

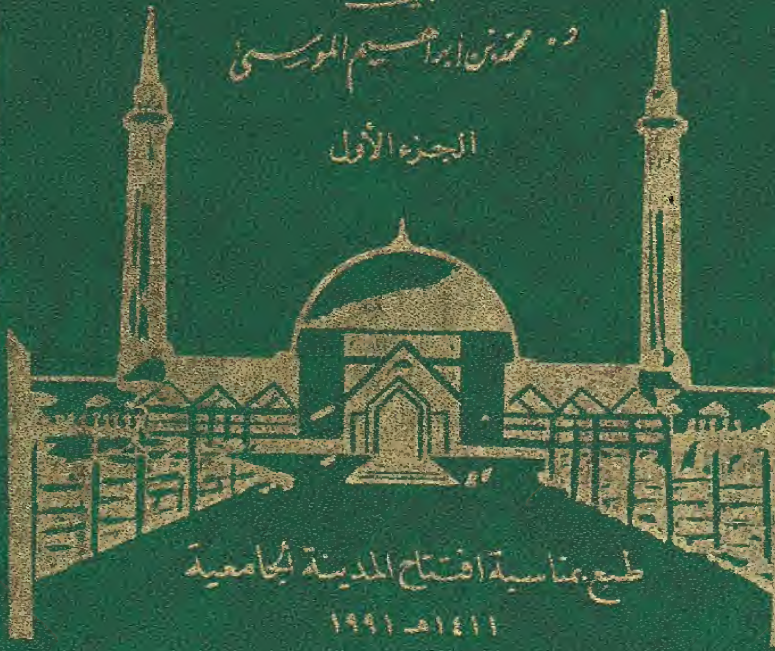
المسكنة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية



نظرة الرضا الشنقيطي (الكفالة)

تأليف
د. محمد بن إبراهيم الموسوي

الجزء الأول



طبع بمناسبة افتتاح المدينة الجامعية

١٤١١ هـ - ١٩٩١ م



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

نظريات الضمان الشخصي (الكفالة)

تأليف
د. محمد بن إبراهيم موسى

الجزء الأول

طبع بمناسبة افتتاح المدينة الجامعية
على نفقة شركة لآكي للتنمية المحدودة

أشرفت على طباعته ونشره إدارة الثقافة والنشر بالجامعة

١٤١١ هـ - ١٩٩١ م



حقوق الطبع والنشر محفوظة

تقديم

لمعالي مدير الجامعة

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 ورياضة 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 والإصلاحية وبها تصبح الإنسانية ذات عدل ورحمة
وأمانة.

وأن البشرية لها أحوج ما تكون 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 الإلهي، والذي لايعتريه نقص ولا ضعف كما هو حال القوانين الوضعية.

وأن المبادئ الإلهية يجب أن تسود في هذا العصر — كما هي في غيره — 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 لا يقتصر 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 - أيداه الله - في خدمة العلم وأهله وطلابه.

وقد رغبت شركة لآكي 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...

مدير جامعة

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 ما فيه 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 الْإِسْلَامَ دِينًا﴾^(١)، وقال: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلنَّاسِ﴾^(٢)، وقال: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^(٣)، وقال: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلنَّاسِ﴾^(٣).

لذلك جاءت الشريعة الإسلامية شاملة ومشملة على كافة أمور الحياة، فهي تنظم علاقة الإنسان بربه، وعلاقته بغيره من الأفراد والجماعات، كما تنظم علاقة الدول بعضها البعض 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 أتى الفكر الإسلامي ثماره اليانعة في عصور الإسلام الزاهرة، فقامت المدارس الفقهية، وتعددت المناهج الاجتهادية، وكان على رأس أولئك الفقهاء أئمة الاجتهاد كأبي 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 المعتمدة 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، مقارنة 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.

وإننا نرى الشعوب والأمم في هذا العصر تتسابق في إبراز ونشر مبادئها 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، وعلى أن أتقدم بموضوع أختاره لأنال به درجة الدكتوراه من المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، لذا فقد فكرت ملياً، ثم فكرت

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

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

١ — 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، فأثرت البحث فيه لأكون على علم بتفاصيله.

٢ — 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 — الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة — 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 المعتمدة باذلاً جهدي ومستفرغاً وسعي لعلي أوفق إلى الصواب.

ثم إنني 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 التفاصيل، ورغبت عدم الإسهاب في المقارنة خشية الإطالة، والسبب الذي دفعني إلى المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون ما يأتي:

١ — 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 — 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 لا يخالف الشريعة الإسلامية، أو بإحداث البدائل المناسبة.

وبذلك يعود للأمة الإسلامية سابق عزها ومجدها، وتنبؤاً 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 أنني قد بذلت في إعداد هذه الرسالة طاقتي ساعياً وراء الحقيقة

صابراً محتملاً لما ألقىه 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 أملتة ويفتح عليّ بشيء مما طلبته، ولا يخفي أن دراسة المذاهب الفقهية دراسة مقارنة فيما بينها ثم مقارنة ذلك بما جاء في القانون أنها دراسة مضمّنية 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 المزماني^(٥): «قرأت كتاب الرسالة على الشافعي ثمانين مرة،- فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ، فقال الشافعي: هيه أباي 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 وسديده توجيهه ما كان له أعمق

(٥) كشف الأسرار للبردوي ١ / ٤ دار الكتاب العربي - بيروت.

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

الآثر 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 وتبني له الطريق للوصول إلى ما يؤمله.

خطة البحث

وقد جعلت هذا البحث مشتملاً على ستة أبواب وخاتمة:

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

الفصل 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.

الفصل الثاني : بيان أسباب الضمان

ويندرج تحته أربعة مباحث:

المبحث الأول : السبب الأول: إلزام الشارع.

المبحث الثاني : السبب الثاني: الالتزام.

المبحث الثالث : السبب الثالث: الإلتلاف.

المبحث الرابع : السبب الرابع: وضع اليد.

الفصل 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 : الإلتلاف 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» وانتهائها 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 وانتهائها 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 كفالة النفس.

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 و شروطه وأسبابه و موانعه

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.

الفصل الأول

بيان حقيقة الضمان و مشروعيته و شروطه

ويندرج تحته ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : بيان حقيقة الضمان.

المبحث الثاني : 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،^(١) وضمن الرجل ضماناً كفله أو التزم أن يؤدي عنه ما قد يقصر في أدائه، قال في الصحاح:^(٢) ضمنت الشيء أضمنه ضماناً كفلت به، وقال في لسان العرب:^(٣) ضمنت 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.^(٤)

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 نائلاً مانالاً من أجر أو غنيمة» الحديث.^(٥) أي ذو ضمان على الله.^(٦)

- (١) القاموس المحيط للفيروز آبادي ٤ / ٢٤٣ دار الفكر — بيروت.
- (٢) تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري ٦ / ١٥٥، دار العلم — بيروت — الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ.
- (٣) لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ١٧ / ١٢٦، المطبعة الأميرية بمصر — الطبعة الأولى ١٣٠٣هـ.
- (٤) المعجم الوسيط، لمجموعة من المؤلفين ١ / ٥٤٦ مطابع دار المعارف بمصر ١٣٩٣هـ — الطبعة الثانية، ومعجم متن اللغة، لأحمد رضا ٣ / ٥٦٦ — 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 — 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 — نرى أن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة يطلقون لفظي الضمان والكفالة كلاهما على الآخر، ويرون أنهما مترادفان يراد بهما ما يعم ضمان المال وضمأن النفس وضمأن 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 — ونرى الحنفية يطلقون الكفالة على ما كان فيه الضمان بموجب العقد، وتشمل كفالة المال وكفالة النفس والكفالة بالفعل، ويطلقون الضمان على ما هو أهم فيشمل الضمان بالعقد وغير العقد، فهم

(٧) رواه أبوه دواد في كتاب — 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 ما هو أعم من الكفالة وضمان المال وغيرها.

٣ — 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، وقيمه 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 أدائه شرعاً عند تحقق شرط أدائه سواء كان مطلوباً أدائه 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 الخفيف ١/ ٥.

مطلوب أدائه 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 الكلي 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 لا مثل 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 — أن التعاريف 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 ما نريد تعريفه.

٢ — 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 ٢٨/٢، المؤسسة السعيدية بالرياض.

٣ — 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 — 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 ما يجب 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 لاشغلهما. 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 نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ 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: ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعِدْوا عَلَيْهِ يَمْثِلْ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ﴾. (٢١)

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

وقوله: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوْقِبْتُمْ 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 — روى أنس رضي الله عنه قال: «أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاماً في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فأتلقت مافيهما، فقال النبي ﷺ: طعام بطعام وإناء بإناء»^(٢٤) فقد ضمنها الرسول ﷺ ما أتلفت.

٢ — 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 — وعن أبي بكر رضي الله عنه قال: إن رسول الله 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 للزيعلي ٤ / ٥٧.

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

٤ — وعن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار». (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 ٧٨٤/ ٢ 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 تعالى.

شروط الضمان:

١ - 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 - 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 - 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 ص ٢٠٥ شركة الطبع والنشر الأهلية في بغداد.

٤ - 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 لا ضمان على متلفه.^(٣٠)

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

الفصل الثاني

في بيان أسباب الضمان في الفقه الإسلامي

ويندرج تحته أربعة مباحث :

- المبحث الأول : السبب الأول : إزام الشارع .
- المبحث الثاني : السبب الثاني : العقد (الالتزام) .
- المبحث الثالث : الإتياف .
- المبحث الرابع : 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 يبحث 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 تنظيمًا 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: إلزام 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 أدائه شرعاً من مال لإلزام الشارع به، إما عقوبة زاجرة عن عمل محرم أو معونة مفروضة لتكون ركيزة في بناء المجتمع.

والضمان المترتب على ذلك لا يعدو 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 أحل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط فلم يحم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه. ومن العقود ما شرع لإفادة الضمان فكان الضمان حكماً له وأثراً 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 والتمن، 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: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(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 ٦٢٥/٣ حديث رقم ١٣٥٢.

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

والضمان الناشئ عن العقد إما أن يكون مطلقاً في جميع الحالات سواء كان هناك تعدد أو تقصير أم لا، وهذه هي 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 يفسخ وهو نوعان:

أحدهما: أن يكون عقد معاوضة كالبيع إذا انفسخ بعد قبضه بعبء 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 وفي الدين وكعقد الشركة والمضاربة والوديعة والوكالة إذا فسخ العقد والمال في أيديهم.

والنوع الثاني - 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 في الضمان وعدمه».

(٣٤) القواعد في الفقه الإسلامي للحافظ بن رجب ص ٥٦ مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ.

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

أباحت الثالث

في السبب الثالث: الإِتلاف

والإِتلاف إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة، وهو سبب لوجوب الضمان لأنه اعتداء وإضرار لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام». (٣٧).

وأطلق الشيخ على الخفيف^(٣٨) على هذا السبب الفعل الضار وعرفه بقوله: ويراد به كل فعل حسي ترتب عليه ضرر سواء أكان قد ترتب عليه بطريق المباشرة أو ترتب عليه بطريق التسبب.

والإِتلاف نوعان: إِتلاف بالمباشرة، وإِتلاف بالتسبب.

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

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

والإِتلاف 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 ص ٤٠.

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

وقال القرافي^(٣٩): «السبب ما يقال عادة: حصل الهلاك به، والتسبب ما يحصل الهلاك عنده بعلّة 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 مثلياً 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 نفسياً 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 — لبنان.

(٤٠) الفروق للقرافي ٢/ ٢٦.

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

كان أخذها لصاحبها إحياء لمال المسلم معنى فكان مستحباً.

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 لا يرون 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 وهي 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 ما فيه نفعهم وصلاتهم 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 لا تخرج 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 تزاومت قدم أهمها وأجلها وإن فات أدناها، كما لاتخرج عن درء المفسد الخالصة أو الراجحة بقدر الإمكان، وإن تزاومت عطل أعظمها فساداً بتحمل أدناها، وعلى هذا وضع أحكم الحاكمين شرائع دينه ورتب حقوق عباده».

ويكون الإلتلاف مباشرة سبباً للضمان سواء كان الإلتلاف 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 أتلّف إنسان مال غيره سهواً مثلاً أو نائماً فهو ضامن له.

ويشترط للضمان في التسبب ثلاثة شروط:

١ - 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 - 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 - 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 الزحيلي ص ٧٧، الضمان في الفقه الإسلامي للأستاذ الخفيف ص ٤٦.

ويذكر الشيخ الخفيف أن المراد بالضرر الذي يعد سبباً للتضمنين 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 ما يصيب 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، ولا بد 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 تبين الحقائق^(٤٧): إذا أتلّف المسلم خمرًا لذميّ وجب عليه قيمتها... ولو أسلم الذمي بعد أن قضى له بمثلها على ذمي فلا شيء له لأن الخمر في حقه حينئذٍ غير متقومة، فكان إسلامه في حكم إبراء منه للمتلف».

ولإضمان عند الحنابلة في آلات اللهو، وأدوات الخمر، وكل نجس لا يباح الانتفاع به.^(٤٨)

وذكر الشيخ الخفيف أنواع الضرر وما يترتب عليها من ضمان:

١ — 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 — 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) تبين الحقائق للزيلعي ٥/ ٢٣٥، دار المعرفة — بيروت — لبنان.

(٤٨) كشاف القناع للبهوتي ٢/ ٣٦٤، مكتبة النصر الحديثة بالرياض.

جسمه أو في عاطفته من ضرر لا يحدث فيه أثراً.

٣ - 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 - ضرر يتسبب عن فعل نتيجه تلف المال كله أو نقص قيمته عما كانت عليه: ويتمثل ذلك في تفويت مال على مالكة 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 منفعه 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 ص ٥٤ 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 لا يضمنون 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 ومقتضى 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 مالكة 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 كالأمانة السماوية^(٥٠).

ولقد ذكر ابن جزى^(٥١) المالكي موجبات الضمان فقال: « ومن أخذ مال غيره فهل يضمه 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

- الأول : أن يقبض على وجه التعدي والغصب فهو ضامن.
- الثاني : أن يقبض على وجه انتقال تملكه بشراء أو هبة أو وصية فهو ضامن أيضاً 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 لا يغاب عليه وهو الأصول والحيوان لم يضمه، 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 فلا ضمان 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 لا يصدق على دعوى التلف إلا بينة.
- السابع : تضمين الصانع فيضمنون ما غابوا عليه سواء عملوه بأجرة أو بغير أجر، ولا يضمنون ما لم 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 المصري 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 — أن إلزام الشارع يدخل ضمنه القانون وهو ما ألزم فيه بموجب نص قانوني.

٢ — أن الالتزام يشمل العقد والإدارة المنفردة.

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

٤ — 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.

الفصل 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 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 غم كساء^(٥٢)
أى اشتر له.

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

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 البصري ١/ ٣١٧ مكتبة المشى بغداد.

(٥٣) معجم متن اللغة لأحمد رضا ١/ ٣٧٣ — 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.

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

وينعقد البيع بالصيغة القولية بكل مآدى 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 اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ^(٥٩) وقوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ ^(٦٠)

وأما السنة فقول النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم 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) كشف القناع للبهوتي ٣/ ١٤٦.

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

(٥٨) بلغة السالك لأحمد الصاوي ٣/ ٣

(٥٩) سورة البقرة آية / ٢٧٥.

(٦٠) سورة النساء آية / ٢٩.

(٦١) كشف الخفا ومزيل الإلباس للإسماعيل 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 أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾^(٦٢) يعني 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 لا يصل إلى ما في 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 — التراضي به من المتبايعين، وهو أن يأتي به اختياراً.
- ٢ — أن يكون العاقد جائر التصرف وهو الحر البالغ الرشيد.
- ٣ — أن يكون المبيع والثلث مالاً أو نفعاً مباحاً، ويخرج به ما لا نفع فيه كالحشرات.
- ٤ — أن يكون المبيع مملوكاً لبائعه ملكاً تاماً.
- ٥ — أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه حال العقد.
- ٦ — أن يكون المبيع معلوماً لهما لأن جهالة المبيع غرر فيكون منهياً عنه.

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

(٦٣) المجموع للنووي ٩/ ١٤٥.

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

٧ — 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 يفسخ 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 فيفسخ عقد البيع، ويكون ضمان المبيع على البائع.

أو يكون الهلاك بفعل المشتري فلا يفسخ 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 ولا شيء على المشتري» و«إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء 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 لا يسقط شيء من ثمنه،
والمشتري مخير بين فسخ العقد وبين أن يأخذ ما بقي 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 المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي د/ وهبه الزحيلي ص
١٤٧ دار الفكر بدمشق — ١٤٠٢ هـ.

المطلب الثاني من عقود الضمان: عقد القسمة

والقسمة في اللغة: اسم من اقتسام الشيء، والقسمة 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 أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ فَأَرْضُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ (٦٩) وقوله تعالى: ﴿وَبَيَّنَّمْ أَنْ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شَرْبٍ مُحْضَرٌ﴾ (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 «خبير على ثمانية عشر سهماً»^(٧٢).

وكان يقسم الغنائم، وأجمعت الأمة على جواز القسمة لأن الناس بحاجة إلى القسمة ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف فيما يخصه.^(٧٣)

والقسمة نوعان: قسمة تراض: وهذه القسمة في حكم البيع تجوز بتراضيهما، ويجوز فيها ما يجوز في البيع خاصة، ولا يجبر من امتنع منهما من قسمتها لأنها معاوضة. وذلك كالدور الصغار والأرض التي لا تتعدل بأجزاء ولا قيمة.

النوع الثاني: قسمة إجبار: وهي ما لاضرر على الشريك في قسمته كالبلستان 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 — أن يثبت عند الحاكم ملكهما بينة؛ لأن الإجبار على القسمة حكم على الممتنع منهما فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضا فإنه لا يحكم على أحدهما وإنما يقسم بقولهما ورضاهما.

٢ — ألا يكون فيها ضرر، فإن كان فيها ضرر لم يجبر الممتنع لقول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» رواه ابن ماجه، ورواه مالك في موطأه مرسلًا.

(٧٢) رواه أحمد في باب تقسيم غنيمه خبير ١٢٦/ ٢١ 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 — أن يمكن تعديل السهام من غير شيء يجعل معها فإن لم يمكن ذلك لم يجبر الممتنع لأنها تصير بيعاً والبيع لا يجبر 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 الوطاء وقيل للتزوج نكاح لأنه سبب الوطاء 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: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(٧٨).

وفي الاصطلاح: حقيقة في العقد والوطء جميعاً، وقيل: حقيقة في العقد مجاز في الوطاء^(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 — 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 فقولته تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ (٨١)، وقوله: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَانَ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ﴾ (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 — في الزواج حفظ النسل وتكثيره لقول الرسول ﷺ: «تزوجوا الودود الولود فإنني مكاتر بكم الأمم يوم القيامة». (٨٥)

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

(٨١) سورة النساء آية ٣/

(٨٢) سورة النور آية ٣٢/

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

(٨٤) نهاية المحتاج للمدعي 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 لانفاقهم على ضعف عيسى بن ميمون المدني لكن له شاهد صحيح ١/ ٥٩٢ حديث رقم ١٨٤٦، ورواه ابن حبان عن أنس وصححه بلفظ: «تزوجوا الولود الودود فإنني مكاتر بكم الانبياء يوم القيامة» تلخيص الحبير لابن حجر ٣/ ١١٦.

- ٢ — أن الغريزة الجنسية من أقوى الغرائز وأعنفها، والزواج هو الطريق لاستيفاء التمتع واللذة على الوجه المشروع.
- ٣ — إقامة الروابط الوثيقة بين الأسر وتقوية أواصر المحبة بين المجتمع بالتزواج بين العائلات وغير ذلك كثير.

حكم النكاح:

- ١ — يجب الزواج على من قدر عليه، وتاقت نفسه إليه، ونحشي العنت.
- ٢ — ويسن الزواج ويستحب لمن تاقت نفسه إليه، ويملك المقدرة عليه ولكنه يأمن على نفسه من اقراراف ما حرم الله عليه.
- ٣ — ويحرم الزواج في حق من لا يستطيع القدرة على القيام بحقوقه من الوطاء والإنفاق، وعدم توفاته إليه.
- ٤ — ويكره الزواج في حق من يخل بحقوق الزوجة في الوطاء والإنفاق.
- ٥ — ويباح الزواج فيما إذا لم يترتب عليه محذور، وأمن العنت على نفسه^(٨٦).

شروط الزواج:

يشترط لصحة النكاح شروط خمسة:

- ١ — تعيين الزوجين فلا يصح مع جهالة الزوجة أو الزوج.
- ٢ — رضاها فلا يصح من المكره.
- ٣ — 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 — الإشهاد على الزواج لحديث عائشة مرفوعاً «لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل» رواه أحمد والدارقطني والبيهقي في العلل.^(٨٧)

٥ — 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 النبي ﷺ عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش» وحديث عائشة رواه الشافعي من وجه آخر عن الحسن مرسلًا 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 ما تم الاتفاق عليه مهراً وقيل تضمنه بقيمته وقت التلف.

المطلب الرابع

من العقود التي تفيد ضمناً: 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 ورجب فيها قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ. وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٩٠).

ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «مامن صاحب إبل لا يؤدي 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 — أن يكون المعير أهلاً للتبرع.
- ٢ — أن تكون العين منتفعاً بها مع بقائها.
- ٣ — أن يكون النفع مباحاً.

الأصل في مشروعية العارية :

الأصل في مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع.

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

(٩٠) سورة المائدة آية ٢.

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

أما الكتاب: فقول الله تعالى ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾^(٩٢) روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالوا: العواري، وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾^(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: أغضباً يا محمد؟ 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 قيمة 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 لا يناله 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 لا يضمنها المستعير إلا بتعدٍ أو تقصير، جاء في تبين الحقائق ٥ / ٨٤ «ولو هلكت بلا تعدٍ لا يضمن». ويرى المالكية أنها كالرهن فما كان منها مما يغاب عنه ويخفى هلاكه كالثياب والأثمان ضمن، وما كان مما لا يخفى هلاكه كالذواّب والحيوان لم يضمن جاء في أسهل المدارك ٣ / ٣٠ « وضمانها كالرهن، يضمن ما يغاب عليه ولا يضمن ما لا يغاب عليه نحو عبد أو دابة إلا أن يتعدى فيضمن».

ويستدل القائلون بالضمان بحديث سمرة بن جندب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^(٩٦).

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

المطلب الخامس

من العقود التي تفيد ضماناً «عقد الصلح»

والصلح في اللغة: يقال صلح يصلح ويصلح 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: معاهدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين.^(٩٩)

أنواعه:

- ١ — صلح بين المسلمين والكفار.
- ٢ — صلح بين أهل العدل وأهل البغي.
- ٣ — صلح بين الزوجين عند الشقاق.
- ٤ — وصلح في المعاملة، وهذا هو المقصود وهو نوعان:
(أ) صلح على إقرار.
(ب) صلح على إنكار.^(١٠٠)

(٩٧) لسان العرب لابن منظور ٣/ ٣٤٨ وانظر معجم مقاييس اللغة لأحمد بن 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 فقولته تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ (١٠١) وقوله: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا﴾ (١٠٢).

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

وأجمعت الأمة على جواز الصلح (١٠٣) من أجل إحلال الوفاق محل الشقاق.

أثر الصلح:

والصلح يتضمن معنى المعاوضة؛ لأن المصالح 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.

المطلب السادس

القرض

والقرض في اللغة: القطع، سمي قرضاً لأنه قطعة من مال المقرض، والقرض ماتعطيهِ غيرك من مال على أن يرده إليك، وما يقدم من عمل يلتمس عليه الجزاء وما أسلف الإنسان من إساءة أو إحسان. وفي التنزيل: ﴿ وَأَقْرَضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا ﴾ (١٠٤)، والقرض الحسن: قرض بدون ربح أو فائدة تجارية. (١٠٥)

وفي الاصطلاح: دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله (١٠٦).

مشروعية القرض:

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

أما السنة: فمنها:

١ — مارواه أبو رافع رضي الله عنه «أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرة ورد عليه رابعياً» رواه مسلم.

٢ — عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ما من مسلم يقرض قرضاً مرتين إلا كان كصداقتها مرة» رواه ابن ماجه وابن حبان. (١٠٧)

(١٠٤) سورة الحديد آية ١٨.

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

(١٠٦) كشف القناع للبهوتي ٣/ ٣١٢.

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

٣ — وعن أنس قال: قال رسول الله ﷺ «رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر، فقلت: يا جبريل ما بال 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 لا يجوز 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 ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنُمُ بَيْنَ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ (١١٠).

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

== استسلف بكرة ورد رابعياً رواه مسلم في باب من استسلف شيئاً قضى خيراً منه ٣ / ١٢٢٤ حديث رقم ١٦٠٠. وقال الدارقطني، والصواب أنه موقف على ابن مسعود، نيل الأوطار ٥ / ٢٥٩.

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

(١٠٩) نهاية المحتاج للرملي 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 المقرض 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 تفيده الضمان: «عقد الكفالة»

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

المبحث الثاني

بيان بعض عقود الأمانة

ويندرج تحته خمسة مطالب :

المطلب الأول : الوديعة .

المطلب الثاني : الوكالة .

المطلب الثالث : الشركة .

المطلب الرابع : الوصية .

المطلب الخامس : الهبة .

المبحث الثاني

بيان بعض عقود الأمانة

أما عقود الأمانة فهي:

عقد الوديعة والوكالة والشركة والوصية والهبية.

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

المطلب الأول الوديعية

الوديعية في اللغة: الودع الترك، وسميت الوديعية بها لأنها شيء يترك عند الأمين. والوديعية فعيلة من ودع الشيء^(١١٣) إذا تركه، وقيل هي مشتقة من الدعة فكأنها في دعة عند المودع^(١١٣).

وفي الاصطلاح: توكيل بحفظ مال.^(١١٤)

حكمها: يستحب قبول الوديعية لمن يعلم من نفسه الاستطاعة على حفظها، ولأن الناس لا يستطيعون جميعاً حفظ أموالهم بأنفسهم فكان فيها إعانة لعباد الله بحفظ الله أموالهم.

الأصل في مشروعيتها:

الأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١١٥). وقوله: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أَوْثِنَ أَمَانَتَهُ، وَلْيَسْقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾^(١١٦)

(١١٢) القاموس المحيط للفيروزآبادي ٣ / ٩٢.

(١١٣) شرح فتح القدير لابن الهمام ٧ / ٤٥١.

(١١٤) حاشية الدسوقي ٣ / ٤١٩.

(١١٥) سورة النساء آية / ٥٨.

(١١٦) سورة البقرة آية / ٢٨٣.

أما السنة فقولهُ ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» (١١٧).
 وروى عنه عليه السلام: «أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند
 أم أيمن، وأمر علياً أن يردها إلى أهلها» (١١٨).
 وأما الإجماع فقد أجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع (١١٩).
 والوديعة أمانة فإذا تلفت بغير تفريط من المودع أو تقصير فليس عليه ضمان
 لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس على المستودع غير المغل ضمان» (١٢٠). ويترتب
 على ذلك وجوب رد الوديعة عند طلب المودع لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ
 تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ (١٢١).

وتضمن الوديعة إذا ترك المودع 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 الدارقطني وقال: إنما نرى هذا عن شريح غير مرفوع، قال في نصب الراية: قلت
 أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن
 عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وأخرجه الدارقطني في البيوع ٢/ ٣٦١ والبيهقي في كتاب
 العارية ٦/ ٩١، نصب الراية للزبيعي 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 غيره وينوب عنه فيه، وقد وكله توكيلاً، والاسم الوكالة، والوكالة معناها: التفويض، تقول وكلت أمري إلى الله أي فوضته إليه، وتطلق على الحفظ^(١٢٣)، ومنه قول الله تعالى: ﴿حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾^(١٢٤).

وفي الاصطلاح: استنابة جائر التصرف مثله فيما تدخله النيابة^(١٢٥).

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

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَتَابَعْتُمْ أَهْلَكُم بِرِزْقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾^(١٢٦) لأن هذا توكيل، وقد قصه الله تعالى عن أصحاب الكهف بلا نكير فكان شريعة لنا لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه. وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾^(١٢٧).

وجواز العمل عليها يفيد حكم النيابة عن المستحقين في تحصيل حقوقهم ويقول القاضي أبو بكر بن العربي^(١٢٨): وهم الذين يقومون بتحصيلها ويوكلون على

جمعها.

(١٢٢) القاموس المحيط للفيروزآبادي ٤ / ٦٦ والمعجم الوسيط ٢ / ١٦٧.

(١٢٣) سورة آل عمران آية / ١٧٣.

(١٢٤) كشف القناع للبهوتي ٣ / ٤٦١.

(١٢٥) سورة الكهف آية / ١٩.

(١٢٦) سورة التوبة آية / ٦٠.

(١٢٧) أحكام القرآن لأبي بكر ابن العربي ٢ / ٩٦١ مطبعة عيسى الحلبي بمصر.

وقال القرطبي^(١٢٨): يعني السعاة والجبابة الذين يبعثهم الإمام لتحصيل الزكاة بالتوكيل على ذلك.^(١٢٩)

ومن السنة:

ماروى أبو داود وابن ماجه وغيرهما عن عروة بن أبي الجعد البارقى أن النبي ﷺ وكله في شراء شاة.^(١٣٠)

وقد وكل النبي ﷺ أبا رافع في تزوج ميمونة، ووكّل 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 — الطبعة الثالثة ١٣٨٧هـ.

(١٣٠) قال في التلخيص لابن حجر ٣ / ٥ رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني من حديث عروة البارقى، وفي إسناده سعيد بن زيد أخو حماد مختلف فيه عن أبي ليبيد لمارزة بن زبار — وقد قيل إنه مجهول — 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. رسالة 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 الضمري 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 أمره 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، أما ما لا تدخله النيابة فلا يجوز التوكيل فيه كالصلاة.

شروط الوكالة:

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 الأمان.

المطلب الثالث عقد الشركة

الشركة في اللغة: الشَّرْكََة والشَّرِكََة سواء وهي مخالطة الشركاء، والشريك هو المشارك وهو الداخل مع غيره في عمل أو أمر كان، ويجمع شريك على أشراك وشركاء. (١٣٣)

وقد ورد في المعنى اللغوي قوله تعالى: ﴿وَأَشْرِكُوا فِي أُمْرِي﴾ (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: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ﴾^(١٣٧) حيث جعل الله الميراث مشتركاً بين الإخوة لأم إذا كانوا اثنين فأكثر، وهذا معنى الشركة.^(١٣٨)

وقوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ، وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ
وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ﴾.^(١٣٩)

فقد جعل الله المال الذي يغنمه المسلمون في الجهاد مشتركاً بين الغانمين.^(١٤٠)

وأما السنة فمنها: الحديث القدسي، وهو ما رواه 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 ٣/ ٥ 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 الزبيران عن أبي حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة قال ابن القطان في كتابه: وهو حديث إنما يرويه أبو حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة، وأبو حيان هو يحيى ابن سعيد بن حيان أحد الثقات، ولكن أبوه لا يعرف 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 ورجب فيها بقوله تعالى: ﴿وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾^(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 البيهقي في سننه /الروض النضير للسياعي ٤ / ٥ وهذا النص الذي أورده في الروض لم أجده بلفظه في مستدرک الحاكم ولا في سنن البيهقي، وإنما يشهد له في المعنى الحديث الذي سبقه إذ هو بمعناه، وقد وردت في الشركة أحاديث كثيرة غير ما ذكرنا فمن أحب الاطلاع فليرجع إلى كتابنا شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون ص ٤٣ والذي طبعته الجامعة..

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

(١٤٤) الضروريات: هي التي تتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية وهي حفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسل. والحاجيات: هي التي يحتاج إليها لرفع الحرج عنهم بحيث إذا فقدت وقع الناس في الضيق والحرج دون أن تختل الحياة. أما التحسينات: فهي المصالح التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العادات ومكارم الأخلاق، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي د / وهبه الزحيلي ص ٥٠٠ المطبعة العلمية بدمشق.

(١٤٥) سورة الجمعة آية ١٠ / .

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

دعائم الشركة: للشركة دعائم أساسية لا بد من توفرها وهي:

- ١ — تعدد الشركاء.
- ٢ — نية المشاركة.
- ٣ — تقديم الحصص، وذلك بأن يساهم كل شريك بتقديم حصته وهي إما مال أو عمل أو غيرها.
- ٤ — مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر.

شروط صحة الشركة:

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

أقسام الشركة: تنقسم الشركة إلى أربعة أقسام هي:

- ١ — شركة الأموال: وهي التي تعتمد في إنشائها على مشاركة الشركاء في رأس المال للتجارة واقتسام ماينتج عن ذلك من ربح أو خسارة.
- ٢ — شركة الأعمال (الأبدان): وهي التي تعتمد في إنشائها على الحرفة.

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

٣ — شركة 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) العنان 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 لا يضمنه إلا بتعد منه.

(ب) المفاوضة وهي: تفويض كل شريك إلى صاحبه شراءً وبيعاً في الذمة ومضاربة وتوكيلاً ومسافرة بالمال وارتهاناً وضمان ما يرى من الأعمال فهي شركة عامة في جميع التجارات.

٤ — 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 أجدني 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 بشيء لحساب الشركة، فإن الشركة تبطل، لأن
الشريك لا يستطيع تقديم حصة في الشركة، ويبطل العقد لعدم فائدته، ويهلك
المال حينئذ 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 تفریط شرطاً فاسداً، وفيه قراض المثل في الربح إن عمل».

وقال في الإقناع^(١٤٩): «ولا ضمان على العامل بتلف المال أو بعضه لأنه أمين، فلا يضمن إلا بعدوان كتفریط».

وإذا خالف المضارب شرطاً 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 للشرييني الخطيب ٢ / ٦٥، دار إحياء الكتب العربية بمصر.

المطلب الرابع الوصية

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

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

مشروعيتها:

والوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (١٥٢). وقوله: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ ﴾ (١٥٣)

وأما السنة :

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

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

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

(١٥٥) رواه الخمسة إلا النسائي قال في التلخيص لابن حجر ٩٢/٣، 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 ٤٠٣/٤: قلت روي من حديث أبي أمامة ومن حديث عمرو بن 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 شرحبيل بن مسلم عن أبي

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

حكم الوصية:

يختلف حكم الوصية باختلاف أحوالها:

- ١ — تجب الوصية على من عليه دين أو عنده ودیعة، أو عليه واجب شرعي يخشى أن يضيع إن لم يوص به، فإن الله تعالى فرض أداء الأمانات وطريقه في هذا الباب الوصية.
- ٢ — والوصية مندوبة في القربات وللقرباء والصالحين من الناس.
- ٣ — وتحرم الوصية إذا كان فيها إضرار بالورثة أو أوصى بمحرم.
- ٤ — وتكره الوصية إذا كان الموصي قليل المال وله وارث يحتاج إليه وتكره لأهل الفسق متي علم أو غلب على ظنه أنهم سيستعينون بها على الفسق والفجور.
- ٥ — وتكون الوصية مباحة إذا كانت لغير مستحق سواء كان الموصي له قريباً أو بعيداً.

شروط الوصية:

- ١ — شروط 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 — ١/٦.

كامل الأهلية.

٢ - ويشترط في الموصى له: ألا يكون وارثاً للموصي، وألا يقتل الموصى له الموصي قتلاً محرماً مباشراً .

٣ - ويشترط للموصى به: أن يكون الموصى به قابلاً للتملك بعد الموت بأي سبب من أسباب الملك. (١٥٧)

ولا تستحق الوصية للموصى له إلا بعد موت الموصي، وسداد الديوان، فإذا استغرقت الديون التركة كلها فليس للموصى له شيء لقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دِينَ﴾ (١٥٨).

ويعتبر الوصي نائباً شرعياً عن الموصي يتولى تنفيذ الوصية وإدارة شؤون القاصرين المالية، وتعتبر يده يد أمانة فيقبل قوله فيما يدعيه من الإنفاق، ولا يضمن ما يتلف 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 وهياً وهبة، وتواهب القوم إذا وهب بعضهم لبعض، يقال وهب الله فلاناً ولدأ صالحاً، ومنه قوله تعالى ﴿فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا وَيُرْتَبِي﴾^(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 تملك 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 القديلابن الهمام ٧/ ٤٧٩.

(١٦٢) رواه مالك في الموطأ عن عطاء الخراساني في باب حسن الخلق مرسلأ، 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 أبي 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 =

شروط الهبة:

يشترط في الواهب:

- ١ — أن يكون مالكا للموهوب.
- ٢ — ألا يكون محجوراً عليه لسبب من أسباب الحجر.
- ٣ — أن يكون بالغاً.
- ٤ — أن يكون مختاراً.

شروط الموهوب له:

أن يكون موجوداً حقيقة وقت الهبة.

ويشترط في الموهوب:

- ١ — أن يكون موجوداً حقيقة.
- ٢ — أن يكون مالاً متقوماً.
- ٣ — 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، ولا يضمن الموهوب له لأن يده يد أمانة. لكن يضمن هلاك الموهوب إذا امتنع الموهوب له من رده بعد

== الحسين محمد بن بكير الحضرمي عن ضمّام بن إسماعيل به، وكذلك رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده، والبيهقي في شعب الإيمان، ورواه ابن عدي في الكامل، وأعله بضمّام بن إسماعيل وقال: إن أحاديثه لا يرويه 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 يشبه 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 يشب، 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 ٥٠٩/٧ وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزي 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: الإجارة.

المطلب الثاني: الرهن.

المبحث 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:

المطلب الأول

الإجارة

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 تملك منفعة بعوض^(١٦٦)

مشروعيتها:

الأصل في مشروعية الإجارة الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أَجْرَهُنَّ﴾^(١٦٧)

وقوله: ﴿قَالَتْ إِحَدُهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَجِرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾^(١٦٨) قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمْلِكَ إِحْدَى ابْنَتَيْ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجِرَنِي ثَمَنِي حَبِيبٌ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا

(١٦٥) القاموس المحيط للفيروز آبادي ١ / ٣٦٢.

(١٦٦) بلغة السالك لأحمد الصاوي ٢ / ٢٦٣.

(١٦٧) سورة الطلاق آية ٦ / .

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

وأما السنة:

١ — روى البخاري (١٧٠) أن النبي ﷺ استأجر رجلاً من بني الدليل يقال له: عبدالله بن أريقط، وكان هادياً خريئاً أي: ماهراً.

٢ — 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 حرّاً 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.

شروط صحة الإجارة:

١ — 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 رقم ٤.

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

أنواع الإجارة:

الإجارة نوعان:

- ١ — إجارة على المنافع: والمعقود عليه فيها هو المنفعة كإجارة الدور وغيرها.
- ٢ — إجارة عمل: 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) كشف القناع للبهوتي ٣ / ٥٤٧.

وأما الإجارة على الأعمال فإن الضمان فيها يختلف حكمه بحسب صفة الأجير، فالأجير الخاص^(١٧٣) لا يكون 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 — 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 — ويرى المالكية وصاحباً أبي حنيفة وهو أحد قولي الشافعي وأحمد أن يد الأجير المشترك يد ضمان، فهو ضامن لما يهلك في يده ولو بغير تعدٍ أو تقصير فيه. وعلى هذا يضمن الأجير المشترك ماتلف بيده مطلقاً.^(١٧٥)

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

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

٢ — الإتلاف: إذا تعدى الأجير بأن تعمد الإتلاف فإنه يضمن.

٣ — 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 رهنه فلاناً رهناً وارتهنته إذا أخذه رهناً، ويطلق الرهن في اللغة على الثبوت والدوام، ومنه الحالة الرهنة 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 مموله وثيقة بدين ليستوفي منها عند تعذر وفائه.^(١٧٨)

مشروعية الرهن: الأصل في مشروعية الرهن الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً فَإِنَّ مِنْ بَعْضِكُمْ بَعْضًا قَالِيذٍ الَّذِي أُوتِئْنَ أَمْنَتَهُ، وَلَيْتَقَ اللَّهُ 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 الأزهرى 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).

شروط صحة الرهن:

- ١ — أن يكون الراهن عاقلاً بالغاً.
 - ٢ — أن تكون العين المرهونة موجودة وقت العقد.
 - ٣ — أن يقبضها المرتهن أو وكيله.
- ويجوز الرهن في الحضر والسفر؛ لأنه وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضر كالضمان.

ويرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا يصح 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 ما يخفى هلاكه كالذهب والفضة والعروض بقيمته بالغاً مبالغ، ولا يضمن ما يظهر 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 ١٤٣/٣. 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 وما يترتب عليها

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

الغصب في اللغة: غصبه غصباً 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 حراسة.^(١٨٤)

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

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَاتَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١٨٥) وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ وَتُدْلوْا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(١٨٦).

وأما السنة: فمنها: ما روى جابر رضي الله عنه أن رسول الله 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 «لا يحل 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 ما أخذت 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 مثلياً، 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/ ١٣٥ حديث رقم ١٦٧٩.

(١٨٨) رواه البخاري 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 — فذهب أبو حنيفة إلى أن الغصب لا يتحقق في العقار لأن الغصب لا يكون إلا فيما ينقل.

٢ — 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 لا يضمن غاصب العقار إلا إذا كان هو المتلف، وهذا يكون من قبيل ضمان الإلتلاف 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) الإفصاح 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 مثلياً، والقيمة
إن كان قيميّاً.

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.

الفصل الرابع

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

وفيه مباحث :

المبحث الأول : الإلتلاف بحق «وهو كون الفعل جائزاً
شرعاً».

المبحث الثاني : رضا المضرور بالضرر

المبحث الثالث : 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 — إذا كان المتلف غير مال، فإذا أتلّف إنسان جلد ميتة أو شيئاً غير مالي فلا ضمان عليه.

٢ — إذا كان المال المتلف غير متقوم كما إذا أتلّف مسلم خمرأً 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 لا ضمان على المتلف، لأن هذه الأشياء لا قيمة لها، لأن الرسول ﷺ حرم بيعها وأمر بإزالتها؛ 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 ص ٤٥٧.

(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 / ١٢٧/٣ حديث رقم

١٥٨١ وأخرجه الترمذي ٣ / ٥٨٢ حديث رقم ١٢٩٧ ورواه ابن ماجه ٢ / ٧٣٢/٢ حديث رقم

٢١٦٧ والنسائي ٧ / ٢٧٣.

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

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

٤ — 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 — 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 ما يترتب على فعله وإن كان سبباً للإلتلاف، جاء ذلك في المادة (٩١) من مجلة الأحكام العدلية.

٦ — 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 — 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 مدهماً 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 الأمر أو متاعه ففعل المأمور فلا ضمان عليه لأن الأمر 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 لا ضمان على العامل.

وكما لو عمل مشروع فترتب على إقامته ضرر مالي بشخص، فإنه لا ضمان 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 ما يحتاج إليه من طعام ودواء بلا إذنه إذا كان لا يمكن 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 — 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 — 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 - 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 أنواع:

- ١ — القتل والقطع والجرح لدفع ضرر الصيال على الأرواح والأبضاع والأموال، أي: الدفاع عن النفس والعرض والمال.
- ٢ — قتل الحيوانات المؤذية كالحية والعقرب والسباع والضباع، وهذا واجب عند الإمكان.
- ٣ — قتل الأعداء دفعاً لمفسدة الإضرار والاعتداء على المسلمين.
- ٤ — قتل البغاة دفعاً لبغيهم وخروجهم عن طاعة الحاكم الواحد للجماعة.
- ٥ — إتلاف لدفع المعصية كقتال الظلمة دفعاً لظلمهم وعصيانهم أو تخريب ديارهم وقطع أشجارهم وقتل دوابهم إذا لم يمكن دفعهم إلا بذلك.
- ٦ — إتلاف ما يعصى الله به كالملاهي والأوثان ونحوهما من وسائل الشرك.
- ٧ — إتلاف الزجر، أي العقوبات الشرعية كرمي الزناة أي رجمهم بالحجارة والقصاص من الجناة، وقطع أيدي السراق والمحاربين زجراً عن السرقة والمحاربة والجنابة وصوناً لهم^(٢٠٠). اهـ.

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

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

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

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

١ — يد يثبت باستيلائها الملك وينتفي الضمان.

٢ — يد لا يثبت لها الملك وينتفي عنها الضمان.

٣ — يد لا يثبت 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 الأيدي

كأم الولد، ومالم يحوزوه إلى دارهم، وما شرد إليهم من دواب

المسلمين وأرقائهم على قولنا أنهم لا يملكون ذلك أيضا.

(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 لا يضمته.

(جـ) الطائفة الممتنعة عن حكم الإمام كالبغاة لا يضمن 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 ص ٢٢٠.

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 .

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، وتكلم في هذا الباب وما بعده 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 شخصياً أو عينياً.

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 صورته. وإليك بيان الضمان الشخصي «الكفالة» فنقول وبالله التوفيق.

الفصل الأول

بيان خصائص عقد الكفالة وتطورها التاريخي

ويندرج تحته مبحثان :

المبحث الأول : نشأة الكفالة وتطورها التاريخي.

المبحث الثاني : 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 لا يملك الوسائل المطلوبة لذلك التعامل من بيع وشراء وغيرها، لذلك كان لابد من وجود فكرة الضمان حفظاً للحقوق والأموال.

ولا يمكن قيام الحياة بدونه، وبواسطة الضمان يأمن الإنسان على حقه من الضياع، ذلك أن كل دائن بحق مالي يحرص على أن يكون لحقه من الضمانات ما يكفل 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^(١) 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 والإقتراض، 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 إنتاجية 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 - السبب الأول: أن التأمينات العينية تفترض حضارة أكثر تقدماً، لأنه يسبقها حق تنظيم الملكية، وتفرع 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 المسؤولين 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 - السبب الثاني: أن التأمينات الشخصية ظهرت أولاً لأن المدنيين في أول الأمر كانوا من الطبقة الفقيرة، وهي لا تملك ماتقدمه تأميناً عينياً، 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 لا يعدم من أفراد قبيلته من يتضامن معه، ويكفل الدين عنه، فكان النظام الاجتماعي للقبيلة والأسرة يهيء السبيل إلى التأمينات الشخصية من تضامن وكفالة.

ولما ظهرت التأمينات 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 ذلك 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 أصلياً 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 الشراوي ص ٧.

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

ثم عرف القانون البريطاني^(*) نوعاً جديداً لكفالة الغير يلتزم بموجبه الكفيل بدفع دين 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 بالتضامن والكفالة بين مشروعية ذلك، ونتيجة لتوسع الفتوحات الإسلامية والاتصال بالحضارات الأخرى وجدت أنواع أخرى من التضامن مما دفع الأئمة المجتهدين من الفقهاء إلى دراسة التضامن 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 للفقهاء الإسلاميين 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 ص ٣ المطبعة العالمية بالقاهرة ١٩٦٠م والتأمينات الشخصية والعينية /جميل الشراوي ص ٣ 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 — ينعقد عقد الكفالة بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن، ولا يحتاج 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 — الكفالة عقد لازم من جهة الكفيل، وهو بالتزامه لا بد أن يقوم بوفاء الدين للدائن، ولايستقل الكفيل بفسخه بدون رضا المكفول له. 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 الصالحة خاصة، فتنازله عنها لا يترتب 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 لكamal 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 كشف القناع^(٨): «ولايعتبر رضا المضمون له لأن أبا قتادة رضي الله عنه ضمن الميت^(٩) بغير رضا المضمون له، وأقره الشارع صلى الله عليه وسلم».

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 حنيفة ومحمد، وإذا لم يكن القبول لازماً لانعقاد العقد فإن المكفول له لايلتزم بشيء إذا لم يشترط قبوله حتى يلزم بشيء.

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

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

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

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

(١١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٤/ ٤٠٤.

في البدائع^(١٢): «لأنها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع» وجاء في نهاية المحتاج^(١٣): «وشرط الضامن — ثم قال — وأهلية التبرع»

وجاء في بلغة السالك^(١٤): «ولزم أهل التبرع».

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

واشترط 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 انتهاءً 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 — 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 ٣٤١١/٤.

(١٣) نهاية المحتاج للرملي ٤/٤٣٤.

(١٤) بلغة السالك للشيخ أحمد الصاوي ١٥٥/٢.

(١٥) كشاف القناع للبهوتي ٣/٣٦٥.

والإعارة.

وعقود 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 ما يثبت من دين، فتكون تابعة لهذا الدين تزول بزواله فلو أبرأ الدائن المدين الأصلي 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 - الكفالة عقد ضمان شخصي: ويقصد بهذا أنه عقد يلتزم به الكفيل شخصياً 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 - 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/مصطفى أحمد الزرقاء ١/ ٣٢٦ مطبعة الجامعة السورية ١٣٧١هـ.

(١٧) عقد الكفالة د /منصور مصطفى منصور ص ٩.

الطرف الآخر في العقد لا يتعهد 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 للدائن، فيصبح كل من
الكفيل والدائن ملتزماً نحو الآخر.

٣ - الكفالة بحسب الأصل من عقود التبرع: ذلك أن الكفيل لا يحصل
على مقابل لما يتعهد به، والدائن لا يعطي شيئاً في مقابل التعهد
الذي يحصل عليه، ولهذا تعتبر الكفالة من عقود التبرع. وبناء عليه
فتكون الكفالة عملاً مدنياً سواء كان الالتزام الأصلي مدنياً 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
لا عقد تبرع.

٤ - 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).

المناقشة:

بدراسة خصائص الضمان الشخصي في كل من الشريعة والقانون يتضح

الآتي:

(١٨) الوسيط للسهنوري ١/ ٢٤، وعقد الكفالة د / منصور مصطفى منصور ص ٩ - ١٣.

١ - الخاصية الأولى: انعقاد الضمان الشخصي بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن، وفي هذا يتفق الفقه الإسلامي - على ما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد - والقانون.

لكن جاء في القانون المدني المصري في المادة (٧٧٣): «لاتثبت الكفالة إلا بالكتابة» ويفهم من ذلك أنه لا بد في إثبات الكفالة من الكتابة، لكن ليست الكتابة شرطاً لانعقاد في القانون، وإنما هي ضرورية للإثبات، ذلك أن الكفالة ليست من العقود الشكلية حتى يشترط لانعقادها الكتابة، ولو كانت الكفالة عقداً شكلياً 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 لا بأس به لأن فيه حفظاً للحق وتوثيقاً، 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 - الخاصية الثانية: 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 وإرادته المنفردة، وليست الكفالة عقداً، وإنما تتم بإيجاب الكفيل فقط دون حاجة إلى قبول المكفول له، فيكون الملزم هو

(١٩) آية ٢٨٢ وهي قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينِكُمْ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...﴾
الآية. انظر صفحة ٧٤.

جانب واحد فقط هو الكفيل^(٢٠) وبهذا يقول القانونيين.

٣ - يتفق الفقه الإسلامي والقانون في اعتبار الكفالة من عقود التبرع وذلك واضح من تعريفات الفقهاء للكفالة، حيث إن الكفيل لا يحصل 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 لكفالاته من الدائن أو المدين، ومن ذلك تقديم أحد المصارف كتابات الضمان للمدنيين، 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: ﴿يَتَأْتِيهَا الذَّبَابُ فَأَمْنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢٢)... وليس هذا من قبيل التجارة لأن الكفيل لا يعطى بكفالاته شيئاً معاوضة بما يعطاه من عوض يأخذه من المكفول عنه أو المكفول له. جاء في مواهب الجليل^(٢٣): «لايجوز للضامن أن يأخذ جعلاً 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) تبين الحقائق للزليعي 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 ص ١١٣.

(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 لا يصح لأنه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح».

ويترتب على اعتبار الكفالة من أعمال التبرع أو من أعمال المعاوضة ما يترتب 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 — إن شاء الله — في الفصل الخامس من الباب السادس.

٤ — 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 لا يكون كفيلاً بل يكون مديناً أصلياً التزامه مستقل عن التزام المدين^(٢٦).

(٢٦) عقد الكفالة د/منصور مصطفى منصور ص ١٣.

الفصل الثاني

بيان حقيقة الضمان الشخصي «الكفالة»

ويندرج تحته أربعة مباحث :

- المبحث الأول تعريف الضمان الشخصي: «الكفالة» لغة وشرعاً ومناقشة التعاريف في الفقه الإسلامي .
- المبحث الثاني: تعريف الكفالة في القانون .
- المبحث الثالث : المقارنة بين التعريف 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 كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرِيماً﴾^(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، والصير يعم الكل، ومثله القبيل^(٣٠).

(٢٧) سورة آل عمران آية ٤٤/٤٤.

(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 — بنغازي، ولسان العرب لابن منظور ١٤/١٠٩ وانظر تاج اللغة وصحاح العربية / إسماعيل بن حماد الجوهري ٥/١٨١١.

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

قال ابن حبان: الزعيم لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل العراق، والكفيل لغة أهل مصر^(٣١).

تعريف الكفالة في اصطلاح الفقهاء:

ذكر الفقهاء تعريفات للكفالة أهمها:

١ - الحنفية: أورد فقهاء الحنفية تعريفات للكفالة منها:

التعريف الأول: ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة^(٣٢).

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

المناقشة:

هذا التعريف أشار إلى أن الضم بين ذمة الكفيل والأصيل إنما هو في المطالبة لاغير، وبناء عليه لا تشغل 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.

التعريف الثاني: الضمان 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)

شرح التعريف: 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 ينبنى على التزام أصل الدين.

المناقشة:

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 مختصاً بكفالة المال^(٣٤).

٢ - 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.

شرح التعريف: 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 الدرالمختار 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 - الطبعة الأخيرة - ١٣٧٢هـ.

كإشارة مفهومة أو كتابة، وسواء كان الطلب على وجه الإتيان به لرب الدين أو مجرداً عن ذلك، فشمّل 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 ما يميز الضمان.

التعريف الثاني: الضمان شغل ذمة أخرى بالحق.

شرح التعريف: قوله «شغل» جنس شامل للمعرف ولغيره من البيع والحوالة لأن في البيع شغل ذمة المشتري 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 لإشغالها:

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 نصاً لافهمواً.

٣ — الشافعية: عرف الشافعية الضمان بأنه: يطلق على التزام الدين والبدن

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

والعين، وعلى العقد المحصل لذلك.

شرح التعريف: 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 التعريف: 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 ما يميز الضمان.

التعريف 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).

شرح التعريف: أن الضمان التزام حق، وهو شامل، غير أنه لا بد أن يكون الحق المضمون ثابتاً في ذمة الغير لأنه لا يجوز عند الشافعية ضمان مالم يجب بل لا بد أن يكون المضمون ثابتاً.

ثم أشار إلى 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 التعريف: بأنه لا يختلف عن الأول في كونه يشمل أنواع الضمان وفي كون الضمان عقداً. وإنما يختلف عن الأول في كون الثاني قد نص على أنه لا بد أن يكون الدين الملتزم ثابتاً عند الضمان، وذلك بناء على أنه لا يجوز عندهم ضمان الحقوق غير الثابتة، ومن هذا يكون التعريف الثاني أولى لاشتماله

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

(٣٨) شرح البهجة للشرييني الخطيب ٣/ ١٤٩.

على أفراد المعرف عند الشافعية، إلا أنه يرد عليه ما يرد 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 - الحنابلة: عرف الحنابلة الضمان بتعاريف منها:

التعريف الأول: الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتها جميعاً^(٣٩).

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

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

التعريف الثاني: التزام من يصح تبرعه أو التزام مفلس برضاها ماوجب على غيره أو مايجب على غيره مع بقائه عليه^(٤٠).

شرح التعريف: أي أن الضمان يكون بالالتزام جائز التصرف، فلا يصح من صغير ولا مجنون ولا سفيه، لأنه إيجاب مال بعقد فلا يصح منهم كالشراء، كذلك يكون بالالتزام 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 - 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 - الظاهرية: يعرف ابن حزم الضمان بأنه: نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى. وهذا التعريف لم يرد نصاً، وإنما يؤخذ من سياقه في بيان معنى الضمان حيث قال: «سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه، وانتقل إلى الضامن، ولزمه بكل حال»^(٤١)

شرح التعريف: المراد أن الدين ينتقل من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة الضامن، ولا يبقى في ذمة المضمون عنه، ولارجوع للدائن على الأصيل ولو تعذر أخذ الحق من الكفيل.

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

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

الكفالة: 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 - بيروت.

الدراسة والمناقشة:

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 ما يأتي:

١ — نصت بعض التعاريف على أن الضمان عقد، ويترتب على هذا أنه لا بد 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 — أن تعريفات الجمهور متحدة المعنى، وجميعها مبنية على أساس أن حكم الكفالة هو انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل.

٣ — 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 بقاءه شاغلاً لذمة الأصيل.

٤ — 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 الأولي 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 السوري 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 لا تتصور 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 لا تلزمه بشيء ولا تنتقل 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 للالتزام المدين، وذلك هو ماتوحي به عبارة «إن لم يف به المدين نفسه».

وهذا الالتزام المكفول به أكثر ما يكون مبلغاً من النقود، وقد يكون إعطاء شيء غير النقود، كما قد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل، ويكون الكفيل ملتزماً شخصياً 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 رهنًا لوفاء دين الغير، لأن

الكفيل العيني لا يكون مسئولاً شخصياً عن الدين المضمون، بل الذي يضمن الدين هو العين التي قدمها رهناً سواء كان الرهن رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً.^(٤٢)

وينتقل الالتزام الشخصي في تركته إلى ورثته، ويكون مسئولاً في جميع أمواله لأفي مال معين بالذات، ولكن لا يكون للدائن في الكفالة الشخصية إلا الضمان العام لكل دائن لكل دائن في أموال في أموال مدينه، ولذلك يزاحمه سائر دائني الكفيل الشخصي ولا يتركز 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 حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين 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 شيئاً يترتب عليه الرهن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين 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 الشراوي ص ١٦ وعقد الكفالة د/منصور مصطفى منصور ص ٧.

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 يفى 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 تبعياً 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 المختار وهو:

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

فإنه يفضل التعريف القانوني للكفالة بما يأتي:

١ — أن أهم ما يميز الكفالة كونها ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في الالتزام، وهو ما يقول 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 — أن التعريف القانوني لم يشر إلى نوع الملتزم به، على حين أشير إلى ذلك بالتعريف المختار في الفقه الإسلامي من جواز كون الحق حاضراً أو مستقبلاً.

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

٣ — 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 لا غير، وهذا هو المختار عند الحنفية^(٤٦).

(٤٤) المحلى 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:

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

١ — روى البخاري^(٤٧) عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: «كنا جلوساً عند النبي ﷺ إذ أتني بجنابة. فقالوا صلّ عليها فقال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا. قال: فهل عليه دين؟ قالوا: نعم ثلاثة دنائير، قال: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة صلّ عليه يارسول الله وعليّ دينه، فصلّى 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 — 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، فتحملها أبو قتادة فقال: الديناران عليّ. فقال ﷺ وجب حق الغريم، وبريء الميت منهما؟ قال نعم. فصلّى عليه ثم قال بعد ذلك: ما فعل 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 «وبريء»

(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 — أن الدين الواحد لا يحل في محلين، فإذا صار في ذمة ثانية برئت الأولى منه كالمحال به.

المناقشة:

١ — 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 ما في الروايات الأخرى «الآن بردت عليه جلده» ولو برئت ذمته بالضمان لبردت جلده قبل قوله له.

٢ — 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 بكفالاته قريب الوفاء حتى كأنه قد وفي وبريء منه المدين كما في قوله تعالى: ﴿ أَتَىٰ أَمْرَ اللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ ﴾ (النحل/١).

٣ — وقولهم: إن الدين الواحد لا يحل 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 وثبوتها فيهما، والحوالة من التحول فتقتضي تحول الحق من محله إلى ذمة المحال عليه ولا يلزم من مطالبتهما معاً حلوله في محلين وتعدد الحق، لأن الاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما.

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

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

٢ — قول النبي صلى الله عليه «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضي عنه»^(٤٩).

وجه الدلالة:

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

٣ — 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 — أنه يصح أن يشتري الدائن من الكفيل شيئاً في مقابل دينه مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح.

٥ — 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 مستدرکه، وقال:

حديث صحيح / الجامع الصغير للسيوطي ٦٧٦/٢ حديث رقم ٩٢٨١.

المناقشة:

- ١ — نوقش استدلالهم بالحديث بأن المضمون عنه بريء من الدين بصلاة النبي ﷺ بضمّان أبي قتادة، وقوله «الآن بردت عليه جلدة» تأكيد للبراءة الواقعة بضمّان أبي قتادة.
 - ٢ — ونوقش استدلالهم بصحة الهبة للكفيل والشراء منه بالدين المكفول بأن الضرورة تقضي باعتبار الدين متعلقاً بذمة الكفيل في هاتين الحالتين تصحيحاً لتصرف الدائن.
 - ٣ — ونوقش استدلالهم بأن الكفالة لو كانت ضمّاً 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 لا ينتهي التزامه بل يؤخذ الثمن من تركته مع أنه غير مدين، وإنما أخذه من تركته نتيجة التزامه بأدائه.
- ثالثاً: واستدل أصحاب القول الثالث وهو أن الضم إنما هو في المطالبة فقط بالأدلة الآتية:
- ١ — استدلو 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 — 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 — أنه في القول بثبوت الدين في ذمة الكفيل مع ثبوته في ذمة الأصل يجعل الدين متعدداً ويصير للدائن دينان يستوفيها من اثنين وهذا لا يجوز.

المناقشة:

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

٢ — ونوقش الدليل الثاني بأن الأصل تبعية المطالبة للدين، فلا تثبت بدونه وأما انفصال المطالبة عن الدين في بعض الحالات فمرده إلى وجود ما يدعو 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 — أنه لا يلزم من ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقاءه في ذمة الأصيل صيرورة دين الدائن دينين يستوفيها 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 لا يستحق إلا قيمة المغصوب يأخذها من أحدهما.

الترجيح:

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 للمولي ٤ / ٤٥٨ وتكملة المجموع للطبعمي ١٤ / ٢٤ والمغني لابن

قدامة ٤ / ٦٠٣ والمحلي لأبن 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.

الفصل الثالث

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

المبحث الأول

الأصل في مشروعية الضمان «الكفالة» في الفقه الإسلامي

الأصل في مشروعية الضمان الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

١ - الكتاب: ورد من الكتاب في مشروعية الكفالة قوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ 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 البعير، 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 القرطبي ٩/ ٢٣١ دار الكتاب العربي - 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 المراغي 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 بالحقيقة.

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

وجه الدلالة من الآية:

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

وقد اعترض على الاستدلال بالآية بما يأتي:

١ — 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 شيئاً، 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 — بيروت.

٢ — 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 — بأنه لافرق بين التزام الإنسان عن نفسه وبين التزامه به عن غيره، ولا يمكن قصر الاستدلال بالآية على أنها ضمان عن النفس فقط بذلك.

٢ — 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 ما ينسخه، 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 / ٣١١.

الإسلام، لأن ما ذكر عن الأمم السالفة لا يخلو من النص بتخصيصه أو تعميمه، فإن نص على تخصيصه فيعتبر خاصاً بهم وإلا فيعتبر عاماً^(٦١).
وبذلك تكون الآية دالة على مشروعية الكفالة.

ثانياً: «السنة»

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 — حديث سلمة بن الأكوع قال: «كنا عند النبي ﷺ فأتني بجنازة فقالوا يارسول الله صل 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 وعلي دينه، فصلى عليه». رواه أحمد والبخاري، والنسائي^(٦٢).

٢ — عن جابر رضي الله عنه قال: توفي رجل منا فغسلناه وحنطناه وكفنناه 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 وبري منه الميت، قال: نعم، فصلى عليه ثم قال بعد ذلك بيوم: ما فعل 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 ص ٢٤١ دار الفكر العربي بالقاهرة.

(٦٢) رواه البخاري في كتاب الكفالة ورقم الحديث ٤٢٨٩-٤٦٦/ فتح الباري لابن حجر، وإلما

أحمد في مسنده ٢٩٧/٥، 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 — أن الدين كان دينارين وشطرا، فمن قال «ثلاثة» جبر الكسر، ومن قال: ديناران ألغاه.

٢ — أنه كان الأصل ثلاثة ففضى قبل موته ديناراً، فمن قال: ثلاثة اعتبر أصل الدين، ومن قال دينارين اعتبر الباقي.

٣ — 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 فضلى 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 — القاهرة ١٣٨٦ هـ

(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.

وجه الدلالة:

أن الرسول ﷺ قد امتنع عن الصلاة على الميت قبل ضمان أبي قتادة له فلما زال سبب الامتناع بضمنان أبي قتادة لدين الميت صلى عليه الرسول ﷺ فكانت الكفالة مشروعة، وإلا لما اختلفت الحال قبل الضمان وبعده.

وفي حديث علي إقرار الرسول ﷺ بضمنان 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.

الحديث الثالث:

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 للبخاري: فمن مات ولم يترك وفاءً فعليّ قضاؤه.

وقد ذكر الرافعي 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 نؤدي سبائيا 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 مالا 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 لا يصلي 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، ولا تنفق 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 شرحبيل 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 الوصائي 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 البخاري: إذا 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 العجلي وابن حبان وضعفه ابن معين اه... نصب الراية للزيلعي ٤/ ٥٨، تلخيص الحبير لابن حجر ٢/ ٤٧، وانظر ميزان الاعتدال للذهبي ٢٤١٨.

بإذن زوجها، فقيل: يا رسول 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 أبو داود^(٧١)، والترمذي وحسنه^(٧٢).

وفي الشرح الكبير للرافعي «العارية مردودة» قال الحافظ ابن حجر في تخريجه: لم أره بهذا 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 — وهو الضامن والكفيل — 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 صادر — بيروت.

(٧١) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع في باب تضمن 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 الدارقطني ٣/ ٤٠.

(٧٦) نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزيلعي ٤/ ٥٨.

الحديث الخامس:

حدثنا عبدالله حدثني أبي حدثنا إسماعيل أنبأنا أيوب عن هارون بن رثاب عن كنانة 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 قوماً من عيش أو سداداً من عيش ثم يمسك، ورجل أصابته فاقة فيسأل حتى يصيب قوماً 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 رثاب إلى آخر المسند عن قبيصة ابن مخارق الهلالي^(٧٨).

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ أباح له الصدقة حتى يؤدي ما التزم به، فدل ذلك على أن الحمالة قد لزمته لأنه قد حملها، وذلك يدل على مشروعية الضمان والحمالة.

وأما الفعل: فمنه ماورد عن ابن عباس رضي الله عنهما:

١ — 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 المسند ٦٠/، ورواه أبو داود في كتاب الزكاة ٢/ ٤٠، دار الكتاب العربي ببلنجان.

(٧٨) صحيح مسلم للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج ٢/ ٧٢٢ ورقمه عنده (١٠٤٤) دار الفكر بيروت.

