

T.C.
İSTANBUL SABAHATTİN ZAİM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU ANABİLİM DALI
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM MUAMELÂT HUKUKUNDA KEFÂLET VE
TAAHHÜD KURALLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Yaser Ahmad Badr AHMAD

İstanbul
Mayıs, 2019

T.C
İSTANBUL SABAHATTİN ZAİM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU ANABİLİM DALI
İSLAM İKTİSADI VE HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM MUAMELÂT HUKUKUNDA KEFÂLET VE TAAHHÜD
KURALLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Yaser Ahmad Badr AHMAD

Prof. Dr. Hasan GADAOĞLU

İstanbul
Mayıs, 2019

Yaser Ahmad Badr AHMAD
Mays – 2019

SLAM MUAMELÂT HUKUKUNDA
KEFÂLET VE TEMİNAT KURALLARI

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Bu çalışma, jürimiz tarafından İslam İktisadı ve Hukuku Anabilim Dalı, İslam İktisadı ve Hukuku (Arapça) Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman Prof. Dr. Hasan GADAOĞLU



Üye Doç. Dr. Abdulmutalip ARPA

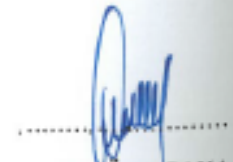


Üye Dr. Öğr. Üyesi Abdulkarim JAMOUS



Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylım.



Prof. Dr. Ömer ÇAHA
Enstitü Müdürü

BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ

Yüksek lisans tezi olarak hazırladığım İSLAM MUAMELÂT HUKUKUNDA KEFÂLET VE TAAHHÜD KURALLARI” adlı çalışmanın öneri aşamasından sonuçlandığı aşamaya kadar geçen süreçte bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle uyduğumu, tez içindeki tüm bilgileri bilimsel ahlak ve gelenek çerçevesinde elde ettiğimi, tez yazım kurallarına uygun olarak hazırladığımı, bu çalışmamda doğrudan veya dolaylı olarak yaptığım her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu beyan ederim.

Yaser Ahmad Badr AHMAD

لقد التزمت خلال الفترة من مرحلة اقتراح الرسالة باسم " أحكام الكفالة والضمان وقضايها المعاصرة (دراسة فقهية مقارنة)" وحتى نهاية إعدادي لهذه الرسالة بالقواعد الأخلاقية العلمية. وأقر بأنني قمت بإعداد جميع المعلومات وفقاً لقواعد كتابة الرسالة التي حصلت عليها في إطار الأخلاقيات العلمية والتقاليد، وأن جميع الاقتباسات التي استخدمتها في رسالتي بشكل مباشر أو غير مباشر هي كما وثقتها كما أثبتها في قائمة المراجع.

اسم الطالب

Yaser Ahmad Badr AHMAD

ÖZET
İSLAM MUAMELÂT HUKUKUNDA KEFÂLET VE TAAHHÜD
URALLARI

Yaser Ahmed Badr Ahmed
Yüksek Lisans İslam İktisadı ve Hukuku
Prof. Dr. Hasan GADAOĞLU
Mayıs, 2019,163 +IX sayfs

Kefalet ve garanti hükümleri ile bunların güncel meselelerini içeren bu tez çalışması, kefalet ve garantinin mefhumuna, insanların günlük hayatta bunları bilmesinin ne denli etki ve önem arz ediyor olmasına dikkat çekmektedir. Ayrıca insanın kefalet akdi yapması durumunda söylediği şeyin onun üzerindeki yaptırımı, garanti ya da kredi dolayısıyla gerçekleşen yerel ve dış ticarete kefalet ve garantinin önemiyetini konu almaktadır. Bunların yanı sıra hayat ve mal varlıklarını kapsayan sigortalara ve gerek toplum ve gerekse fertler için yapılan garanti ve kefalet sözleşmelerinde hakların tesbitine ve tüm bunların İslam ekonomisinin kalkınması ve gelişmesinde oynayacağı role ışık tutmaktadır.

Kefaletin her çeşidi ile ilintili tüm meselelerin tafsilatlı bir şekilde zikredilmesi, üzerinde ittifak edilen ve kendisinde ihtilafa düşülen hususların ortaya konması ve hadis metinlerinin tahkiki ile doğru olan görüşün saptanması da yine bu tezin ihtiva ettiği bir başka yöndür.

Anahtar kelimeler: Kefalet, garanti, teminat mektubu, senet ve güvence.

ABSTRACT

The Provisions of The Guarantee and Insurance and its Modern Issues

**Yaser Ahmed Badr Ahmed
Master Islamic Economics and law**

Letter Supervisor: Prof. Dr. Hasan Abo Ghuddah

May2019 ·163+ IX pages

This study "The Provisions of The Guarantee and Insurance and its Modern Issues" aims to identify the concept of sponsorship and guarantee and the importance of their knowledge and influence in the daily life of man, and the extent of man's responsibility for his commitment through his warranty contract, and his commitment to what he says and the importance of sponsorship and guarantee in foreign trade, and local through the letter of guarantee and documentary credit, His life and property, and the importance of documenting rights through the guarantee and guarantee contract for the individual and society, and the importance of this in the development and growth of the Islamic economy. The study included all the issues related to the issue of guarantee, both heritage and contemporary, to mention the issues in detail agreed upon and different in them and to indicate the differences and the most likely to achieve modern texts

Key words: Gurantee - Insurance - letter of guarantee - documentary credit – deposit.

ملخص

أحكام الكفالة والضمان وقضايهما المعاصرة دراسة فقهية مقارنة

ياسر أحمد بدر أحمد

ماجستير، الاقتصاد الإسلامي

إشراف البرفسور: أ.د. حسن أبو غدة

مايو، 2019، 163+XI صفحات

هدفت هذه الدراسة "أحكام الكفالة والضمان وقضايهما المعاصرة دراسة فقهية مقارنة" إلى التعرف على مفهوم الكفالة والضمان ومدى أهمية معرفتهما وتأثيرهما في حياة الإنسان اليومية ومدى مسؤولية الإنسان عن التزامه من خلال عقده للكفالة والتزامه لما يقوله ومدى أهمية الكفالة والضمان في التجارات الخارجية، والمحلية من خلال خطاب الضمان والاعتماد المستندي، وكذا أهميته معرفة التأمين على حياته وممتلكاته، ومدى أهمية توثيق الحقوق من خلال عقد الكفالة والضمان بالنسبة للفرد والمجتمع، ومدى أهمية ذلك في تطور ونمو الاقتصاد الإسلامي. وقد احتوت الدراسة على كل المسائل التي تتعلق بموضوع الكفالة سواء التراثية والمعاصرة من ذكر المسائل بالتفصيل المتفق عليها والمختلف فيها وبيان أوجه الاختلاف والمختار مع تحقيق النصوص الحديثة.

الكلمات المفتاحية: الكفالة، الضمان، خطاب الضمان، الاعتمادات المستندية، التأمين.

شكر وتقدير

لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر والتقدير والعرفان بالجميل للجمهورية التركية حكومة وشعباً، الذين فتحوا باب التيسير للطلاب من كافة بقاع العالم كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان لجامعة إسطنبول صباح الدين زعيم، لما تقدمه من تسهيل ورعاية للطلبة ولإتمام هذه الدراسة. كما أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان لأستاذنا الدكتور الفاضل، أستاذي والمشرف على هذه الدراسة الدكتور حسن أبو غدة على تفضله بقبول الإشراف على هذه الدراسة رعاية، وتوجيها، فكان إرشاداته القيمة الأثر الكبير في إخراج هذه الدراسة بهذه الصورة.

ياسر أحمد بدر أحمد
إسطنبول _ 2019م

المحتوى

i.....	المصادقة
ii.....	التعهد
iii.....	Özet
v.....	Abstract
iv.....	الملخص
vi.....	شكر وتقدير
vii.....	المحتويات
1 الباب الأول: تعريف الكفالة والضمان، وبيان مشروعيتها وأركانها، وأقسامها:	
1.....	1.1 الفصل الأول:
1.....	1.1.1 مدخل
2.....	1.1.2 موضوع الدراسة
2.....	1.1.3 أهمية الدراسة
اختيار	1.1.4 أسباب
2.....	الموضوع
3.....	1.1.5 أهداف الدراسة
3.....	1.1.6 أسئلة الدراسة
3.....	1.1.7 الدراسات السابقة
5.....	1.1.8 جديد الدراسة
6.....	1.1.9 منهج الدراسة
7.....	1.1.10 خطة الدراسة
1.2 الفصل الثاني: تعريف الكفالة والضمان لغة واصطلاحًا، والألفاظ ذات الصلة بها:	
8.....	1.2.1 تعريف الكفالة والضمان لغة واصطلاحًا
8.....	1.2.1.1 تعريف الكفالة والضمان
8.....	1.2.1.2 لغةً تعريف الكفالة والضمان

				اصطلاحاً.....9
1.2.2	الفرق بين الكفالة والضمان، والألفاظ ذات الصلة بهما			
				13.....
1.2.2.1	الفرق بين الكفالة والضمان			
1.2.2.2	الألفاظ ذات الصلة بالكفالة والضمان			13.....
				14.....
1.3	الفصل الثالث: أقسام الضمان وأركانه وأدلته			
				16.....
1.3.1	أقسام الضمان			16.....
1.3.2	حكم ومشروعية الكفالة والضمان والحكمة من مشروعيتها			
				20.....
1.3.2.1	حكم الضمان والكفالة			
				20.....
1.3.2.2	أدلة مشروعية الضمان والكفالة			
				23.....
1.3.2.3	الحكمة من مشروعية الضمان والكفالة			
				29.....
1.3.3	أركان الضمان وشروط الكفالة أو الضمان			
				30.....
1.3.3.1	شروط الضامن أو الكفيل			
				30.....
1.3.3.2	أركان الضمان وشروط المضمون عنه			
				43.....
1.3.3.3	أركان الضمان وشروط المضمون له			
				51.....
1.3.3.4	أركان الضمان وشروط المضمون به أو المكفول به			
				57.....
1.3.4	الصيغة			
				84.....
1.3.4.1	دلالة الصيغة على الالتزام			
				84.....
1.3.4.2	تعليق الصيغة			

89.....	وإضافتها
2	الباب الثاني: آثار الكفالة والضمان
93.....	وانقضاءهما
2.1	الفصل الأول: آثار الكفالة والضمان بين المكفول له
93.....	والكفيل
2.1.1	حق المكفول له في المطالبة
93.....	
2.1.2	تعدد الكفلاء، وفيه مطالب
98.....	
2.1.3	أثر العلاقة بين الكفيل والضامن والمكفول له
101.....	
2.1.3.1	رجوع الكفيل على المكفول عنه
101.....	
2.1.3.2	متى يرجع الكفيل؟
104.....	
2.1.3.3	بم يرجع الكفيل؟
104.....	
2.1.4	براءة ذمة الميت من الدين المضمون عنه
106.....	
2.2	الفصل الثاني: انقضاء الكفالة والضمان
109.....	
2.2.1	طرق انقضاء الكفالة
109.....	
2.2.1.1	الأداء، أو ما هو في معنى الأداء
109.....	
2.2.1.2	اتحاد الذمة
110.....	
2.2.1.3	المقاصّة
110.....	
2.2.1.4	الإبراء
111.....	
2.2.1.5	الصلح
111.....	
2.2.1.6	الحوالة
112.....	
2.2.1.7	فسخ الدين المكفول أو إبطاله
113.....	
2.2.1.8	الموت
113.....	
3	الباب الثالث: قضايا معاصرة من الكفالات والضمانات المالية
114.....	
3.1	الفصل الأول: خطاب الضمان
114.....	

وأركانها	الضمان	خطاب	3.1.1 حقيقة
		114.....	وأهدافه
الضمان	خطاب	إصدار	3.1.2 طريقة
		116.....	وأنواعه
لخطاب		الفقهي	3.1.3 التكيف
		119.....	الضمان
إصدار	مقابل	المصرف	3.1.4 ما يأخذه
		119.....	الخطاب
خطاب		انتهاء	3.1.5 طرق
		123.....	الضمان
الاعتمادات		الثاني:	3.2 الفصل
		127.....	المستندية
127.....		المستندية	3.2.1 حقيقة الاعتمادات
المستندية	للا اعتمادات	الفقهي	3.2.2 التكيف
		129.....	وحكمه
التأمين		الثالث:	3.3 الفصل
		130.....	التجاري
وعناصره	التجاري	التأمين	3.3.1 حقيقة
		130.....	ومفهوم عقد خصائصه
132.....		التجاري	3.3.2 نشأة التأمين
133.....		التجاري	3.3.3 أنواع التأمين
الشريعة	في نظر	التجاري	3.3.4 حكم عقد التأمين
		135.....	الإسلامية
139.....			النتائج
150.....			التوصيات
151.....			الخاتمة
152.....			المراجع
162.....			السيرة الذاتية

يجعل ذلك خالصاً لوجه الكريم، موجباً للفوز لديه في جنات النعيم، وأن ينفع به العباد في عامة البلاد، وأن يسلك بي سبيل الرشاد، ويلهمني الصواب والسداد، ويقبل عثراتي.

1.1.2 موضوع الدراسة:

إن موضوع الكفالة والضمان هنا يناقش تعريف الكفالة والضمان ومدى أهميتهما في حفظ الحقوق والالتزام بها وعدم ضياعها، أن يكون على إنسان دين لآخر أو حق فيضمنه آخر ويكون الحق في ذمتها جميعاً ويلتزم هذا الضامن الدين للمضمون له فيوفيه له عند تعذر الأخذ ممن عليه الدين، أو يتكفل بإحضار من يستحق حضوره.

وكذلك يناقش مشروعيتها وأركانها وشروطها وكيفية ابتدائها وانتهائها وبعض المسائل المعاصرة التي تخص الضمان والكفالة.

1.1.3 أهمية الدراسة:

ويبرز فيما يلي:

أ - أنها تعرض لقضية من أهم قضايا الفقه الإسلامي؛ ذلك أن الضمان والكفالة يتناول عدداً من العقود، ويكثر السؤال عنه في الحياة العملية اليومية.

ب - تيسير التعرف على الحكم الشرعي في هذا الموضوع وبخاصة مسأله المعاصرة؛ لأن الكثير من المنازعات والخصومات تقع فيه.

1.1.4 أسباب اختيار الموضوع:

قد دفعني لاختيار هذا البحث في هذا الموضوع أسباب عدة من أبرزها:

أ - لم أجد فيما وقفت عليه بحثاً شاملاً قام بدراسة الموضوع بكل طرقة دراسة فقهية مقارنة مع ذكر القضايا المعاصرة وعليه فإن البحث في هذا الموضوع دراسة مقارنة يعد أمراً مهماً وجديداً.

ب - بيان هذه القضية وقواعدها ومبادئها في الفقه الإسلامي، ووضع ذلك في رسالة مستقلة تحتوي تفاصيلها، وذلك محاولة مني في إضافة شيء جديد إلى المكتبة الإسلامية، لعل الله أن ينفع به، وينير الطريق أمام طلبة العلم والباحثين.

1.1.5 أهداف الدراسة:

لا شك أن لكل بحث أهدافاً سامية يسعى الباحث إلى تحقيقها، ومن أبرز أهداف هذا البحث:

أ - تلبية حاجة الناس وطلبة العلم إلى معرفة أحكام الكفالة والضمان.
ب - بيان القضايا المعاصرة التي نزلت بالمسلمين التي تختص بأحكام الكفالة والضمان.

ج - بيان الحلول الشرعية المجيزة للكفالة المعاصرة.
1.1.6 . أسئلة الدراسة:

1 - هل الناس بحاجة إلى معرفة أحكام الكفالة والضمان في أمور دينهم ودنياهم؟

2 - هل هناك صور معاصرة للكفالة، وما مدى جوازها؟ وهل بالناس حاجة إليها؟

3 - هل الشريعة الإسلامية فيها من الحلول التي تجيز وتيسر على الناس في موضوع الكفالة وقضاياها المعاصرة؟
1.1.7 . الدراسات السابقة:

في أثناء اطلاعي على مصادر هذا الموضوع وجدت أن معظم أمّات الكتب الفقهية قد تناولته؛ تحت اسم الكفالة أو الضمان أو الزعامة أو الحمالة أو غيرها، وأما الكتب والأبحاث الحديثة فما وجدت حسب اطلاعي إلا سبعة أبحاث في هذا الموضوع، خمسة منها تناولت موضوع البحث بكلام مختصر، فلم أجد -حسب ما توصلت إليه من مصادر قديمة وحديثة- كتاباً شاملاً لجميع جزئيات البحث واثنان منها تتكلم عن الضمان بالمعنى العام وهو الإتلاف، فمن الكتب المعاصرة التي تحدثت عن الموضوع:

1- "الكفالة أنواعها وطرق الإبراء منها" تأليف محمود أحمد مروح مصطفى، وهو كتاب وسط الحجم يقع في (168) صفحة، طبعة دار النفائس تاريخ النشر: 2003 ذكر فيه أنواع الكفالة، وطرق الإبراء منها بطريقة مختصرة وهذا ظاهر من حجمه.

2- "الكفالة في ضوء الكتاب والسنة والتطبيق المعاصر"، لفضيلة الدكتور علي أحمد السالوس وهو ضمن كتابه: (فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون) الناشر: دار الثقافة قطر، مكتبة دار القرآن الطبعة: السابعة سنة النشر: 1429 هـ. عدد المجلدات: 1 عدد الصفحات: (1438) وقد عرض مؤلفه موضوع الكفالة في الجزئيات التي كتب فيها بشكل موفق.

حيث تحدث في ثنايا الكتاب عن تعريف الكفالة بشكل مُوسع، وعن ورود الكفالة في القرآن الكريم والسنة، ومن ثم أركان الكفالة في خمسة فصول على الترتيب الآتي: الصيغة، الكفيل، المكفول له، المكفول عنه، المكفول به، وكفالة النفس وكفالة المال، وأثار الكفالة، وعلاقة كل من المكفول له والمكفول عنه بالكفيل، وبماذا يرجع الكفيل ومتى يرجع؟ والأمور التي تنقضي بها الكفالة كالإداء والإبراء والفسخ والموت وغيرها.

وقد عَرَضَ في نهاية بحثه صور الكفالة المعاصرة، ورغم ما تميزت به فصول هذا الكتاب وأبوابه من عرض لموضوع الكفالة، إلا أنه في مجمل عرضه كان عرضاً مختصراً، ولعل فضيلته لم يتطرق لبعض الجزئيات لندرة حدوثها أو لأمر ما، كالتوكيل في الكفالة وغيرها من محاور دقيقة، مر عليها مرور الكرام، حسب المنهج الذي ارتضاه في بحثه مما يشجع على السير قدماً في تخصيص بحث علمي، كرسالة علمية تكون شاملة لكافة الجزئيات والنقاط المهمة.

3- "شروط الضمان" بحث محكم تأليف الدكتور: عبد الرؤوف محمد أحمد الكمالي، ضمن مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية التابعة لجامعة الكويت العدد الخامس والأربعين، و (77)صفحة من ص(173 إلى 250) ذكر فيها شروط الضمان.

4 - "الكفالة في الشريعة الإسلامية" إعداد الطالب محمد حسين حمد العواودة. رسالة ماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا في جامعة الخليل 1428هـ_2007م

تكلم فيها الباحث على أهمية الكفالة وتعرفها وشروطها ومشروعيتها وبعض صور الكفالات المعاصرة كخطاب الضمان والاعتمادات المستندية وطرق إنهاؤها.

5- "الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة" للباحث أسامة يعقوب الأيوبي وهي رسالة لنيل درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة سنة 2009م وقد ذكر أركان وشروط الكفالة لكن لم يستوعب أقوال واختلاف الفقهاء في المسألة ولم يتطرق للمسائل المعاصرة منها كالتأمين وخطاب الضمان والاعتمادات المستندية.

6- "نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام" تأليف الأستاذ الدكتور محمد فوزي فيض الله الأزهرى الحنفي الحلبي رحمه الله طبعة دار التراث

الكويت طبعة 1406 هـ 1986م. وقد عرج فيه مؤلفه على مسائل الضمان وأصل الكتاب يتكلم فيه مؤلفه عن التضمين والإتلاف أكثر منه عن الضمان بمعنى الألتزام كما في "نظرية الضمان" للدكتور وهبة الزحيلي الآتي ذكره.

7- "نظرية الضمان" للدكتور وهبة الزحيلي طبعة دار الفكر المعاصر ، دمشق طبعة 1433 هـ 2012م. وقد عرج فيه على مسائل الضمان وأصل الكتاب يتكلم فيه مؤلفه عن التضمين والإتلاف أكثر منه عن الضمان بمعنى الألتزام وكذا أغلب من كتب عن نظرية الضمان.

ولعل هذه الدراسات المعاصرة التي ذكرتها من أهم الدراسات التي تناولت الموضوع بالبحث والدراسة، والتي يظهر أنها تناولت هذا الموضوع بشكل مختصر في بعض الجزئيات، كما أن هناك قضايا في غاية الضرورة يجب أن تضاف لهذا الموضوع بمزيد من البحث والتنقيب، من أجل الوصول إلى الحق والصواب - بإذن الله تعالى- فأسأل الله أن يجزيهم خير الجزاء على ما أناروا به الطريق لطلاب العلم بهذه الكتابات المباركة، وأن ينفع بهم وبعلمهم، وأن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم. آمين.

1.1.8. الجديد في الدراسة:

قد قمت بجمع المادة العلمية وأقوال الفقهاء في كل مسألة وقارنت المذاهب الفقهية وبيّنت المختار من المرجوح منها مع ذكر الأدلة على هذا. وبيّنت القضايا المعاصرة والإشكالات التي تواجه البنوك وأتيت بالحلول الشرعية لحل هذه المشاكل ومن أهمها بل هي من أعظم فوائد هذا البحث أني أتيت بطريقة شرعية لأخذ الأجرة على خطاب الضمان والاعتمادات المستندية وهي المشكلة الكبرى التي تواجه جميع المصارف الإسلامية.

1.1.9. منهج الدراسة وإجراءاتها:

نظراً لأهمية البحث، وفي الخروج بنتائج موضوعية فقد آثرت أن أتبع في دراستي المنهج (الاستقرائي، الاستنباطي) وذلك يقتضي استقراء الأقوال، والأدلة، وتمحيصها، وترجيح ما هو أقوى حجة وتحليل هذه الأقوال وكذا استنباط الأحكام الفقهية وذلك من خلال ربط بين العقل، والمقدمة، والموضوع وعلله، والنتائج، على أساس التأمل والمنطق، كما أنه دائماً يبدأ بالكلّ ويتدرّج إلى الجزء، للتوصل إلى نتائج عملية فُسِّرت بطريقة موضوعية تنسجم مع المعطيات الصحيحة للظاهرة.

وتحقيقاً لمقتضيات المنهج العلمي على أكمل وجه، قمت بما يلي:

- 1- الاعتماد والرجوع إلى المصادر الأصلية في كل مسألة من الكتب المعتمدة في المذهب؛ ابتغاء الأمانة، مع عدم إغفال المؤلفات الحديثة التي عُنت بمفردات البحث أو بعضها.
- 2- التمهيد للمسألة بما يوضحها عند احتياج المقام إلى ذلك.
- 3- أبين حكم كل مسألة، وهل هي متفق عليها أم مختلف فيها، فإن كانت مختلفاً فيها قمت بتحرير محل الخلاف في كل مسألة، وبينت مع الأدلة المختار من المرجوح.
- 4- أذكر القول الأول وأدلته، ثم القول الثاني وأدلته، ثم أرجح بينهما في النهاية، وفق مناهج البحث العلمي، وذلك من خلال تحليل الأدلة واستنباط الأحكام منها.
- 5- أذكر نصوص العلماء في المسألة الغامضة أو الموهمة غالباً بعد ذكر القول؛ لزيادة التأكيد والإيضاح.
- 6- أقوم بعزو الأقوال ونصوص الفقهاء إلى مواضعها من كتبهم، إلا إذا تعذر العزو إلى الأصل فأذكر أقدم الكتب التي في ذلك.
- 7- أوثق الآيات القرآنية ببيان اسم السورة ورقم الآية من مصحف المدينة.
- 8- أخرج الأحاديث النبوية من مصادرها الرئيسية في كتب السنة ببيان ذكر رقم الحديث والحكم على كل حديث في غير صحيح البخاري ومسلم.
- 9- أرجع إلى المصادر اللغوية في معرفة المعاني اللغوية والتعريفات الفقهية المعتمدة في معرفة معاني المصطلحات التي ترد في البحث.
- 10- أراعي القواعد النحوية والإملائية وعلامات الترقيم.
- 11- أوضح معاني الألفاظ والكلمات الغامضة والغريبة.
- 12- أضبط بالشكل حروف الكلمات الغريبة والموهمة.
- 13- أترجم ترجمة موجزة لغير المشهورين من الأعلام.
- 14- أذكر في قائمة المصادر والمراجع المعلومات المتعلقة بالمراجع (اسم المؤلف واسم الكتاب واسم الناشر ورقم الطباعة، مكانها وتاريخها...).
- 15- وقد ختمت الدراسة بملخص كامل للدراسة ليسهل على الباحثين معرفة الأحكام الشرعية الواردة فيها.
- 16- ثم ختمتها ببعض التوصيات للبنوك والباحثين بالنظر لما قدمه الباحث من حلول شرعية من جواز أخذ الأجرة على خطاب الضمان والاعتماد المستندي

الذي يحصل بسببه ربح كبير للبنوك

1.1.10. خطة الدراسة:

اشتمل هذا البحث على ثلاثة أبواب، وخاتمة.

المقدمة وتشتمل على:

- مدخل الدراسة.
- موضوع الدراسة
- أهمية الدراسة
- أسباب اختيار الموضوع.
- أهداف الدراسة.
- أسئلة الدراسة.
- الدراسات السابقة.
- جديد الدراسة.
- منهج الدراسة.

الفصل الثاني: تعريف الكفالة والضمان لغة واصطلاحاً، والألفاظ

ذات الصلة بها، ويحتوي على مبحثين:

1.2.1 تعريف الكفالة والضمان لغة واصطلاحاً: وفيه مطلبان:

1.2.1.1 تعريف الكفالة والضمان لغة:

الكفالة في اللغة: "الضمان، يقال: كَفَلَ الرَّجُلُ وبالرَّجُلِ كِفْلاً، وكَفَالَةً: ضَمَّنَهُ، ويقال: كَفَلَ المَالَ، وكَفَلَ عنه المَالَ لغريمه، فهو كافل، وأكْفَلْتُ فلاناً المَالَ، أي: جَعَلْتُهُ يَضْمَنُهُ"⁽¹⁾.

قال ابن منظور⁽²⁾: "كفل المال وبالمال: ضَمِنَهُ، أبو زيد: أَكْفَلْتُ فلاناً المَالَ إِكْفَالاً إذا ضَمَّنْتُهُ إِيَّاهُ".

وقال ابن منظور أيضاً: "الضمين الكفيل، ضمن الشيء، وبه ضمناً وضمناً: كَفَلَ به، وضمَّنَهُ إِيَّاهُ كَفَلَهُ"⁽³⁾.

وقد يأتي الضمان لمعانٍ أخرى، منها: الاحتواء، والالتزام، والصون، والحفظ والكفالة والرعاية. فجاء بمعنى الكفالة والالتزام في الحديث عن أبي هريرة قال: قال رسول الله: "تَضَمَّنَ اللهُ لِمَنْ خَرَجَ فِي سَبِيلِهِ لَا يُخْرِجُهُ إِلَّا جِهَاداً فِي سَبِيلِي وَإِيمَاناً بِي وَتَصَدِيقاً بِرُسُلِي فَهُوَ عَلَيَّ ضَامِنٌ أَنْ أُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ،...."⁽⁴⁾.

وأما الضمان الذي يأتي بمعنى الحفظ والصون والرعاية قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الإمام ضامن والمؤمن مؤتمن اللهم أرشد الأئمة واغفر للمؤذنين"⁽⁵⁾.

(1) ابن منظور لسان العرب مادة(كفل)، و(ضمن)، تأليف: الإمام: محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري المعروف المتوفي سنة 711هـ دار النشر دار صادر-بيروت – الطبعة الأولى.
(2) هو محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الروبوعي الإفريقي، صاحب "لسان العرب": الإمام اللغوي الحجة. أشهر كتبه "لسان العرب"، جمع فيه أمهات كتب اللغة، فكاد يغني عنها جميعاً. توفي: سنة 711هـ. يُنظر: الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لابن حجر(15/6) والوافي بالوفيات للصفدي(38/5).

(3) ابن منظور لسان العرب مادة(كفل) ويُنظر: ابن الأثير النهاية في غريب الحديث والأثر (85/3) (162/4) تأليف: ابن الأثير (المتوفى: 606هـ) تحقيق طاهر أحمد الزاوي، ومحمود محمد الطناحي، دار الباز للنشر والتوزيع، مكة المكرمة. والنووي تحرير ألفاظ التنبيه (1/203)، والزيبي تاج العروس (335/30) المؤلف: الزبيدي (المتوفى: 1205هـ)المحقق: مجموعة من المحققين -الناشر: دار الهداية.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه (1876) تأليف الإمام: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت.

(5) أخرجه أبو داود في سننه (517) وابن خزيمة في صحيحه(1528) وابن حبان في

فالمراد بالضمان هنا إنما هو الرعاية والحفظ وليس ضمان الغرامات، لأن المؤذن يحفظ صلاة القوم كما يقول ابن الأثير⁽⁶⁾.

فالضمان كما تقدم يراد به الالتزام، والكفالة والاحتواء، والحفظ والرعاية، والصون والغرم وهو المقصود من بحثنا هذا.

1.2.1.2. تعريف الكفالة والضمان اصطلاحاً:

تعددت عبارة الفقهاء في تعريف الكفالة والضمان بناءً على الأحكام المترتبة عليها في كل مذهب.

أولاً: تعريف الحنفية:

للحنفية تعريفان هما:

الأول: الكفالة هي: "ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة".

الثاني: "هي ضم الذمة إلى الذمة في الدين"⁽⁷⁾.

ويوافق التعريف الأول ما ذكره قدرى باشا في "مرشد الحيران"⁽⁸⁾، حينما عرّف الكفالة بقوله: "هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين"⁽⁹⁾.

وأما الإمام ابن عابدين⁽¹⁰⁾ فيرى أن من عرّف الكفالة بالضم في الدين، إنما

صحيحه(1091) وقال الهيتمي في مجمع الزوائد مجمع(2/2): أخرج البزار ورجاله كلهم موثقون.

(6) هو المبارك بن محمد بن محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني الجزري، أبو السعادات، مجد الدين: المحدث اللغوي الأصولي. من كتبه "النهاية في غريب الحديث"، و"جامع الأصول في أحاديث الرسول" وتوفي سنة 606هـ. سير أعلام النبلاء(479/21، 481) وطبقات الشافعية(60/2، 62).

(7) يُنظر: المرغيباني الهداية شرح البداية (87/3) للإمام أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشداني المرغيباني المتوفي سنة 593هـ دار النشر: المكتبة الإسلامية. وابن نجيم البحر الرائق (221/6).

(8) هو محمد قدرى باشا الحنفي المتوفى سنة 1306هـ. ولد في مدينة ملوي في صعيد مصر لأب تركي جاء مصر واستوطنها ولأم مصرية الأصل حسنية النسب وقد عين محمد قدرى باشا عقب تخرجه بمدرسة الألسن مترجماً بوزارة المالية ثم سافر إلى الشام مترجماً لوليها شريف باشا المعين من قبل الحكومة المصرية التي بسطت سلطتها عليه بعد طرد العثمانيين منه، من ثم سافر إلى الأستانة مع شريف باشا ليعود إلى مصر أيام الخديوي اسماعيل حيث عمل مربياً لولي العهد توفيق وأخوته ولم يطل به المقام في ذلك فعين مستشاراً بالمحاكم المختلطة ثم اختير ناظراً للحقانية ثم وزيراً للمعارف فتره قصيرة يعود بعدها وزيراً للحقانية مره أخرى. من مقدمة مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان(11/10/1)

(9) قدرى باشا مرشد الحيران (822) دار الفرجاني.

(10) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي. كان فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره. صاحب "رد المحتار علي الدر المختار" المشهور بحاشية ابن عابدين،

أراد تعريف نوع منها فقط، وهو الكفالة بالمال، وأما الكفالة بالنفس والأعيان فهي في المطالبة اتفاقاً، وهما ماهيتان لا يمكن جمعهما في تعريف واحد(11).

ولهذا يترجح التعريف الأول "ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة"؛ لشموله قسمي الكفالة والضمان جميعاً، ولقصور الثاني أمامه، فالكفالة كما أنها تصح بالمال إجماعاً فإنها تصح بالنفس، ولا دَيْن في النفس، وهذا التعريف هو المرجح عند أكثر فقهاء الحنفية(12).

ثانياً: تعريف المالكية: عرف المالكية الضمان بـ"أنه التزام مُكَّف غير سفيه ديناً على غيره، أو طلبه مَنْ عليه لمن هو له"(13).

ثالثاً: تعريف الشافعية:

عرّف الشافعية الضمان بقولهم: "التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره"(14).

لكن الإمامان الماوردي والنووي فرقا بين لفظي الضمان والكفالة في الاستعمال، فالكفالة خاصة عندهم بإحضار بدن المكفول والضمان خاص بإحضار المال، ولذا يُقال: كفالة البدن وضمان المال(15).

رابعاً: تعريف الحنابلة:

قد تعددت عبارات الحنابلة في تعريف الضمان.

فجاء في المغني: "الضمان: هو ضمُّ ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه

وابنه محمد علاء الدين (1244 – 1306 هـ) المشهور أيضا بابن عابدين صاحب " قررة عيون الأخيار " الذي هوتكلمة الحاشية واردة الذكر . توفي سنة 1252 هـ يُنظر: الأعلام للرزكلي (267/6).

(11) ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار (5 / 281- 282) دار النشر: دار الفكر، بيروت - لبنان، 1421 هـ-2000م.

(12) يُنظر: العيني البناية شرح الهداية (7 / 537) وابن الهمام شرح فتح القدير (7 / 163) وابن عابدين حاشية رد المحتار (5/282).

(13) الصاوي حاشية الصاوي على الشرح الصغير (3/272) المؤلف: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241 هـ) طبعة دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان- الطبعة الأولى.

(14) زكريا الأنصاري أسنى المطالب (2/235) تأليف شيخ الإسلام: زكريا الأنصاري المتوفى 926 هـ، دار النشر: دار الكتب العلمية- بيروت- 1422 هـ-2000م الطبعة الأولى تحقيق د/محمد محمد تامر، والخطيب الشربيني: مغني المحتاج(3/161) والجملة حاشية الجمل علي شرح المنهاج (3 / 377) تأليف الإمام: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجملة (المتوفى: 1204 هـ) دار النشر: دار الفكر ببيروت.

(15) يُنظر: النووي روضة الطالبين (4/253)، والخطيب الشربيني مغني المحتاج(3/161).

في التزام الحق، فيثبت في ذمتها جميعاً" (16).
 وأما الإمام البهوتي (17) فعرفه بقوله: "الضمان: هو التزام من يصح تبرعه بما وجب، أو قد يجب على غيره مع بقائه" (18).
 فتعريف البهوتي أضاف أنه لا يصح إلا ممن يصح تبرعه وسواء كان الحق واجباً أو قد يجب بعد وهو ضمان ما لم يجب. والحنابلة يفرقون أيضاً بين الكفالة والضمان، فيعرفون الكفالة بقولهم: "هي التزام رشيد إحضار مَنْ عليه حق مالي لربه" (19).
 ومع هذا التقريب عندهم، فإنهم يجيزون انعقاد الكفالة بأي لفظ من ألفاظ انعقاد الضمان؛ لأنها نوع منه فانعقدت بما ينعقد به، فالضمان عام والكفالة خاصة (20).

التعريف المختار

الضمان: "التزام مُكَلَّف غير سفيه ديناً وجب أو سيجب على غيره مع بقائه، أو طلبه مَنْ عليه لمن هو له".
 وهذا التعريف يشمل ضمان الدين الواجب والذي سيجب وكذا يشمل الكفالة بالنفس بإحضار من عليه الحق لمن هو له، وهو أولى هذه التعريفات وأرجحها لشموله الكفالة بالنفس والضمان بالمال.

(16) ابن قدامة المغني مع الشرح الكبير (6/ 313) ط دار الحديث القاهرة تحقيق الدكتور محمد شرف الدين خطاب ، والدكتور السيد محمد السيد. والكافي (2/160) دار النشر: المكتب الإسلامي- بيروت.

(17) هو منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن إدريس البهوتي ، فقيه حنبلي ، وشيخ الحنابلة بمصر في عهده ، نسبته إلي (بهوت) في الغربية بمصر ، له "الروض المربع بشرح زاد المستنقع المختصر من المقنع" ، و"البهوتي كشاف القناع عن متن الإقناع" للحجاوي ، و"دقائق أولي النهي لشرح المنتهي" وكلها في الفقه توفي سنة (1051هـ). يُنظر: "الأعلام" للزركلي (8/249).

(18) البهوتي كشاف القناع (3/424، 423) والبهوتي الروض المربع (2/180)، والرحيبياني مطالب أولي النهى (3/292).

(19) البهوتي الروض المربع (6/441)، والبهوتي شرح منتهى الإرادات (2/252).

(20) الرحيبياني مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (3/314) المؤلف: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبياني مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: 1243هـ) الناشر: المكتب الإسلامي 1961م.

1.2.2. الفرق بين الكفالة والضمان والألفاظ ذات الصلة بالكفالة: وفيه مطلبان:

1.1.2.1. الفرق بين الكفالة والضمان:

الضمان والكفالة من حيث اللغة معناهما واحد عند عامة العلماء. قال الإمام السرخسي (21): "هذا العقد اسمه الكفالة وموجبه الضمان" (22).

أما في اصطلاح الفقهاء: فإن غالب استعمالهم أنهم يطلقون لفظ الكفالة ويريدون بها التزام إحضار النفس ويطلقون لفظ الضمان، ويريدون به التزام المال.

قال الإمام الماوردي (23): "غير أن العرف جارٍ بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والزعيم في الأموال العظام، والكفيل في النفوس، والصبير في الجميع" (24).

ومن الفروق أيضاً بين الضمان والكفالة أن الضمان إنما يكون بالمال وأن الكفالة تكون بالنفس، ألا ترى أنك تقول: كفلت زيداً، وتريد بهذا إذا التزمت تسليمه، و تقول: ضمنت الأرض أي إذا التزمت أداء الأجر عنها، ولا يمكن أن يقال: كفلت الأرض لأن عينها لا تغيب فتحتاج إلى إحضارها، فالضمان التزام ما على المضمون، والكفالة التزام نفس المكفول به، ومنه يقال: كفلت الغلام إذا ضمته إليك لتعوله، ولا تقول: ضمنتته؛ لأنك إذا طولبت به لزمك

(21) هو محمد بن أحمد بن أبي سهل؛ أبو بكر؛ السرخسي من أهل (سرخس) بلدة في خراسان، ويلقب بشمس الأئمة، كان إماماً في فقه الحنيفة، من تصانيفه: "المبسوط" في الفقه، و"الأصول" في أصول الفقه، و"شرح السير الكبير" للإمام محمد بن الحسن توفي سنة (483هـ). يُنظر "الفوائد البهية" ص (158)؛ و"الجواهر المضية" (28/2).

(22) السرخسي المبسوط (168/19) دار النشر دار المعرفة ببيروت.

(23) هو علي بن محمد بن حبيب الماوردي، نسبته إلي بيع ماء الورد. ولد بالبصرة وانتقل إلي بغداد. إمام في مذهب الشافعي، كان حافظاً له. وهو أول من لقب بـ "أقضى القضاة" في عهد القائم بأمر الله العباسي، وكانت له المكانة الرفيعة عند الخلفاء وملوك بغداد، اتهم بالميل إلي الاعتزال، وتوفي في بغداد سنة (450هـ). من تصانيفه: "الحاوي" في الفقه 20 مجلداً، و"الأحكام السلطانية" و"أدب الدنيا والدين" و"قانون الوزارة".

يُنظر: "طبقات الشافعية" (302/3 - 314)؛ و"الشذرات" (258/3)؛ و"الأعلام" للزركلي (146/5).

(24) الماوردي الحاوي الكبير (6/431) دار النشر: دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان- 1415هـ 1999م الطبعة الأولى، تحقيق الشيخ محمد علي معوض.

تسليمه، ولا يلزمك تسليم شيء، وفي القرآن ﴿يٰٓأَيُّ نَبِيٍّ﴾ [العمران: 37] ولم يقل ضمنها.

ومن الأدلة أيضا على أن الكفالة تكون للنفس والضمان يكون للمال أن الإنسان يجوز أن يضمن عمن لا يعرفه، ولا يجوز أن يكفل من لا يعرفه على أحد الأقوال؛ لأنه إذا لم يعرفه لم يتمكن من تسليمه، ويصح أن يؤدي عنه دينه، وإن لم يعرفه (25).

ومن الفروق أيضا: أن الضمان إنما يلتزم فيه بإحضار الدَّين، والكفالة يلتزم فيها بإحضار بدن الإنسان، فإذا أحضر الكافل المكفول ثم سلّمه إلى صاحب الحق برئ منه، سواء أوفاه الدين الذي عليه أو لم يوفه، وهذا فرق واضح، وحينئذ تكون الكفالة أدنى وأقل توثقة من الضمان؛ لأن الضامن يضمن الدَّين سواء حضر المضمون عنه أم لا، وأما الكفيل فيضمن مَنْ عليه الدَّين، فإذا أحضره الكفيل برئ منه، وإذا مات المكفول برئ الكفيل ولا يلزمه ما على المكفول، وفي الضمان لا يبرأ بل يغرم ما على المضمون عنه، فبينهما فروق (26).

1.2.2.2. الألفاظ ذات الصلة بالكفالة:

هناك ألفاظ ذات صلة بالكفالة كالقبيل والحميل والزعيم والصبير. قال ابن قدامة (27): "يقال ضمِينٌ وكَفِيلٌ وقَبِيلٌ وحمِيلٌ وصَبِيرٌ وزَعِيمٌ بمعنى واحد" (28).

(25) أبو هلال العسكري الفروق اللغوية (1/ 453).

(26) ابن عثيمين الشرح الممتع (9/ 202) بتصريف.

(27) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، من أهل "جماعيل" من قرى نابلس بفلسطين، من تصانيفه في الفقه: "شرح مختصر الخرقى" عشر مجلدات، و"الكافي"، و"المفتع" و"العمدة" وله في الأصول "روضة الناظر" توفي سنة (620هـ). يُنظر "ذيل طبقات الحنابلة" لابن رجب ص (133 - 146)، و"البداية والنهاية" لابن كثير في حوادث سنة 620 هـ (9/ 244، 245).

(28) ابن قدامة المغني مع الشرح الكبير (6/ 314).

وقال ابن حبان (29): "الزعيم لغة أهل المدينة والحميل لغة أهل مصر والكفيل لغة أهل العراق" (30).

وقال ابن حزم (31): "الكفالة هي الضمان، وهي الزعامة، وهي القَبَالَةُ، وهي الحمالة ثم قال: أما قولنا إن الكفالة هي الضمان، والحمالة، والزعامة، والقَبَالَةُ، والضامن هو القبيل، والكفيل، والزعيم، والحميل، فاللغة والديانة لا خلاف فيهما في ذلك" (32).

وعليه فمن ضمن بأي لفظ من هذه الألفاظ التي ذكرت: القبيل والحميل والزعيم والصبير يكون ضامناً وحكمه كمن قال: أنا ضامن لك ما عليك لفلان، وكذلك إذا كان العُرف عند الناس أن الكفالة بمعنى الضمان، فيُحمل المعنى على العُرف، لا على المعنى الشرعي؛ لأن هذه من المعاملات التي تجري بين الناس على أعرافهم ما دامت لا تخالف الشرع، فإذا قال: "أنا أكفل فلاناً" فإنه يريد بذلك أن يضمن الدين الذي عليه، وكذلك العكس فيعمل بالعرف على أية حال.

(29) هو الإمام العلامة الحافظ أبوحاتم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان البستي، يعرف بابن حبان، كني: ب أبي حاتم. أبداع: في شتى العلوم، فألى جانب تبحره في علم الحديث، كانت له معرفة واسعة في علم الفقه، مع القدرة الفائقة على استنباط المسائل والأحكام من النصوص. ووفاته: توفي: سنة 354هـ في شهر شوال بسجستان بمدينة بُست. يُنظر: "سير أعلام النبلاء" (93/92/16) وطبقات الشافعية الكبرى (131/3).

(30) صحيح ابن حبان (10 / 479) ط/ مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية 414هـ 1993م – تحقيق شعيب الأرنؤوط .

(31) هو الإمام العلامة الحافظ الفقيه المجتهد أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب وكان شافعياً ثم انتقل إلى القول بالظاهر، ونفي القول بالقياس، وتمسك بالعموم والبراءة الأصلية، وكان صاحب فنون فيه دين وتورع وتزهد وتحر للصدق، وكان أبوه وزيراً جليلاً محتشماً كبير الشأن. وله كتب عظيمة لا سيما كتب الحديث والفقه. توفي سنة 456هـ يُنظر: تذكرة الحفاظ (1147/3) وسير أعلام النبلاء (187/18).

(32) ابن حزم المحلي (8 / 250) تأليف الإمام: أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ) دار النشر: دار الأفاق الجديدة- بيروت – تحقيق لجنة التراث العربي.

