حكم كفالة المرأة في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة بالقانونين المصري والإماراتي

د. صابر محمد محمد سيد *

* أستاذ الفقه المشارك بكلية الدراسات الإسلامية والعربية – دبي

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص البحث

الحمد لله والصلاة والسلام على رسوله الله محمد بن عبد الله سيد الأولين وخاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله وأصحابه والتابعين من تبعهم بإحسان إلي يوم الدين ... وبعد فإن هذا البحث يدور موضوعه حول حكم كفالة المرأة. وجمهور الفقهاء على أنها في ذلك كالرجل لها الحق في أن تكفل عن غيرها ما عليه من دين لشخص آخر كما أن لها تتكفل بالوجه. أما القوانين الوضعية فلم تفرق فيما يتعلق بالكفالة بالمال بين الرجل والمرأة كما هو الحال عند جمهور فقهاء المسلمين، وفيما يتعلق بالكفالة بالنفس فإن بعض القوانين الوضعية لم تنظمها أصلا كالقانون المصري والبعض الآخر نظمها ولكن أعطي للزوج الحق في أن يرد الكفالة بالنفس الصادرة من زوجته ولوكان دين من ضمنته أقل من ثلث مالها كقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة طبقا لنص المادة ١٠٧٤م قانون المعاملات المدنية الإماراتي .

والله هو الموفق والهادي إلي سواء السبيل

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على عبده ورسوله وصفيه وحبيبه سيد الأولين والآخرين محمد الأمين، وعلى آله وصحبه الأطهار الطيبين ومن اتبع سنته وسلك طريقه إلي يوم الدين...وبعد

فالجاهلون بحقيقة الشريعة الإسلامية الغراء زعموا قديما وحديثا بأن الإسلام لم ينصف المرأة، ولم يسو بينها وبين الرجل في بعض الحقوق كما هو الحال في الميراث والشهادة، وفرض عليها الحجاب وأباح للرجل أن يعدد زوجاته ولم يبح للمرأة أن تعدد الأزواج، وجعل القوامة للرجال على النساء، وقيد حريتها في إجراء بعض التصرفات المالية .. الخ

والحقيقة أن الإسلام قد اعتنى بالمرأة أتم العناية، فحفظ حريتها، وأعطاها الحق في إجراء التصرفات المالية كما تشاء ضمن الدائرة المشروعة للرجل، ولم يجز لأحد من الناس أن يتصرف في مالها بغير إذنها، وكرمها كما كرم الرجل حيث قال المولى عز وجل في كتابه بصيغة العموم" ولقد كرمنا بني أدم "(١)

لكن من الأهمية بمكان الإشارة إلي أن المساواة في الحقوق والواجبات ليست مطلقة كما يريدها بعض من يدعون الدفاع عن المرأة بل هي من منظور الشريعة الإسلامية مسألة أهلية وكفاءة، ومن هذا المنظور أعطى الإسلام كلا من الرجل والمرأة ما يناسبه من الحقوق والواجبات.

من أجل هذا أردت أن أكتب في مسألة لها علاقة بهذا الموضوع وهي "**حكم كفالة المرأة**" حتى يتضح أن الإسلام قد سوى بين الرجل والمرأة في واحدة من أهم المسائل

(١) سورة الإسراء الآية ٧٠

المالية وهي قدرتها على القيام بالتصرفات التبرعية، لأن الكفالة تصرف تبرعي ..وقد كان منهجي في هذا البحث هو المنهج الفقهي المقارن حيث أقوم بعرض المسألة في الفقه الإسلامي أولا فإن كان هناك خلاف ذكرته وذكرت أدلته والرأي الراجح، ثم أذكر المسألة في القانون المدني مبينا مدى اتفاقه أو اختلافه مع الفقه الإسلامي وبأي الآراء أخذ .فإن كنت قد وفقت في ذلك فالحمد والشكر لله وإن كانت الأخرى فمني ومن الشيطان والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل.

وفي حدود ما اطلعت عليه لم أعثر على كتاب أو بحث في هذا الموضوع إلا ما قد يشار إليه عرضا أو على سبيل المثال عند الكلام عن أهلية المرأة للتبرع.

وقد قمت بتقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث.:

المبحث الأول: في تعريف الكفالة وأنواعها

المبحث الثاني: الشروط التي يجب توافرها لصحة الكفالة من المرأة

المبحث الثالث:حكم كفالة المرأة

والله هو الموفق

المبحث الأول

مفهوم الكفالة وأنواعها

أولا : مفهوم الكفالة

الكفالة في اللغة: كفل في اللغة من باب قتل يقال كفل الرجل كفالة ضمنه ويقال كفل المال وكفل عنه المال لغريمه فهو كافل، والكفيل الضامن وأكفله المال ضمنه وكفله إياه وهو وهي كفيل[٢]. وكفل بالرجل كفالة ضمنه وكفل الصغير رباه وأنفق عليه فهو كافل، وكفّل فلانا الصغير جعله كافلاً له، وهو وهي كفيل جمع كفلاء[٣].

وجمع الكفيل كفلاء وتكفل بالشيء أوجبه على نفسه يقال تكفل بالدين التزم به[٤]. والكفيل الضامن يقال كفل عنه بالمال وأكفله المال ضمنه إياه وكفله .[٥] والكفيل الزعيم يقال زعم به زعما وزعامة أي كفل وزعمت به زعما وزعامة أي كفلت .[٦] والكفيل الحميل والحمالة الغرامة التي يحملها قوم عن قوم، قال الأزهري الحميل الكفيل وجمع الحمالة بالفتح حمالات[٧].

الكفالة في اصطلاح الفقهاء :

قيل: هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقا بنفس أو بدين أو بعين [٨]

(٢) الرازي مختار الصحاح ص ٥٧٤ الناشر دار الحديث، المعجم الوجيز، إصدار مجمع اللغة العربية ١٤١٥هـ١٩٩٤م مادة كفل ص ٥٣٧

(٣) المعجم الوجيز ،إصدار مجمع اللغة العربية، مادة كفل ص ٥٣٧

(٤) ابن منظور لسان العرب ج٥ ص ٣٩٠٦ط دار المعارف .، المعجم الوجيز، المرجع السابق ص٥٣٧

(٥) مختار الصحاح ص ٥٧٤، الفيروز أبادي الشيرازي ٠القاموس المحيط ج٤ ٢٤٥ ط ثانية ١٣٧١هـ ١٩٥٢، المعجم الوجيز، المرجع السابق ص ٥٣٧

(٦) الرافعي ٠ المصباح المنير ج١ ص ٢١٧ط المكتبة العلمية، بيروت .القاموس المحيط ج٤ ص ١٢٥

(٧) المصباح المنير ج١ ص ١٥١

(٨) ابن نجيم، البحر الرائق ج٦ ص ٢٢١ ط دار المعارف

وقيل هي" التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة[٩]

ثانيا: أنواع الكفالة: يتضح من تعريف الكفالة في اللغة وفي الاصطلاح أنها نوعان كفالة بالمال سواء دينا ثابتا في الذمة أو عينا مضمونة وكفالة بالنفس وقد عرف الفقهاء كليهما على النحو التالي :

الكفالة بالمال:

عرفتها الحنفية بأنها: ضم ذمة إلى ذمة في الدين [١٠]

وعرفها المالكية بأنها شغل ذمة أخرى بالحق[١١] ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع لأنه يشمل الحوالة إذْ بقبول المحال عليه للحوالة تصير ذمته مشغولة بالدين المحال.

وعرفتها الشافعية بأنها : تضمين الدين في ذمة من لا دين عليه [١٢]

ويؤخذ عليه أنه غير مانع لأن التضمين كما يكون بالضم يكون بالنقل ومن ثم تدخل فيه الحوالة لأنه تنقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى [١٣]

وعرفها الحنابلة بأنها: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعا."[١٤]

وأرى أن تعريف الحنفية والحنابلة هو الراجح لأنهما استعملا لفظ الضم لا لفظ الشغل أو التضمين فخرجت بذلك الحوالة فصار التعريف مانعا، كما يدل لفظ الضم أيضا على ثبوت الدين المضمون في ذمة كل من المدين الكفيل ومن ثم ثبوت حق للدائن في أن يرجع على أيهما بالدين خلاف لمن يرى أن الكفيل مطالب فقط لأن المطالبة بإيفاء الدين بلا دين محال[١٥].

---

(٩) الشربيني، مغني المحتاج، ج٢ ص ١٩٨ ط دار إحياء التراث العربي.

(١٠) ابن نجيم، البحر الرائق، ج٦ ص ٢٢١ دار المعرفة للطبع والنشر، بيروت. الزيلعي، تبيين الحقائق ج ٤ ص ٢٤٦ دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان .

(١١) الحطاب، مواهب الجليل، ج٥ ص ٩٦ الطبعة الثانية

(١٢) ألركبي، النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ج١ ص ٣٤٦، مطبوع بالمهذب للشيرازي طبعة مصطفي الحلبي

(١٣) ابن نجيم، المرجع السابق، ج٦ ص ٢٦٦

(١٤) ابن قدامة: المغني والشرح الكبير ج ٥ ص ٦٠ ط دار الكتاب العربي .بيروت، لبنان

(١٥) راجع المراجع المذكورة سلفا عند الحنفية والحنابلة

تعريف الكفالة بالمال في القانون المدني :

عرفها القانون المدني المصري في المادة ٧٧٢ بأنها: عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه .

وعرفها قانون المعاملات الإماراتي في المادة ١,٥٦ بأنها" ضم ذمة شخص هو الكفيل إلى ذمة مدين في تنفيذ التزامه".

وكان من الأفضل أن تحذف كلمة "الكفيل" وأن يأتي التعريف على النحو التالي "ضم ذمة شخص إلى ذمة مدين.. الخ لأن تفسير قيد التعريف يكون خارجه.

ويلاحظ من هذين التعريفين ما يلي :

أولا :الكفالة في القانون المدني المصري عقد طرفاه الدائن والكفيل، أما المدين فليس طرفا فيه، فهي تتم بمجرد توافق إرادتي الدائن والكفيل فقط دون حاجة لرضاء المدين، بل يمكن أن تتم دون علمه ورغم ومعارضتها لها .[١٦]

وبذلك يتضح أن حكم القانون المدني في هذه المسألة يتفق مع ماذهب إليه الحنفية والشافعية في قول والإمامية والظاهرية .[١٧]

أما في قانون المعاملات الإماراتي فإن الكفالة تنعقد وتنفذ بإرادة الكفيل وحده ما لم يردها المكفول له فهي ليست عقدا بل تصرفا يتم بإيجاب الكفيل وحده [١٨].

وما أخذ به قانون المعاملات الإماراتي يتفق مع ما ذهب إليه المالكية والشافعية في الأصح عندهم والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية من أنه لا يلزم لانعقاد الكفالة رضاء المكفول له بها بل تنعقد بإرادة الكفيل وحده [١٩].