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَأَتَاهَا مِنْ وَجْهِ غَيْرِ مُرَضِي فَقَضَاهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْهُ «وَقَالَ: الْحَمِيلُ غَارِمٌ».

وفي رواية فتحمل بها رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَتَاهَا بِهَا فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: مِنْ أَيْنَ أَصَبْتَ هَذَا الذَّهَبَ؟ فَقَالَ مِنْ مَعْدِنٍ، فَقَالَ لِاحْتِاجَةِ لَنَا فِيهِ، لَيْسَ فِيهَا خَيْرٌ، فَقَضَاهَا عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ وَابْنُ مَاجَةَ»^(٧٩).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ 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 صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للكفالة.

وأما التقرير:

فقد ورد عن الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما يدل على أنه قد أقر الكفالة وذلك:

حديث أبي هريرة رضي 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 صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه ذكر 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 أنني

(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 ٢٤٦ في الصدقات وباب الكفالة وهو حديث حسن، جامع الأصول لابن الأثير ٧/ ٦١، تحقيق عبد القادر الأرناؤوطي.

(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 ما زلت جاهداً في طلب مركب لآتيك بمالك فما وجدت مركباً قبل الذي أتيت فيه. قال: هل كنت بعثت إلى بشيء؟ قال: أخبرك أنني 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 ما يدل على جواز الكفالة ومشروعيتها.. ومن ذلك ما ذكر البخاري رحمه الله قال: قال جرير والأشعث لعبد الله بن مسعود في المرتدين: استتبهم وكفلهم، فتابوا وكفلهم عشائرتهم.

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: الإجماع:

أما الإجماع فهو ما نراه 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 عَلَيْهِ «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».

رابعاً: المعقول:

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 ما يحتاج 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 مبادئ ومعاملات، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ 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 ما يدعوا 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 — أن الضمان يطمئن صاحب المال على ماله، لأن الكفيل يكون مستطیعاً لدفع ما التزم به لصاحب الحق في الغالب.

٢ — 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.

= والحرص 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 — عن طريق الضمان تنتشر المحبة بين أفراد المجتمع، إذ يشعر الفقير بتعاون الآخرين معه في تحمل التبعات والمسئوليات، ويستطيع الحصول بسبب ذلك على ما لا 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 وتتفياً ظلال الأمن والرخاء.^(٩٤)

(٩٣) وقد قال ﷺ عند ما كفل عليّ عن الميت «جزاك الله عن الإسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك، مامن مسلم فك رهان أخيك إلا فك الله رهانه يوم القيامة» وهذا يدل على أنها مندوبة لأنها إحسان ومعروف تقدم الحديث ص ١٨٥.

(٩٤) المعاملات المادية والأدبية لعليّ 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 مبنياً على العرف والعادة، ثم أصبح بعد ذلك قانوناً رسمياً مدوناً.

ويمكن إرجاع الأصل في الضمانات في القوانين الوضعية إلى شعب ثلاث:

١ - الشعبة اللاتينية: ويأتي في مقدمتها التقنين الفرنسي الذي كان يتمتع بأكبر نفوذ في أوروبا وأمريكا الجنوبية والشرق.

وإن قانون نابليون المدني لا يزال 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 أوروبا، 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 - 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 محتفظة بدستورها غير المدون والمبني على العامة والسابقات المعروفة باسم العرف العام.

والدافع للدولة البريطانية على عدم تدوين قانونها تدويناً رسمياً هو المحافظة على التقاليد التي اشتهر بها الإنجليز، وكثرة الملل والعناصر التي تتألف منها الإمبراطورية البريطانية، وما يتبع ذلك من تعدد الشرائع وتباين العادات.

٣ - 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 بصيغتها، 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 - ٨٨٠.

(ب) القانون المدني السوري وقد تكلم عن الكفالة في المواد من ٧٣٨ - ٧٦٧.

(ج) قانون الموجبات والعقود اللبناني وذلك في المواد من ١٠٥٣ - ١٠٩٦.

(د) القانون المدني العراقي وقد تكلم عن الكفالة في المواد من ١٠٠٨ - 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 - الطبعة الثالثة.

إلى الأخذ بتقنيات استقى أحكامها من التقنيات الغربية كما بينا ذلك سلفاً، ففضاق نطاق أعمال الشريعة وقواعدها منها؛ أما البلاد التي لم تأخذ بمثل هذه التقنيات 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 تناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...، فجعل هذا النص من الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً 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 احتياطياً في كافة المسائل حتى العينية منها، وبالنسبة للجميع؛ المسلمين وغيرهم، ويأتي ترتيبها مصدراً احتياطياً بعد التشريع والعرف.

(٩٦) التعسف في استعمال الحق: انحراف في استعمال الحق ينشأ عنه ضرر بالغير يستوجب المسؤولية، 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 ولا تتناسب مع ما يصيب 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 ص ١٧٠، 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 بالشرعة الإسلامية والعمل بأحكامها، وعدم التلفيق والتجميع من هنا وهناك، فالشرعة الإسلامية كفيلة بالوفاء بجميع متطلبات البشرية حاضراً ومستقبلاً.

الباب الثالث

بيان أقسام الضمان الشخصي «الكفالة»

ويشتمل على أربعة فصول :

- الفصل 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.

الفصل الأول

أقسام الكفالة باعتبار المكفول به

باستقراء المذاهب الفقهية نجد أن لكل منها تقسيماً في الضمان. وهذه التقسيمات لا تختلف في جوهرها، وإنما يراد منها التبويب والتنظيم.

١ - 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 لا يتنظم الكفالة بالنفس والكفالة بالعين والكفالة بالفعل». اهـ. وهذا هو ما سارت 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 تبين 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) تبين الحقائق للزيلعي ٤ / ١٤٧.

٢ - 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، فشمّل أنواعه الثلاثة».

٣ - 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 - الحنابلة: يرى الحنابلة أن أقسام الضمان اثنان هما: ضمان المال وضمان البدن، ثم ينقسم ضمان المال إلى ضمان الدين وضمان العين، جاء في كشف القناع^(٦): «الضمان التزام من يصح تبرعه... ديناً — ثم قال — ويصح ضمان الأعيان المضمونة.. — ثم قال — 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 فإنني أرى أن من

(٤) الشرح الصغير للدريز ٣/ ٤٢٠.

(٥) نهاية المحتاج للرملي ٤/ ٤٣٢.

(٦) كشف 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 كلا منها في مبحث مستقل.

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 الطالب

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 : ما يترتب على الكفيل عند تعذر إحضار

المكفول بنفسه .

المطلب الأول «تعريف كفالة النفس»

إليك تعريفها في المذاهب الفقهية:

١ - 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 - 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 ما عليه من حق، وضمنان الوجه عند المالكية هو كفالة النفس عند غيرهم من الفقهاء، فأطلق الجزء وأراد الكل.

٣ - 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

الشرح: 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 - الحنابلة:

عرف الحنابلة كفالة النفس بأنها:

التزام رشيد برضاه إحضار مكفول به تعلق به حق مالي إلى مكفول له^(١١).

الشرح: أن الالتزام لا بد 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 قيماً للإحضار بكون المكفول بنفسه عليه حق مالي، والأولى عدم التقييد لتشمل الحق المالي وغيره من الحقوق التي يجيز بعض العلماء الكفالة فيها كحقوق الأدميين 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 حقاً مالياً أو غيره من حقوق الأدميين.

(١١) كشف القناع للبهوتي ٣/ ٣٧٥.

المطلب الثاني «حكم الكفالة بالنفس»

اختلف الفقهاء في حكم الكفالة بالنفس، وإليك بيان ذلك:

١ — 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 يوافق به غداً فعليه ما عليه... فمضى الوقت ولم يوافق 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 بضممان الوجه هو الكفالة بالنفس.

وجاء في كشف القناع^(١٤): «لو لم تجز الكفالة بالنفس لأدى إلى الحرج».

وجاء في نهاية المحتاج: (١٥) «المذهب صحة كفالة البدن».

٢ — وذهب بعض الشافعية والظاهرية إلى عدم جواز الكفالة بالنفس.

(١٢) البدائع للكاساني ٧ / ٣٤٠٨.

(١٣) مواهب الجليل للحطاب ٥ / ١١٢.

(١٤) كشف 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 لا يدخل تحت اليد حتى يمكن تسليمه».

وجاء في المحلى: (١٧) «ولا يجوز ضمان الوجه أصلاً لا في مال ولا في حد ولا في شيء من الأشياء».

الأدلة:

يستدل كل من المجيزين والمانعين بأدلة نبينها فيما يلي:

أولاً: استدلال المجيزون لكفالة النفس بما يأتي:

١ - الكتاب:

(أ) قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾ (١٨)

وجه الدلالة من الآية:

أن يعقوب عليه السلام أخذ على بنيه العهود والمواثيق على أن يضمنوا الإتيان بابنه إلا أن يغلبوا على ذلك. ولا يستطيعوا تخليصه، وكفالتهم هذه من كفالة النفس حيث التزموا إحضاره معهم والإتيان به، وهذا بناء على أن شريعة من قبلنا شرع لنا إذا لم يرد ما ينسخه وهذا هو الصحيح كما بينا ذلك. (١٩)

(١٦) تكملة المجموع للمطيعي ٤١/ ١٤.

(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 والثيقة بالنفس».

(ب) قوله تعالى: ﴿فَخَذَّأَحَدَنَا مَكَانَهُ وَإِنَّا نَرْنَكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ﴾^(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 أبي الطالب».

٢ - السنة:

(أ) قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ 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 «أتى بقوم يقرون بنوة مسيلمة، وفيهم ابن النواحة فاستتابه فأبى فضرب عنقه، ثم إن ابن مسعود استشار أصحاب رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الباقيين

(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 وجريير بن عبد الله باستتابتهم وأن يكفلهم عشائرتهم، فاستتابهم وكفلهم عشائرتهم 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)

(ج) أخرج البيهقي في سننه في باب ماجاء في الكفالة بيدن من عليه حق من طريق الليث بن سعد: حدثني جعفر بن ربيعة عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ «أنه ذكر أن رجلاً من بني إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار، قال: اثني 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).

وجه الدلالة:

أن حكايته ﷺ وتقريره إياه دليل على ثبوته لأنه في مقام التشريع وشرائع من قبلنا شرع لنا ما لم تنسخ.

(٢٤) صحيح البخاري بشرحه فتح الباري لابن حجر ٤ / ٤٦٩ في كتاب الكفالة.

(٢٥) تكملة المجموع للطبعي 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 — أن الكفالة بالنفس شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل^(٢٨).

٢ — 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 لا طاقة للكفيل به، وفيه حرج ومشقة عليه. قال في المحلى: ^(٢٩) «ولا يجوز ضمان الوجه أصلاً لافي مال ولا في حد ولا في شيء من الأشياء لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل...»

المناقشة:

لقد ناقش ابن حزم أدلة الجمهور بما يأتي:

١ — ناقش حديث ابن مسعود في استشارة الصحابة وتكفيلهم عشائريهم 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، ولا ذكر أحد منهم كفالة إلا إسرائيل وحده، وهو ضعيف. ولو كان ثقة 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 — 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، ويجب عن أدلة المانعين بالآتي:

١ — 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 في العقود الإباحة والجواز إلا ماورد الشرع بمنعه لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(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 — ويجاب عن الدليل الثاني للمانعين، وهو أن إلزام الضامن بالوجه بدفع ما على المضمون عنه جور وأكل مال بالباطل. يجاب عن ذلك بأنه ليس جوراً، 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 بما لا 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 فيما مكانه الاستعانة بالسلطة، وهذا في طاقة الضامن وقدرته.

٣ — 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 ما جاء في نهاية المحتاج:^(٣٤) «وأصله قول إمامنا رضي الله عنه إنها ضعيفة أي من جهة القياس لأن الحر لا يدخل تحت اليد، والمذهب منه صحة كفالة البدن».

(٣٢) رواه البخاري في صحيحه كتاب الإجارة ومن رواه 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 لا يدخل تحت اليد ولا يمكن تسليمه بأن المكفول بنفسه ينقاد لكفيله عادة، وإذا قدر أن المضمون امتنع فيستعان بالسلطات لإخضاره، ولا يكون ذلك مانعاً للقول بجواز كفالة النفس.

من هذا يتبين جواز الكفالة بالبدن وشرعيتها، لأن الأدلة التي أوردناها تكفي في إثبات جوازها.

المطلب الثالث

حكم كفالة بدن من عليه حد أو قصاص

ومع قولنا بجواز الكفالة بالنفس يتفرع عليه القول بجواز الكفالة ببدن من عليه حد أو قصاص 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 ما يأتي:

١ — ذهب المالكية والحنابلة والشافعية في أحد أقوالهم إلى أن الكفالة ببدن من عليه حد غير صحيحة سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقه أو لآدمي كحد القذف والقصاص. جاء في الخرشي على مختصر خليل: ^(٣٥) «وإنما يصح ضمان الوجه حيث كان على المضمون دين، إذ لا يصح في قصاص ونحوه». وجاء في نهاية المحتاج: ^(٣٦) «وفي قول لا تصح لأنها مبنية على الدرء».

وجاء في المغني ^(٣٧): «ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقه، 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 — 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: ^(٤٩) «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 — وفي قول للشافعية: إن الكفالة بالنفس تصح في حدود الله كحدود الآدميين لأن الحد حق لازم فأشبهه 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 المرادوي ٥ / ٢١٠.

(٤٢) نهاية المحتاج للرملي ٤ / ٤٤٧.

الأدلة:

أولاً: استدلال القائلون بالمنع بما يأتي:

١ — ماروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «لا كفالة في حد». أخرجه البيهقي^(٤٣).

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ منع الكفالة في الحدود، فلم يفرق بين ما كان منها من حق الله أو فيه حق للعبد، وهذا يدل على عدم صحة الكفالة بالحدود، وكذلك القصاص لأنه بمنزلة الحد، لأنه لا يمكن استيفاؤها إلا ممن وجبت عليه.

٢ — أن الكفالة وثيقة، وحدود الله تعالى لا يستوثق بها لأنها تسقط بالشبهات.

٣ — أنه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به، فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا^(٤٤).

ثانياً: استدلال المجيزون لكفالة البدن فيمن عليه حد لآدمي:

١ — أن ذلك حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين،

(٤٣) سنن البيهقي في الضمان — باب ماجاء في الكفالة ببدن من عليه حق ٧٧/ ٦ 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 مشايخ بقيه المجهولين وروايته منكورة. أهـ. ورواه ابن عدي في الكامل وأعله به وقال: إنه مجهول لا أعلم روى عنه غير بقيه كما يروى عن سائر المجهولين، وأحاديثه منكورة وغير محفوظة. أهـ. نصب الراية للزيلعي ٤/ ٥٩.

(٤٤) البدائع للكاساني ٧/ ٣٤١٩ والمغني لابن قدامة ٤/ ٦١٨ وتكملة المجموع للمطيعي ٤٥/ ١٤.

وذلك كما لو كان على المكفول دين^(٤٥). إذ الواجب فيهما هو حضور الأصيل .

٢ — 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.

الترجيح عندي:

بدراسة أدلة الفريقين أرى أن الراجح هو القول بأن الكفالة بيد من عليه حد صحيحة فيما كان من ذلك حق آدمي، وغير صحيحة فيما كان حقاً لله تعالى خالصاً وذلك:

١ — 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 — 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 ٤٥/ ١٤.

(٤٦) البدائع للكاساني ٣٤١٨/ ٧.

(٤٧) قال في تلخيص الحبير ٥٦/ ٤ رواه الترمذي والحاكم والبيهقي من طريق الزهري عن عروة عن عائشة، رقم الحديث ١٧٥٥ وروى هذا الحديث عن ابن مسعود، قال البخاري: وأصح ما فيه ماروي عن سفیان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبدالله بن مسعود قال: «ادرأوا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم» نيل الأوطار للشوكاني ١٠٥/ ٧.

٣ — أما القول بأنه لا يمكن استيفائها من الكفيل فيجاء 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

ما يترتب على الكفيل عند تعذر إحضار المكفول بنفسه

اختلف الفقهاء في ذلك على النحو التالي:

١ — ذهب المالكية والحنابلة إلى أن الكفيل بالنفس يضمن ماعلى المكفول من الحق إذا لم يحضره أو امتنع من إحضاره.

جاء في بلغة السالك: ^(٤٨) «وبرى 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 — ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الكفيل بالنفس يحبس إذا لم يحضر المكفول بنفسه حتى يتبين للقاضي عجزه عن إحضاره، ولا يضمن شيئاً مما على المكفول إذا تعذر الاستيفاء منه. جاء في تبين الحقائق: ^(٥٠) فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم، وإن غاب أمهله مدة ذهابه وإيابه، فإن مضت ولم يحضره حبسه، وإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به... ويحبسه القاضي إلى أن يظهر عجزه».

وجاء في نهاية المحتاج: ^(٥١) «فإن غاب المكفول لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه، ولا يطالب الكفيل بالمال لأنه لم يلتزم به أصلاً بل النفس وقد فانت». ثم قال: «فإن مضت المدة ولم يحضره حبس».

(٤٨) بلغة السالك لأحمد الصاوي ١٦٣/ ٢.

(٤٩) المغني لابن قدامة ٦١٤/ ٤.

(٥٠) تبين الحقائق للزليعي ١٤٨/ ٤.

(٥١) نهاية المحتاج للرملي ٤٥٠/ ٤.

الأدلة:

٢ - يستدل القائلون بتضمين الكفيل بالآتي:

١ - عموم قوله صلى الله عليه «الزعيم غارم»^(٥٢)

وجه الاستدلال:

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 - أن الكفالة بالنفس أحد نوعي الكفالة، فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال قياساً عليها^(٥٣).

ثانياً: ويستدل القائلون بعدم التضمين للكفيل بما يأتي:

١ - أن الكفيل إنما التزم إحضار المكفول بنفسه، ولم يلتزم ماعليه، وإلزامه بالغرم إلزام له بما لم يلتزمه وذلك لايجوز.

٢ - أن الكفيل في هذه الحال بمنزلة المفلس فيجب إنظاره^(٥٤)، وأجابوا عن استدلال أصحاب القول الأول:

بأن حديث «الزعيم غارم» يعني مايلزم أدأؤه 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 للطبعي 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 لا يكون للكفالة معنى.

أما إذا لم يفرط الكفيل ولم يتساهل بل بذل كل ما في وسعه وعجز عن إحضاره فإنه لا يلزمه شيء مما على المكفول لأنه التزم بالإحضار 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 م ٦١٥ 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 استهلك، والكفيل لا يخلص 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 ٣١/٥.

(٥٦) البدائع للكاساني ٣٤١٦/٧.

(٥٧) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ٦٢٣/٣. مكتبة النهضة ببغداد.

حكم كفالة التسليم:

يختلف الفقهاء في القول بصحة ضمان الأعيان، وإليك بيان ذلك:

أولاً: يرى الحنفية أن الأعيان أربعة أنواع:

١ — 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 مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً.

٢ — أعيان مضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع والرهن في يد المرتهن وهذا النوع لا تصح كفالته وضمانه، وإنما يصح ضمان تسليمه فقط فيلزم بتسليمه الكفيل مادام قائماً، فإذا هلك سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل بشيء، ووجه سقوط الكفالة 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 — 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 — أعيان هي أمانة واجبة التسليم كالعارية والعين المؤجرة، وهذا النوع تجوز الكفالة بتسليمه لوجوب التسليم على صاحب اليد، فإذا هلك لم يلزم الكفيل بشيء لأنه يهلك مجاناً لكونه أمانة.

جاء في تبين 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 أصلاً، وكفالة بأعيان هي أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجرة، أو بعين مضمونة بغيره كالمبيع فإن الكفالة بها لاتصح ويتسليهما 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 — أعيان هي أمانة كالوديعة ومال الشركة والمضاربة ونحوها، وهذه لا يصح ضمانها لأنها غير مضمونة على من هي في يده، فكذا على الكفيل.

٢ — أعيان مضمونة كالمغصوب والعارية والمبيع قبل القبض، وهذه يصح ضمانها لأنها مضمونة على من هي في يده، و ضمانها عندهم يكون بردها مادامت قائمة ورد قيمتها عند تلفها.

(٥٨) تبين الحقائق للزليعي ٤ / ١٤٧.

(٥٩) الخرشي على مختصر خليل ٦ / ٢٤.

جاء في كشف 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 لا يجب على من يضمن عنه أولى، وإن كان عيناً مضمونة كالغصوب والعارية والمبيع قبل القبض ففيه وجهان، فإن قلنا إنها تصح فهلكت العين فقد قال أبو العباس فيه وجهان: أحدهما: يجب عليه ضمانها والثاني: لا يجب».

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 لا يجب 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) كشف القناع لمنصور البهوتي ٣/ ٣٧٠.

(٦١) تكملة المجموع للمطيعي ١٤/ ٥٤.

الراجح 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^(٦٦). 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 وقيمتها 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، ولا يضمنها إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ.

ووجه التفريق: 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 الضرر 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

ضمان الدرك «العهد»

الدرك بفتحيتين 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: مالحك من درك فعلي خلاصه، ومنه ضمان الدرك.

والدرك كذلك التبعة أو المطالبة بفتح الراء وسكونها.^(٦٤)

ونعرض لذلك في المذاهب الفقهية التي تطرقت له وبينت حكمه.

أولاً: الحنفية:

يختلف تعريف ضمان الدرك وضمان العهد عند الحنفية. فيرى أبو حنيفة أن ضمان الدرك يختلف عن كل من ضمان العهد وضمان الخلاص.

١ - 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 ١٢٦/٨.

(٦٤) القاموس المحيط للفيروزآبادي ٣٠١/٣.

(٦٥) البدائع للكاساني ٣٤٢٠/٧.

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 ما يبطل ملكية كل أحد في المستحق به كظهور المبيع وقفاً أو مسجداً، وذلك كما لو ادعى متولي الوقف أن المبيع الذي في يد المشتري وقف، وأثبت ذلك وحكم له بالوقف، فيبطل هذا الاستحقاق الملكية في المبيع وبعد ذلك لا تبقى صلاحية لأحد في تملك ذلك المال.

القسم الثاني: ما ينقل 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 - ضمان العهده:

العهده هي كتاب الشراء، وهو للمشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه.

وعلى هذا فإن أبا حنيفة يقول بعدم جواز ضمان العهده، لأن العهده تحتل الدرك وتحتل الصحيفة وهو الصك، وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الأصيل، فدارت الكفالة بالعهده 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 تبين 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 - ضمان 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 تبين الحقائق^(٧٠): «لاتجوز الكفالة بالخلاص، وهذا عند أبي حنيفة، 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) تبين 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 ما بلغت فالكفالة في هذا باطلة، لأن هذا لايلزم البائع، قال: والكفالة لا تلزم أيضاً قلت: 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: الشافعية:

ضمان الدرك عندهم: هو التبعة أي المطالبة، سمي به لالتزام الغرامة عند إدراك 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 لتركيا 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 أو رد بعيب أو أرس العيب.

وضمان العهدة صحيح عند الحنابلة لأن الحاجة تدعو إليه.

ألفاظه عندهم:

هي: ضمنت عهده أو ثمنه أو دركه، أو يقول للمشتري: ضمنت خلاصك منه، أو متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمنت لك الثمن.

ويصح عندهم ضمان نقص الصنيجة 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 لمشتري وعن مشتري لبائع». من هذا الاستعراض للمذاهب الفقهية نرى أن الفقهاء يختلفون في صحة ضمان الدرك:

(٧٥) شرح البهجة / زكريا الأنصاري ٣ / ١٥٣ وتكملة المجموع للطبيعي ١٤ / ٣٦.

(٧٦) كشاف القناع للبهوتي ٣ / ٣٦٩.

- ١ — فيرى بعض الشافعية أنه لايجوز ضمان الدرك.
- ٢ — ويرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، وهو المذهب عند الشافعية أن ضمان الدرك صحيح.

الأدلة:

أولاً: يستدل القائلون بعدم جواز ضمان الدرك بالآتي:

- ١ — أن ضمان العهدة ضمان لشيء غير ثابت، ومن شروط الضمان كون المضمون به ثابتاً.
- ٢ — أن الكفالة وثيقة فلا يجوز أخذها بالعهدة كالرهن.
- ٣ — أن ضمان العهدة ضمان المجهول، ومن شروط الضمان كون المضمون به معلوماً.
- ٤ — أن ضمان العهدة ضمان عين، وضمان العين لا يصح^(٧٧).

وتناقش أدلة المانعين بما يأتي:

- ١ — 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 — 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 لا يعرف له وقت بل قد يستمر

(٧٧) فتح العزيز شرح الوجيز لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافي ١٠/ ٣٦٥ والمغني لابن قدامة ٤/ ٥٩٦.

العمر كله، فلا يصح إجماعاً، على حين أن الكفالة التزام في الذمة، ولا حبس فيها لحق أحد.

٣ — أن هذا الشرط إنما يقول به الشافعية والجمهور 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 ماضيه.

٤ — أن هذا الشرط لا يقول 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 — أن مبنى الكفالة على التوسع، لأنها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به إذا كانت يسيرة ومتعارفة.

٢ — أن الحاجة تدعو إلى الوثيقة وهي ثلاثة: الشهادة والرهن والضمان والأولى لا يستوفى منها الحق، والثانية ممنوعة لأنه لا يلزم 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.

الدراسة والمقارنة:

١ — ضمان الدرك صحيح باتفاق الحنفية والمالكية والحنابلة والصحيح من قول الشافعية وهو الراجح، وذلك لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالفين.

٢ — يرى أبو يوسف ومحمد من الحنفية والحنابلة، وهو الصحيح من قول الشافعية أن ضمان العهدة صحيح، وذلك لأنهم يفسرونه بمعنى صحيح لاجتهال فيه بل هو معلوم ومقدور التسليم فيه معنى الدرك.

أما أبو حنيفة 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 — ضمان الخلاص صحيح عند أبي يوسف ومحمد من الحنفية والحنابلة لأنه فيه معنى ضمان الدرك. أما عند أبي حنيفة والمالكية فإنه غير صحيح لأن الضامن لا يقدر على ما ضمن. فالخلاف بينهم خلاف في المعنى، وعليه يترتب الحكم.

٤ — 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 ولا جهالة، بل فيهما العلم وإمكانية التسليم، وذلك عنده وعند غيره من الفقهاء.

المبحث الرابع

في ضمان الطلب وهو من أقسام الضمان عند المالكية.

تعريفه: «هو التزام طلب الغريم والتفتيش عنه إن تغيّب، ثم يدل عليه رب الحق وإن لم يأت به^(٨١)».

ومعناه: 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.

ألفاظه:

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. أو قال: لا أضمن إلا وجهه أي دون غرم المال.

حكم ضمان الطلب

يجب على الضامن طلب المضمون عنه إذا كان حاضراً، والبحث عنه في البلد وما قرب 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 لا يكلف بالتفتيش عليه، ولا يلزمه شيء ما لم يكن مفترطاً أو مهملاً، ويكفي في ذلك حلفه بعدم التقصير.

(٨١) بلغة السالك لأحمد الصاوي ٢/ ١٦٤.

فإن كان الضامن مهملاً أو مفراطاً في ذلك لزمه ماعلى المضمون عنه^(٨٢).
 جاء في حاشية الدسوقي:^(٨٣) «وطلبه بما يقوى عليه في البلد وماقرب منه...
 وحلف ما قصر في طلبه، ولا يعلم 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 لا يعرفه
 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: إنني أعرفك من هو وأين هو، فإن لم يعرف من هو وأين هو
 ضمن ماعليه وإن عرفه ذلك فليس عليه أن يحضر».

(٨٢) الشرح الصغير للددير 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 لمعرفة المضمون.

حكمه عند الحنفية:

يرى أبو حنيفة ومحمد أن قول الضامن: أنا ضامن لمعرفة 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 تبين الحقائق^(٨٦): «لأبانا ضامن لمعرفة 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 — بدراسة تعاريف الفقهاء أرى أنها تتفق في المعنى، ذلك أن مقصود المالكية بضمنان الطلب: هو البحث عن الغريم ودلالة المضمون له

(*) مطالب أولي النهى للسيوطي ٣/ ٣١٥.

(٨٦) تبين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٤٨.

على مكانه، وهذا هو معنى التعريف به، لأن التعريف به هو الإخبار من هو وأين هو؟ وهذا لا يتم إلا بالبحث عنه ثم الدلالة عليه. وإن اختلفت بعض الألفاظ.

٢ — 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 — يتفق المالكية والحنابلة على أن الضامن إذا لم يدل على المضمون فإنه يلزمه ماعليه.

٤ — يرى أبو يوسف أن الأمر في ضمان المعرفة راجع إلى العرف، فإن كان العرف يقضي بالتضمن ضمن وإلا فلا. ومن ذلك فإنني 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

الفصل الثاني

أقسام الكفالة باعتبار العقد نفسه

ويشتمل على أربعة مباحث :

المبحث الأول : الكفالة المنجزة .

المبحث الثاني : الكفالة المضافة إلى زمان مستقبل .

المبحث الثالث : الكفالة المعلقة .

المبحث الرابع : الكفالة المشروطة .

المبحث الأول

الكفالة 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 ما كانت صيغتها خالية من التعليق بشرط ومن الإضافة إلى المستقبل.

ومثالها: أن يقول: إني أكفل لفلان عن دينه الذي على فلان.

ولاحلاف في جواز ذلك عند الفقهاء.

ويقصد بالعقد المنجز: ما تدل الصيغة المنشئة له على أنه أريد منها عقده وإبرامه في الحال فور تمام الصيغة وترتب عليه أحكامه في الحال، ولا يؤثر 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 لا ترتب 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 لا ترتب آثارها إلا في الزمان المستقبل بعد تحقق ما أضيفت إليه.^(٨٨)

ونبحث ذلك في المذاهب الفقهية:

١ - 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 كفّل إلى قدوم زيد جاز».

(٨٨) النظرية العامة للعقد/محمد الحسيني ص ٣٦٧ والكفالة والحوالة د/عبد الكريم زيدان ص ١٣٧.

(٨٩) الفتاوى الهندية لمجموعة من العلماء ٣/ ٢٧٨ دار إحياء التراث العربي بيروت - الطبعة الثالثة ١٤٠٠هـ.

(٩٠) البدائع للكاساني ٧/ ٣٤٠٨.

٢ - المالكية: 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 ما يرى» ويفهم من هذا أن الكفالة إلى أجل معلوم جائزة من باب أولى.

وفي المدونة^(٩٢) «ولأبأس أن يتكفل بمال الغريم إلى خروج العطاء وإن كان مجهولاً إن كان في قرض أو تأخير بضمن مبيع صحت عقده».

٣ - الشافعية: يرى الشافعية أنه لا يجوز 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 - الحنابلة: يرى الحنابلة صحة إضافة الكفالة إلى زمان مستقبل. جاء في كشف القناع^(٩٤) «وإن جعله - أي الضمان والكفالة - إلى الحصاد أو الجذاذ أو العطاء فكأجل في بيع لا يصح في المتقدم، والأولى صحته هنا لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجل لا يمنع من حصول المقصود منه، وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة».

(٩١) مواهب الجليل للحطاب ٥ / ١٠١.

(٩٢) المدونة للإمام مالك ١٣ / ٢٨٢. رواية سحنون.

(٩٣) نهاية المحتاج للرملي ٣ / ٤٥٧.

(٩٤) كشف القناع للبهوتي ٣ / ٣٧٦.

الراجح:

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: ﴿وَلَمَنْ جَاءَهُ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ 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 ما كانت صيغته تدل على ترتيب وجوده على حصول أمر يوجد في المستقبل.

والكفالة المعلقة: هي التي علقنا 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 لا يكون له وجود أصلاً إلا عند وجود الأمر المعلق عليه.^(٩٧)

وقد يكون التعليق صورياً؛ 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 فعلاً 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 لا يريد الكفالة، والتعليق الصريح ماتضمنت الصيغة أداة من أدوات الشرط. وغير

(٩٦) الكفالة والحوالة د/ عبد الكريم زيدان ص ١٣٢.

(٩٧) النظرية العامة للعقد في الفقه الإسلامي د/ محمد الحسيني ص ٣٦٩.

الصريح مالم يتضمن ذلك كما لو قال لشخص: عند استحقاق المال على زيد فأنا كفيل بذلك.

اجتماع التعليق والإضافة:

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 - الحنفية: يرى الحنفية أنه يجوز تعليق الكفالة بالشروط الملائمة دون غيرها، مثل أن يقول: ما بايعت 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 - أن يكون الشرط سبباً للزوم الحق، كقوله: إذا استحق المبيع فأنا كفيل لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق ولزومه.

٢ - أن يكون الشرط سبباً لإمكان الاستيفاء أو وسيلة إليه مثل أن يقول: إذا قدم زيد فأنا كفيل، لأن قدم زيد وسيلة إلى الأداء.

٣ - 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 لا يجوز، 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 القدير ٦/ 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 أيضاً في النهاية والمعراج والعناية وجزم بذلك الزيلمي 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 مامشي عليه جمهور شراح الهداية وشراح الكنز وغيرهم تبعاً للمبسوط من بطلان الكفالة».

وإنما جاز تعليق الكفالة بالشروط الملائمة دون غيرها، لأن للكفالة شبهين شبهاً بالتملك من ناحية ما يترتب عليها من تملك 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 ما يقتضي صحة تعليقها بأي شرط، فعملاً بالشبهين وضعت موضعاً وسطاً. وهو جواز تعليقها بالشرط الملائم دون غيره^(١٠١).

المالكية: بدرستي 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 / ٣٢ لابن الهمام.

(١٠٠) حاشية ابن عابدين ٥ / ٣٧.

(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 - الشافعية: يرى الشافعية أنه لايجوز تعليق الكفالة، جاء في نهاية المحتاج^(١٠٣): «والأصح أنه لايجوز تعليقها - أي الضمان والكفالة - بشرط». وقيل: يجوز تعليقها لأنه لايشترط فيها القبول، لأنها مجرد التزام فيتبين من ذلك ذلك أن للشافعية قولين في التعليق أصحهما المنع.

٤ - 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 كالعهددة والدرك»^(١٠٦).

باستعراض المذاهب الفقهية التي اوردناها يتضح مايلي:

١ - أن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وفي قول عند الشافعية والحنابلة يرون صحة تعليق الكفالة بالشرط الملائم.

٢ - 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.

الأدلة:

أولاً : يستدل القائلون بجواز تعليق الكفالة بما يأتي:

١ — قوله تعالى: ﴿ وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾^(١٠٧).

وجه الدلالة: 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 — أن التعليق بالشرط يجوز قياساً على ضمان الدرك، فإن الكفالة به مترتبة على ظهور الاستحقاق، فهي مضافة، والتعليق في معنى الإضافة.

ثانياً : ويستدل المانعون بما يأتي:

١ — أن ذلك خطر، فلم يجوز تعليق الكفالة به كمجيء المطر وهبوب الريح. ولأنه اثبات حق لآدمي معين، فلم يجوز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة^(١٠٩).

٢ — 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. وضمن العمالة على هذا الوجه جائز،

(١٠٧) سورة يوسف آية / ٧٢.

(١٠٨) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ / ٣١.

(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).

الراجع عندي:

بدراسة تلك الأقوال أرى أن الراجع هو القول بجواز تعليق الكفالة بالشرط
الملائم دون غيره، وذلك لما يأتي:

١ — 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 بغير لأنه إنما نادى بأمره، ثم كفل عن الملك بالجعل
المذكور لا عن نفسه.

٢ — أن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا إذا دل الدليل الشرعي على
المنع. وللدليل على المنع، فيكون الحكم الجواز.

٣ — أن الكفالة لها شبه بالنذر ابتداءً وبالبيع انتهاءً، فينبغي مراعاة الشبهين
وهذه المراعاة تقتضي جواز التعليق بالشرط الملائم والمتعارف، وإنما
لم يجز تعليقها بشرط غير ملائم لها لأنه لا يظهر في غرض صحيح
فكان ذلك ضرباً من اللهو والهزل، ولا تصح العقود مع ذلك.

٤ — أن الكفالة مبناها على التوسع، لأنها تبرع في الأصل فلا غرر فيها
ولا ضرر.

٥ — 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/ ٣١١.

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 مبناهما على جلب المصالح ودرء المفاسد، والتقيد بذلك
فيه مصلحة ولا مفسدة في التقيد به، فتكون مراعاته واجبة.. والله
أعلم

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 ما هو مباح جائز التزامه، ويجب الوفاء به إذا التزم، ويسمى هذا النوع بالشروط الصحيحة، ومنها ما هو محظور لا يجوز 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 ما يترتب 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 — المسلك الأول: وهو أشد المذاهب في مسألة الشروط المقترنة بالعقد

(١١١) الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ الخفيف ص ٤٠ 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 - المسلك الثاني: وهو أوسع المذاهب الفقهية، وهو أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولايحرم منها ويبطل إلا ما دل الدليل الشرعي على تحريمه وإبطاله، وعلى رأس القائلين بذلك الإمام ابن تيمية وابن القيم^(١١٣).

٣ - 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 أو السنة 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 لائنص 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 / المستصطفى للغزالي ٢ / ٢٢٨.

المصالح المرسله: يراد بالمصلحة في لسان الشريعة الإسلامية جلب المنفعة ودفع المضرة في حدود المحافظة على مقاصد الشريعة / أصول الفقه الإسلامي، محمد سلام مذكور ص ١٧١.

والاستصحاب: معناه: المصاحبة أو استمرار الصحبة.

واصطلاحاً: يعرف بأنه بقاء الأمر مالم يوجد ما يغيره. بمعنى: أن ما ثبت في الماضي فالأصل

المرسلة وأقوال الصحابة والاستصحاب وغيرها، ونتيجة لذلك ظهر مذهبهم أقرب ما يكون إلى مذهب المبحين، لشمول هذه الأدلة لكثير من العقود والشروط. فهم يتفقون مع الظاهرية في القاعدة، وهي أنه لا يجوز 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 الآخرون أنها شروط غير صحيحة^(١١٥).

الأدلة:

أولاً: يستدل المضيقون بما يأتي:

١ — ماروي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد»^(١١٦).

وجه الدلالة: أنه يراد به كل عمل لم يجزه الشارع جوازاً صريحاً. وإذا كان العمل الذي لم يرد به جواز صريح مردوداً فهو باطل لأنه

= بقاؤه في الزمن الحاضر والمستقبل، وعرفه ابن القيم: بأنه استدامة ما كان ثابتاً ونفي ما كان منفيّاً، أي: بقاء الحكم نفيّاً 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 الصحاب في عرف الناس. أصول الفقه الإسلامي / محمد سلام مذكور ص ١٤٢ وأصول الفقه / محمد أبو زهرة ص ١٦٨.

(١١٥) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي د/ محمد الحسيني ص ١٢. والضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف / ٤٢ القسم الثاني.

(١١٦) رواه مسلم في كتاب الأفضية من صحيحه ١٣٢/ ٥ مطبعة محمد علي صبيح.

لامعنى للرد إلا عدم ترتيب أي أثر عليه وهو معنى البطلان.

٢ — ماروي عن عائشة رضي الله عنها: «أن النبي ﷺ قال: ما كان 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 — نصوص القرآن التي تأمر بالوفاء بالعقود والعهود ومنها:

قوله تعالى: ﴿يَتَابِعُهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١١٨).

وقوله تعالى: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾^(١١٩).

فهذه النصوص تأمر بالوفاء بالعقود والعهود، فعلم من ذلك أن ما يعقده الناس ويلتزمون الوفاء به مأمور بالوفاء به.

٢ — الأحاديث الكثيرة التي يعضد بعضها بعضاً، والتي تلزم بالوفاء بالعهود والشروط إلا فيما حرمه الله، ومنها:

(أ) مارواه أبو داود والدارقطني 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 برة المشهورة. رواه البخاري في كتاب

اليوع 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: وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأموراً به علم أن الأصل صحة العقود والشروط إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره.

ثالثاً: أدلة جمهور الفقهاء «المتوسطين»:

أن العقود أسباب جعلية اعتبارية، ولا تكون إلا بجعل الشارع واعتباره، ولا يكون ذلك إلا بدلالة الدليل الشرعي على جواز ذلك العقد، وترتيب آثاره عليه، فتكون تلك الآثار هي مقتضى العقد، فإذا كان الشرط المشروط لا يمس ذلك المقتضى ولا يخالفه فلا بأس به، وإذا خالف مقتضى العقد فإنه لا يصح إلا إذا دل الدليل الشرعي على الصحة والجواز^(١٢٢).

الترجيح عندي:-

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 بن 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 المستدرک 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. ولا يمنع شيء من ذلك ولا يحرم إلا ما حرمه أو منعه الشارع، وذلك للأسباب الآتية:

١ — أن الأدلة العامة على مشروعية الوفاء بالعقود من الآيات والأحاديث واضحة ولا يمكن دفعها.

٢ — أن معنى الحديث الشريف، «ليس في كتاب الله» أي، ما ليس في كتاب الله لا بعمومه ولا بخصوصه، بل ينافي ما كتبه الله وقرره من وجوب أو حرمة.

٣ — أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل في هذه عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على تحريمها.

٤ — 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 — 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 جزءاً 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 - شروط فاسدة:

والشرط الفاسد عندهم هو ما كان مخالفاً لمقتضى 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 الرياح، فإن الشرط هنا فاسد، وقد اختلف الحنفية في الكفالة إذا علقت بهذا الشرط الفاسد:

فمنهم من ذهب إلى أن الكفالة صحيحة وتقع حالة، وإنما يبطل الشرط لأن الكفالة مشروعة بأصلها لكن اعترافها وصف زائد، وبإبعاده تصح الكفالة. جاء في شرح فتح القدير: ^(١٢٤) «وإن كان بخلاف ذلك كهبوب الرياح ومجيء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط وتنعقد الكفالة ويجب المال، لأن كل ماجاز تعليقه بالشرط لا يبطل بالشروط الفاسدة أصله الطلاق والعناق».

وذهب البعض الآخر إلى أن الكفالة باطلة إذا اقترنت بالشرط الفاسد، وهذا هو ما صرح 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 بالكفالة باطلة، وجاء منه كذلك أن الشرط غير الملائم لا تصح 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 / ٤٦٦.

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، وقد 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 ملكاً غير مستقر، فإذا صار غير قابل للفسخ كأن هلك المعقود عليه أو 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 - شروط باطلة: والباطل هو ما يكون 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).

المالكية:

يرى المالكية أن الشروط في العقود أنواع:

١ - 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 — شروط صحيحة ويصح العقد معها، وذلك إذا لم تكن منافية للعقد ولم تؤد إلى الإخلال بشرط من شروط الصحة.

٣ — 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)

الشافعية:

يرى الشافعية أن الشروط تنقسم إلى قسمين:

١ — صحيحة: وهي ما وافقت مقتضى العقد وكان من مصلحة العقد اشتراطها وذلك كما لو كفل وشرط تأخير الإحضار شهراً فإنه يجوز.

٢ — غير الصحيحة «الفاسدة»: هي كل شرط خالف مقتضى العقد فإنه يفسد ويبطل العقد إلا في مواضع استثنائها 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 لا يحسب من الدين، أو كفل بزید علی أن لی علیك كذا، أو إن أحضرته وإلا فبعمرو، أو بشرط إبراء الكفيل^(١٢٨).

الحنابلة:

يرى الحنابلة أن الشروط قسمان هما:

١ - صحيحة: والصحيح ثلاثة أنواع:

١ - شرط يوافق مقتضى العقد كشرط التقابض في البيع، وكما إذا كفل بانسان على أنه إن جاء وإلا فهو كفيل بزید فإنها تصح الكفالة به.

٢ - شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن أو تأجيل وقت معلوم أو اشتراط ضميين معين وقتاً لذلك كقوله: إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان شهراً فإنها صحيحة.

٣ - شرط منفعة مباحة معلومة كشرط البائع للدار سكنها شهراً

٢ - فاسدة: وهي ثلاثة أنواع:

١ - أن يشترط أحد العاقدين على صاحبه عقداً آخر كقرض وبيع وكقوله: كفلت بيدن 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 - أن يشترط ما ينافي مقتضى العقد، كما لو اشترط على المدين أن يعطيه جعلاً على كفالته له، لأن مقتضى الكفالة التبرع

(١٢٨) نهاية المحتاج للملبي 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 مقتضى العقد، لأن مقتضى عقد الضمان أنه شرع للتوثق فيلزم الضامن، والخيار ينافي هذا المعنى.

٣ - أن يشترط شرطاً يعلق العقد عليه كقوله: ضمته أو كفلته إلى مجيء المطر وهبوب الريح فلا يصحان، لأنه ليس فيه وقت يستحق المطالبة فيه. وإذا شرط شرطاً يعلق 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 - 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) كشف القناع للبهوتي ٣/ ١٨٨ - ١٩٥ والمغني لابن قدامة ٤/ ٦٢٠.

ومنهم من يرى أنها صحيحة حتى يثبت فسادها بدليل شرعي.
٢ — 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 لا يصح في العقود شروطاً يخالف مقتضاها في المطلق. والشافعي يوافق 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 يستنون أكثر مما يستثنيه الشافعي، ذلك أن نصوص أحمد تقتضي أنه جوز من الشروط في العقود أكثر مما جوز الشافعي».

٣ — يرى الحنفية أن هناك نوعاً آخر من الشروط، وهي الشروط الباطلة ويفرقون بينها وبين الشروط الفاسدة بأن الفاسدة ما يكون فيها فائدة لأحد من أهل الاستحقاق، أما الباطل منها فهو ما لا يكون فيها فائدة لأحد من أهل الاستحقاق.

٤ — يرى بعض الحنفية والشافعية والحنابلة أن الشروط الفاسدة في العقد تبطل هي والعقد معاً. إلا أن الشافعية والحنابلة قد استثنا 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 — 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 — والرأي المختار عندي أنه إذا اقترنت الشروط الباطلة والفاسدة في عقد الكفالة فإن الكفالة تكون باطلة إلا ماورد استثناءؤه بدليل شرعي. ذلك أنها تؤدي إلى التنازع والاختلاف، فلا يمكن تصحيح الكفالة وإبطال الشروط، وإنما تبطل الشروط والكفالة معاً.

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 .

المبحث الأول

الكفالة المطلقة:

وهي التي تأتي مطلقة دون قيد التأجيل أو التعجيل أو التقييد.

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 — 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 — 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: «وإذا 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.

الدراسة والمناقشة:

من ذلك نرى أن الحنفية يرون أن الكفيل يأخذ منزلة الأصيل، أما الشافعية والحنابلة فيرون أن إطلاق الكفالة يجعلها حالة، ولكل مستنده.

الراجع:

أرى أن الراجع من ذلك هو أن الكفيل يأخذ حكم الأصيل، لأنه بمنزلة فيكون تبعاً له.

كما أن الكفالة تختلف عن البيع، لأن الكفالة من عقود التبرع، وإلزامه بالحلول فيه زياده على ما في 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 معينة يبرأ بعدها من التزامه. وقد اختلف الفقهاء في القول بجواز التوقيت على النحو التالي:

١ - 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 لانقوتها، ولا يطالب بعدها.

(ج) 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.

لا يقصدون بذلك إلا توقيت الكفالة بالمدة، وأنه لا كفالة بعدها، ومبنى ألفاظ الكفالة على العرف، وقالوا: إن كلام كل عاقد وناذر وحالف وواقف يحمل على عرفه سواء وافق عرف اللغة أو لا).

٢ - الشافعية:

يرى الشافعية أنه لا يجوز 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 لا تسقط بمضي الزمن وإنما تسقط بالأداء أو الإبراء.

جاء في نهاية المحتاج^(١٣٧): «والأصح أنه لا يجوز تعليقهما — أي الضمان والكفالة — بشرط ولا توقيت الكفالة كأنها كفيل يزيد إلى شهر وبعده أنا بري، 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 - الحنابلة:

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 لا يصح».

الدراسة والمناقشة:

بدراسة أقوال الفقهاء في توقيت الضمان والكفالة يتبين الآتي:

١ — يرى الحنفية جواز توقيت الكفالة، وذكر ابن عابدين التوقيت الكفالة صوراً ثلاثاً بها تكون الكفالة مؤقتة، وذلك لأن العرف يقتضي ذلك.

٢ — يخالف الشافعية الحنفية بالقول بعدم جواز توقيت الضمان مطلقاً، لأن الضمان يقصد منه الأداء فلا يزول إلا بالأداء لا بالمدة المؤقتة.

أما الكفالة فاختلّف 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 لا تجوز كالضمان، لأن الحقوق لا تسقط 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 النهي شرح غاية المنتهى للسيوطي ٣/ ٣١٧.

٣ - الحنابلة:

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 ما يأتي:

- ١ - يذهب الحنفية وبعض الحنابلة إلى جواز التوقيت مطلقاً.
- ٢ - ويذهب بعض الشافعية وبعض الحنابلة الى منع التوقيت مطلقاً.
- ٣ - ويذهب بعض الشافعية إلى التفريق بين الضمان والكفالة، فيمنعونها في الضمان ويجيزونها في الكفالة.
- ٤ - أما المالكية فلم أعثر لهم على نص في جواز توقيت الضمان أو منعه لكن يفهم مما ورد في المدونة^(١٤٠) «قلت رأيت إن قال: أنا كفيل بمالك على فلان إلى خروج العطاء... وأما الحماله فلا بأس به وإن لم يكن العطاء معروفاً». يفهم من ذلك جواز توقيت الضمان إلى أجل معلوم، حيث أجازته إلى خروج العطاء وهو غير معلوم لكن ماله إلى العلم:

الراجع من ذلك:

من ذلك أرى أن الراجع هو القول بجواز التوقيت مطلقاً في الكفالة للأدلة الآتية:

- ١ - أن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَفُؤَا الْعُقُودِ﴾^(١٤١).

(١٤٠) المدونة للإمام مالك رواية سحنون ١٣ / ٢٨٢.

(١٤١) سورة المائدة آية ١ / .

ولقول الرسول ﷺ «المسلمون عند شروطهم»^(١٤٢).

- ٢ — أن المصلحة تقضي بذلك، إذ لو امتنع توقيت الضمان لأدى إلى الحرج والمشقة على المدين، لأن الكفيل قد يكون له غرض صحيح في التوقيت.
- ٣ — أن المعاملات التجارية خاصة في الوقت الحاضر تتطلب ذلك، لأن التوقيت له أغراض صحيحة في الضمانات وفتح الاعتمادات وغيرها.
- ٤ — 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 — 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 - الحنفية:

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 - 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 - الشافعية:

للشافعية في ضمان المؤجل حالاً قولان:

أحدهما: أنه لا يصح 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 لا يلزمه التعجيل.

الثاني: يلزمه، لأنه تبرع لزم فتلزم صفته وهي التعجيل.^(١٤٥)

٤ - الحنابلة:

يرى الحنابلة أنه يصح أن يضمن المؤجل حالاً ويكون الضامن ملزماً بما ضمنه، إلا أنه لا يلزم الضامن بذلك إلا بحلول الأجل المحدد للضمان. وذلك لأن الضامن فرع المضمون عنه، فلا يستحق مطالبته دون أصله ولو ضمن حالاً، لأنه التزم ما لم يجب، ولذا فلا يستحق القضاء إلا عند حلول الأجل.

جاء في كشف 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 للطبعي ١٤/ ٢١.

(١٤٦) كشف القناع للبهوتي ٣/ ٣٧٤.

الدراسة والمناقشة:

١ — 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 — إذا التزم الكفيل بالتعجيل فإنه يلزم بذلك، لأنه تبرع قد التزم به الكفيل فيلزم به. ويرى الحنابلة وبعض الشافعية أن الضامن لا يلزم بالتعجيل، وإنما يلزم بالمطالبة بحلول الأجل المحدد للضمان، لأن الضامن التزم مالم يجب فلا يلزم بالتعجيل.

الراجع:

من ذلك يتبين صحة ضمان المؤجل حالاً ويلزم به الكفيل للأسباب الآتية:

١ — أن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز.

٢ — 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 علي شخص مبلغ من المال لشخص آخر وهو حال فيكفل الكفيل الوفاء به مؤجلاً.

ونبين ذلك في المذاهب الفقهية:

١ - 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 - أن يكون الأجل غير متعارف كمجيء المطر وهبوب الريح فالأجل

باطل والكفالة صحيحة، لأن هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة.

٢ — أن يكون الأجل متعارفاً عند الناس كالحصاد والدياس ونحوها، فهذا جائز لأن الجهالة يسيرة فتغتفر، لأن جهالة التقديم والتأخير لا تنفي 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 بأن 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 لا يشبه آجال الناس كمجيء المطر وهبوب الريح فالأجل باطل والكفالة صحيحة، لأن هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة».

٢ — المالكية: يرى المالكية أنه يجوز ضمان الحال مؤجلاً كأن يقول شخص لرب دين جال: أجل مدينتك شهراً وأنا أضمنه لك، فيصح لكن بأحد شرطين هما:

(١٤٧) البدائع للكاساني ٧ / ٣٤٠٥.

١ — أن يكون الغريم موسراً بالدين الحال حتى ولو كان ذلك في أول الأجل.

٢ — 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 معسراً في بعض الأجل كأن يضمه إلى أربعة أشهر وعادته اليسار بعد شهرين كأصحاب الغلات والوظائف، وهذا لا يصح 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: آخر مدينتك 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 إليه 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 - 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. ولا بد أن يكون الأجل معلوماً.

جاء في تكملة المجموع^(١٥٠): «ويجوز أن يضمن الدين الحال إلى أجل لأنه رفق ومعروف فكان على حسب ما يدخل فيه».

٤ - الحنابلة: يرى الحنابلة أنه يجوز ضمان الدين الحال مؤجلاً، وذلك للأدلة الآتية:

١ - 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 داود وابن ماجه. حيث حمل النبي ﷺ عن الغريم شهراً مع أن الدين كان حالاً.

٢ - 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 للطبعي ١٤/ ٢١١.
(١٥١) الحديث رواه أبو داود ٣/ ٢٤٧ وابن ماجه ٢/ ٨ في باب الكفالة حديث رقم ٢٤٦٦.

جاء في مطالب أولى النهى^(١٥٢) «ويصح ضمان الحال مؤجلاً نصاً 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 لا يحل دين مؤجل بموت مضمون عنه ولا بموت 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 لا يغيره عن تأجيله وإلا رجع عليه^(١٥٣).

الدراسة والمقارنة:

١ — يتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه يجوز ضمان الدين الحال مؤجلاً، ولا بد أن يكون التأجيل الى وقت معلوم. ويجوز الحنفية والحنابلة التأجيل إلى وقت مجهول إذا كان متعارفاً عند الناس كالحصاد والدياس ونحوهما.

٢ — يشترط المالكية لجواز ضمان الحال مؤجلاً شرطين، وبدونها لا يصح 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، ولا يتبين من ذلك أنه سلف جر نفعاً.

٣ — 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 — 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 آنفاً.

(ب) أن الحق يتأجل في ابتداء ثبوته إذا كان بعقد، وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فإنه لم يكن ثابتاً عليه حالاً.

(ج) أنه ولو كان الكفيل تبعاً للأصيل فإنه يجوز أن يخالف ما في 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 أخرج عنه بعد الضمان.

٥ — 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 لا يحل على الميت منهما إذا أوثق الورثة رب الدين برهن أو كفيل مليء، وإن لم يوثق الورثة 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 لا ضرر في ذلك مادام التوثق موجوداً بل في مصلحة الدائن ومن عليه الدين إلى الأجل المحدد للوفاء.

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.

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 ما قد 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 — يجب أن يكون الدين المستقبل محدد المقدار في عقد الكفالة ومقديماً قبل عقدها.

٢ — 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 الشقراوي ص ٤٠ والوسيط للسهنوري ١٠/ ٥٢.

فجاء في المادة ٧٧٨ مدني مصري مانصه:

- ١ — تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد الدين المكفول مقدماً.
- ٢ — 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 لتحقيق 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 تحقيقه 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 — 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 — 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 لا بد من تقييد الجواز بالتعليق بالشرط الملائم دون غيره.

٣ — 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 لا يجوز للكفيل الرجوع في كفالته خلال هذه المدة.

وهذا يتفق مع ما جاء في الفقه الإسلامي من جواز توقيت الكفالة.

٤ — أما تأجيل الكفالة المعجلة فهذا يجوز قانوناً.

وأما تعجيل الكفالة المؤجلة بحيث تكون مؤجلة على الأصيل حالة على الكفيل فهذه لا يجيزها القانون، لأن القانون يشترط لصحة الكفالة أن تكون بشروط أهون من شروط الدين المكفول به أو مساوية له، ولا يجوز أن تكون بشروط أشد جاء ذلك بنص المادة ٧٨٠ مدني مصري:

١ — لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول.

٢ — ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون. وكذلك المادة ٧٤٦ من القانون المدني السوري.

واشترط 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 الحالية 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.

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 .

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 - 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 - يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أن أركان الضمان الشخصي هي: ضامن، ومضمون، ومضمون عنه، ومضمون له، وصيغته. جاء في بلغة السالك^(٣): «أركانه خمسة: ضامن، ومضمون، ومضمون له، ومضمون عنه، وصيغته».

وجاء في نهاية المحتاج^(٤): «أركان ضمان الذمة خمسة: ضامن ومضمون... ومضمون له ومضمون عنه وصيغته».

وجاء في الروض المربع^(٥): «وأركانه عاقد، ومعقود عليه، وصيغته» 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 العنقري / منصور البهوتي ٢/ ٢٢ مطبعة السنة المحمدية.

الكفالة كغيره من العقود في المعاملات. وهذه الأركان التي أوردتها 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 تدرج 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 — العاقدان والمعقود عليه — 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 مبنياً 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 — في الركن الأول : الصيغة.

المطلب الثاني — في الركنين الثاني والثالث: العاقدان.

المطلب الثالث — في الركن الرابع : المعقود عليه «محل العقد».

المطلب الأول في الركن الأول: الصيغة

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: ما يصدر من الطرف الآخر بعد الإيجاب معبراً عن موافقته عليه^(٦). جاء في حاشية رد المحتار^(٧) «الإيجاب هو ما يذكر أولاً من كلام أحد المتعاقدين، والقبول: ما يذكر ثانياً من الآخر».

ويختلف الفقهاء في الاعتبار من الصيغة ركناً أهو الإيجاب وحده أم هو الإيجاب والقبول جميعاً؟

١ — ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وأبو يوسف في قول له إلى أن الضمان لا يتم إلا بالإيجاب والقبول. قال في البحر الرائق^(٨): «في بيان ركنها وهو الإيجاب والقبول حتى إنها لا تتم 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 لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع».

(٦) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء ١/ ٣٤١.

(٧) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٤/ ٥٠٦.

(٨) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٦/ ٢٢٣.

(٩) بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٣٤٠٤.

٢ — 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 بعبارة وحده. جاء في تبين الحقائق^(١٠): «ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركنًا، 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 كشف 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 — 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) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤/ ١٤٦.

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

(١٢) حاشية الرهوني ٦/ ٧.

(١٣) كشف 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 التملك لاحتمالها للجهالة والتعليق بالشرط، والتمليك لا يحتمل ذلك، ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبهه النذر في ذلك.

صيغة الضمان :

١ — 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). وكفوله تعالى: ﴿أَوْ تَأْتِي بِلَهٍّ وَالْمَلَكَةِ قَبِيلًا﴾^(١٦) أي كفيلاً وقوله: إِيَّيَّ وَعَلَيَّ كما جاء في الحديث^(١٧): «من ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فإيَّيَّ وعليَّ» ونحو ذلك.

أما الكناية: وهي ما يفهم منه العهد والضمان بقريضة نحو دين فلان إليَّ 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 تحمّلته أو تقلدته أو التزمته أو تكفّلت بيدنه 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 كأننا ضامن أو ضمانه عليّ أو غيرها».

وجاء في الروض المربع^(٢١): «ويصح بلفظ ضمّين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وتحملت دينك أو ضمّنته أو هو عندي ونحو ذلك». وقال كذلك في الكفالة^(٢٢): «وتنعقد بما ينعقد به ضمان» وجاء في الإنصاف^(٢٣): «وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: قياس المذهب يصح بكل لفظ فهم منه الضمان عرفاً مثل قوله: زوجه وأنا أؤدي الصداق أو بعه وأنا أعطيك الثمن ونحو ذلك».

وفهم 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 ما يدل 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 المرادوي ٥ / ١٩٠.

(٢٤) بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٤٠٤.

٢ — انعقاد الضمان بغير اللفظ: ينعقد الضمان الشخصي بإشارة الأخرس إذا كانت تدل على أنه يريد الضمان، وینعقد بالكتابة كذلك إذا دلت القرينة على المطلوب، وذلك لقيامها مقام اللفظ. جاء في الشرح الصغير^(٢٥): «أو غيرها كإشارة مفهومة أو كتابة» أي: غير الصيغة اللفظية، وجاء في نهاية المحتاج^(٢٦): «إذ مثله الكتابة مع النية وإشارة أخرس مفهومة». وجاء في كشف 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 كشف القناع^(٢٨): «ولا يثبت الضمان بكتابه 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) كشف القناع للبهوتي ٣ / ٣٦٣.

(٢٨) كشف 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 — لا بد من توافر صفات معينة في كل من العاقدين. وتوفر تلك الصفات يكسب المتعاقد أهلية مباشرة العقد.

٢ — والمقصود بأهلية العاقدين: أن يكون كل منهما متمتعاً بالصفات التي تسوغ له شرعاً مباشرة العقد^(٣٠) وهي:

١ — البلوغ: يتفق الفقهاء على أن من علامات البلوغ الاحتلام وإنزال المنى 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 لأستاذ مصطفى الزرقاء ١/ ٣٤١.

ويرى أبو حنيفة أنه لا اعتبار به، لأنه نبات شعر فأشبهه نبات شعر سائر البدن. ويرى المالكية أن من علامات البلوغ كذلك تنن الإبط وقرق أرنية 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 المعبر للبلوغ على النحو التالي:

- ١ — فيرى أبو حنيفة أن بلوغ الذكر يكون بإتمامه ثماني عشرة سنة، وبلوغ الأنثى يكون بإتمامها سبع عشرة سنة.
- ٢ — أما المالكية فإنهم اختلفوا في ذلك إلا أن المشهور هو اعتبار تمام ثماني عشرة سنة حدًا لبلوغ الذكر والأنثى.
- ٣ — 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 تغفن 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 ٣٢٣/ ٧ المكتبة التجارية الكبرى بمصر، وراجع كشاف القناع للبهوتي ٣/ ٤٤٣. والغفر البهية شرح البهجة لتركيا 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 لا بد لمن يباشر الضمان أن يكون بالغاً، لأن الضمان من التبرعات، ولا بد 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 - 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 كشف القناع^(٤٢): «فلا يصح ضمان من مجنون ولا صبي ولو مميزاً». أي أنهم يشترطون العقل لانعقاد الكفالة.

٣ - 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 كشف القناع^(٤٨): «ولا يصح الضمان من سفيه لعدم صحة تصرفه».

(٤٠) بلغة السالك لأحمد الصاوي ٢ / ١٥٥.

(٤١) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ / ٩.

(٤٢) كشف 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) كشف القناع للبهوتي ٣ / ٣٦٦.

ويقول الجمهور يقول أصحاب أبي حنيفة.

غير أن أبا حنيفة يرى أن السفية 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 سفياً.

ولكن الراجح هو قول الجمهور وهو عدم صحة تصرف السفية 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 - الحرية : والمراد بذلك أن يكون كل من يباشر الضمان حراً 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 تبين 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 كشف القناع^(٥٢): «ويصح ضمان العبد بإذن سيده، لأنه لو أذن له في التصرف لصح فكذا هنا».

(٤٩) الميسوط للسرخسي ٢٤ / ٦١ اذار المعرفة للطباعة لبنان — الطبعة الثانية.

(٥٠) تبين الحقائق للزليعي ١٤٦/٤.

(٥١) الشرح الصغير للدردير ٤٣٠ / ٣.

(٥٢) شرح البهجة ٣ / ١٥٠ لركريا الأنصاري.

(٥٣) كشف القناع للبهوتي ٣ / ٣٦٦.

أما الظاهرية فيرون انعقاده من العبد مطلقاً جاء في المنحلي^(٥٤): «مسألة —
وحكم العبد والحر والمرأة والرجل والكافر والمؤمن سواء لعموم النص، ولم يأتِ
نصٌ بالفرق بين شيء مما ذكرنا».

ولكن رأي الجمهور أرجح، ذلك أن الضمان يتضمن إيجاب مال على
الضامن بهذا التصرف فلا بد 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. ولا بد أن يكون المضمون واجباً أو مآله إلى الوجوب كقوله: ضمنت لك ما تداين به فلاناً أو ما تقوم به البينة عليه.

ولا بد 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 بيدن من عليه حد لله تعالى لإقامة الحد، لأن ذلك لا يمكن استيفائه من الكفيل كحد الزنا والسرقه 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 - الرضا. ٢ - المحل. ٣ - السبب. ٤ - 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 - المطلب الأول : في الركن الأول «الرضا».
- ٢ - المطلب الثاني : في الركن الثاني «المحل».
- ٣ - المطلب الثالث : في الركن الثالث «السبب».
- ٤ - المطلب الرابع : في الركن الرابع «الأهلية».

المطلب الأول

الركن الأول «الرضا»

والرضا: هو القبول بالاختيار التام الخالي عن شائبة الإكراه والغلط والتدليس ولقد تكلم القانون المدني المصري الجديد عن الرضا في المواد ٨٩ — 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 شكاً في دلالة 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 شكاً في دلالة 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 وتجاوز أيضاً رغم معارضته» ويقابل هذا النص المادة ٧٤١

(٥٦) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنيهوري 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 ص ٣٦ 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 — الإكراه:

وهو نوع من الضغط يؤثر في إرادة المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد^(٥٩)، وللإكراه عنصران هما:

١ — استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق، وهذا هو العنصر الموضوعي.

٢ — 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. والمكروه 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 المكروه بيد المكروه، 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 — 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 — 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 — إكراه ناقص أو غير ملجئ: وهو ما كانت وسيلته لا توجب إلا ألماً خفيفاً أو غمّاً 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 ليميز عن الفقه الغربي في هذه

(٦٠) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٧٧/ ٢ للسنهوري معهد البحوث والدراسات العربية الطبعة الثالثة ١٩٦٧م.

(٦١) المسوط 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 — التدليس :

هو استعمال طرق احتيالية بقصد تضليل المتعاقد لحمله على التعاقد^(٦٤) كأن يستعمل الدائن طرقاً ووسائل احتيالية لحمل آخر على كفالة المدين، كأن يوهم الدائن غشاً 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 ص ٣٩ دار النهضة العربية في القاهرة

المتعاقدين في العقد وحمله عليه»^(٦٥).

ويقسمه الفقهاء إلى قسمين: فعلي وقولي:

فالفعلي: هو ما كان الغش ناتجاً عن فعل للتغريب في الوصف، كصبغ الثوب القديم ليظهر أنه جديد.

والقولي: وهو ما نتج من القول كالتغريب 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 التغريب 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 — 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 الجوهرى هو الذي يبلغ في نظر المتعاقد الذي وقع في الغلط حدّاً 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 - ١٢٠ من القانون المدني العراقي، وهو أقرب من القوانين العربية الأخرى للفقهاء 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 - الغلط الواقع على جنس العقود عليه: كما لو باع فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج. وهذا يكون البيع باطلاً فيه.
- ٢ - 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. وينبث خيار الوصف للمشتري فيما لو اشترى مالا بوصف مرغوب فظهر البيع خالياً عن ذلك فإنه يكون مخيراً إن شاء فسخ العقد وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى.

المطلب الثاني

الركن الثاني «المحل» :

من أركان العقد التي لا ينعقد إلا بوجودها المحل. والمحل في القانون قد يكون مالا، 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 يفى 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 بصلاحيته أن يكون محل الكفالة مالا أو عملاً أو تسليمياً وكل ما يمكن أن يندرج تحت واحد منها شريطة أن لا يكون مشتملاً على ربا أو غيره مما تحرمه الشريعة الإسلامية.

(٧١) الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ١٠ / ٣٨.

المطلب الثالث

الركن الثالث — «السبب» :

السبب هو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الالتزام^(٧٢). ولا بد 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 لا بد أن يكون سبب الكفالة

(٧٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي د/السنهوري ٤/ ١٦.

(٧٣) التأمينات الشخصية والعينية /جميل الشقاوي ص٥١.

مشروعاً، لكنهما يختلفان عند التطبيق، فما يراه الشرع محرماً وممنوعاً قد يبيحه القانون، وما يراه القانون ممنوعاً قد تبيحه الشريعة وتجيّزه. 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: ﴿وَاحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٧٤).

كما أن الشريعة تحرم التعامل ببيع لحم الخنزير أو الخمر ولا يجوز الكفالة فيهما لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَحُمُ الْخِنْزِيرِ﴾^(٧٥).

وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْحَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾^(٧٦). والقانون يرى أن الكفالة في ذلك جائزة لشريعة 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 ويبحث في نفسه الرغبة إلى التعاقد، كالالاتفاق 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 ٩.

(٧٧) الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي ٢/ ٣٢٧ المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

وجاء في إعلام الموقعين^(٧٨): «أن القصد في العقود معتبرة، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة».

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 سألتها 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 يبطلان 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 ص ٣٤٨ مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ.

(٨٢) المغني والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي ٤/ ٤٠ والمحلّى 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 لا بد 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 - أهلية وجوب: ويعرفها القانون بأنها صلاحية الشخص لتكون له حقوق وعليه واجبات.

٢ - 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 صبيّاً 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 - بغداد.

لصحتها أن يكون صبيًا مميزاً. وإذا التزم بشيء في مقابل التزام الكفيل كانت الكفالة بالنسبة إليه من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال إذا كان صبيًا مميزاً أو من في حكم الصبي المميز^(٨٥).

ومن هذا نرى أن القانون يتفق مع الشريعة في أنه لا بد 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 — 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 ثمانين سنة ثم عدلت إلى إحدى وعشرين سنة، وهي عند بعض القوانين ثمانين سنة. والفقهاء المسلمون قد اختلفوا في تحديده كما أسلفنا، لكنهم يتفقون في أن من بلغ سنه ثمانين سنة وهو عاقل رشيد فإنه تصح منه جميع التصرفات ومن بينها عقد الكفالة.

(٨٥) عقد الكفالة د/منصور مصطفى منصور ص ٢٦.

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

المبحث الأول

شروط الكفالة في الفقه الإسلامي
ويندرج تحت ستة 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 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 - الحنفية:

يقسم الحنفية شروط الضامن: «الكفيل» إلى قسمين هما:

١ - شروط الانعقاد: وهي التي لا يصح العقد بدونها وهي:

(أ) البلوغ: وقد سبق الكلام في صفات البلوغ^(٨٦).

(ب) العقل: لا بد 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، وأنها 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 ٣٤١١/٧.

٢ — شروط النفاذ: وذلك هو الحرية فلا تجوز كفالة العبد محجوراً
كان أو مأذوناً له في التجارة، لأنها تبرع ولا يملك ذلك العبد إلا
بإذن سيده.

ولكن الكفالة منعقدة، ويؤخذ الكفيل بذلك، ويطلب 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
ويطلب به بعد العتاق. لكن لو كفل المكاتب أو المأذون عن المولي جاز
لأنهما يملكان التبرع عليه. جاء في بدائع الصنائع^(٨٨). «ومنها الحرية، وهي
شروط نفاذ هذا التصرف».

وجاء في البحر الرائق^(٨٩): «والحرية شرط نفاذها فلم ينفذ كفالة العبد ولو
مأذوناً له في التجارة ويؤخذ بها بعد العتق بخلاف الصبي لا يؤخذ بها بعد
البلوغ لعدم انعقادها، ولم تجز كفالة المكاتب عن أجنبي ولو أذن مولاه، ويطلب
بها بعد عتقه، وتصح كفالة المكاتب والمأذون عن مولاها».

٢ — المالكية :

يشترط المالكية في الضامن شروطاً هي:

١ — أن يكون من أهل التبرع، وهو المكلف الحر الرشيد الذي لا
حجر عليه، فلا يصح من سفیه 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 فلا بد من إجازة زوجها^(٩٠).

وجاء في بلغة السالك^(٩١): «ولزم الضمان أهل التبرع، وهو الحر الرشيد، فلا يلزم سفيهاً ولا صبيهاً ولا مجنوناً ولا مكرهاً، ودخل ضمان المريض والزوجة في الثلث وذوي رق يلزمه الضمان إن أذن له سيده فيه ولو كان مكاتباً أو مأذوناً فلا بد 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 — الشافعية :

يشترط الشافعية للضامن لكي يصح منه الضمان شروطاً هي:

١ — أهلية التبرع، وهو المكلف الرشيد^(٩٢): والرشد هو صلاح الدين والمال.

٢ — الاختيار: وهو أن يكون الضامن غير مكره، ويصح ضمان السكران ولا يصح ضمان محجور عليه لصباً أو جنوناً أو سفه.

ويصح ضمان المحجور عليه لفسس ويكون في ذمته، ويصح ضمان الرقيق ولو

(٩٠) الخرشني 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 فأشبهه النكاح».

٣ — 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 — الحنابلة :

يشترط الحنابلة للضمان شروطاً هي :

١ — 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 السفهية 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 — والبرسام: ذات الجنب وهو التهاب في الغشاء المحيط بالرئة».

(٩٤) شرح البهجة لتركيا الأنصاري ٣/١٥٠

(٩٥) نهاية المحتاج للرملي ٤/٤٣٧.

لأنه التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح منه كالتبرع والندبر.
ويصح من المحجور عليه لفلس، ويتبع بعد فك الحجر عنه لأنه
من أهل التصرف، والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبهه 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 — أن يكون الضمان برضا الضامن فلا يصح ضمان المكره.

جاء في مطالب أولى النهى^(٩٧): «وشرط لصحة ضمان رضا ضامن
لأن الضمان تبرع بالتزام الحق فاعتبر له الرضى كالتبرع
بالأعيان».

٥ — الظاهرية :

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 — الحنفية :

المضمون عنه هو الأصيل في ضمان الدين، لأن الدين قد وجب عليه هو والكفيل تابع له. وشروط المضمون عنه :

١ — 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 — أن يكون المضمون عنه معلوماً بأن كفلاً 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: ماذا 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: ماذا

(٩٩) البدائع للكاساني ٧ / ٣٤١٢.

(١٠٠) شرح فتح القدير ٦ / ٣٠٠ لابن الهمام الحنفي.

لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحداً فهو علي، لا تصح لجهالة المضمون عنه في الإضافة».

٣ — 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 — لا يشترط للمكفول عنه كونه بالغاً عاقلاً حرّاً، وتصح الكفالة عن الصبي والعبد، جاء في البحر الرائق وأطلق صحتها فشمّل كل من عليه المال حرّاً كان أو عبداً مأذوناً أو محجوراً صبيّاً أو بالغاً رجلاً أو امرأة مسلماً كان أو ذميّاً وكل من له المال، لكن قال في البرازية: «الكفالة للصبي التاجر صحيحة لأنه تبرع عليه، والصبي العاقل غير التاجر روايتان» وذلك أن دين الصبي والمجنون في ذمتهم، والولي مطالب به في الحال وهما مطالبان به في الجملة بعد البلوغ والإفاقة وكذلك العبد فإن الدين واجب عليه ويطلب به في الجملة فأشبه الكفالة بالدين المؤجل.

(١٠١) البدائع للكاساني ٧ / ٣٤١٣.

(١٠٢) الكفالة والحوالة د /عبدالكريم زيدان ص ١٦٠.

(١٠٣) البدائع للكاساني ٧ / ٣٤١٣ والبحر الرائق لابن نجيم ٦ / ٢٣٥.

ثانياً - المالكية :

يشترط المالكية للمضمون عنه شروطاً لكي يصح الضمان وهي:

١ - 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 - يشترط أن يكون أداء الدين عن المضمون عنه بغير رضاه أو إذنه أن يكون القصد منه الفرق بالمضمون عنه، ولا يجوز أن يقصد بذلك الإعانت به كقصد الإساءة إليه بسجنه لعداوة بينهما، فإن قصد الإساءة فإنه يرد الثمن من المضمون له إليه.

كما يمنع عندهم شراء دين من ربه عتاً 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 — 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 — الشافعية :

يشترط الشافعية للمضمون عنه لكي يصح الضمان شروطاً هي :

١ — 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 وعلياً 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.

معرفة 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 علياً 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 — لا يشترط عند الشافعية حضور المكفول بل تجوز الكفالة ولو كان المكفول محبوساً أو غائباً ولو فوق مسافة القصر وإن جهل مكانه^(١١٢).

رابعاً — الحنابلة :

اختلفت آراء الحنابلة فيما يشترط في المضمون عنه وما لا يشترط، وإليك

(١١٠) تكملة المجموع للطبعي ١٤ / ١٣.

(١١١) نهاية المحتاج للرملي ٤ / ٤٥٢.

(١١٢) نهاية المحتاج للرملي ٤ / ٤٤٨.

بيان ذلك:

١ — 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 فأجازته النبي ﷺ. ولأنها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة، ولأنه ضمان دين فأشبهه 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 حقاً 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 — 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 أولى 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 — أنه لا يشترط كون المكفول في كفالة النفس حاضراً، بل تصح بيدن 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 النهي لمصطفى السيوطي ٣/ ٢٠٠.

(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 — الحنفية — يشترط الحنفية للمضمون له شروطاً هي:

١ — 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 — أن يكون قبول المكفول له في مجلس العقد، وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد لأن فيه معنى التملك، والتمليك لا يقوم إلا بالإيجاب والقبول فكان الإيجاب وحده شرطاً لعقد فلا يتوقف على غائب عز 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 لا بد من عقله لا حرية» 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 ملتقى الأبحر ٢ / ١٣٧ لمؤلفه عبد الرحمن شيخ زاده بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي.

٣ — 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 — الملكية — لم أر شرطاً للمضمون له عند الملكية لكي يصح الضمان، بل إنهم ذكروا عدم اشتراط المعلوماتية، وذلك على النحو التالي:

١ — لا يشترط الملكية 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 — الشافعية:

يشترط الشافعية للمضمون له شروطاً هي:

١ — 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 — 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 — الحنابلة — أورد الحنابلة شروطاً للمضمون له هي :

١ — 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 عن 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 — أنه لا يشترط لصحة الضمان رضا المضمون له، لأن أبا قتادة رضي الله عنه ضمن من غير رضا المضمون له وأجازاه 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 النهي^(١٢٨): «ولا يعتبر

(١٢٤) نهاية المحتاج للرملي ٤ / ٤٣٧.

(١٣٥) المغني لابن قدامة ٤ / ٥٩١.

(١٢٦) مطالب أولي النهي لمصطفى السيوطي ٣ / 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 — الحنفية — يشترط الحنفية للمضمون به لكي يصح الضمان فيه
شروطاً:

١ — 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
دينياً 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 — 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 بتعجيل 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 ٦ / ٢٩٨.

ولا تجوز الكفالة ببذل السعاية. جاء في مجمع الأنهر^(١٣٢): «ولا تجوز الكفالة بدين غير صحيح كبذل 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 المستقبلية مع أنها لم تصر ديناً أصلاً، وأما الماضية فلا تصح الكفالة بها قبل الحكم إلا إذا كانت مقررة^(١٣٣) بالتراضي».

٣ — 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 ويحد 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 إيجابها على من تكفل، لعدم جريان النيابة في العقوبة بخلاف الكفالة بنفس من عليه الحد والقصاص».

٤ — ويشترط أن يكون الدين المكفول به لازماً، فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببذل الكتابة، لأنه ليس بدين، لازم ويملك المكاتب إسقاط

(١٣٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/ ١٣٦ وبدل السعاية: هو المال المطلوب أدائه على العبد المعتق بعضه عن نفسه ليعتق باقيه، يقال: استسعى العبد كلفه من العمل ما يؤدى به عن نفسه إذا عتق بعضه ليعتق به ما بقى / القاموس المحيط للفيروز آبادي ٤/ ٣٤٢.

(١٣٣) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٥/ ٣٢٢.

(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 — 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: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ 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 — المالكية — يشترط المالكية للمضون به شروطاً لكي يصح الضمان وهي:

١ — 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 أتت بعينها لاستحالتها، فإن ضمن الضامن ما يترتب على ذلك الأخذ بسبب تعد أو تفريط من القيمة صح الضمان ولزم.

جاء في الخرشبي 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) الخرشبي 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 — أن يكون الدين المضمون حقاً ثابتاً مستقراً 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 إلا 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 يجعل السيد عتقه أو يشترط عتقه إذا عجز فيصح ضمانها^(١٤٠).

جاء في مواهب الجليل^(١٤١) «من شروط المضمون أن يكون حقاً ثابتاً مستقراً 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 — 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 للخطاب 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 — 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 — الشافعية — يشترط الشافعية في المضمون به شروطاً هي :

١ — 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 و عوض 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 سيبععه إذ الحاجة قد تمس له والمذهب عندهم صحة ضمان الدرك وإن لم يكن ثابتاً لمسيس الحاجة إليه^(١٤٥).

٢ — 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 لا يكون إلا ثابتاً فيجاء عن ذلك بأنه قد يكون الشيء لازماً غير ثابت، كثمن المبيع يقال له لازم باعتبار أن وضعه كذلك ولو قبل قبض المبيع مع أنه ليس بثابت، فأحدهما لا يغني عن الآخر، هذا عند الشافعية.

والمراد باللائم ما لا 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 — أن يكون المضمون معلوماً للضامن فقط جنساً وقدرًا 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 فأشبهه 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. ولا بد من إذن وليهما فيطالب بإحضارهما

(١٤٧) نهاية المحتاج للملبي 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 بيدن 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 — الحنابلة — ذكر الحنابلة للمضمون به شروطاً، وإليك بيان ما يرى الحنابلة اشتراطه في المضمون به وما لا يشترط فيه:

١ — 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: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ 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 — لا يشترط كون الحق واجباً إذا كان مآله إلى الوجوب. فيصح ضمان ما لم يجب إذا آل إلى الوجوب لقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(١٥٤). وجه الدلالة: حيث دلت الآية على ضمان حمل البعير مع أنه لم يكن وجب فدلّت الآية على صحة ضمان ما لم يجب. ومثال ذلك: إذا قال: ضمنت لك ما تداين به زيداً.

(١٥٠) نهاية المحتاج للرملي ٤/ ٤٤٦ — 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 — ولا يشترط أن يكون المضمون لازماً وإنما يكفي أن يكون آيلاً إلى اللزوم، وعلى هذا يصح ضمان الجعل في الجعالة والمساابقة والمناضلة ولو قبل العمل لأنه يؤول إلى اللزوم، ويصح ضمان نفقة الزوجة مستقبلة كانت أو ماضية.

وتصح الكفالة بيدن 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 محبوباً 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 أدأؤه ليس بمالي ولا يمكن استيفأؤه من الكفيل.

ولا تصح الكفالة بيدل الكتابة لأنه غير لازم ولا يؤول إلى اللزوم، فالمكاتب يملك تعجيز نفسه^(١٥٥).

٤ — أن يكون المضمون به يمكن استيفأؤه من الضامن، فلا تصح الكفالة بيدن من عليه حد أو قصاص لإقامة الحد؛ لأنه لا يجوز استيفأؤه من الكفيل كحد زنا وسرقة وقذف وشرب.

جاء في مطالب أولي النهي^(١٥٦) «ولا تصح بيدن من عليه حد لله كحد الزنا أو لآدمي كحد قذف لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً (لا

(١٥٥) كشف القناع للبهوتي ٣/ ٣٧٥.

(١٥٦) مطالب أولي النهي لمصطفى السيوطي ٣/ ٣١٦.

كفالة في حدِّ (١٥٧) ولأنَّ مبناه على الإسقاط والدرء بالشبهة فلا يدخله الاستيثاق ولا يمكن استيفاؤه من غير الجاني فلا تصح كفالاته.

٥ — أن يكون المكفول به معيناً، فلا تصح بغير معين ككفالت أحد هذين المدنيين، لأنَّ 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 بيدن من عليه حق ٦ / ٧٧.

(١٥٨) مطالب أولي النهي لمصطفى السيوطي ٣ / ٣١٦.

المطلب الخامس

شروط الصيغة :

تكلمنا فيما مضى على شروط المضمون، وتكلم في هذا المطلب عن شروط الصيغة في المذاهب الفقهية.

١ - الحنفية :

يرى أبو حنيفة ومحمد وهو قول لأبي يوسف أنه لا بد لصحة الكفالة من قبول المكفول له في مجلس العقد. جاء في البحر الرائق^(١٥٩): «وجوده في مجلس العقد، لأن فيه معنى التملك، وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعاً والموجود شرطه وهو الإيجاب، ولا بد من وجود الشرط 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 المسوط لم يشترط الإجازة، وهو الأظهر عنه، لأنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم».

٢ - 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 مفهومة 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 ٢ / ١٣٧.

(١٦١) بلغة السالك للساوي ٢ / ١٥٥.

يدل عليه أي على الالتزام من صيغة لفظية كأنا ضامن أو ضمانه علي أو غيرها
كإشارة مفهومة أو كتابة».

٣ - الشافعية :

يشترط الشافعية للصيغة أن تكون لفظاً يشعر بالالتزام، ويقوم مقامه الكتابة مع
النية وإشارة أحرص، جاء في إعانة الطالبين^(١٦٢): «إن شرط الصيغة لفظ يشعر
بالالتزام، ويقوم مقامه الكتابة مع النية وإشارة أحرص».

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 - الحنابلة :

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 ضميين وكفيل

(١٦٢) إعانة الطالبين لأبي بكر البكري ٣/ ٧٩.

(١٦٣) نهاية المحتاج للرملي ٤/ ٤٣٧.

(١٦٤) مطالب أولي النهي لمصطفى السيوطي ٣/ ٢٩٢.

(١٦٥) المغني لابن قدامة ٤/ ٥٩١.

(١٦٦) مطالب أولي النهي لمصطفى السيوطي ٣/ ٢٩٤.

ويصح الضمان بإشارة مفهومة من أحرص 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 — شروط الضامن — 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 — 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 — 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 لا بد أن تكون صادرة من ذي أهلية عن رضا لا إكراه فيه.

٣ — 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 — 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».

الراجع :

أرى أن الراجع هو القول بعدم اشتراط معرفة الضامن لعين المضمون له، لأن علياً 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 بوجود 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 السيوطي ٣ / ٣٠٠.

٥ — مما يدخل ضمن شروط الضامن ضمان المريض وضمن المرأة وضمن المحجور عليه لفسل، وسنفرد كلاً منهما في فرع مستقل.

الفرع الأول — ضمان المريض :

ومما يطلب بحثه ضمن شروط الضامن ضمان المريض :

للمرض ثلاث حالات :

١ — أن يكون المرض غير خطير لا يخاف منه الموت كصداع ونحوه، فإن المريض يصح ضمانه كالإنسان الصحيح. وهذا باتفاق الفقهاء.

٢ — أن يكون المرض مخوفاً لكن لم يتصل به الموت، فإن الضمان في تلك الحالة صحيح عند الحنابلة ولم يصرح الفقهاء غيرهم بهذا النوع، ولعلمهم يقولون بقول الحنابلة فيه، لأن الموت لم يتصل به.

جاء في كشف 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 — 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 لا بد 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) كشف 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 إلا بإجازة الورثة لأنه قد تعلق حقهم فيه.

(ب) وخالف في ذلك الشافعية، فذهبوا إلى صحة الضمان فيما زاد على الثلث دون إجازة الورثة إلا في حالتين :

١ — الضمان عن شخص معسر ويستمر إعساره إلى وقت وفاته.

٢ — أن يضمن المريض عن المضمون عنه بغير أمره. وذلك لأن الورثة لا يتمكنون من الرجوع على المضمون عنه. وفي تلك الحالتين يتقيد الضمان بثالث المال، لأنه تبرع كالوصية فيتقيد بالثالث.

جاء في حاشية ابن عابدين^(١٧٢): «فإن كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد الدين صحت كلها وإلا فيقدر 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 أجزى 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 — 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 ابرى ولو أقر بدين مستغرق قدم وضمنه من رأس المال إلا عن معسر أو حيث لا رجوع فمن الثلث».

وجاء في كشف 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 وما زاد 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) كشف القناع للبهوتي ٣ / ٣٦٦.

الفرع الثاني – ضمان المرأة :

ومما يطلب بحثه ضمن شروط الضامن. صحة ضمان المرأة.

أقوال الفقهاء في ذلك:

١ – 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 كشف 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 – يذهب المالكية إلى التفصيل في ضمان المرأة :

(أ) يتفقون مع الجمهور في حالتين :

١ – 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) كشف 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 — أن تكون المرأة ذات زوج فيصح ضمانها في الثلث من مالها.

جاء في الشرح الصغير^(١٨١): «وزوجة ومريض بثلاث مالهما فيلزمهما فإن زاد على الثلث لم يلزمهما بل يتوقف على إجازة الوارث أو الزوج».

(ب) ويختلفون مع الجمهور فيما عدا ذلك :

١ — فإذا كانت المرأة بكرًا فلا يصح ضمانها إطلاقاً أجاز والدها أم لم يجز، لأن الكفالة تبرع والبكر ليست من أهل التبرع جاء في المدونة^(١٨٢): «قلت، رأيت الجارية البكر في بيت أبيها أتجوز كفالتها؟ قال: لا تجوز كفالتها ولا بيعها ولا صدقتها ولا عتقها، قلت: رأيت إن أجاز الوالد كفالة الجارية البكر أتجوز في قول مالك ؟ قال: لا يجوز معروف الجارية البكر وإن أجاز الوالد لم ينبغ للسلطان أن يجيزه وكذلك كفالتها، وهذا قول مالك».

٢ — 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 لا زوج لها بكرًا أو ثيبًا ومن لا امرأة له / القاموس المحيط ٤ / ٧٧.

(١٨١) الشرح الصغير للدردير ٣ / ٤٣٣.

(١٨٢) المدونة للإمام مالك رواية سحنون ١٣ / ٢٨٣.

الضمان بالثالث 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 مالكا يرى عدم صحة ضمان المرأة إلا بإذن زوجها مطلقاً، جاء فيه^(١٨٣): «وقال مالك: لا يصح إلا أن يكون بإذن زوجها» وسياقه الكلام على إطلاقه غير صحيح، ذلك أن المالكية قد ذكروا في كتبهم صحة ضمان الزوجة، واشترط إذن الزوج إنما هو فيما جاوز الثالث، فلعله يقصد بذلك المرأة البكر التي لم تتزوج بعد وأطلق اللفظ على عمومها، وإنما المتوقف على إذن الزوج هو ضمان الوجه والطلب. جاء في الخرشني^(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 - السنة :

١ - 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) الخرشني علي مختصر خليل ٦ / ٣٤.

(١٨٥) سنن أبي داود ٣ / ٣١٧ وانظر المدونة للإمام مالك رواية سحنون ١٣ / ٢٨٦.

(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 — 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 — 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 المستدرک 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 — باب الأكفاء في الدين، صحيح البخاري ٨/٧ — ونيل الأوطار للشوكاني ١١٩/٦.

وجه الدلالة :

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.

ثانياً — المعقول :

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 ضارت 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 — قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ أَنْفُسَهُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١٩١).

وجه الدلالة :

أن الآية قد بينت أن الحجر على الصغير ينتهي ببلوغه الرشد، ولم تفرق في ذلك بين الذكر والأنثى، فيكون شاملاً للرجل والمرأة معاً.

٢ — 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 يارسل الله؟ قال: لأنكن تكثرن الشكاة وتكفرن العشير. قال: فجعلن يتصدقن من حليهن يلقين في ثوب بلال من أقراطهن وخواتيمهن» متفق عليه^(١٩٣).

وجه الدلالة :

أن النبي ﷺ حث النساء على الصدقة من أموالهن، ولم يجعل ذلك معلقاً على إذن أزواجهن، بل قبله دون إذنه. وهذا يدل على جواز تصرفها في مالها مطلقاً.

المناقشة والترجيح :

- ١ — أن حديث عمرو بن شعيب مرسل لأن شعيباً لم يدرك عبد الله بن عمرو، ونقل عن الشافعي رحمه الله أن الحديث ليس بثابت^(١٩٤). وعلى فرض صحته فإن المراد بالنهاي التنزيه، لأن حسن العشرة بين الزوجين تقتضي التشاور فيما فيه مصلحة الطرفين.
- ٢ — أن حديث عبد الله 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 — 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 غيرة وسواد، والسفعة والسفع السواد والشحوب. لسان العرب لابن منظور ٣/ ٢٠٢٧ دار المعارف بمصر.

(١٩٣) رواه البخاري في صحيحه ٢/ ٢١١ ومسلم 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 أجاز للزوجة التصديق بالمعروف من مال زوجها
فلأن يجوز لها ذلك من مالها بغير إذن الزوج أولى وأحرى.^(١٩٦)

وكون ذلك فيه حفظ لمال الزوجة فإننا نقول: إن كون الزوجة البالغة 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 زاد عليه.

الفرع الثالث :

ضمان المحجور عليه لفلس: وهذا مما يطلب بحثه ضمن شروط الضامن...
وقد اختلف الفقهاء في ذلك:

١ — فذهب الشافعية والحنابلة إلى صحة ضمان المحجور عليه لفلس.

جاء في نهاية المحتاج^(١٩٧): «وضمان محجور عليه بفلس

كشرائه بضمن في ذمته فيصح كضمان المريض».

وجاء في المغني^(١٩٨): «فأما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه

ويتبع به بعد فك الحجر عنه».

٢ — 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 — ٥٩.

(١٩٧) نهاية المحتاج للرملي ٤ / ٤٣٤.

(١٩٨) المغني لابن قدامة ٤ / ٥٩٩.

(١٩٩) المدونة للإمام مالك رواية سحنون ١٣ / ٢٨٦.

الراجح :

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 — أن المحجور عليه لفلس من أهل التصرف، والحجر عليه إنما هو في ماله لا في ذمته.

٢ — 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 — شروط المضمون عنه :

بعد أن قمنا بدراسة شروط الكفيل عند الفقهاء نتعرض الآن لدراسة شروط المضمون عنه ومقارنتها:

١ — 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 وفاء أم لم يترك وفاءً.

(٢٠٠) المغني لابن قدامة ٤ / ٥٩٩.

(٢٠١) البدائع للكاساني ٧ / ٣٤٢.

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».

الأدلة:

١ — 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 لركيا الأنصاري ٣ / ١٥١.

(٢٠٥) مطالب أولي النهى للسيوطي ٣ / ٣٢٢.

(٢٠٦) المحلى لابن حزم ٥ / ١١٢.

(٢٠٧) بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٤١٢.

٢ — يستدل الجمهور بما يأتي :

١ — حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: كنا جلوساً عند النبي ﷺ فأتني بجنابة فقالوا: يارسول الله صلّ عليها، قال هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا قال: هل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنائير. قال صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: صل عليه يارسول الله وعليّ دينه، فصلّى عليه» (٢٠٨).

وجه الدلالة :

- ١ — أن النبي ﷺ قبل كفالته عن الميت ولم يكن ترك وفاءً.
- ٢ — 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 — أنه لو تبرع أحد بالأداء عن الميت صح، فدل على أن الدين لم يسقط لأنه لو سقط لما جاز أخذه من المتبرع.
- ٤ — إذا كان قد كفّل 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 — 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، وبديل 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 — 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 — 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 باق، 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 مخالفهم.
- (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 — 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 — وهو الصحيح من مذهبهم — وبعض الحنابلة أنه يشترط كون المضمون عنه معلوماً، وهذا هو رأي الحنفية في حال تنجيز الكفالة.

الراجع :

أرى أن الراجع هو القول بعدم اشتراط العلم بالمضمون عنه، وذلك لما يأتي :

١ — 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 — أن الضمان تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع عنه كالنذر.

٣ — لا يشترط أن يكون المضمون عنه بالغاً عاقلاً حراً، 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 — 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 — 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 المالكية 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 — 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 كأصيل، ولأن الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبته من شاء منهما.

ثالثاً — شروط المضمون له :

إليك بيان تلك الشروط مقارنة بين المذاهب الفقهية:

١ — 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.

الراجع :

أرى أن الراجع 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 — 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 — وهو الأصح من مذاهبهم — أنه لا يشترط القبول مطلقاً، لأن الكفالة تصرف فيتم انعقاده بالإيجاب ولا يتوقف على قبول المكفول له.

الراجع :

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 وأقرأها دون أن يقبل ذلك المكفول له، وذلك دليل على عدم توقفها على قبول المكفول له^(٢١١).

٣ — يشترط الحنفية كون المكفول له عاقلاً، فلا يصح قبول المجنون والصبى 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 لا يشترطون القبول، وإنما يتم الضمان بإيجاب الضامن وحده لأنها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها ولا قبوله كالنذر.

٤ — 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 — وهو الصحيح عندهم — 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 - شروط المضمون به:

وهو محل الكفالة، وإليك بيان الشروط التي أوردتها الفقهاء، مقارنة :

١ - 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 المستقبلية 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 قوليهِ إلى صحة ضمان نفقة الزوجة إذا كانت ماضية أو حاضرة لوجوبها في الذمة، ولا يجوز في المستقبلية. وفي القول الآخر يصح الضمان مطلقاً إذا كانت ماضية أو حاضرة أو مستقبلية، وهو قول الحنابلة. وتكون العين مضمونة على الأصيل إذا كانت مضمونة بنفسها كالأعيان المغصوبة، ولا يصح ضمان الأعيان المضمونة بغيرها كالبيع 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 - 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.

ويُفرق الشافعية بين كون المكفول به حقاً لله تعالى أو حقاً لآدمي، وبين كونها عقوبة لله تعالى كالحُدود والتعازير كحد خمر وزنا وسرقة، لأننا مأمورون بسترها، والسعي في إسقاطها ما أمكن، فيصح فيما كان حقاً لله تعالى مالياً كزكاة أو حقاً لآدمي مطلقاً مالاً كان أو عقوبة كقصاص وحد قذف، ولا يصح فيما كان عقوبة لله تعالى كحد خمر وزنا.

٣ — 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 وقدرًا وصفة وعيناً، وهو مذهب الشافعي في الجديد.

الراجع :

أنه لا يشترط كون المضمون به معلوماً لما يأتي :

- (أ) قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حَمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَّى لَهُ رَعِيمٌ﴾^(٢١٢).
وحمل البعير غير معلوم، فدل على عدم اشتراط كون المضمون معلوماً.
- (ب) حديث «الزعيم غارم»^(٢١٣). وهذا عام يشمل المعلوم والمجهول.
- (ج) أن الكفالة مبناها على التوسع لأنها تبرع، فتحتمل الجهالة إذا كانت متعارفة.

٤ — يشترط الشافعية أن يكون الدين المضمون به حقاً ثابتاً حال الضمان كضمان الثمن والأجرة وعود 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.

الراجع :

أنه يصح ضمان الدين المضمون به إذا كان ثابتاً أو مآله إلى ذلك، لما يأتي:

(أ) قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (٢١٤).

لأن حمل البعير وإن لم يكن ثابتاً فإن مآله إلى الثبوت.

خامساً — شروط الصيغة :

نبحث الآن شروط الصيغة فنقول :

١ — 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 آية/٧٢.

(٢١٥) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٣١٤.

المجلس، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله - وقال أبو يوسف - رحمه الله - آخرًا: يجوز إذا بلغه فأجاز، ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة».

ومعنى هذا أن اشتراط القبول في المجلس إنما هو عند من يقول إن القبول لا بد 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 لا بد فيها من القبول هو الاتصال الفوري بحيث لا يفصل بينهما زمان ولو كان يسيرًا 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.

(ج) أن يطابق القبول الإيجاب: لا بد 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 لا بد 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 — رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول الطرف الآخر.
- ٢ — خروج الموجب عن أهليته قبل القبول بموت أو جنون.
- ٣ — رفض الإيجاب ممن وجه إليه صراحة أو ضمناً بإعراضه عنه.
- ٤ — هلاك المعين من مبيع ونحوه، وذلك بعد صدور الإيجاب وقبل القبول.
- ٥ — انتهاء مجلس العقد باتفاق المتعاقدين على انتهاء العقد أو بافتراق الطرفين أو إعراض أحدهما^(٢١٧).

تقدم القبول على الإيجاب :

يرى من يقول بأن القبول لا بد 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 يتعقد 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 العين 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 وتتعقد بالإيجاب وحده لأنها تبرع والتزام فلا يتوقف على القبول.

الراجع :

أرى أن الراجع هو القول بعدم اشتراط كون القبول في مجلس العقد، وبعدم اشتراط القبول مطلقاً، وذلك لما يأتي :

- ١ — 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 — أن الكفالة التزام من الكفيل بأداء الدين فهو يتصرف في خالص حقه وفيما له الولاية عليه.
- ٣ — 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 — يشترط في الكفيل، أن يكون أهلاً للتبرع، بأن يكون كامل الأهلية لإبرام 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 — 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 الشراوي.

(٢٢١) الوسيط للسنهوري ١٠ / ٨٠.

(٢٢٢) نفس المرجع السابق ١٠ / ٧٣.

٣ — 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 — 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 مصرياً بل يصح أن يكون أجنبياً 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 ملئء 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 للسهنوري ١٠/ ٣١ ودروس في التأمينات الشخصية والعينية جميل الشرفاي ص ٢٨.

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 — ألا يكون التزام الكفيل أشد عبثاً 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 — 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 وتجاوز 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 — 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» ويتطابق 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 ص ٢٥ ودرروس في التأمينات الشخصية والعينية جميل الشراوي 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 أصلياً لا بصفته كفيلاً لأن التزامه عن ناقص الأهلية تعهد منه للدائن بالألا 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 — يجب أن تتوافر الأهلية الكاملة للدائن إذا كانت الكفالة بمقابل، وإذا لم تكن بمقابل فيكفي أن يكون الدائن مميزاً لأن الكفالة عقدت لمصلحته.
 - ٢ — أن تكون الكفالة برضا المكفول له، ويكفي أن يكون الرضا ضمناً لأن الكفالة عادة تكون لمصلحته، ولا يجوز أن تكون إرادته مشوبة بعيب من عيوب الرضا، فإن كانت إرادته مشوبة بعيب من عيوب الرضا، لم تصح الكفالة.
 - ٣ — ألا يكون للدائن هدف غير مشروع من الكفالة، ويتحقق ذلك فيما إذا كان القصد منها تشجيع تعامل مخالف للقانون^(٢٢٦).

(٢٢٦) الوسيط للسنة ١٠ / ٧٣ وعقد الكفالة د / منصور مصطفى منصور ص ٣٣ — ٣٥.

المطلب الرابع

شروط المضمون به «محل الكفالة»

يشترط لصحة الكفالة أن يتوفر في المضمون به شروط هي :

١ — أن يكون محل الالتزام ممكناً. وشرط الإمكان يقتضي وجود التزام أصلي يضمه الكفيل، وبدون هذا الالتزام لا تكون كفالة، ويكون محل التزام الكفيل مستحيلاً في ذاته، ويعتبر عقد الكفالة باطلاً.

٢ — 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 محددًا 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 — 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 ص ٢٩.

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 — 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 — 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 للسنيهوري ١٠/٤١.

(٢٢٩) دروس في التأمينات الشخصية والعينية جميل الشراوي ص ٥١.

المطلب الخامس شروط الصيغة

١ — 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 — 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 تجارياً (٢٣١).

(٢٣٠) عقد الكفالة د/ منصور مصطفى منصور ص ٢٥.

(٢٣١) الوسيط للسهنوري 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 — يشترط القانون أن يكون الضامن أهلاً للتبرع، وبهذا يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أنه لا بد 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: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَحْكَرَةً عَنْ تَرَضٍ﴾ (٢٣٢). وليس هذا من قبيل التجارة لأن الكفيل لا يعطى بكفالاته شيئاً يعترض 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 والوصي، 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 أجازته الولي أو الوصي جاز وإلا فلا.

(٢٣٢) سورة النساء آية / ٢٩.

٢ — يتفق القانون مع الفقه الإسلامي بأنه يشترط في الكفالة أن تكون منعقدة عن رضا الكفيل لأنه هو الذي يلتزم في العقد.

٣ — يشترط القانون كون الكفيل موسراً ليستطيع الوفاء بما التزم به، أما جمهور الفقهاء فلا يرون اشتراط يسر الكفيل لأن الدين متعلق بالذمة.
والراجع :

أرى أن الراجح هو القول بعد اشتراط ملاءة الكفيل ويسره لأنه قد يكون مليوناً إلا أنه مماطل فيكون الاشتراط غير مجدٍ.

ثم إن اشتراط رضا الدائن — وهو المضمون له — بالضامن يغني عن ذلك لأنه قد وثق فيه ورضي به، وكذلك فإن الضمان يتعلق بذمة الضامن وذمته صالحة لهذا التعلق سواء كان مليوناً أو غير ملىء.

٤ — 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 — 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 — 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 — 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 — يشترط القانون كون المضمون له كامل الأهلية في حالة كونها بمقابل أما إذا لم تكن بمقابل فيكفي أن يكون مميزاً.

واشترط 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. والاكتماء 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 — 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 — 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 المقدسي ٤/ ٤٠ والمحلّي لابن حزم ٩/ ١٥٤٢ ومواهب الجليل للحطاب ٤/ ٢٦٧.

المطلب الرابع

مقارنة شروط المضمون به

- ١ — يشترط القانون أن يكون محل الالتزام ممكناً وهذا الشرط لا خلاف فيه، لأن غير الممكن مستحيل ولا يمكن الكفالة فيه.
- ٢ — 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 — يشترط القانون كون الالتزام صحيحاً، وهذا هو مذهب الفقهاء المسلمين لأن الكفيل تبع للأصيل فيأخذ حكمه، فإن لم يكن صحيحاً فلا تجوز كفالته.
- ٤ — 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.

المطلب الخامس مقارنة شروط الصيغة

١ — يتفق القانون مع الفقه الإسلامي على أنه لا بد أن تكون الصيغة واضحة دالة على المعنى المقصود، وألا تكون مبهمة ولا مشوبة بعيب من عيوب الرضا.

٢ — 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 نذبت إلى كتابة الديون لما فيها من التوثق والاحتياط، وهذا هو قول جمهور الفقهاء استدلالاً بآية المدائنة. 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 والحيطه 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 / ٣٨٢ — ٣٨٣ دار الكتاب العربي بمصر الطبعة الثالثة ١٣٨٧هـ.

وآية المدائنة هي قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ كَفَرُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ يُدْئِنُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُوبُوهُ﴾ 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.

= دینه ولیتق الله به فلا یخون الأمانة. روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم / محمود الألوسی
۷۹/ ۳.

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



نظرة في أرضنا الشخصية (الكفالة)

تأليف
د. محمد بن إبراهيم الموسوي

الجزء الثاني



طبع بمناسبة افتتاح المدينة الجامعية

١٤١١ هـ - ١٩٩١ م



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
سلسلة نشر الرسائل الجامعية = 1 =

نظرة في أضواء التنصيبي (الكفالة)

تأليف
د. محمد بن إبراهيم الموسوي

الجزء الثاني

طبع بمناسبة افتتاح المدينة الجامعية
على نفقة شركة لآكي للتنمية المحدودة

أشرفت على طباعته ونشره إدارة الثقافة والنشر بالجامعة

١٤١١ هـ - ١٩٩١ م



الباب الخامس

آثار الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون

ويشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : آثار الكفالة في الفقه الإسلامي.

الفصل الثاني : آثار الكفالة في القانون.

الفصل الثالث : المقارنة بين آثار الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون.

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.

المبحث الأول

العلاقة فيما بين الكفيل والدائن

ويندرج تحته مطلبان هما :
المطلب الأول : مايتعلق بالدائن.
المطلب الثاني : مايتعلق بالكفيل.

المطلب الأول ما يتعلق بالدائن

يجد الباحث في كتب الفقه الإسلامي أن الفقهاء قد اختلفوا في علاقة الدائن بالكفيل من حيث مطالبته بالدين على النحو التالي:

١ - الحنفية :

أ - 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 لا يبرأ 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 - كفالة النفس:

للدائن أن يطالب الكفيل بإحضار المكفول بنفسه إن لم يكن غائباً، وإن كان غائباً 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 لا يطالب لأنه عاجز إن ثبت ذلك بتصديق الطالب أو بيئته أقامها الكفيل».

٢ - المالكية:

يرى المالكية أن الدائن لا يطالب الكفيل بحضور المدين وملائه وهذا في كفاالة 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 الكفاالة 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 نشاء كان له طلب الضامن إذا حل الأجل، ولو حضر الغريم ملياً وما ذكره الشارع هو المعتمد، وهو مافي وثائق أبي القاسم الجزيري وغيره خلافاً لابن الحاجب من أن الضامن لا يطالب إذا حضر الغريم ملياً 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 برى بتسليمه، فإن لم يسلم الكفيل المدين لرب الدين نظر فإن كان المضمون حاضراً أو قربت غيبته كاليومين تلوم 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 لا يظن وجوده فيه أو هربه أو علم موضعه ولم يدل رب الحق عليه. فإن أحضره فإن المطالبة تتوجه إلى المضمون وحده دون الضامن.^(٥)

٣ - الشافعية:

أ - كفالة المال:

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 الشرييني الخطيب في الإقناع^(٧): «ولصاحب الحق مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه بأن

(٤) الشرح الصغير للدردير ٣ / ٤٥٠ وبلغت السالك للصاوي ٢ / ١٦٤.

(٥) الخرشني على مختصر خليل ٦ / ٣٦.

(٦) ص ١٦٣.

(٧) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ١ / ٢٨٩. لمحمد الشرييني الخطيب.

يطالبهما جميعاً أو يطالب أيهما شاء بالجميع أو يطالب أحدهما ببعض» ولأن الضمان وثيقة بالدين فلم ينقل الحق كالشهادة.

ب - كفالة النفس:

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 يبدنه يحتاج إلى مؤن السفر ولا شيء معه فإن على الكفيل قضاءه. ويمهل الكفيل مدة الذهاب والإياب فإن مضت المدة ولم يحضره حبس مالم يؤد الدين لأنه مقصر، وذلك إن عرف محله وأمن الطريق ولم يكن ما يمنعه منه عادة.

ولا يطالب 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 - الحنابلة:

يرى الحنابلة أن الدائن بالخيار في مطالبة من شاء من الكفيل أو المدين لأن

(٨) إغاثة الطالبين لأبي بكر السيد البكري 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 ذمتها فملك مطالبته مطالبة من شاء منهما كالضامين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه».

ب - كفالة النفس:

يطالب الكفيل في كفالة النفس بإحضار المكفول به مع حياته فإن كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الأجل فإذا حل الأجل فأحضره وسلمه برىء 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 برىء إلا أن يحضره قبل الأجل، وفي قبضه ضرر وإن مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى أو سلم نفسه برىء الكفيل، وإن تعذر إحضاره مع بقائه لزم الكفيل الدين أو عوض العين». ومتى برىء الكفيل فإن المطالبة تتوجه إلى المدين وحده.

(٩) المغني لابن قدامة ٤ / ٦٠٥.

(١٠) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٤ / ٢٦٥.

٥ - 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 حياً أو ميتاً فضمن له ذلك الحق إنسان لأشياء 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 ولا على 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 يضمه 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».

الدراسة والمقارنة :

بدراسة علاقة الدائن بالكفيل في المذاهب الفقهية المختلفة يتضح الآتي:

أولاً: فيما يتعلق بكفالة المال:

١ - 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 — 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 مماتلاً، ذلك أن الضامن إنما أخذ توثقه فأشبهه الرهن فكما لاسبيل إلى الرهن إلا عند عدم الراهن، كذلك لاسبيل إلى الكفيل إلا عند عدم المضمون.

٣ — 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.

الراجع عندي:

بدراسة أقوال الفقهاء أرى أن الراجع هو القول بأن الدائن بالخيار إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل، لأن الكفالة ضم ذمة وقد ثبت الحق في ذمتها 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 بذمة 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.

ثانياً :

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 — 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 ما لم يفرط أو يقصر فإن فرط أو قصر فإن للحاكم أن يحبس حتى يتبين عجزه عن إحضاره.

٢ — ويرى المالكية والحنابلة أن الكفيل إذا لم يحضر المكفول بنفسه فإنه يلزمه ماعليه من مال. وقد سبق الكلام عن ذلك فليراجع (*)

(*) سبق ص ١٨٨ -

المطلب الثاني

ما يتعلق بالكفيل:

الكفالة عقد لازم فلا يستبد الكفيل بفسخها وإنهاؤها إلا برضا المكفول له ويستثنى من ذلك بعض الحالات وهي حسب المذاهب الفقهية:

١ - الحنفية:

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 لا يقع في الضرر. وإذا نهاه الكفيل عن المبايعة قبل تمامها اعتبر راجعاً في كفالاته: جاء في الفتاوى الهندية^(١٣): «ولو رجع الكفيل عن الضمان قبل المبايعة أو نهاه عنها لم يضمن».

ثانياً: 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 المستقبلية».

ثالثاً: 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 - بيروت.

(١٤) الفتاوى الهندية لجماعة من العلماء ٣/ ٢٨٩.

(١٥) شرح فتح القدير لابن الهمام ٥/ ٤٠٤.

«مبايعة فلاناً فعلي، ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء».

المالكية:

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.

ويفترقون بين ذلك وبين قول شخص لآخر يدعي على رجل احلف أن لك عليه حقاً 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 حقه 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 المرجع ٦ / ٢٩.

ويجب على الضامن تأخير رب الدين عن الغريم المعسر وذلك لوجوب أنظار المعسر ولا يستطيع الضامن أن يطالب بالتخليص من الضامن في حالة الإعسار وللضامن إذا طالبه الدائن بالدين أن يدفع طلبه بما يأتي:

١ — 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 — 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.

الشافعية:

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 ما يؤدى عنه، ويتحملة الضامن وهذا مشروط بكون الضامن بإذن المضمون عنه، أما إذا ضمن بغير إذنه فإنه لا يستحق 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».

الحنابلة:

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 لتركيا الأنصاري ٣ / ١٦٢.

مطالب أولي النهى^(٢٠): «وله أي الضامن إبطاله قبل وجوبه لابعده لأنه إنما يلزم بالوجوب».

الدراسة والمقارنة:

١ — 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 وبخالفهم 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 المبايعه قبل إتمامها.

والراجع:

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 — 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/ ٣١٠.

٣ — 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 — 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 ما ذكر.

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 - الحنفية:

الأصل في العقود أن تكون منجزة ومعنى ذلك أن تترتب آثارها عليها في الحال فإذا قبل الدائن الكفالة - على رأي أبي حنيفة ومحمد- فإن الكفيل يصير مطالباً بأداء هذا الدين في الحال، وفي رأي أبي يوسف تنعقد الكفالة نافذة ولكنها ترد 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 ولا يطالبه 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.

(ج) 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 علقنا بشرط كقول الكفيل أنا كفيل لك بالثمن إذا استحق البيع وفي هذه الحال لا يطالب الدائن الكفيل إلا إذا تحقق الشرط. وفي الكفالة المقترنة بالشروط الصحيحة يطالب الدائن الكفيل متى ماتحقت الشروط المطلوبة^(٢١).

٢ - المالكية:

يرى المالكية أن الدائن لا يطالب 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 لا يخلو 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 دايته به فإن الكفيل يطالب عند تحقق ما أشار إليه وهو المداينة جاء في الخرشني^(٢٢): إذا قال شخص لآخر داين فلانا وأنا ضامن فيما دايته به فإنه يلزمه مادايته 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. ولا يجوز ضمان المؤجل حالاً في حالة ما إذا كان الدين عروضاً أو طعاماً من بيع لما فيه من الفائدة كأنه قال: حط الضمان وأزيدك توثقاً ولا تتوجه المطالبة للضامن حالاً بخلاف الحالة الأولى فإن الضامن يطالب بذلك حالاً.

(٢٢) شرح الخرشني على مختصر خليل ٦ / ٢٥.

جاء في الخرخشي^(٢٣): «والمؤجل حالاً إن كان مما يعجل» أي وصح ضمانه. ولا يطالب الكفيل في الكفالة المؤجلة إلا بحلول الأجل كما إذا قال شخص لرب الدين الحال أخرج مدينتك بما عليه شهراً وأنا أضمنه لك، ولكن يشترط لصحة ذلك أمران هما:

١ — أن يكون من عليه الدين موسراً بما عليه في أول الأجل للسلامة من سلف جر نفعاً.

٢ — 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 ولا حكماً.

وللدائن أن يطالب ورثة الضامن إذا مات قبل حلول الأجل لأن الضمان يحل بالموت ولو كان الأصيل حاضراً ملياً 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 فأشبهه الرهن فكما لاسبيل إلى الرهن إلا عند عدم الرهن كذلك لاسبيل إلى الكفيل إلا عند عدم المضمون على المشهور^(٢٤).

وفي الكفالة المقترنة بالشروط الصحيحة يطالب الدائن الكفيل بتحقيق الشروط المطلوبة.

٣ — الشافعية:

يرى الشافعية أن الدائن يطالب الكفيل في حالة تأجيل الكفالة إذا كانت

(٢٣) شرح الخرخشي على مختصر خليل ٦ / ٢٣.

(٢٤) الخرخشي 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 البهجة^(٢٥): «وعن حال مؤجلاً وعكسه إذ الضمان تبرع فيحتمل فيه اختلاف الدينين في الصفة للحاجة».

وفي حال إضافة الكفالة إلى المستقبل فإن الكفيل لا يملك 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 لا يطالب 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 ويطلب 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 لا يملك مطالبة الكفيل إلا بعد ثبوتها ولزومها وهو اليوم المقرر فيه النفقة.

(٢٥) شرح البهجة لتركيا الأنصاري ٣ / ١٥١ .

(٢٦) نهاية المحتاج للرملي ٤ / ٤٤٩ .

(٢٧) شرح البهجة لتركيا الأنصاري ٣ / ١٦١ .

جاء في شرح البهجة^(٢٨): «وكضمان ماسيجب مثل نفقات الغد لزوجه أو غيرها فإنه يصح في قول حكيم عن القديم لأن الحاجة قد تدعو إليه».

٤ - الحنابلة:

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، ولا يطالب الكفيل إلا بحلول الأجل المحدد.

جاء في المغني^(٢٩): «إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حالاً 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 لا يصير حالاً ولا يملك 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 النهي^(٣٢): «وكذا لا تصح الكفالة لحصاد وجزاذا وعطاء للجهالة على المذهب. والأولى صحته هنا لأنه تبرع بلا عوض جعل له أجلاً لا يمنع حصول المقصود منه فصح كالنذر، وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة».

وفي حالة تعليق الكفالة فإن الدائن يطالب الكفيل بعد تحقق المعلق عليه جاء في مطالب أولي النهي^(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.

الدراسة والمقارنة:

أولاً: في حالة تأجيل الكفالة الحالة: يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أن الدائن لا يطالب الكفيل في الكفالة إذا كانت حالة وضمن الكفيل ذلك مؤجلاً إلا بحلول الأجل المحدد. ويرى المالكية أن الدائن لا يطالب 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) كشف القناع للبهوتي ٣/ ٣٧٧.

(٣٢) مطالب أولي النهي شرح غاية المنتهى للسيوطي ٣/ ٣١٦.

(٣٣) مطالب أولي النهي 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).

الراجع:

وأرى أن الراجع 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 — وعلى الصحيح عند الحنابلة أنه إذا ضمن المؤجل حالاً لا يصير حالاً ولا يملك 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.

الراجع:

أرى أن الراجع 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 — يرى الحنفية وهو رواية عند الحنابلة أن الدائن يملك مطالبة الكفيل حال انعقاد الكفالة المؤقتة، وخلال المدة وبعدها لا يملك المطالبة.

(٣٤) سبق ذلك ص ٢٦١ — ٢٦٢.

وذلك بناء على قولهم بصحة توقيت الكفالة.

٢ — وعند الشافعية لا يطالب الكفيل في الكفالة المؤقتة لعدم صحة توقيت الكفالة.

الراجع:

أرى أن الراجع 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 — يرى الحنفية والمالكية والحنابلة أن الكفالة صحيحة مع الإضافة ويطالب الدائن الكفيل بعد تحقق ما أضيفت إليه.

٢ — ويرى الشافعية أنه لا يصح إضافتها وإنما يصح تنجيز الكفالة وتأخير المطالبة، وعلى هذا فتأجل المطالبة بتأجيل الكفيل لا بإضافتها.

الراجع:

أرى أن الراجع صحة إضافة الكفالة وبناءً عليه فإن الدائن يطالب الكفيل بعد تحقيق ما أضيفت إليه. وذلك لأن الكفالة تبرع من غير عوض جعل له أجل لا يمنع من حصول المقصود منه فصحت كالنذر، وهكذا كل مجهول لا يمنع المقصود من الكفالة.

خامساً: وفي حالة تعليق الكفالة:

١ — يرى الحنفية والحنابلة صحة تعليق الكفالة، وعلى هذا فإن المطالبة من الدائن للكفيل إنما تتوجه بعد تحقق ما علقت عليه. وهذا هو مقتضى قول المالكية.

(٣٥) سبق ص ٢٥٥.

٢ — ويرى الشافعية عدم صحة التعليق للكفالة وبالتالي فلا يطالب الكفيل فيها.

الراجع:

أرى أن الراجع هو صحة تعليق الكفالة وبناء عليه توجه مطالبة الدائن للكفيل بعد تحقق ما علقت عليه. لأن الكفالة لها شبه بالنذر ابتداءً وبالبيع انتهاءً ومراعاة الشبهين تجيز تعليق الكفالة بالشرط ولكن بشرط أن يكون ملائماً.

سادساً: وفي حالة اقتران الكفالة بالشرط:

١ — 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 وما يترتب عليه

تكلّمنا فيما سبق عن علاقة الكفيل بالدائن، وعن وقت مطالبة الدائن للكفيل، ونتكلّم 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 — أن يكون كل منهما أصيلاً وكفياً في الوقت نفسه وذلك مثل مالو اشترى من شخص ثوباً وكفل كل واحد من الاثنين عن صاحبه. وهذا جائز لعدم ما يمنع منه لأن كل واحد منهما أصيل في النصف وفي النصف الآخر كفيل. وإذا أدى أحدهما نصف الدين فإنه لا يرجع 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 المؤدى لأن النية في الجنسين المختلفين معتبرة وفي الجنس الواحد لغو فإن زاد على النصف رجح بالزيادة^(٣٦).

(٣٦) البحر الرائق لابن نجيم ٦/ ٢٦٢.

٢ — 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 ما يؤديه أحدهما يرجع بنصفه على شريكه أو يرجع بالكل على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره لأن الكل كفالة ولا ترجيح للبعض على البعض^(٣٧).

٣ — أن يكفل كل منهما عن شخص ولا يكفل أحدهما عن صاحبه أصلاً، فإنه لا يرجع 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 — 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 إلى 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 المفاوضات شيئاً ثم فسخت المفاوضات فيها فلرب الدين أخذ من شاء من شريكيهما بكل دينه لأن الكفالة تثبت بعقد المفاوضات فلا تبطل بالافتران وما أداه أحدهما لا يرجع به على الآخر ما لم يزد به على النصف.

٥ — أن يكفل كل واحد منهما عن الأصيل ثم يكفل واحد منهما عن صاحبه بما عليه ولا يكفل 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 أدبته عن كفالة صاحبي يصدق، ويرجع عليه لأنه كفيل عنه بأمره

(٣٧) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لعبد الله داما فندي ٢ / ١٤٣.

سواء أدى المال إلى الطالب ثم قال ذلك، أو قال ابتداءً إنني 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).

المالكية:

تعدد 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 الثانية: 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 — أما إذا كان هناك ترتيب بين الكفلاء فإن كل واحد منهم يؤخذ بجميع الحق ولو كان غيره موسراً. جاء في الخرشى^(٤١): «وصح ضمان الضامن وإن تسلسل ويلزمه مالزم الضامن».

الشافعية:

لتعدد الكفلاء حالتان:

الحالة الأولى: 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 برىء الجميع لأنه قد استوفى حقه وإن أبرأ الدائن الكفيل الأول برئوا جميعاً وإن أبرأ أحد الكفلاء غير الأول برىء وبرىء فرعه وفرع فرعه، ولا يبرأ أصله، وأي الكفلاء قضى الحق برىء الباقيون من الدين لأنه حق واحد^(٤٢).

الحالة الثانية: ألا يكون التعدد على الترتيب وإنما بالاشتراك كما لو قال رجلان لآخر ضمنا مالك على فلان فإنه في تلك الحال يطالب الدائن كلاهما بنصف المال، وهو قول جمع من المتقدمين من الشافعية أما بعض المحققين فيرون أنه يطالب كلاهما بجميع الدين.

جاء في إعانة الطالبين^(٤٣): «أفتى جمع محققون بأنه لو قال رجلان لآخر ضمنا مالك على فلان طالب كلاهما بجميع الدين وقال جمع متقدمون طالب كلاهما بنصف الدين ومال إليه الأذرعى».

(٤١) شرح الخرشى على مختصر خليل ٦ / ٢٣.

(٤٢) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ / ٢٨.

(٤٣) إعانة الطالبين ٣ / ٨١ لمؤلفه السيد البكري.

يرى الحنابلة أن لتعدد الكفلاء حالتين هما:

١ - 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 الضامين الاخر لم يصح لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصل فهو أصل. فلا يجوز أن يصير فرعاً بخلاف الكفالة لأنها بيدنه لا بما في ذمته.^(٤٤)

٢ - أن يكون تعدد الضامين على الاشتراك ولذلك حالات:

(أ) أن يقول كل من الضامين 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.

(ج) أن يقول أحد الضامين أنا وهذان ضامنون لك الألف مثلاً ويسكت الآحران فعلى القائل فقط ثلث، ولا شيء عليهما، وإن أدى أحدهما الألف أو حصته منه حيث صح لم يرجع إلا على مضمون عنه لأن كلا منهم أصلي لاضامناً عن الضامن^(٤٥).

(٤٤) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٤ / ٢٤٩.

(٤٥) مطالب أولي النهى للسيوطي ٣ / ٣٢٢.

٣ — وفي الكفالة بالنفس إن كفل شخص آخر وكفل الآخر آخر، وهكذا فإنه يبرأ كل من الكفلاء ببراءة من قبله ولا يبرأ ببراءة من بعده لأنه أصله، ولو تكفل بالرجل الواحد رجلان جاز، ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين بصاحبه لأن الكفالة بيدنه لأبما في ذمته، وأي الكفيلين أحضر المكفول به برى وبرى صاحبه من الكفالة^(٤٦).

الظاهرية:

إذا ضمن اثنان فصاعداً حقاً على إنسان فإنه يتوزع بينهم بالحصص كما لو ابتاع اثنان بيعاً أو تداينا ديناً على أن كل واحد منهما ضامن عن الآخر فإن ما كان 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 فصاعداً يكون كله على كل واحد منهما، لأنه كان يصير الدرهم درهمن ولا بد. أو يكون غير لازم لأحدهما بعينه ولالهما جميعاً.

ولا يجوز أن يشترط في ضمان اثنين عن واحد أن يأخذ أيهما شاء بالجميع 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).

الدراسة والمقارنة:

١ — يرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه إذا تعدد الضامنون على الترتيب

(٤٦) المغني لابن قدامة ٤ / ٦٦٦.

(٤٧) رواه البخاري 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 — 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، ولا يرجع أحد الكفلاء على أصحابه بما أدى لأنه أدى عن نفسه لاعتن صاحبه أصلاً لأنه لم يكفل عنه ولكن يرجع على الأصيل.

٣ — 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. ولا يجوز الحنابلة أن يضمن أحد الضامنين الآخر إلا في الكفالة لأنها بالبدن وليست بما في الذمة.

٤ — يرى الحنفية والمالكية أنه إذا تعدد الكفلاء وكفل كل منهما عن صاحبه فإنه لا يطالب 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 الباؤون أو أعسروا أو ماتوا فإنه يؤخذ من وجد بجميع المال ويمنع الظاهرية أخذ المليء عن المعسر والحاضر عن الغائب.

٥ — 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 — 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 لا يرجع إلا على الغريم لأنه لا حمالة فيها بين الكفلاء ولا يجيز الظاهرية الاشتراط بأخذ الحق من أيهم شاء.

٧ — وأورد الحنابلة حالة من التعدد وهي: ما إذا قال أحد الضامنين أنا وهذا ضامن لك ويسكت الباقي، فإنه يلزم القائل بحصته دون الباقي وإذا أدى أحد من الباقيين حصته يرجع بها على المضمون لأن كلا منهم أصلي وليس ضامناً عن ضامن.

٧ — وأورد الحنابلة حالة من التعدد وهي: ما إذا قال أحد الضامنين أنا وهذا ضامن لك ويسكت الثاني، فإنه يلزم القائل بحصته دون الثاني وإذا أدى أحد الاثنين حصته يرجع بها على المضمون لأن كلا منهم أصلي وليس ضامناً عن ضامن.

المبحث الرابع

العلاقة بين الكفيل والمدين

تكلّمنا في المبحث الثالث عن تعدد الكفلاء وما يترتب على ذلك من الأحكام وتكلّم هنا في العلاقة بين الكفيل والمدين:

أولاً: شروط رجوع الكفيل على المدين:
١ - الحنفية:

يشترط الحنفية لاستحقاق الكفيل الرجوع على المدين شروطاً هي:

١ - أن يكفل الكفيل بأمر المكفول عنه فإن كفل بغيره أمره بل بأمر أجنبي وأدى لم يرجع على المدين ولا على الأمر لأنه متبرع بأدائه عنه.

٢ - أن يكون المكفول عنه الأمر 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 - أن يضيف المكفول عنه الضمان إلى نفسه بأن يقول اكفل عني أو ما يقوم مقامها وهو على، إن ذلك على وكذا الخليط^(٤٩) يرجع بالإجماع وإن لم يقل عني.

(٤٩) الخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده أو الاستمرار 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 يضيف الضمان إلى نفسه كما إذا قال: اضمن لفلان الألف التي له علي فضمنها وأدى إليه لا يرجع على المدين بشيء^(٥٠).

٤ — أن يؤدي الكفيل المكفول به إلى المكفول له لأن الموجب للمطالبة هو التملك ولا يمكن قبل الأداء ويملكه بعده فيرجع عليه بما أدى^(٥١).
وإذا لازم الطالب الكفيل فإن للكفيل أن يلزم 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 يلزمه أو يحبسه.

٢ — المالكية:

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 لا يرجع 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 ما قال 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 ملتقى الأبحر/عبدالله داما فندي ٢ / ١٣٣.

(٥٢) بلغة السالك للصاوي ٢ / ١٥٦.

(٥٣) حاشية الدسوقي ٣ / ٣٣٤.

من قبل الدائن. ويملك الدائن مطالبة الضامن في حالات:

١ — إذا طالب الدائن الضامن والمدين حاضر مليء لكن المدين^(٥٤) ملد فيملك الكفيل إجبار المدين ويملك الدائن مطالبة الضامن.

٢ — إذا كان الدائن قد شرط أخذ أيهما شاء أو شرط تقديم الضامن بالطلب.

٣ — 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 — الشافعية:

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 فقيه رأيان هما:

١ — ليس له حق مطالبته لأن الدائن لم يطالبه فلا ضرر عليه في كون الحق في ذمته.

(٥٤) الملد هو المماطل. يقال ألدّه: خصمه ويقال: ألّبه: عسر عليه في الخصومة ومطله - المعجم الوسيط ٢ / ٨٢٧.

٢ — 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 — أن يقول المدين اضمن عني هذا الدين فإنه يرجع عليه الكفيل. أما إذا قال اضمن هذا الدين ولم يقل عني فإنه لا يرجع 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 لا يرجع عليه لأنه متبرع عنه.

الحالة الثالثة: أن يضمن بغير إذنه ثم يؤدي عنه بإذنه ففي ذلك وجهان:

أحدهما: لا يرجع 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 البكري ٣/ ٨٠.

ضمن بإذنه وقضى بإذنه جاء في إعانة الطالبين^(٥٦): «فإذا وجد الإذن في الضمان دون الأداء رجع الأصح لأنه إذن في سبب الأداء».

الثاني: لا يرجع عليه لأنه أسقط الدين عنه بغير إذنه فلم يرجع كما لو ضمن بغير إذنه وقضى بغير إذنه.

الثالث: 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 لا يصح إلا بإذنه ولا يلزم 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 ماضمته

(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 البهجة^(٥٧) «أما طلبه من الأصيل بأن يعطيه ماقد كفل فلا ولا اعتقاله لو يعتقل».

٤ — الحنابلة:

لضمان الضامن وأدائه عن المضمون عنه بإذنه أو بغير إذنه حالات هي: الحالة الأولى: أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي 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:

إحدهما: يرجع بما أدى لأنه قضاء مبرىء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه.

الثانية: لا يرجع الضامن على المدين بشيء، لأنه تبرع بذلك، ولحديث علي وأبي قتادة فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت لصار الدين لهما

(٥٧) شرح البهجة لتركيا 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 فطوب 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 — لا يملك الكفيل مطالبة المدين لأنه لما لم يكن له مطالبة المدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه.

٢ — 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 لا يملك مطالبة المدين قبل الأداء بحال لأنه لاحق له يطالب به ولاشغل ذمته بأمره فأشبهه الأجنبي.

