الباب الثاني

- بيان حقيقة الضمان الشخصي «الكفالة» من حيث الماهية والنشأة وبيان الخصائص المميزة.

ويشتمل على ثلاثة فصول:

* الفصل الأول:

بيان خصائص عقد الكفالة وتطورها التاريخي.

* الفصل الثاني:

بيان حقيقة الكفالة.

* الفصل الثالث:

الأصل في مشروعية الضمان الشخصي «الكفالة».

obeikandl.com

obeikandl.com

تقـــــديم:

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

وأطلق اسم الضمان الشخصي على عقد الكفالة؛ لأن الكفالة التزام شخصي يضاف إلى التزام المدين بالضمان فيها التزام الكفيل لا بحق عيني. ذلك أن الضمان بعقد المكلف والتزامه إما أن يكون ضمانًا شخصيًا أو عينيًا.

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

أما الضمان العيني: أو التأمين العيني فإنه يقوم على أساس تخصيص عين مال معين لضمان الوفاء بحق الدائن، فيكون للدائن حق عيني على هذا المال ويحمي التأمين العيني الدائن من مزاحمة الدائنين الآخرين له،

وتكون له الأولوية في استيفاء حقه من قيمة العين، وبذلك يكفل التأمين العيني استيفاء الدائن لحقه منه وأهم صورة للضمان العيني هو الرهن.

فالضمان إما شخصي وهو الكفالة، أو عيني وهو الرهن وذلك في أهم صوره.

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

obeikandl.com

الفصل الأول

بيان خصائص عقد الكفالة وتطورها التاريخي

ويندرج تحته مبحثان :

المبحث الأول : نشأة الكفالة وتطورها التاريخي.

المبحث الثاني : خصائص عقد الكفالة.

obeikandl.com

obeikandl.com

المبحث الأول

نشأة الكفالة وتطورها التاريخي

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

ولا يمكن قيام الحياة بدونه، وبواسطة الضمان يأمن الإنسان على حقه من الضياع ذلك أن كل دائن بحق مالي يحرص على أن يكون لحقه من الضمانات ما يكفل له استيفاءه في موعد استحقاقه، ويقوده هذا الحرص إلى اتخاذ الوسائل التي تؤدي إلى ذلك، وهي وسائل عرفتها القوانين منذ وقت طويل ووضعتها في خدمة الدائن لتؤمنه على اقتضاء حقه، ومن هنا تسمى بالتأمينات، وتأمين الدائن على حقه له أهمية كبيرة في سير الحياة الاقتصادية والمعاملات خصوصًا في العصور الحديثة التي يؤدي الائتمان[١] وظيفة كبرى في نشاطها الاقتصادي بعد أن أصبح هذا

---

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

الائتمان في كثير من الأحيان وسيلة الحصول على رؤوس الأموال لمشروعات الإنتاج، ولم تعد وظيفته الأساسية وظيفة استهلاكية كما كان في الماضي،وكل صاحب حق مالي قبل شخص آخر له تأمين أو ضمان عام يتمثل في ذمة مدينه. ومقتضى هذا الضمان الذي يقع على ذمة المدين أن الدائن يستطيع أن يستوفي حقه في موعد استحقاقه.

والضمان قسمان: شخصي وعيني.

فالشخصي: هو ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين الأصلي.

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

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

السبب الأول: إن التأمينات العينية تفترض حضارة أكثر تقدمًا؛ لأنه يسبقها حق تنظيم الملكية وتتفرع عنه الحقوق العينية الأخرى، وهذا يتطلب حضارة متقدمة ولذلك تأخرت هذه التأمينات في الظهور عن التأمينات الشخصية؛ لأن التأمينات الشخصية تتطلب فقط أن تضم ذمة إلى ذمة أخرى على قدم المساواة، ولذا ظهرت التأمينات الشخصية (٢)

---

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

ولم تظهر التأمينات العينية [٣] إلا في وقت متأخر تحت تأثير القانون اليوناني.

السبب الثاني: إن التأمينات الشخصية ظهرت أولاً؛ لأن المدينين في أول الأمر كانوا من الطبقة الفقيرة وهي لا تملك ما تقدمه تأمينًا عينياً فقد كانت التأمينات العينية تقوم أساسًا على العقار، وكان العقار هو ملك الأسرة جميعًا إذ كان يمثل الثروة الحقيقية لها، فكانوا يلجأون إلى التأمينات الشخصية يساعدهم على ذلك روابط الأسرة والقبيلة فكان الفرد لا يعدم من أفراد قبيلته من يتضامن معه ويكفل الدين عنه فكان النظام الاجتماعي للقبيلة والأسرة يهيىء السبيل إلى التأمينات الشخصية من تضامن وكفالة.

ولما ظهرت التأمينات العينية تفوقت على التأمينات الشخصية؛ لأن الشخصية ضم ذمة إلى ذمة أخرى. وقد يكون كل من الذمتين معسرة فلا تكون هذه التأمينات ضمانًا كافيًا لحق الدائن، أما في التأمينات العينية فإن مالاً معينًا يكون غالبًا من أموال المدين يخصص لوفاء حق الدائن ويثبت للدائن عليه حق التقدم، فإذا كان هذا المال كافيًا للوفاء بحق الدائن أصبح الدائن في مأمن من إعسار المدين بما لَهُ من حق التقدم.

---

(٣) تقوم على تخصيص عين أو أعيان معينة لضمان الوفاء بحق الدائن وهي تحمي الدائن من مزاحمة الدائنين الآخرين له، بأن تجعل له اولوية في استيفاء حقه من قيمة العين المحملة بالتامين، التأمينات الشخصية والعينية/ جميل الشرقاوي ص ٧.

والكفالة هي أهم صور التأمينات الشخصية وأوضحها، ولم تكن الكفالة تتميز في أول عهود القانون الروماني عن التضامن في المديونيه فقد بدأ الكفيل مدينًا متضامنًا مع المدين الأصل، ولم يكن يوجد لكل من الكفالة والتضامن إلا شكل واحد يلتزم به كل من الكفيل والمدين المتضامن، فلم تكن الكفالة عند ذاك تتميز عن التضامن، بل كانت هي والتضامن شيئًا واحدًا وكان الكفيل مدينًا متضامنًا مع المدين الأصل. ثم بدأت الكفالة تتميز شيئًا فشيئًا في القانون الروماني وعرف هذا القانون أنواعًا من الكفالة، فكان من يلتزم في هذه الأنواع كفيلاً للمدين ولكنه في نوع منها يلتزم التزامًا أصليًا مستقلاً عن التزام المدين، وفي نوع آخر يلتزم التزامًا تابعًا يبقى متضامنًا مع المدين، وقد منعت الزوجة من كفالة زوجها في القانون الروماني وبقي ذلك في القانون الفرنسي القديم حتى ألغي ذلك سنة ١٦٠٦م.

ثم عرف القانون البريطوري نوعًا جديدًا لكفالة الغير يلتزم بموجبه الكفيل بدفع دين في ذمة الغير. وكذلك كان الأمر في القانون الفرنسي القديم حيث بدأت الكفالة تتميز شيئًا فشيئًا عن المديونية بالتضامن، وأصبح الكفيل يضمن دينًا في ذمة الغير.

ولما جاء الإسلام والناس يتعاملون بالضمان والكفالة بيَّن مشروعية ذلك، ونتيجة لتوسع الفتوحات الإسلامية والاتصال بالحضارات الأخرى وجدت أنواع أخرى من الضمان مما دفع الأئمة المجتهدين من الفقهاء إلى دراسة الضمان بأنواعه وبيان أحكامه ووضع القواعد الشرعية التي تحكمه

ثم وجدت أنواع أخرى كذلك من الضمانات، نتيجة لتطور الحياة واتصال الأمم بعضها ببعض ومن ذلك الضمانات البنكية والاعتمادات المصرفية وغيرها وهذا يتطلب إعداد الدراسات والبحوث لبيان أحكامها الشرعية وفق القواعد الفقهية وإقرار الصالح منها، وإيجاد البديل الذي يتفق وتطور الحياة الاقتصادية لما يخالف الشريعة الإسلامية منها، ويوجد في البنوك والمصارف الحديثة أنواع من هذه الضمانات، حيث أصبح البنك هو الذي يضمن عميله لقاء عمولة يتقاضاها منه ويضمن البنك أو المصرف عميله بطرق مختلفة منها: أن يتقدم مباشرة كفيلاً لعميله، ومنها أن يقبل الكمبيالة من عميله،وهذا القبول يتضمن ضرباً من الكفالة، ومنها أن يقبل تحويل الشيكات عليه.

وتوجد الكفالة كذلك فيما بين الشركات التجارية فكثيراً ما تكفل الشركة الأصلية شركة أخرى متولدة عنها، أو تجعل هذه الشركة المتولدة عنها تكفلها إلى غير ذلك مما جد من أمور نتيجة التقدم الاقتصادي والتجاري الذي يعيشه العالم اليوم، وقد كانت معظم القوانين التي تصدر في هذا الشأن منبثقة عن النظام الرأسمالي، وفي عام ١٣٠٥ هـ أصدرت الدولة العثمانية مجلة الأحكام العدلية مقننة للفقه الإسلامي على المذهب الحنفي، جاء فيها تنظيم الكفالة في الكتاب الثالث في المواد من ٦٤٣ إلى ٦٧٢. وصدرت القوانين العربية مستوحاة من القانون الفرنسي فجاء القانون المدني المصري وتناول الكفالة في المواد من ٧٧٢ إلى ٨٠١، وكذلك القوانين العربية الأخرى كالقانون السوري والعراقي وغيرها. (٤)

---

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني، د/ عبد الرزاق السنهوري ١٠/٣٣٥، دار إحياء التراث العربي، وعقد الكفالة د/منصور مصطفى منصور ص ٣ المطبعة العالمية بالقاهرة ١٩٦٠م والتامينات الشخصية والعينية/جميل الشرقاوي ص ٣، دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٧٦م.