---

(١٦) د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، ف ١٥ ص ٣١ ط ١٩٥٠م دار نشر الثقافة الجامعية بالسكندرية.

(١٧) يرى هؤلاء الفقهاء أن رضاء المكفول له بالكفالة لازم لانعقادها ولا يكفي رضاء الكفيل فقط ٠ راجع بدائع الصنائع للكاساني ج٦ص ٢ دار الكتاب العربي بيروت ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م، المهذب للشيرازي ج١ ص ٣٤٧ ط مصطفي الحلبي ' المحلي بالآثار لابن حزم ج٨ص ١١١منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي، المجلد الأول ص ٢٠٦، مكتبة الحياة بيروت ٠

(١٨) المادة ١٠٥٧ معاملات إماراتي .

(١٩) الإمام مالك، المدونة الكبري المجلد الخامس ص ٢٥٩ دار صادر بيروت، المهذب ج١ص ٣٤٧، الشربيني، مغني المحتاج ج٢ص ٢٠٠ دار إحياء التراث العربي بيروت، ابن قدامة المغني والشرح الكبير ج٥ص ٧١

ثانيا : يلزم لقيام الكفالة في القانون الوضعي وجود التزامين :

الأول: التزام أصلي وهو الالتزام المكفول.

والثاني : التزام تبعي يقوم بجانب الالتزام الأصلي لضمان الوفاء به، وموضوعه هو أن يقوم من يتحمله بالوفاء بالالتزام الأول .

الكفالة بالنفس :

عرفها البعض بأنها: التزام إحضار المكفول إلى المكفول له [٢٠].

وعرفها البعض الآخر: بأنها إحضار الغريم وقت الحاجة إليه [٢١]. أي إحضار ذاته لرب الدين عند الحاجة [٢٢] بأن يجمعه مع مطالبه في مواضع الحكم [٢٣]

وقد نظم قانون المعاملات الإماراتي الكفالة بالنفس أو ضمان الوجه وهي عبارة عن التزام الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له [٢٤].

أما القانون المدني المصري فلم ينظم الكفالة بالنفس. [٢٥] ويرى بعض فقهاء القانون أن الكفالة بالنفس لا تعتبر كفالة حقيقية لأن التزام الكفيل التزام تابع لالتزام المدين الأصلي، أما الكفيل بالنفس فيلتزم التزاما أصليا بعمل معين هو إحضار المدين يوم حلول أجل الدين، ويرتب القانون على عدم إحضاره للمدين وقت حلول الأجل التزامه بالدين.[٢٦] فمن يلتزم في مثل هذه الحالة لا يكون كفيلا ولو سمي كذلك .[٢٧]

---

(٢٠) الشربيني: مغني المحتاج، ٢ / ٢٠٣. ط دار إحياء التراث العربي، بيروت

(٢١) النفراوي :الفواكه الدواني ٢/ ٣٢٣ الطبعة الثالثة ١٣٧٤ هـ ١٩٥٥م

(٢٢) الشرح الكبير للشيخ أحمد الدر دير ج٣ ص ٣٤٤

(٢٣) القوانين الفقهية لابن جزئ ج١ ص ٢١٤

(٢٤) المادة ١٠٦٨ من قانون المعاملات الإماراتي .

(٢٥) د. محمد كامل مرسي، العقود المسماة، ف ١٤٦ ص ١٨٥ المطبعة العالمية ١٩٤٨ م

(٢٦) د. السنهوري، الوسيط ١٠ / ف ١٣ ص ٢٧ بالهامش .

(٢٧) د. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، ف٢ ص ١٠ بالهامش .

المبحث الثاني

الشروط التي يجب توافرها في المرأة لصحة كفالة المرأة

لا تكون الكفالة من المرأة صحيحة إلا إذا توافرت فيها الشروط الآتية:

١- رضاؤها بالكفالة .

أجمع الفقهاء على أن الكفالة لا تصح إلا إذا رضي بها الكفيل بل هي عند المالكية والشافعية في الأصح والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية تنعقد بإرادة الكفيل وحده دون حاجة إلى رضاء الدائن [٢٨]

بينما يرى الحنفية والشافعية في قول والإمامية والظاهرية أنه يلزم رضاء الدائن بالكفالة كرضاء الكفيل [٢٩] والخلاصة أن الفقهاء متفقون على أن رضاء الكفيل بالكفالة أمر لا بد منه لصحتها .

وفي القانون المدني المصري الكفالة عقد بين الدائن والكفيل، والعقد طبقا للقواعد العامة لا يقوم ولا ينشأ إلا إذا رضي به طرفاه وهما هنا الدائن والكفيل بأن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين باللفظ أو بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود .[٣٠] ولا يلزم لانعقاده أي إجراء شكلي آخر .أما المدين فرضاه غير لازم لانعقاد الكفالة بل تجوز الكفالة بغير علمه أو رغم معارضته لأنه ليس طرفا فيها [٣١]. كما أن القواعد العامة في القانون المدني

---

(٢٨) الكاساني : بدائع الصنائع، ٦ / ٢ ط دار الكتاب العربي، بيروت ١٤٠٢ هـ، ١٩٨٢م المدونة الكبرى ٥/ ٢٥٩ ط دار صادر، مغني المحتاج ٢ / ٢٠٠، المغني والشح الكبير ٥ / ٧٢ ط دار الكتاب العربي،

(٢٩) بدائع الصناع ٦ / ٢، الشيرازي: المهذب ١ / ٣٤٧ ط مصطفي الحلبي، الحلي : شائع الإسلام / ٢٠٦ منشورات مكتبة الحياة، لبنان، ابن حزم: المحلي بالآثار، ٨ / ١١١ منشورات المكتب التجاري للطبع والنشر،

(٣٠) أنظر المدتان ٨٩، ٩٠ من القانون المدني المصري .

(٣١) د. رمضان أبو السعود - التأمينات الشخصية والعينية، ١ / ٧٢ الطبعة الأولي ١٩٨٠ م د. سمير عبد السيد - التأمينات الشخصية والعينية ف١٤ ص ٣٦ منشأة المعارف بالإسكندرية .

تقضي بأن الوفاء بالالتزام يصح من غير رضاء المدين[٣٢] وقد نص القانون المدني المصري صراحة في المادة ٧٧٥ على أنه " تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجوز رغم معارضته"

أما في قانون المعاملات الإماراتي فإنه يكفي لانعقاد الكفالة أن يرضى بها الكفيل فقط دون حاجة إلى رضاء الدائن ما لم يردها فقد نصت المادة ١,٥٧/ ٢ من هذا القانون على أنه " ويكفي في انعقادها ونفاذها إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له "وإذا كان رضاء الدائن غير لازم لانعقاد الكفالة فأولى رضاء المدين.

و يجب أن تكون إرادة كل من الدائن والكفيل غير مشوبة بعيب من عيوب الرضا الأخرى كالغلط والتدليس والإكراه وإلا كان عقد الكفالة قابلا للإبطال طبقا للقواعد العامة في هذا الشأن لعدم وجود نص قواعد خاصة بعقد الكفالة [٣٣].

وبذلك يكون القانون المصري قد أخذ بالرأي القائل في الفقه الإسلامي أن الكفالة عقد يلزم لانعقاده رضاء كل من الكفيل والدائن وهم الحنفية والشافعية في قول والظاهرية و الإمامية .بينما القانون الإماراتي قد أخذ بالرأي الآخر الذي يرى أن الكفالة تصرف يتم بإرادة الكفيل وحده دون حاجة إلى رضاء المكفول له وهم المالكية والشافعية في الأصح والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية.

وهذا الشرط من شروط الانعقاد أي لا تنعقد الكفالة في القانون الوضعي بدونه أما في الفقه الإسلامي فيعتبر عند البعض شرط صحة لا شرط انعقاد.

٢- أن تكون مختارة فإن أكرهت على الكفالة فلا تصح الكفالة للأسباب الآتية: (أ) الكفالة تصرف تبرعي من الكفيل ولا يجوز إكراه شخص على التبرع.

(ب) الكفالة التزام مال بعقد فلا تصح بغير رضاء الملتزم كالنذر.

---

(٣٢) د. محمد كامل مرسي - العقود المسماة ف ٢٨ ص ٣٥. د. نبيل إبراهيم سعد. التأمينات العينية والشخصية. ف٢٥٩ ص ٢٦٨ منشأة المعارف بالإسكندرية .د. منصور مصطفي. عقد الكفالة ف١٢ ص ٢٧ ط ١٩٦٠م

(٣٣) د. محمود جمال الدين ذكي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية ف ٢٧ ص ٤٥ ط ١٩٧٤.

(ج) يشترط في الكفيل أن يكون أهلا للتصرف والمكره ليس أهلا لذلك [٣٤].

وفي القانون المدني الوضعي أيضا يجب أن يكون الكفيل قد أقدم على الكفالة مختارا لأن الرضا بالتصرف يجب أن يأتي خاليا من عيوب الرضا ومنها الإكراه، فإن كان ملجئا فإنه يعدم الرضا ويفسد الاختيار وإن كان غير ملجئ فإنه يعدم الرضا ولكن لا يفسد الاختيار[٣٥] فإن أكره على الكفالة كانت قابلة للإبطال في القانون المدني المصري، كأن يكره الزوج زوجته أن تكفله في دين عليه وهي تعلم أن زوجها لا يستطيع أن يفي به للدائن ولكن يشترط حتى يكون عقد الكفالة قابلا للإبطال أن يكون الدائن على علم بما شاب رضاها من إكراه[٣٦]. أما في القانون الإماراتي فإن أثر الإكراه أن يصير العقد غير نافذ في حق المكره إلا إذا أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة[٣٧] ولما كانت الكفالة ليست عقدا بل تصرف يتم بإرادة الكفيل وحده فلا يشترط علم الدائن بما شاب رضاها من عيب. وهذا الشرط من شروط الصحة في القانون المصري وهو مستفاد من القواعد العامة في القانون فلا تصح الكفالة إلا إذا كان الرضا قد صدر من الكفيل عن طواعية واختيار وخاليا من عيوب الرضا[٣٨]

٣- أن تتوافر فيها أهلية التبرع .

الكفالة في الفقه الإسلامي تصرف تبرعي يقصد به الثواب من الله عز وجل ومعاونة الناس ورفع الضيق عنهم والتصرفات التبرعية لا تصح إلا ممن يملك التبرع أي الكامل

---

(٣٤) ابن الهمام : شرح فتح القدير ٧ / ١٦٤ ط مصطفي الحلبي، الدسوقي :حاشية علي الشرح الكبير ٣ / ٣٣٤ط دار إحياء الكتب العربية عيسي الحلبي، الرملي : نهاية المحتاج ٤/ ٤٣٤ ط مصطفي الحلبي، ابن قدامه: المغني والشرح الكبير ٥ / ٧١ ط دار الكتاب العربي .المبدع لابن مفلح ٤ / ٢٥٢، المحلي ٨ / ١١١. فقه الإمام جعفر الصادق ٤ / ٤٨

(٣٥) راجع المواد ١٧٦، ١٧٧، ١٧٩ من قانون المعاملات الإماراتي، والمادتان ١٢٧، ١٢٨ مدني مصري.

