /٣٤٠٥.

١ ــ أن يكون الغريم موسراً بالدين الحال حتى ولو كان ذلك في أول الأجل.

٢ ــ أن يكون الغريم معسراً بالدين الحال ويستمر إعساره إلى انقضاء الأجل،وعند وجود أي من الشرطين يصح الضمان. وإنما اشترطوا أحد هذين الشرطين خشية من أن يكون سلفاً جر نفعاً،لأنه في حالة اليسار لم يحصل بالضمان منفعة فيكون التأخير سلفاً محضاً لم يجر نفعاً، وفي حالة الإعسار حصل ضمان ولم يحصل سلف.

هذا إذا كان الإعسار أو اليسار في المجتمع. لكن قد يكون المدين معسراًفي بعض الأجل كأن يضمنه إلى أربعة أشهر وعادته اليسار بعد شهرين كأصحاب الغلات والوظائف، وهذا لايصح التأخير فيه لأن الزمن المتأخر عن ابتداء يساره يعد فيه صاحب الحق مسلفاً لقدرة رب الحق على أخذه منه عند اليسار، وهذا قول ابن القاسم، لأن اليسار المترقب كالمحقق، وأجاز أشهب الضمان فيه لأن الأصل استصحاب عسره. وإذا كان الدين كله حالاً والغريم موسر ببعضه ومعسر بالبعض الآخر صح ضمانه مؤجلاً بأحدهما لا بالجميع لأن الضمان سلف جر منفعة إذ هو سلف للموسر به لتأخيره إياه بحميل به وانتفع بالضامن في المعسر به.

جاء في شرح الخرشي[١٤٨]: «صورتها أن يقول شخص لرب الدين: أخر مدينك بما عليه شهراً وأنا أضمنه لك، فيصح إن وجد أحد أمرين، أولهما: أن يكون من عليه الدين موسراً بما عليه في أول الأجل للسلامة من سلف جر نفعاً لأنه قادر على أخذه الآن فكأنه ابتداء سلف الضامن أورهنه.

ثانيهما: أن يكون من عليه الدين معسراً، والعادة أنه لم يوسر في الأجل الذي ضمن الضامن اليه بل يمضي عليه جميعه وهو معسر، إذ تأخير المعسر واجب فليس صاحب الحق مسلفاً حقيقة ولا حكماً».

(١٤٨) شرح الخرشي على مختصر خليل ٦ /٢٤.

ولايجوز ضمان المؤجل أبعد منه، جاء في حاشية الدسوقي[١٤٩]: «ولأبعد ممتنع، كما في المدونة، لأنه سلف جر منفعة».

٣ ــ الشافعية: يرى الشافعية أنه يجوز ضمان الدين الحال مؤجلاً، ويكون معجلاً على المضمون مؤجلاً على الضامن، لأن الضمان معروف ورفق فكان على حساب الشرط.

ويجوز الضمان إذا كان الدين مؤجلاً إلى شهر فضمنه الضامن إلى سنة وذلك لأن الدين لم يثبت على الضامن حالاً وإنما ثبت عليه مؤجلاً، والدين يتأجل في ابتداء ثبوته فكذا هنا. ولابد أن يكون الأجل معلوماً.

جاء في تكملة المجموع[١٥٠]: «ويجوز أن يضمن الدين الحال إلى أجل لأنه رفق ومعروف فكان على حسب مايدخل فيه».

٤ ــ الحنابلة: يرى الحنابلة أنه يجوز ضمان الدين الحال مؤجلاً، وذلك للأدلة الآتية:

١ ــ **حديث ابن عباس مرفوعاً**[١٥١]: أن رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ قال له النبي ﷺ كم تستنظره؟ فقال: شهراً، فقال رسول الله ﷺ: فأنا أحمل له» الحديث رواه أبو دواد وابن ماجة. حيث حمل النبي ﷺ عن الغريم شهراً مع أن الدين كان حالاً.

٢ ــ أن المضمون مال لزم مؤجلاً بعقد فكان كما التزمه كالثمن المؤجل. ويجيز الحنابلة ضمان المؤجل إلى أجل أكثر من أجله على المضمون.

(١٤٩) حاشية الدسوقي ٣ /٣٣١. (١٥٠) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٢١.
(١٥١) الحديث رواه أبو داود ٣ /٢٤٧ وابن ماجه ٢ /٨ في باب الكفالة حديث رقم ٢٤٠٦.

جاء في مطالب أولى النهى[١٥٢] «ويصح ضمان الحال مؤجلاً نصًّا لحديث ابن ماجة عن ابن عباس مرفوعاً، ولأنه مال لزم مؤجلاً بعقد فكان كما التزمه كالثمن المؤجل، ويكون الدين حالاً على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن».

وكذلك يرون أنه لايحل دين مؤجل بموت مضمون عنه ولابموت ضامن إن وثق الورثة رب الدين برهن أو كفيل مليء وإلا توثق الورثة حل الدين فيطالبون به في الحال،وإن عجل الضامن المؤجل بلا إذن مدين لم يرجع حتى يحل الدين لأن ضمانه لايغيره عن تأجيله وإلا رجع عليه[١٥٣].

الدراسة والمقارنة:

١ ــ يتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه يجوز ضمان الدين الحال مؤجلاً، ولابد أن يكون التأجيل الى وقت معلوم.
ويجيز الحنفية والحنابلة التأجيل إلى وقت مجهول إذا كان متعارفاً عند الناس كالحصاد والدياس ونحوهما.

٢ ــ يشترط المالكية لجواز ضمان الحال مؤجلاً شرطين، وبدونها لايصح الضمان، ويخالف في ذلك الفقهاء غيرهم، ولكن الراجح الجواز بدون هذين الشرطين، لأنه ليس من باب سلف جر نفعاً لأن الكفالة إنما شرعت للتوثق، والمقصود حصول صاحب الحق على حقه، وكون صاحب الدين يؤجل استيفاء استحقاقه مقابل تقديم ضامن له إنما هو من المعروف والتبرع للمضمون عنه، ولايتبين من ذلك أنه سلف جر نفعاً.

٣ ــ يجيز الحنفية والشافعية والحنابلة ضمان المؤجل لأجل أبعد من أجله ويمنع ذلك المالكية خشية من أن يكون سلفاً جر منفعة، والراجح

(١٥٢) مطالب أولى النهى للسيوطي ٣ /٣١٢.
(١٥٣) المغني لابن قدامة ٤ /٦٠٢.

الجواز، ويجاب عنه بما أجيب فيما سبق.

٤ ـــ يرى جمهور الحنفية أن التأجيل يكون في حق الكفيل والمكفول. ويرى الشافعية والحنابلة ومحمد من الحنفية أن التأجيل يكون في حق الكفيل وحده ويكون على المكفول حالاً. وأرى أن الراجح من ذلك هو أن التأجيل يكون في حق الضامن دون المضمون عنه لما يأتي:

(أ) لحديث ابن عباس مرفوعاً الذي مر ذكره آنفا.

(ب) أن الحق يتأجل في ابتداء ثبوته إذا كان بعقد، وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فإنه لم يكن ثابتاً عليه حالاً.

(جـ) أنه ولو كان الكفيل تبعاً للأصيل فإنه يجوز أن يخالف مافي ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل فإن الدين يحل عليه دون الضامن.

(د) أن الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به كما إذا كفل حالاً أو مطلقاً ثم أخر عنه بعد الضمان.

٥ ـــ يرى الحنفية أنه إذا مات الأصيل أو الكفيل قبل حلول الأجل فإن الدين يحل في مال الميت منهما دون الآخر، ويبقى في حق منهما إلى أجله، لأن المبطل وجد في حق أحدهما دون الآخر.

ويرى الحنابلة أن الدين لايحل على الميت منهما اذا أوثق الورثه رب الدين برهن أو كفيل مليء، وإن لم يوثق الورثه بذلك فإن الدين يحل في حق الميت منهما. وقول الحنابلة إن الأجل يبقى على حاله إذا مات الكفيل أو المكفول عنه وقد وثق الورثة برهن أو كفيل مليء أرى أنه صحيح لأنه لاضرر في ذلك مادام التوثق موجوداً بل في مصلحة الدائن ومن عليه الدين إلى الأجل المحدد للوفاء.

الفصـــل الرابـع

أقسام الكفالة في القانون

ويندرج تحته ثلاثة مباحـث :
المبحـث الأول : كفالة الالتزام المستقبل.
المبحـث الثاني : كفالة الالتزام الشرطي.
المبحـث الثـالـث : المقـارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في تلك الأقسام.

الفصل الرابع
أقسام الكفالة في القانون

ورد في القانون ذكر نوعين للكفالة هما:

المبحث الأول: كفالة الالتزام المستقبل:

تجوز كفالة الدين المستقبل وإن كان ديناً غير موجود وقت الكفالة، وذلك مثل فتح الاعتماد، فإنه تجوز كفالته، حيث يتعهد الكفيل للبنك بمقتضى عقد الكفالة بضمان تنفيذ الالتزام الذي ينشأ في ذمة العميل الذي فتح الاعتماد لمصلحته بعد الكفالة، إذا تنصب الكفالة عندئذٍ على ماقد ينشأ في ذمة العميل من ديون للبنك خلال فترة فتح الاعتماد، فهي كفالة لدين لم ينشأ بعد ولكنه محتمل الوجود في المستقبل.(١٥٤).

ويشترط لصحة هذه الكفالة شرطان:

١ ــ يجب أن يكون الدين المستقبل محدد المقدار في عقد الكفالة ومقدماً قبل عقدها.

٢ ــ أن تحدد لهذه الكفالة مدة معينة، وخلال المدة لايجوز للكفيل الرجوع في كفالته، فإذا لم يحدد مدة جاز للكفيل أن يتحلل من التزامه قبل نشوء الالتزام. وقد جاء ذكر هذه الكفالة في المادة ٧٧٨ من القانون المدني المصري، وكذلك المادة ٧٤٤ من القانون المدني السوري، وكذلك المادة ١٠٥٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(١٥٤) التأمينات الشخصية والعينية جميل الشرقاوي ص٤٠ والوسيط للسنهوري ١٠ /٥٢.

فجاء في المادة ٧٧٨ مدني مصري مـانصـه:

١ ـــ تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد الدين المكفول مقدماً.

٢ ـــ على أنه إذا كان الكفيل لم يعين مدة الكفالة فإن له في أي وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ .

وجاء في قانون الموجبات اللبناني مادة ١٠٥٧ «يجوز أن يكون موضوع الكفالة موجباً مستقبلاً»

المبحث الثاني

كفالة الالتزام الشرطي:

وتجوز كفالة الالتزام الشرطي سواء كان الدين الأصلي المكفول معلقاً على شرط فاسخ أو معلقاً على شرط واقف.

ويترتب على تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي أن يرتبط مصير الأول بمصير الثاني، وفقاً لتحقق الشرط أو تخلفه، فإذا تحقق الشرط الواقف فأصبح الالتزام الأصلي نافذاً أصبح التزام الكفيل كذلك نافذاً. وإذا تخلف الشرط فزال الالتزام الأصلي زال التزام الكفيل، وإذا كان الشرط فاسخاً فيكون الالتزام الأصلي قبل تحققه نافذاً، وكذلك التزام الكفيل. أما إذا تحقق الشرط فيزول الالتزام الأصلي، وكذلك التزام الكفيل[١٥٦]. وقد نصت على جواز كفالة الالتزام الشرطي المادة ٧٧٨ من القانون المدني المصري بقولها: «وكما تجوز كفالة الدين الشرطي» ويقابل هذه المادة ٧٤٤ من القانون المدني السوري.

(١٥٥) عقد الكفالة د /منصور مصطفى منصور ص٣٧.

المبحث الثالث

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في تلك الأقسام:

ذكرنا ما ورد في القانون من أنواع الكفالة، ونقارن ذلك بما ورد في الفقه الإسلامي:

١ ــ أن كفالة الالتزام المستقبل التي ذكرها القانون هي الكفالة المضافة التي ورد ذكرها في الفقه الإسلامي، وهي كقول القائل: أنا ضامن ماداينت به فلاناً بعد شهر. ومن هذا نرى أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامي في صحة الكفالة المضافة إلى الزمان المستقبل، وفيما يخص اشتراط كون المكفول معلوماً، فهذا يتفق فيه القانون مع رأي بعض الفقهاء المسلمين الذين اشترطوا العلم بالمكفول، خلافاً لغيرهم الذين يجيزون الكفالة ولو كان المكفول غير معلوم إذا كان مآلة إلى العلم.

٢ ــ وفي كفالة الالتزام الشرطي وهي الكفالة المعلقة على شرط وقد أجازها جمهور الفقهاء المسلمين، والقانون بهذا يتفق معهم، إلا أن الفقهاء يشترطون لجواز التعليق أن يكون المعلق عليه شرطاً ملائماً، ويطلق القانون الجواز من غير تقييد، وبناء عليه فيجوز عندهم قول الشخص: إن دخل زيد الدار فأنا كفيل، ويمنعه الفقهاء لأنه غير ملائم، وأرى أنه لابد من تقييد الجواز بالتعليق بالشرط الملائم دون غيره.

٣ ــ أن القانون يجيز توقيت الكفالة كما جاء ذلك في المادة ٢/٧٧٨ «على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة فإن له في أي وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ بعد».

ومن هذا يعلم جواز توقيت الكفالة وأنه إذا حدد للكفالة مدة فإنه لايجوز للكفيل الرجوع في كفالته خلال هذه المدة.

وهذا يتفق مع ماجاء في الفقه الإسلامي من جواز توقيت الكفالة.

٤ ــ أما تأجيل الكفالة المعجلة فهذا يجوز قانوناً.

وأما تعجيل الكفالة المؤجلة بحيث تكون مؤجلة على الأصيل حالة على الكفيل فهذه لايجيزها القانون،لأن القانون يشترط لصحة الكفالة أن تكون بشروط أهون من شروط الدين المكفول به أو مساوية له، ولايجوز أن تكون بشروط أشد جاء ذلك بنص المادة ٧٨٠ مدني مصري:

١ ــ لاتجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولابشروط أشد من شروط الدين المكفول.

٢ ــ ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون .وكذلك المادة ٧٤٦ من القانون المدني السوري.

واشتراط تعجيل الكفالة المؤجلة على الأصيل شرط أشد من شروط الدين المكفول.

أما تأجيل الكفالة المعجلة بحق الكفيل بحيث تصبح عليه مؤجلة فإنها قد عقدت بشرط أهون من شروط الدين المكفول فتصح.

والقانون بهذا يتفق مع الفقه الإسلامي في القول بجواز تأجيل الكفالة الحالة على الأصيل لتصبح مؤجلة على الكفيل.

وأما تعجيل الكفالة المؤجلة في حق الأصيل لتصبح حالة في حق الكفيل فقد اختلف فيها الفقهاء فمنهم من أجازها ومنهم من منعها،والقانون يتفق مع المانعين، ولكن الأولى هو القول بالجواز لأن الكفالة تبرع وقد تمت برغبة الكفيل ورضاه، لأنه هو الذي ألزم نفسه فيلزمه ما التزمه.

الباب الرابع

القواعد والأحكام العامة للضمان الشخصي «الكفالة»

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول : أركان الضمان الشخصي «الكفالة» في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الفصل الثاني : شروط الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الفصـــل الأول

أركـــان الضـمـان الشخصي «الكفـالـة» في الفقـه الإسلامي والقانون الوضعي

ويندرج تحته مبحثـانِ :
المبحث الأول : أركان الكفالة في الفقه الإسلامي.
المبحث الثاني : أركان الكفالة في القانون .

المبحث الأول

أركان الضمان الشخصي «الكفالة» في الفقه الإسلامي

يجد الباحث في كتب الفقه الإسلامي أن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد أركان الضمان الشخصي على أقوال هي:

١ ــ **الحنفية**: ذهب الحنفية إلى أن للضمان الشخصي ركناً واحداً فقط هو الإيجاب والقبول، لأنه بذلك يتحقق عقد الضمان، أما ماعداه فإنما هي شروط للصحة وليست أركاناً، لأنها ليست داخلة في تكوين الضمان ولا يتحقق بها عقد الضمان.. جاء في البدائع[١]: «أما الركن فهو الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب» وجاء في حاشية ابن عابدين[٢]: «وركنها إيجاب وقبول».

٢ ــ يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أن أركان الضمان الشخصي هي: ضامن، ومضمون، ومضمون عنه، ومضمون له، وصيغه.

جاء في بلغة السالك[٣]: «أركانه خمسة: ضامن، ومضمون، ومضمون له، ومضمون عنه، وصيغه».

وجاء في نهاية المحتاج»[٤]: «أركان ضمان الذمة خمسة: ضامن ومضمون... ومضمون له ومضمون عنه وصيغه.

وجاء في الروض المربع[٥]: «وأركانه عاقد، ومعقود عليه، وصيغه» أي عقد

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٠٤.
(٢) حاشية ابن عابدين ٥ /٢٨٣.
(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك لأحمد الصاوي ٢ /١٥٥.
(٤) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٣٣.
(٥) الروض المربع بحاشية العنقرى / منصور البهوتي ٢ /٢٢ مطبعة السنة المحمدية.

الكفالة كغيره من العقود في المعاملات. وهذه الأركان التي أوردها الفقهاء للضمان وأشاروا إلى أنها خمسة لا تخرج في الحقيقة عن أربعة فقط وهي الأركان المشتركة بين العقود في المعاملات. ذلك أن الضامن والمضمون عنه والمضمون له تندرج تحت ركني العاقدين. والمضمون هو محل العقد.

ومن ذلك نرى أن الحنفية يتفقون مع الجمهور في اعتبار الصيغة ركناً للعقد ويختلفون معهم في الأركان الأخرى ــ العاقدان والمعقود عليه ــ فالجمهور يرون أنها أركان، لأن وجود الضمان وقيامه لا يتأتى بدونها على حين يرى الحنفية أنها شروط للصحة وليست أركاناً، ومنشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور يرجع إلى تحديد معنى الركن عند كل منهم، فيرى الحنفية أن الركن هو ما كان جزءاً في ماهية الشيء دون ما كان خارجاً عنه.

وعلى هذا تكون الصيغة من الإيجاب والقبول هي ركن الضمان الشخصي «الكفالة» أما ماعداها فهي أمور خارجة عن حقيقة الكفالة.

ويرى الجمهور أن الركن: هو ما لا يتصور الشيء بدونه سواء أكان جزءاً في الماهية أو خارجاً عنها.

وعلى هذا الأساس يكون العاقدان والمحل أركاناً كذلك لأنه لا يتصور وجود الكفالة بدونها.

فيكون الخلاف مبنيًّا على تحديد معنى الركن ولا مشاحة في الاصطلاح. وأرى أن الأولى اعتبارها أركاناً على ما ذهب إليه الجمهور لأنها وإن لم تكن داخلة في تكوين العقد فإن العقد يتوقف عليها، ومادام العقد متوقفاً عليها. فالقول بأنها أركان أرجح، لاسيما أن المآل في النهاية واحد لأن من يرون أنها شروط يجعلون عقد الضمان يتوقف عليها. ثم إن ذلك أنسب في التقسيم العلمي والبحث.

وبناء على ذلك سينقسم البحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول ــ في الركن الأول : الصيغة.

المطلب الثاني ــ في الركنين الثاني والثالث: العاقدان.

المطلب الثالث ــ في الركن الرابع : المعقود عليه «محل العقد».

المطلب الأول

في الركن الأول: الصيغـــة

وصيغة العقد: هي التعبير الصادر من كل من المتعاقدين الدال على إرادة إنشائه، وتتكون من الإيجاب والقبول.

الإيجاب: هو أول بيان يصدر من أحد المتعاقدين معبراً عن إرادته في إنشاء العقد.

والقبول: مايصدر من الطرف الآخر بعد الإيجاب معبراً عن موافقته عليه[٦]. جاء في حاشية رد المحتار[٧] «الإيجاب هو مايذكر أولاً من كلام أحد المتعاقدين، والقبول: مايذكر ثانياً من الآخر».

ويختلف الفقهاء في المعتبر من الصيغة ركناً أهو الإيجاب وحده أم هو الإيجاب والقبول جميعاً؟

١ ــ ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وأبو يوسف في قول له إلى أن الضمنان لا يتم إلا بالإيجاب والقبول. قال في البحر الرائق[٨]: «في بيان ركنها وهو الإيجاب والقبول حتى إنها لاتتم بكفيل وحده ما لم يوجد قبول المكفول له أو قبول أجنبي لغيره».

وجاء في البدائع[٩]: «أن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التمليك والتمليك لايتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع».

---

(٦) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء ١ /٣٤١.

(٧) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٤ /٥٦.

(٨) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٦ /٢٢٣.

(٩) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٠٤.

٢ ــ وذهب الجمهور من المالكية والحنابلة والشافعية في أصح القولين عندهم وأبو يوسف في قوله الأخير إلى أن الكفالة تتحقق بالإيجاب فقط، ولا تتوقف على قبول المكفول له ولا على علمه أو رضاه لأنه مجرد التزام لا معاوضة فيه، بل هو تبرع من الكفيل فيتم بعبارته وحده. جاء في تبيين الحقائق[١٠]: «ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركناً، فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده وفي الكفالة بالنفس والمال».

وجاء في نهاية المحتاج[١١]: «والأصح أنه لا يشترط قبوله ولا رضاه، لأن الضمان محض التزام لا معاوضة فيه».

وجاء في حاشية الرهوني[١٢]: «أنه لا يلزم رب الحق قبوله» أي الضمان، وجاء في كشاف القناع[١٣] كذلك: «ولا يعتبر رضا للمضمون له، ولا يعتبر معرفة الضامن لهما أي للمضمون له والمضمون عنه، لأنه لا يعتبر رضاهما، فكذا معرفتهما» وعدم معرفة الضامن للمضمون له،وعدم اعتبار رضا المضمون له يدل على انعقاد الضمان بمجرد الإيجاب.

٣ ــ وذهب أهل الظاهر إلى أن الكفالة لا تنعقد إلا بالإيجاب والقبول كالحنفية، وذلك لأنهم يرون أن الدين ينتقل عندهم بموجب الضمان والكفالة إلى الكفيل، والدين حق للدائن، وعلى ذلك فلا بد من رضاه بانتقاله إلى غير المدين الأصلي وموافقته على ذلك، جاء في المحلى[١٤]: «فمن كان له على آخر حق مال من بيع أو من غير بيع فضمن له ذلك الحق إنسان بطيب نفسه

---

(١٠) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤ /١٤٦.
(١١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٤ /٤٣٨.
(١٢) حاشية الرهوني ٦ /٧.
(١٣) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٦٦.
(١٤) المحلى لابن حزم ٨ /١١١.

وطيب نفس الذي له الحق فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال».

الترجيح عندي :

أرى أن الراجح من هذين القولين هو القول بانعقاد الضمان بالإيجاب وحده ولا يشترط قبول صاحب الحق ذلك لأن الكفالة التزام من الكفيل بأداء الحق، وذلك تصرف منه في خالص حقه، وهذا يتم بإرادته دون التوقف على قبول المكفول له، ثم إن الكفالة تبرع والتزام تختلف عن التمليك لاحتمالها للجهالة والتعليق بالشرط، والتمليك لا يحتمل ذلك، ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبه النذر في ذلك.

صيغة الضمان :

١ ــ يرجح الفقهاء أن تكون **صيغة الضمان باللفظ**. فاللفظ هو الأصل في كشف قصد العاقد وبيان رغبته، واللفظ منه ما هو صريح وما هو كناية.

فالصريح: هو لفظ الضمان والكفالة والزعامة والغرامة والقبالة: قال النبي ﷺ: «**الزعيم غارم**»[١٥]. وكقوله تعالى: ﴿ أَوْ تَأْتِيَ بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا ﴾[١٦] أي كفيلاً وقوله: إليّ وعليّ كما جاء في الحديث[١٧]: «من ترك مالاً فلورثته ومن ترك ديناً فإليّ وعليّ» ونحو ذلك.

أما الكناية: وهي ما يفهم منه العهد والضمان بقرينة نحو دين فلان إليّ أو عندي. جاء في البدائع[١٨]: «الإيجاب من الكفيل أن يقول: أنا كفيل أو ضمين

---

(١٥) سبق تخريجه. ص ١٦٧

(١٦) سورة الإسراء آية /٩٢.

(١٧) رواه البخاري في كتاب الكفالة من صحيح / البخاري بشرحه فتح الباري لابن حجر ٤ /٤٧٧ ورواه مسلم في كتاب الفرائض ١١ /٦٠ صحيح مسلم بشرح النووي.

(١٨) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٠.

أو زعيم أو غريم أو قبيل أو حميل أو لك عليّ أو لك قبلي أو لك عندي».

وجاء في نهاية المحتاج[١٩]: «الصريح كضمنت دينك عليه أو تحملته أو تقلدته أو التزمته أو تكفلت ببدنه أو أنا بالمال أو بإحضار الشخص ضامن أو كفيل أو زعيم أو حميل أو قبيل، والكناية نحو دين فلان إليّ أو عندي».

وجاء في الشرح الصغير[٢٠] في انعقاد الضمان: أنه ينعقد «بما يدل عليه أي الالتزام من صيغة لفظية كأنا ضامن أو ضمانه عليّ أو غيرها».

وجاء في الروض المربع[٢١]: «ويصح بلفظ ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وتحملت دينك أو ضمنته أو هو عندي ونحو ذلك». وقال كذلك في الكفالة[٢٢]: «وتنعقد بما ينعقد به ضمان» وجاء في الإنصاف[٢٣]: «وقال الشيخ تقي الدين رحمه‌الله: قياس المذهب يصح بكل لفظ فهم منه الضمان عرفاً مثل قوله: زوجه وأنا أؤدي الصداق أو بعه وأنا أعطيك الثمن ونحو ذلك».

ويفهم من هذه النصوص في المذاهب الفقهية المختلفة أن الضمان ينعقد بكل لفظ يدل على التزام الموجب وتعهده بما التزم به.

هذا فيما يختص بالإيجاب أما القبول عند من يقول به فيصح بكل لفظ يدل عليه كقوله: قبلت أو رضيت ونحو ذلك. جاء في البدائع[٢٤]: «وأما القبول من الطالب فهو أن يقول: قبلت أو رضيت أو هويت أو مايدل على هذا المعنى».

---

(١٩) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٤ /٤٥٤.
(٢٠) الشرح الصغير للدردير ٤ /٤٣١.
(٢١) الروض المربع لمنصور البهوتي ٢ /١٨٠.
(٢٢) نفس المرجع ٢ /١٨٦.
(٢٣) الإنصاف علاء الدين المرداوي ٥ /١٩٠.
(٢٤) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٠٤.

٢ ــ انعقاد الضمان بغير اللفظ: ينعقد الضمان الشخصي بإشارة الأخرس إذا كانت تدل على أنه يريد الضمان، وينعقد بالكتابة كذلك إذا دلت القرينة على المطلوب، وذلك لقيامها مقام اللفظ. جاء في الشرح الصغير[٢٥]: «أو غيرها كإشارة مفهمة أو كتابة» أي: غير الصيغة اللفظية، وجاء في نهاية المحتاج[٢٦]: «إذ مثله الكتابة مع النية وإشارة أخرس مفهمه». وجاء في كشاف القناع[٢٧]: «ويصح الضمان من أخرس بإشارة مفهومة كسائر تصرفاته لأنها كاللفظ في الدلالة على المراد».

ويشترط الحنابلة لانعقاد الضمان من الأخرس بالكتابة أن تدل قرينه على أنه يريد بذلك الضمان ولا يقصد العبث. جاء في كشاف القناع[٢٨]: «ولا يثبت الضمان بكتابته منفردة عن إشارة يفهم بها عنه أنه قصد الضمان، لأنه قد يكتب عبثاً أو تجربة قلم». ويفهم من ذلك أن الضمان ينعقد بالكتابة مع القرينة وبالإشارة من الأخرس إذا كانت تدل على المقصود منها.

---

(٢٥) الشرح الصغير للدردير ٤ /٤٣١.

(٢٦) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٥٤.

(٢٧) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٦٣.

(٢٨) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٦٤.

المطلب الثاني

في الركنين الثاني والثالث: «العاقدان» :

والعاقدان هما طرفا العقد اللذان لا يتم انعقاده إلا بهما، ولا بد أن يكون كل من العاقدين ممن يتوافر فيه أهلية الأداء، ليتسنى له مباشرة العقد، وذلك بأن يكون كل منهما بالغاً عاقلاً رشيداً غير محجور عليه.

وأهلية الأداء: هي صلاحية الإنسان لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه يعتد به شرعاً[٢٩].

صفات الأهلية :

١ ــ لا بد من توافر صفات معينة في كل من العاقدين. وتوفر تلك الصفات يكسب المتعاقد أهلية مباشرة العقد.

٢ ــ والمقصود بأهلية العاقدين: أن يكون كل منهما متمتعاً بالصفات التي تسوغ له شرعاً مباشرة العقد[٣٠] وهي:

١ ــ البلوغ : يتفق الفقهاء على أن من علامات، البلوغ الاحتلام وإنزال المني للذكر والأنثى، وتختص الأنثى بالحيض والحمل. ويختلفون فيما عدا ذلك من العلامات.

فيرى المالكية والشافعية والحنابلة أن نبات الشعر الخشن حول قبل أحدهما معتبر من علامات البلوغ في الذكر والأنثى.

---

(٢٩) الوسيط في الفقه الإسلامي د /وهبه الزحيلي ص ١٧١.

(٣٠) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء ١ /٣٤١.

ويرى أبو حنيفة أنه لا اعتبار به، لأنه نبات شعر فأشبه نبات شعر سائر البدن. ويرى المالكية أن من علامات البلوغ كذلك نتن الإبط وفرق أرنبة الأنف وغلظ الصوت، ويخالفهم الجمهور فلا يرون ذلك علامة على البلوغ.

فإذا لم يكن شيء من تلك العلامات فإن الفقهاء يتفقون على أن البلوغ يكون بالسن، إلا أنهم اختلفوا في تحديد السن المعتبر للبلوغ على النحو التالي:

١ ــ فيرى أبو حنيفة أن بلوغ الذكر يكون بإتمامه ثماني عشرة سنة، وبلوغ الأنثى يكون بإتمامها سبع عشرة سنة.

٢ ــ أما المالكية فانهم اختلفوا في ذلك إلا أن المشهور هو اعتبار تمام ثماني عشرة سنة حدًّا لبلوغ الذكر والأنثى.

٣ ــ وأما الشافعية والحنابلة فإنهم متفقون على تحديد سن البلوغ بخمس عشرة سنة في الذكر والأنثى[٣١] لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: «عرضت على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني»[٣٢].

وتحديد وقت البلوغ بسن معينة ولو كانت مرتفعة جائز لأنه مما تقتضيه المصلحة، فقد تعقدت المعاملات وإجراءاتها، كما أن الأخلاق العامة قد فسدت وكثر تفنن المحتالين في سلب أموال الناس، وفي التحديد بسن مناسبة زيادة احتياط في حماية الناشئين وصيانة ذممهم وأموالهم.

(٣١) مواهب الجليل للحطاب ٥ /٥٩ وتكملة فتح القدير على شرح الهداية /لقاضي زاده ٧ /٣٢٣ المكتبة التجارية الكبرى بمصر، وراجع كشاف القناع للبهوتي ٣ /٤٤٣. والغرر البهية شرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣ /١٢٣.

(٣٢) رواه البخاري ومسلم. فأخرجه البخاري في كتاب المغازي ٥ /١٣٧ ومسلم في باب بيان سن البلوغ ٦ /٣١.

ويتفق الفقهاء على أنه لابد لمن يباشر الضمان أن يكون بالغاً، لأن الضمان من التبرعات، ولابد لمن يباشره أن يكون أهلاً للتبرع بكونه بالغاً. وقد جاء ذكر البلوغ في المذاهب الفقهية المختلفة. فجاء في البدائع[٣٣]: «ومنها البلوغ فلا تنعقد كفالة الصبي» وجاء في الشرح الصغير[٣٤]: «التزام مكلف لا صبي.. فالواقع من الصبي فاسد يجب رده، وجاء في تكملة المجموع[٣٥]: «ويصح ذلك من جائز التصرف في ماله، فأما من يحجر عليه لصغر.... فلا يصح ضمانه، لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح من الصبي».

وجاء في المغني[٣٦]: «يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله ولا يصح من صبي غير مميز بغير خلاف، لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح كالنذر».

٢ ــ العقل : لا بد لمن يباشر الضمان أن يكون عاقلاً، فإذا باشره غير عاقل فإن تصرفه لا يعتبر ولا قيمة له. فالصبي غير المميز والمعتوه[٣٧] والمجنون[٣٨] لا تعتبر أهليتهم ولا يصح منهم عقد الضمان لأنه عقد تبرع ولا يكون إلا ممن هو أهل للتبرع جاء في البدائع[٣٩]: «منها العقل. من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة المجنون، لأنها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل

---

(٣٣) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤١١.

(٣٤) الشرح الصغير للدردير ٣ /٤٢٩.

(٣٥) تكملة المجموع شرح المهذب ١٤ /١.

(٣٦) المغني لابن قدامة ٤ /٤٩٨.

(٣٧) العته: آفة توجب خللاً في العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه مرة كلام العقلاء ومرة كلام المجانين . كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ٣ /٢٧٤ دار الكتاب العربي لبنان.

(٣٨) الجنون: هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال على نهجه إلا نادراً التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٢ /١٧٣ المطبعة الكبرى الأميرية بمصر الطبعة الأولى ١٣١٦هـ.

(٣٩) البدائع للكاساني ٧ /٣٤١١.

التبرع». وجاء في بلغة السالك[٤٠]: «التزام مكلف. فالواقع من المجنون فاسد يجب رده». وجاء في تكملة المجموع[٤١]: «فأما من يحجر عليه لصغر أو جنون فلا يصح ضمانه». وجاء في كشاف القناع[٤٢]: «فلا يصح ضمان من مجنون ولا صبي ولو مميزاً ». أي أنهم يشترطون العقل لانعقاد الكفالة.

٣ ــ الرشد : هو البصيرة المالية التي يكون بها الشخص حسن التصرف بالمال، وبهذا يقول جمهور الفقهاء[٤٣] وقال الشافعي: إن الرشد هو صلاحه في دينه وماله[٤٤] ولا يعتبر الإنسان رشيداً بمجرد بلوغه، بل لابد من ثبوت الرشد بعد الاختبار، فمن بلغ سفيهاً[٤٥] فإنه لا يصح منه الضمان لأنه من التبرعات ولابد لمن يباشر ذلك أن يكون رشيداً.

جاء في حاشية الدسوقي[٤٦]: «وصح الضمان ولزم من أهل التبرع،ولا يصح من سفيه» وجاء في نهاية المحتاج[٤٧]: «وشرط الضامن ليصح ضمانه الرشد».

وجاء في كشاف القناع[٤٨]: «ولا يصح الضمان من سفيه لعدم صحة تصرفه».

---

(٤٠) بلغة السالك لأحمد الصاوي ٢ /١٥٥.

(٤١) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٩.

(٤٢) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٦٦.

(٤٣) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء ٢ /٧٨٢.

(٤٤) الأم للشافعي ٣ /١٩١ المطبعة الكبرى الأميرية بمصر ١٣٢١هـ.

(٤٥) السفه في اللغة: الخفة، وعند الفقهاء:« خفة تبعث الإنسان على العمل في ماله بخلاف مقتضى العقل مع عدم اختلاله» تيسير التحرير لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه ١ /٣٥ مطبعة الحلبي بمصر ١٣٥٠هـ.

(٤٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ /٣٣٠.

(٤٧) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٤ /٤٣٣.

(٤٨) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٦٦.

وبقول الجمهور يقول أصحاب أبي حنيفة.

غير أن أبا حنيفة يرى أن السفيه يحجر عليه إلى أن يبلغ الخامسة والعشرين من العمر، ثم بعد ذلك تطلق له حرية التصرف وتسلم له أمواله يتصرف فيها، وذلك لأن منعه من التصرف وتسلم أمواله من باب التأديب له، وبعد بلوغه هذه المرحلة من العمر، لا يجدي فيه التأديب لأنه قد صلح أن يكون جدًّا[٤٩] وعلى هذا يصح منه الضمان بعد بلوغه هذا السن ولو كان سفيهاً.

ولكن الراجح هو قول الجمهور وهو عدم صحة تصرف السفيه ولو بلغ ما بلغ من السن حتى يتبين منه الرشد، لأن العلة التي حجر عليه من أجلها هي السفه وهي موجودة فيه بعد بلوغه السن المشار إليه.

٤ ــ **الحرية** : والمراد بذلك أن يكون كل من يباشر الضمان حرًّا ليس بمملوك فالعبد لا يصح منه الضمان ولو أذن له سيده بالتجارة، لأن هذا تبرع ولا يصح ممن لا يملك التبرع، أما إذ أذن له سيده بالضمان فيصح.

جاء في تبيين الحقائق[٥٠]: «أن يكون الكفيل من أهل التبرع حتى لا يصح ممن لا يملك التبرع كالعبد المأذون له في التجارة... لأنها تبع والعبد لا يملك التبرع بدون إذن مولاه».

وجاء في الشرح الصغير[٥١]: «فلا يصح من الرقيق ولو مكاتباً ومستولدة ومبعضاً بغير إذن السيد». وجاء في كشاف القناع[٥٣]: «ويصح ضمان العبد بإذن سيده، لأنه لو أذن له في التصرف لصح فكذا هنا».

---

(٤٩) المبسوط للسرخسي ٢٤ /٦١ ادار المعرفة للطباعة لبنان ــ الطبعة الثانية.

(٥٠) تبيين الحقائق للزيلعي ١٤٦/٤.

(٥١) الشرح الصغير للدردير ٣ /٤٣٠.

(٥٢) شرح البهجة ٣ /١٥٠ لزكريا الأنصاري.

(٥٣) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٦٦.

أما الظاهرية فيرون انعقاده من العبد مطلقاً جاء في المحلي[٥٤]: «مسألة ـــ وحكم العبد والحر والمرأة والرجل والكافر والمؤمن سواء لعموم النص، ولم يأتِ نصٌّ بالفرق بين شيء مما ذكرنا».

ولكن رأي الجمهور أرجح، ذلك أن الضمان يتضمن إيجاب مال على الضامن بهذا التصرف فلابد أن يكون من يباشره أهلاً لإجرائه، كما أن الضمان تبرع والمملوك لا يملك نفسه فكيف يملك التبرع دون إذن سيده وموافقته.

(٥٤) المحلى لابن حزم ٨ /١١٧.

المطلب الثالث

في الركن الرابع : المعقود عليه : «محل العقد»

هذا هو الركن الرابع وهو المعبر عنه في الضمان بالمضمون، وهو الحق الملتزم به لصاحب الحق، وهو أما أن يكون عيناً أو ديناً أو نفساً أو فعلاً ليس بدين ولا عين ولا نفس.

فالعين المضمونة كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد.

والدين سواء كان الدين ثابتاً أو مستقبلاً على خلاف للفقهاء في ذلك سيأتي بيانه.

أما النفس: فالمقصود ضمان إحضار من عليه حق مالي عند الطلب.

وأما الفعل: فالمقصود به ضمان فعل التسليم كضمان تسليم المبيع والرهن. ولابد أن يكون المضمون واجباً أو مآله إلى الوجوب كقوله: ضمنت لك ما تداين به فلاناً أو ما تقوم به البينة عليه.

ولابد أن يكون الضمان معلوماً إذا كان بجزء من الدين، ولا يجوز أن يكون مبهماً كجزء منه أو حظ أو شيء، لأنه مجهول ولا يؤول إلى العلم.

ويصح ضمان المهر والجعل في المسابقة والمناضلة وأرش الجناية ونفقة الزوجة.

ولا يصح ضمان دين الكتابة، لأن المكاتب له تعجيز نفسه والامتناع من الأداء. ولا يصح ضمان الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة ومال الشركة والمضاربة.

ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد لله تعالى لإقامة الحد،لأن ذلك لا يمكن استيفاؤه من الكفيل كحد الزنا والسرقة والشرب.

ولا تصح الكفالة بغير معين كقوله: كفلت أحد هذين المدينين،لعدم علم المكفول في الحال ولا في المال فلا يمكن تسليمه.

ولا يصح ضمان الجزية ولو بعد حلولها، لأن أخذها من الضامن يفوت الصغار من المضمون عنه(٥٥).

(٥٥) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤١٥ ومواهب الجليل للحطاب ٥ /١١٠ ونهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٣٨ وكشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٦٩.

المبحث الثاني

أركان الكفالة في القانون

ويندرج تحته أربعة مطالب :

المطلب الأول : الركن الأول : الرضا.

المطلب الثاني : الركن الثاني : المحل.

المطلب الثالث : الركن الثالث : السبب.

المطلب الرابع : الركن الرابع : الأهلية.

المبحث الثاني

أركان الكفالة في القانون الوضعي

يرى القانونيون أن للعقود أركاناً أربعة، ومن تلك العقود عقد الكفالة، وهذه الأركان هي :

١ ــ الرضا. ٢ ــ المحل. ٣ ــ السبب. ٤ ــ الأهلية.

وبعض القانونيين لا يجعلون الأهلية ركناً مستقلاً بذاته، وإنما هو داخل في الركن الأول الرضا، لأن الرضا لا يعتبر صحيحاً إلا إذا كان صادراً عن ذي أهلية.

وينقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب هي :

١ ــ **المطلب الأول** : في الركن الأول «الرضا».

٢ ــ **المطلب الثاني** : في الركن الثاني «المحل».

٣ ــ **المطلب الثالث** : في الركن الثالث «السبب».

٤ ــ **المطلب الرابع** : في الركن الرابع «الأهلية».

المطلب الأول

الركن الأول «الرضـا»

والرضـا: هو القبول بالاختيار التام الخالي عن شائبة الإكراه والغلط والتدليس ولقد تكلم القانون المدني المصري الجديد عن الرضا في المواد ٨٩ ــ ١٣٠ وكذلك القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٠٨ وما بعدها[٥٦].

ووجود الرضا لازم لانعقاد العقد، ويوجد الرضا بأن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين[٥٧]. ويكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً. كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًّا في دلالته على حقيقة المقصود، كعرض التاجر السلعة على الجمهور مع ذكر أثمانها، فإنه يعتبر إيجاباً صريحاً[٥٨]. نصت على ذلك المادة ٩٠ من القانون المدني المصري بقولها «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًّا في دلالته على حقيقة المقصود».

وينعقد الاتفاق على الكفالة برضا الكفيل والدائن، لأنها من العقود الرضائية أما المدين فليس طرفاً في الكفالة، ويمكن أن تنعقد الكفالة دون علمه أو حتى رغم معارضته. وقد نصت المادة ٧٧٥ مدني مصري على أنه «تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجوز أيضاً رغم معارضته» ويقابل هذا النص المادة ٧٤١

(٥٦) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ١ /٨٤.

(٥٧) مصادر الالتزام د / عبد المنعم الصده ص ٧٩ مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ١٩٦٠م.

(٥٨) نظرية العقد والإرادة المنفردة د / محمد حسني عباس ص٣٦ مكتبة النهضة المصرية ١٩٥٤م.

مدني سوري، والمادة ١٠٦٢ من قانون الموجبات اللبناني، ويعبر الفقهاء المسلمون عن هذا الركن بالصيغة: وهي الإيجاب والقبول. وإن التعبير بالإيجاب والقبول أوضح من التعبير بإرادتين متطابقتين.

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي في معنى الإيجاب والقبول، وفي اتحاد مجلس العقد، وفي وجوب تطابق الإيجاب والقبول.

عيوب الرضا: إذا صدر الإيجاب والقبول عن رضا انعقد العقد، لكن قد يعرض للرضا ما يشوبه من العيوب التي تمنع انعقاد العقد، وهذه العيوب هي: الإكراه والتدليس والغلط.

أولاً ــ الإكراه:

وهو نوع من الضغط يؤثر في إرادة المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد[٥٩]، وللإكراه عنصران هما:

١ ــ استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق، وهذا هو العنصر الموضوعي.

٢ ــ رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد، وهذا هو العنصر النفسي، ومتى توافر هذان العنصران فقد وجد الإكراه وفسدت الإرادة، سواء كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين أو من الغير أو من ظروف خارجية. والمكره الذي وقع عليه الإكراه قد اختار أهون الضررين وأراد، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة، لأنها لم تكن حرة مختارة. وإنما يعدم الإكراه الإرادة إذا انتزعت عنوة لا رهبة كما إذا أمسك المكرِه بيد المكرَه، وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام. وفي حالة فساد الإرادة يكون العقد قابلاً للإبطال، وذلك كما لو حمل الزوج زوجته بماله عليها من شوكة أن تكفله بدين كبير، وهي

(٥٩) الحقوق التجارية البرية د / هشام فرعون ص ١١٣ الطبعة الثالثة ١٣٩٤هـ.

تعلم أن زوجها لا يستطيع وفاء هذا الدين، بشرط أن يكون الدائن الذي أبرم الكفالة مع الزوجة يعلم أو يستطيع أن يعلم بما شاب رضاء الزوجة من إكراه نتيجة لضغط زوجها.

أما في حالة انعدام الإرادة فإن العقد يكون باطلاً[٦٠] جاءت بذلك المادة ١٢٧ من القانون المدني المصري، ويطابق ذلك المادة ١٢٨، ١٢٩ من التقنين المدني السوري، والمادة ٢١٠، ٢١١ من قانون الموجبات اللبناني. وقد جاء تعريف الإكراه وما يتعلق به في المواد ١١٢ ــ ١١٦ من القانون المدني العراقي فجاء تعريف الإكراه بأنه «إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه». وهو أقرب ما يكون إلى الفقه الإسلامي في ذلك.

ولقد تناول الفقهاء الإكراه في بحوثهم، بل وأفرد بعضهم له بحثاً مستقلاً. فجاء **تعريف الإكراه بأنه**: فعل يفعله المرء بغيره فينتقص به رضاه أو يفسد به اختياره[٦١]، ويقسمه الفقهاء إلى قسمين :

١ ــ إكراه تام أو ملجئ: وهو ما كان فيه خشية إتلاف نفس أو تعطيل عضو ونحو ذلك، وسواء وقع على المكره أو على من يحرص عليه كأبيه وابنه وزوجته، وهذا يفقد الرضا ويفسد الاختيار.

٢ ــ إكراه ناقص أو غير ملجئ: وهو ما كانت وسيلته لا توجب إلا ألماً خفيفاً أو غمًّا يسيراً كضرب يسير أو تهديد به. وهذا يفقد الرضا ولا يفسد الاختيار[٦٢]. قال السنهوري: «والفقه الإسلامي عندما يتناول نظرية الإكراه يتبسط فيها ويفيض في تفصيلاتها حتى إنه ليتميز عن الفقه الغربي في هذه

---

(٦٠) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٢ /١٧٧ للسنهوري معهد البحوث والدراسات العربية الطبعة الثالثة ١٩٦٧م.

(٦١) المبسوط للسرخسي ٢٤ /٣٨.

(٦٢) المدخل الفقهي العام /مصطفى الزرقاء ١ /٣٦٨.

النظرية بأنه يجعل الجزاء عليه أشد من الجزاء على عيوب الإرادة الأخرى، ويفصل كيف يرجع العاقد الذي وقع عليه الإكراه على المكره بالضمان جزاء إكراهه[٦٣]: ومن هذا نرى تميز الفقه الإسلامي على القانون في هذه الناحية.

