

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية : أصول الدين والشريعة

والحضارة الإسلامية

قسم : الفقه وأصوله

تخصص : الفقه المقارن

جامعة الأمير عبد القادر

للعلوم الإسلامية

الرقم التسلسلي:

رقم التسجيل:

الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة

مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن

إشراف الدكتور:

نذير حمادو

إعداد الطالبة:

أسماء إيزاوي

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة الأصلية	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	أ.د/كمال لدرع
مشرفا ومقررا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ محاضر	د/نذير حمادو
عضوا مناقشا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	أ.د/سعاد سطحي
عضوا مناقشا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ محاضر	د/مراد حشوف

السنة الجامعية: 1429-1430هـ / 2008-2009م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير

مركز العلوم الإسلامية

شكر وعرفان

شكري الخالص وتقديري العظيم إلى أستاذي المشرف
الذي رباني بأخلاقه وتواضعه قبل أن يعلمني ويشرف علي
مذكرتي... الدكتور نذير حمادو - حفظه الله -
إلى كل أساتذة جامعة العلوم الإسلامية.
عمال وعاملات المكتبة : أ. حليلة، أ. عبد السلام، عمي
إبراهيم...

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد

إهداء

إلى من رباني وعلماي وبدلا الغالي والنفيس من
أجلي... أمي الحنون و أبي الغالي.
إلى إخوتي وأخواتي...
إلى من أحبني بصدق وإخلاص... صديقاتي الغاليات
والوفيات
إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل

جامعة الامير
علاء الدين
مركز الدراسات والبحوث
الاسلاميه

الحق كله

جامعة الأمير
عبد القادر للعلوم الإسلامية

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

. اكسب المال أهمية بالغة في الفقه الإسلامي؛ إذ اعتبرت المحافظة عليه كلية من كليات الشرع ومقصدا من مقاصد. ولما كانت نفس الإنسان مجبولة على طلبه، وجدنا الشارع الحكيم يرشد المكلفين إلى الطرق الشرعية لجلبه واستثماره، من أجل تحقيق الغايات المرومة له.

وقد تنوعت هذه الطرق، فشملت عقود المبيعات والقروض والشركات، وشرعت على جانبها عقود أخرى الهدف الأساس منها توثيق الديون من الجحود كالإشهاد والكتابة، ومنها ما كان لحمايتها من الإعسار الرهن والكفالة. سميت بعقود التوثيق أو العقود التبعية.

وعقد الكفالة من العقود التي تعامل الناس بها منذ القدم، والأصل فيها أنها عمل تطوعي لا تلزم المرء إلا إذا ألزم نفسه بها، فإذا ما ألزم نفسه فإنه يتحمل آثارها وترتب عليه أحكام عديدة.

تناول الفقهاء عقد الكفالة من جميع جوانبه؛ أركانه وأقسامه والآثار المترتبة عليه، عمدتكم النصوص الشرعية والقواعد العامة الكلية والمبادئ الأخلاقية؛ ضمانا للحقوق، ومحاولة لإيجاد نسق معيشي اقتصادي منظم، تسوده الطمأنينة والثقة بين المتعاملين وأرباب الأموال.

إلا أن الواقع المعاصر - ومع ظهور البنوك بأنواعها-، أوجد العديد من الصور والمعاملات الحديثة لعقد الكفالة، كانت محلا للدراسة والنقاش بين الفقهاء والقانونيين وعلماء الاقتصاد المعاصر، هدفهم إيجاد التكييف الشرعي والقانوني المناسب لها. من أهم هذه المعاملات: الكفالات المصرفية بأنواعها، خطاب الضمان المصرفي والاعتماد المستندي.

تندرج هذه العقود ضمن الوظيفة الثالثة للبنوك؛ أي الوظيفة الائتمانية بعد الوظيفتين النقدية والاستثمارية، وهذا الأسلوب في نظر علماء الاقتصاد يؤدي دورا كبيرا في الاقتصاد المعاصر؛ حيث يسهم في إنجاح السياسات الاقتصادية التي تتبناها الدولة، فيقوم البنك التجاري مثلا، بإصدار خطاب الضمان أو فتح الاعتماد المستندي لعملائه - مقاولين أو تجار- لصالح مستفيد وقد يكون شركة استثمارية أو حكومية محلية أو أجنبية؛ حيث يقوم البنك بإقراض مبلغ معين للعميل، فيتحمل عنه الدين الذي عجز عن سداه في مقابل عمولة أو فائدة ربوية.

أدى ظهور البنوك الإسلامية التي كان الهدف من إنشائها القضاء أو التقليل من الأنشطة الربوية في المعاملات المصرفية، إلى إيجاد البدائل لهذه العقود أو حلول لمشكلة الربا فيها.

إشكالية البحث:

إن المتعمق في فقه الكفالة الشرعي، وما قرره الفقهاء على مر العصور حول دور الكفيل وعمله في صيانة الديون والحقوق، وما يلاحظ في المعاملات المالية المعاصرة والخدمات المصرفية التي طورها المصارف التجارية، سواء كانت إسلامية أو ربوية، حيث إن من التطبيقات المعاصرة للكفالة ما كان سبب الخلاف حوله بروز شبهة الربا بقوة و تجلي الغرر والجهالة أولاً، وعدم موافقتها للمبادئ والكليات العامة للتشريع الإسلامي ثانياً.

فإنني من خلال هذا البحث سأحاول الإجابة عن الإشكالية الرئيسة الآتية:

ما هو المنهج الذي سلكه الفقهاء في توثيق الديون من خلال باب الكفالة والضمان، وما ترتب عليهما من آثار؟ وهل كانت الصور المعاصرة تطبيقاً فعلياً وانعكاساً للمسار الذي رسمه الفقهاء في التوثيق والائتمان، أم خالفه ليكون صوراً جديدة بعيدة عن القواعد العامة والمقاصد التي رامها الشارع الحكيم؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات أوردها كالاتي:

- 1- ما هي طبيعة الالتزام الناشئ عن عقد الكفالة في الفقه الإسلامي؟ وما هي أحكامه والآثار المترتبة عنه؟ وما هي أهم العلاقات التي تنشأ عن التزام الكفيل؟
- 2- على أي أساس قام الفقهاء بتكييف الصور المعاصرة للكفالة شرعاً وقانوناً؟ وما هو التخريج الفقهي للعمولة التي تتقاضها البنوك لقاء إصدارها خطاب الضمان أو فتحها الاعتماد المستندي؟ وكيف تعاملت البنوك الإسلامية مع هذه العقود المستحدثة، وما هو البديل الذي قدمته لمعالجة مشكلة الربا فيها؟

عنوان البحث:

عنوان هذا البحث "الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة"، ويبدو جلياً من العنوان أن طبيعة البحث دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وواقع الكفالة المعاصر، ومن خلاله سأتطرق إلى الكفالة في الفقه الإسلامي، وذلك بدراسة مفهومها ومشروعيتها وتكييفها الفقه وجميع متعلقاتها -أي أركانها وأقسامها-، وسأتبع هذه الدراسة بنماذج من عقود الضمان في واقعنا المعاصر، وذلك من خلال عمليات المصارف، وقد اخترت عقدين مهمين وهما: خطاب الضمان المصرفي والاعتماد المستندي.

أسباب اختيار الموضوع:

يمكنني أن أخص أسباب اختيار الموضوع فيما يأتي:

1- أهمية الضمان والكفالة في الفقه الإسلامي ودورها الأساس في إيجاد الثقة والأمان بين المتعاملين وأرباب الأموال.

2- محاولة إيفاء الموضوع حقه من الدراسة خاصة المقارنة منها، والاستدراك على بعض الدراسات السابقة، حيث أغفلت العديد من الجزئيات المهمة في باب الكفالة والتي لها من الآثار الحظ الأوفر في الدراسة.

3- الرغبة الشخصية في التعرف على هذا الجانب من جوانب المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، خاصة أن الدراسة ستكون مقارنة بين المذاهب الفقهية المعتمدة، إضافة إلى الصور المعاصرة.

أهداف البحث:

تمثل أهداف البحث في النقاط الآتية:

1- إجلاء الصورة عن جانب من جوانب المعاملات المالية وشكل من أشكالها؛ أي عقود التوثيق، ودراسة الكفالة وذلك بجمع ما تفرق من أحكامها وتفصيل جزئياتها ومعرفة آراء الفقهاء حول حيثياتها.

2- بيان الحكمة من تشريع الكفالة والمقصد الذي رامه الشارع الحكيم من وراء ذلك، وتحري دور الكفالة في وقتنا الحاضر؛ ومدى تلبيتها لمتطلبات العصر الاقتصادية وحتى الاجتماعية.

3- التعرف على العلاقات التي تنشأ في عملية إصدار الكفالات المصرفية بين العملاء والمصرف التجاري التقليدي، وكذلك المصارف الإسلامية من جهة، وبين المصرف والجهة المستفيدة من جهة أخرى، وتكييفها الفقهي وبيان إمكانية قيام المصارف الإسلامية بتأدية هذه الخدمات لعملائها.

4- محاولة للمقارنة بين الآراء الفقهية المختلفة في باب الضمان في الفقه الإسلامي، وذلك بتحديد مواطن الاتفاق والاختلاف.

أهمية الموضوع:

1- إن للكفالة كعقد من عقود التوثيق أهمية بالغة؛ فالعمل التطوعي الذي يقوم به الكفيل تتحقق بفضل الثقة عند الدائن و الطمأنينة لدى المدين، وتنشأ عن ذلك علاقات اقتصادية متينة، وروابط أخلاقية وأخرى اجتماعية.

2- إن لدراسة واقع الكفالة المعاصر و تقصي أهم صورها وأنواعها، من الأهمية بمكان؛ الأمر الذي يمكن المتعاملين مع الوسائط المصرفية من تحري جميع بنود هذه العقود والتماس شبهة الربا فيها.

3- إن دراسة واقع الكفالة في البنوك الإسلامية له أهمية بالغة كذلك؛ إذ أدى ظهورها إلى التخلص من العديد من المعاملات الربوية وإيجاد بدائل شرعية لها، والكفالة أو عقد الائتمان كوظيفة ثالثة لهذه المصارف يسهم في إجلاء الصورة وتوضيحها حول العمل المصرفي الإسلامي ومدى موافقته لأحكام التشريع.

المنهج المتبع في الدراسة:

يمكن أن تتنوع المناهج في البحث العلمي؛ ولذلك فإن هذا الموضوع تتجاوزه المناهج الآتية:

● **المنهج الاستقرائي:** وهذا المنهج كفيل بتقصي الأقوال والآراء والمذاهب المختلفة؛ وتتبع جزئيات الموضوع وحصرها.

● **المنهج التحليلي:** وهو وسيلة لتحليل مضمون ومحتويات النصوص الواردة في البحث؛ وذلك بتحصيها وإبداء الرأي فيها بغرض الوصول إلى المقصود الحقيقي لأصحاب هذه الأقوال.

● **المنهج المقارن:** وهو أساس البحوث المقارنة وقوامها؛ إذ طبيعة التخصص وطبيعة البحث تقتضي أن يكون هذا المنهج أهم المناهج المتبعة؛ إذ يقوم على المقارنة والموازنة بين الأقوال والآراء المتباينة بغرض الوصول إلى القول المختار أو الراجح في المسألة.

الدراسات السابقة.

من الدراسات التي اطلعت عليها ما كان ذا صلة مباشرة بموضوع الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة؛ فمنها ما كان تطرقه إلى هذا الموضوع ضمناً؛ أي: درس في باب نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. وتنوعت هذه البحوث ليكون بعضها أكاديمياً أي: أطروحة ماجستير في

الجامعات العربية؛ ومنها ما كان بحوثاً ودراسات منشورة لباحثين؛ وفيما يأتي وصف هذه البحوث؛ والتعليق على ما ورد فيها من حيث منهج التقسيم والمضمون:

1. الكفالة: أنواعها وطرق الإبراء منها: دراسة فقهية مقارنة بين المذاهب الفقهية وواقع الكفالة المعاصر؛ تأليف: محمد أحمد مروح مصطفى. وأصل هذا البحث رسالة علمية نال بها صاحبها درجة الماجستير من الجامعة الأردنية؛ أشرف عليها الدكتور: عارف أبو عبيد. تناول الباحث موضوعه في خمسة فصول؛ جعل الفصل الأول منها لتعريف الكفالة وأقسامها وشروطها وآثارها، أما التطبيقات المعاصرة فقد جاءت في الفصل الأخير من البحث؛ وباقي الفصول كان التركيز فيها على طرق الإبراء في الكفالة بأنواعها، والأمر ذاته بالنسبة للصور المعاصرة؛ إذ ركز على طرق الإبراء فيها فقط، وقد أفدت منه كثيراً من هذه الناحية. ومن ثم فإنه من الممكن أن تعد هذه الدراسة خاصة بجزئية مهمة من جزئيات موضوع الكفالة وهو طرق الإبراء، أما ما قدمه من دراسة حول الكفالة ومتعلقاتها فإنه ضرورة اقتضاها عنوان بحثه، ومع ذلك فقد كانت مختزلة ومختصرة لم يراع فيها المنهج المقارن من ذكر لأسباب الاختلاف أو تحرير لمحل النزاع أو مناقشة للآراء المختلفة.

2. الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية: دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي؛ للدكتور علي أحمد السالوس. عرض الدكتور بحثه في خمسة أبواب مقسمة إلى فصول؛ جاعلاً الباب الخامس للتطبيقات المعاصرة؛ تضمن بحثه تأصيلاً للكفالة في القرآن والسنة؛ ثم تعريفها الشرعي والقانوني؛ وانتقل بعدها إلى بيان الأركان والشروط والأقسام؛ ثم الآثار وطرق الانقضاء. ولقد أفدت منه في الباب المتعلق بخطاب الضمان؛ إذ كانت دراسته الشرعية معينا لي في فهم حيثياته وآراء الفقهاء حوله. ويمكن أن يلاحظ على هذا البحث أن مسائل الموضوع وجزئياته مختصرة جداً؛ حيث نجده يعرض المسألة المختلف فيها ببيان الخلاف فقط؛ دون ذكر للأدلة أو مناقشتها؛ إضافة إلى ذلك إكثاره من الاقتباسات وإيراد النصوص والأقوال في كل مذهب، وعدم تعرضه للعديد من المسائل والفروع والحيثيات المهمة في عقد الكفالة.

3. الضمان في الفقه الإسلامي: للشيخ علي الخفيف؛ هذا المؤلف درس نظرية الضمان في الفقه الإسلامي؛ فشمل تعريفاً لهذه النظرية؛ وأسباب الضمان وأشكاله ومن ضمنها الغصب ومسؤولية المتبوع عن ضرر أحدثه تابعه؛ ثم تطرق إلى الكفالة والديات في آخر الأمر.

وذلك في هذا الكتاب حائبة من لتقسيمات الأكاديمية المعروفة؛ إلا أنها شملت معظم جزئيات الموضوع؛ ثم إنه لم يتطرق إلى الصور المعاصرة للكفالة.

4. خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي: لأحمد بن حسن بن أحمد الحسيني. تضمن هذا البحث دراسة لتطبيق واحد من صور الكفالة؛ حيث عرف خطاب الضمان ثم تعرض لأشكاله وتكييفه الفقهي؛ وأفرد مبحثا لبيان العلاقة بين المصارف الإسلامية وبعض أشكال خطابات الضمان -خطاب الضمان المكشوف-.

المنهجية المتبعة في البحث:

-قمت بعزو الآيات القرآنية وتخريج الأحاديث النبوية تخريجا فنيا، ولقد عمدت إلى ترجمة الأعلام المذكورين في المتن، وتجنبت الترجمة للصحابة والتابعين وأصحاب المذاهب الفقهية وأصحابهم، وكذلك تجنبت الترجمة للمعاصرين.

-اتبعت أثناء الإحالة والتهميش منهجية ذكر المعلومات البيبليوغرافية كلها عند ذكر الكتاب أول مرة، ثم أكتفي بذكر اسم المؤلف والكتاب والجزء والصفحة بعد ذلك.

-أثناء دراستي لمسائل البحث وفروعه اتبعت المنهجية المعروفة في الفقه المقارن؛ حيث أذكر المذاهب وأصحابها بعد تحرير محل النزاع في المسألة، ثم الأدلة والمناقشات، يليها ذكر سبب الخلاف وأخيرا الرأي المختار.

-في بعض المسائل الواردة في البحث، أفصل القول في كل مذهب على حدة، والسبب في ذلك أن الفقهاء في المذاهب الأربعة وجدتهم متفقين -في الجملة-، مع اختلاف في التفاصيل والشروط، كما في مسألة الشروط الجعلية في الكفالة، ومسألة الكفالة في غير الأموال في الحقوق البدنية، ومسألة كفالة الدين المؤجل حالا، والحال مؤجلا.

-تنوعت مصادر ومراجع البحث، إذ اعتمدت أهم المصادر في كل مذهب فقهي، واستعنت بكتب الفقه المقارن المعروفة، ففي المذهب الحنفي، المبسوط للسرخسي، والبدائع للكاساني، وشرح فتح القدير لابن الهمام وغيرها، وعند المالكية اعتمدت حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير، وكذلك المدونة للإمام مالك، وشرح مختصر خليل، أما المذهب الشافعي، فكان الحاوي الكبير للماوردي، موردي

ويليه شروح المنهاج: مغني المحتاج وتحفته ونهايته، وكذلك التكملة الثانية للمجموع شرح المهذب لبخيت المطيعي، ولفقه الحنبلي: المغني لابن قدامة، شرح منتهى الإرادات للبهري. والروض المربع للنجدي وغيرها، إضافة للمحلى في الفقه الظاهري لابن حزم، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل للقطب محمد بن يوسف اطفيش في الفقه الإباضي.

أما الدراسات المعاصرة، فقد أفدت من عدة مؤلفات ودراسات منها: بحوث في قضايا اقتصادية معاصرة لمجموعة من المؤلفين، وكتب الموسوعات في أعمال البنوك منها: عملت البنوك من الناحية القانونية لمعوض جمال الدين، وموسوعة أعمال البنوك من الناحية القانونية والعملية لمحبي الدين إسماعيل علم الدين، والخدمات المصرفية وموقف الشريعة منها لعلاء الدين الزعترى، وكذلك كتاب مشكلة الاستثمار في البنوك وكيف عاجها الإسلام لمحمد الصاوي، وأيضاً الكامل في قانون التجارة الجزء المتعلق بعمليات المصارف لإلديس ناصيف وغيرها.

قسمت خطة البحث إلى فصل تمهيدي وثلاثة فصول رئيسة.

أما الفصل التمهيدي فقد تعرضت فيه إلى تعريف الكفالة في اللغة والاصطلاح، ثم بيان مشروعيتها من القرآن والسنة والآثار والمعقول، هذا في المبحث الأول. أما المبحث الثاني فكانت فيه دراسة للتكييف الشرعي للكفالة، والحكمة من تشريعها، وختمت الفصل ببيان أثر الباعث غير المشروع في العقود وتطبيقاته على الكفالة.

وأما الفصل الأول، فكانت فيه دراسة لأركان الكفالة وأقسامها، وذلك في مبحثين: الأول منه تطرقت فيه إلى بيان أركان الكفالة وشرائطها؛ الصيغة والأطراف الثلاثة والخص. مع ما فيها من فروع ومسائل جزئية فصلتها وذكرت المذاهب فيها، أما المبحث الثاني فكان لدراسة قسمي الكفالة: الكفالة بالمال وأنواعها، والكفالة بالنفس وأحكامها.

وأما الفصل الثاني، فكان لبيان آثار عقد الكفالة وطرق انقضائه: المبحث الأول، درست فيه أثر ولاية المطالبة على الكفالة، علاقة الكفيل بالأصيل، وأحكام ولاية الرجوع أو حق الاسترداد. المبحث الثاني، درست فيه طرق انقضاء الكفالة بقسميها، المال والنفس.

أما الفصل الثالث، فكان للجانب التطبيقي؛ أي الصور المعاصرة لعقد الكفالة، اخترت عقدين من أهم عقود الائتمان في البنوك، وهما: خطاب الضمان المصرفي والاعتداد المستندي، حيث تطرقت إلى تعريفهما وذكر أهميتها الاقتصادية وأركانها وأهم الأنواع، والالتزامات الناشئة عنهما، وختمت ببيان التكليف الشرعي والقانوني للعقدين، وتطبيقهما في البنوك الإسلامية.

وختمت البحث بخاتمة ذكرت فيها أهم النتائج المتوصل إليها، وزودت البحث بفهارس فنية أوردتها كالاتي: فهرس الآيات، وفهرس الأحاديث، وفهرس الآثار، وفهرس الأعلام، وفهرس المصطلحات والحدود، وفهرس المصادر والمراجع، وفهرس الموضوعات.

والله من وراء القصد

الفصل التمهيدي:

ماهية الكفالة

المبحث الأول: تعريف الكفالة ومشروعيتها

المبحث الثاني: التكييف الشرعي لعقد الكفالة

والحكمة والباحث على تشريعها

سأتطرق في هذا الفصل إلى تعريف الكفالة لغة، ثم في اصطلاح المذاهب الفقهية، مبرزة أدلة مشروعيتها من المنقول والمعقول، وهذا في المبحث الأول، أما المبحث الثاني، فسيكون لدراسة الحكمة والغاية من تشريع الكفالة وتكييفها الفقهي - أي طبيعة التعاقد الناشئ عن التزام الكفيل -، وسأختم ببيان أثر الباعث غير المشروع على الكفالة.

المبحث الأول: تعريف الكفالة ومشروعيتها

المطلب الأول: تعريف الكفالة

الفرع الأول: تعريف الكفالة في اللغة

تأتي الكفالة مفيدة عدة معان، ترجع كلها إلى أصل واحد وهو: «الكاف والفاء واللام»، وهو أصل صحيح يدل على تضمن الشيء بشيء⁽¹⁾، ومن معانيه:

1- الكِفْلُ: وهو كساء يؤخذ فيعقد طرفاه ثم يلقي مقدمه على كاهل الإبل ومؤخره مما يلي العجز، ويعقد طرفاه عليه ليركبه الرديف؛ وإنما سمي بذلك لما ذكر من أنه يدور على السنام أو العجز فكأنه قد ضُمَّنهُ⁽²⁾. يقال: اكَفَلْتُ البعير إذا ركبته، أما قَوْضَم للرجل الجبان كَفَلٌ، وهو الذي يكون في مؤخر الحرب؛ إنما هتمته في التأخر والفرار، فشبهه بالكفل الذي ذكر؛ لأنه محمول لا يقدر على مشي ولا حركة، والجمع أكفال⁽³⁾. قال الأعشى⁽⁴⁾:

غيرُ ميلٍ ولا عواريرٍ في الهيمِ — جا ولا عزَلٍ ولا أكفالٍ⁽⁴⁾

(1)- ابن فارس، أبو الحسين أحمد بن زكريا: معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي، مصر، 3، دت، باب: الكاف والفاء وما يثلثهما، ج5، ص187.

(2)- ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم: لسان العرب، تحقيق: محمد أحمد حسب الله، وجماعة من أئمة دار المعارف، دط، دت، ج5، ص3905. الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب: القاموس المحيط. المطبعة الميرية. بولاق، دط، 1301هـ، فصل الكاف، باب: اللام، ج4، ص45. الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمر الخوارزمي: الفائق في غريب الحديث، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدر آباد الدكن الهند، ط1، دت، ج2، ص202-203.

(3)- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج5، ص187. الزمخشري، الفائق، ج2، ص204.

(4)- الأعشى: ميمون ابن قيس بن منذل بن شراحيل بن عوف من بني قيس بن نعلبة الوائلي، يقال له الأعشى الكبير. من شعراء الطبقات الأولى، وأحد أصحاب المعلقات السبع، جمع شعره في ديوان "الصبح المنير في شعر أبي بصير"، توفي في 7 هـ، ولم يسلم. القرشي، أبو زيد محمد: جمهرة أشعار العرب، تحقيق: علي محمد الجاوي، دار النهضة، القاهرة، ط1، دت ق1، ص242. الزركلي، خير الدين: الأعلام، ط2، ج8، ص300.

(4)- القرشي: جمهرة أشعار العرب، قسم أول، ص279.

2-الكفْلُ: الحظ كذلك، والضعف من الأجر والإثم، وهو كذلك المثل، قال تعالى: ﴿يُؤْتِيهِمْ مِنْ رِزْقِهِمْ مِنْ رَحْمَتِهِ﴾، [الحديد: 28] أي مثلين من الأجر⁽¹⁾، وقال تعالى: ﴿وَمَنْ يَشْفَعْ عِنْدَ رَبِّهِ فَكَفَالَتُهُ﴾، [النساء: 85] أي نصيب وحظ منها أو هو الإثم والوزر⁽²⁾.

3-الكفْلُ: العجز، سمي بذلك لما يجمع من اللحم⁽³⁾.

4-الكافِلُ: القائم بأمر اليتيم المربي له، قال رسول الله ﷺ: «أنا وكافل اليتيم كهاتين من الجنة، له ولغيره»⁽⁴⁾. وقوله تعالى: ﴿وَوَكَّفَلْنَا زَكَرِيَّا﴾، [آل عمران: 37]؛ أي ضمن القاد بأمرها⁽⁵⁾، والكافل كذلك هو الذي يصل الصيام والذي جعل على نفسه ألا يتكلم في صيامه⁽⁶⁾.

5-الكفِيل: الضامن، وهو معنى يصحح الأصل السابق، تقول: كفّل به يكفلُ كفالة بفتح الفاء في الماضي وضمها في المستقبل، وكفّل المال: بكسر الفاء كذلك⁽⁷⁾: ضمنه. وكفّل بالرجل يكفل به كفولا وكفالة: ضمنه وأكفله إياه، والجمع كُفلاء⁽⁸⁾. فالكفيل يضمن في ذمته ما في ذمة المدين، فهذا الاشتقاق يصحح أصل الباب السابق الذكر وهو "كاف، انشاء، اللام".

6-المكافِل: المجاور، والمخالف وهو أيضا: المعاهد والمعاهد⁽⁹⁾.

7-ذو الكفَل: اسم نبي من الأنبياء، قال تعالى: ﴿وَإِسْمَاعِيلَ وَإِخْرِيسَ وَذَا الْكِفْلِ كُلٌّ مِنَ الصّٰبِرِيْنَ﴾، [الأنبياء: 85]، وسمي كذلك؛ لأنه ذو حظ من الله، وقيل: كان له ضعف

(1)-القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري: الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، دط، ج 5، ص 295.

(2)-القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 5، ص 295.

(3)- ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج 5، ص 188.

(4)-أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ج 7، ص 48، رقم 8868 (دار المعارف، مصر، دط، 1975).

(5)-القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 4، ص 70.

(6)-ابن منظور: لسان العرب، ج 5، ص 3906. الفرووز آبادي: القاموس المحيط، ج 4، ص 45.

(7)-القاضي عياض، أبو الفضل بن موسى اليحصبي السبتي: مشارق الأنوار على صحاح الآثار، المطبعة المولوية، فاس، العليا، دط، 1328هـ، ج 1، ص 345-346.

(8)-ابن منظور: لسان العرب، ج 5، ص 3906.

(9)-الفرووز آبادي: القاموس المحيط، ج 4، ص 45.

2-الكفْلُ: الحظ كذلك، والضعف من الأجر والإثم، وهو كذلك المثل، قال تعالى: ﴿يُؤْتِيهِمْ مِنْ رِزْقِهِ﴾، [الحديد: 28] أي مثلين من الأجر⁽¹⁾، وقال تعالى: ﴿وَمَنْ يَشْفَعْ عِنْدَ رَبِّهِ إِذْ يُنْفَخُ الْأَشْفَاءُ مِنَ الْقُرْآنِ بِإِذْنِ رَبِّهِ فَالَّذِينَ كَفَرُوا سَاءَ مَا يَحْكُمُ اللَّهُ بِهِمْ﴾، [النساء: 85] أي نصيب وحظ منها أو هو الإثم والوزر⁽²⁾.

3-الكفْلُ: العجز، سمي بذلك لما يجمع من اللحم⁽³⁾.

4-الكافلُ: القائم بأمر اليتيم المرابي له، قال رسول الله ﷺ: «أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة، له ولنفره»⁽⁴⁾. وقوله تعالى: ﴿وَوَعَقَلْنَا زَكَرِيَّا﴾، [آل عمران: 37]؛ أي ضمن القيود بأمرها⁽⁵⁾، والكافل كذلك هو الذي يصل الصيام والذي جعل على نفسه ألا يتكلم في صيامه⁽⁶⁾.

5-الكفيل: الضامن، وهو معنى يصحح الأصل السابق، تقول: كفّل به يكفّل كفالة بفتح الفاء في الماضي وضمها في المستقبل، وكفّل المال: بكسر الفاء كذلك⁽⁷⁾: ضمنه. وكفّل بالرجل يكفّل به كفولا وكفالة: ضمنه وأكفله إياه، والجمع كُفلاء⁽⁸⁾. فالكفيل يضمن في ذمته ما في ذمة المدين، فهذا الاشتقاق يصحح أصل الباب السابق الذكر وهو "كاف، انفاء، اللام".

6-المكافل: المجاور، والمخالف وهو أيضا: المعاهد والمعاهد⁽⁹⁾.

7-ذو الكفل: اسم نبي من الأنبياء، قال تعالى: ﴿وَإِسْمَاعِيلَ وَإِذْرِيصَ وَحَا الْكُفْلَ كُلًّا مِنَ الْعَابِدِينَ﴾، [الأنبياء: 85]، وسمي كذلك؛ لأنه ذو حظ من الله، وقيل: كان له ضعف

(1)-القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري: الجامع لأحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، دط، ج 5، ص 295.

(2)-القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 5، ص 295.

(3)- ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج 5، ص 188.

(4)-أخرجه الإمام أحمد في مسنده، ج 7، ص 48، رقم 8868 (دار المعارف، مصر، دط، 1975م).

(5)-القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 4، ص 70.

(6)-ابن منظور: لسان العرب، ج 5، ص 3906. الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ج 4، ص 45.

(7)-القاضي عياض، أبو الفضل بن موسى اليحصبي السبتي: مشارق الأنوار على صحاح الآثار، المطبعة المولوية، فاس، العليا، دط، 1328هـ، ج 1، ص 345-346.

(8)-ابن منظور: لسان العرب، ج 5، ص 3906.

(9)-الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ج 4، ص 45.

عمل الأنبياء وضعف ثوابهم⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تعريف الكفالة اصطلاحاً:

وسأتعرض لتعريف عقد الكفالة في اصطلاح المذاهب الفقهية الأربعة، إضافة إلى الظاهرية والمذهب الإباضي، ولقد تقدم في التعريف اللغوي أن الكفالة مشتقة من مادة "كفل" والتي تعني تضمن شيء في شيء، وهو مناسب للوضع الاصطلاحي الفقهي، إذ الكفالة تعني ضم ذمة إلى ذمة، على تفصيل هذا بيانه.

أولاً: تعريف الحنفية

1- قال السرخسي: «معنى تسمية العقد بالكفالة، أنه يوجب ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل على وجه التوثيق»⁽²⁾.

2- قال المرغيناني: «هي ضم الذمة إلى الذمة* في المطالبة وقيل في الدين والأول أصح»⁽³⁾. والفرق بين الحدين أن الأول جاء مجملاً لم يبين وجه التوثيق، بيد أنه

(1)- الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمر: الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجود التأويل. دار الكتاب العربي، بيروت، دط، ج3، ص131.

(2)- السرخسي، شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، دط، 1406هـ-1986م، مج10، ج19، ص160.

السرخسي: شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل، أخذ عن أبي محمد بن عبد العزيز الحلواني وغيره. وأحد عنه خلق كثير، أملى المبسوط وهو في السجن بأوزجند، مات في حدود 470هـ. ينظر: القرشي، محيي الدين بن سالم: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلوة، دار هجر، الجزيرة، ط2، 1993م، ج3، رقمه 219، ص78-82.

(3)- المرغيناني، برهان الدين: الهداية شرح بداية المبتدي، دار الفكر، دط، ج7، ص163. ابن نجيم، زين الدين ابن إبراهيم: البحر الرائق شرح كتر الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، مج6، ص341. النظام، وجماعة من فقهاء الهند: الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 1406هـ-1986م، مج3، ص252.

المرغيناني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، من أكابر فقهاء الحنفية حافظ مفسر، محقق، من تصانيفه: بداية المبتدي وشرحه الهداية، منتقى الفروع، الفرائض وغيرها، توفي: 593هـ. ينظر: القرشي: الجواهر المضية، ج2، رقم 1030، ص627.

*تعريف الذمة: لغة: قال ابن منظور: «الذمة العهد والكفالة»، جمعها ذمام، وفلان له ذمة؛ أي حتى، قال أبو عبيدة: الذمة الأمان، لذلك سمي أهل الذمة بذلك لدخولهم في عهد المسلمين وأمانهم. ينظر: لسان العرب، ج3، ص1517.

إلا أن قولهم أن التعريف مخرج للحوالة فيه نظر⁽¹⁾، إذ الحوالة نقل للذمة، فلم يشتمل عقدها على اشتغال بها بل على إخلالها، فهي خارجة من التعريف بالضرورة.

2-تعريف ابن عرفة: «التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له»⁽²⁾.

ويمثله عرفه صاحب الشرح الصغير: «التزام مكلف غير سفيه، دينا على غيره أو طلب من عليه لمن هو له»⁽³⁾. قوله "التزام دين" ظاهر في كونها تعميم ذمة الملتزم وهو جنس عام وقوله: لا يسقطه أخرج به الحوالة⁽⁴⁾، ويعترض عليه. يمثل ما اعترض على تعريف القاضي عبد الوهاب بأن الحوالة خارجة من الحد، إذ ليس فيها شغل للذمة بل هي نقل وطرح للدين، والطرح غير ما ذكر⁽⁵⁾.

وقوله: «أو طلب» معطوف على التزام دين، ويدخل في ذلك الكفالة بالوجه والطلب، ويلاحظ أنه صير الطلب قسيما للوجه، بيد أنهما متغايران عند المالكية، وقد أجاب الرصاع⁽⁶⁾ على هذا، بأن يعدّ الطلب المذكور في الحد بمعناه الأعم، إذ فرّق بين الوجه والضبط. فالكفيل بالوجه يغرم المال إن لم يحضر المكفول به، خلافا للكفيل بالطلب.

ويمكن أن نلاحظ أن تعريف ابن عرفة لا يعدو أن يكون تفصيلا وشرحا لتعريف القاضي عبد الوهاب في التلقين.

(1)-الرهوني، محمد بن أحمد: الحاشية على شرح الزرقاني، المطبعة الأميرية، بولاق، ط1، 1306هـ، مج6، ص22.

(2)-الرصاع، أبو عبد الله محمد: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الوافية -شرح حدود ابن عرفة-، تحقيق: محمد أبو الأحقان، الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، دط، 1991، ج2، ص427.

ابن عرفة: أبو عبد الله محمد بن الشيخ الصالح محمد بن عرفة الورغمي التونسي، أخذ عن ابن عبد السلام ومحمد بن هارون وغيرهم، وعنه أخذ جمع غفير كالبرزلي والآبي، من تأليفه: مختصر في الفقه، وتأليف الأصول عارض فيه طوابع البضاوي، ولد في 716هـ، وتوفي في 803هـ. ينظر: مخلوف: شجرة النور الزكية، رقم 817، ص227.

(3)-الدردير، أحمد بن محمد العدوي: الشرح الصغير، دار إحياء الكتب العربية، دط، دت، ج2، ص664.

(4)-الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص427.

(5)-الرهوني: الحاشية، ج6، ص22.

(6)-الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج2، ص428 بتصرف.

الرصاع: أبو عبد الله محمد بن قاسم الرصاع الأنصاري التونسي، أخذ عن البرزلي وابن عقاب وغيرهم، وعنه أخذ أحمد زروق وغيره، له شرح الأسماء النبوية وشرح الحدود الفقهية وشرح للبخاري، وغيرها توفي 894هـ. ينظر: مخلوف: شجرة النور الزكية، رقم 952، ص259.

ثالثاً: تعريف الشافعية

عرّفوا الكفالة بأنها: «التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك»⁽¹⁾.

قولهم: "التزام حق ثابت في الذمة" أشاروا به إلى أثر العقد ومثرتة، وأشاروا بالقيود التي تليه إلى أقسام الكفالة الثلاث: الكفالة بالمال، الكفالة بالبدن، والكفالة بتسليم العين المضمونة⁽²⁾.

وقولهم: "وعلى العقد الذي يحصل به ذلك" ظاهره أن هناك عقداً غير الالتزام السابق، مركب من إيجاب وقبول، ومعنى التعريف أن الكفالة تطلق على المصدر المُحصّل وهو العقد، وتطلق على الأثر المُحصّل، وهو الالتزام، والعلاقة بين المصدر والحاصل به، أن الفعل لا بد من تعلقه بالفاعل، والأثر المرتب عليه، وإن كانا مختلفين بالاعتبار، إلا أنّهما واحد بالذات، وهذا نظير البيع؛ إذ إنه يطلق على ما يقابل الشراء وعلى العقد المشتمل عليهما⁽³⁾.

رابعاً: تعريف الحنابلة:

جاء في المغني: «الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام حق»⁽⁴⁾. وجاء في منتهى الإيرادات: «التزام من يصح تبرعه ما وجب عن الآخر مع بقائه ولرب الحق مطالبة من شاء منهما»⁽⁵⁾.

والتعريف الثاني شارح للأول، فقد بيّن شروط الكفيل، وذلك بأن يكون من أهل التبرع، وقوله: "ما وجب على الآخر"؛ يعني به محل الكفالة وهو عام يشمل المال والنفس والعين المضمونة، وبيّن أثر الكفالة وهو ثبوت الدين في ذمة الأصيل والكفيل معا ومطالبة الدائن من شاء منهما.

(1)- الرملي، شمس الدين محمد: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، دط، 1404هـ-1984م، ج 4، ص 432.

الشريفي، محمد الخطيب: معنى المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، دط، دت، ج 2، ص 198.

(2)- إبراهيم البيجوري: هامش الإقناع في حل ألفاظ أبي الشجاع، ج 2، ص 37.

(3)- الرشيد، أحمد بن عبد الرزاق: الحاشية على نهاية المحتاج، ج 4، ص 432.

(4)- ابن قدامة، موفق الدين: المغني، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، دط، 1403هـ-1983م، ج 5، ص 70.

(5)- الفتوح، تقي الدين: منتهى الإيرادات، طبعة رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد لسعودية.

دط، دت، ج 2، ص 245-246.

خامسا: تعريف الظاهرية:

عرفها أهل الظاهر بأنها نقل للدين من ذمة إلى أخرى، وهذا ظاهر من قول ابن حزم الآتي: «فمن كان على آخر حق مال... فضمن له ذلك الحق إنسان... فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه، وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال»⁽¹⁾. وقوله بعد ذلك: «وأما عموم جواز الضمان في كل حق من بيع أو غيره؛ فلأنه ليس فيه بيع أصلا وإنما هو نقل حق فقط»⁽²⁾.

ويعترض على الظاهرية بأنه لا فرق -حسب تعريفهم- بين الحوالة والكفالة؛ إذ الحوالة كذلك نقل للحق، إلا أنه يمكن أن يجاب على ذلك بأن الظاهرية يشترطون في الكفالة أن يكون الكفيل غير مدين لمن كفله؛ ذلك أن الكفالة تبرع من الكفيل بالتزام الدين وأدائه دون عوض يتقبله نظير ذلك، فالكفالة نقل دين من ذمة مشغولة به إلى ذمة أخرى غير مشغولة بما يعد عوضا عنه⁽³⁾، أما الحوالة فإنهم يشترطون أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل. يمثل ما أحال به عليه، حتى تكون معاوضة بين الدينين فيسقط أحدهما بالآخر⁽⁴⁾. ومن هنا يظهر الفرق بين العقدين عند الظاهرية.

سادسا: تعريف الكفالة عند الإباضية:

«الكفالة هي شغل الإنسان ذمته للآخر بما اشتملت عليه ذمة بدون تعليق الشغل بمال عليه لذلك الآخر»⁽⁵⁾. وهو كتعريف الجمهور عدا الظاهرية. أما قوله: "دون تعليق الشغل..." أي ألا يعلق الكفالة بشرط إسقاط دين عليه للمدين؛ إذ يعد ذلك عوضا في الكفالة، وهو ممتنع.

(1)- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد: المحلى، تحقيق: محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط1، 1350هـ، ج8، ص111.

(2)- المصدر نفسه، ج8، ص111.

(3)- الحقيف، علي: الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، دت، ص195.

(4)- ابن حزم: المحلى، ج8، ص108 بتصرف.

(5)- أطفيش، محمد بن يوسف: شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مكتبة الإرشاد، جدة، ط3، 1405هـ-1985م، ج9، ص412.

والملاحظ لتعاريف الجمهور -عدا الظاهرية- أنها متحدة المعنى، إذ إن جميعها مبني على أساس وهو أن حكم الكفالة هو انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين، بمعنى أنها تصبح مشغولة به، فتثبت صحة مطالبة الأداء إلى الكفيل، كما يصح توجيهها إلى الأصيل، إلا أن هناك خلاف بينهم حول معنى الضم، أو وجه التوثيق، هل هو في أصل الدين والمطالبة معاً، أو في المطالبة فقط؟ فالحنفية ذهبوا إلى أنها في المطالبة فقط خلافاً للجمهور الذين ذهبوا إلى أنها في أصل الدين كذلك.

ومقارنة تعريف الجمهور مع الظاهرية يؤدي إلى القول بأن خلافاً واقعاً بينهم حول معنى الكفالة؛ فالكفالة عند الجمهور -كما سبق- تقتضي ضم ذمتين، بحيث تحسيران مشغولتين بالدين، ومن ثم صحة توجيه المطالبة، وذهب الظاهرية إلى أن الكفالة نقل للدين، فترتب على ذلك براءة ذمة الأصيل وتوجيه المطالبة إلى الكفيل فقط، ومن ثم لا رجوع له على الدين.

المطلب الثاني: مشروعية الكفالة

الفرع الأول: مشروعيتها في القرآن الكريم

لم يرد في القرآن الكريم من مادة "كفل" بمعنى الضمان، الذي هو ضم ذمة إلى ذمة، إنما وردت بمعنى الكافل؛ أي الراعي، من ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنْتُمْ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُونَ أَكْفَلْتُمُوهُنَّ أَيْهَهُمْ يُحْقِلُونَ﴾، [آل عمران: 44]، وقوله تعالى: ﴿إِذْ تَمْشِي أُخْتُكَ فَتَقُولُ هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَى مَن يَحْقِلُهُ﴾، [طه: 40]⁽¹⁾.

(1)- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج 4، ص 86.

وكلمة "كفيل" جاءت مرة واحدة في قوله تعالى: ﴿وَقَدْ جَعَلْتَهُ اللَّهُ عَلَيْكُمْ حَفِيلاً﴾، [النحل: 91]؛ أي شهيداً، ويقال: حافظاً، ويقال: ضامناً، لأن الكفيل مراعى لحال المكفول به مهيمن عليه⁽¹⁾. إلا أن اللفظ الذي أفاد معنى الضمان أو الكفالة في القرآن الكريم كان من مادة "زعم"، قال تعالى: ﴿قَالُوا نَفَعْتُهُ سَوْآتِ الْمَلِكِ وَلَمَّا بَاءَ بِهِ حِفْلٌ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾، [يوسف: 72]، والزعيم هنا الكفيل أو الحميل أو الضمين أو القبيل، وكلها بمعنى واحد⁽²⁾.

فهذه الآية نص في جواز الكفالة، وخالف في ذلك الجصاص حيث ذهب إلى القول بأن الآية نص في الجعالة؛ إذ ليس فيها كفالة إنسان عن إنسان، وإنما هو رجل التزم عن نفسه ضمان الأجرة لرد الصواع، وذلك جائز لغة لازم شرعاً. وما قاله صحيح إذ يعد ظاهراً للآية، بيد أن الكفالة فيها نص⁽³⁾.

وهناك آية أخرى لم يرد فيها لفظ من ألفاظ الكفالة، وإنما كانت نصاً في نوع من أنواعها، قال تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَهُ حَتَّى تُوْتُونِي مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُونَنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُخَاطَبَهُ﴾، [يوسف: 66]، قال القرطبي: «هذه الآية أصل في جواز الجمالة بالعين والوثيقة بالنفس»⁽⁴⁾.

(1)- الزمخشري: الكشاف، ج2، ص631. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج10، ص170.

(2)- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج9، ص231.

(3)- ابن العربي، أبو بكر: أحكام القرآن، تحقيق: علي محمد البحايوي، دار الفكر، دط، ج3، ص1095. القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج9، ص231. الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي: أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، ج4، ص390.

- الجصاص: أحمد بن علي الرازي أبو بكر الجصاص، من أهل الري، سكن بغداد ومات فيها، انتهت إليه رئاسة الخنفة، حوُطب بأن يلي القضاء فامتنع، ألف أحكام القرآن، كتاب في أصول الفقه، وغيرها، توفي 370هـ. ينظر: القرشي: الجواهر المضية، ج1، ص84. الزركلي: الأعلام، ج1، ص156.

(4)- الجامع لأحكام القرآن العظيم، ج9، ص225.

القرطبي: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي الأندلسي، مفسر ومحدث من أهل قرطبة، رحل إلى المشرق واستقر بمصر وبها توفي، من آثاره التي بلغت الآفاق: «جامع لأحكام القرآن الكريم»، توفي 671هـ. ينظر: الداودي، شمس الدين محمد: طبقات المفسرين، تحقيق: علي محمد عمر، مكتبة وهبة، مصر، ط1، 1392هـ-1972م. رقم: 434، ص65. نويهض، عادل: معجم المفسرين، مؤسسة نويهض الثقافية، ط3، 1409هـ-1988م. ج2، ص479.

الفرع الثاني: من السنة النبوية الشريفة

حظيت الكفالة بكفل وافر من الأحاديث، دلت على مشروعيتها، من ذلك:

أولاً: عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: «كنا جلوساً عند النبي صلى الله عليه وسلم، إذ أتيتي بجنازة ليصلي عليها، فقال: «هل عليه من دين؟» فقالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتيتي بجنازة أخرى فقال: «هل عليه من دين؟»، قالوا: نعم، قال: «فصلوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة: عليّ دينه يا رسول الله، فصلى عليه (1).

دل هذا الحديث على جواز الكفالة، وفي دلالة على كفالة الميت المفلس خلاف بين الفقهاء، وفيه حث على أداء الديون قبل الوفاة، لضمان حقوق الدائنين.

والأحاديث في تحمل أبي قتادة دين الميت كثيرة اختلف فيها مقدار الدين، منها:

ثانياً: «عن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة ليصلي عليها فقال: «صلوا على صاحبكم، فإن عليه دين»، قال أبو قتادة: "أنا أتكفل به". فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «بالوفاء؟»، قال: "بالوفاء". وكان الذي عليه ثمانية عشرة أو تسعة عشرة درهماً (2).

وقد ذكر في هذا الحديث لفظ الكفالة فكان صريحاً في الدلالة عليها.

ثالثاً: عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: «توفي رجل فغسلناه وكفناه ثم أتينا النبي صلى الله عليه وسلم فقلنا له: تصلي عليه، فقام فخطى خطى ثم قال: «عليه دين؟» قال: فقيل ديناران، قال: فانصرف، فتحملها أبو قتادة، قال: فأتيته، قال: فقال أبو قتادة الديناران عليّ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «حق الغريم وبرئ منهما الميت». قال: نعم، فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال له بعد ذلك بيوم: «ما فعل

(1) -أخرجه البخاري في الجامع الصحيح، كتاب الكفالة، باب: من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع، ج 2، ص 39. وفي باب الحوالة من نفس الكتاب بلفظ: "...أنه أتى بجنازة ثانية فقالوا يا رسول الله صل عليها، قال: «هل عليه دين؟» قيل: نعم، «فهل ترك شيئاً؟» قالوا: ثلاث دنائير، فصلى عليها، ثم أتيتي بالثالثة، فقالوا: صلي عليها، فقال صلى الله عليه وسلم: «هل ترك شيئاً؟» قالوا: لا، قال: «فهل عليه دين؟»، قالوا: ثلاثة دنائير، قال: «صلوا على صاحبكم». قال أبو قتادة: صل عليها يا رسول الله وعلّيّ دينه. ج 2، ص 38 (مطبعة دار إحياء الكتب العربية).

(2) -أخرجه ابن ماجه في سننه، واللفظ له، كتاب الصدقات (11)، باب: الكفالة (9)، رقم: 2407، ج 2، ص 804. [تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة دار الفكر]. وأخرجه النسائي في السنن، كتاب البيوع، باب: الكفالة بالدين، مج 4، ج 7، ص 317 [دار الكتاب العربي، بيروت].

الديناران؟» قال: إنما مات بالأمس، قال: فعاد إليه الغد، قال: قد قضيتهما، فقال النبي ﷺ: الآن بردت عليه جلده»⁽¹⁾. يستدل من الحديث بمثل ما استدل به من الحديث السابق، ويستدل منه كذلك أن الكفالة لا تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل، وإنما هي ضم ذمة إلى ذمة كما قال الجمهور.

(1) - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في التشديد في الدين، بلفظ «ما عليّ يا رسول الله، فلما فتح الله عليّ رسوله قال: أنا أولى من كل مؤمن من نفسه، فمن ترك ديناً فعليّ، ومن ترك مالا فلورثته»، وليس فيه: «الآن بردت عليه جلده، تحقيق: محمد عبيد الدين عبد الحميد، دار الفكر، دط، رقم: 3343، ج3، ص244. وأخرجه الإمام أحمد في المسند، مسند جابر بن عبد الله، دار الفكر، دط، دت ج3، ص296. وأورده البيهقي في السنن الكبرى، باب: الضمان عن الميت، دار الفكر، دط، دت، ج6، ص75 واللفظ له. وأخرجه الحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، باب: استدلال في أداء الدين، وقال: هذا الحديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي في التلخيص، ج2، ص58 [ضعة مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدر آباد الدكن، الهند]. وأورده أبو بكر الهيثمي في مجمع الزوائد، كتاب البيوع، باب: ما جاء في الدين، وقال إسناده حسن، ج4، ص127. [طبعة مكتبة القدسي، القاهرة، 1353هـ]، قال الألباني في إرواء الغليل: إنما هو حسن فقط، لأن ابن عقيل في حفظه ضعف يسير، ج5، ص248 [إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السنين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ-1985]. وابن عقيل، هو عبد الله بن محمد بن عقيل، روى عن جابر وعن أنس بن مالك وابن عمر وروى عنه الثوري وابن عيينة، قال سفيان: في حفظه شيء، فكرهت أن ألقبه، وقال أبو حاتم الرازي، لين الحديث ليس بالقوي ولا ممن يحتج بحديثه (يكسب حديثه)، وهو أحب إليّ من ثمام بن نجيح. ينظر: ابن أبي حاتم الرازي، الجرح والتعديل، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد الدكن، ط1، مج2، قسم2، ص154.