الفصل الثالث: أقسام الضمان والكفالة: وبيان مشروعية الكفالة والضمان وأركانها وأقسامهما وفيه أربعة مباحث:

1.3.1. أقسام الضمان:

قسم الفقهاء الضمان إلى قسمين قال الحنفية الضمان قسمان:
القسم الأول: ضمان المال، ويدخل فيه الأعيان المضمونة. مثل المغصوب والمبيع بيعًا فاسدًا، والمقبوض على سوم الشراء.
جاء في "مجلة الأحكام العدلية على المذهب الحنفي": "الكفالة بالمال هي الكفالة بأداء المال، ككفالة أحد مالا مغصوبًا أو دينًا صحيحًا"⁽³³⁾.
القسم الثاني: ضمان النفس أو البدن، ويسمى أيضًا ضمان الوجه: "وهو التزام إحضار بدن المضمون"⁽³⁴⁾.
وعرف المالكية الكفالة بالنفس: "بأنها الالتزام بالإتيان بالغريم عند الأجل، أو عند وقت الحاجة"⁽³⁵⁾.
وعرفها الشافعية -أي الكفالة بالنفس- بأنها: "التزام إحضار المكفول إلى المكفول له للحاجة"⁽³⁶⁾.
وعرفها الحنابلة: "بأنها التزام رشيد برضاه إحضار مكفول به تعلق به حق مالي"⁽³⁷⁾.
ومن خلال النظر في هذه التعريفات فنلاحظ أن جميعها يدور حول معنى واحد، وهو ضرورة إحضار بدن المطلوب لغريمه عند الحاجة، ويسمى هذا النوع من الكفالة: الكفالة بالنفس والكفالة بالوجه والكفالة بالبدن.

القسم الثالث: ضمان الطلب:

يوجد قسم ثالث زاده فقهاء المالكية وهو: ضمان الطلب، "وهو التفتيش

(33) مجلة الأحكام العدلية (614) وعلي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام (1/ 623) تأليف: علي حيدر. تحقيق وتعريب: المحامي فهمي الحسيني الناشر: دار الكتب العلمية. مكان النشر لبنان / بيروت. ويُنظر: بدائع الصانع للكاساني (367/7).

(34) المرغيباني الهداية شرح البداية (87/3)، وابن الهمام فتح القدير (164/7)، والموصلي الاختيار (167/2).

(35) الصاوي الشرح الصغير مع بلغة السالك (286/3)، والدردير الشرح الكبير (532/3).

(36) الخطيب الشربيني مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (3/ 169).

(37) البهوتي كشف القناع (3/ 437، 438) للإمام منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفي 1051 هـ - دار "النشر": دار الفكر - بيروت - 1402 هـ، تحقيق: هلال مصيلحي، والروض المربع بشرح زاد المستنقع المختصر من المقنع (441/6) للبهوتي، والبهوتي شرح منتهى الإرادات (252/2) للبهوتي.

على الغريم إن تغيب ثم يدل رَبَّ الحق عليه"⁽³⁸⁾.
فضمن الطلب قد اعتبره المالكية قسماً ثالثاً من أقسام الضمان، ولكن عند التحقيق فيه نجد أنه لا يختلف كثيراً عن ضمان الوجه، فهو كما قالوا ضمان وجه مع شرط.

"قال الشيخ الدردير⁽³⁹⁾:"(وضمن الطلب التزام طلبه) والتفتيش عليه إن تغيب، ثم يدل رَبَّ الحق عليه (وإن لم يأت به) لربِّ الحق، ولذا صح ضمان الطلب في غير المال من الحقوق البدنية كالقصاص والتعازير والحدود، بخلاف ضمان الوجه، وأشار إلى صيغته المحققة له، وإنها إما بصريح لفظه، وإما بضمن الوجه مع شرط نفي ضمان المال⁽⁴⁰⁾. بقوله (ك:أنا حميل بطلبه) أو عَلَيَّ طلبه (أو لا أضمن إلا طلبه أو أشرت نفي المال) كأن يقول: أضمن وجهه بشرط عدم غرم المال إن لم أجده (أو) قال: (لا أضمن إلا وجهه) أي دون غرم المال فضمن طلب (و) إذا ضمنه كذلك (طلبه بما يقوى عليه) عادة (إن غاب) عند حلول الأجل عن البلد وما قرب منها (وعلم موضعه)، وأما الحاضر فيطلبه في البلد وما قاربها إذا جهل موضعه ومفهوم وعلم... إلخ أنه إن غاب ولم يعلم موضعه فإنه لا يكلف بالتفتيش عنه، وهو كذلك، فإن ادعى أنه لم يجده صُدِّقَ (وحلف ما قصر)⁽⁴¹⁾ في طلبه ولم يعلم موضعه (ولا

(38) الصاوي: الشرح الصغير (3/287، 288).

(39) هو أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، أبو البركات، فاضل من فقهاء المالكية، ولد في بني عدي "بمصر"، وتعلم بالأزهر، وتوفي بالقاهرة سنة (1201هـ). من تصانيفه: "أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك"، و"منح القدير" شرح مختصر خليل في الفقه. يُنظر "الأعلام" (3/232).

(40) إن ضمان الطلب يكون إما بلفظ وإما بصيغة ضمان الوجه واشتراط نفي المال بالتصريح ك: أضمن وجهه وليس عليّ من المال شيء، أو ما يقوم مقامه ك: لا أضمن إلا وجهه. شرح مختصر خليل (6/33) وأقرب المسالك (3/288).

(41) قوله: وحلف ما قصر وغرم إن فرط أو هربه وعوقب، إن خرج لطلبه ثم قدم وزعم أنه لم يجده يشدد عليه، فإن لم يظهر عليه تقصير وعجز عن إحضاره برئ وكان القول قوله إذا مضت مدة يذهب فيها إلى الموضع الذي هو فيه ويرجع، وغاية ما عليه أن يحلف أنه ما قصر في طلبه ولا دلس ولا يعرف له مستقر، هذا قول ابن القاسم، وأما إن وجده وتركه بحيث لا

غرم) عليه (إلا إذا فرط) في الطلب، حتى لا يتمكن رب الحق منه فإنه يغرم، كأن طلبه في المكان الذي يظن أنه لا يكون به، وترك ما يظن أنه به، وأولى إن هربه أو علم موضعه ولم يدل رب الحق عليه" (42).

ومن خلال ما ذكره الدردير يتبين أن ضمان الطلب قد لا يعد قسمًا ثالثًا، بل هو ضمان وجه مع شرط، وهذا الشرط هو عدم غرم المال الذي على المضمون، هذا إذ لم يفرط في الطلب، والإمام مالك اعتبر هذا كفالة وجه مع شرط فقد جاء في المدونة.

"قال سحنون لابن القاسم: "أرايت إن قال" أنا أتكفل بوجهه إلى أجل كذا وكذا، فإن لم آت به وإلا فعلى طلبه حتى آتى به فأما المال فلا أضمنه" أيكون عليه من المال شيء إن مضى الأجل ولم يأت به في قول مالك؟ (قال): قال مالك: لا شيء عليه، ويكون كما اشترطه، (قلت): "أرايت إن تكفلت لرجل بوجه رجل إلى أجل كذا وكذا فإن لم أوافه به إلى ذلك الأجل فلا شيء له علي من المال ولكنني حميل له بوجه، أطلبه له حتى آتية به"، (قال) قال مالك: هو على شرطه الذي اشترطه، ليس له عليه شيء، إلا طلب وجهه هو شرط لنفسه ما ذكرت) (43).

لكن يوجد فرق يسير بين ضمان الطلب وضمن الوجه وهو أن ضمان الطلب إنما يشارك ضمان الوجه في لزوم إحضار المكفول، لكن يختص ضمان الوجه بغرم ما على المكفول عند التعذر، ولو لم يحصل من الضامن تقريط ولا تهريب فإنه يغرم ما على المضمون من المال، أما إن

يمكن ربه من أخذ الحق منه، أو هربه بحيث لا يتمكن ربه من أخذ الحق منه فإنه يغرم. وعوقب أي إذا اتهم على أنه فرط كما في المدونة، وإنما عوقب لارتكابه معصية لأن التقريط في التفطيش حتى تلف مال الغير معصية. يُنظر: شرح مختصر خليل (33/6) وأقرب المسالك (288/3).

(42) الصاوي الشرح الصغير مع بلغة السالك (3/ 287-288)، والدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (346/3).

(43) سحنون المدونة (3/ 124) تحت عنوان في الحميل بالوجه لا يغرم.

كان الضمان في قصاصٍ أو حدٍّ أو جرحٍ أو تعزيرٍ ترتب على المضمون وفرط الضامن في الإتيان به، فإن الضامن يعاقب فقط وهذا هو المذهب كما تقدم (44).

وهناك قسمٌ آخر: وهو ضمان المعرفة، وسيأتي بيانه أيضاً إن شاء الله.



(44) يُنظر: حاشية العدوي (2/ 473) والدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (3/ 347).

1.3.2. حكم ومشروعية الكفالة والضمان والحكمة من

مشروعيتها وفيه ثلاثة مطالب:

1.3.2.1. حكم الضمان والكفالة بالنفس:

أولاً: حكم الضمان بالمال:

أجمع أهل العلم على أن الكفالة بالمال جائزة وقد نقل عدد من العلماء الإجماع على هذا.

قال ابن المنذر⁽⁴⁵⁾: "وأجمعوا على أن الرجل إذا ضمن عن الرجل لرجل مالا معلوماً بأمره، فإن الضمان لازم له، وله أن يأخذ ممن ضمن عنه"⁽⁴⁶⁾.

وقال ابن هبيرة⁽⁴⁷⁾: "اتفقوا على جواز الضمان"⁽⁴⁸⁾.

ثانياً: حكم الكفالة بالنفس:

اختلف العلماء في الكفالة بالنفس، على قولين.

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء الحنفية⁽⁴⁹⁾ والمالكية⁽⁵⁰⁾ والشافعية في القديم وهو المذهب عندهم⁽⁵¹⁾ والحنابلة⁽⁵²⁾ إلى جواز الكفالة بالنفس.

(45) هو محمد بن إبراهيم بن المنذر، نيسابوري، من كبار الفقهاء المجتهدين، لم يكن يقلد أحد، وعده الشيرازي في الشافعية، لقب بشيخ الحرم، أكثر تصانيفه في بيان اختلاف العلماء. من تصانيفه: "المبسوط" في الفقه، و"الأوسط في السنن"، و"الإجماع والاختلاف" و"الإشراف على مذاهب أهل العلم" و"اختلاف العلماء" توفي سنة (319هـ). يُنظر "تذكرة الحفاظ" (4/3)، (5) و"طبقات الشافعية" (126/2).

(46) ابن المنذر الإجماع (535).

(47) هويحيى بن محمد بن هبيرة الذهلي الشيباني، أبوالمظفر، من تلاميذه ابن الجوزي، جمع ابن الجوزي بعض فوائده وما سمع منه في "كتاب المقتبس من الفوائد العونية"، كان ابن هبيرة عالماً فاضلاً عابداً عاملاً، توفي سنة (560 هـ). ينظر "الذيل على طبقات الحنابلة" (251/1)، و"الأعلام" (222/9).

(48) ابن هبيرة الإفصاح عن معاني الصحاح في مذاهب الأئمة الأربعة (2/204) تأليف: الوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن هبيرة الحنبلي (المتوفى سنة 560هـ)، طبع في مركز فجر للطباعة والنشر والتحقيق بالقاهرة، الطبعة الأولى سنة 1419هـ تحقيق الدكتور محمد يعقوب طالب عبيدي.

(49) الهداية شرح البداية (87/3) أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني سنة الولادة 511هـ/ سنة الوفاة 593هـ. الناشر المكتبة الإسلامية.

(50) الباجي المنتقى شرح الموطأ (4/53) وابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد (2/450).

(51) الشيرازي المهذب في فقه الإمام الشافعي (343/1) للإمام: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبوإسحاق المتوفى سنة 476 هـ دار النشر: دار الفكر: بيروت. ويُنظر: المجموع

موضع، وأجازها في موضع آخر إلا في الحدود" (57).
وقال ابن حزم: "ولا يجوز ضمان الوجه أصلاً لا في مال، ولا في حد،
ولا في شيء من الأشياء؛ لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو
باطل" (58).

إلا أن معتمد مذهب الشافعية أن الكفالة بالوجه صحيحة قال الإمام النووي
في "روضة الطالبين": "فصل في كفالة البدن: وتسمى أيضاً كفالة الوجه،
وهي صحيحة على المشهور، وقيل تصح قطعاً، فتجوز ببدن من عليه
مال" (59).

وقال الإمام الشيرازي: "وتجوز كفالة البدن على المنصوص في الكتب"
(60).

مسألة: إذا غاب المكفول أو مات:

الكفالة بالنفس صحيحة كما هو مذهب جمهور العلماء الحنفية والمالكية
والشافعية في المعتمد والحنابلة ولم يختلفوا كما يقول ابن بطال (61) في أن
المكفول بحدٍ أو قصاصٍ إذا غاب أو مات، أن لا حد على الكفيل بخلاف
الدين فإنه يغرمه، والفرق بينهما أن الكفيل إذا أدى المال وجب له على
صاحب المال مثله (62).

(57) المزني مختصر المزني (109/1).

(58) ابن حزم المحلى (8/119).

(59) النووي روضة الطالبين (4/253) تأليف: الإمام: أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف
النووي (المتوفى: 676هـ) المتوفى سنة 676هـ، دار النشر المكتبة الإسلامي- بيروت-
1405، الطبعة الثانية.

(60) الشيرازي المهذب في فقه الإمام الشافعي (1/343) للإمام: إبراهيم بن علي بن يوسف
الشيرازي أبو إسحاق المتوفى سنة 476 هـ دار النشر: دار الفكر: بيروت. ويُنظر: المجموع
(13/214)، الخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/169).

(61) هو: العلامة أبو الحسن، علي بن خلف بن بطل البكري، القرطبي، ثم البُلُنُسي، ويعرف
بابن اللجّام.

مصنّفاته: لم يذكر المترجمون له سوى: "شرح صحيح البخاري" الاعتصام في الحديث "الرّهد
والرفائق" وكان من أهل العلم والمعرفة والفهم، مليح الخط، حسن الضبط. عني بالحديث العناية
التامة، وأتقن ما قيد منه. وكان من كبار المالكية. توفي سنة (449 هـ). الصلة لابن بشكوال
ص (604) وسير أعلام النبلاء (18/48).

(62) شرح صحيح البخاري (6/422) تأليف الإمام: أبي الحسن علي بن خلف بن عبد الملك
بن بطل البكري القرطبي المتوفى سنة (449 هـ) دار النشر: مكتبة الرشد - السعودية -
الرياض - 1433 هـ، 2003 م، الطبعة الثانية، تحقيق أبوتميم ياسر بن إبراهيم ويُنظر: ابن
حجر فتح الباري شرح صحيح البخاري (4/576).

ويستفاد من هذا الحديث ما ذهب إليه عامة الفقهاء من أن الكفالة من عقود التبرع لا من عقود المعاوضات، وأن الأصل فيها الغرم لا الغنم. وقد استدل الإمام البخاري في صحيحه على صحة الكفالة فقال: "باب الكفالة في القروض والديون بالأبدان وغيرها" ثم ذكر ما يلي: أ- "وقال أبو الزناد عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه قال: إن عمر بعثه مصدقاً، فوقع رجل على جارية امرأته، فأخذ حمزة من الرجل كفلاء حتى قدم على عمر، وكان قد جلدته مائة جلدة، فصدقهم وعذره بالجهالة" (68).

قال الحافظ ابن حجر (69): "استفيد من هذه القصة مشروعية الكفالة بالأبدان، فإن حمزة بن عمرو الأسلمي صحابي وقد فعله ولم ينكر عليه عمر مع كثرة الصحابة حينئذٍ" (70).

ب- "وقال جرير والأشعث لعبد الله بن مسعود في المرتدين: استتبهم

(68) هذا الأثر أخرجه الإمام البخاري (801/2) معلقاً بصيغة الجزم، ووصله الإمام الطحاوي في المشكل (320 /11) وفي شرح معاني الآثار (36 /3) من طريق ابن أبي داود عن ابن أبي مريم عن عبد الرحمن ابن أبي الزناد عن أبيه عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه (أن عمر بعثه مصدقاً على سعد بن هذيم فأتى حمزة بمال ليصدقفه فإذا رجل يقول لامراته أدي صدقة مال مولاك وإذا المرأة تقول له بل أنت أدي صدقة مال ابنك فسأل حمزة عن أمرهما وقولهما فأخبر أن ذلك الرجل زوج تلك المرأة وأنه وقع على جارية لها فولدت ولدًا فأعتقته امرأته قالوا فهذا المال لابن من جاريته فقال حمزة: لأرجمنك بأجارك فقيل له: أصلحك الله إن امرأته قد رُفِعَ إلى عمر بن الخطاب فجلده عمر رضي الله عنه مائة ولم ير عليه الرجم فأخذ حمزة بالرجل كفيلاً حتى قدم على عمر رضي الله عنه فسأله عما ذكر من جلد عمر رضي الله عنه إياه ولم ير عليه الرجم فصدقهم عمر رضي الله عنه بذلك من قولهم وقال: إنما درأ عنه الرجم أنه عذره بالجهالة).

قلت: هذا إسناد حسن فإن محمد بن حمزة قد وثقه ابن حبان وقد ضعفه ابن حزم وعاب عليه القطب الحلبي، وقال: لم يضعفه قبله أحد قلت: وقد روى عنه جمع فلا ينزل حديثه عن الحسن، والله أعلم.

(69) هو أحمد بن علي بن محمد بن علي بن محمود بن أحمد بن حجر الشافعي العسقلاني الأصل المصري المولد، الحافظ شيخ الإسلام. مؤلفاته: له مؤلفات وتصانيف كثيرة زادت على مئة وخمسين مصنفاً، في مجموعة من العلوم المهمة من أهمها: "فتح الباري شرح صحيح البخاري" الإصابة في تمييز الصحابة تهذيب التهذيب، وكتاب تقريب التهذيب. توفي سنة 852هـ. يُنظر: الأعلام للزركلي (178/1) والبدر الطالع (81/1) والضوء اللامع (36/2).

(70) ابن حجر فتح الباري شرح صحيح البخاري (4 /549)، دار النشر: دار المعرفة- بيروت- تحقيق محب الدين الخطيب.

وكفلهم، فتابوا وكفلهم عشائرهم"⁽⁷¹⁾. ووجه الإستدلال بهذا الأثر أن عبد الله ابن مسعود أخذ كفلاء على أتباع عبد الله بن النواحة حتى إذا رجعوا وقالوا بنبوته مسليمة مرة ثانية طلب ابن مسعود من الكفلاء إحضارهم ليقيم حد الردة عليهم، ولم يعترض أحد من أصحاب النبي على ما فعله ابن مسعود فهذا دليل على أن الكفالة بالأبدان كانت معروفة عندهم وجائزة؛ إذ لم ينكر عليه أحد من منهم في ذلك، ولم يخالف فيه أحد منهم، فدل ذلك على متابعتهم إياه عليه.

ج- حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: "أَنَّهُ ذَكَرَ رَجُلًا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ سَأَلَ بَعْضَ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنْ يُسَلِّفَهُ أَلْفَ دِينَارٍ فَقَالَ اأَنْتِنِي بِالشُّهَدَاءِ أَشْهَدُهُمْ فَقَالَ كَفَى بِاللَّهِ شَهِيدًا قَالَ فَأْتِنِي بِالْكَفِيلِ قَالَ كَفَى بِاللَّهِ كَفِيلًا قَالَ صَدَقْتَ فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى... " ⁽⁷²⁾.

قال الحافظ ابن حجر: "ووجه الدلالة منه على الكفالة تحدث النبي صلى الله عليه وسلم بذلك وتقريره له، وإنما ذكر ذلك ليتأسى به فيه وإلا لم يكن لذكره فائدة"⁽⁷³⁾.

د- وقد بوب البخاري "باب من تكفل عن ميت ديناً فليس له أن يرجع وبه قال الحسن". فقول البخاري "فليس له أن يرجع" يحتمل معنيين:

(71) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً بصيغة الجزم (801/2) ووصله الإمام الطحاوي في شرح المشكل (312-313/11) وصحح إسناده الحافظ ابن حجر في تعليق التعليق (3/ 219) عن أبي إسحاق السبيعي عن حارثة بن مضرب (قال: صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة فلما سلم قام رجل فحمد الله وأثنى عليه، وقال: أما بعد فوالله لقد بت البارحة وما في نفسي على أحدٍ إحنة، وإني كنت استطرقت رجلاً من بني حنيفة وكان أمرني أن أتية بغلس، فانتهيت إلى مسجد بني حنيفة، - مسجد عبد الله بن النواحة - فسمعت مؤذنه يشهد أن لا إله إلا الله. وأن مسليمة رسول الله، فكذبت سمعي وكففت فرسي، حتى سمعت أهل المسجد قد تواطؤوا على ذلك فقال عبد الله بن مسعود: عليّ بعبد الله بن النواحة، فحضر واعترف، فقال له عبد الله: أين ما كنت تقرأ من القرآن؟ فقال: كنت أتقيكم به، فقال له: تب، فأبى، فأمر به فأخرج إلى السوق فجز رأسه، ثم شاور أصحاب محمد في بقية القوم، فقال عدي بن حاتم: ثولول كفر قد أطلع رأسه فأحسمه. وقال جرير بن عبد الله والأشعث بن قيس: استنبههم فإن تابوا وكفلهم عشائرهم، فاستتابهم فتابوا، وكفلهم عشائرهم).

(72) أخرجه البخاري هنا معلقاً في الكفالة (باب الكفالة في القروض والديون بالأبدان وغيرها) ووصله في البيوع (2063) عن عبد الله بن صالح عن الليث به.
(73) ابن حجر فتح الباري (4/ 551).

الأول: ليس له أن يرجع على الورثة في تركة الميت بالقدر الذي تكفله.
والثاني: ليس له أن يرجع عن الكفالة لأنها لازمة وهذا هو الأليق بمقصد
البخاري كما يقول الحافظ (74).

ثم ذكر الإمام البخاري حديثين.

الأول: حديث سلمة بن الأكوع: "أن رسول الله H أتى بجنزة ليصلي عليها
فقال: "هل عليه دين؟" قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتى بجنزة أخرى فقال:
"هل عليه من دين؟" قالوا: نعم، قال: "فصلُّوا على صاحبكم"، قال: أبو
قتادة "عَلَيْ دَيْنِهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ" فصلَّى عليه" (75).

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن الكفالة لازمة وأنه لا يجوز للكفيل أن
يرجع فيها لأنه لو كان يجوز له الرجوع فيها لما صلى عليه النبي H عليه
حتى يوفى الدين عنه، لاحتمام أن أبا قتادة يرجع فيما ضمن فيكون النبي
صلى على مديان دينه باقٍ (76).

والثاني: عن جابر بن عبد الله قال: قال النبي H: "لو قد جاء مال البحرين قد
أعطيتك هكذا وهكذا"، فلم يجئ مال البحرين حتى قبض النبي، فلما جاء
مال البحرين أمر أبو بكر فنأدى: "من كان له عند النبي عدة أو دين فليأتنا
فأتيته" فقلت له: إن النبي قال لي كذا وكذا، فحثي لي حثية، فعددتها، فإذا هي
خمسمائة وقال خذ مثلها" (77).

ووجه دخول هذا الحديث في الترجمة كما يقول الحافظ في الفتح أن الصديق
لما قام مقام النبي H تكفل بما كان عليه من دين واجب أو تطوع، فلما التزم
الصديق هذا لزمه أن يوفى ما على النبي من دين أو عدة، وكان النبي H
يحب الوفاء بالوعد، فنفذ الصديق ذلك" (78).

وقد استدل أهل العلم أيضاً على جواز الكفالة بما رواه قبيصة بن مخارق
الهلالى قال: "تَحَمَّلْتُ حَمَالَةً فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ H أَسْأَلُهُ فِيهَا فَقَالَ « أَقِمَّ حَتَّى
تَأْتِيَنَا الصَّدَقَةُ فَأَمْرٌ لَكَ بِهَا ». قَالَ ثُمَّ قَالَ « يَا قَبِيصَةُ إِنَّ الْمَسْأَلَةَ لَا تَحِلُّ

(74) ابن حجر فتح الباري (4/ 554).

(75) أخرجه البخاري (2295).

(76) ابن حجر فتح الباري شرح صحيح البخاري (4/ 554) قلت: وهذا يدلنا على أن الضمان من

العقود اللازمة التي لا يجوز للكفيل أو الضامن أن يرجع عنها إلا برضا المضمون له.

(77) أخرجه البخاري (2296).

(78) ابن حجر فتح الباري (4/ 555).

إِلَّا لِأَحَدٍ ثَلَاثَةٍ رَجُلٍ تَحْمَلُ حَمَالَةً فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَهَا ثُمَّ يُمْسِكُ... " (79).

فهذا الحديث يدل على أنه يجوز للإنسان أن يتحمل حمالة ويدل أيضاً على أن الحمالة لازمة على من تحملها وأنه لا يجوز له الرجوع فيها، وإلا لرجع قببصة عنها.

قال الإمام النووي⁽⁸⁰⁾: "الحمالة هي المال الذي تحمله الإنسان، أي يستدينه ويدفعه في إصلاح ذات البين كالإصلاح بين قبيلتين ونحو ذلك، وإنما تحل له المسألة، ويعطى من الزكاة بشرط أن يستدين لغير معصية" (81).

واستدلوا أيضاً بما روي عن عبد الله بن عباس: "أن رجلاً لزم غريباً له عشرة دنانير على عهد النبي H، فقال ما عندي شيء أعطيكه، فقال: لا والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل (82) فجره إلى النبي، فقال له النبي: "كم تستنظره؟" فقال شهراً، فقال رسول الله: "فأنا أحمل له" فجاءه في الوقت الذي قال النبي، فقال له النبي "من أين أصبت هذا؟" قال من معدن، قال: "لا خير فيها" وقضاها عنه" (83).

ففي هذا الحديث إثبات الضمان والحمالة لأن النبي H تحمل عنه وأيضاً فيه جواز ضمان الدين الحال مؤجلاً لأن النبي ضمنه مؤجلاً عنه وفيه أيضاً إثبات ملازمة صاحب الدين الغريم، ومنعه من التصرف حتى يقضي الحق الذي عليه.

(79) أخرجه مسلم في صحيحه (1044).

(80) هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن، النووي (أو النواوي) أبوزكريا، محي الدين، من أهل نوي من قري حوران جنوبي دمشق، علامة في الفقه الشافعي والحديث واللغة، تعلم في دمشق، وأقام بها زمناً، توفي سنة (676 هـ). من تصانيفه: "المجموع شرح الشيرازي المذهب" لم يكمله، و"النووي روضة الطالبين"، و"المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج" [طبقات الشافعية" للسبكي 165/5؛ و"الأعلام" للزركلي 185/9].

(81) النووي شرح مسلم للنووي (7/ 133) تأليف: الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي الناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت الطبعة: الثانية، 1392 هـ.

(82) أي: بكفيل.

(83) حديث صحيح: أخرجه أبوداود (3328) وابن ماجه واللفظ له (2406) والحاكم في المستدرک (2161) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

ثالثاً: الإجماع:

أجمع أهل العلم على جواز الضمان وعلى أن الرجل إذا ضمن الرجل بمال معلوم أن الضمان له لازم.

قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن الرجل إذا ضمن عن الرجل لرجل مالا معلوماً بأمره، فإن الضمان لازم له، وله أن يأخذ ممن ضمن عنه" (84).

وقال ابن قدامة: "وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة" (85).

وقال ابن رشد: "وأما الحمالة بالمال فتأبى بالسنة، ومجمع عليها من الصدر الأول من فقهاء الأمصار. وحكي عن قوم أنها ليست لازمة تشبيهاً بالعدة، وهو شاذ" (86).

وقال أيضاً: "وأما الحمالة بالنفس، وهي التي تعرف بضمان الوجه، فجمهور فقهاء الأمصار على جواز وقوعها شرعاً إذا كانت بسبب المال" (87).

مسألة: حكم عقد الكفالة من جهة اللزوم وعدمه:

الكفالة من العقود اللازمة من جهة الكفيل أو الضامن فليس للكفيل أن يتراجع عما التزمه لأن الكفالة عقد لازمة من جهته ومن أجل ذلك لا يبرأ الكفيل أو الضامن إلا ببراءة المضمون عنه أو المكفول عنه لأن الحق قد تعلق في ذمتها جميعاً فلا يزول هذا التعلق إلا بسبب من أسباب براءة الكفيل من سداد أو إبراء ونحوه ولو كان الحق غير لازم في حق الكفيل لم يكن الأمر كذلك. وأما المكفول له فالكفالة جائزة في حقه فله أن يرفض عقد الكفالة وله أن يقبله (88).

(84) ابن المنذر الإجماع (535).

(85) ابن قدامة المغني مع الشرح الكبير (6/313).

(86) ابن رشد بداية المجتهد (2/405) ط ابن رجب.

(87) المصدر السابق.

(88) ابن الهمام فتح القدير (7/187). ويُنظر: البغدادي مجمع الضمانات (582) وعلي حيدر

درر الحكام شرح مجلة الأحكام (654/1).

1.3.2.3. الحكمة من مشروعية الضمان والكفالة:

لم يرد الشرع بشيء من الأحكام إلا وله حكمة وتظهر الحكمة من مشروعية الكفالة بالمال من خلال ما قاله ابن الهمام (89) حيث قال:

"ومحاسن الكفالة جليلة، وهي تفريج كرب الطالب الخائف على ماله، والمطلوب الخائف على نفسه، حيث كُفيا مؤنة ما أهمهما، وقرَّ جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما، ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية، حتى امتن الله تعالى بها حيث قال: "وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا" في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم، إذا جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن أباح لها ذلك، وسمى نبياً بذى الكفل لَمَّا كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم" (90).

وقال الدكتور محمد بكر إسماعيل: "وهي من الأمور الجائزة، وأحياناً تكون من المستحبات، وذلك إذا أدت إلى فض المنازعات، أو إلى تخليص المدين من الحبس أو من الإلحاح في الطلب، ونحو ذلك من الأمور المحرجة للمدين وأهله؛ ولذلك يوصف الكفيل بالكرم والرجولة والمروءة" (91).

(89) هو محمد عبد الواحد بن عبد الحميد ، كمال الدين ، الشهير بابن الهمام ، إمام من فقهاء الحنفية ، مفسر حافظ متكلم ، كان أبوه قاضياً بسبواس في تركيا، ثم والي القضاء بالإسكندرية فولد ابنه محمد ونشأ فيها، وأقام بالقاهرة كان معظماً عند أرباب الدولة، اشتهر بكتابه القيم "فتح القدير" وهو حاشية على الهداية، ومن مصنفاته أيضاً: "التحرير في أصول الفقه" توفي سنة (861هـ). يُنظر "الجواهر المضية" (86/2)، و"الأعلام" للزركلي (135/7) و"الفوائد البهية" ص(180).

(90) ابن الهمام فتح القدير (7/ 162). ويُنظر ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار (5/ 285).

(91) محمد بكر إسماعيل الفقه الواضح (2/ 566).

1.3.3. أركان وشروط الكفالة أو الضمان

بعد ما تقدم الكلام عن تعريف الضمان والكفالة لغة واصطلاحاً وعن مشروعيتها والحكمة من مشروعيتها فنتكلم الآن عن أركان وشروط الكفالة وهي- الضامن والمضمون عنه والمضمون له والمضمون به- وتقع في خمسة مطالب.

1.3.3.1. شروط الضامن أو الكفيل: وهو الذي ضم ذمته إلى ذمة المدين الذي عليه الدين ليصبح ملتزماً معه.

شروط الضامن أو الكفيل سبعة على اختلاف فيها:

الشرط الأول: العقل:

لا خلاف بين الفقهاء على أنه يشترط في الكافل أو الضامن أن يكون ذو عقل؛ لأن الضمان من عقود التبرعات، ومبناها على الرضا، والرضا لا يتحقق من فاقده عقله.

وعلى هذا فلا يصح ضمان المجنون ولا المبرسم وهو الذي يهذي كثيراً⁽⁹²⁾؛ ولذلك رفع القلم عن فاقده العقل.

قال ابن قدامة: "ولا يصح من المجنون والمبرسم ولا من صبي غير مميز بغير خلاف"⁽⁹³⁾.

الشرط الثاني: البلوغ: أن يكون بالغاً:

وينبني على هذا الشرط حكم ضمان الصبي: الصبي إما أن يكون غير مميز وإما أن يكون مميزاً فأما الصبي غير المميز فلا يصح ضمانه باتفاق العلماء.

قال الإمام الكاساني⁽⁹⁴⁾: "فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون؛ لأنها عقد

(92) الدردير الشرح الكبير (510/3) والنووي روضة الطالبين (4/ 241)، المطيعي تكملة المجموع (13/ 151)، وابن قدامة المغني مع الشرح (6/ 321).

(93) ابن قدامة المغني (6/ 321) ويُنظر: المطيعي تكملة المجموع (13/ 159).

(94) هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد ، علاء الدين ، منسوب إلي كاسان (أوقاشان ، أوكاشان) بلدة بالتركستان ، خلف نهر سيحون ، من أهل حلب، من أئمة الحنفية، كان يسمى "ملك"

تبرع فلا تتعقد ممن ليس من أهل التبرع" (95).
وقال ابن قدامة: "ولا يصح من المجنون والمبرسم ولا من صبي غير
مميز بغير خلاف" (96).

وأما الصبي المميز فقد اختلف الفقهاء في حكم ضمانه هل يصح أم لا؟
على قولين ومثال لذلك: لو أن صبيًا يتبايعون في الدرجات فأحدهم باع
على الآخر وقال البائع: لا أقبل حتى تحضر ضامنًا وصاحبه صبي هل
يصح أم لا؟.

القول الأول: إنه لا يصح ضمان الصبي المميز وهو مذهب الحنفية (97)
والصحيح عند المالكية (98) والشافعية (99) والصحيح عند الحنابلة (100).
أدلة القول الأول: استدل القائلون بعدم صحة ضمان الصبي المميز بعدم
تحقق الرضا منه (101).

القول الثاني: إنه يصح ضمان الصبي وهو وجه للحنابلة (102) وقول
لبعض المالكية (103).

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بصحة ضمان الصبي المميز قياساً على
صحة إقراره وتصرفاته وبيعه بإذن وليه فكما يجوز بيعه بإذن وليه يصح
ضمانه (104).

ويناقش هذا الدليل: بأن القياس المذكور قياس مع الفارق فلا يصح.
ويتضح ذلك من وجهين: الوجه الأول: أنه لا يصح هذا الجمع؛ لأن هذا
التزام مال لا فائدة له فيه، فلم يصح منه كالتبرع والنذر بخلاف البيع، فإن
له فيه فائدة وأيضاً الخلاف موجود بين العلماء في حكم بيع الصبي.

العلماء" أخذ عن علاء الدين السمرقندي وشرح كتابه المشهور، وتوفي بحلب. من تصانيفه:
"البدائع" وهو شرح تحفة الفقهاء، و"السلطان المبين في أصول الدين" توفي سنة (587هـ).
يُنظر: "الجواهر المضية" (244/2)؛ و"الأعلام" للزركلي (46/2).

(95) الكاساني بدائع الصنائع (7/363).

(96) ابن قدامة المغني (6/321).

(97) البغدادي مجمع الضمانات (602).

(98) الدسوقي حاشية الدسوقي (3/510).

(99) الماوردي الحاوي الكبير (6/461) والقلوبي حاشية قلوبوي (2/404).

(100) ابن قدامة المغني (6/321).

(101) المصدر السابق.

(102) المرداوي الإنصاف (5/193).

(103) الدسوقي حاشية الدسوقي (3/510).

(104) ابن قدامة المغني (6/321) والكافي (2/228) والمرداوي الإنصاف (5/193).

والوجه الثاني: أن الإقرار إنما هو عبارة عن الإخبار بحق سابق⁽¹⁰⁵⁾ بخلاف الضمان فهو إنشاء الحق.

المختار

والمختار هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنه لا يصح الضمان من الصبي المميز سواء كان مأذوناً له من قبل الولي أم لا وذلك لعدم تحقق الرضا منه ولأنه محجور عليه وأنه لا يصح قياس كفالته على البيع لأنه لا منفعة له في الكفالة بخلاف البيع على أنه أيضاً يوجد خلاف كبير بين العلماء في صحة بيع الصبي المميز ولأن هذا فيه ضرر محض على الصبي فلا يصح منه وإن أذن له وليه فيه.

مسألة: إذا اختلف الضامن والمضمون له، فقال الضامن ضمنت وأنا صبي أو مجنون فالقول قول من؟

نص الشافعية والحنابلة في قول على أن الإنسان إذا ضمن ديناً ثم قال: "كنت وقت عقد الضمان صبياً" وكان في سن محتمل وقال المضمون له: "بل كنت بالغاً وقت الضمان" قبل قول الضامن مع يمينه، لأن الأصل عدم البلوغ وعدم وجوب الحق عليه.

وقال الحنابلة في القول الثاني وهو قول القاضي من الحنابلة: أن القول قول المضمون له، لأن معه سلامة العقد، فكان القول قوله، كما لو اختلفا في شرط فاسد.

وأما إن قال: "ضمنت حال جنوني" وقال المضمون له: "بل كنت عاقلاً" فلا يخلو من حالين:

الأول: أن يعرف له حالة جنون سابق فالقول قول الضامن عند الشافعية والحنابلة في قول لأنه يحتمل أن يكون الضامن في حالة الإفاقة ويحتمل أن يكون في حالة الجنون، والأصل عدم الضمان وبرائة الذمة. وقال الحنابلة في القول الثاني: القول هنا قول المضمون له لأن سلامة العقد معه، فيكون قوله هو المقبول⁽¹⁰⁶⁾.

الثاني: يقبل قول المضمون له إذا لم تعرف للضامن حالة جنون عند الشافعية والحنابلة؛ لأن الأصل العقل وصحة الضمان⁽¹⁰⁷⁾.

(105) ابن قدامة المغني (6/ 321) ويُنظر: ابن هبيرة الإفصاح (5/ 706) في بيع الصبي.

(106) ابن قدامة المغني (6/ 322).

(107) الشيرازي المهذب في فقه الإمام الشافعي (1/ 344) تأليف الإمام: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق المتوفى سنة 476 هـ دار النشر: دار الفكر: بيروت. ويُنظر: المجموع (13/ 234)، والخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 162) وابن قدامة المغني (6/

الشرط الثالث: أن لا يكون محجورًا عليه: وفيه مسألتان:
المسألة الأولى: ضمان المحجور عليه لسفه:

اختلف الفقهاء في حكم المحجور عليه لسفه هل يصح ضمانه أم لا؟ على قولين:

القول الأول: أنه لا يصح ضمانه، وهو قول الحنفية (108) والمالكية (109) والشافعية (110) والحنابلة في الصحيح من المذهب (111).
واستدلوا على ذلك بما يلي:

أ - أنه إيجاب مال بعقد فلم يصح من السفه ولو بإذن الولي لأنه تبرع وتبرعه لا يصح ولو أذن فيه الولي (112).

ب - أنه تبرع بالتزام المال فلم يصح من السفه كالصدقة والنذر (113).

القول الثاني: أنه يصح ضمان السفه ويتبعه المضمون له بعد أن يفك الحجر عنه، وهو وجه في مذهب الحنابلة (114) وقول للحنفية (115).
واستدلوا على ذلك بأن إقراره صحيح يتبع به بعد فك الحجر عنه، فكذلك ضمانه يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه (116).

ونوقش هذا الدليل: "بأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منه، كالبيع والشراء؛ لأنه إخبار بحق سابق" (117) بخلاف الضمان فإنه إنشاء للحق.
ولأن الضمان ضرر محض وفيه تضييع لمال الغير فلم يصح من

(322).

(108) ابن نجيم ابن نجيم البحر الرائق (149/7) وابن عابدين رد المحتار على الدر المختار (275/7).

(109) الدردير الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (510/3) وميارة شرح ميارة (193/1) أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي سنة الولادة -/ سنة الوفاة 1072 هـ تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن الناشر دار الكتب العلمية سنة النشر 1420 هـ - 2000 م مكان النشر لبنان/ بيروت.

(110) النووي روضة الطالبين (241/4).

(111) ابن قدامة الكافي (161 /2).

(112) الشيرازي المهذب (339/1) والنووي روضة الطالبين (241/4).

(113) ابن قدامة الكافي (161 /2).

(114) ابن قدامة المغني (321/6)، والمرداوي الإنصاف (368 /8).

(115) ابن نجيم ابن نجيم البحر الرائق (149/7) وابن عابدين رد المحتار على الدر المختار (275/7).

(116) ابن قدامة المغني (321/6).

(117) ابن قدامة المغني (321/6).

المحجور عليه لسفه كعتقه (118).

المختار

يتبين مما سبق عرضه رجحان القول الأول وهو عدم صحة ضمان المحجور عليه لسفه، وإن أذن له فيه وليه لأن فيه ضرر محض عليه لأن فيه تضييعاً لماله ولا مصلحة له في الضمان وقياساً على بيعه وشرائه.

المسألة الثانية: ضمان المحجور عليه لفس:

المحجور عليه لفس: هو من كان عليه دين أكثر من المال الذي عنده أو مساوياً للمال الذي عنده.

وقد اختلف الفقهاء في المحجور عليه لفس هل يصح ضمانه أو لا؟
وذلك على قولين:

القول الأول: أنه يصح ضمان المحجور عليه لفس، ولكن لا يؤاخذ به في الحال بل يتبع المضمون له بعدما يفك الحجر عنه، وهو قول المالكية (119) والصحيح من مذهبي الشافعية (120) والحنابلة (121). واستدلوا على ذلك بما يلي:

أ - أنه إيجاب لمال في ذمته فصح منه كشرائه سلعة بثمن في ذمته (122)
ب - ولأنه من أهل التصرف، والحجر عليه في ماله لا فيما يثبت في ذمته، فهو كما لو أقر بشيء أو اقترض شيئاً أو اشترى في الذمة (123).

القول الثاني: أنه لا يصح ضمان المحجور عليه لفس، وهو رواية عند الحنابلة (124).

واستدل أصحاب هذا القول بأنه ليس من أهل التبرع.

(118) ابن قدامة الكافي (2/ 161).

(119) الدردير الشرح الكبير (3/ 512).

(120) الشيرازي المهذب (1/ 339) والنووي روضة الطالبين (4/ 242) والخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 612).

(121) ابن قدامة المغني (6/ 322)، ويُنظر: المرادوي الإنصاف (8/ 368).

(122) الشيرازي المهذب (1/ 339) والنووي روضة الطالبين (4/ 242).

(123) ابن قدامة المغني (6/ 322)، ويُنظر: المرادوي الإنصاف (8/ 368).

(124) المرادوي الإنصاف (5/ 190).

ويمكن أن يناقش قولهم أنه ليس من أهل التبرع بعد التسليم به على إطلاقه، بل يصح تصرفه فيما يتعلق بذمته وإن كان تبرعاً وينفذ بعد فك الحجر عنه.

المختار

تبين مما سبق عرضه رجحان القول الأول، أن المفلس يصح ضمانه لصحة تصرفه في الجملة، والحجر إنما يكون في ماله لا فيما يثبت في ذمته.

الشرط الرابع: "الصحة":

المقصود بالصحة: أن يكون الإنسان غير مريض. والمرض نوعان: مرض غير مخوف وهو المرض العادي، والثاني: المرض المخوف الذي يموت فيه الإنسان غالباً. النوع الأول: إذا كان المرض عادياً غير مخوف أو كان غير مرض الموت فإن حكمه في الضمان كحكم الصحيح لا فرق. وكذا لو أقر في مرضه أنه ضمن في صحته فإنه يعتبر من كل ماله عند أكثر العلماء (125).

النوع الثاني: إذا كان مريضاً مرض الموت المخوف:

إن ضمن في مرض موته المخوف فإن حكم ضمانه حكم تبرعه، يحسب من ثلث ماله عند فقهاء المذاهب الأربعة الحنفية (126) والمالكية (127) والشافعية (128) والحنابلة (129)؛ لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً، فأشبهه الهبة إلا أن يجيز الورثة ما زاد عن الثلث فيجوز عند عامة العلماء (130).

(125) البغدادي مجمع الضمانات (609) وابن قدامة المغني (6/ 323).

(126) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 364) والبغدادي مجمع الضمانات (609).

(127) الدسوقي حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (3/ 511) ويُنظر: المدونة (5/ 278).

(128) النووي روضة الطالبين (4/ 242).

(129) المرادوي الإنصاف (5/ 191).

(130) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 364) ومالك المدونة (5/ 278) والدردير الشرح الكبير

قال **الدسوقي** (131): "فإن شاء الورثة ردوا ما زاد على الثلث وإن شأؤوا أجازوا الجميع" (132).

وقال **الإمام النووي**: "وأما ضمان المريض، فقال صاحب الحاوي: هو معتبر من الثلث؛ لأنه تبرع، فإن كان عليه دين مستغرق فالضمان باطل، وإن خرج بعضه من الثلث صح فيه، فلو ضمن في مرضه، ثم أقر بدين مستغرق، قدم الدين ولا يؤثر تأخر الإقرار به" (133).

وقال **المرداوي** (134): "فيصح ضمانه (يعني المريض) بلا نزاع، لكن إذا مات في مرضه حسب ما ضمنه من ثلثه" (135).

الشرط الخامس الذكورة: وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم ضمان المرأة:

لا خلاف بين العلماء على صحة ضمان الرجل البالغ العاقل الرشيد غير المحجور عليه بسفه أو فلس كما تقدم ذكره. إلا أن الفقهاء اختلفوا في حكم ضمان المرأة، هل يصح منها أم لا؟ على قولين:

القول الأول: أن ضمان المرأة صحيح مطلقاً، سواء كانت ذات زوج أم لا، وسواء ضمنت بإذن زوجها، أم لا، وهو مذهب الشافعية (136) والحنابلة (137).

(511/3).

