الكفالة بين الحظر والإباحة

الدكتـــــورة
هيام الطاهر محمد عبد الحليم
المدرس بقسم الفقه بكلية
الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالقاهرة- جامعة الأزهر

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المقدمة :

الحمدُ للهِ الذي أنزلَ علي عبدِهِ الكتاب، ولم يجعلْ له عِوَجَاً، وأشهدُ أن لا إلهَ إلا اللهُ وحدَهُ لا شريك له، بُعث في الأميينَ رسولاً منهم يتلو عليهم آياتِهِ، ويزكّيهِمْ، ويعلمهم الكتابَ، والحكمة.

وأشهدُ أن مُحَمداً رسول الله النبي الأمي أرسلهُ اللهُ بشيراً، ونذيراً، وداعياً إلي الله بإذنه، وسراجاً منيراً ، فبلغ الرسالة، وأدّى الأمانة، وجاهد في الله حق جهادِه، حتى أتاهُ اليقين.

ورضي اللهُ عن أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم - والذين اتبعوه بإحسانٍ إلي يوم الدين.

وبعد.....

فإنه لما كانت الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمانَ، ومكان، ومن ثم فإنها قَدْ تناولت جميع الأحكام ، ومن الأحكام التى تناولتها الشريعة (الكفالة)؛ وقد اخترت هذا الموضوع والكتابة فيه؛ لأهميته فى حياتنا المعاصرة ..

إن الدائن حتى يضمن استيفاء حقه الشخصي كاملاً من مدينه في ميعاد الاستحقاق لا بد له من الحصول على تأمينات خاصة يتخطى بها عقبة إعسار المدين، أو غشه، أو إهماله؛ لأن الضمان العام للدائن لا يكفي.

والتأمينات الخاصة نوعان: تأمينات شخصية ، وتأمينات عينية.

فالتأمينات الشخصية : هي التزامات شخصية تضاف إلى التزام المدين، وبعبارة أخرى هي : ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلي، فيصير للدائن مدينان أو أكثر وفي هذا تأمين كافي له. ومن بين التأمينات الشخصية الكفالة.

أما التأمينات العينية : فهي تخصيص مال معين لتأمين حق الدائن ، ومن بين التأمينات العينية الرهن. والتأمينات الخاصة تسمى عقود الضمان؛ لأنها توفر ضماناً كافياً للدائن وفي نفس الوقت تضع في يد المدين أداةً للثقة ، والائتمان يستطيع أن يحصل بفضلها على ما يحتاج إليه من مال. وهذا البحث يلقي الضوء على عقد الكفالة باعتباره نوعاً من أنواع التأمينات الشخصية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أهمية الموضوع وسبب إختياره :

فى مشروعية عقد الكفالة تيسير على المسلمين ، وتحقيق التعاون فيما بينهم، فقد يشتري إنسان سلعة هو في حاجة إليها، ولا يجد الثمن، ولا يطئمن البائع إليه فلا يرضى بإنظاره به، ولا يتيسر له رهن يضعه به، وقد لا يرضى البائع بالرهن، فيحتاج في هذه الحالة الى كفيل، وقد يستقرض مالاً هو في حاجة إليه، ويطلب المقرض كفيلاً، وقد يقع في جناية يعاقب عليها، وهو بعيد عن بلده، وعليه حقوق وتَبِعات يضطر الى أجَلٍ للقيام بها، فيحتاج الى مَن يكفله حتى يذهب ويعود. وقد يضطر إنسان إلى استعارة عين، ولا يرضى صاحبها بإعارتها له إلا بكفيل يضمن له ردّها سالمة. وقد تكون في يده عين مغصوبة، يحتاج إلى أجل لإحضارها، فيأبى صاحبها أن يفلته إلا بكفيل، وهكذا، فالمصلحة في تشريع الكفالة واضحة، والحاجة إليها أكيدة، وشرع الله تعالى إنما جاء لرعاية مصالح العباد، وتخليصهم من الحرج. قال الله تعالى: ﴿يريدُ الله بكُمُ اليُسْر ولا يريد بكُمُ العُسْر ﴾ (البقرة: 185) وقال: ﴿ما جَعَلَ عليكم في الدِّيْن من حَرَج﴾ (الحج:78).

روى عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي سَعِيدٍ المَقْبُرِيِّ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ، وَلَنْ يُشَادَّ الدِّينَ أَحَدٌ إِلَّا غَلَبَهُ، فَسَدِّدُوا وَقَارِبُوا، وَأَبْشِرُوا، وَاسْتَعِينُوا بِالْغَدْوَةِ وَالرَّوْحَةِ وَشَيْءٍ مِنَ الدُّلْجَةِ»[1].

