الباب الثالث

بيان أقسام الضمان الشخصي «الكفالة»

ويشتمل على أربعة فصول:

الفصل الأول:

أقسام الكفالة باعتبار المكفول به.

الفصل الثاني:

أقسام الكفالة باعتبار العقد نفسه.

الفصل الثالث:

أقسام الكفالة باعتبار القيد والوصف.

الفصل الرابع:

أقسام الكفالة في القانون.

obeikandl.com

obeikandl.com

الفصل الأول

أقسام الكفالة باعتبار المكفول به

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

١ - الحنفية:

يرى بعض الحنفية أن أقسام الضمان الشخصي ثلاثة: كفالة النفس وكفالة العين وكفالة الدين، جاء في حاشية ابن عابدين [١] في تعريف الكفالة أنها: «هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقًا بنفس أو بدين أو عين كمغصوب ونحوه» وزاد بعضهم قسمًا رابعًا هي الكفالة بالتسليم.

وقد جاء ذكر الأقسام الأربعة للكفالة في معرض مناقشة تعريف الكفالة بأنها: «ضم ذمة إلى ذمة في الدين» قال في البحر [٢] الرائق: «وفي الإيضاح أخذًا من الغاية أن تعريفها بالضم في الدين لا ينتظم الكفالة بالنفس والكفالة بالعين والكفالة بالفعل». أهـ.

وهذا هو ما سارت عليه مجلة الأحكام العدلية، حيث ذكرت كفالة

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥ / ٢٨١.

(٢) البحر الرائق، لابن نجيم ٦ / ٢٢٢.

النفس في المادة ٦١٣، وكفالة المال في المادة ٦١٤، وكفالة التسليم في المادة ٦١٥، وكفالة الدرك في المادة ٦١٦. فاعتبرت أقسام الكفالة أربعة ويرى بعضهم أن الكفالة في الأصل نوعان هما: كفالة بالنفس وكفالة بالمال، ثم تنقسم كفالة المال إلى قسمين هما: كفالة الديون وكفالة الأعيان، جاء في تبيين الحقائق: [٣] وأنواعها في الأصل نوعان هما: كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان: كفالة بالديون وكفالة بالأعيان..»

٢ - المالكية:

يرى المالكية أن أقسام الضمان ثلاثة: - هي ضمان المال وضمان الوجه وضمان الطلب، جاء في الشرح الصغير [٤]: «الضمان التزام... ديناً على غيره وهذا ضمان المال - وأشار لضمان الوجه بقوله: أو طلبه من عليه لمن هو له سواء كان الطلب على وجه الإتيان به لرب الدين، أو مجرداً عن ذلك فشمل أنواعه الثلاثة».

٣ - الشافعية:

يرى الشافعية أن أقسام الضمان ثلاثة: هي ضمان الدين، وضمان البدن، وضمان العين، جاء في نهاية المحتاج [٥]: وشرعًا: يطلق على التزام الدين والبدن والعين».

---

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٤٧.

(٤) الشرح الصغير للدردير ٣/٤٣٠.

(٥) نهاية المحتاج، للرملي ٤/٤٣٢.

٤ - الحنابلة :

يرى الحنابلة أن أقسام الضمان اثنان هما: ضمان المال، وضمان البدن ثم ينقسم ضمان المال إلى ضمان الدين وضمان العين، جاء في كشاف [٦] القناع: «الضمان التزام من يصح تبرعه .. دينًا - ثم قال - ويصح ضمان الأعيان المضمونة.. - ثم قال - الكفالة بالنفس هي: التزام رشيد إحضار مكفول به» . وإلى هذا ذهب الشيعة الزيدية.

ومن هذه النصوص يتبين أن كلاً من الفقهاء قد قسم الضمان إلى أقسام أراد منها وضع الأحكام الخاصة بكل نوع منها في بحث مستقل، وليس لهذا التقسيم ثمرة وإنما هو أمر تنظيمي ولا مشاحة في الاصطلاح وإلا فإن الأصل في أقسام الضمان هو انقسامه إلى قسمين: كفالة بالمال وكفالة بالنفس، والأقسام الأخرى من كفالة التسليم وكفالة العين وكفالة الدرك تندرج تحت قسم كفالة المال، وهذا هو ما سار عليه أكثر الفقهاء.

ولكن لما كانت كل من كفالة التسليم وكفالة الدرك تختلف عن غيرها في بعض الأحكام، لذلك فإني أرى أن المناسب جعل كل منها في مبحث مستقل يتناول أحكامها، ولذلك سأقسم البحث في هذا الفصل إلى أربعة مباحث هي:

---

(٦) كشاف القناع، للبهوتي ٣ / ٣٦٢.

المبحث الأول : كفالة النفس.

المبحث الثاني : الكفالة بالتسليم.

المبحث الثالث : الكفالة بالدرك.

المبحث الرابع : ضمان الطلب

أما كفالة المال فإن البحث يتناولها بدءاً بتعريف الكفالة إلى نهاية البحث والأنواع الأخرى وإن كانت تشترك مع كفالة المال في بعض الأمور فإن لها أحكامًا خاصة بها، ولذلك نفرد كلاً منها في مبحث مستقل.

obeikandl.com

الفصل الأول

أقسام الكفالة باعتبار المكفول به

ويندرج تحته أربعة مباحث :

المبحث الأول : الكفالة بالنفس.

المبحث الثاني : الكفالة بالتسليم.

المبحث الثالث : الكفالة بالدرك.

المبحث الرابع : ضمان الطلب.

obeikandl.com

obeikandl.com

المبحث الأول

الكـــــــفالة بالنفس

وفيه مطالب:

المطلب الأول: تعريف كفالة النفس

المطلب الثاني: حكم كفالة النفس

المطلب الثالث: حكم كفالة بدن من عليه حد أو قصاص

المطلب الرابع: ما يترتب على الكفيل عند تعذر إحضار المكفول بنفسه

obeikandl.com

obeikandl.com

المطلب الأول

«تعريف كفالة النفس»

إليك تعريفها في المذاهب الفقهية:

١ - جاء تعريفها عند الحنفية بأنها: ضمان إحضار المكفول به.[٧]

والمقصود أن المضمون فيها هو إحضار المكفول به إلى صاحب الحق أو في المكان الذي يستطيع استيفاء حقه منه.

٢ - المالكية:

عرَّف المالكية ضمان الوجه وهو كفالة النفس[٨] بأنه:

التزام الإتيان بالغريم عند حلول الأجل[٩]

شرح التعريف: إن الضامن يلتزم في كفالة النفس الإتيان بالمضمون عنه في الوقت الذي يستحق فيه دفع ما عليه من حق، وضمان الوجه عند المالكية هو كفالة النفس عند غيرهم من الفقهاء، فأطلق الجزء وأراد الكل.

٣ - الشافعية:

عرَّف الشافعية كفالة النفس بأنها: التزام إحضار المكفول أو جزء شائع

---

(٧) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٦/٢٨٥.

(٨) المراد بالوجه: الذات وهو مجاز مرسل من إطلاق اسم البعض وإرادة الكل وهو النفس عمومًا/ الشرح الصغير، للدردير ٣/٤٥٠.

(٩) بلغة السالك، للصاوي ٢/١٦٣.

منه [١٠]

الشرح: إن الكفيل إنما يلتزم في كفالة النفس بإحضار المكفول إلى الدائن لأخذ استحقاقه منه، وإن الالتزام إما أن يكون بالمكفول أو بجزء شائع منه كنصفه، أو ما لا يبقى بدونه كرأسه أو قلبه أو روحه.

٤ - الحنابلة:

عرَّف الحنابلة كفالة النفس بأنها:

التزام رشيد برضاه إحضار مكفول به تعلق به حق مالي إلى مكفول له. [١١]

الشرح: إن الالتزام لابد أن يكون من رشيد مختار غير مكره، وإن الملتزم فيها هو إحضار المكفول بنفسه الذي تعلق بذمته حق مالي إلى صاحب الدين في الوقت المحدد لذلك.

بدراسة تلك التعريفات يتبين أنها كلها تتفق في المعنى، وأن المقصود بالكفالة هو إحضار المكفول به. لكن يختلف تعريف المالكية والحنابلة بكونهما قيدا الإحضار بكون المكفول بنفسه عليه حق مالي، والأولى عدم التقييد؛ لتشمل الحق المالي وغيره من الحقوق التي يجيز بعض العلماء الكفالة فيها، كحقوق الآدميين من قصاص وحد وقذف.

---

(١٠) نهاية المحتاج، للرملي ٤/٤٤٥.

(١١) كشاف القناع، للبهوتي ٣/٣٧٥.

ولهذا فاني أرى أن التعريف الأولى هو : أن الكفالة بالنفس: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه في التزام إحضاره. ويكون التعريف شاملاً لأفراد المعرف سواء كان حقًا ماليًا أو غيره من حقوق الآدميين.

obeikandl.com

المطلب الثاني

«حكم الكفالة بالنفس»

اختلف الفقهاء في حكم الكفالة بالنفس وإليك بيان ذلك:

١ - ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وهو المذهب عند الشافعية إلى جواز الكفالة بالنفس، وهو مذهب الشيعة الزيدية والجعفرية.

جاء في البدائع: [١٢] «وأما الكفالة بالنفس فلا شك فيها، لأن هذا شرط ملائم للعقد محقق لما شرع له، وهو الوصول إلى الحق من جهة الكفيل عند تعذر الوصول إليه من جهة الأصيل».

وجاء في مواهب الجليل: [١٣] «وصح بالوجه». والمقصود بضمان الوجه هو الكفالة بالنفس.

وجاء في كشاف القناع: [١٤]: «لو لم تجز الكفالة بالنفس لأدى إلى الحرج».

وجاء في نهاية المحتاج: [١٥] «المذهب صحة كفالة البدن».

---

(١٢) البدائع، للكاساني ٧/٣٤٠٨.

(١٣) مواهب الجليل للحطاب ٥/١١٢.

(١٤) كشاف القناع، للبهوتي ٣/٣٧٦.

(١٥) نهاية المحتاج، للرملي ٤/٤٤٥.

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

جاء في تكملة المجموع: [١٦] : «ومن أصحابنا من قال: فيه قولان، أحدهما: أنها لا تصح؛ لأنه ضمان عين في الذمة بعقد، فلم يصح كالسلم في ثمرة نخلة بعينها.

والثاني: يصح ... » ولأن الحر لا يدخل تحت اليد حتى يمكن تسليمه.

وجاء في المحلى[١٧] : «ولا يجوز ضمان الوجه أصلاً لا في مال ولا في حد ولا في شيء من الأشياء.

الأدلة:

يستدل كل من المجيزين والمانعين بأدلة نبينها فيما يلي:

أولاً: استدل المجيزون لكفالة النفس بما يأتي:

١ – الكتاب:

أ – قوله تعالى: ﴿ **قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلاَّ أَن يُحَاطَ بِكُمْ ...** ﴾ .[١٨]

---

(١٦) تكملة المجموع، للمطيعي ١٤/ ٤١.

(١٧) المحلى، لابن حزم ٥/ ١١٩.

(١٨) سورة يوسف: آية/ ٦٦.

وجه الدلالة من الآية:

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

قال القرطبي (٢٠) في تفسيره: هذه الآية أصل في جواز الحمالة بالعين والوثيقة بالنفس».

ب - قوله تعالى: ﴿... **فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ إِنَّا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ**﴾ (٢١)

وجه الدلالة من الآية: أن إخوة يوسف عليه السلام قد طلبوا من يوسف أخذ أحدهم مكان أخيهم، حتى يذهب إلى والده، ويعرف جلية الأمر ثم يعود إليه بعد ذلك، وهذا من كفالة النفس، وهذا مبني على أن شرع من قبلنا شرع لنا حيث ذكر الله ذلك ولم ينكر عليهم، قال القرطبي (٢٢): «أي خذ أحدنا مكانه حتى ينصرف إليك صاحبك، فمنع يوسف من ذلك إذ الحمالة في الحدود ونحوها بمعنى إحضار المضمون فقط جائزة مع التراضي غير لازمة إذا أبى الطالب».

---

(١٩) سبق ذلك ص ١٨٨.

(٢٠) تفسير القرطبي ٦/٢٢٥.

(٢١) سورة يوسف: آية ٧٨.

(٢٢) تفسير القرطبي ٩/٢٤٠.

٢ – السنَّة:

ومن السنة:

١ – قوله ﷺ في حديث أبي أمامة «الزعيم غارم» [٢٣] وهذا عام يشمل كفالة النفس، لأنها أحد نوعي الكفالة، فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال.

٢ – ما روي عن عبد الله بن مسعود – رضي الله عنه – أنه أتى بقوم يقرون بنبوة مسيلمة وفيهم ابن النواحة فاستتابه فأبى فضرب عنقه، ثم إن ابن مسعود استشار أصحاب رسول الله ﷺ في الباقين، فأشار عليه عدي بن حاتم بقتلهم، وأشار عليه الأشعث بن قيس وجرير بن عبد الله باستتابتهم، وأن يكفلهم عشائرهم فاستتابهم وكفلهم عشائرهم ونفاهم إلى الشام» وقد ذكر ذلك البخاري في صحيحه.

قال ابن المنير: أخذ البخاري الكفالة بالأبدان في الديون من الكفالة بالأبدان في الحدود بطريق الأولى. [٢٤]

وهذا يدل على أن الكفالة كانت سائغة عند الصحابة رضوان الله عليهم، إذ لم ينكر عليه ذلك أحد من الصحابة». [٢٥]

---

(٢٣) أخرجه الإمام أحمد ٥/٢٦٧، والترمذي في كتاب البيوع ٣/٥٥٦، حديث رقم ١٢٦٥، وأبو داود في البيوع، حديث رقم ٣٥٦٥.

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

(٢٥) تكملة المجموع للمطيعي ١٤/٤١.

٣ – أخرج البيهقي في سننه في باب: ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق، من طريق الليث بن سعد: حدثني جعفر بن ربيعة عن الأعرج عن أبي هريرة – رضي الله عنه – عن رسول الله ﷺ «أنه ذكر أن رجلاً من بني إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار، قال: ائتني بالشهود أشهدهم عليك، قال: كفى بالله شهيداً، قال فائتني بكفيل. قال: كفى بالله كفيلاً. قال: فدفعها إليه إلى أجل مسمى...» وساق الحديث بطوله. وأخرج البخاري الحديث في صحيحه.(٢٦)

وجه الدلالة:

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

٤ – قال أبو الزناد عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه: «أن عمر – رضي الله عنه – بعثه مصدقًا فوقع رجل على جارية امرأته، فأخذ حمزة من الرجل كفلاء حتى قدم على عمر وكان عمر قد جلده مائة جلدة فصدقهم وعذره بالجهالة» رواه البخاري، قال ابن حجر: واستفيد من هذه القصة مشروعية الكفالة بالأبدان، فإن حمزة بن عمرو الأسلمي صحابي، وقد فعله ولم ينكر عليه عمر مع كثرة الصحابة حينئذ».(٢٧)

---

(٢٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦/٧٦، مطبعة مجلس دائرة المعارف بالهند – عام ١٣٥٢هـ ورواه البخاري في صحيحه في كتاب الكفالة ٤/٤٦٩ حديث رقم ٢٢٩١، صحيح البخاري بشرحه فتح الباري، لابن حجر.

(٢٧) صحيح البخاري ٤/٤٦٩ حديث رقم ٢٢٩٠ كتاب الكفالة/ صحيح البخاري بشرحه فتح الباري، لابن حجر.

٥ – إن الكفالة بالبدن من العقود المشهورة المتعارفة بين المسلمين من لدن الصحابة إلى يومنا هذا، ولم يعرف فيها الإنكار فصار إجماعًا. (٢٨)

ثانياً: واستدل المانعون لكفالة النفس بما يأتي:

١ – إن الكفالة بالنفس شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل. (٢٩)

٢ – إن التزام الضامن بالوجه ما على المضمون عنه في حالة عدم إحضاره جور وأكل مال بالباطل؛ لأنه لم يلتزمه قط، وإن قيل بعدم غرم الكفيل فقد بطل الضمان بالوجه في حالة عدم إحضاره، ثم إن تكليف الضامن بطلب المضمون عنه تكليف بما لا طاقة للكفيل به، وفيه حرج ومشقة عليه. قال في المحلى (٣٠): ولا يجوز ضمان الوجه أصلاً لا في مال ولا في حد ولا في شيء من الأشياء؛ لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل...»

٣ – إن الكفالة بالنفس ضمان عليه في الذمة بعقد فلم يصح؛ لأنه غرر وجهالة لجواز تلفها وتعذر تسليمها، كما لو أسلم في ثمرة نخلة بعينها. (٣١)

---

(٢٨) الروض النضير، للسياغي ٤/٦٩.

