

الباب الرابع

القواعد والأحكام العامة للضمان الشخصي «الكفالة»

ويشتمل على فصلين:

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

الفصل الثاني: شروط الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون

الفصل الأول

أركان الضمان الشخصي «الكفالة» في الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي

ويندرج تحته مبحثان :

المبحث الأول : أركان الكفالة في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : أركان الكفالة في القانون

المبحث الأول

أركان الضمان الشخصي «الكفالة» في الفقه الإسلامي

يجد الباحث في كتب الفقه الإسلامي أن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد أركان الضمان الشخصي على أقوال هي:

١ الحنفية : ذهب الحنفية إلى أن للضمان الشخصي ركناً واحداً فقط هو الإيجاب والقبول؛ لأن بذلك يتحقق عقد الضمان أما ما عداه فإنما هي شروط للصحة وليست أركاناً، لأنها ليست داخلية في تكوين الضمان ولا يتحقق بها عقد الضمان. جاء في البدائع: (١) «أما الركن فهو الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب» وجاء في حاشية ابن عابدين: (٢) «وركنها. إيجاب وقبول».

٢ - يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أن أركان الضمان الشخصي هي: ضامن ومضمون ومضمون عنه ومضمون له وصيغة.

جاء في بلغة السالك: (٣) «أركانه خمسة: ضامن ومضمون ومضمون له ومضمون عنه وصيغة».

(١) بدائع الصنائع للكاتاني ٣٤٠٤/٧.

(٢) حاشية ابن عابدين ٢٨٣/٥.

(٣) نهاية السالك لأقرب المسالك، لأحمد الصاوي ١٥٥/٢.

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

وجاء في الروض المربع: ^(٥) «وأركانه: عاقد ومعقود عليه وصيغة» أي عقد الكفالة كغيره من العقود في المعاملات، وهذه الأركان التي أوردها الفقهاء للضمان وأشاروا إلى أنها خمسة لا تخرج في الحقيقة عن أربعة فقط. وهي الأركان المشتركة بين العقود في المعاملات، ذلك أن الضامن والمضمون عنه والمضمون له تندرج تحت ركني العاقلين، والمضمون هو محل العقد.

ومن ذلك نرى أن الحنفية يتفقون مع الجمهور في اعتبار الصيغة ركناً للعقد ويختلفون معهم في الأركان الأخرى – العاقدان والمعقود عليه – فالجمهور يرون أنها أركان؛ لأن وجود الضمان وقيامه لا يتأتى بدونها، على حين يرى الحنفية أنها شروط للصحة وليست أركاناً، ومنشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور يرجع إلى تحديد معنى الركن عند كل منهم، فيرى الحنفية أن الركن هو ما كان جزءاً في ماهية الشيء دون ما كان خارجاً عنه.

وعلى هذا تكون الصيغة من الإيجاب والقبول هي ركن الضمان الشخصي «الكفالة» أما ما عداها فهي أمور خارجة عن حقيقة الكفالة.

(٤) نهاية المحتاج، للرملي ٤/ ٤٣٣.

(٥) الروض المربع بحاشية العنقري / منصور البهوتي ٢/ ٢٢، مطبعة السنة المحمدية.

ويرى الجمهور أن الركن: هو مالا يتصور الشيء بدونه سواء أكان جزءاً في الماهية أو خارجاً عنها.

وعلى هذا الأساس يكون العاقدان والمحل أركاناً كذلك؛ لأنه لا يتصور وجود الكفالة بدونهما، فيكون الخلاف مبنياً على تحديد معنى الركن ولا مشاحة في الاصطلاح.

وأرى أن الأولى اعتبارها أركاناً على ما ذهب إليه الجمهور، لأنها وإن لم تكن داخلية في تكوين العقد فإن العقد يتوقف عليها، وما دام العقد متوقفاً عليها فالقول بأنها أركان أرجح لاسيما أن المآل في النهاية واحد، لأن من يرون أنها شروط يجعلون عقد الضمان يتوقف عليها، ثم إن ذلك أنسب في التقسيم العلمي والبحث.

وبناءً على ذلك سينقسم البحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في الركن الأول الصيغة

المطلب الثاني: في الركنين الثاني والثالث: العاقدان

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

المطلب الأول

في الركن الأول : الصيغة

وصيغة العقد : هي التعبير الصادر من كل من المتعاقدين الدال على إرادة إنشائه وتتكون من الإيجاب والقبول .

الإيجاب : هو أول بيان يصدر من أحد المتعاقدين معبراً عن إرادته في إنشاء العقد .

القبول : هو ما يصدر من الطرف الآخر بعد الإيجاب معبراً عن موافقته عليه .^(٦)

جاء في حاشية رد المحتار^(٧) أن : « الإيجاب هو ما يذكر أولاً من كلام أحد المتعاقدين والقبول : ما يذكر ثانياً من الآخر » .

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

١ - ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وأبو يوسف في قول له إلى أن الضمان لا يتم إلا بالإيجاب والقبول . قال في البحر^(٨)

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

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

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

الرائق: « في بيان ركنها وهو الإيجاب والقبول حتى أنها لا تتم بكفيل وحده ما لم يوجد قبول المكفول له أو قبول أجنبي لغيره » وجاء في البدائع: ^(٩) « إن الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التمليك والتمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع ».

٢ - وذهب الجمهور من المالكية والحنابلة والشافعية في أصح القولين عندهم وأبو يوسف في قوله الأخير إلى أن الكفالة تتحقق بالإيجاب فقط ولا تتوقف على قبول المكفول له ولا على علمه أو رضاه؛ لأنه مجرد التزام لا معاوضة فيه، بل هو تبرع من الكفيل فيتم بعبارة وحده. جاء في تبين الحقائق: ^(١٠) « ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركناً فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده وفي الكفالة بالنفس والمال ».

وجاء في نهاية المحتاج ^(١١) « والأصح أنه لا يشترط قبوله ولا رضاه؛ لأن الضمان محض التزام لا معاوضة فيه ».

وجاء في حاشية الرهوني: ^(١٢) « أنه لا يلزم رب الحق قبوله » أي الضمان وجاء في كشف القناع ^(١٣) كذلك: « ولا يعتبر رضا

(٩) بدائع الصنائع للكاظمي ٣٤٠٤/٧.

(١٠) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي ١٤٦/٤.

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

(١٢) حاشية الرهوني ٧/٦.

(١٣) كشف القناع، للبهوتي ٣٦٦/٣.

المضمون له ولا يعتبر معرفة الضامن لهما أي للمضمون له والمضمون عنه، لأنه لا يعتبر رضاها فكذا معرفتهما» وعدم معرفة الضامن للمضمون له وعدم اعتبار رضا المضمون له يدل على انعقاد الضمان بمجرد الإيجاب .

٣ - وذهب أهل الظاهر إلى أن الكفالة لا تنعقد إلا بالإيجاب والقبول كالحنفية، وذلك لأنهم يرون أن الدين ينتقل عندهم بموجب الضمان والكفالة إلى الكفيل، والدين حق للدائن وعلى ذلك، فلا بد من رضاه بانتقاله إلى غير المدين الأصلي وموافقته على ذلك جاء في المحلى: ^(١٤) «فمن كان له على آخر حق مال من بيع أو من غير بيع فضمن له ذلك الحق إنسان بطيب نفسه وطيب نفس الذي له الحق، فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال» .

(١٤) المحلى، لابن حزم ٨/ ١١١ .

الترجيح من عندي :

أرى أن الراجع من هذين القولين هو القول بانعقاد الضمان بالإيجاب وحده ولا يشترط قبول صاحب الحق، ذلك لأن الكفالة التزام من الكفيل بأداء الحق وذلك تصرف منه في خالص حقه، وهذا يتم بإرادته دون التوقف على قبول المكفول له ثم إن الكفالة تبرع والتزام تختلف عن التملك لاحتمالها للجهالة والتعليق بالشرط، والتمليك لا يحتمل ذلك ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبه النذر في ذلك .

صيغة الضمان :

١ - يرجح الفقهاء أن تكون صيغة الضمان باللفظ . فاللفظ هو الأصل في كشف قصد العاقد وبيان رغبته، واللفظ منه ما هو صريح وما هو كناية .

فالصريح : هو لفظ الضمان والكفالة والزعامة والغرامة والقبالة : قال النبي ﷺ : « الزعيم غارم » ^(١٥) وكقوله تعالى : ﴿ ... أَوْ تَأْتِي بِاللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ قَبِيلًا ﴾ ^(١٦) أي كفيلاً .

أما الكناية : وهي ما يفهم منه العهد والضمان بقريئة نحو دين فلان إليّ أو عندي . كما جاء في الحديث : « ومن ترك ديناً فياليّ وعليّ » . ^(١٧)

(١٥) سبق تخريجه ص ١٩٣ .

(١٦) سورة الإسراء: آية / ٩٢ .

(١٧) رواه البخاري في كتاب الكفالة من صحيحه / صحيح البخاري بشرحه فتح الباري ، لابن حجر ٤ / ٤٧٧ ، ورواه مسلم في كتاب الفرائض ١١ / ٦٠ صحيح مسلم بشرح النووي .

جاء في البدائع: ^(١٨) «الإيجاب من الكفيل أن يقول: أنا كفيل أو ضمين أو زعيم أو غريم أو قبيل أو حميل أو لك علي أو لك قبلي أو لك عندي».

وجاء في نهاية المحتاج: ^(١٩) «الصريح كضمنت دينك عليه أو تحملت أو تقلدته أو التزمته أو تكفلت ببدنه أو أنا بالمال أو بإحضار الشخص ضامن أو كفيل أو زعيم أو حميل أو قبيل، والكناية نحو دين فلان إلى أو عندي».

وجاء في الشرح الصغير ^(٢٠) في انعقاد الضمان: أنه ينعقد: «بما يدل عليه أي الالتزام من صيغة لفظية كأننا ضامن أو ضمانه علي أو غيرها».

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

(١٨) بدائع الصنائع للكاساني ٣٤٠٤/٧.

(١٩) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٤٥٤/٤.

(٢٠) الشرح الصغير، للدردير ٤٣١/٤.

(٢١) الروض المربع، لمنصور البهوتي ١٨٠/٢.

(٢٢) نفس المرجع ١٨٦/٢.

(٢٣) الإنصاف، علاء الدين المرداوي ١٩٠/٥.

الصدّاق أو بعه وأنا أعطيك الثمن ونحو ذلك» .

ويفهم من هذه النصوص في المذاهب الفقهيّة المختلفة أن الضمان ينعقد بكل لفظ يدل على التزام الموجب وتعهدّه بما التزم به .

هذا فيما يختص بالإيجاب، أما القبول عند من يقول به فيصح بكل لفظ يدل عليه كقوله : قبلت أو رضيت ونحو ذلك . جاء في البدائع :^(٢٤) وأما القبول من الطالب فهو أن يقول : قبلت أو رضيت أو هويت أو ما يدل على هذا المعنى» .

٢ - انعقاد الضمان بغير اللفظ :

ينعقد الضمان الشخصي بإشارة الأخرس إذا كانت تدل على أنه يريد الضمان وينعقد بالكتابة، كذلك إذا دلت القرينة على المطلوب وذلك لقيامها مقام اللفظ .

جاء في الشرح الصغير :^(٢٥) «أو غيرها كإشارة مفهومة أو كتابة» أي غير الصيغة اللفظية . وجاء في نهاية المحتاج :^(٢٦) «إذ مثله الكتابة مع النية وإشارة أخرس مفهومة» . وجاء في كشف القناع :^(٢٧) «ويصح الضمان من أخرس بإشارة مفهومة كسائر تصرفاته، لأنها كاللفظ في الدلالة على المراد» .

(٢٤) بدائع الصنائع، للكاساني ٣٤٠٤/٧ .

(٢٥) الشرح الصغير، للدردير ٤٣١/٤ .

(٢٦) نهاية المحتاج، للرملي ٤٥٤/٤ .

(٢٧) كشف القناع، للبهوتي ٣٦٣/٣ .

ويشترط الحنابلة لانعقاد الضمان من الأخرس بالكتابة أن تدل قرينة على أنه يريد بذلك الضمان ولا يقصد العبث . جاء في كشف القناع: (٢٨) «ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن إشارة يفهم بها عنه أنه قصد الضمان؛ لأنه قد يكتب عبثاً أو تجربة قلم» . ويفهم من ذلك أن الضمان ينعقد بالكتابة مع القرينة وبالإشارة من الأخرس إذا كانت تدل على المقصود منها .

المطلب الثاني

في الركنين الثاني والثالث : «العاقدان» :

والعاقدان هما طرفا العقد اللذان لا يتم انعقاده إلا بهما، ولا بد أن يكون كل من العاقدين ممن يتوافر فيه أهلية الأداء ليتسنى له مباشرة العقد، وذلك بأن يكون كل منهما بالغاً عاقلاً رشيداً غير محجور عليه .

وأهلية الأداء : هي صلاحية الإنسان لصدور الأفعال والأقوال منه على وجه يعتد به شرعاً . (٢٩)

صفات الأهلية :

- لا بد من توفر صفات معينة في كل من العاقدين . وتوفر تلك الصفات يكسب المتعاقد أهلية مباشرة العقد .

- والمقصود بأهلية العاقدين : أن يكون كل منهما متمتعاً بالصفات التي تسوغ له شرعاً مباشرة العقد . (٣٠)

١ - البلوغ : يتفق الفقهاء على أن من علامات البلوغ : الاحتلام وإنزال المنى للذكر والأنثى ، وتختص الأنثى بالحيض والحمل ، ويختلفون فيما عدا ذلك من العلامات .

فيرى المالكية والشافعية والحنابلة أن نبات الشعر الخشن حول قبل

(٢٩) الوسيط في الفقه الإسلامي د/ وهبة الزحيلي، ص ١٧١ .

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

أحدهما معدّة من علامات البلوغ في الذكر والأنثى .

ويرى أبو حنيفة أنه لا اعتبار به، لأنه نبات شعر فأشبهه نبات شعر سائر البدن .

ويرى المالكية أن من علامات البلوغ كذلك نتن الإبط، وفرق أرنبة الأنف، وغلظ الصوت، ويخالفهم الجمهور فلا يرون ذلك علامة على البلوغ .

فإذا لم يكن شيء من تلك العلامات فإن الفقهاء يتفقون على أن البلوغ يكون بالسن إلا أنهم اختلفوا في تحديد السن المعتبر للبلوغ على النحو التالي:

١ - فيرى أبو حنيفة أن بلوغ الذكر يكون بإتمامه ثماني عشرة سنة، وبلوغ الأنثى يكون بإتمام سبع عشرة سنة .

٢ - أما المالكية فإنهم اختلفوا في ذلك إلا أن المشهور هو اعتبار تمام ثماني عشرة سنة حداً لبلوغ الذكر والأنثى .

٣ - وأما الشافعية والحنابلة فإنهم متفقون على تحديد سن البلوغ بخمس عشرة سنة في الذكر والأنثى ^(٣١) «لحديث ابن عمر -رضي الله عنهما - قال: عرضت على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة

(٣١) مواهب الجليل، للحطاب ٥/٥٩ وتكملة فتح القدير على شرح الهداية / لقاضي زاده ٧/٣٢٣ المكتبة التجارية الكبرى بمصر، وراجع كشاف القناع للبهوتي ٣/٤٤٣ . والغرر البهية شرح البهجة لزكريا الانصاري ٣/١٢٣ .

سنة فلم يعجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فاجازني». (٣٢)

وتحديد وقت البلوغ بسن معينة ولو كانت مرتفعة جائز، لأنه مما تقتضيه المصلحة، فقد تعقدت المعاملات وإجراءاتها، كما أن الأخلاق العامة قد تردت وكثر تفنن المحتالين في سلب أموال الناس وفي التحديد بسن مناسبة زيادة احتياط في حماية الناشئين وصيانة ذمهم وأموالهم.

ويتفق الفقهاء على أنه لا بد لمن يباشر الضمان أن يكون بالغاً؛ لأن الضمان من التبرعات، ولا بد لمن يباشره أن يكون أهلاً للتبرع بكونه:

١ - بالغاً، وقد جاء ذكر البلوغ في المذاهب الفقهية المختلفة. فجاء في البدائع: (٣٣) «ومنها البلوغ فلا تنعقد كفالة الصبي» وجاء في الشرح الصغير: (٣٤) «التزام مكلف لا صبي... فالواقع من الصبي فاسد يجب رده» وجاء في تكملة المجموع: (٣٥) «ويصح ذلك من جائز التصرف في ماله، فأما من يحجر عليه لصغر... فلا يصح؛ لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح من الصبي».

وجاء في المغني: (٣٦) «يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله ولا

(٣٢) رواه البخاري ومسلم، فاخرجه البخاري في كتاب المغازي ١٣٧/٥ ومسلم في باب بيان سن البلوغ ٣١/٦.

(٣٣) بدائع الصنائع للكاساني ٣٤١١/٧.

(٣٤) الشرح الصغير، للدردير ٤٢٩/٣.

(٣٥) تكملة المجموع شرح المذهب ١/١٤. للمطيمي.

(٣٦) المغني، لابن قدامة ٤٩٨/٤.

يصح من صبي غير مميز بغير خلاف؛ لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح كالنذر».

٢ - العقل: لابد لمن يباشر الضمان أن يكون عاقلاً فإذا باشره غير عاقل فإن تصرفه لا يعتبر ولا قيمة له. فالصبي غير المميز والمعتوه^(٣٧) والمجنون^(٣٨) لا تعتبر أهليتهم ولا يصح منهم عقد الضمان؛ لأنه عقد تبرع، ولا يكون إلا ممن هو أهل للتبرع. وجاء في البدائع^(٣٩): «منها العقل: من شرائط الانعقاد لهذا التصرف فلا تنعقد كفالة المجنون لأنها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع». وجاء في بلغة السالك^(٤٠): «التزام مكلف. فالواقع من المجنون فاسد يجب رده» وجاء في تكملة المجموع^(٤١): «فأما من يحجر عليه لصغر أو جنون فلا يصح ضمانه». وجاء في كشف القناع^(٤٢): «فلا يصح ضمان من مجنون ولا صبي ولو مميزاً أي أنهم يشترطون العقل لانعقاد الكفالة».

(٣٧) العته: آفة توجب خللاً في العقل، فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه مرة كلام العقلاء ومرة كلام المجانين. كشف الاسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ٢٧٤/٣ دار الكتاب العربي لبنان.
(٣٨) المجنون: هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال على نهجه إلا نادراً. التقرير والتحجير لابن أمير الحاج ١٧٣/٢ المطبعة الكبرى الأميرية بمصر، الطبعة الأولى ١٣١٦ هـ.

(٣٩) البدائع للكاساني ٣٤١١/٧.

(٤٠) بلغة السالك، لأحمد الصاوي ١٥٥/٢.

(٤١) تكملة المجموع، للطبعي ٩/١٤.

(٤٢) كشف القناع، للبهوتي ٣٦٦/٣.

٣ - الرشد : هو البصيرة المالية التي يكون بها الشخص حسن التصرف بالمال . وبهذا يقول جمهور الفقهاء ^(٤٣) وقال الشافعي : إن الرشد هو صلاحه في دينه وماله . ^(٤٤) ولا يعدُّ الإنسان رشيداً بمجرد بلوغه، بل لابد من ثبوت الرشد بعد الاختبار فمن بلغ سفيهاً ^(٤٥) فإنه لا يصح منه الضمان؛ لأنه من التبرعات، ولا بد لمن يباشر ذلك أن يكون رشيداً.

جاء في حاشية الدسوقي : ^(٤٦) « وصح الضمان ولزم من أهل التبرع ولا يصح من سفيه » وجاء في نهاية المحتاج : ^(٤٧) « وشرط الضامن ليصح ضمانه الرشد ».