و تعد الكفالة صورة من صور التوثيق ؛ لذا أبين أدق الأحكام التي تتعلق بها فى صورتها الحديثة .

(١) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري .المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي.المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر .1/ 16كِتَابُ الإِيمَانِ، باب: الدين يسر .الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي).الطبعة: الأولى، 1422.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفى الحديث عن الكفالة بيان عظمة الشريعة ، وشمولها وصلاحيتها لكل زمان ومكان، وتَصدِّيها لكل جديد مستحدث من صور الحياة، فهي تبين أحكاما شرعية تشمل كل ما يحتاجه الطالب من أحكام، ولم تترك الطريق هكذا عبثا بأيدي اللاعبين العابثين بل كانت خالدة محفوظة بحفظ الله لها، فهي تنزيل من حكيم حميد.

وفى الحديث عنها ؛ محاولة الوصول إلى أحكام شرعية تتضمن حكماً واضحاً لصور مستجدة في موضوع الكفالة، ونقاط تخفى على الكثير، ففي تخصيص بحث مُستَقل علاج لأي جزئية – بإذن الله-.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: منهج البحث

منهجى فى البحث يتلخص فى فيما يلى :

اعتمدت فى أخذ أقوال الفقهاء فى المذاهب الفقهية المختلفة ، ونصوص علمائها من مصادرها الأصلية ، مع النص أحيانا، أو الأشارة الى موضعه من تلك المراجع ، وقد حرصت على ترتيب المذاهب على حسب ترتيبها الزمنى ، و ذكرت سبب الخلاف ، وأحيانا أستنبطه من أدلة كل فريق ، وقمت بعزو الأيات القرانية الى سورها ببيان اسم السورة ، ورقم الأية فى الهامش، وقمت بإسناد وتخريج الأحاديث النبوية الشريفة التى وردت، وعرضت المناقشات، إن وجد ، وإن لم أجد كنت أجتهد قدر الإمكان فيها، و بينت درجة الحديث فيما عدا الأحاديث المذكورة فى البخارى، ومسلم، ثم ذكرت وجه الدلالة عقب الدليل من الكتاب ، معتمدة فى ذلك على كتب التفسير، و كتب الفقه ، وأحيانا يستنبط من ظاهر الأية ، وبينت وجه الدلالة من السنة عقب الدليل من السنة معتمدة على كتب الحديث ، وشروحه ، وأحيانا أذكره من كتب الفقه ، وأحيانا استنبطه من خلال فهمى للحديث اذا كان واضح الدلالة على المراد من محل النزاع ، وذكرت أدلة كل فريق ، وما ورد عليها مناقشات ، ثم أبين الرأى الراجح ، وتحدثت فى هذا البحث عن نقاط معينة فى الكفالة ؛ منعا للإطالة لأن الحديث عنهم يكتب فيه رسائل، وأخيرا الخاتمة، وقد اشتملت على أهم النتائج التى توصلت اليها فى البحث ، ثم الفهارس.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خطة البحث

يتكون هذا البحث من مقدمة ، وثلاثة مباحث :

أما المقدمة: فتشتمل على أهمية الموضوع، وسبب إختياره ، ومنهج البحث ، وخطة البحث، والخاتمة .

خطة البحث

المبحث الأول ، تعريف عقد الكفالة، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد الكفالة .

المطلب الثانى: حكم عقد الكفالة.

المطلب الثالث : أركان عقد الكفالة (الضمان).

المبحث الثانى : شروط الكفيل ، ويشتمل على خمسة مطالب :

المطلب الأول : شروط الكفيل.

المطلب الثانى : أنواع الكفالة

المطلب الثالث : خطاب الضمان .

المطلب الرابع : أخذ العمولة عليه.

المطلب الخامس : الأجر علي الضمان .

المبحث الثالث : تطبيقات على الكفالات المعاصرة أولاً ، ويشتمل على أربعة مطالب .

المطلب الأول : ضمان الدرك أو ضمان العهدة.

المطلب الثانى : ضمان السوق..

المطلب الثالث: كفالات الإقامة والسفر.

المطلب الرابع: نظام الكفالة في دول الخليج .

المبحث الأول ، تعريف عقد الكفالة، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد الكفالة .