وإذا تغيب المضمون عنه فألزم الضامن بسبب ذلك غوماً وأنفقه في حبس فإنه يرجع به على المضمون عنه. جاء في المبدع في شرح المقنع^(٥٨): «لو تغيب مضمون عنه قادر — 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 لا يرجع 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): «لا يرجع 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 ما يأتي:

١ — 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 لا يرجع على المدين مطلقاً، وذلك عندهم مبني على أن الكفالة تنقل الدين من المدين إلى الضامن.

٢ — إذا أدى الكفيل المضمون به من غير أمر المدين في الضمان ولا في الأداء فإن الفقهاء من الحنفية وبعض المالكية والشافعية وبعض الحنابلة يتفقون على أن الضامن لا يرجع 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.

الراجع:

أن الضامن لا يرجع على المدين إلا إذا كانت الكفالة بإذنه ولا يملك 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 — يشترط الحنفية أن يكون المكفول عنه الأمر ممن يجوز إقراره على نفسه لكي يعتبر أمره وإذنه، ويرجع على المضمون عنه بناء على أذنه، ولا يرجع الضامن على صبي وعبد محجورين لعدم صحة الإقرار منهما ما لم يكونا مأذونين.

٤ — يتفق الحنفية والشافعية على أن رجوع الكفيل لا بد أن يكون الضمان فيه مضافاً إلى نفسه بأن يقول اكفل عني فإن لم يقل ذلك وإنما قال اضمن هذا الدين، فإنه لا يرجع بشيء إلا أن يكون بينهما خلطة.

ويرى الحنابلة أنه لا يشترط 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.

الراجع:

أرى أن الراجع هو القول بصحة رجوع الكفيل وجوازه على المدين إذا كان بإذنه، ولو لم يضيف الضمان إلى نفسه لحديث علي وأبي قتاده رضي الله عنهما لأن المضمون عنه ميت ومع ذلك صح الضمان.

٥ — يتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن الكفيل لا يستحق الرجوع على المدين إلا بعد أن يؤدي المضمون به.

٦ — 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.

الراجع:

أرى أن الراجع 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 — يرى الحنفية والشافعية أن للكفيل أن يلزم المكفول عنه ويحبسه إذا لازم الدائن الكفيل أو حبسه، وذلك بعد أداء الكفيل للدائن، ويضيف الحنفية أن للكفيل أن يلزم المدين ويحبسه ولو كان قبل الأداء مادام أن الكفالة بأمر المكفول عنه، وبشرط أن يلزم الطالب الكفيل أو يحبسه.

٨ — قد أورد كل من الشافعية والحنابلة حالات للأداء غير ما ذكر هي:

أ — 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 لا يرجع مطلقاً، وفي وجه ثالث: إن كان مضطراً إلى القضاء رجع إلا فلا.

ب — 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 لا يرجع عليه وهو مذهب الشافعية لأنه لزمه بغير أمره.

٩ — 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 — يرى الحنابلة أنه إذا غاب المضمون عنه وألزم الضامن بسبب تغيبه غرماً وأنفقه فإنه يرجع به على المضمون عنه.

ثانياً: بيان ما يرجع به الكفيل على المدين:

استعرضنا حالات رجوع الضامن على المدين وما يشترط لذلك في المذاهب الفقهية ونعرض هنا لبيان ما يرجع به الكفيل على المدين عند الفقهاء:

١ — الحنفية:

يرى الحنفية أن الكفيل إذا أدى عن المكفول عنه ماضمه فيه فإنه يرجع إلى المدين بما أداه عنه، أما إذا أدى خلاف ماضمه بأن كان الدين المكفول به جيداً فأدى ردياً، أو أدى أفضل مما ضمن فإنه إنما يرجع على المدين بما ضمنه لا بما أدى لأن ملك الدين بالأداء، فنزل منزلة الطالب بخلاف الأمور 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 فعلاً لا بما ضمن لأنه إسقاط أو هو إبراء عن بعض الدين فيسقط البعض

(٦٠) مجمع الأنهر لعبد الله داما فندي ٢ / ١٣٣.

ولا ينتقل إلى الكفيل لأنه يؤدي إلى الربا.

وإذا أعطى بالدرهم دنانير أو شيئاً من المكيل أو الموزون فإنه يرجع عليه بما كفل لا بما أدى. وإذا كان على شخص خمسة دنانير فصلاح الطالب الكفيل على ثلاثة ولم يقل أصالحك على أن تبرئني، فالصلاح واقع عن الأصيل والكفيل معاً، وبرئاً جميعاً ويرجع الكفيل على المدين بثلاثة دنانير وإذا قال أصالحك على ثلاثة على أن تبرئني فهذا براءة عن الكفيل خاصة، ويرجع الطالب على المطلوب بدنانير لأنه في الحالة الأولى إيقاع الصلح على ثلاثة دنانير فيكون تصرفاً في نفس الحق بإسقاط بعضه، فكان الصلح واقعاً عنهما جميعاً فيبرأ 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 بدنانير وإبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل فيبرأ الكفيل ويبقى الديناران على الأصيل فيأخذه الطالب فيهما.^(٦١)

٢ - المالكية:

يرى المالكية أن الضامن كالمُسلف فيرجع بمثل ما أدى سواء كان مثلياً أو مقوماً. ولا يرجع بقيمة المقوم إذا كان من جنس الدين بل يمثله، وأما إن كان من غير جنسه فإنه يرجع بالأقل من الدين بقيمة المقوم. وقيل يخير المطلوب إذا دفع الضامن مقوماً من جنس الدين بين دفع مثل المقوم وقيمته وذلك إذا لم يكن الضامن قد اشترى ذلك المقوم والإرجع بثمانه، بلا خلاف ما لم يحاب والإفلا يرجع بالزيادة، وهذا يكون إذا أثبت الضامن دفع الدين المتحمل به لمن هو له بينة أو بإقرار صاحب الحق لسقوط الدين بذلك لا بإقرار المضمون عنه.^(٦٢)

(٦١) بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٤٣٤.

(٦٢) بلغة السالك للساوي 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: المنع مطلقاً.

الثاني: الجواز مطلقاً به يقول ابن عرفة.

الثالث: المنع بالمثل المخالف. لجنس الدين والجواز بالمقوم.

الرابع: الجواز فيما يجوز فيه النسبة فقط كقمح بدراهم.

وعلى القول بالجواز مطلقاً فإن الضامن المصالح يرجع على المدين بالأقل من الدين أو قيمة المصالح به يوم الرجوع. ولا يجوز الصلح بعد الأجل عن دنائير جيدة بأدنى منها وعكسه.

ولا يجوز الصلح قبل الأجل لأن المصالحة قبل الأجل بأدنى يكون من باب ضع وتعجل. والصلح بأكثر أو أجود يكون سلفاً جر نفعاً.^(٦٣)

٣ - الشافعية:

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 لا يعود إلا بخمسة لأنها هي المطلوبة في الحالة الأولى ولتبرعه بالزائد عليها في الثانية. ولو أدى الضامن بعض ماضمه 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 للساوي ١٥٧/ ٢ والخري على مختصر خليل ٢٧/ ٦.

وإن كان الدين الذي ضمنه مؤجلاً فعجل قضاءه لم يرجع به قبل الأجل لأنه تبرع بالتعجيل.^(٦٤)

٤ - الحنابلة:

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 بينة أو حضره مضمون عنه وثبت حضوره باعتراف أو بينة لأنه المفطر بترك الإشهاد وإن ردت شهادة الشهود بنحو فسق ظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه. ويرجع مع شاهد ويمين^(٦٥) المقارنة بين المذاهب الفقهية في بيان ما يرجع به الكفيل على المدين: نستخلص من دراسة المذاهب الفقهية ما يلي:

١ - يرى الحنفية والمالكية أن الكفيل إذا أدى عن المكفول عنه ماضمته فإنه يرجع إلى المدين بما أداه عنه، سواء كان مثلياً أو مقوماً وهو مقتضى مذهب الشافعية والحنابلة فيكون هذا متفقاً عليه بين الفقهاء.

أما إذا أدى خلاف ماضمته بأن كان الدين جيداً فأدى أقل منه أو أدى أفضل منه فإنه يختلف الحكم في ذلك تبعاً للمذاهب الفقهية:

(٦٤) شرح البهجة لذكريا الأنصاري ٣/ ١٦٣ وتكملة المجموع للمطيعي ١٤/ ٤٩.

(٦٥) المغني لابن قدامة ٤/ ٦٠٩ ومطالب أولي النهي لمصطفى السيوطي ٣/ ٣٠٩.

أ — 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 — ويرى الحنفية أنه يرجع على المدين بما ضمنه لئلا أدى لأن الضامن ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب فيستحق الرجوع بما كفل به ولو اختلف المؤدى جودة أو رداءة.

ج — يرى المالكية أنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المتقوم وهذا يتفق من حيث النتيجة مع ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وهو الراجح وذلك لأن الأقل هو ما بذله الضامن للدائن فاستحق عوضه.

٢ — يرى الحنفية والمالكية أن الضامن يرجع على المدين بالأقل من الدين أوقية ماصالح به وهو المؤدى فعلاً وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة.

ويضيف المالكية أنه لا يجوز الصلح قبل الأجل بأدنى من المضمون، لأن المصالحة على هذه الحال تكون من باب ضع وتعجل، وكذلك لا يجوز الصلح بأكثر أو أجود لأنه يكون سلفاً جر نفعاً وهو ممنوع.

٣ — يرى الشافعية والحنابلة أن الضامن لا يعود على المضمون عنه إذا أنكر رب.. الدين إلا إذا أشهد رجلين، أو رجلاً وامراً، أو شاهداً ويمين، أو حضر ذلك مضمون عنه وثبت حضوره باعتراف أو بينة، لأنه لما كان الأصيل حاضراً كان الاحتياط بما يجاد البينة موكولاً 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 الذي 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.

الراجع:

أرى أن الراجع 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:

الحنفية:

يرى الحنفية أن للمدين حقوقاً قبل الكفيل هي:

- ١ — أن الكفيل لايرجع على المدين «المضمون عنه» إلا إذا كانت الكفالة بأمر المدين، وإذا لم تكن بأمره فلا يرجع عليه وإنما تكون تبرعاً.
- ٢ — 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 — ألا يؤاخذ المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره إلا إذا كان ممن يجوز إقراره على نفسه ولايجوز أن يكون صبيًا.
- ٤ — أنه لايلزم المكفول عنه بأداء ماضن عنه إلا إذا أضاف الضمان إلى نفسه بأن يقول أكفل عني أو مايقوم مقامها.
- ٥ — أن الكفيل لايملك الرجوع بعد توفر الشروط المطلوبة إلا بالأداء.
- ٦ — أن الكفيل لايرجع على المدين إلا بما أدى فعلاً.

المالكية:

- ١ — يرى بعض المالكية أنه يشترط إذن المضمون عنه لكي يرجع الضامن عليه.
- ٢ — أن الكفيل لايملك مطالبة المدين إلا إذا طالبه الدائن.
- ٣ — أن الضامن لايرجع على المضمون عنه في الكفالة المؤجلة إلا بحلول الأجل.
- ٤ — أن الكفيل لايرجع على المدين إلا إذا أدى الدين.
- ٥ — أن الكفيل لايملك مطالبة المكفول عنه إلا بالأقل من الدين وقيمة المتقوم.
- ٦ — لايحق للضامن مطالبة المضمون عنه بتسليمه ماضنه ليقوم هو بدوره بتسليمه للمضمون له وإنما من حق المضمون عنه الاحتفاظ به، وتقديمه إلى رب الدين نفسه.

الشافعية:

- ١ — 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 لا يملك مطالبة المدين بتخليص ذمته لأنه لم يدخل فيه بإذنه.
- ٢ — يشترط لكي يرجع الضامن على المدين أن تكون الموافقة من المدين بقوله اضمن عني هذا الدين.
- ٣ — أن الكفيل لا يملك مطالبة المدين بتسليمه المال ليكون عنده ليسلمه إلى الدائن عند طلبه، وإنما من حق المدين الاحتفاظ به وتسليمه هو بنفسه إلى المضمون له.
- ٤ — أن الكفيل لا يرجع على المدين إلا إذا أدى الدين.
- ٥ — أن الكفيل لا يملك حبس المدين ولو حُبس ولا ملازمته قبل أن يؤدي عنه.
- ٦ — أن من حق المدين إذا أنكر رب الدين القضاء ألا يرجع عليه الكفيل بشيء إلا إذا أشهد.
- ٧ — أن الكفيل لا يرجع على المدين إلا بالأقل مما أدى أو ضمن.

الحنابلة:

- ١ — 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 حينئذ متبرعاً.

- ٢ — أن الكفيل لا يملك مطالبة المكفول عنه إلا إذا طالبه المكفول له.
- ٣ — أن من حق المدين ألا يؤدي إلا إذا حل الأجل المحدد، وأنه لاحق للكفيل عليه إذا أدى عنه قبل الأجل إلا بحلول الأجل.
- ٤ — أن الكفيل لا يملك مطالبة المدين إلا إذا أدى عنه.
- ٥ — أن من حق المدين ألا يدفع للضامن إلا الأقل مما قضى أوقدر الدين.
- ٦ — أن من حق المدين ألا يدفع شيئاً للضامن ولا يرجع عليه الضامن إذا أنكر رب الدين القضاء إلا إذا أشهد على رب الدين. (*)

المقارنة بين المذاهب الفقهية في بيان حق المدين «المكفول عنه»: بدراسة المذاهب الفقهية يتبين ما يأتي:

- ١ — يتفق الحنفية وبعض المالكية والشافعية والحنابلة على أن الكفيل لا يستحق الرجوع على المكفول عنه إلا إذا كان بأمره، وإذا لم يكن بأمره فمن حق المدين ألا يدفع شيئاً للضامن مقابل مادفعه لأنه يعتبر متبرعاً.
- ٢ — يتفق المالكية والشافعية والحنابلة على أن الكفيل لا يملك مطالبة المكفول عنه إلا إذا طالبه رب الدين، فإن لم يطالبه فمن حق المدين ألا يتجاوب معه.
- ٣ — يتفق الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الكفيل لا يرجع 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 — ٤٢٨ .

٤ — أن الكفيل لا يجوز له مطالبة المدين إلا إذا أدى عنه فعلاً وقبل الأداء لايحق له ذلك، وذلك باتفاق المذاهب الفقهية الأربعة.

٥ — يتفق الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه لايحق للكفيل أن يرجع المدين إلا بالأقل مما أدى أو قدر الدين.

٦ — 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 — 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 إلى 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 لا يضمنه 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 ولا يبرأ الأصيل بالنسبة للمكفول له ويضمنه الكفيل إذا فات بتفريط أو من غير تفريط.

جاء في تبیین الحقائق: (٦٧) «ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطى الكفيل الطالب لا يسترد منه وماريخ الكفيل له... لأنه ملكه بالقبض».

(٦٧) تبیین الحقائق للزبيعي ٤ / ١٦١.

٨ — 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.

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 : 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 أولاً على 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 المادة ٧٥٤ / ١ من التقنين المدني السوري وكذلك المادة ١٠٢١ من التقنين المدني العراقي وهذا مايفهم من قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة ١٠٧٢. ولم يكن في القانون المدني القديم — شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي — 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 إعداره^(٦٨). ويشترط لدفع الكفيل بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً شروط هي:

١ — 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 ضمناً في عقد الكفالة أو بعده، وألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين.

٢ — 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 — أن يتمسك الكفيل بالدفع فلا يكون قد نزل عن حقه حتى وقت الدفع سواء كان صريحاً أو ضمناً.

وإذا استوفى الدفع هذه الشروط فيقضي بعدم قبول الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل وحده ويجب عندئذ على الدائن أن يرجع على المدين أولاً يطالبه قضائياً بوفاء الدين ويحل محل المطالبة القضائية التنبيه بالوفاء إذا كان لدى الدائن سند رسمي قابل للتنفيذ ضد المدين.^(٦٩)

ثانياً: 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 ماله من مستندات وينقل ماله من ضمانات إلى الكفيل، ليستفيد منها في رجوعه بما وفي من دين. جاء ذلك في المادة ٧٨٧ حيث نصت على ما يأتي:

١ — يلتزم الدائن بأن يسلم للكفيل وقت وفاته 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 — أى الدائن — 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، ولايد 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» ويمثل ذلك في القوانين العربية الأخرى المادة ١٠٢٢ من القانون المدني العراقي والمادة ٧٥٥ من القانون المدني السوري.

وإذا 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 لا يؤدي 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.

ثالثاً: الدفوع التي يستطيع الكفيل أن يتمسك بها في مواجهة مطالبة الدائن له:

(٧٠) دروس في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري د / جميل الشراوي ص

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 — الأوجه الخاصة بالالتزام الأصلي: يستطيع الكفيل أن يرد مطالبة الدائن له بكل ما يستطيع 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 ببطالان مصدر التزام المدين وأن يتمسك كذلك في مواجهة الدائن بانقضاء التزام المدين.

٢ — الأوجه الخاصة بالكفيل: يستطيع الكفيل أن يرد مطالبة الدائن له في أحد الأمور التالية:

— إضاعة التأمينات بخطأ الدائن ولذا تنص المادة ٧٨٤ مدني مصري على « أن تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من الضمانات »

— 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 — أن يكون التأمين الضائع تأميناً خاصاً للوفاء بالدين المكفول وسواء كان تأميناً شخصياً أو تأميناً عينياً كرهن.

٢ — أن تكون إضاعة هذا التأمين الخاص بخطأ الدائن.

٣ — 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 — 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 ما جاء بنص المادة ٧٨٥ من القانون المدني المصري.

ج — 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 ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن»..

(٧١) دروس في التأمينات الشخصية والعينية د/جميل الشقراوي ص ٨١.

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 لا يحل 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 لا يجوز 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 لا يجوز أن يطالب الدائن الكفيل بوفاء الدين قبل أن يحل الأجل المحدد لالتزامه حتى لو حل أجل الالتزام الأصيل.

وإذا كان الأجل واحداً لكل من الالتزامين ولكن الأجل المحدد للالتزام الأصلي قد سقط بأن يشهر إفلاس المدين الأصلي أو إعساره. فلا يسقط الأجل المحدد لالتزام الكفيل لأن المدين بعد الكفالة لا يستطيع أن يسوى مركز الكفيل وعلى ذلك لا يستطيع الدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين إلا عند حلول الأجل

(٧٢) الوسيط للسنيهوري ١٠ / ٩٠.

المعطى للكفيل، وكذلك يكون الحكم فيما إذا نزل المدين الأصلي عن الأجل ولم ينزل عنه الكفيل فيبقى الأجل قائماً بالنسبة إلى الكفيل ولايستطيع الدائن مطالبته إلا عند حلول أجله. (٧٣)

(٧٣) نفس المرجع ١٠/ ٩١.

المبحث الثالث

تعدد الكفلاء وما يترتب 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 ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة وجاء مثل ذلك في المادة ٧٥٨ مدني سوري 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 ما يكفل 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 — 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 — أن يكون الكفلاء قد كفلوا ديناً واحداً.

- ٣ — أن يكون الكفلاء قد كفلوا مديناً واحداً.
- ٤ — ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ذلك أن مقتضى التضامن رجوع إلى كل منهم بكل الدين.
- ٥ — 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 ما لم يتفق الكفلاء على وجه معين.^(٧٤)

(٧٤) عقد الكفالة مصطفى منصور ص ٦٠ — ٦١، والوسيط للسنيهوري 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 الأصلي، 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 — يجب أن تكون الكفالة لمصلحة المدين دون اعتراض منه:

وهذا الشرط لا تستلزمه 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 وفي 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 عينياً أم شخصياً.

٢ — 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 — 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 — 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 على المدين بدعوى الكفالة إلا عند حلول الأجل.

ولقد جاء ذكر ذلك في المادة ٧٩٨ مدني مصري:

١ — يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين وإلا

سقط حقه في الرجوع على المدين، إذا كان هذا قد وفي الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه.

٢ — 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.

ما يرجع 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 استحققت عنه إلى اليوم الذي وفي 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 لا يرجع 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 ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع. وقد خرج القانون بذلك عن القاعدة العامة التي تقضي بأن الفوائد القانونية لا تسرى إلا من تاريخ المطالبة القضائية (م٢٢٦).

رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول:

يشترط لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول شروط هي:

- ١ — أن يقوم الكفيل بوفاء الدين عن المدين، وبذلك يحل محل الدائن.
- ٢ — أن يكون وفاء الكفيل للمدين 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 ما بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو كانت لدى المدين دفع تبرىء الزمة 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 وناه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين» ويقابل ذلك المادة ٧٦٥ مدني سوري والمادة ١٠٣٣ / ٢ من القانون المدني العراقي.

ما يرجع 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 بالمدين نفسه بماله من خصائص ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل الذي يسرى في العلاقة بين المدين

(٧٥) دروس في التأمينات الشخصية والعينية د / جميل الشراوي ص ١٠٢ — ١٠٥ والوسيط للسهنوري ١٠ / ١٥٥ — ١٨٤

والدائن فإذا كان الدائن أو القاضى قد مد الأجل فلا يستطيع الكفيل أن يرجع إلا عند حلول الأجل الجديد، ويرجع بالدين وما يلحقه 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 المتضامين 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 المتضامين أو ضمن بعضهم دون بعض، آخر، فإن كان قد ضمن كل المدينين المتضامين 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 يضمه بقدر حصته في الدين.^(٧٦)

(٧٦) عقد الكفالة لمنصور مصطفى منصور ص ١٠٥ - ١٠٧، ودروس في التأمينات الشخصية والعينية د /جميل الشراوي ص ١١٢.

الحالة الثانية: العلاقة بين الكفيل والملتزمين بالدين:

المقصود بالملتزمين بالدين: هم الكفلاء الآخرون غير الكفيل الذي أدى الدين عن المدين ولذلك حالتان:

١ - رجوع الكفيل الذي وفى الدين على الكفلاء الشخصيين الذين كفلوا الدين معه إذا تعدد كفلاء دين واحد، وتوافرت شروط انقسام الضمان فيما بينهم، فإن كلاً من الكفلاء يكون مسؤولاً عن نصيبه من الدين، فلا يكون للدائن أن يطالب أياً منهم بأكثر مما يلتزم به، فإن وفى أكثر مما التزم به برئت ذمة المدين كما تبرأ ذمة الكفلاء الآخرين بقدر الزيادة الموفى بها، ولكن الكفيل الموفى 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 الآخرين 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 فادى أحدهم فله أن يرجع على كل كفيل آخر بدعوى الإثراء أو بدعوى الحلول محل الدائن وفي الحالين لا يرجع إلا بحصة من يرجع عليه ونصيبه من حصة من يعسر من الكفلاء.

ولا يختلف مقدار ما يرجع 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 الباقيين بحصته في الدين ونصيبه 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 الشراوي ص ١١٩

٢ — رجوع الكفيل الذي وفي الدين على الكفيل العيني: الكفيل العيني كالكفيل الشخصي ويعتبر كفيلاً لامديناً أصلياً 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 وفي الدين على الكفلاء الآخرين شخصيين وعينيين.

أما الحائز للعقار وهو من تنتقل إليه ملكية عقار رهنه المدين في الدين، فإذا وفي 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 ينقل هذا العقار.^(٧٨)

(٧٨) الوسيط لسنة ١٠/٢٠٩ - ٢١١.

الفصل الثالث

المقارنة بين آثار الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون

ويندرج تحته :

المبحث الأول : المقارنة بين علاقة الكفيل والدائن في الفقه الإسلامي والقانون.

المبحث الثاني : المقارنة في وقت مطالبة الدائن الكفيل في الفقه والقانون.

المبحث الثالث : المقارنة بين تعدد الكفلاء وما يترتب 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 هذا المبحث علاقة الكفيل والدائن فنقول: قرر القانون في العلاقة بين الكفيل والدائن أن الدائن لا بد 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 أولاً يكون الكفيل قد نزل عن حقه في رجوع الدائن على المدين أولاً قبل أن يرجع عليه وغيره من الشروط التي أوردتها، ويترتب على توفر الشروط وجوب رجوع الدائن على المدين أولاً يطالبه قضائياً 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 وللکفيل 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 أولاً ولا يطالب الكفيل إلا إذا تعذر مطالبة المدين كما إذا كان المدين غائباً أو معسراً أو مماطلاً جاء في حاشية الدسوقي: ^(٧٩) «إن الكفيل لا يطالب 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 المصري 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، ولا يشترط 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): «فيجوز للمضمون له مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه».

وجاء في المغني^(٨٢): «إن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كأصيل، ولأن الحق ثابت في ذمتها 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 ذمتها 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 ما جاء 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 الأصل عن ميراث بأن يبرئه عن الحق، أو يأخذ من إرث أصل حقه لأنه قد يهلك فلا يجد مرجعاً إذا غرم».

أما الدفوع التي يستطيع الكفيل أن يتمسك بها في مواجهة مطالبة الدائن له والتي أوردها القانون سواء ما كان خاصاً منها بالالتزام الأصلي أو بالكفيل فإنها أمور تنظيمية مبنية على القول بأن الدائن يرجع على المدين أولاً فهي تثبت للكفيل حقوقاً تجاه الدائن حماية له من ضياع حقه في الرجوع على المدين، ولا أرى مانعاً منها من الناحية الشرعية لأنها لا تخالف ما جاءت 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 لركريا الأنصاري ١٦٢/ ٣.

المبحث الثاني

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون بوقت مطالبة الدائن للكفيل:

نص القانون على أن الكفيل لا يطالبه الدائن إلا عند حلول أجل الدين فإذا اتفق على أجل للالتزام الكفيل بعد الالتزام الأصلي فلا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل الخاص بالتزامه هو حتى ولو حل أجل الالتزام الأصلي. ولا يجيز القانون أن يكون أجل التزام الكفيل قبل أجل الالتزام الأصلي، لأن الكفالة تكون في هذه الحالة قد انعقدت بشروط أشد من الالتزام الأصلي وذلك لا يجوز 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. وإذا 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 لا تكون حالة على الكفيل وإنما يكون الكفيل له حق التأجيل إلى وقت حلولها على المدين.

جاء في المعنى: (٨٥) «وإن كان الدين مؤجلاً فضمنه جالاً لم يصر حالاً»

(٨٥) المعنى لابن قدامة ٤ / ٦٠١.

ولا يلزمه أدائه 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 لا يكون 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^(*).

الراجع:

أرى أن الراجع 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 الرأي 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 لا يسقط بالنسبة للكفيل لأنه حقه، يدل لذلك ما جاء في شرح البهجة: ^(٨٦) «وهو على من قد قضى يحل على من مات من ضامن وأصيل ولا كذا الآخر أي الحي لا يحل عليه الحق لارتفاقه بالأجل ولا المفلس لا يحل عليه الحق بالحجر عليه بإفلاسه لبقاء ارتفاقه بالأجل».

وجاء في حاشية رد المحتار^(٨٧): «كما لايجل الأجل على الكفيل اتفاقاً إذا حل على الأصيل بموته».

(*) راجع في ذلك ص ٢٥٧ وما بعدها.

(٨٦) شرح البهجة لركريا الأنصاري ٣ / ١٦١.

(٨٧) رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ٦ / ٣١٩.

فهذا يدل على أن الأجل لا يسقط في حق الكفيل إذا سقط في حق المدين، وإنما يبقى الأجل قائماً ولا يطالب 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 وما يترتب 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 ما يكفله كل منهم من الدين انقسم الدين بينهم بعدد الرؤوس ويكفل كل منهم ثلاثمائة فقط، وعلى ذلك لا يجوز للدائن أن يطالب أي كفيل منهم إلا بمقدار ثلاثمائة فقط.

وهذا يتفق مع أحد الحالات التي أوردتها 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): «وإذا 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 ولا يطالب الدائن أي كفيل إلا بمقدار حصته فقط لأن الكفلاء غير متضامين فيما بينهم.

الحالة الثانية

وهي ما إذا كان الكفلاء متضامين فإن الدائن يملك مطالبة أي واحد منهم بكل الدين، ولا ينقسم عليهم الدين بالحصص، ويرجع الكفيل المؤدي للدين بما أداه على كل من الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم كما جاء ذلك بنص المادة ٧٩٦ مدني مصري، هذا في القانون.

ويتفق ما جاء في القانون في هذه الحالة مع ما جاء 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 بخصصهم.

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 مليئاً 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 الثالثة: وهي تعدد الكفلاء على الترتيب بأن ضمن واحد ثم آخر

(٩٠) حاشية الدسوقي ٣/ ٣٤٢.

وهكذا فإن القانون يرى أنه لايجوز الرجوع على كفيل إلا اذا رجع على الكفيل وتعذرت مطالبته إلا إذا كان كفيل الكفيل متزامناً 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 كما سبق 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 الوضعي 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 عملياً أن الفقه الإسلامي أغنى من القوانين الوضعية في جميع ما تطرق له، وإن جدت بعض الحالات التي لم تكن موجودة في عصر الفقهاء السابقين فهذه لا يخرج 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 وفي 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 التي 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 لا يرجع 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 لا يرجع على المدين لأن الكفالة تنقل الدين إلى الضامن وشروط القانون التي أوردها لرجوع الضامن على المدين سواء بدعوى الكفالة أو بدعوى الحلول لا تختلف عن الشروط التي أوردها الفقهاء المسلمون في شروط رجوع الكفيل على المدين بما أدى.

وقد جاء في المادة ٨٠٠ من القانون المدني المصري مانصه: «للكفيل الذي وفي 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 ما عليه الجمهور من الفقهاء الحنفية وبعض المالكية والشافعية وبعض الحنابلة وهو أن الضامن لا يرجع على المدين إلا إذا كان الضمان بإذنه وقد بينا أن ذلك هو الراجح.^(٩١)

ما يرجع به الكفيل على المدين:

يرى القانون أن الكفيل يرجع على المدين بأصل الدين والفوائد والمصروفات ويكون للكفيل الحق في الرجوع بالفوائد القانونية عن كل ما قام 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 ماضمناً سواء كان مثلياً أو مقوماً وذلك في حالة أدائه عنه ماضمناً أما إذا أدى خلاف ماضمناً 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 ما جاء في المبدع في شرح المقنع^(٩٢) حيث جاء فيه: «لو تغيب مضمون عنه فأمسك الضامن وغرم شيئاً بسبب ذلك وأنفقه في حبس رجوع به على المضمون عنه» ومن هذا النص نرى أنه يجوز للكفيل أن يرجع على المدين بما أنفقه من مصروفات في سبيل مطالبته للمدين وكفالاته عنه.

(*) راجع في ذلك ص ٤٣١ وما بعدها.

(٩١) ص ٤٢٨.

(٩٢) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٤ / ٢٥٨.

وأما الفوائد التي أجازها القانون فإن الفقه الإسلامي لا يجيزها وإنما هي ربا محرم، وقد حرم الله الربا بقوله ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (٩٣).

وعلى هذا لا يجوز للكفيل أن يرجع على المدين بالفوائد مطلقاً.

(٩٣) سورة البقرة آية / ٢٧٥.

الباب السادس

بطلان الضمان الشخصي «الكفالة»؛ وانتهاؤه في الفقه الإسلامي والقانون

ويشتمل على خمسة فصول :

الفصل الأول : بطلان الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون

الفصل الثاني : انقضاء الكفالة وانتهائها في الفقه الإسلامي.

الفصل الثالث : انقضاء الكفالة في القانون .

الفصل الرابع : في المقارنة بين أسباب انقضاء الكفالة في

الفقه الإسلامي والقانون .

الفصل الخامس : الضمان في الاعتمادات المصرفية التي

تقدمها البنوك وكفالة الاستقدام وبيان حكمها .

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.

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 القتل 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 ما كان مستوفياً لأركانه وشروط انعقاده وشروط صحته^(١) ويعرفه الحنفية بأنه:

ما كان مستوفياً لأصله ووصفه بحيث يكون متطابقاً مع الوجه الذي شرع به^(٢) واختلف الفقهاء في العقد غير الصحيح هل هو نوع واحد فقط أو أنه أنواع على قولين لهم:

١ — يذهب الجمهور من الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في قول لهم إلى أن العقد غير الصحيح قسم واحد فقط فهو باطل أو فاسد ولا فرق 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 ٦١/١.

(١) المدخل لدراسة التشريع الإسلامي د/عبد الرحمن الصابوني ٥٧٧/٢ المطبعة التعاونية ١٣٩٥هـ.

(٢) التلويح لسعد الدين التفتازاني ٦٥٠/٢ مطبعة معارف إستانبول ١٣١٠هـ.

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 لا يترتب 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 ولا يكون باطلاً.^(٤)

وعلى هذا فينقسم العقد عند الحنفية ومن تبعهم إلى ثلاثة أقسام:

صحيح وباطل وقسم ثالث في مرتبة بينهما هو الفاسد.

فالصحيح: هو ما كان سبباً صالحاً لترتيب حكمه وآثاره عليه ويكون كذلك متى صدر من أهله وكان محله قابلاً له، ولم يعرض له أمر أو وصف يجعله منهياً عنه شرعاً. أو هو العقد الذي شرع بأصله ووصفه.

أما الباطل: فهو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه وذلك بكون العاقدين أو أحدهما ليس أهلاً لعقده أو يكون محل العقد ليس قابلاً له بكونه غير مباح أو معدوماً أو يكون غير مقدر التسليم. وبهذا يكون العقد قد اعترى الخلل أصله فيكون باطلاً لا يترتب عليه أثر.

(٣) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى مصطفى السيوطي بحاشيته تجريد زوائد الغاية والشرح للشطبي ٥١٢/٣.

(٤) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ٦٦.

وأما الفاسد: فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه.

أي أنه يكون صادراً حقاً من أهله في محله ولكن لازمه أو عرض له أمر أو وصف غير مشروع فصار العقد منهياً عنه شرعاً من أجله وذلك كالبيع المجهول جهالة تؤدي إلى النزاع. ولا يرتب الشارع عليه أي أثر من آثار العقد لذات العقد ويجب على العاقدين فسخه إلا إذا باع المشتري ما اشتراه أو وهبه أو تصدق به فحينئذ لا يلزم فيه الثمن المسمى للمبيع لفساد التسمية بناء على فساد العقد. وحيث إنه لا يمكن 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:

أساس ذلك أمران:

١ — هل نهى 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 — يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في قول لهم أن نهى الشارع عن عقد من العقود معناه إثم من يقدم عليه وعدم اعتباره إن وقع فعلاً وحينئذ فلا يكون له أثر. لأن العقد مع وجود النهي عنه عصيان لأمر الشارع. فلا يرتب عليه الشارع أي أثر من الآثار، ويعتبر أنه غير منعقد فيكون فاسداً أو باطلاً بمعنى واحد، ذلك أنه من المنطلق ألا يعتبر الشارع أمراً قد نهى عنه.

(٥) الأموال ونظرية العقد د/محمد يوسف موسى ص ٤٤٠.

ب — 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 لا يفيد النهي عنه بطلانه كغير المشروع أصلاً بل يعتبر منعقداً انعقاداً فاسداً.

الأمر الثاني:

هل النهي عن العقد لأمر يرجع لأصل العقد وأركانه في منزلة واحدة مع النهي عنه لأمر أو وصف آخر عرض للعقد أو جاوره؟

أ — يرى الجمهور أن النهي عن العقد لافرق فيه بين أن يكون راجعاً لأصل العقد وأركانه أو يكون راجعاً للأمر 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 تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ ۚ وَلَا مُمْسِكَةٌ بِهَا مُمْسِكٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَا تَعَجَبُوا لَهَا﴾^(٧)

ب — 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 علي 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 لا يكون باطلاً لوجود له، بل يكون العقد موجوداً ولكنه فاسد^(٨).

أسباب الفساد عند الحنفية:

وللفساد عند الحنفية أسباب هي:

- ١ — الجهالة الفاحشة وهي المفضية إلى النزاع وذلك كجهالة المعقود عليه كما لو باع إنسان شاة غير معينة من قطع غنم.
- ٢ — الغرر: ويراد به اعتماد العقد على أمر يوهم المتعاقد بوجود أوصاف لا تثبت 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 — الإكراه: وقد اختلفت 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 فاسداً بسبب ذلك؟

(٨) الأموال ونظرية العقد د / محمد موسى ص ٤٣٧ والمدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء ٢ / ٦٧٥ وانظر أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ٦٧ 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 وصاحبه أن العقد فاسداً لأن العقد قد صدر من أهله مضافاً إلى محله ولكن عرض له ما سبب 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 الزرقاء: «إن التمييز بين الفساد والبطان لايجري إلا في العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة أو تنقل الملكية...» ثم قال: ويخرج عن هذا الضابط جميع التصرفات الأخرى التالية:

١ — التصرفات الفعلية مطلقاً.

٢ — 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 ولا فرق بين كونها باطلة أو فاسدة وهذا باتفاق الفقهاء الحنفية وغيرهم فلا تفرقه بين الفساد والبطان في الكفالة عند الحنفية.

(١٠) المدخل الفقهي العام / مصطفى الزرقاء ٢ / ٦٨٩ — ٦٩٦ والنظرية العامة للموجبات والعقود د / صبحي محمصاني ٢ / ٤١٨ — 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 - البطلان المطلق:

تعتبر الكفالة باطلة بطلاناً 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 بطلاناً مطلقاً كانت الكفالة وهي تابعة له باطلة مثله، وقد نصت المادة (٧٨٢) من القانون المدني المصري على أن: «يرأ 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 لانتجوز كفالته 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 _ البطلان 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 إرادته أو لسبب من أسباب القابلية للإبطال التي قررها القانون في أحوال خاصة كما لو كان الالتزام الأصلي ثمناً 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 بقي 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 المنشع 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 ملزماً 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 — 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 فمثلاً إذا وقع المدين المكفول في غلط عند تعاقدته 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 ما لم يجز الكفيل الكفالة فتصبح صحيحة بعد أن كانت قابلة للإبطال. وهذا إذا لم يكن الكفيل يعلم بنقص الأهلية وكفله بسبب نقص الأهلية فإنه لا يستطيع أن يتمسك بنقص الأهلية بل يكون مديناً أصلياً ملزماً بتنفيذ الالتزام ولا يكون كفيلاً^(١٣) وهذا هو ما نصت عليه المادة (٧٧٧) مدني مصري المشار إليها.

(١٣) عقد الكفالة د / منصور مصطفى منصور ص ٣١ وانظر التأمينات الشخصية والعينية جميل الشراوي ص ٤٢.

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 أو عدم 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 ما يأتي:

١ — 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 ولا منعقد ولا يقر 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 — 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 ما فيه أنه قابل للفسخ أي موقوف على إجازة من له الأمر في ذلك. وواضح من ذلك أنه لاتفاق بين البطلان وقابلية الإبطال بل هما متغايران فالباطل غير منعقد أصلاً. أما القابل للإبطال فهو منعقد إلا أنه موقوف، وعليه فإنه لا يجوز 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 ما يسمى بالبطلان النسبي فليس فيه معنى البطلان، لأن معنى البطلان هو العدم والعدم لا ينجز بالبطلان لا ينجز من ذلك نعلم أن مذهب 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 — 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 — وبالنسبة للتدليس فإنه يوصف كذلك بقابليته للفسخ عند المالكية والشافعية والحنابلة فللمدلس عليه حق الفسخ والإمضاء وهم 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 لا يجعل للعقد الحق في الفسخ بل له الرجوع على من دلس عليه بطلب التعويض كما جاء في حاشية ابن عابدين: «وقال أبو حنيفة — 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 — أما الإكراه فإن الفقهاء يختلفون في الحكم على العقد الذي شابه هذا العيب:

أ — 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 — ويرى الجمهور من الفقهاء أن العقد يكون باطلاً أو فاسداً لأن الرضا شرط الانعقاد وبانعدامه لا ينعقد العقد أصلاً، فلا يقبل الإجازة من المكروه 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 ص ٣٩٨ 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 وانتهائها 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.

المطلب الأول

في انقضاء الكفالة بوفاء الدين

١ — **المذهب الحنفي:** يرى الحنفية أن الكفالة تنقضي بأداء المال إلى الدائن سواء كان هذا الأداء من الكفيل أو من المدين، وتنقضي الكفالة كذلك في كل ما هو في معنى الأداء كالهبة والصدقة كما إذا وهب الدائن المال للمدين أو الكفيل أو تصدق به عليهما. جاء في بدائع الصنائع^(١٩): «أما الكفيل بالمال فإنما يخرج عن الكفالة بأحد أمرين أحدهما: أداء المال إلى الطالب أو ما هو 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 تملك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة».

٢ — **المالكية:** 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 موسراً 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 برى الأصل أي المدين بهبة الدين له أو موته ملياً ورب الدين وارثه أو نحو ذلك برى الضامن لأن طلبه فرع يفوت الدين على الأصل».

(١٩) بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٣٤٢٥.

(٢٠) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣٠٣.

٣ — الشافعية: 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 — الحنابلة: 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 جميعاً فإن قضاء المضمون عنه لم يرجع على أحد».

المقارنة: 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.

المطلب الثاني

انقضاء الكفالة بالإبراء

الحنفية: يرى الحنفية أن الإبراء من جانب الدائن ينهي عقد الكفالة سواء كان الإبراء للكفيل أو المدين غير أنه إذا أبرأ الدائن الكفيل لا يبرأ الأصيل وإن أبرأ الدائن الأصيل براء 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 لا يبرأ الأصيل وإن أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل لأن الدين على الأصيل لاعلى الكفيل. فأما إبراء الكفيل فابراؤه عن المطالبة لاعتن الدين إذ لادين عليه. الا أن إبراء الأصيل يرتد بالرد وكذا الهبة منه أو التصديق عليه، وإبراء الكفيل لا يرتد بالرد والهبة والتصديق 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 جعلاً 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 رجح فقال: ليس له أن يرجع على الحميل وقد برىء من الحماله.

الشافعية: يرى الشافعية أن الكفالة تنتهي بإبراء الدائن للمدين المكفول عنه لأن إبراء المدين إبراء للكفيل، أما إذا أبرأ الدائن الكفيل فإن الكفالة تنتهي ولكن لا يبرأ 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 الأصل أو قبله فوجهان، أصحهما براءة الكفيل بذلك».

الحنابلة: 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 استيفائه».

(٢٧) تكملة المجموع للمطيعي ١٤/ ٢٧.

(٢٨) نهاية المحتاج للرملي ٤/ ٤٥٠.

(٢٩) المغني لابن قدامة ٤/ ٦٠٥.

المقارنة: من ذلك نرى اتفاق الفقهاء على أن الكفالة تنقضي بالإبراء. غير أن إبراء الطالب للأصيل لإبراء للكفيل لأنه تبع له وفرع له فيأخذ حكمه أما إذا أبرأ الكفيل فإنه يبرأ وحده دون الأصيل لأن الأصيل لا يأخذ حكم الفرع.

المطلب الثالث

انقضاء الكفالة بالصلح:

المذهب الحنفي: 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 الأصل فيبرأ عن خمسمائة لأنه إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئاً جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الأصل 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 ولا يجب المال على الكفيل».

المذهب المالكي: يرى المالكية جواز مصالحة الكفيل للدائن وأن ما يدفعه الكفيل في مقابل الصلح يرجع به على المدين ويطلبه 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 وما لا 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».

المقارنة: 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 للشرييني الخطيب ١ / ٢٩٠.

(٣٥) المغني لابن قدامة ٤ / ٦٠٩.

المطلب الرابع

انقضاء الكفالة بالحوالة:

المذهب الحنفي: 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 لا يخرج 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 — 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 وحينئذ 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... برىء 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 تقبضه 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: لا شيء له ويذهب الألف».

المقارنة: من ذلك نستخلص ما يأتي:

١ — يرى جمهور الفقهاء أن إحالة الكفيل للدائن بالحق على شخص آخر أو إحالة المدين للدائن بالحق على آخر أن ذلك ينهي عقد الكفالة ويبرئ الكفيل من الكفالة لأن الحوالة كالقبض.

٢ — ويرى زفر من الحنفية أن الكفالة لا تنتهي 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.

المطلب الخامس

انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول به أو إبطاله:

الحنفية: يرى الحنفية أن الكفالة تنتهي إذا انفسخ الدين المكفول به، وأسقط وبرئت بسبب ذلك ذمة الأصيل، فإن ذمة الكفيل تبعاً لذلك، وتنقضي الكفالة وذلك كما لو كفل بثمان 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».

المالكية: 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 حينئذ شيء».

وجاء فيه كذلك «أوفسدت الحمالة نفسها شرعاً بأن اختل منها شرط أو حصل مانع فبطل. بمعنى أنه لا يترتب عليها حكمها من غرم أو غيره».

الشافعية: يرى الشافعية أن الكفالة تنقضي إذا بطلت بسبب الشروط الفاسدة مثل شرط الخيار أو جهالة المال، جاء في تكملة المجموع^(٤٤) «لا يجوز 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.

الحنابلة: يرى الحنابلة أن عقد الكفالة ينتهي إذا انفسخ الدين المكفول به أو بطلت الكفالة وبذلك يبرأ الكفيل من الكفالة.

جاء في كشف 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 برئ الأصيل زالت الوثيقة».

وجاء في المغني:^(٤٦) «ولا يدخل الضمان والكفالة خيار... فإن شرط الخيار فيهما فقال القاضي: إن الكفالة تبطل لأنه شرط ماينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط أن لا يؤدي ما على المكفول به».

وبراءة الضامن تعني انتهاء الكفالة.

المقارنة: 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 الأصيل زالت الوثيقة.

(٤٥) كشف القناع للبهوتي ٣ / ٦١٣.

(٤٦) المغني لابن قدامة ٤ / ٦١٣.

المطلب السادس

في انقضاء الكفالة بهلاك المال المعين أو العين المكفولة:

وذلك كما لو هلك المبيع فينقضي التزام الأصيل بتسليم المبيع وينقضي تبعاً لذلك التزام الكفيل.

الحنفية: 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».

الشافعية: يرى الشافعية أن هلاك العين المكفول بها ينهي الكفالة ولا يطالب 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 لإيطالب برأس المال وقيل يجب عليه المال لأن الكفالة وثيقة فيستوفى منها

(٤٧) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخ زاده ٢ / ١٢٧.

(٤٨) بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٤١٦.

(٤٩) الخرشي على مختصر خليل ٦ / ٢٤.

(٥٠) شرح البهجة لتركيا الأنصاري ٣ / ١٥٩.

المال إذا تعذر تحصيله ممن هو عليه».

الحنابلة: يرى الحنابلة أنه إذا خصص الكفيل مالاً معيناً لضمان الدين المكفول وتلف هذا المال فإن الكفالة تنتهي أما إذا أتلّفه مُتلف فإن الكفالة لا تنتقضي ويتعلق الضمان ببده. جاء في كشف القناع: (٥١) « لو قال الحر: ضمنت لك هذا الدين على أن تأخذ ماضمته من مالي هذا صح ذلك ويكون متعلقاً بهذا المال الذي عينه كتعلق إرش الجناية بقرعة الجاني، فعلى هذا إذا تلف المال سقط الضمان. وإن أتلّفه متلف فتلف تعلق الضمان ببده».

المقارنة:

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 لا ينتقضي ويجب على المتلف بده.

(٥١) كشف القناع للبهوتي ٣/ ٣٦٦.

المطلب السابع

انقضاء الكفالة باتحاد الذمة

الحنفية: يرى الحنفية أن الكفالة تنتهي إذا مات الدائن وورثه المدين لأن الإرث من أسباب الملكية و بانتقال 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 لا يمكن 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 ولا يبرأ 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 دائناً لنفسه كذلك وهذا هو ما ذكره المالكية.

ولم أعر في المذاهب الفقهية الأخرى على شيء في ذلك والظاهر أن القول بأن اتحاد الذمة في تلك الحالات لا يمنعه الفقهاء غير الحنفية والمالكية.

(٥٢) بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٤٣١.

المطلب الثامن

انقضاء الكفالة بالمقاصة

الحنفية: يرى الحنفية أن الكفالة تنقضي ولا يترتب 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 ألا يكون للأصيل على الكفيل دين مثله فأما إذا كان فلا يرجع لأنه إذا أدى الدين التقى الدينان قصاصاً إذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الأصيل لثبت للأصيل أن يرجع عليه أيضاً فلا يفيد فيسقطان جميعاً».

المالكية: يرى المالكية أن الكفالة تنقضي فيها إذا مات المدين وهو موسر والدائن يرثه فيلتقي الدينان لأن الكفيل إذا أدى رجوع على تركه المدين وقد أصبحت في يد الدائن فتنقضي الكفالة مقاصة بين الدائن والمدين. جاء في الخرشى (٥٤): «أو كون المدين مات ملياً والطالب وارثه برئ الحميل لأنه إذا غرم الضامن شيئاً رجوع به في تركة الميت المدين والتركة في يد الطالب فصارت مقاصة».

المقارنة: 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 لا يرجع على المدين لأن الدينين يتقاصان أو كان للكفيل على

(٥٣) بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٣٤٣١.

(٥٤) الخرشى 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 لا يمنع 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.

المطلب الأول

في انقضاء كفالة النفس بالتسليم:

تنقضي كفالة النفس بأداء المكفول بنفسه ما في ذمته من مال إلى الدائن وهذا باتفاق الفقهاء، وتنقضي كذلك بإبراء المكفول له للكفيل كما سبق بيانه وكما تنتهي كفالة النفس بالأسباب السابقة تنتهي بالتسليم، ويموت 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 أطلق أما إذا قيد التسليم بمكان معين فيختلف الأمر فيما إذا سلمه بغير المكان المعين، فيرى أبو حنيفة انتهاء الكفالة ويرى صاحبا أنه لا يخرج 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 بدلالة 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 تبين الحقائق: «ولو سلمه إليه رجل أجنبي بغير أمره وقال عند الدفع سلمته إليك عن الكفيل فإن قبله الطالب برئ الكفيل وإن سكت الطالب ولم يقبل قبلت لم يبرأ الكفيل».

وإن شرط التسليم في مكان معين لم يبرأ بتسليمه بغيره عند أبي يوسف ومحمد ويبرأ عند أبي حنيفة، وجاء في تبين 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 لا يبرأ 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 حادثه 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) تبين الحقائق للزليعي ١٤٩/٤، ١٥٠.

(٥٧) نفس المرجع ١٤٩/٤.

(٥٨) بدائع الصنائع للكاساني ٣٤٢٩/٧.

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 يخضره حبسه، فإن قال إن لم أوف به غداً فهو ضامن لما عليه فلم يوف به ضمن المال».

المالكية: 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، ويرأ الكفيل بتسليمه المكفول ولو بغير مجلس الحكم إن لم يشترط المكفول له ذلك جاء في الشرح الصغير: (٦٠) «وبزى 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».

الشافعية: 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): «ویرأ الكفیل بتسليمه أو تسليم وكيله في مكان التسليم المتعين وإن لم يطالبه به بلا حائل بينه وبين المكفول له لإتيانه بما لزمه، ویرأ 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 برئء وإلا فلا إن لم يقبل».

ویرأ بتسليم المكفول به في المكان المعين وإن أطلق فيراً بتسليمه في مكان العقد جاء في شرح البهجة^(٦٣): «ویرأ كافل سلم حيث الشرط إذ لاحائل أو أطلقا فموضع التكفيل».

وإن لم يسلم المكفول بأن كان غائباً لا يعرف مكانه فلا شيء على الكفيل وفي قول عندهم أنه إذا لم يسلمه فإن المال يجب عليه. وعلى الرأي الأول لا يجب 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 ولا التزام المال لأنه صير الضمان معلقاً».

(٦٢) نهاية المحتاج للرملي ٤ / ٤٤٩.

(٦٣) شرح البهجة لتركيا الأنصاري ٣ / ١٥٨.

(٦٤) شرح البهجة لتركيا الأنصاري ٣ / ١٥٩.

الحنابلة: ويرى الحنابلة أن الكفالة تنتهي وبيراً 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 يردّه».

وجاء في المغني: (٦٦). «وإن لم تكن يد حائلة ظالمة لزمه قبوله... فإن امتنع من تسليمه برىء لأنه أحضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه.. وقال بعض أصحابنا: إذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين وبرىء... وقال القاضي: يرفعه إلى الحاكم فيسلمه إليه فإن لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله، والأول أصح فإن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى نائبه كحاكم أو غيره».

وإذا لم يسلم الكفيل المكفول بسبب غيبته فإن الكفيل يغرّم 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 لمجلس 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 ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه أن يستلمه على وجه لا يضرر 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 لا يلزمه 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 إلى 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 لا بد أن يكون تسليم المكفول بنفسه لنفسه للمكفول له بأمر الكفيل وإلا لم يبرأ الكفيل من الكفالة^(٧٢).

ويرى الحنفية^(٧٣) والشافعية^(٧٤) أنه لا بد 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 عندي 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 ما يمنع من ذلك.

وإذا سلم شخص أجنبي المكفول بنفسه إلى المكفول له وكان الكفيل قد أمره بذلك فإن التسليم صحيح ويلزم المكفول له قبول ما لم يكن مانع لأن الأجنبي في هذه الحال وكيل عن الكفيل.

وإذا كان التسليم دون أمر الكفيل فقد اختلف الفقهاء في ذلك:

١ — يرى المالكية أن الكفيل لا يبرأ بهذا التسليم سواء قبل المكفول له ذلك أم لم يقبل^(٧٥) كما جاء ذلك في حاشية الدسوقي: «أوسلمه أجنبي بغير أمره لم يبرأ».

(٧١) كشف القناع لمنصور البهوتي ٣ / ٣٧٨.

(٧٢) حاشية الدسوقي ٣ / ٣٤٥.

(٧٣) تبين الحقائق للزيلعي ٤ / ١٥٠.

(٧٤) إعانة الطالبين لأبي بكر البكري ٣ / ٧٨.

(٧٥) حاشية الدسوقي ٣ / ٣٤٥.

٢ — ويرى الحنفية والشافعية أنه إذا قبل المكفول له التسليم من الأجنبي فإن الكفيل يبرأ وتنتهي الكفالة وإذا لم يقبل فلا يبرأ بذلك^(٧٦).

الراجح: أرى أن الراجح هو قول الحنفية والشافعية وهو أن المعول عليه وهو قبول المكفول له لأنه صاحب الحق فإن قبل صح والإ فلا

وإذا شرط المكفول له تسليم المكفول بنفسه في مكان معين فهل يبرأ الكفيل بتسليمه في غيره. اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:—

١ — أن الكفيل لا يبرأ إلا بإحضاره في المكان المعين وهو قول الشافعية وجمهور الحنابلة وصاحبي أبي حنيفة وذلك أنه قد سلمه في غير ما اتفق على تسليمه فيه فيكون مخالفا للشرط^(٧٧).

٢ — ويرى أبو حنيفة أنه إذا سلمه في مكان من البلد فإن الكفيل يبرأ من الكفالة وبذلك يقول القاضي من الحنابلة لأن المقصود من الكفالة بتسليمه هو المحاكمة لدى الحاكم وهذا يحصل بأى مكان من البلد^(٧٨) لأنه يستطيع إحضاره إلى القاضي.

٣ — ويرى المالكية وبعض الحنابلة أنه يبرأ الكفيل إذا سلمه في أي مكان فيه حاكم لأنه بذلك لا يستطيع المكفول بنفسه أن يمتنع من الحضور في مجلس القاضي.

٤ — ويرى بعض الشافعية وبعض الحنابلة أنه يتعين إحضار المكفول بنفسه في المكان المعين إذا كان في إحضاره في غيره ضرر وإذا لم يكن في

(٧٦) تبين الحقائق للزيلعي ٤ / ١٥٠ ونهاية المحتاج للرملي ٤ / ٤٣٦

(٧٧) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ١ / ٢٩١ والمغني لابن قدامة ٤ / ٦١٨، وشرح فتح القدير لابن الهمام ٥ / ٣٩٤.

(٧٨) بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٤٢٨، والمغني لابن قدامة ٤ / ٦١٨.

ذلك ضرر فيبراً بإحضاره بأي مكان. فالمعول عليه ضرر المكفول له أو عدم ضرره.

الراجح: أرى أن القصد من اشتراطات الفقهاء إنما هي لمصلحة المكفول له وحماية له بإيصال حقه إليه بدون ضرر، وقول بعض الشافعية وبعض الحنابلة وهو الأخير يحقق ذلك لأنه وضع قاعدة في الموضوع وهو أن العبرة هو ضرر المكفول له فإن كان يصيب المكفول له ضرر من ضياع حق أو شهادة أو بينه وغيرها فلا بد من التعيين في المكان المعين، وإن لم يكن عليه في ذلك ضرر فيقبل تسلمه في أي مكان وهذا هو الأولى.

أما إذا أطلق المكفول له ولم يشترط التسليم في مكان معين فقد اختلف الفقهاء فيما يعتبر تسليمًا ومبرئًا لذمة الكفيل على النحو التالي:

- ١ — يرى الشافعية والحنابلة^(٨١) أنه في حالة الإطلاق يتعين مكان العقد ولا يبرأ الكفيل بتسليمه في غيره.
- ٢ — ويرى أصحابا أبي حنيفة^(٨٢) أنه في حالة الإطلاق يتعين بلد العقد فيبرأ الكفيل بتسليمه في أي مكان في البلد ذلك أن المقصود من تسليمه القدرة على مخصصته وهذا لا يكون إلا في البلد الذي تم فيه العقد.
- ٣ — ويرى أبو حنيفة^(٨٣) والمالكية أن الكفيل يبرأ بتسليمه في أي مكان يقدر فيه المكفول له على مخصصته ذلك أن الهدف هو الوصول الى الحق ومادام ذلك ممكنًا فلا مانع منه لحصول الفائدة.

(٨١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ١/ ٢٩١ ومطالب أولى النهي للسيوطي ٣/ ٣١٩.

(٨٢) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٢٨٩.

(٨٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/ ١٢٧ لداما فندي وحاشية الدسوقي ٣/ ٣٤٥.

الراجح: حيث إن القصد من تلك الاشتراطات مصلحة المكفول له وإيصال الحق له فأرى أن ما يحقق ذلك دون ضرر هو المطلوب وبناء عليه فيكون الراجح هو القول إن الكفيل يبرأ بتسليمه في أي مكان يقدر المكفول له على الحصول على حقه دون ضرر وهو القول الذي أخذ به أبو حنيفة والمالكية.

وإذا كان المكفول بنفسه محبوساً فينظر إن كان محبوساً عند الحاكم في البلد ومحبوساً بحق، ويمكن استيفاء الحق منه فإن الكفيل يبرأ بتسليمه له في السجن لأن القصد من الكفالة وهو إيصال الحق إلى صاحبه يتحقق بذلك، فإن كان لا يمكن الاستيفاء منه ككونه عند غير الحاكم يمكن استيفاء حقه منه فلا يبرأ الكفيل بتسليمه للمكفول له في السجن^(٨٤).

(٨٤) المغني لابن قدامة ٤ / ٦١٨.

المطلب الثاني

انقضاء كفالة النفس بموت المكفول:

الحنفية: يرى الحنفية أن الكفالة بالنفس تنقضي بموت المكفول به، وموت الكفيل كذلك ولا تنقضي بموت الطالب. ذلك أن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل. وموت الكفيل يفوت التسليم منه حيث لا يقدر على إحضار المكفول به، وهذا بخلاف كفالة المال فإنها لا تنقضي بموت الكفيل بل يحل الدين في ماله. جاء في تبيين الحقائق: ^(٨٥) «وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب ولا تبطل بموت المكفول له لأن المطلوب بموته برىء هو بنفسه وبراءته توجب براءة الكفيل لأنه تبع... وبعد موت الكفيل لا يتحقق التسليم منه وورثته لا يقومون مقامه لأنهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه، وماله لا يصلح لإيفاء هذا الحق وهو إحضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال إذا مات لأن ماله صالح له وحكمه بعد موته ممكن، فيوفى من ماله ثم يرجع الورثة على المكفول به إن كانت الكفالة بأمره وجاء في البدائع ^(٨٦) كذلك «والثالث موت المكفول بنفسه لأن الكفالة بمضمون على الأصيل، وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل».

المالكية: يرى المالكية أن الضمان ينتهي بموت المضمون به ولا ينقضي بموت الضامن بل يكون للطالب أن يأخذ حقه من تركة الضامن لحلول الدين عليه بالموت ثم يرجع ورثة الضامن على المدين بما أعطوا للطالب. جاء في مواهب الجليل ^(٨٧). «إن الحمالة تسقط بموت الديان مطلقاً سواء مات في بلده أو في غير بلده من غير تفصيل».

(٨٥) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٤٩.

(٨٦) بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٣٤٢٩.

(٨٧) مواهب الجليل للخطاب ٥/ ١١٥.

وجاء في أسهل المدارك: ^(٨٨) «ويجوز بالوجه ويرا بتسليمه متمكناً فيه ويلزمه المال إلا أن يموت المكفول».

وجاء في الخرشبي ^(٨٩) كذلك «وعجل بموت الضامن ورجع وارثه بعد أجله» أي إن.. الضمان لاينقضي بموت الضامن بل يحل عليه الدين في تركته.

الشافعية: يرى جمهور الشافعية أن الكفالة بالنفس تنقضي بموت المكفول به ويذهب بعضهم إلى أنها لا تنقضي وإنما يلزم الكفيل أن يدفع ماوجب على المكفول به. وإذا مات الضامن فإن الكفالة تنقضي ذلك أن الشافعية يرون أنه لاغرم على الكفيل في كفالة النفس.

جاء في تكملة المجموع: ^(٩٠) «وإن تكفل بيدن رجل فمات المكفول به برىء الكفيل، وقال: أبو العباس يلزمه ما على المكفول به من الدين، لأنه وثيقة فإذا مات من عليه الدين وجب أن يستوفي الدين كالرهن والمذهب الأول لأنه لم يضمن الدين فلا يلزمه».

وجاء في إعانة الطالبين ^(٩١) «ولا يطالب كفيل بمال وإن فات التسليم بموت أو غيره».

الحنابلة: يرى الحنابلة أن الكفالة بالنفس تنتهي بموت المكفول به، وتنتهي كذلك فيما إذا تلفت العين الأمانة التي تكفل بيدن من هي عنده بغير فعل آدمي.

(٨٨) أسهل المدارك لأبي بكر الكشناوي ٣ / ٢١.

(٨٩) الخرشبي على مختصر خليل ٦ / ٢٧.

(٩٠) تكملة المجموع للمطيعي ١٤ / ٥٤.

(٩١) إعانة الطالبين لأبي بكر البكري ٣ / ٧٩.

(٩٢) المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٤ / ٢٦٦.

أما إذا مات الكفيل فإن الكفالة لاتنقضي ويؤخذ المطلوب من تركته حالاً وإن كان مؤجلاً إلا إذا وثق الورثة برهن أو كفيل.

جاء في المبدع في شرح المقنع: (٩٣) «إذا مات المكفول به فإنه يبرأ الكفيل وتسقط الكفالة لأن الحضور سقط عنه فبرئ كفيله كما لو أبرى من الدين . وظاهره بقاؤها بموت الكفيل، فيؤخذ من تركته ما كفل به، فإن كان ديناً مؤجلاً فوثق ورثته وإلا حل».

وجاء في مطالب أولى النهى: (٩٣) «أو تلفت العين الأمانة التي تكفل بيدن من هي عنده بفعل الله تعالى».

المقارنة بانقضاء الكفالة بالنفس بموت المكفول فيما بين الفقهاء: وهذا يتناول القول بانقضاء الكفالة بموت الكفيل وبموت المكفول.

أولاً: موت الكفيل:

يختلف الفقهاء في القول بانقضاء الكفالة بموت الكفيل على قولين هما:

١ — يرى الحنفية والشافعية: أن الكفالة تنقضي بموت الكفيل ويبرأ الكفيل من الكفالة لأن الكفيل بموته أصبح غير قادر على تسليم المكفول بنفسه (٩٤).

٢ — ويرى المالكية والحنابلة أن الكفالة لاتنقضي بموت الكفيل، ولا يبرأ الكفيل من الكفالة وإذا تعذر على الكفيل إحضاره بموته لزم الكفيل

(٩٣) مطالب أولى النهى لمصطفى السيوطي ٣/ ٣١٩.

(٩٤) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/ ١٢٦ لمؤلفه داما فندي ونهاية المحتاج للرملي

٤/ ٤٣٩.

دفع ماعليه من تركته^(٩٥).

الراجح عندي: أرى أن الراجح هو القول بأن الكفيل يبرأ بموته مالم يفرط أو يتساهل، فإن فرط أو تساهل في حياته فإنها تلزم في تركته حماية لحق الدائن. ذلك أن الكفيل إنما التزم إحضار المكفول بنفسه، ولعل في ذلك جمعاً بين أقوال الفقهاء. وخلاف الفقهاء في البراءة وعدمها مبني على الخلاف في تغريم الكفيل أو عدمه. فمن يرى أن الكفيل ملزم بالإحضار فقط ولاغرم عليه قال ببرائته بالموت ومن يرى أن الكفيل ملزم بالإحضار فإن عجز لزمه الغرم قال بأن الكفيل لا يبرأ بموته.

ثانياً: موت المكفول بنفسه «الأصيل»:

- ١ — يتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وبعض الشافعية على أن الكفالة تنقضي بموت المكفول بنفسه. لأن الكفيل إنما التزم إحضاره وبموته يستحيل إحضاره وبذلك يبرأ الكفيل من الكفالة.
- ٢ — وذهب الحكم والليث وهو المحكي عن ابن شريح إلى أن الكفيل لا يبرأ من الكفالة بموت المكفول بنفسه ويجب أن يغرم ماعليه لأن الكفيل وثيقة بحق فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن. ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ماعليه كما لو غاب^(٩٦) وبذلك يقول بعض الشافعية.
- ٣ — ويرى بعض المالكية أنه إذا كان قد حكم على الكفيل بأداء المال

(٩٥) قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ص ٣٥٤ وكشاف القناع للبهوتي ٣ / ٣٧٩.

(٩٦) المغني لابن قدامة ٤ / ٦٢٢.

والواجب على المكفول بنفسه قبل موته فإن الكفيل لا يبرأ ويلزمه ما عليه.
وان كان المكفول بنفسه قد مات قبل الحكم على الكفيل بالأداء، فإنه
يبرأ الكفيل بموت المكفول بنفسه وتنقضي الكفالة به^(٩٧).

الراجح: أرى أن الراجح هو القول بأن الكفيل يبرأ بموت المكفول بنفسه،
وتنقضي الكفالة لأن الكفيل إنما التزم إحضار المكفول بنفسه، ويتعذر ذلك
بسبب موته ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل فبرئ الفرع كالضامن إذا
قضى المضمون عنه الدين أو أبرئ منه. ويختلف عن الغائب لأن الحضور
لا يسقط عن الغائب. ويفارق الرهن بأن الرهن علق به المال فاستوفى منه
بخلاف^(٩٨) الكفالة بالنفس لأن المقصود بها الإحضار وقد تعذر ذلك بموته.