(٣٦) د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ١٠ / ف ٣٣ ص ١٢ ط ١٩٧١دار النهضة العربية.

(٣٧) المادة ١٨٢ من قانون المعاملات الإماراتي

(٣٨) أنظر : د/ محمود جمال الدين ذكي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية ف ٢٧ ص ٤٥ مطابع الأهرام ١٩٧٤م، د/ سمير عبد السيد تناغو التأمينات الشخصية والعينية ف ١٧ ص ٣٨ منشأة المعارف بالإسكندرية

الأهلية وهو البالغ العاقل الرشيد[٣٩] وقد اتفق الفقهاء على عدم صحة الكفالة من المجنون والصبي ولو كان مميزا ولا تصح أيضا من المحجور عليه للسفه فيما زاد على ثلث ماله لأن هؤلاء ليسوا من أهل التبرع، ولأن الكفالة إيجاب مال بعقد أي تصرف مالي فلا يصح من هؤلاء[٤٠].

والخلاصة يشترط في الكفيل أن يكون كامل الأهلية فلا تصح الكفالة من عديم الأهلية ولا ناقصها[٤١]. ويعتبر هذا الشرط من شروط الانعقاد لان البلوغ والعقل والرشد من شروط الانعقاد .

فإذا حصل الكفيل على عوض من الدائن أو من المدين أو من أجنبي بطلت الكفالة إذا كان العوض مشروطا في صلب العقد باتفاق الفقهاء فالضمان بجعل لايجوز بالإجماع لأن الكفيل إذا غرم أي أدى الدين للدائن رجع على المدين بما غرمه مع زيادة الجعل فلا يجوز لأنه سلف بزيادة أي ربا[٤٢]. أما إذا لم يكن العوض مشروطا في صلب العقد بطل الشرط وصح العقد لأن العوض يعتبر رشوة.[٤٣]

و قد نص قانون المعاملات الإماراتي على ذلك صراحة في المادة ١,٥٨على أنه" يشترط في انعقاد الكفالة أن يكون الكفيل أهلا للتبرع " لأنه مستمد من الفقه الإسلامي، وعلى ذلك لا يجوز للمرأة القاصر أو المحجور عليها لجنون أو عته أو سفه أو غفلة أن تبرم عقد الكفالة. على نحو ماسبق ذكره

كما أكد على الصفة التبرعية فحظر على الكفيل بموجب نص المادة ١,٩٨ أن يحصل

(٣٩) ابن الشحنة: لسان الحكام ص ٢٥٩ مطبوع مع معين الحكام، ط مصطفي الحلبي. بدائع الصنائع ٦ / ٢، ٥ ابن الهمام: .شرح فتح القدير ٧ / ١٦٤ ط مصطفي الحلبي، الدسوقي :حاشية علي الشرح الكبير ٣ / ٣٣٤ط دار إحياء الكتب العربية عيسي الحلبي، الرملي :نهاية المحتاج ٤/ ٤٣٤ ط مصطفي الحلبي، ابن قدامه :المغني والشرح الكبير ٥ / ٧١، ٧٨ ط دار الكتاب العربي. ابن مفلح :المبدع ٤ / ٢٥٢، المحلي ٨ / ١١١

(٤٠) انظر المراجع المذكورة في الهامش السابق بنفس أجزائها وأرقام صفحاتها.

(٤١) الشيخ أحمد أبو الفتح. المعاملات في الشريعة الإسلامية ص ١٤٨ الطبعة الرابعة ١٩٢٤م

(٤٢) شرح الخرشي ٦ / ٣٠، عليش :شرح منح الجليل للشيخ ٣ / ٢٦٥، الزرقاني : شرح لمختصر خليل ٦ / ٢٥ ط دار الفكر، بيروت ١٣٩٨ هـ، ١٩٧٨ م

(٤٣) السرخسي : المبسوط ٢٠ / ٣٠، البحر الرائق ٦ / ٢٤٢

على عوض في مقابل الكفالة، لكنه فرق فيما يتعلق بالجزاء الذي يترتب على أخذ الكفيل عوضا عن كفالته بين ما إذا كان الكفيل قد حصل على العوض – من الدائن أو المدين أو من أجنبي عنهما – بعلم الدائن أو بدون علمه، فإن كان أخذ عوضا بعلم الدائن سقطت الكفالة أي بطلت ويلزم الكفيل برد العوض لمن أخذه منه، أما إن كان قد أخذ عوضا بدون علمه فلا تسقط الكفالة ولكن يلزم الكفيل برد العوض لمن أخذه منه .لكن لا مانع شرعا أن يحصل الكفيل على أجرة عما يكون قد بذله من جهد ه أو وقته في سبيل إتمام إبرام الكفالة أو تنفيذها.

أما في القانون المصري فإن هذا الشرط تقتضيه القواعد العامة[٤٤] وقد استقى هذا القانون مادته غالبا من القانون المدني الفرنسي، ولذلك يجوز أن تكون الكفالة بعوض كما يجوز أن تكون تبرعا من الكفيل ،فالتبرع وإن كان من صفات الكفالة في هذا القانون لكنه ليس من مستلزماتها، فيجوز أن يتقاضى الكفيل مالا نظير كفالته دينا على غيره، وهذا ما يحدث دائما إذا كان الكفيل بنكا من البنوك، ولكن الصورة المألوفة للكفالة هي أن تكون تبرعية بالنسبة للكفيل، ولذلك يشترط فيه طبقا للقواعد العامة أن يكون أهلا للتبرع.[٤٥]

٤ – أن لا تكون المرأة مريضة مرضا مخوفا.

يشترط في الكفيلة أن تكون صحيحة، فإن كانت مريضة مرضا مخوفا أي في مرض الموت فإن كانت الكفالة في حدود ثلث مالها فهي صحيحة ونافذة، أما إذا كانت أزيد من الثلث فتأخذ حكم الوصية ولا تجوز إلا إذا أجازها الورثة، لأن جوازها فيما زاد عن الثلث فيه إضرار بهم فيتوقف نفاذها على إجازتهم، فإن أجازوها نفذت في الجميع لأنهم تنازلوا عن حقهم. هذا كله إذا لم يكن عليها للآخرين ديون تستغرق أو تحيط بكل أموالها فإن كان عليها ديون على هذا النحو بطلت الكفالة لأنها ليست من أهل التبرع، فإن لم تكن ديونها تستغرق كل أموالها نفذت الكفالة من الباقي من الدين، فإن استغرقت الكفالة كل الباقي

(٤٤) د.عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية ف ٢١ ص ٥٢، د. محمود جمال الدين ذكي ،دروس في التأمينات الشخصية والعينية ف ٢٢ ص ٣٨ ط ١٩٧٤م

(٤٥) د. السنهوري، المرجع السابق، ١٠ / ١٣ ف ٢٦، د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، ف ٤ ص ٣٥ ط ١٩٥٠ م. د. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، ف ٨ ص ١٢ ط ١٩٨٤ م .

من الدين فلا تكون الكفالة نافذة إلا في حدود الثلث فقط، أما فيما يزيد على الثلث فتكون موقوفة على إجازة الورثة لأن حقهم تعلق بالتركة[٤٦] فأن أجازها الورثة نفذت في الجميع لأنهم قد تنازلوا عن حقهم[٤٧] قياسا في كل ذلك على الوصية .

وهذا ما أخذ به قانون المعاملات الإماراتي حيث نصت المادة ١,٦٤على أنه " ١- لا تصح كفالة المريض مرض الموت إذا كان مدينا بدين محيط بماله.

٢- وتصح كفالته إذا كان دينه غير محيط بماله وتطبق أحكام الوصية ."

وعلى ذلك تطبق الأحكام السابق ذكرها على كفالة المريض مرض الموت في القانون الإماراتي.أما القانون المدني المصري فلم يرد فيه نص خاص يبين فيه كفالة المريض في مرض الموت. إلا أنه نص عند تنظيمه للوصية ١/٩١٦ على أن " كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف."

ونص في المادة في المادة ٩١٥ على أنه " تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها " وهذا يدل على أن الأحكام السابق ذكرها في حكم كفالة المريض في الفقه الإسلامي هي التي يجب تطبيقها على كفالة المريض في القانون المدني المصري. وهذا الشرط من شروط النفاذ، أي التي يجب توفرها لنفاذ الكفالة.

٥- أن تكون موسرة .

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على رأيين :

الرأي الأول : ذهب المالكية[٤٨] والشيعة الإمامية[٤٩] إلى أنه يشترط في الكفيل أن

---

(٤٦) ابن عابدين: حاشية رد المحتار علي الدر المختار ٥ / ٢٨٤، ابن الهمام: شرح فتح القدير ٧ / ١٦٤ ط مصطفي الحلبي، الدسوقي: حاشية علي الشرح الكبير ٣ / ٣٣٤ط دار إحياء الكتب العربية عيسي الحلبي، المدونة الكبري – المجلد الخامس ص ٢٧٦، الرملي: نهاية المحتاج ٤/ ٤٣٤ ط مصطفي الحلبي، ابن قدامة: المغني والشرح الكبير ٥ / ٧١ ط دار الكتاب العربي. ابن مفلح: المبدع ٤ / ٢٥٢، المحلي ٨ / ١١١

(٤٧) ابن نجيم :البحر الرائق، ٦ / ٢٤٤ ط دار المعرفة، بيروت، الحصكفي :شرح الدر المختار ٢ / ٢٩٠، للجعلي: سراج السالك شرح أسهل المسالك، ٢ / ١٥٤ المكتبة الثقافية، بيروت، المغني والشرح الكبير، ٥ / ٧٩ ٠ الحلي: شرائع الإسلام، المجلد الأول – ٢٠٨

(٤٨) مواهب الجليل. ٥ / ٩٨ الطبعة الثانية ١٩٧٨م. المدونة لكبري. مجلد ٥. ص ٢٨٠ ط دار صادر بيروت

(٤٩) المختصر النافع في فقه الإمامية. ٤ / ١٦٦، شرائع الإسلام. المجلد الأول. ٢٠٦

يكون موسرا، فإن كان معسرا فلا تصح الكفالة لأنه لا يكون قادرا على أداء الدين للمكفول له، ومن ثم لا تكون هناك فائدة من رجوعه عليه، ولأن الكفالة تبرع أو معروف من الكفيل فلا تصح من المعسر كالهبة والصدقة .

لكن تصح الكفالة عند الشيعة الإمامية على الرغم من إعسار الكفيل شريطة أن يكون المكفول له وقت الكفالة على علم بإعساره، أما إذا علم بذلك بعد قيام الكفالة كان بالخيار بين إمضائها أو فسخها.