(٢٩) المحلى، لابن حزم ٥/١١٩.

(٣٠) نفس المرجع ٥/١١٩.

(٣١) الروض النضير، للسياغي ٤/٦٨.

المناقشة:

لقد ناقش ابن حزم أدلة الجمهور بما يأتي:

١ – ناقش حديث ابن مسعود في استشارة الصحابة وتكفيلهم عشائرهم بأن الخبر قد روي من عدة طرق، ولم يذكر أحد منهم في روايته أن ابن مسعود كفل بهم، ولا ذكر أحد منهم كفالة إلا إسرائيل وحده وهو ضعيف. ولو كان ثقة ما ضر روايته من خالفها من الثقات ولكنه ضعيف.

ورد هذا الاعتراض بأن البخاري – رحمه الله – قد روى هذا الأثر وصححه، فيندفع بذلك الاعتراض بالضعف، ثم إنه لو لم يرو الكفالة إلا إسرائيل وحده فإن من حفظ حجة على من لم يحفظ.

٢ – واعترض ابن حزم على الاستدلال بخبر حمزة بن عمرو الأسلمي بأنه من رواية عبد الرحمن بن أبي الزناد وهو ضعيف. (٣٢)

ورد هذا الاعتراض بأن البخاري – رحمه الله – قد أخرج هذا الخبر وصححه.

الترجيح عندي:

بدراسة ذلك يتبين أن الراجح هو قول المجيزين للكفالة بالنفس للأدلة التي أوردوها ويجاب عن أدلة المانعين بالآتي:

---

(٣٢) المحلى، لابن حزم ٥ / ١٢١.

١ – إن الدليل الأول للمانعين والذي أورده ابن حزم ويستشهد به في أكثر العقود إنما هو بناء على أن الأصل في العقود المنع إلا ما ورد الشرع بجوازه، وهذه قاعدة لدى الظاهرية في العقود.

وهذا غير صحيح، ذلك أن الأصل في العقود الإباحة والجواز إلا ما ورد الشرع بمنعه لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**...﴾ (٣٣). ولقوله ﷺ «المسلمون على شروطهم إلا شرطًا حرم حلالاً أو أحل حرامًا. (٣٤)

٢ – ويجاب عن الدليل الثاني للمانعين، وهو أن إلزام الضامن بالوجه بدفع ما على المضمون عنه جور وأكل مال بالباطل. يجاب عن ذلك بأنه ليس جورًا؛ لأن الضامن إنما التزم الضمان وأقدم عليه برغبته ورضاه، وأنه على استعداد لقضاء دين الأصيل عند تعذر حضوره.

وقوله إن تكليف الضامن بطلب المضمون عنه تكليف بما لا يطاق، يرد عليه أن هذا غير صحيح، لأن الضامن قد التزم ذلك برغبته ثم إن البحث عن المضمون عنه في الأماكن التي يرجى وجوده فيها وإحضاره، فإن امتنع فبإمكانه الاستعانة بالسلطة، وهذا في طاقة الضامن وقدرته.

---

(٣٣) سورة المائدة: آية ١.

(٣٤) رواه البخاري في صحيحه في كتاب الإجارة ومن رواته كثير بن عبد الله وهو ضعيف عند الأكثرين، والبخاري ومن تبعه كالترمذي وابن خزيمة يقوون امره/فتح الباري ٤/ ٤٥١ لابن حجر.

٣ – وقولهم إنها تضمن الغرر غير مسلم؛ لأن إحضار المكفول به أمر معلوم مضبوط، ولو كان فيه جهالة فإنها تغتفر؛ لأنها يسيرة لأن الحاجة داعية إلى الاستيثاق بضمان المال أو البدن، وضمان المال يمتنع منه كثير من الناس، فلو لم تجز الكفالة بالنفس لأدى إلى الحرج والمشقة في منع الناس من المعاملات التي يحتاجون إليها.[٣٥] والإسلام دين اليسر والسماحة، جاء لرفع المشقة والحرج عن الناس. والقول بالجواز لا يعارض نصاً أو قياسًا صحيحًا بل إنه يمكن قياس كفالة البدن على كفالة المال بجامع أن كلاً من المال والبدن يستحق تسليمه بالعقد، فكانت كفالة البدن جائزة ككفالة المال.

٤ – ويرد على الشافعية بأن المراد إنما هي ضعيفة من جهة القياس وإلا فإنها صحيحة لثبوتها بالأثر والإجماع[٣٦] وقد نص الشافعي – رحمه الله – على صحتها في عدة مواضع. يؤيد ذلك ما جاء في نهاية المحتاج»:[٣٧] وأصله قول إمامنا رضي الله عنه إنها ضعيفة، أي من جهة القياس؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد والمذهب منه صحة كفالة البدن».

ويجاب عن قول الشافعية: إن الحر لا يدخل تحت اليد ولا يمكن تسليمه بأن المكفول بنفسه ينقاد لكفيله عادة وإذا قدر أن المضمون امتنع

---

(٣٥) الروض النضير، للسياغي ٤/٦٩ كشاف القناع، للبهوتي ٣/٣٧٤.

(٣٦) المغني، لابن قدامة ٤/٦١٤.

(٣٧) نهاية المحتاج، للرملي ٤/٤٤٥.

فيستعان بالسلطات لإحضاره، ولا يكون ذلك مانعًا للقول بجواز كفالة النفس.

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

obeikandl.com

المطلب الثالث

حكم كفالة بدن من عليه حد أو قصاص

ومع قولنا بجواز الكفالة بالنفس يتفرع عليه القول بجواز الكفالة ببدن من عليه حد أو قصاص أو عدم جوازه. والكفالة بالنفس تصح ببدن كل من يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم بدين؛ لأنه لازم فصحت الكفالة ببدن من عليه حق كالدين.

وقد اختلف الفقهاء في القول بصحة كفالة بدن من عليه حد أو قصاص على ما يأتي:

١ – ذهب المالكية والحنابلة وأحد قولي الشافعية إلى أن الكفالة ببدن من عليه حد غير صحيحة سواء كان حقًا لله تعالى كحد الزنا والسرقة، أو لآدمي كحد القذف والقصاص. جاء في الخرشي على مختصر خليل[٣٨]: «وإنما يصح ضمان الوجه حيث كان على المضمون دين إذ لا يصح في قصاص ونحوه».

وجاء في نهاية المحتاج: [٣٩] «وفي قول لا تصح لأنها مبنية على الدرء».

وجاء في المغني: [٤٠] «ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد سواء

---

(٣٨) الخرشي على مختصر خليل ٦/٣٤.

(٣٩) نهاية المحتاج، للرملي ٤/٤٤٧.

(٤٠) المغني لابن، قدامة ٤/٦١٦.

كان حقًا لله تعالى كحد الزنا والسرقة، أو لآدمي كحد القذف والقصاص».

٢ – وذهب الحنفية وأحد قولي الشافعية إلى أن الكفالة بالنفس لا تصح في حدود الله تعالى، وتصح إذا كانت لحق آدمي كحد القذف والقصاص.

جاء في البدائع: (٤١) «وتجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس وما دونها وبحد القذف. وقال في شرح فتح القدير: (٤٢) «بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى».

وجاء في نهاية المحتاج: (٤٣) «والمذهب صحتها ببدن من عليه عقوبة آدمي كقصاص وحد قذف وتعزير، ومنعها في حدود الله تعالى وتعازيره كحد خمر وزنا وسرقة» وقد أخذ بهذا القول الشيخ تقي الدين من الحنابلة، جاء في الإنصاف: (٤٤) «وقال الشيخ تقي الدين – رحمه الله – تصح واختاره في الفائق».

٣ – وفي قول للشافعية: إن الكفالة بالنفس تصح في حدود الله كحدود الآدميين؛ لأن الحد حق لازم فأشبه المال، ولأن الحضور مستحق على

---

(٤١) البدائع للكاساني ٧/٣٤١٨.

(٤٢) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٦/٢٩٥.

(٤٣) نهاية المحتاج، للرملي ٤/٤٤٦.

(٤٤) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن المرداوي ٥/٢١٠.

الجاني فتصح الكفالة بإحضاره، قال في نهاية المحتاج: [٤٥] «في حكم الكفالة بالنفس في حدود الله قولان: ثانيهما: الصحة كحدود الآدميين...»

الأدلة:

أولاً: استدل القائلون بالمنع بما يأتي:

١ – ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «لا كفالة في حد». أخرجه البيهقي. [٤٦]

وجه الدلالة:

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

٢ – إن الكفالة وثيقة وحدود الله تعالى لا يستوثق بها؛ لأنها تسقط بالشبهات.

---

(٤٥) نهاية المحتاج، للرملي ٤/٤٤٧.

(٤٦) سنن البيهقي في الضمان – باب ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق ٦/٧٧، قال في نصب الراية أخرجه البيهقي في سننه عن بقية عن عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وقال تفرد به عمر وهو من مشائخ بقية المجهولين ورواياته منكرة. أهـ.
ورواه ابن عدي في الكامل وأعله به، وقال إنه مجهول لا أعلم روى عنه غير بقية كما يروى عن سائر المجهولين، وأحاديثه منكرة وغير محفوظة. أهـ. نصب الراية، للزيلعي ٤/٥٩.

٣ – إنه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به، فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا. (٤٧)

ثانيًا: واستدل المجيزون لكفالة البدن فيمن عليه حد لآدمي:

١ – إن ذلك حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين وذلك كما لو كان على المكفول دين. (٤٨) إذ الواجب فيهما هو حضور الأصيل.

٢ – إن الكفالة في ذلك كفالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين. (٤٩) لأن المضمون هو إحضار نفس من عليه القصاص أو حد القذف، وهو ممكن بإحضار الكفيل فتكون الكفالة به جائزة.

الترجيح عندي:

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

١ – إن حديث عمرو بن شعيب ضعيف، قال ابن عدي فيه عمر بن أبي عمر الدمشقي، وهو منكر الحديث، وكذا قال البيهقي وزاد بأنه

---

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

(٤٨) تكملة المجموع ١٤/٤٥ للمطيعي.

(٤٩) البدائع للكاساني ٧/٣٤١٨.

تفرد به بقية عن عمر بن أبي عمر، ولو صح فهو محمول على الحد المختص بحقوق الله عز وجل. (٥٠)

٢ – أما التفريق بين حدود الله تعالى والحد لحق آدمي؛ فلأن حق الله مبني على الدرء، والكفالة وثيقة فلا تناسب الدرء وذلك لحديث «ادرؤوا الحدود بالشبهات» (٥١) أما حقوق الآدميين فلا تنافي بينها وبين الدرء بالشبهات؛ لأن حضور المدعى عليه مجلس الحكم واجب بمجرد الدعوى فيناسبها الاستيثاق.

٣ – أما القول بأنه لا يمكن استيفاؤها من الكفيل فيجاب عنه: بأن الواجب على الكفيل هو إحضار المكفول، وهو قادر عليه فإن عجز بعد بذل كل الأسباب فلا شيء عليه، وتتولى السلطات إحضاره إلى مجلس الحكم سواء كان داخل البلاد أو خارجها، وذلك عن طريق الاتفاقيات التي تعقد بين الدول لتسليم المجرمين.

---

(٥٠) الروض النضير، للسياغي ٤ / ٧٠.

(٥١) روي هذا الحديث عن ابن مسعود، قال البخاري وأصح ما فيه ما روي عن سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود قال: «ادرؤوا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم» نيل الأوطار، للشوكاني ٧ / ١٠٥.

المطلب الرابع

ما يترتب على الكفيل عند تعذر إحضار المكفول بنفسه

اختلف الفقهاء في ذلك على النحو التالي:

١ – ذهب المالكية والحنابلة إلى أن الكفيل بالنفس يضمن ما على المكفول من الحق إذا لم يحضره أو امتنع عن إحضاره.

جاء في بلغة السالك: [٥٢] «وبرئ بتسليمه له... وإلا أغرم بعد تلوم خف» وجاء في المغني: [٥٣] «متى تعذر على الكفيل إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من إحضاره لزمه ما عليه». وبهذا يقول الشيعة الزيدية جاء في الروض النضير: [٥٤] «وفيه دليل على جواز حبس الكفيل حتى يسلِّم المكفول به» وقد ساق ذلك بعد إيراد الأثر عن علي – رضي الله عنه –: «أن رجلاً كفل لرجل بنفس رجل فحبسه حتى جاء به» وهو مذهب الشيعة الجعفرية، كذلك جاء في الروضة البهية[٥٥]:

«ويبرأ الكفيل بتسليمه ولو امتنع فللمستحق حبسه حتى يحضره أو يؤدي ما عليه».

---

(٥٢) بلغة السالك، لأحمد الصاوي ٢/١٦٣.

(٥٣) المغني لابن، قدامة ٤/٦١٤.

(٥٤) الروض النضير، للسياغي ٤/٦٩.

(٥٥) الروضة البهية، لمحمد جمال الدين ٤/١٥٢.

٢ – ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الكفيل بالنفس يحبس إذا لم يحضر المكفول بنفسه، حتى يتبين للقاضي عجزه عن إحضاره، ولا يضمن شيئًا مما على المكفول إذا تعذر الاستيفاء منه. جاء في تبيين الحقائق:(٥٦) «فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم، وإن غاب أمهله مدة ذهابه وإيابه، فإن مضت ولم يحضره حبسه، وإن غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به.... ويحبسه القاضي إلى أن يظهر عجزه».

وجاء في نهاية المحتاج: (٥٧) «فإن غاب المكفول، لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه ولا يطالب الكفيل بالمال، لأنه لم يلتزم به أصلاً بل النفس وقد فاتت» ثم قال «فإن مضت المدة ولم يحضره حبس».

الأدلة:

أولاً: يستدل القائلون بتضمين الكفيل بالآتي:

١– عموم قوله ﷺ «الزعيم غارم» (٥٨)

وجه الاستدلال:

إن الزعيم شامل لكفيل المال وكفيل النفس، ووصف بأنه غارم وغرم الكفيل إلزامه بدفع ما يجب على المكفول عنه، فيجب على الكفيل

---

(٥٦) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٤٨.

(٥٧) نهاية المحتاج، للرملي ٤/٤٥٠.

(٥٨) سبق تخريجه ص ١٩٣.

بالنفس أن يدفع ما وجب على المكفول بنفسه إذا لم يحضره.

٢ – إن الكفالة بالنفس أحد نوعي الكفالة فوجب بها الغرم كالكفالة بالمال قياسًا عليها. (٥٩)

ثانيًا: ويستدل القائلون بعدم التضمين للكفيل بما يأتي:

١ – إن الكفيل إنما التزم إحضار المكفول بنفسه ولم يلتزم ما عليه وإلزامه بالغرم إلزام له بما لم يلتزمه، وذلك لا يجوز.

٢ – إن الكفيل في هذه الحالة بمنزلة المفلس فيجب إنظاره. (٦٠)

وأجابوا عن استدلال أصحاب القول الأول:

إن حديث «الزعيم غارم» يعني ما يلزم أداؤه، والغرم في كفالة النفس هو إحضار المكفول بنفسه، وفي كفالة المال أداء المال الذي على المكفول عنه، لأن الغرم في كل منهما بحسبه.

الترجيح عندي:

إن الكفيل بالنفس إن فرط أو تساهل في إحضار المكفول بنفسه حتى ضاع حق المكفول له فإن الكفيل يلزم بالتضمين؛ لأنه لو لم يلزم الكفيل في تلك الحالة لضاعت حقوق الناس، والكفيل يراد منه التوثق، وفي عدم إلزامه بالضمان بتلك الحالة لا يكون للكفالة معنى.

---

(٥٩) المغني لابن، قدامة ٤/٦١٥.

(٦٠) تكملة المجموع، للمطيعي ١٤/٤٦.

أما إذا لم يفرط الكفيل ولم يتساهل بل بذل كل ما في وسعه وعجز عن إحضاره فإنه لا يلزمه شيء مما على المكفول، لأنه التزم الإحضار وعجز عنه بعد بذل كل الأسباب.

وأرى أن في هذا جمعًا بين القولين ومع كونه يجمع بينهما فإن فيه دفعًا للكفيل لمطالبة ومتابعة المكفول عنه بإيصال الحق إلى صاحبه. والله أعلم.

obeikandl.com

المبحث الثاني

الكفالة بالتسليم

وهي الكفالة بتسليم عين ونحوها. (٦١)

وجاء تعريفها في مجلة الأحكام العدلية ٦١٥ بقولها: «الكفالة بالتسليم هي الكفالة بتسليم مال» وذلك كالكفالة بتسليم المبيع قبل القبض والمرهون، لأنهما مضمونا التسليم، المبيع على البائع والرهن على المرتهن، فكان المكفول به مضمونًا على الأصيل وهو فعل التسليم. لكن إذا هلك المكفول به فلا شيء على الكفيل، لأنه لم يبق مضمونًا على الأصيل فلا يبقى على الكفيل. (٦٢)

وهذا التقسيم عند الحنفية ويفرقون بينها وبين الكفالة بالعين المضمونة من حيث الماهية، ومن حيث الحكم.

ذلك أن الكفالة بالعين عبارة عن الكفالة بأداء ثمن العين، والكفالة بالتسليم عبارة عن الكفالة بتسليم العين، وهذا من حيث الماهية، وفي الكفالة بالعين يكون الكفيل مجبوراً على تسليمها عينًا إلى صاحبها إذا كانت موجودة وبدلها إذا استهلكت، والكفيل لا يخلص بتلف العين. أما في الكفالة بالتسليم فإنه يكون مطالبًا إذا كانت العين باقية، وإذا تلفت سقطت عنه المطالبة (٦٣) وهذا من حيث الحكم.

---

(٦١) حاشية ابن عابدين ٥/٣٠١.

(٦٢) البدائع، للكاساني ٧/٣٤١٦.

(٦٣) شرح مجلة الاحكام العدلية، لعلي حيدر ٣/٦٢٣. مكتبة النهضة – بغداد.

حكم كفالة التسليم:

يختلف الفقهاء في القول بصحة ضمان الأعيان وإليك بيان ذلك:

أولاً: يرى الحنفية أن الأعيان أربعة أنواع:

١ – أعيان مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهور وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك، وهذا النوع يصح الكفالة به، ويلزم الكفيل بتسليمه ما دام قائمًا، فإذا هلك ألزم بضمان مثله أو قيمته إن كان قيميًا.

٢ – أعيان مضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع والرهن في يد المرتهن، وهذا النوع لا تصح كفالته وضمانه وإنما يصح ضمان تسليمه فقط، فيلزم بتسليمه الكفيل ما دام قائمًا فإذا هلك سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل بشيء. ووجه سقوط الكفالة بهلاكه، أنه إذا هلك هلك على صاحب اليد بما هو مضمون به فالمبيع مضمون بالثمن، فإذا هلك في يد البائع سقط الثمن عن المشتري. فلا محل لمطالبة الكفيل بشيء بعد سقوط مطالبة الطالب للمكفول عنه.

٣ – أعيان هي أمانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها مطلقًا، وذلك لأن هذه الأشياء غير مضمونة على من هي في يده فكذا على ضامنه.

٤ – أعيان هي أمانة واجبة التسليم كالعارية والعين المؤجرة، وهذا النوع تجوز الكفالة بتسليمه لوجوب التسليم على صاحب اليد، فإذا هلكت لم يلزم الكفيل بشيء؛ لأنه يهلك مجانًا لكونه أمانة.

جاء في تبيين الحقائق: (٦٤) «والكفالة بالمال نوعان: كفالة بالديون فتجوز مطلقًا إذا كانت صحيحة، وكفالة بالأعيان وهي نوعان: كفالة بأعيان مضمونة فتصح الكفالة بها، وذلك كالمغصوب والمهور ونحو ذلك، وكفالة بأعيان هي أمانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها أصلاً،وكفالة بأعيان هي أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجرة، أو بعين مضمونة بغيره كالمبيع فإن الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح».

ثانيًا: يرى المالكية: أنه لا تصح الكفالة في أي عين من الأعيان سواء كانت مضمونة على من هي في يده كالمبيع، أو كانت أمانة كالعارية والوديعة ونحوها.

وجاء في الخرشي: (٦٥) «فلا يصح ضمان معين كمن باع سلعة معينة على أنها إن هلكت قبل القبض كان عليه عينها، وكذا إن باع على أنها إن استحقت لزمه عينها...».

---

(٦٤) تبيين الحقائق، للزيلعي ٤/١٤٧.

(٦٥) الخرشي على مختصر خليل ٦/٢٤.

ثالثًا: يرى الحنابلة والشافعية في قول لهم إن الأعيان قسمان:

١ – أعيان هي أمانة كالوديعة ومال الشركة والمضاربة ونحوها، وهذه لا يصح ضمانها؛ لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذا على الكفيل.

٢ – أعيان مضمونة كالمغصوب والعارية والمبيع قبل القبض، وهذه يصح ضمانها؛ لأنها مضمونة على من هي في يده، وضمانها عندهم يكون بردها ما دامت قائمة ورد قيمتها عند تلفها.

جاء في كشاف القناع: (٦٦) «ولا يصح ضمان الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة ومال الشركة والمضاربة؛ لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذا على ضامنه، ويصح ضمان الأعيان المضمونة كالغصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم من بيع وإجارة»

وجاء في تكملة المجموع: (٦٧) «وإن تكفل بعين نظرت فإن كانت أمانة كالوديعة لم يصح؛ لأنه إذا لم يجب ضمانها على من هي عنده، فلأن لا يجب على من يضمن عنه أولى وإن كان عيناً مضمونة كالمغصوب والعارية والمبيع قبل القبض ففيه وجهان، فإن قلنا: إنها تصح فهلكت العين فقد قال أبو العباس فيه وجهان: أحدهما: يجب عليه ضمانها والثاني: لا يجب».

ومن هذا النص عند الشافعية نرى أن لهم قولين في صحة ضمان

---

(٦٦) كشاف القناع، لمنصور البهوتي ٣/ ٣٧٠.

(٦٧) تكملة المجموع، للمطيعي ١٤/ ٥٤.

الأعيان المضمونة أحدهما: عدم صحة ضمانها وهذا كمذهب المالكية.

والثاني: صحة ضمانها وفي حالة هلاكها لا يجب عليه ضمانها، وهذا كمذهب الحنفية، والكفالة فيه تكون كفالة تسليم ما دامت قائمة.

وفي القول بصحة ضمانها وجه آخر، وهو وجوب الضمان على الكفيل في حالة التلف وهذا كمذهب الحنابلة.

ومن هذا يتبين أن كفالة التسليم عند الحنفية وفي قول للشافعية إنما تتناول الأعيان المضمونة بغيرها، ويضيف الحنفية إلى ذلك الأعيان التي هي أمانة واجبة التسليم.

الراجح عندي:

بدراسة ذلك أرى صحة القول بكفالة التسليم في الأنواع التي ذكرها الحنفية، وأن الواجب التسليم ما دامت قائمة فإن هلكت فإن الكفالة تنقضي وذلك في الأعيان المضمونة بغيرها، وذلك قياسًا على موت المكفول بنفسه في كفالة النفس فإنه إذا هلك المكفول بنفسه فإن الكفالة تنقضي.(٦٨) أما الأعيان التي يرى الحنفية أنها أعيان هي أمانة واجبة التسليم كالعارية والعين المؤجرة، فهذه أرى أنه يجوز فيها كفالة التسليم، ويجب ضمانها حالة التلف بمثلها إن كانت مثلية، وبقيمتها إن كانت قيمية وذلك في العارية دون العين المؤجرة، لأنها أمانة في يد المستأجر،

---

(٦٨) البدائع، للكاساني ٧/٣٤٢٩، ومواهب الجليل، للحطاب ٥/١١٥ وتكملة المجموع، للمطيعي ١٤/٥٤ والمبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٤/٢٦٦.

وقد قبضها ليستوفي منها منفعة يستحقها فإذا هلكت فإن الكفالة تنقضي ولا يضمنها إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ.

ووجه التفريق: أنه إذا هلك المكفول به في الأعيان المضمونة بغيرها فإنه يهلك على صاحب اليد بما هو مضمون به، فالمبيع مضمون بالثمن فإذا هلك في يد البائع سقط الثمن عن المشتري، والرهن مضمون بالدين فإذا هلك سقط الدين عن الراهن في حدود قيمة الرهن، فلا محل إذن لمطالبة الكفيل بشيء بعد سقوط مطالبة الطالب للمكفول عنه.

أما الأعيان التي هي أمانة واجبة التسليم كالعارية فإنها تهلك على صاحبها بيد غيره، فيصيبه الضرر بسبب فعل غيره فيكون الأولى إلزامه بضمانها عند التلف، لأن المستعير قد قبضها لمصلحته هو.

obeikandl.com

المبحث الثالث

ضمان الدرَك «العهدة»

الدَرَك بفتحتين اسم من أدركت الرجل أي لحقته، وقد جاء في الحديث الشريف « تعوذوا بالله من جهد البلاء، ودرك الشقاء، وسوء القضاء، وشماتة الأعداء» رواه البخاري [٦٩] وقوله: « درك الشقاء» أي من لحاق الشقاء، يقال: ما لحقك من درك فعلي خلاصه، ومنه ضمان الدرك.

والدرك كذلك التبعة أو المطالبة بفتح الراء وسكونها. [٧٠]

ونعرض لذلك في المذاهب الفقهية التي تطرقت له وبينت حكمه.

أولاً: الحنفية:

يختلف تعريف ضمان الدرك وضمان العهدة عند الحنفية. فيرى أبوحنيفة أن ضمان الدرك يختلف عن كل من ضمان العهدة وضمان الخلاص.

١ - **فضمان الدرك**: هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع. [٧١]

وجاء تعريفه في مجلة الأحكام العدلية في المادة ٦١٦: الكفالة

---

(٦٩) رواه البخاري في كتاب القدر من صحيحه ٨/١٢٦.

(٧٠) القاموس المحيط، للفيروز آبادي ٣/٣٠١.

(٧١) البدائع، للكاساني ٧/٣٤٢٠.

بالدرك: هي الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه، أو بنفس البائع إن استحق المبيع. ويفهم من هذا التعريف أن الكفالة بالدرك قسمان: أولهما: تتحقق ضمن الكفالة. وثانيهما: تتحقق ضمن الكفالة بالنفس، وعلى هذا فليست الكفالة بالدرك قسمًا منفردًا ولكن لما كان للكفالة بالدرك أحكام خاصة أفردت في قسم مستقل.

والاستحقاق المشار إليه: هو ظهور حق للغير في مال وهو قسمان:

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

الثاني: ما ينقل الملكية، كأن يشتري أحد مالاً فيظهر أنه ملك لآخر، فهذا الاستحقاق ينقل ويحوّل ملكية ذلك المال من المشتري إلى ذلك الآخر وللمشتري مراجعة بائعه في ثمن المبيع. (٧٢)

وقد شرعت الكفالة بالدَرَك لتأمين حق المشتري في مراجعة البائع في ثمن المبيع. وضمان الدرك بهذا المعنى صحيح وجائز باتفاق الحنفية. جاء في شرح فتح القدير: (٧٣) «وعلى ضمان الدَرَك إجماع».

---

(٧٢) شرح مجلة الأحكام العدلية ٣/ ٦٢٤. لعلي حيدر.

(٧٣) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٦/ ٢٩٨.

٢ - ضمان العهدة:

العهدة هي كتاب الشراء وهو للمشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه. وعلى هذا فإن أبا حنيفة يقول بعدم جواز ضمان العهدة، لأن العهدة تحتمل الدرك وتحتمل الصحيفة وهو الصك وأحدهما وهو الصك غير مضمون على الأصيل، فدارت الكفالة بالعهدة بين أن تكون بمضمون وغير مضمون فلا تصح مع الشك.

ويرى أبو يوسف ومحمد أن ضمان العهدة جائز، ذلك أن ضمان العهدة في عرف الناس هو ضمان الدرك، وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع.(٧٤)

جاء في تبيين الحقائق:(٧٥) «وإنما لا يجوز لأن العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم، لأنه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة، وهو ملك للبائع ولا يلزمه التسليم، فإذا ضمن تسليمه إلى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح ويطلق على العقد وعلى الدرك. «فبطل الضمان للجهالة». وقال أبو يوسف ومحمد إن حملنا الضمان على هذا المعنى بطل وصار لغواً، فحملناه على ضمان الدرك فيما عقد عليه الشراء ليصح معنى الضمان».

---

(٧٤) البدائع للكاساني ٧/ ٣٤٢٠.

(٧٥) تبيين الحقائق، للزيلعي ٤/ ١٦١ وقال فيما نقل عن ابي يوسف ومحمد أورده ابوبكر الرازي في شرح الطحاوي.

٣ - ضمان الخلاص:

وهو مختلف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه بناءً على تفسيره عندهم.

فيرى أبو حنيفة أن الخلاص: معناه تخليص المبيع لا محالة. وهذا غير صحيح، لأنه لا يقدر على ذلك، لأن المستحق لا يمكنه منه.

ويرى أبو يوسف ومحمد أن معناه: تخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه، وهذا هو ضمان الدرك في المعنى، وعلى هذا المعنى يجيز ذلك أبو حنيفة، لأنه ضمن ما يمكن الوفاء به وإنما منع الأول لعدم القدرة على التخليص، جاء في تبيين الحقائق (٧٦): «لا تجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد تجوز؛ لأن تفسيره عندهما تخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه، وهذا ضمان الدرك في المعنى، وأبو حنيفة يقول تفسيره تخليص المبيع لا محالة وهو لا يقدر على ذلك».

ثانيًا: المالكية:

يرى المالكية صحة ضمان الدرك. جاء في المدونة: (٧٧) «قلت أرأيت لو أني بعت من رجل بيعًا وأعطيته كفيلاً بما أدركه من درك أتجوز هذه الكفالة أم لا؟ قال: إن أعطاه كفيلاً بما أدركه، فقال: إن أدركك فيها درك

---

(٧٦) تبيين الحقائق، للزيلعي ٤/ ١٦١.

(٧٧) المدونة للإمام مالك رواية سحنون ٥/ ٢٦٩.

فعلي أن أرد الثمن، فالكفالة في هذا جائزة، وإن كان إنما أعطاه على أنه إن أدركه فيها درك فعليه أن يخلصها له بالغة ما بلغت، فالكفالة في هذا باطل لأن هذا لا يلزم البائع، قال: والكفالة لا تلزم أيضا، قلت وهذا قول مالك قال هذا قوله وهو رأيي».

ومن هذا نرى أن المالكية يقولون بصحة ضمان الدرك وعدم صحة ضمان الخلاص، بهذا التفسير الذي أوردوه وهو يتفق مع تفسير أبي حنيفة له.

ثالثا: الشافعية:

ضمان الدرك عندهم: هو التبعة أي المطالبة، سمي به لالتزام الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله ويسمى ضمان العهدة لالتزامه ما في العهدة وهي الصك المكتوب فيه الثمن والمثمن. (٧٨)

وهو أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقًا أو مبيعًا أو ناقصًا لنقص الصنجة (٧٩) ويصححون الضمان للبائع بأن يضمن له المبيع بعد قبض المشتري له إن خرج الثمن المعين مستحقًا، وذكر الضمان للمشتري لأنه الغالب.

جاء في نهاية المحتاج (٨٠) «والمذهب صحة ضمان الدرك بعد قبض الثمن».

---

(٧٨) شرح البهجة، لزكريا الأنصاري ٣/١٥٣.

(٧٩) الصنجة: هي الآلة التي يوزن بها وهي فارسية معربة/القاموس المحيط ١/١٩٧.

(٨٠) نهاية المحتاج، للرملي ٤/٤٣٩.

ويتعلق ضمان الدرك بعين المبيع أو الثمن إن بقي وسهل رده وبدله إن عسر رده ومثل المثلي وقيمة المتقوّم إن تلف. ويكون ضمان العهدة ضمان عين إذا كان الثمن معينًا باقيًا لم يتلف، ويكون ضمان ذمة فيما عدا ذلك. (٨١)

رابعًا : الحنابلة:

ضمان العهدة «الدرك عندهم»:

هو أن يضمن عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع. وذلك بأن يضمن الثمن عن المشتري للبائع، أو إن ظهر به عيب أو استحق، أو أن يضمن الثمن عن البائع للمشتري، وذلك متى خرج المبيع مستحقًا أو ردَّ بعيب أو أرش العيب.

وضمان العهدة صحيح عند الحنابلة لأن الحاجة تدعو إليه.

ألفاظه عندهم:

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

ويصح عندهم ضمان نقص الصنجة ونحوها كالمكيال ويرجع القابض بما نقص، وإن اختلفا في قدر النقص أخذ بقوله مع يمينه لأنه منكر ما ادعاه خصمه، جاء في الكشاف: (٨٢) «يصح ضمان عهدة بائع لمشتر وعن

(٨١) شرح البهجة/ زكريا الأنصاري ٣/ ١٥٣ وتكملة المجموع للمطيعي ١٤/ ٣٦.