وجاء في كشاف القناع : ^(٤٨) « ولا يصح الضمان من سفيه لعدم صحة تصرفه ».

ويقول الجمهور يقول أصحاب أبي حنيفة.

غير أن أبا حنيفة يرى أن السفیه يحجر عليه إلى أن يبلغ الخامسة

(٤٣) المدخل الفقهي العام، للأستاذ مصطفى الزرقاء ٢/ ٧٨٢.

(٤٤) الام، للشافعي ٣/ ١٩١ المطبعة الكبرى الاميرية بمصر ١٣٢١ هـ.

(٤٥) السفه في اللغة: الخفة، وعند الفقهاء: وخفة نبعت الإنسان على العمل في ماله بخلاف مقتضى العقل مع عدم اختلاله؛ تيسير التحرير، لمحمد أمين المعروف بامير بادشاه ١/ ٣٥ مطبعة الحلبي بمصر ١٣٥٠ هـ.

(٤٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٣٣٠.

(٤٧) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للرملي ٤/ ٤٣٣.

(٤٨) كشاف القناع، للبهوتي ٣/ ٣٦٦.

والعشرين من العمر، ثم بعد ذلك تطلق له حرية التصرف وتسلم له أمواله يتصرف فيها؛ وذلك لأن منعه من التصرف وتسلم أمواله من باب التأديب له وبعد بلوغه هذه المرحلة من العمر لا يجدي فيه التأديب، لأنه قد صلح أن يكون جداً^(٤٩) وعلى هذا يصح منه الضمان بعد بلوغه هذا السن ولو كان سفيهاً.

ولكن الراجح هو قول الجمهور: وهو عدم صحة تصرف السفیه ولو بلغ ما بلغ من السن حتى يتبين منه الرشد؛ لأن العلة التي حجر عليه من أجلها هي السفه، وهي موجودة فيه بعد بلوغه السن المشار إليه.

٤ - الحرية: والمراد بذلك: أن يكون كل من يباشر الضمان حراً ليس بمملوك فالعبد لا يصح منه الضمان ولو أذن له سيده بالتجارة؛ لأن هذا تبرع ولا يصح ممن لا يملك التبرع، أما إذا أذن له سيده بالضمان فيصح.

جاء في تبين الحقائق: ^(٥٠) «أن يكون الكفيل من أهل التبرع حتى لا يصح ممن لا يملك التبرع كالعبد المأذون له في التجارة؛ لأنها تبرع والعبد لا يملك التبرع بدون إذن مولاه».

وجاء في الشرح الصغير: ^(٥١) «فلا يصح من الرقيق ولو مكاتباً

(٤٩) المبسوط، للسرخسي ٢٤/١٦١ دار المعرفة للطباعة لبنان - الطبعة الثانية.

(٥٠) تبين الحقائق، للزيلعي ١٤٦/٤.

(٥١) الشرح الصغير، للدردير ٣/٤٣٠.

ومستولدة ومبعضاً بغير إذن السيد»: وجاء في كشف القناع: (٥٣)
«ويصح ضمان العبد بإذن سيده، لأنه لو أذن له في التصرف لصح
فكذا هنا».

أما الظاهرية فيرون انعقاده من العبد مطلقاً. جاء في المحلى: (٥٤)
«مسألة: وحكم العبد والحر والمرأة والرجل والكافر والمؤمن سواء
لعموم النص ولم يأت نص بالفرق بين شيء مما ذكرنا».

ولكن رأي الجمهور أرجح؛ ذلك أن الضمان يتضمن إيجاب مال
على الضامن بهذا التصرف، فلا بد أن يكون من يباشره أهلاً
لإجرائه، كما أن الضمان تبرع والمملوك لا يملك نفسه فكيف يملك
التبرع دون إذن سيده وموافقته.

(٥٣) كشف القناع، للبهوتي ٣/٣٦٦.

(٥٤) المحلى، لابن حزم ٨/١١٧.

المطلب الثالث

في الركن الرابع : المعقود عليه : «محل العقد»

هذا هو الركن الرابع وهو المعبر عنه في الضمان بالمضمون، وهو الحق الملتمزم به لصاحب الحق، وهو إما أن يكون عيناً أو ديناً أو نفساً، أو فعلاً ليس بدين ولا عين ولا نفس .

فالعين المضمونة كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد .
والدين سواء كان الدين ثابتاً أو مستقبلاً على خلاف للفقهاء في ذلك سيأتي بيانه .

أما النفس : فالمقصود ضمان إحضار من عليه حق مالي عند الطلب .
وأما الفعل فالمقصود به : ضمان فعل التسليم كضمان تسليم المبيع والرهن . ولا بد أن يكون المضمون واجباً أو مآله إلى الوجوب، كقوله : ضمنت لك ما تدان به فلاناً أو ما تقوم به البينة عليه .

ولا بد أن يكون الضمان معلوماً إذا كان بجزء من الدين، ولا يجوز أن يكون مبهماً كجزء منه أو حظ أو شيء؛ لأنه مجهول ولا يؤول إلى العلم .
ويصح ضمان المهر والجعل في المسابقة والمناضلة وأرش الجناية ونفقة الزوجة .

ولا يصح ضمان دين الكتابة؛ لأن المكاتب له تعجيز نفسه والامتناع من الأداء ولا يصح ضمان الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة ومال الشركة والمضاربة.

ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد لله تعالى لإقامة الحد؛ لأن ذلك لا يمكن استيفاءه من الكفيل كحد الزنا والسرقة والشرب.

ولا تصح الكفالة بغير معين كقوله: كفلت أحد هذين المدينين لعدم علم المكفول في الحال ولا في المآل فلا يمكن تسليمه.

ولا يصح ضمان الجزية ولو بعد حلولها؛ لأن أخذها من الضامن يفوت الصغار من المضمون عنه. (٥٥)

(٥٥) بدائع الصنائع للكاساني ٣٤١٥/٧ ومواهب الجليل، للحطاب ١١٠/٥ ونهاية المحتاج، للرملي ٤٣٨/٤ وكشاف القناع، للبهوتي ٣٦٩/٣.

المبحث الثاني

أركان الكفالة في القانون

ويندرج تحته أربعة مطالب :

المطلب الأول : الركن الأول : الرضا .

المطلب الثاني : الركن الثاني : المحل .

المطلب الثالث : الركن الثالث : السبب .

المطلب الرابع : الركن الرابع : الأهلية .

المبحث الثاني

أركان الكفالة في القانون الوضعي

يرى القانونيون أن للعقود أركاناً أربعة ومن تلك العقود عقد الكفالة وهذه الأركان هي :

١ (الرضا . ٢ (المحل . ٣ (السبب . ٤ (الأهلية .

وبعض القانونيين لا يجعلون الأهلية ركناً مستقلاً بذاته وإنما هو داخل في الركن الأول وهو الرضا؛ لأن الرضا لا يُعدُّ صحيحاً إلا إذا كان صادراً عن ذي أهلية .

وينقسم هذا البحث إلى أربعة مطالب هي :

١ - المطلب الأول : في الركن الأول « الرضا »

٢ - المطلب الثاني : في الركن الثاني « المحل »

٣ - المطلب الثالث : في الركن الثالث « السبب »

٤ - المطلب الرابع : في الركن الرابع « الأهلية »

المطلب الأول

الركن الأول «الرضا»

والرضا: هو القبول بالاختيار التام الخالي عن شائبة الإكراه والغلط والتدليس، ولقد تكلم القانون المدني المصري الجديد عن الرضا في المواد ٨٩ - ١٣٠ وكذلك القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٠٨ وما بعده. (٥٦)

ووجود الرضا لازم لانعقاد العقد، ويوجد الرضا بأن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين. (٥٧) ويكون التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً. كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود كعرض التاجر السلعة على الجمهور مع ذكر أثمانها فإنه يُعدّ إيجاباً صريحاً. (٥٨) نصت على ذلك المادة ٩٠ من القانون المدني المصري بقولها: «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة والإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود».

وينعقد الاتفاق على الكفالة برضا الكفيل والدائن، لأنها من العقود الرضائية، أما المدين فليس طرفاً في الكفالة، ويمكن أن تنعقد الكفالة دون

(٥٦) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنيهوري ١/ ٨٤.

(٥٧) مصادر الالتزام د/ عبد المنعم الصده ص ٧٩ مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ١٩٦٠م.

(٥٨) نظرية العقد والإرادة المنفردة د/ محمد حسني عباس، ص ٣٦ مكتبة النهضة المصرية ١٩٥٤م.

علمه أو حتى رغم معارضته . وقد نصت المادة ٧٧٥ مدني مصري على أنه «تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجاوز أيضاً رغم معارضته» ويقابل هذا النص المادة ٧٤١ مدني سوري، والمادة ١٠٦٢ من قانون الموجبات اللبناني ويعبر الفقهاء المسلمون عن هذا الركن بالصيغة: وهي: الإيجاب والقبول. وإن التعبير بالإيجاب والقبول أوضح من التعبير بإرادتين متطابقتين.

ويتفق القانون مع الفقه الإسلامي في معنى الإيجاب والقبول، وفي اتحاد مجلس العقد، وفي وجوب تطابق الإيجاب والقبول.

عيوب الرضا: إذا صدر الإيجاب والقبول عن رضا انعقد العقد، لكن قد يعرض للرضا ما يشوبه من العيوب التي تمنع انعقاد العقد وهذه العيوب هي: الإكراه والتدليس والغلط.

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

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

٢ - رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد، وهذا هو العنصر النفسي، ومتى توافر هذان العنصران فقد وجد الإكراه وفسدت الإرادة سواء كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين أو من الغير أو من ظروف خارجية.

(٥٩) الحقوق التجارية البرية د/ هشام فرعون، ص ١١٣ الطبعة الثالثة ١٣٩٤ هـ.

والمكره الذي وقع عليه الإكراه قد اختار أهون الضررين وأراد إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة؛ لأنها لم تكن حرة مختارة.

وإنما يعدم الإكراه الإرادة إذا انتزعت عنوة لا رهبة، كما إذا أمسك المكره بيد المكره وأجرى القلم في يده بالتوقيع على الالتزام. وفي حالة فساد الإرادة يكون العقد قابلاً للإبطال، وذلك كما لو حمل الزوج زوجته بما له عليها من شوكة أن تكفله بدين كبير وهي تعلم أن زوجها لا يستطيع وفاء هذا الدين بشرط أن يكون الدائن الذي أبرم الكفالة مع الزوجة يعلم أو يستطيع أن يعلم بما شاب رضاء الزوجة من إكراه نتيجة لضغط زوجها.

أما في حالة انعدام الإرادة فإن العقد يكون باطلاً^(٦٠) جاءت بذلك المادة ١٢٧ من القانون المدني المصري، ويطابق ذلك المادة ١٢٨، ١٢٩ من التقنين المدني السوري، والمادة ٢١٠، ٢١١ من قانون الموجبات اللبناني. وقد جاء تعريف الإكراه وما يتعلق به في المواد ١١٢ - ١١٦ من القانون المدني العراقي، فجاء تعريف الإكراه بأنه «إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه». وهو أقرب ما يكون إلى الفقه الإسلامي في ذلك. ولقد تناول الفقهاء الإكراه في بحوثهم، بل وأفرد بعضهم له بحثاً مستقلاً.

(٦٠) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٧٧/٢ للسنة ١٣٩٧، معهد البحوث والدراسات العربية الطبعة

فجاء تعريف الإكراه بأنه: فعل يفعله المرء بغيره فينتقص به رضاه أو يفسد به اختياره^(٦١) ويقسمه الفقهاء إلى قسمين:

١ - إكراه تام أو ملجئ: وهو ما كان فيه خشية إتلاف نفس أو تعطيل عضو ونحو ذلك، وسواء وقع على المكروه أو على من يحرص عليه كآبيه وابنه وزوجته، وهذا يفقد الرضا ويفسد الاختيار.

٢ - إكراه ناقص أو غير ملجئ: وهو ما كانت وسيلته لا توجب إلا ألماً خفيفاً أو غماً يسيراً كضرب يسير أو تهديد به. وهذا يفقد الرضا ولا يفسد الاختيار.^(٦٢)

قال السنهوري: «والفقه الإسلامي عندما يتناول نظرية الإكراه يتبسط فيها ويفيظ في تفصيلاتها، حتى إنه ل يتميز عن الفقه الغربي في هذه النظرية، بأنه يجعل الجزاء عليه أشد من الجزاء على عيوب الإرادة الأخرى ويفصل كيف يرجع العاقد الذي وقع عليه الإكراه على المكروه بالضمنان جزاء إكراهه.^(٦٣) «ومن هذا نرى تميز الفقه الإسلامي على القانون في هذه الناحية.

ثانياً التدليس: هو استعمال طرق احتيالية بقصد تضليل المتعاقد لحمله على التعاقد^(٦٤)، كأن يستعمل الدائن طرقاً ووسائل احتيالية لحمله

(٦١) المبسوط، للسرخسي ٣٨/٢٤.

(٦٢) المدخل الفقهي العام / مصطفى الزرقاء ١/٣٦٨.

(٦٣) مصادر الحق في الفقه الإسلام، للسنهوري ٢/١٨٤.

(٦٤) أصول الالتزامات في القانون المدني د/ مختار القاضي، ص ٣٩ دار النهضة العربية في القاهرة ١٩٦٧.

آخر على كفالة المدين، كأن يوهم الدائن غشاً ملاءة المدين الأصلي فإذا به غير مليء أو أوهمه بوجوب ضمانات أخرى للمدين اعتمد عليها الكفيل فإذا بهذه الضمانات غير موجودة.

ويترتب على هذا التدليس إبطال عقد الكفالة إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، كما يبطل عقد الكفالة إذا كان التدليس صادراً من الغير بشرط إثبات أن المتعاقد كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به. جاء ذلك في المادتين ١٢٥، ١٢٦ مدني مصري، ويتفق معها في الأحكام كل من القانون المدني السوري في المادة ١٢٦، ١٢٧ والقانون اللبناني في المادتين ٢٠٨، ٢٠٩، أما القانون المدني العراقي فقد أريد به التوفيق بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون الغربي، فقد جاء في المواد ١٢١، ١٢٢، ١٢٣ الكلام عن التدليس، وقد اعتبر العقد الذي يصدر وقد غرر فيه أحد المتعاقدين موقوفاً على إجازة العاقد المغبون ثم بين أنواع التغيرير، وهكذا نجد أن القانون العراقي قد تأثر بالفقه الإسلامي في كثير من مواده.

وقد جاء بحث ذلك في الفقه الإسلامي وتحدث عنه الفقهاء، ويطلق عليه بعضهم التغيرير ويعرفه بأنه: «الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة لترغيب أحد المتعاقدين في العقد وحمله عليه». (٦٥)

ويقسمه الفقهاء إلى قسمين فعلي وقولي:

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

والقولية : وهو ما نتج من القول، كالتغريب في السعر مثل : أن يقول البائع للمشتري إن ثمن السلعة كذا ولن تجد أقل منه، فيكون كلامه منافياً للواقع، حيث استغله وغرر به ليستفيد من عدم خبرته بالسوق، على حين أنه يستطيع أخذ سلعة مثلها أقل منها ثمناً بكثير.

وينشترط في تأثير التغريب أو التدليس على الرضا بالعيب أن يكون صادراً عن أحد المتعاقدين ومؤثراً في العاقد الآخر، وبذلك يؤدي إلى إبطال العقد. (٦٦)

وهكذا نجد أن الفقهاء المسلمين قد أفاضوا في ذلك وبينوه غاية البيان قال السنهوري: «لذلك وصل الفقه الإسلامي في هذه النظرية إلى مدى بعيد». (٦٧)

ثالثاً: الغلط : هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، بحيث لو تبينها المتعاقد لما أقدم على التعاقد. (٦٨) وذلك كالغلط بالنسبة لذات العاقدين يكون سبباً في إبطال عقد الكفالة.

والغلط الجوهرية هو الذي يبلغ في نظر المتعاقد الذي وقع في الغلط

(٦٦) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية / صبحي محمصاني ٢/ ٤٢٥ .

(٦٧) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، للسنهوري ٢/ ١٤٩ .

(٦٨) نفس المرجع السابق ٢/ ٩٨ .

حداً من الجسامة، بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو كان على بينة من أمره ولم يقع في الغلط سواء في ذلك أن يقع الغلط في الشيء أو في الشخص أو في القيمة أو في الباعث.

جاء ذلك في المواد ١٢٠، ١٢١ من القانون المدني المصري والمواد ١٢١، ١٢٢ من القانون السوري، وكذلك في المواد من ١١٧ - ١٢٠ من القانون المدني العراقي، وهو أقرب من القوانين العربية الأخرى للفقهاء الإسلامي في بيان الغلط وأحكامه.

والفقهاء وإن لم يدرسوا الغلط بصورة عامة في العقود كعيب في الرضا إلا أنهم نظروا إليه من ناحية الجهل النافي للنية الحقيقية واعتبروه سبباً لإبطال التصرفات في كثير من الأحوال والمسائل، وهكذا يكون الغلط نوعاً من الجهل. فجاء تعريفه بأنه: «الشعور بالشيء على خلاف ما هو به.» (٦٩) وهو ينقسم إلى قسمين:

١ - الغلط الواقع على جنس المعقود عليه كما لو باع فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج. وهذا يكون البيع باطلاً فيه.

٢ - الغلط في الوصف المرغوب: كما لو باع بقرة على أنها حلوب فبانت بخلاف ذلك، فللمشتري خيار الوصف. (٧٠)

(٦٩) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، لابن نجيم، ص ٣٠٣.

(٧٠) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية / صبحي محمصاني ٢ / ٤٢٠. ويثبت خيار الوصف للمشتري فيما لو اشترى مالا بوصف مرغوب فظهر البيع خالياً عن ذلك فإنه يكون مخيراً إن شاء فسخ العقد وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى.

المطلب الثاني

الركن الثاني «المحل»

من أركان العقد التي لا ينعقد إلا بوجودها: المحل . والمحل في القانون قد يكون مالا وقد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل، والذي يقع غالباً هو كفالة الالتزام الذي يكون محله مبلغاً من النقود، فيأتي المقرض مثلاً بكفيل يضمنه لدى المقرض في المبلغ من النقود الذي اقترضه، وقد يكون محل الالتزام نقل ملكية عقار أو منقول لا مبلغاً من النقود، فيأتي البائع مثلاً بكفيل يضمنه لدى المشتري في التزام الأول بنقل ملكية المبيع إلى الثاني، كذلك يجوز للمقاول الذي تعاقد مع صاحب العمل على إقامة منشآت أن يأتي بكفيل يضمنه في التزامه بهذا العمل . ويجوز لتاجر ملتزم بعدم منافسة تاجر آخر يأتي بكفيل يضمنه في الالتزام بعدم المنافسة .

وقد يضمن الكفيل ما يحكم به على المدين الأصلي من تعويض من جراء إخلاله بالالتزام الأصلي المكفول وبموجبه يفي الكفيل بهذا الالتزام بإعطاء شيء غير النقود، أو من جراء إخلاله بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل^(٧١).

ومن هذا نرى أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامي بصلاحيته أن يكون محل الكفالة مالا أو عملاً أو تسليمًا، وكل ما يمكن أن يندرج تحت واحد منها شريطة أن يكون مشتملاً على ربا أو غيره مما تحرمه الشريعة الإسلامية .

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

المطلب الثالث

الركن الثالث : «السبب»

السبب: هو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الالتزام. (٧٢)

ولابد لانعقاد عقد الكفالة وغيره من العقود أن يكون السبب مشروعاً، نصت على ذلك المادة ١٣٦ من القانون المدني المصري بقولها: «إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً».