تعريف عقد الكفالة

مقدمة :

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

النفوس مجبولة على الشح وحب المال، فإذا لم يكن ترغيب في الدَّين، ولم يكن استيثاق في قضائه، لم يكن هناك من يُقرض، وتعطلت مصالح البشر.

لهذا شرع الله ما ييسر على الناس حفظ حقوقهم، وقضاء مصالحهم بالضمان، والكفالة ونحوهما، فهي عقد تبرع وإحسان، وفيها أجر للكفيل، وفرحة للمكفول، وطمأنينة للمكفول له.

الكفـالـة لغـة : مأخوذة من الكِفْل: وهو النصيب، والكِفلْ: المِثْل، و(الْكِفْلُ) الضِّعْفُ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَآمِنُوا بِرَسُولِهِ يُؤْتِكُمْ كِفْلَيْنِ مِن رَّحْمَتِهِ ﴾ (الحديد: 28)، وَذُو الْكِفْلِ: اسْمُ نَبِيٍّ مِنَ الْأَنْبِيَاءِ عَلَيْهِمُ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَهُوَ مِنَ(الْكَفَالَةِ).و(الْكَفِيلُ) الضَّامِنُ، وَ (الْكَافِلُ)الَّذِي يَكْفُلُ إِنْسَانًا يَعُولُهُ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾(آل عمران: 37) :أَيْ ضَمَّهَا إِلَى نَفْسِهِ. (١)

من خلال ما سبق يتبين أن معنى الكفالة لغة: الضمان ، وهِي َتعنى أيضا ِالنصيب ، وَيُسَمَّى النَّصِيبُ كِفْلًا؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ يَضُمُّهُ إِلَيْهِ.

الكفـالـة اصطلاحـاً :

اختلف الفقهاء في تعريف الكفالة اصطلاحـاً تبعا لاختلافهم فيما يترتب عليها من أثر.

فعرفها الحنفية بأنها : ضَمُّ ذِمَّةِ الْكَفِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْأَصِيلِ فِي الْمُطَالَبَةِ. (٢)

---

(١)مختار الصحاح المؤلف: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: 666هـ) المحقق: يوسف الشيخ محمد .الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا . بَابُ الْكَافِ (ص: 271) الطبعة: الخامسة، 1420هـ / 1999م ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو 770هـ) .الناشر: المكتبة العلمية – بيروت . (2/ 536) [الْكَافُ مَعَ الْفَاءِ وَمَا يُثَلِّثُهُمَا]

(٢) الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى:683هـ)عليها تعليقات:الشيخ محمود أبو دقيقة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقيل: هي ضم ذمة إلى ذمة في الدين. [١]

والأول أصح . [٢]؛ وذلك لأنه عام وشامل . وكما أنه مقصور على الكفالة في الدين.

وبيان ذلك : أنه إذا كان لشخص عند آخر دين ، فيجوز له أن يطالبه بكفيل موثوق به عنده ليضمه إلى المديون الأصلي .

وعرفها المالكية بأنها : الْتزام مكلَّف غير سفيه دَيْناً على ذِمّة غيره، أو التزام طلبه مَنْ عليه لِمَنْ له بما يدلُّ عليه، أي من الصيغة . [٣]

وعرفها الشافعية بأنها : التزام دين أو إحضار عين أو بدن، ويقال على العقد المحصل لذلك، وهو عقد تبرع، ولو مع قصد الرجوع. [٤]

(من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا) الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة (2/ 166) تاريخ النشر: 1356 هـ - 1937 م.

(١)تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشِّلْبِيِّ .المؤلف: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ) الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (المتوفى: 1021 هـ) (4/ 146)الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة.الطبعة: الأولى، 1313 هـ.

(٢)فتح القدير لكمال بن الهمام .المؤلف : كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى : 861هـ). (16 / 122).

(٣) أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك» المؤلف: أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي (المتوفى: 1397 هـ) (3/ 19) الناشر: دار الفكر، بيروت – لبنان.الطبعة: الثانية ، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ) .المؤلف: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ).الناشر: دار المعارف . (3/ 429).