(131) هو محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي، فقيه مالكي من علماء العربية والفقهاء، من أهل دسوق بمصر، تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة، ودرس بالأزهر، قال صاحب شجرة النور: (هو محقق عصره وفريد دهره). من تصانيفه: "حاشيته على الشرح الكبير على مختصر خليل" في الفقه المالكي، و"حاشية على شرح السنوسي لمقدمته أم البراهين" في العقائد توفي سنة (1230هـ). يُنظر: الجبرتي (231/4)، و"الأعلام" للزركلي (242/6)؛ و"معجم المؤلفين" (292/9)؛ و"شجرة النور الزكية" ص (361).

(132) الدسوقي حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (511/3) ويُنظر: المدونة (278/5).

(133) النووي روضة الطالبين (242/4).

(134) هو علي بن سليمان بن أحمد بن محمد، علاء الدين المرادوي نسبته إلي (مردا) إحدى قرى نابلس بفلسطين، شيخ المذهب الحنبلي، حاز رئاسة المذهب، ولد بمردا، ونشأ بها ثم انتقل إلي دمشق وتعلم بها، وانتقل إلى القاهرة ثم مكة. من مصنفاته: "المرادوي الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف" ثمانية مجلدات و"التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع" و"وتحرير المنقول في تهذيب علم الأصول" توفي سنة (885هـ). يُنظر: الضوء اللامع (225/5، 227)؛ والأعلام للزركلي (104/5).

(135) المرادوي الإنصاف (191/5).

(136) الشافعي الأم (195/3)، النووي روضة الطالبين (242/4).

والظاهرية(138).

واستدلوا على صحة ضمانها بما يلي:

أ - أنه لا فرق بين الرجل والمرأة في جميع الحالات وهي تملك من مالها ما يملك الرجل من ماله، وما يجوز له في ماله يجوز لها هذا حكم الله سبحانه وتعالى فيه وفيها وكذا دلالة السنة، وإذا تزوجت فإن صداقها مال لها تصنع به ما شاءت من ضمان أو غيره، كما تصنع بما سواه من مالها لا فرق فإنه لم يأت نص بالفرق بين شيء مما ذكرناه (139).

ب - ولأن المرأة جائزة التصرف في مالها كالرجل فصح منها كالبيع (140).

القول الثاني: التفصيل: وهو قول الإمام مالك.

أ- المرأة الأيم التي لا زوج لها وكانت قد تزوجت من قبل، فإن ضمانها صحيح في كل مالها(141). وقد جاء في "المدونة الكبرى" قال سحنون: "قلت: رأيت إن كانت المرأة أيمًا لا زوج لها، تكفلت بكفالة، أيجوز ذلك عليها؟ قال: نعم عند مالك"(142).

ب- العانس البكر التي قد بلغت وعنست، لا يصح ضمانها.

فقد جاء في "المدونة": "قلت: رأيت الجارية البكر التي قد بلغت وعنست من أهلها، تكفلت بكفالة أيجوز ذلك أم لا؟ قال: قال مالك في هبتها وصدقها: لا تجوز إذا كانت قد عنست فكذلك كفالتها في هذا، قلت: لم لا يجوز ذلك؟ قال: لأن بضعها بيد أبيها"(143).

(137) ابن قدامة المغني مع الشرح الكبير(6 / 371) .

(138) ابن حزم المحلى (8 / 255).

(139) الشافعي الأم (3 / 195) وابن حزم المحلى (8 / 255).

(140) ابن قدامة المغني مع الشرح الكبير (6 / 371).

(141) مالك المدونة (5 / 284-289) والدردير الشرح الكبير (3 / 511).

(142) المدونة (5 / 289) للإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي المدني (المتوفى: 179 هـ) رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي. ط: دار الحديث.

(143) سحنون المدونة (5 / 284).

ج- أن المرأة إذا كانت ذات زوج صح ضمانها في ثلث مالها ، إلا إذا كانت الزيادة شيئاً خفيفاً كدينار ونحوه، أو يكون ضمانها عن زوجها، فيصح في جميع مالها إذا كان بإذن الزوج وكانت رشيدة.
قال سحنون قلت: "هل تجوز كفالة المرأة ذات الزوج؟ قال: قال مالك: تجوز كفالتها فيما بينها وبين ثلثها"⁽¹⁴⁴⁾.

وقال في كفالة المرأة عن زوجها بما يغترف مالها بإذن زوجها:

"قال سحنون قلت: أرأيت لو أن امرأة تكفلت لرجل عن زوجها؟
قال: قال مالك: عطية المرأة للزوج المال جائز عليها، وإن أحاط ذلك بمالها كله، وكفالتها في جميع مالها، وإن أعطته أكثر من ثلثها فذلك جائز، وإن بلغت جميع مالها. قال مالك: وكذلك كفالة المرأة لزوجها إن كانت مرضية. قلت: أرأيت مالاً لم جوز عطيتها للزوج المال كله، وجعله خلاف غيره من الناس إذا لم تكن سفيهة في حالها؟ **قال:** لأن الرجل إنما يتزوج المرأة لمالها، فهو خلاف غيره في هذا، إنما أعطاها إياه على بضعها ومالها"⁽¹⁴⁵⁾.

ومما يستدل لهم على صحة ما ذهبوا إليه قول النبي صلى الله عليه وسلم: **"لا يجوز لامرأة أمرٌ في مالها إذا ملك زوجها عصمتها"**. وفي رواية: **"لا يجوز لامرأة عطيةً إلا بإذن زوجها"**⁽¹⁴⁶⁾.
مناقشة أدلة المالكية:

ويمكن أن نناقش ما استدلل به المالكية من أدلة على عدم صحة الضمان كله أو بعضه بما يلي:
أولاً: أن هذه الأدلة إنما هي آراء مخالفة لعموم النصوص المجيزة للضمان والتي لم تفرق بين الرجل والمرأة سواء كانت بكراً أم ثيباً في

⁽¹⁴⁴⁾ سحنون المدونة (5/ 284) وزاد: إلا أن تكون إنما زادت الدينار أو الشيء الخفيف.

⁽¹⁴⁵⁾ سحنون المدونة (5/ 287، 288).

⁽¹⁴⁶⁾ أخرجه أبوداود (3546، 3547) والنسائي (2540- 3756- 3757) وأحمد (7058) والحاكم في المستدرک (2299) وقال: صحيح الإسناد.

الضمان (147).

ثانيًا: أن هذه الأراء تحتاج إلى أدلة لتصحيحها، كالقول بأن البكر لا يصح ضمانها لأنه لا يصح لها اصطناع المعروف، والقول بأن بضع البكر بيد أبيها وأن هذا مانع في صحة ضمانها وهذا لا دليل عليه (148).

ثالثًا: أنه قد وردت في السنة أدلة تدل على أنه يجوز للمرأة اصطناع المعروف وأن لها التصدق من مالها، وإن لم يأذن لها زوجها، سواء كانت ذات زوج أو أيم أو بكرًا.

عن جابر بن عبد الله قال: "قام النبي يوم الفطر فصلى، فبدأ بالصلاة ثم خطب، فلما فرغ نزل فأتى النساء فذكرهن وهو يتوكأ على يد بلال، وبلال باسط ثوبه ثم قال: "هلم". لكن فداء أبي وأمي، فيلقين الفتح والخواتيم في ثوب بلال" (149).

فالحديث يدل على جواز صدقة المرأة من مالها بغير إذن زوجها ولو زاد عن الثلث لأن النبي H: لم يسألن: هل أستأذن أزواجهن في الصدقة هذه أم لا؟ و لم يسألن هل ذلك خارج من الثلث أم لا؟ ولو كان الحكم يختلف في ذلك لسأل عنه وكان فيهم البكر والثيب وذات الزوج (150).

رابعًا: أما استدلالهم بحديث "لا يجوز لامرأة أمر في مالها، إذا ملك زوجها عصمتها" فهو عند عامة الفقهاء محمول على حسن العشرة واستطابة نفس زوجها بذلك... أو قد يحمل هذا الحديث على المرأة غير الرشيدة فأما الرشيدة فيجوز كما هو ظاهر الأحاديث. أو يحمل هذا على موضع الاختيار، كما أنه ليس لها أن تصوم يومًا وزوجها حاضر إلا بإذنه، فإن فعلت فصومها جائز، وإن خرجت بغير إذنه فباعته فجائز فكذلك إذا ضمن فهو جائز (151). وقد روى الإمام البخاري في صحيحه عن ابن عباس: "أن ميمونة بنت الحارث أخبرته أنها أعتقت وليدة ولم تستأذن النبي صلى الله عليه وسلم، فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه قالت: أشعرت يا رسول الله أني أعتقت وليدتي؟ (152) قال: "أَوْ فَعَلْتِ؟". قالت: نعم،

(147) يُنظر: الشافعي الأم (3/ 192، 193).

(148) يُنظر: الشافعي الأم (3/ 195).

(149) أخرجه البخاري (978، 979) باب: موعظة الإمام النساء يوم العيد ومسلم (884، 885) كتاب صلاة العيدين.

(150) النووي شرح مسلم (3/ 443)، ويُنظر: ابن حجر فتح الباري (2/ 568).

(151) البيهقي السنن الصغير (4/ 453)، ويُنظر: السنن الكبرى (6/ 60) والشافعي الأم (3/ 193).

(152) الوليدة: يعني الجارية.

قال: "أما إنك لو أعطيتها أخوالك كان أعظم لأجرك" (153).
ووجه الدلالة من هذا الحديث أن ميمونة زوج النبي H أعتقت وتصدقت
من مالها بغير علم النبي، فلم يعب ذلك عليها ولم يستدركه عليها، بل
أرشدنا إلى ما هو الأفضل فقط، فلو كان لا ينفذ لها تصرف في مالها
لأبطله النبي (154).

المختار

يتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول، وهو صحة ضمان المرأة مطلقاً،
سواء كانت ذات زوج أم لا، وسواء كان بإذن الزوج أم لا، وذلك لأمر:
الأمر الأول: عموم النصوص النبوية التي لم تفرق بين الرجل والمرأة في
صحة الضمان.

الأمر الثاني: أن للمرأة الحق المطلق في التصرف في مالها إذا كانت غير
سفيهة كما دل عليه حديث ميمونة السابق في جواز عتقها بغير إذن
الزوج.

الأمر الثالث: قياس صحة ضمانها على صحة بيعها.

الأمر الرابع: عدم وجود الدليل الصحيح الصريح الذي لا معارض له.

(153) أخرجه البخاري في صحيحه (2452) باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها
زوج فهو جائز إذا لم تكن سفیهة فإذا كانت سفیهة لم يجز قال الله تعالى: {ولا تؤتوا السفهاء
أموالكم}.

(154) ابن حجر فتح الباري شرح صحيح البخاري (5/258).

المسألة الثانية: ضمان المرأة في كفالة النفس أو الوجه وضمن الطلب:
قد ذكرنا رأي المالكية في حكم ضمان المرأة، وأنه يحجر عليها فيما زاد عن ثلث مالها، وهذا إذا كان في ضمان المال وأما إذا كان الكفالة في الوجه أو الطلب فإنهم لا يجيزون ذلك إلا بإذن الزوج.
قال الشيخ الدردير: "وللزوج رده أي: ضمان الوجه عن زوجته إذا ضمنت، ولو كان دين المضمون أقل من ثلثها؛ لأنه يقول قد تحبس، أو تخرج لخصومة، أو لطلب المضمون، وفي ذلك معرفة وهذا إن ضمنت بغير إذن زوجها، وإلا فليس له رده، ومثل ضمان الوجه ضمان الطلب" (155).

الشرط السادس: الرضا:

الرضا: لا خلاف بين الفقهاء على أن الرضا من الضامن شرط لصحة الضمان؛ لأنه عقد تبرع، وهو مفتقر إلى الرضا، ولأنه لا يلزمه الحق ابتداء.

قال ابن قدامة: "ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون ومضمون له، ولا بد من رضا الضامن، فإن أكره على الضمان لم يصح، ولا يعتبر رضا المضمون عنه، لا نعلم فيه خلافاً" (156).

الشرط السابع: الحرية:

ينبغي على هذا الشرط حكم ضمان العبد.
وللعلماء في حكم ضمان العبد تفاصيل نذكرها إن شاء الله تعالى، فبعضهم قال بالجواز مطلقاً كابن حزم وأنه لا فرق بين العبد والحر، لعموم النصوص الواردة والتي لم تفرق بين الحر والعبد (157).
وبعضهم فصل ما إذا أذن له سيده، أو لم يأذن، فقالوا إن أذن له سيده صح ويتبع به بعد فك الحجر عنه وإن لم يأذن له لم يصح وهو قول الحنفية (158) والشافعية في قول (159) والحنابلة قول (160). لأن من شرط نفاذ

(155) الدردير الشرح الصغير (3/ 287)، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (532/3) والخرشي شرح مختصر خليل (6/ 34).

(156) ابن قدامة المغني مع الشرح الكبير (6/ 314)، ويُنظر: المطيعي تكملة المجموع (13/ 173).

(157) ابن حزم المحلى (8/ 253).

(158) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 364) والبغدادي مجمع الضمانات (603).

هذا التصرف عندهم أن لا يكون محجوراً عليه، لكن قال الحنفية: أنها تنعقد حتى يؤخذ به بعد عتقه؛ لأن امتناع نفاذ هذا التصرف لم يكن لانعدام الأهلية بل لحق المولى وقد زال (161).
وذهب الشافعية في قول والحنابلة في احتمال أنه يصح بغير إذن المولى لأنه من أهل التصرف ويتبع به بعد فك الحجر عنه؛ لأنه لا ضرر فيه على سيده؛ لأنه يطالب به بعد عتقه، فصح منه كالإقرار بإتلاف ماله (162).
وقال المالكية: يصح ضمان العبد بغير إذن سيده، لكن لا يلزم ويتبع به بعد العتق وليس له إسقاطه (163).



-
- (159) الشافعي الأم (204 /3).
(160) ابن قدامة المغني مع الشرح الكبير (6 /322) .
(161) الكاساني بدائع الصنائع (7 /364).
(162) الشيرازي المهذب (1 /339-340) والمطيعي تكملة المجموع (13 /159) وابن قدامة المغني مع الشرح الكبير (6 /322).
(163) الدردير الشرح الكبير (3 /510، 511).

1.3.3.2 أركان وشروط المضمون عنه:

المضمون عنه هو الأصل الذي عليه الدين اللازم، أو الأيل إلى اللزوم، ويُعبر عنه أحياناً بالغريم.

شروط المضمون عنه ثلاثة:

الشرط الأول: رضا المضمون عنه يعني: هل يشترط رضا المضمون عنه أم لا؟

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أنه لا يشترط رضا المضمون عنه، لأن الإنسان لو أدى عنه دينه بغير رضاه أو علمه صح وجاز بلا خلاف فكذا إذا ضمن عنه بل الضمان أولى (164).

الشرط الثاني: قدرة المضمون عنه على تسليم المضمون:

ذهب أكثر العلماء المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية إلى أنه لا يشترط أن يكون المضمون عنه قادراً على تسليم المضمون.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه يشترط ذلك إمام نفسه، وإما بنائيه (165).

وسبب خلافهم هذا هو اختلافهم في الميت الذي لم يترك مالاً وعليه دين هل يصح الضمان عنه أم لا؟ بخلاف الميت الذي خلف وفاء لدينه فقد أجمعوا على صحة الضمان عنه (166).

أما الميت الذي لم يترك شيئاً أو ترك شيئاً لا يفي بالدين الذي عليه، فقد اختلفوا فيه على قولين:

القول الأول: أنه يصح الضمان عن الميت، وهو قول عامة العلماء الصاحبان من الحنفية (167) والمالكية (168) والشافعية (169) والحنابلة

(164) النووي روضة الطالبين (4/ 240) وابن قدامة المغني مع الشرح الكبير (6/ 314).

(165) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 364).

(166) يُنظر: ابن هبيرة الإفصاح (2/ 205) والنووي روضة الطالبين (4/ 240).

(167) يُنظر: الكاساني بدائع الصنائع (7/ 364) وابن عابدين حاشية رد المحتار (5/ 416) والدردير الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (3/ 512) والشافعي الأم (3/ 265) والنووي روضة الطالبين (4/ 240) وابن قدامة المغني (6/ 315، 316) وابن هبيرة الإفصاح (2/ 240).

(170) والظاهرية (171) فإذا ضمن الرجل الدين الذي على الميت صح والضمان له لازم، سواء ترك الميت شيئاً أو لم يترك غنياً كان الميت أو فقيراً (172).

أدلة القول الأول: استدل القائلون بصحة الضمان عن الميت الذي لم يترك شيئاً بما يلي:

أ- بما رواه البخاري وغيره من حديث سلمة بن الأكوع "أن النبي أتى بجنزة ليصلي عليها فقال: "هل عليه من دين؟" قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتى بجنزة أخرى فقال: "هل عليه من دين؟" قالوا: نعم، قال: "فصلوا على صاحبكم" قال أبو قتادة: عليّ دينه يا رسول الله، فصلى عليه" (173). فالحديث صريح الدلالة في الضمان عن الميت الذي لم يترك وفاء لدينه (174).

ونوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول: قال ابن الهمام الحنفي: "إن حديث أبي قتادة ليس صريحاً في إنشاء الكفالة، بل يحتمل قوله (هُمَا عَلَيَّ) كُلاً من إنشائها والإخبار بها على حد سواء.

والوجه الثاني: أنها واقعة حال لا عموم لها، فلا يستدل به في خصوص محل النزاع" (175).

ويمكن أن يجاب عن هذين الوجهين من وجهين آخرين:

الأول: دعوى أن الحديث يحتمل الإنشاء والإخبار، غير صحيحة

(205) والشوكاني نيل الأوطار (3/ 331).

(168) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (3/ 512).

(169) الشافعي الأم (3/ 265).

(170) ابن قدامة المغني (6/ 315، 316) وابن هبيرة الإفصاح (2/ 205).

(171) ابن حزم المحلى (8/ 251).

(172) الشافعي الأم (3/ 265).

(173) أخرجه البخاري (2295).

(174) ابن حجر فتح الباري (4/ 582)، ويُنظر: الطحاوي شرح مشكل الآثار (10/ 333-

335) وابن حزم المحلى (8/ 251).

(175) ابن الهمام شرح فتح القدير (7/ 206).

وغير مسلمة؛ إذ أن احتمال الإخبار ضعيف بل هو إنشاء كما هو ظاهر الحديث، فلا اعتبار به.

ومما يؤيد كونه إنشاء لا إخبار، ما جاء في رواية أخرى من حديث أبي قتادة: "أنا أتكفل به" (176)، وفي رواية من حديث جابر "فتحملها أبو قتادة" (177) وهذا يدل على الإنشاء لا على الإخبار.

والوجه الثاني: لا يصح كون أنها واقعة حال لا عموم لها بل هي دعوة مردودة؛ لأن الأصل في التشريع العموم حتى يقوم الدليل على التخصيص، ولا يوجد دليل هنا بل الدليل عام.

ب- واستدلوا أيضاً بما روي عن علي I قال:

"كان الرسول H إذا أتى بجنزة لم يسأل عن شيء من عمل الرجل إلا أن يسأل عن دينه، فإن قيل عليه دين كف عن الصلاة عليه، وإن قيل ليس عليه دين صلى عليه، فأتي بجنزة فلما قام سأل أصحابه: "هل على صاحبكم من دين؟" قالوا: عليه ديناران دين، فعدل عنه رسول الله، فقال: "صلوا على صاحبكم"، فقال علي بن أبي طالب: يا نبي الله هماً عليّ برئٍ منهما، فنقدم رسول الله صلى عليه، ثم قال: "يا علي جزاك الله خيراً، فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك، إنه ليس من ميت يموت وعليه دين إلا وهو مُرْتَهَنٌ بدينه، فمن فك رهان ميت فك الله رهانه يوم القيامة"، فقال بعضهم هذا لعلي خاصة أم للمسلمين عامة؟ فقال: بل للمسلمين عامة" (178).

(176) أخرجه النسائي (4692) وابن ماجه (2407).

(177) حسن: أخرجه الإمام أحمد في المسند (14576)، والطيالسي (1673)، والطحاوي في المشكل (334/10)، والحاكم في المستدرک (2346)، والدارقطني (79/3) في البيوع والبيهقي في السنن الكبرى (74/6) من طرق عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر به، وعبد الله بن محمد بن عقيل حسن الحديث وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي، وحسنه المنذري (3/39)، وقال الهيثمي في المجمع (39/3): أخرجه أحمد والبخاري وإسناده حسن.

(178) ضعيف جداً: أخرجه الدارقطني في سننه، (46/3) والبيهقي في الكبرى (73/6) حديث رقم (11181) من طريق إسماعيل بن عياش عن عطاء بن عجلان عن أبي إسحاق الهمداني عن عاصم بن ضمرة عن علي به.

قلت: فيه عطاء بن عجلان قال البخاري: منكر الحديث، وقال ابن معين: كذاب. وقال أبو حاتم: متروك الحديث.

وروى أيضاً من حديث أبي سعيد الخدري فقد أخرجه عبد بن حميد كما في مسنده (893) والدارقطني في السنن (87/3) والبيهقي في الكبرى (73/6) حديث رقم (11180) من طرق عن عبيد الله الوصافي عن عطية العوفي عن أبي سعيد به، قال البيهقي: والحديث يدور على

ج- ولأنه لو تبرع إنسان بقضاء الدين عنه لجاز لصاحب الدين طلبه منه فكذلك إذا ضمنه صح (179).

د- ولأنه لو ضمنه رجل المضمون عنه حيّ ثم مات، لم يبرأ الضامن (180).
هـ - "وبالاتفاق أنه لو ضمن عن حي معسر ديناً، ثم مات من عليه الدين كان الضمان بحاله ، فلما لم يُنَافِ موتُ المعسر دوامَ الضمان لا ينافي ابتداءه" (181).

و- "أن الموت لا ينافي بقاء الدين؛ لأنه مال حكمي فلا يفتقر بقاؤه إلى القدرة، فهو دين ثابت، فصح ضمانه كما لو خلف وفاء لدينه" (182).

ز- "ولأنه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الحق اقتضاؤه" (183).

القول الثاني: أن الضمان عن الميت إذا لم يخلف وفاء لا يصح، وإن خلف بعض وفاء الدين صح الضمان بقدره فقط، وهو قول أبي حنيفة (184).

أدلة القول الثاني: استدل الإمام أبو حنيفة على عدم صحة الضمان عن الميت الذي لم يخلف وفاءً بأن الدين إنما هو عبارة عن الفعل، والميت عاجزٌ عن هذا الفعل، فكانت هذه الكفالة إنما هي كفالة بدين ساقط، فلا تصح كما لو كفل عن إنسان ديناً وليس عليه دينٌ (185).

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: أنه رأى في مقابل النص عن النبي H في جواز الضمان عن الميت

عبيد الله الوصافي وهو ضعيف جداً، وقال ابن عدي في الكامل (5/ 522): ضعيف جداً، وقال ابن حبان: ضعيف الحديث جداً. قلت: وفيه عطية العوفي، وهو ضعيف أيضاً..

(179) ابن قدامة المغني (6/ 315، 316).

(180) ابن قدامة المغني (6/ 315، 316).

(181) البغوي شرح السنة (4/ 359) تأليف الإمام: الحسين بن مسعود البغوي المتوفى سنة 516هـ دار النشر: المكتب الإسلامي دمشق بيروت 1403 - 1983م الطبعة الثانية ، تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد زهير الشاويش ، ويُنظر: تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي (4/ 153) تأليف الإمام: محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري أبو العلا ، المتوفى سنة 1353هـ ، دار النشر: دار الكتب العلمية ، ومراقبة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح (6/ 110) تأليف الإمام: علي بن سلطان بن محمد القاري المتوفى سنة 1014هـ دار النشر دار الكتب العلمية- لبنان-بيروت-1422هـ-2001م الطبعة الأولى، تحقيق: جمال عيتاني.

(182) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 364)، وابن قدامة المغني (6/ 316).

(183) ابن قدامة المغني (6/ 315، 316).

(184) ابن الهمام شرح فتح القدير (7/ 206).

(185) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 365).

فلا يعمل به، وليس لأحد أن يتخلف عن النبي H لا في قول ولا في حكم (186).

الثاني: عدم التسليم بعدم صحة ضمان ما لم يجب من الدين، بل إن المسألة خلافية يأتي بيانها والمختار جوازه.

المختار

يتبين بما سبق عرضه رجحان القول الأول وذلك لثلاثة أمور:

الأول: حديث أبي قتادة الصريح الدلالة في جواز الضمان عن الميت.

الثاني: قياس الضمان بقضاء الدين عن الميت على التبرع بقضاء دينه، وعلى بقاء ذمة الضامن فيما لو ضمن رجلاً وهو حيٌّ ثم مات أن الضمان صحيح.

الثالث: عدم وجود الدليل الصحيح الصريح الذي ينتهز للاحتجاج به على عدم صحة الضمان عن الميت.

الشرط الثالث: معرفة المضمون عنه:

يعني هل يشترط أن يعرف الضامن المضمون عنه أم لا لا يشترط؟
اختلف أهل العلم في الضامن هل يشترط لصحة ضمانه أن يعرف المضمون عنه أم لا؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه لا يشترط معرفة الضامن للمضمون عنه، وهو الأصح عند الشافعية (187) والحنابلة (188).

واستدلوا على عدم اشتراط معرفة الضامن للمضمون عنه بما يلي:

أ- حديث سلمة بن الأكوع الذي أخرجه البخاري: "أن النبي أتني بجنابة ليصلي عليها، فقال: "هل عليه من دين؟" قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتني بجنابة أخرى فقال: "هل عليه من دين؟"، قالوا: نعم. قال: "صلوا على

(186) الطحاوي شرح مشكل الآثار (333/10) وعبد الرؤوف الكمالى شروط الضمان (45/197)

(187) النووي روضة الطالبين (4/240) وزكريا الأنصاري أسنى المطالب (113/10) والخطيب الشربيني مغني المحتاج (200/2).

(188) ابن قدامة المغني (314/6) والمرداوي الإنصاف (376/8).

صاحبكم"، قال أبو قتادة: عَلِيٌّ دَيْئُهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَصَلَّى عَلَيْهِ" (189).
وبحديث علي بن أبي طالب الذي تقدم قريباً، وهو ضعيف جداً
كما مر. ووجه الدلالة من هذين الحديثين أن أبا قتادة وعلي
رضي الله عنهما ضمنا الدين لمن لا يعرفاه عن لم يعرفاه، ولو
كان يشترط معرفة الضامن لهما لبينه النبي H.
ب - "ولأنه تبرع بالتزام مال، فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به
كالنذر" (190).

ج- أنه كما لا يشترط رضاه اتفاقاً كذا لا يشترط معرفته (191).
القول الثاني: يشترط معرفة الضامن للمضمون عنه، وهو قول الكاساني
من الحنفية (192)، ووجه للشافعية (193) وللحنابلة (194).
قال القاضي أبو يَعْلَى: "ليعرف وليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع
المعروف إليه أم لا؟ وليعرف المضمون له فيؤدي إليه" (195).
ونوقش هذا القول من وجهين:

الأول: أنه رأي مخالف لحديث ضمان أبي قتادة وعلي A، ولأن
النبي H لم يستفصل أبا قتادة ولم يسأله هل تعرف المضمون عنه أو لا؟
وترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم
في المقال ويدل على أنه لا يشترط معرفته.
الثاني: أن اصطناع المعروف إنما هو معروف على كل حال، سواء أكان
المعروف لأهله أم لغير أهله (196).
القول الثالث: وهو مذهب الحنفية: أنه يشترط معرفة المضمون عنه في

(189) أخرجه البخاري (2295).

(190) ابن قدامة المغني (6 / 314).

(191) الخطيب الشربيني مغني المحتاج (2 / 200).

(192) الكاساني بدائع الصنائع (7 / 365).

(193) الخطيب الشربيني مغني المحتاج (3 / 164).

(194) ابن قدامة المغني (6 / 314).

(195) ابن قدامة المغني (6 / 314).

(196) الخطيب الشربيني مغني المحتاج (3 / 164) والجصاص أحكام القرآن (3 / 1098).

التعليق والإضافة(197). لا في التنجيز(198).
أدلة هذا القول: استدلال الحنفية باشتراط المعرفة في التعليق والإضافة فقط دون التنجيز بأن الضمان تمليك في حق الطالب، وإنما جَوِّز استحساناً في التعليق والإضافة مع أن القياس يأبى هذا، لتعامل الناس به، والتعامل لا يكون إلا إذا كان المكفول عنه معلوماً؛ أما إذا كان مجهولاً فهو في هذه الحالة لا يبقى على القياس فعندئذٍ لا يجوز.
وأما في التنجيز: "فإن الكفالة في حق المضمون عنه فإنما هي بمنزلة العتاق والطلاق، فإنه يصح من غير قبوله وأمره، فلا تمنع جهالته جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق"(199).

ويمكن أن يناقش هذا القول من وجهين:

الأول: عدم التسليم بما ذكره الحنفية من عدم صحة الضمان إذا كان مضافاً أو معلقاً أو أصلاً، بل هو صحيح على المختار كما سيأتي بيانه.
الثاني: أنه رأي معارض لحديث ضمان أبي قتادة الدين عن لا يعرفه.

المختار

المختار والله تعالى أعلم القول الأول، القائل بعدم اشتراط معرفة الضامن للمضمون عنه، وذلك لما يلي:

أ - أن أبا قتادة ضمن لمن لم يعرفه ولو كان يشترط رضاه لأوضح ذلك رسول الله.

ب - أنه كما لا يشترط رضاه اتفاقاً كذا لا يتشترط معرفته.

(197) المراد بالتعليق والإضافة ما يقع في المستقبل.

مثال المعلق: إن غصبك فلان شيئاً فأنا كفيل، وتسمى هذه معلقة بالشرط.

ومثال الإضافة: ما ذاب- أي: ما ثبت ذلك على الناس فعلي.

أوإذا قال شخص لآخر: كفلت لك ما تبعه للناس بالدين، فإن الكفالة لا تصح لجهالة الناس الذين كفلهم.

(198) الكفالة المنجزة: وهي الواقعة في الحال، وهذه لا يشترط فيها أن يكون المضمون عنه معلوماً. ومثال ذلك: أن يقول له: كفلت لك بما ثبت لك على الناس، فهذه صحيحة، ويلزمه أن يقوم بما ثبت له في الماضي على الناس الذين يعنيه المكفول له صاحب الدين؛ لأنه بذلك يكون له الحق في تعيين من له عليه الدين.

ينظر: ابن عابدين حاشية رد المحتار (5/ 308) وسحنون المدونة (3/ 133) والمطيعي تكملة المجموع (13/ 175) والبهوتي الروض المربع (6/ 433).

(199) ابن الهمام فتح القدير (7/ 184) وابن عابدين حاشية رد المحتار (5/ 308-309).

1.3.3.3 أركان وشروط المضمون له:

المضمون له: هو من يثبت حقه على المضمون عنه، ويقال له الدائن والطالب أيضًا.

ويشترط في المضمون له ثلاثة شروط:

الشرط الأول: معرفته أي المضمون له:

اختلف العلماء في المضمون له هل يشترط معرفته أم لا على قولين:

القول الأول: أن معرفة الضامن للمضمون له ليست بشرط لصحة الضمان، وهو قول المالكية⁽²⁰⁰⁾ ووجه للشافعية⁽²⁰¹⁾ والمذهب عند الحنابلة⁽²⁰²⁾ "فلو قال: أنا ضامن الدين الذي على عمرو للناس، وهو لا يعرف عين من له الدين صح الضمان"⁽²⁰³⁾.

قال ابن العربي المالكي⁽²⁰⁴⁾: "في جهالة المضمون له: قال علماؤنا: هي جائزة، وتجوز أيضًا مع جهالة الشيء المضمون أو كليهما"⁽²⁰⁵⁾.
واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أ- قوله تعالى: "﴿فَ ذُقْ ذُقْ ذُقْ ذُقْ﴾ [يوسف: 72]". فهذه الآية نص في جهالة المضمون له وحمل جهالة المضمون عنه أخف"⁽²⁰⁶⁾.

ب - حديثا ضمان أبي قتادة وعلي المتقدم ذكرهما آنفًا، فإنهما ضمنا لمن لم يعرفاه كما هو الظاهر من الحديثين، ولم يسألهما النبي هل كانا يعرفانه أم لا ولو كان الحكم يختلف لبينه لهما ولأن الواجب إنما هو أداء الحق على أية حال فلا يشترط معرفة ما سوى ذلك⁽²⁰⁷⁾.

ج - أن الضمان إنما هو تبرع بالتزام المال، فلا يعتبر من يتبرع له به،

(200) ابن العربي أحكام القرآن (1097/3)، والدردير الشرح الكبير (517/3).

(201) النووي روضة الطالبين (241/4) والخطيب الشربيني مغني المحتاج (200/2).

(202) يُنظر: ابن قدامة المغني (6/314) والروض المربع (6/333) والبهوتي شرح منتهى الإرادات (248/2).

(203) البهوتي الروض المربع (6/433).

(204) هو الإمام الحافظ أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن أحمد المعافري المعروف بابن العربي. ولد بإشبيلية في 22 من شعبان سنة 468 هـ. وفاته: توفى: قرب مدينة فاس حماها الله مُصْرَفُهُ من مراكش، وقيل مات مسمومًا سنة "514 هـ" "أهـ. يُنظر: "شجرة النور الزكية" ص (136)، و"الأعلام" للزركلي (106/7).

(205) ابن العربي أحكام القرآن (3/1097)، دار النشر: دار الفكر للطباعة والنشر- لبنان، تحقيق: محمد عبد القادر عطا.

(206) المرجع السابق.

(207) ابن قدامة المغني (6/314) المطيعي تكملة المجموع (13/165).

كالنذر (208).

القول الثاني: وهو قول الحنفية⁽²⁰⁹⁾ والشافعية في الأصح⁽²¹⁰⁾ والحنابلة في وجه⁽²¹¹⁾ أنه يشترط معرفة الضامن للمضمن له. وذلك لما يلي:
أ - أنه إذا كفل لأحد من الناس وهو لا يعرفه لم يحصل ما شرعت له الكفالة، وهو التوثيق⁽²¹²⁾.

ب- أن الناس تتفاوت وتختلف في استيفاء حقوقها تسهياً وتشديداً ، فإذا كان طلبه لحقه ولدينه على وجه السهولة ضمن، وإن كان طلبه لحقه على وجه الشدة لا يضمن⁽²¹³⁾.

ويمكن أن يناقش هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن كون الناس تختلف وتتفاوت في استيفاء حقوقها تشديداً وتسهيلاً ، لا يلزم منه اشتراط معرفة المضمن له، ولا سيما إذا وافق الضامن بجهالته، بل إن غاية ما يدل عليه هو استحباب معرفته لا اشتراطه⁽²¹⁴⁾.
الثاني: أنه رأي مخالف لحديث ضمان أبي قتادة فلا يعمل به⁽²¹⁵⁾.

ج- "يشترط معرفة الضامن للمضمن له ليعلم الضامن، هل المضمن له أهلاً لإسداء الجميل إليه أم لا"⁽²¹⁶⁾.

د- "أن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع، والمضمن له كالبائع؛ لأنه تملك ما في ذمة المضمن عنه من الضامن، فلا بد من التعيين، ولا يصح بدون قبول المشتري، وقبوله يستلزم تعيينه، فكانت جهالة الطالب (وهو المضمن له) مانعة لجوازها (أي مانعة لجواز الضمان) كجهالة المشتري مانعة البيع"⁽²¹⁷⁾.

(208) ابن قدامة المغني (6 / 314).

(209) الكاساني بدائع الصنائع (7 / 365) وابن الهمام فتح القدير (7 / 183) وابن عابدين رد المحتار على الدر المختار (5 / 308).

(210) النووي روضة الطالبين (4 / 240) والخطيب الشربيني مغني المحتاج (3 / 614) وابن حجر الهيتمي والفتاوى الكبرى (3 / 73).

(211) ابن قدامة المغني (6 / 314).

(212) الكاساني بدائع الصنائع (7 / 365).

(213) الخطيب الشربيني مغني المحتاج (3 / 164) وابن العربي أحكام القرآن (3 / 1098).

(214) عبد الرؤوف الكمال شروط الضمان (45 / 202).

(215) ابن قدامة المغني (6 / 314).

(216) ابن العربي أحكام القرآن (3 / 1098) وحاشية الروض المربع (6 / 433) والمطيعي تكملة المجموع (13 / 163).

(217) ابن الهمام فتح القدير (7 / 184).

ونوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول: عدم التسليم بأن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع، بل هو عقد خاص يختلف عن البيع هذا عقد تبرع فيه تحمل لما في ذمة المضمون عنه والبيع عقد معاوضة.
الثاني: أنه قياس في مقابلة النص وهو حديث ضمان أبي قتادة فلا يقبل.

المختار

المختار والله تعالى أعلم القول الأول، القائل بعدم اشتراط معرفة الضامن للمضمون له، وذلك لأمرين.
الأول: حديث ضمان أبي قتادة، فإنه ضمن لمن لم يعرفه ولو كان يشترط معرفته لبينه النبي H.
الثاني: قياسه على النذر.

الشرط الثاني: رضا المضمون له:

أي هل يشترط رضا المضمون له أم لا؟

اختلف الفقهاء في حكم اشتراط رضا المضمون له هل يشترط رضاه أم

لا؟ على قولين:

القول الأول: لا يشترط رضا المضمون له، وهو قول الشافعية(218)

والحنابلة(219) وابن حزم(220) وأحد قولي أبي يوسف(221).

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

أ- حديث ضمان أبي قتادة دین الميت، ووجه الدلالة من الحديث أنه لم ينقل

قبول الطالب، فدل ذلك على عدم اشتراطه لأنه لو كان يشترط لنقل إلينا،

ولأن النبي H ألزم الكفيل بالكفالة بغير قبول من المكفول له (222).

ب- أن الضمان إنما هو وثيقة لا يشترط فيها القبض فتصح من غير رضا

المضمون له كالشهادة(223).

ج- أن الضمان: إنما هو الالتزام بما على المضمون عنه، وليس تمليغاً،

فيصح بالإيجاب فقط من الضامن، فأشبهه النذر (224).

د- ولأن الضمان لا يضر المضمون له لأنه التزام يزيد دَيْنَهُ توثيقاً وتأكيداً

(225).

هـ - ولأن الضمان التزام لا معاوضة فيه، بل هو عبارة عن تبرع من

الكفيل، فاعتبر رضاه فقط(226).

(218) الشيرازي المهذب (1/ 340) والنووي روضة الطالبين (4/ 240) والخطيب الشريبي

مغني المحتاج(3/ 164).

(219) ابن قدامة المغني (6/ 314) والبهوتي كشف القناع (3/ 366).

(220) ابن حزم المحلى (8/ 113).

(221) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 355، 356).

(222) الطحاوي شرح مشكل الآثار (10/ 333) والكاساني بدائع الصنائع (7/ 355) ابن حزم

المحلى (8/ 112).

(223) ابن قدامة المغني (6/ 314) والسالوس البيع (1351).

(224) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 355).

(225) المطيعي تكملة المجموع (13/ 166).

(226) ابن قدامة المغني (6/ 314) والبهوتي الروض المربع (6/ 434).

و- "أن المريض إذا قال عند موته لورثته: "اضمنوا عني ما عليّ من الدّين لغرمائي" وهم غُيَّبٌ، فضمنوا ذلك، فهو جائز ولا يلزمهم استحساناً" (227).

ونوقش هذا الدليل من وجهين: الأول: أن قوله "اضمنوا عني" فيه معنى الوصية منه إليهم بالقضاء عنه، فليس حقيقته بضمان، ولذلك الورثة يؤدون عنه إذا كان خلف مالاً، ولا يلزمهم إذا لم يخلف مالاً ولو كان هذا ضمان للزمهم سواء خلف مالاً أو لم يخلف (228).

الثاني: أن حق الغرماء قد تعلق بتركته في مرض موته ولم يتعلق بذمته؛ لضعفها بمرض الموت، ولذا فهو ممنوع من أن يتصرف في ماله كيفما شاء، "فنزل نائباً عن الغرماء المكفول لهم عاملاً لهم؛ لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته، وفيه نفع للطالب كما إذا حضر بنفسه" (229).

ويمكن أن يجاب عن هذين الوجهين بعدم التسليم بهما، وذلك أن قول المريض مرض الموت "اضمنوا عني" صريح في الضمان لا في الوصية فلا يحمل عليها، فإذا وافق الورثة على الضمان لزمهم على كل حال، سواء ترك الميت تركة أم لا.

القول الثاني: أنه يشترط رضا المضمون له، وهو قول الحنفية (230) وأبي علي الطبري من الشافعية (231). وهو أن يقول المضمون له: "قبلت، أو ما يدل على القبول" (232).

واستدلوا بما يلي: بأن الضمان فيه معنى التملك وليس بالتزام محض،

(227) الكاساني بدائع الصنائع (355/7) والزيلعي تبیین الحقائق (159/4).

(228) المرجع السابق.

(229) ابن الهمام فتح القدير (202 /7) وابن عابدين حاشية رد المحتار (446 /5).

(230) الكاساني بدائع الصنائع (355 /7) ابن نجيم ابن نجيم البحر الرائق (208 /17) وابن عابدين رد المحتار على الدر المختار (446 /5).

(231) الشيرازي المهذب (340 /1).

(232) الكاساني بدائع الصنائع (356 /7) وابن الهمام فتح القدير (201 /7).

والتملك لا يتم إلا بإيجاب وقبول كالبيع⁽²³³⁾. فكان الإيجاب وحده شطر العقد.

ونوقش ذلك القول من ثلاثة أوجه:

الأول: عدم التسليم بأن الضمان يأخذ حكم التملك كالبيع، وكون الضمان فيه معنى التملك لا يجعله كذلك.

الثاني: أن الاختلاف بين الضمان والبيع واضح، وأوجه الفرق كثيرة من أهمها أن الضمان تبرع والبيع معاوضة فلا يصح قياس أحدهما على الآخر.

الثالث: أنه قياس في مقابلة النص، وهو حديث ضمان أبي قتادة عن من لم يعرفه فلا يؤخذ به⁽²³⁴⁾.

المختار

المختار والله تعالى أعلم القول الأول، القائل بعدم اشتراط رضا المضمون له، وذلك لما يلي:

1- حديث ضمان أبي قتادة الدين الذي على الميت، والنبي H لم يسأل أبا قتادة هل يعرف الميت المضمون عنه أم لا؟ ولو كان يشترط معرفته لبينه H.

2- قياس الضمان على الشهادة والنذر وعدم صحة قياسه على البيع.

الشرط الثالث: العقل:

اشترط الإمامان أبو حنيفة ومحمد بن الحسن الشيباني في المضمون له أن يكون عاقلاً وهذا تفريع على قولهما باشتراط القبول في الضمان وعليه فلا يصح الضمان من الصبي الذي لا يعقل ولا من المجنون؛ لأن المكفول له لا تتم له الكفالة إلا بقبول، فيجب أن يكون من أهل القبول⁽²³⁵⁾.

أما الصبي الذي يعقل ففيه تفصيل:

إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة فيصح قبوله؛ لأنه يبيع عليه. وإن كان الصبي غير تاجر، ففيه روايتان: إحداهما: أنه يجوز وهو قول أبي يوسف. والثانية: لا تجوز⁽²³⁶⁾.

المختار

(233) المراجع السابقة.

(234) ابن قدامة المغني (6 / 314).

(235) الكاساني بدائع الصنائع (7 / 367).

(236) ابن عابدين حاشية رد المحتار (5 / 435).

والذي يتضح هو ما ذهب إليه أكثر العلماء غير الحنفية، من عدم اشتراط العقل في المضمون له لصحة الضمان، وهذا لما تقدم من عدم اشتراط رضا المضمون له أصلاً.



1.3.3.4. أركان وشروط المضمون به أو المكفول به:

المضمون به أو المكفول به: هو الحق الذي تعهد الكفيل بأدائه أو تسليمه، أو هو الشخص المطلوب إحضاره.

وضع الفقهاء شروطاً خاصة إذا كان المكفول به مالاً ووضعوا شروطاً خاصة إذا كان المكفول به البدن.

وهذا المطلب يشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: شروط المضمون:

لقد وضع الفقهاء للمضمون ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون المضمون حقاً ثابتاً: اشترط فقهاء الشافعية في

المضمون به أن يكون المضمون حقاً ثابتاً لصحة الضمان.

قال الإمام النووي: "وشرطه - أي المضمون - كونه ثابتاً" (237).

ويندرج تحت هذا الشرط أربعة فروع.

الفرع الأول: ضمان ما لم يجب:

ضمان ما لم يجب يسمى أيضاً ضمان السوق والمقصود بضمان ما لم

يجب: أي: الذي سيجب في المستقبل، كنفقة الغد أو ثمن ما سيبيعه أو

سيقرضه (238)، مثل: "ما أعطيت زيداً فهو عليّ أي أنا ضامن له".

وقد اختلف فقهاء المذاهب في حكم ضمان ما لم يجب على قولين:

القول الأول: أن ضمان ما لم يجب صحيح ولازم، وهو قول جمهور

الفقهاء الحنفية (239) والمالكية (240) والحنابلة (241) وهو قول الشافعي في

القديم (242).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "و ضمان ما لم يجب جائز عند جمهور العلماء،

كمالاً وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل، وقد دل عليه الكتاب كقوله تعالى: ﴿فَقَدْ

فَقَدْ جُ﴾ [يوسف: 72]" (243).

ووجه الدلالة من هذه الآية: أن المنادي ضمن لمن يأتيه بالصاع حمل بعير

(237) النووي روضة الطالبين (4/ 244).

(238) الخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 165).

(239) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 373)، وابن الهمام فتح القدير (16/ 167).

(240) سحنون المدونة (5/ 262) وابن رشد بداية المجتهد (2/ 409).

(241) ابن قدامة المغني (6/ 325)، والبهوتي الروض المربع (6/ 435).

(242) النووي روضة الطالبين (4/ 244).

(243) ابن تيمية مجموع الفتاوى (29/ 549).