المبحث الثاني

خصائص عقد الكفالة

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

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

١ – يعقد عقد الكفالة بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن ولا يحتاج في انعقاده إلى شكل خاص، جاء في المغني [٥] «ولابد من رضا الضامن...» فلم يشترط إثبات ذلك بطرق معينة وإنما اشترط الرضا لا غير.

وجاء في فتح القدير [٦]: «وتنعقد إذا قال تكفلت ...» فلم يشترط شيئًا غير ذلك من كتابة ونحوها.

٢ – الكفالة عقد لازم من جهة الكفيل وهو بالتزامه لابد أن يقوم بوفاء الدين للدائن ولا يستقل الكفيل بفسخه بدون رضا المكفول له؛ لأن سلامة حق المكفول له تعلقت بتعهد الكفيل، ففي فسخ العقد دون رضاه إضرار به ومن القواعد الفقهية أن الضرر يزال. أما الدائن فلا

---

(٥) المغني، لابن قدامة ٤/٥٩١.

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

يلتزم بشيء نحو الكفيل ويجوز له فسخه ولو لم يرض الكفيل؛ لأن الكفالة لصالحه خاصة فتنازله عنها لا يترتب عليه ضرر للغير. جاء في حاشية الدسوقي(٧): «أو جهل من له الحق» وهو المضمون له فإن الضمان صحيح. وصحة الضمان مع جهل المضمون له معناه عدم اشتراط رضاه، ومادام لا يشترط رضاه فيجوز تنازله عن الضمان لأنه لمصلحته.

وجاء في كشاف القناع (٨): «ولا يعتبر رضا المضمون له؛ لأن أبا قتادة – رضي الله عنه – ضمن الميت (٩) بغير رضا المضمون له وأقره الشارع ﷺ».

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

---

(٧) حاشية الدسوقي ٣/٣٣٤.

(٨) كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور البهوتي ٣/٣٣٦.

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

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

جاء في البدائع [١١] : «فأما القبول فليس بركن وهو أحد قولي الشافعي» ويعني بذلك عند أبي يوسف خلافاً لأبي حنيفة ومحمد، وإذا لم يكن القبول لازمًا لانعقاد العقد فإن المكفول له لا يلتزم بشيء إذ لم يشترط قبوله حتى يلزم بشيء.

٣ - الكفالة من عقود التبرعات لأن الكفيل بعمله هذا لم يأخذ شيئًا معاوضة وإنما بذل التزامه رفعًا للضيق والمشقة عن المدين، جاء في البدائع[١٢] : «لأنها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع» وجاء في نهاية المحتاج [١٣] : «وشرط الضامن ثم قال - وأهلية التبرع»

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

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

واشتراط الفقهاء أهلية التبرع للكفيل يدل على أنهم يعدُّونها من عقود التبرع وليست من عقود المعاوضات إلا إذا كانت مقابل

---

(١١) بدائع الصانع، للكاساني ٤ / ٣٤٠٤.

(١٢) بدائع الصانع للكاساني ٤ / ٣٤١١.

(١٣) نهاية المحتاج، للرملي ٤ / ٤٣٤.

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

(١٥) كشاف القناع، للبهوتي ٣ / ٣٦٥.

عوض، وسيأتي بحث الكفالة بعوض، وقد تكون الكفالة تبرعًا ابتداءً ومعاوضة انتهاءً كما إذا كانت الكفالة بأمر المدين فإن الكفيل بالأمر متبرع بالتزام أداء الدين عن المدين وعندما يرجع الكفيل على المدين بما دفع عنه فإن العقد يؤول إلى معاوضة.

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

وعقود تبعية: وهي كل عقد يكون تابعًا لحق آخر وملحقًا به في وجوده وزواله، وذلك كالرهن والكفالة.

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

وتنعقد الكفالة في مقابل ما يثبت من دين فتكون تابعة لهذا الدين تزول بزواله، فلو أبرأ الدائن المدين الأصيل سقطت الكفالة عن الكفيل تبعًا لسقوط الدين. (١٦)

---

(١٦) المدخل الفقهي العام للأستاذ/مصطفى احمد الزرقاء ١/٣٢٦، مطبعة الجامعة السورية ١٣٧١هـ.

هذه هي خصائص الكفالة «الضمان الشخصي في الفقه الإسلامي».

أما خصائص الكفالة في الكتب القانونية فهي:

١) الكفالة عقد ضمان شخصي:

ويقصد بهذا أنه عقد يلتزم فيه الكفيل شخصيًا بالوفاء بالالتزام الأصلي بحيث يعتبر مدينًا بهذا الالتزام ومسؤولاً عن تنفيذه مسؤولية شخصية يكون للدائن بمقتضاها أن ينفذ بحقه على كل أمواله (١٧)، إذا لم يفِ المدين نفسه بهذا الالتزام المكفول، والكفالة من العقود الرضائية إذ يشترط لانعقادها الرضا من الطرفين، ويشترط القانون علاوة على ذلك كتابة عقد الكفالة وذلك شرط للإثبات لا للانعقاد، نصت على ذلك المادة ٧٧٣ من القانون المدني المصري.

٢) الكفالة بحسب الأصل عقد ملزم لجانب واحد:

من تعريف القانون للكفالة في المادة ٧٧٢ مدني مصري وغيرها يتضح أن الدائن وهو الطرف الآخر في العقد لا يتعهد في مقابل التزام الكفيل بأي التزام، وأن الملزم هو الكفيل.

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

---

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

٣ - الكفالة بحسب الأصل من عقود التبرع:

ذلك أن الكفيل لا يحصل على مقابل لما يتعهد به، والدائن لا يعطي شيئًا في مقابل التعهد الذي يحصل عليه، ولهذا تعتبر الكفالة من عقود التبرع وبناءً عليه تكون الكفالة عملاً مدنيًا سواء كان الالتزام الأصلي مدنيًا أو تجاريًا، وسواء كان الكفيل تاجرًا أو غير تاجر. وقد تكون معاوضة كما إذا أخذ الكفيل من المدين مقابلاً للكفالة، ويجوز قانونًا أن يلتزم المدين بدفع مقابل للكفيل وبخاصة إذا كان أحد المصارف هو الذي يقدم كتاب ضمان المدين فيكون كفيلاً له ويتقاضى أجرًا على كفالته، وذلك يجعل الكفيل مأجوراً، والكفالة عقد معاوضة لا عقد تبرع.

٤ - الكفالة عقد تابع:

محل الكفالة هو تعهد الكفيل بضمان تنفيذ الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه، فالالتزام الذي يتعهد به الكفيل التزام تابع للالتزام الأصلي ولهذا يوصف عقد الكفالة بأنه عقد تابع. (١٨)

---

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

المناقشة:

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

١) **الخاصية الأولى:** انعقاد الضمان الشخصي بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن وفي هذا يتفق الفقه الإسلامي والقانون.

لكن جاء في القانون المدني المصري في المادة [٧٧٣]: «لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة» ويفهم من ذلك أنه لابد في إثبات الكفالة من الكتابة لكن ليست الكتابة شرطًا للانعقاد في القانون وإنما هي ضرورية للإثبات، ذلك أن الكفالة ليست من العقود الشكلية حتى يشترط لانعقادها الكتابة ولو كانت الكفالة عقداً شكليًا لا تنعقد إلا بالكتابة لما جاز إثباتها بالإقرار أو باليمين؛ لأن غير المنعقد لا يجوز إثباته أصلاً، وليست الكتابة شرطًا للإثبات في الفقه الإسلامي، ولكن نرى أن اعتبار الكتابة واجبًا للإثبات شيء لا بأس به؛ لأن فيه حفظًا للحق وتوثقًا، والشريعة الإسلامية تأمر بحفظ الحقوق وصيانتها، ولذلك كانت الكتابة في الديون مستحبة حث عليها الإسلام كما جاء في آية المداينة في سورة البقرة [١٩] وهو الرأي الراجح من أقوال الفقهاء بكتابة الديون.

---

(١٩) آية ٢٨٢ وهي قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) ... الآية.

٢) **الخاصية الثانية**: كون الكفالة عقداً ملزمًا لجانب واحد: يتفق القانون في ذلك مع الفقه الإسلامي فالملزم في ذلك هو الكفيل دون غيره، ولا يستطيع الكفيل أن يفسخه بنفسه دون موافقة صاحب الشأن وهذا قول الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، ذلك أن الكفالة عندهم التزام من قبل الكفيل بمحض اختياره وبإرادته المنفردة وليست الكفالة عقداً وإنما تتم بإيجاب الكفيل فقط دون حاجة إلى قبول المكفول له فيكون الملزم هو جانب واحد هو الكفيل[٢٠] وبهذا يقول بعض القانونيين.

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

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

---

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

(٢١) الوسيط، للسنهوري ١٠/٢٥.

ولا يجوز ذلك عند جمهور الفقهاء؛ لأن فيه أكل الأموال بالباطل والله تعالى يقول: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض** ﴾ [٢٢] وليس هذا من قبيل التجارة لأن الكفيل لا يعطي بكفالته شيئًا معاوضة بما يعطاه من عوض يأخذه من المكفول عنه أو المكفول له.

جاء في مواهب الجليل [٢٣]: «لا يجوز للضامن أن يأخذ جعلاً سواء كان من رب الدين أو من المدين أو غيرهما» وجاء كذلك «والضمان بجعل لا يجوز». [٢٤]

وجاء في المغني [٢٥] : «وإن قال كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئني من الكفالة لفلان أو ضمنت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر خرج فيه الوجهان، والأولى أنه لا يصح لأنه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح».

وخالف في ذلك الشيعة الجعفرية [٢٦] فجوزوا الكفالة مع اشتراط الجعل فيها.

---

(٢٢) سورة البقرة : آية ٢٨٢.

(٢٣) مواهب الجليل، للخطاب ٥/١١٢.