الرأي الثاني : ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يشترط في الكفيل أن يكون موسرا، فتجوز الكفالة من المحجور عليه للفلس ويطالب بالدين بعد فك الحجر عنه، إذا كان موسرا، لأن الكفالة إيجاب مال في الذمة بعقد فيصح من المفلس كالشراء في الذمة، ولأن الحجر عليه في ماله لا في ذمته[٥٠].

وقد نص القانون المدني المصري على ذلك صراحة في المادة ٧٧٤ على أنه " إذا التزم المدين بتقديم كفيل وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما في مصر .."

ويقصد باليسار في هذا النص أن يتوافر في الكفيل القدرة المالية أي تملك المرأة من الأموال ما يكفي للوفاء بالدين المكفول، إذ لا فائدة تعود على الدائن من الكفالة إذا لم يكن لدى الكفيل ما يكفي للوفاء بالدين المكفول ويتحقق هذا الشرط إذا كانت لديها أموال عقارية أو منقولة تكفي للوفاء بالدين المكفول، أو كانت لديها حقوق عينية أو شخصية أو حقوق أدبية أو فنية.[٥١]

ويسار الكفيل مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع لكن لاشك أن القاضي لن يدخل في اعتباره ما لديه من أموال لا يجوز الحجز عليها، أو ما يثقل أمواله من حقوق وتكاليف تنقص من قيمتها[٥٢].

ولم ينص قانون المعاملات الإماراتي صراحة على شرط يسار الكفيل لكن قد يفهم

---

(٥٠) مغني المحتاج. ٢ / ١٩٩. المغني والشرح الكبير. ٥ / ٧٦، ٧٩. كشاف القناع. ٣ / ٣٦٦ .

(٥١) د محمد علي إمام. المرجع السابق. ف ٢١. د. عبد الفتاح عبد الباقي. المرجع السابق. ف٢١ ص ٥٠

(٥٢) د. منصور مصطفي منصور. المرجع السابق. ف١٠/ ص ٢٠

ذلك مما نص عليه في المادة ١,٥٨ من أنه" يشترط في انعقاد الكفالة أن يكون الكفيل أهلا للتبرع " ولاشك أن المعسر ليس من أهل التبرع. كما أن قانون المعاملات الإماراتي ينص في المادة الأولي منه على أنه "...فإذا لم يجد القاضي نصا في هذا القانون حكم بمقتضي الشريعة الإسلامية. على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المسألة "

والمالكية يشترطون في الكفيل أن يكون موسرا على نحو ماسبق ذكره مفصلا .

وهذا الشرط من شروط الصحة أي لا تصح الكفالة إذا كان الكفيل موسراً

المبحث الثالث

حكم كفالة المرأة

المطلب الأول

حكم الكفالة بالمال من المرأة

أولا : في الفقه الإسلامي :

لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة آراء :-

الرأي الأول:ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى صحة الكفالة بالدين من المرأة سواء كانت خلية أم متزوجة أذن لها الزوج أم لا.(٥٣)

وقد استدلوا بعموم النصوص الدالة على مشروعية الكفالة من الكتاب والسنة وآثار الصحابة والمعقول وذلك على النحو التالي :-

الكتاب:

١- قال تعالي : وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم "(٥٤)

وجه الدلالة من الآية : دلت الآية بعمومها على فك الحجر عن الصغار وإطلاق حرية التصرف لهم في أموالهم عند بلوغهم وإيناس الرشد منهم واهتدائهم إلى وجوه الخير دون شرط زائد على ذلك في الأنثى(٥٥) أي لم تفرق الآية بين الرجل والمرأة في ذلك،

(٥٣) ابن عابدين: رد المحتار علي الدر المختار ج٥ ص ٢٢٤الطبعة الثانية، الرملي: نهاية المحتاج ج ٤ص ٤٣٥ط مصطفي الحلبي، المغني ج٥ص٧٨ ابن حزم: المحلي ج ٨ص ٥٣٣، ٥٣٧

(٥٤) الآية رقم ٦ من سورة النساء

(٥٥) تفسير القرطبي ج٥ ص ٣٤، ٣٨ دار الكتاب العربي، تفسير آيات الأحكام للسايس ص ٣٠

فتصرف المرأة بناء على هذه الآية نافذ في مالها دون إذن من زوجها وسواء كان في حدود الثلث أو أكثر[٥٦].

وقد اعترض على ذلك: بأن الأنثى تختلف عن الذكر إذْ هي محجوبة لا تعاني الأمور ولا تبرز لأجل البكارة فلا يكفي بلوغها بل لابد من دخول الزوج عليها ليصل لها الابتلاء في الرشد[٥٧]. وقد **رد على ذلك بما يلي** :-

(أ) الآية عامة فهي وإن نزلت في ثابت بن رفاعة وفي عمه عندما سأل عمه النبي ﷺ متى يدفع مال ثابت إليه ؟ فأنزل الله تعالي هذه الآية إلا أنها عامة في الرجال والنساء[٥٨] لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

(ب) إذا كانت المرأة عارفة بجميع أمورها غير مبذرة فإن الوطء بإدخال الحشفة في فرجها لا يزيد في رشدها شيئا وزوال الولاية عنها مقيد بالبلوغ وإيناس الرشد لا غير[٥٩].

٢- قال تعالى ﴿**ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم**﴾[٦٠] فالزعيم في الآية هو الكفيل والحميل والضمين [٦١] وهذا يدل على أن الكفالة كانت صحيحة في شرع من قبلنا وهو شرع لنا ما لم يظهر نسخه والظاهر هنا التقرير لا النسخ فإن النبي ﷺ بعث والناس يتكفلون فأقرهم على ذلك [٦٢] كما حكم بها في قوله "الزعيم غارم"[٦٣] والمرأة تدخل في عمومها ضمنا إذ لا يوجد مخصص.

---

(٥٦) سنن البيهقي الكبري ج٦ ص ٦٠

(٥٧) تفسير القرطبي ج٥ ص ٣٨

(٥٨) تفسير القرطبي ج٥ص ٣٤

(٥٩) تفسير القرطبي ج٥ ص ٣٨، ٣٩

(٦٠) الآية رقم ٧٢ من سورة يوسف.

(٦١) للقرطبي :الجامع لأحكام القرآن ٩/ ٢٣١طبعة مصورة عن طبعة دار الكتب الفخر الرازي :.التفسير الكبير ١٧٩/١٨، ١٨٠ الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية .

(٦٢) السر خسي : المبسوط ١٩ / ١٦١ط دار المعرفة، بيروت لبنان الطبعة الثالثة .التفسير الكبير ١٨ / ١٧٩

(٦٣) سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء أن العارية مؤداه ج٣ ٥٥٦ ط مصطفي الحلبي ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م

وقد اعترض على ذالك بما يلي :-

١- الآية ليست في الكفالة عن الغير وإنما في إلزام النفس ضمان الأجرة لرد الصاع وقد أكد ذالك بقوله " وأنا به زعيم " "فهي إجارة وإن لم يشارط على ذلك أحدا بعينه"[٦٤]

ويرد على ذلك بأن هذا ليس إجارة لأن الإجارة لا تكون على حمل بعير وإنما بأجرة معلومة[٦٥].

وأجيب عن ذلك بأن حمل البعير مقدار معلوم من الكيل والوزن مثل الوقر والو سق[*] وقد أجازه يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه.[٦٦]

ويرد على ذلك بأننا سلمنا بأنها إجارة وأن الأجرة فيها حمل بعير إلا أن هذه الإجارة قد نسخت[٦٧].

٢- هذه الآية على فرض أنها عامة قد خصصت بالنصوص التي تشترط إذن الزوج في عطية المرأة. ومنها حديث عمرو بن شعيب عن النبي ﷺ أنه قال : "لايجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها"[٦٨] وفي رواية "لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها"[٦٩]

ويرد على ذلك بما يلي:

(أ) هذا الحديث معارض بأحاديث أخرى تدل على جواز تبرع المرأة من مالها بغير إذن

---

(٦٤) الجصاص: أحكام القرآن ٣ / ١٧٥ مطبعة الأوقاف الإسلامية .

(٦٥) الجصاص : أحكام القرآن ٣ / ١٧٥

* الوسق مكيال مقداره ستون صاعا و والصاع خمسة أرطال وثلث وهو حمل البعير أو العربة أو السفينة "المعجم الوجيز ص ٦٦٩ إصدار مجمع اللغة العربية طبعة خاصة بوزارة التربة والتعليم المصرية "

(٦٦) الجصاص : حكام القرآن ل٣ / ١٧٥

(٦٧) الجصاص: أحكام القرآن ٣ / ١٧٥

(٦٨) أبو داود: سنن أبو داوود ٣/ ٢٩٣ ط دار الفكر. بيروت، النسائي، سنن النسائي ٤/ ١٣٥ رقم ٦٥٩٢ ط دار الكتب لعلمية، بيروت ١٤١١هـ /١٩٩١م، سنن البيهقي ٦/ ٦٠ ط مكتبة دار الباز، مكة المكرمة ١٤١٤هـ / ١٩٩٤ م.

(٦٩) سنن أبو داود ٣/ ٢٩٣ ط دار الفكر بيروت، سنن البيهقي ٦/ ٦٠

زوجها فعن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنها قالت :" قلت يا رسول الله : مالي إلا ما أدخل علي الزبير أفأ تصدق قال :تصدقي ولا توعي[*] فيوعي عليك ."متفق عليه.

فقوله ﷺ ولا توعي فيوعي الله عليك بالنصب لكونه جواب النهي والمعنى لا تجمعي في الوعاء وتبخلي بالنفقة فتجازي بمثل ذلك، وهذا يدل على أنه يجوز للمرأة أن تتبرع من مال زوجها بغير إذنه [٧٠]. وإذا جاز لها التبرع من ماله بغير إذنه جاز لها من باب أولى التبرع من مالها، والكفالة تبرع.

(ب) حديث إذن الزوج في عطية المرأة محمول على حسن العشرة أو أنه في المرأة السفيهة، أو على الإذن في عطيتها من مال زوجها جمعا بين الأدلة.

السنة :

١- عن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول " الزعيم غارم والدين مقضي)[٧١]

٢- عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال أتي بجنازة ليصلي عليها النبي ﷺ فقال هل عليه من دين قالوا: لا فصلى عليه ثم أتي بجنازة أخرى فقال : هل عليه من دين قالوا: نعم قال: صلوا على صاحبكم قال: أبو قتادة علي دينه يا رسول الله فصلى عليه)[٧٢]

٣- عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه أن رجلا لزم غريما على عهد رسول الله ﷺ فقال ماعندي شيء أعطيكه فقال لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل فجره إلى النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ "فأنا أحمل له "[٧٣]

وجه الدلالة من هذه الأحاديث : لقد دلت الأحاديث السابقة بعمومها مجتمعة على مشروعية الكفالة وجوازها في الشريعة الإسلامية، وأن الكفيل ضامن للدين

---

* أي لا تمسكي وتجمعي . أنظر : الفيومي في المصباح المنير ٢/ ٦٦٦ المكتبة العلمية بيروت

(٧٠) الشوكاني: نيل الأوطار ٦ / ١٢٣ .