وهدف الكفالة: هو ضمان التزام شخص آخر يتعهد بالوفاء إن لم يف به الشخص الأصلي، ويجب ألا يكون وراء الكفالة باعث غير مشروع وإلا بطلت الكفالة بسبب عدم مشروعية هدفها. ولا يجوز أن تهدف الكفالة إلى الخروج على أحكام القانون، وذلك كما لو كان القصد منها ضمان التزام لا يقره القانون لعدم مشروعية مصدره، كضمان ما ينشأ من ديون عن القمار أو شراء مخدرات أو أسلحة تباع للمدين في غير الأحوال التي يبيح فيها القانون التعامل على مثل هذه الأشياء، أو ضمان التزام المدين بمقابل لارتكاب عمل غير مشروع، وتكون الكفالة غير مشروعة إذا قصد منها تحقيق غاية غير مشروعة خاصة به، كما لو كفل دين امرأة لترضى بعلاقة غير مشروعة معه. وعلى العموم تكون الكفالة غير مشروعة إذا

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

كان القصد منها تشجيع تعامل مخالف للقانون . وبطلان الكفالة في تلك الصورة ينتج عن عدم مشروعية سبب الكفيل باعتباره الباعث الدافع إلى الالتزام بالكفالة . (٧٣)

ويتفق القانون مع الشريعة الإسلامية في أنه لا بد أن يكون سبب الكفالة مشروعاً، لكنهما يختلفان عند التطبيق فما يراه الشرع محرماً وممنوعاً قد يبيحه القانون، وما يراه القانون ممنوعاً قد تبيحه الشريعة وتجزئه . فنجد أن القانون يتفق مع الشريعة في أنه يعتبر التعامل بالربا الفاحش وتعاطي المخدرات غير جائز ولا يجوز الكفالة فيها، وتختلف الشريعة في أنها تمنع التعامل بالربا مطلقاً كثيره وقليله لقوله تعالى: ﴿... وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ...﴾ . (٧٤)

كما أن الشريعة تحرم التعامل ببيع لحم الخنزير أو الخمر ولا يجوز الكفالة فيهما لقوله تعالى: ﴿... حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ ...﴾ . (٧٥) وقوله تعالى: ﴿... إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ...﴾ . (٧٦) والقانون يرى أن الكفالة في ذلك جائزة لشرعية سببها عنده .

والفرق بين المحل والسبب أن المحل هو ما تنعقد عليه الكفالة من مال

(٧٣) التأمينات الشخصية والعينية / جميل الشرفاوي ص ٥١ .

(٧٤) سورة البقرة: آية ٢٧٥ .

(٧٥) سورة المائدة: آية ٣ .

(٧٦) سورة المائدة: آية ٩٠ .

أو عمل أو امتناع عن عمل، أما السبب فهو الذي يدفع الشخص ويبحث في نفسه الرغبة إلى التعاقد، كالاتفاق على ضمان دين لتنمية التجارة المحلية.

والسبب بمعنى الباعث قد قرره الفقهاء المسلمون، ذلك أن قيام إنسان بهبة آخر سببه إرادة الثواب والخير، أي أن الباعث الذي دفعه إلى ذلك هو رجاء الثواب وحسن الجزاء، كما أن عقد الزواج سببه التناسل والمودة.

جاء في الموافقات: ^(٧٧) «إن كل فاعل عاقل مختار إنما يقصد بعمله غرضاً من الأغراض».

وجاء في أعلام الموقعين: ^(٧٨) «إن القصود في العقود معتبرة وإنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة».

كما جاء في المستصفى ^(٧٩): «إن العقد له سبب منصوب لحكم إذا أفاد حكمه المقصود منه، يقال: إنه صح وإن تخلف عنه مقصوده يقال إنه بطل» وجاء في الفروق ^(٨٠): «كل سبب لا يحصل مقصوده لا يشرع».

فمن هذه النصوص نرى أن علماء الشريعة يصرحون بأن لكل عقد غرضاً وسبباً مقصوداً، ومن الأمثلة التي تدل على مراعاة الفقهاء للسبب،

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

(٧٨) أعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم ٩٦/٣ دار الجيل بيروت.

(٧٩) المستصفى للفرغاني ٦١/١ المكتبة التجارية الكبرى بمصر، الطبعة الأولى ١٣٥٦.

(٨٠) الفروق، لأحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي ١٧١/٣ مطبعة دار إحياء الكتب العربية، الطبعة

الأولى ١٣٤٦هـ.

ما روي عن أحمد بن حنبل أنه قال في هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك فإن سببها استدامة النكاح، فإن طلقها فلها الرجوع فيها. ^(٨١) ذلك أن الباعث لهبة المرأة إنما هو المحافظة على بقاء النكاح وبالطلاق يزول ذلك، فيكون من حقها أخذ ما تنازلت عنه.

ولقد راعى الفقهاء في السبب كونه مباح الغرض، ولذلك جاء في المذهبين الحنبلي والظاهرى وفي أحد قولى المذهب المالكي تحريم بعض العقود لعدم إباحة غرضها. ^(٨٢) وذلك كقولهم ببطالان بيع كل شيء يقصد به غرض محرم كبيع العنب والتمر لمن يتخذه خمرًا.

ولقد جاء في النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية «والخلاصة التي نراها هي: أن النظرية السببية الإسلامية نظرية معنوية مبنية على تحري الإرادة والغرض والقصد». ولقد ذكر كذلك أن التعريف الذي يمكن أن يستخلص من نصوص الفقهاء هو: أن السبب عندهم يراد به الغرض المباشر المقصود في العقد. ^(٨٣)

ومن هذا نعلم أن الفقهاء المسلمين يرون أن السبب لابد أن يكون موجوداً ومباحاً وصحيحاً حتى يصح العقد معه.

(٨١) القواعد في الفقه الإسلامي لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب، ص ٣٤٨ مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى ١٣٩٢ هـ.

(٨٢) المغني والشرح الكبير، لابن قدامة المقدسي ٤/ ٤٠ والمجلد لابن حزم ٩/ ١٥٤٢ ومواهب الجليل، للحطاب ٤/ ٢٦٧.

(٨٣) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة ٢/ ٣٤٦ صبحي محمضاني.

المطلب الرابع

الركن الرابع «الأهلية»

الأهلية: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه وصلاحيته لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها، وتنقسم الأهلية إلى قسمين:

١ - أهلية وجوب: ويعرفها القانون بأنها صلاحية الشخص لتكون له حقوق وعليه واجبات.

٢ - أهلية أداء: وهي صلاحية الشخص لصدور الأفعال عنه على وجه يعتد به شرعاً. (٨٤)

وصلاحية الكفيل لإبرام الكفالة شرط بدهي لم تنص عليه المادة ٧٧٤ مع أنها قد اشترطت بعض الشروط في الكفيل، لأن توافر الأهلية شرط لصحة كل تصرف قانوني. والكفالة تعتبر بحسب الأصل من أعمال التبرع، والمتبرع هو الكفيل، وإذا توافرت في الكفيل أهلية الالتزام بالكفالة عند إبرامها فإن كفالته تظل قائمة وصحيحة ولو فقد أهليته بعد ذلك.

فإذا كان الكفيل متبرعاً فتعتبر الكفالة من الأعمال الضارة ضرراً محضاً فلا تنعقد إلا إذا كان رشيداً غير محجور عليه، فتعتبر كفالة الصبي المميز أو من في حكمه باطلة بطلاناً مطلقاً. وأما إذا كفل في مقابل عوض فتعتبر الكفالة من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال

(٨٤) الوسيط في نظرية العقد د/ عبد المجيد الحكيم، ص ٢٠٥ شركة الطبع والنشر الأهلية - بغداد.

إذا كان صبيًا مميزًا أو محجورًا عليه للسفه أو الغفلة. أما الدائن فإذا لم يلتزم بشيء في مقابل التزام الكفيل، كانت الكفالة بالنسبة إليه من الأعمال النافعة نفعًا محضًا، فيكفي لصحتها أن يكون صبيًا مميزًا. وإذا التزم بشيء في مقابل التزام الكفيل كانت الكفالة بالنسبة إليه من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال إذا كان صبيًا مميزًا أو من في حكم الصبي المميز.^(٨٥)

ومن هذا نرى أن القانون يتفق مع الشريعة في أنه لا بد أن يكون من يباشر عقد الكفالة متمتعًا بأهلية الأداء وهي أهلية التصرف والمعاملة بأن يكون بالغًا عاقلًا ورشيدًا غير محجور عليه لسفه أو غفلة أو عته. لكنه يختلف مع الشريعة في تحديد سن البلوغ، فالقانون المدني المصري يرى أن سن الرشد الذي يجوز معه مباشرة التصرفات والعقود هو إحدى وعشرون سنة، وأن الشخص قبل بلوغه هذه المرحلة من العمر لا يعتد بتصرفاته ولو كان رشيدًا عاقلًا إلا بإذن من المحكمة الابتدائية، كما جاء ذلك في المادة ٤٤ من القانون المدني المصري حيث نصت على:

١ - كل شخص بلغ سن الرشد متمتعًا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد: هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة. وقد كانت سن الرشد ثمانين سنة ثم عدلت إلى إحدى وعشرين سنة،

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

وهي عند بعض القوانين ثمانني عشرة سنة. والفقهاء المسلمون قد اختلفوا في تحديده كما أسلفنا، لكنهم يتفقون في أن من بلغ سنه ثمانني عشرة سنة وهو عاقل رشيد فإنه تصح منه جميع التصرفات ومن بينها عقد الكفالة.

الفصل الثاني

شروط الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

ويندرج تحته ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : شروط الكفالة في الفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : شروط الكفالة في القانون الوضعي .

المبحث الثالث : المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

في تلك الشروط .

المبحث الأول

شروط الكفالة في الفقه الإسلامي

ويندرج تحته ستة مطالب :

المطلب الأول : شروط الضامن «الكفيل»

المطلب الثاني : شروط المضمون عنه .

المطلب الثالث : شروط المضمون له .

المطلب الرابع : شروط المضمون به .

المطلب الخامس : شروط الصيغة .

المطلب السادس : المقارنة بين المذاهب الفقهية الإسلامية في تلك

الشروط .

المطلب الأول

الشروط المطلوبة في الضامن

لقد تعرض الفقهاء المسلمون لشروط الضامن وسنذكرها حسب ترتيب المذاهب الفقهية فنقول:

١ - الحنفية:

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

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

- البلوغ: وقد سبق الكلام في صفات البلوغ. (٨٦)

- العقل: لا بد لانعقاد عقد الكفالة أن يكون من يباشره عاقلاً.

فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون؛ لأن الكفالة عقد

تبرع والصبي والمجنون ليسا من أهل التبرع.

ويجوز ضمان المجنون واليتيم المال بأمر الوصي فيما لو استدان ديناً في

نفقتهما. أما كفالة النفس فلا تجوز؛ لأن ضمان الدين لازم من غير شرط،

فلم يكن متبرعاً، وأما ضمان النفس وهو تسليم نفس الأب الوصي فلم

يكن عليه فكان متبرعاً فيه فلم يجز.

جاء في البدائع: (٨٧) «أما الذي يرجع إلى الكفيل فأنواع: منها العقل

(٨٦) سبق ص ٣٣٧.

(٨٧) بدائع الصنائع، للكاساني ٣٤١١/٧.

ومنها البلوغ، وأنهما من شرائط الانعقاد لهذا التصرف، فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون لأنها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع».

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

ولكن الكفالة منعقدة ويؤاخذ الكفيل بذلك ويطالب به بعد العتق، لأن عدم النفاذ لم يكن لانعدام الأهلية وإنما لأمر آخر وهو حق السيد وقد زال، ويختلف ذلك عن الصبي؛ لأن كفالة الصبي غير منعقدة أصلاً منه لعدم الأهلية فلا يحتمل النفاذ بعد البلوغ.

ولا تجوز كفالة المكاتب، لأن المكاتب رقيق ما بقي عليه درهم ولكنه ينعقد ويطالب به بعد العتاق. لكن لو كفّل المكاتب أو المأذون عن المولى جاز لأنهما يملكان التبرع عليه. جاء في بدائع الصنائع^(٨٨) «ومنها الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف».

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

(٨٨) البدائع، للكاساني ٣٤١١/٧.

(٨٩) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم الحنفي ٢٢٤/٦.

٢ - المالكية:

يشترط المالكية في الضامن شروطاً هي:

- ١ - أن يكون من أهل التبرع، وهو المكلف الحر الرشيد الذي لا حجر عليه فلا يصح من سفيه ولا صبي ولا مجنون ولا مكره.
- ٢ - يصح ضمان الرقيق إن أذن له سيده وإلا لزمه الضمان بعد العتق، ولا يصح ضمان المكاتب إلا بإذن سيده.
- ٣ - ويصح ضمان الزوجة بقدر الثلث من مالها فإن زاد عن الثلث فلا بد من إجازة زوجها. (٩٠)

وجاء في بلغة السالك: (٩١) «ولزم الضمان أهل التبرع وهو الحر الرشيد فلا يلزم سفيهاً ولا صبيّاً ولا مجنوناً ولا مكرهاً، ودخل ضمان المريض والزوجة في الثلث وذي رق يلزمه الضمان إن أذن له سيده فيه، ولو كان مكاتباً أو مأذوناً فلا بد من إذن سيده وإلا يأذن السيد صح ضمان الرقيق فقط ولا يلزمه، فللسيد إسقاطه عنه فإن أسقطه عنه لم يتبع وأتبع الرقيق بالضمان فيلزمه دفع المال إن عتق إن لم يسقطه السيد عنه فإن أسقطه قبل العتق سقط».

(٩٠) الحرشي على مختصر خليل ٢٢/٦.

(٩١) بلغة السالك، للشيخ أحمد الصاوي ١٥٦/٢.

٣ - الشافعية:

يشترط الشافعية للضامن لكي يصح منه الضمان شروطاً هي:

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

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

ويصح ضمان المحجور عليه لفلس ويكون في ذمته، ويصح ضمان الرقيق ولو مكاتباً بإذن سيده وبدون إذنه يلزم به بعد عتقه ولا يصح الضمان من المبرسم. ^(٩٣)

جاء في شرح البهجة ^(٩٤) «صح ضمان الأهل للتبرع، فلا يصح من المكره ولو رقيقاً بإكراه سيده، ولا من غير المكلف إلا السكران، ولا من المحجور عليه بسفه ولو بإذن الولي، ولا من الرقيق ولو مكاتباً بغير إذن السيد؛ لأنه إثبات مال في الذمة بعقد فاشبه النكاح».

٣ - معرفة الضامن لعين المضمون له وهو رب الدين، وذلك لتفاوت الناس في المطالبة تشديداً وتسهيلاً فلا يكفي مجرد نسبه.

جاء في نهاية المحتاج ^(٩٥) «والأصح اشتراط معرفة الضامن لعين

(٩٢) إعانة الطالبين، لابي بكر السيد البكري ٧٧/٣.

(٩٣) المبرسم، هو الذي يخلط في كلامه بسبب علة فيه

(٩٤) شرح البهجة، لتركيا الأنصاري ١٥٠/٣.

(٩٥) نهاية المحتاج، للرملي ٤٣٧/٤.

المضمون له» .

٤ - الحنابلة:

يشترط الحنابلة للضمان شروطاً هي:

١ - أن يكون الضامن جائز التصرف في ماله، وهو البالغ العاقل الرشيد ولا يصح من المجنون والمبرسم ولا من صبي غير مميز بغير خلاف لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منهم كالنذر.

ولا يصح من السفه المحجور عليه، وقال القاضي: يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه، ولا يصح من الصبي المميز بغير إذن وليه، لأنه التزام مال لا فائدة له فيه، فلم يصح منه كالتبرع والنذر.

ويصح من المحجور عليه لفلس ويتبع بعد فك الحجر عنه؛ لأنه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبهه الراهن، ولا يصح ضمان العبد بغير إذن سيده سواء كان ماذوناً له في التجارة أو غير ماذون له.

ويصح من المكاتب بإذن سيده^(٩٦)

٢- أن يكون الضمان برضا الضامن فلا يصح ضمان المكره.

جاء في مطالب أولي النهى: ^(٩٧) «وشرط لصحة ضمان رضا

(٩٦) المغني، لابن قدامة ٤/ ٥٩٨.

(٩٧) مطالب أولي النهى لمصطفى السيوطي ٣/ ٣٠٠.

ضامن، لأن الضمان تبرع بالتزام الحق فاعتبر له الرضى كالتبرع بالأعيان».

٥ - الظاهرية:

ولا يشترط الظاهرية كون الضمان صادراً من حر، بل يجوز من الحر والعبد جاء في المحلى^(٩٨) وحكم العبد والحر والمرأة والرجل والكافر والمؤمن سواء».

(٩٨) المحلى، لابن حزم ٥/١١٧.

المطلب الثاني

(شروط المضمون عنه) المكفول عنه

لقد أورد الفقهاء شروط المضمون عنه وهي :

أولاً : الحنفية :

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

١ - أن يكون قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه أو نائبه عند أبي حنيفة فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد تصح^(٩٩) . وسيأتي الكلام على ضمان الميت المفلس .

٢ - أن يكون المضمون عنه معلوماً بأن كفّل ما على زيد مثلاً، ولا يجوز أن يكفل على أحد من الناس أو بعين أو بنفس أو بفعل، لأن المضمون عنه مجهول والكفالة جوازها بالعرف وهي على هذا الوجه غير معروفة .

ويشترط أن يكون المكفول عنه معلوماً في حال تعليق الكفالة أو إضافتها ولا يشترط كونه معلوماً في حال التنجيز، وقد مثل لذلك الحنفية بما لو قال : ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحداً

(٩٩) البدائع، للكاساني ٣٤١٢/٧ .

فهو علي فإن الكفالة لا تصح لجهالة المضمون عنه في الإضافة، أما في التنجيز كان يقول الكفيل : كفلت لك بدينك قبل فلان أو فلان فإنها تجوز ويكون للكفيل حق تعيين المكفول عنه . جاء في شرح فتح القدير^(١٠٠) « وجهالة المكفول عنه في التعليق والإضافة تمنع صحة الكفالة وفي التنجيز لا تمنع، مثال ذلك : ولو قال : ما ذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحداً فهو علي لا تصح؛ لجهالة المضمون عنه في الإضافة ».

٣ - ولا يشترط حضور المكفول عنه فتجوز الكفالة عن الغائب والمحبوس؛ لأن الحاجة إلى الكفالة تغلب في مثل هذه الأحوال فكانت أولى^(١٠١).

وقد ذكر الدكتور / عبد الكريم زيدان^(١٠٢) / أن الحنفية يشترط عندهم أن يكون مكان المكفول معلوماً فإذا كان غائباً لا يعرف مكانه لم تصح كفالته . مع أن الكاساني قد ذكر جواز الكفالة عن الغائب ولم يشترط كون مكانه معلوماً قال :^(١٠٣) « وكذا لا يشترط حضرته فتجوز الكفالة عن غائب أو محبوس؛ لأن الحاجة إلى الكفالة في الغائب في مثل هذه الأحوال، فكانت الكفالة فيهما أجوز ما يكون ».

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

(١٠١) البدائع، للكاساني ٧/ ١٤١٣ .

(١٠٢) الكفالة والحوالة د/ عبد الكريم زيدان ص ١٦٠ .

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

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

ثانياً : المالكية :

يشترط المالكية للمضمون عنه شروطاً لكي يصح الضمان وهي :

١ - يشترط بعض المالكية أن يكون الضمان برضا المكفول عنه وبإذنه . جاء في حاشية الدسوقي^(١٠٤) « قال المتيطي وابن فتوح : إن بعض العلماء ذهب إلى أنه يشترط في حمالة ما على المديان أن تكون بإذنه وإلا لم يلزمه أن يدفع للحميل ما دفعه عنه، ولذا جرت عادة الموثقين بذكر رضا المدين أن يكتبوا تحمل فلان عن فلان برضاه أو بأمره كذا وكذا » .