(٢٤) نفس المرجع ٥ / ١١٣.

(٢٥) المغني، لابن قدامة ٤ / ٦٢٠.

(٢٦) المبسوط في فقه الإمامية، للطوسي ٢ / ٣٢٢.

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

٤) يتفق الفقه الإسلامي والقانون على القول باعتبار الكفالة عقداً تابعًا وليس عقداً أصليًا، ذلك أن التزام الكفيل يعتبر تابعًا لالتزام المدين الأصلي إذ لو كان التزام المسؤول عن دين الغير التزامًا أصليًا فإنه لا يكون كفيلاً، بل يكون مديناً أصلياً التزامه مستقل عن التزام المدين(٢٧).

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

obeikandl.com

obeikandl.com

الفصل الثاني

بيان حقيقة الضمان الشخصي «الكفالة»

ويندرج تحته أربعة مباحث :

المبـــحث الأول : تعريف الضمان الشخصي : «الكفالة لغة وشرعًا ومناقشة التعاريف في الفقه الإسلامي»

المبـــحث الثاني : تعريف الكفالة في القانون .

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

المبـــحث الرابع : الأثر المترتب على عقد الضمان .

obeikandl.com

obeikandl.com

المبحث الأول

تعريف الضمان الشخصي «الكفالة» لغة وشرعًا ومناقشة التعاريف

التعريف اللغوي للكفالة:

كفل فلان كفلاً وكفالة: ضمنه، والكافل العائل يكفل إنسانًا أي يعوله ومنه قوله تعالى: ﴿ ... **وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ** ... ﴾ (٢٨). أي يعولها وينفق عليها.

ومنه الحديث: «أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة. وأشار بالسبابة والوسطى (٢٩)». والكافل الضامن كالكفيل يقال: كفل المال وكفل بالمال أي ضمنه، قال ابن الأعرابي: كفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد، وكفلاء جمع كفيل والأنثى كفيل، ويقال في الجمع كفيل. وتكفل بالشيء ألزمه نفسه وتحمل به، يقال تكفل بالدين: التزم به (٣٠)، ومثل الكفالة في دلالتها على الضمان: الضمان والزعامة والحمالة والقبالة والصبارة، قال المازري في شرح التلقين: الحمالة في اللغة والكفالة والضمان والزعامة كل ذلك بمعنى واحد.

---

(٢٨) سورة آل عمران: آية / ٤٤

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

(٣٠) تاج العروس من جواهر القاموس / محمد مرتضى الزبيدي ٨ / ٩٩، دار البيان للنشر والتوزيع – بنغازي، ولسان العرب، لابن منظور ١٤ / ١٠٩ وانظر: تاج اللغة وصحاح العربية / إسماعيل بن حماد الجوهري ٥ / ١٨١١.

غير أن الماوردي قال: إن العرف قد خصص الضمين بالمال. والحميل بالدية والزعيم بالمال العظيم، والكفيل بالنفس، والصبير يعم الكل ومثله القبيل. (٣١)

قال ابن حبان: الزعيم لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل العراق، والكفيل لغة أهل مصر. (٣٢)

تعريف الكفالة في اصطلاح الفقهاء:

ذكر الفقهاء تعريفات للكفالة أهمها:

١) الحنفية: أورد فقهاء الحنفية تعريفات للكفالة منها:

التعريف الأول: ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة. (٣٣)

شرح التعريف:

يراد بذلك أن الكفيل تضم ذمته إلى ذمة المدين الأصلي في المطالبة بأداء الدين ويكون الدين باقيًا في ذمة الأصيل، فالاشتراك في الضم إنما هو في المطالبة لا غير.

المناقشة:

يناقش هذا التعريف: بأنه أشار إلى أن الضم بين ذمة الكفيل والأصيل

---

(٣١) مواهب الجليل، للحطاب ٥/٩٦، دار الفكر – بيروت – الطبعة الثانية.

(٣٢) مغني المحتاج، لمحمد الشربيني الخطيب ٢/١٩٨.

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

إنما هو في المطالبة لا غير، وبناءً عليه لا تشغل ذمة الكفيل بالدين وإنما حق الدائن في مطالبته ليكون ذلك دافعًا للأصيل على الوفاء بما عليه، ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامعٍ لأنواع الكفالة بلفظه غير أن ابن عابدين أورد إضافة للتعريف بقوله:

ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقًا بنفس أو دين أو عين. وبهذا يكون التعريف شاملاً لأنواع ما يراد تعريفه عندهم.

التعريف الثاني:

الضمان: ضم ذمة إلى ذمة في الدين، يثبت بها دين آخر في ذمة الكفيل. (٣٤)

شرح التعريف:

إن الكفيل تضم ذمته إلى ذمة الأصيل فيثبت في ذمته دين آخر، ويكون ملزمًا كالأصيل بالدين، وتبرأ الذمة بالوفاء من أحدهما، فالكفالة إقراض للذمة والتزام المطالبة ينبني على التزام أصل الدين.

المناقشة:

يناقش هذا التعريف بأنه نص على أن الضم بين ذمة الكفيل، والمدين في الدين فتشغل ذمة الكفيل بالدين كذمة الأصيل ويكون مطالبًا بالسداد، وعلى هذا فإن التعريف غير جامع؛ لأنه خاص بنوع من أنواع

---

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

الكفالة وهي الكفالة بالمال، وقد اختار أكثر الحنفية التعريف الأول؛ لأنهم يرون أن التعريف بالمطالبة أعم لأنه يشمل أنواع الكفالة الثلاثة، وهي الكفالة بالمال وبالنفس وبالأعيان، بخلاف التعريف الثاني فإنه لم يعرف النوعين الأخيرين فكان مختصًا بكفالة المال [٣٥].

٢) المالكية: يعرف المالكية الضمان بتعريفات منها:

التعريف الأول:

التزام مكلف غير سفيه دينًا على غيره أو طلبه من عليه لمن هو له بما يدل [٣٦] عليه.

شرح التعريف:

إن الضمان يتم بالتزام البالغ العاقل المختار فلا يصح من الصبي والمجنون والمكره والسفيه، ويكون الالتزام إما بضمان المال أو بالطلب من المكفول عنه لصاحب الحق بما يدل على الضمان من صيغة أو غيرها، كإشارة مفهمة أو كتابة، وسواء كان الطلب على وجه الإتيان به لرب الدين أو مجردًا عن ذلك فشمل التعريف أنواع الضمان الثلاثة عندهم.

ويناقش هذا التعريف أنه أشار إلى ضمان الوجه بأنه طلب الوفاء من المدين للدائن على حين أنهم يرون أن الضامن في ضمان الوجه يغرم المال

---

(٣٥) نفس المرجع السابق ٥ / ٢٨٢.

(٣٦) بلغة السالك، لأحمد الصاوي ٢ / ١٥٥ مطبعة الحلبي بمصر – الطبعة الأخيرة ١٣٧٢هـ.

للدائن فلا يكون الشمول للأنواع واضحًا، كما أنه لم يتعرض للضم بين الذمتين الضامن والمضمون عنه وهو أهم ما يميز الضمان.

التعريف الثاني: الضمان: شغل ذمة أخرى بالحق.

شرح التعريف:

قوله «شغل» جنس شامل للمعرف ولغيره من البيع والحوالة؛ لأن في البيع شغل ذمة المشتري بالحق. وفي الحوالة شغل لذمة المحال عليه بحق المحال.

وقوله «أخرى» فصل أخرج به البيع والحوالة وغيرها من أنواع الضمان غير المقصود بالتعريف؛ لأن في البيع والحوالة براءة ذمة لإشغالها.

وقوله «شغل ذمة» من إضافة المصدر لمفعوله، والمراد أن يشغل رب الحق ذمة الضامن مع ذمة المضمون عنه، سواء كان المضمون عنه أو الضامن متعددًا أو مفردًا وذلك بالحق الواجب بلا توقف على شيء أو بعد التوقف على شيء آخر كعدم إتيان المضمون في الوجه أو تهريبه أو تفريط الضامن في الطلب. (٣٧)

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

---

(٣٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ / ٣٣٠ دار الفكر – بيروت.

ويناقش التعريف:

بأنه أطلق الشغل بالحق ولم يبين أنواع الحق ومعلوم أن الإطلاق يقصد به العموم، ولكن الأولى التصريح بالأنواع نصًا لا مفهومًا.

٣) الشافعية:

عرَّف الشافعية الضمان بأنه: يطلق على التزام الدين والبدن والعين وعلى العقد المحصل لذلك.

شرح التعريف:

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

وقوله: «وعلى العقد المحصل لذلك» أن الضمان يطلق على كل من الضمان والأثر وقد ذكر في التعريف أنواع الضمان. (٣٨)

ويناقش هذا التعريف:

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

---

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

التعريف الثاني للضمان عندهم:

يقال لالتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونه، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك (٣٩)

شرح التعريف

إن الضمان التزام حق وهو شامل غير أنه لابد أن يكون الحق المضمون ثابتًا في ذمة الغير؛ لأنه لا يجوز عند الشافعية ضمان ما لم يجب بل لابد أن يكون المضمون ثابتاً.

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

ويناقش هذا التعريف:

بانه لا يختلف عن الأول في كونه يشمل أنواع الضمان وفي كون الضمان عقداً وإنما يختلف عن الأول في كون الثاني قد نص على أنه لابد أن يكون الدين الملتزم ثابتًا عند الضمان، وذلك بناءً على أنه لا يجوز عندهم ضمان الحقوق غير الثابتة، ومن هذا يكون التعريف الثاني أولى لاشتماله على أفراد المعرَّف عند الشافعية إلا أنه يرد عليه ما يرد على التعريف الأول من أنه لم يذكر الضم بين الذمتين مما يتوهم معه أن الالتزام بتحول الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن فكان الأولى الإشارة إليه.