(٧١) سنن ابن ماجة باب الكفالة، كتاب الصدقات ٢ / ٨٠٤ رقم ٢٤٠٥ط دار إحياء الكتب العربية .القاهرة

(٧٢) البخاري : صحيح البخاري بشرح الكرماني ١٠ / ١٢٣، ١٢٤ رقم ٢١٤٩ دار إحياء التراث العربي .

(٧٣) سنن ابن ماجة – باب الكفالة – كتاب الصدقات ٢ / ٨٠٤رقم ٢٤٠٦

المكفول،والمرأة تدخل في هذا العموم ضمنا حيث لا يوجد مخصص .

وقد اعترض على هذه الأحاديث بأنها مخصصة بالأحاديث التي تمنع المرأة من التبرع إلا بإذن من زوجها وكذلك ضمانها قياسا على العطية .[٧٤]

ويرد على ذلك بأن أحاديث منع المرأة من العطية معارضة بالأحاديث التي أعطتها الحق في التصدق والعطية بدون إذن الزوج .

المعقول : قياس كفالة المرأة على سائر تصرفاتها المالية والمرأة شخص يصح تصرفه فيصح كفالته وضمانه، ولا يملك الزوج الحجر عليها في ذلك كما لا يملك الحجر على أختها[٧٥]. **وقد اعترض على ذلك بما يلي** :- [٧٦]

١- لا يصح للمرأة - طبقا للأحاديث التي تمنع عطيتها من مالها إلا بإذن زوجها- أن تتصرف في مالها إلا بإذنه فيما يزيد عن ثلث مالها وهذا يخصص الإطلاق في تصرفها المالي.

٢- وقد رد على ذلك بأن الأحاديث التي تمنعها من العطية معارضة بأحاديث أخرى صحيحة دلت على جواز ذلك، كما انه ليس في أحاديث المنع تحديد بثلث ولا أكثر ولا أقل، فتحمل على الاستحباب وحسن العشرة أو أنها واردة في السفيهة غير الرشيدة .

الرأي الثاني: لا يجوز لها أن تبرم الكفالة بالمال إلا في حدود ثلث مالها، أما فيما يزيد على الثلث فلا تصح الكفالة إلا إذا أجازها الزوج، فإن أجازها نفذت وإن ردها بطلت الكفالة في الجميع. وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك والإمام أحمد في رواية[٧٧] وقد استدلوا بالسنة والمعقول على النحو التالي :[٧٨]

---

(٧٤) الصنعاني: سبل السلام ٣/ ٦٢ مكتبة دار عاطف القاهرة ١٩٧٩م

(٧٥) محمد حسن الشيباني : الحجة علي أهل المدينة ٣ / ٤٨٧ط عالم الكتب، بيروت ١٣٨٩هـ

(٧٦) الرافعي : فتح العزيز شرح الوجيز مع المجموع ١٠ / ٣٦٠، وما بعدها .

(٧٧) الخرشي: شرح لمختصر خليل ج ٦ ص ٠٢٣ الدسوقي :حاشية علي الشرح الكبير ج ٣ص ٣٣٠

(٧٨) الخرشي : شرح الخرشي لمختصر خليل ٥ / ٣٠٦، ٣٠٧ط دار صادر بيروت .

أولا: السنة

أ- عن كعب بن مالك عن النبي ﷺ أن امرأته أتت النبي ﷺ بحلي لها فقال لها النبي ﷺ لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها هل استأذنت كعبا؟ فقالت نعم فبعث النبي ﷺ إلى كعب فقال: هل أذنت لها أن تتصدق بحليها؟ قال: نعم فقبله رسول الله ﷺ"[٧٩]

وجه الدلالة من الحديث : قول النبي ﷺ في الحديث لامرأة كعب لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها يدل صراحة أنه لايجوز للزوجة أن تتبرع بشيء من مالها إلا بإذن من زوجها، ولم يكتف النبي ﷺ بجوابها بل أرسل إلى زوجها كعب يسأله عن ذلك، فإن تصرفت بغير إذنه كان هذا التصرف غير نافذ في حقه إلا إذا كان في حدود ثلث مالها قياسا على تبرع المريض في مرض الموت[٨٠]

وقد اعترض على هذا الحديث بأنه غير ثابت والقرآن يدل على خلافه ثم أنه معارض بالأحاديث الأخرى الصحيحة التي دلت على جواز تبرع المرأة بمالها دون توقف على إذن الزوج ثم الأثر ثم المعقول[٨١] على نحو ما سيأتي وهو محمول على حسن العشرة جمعا بينه وبين النصوص الأخرى التي دلت على أن للمرأة أن تتبرع بمالها دون إذن من زوجها.

ب- عن عمر بن شعيب عن النبي ﷺ أنه قال : "لايجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها"[٨٢] وفي رواية أخرى "لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها"[٨٣]

وجه الدلالة من الحديث : لقد منع النبي ﷺ المرأة من أن تتبرع بعد زواجها إلا إذا أذن لها زوجها بذلك، فدل ذلك على عدم صحة تبرعها من مالها بشيء يزيد على الثلث أما في حدود الثلث فيجوز.

---

(٧٩) نيل الأوطار للشوكاني، ج٦ ص١٨ المطبعة العثمانية، سنن ابن ماجة ج٢ ص ٧٩٨ دار الفكر بيروت

(٨٠) نيل الأوطار للشوكاني، ج٦ ص١٨ المطبعة العثمانية

(٨١) سنن البيهقي، ج٦ ص ٦٠ مكتبة دار الباز بمكة المكرمة ١٤١٤هـ ١٩٩٤م

(٨٢) سنن أبو داوود، ج ٣ص ٢٩٣ دار الفكر بيروت، سنن النسائي ج٤ ص ١٣٥ رقم ٦٥٩٢ دار الكتب العلمية بيروت ١٤١١هـ سنن البيهقي ج٦ص ٦٠

(٨٣) سنن أبو داوود ج٣ ص ٢٣٩، سنن البيهقي ج٦ص ٦٠

وقد اعترض على هذا الحديث بما يلي :-

١- هذا الحديث منقطع لأن عمر بن شعيب لم يدرك النبي ﷺ فهو حديث مرسل[٨٤].

ورد على ذلك : بأنه مرسل ثقة ولا يضر إيهام الصحابي فقد وثقه ابن معين وابن راهويه وصالح جرزة [٨٥] وعده البعض من قسم الحديث الحسن وقد صحح له الترمذي أحاديث ومن دون عمرو بن شعيب هم رجال الصحيح عند أبي داود[٨٦].

٢- الحديث يحمل على ما في يد المرأة من مال زوجها أضيف إليها مجازا لكونه في تصرفها فيكون النهي للتحريم، وعلى فرض حمله على مالها فلا ينبغي لها أن تتصرف فيه إلا بمشورة زوجها أدبا واستحبابا ويكون النهي للتنزيه لا للتحريم[٨٧]

٣- قال الخطابي حمله الأكثر على حسن العشرة واستطابه النفس أو يحمل على غير الرشيدة[٨٨]

٤- يمكن أن يكون هذا الحديث في موضع الاختيار قياسا على القول بأنه ليس لها أن تصوم يوما وزوجها حاضر إلا بإذنه فإن فعلت فصومها جائز، وعلى القول بأنها إن خرجت بغير إذن زوجها فباعت فجائز[٨٩].

٥- هذا الحديث غير ثابت والقرآن يدل على خلافه ثم أنه معارض بالأحاديث الأخرى التي دلت على جواز تبرع المرأة بمالها دون توقف على إذن الزوج ثم الأثر ثم المعقول[٩٠] على نحو ما سيأتي .

وقد رد على ذلك بأن الحديث مخصص لمفاهيم هذه النصوص والأولى أن يقال يتعين الأخذ بعموم حديث عبد الله بن عمرو الذي يمنع المرأة من العطية بغير إذن زوجها،

---

(٨٤) سبل السلام للصنعاني، ج٣ ص ٨٨٢ مكتبة دار عاطف القاهرة ١٩٧٩م تحقيق محمد الخولي ٠

(٨٥) ميزان الاعتدال في نقد الرجال لابن عثمان الذهبي ج٣ ص ٢٦٣ دار المعرفة بيروت طبعة أولي ١٣٨٢ هـ

(٨٦) نيل الأوطار للشوكاني ج٦ ص ١٢٤ ٠

(٨٧) عون المعبود ج٩ص ٣٣٥ دار الكتب العلمية بيروت طبعة ثانية ١٤١٥ هـ

(٨٨) سبل السلام للصنعاني ج٣ ص ٥٨ دار إحياء التراث العربي بيروت ١٣٧٩هـ

(٨٩) سنن البيهقي ج٦ص ٦٠

(٩٠) سنن البيهقي ج٦ص ٦٠

وما ورد من الواقعات المخالفة له تكون مقصورة على مواردها، وأما مجرد الاحتمالات فليست مما تقوم به الحجة أي تحمل الأحاديث التي دلت على جواز العطية على المرأة غير المتزوجة ويحمل الحديث التي منعها من ذلك على المرأة المتزوجة أو غير الرشيدة[٩١]

وأجيب عن ذلك بأنه خلاف الظاهر لأنه ليس نصا في هذا التخصيص[٩٢].

ثانيا: المعقول: استدل هؤلاء بالمعقول على النحو التالي:- [٩٣]

(أ) قياس الضمان المالي من المرأة على تبرعها من مالها فكما لا يجوز لها التبرع من مالها بغير إذن زوجها فكذلك ضمانها لدين يزيد على ثلث مالها لأن الرجل يملك منافع المرأة ويتضرر من ضمانها وكفالتها.

(ب) أن الزوج حق في مال الزوجة فيحجر عليها لحقه قياسا على حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض. ورد على ذلك بأن تبرع المريض موقوف فإن برئ من مرضه صح تبرعه وهاهنا أبطلوه على كل حال والفرع لا يزيد على أصله .

(ج)قد يلحق الزوج ضرر من قيام زوجته بكفالة دين يزيد على ثلث مالها، ومن خروجها إذا اقتضى الأمر ذلك والقاعدة الفقهية تقضي أنه لا ضرر ولا ضرار، ومن ناحية أخرى منافع الزوجة مملوكة لزوجها فيجوز له أن يمنعها من ضمان المال فيما يزيد على الثلث.

(د) الكفالة تحتاج إلى الحضور لمجلس القضاء وقد تقع المنازعة والآدمي ليس تحت اليد دائما مما يضطرها للخروج بحثا عنه وقد تحبس وهذا ضرر وغرر بنفسها، وخروجها معرة.

وقد رد على ذلك بما يلي : [٩٤]

١- المرأة إذا كانت رشيدة كانت صحيحة التصرف والعبارة طبقا للضابط في أهلية

(٩١) نيل الأوطار ج٦ص ١٢٥

(٩٢) نيل الأوطار ج٦ص ١٢٥

(٩٣) المغني لابن قدامة ج٤ ص٣٠٠، دار الفكر بيروت ط أولي ١٤٠٥هـ

(٩٤) راجع المغني والشرح الكبير ٤ / ٥٢٠ و ج٥ / ٧٨، ٩٦ .ط دار المنار، القاهرة .

التبرع والكفالة تصرف تبرعي، أما خروجها بسبب تصرفاتها المالية فإن الزوج في ذلك كالأجنبي لأنه لا يملك عليها إلا ولاية النكاح وهي ولاية ناقصة .

٢- الكفالة بالمال كالبيع في الصحة فكما لا يجوز الحجر على المرأة في البيع والشراء لا يجوز الحجر عليها في ضمانها.

٣- القول بعدم صحة الضمان من المرأة يترتب عليه تعطيل جزء كبير من المنافع والمصالح بين الناس .

٤- الضرر الذي يحصل للزوج بسبب كفالتها بدين يزيد على ثلث مالها غير واقع بالفعل بل هو محتمل الوقوع وإذا وقع فهو استثناءً ولا يجوز منع المرأة من هذا الحق بصفة مطلقة بناء على هذا الاستثناء أو هذا الضرر الاحتمالي، كما يمكن دفع هذا الضرر عن الزوج عندئذ استنادا إلى قاعدة لا ضرر ولا ضرار نفسها بإبطال الكفالة لأن الضرر سبب من أسباب فساد العقد أو بقصرها على ثلث مالها على أن يكون الأصل هو جواز الكفالة منها ما لم يترتب عليها ضرر .

الرأي الثالث: ذهب إلى أنه لا يجوز للمرأة أن تتكفل عن الغير بشيء إلا بإذن الزوج لأنه لا يجوز لها تهب شيئا من مالها مطلقا إلا بإذنه[٩٥]

واستدل على ذلك بأدلة الرأي الثاني وحملوها على المنع المطلق من التبرع والكفالة تصرف تبرعي.ويعترض عليها بما اعترض به على الرأي الثاني.

كما استدلوا على ذلك بقوله تعالى ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾[٩٦]

فقد جعل الله سبحانه وتعالى الرجال قوامين على النساء وحكم بأنه يجب أن يتولى الرجال أمور النساء ليقودوهن إلى كمالهن ومن ثم لا ينفذ تصرف المرأة في مالها بدون إذن زوجها.

ويرد على ذلك بأن الله جعل القوامة للرجال على النساء في أمور خاصة منها ما

(٩٥) نيل الأوطار للشوكاني ج٦ ص ١٢٥ دار الجيل ١٩٧٣ م عون المعبود لأبي الطيب ج٩ ص ٣٣٥، ٣٣٦

(٩٦) الآية رقم ٣٤من سورة النساء

دلت عليه هذه الآية وهي الأمور التي تتعلق بالزواج والطلاق والنشوز وليس منها التصرف في مالها بغير إذن زوجها، فهي في ذلك كالرجل سواء بسواء دون حاجة إلى إذن من زوجها.

الرأي الراجح : الراجح هو ماذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز أن تبرم عقد الكفالة المالية لقوة أدلتهم ولأن المرأة كالرجل في أهلية التعاقد، وما يختلفان فيه لا يخل بالذمة وقوة البدن.أما ما قد يحصل للرجل من ضرر بسبب ضمان المرأة وكفالتها فيمكن دفعه استنادا إلى قاعدة الضرر يزال وقاعدة لا ضرر ولا ضرار على نحو ماسبق ولأن المرأة إذا اضطرت للخروج يتعين عليها الالتزام بالحشمة والوقار والآداب الشرعية في هذا الشأن .فلا مانع من خروجها لإجراء هذه التصرفات إذا ما التزمت بهذه الآداب والله أعلم .ومع ترجيحي لرأي الجمهور لا يقلل من رأي الإمام مالك الذي احتج بالآثار الواردة عن الصحابة واخترت ما هو أصح في نظري من النصوص التي لا تفرق بين الرجل والمرأة، كما أن نظرة الإمام مالك في هذا الشأن لا يدل على عدم أهلية المرأة أو الانتقاص من قيمتها بل مبناه قلة الخبرة والتجربة وهو من باب الاحتياط ومراعاة ظروف البيئة أو الظروف السائدة ولا سيما في المدينة المنورة التي كان يقطنها الإمام مالك رضي الله عنه والبيئة والظروف قد تغيرت بدليل أن الإمام مالك يرى أن للولي ترشيدها قبل الدخول وبعده إذا رأى أن موليته قد بلغت رشيدة عارفة بأمورها تستطيع إصلاح أموالها.

ثانيا :كفالة المرأة بالمال في القانون المدني :

لقد جاء تعريف الكفالة بالمال في كل من القانون المدني المصري وقانون المعاملات الإماراتي عاما وخاليا من أي قيد يدل على أن الكفالة لا تصح من المرأة فكلاهما عبر عن الكفيل بأنه" شخص " وهو لفظ عام يشمل كلا من الرجل والمرأة، هذا الشخص في القانون المدني المصري يكفل تنفيذ التزام على شخص آخر هو المدين الأصلي لشخص ثالث هو الدائن أو المكفول له .

أما في القانون الإماراتي فهو يضم ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذه لالتزامه.

كما عبر القانون المدني المصري أيضا بلفظ " شخص "عند تنظيمه للشروط التي يجب توافرها في الكفيل وهو لفظ عام يشمل كلا من الرجل والمرأة .وفي الجملة جاء تنظيم

المشرع الوضعي المصري للكفالة خاليا من حكم يفرق فيه بين الرجل وامرأة .ويوافقه في ذلك قانون المعاملات الإماراتي خاصة في الكفالة بالمال.

ثانيا : كل من القانون المدني المصري والإماراتي اشترط شروطا في الكفيل ليس من بينها شرط الذكورة، فالقانون المصري لم يتطلب في الكفيل سوى أن يكون موسرا ومقيما في مصر. أما القانون الإماراتي فلم يشترط في الكفيل سوى أن تتوافر فيه أهلية التبرع لأن الكفالة تصرف تبرعي فيجب أن يتوافر فيمن يبرمه أن يكون أهلا للتبرع. وهو شرط تقتضيه القواعد العامة في القانون المدني المصري دون حاجة إلى نص خاص[٩٧].

المطلب الثاني

حكم كفالة المرأة بالنفس

اختلف الفقه الإسلامي في الكفالة بالنفس على رأيين :

الرأي الأول : ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في الأصح والحنابلة والإمامية والزيدية إلى جواز الكفالة بالنفس [٩٨].

الرأي الثاني: ذهب الظاهرية والشافعية في قول إلى عدم جواز الكفالة بالنفس[٩٩].

أدلة المجيزون: استدل هؤلاء بالكتاب والسنة وآثار الصحابة والمعقول:

الكتاب : قال تعالى " قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتنني به إلا أن يحاط بكم فلما آتوه موثقهم قال الله على ما نقول وكيل " [١٠٠]

---

(٩٧) د. محمود جمال الدين ذكي ،دروس في التأمينات الشخصية والعينية ف ٢٢ ص ٣٨ ط ١٩٧٤م

(٩٨) ابن عابدين :حاشية رد المحتار علي الدر لمختار ٥ / ٢٨٦، الحطاب :مواهب الجليل، ٥ / ١١٢ الطبعة الثانية ١٩٧٨م قليوبي وعميره : حاشيتا قليوبي وعميره ٢ / ٣٢٧ مطبعة محمد علي صبيح، البهوتي : كشاف القناع، ٣ / ٣٧٤ مكتبة النصر الحديثة بالرياض. جواد مغنية : فقه الإمام جعفر الصادق ٤ / ٨٥ ط دار الجواد، بيروت، لبنان. المرتضي : عيون الأزهار في فقه الأئمة الأطهار ص ٤٥٤ ط دار الكتاب اللبناني.

(٩٩) ابن حزم :المحلي، ٨ / ١١٩ المسألة رقم ١٢٣٦، الرملي :نهاية المحتاج، ٤ / ٤٤٥

(١٠٠) الآية رقم ٦٦ من سورة يوسف .

هذه الآية أصل في جواز الكفالة بالنفس فقد دلت على أن الكفالة بالنفس كانت جائزة في شرع من قبلنا وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه ولم يرد هذا الناسخ بل أقرتها السنة النبوية المطهرة [١٠١].

السنة: روي عن النبي ﷺ أنه قال " الزعيم غارم .."[١٠٢]

فقد دل هذا الحديث بعمومه على جواز الكفالة بالنفس حيث لم يفرق بين ما إذا كان المكفول به نفسا أو مالا [١٠٣].

آثار الصحابة : لقد أجاز الصحابة الكفالة بالنفس وفعلته أم كلثوم رضي الله عنها حيث ضمنت نفس علي بن أبي طالب رضي الله عنه لما جرت بينه وبين عمر خصومة [١٠٤]. فدل ذلك على صحت ضمان الوجه ومثله ضمان المال.

وقد اعترض على ذلك بأن ما فعلته أم كلثوم هو اجتهاد منها والمجتهد إذا أصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر واحد ولا يلزم من فعلها صحت ضمان الوجه.

ويرد على ذلك بأن أم كلثوم فعلت ذلك بمحضر من الصحابة ولو كان فعلها مخالفا للسنة الصحيحة لردوه لما عرف عنهم غيرتهم على الدين وتمسكهم بما صح عن نبيهم[١٠٥].

المعقول: استدل المجيزون للكفالة بالنفس بالمعقول من عدة أوجه:

الأول: قياس ضمان النفس على ضمان المال إذْ لا فرق بين ضمان الحق وضمان من عليه الحق، وعلى الإجارة لأن كلا منهما عقد على عين لاستيفاء الحق منها فما جازت الإجارة وجب أن تجوز الكفالة[١٠٦]

---

(١٠١) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن، ٩ /٢٢٥ط دار الكتاب العربي.

(١٠٢) سنن ابن ماجة باب الكفالة، كتاب الصدقات ٢ / ٨٠٤ رقم ٢٤٠٥ط دار إحياء الكتب العربية.

(١٠٣) ابن الهمام : شرح فتح القدير، ٧ / ١٦٥ ط مصطفي الحلبي. القاهرة

(١٠٤) الزيلعي : تبيين الحقائق ٤ / ١٧٤، الحاوي الكبير لمحمد بن حبيب الما وردي ج٦ص ٤٦٢، ٤٦٣

(١٠٥) المرجع السابق

(١٠٦) الحاوي الكبير للما واردي ج ٦ ص ٤٦٢، ٤٦٣

الثاني: الحاجة تدعو إلى جوازها إحياء للحقوق [١٠٧] لأن الحاجة تدعو إلى الإستيثاق بضمان المال أو البدن وضمان المال يمتنع منه كثير من الناس فلو لم تجز الكفالة بالنفس لأدى ذلك إلى الحرج وعدم المعاملات المحتاج إليها [١٠٨].

الثالث: الكفيل بالنفس يقدر على تسليم المكفول به عن طريق إعلام المكفول له بمكانه، ثم يخلي بينهما أو يستعين في ذلك بأعوان القاضي .[١٠٩]

وقد اعترض على هذا بأن ضمان الوجه من المرأة فيه ضرر بالزوج ويعرض المرأة للسفور والكشف فلا يصح .

وقد رد على ذلك بأن المرأة الرشيدة صحيحة العبارة لا تحتاج إلى إذن الزوج أو غيره في إجرائها لهذه التصرفات، كما أنه لا يلزم من كفالتها خروجها وسفورها وتضرر زوجها وإذا كان هناك ضرر محقق الوقوع فيمكن منعه استنادا إلى قاعدة لا ضرر ولا ضرار[١١٠]. حيث لا يجوز شرعا للإنسان أن يضر أخاه ابتداء ولا جزاء فالضرر يزال لكن لا بضرر[١١١].

أدلة المانعون: استدل هؤلاء على عدم جواز الكفالة بالنفس بما يلي:

١- **الكتاب**: قال تعالى " قال معاذ الله أن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده "[١١٢]

رفض يوسف عليه السلام أن يأخذ أحدا من إخوته غير من وجد الصواع في رحله يدل على عدم جواز الكفالة بالنفس.

٢- الحر لا يدخل تحت اليد ولا يقدر الكفيل على تسليمه.

---

(١٠٧) شرح فتح القدير، ٧ / ١٦٥

(١٠٨) كشاف القناع، ٣ / ٣٧٤

(١٠٩) البابرتي : العناية ٧ / ١٦٥ مطبوع مع شرح فتح القدير طبعة مصطفي الحلبي .

(١١٠) مجلة الأحكام العدلية، المادة ١٩ ٠د٠مصطفي الزرقا : المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٧١، الطبعة السابعة ١٣٨١هـ١٩٦١م

(١١١) السيوطي : الأشباه والنظائر ص ٨٦ط مصطفي الحلبي ١٣٨٧هـ١٩٥٩م

(١١٢) سورة يوسف الآية رقم ٧٩

ويرد على ذلك بأن الكفيل بالنفس يقدر على تسليم المكفول به عن طريق إعلام المكفول له بمكانه، ثم يخلى بينهما فإن عجز بنفسه عن ذلك فله أن يستعين في ذلك بالحاكم أو بأعوانه لأن الحاكم ينوب عنه في ذلك، أو يغرم ما عليه من دين كالكفيل بالمال ثم يرجع عليه بما غرم.[١١٣]

٣- الكفالة بالنفس شرط ليس في كتاب الله وكل شرط ليس في كتابه فهو باطل.

ويرد على ذلك بما يلي :-

(أ) الشرط الباطل هو الذي يحرم حلالا أو يحل حراما والكفالة بالنفس لا يترتب عليها شيء من ذلك.

(ب) القول بأن الكفالة بالنفس أو ضمان الوجه ليس في كتاب الله غير صحيح فقد أقام جمهور الفقهاء الدليل على جوازها شرعا من الكتاب والسنة وآثار الصحابة.

(ج) لو سلمنا لكم بأن الكفالة بالنفس ليست في كتاب الله فإن ذلك لا يعني عدم جوازها شرعا لأن الشروط لم ترد كلها في كتاب الله تعالى، بل منه ما جاءت به السنة النبوية، وقد قام الليل من السنة على جواز الكفالة بالنفس والكل من عند الله عز وجل قال تعالى " وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى "[١١٤]

٣ - إذا غاب المكفول به فغرمتم الضامن ما على المضمون من المال كان هذا جورا وأكلا لأموال الناس بالباطل لأنه لم يلتزمه، وإن تركتموه فقد أبطلنا الضمان الذي جازيتم أو جادلتم .[١١٥]

ويرد على ذلك : بأنه ليس في ضمان الوجه أكل لأموال الناس بالباطل لأن المكفول إذا غاب وغرم الكفيل ما عليه من مال كان من حقه أن يرجع عليه بما أداه للمكفول له فتبين أنه ليس فيه أكل لأموال الناس بالباطل .

---

(١١٣) الدسوقي : حاشية علي الشرح الكبير، ٣ / ٣٤٥، الخرشي: شرح لمختصر خليل ٦ / ٣٥ المطبعة الأميرية ببولاق .المغني والشرح الكبير، ٥ / ٩٦ ط دار الكتاب العربي .

(١١٤) سورة النجم الآية رقم ٣، ٤

(١١٥) ابن حزم :المحلي، ٨ / ١١٩ المسألة رقم ١٢٣٦ .

٤- الزوج يتضرر من ضمانها النفس أو الوجه، ومن ناحية أخرى منافع الزوجة مملوكة لزوجها فإذا جاز له أن يمنعها من ضمان المال فيما يزيد على الثلث فيمنعها من باب أولى من ضمان الوجه بصفة مطلقة .

ويرد على ذلك بأن الضرر الذي يحصل للزوج بسبب ضمانها وكفالتها إذا كان محقق الوقوع يمكن دفعه استنادا إلى قاعدة لا ضرر ولا ضرار، ويكون خاصا بمن يحصل له هذا الضرر .

٥ قياس الكفالة بالنفس على الكفالة في الحدود والقصاص في عدم الجواز[١١٦]

ويرد على ذلك بما يلي :

(أ) هناك فرق بين الكفالة بالنفس والكفالة في الحدود فالكفالة للإستيثاق، أما الحدود فمبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخلها الإستيثاق .

(ب) في الكفالة بالنفس يمكن استيفاء الدين من الكفيل إذا عجز عن إحضار المكفول، أما الكفالة في الحدود فلا يجوز استيفاؤها من الكفيل لأن النيابة لا تجري في العقوبات[١١٧].

الرأي الراجح : هو الرأي القائل بجواز الكفالة بالنفس لقوة أدلته ولردهم على أدلة المانعين، ولأن الحاجة تدعو لجوازها والعمل بها، ولأن الكفيل قادر على تسليم المكفول سواء بنفسه أو عن طريق استعانته بالحاكم .

وضمان النفس إذا جاء مطلقا أو مجملا فإن الكفيل يغرم المال للمكفول إن عجز عن إحضار المكفول به، وإن مات غرم ورثته من تركته إلا أن يحضروه، أما إذا كان الكفيل بالنفس قد تبرأ من المال فلا يلزمه شيء منه إذا عجز عن إحضاره ما لم يفرط ويبرأ بإحضاره ولو كان ميتا [١١٨]

---

(١١٦) الحاوي الكبير للما وردي ج ٦ص ٤٦٣

(١١٧) المرغيناني : الهداية، ٣ / ٩٢ الطبعة الأخيرة، حاشية رد المحتار، ٥ / ٣٠٨، المدونة الكبري، المجلد الخامس ص ٢٧٥، شرح الخرشي، ٦ / ٢٥ الطبعة الثانية ١٣١٧ هـ المهذب ١/ ٣٥٠، مصطفي الحلبي، مغني المحتاج، ٢ / ٢٠٣ ط دار إحياء التراث العربي، بيروت، المغني والشرح الكبير، ٥ / ٩٧، عيون الأزهار في فقه الأئمة الأطهار ٤٥٤ .

(١١٨) القوانين الفقهية ج١ ص ٢١٤

الكفالة بالنفس في القانون الوضعي :

نظم قانون المعاملات الإماراتي[١١٩] الكفالة بالنفس أو ضمان الوجه وهي عبارة عن التزام الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له [١٢٠].

فبمقتضي الكفالة بالنفس يصير الكفيل ملزما بأن يحضر المكفول عندما يطلب المكفول له ذلك، فإذا لم يفعل جاز للقاضي أن يقضي عليه بغرامة تهديديه لإجباره على تنفيذ التزامه، فإن أثبت الكفيل عجزه عن إحضاره جاز للقاضي أن يعفيه من هذه الغرامة[١٢١] وإذا كان الكفيل قد تعهد بدفع مبلغ معين على سبيل الشر ط الجزائي في حال عدم إحضاره المكفول، ثم لم يحضره لزمه الشرط، ويجوز للقاضي أن يعفيه منه كله أو بعضه إذا وجد ما يبرر ذلك [١٢٢]. ولا يجب على كفيل النفس أداء الدين الذي على المكفول به للمكفول له إلا إذا كان قد تعهد بذلك إذا لم يقم بتسليم المكفول للمكفول له عندما يطلب الأخير ذلك [١٢٣].

وقد استقر القضاء الإماراتي على أن " الكفيل بالنفس تبرأ ذمته بمجرد تسليم المكفول للجهة التي التزم بتسليمه إليها، وهو لا يلتزم بالوفاء بالدين الذي يلتزم به المكفول قبل المكفول له إلا إذا ثبت بسند الكفالة أن الكفيل التزم بموجب هذا السند بكفالة المال دون أن يكون مقصورا على كفالة النفس"[١٢٤] ويبرأ الكفيل بالنفس إذا سلم المكفول للمكفول له أو أدي ما عليه من دين. كما يبرأ بموته [١٢٥]

وتجوز الكفالة بالنفس من المرأة في القانون الإماراتي بإذن الزوج فإن أبرمتها بغير إذنه جاز له أن يرد كفالتها ولو كان الدين المكفول أقل من ثلث مالها [١٢٦]

---

(١١٩) أما القانون المصري فلم ينظم الكفالة بالنفس. د .كامل مرسي، العقود المسماة، ف ١٤٦ ص ١٨٥ المطبعة العالمية ١٩٤٨.

(١٢٠) المادة ١٠٦٨ من قانون المعاملات الإماراتي .

(١٢١) المادة معاملات إماراتي

(١٢٢) ١٠٦٨/ ٢ معاملات إماراتي

(١٢٣) المادة ١٠٦٩ معاملات إماراتي.

(١٢٤) طعن رقم ٢٤٨ لسنة ١٩٩٢م جلسة ١٢/١٣ ١٩٩٢م مجلة القضاء والتشريع العدد الثالث قاعدة رقم ١٤٥ ص ٨٦٨، ١٩٩٥م

(١٢٥) المادة ١٠٧٠ معاملات إماراتي

(١٢٦) المادة ١٠٧٤ معاملات إماراتي .

الخاتمة :

يتضح مما سبق عرضه أن الراجح في الفقه الإسلامي أن المرأة كالرجل يحق لها أن تكفل دينا على شخص آخر أو تتكفل بوجهها متى توافرت فيها أهلية التبرع بأن كانت بالغة عاقلة رشيدة ولولم يأذن لها الزوج لأنه لا يملك عليها إلا ولاية النكاح وهي ولاية ناقصة، ولأنه ثبت لها شرعا الحق في التبرع من مالها. لكن يتعين عليها إذا خرجت خارج بيتها بسبب هذه التصرفات أن تلتزم الحشمة والوقار وأن تلتزم بآداب الشرع في الخروج.