ثانياً ــ التدليس :

هو استعمال طرق احتياليه بقصد تضليل المتعاقد لحمله على التعاقد[٦٤] كأن يستعمل الدائن طرقاً ووسائل احتيالية لحمل آخر على كفالة المدين، كأن يوهم الدائن غشًّا ملاءة المدين الأصلي، فإذا به غير ملىء، أو أوهمه بوجود ضمانات أخرى للدين اعتمد عليها الكفيل، فإذا بهذه الضمانات غير موجودة.

ويترتب على هذا التدليس إبطال عقد الكفالة إذا كان هو الدافع إلى التعاقد كما يبطل عقد الكفالة إذا كان التدليس صادراً من الغير بشرط إثبات أن المتعاقد كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به، جاء ذلك في المادة ١٢٥، ١٢٦ مدني مصري، ويتفق معها في الأحكام كل من القانون المدني السوري في المادة ١٢٦، ١٢٧، والقانون اللبناني في المواد ٢٠٨، ٢٠٩، أما القانون المدني العراقي فقد أريد به التوفيق بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون الغربي فقد جاء في المادة ١٢١، ١٢٢، ١٢٣ الكلام عند التدليس، وقد اعتبر العقد الذي يصدر وقد غرر فيه أحد المتعاقدين موقوفاً على إجازة العاقد المغبون ثم بين أنواع التغرير، وهكذا نجد أن القانون العراقي قد تأثر بالفقه الإسلامي في كثير من مواده.

وقد جاء بحث ذلك في الفقه الإسلامي وتحدث عنه الفقهاء، ويطلق عليه بعضهم التغرير ويعرفه بأنه: «**الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة لترغيب أحد**

---

(٦٣) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري ٢ /١٨٤.

(٦٤) أصول الالتزامات في القانون المدني د /مختار القاضي ص٣٩دار النهضة العربية في القاهرة ١٩٦٧م.

المتعاقدين في العقد وحمله عليه»[٦٥].

ويقسمه الفقهاء إلى قسمين: فعلي وقولي:

فالفعلي: هو ما كان الغش ناتجاً عن فعل للتغرير في الوصف، كصبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد.

والقولي: وهو ما نتج من القول كالتغرير في السعر مثل أن يقول البائع للمشتري: إن ثمن السلعة كذا، ولن تجد أقل منه فيكون كلامه منافياً للواقع حيث استغله وغرر به ليستفيد من عدم خبرته بالسوق على حين أنه يستطيع أخذ سلعة مثلها أقل منها ثمناً بكثير.

ويشترط في تأثير التغرير أو التدليس على الرضا بالعيب أن يكون صادراً عن أحد المتعاقدين ومؤثراً في العاقد الآخر، وبذلك يؤدي إلى إبطال العقد[٦٦].

وهكذا نجد أن الفقهاء المسلمين قد أفاضوا في ذلك وبينوه غاية البيان قال السنهوري: «لذلك وصل الفقه الإسلامي في هذه النظرية إلى مدى بعيد[٦٧]».

ثالثاً ــ الغلط :

هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع بحيث لو تبينها المتعاقد لما أقدم على التعاقد[٦٨]. وذلك كالغلط بالنسبة لذات العاقدين يكون سبباً في إبطال عقد الكفالة.

والغلط الجوهري هو الذي يبلغ في نظر المتعاقد الذي وقع في الغلط حدًّا من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو كان على بينة من أمره ولم يقع

(٦٥) المدخل الفقهي العام /مصطفى الزرقاء ١ /٣٧٩.
(٦٦) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية /صبحي محمصاني ٢ /٤٢٥.
(٦٧) مصادر الحق في الفقه الإسلامية للسنهوري ٢ /١٤٩.
(٦٨) نفس المرجع السابق ٢ /٩٨.

في الغلط، سواء في ذلك أن يقع الغلط في الشيء أو في الشخص أو في القيمة أو في الباعث.

جاء ذلك في المواد ١٢٠، ١٢١ من القانون المدني المصري، والمواد ١٢١، ١٢٢ من القانون المدني السوري، وكذلك في المواد من ١١٧ ــ ١٢٠ من القانون المدني العراقي، وهو أقرب من القوانين العربية الأخرى للفقه الإسلامي في بيان الغلط وأحكامه.

والفقهاء وإن لم يدرسوا الغلط بصورة عامة في العقود كعيب في الرضا إلا أنهم نظروا إليه من ناحية الجهل النافي للنية الحقيقية، واعتبروه سبباً لإبطال التصرفات في كثير من الأحوال والمسائل، وهكذا يكون الغلط نوعاً من الجهل. فجاء تعريفه بأنه «الشعور بالشيء على خلاف ما هو به»[٦٩] وهو ينقسم إلى قسمين :

١ ــ **الغلط الواقع على جنس المعقود عليه**: كما لو باع فصًّا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج. وهذا يكون البيع باطلاً فيه.

٢ ــ **الغلط في الوصف المرغوب**: كما لو باع بقرة على أنها حلوب فبانت بخلاف ذلك فللمشتري خيار الوصف[٧٠].

---

(٦٩) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة لابن نجيم ص ٣٠٣.

(٧٠) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية / صبحي محمصاني ٢ / ٤٢٠. ويثبت خيار الوصف للمشتري فيما لو اشترى مالاً بوصف مرغوب فظهر البيع خالياً عن ذلك فإنه يكون مخيراً إن شاء فسخ العقد وان شاء أخذه بجميع الثمن المسمى.

المطلب الثاني

الركن الثاني «المحل» :

من أركان العقد التي لا ينعقد إلا بوجودها المحل. والمحل في القانون قد يكون مالاً، وقد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل، والذي يقع غالباً هو كفالة الالتزام الذي يكون محله مبلغاً من النقود، فيأتي المقترض مثلاً بكفيل يضمنه لدى المقرض في المبلغ من النقود الذي اقترضه، وقد يكون محل الالتزام نقل ملكية عقار أو منقول لا مبلغاً من النقود، فيأتي البائع مثلاً بكفيل يضمنه لدى المشتري في التزام الأول بنقل ملكية المبيع إلى الثاني، كذلك يحوز للمقاول الذي تعاقد مع صاحب العمل على إقامة منشآت أن يأتي بكفيل يضمنه في التزامه بهذا العمل. ويجوز لتاجر ملتزم بعدم منافسة تاجر آخر أن يأتي بكفيل يضمنه في الالتزام بعدم المنافسة.

وقد يضمن الكفيل ما يحكم به على المدين الأصلي من تعويض من جراء إخلاله بالالتزام الأصلي المكفول، وبموجبه يفي الكفيل بهذا الالتزام بإعطاء شيء غير النقود أو من جراء إخلاله بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل[٧١]. ومن هذا نرى أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامي بصلاحية أن يكون محل الكفالة مالاً أو عملاً أو تسليماً وكل ما يمكن أن يندرج تحت واحد منها شريطة أن لا يكون مشتملاً على رباً أو غيره مما تحرمه الشريعة الإسلامية.

---

(٧١) الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ١٠ /٣٨.

المطلب الثالث

الركن الثالث ــ «السبب» :

السبب هو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الالتزام[٧٢]. ولابد لانعقاد عقد الكفالة وغيره من العقود أن يكون السبب مشروعاً، نصت على ذلك المادة ١٣٦ من القانون المدني المصري بقولها «إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً».

وهدف الكفالة هو ضمان التزام شخص آخر يتعهد بالوفاء إن لم يف به الشخص الأصلي، ويجب ألا يكون وراء الكفالة باعث غير مشروع وإلا بطلت الكفالة بسبب عدم مشروعية هدفها. ولا يجوز أن تهدف الكفالة إلى الخروج على أحكام القانون، وذلك كما لو كان القصد منها ضمان التزام لا يقره القانون لعدم مشروعية مصدره، كضمان ما ينشأ من ديون القمار، أو شراء مخدرات أو أسلحة تباع للمدين في غير الأحوال التي يبيح فيها القانون التعامل على مثل هذه الأشياء، أو ضمان التزام المدين بمقابل لارتكاب عمل غير مشروع، وتكون الكفالة غير مشروعة إذا قصد منها تحقيق غاية غير مشروعة خاصة به، كما لو كفل دين امرأة لترضى بعلاقة غير مشروعة معه. وعلى العموم تكون الكفالة غير مشروعة إذا كان القصد منها تشجيع تعامل مخالف للقانون. وبطلان الكفالة في تلك الصور ينتج عن عدم مشروعية سبب الكفيل باعتباره الباعث الدافع إلى الالتزام بالكفالة[٧٣].

ويتفق القانون مع الشريعة الإسلامية في أنه لابد أن يكون سبب الكفالة

(٧٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي د /السنهوري ٤ /١٦.

(٧٣) التأمينات الشخصية والعينية /جميل الشرقاوي ص٥١.

مشروعاً، لكنهما يختلفان عند التطبيق، فما يراه الشرع محرماً وممنوعاً قد يبيحه القانون، وما يراه القانون ممنوعاً قد تبيحه الشريعة وتجيزه. فنجد أن القانون يتفق مع الشريعة في أنه يعتبر التعامل بالربا الفاحش وتعاطي المخدرات غير جائز، ولا يجوز الكفالة فيها، وتختلف الشريعة في أنها تمنع التعامل بالربا مطلقاً كثيره وقليله لقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾[٧٤].

كما أن الشريعة تحرم التعامل ببيع لحم الخنزير أو الخمر ولا يجوز الكفالة فيهما لقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ ﴾[٧٥].

وقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ ﴾[٧٦]. والقانون يرى أن الكفالة في ذلك جائزة لشرعية سببها عنده.

والفرق بين المحل والسبب أن المحل هو ما تنعقد عليه الكفالة من مال أو عمل أو امتناع عن عمل. أما السبب فهو الذي يدفع الشخص ويبعث في نفسه الرغبة إلى التعاقد، كالاتفاق على ضمان دين لتنمية التجارة المحلية.

والسبب بمعنى الباعث قد قرره الفقهاء المسلمون، ذلك أن قيام إنسان بهبة آخر سببه إرادة الثواب والخير، أي أن الباعث الذي دفعه إلى ذلك هو رجاء الثواب وحسن الجزاء كما أن عقد الزواج سببه التناسل والمودة.

جاء في الموافقات[٧٧]: «أن كل فاعل عاقل مختار إنما يقصد بعمله غرضاً من الأغراض».

---

(٧٤) سورة البقرة آية ٢٧٥.

(٧٥) سورة المائدة آية ٣.

(٧٦) سورة المائدة آية ٩٠.

(٧٧) الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي ٢ /٣٢٧ المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

وجاء في إعلام الموقعين[٧٨]: «أن القصود في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته».

كما جاء في المستصفى[٧٩]: أن العقد له «سبب منصوب لحكم، إذا أفاد حكمه المقصود منه يقال: إنه صح وإن تخلف عنه مقصوده يقال: إنه بطل». وجاء في الفروق[٨٠]: «كل سبب لا يحصل مقصوده لا يشرع».

فمن هذه النصوص نرى أن علماء الشريعة يصرحون بأن لكل عقد غرضاً وسبباً مقصوداً، ومن الأمثلة التي تدل على مراعاة الفقهاء للسبب ما روي عن أحمد ابن حنبل أنه قال في هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك فإن سببها استدامة النكاح، فإن طلقها فلها الرجوع فيها[٨١]». ذلك أن الباعث لهبة المرأة إنما هو المحافظة على بقاء النكاح، وبالطلاق يزول ذلك، فيكون من حقها أخذ ما تنازلت عنه.

ولقد راعى الفقهاء في السبب كونه مباح الغرض، ولذلك جاء في المذهبين الحنبلي والظاهري وفي أحد قولي المذهب المالكي تحريم بعض العقود لعدم إباحة غرضها[٨٢]. وذلك كقولهم ببطلان بيع كل شيء يقصد به غرض محرم كبيع العنب والتمر لمن يتخذه خمراً.

---

(٧٨) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ٣ /٩٦ دار الجيل بيروت.

(٧٩) المستصفى للغزالي ١ /٦١ المكتبة التجارية الكبرى بمصر،الطبعة الأولى ١٣٥٦هـ.

(٨٠) الفروق لأحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي ٣ /١٧١ مطبعة دار إحياء الكتب العربية،الطبعة الأولى ١٣٤٦هـ.

(٨١) القواعد في الفقه الإسلامي لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب ص٣٤٨ مكتبة الكليات الأزهرية،الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ.

(٨٢) المغني والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي ٤ /٤٠ والمحلى لابن حزم ٩ /١٥٤٢ ومواهب الجليل للحطاب ٤ /٢٦٧.

ولقد جاء في النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية «**والخلاصة التي نراها هي أن النظرية السببية الإسلامية نظرية معنوية مبنية على تحري الإرادة والغرض والقصد**». ولقد ذكر كذلك أن التعريف الذي يمكن أن يستخلص من نصوص الفقهاء هو أن السبب عندهم يراد به الغرض المباشر المقصود في العقد [٨٣].

ومن هذا نعلم أن الفقهاء المسلمين يرون أن السبب لابد أن يكون موجوداً ومباحاً وصحيحاً حتى يصح العقد معه.

(٨٣) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة صبحي محمصاني ٣٤٦/٢.

المطلب الرابع

الركن الرابع «الأهلية» :

الأهلية: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه، وصلاحيته لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها، وتنقسم الأهلية إلى قسمين:

١ ــ **أهلية وجوب** : ويعرفها القانون بأنها صلاحية الشخص لتكون له حقوق وعليه واجبات.

٢ ــ **أهلية أداء** : وهي صلاحية الشخص لصدور الأفعال عنه على وجه يعتد به شرعاً(٨٤).

وصلاحية الكفيل لإبرام الكفالة شرط بدهي لم تنص عليه المادة ٧٧٤ مع أنها قد اشترطت بعض الشروط في الكفيل لأن توافر الأهلية شرط لصحة كل تصرف قانوني. والكفالة تعتبر بحسب الأصل من أعمال التبرع والمتبرع هو الكفيل، وإذا توافرت في الكفيل أهلية الالتزام بالكفالة عند إبرامها فإن كفالته تظل قائمة وصحيحة ولو فقد أهليته بعد ذلك.

فإذا كان الكفيل متبرعاً فتعتبر الكفالة من الأعمال الضارة ضرراً محضاً فلا تنعقد إلا إذا كان رشيداً غير محجور عليه، فتعتبر كفالة الصبي المميز أو من في حكمه باطلة بطلاناً مطلقاً. وأما إذا كفل في مقابل عوض فتعتبر الكفالة من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال إذا كان صبيًّا مميزاً أو محجوراً عليه للسفه أو الغفلة. أما الدائن فإذا لم يلتزم بشيء في مقابل التزام الكفيل، كانت الكفالة بالنسبة إليه من الأعمال النافعة نفعاً محضاً، فيكفي

(٨٤) الوسيط في نظرية العقد د /عبد المجيد الحكيم ص ٢٠٥ شركة الطبع والنشر الأهلية ــ بغداد.

لصحتها أن يكون صبياً مميزاً. وإذا التزم بشيء في مقابل التزام الكفيل كانت الكفالة بالنسبة إليه من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال إذا كان صبيًّا مميزاً أو من في حكم الصبي المميز(٨٥).

ومن هذا نرى أن القانون يتفق مع الشريعة في أنه لابد أن يكون من يباشر عقد الكفالة متمتعاً بأهلية الأداء، وهي أهلية التصرف والمعاملة، بأن يكون بالغاً عاقلاً ورشيداً غير محجور عليه لسفه أو غفلة أو عته. لكنه يختلف مع الشريعة في تحديد سن البلوغ، فالقانون المدني المصري يرى أن سن الرشد الذي يجوز معه مباشرة التصرفات والعقود هو إحدى وعشرون سنة. وأن الشخص قبل بلوغه هذه المرحلة من العمر لا يعتد بتصرفاته ولو كان رشيداً عاقلاً إلا بإذن من المحكمة الابتدائية، كما جاء ذلك في المادة ٤٤ من القانون المدني المصري حيث نصت على:

١ ــ كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة . وقد كانت سن الرشد ثماني عشرة سنة ثم عدلت إلى إحدى وعشرين سنة، وهي عند بعض القوانين ثماني عشرة سنة. والفقهاء المسلمون قد اختلفوا في تحديده كما أسلفنا،لكنهم يتفقون في أن من بلغ سنه ثماني عشرة سنة وهو عاقل رشيد فإنه تصح منه جميع التصرفات ومن بينها عقد الكفالة.

---

(٨٥) عقد الكفالة د /منصور مصطفى منصور ص٢٦.

الفصـــل الثانـــي

شروط الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

ويندرج تحته ثلاثة مباحث :

المبحـــث الأول : شروط الكفالة في الفقه الإسلامي
المبحث الثاني : شروط الكفالة في القانون الوضعي
المبحث الثـــالث : المقـارنـــة بين الفقـــه الإسلامي والقانون الوضعي في تلك الشروط

المبحـــث الأول

شروط الكفـالة في الفقه الإسلامي
ويندرج تحت ستة مطالب:

المطلـب الأول : شروط الضامن «الكفيل».
المطلب الثاني : شروط المضمون عنه.
المطلب الثالث : شروط المضمون له.
المطلب الرابع : شروط المضمون به.
المطلب الخامس : شروط الصيغة.
المطلب السادس : المقارنة بين المذاهب الفقهية الإسلامية في تلك الشروط

المطلب الأول
الشروط المطلوبة في الضامن

لقد تعرض الفقهاء المسلمون لشروط الضامن، وسنذكرها حسب ترتيب المذاهب الفقهية فنقول:

١ ــ الحنفية:

يقسم الحنفية شروط الضامن: «الكفيل» إلى قسمين هما:

١ ــ **شروط الانعقاد:** وهي التي لا يصح العقد بدونها وهي:

(أ) **البلوغ:** وقد سبق الكلام في صفات البلوغ[٨٦].

(ب) **العقل:** لابد لانعقاد عقد الكفالة أن يكون من يباشره عاقلاً. فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون لأن الكفالة عقد تبرع والصبي والمجنون ليسا من أهل التبرع.

ويجوز ضمان اليتيم المال بأمر الوصي فيما لو استدان ديناً في نفقته. أما كفالة النفس فلا تجوز لأن ضمان الدين لازم من غير شرط فلم يكن متبرعاً، وأما ضمان النفس وهو تسليم الأب أو الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعاً فيه فلم يجز.

جاء في البدائع[٨٧]: «أما الذي يرجع إلى الكفيل فأنواع منها العقل ومنها البلوغ، وأنهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف، فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون لأنها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع».

---

(٨٦) سبق ص ٢٨٦، ٢٨٧.

(٨٧) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤١١.

٢ ــ **شروط النفاذ:** وذلك هو الحرية فلا تجوز كفالة العبد محجوراً كان أو مأذوناً له في التجارة، لأنها تبرع ولا يملك ذلك العبد إلا باذن سيده.

ولكن الكفالة منعقدة، ويؤاخذ الكفيل بذلك، ويطالب به بعد العتق، لأن عدم النفاذ لم يكن لانعدام الأهلية وإنما لأمر آخر وهو حق السيد وقد زال. ويختلف ذلك عن الصبي لأن كفالة الصبي غير منعقدة أصلاً منه لعدم الأهلية فلا يحتمل النفاذ بعد البلوغ.

ولا تجوز كفالة المكاتب، لأن المكاتب رقيق مابقي عليه درهم، ولكنه ينعقد ويطالب به بعد العتاق. لكن لو كفل المكاتب أو المأذون عن المولي جاز لأنهما يملكان التبرع عليه. جاء في بدائع الصنائع[٨٨]. «ومنها الحرية، وهي شرط نفاذ هذا التصرف».

وجاء في البحر الرائق[٨٩] :«والحرية شرط نفاذها فلم ينفذ كفالة العبد ولو مأذوناً له في التجارة ويؤاخذ بها بعد العتق بخلاف الصبي لا يؤاخذ بها بعد البلوغ لعدم انعقادها، ولم تجز كفالة المكاتب عن أجنبي ولو أذن مولاه،ويطالب بها بعد عتقه،وتصح كفالة المكاتب والمأذون عن مولاهما».

٢ ــ المالكيـة :

يشترط المالكية في الضامن شروطاً هي:

١ ــ أن يكون من أهل التبرع،وهو المكلف الحر الرشيد الذي لا حجر عليه، فلا يصح من سفيه ولا صبي ولا مجنون ولا مكره،

---

(٨٨) البدائع للكاساني ٧ /٣٤١١.

(٨٩) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي ٦ /٢٢٤.

ويصح ضمان الرقيق إن أذن له سيده وإلا لزمه الضمان بعد العتق.

ولا يصح ضمان المكاتب إلا بإذن سيده.

ويصح ضمان الزوجة بقدر الثلث من مالها،فإن زاد عن الثلث فلابد من إجازة زوجها[٩٠].

وجاء في بلغة السالك[٩١]: «ولزم الضمان أهل التبرع،وهو الحر الرشيد، فلا يلزم سفيهاً ولا صبيًّا ولا مجنوناً ولا مكرهاً، ودخل ضمان المريض والزوجة في الثلث وذي رق يلزمه الضمان إن أذن له سيده فيه ولو كان مكاتباً أو مأذوناً فلابد من إذن سيده وإن لم يأذن السيد صح ضمان الرقيق فقط ولا يلزمه فللسيد إسقاطه عنه فإن أسقطه عنه لم يتبع وأتبع الرقيق بالضمان فيلزمه دفع المال إن عتق إن لم يسقطه السيد عنه فإن أسقطه قبل العتق سقط».

٣ ــ الشافعيــة :

يشترط الشافعية للضامن لكي يصح منه الضمان شروطاً هي:

١ ــ **أهلية التبرع، وهو المكلف الرشيد**[٩٢]: والرشد هو صلاح الدين والمال.

٢ ــ **الاختيار**: وهو أن يكون الضامن غير مكره،ويصح ضمان السكران ولا يصح ضمان محجور عليه لصباً أو جنون أو سفه.

ويصح ضمان المحجور عليه لفلس ويكون في ذمته،ويصح ضمان الرقيق ولو

---

(٩٠) الخرشي علي مختصر خليل ٦ /٢٢.

(٩١) بلغة السالك للشيخ أحمد الصاوي ٢ /١٥٦.

(٩٢) إعانة الطالبين لأبي بكر السيد البكري ٣ /٧٧

مكاتباً بإذن سيده، وبدون إذنه يلزم به بعد عتقه، ولا يصح الضمان من المبرسم[٩٣].

جاء في شرح البهجة[٩٤] «صح ضمان الأهل للتبرع، فلا يصح من المكره ولو رقيقاً بإكراه سيده، ولا من غير المكلف إلا السكران، ولا من المحجور عليه بسفه ولو بإذن الولي، ولا من الرقيق ولو مكاتباً بغير إذن السيد، لأنه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبه النكاح».

٣ ــ معرفة الضامن لعين المضمون له وهو رب الدين، وذلك لتفاوت الناس في المطالبة تشديداً وتسهيلاً فلا يكفي مجرد نسبه.

جاء في نهاية المحتاج[٩٥]: «والأصح اشتراط معرفة الضامن لعين المضمون له».

٤ ــ الحنابلة :

يشترط الحنابلة للضمان شروطاً هي :

١ ــ أن يكون الضامن جائز التصرف في ماله، وهو البالغ العاقل الرشيد ولا يصح من المجنون والمبرسم ولا من صبي غير مميز بغير خلاف، لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منهم كالنذر.

ولا يصح من السفيه المحجور عليه، وقال القاضي: يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه، ولا يصح من الصبي المميز بغير إذن وليه

---

(٩٣) نهاية المحتاج للرملي ٤/٤٣٣، والمبرسم هو الذي يخلط في كلامه بسبب علة فيه. قال المعجم الوسيط ١/٤٨: «برسم أصابه البرسام، فهو مبرسم ــ والبرسام: ذات الجنب وهو التهاب في الغشاء المحيط بالرئة».

(٩٤) شرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣ /١٥٠

(٩٥) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٣٧.

لأنه التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح منه كالتبرع والنذر.

ويصح من المحجور عليه لفلس،ويتبع بعد فك الحجر عنه لأنه من أهل التصرف، والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبه الراهن ولا يصح ضمان العبد بغير إذن سيده سواء كان مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون له.

ويصح من المكاتب بإذن سيده[٩٦].

٢ ــ أن يكون الضمان برضا الضامن فلا يصح ضمان المكره.

جاء في مطالب أولي النهى[٩٧]:«وشرط لصحة ضمان رضا ضامن لأن الضمان تبرع بالتزام الحق فاعتبر له الرضى كالتبرع بالأعيان».

٥ ــ الظاهريــة :

ولا يشترط الظاهرية كون الضمان صادراً من حر بل يجوز من الحر والعبد جاء في المحلى[٩٨]: «وحكم العبد والحر والمرأة والرجل الكافر والمؤمن سواء».

---

(٩٦) المغني لابن قدامة ٤ /٥٩٨.

(٩٧) مطالب أولى النهى للسيوطي ٣/٣٠٠.

(٩٨) المحلى لابن حزم ٥ /١١٧.

المطلب الثاني
(شروط المضمون عنه) المكفول عنه

لقد أورد الفقهاء شروط المضمون عنه وهي:

أولاً ــ الحنفية :

المضمون عنه هو الأصيل في ضمان الدين، لأن الدين قد وجب عليه هو والكفيل تابع له. وشروط المضمون عنه :

١ ــ أن يكون قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه أو نائبه عند أبي حنيفة، فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد تصح[٩٩]. وسيأتي الكلام على ضمان الميت المفلس.

٢ ــ أن يكون المضمون عنه معلوماً بأن كفل ما على زيد مثلاً، ولا يجوز أن يكفل على أحد من الناس أو بعين أو بنفس أو بفعل لأن المضمون عنه مجهول والكفالة جوازها بالعرف وهي على هذا الوجه غير معروفة.

ويشترط أن يكون المكفول عنه معلوماً في حال تعليق الكفالة أو إضافتها، ولا يشترط كونه معلوماً في حال التنجيز، وقد مثل لذلك الحنفية بما لو قال: ماذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحداً فهو علي، فإن الكفالة لا تصح لجهالة المضمون عنه في الإضافة، أما في التنجيز كأن يقول الكفيل: كفلت لك بدينك قبل فلان أو فلان، فإنها تجوز، ويكون للكفيل حق تعيين المكفول عنه، جاء في شرح فتح القدير[١٠٠] «وجهالة المكفول عنه في التعليق والإضافة تمنع صحة الكفالة، وفي التنجيز لا تمنع، مثال ذلك: لو قال: ماذاب

(٩٩) البدائع للكاساني ٧ /٣٤١٢.

(١٠٠) شرح فتح القدير ٦ /٣٠ لابن الهمام الحنفي.

لك على أحد من الناس أو مابايعت أحداً فهو علي، لا تصح لجهالة المضمون عنه في الإضافة».

٣ ــ ولا يشترط حضور المكفول عنه، فتجوز الكفالة عن الغائب والمحبوس لأن الحاجة إلى الكفالة تغلب في مثل هذه الأحوال فكانت أولى[١٠١].

وقد ذكر الدكتور /عبدالكريم[١٠٢] زيدان: «أن الحنفية يشترطون أن يكون مكان المكفول معلوماً، فإذا كان غائباً لا يعرف مكانه لم تصح كفالته». مع أن الكاساني قد ذكر جواز الكفالة عن الغائب ولم يشترط كون مكانه معلوماً قال[١٠٣]: «وكذا لا يشترط حضرته، فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس لأن الحاجة إلى الكفالة في الغائب في مثل هذه الأحوال فكانت الكفالة فيهما أجوز ما يكون».

٤ ــ لا يشترط للمكفول عنه كونه بالغاً عاقلاً حرًّا، وتصح الكفالة عن الصبي والعبد، جاء في البحر الرائق وأطلق صحتها فشمل كل من عليه المال حرًّا كان أو عبداً مأذوناً أو محجوراً صبياً أو بالغاً رجلاً أو امرأة مسلماً كان أو ذميًّا وكل من له المال، لكن قال في البزازية: «الكفالة للصبي التاجر صحيحة لأنه تبرع عليه، والصبي العاقل غير التاجر روايتان» وذلك أن دين الصبي والمجنون في ذمتهما، والولي مطالب به في الحال وهما مطالبان به في الجملة بعد البلوغ والإفاقة وكذلك العبد فإن الدين واجب عليه ويطالب به في الجملة فأشبه الكفالة بالدين المؤجل.

---

(١٠١) البدائع للكاساني ٧ /٣٤١٣.

(١٠٢) الكفالة والحوالة د /عبد الكريم زيدان ص١٦٠

(١٠٣) البدائع للكاساني ٧ /٣٤١٣ والبحر الرائق لابن نجيم ٦ /٢٣٥.

ثانياً ــ المالكيــة :

يشترط المالكية للمضمون عنه شروطاً لكي يصح الضمان وهي:

١ ــ يشترط بعض المالكية أن يكون الضمان برضا المكفول عنه وبإذنه جاء في حاشية الدسوقي[١٠٤]. «قال المتيطي وابن فتوح:إن بعض العلماء ذهب إلى أنه يشترط في حمالة ما على المدين أن تكون بإذنه وإلا لم يلزمه أن يدفع للحميل مادفعه عنه، ولذا جرت عادة الموثقين بذكر رضا المدين أن يكتبوا تحمل فلان عن فلان برضاه أو بأمره كذا وكذا».

وذهب جمهورهم إلى أنه لا يشترط رضا المكفول عنه ولا إذنه. جاء في أسهل المدارك[١٠٥]. «ولا يشترط رضا المكفول عنه كما في الدردير، وجاز ضمان بغير إذن المضمون».

٢ ــ يشترط أن يكون أداء الدين عن المضمون عنه بغير رضاه أو إذنه أن يكون القصد منه الرفق بالمضمون عنه، ولا يجوز أن يقصد بذلك الإعنات به كقصد الإساءة إليه بسجنه لعداوة بينهما، فإن قصد الإساءة فإنه يرد الثمن من المضمون له إليه.

كما يمنع عندهم شراء دين من ربه عنتاً بالمدين، فإن حدث ذلك فإنه يرد فإن فات الثمن بيد البائع فإنه يدفع المثل عن المثلي وقيمة المتقوم، فإن تعذر الرد بموت رب الدين أو غيبته فإن الحاكم هو الذي يتولى القبض من المدين ليدفعه للمشتري، وذلك بشرط علم البائع أن المشتري قصد بذلك العنت بالمدين، ويعلم ذلك إما بالإقرار أو بقرائن الأحوال.

جاء في حاشية الدسوقي[١٠٦]: «من أدى عن رجل ديناً بغير أمره جاز فعله

(١٠٤) حاشية الدسوقي ٣ / ٣٣٤.
(١٠٥) أسهل المدارك لأبي بكر الكشناوي ٣/٢٠.
(١٠٦) حاشية الدسوقي ٣ /٣٣٤.

رفقاً بالمطلوب، وإن أراد الضرر بطلبه وإعناته لعداوة بينهما منع من ذلك، وكذا إن اشترى ديناً عليه لم يجز البيع ورد إن علم».

٣ ــ يشترط توجه المطالبة للمضمون عنه «الأصيل» ولا يجوز مطالبة الكفيل إلا بتعذر مطالبة الأصيل، وهذا هو الصحيح من مذهب المالكية.

جاء في أسهل المدارك[١٠٧]: «والصحيح أنه لا يطالب الكفيل إلا أن يتعذر الاستيفاء من الأصيل».

وفي أقرب المسالك[١٠٨]: «ولا يطالب إن تيسر الأخذ من مال المدين ولو غائباً إلا إن اشترط أخذ أيهما شاء أو تقديمه أو ضمن في الحالات الست وهي: الحياة والموت والحضور والغيبة واليسر والعسر، وهذا هو المعتمد».

ثالثاً ــ الشافعيــة :

يشترط الشافعية للمضمون عنه لكي يصح الضمان شروطاً هي :

١ ــ يشترط معرفة المضمون عنه عند بعض الشافعية، وذلك ليستطيع الضامن معرفة حاله من اليسر واستطاعة الوفاء وهل هو ممن يستحق إسداء المعروف إليه، ولا يشترط معرفة المضمون عنه عند بعضهم لأن الضمان معروف وهو يفعل مع أهله وغير أهله. ولأن أبا قتادة وعليًّا رضي الله عنهما ضمنا عن الميت وهما لم يعرفاه ولم يسألهما النبي ﷺ عن المضمون عنه هل يعرفانه أم لا؟ وهذا هو الصحيح من مذهب الشافعية. ولا يشترط رضا المضمون عنه عن الضمان.

جاء في نهاية المحتاج[١٠٩]: «ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعاً ولا

(١٠٧) أسهل المدارك لأبي بكر الكشناوي ٣ /٢٠.
(١٠٨) أقرب المسالك إلى مذهب مالك للدردير ص ١٤١ المكتبة التجارية الكبرى بمصر.
(١٠٩) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٣٨.

معرفته في الأصح، لأن ضمانه معروف، وهو يفعل مع أهله وغير أهله. والثاني يشترط ليعلم يساره أو مبادرته إلى وفاء دينه أو استحقاقه لصنع المعروف معه «والقول بعدم اشتراط رضا المضمون عنه أصح، لأنه يجوز أداء الدين من غير إذن المدين فالتزامه أولى. وقد ضمن أبو قتادة رضي الله عنه الميت بحضرة النبي ﷺ ولم يعتبر النبي عليه الصلاة والسلام رضا المضمون عنه لأنه لا يمكن رضا الميت.

جاء في تكملة المجموع[١١٠] «ويصح الضمان من غير رضا المضمون عنه لأن عليًّا وأبا قتادة رضي الله عنهما ضمنا عن الميت بحضرة النبي ﷺ، والميت لا يمكن رضاه، ولأنه لما جاز له أن يقضي الدين بغير إذن جاز أن يضمن عنه الدين بغير إذنه «هذا في ضمان المال، أما في كفالة النفس فيشترط رضا المكفول عنه أو وليه لأن الكفالة بغير إذن لا يلزمه الحضور معه فتبطل فائدتها وهذا هو الأصح عندهم.

وفي قول لهم إنها تصح من غير رضا المكفول عنه بناء على أنه يغرم فيلزمه المال لأنه عاجز عن إحضاره، جاء في نهاية المحتاج[١١١] «والأصح أنها لا تصح بغير رضا المكفول أو وليه، لأنه مع عدم إذنه لا يلزمه الحضور معه فتبطل فائدتها، والثاني تصح بناء على أنه يغرم فيلزمه المال لأنه عاجز عن إحضاره».

٢ ــ لا يشترط عند الشافعية حضور المكفول بل تجوز الكفالة ولو كان المكفول محبوساً أو غائباً ولو فوق مسافة القصر وإن جهل مكانه»[١١٢].

رابعاً ــ الحنابلة :

اختلفت آراء الحنابلة فيما يشترط في المضمون عنه وما لا يشترط، وإليك

(١١٠) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /١٣.

(١١١) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٥٢.

(١١٢) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٤٨.

بيان ذلك:

١ ــ لا يشترط رضا المضمون عنه مطلقاً. جاء في المغني[١١٣]: «ولا يعتبر رضا المضمون عنه،لا نعلم فيه خلافاً،لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه» وقد ضمن أبو قتادة من غير رضا المضمون عنه فأجازه النبي ﷺ،ولأنها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة،ولأنه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت الغائب.

هذا في ضمان المال،أما في كفالة النفس فإن للحنابلة في رضا المكفول عنه وجهين **أحدهما**: أنه لا يعتبر رضا المكفول عنه كالضمان.

والثاني: يعتبر لأن مقصودها إحضاره فإذا تكفل بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه،ولأنه يجعل لنفسه حقًّا عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو لزمه الدين،ويختلف عن الضمان بأن الضامن يقضي الحق ولا يحتاج إلى المضمون عنه بخلاف المكفول عنه في كفالة النفس.

وعلى كلا الوجهين متى كانت الكفالة بإذنه فأراد الكفيل إحضاره لزمه الحضور معه لأنه شغل ذمته من أجله بإذنه فكان عليه تخليصها،وإن كانت بغير إذنه فإن طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه، لأن حضوره حق للمكفول له وقد أناب الكفيل في طلبه،وإن لم يطلبه المكفول لم يلزمه أن يحضر معه لأنه لم يشغل ذمته وإنما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره»[١١٤].

٢ ــ يشترط معرفة المضمون عنه عند بعض الحنابلة،وذلك ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أو لا؟ وعند غيرهم أنه لا يشترط

---

(١١٣) المغني لابن قدامة ٤ /٥٩١.

(١١٤) المغني لابن قدامة ٤ /٦٢١.

معرفة المضمون عنه. جاء في مطالب أولي النهي[١١٥]: «ولا يعتبر لصحة الضمان أن يعرفهما، أي: المضمون له والمضمون عنه». وجاء في المغني[١١٦]: «وقال القاضي: يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أو لا».

٣ ــ أنه لا يشترط كون المكفول في كفالة النفس حاضراً، بل تصح ببدن المحبوس والغائب، لأن كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة، ولأن الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم أو أمر من حبسه، والغائب يمضي إليه ويحضره إن كانت الغيبة غير منقطعة وهو أن يعلم خبره، فإن لم يعلم خبره لزمه ما عليه، قاله القاضي وقال في موضع آخر: «لا يلزمه ما عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها فلا يفعل»[١١٧].

---

(١١٥) مطالب أولى النهى لمصطفى السيوطي ٣ /٣٠.

(١١٦) المغني لابن قدامة ٤ /٥٩١.

(١١٧) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٧٦ والمغني لابن قدامة ٤ /٦١٦.

المطلب الثالث
شروط المضمون له

بعد الكلام في شروط المضمون عنه نتطرق الآن لذكر شروط المضمون له فنقول:

أولاً ــ الحنفيــة ــ يشترط الحنفية للمضون له شروطاً هي:

١ ــ أن يكون المكفول له معلوماً للكفيل، فلو كفل لأحد من الناس فإن الكفالة غير صحيحة، لأن جهالة المكفول له لا يحصل معها ما شرعت له الكفالة وهو التوثيق، جاء في شرح فتح القدير(١١٨): «والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقاً».

٢ ــ أن يكون قبول المكفول له في مجلس العقد، وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد لأن فيه معنى التمليك، والتمليك لا يقوم إلا بالإيجاب والقبول فكان الإيجاب وحده شطراً لعقد فلا يتوقف على غائب عن المجلس كالبيع، ولأبي يوسف رأى وهو أنه لا يشترط قبول المكفول له في مجلس العقد وتنعقد الكفالة بالإيجاب وحده فقط، وذلك لأن معنى هذا العقد لغة وشرعاً وهو الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فكان إيجابه كل العقد. جاء في البحر الرائق(١١٩): «الثاني وجوده في مجلس العقد، وهو شرط الانعقاد وتفرع على اشتراط قبوله أنه لابد من عقله لا حريته» وجاء في مجمع الأنهر(١٢٠): «وقال أبو يوسف تجوز مع غيبته إذا بلغه خبر الكفالة فأجاز كسائر تصرفات الفضولي».

(١١٨) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٣٠٠.

(١١٩) البحر الرائق لابن نجيم الحنفي ٦ /٢٢٤.

(١٢٠) مجمع الأنهر شرح ملتقي الأبحر ٢ /١٣٧ لمؤلفه عبد الرحمن شيخ زاده بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي.

٣ ــ أن يكون المكفول له عاقلاً فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأنهما ليسا من أهل القبول، ولا يجوز قبول وليهما عنهما لأن القبول يعتبر ممن وقع له الإيجاب ومن وقع له الإيجاب ليس من أهل القبول فلا يعتبر قبوله ولا يشترط حرية المكفول له لأن العبد من أهل القبول[١٢١].

ثانياً ــ المالكية ــ لم أر شرطاً للمضمون له عند المالكية لكي يصح الضمان، بل إنهم ذكروا عدم اشتراط المعلومية، وذلك على النحو التالي:

١ ــ لا يشترط المالكية كون المكفول له معلوماً، بل يجوز الضمان ولو كان المضمون له مجهولاً أي كأن يقول الضامن: أنا ضامن للدين الذي على زيد للناس، والحال أنه لا يعلم عين من له الدين[١٢٢].

ثالثاً ــ الشافعية:

يشترط الشافعية للمضمون له شروطاً هي:

١ ــ يشترط معرفة الضامن لعين المضمون له، وهو رب الدين، لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم فشرط فيه معرفته كالثمن في البيع، ولأن الناس يتفاوتون في المطالبة تشديداً وتسهيلاً فلا يكفي مجرد نسبه، وتقوم معرفة وكيله مقام معرفته لأن الغالب أن الشخص يوكل من يشبهه، جاء في نهاية المحتاج[١٢٣]: «والأصح اشتراط معرفة الضامن لعين المضمون له» وقال بعضهم بعدم اشتراط ذلك لأن أبا قتادة رضي الله عنه ضمن الدين عن الميت بحضرة النبي ﷺ ولم يسأله النبي عليه الصلاة والسلام عن المضمون له ولا عن معرفته له.

(١٢١) البدائع للكاساني ٧ /٣٤١٤.
(١٢٢) حاشية الدسوقي ٣ /٣٣٤.
(١٢٣) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٣٧.

٢ ــ يشترط بعض الشافعية الرضا من المكفول له ثم القبول لفظاً وبعضهم يشترط الرضا دون القبول لفظاً،ولكن الأصح عندهم أنه لا يشترط قبول المكفول له ولا رضاه. جاء في نهاية المحتاج[١٢٤]: «والأصح أنه لا يشترط قبوله ولا رضاه،لأن الضمان محض التزام لا معاوضة فيه،وقيل، يشترط الرضا ثم القبول لفظاً،وقيل: الرضا دون القبول لفظاً».

رابعاً ــ الحنابلة ــ أورد الحنابلة شروطاً للمضمون له هي :

١ ــ يشترط بعض الحنابلة معرفة الضامن للمضمون له ليؤدي إليه. والصحيح أنه لا يشترط معرفة الضامن للمضمون له لحديث علي وأبي قتادة رضي الله عنهما فإنهما ضمنا من لم يعرفاه عمن لم يعرفاه. ولأنه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر[١٢٥].

جاء في مطالب أولي النهي[١٢٦]: «ولا يعتبر لصحة الضمان أن يعرفهما، أي: المضمون له والمضمون عنه».

٢ ــ أنه لا يشترط لصحة الضمان رضا المضمون له، لأن أبا قتادة رضي الله عنه ضمن من غير رضا المضمون له وأجازه النبي ﷺ. جاء في المغني[١٢٧] «ولا يعتبر رضا المضمون له».

كذلك الكفالة لا يعتبر لصحتها رضا مكفول له، لأنها وثيقة لا قبض فيها فصحت من غير رضاه كالشهادة. جاء في مطالب أولي النهى[١٢٨]: «ولا يعتبر

---

(١٢٤) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٣٧.
(١٣٥) المغني لابن قدامة ٤ /٥٩١.
(١٢٦) مطالب أولى النهى لمصطفى السيوطي٣ /٣٠٠.
(١٢٧) المغني لابن قدامة ٤ /٥٩١.

لصحة الكفالة رضا مكفول ولا مكفول له، لأنها وثيقة لا قبض فيها فصحت من غير رضاهما كالشهادة.

(١٢٨) مطالب أولي النهى للسيوطي ٣ /٣١٤.

المطلب الرابع
شروط المضمون به «المكفول به»

بعد الكلام في شروط المضمون له، نتناول شروط المضمون به في المذاهب الفقهية:

أولاً ــ الحنفية ــ يشترط الحنفية للمضمون به لكي يصح الضمان فيه شروطاً:

١ ــ أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً ليس بدين ولا عين ولا نفس، ويشترط في الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها. جاء في البحر الرائق[١٢٩]: «أن يكون مضموناً على الأصيل ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً، ولكن يشترط في العين أن تكون مضمونة لنفسها». ولا تصح الكفالة بالأعيان والمضمونة بغيرها كالمبيع والمرهون، ولا تجوز بالأمانات كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة، فهذه كلها ليست مضمونة على الأصيل فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل، فلا تصح الكفالة بها[١٣٠].

٢ ــ أن يكون المكفول به ديناً صحيحاً، وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء بخلاف دين الكتابة فإنه دين ضعيف لأنه يثبت مع المنافي وهو الرق لهذا يستبد المكاتب بإسقاط بدل الكتابة بتعجيز نفسه[١٣١].

---

(١٢٩) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦ /٢٢٤.

(١٣٠) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبر لعبدالله بن الشيخ محمد بن سليمان داماد أفندي ١٣٥/٢.

(١٣١) شرح فتح القدير لابن الهمام الحنفي ٢٩٨/٦.

ولا تجوز الكفالة ببدل السعاية. جاء في مجمع الأنهر[١٣٢]: «ولا تجوز الكفالة بدين غير صحيح كبدل الكتابة، لأنه في معرض الزوال فلا يكون ديناً صحيحاً، وكذا بدل السعاية». وتجوز كفالة النفقة الزوجية المقررة مع أنها دين غير صحيح لسقوطها بموت أو طلاق، وهذا إذا كانت غير مستدانة بأمر القاضي وإلا فهي دين صحيح لا يسقط إلا بالقضاء أو الإبراء. وتصح الكفالة بالنفقة المستقبلة مع أنها لم تصر ديناً أصلاً، وأما الماضية فلا تصح الكفالة بها قبل الحكم إلا إذا كانت مقررة[١٣٣] بالتراضي».

٣ ــ أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مقيداً فلا تجوز الكفالة فيما لا يمكن استيفاؤه من الكفيل كالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد الكفالة فائدتها. وتجوز الكفالة بنفس من عليه قصاص في النفس وما دونها وبحد القذف إذا بذلها المطلوب فأعطاه بها كفيلاً بلا خلاف بين أصحاب أبي حنيفة وهو الصحيح، لأنه كفالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل، فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين. جاء في مجمع الأنهر[١٣٤]»: «ولا تجوز الكفالة بما تعذر استيفاؤه من الكفيل كالحدود والقصاص مطلقاً بالإجماع لعدم إمكان إيجابهما على من تكفل، لعدم جريان النيابة في العقوبة بخلاف الكفالة بنفس من عليه الحد والقصاص».

٤ ــ ويشترط أن يكون الدين المكفول به لازماً، فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة، لأنه ليس بدينٍ لازمٍ ويملك المكاتب إسقاط

(١٣٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢ /١٣٦ وبدل السعاية: هو المال المطلوب أداؤه على العبد المعتق بعضه عن نفسه ليعتق باقيه، يقال: استسعى العبد كلفه من العمل مايؤدي به عن نفسه إذا عتق بعضه ليعتق به مابقي /القاموس المحيط للفيروز آبادي ٤ /٣٤٢.

(١٣٣) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٥ /٣٠٢.

(١٣٤) مجمع الأنهر ٢ /١٣٥ لمؤلفه عبد الرحمن داماد أفندي.

الدين عن نفسه بالتعجيز، جاء في البحر الرائق[١٣٥]: «أن يكون الدين لازماً، وهو خاص بالكفالة فلا تجوز الكفالة ببدل الكتابة».

٥ ــ لا يشترط في الكفالة بالمال كون المكفول به معلوماً، بل تجوز مطلقاً سواء كان معلوماً أو مجهولاً مثل أن يقول: تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدركك هذا البيع، لأن مبنى الكفالة على التوسع لأنها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به إن كانت متعارفة[١٣٦].

وتصح الكفالة بالدرك مع أن ما يستحق من المبيع مجهول، يدل لذلك قوله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾ [١٣٧]. والحمل يحتمل الزيادة والنقصان، وإذا ضمن بمجهول كان عليه بيان مقداره.