رابعاً: وهذا الحديث فيه أن علياً عليه السلام هو الذي تكفل دين الميت، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: «كان رسول الله ﷺ إذا أتى بجنّازة لم يسأل عن شيء من عمل الرجل ويسأل عن دينه، فإن قيل عليه دين، كفّ عن الصلاة عليه، وإن قيل ليس عليه دين صلى عليه، فأتي بجنّازة فلما قام ليكبر سأل رسول الله ﷺ أصحابه: «هل على صاحبكم دين؟»، فقالوا: ديناران، فعدل رسول الله ﷺ عنه وقال: «صَلُّوا على صاحبكم»، فقال علي عليه السلام: «هما عليّ يا رسول الله»، فتقدم رسول الله ﷺ فصلى عليه ثم قال لعليّ: «جزاك الله خيراً، فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك، إنه ليس من ميت يموت وعليه دين إلا وهو مرهّن بدينه، ومن فك رهان ميت فك الله رهانه يوم القيامة»⁽¹⁾.

(1) -أورده الإمام البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الضمان، باب: وجوب الحق بالضمان، والنظ له، ج6، ص73. وقال: إسناده ضعيف. وأورده الدار قطني في سننه، ج3، دار عالم الكتب، بيروت، ط2، 1403هـ. 1982م رقم: 194، ص46-47، وفي سننه عطاء بن عجلان أبو محمد الخنفي البصري، روى عن أنس بن مالك. قال يحيى بن معين: عطاء بن عجلان كوفي ليس حديثه بشيء، كذاب. وقال أبو حاتم: عطاء ضعيف الحديث منكر جداً، مثل أنان بن أبي عياش وذا الضرب وهو متروك الحديث، وقال البيهقي: عطاء بن عجلان ضعيف، والروايات في تحمل أبي قتادة دين ميت أصح. ينظر: ابن أبي حاتم الرازي، الجرح والتعديل، مج3، ق1، ص336. المزي، جمال الدين: تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1413هـ-1992م، مج20، ص96-97. البيهقي: السنن الكبرى، مج6، ص72. ورواية البيهقي في سننها: عطية بن سعد العوفي، وعبيد الله بن الوليد الوصافي، أما عبيد الله الوصافي قال ابن أبي حاتم روى عنه عيسى بن يونس، وقال أبو طالب عن أحمد بن حنبل ليس بمحكم الحديث، يكتب للمعرفة، قال أبو حاتم: ضعيف، وقال أبو زرعة: كوفي ضعيف. وأما ابن سعد فهو عطية بن سعد العوفي، كوفي روى عنه أبو سعيد الخدري وأبو هريرة وابن عباس وغيرهم، قال أحمد هو ضعيف الحديث، سأل ابن أبي حاتم أباه عنه فقال: ضعيف الحديث يكتب حديثه وأبو نضرة أحب إليّ من عطية، وقال أبو زرعة: كوفي لين. سئل يحيى بن معين عن حديث عطية فقال: صالح، قال الحافظ المزي: وقد روى عنه جماعة من الثقافة ولعطية عن أبي سعيد الكلبي أحاديث عدد وعن غير أبي سعيد، وهو مع ضعفه يكتب حديثه، وكان يعد من شيعة أهل الكوفة. ويبدو أن سبب تضعيف حديثه أنه كان يأتي الكلبي فيأخذ عنه التفسير كما جاء في الجرح والتعديل، فعد بذلك من الشيعة، قال ابن سعد: كان ثقة إن شاء الله، وله أحاديث صالحة ومن الناس من لا يحتج به. ينظر: ابن حاتم الرازي: الجرح والتعديل، مج2، ق2، ص336. الحافظ المزي: التهذيب، ج19، رقم: 3694، ص148-202. ابن سعد، محمد: طبقات الكبرى. تحقيق: محمد عبد القادر الأرنؤوط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1410هـ-1990، ج6، ص305. ابن الملقن. سراج الدين: البدر المنير في ترحيب الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، تحقيق: مجدي ابن السيد بن أمين وعبيد، دار الفجر، الرياض، ط1، 1425هـ-2004م، مج6، ص711-712.

ملاحظة: وقع في الروايات عن كفالة أبي قتادة دين الميت اختلاف في مقدار الدين، ففي رواية جابر. ديناران. وفي رواية سلمة عند البحاري: ثلاثة دنانير، ووقع عند ابن ماجه أن الدين ثمانية عشرة درهم أو تسعة عشرة، وجمع ابن حجر

خامسا: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالرجل الميت عليه الدين، فيسأل: «هل ترك لدينه من قضاء؟» فإن حدث بأنه ترك وفاء صلى عليه، وإلا قال: صلوا على صاحبكم، فلما فتح عليه الفتح، قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فقمين توفي وعليه دين فعليّ قضاءه ومن ترك مالا فلورثته»⁽¹⁾. وفي الحديث دلالة على جواز الكفالة كذلك.

سادسا: عن ابن عباس أن رجلا لزم غربا له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ، فقال: «ما عندي شيئا أعطيكه»، فقال: «لا والله لا أفارقك حتى تقضيبي أو تأتيني بخميل»، فجره إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال له النبي ﷺ: «كم تستنظره»، فقال: شهرا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «فأنا أحمل به»، فجاءه في الوقت الذي قال النبي ﷺ، فقال له: «من أين أصبت هذا؟»، قال: من معدن، قال له رسول الله ﷺ: «لا خير فيها» وقضاها عنه⁽²⁾.

دلّ هذا الحديث على جواز الكفالة، كما دلّ على ملازمة الغريم ومنعه من التصرف إلى أن يؤدي ما عليه، وفيه دلالة كذلك على أن الحق بقيّ في ذمته بعد التحمل حتى أكد عليه مقدار الاستنظار⁽³⁾.

سابعا: عن أبي أمامة الباهلي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله قد أعطى كل

¹ - العسقلاني بين هذه الروايات، بأنهما كانا دينارين وشرط، فمن قال: ثلاثة، جبر للكسر، ومن قال ديناران ألعاد، أو كان أصلهما ثلاثة فوق قبل موته دينارا وبقي عليه ديناران، فمن قال ثلاثة فباعته الأصل، ومن قال اثنان فباعته ما بقي، ومن قبل ثمانية عشر، وهذا دون الدينارين فقد وقع في مختصر المزني درهمين، فيجمع المقداران إن ثبت بالتعدد. ينظر: ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني: فتح الباري، دار المعرفة، بيروت، دط، دت، ج4، ص468. المزني، أبو إبراهيم إسماعيل ابن يحيى: المختصر في فقه الشافعية، دار كتاب الشعب، دط، دت، ج2، ص227.

⁽¹⁾ - أخرجه مسلم في الصحيح، كتاب الفرائض (23)، باب: من ترك مالا فلورثته (4)، ج3، رقم: 1619، ص1237 [تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، دط، دت].

⁽²⁾ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب: استخراج المعادن، بزيادة "من أين أصبت هذا الذهب"، ج3، ص240 وأخرجه ابن ماجه في سننه، واللفظ له، كتاب الصدقات (11)، باب: الكفالة (9)، ج2، رقم: 2406، ص804. وأورده البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الضمان، باب: ما يستدل به على أن الضمان لا ينقل الحق بل يزيد في محل الحق، فيكون لرب المال أن يأخذها وكل واحد منهما، ج6، ص74. قال في إرواء الغليل: وهذا إسناد صحيح، رجاله رجال الصحيح، ج5، ص247.

⁽³⁾ - البيهقي: السنن الكبرى، ج6، ص74.

ذي حق حقه، فلا وصية لوارث، ولا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها، قيل: رسول الله، ولا الطعام؟ قال: «ذلك أفضل أموالنا»، ثم قال: «العارية مؤداة والمنحة مردود: والدين مقضي، والزعيم غارم»⁽¹⁾. والزعيم هو الكفيل، وفي هذا الحديث دلالة على أن الكفيل يغرم عن الأصيل الدين إذا لم يود هذا الأخير ما عليه في وقته.

ثالثاً: من آثار الصحابة

أولاً: عن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه عن عمر رضي الله عنه، بعته مصدقاً، فوقع رجل على جارية امرأته، فأخذ حمزة من الرجل كفلاء حتى قدم على عمر، وكان عمر قد جلدته مائة جلد، فصدقهم وعذرهم بالجهالة⁽²⁾.

ثانياً: قال جرير والأشعث لعبد الله بن مسعود في المرتدين استتبههم وكفلهم فتأبوا

(1) - أخرجه أبو داود في سننه، واللفظ له، كتاب البيوع، باب: في تضمين العارية، رقم: 3565. ج 3. ص 295 وأخرجه الترمذي في سننه، دون "المنحة مردودة"، أبواب البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة، قال: وفي الباب عن سمرة وصفوان بن أمية وأنس وحديث أبي أمامة حديث حسن. دار الفكر، بيروت، ط 2، 1403هـ - 1983م. ج 2. ص 362، رقم: 1885. وأخرجه ابن ماجه في سننه، "دون العارية مؤداة"، كتاب الصدقات، باب: الكفالة، رقم: 2405، ج 2، ص 804. وأخرجه الإمام أحمد في المسند، مسند أبي أمامة، ج 5، ص 267. وأورده الدار قطني في سنن كتاب البيوع، رقم: 166، ج 3، ص 40-41. وأورده البيهقي في السنن الكبرى، كتاب العارية. باب: العارية مؤداة، ج 6، ص 88. وأورده عبد الرزاق الصنعاني، في المصنف كتاب البيوع، باب: العارية، رقم: 14796. ج 8. ص 181 [تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، منشورات المجلس العلمي، دط، دت]. وفي إسناده إسماعيل بن عياش الحمصي. وقد روى هذا الحديث عن شرحبيل ابن مسلم الخولاني الشامي، سأل ابن أبي حاتم الإمام أحمد عنه فقال: في روايته عن أهل العراق وأهل الحجاز بعض الشيء، وروايته عن أهل الشام كأنه أثبت وأصح. وسئل يحيى بن معين فقال: ليس به بأس، وقال أبو حاتم: هو لين. وقال أبو زرعة: صدوق، إلا أنه غلط في حديث الحجازيين والعراقيين. قال الألباني: وهذا الحديث عن (أي الشاميين)، فإن شرحبيل ابن مسلم شامي، لكن فيه لين، فالإسناد حسن، ولذلك قال الترمذي: حديث حسن غريب. ينظر: ابن أبي حاتم، الجرح والتعديل، مج 1، ق 1، رقم 650، ص 191. الألباني: إرواء الغليل، ج 5، ص 245.

(2) - أخرجه البخاري في الجامع الصحيح (في ترجمة الباب)، كتاب الكفالة، باب: الكفالة في القرض والديون بالأندان وغيرها، مج 1، ص 38. واللفظ له والقصة كاملة ذكرها السندي في حاشيته على الصحيح فقال: وأصه بعته مصدقاً فإذا رجل يقول لامرأته أذ صدقة مال مولاك، وإذا المرأة تقول: بل أنت، فأذ صدقة مال ابنتك، فسأل حمزة عن أمرها وقوفها. فأخبر أن ذلك الرجل زوج تلك المرأة، وأنه وقع على جارية لها فولدت له ولدا فاعتقته المرأة، قالوا فهذا المان لابنه من الجارية، قال حمزة للرجل، لأرجنك بأحجارك، فقيل له: إن أمره رفع إلى عمر فجلده مائة جلد، ولم ير عليه رجماً، فأخذ حمزة من الرجل كفيلاً فصدقهم وعذرهم بالجهالة. وقد رد ابن حزم هذا الأثر لأنه عن عبد الرحمن بن أبي الزناد وهو ضعيف، قال أحمد: مضطرب الحديث، وقال يحيى بن معين: ليس ممن يحتج به أصحاب الحديث. وليس بشيء. وقال أبو حاتم: يكتب حديثه ولا يحتج به. إلا أن في الأمر تفصيلاً: قال ابن المنيني: ما حدث بالندية، فهو صحيح. وما حدث

وكفلهم عشائرهم⁽¹⁾.

وفي هذه الآثار دليل على جواز الكفالة بنفس من عليه الحد، قال ابن حجر: «أخذ البخاري الكفالة بالأبدان في الديون من الكفالة بالأبدان في الحدود بطريق الأولى»⁽²⁾.

رابعا: من المعقول

أما عن ثبوت مشروعية الكفالة من المعقول، فلأنها باب من أبواب الخير والمعروف، فتحوز قياسا على العارية والقرض، وغيرها من أبواب المعروف، ولأن فيها توثيقا بالحق لصاحبه فهي جائزة قياسا على الرهن⁽³⁾.

= ببغداد أفسده البغداديون، ورأيت عبد الرحمن يعني ابن مهدي خطط على أحاديث عبد الرحمن بن أبي الزناد، وكان يقول في حديثه من مشيختهم ولقنه البغداديون عن فقهاءهم عددهم فلان وفلان وفلان. وقال يعقوب بن شيبة: ثقة صدوق، وفي حديثه ضعف. ولعله ما حدث ببغداد، وعن موسى بن سلمة أنه سأل مالك أني قدمت لأسمع العلم وأسمع من تأمري به، فقال: عليك بابن أبي الزناد. وقال ابن معين: أثبت الناس في هشام بن عروة عبد الرحمن بن أبي الزناد. ينظر: الحافظ المزني: التهذيب، ج 17، ص 98-99. ابن أبي حاتم الرازي: الجرح والتعديل، مج 2، ق 2، رقم 1201. ص 252. ابن حزم: المحلى، ج 8، ص 121.

⁽¹⁾-أخرجه البخاري في الجامع الصحيح، كتاب الكفالة، باب: الكفالة في القرض والديون والأبدان (في ترجمة الباب دون إسناده)، مج 1، ج 2، ص 38. والقصة كاملة عند البيهقي: روى إسحاق السبيعي عن حارثة بن مضرب قال: صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة فذكر قصة ابن النواحة وأصحابه وشهادتهم لمسيمة الكذاب بالرسالة، وأن ابن مسعود أمر بقتل ابن النواحة ثم إنه استشار الناس في أولئك نفر فقام: جرير والأشعث فقال: استتيبهم وكفلهم عشائرهم فاستتابهم فتابوا وكفلهم عشائرهم. ورد ابن حزم هذا الأثر لأن فيه إسرائيل وهو ضعيف. قال أحمد: إسرائيل عن أبي إسحاق فيه لين، سمع منه بأخرة [في آخر حياته]، وقال في موضع آخر: إسرائيل كان يؤدي ما سمع، كان أثبت من شريك، كما أنه كان صاحب كتاب. ووثقه ابن معين، فقال: إسرائيل فوق أبو بكر بن عياش وقال: ثقة، وقال: أبو حاتم: إسرائيل ثقة متقن من أتقن أصحاب أبي إسحاق. ينظر: البيهقي: السنن الكبرى، ج 6، ص 77، ابن حزم: المحلى، ج 8، ص 121. ابن أبي حاتم: الجرح والتعديل، مج 41، ق 1، ص 330-331.

⁽²⁾-فتح الباري، ج 4، ص 470.

ابن حجر: أحمد بن علي بن محمد الكناي العسقلاني، شهاب الدين أبو الفضل، أصله من عسقلان من فلسطين، مولده ووفاته بالقاهرة، ولع بالأدب والشعر ثم أقبل على الحديث، رحل إلى اليمن والحجاز وغيرها لسماع الشيوخ، من مصنفاته: الدرر الكامنة لأعيان المائة الثامنة، لسان الميزان بلوغ المرام وغيرها توفي سنة 852. ينظر: السخاوي. محمد بن عبد الرحمن: الضوء اللامع، لأهل القرن التاسع، دار مكتبة الحياة، بيروت، دط، دت، ج 1، ص 36. الزركلي: الأعلام، ج 1، ص 174.

⁽³⁾-القرافي، محمد بن إدريس: الذخيرة، تحقيق: محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت. ط 1. 1994م. ج 9. ص 191.

المبحث الثاني: التكيف الشرعي لعقد الكفالة والحكمة والباعث من تشريعها

المطلب الأول: التكيف الشرعي لعقد الكفالة

عقد الكفالة أو الضمان من عقود التوثيق من حيث غايته ومآله، وهو من القواعد التي تطبق على الأموال، وتعرف عند فقهاء القانون الوضعي بعقود التأمينات الشخصية، حيث يعتمد صاحب الحق إلى مثل هذه العقود لضمان حقه أو دينه⁽¹⁾.

أما من ناحية تبادل الحقوق بين أطراف العقد، فإنها عقد التزام من جانب واحد، يتم بإرادة منفردة فيه معنى التبرع، فلا يلزم إلا الكفيل وحده، ولا يترتب عليه إلزام المكفول له ولا المكفول عنه، وإن كان يكسب المكفول له حق مطالبة الكفيل والمكفول عنه خلافاً لابن حزم الذي قرر أن الكفالة نقل للحق فقط، وليست ضمناً للذمة إلى ذمة أخرى، فلا يطالب الأصيل بالدين. وتكون الكفالة على رأي الجمهور من العقود اللازمة بحق أحد الطرفين فقط، أي بالنسبة للكفيل⁽²⁾.

ويمكن أن تعد الكفالة من العقود التي تحوي معنى التبرع ابتداءً، والمعاوضة انتهاءً، وهذا إن كانت بأمر المدين، كأن يقول للكفيل أكفل عني لفلان، فيكون الكفيل متبرعاً بالتزام أداء الدين عن المدين بادئ الأمر، فإذا طُلب بدفعه ثم أراد الرجوع على المدين بنظير ما دفع عنه، فإنه يصير عقد معاوضة انتهاءً، وهذا معنى قول الحنفية «لكونها بالأمر معاوضة انتهاءً»⁽³⁾.

والكفالة كعقد من عقود التوثيق لها شبه بنوعين من العقود كذلك، عقود التملك والمعاوضة؛ لأن فيها تملكاً لما في ذمة المدين لذمة الكفيل، وأيضاً كونها بالأمر معاوضة انتهاءً، ولها شبه بعقود التبرع كالنذر، فلا يقصد بها سوى ثواب الله ورفع الضيق، فيحوز فيها التعليق والتأقيت والاشتراط والجهالة غير الفاحشة، لذلك اختلف الفقهاء في هذه المسائل، فمن رأى

(1) - ماجد أبو رحية: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م، ج1، ص424.

(2) - ابن حزم: المحلى، ج8، ص111. الحنفية: الضمان في الفقه الإسلامي، ص205.

(3) - ابن عابدين، محمد أمين: حاشية رد المختار على الدر المختار، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي محمد معوض. دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423هـ-2003م، ج7، ص552. الزوقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص579.

أن لها شبه قويا بعقود التمليك والمعاوضة كالبيع، منع التعليق والتقييد، ومن رأى أن لها شبهها بعقود التبرع أجاز فيها ما يجوز في تلك العقود.

المطلب الثاني: الحكمة من تشريع الكفالة

لما كان الدين من أعظم المعاملات وأكثرها جدلا، ولا بد منه للحاجة⁽¹⁾، أكد الشارع الحكيم على ضرورة الحفاظ على حقوق الدائنين تحرزا من ضياعها، فكانت طرق التوثيق الثلاثة وهي: الإشهاد، والكتابة، والرهن وسيلة لذلك. ومبنى الدين التبرع أول الأمر، فالدائن تبرع بإقراض المدين، فحق على الطرف المستفيد رد جميل الدائن بأن يضمن الدين ويحاول إيفاءه، والكفالة كعقد توثيق فيها من الحكم والمقاصد والمحاسن ما لا يخفى؛ إذ فيها إظهار الشفقة ومراعاة الأخوة ببذل الذمة ليضمها إلى الذمة⁽²⁾، وتفريغ الكرب عن الطالب صاحب الحق الخائف على ماله، والمطلوب الخائف على نفسه وماله، حيث كفيا مؤنة ما أهمهما، ولما كانت من الأفعال العالية حتى اعتنى الله تعالى بها حيث قال: ﴿وَحَقْلَهَا زَحْوِيًّا﴾ [آل عمران: 37]، فتضمنت الامتنان على مريم، وسمي نبي بذي الكفل لما كفل جماعة من الأنبياء. وذلك كله تقربا إلى الله، فكان له حظ من الأجر⁽³⁾.

وتحقق الكفالة كلية من كليات الشريعة، وهي حفظ المال، وتضمن جرايان مقصد من المقاصد وهو مقصد الرواج، وهو عبارة عن دوران المال بين أيدي أكثر ما يمكن من الناس بوجه حق، قال ابن عاشور: «وهو مقصد عظيم شرعي، دلّ عليه الترغيب في المعاملة بالمال وشروعية التوثيق في انتقال الأموال من يد إلى أخرى»⁽⁴⁾، فالكفيل حين التزم أداء ما في ذمة المدين يكون محققا لهذا المقصد؛ إذ لم يبق المال في يد الأصيل وحده، وكان للمكفول وحده مطالبة من شاء منهما.

وتحقق الكفالة مقصدا آخر كذلك، وهو مقصد الوضوح ومعناه إبعاد الأموال عن

(1)- الدهلوي، شاه ولي الله ابن عبد الرحيم: حجة الله البالغة، دار المعرفة، بيروت، دط، دت، ج2، ص113.

(2)- البخاري، محمد بن عبد الرحمن: محاسن الإسلام، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، دت، ص42.

(3)- ابن الهمام، كمال الدين: شرح فتح القدير على الهداية، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ج7، ص162 تنصرف. البخاري: محاسن الإسلام، ص44.

(4)- ابن عاشور، محمد الطاهر: مقاصد الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، دط، دت، ص175، قال: «والمقصد الشرعي في الأموال كلها خمسة أمور: رواجها، ووضوحها، وحفظها وثباتها، والعدل فيها».

الضرر والتعرض للخصومات بقدر الإمكان⁽¹⁾، وهذا جار في أنواع عقود التوثيق، وتحقق مقصدا آخر وهو إثبات الأموال لأصحابها، ويقصد به تقررها لهم بوجه لا خطر فيه ولا منازعة.

ومن المقاصد المهمة مقصد العدل، وهو أسمى المقاصد وأعلاها، فمراعاة العدل حفظ لمصالح العامة ودفع للاضرار، كما أنه نتيجة محصلة للمقاصد السابقة⁽²⁾.

المطلب الثالث: الباعث على الكفالة

الفرع الأول: مفهوم الباعث في الفقه الإسلامي

وضع الشارع الحكيم لكل عقد غاية ومقصدا، وهذه الغاية هي التي يجب أن يهدف إليها المتعاقدان، فالفقه الإسلامي يتجه إلى تحقيق مقاصد أساسية وأحكامه لم تنشأ تحكما لمجرد إخضاع المكلفين لسلطان التكليف، ولا عبثا، بل شرعت لمعاني ومصالح دينية واجتماعية وأخلاقية واقتصادية. وهو يقرر مبدأ الرضائية في العقود؛ أي أن كل من الإيجاب والقبول يحققان أثرهما دون توقف على الإجراءات الشكلية، فكان هذا المبدأ هو الأصل الذي يدور عليه إبرام العقود. والنتيجة الطبيعية للفقه الذي يعتمد الغايات في تشريعه، ألا يكفي بمشروعية التصرف في الظاهر دون النظر إلى ما يهدف إليه المتعاقدان من غايات قد تتفق مع المصلحة التي من أجلها شرع التصرف أو تناقضه⁽³⁾، ومن هنا كان لزاما أن يكون قصد المكلف موافقا لقصد الشارع في التكليف⁽⁴⁾. لأن الدافع غير الشرعي هادم للقصد الشرعي ومفوت للمصالح التي تقررت من أجلها الحقوق، ومن هنا نشأت نظرية الباعث أو الدافع⁽⁵⁾.

ومن القواعد الكبرى التي كانت أصلا لهذه النظرية في الفقه الإسلامي: أصل نظر في مآلات الأفعال، وما تفرع عن هذا الأصل من قواعد: قاعدة سد الذرائع، وقاعدة

(1)- ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، ص180.

(2)- المرجع نفسه، ص181.

(3)- حليلة، آيت حمودي: نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحدائق، بيروت، ط1، 1986، ص24 فما بعدها بتصرف.

(4)- الشاطبي، أبو إسحاق اللخمي: الموافقات في أصول الأحكام، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، دط، دت، ج2، ص114.

(5)- فتحي الدريبي: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1404هـ-1984م، ص223.

الاستحسان، والحيل، ومراعاة الخلاف⁽¹⁾.

«أما عن تعريف الباعث، فقد تطرق إليه الدكتور فتحى الدريني عندما تكلم علن المصالح وكونها معتبرة في الأحكام: قال: «إذا كان قصد الشارع بتشريعه الحقوق، تحقيق مقاصدها، وجب أن يكون قصد المكلف في استعمال الحق موافقا لقصد الله في التشريع، وإلا كان مناقضا لقصد الشارع... ومن هنا نشأت نظرية الباعث أو الدافع الذي يحرك الإرادة إلى التصرف لتحقيق أغراض غير مشروعة تحت ستار الحق، وعلى أساسها أبطلت الحيل»⁽²⁾. وقد أشار إليه الإمام الشاطبي في باب الحيل قال: «التحليل بوجه سائغ مشروع في الظاهر وغير سائغ، على إسقاط حكم أو قلبه إلى حكم آخر بحيث لا يسقط أو لا ينقلب إلا مع تلك الوسيلة فتفعل ليتوصل بما إلى ذلك الغرض المقصود مع العلم بكونها لم تشرع له»⁽³⁾.

والباعث في العقود يستخلص من صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة، وهو إما أن يذكر صراحة فيعرف الدافع للتعاقد، فإن كان مشروعاً فالعقد صحيح، وإن كان غير مشروع فالعقد باطل، وقد يستخلص الباعث من طبيعة المحل؛ فإذا كانت طبيعة المحل يستدل بما أن السبب الذي دفع إلى التعاقد غير المشروع بطل العقد، وقد يتميز الباعث عن المحل فيكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الباعث غير المشروع في العقود وتطبيقاته على الكفالة

تقدم في تعريف الباعث أنه ما أدى إلى غرض غير الأغراض التي شرع من أجلها، ولقد تباينت المذاهب الفقهية في الاعتداد بالباعث غير المشروع، فهم متفقون على إبطال التصرفات إذا كان الباعث عليها غير مشروع، وإنما الخلاف في المناط⁽⁵⁾، أو طرق الاستدلال على الباعث، فالحنفية لا يعتدون به إلا إذا نصّ عليه في صيغة العقد أو أمكن استخلاصه من طبيعة المحل، فلم يجيزوا الإجارة لأجل المعاصي، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد، وإذا كان

(1)- الشاطبي: الموافقات، ج 4، ص 222 فما يليها.

(2)- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ص 223.

(3)- الشاطبي: الموافقات، ج 2، ص 264.

الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي، فقيه وأصولي ومفسر ومحدث، أخذ عن الشريف التلمساني وابن لب وابن مرزوق الخطيب وغيرهم. رغبه أخذ ابن عاصم وغيره، من مؤلفاته: الاعتصام، الموافقات، المجالس، الإفادات. توفي 790هـ. ينظر: مخلوف: شجرة النور الزكية، رقم 828، ص 231.

(4)- السنهوري، عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مقارنة بالفقه الغربي، دار الفكر، ط 4، ص 55-56.

(5)- حليلة، آيت حمودي: تعريف الباعث، ص 219.

المحل في ذاته مشروعاً كان العقد صحيحاً، فكون المشتري حمراً - إذا أراد الشراء العنب أو الشعير - قرينة قوية في الدلالة على الباعث، وهو اتخاذ حمراً، ومع ذلك لا يلتفت إليه، أما السلاح وإن كان في ذاته ليس بمعصية، إلا أنه تعين طريقاً لذلك، خاصة إذا بيع وقت الفتنة، فكان دليلاً على الباعث⁽¹⁾.

ومنع المالكية البواعث غير المشروعة، سواء كانت في التصرفات أو العبادات، فمثلاً أبطلوا بيع العنب لمن يتخذه حمراً، أو بيع آلات الحرب وقت الفتنة، فإذا كان العاقد عالماً بذلك، يفسخ العقد، وإن لم يعلم يصح معه، لذلك منعوا بيوع الآجال التي يقصد بها تحقيق الربا⁽²⁾. ولا يعتد بالباعث غير المشروع عند الشافعية إلا إذا ظهر في العقد صراحة، فقد نص الشافعي على كراهة بيع العنب لمن يتخذه حمراً، دون أن ينتقض العقد⁽³⁾، وذهب الحنابلة إلى الاعتداد بالباعث غير المشروع وإن لم تتضمنه صيغة العقد وعلم بالقرائن التي تدل عليه، إلا إذا كان أمراً محتملاً كمن لم يعلم حاله ولم يلفظ في صيغة العقد فيصح؛ إذ القصد روح العقد، ولأن اعتبار النيات أولى من اعتبار الألفاظ، وكذلك الظاهرية⁽⁴⁾، فإنهم يفسحون العقود التي تتخذ وسيلة إلى غاية غير مشروعة ويشترطون علم المتعاقد الآخر به.

-تطبيقاته على الكفالة: يعد عقد الكفالة من عقود التوثيق التي تحمل معنى التبرع، فهي تصرف يلتزم الكفيل فيه بأداء ما على الأصيل من التزامات، فهو عقد مجرد إلى أبعد مدى، إذ لا يستطيع الكفيل أن يحتج على الدائن في حالة كان الباعث على الالتزام الذي كفل به غير مشروع، وبناء عليه فإن جمهور الفقهاء لا يعتدون بالباعث غير المشروع في الكفالة، جاء في المبسوط: «إذا كفل رجل ما لرجل بألف درهم بأمره ثم غاب الأصيل، فادعى الكفيل أن الألف من مثنى الخمر، فإنه ليس بخصم في ذلك، لأنه التزم المطالبة بكفالة صحيحة، والمائل يجب على الكفيل بالتزامه الكفالة وإن لم يكن واجبا على الأصيل»⁽⁵⁾. وذهب ابن القاسم إلى

(1) - الزيلعي، فخر الدين: تبين الحقائق شرح كتر الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دت، ج5، ص125.

(2) - عليش، محمد: منح الجليل، دار صادر، دط، دت، ج1، ص469. ابن رشد، أبو الوليد محمد: المقدمات، دار الفكر، دط، دت، ج3، ص181. ابن جزري، محمد بن أحمد: القوانين الفقهية، طبعة تونس، 1344هـ - 1926م، ص250-251.

(3) - النووي، محيي الدين: المجموع شرح المذهب، دار الفكر، دط، دت، ج9، ص353.

(4) - ابن قدامة، شمس الدين: الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ - 1983م، ج4، ص40-41.

(5) - السرخسي: المبسوط، ج20، ص85.

بطلان الكفالة بالمحل الفاسد، لأنها كانت يباعث غير مشروع استخلص من الخمر، في حين رآها غيره من المالكية لازمة⁽¹⁾، وذهب الشافعية مذهب الحنفية بناء على أصلهم السابق أن الباعث غير المشروع لم يذكر صراحة في صيغة العقد لا يعتد به، وعقد الكفالة من العقود القائمة بإرادة منفردة، فقد يعلم وقد لا يعلم السبب إلى التعاقد بادئ الأمر.

وخالف الحنابلة لأنهم أبطلوا كل عقد أو التزام تبين أن الباعث عليه أمر محظور محرم، سواء تضمنته الصيغة أم كان أمرا باطنيا معنويا؛ لأنه اتخذ وسيلة إلى محظور، وفي تصحيحه إعانة على المعصية، جاء في الشرح الكبير: «ولو ضمن ذمي لذمي خمرًا، فأسلم المضمون له أو المضمون عنه برئ هو والضامن معا، لأنه برئ من الخمر الذي ضمن عنه، إذ لا يجوز وجوب خمر على مسلم، وإذا برئ المضمون عنه برئ الضامن لأنه فرعه، وإذا أسلم المضمون له برئ أيضا لأن ليس للمسلم المطالبة بثمن الخمر لكونه لا قيمة له في الإسلام»⁽²⁾.

فهذا النص يدل على أن الكفالة تبطل إذا كانت بثمن الخمر، فالباعث غير المشروع استدل عليه من محل الكفالة.

خلاصة: يستخلص مما سبق، أن الحنفية والشافعية لا يعتدون بالباعث غير المشروع إلا إذا صرح به أي تضمنته الصيغة صراحة أو دل عليه محل العقد دلالة واضحة؛ وهو ما يسمى بالإرادة الظاهرة⁽³⁾، أما في الكفالة فلا يعتد بالباعث سواء كان ظاهرا أم باطنا، لأن الكفالة تصرف مجرد مباين لعقود المعاوضات المبنية على التراضي، فلا يلزم الكفيل إلا ما ترتب عليه من التزامات دون أن يحتج على المدين بأن الباعث كان غير مشروع، أما المالكية فهم يعتدون بالباعث غير المشروع في حالة علم المتعاقد به، ونجدهم في عقد الكفالة يصححون التزام

(1)-الونشريسي، أحمد بن يحيى: المعيار العرب، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، دط. 1401هـ-1981م، ج5، ص169.

جاء في البيان والتحصيل: «سألته عن نصراني سلف نصرانيا خمرًا أو خنازير، وتحمل له نصراني بالخمر والخنازير، فأسلم الخميل، وأعدم الذي عليه الحق، قال: فليس على الخميل الذي أسلم شيء، ويتبع النصراني غريمه النصراني. قال ابن القاسم: وكل جمالة كان أصل شرائها حرام فليس على المتحمل مما تحمل شيء». ابن رشد، أبو الوليد محمد: البيان التحصيل، تحقيق: محمد لعرايشي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1408هـ-1988م، ج11، ص334.

(2)-ابن قدامة، شمس الدين: الشرح الكبير، ج5، ص74.

(3)-السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، ص55.

الفصل التمهيدي: ماهية الخفالة

الكنيل على خلاف بينهم، ويظهر جليا أن نظرية الباعث غير المشروع عند الخنابلة في الكفالة وغيرها من العقود بارزة جدا، إذ لم يميزوا التعاقد إذا كانت الدوافع والنيات مخالفة لمقاصد الشرع، فإن كان المحل صحيحا ولكنه يؤدي إلى غاية غير مشروعة بطل العقد.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الفصل الأول:

أركان الكفالة وأقسامها

المبحث الأول: أركان الكفالة

المبحث الثاني: أقسام الكفالة

جامعة الأمير
علاء الدين للعلوم الإسلامية

المبحث الأول: أركان الكفالة

تمهيد

أركان كل عقد ما لا يتحقق إلا بها، على معنى أنه إذا لم يوجد ركن منها فلا عقد، وكل عقد لا يتحقق إلا بتوفر ثلاثة أركان: العاقدان، وهما الطرفان اللذان يصدران الإيجاب والقبول، والمحل الذي يرد عليه العقد، والصيغة الدالة على العقد، لأنه لا وجود للمدلول إلا إذا وجد ما يدل عليه⁽¹⁾.

وعقد الكفالة يحوي الأركان الآتية: أطراف ثلاثة وهم: الكفيل، والأصيل وهو المدين، والمكفول له وهو الدائن، والمحل وهو المكفول به، وقد يكون ديناً أو نفساً أو عيناً، والصيغة. وهذا في اصطلاح الجمهور⁽²⁾، أما الحنفية فركن الكفالة عندهم هو الصيغة فقط أو الإيجاب والقبول⁽³⁾، أما بقية العناصر فليست من الأركان عندهم.

وسأدرس في هذا المطلب صيغة الكفالة أولاً، مبينة شرائطها وأحوالها، ثم أتبعه بأطراف الكفالة، وأخيراً محلها.

المطلب الأول: الركن الأول: الصيغة شروطها وأحوالها

الفرع الأول: آراء الفقهاء فيما تتم به صيغة الكفالة

من المعلوم أن الصيغة في عقود المعاوضات تتم بإيجاب وقبول من طرفي العقد، إلا أنه وقع خلاف في عقد الكفالة، الذي يعد عقد توثيق، وذلك لدخول طرف ثالث، والتزامه أداء الدين، فهل يعد إيجابه كافياً لإمضاء العقد وتمامه، باعتباره متبرعاً بالالتزام؟

اتفق الفقهاء على أنه لا يشترط رضی الأصيل أو المكفول عنه؛ لأنه لو قضى الدين عنه

(1) - بهرمان، أبو العينين بدران: تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت، دط، دت، ص 368.

(2) - المواقف، عبد الله محمد بن يوسف: التاج والإكليل، دار الفكر، بيروت، ط3، مج5، ص96. الرملي: نهاية المحتاج، ج4، ص433.

(3) - الكاساني، علاء الدين: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، ج7، ص384.

الفصل الأول، أركان الكفالة وأقسامها

بغير إذنه ورضاه صح فكذلك إذا كفل عنه⁽¹⁾. وخالفهم الإباضية لأنه إذا كان لا يلزم الإنسان قبول هبة ولو لم تكن للثواب، ولا قبول ترك الحق الذي عليه، فأولى أن لا تثبت الكفالة عنه إلا إن أجازها⁽²⁾.

أما المكفول له أو الدائن، فقد اختلف الفقهاء في الاعتداد برضاه وقبوله على قولين

كآلآتي:

القول الأول: وهو لأبي حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني وأبي يوسف في القول الأول له⁽³⁾، والإباضية⁽⁴⁾، أن الكفالة تتم بإيجاب يصدر من الكفيل وقبول يصدر من المكفول له وهو الدائن.

واشترط أبو حنيفة حضور الطالب أو المكفول له مجلس العقد⁽⁵⁾، واستثنى حالة واحدة تجوز فيها الكفالة دون قبول من الدائن، وهي حالة المريض مرض الموت، وذلك إذا قال لورثته: اكفلوا عني مالي لغرمائي؛ لأن المريض مرض الموت قد تعين الدين في ماله، فصار بمنزلة الأجنبي عنه، ثم إنه يُعد من باب الوصية لا الكفالة⁽⁶⁾.

الأدلة:

استدل أبو حنيفة لما ذهب إليه، بأن الكفالة عقد يملك به المكفول له حق مطالبة الكفيل، وإذا كانت كذلك وجب قبوله وحضوره في المجلس، فلم تكن التزاما محضاً، وإنما هي كالبيع فيها معنى التمليك⁽⁷⁾.

الرد: رد ابن حزم على استدلال أبي حنيفة السابق، بأن الكفالة عنده نقل للدين، فليس فيها بيع أصلاً، ورد الجمهور أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة، فهي عقد تبرع وليست من عقود

(1)- ابن قدامة، موفق الدين: المغني، ج5، ص71، المطيعي، بجيت: تكملة المجموع شرح المهذب، ج14، ص13. ابن حزم: المحلى، ج8، ص111.

(2)- أطفيش: شرح كتاب النبل، ج9، ص423.

(3)- ابن عابدين: حاشية رد المختار، ج5، ص555. الكاساني: البدائع، ج7، ص389.

(4)- أطفيش: شرح كتاب النبل، ج9، ص413.

(5)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص201.

(6)- الكاساني: البدائع، ج7، ص389.

(7)- المرغيناني: الهداية، ج7، ص202. الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص202.

التمليك، وردّ كذلك على اشتراط حضور المكفول له مجلس العقد بتناقض الحنفية لما أجازوا نكاح الصغيرة بغير محضرها، وأجازوا كفالة ذنن المريض بغير محضر صاحب الحق. فالكفالة ليست عقد على المكفول له، وإنما هي على الكفيل وحده، وإن لم يرض الدائن لم يلزمه إلا بأن يوفيه من حقه، أخذه منه أو تركه⁽¹⁾.

القول الثاني: وهو قول جمهور الفقهاء، وهم المالكية والشافعية في أصح الأقوال عندهم والحنابلة والظاهرية⁽²⁾ أن الكفالة تتم وتحقق بإيجاب من الكفيل وحده، ولا تتوقف على قبول يصدر عن المكفول له، فلا يشترط رضاه، وهو القول الثاني الذي رجع إليه أبو يوسف⁽³⁾.

الأدلة:

من المنقول: استدلل الجمهور لما ذهبوا إليه بحديث ضمان أبي قتادة ذنن الميت والذي رواه سلمة بن الأكوع وجابر وغيرهما⁽⁴⁾، وفيه أن النبي ﷺ أجاز كفالة أبي قتادة من غير قبول من المكفول له أو محضره، كما أنه لم يسأل عن رضاه.

ومن المعقول: أن الكفالة مجرد التزام صادر من الكفيل لا معاوضة فيه، ولا يضر بحق أحدهما ولا ينقص منه، بل هو تبرع من الكفيل فيتم بعبارة والتزامه وحده كالندب، إذ يحتل الجهالة والتعليق بالشرط والتمليك لا يحتمله⁽⁵⁾.

وسبب اختلافهم راجع إلى طبيعة عقد الكفالة، فالحنفية رأوا أن الكفالة ليست التزاماً محضاً، وإنما فيها معنى التمليك كالبيع والشراء، فاشتروا بذلك القبول والحضور في مجلس العقد، وتمسك الجمهور بأنها عقد توثيق فيه معنى التبرع، التزم فيه الكفيل أداء الدين عن الأصل

(1)- ابن حزم: المحلى، ج8، ص111-112.

(2)-المواق: التاج الإكليل، ج5، ص98. الرملي: نهاية المحتاج، ج4، ص438. الشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص200.

ابن قدامة: المغني، ج5، ص71. ابن حزم: المحلى، ج8، ص112.

(3)-اختلف في قوله، فقال: تتوقف على إجازة المكفول له، فلو مات قبلها لا يؤخذ الكفيل، وهو أول أقواله. وقيل: تنفذ دون رضاه أو قبوله، وله الرد. وهو الأصح من أقواله وهو الذي رجح إليه وبه بفتى كما في الفتاوى البرازيلية. ينظر: ابن عابدين: الحاشية على الدر المختار، ج7، ص555. النظام وجماعة من الفقهاء: الفتاوى الهندية، ج3، ص252. البراز، محمد بن شهاب: الفتاوى البرازيلية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 1406هـ-1986م، ج3، ص6.

(4)-سبق نخبها.

(5)-الكاساني: الدائع، ج7، ص389. الحقيفي: الضمان في الفقه الإسلامي، ص203.

فأشبهت النذر.

ويظهر مما سبق، أن رأي الجمهور استند إلى نصوص صحيحة من السنة صريحة في عدم اشتراط قبول المكفول له ولا محضره في مجلس العقد، وإن كان الدين حقا للمكفول له فلا يمنع ذلك من صحة الكفالة إذ ثبت له حق المطالبة فيستوفي حقه من أحدهما.

الفرع الثاني: ألفاظ الصيغة و أحوالها

أولا: ألفاظ الصيغة:

إذا علم أن الكفالة تتم بإيجاب من الكفيل ولا يشترط فيها قبول الطرفان الآخران عند الجمهور، فالإيجاب من الكفيل قد يتم باللفظ، واللفظ إما صريح أو كناية، وقد يتم بغير اللفظ، كالكتابة والإشارة للأخرس، وقد اشترط الفقهاء شروطا في الصيغة تبعا لما يمكن أن تتحقق به:

1- اللفظ الصريح: اشترط الفقهاء أن الصيغة تتم بأي لفظ دال على التعهد والالتزام حقيقة أو عرفا، على الكفالة لا على الوديعة، أو ما كان وعدا، مثل: أنا أكفل لك دين فلان، أو أنا ضمير أو قبيل أو زعيم أو حميل أو صير⁽¹⁾. وأما قوله: دين فلان إليّ، أو أؤدي المال، أو أحضر الشخص، فإن خلا عن النية فليس بضممان ولا كفالة بل مجرد وعد⁽²⁾.

2- الكناية: وذلك مثل قوله: لك عليّ أو لك قبلي، أو نحلّ عن فلان، أو لك عندي، ولفظ "عندي" مشعر بالوديعة، إلا أن وجود الدين في ذمة الكفيل قرينة تصرفه إلى الكفالة⁽³⁾. لذا كان لزاما أن تتوفر النية والقرائن لتكون ألفاظ الكناية دالة على صيغة الكفالة.

أما في الكفالة بالبدن أو النفس، فتتعدّد بإضافتها إلى أحد الأعضاء التي يعبر بها عن الكل،

(1)- الكاساني: البدائع، ج 7، ص 389. الصاوي، أحمد بن محمد: بلغة السالك لأقرب المسالك، دار إحياء الكتب العربية، دط، دت، ج 2، ص 666. البيهقوري، إبراهيم: الحاشية شرح ابن القاسم الغزي على متن أبي الشجاع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1415هـ-1994م، ج 1، ص 727. قال الماوردي: «العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال والحمل في الديات، والكفيل في النفوس، والزعيم في الأمور العظام، والصير في الجميع، وإن كان الضمان يصح بكل واحد منها ويلزم». الحاوي الكبير، تحقيق: محمود مطر جي، دار الفكر، بيروت، 1414هـ، 1994م، دط، ج 8، ص 107.

(2)- الكاساني: البدائع، ج 7، ص 389. البجيرمي، سليمان بن محمد: تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1417هـ-1996م، ج 3، ص 436.

(3)- الكاساني: البدائع، ج 7، ص 389.

الفصل الأول: أركان الكفالة وأقسامها
كأن يقول: أنا كفيل ببدنه أو بجسده، أو بروحه، أو بوجهه؛ لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تستجزأ، وإن تكفل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة دونه، أو بجزء شائع منه كثلثه أو رבעه صحت الكفالة؛ لأنه لا يمكن إحضار ذلك إلا بإحضار كله⁽¹⁾. وإن تكفل بعضو تزول الحياة بدونه، كيده أو رجله، ففيه وجهان عند الحنابلة، أحدهما تصح؛ لأنه لا يمكنه إحضار هذه الأعضاء على صفتها إلا بإحضار البدن كله، ولأنه حكم يتعلق بالجملة، والثاني لا يصح لأنه يمكنه إحضاره بدون الجملة مع بقائها⁽²⁾.

3- ضمان المعرفة: وهو قول الكفيل: أن كفيل أو ضامن لمعرفته، فقال الحنفية: لا تصح الكفالة بهذا اللفظ؛ لأنه لم يلتزم المطالبة بل المعرفة، كما أن المعرفة لا تحتل أن تكون مضمونة على الأصيل، أما إذا قال: أنا ضامن لتعريفه أو عليّ تعريفه، فقد التزم أن يعرفه الغريم، بخلاف معرفته؛ فإنه لا يقتضي إلا معرفة الكفيل للمطلوب، فيلزمه ذلك وإن لم يصير كفيلاً. وكذلك لو قال: أنا ضامن حتى تجتمعا، أو حتى تلتقيا، فلا يصح لأنه لم يذكر فيه المكفول به هل هو النفس أو المال، وأما لو قال: هو عليّ حتى تجتمعا أو تلتقيا فهو جائز، لأن قوله: "هو عليّ"، كفالة مضافة إلى العين، وجعل الالتقاء غاية فتكون كفالة نفس إلى التقائه مع غريمة⁽³⁾.

وأجاز الحنابلة ضمان المعرفة، فلو قال: ضمنت لك معرفته، صحت الكفالة، كأنه قال: كفلت لك حضوره متى أردت لأنك لا تعرفه⁽⁴⁾.

4- كفالة الأخرس: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى صحة كفالة الأخرس، إن دلت عليه إشارة مفهومة أو كناية معقولة، أو كتابة مقروءة.

جاء في المدونة: «بلغنا عن مالك أنه قال: ما أثبتت البينة أن الأخرس قد فهمه من طلاقه

(1)- ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 96. دماذا أفندي، عبد الله: جمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، 1316هـ، ج 2، ص 125. الكاساني: البدائع، ج 7، ص 399.

(2)- ابن قدامة: المغني، ص 96.

(3)- السرخسي: البسوط، ج 19، ص 172. الكاساني: البدائع، ج 7، ص 399. ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج 7، ص 562.

(4)- النجدي، عبد الرحمن بن محمد: حاشية الروض المربع، شرح زاد المستقنع، ط 9، ص 1424هـ، ج 5، ص 109.

أو شرائه، أن ذلك جائز كله، وكذلك مسألتنا (أي كفالة الأخرس)»⁽¹⁾.

فدليل الجواز عند المالكية: القياس على طلاقه وابتياعه؛ فما دلت عليه البينة كالكتابة أو الإشارة أو الكناية جازت الكفالة. وذهب الشافعية إلى أن الكتابة المقروءة تنفرد مكان الإشارة أو الكناية؛ لأنها تؤدي إلى فهم قصده من الكفالة، وهذا على أحد القولين عندهم، والقول الآخر إذا انفردت الكتابة عن الإشارة المفهومة لم تصح الكفالة؛ لأنه قد يكتب عبثاً⁽²⁾، وهذا مذهب الحنابلة؛ إذ لا تصح مع الكتابة المنفردة كفالة من لا تفهم إشارته⁽³⁾.

ثانياً: أحوال الصيغة:

لصيغة الكفالة أحوال تعريها، فهي إما أن تكون مطلقة غير مقترنة بالشرط، ولا معلق عليه ولا مضافة إلى زمن المستقبل، وإما أن تكون كذلك، فالأحوال على الجملة: التنجيز والاقتران بالشرط، والإضافة، والتعليق على الشرط والتأقيت.

1- حالة التنجيز: وهو الأصل في العقود؛ إذ تقع جميعها حالة، وتحقق بذلك آثارها، ولم يستثن من ذلك إلا عقد الوصية، ولذلك لعدم قبولها التنجيز؛ إذ إن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت⁽⁴⁾.