وقد ما أجازت القوانين الوضعية كالقانون المصري وقانون المعاملات الإماراتي للمرأة أن تتكفل بالمال إذا توافرت الشروط السابق ذكرها، أما الكفالة بالنفس فلا يجوز لها في قانون المعاملات الإماراتي أن تجري كفالة بالنفس إلا بإذن زوجها، أما القانون المدني المصري فلم ينظم الكفالة بالنفس ويرى بعض الفقهاء أن الكفالة بالنفس لا تعتبر كفالة حقيقية لأن التزام الكفيل التزام تابع لالتزام المدين الأصلي، أما الكفيل بالنفس فيلتزم التزاما أصليا بعمل معين هو إحضار المدين يوم حلول أجل الدين.

والله أعلم

المصادر والمراجع

١- القرآن الكريم

٢- أحكام القرآن لأبى بكر أحمد بن علي الجصاص مطبعة الأوقاف الإسلامية . دار الخلافة العلمية ١٣٣٥هـ بدون سنة طبع

٣- الأشباه والنظائر لجلال الدين السيوطي مطبعة مصطفي الحلبي ١٣٨٧هـ١٩٥٩م ، القاهرة ، مصر .

٤- البحر الرائق لزين الدين بن إبراهيم ابن نجيم طبعة دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع.

٥- بدائع الصنائع لعلاء الدين بن مسعود الكاساني طبعة دار الكتاب العربي ، بيروت ٢، ١٤ هـ ، ١٩٨٢م

٦ التأمينات الشخصية والعينية د. رمضان أبو السعود ، الطبعة الأولي ١٩٨. م ٢

٧- التأمينات الشخصية والعينية د.توفيق حسن فرج ،طبعة ١٩٨٤ م مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية

٨- التأمينات الشخصية والعينية د. سمير عبد السيد تناغو ،منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون سنة طبع .

٩- التأمينات الشخصية والعينية :د.عبد الفتاح عبد الباقي طبعة ١٩٥ .م دار نشر الثقافة الجامعية بالإسكندرية

١٠- التأمينات الشخصية والعينية لمحمد علي إمام ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة، بدون سنة طبع .

١١.- التأمينات العينية والشخصية د. نبيل إبراهيم سعد . منشأة المعارف بالإسكندرية ، جلال حزي وشركاه.

١٢- التفسير الكبير لمحمد بن عمر بن حسين المعروف بالفخر الرازي ، دار الكتب العلمية بطهران طبعة ثانية

١٣- تبيين الحقائق لعثمان بن علي الزيلعي طبعة دار المعرفة للطبع والنشر . بيروت ، لبنان بدون سنة طبع.

١٤- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي ، دار الكتاب العربي . بيروت ، ٥، ١٤هـ ،

١٥- الحجة علي أهل المدينة لمحمد بن حسن الشيباني طبعةعالم الكتب ، بيروت ١٣٨٩هـ

١٦- حاشية الدسوقي لمحمد عرفة الدسوقي علي الشرح الكبير لأحمد الدر دير ، طبعة دار إحياء الكتب العربية عيسي الحلبي ، القاهرة بدون سنة طبع.

١٧- حاشية رد المحتار لمحمد أمين المعروف بابن عابدين الطبعة، الثانية مصطفي الحلبي ، القاهرة ١٩٦٦م

١٨- حاشية عميرة لأحمد البرلسي المعروف بعميرة طبعة محمد علي صبيح ، القاهر ة بدون سنة طبع .

١٩- حاشية القليوبي لأحمد بن أحمد القليوبي ، مطبعة محمد علي صبيح ، القاهرة ، مصر

٢٠- دروس في التأمينات الشخصية والعينية د .محمود جمال الدين ذكي ، ، مطابع الأهرام ، القاهرة١٩٧٤م

٢١- سبل السلام لمحمد بن إسماعيل الصنعاني مكتبة دار عاطف القاهرة ١٩٧٩م

٢٢- سراج السالك للسيد عثمان بن حسنين الجعلي ،المكتبة الثقافية ، بيروت ، بدون سنة طبع

٢٣- سنن بن ماجة لمحمد بن يزيد بن أبو عبد الله ابن ماجة ، طبعة دار إحياء الكتب العربية ، عيسي الحلبي وشركاه ، القاهرة بدون سنة طبع.

٢٤- سنن البيهقي لأبي بكر أحمد البيهقي ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ١٤١٤هـ / ١٩٩٤ م.

٢٥- سنن أبو داوود لسليمان بن الأشعث أبي داود طبعة دار الفكر. بيروت ،لبنان .بدون سنة طبع

٢٦- سنن النسائي لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي ،دار الكتب العلمية ، بيروت ١٤١١هـ /١٩٩١م

٢٧- شرائع الإسلام للمحقق الحلي منشورات مكتبة الحياة ، لبنان ، بيروت بدون سنة طبع

٢٨- شرح الخرشي لمختصر خليل لمحمد بن عبد الله الخرشي ، طبعة دار صادر بيروت ، لبنان وطبعة المطبعة الأميرية ببولاق . القاهرة الطبعة الثانية ١٣١٧ هـ .

٢٩- شرح الزرقاني لمختصر خليل لعبد الباقي الزر قاني طبعة دار الفكر العربي ، بيروت ، لبنان ١٣٩٨ هـ ١٩٧٨ م وهي طبعة مصورة عن طبعة بولاق الأميرية ١٣,٦هـ .

٣٠ - شرح فتح القدير لكمال الدين بن عبد الواحد ابن الهمام طبعة مصطفي الحلبي القاهرة ، بدون سنة طبع.

٣١- الشرح الكبير لسمش الدين عبد الرحمن بن أبي عمر المقدسي طبعة دار الكتاب العربي . بيروت .وطبعة دار المنار ، القاهرة

٣٢- صحيح البخاري لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري بشرح الكرماني ، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع .

٣٣- عقد الكفالة د. منصور مصطفي منصور ،المطبعة العالمية ١٩٦. م القاهرة .

٣٤- عقد الكفالة د. سليمان مرقص ...طبعة ١٩٥٩م دار النشر للجامعات المصرية .

٣٥-.العقود المسماة: د.محمد كامل مرسي ، المطبعة العالمية ١٩٤٨م

٣٦- العناية لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتي ، مطبوع مع شرح فتح القدير طبعة مصطفي الحلبي . القاهرة

٣٧- عيون الأزهار في فقه الأئمة الأطهار لأحمد بن يحي المرتضي طبعة دار الكتاب اللبناني بيروت، بدون سنة طبع، تعليق الشيخ صادق موسي .

٣٨- فقه الإمام جعفر الصادق لمحمد جواد مغنية طبعة دار الجواد ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع .

٣٩-:الفواكه الدواني لأحمد بن غنيم سالم النفراوي ، طبعة مصطفي الحلبي الثالثة ١٣٧٤ هـ ١٩٥٥م القاهرة.

٤٠- القاموس المحيط لمحي الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي الشيرازي ، الطبعة الثانية ١٣٧١هـ ١٩٥٢

٤١- القانون المدني الإماراتي رقم ٥ الصادر ١٩٨٥م والمعدل بالقانون رقم ١ لسنة ١٩٨٧م

٤٢.- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م

٤٣- كشاف القناع لمنصور بن يونس البهوتي مكتبة النصر الحديثة بالرياض ، السعودية ، راجعه الشيخ هلال مصلحي.

٤٤- لسان الحكام لأبي الوليد بن أبي اليمن بن الشحنة مطبوع مع معين الحكام ، ط مصطفي الحلبي الثانية ١٣٩٣هـ١٩٧٣م ، القاهرة .

٤٥- لسان العرب لجمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور طبعة دار المعارف . القاهرة ، بدون سنة طبع.

٤٦- المبسوط لأبي بكر محمد بن أحمد السر خسي،دار المعرفة للطبع والنشر بيروت لبنان ١٤,٦هـ ١٩٨٦ م

٤٧- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الحالي . مطبعة أحمد مخيمر ، القاهرة ، بدون سنة طبع .

٤٨- المحلي بالآثار لعلي بن أحمد بن سعيد ابن حزم منشورات المكتب التجاري للطبع والنشر والتوزيع ، بيروت لبنان .بدون سنة طبع.

٤٩- المدخل الفقهي العام د.مصطفي أحمد الزرقا : ، الطبعة السابعة ١٣٨١هـ١٩٦١م

٥٠- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس ، طبعة دار صادر بيروت . بدون سنة طبع .

٥١- المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المكتبة العلمية ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع.

٥٢- المعاملات في الشريعة الإسلامية لأحمد أبو الفتح ، مطبعة النهضة القاهرة ١٣٤٣هـ ١٩٢٤م .

٥٣- المعجم الوجيز: إصدار مجمع اللغة العربية ١٤١٥هـ-١٩٩٤م طبعة خاصة بوزارة التربة والتعليم .

٥٤- المغني لموفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامه ، طبعة دار الكتاب العربي . بيروت و دار المنار ، القاهرة

٥٥- مغني المحتاج لمحمد الشر بيني طبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع .

٥٦- المهذب لأبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي طبعة مصطفي الحلبي، القاهرة ، مصر ، بدون سنة طبع

٥٧- مواهب الجليل لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م. مصطفي الحلبي ، القاهرة ، مصر.

٥٨.- نهاية المحتاج لشهاب الدين الرملي طبعة مصطفي الحلبي ، القاهرة ، مصر، بدون سنة طبع .

٥٩- الهداية لأبي الحسن علي أبي بكر المرغيناني طبعة مصطفي الحلبي الأخيرة القاهرة ، مصر

٦٠- الوسيط في شرح القانون المدني د. عبد الرزاق أحمد السنهوري طبعة ١٩٧١دار النهضة العربية القاهرة .

Abstract

Woman's sponsorship in Islamic Fiqh. A comparative study of laws in Egypt and the United Arab Emirates.

Dr Saber Mohammad Mohammad Sayed

Thanks to Almighty Allah, peace be upon His messenger Mohammad Bin Abdullah, the most dignified, the last of prophets and messengers. Peace be upon his family, his companions and his followers and those who had followed their good deeds.

This research discusses the woman's sponsorship. Many scholars in Fiqh agree that in this case she has the same rights as the man. She can sponsor the loans of others, in addition to sponsoring by face. Even in the man made laws this did not differ from the point of view of these scholars.

As regards tosponsoring by soul, some of the man made laws, as the Egyptian law, did not regulate this matter. Other laws have indeed regulated it by giving the husband the right to divert this sponsorship by his wife if what she guaranteed was less than one third of her money, as in the civil laws in the UAE according to article 1074.

From God we gain success and good guidance.