وذهب جمهورهم إلى أنه لا يشترط رضا المكفول عنه ولا إذنه . جاء

في أسهل المدارك^(١٠٥) « ولا يشترط رضا المكفول عنه كما في الدردير وجاز الضمان بغير إذن المضمون ».

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

كما يمنع عندهم شراء دين من ربه عتناً بالمدين فإن حدث ذلك فإنه يرد فإن فات الثمن بيد البائع فإنه يدفع المثل عن المثلى وقيمة المتقوم، فإن تعذر الرد بموت رب الدين أو غيبته فإن الحاكم هو الذي يتولى القبض من المدين ليدفعه للمشتري، وذلك بشرط علم البائع أن المشتري قصد بذلك العنت بالمدين، ويعلم ذلك إما بالإقرار أو بقرائن الأحوال.

جاء في حاشية الدسوقي: ^(١٠٦) « من أدى عن رجل ديناً بغير أمره جاز إن فعله رفقا بالمطلوب وإن أراد الضرر بطلبه وإعناته لعداوة بينهما منع من ذلك، وكذا إن اشترى ديناً عليه لم يجز البيع، وردَّ إن علم ».

٣ - يشترط توجه المطالبة للمضمون عنه « الأصيل » ولا يجوز مطالبة

(١٠٥) أسهل المدارك ٢٠/٣ لأبي بكر الكنتشاي.

(١٠٦) حاشية، الدسوقي ٣٣٤/٣.

الكفيل إلا بتعذر مطالبة الأصيل، وهذا هو الصحيح من مذهب المالكية.

جاء في أسهل^(١٠٧) المدارك «والصحيح أنه لا يطالب الكفيل إلا أن يتعذر الاستيفاء من الأصيل».

وفي أقرب المسالك^(١٠٨) «ولا يطالب إن تيسر الأخذ من مال المدين ولو غائباً إلا إن اشترط أخذ أيهما شاء أو تقديمه أو ضمن في الحالات الست وهي: الحياة والموت والحضور والغيبة واليسر والعسر، وهذا هو المعتمد».

٣ - الشافعية:

يشترط الشافعية للمضمون عنه لكي يصح الضمان شروطاً هي:

١ - يشترط معرفة المضمون عنه عند بعض الشافعية، وذلك ليستطيع الضامن معرفة حاله من اليسر واستطاعة الوفاء وهل هو ممن يستحق إسداء المعروف إليه، ولا يشترط معرفة المضمون عنه عند بعضهم، لأن الضمان معروف وهو يفعل مع أهله وغير أهله. ولأن أبا قتادة وعلياً - رضي الله عنهما - ضمنا عن الميت وهما لم يعرفاه ولم يسألهما النبي ﷺ عن المضمون عنه هل يعرفاه أم لا؟ وهذا هو الصحيح من مذهب الشافعية.

(١٠٧) أسهل المدارك لأبي بكر الكشناوي ٢٠ / ٣.

(١٠٨) أقرب المسالك إلى مذهب مالك، للدردير، ص ١٤١ المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

ولا يشترط رضا المضمون عنه عن الضمان .

جاء في نهاية المحتاج ^(١٠٩) « ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعاً ولا معرفته في الأصح ؛ لأن ضمانه معروف وهو يفعل مع أهله وغير أهله . والثاني : يشترط ليعلم يساره أو مبادرته إلى وفاء دينه ، أو استحقاقه لصنع المعروف معه » والقول بعدم اشتراط رضا المضمون عنه أصح ؛ لأنه يجوز أداء الدين من غير إذن المدين فالتزامه أولى . وقد ضمن أبو قتادة - رضي الله عنه - الميت بحضرة النبي ﷺ ولم يعتبر النبي عليه الصلاة والسلام رضا المضمون عنه ، لأنه لا يمكن رضا الميت .

جاء في تكملة المجموع ^(١١٠) « ويصح الضمان من غير رضا المضمون عنه لأن علياً وأبا قتادة - رضي الله عنهما - ضمنا عن الميت بحضرة النبي ﷺ ، والميت لا يمكن رضاه ، ولأنه لما جاز له أن يقضي الدين بغير إذن جاز أن يضمن عنه الدين بغير إذنه » هذا في ضمان المال ، أما في كفالة النفس فيشترط رضا المكفول عنه أو وليه ، لأن الكفالة بغير إذن لا يلزمه الحضور معه فتبطل فائدتها وهذا هو الأصح عندهم .

وفي قول لهم أنها تصح من غير رضا المكفول عنه بناءً على أنه يغرم فليزمه المال ، لأنه عاجز عن إحضاره . جاء في نهاية المحتاج ^(١١١)

(١٠٩) نهاية المحتاج ، للرملي ٤/ ٤٣٨ .

(١١٠) تكملة المجموع ، للمطيعي ١٤/ ١٣ .

(١١١) نهاية المحتاج ، للرملي ٤/ ٥٢٢ .

« والأصح أنها لا تصح بغير رضا المكفول أو وليه، لأنه مع عدم إذنه لا يلزمه الحضور معه فتبطل فائدتها.

والثاني: تصح بناءً على أنه يغرم فليزمه المال، لأنه عاجز عن إحضاره».

٢ - لا يشترط عند الشافعية حضور المكفول، بل تجوز الكفالة ولو كان المكفول محبوساً أو غائباً ولو فوق مسافة القصر وإن جهل مكانه» (١١٢)

٤ - الحنابلة:

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

١ - لا يشترط رضا المضمون عنه مطلقاً. جاء في المغني (١١٣) «ولا يعتبر رضا المضمون عنه لا نعلم فيه خلافاً؛ لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح، فكذلك إذا ضمن عنه» وقد ضمن أبو قتادة من غير رضا المضمون عنه، فأجازه النبي ﷺ، ولأنها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة، ولأنه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت الغائب.

هذا في ضمان المال، أما في كفالة النفس فإن للحنابلة في رضا

(١١٢) نهاية المحتاج، للرملي ٤/ ٤٤٨.

(١١٣) المغني، لابن قدامة ٤/ ٥٩١.

المكفول عنه وجهان، أحدهما: أنه لا يعتبر رضا المكفول عنه كالضمان.

والثاني: يعتبر لأن مقصودها إحضاره فإذا تكفل بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه، ولأنه يجعل لنفسه حقاً عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو لزمه الدين، ويختلف عن الضمان بأن الضامن يقضي الحق ولا يحتاج إلى المضمون عنه بخلاف المكفول عنه في كفالة النفس.

وعلى كلا الوجهين متى كانت الكفالة بإذنه فأراد الكفيل إحضاره لزمه الحضور معه؛ لأنه شغل ذمته من أجله بإذنه فكان عليه تخليصها وإن كانت بغير إذنه فإن طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه، لأن حضوره حق للمكفول له وقد أتاب الكفيل في طلبه، وإن لم يطلبه المكفول لم يلزمه أن يحضر معه؛ لأنه لم يشغل ذمته وإنما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره» (١١٤)

٢ - يشترط معرفة المضمون عنه عند بعض الحنابلة، وذلك ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أم لا؟ وعند غيرهم أنه لا يشترط معرفة المضمون عنه. جاء في مطالب أولي النهى^(١١٥) «ولا

(١١٤) المغني، لابن قدامة ٤/٦٢١.

(١١٥) مطالب أولي النهى ٣/٣٠٠ لمصطفى السيوطي.

يعتبر لصحة الضمان أن يعرفهما أي المضمون له والمضمون عنه». وجاء في المغني^(١١٦) «وقال القاضي: يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أو لا».

٣ - إنه لا يشترط كون المكفول في كفالة النفس حاضراً، بل تصح ببدن المحبوس والغائب، لأن كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة ولأن الحبس لا يمنع من التسليم، لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم أو أمر من حبسه، والغائب يمضي إليه ويحضره إن كانت الغيبة غير منقطعة وهو أن يعلم خبره فإن لم يعلم خبره لزمه ما عليه. قاله القاضي وقال في موضع آخر: لا يلزمه ما عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها فلا يفعل». (١١٧)

(١١٦) المغني، لابن قدامة ٤/ ٥٩١.

(١١٧) كشاف القناع للبهوتي ٣/ ٣٧٦ والمغني، لابن قدامة ٤/ ٦١٦.

المطلب الثالث

شروط المضمون له

بعد الكلام في شروط المضمون عنه نتطرق الآن لذكر شروط المضمون له فنقول:

أولاً: الحنفية:

يشترط الحنفية للمضمون له شروطاً هي:

١ - أن يكون المكفول له معلوماً للكفيل، فلو كفّل لأحد من الناس فإن الكفالة غير صحيحة؛ لأن جهالة المكفول له لا يحصل معها ما شرعت له الكفالة وهو التوثيق. جاء في شرح فتح القدير^(١١٨) «والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقاً».

٢ - أن يكون قبول المكفول له في مجلس العقد. وهو شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن فيه معنى التمليك والتملك لا يقوم إلا بالإيجاب والقبول، فكان الإيجاب وحده شطراً للعقد فلا يتوقف على غائب عن المجلس كالبيع، ولأبي يوسف رأي: وهو أنه لا يشترط قبول المكفول له في مجلس العقد وتنعقد الكفالة بالإيجاب وحده فقط، وذلك لأن معنى هذا العقد لغة وشرعاً وهو الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فكان إيجابه كل العقد. جاء في البحر الرائق: (١١٩)

(١١٨) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٦/ ٣٠٠.

(١١٩) البحر الرائق، لابن نجيم الحنفي ٦/ ٢٢٤.

« الثاني : وجوده في مجلس العقد وهو شرط الانعقاد وتفرع على اشتراط قبوله أنه لابد من عقله لا حرите » وجاء في مجمع الأنهر (١٢٠) « وقال أبو يوسف تجوز مع غيبته إذا بلغه خبر الكفالة فأجاز كسائر تصرفات الفضولي » .

٣ - أن يكون المكفول له عاقلاً، فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل؛ لأنهما ليسا من أهل القبول، ولا يجوز قبول وليهما عنهما لأن القبول يعتبر ممن وقع له الإيجاب، ومن وقع له الإيجاب ليس من أهل القبول فلا يعتبر قبوله ولا يشترط حرية المكفول له، لأن العبد من أهل القبول (١٢١) .

ثانياً : المالكية :

لم أرَ شرطاً للمضمون له عند المالكية لكي يصح الضمان، بل إنهم ذكروا عدم اشتراط المعلوماتية وذلك على النحو التالي :

لا يشترط المالكية كون المكفول له معلوماً، بل يجوز الضمان ولو كان المضمون له مجهولاً أي كأن يقول الضامن: أنا ضامن للدين الذي على زيد للناس والحال أنه لا يعلم عين من له الدين (١٢٢)

ثالثاً : الشافعية : يشترط الشافعية للمضمون له شروطاً هي :

(١٢٠) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ١٣٧/٢ / مؤلفه عبد الله بن الشيخ بن محمد بن سليمان المعروف بداماد افندي .

(١٢١) البدائع للكاساني ٣٤١٤/٧ .

(١٢٢) حاشية الدسوقي ٣٣٤/٣ .

- ١ - يشترط معرفة الضامن لعين المضمون له وهو رب الدين؛ لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم فشرط فيه معرفته كالثمن في البيع، ولأن الناس يتفاوتون في المطالبة تشديداً وتسهيلاً فلا يكفي مجرد نسبه وتقوم معرفة وكيله مقام معرفته، لأن الغالب أن الشخص يوكل من يشبهه. جاء في نهاية المحتاج^(١٢٣) «والأصح اشتراط معرفة الضامن لعين المضمون له» وقال بعضهم بعدم اشتراط ذلك لأن أبا قتادة - رضي الله عنه - ضمن الدين عن الميت بحضرة النبي ﷺ ولم يسأله النبي عليه الصلاة والسلام عن المضمون له ولا عن معرفته له.
- ٢ - يشترط بعض الشافعية الرضا من المكفول له ثم القبول لفظاً، وبعضهم يشترط الرضا دون القبول لفظاً، ولكن الأصح عندهم أنه لا يشترط قبول المكفول له ولا رضاه. جاء في نهاية المحتاج^(١٢٤) «والأصح أنه لا يشترط قبوله ولا رضاه؛ لأن الضمان محض التزام لا معاوضة فيه، وقيل: يشترط الرضا ثم القبول لفظاً، وقيل: الرضا دون القبول لفظاً».

رابعاً: الحنابلة: أورد الحنابلة شروطاً للمضمون له وهي:

- ١ - يشترط بعض الحنابلة معرفة الضامن للمضمون له ليؤدي إليه. والصحيح أنه لا يشترط معرفة الضامن للمضمون له لحديث علي

(١٢٣) نهاية المحتاج للرملي ٤/ ٤٣٧.

(١٢٤) نهاية المحتاج، للرملي ٤/ ٤٣٧.

وأبي قتادة - رضي الله عنهما - فإنهما ضمنا من لم يعرفاه عمن لم يعرفاه. ولأنه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من تبرع له به كالنذر. (١٢٥)

جاء في في مطالب أولي النهى (١٢٦) «ولا يعتبر لصحة الضمان أن يعرفهما أي المضمون له والمضمون عنه»

٢ - لا يشترط لصحة الضمان رضا المضمون له؛ لأن أبا قتادة - رضي الله عنه - ضمن من غير رضا المضمون له وأجازاه النبي ﷺ. جاء في المغني (١٢٧) «ولا يعتبر رضا المضمون له».

كذلك الكفالة لا يعتبر لصحتها رضا مكفول له، لأنها وثيقة لا قبض فيها فصحت من غير رضاه كالشهادة. جاء في مطالب أولي النهى (١٢٨) «ولا يعتبر لصحة الكفالة رضا مكفول ولا مكفول له؛ لأنها وثيقة لا قبض فيها فصحت من غير رضاها كالشهادة».

(١٢٥) المغني، لابن قدامة ٥٩١/٤.

(١٢٦) مطالب أولي النهى لمصطفى السيوطي ٣٠٠/٣.

(١٢٧) المغني، لابن قدامة ٥٩١/٤.

(١٢٨) مطالب أولي النهى، للسيوطي ٣١٤/٣.

المطلب الرابع

شروط المضمون به «المكفول به»

بعد الكلام في شروط المضمون له نتناول شروط المضمون به في المذاهب
الفقهية:

أولاً: الحنفية: يشترط الحنفية للمضمون به لكي يصح الضمان فيه
شروطاً:

١ - أن يكون المكفول به مضموناً على الأصل سواء كان ديناً أو عيناً
أو نفساً أو فعلاً ليس بدين ولا عين ولا نفس، ويشترط في
الكفالة بالعين أن تكون مضمونة بنفسها. جاء في البحر الرائق:
(١٢٩) «أن يكون مضموناً على الأصل ديناً أو عيناً أو نفساً أو
فعلاً، ولكن يشترط في العين أن تكون مضمونة لنفسها». ولا
تصح الكفالة بالأعيان المضمونة بغيرها كالبيع والمرهون ولا تجوز
بالأمانات كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة،
فهذه كلها ليست مضمونة على الأصل، فلا يمكن جعلها
مضمونة على الكفيل، فلا تصح الكفالة بها. (١٣٠)

٢ - أن يكون المكفول به ديناً صحيحاً وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو
الإبراء بخلاف دين الكتابة فإنه دين ضعيف؛ لأنه يثبت مع

(١٢٩) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٦/ ٢٢٤ لابن نجيم.

(١٣٠) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، لعبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان داماد أفندي ٢/ ١٣٥.

المنافي وهو الرق لهذا يستبد المكاتب بإسقاط بدل الكتابة بتعجيز نفسه. (١٣١)

ولا تجوز الكفالة ببذل السعاية. جاء في مجمع الأنهر^(١٣٢) «ولا تجوز الكفالة بدين غير صحيح كبذل الكتابة، لأنه في معرض الزوال فلا يكون ديناً صحيحاً وكذا بدل السعاية». وتجوز كفالة النفقة الزوجية المقررة مع أنها دين غير صحيح لسقوطها بموت أو طلاق وهذا إذا كانت غير مستدانة بأمر القاضي وإلا فهي دين صحيح لا يسقط إلا بالقضاء أو الإبراء. وتصح الكفالة بالنفقة المستقبلية مع أنها لم تصر ديناً أصلاً، وأما الماضية فلا تصح الكفالة بها قبل الحكم إلا إذا كانت مقررة بالتراضي. (١٣٣)

٣ - أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مفيداً فلا تجوز الكفالة فيما لا يمكن استيفاؤه من الكفيل كالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل فلا تفيد فائدتها. وتجوز الكفالة بنفس من عليه قصاص في النفس وما دونها وبحد القذف إذا بذلها المطلوب فأعطاه بها كفيلاً بلا خلاف بين أصحاب أبي حنيفة وهو الصحيح، لأنه كفالة

(١٣١) شرح فتح القدير ٢/٢٩٨ لابن الهمام الحنفي.

(١٣٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/١٣٦ لعبد الله داماد أفندي وبدل السعاية: هو المال المطلوب

أداؤه على العبد المعتق بعضه عن نفسه ليعتق باقيه، يقال: استمعى العبد كلفه من العمل ما

يؤدي به عن نفسه إذا اعتق بعضه ليعتق به ما بقي / القاموس / المحيط للفيروز آبادي ٤/٣٤٣.

(١٣٣) حاشية رد المختار على الدر المختار، لابن عابدين ٥/٣٠٢.

بمضمون على الأصل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين. جاء في مجمع الأنهر^(١٣٤) «ولا تجوز الكفالة بما تعذر استيفاؤه من الكفيل كالحدود والقصاص مطلقاً بالإجماع، لعدم إمكان إيجابهما على من تكفل لعدم جريان النيابة في العقوبة بخلاف الكفالة بنفس من عليه الحد والقصاص».

٤ - ويشترط أن يكون الدين المكفول به لازماً، فلا تصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة، لأنه ليس بدين لازم ويملك المكاتب إسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز، جاء في البحر الرائق^(١٣٥): «أن يكون الدين لازماً وهو خاص بالكفالة فلا تجوز الكفالة ببدل الكتابة».

٥ - لا يشترط في الكفالة بالمال كون المكفول به معلوماً، بل تجوز مطلقاً سواء كان معلوماً أو مجهولاً مثل، أن يقول: تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدركك هذا البيع؛ لأن مبنى الكفالة على التوسع لأنها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به إن كانت متعارفة.^(١٣٦)

(١٣٤) مجمع الأنهر ٢/ ١٣٥ لمؤلفه عبد الله داماد أفندي.

(١٣٥) البحر الرائق لابن نجيم ٦/ ٢٢٤.

(١٣٦) شرح فتح القدير، لإبن الهمام ٦/ ٢٩٨.

وتصح الكفالة بالدرك مع أن ما يستحق من المبيع مجهول يدل لذلك قوله تعالى: ﴿... وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ۖ﴾ (١٣٧) والحمل يحتمل الزيادة والنقصان وإذا ضمن بمجهول كان عليه بيان مقداره.

قال في البحر الرائق: (١٣٨) «ولا يشترط أن يكون معلوم القدر».

ثانياً: المالكية: يشترط المالكية للمضمون به شروطاً لكي يصح الضمان وهي:

١ - يشترط أن يكون الضمان بدين. وعلى ذلك فلا يجوز الضمان في معين من الأعيان، كما إذا ضمن معيناً على أنه إذا استحق لزمه عينه، وكذلك لا يصح ضمان الودائع والعارية ومال القراض والشركة على أنها إذا تلفت أتى بعينها لاستحالة فإن ضمن الضامن ما يترتب على ذلك الأخذ بسبب تعد أو تفريط من القيمة صح الضمان ولزم.