(٨٢) كشاف القناع، للبهوتي ٣/ ٣٦٩.

مشتر لبائع».

من هذا الاستعراض للمذاهب الفقهية نرى أن الفقهاء يختلفون في صحة ضمان الدرك:

١ – فيرى بعض الشافعية أنه لا يجوز ضمان الدرك.

٢ – ويرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وهو المذهب عند الشافعية أن ضمان الدرك صحيح.

الأدلة:

أولاً: يستدل القائلون بعدم جواز ضمان الدرك بالآتي:

١ – إن ضمان العهدة ضمان لشيء غير ثابت، ومن شروط الضمان كون المضمون به ثابتًا.

٢ – إن الكفالة وثيقة فلا يجوز أخذها بالعهدة كالرهن.

٣ – إن ضمان العهدة ضمان المجهول، ومن شروط الضمان كون المضمون به معلومًا.

٤ – إن ضمان العهدة ضمان عين وضمان العين لا يصح.[٨٣]

وتناقش أدلة المانعين بما يأتي:

١ – إن هذا الشرط خاص بالمذهب الشافعي، أما الجمهور فيرون صحة

---

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

ضمان ما لم يجب إذا كان مآله الوجوب. ثم إن ضمان العهدة ضمان لشيء قد وجب حال العقد، ولكن لم يظهر ذلك إلا فيما بعد، فالاستحقاق كان قبل العقد.

٢ – إن قياس الضمان على الرهن قياس مع الفارق؛ لأن الرهن بالدرك يستلزم بقاء العين المرهونة في يد المرتهن إلى أن يظهر عدم الاستحقاق أو عدم العيب، وهذا لا يعرف له وقت بل قد يستمر العمر كله، فلا يصح إجماعًا على حين أن الكفالة التزام في الذمة ولا حبس فيها لحق أحد.

٣ – إن هذا الشرط إنما يقول به الشافعية، والجمهور على صحة الضمان ولو كان المضمون به غير معلوم إذا كان مآله إلى العلم، والجهالة منتفية لأنه ضمن الجملة فإذا خرج بعضه مستحقًا لزمه بعض ما ضمنه.

٤ – إن هذا الشرط لا يقول به جمهور الفقهاء الذين يرون صحة ضمان الأعيان المضمونة على من هي في يده، ومتعلق ضمان الدرك هو العين إن بقيت وأمكن ردها وإلا وجب رد بدله، وهو مثل المثلي وقيمة المتقوّم فيكون الضمان في ذلك ضمان ذمة لا ضمان عين.[٨٤] جاء في نهاية المحتاج:[٨٥] «إن ضمان العهدة يكون

---

(٨٤) نهاية المحتاج، للرملي ٤ / ٤٤٠ والمغني لابن، قدامة ٤ / ٥٩٦.

(٨٥) نهاية المحتاج، للرملي ٤ / ٤٤١.

ضمان عين فيما إذا كان الثمن معيناً باقياً لم يتلف وضمان ذمة فيما عدا ذلك».

ثانياً: ويستدل الجمهور القائلون بجواز ضمان الدرك بما يأتي:

١ – إن مبنى الكفالة على التوسع، لأنها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به إذا كانت يسيرة ومتعارفة.

٢ – إن الحاجة تدعو إلى الوثيقة وهي ثلاثة: الشهادة والرهن والضمان، والأولى لا يستوفى منها الحق، والثانية ممنوعة، لأنه يلزم حبس الرهن إلى أن يؤدي، وهو غير معلوم فيؤدي إلى حبسه أبداً، فلم يبق غير الضمان، ولو لم يصح لامتنعت المعاملات وشق على الناس السير في أمور حياتهم(٨٦).

الدراسة والمقارنة:

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

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

---

(٨٦) الإنصاف في الراجح من مسائل الخلاف للمرداوي ٥ / ١٩٨ والمغني، لابن قدامة ٤ / ٥٩٦.

أما أبو حنيفة فيرى عدم صحة ضمان العهدة؛ لأنه قد فسره بمعنى فيه ضمان ما لا يقدر على تسليمه وهو باطل عنده، فالخلاف بينهم إنما هو خلاف في التفسير، وكل أصدر حكمه بناءً على تفسيره عنده.

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

٤ – إن اختلاف الفقهاء في الحكم في ضمان العهدة والخلاص إنما كان نتيجة لتفسير كل منهم، فمن فسره بتفسير فيه الجهالة وعدم القدرة على الضمان قال بعدم جوازه، ومن فسره بتفسير فيه معنى الدرك قال بجوازه.

والذي يظهر أن ضمان العهدة والخلاص على تفسير أبي حنيفة ومن تبعه غير جائزين عند الفقهاء؛ لما فيهما من الغرر والجهالة. وأنهما على تفسير غيره جائزان؛ لأن فيهما معنى الدرك ولا جهالة، بل فيهما العلم وإمكانية التسليم وذلك عنده وعند غيره من الفقهاء.

المبحث الرابع

في ضمان الطلب

وهو من أقسام الضمان عند المالكية.

تعريفه: هو التزام طلب الغريم والتفتيش عليه إن تغيب، ثم يدل عليه رب الحق وإن لم يأتِ به. (٨٧)

ومعناه: إن المطلوب من الضامن في ضمان الطلب أن يطلب الغريم ويبحث عنه، ثم يدل المضمون له عليه في مكانه ليستوفي منه حقه وإن لم يحضره، وقيل إنه يشترك مع ضمان الوجه في لزوم الإحضار.

ألفاظه:

إما بصريح اللفظ كقوله: أنا حميل بطلبه أو علي طلبه أو لا أضمن إلا طلبه.

أو بصيغة ضمان الوجه عندهم مع شرط نفي ضمان المال. كأن يقول: أضمن وجهه بشرط عدم غرم المال إن لم أجده. أو قال: لا أضمن إلا وجهه أي دون غرم المال.

---

(٨٧) بلغة السالك، لأحمد الصاوي ٢/١٦٤.

حكم ضمان الطلب:

إن الضامن يجب عليه طلب المضمون عنه إذا كان حاضراً، والبحث عنه في البلد وما قرب منه إن جهل مكانه. أما إذا كان غائباً فإن الضامن يجب عليه البحث عنه في البلد وما يقرب منه، وذلك إذا كان يعلم موضعه ويستطيع الدلالة عليه عادة، فإن لم يستطع الدلالة عليه حاضراً أو لم يعلم مكانه غائباً فإنه لا يكلف بالتفتيش عليه؛ ولا يلزمه شيء ما لم يكن مفرطًا أو مهملاً، ويكفي في ذلك حلفه بعدم التقصير.

فإن كان الضامن مهملاً أو مفرطًا في ذلك لزمه ما على المضمون عنه،[٨٨] جاء في حاشية الدسوقي[٨٩] «وطلبه بما يقوى عليه في البلد وما قرب منه .... وحلف ما قصر في طلبه ولا يعلم موضعه فإن نكل غرم، وغرم إن فرط في الإتيان به أو في الدلالة عليه بأن علم موضعه وتركه حتى يتمكن رب الحق منه أو هربه» ولعل من هذا المعنى ضمان المعرفة عند الحنابلة حيث جاء تعريفه:

تعريف ضمان المعرفة:

أن يضمن الضامن معرفة إنسان بقوله: إني أعرفك من هو وأين هو».[٩٠]

مثاله: أن يجيء إنسان إلى آخر يستدين منه فيمتنع من إعطائه؛ لأنه لا

---

(٨٨) الشرح الصغير، للدردير ٣/٤٥٢.

(٨٩) حاشية الدسوقي ٣/٣٤٦.

(٩٠) كشاف القناع، للبهوتي ٣/٣٧٥.

يعرفه فيضمن شخص آخر معرفته فيداينه بناءً على ذلك.

حكم ضمان المعرفة عند الحنابلة:

يجب على الضامن أن يبحث عن المضمون بمعرفته ويعرف مكانه ثم يدل عليه المضمون له. فإن لم يعرفه ولم يدل عليه ضمن ما عليه عندهم؛ لأن المضمون له لم يعطه إلا بناءً على تعريفه له.

ومن الحنابلة من يرى أن على ضامن المعرفة إحضار المضمون بمعرفته فإن عجز عن إحضاره لزمه ما عليه لمن ضمن معرفته. جاء في كشاف القناع: (٩١) «ضمان المعرفة أني أعرفك من هو وأين هو؟ فإن لم يعرفه من هو وأين هو ضمن ما عليه وإن عرفه ذلك فليس عليه أن يحضر».

وقال ابن عقيل في الفصول «فكأنه قال ضمنت لك حضوره متى أردت، لأنك لا تعرفه ولا يمكنك إحضار من لا تعرفه، فأنا أعرفه فأحضره لك متى أردت فصار كقوله: تكفلت ببدنه. فيطالب ضامن المعرفة بإحضاره فإن عجز عن إحضاره مع حياته لزمه ما عليه لمن ضمن معرفته»(*).

وكلام ابن عقيل اجتهاد منه في تفسير ضمان المعرفة، وإلا فإن ضمان المعرفة لا يجب عليه إلا التعريف، لأن اللفظ لا يدل على غير ذلك.

---

(٩١) كشاف القناع، للبهوتي ٣/ ٣٧٥.

(*) نفس المرجع ٣/ ٣٧٥.

ضمان المعرفة عند الحنفية:

تعريفه: أن يقول الضامن للمضمون: أنا ضامن لمعرفة المضمون.

حكمه عند الحنفية:

يرى أبو حنيفة ومحمد أن قول الضامن: أنا ضامن لمعرفته لا يعتبر من الكفالة عندهم، وذلك لأن الكفالة فيها التزام المطالبة وهنا التزام المعرفة دون المطالبة، ويرى أبو يوسف أن الضامن يصير بهذا الكلام ضامناً؛ لأن عرف الناس بذلك يدل على الكفالة. جاء في تبيين الحقائق: [٩٢] «لا بأنا ضامن لمعرفته أي لا يصير كفيلاً بقوله أنا ضامن لك بمعرفة فلان، وقال أبو يوسف: يصير ضامناً للعرف، لأنهم يريدون به الكفالة، وجه الأول: أنه التزم المعرفة دون المطالبة».

الدراسة والمقارنة:

١ – بدراسة تعريفات الفقهاء أرى أنها تتفق في المعنى، ذلك أن مقصود المالكية بضمان الطلب: هو البحث عن الغريم ودلالة المضمون له على مكانه، وهذا هو معنى التعريف به، لأن التعريف به هو الإخبار من هو وأين هو وهذا لا يتم إلا بالبحث عنه ثم الدلالة عليه. وإن اختلفت بعض الألفاظ.

٢ – بناءً على هذا فإن المالكية والحنابلة وأبا يوسف من الحنفية يرون

---

(٩٢) تبيين الحقائق، للزيلعي ٤/١٤٨.

أن الضامن ملزم بالدلالة على المضمون، ولم أعثر على شيء في ذلك عند الشافعية.

٣ – إن المالكية والحنابلة يتفقون على أن الضامن إذا لم يدل على المضمون فإنه يلزمه ما عليه.

٤ – يرى أبو يوسف أن الأمر في ضمان المعرفة راجع إلى العرف، فإن كان العرف يقضي بالتضمين ضمن وإلا فلا. ومن ذلك فإني أرى رجحان ما ذهب إليه المالكية والحنابلة، لأن الضامن قد التزم ذلك برغبته ورضاه فيلزمه ما التزمه إلا إذا بذل جهده وعجز عن الدلالة عليه فلا يلزمه شيء، والله أعلم.

obeikandl.com

obeikandl.com

الفصل الثاني

أقسام الكفالة باعتبار العقد نفسه

ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: الكفالة المنجزة.

المبحث الثاني: الكفالة المضافة إلى زمان مستقبل.

المبحث الثالث: الكفالة المعلقة

المبحث الرابع: الكفالة المشروطة.

obeikandl.com

obeikandl.com

المبحث الأول

الكفالة المنجزة

الأصل في العقود أن تكون منجزة، ومعنى ذلك أن تترتب على وجود صيغتها مستوفية لجميع شروطها وتترتب عليها آثار العقد في الحال، والمراد بالتنجيز في الكفالة: ما كانت صيغتها خالية من التعليق بشرط، ومن الإضافة إلى المستقبل.

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

ولا خلاف في جواز ذلك عند الفقهاء.

ويقصد بالعقد المنجز: ما تدل الصيغة المنشئة له على أنه أريد منها عقده وإبرامه في الحال فور تمام الصيغة، وترتب عليه أحكامه في الحال، ولا يؤثر في اعتبار العقد منجزاً كون المكفول به مؤجلاً فإنهاتنعقد الكفالة ويتأجل المكفول به إلى وقت حلوله؛ لأنها كفالة بما على الأصيل فتتقيد بصفته من الحلول والتأجيل. (٩٣)

---

(٩٣) النظرية العامة للعقد في الفقه الإسلامي د/ محمد الحسيني ص ٣٦٥. وشرح مجلة الأحكام العدلية ٣/٦١٦.

المبحث الثاني

الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل

والعقد المضاف عند الفقهاء: هو العقد الذي يتبين من الصيغة المنشئة له أن المتصرف أراد إنشاء تصرفه في الحال مع تأخير ترتيب آثاره عليه إلى زمان يأتي في المستقبل.

حكم العقد المضاف:

يعدُّ العقد المضاف موجوداً ومنعقداً من الوقت الذي تم فيه صدور الصيغة المنشئة له، لكن لا تترتب عليه كل آثاره في الحال، وإنما تتأخر إلى الزمان الذي أضيفت إليه. وذلك كما لو قال: أنا كفيل بنفس فلان بعد شهر أو أنا ضامن ما داينت به فلاناً بعد شهر فإن هذه الكفالة صحيحة ومنعقدة في الحال، لكن لا تترتب آثارها إلا في الزمان المستقبل بعد تحقيق ما أضيفت إليه. (٩٤)

ونبحث ذلك في المذاهب الفقهية:

١ - الحنفية:

يرى الحنفية أن الكفالة تجوز إضافتها إلى زمان مستقبل إذا كان الأجل معلوماً: جاء في الفتاوى الهندية: (٩٥) «ويجوز تأجيلها إلى

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

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

أجل معلوم.

والجهالة اليسيرة فيها محتملة وجميع الآجال في ذلك على السواء القريب والبعيد. جاء في البدائع: [٩٦] «إذا كفل إلى قدوم زيد جاز».

٢ - المالكية:

يرى المالكية صحة إضافة الكفالة إلى زمان مستقبل سواء كان الأجل معلومًا أو مجهولاً. جاء في مواهب الجليل: [٩٧] «الحمالة بالمال إلى أجل مجهول جائزة ويضرب له من الأجل ما يرى» ويفهم من هذا أن الكفالة إلى أجل معلوم جائزة من باب أولى.

وفي المدونة [٩٨] «ولا بأس أن يتكفل بمال الغريم إلى خروج العطاء وإن كان مجهولاً إن كان في قرض أو تأخير بثمن مبيع صحت عقدته».

٣ - الشافعية:

يرى الشافعية أنه لا يجوز إضافة الكفالة إلى المستقبل لكن ورد في نهاية المحتاج: [٩٩] «ولو نجزها أي الكفالة وشرط تأخير الإحضار شهراً كضمنت إحضاره وأحضره بعد شهر جاز؛ لأنه التزام بعمل

---

(٩٦) البدائع للكاساني ٧/٣٤٠٨.

(٩٧) مواهب الجليل، للحطاب ٥/١٠١.

(٩٨) المدونة، للإمام مالك ١٣/٢٨٢. رواية سحنون.

(٩٩) نهاية المحتاج، للرملي ٣/٤٥٧.

في الذمة ومن عبر بجواز تأجيل الكفالة أراد هذه الصورة». ويظهر من هذا جواز الكفالة المضافة إلى المستقبل، ولكن آخر العبارة يدل على أن التنجيز شرط لصحة الكفالة وإنما هنا وقعت الكفالة منجزة واشترط تأجيل المطالبة شهراً.

٤ - الحنابلة:

يرى الحنابلة صحة إضافة الكفالة إلى زمان مستقبل. جاء في كشاف القناع [١٠٠] «وإن جعله أي الضمان والكفالة إلى الحصاد أو الجذاذ أو العطاء فكأجل في بيع لا يصح في المتقدم والأولى صحته هنا، لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجل لا يمنع من حصول المقصود منه، وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة».

الراجح:

نرى أن الراجح هو القول بصحة إضافة الكفالة إلى زمان مستقبل، لأن الكفالة تبرع من غير عوض فيجوز إضافتها إلى المستقبل في الزمان المعلوم. ولقوله تعالى: ﴿ ... **وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ** ﴾ [١٠١].

فرتب المنادي التزامه بالكفالة عن المالك على المجيء بالصواع، والمجيء به إنما يكون في المستقبل، وهذا يدل على صحة إضافة الكفالة إلى زمن مستقبل.

---

(١٠٠) كشاف القناع، للبهوتي ٣/ ٣٧٦.

(١٠١) سورة يوسف: آية ٧٢.

المبحث الثالث

الكفـــالة المعلقـــة

العقد المعلق: هو ما كانت صيغته تدل على ترتيب وجوده على حصول أمر يوجد في المستقبل.

الكفالة المعلقة: هي التي علقت بشرط، أي علق وجودها بوجود شيء آخر كما لو قال: أنا ضامن لك بالثمن إذا استحق البيع.(١٠٢)

الفرق بين العقد المضاف والمعلق:

إن المضاف يعتبر موجوداً عند تمام الصيغة المنشئة له، والذي يتأخر إنما هو ترتب آثاره عليه كلها أو بعضها.

والمعلق لا يكون له وجود أصلاً إلا عند وجود الأمر المعلق عليه.(١٠٣)

وقد يكون التعليق صوريًا وذلك إذا علق الكفالة على أمر موجود وقت التعليق كما لو قال: إن كان فلان مدينًا لك بكذا فأنا كفيل لك بهذا الدين، ثم تبين أنه مدين فعلاً وقت إنشاء الكفالة، فإن الكفالة والحالة هذه تنعقد منجزة.

ولا يجوز تعليق الكفالة على شرط مستحيل الوقوع كما لو قال: إن

---

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

(١٠٣) النظرية العامة للعقد في الفقه الإسلامي د/ محمد الحسيني، ص ٣٩٦.

سقطت السماء على الأرض فأنا كفيل بدينك على زيد؛ لأن معنى ذلك أن الكفيل لا يريد الكفالة، والتعليق الصريح ما تضمنت الصيغة أداة من أدوات الشرط، وغير الصريح ما لم يتضمن ذلك كما لو قال لشخص: عند استحقاق المال على زيد فأنا كفيل بذلك.

اجتماع التعليق والإضافة:

وذلك يكون فيما إذا علق الكفيل تصرفه على شرط ونص على تأخير الكفالة مدة، وذلك كأن يقول: إذا استحق المال على فلان فأنا كفيل به بعد ستة أشهر.

أقوال الفقهاء في الكفالة المعلقة:

١ - الحنفية:

يرى الحنفية أنه يجوز تعليق الكفالة بالشروط الملائمة دون غيرها مثل أن يقول: ما بايعت زيداً فعلي. جاء في شرح فتح القدير[١٠٤] «ويجوز تعليق الكفالة بالشروط» ثم قال: «ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها».

والشروط الملائمة عند الحنفية ثلاثة هي:

١ - أن يكون الشرط سبباً للزوم الحق كقوله: إذا استحق المبيع فأنا كفيل؛ لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق ولزومه.

---

(١٠٤) شرح فتح القدير ٦/ ٢٩٩ لابن الهمام الحنفي.

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

٣ – أن يكون الشرط سببًا لتعذر الاستيفاء مثل: إن غاب عمرو عن البلد أو هرب أو مات ولم يدع شيئًا فأنا كفيل بدينك.

فإن لم يكن الشرط سببًا للزوم الحق ولا وسيلة إلى الأداء ولا سببًا لتعذره فإنه لا يجوز، كما إذا قال: إن جاء المطر أو هبت الريح أو إن دخل زيد الدار فأنا كفيل، وذلك لأن الكفالة فيها معنى التمليك والأصل عدم جواز تعليقها بالشروط إلا الشروط الملائمة، ولأن الكفالة جوازها بالعرف والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره،[١٠٥] وقد اختلف الحنفية في حالة تعليق الكفالة بشرط غير ملائم:

فمنهم من ذهب إلى أن الكفالة صحيحة وإنما يبطل الشرط.

ومنهم من أبطل الكفالة.

وقد نقل الخلاف ابن عابدين[١٠٦] بعد أن ساق المثال: «إذا هبت الريح وإذا جاء المطر.. فأنا كفيل بنفس فلان أو بما لك عليه، فالكفالة باطلة كما نقله في النسخ عن المبسوط والخافية وصرح به أيضًا في النهاية والمعراج والعناية، وجزم بذلك الزيلعي وصاحب البحر والنهر.. ولكن وقع في كثير من الكتب أنه يبطل التعليق وتصح الكفالة ويلزم المال حالاً، منها

---

(١٠٥) البدائع للكاساني ٧/٣٤٠٧ وشرح فتح القدير ٦/٣٠٢ لابن الهمام.

(١٠٦) حاشية ابن عابدين ٥/٣٠٧.

حاشية الهداية وغيرها» . . قال ابن عابدين «والأولى اتباع ما مشى عليه جمهور شراح الهداية وشراح الكنز وغيرهم تبعًا للمبسوط من بطلان الكفالة .

وإنما جاز تعليق الكفالة بالشروط الملائمة دون غيرها، لأن للكفالة شبهين: شبهًا بالتمليك من ناحية ما يترتب عليها من تمليك الطالب حق مطالبة الكفيل، وهذه ناحية فيها تقتضي عدم صحة تعليق الكفالة مطلقًا لا فرق بين شرط ملائم أو غير ملائم. وشبها بالنذر من ناحية أنها التزام، وذلك ما يقتضي صحة تعليقها بأي شرط فعملاً بالشبهين وضعت موضعاً وسطًا، وهو جواز تعليقها بالشرط الملائم دون غيره. (١٠٧)

٢ - المالكية:

بدراستي لمذهب المالكية لم أعثر لهم على نص في جواز تعليق الكفالة لكن ورد في الشرح الصغير: (١٠٨) «إن ثبت لك عليه دين فأنا ضامن» .

وهذا هو التعليق، لأنه علق الضمان على ثبوت الدين، وهذا تعليق على شرط ملائم.

٣ - الشافعية:

يرى الشافعية أنه لا يجوز تعليق الكفالة. جاء في نهاية المحتاج: (١٠٩)

---

(١٠٧) الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ علي الخفيف، ص ٣٨. القسم الثاني.

(١٠٨) الشرح الصغير، للدردير ٣/٤٣٢.

(١٠٩) نهاية المحتاج، للرملي ٤/٤٥٦.

«والأصح أنه لا يجوز تعليقهما أي الضمان والكفالة بشرط».

وقيل: يجوز تعليقها لأنه لا يشترط فيها القبول، لأنها مجرد التزام فيتبين من ذلك أن للشافعية قولين في التعليق أصحهما المنع.

٤ – الحنابلة:

ويرى بعض الحنابلة صحة تعليق الكفالة، ويرى البعض الآخر عدم الصحة. جاء في الإنصاف: (١١٠) «قال في الفروع: وفي صحة تعليق ضمان وكفالة بغير سبب الحق وتوقيتها وجهان «قال في الرعاية الكبرى: «وإن علق الضمان على شرط مستقبل صح». وجاء في الكشاف: (١١١) «وإذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان شهراً، صح ذلك لأنها جمعت تعليقًا وتوقيتًا وكلاهما صحيح مع الانفراد فكذا مع الاجتماع، وقيل: لا يصح التعليق إلا بسبب الحق كالعهدة والدرك. (١١٢)

باستعراض المذاهب الفقهية التي أوردناها يتضح ما يلي:

١ – إن جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية وفي قول عند الشافعية والحنابلة يرون صحة تعليق الكفالة بالشرط.

٢ – إن بعض الشافعية وبعض الحنابلة يرون جواز تعليق الكفالة بالشرط.

---

(١١٠) الإنصاف، للمرداوي ٥/٢١٣.

(١١١) كشاف القناع، للبهوتي ٣/٣٧٧.

(١١٢) الإنصاف للمرداوي ٥/٢١٣.

الأدلة:

أولاً: يستدل القائلون بجواز تعليق الكفالة بما يأتي:

١- قوله تعالى: ﴿ ...وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾.(١١٣)

وجه الدلالة: إن تعليق الكفالة بالشرط جائز، حيث علق الكفالة بشرط المجيء بالصواع، وكان نداء المنادي بأمر يوسف عليه السلام، وشريعة من قبلنا شريعة لنا إذا قصها الله ورسوله بلا إنكار، ولم يرد في شرعنا ناسخ لها.(١١٤)

٢ - إن التعليق بالشرط يجوز قياسًا على ضمان الدرك، فإن الكفالة به مترتبة على ظهور الاستحقاق، فهي مضافة والتعليق في معنى الإضافة.

ثانيًا: ويستدل المانعون بما يأتي:

١ - إن ذلك خطر فلم يجز تعليق الكفالة به كمجيء المطر وهبوب الريح.

ولأنه إثبات حق لآدمي معين، فلم يجز تعليقه على شرط ولا توقيت كالهبة.(١١٥)

---

(١١٣) سورة يوسف: آية ٧٢.

(١١٤) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٦/ ٣٠١ وبهامشه شرح العناية على الهداية، للبابرتي.

(١١٥) المغني، لابن قدامة ٤/ ٦٢٠.

٢ – وأجابوا عن استدلال المجيزين بالآية: بأنها محمولة على بيان العمالة لمن يأتي به لا لبيان الكفالة، لأنه قد التزم عن نفسه وهذا حال المستأجر، لأنه ضامن للأجرة عن نفسه بحكم الإجارة لا الكفالة، وضمان العمالة على هذا الوجه جائز، والدليل على أنه ليس من باب الكفالة وإنما هو من باب العمالة أن المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته.(١١٦)

الراجح عندي:

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

١ – لما ورد في الآية الكريمة، فإن الزعيم حقيقة الكفيل والمؤذن إنما نادى العير عن غيره وهو الملك فإن المعنى: الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير، لأنه إنما نادى بأمره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه.

٢ – إن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا إذا دل الدليل الشرعي على المنع، ولا دليل على المنع فيكون الحكم الجواز.

٣ – إن الكفالة لها شبه بالنذر ابتداءً وبالبيع انتهاءً، فينبغي مراعاة

---

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

الشبهين وهذه المراعاة تقتضي جواز التعليق بالشرط الملائم والمتعارف، وإنما لم يجز تعليقها بشرط غير ملائم لها،لأنه لا يظهر فيه غرض صحيح فكان ذلك ضربًا من اللهو والهزل ولا تصح العقود مع ذلك.

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

٥ – إنه لو لوحظ شبهها بالبيع فقط فإنه يجوز التعليق في البيع بالشرط، وقد نص الإمام أحمد على جواز تعليق البيع بالشرط اتباعًا لآثار وردت في ذلك عن الصحابة، فإذا جاز تعليق البيع وهو من المعاوضات فجوازه في الكفالة وهي من التبرعات في الأصل أولى. هذا وإن المعاملات التجارية في الوقت الحاضر تتطلب مثل ذلك في فتح الاعتمادات وتسليم البضائع، كأن يشترط وصول البضاعة في شهر كذا ويعلق العقد في الكفالة والضمان على ذلك، لأن التعليق له فائدة وشرطه ملائم لتذبذب الأسعار من وقت لآخر، والشريعة الإسلامية مبناها على جلب المصالح ودرء المفاسد، والتقيد بذلك فيه مصلحة ولا مفسدة في التقيد به فتكون مراعاته واجبة والله أعلم.

المبحث الرابع

الكـفالة المشروطـة

وهي التي يقترن بها شرط، كما لو قال الكفيل: أنا كفيل بدينك على فلان بشرط أن تبرئني من كفالتي بدينك على فلان، وكقوله: إذا استحق المبيع فأنا ضامن لك.

وقد اختلف الفقهاء في مسألة اقتران الشروط في العقود ومدى تأثيرها على هذه العقود أو التصرفات في الصحة أو الإبطال.

ويراد بالشرط التزام المتصرف في تصرفه بأمر زائد على أصل التصرف سواء كان هذا الالتزام مما يقتضيه ذلك التصرف شرط أم لم يشرط أم لم يكن من مقتضاه وسواء أكان فيه منفعة لمن التزم به أو لغيره أم لم يكن فيه منفعة لأحد. (١١٧)

والفقهاء متفقون على أن الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم منها ما هو مباح جائز التزامه ويجب الوفاء به إذا التزم ويسمى هذا النوع بالشروط الصحيحة، ومنها ما هو محظور لا يجوز التزامه ولا الوفاء به ويسمى هذا النوع بالشروط الفاسدة والباطلة على اختلاف الفقهاء في التفريق بين الفاسد والباطل.

لكنهم يختلفون عند التطبيق فيما يعدُّ من هذه الشروط صحيحًا وما

---

(١١٧) الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ الخفيف، ص ٤٠ القسم الثاني.

يعد منها غير صحيح، ومن ثمّ ما يترتب على ذلك من أثر في العقد هل يفسد العقد والشرط أم يصح العقد ويلغو الشرط فقط لفساده.

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في الأصل في العقود والشروط المقترنة بالعقد على النحو التالي:

١ - المسلك الأول: وهو أشد المذاهب في مسألة الشروط المقترنة بالعقد وهو مسلك الظاهرية، وهو يقضي بأنه لا يجوز أن يعقد الإنسان عقداً أو يشترط شرطًا إلا إذا كان ذلك العقد أو الشرط قد ورد التصريح بجوازه باسمه ووصفه في الكتاب أو السنة أو الإجماع المستند إلى واحد منهما.

أي أن الأصل عندهم في العقود والشروط الحظر والمنع إلا ما ورد الشرع بإباحته وجوازه. وقد تناول الكلام على ذلك ابن حزم في المحلى[١١٨] عند البحث في الشروط في البيع.

٢ - المسلك الثاني: وهو أوسع المذاهب الفقهية، وهو أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الدليل الشرعي على تحريمه وإبطاله، وعلى رأس القائلين بذلك الإمام ابن تيمية وابن القيم.[١١٩]

٣ - المسلك الثالث: وهو رأي المتوسطين بين الرأيين السابقين، وهو

---

(١١٨) المحلى، لابن حزم ٨/٤٠٩.

(١١٩) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/١٨٦.

يتمشى مع الرأي الأول، وهو أن الأصل في العقود والشروط المنع إلا ما ورد الشرع بإباحته، لكنهم لا يجعلون إباحة الشرع مقصورة على نص الكتاب أو السنة أو الإجماع وإنما هناك أدلة شرعية أخرى هي القياس.(١٢٠) والمصالح المرسلة وأقوال الصحابة والاستصحاب وغيرها، ونتيجة لذلك ظهر مذهبهم أقرب ما يكون إلى مذهب المبيحين لشمول هذه الأدلة لكثير من العقود والشروط. فهم يتفقون مع الظاهرية في القاعدة، وهي: أنه لا يجوز إبرام أي عقد من العقود أو الشروط إلا إذا دل على جوازه وصحته دليل شرعي، لكنهم

---

(١٢٠) القياس في اللغة: التسوية بين شيئين.

وفي الاصطلاح: إلحاق أمر لا نص فيه من الكتاب او السنة بآخر منصوص على حكمه وتطبيق حكمه عليه لاشتراكهما في العلة التي شرع لاجلها الحكم. أي التسوية بين واقعة لم يرد فيها حكم منصوص عليه باخرى ورد فيها نص لتساوي الواقعتين في علة الحكم / المستصفى للغزالي ٢/٢٢٨.

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

والاستصحاب: معناه: المصاحبة أو استمرار الصحبة.

واصطلاحًا: يعرف بانه بقاء الأمر ما لم يوجد ما يغيره. بمعنى: أن ما ثبت في الماضي فالأصل بقاؤه في الزمن الحاضر والمستقبل. وعرفه ابن القيم: بانه استدامة ما كان ثابتًا ونفي ما كان منفيًا، أي بقاء الحكم نفيًا وإثباتًا حتى يقوم دليل على تغيير الحال / أصول الفقه/ محمد أبو زهرة، ص ٢٣٤.

قول الصحابي: الصحابي الذي يعتبر قوله حجة: هو من آمن برسول الله قبل فتح الحديبية والتقى به وغزا مع المسلمين غزوة أو أكثر واشتهر بالفقه والفتوى وتوافرت لديه الملكة الفقهية.

وقال بعض الاصوليين: هو من لقي النبي ﷺ مؤمناً به وطالت صحبته حتى يطلق عليه اسم الصاحب في عرف الناس. أصول الفقه الإسلامي/ محمد سلام مدكور، ص ١٤٢ وأصول الفقه/محمد ابو زهرة، ص ١٦٨.

يختلفون معهم في المقصود بالدليل الشرعي، ثم إن الفقهاء يختلفون في التطبيق فيما يعدُّ صحيحًا أو غير صحيح.

فهناك شروط يعتبرها بعضهم شروطًا صحيحة على حين يرى الآخرون أنها شروط غير صحيحة. (١٢١)

الأدلة:

أولاً: يستدل المضيقون بما يأتي:

١ – ما روي عن عائشة – رضي الله عنها – أن رسول الله ﷺ قال: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد.» (١٢٢)

وجه الدلالة: أنه يراد به كل عمل لم يجزه الشارع جوازًا صريحًا، وإذا كان العمل الذي لم يرد به جواز صريح مردودًا فهو باطل، لأنه لا معنى للرد إلا عدم ترتيب أي أثر عليه وهو معنى البطلان.

٢ – ما روي عن عائشة – رضي الله عنها – أن النبي ﷺ قال: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل.» (١٢٣)

وجه الدلالة: أن أي عقد أو شرط لم يرد التصريح بجوازه عن الشارع فهو باطل.

---

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

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

(١٢٣) رواه البخاري ومسلم من حديث عائشة في قصة بريرة المشهورة. رواه البخاري في كتاب البيوع ورقمه ٢١٦٨، صحيح البخاري بشرحه فتح الباري، لابن حجر ٤/ ٣٧٦. ومسلم في كتاب العتق ٣/ ١١٤٢.

ثانياً: أدلة الموسعين:

١ – نصوص القرآن التي تأمر بالوفاء بالعقود والعهود ومنها:

قوله تعالى ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ...** ﴾.(١٢٤)

وقوله تعالى ﴿ ... **وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ...** ﴾. (١٢٥)

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

٢ – الأحاديث الكثيرة التي يعضد بها بعضاً والتي تلزم بالوفاء بالعهود والشروط إلا فيما حرمه الله ومنها:

أ – ما رواه أبو داود والدار قطني عن أبي هريرة – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالاً، والمسلمون على شروطهم.» (١٢٦)

ب – عن ابن عمر – رضي الله عنهما – قال: قال رسول الله ﷺ «المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك». (١٢٧)

---

(١٢٤) سورة المائدة: آية/ ١.

(١٢٥) سورة الانعام: آية /١٥٢

(١٢٦) هذا الحديث رواه أبو داود والدار قطني من حديث سلمان بن بلال، عن كثير بن زيد عن الوليد ابن رباح وكثير بن زيد، قال يحيى بن معين في رواية هو ثقة وضعفه في رواية اخرى.. ورواه احمد في مسنده وأبو داود والحاكم كلهم عن أبي هريرة، رواه الترمذي وقال فيه حديث حسن صحيح، الجامع الصغير: للسيوطي ٢/١١٦.

(١٢٧) ذكره الحاكم في المستدرك والسيوطي في الجامع الصغير، وقال السيوطي: وهو من رواية أنس وعائشة وهو حديث صحيح. صحيح الجامع الصغير ٦/١٩ المكتب الإسلامي بدمشق.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأموراً به، علم أن الأصل صحة العقود والشروط إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره.

ثالثًا: أدلة جمهور الفقهاء: «المتوسطين».

إن العقود أسباب جعلية اعتبارية، ولا تكون إلا بجعل الشارع واعتباره ولا يكون ذلك إلا بدلالة الدليل الشرعي على جواز ذلك العقد وترتيب آثاره عليه، فتكون تلك الآثار هي مقتضى العقد، فإذا كان الشرط المشروط لا يمس ذلك المقتضى ولا يخالفه فلا بأس به، وإذا خالف مقتضى العقد فإنه لا يصح إلا إذا دل الدليل الشرعي على الصحة والجواز. (١٢٨)

الترجيح عندي:

بدراسة تلك الأقوال وأدلتها يتبيَّن أن القول الراجح هو قول الموسعين وهو القول الذي قال به شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم، وهو أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يمنع شيء من ذلك ولا يحرم إلا ما حرمه أو منعه الشارع، وذلك للأسباب الآتية:

١ – إن الأدلة العامة على مشروعية الوفاء بالعقود من الآيات والأحاديث واضحة ولا يمكن دفعها.

---

(١٢٨) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/١٢٦ والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي د/ الحسيني، ص ١٣ والكفالة والحوالة د/ عبد الكريم زيدان، ص ١٤٥.

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

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

٤ – إن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم، فثبت بانتفاء الدليل الشرعي عدم تحريم الشروط والعقود فيكون فعلها إما حلالاً وإما عفواً كالأعيان التي لم تحرم وكلاهما يقتضي الإباحة التي تستلزم الصحة. (١٢٩)

والشروط التي تشترط في العقد عند الحنفية ثلاثة أنواع:

١ – شروط صحيحة: والصحيح هو ما كان موافقًا لمقتضى العقد أو ملائمًا له أو كان مخالفًا له لكن دل دليل شرعي على جوازه من نص أو قياس أو عرف، وإذا اشترط في الكفالة شرط من ذلك وجب الوفاء به؛ لأنه مما تم التعاقد عليه فكان جزءاً من العقد يلزم بلزوم العقد.

وذلك كقوله إذا استحق المبيع فأنا ضامن لك ثمنه، أو إذا قدم زيد فأنا كفيل لك بالمال.

---

(١٢٩) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩ / ١٥٠.

٢ – شروط فاسدة: والشرط الفاسد عندهم هو ما كان مخالفًا لمقتضى العقد ولم يدل دليل شرعي على جوازه، وكان فيه فائدة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما ممن هو أهل للاستحقاق، وذلك كقوله أنا كفيل لك بمالك على زيد إلى أن يجيء المطر أو إلى أن تهب الريح، فإن الشرط هنا فاسد، وقد اختلف الحنفية في الكفالة إذا علقت بهذا الشرط الفاسد:

فمنهم من ذهب إلى أن الكفالة صحيحة وتقع حالة وإنما يبطل الشرط لأن الكفالة مشروعة بأصلها لكن اعتراها وصف زائد وبإبعاده تصح الكفالة. جاء في شرح فتح القدير: (*) «وإن كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط، ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لأن كل ما جاز تعليقه بالشرط يفسد بالشروط الفاسدة أصله الطلاق والعتاق».

وذهب البعض الآخر إلى أن الكفالة باطلة إذا اقترنت بالشر الفاسد وهذا هو ما صرح به في المبسوط وفتاوى قاضيخان. جاء في فتح القدير: (١٣٠) «وفي الخلاصة: كفل بمال على أن يجعل له الطالب جعلاً فإن لم يكن مشروطًا في الكفالة فالشرط باطل وإن كان مشروطًا فيها فالكفالة باطلة. انتهى، وهذا يفيد أنها تبطل بالشروط الفاسدة إن كانت في صلبها، وحملوا التصحيح بأن يجعل لفظ

(*) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٦/٣٠٢.

(١٣٠) المرجع نفسه ٦/٣٠٢.

تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال، وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فإنه ذكر التعليق وأراد التأجيل».

ثم إن اقترن الشرط الفاسد بعقد من عقود المعاوضات المالية صار كل من العقد والشرط فاسداً وتعين فسخه، فإن ترتب عليه قبض صحيح فإنه يعتبر ملكًا غير مستقر، فإذا صار غير قابل للفسخ كإن هلك المعقود عليه أو إذا أخرجه عن ملكه فإن البائع يملك ويستحق ثمن المثل لا الثمن المسمى في العقد.

أما إذا اقترن بعقد معاوضة غير مالي كعقد الزواج أو اقترن بعقد تبرع أو وثيقة فإن الشرط وحده يفسد ويلغو ويصح العقد بدونه.

٣ - شروط باطلة: والباطل هو ما يكون مخالفًا لمقتضى العقد من غير أن يدل دليل شرعي على جوازه وصحته. ويختلف عن الفاسد في أنه ليس فيه فائدة لأحد من أهل الاستحقاق.

وحكمه: أن يلغو الشرط وحده ويصح العقد بدونه سواء كان معاوضة أو تبرعًا. كقوله: أنا كفيل بمالك على زيد بشرط أن تدفع لي مبلغ كذا. (١٣١)

---

(١٣١) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٦/٣٠٢. والضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ الخفيف ص٤٢. القسم الثاني.

المالكية:

يرى المالكية أن الشروط في العقود أنواع:

١ – شروط تبطل هي والعقد معًا، وذلك إذا كانت غير مستوفية للشروط بأن اختل شرط من شروط الصحة.

٢ – شروط صحيحة ويصح العقد معها، وذلك إذا لم تكن منافية للعقد، ولم تؤدِ إلى الإخلال بشرط من شروط الصحة.

٣ – شروط تبطل ويصح العقد معها، وذلك إذا كانت منافية لمقتضى العقد فإنها تبطل مع العقد ما تمسك بها صاحبها، وذلك كما لو كفل بدينه قبل فلان على أن يكفل له المكفول به بدينه قبل شخص آخر، فإن الكفالة باطلة إذا تمسك بهذا الشرط الكفيل، أما إذا تنازل عنه فإنها تصح ويبطل الشرط فقط. (١٣٢)

الشافعية:

يرى الشافعية أن الشروط تنقسم إلى قسمين:

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

٢ – غير الصحيحة «الفاسدة»: هي كل شرط خالف مقتضى العقد فإنه

---

(١٣٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد ٢/ ١٦٠.

يفسد ويبطل العقد إلا في مواضع استثناها الإمام الشافعي –رحمه الله – للدليل الخاص في عموم العقود كبيع الشجر مع استيفاء الثمرة مستحقة البقاء. لكن في الضمان والكفالة يبطل العقد بالشروط الفاسدة مطلقًا، وذلك كشرط الخيار للضامن؛ لأن الخيار يراد لطالب الحظ والضامن يعلم أنه مغبون لا من جهة المال بل من جهة الثواب، ولذا فهو يخالف مقتضى الضمان فيبطل العقد والشرط معاً. جاء في تكملة المجموع «ويبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنه عقد يبطل بجهالة المال فبطل بالشروط الفاسدة كالبيع» ومن ذلك الضمان بشرط إعطاء مال لا يحسب من الدين، أو كفل بزيد على أن لي عليك كذا أو إن أحضرته وإلا فبعمرو، أو بشرط إبراء الكفيل. (١٣٣)

الحنابلة:

ويرى الحنابلة أن الشروط قسمان هما:

أولهما: صحيحة والصحيح ثلاثة أنواع:

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

٢ – شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن، أو تأجيل وقت معلوم، أو اشترط ضمين معين وقتًا لذلك كقوله: إذا قدم الحاج فأنا

(١٣٣) نهاية المحتاج، للرملي ٤/٤٥٧ وفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/١٢٨..

كفيل بفلان شهراً فإنها صحيحة.

٣ – شرط منفعة مباحة معلومة، كشرط البائع للدار سكناها شهراً.

ثانيهما: فاسدة وهي ثلاثة أنواع:

١ – أن يشترط أحد العاقدين على صاحبه عقداً آخر كقرض وبيع، وكقوله: كفلت ببدن فلان على أن تبرئني من فلان، أو كفل على أن يبيعه المكفول به شيئًا عينه الكفيل أو على أن يؤجره داره، أو شرط الكفيل أن يكفل المكفول له أو المكفول به بآخر، أو يضمن دينًا عليه فهذا يبطل العقد؛ لأنه شرط فسخ العقد في عقد آخر.

٢ – أن يشترط ما ينافي مقتضى العقد، كما لو اشترط على المدين، أن يعطيه جعلاً على كفالته له؛ لأن مقتضى الكفالة التبرع تقربًا إلى الله وابتغاءً للأجر من عنده، واشتراط الجعل يخالف هذا المقتضى ويفسد العقد، كذلك شرط الخيار للضامن يفسد الشرط والعقد معًا؛ لأنه يخالف مقتضى العقد، لأن مقتضى عقد الضمان أنه شرع للتوثق، فيلزم الضامن، والخيار ينافي هذا المعنى.

٣ – أن يشترط شرطًا يعلق العقد عليه كقوله: ضمنته أو كفلته إلى مجيء المطر وهبوب الريح فلا يصح لأنه ليس فيه وقت يستحق المطالبة فيه.

وإذا شرط شرطًا علق العقد عليه وهو فاسد فلا يصح؛ لأنه يخالف

مقتضى العقد. [١٣٤]

وجاء في فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩ / ١٦٩ «وأصول أحمد ونصوصه تقتضي جواز شرط كل تصرف فيه مقصود صحيح».

الشيعة الزيدية:

يفهم من كلام الشيعة الزيدية أن الكفالة يصح اقترانها بالشروط وإن كانت فاسدة غير أنها إذا اقترنت بالشروط الفاسدة فإن الشروط تبطل ويصح العقد.

جاء في البحر الزخار [١٣٥] «ويصح ضمان المجهول ووقوفه على الشرط بمجهول نحو: أنا ضامن كذا إلى هبوب الريح ويلغو التأجيل ويعتبر حالاً، فإن تعلق به غرض كالدياس وورود القافلة صحت وتقيدت».

أما الشيعة الجعفرية فيرون بطلان الكفالة إذا علقت بشرط فاسد. جاء في اللمعة الدمشقية [١٣٦] «ولو علق الكفالة بشرط متوقع أو صفة مترقبة بطلت الكفالة، وكذا الضمان كغيرها من العقود اللازمة».

---

(١٣٤) كشاف القناع، للبهوتي ٣ / ١٨٨ – ١٩٥ والمغني، لابن قدامة ٤ / ٦٢٠.

(١٣٥) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، لأحمد بن المرتضى ٦ / ٦٦.

(١٣٦) اللمعة الدمشقية لزين الدين العاملي ٤ / ١٥٥.

الدراسة والمقارنة:

بدراسة أقوال الفقهاء في الشروط في العقود ومنها عقد الكفالة يتبين الآتي:

١ – إن الفقهاء متفقون على أن الشرط الصحيح في العقود هو ما وافق مقتضاها، أو كان من مصلحة العقد اشتراطه ولم تكن مخالفة لمقتضى العقد، أو كانت مخالفة لمقتضى العقد لكن دل الدليل الشرعي على صحتها، لكنهم يختلفون في المقصود بالدليل الشرعي، فمنهم من يرى أنه الكتاب والسنة والإجماع، ومنهم من يرى أن الدليل الشرعي ليس مقصوراً على ذلك وإنما هو علاوة على ذلك القياس والمصالح المرسلة والاستصحاب وأقوال الصحابة وغير ذلك مما يقول به أولئك الفقهاء. ومنهم من يرى أنها صحيحة، حتى يثبت فسادها بدليل شرعي.

٢ – والشروط الفاسدة هي:

أ – متفق عليه بين الفقهاء، وهو كل شرط خالف مقتضى العقد ولم يدل دليل شرعي على جوازه وصحته.

ب – عند الحنابلة اشتراط أحد العاقدين على صاحبه عقداً آخر، وهذا يدخل ضمن مخالفة مقتضى العقد؛ لأن مقتضى العقد في الكفالة هو تبرع الكفيل بضمان المكفول به توثيقًا لحق المكفول له.

قال ابن تيمية :[١٣٧] «أبو حنيفة أصوله تقتضي أنه لا يصحح في العقود شروطًا يخالف مقتضاها في المطلق، والشافعي يوافقه على أن كل شرط يخالف مقتضى العقد فهو باطل، لكنه يستثني مواضع للدليل الخاص وطائفة من أصحاب أحمد يوافقون الشافعي على معاني هذه الأصول لكنهم يستثنون أكثر مما يستثنيه الشافعي ذلك أن نصوص أحمد تقتضي أنه جوز من الشروط في العقود أكثر مما جوز الشافعي».

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

٤ – يرى بعض الحنفية والشافعية والحنابلة أن الشروط الفاسدة في العقد تبطل هي والعقد معًا. إلا أن الشافعية والحنابلة قد استثنوا من ذلك مواضع للدليل الشرعي على صحة العقد.

ويرى بعض الحنفية والمالكية والشيعة الزيدية أن الشروط فاسدة والعقد صحيح.

٥ – يرى الحنفية أن الشروط الباطلة لا تعتبر ويصح معها العقد، وذلك أن الحنفية يرون أن الشرط الباطل مخالف لمقتضى العقد، ولم يدل دليل شرعي على جوازه وصحته.

---

(١٣٧) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/١٢٧.

٦ – أرى أنه إذا اقترنت الشروط الباطلة والفاسدة في عقد الكفالة فإن الكفالة تكون باطلة إلا ما ورد استثناؤه بدليل شرعي، ذلك أنها تؤدي إلى التنازع والاختلاف، فلا يمكن تصحيح الكفالة وإبطال الشروط وإنما تبطل الشروط والكفالة معًا.

obeikandl.com

الفصل الثالث

أقسام الكفالة باعتبار القيد والوصف

ويندرج تحته أربعة مباحث

المبحث الأول: الكفالة المطلقة.

المبحث الثاني: الكفالة المؤقتة.

المبحث الثالث: الكفالة المعجلة (الحالة).

المبحث الرابع: الكفالة المؤجلة.

obeikandl.com

obeikandl.com

المبحث الأول

الكفالة المطلقة

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

مثالها: أن يقول شخص، أنا كفيل بدينك قبل فلان، ونحو ذلك دون تقييد بوقت.

يرى الفقهاء أن إطلاق الكفالة صحيح، لكن عند الاطلاق هل تكون الكفالة حالة، أو يأخذ الكفيل حكم الأصيل في الحلول والتأجيل، فيه خلاف بين الفقهاء:

١ – يرى الحنفية أن الكفالة إذا كانت مطلقة فإن الكفيل يأخذ منزلة الأصيل في صفة الدين من الحلول والتأجيل. فإن كان الدين حالاً كانت الكفالة حالة وإن كان مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة؛ لأن الكفيل تابع للمدين الأصلي في الضمان فيأخذ حكمه. جاء في البدائع: (١٣٨) فإن كان مطلقًا فلا شك في جوازه إذا استجمع شرائط الجواز غير أنه إن كان الدين على الأصيل حالاً كانت الكفالة حالة، وإن كان الدين عليه مؤجلاً كانت الكفالة مؤجلة؛ لأن الكفالة بمضمون على الأصيل فتتقيد بصفة المضمون».

وجاء في درر الحكام: (١٣٩) «وإن كان مقسطاً على الأصيل ففي حق

---

(١٣٨) البدائع للكاساني ٧/٣٤٠٥.

(١٣٩) درر الحكام شرح مجلة الاحكام، لعلي حيدر ٣/٦٨٧.

الكفيل يثبت مقسطًا، وفي هذا قد تبع الفرع الأصل».

٢- ويرى الشافعية والحنابلة أن الكفالة إذا أطلقت كانت حالة.

جاء في تكملة المجموع [١٤٠] «وإذا أطلق وجب التسليم في حال العقد وقال الشارح: «وإذا أطلق اقتضى الحلول».

وجاء في الكشاف [١٤١] «وإن وقعت الكفالة مطلقة بأن لم يعين موضعًا لتسليمه وجب تسليمه مكان العقد كالسلم [١٤٢] وبرئ الكفيل، لأنه عقد على عمل فبرئ منه بالعمل المعقود عليه كإجارة» وذلك أن الحنابلة يرون أن كل عقد يدخله الحلول فإن إطلاقه يقتضي الحلول كالثمن والضمان.

الدراسة والمناقشة:

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

---

(١٤٠) تكملة المجموع، للمطيعي ١٤/٤٨.

(١٤١) كشاف القناع، لمنصور البهوتي ٣/٣٧٨.

(١٤٢) السلم: هو عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد، كشاف القناع للبهوتي جـ ٣ ص ٢٨٨.

الراجح:

أرى أن الراجح من ذلك هو أن الكفيل يأخذ حكم الأصيل؛ لأنه بمنزلته فيكون تبعًا له.

كما أن الكفالة تختلف عن البيع؛ لأن الكفالة من عقود التبرع وإلزامه بالحلول فيه زيادة على ما في عقد الكفالة، فيبقى الدين على حاله كما كان على الأصيل.

obeikandl.com

المبحث الثاني

الكفالة المؤقتة «توقيت الكفالة»

وهي الكفالة التي تتحدد فيها مسؤولية الكفيل بمدة معينة يبرأ بعدها من التزامه. وقد اختلف الفقهاء في القول بجواز التوقيت على النحو التالي:

١ - يرى الحنفية أن للكفالة المؤقتة ثلاث صور هي:

أ - أن يذكر البداية والنهاية كقوله: كفلته من اليوم إلى شهر.

وهذه كفالة صحيحة وللمكفول له مطالبة الكفيل خلال هذه المدة فقط وتنتهي الكفالة بانتهائها.

ب - أن يذكر النهاية دون البداية، كقوله: كفلت لك زيداً أو ما على زيد إلى شهر، وفي هذه الحال اختلف الحنفية: فمنهم من ذهب إلى أن القائل يكون كفيلاً بعد الشهر ولا يطالب في الحال، لأنه قصد بذلك تأجيل الكفالة لا توقيتها ولا يطالب بعدها.

ج - ألا يذكر الابتداء ولا الانتهاء، كقوله: كفلته شهراً، واختلف فيه الحنفية: فمنهم من رأى أن ذلك توقيت للكفالة ويطالب الكفيل خلال هذه المدة وبعدها يبرأ من الكفالة.

ومنهم من رأى أن الكفيل يطالب بذلك بعد الشهر وبه يكون كفيلاً.

قال ابن عابدين [١٤٣] بعد أن أورد هذه الصورة: «قلت: وينبغي عَدم الفرق بين الصور الثلاث في زماننا، كما هو قول أبي يوسف والحسن؛ لأن الناس اليوم لا يقصدون بذلك إلا توقيت الكفالة بالمدة، وأنه لا كفالة بعدها ومبنى ألفاظ الكفالة على العرف وقالوا: إن كلام كل عاقد وناذر وحالف وواقف يحمل على عرفه سواء وافق عرف اللغة أو لا».

٢ - الشافعية:

يرى الشافعية أنه لا يجوز توقيت ضمان المال إطلاقًا؛ لأن المقصود منه الأداء فلهذا امتنع توقيته.

واختلفوا في توقيت الكفالة، فقال بعضهم: إنه يجوز توقيت الكفالة، لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة.

وقال آخرون منهم: إنه لا يجوز توقيتها ذلك أن الحقوق لا تسقط بمضي الزمن وإنما تسقط بالأداء أو الإبراء.

جاء في نهاية المحتاج: [١٤٤] «والأصح أنه لا يجوز تعليقهما أي الضمان والكفالة بشرط ولا توقيت الكفالة كانا كفيل بزيد إلى شهر وبعده أنا بريء، والثاني يجوز لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة بخلاف المال فإن المقصود منه الأداء، فلهذا امتنع توقيت

(١٤٣) حاشية ابن عابدين ٥ /٢٨٩.

(١٤٤) نهاية المحتاج، للرملي ٤ /٤٥٦.

الضمان مطلقًا كما يشعر كلامه حيث أفردها».

٣ - الحنابلة:

عند الحنابلة في توقيت الضمان والكفالة وجهان: أحدهما الجواز والثاني عدم الجواز.

جاء في الإنصاف [١٤٥] «قال في الفروع وفي صحة تعليق ضمان وكفالة بغير سبب الحق وتوقيتها وجهان. وقدم في المحرر صحة توقيته بمدة معلومة. قال ويحتمل عدمه وهو أقيس».

وجاء في مطالب أولي النهى [١٤٦] «أو قال إذا قدم الحاج فأنا كفيل بزيد شهرًا صح ذلك والمسألة جمعت تعليقًا وتوقيتًا وكلاهما صحيح مع الانفراد فكذا مع الاجتماع، وأما توقيت الضمان فالظاهر أنه لا يصح».

٤ - الشيعة الزيدية:

يرى الشيعة الزيدية جواز التوقيت. جاء في البحر الزخار: [١٤٧] «وتصح مؤقتة الابتداء كبعد شهر، وله الرجوع قبله والانتهاء كإلى شهر فتسقط بعده».

---

(١٤٥) الإنصاف، للمرداوي ٥/٢١٣.

(١٤٦) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى للسيوطي ٣/٣١٧.

(١٤٧) البحر الزخار، لأحمد المرتضى ٦/٧٤.

الدراسة والمناقشة:

بدراسة أقوال الفقهاء في توقيت الضمان والكفالة يتبين الآتي:

١ – يرى الحنفية: جواز توقيت الكفالة، وذكر ابن عابدين لتوقيت الكفالة صوراً ثلاثًا بها تكون الكفالة مؤقتة، وذلك لأن العرف يقتضي ذلك.

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

أما الكفالة فاختلف فيها الشافعية: فمنهم من قال بقول الحنفية وأجازها معللاً الجواز بأن الكفيل قد يكون له غرض في تسليمه في تلك المدة.

ومنهم من قال: إنها لا تجوز كالضمان، لأن الحقوق لا تسقط بمضي الزمن وهذا هو الأصح عندهم.

ومن هذا يتضح أن من الشافعية من منع التوقيت مطلقًا، ومنهم من فرق بين الضمان والكفالة فأجازها في الكفالة ومنعها في الضمان.

٣ – الحنابلة:

يختلف الحنابلة في ذلك: فمنهم من قال بقول الحنفية وأجاز التوقيت مطلقًا، ومنهم من منع ذلك مطلقًا.

ومن ذلك نرى أنه يمكن تلخيص الأقوال الفقهية إلى ما يأتي:

١ – يذهب الحنفية وبعض الحنابلة والشيعة الزيدية إلى جواز التوقيت مطلقًا.

٢ – ويذهب بعض الشافعية وبعض الحنابلة إلى منع التوقيت مطلقًا.

٣ – ويذهب بعض الشافعية إلى التفريق بين الضمان والكفالة فيمنعونها في الضمان ويجيزونها في الكفالة.

٤ – أما المالكية فلم أعثر لهم على نص في جواز توقيت الضمان أو منعه، لكن يفهم مما ورد في المدونة (١٤٨) «قلت: أرأيت إن قال أنا كفيل بمالك على فلان إلى خروج العطاء... وأما الحمالة فلا بأس به وإن لم يكن العطاء معروفًا».

يفهم من ذلك جواز توقيت الضمان إلى أجل معلوم، حيث أجازه إلى خروج العطاء وهو غير معلوم لكن مآله إلى العلم.

الراجح من ذلك:

من ذلك أرى أن الراجح هو القول بجواز التوقيت مطلقًا في الكفالة للأدلة الآتية:

١ – إن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...**﴾(١٤٩).

---

(١٤٨) المدونة، للإمام مالك، رواية سحنون ١٣/ ٢٨٢.

(١٤٩) سورة المائدة: آية ١.

ولقول الرسول ﷺ «المسلمون عند شروطهم». (١٥٠)

٢ – إن المصلحة تقضي بذلك إذ لو امتنع توقيت الضمان لأدى إلى الحرج والمشقة على المدين؛ لأن الكفيل قد يكون له غرض صحيح في التوقيت.

٣ – إن المعاملات التجارية خاصة في الوقت الحاضر تتطلب ذلك؛ لأن التوقيت له أغراض صحيحة في الضمانات وفتح الاعتمادات وغيرها.

٤ – يجاب على قول إن الضمان يقصد به الأداء: إن حق الدائن لم يسقط إنما هو في ذمة المدين وقد قبل الدائن ذلك التوقيت ابتداء.

٥ – إن التفريق بين الضمان والكفالة غير مسلم، ذلك أنه ربما يكون له غرض في تحديد المدة للضمان كذلك.

---

(١٥٠) سبق تخريجه ص ٨٤ .

obeikandl.com

المبحث الثالث

الكفالة المعجلة «الحالة»

وهي التي يطالب فيها الكفيل بالالتزام بما كفل به حالاً، كأن يكون على زيد مبلغ من المال لشخص آخر وهو مؤجل إلى شهر أو سنة فيكفل الكفيل الوفاء به حالاً ومعجلاً.

اختلف في ذلك الفقهاء على النحو الآتي:

١ - الحنفية:

يرى الحنفية أنه يجوز الضمان في الدين المؤجل حالاً. جاء في البدائع: [١٥١] «إذا كانت حالة فإن شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سواء كان الدين على الأصيل حالاً أو مؤجلاً، لأن المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتأجيل».

٢ - المالكية:

يرى المالكية أنه يجوز ضمان الدين المؤجل حالاً بشرط أن يسقط من عليه الدين حقه من التأجيل، وأن يكون الدين مما يجوز تعجيله.

ومثل ضمان المؤجل حالاً ضمان المؤجل لدون الأجل بشرطه عندهم.

جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير [١٥٢] «وصح ضمان

---

(١٥١) البدائع للكاساني ٧/٣٤٠٧.

(١٥٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣٣١.

الدين المؤجل حالاً بأن رضي المدين بإسقاط حقه من الأجل إن كان الدين مما يعجل وهو العين مطلقًا والعرض والطعام من قرض لا من بيع فلا يجوز، لما فيه من حط الضمان وأزيدك توثقًا بالضامن إذ هو مخصوص بالبيع فقط».

٣ - الشافعية:

للشافعية في ضمان المؤجل حالاً قولان:

أحدهما: أنه لا يصح ضمان المؤجل حالاً للاختلاف بين الصفتين.

الثاني: وهو الأصح عندهم: أنه يصح ضمان المؤجل حالاً؛ لأن الضامن قد تبرع بالتعجيل فيكون صحيحًا والضمان في الأصل تبرع.

وإذا التزم وصح التزامه هل يجبر على ذلك؟ وجهان عندهم:

أحدهما: أنه لا يلزمه التعجيل.

الثاني: يلزمه لأنه تبرع لزم فتلزم صفته وهي التعجيل. (١٥٣)

٤ - الحنابلة:

يرى الحنابلة أنه يصح أن يضمن المؤجل حالاً، ويكون الضامن ملزمًا بما ضمنه إلا أنه لا يلزم الضامن بذلك إلا بحلول الأجل المحدد للضمان.

---

(١٥٣) تكملة المجموع، للمطيعي ١٤/ ٢١.

وذلك لأن الضامن فرع المضمون عنه فلا يستحق مطالبته دون أصله ولو ضمن حالاً لأنه التزام ما لم يجب، ولذا فلا يستحق القضاء إلا عند حلول الأجل.

جاء في كشاف القناع: (١٥٤) «وإن ضمن المؤجل حالاً صح الضمان ولم يصر حالاً ولم يلزمه قبل أجله، لأن الضامن فرع المضمون عنه فلا يستحق مطالبته دون أصله».

الدراسة والمناقشة:

١ – يتفق الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في قول لهم: على أنه يجوز ضمان المؤجل حالاً؛ لأنه تبرع فيكون صحيحًا، لأن الضمان في الأصل تبرع.

ويشترط المالكية لذلك شروطًا هي:

أ – إسقاط المدين حقه في التأجيل.

ب – أن يكون الدين مما يجوز تعجيله عندهم.

٢ – إذا التزم الكفيل بالتعجيل فإنه يلزم بذلك؛ لأنه تبرع قد التزم به الكفيل فيلزم به. ويرى الحنابلة وبعض الشافعية أن الضامن لا يلزم بالتعجيل وإنما يلزم بالمطالبة بحلول الأجل المحدد للضمان؛ لأن الضامن التزم ما لم يجب فلا يلزم بالتعجيل.

---

(١٥٤) كشاف القناع للبهوتي ٣/ ٣٧٤.

الراجح:

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

١ – إن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز.

٢ – إن الضمان تبرع فإذا تبرع الضامن بالضمان والتزم الوفاء به حالاً لزمه لأنه ألزم نفسه بذلك.

obeikandl.com

المبحث الرابع

الكفالة المؤجلة

وهي التي يطالب فيها الكفيل بالالتزام بما كفل به مؤجلاً، كان يكون على شخص مبلغ من المال لشخص آخر وهو حال فيكفل الكفيل الوفاء به مؤجلاً. ونبين ذلك في المذاهب الفقهية:

١ – الحنفية:

يرى الحنفية جواز تأجيل الكفالة بشرط أن يكون التأجيل إلى وقت معلوم، كأن يكفل إلى شهر أو سنة، ويجوز أن يطلب الكفيل أجلاً أنقص أو أزيد؛ لأن المطالبة حق الطالب فله أن يتبرع على كل واحد منهم بتأخير حقه.

وإذا كانت الكفالة حالة وطلب الكفيل التأجيل ووافق عليه المكفول له فإن الكفالة صحيحة ويكون التأجيل في حقهما جميعًا، وروي عن محمد أنها خاصة للكفيل واستدل من قال إن التأجيل في حقهما جميعًا بأن التأجيل في العقد نفسه يجعل الأجل صفة للدين والدين واحد، وهو على الأصيل فيصير مؤجلاً عليه ضرورة بخلاف ما إذا كان بعد تمام العقد؛ لأن التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى إلى الأصيل.

واستدل من قال إن التأجيل في حق الكفيل خاصة بأن الطالب خص

الكفيل بالتأجيل فيخص به، كما إذا كفل حالاً أو مطلقًا ثم أخر عنه بعد الكفالة، وإذا كان التأجيل إلى وقت مجهول فله حالتان:

١ – أن يكون الأجل غير متعارف كمجيء المطر وهبوب الريح، فالأجل باطل والكفالة صحيحة؛ لأن هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة.

٢ – أن يكون الأجل متعارفًا عند الناس كالحصاد والدياس ونحوها فهذا جائز؛ لأن الجهالة يسيرة فتغتفر، لأن جهالة التقديم والتأخير لا تفضي إلى المنازعة، لأنه يتسامح في الكفالة ما لا يتسامح في غيرها لإمكان الاستيفاء من جهة الأصيل بخلاف البيع.

وإذا كان الدين على الأصيل مؤجلاً إلى سنة أو مطلقًا ثم مات الأصيل قبل حلول الأجل فإن الدين يحل في ماله أما الكفيل فيبقى إلى أجله.

وكذا لو مات الكفيل قبل الأجل فإن المكفول به يحل في ماله ويبقى الأصيل إلى الأجل؛ لأن المبطل وجد في حق أحدهما دون الآخر. جاء في البدائع [١٥٥] «فإن كانت به الكفالة مؤجلة فإن كان التأجيل إلى وقت معلوم بأن كفل إلى شهر أو سنة جاز، وإن كان الدين عليه حالاً جاز التأجيل إلى الأجل المذكور.

---

(١٥٥) البدائع للكاساني ٧/٣٤٠٥.

وإن كان التأجيل إلى وقت مجهول فإن كان يشبه آجال الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه فكفل إلى هذه الأوقات جاز عند أصحابنا؛ لأن الكفالة جوازها بالعرف، والكفالة إلى هذه الآجال متعارفة، ولو كانت الكفالة حالة فأخر إلى هذه الأوقات جاز، وإن كان لا يشبه آجال الناس كمجيء المطر وهبوب الريح فالأجل باطل والكفالة صحيحة؛ لأن هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة».

٢ - المالكية:

يرى المالكية أنه يجوز ضمان الحال مؤجلاً كان يقول شخص لرب دين حال: أجل مدينك شهراً وأنا أضمنه لك فيصح لكن بأحد شرطين هما:

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

٢ - أن يكون الغريم معسراً بالدين الحال، ويستمر إعساره إلى انقضاء الأجل وعند وجود أي من الشرطين يصح الضمان. وإنما اشترطوا هذين الشرطين خشية من أن يكون سلفًا جر نفعًا، لأنه في حالة اليسار لم يحصل بالضمان منفعة فيكون التأخير سلفًا محضًا لم يجر نفعًا.

هذا إذا كان الإعسار أو اليسار في المجتمع. لكن قد يكون المدين معسراً في بعض الأجل كان يضمنه إلى أربعة أشهر وعادته اليسار بعد

شهرين كأصحاب الغلات والوظائف، وهذا لا يصح التأخير فيه؛ لأن الزمن المتأخر عن ابتداء يسار يعد فيه صاحب الحق مسلفًا لقدرة رب الحق على أخذه منه عند اليسار. وهذا قول ابن القاسم، لأن اليسار المترقب كالمحقق وأجاز أشهب الضمان فيه؛ لأن الأصل استصحاب عسره. وإذا كان الدين كله حالاً والغريم موسر ببعضه ومعسر بالبعض الآخر صح ضمانه مؤجلاً بأحدهما لا بالجميع؛ لأن الضمان سلف منفعة إذ هو سلف للموسر به لتأخيره إياه بحميل به وانتفع بالضامن في المعسر به.

جاء في شرح الخرشي: (١٥٦) «صورتها: أن يقول شخص لرب الدين أخر مدينك بما عليه شهرًا وأنا أضمنه لك، فيصح إن وجد أحد أمرين:

أولهما: أن يكون من عليه الدين موسرًا بما عليه في أول الأجل للسلامة من سلف جر نفعًا لأنه قادر على أخذه الآن، فكأنه ابتداء سلف الضامن أو رهنه.

ثانيهما: أن يكون من عليه الدين معسرًا والعادة أنه لم يوسر في الأجل الذي ضمن الضامن إليه، بل يمضي عليه جميعه وهو معسر إذ تأخير المعسر واجب فليس صاحب الحق مسلفاً حقيقة ولا حكمًا».

ولا يجوز ضمان المؤجل لأجل أبعد منه، جاء في حاشية الدسوقي: (١٥٧) «ولأبعد ممتنع كما في المدونة لأنه سلف جر منفعة».

(١٥٦) شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/٢٤.

(١٥٧) حاشية الدسوقي ٣/٣٣١.

٣ - الشافعية:

يرى الشافعية أنه يجوز ضمان الدين الحال مؤجلاً ويكون معجلاً على المضمون مؤجلاً على الضامن، لأن الضمان معروف ورفق فكان على حسب الشرط.

ويجوز الضمان إذا كان الدين مؤجلاً إلى شهر فضمنه الضامن إلى سنة، وذلك لأن الدين لم يثبت على الضامن حالاً وإنما ثبت عليه مؤجلاً والدين يتأجل في ابتداء ثبوته فكذا هنا، ولابد أن يكون الأجل معلومًا.

جاء في تكملة المجموع: (١٥٨) «ويجوز أن يضمن الدين الحال إلى أجل؛ لأنه رفق ومعروف فكان على حسب ما يدخل فيه».

٤ - الحنابلة:

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

١ - حديث ابن عباس مرفوعًا: (١٥٩) «أن رجلاً لزم غريمًا له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ، قال له النبي ﷺ: كم تستنظره؟ فقال: شهرًا، فقال رسول الله ﷺ: فأنا أحمل له».

الحديث رواه أبو داود وابن ماجه. حيث حمل النبي ﷺ عن الغريم شهرًا مع أن الدين كان حالاً.

---

(١٥٨) تكملة المجموع، للمطيعي ١٤/ ٢١.

(١٥٩) الحديث رواه أبو داود ٣/ ٢٤٧ وابن ماجه ٢/ ٨٠٤ في باب الكفالة، حديث رقم ٢٤٠٦.

٢ – إن المضمون مال لزم مؤجلاً بعقد فكان كما التزمه كالثمن المؤجل. ويجيز الحنابلة ضمان المؤجل إلى أجل أكثر من أجله على المضمون.

جاء في مطالب أولي النهى [١٦٠] «ويصح ضمان الحال مؤجلاً نصًا لحديث ابن ماجه عن ابن عباس مرفوعًا، ولأنه مال لزم مؤجلاً بعقد فكان كما التزمه كالثمن المؤجل، ويكون الدين حالاً على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن».

وكذلك يرون أنه لا يحل دين مؤجل بموت مضمون عنه ولا بموت ضامن إن وثق الورثة رب الدين برهن أو كفيل مليء وإلا توثق الورثة حل الدين فيطالبون به في الحال، وإن عجل الضامن المؤجل بغير إذن المدين لم يرجع حتى يحل الدين، لأن ضمانه لا يغيره عن تأجيله وإلا رجع عليه. [١٦١]

الدراسة والمقارنة:

١ – يتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه يجوز ضمان الدين الحال مؤجلاً ولابد أن يكون التأجيل إلى وقت معلوم.

ويجيز الحنفية والحنابلة التأجيل إلى وقت مجهول إذا كان

---

(١٦٠) مطالب أولي النهى للسيوطي ٣/ ٣١٢.

(١٦١) المغني، لابن قدامة ٤/ ٦٠٢.

متعارفًا عند الناس كالحصاد والدياس ونحوها.

٢ – يشترط المالكية لجواز ضمان الحال مؤجلاً شرطين وبدونهما لا يصح الضمان ويخالف في ذلك الفقهاء غيرهم، ولكن الراجح الجواز بدون هذين الشرطين، لأنه ليس من باب سلف جر نفعًا، لأن الكفالة إنما شرعت للتوثق والمقصود حصول صاحب الحق على حقه، وكون صاحب الدين يؤجل استيفاء استحقاقه مقابل تقديم ضامن له إنما هو من المعروف والتبرع للمضمون عنه، ولا يتبين من ذلك أنه سلف جر نفعًا.

٣ – يجيز الحنفية والشافعية والحنابلة ضمان المؤجل لأجل أبعد من أجله ويمنع ذلك المالكية خشية من أن يكون سلفًا جر منفعة، والراجح الجواز ويجاب عنه بما أجيب فيما سبق.

٤ – يرى جمهور الحنفية أن التأجيل يكون في حق الكفيل والمكفول.

ويرى الشافعية والحنابلة ومحمد من الحنفية أن التأجيل يكون في حق الكفيل وحده، ويكون على المكفول حالاً. **والراجح من ذلك:**

أرى أن الراجح من ذلك هو أن التأجيل يكون في حق الضامن دون المضمون عنه لما يأتي:

أ – لحديث ابن عباس مرفوعًا الذي مر ذكره آنفاً.

ب – إن الحق يتأجل في ابتداء ثبوته إذا كان بعقد، وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فإنه لم يكن ثابتًا عليه حالاً.

ج – إنه ولو كان الكفيل تبعًا للأصيل فإنه يجوز أن يخالف ما في ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل فإن الدين يحل عليه دون الضامن.

د – إن الطالب خص الكفيل بالتأجيل فيخص به كما إذا كفل حالاً أو مطلقًا ثم أخر عنه بعد الضمان.

٥ – يرى الحنفية أنه إذا مات الأصيل أو الكفيل قبل حلول الأجل فإن الدين يحل في مال الميت منهما دون الآخر، ويبقى في حق الحي منهما إلى أجله؛ لأن المبطل وجد في حق أحدهما دون الآخر.

ويرى الحنابلة أن الدين لا يحل على الميت منهما إذا وثق الورثة رب الدين برهن أو كفيل مليء وإن لم يوثق الورثة بذلك فإن الدين يحل في حق الميت منهما.

وقول الحنابلة إن الأجل يبقى على حاله إذا مات الكفيل أو المكفول عنه وقد وثق الورثة برهن أو كفيل مليء أرى أنه صحيح، لأنه لا ضرر في ذلك ما دام التوثيق موجوداً، بل فيه مصلحة الدائن ومن عليه الدين إلى الأجل المحدد للوفاء.

obeikandl.com

الفصل الرابع

أقسام الكفالة في القانون

ويندرج تحته ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: كفالة الالتزام المستقبل

المبحث الثاني: كفالة الالتزام الشرطي

المبحث الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في تلك الأقسام

obeikandl.com

obeikandl.com

الفصل الرابع

أقسام الكفالة في القانون

ورد في القانون ذكر نوعين للكفالة هما:

المبحث الأول: كفالة الالتزام المستقبل

تجوز كفالة الدين المستقبل وإن كان ديناً غير موجود وقت الكفالة وذلك مثل: فتح الاعتماد فإنه تجوز كفالته حيث يتعهد الكفيل للبنك بمقتضى عقد الكفالة بضمان تنفيذ الالتزام الذي ينشأ في ذمة العميل الذي فتح الاعتماد لمصلحته بعد الكفالة، إذ تنصب الكفالة عندئذ على ما قد ينشأ في ذمة العميل من ديون للبنك خلال فترة فتح الاعتماد، فهي كفالة لدين لم ينشأ بعد ولكنه محتمل الوجود في المستقبل. (١٦٢)

ويشترط لصحة هذه الكفالة شرطان:

١ – يجب أن يكون الدين المستقبل محدد المقدار في عقد الكفالة ومقدماً قبل عقدها.

٢ – أن تحدد لهذه الكفالة مدة معينة وخلال المدة لا يجوز للكفيل الرجوع في كفالته، فإذا لم يحدد مدة جاز للكفيل أن يتحلل

(١٦٢) التامينات الشخصية والعينية، جميل الشرقاوي، ص ٤٠، والوسيط، للسنهوري ١٠/٥٢.

من التزامه قبل نشوء الالتزام. وقد جاء ذكر هذه الكفالة في المادة ٧٧٨ من القانون المدني المصري، وكذلك المادة ٧٤٤ من القانون السوري، وكذلك المادة ١٠٥٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

فجاء في المادة ٧٧٨ مدني مصري ما نصه:

١ – «تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدمًا الدين المكفول.

٢ – على أنه إذا كان الكفيل لم يعين مدة الكفالة فإن له في أي وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ».

وجاء في قانون الموجبات اللبناني مادة ١٠٥٧ «يجوز أن يكون موضوع الكفالة موجبًا مستقبلاً».

obeikandl.com

المبحث الثاني

كفالة الالتزام الشرطي

وتجوز كفالة الالتزام الشرطي سواء كان الدين الأصلي المكفول معلقًا على شرط فاسخ أو معلقًا على شرط واقف.

ويترتب على تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي أن يرتبط مصير الأول بمصير الثاني وفقًا لتحقيق الشرط أو تخلفه، فإذا تحقق الشرط الواقف فأصبح الالتزام الأصلي نافذاً أصبح التزام الكفيل كذلك نافذًا، وإذا تخلف الشرط فزال الالتزام الأصلي زال التزام الكفيل، وإذا كان الشرط فاسخًا فيكون الالتزام الأصلي قبل تحققه نافذًا، وكذلك التزام الكفيل، أما إذا تحقق الشرط فيزول الالتزام الأصلي وكذلك التزام الكفيل.(١٦٣) وقد نصت على جواز كفالة الالتزام الشرطي المادة ٧٧٨ من القانون المدني المصري بقولها: «وكما تجوز كفالة الدين الشرطي» ويقابل هذه المادة ٧٤٤ من القانون المدني السوري.

---

(١٦٣) عقد الكفالة د/ منصور مصطفى منصور ص ٣٧.

المبحث الثالث

المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في تلك الأقسام

ذكرنا ما ورد في القانون من أنواع الكفالة ونقارن ذلك بما ورد في الفقه الإسلامي:

١ – إن كفالة الالتزام المستقبل التي ذكرها القانون هي الكفالة المضافة التي ورد ذكرها في الفقه الإسلامي وهي كقول القائل: أنا ضامن ما داينت به فلانا بعد شهر. ومن هذا نرى أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامي في صحة الكفالة المضافة إلى الزمان المستقبل وفيما يخص اشتراط كون المكفول معلومًا فهذا يتفق فيه القانون مع رأي بعض الفقهاء المسلمين الذين اشترطوا العلم بالمكفول خلافاً لغيرهم الذين يجيزون الكفالة ولو كان المكفول غير معلوم إذا كان مآله إلى العلم.

٢ – وفي كفالة الالتزام الشرطي، وهي الكفالة المعلقة على شرط، وقد أجازها جمهور الفقهاء المسلمين، والقانون بهذا يتفق معهم إلا أن الفقهاء يشترطون لجواز التعليق أن يكون المعلق عليه شرطًا ملائمًا ويطلق القانون الجواز من غير تقييد وبناء عليه فيجوز عندهم قول الشخص: إن دخل زيد الدار فأنا كفيل، ويمنعه الفقهاء لأنه غير ملائم، وأرى أنه لابد من تقييد الجواز بالتعليق بالشرط الملائم دون غيره.

٣ – إن القانون يجيز توقيت الكفالة كما جاء ذلك في المادة ٧٧٨ / ٢ «على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة فإن له في أي وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ بعد.»

ومن هذا يعلم جواز توقيت الكفالة وأنه إذا حدد للكفالة مدة فإنه لا يجوز للكفيل الرجوع في كفالته خلال هذه المدة.

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

٤ – أما تأجيل الكفالة المعجلة فهذا يجوز قانونًا.

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

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

٢ – ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون».

وكذلك المادة ٧٤٦ من القانون المدني السوري.

obeikandl.com

واشتراط تعجيل الكفالة المؤجلة على الأصيل شرط أشد من شروط الدين المكفول.

أما تأجيل الكفالة المعجلة بحق الكفيل بحيث تصبح عليه مؤجلة فإنها قد عقدت بشرط أهون من شروط الدين المكفول فتصح.

والقانون بهذا يتفق مع الفقه الإسلامي في القول بجواز تأجيل الكفالة الحالة على الأصيل لتصبح مؤجلة على الكفيل.

وأما تعجيل الكفالة المؤجلة في حق الأصيل لتصبح حالة في حق الكفيل فقد اختلف فيها الفقهاء: فمنهم من أجازها، ومنهم من منعها، والقانون يتفق مع المانعين، ولكن الأولى هو القول بالجواز؛ لأن الكفالة تبرع وقد تمت برغبة الكفيل ورضاه؛ لأنه هو الذي ألزم نفسه فيلزمه ما التزمه.

opeikandl.com