على الرغم أنه لم يأت به بعد وهذا هو ضمان ما لم يجب وهذا وإن كان في شرع من قبلنا إلا أنه شرع لنا كما هو مقرر عند كثير من الفقهاء إذا لم يأت في شرعنا ما يخالفه، كيف وقد أتى في شرعنا ما يدل عليه وهو الدليل التالي. واستدلوا أيضاً بقول النبي H: "والزعيم غارم"⁽²⁴⁴⁾ ووجه الدلالة منه أنه عام فيشمل كل أنواع الضمان وكل ضامن، سواء ضمن ما قد وجب أو ضمن ما لم يجب بعد.

قال ابن القيم ⁽²⁴⁵⁾: "ويصح ضمان ما لم يجب، كما دل عليه القرآن... ، وقد تقتضي المصلحة ذلك، بل إن الحاجة والضرورة قد تدعو إليه"⁽²⁴⁶⁾.
القول الثاني: أنه لا يصح، وهو قول الشافعي في الجديد⁽²⁴⁷⁾، وابن حزم، وابن أبي ليلى⁽²⁴⁸⁾.

أدلة القول الثاني:

أ - أن ضمام ما لم يجب إنما هو وثيقة بالحق فلا يسبق الحق كالشهادة⁽²⁴⁹⁾.

وقد يجاب عنه بأنه قياس مع الفارق؛ لأنه لا يتصور وجود الشهادة من غير ثبوت مشهود عليه بخلاف الضمان.

ب- أن هذا الضمان توجد في مخاطرة فلم يصح⁽²⁵⁰⁾. ويمكن أن يناقش هذا بأن مبنى الضمان والكفالة على التوسيع، فنتحمل فيه الجهالة، وبالأخص إذا دخل الضامن وهو يعرف هذه الجهالة ولأن بالناس حاجة إليه فنتحمل فيه مثل هذه الجهالة⁽²⁵¹⁾.

⁽²⁴⁴⁾ صحيح تقدم في هامش (54).

⁽²⁴⁵⁾ هو الفقيه، المفتي، الإمام الرباني شيخ الإسلام الثاني أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزُّرعي ثم الدمشقي الشهير بابن قيم الجوزية. ولادته: ولد -رحمه الله- في السابع من شهر صفر سنة 691هـ. توفي -رحمه الله- ليلة الخميس ثالث عشر من رجب الفرد سنة (751هـ) يُنظر: أبجد العلوم ، (138/3)، والبداية والنهاية، (14 / 234) والبدر الطالع ، (2 / 143)، وذيل طبقات الحنابلة (2 / 447).

⁽²⁴⁶⁾ ابن القيم إعلام الموقعين عن رب العالمين (3 / 384) بتصرف.

⁽²⁴⁷⁾ النووي روضة الطالبين (4 / 244).

⁽²⁴⁸⁾ ابن حزم المحلى (117/8).

⁽²⁴⁹⁾ الشيرازي المهذب (1 / 341).

⁽²⁵⁰⁾ الشافعي الأم (3 / 204).

⁽²⁵¹⁾ السرخسي المبسوط (50/20) والموصلي الاختيار لتعليل المختار (2 / 169) تأليف الإمام: عبد الله بن محمد بن مودود الموصلي ، مجد الدين أبي الفضل الحنفى المتوفى سنة

المختار

المختار والله تعالى أعلم: أن ضمان ما لم يجب صحيح لأن الأصل في المعاملات الإباحة وإذا لم يأت دليل صحيح صريح بالمنع منه فيبقى على أصل الإباحة ولأن الحاجة داعية إليه ولعموم الأدلة السابقة التي تدل على جوازه. وضمان ما لم يجب يسمى أيضاً ضمان السوق، وهو: أن يضمن ما يشتريه التاجر، أو ما يبقى عليه من دين للتجار، أو ما يقبضه من الأعيان المضمونة.

"وقد سئل شيخ الإسلام ابن تيمية: (عمن يكتب ضمان الأسواق وغيرها من الكتابة التي لا تجوز في الشرع، هل على الكاتب إثم؟ فإنه يكتب ويشهد على من حضر بما يرضى، فإن كان لا يجوز فإن الكتاب لا يخلون من ذلك، فهل يأتون بذلك أم لا؟ فأجاب: ضمان السوق: وهو أن يضمن الضامن ما يجب على التاجر من الديون وما يقبضه من الأعيان المضمونة ضمان صحيح، وهو ضمان ما لم يجب، وضمان المجهول، وذلك جائز عند جمهور العلماء، كمالك، وأبي حنيفة، وأحمد بن حنبل. وقد دل عليه الكتاب كقوله: ﴿فَ تَقُفُّ فِ قَوْجٍ﴾ [يوسف: 72]، والشافعي يبطله، فيجوز للكاتب والشاهد أن يكتبه ويشهد عليه، ولو لم ير جوازه؛ لأنه من مسائل الاجتهاد، وولي الأمر يحكم بما يراه من القولين" (252).

الفرع الثاني: ضمان الدرك، ويقال له أيضاً ضمان العهدة أو الثمن:
وضمان الدرك: هو أن يقول الضامن للمشتري: أنا ضامن لك الثمن إن خرج المبيع مستحقاً لأحد (253).

وقد اختلف مراد الفقهاء في ضمان الدرك:
فقال الحنفية (254) والمالكية (255): هو الضمان للثمن عند استحقاق المبيع.

683 هـ الناشر: مطبعة الحلبي القاهرة - تاريخ النشر: 1356 هـ - 1937 م .

(252) ابن تيمية مجموع الفتاوى (29/ 549).

(253) الاستحقاق: هو ظهور حق للغير في مال، وهو قسمان:

القسم الأول: هو ما يبطل ملكية كل أحد في المستحق به، كظهور المبيع وفقاً أو مسجداً، وكذلك كما لو ادعى متولٍ لوقف أن المبيع الذي في يد المشتري وقفه وأثبت مدعاه، وحكم له بوقفية ذلك المبيع، وبعد ذلك لا تبقى صلاحية لأحد في تملك ذلك المال.

القسم الثاني: ما ينقل الملكية من واحد إلى آخر، كأن يشتري أحد مالا، فيظهر أنه ملك للآخر، فهذا الاستحقاق ينقل ويحول ملكية ذلك المال من المشتري إلى ذلك الآخر، وللمشتري في قسمي الاستحقاق مراجعة بانه في ثمن المبيع. يُنظر: علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام (492/3)، وابن الهمام فتح القدير (181/7).

(254) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 373)، وابن نجيم ابن نعيم البحر الرائق (259/6) وابن

وقال الشافعية: "هو ضمان الثمن للمشتري إن خرج المبيع أو معيباً، أو مستحقاً أو ناقصاً وضمان المبيع للبائع إن خرج الثمن معيباً أو مستحقاً أو ناقصاً" (256).

وعند الحنابلة: "هو الضمان للثمن أو لجزء منه عن المشتري للبائع أو العكس" (257).

وقد اختلف الفقهاء في حكم ضمان الدرك على قولين:

القول الأول: أن ضمان الدرك صحيح، وهو قول جمهور الفقهاء الحنفية (258) والمالكية (259) والشافعية في المذهب (260) والحنابلة في المذهب (261).

أدلة القول الأول: استدل أصحاب هذا القول بدعاء الحاجة إلى ذلك توثيقاً وذلك لأن الوثائق ثلاثة، الرهن، والشهادة، والضمان: فأما الرهن فلا يجوز ذلك بإجماع العلماء؛ لأنه يؤدي إلى أن يبقى الرهن أبداً رهوناً، وأما

عابدين حاشية رد المحتار لابن عابدين (5/303).

(255) سحنون المدونة (3/138).

(256) الشيرازي المهذب (1/342)، والنووي روضة الطالبين (4/246) والخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/165).

(257) ابن قدامة المغني (6/318)، والمرداوي الإنصاف (5/198) ويوضح هذه التعاريف الدكتور علي السالوس بقوله: (ومن الكفالات التجارية التي كانت شائعة، وأجازها الأئمة، مع الخلاف في بعض التفصيلات، ضمان الثمن للبائع وللمشتري، فالبائع الذي يبيع أجلاً، قد يطلب كفيلاً يضمن الثمن الذي في ذمة المشتري، وفي المبيع الحال، ومع قبض الثمن، قد يظهر أن النقود مغشوشة أو معيبة، لذا فبعض البائعين يطلب كفيلاً يضمن لهم سلامة الثمن، وقد تكون النقود سالمة من الغش أو العيب، ولكن يظهر لها مالك غير المشتري، كالمغصوب أو المسروق مثلاً، ومن هنا كانت الحاجة إلى كفيلاً يلتزم بأداء الثمن في هذه الحال، والمشتري قد يطلب كفيلاً يلتزم برد الثمن إذا ظهر أن المبيع به عيب يستوجب الرد، أو أن أحداً يستحقه غير البائع، كأن يُعرف له مالك آخر، أو أن أحداً أحق به من المشتري، كأن يكون لغيره حق الشفعة. وهذا كما نرى ضمان الثمن، وقد يكون لجزء منه، كأرض العيب - وهو ما يرد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب - ورضا المشتري استيفاءه. وسُمي - أيضاً ضمان الدرك، قال ابن منظور في لسان العرب: (والدرك: اللحق من التبعة)، ومنه ضمان الدرك في عهدة المبيع، وفي المعجم الوسيط (الدرك: التبعة)، يقال: ما لحقك من درك فَعَلَيْ خَلاصُهُ، ومنه ضمان الدرك في الفقه السالوس فقه البيع (1417).

(258) الكاساني بدائع الصنائع (7/373)، والبغدادي مجمع الضمانات (599)، وابن الهمام فتح القدير (7/181).

(259) سحنون المدونة (5/271)، والخرشي شرح مختصر خليل (5/155).

(260) الشيرازي المهذب (1/342) والخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/165).

(261) ابن قدامة المغني (6/318)، والبهوتي الروض المربع (6/436).

الشهادة فلا يستوفى منها الحق؛ لأن البائع قد يفلس فلا تنفعه الشهادة، فلم يبق إلا الضمان، ولأنه لا يضمن في الحقيقة إلا ما كان واجباً وقت العقد(262).

القول الثاني: أن ضمان الدَّرَك غير صحيح وهو قول للشافعية(263) وللحنابلة(264).

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بعدم صحة ضمان الدَّرَك: بأن ضمان الدرك هو في الحقيقة ضمان ما لم يجب، "ولأنه ضمان ما يستحق من البيع وهو مجهول"(265).

ولكن قد يجاب عنه بعدم التسليم بأن ضمان ما لم يجب غير صحيح بل هو صحيح وهو قول جمهور الفقهاء كما تقدم آنفاً.

المختار

المختار والله تعالى أعلم: صحة القول الأول، القائل بصحة ضمان الدَّرَك ؛ وذلك لحاجة الناس إليه ولم يأت دليل يمنع منه.

قال الإمام السيوطي (266): "ضمان الدَّرَك جُوزَ على خلاف القياس، إذ البائع إذا باع مِلْكَ نَفْسِهِ، ليس ما أخذه من الثمن ديناً عليه حتى يضمن، لكن لاحتياج الناس إلى معاملة مَنْ لا يعرفونه ولا يؤمن خروج المبيع مُسْتَحَقًّا"(267).

ضمان نقص المكيل أو الموزون أو المزروع:

لقد نصت مجلة الأحكام الشرعية المادة (1091) على ما يلي: "يصح ضمان نقص الصنجة أو المكيال أو الذراع، مثلاً": لو اشترى موزوناً

(262) ابن قدامة المغني (6/ 318)، والمطيعي تكملة المجموع (13/ 203).

(263) النووي روضة الطالبين (4/ 246)، والمطيعي تكملة المجموع (13/ 202).

(264) ابن قدامة المغني (6/ 318).

(265) ابن قدامة المغني (6/ 318) والمطيعي تكملة المجموع (13/ 203).

(266) هو الحافظ جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن الكمال الأسيوطي الشافعي. ولد في القاهرة بعد مغرب ليلة الأحد مستهل رجب سنة 849هـ، الموافقة لسنة 1445م. مؤلفات السيوطي: ألف السيوطي نحو ستمائة كتاب ورسالة بين مطول وموجز في الفقه، والتفسير، والحديث، وتاريخ القرآن، والتاريخ، والنحو، وطبقات النحاة، والمفسرين، وفي اللغة، وفقهها، وفي علوم البلاغة حتى الإنشاء ألف فيها. وفاته: مات بعد أذان الفجر يوم الجمعة تاسع عشر جمادي الأولى سنة 911هـ من الهجرة الشريفة الموافقة لسنة 1505م. ينظر: حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة (1/ 335، 340).

(267) السيوطي الأشباه والنظائر (125) دار النشر: دار الكتب العلمية- بيروت- 1403هـ الطبعة الأولى.

فشك في نقص الصنجة، أو مكياً فشك في نقص المكيال، أو مذروعاً فشك في نقص الذراع، فضمن شخص النقص، صح ضمانه، فيرجع المشتري بما نقص، والقول له بيمينه" (268).



(268) يُنظر "مجلة الأحكام الشرعية" المادة (1091) وينظر: السالوس فقه البيع (1419) والخطيب الشربيني مغني المحتاج (165/3).

الفرع الثالث: ضمان الأعيان المضمونة:

الأعيان المضمونة هي الإعيان المضمونة على من هي في يده مثل المغصوب والمبيع بيعًا فاسدًا والمقبوض على سوم الشراء والعارية(269).

وقد اختلف الفقهاء في حكم ضمانها أي هل يصح أن يضمنها ضامن أم لا؟ على أقوال أربعة لهم:

القول الأول: أن ضمان الأعيان المضمونة صحيح إن وجدت، وكذا ضمان بدلها أو قيمتها إن هلكت، وهو المذهب عند الحنابلة(270).

أدلة القول الأول: استدلوا على ذلك بأنها مضمونة على من هي في يده فصح ضمانها وبالقياس على الحقوق الثابتة في الذمة(271).

القول الثاني: أنه لا يصح ضمانها مطلقًا، وهو قول للشافعية(272).

أدلة القول الثاني: استدلوا على ذلك بأن هذه الأعيان غير ثابتة في ذمته وإنما يصح من الضمان الثابت في الذمة وأما وصفنا لها بالضمان فإن معناه: أنه يلزمه قيمتها عند التلف وهي مجهولة(273).

ونوقش قولهم هذا بأن الأعيان غير ثابتة في الذمة، "بأن الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردها، والتزام تحصيلها أو قيمتها

عند تلفها، وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع، فإن ضمانها يصح، وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب أو

(269) ومثال المغصوب: إنسان غصب من آخر ساعته قهراً وهرب، فوجده صاحب الساعة فأمسكه، وقال: أذهب بك إلى السجن أوتعطيني الساعة. قال: الساعة في البيت وليست معي، فأراد أن يسجنه فتقدم رجل آخر وقال: أنا أضمن الساعة. قال الشيخ ابن عثيمين: يصح الضمان؛ لأن المغصوب مضمون على كل حال، والغاصب ضامن على كل حال؛ لأنه معتدّ فيده ليست يد أمانة، وعلى هذا ففي هذه الحال يصح للضامن أن يضمن الساعة. يُنظر: ابن عثيمين الشرح الممتع (4/ 144).

ومعنى المقبوض على سوم الشراء: هو أن يساوم شخص في شراء سلعة ولم يتعاقد معه نهائياً، سواء قطع معه ثمنها وقبضها ولم يسلمه الثمن، أو لم يقطع معه ثمنها، ولكن قبضها ليطلع عليه أهله أو أصحابه. يُنظر: المطيعي تكملة المجموع (13/ 148) وابن ضويان منار السبيل (2// 106).

(270) ابن قدامة المغني (6/ 317)، والبهوتي الروض المربع (6/ 435)، والرحبياني مطالب أولى النهي (3/ 340).

(271) ابن قدامة المغني (6/ 318) والبهوتي الروض المربع (6/ 435).

(272) النووي روضة الطالبين (4/ 255).

(273) المصادر السابقة.

خرج مستحقاً" (274).

القول الثالث: أنه يصح ضمان رده الأعيان المضمونة فقط إلى مالکها إن كانت قائمة دون ضمان قيمتها إن تلفت، وهذا مذهب الشافعية⁽²⁷⁵⁾.

أدلة القول الثالث: استدل الشافعية على صحة ضمان رد الأعيان المضمونة فقط دون ضمان قيمتها إن تلفت بما يلي:

أما صحة ضمان ردها فقط فبالقياس على صحة ضمان البدن، بل إن ضمان ردها هنا أولى؛ لأن المقصود هنا المال.

وأما عدم صحة ضمان القيمة عند تلفها فلعدم ثبوتها. وقد سبق مناقشة هذا الدليل.

"قال الخطيب الشربيني⁽²⁷⁶⁾: يصح ضمان رَدِّ كُلِّ عَيْنٍ مِمَّنْ هِيَ

في يده، مضمونة عليه، كمغصوبة ومستعارة ومُسْتَأْمَةٌ ومبيع لم

يقبض، كما يصح بالبدن، بل أولى؛ لأن المقصود هنا المال، ويبرأ

الضامن بردها للمضمون له، ويبرأ أيضاً بتلفها، فلا يلزمه قيمتها،

كما لو مات المكفول ببذنه لا يلزم الكفيل الدَّين، ولو ضمن قيمة

العين إن تلفت لم يصح لعدم ثبوت القيمة"⁽²⁷⁷⁾.

القول الرابع: التفصيل: فإن كان مضموناً بنفسه⁽²⁷⁸⁾، كالمقبوض على

(274) ابن قدامة المغني (6 / 318).

(275) النووي روضة الطالبين (4 / 255)، والمطيعي تكملة المجموع (13 / 167)، والخطيب

الشربيني الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (2 / 314) تأليف الإمام: محمد الشربيني الخطيب

المتوفي سنة 977هـ، دار النشر: دار الفكر - بيروت-1415هـ، تحقيق مكتب البحوث

والدراسات - دار الفكر.

(276) هو محمد بن أحمد الشربيني شمس الدين، فقيه شافعي مفسر لغوي من أهل القاهرة. من

تصانيفه: "الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع"، و"الخطيب الشربيني مغني المحتاجي شرح

المنهاج" للنووي؛ كلاهما في الفقه، توفي سنة (977هـ). يُنظر "الأعلام" للزركلي (6/234)؛

و"شذرات الذهب" (8/384).

(277) الخطيب الشربيني مغني المحتاج (3 / 167، 168).

(278) الأعيان المضمونة بنفسها فهي التي يجب على مَنْ أخذها أن يردها بعينها إن كانت

موجودة، فإن هلكت كان عليه أن يأتي بمثلها إن كان لها مثل، وإلا فعليه قيمتها، وذلك

كالمغصوب والمبيع بيعاً فاسداً، فإن غصب شخص من آخر بقرة مثلاً فإنه يجب على الغاصب

أن يرد البقرة ما دامت موجودة، فإذا ماتت وجب عليه أن يشتري مثلها لصاحبها، وإذا

سوم الشراء والمبيع بيعًا فاسدًا، صح الضمان مطلقًا، وإن كان مضمونًا بغيره كما في المبيع قبل قبضه (279) صح ضمان التسليم فقط، إن وجد دون ضمان البديل عند تلفه، وهذا قول الحنفية (280).

أدلة القول الرابع: استدل الحنفية على التفريق بين المضمون بنفسه والمضمون بغيره بما يلي:

الدليل على صحة ضمان المضمون بنفسه مطلقًا أنه يجب عليها أن يرد العين حال قيامها، وإذا هلكت يرد مثلها أو قيمتها، فهكذا يكون الضامن؛ لأنه لا يضمن إلا ما كان مضمونًا على الأصل (281).

وأما الدليل في المضمون بغيره إن تلف أنه لا يصح ضمانه، أنها ليست مضمونة بنفسها، بل بغيرها وهو الثمن كما في المبيع قبل قبضه فإنه مضمون بالثمن (282). فإذا كانت في أصلها غير مضمونة على من هي في يده، ففي الضمان من باب أولى.

و يمكن أن يناقش هذا الدليل بأن كون العين غير مضمونة بنفسها في الأصل فإن هذا لا يمنع من القول بصحة ضمانها، لأنه لا يوجد دليل يمنع منه.

المختار والله تعالى أعلم: القول الأول، وهو القائل بصحة ضمان الأعيان المضمونة مطلقًا، لأن هذه الأعيان مضمونة على من هي في يده فيصح ضمان

اغتصبت جوهرة ليست لها مثل وفقدت؛ فإن عليه أن يرد لصاحبها قيمتها متى ثبت ضياعها ببينة أو إقرار، وكذلك إذا اشترى سلعة بعقد فاسد. يُنظر: المطيعي تكملة المجموع (148/13).

(279) والأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض، مثل لو اشترى سلعة وأعطاه ثمنها ولم يقبضها، وكفلها شخص للمشتري فهلكت، فإن الكفيل لا يلزم برد مثلها أو قيمتها؛ لأنها لم تبقى مضمونة على الأصل أصلاً، فلا تبقى على الكفيل، ولأنها مضمونة بغيرها وهو الثمن. الكاساني بدائع الصنائع (7/368) والمطيعي تكملة المجموع (13/148) وكذلك المرهون غير مضمون على المرتهن بنفسه، بل بالدين؛ لأنه إذا هلك لا يجب على المرتهن شيء، ولكن يسقط الدين على الراهن بقدره (على قول الحنفية)، فلا يمكن إيجاب الضمان على الكفيل، وهو ليس بواجب على الأصل. يُنظر: الكاساني البدائع (7/368)، وابن نجيم ابن نجيم البحر الرائق (6/250).

(280) الكاساني بدائع الصنائع (7/368) وابن عابدين حاشية رد المحتار (5/309).

(281) الكاساني بدائع الصنائع (7/368).

(282) المصدر السابق.

عينها إن وجدت، وكذا ضمان قيمتها إن تلفت، وذلك قياساً على الحقوق الثابتة في الذمة، وأيضاً لا يوجد دليل يمنع من ضمانها.



الفرع الرابع: ضمان الأمانات:

الأمانات هي الأعيان غير المضمونة على من هي في يده إلا إذا تعدى أو فرط مثل الوديعة والعين المؤجرة ومال الشركات ومال المضاربة يعني هل يصح ضمان هذه الأشياء أم لا؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه يصح ضمان الأمانات إذا تعد فيها ولا يصح ضمانها من غير تعدٍ فيها، وهو وقول للحنفية⁽²⁸³⁾ ومذهب المالكية⁽²⁸⁴⁾ والشافعية⁽²⁸⁵⁾ والحنابلة في المذهب⁽²⁸⁶⁾.

أدلة القول الأول: استدلوا على أن الضامن إذا ضمن الأمانة من غير تعدٍ فيها لم يصح الضمان، لأنها في هذه الحالة غير مضمونة على من هي في يده فإذا تلفت بدون تعدٍ فيها ولا تفريط فلا ضمان عليه فكذلك يكون الحكم على ضامنه لأن التزام الضامن إنما هو تابع للالتزام الأصيل فإن كان المودع لديه مثلاً غير ضامن للوديعة، فلا يصح الضمان إذاً؛ لأن الضامن لا يلزم إلا بما يلزم به الأصيل وهي غير مضمونة على الأصيل فلا يصح ضمانها. وأما إن ضمنها مع تعدٍ فيها صح ضمانها في هذه الحالة، لأن العين هنا مضمونة على من هي في يده، فلزم الضمان كما في المغصوب كما هو مقرر أن التزام الكفيل تابع للالتزام الأصيل والأصيل ضامن لها في هذه الحالة⁽²⁸⁷⁾.

القول الثاني: أنه لا يصح ضمان الأمانات مطلقاً، لا ضمان تسليمها ولا ضمان بدلها إن تلفت، وهو قول للحنابلة⁽²⁸⁸⁾.

أدلة القول الثاني: إن حفظ الأمانات كالوديعة وغيرها معروف وإحسان من المودع، فلو ضمننت من غير تعدٍ أو عدوان زهد الناس في قبولها، فيؤدي ذلك إلى قطع المعروف بين الناس⁽²⁸⁹⁾.

⁽²⁸³⁾ جاء في البغدادي مجمع الضمانات (588) ما نصه رجل قال للمودع: إن أتلف المودع وديعتك أو جدد فأنا ضامن لك صح. وقال في (604) وكذا في كل أمانة.

فهذا يدل على أنهم يقولون بصحة ضمانها إن تعد فيها، والله أعلم.

⁽²⁸⁴⁾ الدسوقي حاشية الدسوقي (514/3).

⁽²⁸⁵⁾ النووي روضة الطالبين (488/4).

⁽²⁸⁶⁾ ابن قدامة المغني (6/318) والمرداوي الإنصاف (5/200) والبهوتي كشف القناع (3/370).

⁽²⁸⁷⁾ ابن قدامة المغني (6/318) والبهوتي الروض المربع (6/438) وابن عثيمين الشرح الممتع (4/146).

⁽²⁸⁸⁾ المرادوي الإنصاف (5/200) والكافي (2/230).

⁽²⁸⁹⁾ الكافي (2/230).

القول الثالث: وهو قول الحنفية وهو التفريق بين ما إذا كانت العين أمانة غير واجبة التسليم، كمال الشركة والمضاربة والوديعة لم يصح ضمانها مطلقاً، لا ضمان تسليمها، ولا ضمان بدلها إن تلفت (290).
وأما إذا كانت العين أمانة واجبة التسليم على من هي في يده (291)، كالعارية (292) والعين المستأجرة في يد الأجير، صح ضمان تسليمها فقط إن كانت قائمة، وأما إن هلكت لم يجب على الضامن شيء (293).
أدلة القول الثالث: استدلت الحنفية بالتفرقة بين الأمانات الواجبة التسليم كالعارية والأمانات غير الواجبة التسليم كالوديعة، بما يلي:
الدليل على أن الأعيان إذا كانت غير واجبة التسليم كالوديعة لا يصح ضمانها مطلقاً أن عينها غير مضمونة على من هي في يده، فلا يصح ضمان عينها؛ لأنه لا ضمان إلا بما هو واجب ولا شيء واجب على الأصل فلا يجب شيء على الكفيل.
وأما الدليل على أن الأمانة إذا كانت واجبة التسليم أنه يصح ضمان تسليمها فقط أن التسليم واجب على من هي في يده فصح الضمان بتسليمها (294).

المختار

المختار والله تعالى أعلم هو القول الأول، القائل بأنه إن ضمنها مع تعديّ فيها صح ضمانها، وإن لم يتعد فيها لم يضمنها، وذلك أنه وإن كانت الأمانة غير مضمونة على من هي في يديه، إلا أنها تصبح مضمونة في حالة التعدي أو التفريط.

الشرط الثاني: أن يكون الدين المضمون لازماً أو آيلاً إلى اللزوم...!!
المراد بالدين اللازم: " هو الثابت أي الذي أمن من سقوطه بالفسخ أو

(290) أي لا يجب على صاحب اليد وهو الأصل تسليمه بل على المالك أن يسعى إلى ذلك.
(291) أي أنه واجب على صاحب اليد - وهو الأصل - تسليمه، بمعنى أنه ملتزم أن يسعى إلى تسليمه إلى مالكه، فهذا يصح الضمان بتسليمه، فإذا تلفت، لا يلزم الضامن شيء؛ لكونها أمانة والأمانة إذا هلكت تهلك مجاناً. ينظر: البهوتي الروض المربع (6 / 438).
(292) لأن العارية عندهم - أي الحنفية - أمانة في يد المستعير خلافاً للشافعية والحنابلة وعلى تفصيل عند المالكية.

(293) الكاساني بدائع الصنائع (7 / 367) وابن الهمام فتح القدير (7 / 199).
(294) الكاساني بدائع الصنائع (7 / 367) وحاشية رد المحتار (5 / 443) وفتح القدير (7 / 198).

الانفساخ" (295).

ومثاله: "ثمن المبيع قبل قبضه، والمهر قبل الدخول" (296).

والمراد بالدين الآيل إلى اللزوم: "كثمن المبيع مدة الخيار" (297).

وقد صرح عامة الفقهاء أنه يشترط لصحة الضمان أن يكون الدين لازماً أو آيلاً إلى اللزوم (298).

ويندرج تحت هذا الشرط فرعان:

الفرع الأول: ضمان الجُعَل:

الجُعَل: "هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها، مثل: مشاركة الطبيب على الإبراء، والناشد على وجود العبد الأبق" (299) كأن يقول: من رد ضالتي فله دينار.

لا خلاف بين الفقهاء على صحة ضمان الجعل في الجعالة بعد الإنتهاء من العمل لأنه صار لازماً للجاعل إلا أن الفقهاء اختلفوا في ضمان الجعل بعد الجعالة وقبل الشروع في العمل أو في أثناءه وقبل تمامه على قولين:

القول الأول: أن ضمان مال الجعل قبل الشروع في العمل صحيح، وهو قول المالكية (300) والحنابلة (301) وقول للشافعية (302).

أدلة القول الأول: استدل القائلون بصحة ضمان الجعل بما يلي:

(295) ابن عابدين رد المختار على الدر المختار (437 /5) وابن قدامة المغني (6 /316) والدين الساقط هو الذي لا يسقط إلا بأدائه لصاحبه أو بإبرائه منه، بأن يسامح فيه صاحبه ويقوم مقام الإبراء منه أن يفعل صاحبه ما يستلزم سقوطه مثال ذلك: مهر الزوجة قبل الدخول فإنه يسقط بمطاوعتها لابن الزوج البالغ أن يقبلها بشهوة، فهي وإن لم تبرئه حقيقة، ولكنها بفعلها هذا أبرأته حكماً.

(296) النووي روضة الطالبين (4 /249) وابن قدامة المغني (6 /316).

(297) المصدرين السابقين.

(298) يُنظر: الكاساني بدائع الصنائع (7 /372) والزيلعي الزيلعي تبين الحقائق (4 /153) والقاضي عبد الوهاب المعونة (2 /890) والمواق التاج والإكليل (5 /99) والنووي روضة الطالبين (4 /249) وابن قدامة المغني (6 /316).

(299) ابن رشد بداية المجتهد (2 /326). وقيل: هي التزام عوض معلوم على عمل معلوم، أو مجهول بمعين. ينظر الرملي نهاية المحتاج (5 /465).

(300) الدسوقي حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (3 /515) وجاء في المدونة في باب الجعل (4 /467) قال: رأيت إن قلت لرجل: بع لي هذا الثوب ولك درهم، فقال: لا بأس بذلك عند

مالك. ويُنظر التاج والإكليل (5 /99) ومنح الجليل (6 /206) وابن رشد بداية المجتهد (2 /409).

(301) ابن قدامة المغني لابن قدامة (6 /316) وابن مفلح المبدع (4 /256) والبهوتي كشف القناع (3 /371).

(302) الشيرازي المهذب (1 /340).

أ - **بقوله تعالى:** ﴿ثُذِّفْتُ فُذِّقْتُ فُجِّجْتُ﴾ [يوسف: 72]، ووجه الدلالة من هذه الآية: أن المنادي ضمن حمل البعير لمن يأتيه بالصاع وهو لم يأت به بعد، ولم يكن أيضاً قد شرع في العمل (303).

ب - أن الجعل سيؤول إلى اللزوم إذا قام العامل بالعمل والضمان إنما هو للمال وليس للعمل (304).

ج - ولأن الحاجة داعية إليه وأن الحكمة تقتضيه؛ لأنه قد لا يوجد من يتبرع بالعمل إلا بعد الضمان فكانت الحاجة داعية إليه فكان القول بجوازه أولى.

القول الثاني: أن ضمان الجعل لا يصح قبل الشروع في العمل، وهو قول للشافعية (305).

أدلة القول الثاني: استدلوا على أن ضمان الجعل في الجعالة لا يصح قبل الشروع في العمل "بأنه دين غير لازم، فلم يصح ضمانه كما لا يصح ضمان دين الكتابة" (306).

وقد يجاب عن هذا الاستدلال بأنه مخالف للآية، وبما سبق من أدلة القول الأول.

وقد يجاب عنه أيضاً بالحديث الذي رواه الإمام البخاري وعنون له في صحيحه فقال: "باب الشروط في الرقية بقطيع من الغنم"، وذكر حديث ابن عباس:

"أن نفرًا من أصحاب النبي مروا بماء فيهم لديغ - أو سليم-، فعرض لهم رجل من أهل الماء، فقال: هل فيكم من راقٍ؟ إن في الماء رجلاً لديغاً أو سليماً، فانطلق رجل منهم فقرأ بفاتحة الكتاب على شاة فبرأ، فجاء بالشاة إلى أصحابه فكرهوا ذلك، وقالوا: أخذت على كتاب الله أجراً حتى قدموا المدينة، فقالوا: يا رسول الله! أخذ على كتاب الله أجراً فقال: "أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب

(303) القرطبي الجامع لأحكام القرآن (5/ 209).

(304) ابن قدامة المغني (6/ 316) ويُنظر: وابن رشد بداية المجتهد (2/ 409) والرحياني مطالب أولى النهي (9/ 77) والمطيعي تكملة المجموع (13/ 183).

(305) الشيرازي المهذب (1/ 340) والنووي روضة الطالبين (4/ 250).

(306) الشيرازي المهذب (1/ 340) والنووي روضة الطالبين (4/ 250).

الله ١١ (307).

المختار

المختار والله تعالى أعلم أنه يصح ضمان الجُعْل، وهو قول أكثر العلماء ولعموم الأدلة من الآية والحديث السابق ذكرهما ولحاجة الناس إليها ولعدم ورود دليل يمنع منه.



(307) أخرجه البخاري في صحيحه (5405).

الفرع الثاني: ضمان مال السَّلْم:

السَّلْمُ: "هو أن يسلم عوضًا حاضرًا في عوض موصوف في الذمة إلى أجل، ويسمى سلمًا وسلفًا يقال: أسلم وأسلم وسلف، وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع. ولفظ السلم والسلف، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع" (308).

و ضمان السلم هو أن يضمن إنسان العين الموصوفة في الذمة. ولم أجد والله تعالى أعلم من خالف في ضمان مال السَّلْم إلا رواية عن الإمام أحمد كما في "المغني" و"الإنصاف".

وممن قال بصحة ضمان السَّلْم الحنفية (309) والمالكية (310) والشافعية (311) والحنابلة في الرواية الثانية (312). قال في المرداوي: "وهل يجوز الرهن والكفيل بالمسلم فيه على روايتين: إحداهما: لا يجوز، وهو المذهب. والثانية: يجوز، نقلها حنبل قال الزركشي - وهو الصواب" (313) وصحتها أيضًا ابن قدامة حيث قال: "لأنه دين لازم فصح ضمانه، كأجرة وثمان المبيع" (314).

(وجاء في قرار رقم (29 85) بشأن السَّلْم وتطبيقاته المعاصرة من مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبي ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1-6- نيسان (إبريل) 1995م- بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع السَّلْم، وتطبيقاته المعاصرة قرر ما يلي):

"لا مانع شرعًا من أخذ المسلم (المشتري) رهنًا أو كفيلاً من المسلم إليه

(308) ابن قدامة المغني (4/185).

(309) ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار (5/414).

(310) سحنون المدونة (4/61-5/272) باب الكفالة في السلم.

(311) الشيرازي المهذب (1/340) والمطيعي تكملة المجموع (13/182).

(312) ابن قدامة المغني (6/317) والمرداوي الإنصاف (5/122).

(313) المرادوي الإنصاف (5/122).

(314) ابن قدامة المغني (6/317).

(البائع)"(315).

الشرط الثالث: أن يكون الشيء المضمون معلومًا: وعليه هل يصح ضمان المجهول أم لا؟

و ضمان المجهول هو: "كأن يقول: أنا ضامن لك ما لك عند فلان، أو ما يُقر لك به ونحو هذا وهو لا يعرف قدره".

وقد اختلف الفقهاء في حكم ضمان المجهول على قولين: كما اختلفوا في ضمان مالم يجب.

القول الأول: أنه يصح ضمان المجهول، وهو قول الحنفية(316) والمالكية(317) والحنابلة(318) والشافعي في القديم(319).

أدلة القول الأول: استدل أصحاب هذا القول:

أ- بقوله تعالى: ﴿فَؤُتِفْ فَوْجٌ﴾ [يوسف: 72] ووجه الدلالة من الآية أن حمل البعير المذكور غير معلوم، وأنه يختلف باختلاف من بعير إلى آخر لكبره وصغره(320).

ب- عموم قوله H "الزعيم غارم"(321) فإن هذا الحديث عام فيشمل ضمان المجهول والمعلوم(322).

ج- ولأنه التزام حق في الذمة بغير معاوضة، فصح مع الجهالة كما في الإقرار والنذر(323).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: "و ضمان المجهول جائز عند جمهور العلماء، كمالك وأبي حنيفة وأحمد، ودل عليه الكتاب: ﴿فَؤُتِفْ فَوْجٌ﴾ [يوسف: 72] (324)

(315) السالوس فقه البيع (766).

(316) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 373) وابن الهمام فتح القدير (6/ 298) والبغدادي مجمع الضمانات (586).

(317) القاضي عبد الوهاب المعونة (2/ 888) وابن رشد بداية المجتهد (2/ 409) وابن العربي أحكام القرآن (3/ 1085).

(318) ابن قدامة المغني (6/ 314) وابن هبيرة الإفصاح (2/ 206).

(319) الخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 167).

(320) ابن قدامة المغني (6/ 315).

(321) صحيح تقدم في هامش (54).

(322) ابن قدامة المغني (6/ 315).

(323) المصدر السابق.

(324) ابن تيمية مجموع الفتاوى (29/ 459).

القول الثاني: أنه لا يصح ضمان المجهول، وهو قول الشافعي في الجديد⁽³²⁵⁾ والثوري والليث وابن أبي ليلى وابن المنذر وابن حزم⁽³²⁶⁾.

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بعدم صحة ضمان المجهول بما يلي:

أ - لقوله تعالى: ﴿قَدْ جَاءَ جَدِّجُجُ﴾ [النساء: 29].

ب - وبإخبار النبي H "أنه لا يحل مال مسلم إلا بطيب نفس منه"⁽³²⁷⁾، "والتراضي وطيب النفس لا يكون إلا على ما هو معلوم القدر، وهذا أمر يعلم بالحس والمشاهدة"⁽³²⁸⁾.

وقد يجاب عن هذا: بأن ضمان المجهول يوجد فيه التراضي لأنه الضامن أقدم عليه باختياره وهذا دليل رضاه وطيب نفسه به ولأن الضمان إنما هو تبرع وليس معاوضة ولا يقصد به إلا ثواب الله عز وجل ورفع الضيق عن الناس ومما يدل على أنه راضي به أنه لا يبالي بما التزم في ذلك لأنه أقدم عليه دون تعيين مقداره.

3- "لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي، فلم يجز مع الجهالة، كالثمن في البيع"⁽³²⁹⁾.

وممكن أن يناقش هذا الدليل: بأن الضمان يختلف عن البيع لأن البيع من عقود المعاوضات والضمان من عقود التبرعات، فقياسه على البيع قياس مع الفارق.

المختار

المختار والله تعالى أعلم هو القول الأول، القائل بصحة ضمان المجهول؛ وذلك لأن ضمان المجهول ألصق بأصول الشريعة، لاسيما بإباحة التعامل في الأصل ولا يوجد دليل صريح بالمنع منه، ولأن الحاجة داعية إليه، لكن ينبغي القول بأن هذه الجهالة لا تقبل بالإطلاق بل لابد أن يراعى هل الكفيل قادر على إيفاء هذا المال أم لا، فإذا كانت الجهالة فاحشة قد تؤدي إلى عجز الكفيل فإن الكفالة في هذه الحالة لا تحقق المراد منها.

(325) أبي شجاع متن أبي شجاع (1/ 135) والخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 167).
(326) ابن حزم المحلى (8/ 117) وابن قدامة المغني (6/ 314) وابن الهمام فتح القدير (7/ 181).

(327) أخرجه الإمام أحمد في المسند (20714، 21119) والبيهقي في السنن الكبرى (11325) وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (3/ 266) أخرجه أحمد وأبو حرة الرقاشي وثقه أبو داود وضعفه ابن معين وفيه علي بن زيد وفيه كلام.

(328) ابن حزم المحلى (8/ 117).

(329) الشيرازي المهذب (1/ 340) والمطيعي تكملة المجموع (13/ 148).

مسألة تتعلق بضمان المجهول:

قال الإمام النووي: "إذا منعنا ضمان المجهول، فقال: ضمنت مما لك على فلان من درهم إلى عشرة، فوجهان، وقيل قولان، أصحهما الصحة لانتفاء الغرر، فعلى هذا يلزمه عشرة على الأصح، وقيل ثمانية، وقيل تسعة، قلت: الأصح تسعة" (330).

المسألة الثانية: شروط المكفول به أو المضمون به:

المكفول به أو المضمون به هو الحق الذي تعهد الكفيل أو الضامن بأدائه وتسليمه، أو هو الشخص المطلوب إحضاره.

وويشترط في المكفول به أربعة شروط:

الشرط الأول: أن يكون المكفول به ممن يلزمه الحضور لمجلس الحكم: والمقصود بهذا الشرط: أنه إن استدعي لمجلس الحكم لزمه الحضور، أو أنه يستحق إحضاره، وأن يكون مقدوراً على تسليمه (331). وهذا الشرط يندرج تحته ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الكفالة ببدن الصبي والمجنون

نص جمهور الفقهاء الأحناف (332) وكذا الشافعية (333) والحنابلة (334) على أن الكفالة ببدن الصبي والمجنون صحيحة، وعللوا ذلك بأن إذن الولي قائم مقام إذنهما.

قال الحنابلة: "تصح الكفالة ببدن الصبي والمجنون ولو بغير إذن وليهما لأنه قد يلزم إحضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالإتلاف أي إتلاف نفس أو مال لأنهما يضمنان الجناية وإتلاف ما لم يدفع إليهما" (335).

الفرع الثاني: الكفالة ببدن المحبوس والغائب:

اختلف الفقهاء في الكفالة ببدن المحبوس والغائب هل تصح أم لا؟ على قولين:

(330) النووي روضة الطالبين (4/ 252).

(331) يُنظر: البابر تي العناية شرح الهداية (41/10) والنووي روضة الطالبين (3/ 486).

(332) ابن عابدين حاشية رد المحتار (5/ 417) والبغدادي مجمع الضمانات (608- 609).

(333) النووي روضة الطالبين (4/ 254) والمطيعي تكملة المجموع (13/ 225).

(334) ابن قدامة المغني (6/ 344).

(335) ابن قدامة المغني (6/ 344) والمبدع (4/ 262) وكشاف القناع (3/ 375).

القول الأول: أنه تصح الكفالة ببدن المحبوس والغائب، وهو قول جمهور الفقهاء المالكية⁽³³⁶⁾ والشافعية⁽³³⁷⁾ والحنابلة⁽³³⁸⁾.

واستدل أصحاب المذاهب الثلاثة بما يلي:

أ - أن كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة، والحبس، كالرهن والضمان.

ب - ولأن الحبس لا يمنع من تسليم المحبوس؛ لكون المحبوس يمكن تسليمه بأن يأمر الحاكم أو يأذن من حبسه بإخراجه ثم يرجع إلى الحبس بالحقين جميعاً.

ج - ولأنه يمضي إلى الغائب فيحضره إذا كانت غيبته غير منقطعة، وهو أن يعلم خبره، فإن لم يعلم خبره فحينئذ يلزمه ما عليه⁽³³⁹⁾.

د - ولأنه لما جاز للمعسر ضمان المال جازت الكفالة ببدن المحبوس والغائب، لأنه لا يشترط تحصيل الغرض في الحال لأن حصول المقصود متوقع وإن تعذر تحصيل الغرض في الحال⁽³⁴⁰⁾.

القول الثاني: أنه لا تصح الكفالة ببدن المحبوس والغائب، وهو قول أبي حنيفة⁽³⁴¹⁾. لأنه يتعذر إحضاره إلى مجلس الحكم.

قال ابن رشد: "والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب، ولا يصح عند أبي حنيفة"⁽³⁴²⁾.

المختار

المختار هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز الكفالة ببدن المحبوس والغائب؛ للأدلة سالفة الذكر ولأنه لم يأت دليل يفرق بين الحاضر والغائب، والمحبوس وغيره في الضمان.

الفرع الثالث: الكفالة ببدن من عليه قصاصٌ أوحدٌ :

لا خلاف بين الفقهاء على أن الكفالة بنفس القصاص والحد لا تجوز؛ لأن هذا

(336) ابن رشد بداية المجتهد (2/ 408-409) والحطاب مواهب الجليل شرح مختصر خليل (48/5-49-114) والصاوي بلغة السالك (3/ 286).

(337) النووي روضة الطالبين (4/ 254) والخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 170).

(338) ابن قدامة المغني (6/ 344) والبهوتي كشاف القناع (3/ 376).

(339) المصدر السابق.

(340) النووي روضة الطالبين (4/ 254) والخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 170).

(341) ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار (5/ 428).

(342) ابن رشد بداية المجتهد (2/ 408-409).

غير ممكن أن يستوفى من الكفيل وذلك لأن النيابة لا تجري في إيفائها، لأن المقصود من الكفالة هو إقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الإيفاء، وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود لأن العقوبات لا تجري فيها النيابة لعدم حصول المقصود منها وهو الزجر، وهو لا يتحقق بالنيابة لأن كل حق لا يمكن استيفائه من الكفيل فلا تصح الكفالة به؛ إذ لا يقتص من الكفيل بدلاً عن المكفول عنه، ولا يضرب وعليه فلا تصح الكفالة بها (343).

لكن المسألة هنا في الكفالة بإحضار بدن من عليه قصاص وكذا من عليه حدًا، هل تجوز أم لا؟ في ذلك أربعة أقوال:

القول الأول: أن الكفالة ببدن من عليه حد أو قصاص لا تصح مطلقًا، سواء كانت ببدن من عليه حق لله تعالى أو حق لآدمي. وهو قول ابن القاسم المالكي (344) وقول لبعض الشافعية (345) والحنابلة في المذهب (346).

أدلة القول الأول: القائل بعدم الصحة مطلقًا استدلوا على ذلك بما يلي:

أ - ما روي مرفوعاً: **"لا كفالة في حد"** (347) وهذا حد فلا تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ولأن الحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات والكفالة مبناها على الاستيثاق فلا يجتمعان.

ب - لأن الكفالة بالحدود والقصاص لا يمكن استيفائه من الكفيل عند تعذر إحضار المكفول به فحينئذ لا فائدة في الكفالة وعليه لا تصح الكفالة بمن

(343) السرخسي المبسوط (9/ 106) وابن عابدين رد المحتار على الدر المختار (5/ 298) والمرغيباني الهداية شرح البداية (3/ 92) والبغدادي مجمع الضمانات (592) وابن الهمام شرح فتح القدير (7/ 197) والزيلعي الزيلعي تبين الحقائق (4/ 152)، والبهوتي كشف القناع (3/ 376).

(344) سحنون المدونة (5/ 277).

(345) النووي روضة الطالبين (4/ 253).

(346) ابن قدامة المغني (6/ 344) والبهوتي كشف القناع (3/ 376) والمرداوي الإنصاف (8/ 404).

(347) **ضعيف:** أخرجه ابن عدي في الكامل (5/ 22) والبيهقي في السنن الكبرى (11417) وغيرهما. عن بقية بن الوليد عن عمر بن أبي عمر الكلاعي الدمشقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً به، قال البيهقي: تفرد به بقية عن أبي محمد عمر بن أبي عمر الكلاعي وهومن مشايخ بقية المجهولين ورواياته منكرة. وقال الإمام أحمد كما في تهذيب الكمال: وما روى بقية عن المجهولين لا يكتب. وقال الحافظ في التقریب: ضعيف من مشايخ بقية المجهولين، وقال ابن عدي: إنه مجهول لا أعلم روى عنه غير بقية كما يروي عن سائر المجهولين وأحاديثه منكرة وغير محفوظة، وقد ضعفه الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام (827) فقال: أخرجه البيهقي بإسناد ضعيف. وقال البيهقي أيضاً في السنن الصغرى (5/ 337) وهذا إسناد ضعيف.

هو عليه كالكفالة بمن عليه حد الزنا، فلا فائدة في الكفالة حينئذ (348).

"وقال الشيخ ابن عثيمين: (قوله: (لا حدود ولا قصاص)، يعني: لا من عليه حد أو قصاص، فمن عليه حد: كرجل سارق أمسكته الجهات المسئولة لتقطع يده، فقال: "ذروني أذهب إلى أهلي أخبرهم بأني مستحق لقطع اليد"، فقالت الجهات المسئولة: "لا نتركك، لا بد من القطع الآن"، فقال: "فلان يكفلني أن أرجع"، فتقدم رجل محسن وقال: "أنا أكفله"، فلا يصح؛ لأنه لو تعذر الاستيفاء من السارق لم يمكن الاستيفاء من الكفيل، فلا فائدة في الكفالة حينئذ. وكذلك من عليه قصاص، يعني: أن يكون قاتلاً، وطالب أولياء المقتول بقتله، وثبت ذلك، وأردنا أن نقتله فقال: "ذروني أذهب إلى أهلي لأكتب وصيتي وأخبرهم بما عليّ من الديون أو غيرها ثم أرجع"، فقيل له: "من يكفلك؟" قال: "يكفلني فلان"، نقول: هذا لا يصح؛ لأنه لو تعذر حضور هذا الذي وجب عليه القصاص، لم يتمكن من استيفائه من الكفيل. فإن قيل: ما القاعدة في ذلك؟ فالجواب: القاعدة تؤخذ من التعليل، وهي أن كل شخص لا يمكن الاستيفاء منه لو تغيّب المكفول، فإنه لا يصح أن يكفل. مثال آخر: امرأة لها ضرة أمسكت بزوجها وقالت: "إنك لا تقسم لي، والآن لا بد من المحاكمة"، فقال لها: "أمهليني"، فقالت: "لا أمهلك"، فقام رجل، وقال: "أنا أكفل الرجل أن يحضر إليك"، فالكفالة لا تصح؛ لأنه لو لم يحضر، فإن الكفيل لا يمكن أن يقوم مقام المكفول. فالقاعدة: أنه متى تعذر الاستيفاء من الكفيل، فالكفالة لا تصح؛ وذلك لعدم الفائدة منها، وأحكام الله لا تؤخذ باللعب واللغو الذي لا فائدة منه" (349).

القول الثاني: التفريق بين ما إذا كان عليه عقوبه لله فلا تصح الكفالة ببدنه، وإن كانت عليه عقوبة للأدمي فتصح، وهو الصحيح عن الشافعية (350).

أدلة القول الثاني: استدل أصحاب هذا القول بعدم صحة الكفالة إذا كانت في حد من حدود الله، لأننا مأمورون بسترها وأن نسعى في إسقاطها ما

(348) ابن قدامة المغني (6/ 345).

(349) ابن عثيمين الشرح الممتع (4/ 149، 150).

(350) النووي روضة الطالبين (4/ 253) والخطيب الشرييني مغني المحتاج (3/ 170).

أمكن ذلك، وذلك بخلاف عقوبة الأدمي، وذلك لأنه حق ثابت فأشبهه الكفالة بالمال(351).

القول الثالث: أن الحقوق الخالصة لله تعالى لا تصح الكفالة فيها مطلقاً، وسواء رضي المدعى عليه بإعطاء الكفيل أم لم يرض، وأما الحقوق التي ليست خالصة لله كالقصاص وحد القذف والسرقه ففيه تفصيل؛ فإن رضي وطابت نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل صح، وإن لم تطب نفسه فلا يجبر على إعطاء الكفيل عليه، وهذا مذهب الحنفية(352).

أدلة القول الثالث:

"قال ابن الهمام: (ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة معناه: لا يجبر عليها عنده، أي: لا يجبر على إعطاء الكفيل، وقالوا: (يعني: أبو يوسف ومحمد) يجبر في حد القذف؛ لأنه فيه حق العبد وفي القصاص؛ لأنه خالص حق العبد، فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى، ولأبي حنيفة قوله H: "لا كفالة في حدٍ"(353)، من غير فصل؛ ولأن مبنى الكل على الدرء، فلا يجب فيها الاستيثاق، كما في التعزير"(354).

أما صحة الكفالة في القصاص ونحوه عند طيبة نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل، فلأنه كفال بما هو مضمون على الأصيل، ويمكن استيفائه من الكفيل، فتصح، كالكفالة بتسليم نفس من عليه دين(355).

القول الرابع: أنها تصح مطلقاً، سواء أكانت في حق من حقوق الله أم من حقوق الأدمي، وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية وبعض الحنابلة(356).

أدلة القول الرابع: القائل بالصحة مطلقاً.

يمكن أن يستدل لقولهم هذا بأنه لم يرد دليل يمنع من ذلك ولأن الكفالة بهذا أمر مقدور عليه.

المختار

(351) الجمل حاشية الجمل (3/ 383) والخطيب الشربيني مغني المحتاج(170/3).

(352) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 371) وابن الهمام فتح القدير (7/ 178).

(353) ضعيف: تقدم تخريجه في هامش رقم(423).

(354) ابن الهمام فتح القدير (7/ 177/178)، والحداد الجوهرة النيرة (3/ 208).

(355) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 371) ابن الهمام فتح القدير (7/ 178) والمرغيباني الهداية شرح البداية (3/ 89).

(356) المرادوي الإنصاف (5/ 210).

المختار والله تعالى أعلم: هو القول الأول، القائل بأنه لا تصح الكفالة في الحدود مطلقاً، لأن الحدود مبناها على الدرء والإسقاط بالشبهات ما أمكن ذلك، وفي الكفالة بها تثبيت لها وهذا خلاف مقصود الشارع، ولأن المكفول إذا تغيباً يمكن أن نستوفي الحد من الكفيل فلا معنى لها حينئذٍ.

الشرط الثاني "من شروط المكفول به": العلم بمقدار المال المكفول به:
يعني: هل يشترط أن يعلم الكفيل قدر المال الذي على المكفول به، أم لا؟
اختلف العلماء على قولين في ذلك:

القول الأول: أنه لا يشترط أن يعرف ذلك، وهو ظاهر كلام الحنفية⁽³⁵⁷⁾ وهو الصحيح عند الشافعية⁽³⁵⁸⁾ وهو قول الحنابلة⁽³⁵⁹⁾.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

أ - أن الكفالة إنما هي بالبدن لا بالدين، والبدن معلوم، فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض.

ب - وبالقياس على ضمان المجهول، لأن ضمان المجهول صحيح عند الجمهور، وهو التزام مال ابتداءً، فالكفالة التي لا تتعلق بالمال في الابتداء أولى بالجواز⁽³⁶⁰⁾.

القول الثاني: أنه يشترط معرفة قدر المال الذي على المكفول عنه، وهو القول الثاني عند الشافعية⁽³⁶¹⁾. واستدلوا على ذلك بما يلي:

أ - أن المكفول به لو مات أن الكفيل يغرم المال الذي عليه.

ب - أنه قد يتعذر على الكفيل أن يحضر المكفول به فيلزمه الدين، ولا يمكن طلبه منه لجهالة فلم يصح⁽³⁶²⁾.

وأما المالكية فلم أجد لهم قول في المسألة.

المختار

المختار والله تعالى أعلم: صحة القول الأول، القائل بأنه لا يشترط العلم

(357) يُنظر: ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار (308/238/5) قال: (أنه لا يشترط أن يكون الدين معلوم القدر) وقال في موضع آخر: (ولا تصح بجهالة المكفول به) والمراد هنا النفس لا المال لما تقدم من أن جهالة المال غير مانعة من صحة الكفالة.

(358) النووي روضة الطالبين (253/4) والرافعي شرح الوجيز (373/10).

(359) ابن قدامة المغني (6/343).

(360) ابن قدامة المغني (6/344).

(361) النووي روضة الطالبين (253/4).

(362) ابن قدامة المغني (6/343).

بذلك، لأنه إذا جاز ضمان المجهول، وهو التزام الدين ابتداءً فجوازه هنا أولى.

الشرط الثالث "من شروط المكفول به": تعيين بدن المكفول به:

يعني: هل يشترط كون المكفول ببدنه مُعَيَّنًا؟!!

مثل لو قال: "كفلت ببدن أحد هذين الرجلين، هل يصح أم لا؟"

للعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أنه يشترط كون المكفول ببدنه معينًا، فلو قال: كفلت ببدن

أحد هذين لم يصح، وهو قول الشافعية⁽³⁶³⁾ والصحيح عند الحنابلة⁽³⁶⁴⁾.

أدلة القول الأول: استدلوا على اشتراط ذلك بالقياس على اشتراط تعيين الدَّين

في الضمان فلو قال "ضمنت أحد هذين الدَّينين لم يصح" فكذلك لو قال

ضمنت أحد هذين الرَّجُلين لم يصح"⁽³⁶⁵⁾.

القول الثاني: أنه لا يشترط كون المكفول ببدنه معينًا، وهو قول

للحنابلة⁽³⁶⁶⁾.

أدلة القول الثاني: استدلوا بعدم اشتراط كون المكفول ببدنه معينًا بأن الكفالة

عقد تبرع، فهي كعقد الإعارة والإباحة⁽³⁶⁷⁾.

ويمكن أن يناقش هذا القياس بأنه قياس مع الفارق وذلك أن العارية إذا استلمها

المعير زال الإبهام فيها، بخلاف الكفالة فإن الإبهام يستمر فيها إلى وقت

المطالبة.

المختار

المختار والله تعالى أعلم القول الأول، القائل بأنه يشترط كون المكفول

ببدنه معينًا؛ وذلك لأن الكفالة يلزم منها حق المطالبة، ولا تمكن المطالبة

بعدم التعيين.

الشرط الرابع "من شروط المكفول به": رضا المكفول به:

اختلف العلماء في في المكفول به هل يشترط رضاه أم لا؟ على قولين:

وهذا الخلاف مبنيٌّ على شيء وهو هل يغرم الكفيل المال الذي على

(363) النووي روضة الطالبين (254/4).

(364) المرادوي الإنصاف (210/5).

(365) النووي روضة الطالبين (254/4) والمرادوي الإنصاف (196/5).

(366) ابن مفلح الفروع لابن مفلح (402/6) والمرادوي الإنصاف (210/5).

(367) المرادوي الإنصاف (210/5).

المكفول به أم لا؟

القول الأول: أنه لا يشترط رضا المكفول به، وهو قول للشافعية⁽³⁶⁸⁾، والصحيح عند الحنابلة⁽³⁶⁹⁾.

استدل القائلون بعدم اشتراط ذلك بما يلي:

أ - بأن الكفيل يغرم ما على المكفول به من المال إذا تعذر عليه أن يحضره فلا يشترط رضاه إذا⁽³⁷⁰⁾.

ب - قياساً على المضمون عنه فكما لا يعتبر رضاه فكذلك لا يعتبر رضا المكفول به⁽³⁷¹⁾.

ونوقش هذا: بأن الضامن يقضي الحق، ولا يحتاج إلى المضمون عنه⁽³⁷²⁾.

القول الثاني: أنه يشترط رضا المكفول به، وهو الصحيح عند الشافعية⁽³⁷³⁾، ووجه للحنابلة⁽³⁷⁴⁾.

استدل أصحاب هذا القول: بأن الكفيل إذا ضمن المكفول به ثم عجز عن تسليمه وإحضاره لم يلزمه ما عليه من المال، فعندئذ لا فائدة من كفاله إلا إذا حضر المكفول، والمكفول غير ملزم بالحضور مع الكفيل إلا إذا رضي، فصار رضاه شرطاً من شروط صحة الكفالة⁽³⁷⁵⁾.

المختار

المختار والله تعالى أعلم القول الأول، القائل بأنه لا يشترط رضا الكفول به، وأن الكفيل يغرم المال عند عجزه عن إحضار المكفول به؛ وذلك لعموم قوله H: "الزعيم غارم"، ولأن الكفيل لو لم يكن يغرم المال الذي على المكفول لم يبق للكفالة معنى، وولأننا لو اشتربنا رضاه وألزمناه الحضور فما فائدة الضمان إذا؟!.

(368) الخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 173).

(369) ابن قدامة (6/ 350) والمرداوي الإنصاف (8/ 411) والبهوتي الروض المربع (6/ 455).

(370) الخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 173).

(371) ابن قدامة المغني (6/ 350).

(372) المصدر السابق.

(373) النووي روضة الطالبين (4/ 259) والخطيب الشربيني مغني المحتاج (2/ 205).

(374) ابن قدامة المغني (6/ 350) والمرداوي الإنصاف (8/ 411).

(375) الخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 173).

1.3.4 الصيغة

الصيغة: وهي حصول الإيجاب من الضامن، حيث أنه يشترط رضاه بلا خلاف كما سبق ذكره؛ لأنه لا يلزمه الحق ابتداءً. ويرى جمهور الفقهاء أن الكفالة تنعقد بإيجاب من الضامن، دون اشتراط القبول من المضمون له، وخالفهم أبو حنيفة ومحمد بن الحسن، والشافعي في أحد قَوْلَيْهِ (376). هذا وإن كان القبول من الصيغة، لكنه ليس شرطاً لصحة الضمان. وللصيغة شروط يتم تناولها في مطلبين:

1.3.4.1 دلالة الصيغة على الالتزام:

وفيه أربعة مسائل:

المسألة الأولى: الضمان باللفظ:

اشترط جمهور الفقهاء في لفظ الضمان من صيغة تدل على الالتزام من الكفيل، سواء كانت الصيغة صريحة أو كانت كناية، وذلك لأن رضا الكفيل لا يمكن معرفته إلا بذلك (377). والصيغة الصريحة في الضمان، مثل: أنا ضامن، أو أنا كفيل، أو أنا زعيم، أو أنا حميل، أو أنا قبيل، أو تكفلت ببدن فلان، وأنا ضامن لك دينك على فلان (378).

وهناك كلمات اختلف حول دلالتها مثل: لك عليّ، أو لك قبلي أو لك إليّ، أو لك عندي. فالذين قالوا بأنها كناية، قالوا: يشترط فيها وجود نية أو قرينة تدل على الالتزام (379)، وذهب آخرون إلى أنها صريحة.

"قال الإمام الكاساني: (قوله: (عليّ) كلمة إيجاب، وكذا قوله: (إليّ) قال رسول الله: "من ترك مالا فلورثته، ومن ترك ديناً فإليّ وعليّ" (380)، وقوله (قبلي) يُنبئ عن القبالة: وهي الكفالة، وقوله (عندي) وإن كانت مطلقة للوديعة، لكنه بقرينة الدين يكون كفالة؛ لأن قوله (عندي) يحتمل اليد، ويحتمل

(376) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 355).

(377) الصاوي حاشية الصاوي على الشرح الصغير (3/ 273) والنووي روضة الطالبين (4/ 260) والجمل حاشية الجمل على شرح المنهج (3/ 386)، والمرداوي الإنصاف (8/ 366).

(378) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 356).

(379) الجمل حاشية الجمل (3/ 386).

(380) أخرجه مسلم (591/2) حديث رقم (867) في باب تخفيف الصلاة والخطبة.

الذمة؛ لأنها كلمة قرب وحضرة، وذلك يوجد فيها جميعاً، فعند الإطلاق يحمل على اليد؛ لأنه أدنى، وعند قرينة الدين يحمل على الذمة أي: في ذمتي؛ لأن الدين لا يحتمله إلا الذمة" (381).

وأما أي لفظ آخر لا يدل على الالتزام حقيقة أو عرفاً، فلا تصح الكفالة به، كأن يقول: أنا أؤدي ما عليه، أو أحضر الشخص وخلا عن قرينة، فليس بضمان، وإنما هو من صيغ وألفاظ الوعد، ولا تعد دالة على الالتزام عند الشافعية (382) والحنابلة (383).

وأما شيخ الإسلام ابن تيمية فقال: "قياس المذهب يصح بكل لفظ يفهم منه الضمان عرفاً، مثل قوله: "زَوَّجَهُ وَأَنَا أُؤَدِي الصِّدَاقَ، أو بَعُهُ وَأَنَا أُعْطِيكَ الثَّمَنَ، أو اتركه ولا تطالبه وأنا أعطيك ونحو ذلك" (384).

والصحيح والله أعلم أن الضمان ينعقد بكل لفظ يؤدي إليه عرفاً ولكن الأولى في ذلك هو الالتزام باللفظ الصريح في ذلك الشائع بين الناس، الذي لا يختلفون عليه، وهو يكاد ينحصر في لفظي الضمان والكفالة دون غيرهما حيث هجر الناس غيرهما من الألفاظ الصريحة.

(381) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 356).

(382) النووي روضة الطالبين (4/ 260) والجمل حاشية الجمل (3/ 386).

(383) البهوتي كشف القناع (3/ 363) والبهوتي شرح منتهى الإرادات (2/ 246) والرحبياني مطالب أولي النهى (3/ 295).

(384) ابن تيمية الاختيارات العلمية (195) والفتاوى الكبرى (4/ 477) ويُنظر: المرادوي الإنصاف (8/ 366).

المسألة الثانية: الضمان بالكتابة:

الضمان بالكتابة هو أن يكتب الضامن أو الكفيل صيغة الضمان دون التلظ بالصيغة.

وقد اختلف فقهاء المذاهب في حكم الضمان بالكتابة هل يصح أم لا على قولين:

القول الأول: أن الضمان بالكتابة صحيح إذا كانت هناك قرينة مشعرة مطلقاً، سواء صدرت هذه الكتابة من ناطق أو من أخرس، وسواء فهمت إشارة الأخرس أم لم تفهم ما دامت هناك قرينة، وهو ظاهر قول المالكية (385) والأصح عند الشافعية (386).

أدلة القول الأول: استدالوا على صحة الضمان بالكتابة مع القرينة المشعرة مطلقاً، بأن الكتابة من الناطق مع النية كناية، وكتابة الأخرس مع قرينة صريحة، فهما كالصيغة (387).

القول الثاني: أن الضمان بالكتابة المنفردة عن الإشارة المفهمة لا يصح وهو قول الحنابلة (388) ووجه للشافعية (389).

أدلة القول الثاني: استدالوا على عدم صحة الضمان بالكتابة منفردة عن الإشارة بأنه قد يكتب تجربة لقلمه أو عبثاً، فلم يثبت مع احتمالها (390).

المختار

المختار والله تعالى أعلم: هو القول الأول، القائل بصحة الضمان بالكتابة إذا وجدت قرينة مشعرة بذلك، وسواء صدرت هذه الكتابة من ناطق أو من أخرس؛ وذلك لأن الكتابة مع القرينة المشعرة بذلك تؤدي إلى ما تؤديه الصيغة، فكانت في معناها فصحت بها.

المسألة الثالثة: الضمان بالإشارة المفهمة من الأخرس:

يعني: هل يصح ضمان الأخرس بالإشارة المفهمة منه أم لا؟! الأخرس إما أن تفهم إشارته أو لا تفهم إشارته فإن كانت إشارته غير

(385) سحنون المدونة (5/ 277-278).

(386) النووي روضة الطالبين (4/ 260) وزكريا الأنصاري أسنى المطالب (10/ 199) والخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 162).

(387) زكريا الأنصاري أسنى المطالب (2/ 236) والجمل حاشية الجمل (3/ 386).

(388) ابن قدامة المغني (6/ 323) والبهوتي شرح منتهى الإرادات (2/ 123).

(389) النووي روضة الطالبين (4/ 249) والمطيعي تكملة المجموع (13/ 160).

(390) ابن قدامة المغني (6/ 323) ويُنظر: الرحيباني مطالب أولى النهى (3/ 294) والبهوتي كشف القناع (3/ 364) والبهوتي شرح منتهى الإرادات (2/ 123).

مفهومة فعند عامة العلماء لا يصح منه الضمان لعدم معرفتنا بضمانه هل ضمن فنصححه أم لا فنبتله(391).

فأما الأخرس الذي تفهم الإشارة منه، فقد اختلف العلماء في حكم ضمانه على قولين:

القول الأول: أنه يصح ضمانه، وهو قول المالكية (392) والشافعية في الصحيح عندهم (393) والحنابلة(394). واستدلوا على صحة ضمان الأخرس إذا فهمت إشارته، بالقياس على صحة بيعه وتبرعه وإقراره(395).

القول الثاني: أنه لا يصح ضمان الأخرس بحال ولو فهمت إشارته، وهو قول للشافعية(396).

واستدلوا على أنه لا يصح الضمان من الأخرس ولو فهمت إشارته بأنه لا ضرورة في ضمانه بخلاف سائر التصرفات(397).

ويمكن أن يناقش هذا الدليل: بأنه ليس جميع تصرفات الأخرس من باب الضرورة، بل منها ما هو للضرورة ومنها ما ليس للضرورة. ولم أقف للحنفية على قول في المسألة.

المختار والله تعالى أعلم: القول الأول، القائل بصحة ضمان الأخرس الذي تفهم إشارته؛ قياساً على سائر تصرفاته من بيع وشراء وإقرار وغيره.

المسألة الرابعة: ضمان المعرفة:

ضمان المعرفة: مثل "لو جاء رجلٌ يستدين من إنسان، فقال: "أنا لا أعرفك فلا أعطيك"، فجاء رجل آخر وقال: "أنا ضامن لك معرفته"(398).

اختلف العلماء في ضمان المعرفة هل يصح أم لا؟ على قولين:

القول الأول: وهو قول الحنفية: لا تصح الكفالة بضمان المعرفة فقط دون ضمان إحضاره، فلو قال الكفيل: أنا ضامن لك معرفته دون إحضاره، لم يصح

(391) النووي روضة الطالبين (4/ 241).

(392) سحنون المدونة (5/ 277).

(393) النووي روضة الطالبين (4/ 241).

(394) ابن قدامة المغني (6/ 323) والمرداوي الإنصاف (5/ 195) والبهوتي كشف القناع (3/ 364).

(395) ابن قدامة المغني (6/ 323).

(396) النووي روضة الطالبين (4/ 241).

(397) النووي روضة الطالبين (4/ 241).

(398) البهوتي شرح منتهى الإرادات (2/ 130).

وهو باطل؛ لأن موجب الكفالة إنما هو التسليم وليس المعرفة.
وكذلك لو قال الضامن: "أنا ضامن أن تجتمعا أو تلتقيا"، فهو باطل ولا
يصح؛ لأن اجتماعهما أو التقاءهما من فعلهما، وليس من فعل الكفيل ولا
يكون الإنسان ضامناً لفعل غيره (399).

القول الثاني: وهو قول الحنابلة: أنه يصح ضمان المعرفة: فلو قال
الضامن: "ضمنت لك معرفته" صح الضمان وأخذ به، فكأنه قال له:
ضمنت لك حضوره متى أردت لأنك لا تعرفه (400).

ولا خلاف بين الأحناف والحنابلة أنهم متفقون على الالتزام بإحضار
وتسليم المطلوب، فإن لم يسلمه مع حياته لزمه ما عليه.

"فقد جاء في كشف القناع" للبهوتي: (قال الشيخ التقى
في شرح المحرر: "ضمن المعرفة (معناه أنني أعرفك من هو
ومن أين هو) وقال ابن عقيل: وهذا يُعطي أن أحمد جعل ضمان
المعرفة توثقة لمن له المال (فكأنه قال ضمننت لك حضوره) متى
أردت؛ لأنك أنت لا تعرفه، ولا يمكنك إحضار من لا تعرفه، فأنا
أعرفه فأحضره لك متى أردت، فصار كقوله: كفلت لك ببدنه.
انتهى. فيطالب ضامن المعرفة بإحضاره، فإن عجز عن إحضاره
لزمه ما عليه لمن ضمن معرفته له" (401).

المختار

المختار والله تعالى أعلم قول الحنابلة، أنه يصح ضمان المعرفة ويطلب
ضامن المعرفة بإحضاره، فإن عجز عن إحضاره لزمه ما عليه لمن
ضمن معرفته له.

1.3.4.2 تعليق الصيغة وإضافتها:

فالصيغة لا تخلو إما أن تكون مطلقة أو منجزة، أو تكون معلقة على
شرط، أو تكون الصيغة مضافة إلى وقت.

فالصيغة المطلقة أو المنجزة مثل: "ضمنت ديتك على فلان، أو أنا تكفلت
ببدن فلان"، فلا خلاف بين العلماء في صحة الضمان بهذه الصيغة؛ إذ

(399) السرخسي المبسوط (172/19) والكاساني بدائع الصنائع (7/ 369) وابن عابدين رد
المحتار على الدر المختار (421/5).

(400) المرادوي الإنصاف (8/ 421) والبهوتي كشف القناع (3/ 375) والبهوتي شرح
منتهى الإرادات (2/ 130).

(401) البهوتي كشف القناع (3/ 375).

هي الأصل في الضمان (402).
أما **المعلقة على شرط، مثل:** "إن استحق المبيع فأنا كفيل لك" (403)، أو "إن لم يؤد ما لك غداً فأنا ضامن، أو إن أعطيته كذا فأنا ضامن" (404).
أما **الصيغة المضافة إلى وقت، مثل:** "إذا جاء رأس الشهر أو رمضان فأنا ضامن لك أو كفيل" (405).

وسيتم بحث هاتين الصيغتين المعلقة والمضافة في مسألتين:

المسألة الأولى: تعليق الصيغة على شرط:

تعليق الصيغة على شرط مثل ان يقول: "إذا جاء شهر رمضان فقد ضمننت لك ما على زيد مثلاً"، أو "تكفلت ببدنه".

وقد اختلف أهل العلم في حكم الصيغة إذا كانت معلقة على شرط هل تصح أم لا؟ على أربعة أقوال:

القول الأول: أنه يصح تعليق الصيغة على شرط، وهو مذهب الحنابلة (406)، ووجه للشافعية (407).

استدلوا على صحة تعليقها على شرط: بأن الضمان لا يشترط فيه القبول وكذا الكفالة، فصح تعليقها كما يصح تعليق الطلاق (408).

القول الثاني: أنه لا يصح تعليق الصيغة على شرط، وهو الصحيح عند الشافعية (409).

استدلوا على عدم صحة التعليق مطلقاً بأن الضمان عقد، فلا يقبل التعليق كالبيع (410).

ويمكن أن يناقش قول الشافعية بعدم صحة تعليق الصيغة على شرط بقياسهم الضمان على البيع بأن هذا قياس مع الفارق، لأن البيع يشترط له القبول اتفاقاً بخلاف الضمان.

القول الثالث: أنه لا يصح تعليق ضمان المال، ويصح تعليق الكفالة بالنفس

(402) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 357).

(403) النووي روضة الطالبين (3/ 493).

(404) ابن ضويان منار السبيل (2/ 105) وفقه السنة (3/ 195).

(405) المصدران السابقان.

(406) ابن ضويان منار السبيل في شرح الدليل (2/ 105) للإمام الفقيه/ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان طبعة ادار الصمعي الرياض.

(407) الخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 175).

(408) المصادر السابقة.

(409) النووي روضة الطالبين (3/ 493) والخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 175).

(410) الخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 175).

وهو وجه للشافعية(411).

استدلوا على ذلك بأن الأصل المنع من التعليق في الضمان بالمال وكذا النفس إلا أنه جاز التعليق في الكفالة بالنفس لحاجة الناس إليها، والكفالة مبنية على الحاجة(412).

ويمكن أن يناقش هذا الاستدلال من وجهين: الأول: أن الأصل عدم التعليق لا دليل عليه.

الثاني: أنه لا فرق بين الكفالة والضمان في حاجة الناس إليها فكما أن الحاجة موجودة في التعليق في الكفالة بالبدن، فالحاجة أحوج وأمس في ضمان المال.

القول الرابع: وهو التفصيل، وهو مذهب الحنفية، قالوا: يصح تعليق الصيغة على شرط إذا كان الشرط سبباً لظهور حق فيصح التعليق والكفالة(413).

وأما إذا كان الشرط ليس سبباً في ظهور الحق ولا وجوبه، ولا هو وسيلة إلى الأداء في الجملة مثل: "إذا هب الريح أو جاء المطر أو إن دل عمرو الدار فأنا كفيل" فلا يصح حينئذ(414).

استدلوا على هذا التفصيل بأن الكفالة فيها معنى التملك، والأصل أنه لا يجوز تعليقها على شرط لكن استثنى صحة تعليقها على شرط إذا كان هذا الشرط سيؤدي في الجملة إلى التوصل إليه(415).

المختار

المختار والله تعالى أعلم صحة تعليق الكفالة على شرط، ولكن يراعى أن يكون هذا الشرط ملائماً للعقد، غير مناف لمقتضى الكفالة، كما قال الحنفية وعلى أنه يجوز الجهالة في الأجل ما دامت هذه الجهالة غير فاحشة والعرف يقبلها.

المسألة الثانية: إضافة الصيغة إلى وقت:

إضافة الصيغة إلى وقت مثل أن يقول: "إذا جاء رأس الشهر فقد ضمننت"،

(411) النووي روضة الطالبين (3/ 493) والخطيب الشربيني مغني المحتاج(3/ 175).

(412) الخطيب الشربيني مغني المحتاج(3/ 175).

(413) وذلك كقوله: "إن استحق المبيع فأنا ضامن"؛ لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق، وقوله: "إن قدم زيد فأنا كفيل"؛ لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولاً عنه، أو يكون مضاربة. ينظر: الكاساني بدائع الصنائع (7/ 359) والبغدادي مجمع الضمانات (594).

(414) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 359) والبغدادي مجمع الضمانات (594).

(415) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 309) والموصلي الاختيار (2/ 171).

أو "أنا ضامن إلى شهر" (416)، و"أنا ضامن إلى الحصاد والدياس".
فقد نص الحنفية على صحة إضافة الصيغة إلى وقت، وذلك لأن الصيغة
أضيفت إلى سبب الضمان، وإن لم يكن الضمان ثابتاً في الحال، وأما
الكفالة وإن فإنها ليست بتمليك محض وغن كان فيها معنى التمليك فجاز
أن تتحمل الصيغة الإضافة (417).

وذهب الشافعية إلى أن الكفالة لا يصح التأجيل فيها، وإنما يصح تأخير
إحضاره إلى أجل معلوم كشهر أو سنة، أما إذا شرط للإحضار أجلاً
مجهولاً، الحصاد مثلاً أو قدوم الحاج، ففي صحة الكفالة وجهان: أصحهما
المنع (418).

أما الحنابلة فقالوا: إن كفل أو ضمن إلى أجل مجهول لم يصح الضمان
ولا الكفالة؛ لأنه ليس للمكفول له وقت محدد يستحق أن يطالبه فيه، وأما
إن جعله إلى الحصاد مثلاً ففيه وجهين أصحهما: الصحة (419).
أما المالكية فقد جاء في "المدونة" لسحنون قال:

"قلت - يعني لابن القاسم-: رأيت إن قال: أنا كفيل بما لك على
فلان إلى خروج العطاء؟ قال: سألت مالگًا عن الذي يبيع إلى
العطاء، قال مرة: كان ذلك جائزاً؛ لأن العطاء كان معروفاً ثم تحول
فلا يعرف، ولا يعجبني. ثم سمعته بعد ذلك يقول فيه: مرفقٌ للناس
ولا يجوز، أعجب إليّ أن يكون معروفاً، فأما الحمالة بالنفس فلا
بأس به" (420).

(416) ابن ضويان منار السبيل (2/ 105) والنووي روضة الطالبين (4/ 260).
(417) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 363) وقد بين الحنفية: أن التأجيل إذا كان إلى وقت
مجهول، فهذا الوقت إن كان يشبه آجال الناس كالنيروز والحصاد والدياس ونحوه، فكفل إلى
هذه الأوقات جاز لأن ذلك ليست بجهالة فاحشة فتحملها الكفالة، وهذا لأن الجهالة لا تمنع من
جواز العقد بعينها، بل لإفضاء ذلك إلى المنازعة بالتقديم والتأخير، وجهالة التأخير والتقديم لا
تفضي إلى المنازعة في باب الكفالة؛ وذلك لأنه يسامح في أخذ الحق من جهة الأصيل بخلاف
البيع، ولأن الكفالة جوازها بالعرف، والكفالة إلى هذه الأجال متعارفة بين الناس، وكذا إذا كانت
الكفالة حالة فأخر إلى هذه الأوقات جاز أيضاً لما تقدم.

وأما إن كان التأخير لا يشبه آجال الناس كهبوب الريح ومجيء المطر، فإن الكفالة صحيحة
والأجل باطل؛ لأن هذه جهالة فاحشة، فلا تتحملها الكفالة فلم يصح التأجيل فيها فبطل، وبقيت
الكفالة صحيحة. وينظر: الزيلعي الزيلعي تبين الحقائق (4/ 154)، والبغدادي مجمع
الضمانات (595) والفتاوى الهندية (3/ 278).

(418) النووي روضة الطالبين (4/ 260) الخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 175).

(419) ابن قدامة المغني (6/ 348).

(420) مالك سحنون المدونة الكبرى (5/ 283).

أما إذا أضيفت الصيغة إلى أجل معلوم فلا خلاف بين الفقهاء على جواز صحتها(421).



(421) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 357) والخطيب الشربيني مغني المحتاج(3/ 175) وابن قدامة المغني (6/ 348).

الباب الثاني: آثار الكفالة والضمان وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: آثار الكفالة بين الكفيل والمكفول له، وفيه أربع مباحث:

2.1.1. حق المكفول له في المطالبة

اختلف أهل العلم في المكفول له هل له الحق في أن يطالب الكفيل والمكفول عنه- الأصيل- معاً فيطلب ممن شاء منهما؟ أم أن المكفول له يطالبه إلا إذا تعذر عليه أن يأخذ الحق من المكفول؟ أم أن المكفول يبرأ بمجرد الضمان عنه وينتقل الحق إلى الكفيل؟ على ثلاثة أقوال لأهل العلم:

القول الأول: وهو قول جمهور الفقهاء الحنفية (422) والإمام مالك في رواية (423) والشافعية في المذهب (424) والحنابلة (425) إلى أن الكفالة تعطي المكفول له الحق في مطالبة أيهما شاء أن يطالب الكفيل بما التزمه، وأن له الحق أيضاً في مطالبة الأصيل: فله مطالبة أيهما شاء، أو مطالبة الاثنين معاً الكفيل والأصيل، ولكنه لا يأخذ منهما أكثر من حقه.

واستدل الجمهور على ذلك بما يلي:

أ- أن صاحب الحق لو وهب ما على المضمون له للكفيل لصحت الهبة، وكان للكفيل حينئذٍ حق الرجوع على المضمون عنه بما ملكه من الهبة، ولو لم تكن ذمة الكفيل مشغولة بأصل الدين لما صحت هبة الدين له؛ لعدم جواز هبة الدين لمن ليس عليه (426).

(422) يُنظر: فتح القدير (5/ 390).

(423) يُنظر: وابن رشد بداية المجتهد (2/ 407)، وابن هبيرة الإفصاح (2/ 206)، وابن حزم المحلى (8/ 526).

(424) يُنظر: الخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 176)، وابن هبيرة الإفصاح (2/ 206)، والحصني كفاية الأخيار (318) وفيه قال الإمام الحصني: وإذا صح الضمان بشروطه.. فللمستحق أن يطالب الأصيل والضامن، أما الأصيل فلأن الدين باقٍ عليه، ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لأبي قتادة حين وقى دين الميت: "الآن بردت عليه جلده" وإنا لله وإنا إليه راجعون مما اكتسبناه في ذمنا، وأما الضامن فلقول شفيع المذنبين صلى الله عليه وسلم: "الزعيم غارم" ولنا وجه كذهب مالك: أنه لا يطالب الضامن إلا بعد عجز المضمون عنه، وله مطالبة هذا ببعض الدين، وذلك ببعضه الآخر. اهـ.

(425) يُنظر: ابن قدامة المغني (6/ 329) وابن هبيرة الإفصاح (2/ 206)، وابن حزم المحلى (8/ 526).

(426) محمود أحمد مروح مصطفى الكفالة (57).

ب- ولأن صاحب الدين إذا اشترى من الكفيل سلعةً بدينه، صح عقد البيع، ولو لم تكن ذمته مشغولة بالدين لما صح البيع؛ وذلك لأن الشراء بالدين لا يصح إلا ممن عليه الدين (427).

ج- أن الكفيل لو مات فإن لصاحب الدين أن يأخذ من تركته بمقدار الدين، ولو لم تكن ذمة الكفيل مشغولة بأصل الدين لسقطت عنه المطالبة بموته.
د- ولأن الحق ثابت في ذمة الضامن، فملك المضمون له مطالبته كالأصيل (428).

"وقال الإمام ابن رشد المالكي: (ومن الحجة لمن رأى الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائباً أو حاضراً، غنياً أو عديماً: حديث قبيصة بن المخارق قال: "تحملت حمالة فأتيت النبي، فسألته عنها، فقال: "نخرجها عنك من إبل الصدقة يا قبيصة إن المسألة لا تحل إلا في ثلاث، وذكر رجلاً تحمل حمالة رجل حتى يؤديها" (429) ووجه الدليل من هذا: أن النبي أباح المسألة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه" (430).

القول الثاني: ذهب الإمام مالك في الرواية الثانية وهو وجه للشافعية إلى أن المكفول له ليس له الحق في مطالبة الكفيل إلا عند التعذر من أخذ الحق من الأصيل، لأن الكفالة وثيقة، فلا يستوفى الحق منها إلا عند تعذر استيفائه من الأصيل كالرهن (431).

"قال الدردير: (ولا يطالب) (الضامن) أي: ليس لرب الدين مطالبته به (إن تيسر الأخذ) لرب الدين (من مال المدين)، بأن كان موسراً غير مُلِدٍ ولا ظالم، وهذا هو الذي رجع إليه مالك بعد قوله: رَبُّ الدَّيْنِ مَخِيرٌ فِي طَلْبِ أَيِّهِمَا شَاءَ (ولو) كان المدين (غائباً) حيث كان الدين ثابتاً، ومال المدين حاضراً يمكن الأخذ منه بلا مشقة، (إلا أن يشترط) رَبُّ الدَّيْنِ عِنْدَ الضَّمَانِ (أخذ أيهما شاء، أو) يشترط (تقديمه) في الأخذ عن المدين، (أو ضمن) الضامن المدين، (في

(427) المصدر السابق.

(428) ابن قدامة المغني (6/329).

(429) أخرجه مسلم في صحيحه (1044) باب من تحل له المسألة بلفظ: "تَحَمَّلْتُ حَمَالَه فَاتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَسْأَلُهُ فِيهَا فَقَالَ أَقِمَّ حَتَّى تَأْتِيَنَا الصَّدَقَةُ فَنَأْمُرَ لَكَ بِهَا".

(430) ابن رشد بداية المجتهد (2/407).

(431) يُنظَر: وابن رشد بداية المجتهد (2/407)، وابن هبيرة الإفصاح (2/206)، وابن حزم المحلى (8/526).

الحالات الست) الحياة والموت والحضور والغيبة، واليسر والعسر،
فله مطالبته، ولو تيسر الأخذ من مال الغريم" (432).

وجاء في "بلغة السالك": "والقول المرجوع عنه هو الذي جرى به العمل
بفاس، وهو الأنسب بكون الضمان شغل ذمة أخرى بالحق" (433).
فبعد هذا يتبين لنا أنه لا يجوز للمكفول له أن يطالب الضامن إلا في أربعة
أحوال عند المالكية:

الأولى: أن يكون من عليه الدين مُفلسًا.

الثانية: أن يكون من عليه الدين مماطلاً معروفاً بالدد في الخصومة.

الثالثة: أن يكون من عليه الدين - الأصيل - غائبًا، ولا يوجد له مال يمكن
سداد دينه منه، أما إذا وجد له مال يستطيع صاحب الدين أن يأخذ منه
بدون مشقة ولا صعوبة، فليس له في هذه الحالة أن يطالب الضامن.

الرابعة: أن يشترط المكفول له وهو صاحب الدين أن يأخذ دينه من أيهما
شاء، فله حينئذ أن يطالبه، وكذا لو اشترط أن يطالب الضامن في حالة
معينة: كموت المضمون أو عسره، أو غير ذلك (434).

قالوا: بأنها وثيقة، فلا يستوفى الحق منها إلا عند تعذر استيفائه من الأصل
كالرهن.

القول الثالث: إن الكفالة تسقط الحق عن المكفول عنه، ويحل على الكفيل،
وليس للمكفول له أن يطالب غير الكفيل وهو قول ابن أبي ليلى، وابن شبرمة،
وأبي ثور، وابن حزم (435).

وقد استدل ابن حزم ومن معه بما يلي:

أ - بحديث ضمان أبي قتادة لما تحمل دينارين عن الميت، فقال النبي: "حق
الغريم عليك، وبرئ منهما الميت، قال: نعم، فصلى عليه" (436). وهذا

(432) الصاوي الشرح الصغير (278/3)، ويُنظر: الدردير الشرح الكبير (3/340)،
وشرح مختصر خليل (6/30).

(433) الصاوي بلغة السالك (3/278).

(434) الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (3/337) والمطيعي تكملة المجموع (13/246-247).

(435) ابن حزم المحلى (8/572).

(436) أخرجه الإمام أحمد في المسند (14567) والطيبس (1673)، والطحاوي في المشكل
(10/334)، والحاكم في المستدرک (2346)، والدارقطني (79/3) في النيوع والبيهقي في
السنن الكبرى (6/74)، من طرق عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر به، وعبد الله بن
محمد بن عقيل حسن الحديث وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي، وحسنه المنذري
(3/39)، وقال الهيثمي في المجمع (3/39): أخرجه أحمد والبخاري وإسناده حسن.

الحديث واضح الدلالة على انتقال حق الغريم من ذمة الأصيل المضمون عنه إلى ذمة الضامن، ولذلك اعتبر الأصيل بريئاً من الدين الذي عليه، وغير مطالب به بفعل هذه الكفالة بدينه.

ب- ولأنه من المحال الممتنع أن يكون مالٌ واحدٍ معدودٍ محدودٍ على اثنين في نفس الوقت، "فإن كان الأمر كذلك لتضاعف الدين، ولجاز للطالب أن يأخذ حقه من الاثنين معاً، فاشتغال ذمة الكفيل بالدين تقتضي فراغ ذمة الأصيل منه؛ لأن الشيء الواحد لا يثبت في مكانين" (437).

وقد استدل الجمهور على صحة قولهم بما يلي:

أ- قوله H: "نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه" (438)

ووجه الدلالة منه: أنه يبين بمنطوقه أن سبيل براءة المؤمن من دينه إنما يحصل ذلك بالقضاء عنه، ولم يذكر في الحديث أن الكفالة بالدين تقتضي البراءة منه.

ب- قوله في خبر ضمان أبي قتادة لما ضمن عن الميت ديناران، فلما كان من الغد، قال H لأبي قتادة: "ما فعل الديناران؟" قال يا رسول الله: إنما مات أمس، ثم أتاه بعدُ، فقال له: "ما فعل الديناران؟" قال: قضيتهما يا رسول الله، قال: "الآن بردت عليه جلده" (439).

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن منطوقه يدل على أن ذمة الميت لم تبرأ بمجرد الضمان عنه بل ظلت مشغولة بالدين حتى قضي عنه، ويدل هذا الحديث أيضاً بمفهومه أن الضمان وحده غير مبرئ للمدين من الحق الذي عليه؛ لأنه لو كان الحق قد تحول عن المضمون عنه بمجرد الحوالة لبردت جلده قبل القضاء عنه (440).

(437) ابن حزم المحلى (8/114).

(438) أخرجه الإمام أحمد في المسند (9677)، والترمذي (1078)، وابن ماجه (2413) (5872) والحاكم (2219، 2220) وابن حبان في صحيحه (3061) وقال الترمذي: حديث حسن. وقال الحاكم في المستدرک: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(439) حسن: أخرجه الإمام أحمد في المسند (14576)، والطيالسي (1673)، والطحاوي في المشكل (334/10)، والحاكم في المستدرک (2346)، والدارقطني (79/3) في البيوع والبيهقي في السنن الكبرى (74/6) من طرق عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر به، وعبد الله بن محمد بن عقيل حسن الحديث وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي، وحسنه المنذري (3/39)، وقال الهيثمي في المجمع (3/39): أخرجه أحمد والبزار وإسناده حسن.