---

(٣٩) شرح البهجة، للشربيني الخطيب ٣/١٤٩.

٤) الحنابلة:

عرَّف الحنابلة الضمان بتعريفات منها:

التعريف الأول:

الضمان: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعًا (٤٠)

شرح التعريف:

إن ذمة الضامن يثبت فيها الدين بجانب ذمة الأصيل ويكون ملزمًا كالأصيل في أداء الحق ويكون الحق شاغلاً لذمتهما معًا.

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

التعريف الثاني:

التزام من يصح تبرعه أو التزام مفلس برضاهما ما وجب على غيره أو ما يجب على غيره مع بقائه عليه. (٤١)

شرح التعريف:

أي أن الضمان يكون بالتزام جائز التصرف فلا يصح من صغير ولا مجنون ولا سفيه؛ لأنه إيجاب مال بعقد فلا يصح منهم كالشراء، كذلك

---

(٤٠) المغني، لابن قدامة ٤ / ٥٩٠ – مكتبة الرياض الحديثة.

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

يكون بالتزام المفلس برضا الطرفين؛ لأن منع المفلس من التصرف في ماله لا في ذمته كالراهن يتصرف في غير الرهن. والملتزم فيه هو الدين أو غيره مما يضمن سواء كان واجبًا في الماضي أو يجب في المستقبل، وهذا الالتزام لا ينقل الحق إلى الملتزم وإنما يكون الحق شاغلاً للذمتين معًا لذمة الكفيل بالضمان وللأصيل بالبقاء على أصله وهذا يفهم من بيانهم للضمان.

ويناقش هذا التعريف:

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

٥) الظاهرية:

يعرِّف ابن حزم الضمان بأنه: نقل الدين من ذمة إلى أخرى وهذا التعريف لم يرد نصًا وإنما يؤخذ من سياقه في بيان معنى الضمان حيث قال: «سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال». (٤٢)

شرح التعريف:

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

---

(٤٢) المحلى، لابن حزم ٨/ ١١٠، ١١١ المكتب التجاري للنشر - بيروت.

ويناقش التعريف:

بأن الضمان لا ينقل الحق وإنما يضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه. وسيأتي بحث ذلك في المبحث الرابع: الأثر الذي يترتب على الضمان.

٦) الشيعة الزيدية:

عرَّف الشيعة الزيدية الضمان بأنه:

ضم ذمة إلى أخرى في الدين. (٤٣)

شرح التعريف:

معنى ذلك أن ذمة المدين الأصلي تبقى مشغولة بالدين وإنما تنظم معها ذمة الضامن فتكون مشغولة بالدين مع بقاء شغل الذمة الأولى به.

مناقشة التعريف:

إن هذا التعريف يتفق مع التعريف الثاني عند الحنفية ويلاحظ عليه ما لوحظ على التعريف وهو أنه غير جامع؛ لأنه اقتصر على ذكر قسم واحد من الضمان وهو ضمان الدين.

٧) الشيعة الجعفرية:

يعرِّف الشيعة الجعفرية الضمان بأنه:

عقد شرع لنقل الدين من ذمة إلى أخرى غير مشغولة بمثله. (٤٤)

---

(٤٣) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، لأحمد بن المرتضى ٦ / ٧٠.

(٤٤) المختصر النافع في فقه الإمامية، لأبي القاسم الحلي ١ / ١٤٢، دار الكتاب العربي بمصر.

شرح التعريف:

يريد أن الضمان عقد ينتقل بموجبه الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة الضامن ويكون المدين الأصلي بريئًا من ذلك الدين لكن بشرط ألا تكون ذمة الضامن مشغولة بدين للمدين، لئلا يكون فيه معاوضة بين الدينين والضمان تبرع.

ويناقش هذا التعريف:

أنه يتفق مع تعريف الظاهرية بأنه ينقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الضامن ويبرأ المدين بذلك، وهذا مخالف لما عليه جمهور الفقهاء من أن الضمان يضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه ولا ينتقل الدين وسيأتي بيان ذلك في الأثر الذي يترتب على الضمان.

٨) وقد جاء تعريف الضمان في مجلة الأحكام العدلية ٦١٢:

الكفالة: ضم ذمة إلى أخرى في مطالبة بشيء.

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

obeikandl.com

الدراسة والمناقشة:

بدراسة هذه التعريفات التي أوردها الفقهاء يتضح أن كلاً منهم إنما عرَّف الضمان بالأثر المترتب عليه عنده. ولما كان جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية يرون أن الضمان يترتب عليه ضم ذمة الضامن والمضمون عنه واشتراكهما في الضمان فإنهم عرَّفوا الضمان بأنه «ضم ذمة ...» أما الظاهرية والشيعة الجعفرية فيترتب على الضمان عندهم انتقال الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة الضامن، ولذا عرفوا الضمان بأنه: «نقل الدين ...» ومن هذه الدراسة يتبين ما يأتي:

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

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

٣) في التعريف الأول للحنفية يكون انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة فقط مع بقاء الدين في ذمة الأصيل، وبهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية. أما تعريفات الفقهاء الأخرى فإنها تدل على أن انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين بمعنى

أن ذمة الكفيل تصبح مشغولة به مع بقائه شاغلاً لذمة الأصيل.

٤) إن تعريفات المالكية والشافعية والحنابلة لا تختلف عن بعضها في مضمونها إلا من حيث إيراد بعض الاشتراطات والقيود التي يراها بعضهم وذلك بناءً على حكم الضمان عنده.

من ذلك أرى أن التعريف الأولى للضمان هو:

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

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

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

obeikandl.com

المبحث الثاني

تعريف الكفالة في القانون

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

شرح التعريف :

في هذا التعريف يتبين أن الكفالة عند بين الكفيل والدائن، أما المدين الأصلي فليس طرفًا في عقد الكفالة مع أن الكفالة لا تتصور بغير وجود الالتزام الذي يقع على عاتق هذا المدين وما دام أن المدين ليس طرفًا في عقد الكفالة فمن الممكن أن تنشأ الكفالة دون علمه، بل ورغم معارضته لأن الكفالة لا تلزم بشيء ولا تثقل التزامه الأصلي . والذي يهم في الكفالة هو التزام هذا المدين إذ إن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل فيجب أن يكون مذكوراً بوضوح ودقة في عقد الكفالة، ويكون هذا الالتزام من الكفيل التزاماً تبعيًا لالتزام المدين، وذلك هو ما توحي به عبارة « إن لم يفِ به المدين نفسه » .

وهذا الالتزام المكفول به أكثر ما يكون مبلغًا من النقود، وقد يكون إعطاء شيء غير النقود، كما قد يكون عملاً أو امتناعًا عن عمل ويكون

الكفيل ملتزمًا شخصيًا بالوفاء بما التزم به إذا لم يوفه المدين.

والكفالة من التأمينات الشخصية، ويخرج من ذلك التأمينات العينية من النقود أو القيم المنقولة التي تودع ضمانًا لدين، ويخرج منها كذلك الكفيل العيني وهو الذي يقدم شيئًا مملوكًا عقارًا أو منقولاً رهناً لوفاء دين الغير؛ لأن الكفيل العيني لا يكون مسؤولاً شخصيًا عن الدين المضمون بل الذي يضمن الدين هو العين التي قدمها رهنًا سواء كان الرهن رهناً رسميًا أو رهناً حيازيًا. (٤٥)

وينتقل الالتزام الشخصي في تركته إلى ورثته، ويكون مسؤولاً في جميع أمواله لا في مال معين بالذات، ولكن لا يكون للدائن في الكفالة الشخصية إلا الضمان العام لكل دائن في أموال مدينه ولذلك يزاحمه سائر دائني الكفيل العيني الشخصي، ولا يتركز الدين في عين معينة بالذات يكون للدائن فيها حق التقدم وحق التتبع كالكفالة العينية. (٤٦)

---

(٤٥) الرهن الرسمي: «عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون».

والرهن الحيازي: «عقد به يلتزم شخص ضمانًا لدين عليه أو على غيره ان يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئًا يترتب عليه الرهن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون. مادة [١٠٣٠، ١٠٩٦] مدني مصري.

(٤٦) الوسيط شرح القانون المدني، للسنهوري ١٠ /١٨. والتامينات الشخصية والعينية / جميل الشرقاوي، ص ١٦ وعقد الكفالة د/ منصور مصطفى منصور ص ٧.

ولقد عرَّف القانون المدني العراقي في المادة [١٠٠٨] الكفالة بأنها:

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

obeikandl.com

المبحث الثالث

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

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

وقوله في القانون: تنفيذ التزام «وهو المكفول به، وهذا الالتزام قد يكون واجبًا في الحال أو سيجب في المستقبل، وهذا هو معنى ما ورد في الفقه ما وجب على غيره أو ما يجب على غيره».

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

ويذكر شراح القانون في نص المادة [٧٧٢] على التزام الكفيل بالوفاء إن لم يفِ به المدين نفسه أن ذلك لا يعني أن يكون الالتزام من الكفيل معلقًا على شرط هو عدم قيام المدين بالوفاء، وإنما هي تقرر أن الكفيل لا يلتزم بالدين الأصلي على قدم المساواة مع المدين به، بل يلتزم به التزامًا تبعيًا لالتزام المدين وهذه التبعية تعني ارتباط الكفيل بالتزام المدين في

وجوده وفي مصيره، ومعنى هذا أن الشرط ليس على إطلاقه وإنما يطالب الكفيل بالوفاء مطلقًا، ومن ذلك نرى أن القانون لم يوضح المقصود في تلك الفقرة مع أن التعريف من شروطه أن يكون واضحًا في الدلالة على المعرف، وبذلك نعلم أن تعريف الفقه الإسلامي أوضح وأولى من التعريف القانوني.