قال في البحر الرائق[١٣٨]: «ولا يشترط أن يكون معلوم القدر».

ثانياً ــ المالكية ــ يشترط المالكية للمضون به شروطاً لكي يصح الضمان وهي:

١ ــ يشترط أن يكون الضمان بدين، وعلى ذلك فلا يجوز الضمان في معين من الأعيان، كما إذا ضمن معيناً على أنه إذا استحق لزمه عينه وكذلك لا يصح ضمان الودائع والعارية ومال القراض والشركة على أنها إذا تلفت أتي بعينها لاستحالته، فإن ضمن الضامن ما يترتب على ذلك الأخذ بسبب تعد أو تفريط من القيمة صح الضمان ولزم.

جاء في الخرشي على مختصر خليل[١٣٩]: «صح الضمان في دين لا في معين

(١٣٥) البحر الرائق لابن نجيم ٦ /٢٢٤.
(١٣٦) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٢٩٨.
(١٣٧) سورة يوسف آية/٧٢.
(١٣٨) البحر الرائق لابن نجيم ٦ /٢٢٤.
(١٣٩) الخرشي على مختصر خليل ٦ /٢٤.

كمن باع سلعة معينة على أنها إن هلكت قبل القبض كان عليه عينها، وهذا إذا ضمن أعيانها، فإن ضمن ما يترتب عليها بسبب التعدي عليها والتفريط فإنه يصح».

٢ ــ أن يكون الدين المضمون حقًّا ثابتاً مستقرًّا أو مآله إلى ذلك.

فلا يصح ضمان عبد في سلعة اشتراها بغير إذن سيده لعدم اللزوم، والآيل إلى اللزوم هو الذي سيؤول إلى الوجوب في المستقبل كالجعل في الجعالة، فإنه وإن لم يكن واجباً الا أن مآله إلى الوجوب في المستقبل ولا يصح ضمان دين الكتابة لأنها غير لازمة ولا آيلة إلى اللزوم، لأن المكاتب لو عجز عاد رقيقاً. والضامن ينزل منزلة المضمون عنه ومالا يلزم الأصل لم يلزم الفرع بالأولى إلا أن يعجل السيد عتقه أو يشترط عتقه إذا عجز فيصح ضمانها[١٤٠].

جاء في مواهب الجليل[١٤١] «من شروط المضمون أن يكون حقاً ثابتاً مستقرًّا أو مآله إلى ذلك، فلا تصح الحمالة بالكتابة إذ ليست بدين ثابت مستقر ولا يؤول إلى ذلك لأن العبد إن عجز رق وانفسخت الكتابة».

٣ ــ أن يمكن استيفاء المضمون به من ضامنه. وعلى ذلك فلا يجوز الضمان في الحدود والتعازير والقتل والجراح. ويرى بعض المالكية أنه يمكن الاستغناء عن هذا الشرط، وأن قوله «بدين» يغني عنه لأن الأعيان لا تقبل الذمم وكذا الحدود ونحوها لأنها متعلقة بالأبدان لا بالذمم ويرون أن الأولى حذفه، لأن فائدة الحمالة أن يحمل الضامن محل المضمون في تعذر أخذ الحق منه، وهذا المعنى يتعذر في الحدود.

جاء في أسهل المدارك[١٤٢]: «لا تصح الحمالة فيما لا يمكن استيفاؤه من الحميل كالقصاص وجميع ما لا يقبل النيابة من الحدود».

(١٤٠) حاشية الدسوقي ٣ /٣٣٣.

(١٤١) مواهب الجليل للحطاب ٥ /٩٩.

(١٤٢) أسهل المدارك لأبي بكر الكشناوي ٣ /١٩.

وجاء في مواهب الجليل[١٤٣]: «ولا تجوز في دم أو زنا أو سرقة أو شرب خمر ولا في شيء من الحدود».

٤ ــ لا يشترط عند المالكية كون المكفول به معلوماً، بل تصح ولو كان مجهولاً جاء في حاشية الدسوقي[١٤٤]: «وإن جهل الحق المضمون حال الضمان فإن الضمان صحيح».

ثالثاً ــ الشافعية ــ يشترط الشافعية في المضمون به شروطاً هي :

١ ــ يشترط في الضمان أن يكون المضمون ثابتاً حال الضمان، لأنه وثيقة فلا تتقدم ثبوت الحق كالشهادة، فيكفي في ثبوته اعتراف الضامن به، ولا يصح الضمان قبل ثبوته ولو جرى سبب وجوبه كنفقة الغد للزوجة.

ويصح ضمان كل دين ثابت كالثمن والأجرة وعوض القرض ودين السلم وأرش الجناية وغرامة المتلف لأنه وثيقة يستوفى منها الحق.

ويصح ضمان مال السبق والرمي بعد العمل، لأنه دين ثابت مستقر فهو كالمهر بعد الدخول، ويصح عندهم في القديم من قولي الشافعي ضمان ما سيجب وإن لم يجر سبب وجوبه كثمن ما سيبيعه إذ الحاجة قد تمس له والمذهب عندهم صحة ضمان الدرك وإن لم يكن ثابتاً لمسيس الحاجة إليه[١٤٥].

٢ ــ أن يكون المضمون لازماً[١٤٦] ولو غير مستقر كمهر قبل دخول أو موت، وثمن مبيع قبل قبض، ودين سلم.

---

(١٤٣) مواهب الجليل للحطاب ٥ /٩٨.

(١٤٤) حاشية الدسوقي ٣ /٣٣٤.

(١٤٥) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٣٨.

(١٤٦) قد يقال لاحاجة للجمع بين الثابت واللازم لأن اللازم لايكون إلا ثابتاً فيجاب عن ذلك بأنه قد يكون الشيء لازما غير ثابت، كثمن المبيع يقال له لازم باعتبار أن وضعه كذلك ولو قبل قبض المبيع مع أنه ليس بثابت، فأحدهما لايغني عن الآخر، هذا عند الشافعية.

والمراد باللازم مالا يتسلط على فسخه من غير سبب ولو باعتبار وضعه،ومن ثم يصح ضمان الثمن للبائع في مدة الخيار للمشتري وحده في الأصح لأنه آيل إلى اللزوم فاحتيج فيه للتوثق. وضمان الجعل كالرهن به فيصح بعد الفراغ للزومه لا قبله لجوازه مع كونه غير آيل للزوم بنفسه بل بالعمل،وبه يختلف عن الثمن في زمن الخيار[١٤٧].

جاء في الإقناع[١٤٨] «ويشترط في الديون أن تكون لازمة».

٣ ــ أن يكون المضمون معلوماً للضامن فقط جنساً وقدراً وصفة وعيناً، وذلك في الجديد من مذهب الشافعي،لأنه إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد فلم يصح مع الجهل كالثمن، وفي القديم من مذهبه لا يشترط ذلك لتيسر معرفته. جاء في إعانة الطالبين[١٤٩]: «ويشترط في الدين أن يكون معلوم القدر والجنس والصفة،وخرج بذلك الديون المجهولة فلا يصح ضمانها». فإن كفل بدن من عليه مال لم يشترط العلم بقدره،لأنه لا يغرمه عندهم. ويشترط في الكفالة بالنفس كون المال المكفول بسببه مما يصح ضمانه،فلا يصح ببدن مكاتب بالنجوم ولا ببدن من عليه زكاة، وتصح الكفالة ببدن من عليه عقوبة آدمي كقصاص وحد قذف وتعزير، لأنه لحق لازم فأشبه المال،وفي قول: لا تصح لأنها مبنية على الدرء فتقطع الذرائع المؤدية إلى توسيعها ومنعها في حدود الله تعالى وتعازيره، وفي قول آخر: تصح مطلقاً بحق الله وحقوق الآدميين،وتصح الكفالة ببدن صبي ومجنون لأنه قد يستحق إحضارهما ليشهد من لم يعرف اسمهما ونسبهما عليهما بنحو إتلاف. ولابد من إذن وليهما فيطالب بإحضارهما

(١٤٧) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٤١.
(١٤٨) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني الخطيب ١/٢٨٨.
(١٤٩) إعانة الطالبين لأبي بكر السيد البكري ٣ /٧٧.

عند الحاجة ما بقي حجره عليهما. أما السفيه فظاهر كلامهم اعتبار إذنه ومطالبته دون وليه لصحة إذنه فيما يتعلق بالبدن. وتصح ببدن محبوس وغائب وميت ليحضره فيشهد على صورته لعدم العلم باسمه ونسبه،إذ قد يحتاج إلى ذلك،على أن يكون إحضار الميت قبل دفنه لا بعده[١٥٠].

رابعاً ــ الحنابلة ــ ذكر الحنابلة للمضمون به شروطاً،وإليك بيان ما يرى الحنابلة اشتراطه في المضمون به وما لا يشترط فيه:

١ ــ لا يشترط أن يكون المضمون معلوماً،وإنما تصح ولو مع الجهالة كقوله: ما أعطيته فهو عليّ،أو أنا ضامن لك ما على فلان[١٥١]. يدل لذلك قوله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾[١٥٢].

وجه الدلالة: أن حمل البعير غير معلوم لأنه يختلف باختلاف المحمول عليه فيحتمل الزيادة والنقصان.

وعموم قوله عليه السلام «الزعيم غارم»[١٥٣] وهو عام يشمل المضمون به سواء كان معلوماً أو مجهولاً.

٢ ــ لا يشترط كون الحق واجباً إذا كان مآله إلى الوجوب. فيصح ضمان ما لم يجب إذا آل إلى الوجوب لقوله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾[١٥٤]. وجه الدلالة: حيث دلت الآية على ضمان حمل البعير مع أنه لم يكن وجب فدلت الآية على صحة ضمان ما لم يجب.

ومثال ذلك: إذا قال: ضمنت لك ما تداين به زيداً.

(١٥٠) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٤٦ ــ ٤٤٨.
(١٥١) المغني لابن قدامة ٤ /٥٩٢.
(١٥٢) سورة يوسف آية/٧٢.
(١٥٣) سبق تخريجه. ص ١٦٧.
(١٥٤) سورة يوسف آية/٧٢.

ولا تصح الكفالة ببعض الدين مبهماً كجزء منه أو حظ أو شيء لأنه مجهول لا يؤول إلى العلم.

٣ ــ ولا يشترط أن يكون المضمون لازماً،وإنما يكفي أن يكون آيلاً إلى اللزوم،وعلى هذا يصح ضمان الجعل في الجعالة والمسابقة والمناضلة ولو قبل العمل لأنه يؤول إلى اللزوم،ويصح ضمان نفقة الزوجة مستقبلة كانت أو ماضية.

وتصح الكفالة ببدن من عليه دين لازم أو يؤول إلى اللزوم. ويصح ضمان بدن من عليه الدين سواء كان الدين معلوماً أو مجهولاً إذا كان يؤول إلى العلم وكذلك لو كان من عليه الدين محبوساً لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم لرب الحق. ويشترط في كفالة الأعيان أن تكون مضمونة كالغصوب والعواري لأنه يصح ضمانها،ولا تصح الكفالة بالأمانات كالوديعة والشركة والمضاربة لا إن كفله بشرط التعدي فيها،ولا تصح الكفالة بزوجة لزوجها ولا بشاهد ليشهد له لأن الذي عليها أداؤه ليس بمالي ولا يمكن استيفاؤه من الكفيل.

ولا تصح الكفالة ببدل الكتابة لأنه غير لازم ولا يؤول إلى اللزوم،فالمكاتب يملك تعجيز نفسه[١٥٥].

٤ ــ أن يكون المضمون به يمكن استيفاؤه من الضامن،فلا تصح الكفالة ببدن من عليه حد أو قصاص لإقامة الحد؛ لأنه لا يجوز استيفاؤه من الكفيل كحد زنا وسرقة وقذف وشرب.

جاء في مطالب أولي النهي[١٥٦] «ولا تصح ببدن من عليه حد لله كحد الزنا أو لآدمي كحد قذف لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً (لا

---

(١٥٥) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٧٥.

(١٥٦) مطالب أولي النهي لمصطفى السيوطى ٣ /٣١٦.

كفالة في حدٍّ)[١٥٧] ولأن مبناه على الإسقاط والدرء بالشبهة فلا يدخله الاستيثاق ولا يمكن استيفاؤه من غير الجاني فلا تصح كفالته».

٥ ــ أن يكون المكفول به معيناً، فلا تصح بغير معين ككفلت أحد هذين المدينين، لأن المكفول غير معلوم في الحال ولا المآل فلا يمكن تسليمه.

جاء في مطالب أولي النهي[١٥٨]: «أما عدم صحتها بشخص مجهول فلأنه غير معلوم في الحال ولا في المآل فلا يمكن تسليمه، بخلاف ضمان دين مجهول يؤول إلى العلم».

وهذا في كفالة النفس.

---

(١٥٧) أخرجه البيهقي في باب ماجاء في الكفالة ببدن من عليه حق ٦ /٧٧.

(١٥٨) مطالب أولي النهي لمصطفى السيوطي ٣ /٣١٦.

المطلب الخامس

شروط الصيغة :

تكلمنا فيما مضى على شروط المضمون، ونتكلم في هذا المطلب عن شروط الصيغة في المذاهب الفقهية.

١ ــ الحنفية :

يرى أبو حنيفة ومحمد وهو قول لأبي يوسف أنه لابد لصحة الكفالة من قبول المكفول له في مجلس العقد. جاء في البحر الرائق[١٥٩]: «وجوده في مجلس العقد، لأن فيه معنى التمليك، وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعاً والموجود شطره وهو الإيجاب، ولابد من وجود الشطر الثاني».

ويرى أبو يوسف أنه لا يشترط قبول المكفول له، وإنما تتم بإيجاب الكفيل وحده وذلك في رأيه الأخير، جاء في مجمع الأنهر[١٦٠]: «وقال أبو يوسف: تجوز مع غيبته إذا بلغه الخبر فأجاز كسائر تصرفات الفضولي، وفي بعض نسخ المبسوط لم يشترط الإجازة، وهو الأظهر عنه، لأنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم».

٢ ــ المالكية :

يرى المالكية أنه لا يشترط قبول المكفول له لا في المجلس ولا بعده، وإنما يصح الضمان بالتزام الكفيل وإيجابه وحده، إذا تم بصيغة لفظية أو غيرها كإشارة مفهمة أو كتابة، جاء في بلغة السالك[١٦١]: «الضمان التزام مكلف بما

(١٥٩) البحر الرائق لابن نجيم ٦ /٢٢٤.

(١٦٠) مجمع الأنهر للشيخ عبد الرحمن بن محمد المعروف بشيخ زاده ١٣٧/٢.

(١٦١) بلغة السالك للصاوي ٢ /١٥٥.

يدل عليه أي على الالتزام من صيغة لفظية كأنا ضامن أو ضمانه علي أو غيرها كإشارة مفهمة أو كتابة».

٣ ــ الشافعيـة :

يشترط الشافعية للصيغة أن تكون لفظاً يشعر بالتزام، ويقوم مقامه الكتابة مع النية وإشارة أخرس، جاء في إعانة الطالبين[١٦٢]: «إن شرط الصيغة لفظ يشعر بالتزام، ويقوم مقامه الكتابة مع النية وإشارة أخرس».

وقد اختلف الشافعية في القبول،هل يشترط أم لا؟.

فاشترط بعضهم قبول المكفول له. ولكن الأصح عندهم أنه لا يشترط قبوله وإنما يتم الضمان بإيجاب الضامن وحده. جاء في نهاية المحتاج[١٦٣] «والأصح أنه لا يشترط قبوله».

٤ ــ الحنابلـة :

يرى الحنابلة أنه لا يشترط قبول المكفول له، ويتم الضمان بإيجاب الضامن وحده، لأن الضمان تبرع فلا يتوقف على القبول. جاء في مطالب أولي النهي[١٦٤]: «أن الضمان التزام من يصح تبرعه». وجاء في المغني[١٦٥] «ولا يعتبر رضا المضمون له» والقبول دليل الرضا، وعدم اشتراط الرضا معناه عدم اشتراط القبول، وإن الضمان يصح ويتم بإيجاب الضامن وحده.

وجاء في مطالب أولي النهي[١٦٦]: «وصح الضمان بلفظ ضمين وكفيل

---

(١٦٢) إعانة الطالبين لأبي بكر البكري ٣ /٧٩.
(١٦٣) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٣٧.
(١٦٤) مطالب أولي النهى لمصطفى السيوطي ٣ /٢٩٢.
(١٦٥) المغني لابن قدامة ٤ /٥٩١.
(١٦٦) مطالب أولي النهى لمصطفى السيوطي ٣ /٢٩٤.

ويصح الضمان بإشارة مفهومة من أخرس كسائر التصرفات؛ لأنها كاللفظ في الدلالة على المراد لا غير مفهومة أو كتابة منفردة عن إشارة يفهم منها قصده الضمان».

المطلب السادس

المقارنة بين المذاهب الفقهية في تلك الشروط

أولاً ــ شروط الضامن ــ وفيه نتعرض لشروط الضامن في المذاهب الفقهية مقارنة:

بدراسة شروط الضامن التي أوردها الفقهاء نرى أن منها شيئاً متفقاً عليه بينهم ومنها ما هو مختلف فيه، ويتضح ذلك من المقارنة التالية:

١ ــ يتفق الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على اشتراط أهلية التبرع للضامن وهو البالغ العاقل الرشيد.
ويتفقون كذلك على عدم صحة ضمان الصبي والمجنون.
ويجيز الحنابلة ضمان الصبي المميز بإذن وليه.
ويجيز الحنفية ضمان المجنون واليتيم المال بأمر الولي فيما إذا استدان ديناً في نفقتهما.
ويتفقون كذلك على عدم صحة ضمان العبد والمكاتب إلا بإذن سيدهما فإن أذن سيدهما صح وإن لم يأذن سيدهما فإنهما يتبعان بعد العتق.

٢ ــ يتفق الفقهاء على اشتراط أن يكون الكفيل مختاراً غير مكره ولا يصح ضمان المكره. ومن الفقهاء من صرح بذلك ومنهم من لم يصرح استناداً على أن الصيغة لابد أن تكون صادرة من ذي أهلية عن رضا لا إكراه فيه.

٣ ــ يرى الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أنه لا يصح ضمان

المحجور عليه للسفه،إلا أنه بعد بلوغه خمساً وعشرين سنة يرى أبو حنيفة صحة تصرفاته.

٤ ـــ يرى الحنفية والشافعية في الصحيح عندهم أنه يشترط معرفة الضامن لعين المضمون له. جاء في شرح فتح القدير[١٦٧]: «والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقاً».

ويرى المالكية والحنابلة عدم اشتراط معرفة الضامن لعين المضمون له جاء في أسهل المدارك[١٦٨]: «ويجوز الضمان وإن جهل قدر المضمون حالاً ومآلاً أو جهل من له الدين».

وجاء في مطالب أولي النهى[١٦٩]: «ولا يعتبر لصحة الضمان أن يعرفهما أي المضمون له والمضمون عنه ضامن لأنه لا يعتبر رضاهما فكذا معرفتهما».

الراجح :

أرى أن الراجح هو القول بعدم اشتراط معرفة الضامن لعين المضمون له،لأن عليًّا وأبا قتادة رضي الله عنهما ضمنا من لم يعرفاه، ولم يسألهما النبي ﷺ عنه، علاوة على أن المقصود بالضمان هو التزام الضامن وتبرعه، وقد حصل ذلك برضاه ورغبته،غير أنه لو قيل بوجوب معرفة الضامن لعين المضمون له لأن الناس يختلفون في المطالبة تشديداً وتسهيلاً لكان مناسباً، ولكن لا يكون شرطاً يتوقف عليه انعقاد الضمان.

---

(١٦٧) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٣٠٠.

(١٦٨) أسهل المدارك لأبي بكر الكشناوي ٣ /٢٠.

(١٦٩) مطالب أولي النهى لمصطفى السيوطي٣ / ٣٠٠.

٥ ــ مما يدخل ضمن شروط الضامن ضمان المريض وضمان المرأة وضمان المحجور عليه لفلس،وسنفرد كلاً منهما في فرع مستقل.

الفرع الأول ــ ضمان المريض :

ومما يطلب بحثه ضمن شروط الضامن ضمان المريض :

للمرض ثلاث حالات :

١ ــ أن يكون المرض غير خطير لا يخاف منه الموت كصداع ونحوه،فإن المريض يصح ضمانه كالإنسان الصحيح. وهذا باتفاق الفقهاء.

٢ ــ أن يكون المرض مخوفاً لكن لم يتصل به الموت،فإن الضمان في تلك الحالة صحيح عند الحنابلة ولم يصرح الفقهاء غيرهم بهذا النوع،ولعلهم يقولون بقول الحنابلة فيه،لأن الموت لم يتصل به.

جاء في كشاف القناع[١٧٠]: «وإن ضمن وهو مريض مرضاً غير مخوف أو مخوفاً ولم يتصل به الموت فهو كالصحيح».

وجاء في البحر الرائق[١٧١]: «ولا يشترط أن يكون الكفيل صحيحاً فتصح كفالة المريض».

٣ ــ أن يكون المرض مخوفاً ويموت فيه،وفي تلك الحال فإن الفقهاء يتفقون على صحة ضمانه فيما لا يتجاوز الثلث. ويشترط ألا يكون لوارث أو عن وارث،فإن كان كذلك فإنه لابد من إجازة الورثة ولو فيما دون الثلث. فإن زاد الضمان عن الثلث فقد اختلف الفقهاء في ذلك:

(أ) فذهب الجمهور إلى أنه إن زاد الضمان عن الثلث فإنه يتوقف

---

(١٧٠) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٦٦.

(١٧١) البحر الرائق لابن نجيم الحنفي ٦ /٢٢٤.

على إجازة الورثة،فإن أجازوه نفذ وإلا فلا. وذلك لأن الضمان تبرع،وتبرعات المريض فيما زاد عن الثلث لا تنفذ الا بإجازة الورثة لأنه قد تعلق حقهم فيه.

(ب) وخالف في ذلك الشافعية،فذهبوا إلى صحة الضمان فيما زادعلى الثلث دون إجازة الورثة إلا في حالتين :

١ ــ الضمان عن شخص معسر ويستمر إعساره إلى وقت وفاته.

٢ ــ أن يضمن المريض عن المضمون عنه بغير أمره. وذلك لأن الورثة لا يتمكنون من الرجوع على المضمون عنه.

وفي تلك الحالتين يتقيد الضمان بثلث المال،لأنه تبرع كالوصية فيتقيد بالثلث.

جاء في حاشية ابن عابدين[١٧٢]: «فإن كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد الدين صحت كلها وإلا فبقدر الثلث، وإن أقر المريض أن الكفالة كانت في صحته لزمه الكل في ماله إن لم تكن لوارث أو عن وارث».

وجاء في الخرشي[١٧٣] «وصح الضمان من أهل التبرع لا من مريض في زائد الثلث،وإن أجيز فعطية من الوارث كالوصية» أي أن الضمان لا يصح من المريض إلا في الثلث، فإن زاد عن الثلث فيرجع إلى الورثة إن أمضوه صح وكان منهم عطية وإلا فلا.

وجاء في نهاية المحتاج[١٧٤]: «فيصح ضمان المريض ــ نعم إن استغرق

(١٧٢) حاشية ابن عابدين ٥ /٢٨٤.
(١٧٣) الخرشي على مختصر خليل ٦ /٢٢.
(١٧٤) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٣٤.

الدين مال المريض وقضى به بان بطلان ضمانه، بخلاف ما لو حدث له مال أو ابرئ ولو أقر بدين مستغرق قدم وضمانه من رأس المال إلا عن معسر أو حيث لا رجوع فمن الثلث».

وجاء في كشاف القناع[١٧٥]: «وإن كان مرض الموت المخوف حسب ما ضمنه من ثلثه» ومن ذلك يظهر اتفاق الفقهاء على أن ضمان المريض مرض الموت يحسب من الثلث فيما كان تبرعاً ويزيد الشافعية الجواز فيما إذا كان للضامن حق الرجوع فإن ضمانه يجوز بما زاد عن الثلث.

الراجح عندي :

بدراسة الأقوال الفقهية في ذلك أرى أن الراجح هو قول جمهور الفقهاء وهو أن ضمان المريض مرض الموت إنما يحسب من الثلث، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة. ذلك أن الضمان تبرع ومازاد على الثلث قد تعلق به حق الورثة فلا يلزم إلا بموافقتهم لأنهم هم الذين يستحقون المال بالوفاة فيلزم إذنهم فيما سيكون مآله لهم... والله أعلم.

(١٧٥) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٦٦.

الفرع الثاني ــ ضمان المرأة :

ومما يطلب بحثه ضمن شروط الضامن. صحة ضمان المرأة.

أقوال الفقهاء في ذلك:

١ ــ ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وغيرهم إلى القول بصحة ضمان المرأة مطلقاً، وأنه لا فرق بينها وبين الرجل في سائر التصرفات. جاء في حاشية ابن عابدين[١٧٦]: «وأهلها من هو أهل للتبرع» وهذا عام يشمل الرجل والمرأة جميعاً.

وجاء في تكملة المجموع[١٧٧]: «وأما المرأة فإنه يصح الضمان منها إذا كانت جائزة التصرف».

وجاء في كشاف القناع[١٧٨]: «ولا يصح الضمان إلا من جائز التصرف رجلاً كان أو امرأة».

وجاء في المحلى[١٧٩]: «وحكم المرأة والرجل سواء لعموم النص».

ويفهم من هذه النصوص صحة ضمان المرأة مطلقاً، ولو كانت ذات زوج دون إذن زوجها.

٢ ــ يذهب المالكية إلى التفصيل في ضمان المرأة :

(أ) يتفقون مع الجمهور في حالتين :

١ ــ إذا كانت المرأة أيماً لا زوج لها. وذلك لأنها قد نضجت وصارت أهلاً لإدارك مصلحتها فيصح منها

---

(١٧٦) حاشية ابن عابدين ٥ /٢٨٤.

(١٧٧) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /١٠.

(١٧٨) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٦٦.

(١٧٩) المحلى لابن حزم ٥ /١١٧.

جميع التصرفات. جاء في المدونة[١٨٠]: «وقال مالك في التي ليس لها زوج: تجوز كفالتها في جميع مالها». جاء ذكر ذلك في: كفالة المرأة الأيم غير ذات الزوج.

٢ ــ أن تكون المرأة ذات زوج فيصح ضمانها في الثلث من مالها.

جاء في الشرح الصغير[١٨١]: «وزوجة ومريض بثلث مالهما فيلزمهما، فإن زاد على الثلث لم يلزمهما بل يتوقف على إجازة الوارث أو الزوج».

(ب) ويختلفون مع الجمهور فيما عدا ذلك :

١ ــ فإذا كانت المرأة بكراً فلا يصح ضمانها إطلاقاً أجاز والدها أم لم يجز، لأن الكفالة تبرع والبكر ليست من أهل التبرع جاء في المدونة[١٨٢]: «قلت: أرأيت الجارية البكر في بيت أبيها أتجوز كفالتها؟ قال: لا تجوز كفالتها ولا بيعها ولا صدقتها ولا عتقها، قلت: أرأيت إن أجاز الوالد كفالة الجارية البكر أتجوز في قول مالك ؟ قال: لا يجوز معروف الجارية البكر وإن أجازه الوالد لم ينبغ للسلطان أن يجيزه وكذلك كفالتها، وهذا قول مالك».

٢ ــ أن تكون المرأة ذات زوج وزاد ضمانها على ثلث مالها فإنه لا يصح من دون إذن الزوج، فإن لم يجزه بطل

---

(١٨٠) المدونة للإمام مالك رواية سحنون ١٢ /٢٨٧ الأيم: من لازوج لها بكراً أو ثيبا ومن لا امرأة له / القاموس المحيط ٤ /٧٧.

(١٨١) الشرح الصغير للدردير ٣ /٤٣٣.

(١٨٢) المدونة للإمام مالك رواية سحنون ١٣ /٢٨٣.

الضمان بالثلث وغيره. هذا في ضمان المال، أما في ضمان الوجه فلا يصح منها مطلقاً، لأنها قد تخرج لأجل الخصومة وقد تحبس،وفي ذلك تفويت لحق الزوج إلا إذا أذن زوجها لأنه بإذنه قد تنازل عن حقوقه.

وقد أورد صاحب تكملة المجموع أن مالكاً يرى عدم صحة ضمان المرأة إلا بإذن زوجها مطلقاً،جاء فيه[١٨٣]: «وقال مالك: لايصح إلا أن يكون بإذن زوجها» وسياقه الكلام على إطلاقه غير صحيح،ذلك أن المالكية قد ذكروا في كتبهم صحة ضمان الزوجة،واشتراط إذن الزوج إنما هو فيما جاوز الثلث،فلعله يقصد بذلك المرأة البكر التي لم تتزوج بعد وأطلق اللفظ على عمومه،وإنما المتوقف على إذن الزوج هو ضمان الوجه والطلب. جاء في الخرشي[١٨٤]: «وللزوج رده من زوجته... ومثله ضمان الطلب» أو لعله قد التبس عليه الأمر فلم يفرق بين ضمان المال وضمان الوجه والطلب.

الأدلة :

استدل المالكية على ذلك بما يأتي :

أولاً ــ السنة :

١ ــ حديث عمرو بن شعيب أن أباه أخبره عن عبدالله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها**» ، رواه أبو داود[١٨٥] ورواه ابن ماجه[١٨٦] وفي لفظ آخر «لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها

---

(١٨٣) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /١٠.

(١٨٤) الخرشي علي مختصر خليل ٦ /٣٤.

(١٨٥) سنن أبي داود ٣١٧/٣ وانظر المدونة للإمام مالك رواية سحنون ٢٨٦/١٣.

(١٨٦) سنن ابن ماجه ٢ /٧٩٨ حديث رقم ٢٣٨٨.

عصمتها» رواه الخمسة إلا الترمذي[١٨٧] وصححه الحاكم.

وجه الدلالة :

أن الرسول ﷺ قد منع عطية المرأة إلا بإذن زوجها، فكذلك الضمان، لأن كلاً منهما تبرع ومعروف فلا يصح منها بدون إذن الزوج.

٢ ــ حديث عبدالله بن يحيى عن أبيه عن جده «أن جدته خيرة امرأة كعب ابن مالك أتت رسول الله ﷺ بحلي لها فقالت: إني تصدقت بهذا. فقال لها رسول الله ﷺ: لا يجوز للمرأة في مالها إلا بإذن زوجها فهل استأذنت كعباً؟ قالت: نعم. فبعث رسول الله ﷺ إلى كعب بن مالك فقال: هل أذنت لخيرة أن تتصدق بحليها؟ فقال: نعم. فقبله رسول الله ﷺ منها» رواه ابن ماجه[١٨٨].

وجه الدلالة منه :

أن رسول الله ﷺ لم يقبل صدقة المرأة حتى علم بإذن زوجها، والضمان كذلك لا يصح إلا بإذن الزوج، لأن كلاً منهما تبرع.

٣ ــ حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «**تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك**». رواه الجماعة[١٨٩] إلا الترمذي.

---

(١٨٧) بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر وسبل السلام للصنعاني ٨٨٢/٣ رقم الحديث ٨١٩ دار الحديث بمصر. ورواه الحاكم في المستدرك ٤٧/٢ وصححه، دار الكتاب العربي في لبنان، وعمرو بن شعيب قد صحح له الترمذي أحاديث.

(١٨٨) سنن ابن ماجه ٢ /٧٩٨ حديث رقم ٢٣٨٩.

(١٨٩) للبخاري ومسلم ولأبي داود والنسائي ولابن ماجه كلهم / الجامع الصغير للسيوطي ٥١٧/١. رواه البخاري في كتاب النكاح ــ باب الأكفاء في الدين، صحيح البخاري ٨/٧ ــ ونيل الأوطار للشوكاني ١١٩/٦.

وجـه الدلالـة :

أن الرسول ﷺ أفاد أن المال أحد مرغبات الزواج،فإذا تزوجها تعلق حقه بمالها لأنه من الدوافع للزواج. فيكون تبرعها بغير إذنه تفويتاً لحقه في مالها،فلا يجوز بغير إذنه.

ثانيـاً ــ المعقـول :

ذلك أن الزوج يستفيد من مال زوجته ويتعلق له فيه مصالح،فإذا تبرعت الزوجة بما زاد على ثلث مالها فوتت على الزوج مصالح كان يؤملها، أما تصرفها في الثلث فإنه قد روعي فيه مصلحتهما معاً،فتستطيع تحقيق غرضها دون إضرار به،قال في المدونة(١٩٠):«قال سحنون: لأنها إذا جاوزت ما أذن لها فيه صارت كالمحجور عليه». ثم في ذلك حفظ لمال الزوجة وعدم تبديده بما هو غير لازم لها.

واستدل الجمهور على صحة ضمان المرأة مطلقاً بما يلي:

١ ــ قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾(١٩١).

وجـه الدلالـة :

أن الآية قد بينت أن الحجر على الصغير ينتهي ببلوغه الرشد،ولم تفرق في ذلك بين الذكر والأنثى،فيكون شاملاً للرجل والمرأة معاً.

٢ ــ حديث جابر رضي الله عنه قال: «شهدت العيد مع رسول الله ﷺ فبدأ بالصلاة قبل الخطبة بلا أذان ولا إقامة، ثم قام متوكئاً على بلال فأمر بتقوى الله وحث على طاعته، ووعظ الناس وذكرهم،ثم مضى حتى أتى النساء فوعظهن وذكرهن. وقال: تصدقن فإن أكثركن حطب جهنم،فقامت امرأة من وسط النساء

(١٩٠) المدونة للإمام مالك رواية سحنون ١٣ /٢٨٦.

(١٩١) سورة النساء آية/٦.

سفعاء[١٩٢] الخدين. فقالت: لم يارسول الله؟ قال: لأنكن تكثرن الشكاة وتكفرن العشير. قال: فجعلن يتصدقن من حليهن يلقين في ثوب بلال من أقراطهن وخواتيمهن» متفق عليه[١٩٣].

وجـه الدلالـة :

أن النبي ﷺ حث النساء على الصدقة من أموالهن،ولم يجعل ذلك معلقاً على إذن أزواجهن، بل قبله دون إذنهم. وهذا يدل على جواز تصرفها في مالها مطلقاً.

المناقشـة والترجيـح :

١ ــ أن حديث عمرو بن شعيب مرسل لأن شعيباً لم يدرك عبدالله بن عمرو، ونقل عن الشافعي رَحمه الله أن الحديث ليس بثابت[١٩٤]. وعلى فرض صحته فإن المراد بالنهي التنزيه، لأن حسن العشرة بين الزوجين تقتضي التشاور فيما فيه مصلحة الطرفين.

٢ ــ أن حديث عبدالله بن يحيى ضعيف،لأن يحيى غير معروف في أولاد كعب[١٩٥] فيكون الاستدلال به ضعيفاً لا يعارض بالأدلة الأخرى التي تجيز التصرف بدون إذن الزوج.

٣ ــ والاستدلال بأنه يستفيد من مالها ويرتبط بمصالح له لا يصلح حجة يعتمد عليه في المنع،لأن الزوجة تستفيد من مال زوجها ولا يمنع من

---

(١٩٢) السفعاء: التي في خدها غبرة وسواد،والسفعة والسفع السواد والشحوب.لسان العرب لابن منظور ٣ /٢٠٢٧ دار المعارف بمصر.

(١٩٣) رواه البخاري في صحيحه ٢ /٢١ومسلم ٦ /١٧٥ مسلم بشرح النووي.

(١٩٤) المغني لابن قدامة ٤ /٥١٤ وانظر حاشية السندي على سنن ابن ماجه ٢ /٣٧.

(١٩٥) حاشية السندي ٢ /٣٧.

تصرفه في ماله. وقد أجيز للزوجة التصدق بالمعروف من مال زوجها فلأن يجوز لها ذلك من مالها بغير إذن الزوج أولى وأحرى.[١٩٦]

وكون ذلك فيه حفظ لمال الزوجة فإنا نقول: إن كون الزوجة بالغة عاقلة رشيدة مختارة يكفي لصحة تصرفها.

من ذلك أرى أن الراجح هو قول الجمهور: وهو صحة ضمان المرأة مطلقاً سواء كانت ذات زوج أم لا وسواء كان الضمان في الثلث أو فيما زادعليه.

الفرع الثالث :

ضمان المحجور عليه لفلس: وهذا مما يطلب بحثه ضمن شروط الضامن... وقد اختلف الفقهاء في ذلك:

١ ــ فذهب الشافعية والحنابلة إلى صحة ضمان المحجور عليه لفلس.

جاء في نهاية المحتاج[١٩٧]: «وضمان محجور عليه بفلس كشرائه بثمن في ذمته فيصح كضمان المريض».

وجاء في المغني[١٩٨]: «فأما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه».

٢ ــ وذهب المالكية إلى عدم صحة ضمان المحجور عليه لفلس، لأن الكفالة تبرع ومعروف، وذلك لا يصح من المفلس[١٩٩].

---

(١٩٦) عقد الكفالة /سليمان التويجري ص ٥٥ ــ ٥٩.

(١٩٧) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٣٤.

(١٩٨) المغني لابن قدامة ٤ /٥٩٩.

(١٩٩) المدونة للإمام مالك رواية سحنون ١٣ /٢٨٦.

الراجـح :

أرى أن الراجح هو القول بصحة ضمان المحجور عليه لفلس،ولا يطالب في المال الذي تكفل فيه إلا بعد فك الحجر عنه،وذلك لما يأتي:

١ ــ أن المحجور عليه لفلس من أهل التصرف،والحجر عليه إنما هو في ماله لا في ذمته.

٢ ــ أن الراهن لا يمنع تصرفه بغير الرهن،فكما أن الراهن،لا يمنع تصرفه في غير ما رهنه كذلك المحجور عليه لفلس يجوز ضمانه لأنه لا صلة بين حق الغرماء والتزامه بالكفالة[٢٠٠].

ثانياً ــ شروط المضمون عنه :

بعد أن قمنا بدراسة شروط الكفيل عند الفقهاء نتعرض الآن لدراسة شروط المضمون عنه ومقارنتها:

١ ــ يشترط أبو حنيفة كون المضمون عنه قادراً على تسليم المكفول به أما بنفسه أو بنائبه،وبناء عليه قال بعدم صحة الضمان عن الميت المفلس.

جاء في البدائع[٢٠١]: «أن يكون قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه وإما بنائبه،فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده».

ويرى الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية أنه لا يشترط ذلك،وبناء عليه يصح الضمان عن الميت المفلس مطلقاً ترك وفاءً أم لم يترك وفاءً.

---

(٢٠٠) المغني لابن قدامة ٤ /٥٩٩.

(٢٠١) البدائع للكاساني ٧ /٣٤١٢.

وهو مذهب الظاهرية،وجاء في الخرشي[٢٠٢]: «وصح الضمان عن الميت المفلس».

وجاء في حاشية الرهوني[٢٠٣]: «ويجوز الضمان عن الميت خلف وفاء أو لم يخلف».

وجاء في شرح البهجة[٢٠٤]: «وعن ميت مفلس» أي يصح الضمان عنه.

وجاء في مطالب أولي النهى[٢٠٥]: «ويصح ضمان ميت لم يخلف وفاء».

وجاء في المحلى[٢٠٦] بعد سياق حديث سلمة بن الأكوع في ضمان أبي قتادة دين الميت« ففي هذا الخبر جواز ضمان دين الميت الذي لم يترك وفاء».

الأدلـــة :

١ ــ يحتج أبو حنيفة بأن دين الميت المفلس دين ساقط في أحكام الدنيا لا في أحكام الآخرة، والكفالة من أحكام الدنيا، والميت في هذه الحال عاجز عن الوفاء غير أهل للمطالبة،وليس الدين عنده إلا الأداء الواجب الشاغل للذمة وقد تعذر فيسقط بالموت،وإذا سقط لم يتصور ضمانه لأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة في الدين أو المطالبة به، ولأنه بوفاته لا عن مال ولا كفيل تصير ذمته خربة غير صالحة لأن تشغل بدين فيعد لذلك ساقطاً،أما إذا ترك مالاً فإن كفالة ما عليه من دين تصح في حدود هذا المال[٢٠٧].

---

(٢٠٢) الخرشي على مختصر خليل ٦ / ٢٣

(٢٠٣) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ٦ /٤.

(٢٠٤) شرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣ /١٥١.

(٢٠٥) مطالب أولي النهى للسيوطي ٣ /٣٠٢.

(٢٠٦) المحلى لابن حزم ٥ /١١٢.

(٢٠٧) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤١٢.

٢ ــ يستدل الجمهور بما يأتي :

١ ــ حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: كنا جلوساً عند النبي ﷺ فأتي بجنازة فقالوا: يارسول الله صلِّ عليها، قال هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا قال: هل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنانير. قال صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: صل عليه يارسول الله وعليّ دينه، فصلى عليه»[٢٠٨].

وجه الدلالة :

١ ــ أن النبي ﷺ قبل كفالته عن الميت ولم يكن ترك وفاءً.

٢ ــ أن الدين واجب على الميت في حياته وهو لا يسقط إلا بالإيفاء أو الإبراء أو انفساخ سبب الوجوب، ولم يوجد شيء من ذلك فلا يسقط.

٣ ــ أنه لو تبرع أحد بالأداء عن الميت صح، فدل على أن الدين لم يسقط لأنه لو سقط لما جاز أخذه من المتبرع.

٤ ــ إذا كان قد كفل الدين كفيل قبل الموت فإن كفالته تبقى، ولو كان الدين يسقط بالموت لبطلت الكفالة لأن سقوط الدين يذهب الكفالة، فدل البقاء على أن الموت لا يغير شيئاً بالنسبة للمدين المفلس[٢٠٩].

المناقشة والترجيح :

لقد ناقش أبو حنيفة ومن تبعه أدلة الجمهور بما يأتي:

١ ــ حديث أبي قتادة وعلي رضي الله عنهما يحتمل أن يكون ذلك وعداً

(٢٠٨) رواه البخاري في كتاب الكفالة حديث رقم ٢٢٨٩ صحيح البخاري بشرحه فتح الباري ٤ /٤٦٦.

(٢٠٩) حاشية الرهوني ٦ /٤ وتكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٨ والمغني لابن قدامة ٤ /٥٩٣.

بالتبرع وهو جائز عن الميت،وبدل لهذا الاحتمال ما جاء في بعض طرق هذا الحديث أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول إذا لقي قتادة:«**ما فعل الديناران**» .أي:ما كفل به. حتى قال يوماً: قضيتهما يارسول الله ، فقال ﷺ: «**الآن بردت عليه جلده**» «وأيضاً فإن النبي ﷺ لم يجبره على الأداء،ولو كان كفالة وليس وعداً بالتبرع لأجبره عليها.

٢ ــ أما جواز التبرع بدين الميت فلأن الدين باق في حق الدائن وإن سقط في حق الميت للضرورة. فلا يتعدى الدائن لأن الضرورة تقدر بقدرها،فجاز للدائن أخذه من المتبرع.

٣ ــ وأما بقاء الدين إذا كان به كفيل قبل موته مفلساً أو كان للميت مال فلأن كلاً من الكفيل والمال يعتبر خلفاً للميت،لأن رجاء الأداء منهما باقٍ، لأن الخلف هو ما تحصل به كفاية أمر الأصيل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين بهذا الاعتبار(٢١٠).

الترجيح عندي :

بدراسة أدلة المجيزين والمانعين أرى أن الراجح من ذلك هو القول بجواز كفالة الدين عن الميت المفلس وهذا هو قول الجمهور، وذلك لما يأتي:

(أ) أن أدلة الجمهور أقوى من أدلة مخالفيهم.

(ب) ويجاب عن اعتراض أبي حنيفة على حديث أبي قتادة بأن قول أبي قتادة والتزامه بضمان ما على الميت ليس وعداً بدليل أن النبي ﷺ قد تعقبه وسأله عن ذلك فلما قال له: قد قضيتهما قال: «الآن بردت عليه جلده» فتكون مطالبة

(٢١٠) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٣١٧.

النبي ﷺ لأبي قتادة بالوفاء وما حصل منه إنشاء للكفالة لا وعداً بها.

٢ ــ يرى الحنفية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة أنه يشترط كون المضمون عنه معلوماً يعرفه الضامن، ولا يجوز أن يكون مجهولاً. والحنفية يقصرون ذلك على حالة تعليق الكفالة أو إضافتها.

ويرى المالكية وبعض الشافعية ــ وهو الصحيح من مذهبهم ــ وبعض الحنابلة أنه يشترط كون المضمون عنه معلوماً، وهذا هو رأي الحنفية في حال تنجيز الكفالة.

الراجح :

أرى أن الراجح هو القول بعدم اشتراط العلم بالمضمون عنه،وذلك لما يأتي :

١ ــ حديث علي وأبي قتادة رضي الله عنهما فإنهما ضمنا الميت وهما لا يعرفانه،ولم يسألهما النبي ﷺ هل يعرفان عين المضمون عنه أم لا؟

٢ ــ أن الضمان تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع عنه كالنذر.

٣ ــ لا يشترط أن يكون المضمون عنه بالغاً عاقلاً حرًّا،وتصح الكفالة عن الصبي والمجنون والعبد، وهذا هو ما صرح به الحنفية، وهو مقتضى المذاهب الأخرى وإن لم يصرحوا به لأنهم يقولون بصحتها ولو بدون رضا المكفول عنه أو علمه.

٤ ــ لا يشترط عند الحنفية والشافعية والحنابلة حضور المكفول عنه، بل تجوز عن الغائب والمحبوس، وهو مقتضى كلام المالكية حيث ذكروا أن الضمان يصح بإيجاب الكفيل وحده ولا يتوقف على قبول المكفول عنه أو رضاه.

٥ ــ يرى جمهور المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا يشترط رضا المضمون عنه. لكن يشترط المالكية في حالة أداء الدين بغير الرضا أن يكون القصد من ذلك الرفق بالمضمون عنه.

وذهب بعض الميالكية إلى أنه يشترط رضا المضمون عنه،وهذا هو رأي الشافعية والحنابلة في كفالة النفس فقط،والصحيح عدم اشتراط رضا المكفول عنه لأنها وثيقة لا قبض فيها فصحت من غير رضاه فيها كالشهادة،ولأنها التزام حق عليه من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر.

٦ ــ يشترط المالكية أن يكون طلب الدين موجهاً إلى الأصيل أولاً،فإن تيسر الأخذ منه وإلا فيطالب الضامن.

وذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الطالب مخير في المطالبة إن شاء طالب الأصيل أو الكفيل أو هما مجتمعين،وهذا هو الراجح،لأن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالأصيل،ولأن الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبة من شاء منهما.

ثالثاً ــ شروط المضمون له :

إليك بيان تلك الشروط مقارنة بين المذاهب الفقهية:

١ ــ يرى الحنفية وبعض الشافعية-وهو الصحيح عندهم-وبعض الحنابلة أنه يشترط كون المضمون له معلوماً، ولا يصح أن يكون مجهولاً.

ويرى المالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة أنه لا يشترط كون المضمون له معلوماً بل يصح ولو كان مجهولاً؛ لأنه تبرع بالتزام مال فلا يعتبر معرفة من ضمن له.

الراجح :

أرى أن الراجح هو عدم اشتراط كون المضمون له معلوماً؛ وذلك :

(أ) لحديث علي وأبي قتادة رضي الله عنهما حيث ضمنا الدين دون أن يعرفا المضمون له وأقرهما النبي ﷺ على ذلك.