(440) الشوكاني نيل الأوطار (239/3)، ومحمود أحمد مروح مصطفى الكفالة (62).

ج- قياس الضمان على الرهن بجامع أن كل منهما وثيقة بدين (441).

المختار

المختار والله تعالى أعلم هو قول جمهور أهل العلم أن الحق لا ينتقل من ذمة الميت أو المكفول إلى ذمة الكافل وأن الأصيل لا يبرأ بمجرد الكفالة، ولا يصح أن نعتبر الكفالة حوالة؛ لأن تغاير الأسماء دليل على تغاير المعاني، فما الكفالة إلا ضم للذمم، وليست انتقالاً للحقوق كالحوالة.



(441) المطيعي تكملة المجموع (13 / 189).

2.1.2. تعدد الكفلاء،

وفيه مسائل

قد يتعدد الكفيل فيكفل عن إنسان أكثر من واحد اثنان أو أكثر وقد يكفل الكفيل كفيل آخر وهكذا فنوضح في هذا المبحث بعض هذه المسائل وحكمها.

المسألة الأولى: ضمان اثنين فأكثر الحق عن الرجل الواحد:

نص الفقهاء على جواز ضمان أكثر من واحد الحق الذي على الإنسان، ولا فرق في هذا بين أن يضمن كل واحد منهم جميع الدين الذي على المضمون، أو يضمن كل واحد منهم بعض الدين.

وعليه إذا ضمن كل واحد منهم جميع الدين، فإذا أدى واحد منهم الدين برئ الجميع، وإن أبرأ المضمون له المضمون عنه برئ الجميع، لأنهم فرع له، وإذا أبرأ المضمون له أحد الضملاء برئ وحده وبقي الحق على الباقيين، لأنهم غير فروع له، فلم يبرؤوا ببراءته.

وكذا لو تكفل بالرجل الواحد رجلان فأكثر جاز، وأيهم أحضر المكفول به برئ، وبرئ الآخرون من الكفالة(442).

المسألة الثانية: هل يجوز أن يضمن الضامن ضامن آخر أم لا؟!:

نص الشافعية والحنابلة على أنه إن تكفل ببدن الكفيل كفيل أو ضمن الضامن ضامن آخر، ثم كذلك ضمن آخرون بلا حصر، صح، لأنه تكفل أو ضمن بمن عليه حق ثابت، ويثبت الحق في ذمهم جميعاً، لأنه حق واحد لا يتعدد، فإن قضاه أحدهم سقط عن الآخرين، وإذا أبرئ المضمون له واحد من الضملاء برئ هو ومن بعده دون من قبله(443).

المسألة الثالثة: كفالة اثنين بواحد:

نص الفقهاء على أنه لو تكفل اثنان بواحد صح، وأيهم قضى الدين برئ الآخرين، وإن سلم نفسه بفان الكفيلين يبرئان؛ لأنه أتى بما يلزمهما معاً، وهو إحضاره لنفسه.

ونص المالكية والحنابلة على أن أحد الكفيلين لو أحضر المكفول له برئ وحده، ولم يبرأ الكفيل الآخر، لأنه لم يتحمل عنه، كما لو أبرئ المكفول له أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر، وفارق هذا ما إذا سلم المكفول نفسه للمكفول

(442) سحنون المدونة الكبرى (5/ 268) وابن قدامة المغني (6/ 331) والنووي روضة الطالبين (4/ 259).

(443) النووي روضة الطالبين (4/ 259) وابن قدامة المغني (6/ 330) ويُنظر: سحنون المدونة الكبرى (5/ 268).

له؛ لأنه أصل لهما، فإذا برئ الأصل مما تكفل به عنه برئ فرعاه، وليس كل واحد من الكفيلين فرع للكفيل الآخر بل هو أصل، فلم يبرأ ببراءته، وأما إذا تكفل بعضهم ببعض، فأتى به أحدهما، برئ الآخر، لأن كل واحد منهما وكيل لصاحبه على الإتيان به (444).

المسألة الرابعة: إذا تكفل واحد لاثنين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما :

نص الفقهاء على أن الإنسان لو تكفل بدين واحد لاثنين فأبرأه أحدهما أو أحضر المكفول عند أحدهما لم يبرأ من الآخر، وذلك لأن عقد الواحد مع اثنين يكون بمنزلة العقدين، وهو قد التزم أن يحضره عند كل واحد منهما، فإذا أحضره عند واحد منهما، برئ منه، لكن لم يبرأ من الثاني، ويبقى حقه، كما لو كان في عقدين مستقلين، وكما لو ضمن لرجلين ديناً فوفى أحدهما حقه بقي حق الآخر (445).

المسألة الخامسة: الوكالة في الضمان والكفالة:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على صحة الوكالة في الضمان والكفالة قال ابن قدامة: "ويجوز التوكيل في الضمان والكفالة ولا نعلم في شيء من ذلك اختلافاً" (446)

وصيغة الضمان بالوكالة أن يقول: "جعلت موكلي ضامناً لك كذا" (447) "وقال ابن عرفة: "قال ابن الحاجب وابن شاس: وتجوز في الكفالة كالحوالة والبيع. ابن عبد السلام أي: يجوز أن يوكل من يتكفل عنه في حق وجب عليه. قال ابن عرفة: فيه نظر؛ لأن الوكالة إنما تطلق حقيقة عرفية فيما يصح للموكل مباشرته، وكفالة الإنسان نفسه ممتنعة فتأمل. وقال ابن هارون: هو أن يوكله على أن يتكفل عنه لفلان بما على فلان. ابن عرفة: هذا أقرب من الأول؛ لأن الموكل في هذا المثال يصح منه الفعل، وينبغي أن يزداد فيه: أنه كان

(444) سحنون المدونة الكبرى (268/5) وابن قدامة المغني (6/350)، ويُنظر: النووي روضة الطالبين (4/260)، والمطيعي تكملة المجموع (13/227).

(445) ابن قدامة المغني (6/350)، ويُنظر: النووي روضة الطالبين (4/260)، والمطيعي تكملة المجموع (13/227).

(446) ابن قدامة المغني (5/52) وينظر: بداية المجتهد (2/226) والشيرازي المهذب (1/348) والبيان (6/396، 397) والنووي روضة الطالبين (3/490).

(447) الدميري النجم الوهاج (5/33) وحاشية البجيرمي على منهج الطلاب (3/19) وباقي المصادر السابقة.

التزم لرب الدين الذي على فلان أن يأتيه بكفيل به عنه ، بحيث صار الإتيان بالكفيل حقا على الموكل المذكور". (448)

لكن ذكر الحنفية أنه لا يصح توكيل الكفيل بالمال ويصح توكيل الكفيل بالنفس ، بخلاف صحة التوكيل بالكفالة والضمان.

قالوا: يبطل توكيل الكفيل بالمال، سواء تقدمت الوكالة على الكفالة أو تقدمت الكفالة على الوكالة، لأنه في هذه الحالة سيعمل لنفسه، لأن الوكيل من يعمل لغيره وهو هنا قد عمل لنفسه فلو صححناها هنا لأصبح عاملاً لنفسه في إبراً ذمته فانعدم الركن، وذلك لأن قبول قوله ملازم للوكالة لكون الوكيل أميناً ، ولو صححناها لا تقبل لكونه مبرئاً نفسه فيعدم بانعدام لازمه وهذا في كفالة المال، أما التوكيل في كفالة النفس فصحيحة⁽⁴⁴⁹⁾.

(448) ابن عرفة المختصر الفقهي (267، 268) منح الجليل (6/357) .
(449) ابن نجيم البحر الرائق (7/182، 183) وابن عابدين رد المحتار على الدر المختار مع الدر المختار (5/531، 538).

2.1.3. أثر العلاقة بين الكفيل والمكفول عنه، وفيه أربعة

مطالب:

2.1.3.1. رجوع الكفيل على المكفول عنه:

ابتداءً: ذهب عامة الفقهاء على أن الكفيل إذا أدى الدين عن المكفول عنه متبرعاً به بدون نية الرجوع على المكفول عنه أنه لا يحق له الرجوع بعد ذلك ، وأصبح المكفول عنه بريئاً غير مطالب بالدين في هذه الحالة، وسواء تكفل بأمره أو أدى بأمره ما دام أنه لم ينوي الرجوع⁽⁴⁵⁰⁾.

أما إذا أداه بنية الرجوع به على المضمون عنه فهذا لم يخلُ من أربع حالات:

الحالة الأولى: أن يضمن الضامن بأمره أي بأمر المضمون عنه ويؤدي أيضاً بأمره، ففي هذه الحالة يرجع على المدين، وسواء شرط الرجوع أم لا، وسواء في ذلك إذا قال له: أدّ عني أو اضمن عني، أوقال: اضمن وأطلق. وهذا مذهب جمهور العلماء أبي يوسف من الحنفية⁽⁴⁵¹⁾ والمالكية والشافعية⁽⁴⁵²⁾ والحنابلة⁽⁴⁵³⁾.

وحجة الجمهور أنه ضمن ودفع بأمر المكفول عنه، فأشبهه ذلك ما إذا كان مخالطاً له، أو قال: اضمن عني، ولأنه إذا أمره صاحب الدين بالضمان عنه فإن ذلك لا يكون إلا للدين الذي عليه، وأمره له بأن يدفع الدين بعد ذلك عنه، فإنه ينصرف إلى الدين الذي ضمنه، فيجب عليه إذا أن يؤدي ما أدى عنه، كما لو صرح المضمون عنه به⁽⁴⁵⁴⁾.

وقال أبو حنيفة ومحمد⁽⁴⁵⁵⁾: يشترط أن يكون كلامه مشتملاً على لفظة عَنِّي. فإن قال: اضمن عني أو اكفل عني، رجع عليه، وأما إن قال: اضمن المائة التي عليّ لفلان، فضمن لم يرجع عليه إذا أدى؛ لأن الحاصل إنما هو مجرد الأمر بالضمان فيجوز أن يكون قصده الرجوع بعد ذلك أو التبرع به، فلم يلزمه المحال مع الاحتمال، إلا إذا كان خليطاً⁽⁴⁵⁶⁾ أو شريكاً⁽⁴⁵⁷⁾.

(450) ابن قدامة المغني (6 / 331).

(451) يُنظر: ابن الهمام شرح فتح القدير (7 / 188-189) والكاساني بدائع الصنائع (7 / 384).

(452) يُنظر: النووي روضة الطالبين (4 / 266).

(453) يُنظر: ابن قدامة المغني (6 / 331).

(454) ابن قدامة المغني (6 / 332).

(455) الكاساني بدائع الصنائع (7 / 384).

(456) الخليط هو: الذي يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار

الحالة الثانية: أن يضمن بأمره، ويقضى دينه بغير أمره، فعند المالكية والأصح عند الشافعية (458) والحنابلة (459) أن له الرجوع؛ لأنه اشتغلت ذمته بالدين بإذن المضمون عنه فإذا استوفى منه رجع، كما لو أعاره مالا فرهنه في دينه وبيع في الدين فإنه يرجع (460).

وفي قول للشافعية: لا يرجع عليه؛ لأنه دفع بغير أمره، فأشبهه ما لو تبرع به. وفي قول ثالث للشافعية: إن أمكنه استئذان الأصل ولم يفعل فقضى عنه دون أن يستأذنه، لم يرجع لأنه متطوع بالأداء حينئذ. وإن لم يمكنه أن يستأذنه، فقضى دينه، فإنه حينئذ يرجع الضامن على المضمون عنه؛ لأنه مضطر إلى القضاء (461).

وقال ابن قدامة: "ولنا أنه إذا أذن في الضمان تَضَمَّن ذلك إذنه في الأداء؛ لأن الضمان يوجب عليه الأداء، فرجع عليه كما لو أذن في الأداء صريحاً" (462).

الحالة الثالثة: أن يضمن بغير أمره، ويقضى بأمره: فقد اختلف الفقهاء هل يرجع عليه في هذه الحالة أم لا؟ فقال مالك وأحمد ووجه للشافعي: يرجع عليه (463) لأنه أدى دينه بأمره فرجع عليه، كما لو لم يكن ضامناً أو كما لو ضمن بأمره (464). وذهب الشافعية في الصحيح عندهم إلى أنه لا يرجع عليه (465).

الحالة الرابعة: إذا ضمن بغير أمره وقضى دينه بغير أمره: اختلف الفقهاء فيما لو ضمن بغير أمره وقضى دينه أيضاً بغير أمره هل يرجع عليه أم لا؟ قولان لأهل العلم.

منه. وكل من في عياله بمنزلة الخليل. يُنظر: البغدادي مجمع الضمانات (555).

(457) ابن الهمام شرح فتح القدير (7/ 189-188).

(458) النووي روضة الطالبين (4/ 266) والمطيعي تكملة المجموع (13/ 195).

(459) ابن قدامة المغني (6/ 332).

(460) المصدر السابق (6/ 333).

(461) الشيرازي المهذب (1/ 342) والنووي روضة الطالبين (4/ 266) والمطيعي تكملة المجموع (13/ 197).

(462) ابن قدامة المغني (6/ 333).

(463) ابن قدامة المغني (6/ 333)، ويُنظر: النووي روضة الطالبين (4/ 266)، وابن حزم المحلي (8/ 255)، والمطيعي تكملة المجموع (3/ 195).

(464) ابن قدامة المغني (6/ 333).

(465) النووي روضة الطالبين (3/ 499)، والمطيعي تكملة المجموع (13/ 195).

القول الأول: أنه لا يرجع بشيء، وهو قول أبو حنيفة⁽⁴⁶⁶⁾ والشافعي⁽⁴⁶⁷⁾ ورواية عن أحمد⁽⁴⁶⁸⁾، وهو قول ابن المنذر⁽⁴⁶⁹⁾.

استدلوا على ذلك بحديث ضمان أبي قتادة فإنه ضمن عنه بغير إذنه وقضى عنه بغير إذنه، فلو كان يستحق الرجوع على الميت صار الدين له، فكانت ذمة الميت مشغولة بدينه كاشتغالها بدين المضمون عنه، ولم يُصل عليه النبي، ولأنه تبرع بذلك، فأشبه ما لو أطمع عبده أو علف دوابه بغير أمره⁽⁴⁷⁰⁾.

القول الثاني: أن الضامن يرجع عليه، وهو قول الإمام مالك وأحمد في رواية عن الإمام أحمد⁽⁴⁷¹⁾ وهو قول إسحاق⁽⁴⁷²⁾ وذلك لأن هذا قضاء مبرئ للمضمون عنه من دين واجب عليه، فكان من ضمانه، كما لو امتنع فقضى الحاكم عنه، وأما أبو قتادة فإنه لما قضى الدين عنه كان متبرعاً؛ لأنه إنما قضى دينه من أجل تبرئة ذمته من أجل أن يصلي عليه النبي H، مع علم أبي قتادة أنه لم يترك وفاءً، والمتبرع لا يرجع بشيء⁽⁴⁷³⁾.

"أما ابن حزم فقد خالف في هذا كله حيث قال: وأما قولنا: لا يرجع

الضامن بما أدى، سواء بأمره ضمن عنه أو بغير أمره، إلا أن يكون المضمون عنه استقرضه؛ فلما ذكرنا من سقوط الحق عن المضمون عنه وبرأته منه واستقراره على الضامن، فمن الباطل المتيقن والظلم الواضح أن يطلب الضامن من أجل أدائه حقاً لزمه وصار عليه واستقر في ذمته من لاحق قبّله له، ولا للذي أداه عنه، وهذا لا خفاء به، وما ندري لمن قال: إنه يرجع الضامن على المضمون

(466) الكاساني بدائع الصنائع (388/7).

(467) والنووي روضة الطالبين (266/4)، والمطيعي تكملة المجموع (196/13).

(468) ابن قدامة المغني (333/6)، وابن قدامة الكافي (399).

(469) المصدر السابق.

(470) ابن قدامة المغني (333/6)، والمطيعي تكملة المجموع (196/13).

(471) الكاساني بدائع الصنائع (388/7)، وابن قدامة المغني (333/6)، وابن قدامة الكافي (399).

(472) هو إسحاق بن إبراهيم بن مخلد من بني حنظلة من تميم، عالم خراسان في عصره، طاف البلاد لجمع الحديث، وأخذ عنه أحمد والشيخان، قال فيه الخطيب البغدادي: (اجتمع له الفقه والحديث والحفظ والصدق والورع والزهد)، استوطن نيسابور وتوفي بها سنة (238هـ). يُنظر: "تهذيب التهذيب" (216/1)؛ و"الانتقاء" ص (108).

(473) ابن قدامة المغني (333/6).

عنه، بما أدى حُجَّةً أصلاً» (474).

2.1.3.2. متى يرجع الكفيل:

نص عامة فقهاء المذاهب الأربعة على أن الدين إذا كان حالاً فإن للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالأداء، فإن لم يؤد أو أدى عنه الكفيل رجع عليه في الحال، لكن ليس له الرجوع إلا بعد أن يؤدي هو الدين. وأما إذا كان الدين مؤجلاً وليس حالاً فليس للكفيل حينئذ الرجوع على المكفول عنه إلا بعد حلول الأجل والأداء، فإذا أدى الدين قبل الأجل فلا يرجع إلا بعد حلول الأجل (475).

2.1.3.3. بم يرجع الكفيل:

إذا أدى الكفيل الدين أو جزءاً منه رجع بما أدى، وإذا أدى أكثر منه لم يرجع إلا بقدر إلا بقدر الدين فقط، ولا يرجع بالزيادة لأن الزيادة هنا تعتبر تبرعاً منه للمكفول له، لأنها لم تكن واجبة على المكفول عنه. وأما إذا أعطى الكفيل صنفاً آخر من المال غير الدين، فحينئذ ينظر، إن كانت قيمة ما أعطاه أكثر من الدين الذي على المكفول عنه لم يرجع إلا بالدين، وإن كانت قيمة ما أعطاه أقل رجع بالأقل خلافاً للإمام الكاساني، إلا أن يكون المكفول له تبرع له بالزيادة. وإذا صالح المكفول له الكفيل على جزء من الدين رجع الكفيل بالجزء الذي أداه، وطالب الدائن المكفول له المدين بباقي الدين، فإن كان المكفول له تنازل للكفيل عن الباقي أو عن الدين كله، ووهبه إياه، أصبح الدين للكفيل، يطلبه من المكفول عنه، ويسقط حق المكفول له، ومثل الهبة الصدقة (476).

وخالف كلام ابن الهمام هذا الإمام الكاساني حيث قال:

"إن الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه، حتى لو كفل عن رجل بدرهم صحاح جواد، فأعطاه مكسرة أو زيوفاً، وتجاوز به المطالبة، يرجع عليه بالصحاح الجواد؛ لأنه بالأداء ملك ما في نمة الأصيل، فيرجع بالمؤدى،

(474) ابن حزم المحلى (255/8).

(475) المدونة (259/5-260) والشافعي الأم (204/3) وابن قدامة المغني (326/6-324/6)، وابن عابدين رد المحتار على الدر المختار (319/5-320)، والدر المختار (319/5).

(476) سحنون المدونة (269/5) والمواق التاج والإكليل (104/5) والطحاوي مختصر اختلاف العلماء (267/4) ابن الهمام شرح فتح القدير (190/7) والفروق (46/2) والنوي روضة الطالبين (267/4) وابن قدامة المغني (333/6)

وهو الصحاح الجياد" (477).



(477) الكاساني بدائع الصنائع (388/7).

2.1.4. برأة ذمة الميت من الدين المضمون عنه بنفس الضمان:
اختلف الفقهاء في الميت هل تبرأ ذمته من الدين المضمون عنه بنفس الضمان أم لا؟ على قولين:

القول الأول: أنه لا ينتقل الحق عن ذمة الميت إلا بأداء لا بمجرد الضمان، كالحى وهو قول جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المذهب.

استدل جمهور أهل العلم، وهم أصحاب القول الأول بما يلي:

أ - قوله في حديث جابر في قصة تحمل أبي قتادة الدين عن الميت، وفيه أن النبي قابل أبا قتادة وقال له: "ما فعل الديناران؟"، فقال يا رسول الله إنما دفناه أمس، ثم أتاه بعد ذلك، فقال له: "ما فعل الديناران؟"، قال قضيتهما يا رسول الله، فقال H: "الآن بردت عليه جلده" (478).

ووجه الدلالة من هذا الحديث على أن الدين باق على الأصيل وأن الكفالة به لم تبرئه مما عليه، أن النبي H أخبر أن جلد الميت إنما برد بعد أداء كفيله عنه لا بكفالته له ولو كان يبرأ عن دينه بمجرد الكفالة عنه لما استمر هذا العذاب عليه حتى أدى عنه (479).

ب - قوله H: "نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه" (480). ووجه الدلالة منه أن الميت لا يزال مشغولاً بدينه حتى يقضى عنه (481). ولأن الكفالة وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة، وأما صلاة النبي عن المضمون عنه، فلأنه بالضمان صار له وفاء، وإنما كان النبي يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء (482).

أما قوله H: "نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه"

"قال الرملي: فإن قيل: ما الحكمة في حبس روجه، إذ لم يخلف وفاء مع أنه في حكم المعسر، والمعسر لا يحبس في الدنيا، ولا يُلَازَمُ لأننا نقول أمر الآخرة يغاير أمر الدنيا، فإن حَبَسَ المعسر في الدنيا لا فائدة فيه؛ لأنه لا يتوقع منه وفاء مادام محبوساً، ويظن منه الوفاء إذ لم يحبس؛ لأنه قد يكتسب ما يستعين به على وفاء الدين، وأما

(478) حسن: تقدم تخريجه في هامش رقم (439).

(479) الطحاوي شرح مشكل الآثار (10/335) ط. الرسالة.

(480) تقدم تخريجه: هامش رقم (438).

(481) سبل السلام (2/530).

(482) ابن قدامة المغني (6/328).

الآخرة فالحبس فيها مجازاة له على بقاء الحق في ذمته حفظاً لحق صاحب الدين، ويستوفي منه بأخذ الحسنات ورد السيئات، فأشبهه مَنْ له مالٌ في الدنيا فيُنْتَظَر بحبسه حضوراً ماله، وعليه فهو معقول المعنى" (483).

وقيل: "إنما يحبس المديان عن الجنة بعدم الوفاء إذا مات قادراً على وفائه، وأما لو مات عاجزاً عن وفائه، فإن تداين لسرفٍ أو غيره مما لا يجوز فإنه يحبس عن الجنة لعدم وجوب قضائه على السلطان" (484). وهذا كله محمول على مَنْ ترك مالاً يقضي منه دينه، أما من لا مال له يقضي منه فيرجى أن لا يتناوله هذا الحديث لقوله سبحانه: "لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا" [البقرة: 286] وقوله: "وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ" [البقرة: 280].

القول الثاني: أنه ينتقل الحق عنه بمجرد الضمان، وهو القول الثاني للإمام أحمد، وهو قول ابن حزم (485). واستدلوا بأن الميت يبرأ بمجرد الضمان، بما يلي:

أ - بحديث ضمان علي السابق وقول النبي له: "جزاك الله خيراً عن الإسلام وفك رهاتك كما فككت رهان أخيك" فدل على أن المضمون عنه برئ بالضمان (486).

ب - ما رواه الإمام أحمد في المسند عن جابر بن عبد الله قال: "توفي صاحب لنا فأتينا النبي ليصلي عليه، فخطا خطوة ثم قال: "أعليه دين؟"، قلنا ديناران، فانصرف فتحملهما أبو قتادة فقال: الديناران عليّ. فقال رسول الله: "وجب حق الغريم وبرئ الميت منهما؟"، قال نعم، فصلّى عليه" (487). وهذا الحديث صريح في براءة المضمون عنه لقوله H: "وبرئ

(483) نهاية المحتاج (4/ 433).

(484) النفراوي الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني (2/ 242) تأليف: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، دار النشر: دار الفكر بيروت 1415 هـ.

(485) ابن هبيرة لإفصاح (2/ 204)، وابن قدامة المغني (6/ 327)، والبهوتي شرح منتهى الإرادات (2/ 248)، وزكريا الأنصاري أسنى المطالب (10/ 115)، وابن حزم المحلى (8/ 254).

(486) ابن قدامة المغني (6/ 327).

(487) حسن: تقدم تخريجه رقم (436).

الميت منهما، ولأنه دين واحد فإذا صار في ذمة آخرة، برئت الأولى منه كالمحال به؛ وذلك لأن الدين الواحد لا يحل في مكانين⁽⁴⁸⁸⁾. ولأن الحكمة من امتناع النبي H من الصلاة عليه إنما كان من أجل شغل ذمته ببقاء الدين عليه، فلو لم يحمل تحمل أبي قتادة عنه برائته منه وأن ذمته قد فرغت لم تظهر الحكمة حينئذٍ من امتناعه عليه السلام من الصلاة عليه، لأن الحق باقٍ في ذمته قبل التحمل⁽⁴⁸⁹⁾.

وقال الإمام ابن حزم: بعدما ساق الحديث ضمان أبي قتادة قال: "وفيه أن الدين يسقط بالضمان جملة؛ لأنه لو لم يسقط عن الميت، وينتقل إلى ذمة أبي قتادة لما كانت الحالة إلا واحدة، وامتناعه عليه الصلاة والسلام من الصلاة عليه قبل ضمان أبي قتادة لدينه، ثم صلاته عليه الصلاة والسلام عليه بعد ضمان أبي قتادة برهان صحيح على أن الحالة الثانية غير الحالة الأولى، وأن الدين الذي لا يترك به وفاء قد بطل، وسقط بضمان الضامن، بقول أبي قتادة الذي أقره عليه النبي على دينه، فصح الدين على الضامن بعد، لا على المضمون عنه.... ثم قال بعد ذلك: أما قوله عليه الصلاة والسلام: "الآن بردت عليه جلده"، فقد أصاب عليه الصلاة والسلام ما أراد، وقوله الحق لا نشك فيه، ولكن نقول أنه قد يكون تبريد زائد دخل عليه حين القضاء عنه، وإن كان لم يكن قبل ذلك في حرٍّ، كما تقول لقد سرتني فعلك، وإن لم تكن قبل ذلك في هم ولا حزن، وكما لو تصدق عن الميت بصدقة لكان قد دخل عليه بها روح زائد ولا بد، وإن لم يكن قبل ذلك في كرب ولا غم. ويمكن أن يكون قد كان مطل وهو غني فحصل له الظلم، ثم غفر الله تعالى له ذلك الظلم بالقضاء، والله أعلم إلا أنهم لا متعلق لهم بهذا أصلاً"⁽⁴⁹⁰⁾.

(488) ابن قدامة المغني (6/328).

(489) الرملي نهاية المحتاج (4/432).

(490) ابن حزم المحلى (8/254، 255) ويُنظر: الخطابي معالم السنن (3/64).

الفصل الثاني: انقضاء الكفالة

2.2.1 مبحث طرق انقضاء الكفالة أو متى تنقضي الكفالة أو بما

تنقضي الكفالة؟

من خلال دراستنا لعقد الكفالة وأثار العقد الصحيح يتبين لنا أن الكفالة تنقضي بانقضاء التزام الأصيل أو الكفيل، وينقضي هذا الالتزام بأحد أمور بياناها في ثمانية مطالب:

2.2.1.1 الأداء، أو ما هو في معنى الأداء:

المكفول به إما أن يكون ديناً، أو عيناً، والمقصود من الكفالة بالمال، هو ضمان تسليم المال أو العين أو مثلها إن كانت مثلية أو قيمتها عند الهلاك للمضمون له حين الطلب أو انتهاء أجل الدين. ومن المقرر المتفق عليه عند عامة الفقهاء من المذاهب الأربعة وغيرهم أن تسليم وأداء ما على المكفول عنه من دين أو عين أمرٌ يقتضي انتهاء الكفالة بالمال، وبراءة ذمة الضامن من المطالبة، وبراءة ذمة المضمون عنه من أصل الدين، سواء أكان هذا التسليم من جهة المضمون عنه الذي عليه الدين أم من جهة الكفيل فالنتيجة واحدة لأن الدين واحد، فإذا استوفى مرة زال تعلقه بالجميع⁽⁴⁹¹⁾.

وفي معنى الأداء الهبة والصدقة: الهبة: "هي تملك العين بلا عوض"⁽⁴⁹²⁾.

فإذا وهب الدائن صاحب الحق الدين الذي له للمدين، ملك الأصيل ما في ذمته بالهبة، وبراءة الأصيل توجب حينئذٍ براءة الكفيل، وأما إذا وهب الدائن الدين الذي له للكفيل برئ من المطالبة وحده ولا يبرأ الأصيل الذي عليه الدين بذلك بل يحق للكفيل حينئذٍ مطالبة الأصيل بالدين الذي عليه؛ لأن الهبة في معنى الأداء وكذا حكم الصدقة⁽⁴⁹³⁾.

2.2.1.2 اتحاد الذمة:

(491) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 378) والمطيعي تكملة المجموع (13/ 194) وابن قدامة المغني (6/ 329) وفقه البيع (1397).

(492) الزيلعي تبیین الحقائق (5/ 91) وابن عابدين رد المحتار على الدر المختار (8/ 420).

(493) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 378) وعلي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام (1/ 845) والنووي روضة الطالبين (4/ 269).

والمراد باتحاد الذمة: هو أن يجتمع في إنسان واحد صفتي مدين ودائن، كما لو مات الدائن وانحصر ميراثه في المدين، فيصبح الأصيل مدينًا ودائنًا لنفسه في وقت واحد، وفي هذه الحالة يسقط وجوب الأداء عنه، وتسقط الكفالة تبعًا لذلك، ويشبه ذلك أيضًا ما لو انحصر ميراث الدائن في الكفيل، فإنه يبرأ من الكفالة، بل ويحق له الرجوع على الأصيل بما ملكه باتحاد ذمته مع ذمة الدائن، إن كانت الكفالة بأمر وإذن الأصيل، وإلا فإن كان متبرعًا بكفالته لم يرجع بشيء⁽⁴⁹⁴⁾.

"أما إذا كان للدائن وارثٌ آخرٌ مع الأصيل برئ الكفيل من حصة الأصيل، - أي بقدرها- لا من حصة الوارث الآخر"⁽⁴⁹⁵⁾.

2.2.1.3. المقاصة:

المقاصة طريق آخر لبراءة الكفيل بالمال، سواء أكانت بين الدائن والكفيل في أموالهما أو بين الأصيل والدائن.

والمقاصة لغة: "من المقاصة، فكل واحد يقاصص صاحبه (غريمه) أي: يستوفي حقه منه"⁽⁴⁹⁶⁾. "وقاصه مقاصة: كان له دين مثل ما على صاحبه، فجعل الدين في مقابلة الدين، وتقاص القوم: قاص كل واحد منهم صاحبه في حساب أو غيره"⁽⁴⁹⁷⁾.

وفي اصطلاح الفقهاء: لم يتعد الفقهاء المعنى اللغوي في تعريف المقاصة، عن المعنى الاصطلاحي فقد عرفها الحنفية بقولهم: "هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص

(494) علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام (845/1) والنووي روضة الطالبين (269/34).

(495) قدرى باشا مرشد الحيران (856) والمدخل الفقهي العام (580/1)، ومحمود أحمد مروح مصطفى الكفالة (110).

(496) بلغة السالك (3/186) والسرخسي المبسوط (20/130).

(497) المعجم الوسيط (2/739).

لغريمه" (498).

وعرفها المالكية بقولهم: "هي إسقاط ما لك من دين على غريمك في نظير ما له عليك بشروطه" (499). وقيل هي: "اقتطاع دين من دين" (500).

وللمقاصة نوعان:

الأول: مقاصة جبرية، وتحصل بنفس العقد، وذلك عند اتحاد الدينين وصفاً وجنساً وحلواً وقوةً وضعفاً.

الثانية: مقاصة اختيارية، وتحصل بتراضي المتدائنين، ولا يشترط فيها ما يشترط بالجبرية.

"فإذا ثبت أن للأصيل أو للكفيل ديناً مماثلاً لدين الطالب على الأصيل سقط الدينان قصاصاً، وبرئ الكفيل من الكفالة، فإن كان الدين للكفيل رجع به على الأصيل كما لو أداه عنه" (501).

2.2.1.4 الإبراء. أو ما هو في معنى الإبراء:

الإبراء: هو عبارة عن إسقاط الإنسان حقاله في ذمة آخر أو قبلة فإذا أبرأ المضمون له الضامن من ضمانه انقضى الضمان وإن لم يبرأ الأصيل؛ لأن الإبراء هنا إنما هو إبراء عن المطالبة - لا عن الدين - وليس من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الضامن سقوط أصل الدين عن الأصيل، لكن إذا أبرأ المضمون له الأصيل الذي عليه الدين سقط حينئذٍ حق المطالبة عن الضامن (502).

(498) قدرى باشا مرشد الحيران (224).

(499) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (3/ 277).

(500) القوانين الفقهية (192).

(501) يُنظر: قدرى باشا مرشد الحيران (225، 226) وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير

(3/ 279) ومحمود أحمد مروح مصطفى الكفالة (111).

(502) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 378) وابن قدامة المغني (6/ 326-352) وفقه البيع

(1398).

2.2.1.5 الصلح:

الصلح لغة: "قطع المنازعة" وشرعاً: "معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين متخاصمين" (503).

وقد تبرأ ذمة الكفيل بالصلح، فإذا صالح الكفيل المكفول له صاحب الدين على أداء المال أو بعضه وإسقاط البعض الآخر أو بمعاوضة شيء آخر صح الصلح وبرأ الكفيل من المطالبة والدين.

"قال الإمام الكاساني الحنفي: وكذلك الكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما يخرج بالحوالة، بأن يصلح الكفيل الطالب على بعض المُدعي؛ لأن الصلح على جنس المُدعي إسقاط بعض الحق (504)، فكان فيه معنى الإبراء، وعلى خلاف الجنس معاوضة (505)، فكان في معنى الإبراء، وكل ذلك يخرج عن الكفالة، غير أن في حالين يبرأ الكفيل والأصيل جميعاً، وفي حال يبرأ الكفيل دون الأصيل.

أما الحالتان اللتان برئ فيهما الكفيل والأصيل جميعاً.

إحدهما: أن يقول الكفيل للطالب: صالحتك من الألف على خمسمائة، على أني والمكفول منه بريئان من الخمسمائة الباقية، ويكون الطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار، إن شاء أخذها من الكفيل، ثم الكفيل يرجع بها على الأصيل، وإن شاء أخذها من الأصيل.

والثانية: أن يقول: صالحتك على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة أصلاً" (506).

2.2.1.6 الحوالة:

(503) البهوتي الروض المربع (2/196).

(504) وهو الذي يجري على بعض العين المدعاة، كمن صالح من الدار المدعاة على نصفها أوثلثها.

(505) وهو الذي يجري على غير العين المدعاة، كأن ادعى عليه داراً، فأقر له بها ثم صالحه منها على ثوب أودار أخرى. يُنظر: روضة الطالبين (4/193).

(506) الكاساني بدائع الصنائع (7/380) ويُنظر: النووي روضة الطالبين (4/193).

الحوالة هي: "نقل الدين والمطالبة من ذمة المُحيل إلى ذمة المُحال عليه"⁽⁵⁰⁷⁾.

يبرأ الكفيل أو المدين عن الدين الذي عليه بالحوالة فإن أحال الكفيل أو الأصيل الذي عليه الدين المضمون له على آخرٍ لاستيفاء حقه منه برئاً جميعاً عند جماهير الفقهاء، لأن الحوالة مُبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً ولأن الحوالة كالقضاء فإذا أحاله الكفيل أو الأصيل برئ من الدين الذي عليه وسقط حق المطالبة⁽⁵⁰⁸⁾.

2.2.1.7. فسخ الدين المكفول أو إبطاله:

الفسخ: "هو حل ارتباط العقد، وهذا يكون بإرادة أحد العاقدين أو كليهما، أو بحكم القاضي، فهو عمل المتعاقدين غالباً، أو فعل الحاكم في بعض الأحوال".

فإذا كان الضامن مثلاً ضامناً للبائع في أن يسلمه المبيع، أو ضامناً لما في ذمة المشتري من ثمن الشراء، ثم انفسخ العقد لسبب من الأسباب، لم يعد المشتري ملتزماً بدفع الثمن، ولا البائع ملتزماً بتسليم المبيع، ومن ثمة فإن الكفالة تنقضي هنا لأنه لا يوجد دين مكفول. وكذا إذا ظهر ما يبطل الدين الذي على المضمون عنه، وأن المضمون له لا حق له في اقتضائه من الأصيل، فحينئذ يسقط حقه في مطالبة الضامن⁽⁵⁰⁹⁾.

2.2.1.8. الموت: وهو خاص بكفالة النفس:

اختلف العلماء في المكفول به إذا مات هل تسقط الكفالة عن الكفيل أم يجب عليه أن يغرم ما علي المكفول به. فذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه إذا مات المكفول به سقطت الكفالة وذلك المكفول به سقط عنه الحضور فيبرئ الكفيل،

(507) قدرى باشا مرشد الحيران (589) والزيلعي تبیین الحقائق (4/ 171) العناية شرح الهداية (10/ 177) وابن عابدين رد المحتار على الدر المختار (5/ 340) والخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 153) والكافي (2/ 218).

(508) الكاساني بدائع الصنائع (7/ 379-380) النووي روضة الطالبين (4/ 268) ابن قدامة المغني (6/ 329).

(509) السالوس فقه البيع (1398).

ولأن ما التزمه سقط عن الأصل وهو المكفول به، فبرئ الفرع، كما لو
قضى المضمون عنه الدين أو أبرئه منه فإن الضامن يبرأ.
وذهب الإمام مالك إلى أن الكفيل يغرم ما على المكفول به من الدين؛ لأن
الكفيل وثيقة بحق، فإذا تعذرت من جهة ما عليه الدين استوفى من الوثيقة
كالرهن، ولأنه تعذر إحضاره فلزم الكفيل ما عليه كما لو غاب المكفول
به (510) (511).



(510) المرغاني الهداية شرح البداية (3/ 88) والبارتي العناية شرح الهداية (6/ 289) ابن
قدامة المغني (6/ 351) والنوي روضة الطالبين (4/ 258)..
(511) ابن قدامة المغني (6/ 351) ويُنظر: النووي روضة الطالبين (4/ 258).

الباب الثالث: قضايا معاصرة من الكفالات والضمانات المالية: وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: خطاب الضمان

لكل عصر نوازله وإن من نوازل هذا العصر في باب المعاملات التجارية هو ما تقوم به البنوك من جريان المعاملة بخطاب الضمان، وهو من أهم ما تقدمه البنوك من خدمات لعملائها لتسهيل أمور تجارتهم مع غيرهم سواء كانت حكومات أو شركات أخرى أو أفراد، فما هي حقيقة هذا الخطاب؟ وما أنواعه، وما تكييفه الفقهي، وما حكم التعامل به لدى البنوك والمصارف الإسلامية؟

كل هذا سنوضحه في ثلاثة مباحث:

3.1.1. حقيقة خطاب الضمان وأركانه وأهدافه

أولاً: تعريف خطاب الضمان:

الخطاب لغة: "من خطب يخطب خطاباً ومخاطبة، وهو الكلام بين متكلم وسماع، كما يطلق على الرسالة"⁽⁵¹²⁾.

والضمان لغة: "من ضمن المال ضماناً: التزمه، فالضامن يلتزم ما في ذمة الغير من مال"⁽⁵¹³⁾.

أما الضمان اصطلاحاً: "فهو ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في المطالبة بنَفْسٍ أو دَيْنٍ أو حَقٍّ"⁽⁵¹⁴⁾.

وخطاب الضمان، وهو كما يعرفه الدكتور علي السالوس بأنه:

"تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه (طالب

الإصدار) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام

مُلَقَى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل

بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة، على أن يدفع المصرف

المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان،

دون التفات لما يبديه العميل من المعارضة"⁽⁵¹⁵⁾.

(512) المصباح المنير (خاطبه).

(513) المصباح المنير (ضمن).

(514) قدري باشا مرشد الحيران (822) دار الفرجاني.

(515) السالوس فقه البيع (1405).

ثانياً: أركان خطاب الضمان:

من خلال هذا التعريف السابق يظهر أن خطاب الضمان يشتمل على عدة عناصر وهي:

أ- **الكفيل:** وهو المصرف الذي أصدر التعهد بدفع مبلغ معين من المال نيابة عن العميل، إذا لم يلتزم العملي ولم يخل بأي شرط من الشروط المتعاقد عليها في خلال المدة المعينة في العقد.

ب- **المكفول عنه:** وهو العميل الذي طلب إصدار خطاب الضمان، والذي يقوم المصرف بضمانه في حدود مبلغ معين بموجب خطاب الضمان الصادر عنه خلال فترة معينة.

ج- **المستفيد:** وهو المضمون له وهو الذي صدر خطاب الضمان لصالحه مثل الشركة أو الحكومة أو غير ذلك.

د- **قيمة الضمان:** وهو المبلغ الذي ضمنه البنك للمضمون له. فإذا أُطلق كلمة خطاب الضمان فإنه يحتوي هذه الأركان كلها⁽⁵¹⁶⁾.

ثالثاً: أهداف خطاب الضمان:

لخطاب الضمان أهمية كبيرة بالنسبة للمضمون له سواء كان حكومة أو شركة أو فرد؛ وذلك لضمان تنفيذ المشاريع وإكمالها أو تأمين العقود من مشتريات وغيرها وفق الشروط والمواصفات والأوقات المحددة، ففيها توفير الضمان للمضمون له وهو المستفيد هنا عن أي تفريط أو تقصير سواء من جهة التنفيذ أو من جهة الزمن من طرف العميل المضمون عنه⁽⁵¹⁷⁾.

3.1.2. طرق إصدار خطاب الضمان وأنواعه

يقدم العميل وهو طالب خطاب الضمان للمصرف طلباً، ويحدد مبلغ الضمان فيه، ومدته وكذا الجهة المستفيدة منه، والغرض من إصدار هذا الضمان،

(516) ينظر: محمد عثمان شبير المعاملات المالية المعاصرة ص(292) د وبكر أبو زيد فقه النوازل (202/1).

(517) بكر أبو زيد فقه النوازل (202/1).

ويجب قبل إصدار الخطاب يكون لدى المصرف قناعة تامة بأن كفاءة العميل المعنوية والمالية، إذا طلب منه دفع مبلغ قيمة خطاب الضمان كفيلة بالوفاء بالتزامه، والمصرف قد يطالب بضمانات زائدة في حالة ما إذا كان مبلغ خطاب الضمان كبيراً، وذلك إما أن يكون رهن عقاري مسجل أو إيداع أوراق مالية لدى المصرف من خلال رهن أسهم في شركات بحيث يسهل على البنك تحويلها إلى نقود عند طلب المصرف دفع قيمة مبلغ الضمان، مع خطاب تعهد من المودع بتنازله عنها عند الاحتياج إليها، أو أن يكفله بنك في الخارج. مع الإضافة إلى ذلك فإن المصرف في هذه الحالة يحتفظ عادة بتأمينات نقدية يودعها العميل بنسبة في الغالب حوالي 25% من قيمة خطاب الضمان، وقد تنقص هذه النسبة أو تزيد تبعاً لمركز العميل المالي والمعنوي، ولطبيعة المشروع الذي قدم المصرف الضمان للعميل من أجله، وبعد هذه الإجراءات يقوم المصرف بإصدار خطاب الضمان⁽⁵¹⁸⁾.

من خصائص خطاب الضمان:

- أ - في خطاب الضمان يكون المصرف مستقلاً في التزامه، فالبنك يدفع قيمة الالتزام للمستفيد المضمون له، حتى وإن أبدى العميل أي معارضة.
- ب - يكون التزام المصرف باتاً ونهائياً في مواجهة المضمون له، وليس للبنك الرجوع عن هذا الالتزام أبداً.
- ج - أن خطاب الضمان يمثل مبلغاً معيناً من الأموال.
- د - أن خطاب الضمان ذو كفاية ذاتية، فلا يحتاج من يحمله لإثبات حقه كما هو موجود في الأوراق التجارية⁽⁵¹⁹⁾.

أنواع خطاب الضمان:

تجري المعاقدة على أنواع:

أولاً: خطاب الضمان الابتدائي:

خطاب الضمان الابتدائي يكون مقابل دخول العميل في مشاريع أو مناقصات، ويكون مبلغ الضمان في الغالب مساوياً لـ 1% أو أكثر من قيمة المشروع أو المناقصة، ويكون هذا الخطاب ساري المفعول إلى مدة معينة، وعادة ما تكون ثلاثة أشهر، ويقدم العميل هذا التعهد المصرفي خطاب الضمان للمستفيد - المضمون له- سواء كان مصلحة حكومية أو غيرها؛ ليسوغ له الدخول في

(518) بكر أبو زيد خطاب الضمان البنكي ص (203).

(519) محمود الكيلاني عمليات البنوك (1/68/183).

المناقصة مثلاً فهو كتأمين ابتدائي، يعطي هذا الخطاب للمستفيد الاطمئنان على قدرة العميل على الدخول في هذه المناقصة، ولا يسوغ إلغاء خطاب الضمان هذا إلا بإعادته بصفة رسمية من الجهة المقدم إليها (المستفيد) (520).

ثانياً: خطاب الضمان النهائي:

وهذا الخطاب يكون مقابل حسن التنفيذ وسلامة الأداء في العملية سواء كانت في مناقصة أو مشروع ونحو ذلك، ويكون مبلغه بنسبة 5% من قيمة المناقصة أو المشروع، وهو محدد بمدة ويكون قابل للزيادة. وهذا التعهد البنكي (خطاب الضمان النهائي) يقدمه العميل- المضمون عنه- للمستفيد- المضمون له- من شركة أو مصلحة حكومية أو غيرها، ليستحق المستفيد منه عند تخلف العميل عن الوفاء بما التزم به، فهو كتأمين نهائي عند الحاجة إليه، ولا يكون إلغائه إلا بخطاب رسمي من الطرف المستفيد (521).

ثالثاً: خطاب الضمان مقابل غطاء كامل لنفقات المشروع أو المناقصة:
"أي مقابل سلعة يقدمها العميل إلى البنك على حساب المشروع مثلاً لصالح الطرف المستفيد، والغاية منه كما في سابقه".

رابعاً: خطاب الضمان: (ضمان المستندات):

هذا النوع هو نوع رابع من خطابات الضمان، يقدمه البنك لصالح شركات الشحن أو وكالات البواخر في حالة ما إذا وصلت البضاعة المستوردة من الخارج إلى الميناء المحدد، وتأخر وصول المستندات الخاصة بالشحن لهذه البضاعة، فخشية من أن يلحق بالبضاعة نوع من أنواع التلف وذلك من جراء تأخر بقائها في جمر ك الميناء يكون الضمان المذكور تعهداً من البنك بتسليم مستندات الشحن الخاصة بالبضاعة إلى وكلاء البواخر. "وإصدار مثل هذا الضمان يقدم العميل المستورد طلباً بذلك إلى البنك، ويسدد قيمة اعتماد الاستيراد بالكامل -وهي قيمة البضاعة المستوردة- ومن ثمّ يصدر البنك خطاب الضمان ويسلمه إلى العميل، فيقوم العميل بتسليمه إلى وكلاء البواخر المعيّنين" (522).

(520) بكر أبو زيد خطاب الضمان البنكي ص(204، 205) والسالوس فقه البيع (1408).

(521) المصادر السابقة.

(522) بكر أبو زيد خطاب الضمان البنكي ص(204- 205).

3.1.3 التكيف الفقهي لخطاب الضمان

خطاب الضمان إما أن يكون غير مغطى غطاءً كاملاً من العميل بأن يكون العميل قد دفع بعض قيمة الخطاب ففي هذه الحالة يكون المصرف كفيلاً ويكون العقد عقد كفالة، وعلى هذا فالمكفول هو العميل والكفيل هو المصرف، والمكفول له هو الطرف الثالث المستفيد.

أما إذا كان العميل أودع لدى البنك ما يغطي خطاب الضمان بأن يكون قد دفع قيمة خطاب الضمان بالكامل فإن العلاقة بين العميل والبنك تكون علاقة وكالة وليست كفالة.

لكن العرف الجاري في البنوك غالباً، هو أن العميل لا يقوم بالغطاء الكامل بل الجزئي بأن يدفع بعض قيمة الخطاب لا كله، وفي هذه الحالة تكون علاقة البنك بالعميل علاقة وكالة وكفالة في آن واحد، فهو كفيل بالنسبة للجزء غير المغطى ووكيل بالنسبة للجزء المغطى⁽⁵²³⁾.

3.1.4 مدى استفادة البنك وما يأخذه المصرف مقابل إصدار الخطاب

هذا التعهد الذي ألزم به المصرف نفسه مع العميل للمستفيد، بأن يدفع للطرف المستفيد من عملية المبلغ الصادر بموجبه خطاب الضمان، ووفق ما فيه من إجراءات وشروط - للبنك من وراء هذا مصلحة مادية، وهي ما تُسمّى بالعمولة، بمعنى: أن البنك في هذه الحالة يستحق بالشرط على العميل نسبة مئوية معينة مقابل هذا التعهد الذي يصدره، وهذه الخدمة نحو 2% غالباً أو حسبما يتم الاتفاق عليه⁽⁵²⁴⁾.

ما يأخذه المصرف مقابل إصدار الخطاب:

إن هذه المسألة من أهم مسائل خطاب الضمان لأنها هي المحلة له أو المحرمة وهي ما يأخذه المصرف من أجره مقابل خطاب الضمان هل هو جائز شرعاً أم لا؟

لأن الوكالة تجوز بأجرة وبغير أجره كما هو مقرر في الفقه⁽⁵²⁵⁾، وأما الضمان فإنه من عقود التبرعات لا يجوز أخذ الأجرة عليه كالقرض، وعليه

(523) السالوس فقه البيع (1408).

(524) بكر أبو زيد خطاب الضمان البنكي ص(205).

(525) الدردير الشرح الكبير (83/3) والنووي روضة الطالبين (524/3) وابن قدامة المغني (55/5).

فإن جمهور أهل العلم على عدم الجواز لأخذ العوض على الضمان⁽⁵²⁶⁾.
قال ابن المنذر: "أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحملالة (الكفالة) بجعل يأخذه الحميل لا تحل ولا تجوز"⁽⁵²⁷⁾.
ولقد بالغ المالكية في إبطال أخذ الجعل على الكفالة، فذكروا أن الرجلين إذا اتفقا على أن يضمن كل منهما دين الآخر ودخلا على هذا الشرط لم يصح؛ إذ يعتبر ذلك كالجعل، واستثنوا من ذلك بعض الحالات⁽⁵²⁸⁾.
ومن خلال هذه النقول يتضح لنا أن أخذ الأجرة على الكفالة لا يجوز؛ إذ هي دائرة بين التبرع والإحسان، أو بين القرض في حالة الوفاء من الكفيل، وكلا الأمرين لا يصح أخذ الأجرة عليه. **وقد جاء في قرار لمجمع الفقه الإسلامي ما يؤيد هذا** "أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عنه لقاء عملية الضمان (والتي يراعي فيها عادة مبلغ الضمان ومدته) سواء أكان بغطاء أم بدونه"⁽⁵²⁹⁾.

(526) يُنظر: البغدادي مجمع الضمانات (610-604) والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي (3/ 404) والشرح الصغير (3/ 242) والخطيب الشربيني مغني المحتاج (3/ 175) وابن مفلح الفروع (4/ 207) والبهوتي كشف القناع (3/ 262)، وابت تيمية مجموع الفتاوى (30/ 215، 216) وخطاب الضمان (208) وفقه البيع (1413-1416).
(527) ابن المنذر الإشراف على مذاهب العلماء (1/ 83) بتحقيق محمد نجيب سراج الدين، رسالة في الأزهر.
(528) يُنظر: الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (3/ 299) والصاوي الشرح الصغير (4/ 583).

(529) ونصه قرار رقم (5) بشأن (خطاب الضمان) (بسم الله الرحمن الرحيم) (الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه. أما بعد:

فإن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 10-16 ربيع الثاني 1406 هـ، الموافق 22-28 ديسمبر 1985 م. بحث مسألة خطاب الضمان، بعد النظر فيما أعد في ذلك من بحوث ودراسات، وبعد المداولات والمناقشات المستفيضة تبين ما يلي:

أ- أن خطاب الضمان بنوعيه: الابتدائي والانتهايي لا يخلو؛ إما أن يكون بغطاء أو بدونه، فإن كان بدون غطاء فهو:

ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً أو مآلاً، وهذه هي حقيقة ما يعنى في الفقه الإسلامي باسم (الضمان) أو (الكفالة)، وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي (الوكالة)، والوكالة تصح بأجر أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

ب- إن الكفالة هي عقد تبرع يقصد للإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة؛ لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جرَّ نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً.

=

وفي قرارات مؤتمر المصرف الإسلامي والمنعقد في دبي 1979م، جاء ما يؤكد مضمون الفتوى السابقة:

"فلا يجوز أخذ الأجرة على الكفالة، ويجوز أخذ الأجرة على الوكالة، وذلك مقابل الأعمال التي يقوم بها من تجميع للمعلومات ودراسة للمشروع وتحصيل للمستحقات من أصحاب المشروع".

وفي الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي والمنعقدة عام 1987م جاء ضمن قراراتها "وفيما يتعلق بخطابات الضمان المصرفي فإن 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".

وفي ندوة البركة والمنعقدة عام 1985 م في استانبول، جاء في الفتوى رقم (1):

"يجوز للبنك في جميع الأحوال أن يأخذ أجرًا على خطاب الضمان بمقدار ما يبذله من جهد وعمل إجرائي، دون أن يربط الأجرة بنسبة المبلغ الذي يصدر به خطاب الضمان".

الطريقة الشرعية لأخذ الأجرة أو الجعل على خطاب الضمان:

والطريقة الشرعية للخروج من الحرمة من أخذ جُعل على الكفالة: أنه في حالة عدم وجود مال مع العميل ليدفع للبنك قيمة خطاب الضمان لكي يكون مغطى ويكون البنك وكيلا للعميل في هذه الحالة، أن يقترض العميل من البنك قرضًا بدون فائدة على أن يدفع للبنك هذا المبلغ مقابل غطاء

ولذلك فإن المجمع قرر ما يلي:

أولاً: أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عنه لقاء عملية الضمان (والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته) سواء أكان بغطاء أم بدونه.

ثانياً: أما المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجانز شرعاً، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل، وفي حالة تقديم غطاء كُلي أو جزئي يجوز أن يراعى فيه تقدير المصاريف لإصدار خطاب الضمان مما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء، والله أعلم.

خطاب الضمان، ثم يأخذ البنك حينئذ مبلغاً من المال مقابل الوكالة، وليس مقابل القرض ولا الكفالة، وهذه حيلة ظهرت لي للخروج من هذا الأمر بعيداً عن الربا، والله سبحانه وتعالى أعلى وأعلم.

ومما يدل على مشروعية هذا الأمر ما ذكره الحنفية والحنابلة في مسألة شبيهة بيها وهي دفع القرض مع الشرط في جواز تضمين المضارب(530).

"قال ابن القيم: لو شرط رب المال على المضارب ضمان مال المضاربة لم يصح والحيلة في صحته أن يقرضه المال في ذمته ثم يقبضه المضارب منه فإذا قبضه دفعه إلى مالكة الأول مضاربة ثم يدفعه رب المال إلى المضارب بضاعة فإن توى فهو من ضمان المضارب لأنه قد صار مضموناً عليه بالقرض فتسليمه إلى رب المال مضاربة كتسليم مال له آخر. وحيلة أخرى: وهي أن يقرض رب المال المضارب ما يريد دفعه إليه ثم يخرج من عنده درهما واحداً فيشاركه على أن يعمل بالمالين جميعاً على أن ما رزقه الله فهو بينهما نصفين فإن عمل أحدهما بالمال بإذن صاحبه فربح كان الربح بينهما على ما شرطاه وإن خسر كان الخسران على قدر المالين وعلى رب المال بقدر الدرهم وعلى المضارب بقدر رأس المال وإنما جاز ذلك لأن المضارب هو الملزم نفسه الضمان بدخوله في القرض" (531).

(530) الكاساني بدائع الصنائع (87/6) وابن عابدين رد المحتار على الدر المختار(483/4) وتكلمته (371/370/12) وابن القيم أعلام الموقعين عن رب العالمين (203/3) ومن هذه الحيل: أن يقرض رب المال المضارب ما يريد دفعه إليه، ثم يخرج من عنده درهماً واحداً ويسلمه إليه ويشهد على ذلك، فيكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض فيشاركه شركة عنان على أن يعمل بالمالين جميعاً على أن ما رزقه الله تعالى فهو بينهما نصفين، ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فإن عمل بالمال بإذن صاحبه فربح كان الربح بينهما على ما شرطاه، وإن خسر كان الخسران على قدر المالين، وعلى رب المال بقدر الدرهم، وعلى المضارب بقدر رأس المال ويكون القرض على حاله، وذلك لأن المضارب هو الملزم نفسه الضمان بدخوله في القرض.

(531) ابن القيم أعلام الموقعين عن رب العالمين (203/3).

وبهذا يتضح أن الفقهاء لم يمنعوا أي شرط مع القرض وإنما هو الشرط الذي يجر منفعة للمقرض وهي الزيادة أما هنا فلا يوجد مثل هذا والله تعالى أعلم.



3.1.5. طرق انتهاء خطاب الضمان

ينتهي خطاب الضمان بعدة طرق منها أن يفي بقيمة خطاب الضمان أو يبرأ منه أو تحصل مقاصة أو اتحاد الذمة أو تحصل حوالة أو يحصل صلح أو تنتهي مدة خطاب الضمان أو يحصل تقادم أو يحصل استحالة التنفيذ أو تجديد العقد وإليك بيانها⁽⁵³²⁾.

أ- الوفاء بقيمة خطاب الضمان:

المقصود بالوفاء بقيمة خطاب الضمان هنا: هو أداء قيمة الكفالة، وذلك بأن يطلب المستفيد من المصرف دفع قيمة خطاب الضمان، فإذا دفعها برئ، وإذا طلب المستفيد من المصرف دفع جزء من قيمتها فإنه يكون بريئاً بقدر هذا الجزء، ويبقى ملزماً فيما تبقى، وفي كلتا الحالتين يرجع المصرف (الكفيل) على العميل (المكفول عنه) بما غرم، فإذا كان هناك غطاء نقدي للخطاب رجع المصرف على هذا الغطاء، وإلا فإنه يحق له في هذه الحالة مطالبة العميل بما أدّاه عنه، وقد تقرر في فقهاء الإسلام أن أداء قيمة الكفالة أمر مسقط لها ومبرئ للكفيل⁽⁵³³⁾.

ب- الإبراء:

يصبح المصرف (الكفيل) بريئاً من قيمة خطاب الضمان إذا قام المستفيد – المضمون له- بإبراء العميل أو المصرف، فإذا أبرأ المستفيد العميل المضمون عنه كان خطاب الضمان منتهياً؛ لأن من المقرر أن براءة الأصيل (العميل) توجب براءة الكفيل (المصرف)، ويكون البنك بريئاً أيضاً في حالة ما إذا تنازل المستفيد-المضمون له- عن حقه في خطاب الضمان، ويعتبر هذا التصرف إبراءً مباشراً للمصرف (الكفيل)، وإذا قام العميل بتنفيذ التزامه تجاه المستفيد فإن ذمة العميل تكون بريئة وعلى

(532) محمود أحمد مروح مصطفى الكفالة (138) ومحي الدين خطاب الضمان (87) محمود الكيلاني عمليات البنوك (99).
(533) المصادر السابقة.

المستفيد هنا أن يقوم بتسليم العميل صكّ خطاب الضمان لإعادته إلى المصرف، وتسليم الصك إلى المصرف يعني أنه بريئ من التزامه تجاه المستفيد، ويحق للعميل حينئذٍ أن يسترد غطاء خطاب الضمان إن وجد. وكما هو معلوم ومقرر سلفاً في فقها الإسلامي أن الأصيل والكفيل يبران من الدين بإبراء المكفول له لهما⁽⁵³⁴⁾.

ج- المقاصة:

ينتهي خطاب الضمان بالمقاصة وهي أن يكون للمصرف حقّ أو دينٌ ثابتٌ على المستفيد ثم طلب المصرف بدفع قيمة الخطاب ، فإن الدينين يسقطان مقاصة، وذلك عند تساوي قيمتهما، ويكون المصرف (الكفيل) في هذه الحالة بريئاً من التزامه بخطاب الضمان، ويحق له الرجوع على العميل المضمون عنه بما غرم، وكما هو مقرر في فقها الإسلامي أن الكفيل يبراء بالمقاصة⁽⁵³⁵⁾.

د- اتحاد الذمة:

من الطرق التي ينتهي بها خطاب الضمان اتحاد ذمة العميل "المضمون عنه" والمستفيد "المضمون له" في شخص أي منهما، حيث يصح أن يكون هذا الشخص دائناً للمصرف ومديناً له في وقت واحد، وكذلك الحال لو اتحدت ذمة المصرف (الكفيل) مع ذمة المستفيد "المضمون له" ، فيما لو ورث المصرف شركة المستفيد فإنه يكون حينئذٍ بريئاً، ويحق له مطالبة العميل بتنفيذ التزامه، حيث إن اتحاد الذمتين مانع يمنع من المطالبة؛ لاتحاد صفتي الدائن والمدين في شخص واحد، وعند الحنفية والشافعية تعتبر الكفالة منتهية باتحاد ذمة المضمون عنه أو الضامن مع ذمة المضمون له⁽⁵³⁶⁾.

هـ- الحوالة:

ينتهي خطاب الضمان وذلك بأن ينقل المصرف الالتزام الذي

(534) محمود أحمد مروح مصطفى الكفالة (138) ومحي الدين خطاب الضمان (87).

(535) قدرى باشا مرشد الحيران (224) والدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (3/277).

(536) علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام (1/ 845) والنووي روضة الطالبين (4/258).

التزمه"خطاب الضمان" إلى جهة أخرى سواء كان مصرفاً أو شركة أخرى بشروط الحوالة العامة، ومن المقرر في الفقه الإسلامي أن ذمة الضامن تبرأ بطريق الحوالة إذا اكتملت شروطها وهذا عند عامة الفقهاء باستثناء بعض الحنفية⁽⁵³⁷⁾.

و- الصلح:

ينتهي خطاب الضمان بالصلح فإذا صالح المصرف (الكفيل) المستفيد-المضمون له- على دفع عوض مقابل خلاصه من خطاب الضمان، أو من الكفالة المصرفية بشكل عام، فإنه يكون حينئذٍ بريئاً من التزامه، ويحق للمصرف الرجوع على العميل بما غرم، ويتفق الفقهاء على مشروعية الصلح، واعتباره صحيحاً للخلاص من الالتزام بالكفالة إلا أنهم اختلفوا بأي شيء يرجع إذا صالحه على بعض حقه⁽⁵³⁸⁾.

ز- انتهاء مدة خطاب الضمان:

خطاب الضمان الصادر من المصرف قد تكون مددته محددة أو غير محددة، وعليه فإن التزام المصرف ينتهي بانتهاء صلاحية خطاب الضمان إذا كانت محددة، وأما إذا كانت المدة غير محددة فلا ينتهي إلا بالتقادم. "وفي القانون المدني [م: 991] يجوز أن تكون الكفالة مؤقتة، ويكون الكفيل بريئاً بانتهاء صلاحيتها أخذاً برأي الحنفية، ويرى الشافعية عدم جواز التوقيت في الكفالة، فلا بد من استمراريتها لحين تنفيذ التزام المكفول عنه، وإلا فإن التوقيت لها يفقدها مقصودها في الاستيثاق"⁽⁵³⁹⁾.

ح- استحالة التنفيذ:

(537) يُنظر: البدائع (7/ 379-380) والزيلعي تبين الحقائق (4/ 171) والنووي روضة الطالبين (4/ 258) وابن قدامة المغني (6/ 329).
(538) محمود أحمد مروح مصطفى الكفالة (138) ومحي الدين خطاب الضمان (87) ، عمليات البنوك (99).
(539) المصادر السابقة.

إذا كان خطاب الضمان مشروطاً بتقصير العميل لالتزامه، فإن المصرف يكون بريئاً إذا كان تنفيذ الالتزام أمراً مستحيلاً بالنسبة للعميل، وذلك لسبب أجنبي لا يد للعميل فيه، أما إذا كانت الاستحالة بسبب تقصير العميل، فإنه يحق للمستفيد -المضمون له- مطالبة البنك بدفع قيمة خطاب الضمان.

وأما إذا كان خطاب الضمان غير مشروط فإن المصرف يبقى ملتزماً ولا يحصل على البراءة حتى ولو أصبح تنفيذ الالتزام بالنسبة للعميل مستحيلاً. ويرى الحنفية والشافعية أن من أسباب سقوط الكفالة استحالة التنفيذ، وأما الحنابلة فاشتروا لاستحالة تنفيذ الالتزام أن تكون الاستحالة ليست بفعل الأدمي وإنما تكون بفعل الله سبحانه وتعالى (540).

ك- تجديد العقد:

إذا فسخ العقد المبرم بين العميل والمستفيد، فإن الكفالة المصرفية تعتبر منتهية، وكذلك الحال إذا طرأ أي تغيير على هذا العقد، وذلك بتغيير أحد أطرافه أو بتغيير نوع الالتزام، أو بتجديد الدين، فكل ذلك يؤدي إلى براءة المصرف (الكفيل) وقد نص القانون [م: 988] "على أن انفساخ العقد قد يؤدي إلى انتهاء الكفالة، وذكر الحنفية أن تجديد العقد بتسمية بدل جديد يؤدي إلى سقوط الكفالة وبراءة الكفيل" (541).

(540) علي حيدر درر الحكام شرح مجلة الأحكام (1 / 850)، وقدرى باشا مرشد الحيران (252) والبهوتي الروض المربع (6 / 445).
(541) المصادر السابقة.

الفصل الثاني: الاعتمادات المستندية:

وفيه مبحثان:

3.2.1. حقيقة الاعتمادات المستندية

معنى الاعتمادات المستندية: "الاعتمادات: جمع اعتماد، وهو مأخوذ من اعتمد الشيء وَعَلَيْهِ: اتكأ، وَيُقَالُ اعْتَمَدَ فَلَانًا وَعَلَيْهِ: اتَّكَل، وَالشَّيْءُ: قَصَدَهُ وَأَمْضَاهُ، وَيُقَالُ: اعْتَمَدَ الرَّئِيسُ الْأَمْرَ: وافق عليه وأمر بإنفاذه" (542).
والاعتماد يستعمل بمعنى الائتمان أو الضمان أو التسهيل (543).
والمستند: "مأخوذ من السند، فيقال: سند إليه سنودًا: ركن إليه واعتمد عليه واتكأ" (544).

والاعتماد المستندي يستعمل في تمويل التجارة الخارجية:

ويُعرفه الدكتور السالوس بقوله: "هو تعهد كتابي صادر من مصرف بناء على طلب مستورد لصالح مورد، يعهد فيه المصرف بدفع المبالغ التي يستحقها المورد ثمنًا لسلع يصدرها للمستورد طالب فتح الاعتماد، متى قدم المورد المستندات مطابقة لشروط الاعتماد" (545).
مثال لذلك: أن إنساناً ما يرغب في شراء سلعة من بلد أجنبي، ولكنه لا يريد أداء ثمنها فوراً للبائع قبل وصولها إليه وتسلمها والتأكد من كونها مطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها، وحتى يبعث المشتري الطمأنينة في نفس البائع من ناحية اقتضاء حقه، فإن المشتري يذهب يستصدر من أحد المصارف المعتمدة في بلاده خطاب اعتماد بالمبلغ اللازم لدفع ثمن البضاعة وما يصاحبه من مصاريف، وذلك لمصلحة البائع. فإذا تسلم البائع صاحب السلعة خطاب الاعتماد هذا فإنه يمكنه حينئذٍ أن يسحب على أحد المصارف المذكورة في الخطاب شيكاً أو كمبيالة بالمبلغ المستحق على المشتري، فيدفع إلى البائع بعد استلام الوثائق التي تثبت شحن البضاعة المعينة إليه. ثم بعد ذلك يبعث المصرف بهذه المستندات ومعها الشيك أو الكمبيالة إلى المصرف الذي سبق أن أصدر خطاب الاعتماد؛ كي يتولى تحصيل القيمة مع المصاريف الأخرى

(542) مجمع اللغة العربية المعجم الوسيط مادة (عمد).

(543) محمد عثمان شبير المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي (167).

(544) المعجم الوسيط مادة (سند).

(545) السالوس فقه البيع (1429).

المرتبة على العملية⁽⁵⁴⁶⁾.

وليس كل من يتقدم لفتح اعتماد مستندي يقبله البنك، إلا بعدما تدرس حالته ومدى قدرته على الوفاء، وتأخذ في الغالب منه ربع قيمة خطاب الاعتماد، ومن أجل ضمان حقها في باقي المبلغ ترسل المستندان الخاصة بشحن البضاعة باسم المصرف المحلي، ويمكن للبنك أن يضع يده على البضاعة ويحتجزها إذا ما ماطل المشتري طالب الاعتماد في دفع المبلغ الباقي⁽⁵⁴⁷⁾.



(546) البراوي الموسوعة الاقتصادية (241).

(547) محمد عثمان شبير المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي (281).

3.2.2. التكيف الفقهي للاعتمادات المستندية

والحديث يطول عن الاعتمادات المستندية ، والذي يعنينا هنا هو ما يتعلق بالكفالة: ما إذا كان الاعتماد مغطى غطاءً كلياً أو مغطى غطاءً جزئياً أو غير مغطى فإذا كان الاعتماد مغطى غطاءً كلياً ففي هذه الحالة يكون البنك وكلياً عن صاحب الاعتماد وليس كفيلاً وفي هذه الحالة يجوز للبنك أن يأخذ أجره على الاعتماد المستندي لأنه وكيل والوكالة تجوز بأجرة وبغير أجره كما هو مقرر في الفقه الإسلامي ولكنه بالنسبة للمصدر الذي يعتبر مكفول له يكون كفيلاً.

وإن كان الاعتماد المستندي غير مغطى ففي هذه الحالة يكون البنك كفيلاً عن طالب الاعتماد وفي هذه الحالة لا يحق للبنك أن يأخذ أجره على كفالته، لأن الكفالة لا تجوز أخذ الأجرة عليها بإجماع لكن يجوز له في هذه الحالة أن يأخذ عمولة مقابل العمل الذي يقوم به بشرط أن لا تتعدى أجره المثل.

وأما إذا كان الاعتماد المستندي مغطى غطاءً جزئياً فيكون البنك في هذه الحالة وكلياً في الجزء المغطى وكفيلاً عن الجزء الباقي فيجوز له أخذ الأجرة أو العمولة على الجزء المغطى لأنه وكيل فيه، ولا يجوز له أخذ أجره على الجزء غير المغطى لأنه كفيلاً فيه ولكن يحق له أن يأخذ عمولة مقابل العمل الذي يقوم به بشرط أن لا تتعدى أجره المثل (548).

(548) السالوس فقه البيع (1430).

الفصل الثالث: التأمين التجاري

التأمين في العصر الحديث أصبح من المعاملات السائرة في جميع مجالات الحياة الإنسانية، فقد دخل عالم الصناعة والتجارة والزراعة بل ومعظم وجوه النشاط الاقتصادي سواء كان دخولاً اختيارياً أو إجبارياً بحكم القانون، ولم يقتصر التأمين على النشاط الاقتصادي فحسب، بل شمل كثيراً من الوسائل التي يحتاجها ويستخدمها الإنسان، كالبيت الذي يسكنه، والأمتعة التي يفتنيها والسيارة التي يركبها والمحل الذي يتاجر فيه وكذلك لم يقف هذا التأمين عند حياة الإنسان، بل امتد إلى ما بعد موته ليستفيد من ثمراته أولاده وورثته من بعده، فمن أجل هذا كان حرياً على أهل العلم أن يتعرفوا على حقيقته، وأنواعه، ومتى نشأ وحكمه في الشريعة الإسلامية⁽⁵⁴⁹⁾.

وفيه أربعة مباحث:

3.3.1. حقيقة ومفهوم عقد التأمين التجاري وعناصره

وخصائصه

التأمين التجاري: "هو عقد يلتزم فيه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو يتحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أي دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن، ويتحمل بمقتضاه المؤمن تبعة مجموعة من المخاطر بإجراء المقاصة بينها، وفقاً لقوانين الإحصاء"⁽⁵⁵⁰⁾.

ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا أن عقد التأمين عقد معاوضة لا عقد تبرع كما سيأتي.

عناصر عقد التأمين:

أ - التراضي بين الطرفين: المؤمن (شركة التأمين) والمؤمن له (طالب التأمين)، ويحصل التراضي منهما بالإيجاب والقبول.

ب - المؤمن: وهو شركة التأمين.

ج - المؤمن له: وهو الشخص المتعاقد مع شركة التأمين.

(549) محمد عثمان شبير المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي (81).

(550) جمال الحكيم عقد التأمين (32/1) والسالوس فقه البيع (1434).

د - **المستفيد:** وهو الشخص الذي يقوم المؤمن له بتعيينه ليستفيد من عقد التأمين، كالأبن والزوجة.

هـ - **الخطر:** وهو الحادث المحتمل حدوثه المؤمن منه، والمبين في العقد كالحريق والسرقة أو غير ذلك.

و - **قسط التأمين:** وهو المبلغ الذي يقوم المؤمن له بدفعه بشكل دوري ومحدد.

ز - **مبلغ التأمين:** وهو المبلغ الذي تلتزم به شركة التأمين إلى المؤمن له أو المستفيد الذي عينه المؤمن له عن وقوع الخطر.

ويوجد ارتباط بين قسط التأمين ومبلغ التأمين فكلما زاد القسط في التأمين زاد المبلغ الذي يأخذه المستفيد⁽⁵⁵¹⁾.

خصائص عقد التأمين:

عقد التأمين من عقود المعاوضة: فإن كلاً من العاقدين يأخذ مقابلًا لما يدفعه، فالمؤمن له أو المستفيد يأخذ مبلغ التأمين عند وقوع الخطر الذي

أمن عليه وذلك مقابل دفع قسط التأمين المحدد المتفق عليه بينهما.

وشركة التأمين تأخذ قسط التأمين وذلك مقابل التعهد بدفع المبلغ المحدد المتفق عليه من التأمين عند وقوع الخطر⁽⁵⁵²⁾.

(551) يُنظر: سامي حاتم التأمين الدولي (56) وجمال الحكيم عقود التأمين (41/1) وغريب الجمال التأمين في الشريعة الإسلامية (14-13) محمد عثمان شبير المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي (92).

(552) المصادر السابقة.

3.3.2. نشأة التأمين التجاري

من المعلوم تاريخياً أن أول أنواع التأمين ظهوراً هو التأمين البحري، حيث بدأ في القرن الخامس عشر الميلادي في شمال إيطاليا، وكان ذلك بسبب المخاطر التي كانت تتعرض لها السفن التي تحمل بضائع التجار في البحار، فظهرت (بوالص) التأمين، حيث كان صاحب البضاعة يدفع بموجبها قسطاً من المال معيناً على أنه في حالة ما إذا تلف البضاعة أو تعرضها للضياع يقبض مبلغاً من المال. فربح الضامنون من خلال ذلك أموالاً طائلة وكذا أصبح أصحاب البضاعة مطمئنين على أموالهم، فعندئذ راج التأمين وانتشر وانتقل في البلاد الأخرى كبريطانيا، وقد أنشئت أول شركة عالمية للتأمين على يد "لويدز".

ثم نشأت أول صورة من صور التأمين البري عندما نشب حريق لندن الهائل سنة (1666م) بأعوام قليلة نشأ التأمين من الحريق. ثم انتقل التأمين بعد ذلك إلى الولايات المتحدة الأمريكية في منتصف القرن الثامن عشر⁽⁵⁵³⁾، ثم انتقل بعد ذلك في القرن التاسع عشر إلى الدول الإسلامية.

والدليل على هذا أننا لم نَرَ أحداً فيما وقفنا عليه من أهل العلم تحدث عنه قبل الفقيه الحنفي ابن عابدين (ت 1252 هـ - 1836 م) كما سيأتي كلامه في حكم التأمين.

(553) يُنظر: غريب الجمال التأمين التجاري (19) وسعدي أبو حبيب التأمين بين الحظر والإباحة (11) ومحمد عثمان شبير المعاملات المالية (88).

3.3.3 أنواع التأمين التجاري

يتنوع التأمين التجاري باعتبار موضوعه إلى عدة أنواع، وهي:

أ- **التأمين على الأشياء:** وهو التأمين على الأشياء من الخسائر والأضرار التي تلحقها؛ كالتأمين على البضائع من الغرق أو الحرق أو التأمين على المحل التجاري من السرقة، وغير ذلك⁽⁵⁵⁴⁾.

ب- **التأمين على الأشخاص:** وهو ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: التأمين على الحياة: وهو عقد يتعهد المؤمن بمقتضاه دفع مبلغ من المال للمؤمن له عند موته، أو عند بقائه حياً بعد مدة معينة. وهذا التأمين ثلاثة أقسام:

القسم الأول: التأمين لحالة الوفاة: وله ثلاث صور:

الصورة الأولى: تأمين عمري: وهو أن يدفع الشخص المؤمن له أقساطاً معلومة متفق عليها طول عمره، ولا يستحق مبلغ التأمين إلا بعد موته، فيدفع للمستفيد الذي عينه أو يدفع إلى ورثته.

الصورة الثانية: تأمين مؤقت: وهو أن يدفع الشخص المؤمن له أقساطاً إلى مدة معينة- كثلاثين سنة مثلاً- فإذا مات قبل هذه المدة لم يستحق مبلغ التأمين؟ وإذا بقي حياً استمر في الدفع، فإذا مات استحق مبلغ التأمين، وصرف إلى المستفيد الذي عينه أو إلى ورثته.

الصورة الثالثة: تأمين البقايا: وهو الذي يدفع الشخص المؤمن له أقساطاً طيلة عمره، فإذا توفي دفعت شركة التأمين مرتباً شهرياً للمستفيد الذي عينه المؤمن له ما دام بقي حياً.

القسم الثاني من التأمين في الحياة: التأمين لحالة البقاء: وهو أن يدفع الشخص المؤمن له أقساطاً لمدة معينة كعشر سنين مثلاً، فإذا انتهت هذه المدة حينئذ تدفع الشركة للمؤمن له مرتباً شهرياً ما دام على قيد الحياة.

القسم الثالث من التأمين على الحياة: التأمين المختلط:

وهذا القسم هو الذي يجمع بين صورتين من الصور السابقة؛ مثل: أن تلتزم شركة التأمين بدفع مبلغ محدد معين إلى المؤمن له في حالة بقائه على قيد الحياة عند انقضاء المدة المتفق عليها بينهما، أو تدفع للمستفيد في حالة موت المؤمن له خلال مدة معينة.

ب- **التأمين من الإصابات (الحوادث):** وهو عقد تلتزم شركة التأمين

(554) غريب الجمال التأمين (213).

بمقتضاه دفع مبلغ من المال عند وقوع الإصابة المؤمن منها: كدفع مبلغ من المال للعامل الذي يصاب بعجز دائم. أو أن تدفع الشركة مصاريف علاجه عند حدوث الإصابة، مقابل أن يدفع الشخص المؤمن له قسطاً معلوماً شهرياً.

ج- تأمين من المسؤولية عن الغير (ضد الغير): وهو أن يؤمن الشخص نفسه من الأضرار التي تصيبه في ماله وذلك نتيجة لحوق ضرر بالغير. مثل: تأمين صاحب السيارة عما تحدثه سيارته من أضرار بالغير، بأن تدفع الشركة لصاحب الضرر ما يعوضه ، ولا يرجع صاحب الضرر على المستأمن بل يرجع على شركة التأمين⁽⁵⁵⁵⁾.



(555) محمد عثمان شبير المعاملات المالية المعاصرة (95).

3.3.4. حكم عقد التأمين التجاري في نظر الشريعة الإسلامية

تقدم قولنا من قبل أن أول الفقهاء الذين تكلموا عن حكم عقد التأمين التجاري هو الإمام الفقيه الحنفي محمد أمين الشهير بابن عابدين، حيث أفتى بعدم جواز التأمين البحري الذي يندرج تحت التأمين التجاري، حيث قال:

"سُئلت في رمضان سنة أربعين ومائتين وألف عما إذا جرت العادة بين التجار أنهم يستأجرون مركبًا من مراكب أهل الحرب لحمل بضائعهم وتجارتهم ويدفعون للمراكب البحرية الأجرة المشروطة، وتارة يدفعون له مبلغًا زائدًا على الأجرة لحفظ البضائع، بشرط ضمان ما يأخذه أهل الحرب منها، وأنه إن أخذوا منه شيئًا فهو ضامن لصاحبها جميع قيمة ذلك، فاستأجر رجل من التجار رجلًا حربيًا كذلك ودفع له مبلغًا تراضيا عليه، على أنه إن أخذ أهل الحرب منه شيئًا من تلك البضاعة يكون ضامنًا لجميع ما يأخذونه، فسافر بمركبه فأخذه منه بعض القطاع في البحر من أهل الحرب، فهل يلزمه ضمان ما التزم حفظه، وضمانه بالعوض أم لا؟"

فأجبت: الذي يظهر من كلامهم عدم لزوم الضمان؛ لأن ذلك المراكبي أجير مشترك، والخلاف في ضمان الأجير المشترك مشهور. والمذهب أنه لا يضمن ما هلك في يده وإن شرط عليه الضمان، وبه يُفتى كما في التتوير، ثم إذا هلك ما بيده بلا صنع منه، ولا يمكنه دفعه والاحتراز عنه- كالحريق والغرق وخروج قُطَاع الطريق والمكابرين- لا يضمن بالاتفاق. لكنه في مسألتنا لما أخذ أجرة على الحفظ بشرط الضمان صار بمنزلة المودع الذي أخذ أجرة على الوديعة، فإنها إذا هلكت يضمن. والفرق بينه وبين الأجير المشترك أن المعقود عليه في الإجارة هو العمل والحفظ واجب عليه تبعًا، أما المودع بأجرة فإن الحفظ واجب عليه مقصودًا ببدل؛ فلذا يضمن. لكن يبقى النظر في أنه هل يضمن مطلقًا أم فيما يمكن الاحتراز عنه؟ والذي يظهر الثاني (أي فيما يمكن الاحتراز عنه)؛ لاتفاقهم في الأجير المشترك على عدم ضمانه فيما لا يمكن الاحتراز عنه. فالظاهر أن المودع كذلك؛ لأن الموت والحريق ونحوهما مما لا يمكن ضمانه والتعهد بدفعه، وقد صرحوا بأن إغارة المكابرين مما لا يمكن الاحتراز عنه، فلا يضمن في صورتها (أي صورة المسألة) حيث كان أخذ البضاعة من القطاع

المكابر الذين لا يمكن مدافعتهم⁽⁵⁵⁶⁾.

وظل الاتجاه إلى تحريم التأمين التجاري هو السائد لأكثر من قرن بعد الإمام ابن عابدين، حتى ظهر من ينادي بحلّه، ومن هنا فُتِح باب الخلاف⁽⁵⁵⁷⁾.

(556) يُنظر: هذه الفتوى في رسالة: أجوبة محققة عن أسئلة مفرقة ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين (176/2) وابن عابدين رد المحتار على الدر المختار (350/4).
(557) وسئل الشيخ محمد بخيت: (عن حكم التأمين ضد الحريق): توجد شركات تدعى شركات التأمين على الحريق، وظيفتها أن تقبل من صاحب الملك مبلغًا معينًا يدفعه إليها كل سنة، وفي نظير ذلك تضمن له دفع قيمة ما عساه يلحق المَلِك المؤمن عليه من أضرار الحريق إذا حصل. وقد اعتاد كثير من أرباب الأملاك التأمين على عقاراتهم لدى هذه الشركات. فهل مثل هذا العمل يعد مطابقًا لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء أم لا؟ وهل يجوز لناظر الوقف أن يؤمن على أعيان الوقف التي يخشى عليها من خطر الطريق بهذه الكيفية أم لا؟ نرجو إفادتنا عن ذلك بما يقتضيه الوجه الشرعي؟ فأجاب:

اطلعنا على هذا السؤال، ونفيد: أن عمل شركات التأمين على الوجه المذكور في السؤال غير مطابق لأحكام الشريعة الإسلامية، ولا يجوز لأحد سواء كان ناظر وقف أو غيره أن يعمل؛ وذلك لما هو مقرر شرعًا أن ضمان الأموال إما أن يكون بطريق الكفالة أو بطريق التعدي أو الإلتلاف، وهذا العمل ليس عقد كفالة قطعًا؛ لأن شرط عقد الكفالة أن يكون المكفول به دينًا صحيحًا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، أو عينًا مضمونة بنفسها بأن يجب على المكفول عنه تسليمها للمكفول له، فإن هلكت ضمن المكفول عنه للمكفول له مثلها إن كانت مثلية، وقيمتها إن كانت قيميّة، وذلك كالمغصوب والمبيع بيعًا فاسدًا وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم عمد. كما صرح بذلك في جميع كتب المذاهب المعتمدة كالبدايع وغيرها، وعلى ذلك لا بد في عقد الكفالة من كفيّل يجب عليه الضمان، ومن مكفول له يجب تسليم المال المضمون إليه، ومكفول عنه يجب عليه إحالة تسليم المال المكفول به، ومن مكفول به وهو المال الذي يجب تسليمه للمكفول له، وبدون ذلك لا يتحقق عقد الكفالة، ولا يوجد شيء مما ذكرناه في عقد الكفالة في عمل شركات التأمين المذكورة بالسؤال.

فالكفالة لا تنطبق عليه بلا شبهة؛ لأن المال الذي جعله صاحبه في ضمان الشركة لم يخرج من يده ولا يجب عليه تسليمه لأحد غيره، فلم يكن دينًا يجب عليه أدائه، ولا عينًا مضمونة عليه بنفسها، كما أن المال المذكور لم يدخل في ضمان الشركة؛ لأنه لم يكن دينًا عليها ولا عينًا مضمونة عليها بنفسها، فتبين أن العمل المذكور ليس ضمانًا تعديًا ولا ضمانًا إلتلافًا؛ لأن أهل الشركة لم يتعد واحد منهم على المال المؤمن عليه، ولم يتلفه ولم يتعرض له بأدنى ضرر، بل إن هلك المال المؤمن عليه فإما أن يهلك بالقضاء والقدر أو باعتداء متعدي آخر أو إلتلاف آخر، فلا وجه حينئذٍ لدخول المال المؤمن عليه في ضمان الشركة، ولا لأخذ الشركة ما تأخذه في نظير ذلك، ولا يجوز أيضًا أن يكون العقد المذكور عقد مضاربة؛ لأن عقد المضاربة يلزم فيه أن يكون المال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب والربح على ما شرط؛ لأن أهل الشركة إنما يأخذون المبالغ التي يأخذونها في نظير ضمان ما عساه أن يلحق الملك المؤمن عليه من أضرار الحريق ونحوه لأنفسهم، ويعملون في تلك المبالغ لأنفسهم لا لأربابها، ومن هذا الذي فصلناه يتبين جليًا أن العمل المذكور بالسؤال ليس مطابقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، بل هو عقد فاسد شرعًا، لا يجوز شرعًا الإقدام عليه، سواء كان العقار المؤمن عليه ملكًا أو وقفًا،

والذي يعيننا هنا هي قرارات مجمع الفقه الإسلامي بشأن التأمين التجاري. (فإن مجمع الفقه الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة في 10 شعبان 1318 هـ بمكة المكرمة بمقرر رابطة العالم الإسلامي، نظر في موضوع التأمين بأنواعه المختلفة، بعد ما اطلع على كثير مما كتبه العلماء في ذلك، وبعد ما اطلع أيضاً على ما قرره مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية في دورته العاشرة المنعقدة بمدينة الرياض بتاريخ 4-4-1397 هـ من التحريم بأنواعه، وبعد الدراسة الوافية وتداول الرأي في ذلك قرر المجلس بالأكثرية تحريم التأمين بجميع أنواعه، سواء كان على النفس أو البضائع التجارية أو غير ذلك من الأموال). "كما قرر المجمع بالإجماع على قرار مجلس هيئة كبار العلماء من جواز التأمين التعاوني⁽⁵⁵⁸⁾ بدلاً من التأمين التجاري المحرم، والمنوه عنه آنفاً، وعهد بصياغة القرار إلى لجنة خاصة".

(وقد اتخذت اللجنة المكلفة بصياغة القرار - والمُسكَّلة من أصحاب الفضيلة الشيخ عبد العزيز بن باز والشيخ محمد محمود الصواف والشيخ محمد عبد الله السبيل- القرار التالي: بعد الدراسة الوافية وتداول الرأي في ذلك قرر مجلس المجمع الفقهي بالإجماع - عدا فضيلة الشيخ مصطفى الزرقا - تحريم التأمين بجميع أنواعه، سواء كان على النفس أو البضائع التجارية أو غير ذلك). ثم ذكر الأدلة التي تدل على عدم مشروعية عقد التأمين التجاري وأنه من الربا والميسر المحرم وأن فيه الغرر الكثير وانه قائم على المعاوضة وليس التبرع إلى غير ذلك من الأدلة.

والحمد لله رب العالمين

فلا يجوز لناظر الوقف أن يُقدِّم على هذا العمل بحال من الأحوال؛ لأن هذا العمل معلق على خطر، وهو ما عساه أن يلحق العقار المؤمن عليه من الضرر. وتارة هذا الضرر يقع، وتارة لا يقع، فيكون هذا العمل قماراً معنئ يحرم الإقدام عليه شرعاً. والله سبحانه وتعالى أعلم. مختصر فتاوى دار الإفتاء المصرية (س 16 - م 241 - ص 91 - 13 ربيع الآخر 1337هـ).

(558) التأمين التعاوني: وهو الذي تقوم به الدولة لمصلحة الموظفين والعمال فتؤمنهم من إصابة المرض والعجز والشيخوخة ويسهم في حصيلته الموظفون والعمال وأصحاب العمال والدولة، ولا تقصد الدولة من وراء ذلك تحقيق الأرباح، وهويشتمل على الصور التالية:

1- نظام التعاقد. 2- نظام الضمان الاجتماعي. 3- التأمين الصحي. يُنظر: المعاملات المالية (84)، (85).