أما التعريف المختار وهو:

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

فإنه يفضل التعريف القانوني للكفالة بما يأتي:

١) إن أهم ما يميز الكفالة كونها ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في الالتزام وهو ما يقول به القانون حيث تتجه المطالبة عنده أولاً إلى المدين فإذا لم يفِ بالتزامه اتجهت المطالبة إلى الضامن، كما تدل عليه عبارة: «إذا لم يفِ به المدين نفسه».

٢) إن التعريف القانوني لم يشر إلى نوع الملتزم به على حين أشير إلى ذلك بالتعريف المختار في الفقه الإسلامي من جواز كون الحق حاضرًا أو مستقبلاً.

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

المبحث الرابع

الأثر الذي يترتب على الضمان

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

١) يرى أبو ثور والظاهرية والشيعة الجعفرية أن الضمان ينقل الدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن وبالضمان تبرأ ذمة المضمون عنه.
قال أبو ثور: الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل وحكى ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة.(٤٧)

٢) ويرى جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة أن الضمان يثبت به الحق في ذمة الضامن مع بقائه في ذمة المضمون عنه، ولا تبرأ ذمة المضمون عنه وإنما يطالبان جميعًا بالأداء فإذا أدى أحدهما برئ الآخر.(٤٨)

٣) وذهب بعض الحنفية إلى أن الضمان هو الضم لذمة الضامن مع ذمة المضمون عنه إلا أن الضم إنما هو ضم في المطالبة فقط لا في الأداء فيكون الدين شاغلاً لذمة المضمون عنه فقط والضامن يشاركه في المطالبة لا غير، وهذا هو المختار عند الحنفية.(٤٩)

---

(٤٧) المحلى، لابن حزم ٨/١١٢ والمغني، لابن قدامة ٤/٦٠٣.

(٤٨) الشرح الصغير، للدردير ٣/٤٣٨ ونهاية المحتاج، للرملي ٤/٥٨؛ والمغني، لابن قدامة ٤/٦٠٤.

(٤٩) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٦/٢٨٣.

الأدلة والمناقشة:

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

١) روى البخاري [٥٠] عن سلمة بن الأكوع – رضي الله عنه – قال: «كنا جلوسًا عند النبي ﷺ إذ أتي بجنازة. فقالوا صلِ عليها فقال: هل ترك شيئًا؟ قالو: لا، قال: فهل عليه دين؟ قالوا: نعم، ثلاثة دنانير. قال: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: صلِ عليه يا رسول الله وعلي دينه، فصلى عليه».

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

٢) روى الإمام أحمد [٥١] في المسند عن جابر – رضي الله عنه قال: «توفي صاحب لنا فأتينا النبي ﷺ ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال: أعليه دين؟ قلنا ديناران. فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فقال الديناران عليَّ. فقال رسول الله ﷺ وجب حق الغريم وبرئ الميت

---

(٥٠) صحيح البخاري بشرحه فتح الباري، لابن حجر ٤ / ٤٦٦ كتاب الكفالة، حديث رقم [٢٢٨٩]

(٥١) مسند الإمام احمد ٣ / ٣٣٠.

منهما؟ قال: نعم. فصلى عليه ثم قال: بعد ذلك ما فعل الديناران؟ قال: إنما مات أمس. فعاد إليه من الغد. فقال: قد قضيتهما. فقال رسول الله ﷺ: الآن بردت جلده».

وهذا الحديث صريح في براءة ذمة المضمون عنه لقوله: «وبرئ الميت منهما» وسقوط الدين عنه وانتقاله إلى الضامن بمجرد الضمان بدليل صلاة النبي ﷺ عليه.

٣) إن الدين الواحد لا يحل في محلين فإذا صار في ذمة ثانية برئت الأولى منه كالمحال به.

المناقشة:

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

٢) وأما الدليل الثاني فالمراد بقوله: وبرئ منهما الميت أي صرت أنت المطالب بهما، وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الأداء عليه، فصار الدين بكفالته قريب الوفاء حتى كأنه قد وفي وبرئ منه المدين، كما في قوله تعالى:

﴿ أَتَىٰ أَمْرُ اللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ ... ﴿١﴾ ﴾ [سورة النحل]

٣) وقولهم إن الدين الواحد لا يحل في محلين. يرد عليه أنه يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن.

وتشبيههم الضمان بالحوالة غير صحيح؛ لأن الضمان مشتق من الضم فيقتضي الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوته فيهما، والحوالة من التحول فتقتضي تحول الحق من محله إلى ذمة المحال عليه ولا يلزم من مطالبتهما معًا حلوله في محلين وتعدد الحق؛ لأن الاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما.

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

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

٢ – قول النبي ﷺ « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه ». (٥٢)

---

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

وجه الدلالة:

إن جعل الدين معلقًا بنفس المدين حتى يؤدى عنه يدل على أن الكفالة لا تنقل الدين وإنما تضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين.

٣ – إنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الأصيل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا تجوز، فدل ذلك على أن الدين ثابت في ذمة الكفيل إلى جانب ثبوته في ذمة الأصيل.

٤ – إنه يصح أن يشتري الدائن من الكفيل شيئًا في مقابل دينه مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح.

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

المناقشة:

١) نوقش استدلالهم بالحديث بأن المضمون عنه برئ من الدين بصلاة النبي ﷺ بعد ضمان أبي قتادة وقوله: «الآن بردت عليه جلده» تأكيد للبراءة الواقعة بضمان أبي قتادة.

٢) ونوقش استدلالهم بصحة الهبة للكفيل والشراء منه بالدين المكفول بأن الضرورة تقضي باعتبار الدين متعلقًا بذمة الكفيل

في هاتين الحالتين تصحيحاً لتصرف الدائن.

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

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

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

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

٣) إنه في القول بثبوت الدين في ذمة الكفيل مع ثبوته في ذمة الأصيل يجعل الدين متعدداً، ويصير للدائن دينان يستوفيهما من اثنين وهذا لا يجوز.

المناقشة:

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

٢) ونوقش الدليل الثاني بأن الأصل تبعية المطالبة للدين فلا تثبت بدونه، وأما انفصال المطالبة عن الدين في بعض الحالات فمرده إلى وجود ما يدعو لذلك كما في مسألة الوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو ثابت في ذمة الموكل لا في ذمته، أما في الكفالة فليس فيها ما يدعو إلى الخروج عن أصل تبعية المطالبة للدين.(٥٣)

٣) إنه لا يلزم من ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل صيرورة دين الدائن دينين يستوفيهما منهما، بل هو دين واحد ولكنه يشغل ذمة كل منهما والاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما، فإذا استوفي من أحدهما انتهى الضمان كما في الغاصب وغاصب الغاصب إذا تلف المغصوب في يد غاصب الغاصب فإن المالك في هذه الحالة لا يستحق إلا قيمة المغصوب يأخذها من أحدهما.

---

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

الترجيح:

بدراسة أدلة كل من المذاهب الفقهية السابقة ومناقشتها يتضح أن الراجح هو القول بأن الضمان لا ينتقل به الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل، وإنما تنضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل ويكون هذا الانضمام في المطالبة بأداء الدين، ويكون الدين شاغلاً لذمة الكفيل والأصيل معاً، وإنه باستيفائه من أحدهما ينتهي الضمان وهذا هو قول الجمهور من الفقهاء وخلافهم مع الحنفية إنما هو خلاف نظري ليس له ثمرة حقيقية، فلذلك نرى رجحان قول الجمهور للأدلة السابقة، ولأن الدائن يطمئن إلى استيفاء حقه في تلك الحال وهذا فائدة الضمان.

obeikandl.com

الفصل الثالث

الأصل في مشروعية الضمان الشخصي «الكفالة»

ويندرج تحته مبحثان :

المبحث الأول : الأصل في مشروعية الكفالة في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني : أصل الكفالة في القوانين الوضعية وبيان مصادرها

obeikandl.com

obeikandl.com

المبحث الأول

الأصل في مشروعية الضمان «الكفالة» في الفقه الإسلامي

الأصل في مشروعية الضمان الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أولاً: الكتاب: ورد من الكتاب في مشروعية الكفالة قوله تعالى: ﴿ **قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ** ﴾.(٥٤)

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

وقال مجاهد: الزعيم هو المؤذن الذي قال ﴿ **أيتها العير** ﴾ والزعيم والكفيل والحميل والضمين والقبيل سواء.(٥٥)

وقال ابن كثير:(٥٦) إن قوله ﴿ **وأنا به زعيم** ﴾ من باب الضمان والكفالة.

وقال في الفتوحات الإلهية: إن قوله ﴿ **وأنا بهِ زَعِيم** ﴾ قول المؤذن وحده فهو الذي كفل وضمن.(٥٧)

وقال الشوكاني(٥٨): ﴿ **وأنا به زعيم** ﴾ أي بحمل البعير الذي جعل

---

(٥٤) سورة يوسف: آية /٧٢.

(٥٥) تفسير القرطبي ٩ / ٢٣١ دار الكتاب العربي – القاهرة ١٣٨٧هـ.

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

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

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

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

وقال ابن جرير الطبري [٥٩] في تفسير الآية: وأنا بأن أوفيه حمل بعير من الطعام إذا جاءني بصواع الملك كفيل.

وجه الدلالة من الآية:

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

وقد اعترض على الاستدلال بالآية بما يأتي:

١ – إنه ليس من باب الكفالة؛ لأنه ليس فيها كفالة إنسان عن إنسان، وإنما هو رجل التزم عن نفسه وضمن منها، وذلك جائز لغة لازم شرعًا. [٦٠]

ونقل عن أبي بكر الجصاص تضعيف الاستدلال بالآية، لجواز أن يكون لبيان الإجارة لا الكفالة، لأن هذا القائل ضامن عن نفسه فلا يكون فيها دليل على الكفالة. [٦١]

---

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

(٦٠) تكملة المجموع، للمطيعي ١٤ / ٣.

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

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

٢ – إن الاستدلال بالآية بناءً على أن شرع من قبلنا شرع لنا، وهذا غير صحيح، لأن شرع من قبلنا ليس بشرع لنا، لأنها مخصوصة ببعض الأمم وفي بعض الأزمنة وإنما جاءت شريعتنا عامة وناسخة لكل ما تقدمها، وهذا هو رأي بعض العلماء ومنهم بعض الشافعية.(٦٢)

ويجاب عن هذه الاعتراضات بما يأتي:

يجاب عن الاعتراض الأول:

بأن الاستدلال بالآية على الكفالة صحيح ويرد على المعترض:

١ – بأنه لا فرق بين التزام الإنسان عن نفسه والتزامه بما التزم به عن غيره، ولا يمكن قصر الاستدلال بالآية على أنها ضمان عن النفس فقط بذلك.

٢ – إن الاستدلال بالآية على صحة الكفالة واضح، ذلك أن الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن إنما نادى عن غيره وهو الملك، فكأنه قال:

---

(٦٢) مغني المحتاج، للشربيني الخطيب ٢ / ١٩٨.

الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير، لأنه إنما نادى عن أمره ثم كفل عن الملك بالجعل، فلا يكون ضامنًا عن نفسه وإنما عن غيره وهو الملك.

فتكون الآية دالة على مشروعية الكفالة. (٦٣)

ويجاب عن الاعتراض الثاني بما يأتي:

إن الصحيح هو أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يرد في شرعنا ما ينسخه، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء؛ لأن الأصل هو وحدة الشرائع السماوية، وذكر الله الأمر دون إنكار يدل على أنه مشروع في الإسلام؛ لأن ما ذكر عن الأمم السالفة لا يخلو من النص بتخصيصه أو تعميمه، فإن نص على تخصيصه فيعدُّ خاصًا بهم، وإلا فيعتبر عامًا. (٦٤)

وبذلك تكون الآية دالة على مشروعية الكفالة.

---

(٦٣) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٦ / ٣٠١.

(٦٤) أصول الفقه، للشيخ محمد أبو زهرة، ص ٢٤١، دار الكفر العربي بالقاهرة.

ثانيًا: السنة:

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

ومن ذلك:

أولاً القول: ومن الأحاديث التي وردت عن الرسول ﷺ:

الحديث الأول: وقد ورد بروايتين:

١ – حديث سلمة بن الأكوع قال: «كنا عند النبي ﷺ فأتي بجنازة فقالوا: يا رسول الله، صلِ عليها، قال: هل ترك شيئًا؟ قالوا: لا، قال: هل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنانير، قال: صلوا على صاحبكم، فقال: أبو قتادة: صلِ عليه يا رسول الله وعليَّ دينه، فصلى عليه». رواه أحمد والبخاري والنسائي. (٦٥)

٢ – عن جابر – رضي الله عنه – قال: توفي رجل منا فغسلناه وحنطناه وكفناه ثم أتينا به النبي ﷺ، فقلنا: تصلي عليه، فخطا خطوة ثم قال: أعليه دين؟ قلنا: ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة فأتيناه فقال أبو قتادة: الديناران عليَّ، فقال النبي ﷺ: قد أوفى الله حق الغريم وبرىء منه الميت، قال: نعم، فصلى عليه ثم قال بعد ذلك بيوم: ما فعل الديناران؟ قال: إنما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغد، فقال: قد قضيتهما، فقال النبي ﷺ: الآن بردت عليه جلده»

---

(٦٥) رواه البخاري في كتاب الكفالة ورقم الحديث ٢٢٨٩ جـ ٤ / ٤٦٦ فتح الباري، لابن حجر والإمام أحمد في مسنده ٥ / ٢٩٧ والنسائي في الجنائز ٤ / ٥٣

رواه أحمد وأبو داود والنسائي والدار قطني وصححه ابن حبان والحاكم.(٦٦)

وجمع بين قوله في حديث سلمة بن الأكوع: ثلاثة دنانير وبين حديث جابر ديناران، بأحد الوجوه الآتية:

١ – إن الدين كان دينارين وشطراً فمن قال: ثلاثة: جبر الكسر ومن قال: ديناران ألغاه.

٢ – إنه كان الأصل ثلاثة فقضى قبل موته ديناراً، فمن قال: ثلاثة اعتبر أصل الدين، ومن قال: ديناران اعتبر الباقي.

٣ – وقيل: يحتمل أنهما قصتان، ولكن ذلك بعيد الاحتمال، والأول أولى كما في الفتح.(٦٧)

الحديث الثاني:(٦٨)

روى الدار قطني من حديث أبي سعيد الخدري – رضي الله عنه – قال: «كنا مع رسول الله ﷺ في جنازة، فلما وضعت قال رسول الله ﷺ: «هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم، درهمان، قال: صلوا على صاحبكم» فقال علي: يا رسول الله، هما علي وأنا لهما ضامن، فقام

---

(٦٦) نيل الأوطار، للشوكاني ٥ / ٢٧٠، وسبل السلام، للصنعاني ٣ / ٨١، وتلخيص الحبير، لابن حجر العسقلاني ٣ / ٤٨.

(٦٧) نيل الأوطار، للشوكاني ٥ / ٢٦٨.

(٦٨) سنن الدار قطني ٣٤٧، دار المحاسن للطباعة – القاهرة ٣٨٦ هـ.

فصلى عليه، ثم أقبل على علي، وقال: جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك»

ورواه البيهقي من طرق بأسانيد ضعيفة وفي آخره: «ما من مسلم فك رهان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامة» وفيه زيادة، فقال بعضهم:

«هذا لعلي خاصة أم للمسلمين عامة؟ فقال: للمسلمين عامة». (٦٩)

ويجمع بين حديث علي وأبي قتادة – رضي الله عنهما – بتعدد القصة وأن الحالة تكررت مع كل منهما.

وجه الدلالة:

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

وفي حديث علي إقرار الرسول ﷺ ضمان علي رضي الله عنه للميت ودعاؤه له بفك رهانه، وهذا يدل على مشروعية الكفالة وإلا لما دعا له بذلك، بل يدل على أنها فوق ذلك مندوبة.

---

(٦٩) تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لابن حجر العسقلاني ٣/٤٧.

الحديث الثالث:

حديث أبي هريرة – رضي الله عنه – أن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين، فيسأل: هل ترك لدينه من قضاء؟ فإن حدث أنه ترك وفاءً صلى عليه وإلا قال: صلوا على صاحبكم، فلما فتح الله عليه الفتوح قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفي وعليه دين فعليَّ قضاؤه». (٧٠) متفق عليه

وفي رواية للبخاري: فمن مات ولم يترك وفاءً فعلي قضاؤه».

وقد ذكر الرافعي في آخر الحديث «قيل: يا رسول الله، وعلى كل إمام بعدك؟ قال: وعلى كل إمام بعدي، وقد وقع معناه للطبراني في الكبير من حديث زاذان عن سلمان قال: أمرنا رسول الله ﷺ أن نفدي سبايا المسلمين ونعطي سائلهم، ثم قال: من ترك مالاً فلورثته، ومن ترك دينا فعليَّ وعلى الولاة من بعدي من بيت مال المسلمين». وقد وقع معناه في الطبراني الكبير، قال ابن حجر العسقلاني: وفيه عبد الرحمن بن سعيد الأنصاري متروك ومتهم أيضًا. (٧١)

وجه الدلالة من الحديث:

إن الرسول ﷺ كان في صدر الإسلام لا يصلي على من مات، ولم

---

(٧٠) رواه البخاري في كتاب الكفالة وفي باب الدين، رقم الحديث ٢٢٩٨، صحيح البخاري بشرحه فتح الباري، لابن حجر ٤/٤٧٧. ورواه مسلم كذلك في كتاب الفرائض ١١/٦٠ بشرح النووي دار الفكر ١٤٠١ هـ.

(٧١) سبل السلام، للصنعاني ٣/٨٢ وانظر: تلخيص الحبير، لابن حجر ٣/٤٩.

يترك وفاءً إلا إذا تكفل أحد بالوفاء عنه، ثم تكفل الرسول ﷺ بقضاء دين من مات من المسلمين ولم يخلف وفاءً لدينه، فضمانه ﷺ بذلك يدل على مشروعية الضمان والكفالة.

الحديث الرابع:

حديث أبي أمامة (٧٢) - رضي الله عنه - قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث، لا تنفق المرأة من بيتها إلا بإذن زوجها، فقيل: يا رسول الله، ولا الطعام، قال: ذلك أفضل أموالنا قال: ثم قال رسول الله ﷺ: العارية مؤداة والمنحة مردودة، والدين مقضي والزعيم غارم».

---

(٧٢) هو أبو أمامة الباهلي وسند الحديث من رواية عبد الله عن أبيه حدثه أبو المغيرة، حدثنا إسماعيل ابن عياش، حدثنا شرحبيل بن مسلم الخولاني، قال سمعت أبا أمامة الباهلي يقول: الحديث.. وفي رواية أخرى حدثنا عبد الله حدثه أبوه، قال حدثنا يحيى بن معين، حدثنا إسماعيل بن عياش عن شرحبيل عن أبي أمامة عن النبي ﷺ: «الزعيم غارم». وفيه إسماعيل بن عياش ضعفه ابن حزم قال ابن حجر: لم يصب ابن حزم في ذلك والحديث عند الترمذي في الوصايا أتم سياقًا واختصره ابن ماجه. وله في النسائي طريقان من رواية غيره إحداهما طريق أبي عامر الوصابي والأخرى من طريق حاتم بن حريث كلاهما عن أبي أمامه، وصححه ابن حبان من طريق حاتم هذه وقد وثقه عثمان الدارمي، وقد رواه ابن ماجة والطبراني في مسند الشاميين من طريق سعيد بن أبي سعيد، عن أنس، وهذه الطرق التي ورد بها الحديث يقوي بعضها بعضاً في الاستدلال ثم إن إسماعيل بن عياش قال عنه البخاري: إذا حدث عن أهل بلده فصحيح وإذا حدث عن غيرهم ففيه نظر، قال في التنقيح رواية إسماعيل بن عياش عن الشاميين جيدة وشرحبيل من ثقات الشاميين، قال أحمد ووثقه أيضًا العجلي وابن حبان وضعفه ابن معين» اهـ.. نصب الراية، للزيلعي ٤/٥٨، تلخيص الحبير، لابن حجر ٢/٤٧، وانظر ميزان الاعتدال، للذهبي ١/٢٤١.

هذا نص الحديث في مسند الإمام أحمد [٧٣] وأخرجه أبو داود[٧٤] والترمذي [٧٥] وحسنه. وفي الشرح الكبير للرافعي: «العارية مردودة» قال الحافظ ابن حجر في تخريجه: لم أره بهذا اللفظ وإنما رواه أحمد وأصحاب السنن بلفظ «العارية مؤداة» [٧٦] وقال في التلخيص:[٧٧] رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي.

وقد روي هذا الحديث من طريق آخر عند الدار قطني [٧٨] والطبراني[٧٩] عن أنس بن مالك قال: «إني لتحت ناقة رسول الله ﷺ يسيل علي لعابها فسمعته يقول: فذكر الحديث».

وجه الدلالة من الحديث:

إن الرسول ﷺ جعل الزعيم – وهو الضامن والكفيل غارمًا، فلو لم يكن الضمان يلزمه إذا ضمن لما جعله غارمًا يجب عليه وفاء ما التزم به، وهذا يدل على مشروعية الضمان والكفالة.

---

(٧٣) مسند الإمام احمد بن حنبل ٥/٢٦٧ دار صادر – بيروت.

(٧٤) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع في باب تضمين العارية ٣/٣٢٢ حديث رقم ٣٥٦٥.

(٧٥) أخرجه الترمذي في كتاب البيوع، باب ما جاء في ان العارية مؤداة، حديث رقم ١٢٦٥، قال الترمذي، وفي الباب عن سمرة بن صفوان بن امية وانس قال: وحديث أبي أمامة حديث حسن غريب، وقد روي عن أبي أمامة عن النبي ﷺ أيضًا من غير هذا الوجه.

(٧٦) كشف الخفا ومزيل الإلباس، للعجلوني ٢/٦٧ ورقم الحديث ١٦٩٥ عنده.

(٧٧) تلخيص الحبير، لابن حجر العسقلاني ٢/٤٧، ورقم الحديث عنده (١٢٥١).

(٧٨) سنن الدار قطني ٣/٤٠.

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

الحديث الخامس:

حدثنا عبد الله، حدثني أبي، حدثنا إسماعيل أنبأنا أيوب عن هارون ابن رئاب عن كنانة بن نعيم عن قبيصة بن المخارق قال: حملت حمالة فأتيت النبي ﷺ فسألته فيها فقال: أقم حتى تأتينا الصدقة، فإما أن نحملها وإما أن نعينك فيها وقال: إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة: لرجل تحمل حمالة قوم فيسأل حتى يؤديها ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فيسأل فيها حتى يصيب قوامًا من عيش أو سدادًا من عيش ثم يمسك، ورجل أصابته فاقة فيسأل حتى يصيب قوامًا من عيش أو سدادًا من عيش ثم يمسك وما سوى ذلك من المسائل سحتًا يا قبيصة يأكله صاحبه سحتًا[٨٠] رواه الإمام أحمد، ورواه مسلم من طريق آخر عن يحيى بن يحيى وقتيبة بن سعيد كلاهما عن حماد بن زيد، قال يحيى أخبرنا حماد بن زيد عن هارون بن رياب إلى آخر السند عن قبيصة بن مخارق الهلالي[٨١]

وجه الدلالة:

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

---

(٨٠) رواه الإمام أحمد في المسند ٥ / ٦٠، ورواه أبو داود في كتاب الزكاة ٢ / ٤٠ دار الكتاب العربي بلبنان.

(٨١) صحيح مسلم، للإمام ابي الحسن مسلم بن الحجاج ٢ / ٧٢٢ ورقمه عنده (١٠٤٤) دار الفكر بيروت.

وأما الفعل: فمنه ما ورد عن ابن عباس – رضي الله عنهما:

١ – حديث عبد الله بن عباس – رضي الله عنهما – قال: «إن رجلاً لزم غريمًا له بعشرة دنانير فقال: ما أفارقك حتى تقضي أو تأتي بحميل فتحمل بها رسول الله ﷺ، فأتاه بها من وجه غير مرضي، فقضاها رسول الله ﷺ» وقال: «الحميل غارم».

وفي رواية فتحمل بها رسول الله ﷺ فأتاه بها، فقال له رسول الله ﷺ: من أين أصبت هذا الذهب؟ فقال: من معدن، فقال: لا حاجة لنا فيه، ليس فيها خير، فقضاها عنه رسول الله ﷺ أخرجه أبو داود وابن ماجة. (٨٢)

وجه الدلالة من الحديث:

إن الرسول ﷺ تحمل عن الرجل دينه، وتحمل الرسول عليه الصلاة والسلام يدل على مشروعية الكفالة وصحتها وإلا لما تحمل فيها الرسول بنفسه، والدلالة من هذا الحديث فعله ﷺ للكفالة.

وأما التقرير:

فقد ورد عن الرسول ﷺ ما يدل على أنه قد أقرَّ الكفالة وذلك: حديث أبي هريرة – رضي الله عنه – الذي رواه عنه الليث قال: حدثني

(٨٢) جامع الأصول في احاديث الرسول، لابن الأثير الجزري ٧ / ٦١ ورقمه عنده ٥٠٢٦، مطبعة الملاح ١٣٩١، وأخرجهما أبو داود في حديث واحد رقم ٣٣٢٨ في البيوع باب في استخراج المعادن، وابن ماجه برقم ٢٤٠٦ في الصدقات، وباب الكفالة وهو حديث حسن، جامع الأصول، لابن الأثير ٧ / ٦١ تحقيق عبد القادر الأرناؤوط.

جعفر بن ربيعة عن عبد الرحمن بن هرمز عن أبي هريرة – رضي الله عنه– عن رسول الله ﷺ أنه ذكر رجلاً من بني إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار، فقال: ائتني بالشهداء أشهدهم، فقال: كفى بالله شهيداً. قال فائتني بالكفيل، قال: كفى بالله كفيلاً، قال صدقت، فدفعها إليه على أجل مسمى، فخرج في البحر فقضى حاجته، ثم التمس مركبًا يركبها يقدم عليه للأجل الذي أجله فلم يجد مركبًا، فأخذ خشبة فنقرها فأدخل فيها ألف دينار وصحيفة منه إلى صاحبه ثم زجج موضعها (٨٣)

ثم أتى بها إلى البحر فقال: اللهم إنك تعلم أني كنت تسلفت فلانًا ألف دينار، فسألني كفيلاً فقلت: كفى بالله كفيلاً فرضي بك، وسألني شهيداً فقلت: كفى بالله شهيداً، فرضي بذلك، وإني جهدت أن أجد مركبًا أبعث إليه الذي له فلم أقدر، وأني أستودعكها، فرمى بها في البحر حتى ولجت فيه ثم انصرف وهو في ذلك يلتمس مركبًا يخرج إلى بلده، فخرج الرجل الذي كان أسلفه ينظر لعل مركبًا قد جاء بماله، فإذا بالخشبة التي فيها المال، فأخذها لأهله حطبًا، فلما نشرها وجد المال والصحيفة ثم قدم الذي كان أسلفه فأتى بالألف دينار فقال: والله ما زلت جاهداً في طلب مركب لآتيك بمالك فما وجدت مركبًا قبل الذي أتيت فيه، قال: هل كنت بعثت إلي بشيء؟ قال: أخبرك أني لم أجد مركبًا قبل الذي

---

(٨٣) أي سوّى موضع النقر وأصلحه.

جئت فيه. قال فإن الله قد أدى عنك الذي بعثت في الخشبة، فانصرف بالألف دينار راشداً». رواه البخاري. (٨٤)

وجه الدلالة من الحديث:

إن الرسول عليه الصلاة والسلام قد ذكر الحديث على وجه التقرير، فلو لم تكن الكفالة مشروعة لما أورد الحديث على وجه التقرير، وهذا من الاستدلال من السنة بالتقرير.

فهذه الأحاديث كلها سواء ما ورد منها بالقول أو الفعل أو التقرير تدل على أن الكفالة مشروعة، كما أنه قد ورد عن السلف ما يدل على جواز الكفالة ومشروعيتها.. ومن ذلك ما ذكر البخاري – رحمه الله – قال: قال: جرير والأشعث لعبد الله بن مسعود في المرتدين، استتبهم وكفلهم، فتابوا وكفلهم عشائرهم. وقال حماد: إذا تكفل بنفس فمات فلا شيء عليه، وقال الحكم: يضمن. (٨٥)

ثالثًا: الإجماع:

أما الإجماع فهو ما نراه من تعامل الناس وكفالة بعضهم بعضًا منذ القرون الأولى وإلى يومنا هذا دون إنكار من أحد، وقد نقل الإجماع كثير من الفقهاء.

---

(٨٤) صحيح البخاري وشرحه فتح الباري، لابن حجر ٤/ ٤٦٩ في كتاب الكفالة، ورقمه عنده ٢٢٩١، نشر رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء.

(٨٥) فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر ٤/ ٤٦٩.

فجاء في حاشية ابن عابدين [٨٦]: «ودليلها الإجماع وسنده قوله ﷺ «الزعيم غارم». [٨٧]

وجاء في فيض الإله المالك [٨٨]: «والأصل في ذلك قبل الإجماع أخبار» وجاء في تكملة المجموع [٨٩]: «وأما الإجماع فإن أحداً من العلماء لم يخالف في صحة الضمان».

وجاء في المغني [٩٠]: «وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة وإنما اختلفوا في فروع».

رابعًا: المعقول:

وأما المعقول فإن الشريعة الإسلامية الغراء قد تكفلت بحفظ الضروريات والحاجيات والتحسينات، [٩١] فكل ما أدى إلى حفظ واحد منها فهو من مقاصد الشريعة المطهرة، ولما كان الناس محتاجين إلى التعامل

---

(٨٦) حاشية، ابن عابدين ٥/٢٨٥.

(٨٧) سبق تخريجه ص ١٩٣.

(٨٨) فيض الإله المالك في حل الفاظ عمدة السالك، لعمر بركات ٢/٤٢، المكتبة التجارية بمصر ١٣٧٤هـ.

(٨٩) تكملة المجموع، للمطيعي ١٤/٧.

(٩٠) المغني، لابن قدامة ٤/٤٩١.

(٩١) الضروريات: هي التي تتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية بحيث إذا فقدت اختلت الحياة في الدنيا وحل العقاب في الآخرة، وهي حفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسل.

والحاجيات: هي ما يحتاج إليها لرفع الحرج عنهم فقط بحيث إذا فقدت وقع الناس في الضيق والحرج دون أن تختل الحياة، وقد شرع الشارع لها أصناف المعاملات من بيع وشراء ونحوها.

أما التحسينات: فهي المصالح التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العادات ومكارم الأخلاق مثل: الطهارات بالنسبة للصلوات/الوسيط في أصول الفقه الإسلامي د/وهبة الزحيلي، ص ٥٠٠ المطبعة العلمية بدمشق.

بالضمان والكفالة أقر الإسلام مشروعيتها؛ لأن في منعها حرجًا ومشقة على الناس، والإسلام دين اليسر والسماحة قال تعالى: ﴿ **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ...** ﴾ (٩٢) والإسلام دين التعاون والتكاتف يأمر بكل ما يحقق ذلك من مبادئ ومعاملات، قال تعالى: ﴿ ...**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ...** ﴾ (٩٣) ويقول عليه الصلاة والسلام: «يد الله مع الجماعة» (٩٤) ويقول: «المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضًا» (٩٥)، ففي هذه الأحاديث وغيرها يحث الرسول ﷺ على التعاون بين المسلمين.. فكل ما يدعو إلى التعاون قد حث عليه الإسلام ورغب فيه، والضمان الشخصي «الكفالة» يحصل به التعاون على الخير والمحبة والألفة، مما يعود على المجتمع والأفراد بفوائد كثيرة منها:

١ – إن الضمان يطمئن صاحب المال على ماله، لأن الكفيل يكون مستطيعًا لدفع ما التزم به لصاحب الحق في الغالب.

٢ – إنه نتيجة لتوثق المضمون له بحقه من الضامن فإن المدين بذلك يكون منصرفاً إلى العمل، والسعي في طلب الرزق، وسداد الدين، ويكون عضواً عاملاً في المجتمع.

---

(٩٢) سورة الحج: آية /٧٨.

(٩٣) سورة المائدة: آية /٢.

(٩٤) أخرجه الترمذي في باب الفتن ٩/١٠ من شرح ابن العربي بصحيح الترمذي وقال حديث حسن غريب. مطبعة الصاوي بمصر، الطبعة الأولى ١٣٥٣ هـ، وأخرجه النسائي ٢/١٦٦ المطبعة الميمنية بمصر ١٣١٢ هـ.

(٩٥) رواه البخاري ٨/١٤ في باب تعاون المؤمنين بعضهم بعضًا، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر.

٣ – عن طريق الضمان تنتشر المحبة بين أفراد المجتمع، إذ يشعر الفقير بتعاون الآخرين معه في تحمل التبعات والمسؤوليات، ويستطيع الحصول بسبب ذلك على ما لا يستطيع الحصول عليه بدون الضمان من مقومات الحياة، ولهذا كانت الكفالة من الأعمال المستحبة (٩٦) لما لها من مردود طيب على المجتمع أفراد وجماعات، وبالتعاون والتكاتف تسعد الأمة وتتفيأ ظلال الأمن والرخاء. (٩٧)

(٩٦) وقد قال رسول الله ﷺ عند ما كفل علي عن الميت «جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك، ما من مسلم فك رهان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامة» وهذا يدل على أنها مندوبة لأنها إحسان ومعروف.

(٩٧) المعاملات المادية والأدبية، لعلي فكري ٢/٧.

obeikandl.com

المبحث الثاني

أصل الكفالة في القوانين الوضعية وبيان مصادرها

إن الدارس للقوانين الوضعية يعلم أنها مأخوذة في الأصل من القانون الروماني الذي كان في أول عهده مبنيًا على العرف والعادة ثم أصبح بعد ذلك قانونًا رسميًا مدونًا.

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

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

وإن قانون نابليون المدني لا يزال إلى اليوم معمولاً به في الدولة الفرنسية مع تعديلات طرأت عليه اقتضتها ظروف الزمان، وهو يحتوي على ألفين ومائتين وثمانين مادة.

ولقد كانت القوانين الفرنسية وخاصة القانون المدني الأساس في تمهيد الطريق لمعظم دول أوربا، فقامت بتدوين قوانينها، فجاء القانون البلجيكي منقولاً عن القانون الفرنسي بكامله تقريبًا، أما الدول الأخرى فقد نقلت عنه بتصرف تبعًا لما تمليه الظروف الخاصة للدولة الناقلة.

٢ - **الشعبة الانجلو سكسونية**: وتشتمل الأنظمة والقوانين غير المجموعة والمدونة، وتأتي في مقدمة هذه الدول بريطانيا وتتبعها في ذلك

الولايات المتحدة الأمريكية، فإن هذه الدول لم تقم بتدوين قوانينها، بل بقيت محتفظة بدستورها غير المدون والمبني على العادة والسابقات المعروفة باسم العرف العام.

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

٣ – الشعبة الألمانية: وتختلف القوانين في هذه المجموعة كثيراً عن القوانين الفرنسية، والقواعد العامة بينهما مختلفة على الرغم من أنها قد استفادت كثيراً من قانون نابليون إلا أن استفادتها لم تذهب بصبغتها، حيث ظلت محتفظة بطابعها الوطني، وقد قامت ألمانيا بإصدار قانونها التجاري فأصدرت قانون عام ١٨٩٦م، لكنه لم يطبق إلا في عام ١٩٠٠م.(٩٨)

ولقد استمدت القوانين العربية أنظمتها في الضمان الشخصي «الكفالة» من القوانين والمصادر السابقة والقوانين العربية التي تناولت الضمان الشخصي منها:

أ – القانون المدني المصري، وفيه وردت القواعد الخاصة بالكفالة في المواد من ٧٧٢– ٨٠٠.

---

(٩٨) الوسيط شرح القانون المدني ٢/٢١٨ وفلسفة التشريع في الإسلام /صبحي الحمصاني ص ١٣، دار العلم للملايين بيروت – الطبعة الثالثة.

ب – القانون المدني السوري، وقد تكلم عن الكفالة في المواد من ٧٣٨ – ٧٥٢.

ج – قانون الموجبات والعقود اللبناني، وذلك في المواد من ١٠٥٣ – ١٠٨٩.

د – القانون المدني العراقي، وقد تكلم عن الكفالة في المواد من ١٠٠٨ – ١٠٤٧.

وقد كانت الشريعة الإسلامية تحكم المجتمع وعلاقات الأفراد في البلاد التي تدين بالإسلام كالدول العربية وغيرها من البلاد الإسلامية، حتى اتجه بعضها إلى الأخذ بتقنينات استقيت أحكامها من التقنينات الغربية. كما بينا ذلك سلفًا، فضاق نطاق أعمال الشريعة وقواعدها فيها، أما البلاد التي لم تأخذ بمثل هذه التقنينات كالجزيرة العربية واليمن، فقد ظلت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في تلك البلاد.

وتنص المادة الأولى من القانون المدني المصري على أنه: «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...»، فجعل هذا النص من الشريعة الإسلامية مصدراً رسميًا احتياطًا للقانون المصري.

والشريعة الإسلامية هي المصدر التاريخي لكثير من الأحكام التشريعية، ففي القانون المدني المصري أخذت عنها نظريات عامة كنظرية التعسف في استعمال الحق (٩٩)، ومجلس العقد ووقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده، كما أن الشريعة الإسلامية قد بقيت هي المصدر الرسمي الأصلي في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين. ثم أصبحت الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطيًا في كافة المسائل حتى العينية منها، وبالنسبة للجميع مسلمين وغيرهم، ويأتي ترتيبها كمصدر احتياطي بعد التشريع والعرف(١٠٠).

وعمل القانونيين بذلك يعد إقراراً منهم بأن القانون قاصر لا يشمل جميع المتطلبات والأمور الحاضرة للمجتمع فضلاً عن المستقبل. ولذلك فإنه يتعين على المسلمين التمسك بالشريعة الإسلامية والعمل بأحكامها وعدم التلفيق والتجميع من هنا وهناك، فالشريعة الإسلامية كفيلة بالوفاء بجميع متطلبات البشرية حاضراً ومستقبلاً.

---

(٩٩) التعسف في استعمال الحق: انحراف في استعمال الحق ينشأ عنه ضرر بالغير يستوجب المسؤولية، ويقع التعسف إذا لم يقصد باستعمال الحق سوى الإضرار بالغير، أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة أو كانت هذه المصالح قليلة الأهمية ولا يتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، ويجب ضمان الأضرار الناجمة عن سوء استعمال الحق ومن أمثلة منع التعسف عند الفقهاء المسلمين: وجوب سد النافذة التي تطل على نساء الجار، الموسوعة العربية الميسرة ص ٥٣٣.

(١٠٠) الوجيز في نظرية القانون/ محمد كمال عبد العزيز، ص ١٧٠، ١٨٧، مكتبة وهبة بمصر.