أما موت المكفول له فلا ينهي الكفالة ولا يبرأ به الكفيل لأن الحق ينتقل إلى
الورثة.

ويتفق الفقهاء كذلك على انقضاء الكفالة بتلف العين الأمانة المكفول بها
ويبرأ الكفيل بشرط أن يكون التلف بفعل لاصلة للآدمي فيه فإن كان للآدمي فيه
صلة تنقضي الكفالة ويجب على المتلف بدله.

كذلك يشترط أن يكون تلفها قبل أمر الطالب لكي يبرأ الكفيل فإن كان
بعد طلبه فلا يبرأ لأن تلفها بعد ذلك يعتبر تقصيراً وعليه مثل المثلي وقيمة
المتقوم.^(٩٩)

(٩٧) مواهب الجليل للحطاب ٥ / ٦٢٢.

(٩٨) المغني لابن قدامة ٤ / ٦٢٢.

(٩٩) كشاف القناع للبهوتي ٣ / ٣٧٩.

الفصل الثالث

انقضاء الكفالة في القانون الوضعي

وفيه مباحث :

المبحث الأول : انقضاء الكفالة بطريق التبعية.

المبحث الثاني : انقضاء الكفالة بطريق أصلي.

وتقسيم هذا الفصل ناتج عن أن الكفالة للالتزام الأصلي فإذا انقضى الالتزام الأصلي بأي سبب من أسباب انقضاء الدين فقد انقضت الكفالة لأن التابع لا يبقى بغير الأصل. وقد تنقضي الكفالة نفسها بطريق الأصاله كما إذا انقضت هي ذاتها بأي سبب من أسباب الانقضاء دون أن ينقضي الالتزام الأصلي.

المبحث الأول

في انقضاء الكفالة بطريق التبعية

تنقضي الكفالة إذا انقضى الالتزام الأصلي المكفول بأي سبب من أسباب انقضاء الدين. وانقضاء الدين المكفول يكون بأسباب هي: الوفاء، والوفاء بمقابل والمصالحة والتجديد، والمقاصة، واتحاد الذمة، والإبراء، واستحالة التنفيذ والتقادم والحوالة، وقد يفسخ الدين المكفول أو يتمسك بإبطاله فتزول الكفالة تبعاً لذلك وسنذكر تلك الأسباب في مطالب بعدها فنقول:

المطلب الأول

انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالوفاء:

تنقضي الكفالة إذا استوفى الدائن حقه من المدين أو من غيره، وبهذا الوفاء تنقضي الكفالة كلياً أو جزئياً بحسب الوفاء. ويشترط أن يكون الوفاء مستوفياً لشروطه، فلا يكون بما لا يملكه الموفي أو من شخص غير أهل للقيام به وفقاً للمادة ٣٢٥ مدني مصري^(١٠٠).

(١٠٠) التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري جميل الشرفاوي ص ٧١ وعقد الكفالة د/منصور مصطفى منصور ص ١٨.

المطلب الثاني

في انقضاء الكفالة بالوفاء بمقابل:

إذا أدى المدين للدائن شيئاً آخر بمقابل حقه برئت ذمة الكفيل إذا قبل ذلك الدائن، ويحق للكفيل أن يتمسك به كوجه لدفع مطالبة الدائن له بالدين.

جاء ذلك بنص المادة ٧٨٣ مدني مصري «إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء».

وقد جاء ذلك في التقنين المدني العراقي في المادة ١٠٢٩ وفي القانون المدني السوري في المادة ٧٤٩ وهي مطابقة لما ورد في القانون المدني المصري إلا أن القانون العراقي يضيف استثناءً في آخر المادة، وهو أنه إذا كان الدائن قد احتفظ بالحق في الرجوع على الكفيل في هذه الحالة فإنه يرجع على الكفيل إذا ثبت أن ما استوفاه كان مستحقاً لأحد وذلك خلافاً للقوانين الأخرى.

فإذا استحق الشيء الذي أعطاه المدين للدائن في مقابل حقه كان له أن يرجع إلى المدين بضمان الاستحقاق، فالدين المنقضي لا يعود ولا يعود كذلك التزام الكفيل إذا تبين أن المقابل مملوك للغير وإنما يقتصر حق الدائن على الرجوع بالضمان^(١١).

(١١) التأمينات الشخصية والعينية /جميل الشقراوي ص ٧٢.

المطلب الثالث

في انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالتجديد والإنابة:

تنقضي الكفالة إذا انقضى الدين المكفول بالتجديد وذلك إن وجدد المدين الأصلي بمدين آخر، أو يتغير الدائن، أو يتغير الدين في محله أو مصدره وبذلك ينقضي الدين المكفول، وينقضي تبعاً لانقضائه الكفالة ويحل محل الدين المكفول دين جديد لانقل إليه التأمينات التي كانت تكفل الدين المكفول إلا إذا نص القانون على ذلك، أو تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك. جاء ذلك بنص المادة ٣٥٦ مدني مصري:

« ١ — يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد.

٢ — ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك». (١٢٩)

أما الإنابة التي تؤدي إلى انقضاء الكفالة وبراءة ذمة الكفيل فهي الإنابة الكاملة التي يترتب عليها انقضاء التزام المدين الأصلي أما الإنابة القاصرة التي يظل معها المدين الأصلي ملتزماً قبل الدائن فلا أثر لها على الكفالة ولا وجه لتمسك الكفيل بها في مواجهة الدائن. جاء ذكر ذلك في المادة ٣٦٠ مدني مصري (١٣٠).

(١٠٢) الوسيط في شرح القانون المدني د / عبد الرزاق السنهوري ١٠ / ٢١٩.

(١٠٣) التأمينات الشخصية والعينية / جميل الشراوي ص ٧٢.

المطلب الرابع

في انقضاء الدين المكفول بالمقاصة:

تنقضي الكفالة بالمقاصة بين الدين المكفول وبين دين للمدين في ذمة الدائن فينقضي الدين المكفول كله أو بعضه إذا توافرت شروط المقاصة، وينقضي التزام الكفيل بالتبعية بقدر ما انقضى من الالتزام المكفول. نصت على ذلك المادة ١٢٩٤ مدني فرنسي بقولها: «يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للمدين الأصلي» والقاعدة في القانون أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، وذلك على ماورد في المادة (٣٦٥) مدني مصري. ولكن للكفيل أن يتمسك بها ولو لم يتمسك بها المدين بل حتى ولو نزل عن حقه في التمسك بها^(١٤).

(١٤) عقد الكفالة د / منصور مصطفى منصور ص ٧١.

المطلب الخامس

في انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة:

تنقضي الكفالة بانقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة وذلك بأن يرث المدين الدائن، وعند ذلك يصبح هو الدائن لنفسه وتكون الذمة واحدة وينقضي الدين المكفول وتنقضي الكفالة التي كانت تضمن الدين تبعاً لذلك، وبرئت ذمة الكفيل به.

وقد جاء ذلك في المادة ١٠٩٣ من قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث نصت على: «أن اجتماع صفتي الدائن والمدين لأصلي في شخص واحد يبرئ ذمة الكفيل».

وإذا زال اتحاد الذمة بأثر رجعي اعتبر كأن لم يكن وعادت الكفالة إلى الوجود لأنها لم تكن قد انقضت حقيقة وقد نصت المادة ٣٧٠ / ٢ مدني مصري في هذا المعنى على: «وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الدين^(١٠٥) إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن».

(١٠٥) الوسيط في شرح القانون المدني د / عبد الرزاق السنهوري ١: ٢٢٥.

المطلب السادس

في انقضاء الدين المكفول بالإبراء:

تنقضي الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالإبراء وذلك بأن يبرئ الدائن المدين من الدين، فإذا أبرأه انقضت الكفالة تبعاً لانقضاء الدين نصت على ذلك المادة ١٠٩١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

والإبراء يتم بإرادة الدائن وحده ويرتد برد المدين. جاء ذكر ذلك في المادة ٣٧١ مدني مصري. فإذا رد المدين بالإبراء بعد علمه فيه فإن للكفيل أن يطعن في هذا الرد بالدعوى البوليصية^(١٦) لأن هذا الرد زاد في التزامات المدين إذ عاد الدين بالرد بعد انقضائه إلى ذمة المدين فلا يسرى هذا الرد في حق الكفيل وتبرأ ذمته من الكفالة.^(١٧)

(١٦) تسمى الدعوى البوليصية بذلك نسبة إلى البريتور الروماني الذي كان يسمى بولص وهو أول من أدخلها. وقد كانت الدعوى البوليصية تستعمل في القانون الروماني عند تصفية أموال المدين المفلس تصفية جماعية ولذلك كان يستعملها المصفي أو وكيل الدائنين. والدعوى البوليصية تهدف إلى حماية الدائن من خطر المدين وتصرفاته التي يجربها إضراراً به كأن يقوم فعلاً ببيع أمواله بثمن بخس ثم يهرب ما قبض من ثمن ذلك فراراً من التنفيذ على المال. والوسيلة التي حمى بها القانون الدائن العادي في هذه الحالة تنحصر في تحويله حق تقرير عدم نفاذ التصرف الضار في مواجهته وذلك عن طريق الدعوى المسماة البوليصية / النظرية العامة للالتزامات د / عبد المنعم البدر اوي ص ١٤٦. دار النهضة العربية — بيروت ١٩٦٨.

(١٧) الوسيط في شرح القانون المدني د / السنهوري ١٠ / ٢٢٧.

المطلب السابع

في انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالصلح:

تنقضي الكفالة فيما إذا تصالح الدائن مع المدين، وتضمن الصلح نزولاً من الدائن عن جزء من الدين. فإن للكفيل أن يتمسك بهذا الصلح، ولا يكون مسؤولاً إلا عن الباقي من الدين وتنقضي الكفالة عما نزل عنه الدائن بالصلح وتكون مسؤولية الكفيل في ذلك مثل مسؤولية المدين^(١٠٨).

(١٠٨) الوسيط في شرح القانون المدني د / السنهوري ١٠ / ٢٣.

المطلب الثامن

في انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالتقادم:

تنقضي الكفالة إذا انقضى الدين المكفول بالتقادم وذلك بأن ينقضي التزام المدين بالتقادم المسقط وتبعاً لذلك ينقضي التزام الكفيل ولو لم تنقض المدة اللازمة لسقوطه على وجه الاستقلال. كما لو كان أجل الوفاء بالنسبة للكفيل لاحقاً لأجل التزام المدين. وللكفيل أن يتمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به المدين حتى لو نزل عن حقه في التمسك لأنه صاحب مصلحة.

والحكم بانقضاء الكفالة بالتقادم لا يتم إلا بناء على طلب من له مصلحة.

جاء ذلك في المادة ٣٨١ / ١ مدني مصري «لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين، أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين»^(١٠٩). ومدة التقادم المسقط في الدعوى المدنية هي ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بالضرر أو مضى خمس عشرة سنة من يوم وقوع الضرر وذلك بأقصر المديتين نصت على ذلك المادة ١٧٢ مدني مصري.

(١٠٩) عقد الكفالة د/ منصور مصطفى منصور ص ٧٢ والتأمينات الشخصية والعينية جميل الشرقاوي ص ٧٤.

المطلب التاسع

في انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول باستحالة التنفيذ:

تنقضي الكفالة بانقضاء الدين المكفول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي إذا كان للدين كفيل، ثم استحال تنفيذ الدين بسبب أجنبي فانقضى وبرئت ذمة المدين منه فإن ذمة الكفيل تبرأ تبعاً لبراءة ذمة المدين.

وإذا هلك الشيء بفعل الكفيل فإن ذمة المدين تبرأ من الدين إذ يعتبر فعل الكفيل سبباً أجنبياً بالنسبة إلى المدين، وتبرأ ذمة الكفيل باعتباره كفيلاً تبعاً لبراءة ذمة المدين ولكن الكفيل يبقى مسئولاً عن خطئه كمدين أصلي نحو الدائن.^(١١٠)

(١١٠) الوسيط في شرح القانون المدني د/ السنهوري ١٠ / ٢٣٠.

المطلب العاشر

في انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول أو ابطاله:

يزول الدين المكفول بفسخ العقد الذي أنشأه فيصبح الدين كأن لم يكن، وبناء عليه تكون الكفالة كأن لم تكن تبعاً للدين. ومثال ذلك: أن يضمن كفيل التزام المشتري بدفع الثمن ثم يفسخ البيع فيزول بأثر رجعي، ويعتبر دين الثمن كأن لم يكن وتبعاً لذلك يزول التزام الكفيل.

وإذا كان العقد الذي أنشأ الدين المكفول قابلاً للإبطال أو أبطل بأثر رجعي زال الدين المكفول وزالت بزواله الكفالة بأثر رجعي كذلك. (١١١)

(١١١) نفس المرجع ١٠ / ٢٣٣.

المطلب الحادي عشر

في انقضاء الكفالة بالحوالة:

تنقضي الكفالة بإحالة الدائن على شخص آخر بشرط قبول الدائن بذلك، فإذا حول الدائن حقه إلى غيره انتقل الحق إلى المحال له بضماناته، ومنها الكفالة وفي حوالة الدين يتغير شخص المدين والكفيل وقد نصت المادة ٣١٨ مدني مصري على أنه:

- ١ — تبقى للدائن المحال ضماناته.
- ٢ — ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصياً ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضي بالحوالة^(١١٢).

(١١٢) عقد الكفالة د/منصور مصطفى منصور ص٦٧.

المبحث الثاني في أسباب انقضاء الكفالة بطريق أصلي

تنقضي الكفالة بطريق أصلي إذا انقضت الكفالة نفسها بسبب من أسباب انقضاء الدين دون أن ينقضي الدين المكفول أو انقضت الكفالة بأوجه خاصة بها دون غيرها.

المطلب الأول

في انقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول بسبب من أسباب انقضاء الالتزام.

قد ينقضي التزام الكفيل بسبب من أسباب انقضاء الالتزام فتتنقضي الكفالة، فإذا وفى الكفيل التزامه للدائن أو قضاه عن طريق الوفاء بمقابل أو عن طريق التجديد أو عن طريق المقاصة فإنه يكون قد قضى التزامه ككفيل، وقضى في الوقت ذاته الدين المكفول، وهناك أسباب ثلاثة ينقضي بها التزام الكفيل دون أن ينقضي الدين المكفول وهي:

السبب الأول: انقضاء التزام الكفيل باتحاد الذمة:

ينقضي التزام الكفيل دون أن ينقضي الدين المكفول، ويتحقق ذلك إذا مات الدائن وورثه الكفيل فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة، فإن التزام الكفيل ينقضي بصفة أصلية لأنه ورث الدائن فأصبح دائناً لنفسه. ولا ينقضي الدين المكفول فيستطيع الكفيل أن يرجع على المدين بالدين ذاته.

السبب الثاني: انقضاء التزام الكفيل بالإبراء:

إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة برئت ذمة هذا الأخير دون أن ينقضي الدين المكفول. فيكون الدائن قد نزل عن الكفيل واستبقى المدين الأصلي. وإذا أبرأ الدائن أحد الكفلاء فلا تبرأ ذمة باقيهم، وتجوز مطالبتهم كل بقدر الحصة التي كفلها إذا كان الكفلاء غير متضامنين.

السبب الثالث: انقضاء التزام الكفيل بالتقادم:

تنقضي الكفالة لانقضاء التزام الكفيل دون أن ينقضي الدين الأصلي وذلك

بالتقادم. فإذا انقطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي بقي التزامه قائماً أما التزام الكفيل الذي لم ينقطع سريان التقادم بالنسبة إليه فإنه ينقضي بالتقادم وللکفيل علاوة على ذلك أن يتمسك ببطلان الكفالة وفقاً للقواعد العامة حتى ولو كان الالتزام الأصلي صحيحاً، وله كذلك أن يتمسك بما يرد على التزامه من أوصاف لعدم تحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط^(١١٣) الفاسخ وله أن يتمسك ببراءة ذمته لانقضاء التزامه بصفة مستقلة بأي سبب من أسباب الانقضاء، كالوفاء من جانب الكفيل وبالتجديد أو المقاصة وبتحاد الذمة وبالإبراء وبالتقادم بالنسبة لالتزام الكفيل.^(١١٤)

وينقطع التقادم بعمل صادر من المدين هو إقراره بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً ٣٨٤ مدني مصري، بإقرار المدين بحق الدائن يعتبر بمثابة نزول عن التمسك بالمدة الماضية.

(١١٣) الشرط الواقف: هو الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام.

والشرط الفاسخ: هو الذي يترتب على وقوعه زوال الالتزام/الموجز في النظرية العام للالتزام

١٩١١/٢ د/أنور سلطان — منشأة المعارف — الإسكندرية.

(١١٤) الوسيط للسنة ١٠ / ٢٣٦.

المطلب الثاني

في انقضاء الكفالة بأوجه خاصة بالكفالة دون غيرها

تنقضي الكفالة بأوجه خاصة بها دون أن ينقضي الدين المكفول وانقضاؤها بذلك من طرق الانقضاء بطريق أصلي وهذه الأسباب هي:

أولاً: إضاعة التأمينات بخطأ الدائن. وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات. وذلك دون أن ينقضي الدين الأصلي. نصت على ذلك المادة ٧٨٤ مدني مصري بقولها:

« ١ — تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.

٢ — ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة وكل تأمين مقرر بحكم القانون» ويقابل هذا النص القانوني في القوانين العربية التقنين العراقي في المادة ١٠٢٧ وقانون الموجبات اللبناني في المادة ١٨٠٩ والقانون المدني السوري في المادة ٧٥٠ منه.

والفائدة من تقرير هذه القاعدة أن الكفيل عندما يفي للدائن يرجع على المدين ويحل محل الدائن فيما له من تأمينات تضمن الوفاء بالالتزام الذي وفاه الكفيل إذ يقلل من احتمال حصوله على حقه عند الرجوع فيجعل المقنن براءة ذمة الكفيل جزاء على خطأ الدائن.

ويشترط لبراءة ذمة الكفيل أن يكون الدائن قد أضاع تأميناً خاصاً وأن يكون ذلك بخطئه، وأن يكون التأمين الذي أضاعه الدائن ذا قيمة.

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.

ثانياً: 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 — «على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً».

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى في القانون المدني السوري م ٧٥١ وفي التقنين المدني العراقي م ١٠٣٦ وفي قانون الموجبات والعهود اللبناني م ١٠٧٩.

ثالثاً: عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين:

تبرأ ذمة الكفيل وتنقضي الكفالة بقدر ما أصاب الكفيل من ضرر بسبب إهمال الدائن وبقى 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 ٢٥١ مطبعة العروبة بمصر ١٣٨٥هـ.

الفصل 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.

الفصل الرابع

في المقارنة بين أسباب انقضاء الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون

تكلمنا في الفصلين الماضيين عن أسباب انقضاء الضمان الشخصي (الكفالة) في كل من الشريعة والقانون. وبتناول في هذا الفصل مقارنة تلك الأسباب ومانتوصل إليه من نتيجة لذلك.

المبحث الأول

في المقارنة بين الأسباب التي تنقضي بها كفالة المال

وفي هذا المبحث مطالب بعدد الأسباب فنقول:

المطلب الأول

في انقضاء الكفالة بالوفاء

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن الوفاء سبب من أسباب انقضاء الكفالة سواء كان الوفاء من المدين أو الكفيل جاء في البدائع: (١١٦) «أما الكفيل بالمال فيخرج عن الكفالة بأحد أمرين: أحدهما: أداء المال إلى الطالب أو ماهو في معنى الأداء سواء كان الأداء من الأصيل أو الكفيل».

وكذلك يرى القانون أن الدائن إذا استوفى حقه من المدين أو من غيره تبرأ ذمة المدين من هذا الدين فتبرأ ذمة الكفيل نتيجة لذلك وذلك وفقاً للمادة ٣٢٥ مدني مصري.

ومن هذا يتضح اتفاق القانون مع الشريعة في اعتبار وفاء الدين المكفول سبباً من أسباب انقضاء الكفالة.

(١١٦) بدائع الصنائع للكاساني ٧ / ٣٤٢٠.

المطلب الثاني

في انقضاء الكفالة بالإبراء

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي على اعتبار أن إبراء الدائن للأصيل أو الكفيل تنقضي به الكفالة وعلى أن إبراء الأصيل يرتد برده ولكن أجاز القانون في حالة رد المدين أن يطعن الكفيل في هذا الرد بالدعوى البوليصة فلا يسرى الرد في حقه وتبرأ ذمته نهائياً من الكفالة. ولم يصرح الفقهاء المسلمون في حالة رد المدين أن للكفيل أن يعترض على رده لأن الرد ضد مصلحة الكفيل ولا أرى مانعاً شرعياً من القول بذلك لأنه كما ينبغي الحفاظ على مصلحة الدائن، كذلك ينبغي المحافظة على مصلحة الكفيل لأن رد المدين للدائن فيه إضرار بالكفيل بعدم إبراء ذمته.

المطلب الثالث

في انقضاء الكفالة بالصلح

يرى القانون أنه إذا تصالح الدائن مع المدين وتضمن الصلح نزولاً من الدائن عن جزء من الدين فللكفيل أن يتمسك بهذا الصلح، ولا يكون مسئولاً نحو الدائن إلا عن الباقي من الدين بعد استنزال الجزء الذي نزل عنه الدائن بالصلح. والفقهاء الإسلامي يقرر أنه يجوز للكفيل مصالحة الدائن عن دين الكفالة، وتجوز المصالحة بكل مايجوز للمدين دفعه للدائن عوضاً عن الدين وتنقضي الكفالة بهذا الصلح ومن هذا يتضح اتفاق القانون مع الفقهاء الإسلامي على أن المصالحة تعتبر سبباً من أسباب انقضاء الكفالة سواء كانت بين الدائن والمدين أو بين الكفيل والدائن.

المطلب الرابع

في انقضاء الكفالة بالحوالة

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في اعتبار أن الحوالة بالدين المكفول سبب من أسباب انقضاء الكفالة بشرط رضا الدائن ولا فرق بين كون المحيل هو المدين أو الكفيل.

المطلب الخامس

في انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول به أو إبطاله:

ذكر القانون أن الدين المكفول يزول بفسخ العقد الذي أنشأه فيصبح الدين كأن لم يكن وكذلك تصبح الكفالة كأن لم تكن تبعاً للدين وهو بهذا يتفق مع الفقه الإسلامي في اعتبار أن فسخ الدين المكفول به أو إبطاله يعتبر سبباً من أسباب انقضاء الكفالة يدل لذلك ماورد في شرح فتح القدير^(١١٧) «ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الأصيل».

(١١٧) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ / ٣١٧.

المطلب السادس

في انقضاء الكفالة بهلاك المال المعين أو العين المكفولة

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الكفالة تنقضي بهلاك المال المعين للكفالة أو هلاك العين المكفولة إذا كان الهلاك بغير فعل آدمي فيزول التزام الكفيل لاستحالة تنفيذ التزام المدين وذلك كما لو هلك المبيع فإن التزام المدين الأصلي ينقضي وينقضي تبعاً له التزام الكفيل جاء في البدائع^(١١٨) «إذا هلك لاشيء على الكفيل لأنه لم يبق مضموناً على الأصيل فلا يبقى مضموناً على الكفيل». أما إن كان الهلاك بفعل آدمي فإن الكفالة لا تنقضي ويجب على المتلف بدل ما أتلفه.

ويرى القانونيون أنه إذا هلك الشيء بفعل الكفيل فإن ذمة المدين تبرأ من الدين وتبرأ ذمة الكفيل باعتباره كفيلاً تبعاً لبراءة ذمة المدين. ولكن الكفيل يبقى مسئولاً عن خطئه كمدين أصلي نحو الدائن فهم بهذا يرون انتهاء الكفالة ولكن مسؤولية الكفيل من جهة غير الكفالة. فهم يتفقون من حيث النتيجة مع الفقه الإسلامي بإلزام المتلف بما أتلفه، ولكنهم يختلفون في اعتبارهم أن الكفالة منقضية بذلك على حين يرى الفقه الإسلامي عدم الانتهاء في تلك الحالة. ومادام أن التضمنين إنما تم بناء على ضمان الكفيل فالأولى القول بعدم انتهاء الكفالة في تلك الحالة. ولعل هذا السبب هو ما أشار إليه القانونيون بانقضاء الكفالة باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي فيكون القانون متفقاً مع الشريعة الإسلامية في اعتبار الهلاك سبباً لانقضاء الكفالة لاستحالة التنفيذ^(١١٩).

(١١٨) بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٣٤١٦.

(١١٩) إلا فيما إذا كان الهلاك بفعل آدمي.

المطلب السابع

في انقضاء الكفالة باتحاد الذمة

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في اعتبار أن اتحاد ذمة الدائن والمدين أو الكفيل وذلك بأن يرث المدين أو الكفيل الدائن إن ذلك من أسباب انقضاء الكفالة. لكن يضيف القانون أنه إذا اتضح أن الاتحاد غير حقيقي كما لو كان الاتحاد بسبب إرث المدين للدائن وظهر وارث آخر يحجبه، فإن التزام المدين يعود وتعود الكفالة كذلك ذلك أن اتحاد الذمة لم يكن له وجود حقيقي ولم يصرح بذلك في الفقه الإسلامي حسبما اطلعت عليه ولكني أرى أنه ليس هناك ما يمنع من القول بعود التزام الكفيل بناء على عود التزام المدين الأصلي لأن السبب الذي بني عليه في انتهاء الكفالة لم يتحقق.

المطلب الثامن

في انقضاء الكفالة بالمقاصة

يرى القانون أن الكفالة تنقضي بالمقاصة بين الدين المكفول ودين للمدين في ذمة الدئن فينقضي الدين المكفول كله أو بعضه إذا توافرت شروط المقاصة وينقضي تبعاً له التزام الكفيل وهو بهذا يتفق مع ماسبق أن قرره فقهاء الحنفية والمالكية من أن الكفالة تنقضي فيما إذا تقاص أحد أطراف الكفالة بدين له على الآخر كذلك أثر الكفالة وهو رجوع الكفيل على المدين بعد الأداء ينقضي إذا كان للمدين دين على الكفيل فينقضي الرجوع وتنتهي الكفالة بالمقاصة بين دين الكفيل على المدين الذي أداه ودين المدين الذي على الكفيل أصلاً.

المبحث الثاني

في المقارنة بين الأسباب التي تنقضي بها كفالة
النفس
وذلك فيما تختص به كفالة النفس

وفيه مطالب بعدد الأسباب

المطلب الأول

في انقضاء الكفالة بالنفس بالتسليم

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن كفالة النفس تنتهي بتسليم المكفول ولم يتطرق القانون المدني المصري إلى انتهاء الكفالة بالنفس وإنما جاء ذكر ذلك في القانون المدني العراقي في المادة (١٠١٧): «فإن أحضره ييراً من الكفالة...» وهو بهذا يتفق مع الفقه الإسلامي في اعتبار أن تسليم المكفول في كفالة النفس ينهي الكفالة.

المطلب الثاني

في انقضاء الكفالة بالنفس بموت المكفول

يرى القانون أن الكفالة لاتنقضي بموت الكفيل وإنما يطالب بأداء الدين من تركته جاء ذلك في المادة (١٠١٩) من القانون المدني العراقي. أما القانون المدني المصري فلم يتطرق لذكر الكفالة بالنفس... وهو بهذا يتفق مع رأي بعض الفقهاء من المالكية والحنابلة حيث يرون أن الكفالة بالنفس لاتنقضي بموت الكفيل وإنما يلزم دفع ماعليه من تركته. وهذا خلاف ماعليه بعض الفقهاء من الحنفية والشافعية الذين يرون أن الكفالة تنقضي بموت الكفيل وبيراً الكفيل بموته لأنه أصبح غير قادر على تسليم المكفول بنفسه.

وقد بينا أن الراجع^(*) هو القول ببراءة الكفيل بموته مالم يفرط أو يتساهل.

أما موت المكفول بنفسه فإن الجمهور من الفقهاء المسلمين يرون أن الكفالة بالنفس تنقضي بموت المكفول بنفسه وهذا الراجع لأن الكفيل إنما التزم إحضار المكفول بنفسه ويتعذر ذلك بسبب موته.

وفهم من القانون المدني العراقي أن موت المكفول بنفسه ينهي الكفالة حيث جاء في المادة (١٠١٨) «وإن كان المكفول به غائباً ولم يعلم مكانه فلا يطالب به الكفيل» فيكون موت المكفول بنفسه من باب أولى.

(*) تقدم بيانه ص ٥٢٦.

المبحث الثالث

**فيما أورده القانون ولم يرد ذكره في الفقه الإسلامي
ونتيجة المقارنة وفيه مطالب**

المطلب الأول

في انقضاء الكفالة بالوفاء بمقابل

يرى القانون أنه إذا أدى المدين شيئاً آخر بمقابل حقه فإن ذمة الكفيل تبرأ من الكفالة إذا قبل الدائن ذلك حتى لو ثبت أن المقابل أصبح حقاً للدائن أو غيره ويرجع الدائن على المدين بضمان الاستحقاق. وهذه الطريقة للوفاء من باب المصالحة فالمدين دفع للدائن شيئاً آخر غير الدين في مقابل حقه فهما قد تصالحا على ذلك ولأمانع من ذلك في الفقه الإسلامي فيما أعلم .

المطلب الثاني

في انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول

بالتجديد أو الإنابة

يرى القانون أن الكفالة تنقضي إذا انقضى الدين المكفول بالتجديد وذلك بأن يجدد المدين الأصلي بمدين آخر أو يتغير الدائن أو الدين.

وهذا السبب ربما يكون هو ما أشار إليه الفقهاء بانقضاء الكفالة بالحوالة إذ أن.. تجديد المدين أو الدائن هو تحويل الحق من مدين إلى مدين أو من دائن إلى دائن آخر لأن الحوالة هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى.

أما الإنابة التي أوردها القانون كسبب من أسباب انقضاء الكفالة وهي الإنابة الكاملة التي يترتب عليها انقضاء الالتزام الأصلي للمدين فإنها من صور الحوالة فكأن المدين أحال الدائن بدينه إلى مدين آخر وبذلك تنقضي الكفالة في الفقه الإسلامي كذلك إلا إذا رضي الكفيل بكفالة المدين الجديد الذي انتقل إليه الدين.

المطلب الثالث

في انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالتقادم

يقرر القانون أن الكفالة تنقضي بالتقادم المسقط وذلك أنه إذا انقضى التزام المدين بالتقادم المسقط انقضى التزام الكفيل بالتبعية ولو لم تنقض المدة اللازمة لسقوطه على وجه الاستقلال.

أما في الفقه الإسلامي فلم يرد تصريح بذلك حيث لم يعتبر الفقهاء المسلمون أن التقادم سبب من أسباب انقضاء الكفالة. ذلك أن تحديد مدة معينه يسقط بعدها حق الدائن تجاه المدين أو الكفيل لامستند له من الشرع الإسلامي فيما أعلم، والتقادم لا يشبه الحيازة لأن الحيازة تملك شيء يجهل صاحبه، أما هنا فصاحب الحق معلوم فيكون الحكم بهذا التقادم معناه إسقاط حقه وضياعه على حين أن الفقهاء المسلمين لم يعتبروا الحيازة مكسبه للملكية بحد ذاتها، وإنما اعتبروها قرينة على ثبوت الملك إذا استندت إلى سبب صحيح كما أن الحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمن وتقادم العهد وهذا هو التقادم المكسب. وقد أشارت مجلة الأحكام العدلية لمدة التقادم وهي خمس عشرة سنة في جميع الحقوق غير الوقف فإن مدته ست وثلاثون سنة وذلك في المادة ١٦٦٢.

وبناء على هذا إذا ترك شخص دعواه في حق له مدة خمس عشرة سنة سقط حقه في إقامة الدعوى وهذا هو التقادم المسقط ولو قيل بجواز ذلك من ولي الأمر إذا أمر بعدم سماع الدعوى في الإسقاط بعد مضي مدة مناسبة لم يكن به بأس فيما أعلم وذلك لحماية لمبدأ الاستقرار في المعاملات المالية.

المطلب الرابع

في انقضاء الكفالة بأوجه خاصة بالكفالة دون غيرها

أورد القانون أوجهاً أخرى غير ماذكر وهي خاصة بالكفالة تؤدي إلى انقضائها وهي:

١ — إضاعة التأمينات بخطأ الدائن.

٢ — عدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره.

٣ — عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين.

ولم يرد ذكر شيء من ذلك في الفقه الإسلامي. وبدراسة تلك الأوجه التي أوردها القانون نرى أنها أمور تنظيمية قررها القانون حماية لحق الكفيل. ومعلوم أن الفقه الإسلامي لم يتطرق لكل جزئية وإنما القواعد والمبادئ الأساسية حماية لحقوق الأفراد والجماعات، فالمسلم حين يتعامل في أي شيء من شئون حياته إنما يراقب الله ويسعى طاقته إلى عدم الإضرار بغيره، لأن الوازع الإيماني يدفعه إلى أن يقوم بكافة شئونه على الوجه المطلوب مراقبة لله أما القانون فيحرص دائماً على توضيح الأمور التنظيمية التي يطلب التقييد بها ولو كانت شكلية لأنه إنما يبنى على أساس الماديات ولا يقيم للقيم الروحية وزناً.

وإنني لا أرى مانعاً من اعتبار تلك الأوجه من أسباب انقضاء الكفالة لأن فيها مراعاة لحق الكفيل، ولأن تهاون الدائن في ذلك يعتبر تفريطاً ينبغي أن يتحمل نتائجه هو. ويكون فيه دفع للدائن بمتابعة حقه لدى المدين.

ولقد سبق أن قرر فقهاء المالكية أن للكفيل أن يطلب من الدائن أما مطالبة

المدين عند حلول الأجل أو إسقاط الضمان عنه. جاء في الخرخشي^(١٢٠): «وله طلب رب الدين بتخليصه من الضمان بأن يقول له عند حلول أجله وسكوته عن طلب المضمون أو تأخيره وهو موسر إما أن تطلب حقه أو تسقط عني الضمان».

(١٢٠) الخرخشي على مختصر خليل ٦/ ٢٩.

المطلب الخامس

نتيجة المقارنة بين أسباب انقضاء الكفالة في

الفقه الإسلامي والقانون

يتضح لنا بعد دراسة أسباب انقضاء الكفالة في كل من الفقه الإسلامي والقانون أن الشريعة الإسلامية هي الأساس والأصل الذي استقت منه القوانين العربية ومنها القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي وغيرها والتي كانت في الأصل مأخوذة من القانون الفرنسي الذي تأثر كثيراً بالمذهب المالكي المنتشر في بلاد المغرب العربي، يظهر ذلك واضحاً من الأسباب التي أوردناها حيث لم يخرج القانون عن الأسباب التي أوردتها الفقه الإسلامي إلا في أمور شكلية أراد منها تنظيم التعامل.

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.

تقديم

كان نظام البنوك منتشرًا على نطاق واسع وباستمرار في الإمبراطورية الرومانية. وقد أنشئت البنوك في كثير من المدن الأوربية ومن أهمها: البندقية حيث أصبحت ذات أهمية بارزة بسبب أسطولها التجاري الذي كان على صلة بجميع أنحاء العالم المعروفة في ذلك التاريخ.

وبعد ذلك ازدهرت أعمال الإيداع والصرافة في قارة أوروبا.

وكانت النهضة التجارية في القرنين السادس عشر والسابع عشر الميلاديين والتي نتجت عن اكتشاف أمريكا والطرق البحرية الأخرى مقدمة للنهضة الصناعية التي نتج عنها ازدياد إنتاج الثروة، والتوسع في التجارة الداخلية والخارجية مما أدى إلى إيجاد نظام العمل المصرفي لسد الحاجات الاقتصادية للمجتمع. لأن العالم أصبح يعتمد بعضه على بعض في تزويده بالمواد والمنتجات الأساسية، وربما كانت أبرز سمة في هيكل التمويل الحديث هي استخدام الثروة المتجمعة عن طريق البنوك. فالأموال التي يتصرف بها البنك من الأموال المودعة تؤدي معونة مالية لمختلف الأعمال التجارية والمشروعات الصناعية التي تقوم بها القطاعات المختلفة لكي لا تبقى مجمدة عاطلة ولتساهم في الحركة الاقتصادية العامة. ويستفيد البنك من هذه الأعمال فوائد مالية، ومن ذلك يتبين مدى تعويل البنوك على الأعمال المصرفية باعتبارها أهم الأعمال التي تباشرها وأخطرها ولذلك تحرص البنوك على أن تكون التسهيلات التي تمنحها مضمونة بصورة يطمئن معها البنك إلى إمكان استعادتها حين حلول استحقاقها. وتتحصل العمليات في أن يقدم البن للعميل أو لشخص يحدده العميل فوراً أو في أجل معين أدوات للوفاء أو الضمان سواء كانت في صورة نقود أو في صورة أدوات أخرى يستخدمها العميل لخدمة نشاطه الاقتصادي وقد يكفي بأن

يتعهد بتقديمها ويطلق على تلك الأعمال من قروض وتسهيلات عمليات الاعتمادات المصرفية^(١٢١)، وقد تطرق نظام مراقبة البنوك السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥ وتاريخ ٢٢/٢/١٣٦٨هـ ما يتعلق بتلك الأمور جوازاً أو منعاً.

فجاء في المادة الأولى منه وفي فقرة (ب) تعداد الأعمال المصرفية التي يقوم بها البنك ومنها فتح الاعتمادات وإصدار خطابات الضمان وخصم السندات والكمبيالات وغيرها من الأوراق التجارية.

كذلك ورد في المادة التاسعة من النظام المذكور الأعمال التي يحظر فيها تقديم الكفالة أو الضمان على البنك وذلك فيما يتهم البنك فيه بمحاباة من يضمنه.

وورد في المادة السادسة عشرة وفي الفقرة الرابعة التأمينات النقدية التي يجب احتفاظ البنك بها مقابل أنواع معينة من الاعتمادات أو الكفالات. وهو ما يسمى بالغطاء للضمان أو الاعتماد.

ولكن النظام المذكور لم يتعرض لما يتعلق بالاعتمادات المصرفية بالتفصيل، وإنما ذكر القواعد العامة فقط التي يجب على البنوك التقيد بها من غير تفصيل لأعمال البنوك ولقد نص نظام مؤسسة النقد العربي السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي ٢٣ بتاريخ ٢٣/٥/١٣٧٧هـ في المادة السادسة منه في معرض الأعمال التي لايجوز لمؤسسة النقد القيام بها فقرة(أ).

أ — مباشرة أي عمل يتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية السمحاء فلا يجوز لها دفع أو قبض فائدة على الأعمال. ولقد أصدرت مؤسسة النقد مجموعة الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية ويشتمل على:

(١٢١) أعمال البنوك والشريعة الإسلامية د/محمد مصلح الدين ص ٣٠ دار البحوث العلمية الطبعة الأولى لعام ١٩٧٦م.

- ١ — نظام مؤسسة النقد.
- ٢ — نظام النقد.
- ٣ — نظام مراقبة البنوك.
- ٤ — نظام مكافحة التزوير.
- ٥ — قرار تنظيم مهنة الصرافة.
- ٦ — تنظيم أعمال عرف المقاصة.
- ٧ — التعرف البنكية.
- ٨ — صلاحيات ومسئوليات أعضاء مجالس الإدارات في البنوك التجارية السعودية.

تعريف الاعتماد المصرفي:

يمكن تعريفه بصفة عامة بأنه: هو العقد الذي بمقتضاه يتعهد المصرف أن يقدم لعميله أداة أو أكثر من أدوات الاعتماد نظير تعهد العميل بدفع مقابل أو بتخليص المصرف من نتائج الخدمة التي يقدمها للعميل ويكون ذلك في حدود مبلغ نقدي معين ولمدة محددة أو غير محددة^(١٢٢).

أقسام الاعتماد المصرفي:

يمكن تقسيم الاعتماد المصرفي إلى قسمين هما:

- ١ — **الاعتماد المصرفي بالوفاء:** ويتضمن صدور وسائل يقدم فيها المصرف لعميله أو لشخص آخر مبلغاً نقدياً.

(١٢٢) وفي تعريف آخر: الاعتماد المصرفي: هو عملية يقوم فيها البنك بوضع مبلغ من المال تحت تصرف شخص آخر مقابل تعهد هذا الأخير بإعادة المبلغ المذكور في الميعاد المتفق عليه. المصارف والأعمال المصرفية د / الأنطاكي ص ٣٥٢.

٢ — الاعتماد المصرفي بالضمان: ويتضمن وسائل يقنع فيها العميل بتدخل المصرف لدى شخص آخر يزمع العميل التعاقد معه فيحصل على ثقة الطرف الآخر فيه فيمنحه الأجل الذي يريده أو يرضى بالتعاقد معه.

ويندرج تحت القسم الأول وهو الاعتماد المصرفي بالوفاء وسائل هي:

أ — الإقراض

ب — الخصم

ج — الاعتماد المستندي

وتتفق تلك الوسائل في أن المصرف يتجرد فيها فوراً عن مبلغ نقدي لحساب العميل ولكنها تختلف من حيث إنه في الإقراض والاعتماد المستندي يرد العميل المبلغ نفسه أما في الخصم فيرده شخص آخر هو المسحوب عليه في الورقة التجارية ولايلزم العميل بالرد إلا إذا تخلف هذا الغير عن رده^(١٣٣)

(١٣٣) المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون د / غريب الجمال ص ٩٠ — ٩٤ طبعة دار الشروق مؤسسة الرسالة.

المبحث الأول

الاعتماد المصرفي بالوفاء.

ويندرج تحته ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الوسيلة الأولى الاقراض أو التسليف وبيان حكمه.

المطلب الثاني : الوسيلة الثانية الخصم وبيان حكمه.

المطلب الثالث : الاعتماد المستندي وبيان حكمه.

المطلب الأول

في الوسيلة الأولى: الإقراض أو التسليف وبيان حكمه

وهو اتفاق يسمح بموجبه المصرف لشخص فتح له اعتماد أن يسحب المبالغ المعينة في هذا الاعتماد خلال مدة معينة أو يتفق مع المصرف على أن يدفع هذا الأخير قيمة الاعتماد لشخص آخر يعينه العميل.

وهذه أبسط صور الاعتماد المصرفي وتعتبر قرضاً يخضع للقواعد الخاصة بعقد القرض ولايجوز أخذ فوائد لقاء ذلك لأنه من الربا المحرم. ولو اقتصر أخذ الأجرة على الأعمال الإدارية المطلوبة لذلك فإني لا أرى به بأساً لأنه في مقابل خدمات ومنافع قدمها البنك للعميل، وليست هذه الوسيلة من باب الضمان.

المطلب الثاني

في الوسيلة الثانية: الخصم وبيان حكمه

والخصم هو العملية التي بمقتضاها يعجل المصرف إلى المستفيد قيمة ورقة تجارية لم يحل أجلها بعد مقابل تنازل المستفيد للمصرف عن ملكية الحق الثابت فيها. ويخصم المصرف من قيمة الورقة مقابل تنازل المستفيد للمصرف مبلغاً يسمى سعر الخصم يقابل فائدة المبلغ المدفوع عن المدة من تاريخ دفعه إلى تاريخ استحقاق الورقة. وقد يكون محل الخصم أي سند قابل للتداول أو مجرد حق آخر في مقابل أن ينقل طالب الخصم إلى المصرف حق استيفاء قيمة السند أو الحق لآخر على سبيل التملك وأن يضمن له وفاء عند حلول أجله.

وفي هذه الحالة يعجل المصرف مالاً حالاً في نظير مال غير ثقة منه في استرداد حقه أو استرجاع ما عجله عند الأجل المتفق عليه.

وتقوم ثقة المصرف على شخصية عميله وعلى شخصية الموقعين على الورقة التي يقدمها هذا العميل إلى المصرف لخصمها.

وخصم الورقة التجارية من باب القرض من المصرف للمستفيد بها.

وفيها حوالة المستفيد للمصرف على المحرر في حالة السند الإذني أو المسحوب عليه في حالة الكمبيالة. وهذا التحويل من الحوالة على مدين.

أما تعهد المستفيد الذي خصم الورقة لدى المصرف بوفاء محرر الورقة عند حلول أجلها، فإنه وبحكم هذا التعهد يحق للمصرف أن يطالبه بتسديد قيمة

الورقة إذا تخلف المدين بها عن ذلك عند حلول موعد الوفاء كما أن البنك يحمل المدين بالورقة بفوائد التأخير عن الدفع في الموعد المحدد. (١٢٤)

الحكم الشرعي لهذه الوسيلة:

بدراسة ذلك يتضح أن به شبهاً من عقد القرض والحوالة والضمان. ويمكن إلحاقه بتلك العقود مع استبعاد ما يخالف الفقه الإسلامي فيه وهو الفائدة المنهي عنها لأنها من الربا المحرم، وذلك فيما يقتطعه البنك الذي تولى خصم الورقة من أصل قيمتها لقاء الأجل الباقي لموعد حلول الدفع. أو أن يعتبر العقد من العقود الأخرى غير الواردة في الفقه الإسلامي ولو كان فيه شبه من بعض العقود الواردة في الفقه الإسلامي وهي العقود غير المسماة. والأصل في العقود الإباحة والجواز لقوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (١٢٥) ويكون حكمها الجواز غير أن ما يخالف الشريعة الإسلامية مما ورد في العقد يجب استبعاده وإيجاد بديل له يخدم مصلحة الأطراف المعنية.

أما ما يخص أخذ الأجرة على القيام بالأعمال الإدارية فإنني أرى أنه لا بأس به لأنه مقابل خدمات ومنافع حقيقية قام بها البنك فعلاً.

وقد اقترح بعض الباحثين في عملية خصم الكمبيالة وغيرها مايلي:

١ — أنه إذا كان للعميل حساب جارٍ فإن البنك يصرف لهذا المستفيد قيمة الكمبيالة كاملة من غير خصم شيء منها وذلك لأنه يقوم باستثمار أموال هذا العميل ولا يدفع له عنها شيئاً فعملية الخصم من البنك رد للجميل الذي يستفيده من صاحب الحساب الجاري.

(١٢٤) المصارف والأعمال المصرفية د/غريب الجمال ص ٩٥ — ١٠٠.

(١٢٥) سورة المائدة آية ١.

٢ — إذا لم يكن لطالب الخصم حساب جارٍ في البنك فعلى البنك أن يدفع قيمة الكمبيالة كاملة ويتفق مع المدين على أساس أن المال تمويل من البنك يقوم الساحب باستثماره والنتائج بينهما على مايتفقان عليه في إطار أحد العقود الصحيحة أو يقوم صاحب الكمبيالة ببيعها للبنك بعوض — غير نقد — يستلمه في الحال ثم يذهب ويبيع العوض بنقد. وهنا يحصل صاحب الكمبيالة على مقصوده ويحل البنك محله في تحصيلها^(١٢٦).

ولاشك أن هذه الاقتراحات لو عمل بها لكانت جيدة ولكن البنك نتيجة لالتزاماته تجاه عملائه ومساهميه وموظفيه لابد أن يأخذ لذلك مقابلاً وأرى أنه يتعين على البنك ترك عملية الخصم والاكتفاء بالأجر الذي يأخذه مقابل تحصيله لتلك الأوراق وتعهده لأن الحياة الاقتصادية تقوم على الأخذ والعطاء فينبغي أن يكون من البنك تعاون مع عملائه في هذه الناحية.

(١٢٦) البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق عبد الله الطيار ج ١ ص ٢١٢ رسالة دكتوراه.

المطلب الثالث

الاعتماد المستندي

الاعتماد المستندي :

هو تعهد من قبل البنك للمستفيد بناء على طلب فاتح الاعتماد وبموجبه يعتمد البنك مبلغاً من المال للمستفيد يدفع له مقابل مستندات محددة تبين شحن سلعة معينة خلال مدة معينة.

والاعتماد المستندي عملية هامة تعرفها التجارة الخارجية على وجه الخصوص.

أطراف الاعتماد المستندي: للاعتماد المستندي أربعة أطراف:

- ١ - طالب فتح الاعتماد: المستورد الذي يصدر الاعتماد لحسابه.
- ٢ - البنك مصدر الاعتماد: بنك المستورد الذي ينشئ الاعتماد.
- ٣ - البنك مبلغ الاعتماد: بنك المصدر.
- ٤ - المستفيد المصدر: الذي يصدر الاعتماد لصالحه.

أقسام الاعتماد المستندي:

- ١ - اعتماد استيراد: وهو الذي يفتحه المستورد لصالح المصدر بالخارج لشراء سلعة أجنبية.
- ٢ - اعتماد التصدير: وهو الذي يفتحه المستورد الأجنبي في الخارج

لصالح المصدر بالداخل لشراء ما يبيعه هذا المصدر من بضائع محلية.

ولا يختلف أحدهما عن الآخر لأن الاعتماد: هو تعهد بنكي للبائع بالثمن يتقدم بطلبه المشتري من البنك. ولذا فهو تعهد من البنك بوفاء دين المشتري الذي يستحقه عليه البائع لقاء البضاعة التي صدرها إليه وهذا التعهد يكسب المشتري قوة ويعزز اعتباره وثقة البائع به.

سبب التسمية: سمي الاعتماد المستندي بذلك لأنه يستوجب تقديم مستندات ووثائق تثبت انتقال الملكية في السلعة من البائع للمشتري.

ويقوم البنك على أساس هذا التعهد بتسليم مستندات البضاعة من المصدر ودفع قيمتها له بمجرد تسليم تلك المستندات، إذا كانت شروط الدفع التي سبق أن تم الاتفاق عليها بين المصدر والمستورد تقضي بالدفع بمجرد الاطلاع، ويلزم المصرف بأن يخطر البائع بخطاب يسمى خطاب الاعتماد يضع فيه تحت تصرفه اعتماداً بشروط معينة، وتحدد تعليمات العميل كيفية الإخطار.

وعندما يصدر البنك خطاب الاعتماد يعد المستفيد بتنفيذ الاعتماد إذا قدم له المستندات المعينة الدالة على تنفيذ التزامه وذلك خلال مدة محددة ويقوم البنك بفحص المستندات المقدمة إليه ويتحقق من توفر الشروط المطلوبة في خطاب الاعتماد.

المستندات المطلوبة للاعتماد:

- مستندات شحن البضاعة في الوقت المتفق عليه.
- وثيقة التأمين على البضاعة والتي تخول المشتري الحصول على التعويض

في حالة تلف البضاعة.

٣ — الفاتورة المثبتة لأوصاف البضاعة ولثمنها بالتفصيل، والكمبالة المسحوبة على المشتري لصالح البائع، وشهادة الحالة الصحية أو شهادة الفحص الفني بمعرفة إحدى بيوت المراجعة والفحص في ميناء التصدير، وشهادة بمكان إنتاج البضاعة.

وهذه المستندات متعددة وتحددها عادة تعليمات العميل وتذكر في خطاب الاعتماد.

وتخضع هذه المستندات للتفسير الحرفي وعلى ذلك يتعين على المصرف عدم.. الدفع ورفض المستندات التي فيها تحفظات وإلا فقد حقه في الرجوع على أي شخص ثم يقوم البنك بتسليمها للمشتري لدراستها وإقرار مدى موافقتها أو مخالفتها لما اتفق عليه.

مستحقات البنك لقاء عمله:

يستفيد البنك لقاء ذلك:

١ — مايعتبر أجراً لقاء ما قام به من الخدمات والأعمال الإدارية ومتابعة العملية من بداية فتح الاعتماد وحتى تسليم كافة ما يخص العملية من أوراق وحقوق.

٢ — مايعتبر فائدة على المبلغ غير المغطى من قيمة البضاعة التي دفعها البنك إلى المصدر. على أساس أن هذا المبلغ غير المغطى يعتبر قرضاً من قبل البنك يتعاطى عليه فائدة^(١٢٧). وقد أصدرت مؤسسة النقد العربي السعودي تعرفه

(١٢٧) المصارف والأعمال المصرفية د / غريب الجمال ص ١٠٠ — ١٠٥.
وانظر عمليات البنوك من الوجهة القانونية د / علي جمال الدين عوض ص ٣١٢ ومابعدھا.

للخدمات المصرفية تشمل مايتقاضاه البنك لقاء أعماله ومنها الاعتماد المستندي بدءاً باصدار الاعتماد وفتحته ومايمر به من تعزيز أو تعديل وقد جاء ان فتح الاعتماد له نسبة $\frac{1}{4}\%$ من قيمة الاعتماد لغاية أربعمئة ألف ريال سعودى أو ما يعادلها عن فترة ثلاثة أشهر أو أي جزء منها ونسبة $\frac{1}{8}\%$ عما يزيد على أربعمئة ألف ريال أو ما يعادلها عن فترة ثلاثة أشهر أو أي جزء منها.

ونسبة $\frac{1}{16}\%$ عن كل شهر يزيد على فترة الثلاثة أشهر الأولى أو أي جزء منها أما ما يخص التبليغ فجعل له مبلغ عشرين ريالاً (مقطوعة).

والتعديل الذي يطرأ على الاعتماد إن كان في زيادة مبلغ الاعتماد فيكون حكمه كحكم فتح الاعتماد المستجد بتطبيق النسب التي ذكرناها أما التعديلات الأخرى غير ذلك فإنه حدد لها أجر «خمسة وعشرون ريالاً سعودياً» يضاف إليها أجور التلكس أو البرقية أو البريد.

ويعطى فاتح الاعتماد مهلة سبعة أيام للتسديد وذلك من تاريخ استلامه^(١٣٨).

إشعار البنك بوصول مستندات الاعتماد.

وقد جاء في الشروط العامة لفتح الاعتمادات المستندية لأحد البنوك السعودية وفي الفقرة (٥) منها:

في حال كون هذا الاعتماد مؤجل الدفع فأنتم مفوضون تفويضاً لارجوع فيه بأن تستوفوا منا عمولة لقاء كفالتكم أو كفالة مراسليكم للسحوبات المؤجلة الدفع بواقع ($\%$) على كل فترة ثلاثة شهور أو أي جزء منها وذلك بالإضافة إلى عمولة فتح الاعتماد والمصاريف الأخرى المتعلقة به.

(١٣٨) مجموعة الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية / مؤسسة النقد العربي السعودي الرياض ١٤٠٢هـ ص ٩٩ مطابق الأيوبي بالرياض.

الحكم الشرعي للاعتماد المستندي:

اختلفت آراء الباحثين في طبيعة هذا العقد.

فمنهم من يلحقه بعقد الضمان والكفالة:

ذلك أن البنك يضمن المشتري بما للبنك من ذمة مالية وسمعة اقتصادية مما يحقق لكل من الطرفين المتبايعين ما يسعى إليه. ولولا تمتع البنك بذلك والتزامه بضمان حقوق الطرفين لما تمت هذه العملية التي هي لمصلحة البائع والمشتري لأن بائع البضاعة لا يقبل التخلي عنها لمشتري لا يعرفه دون أن يطمئن إلى إمكانية تسديد الثمن له. كذلك المشتري يريد أن يطمئن إلى كون البضائع المطلوبة مستوفية للشروط فتدخل البنك بيساره وضمان حق البائع في الثمن إذا قدم.. المستندات وضمان حق المشتري باستلام المستندات وفحصها هو الذي أدى إلى تخريج عملية الاعتماد المستندي على عقد الضمان. والضمان مشروع في الإسلام فقد جاء عنه صلى الله عليه وسلم «الزعيم غارم»^(١٢٩).

٢ - ومن المحدثين من يلحقه بعقد الوكالة:

ذلك أن طلب فتح الاعتماد بمثابة توكيل صادر من المشتري للبنك بفتح الاعتماد وتنفيذه عن طريق قبول السند المسحوب عليه ووفائه، ويلتزم الموكل بأن يدفع للوكيل جميع ما أنفقه في تنفيذ عقد الوكالة فهو بمثابة الإناقة عن العميل في عمليات ومراحل الاعتماد المستندي المختلفة من فتح الاعتماد وفحص المستندات ودفع الثمن وغير ذلك. وعقد الوكالة جائز ومشروع فكذا ما ألحق به.

(١٢٩) رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي من حديث أبي أمامة وفيه إسماعيل بن عياش وضعفه ابن حزم بإسماعيل ولم يصب / تلخيص الحبير للإمام ابن حجر العسقلاني ٣ / ٤٧ تعليق السيد عبد الله هاشم. المدينة المنورة عام ١٣٨٤هـ.

٣ - ومنهم من يلحقه بعقد الحوالة:

ذلك أن بائع البضاعة ومصدرها لا يرضى بالتعامل مع مشتري لا يعرفه ولا يطمئن إليه أما التزام البنك فإن كلاً من الطرفين يرضى به.

فكأن المشتري قد أحال البائع على البنك لا ستيفاء قيمة البضاعة المبيعة منه وبهذا ينتقل الثمن من ذمة المشتري إلى ذمة البنك، وقد رضى البنك بشغل ذمته تجاه المستفيد ورضاء البنك أساسي لفتح الاعتماد، وإذا لم يتحقق الرضا لم يتحقق فتح الاعتماد. والحوالة مشروعة في الفقه الإسلامي فكذا ما ألحق بها.

٤ - ومنهم من يرى أن الاعتماد المستندي عقد غير مسمى:

أي عقد من نوع خاص وله أحكامه الخاصة، ونشأ وتطور لخدمة حاجات التجارة ومن آثاره أنه ينشئ التزاماً لصالح البائع يصبح مستقلاً عن مصدره^(١٣٠).

والأصل في العقود والشروط الإباحة والجواز لقوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١٣١).

وقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(١٣٢).

الرأى الراجح:

بدراسة ذلك أرى أن الاعتماد إنما يقوم أساساً على الضمان وكفالة البنك للمشتري وهو أقرب العقود له وإن كان به شبه من عقود أخرى.

(١٣٠) البنوك الإسلامية د / شوقي إسماعيل شحاته ص ٨٨ دار الشروق جدة. الطبعة الأولى شوال ١٣٩٧هـ والمصارف والأعمال المصرفية د / غريب الجمال ص ١٠٥. وانظر البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق رسالة دكتوراه / عبدالله الطيار ١ / ٢١٦.

(١٣١) المائدة آية / ١.

(١٣٢) رواه البخارى في باب الإجارة تعليقا ٣ / ١١٤.

ولا أرى مانعاً من قيام البنك بذلك وفتح الاعتمادات المستندية، والتعهد للبايعين بسداد الثمن المستحق لهم على المشتريين بعد استيفاء المطلوب.

وما يأخذه البنك من أجر لقاء القيام بتلك الأعمال الادارية والخدمات التي يقدمها من بداية العملية حتى الانتهاء منها لأبأس به شرعاً، لأنه لقاء منافع حقيقية وخدمات فعلية.

أما ما يتقاضاه البنك من فوائد لقاء قيامه بضمان المشتري وإقرضه فهذا لا يجوز وإنما هو من الربا المحرم، ويتعين استبعاده من عقد الاعتماد المستندي ولو أخذ أجراً مناسباً على الأعمال، واكتفى به البنك عن تلك الفائدة لكان العقد متمشياً مع القواعد الفقهية الإسلامية.

أما ماجاء في تعرفه الخدمات المصرفية للبنوك السعودية وكذلك الشروط العامة فإنني أرى أنه لا بد من استبعاد النسبة الثابتة التي تؤخذ على الاعتمادات المستندية لأن الفوائد الثابتة من الربا وهو محرم، ولكن يأخذ البنك أجراً مناسباً لقاء قيامه بتلك الأعمال والخدمات سواء حدد من المؤسسة كما ورد في بعض مراحل فتح الاعتماد، أو من البنك فيما يخول له النظام المعمول به في هذا الشأن.

وإنني أرى أنه ينبغي دراسة الشروط العامة لفتح الاعتمادات المستندية لأن المطلع عليها يرى أنها وضعت على أساس عدم الثقة في العميل: «المكفول» والمفروض أن الثقة هي الأساس في التعامل خاصة بين المسلمين.

كما أن البنك يبعد نفسه عن المسؤولية في حالة أي تلف أو ضياع قد يحدث عن تأخير أو ضياع البرقيات أو الرسائل أو غيرها من المستندات. وهذا لا ينبغي لأنه إذا كان تأخير ذلك أو ضياعه بسبب البنك فإن المفروض أن

يتحمّله البنك لا المكفول الذي لا يدلّه في ذلك، وأن يتم وضع الشروط والقواعد بما يخدم مصلحة الطرفين. والله أعلم.

المبحث الثاني

القسم : الثاني : الاعتماد المصرفي بالضمان

ويندرج تحته ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : في الوسيلة الأولى بالكفالة.

المطلب الثاني : في الوسيلة الثانية خطابات الضمان
«الضمانات البنكية».

المطلب الثالث : في الوسيلة الثالثة قبول الأوراق التجارية.

المبحث الثاني

القسم الثاني الاعتماد المصرفي بالضمان

ويندرج تحته وسائل هي :

أ - الكفالة.

ب - خطابات الضمان.

ج - القبول.

وسنذكر هذه الوسائل في مطالب بعددها.

وتتفق تلك الوسائل في أنها لايتجرد المصرف فيها فوراً عن أي مبلغ. بل هي مجرد تعهد من المصرف أمام الغير في الكفالة وخطابات الضمان. وفي القبول تعهد أمام الغير في الغالب وقد يكون أمام العميل أحياناً. فالمصرف لايدفع وإنما يقدم تعهده أي مجرد توثيقه كأداة يستخدمها العميل في الحصول على الائتمان^(١٣٣). وقد يضطر المصرف إلى الدفع إذا تخلف العميل عن تنفيذ التزاماته التي تحملها هو قبل الغير.

(١٣٣) الائتمان مشتقة من الكلمة اللاتينية كريدو: **Credo** والتي تعني: أنا أعتقد، والائتمان عمليات الاقراض والاقتراض. وهي الاعتقاد في قدرة الشخص على الدفع. الموسوعة العربية الميسرة إشراف / محمد شفيق غرياب وزملائه ص ٢٧٦ دار الشعب بالقاهر — ودائرة معارف أعمال البنوك ص ١٦٧.

المطلب الأول

في الوسيلة الأولى «الكفالة»

تقوم البنوك كثيراً بدور الكفلاء لعملائها. والكفالة عقد بمقتضاه يكفل البنك تنفيذ التزام عميله إذا لم يف به العميل نفسه.

الفرق بين الكفالة وتأمين^(١٣٤) الضمان:

تشبه الكفالة مع عملية تأمين الضمان.

وجه الشبه بينهما: أن عدم وفاء المدين الدين يحرك التزام كل من الكفيل والمؤمن والهدف من كل منهما هو تأمين أو ضمان وفاء الدين، أو عبارة أخرى تفادى نتائج التخلف عن وفائه.

لكن الكفيل إذ يتدخل فهو يساعد المدين، ويقوي ائتمانه ويمكنه من الحصول على ما يريد من نقود أو أجل وهذا هو دور البنك.

أما في تأمين الضمان فالمؤمن لا يهدف إلى مساعدة المدين بل الدائن لأنه هو الذي يبرم التأمين ويؤمن نفسه ضد مخاطر تخلف المدين.

الفروق بينهما:

أنه في الكفالة يتعهد الكفيل بعلم المدين أو بغير علمه أن يدفع الدين إذا

(١٣٤) التأمين يتم باتفاق كتابي بين الشخص وشركة التأمين ويسمى الاتفاق: «بوليصة التأمين» وبمقتضاه يلتزم الشخص بدفع أقساط دورية مقابل التزام الشركة بدفع تعويض عند وقوع الحدث المؤمن ضده. الموسوعة العربية الميسرة ص ٤٨٥.

لم يدفعه المدين، وهذا التعهد قد يكون بطلب من المدين دون اقتراح الدائن، أو بناء على اشتراطه بتقديم كفيل، ويكون تعهد الكفيل بالوفاء للدائن أياً كان سبب عدم وفاء المدين أي ولو لم يكن معسراً.

أما الدائن فأمامه طريقتان: إما أن يطلب إلى المدين أن يقدم له كفياً، وإما أن يلجأ إلى التأمين لصالح نفسه من خطر تخلف المدين عن الوفاء، بخلاف المدين فهو لا يستطيع التأمين لصالح نفسه من خطر عدم الوفاء، لأن هذا التخلف من جانبه لا يصلح أن يكون محلاً للتأمين بوصفه فعلاً إرادياً من جانبه، وإنما له أن يرم تأميناً لصالح نفسه من خطر إعساره.

والكفيل يتدخل لضمان عملية هو غريب عنها وتتم دون تدخله، كما أنه لا يعتبر مؤمناً لا للدائن وللمدين وتعهده غير مشروط بإعسار المدين. ولا يقبض قسطاً يُحسب على أساس القسط الذي يتقاضاه المؤمن، وإن جاز أن يتقاضى من المدين ثمن الخدمة التي يقدمها له بتدخله.

كما أن الكفالة في جوهرها عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل وهو عقد تابع. أما التأمين فهو ملزم للجانبين ويقوم استقلالاً، لأن التزام المؤمن مستقل عن التزام المدين الذي يغطي التأمين إعساره وسببه هو اقتضاء القسط.

وموضوعه ليس تنفيذ التزام المدين بل تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ هذا الالتزام.

ويتطلب البنك ضمانات لضمان تخفيف المخاطر أو احتياطاً لوقوعها ومن هذه الضمانات:

١ — قد تكون ضماناً نقدياً يقدمه المدين العميل إلى المصرف.

٢ — وقد تكون رهناً من الدرجة الأولى على مال يملكه ولا يمكنه هو أن يقدمه إلى دائئه الذي يشترط كفالة مصرفية.

٣ — وقد تكون رهناً حيازياً على مستندات تكون في حيازة البنك أو يقدمها له العميل على سبيل الرهن^(١٣٥).

٤ — وقد تكون ضمناً شخصياً من مدير المؤسسة أو الشركة في صورة توقيع منه على ورقة تجارية تتعهد بها المؤسسة أو الشركة طالبة الكفالة^(١٣٦).

والكفالة مشروعة في الإسلام غير أنه لا بد من إبعاد ما هو مخالف للشريعة الإسلامية مما يدخل ضمناً في كفالة البنك لعملائه كالنسبة الثابتة التي تؤخذ فائدة على الكفالة، وتعامل بها البنوك عامة ومن ذلك ماورد بنماذج الكفالة التي تتعامل بها البنوك المحلية، حيث ورد في الفقرة الثالثة من نموذج الكفالة لأحد البنوك «مع خدمات بنكية قدرها عشرة في المائة سنوياً تحسب شهرياً من تاريخ دفعها ولحين التسديد التام من قبل المستفيد» وكذلك الفقرة الحادية عشرة ورد فيها: «إننا نفوضكم بأن تقيدوا على حسابنا لديكم فور إصدار كل كفالة عمولة بمعدل (٪) بالمائة عن كل فترة»

(١٣٥) نصت المادة ١٠٩٦ مدني مصري على تعريف الرهن الحيازي بقولها: «الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ضمناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه الرهن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون».

(١٣٦) أعمال البنوك والشريعة الإسلامية د/محمد مصلح الدين ص٤٥ والمصارف والأعمال المصرفية د/غريب الجمال ص١١٤. وانظر عمليات البنوك من الوجهة القانونية د/على جمال الدين عوض ص٣٥١ ومابعدها.

ويكون ما يأخذه البنك أجرة على قيامه بالأعمال والخدمات البنكية
على أن يكون مبلغاً مناسباً. وبهذا يسير العمل على وفق الشريعة
الإسلامية على ما أرى. والله أعلم.

المطلب الثاني

في الوسيلة الثانية خطابات الضمان «الضمانات البنكية»

وتتناول في هذا المطلب تعريف خطاب الضمان وشروطه وصوره وحكمه.

تعريف خطابات الضمان:

هي عبارة عن تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه البنك بكفالة أحد عملائه في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة على أن يدفع البنك المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان رغم معارضة المدين.

الأطراف التي تربطها خطابات الضمان:

يترتب على خطابات الضمان علاقات تربط بين أطرافها:

١ — علاقة بين المستفيد وعميل البنك المضمون وهي علاقة الالتزام المكفول ويحكمها عقد التوريد أو المقاوله^(١٣٧).

٢ — علاقة بين العميل المضمون والبنك وهي التي تدعو البنك إلى كفالة عميله لدى المستفيد، ويحكمها عقد اعتماد خطابات الضمان المبرم

(١٣٧) عقد التوريد: هو التعهد بتسليم كميات كبيرة من البضائع أو غيرها في مواعيد دورية. دروس في القانون التجاري السعودي د /أكثم الخولي معهد الإدارة ص ٣٢، ٣٥. والمقاوله: هي تكرار العمل استناداً إلى تنظيم سابق يحقق جميع عناصر الإنتاج والتنسيق بينها.

بين البنك وعميله أو الطلب المقدم من العميل.

٣ — علاقة بين البنك والمستفيد من الضمان وهي التي بموجبها يلتزم البنك بدفع المبلغ المضمون للمستفيد عن المطالبة ولو عارض العميل.

الشروط الواجب توافرها في خطابات الضمان:

لكي تكون خطابات الضمان صحيحة يجب أن تتضمن نصوصها النقاط الرئيسة التالية:

- ١ — اسم المستفيد في خطاب الضمان وعنوانه.
- ٢ — الغرض من إصدار خطاب الضمان: مقالة — مناقصة — مزادة^(١٣٨)... إلخ مع بيان اسم العملية.
- ٣ — قيمة خطاب الضمان ونسبته المئوية للقيمة الإجمالية للعملية المضمونة.
- ٤ — تعهد البنك بأن يضمن العميل مستصدر خطاب الضمان مع بيان اسمه كاملاً.
- ٥ — تعهد البنك بأن يدفع المبلغ المضمون للمستفيد عند أول طلب منه رغم أية معارضة في ذلك من قبل العميل المضمون.
- ٦ — المدة التي ينتهي بعدها مفعول خطاب الضمان.

(١٣٨) المناقصة: هي المنافسة بتقديم عروض أنسب للحصول على تنفيذ الأعمال المطلوبة. المزادة: هو الحراج ببيع المنقولات الجديدة أو المستعملة للجمهور بالمزاد العلني ص ٣٦ دروس في القانون التجاري السعودي د / أكثم الخولي وقال السنهوري المزادة هي المنافسة في شراء السلعة. وهو بيع الحكومة والأشخاص المعنوية العامة والمحاكم الحسبية أموال القصر والمحجورين والبيع الجبري عن طريق القضاء مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٢ / ٦٥ د / عبد الرزاق السنهوري / معهد الدراسات والبحوث جامعة الدول العربية ١٩٦٧م.

أنواع خطابات الضمان:

تتعدد أنواع خطابات الضمان تبعاً لتعدد الأغراض المستعملة فيها وهي:

١ — خطاب الضمان الابتدائي: وهو تعهد يقدم إلى المستفيد سواء كان جهة حكومية أو غيرها بالتزام دفع مبلغ نسبة معينة من قيمة العملية عند طلب المستفيد وهي غالباً تتراوح بين ١٪ / ٢٪ من قيمة العطاء المقدم.

٢ — خطاب الضمان النهائي: وهو تعهد يقدم إلى المستفيد من جهة حكومية أو غيرها بالتزام دفع مبلغ نسبة معينة تكون أكبر من الضمان الابتدائي، وهو خاص بضمان حسن تنفيذ العقود المبرمة وبصير الدفع واجباً متى تخلف العميل عن الوفاء بالتزاماته وهو عادة يتراوح بين نسبة ٥٪ أو ١٠٪ من قيمة العملية.

٣ — خطابات الضمان للتمويل عن دفعات مقدمة:

وهي عبارة عن خطابات ضمان يصدرها البنك لضمان مبالغ تصرف مقدماً وهي نوعان:

أ — خطاب ضمان عن دفع مقدم.

ب — خطاب ضمان لصرف مبالغ عن أعمال لم يتم حصرها من أعمال المقاولين أو المتعهدين.

٤ — خطابات الضمان الأخرى: وهي التي تطلب لشتى الأغراض المختلفة خلاف ماسبق، وهذه تصدر بصيغ خاصة تناسب أوضاعها ويرجع إلى الإدارة القانونية لوضع الصيغة التي تناسب أوضاعها.

إصدار خطابات الضمان:

إصدار خطابات الضمان يمر بالخطوات الآتية:

١ - موافقة البنك على فتح اعتماد للعميل لإصدار ضمان في حدوده. ويعتبر العقد المبرم بين البنك والعميل مع طلبات إصدار خطابات الضمان الموقعة من العميل هي مستند البنك ضد العميل عند التقاضي إذا لزم الأمر وتأميناً للوفاء بالجزء غير المغطى من خطابات الضمان، يجب الحصول على ضمانات أو تقديم ضامن ملىء يتضامن مع طالب الاعتماد في تسديد قيمة الكفالة، وفي الحالات التي يرى فيها البنك ملاءة مركز الكفيل وأنه لا يحتاج إلى ضامن فيرجع إلى الإدارة المختصة لأخذ الموافقة على ذلك.

٢ - إصدار خطابات الضمان في حدود الاعتماد الذي فتح العميل. بعد الموافقة يستوفي البنك إجراءات الإصدار، وتكون البيانات مشتملة على نوع خطاب الضمان واسم المستفيد وقيمة خطاب الضمان بالأرقام والحروف وتاريخ انتهاء سريان خطاب الضمان وغير ذلك من البيانات المطلوبة.

مصادرة خطاب الضمان:

للمستفيد مصادرة خطاب الضمان من البنك للأسباب التي يراها المستفيد خلال مدة سريان خطاب الضمان، ويصبح خطاب الضمان واجب السداد طبقاً للنص الوارد بطلبه عند أي مطالبة بالسداد ترد من المستفيد في مدة سريان الخطاب.

غطاء خطاب الضمان:

يختلف الغطاء في الحالة التي يطلب فيها البنك غطاء من العميل ببقية

لديه، فقد يكون نقداً وقد يكون أوراقاً مالية وقد يكون ما يطلبه يساوي القيمة التي تعهد بها ليدفعها بمقتضى خطاب الضمان ويتخذ غطاءً لخطابات الضمان صوراً منها:

١ — قد يكون الغطاء نقداً وذلك بأن يقدم العميل إلى البنك مبلغاً نقدياً يعادل قيمة الضمان كاملاً أو جزءاً منه، وقد يكون للعميل حساب جار في البنك فيستبعد منه البنك بموافقة العميل مبلغاً يساوي قيمة خطاب الضمان يفرج عنه عندما ينتهي الالتزام الناشئ من خطاب الضمان.

٢ — وقد يكون أوراقاً مالية: وذلك بأن يقدم العميل أوراقاً مالية مملوكة له وتكون قيمتها معادلة لخطاب الضمان.

٣ — وقد يتفق البنك مع العميل على أن يشرف البنك على تنفيذ العملية ليطمئن إلى استخدام الاعتماد في هذا التنفيذ، ويتقاضى البنك لقاء إصداره لخطابات الضمان أجراً على أعماله، كما يتقاضى فائدة على ذلك وهي نسبة محددة إلى المبلغ في خطاب الضمان، وقد جاء تحديد تلك النسبة للبنوك المحلية بالتعميم الصادر من مؤسسة النقد السعودي في ١٩/٩/١٣٩٩هـ. برقم م/١/٢٩١، وقد جاء في التعرّفه أنه يؤخذ ما يأتي:

١ — خطابات الضمان مقابل مستندات «عشرين ريالاً مقطوعاً» و $\frac{1}{4}\%$ في المائة في السنة لغاية عشرة ملايين ريال مقابل خطابات الضمان. ونسبة $\frac{1}{8}\%$ في السنة على ما يزيد على العشرة ملايين ريال الأولى^(١٣٩) مقابل خطابات الضمان.

(١٣٩) مجموعة الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية / مؤسسة النقد العربي السعودي الرياض
١٤٠٢هـ - ص ١٠٣.

انقضاء مفعول خطاب الضمان:

ينقضي التزام البنك في الحالات الآتية:

- ١ — انقضاء المدة المحددة في خطاب الضمان دون أن تصل البنك بشأنه أي مطالبة.
- ٢ — إذا أعيد خطاب الضمان من المستفيد لانتهاؤ الغرض من قبل انتهاء أجله.
- ٣ — إذا دفعت قيمته بالكامل للمستفيد قبل انتهاء أجله^(١٤٠).

التكليف الفقهي لخطابات الضمان والحكم الشرعي لها:

اختلف الباحثون في ذلك على النحو التالي:

- ١ — فذهب بعضهم إلى تحريم أخذ البنك أجره وعمولة على قيامه بإصدار خطابات الضمان وذلك لأمر:
١ — أن الضامن لو أدى المال ثم رجع على المضمون عنه بما أدى مع أخذ الأجرة فيكون قرضاً جر نفعاً، وذلك لايحوز لقوله صلى الله عليه وسلم: «كل قرض جر نفعاً فهو ربا»^(١٤١).

(١٤٠) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية / اتحاد البنوك الإسلامية ٢ / ٣٠٩ وما بعدها الطبعة الأولى لعام ١٣٩٨هـ وانظر العقود وعمليات البنوك التجارية د / علي البارودي ص ٣٩٣ وانظر البنوك التجارية د / حسن محمد كمال ص ٢٢١.

(١٤١) رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده عن علي رفعه قال في التمييز إسناده ساقط / كشف الخفاء ومزيل الألباس / إسماعيل العجلوني ٢ / ١٦٤ وانظر الجامع الصغير للسيوطي ٢ / ٢٨٤ حيث قال الحديث ضعيف.

٢ — أن البنك يأخذ عمولة في مقابلة الضمان، والضمان من باب المعروف الذي يبذل ابتغاء الثواب من الله، وأخذ المال على المعروف سحت وهذا هو ماعليه جماهير الفقهاء من أنه لايجوز أخذ الجعل على الضمان.

٣ — أن البنك قد ينتفع بالمال الذي لديه غطاء للضمان. والغطاء هنا من باب الرهن فكان انتفاع الضامن به محرماً حيث لم يكن ظهراً يركب بنفقتة أو در يحلب بنفقتة^(١٤٢).

ومن هؤلاء المانعين من أدلى باقتراحات بديلة لذلك وهي:

١ — أن يكون لطالب خطاب الضمان وديعة لدى البنك تغطي قيمة الخطاب بالكامل.

٢ — أن يكفل طالب خطاب الضمان أحد عملاء البنك، ويشترط أن تغطي وديعة ذلك الكفيل قيمة المبلغ المنصوص عليه في خطاب الضمان بالكامل.

٣ — إذا لم يكن هذا ولا ذاك فإن البنك يقدم خطاب الضمان لطالبه على شروط المشاركة، ويكون الربح بين البنك وبين العميل حسب الاتفاق^(١٤٣).

٢ — وذهب آخرون إلى جواز أخذ البنك عمولة على خطابات الضمان لأن البنك يعتبر وكياً عن العميل في تنفيذ الالتزام في مواجهة المستفيد، أو

(١٤٢) عقد الكفالة دراسة مقارنة / سليمان التويجري ص ٢٥٠ وبحث أعد من قبل الهيئة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء في هيئة كبار العلماء.

(١٤٣) البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق رسالة دكتوراه / عبدالله الطيار ١ / ٢٢١.

كفيلاً وضامناً للعميل لدى الدائن، ويرون أنه سواء تم تكييف هذه العلاقة على أنها عقد وكالة أو عقد كفالة فهي جائزة شرعاً بأجر أو عمولة مقابل ما يؤديه من خدمته^(١٤٤). قال الدكتور عبدالله العبادي: «بالنظر إلى هذا النوع من التعامل المصرفي وإحاطته للعقود الشرعية الواردة في كتب الفقه، فإنه يمكن رده إلى نوعين من العقود التي طرقها الفقهاء هما الوكالة والكفالة» ثم قال: «إذا قلنا بجواز أخذ الأجرة على الكفالة فإن هناك من العلماء من يجيز أخذ الأجرة مقابل الضمان مادام الضمان يترتب عليه استخدام جهده ولو كان ذلك الجهد مجرد مشي أو حركة والضمان شقيق الجاه. وإن تطور الحياة الاقتصادية أدى إلى اجتهاد بعض الفقهاء في جواز أخذ الأجر مقابل الضمان واستدل على ذلك ببعض النصوص الفقهية^(١٤٥).

وقال الدكتور الجمال^(١٤٦) «ومن الناحية الشرعية يمكن تبرير عملية خطابات الضمان وإجازة العمولة التي يتقاضاها المصرف في مقابل إصدارها. فالقاعدة أنه كما يمكن أن يتعهد طرف ثالث للدائن بوفاء المدين لدينه، كذلك يمكن أن يتعهد هذا الطرف الثالث لصاحب الحق بوفاء المشروط عليه بشرطه، وفي هذه الحالة يكون المشروط عليه ضامناً لما يخسره المصرف نتيجة لتعهده فيحق للمصرف أن يطالبه بقيمة ما دفعه إلى صاحب الحق لدى الجهة التي وجه خطاب الضمان لفائدتها، ويصبح للمصرف أن يأخذ عمولة على خطاب الضمان لأن التعهد الذي يشتمل عليه هذا الخطاب يعزز قيمة التزامات المشروط عليه، وهو من قبيل تمكين الغير من وفاء دين المدين وبذلك يكون عملاً مقبولاً يمكن فرض جعالة عليه أو عمولة قبل المشروط عليه».

(١٤٤) البنوك الإسلامية د / شوقي إسماعيل شحاته ص ٨٩.

(١٤٥) مجلة الأمة عدد رجب ١٤٠٣ هـ. تصدر عن رئاسة المحاكم الشرعية في قطر العدد الحادي

والثلاثين السنة الثالثة ص ٤٧.

(١٤٦) المصارف والاعمال المصرفية، د / غريب الجمال ص ١٢٢.

الرأى الراجح عندي:

بدراسة ذلك أرى أنه يجوز أخذ البنك أجرة على قيامه بخطابات الضمان وذلك مقابل قيامه بالأعمال الإدارية اللازمة لذلك، وأنه لايجوز للبنك أخذ فائدة على المبالغ التي يسدها عن عميله في حالة السداد، لأن الفائدة من الربا. وقد حرم الله الربا فيجب اجتنابه.

وما جاء من فوائد فيما يخص البنوك المحلية فأرى أن يستبدل بأجرة معينة مناسبة وتستبعد النسبة الثابتة المئوية ويجب عن حجج المانعين بما يأتي:

١ — أن أخذ البنك أجرة على أعماله ليس من قبيل أخذ الجعل على الضمان بل هو مقابل قيام البنك بالأعمال الإدارية اللازمة، فيكون أجرة عن عمل ولا يستطيع البنك القيام بأعماله تبرعاً، لأنه تترتب عليه التزامات مالية من منشآت ومباني وموظفين وغيرها، وإن كان الأصل في الضمان التبرع فلا أرى مانعاً من أخذ أجرة على الأعمال التي تتطلبها إجراءات الضمان، فتكون المبالغ مقابل أعمال البنك الإدارية للمقابل الضمان، وذلك لحاجة الناس للتعامل بذلك.

جاء في حاشية الدسوقي^(١٤٧) «قال أبو علي المستاوي: محل منع الأخذ على الجاه إذا كان الإنسان يمنع غيره بجاهه من غير مشي ولا حركة... وبيانه أن ثمن الجاه إنما حرم لأنه من باب الأخذ على الواجب، ولا يجب على الإنسان أن يذهب مع كل أحد» أهـ ثم قال: «وفي المعيار سئل أبو عبدالله القوري عن ثمن الجاه فأجاب بما نصه: اختلف علماؤنا في حكم ثمن الجاه فمن قائل بالتحريم بإطلاق، ومن قائل بالكراهة بإطلاق، ومن مفصل فيه وإنه إن كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر فأخذ أجر مثله فذلك جائز وإلا حرم» أهـ.

(١٤٧) حاشية الدسوقي ٣ / ٢٢٤

ومن هذا النص الفقهي يتبين أن القول بالجواز أولى لأن الأجرة مقابل عمل وجهد من البنك، كما أنه يتحمل مخاطرة الوفاء للمستفيد في حالة عدم قيام العميل بالتزاماته تجاه المستفيد.

وقد ورد في الحديث^(١٤٨) الصحيح جواز أخذ الجعل على الرقية من القرآن. قال ابن تيمية^(١٤٩): «ولأبأس بجواز أخذ الأجرة على الرقية نص عليه أحمد» وإذا كان يجوز أخذ الأجرة على الرقية من القرآن مع أنه ليس فيه جهد، فلا مانع من القول بجواز أخذ الأجرة على الضمان الذي لا بد له من جهد وعمل.

ثم إن العرف^(١٥٠) في الحياة الاقتصادية والتجارية اليوم يختلف عما كان عليه سابقاً نتيجة لتغير الزمان والمكان، وينبني عليه تغير الأحكام المبنية عليه مالم يخالف نصاً شرعياً. فالشركات والمصارف لاتقوم بعمل إلا بمقابل، ومادام هذا المقابل لا يخالف نصاً شرعياً لامن الكتاب ولامن السنة أو الإجماع وإنما هو اجتهاد. ويجوز تغير الأحكام المبنية على العرف التي لاتخالف النصوص الشرعية تبعاً للحاجة والمصلحة وتبدل الأعراف، يقول ابن عابدين^(١٥١) في ذلك: «إن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص وهي الفصل الأول، وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهادي ورأى، وكثير منها يبينه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ماقاله أولاً،

(١٤٨) الحديث رواه البخارى في الإجارة ٤ / ٤٥٣ حديث رقم ٢٢٧٦ صحيح البخارى بشرحه فتح الباري لابن حجر. ورواه مسلم في باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن ٤ / ١٧٢٧ حديث رقم ٢٢٠١.

(١٤٩) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥ / ٨٩.

(١٥٠) العرف: مااستقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول أو ما يعتاده الناس ذوو الطباع السليمة من أهل قطر إسلامي بشرط ألا يخالف نصاً شرعياً. أصول الفقه الإسلامي د / محمد سلام مذكور ص ١٣٧. وانظر التحرير وشرحه ٢ / ٣٦٩ والمواقفات للشاطبي ٢ / ١٧٩.

(١٥١) رسالة العرف في مجموعة رسائل ابن عابدين ٢ ص ٤٤.

ولهذا قالوا في شرط الاجتهاد: أنه لا بد من معرفة عادات الناس فكثيراً من الأحكام تختلف باختلاف الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر والفساد لبقاء العالم على أحسن نظام وأتم إحكام، ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا على مانص عليه المجتمع في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه، ولعلمهم أنه لو كان في زمنهم لقال ماقالوا أخذوا من قواعد مذهبه» من هذا نعلم أن أخذ الأجرة على عملية خطابات الضمان جائز لاشيء فيه غير أنه يجب مراعاة، عدم الاستغلال في أخذ الأجرة على الضمان، وإنما تكون أجرة معقولة يسندها العرف التجاري القائم في المعاملات التجارية والمصرفية^(١٥٢).

٣ — إن إمكان انتفاع البنك الضامن بالمال الذي لديه كغطاء للضمان لا يؤثر على الجواز لأنه ليس من باب الرهن وإنما وجوده عند البنك من باب الوديعة. وحتى لو قيل أنه من باب الرهن فيمنع البنك من استغلاله والانتفاع به ولا يؤثر ذلك على الجواز.

كما أنه يمكن اعتبار هذا العقد من العقود التي استحدثت نتيجة للتطور الاقتصادي والحضاري ولو كان به شبه من بعض العقود المسماة. والأصل في العقود الإباحة والجواز لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْ فُؤَادًا أَلْعُقُودِ﴾^(١٥٣) ولقوله عليه السلام: «المسلمون على شروطهم»^(١٥٤) ولا ينتقل عن الأصل إلا بوجود دليل

(١٥٢) مجلة الأمة العدد «٣١» السنة الثالثة ص ٤٨ والتي تصدر في قطر — مقال للدكتور عبدالله العبادي.

(١٥٣) سورة المائدة آية ١/.

(١٥٤) رواه أبو داود والحاكم في مستدركه كلاهما عن أبي هريرة: قال السيوطي في الجامع الصغير حديث صحيح. الجامع الصغير في أحاديث البشير لجلال الدين السيوطي ٢/ ٦٦٨ دار الفكر — بيروت. ورواه الترمذي في باب الصلح وقال حديث حسن صحيح /تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي للحافظ محمد المباركفوري ٤/ ٥٨٥ المطبعة السلفية بالمدينة المنورة الطبعة الثانية — ١٣٨٥هـ.

شرعي يثبت المنع.

وما خالف الشرع الإسلامي مما ورد في العقد من فوائد ربوية فإنه يجب إبعاده والاستغناء عنه ببدائل تتفق مع الشرع الإسلامي الحنيف.

أما ماجاء في الاقتراحات فإنها لأبأس بها لكنها نظرية، وتناقش من الناحية العملية بأنه ليس كل من يتجر ويحتاج للمال يملك المبالغ التي يستطيع إيداعها كغطاء للضمان، كما أن الكفالة لا يستفيد منها البنك شيئاً لقاء ماعليه من التزامات مالية. ثم إن البنك لايمكن أن يدخل في كل عملية مناقصة كشريك لأن ظروفه ومبالغه قد لاتسمح بذلك.

المطلب الثالث

في الوسيلة الثالثة — قبول الأوراق التجارية.

الاعتماد بالقبول:

هو الاعتماد الذي يقدم فيه المصرف توقيعه وضمائنه ليستفيد منها المعتمد له في الحصول على المال الذي يحتاج إليه.

ذلك أن عملاء المصارف قد يجدون عند تحريرهم الشيك أو الكمبيالة أو السند الإذني أن من مصلحتهم تعزيز تلك الأوراق وإكسابها ثقة عن طريق الحصول على قبول المصرف وتوقيعه عليها.

والشيك:

ورقة تتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب الى شخص يسمى المسحوب عليه، بأن يدفع بمجرد الاطلاع عليها مبلغاً من النقود لشخص ثالث هو المستفيد أو لإذنه أو للحامل.

والكمبيالة:

هي ورقة تجارية تتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه، بأن يدفع مبلغاً معيناً من النقود في تاريخ معين، أو بمجرد الاطلاع لإذن شخص ثالث هو المستفيد أو حامل الورقة.

والسند الإذني:

هو ورقة يتعهد محررها بمقتضاها بأن يدفع مبلغاً من النقود في تاريخ معين أو

بمجرد الاطلاع لإذن شخص آخر هو المستفيد^(١٥٥).

ويختلف القبول تبعاً للأوراق التجارية.

فبالنسبة لقبول المصرف للشيكات التي يقدمها إليه صاحبها لكي يعززها بتوقيعه تسهياً لتداولها حيث يتحمل مسؤوليتها أمام من سوف يستلمها كوفاء لدينه.

وهذا ينطوي على تأكيد من المصرف على وجود مقابل الشيك تحت يده وتعهده بالاحتفاظ بهذا المقابل تحت تصرف المستفيد، وقوله حوالة هذا المستفيد عليه وهذا إقرار من المصرف بما في ذمته بمثابة تأمين عيني لقيمة الشيك، ويعتبر تعهداً من المصرف بالوفاء بقيمة الشيك للمستفيد. وهذا العمل يتقاضى عنه البنك أجراً على عمله، لأنه بمثابة الوكالة أو الحوالة وكلاهما جائز فيجوز ماقيس عليهما. وفي الكمبيالات والسندات الإذنية فإن المصرف يتعهد بضمان أداء المدين للدين في موعد الاستحقاق.

ويستخدم العميل هذا الاعتماد بالقبول للحصول على قرض فيتفق مع المصرف مثلاً على أن يسحب عليه كمبيالة يوقعها بالقبول، ثم يخصم العميل هذه الكمبيالة لدى مصرف آخر، وبذلك يحصل العميل على النقود بطريق غير مباشر على أن يقدم للمصرف المقابل مقابل وفاء الكمبيالة أو السند الإذني قبل حلول الأجل. ويستخدم الاعتماد بالقبول في التجارة الخارجية، وبالذات في عملية الاعتماد المستندي، ويفضل العميل الالتجاء إلى الاعتماد بالقبول لأنه لا يكلفه ما يكلفه الاقتراض نقداً من البنك.

وقد يكون مقابل الوفاء متوفراً تحت يد البنك فعلاً لسداد استحقاق الكمبيالة أو السند الإذني، أو أن يكون عميل البنك قد تعهد بتوفير هذا المقابل إذا

(١٥٥) الموسوعة العربية الميسرة ص ١١٠٧، ١٠٢٢، ١٤٧٩.

اضطر المصرف لسداد القيمة في حالة تخلف المدين بالسند الإذني أو بالكمبيالة عن السداد في الموعد المحدد، ويكتفي البنك بتحصيل عمولته.

وقد لايتوفر مقابل الوفاء لدى البنك فيضطر البنك للسداد لعدم وفاء المدين بالكمبيالة أو بالسند الإذني في الموعد المحدد، من هنا فإن البنك يعتبر عميله مديناً بقيمة ما قام بسداده كقرض يمنحه له محتسباً عليه فائدة.

تكييف الكمبيالة والسند الاذني وحكمهما الشرعي:

من الباحثين من يكيّفها على بعض العقود:

يكيّف بعض الباحثين الكمبيالة ويلحقها بعقد الحوالة، ومادام عقد الحوالة جائزاً فكذا ما ألحق فيه.

ويكيّف السند الإذني على أنه وثيقة بدين وهذا جائز^(١٥٦) لقوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾^(١٥٧).

ولكنني أرى أن الكمبيالة والسند الاذني نوع من التعهد والالتزام من قبل البنك يلزم البنك بموجب تعهده أن يدفع ما يستحق للدائن إذا تخلف المدين عن الوفاء، وهذا هو معنى الضمان. لأن الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه، وقد انضمت ذمة الضامن وهو البنك إلى ذمة المدين وترتب على ذلك وجوب الأداء لتخلف المدين عن الوفاء، ويبقى الدين في ذمة المدين الأصلي ويرجع به البنك على المدين، وهذا هو معنى الضمان في الفقه الإسلامي.

(١٥٦) البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق رسالة دكتوراه /عبدالله الطيار ١ /١٩٧ - ١٩٨.

(١٥٧) سورة البقرة آية / ٢٨٢.

وكون المطالبة تتوجه إلى المدين فإذا تخلف عن الوفاء طوّل البنك به هو
رأى المالكية على المشهور عندهم. غير أنه يجب استبعاد الفائدة من التعامل
فيها لأنها ربا محرم.

المبحث الثالث

كفالة الاستقدام وبيان حكمها

ويندرج تحته مطلبان :
المطلب الأول : بيان حقيقتها وشروطها.
المطلب الثاني : تكييف كفالة الاستقدام وبيان الحكم الشرعي لها.

المبحث الثالث

كفالة الاستقدام وبيان حكمها:

لقد حبا الله المملكة العربية السعودية نعماً كثيرةً ويسر لها الموارد الاقتصادية الهائلة، وفي مقدمتها البترول، ونتيجة لذلك فقد نمت البلاد نمواً سريعاً وتطورت تطوراً كبيراً، وتطلب هذا التقدم الحضاري احتكاك شعب هذه البلاد بالأمم الأخرى في المجال التجاري والصناعي وغيرها، كما أن عمليات الإنشاء والبناء للمشاريع الضخمة في كافة المجالات الزراعية والتجارية والصناعية أوجبت الاستفادة من الطاقات والخبرات البشرية في الدول الأخرى الإسلامية، وغيرها، ليساهموا في مرحلة البناء التي تمر بها هذه البلاد، ذلك أن شعب هذه البلاد، لا يمكن أن يقوم بتلك الأمور مجتمعة بمفرده لأنه لا بد من توفر الأعداد الكافية للقيام بذلك.

ونتيجة لتلك الحاجة الملحة قامت الدولة بوضع الأنظمة والتعليمات التي تحكم استقدام تلك الأيدي البشرية سواء كانت للجهات الحكومية الرسمية أو لمؤسسات الأفراد وأعمالهم الخاصة، ووضعت الضوابط لذلك بما يحكم العلاقة بين العامل وصاحب العمل. وكان في مقدمة تلك الأنظمة والتعليمات نظام العمل والعمال الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٧٤٥ وتاريخ ٢٣ / ٨ / ١٣٨٩هـ والذي يحتوي على مائتين وإحدى عشرة مادة، وردت مبوبة في ثلاثة عشر فصلاً وما يتبع هذا النظام من اللوائح والتعليمات التي نظمت ذلك. (١٥٨)

(١٥٨) نظام العمل والعمال واللوائح والقرارات الصادرة بمقتضاه الصادر بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٧٤٥ وتاريخ ٢٣ / ٤ / ١٣٨٩هـ وتوج بالمرسوم الملكي رقم م / ٢١ وتاريخ ٦ / ٩ / ١٣٨٩هـ ونشر بجريدة أم القرى رقم ٢٢٩٩ وتاريخ ١٩ / ٩ / ١٣٨٩هـ.

كذلك قامت الدولة بوضع الأنظمة والضوابط التي تحكم استقدام العمال وحددت مسؤولية مستقدميهم وواجباتهم وجميع ما يتعلق بهم من بداية إصدار الموافقة على الاستقدام إلى انتهاء حاجة الكفيل المستقدم ممن استقدمهم وحددت تلك الأنظمة والتعليمات ضوابط نقل الكفالة من جهة لأخرى، ومن شخص لغيره في حالة الاستغناء عن خدماته، كذلك إغارة خدمات العامل من جهة أو شخص لغيرهم. وأنه لا يجوز استقدام عمالة من دون كفيل بل لأبد من كفيل يلتزم ما عليهم من واجبات، ويتولى الإشراف عليهم وإدارة الأعمال واستيفاء الحقوق وتولى ماللعمال المستقدمين أو عليهم منعاً للمشاكلات وتنظيماً للأمور.

المطلب الأول

بيان حقيقة كفالة الاستقدام وشروطها

وستحدث عن كفالة الاستقدام في أمور هي:

١ — تعريفها وأركانها.

٢ — شروط كفالة الاستقدام.

٣ — تكييف عقد كفالة الاستقدام وبيان الحكم الشرعي لها.

ونظراً لأنه ليس فيه كتاب معين يجمع جميع ماورد في الموضوع إلا الدليل الإرشادي للاستقدام، وهو غير واف بالمطلوب، فقد يكون في البحث حاجة إلى الاستزادة أكثر، ولكن حسبي أن ذلك هو اجتهاد آمل أن يكفل بالتوفيق.

١ — تعريف كفالة الاستقدام:

لم أجد لها تعريفاً ينص على أفرادها ومايراد منها ولكن يمكن أن نعرفها مما نفهمه من الأنظمة الخاصة بها وشروطها بالتعريف الآتي:

عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام المكفول وما عليه من واجبات إذا لم يف بذلك المكفول والتزام إحضاره عند الطلب.

أركان كفالة الاستقدام:

أركان كفالة الاستقدام هي أركان الكفالة نفسها وهي:

- ١ — الكفيل: وهو الشخص المستقدم الذي يلتزم ماعلى مكفوله من واجبات.
 - ٢ — ومكفول: وهو العامل المستقدم.
 - ٣ — مكفول له: وهو الجهات الحكومية المعنية وأصحاب الأعمال التي يياشرها العامل.
 - ٤ — ومكفول به: وهي أعمال العامل المستقدم وما يترتب عليها.
- شروط كفالة الاستقدام:

لم يرد نص بشروط الاستقدام في فصل معين، ولكن يمكن أن تفهم تلك الشروط من الدليل الإرشادي لشئون الاستقدام، والذي طبع من قبل مكتب الاستقدام بوزارة الداخلية، وكذلك التعليمات والتعاميم التي صدرت بهذا الخصوص:

أولاً — يشترط في الكفيل المستقدم: من ذلك ما يأتي:

- ١ — يشترط أن يكون المتقدم لطلب الاستقدام هو صاحب الشأن، ولا يقبل طلب من غير الكفيل نفسه إلا إذا كان بتفويض رسمي من صاحب الشأن.
- ٢ — يشترط على الكفيل أن يفتح ملفاً لدى مكتب الاستقدام، ولا يجوز له فتح أكثر من ملف مهما تعددت النشاطات أو الطلبات.
- ٣ — يجب أن تكون الاستثمارات والأوراق الخاصة بذلك معبأة وموقعة من قبل صاحب الشأن وهو مالك المؤسسة أو المحل أو من يديرها، ولا يقبل توقيع غيره إلا بتفويض رسمي من صاحب الشأن.
- ٤ — يجب على الكفيل المستقدم أن يتقيد بعلاقته مع مكفوليه

بنظام العمل والعمال، وذلك فيما يتعلق بالأجور وكافة الحقوق الخاصة بالعامل وساعات العمل، وعدم السماح لهم بالعمل لدى غيره بطرق غير مشروعة ويجب على المتقدم الإبلاغ عن تغيب أى عامل للجهات المختصة.

٥ — يلزم المتقدم أن يختار أفضل نوعية عند التعاقد من حيث الإنتاجية والاستقامة والالتزام بأنظمة وتقاليد المملكة.

ثانياً — يشترط في المكفول (المستقدم):

١ — يجب عليه أن يلتزم الآداب والتقاليد والأنظمة المعمول بها في المملكة.

٢ — يجب أن يتم قدمه خلال سنة من صدور التأشيرة وعلى المهنة المعينة فيها.

٣ — أن تتوفر فيه الشروط المطلوبة للمستقدم من كفاءة للعمل وما يحتاج إليه من خبرة.

٤ — الالتزام الكامل بالعقد المتفق عليه مع صاحب العمل والقيام بواجبه على أكمل وجه.

٥ — يجب أن يكون سن الشخص المتقدم من الرجال إحدى وعشرين سنة على الأقل ومن النساء بالنسبة للخدمات والمربيات ثلاثين سنة على الأقل.

٦ — أن يتم استقدامه من بلده الذي يقيم فيه إلا إذا لم يكن فيه سفارة سعودية فيستقدم من أقرب دولة فيها سفارة.

هذا وقد ورد في الدليل الإرشادي لشئون الاستقدام الأمور الواجب اتباعها في حالة استقدام الخادمت والمربيات والسائقين والحالات التي يمكن السماح فيها بذلك.

وإنني بهذه المناسبة لأدعو المسؤولين والمواطنين إلى الحد من ذلك لما يجره من الويلات والأمراض الاجتماعية الخطيرة التي يجب إبعادها عن مجتمعنا المسلم نرجو أن يتحقق ذلك.

هذا وإنه نتيجة للتطور الزراعي دعت الحاجة إلى استقدام عمال زراعيين للقيام بالزراعة وتربية المواشي والدواجن وغيرها، واشترط لذلك شروط خاصة بكل منها:

أولاً: فيما يخص طلبات المزارعين :

يشترط على المزارع أن يتقدم بالأوراق التالية عند حاجته لاستقدام عمال على كفالاته:

- ١ — صك الملكية أو وثيقة التملك.
- ٢ — إرفاق صورة من حفيظة نفوس المتقدم.
- ٣ — شهادة من الجهة الزراعية تكون مشتملة على البيانات والإحصاءات المطلوبة لتحديد الاحتياج اللازم من العمال.
- ٤ — التوقيع على الإقرار الخاص بعدم التقدم سابقاً بطلب فتح ملف.
- ٥ — تعبئة النموذج الخاص بطلب الاستقدام.

هذا في حالة كون المزرعة ملكاً للكفيل المستقدم أما إذا كانت مستأجرة فيطلب منه صورة من عقد الإيجار مصدقة من الجهات المعنية بدلاً من صك الملكية ويشترط في مزارع الدواجن أن يقدم صورة من الترخيص الصادر من وزارة الزراعة.

أما بالنسبة للشركات والمؤسسات فيشترط لها علاوة على ماتقدم:

- ١ — أن يقدم الطلب الخاص بالشركات والمؤسسات وذلك وفق نموذج

معين في الدليل الإرشادي للاستخدام.

٢ — أن يرفق المستند الرسمي الذي يسمح للشركة أو المؤسسة بالعمل والصادر من الجهات الرسمية المختصة وهو ثلاثة أنواع:

أ — الشركات والمؤسسات السعودية ترفق صورة كاملة من السجل التجاري المشتمل على نشاط المؤسسة.

ب — الشركات الأجنبية ترفق صورة من الترخيص الصادر من وزارة التجارة المتضمن السماح لها بالعمل في المملكة ونوعية نشاطها وتاريخ صلاحية الترخيص.

ج — المصانع والفنادق والمستشفيات والمستوصفات الأهلية والورش وغيرها ترفق صورة من الترخيص الصادر من الجهة المختصة والذي يسمح لها العمل بموجبه.

٣ — أن تقدم المبررات التي تدعو للطلب وهي أهم عنصر وتختلف باختلاف نشاطات الشركات والمؤسسات على النحو التالي:

أ — إذا كانت العقود حكومية فترفق صورة كاملة من العقد موضحاً فيها البيانات اللازمة. وإذا كانت العقود أهلية فترفق صورة من العقد مشتملاً على البيانات اللازمة وترفق صورة من ترخيص البناء، وذلك إذا كانت العمالة المطلوبة لنشاط المقاولات.

ب — بالنسبة للفنادق والمستشفيات والمستوصفات الأهلية والورش وغيرها فيكتفي بالترخيص إضافة إلى تقدير الجهة الحكومية المختصة.

ج — قد تكون المبررات شهادات مغادرة أو شهادات من السفارة بعدم استعمال تأشيرات سابقة ويطلب المتقدم التعويض عن تلك التأشيرات فيشترط استمرار صلاحية مابنيت عليه الموافقة الأولى.

٤ — يجب تقديم شهادة بنكية وشهادة الزكاة والدخل يبين فيها أرصدة المتقدم، وشهادة الزكاة تبين دفع المستحق عليه من الزكاة.

٥ — يجب إرفاق شهادة التسجيل بمكتب العمل وذلك من المحلات الآتية:

أ — المحلات والورش والمصانع وغيرها.

ب — المؤسسات التي تمارس نشاط المقاولات.

٦ — يجب على الشركة أو المؤسسة التي سبق حصولها على عمالة في السابق تقديم بيانات توضح وضع العمال فيها.

٧ — إذا كانت المؤسسات أو الورش أو المحلات مملوكة لنساء سعوديات، فلا بد من تعيين من يمثلها من السعوديين وترفق صورة الوكالة الشرعية وصورة الحفيظة وعنوان الوكيل.

وقد وضعت الضوابط اللازمة التي تبين الإجراءات المطلوبة لمن يريد التقدم من المتقدمين وتعبئته نماذج عملت لذلك، كما أنه قد وضعت معالم تساعد على تحديد الاحتياج الفعلي من العمالة للكفاء المستقدمين على مختلف الأنشطة والأعمال من مقاولات أو ورش أو محلات أو غيرها لاداعي لذكرها ومن أراد الاطلاع عليها فليرجع إلى كتاب الدليل الإرشادي لشئون الاستقدام^(١٥٩).

أما إذا استغنى الكفيل المتقدم عن العامل الذي استقدمه، فقد أجازت التعليمات أن يتنازل الكفيل عن كفالة العامل إلى كفيل آخر، أو يقوم بإعارته لغيره، أو يقوم بترحيله إلى بلده الذي استقدم منه ووضعت لذلك

(١٥٩) ص ٢٩ الصادر من مكتب الاستقدام بوزارة الداخلية.

الضوابط والشروط اللازمة^(١٦٠).

وقد صدر بجواز نقل الكفالة والإعارة بين الأفراد أو المؤسسات أو الشركات تعليمات أعلن بموجبها بتاريخ ١ / ١١ / ١٣٩٨هـ بيان من وزارة الداخلية جاء فيه: تعلن وزارة الداخلية عن جواز نقل كفالة المتقدمين للعمل لدى مؤسسة أو شركة أو فرد إذا استغنى عنه الكفيل الذي استقدمه وتنازل عنه لكفيل آخر بشرط أن يكون العمل متجانساً، وأن يعمل في طبيعة العمل الذي استقدم من أجله.. كما تعلن الوزارة عن جواز إعارة الأيدي العاملة بين الشركات والمؤسسات والأفراد إذا احتاجت مؤسسة أو فرد أو شركة إلى عدد معين من العمال والفنيين للعمل لديها لفترة محددة على أن يصدر بذلك تصريح مكتوب من الكفيل لصاحب العمل يوضح به أسماء العمال الذين أعارهم، والجهة التي أعارهم إليها ومدة الإعارة. ويعتبر الكفيل مسؤولاً عنهم وملزماً بكل الالتزامات المترتبة على كفالته لهم.

(١٦٠) أخذت هذه الشروط من: أ — الدليل الإرشادي لشئون الاستقدام والذي أصدره مكتب الاستقدام بوزارة الداخلية في المملكة ويحتوى على سبع وخمسين صفحة الطبعة الثانية لعام ١٤٠٢هـ. مطابع البكيرية.
هذا بالإضافة إلى التعاميم والتعليمات الصادرة في ذلك والتي اطلعت على ماصدر منها بهذا الخصوص.

المطلب الثاني

تكيف كفالة الاستقدام وبيان الحكم الشرعي لها

بدراسة الأنظمة والتعليمات الواردة في كفالة الاستقدام أرى أنها من قبيل كفالة النفس. وكفالة النفس جائزة في الفقه الإسلامي فكذا ما ألحق فيها.

والأمور التي أصدرتها الجهات المختصة لتنظيم الاستقدام وما يجب فيه من شروط وواجبات هي أمور تنظيمية تخدم مصلحة العامل ورب العمل، وتوفر الأمن والطمأنينة للمجتمع فيجب التزامها وتطبيقها من الكفلاء المستقدمين ومساعدة الدولة على ما فيه مصلحة الوطن. وأن يلتزم كل من العامل ومستقدمه بما وجب عليه من شروط وواجبات عملاً بمقتضى العقد لقوله تعالى ﴿يَتَّيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (١١١).

وقول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» (١١٢).

ومما يرد في هذا المجال أن بعض الكفلاء المستقدمين يستقدمون عمالاً أعلى كفاتهم ويأخذون إما نسبة من دخلهم اليومي أو الشهري أو مبلغاً معيناً من المال ويطلقون لهم العنان في العمل كيفما شاءوا، ويقتضي ذلك بيان الحكم الشرعي فنقول: الغالب في الكفيل المستقدم أن يفرض مرتباً معيناً للعامل

(١٦١) سورة المائدة آية ١/.

(١٦٢) رواه أبو داود والحاكم في مستدركه قال في الجامع الصغير حديث صحيح. الجامع الصغير للسيوطي ٢/ ٦٦٨. وقال الحافظ بن حجر رواه الترمذي وصححه وأنكروا عليه لأن رواه كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف ضعيف وكأنه اعتبره بكثرة طوقه. وقد صححه ابن حبان من حديث أبي هريرة رضي الله عنه / بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر ص ١٠٧ في باب الصلح — مكتبة عباس شقرون بالقاهرة.

الذي يعمل لديه ويكون مناسباً لكلا الطرفين، وتراضياً بذلك واتفقاً عليه بعقد فهذا الشيء فيه لأنه من باب الإجارة.

كما أنه قد يتفق المستقدم مع العامل على تنفيذ ما يريد تنفيذه من إنشاءات ومباني بالمترو ويكون السعر مناسباً للطرفين فهذا كذلك جائز لاشيء فيه لأنه قد وضع برضاها واتفقاً عليه أما بالنسبة لأخذ نسبة معينة أو مبلغ معين مقابل تركه يعمل ماشاء فهذا فيه الاحتمالات الآتية:

أولاً: قد يقال أن ذلك ممنوع وحرام ويستدل له بالأدلة الآتية:

١ — أن الكفالة معروف محض غير متمول يعتمد على الملاءة أو مجرد الجاه فلا يقابل بعوض. فكما أنه لا يجوز أخذ الأجرة على الشفاعة وبذل الجاه لنفع الناس فكذلك لا يجوز أخذ الأجرة على الكفالة. قال الشيخ ابن مفلح^(١٦٣): «جاء رجل إلى الحسن بن سهل يستشفع به في حاجة فقضاها فأقبل الرجل يشكره. فقال له الحسن بن سهل: علام تشكرنا ونحن نرى أن للجاه زكاة كما أن للمال زكاة»

واختار التحريم الشيخ تقي الدين بن تيمية في كل شفاعة فيها إعانة على فعل واجب أو ترك محرم... وقال هذا هو المنقول عن السلف والأئمة الكبار.

٢ — روى أبو داود في سننه (باب الهدية للحاجة) عن أبي أمامة مرفوعاً: «من شفع لأخيه شفاعة فأهدى له هدية فقبلها فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا» وهو من رواية القاسم بن عبد الرحمن وقد وثقه ابن معين والعجلي

(١٦٣) الآداب الشرعية لأبي عبد الله محمد بن مفلح ٢ / ١٨٥ مكتبة الرياض الحديثة عام ١٣٩١هـ.

(١٦٤) الآداب الشرعية لابن مفلح ١ / ٣٣٧ وقال: قال الجوزجاني كان خيراً فاضلاً وتكلم فيه

أحمد وابن حبان وقال ابن حراش ضعيف جداً وقال ابن الجوزي ضعيف بمره واحدة ورواه أحمد من رواية ابن لهيعة وضعفه مشهور وفي صحته نظر.

ويعقوب بن شيبه والنسائي والترمذي. وقال أبو حاتم: لإبأس به^(١٦٤).

٣ — روى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال — وبإسناده عن زاذان أنه سمع عمر يقول لمسروق بن الأجدع: «اياك والهدية في سبب الشفاعة فإن ذلك من السحت»^(١٦٥).

٤ — أنه إذا غرم الكفيل مالا ثم استوفى منه ماغرمه فإن ما أخذه من أجره يكون زيادة على ماغرمه وهذه الزيادة ربا.

٥ — أن في أخذ الكفيل المستقدم على من استقدمه مالا أخذاً للجعل على الضمان، وقد منع جماهير الفقهاء أخذ الجعل على الضمان.

٦ — أن ولي الأمر قد منع من قيام الكفيل بذلك فالكفيل إما أن يتيح العمل لمن استقدمه عنده وتحت إشرافه ومسئوليته، وإما أن يستغنى عنه ويقوم بترجيله أو نقل كفالاته وأخذ المستقدم على العامل ذلك مخالفة لعقد الاستقدام الذي رسمه ولي الأمر حفظاً للأمن ومنعاً للمشاكلات أو تقليلاً لها.

٧ — ان أخذ المستقدم أجراً معيناً من العامل شهرياً سواء كسب أم لم يكسب فيه ظلم للعامل وشبه مقامرة بالنسبة له، وهو نظير زراعة الأرض بجزء معين للمالك مما يخرج منها كالذي على مجارى المياه.

٨ — وفيه كذلك دفع المستقدم قيمة تذاكر السفر ورسوم الإقامة نقوداً ليستعيض من العامل بنقود أكثر.

٩ — وفي بعض العقود جهالة الأجر لجهالة الدخل الذي أخذت منه النسبة

(١٦٥) نفس المرجع ١ / ٣٢٨.

كما إذا اتفق معه أخذ نسبة ٢٠٪ من أجره الشهري^(١٦٦).

ثانياً: ويحتمل أن يقال بجواز ذلك ويستدل له بالآتي:

١ — أن الأصل في العقود الإباحة والجواز حتى يثبت دليل ينقل عن الأصل واتفق الكفيل مع أحد أطراف الكفالة على أجر مقابل كفالاته نوع من العقود فكان جائزاً حتى يثبت دليل المنع.

ويناقش ذلك بأن الكفالة من أنواع المعروف التي من شأنها أن تبذل تبرعاً بلا مقابل، فكان أخذ الأجر عليها ممنوعاً لمنافاته للكرامة ولمقصد الشرع في بذل المعروف.

ويجاب عن ذلك بأن كثيراً من أنواع المعروف والتعاون على الخير وتحصيل المنافع كالخياطة والنجارة والحدادة ونحوها من الحرف والصناعات يجوز أخذ الأجر عليها من غير نزاع، قال الشيخ أبو عبد الله محمد بن مفلح^(١٦٧): «ونص أحمد رضي الله عنه على أنه لو قال، اقترض لي مائة ولك عشر أنه يصح قال أصحابنا: لأنه جعالة على فعل مباح، وقالوا يجوز للإمام أن يبذل جعلاً لمن يدل على ما فيه مصلحة المسلمين، وأن المجعول له يستحق الجعل مسلماً أو كافراً، وقاسوه على أجره الدليل».

ويمكن أن تناقش أدلة المانعين بما يأتي:

١ — تناقش بأنه وإن كانت الكفالة معروف محض فإنه يجوز أخذ الأجرة عليها للحاجة، كما أن بعض الأعمال معروف محض كالقضاء والفتيا والشهادة

(١٦٦) بحث أعد من قبل اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء وذلك بناء على مآراه مجلس هيئة كبار العلماء في الدورة الرابعة عشرة المنعقدة في شهر شوال عام ١٣٩٩هـ بمدينة الطائف وهو يشتمل على ثلاث وعشرين صفحة.

(١٦٧) الآداب الشرعية لابن مفلح ١/ ٣٣٩ الجزء الأول.

ونحو ذلك وقد جوز بعض العلماء أخذ الأجرة عليها في بعض حالاتها^(١٦٨).

قال في المغني^(١٦٩): « ويجوز للقاضي أخذ الرزق ورخص فيه شريح وابن سيرين والشافعي وأكثر أهل العلم، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه استعمل زيد بن ثابت على القضاء، وفرض له رزقاً ورزقاً شريحاً في كل شهر مائة درهم». وسبق نقل بعض النصوص الفقهية الدالة على إجازة أخذ الأجرة على الضمان وكذلك حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه الذي رواه البخاري ومسلم في أخذ الجعل على الرقية^(١٧٠). فإذا جاز أخذ الأجرة على الرقية من القرآن وهي من الأعمال التي تعتبر معروفاً محضاً، وليس بها جهد يبذل من القارئ فيجوز من باب أولى أخذ الأجرة على الضمان لأنه يترتب عليه جهد وعمل.

٢ — ويجاب عن الاستدلال بالدليل الثاني والثالث: بأنه وإن صح ذلك فهو خاص بالشفاعة والشفاعة غير الكفالة لأن الشفاعة بذل الجاه لاغير أما الكفالة فيترتب عليها التزامات مالية وأعمال إدارية فتختلف عنها.

٣ — يجاب عن الدليل الرابع وهو كون ما يؤخذ ربا: أن كفالة الاستقدام ليست كفالة مالية خالصة حتى يكون ما يؤديه الكفيل يرجع به على المكفول وزيادة، وإن كان من ضمن الالتزامات للكفيل أداء ما يترتب عليه من أموال فإن أخذ الكفيل الأجرة ليس على الضمان فقط، وإنما هو على قيامه بالأعمال الإدارية من مراجعة وتسجيل واتصال بالإدارات الحكومية المعنية، واستقدام ثم إشراف وتأمين سكن وعلاج ونحوها ومن غير المعقول أن يتحمل الكفيل المبالغ اللازمة لذلك متبرعاً بها لأن ذلك غير الجاه. ولو رجع بما أدى عليه فلا يكون ما يأخذه زيادة بل ما يأخذه من أجرة إنما هو مقابل عمل ومجهود.

(١٦٨) بحث أعد من قبل اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء ص ٥ وهو المشار إليه سابقاً.

(١٦٩) المغني لابن قدامة ٩/ ٣٧ مكتبة الرياض الحديثة.

(١٧٠) سبق ص ٦٠٤.

٤ — ويجاب عن الدليل الخامس: للمانعين أنه ليس أخذ الكفيل أجرة على كفالته أخذاً للجعل على الضمان والجاه فقط، وإنما هو أخذ للأجرة مقابل القيام بالأعمال الإدارية المطلوبة ومن ذلك الالتزامات السالية من سكن وعلاج وغيرها، وإنما يعتبر أخذاً للجعل على الضمان في السابق لما كان الضمان لا يتطلب أي جهد وعمل خلافاً لما هو عليه الآن حيث يتطلب جهداً وعملاً كالمتابعة والقيام بالأعمال الإدارية اللازمة لكفالة الاستقدام.

٥ — ويجاب عن الدليل السابع: وهو أن أخذ الكفيل أجراً معيناً فيه ظلم للعامل بأن هذا يستبعد من الاتفاق، ويكون فيه أخذ نسبة معينة ثابتة لا مبلغ معين، ويكون من باب المشاركة حيث يقدم الكفيل جاهه وعمله فيما يخصه ويقدم العامل جهده فتكون شركة ويقسما الربح حسب الاتفاق^(١٧١).

٦ — ويجاب عن الدليل الثامن: بأن أخذ الكفيل أجراً ليست من استعاضة نقود أقل بنقود أكثر وإنما هو مقابل قيامه بالأعمال اللازمة ومتابعة الجهات المعنية مع التحمل لتكاليف السفر والعلاج والسكن. فتكاليف السفر والعلاج وغيرها داخله ضمن ما يقوم به الكفيل من عمل وجهود والتزامات.

٧ — ويجاب عن الدليل التاسع: وهو أن أخذ الكفيل نسبة معينة فيه جهالة الأجرة لجهالة الدخل أن اتفاق الكفيل مع العامل على نسبة معينة من الدخل مع قيام الكفيل بالتزاماته العملية والمالية في تأمين ما يحتاج العمل يكون من باب المشاركة لامن باب الإجارة وتحديد نسبة معينة من الدخل في الشركة جائز لأنه يؤول إلى العلم.

(١٧١) ويكون من باب شركة المفاوضة عند الحنابلة وهي: «اشترك الشركاء في جميع أنواع الشركة مثل أن يجمعوا بين شركة العنان والوجوه والأبدان. فتكون داخلية في مسمى الشركة» مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى لمصطفى السيوطي ٣/ ٥٥٣.

الراجع عندي:

بدراسة ذلك أرى أن اتفاق الكفيل المستقدم مع العامل على أن يعمل عنده بالتر بسعر أقل من السعر السائد جائز لأنه اتفاق عن رضا منهما. كما أن اتفاق الكفيل مع العامل على أن يقوم الكفيل بالأعمال الإدارية وتأمين ما يحتاج العمل من أدوات وأخشاب وغيرها وأن يقوم العامل بالعمل ببدنه ويتفقا على نسبة معينة من الدخل للكفيل أرى أن ذلك جائز لأنه من باب المشاركة كما أن الأهل في العقود الإباحة والجواز.

كما أن ولي الأمر لم يمنع إلا السماح للعامل بالعمل لدى آخر بطرق غير مشروعة وذلك لأنه يؤدي إلى التسبب والفوضى، أما غير ذلك من الصور التي يكون لكفيل هو المسئول والمشرف الملتزم بجميع ما يترتب على العامل فلم يتعرض له بالمنع.

أما ما يخص اتفاق الكفيل مع العامل على أن يترك الكفيل الحرية للعامل يعمل كيف يشاء وعند من شاء، ويأخذ مقابل ذلك مبلغاً معيناً أو نسبة معينة من الدخل للعامل. فأرى أن ذلك لا يجوز لما يأتي:

١ - أن ولي الأمر قد منع ذلك ووضع له نظاماً وضوابط وذلك حفاظاً على أمن الوطن ومنعاً للمشاكلات التي تحدث من جراء تسبب العمال. ومنعه هذا فيه المصلحة فيجب التقييد فيه وعدم الخروج عنه رعاية للمصالح ودرءاً للمفاسد وذلك سياسة شرعية، لأن طاعة ولي الأمر واجبة فيما فيه المصلحة.

٢ - أنه يقل عامل المشاركة بين المستقدم والعامل بل قد ينعدم في بعض الأمور فيكون أخذاً للمال بدون استحقاق له، لأنه قد يتفق مع العامل

عل تحمل العامل جميع ما يترتب عليه من سكن وعلاج وتذاكر سفر
وغيرها ولا يقوم الكفيل بعمل يذكر مقابل المال المخصص له من
العامل. والله أعلم.

«الخاتمة»

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والشكر له علي مامن عليّ به من توفيقه، حيث مد في عمري وأسبغ علي ثوب الصحة والعافية فاستطعت إنجاز الكتابة في هذا الموضوع. وأصلي وأسلم على نبينا محمد، وبعد:

فقد تبين لي من خلال البحث والدراسة في هذا الموضوع مايلي:

أولاً: النتائج العامة:

- ١ — سيادة الفقه الإسلامي واستعلاؤه على قانون البشر، ذلك أن القانون من صنع البشر أما الشريعة الإسلامية فمن عند الله، وكل من الشريعة والقانون يتمثل فيه بجلاء صفات صانعه.
- ٢ — أن الشريعة الإسلامية تلبي حاجات كل عصر: ذلك أن الله وضع الشريعة لتنظيم متطلبات البشرية والوفاء بحاجاتها، ومنحها صفة الدوام فلا تقبل التغيير والتبديل، وعلى ذلك يمكن لنا إقامة تشريعات تستمد أصولها من الفقه الإسلامي لكل بلد وفي كل عصر تتلائم مع المصلحة الزمنية وحاجات الناس.
- ٣ — وتبين لنا من خلال ذلك أهمية هذا الموضوع ومكانته في الفقه الإسلامي والقانون، وذلك لأنه يتعلق بجانب كبير من العقود والمعاملات التي يحتاجها الناس في حياتهم.
- ٤ — أنه يجب على الباحث أن يتمتع بروح الصبر والمثابرة لكي يستطيع تحقيق النتائج المرجوة من بحثه.

٥ — أن الباحث لا يستطيع الوصول إلى النتيجة الصحيحة إلا إذا كان متجرداً يتوخى الحقيقة لا ينشد غيرها.

٦ — أنه ينبغي للباحث المتخصص مواصلة البحث والدراسة لتقديم ما يستطيعه من دراسات وحلول لمشاكلات أمته، وألا يقتصر ذلك على الرسائل الجامعية فحسب ذلك أنه يجب علينا كأمة لها مكانتها ورسالتها في الحياة أن نسعى بجد واجتهاد ليكون الفقه الإسلامي شاملاً لكل نواحي الحياة، لتقوم الأمة الإسلامية على تطبيقه وليكون نبراساً يحتذى بين الأمم الأخرى.

ثانياً: النتائج الخاصة من دراسة هذا الموضوع:

١ — أن الضمان لفظ عام يطلق على ما يشمل ضمان المال وضمان النفس والعقد والإتلاف واليد، وأن الضمان الشخصي هو ما يطلق على الكفالة فقط.

٢ — الضمان بمعناه الأعم: هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل.

٣ — أنه قد دل الكتاب والسنة والإجماع والمعقول على مشروعية الضمان والتضمنين في الفقه الإسلامي، أما القانون فقد أجاز الضمان والتضمنين بنص القانون.

٤ — أن أسباب الضمان في الفقه الإسلامي أربعة هي:

١ — إلزام الشارع.

٢ — الالتزام من المكلّف.

٣ — الإتلاف.

أما القانون فإنه قد جعل أسباب الضمان ومصادر الالتزام خمسة هي: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء دون سبب، والقانون. وهذه الأقسام لاتخرج عن الأسباب الواردة في الفقه الإسلامي، وأن تقسيم الشيخ الخفيف أولى من تقسيم القانون لأسباب الضمان.

٥ - أن من العقود ما شرع لإفادة الضمان فكان الضمان حكماً له وأثراً كعقد الكفالة، ومنها ما شرع لإفادة حكم آخر غير الضمان، ولكن الضمان يترتب عليه أثراً لازماً لحكمه كعقد البيع والقسمة وغيرها فإن الضمان يجب في هذه العقود مطلقاً سواء كان فيه تعد أو تقصير أم لا. أما عقود الأمانة كعقد الوديعة والشركة وغيرها فإنه لايجب فيها الضمان إلا بالتعدي فقط، وهناك عقود مزدوجة الأثر هي في الأصل أمانة لكنه يترتب عليها الضمان في بعض الحالات كعقد الرهن والإجارة.

٦ - أن الضمان يسقط بأحد أمور هي الإلتلاف بحق، ورضا المضرور بالضرر وانعدام الفائدة من التضمين.

٧ - أن الضمان بمعناه الخاص «الكفالة» ليس حديثاً في نشأته، وإنما وجد منذ القدم تلبية لحاجة الإنسان في تعامله ثم تعددت صوره وأخذ يتطور تبعاً لما تمليه ظروف الحضارات حتى أصبح الضمان يلعب دوراً رئيساً في التعامل التجاري والصناعي والزراعي وغيرها، وكذلك تعامل البنوك في الاعتمادات المصرفية وغيرها من أنواع التعامل التجاري.

٨ - يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في الأمور الآتية:

أ - انعقاد الضمان بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن.

- ب — الكفالة عقد ملزم للكفيل لا يستبد بفسخه.
 ج — الكفالة من عقود التبرعات.
 د — الكفالة عقد تابع وليس عقداً أصلياً.

٩ — أن تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي أولى وأدق من تعريفها في القانون.

١٠ — أن للكفالة أقساماً مختلفة في الفقه الإسلامي فمنها ما يرجع إلى طبيعة المكفول به، ومنها ما يرجع إلى أقسامها بالنسبة للعقد نفسه من تنجيز وإضافة وتعليق وشرط، ومنها ما يرجع إلى القيد والوصف من إطلاق وتأجيل وتعجيل وتوقيت أما القانون فإنه لم يصرح إلا بذكر قسمين من أقسام الكفالة وهما: كفالة الالتزام المستقبل، وكفالة الالتزام الشرطي وهما من أقسام الكفالة باعتبار العقد نفسه، ومع ذلك فإنه يجيز التأجيل والتعجيل والتوقيت للكفالة.

١١ — يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أركان العقد وهي الصيغة والعاقدان ومحل العقد.

١٢ — يشترط كل من الفقه الإسلامي والقانون شروطاً لصحة الضمان الشخصي منها ما يتعلق بالضامن، ومنها ما يتعلق بالمضمون عنه، وما يتعلق بالمضمون له أو المضمون فيه أو الصيغة.

١٣ — يترتب على انعقاد الكفالة آثار في كل من الفقه الإسلامي والقانون أهمها أن الدائن في الفقه الإسلامي وعند الجمهور منهم مخير بين مطالبة الكفيل أو المدين أيهما شاء، وويخالف في ذلك القانون فيرى أنه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل إلا بعد مطالبة المدين، وهذا يتفق مع مذهب المالكية في ذلك ولعل هذا راجع إلى تأثير القانون الفرنسي —

وهو الأصل للقانون المدني المصري — بالفقه المالكي في بلاد المغرب.

١٤ — يجوز تعدد الكفلاء في الفقه الإسلامي والقانون ويفوق ترتيب وتنظيم حالات التعدد عند الفقهاء المسلمين ماورد في ذلك عند القانونيين.

١٥ — يرجع الكفيل على المدين بعد أدائه الدين بشروطه، وذلك بالأقل مما أدى أو قدر الدين، ويجوز في قول عند الحنابلة الرجوع بالمصروفات التي يدفعها الكفيل، ويجيز القانون الرجوع بالفوائد والمصروفات فهو يتفق مع الفقه الإسلامي في ذلك إلا فيما يخص الفوائد فإنه لايجوز الرجوع فيها شرعاً لأنها من الربا المحرم.

١٦ — أن نظرية البطلان والفساد في الشريعة الإسلامية أدق نظراً، وأصح لغة من نظرية البطلان في القانون.

١٧ — ذكر الفقهاء المسلمون أسباباً لانقضاء الكفالة، وقد جاء ذكر هذه الأسباب نثراً في الكتب الفقهية وقد تناول ذلك القانون وأضاف أسباباً أخرى لاتخرج عن الأسباب التي ذكرها الفقهاء المسلمون في حقيقتها، وإنما هي أمور شكلية تنظيمية قصد بها تنظيم التعامل في الضمان، ولا أرى مانعاً من القول بجوازها لأنها لاتخالف الشريعة الإسلامية بل فيها مصلحة الأطراف المعنية بالتعامل.

١٨ — وقد تناولنا بالبحث الاعتمادات المصرفية بأنواعها وتبين لنا أنها جائزة شرعاً، سواء كانت ملحقة بعقود أخرى من العقود المسماة أو غير ملحقة بها وإنما هي من العقود غير المسماة، لأن الأصل في العقود الجواز، إلا ماورد الشرع بمنعه، وإنما الذي يجب منعه وإبعاده مايتعلق بالفوائد الربوية المحرمة.

١٩ — أن كفالة الاستقدام بشرطها جائزة وبالتفصيل الذي أوردناه ماعدا مامنع من قبل ولي الأمر مما فيه مصلحة، وذلك من باب السياسة الشرعية.

٢٠ — لقد أردنا من عقد المقارنة السابقة بين الفقه الإسلامي والقانون أن يكون الشباب المسلم على علم تام بأن شريعته الإسلامية هي الشريعة الربانية الخالدة التي لا يدانيها شيء من التشريعات الوضعية مهما كانت، ذلك لأن الشريعة الإسلامية من صنع الله العالم بما كان وما يكون الخالق للإنسان العالم بمكوناته وما يناسبه في الحال والمال ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾^(١). أما القانون فهو من صنع البشر العاجزين عن إدراك الحقائق والمتأثرين بالأهواء والبيئات و المجتمعات.

هذا ماتبين لي من دراستي لهذا الموضوع وقبل أن أختتم كلامي في البحث أتقدم بعدة اقتراحات أرجو أن تتحقق لما فيه مصلحة الأمة الإسلامية وهي:

١ — قيام الجامعات الإسلامية باختيار نخبة ممتازة من خريجها المؤهلين وتفريغهم للكتابة فيما يهم العالم الإسلامي من مشاكلات وقضايا تجارية واقتصادية وغيرها وتقديم الحلول الشرعية لها، على أن توفر لهم الإمكانيات اللازمة ليستطيعوا تأدية المطلوب منهم على الوجه الأكمل.

٢ — تشجيع البحث العلمي وفرض المكافآت المجزية للباحثين الأكفاء ممن يستطيعون تقديم البحوث التي تعالج مشاكلات البشرية في كافة نواحي الحياة.

٣ — تعتبر فكرة «الموسوعة الفقهية» من الأفكار التي يشعر كل باحث في الفقه الإسلامي بأهميتها الكبيرة، لأنها تستهدف جمع التراث الفقهي الموزع بين الكتب الفقهية المختلفة فتجعله في متناول الباحثين مما

(١) سورة الملك آية / ١٤.

يسر لهم الرجوع إليه والاستفادة منه بطريقة ميسرة، ولهذا فإنني أنادي
كمناذى كثير من الباحثين بالإسراع في إنشاء موسوعة فقهية موحدة،
بحيث تجتمع الموسوعات الفقهية المتعددة، والتي لم تستطع حتى
الآن أن تنجح في تحقيق الآمال المعقودة عليها، وأن يتم إصدار
موسوعة فقهية واحدة متكاملة قائمة على أدق وأحسن النظم الموسوعية
في الموسوعات العالمية، وهذا ولاشك يعتبر دعماً لمسيرة العمل
الإسلامي فنأمل أن يتحقق ذلك سريعاً.

٤ — يعتبر إنشاء المجمع العلمي للفقه الإسلامي المرحلة المتممة لإنشاء
الموسوعة الفقهية، وعن طريقه يمكن نمو الفقه الإسلامي وإثرائه بالرأي
المتجدد القادر على إيجاد البدائل الشرعية للمشاكل المطروحة في
الساحة المعاصرة اجتماعياً، وسياسياً، واقتصادياً، وقانونياً.

ويتكون المجمع العلمي للفقه الإسلامي من هيئة علمية تشمل مجموعة
تختار من كبار علماء العالم الإسلامي، تتفرغ هذه الهيئة لمناقشة أهم
المشاكل المستحدثة التي تفرض نفسها على المجتمع الإسلامي في حياته
المعاصرة، ويؤدي كل فرد من هؤلاء رؤية صريحة مدعماً بالحجج والأدلة بمتدوون
تلك الآراء في مجلة علمية متخصصة. وتصبح تلك المجلة العلمية المتخصصة
مدونة جديدة في الفقه لأنها، تعبر عن رأي فقهاء العصر في المشاكل
المطروحة لأن الاجتهاد باب واسع يجب العمل به لإثراء المكتبة الإسلامية.
وإنني أرى الإسراع في إنجاز ذلك وتحقيقه لما له من دور مهم في مستقبل الأمة
الإسلامية وإنه لما يثلج الصدر قيام منظمة المؤتمر الإسلامي بإنشاء المجمع
العلمي للفقه الإسلامي، حيث تم افتتاح المؤتمر الأول لتأسيسه يوم الثلاثاء
٢٦ / ٨ / ١٤٠٣هـ، ونأمل أن تتحقق من إنشائه الثمرة المرجوة لما فيه صالح
الإسلام والمسلمين. وإنه بتحقيق تلك الاقتراحات ونحوها مما يفيد مسيرة العمل

الإسلامي يثبت شمولية الفقه الإسلامي لمتطلبات العصر، ويصبح ذلك واقعا ملموساً يشهد بما يتردد على ألسنة المخلصين، وشاهد عيان للمنتصين من غير المسلمين، وحجة دامغة لغيرهم من أعداء الإسلام المفتريين الذين يلقون الاتهامات، ويدعون كذباً وزوراً عدم صلاحية الإسلام لمواكبة التطور وإيجاد الحلول المناسبة لمشاكلات العصر.

هذا ما أردنا بيانه آمليين أن يحقق الله الآمال المرجوة لكي تعود الأمة الإسلامية إلى سابق عزها، وتتبوأ مكان الصدارة بين الأمم. وإن الشعوب الإسلامية لتتربح اليوم الذي تكون الشريعة الإسلامية هي الفيصل في كافة شئون الحياة، وإن ذلك لواقع إن شاء الله متى توفرت النية الصادقة، وتكاتف الجهود، ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله. فاللهم حقق الآمال، وسدد الخطأ، ووفق العاملين المخلصين لما فيه الخير. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفهارس

- ١ - فهرس الآيات القرآنية.
- ٢ - فهرس الأحاديث النبوية.
- ٣ - فهرس الاعلام.
- ٤ - فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الآيات القرآنية

٦٣٤	الملك	١٤	١ — قوله تعالى: ﴿ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير﴾
٨٠، ٧٩	النساء	٥٨	٢ — قوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾
٣٠٤	المائدة	٩٠	٣ — قوله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾
٨١	التوبة	٦٠	٤ — قوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها﴾
٢٨٣	الإسراء	٩٢	٥ — وقال تعالى: ﴿أو تأتي بالله والملائكة قبيلاً﴾
٣٠٤	المائدة	٣	٦ — وقال تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾
٨١	آل عمران	١٧٣	٧ — قوله تعالى: ﴿حسبنا الله ونعم الوكيل﴾
٨١	الكهف	١٩	٨ — قوله تعالى: ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة﴾
٣٤٨	النساء	٦	٩ — قوله تعالى: ﴿فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾
٩٩	الطلاق	٦	١٠ — قوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾
٧٩	البقرة	٢٨٣	١١ — قوله تعالى: ﴿فإن أمن بعضهم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته﴾

			١٢	—	قوله تعالى: ﴿فَانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾
٦٤،٦٣	النساء			—	قوله تعالى: ﴿فخذ أحدنا مكانه إنا نراك من المحسنين﴾
١٩١	يوسف	٧٨		—	قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾
٤١،٢٩	البقرة	١٩٤		—	قوله تعالى: ﴿فهب لى من لذك وللا يرثى﴾
٩٥	٦ مريم	٤٥		—	قوله تعالى: ﴿فهم شركاء في اللل﴾
٨٥	النساء	١٢		—	قوله تعالى: ﴿قالل إحداهما يا أبل اسأجره إن خير من اسأجرت القوي الأملن﴾
٩٩	القصص	٢٦		—	قوله تعالى: ﴿قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من اللل لناأننى به إلا أن يحاط بكم﴾
١٩٠	يوسف	٦٦		—	قوله تعالى: ﴿قال لوشنل لاأخذل عليه أجزا﴾
١٠٠	الكهف	٧٧		—	قوله تعالى: ﴿قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾
١٦٠،٢٩	يوسف	٧٢		—	قوله تعالى: ﴿كئب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربن بالمعروف﴾
٣٦١،٣٦٠	البقرة	١٨٠		—	قوله تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾
٩١	المأثر	٣٨		—	قوله تعالى: ﴿ليس عليكم جناح أن تبغوا فضلا من ربكم﴾
٥٧	البقرة	١٩٨		—	قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾
٩٤،٩١	النساء	١١		—	قوله تعالى: ﴿وأحل اللل البيع﴾
٣٠٤،٥٦	البقرة	٢٧٥		—	

			٢٦ —	قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ﴾
النساء	٨	٦٠		
طه	٣٢	٨٤	٢٧ —	قوله تعالى: ﴿وَأَشْرِكْهُ فِي أَمْرِي﴾
الأَنْفَال	٤١	٨٥	٢٨ —	قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلرَّسُولِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾
الحديد	١٨	٧٣	٢٩ —	قوله تعالى: ﴿وَأَقْرَضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا﴾
الحجرات	٩	٧٢	٣٠ —	قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَلَبَا فَطَلَحُوا بَيْنَهُمَا﴾
النحل	١٢٦	٢٩	٣١ —	قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ﴾
النور	٣٢	٦٤	٣٢ —	قوله تعالى: ﴿وَأَنْكَحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾
البقرة	٢٨٣	١٠٣	٣٣ —	قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾
الأنعام	١٥٢	٢٣٨	٣٤ —	قوله تعالى: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾
المائدة	٢	١٧٢، ٦٩، ٦٨	٣٥ —	قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾
الشورى	٤٠	٢٩	٣٦ —	قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾
البقرة	٢٧٥	٤٧٣	٣٧ —	قوله تعالى: ﴿وَحَرَمَ الرِّبَا﴾
المائدة	٣	٧	٣٨ —	قوله تعالى: ﴿وَرَضِيَتْ لَكُمْ الْإِسْلَامُ دِينًا﴾
النساء	١٢٨	٧٢	٣٩ —	قوله تعالى: ﴿وَالصَّلْحَ خَيْرًا﴾
آل عمران	٣٧	٢٥	٤٠ —	قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾
البقرة	١٨٨	١٠٦	٤١ —	وقال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتَدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾

			٤٢ — قوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا الْمَشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمَنَ وَلَأَمَّةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مَّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْبَدْتُمُكُمْ﴾
٤٨١	البقرة	٢٢١	٤٣ — قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾
٧	الأنبياء	١٠٧	٤٤ — قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ﴾
٧	سبأ	٢٨	٤٥ — قوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حَمَلٌ بَعِيرٌ وَأَنَابَ زَعِيمٌ﴾
٣٣٣، ٣٢٩، ٢٣٢، ٢٢٧	يوسف	٧٢	٤٦ — قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾
١٧٢	الحج	٧٨	٤٧ — قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾
١٣٨	آل عمران	٤٤	٤٨ — قوله تعالى: ﴿وَنُفِثَهُم أَن الْمَاءُ قَسَمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾
٦٠	القمر	٢٨	٤٩ — قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾
٦٩	الماعون	٧	٥٠ — قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾
٣٨١، ١٣٤، ٧٤	البقرة	٢٨٢	٥١ — قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَادَىٰ لِلصَّلَاةِ ۖ فَادْعُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾
٦٠٩	الجمعة	١٠٠٩	٥٢ — قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
٢٥٥، ٢٣٨، ١٩٤، ٣٩	المائدة	١	٥٣ — قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾
٦٢١، ٦٠٥، ٥٨٦، ٥٧٩			
٣٧٦، ١٣٥، ١٠٦، ٥٦	النساء	٢٩	

**فهرس الأحادسث
النسوسة**

فهرس الاحاديث النبوية

- ١ — قوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك» ٨٠
- ٢ — حديث (ادرأوا الحدود بالشبهات). مصنف ابن أبي شيبة ذكر ذلك الشوكاني في نيل الأوطار ١١٨/٧ ٢٠٠
- ٣ — الأثر الذي أورده البخاري (استبهم وكفلهم فتابو وكفلهم عشائهم). البخاري ١٩٢
- ٤ — حديث أبي بكر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر بمنى: (ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا) البخاري ومسلم ١٠٧، ٣٠
- ٥ — حديث ابن عباس: (أن رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير). أبو داود وابن ماجه ٢٦٣، ١٦٨
- ٦ — أن النبي ﷺ (استأجر رجلاً من بني الدليل يقال له: عبدالله بن أريقط وكان هادياً خريئاً). البخاري ١٠٠
- ٧ — روى أبو رافع أن النبي ﷺ (استسلف من رجل بكرةً ورد عليه رابعياً). مسلم ٧٣
- ٨ — حديث صفوان بن أمية أن النبي ﷺ: (استعار منه أدرعاً يوم حنين فقال: أغصباً يامحمد، قال: بل عارية مضمونة). أبو داود ٦٩

- ٩ — حديث عائشة قالت إن رسول الله ﷺ (اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه).
- ١٠٣ البخاري ومسلم.
- ١٠ — حديث سهل بن سعد (أنا وكافل اليتيم كهاتين وأشار بالسبابة والوسطى). البخاري
- ١٣٨ وأحمد وأبوداود والترمذي.
- ١١ — حديث أبي هريرة (أن رسول الله ﷺ كان يؤتي بالرجل المتوفى عليه الدين فيسأل هل ترك لدينه من قضاء). البخاري ومسلم ١٦٥
- ١٢ — أثر حمزة بن عمرو الأسلمي (أن عمر رضي الله عنه بعته مصداقاً فوقع رجل على جارية امرأته). البخاري ١٩٣
- ١٣ — حديث أبي أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث). الإمام أحمد وأبو داود والترمذي ١٦٦، ٩٢، ٣٠
- ١٤ — حديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ يقول عام الفتح: (إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام). البخاري
- ١١٢ ومسلم والترمذي وابن ماجه
- ١٥ — حديث أبي هريرة مرفوعاً قال: قال رسول الله ﷺ (إن الله يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهم صاحبه فإذا خانته خرجت من بينهما). أبو داود ٨٥
- ١٦ — أثر معاذ (أنه أجاز بين أهل اليمن الشرك، أي الاشتراك في الأرض). أبو داود ٨٤

- ١٧ — حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ (أنه ذكر رجلاً من بني إسرائيل فسأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار). البخاري ١٩٢، ١٦٩
- ١٨ — ماروى عنه عليه السلام (أنه كانت عنده ودائع فلما أزداد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر علياً أن يردها إلى أهلها). ابن إسحاق وقواه ابن حجر في التلخيص ٨٠
- ١٩ — حديث (أنه — عليه السلام — نهى عن بيع الغرر). الجماعة إلا البخاري ٤٨٢
- ٢٠ — أثر ابن عمر أن عمر قال: لمسروق (اياك والهدية في سبب الشفاعة فإن ذلك من السحت). أبو داود ٦٢٣
- ٢١ — قوله ﷺ (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا). البخاري ومسلم ٥٦
- ٢٢ — قوله ﷺ: (تزوجوا الودود الولود فإني مكثر بكم الأمم يوم القيامة). أبو داود وابن ماجه . ٦٤
- ٢٣ — حديث (تضمن الله لمن خرج في سبيله لإخراجه إلا جهاداً في سبيلي وإيماناً بي وتصديقاً برسلي فهو علي ضامن أن أدخله الجنة أو أرجعه إلى مسكنه الذي خرج منه نائلاً مانال منه من أجر أو غنيمة). مسلم وابن ماجه ٢٤
- ٢٤ — حديث: (تعوذوا بالله من جهد البلاء ودرك الشقاء وسوء القضاء وشماتة الأعداء). البخاري ٢١٠

- ٢٥ — حديث أبي هريرة: (تنكح المرأة لأربع: لجمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك). البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي ٣٤٧
- ٢٦ — حديث أبي هريرة (تهادوا تحابوا) مالك في الموطأ ٩٥
- ٢٧ — حديث جابر قال: (توفي صاحب لنا فأتينا النبي ﷺ ليصلى عليه فخطا خطوة ثم قال: أعليه دين؟). الإمام أحمد ١٦٣، ١٥٢
- ٢٨ — حديث سعد بن أبي وقاص قال: (جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي..). الحديث. البخاري ومسلم وغيرهما ٩٢
- ٢٩ — حديث قبيصة بن المخارق قال: (حملت حمالة فأتيت النبي ﷺ فسألته فيها. فقال أقم حتى تأتينا الصدقة..). الإمام أحمد ومسلم وأبو داود ١٦٨
- ٣٠ — حديث (الخراج بالضمان). الإمام أحمد ومسلم وأبو داود ٢٥
- ٣١ — حديث أنس، رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: (رأيت ليلة أسر بي علي باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها والقرض بشمانية عشر..). أبو داود والترمذي ٢٤
- ٣٢ — حديث (الزعيم غارم). الإمام أحمد وأبو داود والترمذي ٥٨٥، ١٩١، ١٧١، ١٦٧، ٣٠

- ٣٣ — حديث (الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة). البخاري وأحمد ٦٠
- ٣٤ — حديث جابر قال: (شهدت العيد مع رسول الله ﷺ فبدأ بالصلاة قبل الخطبة..). الحديث. البخاري ومسلم ٣٤٨
- ٣٥ — حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً). الإمام أحمد وأبو داود والترمذي ٢٣٨،٧٢
- ٣٦ — حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: (الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة). البخاري ١٠٣
- ٣٧ — حديث النبي ﷺ في خطبته عام حجة الوداع: (العارية مؤداه والدين مقضي والمنحة مردودة). أحمد وأبو داود والترمذي ٦٩
- ٣٨ — حديث ابن عمر (عرضت على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني). البخاري ومسلم ٢٨٧
- ٣٩ — حديث سمرة بن جندب أن رسول الله ﷺ قال: (علي اليد ما أخذت حتى تؤدى). أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ١٠٧،٧٠
- ٤٠ — حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: (قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيام: رجل أعطى بي ثم غدر...). الحديث. البخاري ١٠٠

- ٤١ — حديث (قسم النبي ﷺ خير علي ثمانية عشر سهماً..). أحمد وأبو داود ٦١
- ٤٢ — حديث ابن عباس: (كانت عكاظ ومجنة وذو المجاز أسواقاً في الجاهلية فلما كان الإسلام تأثموا فيه..). البخاري ٥٧
- ٤٣ — حديث (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل). البخاري مسلم ٤١٨
- ٤٤ — حديث عائشة: (كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد). مسلم ٤٨١، ٢٣٧
- ٤٥ — حديث (كل قرض جر نفعا فهو ربا). الحارث في مسنده ٦٠٠
- ٤٦ — حديث سلمة بن الأكوع قال: (كنا عند النبي ﷺ فأتى بجنائز فقالوا يا رسول الله صل عليها..). الحديث. البخاري وأحمد والنسائي ٣٥٣، ١٦٣، ١٥٢
- ٤٧ — حديث أبي سعيد الخدري قال: (كنا مع رسول الله ﷺ في جنازة فلما وضعت قال رسول الله ﷺ هل على صاحبكم دين؟). الحديث. الدار قطني ١٦٤
- ٤٨ — حديث (لا تصروا الإبل والغنم...). الحديث. البخاري ومسلم ٤٨٩
- ٤٩ — حديث ابن عباس (لا ضرر ولا ضرار). الإمام أحمد وابن ماجه ٦١، ٤١، ٣١
- ٥٠ — حديث عمرو بن شعيب (لا كفالة في حد). البيهقي ٣٣٥، ١٩٩
- ٥١ — حديث (لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل). أحمد والدار قطني والبيهقي ٦٦

- ٥٢ — حديث: (لا نكاح إلا بولي). الخمسة إلا
 ٦٦ النسائي
- ٥٣ — حديث عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ
 قال: (لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها).
 ٣٤٦ أبو داود وابن ماجه
- ٥٤ — رواية (لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك
 زوجها عصمتها..). الخمسة إلا الترمذي .. ٣٤٧
- ٥٥ — حديث عبد الله بن يحيى عن أبيه عن جده أن
 جدته خيرة امرأة كعب ابن مالك أتت رسول
 الله ﷺ بحلي لها فقال: (لا يجوز للمرأة في
 مالها إلا بإذن زوجها) ٣٤٧
- ٥٦ — حديث أنس مرفوعاً (لا يحل مال امرئ مسلم
 إلا بطيب نفسه). الدار قطني ١٠٧
- ٥٧ — قوله ﷺ (ليس على المستودع غير المغل
 ضمان). الدار قطني والبيهقي ٨٠
- ٥٨ — حديث ابن عمر (ما حق امرئ مسلم له
 شيء يوصي فيه يبيت ليلتين) الحديث.
 البخاري ومسلم ٩٢
- ٥٩ — حديث عائشة (ما كان من شرط ليس في
 كتاب الله فهو باطل). البخاري ومسلم ٢٣٨
- ٦٠ — حديث ابن مسعود قال: (قال رسول الله
 ﷺ: مامن مسلم يقرض قرضاً مرتين إلا
 كان كصدقتها مرة). ابن ماجه وابن حبان . ٧٣
- ٦١ — حديث أبي هريرة (مامن صاحب إبل لا
 يؤدي حقها، قيل يا رسول الله وماحقها؟
 قال: إجارة دلوها). الحديث. أحمد ومسلم ٦٨

- ٦٢ — حديث (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً
حرم حلالاً أو أحل حراماً). الترمذي ٦٢١،٥٨٦،١٩٥،٣٩
- ٦٣ — حديث: (المسلمون عند شروطهم). البخاري
تعليقاً ٦٠٥،٢٥٦،٧٤
- ٦٤ — حديث: (المسلمون عند شروطهم ما وافق
الحق من ذلك ...). الحاكم ٢٣٩
- ٦٥ — حديث (من ترك مالا فلورثته، ومن ترك ديناً
فإليّ وعليّ). الطبراني ٢٨٣
- ٦٦ — حديث أبي أمامة مرفوعاً: (من شفع لأخيه
شفاعاً فأهدى له هدية فقبلها فقد أتى باباً
عظيماً من أبواب الربا). أبو داود ٦٢٢
- ٦٧ — حديث عائشة: أن النبي ﷺ قال: (من ظلم
من الأرض شيئاً طوقه من سبع أرضين).
البخاري ومسلم ١٠٧
- ٦٨ — قوله ﷺ (المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد
بعضه بعضاً). البخاري ١٧٢
- ٦٩ — قوله ﷺ (نفس المؤمن معلقة بدينه حتى
يقضى عنه). أحمد والترمذي ١٥٤
- ٧٠ — حديث أن النبي ﷺ (وكل أبا رافع في
تزوج ميمونة). أحمد والترمذي والنسائي ... ٨٢
- ٧١ — حديث أن النبي ﷺ (وكل عمرو بن أمية
الضمري في تزوج أم حبيبة). البيهقي ٨٢
- ٧٢ — عن عروة بن الجعد البارقى أن النبي ﷺ
(وكله في شراء شاة. أبو داود والترمذي وابن
ماجه ٨٢

- ٧٣ — حديث: (يامعشر الشباب من استطاع منكم
الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن
للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له
وجاء). البخاري ومسلم ٦٤
- ٧٤ — قوله ﷺ: (يد الله مع الجماعة). الترمذي
والنسائي ١٧٢
- ٧٥ — حديث: (يد الله مع الشريكين ما لم يتخاونا
فإذا تخاونا محقت تجارتهما فرفعت البركة
منها). الحاكم والبيهقي ٨٥

فهرس الأعلام

فهرس الاعلام

أبو ثور:

هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، يقال كنيته أبو عبدالله وأبو ثور لقب، قال أبو حاتم كان أحد أئمة الدنيا فقهاً وعلماً وورعاً وفضلاً وديانةً وخيراً، ممن صنف الكتب وفرع على السنن وهو من أصحاب الإمام الشافعي مات سنة ٢٤٠هـ

٣٩٥ ، ١٥١

أبو إسحاق الشيرازي:

هو أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي فقيه شافعي من كبارهم، انتهت إليه رئاسة المذهب في زمنه، ولد سنة ٣٩٣هـ في فيروزآباد، ونشأ بها، وانتقل إلى شيراز قال عنه السمعاني: وكان عامة المدرسين بالعراق والجمال تلاميذه، وأصحابه. وبنى له الوزير نظام الملك المدرسة النظامية، فكان يدرس فيها ويديرها، له تصانيف منها: «طبقات الفقهاء» و «المهذب» في الفقه، وغير ذلك توفي في بغداد سنة ٤٧٦هـ

٤٢٥

أبو بكر البكري:

هو أبو بكر بن الشيخ تاج العارفين البكري التونسي عالمها وإمامها وخطيبها بجامعة الأعظم، كان من رجال العلم والدين الحامل روايته، جلس لإقراء البخاري دراية بجامعة الزيتونة وعمره سبعة عشر عاماً توفي سنة ١٠٧٢هـ

٤٢٤

أبو قتادة:

هو الحارث بن ربيعي الأنصاري فارس رسول الله ﷺ شهيد
أحداً ومابعداً وكانت وفاته سنة أربع وخمسين بالمدينة. وقيل
مات بالكوفة في خلافة أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي
الله عنه

١٣٠، ١٥٢

الأذرعي:

هو أحمد بن أحمد بن عبد الواحد بن عبد الغني بن
محمد بن أحمد بن سالم شهاب الدين الأذرعي. ولد بأذرعات
بالشام سنة ٧٠٨هـ، وسمع من المزني، وحضر عند الذهبي،
وراسل السبكي بالمسائل الحلبية وهي في مجلد مشهور،
واشتهرت فتاويه بالبلاد الحلبية وله مصنف سماه «جمع
التوسط والفتح بين الروضة والشرح» في عشرين مجلداً.
مات سنة ٧٨٣هـ

٤١٦

القرافي:

هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله أبو العباس
شهاب الدين الصنهاجي القرافي فقيه أصولي من علماء
المالكية في عصره. قال ابن فرحون: كان إماماً بارعاً في الفقه
والأصول والعلوم العقلية، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب
مالك وهو مصري المولد والنشأة والوفاة. توفي سنة ٦٨٤هـ ...

٤٢

البيهقي:

هو أبو بكر أحمد بن الحسين الحافظ العلامة شيخ
خراسان له التصانيف التي لم يسبق إلى مثلها كان زاهداً، ورعاً
تقياً ارتحل إلى الحجاز والعراق قال الذهبي: تأليفه تقارب ألف

جزء، ويهتق بلد قرب نيسابور ٦٦، ١٦٤، ١٩٢، ١٩٩، ٢٠٠

النسائي:

هو أحمد بن شعيب الخراساني ولد سنة خمس عشرة ومائتين، وسمع من سعيد وإسحاق بن راهويه وغيرهم من أئمة هذا الشأن بخراسان والحجاز والعراق ومصر والشام والجزيرة وبرع في هذا الشأن وتفرد بالمعرفة والإتقان وعلو الإسناد واستوطن مصر، قال أئمة الحديث: أنه كان أحفظ من مسلم صاحب الصحيح وسننه أقل السنن بعد الصحيحين حديثاً ضعيفاً ونسبته إلى نساء وهي مدينة بخراسان، وكانت وفاته سنة ثلاثمائة وثلاثة بالرملة ودفن ببيت المقدس.....

١٦٣، ٦٢٣

ابن تيمية:

هو أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام الحراني الدمشقي الحنبلي. ولد بحران. وتعلم في دمشق وكان من الذكاء حتى لقد ألم بالفقه والحديث والتفسير والحساب وغيرها وهو ابن بضع عشرة سنة كان شجاعاً جريئاً عالماً تقياً ورعاً له مصنفات وفتاوى قيمة كبرى توفي في دمشق سنة ٧٢٨هـ ...

١٩٨، ٢٣٦،

٦٠٤، ٦٢٢

الجصاص:

هو أحمد بن علي الرازي أبو بكر الجصاص الحنفي تلميذ الكرخي توفي سنة ٣٧٠هـ

١٦١

ابن حجر:

هو أحمد بن علي بن محمد أبو الفضل الكتاني الشافعي المعروف بابن حجر العسقلاني ولد بمصر سنة ٧٧٣هـ وبها نشأ، وحفظ القرآن و«الحاوي» ودرس التفسير والحديث والفقه

وخطب بالأزهر وجامع عمرو وغيرهما وقد بلغت تصانيفه أكثر من مائة وخمسين ومنها: الإصابة في تمييز الصحابة، وتهذيب التهذيب، وفتح الباري شرح صحيح البخاري. توفي سنة

١٩٣ هـ ١٦٦، ١٦٧، ١٩٣

أبو العباس بن سريج:

هو أحمد بن عمر بن سريج البغدادي من أكبر علماء الشافعية في القرن الثالث الهجري ومن أئمة المسلمين كان يقال له البارز الأشهب. ولد ببغداد سنة ٢٤٩ هـ وولي القضاء بشيراز. قرأ عليه كثير من أعلام الشافعية ويقدر عدد مصنفاته بأربعمائة مؤلف انتشر المذهب الشافعي في الآفاق في عصره. توفي في بغداد سنة ٣٦١ هـ.....

٤٢٥

ابن حنبل:

هو أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، أبو عبدالله أحد الأئمة الفقهاء الأربعة ولد سنة أربع وستين ومائة وطلب العلم صغيراً ورحل في طلبه إلى الشام والحجاز واليمن وغيرها قال أبو زرعة: كانت كتبه تحمل على اثني عشر جملاً وكان يحفظها عن ظهر قلبه، وكان يحفظ ألف حديث، وقال الشافعي: خرجت من بغداد وما خلفت بها أتقى ولا أزهدي ولا أروع ولا أعلم منه له كتاب «المسند» ويشتمل على ثلاثين ألف حديث انتقاه من سبعمائة ألف حديث وخمسين ألف ٧، ٦٦، ١٠٢، حديث وكانت وفاته سنة ٢٤١ هـ في بغداد. ١٥٢، ٥٠٤، ٦٠٤

الدردير:

هو أحمد بن محمد بن العدوي، أبو البركات الدردير له

كتاب «أقرب المسالك إلى مذهب مالك» توفي سنة ١٢٠١هـ .

ابن المنير:

هو أحمد بن محمد بن منصور بن أبي القاسم الجذامي القاضي ناصر الدين أبو العباس الإسكندري المعروف بابن المنير، كان فقيهاً متبحراً في كثير من علوم القرآن والسنة له تأليف منها تفسيره المسمى بـ«البحر الكبير في نخب التفسير» ولد سنة ٦٢٠هـ وتوفي سنة ٦٨٣هـ

الخلال:

هو أحمد بن محمد بن هارون المعروف بأبي بكر الخلال مفسر وعالم بالحديث والفقه وهو من كبار الحنابلة توفي سنة ٣١١هـ

العجلي:

هو أحمد بن المقدم بن سليمان بن الأشعث بن أسلم العجلي أبو الأشعث البصري. روى عن بشر بن المفضل وحماد بن زيد وطائفة، وروى عنه البخاري والترمذي والنسائي وابن ماجه وأبو زرعة وأبو حاتم والبغوي وغيرهم، قال أبو حاتم صالح الحديث محله الصدق. وقال ابن خزيمة كان كينسا صاحب حديث. وذكره ابن حبان في الثقات. ولد عام ١٥٦هـ وتوفي سنة ٢٥٣هـ فيكون عمره ٩٧ سنة

أبو رافع:

هو أسلم على ما قاله ابن عبد البر أبو رافع القبطي مولى رسول الله ﷺ. كان مولى العباس بن عبد المطلب فوهبه للنبي ﷺ فأعتقه لما بشره بإسلام العباس، أسلم يوم خيبر

مات بالمدينة قبل عثمان رضي الله عنه أو بعده بيسير

ابن كثير:

هو إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الشافعي، يكنى أبا الفداء الشافعي محدث ومؤرخ ومفسر وفقه تلمذ على شيخ الإسلام ابن تيمية من مؤلفاته «تفسير القرآن العظيم» و«البداية والنهاية في التاريخ» توفي بدمشق سنة ٧٧٤هـ

إسماعيل بن عياش:

هو إسماعيل بن عياش بن سلم العنسي أبو عتبة الحمصي روى عن محمد بن زياد الالهاني وصفوان بن عمرو وضمضم ابن زرعة وعبد الرحمن بن جبير بن نفيير والأوزاعي وروى عنه محمد بن إسحاق وهو أكبر منه والثوري والأعمش وهما من شيوخه والليث بن سعد وغيرهم. قال الفضل بن زياد عن أحمد: ليس أحداً أروى لحديث الشاميين من إسماعيل بن عياش والوليد بن مسلم، كان مولده سنة ١٠٢هـ ومات سنة ١٨٣هـ

المزني:

هو إسماعيل بن يحيى المزني المصري يكنى أبا إبراهيم صاحب الإمام الشافعي توفي سنة ٢٦٤هـ

الأشعث بن قيس:

هو الأشعث بن قيس ابن معدى كرب الكندي أحد بني الحارث ابن معاوية: ويكنى أبا محمد، وقدم إلى النبي ﷺ ثم رجع إلى اليمن، فلما خرج الناس إلى العراق خرج معهم ونزل الكوفة وابتنى بها داراً في كندة ومات بها، والحسن بن علي بن

أبي طالب يومئذ بالكوفة فصلى عليه. ١٧٠، ١٩٢

أشهب:

هو أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري
يكنى أبا عمر ولد سنة ١٤٠هـ من فقهاء المذهب المالكي
توفي سنة ٢٠٤هـ

٢٦٢

القاسم بن عبد الرحمن:

هو القاسم بن عبد الرحمن الشامي أبو عبد الرحمن
الدمشقي مولى آل أبي سفيان بن حرب الأموي روى عن علي
وابن مسعود وتميم الداري وغيرهم وقيل لم يسمع من أحد من
الصحابة إلا من أبي أمامة. وقد وثقه ابن معين والعجلي
والترمذي وقال الجوزجاني كان خياراً فاضلاً أدرك أربعين رجلاً
من المهاجرين والأنصار وقال أبو حاتم لأبأس به. قال ابن سعد
مات سنة ١١٢هـ

٦٢٢

أنس بن مالك:

هو أبو حمزة الأنصاري البخاري الخزرجي خدم رسول الله
ﷺ منذ قدم المدينة الى وفاته ﷺ. وقدم ﷺ المدينة وهو
ابن عشر سنين سكن البصرة في خلافة عمر ليفقه الناس وطال
عمره إلى مائة وثلاث وستين وقيل أقل من ذلك وهو آخر من
مات بالبصرة من الصحابة سنة إحدى وتسعين هجرية

٣٠، ٧٤

١٠٧، ١٦٧

أم أيمن:

هي بركة مولاة رسول الله ﷺ وحاضنته. شهدت أم أيمن
أحداً وكانت تسقي الجرحى وتداويهم وتوفيت أم أيمن في أول
خلافة عثمان

٨٠

جابر بن عبد الله:

هو أبو عبد الله جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري السلمي من مشاهير الصحابة ذكر البخاري أنه شهد بدرًا وكان ينقل الماء يومئذٍ ثم شهد بعدها مع النبي ﷺ ثماني عشرة غزوة ذكر ذلك الحاكم وكان من المكثرين الحفاظ وكف بصره في آخر عمره وتوفي سنة أربع أو سبع وسبعين بالمدينة وعمره أربع وتسعون سنة وهو آخر من مات بالمدينة من الصحابة

١٠٦، ١١٢،
١٦٣، ٣٤٨

جرير بن عبد الله:

هو جرير بن عبد الله البجلي ويكنى أبا عمرو. أسلم في السنة التي قبض فيها النبي ﷺ، ووجهه رسول الله ﷺ إلى ذى الخلصة فهدمه ونزل الكوفة بعد ذلك، وابتنى بها دار في بجيلة وتوفي بالسرارة في ولاية الضحاك بن قيس على الكوفة، وكانت ولاية الضحاك سنتين ونصفاً بعد زياد بن أبي سفيان ..

١٧٠، ١٩٢

جعفر بن ربيعة:

هو جعفر بن ربيعة بن شرحبيل بن حسنة الكندي أبو شرحبيل المصري رأى عبد الله بن الحارث الصحابي وروى عن الأعرج وأبي سلمة والزهري وغيرهم وروى عنه بكر بن مضر والليث. قال أحمد كان شيخاً من أصحاب الحديث ثقة، وقال أبو زرعة صدوق وقال النسائي ثقة وقال ابن يونس توفي سنة ١٣٦هـ

١٦٩، ١٩٢

الحسن بن سهل:

هو الحسن بن سهل بن عبدالله السرخسي قد ولي وزارة
المأمون بعد أخيه ذى الرياستين وكان المأمون قد ولاه جميع
البلاد التي فتحها طاهر بن الحسين، وكان عالي الهمة كثير
العطاء للشعراء وغيرهم وكانت وفاته سنة ٢٣٦هـ في سرخس ..

٦٢٢

الشطبي:

هو حسن بن عمر بن معروف الشطبي الدمشقي ولد سنة
١٢٥هـ وتفقه في المذهب الحنبلي وتوفي سنة ١٢٨١هـ

٤٧٩

الحكم:

هو الحكم بن عتيبة الكندي مولاهم أبو محمد ويقال أبو
عبدالله روى عن أبي جحيفة وزيد بن أرقم وشريح القاضي
وسعيد بن جبير ومجاهد وغيرهم. قال الأوزاعي عن يحيى بن
أبي كثير وعبد بن أبي لبابة مابين لابتيها أفقه من الحكم وقال
مجاهد بن رومي رأيت الحكم في مسجد الخيف وعلماء
الناس عيال عليه، وقال ابن عيينة: ما كان بالكوفة بعد ابراهيم
والشعبي مثل الحكم وحماد ولد سنة ٥٠هـ ومات سنة ١١٣هـ
قال ابن سعد فيه — كان ثقة ثقة فقهياً عالماً رفيعاً كثير
الحديث

٥٢٦، ١٧٠

حماد بن زيد

حماد بن زيد بن درهم ويكنى أبا إسماعيل قال ابن سعد
وكان ثقة ثباتاً حجة كثير الحديث، ولد سنة ثمان وتسعين
وتوفي سنة تسع وسبعين ومائة وهو ابن إحدى وثمانين سنة،
وصلى عليه إسحاق بن سليمان بن علي الهاشمي وهو يومئذ

والإ على البصرة لهارون ١٧٠، ١٦٨

حمزة بن عمرو الأسلمي:

يكنى أبا محمد روى عن أبي بكر وعمر. قال محمد بن عمر: وكان حمزة ابن عمرو هو الذي بشر كعب بن مالك بتوبته، وما نزل فيه من القرآن فنزع كعب ثوبين كانا عليه فكساهما إياه. مات سنة ٦١هـ وهو يومئذ ابن إحدى وسبعين سنة

١٩٣

خليل:

هو أبو الضياء خليل بن إسحاق بن موسى المالكي. له كتاب «مختصر خليل» توفي سنة ٧٦٧هـ

٢٦٢، ١٩٧

أم حبيبة:

هي رملة بنت أبي سفيان بن حرب بن أمية بن عبد شمس وأمها صفية بنت أبي العاص بن أمية من أمهات المؤمنين، تزوجها النبي ﷺ بعد وفاة زوجها عبد الله بن جحش وهي بالحبيشة فقدمت إليه سنة سبع من الهجرة بالمدينة. توفيت سنة أربع وأربعين من الهجرة في خلافة معاوية

٨٢

زاذان أبو عمر:

مولى كندة روى عن علي وعبد الله وسلمان والبراء بن عازب وعبد الله بن عمر. وعن شعبة أنه قال: سألت الحكم عن زاذان فقال: أكثر. توفي بالكوفة أيام الحجاج بن يوسف وكان ثقة قليل الحديث

٦٢٣، ١٦٥

زفر بن الهذيل:

هو زفر بن الهذيل بن قيس الكوفي العنبري من أصحاب

أبي حنيفة تولى قضاء البصرة في حياة أبي حنيفة ونشر علمه
بها، توفي سنة ١٥٨هـ
٥٠٢

زيد بن ثابت

هو من كبار الصحابة ولد قبل الهجرة بنحو عشر سنين
تعلم العبرية والسريانية واتخذه النبي ﷺ كاتباً للوحي. حفظ
القرآن وأتقنه. قال فيه ﷺ: أفرض أمتي زيد. وعن سليمان بن
يسار قال: ما كان عمر ولا عثمان يقدمان على زيد بن ثابت
أحداً في القضاء والفتوى والفرائض والقراءة وتوفي رضي الله عنه
سنة خمس وأربعين
٦٢٥

ابن نجيم:

هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد فقيه حنفي له كتاب
«البحر الرائق» وكتاب «الأشباه والنظائر في الفقه» توفي سنة
٩٨٠هـ
١٨١

سعد بن أبي وقاص:

اسمه مالك بن أهيب بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب
ويكنى أبا إسحاق وقد شهد بدرًا وفتح القادسية ونزل الكوفة.
ووليها لعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وهو أحد العشرة
المبشرين بالجنة وروي له في الصحيحين ٢٧١ حديثاً مات
سنة ٥٥ وعمره بضع وسبعون سنة وكان قد ذهب بصره.
٩٢

أبو سعيد الخدري:

هو سعد بن مالك بن سنان الخزرجي الأنصاري الخدري نسبة إلى خدرة حي من الأنصار قال الذهبي: كان من علماء الصحابة وممن شهد بيعة الشجرة وروى حديثاً كثيراً وأفتى مدة حدث عنه جماعة من الصحابة، وله في الصحيحين أربعة وثمانون حديثاً عاش ستاً وثمانين سنة ومات سنة أربع وسبعين.

١٦٤، ٦٢٥

الثوري:

هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي، ولد سنة ٩٧هـ وهو من تابعي التابعين، كان محدثاً ثقة فقيهاً بارعاً من مدرسة الحديث وكان له مذهب فقهي يتبعه الناس فيه توفي بالبصرة سنة ١٦١هـ

٢٠٠

سلمة بن الأكوع:

هو سلمة بن عمرو بن الأكوع يكنى أبا إياس. غزا مع رسول الله ﷺ سبع غزوات وبايع رسول الله تحت الشجرة وشهد الحديبية ونزل في أهل البيعة القرآن ﷺ ﴿لقد رضي الله عن المؤمنين﴾ توفي أبو سلمة بن الأكوع بالمدينة سنة أربع وسبعين وهو ابن ثمانين سنة.

١٥٢، ١٦٣

الطبراني:

هو سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي أبو القاسم من كبار المحدثين أصله من طبرية بالشام وإليها نسبته. ولد بعكا سنة مائتين وستين وهاجر بمدائن الشام والحرمين واليمن ومصر وبغداد والكوفة والبصرة وأصبهان والجزيرة وغيرها له ثلاثة معاجم في الحديث «المعجم الصغير والأوسط

أبو داود:

هو سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي. ولد سنة ٢٠٢هـ سمع الحديث من أحمد والقعبي وسليمان بن حرب وغيرهم وروى عنه الترمذي والنسائي وغيرهم، قال كتبت عن النبي ﷺ خمسمائة ألف حديث انتخبت منها ماتضمنه كتاب السنن وأحاديثه أربعة آلاف حديث وثمانمائة ليس فيها حديث أجمع الناس على تركه. وعرضها على أحمد فاستجادها واستحسنها، قال ابن الأعرابي: من عنده كتاب الله وسنن أبي داود لم يحتاج إلى شيء معها من العلم. وكانت وفاته سنة ٢٧٥هـ بالبصرة.....

١٠٧، ٦٩

١٦٤

سمرة بن جندب:

هو أبو سعيد سمرة بن جندب الفزاري حليف الأنصار نزل الكوفة وولي البصرة وعداده في البصريين كان من الحفاظ المكثرين بالبصرة. مات آخر سنة تسع وخمسين من الهجرة..

٧٠

شرحيل بن مسلم الخولاني:

هو شرحيل بن مسلم بن حامد الخولاني الشامي روى عن أبيه والمقدام بن معدى كرب وأبي الدرداء. وروى عنه حرير بن عثمان وثور ابن يزيد وإسماعيل بن عياش قال عنه أحمد من ثقات الشاميين وقال العجلي ثقه. وقال ابن حبان في الثقات وقال الحاكم: أدرك خمسة من الصحابة.....

١٦٦

شرح:

هو شرحيل بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية

الكندي أبو أمية الكوفي ولي لعمر الكوفة وقضى بها ستين سنة
وكان من جلة العلماء وأذكاهم مات سنة ٨٠هـ

٦٢٥

شعبة:

هو شعبة بن الحجاج بن الورد العتكي الأزدي الواسطي
البصري أبو بسطام من أئمة رجال الحديث. ولد سنة ٨٢هـ
وتوفي سنة ١٦٠هـ

٨٨

أبو أمامة:

هو صدّي بن عجلان الباهلي. سكن أبو أمامة مصر ثم
انتقل عنها إلى حمص ومات بها سنة إحدى وقيل ست
وثمانين وقيل هو آخر من مات من الصحابة بالشام كان من
المكثرين في الحديث عن النبي ﷺ

١٦٦، ٩٢

٢٢٢، ١٩١

صفوان بن أمية:

هو صفوان بن أمية بن خلف بن وهب الجمحي القرشي
المكي صحابي فصيح جواد، كان من أشرف قريش في
الجاهلية والإسلام توفي سنة ٤١٠هـ

٦٩

عائشة:

هي عائشة بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما وهي من
أمهات المؤمنين. أفقه نساء المسلمين وأعلمهن بالدين والأدب
تزوجها النبي ﷺ في السنة الثانية من الهجرة ماتت في
المدينة سنة ٥٧هـ

١٠٣، ٣٠

٢٣٨

عبد الرحمن بن أبي الزناد:

يكنى أبا محمد، قدم بغداد في حاجة له فسمع منه
البغداديون وكان كثير الحديث، وكان يضيف لروايته عن أبيه،

ومات ببغداد سنة ١٧٤هـ في خلافة هارون ودفن في مقابر باب
التين.

١٩٣

ابن أبي شريح:

هو عبد الرحمن بن أبي شريح أبو محمد. كان محدث
عصره في هراة روى عن البغوي والكبار ورحلت إليه الطلبة. قال
ابن العماد الحنبلي. توفي في صفر سنة ٣٩٢هـ.....

٥٢٦

ابن رجب:

هو عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي الدمشقي
الحنبلي ولد سنة ٧٠٦هـ له مؤلفات كثيرة منها «القواعد في
الفقه الإسلامي» سنة ٧٩٥هـ.....

١١٧

أبوهريرة:

هو عبد الرحمن بن صخر وهو الصحابي الجليل الحافظ
المكثر وهو أكثر الصحابة حديثاً فقد روى خمسة آلاف
وثلاثمائة وأربعة وسبعين حديثاً. مات في المدينة سنة تسع
 وخمسين وهو ابن ثمان وسبعين سنة. ودفن بالبقيع وصلى
عليه الوليد بن عقبه بن أبي سفيان وكان يومئذ أميراً على
المدينة قاله ابن عبد البر.....

٧٢ ، ٦٨

١٦٥ ، ١٠٣

ابن القاسم:

هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي
المصري يعرف بابن القاسم الفقيه الحافظ الحججة روى عن
مالك مدونته. ولد سنة ١٢٨هـ وتوفي سنة ١٩١هـ.....

٣٩١

مسروق بن الأجدع:

هو عبد الرحمن بن مالك بن أمية بن عبد الله بن مسروق بن

سليمان بن همدان. وفد الأجدع على عمر بن الخطاب وكان شاعراً فقال له عمر: من أنت؟ فقال: الأجدع. فقال إنما الأجدع شيطان، أنت عبد الرحمن. روى مسروق عن عمر وعلي وعبدالله وخباب بن الأرت وغيرهم قال الشعبي: كان مسروق أعلم بالفتوى من شريح وكان شريح أعلم بالقضاء وكان شريح يستشير مسروقاً. مات سنة ثلاث وستين من الهجرة ...

٦٢٣

الأوزاعي:

هو عبد الرحمن بن محمد أبو عمر الأوزاعي ولد ببعليك سنة ٨٨هـ وهو إمام الديار الشامية في الفقه والزهد، صاحب مذهب مستقل انتشر في الشام والأندلس ثم انقرض. مات سنة ١٥٧هـ

٣٩٥

عبد الرحمن بن هرمز:

هو عبد الرحمن بن هرمز الأعرج ويكنى أبا داود مولى محمد بن ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب. عرف بالأعرج تابعي جليل قارئ حافظ. كان ثقة كثير الحديث سمع أبا هريرة وجماعة من التابعين. قال ابن الجزري: نزل الإسكندرية فمات بها سنة ١١٧هـ

١٩٢ ، ١٦٩

سحنون:

هو عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي القيرواني ولد سنة ١٦٠هـ وانتهت إليه رئاسة العلم في المغرب كان رفيع القدر عفيفاً أبي النفس وهو من فقهاء المذهب المالكي توفي سنة ٢٤٠هـ

٣٩١ ، ٣٤٨

العز بن عبد السلام:

هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي فقيه من فقهاء المذهب الشافعي له «التفسير الكبير» و«قواعد الأحكام في إصلاح الأنام» وغيرها. ولد في دمشق سنة ٥٧٨هـ وتوفي سنة ٦٦٠هـ

١٦٦

الرافعي:

هو أبو القاسم عبد الكريم بن محمد العبد الكريم الرافعي القزويني فقيه من كبار الشافعية، كان له مجلس بقزوين للتفسير والحديث. وتوفي فيها سنة ٦٢٣هـ. ذكره ابن الصلاح، وقال ما أظن في بلاد العجم مثله، وكان ذا فنون، حسن السيرة، صنّف شرح الوجيز في اثني عشر مجلداً لم يشرح الوجيز بمثله

١٦٥، ١٦٧

ابن قدامة:

هو عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي ألف كتاب «المغني» في الفقه وله عدة كتب. مات بدمشق سنة ٦٢٠هـ

٣٩٥، ٨٠

عبد الله بن أريقط:

هو عبدالله بن أريقط الليثي من بني الديل هادياً ماهراً استأجره النبي ﷺ ليقوم بدلاتهم لما هاجر من مكة إلى المدينة

١٠٠

ابن عباس:

هو عبدالله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم القرشي ابن عم رسول الله ﷺ ولد قبل الهجرة بثلاث سنين وهو أحد

الأئمة وترجمان القرآن توفي بالطائف سنة ٦٨هـ ٣١، ٥٧، ١٦٠، ١٦٨

ابن شبرمة:

هو عبدالله بن شبرمة من ولد المنذر بن ضرار بن عمر،
وكان قاضياً لأبي جعفر على سواد الكوفة أحد الأعلام. قال
العجلي: كان فقيهاً عالماً عفيفاً ثقة حسن الخلق ولد سنة

٧٢هـ وتوفي سنة ١٤٤هـ ١٥١، ٣٩٥

عبدالله بن عمر:

هو عبدالله بن عمر بن الخطاب أسلم صغيراً بمكة، وأول
مشاهده الخندق وهو الصحابي الجليل، وكان من المكثرين
لرواية الحديث عن رسول الله ﷺ، توفي بمكة سنة ٧٣هـ.

وهو آخر من توفي بمكة من الصحابة له في الصحيحين ٢٦٣٠
حديثاً

٦٢٣، ٩١

أبو موسى الأشعري:

هو عبد الله بن قيس بن سليمان الأشعري من فقهاء
الصحابة أسلم بمكة وهاجر إلى الحيرة، وأول مشاهده خيبر
ولاه عمر بن الخطاب البصرة، نزل الكوفة وبنى فيها داراً توفي

سنة ٤٢هـ

٦٦

عبدالله بن مسعود:

هو عبدالله بن مسعود بن عاقل بن حبيب الهذلي صحابي
وهو الإمام الرباني أحد السابقين الأولين من كبار البدرين أسلم
قديماً وحفظ من رسول الله ﷺ سبعين سورة توفي بالمدينة

١٧٠، ٦٩

١٩١

سنة ٣٢هـ وله ستون سنة

ابن وهب:

هو عبد الله بن وهب بن مسلم الفهري بالولاء المصري فقيه من أصحاب مالك، جمع بين الفقه والحديث والعبادة له كتب منها الجامع والموطأ توفي سنة ١٩٧هـ

٣٩١

ابن حبيب:

هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان السلمي سمع جماعة من أصحاب الإمام مالك وهو من المفتين في قرطبة له عدة مؤلفات منها «الواضحة» مات سنة ٢٣٩هـ

٣٩١

عثمان الدرامي:

هو عثمان بن سعيد بن خالد بن سعيد السجستاني الحافظ أبو سعيد الدرامي محدث هراة، وأحد الأعلام الثقات، وهو إمام في الحديث والفقه، وكان واسع الرحلة طوف الأقاليم، ولقي الكبار ومن مشايخه أحمد بن حنبل وعلي بن المديني وإسحاق بن راهويه، ويحيى بن معين، وشيخه في الفقه البويطي. توفي سنة ٢٨٠هـ

١٦٦

ابن الحاجب:

هو عثمان بن عمر بن أبي يونس المعروف بابن الحاجب فقيه من أئمة المالكية حفظ القرآن، ودرس الفقه والنحو والأدب توفي سنة ٦٤٦هـ

٣٩١

عروة بن أبي الجعد البارقي:

من الأزد. عن الشعبي قال: كان علي قضاء الكوفة قبل شريح عروة بن أبي الجعد البارقي وسلمان بن ربيعة، وكان عروة مرابطاً ببراز المروز وكان له فيها فرس أخذه بعشرين ألف

الكاساني:

هو علاء الدين بن مسعود بن أحمد الكاساني الملقب
بملك العلماء، له كتاب «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع»
توفي سنة ٥٨٧هـ

٣١٧

علي بن أبي طالب:

هو علي بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشي
أبو الحسن أمير المؤمنين رابع الخلفاء الراشدين، ابن عم رسول
الله ﷺ وأحد المبشرين بالجنة، وقد شهد بدرًا، ثم نزل الكوفة
في الرحبة قتله عبد الرحمن بن ملجم المرادي غيلة في ١٧
رمضان سنة ٤٠هـ لعنه الله

١٦٤، ٨٠

ابن سيده:

هو علي بن إسماعيل ولد بمرسية بالأندلس ودرس اللغة
والأدب والمنطق على أبيه كان ضريراً واسع الحفظ يقول الشعر
له من الكتب «الأنيق في شرح الحماسة» و«شاذ اللغة» وأهم
كتبه «المحكم» و«المخصص» ومات بدانية سنة ١٠٦٦هـ ..

٨٣

ابن حزم:

هو علي بن حزم أبو محمد. ولد بقرطبة سنة ٣٨٤هـ من
أئمة المذهب الظاهري له كتاب «المحلى» في الفقه.
و«الإحكام في أصول الأحكام» مات سنة ٤٥٦هـ

١٤٤، ١٥٢

١٩٣، ٢٣٦

المتيطي:

هو علي بن عبدالله بن إبراهيم الأنصاري القاضي أبو الحسن يعرف بالمتيطي السبتي الفاسي الإمام الفقيه العالم، لازم بفاس أبا الحجاج المتيطي وبه تفقه، ألف كتاباً كبيراً في الوثائق سماه النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، اعتمده المفتون والحكام واختصره أعلام منهم ابن هارون توفي سنة

٤٢٢، ٣١٨

٥٧٠هـ

الدارقطني:

هو أبو الحسين علي بن عمر بن أحمد البغدادي الحافظ الشهير صاحب السنن مولده سنة ثلاثمائة وستة برع في علم الحديث قال الحاكم: صار الدارقطني أوجد عصره في الحفظ والفهم والورع وإماماً في القراءة والنحو وله مصنفات كثيرة، انتهى إليه علم الأثر والمعرفة بالعلل وأسماء الرجال في وقته مع الصدق والثقة وصحة الاعتماد وكانت وفاته في سنة ثلاثمائة وخمس وثمانين

١٠٧، ٦٦

١٦٧، ١٦٤

٢٣٩

الماوردي:

هو علي بن محمد بن حبيب الماوردي أبو الحسن من أكابر الشافعية ومن العلماء الباحثين ولد في البصرة سنة ٣٦٤هـ وتعلم في البصرة وبغداد ولي القضاء في بلدان كثيرة، ثم جعل

أقصى القضاة أيام القائم بأمر الله العباسي، كان عالماً بارعاً متفنناً شافعيّاً له مؤلفات منها: «أدب الدنيا والدين» و«الأحكام السلطانية» و«الحاوي» في فقه الشافعية وغير ذلك توفي في بغداد سنة ٤٥٦هـ

١٣٨

عمر بن الخطاب:

هو عمر بن الخطاب القرشي أبو حفص أسلم سنة ست من النبوة وشهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ وهو الخليفة الثاني لرسول الله ﷺ توفي سنة ٢٤هـ ومدة خلافته عشر سنين ونصف

٦٢٣ ، ١٩٣

عمرو بن أمية الضمري:

هو عمرو بن أمية بن خويلد بن عبد الله بن إياس بن عبد بن ناشرة بن كعب بن جدي بن ضمرة بن بكر بن عبد مناة بن علي بن كنانة أبو أمية الضمري. قال ابن سعد: أسلم حين انصرف المشركون عن أحد وكان شجاعاً له إقدام وكان أول مشهد شهده مسلماً بئر معونة، وقد بعثه الرسول ﷺ إلى النجاشي في زواج أم حبيبة. وقال ابن عبد البر: كان من رجال العرب نجدة وجرأة وكان رسول الله ﷺ يبعثه في أموره. مات بالمدينة في خلافة معاوية

٨٢

عمرو بن عوف:

هو عمرو بن عوف بن زيد بن ملحان بن عمرو بن بكر بن أفرك بن عثمان بن عمرو أبو عبد الله المزني. قال ابن سعد: كان قديماً للإسلام. روى عن النبي ﷺ. روى حديثه كثير بن عبد الله بن عمرو وكثير ضعيف. وذكر أبو حاتم بن حبان في

الصحابة أنه مات في ولاية معاوية، قال الواقدي استعمله صلى الله عليه وسلم على حرم المدينة

٧٤

قبيصة بن المخارق:

هو قبيصة بن عبدالله بن شداد بن معاوية بن أبي ربيعة بن نهيك بن هلال بن عامر بن صبغصة وفد على النبي صلى الله عليه وسلم فأسلم وروى عنه أحاديث ونزل البصرة ولي شرطة جعفر بن سليمان بن علي الهاشمي على مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم

١٦٨

كنانة بن نعيم:

هو كنانة بن نعيم العدوي. ثقة معروف

مالك بن أنس:

هو مالك بن أنس الأصبحي ولد سنة ٩٣هـ. وهو أحد الأئمة الفقهاء الأربعة عاش بالمدينة وتلقى عن كثيرين من التابعين له كتاب «المدونة» وكتاب «الموطأ» توفي سنة ١٧٩هـ.

١٠٤ ، ٦١

مجاهد بن جبر:

هو مجاهد بن جبر المكي أبو الحجاج المخزومي المقرئ مولى السائب بن أبي السائب. وروى عن علي وسعد بن أبي وقاص والعبادلة الأربعة ورافع بن خديج وغيرهم وروى عنه أيوب السخيتاني وعطاء وعكرمة وغيره. كان عالماً بالتفسير وقال ابن معين وأبو زرعة ثقة وكان مولده سنة إحدى وعشرين في خلافة عمر ومات سنة ثلاث ومائة وهو ساجد. قال فيه قتادة أعلم من بقي بالتفسير مجاهد

١٦٠

أبو الخطاب:

هو محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوذاني أبو الخطاب البغدادي الفقيه، أحد أئمة المذهب وأعيانه. ولد في سنة ٤٣٢هـ وسمع الحديث من الجوهرى والقاضي أبي يعلى وغيرهم. صنف كتاباً في المذهب والأصول منه: «الهداية» في الفقه و«الخلافة الكبير» وغيرها. وكان حسن الأخلاق سريع الجواب حاد الخاطر قال السلفي: أبو الخطاب من أئمة أصحاب أحمد يفتى على مذهبه وينظر توفي رحمه الله سنة ٥١٠هـ

٤٣

ابن القيم:

هو محمد بن أبي بكر الدمشقي الملقب بشمس الدين ابن قيم الجوزية يكنى أبا عبدالله له عدة كتب منه: «إعلام الموقعين عن رب العالمين» وغيره ولد سنة ٢٩١هـ وتوفي سنة ٧٥١هـ

٢٣٦، ٤٣

القرطبي:

هو محمد بن أبي بكر بن نوح الأنصاري الخزرجي يكنى
أبا عبدالله له كتاب «الجامع لأحكام القرآن في تفسير آيات
الأحكام» توفي سنة ٦٧١هـ ٨٢، ١٩١، ٣٨١

الرملي:

هو محمد بن أحمد بن حمزة شمس الدين الرملي. له
كتاب «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» وهو من الكتب
المهمة في الفقه الشافعي وتوفي سنة ١٠٠٤هـ
١٤٢

السرخسي:

هو شمس الأئمة محمد بن أحمد بن سهل السرخسي
الحنفي له كتاب «المبسوط» في الفقه. وكتاب «أصول
السرخسي» توفي سنة ٤٨٣هـ
٢٩٨، ٢٣٠

الشرييني الخطيب:

هو محمد بن أحمد الشرييني شمس الأئمة من أعيان
المذهب الشافعي في القرن العاشر الهجري له كتب متعددة
منها «الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع» و «مغني المحتاج في
ألفاظ المنهاج» توفي سنة ٩٧٧هـ
٣٩٢

الأزهري:

هو محمد بن أحمد بن طلحة بن نوح الأزهري الهروي
الشافعي أبو منصور، له كتاب «تهذيب اللغة» ولد سنة ٢٨٢هـ
وتوفي سنة ٣٢٠هـ
٦٣

الدسوقي:

هو شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أحمد بن عرفة

الدسوقي الأزهري، ولد بدسوق له كتاب «حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير» توفي سنة ١٢٣هـ ١٠٦، ١٢٩، ٢١٩، ٢٨٩

ابن رشد:

هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الأندلسي أبو الوليد الفقيه الفيلسوف له كتاب «بداية المجتهد ونهاية المقتصد» في الفقه. توفي بقرطبة سنة ٥٩٥هـ ٨٩، ٣٩١

ابن جزى:

هو محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن يحيى بن عبد الرحمن بن يوسف ابن جزى. يكنى أبا القاسم الكلبي. ولد عام ٦٩٣هـ وكان حافظاً مشاركاً في فنون من العربية والفقه والأصول والقراءات والحديث والأدب والشعر وهو من فقهاء المذهب المالكي وألف كتاب «القوانين الفقهية». توفي سنة ٧٤١هـ ٤٨

الشافعي:

هو محمد بن إدريس الشافعي أحد الأئمة الفقهاء الأربعة له كتاب «الأم» في الفقه. وكتاب «الرسالة» في أصول الفقه ولد سنة ١٥٠هـ وهو أول واضع لأصول الفقه وتوفي سنة ٢٠٤هـ ١٠٢، ٨٢، ٢٨٩، ١٩٥، ٦٢٥

أبو حاتم:

هو محمد بن إدريس بن المنذر الحنظلي الإمام الحافظ الكبير أحد الأعلام ولد سنة خمس وتسعين ومائة وأثنى عليه الذهبي وقال النسائي: ثقة توفي أبو حاتم في شعبان سنة سبع وسبعين ومائتين وله اثنتان وثمانون سنة ٦٢٣

البخاري:

هو محمد بن إسماعيل البخاري أبو عبدالله ولد في سنة ١٩٤هـ طلب العلم صغيراً. سمع الحديث ببخارى ثم رحل الى عدة أماكن وسمع الكثير وألف الصحيح منه من زهاء ستمائة ألف حديث. قال مآ دخلت فيه إلا صحيحاً وأحفظ مائة ألف حديث صحيح ومائتي ألف حديث غير صحيح توفي سنة ٢٥٦هـ. وعمره حوالي ٦٢ سنة

٥٧، ٩٣،
١٦٥، ٦٢٥

ابن عابدين:

هو محمد أمين بن عابدين فقيه الشام وإمام الحنفية في عصره له كتاب «رد المحتار على الدر المختار» ولد. وتوفي بدمشق سنة ١٢٥٢هـ

١٣٩، ١٧١، ١٨١، ٢٣٠، ٦٠٤

الطبري:

هو محمد بن جرير بن يزيد الطبري يكنى أبا جعفر من أهل طبرستان وهو إمام ومفسر ومحدث ومؤرخ له كتاب «جامع البيان في تفسير القرآن» المشهور بتفسير الطبري وله كتاب «تاريخ الأمم والملوك» وغيرها ولد سنة ٢٢٤هـ وتوفي سنة ٣١٠هـ

١٦٠، ٣٨١

ابن حبان:

هو الحافظ العلامة أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان البستي صاحب التصانيف حدث عنه الحاكم وغيره وكان من فقهاء الدين وحفاظ الآثار عالماً بالطب والنجوم وفنون العلم صنف المسند الصحيح والتاريخ وكتاب الضعفاء وفقه

الناس بسمرقند، قال الحاكم: كان ابن حبان من أوعية العلم
والفقه واللغة والوعظ من عقلاء الرجال. توفي في شوال سنة أربع
 وخمسين وثلاثمائة وهو في عشر الثمانين..... ٧٣، ١٣٩، ١٦٤

محمد بن الحسن:

هو محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وجامع أصول
الحنفية ومسائلهم في كتاب ظاهر الرواية وهو إمام في الأصول
والفقه ولد بواسطة سنة ٣٢هـ وتوفي سنة ١٨٩هـ ... ١٣٠، ٢١٢، ٢٨١، ٥١٤

القاضي:

هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن
الفراء أبو يعلى. كان عالم زمانه وفريد عصره، وأصحاب الإمام
أحمد يدرسون تصانيفه والفقهاء على اختلاف مذاهبهم
وأصولهم كانوا عنده يجتمعون وكان عارفاً بالقرآن وعلومه
والحديث والفتاوى والجدل وغير ذلك من العلوم مع الزهد
والورع وانقطاعه عن الدنيا وأهلها واشتغاله بسطر العلم وبثه، ولد
سنة ٣٨٠هـ وقد تولى القضاء في الدماء والفروج والأموال له
مصنفات منها: «أحكام القرآن» و«العدة في أصول الفقه»
وغيرها. توفي سنة ٤٥٨هـ ٣٢٢، ٥٠٦، ٥١٧

ابن الأعرابي:

هو محمد بن زياد ولد بالكوفة ومات بسامراء. من علماء
اللغة أخذ اللغة عن المفضل بن محمد العتبي وأبي معاوية

الضريير والقاسم بن معين اشتغل بالتدريس في بغداد وأخذ عن
ثعلب وابن السكيت والحريي اشتهر بالحفظ والأمانة وعرف
باللغة والنحو ورواية الشعر ووثق به البصريون والكوفيون ألف في
الفقه «النوار» و «البئر» و «الألفاظ» و «معاني الشعر» وغيرها

١٣٨

ابن سيرين:

هو محمد بن سيرين البصري الأنصاري بالولاء ، يكنى أبا
بكر مولى أنس بن مالك وكان ثقة مأموناً عالماً فقيهاً إماماً
كثير العلم ورعاً، وكان به صمم. ولد في آخر خلافة عثمان
رضي الله عنه وتوفي سنة ١١٠هـ وقد بلغ نيفاً وثمانين سنة

٦٢٥

ابن شريح:

هو محمد بن شريح بن أحمد بن محمد بن شريح أبو
عبدالله الرعيني الأشبيلي من جلة المقرئين وخيارهم كان ثقة في
روايته له تصانيف منها: «الكافي في القراءات» و «التذكرة» ولد
سنة ٣٩٢هـ وتوفي سنة ٤٧٦هـ

٥٢٦

ابن أبي ليلي:

هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلي الأنصاري أبو عبد
الرحمن الكوفي قاضي الكوفة ولي قضاءها ٣٣ سنة وهو من
طبقة القوري وأبي حنيفة في الفقه قال أبو حاتم فيه عن أحمد
ابن يونس: كان أفقه أهل الدنيا، وقال العجلي كان فقيهاً
صاحب سنة وأول من استقضاه على الكوفة يوسف بن عمر
الثقفي قال البخاري مات سنة ١٤٨هـ

٣٩٥ ، ١٥١

الخرشي:

هو محمد بن عبدالله الخرخشي أبو عبدالله الفقيه شيخ

المالكية في عصره وهو أول شيخ للأزهر له كتاب «فتح الجليل»
على مختصر العلامة خليل» ثمانية أجزاء توفي سنة ١١٠١هـ ... ٣٤٦، ٥١٠، ١٩٧، ٢٠٧

أبو بكر بن العربي:

هو محمد بن عبدالله بن محمد بن عبدالله بن أحمد
المعروف بابن العربي العامري الأشبيلي المالكي يكنى أبا بكر.
ولد سنة ٤٦٨هـ درس الفقه والأصول وجلس للوعظ والتفسير
ورحل إليه للسمع وأهم كتبه «أحكام القرآن» و «المسالك في
شرح موطأ مالك» و «العواصم والقواصم» وغيرها توفي سنة
٥٤٣هـ

٨١

المسعودي:

هو أبو عبدالله محمد بن عبدالله بن مسعود بن أحمد
المسعودي الفقيه الشافعي إمام فاضل مبرز ورع من أهل مرو
تفقه على أبي القفال المروزي وشرح مختصر المزني وأحسن
فيه وروى قليلاً من الحديث عن أستاذه القفال توفي سنة نيف
وعشرين وأربعمائة ونسبته إلى جده مسعود

٤٢٤

الهاكـم:

هو الإمام الكبير إمام المحققين أبو عبدالله محمد بن
عبدالله النيسابوري المعروف بابن البيع صاحب التصانيف ولد
سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة، وطلب الحديث ورحل إلى
العراق وهو ابن عشرين سنة، حدث عنه الدارقطني وأبو يعلى
والبيهقي ألف المستدرک. وتاريخ نيسابور وغير ذلك توفي سنة
أربعمائة وخمسة

١٦٤، ١٠٧

ابن الهمام:

هو محمد بن عبد الواحد الشهير بابن الهمام من علماء الحنفية أصولي فقيه له كتاب «شرح فتح القدير» في الفقه توفي سنة ٨٦١هـ

٦٨

الشوكاني:

هو محمد بن علي الشوكاني ولد عام ١١٧٢هـ في بلدة شوكان له مؤلفات منها: «إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول» في أصول الفقه وكتاب «نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار» توفي سنة ١٢٥هـ

١٦٠ ، ٢٦

المازري:

هو محمد بن علي بن عمر التيمي المازري أبو عبد الله من كبار أئمة المالكية في عصره، ولد سنة ٤٥٣هـ نسبه إلى مازر بجزيرة صقلية له مؤلفات منها «الإكمال» و «المعلم بفوائد كتاب مسلم». و «إيضاح المحصول في الأصول» توفي سنة ٥٣٦هـ وعمره ٨٣ سنة

١٣٨

ابن فتوح:

هو محمد بن عمر بن فتوح التلمساني ثم المكناسي أبو عبد الله الفقيه الصالح الزاهد الفاضل الإمام العادل وهو أول من أدخل فاس مختصر خليل سنة ٨٠٥هـ. توفي بمكناس سنة ٨١٨هـ

٤٢٢ ، ٣١٨

الترمذي

هو أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي نسبة إلى مدينة قديمة على طرف جيحون نهر بلخ وسمع الحديث عن

البخاري وغيره من مشائخ البخاري وكان إماماً ثبناً حجة وألف كتاب السنن وكتاب العلل وكان ضريراً قال: عرضت كتابي هذا: أي «كتاب السنن المسمى بالجامع». على علماء الحجاز والعراق وخراسان فرضوا به. قال الحاكم سمعت عمر ابن مالك يقول: مات البخاري ولم يخلف بخراسان مثل أبي عيسى في العلم والورع والزهد، وكانت وفاته بترمذ أواخر رجب سنة سبع وستين ومائتين

١٦٧، ٥٦، ٦٢٣

العماد الأصفهاني:

هو محمد بن محمد بن حامد بن محمد بن عبد الله بن علي بن محمود عماد الدين أبو عبد الله بن صفى الدين الكاتب الأصفهاني ولد بأصبهان سنة ٥١٩هـ وتوفي سنة ٥٩٧هـ .

١١

الحطاب:

هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المغربي أبو عبد الله المعروف بالحطاب الفقيه المالكي ولد بمكة سنة ٩٠٢هـ له كتاب «مواهب الجليل شرح مختصر خليل» مات بطرابلس الغرب سنة ٩٥٤هـ

٢٠٩، ٢٢٦

ابن عرفة:

هو محمد بن محمد بن عرفة المورغني أبو عبد الله إمام تونس وخطيبها. انتهت إليه رئاسة المذهب المالكي بأفريقيا وتوفي سنة ٨٠٣هـ

٤٣٣

الغزالي:

هو محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوى أبو حامد

ولد سنة ٤٥٠هـ وله كتاب «المستصفي» في أصول الفقه وتوفي
سنة ٥٠٥هـ.....

٢٦

ابن مفلح:

هو محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي
الداميني ثم الصالحي الإمام شيخ الإسلام وتلميذ الشيخ تقي
الدين بن تيمية صنف من الكتب كثيراً منها: «الفروع» في
الفقه والآداب الشرعية الكبرى» وغيرها. توفي سنة ٧٦٢هـ

٦٢٢ ، ٦٢٤

ابن منظور:

هو محمد بن مكرم بن علي بن أحمد الأنصاري الأفرقي
له كتاب «لسان العرب» وُلد سنة ٦٣٠هـ وتوفي سنة ٧١١هـ ...

٢٤

ابن ماجه:

هو محمد بن يزيد بن عبدالله ابن ماجه القزويني أبو عبدالله ولد
سنة ٢٠٧هـ وطلب العلم ورحل في طلبه وسمع من أصحاب
مالك والليث وكان أحد الأعلام وألف «السنن» توفي سنة

٢٧٥هـ ٦١ ، ٧٣ ، ١٠٧ ، ٣٤٦

الفيروزآبادي:

هو محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الشيرازي مجد
الدين الفيروزآبادي أبو طاهر ولد في فارس سنة ٧٢٩هـ حفظ
القرآن وهو ابن سبع سنوات برع في العلوم العربية وألف كتباً
منها «القاموس المحيط»، توفي في اليمن سنة ٨١٧هـ

٢٤

الإمام مسلم:

هو الإمام الشهير مسلم بن الحجاج القشيري أحد أئمة
الحديث ولد سنة أربع ومائتين وطلب علم الحديث صغيراً

وسمع من مشائخ البخاري وغيرهم وروى عنه أئمة من كبار عصره وحفاظه وألف المؤلفات النافعة وأهمها صحيحه وكانت وفاته سنة إحدى وستين ومائتين ودفن بنيسابور وقبره بها مشهور

١٠٧، ٧٣

البهوتي

هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد ابن علي بن إدريس المشهور بالبهوتي المصري كان علامة فقيهاً متبحراً أصولياً مفسراً وله مؤلفات عديدة منها «الروض المربع» «كشف القناع» وغيرها توفي سنة ١٠٥١هـ...

٤٠٩

مهنا:

هو مهنا بن يحيى الشامي السلمي أبو عبد الله. وهو من كبار أصحاب الإمام أحمد، روى عنه كثيراً من المسائل وصحبه إلى أن مات حدث عن بقيه بن الوليد وسمره بن ربيعة ومكي بن إبراهيم وغيرهم وروى عنه حمدان الوراق وإبراهيم النيسابوري وعبد الله بن الإمام أحمد. قال مهنا: لزمنا أبا عبد الله ثلاثاً وأربعين سنة، وتعلمت منه العلم والأدب

٥٠٤

ميمونة:

هي أم المؤمنين ميمونة بنت الحارث الهلالية. كان اسمها بره فسماها رسول الله ﷺ ميمونة تزوجها النبي ﷺ في شهر ذي القعدة سنة سبع في عمرة القضاء، وكانت وفاتها سنة إحدى وستين وقيل إحدى وخمسين ولم يتزوج النبي عليه الصلاة والسلام بعدها

٨٢

أبو حنيفة:

هو النعمان بن ثابت التميمي بالولاء أحد الأئمة الفقهاء الأربعة ولد بالكوفة ونشأ بها روى عن التابعين وتابعهم في العراق والحجاز وخاصة إبراهيم النخعي وشيخه حماد. توفي سنة ١٥٠هـ

٧، ١٠٢،
٢١٢، ٢٨١،
٥١٤

هارون بن رئاب:

يكنى أبا الحسن من بني أسيد بن عمرو بن تميم كان ثقة قليل الحديث قال سفيان بن عيينة: حدثنا هارون بن رئاب وكان يخفي الزهد

١٦٨

النووي:

هو يحيى بن شرف بن مري بن حسين الحوراني النووي الشافعي له كتاب «منهاج الطالبين وعمدة المفتين» و«روضة الطالبين وعمدة المفتين» وكتاب «المجموع شرح المذهب» توفي سنة ٦٧٦هـ

٥٧

يحيى بن معين:

هو يحيى بن معين بن عون يكنى أبا زكريا من أئمة الحديث وقد كان يكثر من كتابة الحديث وعرف به وكان لا يكاد يحدث — قال عنه الذهبي: سيد الحفاظ عاش ببغداد وتوفي بالمدينة وهو متوجه إلى الحج سنة ٢٣٣هـ

٦٢٢

الرهوني:

هو يحيى بن موسى الرهوني كان فقيهاً حافظاً يقظاً متقناً إماماً في أصول الفقه بليغاً مجيداً، أخذ الفقه عن أبي العباس أحمد بن إدريس البجائي رحل إلى القاهرة، وتوطنها، وتولى

التدريس في المدرسة المنصورية والخانقة الشيخونية وكان
صدراً في العلم انفراداً بتحقيق مختصر ابن الحاجب توفي سنة
٧٧٤هـ

٢٨٢

أبو يوسف

هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي ولد سنة
١١٣هـ. من كبار أصحاب أبي حنيفة له كتاب «الخراج» توفي
سنة ١٨٢هـ

١٣٠، ٢١٢،

٢٨١، ٥١٤

ابن عبد البر

هو يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر النمرى
القرطبي المالكي كنيته أبو عمر ولد بقرطبة سنة ٣٦٨هـ وتوفي
بشاطبة سنة ٥٩٥هـ

٨٢

**فهرس المرجع والمصادر التي
استمعت بها**

فهرس المراجع والمصادر

أولاً : التفسير :

- ١ — أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الحنفي الجصاص. دار الفكر — بيروت — لبنان.
- ٢ — أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبدالله المشهور بابن العربي مطبعة عيسى الحلبي بمصر ١٣٧٦هـ.
- ٣ — تفسير القرآن العظيم، عماد الدين إسماعيل بن كثير الدمشقي. مكتبة النهضة الحديثة بمصر — الطبعة الأولى ١٣٨٤هـ.
- ٤ — تفسير المراغي، أحمد مصطفى المراغي — الطبعة الثالثة عام ١٣٩٤هـ.
- ٥ — الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبدالله بن محمد بن أحمد القرطبي. دار الكتاب العربي بالقاهرة — الطبعة الثالثة ١٣٨٧هـ.
- ٦ — جامع البيان عن تأويل القرآن، لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري — دار المعارف بمصر.
- ٧ — فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، محمد بن علي الشوكاني — مطبعة مصطفى الحلبي بمصر — الطبعة الثانية ١٣٨٣هـ.
- ٨ — الفتوحات الإلهية على تفسير الجلالين، سليمان بن عمر الجمل — مطبعة عيسى الحلبي بمصر.

ثانياً : الحديث وعلومه :

- ١ — الأسرار المرفوعة في الأخبار الموضوعة. للعلامة نور الدين علي بن محمد ابن سلطان المشهور بالملا علي القاري المتوفى سنة ١٠١٤هـ — دار الأمانة بيروت — لبنان ١٣٩١هـ.
- ٢ — بلوغ المرام من أدلة الأحكام، للحافظ بن حجر العسقلاني — المطبعة التجارية بمصر.
- ٣ — تحفة الأخوذى بشرح جامع الترمذي، للحافظ المباركفوري — المطبعة السلفية بالمدينة المنورة — الطبعة الثانية ١٣٨٥هـ.
- ٤ — تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لابن حجر العسقلاني — شركة الطباعة — تصحيح وتعليق عبدالله هاشم المدني ١٣٨٤هـ.
- ٥ — جامع الأصول في أحاديث الرسول، مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الجزري — ٥٥٤هـ — ٦٠٦هـ — مطبعة الملاح.
- ٦ — الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي. دار الفكر — الطبعة الأولى ١٤٠١هـ.
- ٧ — حاشية السندي على سنن ابن ماجه، لأبي الحسن نور الدين بن عبد الهادي السندي الحنفي — المطبعة العلمية بمصر — الطبعة الأولى ١٣١٣هـ.
- ٨ — سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، محمد بن إسماعيل الصنعاني — المتوفى سنة ١١٨٢هـ. مكتبة الجمهورية العربية بمصر.
- ٩ — سنن أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي — مطبعة السعادة بمصر.
- ١٠ — سنن ابن ماجه، للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني — مطبعة عيسى الحلبي بمصر.
- ١١ — سنن الدار قطني، علي بن عمر الدار قطني — دار المحاسن للطباعة — القاهرة ١٣٨٦هـ.
- ١٢ — السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي — مطبعة

- مجلس دائرة المعارف — بالهند ١٣٥٠هـ.
- ١٣ — سنن النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي — مطبعة الحلبي بمصر — الطبعة الأولى ١٣٨٣هـ — ١٩٦٤م.
- ١٤ — صحيح البخاري، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري — مطبعة مصطفى الحلبي بمصر.
- ١٥ — صحيح الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة ٢٠٩ — ٢٧٩هـ مطبعة مصطفى الحلبي بمصر — الطبعة الثانية ١٣٨٨هـ — ١٩٦٨م.
- ١٦ — صحيح مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري — دار الفكر — بيروت ١٤٠٠هـ توزيع رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء.
- ١٧ — صحيح مسلم بشرح النووي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٤٠١هـ.
- ١٨ — عون المعبود شرح سنن أبي داود، لشرف الحق الشهير بمحمد أشرف الصديقي — دار الكتاب العربي — بيروت — لبنان.
- ١٩ — فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني — نشر وتوزيع رئاسة البحوث العلمية.
- ٢٠ — الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة، محمد بن علي الشوكاني — دار الكتب العلمية بيروت — لبنان.
- ٢١ — كشف الخفا ومزيل الالباس، للشيخ محمد بن إسماعيل العجلوني المتوفى سنة ١١٦٢هـ، مؤسسة الرسالة — بيروت.
- ٢٢ — المسند، للإمام أحمد بن حنبل الشيباني — دار صادر — بيروت.
- ٢٣ — المستدرک، للحافظ أبي عبد الله محمد المعروف بالحاكم — مطبعة مجلس دائرة المعارف بالهند — الطبعة الأولى ١٣٣٤هـ.
- ٢٤ — المنتقى من أخبار المصطفى، لمجد الدين أبي البركات عبد السلام الحراني ابن تيمية الجند — دار الفكر — بيروت.
- ٢٥ — ميزان الاعتدال في نقد الرجال، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي توفي سنة ٧٤٨هـ — دار إحياء الكتب العربية — عيسى الحلبي طبعة أولى سنة ١٣٨٢هـ — ١٩٦٣م.

- ٢٦ - نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، لأبي محمد عبدالله بن يوسف
الزيلعي المتوفى سنة ٧٦٢هـ - دار إحياء التراث العربي - بيروت -
لبنان.
- ٢٧ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، محمد بن علي الشوكاني - مطبعة
مصطفى الحلبي بمصر. الطبعة الأخيرة.

ثالثاً : كتب اللغة :

- ١ - تاج اللغة وصحاح العربية، إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطاره - دار العلم - بيروت - الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ.
- ٢ - تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الزبيدي - دار صادر بيروت ١٣٨٦هـ. ودار ليبيا للنشر والتوزيع - بنغازي.
- ٣ - تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهرى - الدار المصرية للتأليف والترجمة.
- ٤ - جمهوية اللغة، لأبي بكر محمد بن الحسن الأزدي البصري - مكتبة المشنى بغداد.
- ٥ - القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي - دار الفكر - بيروت.
- ٦ - لسان العرب، لابن منظور - المطبعة الأميرية بمصر - الطبعة الأولى ١٣٠٣هـ.
- ٧ - معجم متن اللغة، للشيخ أحمد رضا - دار مكتبة الحياة - بيروت ١٣٧٧هـ.
- ٨ - معجم مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس تحقيق عبد السلام هارون. الطبعة الأولى - دار الكتب العربية بالقاهرة ١٣٦٩هـ.
- ٩ - المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس وزملاؤه - مجمع اللغة العربية - مطابع دار المعارف بمصر - الطبعة الثالثة ١٣٩٣هـ.

رابعاً : كتب أصول الفقه :

- ١ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للشوكانى - مطبعة الحلبي بمصر - الطبعة الأولى ١٣٥٦هـ.
- ٢ - أصول الفقه، للشيخ محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي بالقاهرة.
- ٣ - أصول الفقه الإسلامي، محمد سلام مذكور - دار النهضة العربية بالقاهرة - الطبعة الأولى ١٩٧٦م.
- ٤ - التقرير والتحجير، لابن أمير الحاج - المطبعة الكبرى الأميرية بمصر - الطبعة الأولى ١٣١٦هـ.
- ٥ - التلويح، لسعد الدين التفتازانى - مطبعة استانبول ١٣١٠هـ.
- ٦ - تيسير التحرير، لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه - مطبعة الحلبي بمصر ١٣٥٠هـ.
- ٧ - رسالة العرف في مجموعة رسائل ابن عابدين، الرسالة الثانية - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.
- ٨ - كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعلاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري المتوفى سنة ٧٣٠هـ دار الكتاب العربي - بيروت.
- ٩ - المستصفي، للغزالي - المكتبة التجارية الكبرى بمصر - الطبعة الأولى ١٣٥٦هـ - والمطبعة الأميرية بمصر - الطبعة الأولى ١٣٢٤هـ.
- ١٠ - الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق الشاطبي - المكتبة التجارية الكبرى بمصر.
- ١١ - الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي - المطبعة العلمية بدمشق.

خامساً : كتب الفقه الإسلامي :

(أ) الفقه الحنفي :

- ١ — الاختيار لتعليل المختار، عبدالله بن محمود الموصلي الحنفي — المطبعة التعاونية.
- ٢ — الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، لابن نجيم — دار مكتبة الهلال — بيروت — لبنان ١٤٠٠هـ.
- ٣ — البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم — دار المعرفة للطباعة والنشر — بيروت — لبنان.
- ٤ — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر مسعود بن أحمد الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧هـ — مطبعة الإمام — بالقاهرة.
- ٥ — تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي — دار المعرفة — بيروت — لبنان.
- ٦ — تحفة الفقهاء، لأبي بكر علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي المتوفى سنة ٥٤٠هـ؛ تحقيق محمد زكي عبد البر — مطبعة جامعة دمشق — الطبعة الأولى ١٣٧٩هـ.
- ٧ — تكملة فتح القدير، شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده أفندي المكتبة التجارية بمصر.
- ٨ — حاشية ابن عابدين المسمى: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين بن عابدين — مطبعة مصطفى الحلبي بمصر — الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ.
- ٩ — شرح فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام — دار إحياء التراث العربي بيروت — لبنان.
- ١٠ — العناية شرح الهداية، محمد بن محمود البابرّي المتوفى سنة ٧٨٦هـ المكتبة التجارية الكبرى.
- ١١ — غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، للحموي — حاشية على الأشباه والنظائر، لابن نجيم ومطبوع معه.

- ١٢ - الفتاوى الهندية، لجماعة من العلماء - دار إحياء التراث العربي - بيروت
- الطبعة الثالثة - ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- ١٣ - المسبوط، لشمس الأئمة السرخسي - دار المعرفة للطباعة والنشر -
بيروت - لبنان - الطبعة الثالثة.
- ١٤ - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد المعروف بشيخ
زاده - المطبعة العامرة ١٣١٦هـ.
- ١٥ - مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة، لأبي محمد بن غانم
البغدادي - المطبعة الخيرية بمصر - الطبعة الأولى ١٣٠٨هـ.
- ١٦ - الهداية شرح بداية المبتدى، لشيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن بن
علي بن أبي بكر المرغياني - المتوفى سنة ٥٩٣هـ - مطبعة مصطفى
الحلي بمصر - الطبعة الأخيرة.

(ب) الفقه المالكي :

- ١ - أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه مالك، لأبي بكر الكشناوي
- مطبعة عيسى الحلبي وشركاه بمصر - الطبعة الأولى.
- ٢ - أقرب المسالك إلى مذهب مالك، لأبي البركات أحمد الدردير - المكتبة
التجارية الكبرى بمصر.
- ٣ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن رشيد الحفيد القرطبي -
مطبعة الحلبي بمصر ١٣٨٠هـ.
- ٤ - بلغة السالك لأقرب المسالك، للشيخ أحمد الصاوي - مطبعة الحلبي
بمصر الطبعة الأخيرة.
- ٥ - البهجة في شرح التحفة، لعلي بن عبد السلام التسولي - مطبعة الحلبي
بمصر - الطبعة الثانية ١٣٧٠هـ.
- ٦ - جواهر الأكليل شرح مختصر خليل، صالح عبد السميع الأزهرى - دار
إحياء الكتب العربية.
- ٧ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدردير - دار الفكر - بيروت.
- ٨ - حاشية الرهوني على شرح الزرقاني على متن خليل، المطبعة الأميرية

- بمصر — الطبعة الأولى ١٣٠٦هـ.
- ٩ — شرح الخرشي على مختصر خليل، لأبي عبدالله محمد الخرشي — دار صادر بيروت.
- ١٠ — الشرح الصغير على أقرب المسالك، لأحمد الدردير — دار المعارف بمصر ١٣٩٣هـ.
- ١١ — الشرح الكبير لمختصر خليل، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير — المكتبة التجارية الكبرى.
- ١٢ — الفروق الدواني، لأحمد بن إدريس القرافي — دار المعرفة بيروت — لبنان.
- ١٣ — الفواكه على رسالة أبي محمد عبدالله القيرواني المالكي، لأحمد غنيم المالكي الأزهري — مطبعة الحلبي بمصر — الطبعة الثالثة ١٣٧٤هـ.
- ١٤ — قوانين الأحكام الشرعية، لمحمد بن جزى الكلبي المتوفى سنة ٧٤١هـ — دار العلم للملايين — بيروت — ١٩٧٩م.
- ١٥ — المدونة للإمام مالك، رواية سحنون السعادة بمصر ١٣٢٣هـ.
- ١٦ — مواهب الجليل شرح مختصر خليل، للحطاب — دار الفكر — الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ.

(ج) الفقه الشافعي :

- ١ — أسنى المطالب شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري الشافعي — المطبعة الميمنية بمصر — ١٣١٣هـ.
- ٢ — إعانة الطالبين، لأبي بكر السيد البكري — دار إحياء الكتب العربية بمصر.
- ٣ — الإقناع في حل ألفاظ أبي شعجاع، لمحمد الشربيني الخطيب — دار إحياء الكتب العربية بمصر.
- ٤ — الأم للشافعي، المطبعة الكبرى الأميرية بمصر ١٣٢١هـ.
- ٥ — تكملة المجموع شرح المهذب، محمد نجيب المطيعي — المكتبة السلفية — المدينة المنورة.

- ٦ - السراج الوهاج، محمد الغمراوي - مكتبة مصطفى الحلبي بمصر
١٩٣٣م.
- ٧ - الغرر البهية شرح البهجة، زكريا الأنصاري - المطبعة الميمنية بمصر.
- ٨ - فتح العزيز شرح الوجيز للغزالي، لمؤلفه الرافي - مطبعة التضامن
الأخوي.
- ٩ - فيض الإله المالك في حل ألفاظ عمدة السالك، لعمر بركات الشامي
الباغي - مطبعة الاستقامة بالقاهرة.
- ١٠ - قواعد الأحكام في مصالح الآنام، للعر بن عبد السلام - مطبعة
الاستقامة بالقاهرة.
- ١١ - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الشربيني الخطيب -
مطبعة الحلبي بمصر؛ طبع سنة ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.
- ١٢ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشهاب الدين أحمد الرملي - مطبعة
الحلبي بمصر - الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ - ١٩٦٧م.
- ١٣ - الوجيز في فقه الإمام الشافعي، للغزالي مطبعة الآداب بمصر ١٣١٧هـ.

(د) الفقه الحنبلي :

- ١ - إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية - دار الجيل للنشر
والتوزيع والطباعة - بيروت - لبنان.
- ٢ - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي المتوفى سنة ٨٨٥هـ
- الطبعة الأولى ١٣٧٦هـ مطبعة السنة المحمدية.
- ٣ - الروض المربع بحاشية العنقري، منصور البهوتي - مطبعة السنة
المحمدية.
- ٤ - الشرح الكبير على المقنع، لأبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة المقدسي
- دار المنار بمصر.
- ٥ - الفتاوى الكبرى، لابن تيمية - مطبعة كردستان العلمية ١٣٢٩هـ.
- ٦ - القواعد في الفقه الإسلامي، لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب المتوفى

سنة ٧٩٥هـ — دار الباز للنشر والتوزيع بمكة المكرمة الطبعة الأولى
١٣٩٢هـ.

- ٧ — الكافي في فقه أحمد، لأبي محمد موفق الدين بن قدامة — المكتب
الإسلامي بدمشق.
- ٨ — كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور البهوتي — مكتبة النصر الحديثة
بالرياض.
- ٩ — المبدع في شرح المقنع، لابن مفلح — المكتب الإسلامي بدمشق.
- ١٠ — مجلة الأحكام الشرعية، لأحمد بن عبدالله القاري — مطبوعات تهامة —
الطبعة الأولى ١٤٠١هـ.
- ١١ — مجموع فتاوى شيخ الإسلام، ابن تيمية — مطابع الرياض.
- ١٢ — مطالب أولى النهى شرح غاية المنتهى، مصطفى السيوطي الرحبياني —
المكتب الإسلامي بدمشق.
- ١٣ — المغني، لابن قدامة المقدسي مكتبة الرياض الحديثة.
- ١٤ — مغني ذوي الأفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام، جمال الدين يوسف
ابن عبد الهادي — مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة.
- ١٥ — المقنع، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي — المطبعة
السلفية بمصر — الطبعة الثانية.

(هـ) الفقه الظاهري :

- ١ — المحلي، لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم الظاهر، ٣٨٤هـ — المكتب
التجاري للطباعة والنشر — بيروت.

(و) الفقه المقارن :

- ١ — الإفصاح عن معاني الصحاح، لأبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة
الحنبلي المتوفى سنة ٥٦٠هـ — المؤسسة السعيدية بالرياض.

سادساً : كتب شرعية أخرى :

- ١ - الآداب الشرعية والمنح المرعية، أبي عبدالله محمد بن مفلح المقدسي. مكتبة الرياض الحديثة ١٣٩١هـ.
- ٢ - أعمال البنوك والشريعة الإسلامية، د. محمد مصلح الدين - دار البحوث العلمية الطبعة الأولى ١٩٧٦م.
- ٣ - الالتزامات في الشرع الإسلامي، أحمد إبراهيم بك - دار الأنصار بمصر.
- ٤ - الالتزام العيني بين الشريعة والقانون، د. عبد العزيز عبد القادر - أبو غنيمة - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ.
- ٥ - الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد يوسف موسى - القاهرة ١٣٧٢هـ. مطابع دار الكتاب العربي.
- ٦ - البنوك الإسلامية، د. شوقي إسماعيل - دار الشروق - جدة. الطبعة الأولى ١٣٩٧هـ.
- ٧ - البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، رسالة دكتوراه؛ عبدالله الطيار عام ١٤٠١هـ. مقدمة للمعهد العالي للقضاء.
- ٨ - التشريع والفقه في الإسلام، للشيخ مناع القطان - مكتبة وهبه بمصر - الطبعة الأولى ١٣٩٦هـ.
- ٩ - التطور روح الشريعة الإسلامية، محمود الشرفاوي - المكتبة العصرية - بيروت.
- ١٠ - الحياة في العقود في الفقه الإسلامي، د. نزيه حماد - مكتبة دار البيان - دمشق - الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ.
- ١١ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر - مكتبة النهضة - بغداد.
- ١٢ - الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، د. بدران أبو العينين - مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية.
- ١٣ - الضمان في الفقه الإسلامي، الشيخ علي الخفيف - معهد البحوث

- والدراسات العربية ١٩٧١م.
- ١٤ — الفقه الإسلامي، د. محمد يوسف موسى — دار الكتاب العربي بمصر .
- ١٥ — فقه السنة، للسيد سابق — دار الكتاب العربي — بيروت — لبنان —
الطبعة الثالثة ١٣٩٧هـ.
- ١٦ — فلسفة التشريع في الإسلام، د. صبحي محمصاني — دار العلم للملايين
— بيروت — الطبعة الثالثة.
- ١٧ — العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة، د. عيسى عبده —
مطبعة النهضة الجديدة.
- ١٨ — الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، د. عبد الكريم زيدان — المكتب
الإسلامي ١٣٩٥هـ.
- ١٩ — مجلة الأحكام العدلية، الطبعة الخامسة ١٣٨٨هـ.
- ٢٠ — المدخل إلى النظرية الاقتصادية في المنهج الإسلامي، د. أحمد النجار
— دار الفكر — الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ.
- ٢١ — المدخل الفقهي العام، للأستاذ مصطفى الزرقاء — دار الفكر — بيروت
١٣٨٤هـ.
- ٢٢ — المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، د. عبد الرحمن الصابوني — المطبعة
التعاونية ١٣٩٥هـ.
- ٢٣ — المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، د. محمد الحسيني الحنفي — دار
النهضة العربية بمصر.
- ٢٤ — المدخل للتشريع الإسلامي، د. فاروق النبهان — وكالة المطبوعات —
الكويت — الطبعة الثانية ١٩٨١م.
- ٢٥ — مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدرى باشا — المطبعة
الأميرية سنة ١٨٩١م.
- ٢٦ — المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، د. غريب
الجمال — دار الشروق — مؤسسة الرسالة.
- ٢٧ — المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، أحمد أبو الفتوح —
مطبعة النهضة بمصر — الطبعة الثانية ١٣٤١هـ.

- ٢٨ — المعاملات المادية والأدبية، على فكري — مطبعة الحلبي بمصر —
الطبعة الأولى ١٣٥٧هـ.
- ٢٩ — مفتاح دار السعادة ومنشور ولاية العلم والإدارة، لابن قيم الجوزية —
توزيع رئاسة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد.
- ٣٠ — الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، إصدار الاتحاد الدولي للبنوك
الإسلامية — الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ.
- ٣١ — نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي
دراسة مقارنة، د. وهبة الزحيلي — دار الفكر — دمشق ١٤٠٢هـ.
- ٣٢ — النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، شفيق شحاته — مطبعة
الاعتماد ١٩٣٦م.
- ٣٣ — النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، د. صبحي
محمصاني — دار العلم للملايين — بيروت.

سابعاً : كتب قانونية واقتصادية :

- ١ - أصول الالتزامات في القانون المدني، د. مختار القاضي — دار النهضة العربية بمصر ١٩٦٧م.
- ٢ - البنوك التجارية، د. حسن محمد كمال — مكتبة عين شمس — القاهرة ١٩٧٩م.
- ٣ - تاريخ النظم والشرائع، د. عبد السلام الترماني — مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٥م.
- ٤ - التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري، جميل الشراوي — دار النهضة العربية القاهرة — ١٩٧٦م.
- ٥ - الحقوق التجارية البرية، د. هشام فرعون — الطبعة الثالثة ١٣٩٤هـ.
- ٦ - دائرة معارف القرن العشرين، محمد فريد وجدي — دار المعرفة — بيروت — لبنان — الطبعة الثالثة ١٩٧١م.
- ٧ - دروس في القانون التجاري السعودي، د. أكثم الخولي — معهد الإدارة العامة بالرياض.
- ٨ - عقد الكفالة، د. منصور مصطفى منصور — المطبعة العالمية بالقاهرة ١٩٦٠م.
- ٩ - العقود وعمليات البنوك التجارية، د. علي البارودي — الطبعة الثانية.
- ١٠ - عمليات البنوك من الوجهة القانونية، د. علي جمال الدين عوض — دار النهضة العربية — القاهرة ١٩٦٩م.
- ١١ - القانون التجاري، د. علي جمال الدين عوض — دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٧٣م.
- ١٢ - القانون المدني السوري، في المواد من ٧٣٨ إلى ٧٥٢.
- ١٣ - القانون المدني العراقي، في المواد من ١٠٠٨ إلى ١٠٤٧.
- ١٤ - القانون المدني المصري، في المواد من ٧٧٢ إلى ٨٠٠.
- ١٥ - قانون العقود والموجبات اللبناني، في المواد من ١٠٥٣ إلى ١٠٨٩.
- ١٦ - محاضرات عن العقود والبنوك في البلاد العربية، فؤاد مرسي — معهد

البحوث والدراسات العربية ١٩٥٨م.

- ١٧ — مصادر الالتزام، د. عبد المنعم الصدة — مطبعة الحلبي بمصر ١٩٦٠م.
- ١٨ — مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق السنهوري — معهد الدراسات العربية — الطبعة الثالثة ١٩٦٧م. دار المعارف.
- ١٩ — المصارف والأعمال المصرفية، د. رزق الله الأنطاكي — مطبعة العروبة بمصر ١٣٨٥هـ.
- ٢٠ — الموجز في النظرية العامة للالتزام، د. أنور سلطان — منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٦٤م.
- ٢١ — الموجز في النظرية العامة للالتزام، د. عبد الرزاق السنهوري — دار إحياء التراث العربي — بيروت — لبنان.
- ٢٢ — موسوعة الحقوق التجارية، د. رزق الله الأنطاكي ونهاد السباعي — مطبعة العروبة بمصر ١٣٨٥هـ.
- ٢٣ — نظرية العقد والإرادة المنفردة، د. محمد حسني عباس — مكتبة النهضة المصرية ١٩٥٤م.
- ٢٤ — الوجيز في الحقوق التجارية البرية، نهاد السباعي ورزق الله الأنطاكي — مطبعة الإنشاء — دمشق ١٩٦٣م.
- ٢٥ — الوجيز في نظرية القانون، محمد كمال عبد العزيز — مكتبة وهبة بمصر.
- ٢٦ — الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري — دار إحياء التراث العربي ١٩٧٠م.
- ٢٧ — الوسيط في نظرية العقد، د. عبد المجيد الحكيم — شركة الطبع والنشر الأهلية — بغداد.

ثامناً : الأنظمة والبحوث :

- ١ — بحث أعد من قبل الهيئة الدائمة للبحوث العلمية — لهيئة كبار العلماء وذلك في موضوع خطابات الضمان.
- ٢ — بحث أعد من قبل الهيئة الدائمة للبحوث العلمية — لهيئة كبار العلماء وذلك في موضوع كفالة الاستقدام — شهر شوال ١٣٩٩هـ.
- ٣ — الدليل الإرشادي لشئون الاستقدام — أصدره مكتب الاستقدام بوزارة الداخلية الطبعة الثانية لعام ١٤٠٢هـ — مطابع البكيرية.
- ٤ — مجلة الأمة — عدد رجب ١٤٠٣هـ، تصدر عن رئاسة المحاكم الشرعية في قطر العدد ٣١ السنة الثالثة.
- ٥ — مجموعة الأنظمة والتعليمات النقدية والمصرفية — مؤسسة النقد العربي السعودي — الرياض ١٤٠٢هـ — مطابع الأيوبي — الرياض.
- ٦ — نظام العمل والعمال واللوائح والقرارات الصادرة بمقتضاه الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٢١ تاريخ ٦/٩/١٣٨٩هـ.

تاسعاً : كتب التراجم والأنساب :

- ١ — الاستيعاب في معرفة الأصحاب، أبو عمر يوسف بن عبد البر المالكي — المكتبة التجارية بمصر.
- ٢ — أسد الغابة في معرفة الصحابة، لابن الأثير — جمعية المعارف بمصر.
- ٣ — الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر العسقلاني — المكتبة التجارية بمصر ١٣٥٨هـ.
- ٤ — الأعلام، خير الدين الزركلي — طبع بمصر — الطبعة الثانية ١٣٧٣هـ.
- ٥ — البداية والنهاية، لابن كثير — مكتبة النصر بالرياض — الطبعة الأولى ١٩٦٦م.
- ٦ — تاريخ الأمم والملوك، للطبري — المطبعة الحسينية المصرية — الطبعة الأولى.
- ٧ — تهذيب التهذيب، لابن حجر العسقلاني — دار صادر — بيروت.

- ٨ - حلية الأربلاء وطبقات الأصفياء، للحافظ أبي نعيم الأصبهاني - مطبعة السعادة بمصر.
- ٩ - شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد بن محمد بن مخلوف - المطبعة السلفية.
- ١٠ - الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، للإمام الحافظ شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي - طبع بمصر سنة ١٣٥٥هـ.
- ١١ - طبقات الحنابلة، للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى - مطبعة السنة المحمدية بمصر.
- ١٢ - الطبقات السنية في تراجم الحنفية، تقي الدين الغزي المصري الحنفي - مطابع الأهرام.
- ١٣ - طبقات الشافعية، عبد الوهاب السبكي - مطبعة الحلبي بمصر - الطبعة الأولى ١٣٨٣هـ.
- ١٤ - الطبقات، للإمام أبي عمر خليفة بن خياط - طبع جامع بغداد.
- ١٥ - الطبقات الكبرى، لابن سعد - دار بيروت.
- ١٦ - الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، للإمام الذهبي - دار الكتب الحديثة بمصر.
- ١٧ - معجم الأدباء، لياقوت الحموي - الطبعة الأخيرة.
- ١٨ - الوافي بالوفيات، صلاح الدين خليل أيبك الصفدي - دار النشر - إيران ١٣٨١هـ.
- ١٩ - وفيات الأعيان، لابن خلكان شمس الدين أحمد بن محمد - دار الثقافة بيروت.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
— المقدمة	٧
الباب الأول: في بيان مقومات الضمان الأساسية (بمعناه العام)	٢١
الفصل الأول: بيان حقيقة الضمان ومشروعيته وشروطه	٢٣
— المبحث الأول: بيان حقيقة الضمان:	٢٤
— تعريف الضمان في اللغة	٢٤
— تعريف الضمان بمعناه العام في اصطلاح الفقهاء	٢٥
— التعريف المختار	٢٦
— المبحث الثاني: مشروعية الضمان بمعناه العام	٢٩
— المبحث الثالث: شروط الضمان	٣٢
الفصل الثاني: بيان أسباب الضمان في الفقه الإسلامي	٣٧
— المبحث الأول: السبب الأول: إلزام الشارع	٣٨
— المبحث الثاني: السبب الثاني: الالتزام	٣٩
— المبحث الثالث: السبب الثالث: الإلتلاف	٤١
— المبحث الرابع: في السبب الرابع: وضع اليد	٤٧
الفصل الثالث : بيان بعض عقود الضمان والأمانة	٥٣
— المبحث الأول: بيان بعض عقود الضمان	٥٤
— المطلب الأول: عقد البيع	٥٥
— تعريف البيع لغة واصطلاحاً	٥٥
— أركانه — حكمه	٥٦
— أثر عقد البيع والضمان المترتب عليه	٥٨
— المطلب الثاني: عقد القسمة	٦٠
— تعريفه — الأصل في مشروعيته — أنواعه	٦٠

- ٦٣ — المطلب الثالث: عقد النكاح
- ٦٣ — تعريفه لغة واصطلاحاً — الأصل في مشروعيته
- ٦٤ — حكمة مشروعية النكاح — حكمه — شروطه
- ٦٨ — المطلب الرابع: عقد العارية
- ٦٨ — تعريفه لغة واصطلاحاً — حكمه، شروطه
- ٧١ — المطلب الخامس: عقد الصلح
- ٧١ — تعريفه — أنواعه — الأصل في مشروعيته
- ٧٣ — المطلب السادس: عقد الكفالة
- ٧٦ — المطلب السابع: عقد القرض
- ٧٦ — تعريفه — مشروعيته
- ٧٨ — المبحث الثاني: بيان بعض عقود الأمانة
- ٧٩ — المطلب الأول: عقد الوديعة
- ٧٩ — تعريفها — حكمها — الأصل في مشروعيتها
- ٨٠ — ضمان الوديعة
- ٨١ — المطلب الثاني: الوكالة
- ٨١ — تعريفها — حكمها
- ٨٣ — شروط الوكالة
- ٨٤ — المطلب الثالث: عقد الشركة
- ٨٥ — تعريفها — الأصل في مشروعيتها
- ٨٧ — شروط صحة الشركة
- ٩١ — المطلب الرابع: الوصية
- ٩١ — تعريفها — مشروعيتها
- ٩٣ — حكم الوصية — شروط الوصية
- ٩٥ — المطلب الخامس: الهبة
- ٩٥ — تعريفها — مشروعيتها
- ٩٦ — شروط الهبة
- — المبحث الثالث: بعض العقود التي هي في الأصل أمانة

٩٨ ويترتب عليها الضمان
٩٩ — المطلب الأول: الإجارة
٩٩ — تعريفها — مشروعيتها
١٠٠ — شروط صحة الإجارة
١٠١ — أنواع الإجارة
١٠٣ — المطلب الثاني: الرهن
١٠٣ — تعريفه ومشروعيته
١٠٤ — شروط صحة الرهن
١٠٦ — المبحث الرابع: يد الضمان وما يترتب عليها
١٠٦ — الغصب: تعريفه — حكمه
١٠٨ — منافع الغصب
١٠٨ — غصب العقار
١١١ — الفصل الرابع: في موانع التضمين
١١٢ — المبحث الأول: الإلتلاف بحق وهو كون الفعل جائزاً وشرعاً
١١٥ — المبحث الثاني: رضا المضرور بالضرر
١١٦ — المبحث الثالث: في انعدام الفائدة من التضمين
١١٦ — أنواع الإلتلاف المشروع عند العز بن عبد السلام
١١٨ — الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه

الباب الثاني: بيان حقيقة الضمان الشخصي (الكفالة) من حيث:

١٢١ — الماهية والنشأة وبيان الخصائص المميزة
١٢٣ — الفصل الأول: بيان خصائص عقد الكفالة وتطورها التاريخي
١٢٤ — المبحث الأول: نشأة الكفالة وتطورها التاريخي
١٢٩ — المبحث الثاني: خصائص عقد الكفالة
١٢٩ — خصائص عقد الكفالة عند الفقهاء المسلمين
١٣٢ — خصائص عقد الكفالة في الكتب القانونية
١٣٣ — المناقشة والمقارنة

- ١٣٧ الفصل الثاني: بيان حقيقة الضمان الشخصي (الكفالة)
- المبحث الأول: تعريف الضمان الشخصي (الكفالة) لغة وشرعاً
- ١٣٨ ومناقشة التعاريف
- ١٤٧ المبحث الثاني: تعريف الكفالة في القانون
- المبحث الثالث: المقارنة بين تعريف الكفالة في الفقه
- ١٤٩ الإسلامي والقانون
- ١٥١ المبحث الرابع: الأثر الذي يترتب على الضمان
- ١٥٩ الفصل الثالث : الأصل في مشروعية الضمان الشخصي (الكفالة)
- المبحث الأول: الأصل في مشروعية الضمان (الكفالة) في
- ١٦٠ الفقه الإسلامي
- ١٧٤ المبحث الثاني: أصل الكفالة في القوانين الوضعية وبيان مصادرها
- ١٧٩ الباب الثالث: بيان أقسام الضمان الشخصي (الكفالة)
- ١٨١ الفصل الأول: أقسام الكفالة باعتبار المكفول به
- ١٨٦ المبحث الأول: الكفالة بالنفس
- ١٨٧ المطلب الأول: تعريف كفالة النفس في المذاهب الفقهية
- ١٨٩ المطلب الثاني: حكم الكفالة بالنفس
- ١٨٩ أقوال الفقهاء وأدلتهم والمناقشة والترجيح
- ١٩٧ المطلب الثالث: حكم كفالة بدن من عليه حد أو قصاص
- ١٩٨ أقوال الفقهاء وأدلتهم والترجيح
- المطلب الرابع: ما يترتب على الكفيل عند تعذر إحضار
- ٢٠٢ المكفول بنفسه — أقوال الفقهاء في ذلك وأدلتهم والترجيح
- ٢٠٥ المبحث الثاني: الكفالة بالتسليم
- ٢٠٥ تعريفها
- ٢٠٦ حكم كفالة التسليم وأقوال الفقهاء والترجيح
- ٢١٠ المبحث الثالث: ضمان الدرك (العهد)
- ٢١٠ تعريفه لغة واصطلاحاً
- ٢١٠ حكمه

٢١١	تعريف ضمان العهدة وحكمه
٢١٢	تعريف ضمان الخلاص وحكمه
٢١٧	الدراسة والمقارنة
٢١٨	المبحث الرابع: ضمان الطلب
٢١٨	ألفاظه وحكمه
٢١٩	ضمان المعرفة وحكمه
٢٢٠	الدراسة والمقارنة
٢٢٣	الفصل الثاني: أقسام الكفالة باعتبار العقد نفسه
٢٢٤	المبحث الأول: الكفالة المنجزة
٢٢٥	المبحث الثاني: الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل
٢٢٥	تعريف العقد المضاف وبيان حكمه والراجع
٢٢٨	المبحث الثالث: الكفالة المعلقة
٢٢٩	تعريفها — أقوال الفقهاء فيها وأدلتهم
٢٣٣	وبيان الراجع
٢٣٥	المبحث الرابع: الكفالة المشروطة
٢٣٥	المراد بالكفالة المشروطة
٢٣٧	الأصل في العقود والشروط المقترنة بالعقد
٢٣٩	أقوال الفقهاء في ذلك وأدلتهم
٢٣٩	الترجيح
٢٤٠	أنواع الشروط التي تقترن في العقد عند الفقهاء
٢٤٥	الدراسة والمقارنة
٢٤٩	الفصل الثالث: أقسام الكفالة باعتبار القيد والوصف
٢٥٠	المبحث الأول: الكفالة المطلقة
	تعريفها — حكم الكفالة عند إطلاقها — خلاف الفقهاء
٢٥١	في ذلك وبيان الراجع
٢٥٢	المبحث الثاني: الكفالة المؤقتة
٢٥٢	تعريفها — حكم توقيت الكفالة عند الفقهاء

٢٥٤	— الدراسة والمناقشة وبيان الراجح
٢٥٧	— المبحث الثالث: الكفالة المعجلة (الحالة)
٢٥٧	— تعريفها — خلاف الفقهاء في تعجيل الكفالة
٢٥٩	— الدراسة والمناقشة وبيان الراجح
٢٦٠	— المبحث الرابع: الكفالة المؤجلة
٢٦٠	— تعريفها — حكمها
٢٦٤	— الدراسة والمقارنة
٢٦٩	— الفصل الرابع: أقسام الكفالة في القانون
٢٦٩	— المبحث الأول: كفالة الالتزام المستقبل
٢٧١	— المبحث الثاني: كفالة الالتزام الشرطي
	— المبحث الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون
٢٧٢	في تلك الأقسام
٢٧٥	— الباب الرابع: القواعد والأحكام العامة للضمان الشخصي «الكفالة»
	— الفصل الأول: أركان الضمان الشخصي (الكفالة) في الفقه
٢٧٧	الإسلامي والقانون الوضعي
٢٧٨	— المبحث الأول: أركان الضمان الشخصي في الفقه الإسلامي
٢٨١	— المطلب الأول: في الركن الأول: الصيغة
	— المعتبر من الصيغة ركناً أهو الإيجاب وحده أم الإيجاب
٠٠٠	والقبول معاً
٢٨٣	— الترجيح في ذلك
٢٨٣	— صيغة الضمان
٢٨٥	— انعقاد الضمان بغير اللفظ
٢٨٦	— المطلب الثاني: في الركنين الثاني والثالث (العاقدان)
٢٨٦	— تعريف العاقدين
٢٨٦	— صفات الأهلية

- ٢٨٧ البلوغ، العقل، الرشد، الحرية
- ٢٩٢ المطب الثالث: في الركن الرابع: المعقود عليه (محل العقد)
- ٢٩٢ ما يصح جعله محلاً لعقد الكفالة وما لا يصح
- ٢٩٥ **المبحث الثاني: أركان الكفالة في القانون**
- ٢٩٦ المطب الأول: الركن الأول الرضا
- ٢٩٦ تعريفه — كيف يتم
- عيوب الرضا: الإكراه: تعريفه، عنصره بحث الفقهاء
- ٢٩٧ المسلمين للإكراه
- ٢٩٩ التدليس: تعريفه، بحث الفقهاء المسلمين له وأقسامه
- ٣٠٠ الغلط: تعريفه، تناول الفقهاء المسلمين وتقسيمهم له
- ٣٠٢ المطب الثاني: الركن الثاني (المحل)
- ٣٠٢ تعريفه — ما يصلح أن يكون محلاً للكفالة وما لا يصلح
- ٣٠٣ المطب الثالث: الركن الثالث: (السبب)
- ٣٠٣ تعريفه — اعتبار شريعة السبب في الفقه الإسلامي والقانون
- ٣٠٤ ما يختلف فيه القانون عن الفقه الإسلامي في شرعية السبب
- ٣٠٤ بحث الفقهاء للسبب بمعنى الباعث
- ٣٠٧ المطب الرابع: الركن الرابع: الأهلية
- ٣٠٧ تعريفها — أقسامها — سن الرشد
- ٣٠٩ **الفصل الثاني: شروط الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**
- ٣١٠ **المبحث الأول: شروط الكفالة في الفقه الإسلامي**
- ٣١١ المطب الأول: الشروط المطلوبة في الضامن
- ٣١١ شروط الضامن في المذاهب الفقهية
- ٣١٦ المطب الثاني: شروط المضمون عنه (المكفول عنه)
- ٣١٦ ذكر ذلك في المذاهب الفقهية المختلفة

- ٣٢٣ المطلب الثالث: شروط المضمون له
- ٣٢٣ ذكر ذلك في المذاهب الفقهية
- المطلب الرابع: شروط المضمون به (المكفول به) — ذكر ذلك
- ٣٢٧ في المذاهب الفقهية
- ٣٣٦ المطلب الخامس: شروط الصيغة: تناول الفقهاء لذلك
- المطلب السادس: المقارنة بين المذاهب الفقهية في
- ٣٣٩ تلك الشروط
- ٣٣٩ أولاً: شروط الضامن
- ٣٤١ الفرع الأول: ضمان المريض وأقوال الفقهاء والترجيح
- ٣٤٤ الفرع الثاني: ضمان المرأة وأقوال الفقهاء فيه وأدلتهم
- ٣٤٩ المناقشة والترجيح
- ٣٥٠ الفرع الثالث: ضمان المحجور عليه لفس، أقوال الفقهاء والراجح
- ٣٥١ ثانياً: شروط المضمون عنه
- ٣٥٢ الضمان عن الميت المفلس وأقوال الفقهاء وأدلتهم
- ٣٥٣ المناقشة والترجيح
- ٣٥٧ ثالثاً: شروط المضمون له، أقوال الفقهاء والترجيح
- ٣٥٩ رابعاً: شروط المضمون به
- ٣٦١ خامساً: شروط الصيغة
- ٣٦٥ المبحث الثاني: شروط الكفالة في القانون الوضعي
- ٣٦٦ المطلب الأول: شروط الضامن (الكفيل)
- ٣٦٩ المطلب الثاني: شروط المضمون عنه
- ٣٧١ المطلب الثالث: شروط المضمون له
- ٣٧٢ المطلب الرابع: شروط المضمون به (محل الكفالة)
- ٣٧٤ المطلب الخامس: شروط الصيغة

— المبحث الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في

- تلك الشروط ٠٠٠
- المطلب الأول: شروط الضامن ٠٠٠
- المطلب الثاني: شروط المضمون عنه ٠٠٠
- المطلب الثالث: شروط المضمون له ٠٠٠
- المطلب الرابع: مقارنة شروط المضمون به ٠٠٠
- المطلب الخامس: مقارنة شروط الصيغة ٠٠٠
- الباب الخامس: آثار الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون ٠٠٠
- الفصل الأول: آثار الكفالة في الفقه الإسلامي ٠٠٠
- المبحث الأول: العلاقة فيما بين الكفيل والدائن ٠٠٠
- المطلب الأول: مايتعلق بالدائن ٠٠٠
- المذاهب الفقهية في ذلك ٠٠٠
- الدراسة والمقارنة والترجيح ٠٠٠
- المطلب الثاني: مايتعلق بالكفيل ٠٠٠
- المذاهب الفقهية في ذلك ٠٠٠
- الدراسة والمقارنة ٠٠٠
- الترجيح بين المذاهب الفقهية ٠٠٠
- المبحث الثاني: متى يطالب الدائن الكفيل ٠٠٠
- أقوال الفقهاء في ذلك ٠٠٠
- الدراسة والمقارنة والترجيح ٠٠٠
- المبحث الثالث: تعدد الكفلاء وما يترتب عليه ٠٠٠
- حالات التعدد عند الفقهاء ٠٠٠
- الدراسة والمقارنة ٠٠٠
- المبحث الرابع: العلاقة بين الكفيل والمدين ٠٠٠
- شروط رجوع الكفيل على المدين في المذاهب الفقهية ٠٠٠
- المقارنة في شروط رجوع الكفيل على المدين والترجيح ٠٠٠

	— رجوع الكفيل على المدين — وهل يشترط فيه إضافة الضمان
٤٢٨	إلى نفسه أم لا؟
٤٢٩	— أقوال الفقهاء في ذلك والترجيح
٤٣١	— بيان ما يرجع به الكفيل على المدين وأقوال الفقهاء في ذلك
	— المقارنة بين المذاهب الفقهية في بيان ما يرجع به الكفيل
٤٣٤	على المدين
٤٣٥	— أقوال الفقهاء في ذلك والترجيح
٤٣٦	— بيان حق المدين (الأصيل)، أقوال الفقهاء في ذلك
	— المقارنة بين المذاهب الفقهية في بيان
٤٣٩	حق المدين (المكفول عنه)
٤٤٣	الفصل الثاني: آثار الكفالة في القانون
٤٤٤	— المبحث الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن
٤٤٤	— شروط دفع الكفيل
٤٤٥	— إلزام الدائن للكفيل بالوفاء
	— الدفع التي يستطيع الكفيل أن يتمسك بها في
٤٤٦	مواجهة الدائن له
٤٤٧	— الأوجه الخاصة بالالتزام الأصلي
٤٤٧	— الأوجه الخاصة بالكفيل
٤٤٩	— المبحث الثاني: متى يطالب الدائن الكفيل
٤٥١	— المبحث الثالث: تعدد الكفلاء وما يترتب عليه
٤٥٣	— المبحث الرابع: العلاقة فيما بين الكفيل والمدين
٤٥٣	— العلاقة بين الكفيل والمدين
٤٥٣	— شروط دعوى الكفالة
٤٥٥	— ما يرجع به الكفيل على المدين في دعوى الكفالة
٤٥٦	— رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول
٤٥٨	— العلاقة بين الكفيل والملتمزمين بالدين
	الفصل الثالث: المقارنة بين آثار الكفالة في

- ٤٦١ الفقه الإسلامي والقانون
- المبحث الأول: المقارنة بين علاقة الكفيل والدائن في
- ٤٦٢ الفقه الإسلامي والقانون
- المبحث الثاني: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون
- ٤٦٥ بوقت مطالبة الدائن للكفيل
- المبحث الثالث: المقارنة بين تعدد الكفلاء وما يترتب عليه
- ٤٦٨ في الفقه الإسلامي والقانون
- المبحث الرابع: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون
- ٤٧١ في العلاقة بين الكفيل والمدين ما يرجع به الكفيل على المدين
- الباب السادس: بطلان الضمان الشخصي (الكفالة) وانتهائه في
- ٤٧٥ الفقه الإسلامي والقانون
- ٤٧٧ الفصل الأول: بطلان الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون
- ٤٧٨ — المبحث الأول: بطلان الكفالة في الفقه الإسلامي
- ٤٧٨ — تعريف العقد الصحيح وغير الصحيح وأقسامه
- ٤٨٠ — أساس الخلاف في ذلك بين الفقهاء
- ٤٨٢ — أسباب الفساد عند الحنفية
- ٤٨٤ — المبحث الثاني: بطلان الكفالة في القانون
- ٤٨٤ — البطلان المطلق
- ٤٨٥ البطلان النسبي
- المبحث الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في
- ٤٨٧ معنى البطلان
- ٤٨٧ — اتفاق القانون مع الفقه الإسلامي في معنى البطلان المطلق
- ٤٨٧ — البطلان النسبي ورأي الفقه الإسلامي فيه
- ٤٩١ الفصل الثاني: أسباب انقضاء الكفالة في الفقه الإسلامي
- المبحث الأول: أسباب انقضاء الكفالة وانتهائها في
- ٤٩٢ المذاهب الفقهية الإسلامية
- ٤٩٤ — المطلب الأول: في انقضاء الكفالة بوفاء الدين

- أقوال الفقهاء في ذلك والمقارنة ٤٩٤
- المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بالابراء ٤٩٧
- المطلب الثالث: انقضاء الكفالة بالصلح ٥٠٠
- أقوال الفقهاء في ذلك والمقارنة ٥٠٠
- المطلب الرابع: انقضاء الكفالة بالحوالة ٥٠٢
- أقوال الفقهاء في ذلك والمقارنة ٥٠٢
- المطلب الخامس: انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول
به وإبطاله ٥٠٥
- أقوال الفقهاء في ذلك والمقارنة ٥٠٥
- المطلب السادس: في انقضاء الكفالة بهلاك المال
المعين أو العين المكفولة ٥٠٧
- أقوال الفقهاء في ذلك ٥٠٧
- المطلب السابع: انقضاء الكفالة باتحاد الذمة ٥٠٩
- أقوال الفقهاء في ذلك والمقارنة ٥٠٩
- المطلب الثامن: انقضاء الكفالة بالمقاصة ٥١٠
- أقوال الفقهاء والمقارنة ٥١٠
- المبحث الثاني: أسباب انقضاء الكفالة الخاصة بكفالة النفس
في المذاهب الفقهية الإسلامية ٥١٢
- المطلب الأول: في انقضاء كفالة النفس بالتسليم ٥١٣
- أقوال الفقهاء في ذلك ٥١٣
- المقارنة بانتها الكفالة بالنفس بالتسليم عند الفقهاء في ذلك ٥١٨
- اشتراط كون تسليم المكفول نفسه بأمر الكفيل والترجيح في ذلك ٥١٩
- اشتراط التسليم في مكان معين وخلاف الفقهاء فيه والترجيح ٥١٩
- اختلاف الفقهاء في إطلاق الكفالة وعدم اشتراط مكان معين
وما يعتبر تسليمًا ومبرئًا للذمة والترجيح ٥٢٠
- المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بالنفس بموت المكفول ٥٢٣
- أقوال الفقهاء في ذلك ٣٢٣

٥٢٤	المقارنة بانقضاء الكفالة بالنفس بموت المكفول
٥٢٤	فيما بين الفقهاء
٥٢٥	موت الكفيل والخلاف في اعتباره منهياً للكفالة والترجيح
٥٢٦	موت المكفول بنفسه (الأصيل) وأقوال الفقهاء والترجيح
٥٢٩	الفصل الثالث: انقضاء الكفالة في القانون الوضعي
٥٣٠	المبحث الأول: في انقضاء الكفالة بطريق التبعية
٥٣١	المطلب الأول: انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالوفاء
٥٣٢	المطلب الثاني: في انقضاء الكفالة بالوفاء بمقابل
٥٣٣	المطلب الثالث: في انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالتجديد والإنبابة
٥٣٤	المطلب الرابع: في انقضاء الدين المكفول بالمقاصة
٥٣٥	المطلب الخامس: في انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة
٥٣٦	المطلب السادس: في انقضاء الدين المكفول بالإبراء
٥٣٧	المطلب السابع: في انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالصلح
٥٣٨	المطلب الثامن: في انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالتقادم
٥٣٩	المطلب التاسع: في انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول باستحالة التنفيذ
٥٤٠	المطلب العاشر: في انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول أو إبطاله
٥٤١	المطلب الحادي عشر: في انقضاء الكفالة بالحوالة
٥٤٢	المبحث الثاني: في أسباب انقضاء الكفالة بطريق أصلي
٥٤٣	المطلب الأول: في انقضاء التزام الكفيل دون الدين المكفول بسبب من أسباب انقضاء الالتزام
٥٤٣	السبب الأول: انقضاء التزام الكفيل باتحاد الذمة
٥٤٣	السبب الثاني: انقضاء التزام الكفيل بالإبراء

- ٥٤٣ السبب الثالث: انقضاء التزام الكفيل بالتقادم
- المطلب الثاني: في انقضاء الكفالة بأوجه خاصة
- ٥٤٥ بالكفالة دون غيرها
- الفصل الرابع: في المقارنة بين أسباب انقضاء الكفالة
- ٥٤٩ في الفقه الإسلامي والقانون
- المبحث الأول: في المقارنة بين الأسباب التي تنقضي بها
- ٥٥٢ كفالة المال
- المطلب الأول: انقضاء الكفالة بالوفاء
- ٥٥٣ :
- المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بالإبراء
- ٥٥٤ :
- المطلب الثالث: انقضاء الكفالة بالصلح
- ٥٥٥ :
- المطلب الرابع: انقضاء الكفالة بالحوالة
- ٥٥٦ :
- المطلب الخامس: انقضاء الكفالة بفسخ الدين المكفول
- به أو إبطاله
- ٥٥٧ :
- المطلب السادس: انقضاء الكفالة بهلاك المال المعين
- و العين المكفولة
- ٥٥٨ :
- المطلب السابع: في انقضاء الكفالة باتحاد الذمة
- ٥٥٩ :
- المطلب الثامن: في انقضاء الكفالة بالمقاصة
- ٥٦٠ :
- المبحث الثاني: في المقارنة بين الأسباب التي تنقضي بها كفالة
- النفس وذلك فيما تختص به كفالة النفس
- ٥٦١ :
- المطلب الأول: في انقضاء الكفالة بالنفس بالتسليم
- ٥٦٢ :
- المطلب الثاني: في انقضاء الكفالة بالنفس بموت المكفول
- ٥٦٣ :
- المبحث الثالث: فيما أورده القانون ولم يذكره في الفقه
- الإسلامي ونتيجة المقارنة
- ٥٦٤ :
- المطلب الأول: في انقضاء الكفالة بالوفاء بمقابل
- ٥٦٥ :
- المطلب الثاني: في انقضاء الكفالة بانقضاء الدين
- المكفول بالتجديد أو الإنابة
- ٥٦٦ :

- المطلب الثالث: في انقضاء الكفالة بانقضاء الدين المكفول بالتقادم ٥٦٧
- المطلب الرابع: في انقضاء الكفالة بأوجه خاصة بالكفالة
- ٥٦٨ دون غيرها
- المطلب الخامس: نتيجة المقارنة بين أسباب انقضاء الكفالة
- ٥٧٠ في الفقه الإسلامي والقانون
- الفصل الخامس: الضمان في الاعتمادات المصرفية التي**
- ٥٧١ تقدمها البنوك وكفالة الاستقدام وبيان حكمها
- ٥٧٦ **المبحث الأول: الاعتماد المصرفي بالوفاء**
- المطلب الأول: في الوسيلة الأولى، الاقراض أو التسليف
- ٥٧٧ وبيان حكمه
- المطلب الثاني: في الوسيلة الثانية. الخصم وبيان حكمه،
- ٥٧٨ الحكم الشرعي لهذه الوسيلة
- المطلب الثالث: الاعتماد المستندي
- ٥٨١ تعريفه — أطرافه — أقسامه
- ٥٨١ سبب تسميته — المستندات المطلوبة للاعتماد
- ٥٨٢ مستحقات البنك لقاء عمله
- ٥٨٣ الحكم الشرعي للاعتماد المستندي
- ٥٨٥ الرأي الراجح
- ٥٨٦ **المبحث الثاني: الاعتماد المصرفي بالضمان**
- ٥٨٩ المطلب الأول: الوسيلة الأولى (الكفالة)
- ٥٩١ الفرق بين الكفالة وتأمين الضمان
- ٥٩١ الضمانات التي يتطلبها البنك
- ٥٩٢ المطلب الثاني: في الوسيلة الثانية: خطابات الضمان
- ٥٩٥ الضمانات البنكية
- ٥٩٥ الأطراف التي تربطها خطابات الضمان
- ٥٩٦ الشروط الواجب توافرها في خطابات الضمان
- ٥٩٧ أنواع خطابات الضمان

	خطوات إصدار خطابات الضمان — مصادرة خطاب الضمان —
٥٩٨	غطاء خطاب الضمان — انقضاء مفعول خطاب الضمان
	التكليف الفقهي لخطابات الضمان والحكم الشرعي
٦٠٠	لها وبيان الراجح
٦٠٧	المطلب الثالث: في الوسيلة الثالثة: قبول الأوراق التجارية
٦٠٧	تعريفه — تعريف الشيك، الكمبيالة، السند الأذني
٦٠٩	تكليف الكمبيالة والسند الإذني وحكمها الشرعي
٦١١	المبحث الثالث: كفالة الاستقدام وبيان حكمها
٦١٤	المطلب الأول: بيان حقيقة كفالة الاستقدام وشروطها
٦١٤	تعريفها
٦١٤	أركانها — شروطها
	المطلب الثاني: تكليف كفالة الاستقدام وبيان الحكم
٦٢١	الشرعي لها
	حكم أخذ نسبة معينة أو مبلغ معين على العامل وتركه يعمل
٦٢١	كيفما شاء
٦٢٢	القول بمنع ذلك وأدلته
٦٢٤	القول بجواز ذلك وأدلته
٦٢٧	الترجيح
٦٢٩	الخاتمة
٦٢٩	النتائج العامة من البحث
٦٣٠	النتائج الخاصة من دراسة الموضوع
٦٣٤	الاقتراحات
٦٣٧	الفهارس
٦٤١	فهرس الآيات الواردة في الرسالة
٦٤٧	فهرس الأحاديث الواردة في الرسالة
٦٥٩	فهرس الأعلام الواردة في الرسالة

- ٦٩٧ فهرس المراجع والمصادر —
٧١٧ فهرس الموضوعات —