النتائج والملخص

بعد هذه الرحلة الطويلة مع الفقهاء والباحثين في الكفالة فإنني أستطيع أن أسجل النقاط التالية وهي ملخص ما ورد في هذا البحث:

- 1- أن الضمان في اللغة الكفالة، ويأتي الضمان لمعانٍ، منها: الالتزام، والاحتواء، والكفالة، والحفظ، والرعاية، والصون. وفي الشرع: "التزام مُكَلَّف غير سفيه ديناً وجب أو سيجب على غيره مع بقائه، أو طلبه مَنْ عليه لمن هو له".
- 2- أن الضمان والكفالة من حيث اللغة معناهما واحد، ويسمى الملتزم لذلك ضامناً، وضميناً وحميلاً، وزعيماً، وكافلاً، وكفياً، وصبيراً، وقبياً. أما في اصطلاح الفقهاء: فإن الغالب عليهم أنهم يطلقون الضمان ويريدون به التزام المال، ويطلقون الكفالة ويريدون بها التزام إحضار النفس. وأن العرف جارٍ بأن الضمين مستعمل في الأموال والحميل في الديات، والزعيم في الأموال العظام، والكفيل في النفوس، والصبير في الجميع.
- 3- من الفقهاء من يطلق الضمان ويريد به جميع أقسامه، ثم ما يختص به أحد أقسامه من الأحكام يذكره بعد ذلك، إما بلفظ الضمان، وبدون عنوان مستقل كما تجده مثلاً في "مختصر خليل" للمالكية، وإما بلفظ كفالة البدن، وبعنوان مستقل كما تجده في "المنهاج" و"روضة الطالبين" للشافعية و"المغني والروض المربع وشرح منتهى الإرادات" للحنابلة، حيث بوبوا باباً للضمان ثم أتبعوه بفصل عن كفالة البدن يختص بأحكامها. ومن العلماء من يُطلق لفظ الكفالة ويريد بها جميع أقسام الضمان كما تجده مثلاً في "بدائع الصنائع" و"الهداية" للحنفية.
- 4- أن الضمان ينقسم إلى قسمين:
القسم الأول: ضمان المال، والقسم الثاني: ضمان النفس أو البدن، ويسمى أيضاً ضمان الوجه. وزاد المالكية قسماً ثالثاً: وهو ضمان الطلب، وهو التفتيش على الغريم إن تغيب ثم يدل ربَّ الحق عليه.

- 5- أن العلماء أجمعوا على جواز الضمان في الجملة، واستدلوا على مشروعيته بالكتاب والسنة والمعقول، واختلفوا في الكفالة بالنفس، فأجازها جمهور الفقهاء إلا قول للشافعي في الجديد وابن حزم الظاهري.
- 6- يشترط في الضامن أو الكفيل أن يكون عاقلاً بلا خلاف بين العلماء، وأن الصبي غير المميز لا يصح ضمانه بلا خلاف، واختلفوا في المميز والذي

- عليه الجمهور وهو الصحيح أنه لا يصح.
- 7- ولا يصح ضمان المحجور عليه لفسه، وهو قول جمهور العلماء الحنفية والمالكية والشافعية والصحيح من مذهب الحنابلة.
- 8- يصح ضمان المحجور عليه لفسه، ويتبع به بعد فك الحجر عنه، وهو قول المالكية والصحيح من مذهبي الشافعية والحنابلة.
- 9- أن المرض نوعان: مرض غير مخوف وهو المرض العادي، والثاني: المرض المخوف الذي يموت فيه الإنسان غالباً. فإذا كان المرض عادياً غير مخوف أو كان غير مرض الموت فإن حكمه في الضمان كحكم الصحيح لا فرق. وإذا كان مريضاً مرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه، يحسب من ثلث ماله عند فقهاء المذاهب الأربعة.
- 10- المرأة يصح ضمانها مطلقاً، كانت متزوجة أم لا، أذن الزوج فيه أم لا عند الشافعية والحنابلة وابن حزم، خلافاً للمالكية الذين فرقوا فقالوا:
- أ- المرأة الأيم التي لا زوج لها وكانت قد تزوجت من قبل، فإن ضمانها صحيح في كل مالها.
- ب- العانس البكر التي قد بلغت وعنست، لا يصح ضمانها.
- ج- أن المرأة إذا كانت ذات زوج صح ضمانها في ثلث مالها، إلا إذا كانت الزيادة شيئاً خفيفاً كدينار ونحوه، أو يكون ضمانها عن زوجها، فيصح في جميع مالها إذا كان بإذن الزوج وكانت رشيدة.
- 11- يشترط لصحة الضمان رضا الضامن بلا خلاف؛ لأنه لا يلزمه الحق ابتداء.
- 12- يصح ضمان العبد إذا أذن له سيّده.
- 13- لا يشترط رضا المضمون عنه، بلا خلاف.
- 14- أجمع العلماء على أن الميت الذي خلف وفاء لدينه يصح الضمان عنه، وذهب جمهور العلماء إلى أنه يصح الضمان عنه أيضاً وإن لمن يخلف وفاء لدينه، وخالف في ذلك أبو حنيفة.
- 15- لا يشترط معرفة الضامن للمضمون عنه وهو الأصح عند الشافعية والحنابلة؛ لأن أبا قتادة ضمن لمن لم يعرفه، وقياساً على عدم اشتراط رضا المضمون عنه.
- 16- ولا يشترط معرفة الضامن للمضمون له، وهو قول المالكية ووجه للشافعية والمذهب عند الحنابلة، فلو قال: أنا ضامن الدّين الذي على زيد للناس، وهو لا يعرف عين من له الدّين، صح الضمان؛ لحديث ضمان أبي قتادة فإنه ضمن لمن لم يعرفه.

17- لا يشترط رضا المضمون له، وهو أحد قولي أبي يوسف، وهو قول الشافعية والحنابلة وابن حزم؛ لحديث ضمان أبي قتادة دين الميت ولم يسأله النبي هل كان يعرف المضمون له أم لا.

18- يصح ضمان ما لم يجب، وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في القديم.

و ضمان ما لم يجب يسمى ضمان السوق، ويجوز للكاتب والشاهد أن يكتبه ويشهد عليه ولو لم ير جوازه؛ لأنه من مسائل الاجتهاد، وولي الأمر يحكم بما يراه من القولين كما يقول شيخ الإسلام ابن تيمية. وقال الشافعي في الجديد وابن حزم وابن أبي ليلى: لا يصح.

19- يصح ضمان الدرك، ويقال له أيضاً ضمان العهدة أو الثمن: هو أن يقول الضامن للمشتري: أنا ضامن لك الثمن إن خرج المبيع مستحقاً لأحد وهو قول الحنفية والمالكية وقول الشافعية والحنابلة في المذهب عندهما. وقال الشافعية والحنابلة في قول عندهما: لا يصح.

20- و ضمان نقص الصنجة صحيح وكذا الذراع أو المكيال.

21- يصح ضمان الأعيان المضمونة مطلقاً، يعني ضمان عينها إن وجدت، و ضمان قيمتها إن تلفت، وهو مذهب الحنابلة؛ وذلك قياساً على الحقوق الثابتة في الذمة، ولم يوجد دليل يمنع من ضمانها.

22- وأما الأمانات فيصح ضمانها عند التعدي فيها فقط، وهو قول المالكية والشافعية والمذهب عند الحنابلة وقول للحنفية.

23- ويصح ضمان الجعل في الجعالة بعد الانتهاء من العمل بلا خلاف للزومه، وكذا قبل شروعه في العمل أو في أثناء العمل قبل الإتمام عند المالكية والحنابلة والشافعية في قول، خلافاً للقول الثاني عند الشافعية.

24- ويصح ضمان مال السلم عند جماهير العلماء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في قول، وفي القول الثاني عندهم لا يجوز وهو المذهب عندهم.

25- ويصح ضمان المجهول، وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في القديم؛ وذلك لأنه ألصق بأصول الشرع، لاسيما إباحة التعامل في الأصل، والحاجة داعية إليه، ولم يأت دليل يمنع من ذلك، بل جاء ما يدل عليه.

وقال الشافعي في الجديد والثوري والليث وابن أبي ليلى وابن المنذر وابن حزم: لا يصح.

26- وتصح الكفالة بيدن الصبي والمجنون عند الحنفية والشافعية والحنابلة؛ لأنهما قد يجب إحضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالإتلاف وغيره.

27- وتصح الكفالة ببدن المحبوس والغائب، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة. ومنعه أبو حنيفة.

28- الكفالة بنفس الحد أو القصاص غير صحيحة بالإجماع.

29- لا يشترط إذا تكفل شخص بإحضار مدين أن يعرف قدر المال الذي عليه، وهو ظاهر كلام الأحناف، وهو الصحيح عند الشافعية، وهو قول الحنابلة.

30- يشترط كون المكفول ببدنه معيناً، فلو قال: كفلت ببدن أحد هذين لم يصح، وهو قول الشافعية، والصحيح عند الحنابلة؛ وذلك لأن الكفالة يلزم منها حق المطالبة، ولا تمكن المطالبة بعدم التعيين.

31- لا يشترط رضا المكفول به، وهو قول للشافعية، والصحيح عند الحنابلة؛ لأنه لا يعتبر رضاه، كما لا يعتبر رضا المضمون عنه، ولأنه لو لم يكن الأمر كذلك لم يبق للكفالة معنى، ولو اشترطنا رضاه وألزمناه الحضور، فما فائدة الضمان إذًا؟!

32- يرى جمهور الفقهاء أن الكفالة تتعقد بإيجاب من الضامن دون اشتراط القبول من المضمون له، وخالفهم أبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي في أحد قوليه.

33- اشترط الفقهاء في لفظ الضمان صيغة تدل على التزام الكفيل، إما صراحة وإما كناية؛ لأن الرضا لا يعرف إلا بذلك.

34- يصح الضمان بالكتابة إذا وجدت قرينة مشعرة بذلك، وهو ظاهر قول المالكية والأصح عند الشافعية؛ لأن الكتابة من الناطق مع النية كناية وكتابة الأخرس مع قرينة صريحة، فهما في معنى الصيغة.

35- لا يصح ضمان الأخرس إلا إذا فهمت إشارته، وهو قول المالكية والحنابلة والصحيح عند الشافعية؛ لأنه يصح بيعه وإقراره وتبرعه فصح ضمانه كالناطق.

36- ويصح ضمان المعرفة، ويطلب ضامن المعرفة بإحضاره، فإن عجز عن إحضاره لزمه ما عليه لمن ضمن معرفته له، وهو قول الحنابلة.

37- يصح تعليق الكفالة على شرط، وهو قول الحنابلة، ووجه للشافعية؛ لأن القبول لا يشترط في الضمان ولا في الكفالة فجاز تعليقها كالطلاق، ولكن يراعى أن يكون هذا الشرط ملائماً للعقد غير مناف لمقتضى الكفالة كما قال الحنفية.

38- يصح إضافة الصيغة إلى وقت، مثل: إذا جاء رمضان فقد ضمننت، أو أنا ضامن إلى شهر، وأنا ضامن إلى الحصاد والدياس عند الحنفية وقول المالكية

ووجه للحنابلة، خلافاً للشافعية.
أما لو شرط للإحضار أجلاً مجهولاً كالحصاد مثلاً، ففي صحة الكفالة وجهان، أصحهما المنع، وهو قول الحنابلة.
أما إذا أضيفت إلى أجل معلوم فقد نص أصحاب المذاهب الأربعة على صحتها.

39- ولا يدخل الضمان والكفالة خيار بلا خلاف بين العلماء.
40- وإذا قال شخص: ضمنت الدين الذي على فلان بشرط براءة ذمته، لا يصح؛ لأن عقد الكفالة يقتضي شغل ذمة المدين والضامن معاً، ومثل ذلك الكفالة فإذا كان الشخص كفيلاً فجاء آخر وقال: إنني أكفله بشرط براءة الكفيل الأول، فإنه لا يصح، وهو قول الشافعية والحنابلة.

41- يصح ضمان الدين الحالّ مؤجلاً، ويكون مؤجلاً على الضامن وحالاً على المضمون عنه، يملك المضمون له مطالبة الأصيل دون الضامن، وهو قول الشافعي وأحمد.

42- أما إذا ضمن الكفيل الدين المؤجلّ على الأصيل حالاً، ففي صحة ضمانه وجهان عند الشافعية، والأصح عند الحنابلة أن هذا الضمان جائز، ولكن لا يطالب الكفيل بالدين قبل حلول الأجل؛ لأنه بذلك يلتزم الدين وزيادة، والزيادة هي حلول الدين المؤجل.
وفرق الحنفية بين تأجيل الحالّ بعد عقد الكفالة وكفالة الحالّ مؤجلاً في ابتداء الكفالة.

43- وتصح الكفالة بعضو من أعضاء البدن مثل أن يقول: أنا كفيل بيده، أو برجله، أو بثلثه، أو بنصفه... إلخ، وهو قول الحنفية وقول للشافعية والحنابلة؛ لأن تسليمه تسليم جميعه.

44- وإن أحضر المكفول به قبل المحلّ أو في غير الموضع الذي شرط فيه التسليم، فإن كان عليه في قبوله ضرر أو له في رده غرض، لم يلزمه قبوله، وإن لم يكن عليه ضرر ولا له في رده غرض، وجب قبوله، فإن لم يتسلمه أحضره عند الحاكم ليتسلم عنه، ويبرأ كما قلنا في دين السلم وهذا عند الشافعية.

وإن أحضره وهناك يد حائلة لم يبرأ؛ لأن التسليم المستحق هو التسليم من غير حائل، ولهذا لو سلم المبيع مع الحائل لم يصح تسليمه، وإن سلمه وهو في حبس الحاكم صح التسليم، ولأن حبس الحاكم ليس بحائل، ويمكن إحضاره ومطالبته بما عليه من الحق.

45- يحق للمكفول له أن يطالب الكفيل والمكفول عنه سواء عند جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة ومالك في رواية: وقال الإمام مالك في الرواية الثانية: لا يطالب الضامن إلا أن يتعذر الاستيفاء من المضمون عنه، وهو الأصيل، وهو وجه للشافعية.

وخالف المذاهب الأربعة جميعاً كُلٌّ من: ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبي ثور، وأبي سليمان وأهل الظاهر؛ حيث قالوا: إن الكفالة تسقط الحق عن المكفول عنه، وتنتقل على الكفيل، وليس للمكفول له أن يطالب غير الكفيل.

46- ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان أو أكثر، سواء ضمن كل واحد منهم جميعه أو جزءاً منه، فإن ضمن كل واحد منهم جميعه برئ كل واحد منهم بأداء أحدهم، وإن أبرأ المضمون عنه برئ الجميع لأنهم فروع له، وإن أبرأ أحد الضامنين برئ وحده ولم يبرأ غيره.

47- ويجوز أن يكفل الكفيل كفيل ثاني.

48- ويجوز أن يتكفل اثنان بواحد.

49- ولو تكفل واحد لاثنتين فإذا أبرأه واحد منهما لم يبرأ من الثاني لأنه بمنزلة العقدين.

50- وإن ضمن المضمون عنه الضامن والمكفول عنه الكفيل لم يصح؛ لأن الضمان يقتضي إلزامه الحق في ذمته والحق لازم له، فلا يتصور إلزامه ثانيًا.

51- وإن أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن بلا خلاف. وإن أبرأ المضمون له الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه؛ لأنه أصل، فلا يبرأ بإبراء التابع.

52- ولا تصح الوكالة في الكفالة؛ لأن الوكالة إنما تطلق حقيقة عرفية فيما يصح للموكل مباشرته، وكفالة الإنسان عن نفسه ممتنعة وهو أحد القولين للمالكية.

53- إذا قضى الضامن الدين متبرعاً به عن المضمون لا يرجع به عليه؛ لأنه متطوع بذلك فأشبهه الصدقة، ويستوي هنا الكفالة والأداء بأمر المكفول عنه وبغير أمره.

أما إذا أداه عن المضمون عنه بنية الرجوع به عليه فله أربعة أحوال: الحالة الأولى: أن يضمن الضامن بأمر من المضمون عنه وكذا يؤدي بأمره، ففي هذه الحالة يرجع على المدين وهذا هو مذهب أبي يوسف والمالكية والشافعية والحنابلة، وقال الإمام أبو حنيفة والإمام محمد: يشترط أن يشتمل كلامه على لفظة عني.

الحالة الثانية: أن يضمن بأمره ويقضي بغير أمره، فله الرجوع أيضًا، وهو قول مالك وأحمد والشافعي في أحد الوجوه عنه.

الحالة الثالثة: أن يضمن بغير أمره ويقضي بأمره: فقال مالك وأحمد ووجه للشافعي: يرجع عليه. والوجه الصحيح عند الشافعي أنه لا يرجع عليه.

الحالة الرابعة: إذا ضمن بغير أمره وقضى دينه بغير أمره، فلا يرجع بشيء، وهو قول أبو حنيفة والشافعي ورواية عن أحمد، وهو قول ابن المنذر.

54- إن كان الدين حالًا فللكفيل أن يرجع بعد الأداء، فإذا طالبه المكفول له فله أن يطالب المدين بالأداء، ولكن ليس له حق الرجوع إلا إذا أدى هو الدين، أما إذا كان الدين مؤجلًا فليس للكفيل حق الرجوع إلا بعد حلول الأجل والأداء، فإذا أدى قبل الأجل فلا يرجع إلا بعد الحلول.

وإذا حل الدين المؤجل على الضامن بموته، أخذًا بقول من رأى أن الأجل يسقط بموت من له الأجل، فاستوفى الغريم الدين من تركته، فليس لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الأجل عليه.

وإذا حل الدين على المضمون عنه بموته، فليس للضامن أن يرجع على الورثة إلا بعد الأداء.

55- وإذا أدى الكفيل الدين أو جزءًا منه، رجع بما أدى، وإذا أدى أكثر منه لم يرجع إلا بقدر التزام المكفول عنه فقط، والزيادة تعتبر تبرعًا منه للمكفول له؛ لأنها لم تكن واجبةً على المكفول عنه.

وإذا أعطى الكفيل المكفول له صنفًا آخر من المال غير الدين، فإن كانت قيمته أكثر من الدين لم يرجع إلا بالدين، وإن كانت أقل رجع بالأقل، خلافًا للإمام الكاساني، إلا أن يكون المكفول له تبرع له بالزيادة، وإذا صالح المكفول له الكفيل على جزء من الدين رجع الكفيل بالجزء الذي أداه، وطالب الدائن المدين بباقي الدين، فإن كان المكفول له تنازل للكفيل عن الباقي أو عن الدين كله، ووهبه إياه، أصبح الدين للكفيل، يطلبه من المكفول عنه، ويسقط حق المكفول له، ومثل الهبة الصدقة.

55- واختلف العلماء في الدين الذي على الميت هل ينتقل عن ذمته بالأداء أم بمجرد الضمان، فقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد في رواية: لا ينتقل الحق عن ذمة الميت إلا بالأداء كالحق، لا بمجرد الضمان، وقال ابن حزم وأحمد في الرواية الثانية: ينتقل الحق عنه بمجرد الضمان.

56- والكفالة تنقضي بانقضاء التزام الأصيل أو الكفيل، وينقضي هذا الالتزام بأحد أمور:

أولاً: الأداء، أو ما هو في معنى الأداء كالهبة والصدقة:
ثانياً: اتحاد الذمة: يقصد باتحاد الذمة: اجتماع صفتي مدين ودائن في شخص واحد، كما لو مات الدائن وانحصر ميراثه في المدين، فيصبح الأصل مدينًا ودائنًا لنفسه في وقت واحد، وعندها يسقط وجوب الأداء عنه، وتسقط الكفالة تبعًا لذلك.

ثالثاً: المقاصة: وهي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه.
وللمقاصة نوعان:

الأول: جبرية، وتحصل بنفس العقد، وذلك عند اتحاد الدينين جنسًا ووصفًا وحلولة وقوة وضعفًا.

الثانية: اختيارية، وتحصل بتراضي المتدائنين، ولا يشترط فيهما ما يشترط بالجبرية.

فإذا ثبت أن للأصيل أو للكفيل دينًا مماثلًا لدين الطالب على الأصل سقط الدينان قصاصًا، وبرئ الكفيل من الكفالة، فإن كان الدين للكفيل رجع به على الأصل كما لو أذاه عنه.

رابعًا الإبراء: أو ما هو في معنى الإبراء:

فإذا أبرأ المكفول له الكفيل من كفالاته انقضت الكفالة وإن لم يبرأ الأصل؛ لأن الإبراء هنا إبراء عن المطالبة لا عن الدين، وليس من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصل، على حين إذا أبرأ الأصل سقط حق المطالبة عن الكفيل.

خامسًا: الصلح: وقد تبرأ ذمة الكفيل بالصلح، سواء كان الصلح بأداء بعض الحق وإسقاط بعضه الآخر أم بمعاوضة.

سادسًا: الحوالة: وهي نقل الدين والمطالبة من ذمة المُحيل إلى ذمة المُحال عليه.

فإن أحال الأصل أو الكفيل الطالب على آخر لاستيفاء حقه منه برئًا جميعًا عند الجمهور.

سابعًا: فسخ الدين المكفول أو إبطاله: إذا كان الكفيل مثلًا ضامنًا لما في ذمة المشتري من ثمن الشراء، أو للبائع في تسليم المبيع، ثم فسخ عقد البيع، لم يعد المشتري ملتزمًا بدفع الثمن، ولا البائع ملتزمًا بتسليم المبيع، ومن هنا تنقضي الكفالة حيث لا يوجد دين مكفول.

وإذا ظهر ما يبطل الدين، وأن المكفول له لا حق له في اقتضائه من الأصل، سقط حقه في مطالبة الكفيل.

ثامناً: الموت: وهو خاص بكفالة النفس، فتسقط الكفالة إذا مات المكفول به، ولا يلزم الكفيل شيء، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد وشريح، والشعبي، وحماد بن أبي سليمان.

57- خطاب الضمان: وهو تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه (طالب الإصدار) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث بمناسبة التزام مُلقى على عاتق العميل المكفول؛ وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة، على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عند أول مطالبة خلال سريان خطاب الضمان دون التقات لما يبيده العميل من المعارضة.

وهو من صور الكفالة وهو من نوازل هذا العصر وهو جائز مشروع، ولا يجوز أخذ الجُعل أو العوض عليه بالاتفاق، وهو أنواع:
أ- خطاب ضمان ليس له أي غطاء: فهذا لا يجوز أخذ العوض عليه لأنه ضمان.

ب- خطاب ضمان مغطى غطاء كاملاً من العميل فيجوز أخذ الأجرة عليه، لأنه وكيل حينئذٍ.

ج- خطاب ضمان مغطى غطاءً جزئياً، فيجوز أخذ العوض فيما قابل الجزئ المغطى لا فيما لم يقابله.

58- الاعتمادات المستندية: صورة من صور الكفالة المعاصرة: وهو تعهد كتابي صادر من مصرف بناء على طلب مستورد لصالح مورد، يعهد فيه المصرف بدفع المبالغ التي يستحقها المورد ثمناً لسلع يصدرها للمستورد طالب فتح الاعتماد، متى قدم المورد المستندات مطابقة لشروط الاعتماد.

فالاعتماد المستندي المغطى غطاء كلياً يكون المصرف في هذه الحالة وكيلاً عن فاتح الاعتماد، وإن كان كفيلاً بالنسبة للمصدر الذي يعتبر مكفولاً له، غير أن المصرف يأخذ عمولة تُعدُّ أجراً أو جُعلاً عن وكالته لا عن كفالته.

أما الاعتماد غير المغطى كلياً أو جزئياً فالمصرف كفيلاً، وفاتح الاعتماد غير المغطى مكفول عنه، فإذا أخذ المصرف عمولة مقابل المبلغ المكفول به لا مقابل العمل الذي يقوم به، فقد أخذ أجراً أو جُعلاً مقابل الكفالة ذاتها، وهو ما سبق التحدث عنه.

59- التأمين التجاري: هو عقد يلتزم فيه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه- مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو يتحقق الخطر المبين بالعقد،

وذلك في نظير قسط أو أي دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن، ويتحمل بمقتضاه المؤمن تبعه مجموعة من المخاطر بإجراء المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء.

60- عقد التأمين من عقود المعاوضة، فكل العاقدين يأخذ مقابلًا لما يدفع.

61- والتأمين التجاري أنواع:

أ- التأمين على الأشياء:

ب- التأمين على الأشخاص: وهو ينقسم إلى قسمين:

الأول: التأمين على الحياة: وهو ثلاثة أقسام:

القسم الأول: التأمين لحالة الوفاة: وله ثلاث صور:

الصورة الأولى: تأمين عمري.

الصورة الثانية: تأمين مؤقت.

الصورة الثالثة: تأمين البقيا.

القسم الثاني من التأمين في الحياة: التأمين لحالة البقاء.

القسم الثالث من التأمين على الحياة: التأمين المختلط.

ج- التأمين من الإصابات (الحوادث): وهو عقد تلتزم الشركة بمقتضاه بدفع

مبلغ من المال عند وقوع الإصابة المؤمن منها.

د- تأمين من المسؤولية عن الغير (ضد الغير): وهو تأمين الشخص نفسه من

الأضرار التي تصيبه في ماله نتيجة لحوق ضرر بالغير.

62- التأمين التجاري حرام بجميع أنواعه، سواء أكان على النفس أم البضائع

التجارية، أم غير ذلك من الأموال؛ وذلك لما فيه من الغرر الفاحش والمقامرة

والمخاطرة في المعاوضات المالية، والربا بشقيه النساء والفضل، وأكل أموال

الناس بالباطل وغير ذلك.

التوصيات

يوصي الباحث البنوك أن ينظروا في هذا الحل الشرعي الذي الذي يجيز أخذ الجعل أو الأجرة على خطاب الضمان والاعتمادات المستندية غير المغطاة بطريقة شرعية .

ويوصي الباحث الهيئات العلمية والفقهية أن يبحثوا عن مدى مشروعية هذا الأمر.

كما يوصي الباحث بإنشاء فروع في البنوك الإسلامية تهتم بهذا الموضوع .
وكما يوصي الباحث بإنشاء شركات تأمين حقيقة تقوم على التعاون بين البشر والبعد عن المحرمات وعن الاستغلال التي تقوم به شركات التأمين التجارية.



الخاتمة

هذا آخر ما أوردَ الباحث إيرادَه من أحكام الكفالة والضمان وقضائيهما المعاصرة، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وتنزل البركات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد أفضل أهل الأرض والسموات، وعلى آله الكُمَّل السادات، وعلى أزواجه أمهات المؤمنين الطاهرات، وعلى أصحابه القادات، صلاةً وسلامًا دائمين متلازمين إلى أن تُبعث الأموات وتزخرف الجنات للمؤمنين والمؤمنات.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين



فهرس المراجع و المصادر

القرآن الكريم
ابن أبي شيبة عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي. المصنّف في الأحاديث والآثار المحقق: كمال يوسف الحوت. (الرياض: مكتبة الرشد ، 1409)

ابن الأثير مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد، النهاية في غريب الحديث. تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي (بيروت: المكتبة العلمية 1979م).

ابن العربي أبو بكر بن العربي. «أحكام القرآن» المحقق: محمد عبد القادر عطا (بيروت: دار الكتب العلمية، 2003 م).

ابن العماد شهاب الدين عبد الحي بن أحمد ابن العماد الحنبلي شذرات الذهب في أخبار من ذهب. تأليف: (بيروت: دار الكتب العلمية).

ابن القيم شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزُّرعي ثم الدمشقي إعلام الموقعين عن رب العالمين. تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد (بيروت: دار الجيل، 1973).

ابن المنذر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري الإجماع (الأسكندرية: دار الدعوة، 1402 هـ).

ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي. شرح فتح القدير. (بيروت: دار الفكر).

ابن بطلال علي بن خلف بن عبد الملك بن بطلال البكري القرطبي شرح صحيح البخاري تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم. (الرياض: مكتبة الرشد).

ابن تيمية أحمد بن عبد الحلّيم ابن تيمية الحراني مجموع الفتاوى. تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي (مكتبة ابن تيمية).

ابن حبان محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي . حققه: شعيب الأرنؤوط. (بيروت: مؤسسة الرسالة 1993 م).

ابن حجر أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير (بيروت: دار الكتب العلمية 1989م).

الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة. المحقق: مراقبة محمد عبد المعيد

ضان (الهند: مجلس دائرة المعارف العثمانية 1972م)
فتح الباري شرح صحيح البخاري. تحقيق محب الدين الخطيب.(بيروت:
دار المعرفة).
ابن حجر الهيتمي أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي
الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، الفتاوى الفقهية الكبرى (بيروت:
دار الفكر).
ابن حزم علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري المحليفي الأحاديث والآثار.
تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي.(بيروت: دار الأفاق الجديدة).
ابن خزيمة محمد بن إسحاق ابن خزيمة. صحيح ابن خزيمة المحقق: د. محمد
مصطفى الأعظمي (بيروت: المكتب الإسلامي).
ابن خلكان أحمد بن محمد بن خلكان. وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان
المحقق: أحمد الأرنبوط وتركي مصطفى(بيروت: دار إحياء التراث
2000م).
ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي بداية المجتهد ونهاية
المقتصد.(القاهرة: دار الفوائد ودار ابن رجب).
ابن ضويان منار السبيل في شرح الدليل (2/ 105) للإمام الفقيه/ إبراهيم بن
محمد بن سالم بن ضويان طبعة دار الصمعي الرياض.
ابن عابدين محمد أمين رد المحتار على الدر المختار.(بيروت: دار
الفكر.1992م)
ابن عبد البر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النميري القرطبي. الاستيعاب في
أسماء الأصحاب المحقق: علي محمد البجاوي الناشر:(بيروت: دار الجيل
1992 م).
ابن عثيمين محمد بن صالح بن محمد العثيمين. الشرح الممتع على زاد
المستنقع(الرياض: دار ابن الجوزي. الطبعة الأولى،1422-1428 هـ).
ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي

ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي الكافي في فقه الإمام أحمد. (بيروت: المكتب الإسلامي).

المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني. تحقيق الدكتور: محمد شرف الدين خطاب، والدكتور السيد محمد السيد (القاهرة: دار الحديث).

ابن ماجه محمد بن يزيد ابن ماجه القزويني. سنن ابن ماجه المحقق: تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (بيروت: دار الفكر).

ابن مفلح إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي. المبدع في شرح المقنع (بيروت: المكتب الإسلامي 1400هـ).

ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور. لسان العرب (بيروت: دار صادر الطبعة الأولى).

ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري البحر الرائق شرح كنز الدقائق (القاهرة: دار المعرفة الطبعة).

ابن هبيرة عون الدين أبي المظفر يحيى بن هبيرة الحنبلي. الإفصاح عن معاني الصحاح في مذاهب الأئمة الأربعة. تحقيق الدكتور محمد يعقوب طالب عبيدي. (القاهرة: طبع في مركز فجر للطباعة والنشر والتحقيق . 1419هـ).

أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني. سنن أبي داود. المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد (بيروت: دار الفكر).

أبو يعلى أبو يعلى الموصلي مسند أبي يعلى الموصلي. المحقق: حسين سليم أسد (جدة: دار المأمون للتراث 1989 م).

أحمد أحمد بن محمد بن حنبل. مسند أحمد المحقق: مكتب البحوث بجمعية المكنز (الناشر: جمعية المكنز الإسلامي).

الآبي صالح عبد السميع الآبي الأزهري. الثمر الداني شرح رسالة القيرواني. (بيروت: المكتبة الثقافية).

البابرتي محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي. العناية شرح الهداية (بيروت: دار الفكر).

الباجي سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي المنتقى شرح الموطأ (القاهرة: مطبعة السعادة. 1332هـ).

البخاري محمد بن إسماعيل البخاري. صحيح البخاري الجامع المسند الصحيح

المختصر من أمور رسول الله H وسننه وأيامه المحقق: مصطفى ديب البغا. (بيروت: دار ابن كثير 1987م).

البيزار لأبي بكر البزار. مسند البزار المحقق: محفوظ الرحمن زين الله، (حقق الأجزاء من 1 إلى 9) وعادل بن سعد (حقق الأجزاء من 10 إلى 17) وصبري عبد الخالق الشافعي (حقق الجزء 18) (المدينة المنورة: مكتبة العلوم والحكم).

بكر بن عبد الله أبو زيد فقه النوازل دراسة فقهية معاصرة الناشر: مؤسسة الرسالة ناشرون

البغدادي أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي. مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان. (القاهرة: دار السلام).

البغوي الحسين بن مسعود الفراء البغوي الشافعي. شرح السنة تحقيق: شعيب الأرنؤوط-محمد زهير الشاويش (بيروت: المكتب الإسلامي 1983م).

البهوتي منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن إدريس البهوتي الروض المربع بشرح زاد المستنقع المختصر من المقنع (الرياض: دار الرياض الحديثة. 1390هـ)

شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات: (بيروت: عالم الكتب 1996م).

كشاف القناع تحقيق: هلال مصيلحي. (بيروت: دار الفكر 1402هـ).

البيهقي أحمد بن الحسين البيهقي. السنن الكبرى (الهند: مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد. 1344 هـ).

دلائل النبوة ومعرفة أحوال صاحب الشريعة. حققه: الدكتور محمد رواس قلعه جي، عبد البر عباس الناشر: (بيروت: دار النفائس 1986 م).

الترمذي للحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي. الجامع الصحيح سنن الترمذي تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر. (بيروت: دار إحياء التراث العربي).

الجعيد إعداد ستر بن ثواب الجعيد أحكام الأوراق النقدية والتجارية في الفقه الإسلامي.

الجمال سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجمال. حاشية الجمال علي شرح المنهاج. (بيروت: دار الفكر).

الجمال غريب الجمال التأمين التجاري والبديل الإسلامي طبعة دار الاعتصام القاهرة تاريخ 1979م.

الحاج خليفة مصطفى بن عبد الله، الشهير بالحاج خليفة. كشف الظنون عن
أسامي الكتب والفنون (بغداد: مكتبة المثنى 1941م).

الحاكم تأليف الحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري.
المستدرك على الصحيحين تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا (بيروت: دار
الكتب العلمية -1990م).

الحدادي علي بن محمد الحدادي العبادي اليميني الزبيدي الجوهرة النيرة.
تحقيق: سائد بكداش (قطر: شركة دراسات للبحوث والاستشارات
المصرفية الإسلامية 2015 م).

الحصكفي محمد بن علي الحصكفي الدر المنتقى في شرح الملتقى (بيروت:
دار الكتب. 1419هـ).

الخطاب محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله. مواهب الجليل لشرح
مختصر خليل. (بيروت: دار الفكر 1368هـ).

الخرشي محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله. شرح مختصر خليل.
(بيروت: دار الفكر للطباعة)

الخطابي حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي.
معالم السنن. (حلب: المطبعة العلمية 1932 م).

الخطيب الشربيني محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي. الإقناع في حل
ألفاظ أبي شجاع تحقيق مكتب البحوث والدراسات (بيروت: دار
الفكر 1415هـ).

مغني المحتاج إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج: (بيروت: دار الفكر).
الدارقطني علي بن عمر الدارقطني. سنن الدارقطني. تحقيق: السيد عبد الله
هاشم يماني المدني والسيد عبد الله هاشم يماني المدني. (بيروت: دار
المعرفة بيروت 1966 م).

الدارمي عبد الله بن عبد الرحمن بن برهام الدارمي السمرقندي. سنن الدارمي. تحقيق: حسين
سليم أسد الداراني الناشر: (الرياض: دار المغني للنشر والتوزيع، 2000

(م).

الدسوقي محمد بن عرفة الدسوقي المالكي. حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير
تحقيق: محمد عليش (بيروت: دار الفكر).

الذهبي. شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي. العبر في خبر من عبر المحقق:
أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغول (بيروت: دار الكتب العلمية).
تذكرة الحفاظ. للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي الدمشقي.
بيروت: دار الكتب العلمية. 1998م).

سير أعلام النبلاء. المحقق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب
الأرنؤوط بيروت: دار مؤسسة الرسالة. 1985 م).

الرافعي عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني
العزیز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير المحقق: علي محمد عوض
- عادل أحمد عبد الموجود (بيروت: دار الكتب العلمية، 1997 م).

الرحبياني مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحبياني مولدًا ثم
الدمشقي الحنبلي مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. (بيروت:
المكتب الإسلامي 1961م).

الرصاع محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي
شرح حدود ابن عرفة (بيروت: دار الغرب. الطبعة الأولى: 1993م).
الزبيدي محمد بن محمد مرتضي الزبيدي. تاج العروس من جواهر القاموس
المحقق: مجموعة من المحققين (دار الهداية).

الزحيلي وهبة الزحيلي. نظرية الضمان، (أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية
في الفقه الإسلامي) دراسة مقارنة (دمشق: دار الفكر المعاصر 2012م).
الزركشي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي. شرح الزركشي علي
مختصر الخرقى. (بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى: 2002م).

الزركلي خير الدين الزركلي. الأعلام (دار العلم للملايين 2002 م).
الزيلعي عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي تبين الحقائق
شرح كنز الدقائق (القاهرة: دار الكتب الإسلامي 1313هـ).

الزيلعي جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي الحنفي. نصب الرأية
لأحاديث الهداية المحقق: محمد عوامة (لبنان: مؤسسة الريان للطباعة
والنشر ، دار القبلة للثقافة الإسلامية- جدة السعودية الطبعة: الأولى،
1418هـ-1997م).

السالوس علي أحمد السالوس . فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، دراسة
في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الناشر: دار الثقافة قطر، مكتبة دار
القرآن الطبعة:
السابعة
سنة النشر: 1429 هـ.

السبكي عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي الشافعي. طبقات الشافعية
المحقق: د. محمود محمد الطناحي د. عبد الفتاح محمد الحلو (هجر
للتباعة والنشر والتوزيع الطبعة: الثانية، 1413 هـ).
السخاوي للإمام الحافظ المؤرخ شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي.
الضوء اللامع لأهل القرن التاسع (بيروت: منشورات دار مكتبة الحياة).
السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي. المبسوط.
(بيروت: دار المعرفة).

السمرقندي محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي تحفة
الفقهاء.(بيروت: دار الكتب العلمية. الطبعة الأولى: 1984م).
السيوطي عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي. (بيروت: دار الكتب العلمية.
الطبعة الأولى: 1403 هـ).

الشافعي محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن المطلب بن عبد
مناف المطلب القرشي المكي. الأم (بيروت: دار المعرفة 1990م).
الشوكاني للإمام محمد بن علي الشوكاني. البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن
السابع (بيروت: دار المعرفة).

نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار (بيروت: دار الجيل 1973م).
الشيرازي إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق. المذهب في فقه
الإمام الشافعي. (بيروت: دار الفكر).

الصاوي أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي بلغة السالك لأقرب
المسالك علي الشرح الصغير.(بيروت: دار الكتب العلمية).
الصنعاني عبد الرزاق بن همام الصنعاني. المصنف المحقق: حبيب الرحمن
الأعظمي(الهند: المجلس العلمي، 1403 هـ).

الصنعاني محمد بن إسماعيل الصنعاني. سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة
الأحكام. تحقيق: محمد عبد العزيز الخولي(بيروت: دار إحياء التراث
العربي 1379هـ).

الطبراني للحافظ سليمان بن أحمد الطبراني. المعجم الأوسط المحقق: طارق

بن عوض الله بن محمد, عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني. (القاهرة: دار
الحرمين).

الطبراني المعجم الكبير المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي (القاهرة: مكتبة
ابن تيمية).

الطحاوي أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري
المصري المعروف بالطحاوي. شرح مشكل الآثار تحقيق: شعيب
الأرنؤوط (بيروت: مؤسسة الرسالة 1494م)
شرح معاني الآثار. حققه وقدم له: محمد زهري النجار. (بيروت: دار الكتب
العلمية).

مختصر اختلاف العلماء. المحقق: د. عبد الله نذير أحمد. (بيروت: دار
البشائر الإسلامية 1417هـ).

العراقي زين الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن الحسين العراقي. طرح التثريب
في شرح التثريب. تحقيق: عبد القادر محمد علي (بيروت: دار الكتب
العلمية 2000م).

العيني بدر الدين محمود بن أحمد العيني. عمدة القاري شرح صحيح
البخاري. (بيروت: دار إحياء التراث العربي).

الفتاوى الهندية: لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي (بيروت: دار الفكر
الطبعة. 1991م).

الفيروزآبادي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي. القاموس المحيط
تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة (بيروت: مؤسسة
الرسالة، 2005 م).

الفيومي أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس. المصباح
المنير في غريب الشرح الكبير. (بيروت: دار الكتب العلمية 1414هـ).

القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي.
الذخيرة تحقيق: محمد حجي. (بيروت: دار الغرب 1994م).

الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق: المؤلف . تحقيق: خليل
المنصور (بيروت: دار الكتب العلمية 1998م).

القرطبي محمد بن أحمد الأنصاري الأندلسي القرطبي. الجامع لأحكام القرآن
(القاهرة: دار الشعب).

الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني. بدائع الصنائع في ترتيب
الشرائع (بيروت: دار الكتاب العربي، 1982م).

الكرابيسي محمد بن الحسن الكرابيسي الحنفي. الفروق تحقيق الدكتور: محمد

طوموم.(الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية. الطبعة الأولى: 1402هـ).

محمد عثمان شبير المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي طبعة دار النفائس الأردن الطبعة السادسة 1427هـ 2007م محمود أحمد مروح مصطفى الكفالة أنواعها وطرق الإبراء منها، طبعة دار النفائس تاريخ النشر: 2003م

الماوردي علي بن محمد بن حبيب الماوردي الشافعي. الحاوي الكبير المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود (بيروت: دار الكتب العلمية، 1999 م).

المرداوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي. الإنصاف في معرفة المختار من الخلاف (بيروت: دار إحياء التراث العربي).

المرغيانى علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشداني الهداية شرح بداية المبتدئ. (دار النشر: المكتبة الإسلامية).

المطيعي محمد نجيب المطيعي. تكملة المجموع شرح المهذب (بيروت: دار الفكر 1997م).

الموصلى عبد الله بن محمد بن مودود الموصلى، مجد الدين أبي الفضل الحنفى. الاختيار لتعليل المختار (القاهرة: مطبعة الحلبي 1937 م).

النسائي أحمد بن شعيب النسائي. سنن النسائي الكبرى حقه وخرج أحاديثه: عبد الفتاح أبو غدة (حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية 1986م).

النفراوي أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي. الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني. (بيروت: دار الفكر 1415هـ).

النووي محي الدين يحيى بن شرف النووي روضة الطالبين. (بيروت: المكتب الإسلامي 1405هـ).

شرح صحيح مسلم. (بيروت: دار إحياء التراث العربي 2003 م). الهيتمي نور الدين الهيتمي. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد. المحقق: حسام الدين القدسي (القاهرة: مكتبة القدسي، 1994م).

زكريا الأنصاري زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي. أسنى المطالب في شرح روض الطالب تحقيق دمحم محمد تامر. (بيروت: دار الكتب العلمية 2000م).

شيخي زاده عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده يعرف

بداماد أفندي. مجموع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر تحقيق: خليل عمران المنصور. (بيروت: دار الكتب العلمية 1998م).
عبد الوهاب عبد الوهاب بن على المالكي. المعونة على مذهب عالم المدينة . تحقيق: محمد حسن الشافعي. (بيروت: دار الكتب العلمية 1418هـ).
مالك للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي. (بيروت: دار صادر).
مالك مالك بن أنس الأصبحي. الموطأ تحقيق: شعيب الأرنؤوط-محمد زهير الشاويش(بيروت: المكتب الإسلامي 1983م).
مسلم مسلم بن الحجاج القشيري. صحيح مسلم المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي. (بيروت: دار إحياء التراث العربي).

السيرة الذاتية

الاسم: ياسر احمد بدر أحمد

العنوان: تركيا/ إسطنبول/ اسنيورت/ يني كنت

معلومات الاتصال:

البريد الإلكتروني:

00905389108432

yasserbadr40@yahoo.com

أ.التعليم

درجة الماجستير: جامعة إسطنبول، صباح الدين زعيم: قسم التمويل

والاقتصاد الإسلامي 2018، 2019

الليسانس: اللغة العربية وآدابها والدراسات الإسلامية، جامعة القاهرة،

كلية دار العلوم 2013/04/24م

ب. الخبرات العلمية

2005- 2019 تدريس الفقه الإسلامي والمعاملات المالية

ج. مشاريعه

تكملة موسوعة الفقه على المذاهب الأربعة 20 مجلد.

د. منشوراته

1- «موسوعة الفقه على المذاهب الأربعة» وتقع في عشرين مجلدا وقد

راجعه مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف وهو مطبوع في دار

التقوى بالقاهرة. أذكر في هذا الكتاب أقوال أئمة المذاهب الأربعة

وتلامذتهم وأبين القول المختار المفتى به في كل مذهب.

2- «أحكام أهل الذمة» ويقع في مجلد وهو مطبوع في دار التقوى

بالقاهرة. أذكر في هذا الكتاب أقوال الأئمة الأعلام من المذاهب الأربعة

وغيرهم وبعض آراء العلماء المعاصرين.

3- «الجامع لأحكام الحج والعمرة وفقه نوازلهما» ويقع في مجلد وهو

مطبوع في دار التقوى بالقاهرة. ذكرت في هذا الكتاب جل المسائل التي

يحتاجها حجاج بيت الله الحرام وأذكر المسائل المحدثة التي لم يتكلم فيها

أحد من العلماء المتقدمين وأذكر آراء المجامع العلمية فيها.

4- «الخلاصة الفقهية على مذهب السادة الحنفية» ويقع في مجلدين

كبيرين وهو يطبع في دار التقوى بالقاهرة ودار الغرباء بإسطنبول. أذكر

في هذا الكتاب القول المختار المفتى به في المذهب الحنفي.

- 5- «الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية» ويقع في مجلد كبير وهو مطبوع في دار التقوى بالقاهرة ودار الغرباء باسطنبول. أذكر في هذا الكتاب القول المختار المفتى به في المذهب المالكي.
- 6- «الخلاصة الفقهية على مذهب السادة الشافعية» ويقع في مجلد كبير وهو مطبوع في دار التقوى بالقاهرة ودار الغرباء باسطنبول. أذكر في هذا الكتاب القول المختار المفتى به في المذهب الشافعي.
- 7- «الخلاصة الفقهية على مذهب السادة الحنبلية» ويقع في مجلد كبير وهو مطبوع في دار التقوى بالقاهرة ودار الغرباء باسطنبول أذكر في هذا الكتاب القول المختار المفتى به في المذهب الحنبلي- الخلاصة الفقهية على مذهب السادة الظاهرية» ويقع في ثلاث مجلدات.