ومعنى كون عقد الكفالة منجزاً، وقوع صيغته مستوفية شروطها أثناء العقد، وفي الحال⁽⁵⁾، والتنجيز يشمل حالة الإطلاق، أي وقوعها دون تعليق أو تقييد أو إضافة إلى زمن المستقبل، كقول الكفيل: "أنا كفيل لك بدينك في ذمة فلان، أو أنا كفيل بيدن فلان"، فتقع منجزاً، وتشمل كذلك حالة التقييد والتعليق؛ وذلك إذا علق صيغة الكفالة على أمر يحصل في الحال أو أضيفت إلى زمن قريب أو مقترن بزمن صدور الإيجاب، فإنها تقع حالة متى حصل الشرط أو تحقق القيد. وهذا رأي الجمهور الذين ذهبوا إلى أن الإيجاب كاف لتحقيق صيغة

(1)- مالك بن أنس: المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، دط، دت، مج5، ج13، ص275. الصاوي: بلغة السالك، ج2، ص666.

(2)- المطيعي: تكملة المجموع، شرح المهذب، ج14، ص11.

(3)- البهوتي، منصور بن يونس: شرح منتهى الإرادات، دار البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، السعودية، دط، دت، مج2، ص246.

(4)- بدران أبو العينين: نظرية الملكية والعقود، ص491. الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص208.

(5)- الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص208.

الفصل الأول: أركان الكفالة وأقسامها

الكفالة، أما الحنفية فمذهبهم يقتضي أن الكفالة لا تقع إلا بعد صدور قبول من المكفول له في مجلس العقد، فيقول: "رضيت أو قبلت"، فتكون حالة بذلك، وتترتب الآثار في الحال، أي ثبوت حق المطالبة للمكفول له ورجوع الكفيل على المدين في حالة أدائه الدين عنه.

2- حالة التعليق على الشرط: ويراد به تعليق صيغة الكفالة على شرط من الشروط

الجائزة، وقد وقع خلاف بين الفقهاء حول جواز تعليقها على مذاهب كالاتي:

-المذهب الأول: وهو مذهب الحنفية والمالكية وأحد أقوال الشافعية والحنابلة في قول عندهم والإباضية⁽¹⁾، ومقتضاه جواز التعليق على الشروط، إلا أنهم اختلفوا حول التعليق بمطلق الشروط على قولين:

القول الأول: وهو للحنفية⁽²⁾، حيث ذهبوا إلى أنه لا يجوز التعليق بمطلق الشروط، وإنما يجوز بالشرط الملائم فقط، والشروط الملائمة عندهم أنواع: منها ما كان سببا للوجوب والاستحقاق، كقوله: «إذا استحق المبيع فأنا كفيل لك»، ومنها ما كان شرطا لإمكان الاستيفاء كقوله: "إن قدم فلان فأنا كفيل بدينك"؛ فإن قدومه سبب موصل للاستيفاء، ومنها ما كان شرطا لتعذر الاستيفاء مثل قوله: "إذا غاب عن البلدة، فأنا كفيل لك بدينه". أما إن علقت بشرط من الشروط الفاسدة عندهم، كقوله: "إن كلمت فلانا أو إن هبت الريح أو جاء المطر، فأنا كفيل بدينك"، فإن كل من الشرط والكفالة باطل عندهم⁽³⁾.

الأدلة:

أ- من المنقول: استدلوا بقوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْتُمْ صُورًا الْمَلِكِ وَلَمَن بَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾، [يوسف: 72]، فهذه الآية نص على جواز تعليق الكفالة على سبب الوجوب⁽⁴⁾.

(1)- السرخسي: المبسوط، ج 19، ص 170. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج 7، ص 185. التصولي، علي بن عبد السلام: البهجة شرح تحفة ابن عاصم، المطبعة البهية، مصر، دط، 1317هـ، ج 1، ص 177. المطيعي: تكملة المجموع، ج 14، ص 23. ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 101. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج 9، ص 436.

(2)- المرغيناني: الهداية، ج 7، ص 184-185.

(3)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج 7، ص 185.

(4)- المصدر نفسه، ج 7، ص 184.

ب- من المعقول:

- قالوا: إن تعليق الكفالة بشرط غير ملائم لا يظهر فيه غرض صحيح، فكان ضرباً من اللهو والهزل لا تصح معه العقود، وإنما تبطل الكفالة بالشرط غير الملائم لها؛ لتوقف سببية العقد عليه فيبطل، وعلّة اشتراطهم الملاءمة لقبول التعليق؛ أن للكفالة شبهين: شبه بالتملك من ناحية ما يترتب عليها من تملك الطالب حق مطالبة الكفيل، وهذه ناحية تقتضي عدم صحة تعليقها مطلقاً، لا فرق بين شرط ملائم وآخر غير ملائم، وشبه بالنذر من ناحية أنها التزام وذلك يقتضي صحة تعليقها بأي شرط، فعملاً بالشهيين، وضعت موضعاً وسطاً وهو صحة تعليقها بالشرط الملائم⁽¹⁾.

- ولأن الكفالة جوازها بالعرف، وقد تعارف الناس تعليقها بالشرط الملائم لتحقيق الصلة بينها وبين الشرط، ولم يتعارفوا على تعليقها بغير الملائمة، لفقدان تلك الصلة، فكان تعليقاً بالخطر فتبطل⁽²⁾.

القول الثاني: وهو للمالكية وأحد أقوال الشافعية والحنابلة في قول عندهم والإباضية، ومقتضاه جواز التعليق بمطلق الشروط، إلا شرطاً أدى إلى جهالة فاحشة، وهو اختيار ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁽³⁾.

الأدلة: استدلوا بالآية السابقة على جواز تعليق الكفالة بمطلق الشروط؛ إذ يعد التعليق على سبب الوجوب نوع من الشروط عندهم، واستدلوا من المعقول بالقياس على الطلاق، بجماع ألا قبول فيهما، فكما يجوز التعليق في الطلاق يجوز في الكفالة⁽⁴⁾.

- **المذهب الثاني:** وهو الأصح عند الشافعية، ومذهب ابن حزم الظاهري، وقول محمد بن حسن الشيباني من الحنفية، ومقتضاه عدم جواز تعليق الكفالة بالشروط مطلقاً، وهو قول

(1)- الحفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص 218.

(2)- الكاساني: البدائع، ج 7، ص 392.

(3)- القرطبي: الذخيرة، ج 9، ص 208. الخطاب: مواهب الجليل، ج 5، ص 100. مالك بن أنس: المدونة، مج 5، ص 13، ص 282. الشربيني: معني المحتاج، ج 2، ص 207. ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 101. ابن القيم، أبو عبد الله محمد: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: أحمد عبد السلام الزعبي، دار الأرقم، بيروت، ط 1، 1418هـ-1997م، ج 3، ص 317. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج 9، ص 436.

(4)- الشربيني: معني المحتاج، ج 2، ص 207. الرملي: نهاية المحتاج، ج 4، ص 256. النجدي: الروض المربع، ج 5، ص 111.

القاضي أبي يعلى من الحنابلة⁽¹⁾.

الأدلة: استدلوا بالقياس على الهبة، بجماع أن فيهما حق لآدمي فلا يجوز التعليق، وكذلك لما فيهما من الخطر ولأهما عقدان كالبيع⁽²⁾. وأجيب على هذا الاستدلال: بأن الخطر يكون فيما فيه الجهالة فقط، أما ما لا جهالة فيه من الشروط المحضة أو الملائمة، فيصح التعليق بما⁽³⁾.
وسبب الاختلاف راجع كذلك إلى طبيعة عقد الكفالة، فمن رأى فيها شبه بعقود التمليك، لم يجر تعليقها على الشروط، بجماع أن فيها حقوقاً للغير، ومن لم ير هذا الشبه تمسك بكونها عقد توثيق احتوى معنى التبرع، فأجاز التعليق على خلاف بين مضيق كالحنفية وموسع كالمالكية والحنابلة.

والمذهب المختار هو مذهب المجيزين لتعليق الكفالة بالشروط؛ ذلك أن الكفالة وإن أشبهت البيوع وعقود التمليك من ناحية أن فيها حقاً للآدميين، إلا أنها عقد من عقود التوثيق والتبرع، فكان من آثار هذا التبرع الالتزام بالأداء والوفاء، فأشبهت النذر، ومن ثم يجوز تعليقها، والمؤمنون عند شروطهم إلا ما حرم حلالاً وأحلّ حراماً، خاصة أن النص القرآني أجاز تعليقها على سبب الوجوب فكان متمسكاً قوياً للمجيزين.

3- اقتران الكفالة بالشروط ومذاهب الفقهاء في ذلك:

والفرق بين العقد المعلق على الشرط والعقد المقيد به، هو أن الأول يعلق وجوده على وجود الشرط، أي هو احتمال الوجود والعدم، أما الثاني، فإن القيد أو الشرط يقيد حكم العقد وآثاره الأصلية، فيكون المقصود تعديل آثار العقد بإيجاب التزامات بين المتعاقدين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقاً، فالعقد في حال التقييد يكون المقيد فيه حكم العقد المنشأ⁽⁴⁾. وهو ما

(1) - ابن حجر، شهاب الدين أحمد الهيثمي: تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، ج5، ص329. ابن حزم: المحلى، ج8، ص118. ابن قدامة: المغني، ج5، ص101. أبو يعلى: محمد ابن الحسين ابن محمد ابن خلف ابن أحمد الفراء، شيخ الحنابلة وعالم عصره بالفروع والأصول، من أهل بغداد ولاه القائم قضاء دار الخلافة، من مولفاته: الإيمان، الأحكام السلطانية، الكفاية في أصول الفقه وغيرها 418هـ. ينظر: ابن أبي يعلى، محمد: طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت، دط، ج2، ص193. الزركلي: الأعلام، ج6، ص331.

(2) - ابن حجر الهيثمي: تحفة المحتاج، ج5، ص329. الرملي: نهاية المحتاج، ج4، ص456. ابن قدامة: المغني، ج5، ص101.

(3) - الشربيني: المغني المحتاج، ج2، ص207.

(4) - بدران أبو العينين: تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، ص490-491.

اصطلح عليه الفقهاء بالشروط الجعلية في العقود.

-مذاهب الفقهاء في اقتران الكفالة بالشروط:

ليس هناك خلاف بين الفقهاء حول جواز الشروط المباحة ووجوب الوفاء بها، واعتبارها شروطاً صحيحة، ولا خلاف أن الشروط الفاسدة والمحرفة تفسد العقد وتبطله، وإنما الخلاف وقع في وضع الحدود والمعايير والضوابط التي تعين الشروط الصحيحة من الفاسدة، فنتج عن ذلك أن الفقهاء انقسموا بين مضيق فلم يشترط إلا ما كان ثابتاً بالنص وهم الظاهرية⁽¹⁾، وبين متوسع في الأخذ بها وهم الحنابلة، وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم⁽²⁾، وبينهما مذاهب متعددة هذا تفصيلها:

أ- مذهب الحنفية:

مذهب الحنفية في الشروط في عقد الكفالة، أنه إذا كان الشرط متعارفاً عليه فهو صحيح، وتصح معه الكفالة، وإن كان غير متعارف عليه فيفسد وتصح الكفالة⁽³⁾، ذلك أن مذهبهم في الشروط الجعلية في العقود كالآتي:

شروط صحيحة، وهي ما كانت من مقتضيات العقد، فاشتراطها كعدمه، وما كان جائزاً بدليل شرعي، أو أن تكون مما جرى بها العرف. والفاسد من الشروط عندهم: هو ما كان فيه منفعة لمن هو أهل للاستحقاق، سواء كان أحد العاقدين أو طرف آخر غيرهما، فيفسد الشرط ويصح العقد، والباطل ما عدا الصحيح إذا لم يكن فيه منفعة لأحد⁽⁴⁾.

وعقود التوثيقات والتبرعات إذا اقترنت بشرط فاسد لغى الشرط وصح العقد، ومن تطبيقات ذلك على الكفالة قولهم: "إذا كفل رجل عن رجل بألف دينار على أن يعطيها إياه من وديعة المدين عنده، فالكفالة جائزة، ويجبر المودع على إيفاء الدين من الوديعة"، فهذه الصورة قيدت فيها الكفالة بالوديعة ومقتضاها أن الدين لا يؤخذ من مال الكفيل وإنما يؤخذ من

(1)- ابن حزم: المحلى، ج8، ص118.

(2)- ابن القيم: إعلام الموقعين، ج1، ص344.

(3)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج6، ص448، فما بعدها - بتصرف.

(4)- المصدر نفسه، ج6، ص442.

الوديعة، حتى إذا هلكته بطلت الكفالة⁽¹⁾.

وهناك تطبيقات عند الحنفية مقتضاها بطلان الكفالة بالشرط الفاسد خلافا لمذهبهم في تصحيح العقد، من ذلك ما وقع في الفتاوى الهندية عن أبي يوسف أنه إذا اشترط الكفيل في الكفالة أن يعطيه من ثمن العبد وليس العبد له، فالضمان باطل⁽²⁾، وكذلك من اشترط ألف درهم على أن يعطيه من ثمن المترل فلم يبعه فالضمان باطل، وكذلك من اشترط في الكفالة أن لا يؤديها، أو إن اشترط أن يجعل له الطالب جعلا، فإن لم يكن الشرط مشروطا في العقد فهو باطل، وإن كان مشروطا في صلب العقد، فالكفالة باطلة معه⁽³⁾، غير أن المختار عندهم الرأي الأول وهو القاضي ببطلان الشرط وتصحيح الكفالة.

ومن الشروط الجائزة عندهم، شرط الخيار، جاء في الاختيار: "وشرط الخيار في الكفالة جائز، وهي أقبل للخيار من البيع حتى يقبل الخيار أكثر من ثلاثة أيام، لأنه لما صحّ تعليقه فلا ينصح بشرط الخيار فيه أولى"⁽⁴⁾.

ب- مذهب المالكية:

يبيح المالكية الشروط في الكفالة إذا كانت مؤكدة لها أو فيها مصلحة لم تؤد إلى مخاطرة أو جهالة فاحشة ولم يُخلّ بشرط من شروط صحتها. ويطلونها بالشروط الفاسدة؛ كأن تكون محرمة أو منافية لمقتضيات العقد فتبطل بها، بناء على مذهبهم في الشروط الجعلية، فإن الشرط إن كان حراما أو أضر في محل العقد خلافا فيبطل الشرط والعقد معا، وإن كان الشرط منافيا لمقتضى العقد كأن يشترط أن لا يبيع ولا يهب وهو ما يسمى بالثنيا، فإن تمسك المشتري به بطل العقد، وإن تنازل عنه صحّ العقد⁽⁵⁾. أما الصحيحة، فهي كما ذكرت؛ أي من مقتضيات العقد كشرط التسليم والرجوع بدرك العيب، أو اشتراط الرهن والكفيل لما في ذلك من المصلحة⁽⁶⁾.

(1)- النظام وجماعة من الفقهاء: الفتاوى الهندية، ج3، ص273.

(2)- المصدر نفسه، ج3، ص273.

(3)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص186.

(4)- الموصلي، عبد الله بن محمود: الاختيار لتعليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، ج2، ص171.

(5)- وهذا على المشهور في المذهب، وهناك قول ثان مقتضاه فساد العقود كلها، للإخلال بشرط من شروطها، فنفسخ على

كل حال كانت. ينظر: ابن رشد، أبو الوليد محمد: المقدمات، طبعة دار السعادة، مصر، دط، ج2، ص542.

(6)- ابن رشد: المقدمات، ج2، ص542. التسولي: البهجة، ج2، ص7-8. الناودي، محمد: حلي المعاصم شرح تحفة ابن

عاصم، المطبعة البهية، مصر، دط، 1317هـ، ج1، ص8.

ومن تطبيقات ذلك على الكفالة: إن اشترط الكفيل أن لا يؤخذ -أي ألا يطالب بالدين- في حضور المدين أو يسره، أو بعد موته، فيعمل بالشرط⁽¹⁾، وكذلك لو قال الكفيل: داين فلانا وأنا كفيل بكل ما سيكون في ذمته صحت الكفالة كذلك، وقيدت هذه الصورة بالعرف، فلا يلزمه إلا ما كان متعارف عليه⁽²⁾.

ج- مذهب الشافعية:

تبطل الكفالة عند الشافعية بالشروط الفاسدة؛ لأنه عقد يبطل بجهالة المال، فبطل بالشروط الفاسدة كالبيع، ومن الشروط الفاسدة عندهم: ما كان من موانع العقد و ليس فيه غرض أو مصلحة للكفالة، أو ما خالف مقتضاها، أما الشروط الصحيحة في الكفالة، فتصح بها و يلزم الشرط، ومن الشروط الصحيحة عندهم: ما كانت من مقتضى العقد و واجباته فهي مؤكدة له، و ما كانت من مصلحة العقد و مباحاته كالكفيل و الرهن، فهي غير منافية له⁽³⁾.

فإن قال: بعني سيارتك بألف على أن يكفل لي فلان على أنه بالخيار، فالكفالة باطلة؛ إذ لا يجوز شرط الخيار للكفيل؛ لأن الخيار يراد لطالب الحظ، و الكفيل يعلم أنه مغبون لا من جهة المال بل من جهة الثواب فتبطل لأجل ذلك⁽⁴⁾.

وتبطل الكفالة بشرط البراءة؛ لمخالفته مقتضى الكفالة، وذلك كقوله: تكفلت بإحضار من عليه الدين على أن من تكفل به بريء⁽⁵⁾، وكذلك شرط لزوم المال على الكفيل، إذا مات المكفول أو هرب أو تلفت العين المكفولة؛ لأن الشرط يخالف مقتضاها، واعترض الإسني على ذلك بإبطال الشرط وتصحيح العقد، كما في شرط الخيار للمكفول له؛ إذ يبطل وتصح الكفالة، وأجاب عنه الأنصاري بالفرق بين المسألتين؛ فاشتراط الكفيل الخيار، اشتراط في أصل العقد ومن مقتضياته، أما شرط الخيار للمكفول له فهو صفة تابعة، ويغتفر في التابع ما لا يغتفر في

(1)- القرافي: الذخيرة، ج9، ص219. التسولي: البهجة، ج2، ص177.

(2)- مالك بن أنس: المدونة، ج13، ص282. الخطاب: مواهب الجليل، ج5، ص100.

(3)- الماوردي، أبو الحسين بن محمد: الحاوي الكبير، ج6، ص381. بتصرف.

(4)- المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص22-23.

(5)- البجيرمي: تحفة الحبيب، ج3، ص436. الأنصاري، زكريا بن محمد: الفرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية،

تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1997م، ج5، ص446.

الأصل (1).

ومن الشروط الصحيحة التي إذا اقترنت بها الكفالة صحت ولزمت، كما إذا كفل شخص لأخر دينه قبل مدينه على أن لا يطالب بهذا الدين قبل شهر من الآن، أو على أن لا يطالب بذلك الدين إلا بعد عجز المدين عن الوفاء به (2).

د-مذهب الحنابلة:

يقسم الحنابلة الشروط إلى قسمين: شروط صحيحة وهي أنواع ثلاثة: شروط من مقتضى العقد، وشروط هي من مصلحة العقد، واشترط نفع معلوم فيه، فهم كما هو ملاحظ يتوسعون في الأخذ بالشروط، حتى أنهم أجازوها إلا ما كان من الشروط التي تفسد وهي كالاتي:

1- شرط عقد في آخر: كالسلف أو القرض أو أن يجمع في العقد بين شرطين.

2- شرط ينافي مقتضى العقد: فهذا الشرط باطل في نفسه ويصح معه العقد.

3- شرط لا ينعقد معه العقد: وهو المعلق عليه (3).

فتفسد الكفالة إذا اقترنت بمثل هذه الشروط، كمن يقول: كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئني من الكفالة من فلان، أو ضمنت لك هذا الدين على أن تبرئني من ضمان الدين الآخر،

(1)- الأنصاري: الغرر البهية، ج5، ص446.

الإسنوي: عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعي أبو محمد جمال الدين، فقيه ومن علماء العربية، ولد بإسنا، قدم القاهرة سنة 721هـ. من مؤلفاته: المبهفات على الروضة، الأشباه والنظائر، نهاية السؤل، شرح منتهى الأصول، التمهيد، وغيرها، توفي 772هـ. ينظر: السيوطي، جلال الدين: بغية الوعاة في طبقات النحاة، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1326 هـ، ص304. الزركلي: الأعلام ج4، ص119.

الأنصاري: زكريا ابن محمد بن زكريا الأنصاري المصري الشافعي أبو يحيى شيخ الإسلام، قاضي ومفسر ومن حفاظ الحديث، من مؤلفاته تحفة الباري على صحيح البخاري تعليق على البيضاوي، شرح ألفية العراقي، تحفة نجباء العصر في التجويد، أسنى المطالب شرح روض الطالب.. وغيرها، توفي في 926هـ. ينظر: الزركلي: الأعلام، ج3، ص80. سركيس، يوسف إلياس: معجم المطبوعات العربية والمعربة، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، دط، دت، ج1، ص483.

(2)- الرملي: نهاية المحتاج، ج4، ص457. الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص227.

(3)- ابن قدامة، شمس الدين: الشرح الكبير، ج4، ص48. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2، ص164.

فلا تصح الكفالة ويطل الشرط⁽¹⁾؛ لأنه شرط فسخ عقد في عقد، فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر، ولو شرط أن يتكفل المكفول له بأخر أو يضمن دين عليه أن يبيعه شيئا عنه لم يصح⁽²⁾؛ لأنه اشترط عقدا في عقد آخر واشترط عوضا فيه.

ومن الشروط الصحيح: شرط البراءة من الدين عند تعذر إحضار المكفول، فإن تعذر عليه إحضاره لم يلزمه ضمان الدين عملا بشرطه⁽³⁾.

وبالنظر إلى الآراء السابقة الذكر، يلاحظ - كما ذكرت - التوسع عند الحنابلة في الأخذ بالشروط الجعلية في الكفالة، ويليهما المالكية والشافعية، أما الحنفية فقد أجازوا الشروط التي جرى بها العرف استحسانا وخروجاً عن أصل المنع، ولكن لم يتقدموا في إباحة الشروط في الكفالة إلا بقدر ما يقتضيه العرف، إلا أننا نجد في التطبيقات والفتاوى التوسع في بعض المسائل عند الحنفية، كمسألة جواز شرط الخيار في الكفالة، خلافاً لباقي المذاهب.

و يمكن أن يقال في هذه المسألة الآتي:

إن الأصل في العقود والشروط التراضي بين أطراف العقد واتفاقهم، وأن ما أوجبه هؤلاء على أنفسهم بالتراضي هو أصل شرعية التداول وامتلاك الأموال، ومعلوم أن الأصل في الشروط الإباحة حتى يقوم الدليل على الحرمة، وسبب اختلافهم عدم وجود معايير وضوابط مطردة ومتفق عليها لضبط الشروط الصحيحة من الفاسدة، يدل عليه الخلاف في التطبيق، إلا أن السنة⁽⁴⁾ حددت أهم الضوابط وأولها بالأخذ والاعتبار، وهو ما أحلّ حراماً أو حرم حلالاً، أما الاعتقاد بأن تصحيح الشروط في العقود يفرض أموراً مخالفة لمقتضى العقد، فلا دليل فيه على المسألة، فالشروط في حق المكلفين كالنذر في حقوق رب العالمين، ومقاطع الحقوق عند الشروط⁽⁵⁾.

(1)- ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 102.

(2)- المصدر نفسه، ج 5، ص 102.

(3)- النجدي: الروض المربع، ج 5، ص 113.

(4)- عن عمر بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «الصلح جائز إلا صلحا حرم حلالاً أو أحلّ حراماً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً. أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الأحكام.

باب: ما ذكر رسول الله في الصلح وقال: هذا حديث حسن صحيح، ج 2، ص 403.

(5)- ابن القيم: إعلام الموقعين، ج 3، ص 285.

4- تأقيت الكفالة:

وهو أن يكفل شخص ذين فلان أو أن يكفل نفس رجل مدة محددة، حتى إذا انقضت برئت ذمته وانتهت الكفالة، كأن يقول: "كفلت دينك سنة، أو كفلت بنفس فلان شهرا".

وقد اختلف الفقهاء حول جواز تأقيت الكفالة على مذهبين كالآتي:

-مذهب المجيزين: وهم الحنفية والمالكية والحنابلة والإباضية⁽¹⁾. ففي الفتاوى الهندية: "لو قال كفلت بنفس فلان من هذه الساعة إلى شهر، تنتهي الكفالة بمضي المدة، ولو قال: كفلت بنفس فلان شهرا أو ثلاثة أيام، فمن مشايخ الحنفية من قال أن الكفيل يطالب في المدة ويبرأ بمضيها، ومنهم من قال: يطالب الكفيل بعد مضي شهر ولا يطالب بدئنه في الحال"⁽²⁾، غير أن ابن عابدين لم يفرق بين هذه الصور؛ أي -أن يكفل لمدة معلومة دون ذكر البداية، أو أن يكفل مع ذكر بداية المدة ونهايتها، أو أن يذكر المدة دون ذكر حدّيها كشهر أو سنة-؛ لأن الناس لا يقصدون بذلك إلا تأقيت الكفالة، وأنه لا كفالة بعد هذه المدة، ثم إن مبنّى ألفاظ الكفالة على العرف والعادة، وكلام كل كافل أو عاقد يحمل على عرفه⁽³⁾.

وجاء في جواهر الإكليل عند المالكية: «أو كان الضمان مقيدا بمدة وتمت والمضمون حاضر مليء، برئ الضامن دون المضمون»⁽⁴⁾. ومفاد هذا النص أن الكفالة عند المالكية لو كانت مقيدة بمدة كشهر أو سنة وتمت، برئ الكفيل وسقطت الكفالة عن ذمته.

وجاء في الروض المربع: «فتصح الكفالة إذا قال: إذا قدم الحاج فأنا كفيل بزيد شهرا، لأن ذلك جمع تعليقا وتوقيتا، وكلاهما صحيح مع الانفراد، فكذا مع الاجتماع، ويبرأ الكفيل إن

(1)-الكاساني: البدائع، ج7، ص390. الآبي، صالح عبد السميع: جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ج2، ص111. النجدي: الروض المربع، ج5، ص111. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص436.

(2)-النظام وجماعة من الفقهاء: الفتاوى الهندية، ج3، ص278.

(3)-ابن عابدين: رد المختار، ج7، ص563.

ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية، مولده ووفاته بدمشق، من مؤلفاته: رد المختار على الدر المختار، رفع الأنظار عما أورده الحلبي على الدر المختار، مجموعة رسائل وغيرها، توفي 1252هـ. ينظر: البيطار، عبد الرزاق: حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر هجري، تحقيق: محمد مجتد البيطار، مطبوعات الجمع العلمي العربي، دمشق، دط، 1383هـ-1963م، ج3، ص1230.

(4)-الآبي: جواهر الإكليل، ج2، ص111.

لم يطالبه فيه»⁽¹⁾.

-مذهب المانعين: وهم الشافعية، والقاضي أبو يعلى من الحنابلة⁽²⁾، ومقتضاه امتناع الكفالة المؤقتة، محتجين بأن الكفالة عقد كالبيع، فيمتنع فيها التعليق والتأقيت بجامع أن في كليهما تملكها.

ورد أصحاب القول الأول بأن الكفالة ترع من الكفيل، فيجوز فيها التأقيت قياسا على الهبة، وفيه التزام من الكفيل، فجاز فيه ذلك قياسا على النذر.

وسبب الخلاف واضح كذلك، وهو مقتضى الكفالة؛ وقد أكد هذا الشيخ علي الخفيف عندما بيّن أن المعهود في الشرع أن الذمة إذا شغلت بالدين الصحيح، لم تبرأ إلا بالأداء أو المعاوضة عليه، أو بإسقاط الدائن إياه، أو بمبته للمدين، أما أنها تبرأ بمضي زمن محدد، فيكون مضي هذا الزمن مسقطا للدين، فلا عهد به في الحقوق؛ لأنها لا تسقط به، ومعلوم أن الكفالة من الديون الصحيحة القوية، فإذا ثبت في الذمة ولو كانت ذمة الكفيل، لم يسقط بمضي المدة.

و القائلون بالجواز ذهبوا إلى أن الكفالة شغل لذمة الكفيل بالدين، فمذهبهم في التأقيت وجوازه غير متناسب مع ما ذهبوا إليه في معنى الكفالة، خلافا للحنفية الذين ذهبوا إلى أن الكفالة ضم في المطالبة فقط⁽³⁾.

5- إضافة الكفالة إلى زمن المستقبل:

والفرق بين إضافة الكفالة إلى زمن المستقبل وبين تأقيتها بمدة زمنية، حاصل في الأثر المترتب على الحالين، فالكفالة المؤقتة يبرأ فيها الكفيل بمضي المدة خلافا للمضافة؛ إذ بحلول الأجل الذي أضيفت إليه تترتب آثار الكفالة على الكفيل بأداء الدين أو إحضار النفس التي تكفل بها.

وصيغة هذه الكفالة أن يقول: أنا ضامن أو كفيل لك بهذا المال ابتداء من الشهر الآتي أو إلى خروج العطاء، فلا يكون كفيلا إلا عند حلول ذلك الأجل، أما قبله فلا يطالب بالدين.

(1)- النجدي: الروض المربع، ج5، ص111. ابن قدامة: المغني، ج5، ص101.

(2)- ابن حجر، الهيتمي: تحفة المحتاج، ج5، ص329. ابن قدامة: المغني، ج5، ص101.

(3)- الضمان في الفقه الإسلامي، ص208 بتصرف.

واختلف الفقهاء حول هذه المسألة على مذهبين كالآتي:

-المذهب الأول: وهم جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وحنابلة وإباضية⁽¹⁾، ومقتضاه جواز إضافة الكفالة إلى أجل مستقبل. واشترط الحنفية لجوازها، ملاءمة الأجل الذي أضيفت إليه، كالحصاد أو الدياس أو العطاء، فتصح الكفالة والإضافة معا، وتغتفر في مثل هذه الآجال الجهالة المستدركة أو اليسيرة؛ إذ مبنى الكفالة على التوسع. أما الآجال غير الملائمة كأن يقول: "كفلت إلى مجيء المطر أو هبوب الريح"، فإن الأجل يبطل وتصح الكفالة. والحاصل أن الشرط غير الملائم في التعليق عند الحنفية لا تصح معه الكفالة أصلا، ومع الأجل غير الملائم تصح حالة ويبطل الأجل⁽²⁾.

أما المالكية، فتجوز الكفالة عندهم ولو إلى أجل مجهول، ويضرب له من الأجل بقدر ما يرى، فإن قال: "إن لم يوفك فلان حقك فهو علي" ولم يضرب لذلك أجلا، فيتلوم له السلطان على قدر ما يرى، ثم يلزمه المال إلا أن يكون الذي عليه المال حاضرا مليا. ومقتضى مذهبهم جواز إضافة الكفالة إلى أجل سواء كان معلوما أو مجهولا جهالة غير فاحشة كأن يتكفل بمال الغريم إلى خروج العطاء⁽³⁾.

ويرى الحنابلة أن الكفالة إذا أضيفت إلى أجل مجهول لم تصح، وإن كانت إلى أجل معلوم فيها قولان: الأول صحتها، وهو الأولى عندهم؛ لأنه تبرع من غير عوض، أضيف إلى أجل لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر، وتغتفر الجهالة البسيطة⁽⁴⁾.

أما الإباضية، ففي إجازة إضافة الكفالة إلى أجل مجهول قولان: الأول ثبوتها؛ لأنها عهد معقود بين الناس، والعهد يجب الوفاء به، ولأنها تبرع ولا يجب أن يكون ما هو كذلك معلوما. والقول الثاني: المنع؛ لما فيه من الشبه بالبيع، ولأن نصب الحكومة في ذلك ينافيه كونه مجهول

(1)- السرخسي: المبسوط، ج19، ص173. الخطاب: مواهب الجليل، ج5، ص101. ابن قدامة: المغني، ج5، ص100.

اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص439.

(2)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص185.

(3)- مالك بن أنس: المدونة، ج13، ص281-282.

(4)- ابن قدامة: المغني، ج5، ص100.

الأجل، إن أريد نصبها فيه قبل الوقت لعارض داع⁽¹⁾.

-المذهب الثاني: وهم الشافعية، والقول الآخر عند الحنابلة⁽²⁾، ومقتضاه عدم صحة إضافتها، كما لا يرون صحتها مع التعليق والتأقيت. وأجاز الشافعية صورة واحدة وهي أن يُنجزَّ الكفالة ويشترط تأجيل الإحضار شهراً؛ لأنه التزم بعمل في الذمة فجاز مؤجلاً كالعمل في الإجارة، فاحترز بقولهم: تنجزها عن التأجيل، واحترز بقولهم: شهراً عن التأجيل إلى أجل مجهول كالحصاد فإنه لا يصح⁽³⁾.

وسبب الخلاف في مسألتَي التأقيت والإضافة مرده إلى طبيعة عقد الكفالة أو تكييفها الشرعي، فالحنفية ومن وافقهم يرون أن الكفالة عقد تبرع كالنذر، لا يقصد منه إلا ثواب الله أو رفع الضيق، فلا يبالي بما التزم في ذلك، فكان مبناها التوسع، ومن آثاره: الجهالة المغتفرة إذا كانت يسيرة، التأقيت والإضافة وكذلك التعليق والتقييد بشرط، أما من خالفهم وهم الشافعية فيرون أن الكفالة أشبهت البيع لما فيها من معاوضة وتمليك، فلا يجوز التعليق ولا الإضافة ولا التأقيت ولا الجهالة، يسيرة كانت أم كثيرة. ولعلَّ مذهب الجمهور هو المختار؛ إذ الأصل في الكفالة أنها عقد توثيق فيه معنى التبرع، وإن أشبهت البيع لما فيها من تمليك للذمة، إلا أنها تبقى على أصلها، فلا يمتنع فيها الاشتراط أو التعليق أو التأقيت أو الإضافة، فمضى التزم بما الكفيل لزمته كالنذر، شرط أن لا يؤدي إلى غرر أو جهالة فاحشة.

(1)-اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص439.

نصب الحكومات: عند الفقهاء كلهم: إذا أصيب الإنسان بجرح لا عقل له معلوم كم قيمة هذا الجرح، فيقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به، ثم يقوم هذا العبد بعد برئه، فما نقصته الجناية فله مثله من الدية، كأن تكون قيمته وهو عبد صحيح عشرة، وقيمته وهو عبد به جناية تسعة، فتكون دية جرحه العشر. ابن قدامة: المغني، ج9، ص660-661 بتصرف.

(2)-الشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص207. بن قدامة: المغني، ج5، ص100.

(3)-الشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص205.

المطلب الثاني: أطراف الكفالة

وهم الأصيل والكفيل والمكفول له، وهم عند الجمهور عدا الحنفية من الأركان.

الفرع الأول: الطرف الأول: الكفيل وشروطه

الكفيل هو المتبرع بالتزام ما في ذمة المدين، وهو أهم أطراف عقد الكفالة، وتنقسم الشروط التي يجب توفرها فيه للاعتداد بكفالته إلى قسمين: شروط صحة وانعقاد، وشروط نفاذ.

أولاً: شروط الصحة: وهي أن يكون الكفيل من أهل التبرع، وأهلية التبرع تشمل عنصريين: العقل والبلوغ.

1- البلوغ: فلا تصح الكفالة من الصبي مميّزا كان أو غير مميّزا، بإذن أبيه أو بغير إذنه، وسواء كانت بالمال أو بالنفس؛ لأن الكفالة تبرع والصغير ليس أهلا له، فلا يصح تبرعه كالحبسة. وإذن الأب له لا يصح فيما لا يملك الأب مباشرته، ولأن الكفالة إقراض للذمة بالتزام الحق فيها، فكان كإقراض المال، فلا يملكه الصغير بإذن أبيه أو بغير إذنه، وهذا باتفاق الفقهاء⁽¹⁾.

واستثنى الحنفية حالة وهي أن يكفل الصبي بالمال لا بالنفس إذا كان يتيما واستدان وليه لينفق عليه فيما لا بد له منه، فإنه يجوز للصبي أن يكفل ذلك المال عن وليه، فيطالب بالمال كما يطالب وليه بذلك. أما إذا أمره أن يكفل نفس الولي لصاحب المال بمعنى أن الصبي يحضر الولي عند الحاجة، فإن الكفالة لا تصح؛ لأن الصبي إذا أنفق في ضرورياته فهو ملزم بالكفالة حينها، وكفالته للولي في ذلك المال تزيد في تأكيده، بخلاف كفالته بنفس الولي فإنها محض تبرع وهو ليس أهلا له⁽²⁾.

(1)- السرخسي: المبسوط، ج20، ص8. الصاوي: بلغة السالك، ج2، ص666. المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص10.

. ابن قدامة: المغني، ج5، ص78. ابن حزم: المحلى، ج8، ص111. اطفيش: شرح كتاب النبل، ج9، ص414.

(2)- الكاساني: البديع، ج7، ص395. الجزيري، عبد الرحمن: الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.

دط، 1969، ج3، ص230.

2-العقل: فلا تجوز كفالة المجنون والمعتوه والسفيه المحجور عليه باتفاق الفقهاء⁽¹⁾.

وذهب القاضي أبو يعلى من الحنابلة إلى صحة كفالة السفيه، فيطالب بالدين بعد فك الحجر عنه، قياساً منه على صحة إقراره بعده، وأجيب عليه بالفرق بين الإقرار والكفالة؛ إذ الإقرار إخبار بحق سابق، أما الكفالة فهي إيجاب مال بعقد، فلم يصح منه كالبيع والشراء⁽²⁾.

ثانياً: شروط النفاذ: وهي الشروط التي تصح بها الكفالة لكن لا تنفذ إلا بإجازة طرف آخر كالولي أو الوارث أو السيد، أول هذه الشروط:

1-الحرية: فيشترط في الكفيل أن لا يكون رقيقاً، فإذا كفل عبد بغير إذن سيده، فإن كفالته لا تصح ولا تنفذ إلا إذا أجازه سيده، سواء كان هذا العبد مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون له، وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة⁽³⁾، وذهب الشافعية إلى أن العبد إذا كان مأذوناً له في التجارة، فإن كفل في ذمته كان صحيحاً، إذا كان بإذن سيده، وبطل إذا كان بغير إذنه، وإن كان في مال التجارة، فإن كان بإذن سيده ولم يكن لديه دين صححت كفالته، وإن كان بيده دين يستغرق ماله بطلت كفالته وكذلك قال أبو ثور⁽⁴⁾.

استدل الحنفية ومن وافقتهم، بأن الكفالة عقد تضمن إيجاب مال فلم يصح بغير إذن كالبيع. واستدل الشافعية بأن العبد المأذون له بالتجارة من أهل التصرف فيصح تصرفه، بما لا ضرر على السيد فيه⁽⁵⁾.

2-ومن شروط النفاذ كذلك: أنه لا تصح كفالة المريض فيما دون الثلث، شرط أن يكون مريضاً مرضاً مخوفاً، فإن كان مرضاً غير مخوف أو غير مرض الموت، فحكمه حكم الصحيح، ولأن كفالته في مرض موته حكمها حكم التبرع من ثلثه، ولأنه تبرع بالتزام مال لا

(1)-الكاساني: البدائع، ج7، ص395. الخطاب: مواهب الجليل، ج5، ص96. الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص143. الطيعي: تكملة المجموع شرح المهذب، ج14، ص10. ابن قدامة: المغني، ج5، ص78. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص414.

(2)-ابن قدامة: المغني، ج5، ص78.

(3)-النظام وجماعة من الفقهاء: الفتاوى الهندية، ج3، ص253. مالك بن أنس: المدونة، ج13، ص279.

(4)-الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص138. ابن قدامة: المغني، ج5، ص79.

(5)-الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص138.

يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً فأشبهه الهبة⁽¹⁾. واشترط الشافعية في المريض أن لا يكون عليه دين يحيط بتركته وإلا بطلت الكفالة، فإن لم يكن وكان الدين قدر كفالته صح، فإن كفل في مرضه ثم أقر بعد ذلك بدين يحيط بتركته، فإن الدين الذي أقر به أحق؛ لأنه واجب والكفالة تطوع وكذلك قال المالكية⁽²⁾.

وإذا كفل المريض مرض الموت لورثته وإن كان بمقدار الثلث، فقد ذهب الحنفية والشافعية⁽³⁾ إلى عدم جواز ذلك، لأن كفالته وصية لا تصح لوارث، وذهب المالكية إلى إجازة ذلك شرط أن لا يكون على وجه الوصية⁽⁴⁾.

3- كفالة المرأة: ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز كفالة المرأة؛ لأن الكفالة عقد توثيق فيصح منها كالرهن، ولأنه يوجب إثبات المال في الذمة كالبيع⁽⁵⁾.

وتجوز كفالتها سواء كانت بإذن زوجها أو بغير إذنه، وخالف المالكية فقالوا بجواز كفالة الزوجة بغير إذن زوجها فيما دون الثلث، فإن تكفلت بأكثر من الثلث دون رضاه وإذنه فلزوجها رد الجميع، وإن أجاز كفالتها في أكثر من الثلث جازت، سواء كانت كفالتها عنه أو عن غيره⁽⁶⁾.

وأصل هذه المسألة، الخلاف الواقع بين جمهور الفقهاء حول جواز تصرف المرأة الرشيدة في مالها بالتبرع والمعاوضة، حيث ذهب جمهورهم وهم الحنفية والشافعية والحنابلة في إحدى الروايات عندهم⁽⁷⁾، إلى جواز ذلك، وذهب المالكية والحنابلة في الرواية الثانية⁽⁸⁾ إلى أنه ليس

(1)- النظام وجماعة من الفقهاء: الفتاوى الهندية، ج3، ص253. مالك بن أنس: المدونة، ج13، ص277. الماوردي:

الحاوي الكبير، ج8، ص142. ابن قدامة: المغني، ج5، ص79. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص416.

(2)- مالك بن أنس: المدونة، ج13، ص277. الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص143.

(3)- ابن عابدين: حاشية رد المختار، ج7، ص553. الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص143.

(4)- مالك بن أنس: المدونة، ج13، ص277.

(5)- ابن قدامة: المغني، ج5، ص78. الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص141-142. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9،

ص417. ابن حزم: المحلى، ج8، ص117.

(6)- مالك بن أنس: المدونة، ج13، ص284-285. الخطاب: مواهب الجليل، ج5، ص97. الصاوي: بلغة السالك، ج

2، ص667.

(7)- الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص19. ابن قدامة: المغني، ج4، ص518.

(8)- القرافي: الذخيرة، ج8، ص251. ابن قدامة: المغني، ج4، ص518.

للمرأة أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض إلا بإذن الزوج، واستدل المالكية بما يأتي:

- من السنة: ما روي أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي صلى الله عليه وسلم بحلي لها، فقال لها النبي ﷺ: «لا يجوز للمرأة عطية حتى تستأذن زوجها، فهل استأذنتي؟»، فقالت: نعم، فبعث عليه السلام إلى كعب فقال: «هل أذنت لها بأن تتصدق بحليها؟»، فقال: نعم (1).

- ومن المعقول: بالقياس على المريض (2)؛ لأن ذلك يجري مجرى حقوق الورثة المتعلقة به. واستدل الجمهور بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُ رَشِدًا فَآخِذُوا بِأَهْوَالِهِ﴾ [النساء: 6]، والآية عامة في يتامى الرجال والنساء، وهو ظاهر في فك الحجر عنهم وإطلاق التصرف، واستدلوا بقوله ﷺ: «يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن» (3)، وأنهن تصدقن فقبل صدقتهن ولم يسأل ولم يستفصل ولم يذكر لهن الشرط.

والمالكية لما أعطوا حق الحجر للزوج على زوجته فيما زاد على الثلث؛ أغفلوا جانباً مهماً وهو أن للمرأة الرشيدة ذمة مالية مستقلة عن ذمة زوجها، وهذا باتفاق الفقهاء، فكيف تمنع من التبرع من مالها، وخاصة أن الأحاديث التي استدلوا بها فيها مقال، وهي معارضة للحديث

(1) - أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الهبات، (14)، باب: عطية المرأة بغير إذن زوجها، رقم: 2389، ج 2، ص 798. وقال في زوائد ابن ماجه: في إسناده يحيى وهو غير معروف في أولاد كعب، فالإسناد ضعيف (تقلا عن: محقق الكتاب: محمد فؤاد عبد الباقي).

(2) - القرافي: الذخيرة، ج 8، ص 251.

(3) - أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الزكاة، باب: التحريض على الصدقة والشفاعة فيها، عن ابن عباس بغير هذا اللفظ: خرج النبي يوم العيد فصلى ركعتين لم يصل قبل ولا بعد، ثم مال على النساء ومعه بلال، فوعظهن وأمرهن أن يتصدقن فجعلت المرأة تلقي القلب والخرص، ج 1، ص 249. وفي صحيح مسلم، كتاب الصلاة (8)، باب: صلاة العيدين، عن ابن عباس كذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم جاء النساء ومعه بلال، قال: فتصدقن، فبسط بلال ثوبه ثم قال: هلنم، فجعلن الفُتْحَ (الخواتيم العظام) والخواتم في ثوب بلال، ج 2، ص 602. وفي سنن أبي داود، كتاب صلاة العيدين، باب: الخطبة يوم العيد، عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نزل فأتى النساء، فذكرهن وهو يتولى على يد بلال، وبلال باسط ثوبه تلقي النساء فيه صدقة، وفيه أيضاً عن ابن عباس: كانت تلقي القرط والخاتم، ج 1، ص 260-261، رقم: 1141. أما هذا اللفظ الذي ذكره الفقهاء فهو عند الترمذي في أبواب الزكاة، باب: ما جاء في زكاة الحلي، عن زينب امرأة بنت مسعود من طريق محمود بن غيلان «يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن، فإنكن أكثر أهل جهنم يوم القيامة»، وقال أبو عيسى: هذا أصح من حديث أبي معاوية (ذكره قبل هذا)، ج 2، ص 73، رقم: 631. فالحديث بهذه الطرق والشواهد يرقى إلى درجة الصحيح.

الصحيح الذي لم يثبت فيه أنه اشترط إذن الزوج أو مقدار التبرع. وحديث كعب بن مالك - إن صح - فهو محمول على المبذرة إذا وليّ الزوج الحجر عليها⁽¹⁾.

كما أن القياس على المريض غير صحيح لوجوه منها: أن المرض سبب مفض إلى الميراث، بيد أن الزوجية تجعله من أهل الميراث، فهي أحد وصفي العلة، فلا يثبت الحكم بمجردهما⁽²⁾.

ومن ثم فإن مذهب الجمهور في جواز تصرف المرأة في مالها دون إذن زوجها هو المختار، وجواز كفالتها كذلك لغير زوجها دون إذنه مبني على هذا القول.

4- كفالة المفلس: ذهب المالكية إلى عدم جواز كفالة المفلس المحجور عليه، إن لم يجزده الغرماء؛ لعدم نفاذ تصرفه⁽³⁾، ووافق الصاحبان من الحنفية في ذلك؛ إذ يريان أن المحجور عليه بدئن لا تنفذ تصرفاته إلا فيما اكتسب من المال بعد الحجر، أما أثناءه فلا تنفذ تصرفاته ولا تبرعاته، خلافا لأبي حنيفة والإباضية⁽⁴⁾. وخالف الشافعية والحنابلة، فأجازوا للمفلس المحجور عليه أن يكفل ويتبع بعد فك الحجر عليه؛ لأنه من أهل التصرف، والحجر عليه كان في ماله لا في ذمته، فأشبهه الراهن، فصح تصرفه ولا يشارك المكفول له الغرماء، لأن ما استحقه بالكفالة مستحدث بعد فك الحجر، ويكون مال الكفالة فيما يستفيده بعد فك الحجر⁽⁵⁾.

ثالثا: تعدد الكفلاء:

ولتعدد الكفلاء صورتان:

الصورة الأولى: إذا لم يكن أحد الكفلاء كفيلا عن الآخر، بأن كانوا جميعا كفلاء عن مدين واحد فلا صلة بينهم بعضهم مع بعض، بأن كفل به كل واحد بعقد منفرد، فهذه الصورة يكون الحكم بالنسبة لكل واحد منهم، أي ثبوت حق المطالبة للدائن قبل الكفيل المنفرد الواحد، وإذا كفلوا بالدين بعقد واحد، فيكون كل واحد منهم كفيلا بجزء من الدين، واشترط ابن حزم

(1) - الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص21.

(2) - ابن قدامة: المغني، ج4، ص519.

(3) - التسولي: البهجة، ج1، ص186.

(4) - السرخسي: المبسوط، ج24، ص163. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص414.

(5) - الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص143. ابن قدامة: المغني، ج5، ص79.

لجواز هذه الصورة ألا يشترط الأصيل فيها أن يأخذ أيهما شاء بجميع الدين⁽¹⁾.

الصورة الثانية: أن يتعدد الكفلاء ويكون بعضهم كفيل عن الآخر، وهي محل اتفاق وللظاهرية أن الحق ينتقل من ذمة الكفيل الأول إلى ذمة الكفيل الثاني وذلك تبعاً لمذهبهم - الكفالة نقل للحق وليست ضمناً له -⁽²⁾.

الفرع الثاني: الطرف الثاني: الأصيل وشروطه

الأصيل أو المكفول عنه وهو المدين، ولقد اختلف الفقهاء حول الشروط الواجب توفرها فيه كالآتي:

أولاً: القدرة على الوفاء: اشترط الحنفية أن يكون الأصيل قادراً على الوفاء بالدين، إما بنفسه أو بنائبه⁽³⁾، وترتب على هذا الشرط أن وقع خلاف بين الحنفية والجمهور حول الكفالة عن الميت المفلس؛ فهو مدين توفي لا عن تركة ولا عن كفيل بالدين، فهو في هذه الحال عاجز عن الوفاء، غير أهل للمطالبة، وليس عليه إلا الأداء الواجب الشاغل للذمة، وهو متعذر في هذه الحالة، فذهب الجمهور وهم المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان والإباضية إلى جواز الكفالة عن الميت المفلس⁽⁴⁾.

(1) - الخروشي: شرح مختصر خليل، ج6، ص32. ابن حزم: المحلى، ج8، ص118. الخفيف: الضمان في الفقه الإسلام، ص268.