جاء في الخرشي على مختصر خليل: (١٣٩) «صح الضمان في دين لا في معين، كمن باع سلعة معينة على أنها هلكت قبل القبض كان عليه عينها، وهذا إذا ضمن أعيانها، فإن ضمن ما يترتب عليها بسبب التعدي عليها والتفريط فإنه يصح».

(١٣٧) سورة يوسف: آية ٧٢.

(١٣٨) البحر الرائق، لابن نجيم ٦/ ٢٢٤.

(١٣٩) الخرشي على مختصر خليل ٦/ ٢٤.

٢ - أن يكون الدين المضمون حقاً ثابتاً مستقراً أو مآله إلى ذلك .

فلا يصح ضمان عبد في سلعة اشتراها بغير إذن سيده لعدم اللزوم، والآيل إلى اللزوم هو الذي سيمؤول إلى الوجوب في المستقبل كالجعل في الجمالة فإنه وإن لم يكن واجباً إلا أن مآله إلى الوجوب في المستقبل .

ولا يصح ضمان دين الكتابة لأنها غير لازمة ولا آيلة إلى اللزوم؛ لأن المكاتب لو عجز عاد رقيقاً، والضامن ينزل منزلة المضمون عنه وما لا يلزم الأصل لم يلزم الفرع بالأولى إلا أن يجعل السيد عتقه أو يشترط عتقه إذا عجز فيصح ضمانها. (١٤٠) جاء في مواهب الجليل (١٤١) « من شروط المضمون أن يكون حقاً ثابتاً مستقراً أو مآله إلى ذلك، فلا تصح الجمالة بالكتابة إذ ليست بدين ثابت مستقر ولا يؤول إلى ذلك؛ لأن العبد إن عجز رق وانفسخت الكتابة ».

٣ - أن يمكن استيفاء المضمون به من ضامنه . وعلى ذلك فلا يجوز الضمان في الحدود والتعازير والقتل والجراح . ويرى بعض المالكية أنه يمكن الاستغناء عن هذا الشرط وأن قوله « بدين » يغني عنه لأن الأعيان لا تقبل الذم وكذا الحدود ونحوها لأنها متعلقة بالأبدان لا بالذم، ويرون أن الأولى حذفه، لأن فائدة

(١٤٠) حاشية الدسوقي ٣/ ٣٣٣ .

(١٤١) مواهب الجليل، للحطاب ٩٩/٥ .

الحمالة أن يحل الضامن محل المضمون في تعذر أخذ الحق منه، وهذا المعنى يتعذر في الحدود.

جاء في أسهل المدارك: ^(١٤٢) « لا تصح الحماله فيما لا يمكن استيفاءه من الحميل كالفقاص وجميع ما لا يقبل النيابة من الحدود ».

وجاء في مواهب الجليل: ^(١٤٣) « ولا تجوز في دم أو زنا أو سرقة أو شرب خمر ولا في شيء من الحدود ».

٤ - لا يشترط عند المالكية كون المكفول به معلوماً، بل تصح ولو كان مجهولاً.

جاء في حاشية الدسوقي: ^(١٤٤) « وإن جهل الحق المضمون حال الضمان فإن الضمان صحيح ».

ثالثاً: الشافعية: يشترط الشافعية في المضمون به شروطاً هي:

١ - يشترط في الضمان أن يكون المضمون ثابتاً حال الضمان؛ لأنه وثيقة فلا تتقدم ثبوت الحق كالشهادة، فيكفي في ثبوته اعتراف الضامن به ولا يصح الضمان قبل ثبوته ولو جرى سبب وجوبه

(١٤٢) أسهل المدارك، لابي بكر الكنشاوي ١٩/٣.

(١٤٣) مواهب الجليل، للحطاب ٩٨/٥.

(١٤٤) حاشية الدسوقي ٣٣٤/٣.

كنفقة الغد للزوجة. ويصح ضمان كل دين ثابت كالثمن والأجرة وعوض القرض ودين السلم وأرش الجناية وغرامة المتلف؛ لأنه وثيقة يستوفى منه الحق.

ويصح ضمان مال السبق والرمي بعد العمل، لأنه دين ثابت مستقر فهو كالمهر بعد الدخول، ويصح عندهم في القديم من قولي الشافعي ضمان ما سيجب وإن لم يجر سبب وجوبه كثمن ما سيبيعه إذ الحاجة قد تمس له، والمذهب عندهم صحة ضمان الدرك وإن لم يكن ثابتاً لمسيس الحاجة إليه. (١٤٥)

٢ - أن يكون المضمون لازماً (١٤٦) ولو غير مستقر كمهر قبل دخول أو موت وثمن مبيع قبل قبض ودين سلم.

والمراد باللازم ما لا يتسلط على فسخه من غير سبب ولو باعتبار وضعه، ومن ثم يصح ضمان الثمن للبائع في مدة الخيار للمشتري وحده في الأصح؛ لأنه آيل إلى اللزوم فاحتيج فيه للتوثق. وضمان الجعل كالرهن به فيصح بعد الفراغ للزومه لا قبله لجوازه مع كونه غير آيل للزوم بنفسه بل بالعمل وبه يختلف عن الثمن في زمن الخيار. (١٤٧)

(١٤٥) نهاية المحتاج، للمصنف ٤/ ٤٣٨.

(١٤٦) قد يقال: لا حاجة للجمع بين الثابت واللازم لأن اللازم لا يكون إلا ثابتاً، فيجاء عن ذلك بأنه: قد يكون الشيء لازماً غير ثابت. كثمن المبيع يقال له لازم باعتبار أن وضعه كذلك ولو قبل قبض المبيع مع أنه ليس بثابت فأحدهما لا يغني عن الآخر. هذا عند الشافعية.

(١٤٧) نهاية المحتاج، للمصنف ٤/ ٤٤١.

جاء في الإقناع: ^(١٤٨) «ويشترط في الديون أن تكون لازمة»
 ٣ - أن يكون المضمون معلوماً للضامن فقط جنساً وقدرًا وصفة وعيناً
 وذلك في الجديد من مذهب الشافعي؛ لأنه إثبات مال في الذمة
 لآدمي بعقد، فلم يصح مع الجهل كالثمن، وفي القديم من
 مذهبه لا يشترط ذلك لتيسر معرفته. جاء في إعانة
 الطالبين ^(١٤٩) «ويشترط في الدين أن يكون معلوم القدر والجنس
 والصفة، وخرج بذلك الديون المجهولة فلا يصح ضمانها». فإن
 كفل بدن من عليه مال لم يشترط العلم بقدره لأنه لا يغرمه
 عندهم. ويشترط في الكفالة بالنفس كون المال المكفول بسببه
 مما يصح ضمانه، فلا يصح ببدن مكاتب بالنجوم ولا ببدن من
 عليه زكاة. وتصح الكفالة ببدن من عليه عقوبة آدمي كقصاص
 وحد قذف وتعزير لأنه لحق لازم فأشبه المال، وفي قول لا تصح
 لأنها مبنية على الدرء فتقطع الذرائع المؤدية إلى توسيعها ومنعها
 في حدود الله تعالى وتعازيره، وفي قول آخر: تصح مطلقاً بحق
 الله وحقوق الآدميين، وتصح الكفالة ببدن صبي ومجنون؛ لأنه
 قد يستحق إحضارهما ليشهد من لم يعرف اسمهما ونسبهما
 عليهما بنحو إتلاف. ولا بد من إذن وليهما فيطالب بإحضارهما
 عند الحاجة ما بقي حجره عليهما.

(١٤٨) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ١/ ٢٨٨. للشربيني الخطيب.

(١٤٩) إعانة الطالبين، لأبي بكر السيد البكري ٣/ ٧٧.

أما السفية فظاهر كلامهم اعتبار إذنه ومطالبته دون وليه لصحة
إذنه فيما يتعلق بالبدن .

وتصح ببدن محبوس وغائب وميت ليحضره فيشهد على صورته
لعدم العلم باسمه ونسبه إذ قد يحتاج إلى ذلك على أن يكون
إحضار الميت قبل دفنه لا بعده . (١٥٠)

رابعاً: الحنابلة: ذكر الحنابلة للمضمون به شروطاً وإليك بيان ما يرى
الحنابلة اشتراطه في المضمون به وما لا يشترط فيه :

١ - لا يشترط أن يكون المضمون معلوماً وإنما تصح ولو مع الجهالة
كقوله : ما أعطيته فهو علي، أو أنا ضامن لك ما على فلان .
(١٥١) يدل لذلك قوله تعالى : ﴿... وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا
بِهِ زَعِيمٌ﴾ (١٥٢) .

وجه الدلالة : أن حمل البعير غير معلوم، لأنه يختلف باختلاف
الحمول عليه فيحتمل الزيادة والنقصان .

وعموم قوله عليه السلام : «الزعيم غارم» (١٥٣) وهو عام يشمل
المضمون به سواء كان معلوماً أو مجهولاً .

(١٥٠) نهاية المحتاج، للرملي ٤/ ٤٤٦ - ٤٤٨ .

(١٥١) المغني، لابن قدامة ٤/ ٥٩٢ .

(١٥٢) سورة يوسف : آية ٧٢ .

(١٥٣) سبق تخريجه ص ١٩٣ .

٢ - لا يشترط كون الحق واجباً إذا كان مآله إلى الوجوب . فيصح ضمان ما لم يجب إذا آل إلى الوجوب لقوله تعالى : ﴿... وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ . (١٥٤)

وجه الدلالة : حيث دلت الآية على ضمان حمل البعير مع أنه لم يكن وجب فدلّت الآية على صحة ضمان ما لم يجب .
ومثال ذلك : إذا قال : ضمنت لك ما تداين به زيداً . ولا تصح الكفالة ببعض الدين مبهماً كجزء منه أو حظ أو شيء ، لأنه مجهول لا يؤول إلى العلم .

٣ - ولا يشترط أن يكون المضمون لازماً وإنما يكفي أن يكون آيلاً إلى اللزوم وعلى هذا يصح ضمان الجعل في الجمالة والمساابقة والمناضلة ولو قبل العمل ، لأنه يؤول إلى اللزوم ، ويصح ضمان نفقة الزوجة مستقبلة كانت أو ماضية .

وتصح الكفالة ببدن من عليه دين لازم أو يؤول إلى اللزوم ، ويصح ضمان بدن من عليه الدين سواء كان الدين معلوماً أو مجهولاً إذا كان يؤول إلى العلم ، وكذلك لو كان من عليه الدين محبوساً لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم لرب الحق . ويشترط في كفالة الأعيان أن تكون مضمونة كالغصوب

والعوارى، لأنه يصح ضمانها، ولا تصح الكفالة بالأمانات كالوديعة والشركة والمضاربة لا إن كفله بشرط التعدي فيها، ولا تصح الكفالة بزوجة لزوجها ولا بشاهد ليشهد له لأن الذي عليها أدائه ليس بمالي ولا يمكن استيفائه من الكفيل. ولا تصح الكفالة ببذل الكتابة؛ لأنه غير لازم ولا يؤول إلى اللزوم فالمكاتب يملك تعجيز نفسه (١٥٥).

٤ - أن يكون المضمون به يمكن استيفائه من الضامن ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد أو قصاص لإقامة الحد، لأنه لا يجوز استيفائه من الكفيل كحد الزنا والسرقه والقذف والشرب.

جاء في مطالب أولي النهى: (١٥٦) «ولا تصح ببدن من عليه حد كحد الزنا أو لآدمي كحد قذف، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً «لا كفالة في حد» (١٥٧) ولأن مبناه على الإسقاط والدرء بالشبهة فلا يدخله الاستيثاق ولا يمكن استيفائه من غير الجاني فلا تصح كفالته».

٥ - أن يكون المكفول به معيناً فلا تصح بغير معين ككفلت أحد هذين المدينين لأن المكفول غير معلوم في الحال ولا في المآل فلا

(١٥٥) كشف القناع، للبهوتي ٣/٣٧٥.

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

(١٥٧) أخرجه البيهقي في باب: ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق ٦/٧٧.

يمكن تسليمه . جاء في مطالب أولي النهى : (١٥٨) « أما عدم
صحتها بشخص مجهول فلأنه غير معلوم في الحال ولا المآل ، فلا
يمكن تسليمه بخلاف ضمان دين مجهول يؤول إلى العلم » .
وهذا في كفالة النفس .

المطلب الخامس

شروط الصيغة

تكلّمنا فيما مضى عن شروط المضمون، ونتكلم في هذا المطلب عن شروط الصيغة في المذاهب الفقهية.

١ - الحنفية:

يرى أبو حنيفة ومحمد وهو قول لأبي يوسف: أنه لا بد لصحة الكفالة من قبول المكفول له في مجلس العقد. جاء في البحر الرائق: ^(١٥٩) «وجوده في مجلس العقد لأن فيه معنى التمليك، وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعاً والموجود شرطه وهو الإيجاب ولا بد من وجود الشرط الثاني».

ويرى أبو يوسف أنه لا يشترط قبول المكفول له وإنما تتم بإيجاب الكفيل وحده وذلك في رأيه الأخير. جاء في مجمع الأنهر: ^(١٦٠) «وقال أبو يوسف تجوز مع غيبته إذا بلغه الخبر فأجاز كسائر تصرفات الفضولي، وفي بعض نسخ المبسوط لم يشترط الإجازة وهو الأظهر عنه، لأنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم».

(١٥٩) البحر الرائق، لابن نجيم ٦/٢٢٤.

(١٦٠) مجمع الأنهر ١٣٧/٢ للشيخ عبد الله بن محمد المعروف بداماد أفندي.

٢ - المالكية:

يرى المالكية أنه لا يشترط قبول المكفول له لا في المجلس ولا بعده، وإنما يصح الضمان بالتزام الكفيل وإيجابه وحده إذا تم بصيغة لفظية أو غيرها كإشارة مفهمة أو كتابة. جاء في بلغة السالك: ^(١٦١) «الضمان التزام مكلف بما يدل عليه أي على الالتزام من صيغة لفظية كأنا ضامن أو ضمانه علي أو غيرها كإشارة مفهمة أو كتابة».

٣ - الشافعية:

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

وقد اختلف الشافعية في القبول هل يشترط أم لا؟ فاشتراط بعضهم قبول المكفول له. ولكن الأصح عندهم أنه لا يشترط قبوله وإنما يتم الضمان بإيجاب الضامن وحده. جاء في نهاية المحتاج: ^(١٦٣) «والأصح أنه لا يشترط قبوله».

(١٦١) بلغة السالك، للمصاوي ١٥٥/٢.

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

(١٦٣) نهاية المحتاج، للرملي ٤٣٧/٤.

٤ - الحنابلة:

يرى الحنابلة أنه لا يشترط قبول المكفول له، ويتم الضمان بإيجاب الضامن وحده، لأن الضمان تبرع فلا يتوقف على القبول. جاء في مطالب أولي النهى^(١٦٤) أن: «الضمان التزام من يصح تبرعه». وجاء في المغني^(١٦٥) «ولا يعتبر رضا المضمون له» والقبول دليل الرضا وعدم اشتراط الرضا معناه: عدم اشتراط القبول وأن الضمان يصح ويتم بإيجاب الضامن وحده.

وجاء في مطالب أولي النهى^(١٦٦) «وصح الضمان بلفظ ضمين وكفيل، ويصح الضمان بإشارة مفهومة من أخرس كسائر التصرفات؛ لأنها كاللفظ في الدلالة على المراد لا غير مفهومة أو كتابة منفردة عن إشارة يفهم منها قصده الضمان».

(١٦٤) مطالب أولي النهى، لمصطفى السيوطي ٢٩٢/٣.

(١٦٥) المغني، لابن قدامة ٥٩١/٤.

(١٦٦) مطالب أولي النهى، لمصطفى السيوطي ٢٩٤/٣.

المطلب السادس

المقارنة بين المذاهب الفقهية في تلك الشروط

أولاً: شروط الضامن: وفيه نتعرض لشروط الضامن في المذاهب الفقهية

مقارنة:

بدراسة شروط الضامن التي أوردها الفقهاء، نرى أن منها شيئاً متفقاً عليه بينهم ومنها ما هو مختلف فيه، ويتضح ذلك من المقارنة التالية:

١ - يتفق الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على اشتراط أهلية التبرع للضامن، وهو البالغ العاقل الرشيد .

ويتفقون كذلك على عدم صحة ضمان الصبي والمجنون .

ويجيز الحنابلة ضمان الصبي المميز بإذن وليه .

ويجيز الحنفية ضمان المجنون واليتيم المال بأمر الولي فيما إذا استدان ديناً في نفقتهما .

ويتفقون كذلك على عدم صحة ضمان العبد والمكاتب إلا بإذن سيده فإن أذن سيدهما صح وإن لم يأذن سيدهما فإنهما يتبعان بعد العتق .

٢ - يتفق الفقهاء على اشتراط أن يكون الكفيل مختاراً غير مكره، ولا يصح ضمان المكره . ومن الفقهاء من صرح بذلك ومنهم من

لم يصرح استناداً على أن الصيغة لابد أن تكون صادرة من ذي أهلية عن رضا لا إكراه فيه .

٣ - يرى الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أنه لا يصح ضمان المحجور عليه للسفه إلا أنه بعد بلوغه خمساً وعشرين سنة يرى أبو حنيفة صحة تصرفاته .

٤ - يرى الحنفية والشافعية في الصحيح عندهم أنه يشترط معرفة الضامن لعين المضمون له . جاء في شرح فتح القدير: ^(١٦٧) « والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقاً » .

ويرى المالكية والحنابلة عدم اشتراط معرفة الضامن لعين المضمون له . جاء في أسهل المدارك: ^(١٦٨) « ويجوز الضمان وإن جهل قدر المضمون حالاً ومالاً أو جهل من له الدين » .

وجاء في مطالب أولي النهى: ^(١٦٩) « ولا يعتبر لصحة الضمان أن يعرفهما أي المضمون له والمضمون عنه ضامن لأنه لا يعتبر رضاهما فكذا معرفتهما » .

(١٦٧) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٦/٣٠٠ .

(١٦٨) أسهل المدارك، لابي بكر الكنشاوي ٣/٢٠ .

(١٦٩) مطالب أولي النهى، لمصطفى السيوطي ٣/٣٠٠ .

الراجع :

أرى أن الراجع : هو القول بعدم اشتراط معرفة الضامن لعين المضمون له لأن علياً وأبا قتادة - رضي الله عنهما - ضمنا لمن لم يعرفاه ولم يسألهما النبي ﷺ ، علاوة على أن المقصود بالضمان هو التزام الضامن وتبرعه وقد حصل ذلك برضاه ورغبته، غير أنه لو قيل بوجوب معرفة الضامن لعين المضمون له، لأن الناس يختلفون في المطالبة تشديداً وتسهيلاً لكان مناسباً، ولكن لا يكون شرطاً يتوقف عليه انعقاد الضمان .

٥ - مما يدخل ضمن شروط الضامن ضمان المريض وضمن المرأة وضمن المحجور عليه لفلس، وسنفرد كلاهما في فرع مستقل .

الفرع الأول : ضمان المريض :

ومما يطلب بحثه ضمن شروط الضامن ضمان المريض :

للمرض ثلاث حالات :

- ١ - أن يكون المرض غير خطير يخاف منه الموت، كصداع ونحوه فإن المريض يصح ضمانه كالإنسان الصحيح . وهذا باتفاق الفقهاء .
- ٢ - أن يكون المرض مخوفاً لكن لم يتصل به الموت، فإن الضمان في تلك الحالة صحيح عند الحنابلة، ولم يصرح الفقهاء غيرهم بهذا النوع ولعلمهم يقولون بقول الحنابلة فيه لأن الموت لم يتصل به .
جاء في كشف القناع: (١٧٠) « وإن ضمن وهو مريض مرضاً غير مخوف أو مخوفاً ولم يتصل به الموت فهو كالصحيح » .
وجاء في البحر الرائق: (١٧١) « ولا يشترط أن يكون الكفيل صحيحاً فتصح كفالة المريض » .
- ٣ - أن يكون المرض مخوفاً ويموت فيه، وفي تلك الحال فإن الفقهاء يتفقون على صحة ضمانه فيما لا يتجاوز الثلث . ويشترط ألا يكون لوارث أو عن وارث فإن كان كذلك؛ فإنه لا بد من إجازة الورثة ولو فيما دون الثلث .

فإن زاد الضمان عن الثلث، فقد اختلف الفقهاء في ذلك :

(١٧٠) كشف القناع، للبهوتي ٣/٣٦٦ .

(١٧١) البحر الرائق، لابن نجيم الحنفى ٦/٢٢٤ .

أ - فذهب الجمهور إلى أنه إن زاد الضمان عن الثلث فإنه يتوقف على إجازة الورثة فإن أجازوه نفذ وإلا فلا. وذلك لأن الضمان تبرع وتبرعات المريض فيما زاد عن الثلث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة لأنه قد تعلق حقهم فيه.

ب - وخالف في ذلك الشافعية، فذهبوا إلى صحة الضمان فيما زاد عن الثلث دون إجازة الورثة إلا في حالتين:

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

٢ - أن يضمن المريض عن المضمون عنه بغير أمره. وذلك لأن الورثة لا يتمكنون من الرجوع على المضمون عنه.

وفي تلك الحالتين يتقيد الضمان بثلث المال، لأنه تبرع كالوصية فيتقيد بالثلث.

جاء في حاشية ابن عابدين: ^(١٧٢) «فإن كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد الدين صحت كلها وإلا فبقدر الثلث، وإن أقر المريض أن الكفالة في صحته لزمه الكل في ماله إن لم تكن لوارث أو عن وارث».

وجاء في الخرشي: ^(١٧٣) «وصح الضمان من أهل التبرع لا من مريض

(١٧٢) حاشية ابن عابدين ٢٨٤/٥.

(١٧٣) الخرشي على مختصر خليل ٢٢/٦.

في زائد الثلث وإن أجزى فعطية من الوارث كالوصية» أي أن الضمان لا يصح من المريض إلا في الثلث، فإن زاد عن الثلث فيرجع إلى الورثة إن أمضوه صح وكان منهم عطية وإلا فلا.

وجاء في نهاية المحتاج: (١٧٤) «فيصح ضمان المريض - نعم، إن استغرق الدين مال المريض وقضي به بأن بطلان ضمانه بخلاف ما لو حدث له مال أو أبرئ، ولو أقر بدين مستغرق قدم وضمانه من رأس المال إلا عن معسر أو حيث لا رجوع فمن الثلث».

وجاء في كشف القناع: (١٧٥) «وإن كان مرض الموت المخوف حسب ما ضمنه من ثلثه» ومن ذلك يظهر اتفاق الفقهاء على أن ضمان المريض مرض الموت يحسب من الثلث فيما كان تبرعاً، ويزيد الشافعية الجواز فيما إذا كان للضامن حق الرجوع فإن ضمانه يجوز بما زاد عن الثلث.

الراجع عندي:

بدراسة الأقوال الفقهية في ذلك أرى أن الرأى هو قول جمهور الفقهاء، وهو أن ضمان المريض مرض الموت إنما يحسب من الثلث وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة. ذلك أن الضمان تبرع وما زاد عن الثلث قد تعلق به حق الورثة فلا يلزم إلا بموافقتهم؛ لأنهم هم الذين يستحقون المال بالوفاة فيلزم إذنهم فيما سيكون مآله لهم .. والله أعلم.

(١٧٤) نهاية المحتاج، للرملي ٤/ ٤٣٤.

(١٧٥) كشف القناع، للبهوتي ٣/ ٣٦٦.

الفرع الثاني - ضمان المرأة:

ومما يطلب بحثه ضمن شروط الضامن . صحة ضمان المرأة .

أقوال الفقهاء في ذلك :

١ - ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وغيرهم إلى القول بصحة ضمان المرأة مطلقاً، وأنه لا فرق بينها وبين الرجل في سائر التصرفات .

جاء في حاشية ابن عابدين: ^(١٧٦) « وأهلها من هو أهل للتبرع » وهذا عام يشمل الرجل والمرأة جميعاً .

وجاء في تكملة المجموع: ^(١٧٧) « وأما المرأة فإنه يصح الضمان منها إذا كانت جائزة التصرف » .

وجاء في كشف القناع: ^(١٧٨) « ولا يصح الضمان إلا من جائز التصرف رجلاً كان أو امرأة » .

وجاء في المحلى: ^(١٧٩) « وحكم المرأة والرجل سواء لعموم النص » . ويفهم من هذه النصوص صحة ضمان المرأة مطلقاً ولو كانت ذات زوج دون إذن زوجها .

(١٧٦) حاشية ابن عابدين ٥ / ٢٨٤ .

(١٧٧) تكملة المجموع، للطبيعي ١٤ / ١٠ .

(١٧٨) كشف القناع، للبهوتي ٣ / ٣٦٦ .

(١٧٩) المحلى، لابن حزم ٥ / ١١٧ .

٢ - يذهب المالكية إلى التفصيل في ضمان المرأة:

أ - يتفقون مع الجمهور في حالتين:

١ - إذا كانت المرأة أياً لا زوج لها. وذلك لأنها قد نضجت وصارت أهلاً لإدراك مصلحتها فيصح منها سائر التصرفات. جاء في المدونة: ^(١٨٠) «وقال مالك في التي ليس لها زوج تجوز كفالتها في جميع مالها».

جاء ذكر ذلك في: كفالة المرأة الأيم غير ذات الزوج.

٢ - أن تكون المرأة ذات زوج فيصح ضمانها في الثلث من مالها.

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

ب - ويختلفون مع الجمهور فيما عدا ذلك:

١ - فإذا كانت المرأة بكراً فلا يصح ضمانها إطلاقاً أجاز والدها أم لم يجز؛ لأن الكفالة تبرع والبكر ليست من أهل التبرع. جاء في المدونة: ^(١٨٢) «قلت أرأيت الجارية البكر في بيت

(١٨٠) المدونة، للإمام مالك رواية سحنون ١٢/ ٢٨٧ الأيم: من لا زوج لها بكراً أو ثيباً ومن لا امرأة له/ القاموس المحيط ٤/ ٧٧.

(١٨١) الشرح الصغير، للدردير ٣/ ٤٣٣.

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

أبيها أتجوز كفالتها؟ قال: لا تجوز كفالتها ولا بيعها ولا صدقتها ولا عتقها، قلت: أرايت إن أجاز الوالد كفالة الجارية البكر أتجوز في قول مالك - قال: لا يجوز معروف الجارية البكر وإن أجاز الوالد لم ينبغ للسلطان أن يجيزه وكذلك كفالتها وهذا قول مالك»

٢ - أن تكون المرأة ذات زوج وزاد ضمانها عن ثلث مالها فإنه لا يصح من دون إذن الزوج، فإن لم يجزه بطل الضمان بالثلث وغيره. هذا في ضمان المال، أما في ضمان الوجه فلا يصح منها مطلقاً، لأنها قد تخرج لأجل الخصومة وقد تحبس، وفي ذلك تفويت لحق الزوج إلا إذا أذن زوجها لأنه بإذنه قد تنازل عن حقوقه.

وقد أورد صاحب تكملة المجموع أن مالكاً يرى عدم صحة ضمان المرأة إلا بإذن زوجها مطلقاً. جاء فيه: ^(١٨٣) «وقال مالك: لا يصح إلا أن يكون بإذن زوجها» وسياقه الكلام على إطلاقه غير صحيح، ذلك أن المالكية قد ذكروا في كتبهم صحة ضمان الزوجة واشتراط إذن الزوج إنما هو فيما جاوز الثلث، فلعله يقصد بذلك المرأة البكر التي لم تتزوج بعد وأطلق اللفظ على عمومته وإنما المتوقف على إذن الزوج هو ضمان الوجه والطلب. جاء في الخرشي: ^(١٨٤) «وللزواج رده من زوجته... ومثله ضمان

(١٨٣) تكملة المجموع، للمطيعي ١٤/١٠.

(١٨٤) الخرشي على مختصر خليل ٦/٣٤.

الطلب» أو لعله قد التبس عليه الأمر فلم يفرق بين ضمان المال و ضمان الوجه والطلب .

الأدلة :

استدل المالكية على ذلك بما يأتي :

أولاً: السنة :

١ - حديث عمرو بن شعيب أن أباه أخبره عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال : « لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها ، رواه أبو داود^(١٨٥) ورواه ابن ماجه^(١٨٦) وفي لفظ آخر : « لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها » رواه الخمسة إلا الترمذي .^(١٨٧)

وجه الدلالة :

أن الرسول ﷺ قد منع عطية المرأة إلا بإذن زوجها فكذلك الضمان ، لأن كلا منهما تبرع ومعروف فلا يصح منها بدون إذن الزوج .

٢ - حديث عبد الله بن يحيى عن أبيه عن جده أن جدته خيرة امرأة كعب بن مالك أتت رسول الله ﷺ بحلي لها فقالت : إني تصدقت بهذا . فقال لها رسول الله ﷺ : لا يجوز للمرأة في مالها إلا بإذن زوجها ، فهل استأذنت كعباً؟ قالت : نعم . فبعث رسول الله ﷺ إلى كعب بن مالك فقال : هل أذنت لخيرة أن تتصدق بحليها؟ فقال :

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

(١٨٦) سنن ابن ماجه ٢/٧٩٨ حديث رقم ٢٣٨٨ .

(١٨٧) نيل الأوطار ، للشوكاني ٦/٢٢ وعمرو بن شعيب قد صحح له الترمذي احاديث .

نعم، فقبله رسول الله ﷺ منها» رواه ابن ماجه . (١٨٨)

وجه الدلالة :

أن رسول الله ﷺ لم يقبل صدقة المرأة حتى علم بإذن زوجها والضمان كذلك لا يصح إلا بإذن الزوج لأن كلاً منهما تبرع .

٣ - حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : « تنكح المرأة لأربع : لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها . فاظفر بذات الدين تربت يداك » . رواه الجماعة (١٨٩) إلا الترمذي .

وجه الدلالة :

أن رسول الله ﷺ أفاد أن المال أحد مرغبات الزواج فإذا تزوجها تعلق حقه بمالها، لأنه من الدوافع للزواج، فيكون تبرعها بغير إذنه تفويتاً لحقه في مالها فلا يجوز بغير إذنه .

ثانياً : المعقول :

ذلك أن الزوج يستفيد من مال زوجته ويتعلق له فيه مصالح، فإذا تبرعت الزوجة بما زاد على ثلث مالها فوتت على الزوج مصالح كان يؤملها، أما تصرفها في الثلث فإنه قد روعي فيه مصلحتهما معاً،

(١٨٨) سنن ابن ماجه ٢/٧٩٨ حديث رقم ٢٣٨٩ .

(١٨٩) للبخاري ومسلم ولابي داود والنسائي ولابن ماجه كلهم / الجامع الصغير للسيوطي ١/٥١٧ .

رواه البخاري في كتاب النكاح - باب الاكفاء في الدين، صحيح البخاري ٧/٨ - ونيل الاوطار، للشوكاني ٦/١١٩ .

فتستطيع تحقيق غرضها دون إضرار به. قال في المدونة: (١٩٠) «قال سحنون: لأنها إذا جاوزت ما أذن لها فيه صارت كالمحجور عليه». ثم في ذلك حفظ لمال الزوجة وعدم تبديده بما هو غير لازم لها. واستدل الجمهور على صحة ضمان المرأة مطلقاً بما يلي:

١ - قوله تعالى: ﴿... فَإِنْ أَنْسَتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (١٩١).

وجه الدلالة:

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

٢ - حديث جابر - رضي الله عنه - قال: «شهدت العيد مع رسول الله ﷺ فبدأ بالصلاة قبل الخطبة بلا أذان ولا إقامة ثم قام متوكئاً على بلال، فأمر بتقوى الله وحث على طاعته، ووعظ الناس وذكرهم ثم مضى حتى أتى النساء فوعظهن وذكرهن. وقال: تصدقن فإن أكثرن حطب جهنم، فقامت امرأة من وسط النساء سفعاء (١٩٢) الخدين. فقالت: لِمَ يا رسول الله؟ قال لأنكن تكثرن الشكاة وتكفرن العشير. قالت: فجعلن يتصدقن من حليهن يلقين في ثوب

(١٩٠) المدونة، للإمام مالك، رواية سحنون ٢٨٦/١٣.

(١٩١) سورة النساء: آية ٦.

(١٩٢) السفعاء: التي في خدها غبرة وسواد.

بلال من أقراطهن وخواتيمهن» متفق عليه. (١٩٣)

وجه الدلالة:

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

المناقشة والترجيح:

تناقش أدلة المالكية بالآتي:

١ - إن حديث عمرو بن شعيب مرسل، لأن شعيباً لم يدرك عبد الله بن عمرو، ونقل عن الشافعي - رحمه الله - أن الحديث ليس بثابت (١٩٤).

وعلى فرض صحته فإن المراد بالنهاي التنزيه، لأن حسن العشرة بين الزوجين تقتضي التشاور فيما فيه مصلحة الطرفين.

٢ - إن حديث عبد الله بن يحيى ضعيف، لأن يحيى غير معروف في أولاد كعب (١٩٥) فيكون الاستدلال به ضعيفاً لا يعارض بالأدلة الأخرى التي تميز التصرف بدون إذن الزوج.

(١٩٣) رواه البخاري في صحيحه ٢١/٢ ومسلم ١٧٥/٦ مسلم بشرح النووي.

(١٩٤) المغني، لابن قدامة ٥١٤/٤ وانظر: حاشية السندي على سنن ابن ماجه ٣٧/٢.

(١٩٥) حاشية السندي ٣٧/٢.

٣ - والاستدلال بأنه يستفيد من مالها ويرتبط بمصالح له لا يصلح حجة يعتمد عليه في المنع، لأن الزوجة تستفيد من مال زوجها ولا يمنع من تصرفه في ماله.

وقد أجاز للزوجة التصديق بالمعروف من مال زوجها فلأن يجوز لها ذلك من مالها بغير إذن الزوج أولى وأحرى. (١٩٦)

وكون ذلك فيه حفظاً لمال الزوجة فإننا نقول: إن كون الزوجة بالغة عاقلة رشيدة مختارة يكفي لصحة تصرفها.

من ذلك أرى أن الراجح هو قول الجمهور، وهو صحة ضمان المرأة مطلقاً سواء كانت ذات زوج أم لا وسواء كان الضمان في الثلث أو فيما زاد عنه.

الفرع الثالث:

ضمان المحجور عليه لفلس:

وهذا مما يطلب بحثه ضمن شروط الضامن، وقد اختلف الفقهاء في ذلك:

١ - فذهب الشافعية والحنابلة إلى صحة ضمان المحجور عليه لفلس.
جاء في نهاية المحتاج: (١٩٧) « وضمان المحجور عليه بفلس كشرائه

(١٩٦) عقد الكفالة / سليمان التويجري ص ٥٥ - ٥٩.

(١٩٧) نهاية المحتاج، للرملي ٤ / ٤٣٤.

بشمن في ذمته فيصح كضمان المريض».

وجاء في المغني: (١٩٨) «فأما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه».

٢ - وذهب المالكية إلى عدم صحة ضمان المحجور عليه لفلس؛ لأن الكفالة تبرع ومعروف وذلك لا يصح من المفلس (١٩٩).

الراجع:

أرى أن الراجح هو القول بصحة ضمان المحجور عليه لفلس، ولا يطالب في المال الذي تكفل فيه إلا بعد فك الحجر عنه وذلك لما يأتي:

١ - إن المحجور عليه لفلس من أهل التصرف والحجر عليه إنما هو في ماله لا في ذمته.

٢ - إن الراهن لا يمنع تصرفه بغير الرهن فكما أن الراهن لا يمنع تصرفه في غير ما رهنه، كذلك المحجور عليه لفلس يجوز ضمانه لأنه لا صلة بين حق الغرماء والتزامه بالكفالة. (٢٠٠)

(١٩٨) المغني، لابن قدامة ٤/ ٥٩٩.

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

(٢٠٠) المغني، لابن قدامة ٤/ ٥٩٩.

ثانياً: شروط المضمون عنه:

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

١ - يشترط أبو حنيفة كون المضمون عنه قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه أو بنائبه، وبناءً عليه قال بعدم صحة الضمان عن الميت المفلس.

جاء في البدائع: ^(٢٠١) «أن يكون قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه وإما بنائبه، فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده».

٢ - ويرى الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف ومحمد من الحنفية أنه لا يشترط ذلك، وبناءً عليه يصح الضمان عن الميت المفلس مطلقاً ترك وفاء أم لم يترك وفاءً.

وهو مذهب الظاهرية، وجاء في الخرشي: ^(٢٠٢) «وصح الضمان عن الميت المفلس».

وجاء في حاشية الرهوني: ^(٢٠٣) «ويجوز الضمان عن الميت خلف وفاء أم لم يخلف» وجاء في شرح البهجة: ^(٢٠٤) «وعن ميت مفلس» أي يصح الضمان عنه.

(٢٠١) البدائع، للكاساني ٣٤١٢/٧.

(٢٠٢) الخرشي على مختصر خليل ٢٣/٦.

(٢٠٣) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني ٤/٦.

(٢٠٤) شرح البهجة، لتركيب الانصاري ١٥١/٣٠.

وجاء في مطالب أولي النهى: ^(٢٠٥) «ويصح ضمان ميت لم يخلف وفاء».

وجاء في المحلى ^(٢٠٦) بعد سياق حديث سلمة بن الأكوع في ضمان أبي قتادة دين الميت: «ففي هذا الخبر جواز ضمان دين الميت الذي لم يترك وفاء»

الأدلة:

يحتج أبو حنيفة بأن دين الميت المفلس دين ساقط في أحكام الدنيا لا في أحكام الآخرة – والكفالة من أحكام الدنيا، والميت في هذه الحالة عاجز عن الوفاء غير أهل للمطالبة، وليس الدين عنده إلا الأداء الواجب الشاغل للذمة وقد تعذر فيسقط بالموت، وإذا سقط لم يتصور ضمانه لأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة في الدين أو المطالبة به، ولأنه بوفاته لا عن مال ولا كفيل تصير ذمته خربة غير صالحة لأن تشغل بدين فيعد لذلك ساقطاً، أما إذا ترك مالاً فإن كفالة ما عليه من دين تصح في حدود هذا المال. ^(٢٠٧)

ويستدل الجمهور بما يأتي :

١ - حديث سلمة بن الأكوع - رضي الله عنه - قال : كنّا جلوساً عند

(٢٠٥) مطالب أولي النهى للسيوطي ٣/٣٠٢.

(٢٠٦) المحلى، لابن حزم ٥/١١٢.

(٢٠٧) بدائع الصنائع، للكاساني ٧/٣٤١٢.

النبي ﷺ فأتى بجنائزته، فقالوا: يا رسول الله صل عليها، قال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا، قال: هل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنائير. قال: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلي دينه، فصلى عليه». (٢٠٨)

وجه الدلالة:

- ١- أن النبي ﷺ قبل كفالته عن الميت ولم يكن ترك وفاء .
- ٢- إن الدين واجب على الميت في حياته وهو لا يسقط إلا بالإيفاء أو الإبراء أو انفساخ سبب الوجوب، ولم يوجد شيء من ذلك فلا يسقط.
- ٣- إنه لو تبرع أحد بالأداء عن الميت صح، فدل على أن الدين لم يسقط لأنه لو سقط لما جاز أخذه من المتبرع.
- ٤- إذا كان قد كفل الدين كفيل قبل الموت فإن كفالته تبقى، ولو كان الدين يسقط بالموت لبطلت الكفالة؛ لأن سقوط الدين يذهب الكفالة، فدل البقاء على أن الموت لا يغير شيئاً بالنسبة للمدين المفلس. (٢٠٩)

(٢٠٨) رواه البخاري في كتاب الكفالة، حديث رقم ٢٢٨٩، صحيح البخاري بشرحه فتح الباري ٤/٤٦٦.