٢ ــ يرى أبو حنيفة ومحمد أنه يشترط لصحة الضمان قبول المكفول له في مجلس العقد، وهو رأي أبي يوسف الأول، وبه يقول بعض الشافعية.

ويرى الجمهور من المالكية والحنابلة والشافعية ــ وهو الأصح من مذهبهم ــ أنه لا يشترط القبول مطلقاً، لأن الكفالة تصرف فيتم انعقاده بالإيجاب ولا يتوقف على قبول المكفول له.

الراجح :

أنه لا يشترط قبول المضمون له، وإنما يتم الضمان بإيجاب الضامن وحده وذلك لحديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه أن النبي ﷺ قبل كفالة أبي

قتادة رضي الله عنه بدين على ميت جيء به ليصلي عليه وأقرها دون أن يقبل ذلك المكفول له، وذلك دليل على عدم توقفها على قبول المكفول له[٢١١].

٣ ــ يشترط الحنفية كون المكفول له عاقلاً، فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل لأنهما ليسا من أهل القبول.

ومقتضى كلام الفقهاء غير الحنفية يختلف عن الحنفية، وهو القول بعدم اشتراط كون المكفول له عاقلاً لأنهم لايشترطون القبول، وإنما يتم الضمان بإيجاب الضامن وحده لأنها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها ولا قبوله كالنذر.

٤ ــ يشترط بعض الشافعية رضا المضمون له، وهو مقتضى كلام الحنفية حيث يشترطون القبول من المضمون له، ولا بد أن يكون القبول صادراً عن رضا.

ويرى المالكية وبعض الشافعية ــ وهو الصحيح عندهم ــ والحنابلة أنه لا يشترط رضا المكفول له، وهذا هو الصحيح لحديث أبي قتادة رضي الله عنه حيث لم يتوقف الضمان على رضا المضمون له.

---

(٢١١) سبق تخريجه ص ١٦٣.

رابعاً ــ شروط المضمون به:

وهو محل الكفالة،وإليك بيان الشروط التي أوردها الفقهاء، مقارنة :

١ ــ يشترط الحنفية كون المضمون به مضموناً على الأصيل سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً، وهذا لأن الكفيل تبع للأصيل فيأخذ حكمه. والدين يكون مضموناً على الأصيل إذا كان ديناً صحيحاً وهو ما لا يسقط إلا بالأداء والإبراء، وعلى هذا فلا يجوز ضمان نفقة الزوجة قبل القضاء بها أو التراضي عليها؛ لأنها ليست ديناً صحيحاً لسقوطها بالموت أو الطلاق،أما إذا كانت مستدانة بأمر القاضي، فإنها تكون ديناً صحيحاً،وإنما أجازوا الكفالة بالنفقة المستقبلة مع أنها لم تصر ديناً استحساناً منهم، وكذلك لا يجوز ضمان دين الكتابة لأن الدين غير صحيح،ويملك المكاتب تعجيز نفسه.

وذهب الشافعي في أحد قوليه إلى صحة ضمان نفقة الزوجة إذا كانت ماضية أو حاضرة لوجوبها في الذمة،ولا يجوز في المستقبلة. وفي القول الآخر يصح الضمان مطلقاً إذا كانت ماضية أو حاضرة أو مستقبلة،وهو قول الحنابلة.

وتكون العين مضمونة على الأصيل إذا كانت مضمونة بنفسها كالأعيان المغصوبة،ولا يصح ضمان الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والمرهون، ولا يصح ضمان الأعيان التي هي أمانة كالوديعة.

والفعل يكون مضموناً على الأصيل في مثل ضمان عمل الأجير المشترك. ويرى المالكية أنه يشترط أن يكون الضمان بالدين فقط،ولا يجوز الضمان في الأعيان مطلقاً سواء كانت مضمونة بنفسها أو بغيرها.

٢ ــ يرى الحنفية والمالكية والحنابلة أنه يشترط أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل،وعلى ذلك فلا يصح الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل.

ويفرق الشافعية بين كون المكفول به حقًّا لله تعالى أو حقًّا لآدمي، وبين كونها عقوبة لله تعالى كالحدود والتعازير كحد خمر وزنا وسرقة، لأنا مأمورون بسترها، والسعي في إسقاطها ما أمكن،فيصح فيما كان حقًّا لله تعالى ماليًّا كزكاة أو حقًّا لآدمي مطلقاً مالاً كان أو عقوبة كقصاص وحد قذف، ولا يصح فيما كان عقوبة لله تعالى كحد خمر وزنا.

٣ ــ يرى الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة،وهو مذهب الشافعي في القديم أنه لا يشترط كون المضمون به معلوماً،بل يجوز الضمان مطلقاً سواء كان معلوماً أو مجهولاً.

ويرى الشافعية أنه يشترط أن يكون المضمون به معلوماً،للضامن فقط جنساً وقدراً وصفة وعيناً،وهو مذهب الشافعي في الجديد.

الراجح :

أنه لا يشترط كون المضمون به معلوماً لما يأتي :

(أ) قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾[٢١٢].
وحمل البعير غير معلوم، فدل على عدم اشتراط كون المضمون معلوماً.

(ب) حديث «الزعيم غارم»[٢١٣]. وهذا عام يشمل المعلوم والمجهول.

(جـ) أن الكفالة مبناها على التوسع لأنها تبرع،فتحتمل الجهالة إذا كانت متعارفة.

٤ ــ يشترط الشافعية أن يكون الدين المضمون به حقًّا ثابتاً حال الضمان كضمان الثمن والأجرة وعوض القرض،ولا يصح عندهم ضمان نفقة الغد للزوجة

(٢١٢) سورة يوسف آية/٧٢.
(٢١٣) سبق تخريجه ص ١٦٧.

ولو جرى سبب وجوبها.

ويذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه لا يشترط أن يكون المضمون به ثابتاً بل يصح ولو كان غير ثابت، إذا كان مآله إلى الوجوب والثبوت،وذلك كالجعل في الجعالة،ولا يصح ضمان دين الكتابة لأنه ليس واجباً ولا آيلاً إلى الوجوب.

الراجح :

أنه يصح ضمان الدين المضمون به إذا كان ثابتاً أو مآله إلى ذلك،لما يأتي:

(أ) قوله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾[٢١٤].

لأن حمل البعير وإن لم يكن ثابتاً فإن مآله إلى الثبوت.

خامساً ــ شروط الصيغة :

نبحث الآن شروط الصيغة فنقول :

١ ــ يشترط أبو حنيفة ومحمد وبعض الشافعية وفي رأي لأبي يوسف أن يكون قبول المكفول له في مجلس العقد، وهؤلاء يشترطون لصحة الإيجاب والقبول في عقد الكفالة كغيره من العقود شروطاً هي:

(أ) أن يكونا واضحي الدلالة على مراد العاقدين ومفهومين لكل منهما، فلا ينعقد العقد إذا كان الإيجاب،لا يتضح منه مراد الموجب أو كان بلغة لا يفهمها المتعاقد الآخر.

(ب) أن يكون القبول متصلاً بالإيجاب،والاتصال المشروط عند جمهور الفقهاء يتم بصدور القبول في نفس المجلس الذي صدر فيه الإيجاب،لأن المجلس الواحد يجمع الأمور المتفرقة،جاء في شرح فتح القدير[٢١٥]: «ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في

(٢١٤) سورة يوسف اية/٧٢.

(٢١٥) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٣١٤.

المجلس، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف ـ رحمه الله ـ آخراً: يجوز إذا بلغه فأجاز، ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة».

ومعنى هذا أن اشتراط القبول في المجلس إنما هو عند من يقول إن القبول لابد منه لانعقاد الكفالة، أما أبو يوسف فلم يشترط القبول في المجلس، وإنما يكتفي بقبوله بعد علمه بالإيجاب، وفي قول أبي يوسف الأخير عدم اشتراط القبول. والاتصال المشروط عند الشافعية في انعقاد العقود التي لابد فيها من القبول هو الاتصال الفوري بحيث لا يفصل بينهما زمان ولو كان يسيراً إلا لعذر كسعال وعطاس ونحوهما، قال في أسنى المطالب[٢١٦]: «يشترط في صحة العقد أن يقع القبول بعد الإيجاب على الفور، فلا يصح على التراخي لكن لا يضر الفصل اليسير». ومادام القبول لم يتصل بالإيجاب فإنه يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه.

(جـ) أن يطابق القبول الإيجاب: لابد لصحة القبول وارتباطه بالإيجاب أن يكون متطابقاً مع الإيجاب، فلو قال: ضمنت إحضاره فقال: قبلت ضمانك الدين فإن الكفالة لا تنعقد، لأن القبول لم يطابق الإيجاب وباستيفاء الإيجاب والقبول لتلك الشروط عند من يقول بأنه لابد لصحة الكفالة من القبول، فإنه ينعقد عقد الكفالة إذا كان صادراً من ذي أهلية.

---

(٢١٦) أسنى المطالب شرح روض الطالب /زكريا الأنصاري الشافعي ٢ /٤ المطبعة الميمنية بمصر ١٣١٣هـ.

الأمور التي يبطل بها الإيجاب :

إذا صدر الإيجاب من الموجب ولم يقبل الطرف الآخر فإن هناك أموراً تؤدي إلى إبطال الإيجاب وإسقاطه هي:

١ ــ رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول الطرف الآخر.

٢ ــ خروج الموجب عن أهليته قبل القبول بموت أو جنون.

٣ ــ رفض الإيجاب ممن وجه إليه صراحة أو ضمناً بإعراضه عنه.

٤ ــ هلاك المعين من مبيع ونحوه، وذلك بعد صدور الإيجاب وقبل القبول.

٥ ــ انتهاء مجلس العقد باتفاق المتعاقدين على انتهاء العقد أو بافتراق الطرفين أو إعراض أحدهما(٢١٧).

تقدم القبول على الإيجاب :

يرى من يقول بأن القبول لابد منه لانعقاد العقد أنه يجوز تقدم القبول على الإيجاب ،وذلك لأن الحنفية يعرفون الإيجاب بأنه: ما يذكر أولاً من كلام أحد المتعاقدين(٢١٨). والقبول هو ما يذكر ثانياً من الآخر.

وعلى هذا فليس فيه تقدم للقبول على الإيجاب،لأن الكلام الصادر من أحد المتعاقدين أولاً هو الإيجاب سواء كان ذلك صادراً من الضامن أو المضمون عنه.

أما المذاهب الفقهية الأخرى فإنهم يرون أن عقد الكفالة ينعقد بالإيجاب وحده،وعلى هذا فليس عندهم إيجاب وقبول يتقدم أحدهما على الآخر.

ويرى المالكية والشافعية-في الصحيح عندهم-والحنابلة وأبو يوسف في قوله

---

(٢١٧) الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود د / بدران أبو العنين بدران ص ٣٦٢.

(٢١٨) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٤ /٦٠٥.

الأخير أنه لا يشترط أن يكون القبول في مجلس العقد ولا في غيره مطلقاً، وتصح الكفالة وتنعقد بالإيجاب وحده لأنها تبرع والتزام فلا يتوقف على القبول.

الراجح :

أرى أن الراجح هو القول بعدم اشتراط كون القبول في مجلس العقد، وبعدم اشتراط القبول مطلقاً، وذلك لما يأتي :

١ ـــ حديث علي وأبي قتادة رضي الله عنهما، حيث أقر النبي ﷺ كفالتهما لدين الميت دون أن يكون منه قبول لا في مجلس العقد ولا في غيره، وذلك دليل على عدم اشتراط القبول مطلقاً.

٢ ـــ أن الكفالة التزام من الكفيل بأداء الدين فهو يتصرف في خالص حقه وفيما له الولاية عليه.

٣ ـــ أن الكفالة محض التزام بها من الكفيل لا تمليك فيها، بدليل أنها تصح مع جهالة المكفول به، كما أنها تقبل التعليق بالشرط، والتمليك لا يصح مع الجهالة ولا مع التعليق، والالتزام يتم بإيجاب الملتزم وحده كالنذر.

المبحث الثاني

شروط الكفالة في القانون الوضعي

ويندرج تحته خمسة مطالب :

المطلب الأول : شروط الضامن «الكفيل»

المطلب الثاني : شروط المضمون عنه.

المطلب الثالث : شروط المضمون له

المطلب الرابع : شروط المضمون به

المطلب الخامس : شروط الصيغة

المطلب الأول
شروط الضامن «الكفيل»

يشترط القانون المدني المصري في الكفيل الذي يقدمه المدين شروطاً هي:

١ ــ يشترط في الكفيل، أن يكون أهلاً للتبرع، بأن يكون كامل الأهلية لابرام عقد الكفالة، ولا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل متبرعاً، وإذا كفل كانت الكفالة باطلة[٢١٩]، ولم يرد ذكر هذا الشرط في المادة ٧٧٤ التي أوردت شروط الكفيل لأن الأهلية شرط لصحة كل تصرف قانوني ولنشوء ما يترتب عليه من التزامات، ولذا لا يكون المدين موفياً بالتزامه بتقديم الكفالة إذا كان الكفيل غير أهل للتحمل بها لأن الكفيل يستطيع أن يتخلص من تعهده إذا تمسك ببطلانه بسبب فقدان أهليته. والمطلوب توفر الأهلية عند إبرام العقد ولا يؤثر فقدان الأهلية بعد الكفالة[٢٢٠].

أما إذا كانت الكفالة بمقابل فيجب في الكفيل أهلية التصرف لا أهلية التبرع ولا يجوز للقاصر أو المحجور عليه أن يكفل، وإذا كفل كانت الكفالة قابلة للإبطال إلى أن تجاز. ويجوز للولي أو الوصي أن يعقد كفالة بمقابل باسم القاصر أو المحجور عليه[٢٢١].

٢ ــ يشترط رضا الكفيل، لأن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن، والكفيل هو الذي يلتزم في العقد[٢٢٢].

---

(٢١٩) الوسيط في شرح القانون المدني د / عبد الرزاق السنهوري ١٠ /٨٠.

(٢٢٠) دروس في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري ص ٣٠ / جميل الشرقاوي.

(٢٢١) الوسيط للسنهوري ١٠ /٨٠.

(٢٢٢) نفس المرجع السابق ١٠ /٧٣.

٣ ــ يشترط أن يكون الكفيل موسراً أي قادراً على الوفاء بالدين الذي كفله بأن يكون لديه من الأموال العقارية أو المنقولة ما يكفي للوفاء بالدين المكفول.

وإثبات يسر الكفيل مسئولية المدين، ويفصل في ذلك القضاء عند الاختلاف، ولا يدخل في الاعتبار مالدى الكفيل من أموال لا يجوز الحجز عليها، ويدخل في الاعتبار ما يثقل أموال الكفيل من حقوق وتكاليف تنقص عن قيمتها، أي أن يسار الكفيل يقدر بالنظر إلى صافي ذمته.

٤ ــ ويشترط القانون المدني المصري أن يكون الكفيل مقيماً في مصر حتى تسهل مقاضاته عند الاقتضاء، والمقصود هو الإقامة المعتادة أي التوطن فلا تكفي الإقامة العارضة، ويكفي أن يكون مقيماً في أي مكان في مصر ويشترط التقنين المدني الفرنسي أن يكون الكفيل مقيماً في موطن المدين. ولا يشترط أن يكون الكفيل مصريًّا بل يصح أن يكون أجنبيًّا مادام مقيماً في مصر.

ويجب أن يستمر توافر الشرطين في الكفيل مادامت الكفالة قائمة، فإذا تخلف الشرطان أو أحدهما بأن أعسر الكفيل بعد يسار أو نقل محل إقامته خارج مصر وجب على المدين أن يقدم كفيلاً آخر يحل محله يتوفر فيه الشرطان، ويستثنى من ذلك حالة ما إذا اشترط الدائن شخصاً معيناً لكفالة الدين فلا يلتزم المدين بتقديم شخص آخر يحل محله إذا أصبح الشخص غير متوافر على الشروط الواجبة. وإذا كان إعسار الكفيل جزئياً جاز للدائن أن يطالب بكفالة أخرى تكمل كفالة الكفيل الأول. وتقديم كفيل آخر أو استكمال كفالة الكفيل الأول واجب فيما إذا اعتقد الدائن خطأ أن الكفيل ملىء ولم يكن هذا مليئاً منذ البداية[٢٢٣].

وقد جاء ذكر هذين الشرطين في المادة ٧٧٤ من التقنين المدني المصري «إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً في مصر».

(٢٢٣) الوسيط للسنهوري ١٠ /٣١ ودروس في التأمينات الشخصية والعينية جميل الشرقاوي ص٢٨.

ويقابل هذا النص في القوانين العربية الأخرى: المادة ٧٤٠ من القانون السوري والمادة ١٠٦٨ من قانون الموجبات اللبناني،إلا أن القانون اللبناني قد أضاف بعض الأمور فيما يختص بملاءة الكفيل.

٥ ــ ألا يكون التزام الكفيل أشد عبئاً من الالتزام الأصلي، ولهذا نص القانون المدني المصري في المادة ٧٨٠ على أنه «لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون». وورد مثله في القانون المدني السوري في المادة ٧٤٦ وهي مطابقة للقانون المصري. وكذلك المادة ١٠٦٤، ١٠٦٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني. أما القانون المدني العراقي، فقد تطرق لبحث الأجل، وأنه يجب أن يكون أجل الكفالة على الكفيل مساوياً لما على الأصيل، جاء ذلك في المادة ١٠١٣.

المطلب الثاني
شروط المضمون عنه

١ ــ يرى القانون أن المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة فلا يتوقف عليه انعقاده، ويمكن أن تنعقد الكفالة دون علمه بها، وتنعقد كذلك حتى لو عارضها جاء ذلك في المادة ٧٧٥ «تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجوز أيضاً رغم معارضته». وجاء مثل ذلك في القانون المدني السوري في المادة ٧٤١ وفي قانون الموجبات اللبناني م ١٠٦٢؛ ذلك أن القاعدة أن الوفاء بالالتزام يصح من غير المدين ولو لم تكن له مصلحة فيه ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته، دلت على ذلك المادة ٤٢٣ من القانون المدني المصري. والكفالة ليست سوى تعهد بالوفاء بالدين إذا لم يف به المدين نفسه فيصدق عليها حكم هذه القاعدة بطريق القياس(٢٢٤).

٢ ــ لا يشترط أن يكون المدين تام الأهلية، ويجوز كفالة المدين الناقص الأهلية من صبي مميز أو المحجور عليه للسفه أو الغفلة،جاء في المادة ٧٧٧ من القانون المدني المصري «من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول» ويطابق هذا النص المادة ٧٤٣ من القانون المدني السوري. فإذا انعقدت الكفالة ولم يقصد الكفيل سوى كفالة هذا الالتزام كان مقتضى صفة التبعية أن يرتبط وجود التزام الكفيل بوجود الالتزام الأصلي، فيبقى التزام الكفيل قائماً ما بقي الالتزام الأصلي قائماً وإن كان مهدداً بالإبطال،أما إذا تقرر إبطال العقد المنشئ للالتزام

(٢٢٤) عقد الكفالة د / منصور مصطفى منصور ص٢٥ ودروس في التأمينات الشخصية والعينية جميل الشرقاوي ص ٣٣.

الأصلي بناء على طلب المدين أو الكفيل فإن التزام المدين يزول بأثر رجعي فيعتبر كأن لم يكن، وتبطل الكفالة التي عقدت لتنفيذه.

ولا تصح كفالة عديم الأهلية مطلقاً.

وإذا كان الكفيل والدائن على علم بنقص أهلية المدين وقت التعاقد. وقصد الكفيل هو تأمين الدائن ضد خطر إبطال العقد فإن الكفيل يلتزم ولو تقرر بطلان العقد المنشئ للالتزام الأصلي بصفة الكفيل مديناً أصليًّا لا بصفته كفيلاً لأن التزامه عن ناقص الأهلية تعهد منه للدائن بألا يستعمل المدين حقه في طلب الإبطال وفي حالة طلبه يتعهد بتنفيذ الالتزام الأصلي[٢٢٥].

(٢٢٥) عقد الكفالة د / منصور مصطفى منصور ٨ ص ٣٢.

المطلب الثالث

شروط المضمون له

يشترط أن تتوفر في المضمون له «الدائن» شروط هي :

١ ــ يجب أن تتوافر الأهلية الكاملة للدائن إذا كانت الكفالة بمقابل، وإذا لم تكن بمقابل فيكفي أن يكون الدائن مميزاً لأن الكفالة عقدت لمصلحته.

٢ ــ أن تكون الكفالة برضا المكفول له، ويكفي أن يكون الرضا ضمنيًّا لأن الكفالة عادة تكون لمصلحته،ولا يجوز أن تكون إرادته مشوبة بعيب من عيوب الرضا، فإن كانت إرادته مشوبة بعيب من عيوب الرضاء لم تصح الكفالة.

٣ ــ ألا يكون للدائن هدف غير مشروع من الكفالة،ويتحقق ذلك فيما إذا كان القصد منها تشجيع تعامل مخالف للقانون[٢٢٦].

(٢٢٦) الوسيط للسنهوري ١٠ /٧٣ وعقد الكفالة د / منصور مصطفى منصور ص ٣٣ ــ ٣٥.

المطلب الرابع
شروط المضمون به «محل الكفالة»

يشترط لصحة الكفالة أن يتوفر في المضمون به شروط هي :

١ ــ أن يكون محل الالتزام ممكناً. وشرط الإمكان يقتضي وجود التزام أصلي يضمنه الكفيل،وبدون هذا الالتزام لا تكون كفالة، ويكون محل التزام الكفيل مستحيلاً في ذاته، ويعتبر عقد الكفالة باطلاً.

٢ ــ يشترط أن يكون محل التزام الكفيل معيناً، وذلك بأن يكون الالتزام الأصلي معيناً تعييناً يمكن تمييزه عن غيره، ويتعين بتعيين محله كأن يذكر في عقد الكفالة أن محل الالتزام الأصلي هو مبلغ كذا من النقود أو القيام بعمل معين، وإذا لم يكن محل الالتزام الأصلي محدداً بصفة نهائية فيجب على الأقل أن يتضمن عقد الكفالة الأساس الذي يتحدد به كأن يكفل شخص ما ينشأ في ذمة المسئول عن فعل ضار معين من تعويضات للدائن،وعندئذٍ يكون محل التزام الكفيل قابلاً للتعيين،وهذا يكفي لانعقاد العقد(٢٢٧).

٣ ــ يجب أن يكون الالتزام صحيحاً. ويكون الالتزام صحيحاً إذا كان قد وجد وقت انعقاد الكفالة صحيحاً غير مهدد منذ نشأته بالزوال سواء كان هذا الالتزام من مصدر عقدي،أو غير عقدي،جاء ذلك في المادة ٧٧٦ «لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً».

وجاء ذلك في المادة ٧٤٣ من القانون المدني السوري،وهي مطابقة لما ورد في النص المذكور كما ورد ذلك في المادة ١٠٥٦ من قانون الموجبات والعقود

(٢٢٧) عقد الكفالة د / منصور مصطفى منصور ص٢٩.

اللبناني حيث جاء فيها «لا تصح الكفالة إلا لموجب صحيح» وبذلك تتفق مع النصوص الواردة بهذا الشأن من القانون المصري والسوري.

فإذا كان الالتزام المكفول باطلاً أو قابلاً للإبطال أمكن للكفيل كما أمكن للمدين الأصلي أن يتمسك بهذا الدفع، فيعلن بطلان الالتزام الأصلي أو يبطله ومن ثم يصبح التزام الكفيل باطلاً[٢٢٨].

٤ ــ يشترط أن يكون المكفول به مساوياً لما على المكفول عنه أو أقل منه، ولا يجوز أن يكون في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول به.

٥ ــ يشترط لصحة الكفالة أن تكون مشروعة الهدف، ولا يجوز أن تهدف إلى الخروج عن أحكام القانون فتكون غير مشروعة الهدف، لأنها والحالة هذه تصرف قانوني باطل لعدم المشروعية[٢٢٩].

---

(٢٢٨) الوسيط للسنهوري ١٠ /٤١.

(٢٢٩) دروس في التأمينات الشخصية والعينية جميل الشرقاوي ص٥١.

المطلب الخامس

شروط الصيغة

١ ــ أن يتبادل طرفا الكفالة التعبير عن إرادتين متطابقتين، وألا تكون الصيغة مبهمة أو بلغة لا يفهمها المتعاقد الآخر، وألا تكون مشوبة بشيء من عيوب الإرادة[٢٣٠].

٢ ــ يشترط لإثبات الكفالة أن تكون مكتوبة ولا تلزم الكفالة إلا بالكتابة، ومع كونها مشروطة لإثبات الكفالة إلا أنها غير مشروطة لانعقاد الكفالة، نصت على ذلك المادة ٧٧٣ مدني مصري «لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة». ويقابل ذلك المادة ٧٣٩ من القانون المدني السوري. والمادة ١٠٥٩ من قانون الموجبات اللبناني. أما القانون العراقي فلم ينص على ذلك،ومعنى ذلك عدم اشتراطه الكتابة في عقد الكفالة.

ويتبين من هذا النص أن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل ولو كان هذا الالتزام المكفول يثبت بالبينة بأن كان مثلاً عشرين جنيهاً فأقل.

ويجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه. كذلك يجوز الإثبات بالإقرار واليمين، وهذا هو ما تقضي به القواعد العامة في الإثبات. والإثبات بالكتابة ضروري فيما بين الكفيل والدائن أما فيما بين الكفيل والمدين فلا تشترط الكتابة،ويخضع الإثبات للقواعد العامة فيجوز الإثبات بالبينة والقرائن. ويجوز الإثبات بالبينة والقرائن إذا كان التزام الكفيل تجاريًّا[٢٣١].

---

(٢٣٠) عقد الكفالة د /منصور مصطفى منصور ص٢٥.

(٢٣١) الوسيط للسنهوري ١٠ /٧٩.

المبحث الثالث

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تلك الشروط

ويندرج تحته خمسة مطالب:

المطلب الأول : مقارنة شروط الضامن
المطلب الثاني : شروط المضمون عنه
المطلب الثالث : شروط المضمون له
المطلب الرابع : شروط المضمون به
المطلب الخامس : شروط الصيغة

المطلب الأول

شروط الضامن

١ ــ يشترط القانون أن يكون الضامن أهلاً للتبرع، وبهذا يتفق القانون مع القه الإسلامي في أنه لابد أن يكون الضامن أهلاً للتبرع،وأنه لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه للسفه أن يكون كفيلاً.

ويجيز القانونيون كون الكفيل قاصراً أو محجوراً عليه في الكفالة إذا كانت بمقابل، وتكون قابلة للإبطال إلا أن تجاز من الولي أو الوصي،على حين أن جمهور الفقهاء لا يجيزون الكفالة بمقابل، لأنهم يرون أنه من قبيل أكل المال بالباطل، والله تعالى يقول: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾[٢٣٢]. وليس هذا من قبيل التجارة لأن الكفيل لا يعطى بكفالته شيئاً يعتاض عنه بما يعطاه من عوض يأخذه من المكفول عنه أو المكفول به، وإنما التزم متبرعاً بأداء ما على المكفول عنه من الدين. والضمان معروف وخير، ولا يجوز أخذ عوض عن معروف أو خير كما لا يجوز عن صوم وصلاة سواء أكان من الدائن أو من المدين وسيأتي الكلام عن ذلك في بحث الاعتمادات المصرفية.

ويرى الفقهاء أن العقد إذا تم من القاصر أو المحجور عليه يعتبر موقوفاً على إجازة الولي والوصى، ولا يصح إطلاق الإبطال عليه، لأن معنى البطلان هو العدم، والعدم لا يتجزأ فلا يتجزأ البطلان. فالأولى إطلاق لفظ (موقوف) على العقد من هذا النوع فإن أجازه الولي أو الوصي جاز وإلا فلا.

---

(٢٣٢) سورة النساء آية / ٢٩.

٢ ــ يتفق القانون مع الفقه الإسلامي بأنه يشترط في الكفالة أن تكون منعقدة عن رضا الكفيل لأنه هو الذي يلتزم في العقد.

٣ ــ يشترط القانون كون الكفيل موسراً ليستطيع الوفاء بما التزم به، أما جمهور الفقهاء فلا يرون اشتراط يسر الكفيل لأن الدين متعلق بالذمة.

والراجح :

أرى أن الراجح هو القول بعد اشتراط ملاءة الكفيل ويسره لأنه قد يكون مليئاً إلا أنه مماطل فيكون الاشتراط غير مجدٍ.

ثم إن اشتراط رضا الدائن ــ وهو المضمون له ــ بالضامن يغني عن ذلك لأنه قد وثق فيه ورضي به، وكذلك فإن الضمان يتعلق بذمة الضامن وذمته صالحة لهذا التعلق سواء كان مليئاً أو غير مليء.

٤ ــ يشترط القانون المدني المصري كون الكفيل مقيماً في مصر حتى تسهل مقاضاته عند الاقتضاء. ويشترط التقنين الفرنسي كون الكفيل مقيماً في موطن المدين. ولم يشترط الفقهاء ذلك. ويغني عن هذا الشرط اشتراط رضا المكفول له، فما دام قد رضي عن الكفيل فلا حاجة إلى اشتراط كونه مقيماً في موطن المدين.

وأرى أنه لا يشترط اليسار والإقامة للكفيل لأن الرضا هو المعول عليه وهو الأساس في العقود والتصرفات.

لكن لو قيل بالوجوب حماية لحق الدائن لكان مناسباً، لأن الناس اليوم قد اختلفت ذممهم، كما أن كثرة الدول وتباين أنظمتها يخشى منه ضياع حق الدائن، فالقول بالوجوب فيه مصلحة ولا مضرة من اشتراطه حيث لا يخالف القواعد الشرعية بل يحقق الغرض من الكفالة.

٥ ــ اشترط القانون ألا يكون التزام الكفيل أشد عبئاً من الالتزام الأصلي وهذا لا يخالف الشريعة الإسلامية، ذلك أن الكفيل تبع للأصيل ولا يمكن أن يتحمل التابع أكثر من الأصيل.

المطلب الثاني
شروط المضمون عنه

١ ــ يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن المضمون عنه ليس طرفا في عقد الكفالة، وأن الكفالة تنعقد ولو لم يعلم بها أو كانت بغير رضاه.

٢ ــ يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أنه لا يشترط أن يكون المضمون عنه تام الأهلية، وأنها تجوز الكفالة ولو كان المضمون عنه ناقص الأهلية كصبي مميز أو محجور عليه للسفه.

المطلب الثالث

مقارنة شروط المضمون له

١ ــ يشترط القانون كون المضمون له كامل الأهلية في حالة كونها بمقابل أما إذا لم تكن بمقابل فيكفي أن يكون مميزاً.

واشتراط كون المضمون له كامل الأهلية إذا كانت بمقابل يتفق مع رأي الحنفية،وهو أنه يشترط أن يكون المضمون له كامل الأهلية لكي يكون قبوله صحيحاً. والاكتفاء بكون المضمون له مميزاً في حالة كونها بدون مقابل يتفق مع الرأي القائل بعدم اشتراط الأهلية للمضمون له وهو مقتضى قول جمهور الفقهاء بصحة الكفالة بإيجاب الكفيل دون التوقف على القبول من المكفول له. وهذا هو الصحيح لأن الكفالة التزام من الكفيل لمصلحة المكفول له فلا يشترط كون المكفول له كامل الأهلية.

٢ ــ يشترط القانون لصحة الكفالة رضا المضمون له ولو كان الرضا ضمنياً،وهذا يتفق مع رأي بعض الشافعية القائلين باشتراط رضا المضمون له. وقد خالفهم جمهور الفقهاء فقالوا بعدم اشتراط الرضا للمكفول له. وهذا هو الصحيح لحديث أبي قتادة رضي الله عنه،حيث لم يتوقف الضمان فيه على رضا المضمون له.

٣ ــ يشترط القانون ألا يكون للمضمون له هدف غير مشروع من الكفالة والفقهاء المسلمون قد راعوا في السبب كونه مباح الغرض، ولذلك جاء في المذهبين الحنبلي والظاهري وفي أحد قولي المذهب المالكي تحريم بعض العقود لعدم إباحة غرضها(٢٣٣).

(٢٣٣) المغني والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي٤ /٤٠ والمحلى لابن حزم ٩ /١٥٤٢ ومواهب الجليل للحطاب ٤ /٢٦٧.

المطلب الرابع
مقارنة شروط المضمون به

١ ــ يشترط القانون أن يكون محل الالتزام ممكناً وهذا الشرط لا خلاف فيه، لأن غير الممكن مستحيل ولا يمكن الكفالة فيه.

٢ ــ يشترط القانون كون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين.

وهم يتفقون في اشتراط كونه معيناً مع الشافعية في الجديد من المذهب. أما جمهور الفقهاء فقد أجازوا الكفالة مطلقاً ولو كان المكفول به مجهولاً، وهذا هو الصحيح لما سبق أن بيناه[٢٣٤].

٣ ــ يشترط القانون كون الالتزام صحيحاً، وهذا هو مذهب الفقهاء المسلمين لأن الكفيل تبع للأصيل فيأخذ حكمه، فإن لم يكن صحيحاً فلا تجوز كفالته.

٤ ــ يشترط القانون كون المكفول به مساوياً لما على المكفول عنه أو أقل، وهذا الشرط لا يتعارض مع ما جاء في الفقه الإسلامي، ثم إن الزيادة على الحق المكفول به ربا والربا محرم لا يجوز.

---

(٢٣٤) سبق ص ٣٦٠.

المطلب الخامس
مقارنة شروط الصغية

١ ــ يتفق القانون مع الفقه الإسلامي على أنه لابد أن تكون الصيغة واضحة دالة على المعنى المقصود، وألا تكون مبهمة ولا مشوبة بعيب من عيوب الرضا.

٢ ــ يشترط القانون لإثبات الكفالة أن تكون مكتوبة،وهذا الشرط إنما هو لإثبات الكفالة لا لانعقادها، ولم يرد في الفقه الإسلامي اشتراط الكتابة،وإنما تنعقد الكفالة وتثبت بالأدلة والقرائن المطلوبة للإثبات غير أن الشريعة الإسلامية قد ندبت إلى كتابة الديون لما فيها من التوثق والاحتياط،وهذا هو قول جمهور الفقهاء استدلالاً بآية المداينة.

وذهب بعض الفقهاء إلى أن الأمر بالكتابة للوجوب،فيجب على أرباب الديون كتابتها لدلالة تلك الآية على ذلك،وهو اختيار الطبري(٢٣٥).

ولكن الراجح من ذلك هو أن الأمر بكتابة الديون للندب لما فيه من التوثق والحيطة في حفظ الحقوق،وهذا هو اختيار القرطبي(٢٣٦).

---

(٢٣٥) تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ٦ /٤٧ دار المعارف بمصر. وتفسير القرطبي ٣/ ٣٨٢ــ ٣٨٣ دار الكتاب العربي بمصر الطبعة الثالثة ١٣٨٧هـ.

وآية المداينة هي قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾ الآية سورة البقرة آية / ٢٨٢.

(٢٣٦) ومما يؤكد كون الأمر في الآية للندب قوله تعالى بعد ذلك: ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا ﴾ الآية سورة البقرة آية/٢٨٣ أي فإن أمن بعض الدائنين لحسن ظنه به فلم يكتب عليه فليؤد المدين =

غير أنني أرى أنه لو قيل بوجوب كتابة عقد الكفالة لكان مناسباً،ذلك أنه قد ضعف الوازع الإيماني الذي يحمل الناس على الصدق والأمانة، وهذا تنظيم لا يخرج عن قواعد الشريعة الإسلامية وفيه المصلحة ولا مفسدة من القول بوجوبه للإثبات.

= دينه وليتق الله ربه فلا يخون الأمانة. روح المعاني في تفسير القرآن العظيم /محمود الألوسي ٣ /٧٩.

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

نظرية الضمان الشخصي
(الكفالة)

تأليف
د. محمد بن إبراهيم الموسى

الجزء الثاني

طبع بمناسبة افتتاح المدينة الجامعية
١٤١١هـ - ١٩٩١

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
سلسلة نشر الرسائل الجامعية = ٦ =

نظرية الضمان الشخصي
(الكفالة)

تأليف
د. محمد بن إبراهيم الموسى

الجزء الثاني

طبع بمناسبة افتتاح المدينة الجامعية
على نفقة شركة لاكي للتنمية المحدودة

أشرفت على طباعته ونشره إدارة الثقافة والنشر بالجامعة
١٤١١ هـ - ١٩٩١ م

حقوق الطبع والنشر محفوظة

البـــاب الخامس

آثار الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون

ويشتمل على ثلاثة فصـول :
الفصل الأول :آثار الكفالة في الفقه الإسلامي.
الفصل الثاني : آثار الكفالة في القانون.
الفصل الثالث : المقارنة بين آثار الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون.

الفصـــل الأول

آثار الكفالة في الفقه الإسلامي

ويندرج تحته أربعة مباحث :
المبحث الأول : العلاقة فيما بين الكفيل والدائن.
المبحث الثاني : متى يطالب الدائن الكفيل.
المبحث الثالث : تعدد الكفلاء ومايترتب عليه.
المبحث الرابع : العلاقة فيما بين الكفيل والمدين.

المبحث الأول

العلاقة فيما بين الكفيل والدائن

ويندرج تحته مطلبان هما :
المطلب الأول : مايتعلق بالدائن.
المطلب الثاني : مايتعلق بالكفيل.

المطلـــب الأول
ما يتعلـــق بالدائـــن

يجد الباحث في كتب الفقه الإسلامي أن الفقهاء قد اختلفوا في علاقة الدائن بالكفيل من حيث مطالبته بالدين على النحو التالي:

١ ــ الحنفيــة :

أ ــ فيما يتعلق بكفالة المال:

يرى الحنفية أن الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وهو الأصيل وإن شاء طالب الكفيل وذلك لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة كما أن الكفالة لا تبرئ المدين إلا إذا شرط فيها الإبراء، وبهذا تكون حوالة. وعلى ذلك يكون للدائن أن يطالب الكفيل أو يطالب المدين أو يطالبهما معاً.

جاء في بدائع الصنائع[١]:«وأيهما اختار مطالبته لايبرأ الآخر بل يملك مطالبته لأن الكفالة تنبني على الضم، وهو ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصيل أو في حق أصل الدين».

ب ــ كفالــة النفس:

للدائن أن يطالب الكفيل بإحضار المكفول بنفسه إن لم يكن غائباً، وإن كان غائبا حدد له مدة يمكنه إحضاره فيها، فإن لم يحضره في المدة ولم يظهر عجزه للقاضي حبسه إلى أن يظهر عجزه له، وينظره إلى حال القدرة على إحضاره لأنه بمنزلة المفلس، لكن لا يحول بين الطالب والكفيل بل يلازمه الطالب جاء في حاشية ابن عابدين[٢]: «وإن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٢٣.

(٢) حاشية در المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٥ /٢٩٠.

فيه إن طلبه فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم فإن غاب ولم يعلم مكانه لايطالب لأنه عاجز إن ثبت ذلك بتصديق الطالب أو ببينة أقامها الكفيل».

٢ ــ المالكية:

يرى المالكية أن الدائن لايطالب الكفيل بحضور المدين وملائه وهذا في كفالة المال. وهذا هو الصحيح عند الإمام مالك وأخذ به ابن القاسم ورواه ابن وهب وابن رشد وابن حبيب.

والقول الآخر عن مالك رحمه الله أن الدائن مخير بين طلب المدين أو طلب الكفيل، وإذا حل أجل الكفالة وكان المدين غائباً أو مات أو حاضراً وهو معسر كان للدائن أن يرجع على الكفيل، وكذلك إذا كان المدين مماطلاً توجه الطلب على الكفيل جاء في حاشية الدسوقي[١٣] :«فإن اشترط ضمانه في الحالات الست أو شرط رب الحق أخذ أيهما شاء كان له طلب الضامن إذا حل الأجل، ولو حضر الغريم مليا وما ذكره الشارع هو المعتمد، وهو مافي وثائق أبي القاسم الجزيري وغيره خلافاً لابن الحاجب من أن الضامن لا يطالب إذا حضر الغريم مليًّا مطلقاً».

وإذا تنازع الدائن والكفيل فادعى الدائن أن المدين معدم وطالب الكفيل فادعى أن المدين مليء كان القول قول الكفيل في ملاء المدين المضمون لأن الأصل في الناس الملاء، فليس لرب الدين في هذه الحالة طلب الضامن لتصديقه في ملاء المدين، ولاطلب المدين لأنه مقر بعدمه إلا أن يقيم الدائن بينه بعدم المدين فله مطالبة الكفيل أو يتجدد للمدين مال فله مطالبته،وهذا هو قول ابن القاسم في الواضحة، أما سحنون فقال إن القول للدائن إلا أن يقيم الكفيل بينة بملاء المدين.

وفي ضمان الوجه يكون الكفيل ملزماً بإحضار الغريم لرب الحق، وتتوجه إليه

---

(٣) حاشية الدسوقي ٣ /٣٣٧.

المطالبة بإحضاره فإن أحضره وسلمه لرب الدين توجهت المطالبة إلى المدين دون الكفيل لأنه قد برئ بتسليمه، فإن لم يسلم الكفيل المدين لرب الدين نظر فإن كان المضمون حاضراً أو قربت غيبته كاليومين تلوّم له لعل الضامن أن يأتي به، وإن بعدت الغيبة غرم مكانه، وكذلك يغرم في الحضور وقرب الغيبة بعد التلوم ولاينفع الإحضار بعد الحكم به لكن إن ثبت عدمه في غيبته أو أثبت موته فلا يغرم الضامن لأنه حكم تبين خطؤه.[٤].

وفي ضمان الطلب فالضامن ملزم بطلب المضمون بما يقوى عليه عادة إن غاب وعلم موضعه. فإن غاب ولم يعلم موضعه فلا غرم عليه إلا إذا فرط في الطلب حتى لم يتمكن رب الدين منه فإنه يغرم كان طلبه في المكان الذي لايظن وجوده فيه أو هربه أو علم موضعه ولم يدل رب الحق عليه.

فإن أحضره فإن المطالبة تتوجه إلى المضمون وحده دون الضامن[٥].

٣ ــ الشافعيـــة:

أ ــ كفالة المـــال:

يترتب على الكفالة تعلق الدين بذمة الكفيل ولايبرأ المدين بالكفالة، ولذا فإن الشافعية يرون أن الدائن مخير بين أن يطالب الكفيل أو المدين أوهما معاً. ويستدلون لذلك بما روى جابر رضي الله عنه فيما أوردناه في الأصل في مشروعية الكفالة[٦]وفيه ورد «الآن بردت عليه جلده»، قال الشربيني الخطيب في الإقناع[٧]: «ولصاحب الحق مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه بأن

(٤) الشرح الصغير للدردير ٣ /٤٥٠ وبلغة السالك للصاوي ٢ /١٦٤.
(٥) الخرشي على مختصر خليل ٦ /٣٦.
(٦) ص ١٦٣.
(٧) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ١ /٢٨٩. لمحمد الشربيني الخطيب.

يطالبهما جميعاً أو يطالب أيهما شاء بالجميع أو يطالب أحدهما ببعض» ولأن الضمان وثيقة بالدين فلم ينقل الحق كالشهادة.

ب ــ كفالة النفـــس:

يرى الشافعية أن الدائن يطالب الكفيل بإحضار المكفول. فإن أحضره أو حضر المكفول بنفسه توجهت المطالبة إلى المكفول. فإن غاب المكفول لزم الكفيل إحضاره ولو من دار الحرب وفوق مسافة القصر ولو في بحر غلبت السلامة فيه فيما يظهر، وما يغرمه الكفيل من مؤنة السفر في هذه الحالة في مال نفسه، ولو كان المكفول ببدنه يحتاج إلى مؤن السفر ولاشيء معه فإن على الكفيل قضاءه. ويمهل الكفيل مدة الذهاب والإياب فإن مضت المدة ولم يحضره حبس مالم يؤدِ الدين لأنه مقصر، وذلك إن عرف محله وأمن الطريق ولم يكن مايمنعه منه عادة.

ولايطالب الكفيل بإحضار البدن أو العين إذا تلف كل منهما بمال وذلك لأنه إنما التزم حضور ماذكر ولم يلتزم المال. وإن فات التسليم بموت أو غيره فلو شرط أنه يغرم المال كقوله كفلت بدنه بشرط الغرم أو على الغرم لم تصح الكفالة، لأن ذلك خلاف مقتضاها وهو عدم غرم الكفيل المال.

وفي كفالة البدن يكون الكفيل ملزماً بتسلم المكفول في المكان المعين فإن كانت مطلقة وجب التسليم في موضع العقد. وإن كانت الكفالة حالة وجب التسليم حال العقد. وإن كانت مؤجلة وجب التسليم عند حلول الأجل[٨].

٤ ــ الحنابلـــة:

يرى الحنابلة أن الدائن بالخيار في مطالبة من شاء من الكفيل أو المدين لأن

(٨) إعانة الطالبين لأبي بكر السيد البكرى ٣ / ٧٨ . وتكملة المجموع للمطيعي ١٤ / ٤٨.

الحق ثابت في ذمة المدين والكفيل.

جاء في المغني[٩]: «ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما... ولنا: أن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالأصيل، ولأن الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبتة مطالبة من شاء منهما كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه».

ب ــ كفالــة النفــس:

يطالب الكفيل في كفالة النفس بإحضار المكفول به مع حياته فإن كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الأجل فإذا حل الأجل فأحضره وسلمه برئ وإن كان غائباً أو مرتداً لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي إليه وإعادته. وإذا تعذر إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من إحضاره لزمه ماعليه. وفي حالة إحضار المكفول به توجه المطالبة إليه وحده دون الكفيل.

جاء في المبدع في شرح المقنع[١٠]: «ومتى أحضر المكفول به وسلمه برئ إلا أن يحضره قبل الأجل، وفي قبضه ضرر وإن مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى أو سلم نفسه برئ الكفيل، وإن تعذر إحضاره مع بقائه لزم الكفيل الدين أو عوض العين». ومتى برئ الكفيل فإن المطالبة تتوجه إلى المدين وحده.

---

(٩) المغني لابن قدامة ٤ /٦٠٥.

(١٠) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٤ /٢٦٥.

٥ ــ الظاهرية :

يرى الظاهرية أنه في حال الضمان فإن الدين ينتقل من المضمون عنه إلى الضامن وعلى هذا فإن المطالبة تتوجه إلى الضامن فقط ولا يجوز مطالبة المضمون عنه، جاء في المحلى[١١]:«فمن كان له على آخر حق مال من بيع أو من غير بيع من أي وجه كان حالاً أو إلى أجل سواء كان الذي عليه الحق حيًّا أو ميتاً فضمن له ذلك الحق إنسان لاشيء عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذي له الحق فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ولاعلى ورثته أبداً بشيء من ذلك الحق انتصف أو لم ينتصف ولا بحال من الأحوال ولا يرجع الضامن على المضمون عنه ولا على ورثته أبداً بشيء مما ضمن عنه أصلاً سواء رغب إليه في أن يضمنه عنه أو لم يرغب إليه في ذلك.

وهذا هو المروي عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي ثور. جاء في المغني:[١٢] «وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء، وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود».

الدراســـة والمقارنـة :

بدراسة علاقة الدائن بالكفيل في المذاهب الفقهية المختلفة يتضح الآتي:

أولاً: فيما يتعلق بكفالة المال:

١ ــ يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أن الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل، لأن ذمة الكفيل قد شغلت بالدين مع بقائه شاغلاً لذمة المكفول عنه وبه يقول الأوزاعي.