(2) - السرخسي: المبسوط، ج20، ص34. الدسوقي، أحمد بن عرفة: الحاشية على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م، ج4، ص540. الماوردي: الحاروي الكبير، ج8، ص150. ابن قدامة: المغني، ج5، ص91. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص444. المحلى، ج8، ص118.

(3) - الكاساني: البدائع، ج7، ص396.

(4) - الخطاب: مواهب الجليل، ج5، ص97. المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص8. ابن قدامة: المغني، ج5، ص73. الكاساني: البدائع، ج7، ص396. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص422.

وللمالكية في هذه المسألة تخريج: الأحاديث في الكفالة عن الميت المعسر من باب الحمل وإن كان نوعاً من الكفالة إلا أنه مختلف، قال الدردير: وصحّ الضمان عن الميت المفلس المعسر. بمعنى الحمل عنه. وقال الدسوقي شارحاً: أي لا حقيقة الضمان الذي هو شغل الذمة، لأن ذمة الميت قد خربت. حاشية الدسوقي، ج4، ص539.

وذهب أبو حنيفة وأبو ثور إلى عدم جواز ذلك، إلا أن يخلف هذا الميت وفاء⁽¹⁾، لأن الدين عبارة عن فعل، والميت عاجز عن الفعل، فكانت هذه كفالة بدين ساقط، ولا تكليف بما لا يستطيع، أمّا إذا ترك مالا، فإن كفالة ما عليه من دين تصح في حدود هذا المال للقدرة على الوفاء بواسطة النائب وهو الوصي على التركة، أو بواسطة الوارث، وذلك لبقاء المطالبة به في هذه الحالة⁽²⁾.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور بأدلة من المنقول والمعقول:

—من المنقول: استدلوا بالأحاديث التي أثبتت كفالة أبي قتادة دين الميت الذي لم يخلف وفاء⁽³⁾. فالنبي ﷺ حضّ على أداء الدين وغرمه، والميت الذي لم يترك وفاء كفله به أبو قتادة، ولم يمنعه النبي ﷺ ودل على جواز الكفالة عن الميت المتوفى ترك مالا أو لم يترك.

—من المعقول: استدلوا من العقل بأن الموت لا ينافي بقاء الدين، لأنه مال حكمي⁽⁴⁾، فلا يفتقر بقاءه إلى القدرة، ولهذا بقي إذا مات موسرا مليا، فتصح الكفالة به، ويؤيد ذلك صحة الإبراء عنه وإن لم يترك مالا، وصحة التبرع بالأداء عنه وكذلك ثبوت المطالبة به في الآخرة، ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الأصيل⁽⁵⁾.

ردّ أبو حنيفة على استدلال الجمهور من النقل:

بأنّ حديث أبي قتادة ليس فيه صريح إنشاء بالكفالة، بل يحتمل أن يكون إخبارا بما، ولا عموم لواقعة الحال، فلا يستدل به في خصوص محل النزاع، وامتناعه ﷺ من الصلاة عليه، إنما كان ليظهر طريقة إيفاء الدين لا بقيد طريق الكفالة، فلما ظهر بالإقرار بالكفالة به حصل

(1) -الكاساني: البدائع، ج7، ص396.

(2) -الكاساني: البدائع، ج7، ص396. الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص236.

(3) -سبق تخريجه.

(4) -الدين: عرف ابن نجيم: مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرها. وعرفه صاحب غمز البصائر: وجوب مال في الذمة بدلا عن شيء آخر، وتعريف جامع: وصف شرعي يظهر أثره في المطالبة. ينظر: ابن نجيم، زين العابدين: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ-1985م، ج4، ص5. الحموي، أحمد: غمز عيون البصائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ-1985م، ج4، ص5.

(5) -ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص204. الكاساني: البدائع، ج7، ص396.

المقصود فصلى عليه⁽¹⁾.

وأجيب بأن الحديث صريح في الكفالة عن الميت، خلف وفاء أو لم يخلف، ودعوى أن الحديث فيه إخبار لا إنشاء، لأن الكفالة سابقة على الوفاء، أمر بعيد لا دليل فيه⁽²⁾، بل الحديث نص في جواز الكفالة.

ردّ أبو حنيفة على الاستدلال من العقل:

أولاً: صحة الإبراء والأداء عن الميت، إنما أريد بها تخليصه من الماطلة في قضاء الدين، والتقصير في أدائه، لا قضاء الدين على الحقيقة، وذلك لإرضاء الخصم بمبة هذا القدر منه⁽³⁾.

ثانياً: إنه كفل بدين ساقط في حكم الدنيا لا مطلقاً، والكفالة من أحكام الدنيا؛ لأنها توثق ليأخذه فيها، لا في الآخرة، فلا يتصور لها وجود بلا دين كذلك، ولأن الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب، والموصوف بالأحكام الأفعال، وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه وهو الكفيل، الكائن قبل سقوط الدين فتسقط في أحكام الدنيا ضرورة⁽⁴⁾.

وأجاب الجمهور على إثبات سقوط الدين عن الميت المفلس بمسائل⁽⁵⁾:

أولاً: لو مات المشتري مفلساً قبل أدائه الثمن، لم يبطل البيع، ولو سقط الثمن بطل، ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل البيع بملاك الثمن في نفسه، فعلم أن سقوط الدين بالنسبة إلى الدنيا لا يُبطله.

ثانياً: أنه لو كان عنده كفيل بالدين قبل الموت يبقى على حاله إذا مات الأصيل مفلساً، ولو سقط في أحكام الدنيا لم تبق الكفالة، ولو كان عنده رهن بالدين قبل الموت بقي الرهن عليه كذلك بعد موته مفلساً، وبقاء الرهن إنما يكون ببقاء الدين.

(1)-أمير بادشاه، محمد أمين: تسيير التحرير، دار الفكر، دط، دت، ج4، ص283. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص206.

(2)-الحفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص236.

(3)-الكاساني: البدائع، ج7، ص396.

(4)-ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص204-205.

(5)-المصدر نفسه، ج7، ص206.

ورد أبو حنيفة على هذه المسائل بما يأتي:

أما عن المسألة الأولى، فإن الدين لا يبطل بموت المشتري في حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من المتبرع لأن المحل باق، وقد سقط الدين لضرورة بطلان المحل، أما الكفالة فهي تعتمد قيام الدين في حق الأصيل. وعن الثاني أن كساد الفلوس يبطل الملك في حق المشتري، فلذلك انتقض العقد، أما هنا فإن الدين باق في حق الدائن فلا يبطل العقد.

وعن الثالثة: بأن ذمة الكفيل السابقة كفالته، حُلف عن ذمة الميت، فهي مقوية له، فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن⁽¹⁾.

سبب الاختلاف في المسألة

و يبدو مما سبق أن سبب الاختلاف بين الفقهاء حول صحة الكفالة عن الميت المفلس راجع إلى مسألة سقوط الذمة بالموت، وهي مختلف فيها بينهم. فالذمة ترافق المكلف حياته منذ ولادته، وتنهى بعد وفاته، ولكن هل تعتبر الذمة منهمة بالموت فوراً أو باقية بعده إلى حين؟

فالحنفية يرون أن الموت لا يهدم الذمة، ولكن يضعفها كما يضعف أهلية الوجوب، فلا تبقى الذمة والأهلية كما كانتا عليه حال الحياة، وإنما يبقى لهما من الصلوح ما تقتضيه الضرورة، اقتضاء لتسوية الحقوق وثبوت الأحكام. معنى ذلك أن الأصل الإهدام، وبطلان الذمة والأهلية بالموت، وإنما تعدان مستمرتين بصورة استثنائية وبنطاق محدود بقدر ما تقتضيه الضرورة لا لإثبات أحكام جديدة، وعلى هذا لا يصح أن يوصى للميت أو يوهب له، وكذلك عدم صحة الكفالة عنه، لأن دينه عندئذ تساقط من الذمة لعدم إمكان المطالبة به⁽²⁾.

أما الجمهور، فقد ذهبوا إلى أن الذمة تبقى صحيحة بعد الموت إلى أن توفي الديون وتصفى التركة ثم تنهدم، وإنما يخرج الشخص بالموت عن صلاحية المطالبة في الدنيا ولا يستلزم ذلك عدم بقاء الذمة وصلاحيتها لأن تشغل بالدين، لذلك صحت الكفالة بعد الموت بما على الميت المفلس من الدين⁽³⁾. وذهب الحنابلة في قول عندهم إلى القول بأن الذمة تنهدم بمجرد

(1)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج 7، ص 206.

(2)- أمير بادشاه: تيسير التحرير، ج 4، ص 282-283. الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج 3، ص 197 بتصرف.

(3)- الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج 3، ص 196.

الموت، فإن ترك الميت مالا تعلقت الديون به وإلا سقطت⁽¹⁾.

القول المختار:

يلاحظ من خلال ما سبق أن أدلة الجمهور قد أجيب عليها من طرف الحنفية، وكذلك أدلتهم ردّ عليها الجمهور، إلا أن الحديث الذي استندوا إليه فيه دلالة على أن النبي ﷺ أجاز الكفالة عن الميت المفلس، ودعوى أن الكفالة يحتمل أن تكون قبل موته لا دليل عليها من النص، بل الظاهر أن الكفالة بعد ذلك، فكان هذا الحديث مستندا قويا تعضده الروايات الأخرى له، فيكون بذلك مذهب الجمهور هو الراجح والله أعلم.

ثانياً: أن يكون الأصيل معلوما: اشترط الحنفية أن يكون الأصيل معلوما لدى الكفيل، وذلك إذا كانت الكفالة مضافة أو معلقة، لا إن كانت منجزة، فإذا قال شخص لآخر: "كفلت مالك من الدين على الناس" تصح وإن كان المكفول عنه مجهولاً، قال في الفتح: «وجهالة المكفول عنه في التعليق والإضافة تمنع صحة الكفالة، وفي التنجيز لا تمنع، مثال ذلك "ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحد فهو عليّ"، لا تصح لجهالة المضمون عنه في الإضافة»⁽²⁾؛ لأن الكفالة جوازها بالعرف، وهي بهذا الوجه غير معروفة⁽³⁾، والفرق بين جهالة الأصيل في التنجيز والإضافة والتعليق؛ أن القياس يأبى إضافة الكفالة، لأنها تمليك في حق الطالب، وإنما جوزت استحساناً للتعامل بها، وهذا فيما إذ كان الأصيل معلوماً وإذ كان مجهولاً بقيت على القياس، فكان المبطل هو الإضافة والتعليق لا الجهالة⁽⁴⁾.

وأجاز جمهور الفقهاء من مالكية وحنابلة وشافعية الكفالة والأصيل مجهول؛ لأن الكفالة تبرع بالتزام مال فلم يعتبر من يتبرع له كالنذر⁽⁵⁾.

ثالثاً: الكفالة عن ناقصي الأهلية: لم يشترط الحنفية حرية الأصيل أو عقله أو بلوغه

(1)- ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن: القواعد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413هـ-1992م، ص386. الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج3، ص195.

(2)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص183.

(3)- الكاساني: البدائع، ج7، ص396.

(4)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص183. ووافق الحنفية القاضي أبي يعلى من الحنابلة. ينظر: ابن قدامة: المغني، ج5، ص71.

(5)- عيش: منح الجليل، ج3، ص252. الرملي: نهاية المحتاج، ج4، ص438. ابن قدامة: المغني، ج5، ص71.

لجواز الكفالة؛ لأنها تمت بما هو مضمون على الأصيل، مقدور الاستيفاء من الكفيل وقد وجد، فالولي مطالب في الحال بما على الصبي والمجنون، ويطالبان بعد البلوغ والإفاقة، والعبد كذلك؛ إذ الدين واجب عليه، ويطلب به وإن كان محجورا⁽¹⁾.

واشترط المالكية في الأصيل ألا يكون محجورا عليه لسفه، ذلك لأن تصرفه ينقسم إلى قسمين: أحدهما: أن يشتري أو يبيع أو ينفق شيئا لازما له لا بد منه في الضروريات.

ثانيهما: أن يتصرف كذلك فيما ليس بلازم له بل يمكنه الاستغناء عنه، فتصح الكفالة في القسم الأول، فإذا أداه الكفيل فإنه يرجع به إلى الأصيل، أما القسم الثاني فلا تصح فيه ولا يرجع على الأصيل بالمال⁽²⁾.

أما الصبي المولى عليه فقال اللخمي⁽³⁾: «الكفالة على المولى عليه ستة أقسام، تلزم في ثلاثة وتسقط في اثنين وتختلف في السادس». فالكفالة لا تخلو أن تكون في أصل العقد أو بعده، فإن كانت في أصل العقد فلا يخلو أن يكون الكفيل والمكفول له عالمان بأنه مولى عليه أو لا. فإن كانا عالمين بأنه كذلك لزم الكفالة وإن علم الكفيل وحده لزم، أما إن علم المكفول له وحده دون الكفيل سقطت لأنه أتلف ماله. وإن كانت الكفالة بعد العقد فإن كانا جاهلين سقطت الكفالة، لأن الكفيل لم يضر بشيء، وإن كانا جاهلين بأنه مولى عليه، وكانت الكفالة في أصل العقد فعلى قول مالك لا يكون للكفيل شيء⁽⁴⁾، أي أن الكفالة غير لازمة. فالمالكية نظروا إلى الكفالة عن الصبي والسفيه من عدة جهات، علم الكفيل والمكفول له أن مبيعة الصبي ساقطة إن كان بغير إذن وليه، وينظر هل صرفت فيما لا بد لهما منه من نفقة أو كسوة أو إصلاح متاع أو لا، وينظر هل كانت في أصل العقد أو بعده.

(1)-الكاساني: البدائع، ج7، ص396.

(2)-الخطاب: مواهب الجليل، ج5، ص96.

(3)-اللخمي: أبو الحسن علي بن محمد الربيعي، المعروف باللخمي القيرواني، تفقه بأبي محرز والسيوري وغيرهم، وعنه أخذ الإمام المازري وجماعة، له تعليق على المدونة سماه التبصرة، توفي 478هـ بصفافس. مخلوف: شجرة النور الزكية، رقم: 326، ص117.

(4)-القرافي: الدخيرة، ج9، ص203. الخطاب: مواهب الجليل، ج5، ص96.

الفرع الثالث: الطرف الثالث: المكفول له وشروطه

وهو صاحب الدين، وقد سبق في ركن الصيغة ذكر الخلاف حول اشتراط قبوله في العقد، حيث اشترطه الحنفية في مجلس العقد، بناء على أن الكفالة تتم بإيجاب وقبول بين الكفيل والمكفول له، وهذا خلافا للجمهور، إذ الكفالة عندهم تبرع من الكفيل، فتلزمه وإن لم يرض المكفول له. وعليه، فقد وقع خلاف بينهم حول اشتراط معرفته في الكفالة، فهل تجوز والمكفول له مجهول؟ اختلفوا على مذهبين كالآتي:

المذهب الأول: وهو مذهب الحنفية، والقاضي أبي يعلى من الحنابلة⁽¹⁾ ومقتضاه أن يكون المكفول له معلوما للكفيل، قياسا على اشتراط قبوله لانعقاد الكفالة.

المذهب الثاني: وهو مذهب المالكية والحنابلة والأصح عند الشافعية، والظاهرية⁽²⁾، ومقتضاه جواز الكفالة والدائن مجهول للكفيل.

استدل الحنفية ومن وافقهم بما يأتي:

- أن الكفالة في حق المكفول وهو الطالب بالدين بمثلة البيع والمكفول له كالبائع، بجامع أن المكفول له تملك ما في ذمة الأصيل من الكفيل، فلا بد من تعيينه، ومعرفته، فكانت جهالة الطالب مانعة جواز الكفالة، كجهالة المشتري مانعة للبيع⁽³⁾.

- أجيب على هذا الاستدلال بالفرق بين الكفالة والبيع؛ إذ المنتفع في البيع بذل عوضا، فاشترط رضاه ومعرفته لأجل ما بذله، بخلاف الكفالة، إذ هي تطوع بالتزام ما في الذمة من غير عوض⁽⁴⁾.

واستدل الجمهور بما يأتي:

- من المنقول: قوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْتُ صَوَامِعَ الْمَلِكِ وَلَمَنَ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72] فهي نص في جهالة المكفول له، وجواز الكفالة دون اشتراط معرفته؛ فمن يجيء

(1)- ابن الهمام: شرح فتح القدير ج7، ص182. ابن قدامة: المغني، ج5، ص71.

(2)- القرافي: الذخيرة، ج9، ص200. الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص109. الطيبي: تكملة المجموع، ج14، ص5.

ابن قدامة: المغني، ج5، ص71. ابن حزم: الحلي، ج8، ص111.

(3)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج5، ص183.

(4)- القرافي: الذخيرة، ج9، ص200.

انفصل الأول: أركان الكفالة وأقسامها

بالحمل غير معروف لدى المنادي، واستدلوا كذلك بكفالة أبي قتادة لمن لم يعرفه، ولم يسأل النبي ﷺ عن ذلك (1).

-من المعقول: استدلوا بأن الكفالة من عقود التوثيق فيها معنى التبرع، والكفيل التزم ما في ذمة الأصيل، فكان من المعروف الذي لا تضره جهالة المكفول له فصح (2).

وسبب الاختلاف راجع كذلك إلى طبيعة عقد الكفالة؛ إذ فيها شبه بالبيع من ناحية تملك ما في ذمة الأصيل، وهذا متمسك أبي حنيفة، وهي في حقيقتها عقد توثيق يتبرع فيه الكفيل بالتزام ما في ذمة الأصيل، فلا يشترط معرفة المكفول له، وقد دلت على ذلك أدلة من القرآن والسنة تمسك بها الجمهور، فلم تكن جهالة المكفول له قاذحة في الكفالة.

المطلب الثالث: محل الكفالة

محل الكفالة وهو موضوعها ويسمى المكفول به، وهو ما التزم الكفيل أداءه حال عدم تمكن المدين من ذلك، وقد يكون محل الكفالة ديناً أو نفساً أو عيناً، وسأوجّل الحديث عن كفالة الأعيان والنفس إلى المبحث الثاني الخاص بأقسام الكفالة.

الفرع الأول: الدين وشروطه

تصح الكفالة بالدين بلا خلاف، لأنه مضمون على الأصيل ومقدور الاستيفاء من الكفيل، ويشترك في الدين لتصح الكفالة به الشروط الآتية:

1- أن يكون ديناً صحيحاً: والدين الصحيح هو الذي لا يسقط إلا بأدائه لصاحبه أو بالبراءة منه (3). ومثاله: القرض وثن المبيع بعقد صحيح، واختلف في نفقة الزوجة، هل تعدّ ديناً صحيحاً أم لا، حيث ذهب الشافعية والحنابلة (4) إلى اعتباره ديناً صحيحاً، فأجازوا كفالة نفقة الزوجة مطلقاً، سواء كانت ماضية أو حاضرة أو مستقبلية؛ لأن النفقة الحاضرة لازمة، والمستقبلية مألها إلى اللزوم، وذهب القاضي أبو يعلى إلى أنه إذا كفل لها النفقة المستقبلية لم تلزمه إلا نفقة

(1)- المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص5.

(2)- القرافي: الذخيرة، ج9، ص200.

(3)- الكاساني: البدائع، ج7، ص398.

(4)- الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص120. ابن قدامة: المغني، ج5، ص75.

المعسر؛ لأن الزيادة على ذلك تسقط بالإعسار⁽¹⁾.

وذهب الحنفية إلى جواز كفالة النفقة إذا كانت حاضرة أو مستقبلة، أما الماضية؛ فإنهم أجازوا كفالتها بعد القضاء والرضا وذلك استحساناً؛ إذ النفقة ليست من الديون الصحيحة عندهم، وإنما اشترطوا في النفقة الماضية القضاء والرضا؛ لأنها تسقط بالمضي قبلهما، فلا تصح كفالتها، والفرق بين النفقة الماضية والمستقبلة، أن الزوجة مقصورة بتركها دون قضاء بها أو الرضا إلى أن سقطت بالمضي، خلافاً للمستقبلة⁽²⁾.

2- أن يكون ديناً لازماً أو آيلاً إلى اللزوم⁽³⁾: ومثال الدين اللازم الذي يصح ضمانه دين القرض وثن السلعة المباعة وقيم المتلفات وأروش الجنائيات ومهور الزوجات ومال السلم⁽⁴⁾. ومثال الدين غير اللازم الذي لا يصح ضمانه: دين الصبي بغير إذن وليه والسفيه المحجور عليه، ودين المكاتب، وضمانه لا يصح لأن لزوم الكفالة فرع للزوم الدين المكفول به⁽⁵⁾.

- أما الدين الآيل للزوم: فهو دين ليس لازماً ولكنه يفضي إلى اللزوم، ومثاله: مال الجعالة قبل العمل، كمن يقول: من ردّ ضالتي فله مائة دينار، فإن كفل عنه غيره ذلك قبل ردّ الضالة، فمذهب الجمهور من مالكية وحنابلة وشافعية في القول الأول لهم⁽⁶⁾ جواز ذلك، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْتُ حَوَائِجَ الْمَلِكِ وَلَمَنَ جَاءَ بِهِ حِفْلٌ يَجِيرُ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72]، حيث إن المنادي كفل مال الجعالة. وذهب ابن شاس وتبعه ابن الحاجب من المالكية إلى صحة كفالة مال الجعالة بعد العمل لا قبله؛ لعدم لزومه قبل العمل⁽⁷⁾، وذهب الشافعية في القول الآخر

(1)- ابن قدامة: المغني، ج5، ص75.

(2)- ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج7، ص556.

(3)- الخطاب: مواهب الجليل، ج5، ص92. المواق: التاج والإكليل، ج5، ص99. الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص218. ابن قدامة: المغني، ج5، ص75. الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص239.

(4)- الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص218. ابن قدامة: المغني، ج5، ص75. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص427.

(5)- النظام وجماعة من الفقهاء: الفتاوى الهندية، ج3، ص255. الخرشني: شرح مختصر خليل، ج6، ص24. المواق: التاج والإكليل، ج5، ص99. الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص118. المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص16.

(6)- الخرشني: شرح مختصر خليل، ج6، ص24. المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص17.

(7)- المواق: التاج والإكليل، ج5، ص99.

ابن شاس: نجم الدين الجلال أبو محمد عبد الله بن شاس ابن نزار الجذامي السعدي، أخذ عن الحافظ، زكي الدين المنذري، =

عندهم إلى عدم جواز كفالة مال الجعالة، وحجتهم أنه دين غير لازم، فلا يصح ضمانه كمال الكتابة، أما الآية فليس فيها دليل على أن المنادي كفل وإنما أخبر عن المالك بأنه بذل لمن رده حمل البعير، وأن المالك هو من قال: "وأنا به زعيم" (1).

والراجح مذهب الجمهور؛ لأن الآية نص في الكفالة وليس فيها ما يدل على أن قوله تعالى: "وأنا به زعيم" من قول المالك، فكان المنادي كفيلا لمال الجعالة.

الفرع الثاني: كفالة ما لم يجب (أو كفالة الدين الموعود به)

وهو قول الكفيل "ما دأبت به فلان فهو علي"، أو "أقرض فلان وأنا كفيل بما ستقرضه" من لدين، وقد ذهب إلى جواز كفالة الدين الموعود به أو ما لم يجب الخفية والمالكية والشافعي في قوله القديم، والإباضية في القول الأول عندهم (2).

و ذهب الشافعي في الجديد والظاهرية والإباضية في القول الآخر عندهم إلى عدم جواز كفالة الدين الموعود به (3).

واستدل الجمهور لما ذهبوا إليه: بأن معنى الكفالة يتحقق عند ثبوت الدين، والكفيل قد ضم ذمته إلى ذمة المكفول عنه، في أنه يلزمه ما يلزمه، وأن ما يثبت في ذمته يثبت في ذمته، ونظير المسألة الإجماع على جواز ضمان الدرك (4).

واستدل الشافعي لما ذهب إليه؛ بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين، والدين قبل

من مؤلفاته: الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة على ترتيب الوجيز للغزالي، دلّ على غزارة علمه واختصره ابن الحاجب، توفي بدمياط سنة 610هـ، مجاهدا في سبيل الله. ينظر: مخلوف: شجرة النور الزكية، رقم 517. ص 165.

ابن الحاجب: أبو عمرو جمال الدين عثمان ابن عمر ابن أبي بكر يوسف ابن الحاجب المصري، ثم الدمشقي، فقيه وأصولي، أخذ عن أبي الحسن الأبياري، وعليه اعتماده، وقرأ على الإمام الشاطبي الضرير القراءات، وعنه أخذ القرافي وابن المنير وأبو علي ناصر الدين الزواوي، وهو أول من أدخل المختصر الفرعي ببجاية، ومنها انتشر بالمغرب، من مؤلفاته: مختصره الفرعي ومختصره الأصلي، الذي اختصره وسماه "منتهى السؤل والأمل"، وله الكافية في النحو وغيرها، توفي 570هـ. مخلوف: شجرة النور الزكية، رقم 525. ص 167.

(1)-المطيعي: تكملة المجموع، ج 14، ص 17

(2)-ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج 7، ص 183. الخرشبي: شرح مختصر خليل، ج 6، ص 25. المطيعي: تكملة المجموع، ج 14، ص 19. ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 72. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج 9، ص 429.

(3)-المطيعي: تكملة المجموع، ج 14، ص 19. ابن حزم: المحلى، ج 8، ص 117. ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 72.

(4)-ابن قدامة (شمس الدين): الشرح الكبير، ج 5، ص 81.

ثبوتها لا تشغل به ذمة، فلا يتحقق بذلك معنى الكفالة⁽¹⁾.

والمختار هو رأي الجمهور؛ إذ الكفالة جوازها بالعرف، ومظهر من مظاهر التوسع في الفقه، ومن صور هذا التوسع، تحمل الجهالة غير الفاحشة، ومبناها على التراضي، فإن قبل الأصيل أن يكفل عنه الكفيل راضياً ديونه المستقبلية، فإن هذا غير قادح فيها.

الفرع الثالث: كفالة المال المجهول :

جازت الكفالة إذا كانت بمال مجهول المقدار عند جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعي في القديم، والإباضية في قول عندهم⁽²⁾.

وذهب الشافعي في الجديد والظاهرية والثوري، إلى القول بعدم جواز الكفالة بالمال مجهول المقدار⁽³⁾.

- استدلل الجمهور لما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاحِمَ الْمَلِكِ وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: 72]، واستدلوا بعموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم»⁽⁴⁾. ولأن الكفالة التزام حق في الذمة من غير المعاوضة، فصح في المجهول كالنذر والإقرار، فلا يقصد بها سوى ثواب الله ورفع الضيق، فكان مبناها التوسع، فتحملت فيها الجهالة، وقد جرى بها العرف وحاجة الناس تدعو إلى ذلك⁽⁵⁾.

- واستدل الشافعي ومن وافقه بأن الكفالة التزام دين في الذمة، و التزام المجهول غرر؛ إذ إن كل جهالة تبطل بها الأمان، فإنها تبطل بها الكفالة قياساً على البيع، ولأن الكفالة وثيقة فلم تجب إلا في المعلوم⁽⁶⁾.

- واشترط الحنابلة لصحة الكفالة بالمجهول، إذا كان مآله إلى العلم به، كقوله: أنا كفيل

(1)- ابن حزم: المحلى، ج8، ص117. الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص181.

(2)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص183. القرابي: الذخيرة، ج9، ص208. المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص19. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص429.

(3)- الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص131. ابن حزم: المحلى، ج8، ص117.

(4)- ابن قدامة: المغني، ج5، ص72.

(5)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص181.

(6)- الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص131.

لك ما أعطيت فلانا، أو ما تقوم به البينة⁽¹⁾.

والمختار من المذاهب هو مذهب الجمهور؛ إذ إن الكفالة تبرع من الكفيل بضمان ما في ذمة الأصيل، فتتحمل فيها الجهالة، والكفيل متحمل مسؤولية الغرامة بعد ذلك، كما أن قيمة المجهول مآلها إلى العلم إن آجلا أو عاجلا.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1)-النجدي: الروض المربع، ج5، ص103.

المبحث الثاني: أقسام الكفالة

قسم الفقهاء الكفالة تقسيماً باعتبار محلها إلى قسمين: كفالة بالمال، وكفالة بالنفس.

المطلب الأول: الكفالة بالمال

عرّفها صاحب مجلة الأحكام العدلية: «الكفالة بالمال هي الكفالة بأداء المال، ككفالة أحد مالا مغصوباً أو ديناً صحيحاً»⁽¹⁾.

أما في المذاهب الفقهية الأخرى، فإن تعريف الكفالة بالمال متضمن في تعريف الكفالة العام، وموضوعها "التزام مال في الذمة"⁽²⁾ وتشمل الكفالة بالمال الأنواع الثلاثة الآتية: الكفالة بالدين، الكفالة بالأعيان، وكفالة الدرك.

الفرع الأول: الكفالة بالدين

لقد تقدم ذكر الشروط الواجب توفرها في الدين لتصح به الكفالة، وهنا سأدرس الدين في حالة تنجيزه وتأجيله كالاتي:

أولاً: كفالة الدين المؤجل حالاً أو مؤجلاً أبعد أو أقل من أجله

اتفق الفقهاء على صحة كفالة الدين المؤجل حالاً وخالف الحنابلة، على تفصيل هذا بيانه:

1- مذهب الحنفية: جاء في المبسوط: «وإذا كفل لرجل على رجل مائة درهم إلى أجل مسمى، فضمنها رجل عنه إلى أجل دون ذلك أو أكثر منه أو مثله فهو جائز على ما سمي، أما إذا لم يسم الكفيل شيئاً، فالمال عليه إلى ذلك الأجل؛ لأنه بالكفالة إنما يلتزم المطالبة التي هي ثابتة على الأصيل، والمطالبة بهذا المال على الأصيل بعد حلّ الأجل فيثبت ذلك على الكفيل أيضاً، ... وأما إذا كفل به إلى أجل دون ذلك؛ فلأنه لو كفل به حالاً لزمه المال في الحال؛ لأن الأصيل لو أسقط الأجل لزمه المال في الحال، فكذلك الكفيل، وكفالته على أن يؤديه حالاً بمعزلة إسقاط

⁽¹⁾-علي حيدر: درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، دار الخليل، بيروت، ط1، 1411هـ-1991م، ج1، مادة 614، ص733.

⁽²⁾-محمود أحمد مروح مصطفى: الكفالة وطرق الإبراء منها، دار النفائس، الأردن، ط1، 1422هـ-2003م، ص22.

الفصل الأول: أركان الكفالة وأقسامها

الأجل، فإذا جاز في جميع الأجل جاز في بعضه»⁽¹⁾. يدل كلامه على أن الحنفية يميزون كفالة الدين المؤجل إلى أجل أقل من الأول أو أبعد منه، أو حالا؛ لأن التزام الكفيل تبع لالتزام الأصيل، ويقتصر الحلول على الكفيل.

2- مذاهب المالكية: جاء في المدونة: «قلت: أرأيت إن أخذت منه حميلا قبل محلّ الأجل، على أن يوفيني قبل محل الأجل، قال: لا بأس بذلك؛ لأنه لا تهمّة هاهنا، وكذلك الرهن. قلت: وكذلك إن أعطاني حميلا أو رهنا قبل محل الأجل على أن يعطيني حقي عند محل الأجل، أيجوز هذا أم لا؟ قال: لا بأس به. قلت: أرأيت إن أخذت حميلا قبل محل الأجل، وكان ديني عليه، محله إلى سنة، فأعطيني كفيلا بحقي إلى ستة أشهر، قال: هذا لا بأس به؛ لأن هذا لا تهمّة فيه، ألا ترى أنه عجل الدين الذي عليه قبل محل الأجل، وزاد مع ذلك حمالة هذا الرجل، فلا بأس بذلك»⁽²⁾.

يستنتج من النص أن المالكية يميزون أن يكفل شخص ديناً مؤجلاً في ذمة آخر، على أن يوفيه قبل محل الأجل، وقوله: "لا تهمّة ها هنا"، يقصد بها أنهم لا يميزون أن يكفل الكفيل ديناً مؤجلاً على أن يوفيه أبعد من الأجل؛ إذ يعد سلفاً جر منفعة للدائن، وهي توثيقه بالكفالة إلى أبعد من أجل الدين، وإنما أجازوا الحالة الأولى لانعدام هذه التهمة؛ إذ ليس فيها إلا أنه عجل الدين قبل أجله وزاد الكفالة.

أما كفالة المؤجل حالا؛ أي أن يكون على شخص دين مؤجل، فأسقط المدين حقه في التأجيل، وكفله شخص على الحلول، فقد اشترط المالكية للزوم هذه الكفالة شرطان⁽³⁾:

الأول: وهو أن يسقط المدين حقه في التأجيل؛ لأنه لو لم يسقط حقه من ذلك لكان من أداء الدين عنه لا من الكفالة، لأن الكفالة انضمام دين المدين إلى الكفيل، ودينه مؤجل، فلا يكون حالا على الكفيل.

الثاني: أن يكون هذا الدين مما يقضى للمدين بقبوله عند تعجيله، كما لو كان نقداً

(1)- السرخسي: المبسوط، ج20، ص67-68.

(2)- مالك بن أنس: المدونة الكبرى، ج13، ص272.

(3)- ينظر هذه المسائل: الخروشي: شرح مختصر خليل، ج6، ص23-24. الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج4، ص540. الحفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص260.

مطلقاً أو طعاماً أو عروضاً من قرض، أما لو كان مما لا يقضى للمدين بقبوله حيث عجله، كما لو كان عروضاً أو طعاماً من بيع فلا يجوز كفالته حالاً؛ لأنه لو جازت الكفالة في هذه الحال، كان في ذلك حط الضمان وأزيدك توثقاً؛ ومعنى الحط هنا: التنازل من الدائن عن الأجل، والزيادة بالتوثيق، ومن الجائز أن يماطله أو يأبق الدين فكان في ذلك إضرار بالكفيل.

3- مذهب الشافعية: أجاز الشافعية ضمان المؤجل بأجل أطول من الأول، وأجازوا ضمان الدين المؤجل حالاً، وهو أصح الأقوال عندهم، لأنه تبرع بالتزام التعجيل فصح كأصل الضمان⁽¹⁾.

4- مذهب الحنابلة: إن كان الدين مؤجلاً، فضمنه الكفيل حالاً، لم يصر حالاً عند الحنابلة، ولا يلزمه أداءه قبل الأجل، حجتهم في ذلك أن الكفيل فرع للأصيل، فلا يلزمه ما لا يلزم الأصيل، ولأن الكفالة التزام دين في الذمة، فلا يجوز أن يلتزم ما لا يلزم الأصيل⁽²⁾.

ثانياً: كفالة الدين الحال مؤجلاً:

إذا كان لشخص دين حال في ذمة شخص آخر، فكفله شخص آخر حالاً، فالكفالة صحيحة باتفاق الفقهاء، أما إذا كفله على أن يكون مؤجلاً، فإن الفقهاء كذلك متفقون على جوازه على تفصيل كالآتي:

1- مذهب الحنفية: ذهب الحنفية إلى جواز كفالة الدين الحال مؤجلاً، ويتأجل الدين في حق الأصيل والكفيل معا في ظاهر الرواية، وروي عن محمد ابن الحسن الشيباني أنه يكون تأجيلاً في حق الكفيل خاصة؛ وجه هذه الرواية أن الطالب خصّ الكفيل بالتأجيل، فخصّ به، كما إذا كفل حالاً أو مطلقاً ثم أخر عنه الكفالة. ووجه ظاهر الرواية أن التأجيل في أصل العقد يجعل الأجل صفة للدين، والدين واحد، وهو على المدين، فيصير مؤجلاً عليه ضرورة، بخلاف ما إن كان التأجيل بعد تمام العقد، لأنه المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة، وقد خصّ به الكفيل فلا يتعدى إلى الأصيل⁽³⁾. والفرق بين هذه الصورة ومسألة الدين المؤجل حالاً، أن يبقى الأجل على الأصيل ويقتصر الحلول على الكفيل، أن الدائن لا يملك إسقاط الأجل عن الأصيل، وإلزامه

(1)- الشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص207. الرملي: تحفة المحتاج، ج5، ص330.

(2)- ابن قدامة: المغني، ج5، ص80-81.

(3)- الكاساني: البدائع، ج7، ص391.

بالدين حالا دون التزامه، بخلاف إرجاء الدين والامتناع عن المطالبة إذ يملك الدائن ذلك لأنه خالص حقه (1).

2- مذهب المالكية: ويصح ضمان الحال مؤجلا عند المالكية، كأن يقول شخص للدائن أجل مدينتك شهرا وأن أضمنه لك، فيصح بشرطين على البذل:

أحدهما: أن يكون المدين موسرا ولو في أول الأجل، وذلك لكي لا يصير سلفا جر نفعاً وهو محظور؛ ذلك لأنه لو كان معسرا في أول الأجل، فإن تأجيله يعد سلفا جديداً، وكان التوثيق في هذه الحال نفعاً جره هذا التأجيل؛ إذ الظاهر أنه لو لا التوثيق ما كان التأجيل، ولما كان الدين ثابتاً قبل التوثيق بالكفالة، وكان المدين معسرا فلم يتمكن الدائن من استفتاء دينه، فإذا وثق بكفيل كان ذلك نفعاً له نظير تأجيله الدين.

ثانيهما: أن يكون معسرا عند حلول الأجل، بحيث لا يظن يساره فيه عادة؛ وإنما صحت بهذا الشرط، لأن التأجيل فيها كعدمه لوجوب إنظار المدين فيها إلى ميسرته، وإن حصل نفع في الكفالة لم يحصل سلف بالتأخير، وإن لم يعسر في جميعه بل أيسر في أثنائه كبعض أصحاب الغلات والوظائف، كأن يكفله إلى أربعة أشهر، وعادته اليسار بعد شهرين، فلا يصح هنا وهذا قول ابن القاسم؛ لأن الزمن المتأخر عند ابتداء يساره يعد فيه المدين مسلفاً لقدرة الدائن على أخذه منه عند اليسار، وأجازه أشهب لأن الأصل استصحاب عسره، ويسره قد لا يحصل فكأنه معسر تبرع بكفيل. والنتيجة أن تأخير الدين على الأصيل تأخير على الكفيل، وتأخيره للكفيل تأخير على الأصيل؛ إذ لا نص على أنه خاص بالكفيل وحده (2).

3- مذهب الشافعية: أجاز الشافعية كفالة الدين الحال مؤجلا أجلا معلوماً، وهذا في أصح المذاهب عندهم؛ لأن الكفالة تبرع والحاجة تدعو إليه، فصحح على حسب التزامه، ويثبت الأجل في حق الكفيل على الأصح فلا يطالب إلا كما التزم (3).

(1)- الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص 261.

(2)- الخرشبي: شرح مختصر خليل، ج 6، ص 24. الدرديري: الشرح الكبير، ج 4، ص 541. الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص 262.

(3)- الشربيني: معني المحتاج، ج 2، ص 207. الرملي: تحفة المحتاج، ج 5، ص 330-331. الماوردي: الحاوي الكبير، ج 8، ص 135.

4- مذهب الحنابلة: أجاز الحنابلة كفالة الدين الحال مؤجلا، ويكون حالا على الأصيل

مؤجلا على الكفيل، يملك مطالبة الأصيل دون الكفيل⁽¹⁾، واستدلوا بما روي عن ابن عباس أن رجلا لزم غريما له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ، فقال: ما عندي شيء أعطيكه، فقال: لا والله! لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل فجره إلى النبي ﷺ فقال له: «كم تستنظره؟»، فقال: شهرا، فقال رسول الله ﷺ: «فأنا أحمل له»، فجاءه في الوقت الذي قال فيه النبي ﷺ، فقال له النبي: «من أين أصبت هذا؟» قال: من معدن، قال: «لا خير فيها» وقضاه عنه⁽²⁾، ولأن الكفيل كفل مالا بعقد المؤجل فكان مؤجلا كالبيع، إذ الكفالة ضم لذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل، فيجوز أن يكون الدين مؤجلا على الكفيل حالا على الأصيل، بدليل أنه لو مات الأصيل والدين مؤجل يطالب الكفيل عند حلول الأجل⁽³⁾.

خلاصة:

يستخلص مما سبق الآتي:

أجاز الحنفية والحنابلة والشافعية في أصح الأقوال كفالة الدين الحال مؤجلا، ويتعلق التأجيل بالأصيل والكفيل معا عند الحنفية في ظاهر الرواية، بينما يقتصر التأجيل على الكفيل وحده عند الحنابلة والشافعية، أما المالكية فقد أجازوا كفالة الدين الحال مؤجلا بأحد شرطين: يسار المدين في أول الأجل أو إعساره فيه، ويرون أن التأجيل متعلق بالكفيل والأصيل معا. أما المسألة السابقة، وهي كفالة الدين المؤجل حالا أو مؤجلا أبعد أو أقل من الأجل، فقد أجاز الحنفية والشافعية في أصح الأقوال عندهم ذلك، ويقتصر الحلول على الكفيل عند الحنفية، أما الحنابلة فلم يميزوا إسقاط الأجل عن الكفيل، بل يلزمه أداء الدين عند الأجل، لكونه فرعا للأصيل، لا يمكنه التزام ما لم يلتزمه المدين، وللمالكية التفصيل، إذ لم يميزوا أن يكفل إلى أبعد من الأجل لأنه قرض جر نفعاً، وكفالة إلى أجل أقرب جائزة عندهم، أما أن يكفل حالا فقد اشترطوا لذلك شرطين: أن يسقط المدين حقه في التأجيل، وأن يكون الدين مما يجوز تعجيله، أما إن كان مما لا يجوز فلا؛ لأنه حط الضمان وأزديك توثقا.

(1)- ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 80.

(2)- سبق تخريجه.

(3)- ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 80.

الفرع الثاني: النوع الثاني: كفالة الأعيان

تنقسم الأعيان إلى قسمين:

أولاً: أعيان غير مضمونة على الأصيل: وهي الأمانات: كالوديعة، ومال المضاربة، والشركة.

ثانياً: أعيان مضمونة على الأصيل: أي وجوبها على الأصيل يكون على وجه يلزم معه أن يسلمه ولو مستقبلاً إلى صاحب الحق.

- ذهب جمهور الفقهاء من مالكية وحنفية وحنابلة وشافعية وإباضية⁽¹⁾، إلى عدم صحة كفالة الأعيان غير المضمونة على الأصيل؛ لأن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل، فحيث لا يضمن الأصيل لا يضمن الكفيل لأنه فرعه، سواء كانت هذه الأمانات غير واجبة التسليم كالودائع ومال المضاربة والشركة، أو كانت واجبة التسليم كالعارية والعين المستأجرة⁽²⁾.
واستثنى المالكية وكذلك الحنابلة في ظاهر المذهب عندهم، حالة التعدي والإتلاف، فحينئذ تصير مضمونة على الأصيل، ومن ثم تصح كفالتها⁽³⁾.

أما الحنفية فذهبوا إلى القول بأن الأمانة الواجبة التسليم، تجوز كفالتها، وذلك إذا كفل المستعير أو المستأجر تسليم العين، فتكون الكفالة هنا مضافة إلى مضمون على الأصيل، وهو فعل التسليم فصحت، وهذا ما يسمى عندهم بكفالة التسليم، ووافقهم الحنابلة؛ ذلك أن كفالة الأعيان في الحقيقة هو ضمان استنقاذها وردها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها، وهذا مما يصح ضمانه⁽⁴⁾.

- أما الأعيان المضمونة على الأصيل، فقد ذهب الحنفية والحنابلة والشافعية في القول

(1)- الكاساني: البدائع، ج7، ص398. الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج4، ص544. القرافي: الذخيرة، ج9، ص217. الماوردي: الحاوي الكبير، ج9، ص109. ابن قدامة: المغني، ج5، ص76. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص431.

(2)- الكاساني: البدائع، ج7، ص398.

(3)- عيش: منح الجليل، ج3، ص249. التسولي: البهجة، ج1، ص183. ابن قدامة: المغني، ج5، ص76. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج2، ص250.

(4)- الكاساني: البدائع، ج7، ص398. ابن قدامة: المغني، ج5، ص75.

الأول وحكاه عنه أبو العباس بن سريج⁽¹⁾، إلى صحة كفالتها وذلك كالأعيان المغصوبة والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء، ويترتب على الكفيل تسليمها ما دامت قائمة، فإذا هلكت لزم ضمان مثلها إذا كانت مثلية، أو قيمتها إذا كانت قيمة⁽²⁾.

وفرق الحنفية بين نوعين من الأعيان المضمونة:

- أعيان هي مضمونة بنفسها: وهي التي يجب على من أخذها أن يردها بعينها إن كانت موجودة، فإن هلكت كان عليه أن يأتي بمثلها أو قيمتها، وذلك كالأمثلة السابقة، فكفالتها جائزة عندهم.

- أعيان مضمونة بغيرها: وهي التي يجب تسليمها ما دامت موجودة، فإذا هلكت لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها، كالمبيع في يد البائع، فهو مضمون بالثمن، فإذا اشترى سلعة وأعطاه ثمنها ولم يقبضها، وكفلها شخص للمشتري، فإذا هلكت، فإن الكفيل لا يلزم برد مثلها ولا قيمتها، وكذلك الرهن فهو مضمون بغيره - أي الدين -، فإذا كان لشخص عند آخر دين وأعطاه سلعة رهنا عن ذلك الدين ثم كفل السلعة آخر وهلكت، لا يلزم الكفيل بثمنها ولا قيمتها⁽³⁾، فلا تصح كفالة هذه الأعيان إلا في حالة واحدة وهي إذا كفل تسليم المبيع أو الرهن، فحينئذ يصير المبيع مضمون التسليم على البائع، والرهن مضمون التسليم على المرهن بعد قضاء الدين، فكانا مضمونين على الأصيل، وهو فعل التسليم فصحت الكفالة بذلك⁽⁴⁾.

- وذهب المالكية والشافعية في القول الآخر عندهم إلى بطلان كفالة الأعيان مطلقا، ذلك أن الكفالة عندهم شغل للذمة، فلا تشغل الأعيان؛ لأنها لا تقبلها الذم⁽⁵⁾.

(1)- أبو العباس بن سريج: أحمد ابن عمر بن سريج القاضي البغدادي الشافعي، تفقه على أبي القاسم الأنماطي، وسمع الحسن ابن محمد الزعفراني، وأبي داود السحستاني، ولي القضاء بشيراز، من مصنفاته: الرد على ابن داود في القياس، الخصال... وغيرها. ينظر: السبكي، تاج الدين: طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلوة، محمد محمد الطناحي، مطبعة عيسى البابي، مصر، ط1، 1303هـ-1964م، ج3، ص21.

(2)- الكاساني: البدائع، ج7، ص398. الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص110. الشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص200. ابن قدامة: المغني، ج5، ص75.

(3)- الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، ص222.

(4)- الكاساني: البدائع، ج7، ص398.

(5)- الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج4، ص544. القرافي: الذخيرة، ج9، ص217. الماوردي: الحاوي الكبير، ج

ولعلّ المختار هو قول الجمهور، فالأعيان المضمونة سواء كانت مضمونة بنفسها أو غيرها تصح كفالتها، لكن ذمة الكفيل لا تشغل بها وهذا باتفاق، فليس لصاحبها إلا أن يطالب الكفيل بإحضارها في حال وجودها، أو بدفع قيمتها أو رد مثلها إذا هلكت، والكفالة تبرع بالتزام ما في ذمة الأصيل، فإذا كانت في ذمته عين هي مضمونة عليه، تصح كفالتها؛ لأن تصرف الكفيل فرع تصرف الأصيل.

الفروع الثالث: النوع الثالث: كفالة الدرك

أولاً: تعريفه:

1- الدرك لغة: "الدال والراء والكاف" أصل واحد يدل على لحوق الشيء بالشيء ووصوله إليه⁽¹⁾، والدرك "يسكن ويحرك": التبعة، يقال: ما لحقك من درك فعليّ خلاصه⁽²⁾.

2- كفالة الدرك اصطلاحاً: هو ضمان خلوص المال المبيع من كل حق لغير البائع، أي ضمان حقوق المشتري تجاه البائع إذا ظهر المبيع مستحقاً، كما لو تبين أن المبيع مملوك لغير البائع أو مرهون، وسمي بالدرك، أي ما يدرك المال المبيع ويلحق به من خطر بسبب سابق على البيع⁽³⁾، أو التزام الكفيل الغرامة عند إدراك المستحق لعين ماله⁽⁴⁾.

ويسمى ضمان العهدة كذلك، والعهدة في العرف عبارة عن الدرك وضمن الشيء، ولها معنى آخر عند أهل اللغة، وهو الصك أو الصحيفة بالابتياح، وذلك أنه يذكر فيه الثمن، ولكن الفقهاء يستعملونه في الثمن، لأنه مكتوب في العهدة مجازاً تسمية للحال باسم المحل⁽⁵⁾.

ومتعلق كفالة الدرك: عين المبيع أو عين الثمن؛ ذلك أن الكفيل يضمن عن المشتري الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، إن ظهر فيه عيب أو استحق، ويضمن عن البائع للمشتري الثمن متى خرج المبيع مستحقاً، أو رد بعيب أو أرش العيب، فكفالة الدرك أو العهدة، هو

(1)- ابن فارس: معجم مقاييس اللغة، ج2، ص269.

(2)- الرازي، محمد بن أبي بكر: مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، دط، 1401م-1981م، ص203.

(3)- الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص542.

(4)- ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج، ج5، ص303.

(5)- الكاساني: البدائع، ج7، ص402. النجدي: الروض المربع، ج5، ص106. ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج، ج5.

ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر⁽¹⁾.

وألفاظه أن يقول: "ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه"، أو يقول للمشتري: "ضمنت خلاصك منه أو يقول متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمنت لك الثمن"⁽²⁾.