(٢٠٩) حاشية الرهوني ٤/٦ وتكملة المجموع، للمطبعي ٨/١٤ والمغني، لابن قدامة ٤/٥٩٣.

المناقشة والترجيح:

لقد ناقش أبو حنيفة ومن تبعه أدلة الجمهور بما يأتي:

١ - حديث أبي قتادة وعلي - رضي الله عنهما - يحتمل أن يكون ذلك وعداً بالتبرع وهو جائز عن الميت، ويدل لهذا الاحتمال ما جاء في بعض طرق هذا الحديث أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول إذا لقي أبا قتادة: ما فعل الديناران؟ أي ما كفل به. حتى قال يوماً: قضيتهما يا رسول الله، فقال ﷺ: «الآن بردت عليه جلده» وأيضاً فإن النبي ﷺ لم يجبره على الأداء ولو كان كفالة وليس وعداً بالتبرع لأجبره عليها.

٢ - أما جواز التبرع بدين الميت فلأن الدين باقٍ في حق الدائن وإن سقط في حق الميت للضرورة فلا يتعدى الدائن؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها فجاز للدائن أخذه من المتبرع.

٣ - وأما بقاء الدين إذا كان به كفيل قبل موته مفلساً أو كان للميت مال فلأن كلاً من الكفيل والمال يعتبر خلفاً للميت، لأن رجاء الأداء منهما باق، لأن الخلف هو ما تحصل به كفاية أمر الأصيل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين بهذا الاعتبار (٢١٠)

الترجيح عندي:

بدراسة أدلة المجيزين والمانعين أرى أن الراجح من ذلك هو القول بجواز كفالة الدين عن الميت المفلس، وهذا هو قول الجمهور وذلك لما يأتي:

١ - إن أدلة الجمهور أقوى من أدلة مخالفهم.

ب - ويجاب عن اعتراض أبي حنيفة على حديث أبي قتادة بأن قول أبي قتادة والتزامه بضممان ما على الميت ليس وعداً، بدليل أن النبي ﷺ قد تعقبه وسأله عن ذلك، فلما قال له: قد قضيتهما. قال: الآن بردت عليه جلده. فتكون مطالبة النبي ﷺ لأبي قتادة بالوفاء وما حصل منه إنشاء للكفالة لا وعداً بها.

٢ - يرى الحنفية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة أنه يشترط كون المضمون عنه معلوماً يعرفه الضامن ولا يجوز أن يكون مجهولاً، والحنفية يقصرون ذلك على حالة تعليق الكفالة أو إضافتها.

ويرى المالكية وبعض الشافعية وهو الصحيح من مذاهبهم وبعض الحنابلة أنه لا يشترط كون المضمون عنه معلوماً وهذا هو رأي الحنفية في حال تنجيز الكفالة.

الراجح:

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

١ - حديث علي وأبي قتادة - رضي الله عنهما - فإنهما ضمنا الميت وهما لا يعرفانه، ولم يسألهما النبي ﷺ هل يعرفان عين المضمون عنه أم لا .

٢ - إن الضمان تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع عنه كالنذر .

٣ - لا يشترط أن يكون المضمون عنه بالغاً، عاقلاً، حراً، وتصح الكفالة عن الصبي والمجنون والعبد، وهذا هو ما صرح به الحنفية وهو مقتضى المذاهب الأخرى وإن لم يصرحوا به، لأنهم يقولون بصحتها ولو بدون رضا المكفول عنه أو علمه .

٤ - لا يشترط عند الحنفية والشافعية والحنابلة حضور المكفول عنه، بل تجوز عن الغائب والمحبوس وهو مقتضى كلام المالكية، حيث ذكروا أن الضمان يصح بإيجاب الكفيل وحده ولا يتوقف على قبول المكفول عنه أو رضاه .

٥ - يرى جمهور المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا يشترط رضا المضمون عنه . لكن يشترط المالكية في حالة أداء الدين بغير الرضا أن يكون القصد من ذلك الفرق بالمضمون عنه .

وذهب بعض المالكية إلى أنه يشترط رضا المضمون عنه، وهذا هو رأي الشافعية والحنابلة في كفالة النفس فقط، والصحيح عدم اشتراط رضا المكفول عنه لأنها وثيقة لا قبض فيها، فصحت من غير رضاه فيها كالشهادة، ولأنها التزام حق عليه من غير عوض فلم يعتبر

رضاه فيها كالنذر.

٦ - يشترط المالكية أن يكون طلب الدين موجهاً إلى الأصيل أولاً فإن تيسر الأخذ منه وإلا فيطالب الضامن.

وذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الطالب مخير في المطالبة إن شاء طالب الأصيل أو الكفيل أو هما مجتمعين، وهذا هو الراجح، لأن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالأصيل، ولأن الحق ثابت في ذمتهما فملك مطالبة من شاء منهما.

ثالثاً: شروط المضمون له:

إليك بيان تلك الشروط مقارنة بين المذاهب الفقهية:

١ - يرى الحنفية وبعض الشافعية وهو الصحيح عندهم وبعض الحنابلة أنه يشترط كون المضمون له معلوماً ولا يصح أن يكون مجهولاً.

ويرى المالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة أنه لا يشترط كون المضمون له معلوماً، بل يصح ولو كان مجهولاً؛ لأنه تبرع بالتزام مال فلا يعتبر معرفة من ضمن له.

الراجع:

أرى أن الراجح: هو عدم اشتراط كون المضمون له معلوماً وذلك. لحديث علي وأبي قتادة - رضي الله عنهما - حيث ضمنا الدين دون أن يعرفا المضمون له، وأقرهما النبي ﷺ على ذلك.

٢ - يرى أبو حنيفة ومحمد أنه يشترط لصحة الضمان قبول المكفول له في مجلس العقد، وهو رأي أبي يوسف الأول وبه يقول بعض الشافعية.

ويرى الجمهور من المالكية والحنابلة والشافعية وهو الأصح من مذهبهم أنه لا يشترط القبول مطلقاً؛ لأن الكفالة تصرف فيتم انعقاده بالإيجاب ولا يتوقف على قبول المكفول له.

الراجع:

أنه لا يشترط قبول المضمون له وإنما يتم الضمان بإيجاب الضامن وحده وذلك: لحديث سلمة بن الأكوع - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قبل كفالة أبي قتادة - رضي الله عنه - بدين على ميت جيء به ليصلي عليه وأقرها دون أن يقبل ذلك المكفول له وذلك دليل على عدم توقفها على قبول المكفول له (٢١١)

٣ - يشترط الحنفية كون المكفول له عاقلاً، فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل لأنهما ليسا من أهل القبول.

ومقتضى كلام الفقهاء غير الحنفية يختلف عن الحنفية، وهو القول بعدم اشتراط كون المكفول له عاقلاً، لأنهم لا يشترطون القبول وإنما يتم الضمان بإيجاب الضامن وحده، لأنها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها ولا قبوله كالنذر.

٤ - يشترط بعض الشافعية رضا المضمون له وهو مقتضى كلام الحنفية، حيث يشترطون القبول من المضمون له ولا بد أن يكون القبول صادراً عن رضا، ويرى المالكية وبعض الشافعية وهو الصحيح عندهم والحنابلة أنه لا يشترط رضا المكفول له، وهذا هو الصحيح لحديث أبي قتادة - رضي الله عنه - حيث لم يتوقف الضمان على رضا المضمون له.

رابعاً : شروط المضمون به :

وهو محل الكفالة، وإليك بيان الشروط التي أوردها الفقهاء مقارنة :
 ١ - يشترط الحنفية كون المضمون به مضموناً على الأصيل سواء كان ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً، وهذا لأن الكفيل تبع للأصيل فيأخذ حكمه .

والدين يكون مضموناً على الأصيل إذا كان ديناً صحيحاً وهو ما لا يسقط إلا بالأداء والإبراء، وعلى هذا فلا يجوز ضمان نفقة الزوجة قبل القضاء بها أو التراضي عليها؛ لأنها ليست ديناً صحيحاً لسقوطها بالموت أو الطلاق، أما إذا كانت مستدانة بأمر القاضي فإنها تكون ديناً صحيحاً وإنما أجازوا الكفالة بالنفقة المستقبلية مع أنها لم تصر ديناً، استحساناً منهم، وكذلك لا يجوز ضمان دين الكتابة لأن الدين غير صحيح ويملك المكاتب تعجيز نفسه .

وذهب الشافعي في أحد قوليه إلى صحة ضمان نفقة الزوجة إذا كانت ماضية أو حاضرة لوجوبها في الذمة ولا يجوز في المستقبلية . وفي القول الآخر يصح الضمان مطلقاً إذا كانت ماضية أو حاضرة أو مستقبلية وهو قول الحنابلة .

وتكون العين مضمونة على الأصيل إذا كانت مضمونة بنفسها كالأعيان المغصوبة، ولا يصح ضمان الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والمرهون، ولا يصح ضمان الأعيان التي هي أمانة كالوديعة .

والفعل يكون مضموناً على الأصل في مثل عمل الأجير المشترك .
ويرى المالكية أنه يشترط أن يكون الضمان بالدين فقط ولا يجوز
الضمان في الأعيان مطلقاً سواء كانت مضمونة بنفسها أو غيرها .
٢ - يرى الحنفية والمالكية والحنابلة أنه يشترط أن يكون المكفول به
مقدور الاستيفاء من الكفيل ، وعلى ذلك فلا يصح الكفالة بالحدود
والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل .

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

٣ - يرى الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة وهو مذهب
الشافعي في القديم أنه لا يشترط كون المضمون به معلوماً ، بل يجوز
الضمان مطلقاً سواء كان معلوماً أو مجهولاً .

ويرى الشافعية أنه يشترط أن يكون المضمون به معلوماً للضامن
فقط جنساً وقدرًا وصفةً وعيناً ، وهو مذهب الشافعي في الجديد .

الراجع :

أنه لا يشترط كون المضمون به معلوماً لما يأتي :

- أ - قوله تعالى: ﴿...وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (٢١٢).
 وحمل البعير غير معلوم فدل على عدم اشتراط كون المضمون معلوماً.
- ب - حديث «الزعيم غارم» (٢١٣) وهذا عام يشمل المعلوم والمجهول.
- ج - إن الكفالة مبناها على التوسع؛ لأنها تبرع فتحتمل الجهالة إذا كانت متعارفة.
- ٤ - يشترط الشافعية أن يكون الدين المضمون به حقاً ثابتاً حال الضمان كضمان الثمن والأجرة وعوض القرض، ولا يصح عندهم ضمان نفقة الغد للزوجة ولو جرى سبب وجوبها.
- ويذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه لا يشترط أن يكون المضمون به ثابتاً، بل يصح ولو كان غير ثابت إذا كان مآله إلى الوجوب والثبوت وذلك كالجعل في الجمالة ولا يصح ضمان دين الكتابة لأنه ليس واجباً ولا آيلاً إلى الوجوب.

الراجع:

- أنه يصح ضمان الدين المضمون به إذا كان ثابتاً أو مآله إلى ذلك لما يأتي:
- أ - قوله تعالى ﴿...وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (٢١٤).
 لأن حمل البعير وإن لم يكن ثابتاً فإن مآله إلى الثبوت.

(٢١٢) سورة يوسف: آية ٧٢.

(٢١٣) سبق تخريجه ص ١٩٣.

(٢١٤) سورة يوسف: آية ٧٢.

خامساً: شروط الصيغة:

نبحث الآن شروط الصيغة فنقول:

يشترط أبو حنيفة ومحمد وبعض الشافعية وفي رأي لأبي يوسف أن يكون قبول المكفول له في مجلس العقد وهؤلاء يشترطون لصحة الإيجاب والقبول في عقد الكفالة كغيره من العقود شروطاً هي:

(١) أن يكونا واضحي الدلالة على مراد العاقلين ومفهومين لكل منهما، فلا ينعقد العقد إذا كان الإيجاب لا يتضح منه مراد الموجب أو كان بلغة لا يفهمها المتعاقد الآخر.

(٢) أن يكون القبول متصلاً بالإيجاب، والاتصال المشروط عند جمهور الفقهاء يتم بصدور القبول في المجلس نفسه الذي صدر فيه الإيجاب، لأن المجلس الواحد يجمع الأمور المتفرقة. جاء في شرح فتح القدير: ^(٢١٥) «ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: «يجوز إذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة».

ومعنى هذا أن اشتراط القبول في المجلس إنما هو عند من يقول إن القبول لابد منه لانعقاد الكفالة، أما أبو يوسف ثم يشترط القبول في المجلس وإنما يكتفي بقبوله بعد علمه بالإيجاب وفي

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

قول أبي يوسف الأخير عدم اشتراط القبول .

والاتصال المشروط عند الشافعية في انعقاد العقود التي لا بد فيها من القبول هو الاتصال الفوري بحيث لا يفصل بينهما زمان ولو كان يسيراً إلا لعذر كسعال وعطاس ونحوها . قال في أسنى المطالب: (٢١٦) « يشترط في صحة العقد أن يقع القبول بعد الإيجاب على الفور فلا يصح على التراخي لكن لا يضر الفصل اليسير » . وما دام القبول لم يتصل بالإيجاب فإنه يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه .

٣) أن يطابق القبول الإيجاب : لا بد لصحة القبول وارتباطه بالإيجاب أن يكون متطابقاً مع الإيجاب ، فلو قال : ضمنت إحضاره فقال : قبلت ضمانك الدين فإن الكفالة لا تنعقد ؛ لأن القبول لم يطابق الإيجاب وباستيفاء الإيجاب والقبول لتلك الشروط عند من يقول بأنه لا بد لصحة الكفالة من القبول فإنه ينعقد عقد الكفالة إذا كان صادراً من ذي أهلية .

الأمر التي يبطل بها الإيجاب :

إذا صدر الإيجاب من الموجب ولم يقبل الطرف الآخر فإن هناك أموراً تؤدي إلى إبطال الإيجاب وإسقاطه هي :

١ - رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول الطرف ، وآخر .

- ٢ - خروج الموجب عن أهليته قبل القبول بموت أو جنون .
- ٣ - رفض الإيجاب ممن وجه إليه صراحة أو ضمناً بإعراضه عنه .
- ٤ - هلاك المعين من مبيع ونحوه وذلك بعد صدور الإيجاب وقبل القبول .
- ٥ - انتهاء مجلس العقد باتفاق المتعاقدين على إنهاء العقد أو بافتراق الطرفين أو إعراض أحدهما . (٢١٧)

تقدم القبول على الإيجاب :

يعرّف الحنفية الإيجاب بأنه : ما يذكر أولاً من كلام أحد المتعاقدين . (٢١٨)

والقبول هو ما يذكر ثانياً من الآخر .

وعلى هذا فليس فيه تقدم للقبول على الإيجاب ؛ لأن الكلام الصادر من أحد المتعاقدين أولاً هو الإيجاب سواء كان ذلك صادراً من الضامن أو المضمون عنه .

أما المذاهب الفقهية الأخرى فإنهم يرون أن عقد الكفالة ينعقد بالإيجاب وحده وعلى هذا فليس عندهم إيجاب وقبول يتقدم أحدهما على الآخر .

(٢١٧) الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود د/ بدران أبو العينين بدران، ص ٣٦٢ .

(٢١٨) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٤/ ٦٠٥ .

ويرى المالكية والشافعية في الصحيح عندهم والحنابلة وأبو يوسف في قوله الاخير انه لا يشترط أن يكون القبول في مجلس العقد ولا في غيره مطلقاً، وتصح الكفالة وتنعقد بالإيجاب وحده لأنها تبرع والتزام فلا يتوقف على القبول .

الراجع :

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

(١) حديث علي وأبي قتادة - رضي الله عنهما - حيث أقر النبي ﷺ كفالتهم للدين الميت دون أن يكون منه قبول لا في مجلس العقد ولا في غيره وذلك دليل على عدم اشتراط القبول مطلقاً .

(٢) إن الكفالة التزام من الكفيل بأداء الدين فهو يتصرف في خالص حقه وفيما له الولاية عليه .

(٣) إن الكفالة محض التزام بها من الكفيل لا تمليك فيها بدليل أنها تصح مع جهالة المكفول به، كما أنها تقبل التعليق بالشرط والتمليك لا يصح مع الجهالة ولا مع التعليق، والالتزام يتم بإيجاب الملتزم وحده كالنذر .

المبحث الثاني

شروط الكفالة في القانون الوضعي

ويندرج تحته خمسة مطالب :

المطلب الأول : شروط الضامن «الكفيل» .

المطلب الثاني : شروط المضمون عنه .

المطلب الثالث : شروط المضمون له .

المطلب الرابع : شروط المضمون به .

المطلب الخامس : شروط الصيغة .

المطلب الأول :

شروط الضامن «الكفيل»

يشترط القانون المدني المصري في الكفيل الذي يقدمه المدين شروطاً هي :

١ - يشترط في الكفيل أن يكون أهلاً للتبرع بأن يكون كامل الأهلية لإبرام عقد الكفالة، ولا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل متبرعاً وإذا كفل كانت الكفالة باطلة^(٢١٩) ولم يرد ذكر هذا الشرط في المادة ٧٧٤ التي أوردت شروط الكفيل؛ لأن الأهلية شرط لصحة كل تصرف قانوني ولنشوء ما يترتب عليه من التزامات، ولذا فلا يكون المدين موفياً بالتزامه بتقديم الكفالة إذا كان الكفيل غير أهل للتحمل بها؛ لأن الكفيل يستطيع أن يتخلص من تعهده إذا تمسك ببطلانه بسبب فقدان أهليته. والمطلوب توافر الأهلية عند إبرام العقد ولا يؤثر فقدان الأهلية بعد الكفالة. (٢٢٠)

أما إذا كانت الكفالة بمقابل فيجب في الكفيل أهلية التصرف لا أهلية التبرع، ولا يجوز للقاصر أو المحجور عليه أن يكفل وإذا كفل كانت الكفالة قابلة للإبطال إلى أن تجاز. ويجوز للولي أو الوصي أن يعقد كفالة بمقابل باسم القاصر أو المحجور عليه. (٢٢١)

(٢١٩) الوسيط في شرح القانون المدني د/ عبد الرزاق السنهوري ٨٠/١٠.

(٢٢٠) دروس في التامينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري، ص ٣٠ / جميل الشرقاوي.

(٢٢١) الوسيط، للسنهوري ٨٠/١٠.

٢- يشترط رضا الكفيل لأن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن والكفيل هو الذي يلتزم في العقد. (٢٢٢)

٣- يشترط أن يكون الكفيل موسراً أي قادراً على الوفاء بالدين الذي كفله بأن يكون لديه من الأموال العقارية أو المنقولة ما يكفي للوفاء بالدين المكفول.

وإثبات يسر الكفيل مسؤولية المدين، ويفصل في ذلك القضاء عند الاختلاف، ولا يدخل في الاعتبار ما لدى الكفيل من أموال لا يجوز الحجز عليها، ويدخل في الاعتبار ما يثقل أموال الكفيل من حقوق وتكاليف تنقص عن قيمتها أي أن يسار الكفيل يقدر بالنظر إلى صافي ذمته.

٤- ويشترط القانون المدني المصري أن يكون الكفيل مقيماً في مصر حتى تسهل مقاضاته عند الاقتضاء والمقصود هو الإقامة المعتادة أي التوطن فلا تكفي الإقامة العارضة، ويكفي أن يكون مقيماً في أي مكان في مصر ويشترط التقنين المدني الفرنسي أن يكون الكفيل مقيماً في موطن المدين.