(١١) المحلى لابن حزم ٥ /١١١.

(١٢) المغني لابن قدامة ٤ /٦٠٣.

٢ ــ يرى المالكية في الصحيح عندهم أن الدائن يطالب المدين ولايجوز له أن يطالب الكفيل إلا إذا تعذر مطالبة المدين، كما إذا كان المدين غائباً أو معسراً أو مماطلاً، ذلك أن الضامن إنما أخذ توثقه فأشبه الرهن فكما لاسبيل إلى الرهن إلا عند عدم الراهن، كذلك لاسبيل إلى الكفيل إلا عند عدم المضمون.

٣ ــ ويرى الظاهرية وأبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة أن الدائن لايجوز له مطالبة المدين مطلقاً، وإنما تجب المطالبة على الكفيل وحده لأن الدين بالكفالة قد انتقل من ذمة المدين إلى ذمة الضامن.

الراجـــح عندي:

بدراسة أقوال الفقهاء أرى أن الراجح هو القول بأن الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل، لأن الكفالة ضم ذمة وقد ثبت الحق في ذمتهما جميعاً فيملك الدائن مطالبة من شاء منهما لأن الضم يقتضي التسوية بينهما في رجوع الدائن على من شاء منهما. ويختلف الضمان عن الرهن بأن الرهن مال من عليه الحق وليس بذي ذمة يطالب. إنما يطالب من عليه الدين ليقضي منه أو من غيره، والضامن له ذمة غير المدين فهما في الكفالة شخصان لاشخص واحد كما في الرهن.

ثانيـاً :

وفيما يتعلق بكفالة النفس فإن للدائن أن يطالب الكفيل بإحضار المكفول بنفسه فإن لم يحضره بعد البحث عنه فقد اختلف الفقهاء فيما يترتب على ذلك:

١ ــ فيرى الحنفية والشافعية أن الكفيل في كفالة النفس لايلزمه إلا إحضار المكفول بنفسه، ويلزم بالبحث عنه وإحضاره فإن لم يتيسر

إحضاره فلا يلزم الكفيل شيء مالم يفرط أو يقصر فإن فرط أو قصر فإن للحاكم أن يحبسه حتى يتبين عجزه عن إحضاره.

٢ ــ ويرى المالكية والحنابلة أن الكفيل إذا لم يحضر المكفول بنفسه فإنه يلزمه ماعليه من مال. وقد سبق الكلام عن ذلك فليراجع (★)

(★) سبق ص ١٨٨ .

المطلـــب الثانـــي

مايتعلـق بالكفيـل:

الكفالة عقد لازم فلا يستبد الكفيل بفسخها وإنهائها إلا برضا المكفول له ويستثنى من ذلك بعض الحالات وهي حسب المذاهب الفقهية:

١ ــ الحنفيـــة:

أولاً: كفالة الكفيل بالدين إذا كانت معلقة على سبب وجوبه كما إذا قال له : بايع فلاناً وأنا كفيل بالثمن فإن الحنفية يجيزون للكفيل في هذه الحال أن يرجع عن الكفالة بشرط أن يكون ذلك قبل المبايعة، وبشرط أن يعلم المكفول له برجوعه قبل الإدانة حتى لايقع في الضرر. وإذا نهاه الكفيل عن المبايعة قبل تمامها اعتبر راجعاً في كفالته: جاء في الفتاوى الهندية[١٣]: «ولو رجع الكفيل عن الضمان قبل المبايعة أو نهاه عنها لم يضمن».

ثانيـــاً: الكفالة المضافة:

يصح عندهم للكفيل أن يرجع عن الكفالة المضافة قبل حلول وقتها. جاء في الفتاوى الهندية[١٤]: «ولو ضمن أجرة كل شهر في الإجارة فله أن يرجع في رأس الشهر ثم علل ذلك بأن للكفيل أن يرجع عن الكفالة المستقبلة».

ثالثـاً: الكفالة بالدين المستقبل «المعلقة على شرط»:

يجوز للكفيل أن يرجع عن الكفالة المعلقة إذا مارجع قبل تحقق الشرط الذي علقت عليه الكفالة وأعلن المكفول له بذلك جاء في فتح القدير[١٥]:

(١٣) الفتاوى الهندية لجماعة من العلماء ٣ /٢٧٥. دار إحياء التراث العربي ــ بيروت.
(١٤) الفتاوى الهندية لجماعة من العلماء ٣ /٢٨٩.
(١٥) شرح فتح القدير لابن الهمام ٥ /٤٠٤.

«مابايعت فلاناً فعلي، ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء».

المالكيـــة:

أولاً: كفالة الضامن بالدين إذا كانت معلقة على سبب وجوبها كما إذا قال «داين فلانا وأنا أضمنه أو إن ثبت لك عليه دين فأنا ضامن». والمالكية يجيز للضامن الرجوع عن الضمان قبل المعاملة لابعدها.

ويفرقون بين ذلك وبين قول شخص لآخر يدعي على رجل احلف أن لك عليه حقًا وأنا أضمنه، فليس للضامن رجوع ولو قبل حلفه لأنه التزام.[١٦]

ثانياً: للضامن أن يطلب من الدائن تخليصه من الضمان عند حلول أجله جاء في الخرشي[١٧]: «للضامن طلب رب الدين بتخليصه من الضمان بأن يقول له عند حلول أجله وسكوته عن طلب المضمون أو تأخيره وهو موسر إما أن تطلب حقك أو تسقط عني الضمان».

وللضامن كذلك أن يطلب من المضمون عنه دفع ماعليه للدائن عند حلول الأجل، وإن لم يطالبه رب الدين ولكن لايتسلم المال من المدين ليسلمه إلى الدائن وإن تسلمه ليوصله إلى الدائن فإن الضامن يضمن ولو تلف بغير تفريط لأنه متعد بقبضه بغير إذن الدائن.

جاء في الخرشي[١٨]: «ليس للضامن أن يطالب المضمون بأن يسلم المال إليه ليدفعه لربه لأنه لو أخذه منه ثم أعدم الكفيل أو أفلس كان للذي له الدين أن يتبع الغريم».

---

(١٦) بلغة السالك للصاوي ٢ /١٥٦.

(١٧) الخرشي على مختصر خليل ٦ /٢٩.

(١٨) نفس المرجـــع ٦ /٢٩.

ويجب على الضامن تأخير رب الدين عن الغريم المعسر وذلك لوجوب أنظار المعسر ولايستطيع الضامن أن يطالب بالتخليص من الضامن في حالة الإعسار وللضامن إذا طالبه الدائن بالدين أن يدفع طلبه بما يأتي:

١ ــ أن يدفع بأن المدين حاضر موسر فلا يحق للدائن مطالبة الضامن إلا بعد مطالبة المضمون عنه. فإن تعذر الوفاء من المدين جاز للدائن مطالبة الضامن.

٢ ــ أن يدفع بأن للمدين مالاً حاضراً يمكن الوفاء منه من غير مشقة وإن لم يكن المدين حاضراً، فإذا أثبت ذلك لم يكن للدائن حق مطالبته.

الشافعيـــة:

يرى الشافعية أن للضامن أن يطلب من الدائن إذا مات المضمون عنه عن ميراث بأن يبرئه أو يأخذ حقه من الإرث لأنه قد يهلك فلا يجد مايؤدي عنه، ويتحمله الضامن وهذا مشروط بكون الضامن بإذن المضمون عنه، أما إذا ضمن بغير إذنه فإنه لايستحق شيئاً على الأصيل لأنه تبرع جاء في شرح البهجة[١٩]: «وللضامن بإذن الأصيل أن يطالب صاحب الحق إذا مات الأصيل عن ميراث بأن يبرئه عن الحق أو يأخذ من إرث أصل حقه لأنه قد يهلك فلا يجد مرجعاً إذا غرم».

الحنابلـــة:

يرى الحنابلة أنه يجوز للضامن أن يرجع في ضمانه فيما إذا كان المضمون به مما يؤول إلى الوجوب شريطة أن يكون الرجوع قبل الوجوب. جاء في

(١٩) شرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣ /١٦٢.

مطالب أولي النهى[٢٠]: «وله أي الضامن إبطاله قبل وجوبه لابعده لأنه إنما يلزم بالوجوب».

الدراسة والمقارنة:

١ ــ يرى الحنفية والمالكية والحنابلة أنه يجوز للضامن أن يرجع عن ضمانه بالدين إذا كانت الكفالة معلقة على سبب وجوبه بشرط أن يكون الرجوع قبل الوجوب ويخالفهم الشافعية حيث يقولون بعدم صحة الضمان المعلق على سبب الوجوب. ويشترط الحنفية أن يعلم المكفول له برجوعه قبل الوجوب حتى لايقع في الضرر ولم يشترط ذلك المالكية والحنابلة.

ويفرق المالكية في التعليق على سبب الوجوب بين الحلف وغيره فيما إذا قال شخص لآخر احلف وأنا أضمنه لأن الحلف التزام فلا يجوز الرجوع ولو قبل الحلف.

ويعتبر الحنفية من الرجوع عن الكفالة نهي الكفيل للمدين عن المبايعة قبل إتمامها.

والراجح:

هو القول بجواز رجوع الضامن عن الضمان إذا كان الضمان لم يلزم بعد شريطة إعلام المكفول له لأن التزام الضامن غير محدد بمدة ولأنه لم يترتب على التزامه شيء.

٢ ــ يرى الحنفية أن من حق الكفيل أن يرجع عن الكفالة المضافة قبل حلول وقتها، ولم يصرح المالكية والحنابلة بشيء في ذلك وقد أجازوا إضافة الكفالة، فربما يقال بجواز ذلك استناداً إلى قولهم بجواز الرجوع في الكفالة المعلقة.

(٢٠) مطالب أولي النهى لمصطفى السيوطي ٣ /٣٠١.

٣ ــ يرى المالكية والشافعية أن للضامن أن يطلب من الدائن تخليصه من الضمان عند حلول الأجل أو وفاة المضمون عنه عن ميراث، وذلك بأن يأخذ حقه أو يبرئ الضامن من الضمان ويشترط لذلك الشافعية أن يكون بإذن المضمون عنه حتى يرجع الضامن عليه بما أدى وإلا فلا يرجع بشيء ولم يشترط المالكية ذلك.

٤ ــ قول المالكية بأنه يجب على الضامن تأخير الدين عن الغريم المعسر ناتج عن قولهم بأن المطالبة له تتجه أولاً إلى المضمون عنه أما على قول الجمهور بأن رب الدين مخير في المطالبة فلا يترتب عليه ماذكر.

المبحث الثاني

متى يطالب الدائن الكفيل؟

بعد أن تكلمنا في المطلب الأول عن علاقة الكفيل بالدائن وحقوق كل منهما تجاه الآخر، نتكلم في هذه المبحث عن وقت مطالبة الدائن للكفيل فنقول: إن الكفيل تبع للأصيل فيثبت عليه ماعلى الأصيل وتكون المطالبة على الصفة التي عليها الدين على الأصيل من ناحية التعجيل والتأجيل، إذا كانت الكفالة منجزة مطلقة وكذلك في حال التعليق والإضافة وسنذكر ذلك عند المذاهب الفقهية:

١ ــ الحنفيــة:

الأصل في العقود أن تكون منجزة ومعنى ذلك أن تترتب آثارها عليها في الحال فإذا قبل الدائن الكفالة ــ على رأي أبي حنيفة ومحمد-فإن الكفيل يصير مطالباً بأداء هذا الدين في الحال، وفي رأي أبي يوسف تنعقد الكفالة نافذة ولكنها ترتد بالرد وعلى هذا يكون الكفيل مطالباً في الحال بعد صدور الإيجاب إذا لم يردها الدائن دون توقف على قبول الدائن.

وإذا كان الدين مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة إلى وقت حلوله، لأنها كفالة بما على الأصيل فتتقيد بصفته من الحلول والتأجيل، ولايستطيع الدائن أن يطالب الكفيل إلا بعد حلول الأجل.

وفي الكفالة المؤقتة تختلف مطالبة الدائن للكفيل تبعاً لاختلاف الصيغة وذلك على النحو التالي:

(أ) أن الكفيل إما أن يذكر إلى بدون من فإنه يطالبه في تلك الحال بعد الشهر ولايطالبه في الحال كقوله :كفلت دينك عليه إلى شهر، وعند أبي يوسف والحسن إن الكفيل يطالب في الحال وخلال مدة الشهر لاغير ويكون من باب التوقيت.

(ب) أن يذكر الكفيل ابتداء المدة وانتهاءها كقوله :كفلت دينك على زيد من هذا اليوم إلى نهاية الشهر، وفي هذه الحال فالمطالبة تتوجه إلى الكفيل في الحال وخلال المدة وبعد الانتهاء تنتهي المطالبة.

(جـ) ألا يذكر الكفيل ابتداء المدة ولا انتهاءها كقوله :كفلته شهراً وفي هذه الحال يطالب الكفيل حالاً وخلال المدة ويبرأ بعدها.

وعند الحنفية يجوز إضافة الكفالة بالمال إلى أجل مستقبل بشرط أن يكون معلوماً كقوله :كفلت بدينك ابتداءً من الشهر القادم، وفي هذه الحال يطالب الكفيل من الوقت المحدد للكفالة، أما قبل حلوله فلا يعد كفيلاً ولا يطالب به.

وفي الكفالة المعلقة وهي التي علقت بشرط كقول الكفيل أنا كفيل لك بالثمن إذا استحق البيع وفي هذه الحال لايطالب الدائن الكفيل إلا إذا تحقق الشرط. وفي الكفالة المقترنة بالشروط الصحيحة يطالب الدائن الكفيل متى ماتحققت الشروط المطلوبة[٢١].

٢ ــ المالكيـــة:

يرى المالكية أن الدائن لايطالب الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين على المشهور عندهم فإن كان المدين معسراً أو غير موجود أو مماطل فإن الدائن يطالب الكفيل عند حلول أجل الدين. وقد يؤخر الدائن أجل الدين عند حلوله

(٢١) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٥ / ٢٨٩.

وفي هذه الحال قد يكون المدين معسراً ولا اعتراض للكفيل في هذه الحال لكون التأخير رفقاً به. وقد يكون موسراً وهنا لايخلو إما أن يعلم الكفيل بالتأجيل ويسكت وفي هذه الحال يلزم الكفيل لسكوته بعد العلم.

أو لا يعلم حتى يحل الأجل الذي أنظره إليه وقد أعسر المدين فإن الكفالة لازمة للكفيل إن حلف الدائن أنه لم يؤخره مسقطاً لضمان الضامن فإن نكل سقط الضمان.

والغرض الثالث: أن يعلم الكفيل بالتأجيل فينكر التأخير أي أنه لم يرض به حين علمه ويقول للدائن تأخيرك إبراء لي من الضمان، وحلف الدائن أنه لم يسقط الضمان بتأخيره فإن الكفالة تلزم الكفيل ويسقط التأخير، ويأخذ الحق عاجلاً فإن نكل الدائن سقطت الكفالة ولزم التأخير، وفي الكفالة المضافة وذلك كقول الكفيل داين فلاناً وأنا ضامن فيما داينته به فإن الكفيل يطالب عند تحقق ما أشار إليه وهو المداينة جاء في الخرشي[٢٢]: إذا قال شخص لآخر داين فلانا وأنا ضامن فيما داينته به فإنه يلزمه مادداينه إذا ثبت بنيته أو بإقرار المضمون».

ويرى المالكية أنه يجوز ضمان المؤجل حالاً إن كان مما يعجل وذلك بأن يسقط المدين حقه من التأجيل ويضمنه ضامن على الحلول فإن هذا الضمان لازم للكفيل بشرط أن يكون هذا الدين مما يقضي للمدين بقبوله كما لو كان الدين نقداً أو عروضاً من قرض. ولايجوز ضمان المؤجل حالاً في حالة ما إذا كان الدين عروضاً أو طعاماً من بيع لما فيه من الفائدة كأنه قال: حط الضمان وأزيدك توثقا ولاتتوجه المطالبه للضامن حالاً بخلاف الحالة الأولى فإن الضامن يطالب بذلك حالاً.

(٢٢) شرح الخرشي على مختصر خليل ٦ / ٢٥.

جاء في الخرشي[٢٣]: «والمؤجل حالاً إن كان مما يعجل» أي وصح ضمانه. ولايطالب الكفيل في الكفالة المؤجلة إلا بحلول الأجل كما إذا قال شخص لرب الدين الحال أخر مدينك بما عليه شهراً وأنا أضمنه لك،ولكن يشترط لصحة ذلك أمران هما:

١ ــ أن يكون من عليه الدين موسراً بما عليه في أول الأجل للسلامة من سلف جر نفعاً.

٢ ــ أن يكون من عليه الدين معسراً والعادة أنه لم يوسر في الأجل الذي ضمن الضامن إليه بل يمضي عليه جميعه وهو معسر لأن تأخير المعسر واجب فليس صاحب الحق مسلفاً حقيقة ولاحكماً.

وللدائن أن يطالب ورثة الضامن إذا مات قبل حلول الأجل لأن الضمان يحل بالموت ولو كان الأصيل حاضراً مليا ثم ترجع ورثة الضامن بما أعطوا على الغريم بعد حلول الأجل. أما إذا كان موت الضامن عند حلول الأجل أو بعده فليس للدائن مطالبة ورثة الضامن بشيء مع حضور الغريم موسراً. ولا حق للدائن في مطالبة الضامن إذا كان المضمون حاضراً موسراً يتيسر الأخذ منه لأن الضامن إنما أخذ توثقه فأشبه الرهن فكما لاسبيل إلى الرهن إلا عند عدم الراهن كذلك لاسبيل إلى الكفيل إلا عند عدم المضمون على المشهور[٢٤].

وفي الكفالة المقترنة بالشروط الصحيحة يطالب الدائن الكفيل بتحقق الشروط المطلوبة.

٣ ــ الشافعيـــة:

يرى الشافعية أن الدائن يطالب الكفيل في حالة تأجيل الكفالة إذا كانت

(٢٣) شرح الخرشي على مختصر خليل ٦ /٢٣.

(٢٤) الخرشي على مختصر خليل ٦ /٢٨.

منجزة على الأصيل بحلول الأجل المحدد لها بالتأجيل، وفي حالة كونها معجلة على الكفيل مؤجلة على الأصيل يطالب الكفيل حالاً. جاء في شرح البهجه[٢٥]: «وعن حال مؤجلاً وعكسه إذ الضمان تبرع فيحتمل فيه اختلاف الدينين في الصفة للحاجة».

وفي حال إضافة الكفالة إلى المستقبل فإن الكفيل لايملك الدائن مطالبته إلا بعد المدة المحددة وذلك عند الشافعية مشروط بأن تقع الكفالة منجزة ويشترط تأجيل المطالبة شهراً. جاء في نهاية المحتاج[٢٦]: «ولو نجزها أي الكفالة وشرط تأخير الإحضار شهراً كضمنت إحضاره بعد شهر جاز لأنه التزم بعمل في الذمة».

وإذا اقترنت الكفالة بالشرط الصحيح فإن الدائن لايطالب الكفيل إلا إذا تحقق الشرط كما إذا كفل شخص لآخر دينه على زيد بشرط ألا يطالب بهذا الدين إلا بعد سنة أو على ألا يطالب الكفيل به إلا بعد عجز المدين عن الوفاء به .

ويحل المؤجل على الكفيل بموته ويطالب به الدائن الورثة. جاء في شرح البهجة[٢٧]: «والحق المؤجل يحل على من مات من ضامن وأصيل».

وفي ضمان ماسيجب لم يقل الشافعية بجواز ذلك إلا في مسألة ضمان نفقات الغد لزوجه أو غيرها وذلك في قول حكي عن القديم من مذهب الشافعي للحاجة لذلك. وإذا ضمن ذلك فإن الدائن لايملك مطالبة الكفيل إلا بعد ثبوتها ولزومها وهو اليوم المقرر فيه النفقة.

---

(٢٥) شرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣ /١٥١.

(٢٦) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٤٩.

(٢٧) شرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣ /١٦١.

جاء في شرح البهجة[٢٨]:«وكضمان ماسيجب مثل نفقات الغد لزوجه أو غيرها فإنه يصح في قول حكي عن القديم لأن الحاجة قد تدعو إليه».

٤ ــ الحنابلـــة:

يرى الحنابلة أن الكفيل إذا كفل ديناً حالاً على الأصيل وطلب تأجيله فإنه يصح ذلك ويكون حالاً على المدين مؤجلاً على الكفيل يملك مطالبة المدين دون الكفيل، ولايطالب الكفيل إلا بحلول الأجل المحدد.

جاء في المغني:[٢٩] «إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حالًا على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن» وكان الدين مؤجلاً إلى شهر فضمنه إلى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن...إلى شهرين».

أما إذا ضمن المؤجل حالاً فإن الحنابلة لهم في ذلك وجهان:

وعلى الأصح أن المؤجل لايصير حالاً ولايملك الدائن مطالبة الكفيل به إلا بعد حلول الأجل على الأصيل. جاء في المبدع في شرح المقنع[٣٠] «وإن ضمن المؤجل حالاً لم يصر حالاً ولم يلزمه قبل أجله في أصح الوجهين لأن الضامن فرع المضمون عنه فلا يستحق مطالبته دون أصله والثاني يلزمه قبل أجله لأن مقتضى صحة الضمان كذلك».

وفي توقيت الضمان وجهان: وعلى القول بالصحة فإن الكفيل يكون مطالباً في المدة وبعدها تبرأ ذمته كما إذا قال شخص أنا كفيل بهذا الدين

---

(٢٨) شرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣ /١٥٤.

(٢٩) المغني لابن قدامة ٤ /٦٠٠.

(٣٠) المبدع في شرح المقنع لابي إسحاق برهان الدين بن مفلح ٤ /٢٦١.

مدة سنة قال منصور البهوتي[٣١]: «وإذا قال شخص إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان شهراً صح لأنها جمعت تعليقاً وتوقيتاً وكلاهما صحيح مع الانفراد فكذا مع الاجتماع».

وفي حالة إضافة الكفالة إلى وقت معلوم أو غير معلوم لكنه متعارف فإن المطالبة من الدائن للكفيل تكون بحلول الوقت المضاف إليه جاء في مطالب أولي النهى[٣٢]: «وكذا لاتصح الكفالة لحصاد وجذاذ وعطاء للجهالة على المذهب. والأولى صحته هنا لأنه تبرع بلا عوض جعل له أجلاً لايمنع حصول المقصود منه فصح كالنذر، وهكذا كل مجهول لايمنع مقصود الكفالة».

وفي حالة تعليق الكفالة فإن الدائن يطالب الكفيل بعد تحقق المعلق عليه جاء في مطالب أولي النهى[٣٣]: «ويصح تعليق الكفالة بسبب الحق ومالم يجب ولم يوجد سببه بلا نزاع في ذلك كأن أقرضت فلاناً كذا فضمانه علي».

وفي حالة اقتران الكفالة بالشرط الصحيح فإن الكفيل يطالب بعد تحقيق الشرط المطلوب.

الدراســـة والمقارنـة:

أولا: في حالة تأجيل الكفالة الحالة: يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أن الدائن لايطالب الكفيل في الكفالة إذا كانت حالة وضمن الكفيل ذلك مؤجلاً إلا بحلول الأجل المحدد. ويرى المالكية أن الدائن لايطالب الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين على المشهور عندهم وعلى هذا فلا يملك الدائن مطالبة الكفيل إلا إذا كان المدين معسراً أو غائباً أو مماطلاً.

(٣١) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٧٧.

(٣٢) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى للسيوطي ٣ /٣١٦.

(٣٣) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى ٣ /٣١٧. للسيوطي.

وأما في حالة تأجيل الكفالة إذا كانت حالة على المدين فإنهم يشترطون لذلك شروطاً قد أوردناها عند ذكر مذهبهم في تأجيل الكفالة في الدين الحال[٣٤].

الراجـــح:

وأرى أن الراجح من ذلك أن الدائن له مطالبة الكفيل ولو كان لم يرجع على المدين ولكن بشرط حلول الأجل الذي حدده الكفيل ورضيه الدائن عند الكفالة لأن الكفيل ضمن مالاً بعقد مؤجل فكان مؤجلاً كالبيع.

ثانياً: ويرى الحنفية والمالكية والشافعية وفي وجه عند الحنابلة: أن الكفيل في الكفالة المعجلة إذا كانت مؤجلة على المدين يطالب حالاً ويشترط المالكية لذلك أن يكون المضمون مما يجوز تعجيله.

٢ ــ وعلى الصحيح عند الحنابلة أنه إذا ضمن المؤجل حالاً لايصير حالاً ولايملك الدائن المطالبة إلا بحلول الأجل على الأصيل. وهذا هو رأي المالكية في حالة كون المضمون مما لا يجوز تعجيله لما يخشى من كونه من باب الربا.

الراجـــح:

أرى أن الراجح من ذلك أنه يجوز تعجيل الكفالة المؤجلة في حق الكفيل ويطالب الكفيل فيها حالاً وذلك لأن الضمان تبرع فيحتمل فيه اختلاف صفة الدين في ذمة المكفول عنه للحاجة في التعامل بين الناس.

ثالثاً: في حالة توقيت الكفالة:

١ ــ يرى الحنفية وهو رواية عند الحنابلة أن الدائن يملك مطالبة الكفيل حال انعقاد الكفالة المؤقتة، وخلال المدة وبعدها لايملك المطالبة.

(٣٤) سبق ذلك ص ٢٦١ ــ ٢٦٢.

وذلك بناء على قولهم بصحة توقيت الكفالة.

٢ ــ وعند الشافعية لا يطالب الكفيل في الكفالة المؤقتة لعدم صحة توقيت الكفالة.

الراجـــــح:

أرى أن الراجح هو صحة توقيت الكفالة كما سبق[٣٥] بيان ذلك ويكون الكفيل مطالباً حال انعقاد الكفالة وأثناء مدتها وتنتهي مطالبته بانتهائها.

رابعاً: في حالة إضافة الكفالة:

١ ــ يرى الحنفية والمالكية والحنابلة أن الكفالة صحيحة مع الإضافة ويطالب الدائن الكفيل بعد تحقق ماأضيفت إليه.

٢ ــ ويرى الشافعية أنه لايصح إضافتها وإنما يصح تنجيز الكفالة وتأخير المطالبة، وعلى هذا فتتأجل المطالبة بتأجيل الكفيل لا بإضافتها.

الراجـــح:

أرى أن الراجح صحة إضافة الكفالة وبناءً عليه فإن الدائن يطالب الكفيل بعد تحقيق ما أضيفت إليه. وذلك لأن الكفالة تبرع من غير عوض جعل له أجل لايمنع من حصول المقصود منه فصحت كالنذر، وهكذا كل مجهول لايمنع المقصود من الكفالة.

خامساً: وفي حالة تعليق الكفالة:

١ ــ يرى الحنفية والحنابلة صحة تعليق الكفالة، وعلى هذا فإن المطالبة من الدائن للكفيل إنما تتوجه بعد تحقق ماعلقت عليه. وهذا هو مقتضى قول المالكية.

---

(٣٥) سبق ص ٢٥٥ .

٢ ــ ويرى الشافعية عدم صحة التعليق للكفالة وبالتالي فلا يطالب الكفيل فيها.

الراجـــح:

أرى أن الراجح هو صحة تعليق الكفالة وبناء عليه توجه مطالبة الدائن للكفيل بعد تحقق ماعلقت عليه. لأن الكفالة لها شبه بالنذر ابتداء وبالبيع انتهاء ومراعاة الشبهين تجيز تعليق الكفالة بالشرط ولكن بشرط أن يكون ملائماً.

سادساً: وفي حالة اقتران الكفالة بالشروط:

١ ــ يرى الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن الدائن يطالب الكفيل إذا تحققت الشروط المطلوبة على خلاف بينهم فيما يعتبر شرطاً صحيحاً وغير صحيح.

سابعاً: ويرى المالكية والشافعية أن الدائن يطالب ورثة الضامن إذا مات قبل حلول الأجل، لأن الضمان يحل بالموت ثم يرجع ورثة الضامن بما أعطوا على الغريم بعد حلول الأجل.

ثامناً: ويرى الشافعية والحنابلة أنه في حالة ضمان مالم يجب فإن المطالبة تتوجه إلى الكفيل بعد الثبوت لا بالعقد.

المبحث الثالث

تعدد الكفلاء ومايترتب عليه

تكلمنا فيما سبق عن علاقة الكفيل بالدائن، وعن وقت مطالبة الدائن للكفيل، ونتكلم في هذا المبحث عن حالة تعدد الكفلاء بأن كانوا أكثر من كفيل وذلك في المذاهب الفقهية:

الحنفية:

إذا كان الكفيل واحداً يطالب بكل الدين وإذا كان الكفيل أكثر من شخص فلا يخلو من حالات وهي:

١ ــ أن يكون كل منهما أصيلاً وكفيلاً في الوقت نفسه وذلك مثل مالو اشتريا من شخص ثوباً وكفل كل واحد من الاثنين عن صاحبه. وهذا جائز لعدم مايمنع منه لأن كل واحد منهما أصيل في النصف وفي النصف الآخر كفيل. وإذا أدى أحدهما نصف الدين فإنه لايرجع به على شريكه الآخر وإن نص على أنه نصيب صاحبه لأن وقوع الأداء عما هو عليه أصالة أولى من وقوعه كفالة، إذ الأول دين مع المطالبة والثاني مطالبة فقط ولأنه يؤدي إلى الدور إذ قد يحتج صاحبه بأن المؤدى عنه هو يكون عن صاحبه الدافع الأول وهذا في حالة اتفاق الدينين صفة وسبباً.

فإن اختلفا صفة بأن كان عليه مؤجلاً وما على صاحبه حالاً فإذا أدى صح تعيينه عن شريكه ورجع به عليه. أو اختلفا سبباً نحو أن يكون ماعلى أحدهما قرضاً والآخر ثمن مبيع فإنه يصح تعيين المؤدي لأن النية في الجنسين المختلفين معتبرة وفي الجنس الواحد لغو فإن زاد على النصف رجع بالزيادة[٣٦].

(٣٦) البحر الرائق لابن نجيم ٦ /٢٦٢.

٢ ــ أن يكفل كل منهما بمال عن رجل وتكون كفالتهما على التعاقب وبعد ذلك يكفل كل واحد منهما به عن صاحبه بأمره وبكل المال، وفي هذه الحال مايؤديه أحدهما يرجع بنصفه على شريكه أو يرجع بالكل على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره لأن الكل كفالة ولاترجيح للبعض على البعض.(٣٧).

٣ ــ أن يكفل كل منهما عن شخص ولايكفل أحدهما عن صاحبه أصلاً، فإنه لايرجع على صاحبه بشيء مما أدى لأنه أدى عن نفسه لاعن صاحبه أصلاً لأنه لم يكفل عنه ولكنه يرجع على الأصيل لأنه كفيل عنه بأمره.

٤ ــ أن يكفلا عن الأصيل بالجميع ثم يكفل كل منهما عن صاحبه، فلا يكون كل منهما كفيلاً بالجميع، وإذا أدى كل واحد منهما يكون عن نفسه الى النصف ولا يقبل قوله إنه أدى عن شريكه لاعن نفسه، إلا إذا زاد المؤدى على النصف فإنه يرجع على شريكه بالزيادة. ولو اشترى أحد الشريكين المفاوضين شيئاً ثم فسخت المفاوضة فيها فلرب الدين أخذ من شاء من شريكيهما بكل دينه لأن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة فلا تبطل بالاقتران وما أداه أحدهما لايرجع به على الآخر مالم يزد به على النصف.

٥ ــ أن يكفل كل واحد منهما عن الأصيل ثم يكفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولايكفل عنه صاحبه بما عليه. فإذا أدى الكفيل شيئاً من المال فالقول قوله أنه أداه من كفالة صاحبه إليه أو كفالة نفسه، لأنه تلزمه المطالبة بالمال من وجهين أحدهما من جهة كفالة نفسه عن الأصيل.

والثاني: من جهة الكفالة عن صاحبه وليس أحد الوجهين أولى من الآخر فكان له ولاية الأداء عن صاحبه أيهما شاء.

فإذا قال أديته عن كفالة صاحبي يصدق، ويرجع عليه لأنه كفل عنه بأمره

(٣٧) مجمع الأنهر شرح ملتقي الأبحر لعبد الله داما فندي ٢ /١٤٣.

سواء أدى المال إلى الطالب ثم قال ذلك، أو قال ابتداء إني أؤدى عن كفالة صاحبي يصدق ويرجع عليه لأنه كفل عنه بأمره سواء قال أديته عن كفالة الأصيل فيقبل منه ويرجع عليه لأنه كفل عنه بأمره أو قال ذلك بعد أداء المال إلى الطالب أو عند ابتدائه[٣٨].

المالكيـــــة:

لتعدد الحملاء عند المالكية حالات أربع وذلك في حالة تعددهم من غير ترتيب:

الأولى: أن يتعدد الحملاء ولم يشترط كفالة بعضهم عن بعض، فإن الدائن يرجع على كل منهم بحصته فقط دون صاحبه. جاء في بلغة السالك: «وإن تعدد حملاء ولم يشترط حمالة بعضهم عن بعض اتبع كل بحصته فقط»[٣٩].

الحالة الثانيـة: تعدد الكفلاء واشترط الدائن حمالة بعضهم عن بعض ولم يقل أيكم شئت أخذت بحقي فيؤخذ من وجد بجميع المال إن غاب الباقي أو أعدم أو مات ولمن دفع المال الرجوع على أصحابه أو المدين.

الحالة الثالثة: تعدد الكفلاء واشترط حمالة بعضهم عن بعض وقال أيكم شئت أخذت بحقي فله أخذ أي واحد منهم بجميع الحق ولو كان غيره حاضراً مليئاً، وللغارم الرجوع على أصحابه أو على الغريم.

الحالة الرابعة: تعدد الكفلاء ولم يشترط حمالة بعضهم عن بعض وقال أيكم شئت أخذت بحقي فيؤخذ أي واحد بجميع الحق ولو كان غيره حاضراً موسراً، وليس للغارم الرجوع على أحد من أصحابه بل على الغريم[٤٠].

(٣٨) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٢٢.

(٣٩) بلغة السالك للصاوي ٢ /١٦٠.

(٤٠) بلغة السالك للصاوي ٢ /١٦١.

ب ــ أما إذا كان هناك ترتيب بين الكفلاء فإن كل واحد منهم يؤخذ بجميع الحق ولو كان غيره موسراً. جاء في الخرشي[٤١]: «وصح ضمان الضامن وإن تسلسل ويلزمه مالزم الضامن».

الشافعيــة:

لتعدد الكفلاء حالتان:

الحالـة الأولـى: أن يكون التعدد على الترتيب كما إذا كفل عن الكفيل ثم كفل عن الثاني ثالث أو أكثر. وفي تلك الحالة إذا قبض الدائن حقه من أحدهم برئ الجميع لأنه قد استوفى حقه وإن أبرأ الدائن الكفيل الأول برئوا جميعاً وإن أبرأ أحد الكفلاء غير الأول برئ وبرئ فرعه وفرع فرعه، ولايبرأ أصله، وأي الكفلاء قضى الحق برئ الباقون من الدين لأنه حق واحد[٤٢].

الحالـة الثانيـة: ألا يكون التعدد على الترتيب وإنما بالاشتراك كما لو قال رجلان لآخر ضمنا مالك على فلان فإنه في تلك الحال يطالب الدائن كلاً منهما بنصف المال، وهو قول جمع من المتقدمين من الشافعية أما بعض المحققين فيرون أنه يطالب كلاً منهما بجميع الدين.

جاء في إعانة الطالبين[٤٣]: «أفتى جمع محققون بأنه لو قال رجلان لآخر ضمنا مالك على فلان طالب كلاً بجميع الدين وقال جمع متقدمون طالب كلاً بنصف الدين ومال إليه الأذرعي».

---

(٤١) شرح الخرشي على مختصر خليل ٦ /٢٣.

(٤٢) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٢٨.

(٤٣) إعانة الطالبين ٣ /٨١ لمؤلفه السيد البكري.

٤ ــ الحنابلـــة:

يرى الحنابلة أن لتعدد الكفلاء حالتين هما:

١ ــ أن يكون التعدد على الترتيب وذلك بأن يضمن المدين واحد ثم يضمنه آخر وهكذا، وذلك لأن الدين المضمون لازم في ذمة الضامن فيصبح ضمانه كسائر الديون فيثبت الحق على الجميع وبرئوا جميعاً بقضاء أي واحد منهم،وإن برئ المدين برئوا جميعاً وإن أبرأ مضمون له أحدهم برئ ومن بعده لامن قبله وإن ضمن أحدهم الضامنين الاخر لم يصح لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصل فهو أصل. فلا يجوز أن يصير فرعاً بخلاف الكفالة لأنها ببدنه لابما في ذمته.[١٤٤]

٢ ــ أن يكون تعدد الضامنين على الاشتراك ولذلك حالات:

(أ) أن يقول كل من الضامنين لرب الحق ضمنت لك الدين فهو ضمان اشتراك في الالتزام بالدين مع انفراد بالطالب فيكون كل منهما ضامناً لجميع الدين على انفراده ويكون لرب الدين طلب كل منهما بالدين كله لالتزامه به.

(ب) أن يقول الضامنان لرب الدين ضمنا لك الدين فإنه يكون بينهما بالحصص على كل منهما نصفه وإن كانوا ثلاثة فعلى كل منهم ثلثه.

(جـ) أن يقول أحد الضامنين أنا وهذان ضامنون لك الألف مثلاً ويسكت الآخران فعلى القائل فقط ثلث، ولاشيء عليهما، وإن أدى أحدهما الألف أو حصته منه حيث صح لم يرجع إلا على مضمون عنه لأن كلا منهم أصلي لاضامناً عن الضامن[١٤٥].

(٤٤) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٤ /٢٤٩.
(٤٥) مطالب أولي النهى للسيوطي ٣ /٣٢٢.

٣ ــ وفي الكفالة بالنفس إن كفل شخص آخر وكفل الآخر آخر، وهكذا فإنه يبرأ كل من الكفلاء ببراءة من قبله ولايبرأ ببراءة من بعده لأنه أصله، ولو تكفل بالرجل الواحد رجلان جاز، ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين بصاحبه لأن الكفالة ببدنه لابما في ذمته، وأي الكفيلين أحضر المكفول به برئ وبرئ صاحبه من الكفالة[٤٦].

الظاهريـــــة:

إذا ضمن اثنان فصاعداً حقًّا على إنسان فإنه يتوزع بينهم بالحصص كما لو ابتاع اثنان بيعاً أو تداينا ديناً على أن كل واحد منهما ضامن عن الآخر فإن ماكان على كل واحد منهما قد انتقل عنه واستقر على الآخر لا يجوز غير هذا أصلاً ولأن من الباطل المحال الممتنع أن يكون مال واحد على اثنين فصاعدا يكون كله على كل واحد منهما، لأنه كان يصير الدرهم درهمين ولابد. أو يكون غير لازم لأحدهما بعينه ولالهما جميعاً.

ولايجوز أن يشترط في ضمان اثنين عن واحد أن يأخذ أيهما شاء بالجميغ ولا أن يشترط ذلك الضامن في نفسه وفي المضمون عنه ولا أن يشترط أن يأخذ المليء منهما عن المعسر والحاضر عن الغائب وذلك لقوله ﷺ «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[٤٧] وهذا شرط لم يأت بإباحته نص فهو باطل[٤٨].

الدراســـة والمقارنـــة:

١ ــ يرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه إذا تعدد الضامنون على الترتيب

(٤٦) المغني لابن قدامة ٤ /٦٠٦.

(٤٧) رواه البخارى في كتاب البيوع حديث رقم ٢١٦٨ /صحيح البخاري بشرحه فتح الباري لابن حجر ٤ /٣٧٦ ورواه مسلم في كتاب العتق ٢ /١١٤٢.

(٤٨) المحلي لابن حزم ٥ /١١٨.

بأن ضمن واحد ثم ضمن آخر وهكذا، فإن الحق يتوجه إلى كل منهم فمتى استوفى الحق من أحدهم برئ الجميع.

٢ ــ يرى الحنفية والمالكية والحنابلة وهو قول جمع من متقدمي الشافعية والظاهرية أنه إذا تعدد الكفلاء ولم يكفل أحد منهم عن صاحبه فإن الدائن يرجع على كل منهم بحصته فقط، ولايرجع أحد الكفلاء على أصحابه بما أدى لأنه أدى عن نفسه لاعن صاحبه أصلاً لأنه لم يكفل عنه ولكن يرجع على الأصيل.

٣ ــ يرى الحنفية والمالكية والحنابلة وجمع من محققي الشافعية أنه إذا تعدد الكفلاء وكفل كل منهم عن صاحبه بأمره وبكل المال فإن كل واحد منهم يطالب بالمال جميعه، فإذا أدى فإن له الرجوع على أصحابه بحصصهم أو على المدين ويشترط الحنفية للرجوع أن تكون الكفالة بأمر من يرجع عليه. ولايجيز الحنابلة أن يضمن أحد الضامنين الآخر إلا في الكفالة لأنها بالبدن وليست بما في الذمة.

٤ ــ يرى الحنفية والمالكية أنه إذا تعدد الكفلاء وكفل كل منهما عن صاحبه فإنه لايطالب كل منهم بجميع المال إذا لم تكن على التعاقب عند الحنفية وإذا أدى كل منهما يكون عن نفسه إلى مقدار حصته فإذا زاد على حصته فتكون الزيادة من نصيب شريكه يرجع عليه فيها. وهذا هو رأي المالكية في تلك الحالة، إلا إذا غاب الباقون أو أعسروا أو ماتوا فإنه يؤخذ من وجد بجميع المال ويمنع الظاهرية أخذ المليء عن المعسر والحاضر عن الغائب.

٥ ــ وقد أورد الحنفية حالة للتعدد: وهي تعدد الكفلاء ثم كفالة واحد منهم عن صاحبه بما عليه ولا يكفله الآخر. فإذا أدى الكفيل من المال شيئاً فالقول قوله أنه أداه عن صاحبه أو عن نفسه.

٦ ــ وقد أورد المالكية حالة للتعدد وهي: تعدد الكفلاء ولم يشترط الدائن حمالة بعضهم عن بعض وقال أيكم شئت أخذت بحقي فإن له أخذ أي واحد منهم بجميع الحق وإذا أدى لايرجع إلا على الغريم لأنه لا حمالة فيها بين الكفلاء ولا يجيز الظاهرية الاشتراط بأخذ الحق من أيهم شاء.

٧ ــ وأورد الحنابلة حالة من التعدد وهي: ما إذا قال أحد الضامنين أنا وهذا ضامنان لك ويسكت الباقون، فإنه يلزم القائل بحصته دون الباقين وإذا أدى أحد من الباقين حصته يرجع بها على المضمون لأن كلا منهم أصلي وليس ضامناً عن ضامن.

٧ ــ وأورد الحنابلة حالة من التعدد وهي: ماإذا قال أحد الضامنين أنا وهذا ضامنان لك ويسكت الثاني، فإنه يلزم القائل بحصته دون الثاني وإذا أدى أحد الاثنين حصته يرجع بها على المضمون لأن كلا منهم أصلي وليس ضـامناً عن ضامن.

المبحث الرابع

العلاقة بين الكفيل والمدين

تكلمنا في المبحث الثالث عن تعدد الكفلاء ومايترتب على ذلك من الأحكام ونتكلم هنا في العلاقة بين الكفيل والمدين:

أولا: شروط رجوع الكفيل على المدين:

١ ــ الحنفية:

يشترط الحنفية لاستحقاق الكفيل الرجوع على المدين شروطاً هي:

١ ــ أن يكفل الكفيل بأمر المكفول عنه فإن كفل بغيره أمره بل بأمر أجنبي وأدى لم يرجع على المدين ولاعلى الآمر لأنه متبرع بأدائه عنه.

٢ ــ أن يكون المكفول عنه الآمر ممن يجوز إقراره على نفسه، فلا يرجع على صبي وعبد محجورين إذا أدى كفيلهما بالأمر لعدم صحته منهما، ولكن يرجع على العبد بعد عتقه بخلاف المأذون فيهما لصحة أمره وإن لم يكن أهلاً لها فيعتبر إقراره.

٣ ــ أن يضيف المكفول عنه الضمان إلى نفسه بأن يقول اكفل عني أو مايقوم مقامها وهو على، إن ذلك علي وكذا الخليط[٤٩] يرجع بالإجماع وإن لم يقل عني.

(٤٩) الخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده أو الاستجرار منه. ويشمل الخليط الحقيقي والحكمي كما إذا كفل الأب عن ابنه الصغير مهر مرأته ثم مات فأخذ من تركته. البحر الرائق لابن نجيم ٦ /٢٤٣.

وإذا لم يضف الضمان إلى نفسه كما إذا قال: اضمن لفلان الألف التي له علي فضمنها وأدى إليه لا يرجع على المدين بشيء[٥٠].

٤ ــ أن يؤدي الكفيل المكفول به إلى المكفول له لأن الموجب للمطالبة هو التملك ولايمكن قبل الأداء ويملكه بعده فيرجع عليه بما أدى.[٥١]

وإذا لازم الطالب الكفيل فإن للكفيل أن يلازم المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره وإن حبس الكفيل فللكفيل أن يحبس المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره لأن مالحق الكفيل كان لأجله فله أن يعامله بمثله هذا إذا لم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله وإلا فلا يحق له أن يلازمه أو يحبسه.

٢ ــ المالكيــة:

يرى المالكية أنه يجوز الضمان بدون إذن المضمون عنه أو أمره جاء في بلغة السالك:[٥٢] «وجاز ضمان بغير إذن المضمون» ويرجع الضامن على المضمون عنه سواء كان بإذنه أبو بدون إذنه.

ويرى بعض علماء المالكية أنه يشترط إذن المضمون عنه وبدون إذنه لايرجع الضامن على المضمون عنه بشيء. جاء في حاشية الدسوقي[٥٣]: «أن بعض العلماء يشترط في حمالة ما على المدين أن تكون بإذنه وإلا لم يلزمه أن يدفع للحميل مادفعه عنه ولذا جرت عادة الموثقين بذكر رضا المدين بأن يكتبوا تحمل فلان عن فلان برضاه أو بأمره كذا وكذا وهذا ماقال به المتيطي وابن فتوح».

وللكفيل إلزام المدين على تخليصه من الكفالة إذا حل الأجل وطولب الكفيل

(٥٠) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥ /٣١٤ والبحر الرائق لابن نجيم ٦ /٢٤٣.
(٥١) مجمع الأنهر شرح ملتقي الأبحر /عبدالله داما فندي ٢ /١٣٣.
(٥٢) بلغة السالك للصاوي ٢ /١٥٦.
(٥٣) حاشية الدسوقي٣ /٣٣٤.

من قبل الدائن. ويملك الدائن مطالبة الضامن في حالات:

١ ــ إذا طالب الدائن الضامن والمدين حاضر مليء لكن المدين [٥٤] ملدّ فيملك الكفيل إجبار المدين ويملك الدائن مطالبة الضامن.

٢ ــ إذا كان الدائن قد شرط أخذ أيهما شاء أو شرط تقديم الضامن بالطلب.

٣ ــ أن يكون الضامن ضامناً في الحالات الست وهي: العسر واليسر والغيبة والحضور والموت والحياة وفي تلك الحالات يملك الدائن مطالبة الكفيل ويملك الكفيل إجبار المدين على تخليصه من الضمان.

٣ ــ الشافعيـــة:

يشترط الشافعية أن يكون الضمان بإذن المضمون عنه لكي يرجع الضامن على المدين.