ثانياً: مشروعية كفالة الدرك

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية ومالكية وشافعية وحنابلة على جواز كفالة الدرك أو ضمان العهدة لحاجة الناس إليه⁽³⁾، وذهب أبو حنيفة إلى إبطال ضمان العهدة؛ لأنها تحتل معنيين، كفالة الدرك، والصك، وهذا الأخير غير مضمون على الأصيل، فدارت الكفالة بالعهدة بين أن تكون بمضمون على الأصيل وهو الدرك، وغير مضمون وهو الصك أو الصحيفة، فلا تصح مع الشك والاحتمال⁽⁴⁾، وخالفه الصحابان في ذلك؛ لأن العهدة وإن كانت حقيقة في الصك المكتوب فيه الاتباع عند أهل اللغة⁽⁵⁾، إلا أنها صارت في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن، والكلام المطلق يحمل على الأسماء العرفية دون اللغوية⁽⁶⁾.

وذهب الشافعية في قول ضعيف عندهم والإباضية إلى عدم جواز كفالة الدرك، لأنها من

(1)-الكاساني: البدائع، ج 7، ص 402. البجوري: الحاشية على شرح الخطيب، ج 3، ص 439. ابن قدامة: المغني، ج 5،

ص 76. النجدي: الروض المربع، ج 5، ص 105. الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص 246.

(2)-المطيعي: تكملة المجموع، ج 14، ص 38.

(3)-ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج 7، ص 184. مالك بن أنس: المدونة، ج 13، ص 269. المطيعي: تكملة المجموع،

ج 14، ص 36. ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 76.

(4)-الكاساني: البدائع، ج 7، ص 402.

(5)-العهدة: بالضم: كتاب الخلف، وكتاب الشراء...، وتقول: برئت إليك من عهدة هذا العبد؛ أي مما يدركه فيه من

عيب كان معهوداً إليه عندي، ويقال: عهدته على فلان، أي ما أدرك فيه من درك أو عيب بإصلاحه عليه، فيقال: استعبد.

صاحبه إذا وصاه، واشترط عليه وكتب عليه عهدة. ينظر: الزبيدي، محمد مرتضى: تاجر العروس من جواهر القاموس.

تحقيق: عبد العزيز مطر، مطبعة حكومة الكويت، دط، 1390م-1970م، ج 8، ص 459.

(6)-تنقسم الأسماء اللغوية إلى وضعية لغوية وعرفية قولية، وقد اتفق الأصوليون على أن اللفظ إذا كان له معنى في اللغة، ومعنى

في العرف، كالدابة، اسم لكل ما يذب، وفي العرف يقع على حيوان مخصوص، فهو محمول عند الإطلاق على العرف.

فالعرف القولية يؤثر في اللفظ اللغوي تخصيصاً وتقييداً، لغلبة استعمال اللفظ في العرف على الوضع اللغوي. ينظر: الغزالي.

أبو حامد: المستصفي، دار الفكر، بيروت، دط، دت، ج 1، ص 325. القرافي: الفروق، ج 1، ص 173-174. البغدادي.

أحمد بن علي بن برهان: الوصول إلى الأصول، تحقيق: عبد الحميد علي أبو زيد، مكتبة المعارف، الرياض، دط، 1403

م-1983م، ج 1، ص 118.

قبيل كفالة ما لم يجب وضمن المجهول⁽¹⁾. وأجيب على ذلك بأنها ليست من قبيل كفالة ما لم يجب مطلقاً، لظهور وجوب رد المكفول به وجوباً مستنداً إلى الماضي عند وجود السبب⁽²⁾، كما أن الحاجة تدعو إلى الوثيقة على البائع، والوثائق ثلاثة: الشهادة، والرهن، والكفالة، فأما الشهادة فلا يستوفى منها الحق، وأما الرهن فإنه لا يجوز في ذلك بإجماع؛ لأنه يؤدي إلى أن يبقى مرهوناً أبداً، فلم تبق إلا الكفالة، ولأنه لا يكفل إلا ما كان واجبا حال العقد، لأنه إنما يتعلق بالكفالة هنا حكماً، وهو إذا خرج مستحقاً أو معيياً حال العقد ومتى كان كذلك فقد كفل ما وجب حين العقد، والجهالة منتفية، لأنه ضمن الجملة، فإذا خرج بعضه مستحقاً لزمه بعض ما كفله⁽³⁾.

وقت وجوب كفالة الدرك:

تصح كفالة الدرك قبل قبض المبيع أو الثمن⁽⁴⁾، وللشافعية قبل قبض الثمن وجهان:

الوجه الأول: يصح لأن؛ الحاجة تدعو إلى هذا الضمان قبل قبض الثمن، كما تدعو إليه بعد قبضه، والوجه الثاني: لا يصح؛ لأنه ضمان الحق قبل وجوبه، وصحتها قبل قبض الثمن مبني على كفالة ما لم يجب، إذا كان مفضياً إلى الوجوب كالجعالة⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: القسم الثاني: الكفالة بالنفس:

الفرع الأول: تعريفها ومشروعيتها:

أولاً : تعريفها:

وتعرف الكفالة بالنفس بضمان الوجه أو كفالة البدن، عرفها المالكية بقولهم: «وضمن الوجه هو التزام الإتيان بالغريم عند حلول الأجل»⁽⁶⁾.

(1)- ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج، ج5، ص303. المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص38. اطفيش: شرح كتاب النيل. ج9، ص432.

(2)- ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج، ج5، ص303.

(3)- ابن قدامة: المغني، ج5، ص76-77. المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص38.

(4)- ابن قدامة: المغني، ج5، ص77.

(5)- المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص38.

(6)- الدردير: الشرح الصغير، ج2، ص680.

وعرفها الشافعية قالوا: «التزام إحضار المكفول أو جزء شائع منه إلى المكفول له»⁽¹⁾.

وموضوع الكفالة بالنفس - كما هو واضح من التعاريف -: التزام الكفيل إحضار الشخص المسؤول الأصلي بالحق⁽²⁾.

ثانيا: مشروعيتها

اتفق جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وحنابلة وإباضية في القول الأول عندهم على جواز الكفالة بالنفس في الأموال⁽³⁾.

واختلف في قول الشافعي "إنها ضعيفة": حيث ذهب فريق من الشافعية⁽⁴⁾ إلى أن فيها الوجهان: الجواز وهو مذهب الجمهور، والبطلان وهو مذهب الظاهرية. وذهب أبو العباس بن سريج وطائفة من متقدمي الشافعية إلى أن الكفالة بالنفس في الأموال صحيحة قولاً واحداً، وإنما الخلاف في الحدود: إذ فيها قولان: الجواز كالأموال والبطلان. وتأولوا قول الشافعي: "إنها ضعيفة"؛ أي أن القياس فيها ضعيف، لكن لما اقترنت به السنة والآثار وجب المصير إليه⁽⁵⁾.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بأدلة من القرآن والسنة وعمل الصحابة والتابعين ومن المعقول.

أولاً: القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَهُ حَتَّى تُوَفِّيَنِي مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُوَنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِحُفٍّ﴾ [يوسف: 66]، قال القرطبي: «هذه الآية أصل في جواز الحماله بالعين والوثيقة بالنفس»⁽⁶⁾. وكان الموثق، الكفيل، إذ امتنع يعقوب من إرسال ولده مع اخوته

(1)- ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج، ج5، ص315.

(2)- الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج1، ص542.

(3)- السرخسي: المبسوط، ج19، ص162. الصاوي: بلغة السالك، ج2، ص680. ابن قدامة: المغني، ج5، ص95.

أطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص433.

(4)- وهم: أبو إسحاق المروزي، أبو حامد المروردي، أبو علي بن أبي هريرة. ينظر: الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص143.

(5)- الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص143 فما بعدها. ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج، ج5، ص315. ابن حزم: المحلى.

ج8، ص119.

(6)- الجامع لأحكام القرآن، ج9، ص225.

إلا بكفيل يكفل به⁽¹⁾.

ثانيا: من السنة: استدلووا بحديث رواه البيهقي عن إبراهيم بن خيثم بن عراك بن مالك عن أبيه عن جده عن أبي هريرة أن النبي ﷺ حبس رجلا في قهمة وقال مرة أخرى: أخذ من متهم كفيلا تثبتا واحتياطاً⁽²⁾، ففي هذا الحديث دليل على أن النبي ﷺ أخذ كفيل بنفس المتهم⁽³⁾.
رد ابن حزم على هذا الحديث: بأنه من رواية إبراهيم بن خيثم بن عراك وهو ضعيف⁽⁴⁾.
فلا يصلح هذا الحديث دليلا للاحتجاج به في هذه المسألة.

ثالثا: عمل الصحابة

استدل الجمهور بما ذهبوا إليه بما أخرجه البخاري في ترجمته لباب الكفالة، عن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه أن عمر رضي الله عنه بعثه مصدقا، فوقع رجل على جارية امرأته، فأخذ حمزة من الرجل كفلاء حتى قدم إلى عمر، وكان عمر قد جلده مائة جلدة، فصدقهم وعذره بالجهالة⁽⁵⁾.
وبما أخرجه كذلك عن جرير والأشعث لما قالوا لابن مسعود في المرتدين استتبهم وكفلهم عشائهم، وفتابوا وكفلهم عشائهم⁽⁶⁾.

وقال ابن حجر: «أخذ البخاري الكفالة بالأبدان في الديون من الكفالة بالأبدان في الحدود بطريق الأولى»⁽⁷⁾.

وعن نعيم بن حماد عن ابن المبارك عن شعبة عن سليمان الشيباني قال: سمعت حبيبا الذي كان يقدم الخصوم إلى شريح القاضي قال: خصم رجل ابنا لشريح إلى شريح، كفل له

(1)- الماوردي: الحاوي الكبير، ج 9، ص 144. ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 96.

(2)- السنن الكبرى، كتاب الضمان، باب: ما جاء في الكفالة بيد من عليه الحد، ج 6، ص 77.

(3)- السرخسي: المبسوط، ج 19، ص 163 بتصرف.

(4)- ابن حزم: المحلى، ج 8، ص 110. البيهقي: السنن الكبرى، ج 6، ص 77. قال يحيى بن معين: بن خيثم بن عراك ك-

الناس يصيحبون به: لا شيء، وكان لا يكتب حديثه، قال ابن أبي حاتم الرازي: سألت أبا زرعة عنه فقال: منكر الحديث.

روى عدة أحاديث منكرة. ينظر: ابن أبي حاتم الرازي: الجرح والتعديل، مج 1، ق 1، رقم 267، ص 98.

(5)- سبق تخريجه.

(6)- سبق تخريجه.

(7)- ابن حجر: الفتح، ج 4، ص 470.

رجل عليه دين، فحبسه شريح (وكان اسم ابنه عبد الله)⁽¹⁾.

لقد ردّ ابن حزم على الاستدلال بهذه الآثار بما يأتي: فأما عن خبر حمزة ففيه عبد الرحمن بن أبي الزناد وهو ضعيف⁽²⁾. وقد تقدم الرد على هذا الاعتراض، فلمرويات عبد الرحمن ابن أبي الزناد حالتان: فما حدث به في المدينة فهو صحيح، وما حدث ببغداد أفسده البغداديون، وهذا الخبر حدث به عن مدني، فيكون خبره صحيحاً. أما عن خبر ابن مسعود، ففيه إسرائيل وهو ضعيف، وقد تقدم كذلك الكلام عنه، حيث وثقه يحيى بن معين وأبو حاتم الرازي، وقال عنه أحمد بن حنبل: إسرائيل كان يودي ما سمع، كان أثبت الناس في شريك كما أنه صاحب كتاب⁽³⁾.

أما عن خبر شريح، فقد اعترض ابن حزم بأنه كفالة في حد، وهذا مناقض لمذهب الجمهور⁽⁴⁾، في أنه لا كفالة في نفس الحدود. ومن ثم فإن مجموع هذه الأخبار والآثار يدل على أن الصحابة كفّلوا بالنفس وبقي العمل به عند القضاة إلى عصرنا.

رابعاً: من المعقول

استدلوا من المعقول بأنه لما جاز كفالة ما في الذمة، جاز كفالة صاحب الذمة، إذ لا فرق بين ضمان الحق وضمنان من عليه الحق⁽⁵⁾، ولأن الكفالة كالإجارة، ولأن كل واحد منهما عقد علي عَيْن لاستيفاء الحق منها، فلما جازت الإجارة وجب أن تجوز الكفالة، ولأن ضمان الأموال إنما كان لما فيه من الرفق والتوسعة، فكذا كفالة النفوس، لما فيها من الرفق والتوسعة كذلك، وهو أن يرتفق المكفول به في الإطلاق ليسهل عليه طلب الحق، ويستوثق المكفول له فيسهل عليه التماس من عليه الحق⁽⁶⁾.

(1)- البيهقي: السنن الكبرى، كتاب الضمان، باب: ما جاء في الكفالة بيد من عليه الحد، ج6، ص77.

(2)- ابن حزم: المحلى، ج8، ص121.

(3)- ينظر: ص15-16 من الفصل التمهيدي.

(4)- ابن حزم: المحلى، ج8، ص121.

(5)- ابن قدامة: المعنى، ج5، ص96.

(6)- الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص144.

واستدل الشافعية في القول الآخر القاضي ببطان الكفالة بالنفس، وكذا الظاهرية

بمآياتي:

قوله تعالى: ﴿قَالَ مَعَآَ اللّٰهِ اَنْ نَّآخُذَ اِلاَ مَنْ وَجَدْنَا مَقَامَنَا بِخَدِّهِ اِنَّا لَنآلِفُوْنَ﴾ [يوسف: 79]، فقوله: معاذ الله، إنكار للكفالة أن تجوز حين سألته إخوته أن يأخذ أحدهم كفيلا لمن وُجد متاعه عنده⁽¹⁾.

ومن المعقول:

أن الكفالة بالنفس عقد ضمان لا يستحق على الضامن المطالبة بمقتضاه، فوجب أن يكون باطلا كالكفالة بنفس الحدود والقصاص، ولأن من لم يصح أخذه لمقصود العقد وهو المطالبة، لم يصح منه ذلك العقد، كبيع الصبي والمجنون، ولأنه ضمان عين في الذمة، فوجب أن لا يصح، كالسلم في الأعيان، ولأنها كفالة لا تصح بغير إذن المكفول به⁽²⁾.

المذهب المختار:

المذهب لمختار في هذه المسألة هو مذهب الجمهور، وهو الصحيح عند الشافعية؛ إذ قضى بها الصحابة من لدن رسول الله ﷺ، ولا وجه لتضعيف الأخبار الواردة في ذلك، فمجموعها دليل على المسألة، كما أن الشافعية تأولوا قول الشافعي بأن القياس فيها ضعيف، فلما اقترن بالسنة والأثر وجب المصير إليه.

الفرع الثاني: شروط الكفالة بالنفس

وهذه الشروط متعلقة بيدن المكفول به، والحق الذي عليه، وقد اشترط الفقهاء له

الشروط الآتية:

أولا: أن يكون المكفول به معلوما: فلا تصح الكفالة بيدن مجهول، لتعذر تسليمه⁽³⁾.

ثانيا: واشترط الشافعية في الأصح عندهم وكذلك الحنابلة في قول عندهم، رضا وإذن

المكفول بيدنه؛ لأن مقصود الكفالة إحضاره، فإن تكفل بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه، ولأنه

(1) -الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص144.

(2) -الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص145. المطيعي: التكملة، ج14، ص44.

(3) -الكاساني: البدائع، ج7، ص399. الشربيني: المعنى المحتاج، ج2، ص202. النجدي: الروض المربع، ج5، ص111.

يجعل لنفسه حقا عليه، وهو الحضور معه من غير رضاه، فلم يجوز كما لو ألزمه بالدين⁽¹⁾.

ثالثا: أجاز الحنفية والمالكية والحنابلة الكفالة بيدن الصبي والمجنون؛ لأنه قد يلزم إحضارهما إلى مجلس الحكم للشهادة عليهما بالإتلاف، وإذن وليهما يقوم مقام إدفهما⁽²⁾. وذهب الشافعية في أصح الأقوال عندهم إلى أن الكفالة بيدن الصبي والمجنون لا تصح؛ لأن أمرهما لا يتعلق به حكم، فلو أذن الأب بالكفالة لم يصح، لأن الإذن للأب لسؤال وطلب لا يتعلق حكم به⁽³⁾.

رابعا: أن يكون مقدور التسليم: فلا تصح بيدن ميت لتعذر إحضاره وتسليمه، واستثنى الشافعية الكفالة بيدن ميت ليحضره فيشهد على صورته، ومحل ذلك قبل دفنه وتغيره⁽⁴⁾.

خامسا: وهذا شرط متعلق بالحق الذي على المكفول به، فيشترط أن يكون مقدور الاستيفاء على الأصيل⁽⁵⁾، فتصح بيدن كل إنسان عنده عين مضمونة أو دين لازم، ولو جهله الكفيل على قول الجمهور⁽⁶⁾، ولم يجوز الشافعية في قول عندهم الكفالة بيدن من عليه حق مجهول، بناء على مذهبهم في منع كفالة المال المجهول⁽⁷⁾. واحتج الجمهور بأن كل منهما حق مالي، فصحت الكفالة به كما في الكفالة بالدين، واحتج الشافعية بأنه لا تصح بيدن مجهول لأنه قد يتعذر إحضار المكفول به فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهالته⁽⁸⁾.

الكفالة في غير الأموال من الحقوق البدنية:

ويقصد بالحقوق البدنية: الحدود والقصاص والتعازير، فقد اتفق الفقهاء⁽⁹⁾ على عدم

(1)- البهيمى: تحفة الحبيب، ج3، ص442. ابن قدامة: المغني، ج5، ص104.
(2)- السرخسي: المبسوط، ج20، ص11. مالك بن أنس: المدونة، ج13، ص255-256. ابن قدامة: المغني، ج5، ص97.
(3)- الماوردي: الحاروي الكبير، ج8، ص146.
(4)- ابن عابدين: رد المحتار، ج7، ص567. الشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص104.
(5)- الكاساني: البدائع، ج7، ص400.
(6)- النجدي: الروض المربع، ج5، ص109.
(7)- الماوردي: الحاروي الكبير، ج8، ص146.
(8)- ابن قدامة: المغني، ج5، ص96.
(9)- الشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص202. ابن قدامة: المغني، ج5، ص97. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص435.

جواز الكفالة في الحدود والقصاص والتعازير كحد الزنا والسرقة والقتل والقذف؛ لتعذر الاستيفاء من الكفيل، ولأن العقوبة لا تجوز فيها النيابة. جاء في البدائع: «والنوع الثاني أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيداً، فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص؛ لتعذر الاستيفاء من الكفيل، فلا تفيد الكفالة فائدتها»⁽¹⁾. وجاء في المدونة: «قلت: رأيت الحدود أفيها كفالة. قال: لا كفالة في الحدود، قلت لابن القاسم: رأيت لو أن رجلاً شتمني ولم يقذفني فأخذت منه كفيلاً بنفسه فهرب الرجل. قال: هذا إنما هو أدب، ولا تجوز الكفالة في هذا، ولم أسمع من مالك شيئاً، إلا أن هذا رأيي أنه لا كفالة في الحدود ولا في التعزير»⁽²⁾.

هذا في الكفالة بالحد في نفسه، أما في الكفالة بيدن من عليه الحد، فقد أجاز جمهور الفقهاء الكفالة به، سواء كان فيه حق لله تعالى أو حق لآدمي، بأن يكفل تسليم النفس فيطالب بإحضارها وهذا تفصيل المذاهب في ذلك.

أولاً: مذهب الحنفية

من النظر في الأقوال الواردة في المذهب الحنفي يتبادر نوع من التناقض فيما بينها، قال المرغيناني: «كل حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص، معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد، لأنه يتعذر عليه إيجابه»، وقال قبل ذلك: «ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة»⁽³⁾. إلا أنه علّل بعد ذلك مباشرة قائلاً: «أي لا يجبر عليها عنده، وقالوا -أي الصحابيان- يجبر في حد القذف لأن فيه حق للعبد، وفي القصاص لأنه خالص حق العبد، فيليق بهما الاستيثاق، كما في التعزير، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى»⁽⁴⁾، وبتفصيل أدق من ذلك علّل صاحب البدائع «وتجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس وما دونها، وبحد السرقة إذا بذلها المطلوب، فأعطاه بها كفيلاً، بلا خلاف بين أصحابنا وهو الصحيح؛ لأنه كفالة بمضمون على الأصل مقدور الاستيفاء من الكفيل، فتصح كالكفالة

(1)-الكاساني: البدائع، ج 7، ص 400.

(2)-مالك بن أنس: المدونة، ج 16، ص 245. الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى: عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق، تحقيق: حمزة أبو فارس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1410هـ-1990م. ص 582.

(3)-الهداية، ج 7، ص 177.

(4)-المصدر نفسه، ج 7، ص 177.

بتسليم نفس من عليه الدين»⁽¹⁾، وقال بعد ذلك: «وإنما الخلاف أنه إذا امتنع من إعطاء الكفيل عند الطلب، هل يجيره القاضي عليه؟ قال أبو حنيفة: لا يجير، وقال أبو يوسف ومحمد: يجير، وجه قولهما: أن نفس من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عليه عند الطلب، كنفس من عليه الدين، ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ويجير عليها عند الطلب، فكذا هذا، ولأبي حنيفة أن الكفالة شرعت وثيقة، والحدود مبناها الدرا، فلا يناسبها التوثيق بالجير على الكفالة»⁽²⁾.

ثانيا: مذهب المالكية:

فرّق المالكية بين كفالة الوجه وكفالة الطلب في الحدود، إذ كفالة الطلب نوع ثالث عندهم، وهو: التزام طلب الأصيل والتفتيش عليه إن تغيب، ثم يدل عليه رب الحق وإن لم يأت به⁽³⁾، قال الدردير: «...ولذا صحّ ضمان الطلب في غير المال من الحقوق البدنية كالقصاص والتعازير والحدود بخلاف ضمان الوجه»⁽⁴⁾. ووجه التفرقة، أن ضمان الوجه عند المالكية يختص بالغرم عند التعذر، أما الطلب فيختص بالتفتيش على الغريم والدلالة عليه أو لزوم الإحضار، فلا غرم عليه إلا بالتفريط⁽⁵⁾.

ثالثا: مذهب الشافعية:

أما الشافعية، فالمذهب عندهم صحة الكفالة بيد من عليه عقوبة لآدمي، كالقصاص وحد قذف والتعزير، أما ما كان فيه حق لله تعالى كحد الزنا والخمر والسرقه فلا تجوز الكفالة فيها؛ لأن مبناها الدرء فتدفع بقدر الإمكان، وهذا مخالف للتوثيق⁽⁶⁾.

(1)- البدائع، ج7، ص401.

(2)- المصدر نفسه، ج7، ص401.

(3)- الشرح الصغير، ج2، ص682.

الدردير: أحمد بن محمد بن أحمد العدوي أبو البركات الشهير بالدردير، من فقهاء المالكية، ولد في بني عدي تمصر، تعلم بالأزهر وتوفي بالقاهرة، من مولفاته: أقرب المسالك، منح القدير، شرح مختصر تحليل: الشرح الكبير، والشرح الصغير...

وغيرها، توفي في 1201 هـ. ينظر: مخلوف: شجرة النور الزكية، ص359. الزركلي: الأعلام، ج1، ص232.

(4)- الصاوي: بلغة السالك، ج2، ص682.

(5)- الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج4، ص567. الصاوي: سعة السالك، ج2، ص682.

(6)- الشربيني: مغني المحتاج، ج2، ص203-204.

-هذا تفصيل مذهب المجيزين، أما من خالف ومنع الكفالة ببدن من عليه حد، وهم الحنابلة والظاهرية والإباضية⁽¹⁾، سواء كانت حقا لله تعالى أو حقا خالصا للعباد، فقد استدلوا بحديث رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا كفالة في حد»⁽²⁾، واستدلوا من العقل بأن الكفالة استيثاق والحدود مبناهما الإسقاط والدرء بالشبهات، فلا يدخل فيها التوثيق، ولأنه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر إحضار المكفول به، فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا⁽³⁾.

-واستدل الجمهور لما ذهبوا إليه بما رواه البخاري، أن جرير والأشعث قالوا لعبد الله بن مسعود في المرتدين: استبهم وكفلهم⁽⁴⁾، فكان دليلا على جواز الكفالة بالأبدان، وردوا على الحديث الذي استدل به الحنابلة بضعفه، فقد رواه بقية عن محمد بن أبي عمرو الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وأبو محمد الكلاعي من شيوخ بقية الجهوليين وروايته منكورة⁽⁵⁾.

-والكفيل حينما يكفل ببدن من عليه الحد، إنما يكفل إحضاره وتسليمه، وهذا ما أيده الأخبار الصحيحة، قال الطبري: «والصواب في ذلك القول عندنا: ما صح به الخبر عن ابن مسعود وجرير والأشعث، أن الكفالة بنفس من عليه حق لله جل ثناؤه أو لآدمي، جائزة، وإن على الكفيل به التسليم إلى من يكفل له به، لأن المكفول به هو الشخص الذي لزمه الحق لا ما لزمه جسمه»⁽⁶⁾.

(1)-ابن قدامة: المغني، ج5، ص97.

(2)-أورده البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الضمان، باب: ما جاء في الكفالة ببدن من عليه الحق، ج6، ص77.

(3)-ابن قدامة: المغني، ج5، ص97. ابن حزم: المحلى، ج8، ص119. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص435.

(4)-سبق تخريجه.

(5)-البيهقي: السنن الكبرى، ج6، ص77.

(6)-الطبري، ابن جرير: اختلاف الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، دت، دط، ص220.

الطبري: محمد ابن جرير بن يزيد الطبري أبو جعفر المؤرخ والمفسر والإمام، ولقد في أمل بطرستان، واستوطن بغداد وتوفي بها، عرض عليه القضاء والمظالم فأبى، من مؤلفاته: تاريخه الكبير واسمه أخبار الرسل والملوك، جامع البيان في تفسير القرآن... وغيرها، توفي في 310هـ. انظر: الداودي: طبقات المفسرين، ج2، ص106. بطاش كبرى زاده، أحمد بن مصطفى: مفتاح السعادة ومصباح السيادة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ-1985م، ج2، ص70.

الفرع الثالث: أحكام الكفالة بالنفس

أولاً: الحكم اللازم عنها

يلزم من القول بجواز الكفالة بالنفس - وهو قول الجمهور والراجح من الأقوال - أن يثبت حق المطالبة للمكفول له بإحضار الأصيل وتسليمه، فإذا تعذر على الكفيل إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع عن ذلك، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وهو للمالكية والحنابلة، أنه إذا غاب المكفول به أو لم يحضر الكفيل غرم المال، وللمالكية أنه إذا غاب أكثر من ثلاثة أيام غرم مكانه، وإذا كان حاضراً أو قربت غيبته كاليومين لا أكثر غرم الكفيل كذلك، بعد تلوم خفيف من الحاكم أو السلطان لعل الكفيل يأتي به⁽¹⁾، واستدلوا بعموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم»، ولأنها أحد نوعي الكفالة، فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال⁽²⁾.

القول الثاني: وهو للحنفية والشافعية، أن الكفيل إذا كفل به ومضى الوقت ولم يأت بالأصيل لم يغرم المال، فإن كان حاضراً مقدوراً عليه وامتنع عن إيفاء حق مستحق عليه، حبس الكفيل حتى يأتي به، فإن ظهر لا يجسه؛ إذ لا فائدة في ذلك، وإن كان غائباً وعلم مكانه لا يطالب الكفيل في الحال ويؤجل إلى مدة يمكنه الإحضار فيها، فإن لم يحضره وظهرت مماتلة الكفيل، يجس إلا أن يظهر للقاضي تعذر الإحضار بدلالة الحال أو بشهود، فيخرج وينظر إلى وقت القدرة كالإعسار بالدين⁽³⁾.

وفاة المكفول به:

فإن مات المكفول به، فمذهب الشافعية وأبي حنيفة والحنابلة أنه لا شيء على الكفيل فتكون الكفالة باطلة⁽⁴⁾، وهو قول الشعبي وشريح⁽⁵⁾، وذهب المالكية والليث وأبو العباس

(1)- الدردير: الشرح الصغير، ج2، ص681. ابن قدامة: المغني، ج5، ص96.

(2)- ابن قدامة: المغني، ج5، ص96.

(3)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص168. الماوردي: الحاروي الكبير، ج8، ص148.

(4)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص168. الماوردي: الحاروي الكبير، ج8، ص148. ابن قدامة: المغني، ج5، ص

105.

(5)- ابن قدامة: المغني، ج5، ص105.

من الشافعية إلى أنه يغرم ما عليه⁽¹⁾؛ لأن مقصود الكفالة التوثيق كالرهن، فإن تعذرت من جهة من عليه الدين، استوفى منه قياساً على الغائب، وإن لم يوجب عليه غرماً بطلت فائدة الكفالة⁽²⁾.

وأجاب الحنفية والشافعية أن الكفيل لم يكفل الحق وإنما كفل من عليه الحق، فإن مات لم يقدر عليه، ولو جاز أنه إن كفل بالنفس أن يغرم المال، لجاز أنه إن كفل بالمال أن يصير كفيلاً بالنفس، ولكن لكل نوع حكم يختص به⁽³⁾.

وسبب الاختلاف في المسألة راجع إلى موجب الكفالة بالنفس، فالمالكية قرروا أن الغاية من الكفالة التوثيق كالرهن، فإن لم يحضر الكفيل الأصيل، لزمه غرم المال تحقيقاً لهذا الغرض، أما الجمهور فموجب الكفالة بالنفس عندهم إحضار الغريم لا غير وتسليمه، فلا يلزم غرماً على الكفيل بحال، خاصة أنه عندما تبرع بالكفالة لم يشترط غرم المال حال عدم الإيفاء، فيلاحظ أن المالكية نظروا إلى الحكمة والغاية، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني، كما أنهم نظروا إلى مصلحة الدائن من أجل حمايته من الضرر الذي قد يلحقه جراء غياب الأصيل، ويؤيد ما ذهبوا إليه عموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم».

ثانياً: الكفالة بالنفس بشرط الموافاة بالمال

إذا اشترط الكفيل في الصيغة أن يكفل بنفسه فلان، فإن لم يوافق به، أو إن غاب أو مات، فإنه ضامن لما عليه من المال، فإن الفقهاء مختلفون حول هذه المسألة؛ لاحتوائها على نوعين من الكفالة: الكفالة بالنفس، والكفالة بالمال معلقة على شرط عدم الموافاة.

المذهب الأول: وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة، ومقتضاه جواز هذه الكفالة، كأن يقول: أنا كفيل بنفسه، فإن لم أوافق به إلى وقت كذا فأنا ضامن الألف التي عليه، فإن حضر الوقت ولم يسلمه فهو ضامن للألف، وحجة الحنفية: أن الكفالة هنا معلقة بشرط عدم الموافاة، وهذا تعليق صحيح عندهم، فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس؛ لأن وجوب المال عليه كان بها، وهذا لا ينافيها؛ إذ كل منهما توثيق⁽⁴⁾.

(1)- الدردير: الشرح الكبير، ج4، ص564. الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص148.

(2)- ابن قدامة: المعنى، ج5، ص105. الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص148.

(3)- الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص148.

(4)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص172. ابن قدامة: المعنى، ج5، ص100.

وذهب المالكية إلى جواز ذلك؛ إذ الكفيل بالنفس غارم للمال وإن لم يشترط في العقد لزومه عليه - كما تقدم -، وإن شرط أنه إن لم يأت به أنه غير ضامن للمال، فيعمل بشرطه ولا يغرم المال⁽¹⁾.

المذهب الثاني: وهو مذهب الشافعية، ولقد فرقوا بين حالات هي: لو قال: كفلت لك بنفس فلان فإن مات فأنا ضامن لما عليه، صحت الكفالة بالنفس وبطلت الكفالة بالمال؛ لأنها معلقة على شرط. أما إن قال: كفلت لك بنفس فلان، على أنه إن مات فأنا ضامن لما عليه، بطلت الكفالتان معاً؛ لأنه جعل الكفالة بالمال مشروطة بالكفالة بالنفس، فبطلا جميعاً، وإن قال: كفلت لك بنفس فلان، وضمنت لك ما عليه وهو معلوم، صحت الكفالتان معاً⁽²⁾.

وحجة إبطال الحالة الأولى والثانية، أن تعليق الكفالة بالشرط غير جائز عندهم، فكما لا يجوز تعليق البيع، لم يجوز في الكفالة لأن فيها تمليكا للذمة، فأشبهته. أما حجة الجمهور؛ أن موجب الكفالة بالنفس تسليمها، وموجب الأخرى تسليم المال، وليس إسقاط أحدهما مسقطاً للآخر؛ لجواز أن يكون مال آخر يدعى به غير المال الذي كفل به معلقاً، وليس في اللفظ ما يدل على أنه التزم الكفالتين على البديل، مثل قوله: كفلت بنفسه على أي إن لم أوف به إلى كذا، كنت كفيلاً بما عليه بدل نفسه، بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزاً، بقوله: كفلت بنفسه، وعلى تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة وقد وجد الشرط، ومذهب الجمهور صحة التعليق فثبتت الكفالتان معاً⁽³⁾.

وهذه المسألة كفالة بالنفس ابتداءً وكفالة مال مآلاً، والشافعية نظروا إليها فأبطلوا هذه الصورة؛ لأن الكفالة الأولى معلقة على شرط عدم الموافاة، ومذهبهم عدم جواز التعليق خلافاً للجمهور، والكفالة مبنية على التوسع كما مر، وتقدم كذلك أنه إن كانت الشروط مباحة ولم تود إلى جهالة فاحشة أو غرر، فالتعليق عليها جائز، فأولى أن تكون هذه الصورة جائزة؛ لأن التوثق يزداد بها، فهو إن لم يواف بالغريم ولم يحضره، تمكن الدائن من استيفاء حقه تبعاً للشرط الذي اشترطه الكفيل، وفي هذا فائدة كما هو ظاهر.

(1)- مالك بن أنس: مدونة الكبرى، ج-13، ص253.

(2)- الماوردي: خاوي الكبير، ج-8، ص149.

(3)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج-7، ص173. ابن قدامة: المغني، ج-5، ص101.

الفصل الثاني:

آثار الكفالة وطرق انقضائها

المبحث الأول: آثار الكفالة

المبحث الثاني: طرق انقضائها

جامعة أممير
عبدالقادر
العلوم الإسلامية

المبحث الأول: آثار الكفالة

تمهيد:

لقد تقرر فيما سبق أن مقتضى عقد الكفالة هو ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في التزام الدين و أن هذا الالتزام تحكمه شروط لا بد من توافرها في أطرافه وصيغته ليصح العقد.

أما ما يترتب عن التزام الكفيل أو آثار العقد، فإنها تتلخص في: طبيعة العلاقة التي تربط الكفيل بالأصيل، و الحقوق التي تثبت لكل طرف من أطراف عقد الكفالة ، وأحكام ولاية الرجوع أو الاسترداد.

المطلب الأول: علاقة الكفيل بالأصيل

إن أهم أثر للكفالة هو التزام الكفيل ما في ذمة الأصيل، غير أن الفقهاء اختلفوا حول حدود هذا الالتزام، وقد ذكرت أن الخلاف قائم بين الجمهور والظاهرية حول وجهه، هل ينقل الدين إلى ذمة الكفيل فيبرأ الأصيل منه، أم يبقى الأصيل ملتزماً معه ذلك؟ والخلاف الواقع بين الحنفية والجمهور حول وجه أدق لهذا الالتزام، هل هو في المطالبة فقط؟ أم هو في حق المطالبة وأصل الدين معا؟ وهذا تفصيل المذاهب في ذلك.

المذهب الأول:

ذهب جمهور الفقهاء وهم الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية والإباضية⁽¹⁾ إلى أن الكفالة تقتضي ضم ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل فيصير مطالباً بالدين معه.

المذهب الثاني:

وذهب داود الظاهري وابن حزم وأبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة، ورواية عن الإمام أحمد⁽²⁾، إلى القول بأن الكفالة تقتضي نقل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل كالحوالة.

(1) القاضي عبد الوهاب: الإشراف على مسائل الخلاف، مطبعة الإرادة، دط، دت، ج2، ص21. الكاساني: البدائع، ج7، ص404. ابن قدامة شمس الدين: الشرح الكبير، ج5، ص71. الشربيني: معنى المحتاج، ج2، ص198. اطفيش: شرح كتاب نيس، ج9، ص412.

(2) ابن حزم: المغنى، ج8، ص111. ابن قدامة: الشرح الكبير، ج5، ص71. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص164. المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص24.

أدلة الظاهرية ومن وافقهم

استدلوا بما روي عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: «كنا جلوسا عند النبي صلى الله عليه وسلم إذ أتى بجنابة ليصلي عليها، فقال: «هل عليه من دين»، فقالوا: لا، فصلى عليها، ثم أوتي بجنابة أخرى، فقال: «هل عليه من دين»، قالوا: نعم، قال: «فصلوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة: عليّ دينه يا رسول الله، فصلى عليه⁽¹⁾. قال ابن حزم: «وفيه أن الدين يسقط بالضمان جملة؛ لأنه لو لم يسقط عن الميت وينتقل إلى ذمة أبي قتادة، لما كانت الحال 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 الحالة الثانية غير الأولى، وأن الدين الذي لا يترك به وفاء قد بطل وسقط بضمن الضامن ولزم ذمة الضامن لقول أبي قتادة الذي أقره عليه النبي صلى الله عليه وسلم»⁽²⁾.

واستدل ابن أبي ليلى بما وقع في حديث كفالة علي دين الميت وقوله صلى الله عليه وسلم: «فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك»⁽³⁾؛ فإنه لما أخرج بفك رهانه دلّ على براءة ذمته⁽⁴⁾.

ومن العقل: استدل بأنه لما استحال أن يكون الجسد الواحد في مجلسين استحال أن يكون الدين الواحد ثابتا في الذمتين⁽⁵⁾.

مناقشة أدلة الجمهور لأدلة الظاهرية ومن وافقهم:

نوقش استدلال أهل الظاهر ومن وافقهم بما يأتي:

إن امتناع النبي صلى الله عليه وسلم من أن يصلي على الميت المدين الذي لم يخلف وفاء لدينه، إنما كان لحض الناس على الوفاء بديونهم قبل أن تسبقهم المنية، فيتضرر بذلك الدائن الذي قصد إزالة الضرر عن المدين، ومساعدته على سد الغلة وتفريج الكربة، وحين وجد السبيل إلى ذلك بكفالة أبي قتادة، صلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم فزال الضرر عن الغريم، فلم تكن صلاته لبراءة الذمة، وإنما لوجود وسيلة الوفاء وزوال

(1) - سبق تخريجه.

(2) - المغلي، ج 8، ص 112.

(3) - سبق تخريجه.

(4) - الماوردي: الحاوي الكبير، ج 8، ص 112-113.

(5) - المنصرد نفسه، ج 8، ص 113.

نفس الثاني، آثار الضمان وطرق التأمين

الضرر⁽¹⁾. وكذلك قوله لعلي: «فك الله رهانك...»، لأنه كان بحال لا يصلي عليه، فلما ضمن عنه فكّه عن ذلك، ولا يخفى أنه لم يقع الجواب بعد، فإن الدليل يتم بصلاته عقب كفالة علي، إذ يدل على أن الكفالة تمت بذلك⁽²⁾.

أما الدليل العقلي: فليس يمتنع أن يكون الحق الواحد يستحق المطالبة به شخصين؛ لأن معنى ثبوت الدين في الذمة إنما هو استحقاق المطالبة به، كما في الغصب؛ إذ من غصب شيئاً ثم غصبه منه غاصب آخر واستهلكه، كان للمالك مطالبة كل واحد منهما به، ولم يكن ذلك مستحيلاً، كذلك في الكفالة⁽³⁾.

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور بما رواه جابر رضي الله عنه قال: «توفي رجل فنسلناه وحنطناه وكفناه، ثم أتينا النبي صلى الله عليه وآله، فقلنا: تصلي عليه، فخطى خطوة ثم قال: «أعليه دين؟»، قلنا: ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة، فأتيناه فقال أبو قتادة: الديناران عليّ، فقال النبي صلى الله عليه وآله: «قد أوفى الله حق الغريم وبرئ منه الميت»، قال: نعم، فصلى عليه، ثم قال بعد ذلك بيوم: «ما فعل الديناران؟» قال أبو قتادة: إنما مات بالأمس، قال: فعاد إليه من الغد فقال: قد قضيتهما، فقال النبي صلى الله عليه وآله: «الآن بردت عليه جلدته»⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال من الحديث: أن النبي صلى الله عليه وآله قال بعد الوفاء: «الآن بردت عليه جلدته»، فكان ذلك دليلاً على عدم براءة ذمته قبل الوفاء.

واستدلوا كذلك بقوله صلى الله عليه وآله: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه»⁽⁵⁾، فدل على أنه لا

(1)- ابن الممام: شرح فتح القدير، ج7، ص164. المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص7-24. ابن قدامة: المعنى، ج5، ص73.

الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص191.

(2)- ابن الممام: شرح فتح القدير، ج7، ص164.

(3)- الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص113.

(4)- سبق تخريجه.

(5)- أخرجه الترمذي في السنن، أبواب الجنائز، باب: ما جاء أن نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه (77)، رقم: 1084-

1085، وقد أخرجه باسنادين: الأول عن أبي أسامة عن زكريا بن أبي زائدة عن سعد بن إبراهيم عن أبي سلمة عن أبي هريرة،

والثاني: عن محمد بن بشار عن عبد الرحمن بن مهدي عن إبراهيم بن سعد عن أبيه عن عمر بن سلمة عن أبيه عن أبي هريرة. وقال:

هذا حديث حسن وهو أصح من الأول، ص270، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الصدقات، رقم: 15. باب: تنصت في

الدين (12)، رقم: 2413، ص806.

يرأ بالضمان حتى يقضى عنه⁽¹⁾.

أما قول النبي ﷺ لأبي قتادة: «قد أوفى الله حق الغريم وبرئ الميت منه»، إنما أراد به براءته من رجوعه عليه، لأن ضمانه كان بغير أمره⁽²⁾.

ومن ثم فإن التعارض الذي كان يظهر بين الأحاديث منتف؛ إذ كان القصد من امتناع النبي ﷺ من الصلاة على الميت الذي لم يخلف وفاء حض المدينين على أداء ديونهم قبل وفاتهم، منعا للضرر بالدائنين، فلما كفل أبو قتادة وعلي في الرواية الأخرى، وجدت الوسيلة فانتفى الضرر. فتبين أن الكفالة إنما هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل، وأن كل منهما يصير مطالبا بأداء الدين.

واختلف الجمهور فيما بينهم حول مقتضى هذا الضم، هل هو في المطالبة فقط، أم في أصل الدين كذلك؟

حيث ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والإباضية إلى أن الكفالة تقتضي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في أصل الدين والمطالبة؛ لأنه لما كان مطالبا بالأداء، فإن مطالبته هذه مظهر شغل ذمته؛ لأن الدين وصف شرعي يظهر أثره في المطالبة⁽³⁾.

أما الحنفية، فذهب جمهورهم إلى القول بأن الكفالة تقتضي الضم في المطالبة فقط دون أصل الدين⁽⁴⁾.

أدلة الجمهور: استدلووا بما يأتي:

أولاً: إن الكفالة إقراض للذمة، والتزام المطالبة ينبي على التزام أصل الدين، وليس ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق الطالب؛ لأنه وإن ثبت الدين في ذمتهما فلا يكون إلا من أحدهما⁽⁵⁾.

ثانياً: صحة هبة الدين للكفيل بما كفل من الديون، وهذا يعني تمليك الدين له، ولا يجوز

(1) - ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج 7، ص 164، ابن قدامة شمس الدين: الشرح الكبير، ج 5، ص 72.

(2) - الماوردي: الحاوي الكبير، ج 8، ص 113. ابن قدامة: الشرح الكبير، ج 5، ص 72.

(3) - الخطاب: مواهب الجليل، ج 5، ص 96. الرملي: نهاية المحتاج، ج 4، ص 432. ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 70. اطفيش:

شرح كتاب النيل، ج 9، ص 412.

(4) - ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 7، ص 163.

(5) - السرخسي: النسوة، ج 19، ص 161.

تمليك الدين إلا لمن هو عليه⁽¹⁾، وكذا لو اشترى للكفيل بالدين شيئاً يصح مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح⁽²⁾.

ثالثاً: لو كانت الكفالة ضمناً في المطالبة فقط دون أصل الدين، للزم أن لا يؤخذ المال من تركة الكفيل؛ لأن المطالبة تسقط عنه بالموت كالكفيل بالنفس، فلما كان كفيلاً بالمطالبة فقط، بطلت الكفالة بموته، مع أن المصرح به أن المال يحل بموت الكفيل ويؤخذ من تركته⁽³⁾.

نوقش استدلالهم بما يأتي:

1- قولهم: بأن مطالبة الكفيل بالدين دليل على شغل ذمته منقوض بما يأتي:

- ثبوت المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع، مع أن أصل الثمن للموكل، ففي هذه الصورة انفصلت المطالبة عن أصل الدين في حق من عليه، فكذلك الكفالة؛ إذ توجه المطالبة إلى الكفيل بعد الكفالة ويبقى أصل الدين في ذمة الأصيل. وجواز انفصال ملك التصرف عن ملك الغير في حق المطالبة؛ لأن المطالبة مع أصل الدين بمنزلة التصرف مع ملك الغير، فكذلك يجوز انفصال التزام المطالبة عن أصل الدين⁽⁴⁾.

2- أما قولهم: بجواز هبة الدين من غير من عليه الدين فهي جائزة بإذن الغير، وذلك استحساناً تصحيحاً لتصرفه⁽⁵⁾.

3- وقولهم: بأن الكفالة لو كانت ضمناً في المطالبة لانقضت بموت الكفيل، منقوض بالوكيل في الشراء، إذ هو 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، وأخذه من تركته نتيجة التزامه بأدائه⁽⁶⁾.

أدلة الحنفية: استدلوها بما يأتي:

(1)- ابن نجيم زين الدين: البحر الرائق، شرح كثر الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418 هـ-1997م، ج6، ص342. ابن عابدين: الحاشية، ج7، ص554. الحنفية: الضمان في الفقه الإسلامي، ص197.

(2)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص163.

(3)- المصدر نفسه، ج7، ص183.

(4)- السرخسي: المسبوط، ج19، ص161.

(5)- ابن نجيم: البحر الرائق، ج6، ص143.

(6)- الحنفية: الضمان في الفقه الإسلامي، ص199.

-اعتبار الدين في الذمتين ممكن شرعا، إلا أنه لا يمكن الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب، ولا موجب هنا؛ لأن التوثق يحصل بالمطالبة، وهو لا يستلزم ثبوت اعتبار الدين في الذمة، وله نظير في الفقه، فالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل، وكذا الوصي والولي مطالبان بما لزم دفعه ولا شيء في ذمتهما⁽¹⁾.

وكذلك فإن القول بثبوت الدين في ذمة الكفيل كما هو ثابت في ذمة الأصيل، يؤدي إلى شغل شيء واحد في محلين في مكان واحد، فيكون كل من الأصيل والكفيل مدينا، فيتعدد الدين بذلك، ويكون للدائن دينين يستوفيها من اثنين، وهذا غير معقول⁽²⁾.

وقد دفع السرخسي هذا الاستدلال بأنه ليس يلزم من ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل صيرورة الدين دينين يستوفيها منهما، بل هو لا يزال ديناً واحداً، ولكنه يشغل ذمة كل منهما، والاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما فقط، وذلك كالغاصب مع غاصب الغاصب، إذا تلف المغصوب في يد الثاني، فإن كل منهما ضامن للقيمة، ولا يكون حق المغصوب منه إلا في ذمة واحد⁽³⁾؛ ذلك أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية الحكمية، وبمجرد تعلق لا يتبعه شغل حقيقي، فجاز بذلك أن يعتبر الدين الواحد شاغلا لذمتين في وقت واحد؛ أي متعلقا بكل منهما، وإنما يمتنع ذلك في الأعيان، فلا يتصور أن تشغل عين مكانين في زمن واحد⁽⁴⁾.

سبب الاختلاف:

إن منشأ الخلاف الواقع بين الجمهور حول وجه التوثيق، راجع إلى مسألة ذمة الكفيل، هل تثبت فيها الأموال أم لا؟ فالذين ذهبوا إلى القول بأن الكفالة تقتضي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في أصل الدين أثبتوا ذلك، خلافاً للحنفية، ولعلمهم ذهبوا إلى هذا الرأي لما رأوا بأن الكفالة تقتضي ثبوت حق المطالبة فقط للكفيل لا أصل الدين، وأن تعريفها بالمطالبة شامل لأنواع الكفالة الثلاثة؛ أي المال والنفس والعين، إلا أن ابن عابدين أجاب بأنه لا يمكن أن يشمل تعريفهم الأنواع الثلاثة؛ لأن

(1)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص163.

(2)- ابن عابدين: حاشية رد المحتار، ج7، ص553. ابن نجيم: البحر الرائق، ج6، ص342. الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص198.

(3)- المبسوط، ج19، ص161.

(4)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص163. الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص200.

واحد وهو الكفالة بالمال⁽¹⁾. وأضاف بأن الاتفاق حاصل حول ثبوت الدين في ذمة الكفيل، بدليل اتفاقهم على المسائل المذكورة، ولأن اعتبار الدين في ذمتين ممكن كما مر⁽²⁾.

ويظهر مما سبق، أن ما استدل به الحنفية ردّ عليه وكذلك دليل الجمهور، وأن استدلال الظاهرية في المسألة الأولى لم يسلم لهم كذلك، لأن قوله ﷺ: «قد أوفى الله الغريم حقه»، لم يرد به حقيقة. ومن ثم كان مذهب الجمهور هو الراجح، كما أن الحنفية في قولهم الأخير لم يذكروا وجهها سليما، وتعليلهم بأن التعريف شامل للأنواع الثلاثة رده ابن عابدين، لذلك لم يرجح السرخسي أحد الرأيين؛ إذ لم ينقل عن أبي حنيفة وصاحبيه رأي في أن أثرها الضم في أصل الدين أو المطالبة فقط، وقد ذكر الخفيف أن ذلك ليس إلا تحريجا ممن أتى بعدهم مستنبطا من الفروع⁽³⁾، فلم يبين على الخلاف في هذه المسألة أي اثر فقهي، إلا أن الحنفية ذكروا أن أثرها يظهر فيما إذا حلف الكفيل أن لا دين عليه، فعلى الأصح عندهم لا يحث، وعلى الضعيف يحث⁽⁴⁾.