جاء فى شرح التلقين (3/ 2/ 135) ما نصه : "قال القاضي أبو محمَّد رحمه الله تعالى:وأما الحمالة فمعناها شغل ذمة أخرى بالحق.ومعناها ومعنى الكفالة والزعامة والضمان واحد". شرح التلقين.المؤلف: أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري المالكي (المتوفى: 536هـ).المحقق: سماحة الشيخ محمَّد المختار السّلامي.الناشر: دار الغرب الإسلامي.الطبعة: الطبعة الأولى، 2008 م

(٤) فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل (منهج الطلاب اختصره زكريا الأنصاري من منهاج الطالبين للنووي ثم شرحه في شرح منهج الطلاب).المؤلف: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (المتوفى: 1204هـ).(3/ 377) الناشر: دار الفكر.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعرفها الحنابلة بأنها : ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام دينه. [١] وقيل هى: الْتِزَامِ رَشِيدٍ مُخْتَارٍ إحْضَارَ مَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ مَالِيٌّ مِنْ دَيْنٍ أَوْ عَارِيَّةٍ أَوْ نَحْوِهَا إلَى رَبِّهِ. [٢]

والكفالة تأتي بمعني الضمان، و الحمالة، والزعامة، و القبالة فكل ذلك بمعني واحد، ويسمي ملتزم ذلك ضامناً، وضميناً، و حميلاً، وزعيماً، وكفيلاً، و قبيلاً. [٣]

مقارنة بين التعريفات :

يتبين لي من -خلال التعريفات السابقة - يتبين لي أن الكفالة هي الضمان، والزعامة، والحمالة، ومعناهم الالتزام بإحضار المكفول به سواء كان مالاً، أو عيناً، أو نفساً.

التعريف الراجح :

أرى أن التعريف الراجح هو تعريف الحنفية فقد بين المقصود بعقد الكفالة بياناً واضحاً، مشتملاً علي ما ذكره الفقهاء، فجاء تعريفاً جامعاً.

حكمة مشروعية الكفالة:

---

(١)الكافي في فقه الإمام أحمد المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ) .الناشر: دار الكتب العلمية . (2/ 129)الطبعة: الأولى، 1414 هـ - 1994 م.

(٢)مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى.المؤلف: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (المتوفى: 1243هـ).الناشر: المكتب الإسلامي. (3/ 313).
الطبعة: الثانية، 1415هـ - 1994م.

(٣) المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس». المؤلف: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي (المتوفى: 422هـ) .المحقق: حميش عبد الحق (ص: 1230)الناشر: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة،بداية المجتهد ونهاية المقتصد . المؤلف: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ) .الناشر: دار الحديث – القاهرة .(4/ 79).تاريخ النشر: 1425هـ - 2004 م .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هي عقد وثيقة وغرامة شرعت لدفع الحاجة ، وهو وصول المكفول له إلى إحياء حقه، وأكثر ما يكون أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة .

ومحاسن الكفالة جليلة وهي : تفريج كرب الطالب الخائف على ماله ، والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما وقر جأشهما ؛ وذلك نعمة كبيرة عليهما ، ولذا كانت

الكفالة من الأفعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال { كَفَّلَها زَكَرِيَّا} (آل عمران: 37) في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم ، إذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك[1]، وسمى نبياً بذي الكفل؛ لما كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم.

وسبب وجودها : تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج رفعه عنه؛ إما تقربا إلى الله تعالى، أو إزالة للأذى عن نفسه إذا كان المطلوب ممن يهمه ما أهمه .[2]

فالغرض بها في الشريعة ؛ الثقة بالحق كالغرض بالرهان .[3]

(١)الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (5/ 285).
(٢)الاختيار لتعليل المختار (2/ 166)، فتح القدير لكمال بن الهمام - (16 / 123).
(٣)شرح التلقين (3/ 2/ 137).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

جاء فى كتاب الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي :

حكمة تشريعها : توثيق الحقوق وتحقيق التعاون بين الناس وتيسير معاملاتهم في إقراض الديون والأموال وإعارة الأعيان، ليطمئن صاحب الحق في الدين أو العين المعارة للوصول إلى حقه ورعاية مصالحه، ودفع الحرج عن الناس. (١)

المطلب الثانى: حكم عقد الكفالة

الكفالة عقد مشروع ، و جائز. (٢)

الأدلــة :

استدل الفقهاء علي جوازها بأدلة من الكتاب الكريم ، و السنة النبوية الشريفة ، والإجماع ، وبيانها كالآتــي:

أولاً : الدليل من القرآن الكريم :

1- قال الله تعالى : ﴿ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ (٣).

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

دلت الآية الكريمة علي جَوَازُ الْكَفَالَةِ عَلَى الرَّجُلِ، لِأَنَّ الْمُؤَذِّنَ الضَّامِنَ هُوَ غَيْرُ يُوسُفَ عَلَيْهِ السَّلَامُ، قَالَ عُلَمَاