بسم الله الرحمن الرحيم

المعهد العالي للدراسات المصرفية والمالية

أمانة البحوث والتوثيق

المنتدى المصرفي السابع عشر

(الورقة الأولى)

الضمانات الصرفية المفهوم والتطبيق

إعداد:

د. ابراهيم محمد ابراهيم

رئيس قسم القضاء الاسلامي

كلية الشريعة والقانون

جامعة امدرمان الاسلامية

نوفمبر 1996م

الضمانات في الشريعة الاسلامية

وفيه مقدمة:

اولا: نظرية المسئولية في الشريعة الاسلامية:

جاء الاسلام خاتما لرسالات السماء وتكتمل به الشرائع الالهية هاديا للبشرية من ظلمات الجهالة والضلال الى نور الايمان الحق والطمأنينة وسعادة الدارين قال الله تعالى: (ان هذا القران يهدي للتي هي اقوم ويبشر المؤمنين الذين يعملون الصالحات ان لهم اجرا كبيرا، وان الذين لايؤمنون بالاخرة اعتدنا لهم عذاباً اليما) سورة الاسراء (9–10) وقال تبارك وتعالى (قال اهبطا منها جميعا بعضكم لبعض عدو فأما ياتينكم مني هدى فمن تبع هداي فلا يضل ولايشقى ، ومن اعرض عن ذكري فان له معيشةً ضنكا) سورة طه الآيات (123–124).

والاسلام دين ودولة ، عقيدة وشريعة وبهذا الوصف أحدث انقلابا هائلا في حياة الناس السياسة والاجتماعية والاقتصادية والفكرية والاخلاقية وغيرها من مجالات النشاط الانساني الواسع.

والاسلام بشموليته وعدالته المطلقة حيال الفرد والمجتمع والدولة قد اتي بأعدل النظم في نطاق المسؤولية الجنائية والمدنية بجانب وضع الاسس الفاضلة والمعايير الصادقة لقضية الكسب المادي والنشاط المالي للفرد والجماعة ،وقد اوضح القران الكريم والسنة النبوية المطهرة ميادين الحلال والحرام فيما يختص بالمعاملات المدنية – النشاط المالي والتجاري والاقتصادي للانسان ، قال النبي صلى الله عليه وسلم : (الحلال بين والحرام بين وبينهما امور متشابهات فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك ان يرتع فيه) وكما قال بعض السلف فهذا الحديث يعتبر احد اربعة أو ثلاثة احاديث قام عليها امر الدين الدين كله ، ليس هذا فحسب فالحديث المشهور المعلوم للكافة يقرر قاعدته العامة (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته الامام راع ومسئول عن رعيته والرجل راع في بيته ومسئول عن رعيته والمراة راعيته في بيت زوجها ومسئول عن رعيتها....) الحديث هذا فضلا عن ان الاسلام الحنيف قد جاء بمبدأ شخصية المسئولية قال الله تعالى : (ولا تزر وازرة وزرة اخرى) سورة الانعام الايه (164) وسورة الاسراء الايه (15) وجاء في سورة النجم (وبراهيم الذي وفى الا تزر وازرة وزر اخرى) وهذه

المسئولية تكتنف جميع مجالات الحياة بما فيها النشاط المالي والتجاري والاقتصادية للانسان اي المعاملات المدنية – وبناء على ذلك جاء القرأن الكريم ببيان الموقف الحقيقي للمسلم تجاه الثروة والمال والاكتساب ، قال تعالى في قصة قارون : (ان قارون من قوم موسى فبغى عليهم وآتيناه من الكنوز ما ان مفاتحه لتنوء بالعصبة اولى القوة اذ قال له قومه لاتفرح ان الله لايحب الفرحين ، وابتغ في ما أتاك الله الدار الاخرة ولاتنسى نصيبك من الدنيا واحسن كما احسن الله اليك ولا تبغ الفساد في الارض ان الله لايحب المفسدين) سورة القصص الايات (76–77) بل ان المسئولية تجاه النشاط المالي والتجاري للفرد والجماعة والدولة يقع ضمن مفهوم الخلافة التي كلف الله بها تعالى الانسان بقوله جل وعلا : (واذ قال ربك للملائكة اني جاعل في الارض خليفة ، قالوا اتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال اني اعلم ما لا تعلمون) سورة البقرة الايه (30).

فخلافا لما عليه الوضع في النظم الرأسمالية والشيوعية فان الاسلام قد اعطى الانسان التكريم والتفضيل والخلافة في الارض وشرع له حق استعمارها بالحق ووفقا للوحي الالهي : (والى ثمود اخاهم صالحا قال ياقوم اعبدوا الله مالكم من اله غيره هو انشاكم في الارض واستعمركم فيها فاستغفروه ثم توبوا اليه ان ربي قريب مجيب) سورة هود الاية (61). ومما سبق فان المسئولية الاجتماعية وما تستلزمه من تبعات ليست مطلقة وانما هي محكومة بمقتضى القران والسنه فاذن هي عقيدة معلومة من الدين بالضرورة لايأتي تناسيها أو سن القوانين بما يخالفها رغم ان الاسلام يعترف بمبدأ يعترف بمبدأ الملكية واحقية التملك والاتجار والسعي لزيادة الرزق لكل فرد لقوله جل وعلا: (هو الذي جعل لكم الارض ذلولا فامشوا في مناكبها واليه النشور) سورة الملك (15) وقال تعالي : (ومن يهاجر في سبيل الله يجد في الارض مراغما كثيرا وسعة.....) سورة النساء (100) .

اسباب الضمان في الشريعة الاسلامية

الاصل في الضمان في الشريعة الاسلامية انه يجبر الضرر الواقع وليس للعقوبة والجزاء. وبالتالي كما ذكر ذلك الاستاذ / على الخفيف – رحمه الله تعالى – فان التكليف بالضمان وهو مايطلق عليه اهلية الاداء في القانون الوضعي ليس شرطا للتضمين وانما الشرط هو توفر الاهلية الوجوب . هذا وقد عرف الامام الغزالي – رحمه الله تعالى– في كتابه (الوجيز في فقه الامام الشافعي) الضمان

بانه: وجوب رد الشئ او اداء بدله بالمثل او بالقيمة. فالضمان بهذا الوصف يشمل الالتزام باعتباره حق ثابت في ذمة الغير.

وقد تكلم فقهاء الاسلام عن اسباب الضمان في ثنايا كتبهم النفسية وذلك حسب الايجاز التالي:

أولا : الحنفية :-

تتلخص اسباب الضمان عند الحنفية في الاتلاف والاخلال بالعقد، وماهو في معنى ذلك والاعتداء سواء كان ماديا باحداث التلف او صوريا (معنويا) بالاخلال بالعقد وجلب الضرر يكونان من اقوي الدوافع للضمان في الفقه الحنفي . وعليه فان الانسان مسئول مسئولية مباشرة عن افعاله وتصرفاته فلا يضر بها غيره والالزمه التضمين.

ثانيا: المالكية :-

قال المالكية بان اسباب الضمان عندهم تنحصر في اربعة تصرفات هي : العقد والعدوان والتسبب ووضع اليد ، ومفهوم العدوان عندهم هو كالاحراق وهدم الدور وأكل الاطعمة ، اما التسبب فلا يفهم منه المباشرة وانما هي سبب من الاسباب المؤدية للاتلاف مثل حفر الابار واحراق وثيقة الدين او تمزيقها.

ثالثاً: الشافعية :-

ويوافق الشافعية المالكية في اسباب الضمان حسبما سبق ذكره مع ذكرهم للحيلولة كسبب من اسباب الضمان- والحيلولة عند الشافعية تعني ان يحال بين المالك وملكه.

رابعا الحنابلة:-

اما الحنابلة فذكروا ايضا ان اسباب الضمان هي العقد ووضع اليد والاتلاف وهذا القول يعضد القول باتفاق الائمة وفقهاء الشريعة على موجبات الضمان في الشريعة الاسلامية.

والضمان بالوصف السابق يشمل المسئولية الجنائية والمدنية – المالية للافراد – وقد اعتنى الاسلام عناية فائقة بالاموال باعتبار ان المحافظة على المال هي احدى الضروريات الخمس او مايسمى بالكيان الخمسي ، الوسائل المتبعة لحفظ المال – لتحقيق الاستقرار الاجتماعي – عقود

الاستيثاق وتشمل هذه العقود عقد الكفالة والحوالة والرهن.

وسيكون الحديث عن الكفالة باعتبارها وسيلة من وسائل الاستيثاق في الفقه المالي.

والكفالة لها اسماء عدة هي : حمالة وضمانة وزعامه ويقال للملتزم بالكفالة ضمين وكفيل وقبيل وزعيم وصبير ، وقال الامام للماوردي – من ائمة الشافعية " غير ان الفرق جار بأن الضمين مستعمل في الاموال والحميل في الديات والزعيم في الاموال العظام والكفيل في النفوس والصبير في الجميع".

وبهذا فان الضمانات المالية يدخل فيها عقد الكفالة – بجانب عقود الحوالة والرهن.

هذا وان الكفالة ثابتة بالقران والسنه والاجماع :

من القران الكريم :

قوله تعالى : (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) قال ابن عباس : الزعيم : الكفيل.

واما السنه المطهرة : فقوله – عليه الصلاة والسلام (الزعيم غارم) رواه ابوداؤد والترمذي وحسنه ابن حبان وصححه. وجاء في البخاري عن النبي صلى الله عليه وسلم – أتى بجنازة رجل ليصلى عليه فقال : (هل تراك شيئاً؟) قالوا : لا قال : (هل عليه دين؟) قالوا : نعم ، ديناران ، فقال : (صلوا على صاحبكم) قال ابو قتادة : هما على يارسول الله فصلى عليه النبي (صلى الله عليه وسلم).

واما الاجماع :

فقد اجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة لحاجة الناس اليها ورفع الضرر عن المدين والكفالة باب من اعمال البر والطاعة ، اما في الواقع فأولها ملامة واوسطها ندامة واخرها غرامة.

تعريف الكفالة(الضمانة) :

الكفالة في الفقه الحنفي والحنبلي – هي الضم ، وعند الشافعية هي الالتزام ، وفي الاصطلاح هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة مطلقاً ، اي ضم ذمة الكفيل الى ذمة المدين في المطالبة بنفس او بدين او عين ، فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل ولاسقط عن المدين الاصيل.

الكفالة (الضمانة عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة) :-

الكفالة هي = ضم ذمة الضامن الى المضمون عنه في التزام الحق – اي في الدين – فثبت الدين في ذمتها جميعا ذكر ذلك ابن قدامة في المغني.

ركن الكفالة : – هو الايجاب وحده عند جمهور الفقهاء فليس القبول بركن للكفالة أما ابوحنيفة ومحمد الحسن الشيباني فيريان ان الايجاب والقبول هما ركن الكفالة فلابد من صدور الايجاب من الكفيل (الضمين) والقبول من الدائن حتى تصير الكفالة (الضمانة) صحيحاً شرعاً.

وحسب قول الجمهور يصح ان تتم الكفالة (الضمانة) بالتزام الكفيل وحده في المعاملات المالية والجنائية كما لايشترط جمهور الفقهاء قبول المكفول له وهو الدائن – ولارضاه ودليل هذا حديث ابي قتادة السابق لم يتعرض لاشتراط قبول المكفول له اما رضا المكفول عنه – اي الاصل – فليس بشرط باتفاق الفقهاء ، لان قضاء دين الغير بغير اذنه جائز شرعا فالالتزام بضمانه من باب اولي.

اركان الكفالة عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة :-

فالكفالة او الضمان يتكون من الاركان الاربعة التالية :

1. الضمان : وهو كل من يجوز تصرفه في ماله فلايجوز الضمان الصادر من الصغير ولا السفيه والمجنون.
2. المضمون: وهو كل حق تصح النيابة فيه وهو الدين او العين المضمونة . وهذا يشمل المعاملات المالية ، ولايدخل في هذا الاطار جرائم الحدود والقصاص لعدم صحة النيابة فيها.
3. مضمون عنه وهو كل شخص مطلوب – مدين بمال سواء كان حيا او ميتاً.
4. الصيغة : وهي الايجاب

واضاف فقهاء الشافعية ركناً خامساً وهو المضمون له وهو الدائن – مستحق الدين.

ألفاظ الكفالة (الضمان):

للضمان – الكفالة – صيغ محددة في الشريعة الاسلامية والحنفية والشافعية يرون ان ألفاظ الضمان بالكفالة لما صريحة واما كناية ، واجمالا هي كل لفظ ينبي عن الفهدة الالتزام في عرف

الناس وعاداتهم.

الضمان الصريح:

هو ان يقول الكفيل – الضامن – تكلفة او ضمنت او : انا ضامن ما عليه او انا وعيم او قبيل او : حميل أو : هو – اي الدين الى او على او : لك قلبي ، أو : على ان اوافيك به او : على ان القاك به او : دعه الي .

شروط الكفالة:

هنالك عدة شروط في الضمان – الكفالة – منها مايتعلق بالكفيل ، او بالاصيل – المدين ، او بالمكفول له ، او بالمكفول به ،فالكفيل – الضامن –: هو الذي تلزمه المطالبه بالمال الذي عليه المدين ،

المدين : هو المكفول عنه – المضمون عنه – ويسمي ايضا بالاصيل

المكفول له : وهو الدائن.

والمكفول به : هو محل الكفالة وهو المال او النفس المكفولة

اولاً: شروط الكفيل : شرطان وهما :

1- اهليته العقل والبلوغ – لان الكفالة عقد تبرع بالتزام المال فلا تنعقد ممن ليس من اهل التبرع وهذا شرط متفق عليه.
2- الحرية : وهو شرط نفاذ التصرفات المالية فلايجوز الكفالة الصادرة من العبد.

شروط الاصيل – المدين :

1- قال جمهور الفقهاء وابو يوسف صاحب ابي حنيفة بصحة ضمان الدين عن الميت المفلس بدليل حديث ابي قتادة السابق ، فان ابي قتادة ضمن دين ميت مفلس لم يترط شيئا لوفاء دينه ، النبي – صلي الله عليه وسلم – قد حث الناس وخضهم على ضمان دين الميت في حديث ابي قتادة بقوله (الا قام اخوكم فضمنه).

2- ان يكون الاصيل معروفا عند الكفيل ، سواء كان غائبا او محبوسا.

شروط المكفول له – الدائن:

1. ان يكون معلوما ، واجاز المالكية والحنابلة الضمان مع جهالة المكفول له نحو : انا ضامن زيدا بالدين الذي عليه الناس استدلوا بقوله تعالى : (فقالوا : نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم)
2. ان يكون المكفول له حاضرا في مجلس العقد ، وهو شرط انعقاد عند ابي حذيفة ومحمد بي الحسن اذا لم يكن هنالك نائب عن المكفول له.
3. التكليف – العقل والبلوغ وهو شرط عند ابي حذيفة ومحمد بن الحسن.

شروط المكفول به (محل الكفالة او الضمان):

1. ان يكون مضمونا على الاصيل سواء كان دينا ام نفسا ام فعلا عند الحنفية بشرط ان تكون العين مضمونه بنفسها كالمغصوب والقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء.

والعين نوعان: اما ومضمونه ، فالأمانة كالودائع ومال الشركات والمضاربات والعارية والمستأجر في يد الاجير ، والعين المضمونة اما بنفسها المغصوب ونحوه، او بغيرها كالمبيع قبل القبض فانه مضمون بالثمن والرهن فانه مضمون بالدين.

اما العين التي هي امانة سواء كانت واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات ، او واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الاجير او المضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض والرهي فلا تصح الكفالة بها : لان العين التي هي امانه ليست بمضمونه ، ولان المضمون بغيره ليس بمضمون بنفسه ، فاذا هلك المبيع قبل القبض لايجب على البائع شئ ولكن يسقط الثمن عن المشتري ، واذا هلك الرهن لايجب المرتهن شئ ولكن يسقط الدين عن الرهن بقدره.

2- ان يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيدا وذلك في الاموال عند جمهور الفقهاء.

3- ان يكون الدين لازما صحيحا : وهو ملا يسقط الا بالاداء او الابراء.

ولا يشترط في الكفالة – الضمانة – بالمال عند جمهورية الفقهاء ان يكون الدين معلوم القدر والصفة والعين ، فتصح الكفالة بالمعلوم كقوله : تكفلت عنه بألف ، او بالمجهول كقوله : تكفلت عنه بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع من الضمان لان الكفالة – الضمانة – مبنية على التوسع فيحتمل فيها الجهالة.

ضمان الدرك :

والدرك : هو التبعة اي المطالبة والمؤاخذة ان لم يكن له حق ثابت لان الحاجة قد تدعوا الى معاملة الغريب ويخاف ان يخرج مايبيعه مستحقا ولايظفر به فاحتيج الى التوثيق به ، ويسمى ضمان الدرك ايضا بضمان العقدة لالتزام الضامن مافي عهدة البائع رده ، والعهدة في الواقع هي عبارة عن الصك المكفول فيه الثمن ولكن الفقهاء يستعملونه في الثمن مجازا.

اذا فالكفالة بالدرك هي الكفالة بما يدرك المال المبيع يلحق به من خطر بسبب سابق على البيع.

حكم ضمان الدرك:

اجمع الفقهاء على صحة ضمان الدرك : وهو ان يضمن شهص للمشتري الثمن اذا خرج المبيع مستحقا او معينا او معينا ناقصا اما لرداءته او لنقص صنجات الوزن التي وزن بها.

وقال الحنفية : الكفالة بالدرك جائزة وهي عبارة عن التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع ولايلزم الكفيل بالضمان حتى يقضي بالاستحقاق على البائع او على المشتري (انظر مجمع الضمانات ص 275).

وصحح الحنفية الكفالة – الضمان – فيما لو انسان لغيره : اسلك هذا الطريق فاذا اخذ مالك فأنا ضامن فاخذ ماله صح الضمان،والمضمون عنه مجهول ، وكذا الحكم لو قال الضامن : لو غصب فلان او واحد من هؤلاء القوم مالك فانا ضامن صح الضمان (أنظر مجمع الضمانات ص 270).

مذهب الشافعية :

ومذهب الشافعي الجديد هو انه : ينبغي ان يكون المضمون به (المكفول به) معلوما جنسا وقدرا وصفة وعينا ، وذلك لأن الضمان ماهو الا ثبات مال في الذمة لادمي بعقد فلم يجز مع الجهالة كالثمن

في المبيع.

واما ضمان الدرك فهو جائز عند الشافعية لحاجة الناس اليه

احكام الكفالة :

يري الحنفية والمالكية ان للكفالة حكمان هما :

الحكم الاول : ثبوت ولاية مطالبه الكفيل بما على الاصيل : والحق المطالبة به المضمون به يختلف بحسب الكفالة فإن كانت الكفالة بالدين فيطالب الكفيل بما على الاصيل بالدين ان كان الكفيل واحدا ، فان هنالك كفيلا والدين الف مثلا في كل واحد من الكفيلين يطالب بخمسمائة اذا لم يكف كل واحد عن منهما عن صاحبه لانهما استويا في الكفالة والمكفول به يحتمل الانقسام.

ولو ادي احد الكفيلين فلا يرجع على صاحبه لكنه يرجع على الاصيل بما دفع وادي من دين .

وان كانت الكفالة بالعين فيطالب الكفيل بتسليم العين ان كانت قائمة ويمثلها او قيمتها ان كانت هالكة .

هل يبرأ المدين (الاصيل) من الدين:

قال جمهور الفقهاء لايترتب على الكفالة – الضمانة – براءة المدين – الاصيل – من الدين بل الدائن مخير بين مطالبة الاصيل او الكفيل بسداد الدين اذا كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل ، وبهذا الوصف تصير الكفالة – الضمانة – حوالة في المعنى ، وهذا تفصيل مذهب الحنفية كما رواه الامام السرخسي في المبسوط (ج46/20)

مذهب الشافعية :

الشافعية يرون في اصح اقوالهم انه لاتجوز الكفالة بشرط براءة الاصيل لانه شرط ينافي مقتضى الضمان.

مذهب مالك :-

وقال الامام مالك في احد قوليه : ليس للدائن ان يطالب الكفيل الا اذا تعذر مطالبة الشخص المكفول عنه – المدين (الاصيل) ، لان الضمان وثيقة فلا يستوفي الحق منها الا عند تعذر استيفائه من

الاصيل كالرهن.

رأى آخر ببراءة الاصيل من الدين :-

قال الائمة : ابن ابي ليلى وابن شبرمة وابوثور وابن سيرين والظاهرية والامامية قالوا : ان الكفالة – الضمان – توجب براءة ذمه الاصيل من الدين ، فينتقل الدين الى ذمة الكفيل ، وعليه : لايملك الدائن مطالبة الاصيل اصلا كما في الحوالة : ودليلهم قصة ضمان ابي قتادة رضي الله عنه الدينارين على الميت ، فان الرسول – صلى الله عليه وسلم – قال له (جزاك الله خيرا وفك رهانك كما فككت رهان اخيك) فدل هذا على ان المضمون عنه – المدين – برئ من الضمان أي الدين المستحق لدائنه.

ولكن يرجع قول الجمهور لأن الكفالة لأنها هي ذمة الى ذمة في حق المطالبة او في حق اصل الدين، والبراءة تنافي الضم ، ولا ن الكفالة لو كانت مبرئة للأصيل لصارت حوالة وهما متغايران : لأن تغاير الاسامي دليل على تغاير المعاني في الاصل.

الحكم الثاني للكفالة: ثبوت ولاية مطالبة الكفيل للأصيل:

اذا كانت الكفالة بغير امر الاصيل فليس للكفيل حق ملازمة الاصيل اذا لوزم ولاحق الحبس اذا حبس وليس للكفيل المطالبة بالمال المضمون به قبل ان يؤدي هو وان كانت الكفالة بأمر الاصيل.
فاذا ادي الكفيل – الضمانة – كان له المحق ان يرجع بما دفعة على الاصيل اذا كانت الكفالة بامره لأن اعلاقة بينهما حينئذ هي علاقة قرض واستقراض، فالمدين الاصيل مستغرض والكفيل صار بأداء المال مقرضا والقاعدة ان المقرض يرجع على المستغرض بما اقرضه.
انتهاء المكفالة:-
تنهي الكفالة بالدين باحد أمرين هما:
اولا: اداء المال الة الدائن: سواء كان الاداء من جانب الاصيل او الكفيل – ويدخل في معنى اداء الدين ماذا وهب الدائن المال على الكفيل او الة الاصيل لأن الهبة بمنزلة الاداء.
الصدقة: ومثل الهبة التصديق بالدين على الكفيل او على الكفيل او الاصيل.

الارث: ويدخل في هذا الحكم ما اذا مات الدائن وورثه الاصيل او الكفيل، فان كان الوارث هو الكفيل – فان كان الوارث هو الكفيل فقد ملك مافي ذمته فيرجع على الاصيل بالدين، وان كان الوارث هو المكفول عنه برئ الكفيل.

ثانياً: الابراء ومافي معناه:–

اذا ابرأ الدائن الكفيل او الاصيل انتهت الكفالة الا انه اذا ابرا الدائن الكفيل لايبرأ الاصيل واذا ابرأ الاصيل يبرأ الكفيل، وذلك لأن اصلا على الاصيل لاعلى الكفيل فكان ابراء الاصيل اسقاطا للدين عن ذمته فيسقط حق مطالبة الكفيل – الضامن – بالضرورة لأنه اذا اسقط الاصل سقط الفرع.

ابراء الكفيل:

اذا ابرا الدائن الكفيل فهو ابراء عن المطالبة لا عن الدين اذ لادين على الكفيل، وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط اصل الدين عن الاصيل.

الحوالة:–

اذا احال الكفيل او المدين بمال الكفالة على رجل وقبل المحال انتهت الكفالة لأن الحوالة مبرئة عن الدين والمطالبة جميعاً.

الصلح:–

وتنتهي الكفالة ايضا بالصلح بأن الكفيل الدائن على بعض الحق المطلوب – المضمون به.

وهذا يبرأ الاصيل والكفيل في حالتين هما:

ان يقول الكفيل للدائن: (على اني والمكفول عنه بريئان من الباقي).

او يقول: (صالحتك على كذا) مطلقا عن شرط البراءة، وكما ذكر الحنفية: يبرأ الكفيل وحده في حالة واحدة وهي ان يقول في الصح: على اني برئ من الباقي .

رجوع الكفيل على الاصيل بالضمان

اولا: شروط رجوع الكفيل على الاصيل بالضمان:

مذهب الحنفية والشافعية:

فصل ائمة فقها الحنفية كالكاساني والسرخسي والميرغنياني وغيرهم شروط رجوع الكفيل على الاصيل بالضمان (الدين) المدفوع على النحو التالي:

1–ان تطون الكفالة – الضمان – بأمر المكفول عنه – المضمون عنه او باذنه،

فان تم الكفالة – الضمان – بدون اذن المدين ولارضاه لم يكن للكفيل الرجوع عليه بما دفعه من ضمان، لأن الكفيل حب يكون حينئذ متبرعاً بالضمان الذي دفعه ــ ومن ناحية اخرى اخرى دل حديث ابي قتادة السابق على صحة ضمان ابي قتادة لدين الميت حيث صلى على النبي – صلى الله عليه وسلم.

مذهب المالكية والحنابلة:

قال الامام مالك والامام احمد في رواية عنه: لايشترط ان يكون الضامن باذن الضمون عنه لانه قضاء مبرئ من دين واجب فكان من ضمان من قو عليه كالحاكم اذا قضاء عنه عند امتناعه.

2- ان تكون الكفالة – الضمان – باذن صحيح:

بمعنى ان يصدر هذا الاذن الصحيح من شخص اهل لصدور الاقرار عن نفسه بالدين، وبناء على ذلك لاعبره الصبي المحجور عن التصرفات، فلا يحق للكفيل الرجوع عليه بما أداء من ضمان، لأن العلاقة استقراض واستقراض الصبي لايتعلق به الضمان.

3- اضافة الضمان الى الاصل: بأن يقول المدين – الاصيل – للضمان: اضمن على، لأن المدين لذا لم يصف الى نفسه فلا يتحقق معني الاقراض الذي تقوم عليه العلاسقة بين الكفيل والاصيل، ذلك لأن الكفالة بالنسبة للمكفول عنه استقراض (اي طلب القرض) وبالنسبة للكفيل بعد الاداء اقراض للمكفول عنه، وهو نائب عن الاصيل في الاداء الى المكفول له الدائن – واما بالنسبة للمكفول له – الدائن فضمان الكفالة تمليك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل بما اخذه من المال، فيرجع على المكفول عنه بما اقرضه.

4- ان لايكون للأصيل – المدين – على الكفيل دين مثل الذي أداه الكفيل: لان اذا قام الكفيل بسداد دين الاصيل في هذه الحالة حصلت مقاصة بينهما (والمقاصة لغة هي المساواة وفقها عرفها ابن جزئي بانها: اقتطاع دين من دين، وابها متاركة ومعاوضة وحوالة، وعرفها الدردير بقوله، هي اسقاط مالك من دين على غريمك في نظير ماله عليك بشروط، وعرفها الحنابلة: بأن يستوي الدينان جنسا وصفة وحلولا وآجلا وقدراً، وعرف ابن القيم – رحمه الله تعالى، المقاصة بقوله، سقوط احد الدينين بمثله جنساً وصفة).

<u>احكام متفرقة لضمان الكفالة:</u>

1. لو وهب صاحب الدين المال للكفيل، كان لهذا الكفيل الرجوع بالدين على المدين الاصيلي (الاصيل) لأن الهبة في هذه الحالة في معني أداء ضمان الكفالة عن المدين اما اذا وهب الدين الى الاصيل فان تلقائياً يبرأ من الضمان.
2. موت الدائن:

اذا مات الدائن وورثه الكفيل، فان له الحق بالرجوع على الاصيل بالدين، اما اذا ورثه الاصيل فان الكفيل يبرأ مباشرة من الضمان، ذلك لأن الارث من اسباب الملكية فمتى ملك الاصيل المال يرى فيبرأ الكفيل تبعاً لذلك.

3. ابراء الدائن للاصيل:

اذا ابراء الدائن الكفيل عن الضمان لايكون لهذا الكفيل حق في الرجوع على الاصيل بالضمان، لأن الابراء حكمه الاسقاط، وهو بالنسبة للكفيل في هذه الحالة ينحصر فقط في اسقاط حق المطالبة بالضمان لاغير.

4. اذا أبرا الكفيل – الضمان – الاصيل مما ضمنه باذنه أو وهبه اياه جاز هذا التصرف فلو ادى الكفيل الدين – الضامن – بعدئذ فلا يحق له الرجوع بهذا الضمان على الاصيل.
5. قال المالكية والشافعية يرجع الكفيل على الاصيل بما غرم – اي بما ادى فعلا من الضمان – لانه هو الشئ الذي بذله وكذلك في حالة الصلح او الابراء من بعض الدين يرجع الكفيل بما أدي من الضمان.

الحنابلة:

قالوا بأن الكفيل يرجع على الاصيل بأقل الامرين: مما قضى من الضمان او قدر الدين – لأنه ان كان الاقل هو الدين فالزائد من الضمان المدفوع لم يكن واجبا فالكفيل متبرع بأ دائه ابتداء.

اما ان كان الضمان المؤدى فعلا هو الاقل فانما يرجع الكفيل في هذه الحالة على الاصيل بما غرم فعلا فيكون الحنابلة هنا اقرب للمالكية والشافعية .

الحنفية:

اما الحنفية فقالوا: ان الكفيل يرجع على الاصيل بما ضمن لا بما أداه، لأن الضامن بالاداء قد ملك ما في ذمة الاصيل، فيرجع عليه بما الكفالة، وبناء على ذلك اذا كانت الكفالة على شئ جيد ولكن الكفيل ادى ماهو ادون جودة، فللكفيل الحق بالرجوع على الاصيل بالشئ الجيد، وكذلك اذا كفل دينا نقديا

فأدى عنه مكيلا او مزونا او عروض تجارة فانه يرجع بما ضمنه (كفله) من الدين النقدي لابما ادي من تلك الاصناف.

وهذا الحكم خلافا للوكيل بقضاء فانه يرجع على موكله بما ادى – فعلاً – من مال لا بالدين الموكل به.

حكم الاجرة على الكفالة – الضمان –

الكفالة، اساسا عقد تبرع وطاعة يثاب عليها الانسان لانها من باب التعاون على الخير وللكفيل الرجوع على المكفول عنه بما تحمله من مسئولية الضمان اذا تم السداد للجهة للمكفول لها، والاولى في نظر الشريعة الاسلامية ان يتم كله تبرعا بدون مقابل مادي فهذا يجعل التعامل في هذه المسـألة ابعد عن الشبهة والريبة.

ولو قام المكفول له – الدائن – بتقديم قدر من المال للكفيل هبه او هدية جاز ذلك لقاء المعروف الذي قام به الكفيل – ولكن ان اشترط الكفيل تقديم مقابل او اجر نظير كفالته وضمانه للشئ المكفول به، وتعذر على المكفول عنه تحقيق مصلحته عن طريق المحسنين المتبرعين جاز هنا دفع الاجر والمقابل للكفيل للضرورة والحاجة الملحة.

اساس القول بالجواز: واساس القول بالجواز في هذه الحالة ان الفقهاء اجازوا دفع الاجر للحاجة لاداء القربات والطاعات من تعليم القران والامامة وغيرها من المصالح العامة.

ولكن لايجوز المبالغة والمغالاة في طلب المقابل في هذه الحالات حتى لاتخرج الكفالة عن حكمها الاصلي وهو التبرع والاحتساب.

والله ولي التوفيق،،،،،

1-في المرحلة الاولى (1) كان تكوين هيئة الرقابة الشرعية قاصراً على عدد من علماء الشريعة . يستعينون على تكييف وفهم الواقع العملي على ادارة المصرف العليا واداراته التخصصة . وبناء على تكييف الواقع العملي تصدر الهيئة فتواها وقراراتها وتوجيهاتها . كما تضع نماذج العقود في المجالات المختلفة نشاط المصرف.

2-وفي مرحلة لاحقة ادخل على عضوية الهيئة خبرة قانونية لها إلمام باحكام الشريعة الاسلامية لضبط المعاملات من الناحية القانونية وللتنسيق بين المعاملات المصرفية والقوانين السارية في البلاد.

3-وكان تكوين الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية يمثل المرحلة الثالثة (3) في تطوير هيئة الرقابة الشرعية، اذ جاء تكوينها:

(أ) من عدد المتخصصين في الشريعة بخيرة في المعاملات المصرفية والخبرة القانونية.

(ب) ومن عدد من المتخصصين في الاقتصاد مع الاهتمام بالدراسات الاسلامية في مجال تخصصهم.

(ج) وبخبرة مصرفية متخصصة.

(ح) وبأمانة عامة متفرعة لاعداد البحوث والدراسات وتقديم الاعمال امام الهيئة ومتابعة قراراتها وتوصياتها والبت في المسائل العاجلة التي تعرض عليها والتنسيق مع الجهات المختلفة في الجهاز المصرفي.

(خ) وان تكون رقابة مركزية على كل الجهاز المصرفي بما فيه البنك المركزي.

(د) ان تكون رقابة مركزية على كل الجهاز المصرفي بما فيه البنك المركزي.

(ذ) ان تنظر الى الرقابة الشرعية نظرة كلية ما كانت تتيسر لهيئات الرقابة الشرعية، (نماذج) المعهد.

(ر)وانها عملت على تأهيل ادارات الرقابة على المصارف لتقوم بالرقابة على مستوى السياسات والتفتيش والمراقبة.

<u>ادارة الفتوى والبحوث:</u>

4-دون النظر في التسلسل التاريخي نجد ان بنك التضامن الاسلامي سعى مبكرا الى تطوير الرقابة الشرعية بغرض الاسراع بها الى غاياتها في الرقابة الذاتية، فمن اجمل العمل على ازالة الازدواجية بين الفقه الشرعي وفنيات العمل المصرفي انشا البنك ادارة متخصصة هي ادارة الفتوى والبحوث (3) لتقوم مقام هيئة الرقابة الشرعية.

وتتكون هذه الادارة من ثلاث شعب هي الشريعة والاقتصاد والقانون على ان تعمل متعاملة ومتكاملة بتبادل المختصون فيه المعرفة والخبرة بغرض المزاوجة بين فقه الواقع الذي كانت

تمثله شعبتا الاقتصاد والقانون والنظر الشرعي الذي تمثله شعبة الشريعة .. والهدف من كل ذلك ان نقرب الى الفقيه اليرفي والاقتصادي والى الاقتصادي الفقيه.

ملحوظة:

اما فيما يختص ببقية أنواع الضمانات الشرعية في المعاملات المدنية كالرهن والحوالة فنرجو ان تتاح لنا فرصة اخرى لاستعراض احكامها في الشريعة الاسلامية.

سبحانك اللهم وبحمدك اشهد ان لا اله الا انت استغفرك واتوب اليه.

(... ان اريد الا الاصلاح ما استطعت وما توفيقي الا بالله عليه توكلت واليه انيب)

أقدم ذلك فيما كان فيه من حق وصواب فمن الله وحده واحمده على ذلك واشكره حمدا وشكرا عدد خلقة ورضاء نفسه وزنه عرشه ومداد كلماته، ما كان فيه من خطأ وسهو ونسيان فمني والشيطان واستغفر الله العظيم الجليل لذلك . وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين- وصل اللهم وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا كثيرا.