خلاصة:

يمكن مما سبق الخلوص إلى النتائج الآتية:

- على الرأي الأول وهو للظاهرية ومن وافقهم، ومقتضاه نقل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل، يترتب على الكفالة:

أولاً: براءة ذمة الأصيل، فلا يرجع عليه الكفيل، سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره.

ثانياً: ولا تتجه مطالبة الدائن إلى الأصيل، بل تتجه إلى الكفيل، ولا يجوز للدائن مطالبة الورثة بعد وفاة الأصيل.

هذا إذا كانت الكفالة مطلقة، فإذا كانت مقيدة بشرط فإنها تنتقل إلى ذمة الكفيل مراعاة لذلك الشرط، ويجب أن يكون الشرط منصوفا عليه، أما شرط تأجيل الحال أو حلول المؤجل فإن

(1)-رد المختار، ج7، ص554. ابن نجيم: البحر الرائق، ج6، ص343.

(2)-ابن عابدين: حاشية رد المختار، ج7، ص554.

(3)-الضمان في الفقه الإسلامي، ص201.

(4)-ابن نجيم: البحر الرائق، ج6، ص344.

وعلى الرأي الثاني، وهو رأي الجمهور، يثبت حق المطالبة للكفول له على الأصيل والكفيل معا، لأن الكفالة ضم للذمة إلى الذمة، ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدى عنه، على خلاف في بعض المسائل، مع مراعاة الشروط وفي حدود ما التزمه الكفيل في العقد.

المطلب الثاني: ولاية المطالبة في عقد الكفالة

إن أهم أثر مترتب على التزام الكفيل ما في ذمة الأصيل، هو ثبوت ولاية المطالبة؛ قصدا لإيفاء الدائن حقه، وتبرئة لذمة الأصيل والكفيل من الالتزام، وولاية المطالبة تثبت للدائن بالدرجة الأولى؛ لكونه صاحب الحق، وتثبت ولاية المطالبة للكفيل كذلك، وذلك بتوجهه إلى الدائن، فيطالبه بتبرئة ذمته وأخذ حقه من المدين، ويتوجه إلى المدين فيطالبه بإيفاء حق الدائن وتسليمه إياه.

الفرع الأول: ثبوت ولاية المطالبة للمكفول له

أولا: مطالبة الكفيل مع قدرة المدين على السداد وأراء الفقهاء في ذلك:

اتفق الفقهاء على أن المدين إذا أعسر أو ماظل في أداء الدين أو غاب إذا حلّ أجل السداد، فللدائن أن يطالب الكفيل بأداء ما على الأصيل من التزامات، إلا أنهم اختلفوا حول المدين الموسر الحاضر، القادر على السداد، هل يجوز للدائن حينئذ مطالبة الكفيل بأداء ما على الأصيل من ديون؟ ذهب الظاهرية وابن أبي ليلى إلى أن مطالبة المدين بسداد الدين لا تجوز؛ لأن الكفالة تنقل ما في ذمة المكفول إلى ذمة الكفيل، ومن ثم فلا فرق بين أن يكون المدين موسرا أو معسرا. أما الجمهور، فقد اختلفوا في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: وهو للحنفية والشافعية والحنابلة والإباضية والإمام مالك في القول الأول له، وهو مذهب الثوري والأوزاعي⁽²⁾، ومقتضاه ثبوت حق المطالبة لمن شاء منهما في الحياة وبعد الموت، أو أن يطالبهما معا في وقت واحد أو يطالب أحدهما ببعضه والآخر بباقي الدين. وقد استدلوا بما يأتي:

(1) - ابن حزم: المحلى، ج8، ص118.

(2) - الكاساني: البدائع، ج7، ص404. البجيرمي: تحفة الحبيب، ج5، ص437. ابن رشد: بداية المجتهد، ج2، ص246..

اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص445.

من السنة: بقوله ﷺ: «الزعيم غارم»⁽¹⁾، فذمة الكفيل تشغل بالدين فيطالب به، أما الأصيل؛ فلأن ذمته تبقى مشغولة بالدين، ولا تبرأ إلا بسداده⁽²⁾، وهذا ما دل عليه حديث كفالة أبو قتادة دين الميت في رواية جابر بن عبد الله: «الآن بردت عليه جلده»⁽³⁾.

ومن المعقول: أن ذمة الأصيل إن برئت من الدين بإبراء أو قضاء أو حوالة أو نحوها، برئت ذمة الكفيل ولا عكس، أي إذا برئت ذمة الكفيل من غير استفاء الدين منها لم تبرأ ذمة الأصيل؛ كالرهن إذا انفسخ من غير استيفاء فأيهما قضى الحق برئنا جميعا؛ لأنه حق واحد، فإذا استوفى زال تعلقه بما لا فرق في ذلك، بين أن يكون الأصيل موسرا أو معسرا⁽⁴⁾.

المذهب الثاني: وهو مذهب المالكية، ومقتضاه أن الكفيل لا يطالب في ملاء الأصيل وحضوره، وهو القول الثاني الذي رجع إليه الإمام مالك وأخذ به ابن القاسم، وابن وهب، واختاره ابن رشد، وهي أظهر الروايتين⁽⁵⁾، وعليه: إن حلّ أجل السداد، وكان الأصيل غائبا أو مات، أو كان حاضرا معسرا، كان الطلب حينئذ متجها نحو الكفيل، أما إن اشترط الكفيل أن يكفل في حالات ست ذكرها المالكية وهي: العسر، واليسر، والغيبة، والحضور، والموت والحياة، أو اشترط صاحب الحق أخذ أيهما شاء، كان له حينئذ طلب الكفيل بإيفاء الدين⁽⁶⁾.

ولعلّ المالكية في هذه المسألة، نظروا إلى مصلحة الكفيل؛ إذ الحكمة من تشريع الكفالة إزالة الضرر عن الدائن وتفريج الكربة، ولا يمكن أن يتصور ضرر إذا كان المدين موسرا حاضرا إذا حلّ الأجل؛ إذ تتوجه المطالبة حينئذ إليه، وإنما التزم الكفيل أداء ما على الأصيل من أجل إيفاء الدائن حقه في حالة وقوع ضرر به، وإنما أجازوا أن يطالب الكفيل في الحالات الستة الماضية؛ لأنه اشترطها في صيغة العقد، فيعمل بشرطه، إذ فيه مصلحة للعاقدين، وكذلك إن اشترط المكفول له أن يطالب من شاء منهما، فيعمل بشرطه كذلك؛ لانتفاء الجهالة والغرر وتحقق المصلحة.

(1) - سبق تخريجه.

(2) - البجوري: تحفة الحبيب، ج 5، ص 437.

(3) - سبق تخريجه.

(4) - البجوري: تحفة الحبيب، ج 5، ص 437. النجدي: الروض المربع، ج 5، ص 101.

(5) - مالك: المدونة الكبرى، ج 13، ص 256، الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج 4، ص 549.

(6) - الدسوقي: الحاشية على الشرح الكبير، ج 4، ص 549.

أما الجمهور، فنجدهم يقدمون مصلحة الدائن وجعلوا له حق مطالبة كل من المدين والكفيل معا.

يلاحظ كذلك أن مطالبة الكفيل مع قدرة المدين على السداد قد تؤدي بالمدينين إلى التماطل في أداء الحقوق لأصحابها، فيضيق على الكفلاء، ويلحق بهم ضرر من هذه الناحية، والقول الذي رجح إليه الإمام مالك وهو الراجح عند المالكية والمعمول به، جانب المصلحة فيه أرجح من قول الجمهور؛ فهم متفقون معهم أنه إذا كان المدين معسرا تتوجه المطالبة إلى الكفيل؛ إذ إنه تبرع بذلك، أما في حالة اليسر، فالمطالبة تتوجه إلى المدين لقدرته على السداد وانتفاء الضرر الذي لأجله شرعت الكفالة.

ثانيا: حالة تعدد الكفلاء

تقدم في الفصل الأول تفصيل صور تعدد الكفلاء، وفي هذا الفصل سأتطرق إلى حكم ثبوت ولاية المطالبة في حالة التعدد.

الصورة الأولى: إذا لم يكن أحد الكفلاء كفيلا عن الآخر؛ بأن كانوا جميعا كفلاء عن مدين واحد بعقد واحد، بأن يقول كل كفيل: كفالة الدين علينا، ويوافقه الباقي، أو يقال لهم: أتكفلون فلانا، فيقولون: نعم، ولم يشترط الدائن أخذ أيهم شاء بكل دينه، ففي هذه الحالة يؤخذ كل واحد منهم بحصته من الدين، إن أعسر المدين أو كان غائبا، أو كان له لدد في الخصومة، أما إذا كفل كل واحد منهم المدين بعقد مستقل، يكون كل واحد منهم مطالبا بجميع الدين⁽¹⁾.

فإن اشترط الدائن في الحالة الأولى أخذ أيهم شاء بالحق، فله أن يغرم أحد الكفلاء بالدين وينفذ بذلك شرطه، وخالف ابن حزم فأبطل الشرط؛ لأنه معلق على أحدهم فلم يجوز⁽²⁾.

الصورة الثانية: أن يتعدد الكفلاء، وقد كفل كل واحد منهم صاحبه، وحكم هذه الصورة

(1) - الكاساني: البدائع، ج 7، ص 404. السرخسي: المسوط، ج 20، ص 37. الدسوقي: الحاشية، ج 4، ص 556. الماوردي:

الخواوي الكبير، ج 8، ص 125. ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 85.

وعند الشافعية خلاف: إذا كفل اثنان عن شخص دينه لفلان، فله مطالبة كل منهما بجميع المال، وهو أحد الوجهين وصححه نسبي، معللا بأن الضمان توثقة كالرهن، وهو ما اتفق به فقهاء عصره، والوجه الثاني للطالب أن يطالب كل واحد منهما بالنصف فقط، وهذا ما جرى عليه الماوردي في الخاوي الكبير. ينظر: الرملي: نهاية المحتاج، ج 4، ص 459.

(2) - السرخسي: المسوط، ج 20، ص 38. الدردير: الشرح الكبير، ج 4، ص 556. الماوردي: الخاوي الكبير، ج 8، ص 123.

ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 85. اطفيش: شرح كتاب النبل، ج 9، ص 451. ابن حزم: المغني، ج 8، ص 118.

كما تقدم الجواز، أما أثر ولاية المطالبة، فحكمها أن يؤخذ كل واحد بجميع الحق إذا اعدم الباقي أو غابوا، فإن زاد الأصيل أيكم شئت أخذت بحقي، فله ذلك، ويعمل بشرطه ولو كان غيره حاضرا موسرا، وأبطل ابن حزم هذا الشرط؛ لأنه من المحال عنده أن يكون مال الواحد على اثنين فساعدا، ويكون على كل واحد منهما بحجة أنه يصير الدرهم درهمين⁽¹⁾.

وللمالكية في مسألة التعدد التفصيل:

- فإن تعدد الكفلاء ولم يشترط كفالة بعضهم عن بعض، ولا أخذ أيهما شاء بحقه، فلا يؤخذ كل واحد إلا بحصته.

- وإن تعدد الكفلاء واشترط كفالة بعضهم عن بعض، ويؤخذ كل واحد بجميع الحق إن غاب الباقي أو اعدم.

- وإن تعدد الكفلاء واشترط كفالة بعضهم عن بعض، وقال: مع ذلك أيكم شئت أخذت بحقي، أخذ كل واحد بجميع الحق، ولو كان غيره حاضرا مليئا، وللغارم في الحالتين الرجوع على أصحابه والرجوع على الغريم.

- وإن تعدد الكفلاء ولم يشترط كفالة بعضهم عن بعض، وقال: أيكم شئت أخذت بحقي أخذ كل واحد بجميع الحق ولو كان غيره حاضرا مليئا، وليس للغارم الرجوع على أحد من أصحابه بل على الغريم⁽²⁾.

الفرع الثاني: الحقوق الثابتة للكفيل قبل الأصيل والدائن

لقد تقدم ما للدائن من حقوق -أي حقه في مطالبة الكفيل والمدين بما عليهما من التزامات- وسأدرس هنا ما للكفيل من حقوق، كحق مطالبته للمدين بتخليصه من الكفالة، وحق مطالبة الدائن بإيفاء حقه من المدين.

أولا: حقوق الكفيل قبل المدين

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول بجواز مطالبة الكفيل المدين

⁽¹⁾ السرخسي: المبسوط، ج20، ص40. القرابي: الذخيرة، ج20، ص224. ابن قدامة: المغني، ج5، ص91. ابن حزم:

حسي، ج5، ص118.

⁽²⁾ -الدسوقي: الحاشية، ج4، ص557.

بتخليصه من الالتزام، إذا حلّ أجل الاستيفاء وكانت الكفالة بأمر المدين⁽¹⁾؛ لأنه عندما كفل بأمره فكأنما طلب القرض منه، فيكون حينئذ نائباً عنه في الأداء إلى الطالب، وولاية المطالبة إنما تثبت بحكم القرض والتعميل، فإذا كانت الكفالة بغير إذن المدين، لم يكن للكفيل حق ملازمة الأصيل؛ لأنه تبرع بأداء ما على المدين، فلم يكن له مطالبته بتخليصه⁽²⁾، فصار كالأجنبي عنه.

وعند الشافعية والحنابلة قول آخر مرجوح⁽³⁾ مقتضاه جواز مطالبة الكفيل المدين ولو قبل محل الأجل، أي قبل أن يطالبه الدائن، ونظيره أنه لو استعار عينا للرهن أو رهنها فإن للمالك مطالبته بفك الرهن. وأجيب على هذا الاستدلال بالفرق بين الرهن والكفالة؛ فالرهن محبوس بالدين وفيه ضرر؛ لأن صاحب العين أو المعير يتضرر بحسبها، وكان له حق المطالبة بفكها، خلافاً للكفيل؛ إذ أجل المطالبة لم يحل بعد، كما أن الدائن لم يطالبه بأداء ما عليه، ومن ثم لم يكن له أن يتعقب المدين⁽⁴⁾.

وذهب المالكية إلى أنه يحق للكفيل مطالبة الدائن بتخليص حقه من المدين إذا حلّ أجل الأجل، سواء كانت الكفالة بأمره أم لم تكن، وسواء طالبه الدائن أو لم يطالبه؛ إذ للكفيل حق الرجوع على المدين في الحالتين عند المالكية⁽⁵⁾ - كما سيأتي -.

ثانياً: حقوق الكفيل قبل الدائن

ذهب المالكية إلى أن الكفيل يحق له مطالبة الدائن بتخليص حقه من المدين، وذلك عند حلول الأجل، بأن يقول: إذا حلّ الأجل ولو مات المدين، فإما أن تطالب بحقك من مدينك أو تسقط عني الكفالة⁽⁶⁾.

أما جمهور الفقهاء: فبناء على أصلهم في عدم جواز مطالبة الأصيل بسداد الدين قبل أن يطالب، وذلك بأن يقول: إما أن تُرثني من الحق، وإما أن تطالبي لأطالب الأصيل، فلم يميزوا للكفيل

(1) - الكاساني: البدائع، ج 7، ص 405. الشربيني: مغني المحتاج، ج 2، ص 209. ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 90.

(2) - الكاساني: البدائع، ج 7، ص 405.

(3) - الشربيني: مغني المحتاج، ج 2، ص 209. ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 90.

(4) - الشربيني: مغني المحتاج، ج 2، ص 209.

(5) - الدسوقي: الحاشية، ج 4، ص 551.

(6) - الدردير: الشرح الصغير، ج 2، ص 672، الدسوقي: الحاشية، ج 4، ص 551.

مطالبة الدائن الدين حالاً، فإن حلّ الأجل فليس له مطالبة قطعاً⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أثر موت الكفيل والمدين على ثبوت ولاية المطالبة في الكفالة

شرعت الكفالة لأجل توثيق الديون والحقوق، تحرزا من ضياعها وإلحاق الضرر بأصحابها، ولما كانت كذلك لم يُعقل أن تسقط بموت الكفيل، بل يحل الدين في تركته ويطالب ورثته بالأداء في حال أعدم الأصيل، وهذا باتفاق الفقهاء⁽²⁾.

وقد مرّ أن الكفالة إذا كانت مطلقة عن التأجيل والتقييد، فإنها تقع حالة عند جميع الفقهاء، فإن كان الدين حالاً، فإن الكفيل يضمن في الحال، وإن كان الدين مؤجلاً، كان مؤجلاً على الكفيل كذلك، أما إذا كان حالاً وأجل إلى أجل معين، فالحنفية في ظاهر الرواية والمالكية، ذهبوا إلى أن الأجل، يثبت في حقهما جميعاً، لأن الأجل كان صفة للدين، وهو واحد، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن التأجيل للكفيل دون الأصيل؛ لأن المكفول له خصه بالتأجيل⁽³⁾. وعليه فالكفيل لا يطالب بسداد الدين قبل حلول الأجل الذي أجل إليه الدين، فإذا مات أحدهما -أي الكفيل أو المدين- يسقط الأجل بموت من كان الأجل لصالحه؛ فإن مات المدين يحل الدين في تركته، ويبقى مؤجلاً على الكفيل، ولا يطالب إلا عند حلول الأجل؛ وذلك لسقوط ذمة الأصيل وخراهما، وهذا باتفاق الفقهاء، واتفقوا كذلك على أنه إذا مات الكفيل سقط الأجل في حقه وجاز للدائن أن يأخذ دينه من تركته التي آلت إلى الورثة، وهم يرجعون على الأصيل عند حلول الأجل أو بعد موت المدين برجوعهم على تركته إن ترك مالا⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ -الشريبي: المغني المحتاج، ج2، ص209. ماجد أبو ربيعة: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، بيروت، ط1، 1410هـ-1998م، ج1، ص432.

⁽²⁾ -الكاساني: البدائع، ج7، ص391. الدردير: الشرح الكبير، ج4، ص549. الشريبي: المغني المحتاج، ج2، ص208. ابن قدامة شمس الدين: الشرح الكبير، ج5، ص94. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص472.

⁽³⁾ -الكاساني: البدائع، ج7، ص90. مالك بن أنس: المدونة، ج13، ص267. الشريبي: المغني المحتاج، ج2، ص2078. ابن قدامة شمس الدين: الشرح الكبير، ج5، ص95.

⁽⁴⁾ -الكاساني: البدائع، ج7، ص391. الدردير: الشرح الصغير، ج2، ص673. الشريبي: المغني المحتاج، ج2، ص208. ابن قدامة شمس الدين: الشرح الكبير، ج5، ص94. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص471.

المطلب الثالث: أحكام ولاية الرجوع في الكفالة

الفرع الأول: حكم رجوع الكفيل على المدين وآراء الفقهاء في ذلك

ولاية الرجوع في الكفالة أو حق الاسترداد، أثر من الآثار المهمة المترتبة على التزام الكفيل ما في ذمة الأصيل. وقد مرّ أن الدائن له مطالبة من شاء، سواء كان الكفيل أو الدائن، وأنه ليس للكفيل مطالبة المدين أن يسلمه ما به الوفاء ليدفعه إلى الدائن، فإذا أدى المدين ما عليه، فليس للدائن مطالبة الكفيل، فتنتهي الكفالة حينئذ، وإن أعسر المدين عند حلول أجل الاستيفاء وأدى الكفيل ما عليه، ثبت له حق الرجوع على الأصيل بما أدى، ويسترده منه.

فولاية الرجوع من الحقوق الثابتة للكفيل، والخلاف حاصل بين الجمهور والظاهرية حول ثبوت هذا الحق له؛ حيث ذهب أهل الظاهر أنه ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل ولا على ورثته إن مات، سواء رضي الأصيل أم لم يرض، إلا في حالة واحدة فقط، وهي إذا قال المدين: أكفل عني مالي هذا عليّ، فإذا أديت عني الدين فهو دين لك عليّ، فهذه الصورة قرض صحيح عنده، فيجوز له حينئذ أن يرجع على المدين بالدين الذي أداه⁽¹⁾.

أما الجمهور، فإن الاتفاق حاصل بينهم حول مشروعيتها، إلا أنهم اختلفوا حول الشروط الواجب توافرها لثبوت هذا الحق؛ ذلك أن الكفالة والأداء عن الأصيل لا تخلو من أربعة أقسام:

القسم الأول: أن يكفل بأمر الأصيل ويؤدي بأمره، بأن يقول: أكفل مالي لفلان، وحال الأداء يقول: أدّ عني، أو أقض عني، فلا خلاف بين الجمهور حول جواز هذه الصورة، لأنه خارج عن حكم التطوع⁽²⁾.

القسم الثاني: أن يكفل بأمر الأصيل ويؤدي بغير أمره، وفي هذه الصورة خلاف، حيث ذهب المالكية والحنابلة⁽³⁾ والقاضي أبو يوسف من الحنفية إلى أنه يرجع عليه؛ لأنه قضى عنه بناء على أمره في الكفالة، فلا بد من اعتباره⁽⁴⁾. واشترط الحنفية أن يكون خليطاً أو شريكاً له اعتماد

(1)- ابن حزم: المحلى، ج 8، ص 111.

(2)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج 7، ص 189. المواق: التاج والإكليل: ج 5، ص 102. الشريبي: مغني المحتاج، ج 2،

ص 209. الماوردي: الحاروي الكبير، ج 8، ص 114. ابن قدامة شمس الدين: الشرح الكبير، ج 5، ص 88.

(3)- مالك بن أنس: المدونة، ج 13، ص 255. ابن رشد: بداية المجتهد، ج 2، ص 247.

(4)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج 7، ص 189.

الفصل الثاني: آثار الضمان وخبري، بمصانها

مداينته والأخذ منه⁽¹⁾. أما الشافعية، فقد فرقوا بين الأداء قبل المطالبة وبعدها، فإن أدى بعد المطالبة والتشديد عليه ومحاکمته فله الرجوع، وإن أذاه قبلها ففيه الوجهان، والأصح أنه يرجع، لأن الأداء مستحق بالكفالة المأمور بها، فصار مؤديا ما وجب بالأمر⁽²⁾.

القسم الثالث: أن يكفل بغير أمره ويؤدي بأمره، فعند المالكية والحنابلة يرجع⁽³⁾، وخالف الحنفية؛ لأن الكفالة كانت بغير أمره⁽⁴⁾، أما الشافعية فلم يميزوها إلا في حالة ما إذا قال: أدّ عني ما ضمنت لترجع به عليّ، وأما إذا قال: أدّ عني ما ضمنت، فعندهم الوجهان⁽⁵⁾.

القسم الرابع: أن يكفل بغير أمره ويؤدي بغير أمره، فله الرجوع على قول المالكية، ورواية عن الإمام أحمد، وخالف الحنفية والشافعية والحنابلة في الرواية الثانية⁽⁶⁾.

واستدل الحنفية بحديث كفالة أبي قتادة رضي الله عنه دين الميت؛ فإنه لو استحق الرجوع بما كفل، لما كان في كفالته فك لرهان الميت، لأن ذمته تبقى مشغولة بدينها، وما كان النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه⁽⁷⁾.

واستدل المالكية والحنابلة في الرواية الأولى، بأن قضاءه ميرئ من دين الواجب، فكان من ضمان ما هو عليه، أما أبو قتادة فإنه تبرع بالقضاء والضمان قصدا لتبرئة ذمته ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم، مع علمهما أنه لم يترك وفاء والتبرع لا يرجع بشيء⁽⁸⁾.

ومن خلال ما سبق، يلاحظ أن الكفيل لو تبرع بالكفالة وهو غير قاصد الرجوع، وإنما قصد التبرع، فإنه لا يرجع⁽⁹⁾، وإنما الخلاف في المحتسب الرجوع، ولذلك اختلفوا في الصورة الأخيرة.

وقد ذكر القرافي قاعدة تبين وجهة نظر المالكية في هذه المسألة: «كل من أدى عن أحد مالا

(1)-الكاساني: البدائع، ج7، ص410.

(2)-الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص115.

(3)-المواق: التاج والإكليل:، ج5، ص102. ابن قدامة شمس الدين: الشرح الكبير، ج5، ص88-89.

(4)-ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص189.

(5)-الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص115.

(6)-ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص189. مالك بن أنس: المدونة، ج13، ص255. الماوردي: الحاوي الكبير، ج8،

ص114. ابن قدامة: المغني، ج5، ص88.

(7)-الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص114.

(8)-ابن قدامة: المغني، ج5، ص88.

(9)-النسوي: البهجة، ج2، ص189.

الفصل الثاني، آثار الضمان وطرق انقضاءها

شأنه إعطاءه، أو فعل له فعلا شأنه أن يؤدي في عمله أجره، كغسل يديه ونحوه، فإنه يرجع عليه بذلك المال وأجره ذلك العمل، كان واجبا أم لا، خلافا للأئمة، فإنهم يعدونه تبرعا، لنا: أن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال، ولو صرح ها هنا بذلك لزمه، فكذلك إذا دل عليه لسان حاله، كما وافقنا في المعاملات وغيرها في تعيين النقد الغالب بلسان الحال، ومنفعة العين المستأجرة لما جرت العادة بمثله، وإن لم يصرح به...»⁽¹⁾. فالكفيل إن لم يصرح برغبته في الرجوع على الأصيل وأدى بغير إذنه، فإن لسان حاله -وفقا لهذه القاعدة- وأداؤه الدين يدل على أنه لم يود متبرعا وإنما أدى عنه قاصدا الرجوع؛ لأن الدائن أقام الكفيل مقام نفسه في أخذ المال من المدين، فكان له الرجوع حينئذ

واشترط الحنفية أن يكون بإذن صحيح، فإذا كفل عن صبي محجور عليه بأمره فأدى عنه فلا رجوع له؛ لأنه بإذن غير صحيح، ولأنه من الأصيل استقراض، واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان، ويشترط كذلك أداء المال إلى الدائن؛ إذ لا يملك الرجوع قبل الأداء، ولأن معنى الإقراض والتملك لا يتحقق إلا بأداء المال، فلا يملك الرجوع قبله⁽²⁾. واشتروا كذلك أن لا يكون للأصيل على الكفيل دين مثله، فإن كان عليه فلا رجوع له؛ لأنه إذا أدى لاتفى الدينان قصاصا؛ بمعنى أنه إذا رجع الكفيل على الأصيل كان له الرجوع على الكفيل بدينه، فيسقطان جميعا⁽³⁾.

أما المالكية، فقد اشتروا أن يكون الأداء بأحد أمرين: بيّنة بأنه أدى ما عليه، كأن يشهد على ذلك، أو بإقرار من الدائن بأنه تسلم حقه من الكفيل، فلو دفع الكفيل المال بحضرة الأصيل دون بيّنة، وأنكر الدائن لم يرجع الكفيل بشيء لتفريظه بعدم الإشهاد على الأداء، فإن كان أدى من مال الأصيل بأن كان قد دفعه إليه ليحمله إلى الدائن، ثم أنكر هذا الأخير، لا رجوع له؛ لأنه مقصر بعدم

(1)- الذخيرة، ج 9، ص 201.

القرافي: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي البهنسي المصري، فقهى وأصولي برع في العلوم العقلية وله معرفة في التفسير، من مؤلفاته الذخيرة، الفروق، شرح التهذيب، شرح الجلاب، التنقيح وغيرها. (ت 684هـ). ينظر: ابن فرحون، إبراهيم: الدياج المذهب في معرفة أعيان المذهب، تحقيق: مأمون بن محي الدين الجنان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1417هـ-1996م، ص 128-130، رقم: 124. مخلوف: شجرة النور الزكية، رقم: 627. ص 188.

(2)- الكاساني: البدائع، ج 7، ص 410. ابن الممام: ج 7، ص 181.

(3)- الكاساني: البدائع، ج 7، ص 410.

الفرع الثاني: أحكام ولاية الرجوع حال تعدد الكفلاء

إذا تعدد الكفلاء، بأن كانوا كفلاء جميعاً عن مدين واحد بعقد واحد، ولم يكن أحدهم كفيلاً عن الآخر، فإن كل واحد يرجع على المدين بما أدى من حصته من الدين، فإن اشترط الدائن أخذ أيهم شاء، ثم أدى أحدهم كل الدين، فإن المؤدى يرجع على الأصيل فقط، ولا يكون له حق الرجوع على أصحابه؛ إذ لا علاقة تربطهم بعضهم مع بعض⁽²⁾

فإن تعددوا بأن كفّل كل واحد منهم الآخر، وسواء اشترط الدائن أن يأخذ حقه من أيهم شاء، أو لم يشترط، ففي هذه الحالة يؤخذ كل واحد منهم بجميع الدين ولو كان غيره حاضراً مليئاً، وللغارم في الحالين أن يرجع على أصحابه والأصيل كذلك⁽³⁾، وذلك بأن يرجع الأخير إن أدى الدين على من هو قبله، ويرجع الثاني على من هو قبله، وهكذا إلى أن يرجع بالمؤدى على الأصيل، أما إن كفّلوا بعقد واحد ثم كفّل كل منهم الآخر، فما أدى أحدهم شيئاً فإنه يرجع بكل المؤدى على الأصيل إن شاء، وإن شاء يرجع بنصفه على شريكه إن كانوا اثنين، أو ثلثه إن كانوا ثلاثة...؛ لأن حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهم من وجهين: الكفالة عن نفسه، والكفالة عن صاحبه على السواء، فهم كفلاء بادئ الأمر بعقد واحد، فيكون الأداء بقسمة الرؤوس بينهم⁽⁴⁾، وهذا القول ذهب إليه أبو العباس بن سريج من الشافعية، حيث أجاز هذه الصورة خلافاً لهم⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: بما يرجع الكفيل على الأصيل

اختلف الفقهاء فيما يرجع به الكفيل على الأصيل، حيث ذهب الحنفية إلى أن الكفيل يرجع على الأصيل بما كفّل لا بما أداه، حتى لو كفّل عن رجل بنقود صحيحة جيدة، فأعطاه مكسرة أو مزيفة فإنه يرجع عليه بالصحيحة. وحثتهم أن الكفيل ملك ما في ذمة الأصيل، وما في ذمته النقود الصحيحة الجيدة، فيرجع بما عليه، وكذلك لو أدى عن الدراهم دنائير أو شيئاً من المكيل أو الموزون

(1)- الدردير: الشرح الكبير، ج4، ص541. الصاوي: بلغة السالك، ج2، ص670.

(2)- الكاساني: البدائع، ج7، ص412. الدسوقي: الحاشية، ج4، ص556.

(3)- الكاساني: البدائع، ج7، ص412. الدسوقي: الحاشية، ج4، ص557. ابن قدامة: المغني، ج5، ص91.

(4)- الكاساني: البدائع، ج7، ص413.

(5)- الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص123.

فإنه يرجع بما كفل لا بما أدى (1).

أما إن صالح الدائن الكفيل من الدين خمسة مائة (وهو ألف) فإنه يرجع بالخمسمائة لا بالألف، لأنه لم يملك الألف النهائي في ذمته وإنما الخمسمائة فقط (2).

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة (3) إلى أن الكفيل يرجع على الأصيل بما أدى لا بما كفل، فيرجع بالمثل إن أداه مثليا أو قيمته إن كان مقوما، فإن كفل بخمسة أثواب وأدى أثوابا رجح بمثلها لا بقيمتها، وإن أدى من غير جنس الدين رجح بالأقل من الدين، كما لو كان الدين خمسة مائة دينار فدفع عشرة أثواب فإنه يرجع بالأقل من الدين بقيمة الثياب (4)؛ لأنه إن كان الدين هو الأقل فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع بأدائه، وإن كان المقضي أقل، فإنما يرجع بما غرم، ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء، وكذلك إن دفع عن الدين عرضا، فإنه يرجع بالأقل من الأمرين من قيمة العرض أو قدر الدين (5).

ولعل المختار هو مذهب الجمهور؛ إذ الكفيل لما تبرع بأداء ما في ذمة الأصيل لزمه ما عليه حتما، ولكن الأداء يختلف، فالطالب أو الدائن إن رضي بما أداه الكفيل، سواء كان ما به القضاء هو ما التزمه، أو مختلف عنه، فإن العبرة بالتراضي، كما أن الأداء من طرف الكفيل مبرئ له وللأصيل، ولقد تقدم أن من الحكيم والمقاصد في العقود العدل، بل هو أسمى المقاصد، وليس من الحكمة أن يرجع عليه بخلاف ما أدى حتى وإن كان ما التزمه مختلفا عنه؛ إذ المدين تضرر بادئ الأمر لما استدان وتعلقت ذمته بالدين، ورجوع الكفيل عليه التزم بدئ ثانيا، فتخفيفا عنه وتجنبيا للضرر به، يرجع عليه الكفيل بما أدى لا بما كفل. كما أن الواقع يقرر بأن الكفيل لن يؤدي عن الأصيل بأكثر من دينه، إذ الغرم يكون بقيمة الدين أو بأقل منه، فإن رضي الدائن تمت الكفالة ورجع الكفيل على الأصيل بما أدى.

(1)-الكاساني: البدائع، ج7، ص413.

(2)-المصدر نفسه، ج7، ص413.

(3)-الدسوقي: الحاشية، ج4، ص545. الرهلي: نهاية المحتاج، ج4، ص462. ابن قدامة: المغني، ج5، ص89.

(4)-الدسوقي: الحاشية، ج4، ص545.

(5)-ابن قدامة: المغني، ج5، ص89.

المبحث الثاني: طرق انقضاء الكفالة

تمهيد:

انقضاء الكفالة بالمال قد يكون نتيجة لانتفاء التزام أحد أطراف الكفالة، فإذا أدى الأصيل التزامه، انتهت الكفالة في حق الكفيل؛ لأنه تابع وإذا أدى الكفيل ما التزم به انتهت الكفالة مع بقاء التزام الأصيل، ويثبت له حق الرجوع حينئذ، فهنا قسمان انقضاء الكفالة بسبب انتهاء التزام الأصيل، وانقضاءها بسبب لا يمس التزام الأصيل. أما الكفالة بالنفس فإنها تنتهي إذا أدى الكفيل التزامه بأن سلم المكفول به إلى الدائن، وقد تنتهي كذلك بوفاء المكفول به.

المطلب الأول: طرق انقضاء الكفالة بالمال

تنقضي الكفالة بالمال بإحدى الطرق الآتية:

- أداء الدين، سواء كان من طرف الأصيل أو الكفيل.

- الإبراء: ومن صورته: الهبة والحوالة والصلح.

- زوال عقد الكفالة: وذلك بأن كانت مؤقتة بمدة فتنتهي بمضيها، أو إذا كانت يجعل فتنبتل.

الفرع الأول: أداء الدين

اتفق الفقهاء على أن المدين إذا أدى الدين الذي عليه برئت ذمته وبرئ الكفيل كذلك؛ لأنه فرعه، وكذلك أداء الكفيل الدين للطالب مبرئ لذمته من الكفالة، وتثبت له ولاية الرجوع على الأصيل إذا كانت الكفالة بأمره على رأي الجمهور، أو لم تكن كذلك على رأي المالكية⁽¹⁾.

فإذا تعدد الكفلاء وأدى الأصيل الدين برئوا وانتهت الكفالة، فإذا آذاه الكفيل الأول برئ الأصيل وبرئ الكفلاء الآخرون، ويثبت لمن أدى حق الرجوع على الأصيل، وإن أدى الكفيل الثاني برئ الأول والأصيل، ويثبت له حق الرجوع على الكفيل الأول، وهذا الأخير يرجع على الأصيل بما آذاه للكفيل الثاني⁽²⁾، إلا أن يشترط الدائن أن يأخذ أيهما شاء، فإذا قضى أحدهما الدين ثبت له حق الرجوع على الأصيل فقط وتنتهي الكفالة حينئذ.

(1) - الكاساني: البدائع، ج 7، ص 405-406. الدسوقي: الحاشية، ج 7، ص 548. الماوردي: الحاوي الكبير، ج 8، ص 123.

ابن قدامة: المعنى، ج 5، ص 83. النجدي: الروض المربع، ج 5، ص 101. اطفيش: شرح كتاب النبل، ج 9، ص 475.

(2) - الماوردي: الحاوي الكبير، ج 8، ص 123. ابن قدامة: المعنى، ج 5، ص 84.

الفرع الثاني: الإبراء عن الدين

أولاً: مفهوم الإبراء⁽¹⁾:

يُعد الإبراء طريقاً من طرق انتهاء الكفالة في الفقه الإسلامي، ولقد اختلف الفقهاء في حقيقته، فلو قال صاحب الحق للكفيل أو الأصيل: أبرأتك من ديني الذي عليك، فهل أراد بذلك إسقاط الدين عنه، أو تملكه له؟⁽²⁾

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والشافعي في مذهبه القديم إلى أن البراءة من الدين إسقاط محض، ولا يُعد تملكاً، وذهب الشافعي في الجديد والمالكية إلى أن البراءة من الدين تملك له⁽³⁾.

وسبب الخلاف راجع إلى اختلاف الصور والفروع؛ فمنها ما يكون الإبراء فيها تملكاً باتفاق كما في الهبة، ومنها ما يكون الإبراء فيها إسقاطاً كإبراء الكفيل من المطالبة بالدين، فهو إسقاط لولاية المطالبة عنه، وهذا ظاهر من عبارة السيوطي «الإبراء هل هو إسقاط أم تملك قولان: والترجيح مختلف في الفروع»⁽⁴⁾، وقال في الغرر البهية: «إن كون الإبراء تملكاً أو إسقاطاً من المسائل التي لا يطلق فيها ترجيح، بل يختلف الترجيح بحسب المسائل لقوة الدليل وضعفه»⁽⁵⁾. إذن فإن إبراء الكفيل من الدين إسقاط لحق المطالبة عنه باتفاق، والخلاف إذن في الأصيل. وترتب على ذلك خلاف في اشتراط قبول

(1) - الإبراء لغة: برأ وبرئ منه ومن الدين، سَلِمَ وبرئ من المرض برئاً من باب قطع، وأبرأه من الدين وبرأه تبرئة وتبرأ من كذا فهو برأه منه، وبراء شريكه فارقة، وأصل تركيب البرء خلوص الشيء من غيره، إما على سبيل التقصي كبرأ المريض من مرضه، والمندوب من دينه، أو على سبيل إنشاء كبرأ الله آدم من طين. ينظر: الوازي: مختار الصحاح، ص 45. الفيروز آبادي: القاموس المحيط، فصل: باء باب الهمزة، ج 1، ص 8. الزبيدي: تاج العروس، ج 1، ص 145.

(2) - محمود احمد مروح مصطفى: الكفالة وطرق الإبراء منها، ص 67.

(3) - ابن عابدين: الحاشية، ج 7، ص 604. الكاساني: البدائع، ج 7، ص 406. القرافي: الفروق، ج 2، ص 110-111. الآبي:

جواهر الإكليل، ج 2، ص 212. الرملي: نهاية المحتاج، ج 4، ص 442. ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 105.

(4) - الأشباه والنظائر، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، دط، دت، ص 250.

السيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضري السيوطي جلال الدين، إمام حافظ مؤرخ أديب، نشأ بالقاهرة، له نحو 600 مؤلف، منها: الكتاب الكبير الرسالة، الإتيان، إسعاف المبطأ في رجال الموطأ، الأشباه والنظائر وغيرها، توفي سنة 911هـ. ينظر: ابن العماد، أبو الفلاح عبد الحق: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، منشورات دار الأوقاف الخيرية، بيروت، ج 8، ص 51. السخاوي: الضوء اللامع، مج 2، ج 4، ص 65. الزركلي: الأعلام، ج 3، ص 71.

(5) - الأنصاري: الغرر البهية، ج 5، ص 434.

ثانياً: إبراء الأصيل والكفيل من الدين

اتفق الفقهاء على أن إبراء الطالب الأصيل من الدين إبراء للكفيل؛ لأنه فرع⁽²⁾، ولأن الكفالة وثيقة بالدين، فإذا برأ الأصيل زالت الوثيقة، واشترط المالكية والشافعية في القدم قبوله لتمام الإبراء، لأن الإبراء عندهم تملك يفتقر إلى القبول، ولأنه تصرف يفيد نقل الملكية من الدائن إلى مدينه، ووافقهم الحنفية في أن إبراء الأصيل تملك لا إسقاط⁽³⁾. أما إبراء الكفيل فهو مسقط للوثيقة في حقه؛ لأن الكفالة انحلت من غير استيفاء الحق منها، فلم تبرأ ذمة الأصيل بذلك⁽⁴⁾.

ثالثاً: صور الإبراء

1- هبة الدين

تنتهي الكفالة إذا وهب الطالب الدين للأصيل، فببراً معه الكفيل لأنه تابع له، وهبة الدين للأصيل تملك باتفاق الفقهاء. أما هبة الدين للكفيل فهي مبرئة لذمته دون الأصيل؛ إذ تسقط الوثيقة في حقه، وهذا باتفاق الفقهاء كذلك، واشترط المالكية في حالة هبة الدين للكفيل، أنها لا تتم إلا إذا قبض هذا الأخير ذلك الدين من المدين قبل حصول المانع للوهاب⁽⁵⁾. ونظير الهبة الصدقة، فهي تملك

(1)- القرافي: الفروق، ج2، ص111 بتصرف.

(2)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص192. الكاساني: البدائع، ج7، ص406. الآبي: جواهر الإكليل، ج2، ص111. الدسوقي: الحاشية، ج4، ص548. الماوردي: الحاوي الكبير، ج8، ص124. ابن قدامة: المغني، ج5، ص83. اطفيش: شرح كتاب النبل، ج9، ص478-479.

(3)- القرافي: الفروق، ج2، ص111. الرملي: نهاية المحتاج، ج4، ص442. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج7، ص192. المعروف والمنصوص عليه في باب الهبة عند الحنفية أن الإبراء لا يتوقف على قبول المدين في المجلس، وعلل الشيخ الخفيف أن يكون المراد اشتراط قبول المدين إذا أريد بذلك عدم رده، وعدم الرد في المجلس قبول دلالة، ولهذا كانت وفاة المدين قبل قبوله ورده في معنى القبول دلالة، وهذا مبني على القول بأن الإبراء لا يرتد برد الأصيل بعد المجلس. ومعنى الرد: أن يرد الأصيل الإبراء بأن يختار الوفاء بالدين. ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي، ص293.

(4)- الكاساني: البدائع، ج7، ص406. ابن عابدين: الحاشية، ج7، ص604.

(5)- الكاساني: البدائع، ج7، ص406. الدسوقي: الحاشية، ج4، ص549. المطيعي: تكملة المجموع، ج14، ص31. اطفيش: شرح كتاب النبل، ج9، ص478-479.

الدين للمتصدق له⁽¹⁾. وبما أن الهبة والصدقة من باب التملك فهي تحتاج إلى قبول الموهوب له.

2- حوالة الدين:

لو أحال الكفيل الدائن بمال الكفالة على رجل وقبل، فالمحال عليه يخرج عن الكفالة، أي تبرأ ذمة الكفيل والمكفول عنه، ولو أحال المدين الدائن بمال الكفالة على رجل وقبل، فإنه يخرج عن الكفالة ويخرج الكفيل معه كذلك؛ لأن الحوالة مبرئة من الدين والمطالبة⁽²⁾، إذ الدين ينتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فتبرأ بذلك ذمته وينتهي التزامه.

وإنما تبرأ ذمة الكفيل والأصيل؛ لأن الحوالة كالتسليم، ويكون الحكم هنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين، فإن كان الدين ألف على رجلين، على كل واحد منهما وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك فأحاله أحدهما بالألف برئت ذمتهما معاً، كما لو قضاها، وإن أحال صاحب الألف رجل على أحدهما بعينه بالألف صحت الحوالة لأن الدين على كل واحد منهما مستقر⁽³⁾.

3- الصلح على الدين أو بعضه:

اتفقت المذاهب على جواز مصالحة الكفيل أو المدين الدائن ببعض الدين أو كله، فإذا صالح المدين الطالب برئت ذمته، سواء كانت المصالحة على جنس الدين أو بعضه، أو لم تكن من جنس الدين؛ لأنها إذا لم تكن من جنس الدين كانت معاوضة بين المدين والدائن، وهو ما يسمى ببدل الصلح، وإذا برئت ذمة المدين برئت ذمة الكفيل بالتبع⁽⁴⁾.

أما المصالحة على بعض الدين، فإنها تعتبر اتفاقاً على إيفاء بعض الدين والإبراء من سوى ذلك، فتبرأ ذمة الأصيل من الدين جميعه بعضه بالوفاء وبعضه بالإسقاط، وتبرأ ذمة الكفيل تبعاً لذلك⁽⁵⁾.

(1)- الكاساني: البدائع، ج7، ص407.

(2)- الكاساني: البدائع، ج7، ص407. ابن قدامة: المغني، ج5، ص69. اطفيش: شرح كتاب النيل، ج9، ص481. الحقيف:

الضمان في الفقه الإسلامي، ص295.

(3)- ابن قدامة: المغني، ج5، ص69.

(4)- الكاساني: البدائع، ج7، ص407. الدسوقي: الحاشية، ج4، ص545. ابن الحجر الهيثمي: تحفة المحتاج، ج5، ص337.

الحقيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص291.

(5)- الحقيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص291 بتصرف.

أما مصالحة الكفيل الدائن، فهي مخرجة له عن الكفالة، وتجاوز المصالحة على بعض الدين، وبالمقوم على المثلي، والمثلي عن العين، فإن كان الدين ألفاً وصالح الكفيل الدائن بمائة، أو كان الدين مائة فصالح بثوب قيمته خمسون، برئ الكفيل وبرئ الأصيل تبعاً لذلك؛ لأن الدائن أخذه بدلاً عن الكل (1).

واشترط المالكية لجواز صلح الكفيل عن دينانير جيدة بأدى منها أو عكسه، وبأقل، أن يكون بعد الأجل، لأن المصالحة قبل الأجل بأدى أو أقل سلف جر نفعاً (2).

وإذا نص الكفيل فقال: "صالحتك على أنى برئى من الخمسمائة" وكان الدين ألف، برئ من الخمسمائة دون الأصيل، وكان الدائن بالخيار، إن شاء أخذ جميع دينه من الأصيل، وإن شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ومن الأصيل خمسمائة ثم يرجع الكفيل على الأصيل بما أدى إذا كان الصلح بأمره (3).

-حكم رجوع الكفيل في حالة المصالحة بغير جنس الدين أو قيمته:

إذا كفل شخص بخمسمائة دينار ثم صالح الكفيل الطالب على مائتين ولم يقل: "أصالحك على أن تبرئني"، فالصلح واقع على الكفيل والأصيل، ويترتب على ذلك أن الكفيل يرجع على الأصيل بما صالح به الطالب. وإن صالحه بدراهم جيدة وأخرى مكسرة، أو صالحه بمقوم عن مقوم من غير جنسه، فيرجع بالأدى في الحالة الأولى، فإن صالح بأقل من الدين رجع به، وإن صالح بأكثر من الدين رجع بقيمة الدين. أما الحالة الثانية، فإنه يرجع بالأقل من الدين أو قيمة ما صالح به؛ فإن صالحه بمقوم عن عين كما لو صالح بثوب عن دينانير، رجع بالأقل من الدين أو مثل المثلي، وهذا عند الجمهور (4).

(1) - اختلف المالكية في مسألة مصالحة الكفيل رب الدين، فقيل بالمنع مطلقاً، وقيل بالجواز مطلقاً، وقيل بالمنع إذا وقع الصلح بمثلي، مخالفاً لجنس الدين، فإذا كان بمثلي مماثل لجنس الدين أو بمقوم مماثل لجنس الدين أو مخالف، جاز. والأصح الجواز وهذا في نص المدونة. ينظر: مالك بن أنس: المدونة، مج 4، ج 11، ص 380. الدسوقي: الحاشية، ج 4، ص 545.

(2) - الدسوقي: الحاشية، ج 4، ص 548.

(3) - الكاساني: البدائع، ج 7، ص 408.

(4) - الصاوي: بلغة السالك، ج 2، ص 671. ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج، ج 5، ص 337. النووي، أبو زكريا نجيب بن شرف ندين: روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1412 هـ - 1992 م، ج 3، ص 500. الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص 291.

أما الحنفية، فعندهم أنه يرجع بما كفل لا بما صالح به، إذا كانت الكفالة بأمره⁽¹⁾.

الفرع الثالث: زوال عقد الكفالة

زوال عقد الكفالة صورة من صور انتهائها؛ إذ قد تنقضي دون أداء أو إبراء، فيبطل المال عن الكفيل بسبب خارج عن الصور السابقة، كأن يستحق المبيع من يد المدين، والقاعدة أنه "لا يلزم الإنسان من المعروف إلا ما التزمه"، فاستحقاق المبيع من يد المدين، أو براءة المشتري من الثمن ميرى لالتزام الكفيل؛ لأن البيع قد انفسخ وبرأ منه الأصيل، وبراءته تستوجب براءة الكفيل، وتنقضي كذلك إذا فسد المتحمل به أو المكفول به، كما لو كان رباً، أو كبيع سلعة بثمن مؤجل لأجل مجهول أو معلوم وكان البيع وقت النداء للجمعة، وكفل ذلك الثمن إنسان فالكفالة باطلة ولا يلزم الكفيل شيء⁽²⁾.

وتنتهي الكفالة بل وتبطل إذا اشترط الكفيل جعلاً أو عوضاً مقابل التزامه، وإنما فسدت بالجعل؛ لأن الكفالة من أبواب المعروف والتبرع، والكفيل حينما التزم ما في ذمة الأصيل علم أن لا حظ له، وهو حين اشترط عوضاً ثم أذى عن الأصيل فإن هذا الأداء يترتب عليه رجوع على الغريم، فكان من السلف بزيادة، فتفسد الكفالة بذلك ويرد الجعل لصاحبه⁽³⁾.

ويختلف الحال عند المالكية إذا كان الجعل من البائع وربّ الدين للكفيل، حيث إن الكفالة باطلة والبيع صحيح؛ لأن المشتري لا غرض له فيما فعل البائع مع الكفيل، فإن كان الجعل من المدين أو من أجنبي، مع علم الدائن فالكفالة باطلة، وإلا فهي لازمة ويرد الجعل⁽⁴⁾، فيعلم أن محل البطلان فيما إذا كان الجعل من أجنبي أو مدين للكفيل مع علم الدائن، أو كان اشتراط الجعل من الكفيل نفسه.

أما الحنفية، فقد جاء في الفتح القدير أن اشتراط الجعل من الشروط الفاسدة، إلا أنه إذا لم يكن اشتراط في الكفالة فهو باطل، وإن شرط فيها فالكفالة باطلة معه⁽⁵⁾، وهذا مخالف لمذهبهم

(1)- الكاساني: البدائع، ج 7، ص 413.

(2)- السرخسي: المبسوط، ج 20، ص 96. الزرقاني: شرح مختصر خليل، ج 6، ص 21. الدسوقي: الحاشية، ج 4، ص 554.

(3)- الدردير: الشرح الكبير، ج 4، ص 554. الصاوي: نغمة السالك، ج 2، ص 674.

(4)- ابن رشد: البيان والتحصيل، ج 11، ص 290-300. الدسوقي: الحاشية، ج 4، ص 555.

(5)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج 7، ص 186. بن حزم: المحلى، ج 8، ص 119.

الذي يقتضي بأن الشروط الفاسدة إذا طرأت على عقود التبرعات والتوثيقات، سواء كانت من شروط الفساد أو البطلان، فإنها تلغو وتصح معها العقود، ولعلّ المراد أن للجعل في عقد الكفالة حالة خاصة؛ إذ الكفالة عقد تبرع وتوثيق في آن معاً، والكفيل التزم أداء ما في ذمة الأصيل متبرعاً، فلم يكن له حظ؛ فيما التزم، فإن اشترط الجعل في صلب الكفالة، فقد ناقض مقتضى العقد، ففسد وفسدت معه الكفالة، وإن اشترط خارج صلب العقد، كأن اشترطه البائع للكفيل أو اشترطه أجنبي، فإن مذهب الحنفية بطلان الشرط وصحة عقد الكفالة.

وبطلان عقد الكفالة أو زواله بأحد الأسباب السابقة، يعني انتهاؤه دون ترتب آثار عليه، فلا مطالبة ولا رجوع.

- انتهاء مدة الكفالة: ينتهي عقد الكفالة إذا كانت مؤقتة وانقضت المدة التي اشترطت في العقد، فلا ترتب عليها آثار، وهذا على مذهب المجيزين للتأقيت، أما الشافعية فتأقيت الكفالة عندهم باطل⁽¹⁾.

- اتحاد الذمة: وهو من صور انقضاء الكفالة بالمال، ومعناه: إذا مات الدائن وكان المدين ورثته، فأصبح الدين له بمقتضى الوراثة، برئت ذمته منه؛ إذ لا يمكن أن يكون دائناً لنفسه، ويترتب على ذلك براءة ذمة الكفيل تبعاً لذلك، أما إذا ورث الكفيل الدائن، انتقل الدين بهذه الوراثة، فإن كفالته تنتهي ولا تبرأ ذمة المدين، بل يصبح مديناً للكفيل⁽²⁾.

المطلب الثاني: طرق الانقضاء في الكفالة بالنفس

تقتضي الكفالة بالنفس بإحدى الطرق الثلاثة الآتية:

تسليم المكفول به إلى الأصيل، الإبراء، وموت المكفول به والكفيل.

الفرع الأول: تسليم المكفول به

اتفق الفقهاء على أن تسليم الكفيل للمكفول به إلى الأصيل مبرئ له من الكفالة، ومعنى التسليم التحلية بين الأصيل و المكفول به في موضع يقدر على إحضاره في مجلس القاضي للمحاكمة؛

(1)- النظام وجماعة من الفقهاء: الفتاوى الهندية، ج3، ص270. الدسوقي: الحاشية، ج4، ص549. ابن حجر الهيتمي: لجنة

اختناج، ج5، ص329. ابن قدامة: المغني، ج5، ص101.

(2)- النووي: روضة الطالبين، ج3، ص499. الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، ص295.

لأن التسليم في هذا الموضع محصل للمقصود وهو إمكان استبقاء الحق، فإذا حصل المقصود ينتهي حكمه فيخرج الكفيل عن الكفالة⁽¹⁾.

وقد اشترط الفقهاء شروطاً لصحة هذا التسليم بحيث يكون ميرثاً للكفيل :

- إذا سلم الكفيل المكفول به في مكان و زمان التسليم برئ من الكفالة وهذا هو الأصل، ولكن قد يسلم المكفول به نفسه إلى الطالب، وهذا جائز باتفاق في المذاهب الأربعة، واشترط الحنفية والمالكية والشافعية⁽²⁾، أن يكون التسليم بإذن الكفيل و زاد الحنفية والشافعية ذكر سبب التسليم، بأن يقول : سلمت نفسي إليك من كفالة فلان⁽³⁾، و للمالكية أن يكون وقت التسليم قد حل⁽⁴⁾.

- إن سلمه أجنبي إلى الطالب، فيشترط أن يكون بأمر الكفيل، و إن سلمه رسول الكفيل أو وكيله، برئ الكفيل كذلك على أن يصرح بسبب التسليم، أي أنه ممن جهة الكفيل⁽⁵⁾، وللشافعية أن الأجنبي إن سلم المكفول به بغير إذن الكفيل وقيل الأصيل برئ الكفيل⁽⁶⁾.

- اشترط الفقهاء كذلك انتفاء المانع الذي يحول دون استيفاء الحق نحو تسليم المكفول به محبوساً خارج البلد أو تسليمه بغير مجلس الحاكم؛ لمنافاة المقصود.

جاء في حاشية الشرح الكبير: «والبراءة بتسليمه له في السجن مقيدة بما إذا كان يمكن خلاصه منه وهو به، قال البناي : وفيه نظر، فقد قال في التوضيح ما نصه اللخمي والمازري : ويرأ بتسليمه في السجن سواء كان مسجوناً بحق أو بباطال، لإماكن أن يحاكمه رب الدين عند القاضي الذي حبسه، فإن منع هذا الطالب منه ومن الوصول إليه جرى ذلك بجرى موته، وموته يسقط الكفالة»⁽⁷⁾.

(1)-الكاساني: البدائع، ج 7، ص 408.

(2)-السرخسي: المبسوط، ج 19، ص 169. الكاساني: البدائع، ج 7، ص 409. الدسوقي: الحاشية، ج 4، ص 562. الأنصاري: الفرر البهية، ج 5، ص 444.

(3)-السرخسي: المبسوط، ج 19، ص 169. الأنصاري: الفرر البهية، ج 5، ص 444.

(4)-الدسوقي: الحاشية، ج 4، ص 562.

(5)-السرخسي: المبسوط، ج 19، ص 169. الكاساني: البدائع، ج 7، ص 409. الدسوقي: الحاشية، ج 4، ص 562. الصاوي: بعه السائل، ج 2، ص 681. الأنصاري: الفرر البهية، ج 5، ص 444.

(6)-الأنصاري: الفرر البهية، ج 5، ص 444.

(7)-الدسوقي: الحاشية، ج 4، ص 561.

يعلم أن محل الجواز القدرة على تسليم المسجون أن يكون في السجن داخل البلد، ليتمكن من محاكمته ومحاصمته عند القاضي الذي حبسه، وهو ما جاء في المبسوط: «وإذا حبس المكفول به بدين أو غيره، فللطالب أن يأخذ الكفيل بتسليمه؛ لأنه قادر على تسليمه بأن يعتقد مما حُبس فيه، إن كان ديناً قضاؤه، أو حقاً آخر أوفاه إياه... هذا إذا كان محبوساً عند غير هذا القاضي، فأما إذا كان محبوساً عند هذا القاضي فالسبيل للكفيل أن يقول للقاضي هو في يديك فأخرجه من السجن لأسلمه إلى خصمه حتى يثبت عليه حقه ثم يحبسه» (1)

يعلم من النصين السابقين أن إمكانية تسليم المحبوس منوطة بكونه محبوساً عند القاضي الذي ستتم المخاصمة عنده أي داخل البلد؛ لإمكانية استيفاء الحق عندئذ وهذا في المذاهب الأربعة (2)

-مكان و زمان التسليم:

ذهب المالكية إلى أن التسليم يكون بمكان يمكن الأصيل من أخذ حقه من المكفول به في بلد معينة فإن أحضره له في غيرها فإنه يبرأ بذلك إذا كان بها حاكم (3)

وذهب الشافعية إلى أن التسليم يتم إذا تعين مكانه، إذا كان صالحاً، وإن لم يتعين، تعين مكان الكفالة إن صلح (4)

وذهب الحنابلة ومعهم الصحابيان إلى أنه إذا عين في الكفالة مكان التسليم ثم أحضره في غيره لم يبرأ الكفيل من الكفالة (5)، وذهب أبو حنيفة والقاضي أبو يعلى إلى أنه إذا أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه برئ من الكفالة، وزاد فريق من الحنابلة أنه إذا كان في ذلك البلد سلطان أو حاكم، برئ؛ لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحكم، ويمكن إثبات الحجة (6)

استدل الحنابلة والصحابيان بما يأتي:

- أن التقييد بالبلد مفيد؛ لجواز أن يكون للطالب بينة يقدر على إقامتها فيه دون غيره، فكان

(1)-السرخسي: المبسوط، ج19، ص164.

(2)-ابن قدامة: المعنى، ج5، ص100. المطيعي: التكملة، ج14، ص51.

(3)-السدوقي: الحاشية، ج4، ص562. الأنصاري: الغرر البهية، ج5، ص443.

(4)-ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج، ج5، ص319. النووي: روضة الطالبين، ج3، ص489.

(5)-السرخسي: المبسوط، ج19، ص166. ابن قدامة: المعنى، ج5، ص99.

(6)-الكاساني: البدائع، ج7، ص408. ابن قدامة: المعنى، ج5، ص99.

التقييد مفيداً⁽¹⁾. فإن سلم ما شرط تسليمه في مكان غير المكان المتعين، لم يبرأ قياساً على السلم؛ إذ لو أحضر المسلم فيه في غير الموضع، لم يتم السلم⁽²⁾.

ووجه قول أبي حنيفة أن المقصود من الكفالة تسليم النفس، والوصول إلى الحق بالمرافعة إلى القاضي، فمتى تحقق هذا المقصود في مكان ممكن الاستيفاء وبه قاض، يبرأ من الكفالة، فإن لم يكن في البلد قاض لم يصح التسليم ولم يخرج عن الكفالة لعدم تحقق المقصود⁽³⁾، ووافقه المالكية - كما تقدم - ولعل قول المالكية وأبي حنيفة يصلح في الأزمان السابقة؛ أي في وقت كانت فيه الذمم سالحة، والقضاة لا يرغبون في الميل إلى الشهوات والرشوة، فلا فرق إن تم التسليم في مكان آخر ما دام فيه قاض ينقاد لأمر الخليفة، أما قول الخنابلة والصاحبين فصالح في وقتنا الحاضر؛ إذ مع هذا الفشو الصارخ لفساد الذمم وقبول الرشوة من القضاة، وانتشار أكل أموال الناس بالباطل، لزم التسليم في المكان الذي عينه وإلا لم يبرأ.

أما عن زمان التسليم، فقد اشترط المالكية أن التسليم لا يكون إلا عند حلول أجله، فإن كان قبل ذلك لم يبرأ عن الكفالة⁽⁴⁾.

ويرى الحنفية صحة التسليم مطلقاً، فإذا كفّل بنفسه إلى شهر ثم دفعه إليه قبل شهر برئ؛ لأن التأجيل إنما كان لحق الكفيل، حتى لا يضيق عليه الأمر في المطالبة قبل الشهر، فإذا سلمه فقد أوفى ما عليه وأسقط حق نفسه، ولم يكن للطالب أن يأبي القبول⁽⁵⁾.

وذهب الخنابلة إلى أن الكفيل لو أحضر المكفول به قبل محل الأجل برئ، وإن حصل ضرر لغيبته أو لم يكن يوم مجلس الحاكم لم يبرأ، وإن أحضره بعد حلول الأجل برئ مطلقاً ووافقهم الشافعية في ذلك⁽⁶⁾.

(1) -الكاساني: البدائع، ج 7، ص 408.

(2) -ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 99.

(3) -السرخسي: المبسوط، ج 19، ص 166-167.

(4) -الدسوقي: الحاشية، ج 4، ص 562.

(5) -السرخسي: المبسوط، ج 19، ص 166.

(6) -المطيعي: تكملة المجموع، ج 14، ص 48. ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 99. النجدي: الروض المربع، ج 5، ص 113.

- حالة تعدد الكفلاء:

قد يكفل عدد من الأشخاص إحصار الغريم إلى الطالب، فإذا كفّلوا على أن بعضهم كفيل عن بعض، كان للطالب أن يأخذ أيهما شاء، فإذا سلم أحدهم المكفول به برئ الآخرون، كما لو سلموه جميعاً، فإذا كفّل كل واحد منهم بنفسه بعقد على حدى، ثم سلمه أحدهم برئ هو دون الآخرين؛ لأن كل واحد منهم ملتزم بالإحصار بعقد منفرد، فإن سلم المكفول به نفسه، برئ الكفلاء؛ لأداء الأصيل ما عليه⁽¹⁾.

- أثر وفاة صاحب الحق

موت الطالب أو صاحب الحق غير مسقط للكفالة، وينتقل حق المطالبة إلى ورثته، حيث يقوم الكفيل بتسليم المكفول به إليهم ليبراً من الكفالة. وللشافية أن المكفول له لو مات، فلورثته مطالبة الكفيل بإحصار المكفول به، ولو مات عن ورثة وغرماء وقد أوصى إلى أحد من الناس بإخراج ثلثه، لم يبرأ الكفيل إلا بتسليمه للورثة والغرماء والوصي، فلو سلمه للغرماء والورثة والوصي له دون الوصي، ففي براءته وجهان، كما في روضة الطالبين⁽²⁾.

وللحنفية أن الكفيل إذا سلم المكفول إلى وصي الطالب برئ من الكفالة، فإذا لم يكن له وصي وطالب به ورثة الميت، فإن كان على الميت دين يستغرق ماله، لم يبرأ الكفيل بالتسليم إلى الورثة؛ لأنهم لا يملكون شيئاً من تركته مع الدين المستغرق، فالتسليم إليهم بمثلة التسليم إليهم قبل موته، فأما إذا لم يكن عليه دين، يبرأ بتسليمه إلى جميع الورثة؛ لأنهم خلفاؤه في التركة، فيتمكّنون من حطالة المكفول به المال، فتسليمه إليهم بمثلة تسليمه إلى الطالب في حياته⁽³⁾.

الفرع الثاني: إبراء الكفيل من الكفالة بالنفس

تنتهي الكفالة بالنفس إذا أبرأ المكفول له الكفيل، بأن قال: أبرأتك من الكفالة؛ لأنه حقه، فيسقط بإسقاطه كالدين، وإن قال: قد برئت إليّ منه، أو قد رددته إليّ برئ أيضاً؛ لأنه معترف بوفاء الحق، فهو كما لو اعترف بذلك في الكفالة بالمال، وهذا إبراء له لا للأصيل؛ لأنه أسقط حق المطالبة

(1) - السرخسي: المبسوط، ج 19، ص 169. الأنصاري: الفرع البهية، ج 5، ص 445. النجدي: الروض المربع، ج 5، ص 114.

(2) - النووي: روضة الطالبين، ج 3، ص 491. الأنصاري: الفرع البهية، ج 5، ص 443.

(3) - السرخسي: المبسوط، ج 19، ص 185-186.

بتسليم الأصيل دونه، ولو أبرأ الأصيل برئاً جميعاً؛ لأن الكفالة بمضمون، والكفيل تابع للأصيل، وللشافعية أن المكفول له لو قال: لا حق لي قبل المكفول، الوجهان: أحدهما يبرأ الأصيل والكفيل وهو المعتمد (1).

الفرع الثالث: أثر موت الكفيل والمكفول به على انقضاء الكفالة بالنفس

أولاً: موت الكفيل:

إذا مات الكفيل بالنفس قبل انقضاء أجل الكفالة، دون تسليم المكفول به أو صدور إبراء من المكفول له، فهل تنقضي الكفالة بموته؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وهو للمالكية والحنابلة (2) ومقتضاه أن الكفيل إذا مات لم تنته الكفالة، ولم يبرأ من الدين، وينتقل الالتزام بتسليم المكفول به إلى الورثة، وللمالكية أن الكفيل إذا اشترط أنه لم يحضر الغريم ألام عليه، فمات ولم يأت به، فلا شيء على ورثته، بناء على مذهبهم أن الكفيل يغرم إذا لم يأت بالغريم، إلا إن اشترط أن لا مال عليه عند عدم الإحضار، فلا غرم عليه حينئذ (3).

القول الثاني: وهو للحنفية والشافعية، ومقتضاه أن الكفيل إذا مات برئ من الكفالة بالنفس؛ لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه، وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب (4)، وهذا بناء على مذهبهم أن الكفيل إذا لم يحضر الغريم لم يغرم المال؛ لأن مقتضى الكفالة بالنفس عندهم الالتزام بإحضار أو تسليم المكفول بنفسه إلى صاحب الحق، فإذا لم يأت به لم يغرم المال.

ويرى البحث أن الراجح من القولين هو قول المالكية والحنابلة؛ إذ تقدم أن تغريم الكفيل بالنفس إن لم يحضر المكفول بنفسه إلى صاحب الحق فيه مصلحة راجحة، وهي إيفاء الحقوق، ويؤيده

(1) - السرخسي: المبسوط، ج 19، ص 169. الكاساني: البدائع، ج 7، ص 409. الأنصاري: الفرر البهية، ج 5، ص 444. ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 106.

(2) - الحشفي: محمد بن الحارث: أصول الفئيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، تحقيق: محمد المخلوب وغيره، الدار العربية للكتاب، دط، 1985، ص 239. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج 2، ص 254.

(3) - الحشفي: أصول الفئيا في الفقه، ص 239.

(4) - السرخسي: المبسوط، ج 19، ص 164. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج 7، ص 170. المطيعي: تكملة مجموع، ج 14، ص 55. ابن قدامي: المغني، ج 5، ص 96.

غرم مائة مائة: «رغم حرم»، والكفيل يعلم أنه مغيبون من جهة كفالته، فإذا مات انتقل التزامه إلى ورثته قياساً على الدين، ويتم التزامه إما بإحضار الغريم إلى صاحب الحق، وإما تغريمهم إذا كان ذا مال ولم يشترط قبل موته أنه بريء من أداء الدين الذي على المكفول بنفسه، والمقصد من وراء ذلك مراعاة مصلحة الدائن صاحب الحق.

ثانياً: موت المكفول به

اتفاق فقهاء الحنفية والشافعية في الأصح عندهم والحنابلة، على أن المكفول بنفسه إذا مات برئ الكفيل من الكفالة؛ لأن الحضور سقط عنه، فبرئ الكفيل كما لو برئ من الدين، ولأن ما التزمه من أجله سقط عنه، فبرئ لأنه فرع، كالكفيل بالمال إذا قضى الأصيل الدين برئ⁽¹⁾.

وذهب المالكية والليث بن سعد إلى أن الكفيل لا يبرأ بموت المكفول بنفسه، وإنما يغرم ما عليه؛ لأن الكفالة وثيقة بالحق، فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن، ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب⁽²⁾.

وأجيب عليه بأن حالة الموت مبينة لحالة الغياب؛ إذ الموت مسقط لحق التسليم، بخلاف الغياب فيثبت الغرم في الحالة الثانية دون الأولى، أما الرهن فهو مخالف للكفالة كذلك؛ لأنه غلق به المال فاستوفى منه⁽³⁾.

ولقد تقدم في الفصل الأول⁽⁴⁾ ترجيح قول المالكية؛ إذ فيه مصلحة للدائن في استيفاء حقه من الكفيل وإن مات المكفول بنفسه؛ إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني.

(1) - الكاساني: البدائع، ج 7، ص 409. ابن الهمام: شرح فتح القدير، ج 7، ص 170. الأنصاري: الفرر البهية، ج 5، ص 445. المطيعي: تكملة المجموع، ج 14، ص 54. للشافعية ثلاثة أوجه: الأول وهو الأصح: بقاء الكفالة. الثاني: تبطل؛ لأنها ضعيفة. الثالث: إن كان عليه دين أو له وصي بقيت الكفالة، وإلا فلا، لأن الوصي نائبه والدين لا يهد منه. ينظر: النووي: روضة الطالبين، ج 3، ص 492.

(2) - الدسوقي: الحاشية، ج 4، ص 5630 الصاوي: بلغة السالك، ج 2، ص 682.

(3) - ابن قدامة: المغني، ج 5، ص 104.

(4) - ينظر: ص 78-79 من البحث.

الفصل الثالث:

التطبيقات المعاصرة لعقد الكفالة

المبحث الأول: خطابات الضمان المصرفية

المبحث الثاني: الاعتمادات المستندية المصرفية

جامعة أمير
الناصر للعلوم الإسلامية

تمهيد:

ظهرت البنوك في هذا العصر لتلبي حاجة ملحة في عالم المال والاقتصاد، وتمثل هذه الحاجة في تنشيط عمليات الاستثمار وسرعة التعاملات، والارتقاء بوظيفة الائتمان وعمليات الصرف. ومع التقدم المستمر، أدى ظهور أنواع مختلفة للبنوك إلى إيجاد العديد من المعاملات الحديثة، كانت ولا تزال محلا للدراسة والبحث و النقاش والاجتهاد، الهدف من ذلك إيجاد الصيغة الشرعية وكذا القانونية المناسبة لها. تؤدي البنوك التجارية الحديثة ثلاث وظائف رئيسية: وظيفة نقدية وهي المتعلقة بالصرف والعملية، ووظيفة استثمارية تجارية ووظيفة ائتمانية، ويندرج عقد الكفالة بصوره المعاصرة ضمن الوظيفة الثالثة للبنوك، إذ استحدثت عدة معاملات و عقود الهدف منها التوثيق والائتمان وحماية المصرف من الإفلاس، هذه العقود تحكمها الأعراف البنكية الموحدة وينظمها القانون التجاري والمدني في نواح عديدة، ومن أهم هذه المعاملات: خطابات الضمان المصرفية، والاعتمادات المستندية.

لهذه العقود دور كبير في الاقتصاد المعاصر، إذ تسهم في إنجاح السياسات التي تتبعها الدولة، فيقوم البنك التجاري بفتح الاعتماد -مثلا- للتجار ليقترضوا منه، فيصدر كفالات يتحمل بمقتضاها عن التاجر الدين الذي عجز عن سداه في مقابل الفائدة الربوية. هذه الفائدة التي تنجم عن إصدار الصكوك أو التعهدات تسمى في اصطلاحهم عمولة.

كانت هذه المعاملات محل خلاف وجدل بين الفقهاء، وذلك لسببين رئيسين:

الأول: العمولة التي يأخذها البنك في مقابل إصدار الصك أو التعهد.

الثاني: اختلاف أشكال وأنواع هذه المعاملات وتباينها.

وسأدرس في هذا الفصل نوعين أو شكلين مهمين من أشكال الكفالة في واقعنا المعاصر، وهما -كما تقدم-: خطاب الضمان والاعتماد المستندي. وسأتطرق إلى تعريفهما، وبيان أركانهما وأنواعهما والتكييف القانوني والشرعي، والتطبيق في البنوك الإسلامية، إذ تعد البديل المعاصر للمعاملات البنكية الربوية.

المبحث الأول: خطابات الضمان المصرفية

تمهيد:

تؤدي البنوك عدة وظائف، منها الوظيفة الائتمانية، حيث تقدم للمتعاملين معها عدة خدمات وتسهيلات، تتعهد فيها بتنفيذ الالتزامات المادية عنهم مقابل عمولة، ويطلق على هذه الوظيفة كذلك: "الاعتماد المصرفي بالضمان" وهو يضم ثلاث صور: (1)

- الأولى: أن يقوم البنك بدور الكفيل لعميله أمام دائن العميل، وذلك طبقاً لقواعد الكفالة في القانون المدني، وأشهر هذه الكفالات: "الكفالات الصادرة"؛ حيث يصدر البنك المتعامل بتنفيذ الالتزامات المادية أو أي التزام بشروط معينة للجهة للمستفيدة، وتضم أنواعاً عديدة:

1- كفالة الدخول في العطاءات لضمان الاشتراك بالعطاء والتدليل على جدية المتعامل

2- كفالة حسن التنفيذ: يحصل عليها المتعامل من البنك ويقدمها لجهة العطاء وذلك لضمان القيام بتنفيذ المشروع.

3- كفالة الدفعة الأولى أو السلفة: والتي يقدمها المتعامل لجهة العطاء، ويكون الغرض منها إعادة قيمة الدفعة المقدمة أو السلفة في حال عدم وفاء المتعامل أو المكفول بالتزامه.

4- كفالة الصيانة: وهي التي يقدمها المتعامل لجهة العطاء لصيانة المشروع من أي مخالفات للتعقد بعد انتهاء التسليم النهائي (2).

- الثانية: وقد يتخذ الضمان صورة ابتكرها العرف والتنظيم البنكي، ولا تخضع لما تخضع له الكفالة البنكية من أحكام في القانون المدني، وهذه هي صورة تعهد البنك في خطاب الضمان.

- والثالثة: وقد يكون ضمان البنك بمناسبة سحب ورقة تجارية، فيضع قبوله عليها إن كانت مسحوبة عليه، ويسمى هذا التوقيع بالقبول؛ حيث يكفل البنك أو يضمن للمتعامل تسديد قيمة هذه

(1)- على جمال الدين معوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دط، 1993، ص584. مروان محمد أبو عراي: الخدمات المصرفية في البنوك الإسلامية والتقليدية، دار تسنيم، عمان، ط1، 1427هـ-2006م، ص30.

(2)- أبو عراي: الخدمات المصرفية، ص31. محمود حسين الوادي، حسين محمود سمحان: المصارف الإسلامية، الأسس والنظرية والتطبيقات العملية، دار المسيرة، عمان، ط1، 1427هـ-2007م، ص225-226.

المسحوبات في تاريخ الاستحقاق⁽¹⁾.

ويظهر أن لكل أسلوب من الأساليب السابقة طبيعة خاصة، ويخضع لأحكام تختلف تماما عن الأحكام التي تنظم الأسلوب الآخر، ويجمعها كلها أنها تقدم إلى العميل لتقوي ائتمانه، لذا دخلت في المصطلح الأعم الذي جرى به العرف، وهو الكفالات المصرفية⁽²⁾.

إذن، فإن خطاب الضمان يعد شكلا خاصا من أشكال الكفالات التي تصدرها البنوك، فهو يختلف في أنواعه وأحكامه عن تلك التي ينضمها القانون المدني، حيث تحكمه الأعراف والتنظيمات المصرفية، فجعلت منه غمطا خاصا من العقود والمعاملات، ونوعا من أهم أنواع الكفالات المصرفية.

المطلب الأول: حقيقة خطاب الضمان

الفرع الأول: تعريفه وأركانه والعلاقات الناشئة عن إصداره

وردت عدة تعاريف لخطاب الضمان، ومعظمها يشترك في إبراز الأركان التي تنشئه، وتبين العلاقة التي تنشأ بين الأطراف المستفيدة من إصداره.

أولا: «المقصود بخطاب الضمان تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب عميله - (نسميه الأمر) -، بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك، خلال مدة محددة ودون توقف على شرط آخر»⁽³⁾.

ثانيا: «يتعهد البنك في خطاب الضمان بأن يدفع إلى شخص يعينه العميل (عادة يكون دائما حالا أو دائما احتماليا للعميل) مبلغا معيناً أو قابل للتعيين عند طلب هذا الدائن، والبنك بذلك لا يدفع شيئا عند إصدار هذا الخطاب، فهو وإن لم يقرض العميل مالا حالا، فهو يقرضه توقيع»⁽⁴⁾.

ثالثا: «خطاب الضمان تعهد من البنك يقبل دفع مبلغ معين لدى الطلب، إلى المستفيد في ذلك الخطاب، نيابة عن طالب الضمان عند عدم قيام الطالب بالتزامات معينة قبل المستفيد»⁽⁵⁾.

(1) - معوض: عمليات البنوك، ص 584. أبو عراي: الخدمات المصرفية، ص 31 (بتصرف).

(2) - معوض: عمليات البنوك، ص 584 (بتصرف).

(3) - المرجع نفسه، ص 569-570.

(4) - محيي الدين إسماعيل علم الدين: موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، دار النهضة، القاهرة، دط، 1993، ج 2، ص 767.

(5) - محمد باقر الصدر: البنك اللاروي في الإسلام، دار التعارف، بيروت، دط، 1410هـ - 1990، ص 128.

- كما هو ملاحظ، فإن هذه التعاريف وغيرها شبه متطابقة؛ إذ تنشأ الحاجة إلى خطاب الضمان عندما يجد شخص نفسه مضطرا إلى تقديم ضمان نقدي إلى شخص آخر، لكي يقبل هذا الأخير منحه أجلا أو التعاقد معه. فليجأ المطلوب منه الضمان إلى البنك فيبرم معه عقد اعتماد بالضمان، - بالاتفاق مع المستفيد-، بإصدار خطاب ضمان لصالحه وبالشروط التي يطلبها العميل -أو الأمر-، بحيث تكون شروط الخطاب هي ذاتها التي اتفق عليها مع عميله، وإلا فإن المستفيد لن يقبل الخطاب ولن يرض بممنح الأجل أو التعاقد الذي وعد به، فيتعهد البنك تعهدا أصليا أمام المستفيد الغريب عنه، وذلك تنفيذا لطلب الأمر الذي تعاقد معه⁽¹⁾.

- تنشأ من عملية إصدار خطاب الضمان علاقات ثلاثة جنباً إلى جنب⁽²⁾:

1- علاقة المصرف بعميله: وتحدد هذه العلاقة بناء على الاتفاق والعقد المبرم بينهما، والذي على أساسه ضمن المصرف العميل وأصدر له الخطاب.

2- علاقة العميل الذي طلب الخطاب بالمستفيد: وهو صاحب المشروع، وقد يكون هذا المشروع بيعاً أو مقاولاً أو عقداً، ويعد خطاب الضمان تأميناً نقدياً له.

3- علاقة المصرف بالمستفيد: ويحددها خطاب الضمان الذي يورد فيه استلزام المصرف له بدفع المبلغ النقدي الذي سجلت قيمته في الخطاب وقت طلبه.

- أركان خطاب الضمان⁽³⁾

الركن الأول: المصرف: أو البنك، وهو الطرف الذي يصدر الخطاب ويتعهد فيه بالضمان.

الركن الثاني: العميل: وهو الطرف المضمون، والذي يصدر الخطاب لحسابه.

الركن الثالث: المستفيد: وهو الطرف المضمون له، وصاحب الحق الذي التزم له به الضامن.

الركن الرابع: قيمة الضمان: وهو المبلغ الذي صدر به الخطاب، والذي يلتزم المصرف في

حدوده بكفالة عميله.

(1)- معوض: عمليات البنوك، ص 570 (بتصرف).

(2)- أحمد بن حسن بن أحمد الحسني: خطابات الضمان المصرفية وتكليفها الفقهي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، دط: 1999،

ص 7-8. معوض: عمليات البنوك، ص 570-571.

(3)- الحسني: خطابات الضمان المصرفية، ص 8.

الفرع الثاني: الأهمية الاقتصادية لخطاب الضمان المصرفي

تعد خطابات الضمان من الوسائل المهمة التي تساهم في تنشيط الاستثمار والمعاملات الاقتصادية والبنكية خاصة، فهي تسهل الكثير من الإجراءات التعاقدية، وتبعث الطمأنينة والثقة لدى المتعاملين مع المصارف التجارية⁽¹⁾؛ إذ نجد الكثير من الأشخاص والشركات الكبيرة تطلب ممن يرغب في الاشتراك والمنافسات والمزايدات تقلم مبلغ معين كضامن لجدية العطاءات التي يقدمونها، ولما كان تقديم هذه الضمانة التقدية مضرا بالمقاول؛ لأن فيه تجميدا للمبلغ كبير هو في حاجة إليه في تنفيذ العملية، كما أن إجراءات استرداده بعد الانتهاء من تنفيذ المشروع طويلة ومعقدة، لذلك يفضل المقاول أن يقدم لصاحب المشروع خطابا من البنك يحل محل هذا التأمين⁽²⁾، فهو يحقق مصلحة لأطرافه الثلاثة؛ إذ يفيد منه البنك الذي أصدره، لأنه يتقاضى عمولة نظير إصداره، ويفيد منه عميل البنك، لأنه يجنبه تقديم تأمين نقدي، ويفيد منه المستفيد الذي صدر الخطاب لصالحه أو على الأقل لا يضر منه؛ لأن الخطاب بمثابة نقود بين يديه، فهو يتضمن التزاما صادرا من ملتزم ذي مركز متين وهو البنك.

المطلب الثاني: أنواع خطاب الضمان وغطاؤه المالي

الفرع الأول: أنواع خطابات الضمان المصرفية

تختلف خطابات الضمان باختلاف الأغراض التي تصدر من أجلها، وفيما يلي أهم أنواعها:

أولا: خطابات الضمان الملاحية

تقوم خطابات الضمان بوظيفة ائتمانية كبيرة في مجال استيراد البضائع من الخارج؛ حيث يقدم المستورد إلى وكيل الشركة الملاحية بالميناء خطاب ضمان مصرفي بقيمة الشحنة الواردة، أو دون تحديد القيمة وهو الغالب، فيسلمه الوكيل تلك الشحنة؛ إذ يحدث عند استيراد بضائع من الخارج أن يتأخر وصول مستندات الشحن، وخاصة البوليصا الخاصة بالرسالة الواردة، ويكون على المستورد أن ينتظر حتى تصل هذه المستندات ليتمكن من استيلاء البضاعة، إلا أن هذا الانتظار يعود عليه بالضرر والخسارة، كما أن البضاعة تشغل حيزا كبيرا في المنطقة الجمركية، مما يعوق حركة الشحن والتفريغ، فيلجأ المستورد أو العميل إلى طلب إصدار خطاب ضمان لصالح المصدر، فيتمكن بذلك من استيلاء البضاعة؛ لأن

(1)- الحسيني: خطابات الضمان المصرفية، ص 13-14.

(2)- علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج 2، ص 768-769 (بتصرف).

احطاب يصمن أي مسؤولية تنجم عن تسليم الشحنة قبل وصول المستندات. ويتقاضى المصرف من العميل الذي يصدر له خطاب الضمان الملاحي عمولة بسيطة لمرة واحدة⁽¹⁾.

يصدر البنك خطاب الضمان الملاحي دون غطاء ولا عمولة إذا كانت البضاعة مع اعتماد مفتوح بواسطة البنك، ويحتفظ له بغطاء كامل، وإلا فإن البنك يشترط على العميل تقديم غطاء كامل للخطاب قبل إصداره⁽²⁾.

ثانياً: خطابات الضمان بغرض الاشتراك في المناقصات والمزايدات

تقوم فكرة هذا النوع الأساسية على حاجة الجهة الحكومية التي تحاول إجراء مناقصة على مشروع أو المزايدة على تصريف أشياء معينة، إلى ضمان جدية عرض كل شخص من المشتركين أولاً، ثم ضمان عدم التورط في مضاعفات أو خسائر عند الاتفاق مع أحدهم ورسو العملية عليه إذا تخلف عن الوفاء بالتزاماته⁽³⁾. فتصدر البنوك بناء على طلب الأمر لصالح هذه الجهات الحكومية ثلاث أنواع من الخطابات:

1- خطاب الضمان الابتدائي

وهي تضم تعهدات مقدمة إلى الجهات المستفيدة سواء كانت هيئات حكومية أو مؤسسات أو شركات، لضمان دفع مبلغ معين من النقود يمثل في الغالب نسبة تتراوح من 1% إلى 3% من قيمة العطاء الذي يتنافس العميل للحصول عليه، ويرفق هذا الخطاب مع القرض الذي قدمه العميل إلى الجهة المستفيدة التي يحق لها الحصول على قيمة الخطاب بمجرد طلبها له، والغرض من إصدار هذه الخطابات التأكد من جدية مقدم العطاء وكفاية مركزه المالي، ولتضمن كذلك عدم تراجعها إذا تغيرت الأسعار. وهو يتقضى بعدم رسو المزايدة أو المناقصة على العميل، أو برسوها عليه وتقديمه التأمين النهائي. ويتقاضى البنك عمولة من قيمة الخطاب، وفائدة على حساب العميل إذا اضطر إلى دفع قيمة الخطاب للمستفيد⁽⁴⁾.

(1)- الحسني: خطابات الضمان المصرفية، ص10.

(2)- عبد المجيد محمد عبود: الكفالات البنكية في المملكة السعودية، دار البحوث، دط، ص66.

(3)- الصدر: البنك اللاربوي في الإسلام، ص129. علاء الدين الزعترى: الخدمات المصرفية وموقف الشريعة منها، دار الكله الطيب، دمشق، ط1، 1422هـ-2002م، ص332.

(4)- علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج2، ص787. الحسني: خطابات الضمان المصرفية، ص9. أحمد عبد عزيز لبحر وغيره، موسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ط1، طبعة الاتحاد الدولي للبنوك، القاهرة، 1402هـ، 1982م، مج1، ص465.

وخطاب الضمان الابتدائي غير ملزم للبنك؛ لأن طالب الخطاب أو العميل لم يرتبط بعد بعقد مع المستفيد أو الجهة التي تجري المناقصة⁽¹⁾.

2- خطاب الضمان النهائي

ويتضمن تعهدات تقدم إلى الجهة صاحبة العطاء، إذ بانتهاء مرحلة فحص العطاءات، برسوها على العميل، بوقوع مع الشركة المستفيدة صاحبة المناقصة عقداً، ويقدم تأميناً لها أو خطاباً مصرفياً لضمان حسن عملية التنفيذ، وتقوم الجهة المستفيدة برد خطاب الضمان الابتدائي للعميل، وتكتفي بالخطاب النهائي الذي يحق لها الحصول على قيمته عند عدم استطاعة العميل الوفاء بالتزامه المنصوص عليه في العقد، وتتقاضى المصارف عمولة تحتسب حسب مدة الخطاب، 2% أو 0,5% كل ثلاثة أشهر، وتحدد عن كل مدة أو جزء من المدة يتأخرها رد الخطاب⁽²⁾.

3- خطاب ضمان الدفعات المقدمة

وهي تتضمن تعهدات تقدم إلى الجهة صاحبة العطاء، إذ القاعدة في المناقصات والمزايدات الحكومية هي الصرف بعد أداء الخدمة، ولكن قد تكون الإمكانيات اللازمة لتنفيذ المشروع كبيرة بالنسبة إلى المقاول، لذلك يطلب من الجهة صاحبة العطاء أن تعجل له جزءاً من قيمة العملية؛ تساعده على المضي في التنفيذ مقابل خطاب ضمان بنكي معتمد بنفس القيمة والعملة وغير مقيد بأي شرط من الشروط، وساري المفعول حتى تاريخ انتهاء عملية تنفيذ العقد، والغرض من ذلك ضمان جدية المقاول أو العميل في التنفيذ حتى تأمن عدم التلاعب⁽³⁾.

ثالثاً: خطابات الضمان الخارجية

ما تقدم من الأنواع يندرج ضمن خطاب الضمان المحلي، حيث يكون العميل والمستفيد مقيمين في نفس البلد، وهناك حالات يكون فيها كلاهما أو أحدهما مقيماً والآخر غير مقيم، فيسمى خطاب الضمان الصادر حينئذ بـخطاب الضمان الخارجي. فقد يتقدم العديد من الأجانب بعطاءات لمزايدات أو مناقصات محلية، فيرسو عليهم العطاء، ويحتاج إلى تقديم خطاب ضمان لحسن تنفيذ العملية، فيلجأ البنك

(1)-الصدر: البنك اللاروي في الإسلام ص13.

(2)-علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج2، ص788. الحسني: خطابات الضمان، ص9. أحمد عبد العزيز وغيره، الموسوعة العنمية والعملية للبنوك الإسلامية، ج5، ص465. علي البارودي: العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، دت، ص392.

(3)-الحسني: خطابات الضمان المصرفية، ص10-بتصرف.

الذي يتعامل معه في حين إقامته لإصدار هذا خطاب الضمان مستفيد مقيم. بموجب ذلك يصدر الخطاب وإرساله إلى أحد مراسليه في البلاد محل المناقصة للاشتراك معه في الضمان، وتعهد البنك المرسل للبنك المحلي بأن يدفع له كل ما يتحمله من مدفوعات. هذا في حالة العميل غير المقيم، أما في حالة المغايرة، وهي كون المستفيد غير مقيم والعميل مقيم، فإن البنك المحلي يصدر خطاب الضمان لصالح عميله المقيم، ثم يطلب أحد مراسليه في بلد المستفيد للاشتراك في التوقيع عليه، وقد يكفي البنك المحلي بتكليف البنك الأجنبي بإصدار خطاب الضمان بعد تعهد بأن يدفع كل ما يتكبده نتيجة لذلك.⁽¹⁾

الفرع الثاني: غطاء خطاب الضمان

المقصود بغطاء خطاب الضمان؛ الضمانات التي يطلبها البنك من العملاء، لتغطية مركزه فيما لو اضطرت البنك إلى تنفيذ تعهده ودفع قيمة الخطاب إلى المستفيد⁽²⁾، ولغطاء خطاب الضمان شكلان:

أولاً: الغطاء النقدي: وهو الغالب؛ إذ قد يكون للعميل حساب جار في البنك، وقد لا يكون لديه، فيقدم للمصرف مبلغاً نقدياً يعادل قيمة خطاب الضمان الذي يصدره له، أو جزءاً من القيمة؛ وتوضع المبالغ المقدمة في حساب خاص يسمى احتياطي خطاب الضمان؛ إذ عندما يتحرر البنك من التزامه الناشئ عن إصدار الخطاب، يفرج عن ذلك المبلغ ويرده للعميل⁽³⁾.

ثانياً: الغطاء العيني: وذلك بأن يرهن العميل لدى البنك أصلاً من الأصول المالية لتغطية قيمة الخطاب، وهذه الأصول صور متعددة:

1- تغطية خطاب الضمان بأوراق مالية (أسهم أو سندات)⁽⁴⁾، ويُقوّم البنك الأوراق حسب تقديره لقيمتها، وهذه القيمة تتوقف بدورها على القيمة السوقية، وتكون دائماً أقل منها احتياطاً لتقلب الأسعار في البورصة، ويُوقع العميل مع المصرف اتفاق برهن هذه الأوراق لصالحه، مع التصريح بحقه - أي البنك - في الرجوع إليها وبيعها إذا لم يُسدّد له ما دفعه. يقوم البنك بالاحتفاظ بالأوراق المالية في

(1) - علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج2، ص792-794.

(2) - معوض: عمليات البنوك، ص609.

(3) - المرجع نفسه، ص610 (بتصرف).

(4) - الأوراق المالية: تطلق الأوراق المالية على الأسهم والسندات، والسهم هو حصة في رأس مال شركة مساهمة، والسند هو حصة في دين، سواء كان على الدولة أو على الشركة. ينظر: الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ج5، ص447.

ملف يعرف بـ "إيداعات الضمان"⁽¹⁾.

2- تغطيته بأوراق تجارية، كأن تكون كمبيالات أو سندات إذنية أو شيكات⁽²⁾، ويحق للمصرف الحصول على قيمتها عند موعد استحقاقها إذا قام بدفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد.

3- تغطية خطاب الضمان ببضائع؛ إذ قد يضع العميل جزءا من البضائع الموجودة في مخازنه كضمان استصدار الخطاب، وإن كانت هذه الصورة غير شائعة في العمل.

4- تغطية الخطاب بتنازلات عن العقود، وقد يفتح البنك لعميله اعتماد يستخدمه في إصدار خطاب الضمان، ويكون ضمانه في ذلك تنازلا للعميل إليه عن حقه قبل المستفيد، بخصوص العملية التي يقوم بها لحسابه⁽³⁾.

- قد يشترط البنك أن تكون نسبة الغطاء كاملة؛ أي 100%، وقد يشترط نسبة أقل، وقد يكون الخطاب غير مغطى أصلا، وهذا يعود إلى مدى ثقة البنك في العميل، وكذلك المركز المالي لهذا العميل، فهو إذا كان من الشركات الكبرى ذات العلاقات الجيدة والمتينة مع البنوك، أصدر البنك خطاب الضمان دون تغطية لثقتة به. ويتقاضى البنك في حالة الخطاب المغطى بالكامل عمولة بمثابة أجر لقاء خدمات مصرفية، أما إذا كان مكشوفاً، أو مغطى جزئياً، أضطر البنك إلى تنفيذ تعهده ودفع قيمة الخطاب للمستفيد، وتكون العمولة التي يتقاضاها، مقابل إقراض المال للعميل ووفائه بالتزامه تجاه المستفيد⁽⁴⁾.

- والغطاء النقدي أو العيني، يعد رهنا تجارياً لصالح البنوك، والمرهّن لا يعتبر حائزاً للنقود المرهونة، بل يعتبر مديناً بها؛ فالعميل دائن للبنك بمبلغ الغطاء، بحيث إذا انقضى التزام البنك قبل المستفيد

(1)- علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج2، ص821.

(2)- الكميالة: صك مكتوب يتضمن أمراً صادراً من الساحب إلى المسحوب عليه، يدفع مبلغ معين في تاريخ معين أو قابل للتعين لشخص ثالث أو الحامل يسمى المستفيد، ويذكر فيه أن القيمة وصلت، ويوضع عليه تاريخ السحب. -السند الإذني: ورقة تجارية صادرة من المدين في شكل إقرار من جانبه، حيث يتعهد بدفع مبلغ معين في تاريخ معين لشخص معين، أو لحامله. -الشيك: أمر من العميل إلى المصرف لدفع إلى شخص ثالث المبلغ المدون في الشيك في حسابه الجاري في المصرف. بنظر: عمر بن عبد العزيز المتروك: الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، دار العاصمة، الرياض، ط3، 1998، ص393-395.

(3)- معوض: عمليات البنوك، ص610-611.

(4)- الحسني: خطابات الضمان، ص13-بتصرف.

دون وفاء، كان عليه أن يرد الدين المرهون إلى عميله⁽¹⁾.

المطلب الثالث: الالتزامات الناشئة عن إصدار خطاب الضمان وطرق انقضائه

الفرع الأول: الالتزامات الناشئة عن إصدار خطاب الضمان

خطاب الضمان عملية مصرفية من الناحية الفنية، وهو من الناحية القانونية تعاقد ينشئ تعهدا من البنك والتزاما من العميل قبله، وأي تعاقد يجب أن يكون متضمنا إيجابا وقبولا، فالإيجاب من العميل متمثل في الطلب الذي يتقدم به للبنك، والقبول يصدر عن البنك وهو متمثل في سك الخطاب مقررًا فيه حقا للمستفيد، فإذا تم العقد، ترتبت التزامات على عاتق طرفي التعاقد، وهما البنك والعميل، أما المستفيد وهو الطرف الثالث، فلا تنشأ على عاتقه التزامات، وإن كان الخطاب صادرا لحقه، أما ما يذكر من شروط فيه، كأن لا يتقدم بصرف قيمة الخطاب بعد انتهاء مدة سريانه، ولا أن يحوله أو يظهره لغيره، فإنه من قبيل القيود لا الالتزامات⁽²⁾.

- إن أهم التزام يلتزمه البنك هو إيفاء المستفيد حقه عند طلبه ذلك، وعند عجز العميل عن تسديد دينه له؛ إذ هو الهدف المنشود من خطاب الضمان. والأصل أن يصدر خطاب الضمان محددًا بمدة يحرص البنك على تأكيدها، فيجب أن تصل مطالبة المستفيد إلى البنك في موعد أقصاه نهاية المدة، والذي يعرف بـ "تاريخ انتهاء الصالحية"، فإذا انتهت مدة الخطاب دون أن يطلب المستفيد صرف قيمته، تبرأ ذمة البنك من دفع قيمته، وكذلك العميل، تبرأ ذمته من الالتزام بتعويض البنك عمّا كان سيدفعه بصدد خطاب الضمان، وينقضي حق الرهن المقرر للبنك على غطاء الخطاب، فيصير البنك مدينا لعميله برد هذا الغطاء. ويلتزم البنك كذلك بتحصيل العمولة من العميل⁽³⁾.

- ويتعهد العميل في الطلب الذي يقدمه للبنك بأن يدفع قيمة خطاب الضمان إذا طلبها المستفيد، وذلك أمر طبيعي طالما أن البنك قد سدد قيمة الخطاب. ويلتزم كذلك بدفع قيمة العمولة المقررة، وتحتسب بقياس المدة التي يظل خطاب الضمان خلالها ساريا. ويلتزم بتغطية الخطاب، حيث يتيح للبنك - كما تقدم - أن يحصل منه على ما يدفعه للمستفيد، والبنك هو الذي يحدد قيمة أو مقدار هذا الغطاء.

(1) - علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج 2، ص 824 - بتصرف -.

(2) - المرجع نفسه، ص 805 - بتصرف -.

(3) - معوض: عمليات البنوك، ص 577. علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج 2، ص 808.

ويتقدم الغطاء تبرأ ذمة العميل من الالتزام وتشغل ذمة البنك بالتزام رده بعد انقضاء مدة الخطاب.(1)

الفرع الثاني: طرق انقضاء خطاب الضمان المصرفي

ينتهي الخطاب بانتهاء التزام أحد طرفيه وهما البنك والعميل، وينتهي كذلك بانتهاء مدته أو بالتقادم.

-ينتهي التزام البنك إذا طلبه المستفيد بدفع قيمة الخطاب أو جزء منه. وبعد سداد قيمته يقوم البنك بإلغائه من سجلاته، ويترتب على ذلك رجوع البنك على العميل بالمبلغ الذي دفعه، وذلك باستيفائه من الغطاء المحتجز لديه.

-وينتهي التزامه كذلك بالمقاصة، كأن يكون للبنك حقا جهة المستفيد، ثم طالبه بدفع قيمة الضمان، فتقع المقاصة القانونية بينهما بأن يتساقط الدينان معا(2).

-وينتهي خطاب الضمان بإبراء صادر من المستفيد للعميل، ولا يكون لهذا الإبراء أثر على التزام البنك قبل المستفيد، إذ لم يشترط في الخطاب حصول إخلال من العميل بالتزامه تجاه المستفيد، إذ لو اشترط ذلك انقضى التزام البنك تبعا لالتزام العميل، إلا إذا نصّ فيه على تنازل المستفيد عن حقه في خطاب الضمان.

-وينتهي بالتقادم في حالة الخطاب غير محدد المدة، وذلك بمضي 15 سنة من تاريخ بدء الالتزام(3). فإذا كان الخطاب محددًا بمدة زمنية، وحلّ الأجل دون أن ترد مطالبة المستفيد، برئ البنك من التزامه وألغى الخطاب من سجلاته، وبرئ العميل كذلك، وعاد إليه الغطاء الذي كان محتجزا لدى البنك(4).

(1)-علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج2، ص817-بتصرف.-

(2)-المرجع نفسه، ص833-835-بتصرف.-

(3)-معوض: عمليات البنوك، ص613 فما يليها-بتصرف.-

(4)-علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج2، ص833-835-بتصرف.-

المطلب الرابع: التكييف القانوني والشرعي لخطاب الضمان المصرفي

الفرع الأول: التكييف القانوني لخطاب الضمان

وقع خلاف بين فقهاء القانون حول التكييف أو الطبيعة القانونية لخطاب الضمان المصرفي بأنواعه، إذ تتحاذبه ثلاث نظريات مشهورة: نظرية الكفالة، وقد تبناها الفقه الفرنسي؛ على أن دور البنك في خطاب الضمان هو دور الكفيل. والنظرية الثانية نظرية الإنابة القاصرة أو الوكالة، وهي اتفاق ثلاثي الأطراف يتقدم فيه المدين إلى دائته بمدين جديد للوفاء بدينه، يحل محله ويقضي دينه فتكون إنابة كاملة، أو ينضم في المديونية إليه ويصير للدائن مدينا، فتكون الإنابة قاصرة، وأصحاب هذه النظرية يرون أن إنابة العميل للبنك إنابة قاصرة ويعللون ذلك بأن المدين الذي يرسو عليه عطاء مقاوله عامة يلتزم بتنفيذ الالتزام موضوع العقد، فبدلا من تقديم تأمين نقدي، يتفق ودائته على أن يقدم له ضمانا هذا التأمين مدينا آخر يلتزم بوفاء هذا الدين مكانه، فإذا ارتضى الدائن البنك مدينا ثانيا انعقد بينهما عقد من مقتضاه أن يلتزم البنك قبل الدائن التزاما أصليا. وهو معنى الإنابة القاصرة.

والنظرية الثالثة، هي نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، إذ المعروف أن المشتري يتعاقد باسمه مع المتعهد على إنشاء حق مباشر للمنتفع، وأنه يلزم توافر مصلحة شخصية مادية أو أدبية، وخطاب الضمان كذلك، حيث يتعاقد العميل "مشتريا" مع البنك "متعهدا" على إنشاء حق مباشر للمستفيد يلتزم البنك بأدائه⁽¹⁾.

والواقع أن خطاب الضمان من الوجهة القانونية يأخذ من كل نظرية بطرف، ويختلف عنها من أطراف أخرى؛ فهو يختلف عن الكفالة -والتي يعتبر فيها التزام الكفيل تابعا لالتزام المكفول من حيث صحته وبطلانه-⁽²⁾؛ لأن البنك يلتزم في الخطاب أن يدفع قيمته أيا كان مركز المضمون وأيا كان مصير العقد بين البنك وعميله، فالتزامه مستقل، ويترتب على ذلك أن التزامه بات لا يمكن الرجوع فيه منذ وصوله إلى المستفيد، بغض النظر عن علاقة المستفيد بالعميل الأمر، وعلاقة البنك بعميله، فلا حاجة له إلى إخطار العميل قبل أن يدفع للمستفيد⁽³⁾.

(1) -علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج2، ص873-891، 924. معوض: عمليات البنوك، ص585 فما يليه. محمد الصاوي: مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام، دار المجتمع، جدة، ط1، 1416هـ-1990م، ص483-484.
(2) -عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مج10، ص19-21.
(3) -معوض: عمليات البنوك، ص601. علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج2، ص888. سامي محمود: حضرة الضمان - أعمال مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ع2، الدورة الثانية، ج2، 1407هـ-1986م، ص1121.

في حين أن الكفالة في القانون المدني عقد بين طرفين هما: الكفيل والدائن، فالكفيل مشروط على الدائن لمصلحة المدين، أما في خطاب الضمان، فإن العقد يكون بين العميل الأمر والبنك، الذي التزم بأن يدفع إلى المستفيد عند طلبه مبلغا لا يزيد عن حد معين، ويعتبر إصداره للخطاب قبولا للإيجاب الموجه إليه من طرف العميل. فالمستفيد ليس طرفا في التعاقد⁽¹⁾.

أما النظرية الثانية، وهي نظرية الإنابة القاصرة، فهي تختلف كذلك عن عملية إصدار الخطاب الضمان، فالمستفيد لا يتدخل في هذا التعاقد إذ هو غير طرف، إذ إن المناب لديه طرف دائما في الإنابة، لا تعتقد بغير رضاه، أما في خطاب الضمان، فإن رضا المستفيد غير مطلوب، وإنما المطلوب منه عدم الاعتراض على خطاب الضمان⁽²⁾.

ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير هي الأخرى لا تنسجم مع الآثار التي تنتج عن عملية إصدار خطاب الضمان، ولا تتماشى مع خصائصه، وأول ما يميز هذه العملية هو استقلال التزامه عن الالتزامات الأخرى⁽³⁾، ويرى الدكتور علم الدين إسماعيل أن هذه النظرية هي الأصلح لتفسير طبيعة التعاقد الذي ينشأ عن إصدار البنك لخطاب الضمان؛ لأن مقتضى هذه النظرية أن المشتري يتعاقد باسمه مع المتعهد على إنشاء حق مباشر للغير وأنه يلزم توافر مصلحة أدبية ومادية للمشتري، وهذا متوفر في خطاب الضمان، والمستفيد لا يتدخل في التعاقد، ويعد قبوله مؤكدا لحق موجود من قبل بناء على الاشتراط⁽⁴⁾.

ولإيجاد الصيغة القانونية المناسبة، ينظر إلى غطاء خطاب الضمان، إذ يعد رهنا تجاريا، سواء كان نقديا أو عينيا، والرهن في الفقه والقانون يكون مقابلا للقرض، وهو مبلغ خطاب الضمان، لذلك فإن الأستاذ علاء الدين الزعترى قرر أن خطاب الضمان إذا كان غطاءه كاملا فهو وكالة أو إنابة، وإن لم يكن غطاءه كاملا أو كان غير مغطى فالتخريج القانوني اجتماع الوكالة والكفالة والوعد بالقرض في حالة نقصان أو انعدام الغطاء⁽⁵⁾.

(1)- علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج2، ص887-888.

(2)- علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج2، ص896. معوض: عمليات البنوك، ص595.

(3)- الزعترى: الخدمات المصرفية، ص338.

(4)- موسوعة أعمال البنوك، ج2، ص925.

(5)- الزعترى: الخدمات المصرفية، ص338. الصاوي: مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية وكيف عالجها الإسلام. ص484.

الفرع الثاني: التكييف الشرعي لخطاب الضمان المصرفي

خطاب الضمان نمط خاص من المعاملات البنكية التي تقدم للعملاء، فالمصارف عندما تقوم بإصدارها، فإنها تأخذ منهم ما يقابل هذا الإصدار، و تراعي في تحديد المقابل، الأعمال و الإجراءات وقيمة الدين الذي تضمنه الخطاب، ومدة الخطاب ، وهذا المقابل يقدر بنسبة مئوية تحسب على أساس الدين. فإذا قام المصرف بدفع أي مبلغ ضمن مدة الخطاب ، حُسب قرضاً على العميل بفائدة ربوية حسب السعر المتعارف عليه، وإذا لم يتم دفع شيء فإنه يستحق أجراً على تحرير الخطاب الذي أصدره. أما المصارف الإسلامية والتي تعد البديل المعاصر للبنوك الربوية، فإنها تتجنب الفوائد في معاملاتها، وذلك بإعادة صياغة العقود المبرمة صياغة شرعية، إلا أن خلافاً قائماً حول بعض صور خطاب الضمان، خاصة غير المغطى؛ هل يجوز أخذ أجر عليه أم لا؟ وفيما يلي بيان التكييف الشرعي لخطاب الضمان والعمولة المستحقة عليه، في البنوك خاصة الإسلامية.

لقد تعددت أقوال الفقهاء المعاصرين-تبعاً لتعدد أشكال خطاب الضمان، وتعدد العلاقات الناشئة والآثار المترتبة عليه، وأنواع غطائه-حول إيجاد الصيغة الشرعية لخطاب الضمان والسبب في ذلك العمولة التي تقتضاها المصارف لقاء إصدارها.

ولقد تقدم فيما سبق أن خطاب الضمان الخاص بالمزايدات والمناقصات أنواع، منها: الابتدائي والنهائي، وذكرت أن حكم الأول جوازه لكنه غير ملزم، لأن الأمر لم يرتبط بعد بعلاقة مع المستفيد، أما النهائي فيجوز إصداره كذلك إلا أنه ملزم؛ إذ العميل قد ارتبط بعقد مع المستفيد، وترتب على ذلك أن المصرف يتقاضى عمولة أو أجراً أو عائداً.

اختلفت الآراء حول تكييف العمولة التي تقتاضها البنوك، إذ يتحاذىها نمطان من الصيغ الشرعية: الخراج بالضمان، والأجر أو الجعل على عمل يقوم به المصرف⁽¹⁾.

1-التخريج الأول⁽²⁾: وهو الذي نحى إليه عبد الحميد محمود البعلبي، قاعدة "الخراج

(1)- الزعترى: الخدمات المصرفية، ص340.

(2)- الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية لعبد الحميد البعلبي، نقلًا عن: الزعترى: خدمات مصرفية. ص

بالضمان⁽¹⁾، فالمصرف قد ضمن حق المستفيد، وكفل العميل في علاقته، فيستحق بذلك نصيباً من العائد للعميل من العملية المضمونة، إذ مقتضى هذه القاعدة والتي هي في الأصل حديث، ما قانه السيوطي: «معناه ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة في مقابل الغرم»⁽²⁾؛ أي أن من يتحمل تبعه شيء، بحيث يضمنه لو تلف، يكون من حقه أن يحصل على منفعة هذا الشيء المضمون.

يرد على هذا التخريج بأن البنك قد ضمن فعلاً حقاً للمستفيد، وكفل العميل في علاقته معه، لكن العمولة التي يتلقاها ليست نصيباً من الربح العائد؛ إذ إن مقتضى العقد المبرم بينه وبين العميل أنه مقرض للمبلغ المالي الذي سيسدده للمستفيد، وهو الذي من أجله ارتقى الغطاء، سواء كان عينياً أو نقدياً لضمان حقه، فالمصرف مقرض، والعمولة تحتسب من قيمة القرض ومدة الخطاب.

2- التخريج الثاني: الأجر أو الجعل: والأجر إن كان لقاء الأعمال والخدمات التي يقدمها

المصرف لعميله، وتكبدته نفقات الإصدار كإجراء العقود المحاسبية، ومتابعة الخطاب مع المستفيد، ودراسة الغطاء المقدم، وقيمة الأجهزة والآلات، فإن مجمع الفقه الإسلامي المتعدد بجدة في دورته الثانية قرر ما يأتي: «...أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه، فهي جائزة شرعاً، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل في حالة تقديم خطاب كلي أو جزئي، ويجوز أن يراعى في تقدير المصاريف

(1) - هذا الحديث رواه مغلد ابن خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أخرجه أبو داود في سننه كتاب الإجارة، باب: فيمن اشترى العبد فاستعمله ثم وجد به عيباً، رقم: 3510، ج3، ص304 (دار الكتاب العربي، بيروت). والترمذي في سننه أبواب البيوع، باب: فيمن يشتري العبد فاستعمله ثم وجد به عيباً، وقال: «هذا حديث حسن صحيح، وقد روي هذا الحديث من غير هذا الوجه، والعمل على هذا عند أهل العلم»، رقم: 1285، ج3، ص581. والنسائي في سننه، كتاب البيوع، باب: الخراج بالضمان، رقم: 4580، ج7، ص292. (دار المعرفة، بيروت، ط5، 1420هـ). وابن ماجه في سننه، كتاب البيوع، باب: الخراج بالضمان، رقم: 2243، ج2، ص754. وأحمد في المسند، مسند عائشة، رقم: 24270، ج6، ص49 (مؤسسة قرظية، القاهرة). والحاكم في المستدرک، كتاب البيوع، رقم: 2576، ج2، ص18-19، وقال الذهبي صحيح (دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ-1990م). والدار قطني في السنن، كتاب البيوع، ج3، رقم: 213، ص289. (دار المعرفة، بيروت، 1386-1966). ابن حبان، في الصحيح، رقم: 4927، ج11، ص248، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1414هـ-1993). وعبد الرزاق في مصنفه، رقم: 14777، ج8، ص176. تحقيق: حبيب رحمان الأعظمي، (المكتب الإسلامي، بيروت). ابن الجارود في المنتقى، أبواب: القضاء في البيوع، رقم: 1626، ص155 (تحقيق: عبد الله عمر البارودي، مؤسسة كتاب الثقافة، 1408هـ-1980م)، كنهه من طريق مغلد وتابعه مسنده ابن خالد الزنجي، ورواه من طريقه ابن ماجه والدار قطني و ابن حبان.

(2) - الأشباه والنظائر، ص121.

إصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الخطاب»⁽¹⁾.

وقد يكون الأجر على الوكالة أو على الكفالة: معلوم في الفقه الإسلامي أنه يجوز أخذ أجر على الوكالة، جاء في المعنى: «يجوز التوكيل بجعل وبغير جعل، فإن النبي ﷺ وكل أنيسا في إقامة الحد وعروة في شراء شاة وعمر وأبا رافع في قبول النكاح بغير جعل، وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة»⁽²⁾، وجاء في القوانين الفقهية: «تجوز الوكالة بأجرة أو بغير أجرة، فإن كانت بأجرة، فحكمها حكم الإجازات، وإن كانت بغير أجرة فهو معروف من الوكيل»⁽³⁾.

أما أخذ الأجرة أو الجعل على الكفالة، فإنه قد تقدم أن الفقهاء لم يجيزوا أخذ أجرة عليها؛ إذ الكفالة من أعمال البر والصلة والترع، فلا تجوز بجعل، كما أن الكفيل مقرض في حق المطلوب، فإد شرط له أجر مع ضمان المثل، فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه، وهو باطل لأنه من الربا.

ومن المعاصرين⁽⁴⁾ من أجاز أخذ الأجرة على الكفالة أو الضمان: إذ إن اتساع نطاق النشاط التجاري، اقتضى أن تقوم المؤسسات بوظيفة الضمان، تسهيلا للتبادل التجاري، وتوفيرا للوقت والجهد. فحتاج المؤسسات المتكفلة بالضمان إلى تغطية نفقاتها. يقول محمد رواس قلعجي: «هذا الحكم -أخذ الأجرة على الكفالة- مما يجب أن يعاد النظر فيه؛ نظرا لتبدل أحوال الناس التي صدر فيها هذا الحكم. ولا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان؛ أي بتغير عرف أهلها وعاداته، لأنه لم يرد نص شرعي من قرآن أو سنة في منع أخذ الأجرة عن الكفالة»⁽⁵⁾.

وقاسوا جواز أخذ الأجرة على الكفالة، على جواز أخذ الأجرة على الجاه، جاء في تحفة المحتاج: «أن المحبوس ظلما إذا قال لمن يقدر على خلاصه إن خلصتني فلك كذا، بشرط أن يكون في ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفا»⁽⁶⁾. ومقتضى هذا القول إباحة الأجرة على الجاه إذا كانت بالمعروف.

(1)- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، حدة، الدورة الثانية، ع2، ج2، ص1210.

(2)- ابن قدامة: المعنى، ج5، ص210-211.

(3)- ابن جزري: القوانين الفقهية، ص316.

(4)- منهم: محمد رواس قلعجي في كتابه مباحث في الاقتصاد الإسلامي من أصوله الفقهية، نقلا عن: الزعترى: الخدمات المصرفية، ص345.

(5)- مباحث في الاقتصاد الإسلامي، ص155. نقلا عن: الزعترى، الخدمات المصرفية، ص345. الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ج5، ص488.

الصاوي: مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، ص486-487.

(6)- ابن حجر الهيتمي: تحفة المحتاج، ج6، ص365.

وجاء في روضة الطالبين: «فمن أراد الاستئجار للخروج إلى بلد السلطان، والتظلم للمستأجر. وعرض حاله في المظالم: يستأجره مدة كذا ليخرج إلى موضع كذا، ويذكر حاله في المظالم، ويسعى في أمره عند من يحتاج إليه، فتصح الإجارة لأن المدة معلومة وإن كان في العمل جهالة»⁽¹⁾، وجاء في المعيار: «سئل الفقيه أبو عبد الله القوري عن مسألة ثمن الجاه، هل يجوز أخذه على نية التصديق به أو لا يجوز؟... فأجاب: اختلف علماؤنا -رضوان الله عليهم- في حكم ثمن الجاه، فمن قائل بالتحريم بإطلاق. ومن قائل بالكراهة بإطلاق، ومن مفصل فيه، وأنه إن كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر وتردد مشي، فأخذ مثل أجر مثله في ذلك جائز وإلا حرم»⁽²⁾. فمحل الجواز أن ذا الجاه إذا كان يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر، فأخذ أجرة مثله فذلك جائز وإلا حرم.

ويرد على هذا الرأي، بأن أخذ الأجرة على الكفالة وإن لم يرد فيه نص يحرم ذلك، إلا أن القواعد الكلية المعروفة في الفقه الإسلامي ترد عليه؛ إذ الأصل في الكفالة الغرم، فكيف يتصور فيها الغنم والربح، وهي من وجه الصدقة والمعروف، والبنوك سواء كانت تقليدية أو إسلامية تصدر خطابات الضمان قاصدة لتقديم خدمات لعملائها، وهي في أدائها عنهم مقرضة، فلا يتصور أخذ أجر على القرض لأنه من باب الربا، ولا أخذ أجر على التبرع والصدقة لما ذكر آنفاً.

وقد حاول بعض المعاصرين منهم علاء الدين الزعترى ورفيق يونس المصري إيجاد حل وسط، فالدكتور رفيق المصري أشار إلا أن الضامن يجوز له أن يسترد مصاريفه المدفوعة فعلاً، كأجرة الانتقال أو استخدام أجهزة ونحو ذلك⁽³⁾، وهذا القول لا خلاف حوله، إذ يدخل في الأجر على الأعمال المصرفية التي يتكلفتها المصرف، لقاء تقديمه لخدماته، ولقد تقدم قرار مجمع الفقه الإسلامي حوله.

أما الدكتور الزعترى، فقد قرر أن الأصل منع أخذ أجر على الضمان، ومع الحاجة والضرورة وإلحاح عملية التبادل التجاري، اقترح جواز ذلك بشروط: أن تكون الأجرة مقبولة معقولة المعنى، عادلة المقدار، وعدم تكرارها مع تقدم الزمن للعملية الواحدة، وقال أن الأتقى والأورع الابتعاد عن هذه الشبهات والاكتفاء بالمصاريف الفعلية؛ لأن الخدمة تقدم مجاناً جذبا للزبائن والعملاء⁽⁴⁾.

(1)-النووي: روضة الطالبين، ج5، ص257.

(2)-الونشريسي: المعيار المغرب، ج6، ص239. التسولي: البهجة شرح التحفة، ج1، ص185.

(3)-المصارف الإسلامية، دراسة شرعية لعدد منها، مركز النشر العلمي، جدة، ط1، 1416هـ، 1995م، ص51.

(4)-الخدمات المصرفية، ص347-348.

الصيغة الشرعية لخطاب الضمان:

بعد بيان التكييف الشرعي لما يأخذه المصرف في مقابل إصداره خطاب الضمان، بقي تحديد الصيغة الشرعية أو الطبيعة العقدية لخطاب الضمان في الفقه الإسلامي، هل هو وكالة؟ أو كفالة؟ أو قرض؟ أو يجمع بينها؟ ولمعرفة ذلك يتعين التمييز بين أنواع الخطابات حسب تغطيتها: فهناك خطاب ضمان مغطى، سواء كانت التغطية كلية أو جزئية، نقدية كانت أو عينية، وهناك خطاب ضمان غير مغطى.

أما خطاب الضمان المغطى تغطية كاملة، فإنه تطبق عليه أحكام عقد الوكالة؛ إذ العلاقة بين الأمر الذي طلب إصدار الخطاب وبين المصرف هي علاقة الموكل بوكيله⁽¹⁾.

فالعميل في طلب إصدار خطاب الضمان يقر بمال للمستفيد، ومعلوم في الفقه الإسلامي جواز الوكالة في الإقرار للغير بالأموال⁽²⁾، وللشافعية الوجهان، وصورته أن يقول: وكلتك لتقر عني لفلان بكذا أو جعلته مقرا بكذا⁽³⁾.

وقد يعترض معترض بأن الوكالة من العقود التي يحق فيها لكلا المتعاقدين فسخ العقد، بمعنى أنه يجوز للموكل أن يعزل الوكيل، كما يجوز للوكيل أن يعزل نفسه، أما في خطاب الضمان، فإن المصرف يتعهد تعهدا نهائيا بأن يدفع قيمة الخطاب، ولا يحق للعميل عزله، كما لا يحق للمصرف التراجع، فكيف تطبق عليه أحكام الوكالة⁽⁴⁾.

يجاب عليه بما جاء في الهداية عند الحنفية: «أن للموكل أن يعزل الوكيل إلا إذا تعلق بالوكالة حق للغير»⁽⁵⁾، وفي خطاب الضمان تعلق حق المبلغ الذي صدر به الخطاب لصالح المستفيد، فلا يحق للعميل الذي طلب الخطاب أن يمنع المصرف أو يأمره بعدم دفع قيمته. جاء في مجلة الأحكام العدلية: «للوكيل أن يعزل نفسه من الوكالة، ولكن لو تعلق به حق الغير يكون مجبورا على إيفاء الكفالة»⁽⁶⁾.

(1)-السالوس: الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1986، ص134. الحسني: خطابات الضمان المصرفية، ص16.

(2)-ابن قدامة: المغني، ج5، ص218.

(3)-الشريبي: مغني المحتاج، ج2، ص221.

(4)-الحسني: خطابات الضمان المصرفية، ص16.

(5)-المرغيناني: الهداية شرح البداية، ج3، ص153.

(6)-علي حمدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج3، ص642-643.

إذا، فإن العمولة التي يتلقاها المصرف لقاء إصداره خطاب الضمان المغطى تغطية كاملة، تعدّ حرجاً على الوكالة، وهي جائزة باتفاق، وليست من باب الربا.

أما الخطاب المغطى تغطية جزئية، فإنه تطبق عليه أحكام الوكالة في أداء قيمة الجزء المغطى للمستفيد، فيحق له أن يتقاضى أجراً أو عمولة، ويعدّ المصرف كفيلاً للمستفيد ومقرضاً للعميل في أدائه الجزء غير المغطى من قيمة الخطاب، فإذا طلب المستفيد حقه، قام المصرف بدفعه له من قيمة الخطاب، فيتقاضى فائدة على المبلغ الذي أقرضه لعملائه، وهي من الربا المحرم. أما الخطاب غير المغطى، فإن المصرف يعدّ مقرضاً للعميل القيمة التي أداها عنه للمستفيد.

تتقاضى المصارف أجراً على إصدار الخطابات المكشوفة، وهي مقرضة لقيمتها، فكان نتيجة لذلك أنها تحتسب فائدة على العميل تقدر بنسبة مئوية على أساس مبلغ القرض ومدته⁽¹⁾.

وقد جاء في القرار رقم 5 الذي أصدره، مجمع الفقه الإسلامي بجدة ما يأتي: «...أما بعد، فإن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 10 إلى 16 ربيع الثاني 1406هـ الموافق لـ 22-28 ديسمبر 1985، بحث مسألة خطاب الضمان، وبعد النظر فيما أعدّ في ذلك من بحوث ودراسات وبعد المداولات والمناقشات المستفيضة تبين مايلي:

1- أن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والنهائي لا يخلو إما أن يكون بغطاء أو بدون، فإن كان بدون غطاء فهو ضمّ ذمة الضامن إلى ذمة غيره، فيما يلزم حالاً أو مآلاً، وهذه هي حقيقة ما يعني في الفقه الإسلامي باسم الضمان أو الكفالة.

2- وإن كان خطاب الضمان بغطاء، فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي الوكالة، والوكالة تصدر بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد المكفول له.

3- أن الكفالة هي عقد شرع يقصد للإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة؛ لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي يجزى نفعاً على المقرض وذلك ممنوع شرعاً. لذلك فإن المجمع قرر ما يلي:

أولاً: أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان، والتي يراعى فيها عادة

(1)-الحسني: خطابات الضمان، ص18-19. الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ج5، ص487-490. حسن الوادي، محمد سمحان: المصارف الإسلامية، ص227.

مبلغ الضمان ومدته.

ثانيا: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فهي جائزة شرعا، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل...»⁽¹⁾.

وقد تابع الدكتور حسن عبد الله الأمين هذا الرأي، مفرقا بين الخطاب المكشوف، الذي يقوم العميل بالوفاء به، وبين الخطاب المكشوف الذي يقوم البنك بالوفاء به، وفي هذا الأخير يعد البنك مقرضا و الأجرة فائدة ربوية.

أما النوع الأول فإن المصرف لم يدفع شيئا؛ إذ يعد كفالة محضة، وليس قرضا أو كفالة باجاء، وقد تقدم أن الفقهاء اختلفوا حول جواز أخذ أجرة أو ثمن الجاه، بين مجيز وهم الشافعية، ومفصل وهم المالكية⁽²⁾، مناقشا أن التحريم المطلق لثمن الجاه بحجة أنه أمر واجب، أن خطاب الضمان ليس أمرا واجبا، بل هو خدمة أو معاملة اقتصادية تحقق مصلحة للعميل، وتضع التزاما أدبيا للمستفيد، فهو تعامل رضائي، ولا يدخل تحت قاعدة "منع الأجر على أداء الواجب"، والمصرف مصدر الخطاب يقوم ببذل جهد في التحري عن الزبون والمستفيد، وجمع المعلومات عن صلاحية المركز المالي للعميل لأداء حق المستفيد، والقيام بتنفيذ المطلوب منه، ويتحمل أعباء طوال فترة سريان هذا الضمان، كما أن المصرف يهيئ للعميل فرصة للحصول على منفعة محققة أو مصالح معتبرة، فيكون الأجر أو العمولة لقاء كل هذه الأعمال جائزة، مع عدم المغالات والمبالغة في قدر الأجر. هذا ما انتهى إليه ووافقه زكريا البري وسامي محمود وأحمد علي عبد الله⁽³⁾.

يرد عليه بأن أداء المدين ما عليه في هذه الصورة خارج محل النزاع؛ إذ قيامه بالوفاء، مخرج له من الالتزام ، فينتهي الخطاب، أما الأجرة التي يقدمها فقد تكون لقاء الخدمات التي يقدمها له البنك. وإنما الخلاف في الشكل الثاني، فالخطاب مكشوف وغير مغطى، والمصرف يبقى مقرضا، فتبقى شبهة الربا

بارزة بقوة، لذلك، فقد اقترحت هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل المصري أن يكون المصرف شريكا للعميل في العملية المطلوب من أجلها خطاب الضمان، وأن يتم الإصدار دون مقابل، فيكون استحقاق المصرف للنصيب المتفق عليه من الربح في العملية حلالا بعيدا عن شبهة الربا؛ إذ يكون شريكا

(1)-مجلة المجمع الفقه الإسلامي، الدورة 2، ع2، ج2، ص1209-1210.

(2)-المرجع نفسه، ص1052-1053.

(3)-المرجع نفسه، ص 1104-1146-1147.

مع العميل في نسبة ثابتة من الربح، العميل بعمله والمصرف بماله، وهي من باب شركة القراض أو المضاربة⁽¹⁾.

وفيما يلي نصوص فتوى ندوة البركة الثالثة وتوصيات الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي بخصوص خطابات الضمان والأعمال التي تجري لإتمام العملية.

أولاً: فتوى ندوة البركة الثالثة: في الندوة الثالثة للاقتصاد الإسلامي التي أقامتها "دلة البركة" إسطنبول، في الفترة ما بين 9-12 محرم 1406هـ/23-26 سبتمبر 1985م، عرض موضوع خطاب الضمان وصدرت فتوى بشأنه هذا نصها: «إن جواز إصدار خطابات الضمان المصرفية مشروط بأن يكون مرتبطاً بمشروعية الموضوع الذي يطلب خطاب الضمان لأجله.

- إن خطاب الضمان المصرفي، إذا كان بدون غطاء نقدي كامل فهو كفالة، ويخضع لأحكامها، وإذا قدم له غطاء كامل لدى البنك فهو وكالة بالنسبة للشخص المكفول، وأما بالنسبة للجهة المكفول بها، فإن خطاب الضمان حينئذ كفالة.

- يجوز للبنك في جميع الأحوال أن يأخذ أجراً على خطاب الضمان بمقدار ما بذله من جهد إجرائي، دون أن يربط الأجر بنسبة المبلغ الذي يصدر به خطاب الضمان.

- أما أخذ الأجر على خطاب الضمان غير المغطى بنسبة مبلغ الضمان، كما هو معمول به في البنوك، فقد رأت اللجنة -بأغلبية الآراء- أنه يحتاج إلى مزيد من الدراسة والتمحيص والاطلاع على النماذج المستعملة في مختلف الحالات، والتي طُلب من المختصين في البنوك تقديمها للنظر فيها⁽²⁾.

ثانياً: فتوى الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي في الكويت: في الفترة من 7-11 رجب 1407هـ/7-11 مارس 1987م:

1- الأجر الذي يأخذه المصرف الإسلامي عن إصدار خطابات الضمان يكون مقابل الأعمال التي يقوم بها المصرف لإصدار الخطاب، وليس مقابل الضمان الذي يوفره هذا الخطاب لعميل المصرف.

2- الأعمال التي يقوم بها المصرف عند إصدار خطابات الضمان منها: ما هو عام يتكرر في كل

(1)- عبد الحميد محمود الهلبي: الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، ص 48-60. نقل عن: الزعترى:

الخدمات المصرفية، ص 356. رفق المصري: المصارف الإسلامية، ص 52. السالوس: الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية، ص 161.

(2)- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج 2، ص 1149.

الفصل الثالث،التطبيقات المعاصرة لعقد الحفالة

خطاب، ومنها أعمال إضافية يقوم بها المصرف في بعض حالات إصدار خطابات الضمان، وتختلف أنواع الضمانات وأحكامها على النحو المبين فيما يلي:

أ- خطابات الضمان للأنشطة غير التجارية: مثل خطابات الضمان المطلوب تقديمها من الطلاب لبعض المعاهد العلمية، أو خطابات الضمان لنوادي السيارات بمناسبة مغادرتها البلاد، أو الخطابات المقدمة لوزارة المواصلاات لتركيب هاتف مثلا، يقوم المصرف بالنسبة لها بالأعمال الموضحة في خطابات الضمان الابتدائية الآتي بيانها، وينبغي للمصرف في مثل هذه الحالات أن يأخذ أقل أجر ممكن لمقابلة التكلفة ويفضل عمل ذلك مجانا من قبيل البر.

ب- خطابات الضمان الابتدائية المطلوبة للتقدم لبعض العطاءات: للمصرف أن يستوفي أجرا مقابل الأعمال الآتية:

-دراسة حالة العميل المالية وسمعته وإمكاناته.

-الجهد والوقت اللذين يبذلهما الموظفون اللذين يناط بهم إعداد الخطاب وإجراء القيود المحاسبية وما يستهلك من أوراق وآلات.

-متابعة الخطاب مع الجهة المستفيدة إلى حين انتهاء مدته أو إعادته وإجراء القيود اللازمة في هذا الشأن.

ج- خطابات الضمان النهائية المطلوبة لضمان حسن التنفيذ أو الدفعات المقدمة: يستحق المصرف الأجر على الأعمال السابقة في خطابات الضمان الابتدائية، بالإضافة إلى أجر عن الأعمال التالية:

-دراسة العطاء من جانب الجهات الفنية للاطمئنان إلى مناسبة الأسعار التي تحقق لطالب الخطاب نسبة معقولة من الربح.

-دراسة حالة ومركز المستفيد من خطاب الضمان.

-إجراء حوالة حق وإعلانها للجهة المحال عليها إذا دعت الحاجة إلى الحوالة.

-تحصيل الدفعات مقابل المستخلصات التي يتم صرفها من الجهة صاحبة العمل.

-متابعة تنفيذ عقد المقاولة في مختلف مراحلها مع الجهة المستفيدة من خطاب الضمان حتى إعادة

الخطابات إلى مصدرها⁽¹⁾.

إذا فإن خطاب الضمان المصرفي يختلف تكييفه باختلاف أنواعه وأشكاله، وما تقدم من خلاف مبناه الاختلاف حول جواز أخذ الأجرة على الكفالة. وفيما يأتي نوع آخر من أنواع عقود الائتمان في المصارف التقليدية والإسلامية، وهو الاعتماد المستندي.

الجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

(1)- الزعترى: الخدمات المصرفية، ص 361-362.

المبحث الثاني: الاعتمادات المستندية المصرفية

تمهيد

يعدّ الاعتماد المستندي من أهم وسائل الدفع وأكثرها انتشارا في عمليات التجارة الخارجية التي تتم بين الدول، حيث تتم البيوع بين طرفين، كل منهما موجود في دولة مختلفة عن دولة الآخر، لذلك فإن غالب المعاملات التجارية الدولية يتم الاتفاق بشأنها على أن يكون تسليم البضائع بموجب مستندات، فابتكرت المصارف التجارية نمطا أو أسلوبا ائتمانيا يجمع بين الخدمة المصرفية وأعمال التمويل، حيث تكون فيه وسيطا يقدم تعهدا أو اعتمادا لفتح الاعتماد، وهو المشتري أو العميل أو الأمر، ويقرر البنك في هذا التعهد أنه قد تم اعتماد تحت تصرف المستفيد أو البائع مبلغا من المال يدفع له مقابل مستندات تبين شحن سلعة معينة خلال مدة معينة.

فالاعتماد المستندي في عصرنا الحاضر يمثل الإطار الذي يحضى بالقبول من جانب سائر الأطراف الداخليين في ميدان التجارة الدولية، بما يحفظ مصالح المستوردين والمصدرين خاصة التجارة البحرية⁽¹⁾.

المطلب الأول: مفهوم الاعتماد المستندي وأهميته

الفرع الأول: تعريفه

الاعتماد في صورته العادية البسيطة هو تعهد من البنك بأن يضع تحت تصرف العميل مبلغا معيناً خلال مدة يتفق عليها معه، ويقوم العميل بسحب هذا المبلغ مجمداً أو منجماً، نقداً أو بسحب شيكات وكمبيالات على البنك، أو لا يقوم بسحبه على الإطلاق، وهو يختلف عن القرض بهذا المعنى، إذ العميل يتسلم المبلغ تنفيذا لعقد القرض، بينما لا يتسلمه في عقد الاعتماد البسيط، وإنما يظل له الحق في قبضه فقط، على أن يستخدم هذا الحق وقتما يشاء أو لا يستخدمه إطلاقاً⁽²⁾.

ويختلف الاعتماد المستندي عن الاعتماد البسيط، في أن العلاقة في فتح الاعتماد البسيط تنحصر بين العميل والمصرف دون أن تتعداها إلى طرف ثالث، بينما في الاعتماد المستندي فإن العلاقة تتعدى

(1)-إلياس ناصيف: الكامل في قانون التجارة، عمليات المصارف، منشورات البحر المتوسط، بيروت، ج3، ص437. الصدر: البنك اللاروي في الإسلام، ص131. الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ج5، ص491. فيصل محمود مصطفى النعيمات: مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي، دار واثل، ط1، 2005، ص13.

(2)-ناصيف: عمليات المصارف، ج3، ص436. علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج3، ص1053.

إلى الغير وهو الطرف المستفيد أو البائع⁽¹⁾.

لذلك، فقد وردت عدة تعاريف للاعتماد المستندي، ولعل أدق تعريف وأشمله هو للدكتور فيصل محمود مصطفى النعيمات: «هو عبارة عن تعهد مستقل ملزم في حالة الاعتماد القطعي، يصدر عن بنك (البنك المصدر) بناء على طلب أحد عملائه (العميل الأمر)، لصالح شخص ثالث (المستفيد)، يتضمن التزاماً من البنك بأن يدفع للمستفيد أو يتعهد بالدفع الموعود، أو يقبل سحوبات المستفيد أو يخصم سحب المستفيد، وذلك مقابل تقديم المستندات المحددة في الخطاب، وعلى أساس المستندات وحدها، إذا ما قدمت هذه المستندات في مدة صلاحية الاعتماد، وأن هذا التعهد مضمون بمجازة المستندات الممثلة لبضاعة منقولة أو مُعدة للنقل»⁽²⁾.

فقد اشتمل هذا التعريف على بيان أطراف عقد الاعتماد، وهم ثلاثة: العميل، والبنك والمستفيد، ويبيّن العلاقات الناشئة بين هذه الأطراف: فالعلاقة بين المستورد والمصدر أو البائع والمشتري، هي علاقة تعاقدية محكومة بالاتفاق أو التعاقد الذي قد يكون قائماً بينهما عند إبرام الصفقة التجارية، أما العلاقة بينهما وبين البنك الوسيط، فهي علاقة مجردة محصورة في نقل التعليمات بين الأمر والمستفيد حسب الشروط المحددة، وما على البنك الآخر -الذي غالباً ما يكون وكيلاً أو مراسلاً للبنك الذي فتح الاعتماد-، سوى أن يطبق الشروط الواردة في الاعتماد على المستندات المقدمة إليه، فإن كانت مطابقة قام بالتنفيذ بالدفع أو القبول، وإلا فإنه يتحفظ على قبول المستندات.

ويتبين أن أهم علاقة تنشأ، هي علاقة البنك المنشئ مع عميله الأمر بفتح الاعتماد⁽³⁾. كما يبيّن هذا التعريف طرق تنفيذ الاعتماد وهي: الدفع، التعهد بالدفع الموعود، قبول سحوبات المستفيد، أو خصم سحوباته.

الفرع الثاني: مراحل عملية فتح الاعتماد المستندي وبيان أشخاصه والمستندات المطلوبة فيه

يفتح الاعتماد المستندي أساساً بمناسبة استيراد بضائع من الخارج، فيفترض أن هناك علاقة بين بائع (أ) ومشتري (ب)، فيفتح البنك الاعتماد بناء على أمر المشتري (ب) تنفيذاً لالتزامه، حيث تتضمن عقود البيع عادة نصاً على فتح اعتماد مستندي بواسطة المشتري، وهذا النص يكون البائع مطمئناً إلى

(1)- ناصيف: عمليات المصارف، ج3، ص437.

(2)- مسؤولية البنك في قبول المستندات، ص20.

(3)- الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ج5، ص492-493.

حصوله على قيمة البضاعة بمجرد شحنها.

يقوم البنك بفتح الاعتماد لعملية (ب) بناء على تعاملاته السابقة معه إذا كان من عملائه القدماء، لصالح البائع أو المستفيد (أ)، بأن يرسل إليه خطاب اعتماد يتعهد فيه بأن يدفع إليه -أي إلى المستفيد- مبلغا هو قيمة البضاعة المنصوص عليها في هذا الخطاب إذا تقدم المستفيد حتى تاريخ معين. مستندات يعينها خطاب الاعتماد نفسه، ولا يقوم البنك بإخطار المشتري بأنه سيفتح له اعتمادا، وإنما يقوم بفتحه وإخطار البائع أو المستفيد مباشرة أو عن طريق بنك وسيط بواسطة خطاب الاعتماد، ثم يعلم المشتري بصورة من هذا الخطاب.

عندما يتلقى البائع (أ) خطاب الاعتماد، يشرع في إعداد البضاعة المطلوبة دون أن يرد على البنك المنشئ أو البنك المرسل بقبول الاعتماد⁽¹⁾. وكما يظهر من هذا الوصف، فإن عملية فتح الاعتماد تتم من طرف أربعة أشخاص:

1- العميل وهو المشتري أو الأمر بفتح الاعتماد، وتعبير (أمر) لا يعني أن البنك ملزم بتنفيذ طلبه، وإنما يتوقف على رضاه، ولكنه إذا رضي واختار فتح الاعتماد كان عليه أن يتقيد بالشروط والبيانات التي طلب العميل إدراجها.

2- البنك المنشئ، وهو الذي يفتح الاعتماد ويتعهد بدفع قيمة مقابل تقديم المستندات.

3- المستفيد أو البائع، وهو الذي يصدر الاعتماد لصالحه.

4- البنك المبلّغ: والغالب أن يختار البنك المنشئ مراسلا له في بلد البائع، ليقوم بتبليغ الاعتماد للمستفيد، دون أن يلتزم هو بشيء، ولكن قد يطلب البنك المنشئ إلى البنك الوسيط أو المبلغ إضافة تأييده إلى الاعتماد، فيصبح ملزما بنفس التزام البنك المنشئ، أي دفع قيمة الاعتماد، فيسمى المراسل حينئذ بالبنك المؤيد⁽²⁾.

أما عن المستندات التي يجوزها البنك المنشئ لفتح الاعتماد لصالح المستفيد، فقد جرى العرف التجاري، خاصة التجارة البحرية، على اعتماد عدة مستندات من أجل حسن وضمان تنفيذ الغاية التي

(1)- مصطفى النعمان: مسؤولية البنك في قبول المستندات، ص30-31. علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج3، ص1061-

1062.

(2)- علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج3، ص1062-1063.

فتح من أجلها الاعتماد، وأهم المستندات ثلاثة⁽¹⁾ وهي:

- **سند أو وثيقة الشحن:** وهو مستند يقدم من المصدر إلى المصرف الوسيط، ومن شأنه أن يثبت شحن البضاعة في حالة شحنها فعلا، أو يثبت استيلاء شاحنة الملاحه للبضاعة من قبل المصدر لشحنها، وهو يحوي اسم مرفأ الشحن في بلد المصدر، ومرفأ الوصول في بلد المستورد ونوع البضاعة وعددها ووزنها وغيرها... وتعد هذه الوثيقة من المستندات الرئيسة.

- **وثيقة أو بوليصة التأمين:** وهي الوثيقة الصادرة من شركة التأمين المعتمدة من طرف المصدر أو المستفيد من الاعتماد المستندي، والمتضمنة اعترافا من شركة التأمين بأن البضاعة المصدرة مؤمن عليها ضد بعض الأخطار، كالحريق والسرقة والتلف.

- **الفاتورة:** وهي عبارة عن مستند يحرره المصدر، ويتضمن بيانا للبضائع المرسله إلى المستورد، وجميع التفاصيل الخاصة بها، من ثمن وتأمين وأجرة نقل، وأية مصاريف أخرى يكون قد أنفقها على البضاعة، ولكن يجب أن لا تتجاوز هذه المطلوبات قيمة الاعتماد المستندي نفسه، وإلا رفض البنك الوفاء؛ وهناك مستندات أخرى مرفقة مع الثلاث الرئيسة السابقة، وأذكر منها: شهادة جنسية البضاعة، كشف مصاريف التأمين، كشف مصاريف النقل، قوائم الوزن وغيرها⁽²⁾.

الفرع الثالث: الأهمية الاقتصادية للاعتمادات المستندية

لما كانت البيوع الدولية تتم بين طرفين لا يعرف بعضهما بعضا غالبا، كان لزاما اللجوء إلى وسيط بين الطرفين، وتتم هذه الوساطة من خلال البنك، عن طريق فتح الاعتماد المستندي، فهو يساعد على إتمام الصفقات التجارية بين الدول في ثقة تامة، وموجدا توازنا بين مصالح طرفي العقد، محققا بذلك وظيفتين: الأولى: كونه أداة للوفاء، الثانية: كونه أداة ائتمان.

-الاعتماد المستندي أداة للوفاء

إن بعد المسافة التي تفصل بين البائع والمشتري، في عقود التجارة الدولية، قد يؤدي إلى تعارض للمصالح، فالبائع المصدر قد لا يكون على استعداد لشحن البضاعة قبل دفع الثمن، لمشتري قد يكون

(1)- ناصيف: عمليات المصارف، ج3، ص443، 446-447. علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج3، ص1063-1064.

مصطفى النعمان: مسؤولية البنك في قبول المستندات، ص88 فما يليها، ص135 وما يليها، ص152 وما يليها.

(2)- ناصيف: عمليات المصارف، ج3، ص448.

معرضا للإفلاس أو ماطلا في دفع ثمن البضاعة. وبالمقابل قد لا يكون المشتري على استعداد لدفع ثمن البضاعة قبل استلامها، ومن ثم فإن الاعتماد المستندي يوازن بين هذه المصالح المتعارضة؛ بأن يتعهد البنك بأن يدفع للمستفيد البائع لقاء تقديم مستندات معينة يتفق البنك وعميله على شروطها، ويضمن البنك ذلك في خطاب الاعتماد، ويضمن للبائع استلام الثمن بمجرد تقديم المستندات، ويضمن المشتري على وصول البضاعة المتفق عليها. فيحصل البائع على ثمن بضاعته، والمستورد يحمي نفسه ضد احتمال أي خطر يتعلق بعدم مطابقة البضاعة للمواصفات التي طلبها⁽¹⁾.

الاعتماد المستندي . أداة ائتمان

إضافة إلى كون الاعتماد المستندي أداة وفاء، فإنه كذلك يُعد أداة ائتمان لكل من البائع والمشتري على حد سواء؛ إذ يستطيع المستفيد من الاعتماد أن يحصل على ثقة المتعاملين معه، ويكون هؤلاء مطمئنين من جهة حقوقهم في حالة تزويدهم بما يحتاجونه من بضائع.

ويتيح الاعتماد المستندي للمشتري الحصول على التسهيلات اللازمة لتسويق بضاعته تمهيدا لتسديد ثمنها، من خلال حيازة المستندات وتصرفه فيها بالبيع أو الرهن حتى قبل وصول البضاعة إليه، إذن فإن حيازتها يمثل حيازة البضاعة ذاتها⁽²⁾.

المطلب الثاني: أنواع الاعتمادات المستندية وغطائها

الفرع الأول: أنواع الاعتمادات المستندية

تنقسم الاعتمادات المستندية إلى عدة اعتبارات:

- فهي من حيث مدى قوة الالتزام المصرفي ثلاثة أنواع: اعتمادات قابلة للإلغاء أو النقص أو الاعتمادات البدائية، والاعتماد غير قابلة للإلغاء أو النقص أو الاعتمادات النهائية أو القطعية، والاعتمادات المؤيدة.

- وهي من حيث قابلية الحقوق الثابتة فيها للانتقال من ذمة إلى أخرى، تنقسم إلى اعتمادات قابلة للتحويل، واعتمادات غير قابلة للتحويل⁽³⁾.

(1)- النعمات: مسؤولية البنك في قبول المستندات، ص 24-26 -بصرف-.

(2)- النعمات: مسؤولية البنك في قبول المستندات، ص 28. علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج 3، ص 1057.

(3)- علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج 3، ص 1066-1067.

-وتنقسم باعتبار طرق تنفيذ إلى اعتماد الدفعة المقدمة (أو الاعتماد ذي الشرط الأحمر)، اعتماد الوفاء أو الاعتماد بالإطلاع أو المنجز، اعتماد القبول، اعتماد الدفع المؤجل.

هذه أهم التقسيمات والأنواع، وهناك أنواع أخرى كثيرة درسها فقهاء القانون التجاري بإسهاب، ليس هذا محلها.

أولاً: الاعتمادات المستندية من حيث مدى قوة الالتزام المصرفي

1-الاعتماد المستندي القابل للإلغاء (الاعتماد الابتدائي)

الاعتماد القابل للنقض أو الإلغاء هو الذي صدره البنك لصالح المستفيد، ويحتفظ فيه بحقه في تعديله أو إلغائه في أي وقت دون سابق إنذار للمستفيد، وهذا النوع من الاعتماد ليس باعتماد بالمعنى الفني الدقيق؛ لأنّ الاعتماد معناه الثقة، وكونه قابل للنقض، يوحي بضعف الثقة والائتمان بين العميل الأمر والبنك⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أن البنك يحق له إلغاء الاعتماد أو تعديله مبدئياً، إلا أنه يظل ملتزماً تجاه عميله⁽²⁾ ويكون ملزماً كذلك تجاه البنك الوسيط؛ إذ الاعتماد القابل للنقض إذا كان قد بُلغ بواسطة البنك وكان قابلاً للاستفادة منه لديه، فإنه يجب على البنك المنشئ إذا أراد أن يلغي الاعتماد أن يخطر البنك الوسيط بذلك الإلغاء، حتى يمتنع هذا الأخير عن قبول المستندات وعن الوفاء بالاعتماد إذا تقدم المستفيد إليه⁽³⁾.

ويكون الاعتماد القابل للإلغاء قابلاً للاستفادة منه، إذا تقدم المستفيد إلى هذا البنك بمستندات شحن البضاعة، طالبا دفع قيمتها، وإذا كانت هذه المستندات مطابقة لبنود الاعتماد وتم الدفع، فيقبل منه البنك الوسيط ذلك قبل تلقيه إشعاراً من البنك المنشئ بإلغاء الاعتماد أو تعديله، شرط أن يكون البنك المراسل أو الوسيط مخولاً بتنفيذ الاعتماد وفقاً للأسلوب الذي تم به التنفيذ. بموجب توكيل البنك المنشئ⁽⁴⁾.

(1)-النعيمات: مسؤولية البنك في قبول المستندات، ص 41-42. غازي حسن عرفشه: مفهوم الاعتمادات المستندية في الاستيراد والتصدير، مكبات عكاظ السعودية، ط1، 1404هـ-1984م، ص 15-16.

(2)-ناصيف: عمليات المصارف، ج3، ص 450.

(3)-علم الدين: موسوعة أعمال البنوك، ج3، ص 1071.

(4)-غازي حسن: مفهوم الاعتمادات المستندية، ص 16.