وإذا كفل رجل عن رجل آخر ديناً بغير إذنه لم يكن للكفيل مطالبة المدين بتخليص ذمته لأنه لم يدخل فيه بإذنه. وإن كفل بإذنه فإن طالب الدائن الكفيل بالحق فإن للكفيل أن يطلب المدين بتخليصه، لأنه دخل الضمان بإذنه. وإذا لم يطالب الدائن الكفيل ففيه رأيان هما:

١ ــ ليس له حق مطالبته لأن الدائن لم يطالبه فلا ضرر عليه في كون الحق في ذمته.

---

(٥٤) الملدّ هو المماطل. يقال ألدَّه: خصمه ويقال: ألبَّه: عسر عليه في الخصومة ومطله-المعجم الوسيط ٢ /٨٢٧.

٢ ــ أن يكون له حق مطالبته بتخليصه وذلك لأنه لزمه هذا الحق من جهته وبأمره فجاز له مطالبته بإخلاء ذمته.

وإذا قضى الكفيل الحق للدائن فهل يرجع على المدين؟ لذلك حالات:

١ ــ أن يقول المدين اضمن عني هذا الدين فإنه يرجع عليه الكفيل. أما إذا قال اضمن هذا الدين ولم يقل عني فإنه لايرجع عليه بشيء، إلا أن يكون بينهما خلطة مثل أن يودع أحدهما الآخر أو يستقرض أحدهما من الآخر لأنه ضمن عنه بأمره.

الحالة الثانية: أن يضمن الضامن عنه بغير أمر المدين ويقضي عنه بغير إذنه فإنه لايرجع عليه لأنه متبرع عنه.

الحالة الثالثة: أن يضمن بغير إذنه ثم يؤدي عنه بإذنه ففي ذلك وجهان:

أحدهما: لايرجع عليه وهو المذهب لأنه لزمه بغير إذنه وأمره بالقضاء انصرف إلى ماوجب عليه الضمان. إلا إذا شرط الرجوع فيرجع. جاء في إعانة الطالبين(٥٥): «فإن وجد الإذن في الأداء دون الضمان فلا رجوع إلا إن أدى بشرط الرجوع فيرجع».

الثاني: يرجع على المضمون عنه لأنه أدى عنه بأمره فرجع عليه كما لو ضمن بإذنه. وإن قال اقض عني فلان وعينه فقضى عنه قال المسعودي: لم يرجع عليه وجهاً واحداً لأنه لاقرض عليه في ذلك.

الحالة الرابعة: أن يضمن عنه بإذنه ويقضي بغير أمره وهذه الحالة فيها ثلاثة أوجه:

أحدهما: يرجع عليه وهو المذهب لأنه دين لازم بإذنه، فرجع عليه كما لو

(٥٥) إعانة الطالبين لأبي بكر البكري٣ /٨٠.

ضمن بإذنه وقضى بإذنه جاء في إعانة الطالبين[٥٦]: «فإذا وجد الإذن في الضمان دون الأداء رجع الأصح لأنه إذن فى سبب الأداء».

الثانـي: لايرجع عليه لأنه أسقط الدين عنه بغير إذنه فلم يرجع كما لو ضمن بغير إذنه وقضى بغير إذنه.

الثالـث: وهو قول أبي إسحاق إن كان الضامن مضطراً إلى القضاء مثل أن يطالبه المضمون له والمضمون عنه غائب أو معسر فقضى المضمون له فإنه يرجع على المضمون عنه لأنه مضطر إلى القضاء. وإن لم يكن مضطراً إلى تخليصه من الضمان فقضى لم يرجع لأنه متطوع بالأداء

ثانياً: الكفالة بالبدن:

إذا كانت الكفالة بالبدن قد حصلت بإذن المكفول وطلب المكفول له الكفيل بإحضار المكفول به، وجب على الكفيل أن يحضره ووجب على المكفول أن يحضر لأنه كفل به، وإن لم يطالبه المكفول له، وقال الكفيل للمكفول به احضر معي لأردك إلى المكفول له لتبرأ ذمتي من الكفالة كان عليه أن يحضر معه.

أما إذا لم تكن الكفالة بإذن المكفول عنه ففيه رأيان عند الشافعية:

أحدهما: وهو قول عامة الشافعية لايصح إلا بإذنه ولايلزم المكفول به الحضور.

والثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج: تصح من غير إذن المكفول به وفي هذه الحال يجب على المكفول به الحضور إذا طلبه الكفيل لأن صاحب الحق قد وكل الكفيل بإحضاره، وليس للكفيل أن يطلب من الأصيل أن يعطيه ماضمنه

(٥٦) نفس المرجع ٣ /٨٠.

عنه ليدفعه أو بدله للمستحق وليس له حبس الأصيل وإن حُبس ولا ملازمته، أما إذا غرم فله حبسه وملازمته.

جاء في شرح البهجه[٥٧] «أما طلبه من الأصيل بأن يعطيه ماقد كفل فلا ولا اعتقاله لو يعتقل».

٤ ــ الحنابلة:

لضمان الضامن وأدائه عن المضمون عنه بإذنه أو بغير إذنه حالات هي:

الحالة الأولى: أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدى بأمره، فإنه في هذه الحالة يرجع الضامن على المدين سواء قال اضمن عني أو أد عني أو أطلق.

الحالة الثانية: أن يضمن بأمره ويقضي بغير أمره وفي هذه الحال له الرجوع على المدين ذلك أنه إذا ضمن بإذنه فإن ذلك يتضمن إذنه في الأداء لأن الضمان يوجب عليه الأداء فرجع عليه كما لو أذن في الأداء صريحاً.

الحالة الثالثة: أن يضمن بغير أمره ويؤدي بأمره وفي هذه يكون للضامن الرجوع على المدين لأنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامناً وكما لو ضمن بأمره.

الحالة الرابعة: أن يضمن بغير أمره ويقضي بغير أمره ففيه روايتان:

إحداهما: يرجع بما أدى لأنه قضاء مبرئ من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه.

الثانية: لايرجع الضامن على المدين بشيء، لأنه تبرع بذلك، ولحديث علي وأبي قتادة فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت لصار الدين لهما

(٥٧) شرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣ /١٦٢.

فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه ولم يصل عليه النبي ﷺ.

ثانياً: الكفالة بالبدن:

إذا كفل رجل عن رجل بإذنه فطولب الكفيل من الدائن فإن للكفيل أن يطالب المدين بتخليصه لأنه لزمه الأداء عنه بأمره، فكانت له مطالبة المدين لتبرئة ذمته وإن لم يطالب الكفيل من قبل الدائن ففيه رأيان:

١ ــ لايملك الكفيل مطالبة المدين لأنه لما لم يكن له مطالبة المدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه.

٢ ــ أن الكفيل يملك المطالبة لأنه شغل ذمته فكانت له المطالبة بتفريغها كما لو استعار عبداً فرهنه كان للسيد مطالبته بفكاكه.

وإذا كفل بغير أمر المدين فإنه لايملك مطالبة المدين قبل الأداء بحال لأنه لاحق له يطالب به ولاشغل ذمته بأمره فأشبه الأجنبي.

وإذا تغيب المضمون عنه فألزم الضامن بسبب ذلك غرماً وأنفقه في حبس فإنه يرجع به على المضمون عنه. جاء في المبدع في شرح المقنع[٥٨]: «لو تغيب مضمون عنه قادر ــ قاله شيخ الإسلام تقي الدين وأطلقه في موضع آخر فأمسك الضامن وغرم شيئاً بسبب ذلك وأنفقه في حبس رجع به على المضمون عنه».

الظاهرية:

يرى الظاهرية أن الضامن لايرجع على المضمون عنه بشيء مطلقاً سواء أدى بأمره أو بغير أمره إلا أن يكون المضمون عنه قد استقرضه.

(٥٨) المبدع في شرح المقنع ٤ /٢٥٨ لابن مفلح.

ذلك أنهم يرون سقوط الحق عن المضمون عنه وبراءته منه بالضمان وانتقاله منه واستقراره على الضامن.

جاء في المحلى[٥٩]: «لايرجع الضامن بما أدى سواء بأمره ضمن عنه أو بغير أمره إلا أن يكون المضمون عنه استقرضه».

المقارنة في شروط رجوع الكفيل على المدين:

باستقراء المذاهب الفقهية نستخلص منها مايأتي:

١ ــ يرى الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن الضامن إذا أدى عن المدين بأمره بنية الرجوع عليه فإنه يملك الرجوع عليه بشروط أوردها كل منهم وهذا باتفاق المذاهب الفقهية، ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية حيث قالوا إن الضامن لايرجع على المدين مطلقاً، وذلك عندهم مبني على أن الكفالة تنقل الدين من المدين إلى الضامن.

٢ ــ إذا أدى الكفيل المضمون به من غير أمر المدين في الضمان ولافي الأداء فإن الفقهاء من الحنفية وبعض المالكية والشافعية وبعض الحنابلة يتفقون على أن الضامن لايرجع على المدين بشيء لأنه متبرع بذلك.

ويرى بعض المالكية وبعض الحنابلة أنه يرجع الضامن على المدين ولو لم يكن بإذنه لعدم اشتراط إذنه عندهم مطلقاً.

الراجـــح:

أن الضامن لايرجع على المدين إلا إذا كانت الكفالة بإذنه ولايملك مطالبته كذلك لأنه متبرع. وذلك لحديث علي وأبي قتادة رضي الله عنها لأنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت لصار الدين لهما، وكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون له ولم يصل عليه النبي ﷺ.

(٥٩) المحلى لابن حزم ٥ /١١٦.

٣ ــ يشترط الحنفية أن يكون المكفول عنه الآمر ممن يجوز إقراره على نفسه لكي يعتبر أمره وإذنه، ويرجع على المضمون عنه بناء على أذنه، ولايرجع الضامن على صبي وعبد محجورين لعدم صحة الإقرار منهما مالم يكونا مأذونين.

٤ ــ يتفق الحنفية والشافعية على أن رجوع الكفيل لابد أن يكون الضمان فيه مضافاً إلى نفسه بأن يقول اكفل عني فإن لم يقل ذلك وإنما قال اضمن هذا الدين، فإنه لايرجع بشيء إلا أن يكون بينهما خلطة.

ويرى الحنابلة أنه لايشترط إضافة الضمان إلى نفس الكفيل إذا كان الضمان بإذنه، وهذا هو مقتضى مذهب المالكية حيث لم يصرحوا بذكر هذا الشرط كما أن جمهورهم يقولون بالرجوع على المدين ولو لم يكن بإذنه.

الراجـــح:

أرى أن الراجح هو القول بصحة رجوع الكفيل وجوازه على المدين إذا كان بإذنه، ولو لم يضف الضمان إلى نفسه لحديث علي وأبي قتاده رضي الله عنهما لأن المضمون عنه ميت ومع ذلك صح الضمان.

٥ ــ يتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن الكفيل لايستحق الرجوع على المدين إلا بعد أن يؤدي المضمون به.

٦ ــ يتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن للكفيل أن يطالب المدين بتخليصه من الدين في حالة مطالبة الدائن للكفيل، بشرط كون الكفالة بإذن الأصيل. وفي رأي عند الشافعية والحنابلة أن الكفيل يملك مطالبة المدين ولو لم يطالبه الدائن، لأنه لزمه هذا الحق من جهته وبأمره فجاز له مطالبته بإخلاء ذمته. ويخالفهم في ذلك

غيرهم من الفقهاء حيث يرون أن المطالبة من الكفيل للأصيل لا تكون إلا بمطالبة الدائن له وإذا لم يطالبه الدائن فلا يجوز له أن يطالب الأصيل لأنه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه.

الراجـــــح:

أرى أن الراجح هو القول بجواز المطالبة من الكفيل للأصيل في حال مطالبة الكفيل من قبل الدائن وعدم جوازها في حال عدم المطالبة لما ذكره القائلون بذلك ولأنه لم يلحق الكفيل ضرر حتى يطالب بإزالته، فإن خشي الكفيل وقوع ضرر عليه من إفلاس الأصيل فإنه يجوز له مطالبته ليخلص نفسه من مسئولية الغرم.

٧ ــ يرى الحنفية والشافعية أن للكفيل أن يلازم المكفول عنه ويحبسه إذا لازم الدائن الكفيل أو حبسه، وذلك بعد أداء الكفيل للدائن، ويضيف الحنفية أن للكفيل أن يلازم المدين ويحبسه ولو كان قبل الأداء مادام أن الكفالة بأمر المكفول عنه، وبشرط أن يلازم الطالب الكفيل أو يحبسه.

٨ ــ قد أورد كل من الشافعية والحنابلة حالات للأداء غير ماذكر هي:

أ ــ أن يضمن الضامن بأمر المدين، ويقضي عنه بغير أمره. فيرى الحنابلة أنه يرجع على المدين لأنه ضمن بإذنه وذلك يتضمن إذنه في الأداء وهو وجه عند الشافعية. وفي وجه ثان عندهم: أنه لايرجع مطلقاً، وفي وجه ثالث: إن كان مضطراً إلى القضاء رجع إلا فلا.

ب ــ أن يضمن بغير أمر المدين ويقضي عنه بأمره. وفي هذه الحالة يرى الحنابلة أن الضامن يرجع على المدين، لأنه أدى دينه

بأمره كما لو لم يكن ضامنا وهو وجه عند الشافعية.

وفي وجه آخر أنه لايرجع عليه وهو مذهب الشافعية لأنه لزمه بغير أمره.

٩ ــ وفي كفالة البدن يرى الشافعية أنه إذا كانت الكفالة بإذن المكفول عنه وطالب المكفول له الكفيل أن يحضر له المكفول به، فإنه يجب على الكفيل أن يحضره ويجب على المكفول به أن يحضر وبه يقول الحنابلة.

١٠ ــ يرى الحنابلة أنه إذا غاب المضمون عنه وألزم الضامن بسبب تغيبه غرماً وأنفقه فإنه يرجع به على المضمون عنه.

ثانياً: بيان مايرجع به الكفيل على المدين:

استعرضنا حالات رجوع الضامن على المدين ومايشترط لذلك في المذاهب الفقهية ونعرض هنا لبيان مايرجع به الكفيل على المدين عند الفقهاء:

١ ــ الحنفية:

يرى الحنفية أن الكفيل إذا أدى عن المكفول عنه ماضمنه فيه فإنه يرجع إلى المدين بما أداه عنه، أما إذا أدى خلاف ماضمنه بأن كان الدين المكفول به جيداً فأدى رديا، أو أدى أفضل مما ضمن فإنه إنما يرجع على المدين بما ضمنه لابما أدى لأن ملك الدين بالأداء، فنزل منزلة الطالب بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدى. وإذا دفع الكفيل الدين قبل أجله فلا يرجع على المدين إلا بحلول الأجل.[٦٠]

وإذا صالح الكفيل الطالب عن المبلغ المطلوب بأقل منه فإنه يرجع بما أدى فعلًا لا بما ضمن لأنه إسقاط أو هو إبراء عن بعض الدين فيسقط البعض

(٦٠) مجمع الأنهر لعبد الله داما فندي ٢ /١٣٣.

ولاينتقل إلى الكفيل لأنه يؤدي إلى الربا.

وإذا أعطى بالدراهم دنانير أو شيئاً من المكيل أو الموزون فإنه يرجع عليه بما كفل لابما أدى. وإذا كان على شخص خمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني، فالصلح واقع عن الأصيل والكفيل معاً، وبرئا جميعاً ويرجع الكفيل على المدين بثلاثة دنانير وإذا قال أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة عن الكفيل خاصة، ويرجع الطالب على المطلوب بدينارين لأنه في الحالة الأولى إيقاع الصلح على ثلاثة دنانير فيكون تصرفاً في نفس الحق بإسقاط بعضه، فكان الصلح واقعاً عنهما جميعاً فيبرآن جميعاً، ويرجع الكفيل على المدين بثلاثة الدنانير التي أداها لأنه ملك هذا القدر بالأداء فيرجع به عليه. أما في الحالة الثانية. فإضافة الصلح إلى ثلاثة مقروناً بشرط الإبراء المضاف إلى الكفيل إبراء للكفيل عن المطالبة بدينارين وإبراء الكفيل لايوجب إبراء الأصيل فيبرأ الكفيل ويبقى الدينارن على الأصيل فيأخذه الطالب فيهما.[٦١]

٢ ــ المالكيـــة:

يرى المالكية أن الضامن كالمُسلِف فيرجع بمثل ماأدى سواء كان مثلياً أو مقوماً. ولايرجع بقيمة المقوم إذا كان من جنس الدين بل يمثله، وأما إن كان من غير جنسه فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المتقوم. وقيل يخير المطلوب إذا دفع الضامن مقوما من جنس الدين بين دفع مثل المقوم وقيمته وذلك إذا لم يكن الضامن قد اشترى ذلك المقوم وإلا رجع بثمنه، بلا خلاف مالم يحاب وإلا فلا يرجع بالزيادة، وهذا يكون إذا أثبت الضامن دفع الدين المتحمل به لمن هو له ببينة أو بإقرار صاحب الحق لسقوط الدين بذلك لا بإقرار المضمون عنه.[٦٢]

(٦١) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٣٤.

(٦٢) بلغة السالك للصاوي ٢ /١٥٧.

ويجوز أن يصالح الضامن رب الدين عن الدين بما يجوز للغريم الصلح به عما عليه، فما جاز للغريم أن يدفعه عوضاً عما عليه جاز للضامن، وما لا فلا وللمالكية في مصالحة الكفيل أربعة أقوال:

الأول: المنـــع مطلقاً.

الثاني: الجواز مطلقاًوبه يقول ابن عرفة.

الثالث: المنع بالمثلي المخالف. لجنس الدين والجواز بالمقوم.

الرابع: الجواز فيما يجوز فيه النسيئة فقط كقمح بدراهم.

وعلى القول بالجواز مطلقاً فإن الضامن المصالح يرجع على المدين بالأقل من الدين أو قيمة المصالح به يوم الرجوع. ولايجوز الصلح بعد الأجل عن دنانير جيدة بأدنى منها وعكسه.

ولايجوز الصلح قبل الأجل لأن المصالحة قبل الأجل بأدنى يكون من باب ضع وتعجل. والصلح بأكثر أو أجود يكون سلفاً جر نفعاً.(٦٣)

٣ ــ الشافعيـــة:

يرى الشافعية أن الضامن يعود على المدين إذا أدى عنه بإذنه بالأقل وكذا إذا جرى صلح بينه وبين المستحق بالأقل من قيمة ما أداه يوم الأداء من الدين. فلو صالحه عن عشرة إلى خمسة دراهم هي قيمة ثوب أو من خمسة دراهم على ثوب قيمته عشرة فإن الضامن لايعود إلا بخمسة لأنها هي المطلوبة في الحالة الأولى ولتبرعه بالزائد عليها في الثانية. ولو أدى الضامن بعض ماضمنه وأبرأه المستحق من الباقي لم يعد إلا بما أداه ويبقى الباقي على الأصيل. وإنما يعود الضامن بالإذن أن أشهد بالأداء رجلين أو رجلاً وامرأتين أو أشهد رجلاً واحداً ليحلف معه لأن الشاهد مع اليمين حجة كافية.

(٦٣) بلغة السالك للصاوي ٢ /١٥٧ والخرشي على مختصر خليل ٦ /٢٧.

وإن كان الدين الذي ضمنه مؤجلاً فعجل قضاءه لم يرجع به قبل الأجل لأنه تبرع بالتعجيل.[٦٤]

٤ ــ الحنابلـــة:

يرى الحنابلة أن الضامن إذا أدى رجع على المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضى، أو قدر الدين، لأنه إن كان الأقل الدين فالزائد لم يكن واجباً، وإنما هو متبرع بأدائه وإن كان المقضي أقل فإنما يرجع بما غرم. ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء وإن دفع عن الدين عوضاً رجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين. فلو كان الدين عشرة ووفاه عنه ثمانية أو عوضه عنه عوضاً قيمته ثمانية أو بالعكس رجع بالثمانية.

فإن قضى الضامن المؤجل مثل الأجل لم يرجع على المضمون عنه قبل أجله وإذا أنكر رب الدين القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المدين لأن الضامن قد فرط بعدم الإشهاد إلا أن ثبت القضاء ببينة أو حضره مضمون عنه وثبت حضوره باعتراف أو بينة لأنه المفرط بترك الإشهاد وإن ردت شهادة الشهود بنحو فسق ظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه. ويرجع مع شاهد ويمين[٦٥]

المقارنة بين المذاهب الفقهية في بيان مايرجع به الكفيل على المدين:

نستخلص من دراسة المذاهب الفقهية مايلي:

١ ــ يرى الحنفية والمالكية أن الكفيل إذا أدى عن المكفول عنه ماضمنه فإنه يرجع إلى المدين بما أداه عنه، سواء كان مثليا أو مقوماً وهو مقتضى مذهب الشافعية والحنابلة فيكون هذا متفقاً عليه بين الفقهاء.

أما إذا أدى خلاف ماضمنه بأن كان الدين جيدًا فأدى أقل منه أو أدى أفضل منه فإنه يختلف الحكم في ذلك تبعاً للمذاهب الفقهية:

---

(٦٤) شرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣ /١٦٣ وتكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٤٩.

(٦٥) المغني لابن قدامة ٤ /٦٠٩ ومطالب أولي النهى لمصطفى السيوطي ٣ /٣٠٩.

أ ـــ يرى الشافعية والحنابلة أن الضامن يرجع على المدين بالأقل مما قضى أو قدر الدين لأنه إن كان الأقل الدين فالزائد لم يكن واجباً، وإنما هو متبرع بأدائه، وإن كان المقضى أقل فإنما يرجع بما غرم.

ب ـــ ويرى الحنفية أنه يرجع على المدين بما ضمنه لابما أدى لأن الضامن ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب فيستحق الرجوع بما كفل به ولو اختلف المؤدى جودة أو رداءة.

جـ ـــ يرى المالكية أنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المتقوم وهذا يتفق من حيث النتيجة مع ماذهب إليه الشافعية والحنابلة وهو الراجح وذلك لأن الأقل هو ما بذله الضامن للدائن فاستحق عوضه.

٢ ـــ يرى الحنفية والمالكية أن الضامن يرجع على المدين بالأقل من الدين أوقيمة ماصالح به وهو المؤدى فعلاً وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة.

ويضيف المالكية أنه لايجوز الصلح قبل الأجل بأدنى من المضمون، لأن المصالحة على هذه الحال تكون من باب ضع وتعجل، وكذلك لايجوز الصلح بأكثر أو أجود لأنه يكون سلفاً جر نفعاً وهو ممنوع.

٣ ـــ يرى الشافعية والحنابلة أن الضامن لايعود على المضمون عنه إذا أنكر رب.. الدين إلا إذا أشهد رجلين، أو رجلا وامرأة، أو شاهداً ويمين، أو حضر ذلك مضمون عنه وثبت حضوره باعتراف أو بينة، لأنه لما كان الأصيل حاضراً كان الاحتياط بمايجاد البينة موكولا إليه فإذا تركه وهو حاضر فالتفريط منه لامن الكفيل.

أما إذا اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه ذلك، فهل يرجع

الضامن على المضمون عنه فيه وجهان عند الشافعية والحنابلة:

الأول: أن الضامن له حق الرجوع على المضمون عنه، ولا يلتفت إلى إنكاره لأن مافي ذمته حق المضمون له، فإذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذى له صار للضامن فيقبل إقراره لكونه في حق نفسه.

الثاني: أنه لايقبل اعتراف المضمون له لأن الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه، وقول المضمون له شهادة له على فعل نفسه فلا يقبل.

الراجـــح:

أرى أن الراجح هو القول برجوعه على المضمون عنه لأن اعتراف المضمون له إقرار في حق نفسه غير متهم فيه فيقبل، ويترتب عليه رجوع الضامن على الأصيل ولايسمع إنكار الأصيل.(٦٦)

ثالثاً:بيان حق المدين «الأصيل»:

ذكرنا فيما مضى كيفية رجوع الكفيل على المدين ومايرجع فيه ونذكر هنا حق المدين على الضامن:

الحنفيـــة:

يرى الحنفية أن للمدين حقوقا قِبَل الكفيل هي:

١ ــ أن الكفيل لايرجع على المدين «المضمون عنه» إلا إذا كانت الكفالة بأمر المدين، وإذا لم تكن بأمره فلا يرجع عليه وإنما تكون تبرعاً.

٢ ــ أنه إذا كانت الكفالة بأمر المدين وكانت الكفالة مؤجلة فإن الكفيل لايرجع إلى المدين إلا بحلول الأجل المحدد.

(٦٦) المغني لابن قدامة ٤ /٦١٣ ومغني المحتاج ٢ /٢١١ للشربيني الخطيب.

٣ ــ ألا يؤاخذ المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره إلا إذا كان ممن يجوز إقراره على نفسه ولايجوز أن يكون صبيًّا.

٤ ــ أنه لايلزم المكفول عنه بأداء ماضمن عنه إلا إذا أضاف الضمان إلى نفسه بأن يقول اكفل عني أو مايقوم مقامها.

٥ ــ أن الكفيل لايملك الرجوع بعد توفر الشروط المطلوبة إلا بالأداء.

٦ ــ أن الكفيل لايرجع على المدين إلا بما أدى فعلاً.

المالكيـــة:

١ ــ يرى بعض المالكية أنه يشترط إذن المضمون عنه لكي يرجع الضامن عليه.

٢ ــ أن الكفيل لايملك مطالبة المدين إلا إذا طالبه الدائن.

٣ ــ أن الضامن لايرجع على المضمون عنه في الكفالة المؤجلة إلا بحلول الأجل.

٤ ــ أن الكفيل لايرجع على المدين إلا إذا أدى الدين.

٥ ــ أن الكفيل لايملك مطالبة المكفول عنه إلا بالأقل من الدين وقيمة المتقوم.

٦ ــ لايحق للضامن مطالبة المضمون عنه بتسليمه ماضمنه ليقوم هو بدوره بتسليمه للمضمون له وإنما من حق المضمون عنه الاحتفاظ به، وتقديمه إلى رب الدين نفسه.

الشافعيـــــة:

١ ــ يشترط الشافعية إذن المضمون عنه لكي يرجع عليه الضامن إذا أدى عنه، فإذا كان أداء الضامن بدون إذنه فلا يرجع عليه بشيء، ومن حق المضمون عنه ألا يدفع شيئاً للكفيل كما أن الكفيل لايملك مطالبة المدين بتخليص ذمته لأنه لم يدخل فيه بإذنه.

٢ ــ يشترط لكي يرجع الضامن على المدين أن تكون الموافقه من المدين بقوله اضمن عني هذا الدين.

٣ ــ أن الكفيل لايملك مطالبة المدين بتسليمه المال ليكون عنده ليسلمه إلى الدائن عند طلبه، وإنما من حق المدين الاحتفاظ به وتسليمه هو بنفسه إلى المضمون له.

٤ ــ أن الكفيل لايرجع على المدين إلا إذا أدى الدين.

٥ ــ أن الكفيل لايملك حبس المدين ولو حُبس ولا ملازمته قبل أن يؤدي عنه.

٦ ــ أن من حق المدين إذا أنكر رب الدين القضاء ألا يرجع عليه الكفيل بشيء إلا إذا أشهد.

٧ ــ أن الكفيل لايرجع على المدين إلا بالأقل مما أدى أو ضمن.

الحنابلـــة:

١ ــ يشترط عندهم لكي يرجع الضامن على المضمون عنه أن يكون الضمان بأمره، فإن لم يكن بأمره فمن حق المدين ألا يرجع عليه الكفيل لأن الكفيل حينئذٍ متبرعاً.

٢ ــ أن الكفيل لايملك مطالبة المكفول عنه إلا إذا طالبه المكفول له.

٣ ــ أن من حق المدين ألا يؤدي إلا إذا حل الأجل المحدد، وأنه لاحق للكفيل عليه إذا أدى عنه قبل الأجل إلا بحلول الأجل.

٤ ــ أن الكفيل لا يملك مطالبة المدين إلا إذا أدى عنه.

٥ ــ أن من حق المدين ألا يدفع للضامن إلا الأقل مما قضى أوقدر الدين.

٦ ــ أن من حق المدين ألا يدفع شيئاً للضامن ولايرجع عليه الضامن اذا أنكر رب الدين القضاء إلا إذا أشهد على رب الدين. (*)

المقارنة بين المذاهب الفقهية في بيان حق المدين «المكفول عنه»:

بدراسة المذاهب الفقهية يتبين مايأتي:

١ ــ يتفق الحنفية وبعض المالكية والشافعية والحنابلة على أن الكفيل لايستحق الرجوع على المكفول عنه إلا إذا كان بأمره، وإذا لم يكن بأمره فمن حق المدين ألا يدفع شيئا للضامن مقابل مادفعه لأنه يعتبر متبرعاً.

٢ ــ يتفق المالكية والشافعية والحنابلة على أن الكفيل لايملك مطالبة المكفول عنه إلا إذا طالبه رب الدين، فإن لم يطالبه فمن حق المدين ألا يتجاوب معه.

٣ ــ يتفق الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الكفيل لايرجع على المدين بما أداه عنه إلا إذا حل الأجل، ومن حق المكفول عنه ألا يدفع إلا بعد حلول الأجل.

(*) المراجع للمذاهب الفقهية هنا. هي المراجع التي ذكرها في العلاقة سبق ذكرها في العلاقة بين الكفيل والمدين ص ٤٢١ ــ ٤٢٨ .

٤ ــ أن الكفيل لا يجوز له مطالبة المدين إلا إذا أدى عنه فعلاً وقبل الأداء لايحق له ذلك، وذلك باتفاق المذاهب الفقهية الأربعة.

٥ ــ يتفق الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه لايحق للكفيل أن يرجع المدين إلا بالأقل مما أدى أو قدر الدين.

٦ ــ يتفق الحنفية والشافعية على أنه إنما يرجع الكفيل على المدين إذا أضاف الضمان إلى نفسه، بأن يقول اكفل عني هذا الدين، أو مايقوم مقامه، وبدون ذلك من حق الكفيل ألا يدفع شيئاً ولم يشترط ذلك المالكية والحنابلة.

٧ ــ يرى المالكية والشافعية أن من حق المضمون عنه أن يحتفظ بالدين عنده ولايسلمه إلى الكفيل وإنما يؤدي الكفيل من ماله إلى الدائن أو يؤدي المدين ذلك إلي الدائن حتى لو طالب الكفيل بذلك. فإذا دفعه المكفول عنه إلى الكفيل قبل أدائه فإما أن يكون قد قبضه على وجه الأمانة أو القضاء.

فإن كان قد قبضه على وجه الأمانة فتلف بلا تعد منه أو تفريط فإنه لايضمنه الكفيل، لأنه أمانة في يده وفي هذه الحال يكون الطالب مخيراً بين مطالبة الكفيل أو الأصيل أيهما شاء.

أما إذا قبضه على وجه القضاء فإن الكفيل يملك مادفع إليه ولايبرأ الأصيل بالنسبة للمكفول له ويضمنه الكفيل إذا فات بتفريط أو من غير تفريط.

جاء في تبيين الحقائق:[٦٧] «ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطى الكفيل الطالب لايسترد منه ومايربح الكفيل له... لأنه ملكه بالقبض».

(٦٧) تبيين الحقائق للزيلعي ٤ /١٦١.

٨ ــ يرى الشافعية والحنابلة: أنه إذا أنكر رب الدين قضاء الكفيل للدين فإن من حق المكفول عنه ألا يدفع شيئاً ولا يستحق الكفيل الرجوع عليه إلا إذا أشهد عليه أو أقربه المدين لحضوره دفع الدين.

الفصـــل الثاني

آثار الكفالة في القانون

ويندرج تحته أربعة مباحث :
المبحث الأول : العلاقة فيما بين الكفيل والدائن.
المبحث الثاني : متى يطالب الدائن الكفيل.
المبحث الثالث : تعدد الكفلاء ومايترتب عليه.
المبحث الرابع : فيما بين الكفيل والمدين.

المبحث الأول

العلاقة فيما بين الكفيل والدائن

يترتب على انعقاد عقد الكفالة آثار فيما يتعلق بالكفيل والدائن وهي:

أولاً: أنه لايجوز للدائن مطالبة الكفيل وحده إلا بعد مطالبة المدين. فإذا بدأ الكفيل بالمطالبة فإن للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب رجوعه أولاًعلى المدين. ذلك أن مطالبة الكفيل إنما تكون بعد مطالبة المدين نصت على ذلك المادة ٧٨٨ مدني مصري بقولها: «لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين» كما نصت على ذلك المدة ٧٥٤ /١ من التقنين المدني السوري وكذلك المادة ١٠٢١ من التقنين المدني العراقي وهذا مايفهم من قانون الموجبات والعقود اللبناني فى المادة ١٠٧٢. ولم يكن في القانون المدني القديم ــ شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي ــ نص مماثل لنص المادة ٧٧٨ مدني مصري، ولذا كان الرأي السائد فقها وقضاء في مصر وفرنسا أنه يجوز للدائن مطالبة الكفيل أولاً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى مطالبة المدين قضاء ولا حتى إعذاره[٦٨].

ويشترط لدفع الكفيل بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً شروط هي:

١ ــ يجب ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في رجوع الدائن على المدين أولاً قبل أن يرجع عليه. لأن هذا حق تقرر لمصلحته فله أن ينزل عنه صراحة أو ضمنا في عقد الكفالة أو بعده، وألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين.

٢ ــ أن يكون في رجوع الدائن على المدين فائدة، فإذا كان المدين معسراً

(٦٨) عقد الكفالة د / منصور مصطفى ص ٥٥.

أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين بأن لم تكن له أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها فلا فائدة من تمسك الكفيل بحقه ولا مصلحة له في ذلك وعبء الإثبات يقع على الدائن لا على الكفيل.

٣ ــ أن يتمسك الكفيل بالدفع فلا يكون قد نزل عن حقه حتى وقت الدفع سواء كان صريحاً أو ضمنيًّا.

وإذا استوفى الدفع هذه الشروط فيقضي بعدم قبول الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل وحده ويجب عندئذ على الدائن أن يرجع على المدين أولاًيطالبه قضائياً بوفاء الدين ويحل محل المطالبة القضائية التنبيه بالوفاء إذا كان لدى الدائن سند رسمي قابل للتنفيذ ضد المدين.(٦٩)

ثانيا: إلزام الدائن للكفيل بالوفاء:

وإذا لم يكن للكفيل أي وجه من أوجه رد مطالبة الدائن له بالدين المكفول كان ملتزماً بالوفاء للدائن في حدود التزامه بهذا الضمان، فإن لم يقم بهذا الوفاء باختياره كان للدائن أن يلجأ إلى إجراءات التنفيذ الجبري على أمواله.

وحيث إن الكفيل يرجع على المدين الأصلي بالالتزام المضمون بعد دفعه من قبله فقد أوجب القانون على الدائن أن يسلم مالديه من مستندات وينقل مالديه من ضمانات إلى الكفيل، ليستفيد منها في رجوعه بما وفى من دين. جاء ذلك في المادة ٧٨٧ حيث نصت على مايأتي:

١ ــ يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع فإذا كان المدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل ويطابق ذلك من القوانين العربية الأخرى مادة ٧٥٣ من القانون المدني السوري والمادة ١٠٢٦ من القانون المدني العراقي.

(٦٩) الوسيط في شرح القانون المدني د / عبد الرزاق السنهوري ١٠ /١٠٥.

وللكفيل طلب التجريد للمدين قبل رجوع الدائن عليه. نصت على ذلك المادة ٧٨٨ من القانون المدني المصري بقولها: لايجوز له ــ أى الدائن ــ أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق». ولايجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد، ولابد في حالة الدفع بالتجريد أن يرشد الكفيل الدائن عن أموال للمدين تكفي بحقه بأكمله من الدين وفوائده والمصروفات فإن لم تكن الأموال التي يرشد عنها الكفيل كافية لذلك رجع الدائن بالباقي على الكفيل ثم يرجع الكفيل بما أدى على المدين. جاء ذلك في المادة ٧٨٩ من القانون المدني المصري «إذا طلب الكفيل التجريد وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله» ويماثل ذلك في القوانين العربية الأخرى المادة ١٠٢٢ من القانون المدني العراقي والمادة ٧٥٥ من القانون المدني السوري.

واذا طلب الكفيل إلى الدائن تجريد المدين وجب وقف إجراءات التنفيذ الموجهة ضد الكفيل، وإلغاء ماتم منها وعلى الدائن أن يبدأ هذه الإجراءات ضد المدين في الوقت المناسب بحيث لايؤدي تأخره فيها إلى إعسار المدين وإلا كان مسئولاً عن ذلك في مواجهة الكفيل[٧٠] جاء ذلك في المادة ٧٩٠ من القانون المدني المصري بقولها «في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين يكون الدائن مسئولاً قبل الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب»ويقابل ذلك المادة ٧٥٦ من القانون المدني السوري.

ثالثـا: الدفوع التي يستطيع الكفيل أن يتمسك بها في مواجهة مطالبة الدائن له:

(٧٠) دروس في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري د / جميل الشرقاوي ص ٦٤.

ويقصد بدفوع الكفيل الأوجه التي يستطيع أن يتمسك بها في مواجهة مطالبة الدائن له، وهذه الأوجه إما أن تكون قائمة على أسباب تتعلق بالدين المكفول يتمسك بها الكفيل لإبراء ذمته على أساس أن التزامه التزام تابع لالتزام المدين الأصلي، وتسمى الأوجه الخاصة بالالتزام الأصلي وإما أن تكون أسباباً تتعلق بالتزام الكفيل نفسه ولذا تسمى الأوجه الخاصة بالكفيل.

١ ــ الأوجه الخاصة بالالتزام الأصلي: يستطيع الكفيل أن يرد مطالبة الدائن له بكل مايستطيع المدين أن يتمسك به في مواجهة الدائن من أوجه تتعلق بصحة مصدر الدين أو بقاء هذا الدين أو انقضائه وعلى هذا يستطيع الكفيل أن يتمسك ببطلان مصدر التزام المدين وأن يتمسك كذلك في مواجهة الدائن بانقضاء التزام المدين.

٢ ــ الأوجه الخاصة بالكفيل: يستطيع الكفيل أن يرد مطالبة الدائن له في أحد الأمور التالية:

ــ إضاعة التأمينات بخطأ الدائن ولذا تنص المادة ٧٨٤ مدني مصري على « أن تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات»

ــ ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة. وكل تأمين مقرر بحكم القانون.أهـ ويشترط لثبوت تمسك الكفيل بهذا الحق شروط هي:

١ ــ أن يكون التأمين الضائع تأميناً خاصا للوفاء بالدين المكفول وسواء كان تأميناً شخصيا أو تأمينا عينيا كرهن.

٢ ــ أن تكون إضاعة هذا التأمين الخاص بخطأ الدائن.

٣ ــ أن يؤدي ضياع التأمين إلى فوات مصلحة الكفيل بأن يكون التأمين

الضائع ذا قيمة كبيرة معتبرة في ضمان حق الدائن، وإذا توافرت هذه الشروط فمن حق الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته في مواجهة الدائن الذي يطالبه بالوفاء.

ب ــ إهمال الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين: إذا طلب الكفيل من الدائن اتخاذ الإجراءات للمطالبة بحقه من المدين ولم يقم الدائن بشيء من ذلك خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل له سواء برفع الدعوى على المدين، أو بالبدء في إجراءات التنفيذ إن كان بيده سند تنفيذي فإنه يكون للكفيل الحق في أن يتمسك ببراءة ذمته بسبب تقصير الدائن، وذلك هو ماجاء بنص المادة ٧٨٥ من القانون المدني المصري.

جـ عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين التاجر[٧١]نصت على ذلك المادة ٧٨٦ مدني مصري «إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ماأصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن»..

(٧١) دروس في التأمينات الشخصية والعينية د /جميل الشرقاوي ص٨١.

المبحث الثاني

متى يطالب الدائن الكفيل؟

يطالب الدائن الكفيل عند حلول الدين. فإذا كان الدين المكفول حالاً وكفله على حاله فإنه يطالب الدائن الكفيل في الحال، وإذا كان مؤجلاً فيكون التزام الكفيل مؤجلاً مثله ويحل الالتزامان في وقت واحد، وفي الوقت نفسه يستطيع الدائن أن يرجع على المدين، كما يستطيع أن يرجع على الكفيل بشروطه. وقد لايحل الالتزامان في وقت واحد. فإذا حل التزام الكفيل قبل حلول الالتزام على الأصيل، كما إذا حدد أجل لكل من الالتزامين والتزام الكفيل أقصر أجلاً، أو مد التزام الأصيل في الأجل أو بحكم القاضي. وفي هاتين الحالتين يكون التزام الكفيل أشد عبئاً من الالتزام الأصلي فيجب جعل التزام الكفيل مساوياً للالتزام الأصلي، لأنه لايجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المكفول.(٧٢) ويجوز أن يكون التزام الكفيل أقل من التزام الأصيل، كما إذا جعل التزام الأصيل يحل قبل التزام الكفيل وفي هذه الحالة لايجوز أن يطالب الدائن الكفيل بوفاء الدين قبل أن يحل الأجل المحدد لالتزامه حتى لو حل أجل الالتزام الأصل.

وإذا كان الأجل واحداً لكل من الالتزامين ولكن الأجل المحدد للالتزام الأصلي قد سقط بأن يشهر إفلاس المدين الأصلي أو إعساره. فلايسقط الأجل المحدد لالتزام الكفيل لأن المدين بعد الكفالة لايستطيع أن يسوى مركز الكفيل وعلى ذلك لايستطيع الدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين إلا عند حلول الأجل

(٧٢) الوسيط للسنهوري ١٠ /٩٠.

المعطى للكفيل، وكذلك يكون الحكم فيما إذا نزل المدين الأصلي عن الأجل ولم ينزل عنه الكفيل فيبقى الأجل قائما بالنسبة إلى الكفيل ولايستطيع الدائن مطالبته إلا عند حلول أجله.[٧٣]

(٧٣) نفس المرجـــع ١٠ /٩١.

المبحث الثالث

تعدد الكفلاء ومايترتب عليه

إذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعاً قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد فإن القانون المصري يتخذ من وحدة العقد دليلاً على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين فينقسم الدين فيما بينهم بقوة القانون. نصت على ذلك المادة ٧٩٢ مدني مصري «إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم ولايجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة وجاء مثل ذلك في المادة ٧٥٨ مدني سورى ويوافق ذلك في المعنى ماجاء في المادة ١٠٢٤ مدني عراقي. مثال ذلك: كفل أربعة أشخاص رجلاً بدين واحد هو ألف ريال وبعقد واحد ولم يبينوا في عقد الكفالة مقدار مايكفل كل منهم من الدين، فإن الدين ينقسم عليهم بعدد الرؤوس. ويكفل كل منهم مائتين وخمسين فقط وإذا طالب الدائن أحدا منهم بأكثر من ذلك كان له أن يدفع الطلب بتقسيم الدين، وعلى هذا إذا أعسر أحد الكفلاء بعد إبرام الكفالة ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقه فليس للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على سائر الكفلاء بل يتحمل وحده نتيجة هذا الإعسار.

ولقد اشترط القانونيون لتقسيم الدين على الكفلاء بالحصص شروطاً هي:

١ ــ أن يتعدد الكفلاء فإن كان للدين كفيل واحد لم ينقسم الدين بينه وبين المدين بل يرجع الدائن على المدين بكل الدين ثم يرجع على الكفيل بكل الدين فإذا كان فيه كفالة عينية وشخصية بدأ بالكفالة العينية فإن لم تف بكل الدين استوفى الدائن الباقي من الكفيل الشخصي.

٢ ــ أن يكون الكفلاء قد كفلوا ديناً واحداً.

٣ ــ أن يكون الكفلاء قد كفلوا مديناً واحداً.

٤ ــ ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ذلك أن مقتضى التضامن رجوع إلى كل منهم بكل الدين.

٥ ــ أن يكون الكفلاء قد التزموا بعقد واحد لأن حق التقسيم يستند إلى اعتماد كل كفيل على وجود غيره. أما التزام الكفلاء بعقود متتالية فلا ينقسم الدين بينهم بقوة القانون ويترتب على ذلك انقسام الدين بين الكفلاء بالتساوي مالم يتفق الكفلاء على وجه معين.[٧٤]

(٧٤) عقد الكفالة مصطفى منصور ص ٦٠ــ ٦١، والوسيط للسنهوري ١٠ /٩٤.

المبحث الرابع

العلاقة فيما بين الكفيل والمدين

ونتكلم في هذا المبحث على العلاقة فيما بين الكفيل والمدين وفيما بين الكفيل وغيره من الكفلاء الملتزمين بالدين، ويتناول البحث حالتين:

الحالة الأولى: العلاقة بين الكفيل والمدين.

الحالة الثانية: العلاقة بين الكفيل وبين الملتزمين بالدين.

الحالة الأولى:العلاقة بين الكفيل والمدين: إذا وفى الكفيل الدين للدائن كان في حكم من وفى دين غيره ذلك أن الكفيل لم يكن في الأصل ملتزماً بالدين، وإنما التزم به بموجب عقد الكفالة فهو قد وفى دين غيره، وإن كان يعتبر كدين نفسه لأنه قد التزم بهذا الوفاء وحكم من وفى دين غيره طبقاً للقواعد العامة هو أنه يرجع على المدين الأصلى، ولهذا أجازت المادة ٨٠٠ مدني مصري للكفيل أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين كما أجازت المادة ٧٩٩ منه للكفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول، ومثلها المادة ٧٦٥ من القانون المدني السوري، والمادة ٢/١٠٣٣ من القانون المدني العراقي.

شروط دعوى الكفالة: يشترط لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الكفالة شروط هي:

١ ــ يجب أن تكون الكفالة لمصلحة المدين دون اعتراض منه:

وهذا الشرط لاتستلزمه النصوص القانونية ولكن الفقه القانوني يجمع على استلزامه، فيجب كون الكفالة لمصلحة المدين لأنها تحقق اطمئنان الدائن إلى

المدين وثقته فيه فيقبل على التعامل معه.

ويجب كذلك ألا تكون الكفالة قد تمت مع اعتراض المدين، ذلك أن المفروض في الكفالة أن تكون لمصلحة المدين ووقوعها مع اعتراضه يفيد أن الكفالة لم تكن لمصلحته فإذا لم تكن الكفالة لمصلحة المدين أو كانت قد تمت رغم معارضته فإنه لاحق للكفيل إن وفى الدائن أن يرجع بدعوى الكفالة. أما إذا توافر هذا الشرط فحق الكفيل مقرر في الرجوع وفقاً لأحكامها سواء كان متضامناً مع المدين أو غير متضامن وسواء أكان كفيلاً عينيًّا أم شخصيًّا.

٢ ــ أن يكون الكفيل قد وفى الدين: وليس المقصود بالوفاء المعنى الاصطلاحي فقط، بل المقصود كل مايقوم مقام الوفاء ويترتب عليه براءة ذمة المدين كالمقاصة التي تقع بين الكفيل والدائن.

٣ ــ يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين. وذلك أنه قد تكون عند المدين أسباب تمنع الوفاء من الكفيل كأن يكون وفى الدين أو جزءاً منه، فإذا لم يخطر الكفيل المدين. وقام بالوفاء دون علمه فلا يحق له الرجوع على المدين إذا كان للمدين أسباب تقضي ببطلانه أو انقضائه، فإن أخطره رجع عليه إن لم يعارض الوفاء، ويرجع عليه كذلك إن لم تكن هناك أسباب تقضي بالبطلان أو الانقضاء وإن عارض بعد إخطاره.

٤ ــ يجب أن يكون وفاء الكفيل بالدين في الوقت المناسب وهو الذي يحل فيه أجله فإذا تعجل الكفيل الوفاء بالدين قبل حلول الأجل لم يكن له أن يرجع علي المدين بدعوى الكفالة إلا عند حلول الأجل.

ولقد جاء ذكر ذلك في المادة ٧٩٨ مدني مصري:

١ ــ يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين وإلا

سقط حقه في الرجوع على المدين، إذا كان هذا قد وفى الدين أوكانت،عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه.

٢ ــ فإذا لم يعارض المدين في الوفاء بقي للكفيل حقه في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه.

مايرجع به الكفيل على المدين في دعوى الكفالة:

للكفيل أن يرجع على المدين بما دفعه للدائن لإبراء ذمة المدين ويدخل في هذا أصل الدين والفوائد التي استحقت عنه إلى اليوم الذي وفى فيه، والمصروفات التي أنفقها الدائن فيما اتخذه من إجراءات ضد المدين، وكذلك المصروفات التي أنفقها الدائن ضد الكفيل، ويجب على الكفيل أن يخطر المدين بالإجراءات التي تتخذ ضد الكفيل من قبل الدائن لما في ذلك من زيادة المصروفات على المدين، فإن لم يفعل الكفيل تحمل هو تلك المصروفات نصت على ذلك المادة ٨٠٠ مدني مصري «ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات على أنه في المصروفات لايرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده».

ومثلها المادة ٧٦٤ من القانون المدني السوري.

ويرى القانون أن للكفيل أن يرجع على المدين بفوائد مادفعه للدائن اعتباراً من يوم الدفع. نصت على ذلك المادة ٨٠٠ /٣ مدني مصري بقولها: يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ماقام بدفعه ابتداء من يوم الدفع. وقد خرج القانون بذلك عن القاعدة العامة التي تقضي بأن الفوائد القانونية لاتسرى إلا من تاريخ المطالبة القضائية (م٢٢٦).

رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول:

يشترط لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول شروط هي:

١ ــ أن يقوم الكفيل بوفاء الدين عن المدين، وبذلك يحل محل الدائن.

٢ ــ أن يكون وفاء الكفيل للدين عند حلول أجله على المدين.

فإذا كان الوفاء قبل الأجل فإن الكفيل يعرض نفسه لخطر ضياع حقه في الرجوع على المدين والحلول محل الدائن، إذا كان الدين قد انقضى في المدة مابين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو كانت لدى المدين دفوع تبرىء الذمة من الدين.(٧٥)

جاء ذلك بنص المادة ٧٩٩ مدني مصري « إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين» ويقابل ذلك المادة ٧٦٥ مدني سوري والمادة ١٠٣٣ /٢ من القانون المدني العراقي.

مايرجع به الكفيل على المدين في دعوى الحلول:

يرجع الكفيل على المدين بحق الدائن نفسه ويترتب على ذلك أنه إذا كان المدين قد وفى الدين فلا يستطيع الكفيل الموفي أن يرجع على المدين بدعوى الحلول.

ويرجع الكفيل بالدين نفسه بماله من خصائص ويترتب على ذلك أنه لايجوز أن يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل الذي يسرى في العلاقة بين المدين

(٧٥) دروس في التأمينات الشخصية والعينية د / جميل الشرقاوي ص ١٠٢ ــ ١٠٥ والوسيط للسنهوري ١٠ /١٥٥ــ١٨٤

والدائن فإذا كان الدائن أو القاضى قد مد الأجل فلا يستطيع الكفيل أن يرجع إلا عند حلول الأجل الجديد، ويرجع بالدين ومايلحقه من توابع، فإذا كان الدين منتجاً لفوائد بسعر معين رجع الكفيل بهذه الفوائد وإذا لم يكن منتجاً لفوائد لا يرجع الكفيل إلا بأصل الدين والفوائد القانونية في وقت المطالبة القضائية وفقاً للقواعد العامة.

وكذلك يرجع الكفيل على المدين في دعوى الحلول بحق الدائن مضموناً بما له من تأمينات شخصية أو عينية سواء كانت سابقة في وجودها على الكفالة أو معاصرة لها أو لاحقة.

وللمدين أن يتمسك بالدفوع التي يستحقها في مقابلة الدائن الكفيل كذلك، وإذا كان الحق قد انقضى بالوفاء أو بأي سبب آخر جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك، وإذا كان الحق معلقاً على شرط واقف لم يتحقق أو كان مؤجلاً ولم يحل الأجل جاز للمدين أن يدفع بكل ذلك.

وإذا كان المدين أكثر من واحد وهم متضامنون فيما بينهم فلا يخلو أما أن يكفلهم الكفيل جميعاً أو يكفل بعضهم دون بعض.

ويرجع الكفيل بدعوى الحلول على أى من المدينين المتضامنين بكل الدين سواء ضمنهم كلهم أو ضمن بعضهم فقط. أما إذا رجع بالدعوى الشخصية فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل قد ضمن كل المدينين المتضامنين أو ضمن بعضهم دون بعض، آخر، فإن كان قد ضمن كل المدينين المتضامنين فإنه يرجع على أي منهم بكل الدين أما إذا كان قد ضمن بعضهم فقط فإنه يرجع على المدين الذي ضمنه بكل الدين ويرجع على المدين الذي لم يضمنه بقدر حصته في الدين.[٧٦]

(٧٦) عقد الكفالة لمنصور مصطفى منصور ص ١٠٥ ــ ١٠٧، ودروس في التأمينات الشخصية والعينية د /جميل الشرقاوي ص١١٢.

الحالة الثانية: العلاقة بين الكفيل والملتزمين بالدين:

المقصود بالملتزمين بالدين: هم الكفلاء الآخرون غير الكفيل الذي أدى الدين عن المدين ولذلك حالتان:

١ ــ رجوع الكفيل الذي وفى الدين على الكفلاء الشخصيين الذين كفلوا الدين معه إذا تعدد كفلاء دين واحد، وتوافرت شروط انقسام الضمان فيما بينهم، فإن كلًّا من الكفلاء يكون مسئولاً عن نصيبه من الدين، فلا يكون للدائن أن يطالب أيا منهم بأكثر مما يلتزم به، فإن وفي أكثر مما التزم به برئت ذمة المدين كما تبرأ ذمة الكفلاء الآخرين بقدر الزيادة الموفى بها، ولكن الكفيل الموفي لا يحق له الرجوع بما يزيد على حقه في الضمان عن المدين إلا وفقاً لقواعد الإثراء على حساب الغير، ويستطيع الكفيل أن يرجع على الكفلاء الاخرين بما زاد على حصته في الضمان في حدود نصيب كل منهم من الزيادة في الوفاء على أساس الإثراء بلا سبب، وإذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم فأدى أحدهم فله أن يرجع على كل كفيل آخر بدعوى الإثراء أو بدعوى الحلول محل الدائن وفي الحالين لايرجع إلا بحصة من يرجع عليه وبنصيبه من حصة من يعسر من الكفلاء.

ولا يختلف مقدار مايرجع به الكفيل على غيره بحسب ما إذا كان الرجوع بدعوى الإثراء أو بدعوى الحلول[٧٧] وقد جاء ذكر ذلك في المادة ٧٩٦ مدني مصري «إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم» وتطابق هذه المادة ٧٦٢ مدني سوري أما المادة ١٠٣٢ من المدني العراقي والمادة ١٠٨٢ من قانون الموجبات اللبناني فتتفقان في المعنى معها.

(٧٧) دروس في التأمينات الشخصية والعينية د / جميل الشرقاوي ص١١٩

٢ ــ رجوع الكفيل الذي وفي الدين على الكفيل العيني:الكفيل العيني كالكفيل الشخصي ويعتبر كفيلاً لامديناً أصليًّا وإنما الفرق بينهما أن الكفيل العيني غير مسئول عن الدين إلا بمقدار قيمة المال الذي رهنه تأمينا للدين، في حين أن الكفيل الشخصي يكون مسئولاً عن كل الدين، ويرجع الكفيل العيني إذا وفى الدين على الكفلاء الآخرين شخصيين وعينيين.

أما الحائز للعقار وهو من تنتقل إليه ملكية عقار رهنه المدين في الدين، فإذا وفى الكفيل بالدين، حل محل الدائن في هذا الرهن وكان له أن يتتبع العقار في يد الحائز وينفذ عليه بمقدار مادفعه من الدين متقدماً في ذلك على سائر دائني الحائز للعقار لأنه حل محل الدائن في الرهن الذي يثقل هذا العقار.[٧٨]

(٧٨) الوسيط لسنهوري ١٠ /٢٠٩ ــ ٢١١.

الفصـــل الثالـث

المقارنة بين آثار الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون

ويندرج تحتـــــه :

المبحث الأول : المقارنة بين علاقة الكفيل والدائن في الفقه الإسلامي والقانون.

المبحث الثـــاني : المقارنة في وقت مطالبة الدائن الكفيل في الفقه والقانون.

المبحث الثالث : المقارنة بين تعدد الكفلاء ومايترتب عليه في الفقه والقانون.

المبحث الرابع : المقارنة بين العلاقة فيما بين الكفيل والمدين في الفقه والقانون.

المبحث الأول

المقارنة بين علاقة الكفيل والدائن في الفقه الإسلامي والقانون

نتناول في هذ المبحث علاقة الكفيل والدائن فنقول: قرر القانون في العلاقة بين الكفيل والدائن أن الدائن لابد أن يرجع أولاً على المدين وذلك قبل أن يرجع على الكفيل، فإن رجع على الكفيل أولاً كان لهذا الكفيل أن يدفع رجوع الدائن بوجوب الرجوع أولاً على المدين، وأوضح القانون شروط هذا الدفع بألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في رجوع الدائن على المدين أولاً قبل أن يرجع عليه وغيره من الشروط التي أوردها، ويترتب على توفر الشروط وجوب رجوع الدائن على المدين أولاً يطالبه قضائيًا بوفاء الدين.

وإذا لم يكن للكفيل أي وجه من أوجه رد المطالبة من الدائن له فإن القانون يعطي للدائن حق التنفيذ الجبري على أموال الكفيل وللكفيل أن يطلب تجريد المدين من أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل.

وبدراسة المذاهب الفقهية الإسلامية يتضح أن القانون يتفق مع المذهب المالكي حيث ذهب فقهاء المالكية إلى أن الدائن لا يجوز له أن يطالب الكفيل إذا كان المكفول عنه حاضراً موسراً وإنما يطالب المدين أولا ولايطالب الكفيل إلا إذا تعذر مطالبة المدين كما إذا كان المدين غائبا أو معسراً أو مماطلاً جاء في حاشية الدسوقي[٧٩]: «إن الكفيل لايطالب بالحق في ملاء المكفول عنه وحضوره».

وقد اشترط القانون أن يكون في رجوع الدائن على المدين فائدة أما إذا لم

(٧٩) حاشية الدسوقي ٣ /٣٣٧.

يكن فيه فائدة بأن كان المدين معسراً أو ظاهر العجز عن الوفاء بالدين فلا يشترط رجوعه عليه أولاً، وهذا هو معنى اشتراط المالكية في رجوع الدائن على الكفيل وهو تعذر مطالبة المدين.

ولعل القانون المصرى وهو المستوحى من القانون الفرنسي قد استقى ذلك من المذهب المالكي لأنه هو المعمول به في بلاد المغرب.

أما جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة فإنهم يرون أنه يجوز للدائن مطالبة المدين أو الكفيل، ولايشترط مطالبة المدين أولاً بل الدائن بالخيار إن شاء طالب أحدهما أو طالبهما جميعاً.

جاء في شرح فتح القدير[٨٠]: « والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل وإن شاء طالب كفيله».

وجاء في تكملة المجموع[٨١]:«فيجوزللمضمون له مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه».

وجاء في المغني [٨٢]:«إن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالأصيل، ولأن الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبة من شاء منها».

وكان هذا هو المعمول به في القانون المصري القديم شأنه شأن القانون الفرنسي حتى صدر القانون المدني الجديد ولكن الأولى هو القول بأن الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين أو الكفيل أوهما معاً لأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، وقد ثبت الحق في ذمتهما جميعاً فيملك الدائن مطالبة من

---

(٨٠) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٢٩٩.
(٨١) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٢٤.
(٨٢) المغني لابن قدامة ٤ /٦٠٥.

شاء منهما وقد سبق بيان ذلك مفصلاً[٨٣].

ويرى القانون أن تقصير الدائن، في اتخاذ إجراءات التجريد للمدين يعطي الكفيل الحق في التمسك ببراءة ذمته بسبب تقصير الدائن، وهذا قد يتفق مع ماجاء في بعض المذاهب الفقهية حيث أشاروا إلى أن للكفيل أن يطالب المدين بتخليصه من المدين جاء في شرح البهجة[٨٤]: «وللضامن بإذن الأصل أن يطالب صاحب الحق إذا مات الأصيل عن ميراث بأن يبرئه عن الحق، أو يأخذ من إرث أصل حقه لأنه قد يهلك فلايجد مرجعا إذا غرم».

أما الدفوع التي يستطيع الكفيل أن يتمسك بها في مواجهة مطالبة الدائن له والتي أوردها القانون سواء ماكان خاصا منها بالالتزام الأصلي أو بالكفيل فإنها أمور تنظيمية مبنية على القول بأن الدائن يرجع على المدين أولاًفهي تثبت للكفيل حقوقاً تجاه الدائن حماية له من ضياع حقه في الرجوع على المدين، ولا أرى مانعاً منها من الناحية الشرعية لأنها لاتخالف ماجاءت به الشريعة من القواعد وفيها مصلحة للكفيل وحماية لحقه هذا على القول بما جاء في المذهب المالكي واتفق معه القانون.

---

(٨٣) سبق ذلك ص ٣٩٠.

(٨٤) شرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣ /١٦٢.

المبحث الثاني

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون بوقت مطالبة الدائن للكفيل:

نص القانون على أن الكفيل لايطالبه الدائن إلا عند حلول أجل الدين فإذا اتفق على أجل لالتزام الكفيل بعد الالتزام الأصلي فلا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل الخاص بالتزامه هو حتى ولو حل أجل الالتزام الأصلي.

ولايجيز القانون أن يكون أجل التزام الكفيل قبل أجل الالتزام الأصلي، لأن الكفالة تكون في هذه الحالة قد انعقدت بشروط أشد من الالتزام الأصلي وذلك لايجوز بنص المادة ٧٨٠ من القانون المدني المصري.

ولذا يمتد الأجل بالنسبة للكفيل إلى وقت حلول أجل الالتزام الأصلي فلا يكون للدائن أن يطالب الكفيل إلا عند حلول هذا الأجل.واذا امتد الأجل للمدين سواء بحكم القاضي أو بإرادة الدائن فإن الكفيل يستفيد من ذلك فلا يجوز للدائن أن يجبره على الوفاء قبل حلول الأجل الجديد.

وإذا سقط الأجل بالنسبة للمدين فالرأي الغالب عند القانونيين أنه يسقط بالنسبة للكفيل كذلك.

أما إذا كانت الكفالة مؤجلة على المدين ولكن طلب تعجيلها وحلولها على الكفيل فإن الحنابلة يرون أنها لاتكون حالة على الكفيل وإنما يكون الكفيل له حق التأجيل إلى وقت حلولها على المدين.

جاء في المغنى:[٨٥] «وإن كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً لم يصر حالاً

(٨٥) المغني لابن قدامة ٤ /٦٠١.

ولايلزمه أداؤه قبل أجله لأن الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزم المضمون عنه»، ويتفق القانون مع المذهب الحنبلي في ذلك لأن التعجيل في حق الكفيل لوحده يعتبر أشد من التزام الأصيل وهذا غير جائز وعندها لايكون للدائن أن يطالب الكفيل إلا عند حلول الأجل للأصيل

أما الحنفية والمالكية والشافعية وفي وجه عند الحنابلة فإنهم يرون جواز تعجيل الكفالة المؤجلة في حق الأصيل لتكون حالة على الكفيل ويشترط المالكية لذلك أن يكون المضمون مما يجوز تعجيله(*).

الراجـــح:

أرى أن الراجح جواز ضمان الدين المؤجل حالاً لأن الضمان تبرع فيجوز فيه اختلاف الصفتين للحاجة. ولأن الكفيل قد تبرع بالتزام التعجيل فيصح كتبرعه بأصل الضمان، ولاوجه لمنع ذلك.

وقد أجاز القانون سقوط الأجل بالنسبة للكفيل إذا سقط في حق المدين وهذا على غير الرأى الغالب في القانون إذ أن الرأي الغالب يرى عدم سقوطه أما الفقه الإسلامي فيرى أنه إذا سقط الأجل في حق الأصيل لأي سبب من الأسباب فإنه لايسقط بالنسبة للكفيل لأنه حقه، يدل لذلك ماجاء في شرح البهجة:(٨٦) «وهو على من قد قضى يحل على من مات من ضامن وأصيل ولا كذا الآخر أي الحى لايحل عليه الحق لارتفاقه بالأجل ولاالمفلس لايحل عليه الحق بالحجر عليه بإفلاسه لبقاء ارتفاقه بالأجل».

وجاء في حاشية رد المحتار(٨٧): «كما لايحل الأجل على الكفيل اتفاقاً إذا حل على الأصيل بموته».

(*) راجع في ذلك ص ٢٥٧ ومابعدها.

(٨٦) شرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣ /١٦١.

(٨٧) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٦ /٣١٩.

فهذا يدل على أن الأجل لايسقط في حق الكفيل إذا سقط في حق المدين، وإنما يبقى الأجل قائما ولايطالب الدائن الكفيل إلا بعد حلول الأجل.

وجاء في المغني[٨٨]:« فإن كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الأجل لأنه دين مؤجل فلا تجوز مطالبته قبل الأجل»

ومن هذا يتضح أن القانون في قوله بسقوط الأجل في حق الكفيل إذا سقط في حق المدين يختلف عن الفقه الإسلامي في هذه المسألة ولاشك أن القول بسقوط الأجل بحق الكفيل إذا سقط في حق المدين فيه إجحاف بالكفيل وإضرار به وإلزام له بما لم يلتزم وهذا غير جائز.

(٨٨) المغني لابن قدامة ٤ /٦٠٢.

المبحث الثالث

المقارنة بين تعدد الكفلاء ومايترتب عليه في الفقه الإسلامي والقانون

الحالة الأولى:

نص القانون على أنه إذا تعدد الكفلاء وكانوا جميعاً قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد فإن وحدة العقد دليل على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين فينقسم الدين بينهم بقوة القانون، فإذا كان الكفلاء ثلاثة وكان الدين تسعمائة وكفله الثلاثة بعقد واحد ولم يبينوا في عقد الكفالة مقدار مايكفله كل منهم من الدين انقسم الدين بينهم بعدد الرؤوس ويكفل كل منهم ثلاثمائة فقط، وعلى ذلك لايجوز للدائن أن يطالب أي كفيل منهم إلا بمقدار ثلاثمائة فقط.

وهذا يتفق مع أحد الحالات التي أوردها الفقهاء المسلمون لتعدد الكفلاء في الفقه الإسلامي حيث ذكروا أنه إذا تعدد الكفلاء والدين يحتمل الانقسام فإن الدائن يطالب كل منهم بحصته، فإذا كان الدين ألفاً والكفلاء اثنين فإنه يطالب كل كفيل منهما بخمسمائة فقط.

جاء في بدائع الصنائع[٨٩]: «واذا كان به كفيلان والدين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسمائة إذا لم يكفل كل منهما عن صاحبه لأنهما استويا في الكفالة والمكفول به يحتمل الانقسام فينقسم عليهما في حق المطالبة».

ومن هذا نرى تطابق القانون مع الفقه الإسلامي في حالة تعدد الكفلاء بعقد

(٨٩) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٢٢.

واحد، ولم يكفل بعضهم عن بعض فإن الدين ينقسم عليهم بعدد الرؤوس ولايطالب الدائن أي كفيل إلا بمقدار حصته فقط لأن الكفلاء غير متضامنين فيما بينهم.

الحالة الثانيـــة

وهي ما إذا كان الكفلاء متضامنين فإن الدائن يملك مطالبة أي واحد منهم بكل الدين، ولاينقسم عليهم الدين بالحصص، ويرجع الكفيل المؤدي للدين بما أداه على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم كما جاء ذلك بنص المادة ٧٩٦ مدني مصري، هذا في القانون.

ويتفق ماجاء في القانون في هذه الحالة مع ماجاء في الفقه الإسلامي وهي حالة تعدد الكفلاء ويكفل كل منهم صاحبه بأمره وبكل المال فإن للدائن أن يطالب كل واحد منهم فإذا أدى أحدهم فإن له الرجوع على أصحابه بحصصهم.

وبهذا يقول الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وجمع من محققي الشافعية.

جاء في حاشية الدسوقي(٩٠): تعدد الحملاء واشترط حمالة بعضهم عن بعض وقال مع ذلك: أيكم شئت أخذت بحقي، أخذ كل واحد بجميع الحق ولو كان غيره حاضراً مليئا وللغارم الرجوع على أصحابه وله الرجوع على الغريم».

ومن هذا النص من المذهب المالكي نرى تطابق الحالة التي أوردها القانون مع تلك الحالة التي أوردها الفقهاء للتعدد.

الحالة الثالثـة: وهي تعدد الكفلاء على الترتيب بأن ضمن واحد ثم آخر

(٩٠) حاشية الدسوقي ٣ /٣٤٢.

وهكذا فإن القانون يرى أنه لايجوز الرجوع علي كفيل إلا اذا رجع على الكفيل وتعذرت مطالبته إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل فيجوز رجوعه عليه ولو قبل رجوعه على الكفيل، وإذا استوفى الحق من أحدهم فإنه يبرأ الجميع بذلك ويرجع كفيل الكفيل على الكفيل.

وهذا يتفق مع ماذهب إليه جمهور فقهاء المالكية كماسبق بيانه(*)ويخالف في ذلك الجمهور من الفقهاء فيجيزون رجوع الدائن على الكفيل أو كفيل الكفيل فمتى استوفى الحق من أحدهم برىء الجميع، وأنه يجوز الرجوع على الكفيل أو كفيل الكفيل والقانون إنما قال بذلك بناء على أنه لايجوز الرجوع على الكفيل إلا بعد الرجوع على المدين فجعل ذلك قياساً عليه ولكن الراجح ماذهب إليه جمهور الفقهاء خلافاً لبعض علماء المالكية.

هذا وإن الدارس لتعدد الكفلاء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعى يجد أن الفقهاء المسلمين قد أفاضوا في ذلك كما أن الترتيب لحالات التعدد وتقسيمها وبيان أحكامها يفوق ماورد في القانون من حيث التقسيم والترتيب والتنظيم، وذكرهم لحالات لم يتطرق لها القانون مما يعطى دليلاً عمليًّا أن الفقه الإسلامي أغنى من القوانين الوضعية في جميع ماتطرق له، وان جدت بعض الحالات التي لم تكن موجودة في عصر الفقهاء السابقين فهذه لايخرج الصالح منها عن القواعد التي استنبطها الفقهاء من الفقه الإسلامي. فالفقه الإسلامي غني بمصادره وقواعده يضمن سير الحياة بكافة أوجهها على أمثل السبل للمجتمعات البشرية.

(*) سبق ذلك ص ٣٩١

المبحث الرابع

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في العلاقة بين الكفيل والمدين

إذا وفى الكفيل للدائن فإنه يرجع على المدين الأصلي وقد أعطى القانون حق الرجوع على المدين بدعوى الكفالة جاء ذلك في المادة ٧٩٨ مدني مصري، وقد أعطى القانون الكفيل التمسك بكافة الدفوع التي يتمسك بها المدين في مواجهة الدائن، وإذا اكتملت الشروط التى اشترطها القانون لدعوى الكفالة فإن للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الكفالة، فإن كانت الكفالة قد عقدت بالرغم من معارضة المدين أو عقدت لمصلحة الدائن دون المدين فإن الكفيل لايرجع على المدين بدعوى الكفالة وإنما بسبب آخر وهو الإثراء بلا سبب.

وفي الفقه الإسلامي إذا أدى الكفيل الدين عن المدين بأمره فإنه يملك الرجوع على المدين بشروط أوردها كل من الفقهاء، ولم يخالف في ذلك إلا الظاهرية فإنهم يرون أن الضامن لايرجع على المدين لأن الكفالة عندهم تنقل الدين إلى الضامن وشروط القانون التي أوردها لرجوع الضامن على المدين سواء بدعوى الكفالة أو بدعوى الحلول لاتختلف عن الشروط التي أوردها الفقهاء المسلمون في شروط رجوع الكفيل على المدين بما أدى.

وقد جاء في المادة ٨٠٠ من القانون المدني المصرى مانصه: «للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه».

ومن هذا نعلم أن الكفيل يرجع على المدين بما أدى ولو كانت الكفالة

منعقدة دون إذن المدين وهذا يتفق مع رأي بعض المالكية وبعض الحنابلة الذين لم يشترطوا إذن المدين لكي يرجع عليه الضامن بما أدى.

وهذا خلاف ماعليه الجمهور من الفقهاء الحنفية وبعض المالكية والشافعية وبعض الحنابلة وهو أن الضامن لايرجع على المدين إلا إذا كان الضمان بإذنه وقد بينا أن ذلك هو الراجح.[٩١]

مايرجع به الكفيل على المدين:

يرى القانون أن الكفيل يرجع على المدين بأصل الدين والفوائد والمصروفات ويكون للكفيل الحق في الرجوع بالفوائد القانونية عن كل ماقام بدفعه ابتداء من يوم الدفع للدائن.

وفي مسألة الرجوع بأصل الدين فإن هذا يتفق مع الفقه الإسلامي حيث ذهب الفقهاء المسلمون من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[★] إلى أن الكفيل يرجع على المدين إذا أدى عن المكفول عنه ماضمنه سواء كان مثليًّا أو مقوماً وذلك في حالة أدائه عنه ماضمنه أما إذا أدى خلاف ماضمنه فإنه يرجع بالأقل مما أدى أو قيمة الدين.

وبالنسبة للمصروفات فإنني لم أطلع في الكتب الفقهية على نص يجيز للكفيل أن يرجع بالمصروفات على المدين إلا ماجاء في المبدع في شرح المقنع[٩٢] حيث جاء فيه: «لو تغيب مضمون عنه فأمسك الضامن وغرم شيئاً بسب ذلك وأنفقه في حبس رجع به على المضمون عنه» ومن هذا النص نرى أنه يجوز للكفيل أن يرجع على المدين بما أنفقه من مصروفات في سبيل مطالبته للمدين وكفالته عنه.

---

(٩١) ص ٤٢٨. (★)راجع في ذلك ص ٤٣١ ومابعدها.

(٩٢) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٤ /٢٥٨.

وأما الفوائد التي أجازها القانون فإن الفقه الإسلامي لايجيزها وإنما هي ربا محرم، وقد حرم الله الربا بقوله﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[٩٣].

وعلى هذا لايجوز للكفيل أن يرجع على المدين بالفوائد مطلقاً.

(٩٣) سورة البقرة آية /٢٧٥.

البـــاب الســـادس

بطلان الضمان الشخصي «الكفالة»،وانتهاؤه في الفقه الإسلامي والقانون

ويشتمل على خمسة فصول :

الفصل الأول : بطلان الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون

الفصل الثاني : انقضاء الكفالةوانتهاؤهافي الفقه الإسلامي.

الفصل الثالث : انقضاء الكفالة في القانون.

الفصـل الرابـع : في المقارنة بين أسباب انقضاء الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون.

الفصـل الخـامس : الضمان في الاعتمادات المصرفية التي تقدمها البنوك وكفالة الاستقدام وبيان حكمها.

الفصـــل الأول

بطلان الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون

ويندرج تحته ثلاثة مباحث :
المبحث الأول : بطلان الكفالة في الفقه الإسلامي.
المبحث الثاني : بطلان الكفالة في القانون.
المبحث الثالـث : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في معنى البطلان.

المبحث الأول

بطلان الكفالة في الفقه الإسلامي

تناول الفقهاء المسلمون رحمهم الله الكلام عن البطلان في العقود بالبحث والتفصيل والبطلان في اللغة: سقوط الشيء لفساده يقال: بطل دم القتيل إذا ذهب هدراً بلا ثأر ولا دية ومنه قيل للشجاع: بطل لأنه يعرض دمه أو دم منازله للبطلان(*).

ويتفق الفقهاء على تقسيم العقد إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح.

والعقد الصحيح: هو ماكان مستوفيا لأركانه وشروط انعقاده وشروط صحته(١).ويعرفه الحنفية بأنه:

ماكان مستوفياً لأصله ووصفه بحيث يكون متطابقا مع الوجه الذي شرع به(٢) واختلف الفقهاء في العقد غير الصحيح هل هو نوع واحد فقط أو أنه أنواع على قولين لهم:

١ ــ يذهب الجمهور من الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في قول لهم إلى أن العقد غير الصحيح قسم واحد فقط فهو باطل أو فاسد ولافرق بينهما. ويعرفونه بأنه هو الذي لم يستوف شرائطه ولا أركانه. ويستوي أن يكون الخلل في الركن أو في شروط الانعقاد، أوفي الوصف فالنتيجة واحدة هي البطلان.

(*) المعجم الوسيط ١/٦١.

(١) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي د /عبد الرحمن الصابوني ٢ /٥٧٧ المطبعة التعاونية ١٣٩٥هـ.

(٢) التلويح لسعد الدين التفتازاني ٢ /٦٥٠ مطبعة معارف إستانبول ١٣١٠هـ.

٢ ــ ويذهب الحنفية وهو قول بعض الحنابلة إلى أن العقد غير الصحيح ينقسم إلى قسمين فهو باطل أو فاسد جاء في مطالب أولي النهى[٣]: «المراد بالعقد الفاسد في المعاملات هو ما اختل شرطه وإن العقد الباطل هو ما اختل ركنه وإن العقد الصحيح هو ما توافرا أي الشرط والركن فيه» ، فإذا كان الخلل قد حدث في ركن العقد فهو باطل لايترتب عليه أي أثر، أما إذا كان الخلل قد حدث في شرط من الشروط المتعلقة بالحكم أي في وصف من الأوصاف فقد انعقد السبب وترتب عليه بعض الآثار لأن الأساس في الآثار هو السبب أولاً، والشروط مكملة لهذا وبحصول الخلل فيها يكون العقد فاسداً ولايكون باطلاً.[٤]

وعلى هذا فينقسم العقد عند الحنفية ومن تبعهم إلى ثلاثة أقسام:

صحيح وباطل وقسم ثالث في مرتبة بينهما هو الفاسد.

فالصحيح: هو ماكان سبباً صالحاً لترتيب حكمه وآثاره عليه ويكون كذلك متى صدر من أهله وكان محله قابلاً له، ولم يعرض له أمر أووصف يجعله منهيًّا عنه شرعاً. أو هو العقد الذي شرع بأصله ووصفه.

أما الباطل: فهو مالم يشرع بأصله ولابوصفه وذلك بكون العاقدين أو أحدهما ليس أهلاً لعقده أو يكون محل العقد ليس قابلاً له بكونه غير مباح أو معدوماً أو يكون غير مقدور التسليم. وبهذا يكون العقد قد اعترى الخلل أصله فيكون باطلاً لايترتب عليه أثر.

---

(٣) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى مصطفى السيوطي بحاشيته تجريد زوائد الغاية والشرح للشطي ٣ /٥١٢.

(٤) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص٦٦.

وأما الفاسد: فهو ماكان مشروعاً بأصله دون وصفه.

أي أنه يكون صادراً حقًّا من أهله في محله ولكن لازمه أو عرض له أمر أو وصف غير مشروع فصار العقد منهيًّا عنه شرعاً من أجله وذلك كالبيع المجهول جهالة تؤدي إلى النزاع. ولايرتب الشارع عليه أي أثر من آثار العقد لذات العقد ويجب على العاقدين فسخه إلا إذا باع المشترى مااشتراه أو وهبه أو تصدق به فحينئذ لايلزم فيه الثمن المسمى للمبيع لفساد التسمية بناء على فساد العقد. وحيث إنه لايمكن الفسخ فيلزم البيع وتجب القيمة لا الثمن لأن العقد قد فسد.

والفاسد قد وافق الصحيح بسلامة أصله وخالفه بوجود هذا الوصف المنهي عنه شرعاً فيكون لذلك بين الصحيح والباطل من العقود.(٥)

أساس الخلاف في ذلك بين الفقهاء:

أســـاس ذلك أمــران:

١ ـــ هل نهي الشارع عن عقد من العقود معناه عدم اعتباره إن أقدم عليه بعض الناس، ووقوع هذا في الإثم ومعصية الله أو معناه إثم من يقدم عليه ثم قد يعتبر العقد قائماً على وجه من الوجوه مع ذلك؟

أ ـــ يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في قول لهم أن نهي الشارع عن عقد من العقود معناه إثم من يقدم عليه وعدم اعتباره إن وقع فعلا وحينئذٍ فلا يكون له أثر. لأن العقد مع وجود النهي عنه عصيان لأمر الشارع. فلا يرتب عليه الشارع أى أثر من الآثار، ويعتبر أنه غير منعقد فيكون فاسداً أو باطلاً بمعنى واحد، ذلك أنه من المنطلق ألا يعتبر الشارع أمراً قد نهي عنه.

(٥) الأموال ونظرية العقد د /محمد يوسف موسى ص٤٤٠.

ب ــ ويرى الحنفية ومن تبعهم أن النهي عن بعض العقود قد يكون معناه إثم من يقدم عليها وليس معناه إبطالها، وذلك كالنهي الشرعي عن الربا فإن عقد الربا هو بيع أو قرض فهو مشروع الأصل، ولكن فيه وصفاً زائداً يستقبحه الشارع هو اشتماله على فضل بلا عوض، وهذا لايفيد النهي عنه بطلانه كغير المشروع أصلا بل يعتبر منعقدا انعقاداً فاسداً.

الأمر الثانـــي:

هل النهي عن العقد لأمر يرجع لأصل العقد وأركانه في منزلة واحدة مع النهي عنه لأمر أو وصف آخر عرض للعقد أو جاوره؟

أ ــ يرى الجمهور أن النهي عن العقد لافرق فيه بين أن يكون راجعاً لأصل العقد وأركانه أو يكون راجعاً لأمر أو وصف آخر عرض للعقد أو جاوره فما دام الشارع قد نهى عنه لأي سبب من الأسباب فلا قيمة له ولا اعتبار مطلقاً. يدل لذلك قول الرسول ﷺ: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد»[٦] وترتيب آثار على سبب نهى عنه الشارع أخذ بعمل ليس فيه أمر النبي ﷺ بل فيه نهيه، ويدل له كذلك إجماع سلف الأمة على الاستدلال بالنهي على بطلان العقود فحكموا ببطلان عقد الربا للنهي عنه، وبطلان نكاح المشركات للنهي عنه في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾[٧]

ب ــ ويرى الحنفية ومن تبعهم أن النهي عن العقود يختلف فيها ذلك أن صور المخالفات ليست في درجة واحدة بل منها مخالفات أساسية ومنها فرعية، فلا تكون النتيجة واحدة في الحالين.

---

(٦) رواه مسلم في كتاب الأقضية من صحيحه ٥ /١٣٢ مطبعة محمد على صبيح.

(٧) سورة البقرة آية /٢٢١.

لأن الحنفية قد اعتبروا الإيجاب والقبول هما ركن العقد واعتبروها السبب المنشئ للعقد فكل خلل يحدث في هذا الركن سواء كان الخلل في ذاته أم كان في شرط مكمل لهذا الركن فإن العقد يكون باطلاً لأن السببية لم تنعقد وإذا كان الخلل قد حدث في شرط من الشروط المكملة للحكم وهو الأثر المترتب على العقد فإن العقد لايكون باطلاً لاوجود له، بل يكون العقد موجوداً ولكنه فاسد.[٨]

أسباب الفساد عند الحنفية:

وللفساد عند الحنفية أسباب هي:

١ ــ **الجهالة الفاحشة** وهي المفضية إلى النزاع وذلك كجهالة المعقود عليه كما لو باع إنسان شاة غير معينة من قطيع غنم.

٢ ــ **الغــرر:** ويراد به اعتماد العقد على أمر يوهم المتعاقد بوجود أوصاف لاتثبت في الحقيقة وأصله ماورد عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر.[٩] والغرر الذي يؤدي إلى الفساد في العقود هو الغرر في الأوصاف والمقادير كما لو باع شخص بقرة على أنها حلوب فتبين خلاف ذلك.

٣ ــ **الإكراه:** وقد اختلف الحنفية في الحكم الذي يترتب على العقد المشوب بالإكراه هل يكون العقد فيه صحيحاً موقوفاً على رضا المكره بعد زوال الإكراه وإجازته له أو يكون فاسدا بسبب ذلك؟

---

(٨) الأموال ونظرية العقد د / محمد موسى ص٤٣٧ والمدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء ٢ /٦٧٥ وانظر أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص٦٧ نشر دار الفكر العربي.

(٩) حديث نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر أخرجه الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة /منتقى الأخبار لابن تيمية ٢ /٣١٧.

فيرى أبو حنيفة وصاحباه أن العقد فاسداً لأن العقد قد صدر من أهله مضافاً إلى محله ولكن عرض له ماسبب فساده ولذلك يعتبر فاسداً[١٠] في غير الكفالة أما الكفالة فهي عند الحنفية موقوفة على إجازة المكره[١١].

والحنفية إنما يجعلون محل التفريق في العقود المالية. قال الأستاذ مصطفى الرزقاء: «إن التمييز بين الفساد والبطلان لايجري إلا في العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة أو تنقل الملكية... »ثم قال: ويخرج عن هذا الضابط جميع التصرفات الأخرى التالية:

١ ــ التصرفات الفعليـــة مطلقاً.
٢ ــ التصرفات القولية التي ليست من قبيل العقود بل من تصرف الإرادة المنفردة كالطلاق والإعتاق والوقف والإبراء والكفالة...».

ومن هذا يتبين أن الكفالة إما صحيحة يترتب عليها آثار العقد كاملة أو باطلة أو فاسدة على حد سواء ولافرق بين كونها باطلة أو فاسدة وهذا باتفاق الفقهاء الحنفية وغيرهم فلا تفرقه بين الفساد والبطلان في الكفالة عند الحنفية.

(١٠) المدخل الفقهي العام / مصطفى الزرقا ٢ /٦٨٩ ــ ٦٩٦ والنظرية العامة للموجبات والعقود د / صبحي محمصاني ٢ /٤١٨ ــ ٤٥٣.

(١١) المدخل الفقهي العام /مصطفى الزرقاء ١ /٤٥٢ مطبعة الجامعة السورية.

المبحث الثاني

بطلان الكفالة في القانون

يقسم القانونيون البطلان في الكفالة الى قسمين هما:

١ ــ البطلان المطلق:

تعتبر الكفالة باطلة بطلانا مطلقاً إذا تخلف أحد أركانها فانعدم ركن التراضي مثلاً أو كان محلها غير معين أو مستحيلاً أو غير مشروع وكان سببها غير مشروع، فإذا كان الالتزام المكفول في هذه الحالة باطلاً بطلانا مطلقاً كانت الكفالة وهي تابعة له باطلة مثله، وقد نصت المادة (٧٨٢) من القانون المدني المصري على أن: «يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين» وكذلك المادة (٧٤٨) من القانون المدني السوري وهي مطابقة لما جاء في القانون المصري.

ومن الأوجه التي يحتج بها المدين الأصلي بطلان التزامه المكفول، فللكفيل أن يحتج بهذا البطلان كذلك فتكون كفالة الالتزام الباطلة باطلة مثله.

ومن أمثلة العقد الباطل: دين المقامرة أو الرهان ودين الربا الفاحش فيما زاد على مقدار الفائدة المسموح بها قانوناً، كل هذه ديون باطلة لأن مصدرها عقد باطل، وعلى ذلك لاتجوز كفالتها ويكون التزام الكفيل في هذه الحالة باطلاً بطلان الالتزام الأصلي المكفول.

وهذا البطلان لا تصححه الإجازة ولايسرى عليه التقادم ويستطيع أن يتمسك به كل من له مصلحة كما يكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وتعتبر

الكفالة كأن لم تكن، أي تزول بأثر رجعي إذا ماتقرر البطلان لبطلان التصرف الذي ينسب إليه الالتزام المكفول.[١٢]

٢ ــ البطـــــلان النسبي:

هو البطلان الذي يلحق عقد الكفالة بسبب عيب من عيوب الرضا كالإكراه والغلط والتدليس أو بسبب نقص الأهلية.

وإذا كان الالتزام الأصلي ناشئاً عن عقد قابل للإبطال لنقص أهلية المدين أو لعيب في ارادته أو لسبب من أسباب القابلية للإبطال التي قررها القانون في أحوال خاصة كما لو كان الالتزام الأصلي ثمنا في عقد بيع ملك الغير فهو التزام موجود وبالتالي يمكن كفالته فإذا انعقدت الكفالة ولم يقصد الكفيل سوى كفالة هذا الالتزام كان مقتضى صفة التبعية أن يرتبط وجود التزام الكفيل بوجود الالتزام الأصلي، فما بقى الالتزام الأصلي قائماً وإن كان مهدداً بالإبطال بقي كذلك التزام الكفيل، وإذا استقر وجود الالتزام الأصلي فلم يعد للمدين أن يطلب الإبطال لأنه أجاز العقد أو سقط حقه في طلب الإبطال بالتقادم استقر كذلك التزام الكفيل، أما إذا تقرر إبطال العقد المنشئ للالتزام الأصلي بناء على طلب المدين أو الكفيل، فإن التزام المدين يزول بأثر رجعي كأن لم يكن وتبطل الكفالة .

هذا هو مقتضى القواعد العامة. وقد نصت المادة (٧٧٧) مدني مصري علي أنه: «من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفاله بسبب نقص الأهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول».

---

(١٢) الوسيط للسنهوري ١٠ /٤٢ ومصادر الحق في الفقه الإسلامي ٤ /٨٨ وانظر الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري د / عبد الرزاق السنهوري ص ١٨٤ دار إحياء التراث العربي ــ بيروت.

وكذلك المادة (٧٤٣) من القانون المدني السوري أما القانون المدني العراقي فلم يذكر شيئاً في هذا الخصوص.

والعقد في هذا البطلان منعقد صحيح وموجب لآثاره الالتزامية بين العاقدين ولكنه قابل للإبطال بناء على طلب الشخص الذي قصدت حمايته بهذا البطلان فمثلا إذا وقع المدين المكفول في غلط عند تعاقده وتوافر في الغلط الشروط الواجبه لجعل العقد قابلاً للإبطال وتمسك المدين بإبطال العقد فإنه يجوز لكفيله كذلك أن يتمسك بإبطال الكفالة أسوة بالمدين الأصلي، فإذا أجاز المدين العقد فإن للكفيل حق التمسك بإبطال الكفالة حتى بعد الإجازة مالم يجز الكفيل الكفالة فتصبح صحيحة بعد أن كانت قابلة للإبطال. وهذا إذا لم يكن الكفيل يعلم نقص الأهلية وكفله بسبب نقص الأهلية فإنه لايستطيع أن يتمسك بنقص الأهلية بل يكون مدينا أصليًّا ملزماً بتنفيذ الالتزام ولايكون كفيلاً[١٣] وهذا هو مانصت عليه المادة (٧٧٧) مدني مصري المشار إليها.

(١٣) عقد الكفالة د / منصور مصطفى منصور ص٣١ وانظر التأمينات الشخصية والعينية جميل الشرقاوي ص٤٢.

المبحث الثالث

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في معنى البطلان

ذكرنا فيما سبق أقسام العقود في الفقه الإسلامي وأنها تنقسم من حيث ترتب آثارها عليها أوعدم ترتبها إلى قسمين صحيح وغير صحيح ثم إن غير الصحيح ينقسم إلى قسمين كما هو رأي الحنفية ومن تبعهم فتكون الأحكام ثلاثة: صحيح وباطل وفاسد. أو أنه قسم واحد فقط فهو باطل أو فاسد على حد سواء كما هو رأي الجمهور وذلك فيما عدا الكفالة فإن البطلان فيها بمرتبة واحدة فهي إما باطلة أو فاسدة على حد سواء.

أما القانون فإنه يقسم العقود إلى صحيحة وباطلة. ثم إن البطلان أنواع منه البطلان المطلق. ومنه البطلان النسبي.

وبدراسة الأقسام التي أوردها كل من الفقه الإسلامي والقانون للعقود الباطلة يتضح مايأتي:

١ ــ أن نظرية البطلان المطلق في القانون تتفق مع نظرية البطلان في الفقه الإسلامي. لكن يختلف القانون عن الفقه الإسلامي في تقدير السبب المشروع وغير المشروع. فيعتبر الاتجار بلحم الخنزير باطلاً بطلاناً مطلقاً في الفقه الإسلامي لعدم شرعيته أما القانون فإنه يرى صحة ذلك لشرعيته عنده.

والعقد الباطل يعتبر غير موجود ولامنعقد ولايقر المتعاقدان عليه بل يُعتبر كأن لم يكن وعلى هذا يتفق الفقه الإسلامي والقانون.

من ذلك نجد أن نظرية البطلان المطلق في القانون تتفق مع نظرية البطلان

في الفقه الإسلامي في الفكرة والقواعد والأساليب والنتائج إلا أن الاختلاف في تقدير السبب المشروع وغير المشروع.[١٤]

٢ ــ أن البطلان النسبي الذي أورده القانون ليس فيه من معنى البطلان شيء ولا لحقيقة البطلان فيه أي صلة وإنما هو عقد صحيح موقوف يترتب عليه كل الآثار والأحكام التي تترتب على العقد الصحيح وكل مافيه أنه قابل للفسخ أى موقوف على إجازة من له الأمر في ذلك. وواضح من ذلك أنه لااتفاق بين البطلان وقابلية الإبطال بل هما متغايران فالباطل غير منعقد أصلاً. أما القابل للإبطال فهو منعقد إلا أنه موقوف، وعليه فإنه لايجوز أن يوصف هذا بالبطلان ولو نسبياً، لأن العقد القابل للإبطال صيانة لحق خاص عقد قائم وموجود فعلاً ومنتج لجميع أحكامه، وقابليته للإبطال حماية لأحد الطرفين إنما تسلبه قوته الإلزامية فقط دون أن يوصف بالبطلان.

وإنما الذي يوصف بالبطلان حقيقة هو البطلان المطلق أما مايسمى بالبطلان النسبي فليس فيه معنى البطلان، لأن معنى البطلان هو العدم والعدم لايتجزأ فالبطلان لايتجرأ من ذلك نعلم أن ماذهب إليه الفقهاء المسلمون صح لغة واصطلاحاً وأدق نظراً.

والفقهاء المسلمون قد أطلقوا على العقد الذي يشترك فيه ناقص الأهلية بأنه عقد موقوف على إجازة الولي أو الوصي وبعد إجازتهما ينفذ العقد ويعتبر صحيحاً وإذا بلغ القاصر أو انفك الحجر فله أن يجيز العقد أو يرده أما فيما يخص عيوب الرضا، فإنه يختلف على النحو التالي:

١ ــ يوصف العقد الذي يصاحبه الغلط بأنه مسلوب اللزوم أي قابل للفسخ بإرادة الطرف المتضرر الذي عيب رضاه بذلك فهو مخير بين الفسخ

(١٤) المدخل الفقهي العام /مصطفى الزرقاء ٢ /٦٦٦.