ولا يشترط أن يكون الكفيل مصرياً، بل يصح أن يكون أجنبياً ما دام مقيماً في مصر.

ويجب أن يستمر توافر الشرطين في الكفيل ما دامت الكفالة قائمة

فإذا تخلف الشرطان أو أحدهما بأن أعسر الكفيل بعد يسار، أو نقل محل إقامة خارج مصر وجب على المدين أن يقدم كفيلًا آخر يحل محله يتوفر فيه الشرطان، ويستثنى من ذلك حالة ما إذا اشترط الدائن شخصاً معيناً لكفالة الدين فلا يلتزم المدين بتقديم شخص آخر يحل محله إذا أصبح الشخص غير متوافر على الشروط الواجبة. وإذا كان إعسار الكفيل جزئياً جاز للدائن أن يطالب بكفالة أخرى تكمل كفالة الكفيل الأول.

وتقديم كفيل آخر أو استكمال كفالة الكفيل الأول واجب فيما إذا اعتقد الدائن خطأ أن الكفيل مليء ولم يكن هذا مليئاً منذ البداية. (٢٢٣)

وقد جاء ذكر هذين الشرطين في المادة ٧٧٤ من التقنين المدني المصري «إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً في مصر» ويقابل هذا النص في القوانين العربية الأخرى: المادة ٧٤٠ من القانون السوري والمادة ١٠٦٨ من قانون الموجبات اللبناني إلا أن القانون اللبناني قد أضاف بعض الأمور فيما يختص بملاءة الكفيل.

٥ - ألا يكون التزام الكفيل أشد عبئاً من الالتزام الأصلي، ولهذا نص القانون المدني المصري في المادة ٧٨٠ على أنه «لا تجوز الكفالة في

مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون». وورد مثله في القانون المدني السوري وفي المادة ٧٤٦ وهي مطابقة للقانون المصري. وكذلك في المادتين ١٠٦٤، ١٠٦٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني. أما القانون المدني العراقي فقد تطرق لبحث الأجل وأنه يجب أن يكون أجل الكفالة على الكفيل مساوياً لما على الأصيل. جاء ذلك في المادة ١٠١٣.

المطلب الثاني

شروط المضمون عنه

١ - يرى القانون أن المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة فلا يتوقف عليه انعقاده ويمكن أن تنعقد الكفالة دون علمه بها، وتنعقد كذلك حتى لو عارض عليها. جاء ذلك في المادة ٧٧٥ «تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجوز أيضاً رغم معارضته». وجاء مثل ذلك في القانون المدني السوري في المادة ٧٤١ وفي قانون الموجبات اللبنانية المادة ١٠٦٢، ذلك أن القاعدة هي أن الوفاء بالالتزام يصح من غير المدين ولو لم تكن له مصلحة فيه ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته، دلت على ذلك المادة ٤٢٣ من القانون المدني المصري. والكفالة ليست سوى تعهد بالوفاء بالمدين إذا لم يف به المدين نفسه فيصدق عليها حكم هذه القاعدة بطريق القياس. (٢٢٤)

٢ - لا يشترط أن يكون المدين تام الأهلية، ويجوز كفالة المدين الناقص الأهلية من صبي مميز أو المحجور عليه للسفه أو الغفلة. جاء في المادة ٧٧٧ من القانون المدني المصري «من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول» ويطابق هذا النص المادة ٧٤٣ من القانون المدني السوري. فإذا انعقدت الكفالة ولم يقصد الكفيل سوى

(٢٢٤) عقد الكفالة د/ منصور مصطفى منصور، ص ٢٥ ودروس في التأمينات الشخصية والعينية،

كفالة هذا الالتزام كان مقتضى صفة التبعية أن يرتبط وجود التزام الكفيل بوجود الالتزام الأصلي فيبقى التزام الكفيل قائماً ما بقي الالتزام الأصلي قائماً وإن كان مهدداً بالإبطال أما إذا تقرر إبطال العقد المنشئ للالتزام الأصلي بناء على طلب المدين أو الكفيل فإن التزام المدين يزول بأثر رجعي فيعتبر كأن لم يكن، وتبطل الكفالة التي عقدت لتنفيذه.

ولا تصح كفالة عديم الأهلية مطلقاً.

وإذا كان الكفيل والدائن على علم بنقص أهلية المدين وقت التعاقد، وقصد الكفيل هو تأمين الدائن ضد خطر إبطال العقد فإن الكفيل يلتزم ولو تقرر بطلان العقد المنشئ للالتزام الأصلي بصفة الكفيل مديناً أصلياً لا بصفته كفيلاً؛ لأن التزامه عن ناقص الأهلية تعهد من الدائن بالآلا يستعمل المدين حقه في طلب الإبطال، وفي حالة طلبه يتعهد بتنفيذ الالتزام الأصلي. (٢٢٥)

المطلب الثالث

شروط المضمون له

يشترط أن تتوفر في المضمون له «الدائن» شروط هي :

(١) يجب أن تتوفر الأهلية الكاملة للدائن إذا كانت الكفالة بمقابل، وإذا لم تكن بمقابل فيكفي أن يكون الدائن مميزاً لأن الكفالة عقدت لمصلحته.

(٢) أن تكون الكفالة برضا المكفول له، ويكفي أن يكون الرضا ضمناً لأن الكفالة عادة تكون لمصلحته، ولا يجوز أن تكون إرادته مشوبة بعيب من عيوب الرضا، فإن كانت إرادته مشوبة بعيب من عيوب الرضا لم تصح الكفالة.

(٣) ألا يكون للدائن هدف غير مشروع من الكفالة، ويتحقق ذلك فيما إذا كان القصد منها تشجيع تعامل مخالف للقانون. (٢٦٦)

المطلب الرابع

شروط المضمون به «محل الكفالة»

يشترط لصحة الكفالة أن يتوفر في المضمون به شروط هي :

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

(٢) يشترط أن يكون محل التزام الكفيل معيناً، وذلك بأن يكون الالتزام الأصلي معيناً تعييناً يمكن تميزه عن غيره ويتعين بتعيين محله كأن يذكر في عقد الكفالة أن محل الالتزام الأصلي هو مبلغ كذا من النقود أو القيام بعمل معين، وإذا لم يكن محل الالتزام الأصلي محدداً بصفة نهائية فيجب على الأقل أن يتضمن عقد الكفالة الأساس الذي يتحدد به كأن يكفل شخص ما ينشأ في ذمة المسؤول عن فعل ضار معين من تعويضات للدائن، وعندئذ يكون محل التزام الكفيل قابلاً للتعيين وهذا يكفي لانعقاد العقد . (٢٢٧)

(٣) يجب أن يكون الالتزام صحيحاً، ويكون الالتزام صحيحاً إذا كان قد وجد وقت انعقاد الكفالة صحيحاً غير مهدد منذ نشأته بالزوال سواء كان هذا الالتزام من مصدر عقدي أو غير عقدي . جاء ذلك في المادة ٧٧٦ « لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً » .

وجاء ذلك في المادة ٧٤٣ من القانون المدني السوري وهي مطابقة لما ورد في النص المذكور، كما ورد ذلك في المادة ١٠٥٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني. حيث جاء فيها: «لا تصح الكفالة إلا لموجب صحيح» وبذلك تتفق مع النصوص الواردة بهذا الشأن من القانون المصري والسوري.

فإذا كان الالتزام المكفول باطلاً أو قابلاً للإبطال أمكن للكفيل كما أمكن للمدين الأصلي أن يتمسك بهذا الدفع، فيعلن بطلان الالتزام الأصلي أو يبطله ومن ثم يصبح التزام الكفيل باطلاً. (٢٢٨)

٤) يشترط أن يكون المكفول به مساوياً لما على المكفول عنه أو أقل منه ولا يجوز أن يكون في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول به.

٥) يشترط لصحة الكفالة أن تكون مشروعة الهدف، ولا يجوز أن تهدف إلى الخروج عن أحكام القانون فتكون غير مشروعة الهدف، لأنها والحالة هذه تصرف قانوني باطل لعدم المشروعية. (٢٢٩)

(٢٢٨) الوسيط، للسنة ١٠/٤١.

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

المطلب الخامس

شروط الصيغة

(١) أن يتبادل طرفا الكفالة التعبير عن إرادتين متطابقتين، وألا تكون الصيغة مبهمة أو بلغة لا يفهمها المتعاقد الآخر، وألا تكون مشوبة بشيء من عيوب الإرادة. (٢٣٠)

(٢) يشترط لإثبات الكفالة أن تكون مكتوبة ولا تلزم الكفالة إلا بالكتابة ومع كونها مشروطة لإثبات الكفالة إلا أنها غير مشروطة لانعقاد الكفالة. نصت على ذلك المادة ٧٧٣ مدني مصري « لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينه ». ويقابل ذلك المادة ٧٣٩ من القانون المدني السوري، والمادة ١٠٥٩ من قانون الموجبات اللبناني. أما القانون العراقي فلم ينص على ذلك ومعنى ذلك عدم اشتراطه الكتابة في عقد الكفالة.

ويتبين من هذا النص أن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل ولو كان هذا الالتزام المكفول يثبت بالبينه بأن كان مثلاً عشرين جنيهاً فأقل.

ويجوز الإثبات بالبينه إذا وجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب اجنبي لا يد له فيه. كذلك يجوز الإثبات بالإقرار واليمين وهذا هو ما تقضي به القواعد

العامّة في الإثبات. والإثبات بالكتابة ضروري فيما بين الكفيل والدائن، أما فيما بين الكفيل والمدين فلا تشترط الكتابة، ويخضع الإثبات للقواعد العامّة فيجوز الإثبات بالبينة والقرائن. ويجوز الإثبات بالبينة والقرائن إذا كان التزام الكفيل تجارياً. (٢٣١)

المبحث الثالث

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في تلك

الشروط

ويندرج تحته خمسة مطالب :

المطلب الأول : مقارنة شروط الضامن .

المطلب الثاني : شروط المضمون عنه .

المطلب الثالث : شروط المضمون له .

المطلب الرابع : شروط المضمون به .

المطلب الخامس : شروط الصيغة .

المطلب الأول

شروط الضامن

(١) يشترط القانون أن يكون الضامن أهلاً للتبرع، وبهذا يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أنه لا بد أن يكون الضامن أهلاً للتبرع وأنه لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه للسفَه أن يكون كفيلاً.

ويجوز القانونيون كون الكفيل قاصراً أو محجوراً عليه في الكفالة إذا كانت بمقابل وتكون قابلة للإبطال إلى أن تجاز من الولي أو الوصي على حين أن جمهور الفقهاء لا يجيزون الكفالة بمقابل؛ لأنهم يرون أنه من قبيل أكل المال بالباطل والله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ...﴾ (٢٣٢) وليس هذا من قبيل التجارة لأن الكفيل لا يعطي بكفالته شيئاً يعتاض عنه بما يعطاه من عوض يأخذه من المكفول عنه أو المكفول به وإنما التزم متبرعاً بأداء ما على المكفول عنه من الدين. والضمان معروف وخير ولا يجوز أخذ عوض عن معروف أو خير كما لا يجوز عن صوم وصلاة سواء أكان من الدائن أو من المدين. وسيأتي الكلام عن ذلك في بحث الاعتمادات المصرفية.

ويرى الفقهاء أن العقد إذا تم من القاصر أو المحجور عليه يعتبر موقوفاً على إجازة الولي والوصي، ولا يصح إطلاق الإبطال عليه؛ لأن معنى

البطلان هو العدم والعدم لا يتجزأ فلا يتجزأ البطلان . فالأولى إطلاق لفظ (موقوف) على العقد من هذا النوع فإن أجازته الولي أو الوصي جاز وإلا فلا .

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

(٣) يشترط القانون كون الكفيل موسراً ليستطيع الوفاء بما التزم به ، وهذا هو رأي الشيعة الجعفرية إلا أنهم يشترطون ملاءة الكفيل وقت الضمان ، فإن لم يكن مليئاً اكتفى بعلم المكفول له باعساره فلو ضمن معسر ديناً ولم يعلم الدائن باعساره كان له فسخ الضمان عند علمه والرجوع بدينه على الأصيل ، ولا يشترط استمرار اليسار إلى وقت الوفاء ومرد ذلك أن الضمان عندهم ينقل به الدين إلى ذمة الكفيل ويبرأ الأصيل ويخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء فلا يرون اشتراط يسر الكفيل لأن الدين متعلق بالذمة .

والراجع :

أرى أن الراجح هو القول بعدم اشتراط ملاءة الكفيل ويسره لأنه قد يكون مليئاً إلا أنه مماطل فيكون الاشتراط غير مجد .

ثم إن اشتراط رضا الدائن - وهو المضمون له - بالضامن عند من يقول به يغني عن ذلك ، لأنه قد وثق فيه ورضي به وكذلك فإن

الضمان يتعلق بذمة الضامن وذمته صالحة لهذا التعلق سواء كان ملبئاً أو غير ملبئ.

٤) يشترط القانون المدني المصري كون الكفيل مقيماً في مصر حتى تسهل مقاضاته عند الاقتضاء، ويشترط التقنين الفرنسي كون الكفيل مقيماً في موطن المدين، ولم يشترط الفقهاء ذلك، ويغني عن هذا الشرط اشتراط رضا المكفول له عند من يقول به، فما دام قد رضي عن الكفيل فلا حاجة إلى اشتراط كونه مقيماً في موطن المدين.

وأرى أنه لا يشترط اليسار ولا الإقامة للكفيل.

لكن لو قيل بالوجوب حماية لحق الدائن لكان مناسباً لأن الناس اليوم قد اختلفت ذمتهم كما أن كثرة الدول وتباين أنظمتها يخشى منه ضياع حق الدائن، فالقول بالوجوب فيه مصلحة ولا مضرة فيه حيث لا يخالف القواعد الشرعية بل يحقق الغرض من الكفالة.

٥) اشترط القانون ألا يكون التزام الكفيل أشد عبثاً من الالتزام الأصلي وهذا لا يخالف الشريعة الإسلامية، ذلك أن الكفيل تبع للأصيل ولا يمكن أن يتحمل التابع أكثر من الأصيل.

المطلب الثاني

شروط المضمون عنه

- ١) يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن المضمون عنه ليس طرفاً في عقد الكفالة وأن الكفالة تنعقد ولو لم يعلم بها أو كانت بغير رضاه.
- ٢) يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أنه لا يشترط أن يكون المضمون عنه تام الأهلية وأنها تجوز الكفالة ولو كان المضمون عنه ناقص الأهلية كصبي مميز أو محجور عليه للسفه.

المطلب الثالث

مقارنة شروط المضمون له

- ١) يشترط القانون كون المضمون له كامل الأهلية في حالة كونها بمقابل أما إذا لم تكن بمقابل فيكفي أن يكون مميزاً.
- واشترط كون المضمون له كامل الأهلية إذا كانت بمقابل يتفق مع رأي الحنفية، وهو أنه يشترط أن يكون المضمون له كامل الأهلية لكي يكون قبوله صحيحاً. والاكتفاء بكون المضمون له مميزاً في حالة كونها بدون مقابل يتفق مع الرأي القائل بعدم اشتراط الأهلية للمضمون له، وهو مقتضى قول جمهور الفقهاء بصحة الكفالة

بإيجاب الكفيل دون التوقف على القبول من المكفول له . وهذا هو الصحيح لأن الكفالة التزام من الكفيل لمصلحة المكفول له فلا يشترط كون المكفول له كامل الأهلية .

(٢) يشترط القانون لصحة الكفالة رضا المضمون له ولو كان الرضا ضمنياً، وهذا يتفق مع رأي الشافعية القائلين باشتراط رضا المضمون له . وقد خالفهم جمهور الفقهاء فقالوا بعدم اشتراط الرضا للمكفول له . وهذا هو الصحيح لحديث أبي قتادة - رضي الله عنه - حيث لم يتوقف الضمان فيه على رضا المضمون له .

(٣) يشترط القانون ألا يكون للمضمون له هدف غير مشروع من الكفالة، والفقهاء المسلمون قد راعوا في السبب كونه مباح الغرض، ولذلك جاء في المذهبين الحنبلي والظاهرية وفي أحد قولي المذهب المالكي تحريم بعض العقود لعدم إباحة غرضها . (٢٣٣)

(٢٣٣) المغني والشرح الكبير، لابن قدامة المقدسي ٤ / ٤٠ والمجلد، لابن حزم ٩ / ١٥٤٢ ومواهب الجليل، للحطاب ٤ / ٢٦٧ .

المطلب الرابع

مقارنة شروط المضمون به

- (١) يشترط القانون أن يكون محل الالتزام ممكناً وهذا الشرط لا خلاف فيه لأن غير الممكن مستحيل ولا يمكن الكفالة فيه .
- (٢) يشترط القانون كون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين .
وهم يتفقون في اشتراط كونه معيناً مع الشافعية في الجديد من المذاهب . أما جمهور الفقهاء فقد أجازوا الكفالة مطلقاً ولو كان المكفول به مجهولاً . وهذا هو الصحيح لما سبق أن بيناه . (٢٣٤)
- (٣) يشترط القانون كون الالتزام صحيحاً وهذا هو مذهب الفقهاء المسلمين لأن الكفيل تبع للأصيل فيأخذ حكمه فإن لم يكن صحيحاً فلا تجوز كفالته .
- (٤) يشترط القانون كون المكفول به مبلغاً مساوياً لما على المكفول عنه أو أقل ، وهذا الشرط لا يعارض ما جاء في الفقه الإسلامي ، ذلك أن الزيادة عن الحق المكفول به ربا والربا محرم ولا يجوز .

المطلب الخامس

مقارنة شروط الصيغة

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

(٢) يشترط القانون لإثبات الكفالة أن تكون مكتوبة. وهذا الشرط إنما هو لإثبات الكفالة لا لانعقادها، ولم يرد في الفقه الإسلامي اشتراط الكتابة وإنما تنعقد الكفالة وتثبت بالأدلة والقرائن المطلوبة للإثبات غير أن الشريعة الإسلامية قد ندبت إلى كتابة الديون لما فيها من التوثيق والاحتياط، وهذا هو قول جمهور الفقهاء استدلالاً بآية المدائنة.

وذهب بعض الفقهاء إلى أن الأمر بالكتابة للوجوب فيجب على أرباب الديون كتابتها لدلالة تلك الآية على ذلك وهو اختيار الطبري. (٢٣٥)

ولكن الراجح من ذلك هو أن الأمر بكتابة الديون للنadb لما فيه من

(٢٣٥) تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ٤٧/٦ دار المعارف بمصر. وتفسير القرطبي ٣/ ٣٨٢ - ٣٨٣ دار الكتاب العربي بمصر، الطبعة الثالثة ١٣٨٧ هـ.

وآية المدائنة هي قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ...﴾ [سورة البقرة] آية ٢٨٢

التوثق والحيطة في حفظ الحقوق، وهذا هو اختيار القرطبي. (٢٣٦)
 غير أنني أرى أنه لو قيل بوجوب كتابة عقد الكفالة لكان مناسباً،
 ذلك أنه قد ضعف الوازع الإيماني الذي يحمل الناس على الصدق
 والأمانة وهذا تنظيم لا يخرج عن قواعد الشريعة الإسلامية وفيه
 المصلحة ولا مفسدة من القول بوجوبه للإثبات.

(٢٣٦) ومما يؤكد كون الأمر في الآية للتدب قوله تعالى بعد ذلك ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا...﴾ ٢٨٣
 [سورة البقرة] فإن أمن بعض الدائنين لحسن ظنه به فلم يكتب عليه فليؤد المدين دينه وليتق
 الله ربه فلا يخون الأمانة. روح المعاني في تفسير القرآن العظيم / محمود الألوسي ٧٩/٣.