والإمضاء وهذا باتفاق الفقهاء.[١٥]

٢ ــ وبالنسبة للتدليس فإنه يوصف كذلك بقابليته للفسخ عند المالكية والشافعية والحنابلة فللمدلس عليه حق الفسخ والإمضاءوهم في ذلك متمسكون بحديث: «لاتصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر[١٦]».

وفي المراجع المعتبرة لمذهب الأحناف أن التدليس لايجعل للعقد الحق في الفسخ بل له الرجوع على من دلس عليه بطلب التعويض كما جاء في حاشية ابن عابدين: «وقال أبو حنيفه ــ ويرجع على البائع بإرشها»[١٧]

ولم يأخذ الحنفية بالحديث لأنهم يرون أنه مخالف للقياس الثابت بالكتاب والسنة والإجماع من أن ضمان العدوان بالمثل أو القيمة، وليس التمر مثلاً للحليب ولاقيمة له.

٣ ــ أما الإكراه فإن الفقهاء يختلفون في الحكم على العقد الذي شابه هذا العيب:

أ ــ فيرى أبو حنيفة وأصحابه أن العقد مع الإكراه في الكفالة يعتبر موقوفاً على إجازة المكره حين زوال الإكراه، وذلك لأن الإكراه يخل بحق المستكره فيكفي لحمايته جعل العقد موقوف النفاذ على رضاه بعد زوال الإكراه.

---

(١٥) نهاية المحتاج للرملي ٢ / ١٣٦ وكشاف القناع للبهوتي ٢ /٥٦.

(١٦) رواه البخاري في كتاب البيوع ٣ /٧٠ ورواه مسلم في كتاب البيوع كذلك ٣ / ١١٥٩ حديث رقم ٢٦ وانظر في المذاهب الفقهية مواهب الجليل ٤ /٤٣٨ ونهاية المحتاج للرملي ٣ /١٣٧ وكشاف القناع للبهوتي ٣ /٢١٣.

(١٧) حاشية ابن عابدين ٥ /٤٤.

ب ـــ ويرى الجمهور من الفقهاء أن العقد يكون باطلاً أو فاسداً لأن الرضا شرط الانعقاد وبانعدامه لاينعقد العقد أصلاً، فلا يقبل الإجازة من المكره بعد زوال الإكراه عنه.[١٨]

ومن ذلك نرى تفوق الفقه الإسلامي على القوانين الوضعية في نظرية البطلان فهي أوسع نطاقاً في الفقه الإسلامي، وأدق تعبيراً منها في القوانين الوضعية.

(١٨) الاختيار لتعليل المختار / عبدالله الموصلي ٢ /١٠٥ الأموال ونظرية العقد د / محمد يوسف موسى ص٣٩٨ وانظر إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم ٤ /٥١ وشرح البهجة للتسولي ٢ /٧٦ والسراج الوهاج /محمد الغمراوي ص ١٧٣.

الفصل الثاني

أسباب انقضاء الكفالة في الفقه الإسلامي

ويندرج تحته مبحثان :

المبحث الأول : أسباب انقضاء الكفالة وانتهائها في المذاهب الفقهية الإسلامية.

المبحث الثاني : أسباب انقضاء الكفالة الخاصة بكفالة النفس في المذاهب الفقهية الإسلامية.

المبحث الأول

أسباب انقضاء الكفالة وانتهائها في المذاهب الفقهية الإسلامية..

ويندرج تحته ثمانية مطالب :

المطلب الأول : انقضاء الكفالة بوفاء الدين.

المطلب الثاني : انقضاء الكفالة بالإبراء.

المطلب الثالث : انقضاء الكفالة بالصلح.

المطلب الرابع : انقضاء الكفالة بالحوالة.

المطلب الخامس : انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول به أو إبطاله.

المطلب السادس : انقضاء الكفالة بهلاك المال أو العين المكفولة.

المطلب السابع : انقضاء الكفالة باتحاد الذمة.

المطلب الثامن : انقضاء الكفالة بالمقاصة.

المبحث الأول

انقضاء الكفالة وانتهاؤها في المذاهب الفقهية الإسلامية.

لقد جاء ذكر تلك الأسباب في مواضع متعددة من الكتب الفقهية وجاء بعضها عن طريق الإشارة. ثم إن بعض الفقهاء قد أورد بعض الأسباب دون بعضها الآخر وسوف نتكلم عن تلك الأسباب في المذاهب الفقهية المختلفة.

المطلـــب الأول

في انقضاء الكفالة بوفاء الدين

١ ــ المذهــب الحنفي: يرى الحنفية أن الكفالة تنقضي بأداء المال إلى الدائن سواء كان هذا الأداء من الكفيل أو من المدين، وتنقضي الكفالة كذلك في كل ماهو في معنى الأداء كالهبة والصدقة كما إذا وهب الدائن المال للمدين أو الكفيل أوتصدق به عليهما. جاء في بدائع الصنائع[١٩]: «أما الكفيل بالمال فإنما يخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما: أداء المال إلى الطالب أو ماهو في معنى الأداء سواء كان الأداء من الأصيل أو من الكفيل، لأن حق المطالبة للتوسل إلى الأداء فإذا وجد فقد حصل المقصود فينتهي حكم العقد، وكذا إذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الأصيل لأن الهبة بمنزلة الأداء وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الأصيل لأن الصدقة تمليك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة».

٢ ــ المالكيـــة: يرى المالكية أن الضمان ينتهي بأداء الدين إلى الدائن سواء كان الأداء من الكفيل أو من المدين. كما أن الضمان ينتهي إذا وهب الدائن الدين للمدين وكذلك إذا مات المدين موسرا والدائن من ورثته.

جاء في حاشية الدسوقي:[٢٠] «بل قد يبرأ أي الأصيل ببراءة الضامن أي كما إذا أدى الضامن فإن كلا منهما يبرأ بدفعه». وجاء فيه كذلك «وإن برئ الأصل أي المدين بهبة الدين له أو موته مليا ورب الدين وارثه أو نحو ذلك برئ الضامن لأن طلبه فرع يفوت الدين على الأصل».

---

(١٩) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٢٥.

(٢٠) الشرح الكبير للدردير ٣ /٣٠٣.

٣ ــ الشافعيــة: يرى الشافعية أن الكفالة تنتهي إذا وفي الكفيل أو المدين دين الكفالة إلى الدائن جاء في تكملة المجموع[٢١]:«وإن قبض المضمون له الحق من المضمون عنه برئ الضامن، لأنه وثيقة بحق فانحلت بقض الحق كالرهن، وإن قبضه الضامن برئ المضمون عنه لأنه استوفى الحق من الوثيقة فبرئ من عليه الدين من ثمن الرهن».

٤ ــ الحنابلــة: يرى الحنابلة أن الكفالة تنتهي بأداء الدين سواء كان من المضمون عنه أو من الضامن جاء في المبدع في شرح المقنع[٢٢] :«فإن برئت ذمة المضمون عنه.... أوقضاء برئ الضامن لأنه تبع له والضمان وثيقة فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة كالرهن».

وجاء في المغني[٢٣]: «فإن ضمن الضامن ضامن آخر فقضى أحدهم الدين برئوا جميعا فإن قضاء المضمون عنه لم يرجع على أحد».

المقارنـــة: من ذلك نرى اتفاق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الكفالة تنقضي بأداء الدين سواء كان من المدين أو الكفيل وتنقضي كذلك إذا قام بالوفاء أجنبي مأمور بالوفاء أو متبرع وذلك لأن ماعليها حق واجب فإذا استوفى زال تعلقه بهما كما لو كان الحق الذي به رهن قد استوفى وكذلك يبرأ الكفيل من الكفالة وتنقضي الكفالة فيما كان فيه معنى الأداء وذلك فيما إذا وهب الدائن الحق للمدين أو الكفيل غير أنه إذا كانت الهبة للكفيل فإنه يبقى الحق له ويرجع به على الأصيل. وتنتهي الكفالة كذلك

---

(٢١) تكملة المجموع للمطيعي ٤ /٢٧.

(٢٢) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٤ /٢٤٩.

(٢٣) المغني لابن قدامة ٤ /٦١٠.

فيما إذا تصدق المكفول له بالدين الذي له على الأصيل أو الكفيل لأن الصدقة تمليك ويبرأ الكفيل من الكفالة غير أنه إذا كانت الصدقة على الكفيل فإنه يرجع على الأصيل بالدين.

المطلـــب الثاني

انقضاء الكفالة بالإبـــراء

الحنفيـــة: يرى الحنفية أن الإبراء من جانب الدائن ينهي عقد الكفالة سواء كان الإبراء للكفيل أو المدين غير أنه إذا أبرأ الدائن الكفيل لايبرأ الأصيل وإن أبرأ الدائن الأصيل برىء الكفيل ويلاحظ أن إبراء الأصيل يرتد بالرد منه ويبقى الدين في ذمته أما إبراء الكفيل فلا يرتد بالرد، ومن إبراء الكفيل قول المكفول له ليس لي عند الكفيل شيء.

جاء في بدائع الصنائع:[٢٤] «والثاني الإبراء وما هو في معناه فإن أبرأ الطالب الكفيل أو الأصيل خرج عن الكفالة غير أنه إذا أبرأ الكفيل لايبرأ الأصيل وإن أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل لأن الدين على الأصيل لاعلى الكفيل. فأما إبراء الكفيل فابراؤه عن المطالبة لاعن الدين إذ لادين عليه. الا أن إبراء الأصيل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصدق عليه، وإبراء الكفيل لايرتد بالرد والهبة والتصدق عليه».

وجاء في البدائع[٢٥] كذلك:«إذا برأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة ». من هذا نعلم أن الإبراء سبب لانقضاء الكفالة عند الحنفية.

المالكية: يرى المالكية أن الكفالة تنتهي بالإبراء، كما إذا أبرأ الدائن الكفيل من دين الكفالة فإنه يبرأ منها. جاء في مواهب الجليل:[٢٦] «قال : في رجل أسلف رجلاً ديناراً إلى أجل وأخذ به حميلاً فلما حل الأجل جعلا الدينار في عشرة أرادب إلى الغلة فلقي الحميل: فقال: قد برئت ذمتك من الدينار الذي تحملت

(٢٤) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٢٥.
(٢٥) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٢٥.
(٢٦) مواهب الجليل للحطاب ٥ /١١٠.

لي به وأشهد بالبراءة ثم رجع فقال: ليس له أن يرجع على الحميل وقد برىء من الحمالة.

الشافعيـة: يرى الشافعية أن الكفالة تنتهي بإبراء الدائن للمدين المكفول عنه لأن إبراء المدين إبراء للكفيل، أما إذا أبرأ الدائن الكفيل فإن الكفالة تنتهي ولكن لايبرأ المدين جاء في تكملة المجموع[٢٧]:«وإن أبرأ المضمون عنه برىء الضامن لأن الضمان وثيقة بالدين فإذا أبرئ من عليه الدين انحلت الوثيقة كما ينحل الرهن إذا برئ الراهن من الدين.

وإن أبرئ الضامن لم يبرأ المضمون عنه لأن إبراءه إسقاط وثيقة من غير قبض فلم يبرأ من عليه الدين كفسخ الرهن».

وجاء في نهاية المحتاج[٢٨]:«وإن قال المكفول له أبرأتك من حقي برىء. أو لاحق لي على الأصيل أو قبله فوجهان، أصحهما براءة الكفيل بذلك».

الحنابلـــة: يرى الحنابلة أن الكفالة تنقضي بإبراء الدائن للكفيل أو المدين غير أنه بإبراء المدين يبرأ الضامن كذلك أما بإبراء الضامن فلا يبرأ المضمون عنه بل يبقى الدين في ذمته. جاء في المغني:[٢٩] «وإن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن لانعلم فيه خلافاً لأنه تبع ولأنه وثيقة فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة كالرهن وإن أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه لأنه أصل فلا يبرأ بإبراء التبع ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها. فلم تبرأ ذمة الأصل كالرهن إذا انفسخ من غير اسيتفائه».

---

(٢٧) تكملة المجموع للمطيعي١٤ /٢٧.

(٢٨) نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٥٠.

(٢٩) المغني لابن قدامة ٤ /٦٠٥.

المقارنـــة: من ذلك نرى اتفاق الفقهاء على أن الكفالة تنقضي بالإبراء. غير أن إبراء الطالب للأصيل إبراء للكفيل لأنه تبع له وفرع له فيأخذ حكمه أما إذا أبرأ الكفيل فإنه يبرأ وحده دون الأصيل لأن الأصل لايأخذ حكم الفرع.

المطلـــب الثالث

انقضاء الكفالة بالصلح:

المذهب الحنفـي: يرى الحنفية أنه إذا صالح الكفيل الدائن عن الدين فيبرأ الكفيل والمدين وينتهي عقد الكفالة.

جاء في شرح فتح القدير:[٣٠] «فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برىء الكفيل والذي عليه الأصل لأنه إذا أضاف الصلح إلى الألف وهي على الأصيل فيبرأ عن خمسمائة لأنه إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة».

أما إذا صالح الكفيل الدائن على أن يبرئه من الكفالة فلا يجوز جاء في حاشية رد المحتار:[٣١]«صالح الكفيل الطالب على شيء ليبرئه عن الكفالة لم يصح الصلح ولايجب المال على الكفيل».

المذهب المالكـي: يرى المالكية جواز مصالحة الكفيل للدائن وأن مايدفعه الكفيل في مقابل الصلح يرجع به على المدين ويطالبه بالأقل من الدين أو قيمته وبالمصالحة تنقضي الكفالة. جاء في الشرح الصغير[٣٢]:«وجاز له الصلح بما جاز للمدين أن يصالح به رب الدين فما جاز للغريم أن يدفعه عوضاً عما عليه من الدين جاز للضامن دفعه له ومالا فلا».

---

(٣٠) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٣٠٨.

(٣١) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥ /٣٢٠.

(٣٢) الشرح الصغير للدردير ٣ /٤٣٦.

ومعنى ذلك أن الكفالة تنقضي بالصلح وأن الكفيل يرجع على المدين بالأقل من الدين أو قيمة ماصالح فيه.

وجاء ذلك في أسهل المدارك[٣٣]:«وجاز صلحه بما جاز للغريم على الأصح ورجع بالأقل منه أو قيمته».

المذهب الشافعي: يرى الشافعية أن الكفالة تنتهي إذا صالح الضامن الدائن عن الدين الذي على المضمون عنه ويرجع الضامن بعد الصلح على المدين بالأقل من الدين أو قيمة ماصالح به. جاء في الإقناع[٣٤]: «لو صالح الضامن عن الدين المضمون بما دونه كأن صالح عن مائة ببعضها أو بثوب قيمته دونها لم يرجع إلا بما غرم لأنه الذي بدله».

المذهب الحنبلي: يرى الحنابلة أن الكفالة تنقضي بالصلح ويرجع الضامن على المضمون عنه بالأقل من قيمة ماصالح به أو قدر الدين، جاء في المغني:[٣٥] «وإن دفع عن الدين عوضاً رجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين».

المقارنـــة:من هذا العرض لأقوال الفقهاء نرى أنهم يتفقون على أن الكفالة تنقضي فيما إذا صالح الكفيل الدائن عن الدين ببعضه وبذلك يبرأ الأصيل من مطالبة الدائن له ويرجع الكفيل على الأصيل بالأقل من الدين أو قيمة ماصالح به.

---

(٣٣) أسهل المدارك لأبي بكر الكشناوي ٣ /٢٣.

(٣٤) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني الخطيب ١ /٢٩٠.

(٣٥) المغني لابن قدامة ٤ /٦٠٩.

المطلـــب الرابع

انقضاء الكفالة بالحوالــة:

المذهب الحنفـــي: يختلف الحنفية في اعتبار أن الحوالة من أسباب انقضاء الكفالة: فيذهب الجمهور منهم إلى اعتبار أن الحوالة من أسباب انقضاء الكفالة، فإذا أحال الكفيل الدائن بدين الكفالة إلى شخص آخر وقبله الدائن، فإن الكفيل يخرج عن الكفالة وكذلك إذا أحال المدين الدائن بالدين إلى شخص آخر وقبل الدائن ذلك لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة.

ويذهب بعضهم إلى أن الحوالة مبرئة عن المطالبة وإبراء الكفيل .

ويذهب زفر منهم إلى أن الكفالة لاتنتهي بالحوالة لأن الحوالة ليست مبرئة أصلاً.

جاء في بدائع الصنائع[٣٧]: «ولو أحال الكفيل الطالب بمال الكفالة على رجل وقبله الطالب فالمحتال عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة وكذا إذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله، لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة عند عامة مشايخنا وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة وإبراء الكفيل وعند زفر لايخرج الكفيل عن الكفالة لأن الحوالة عنده ليست مبرئة أصلاً».

المذهب الملكي: لم أعثر للمالكية على قول حول انقضاء الكفالة بالحوالة لكن بالرجوع إلى تعريف الحوالة عندهم وهو: صرف دين ــ أي نقله وطرحه عن ذمة المدين بمثله إلى ذمة أخرى تبرأ بها الأولى[٣٨]. يفهم منه أن الحوالة

---

(٣٦) الحوالة عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة نهاية المحتاج للرملي ٤ /٤٢١.

(٣٧) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٢٦.

(٣٨) بلغة السالك للصاوي ٢ /١٥٢.

تبرىء ذمة المدين الأصلي وبناء عليه تنقضي الكفالة لأن ذمة الكفيل تبع لذمة الأصيل فيأخذ حكمه.

المذهب الشافعي: يرى الشافعية أن الكفالة تنتهي بالحوالة فإذا أحال الكفيل الدائن بالحق على شخص آخر له عليه دين فإن الكفالة تنقضي بذلك وحينئذٍ يرجع الكفيل على المدين في الحال وذلك لكون الحوالة كالقبض. وتنتهي الكفالة كذلك إذا أحال الكفيل الدائن بالحق على شخص آخر ليس له عليه حق ووافق المحال عليه.

جاء في تكملة المجموع:[٣٩] «وكل موضع ثبت للضامن الرجوع على المضمون عنه فأحال الضامن المضمون له بالحق على من له عليه دين فإنه يرجع على المضمون عنه في الحال لأن الحوالة كالقبض. وإن أحاله على من لاحق له عليه وقبل المحال عليه... برئ الضامن والمضمون عنه ولا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء في الحال لأنه لم يغرم شيئاً. فإن قبض المحتال من المحال عليه ورجع المحتال عليه على الضامن رجع الضامن على المضمون عنه».

المذهب الحنبلي:

يرى الحنابلة أن الكفالة تنقضي بالحوالة لأن الحوالة كالأداء.

جاء في المغني:[٤٠] «فإن أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقبيضه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء لفلس أو مطل لأن نفس الحوالة كالإقباض».

فإن كانت الحوالة من الدائن على المدين فإن الكفالة تنتهي ويبرأ الكفيل من

---

(٣٩) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٢٦.

(٤٠) المغني لابن قدامة ٤ /٦٠٩.

الكفالة. جاء في المغني[٤١]:«قاله مهنا: سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذ بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقه فقال: يبرأ الكفيلان. قلت: فإن مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً؟

قال: لاشيء له ويذهب الألف».

المقارنـــة: من ذلك نستخلص مايأتي:

١ ــ يرى جمهور الفقهاء أن إحالة الكفيل للدائن بالحق على شخص آخر أو احالة المدين للدائن بالحق على آخر أن ذلك ينهي عقد الكفالة ويبرىء الكفيل من الكفالة لأن الحوالة كالقبض.

٢ ــ ويرى زفر من الحنفية أن الكفالة لاتنتهي بالحوالة لأن الكفالة تعتبر وثيقة فلا تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

الراجح عندي: أرى أن الراجح هو أن الكفالة تنقضي بالحوالة لأن الحوالة ينتقل بها الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فتكون إحالته بمنزلة القبض.

---

(٤١) المغني لابن قدامة ٤ /٦٢٥.

المطلـــب الخامـــس

انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول به أو إبطاله:

الحنفيـــة: يرى الحنفية أن الكفالة تنتهي إذا انفسخ الدين المكفول به، أوسقط وبرئت بسبب ذلك ذمة الأصيل، فإن ذمة الكفيل تبعاً لذلك، وتنقضي الكفالة وذلك كما لو كفل بثمن المبيع وانفسخ البيع بشرط الخيار فإن وجود المسقط للدين يسقط المطالبة وتنتهي الكفالة. جاء في شرح فتح القدير[٤٢] «ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الأصيل».

المالكيـــة: يرى المالكية أن الكفالة تنقضي إذا فسد الدين المضمون أو بطلت الكفالة نفسها كما إذا اختل منها شرط أو حدث مانع.

جاء في الشرح الصغير[٤٣]:«وبطل الضمان إن فسد متحمل به أى الدين المضمون كدراهم بدنانير لأجل وعكسه فلا يلزم الضامن حينئذٍ شيء».

وجاء فيه كذلك «أوفسدت الحمالة نفسها شرعاً بأن اختل منها شرط أو حصل مانع فتبطل. بمعنى أنه لايترتب عليها حكمها من غرم أو غيره».

الشافعيـــة: يرى الشافعية أن الكفالة تنقضي إذا بطلت بسبب الشروط الفاسدة مثل شرط الخيار أو جهالة المال، جاء في تكملة المجموع:[٤٤] «لايجوز شرط الخيار في الضمان فإذا شرط فيه أبطله... ويبطل الضمان بالشروط الفاسدة لأنه عقد يبطل بجهالة المال فبطل بالشروط الفاسدة كالبيع».

---

(٤٢) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ /٣١٧.

(٤٣) الشرح الصغير للدردير ٣ /٤٤١.

(٤٤) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ /٢٢.

وتنقضي الكفالة كذلك إذا انفسخ العقد الذي نشأ عنه الدين المضمون وذلك كما لو ضمن الكفيل ثمن سلعة للمشتري فانفسخ عقد البيع لهلاك السلعة عند البائع قبل تسليمها فإن الكفالة تنقضي وتبرأ ذمة كل من المدين والكفيل.

الحنابلـــــة: يرى الحنابلة أن عقد الكفالة ينتهي إذا انفسخ الدين المكفول به أو بطلت الكفالة وبذلك يبرأ الكفيل من الكفالة.

جاء في كشاف القناع:(٤٥) «أو زال العقد بأن انفسخ البيع الذي ضمن فيه الثمن أو انفسخت الإجارة وقد ضمن الأجرة برئ الضامن بغير خلاف نعلمه، لأنه تبع له والضمان وثيقة فإذا برىء الأصل زالت الوثيقة».

وجاء في المغني:(٤٦) «ولايدخل الضمان والكفالة خيار... فإن شرط الخيار فيهما فقال القاضي: إن الكفالة تبطل لأنه شرط ماينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط أن لايؤدي ماعلى المكفول به».

وبراءة الضامن تعني انتهاء الكفالة.

المقارنـــة: يتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه إذا انفسخ الدين المكفول به أو فسدت الكفالة فإن الكفالة تنقضي على اختلاف بينهم فيما يعتبر مفسداً للكفالة من الشروط ومايعتبر فاسخاً للدين المكفول به. وإذا.. انفسخ الدين المكفول به أو سقط فإن ذمة الكفيل تبرأ تبعاً لذمة الأصيل وتنقضي الكفالة. لأن الضمان وثيقة فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة.

---

(٤٥) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٦١٣.

(٤٦) المغني لابن قدامة ٤ /٦١٣.

المطلـــب السادس

في انقضاء الكفالة بهلاك المال المعين أو العين المكفولة:

وذلك كما لو هلك المبيع فينقضي التزام الأصيل بتسليم المبيع وينقضي تبعا لذلك التزام الكفيل.

الحنفيـــة: يرى الحنفية أن التزام الكفيل ينقضي إذا هلك الدين المكفول به لأنه يمتنع التسليم بهلاكه جاء في مجمع الأنهر:(٤٧) «وتبطل بموت الكفيل والمكفول به لامتناع التسليم»،

وجاء في البدائع:(٤٨) «إذا هلك لاشيء على الكفيل لأنه لم يبق مضموناً على الأصيل فلا يبقى على الكفيل».

المالكية: يرى المالكية أنه إذا تلف المال المكفول فإن الكفالة تنقضي وذلك كما لو ضمن شخص سلعة مبيعة ثم تلفت السلعة فإن الكفالة تنقضي لهلاك المال المبيع. أما العين فإن المالكية يرون عدم جواز الكفالة بالأعيان جاء في الخرشي:(٤٩) «فلا يصح ضمان معين».

الشافعيـــة: يرى الشافعية أن هلاك العين المكفول بها ينهى الكفالة ولايطالب الكفيل بشيء. جاء في شرح البهجة:(٥٠) «أو تتلف العين المكفولة فلا شيء من المال وجب على الكفيل لأنه لم يلتزمه كما لو ضمن المسلم فيه فانقطع لايطالب برأس المال وقيل يجب عليه المال لأن الكفالة وثيقة فيستوفى منها

(٤٧) مجمع الأنهر شرح ملتقي الأبحر لشيخ زاده ٢ /١٢٧.
(٤٨) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤١٦.
(٤٩) الخرشي على مختصر خليل ٦ /٢٤.
(٥٠) شرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣ /١٥٩.

المال إذا تعذر تحصيله ممن هو عليه».

الحنابلـــة: يرى الحنابلة أنه إذا خصص الكفيل مالاً معيناً لضمان الدين المكفول وتلف هذا المال فإن الكفالة تنتهي أما إذا أتلفه مُتلف فإن الكفالة لاتنقضي ويتعلق الضمان ببدله. جاء في كشاف القناع:[٥١] « لو قال الحر: ضمنت لك هذا الدين على أن تأخذ ماضمنته من مالي هذا صح ذلك ويكون متعلقاً بهذا المال الذي عينه كتعلق إرش الجناية برقبة الجاني، فعلى هذا إذا تلف المال سقط الضمان. وإن أتلفه متلف فتلف تعلق الضمان ببدله».

المقارنـــة:

من ذلك نرى أن الكفالة تنتهي بهلاك المال المعين للكفالة أو هلاك العين المكفولة إذا كان الهلاك بغير فعل آدمي.

فإن كان الهلاك بفعل آدمي فإن الضمان لاينقضي ويجب على المتلف بدله.

(٥١) كشاف القناع للبهوتي ٣ /٣٦٦.

المطلـــب السابـــع

انقضاء الكفالة باتحاد الذمة

الحنفيـــة: يرى الحنفية أن الكفالة تنتهي إذا مات الدائن وورثه المدين لأن الإرث من أسباب الملكية وبانتقال ملكية الدين من الدائن إلى المدين تتحد ذمة الطالب والمطلوب منه، وبذلك يبرأ الكفيل إلا أنه يشترط أن يكون المدين هو الوارث الوحيد للدائن لكي تنقضي الكفالة وإن كان معه وارث غيره فتنقضي الكفالة بقدر حصة المدين من الإرث. جاء في بدائع الصنائع:[٥٢] «ولو مات الطالب فورثه الكفيل يرجع على الأصيل ولو ورثه الأصيل يبرأ الكفيل لأن الإرث من أسباب الملك فيملكه الأصيل ومتى ملكه برئ فيبرأ الكفيل كما إذا أدى». وانتهاء الكفالة لأن المدين لايمكن أن يكون دائناً لنفسه.

وجاء في مجلة الأحكام العدلية م ٦٦٧: «لو توفي الدائن وكانت الوراثة منحصرة في المدين يبرأ الكفيل من الكفالة وإن كان للدائن وارث آخر يبرأ الكفيل من حصة المدين فقط ولايبرأ من حصة الوارث الآخر».

من ذلك نرى أن الحنفية يقولون بانقضاء الكفالة إذا اتحدت ذمة المدين والدائن وأصبح هو الدائن لنفسه بإرثه للدائن، وقد يكون من ذلك فيما إذا مات المدين وورثه الدائن فتنقضي الكفالة باتحاد الذمة حيث أصبح دائنا لنفسه كذلك وهذا هو ماذكره المالكية.

ولم أعثر في المذاهب الفقهية الأخرى على شيء في ذلك والظاهر أن القول بأن اتحاد الذمة في تلك الحالات لايمنعه الفقهاء غير الحنفية والمالكية.

---

(٥٢) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٣١.

المطلـــب الثامن

انقضـــاء الكفالـــة بالمقاصـــة

الحنفيـــة: يرى الحنفية أن الكفالة تنقضي ولايترتب عليها رجوع الكفيل على المدين إذا أدى الكفيل الدين، وذلك فيما إذا كان للمدين على الكفيل دين وتنتهي الكفالة بذلك مقاصة بين دين الكفيل على المدين الذي أداه للدائن وبين دين المدين الذي له على الكفيل. جاء في البدائع:[٥٣] «ومنها ألايكون للآصيل على الكفيل دين مثله فأما إذا كان فلا يرجع لأنه إذا أدى الدين التقى الدينان قصاصا إذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الأصيل لثبت للأصيل أن يرجع عليه أيضاً فلا يفيد فيسقطان جميعاً».

المالكيـــة: يرى المالكية أن الكفالة تنقضي فيها إذا مات المدين وهو موسر والدائن يرثه فيلتقي الدينان لأن الكفيل إذا أدى رجع على تركه المدين وقد أصبحت في يد الدائن فتنقضي الكفالة مقاصة بين الدائن والمدين. جاء في الخرشي[٥٤]:«أو كون المدين مات مليا والطالب وارثه برئ الحميل لأنه إذا غرم الضامن شيئاً رجع به في تركة الميت المدين والتركة في يد الطالب فصارت مقاصة».

المقارنـــة: يرى الحنفية والمالكية أن الكفالة تنتهي فيما إذا تقاص أحد أطراف الكفالة بدين له على الآخر وذلك إذا كان للمدين دين على الكفيل وأدى الكفيل فإنه لايرجع على المدين لأن الدينين يتقاصان أو كان للكفيل على

---

(٥٣) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٣١.

(٥٤) الخرشي على مختصر خليل ٦ /٢٧.

الدائن دين مثل الدين الذي تكفل به فيتقاصا وكل من الحنفية والمالكية أورد صورة للمقاصة.

ولم أطلع لدى الشافعية والحنابلة على شيء ينص على انتهاء الكفالة بالمقاصة وإن كانت المقاصة على نحو ما أورده الحنفية والمالكية لايمنع الشافعية والحنابلة من القول باعتبارها سبباً لانقضاء الكفالة فيما أعلم.. والله أعلم.

المبحث الثاني

أسباب انقضاء الكفالة الخاصة بكفالة النفس في المذاهب الفقهية الإسلامية

ويندرج تحته مطلبان :

المطلب الأول : انقضاء كفالة النفس بالتسليم.

المطلب الثاني : انقضاء كفالة النفس بموت المكفول به.

المطلـــب الأول

في انقضاء كفالة النفس بالتسليم:

تنقضي كفالة النفس بأداء المكفول بنفسه مافي ذمته من مال إلى الدائن وهذا باتفاق الفقهاء، وتنقضي كذلك بإبراء المكفول له للكفيل كما سبق بيانه وكما تنتهي كفالة النفس بالأسباب السابقة تنتهى بالتسليم، وبموت المكفول بنفسه وسنعرض في هذا المطلب لانقضاء الكفالة بالتسليم عند الفقهاء:

الحنفية: يرى الحنفية أن عقد الكفالة بالنفس ينتهي بتسليم الكفيل المكفول إلى الطالب في مكان يقدر الطالب على إحضار المكفول مجلس القاضي، وذلك فيما إذا إطلق أما إذا قيد التسليم بمكان معين فيختلف الأمر فيما إذا سلمه بغير المكان المعين، فيرى أبو حنيفة انتهاء الكفالة ويرى صاحباه أنه لايخرج عن الكفالة إلا بتسليمه في المكان المعين، وكذلك تنتهي الكفالة فيما إذا حضر المكفول به إلى الطالب وسلمه نفسه عن كفالة الكفيل جاء في البدائع(٥٥): «أما الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء:

أحدهما: تسليم النفس إلى الطالب وهي التخلية بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على إحضاره مجلس القاضي، لأن التسليم في مثل هذا الموضع محصل للمقصود من العقد ولو سلم في السوق أو في المصر يخرج سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم في مجلس القاضي أما إذا أطلق فظاهر لأنه يتقيد بمكان يقدر على إحضاره مجلس القاضي بدلاله الغرض. وكذا إذا قيد لأن التسليم في هذه الأمكنة تسليم في مجلس القاضي بواسطة».

وجاء كذلك: ولو قال الرجل للطالب قد دفعت نفسي إليك عن كفالة فلان يبرأ الكفيل من المال سواء كانت الكفالة بالنفس بأمره أولاً لأنه أقام نفسه مقام

(٥٥) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٢٧.

الكفيل في التسليم عنه فيصح التسليم. كمن تبرع بقضاء دين غيره».

وإذا سلم المكفول أجنبي فإنه يشترط لبراءة الكفيل أن يقبل المكفول له ذلك فإن قبل برئ الكفيل وانقضت الكفالة، وإن لم يقبل لم يبرأ الكفيل جاء في تبيين الحقائق: «ولو سلمه إليه رجل أجنبي بغير أمره وقال عند الدفع سلمته إليك عن الكفيل فإن قبله الطالب برئ الكفيل وإن سكت الطالب ولم يقل قبلت لم يبرأ الكفيل».

وإن شرط التسليم في مكان معين لم يبرأ بتسليمه بغيره عند أبي يوسف ومحمد ويبرأ عند أبي حنيفة، وجاء في تبيين الحقائق:[٥٦] «وإن سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة لأن المعتبر تسليمه على وجه يتمكن من إحضاره مجلس القاضي، وقد وجد وعندهما لايبرأ لأنه لم يسلمه على الوجه الذي التزمه، وهو أن يسلمه في مصر كفل فيه وهو مقيد لاحتمال أن يكون شهوده فيه أو يعرف قاضي ذلك المصر حادثته فلا يبرأ إلا بالتسليم فيه»[٥٧]

وتنتهي كفالة الأعيان المضمونه والأفعال المضمونة كذلك بتسليم العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها إن كانت هالكة.

جاء في بدائع الصنائع:[٥٨] «أما الكفيل بالأعيان المضمونة بنفسها والأفعال المضمونة تخرج عن الكفالة بأحد أمرين، أحدهما: تسليم العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة وتسليم مثلها أو قيمتها إن كانت هالكة».

---

(٥٦) تبيين الحقائق للزيلعي ١٤٩/٤، ١٥٠

(٥٧) نفس المرجع ١٤٩/٤.

(٥٨) بدائع الصنائع للكاساني ٧ /٣٤٢٩.

فإن شرط تسليم المكفول في وقت بعينه ولم يحضره فللحاكم حبسه جاء في البحر الرائق:[٥٩] «وان شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه إن طلبه فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم وإن غاب أمهله مدة ذهابه وإيابه فإن مضت ولم يحضره حبسه، فإن قال إن لم أوافِ به غداً فهو ضامن لما عليه فلم يوافِ به ضمن المال».

المالكيـــة: يرى المالكية أن الكفالة بالنفس تنتهي بتسليم الكفيل المضمون به للدائن وكذا تنتهي بتسليم المضمون نفسه للدائن بأمر الكفيل،وكفالة النفس هي ضمان الوجه الذي ذكره المالكية، ويبرأ الكفيل بتسليمه المكفول ولو بغير مجلس الحكم إن لم يشترط المكفول له ذلك جاء في الشرح الصغير:[٦٠] «وبرئ من الضمان بتسليمه لرب الحق وإن كان المضمون عديماً لأنه لم يضمن إلا وجهه، أو كان المضمون بسجن بأن يقول له: غريمك في هذا السجن فشأنك به أو سلمه له بغير البلدان كان به حاكم يقضي بالحق، وبرئ الضامن بتسليمه، أي المضمون نفسه لرب الحق إن أمره الضامن به بأن قال: اذهب لرب الحق وسلمه نفسك ففعل فإن لم يأمره به لم يبرأ».

وجاء في الخرشي:[٦١] «وبغير مجلس الحكم إن لم يشترط... وبغير بلده إن كان به حاكم... وإلا أغرم بعد خفيف تلوم».

الشافعيـــة: يرى الشافعية أن الكفيل يبرأ وتنتهي الكفالة بتسليم الكفيل المكفول للدائن أو بتسليم المكفول نفسه إلى الدائن من جهة الكفيل أو بتسليم المكفول للدائن عن طريق شخص أجنبي من جهة الكفيل بإذنه بشرط

---

(٥٩) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي ٦ /٢٢٧.

(٦٠) الشرح الصغير للدردير ٣ /٤٥٠.

(٦١) الخرشي على مختصر خليل ٦ /٣٥.

أن يقبل الدائن ذلك جاء في نهاية المحتاج[٦٢]:«ويبرأ الكفيل بتسليمه أو تسليم وكيله في مكان التسليم المتعين وإن لم يطالبه به بلا حائل بينه وبين المكفول له لإتيانه بما لزمه، ويبرأ بتسليمه له محبوساً بحق لإمكان إحضاره ومطالبته. وبأن يحضر المكفول البالغ العاقل محل التسليم ولاحائل ويقول للمكفول له سلمت نفسي من جهة الكفيل ولو في غير زمن التسليم... ولو سلمه إليه أجنبي من جهة الكفيل بإذنه برئ وإلا فلا إن لم يقبل».

ويبرأ بتسليم المكفول به في المكان المعين وإن أطلق فيبرأ بتسليمه في مكان العقد جاء في شرح البهجه:[٦٣] «ويبرأ كافل سلم حيث الشرط إذ لاحائل أو أطلقا فموضع التكفيل».

وإن لم يسلم المكفول بأن كان غائباً لايعرف مكانه فلا شيء على الكَفيل وفي قول عندهم أنه إذا لم يسلمه فإن المال يجب عليه. وعلى الرأي الأول لايجب على الكفيل شيء ولو شرط لزوم المال لأن الشرط يخالف مقتضاها فتفسد الكفالة.

وجاء في شرح البهجة:[٦٤] «وان تخفى أو هرب فلم يعرف مكانه فلا شيء من المال وجب على الكفيل لأنه لم يلتزمه وقيل يجب عليه المال لأن الكفالة وثيقة فيستوفى المال منها إذا تعذر تحصيله ممن هو عليه.. وشرط لزوم المال على الكفيل إذا مات المكفول أو تخفى أو هرب.. مفسد للكفالة لأنه شرط يخالف مقتضاها ولالتزام المال لأنه صير الضمان معلقاً».

---

(٦٢) نهاية المحتاج للرملي ٤ / ٤٤٩.

(٦٣) شرح البهجة لزكريا الأنصاري ٣ /١٥٨.

(٦٤) شرح البهجة لزكريا الأنصارى ٣ /١٥٩.

الحنابلـــة: ويرى الحنابلة أن الكفالة تنتهي ويبرأ الكفيل بالنفس إذا سلم الكفيل المكفول إلى الدائن، مالم يكن هناك ضرر على الدائن لوجود يد ظالمة تحول بينه وبين أخذ حقه منه، ومالم يحضره قبل الأجل ويكون في قبضه قبل الأجل ضرر على الطالب. جاء في المبدع في شرح المقنع :[٦٥] «ومتى أحضر المكفول به مكان العقد بعد حلول الدين وسلمه برىء مطلقاً إذا لم تكن يد حائلة ظالمة.. إلا أن يحضره قبل الأجل وفي قبضه ضرر مثل أن تكون حجة الغريم غائبة.. ثم إن عين مكانا لتسليمه تعين ولم يبرأ بإحضاره في غيره وإن أطلق تعين مكان العقد.. وقال الشيخ تقي الدين: « إن كان المكفول به في حبس الشرع فسلمه إليه فيه برىء ويمكنه الحاكم من إخراجه ليحاكم غريمه ثم يرده».

وجاء في المغني:[٦٦]. « وإن لم تكن يد حائلة ظالمة لزمه قبوله... فإن امتنع من تسليمه برىء لأنه أحضر مايجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لاضرر في قبضه.. وقال بعض أصحابنا: إذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين وبرىء... وقال القاضي: يرفعه إلى الحاكم فيسلمه إليه فإن لم يجد حاكما أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله، والأول أصح فإن مع وجود صاحب الحق لايلزمه دفعه إلى نائبه كحاكم أو غيره».

وإذا لم يسلم الكفيل المكفول بسبب غيبته فإن الكفيل يغرم ماعليه سواء علمت غيبته أو لم تعلم. جاء في مطالب أولي النهى:[٦٧] «وإن تعذر إحضاره مع حياته أو غاب غيبة ولو كانت منقطعة ومضى زمن يمكن رده فيه أو مضى زمن عينه لإحضاره فيه. كما لو غاب غيبة ولم يعلم له خبر فيلزم الكفيل بما عليه بلا مهلة إلا إذا شرط البراءة منه إن عجز عن إحضاره».

(٦٥) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٤ /٢٦٥.

(٦٦) المغني لابن قدامة ٤ /٦٠٧.

(٦٧) مطالب أولي النهى لمصطفى السيوطي ٣ /٣٢٠.

المقارنة بانتهاء الكفالة بالنفس بالتسليم عند الفقهاء:

تتفق المذاهب الفقهية الإسلامية على القول بأن الكفالة بالنفس تنقضي بتسليم الكفيل المكفول إلى الدائن في مكان يقدر الدائن فيه على إحضار المكفول مجلس القاضي ولا حائل يمنع من استيفاء الحق وقبل الدائن ذلك.

وفي حالة امتناع الدائن من استلام المكفول عند تسليم الكفيل به بدون عذر فإن الكفيل يبرأ من الكفالة، لأنه أحضر مايجب تسليمه عند غريمه وطلب منه أن يستلمه على وجه لاضرر على الدائن في قبضه، وهذا هو مذهب الحنابلة»[٦٨].

وعند الشافعية وبعض الحنابلة أنه إذا امتنع المكفول له من تسلمه فعلى الكفيل أن يسلمه إلى الحاكم، فإن لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول به من قبوله[٦٩].

وفي قول آخر أنه لايلزمه تسليمه للحاكم، وإنما يشهد على امتناع المكفول له ويبرأ. ذلك أن صاحب الحق موجود فلا يسلم للنائب وهو الحاكم مع وجود الأصل[٧٠] وأرى أن هذا هو الراجح لأن عدم الإشهاد قد يضيع حقه ويؤدي إلى المنازعة والشقاق.

ويرى بعض الفقهاء أن الكفالة بالنفس تنقضي فيما لو سلم المكفول بالنفس نفسه الى المكفول له، وليس هناك مانع يحول بين المكفول به وتحقيق طلبه من استلامه سواء كان التسليم بأمر الكفيل أم لا وسواء أشار إلى أن التسليم من

---

(٦٨) المغني لابن قدامة ٤ /٦١٧.

(٦٩) نهاية المحتاج ٤ /٤٣٥.

(٧٠) المغني لابن قدامة ٤ /٦١٧.

جهة الكفيل أم لا وهو قول الحنابلة[٧١].

ويرى المالكية أنه لابد أن يكون تسليم المكفول بالنفس لنفسه للمكفول له بأمر الكفيل وإلا لم يبرأ الكفيل من الكفالة[٧٢].

ويرى الحنفية[٧٣] والشافعية[٧٤] أنه لابد لكي يبرأ الكفيل من الكفالة أن يقول المكفول بنفسه سلمت نفسي إليك عن كفالة فلان فإذا قال ذلك برىء الكفيل سواء كان التسليم بأمره أم لا.

والراجح عنـــدي براءة الكفيل من الكفالة إذا سلم المكفول بنفسه نفسه إلى المكفول له سواء كان ذلك بأمر الكفيل أم لا وسواء قال المكفول بنفسه سلمت نفسي عن الكفيل أم لا. لأن الكفيل إنما إلتزم احضاره وقد حضر وسلم نفسه وليس مايمنع من ذلك.

وإذا سلم شخص أجنبي المكفول بنفسه إلى المكفول له وكان الكفيل قد أمره بذلك فإن التسليم صحيح ويلزم المكفول له قبول مالم يكن مانع لأن الأجنبي في هذه الحال وكيل عن الكفيل.

وإذا كان التسليم دون أمر الكفيل فقد اختلف الفقهاء في ذلك:

١ ــ فيرى المالكية أن الكفيل لايبرأ بهذا التسليم سواء قبل المكفول له ذلك أم لم يقبل[٧٥]كما جاء ذلك في حاشية الدسوقي: «أوسلمه أجنبي بغير أمره لم يبرأ».

---

(٧١) كشاف القناع لمنصور البهوتي ٣ /٣٧٨.
(٧٢) حاشية الدسوقي ٣ /٣٤٥.
(٧٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٤ /١٥٠.
(٧٤) إعانة الطالبين لأبي بكر البكري ٣ / ٧٨.
(٧٥) حاشية الدسوقي ٣ /٣٤٥.

فإذا توافرات هذه الشروط فإن من حق الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته في مواجهة الدائن الذي يطالبه بالوفاء، وتحقق براءة ذمة الكفيل نتيجة التمسك بهذا الوجه بمقدار قيمة التأمين الضائع، فإن كانت قيمته تساوي الدين كله برئت ذمة الكفيل من ضمان كل الدين، وإن ضاع مايساوي جزءاً منه فقط برئت ذمته بمقدار هذا الجزء.

ثانيـاً: عدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره:

تنقضي الكفالة إذا تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين دون أن ينقضي الالتزام في الدين الأصلي. وبرأ ذمة الكفيل نصت على ذلك المادة ٧٨٥ مدني مصري:

٢ ــ «على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن مالم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً».

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى في القانون المدني السورى م٧٥١ وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٣٦ وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني م١٠٧٩.

ثالثـاً: عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين:

تبرأ ذمة الكفيل وتنقضي الكفالة بقدر ما أصاب الكفيل من ضرر بسبب إهمال الدائن ويبقى الدين الأصلي قائماً.

فإذا كان المدين تاجراً وأشهر إفلاسه حل أجل الالتزام المكفول، وتكون وسيلة الدائن للحصول على حقه هي التقدم بالدين في التفليسة جاء ذلك في المادة ٧٨٦ مدني مصري: «إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في

التفليسة بالدين وإلا سقط حقه في الرجوع إلى الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن».

فإذا لم يتقدم الدائن بدينه في التفليسة كان للكفيل أن يتمسك في مواجهته بدفع أو بدعوى ببراءة ذمته من قدر من الدين يساوي ما كان يحصل عليه الدائن لو أنه تقدم في التفليسة[١١٥].

وقد جاء ذلك في القوانين العربية. فجاء ذلك في التقنين المدني العراقي في المادة ١٠٢٨، وفي القانون المدني السوري في المادة ٧٥٢، وفي اللبناني في المادة ١٠٧٣، وفي المدني المصري في المادة ٧٨٦.

(١١٥) عقد الكفالة د /منصور مصطفى منصور ص٧٣. والتفليسة: هي محكمة التفليسة وهي تختص بالنظر في جميع الدعاوى التي تكون منشؤها القواعد الخاصة بالإفلاس أي جميع المنازعات التي تنشأ بسبب الإفلاس / موسوعة الحقوق التجارية د /رزق الله الأنطاكي ونها د /السباعي ص ٢٥١مطبعة العروبة بمصر ١٣٨٥هـ.

الفصـــــل الرابع

في المقارنة بين أسباب انقضاء الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون

وفي هذا الفصل ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في المقارنة بين الأسباب التي تنقضي بها كفالة المال.

المبحث الثاني : في المقارنة بين الأسباب التي تنقضي بها كفالة النفس.

المبحث الثالث : فيما أورده القانون ولم يرد ذكره في الفقه الإسلامي ونتيجة المقارنة.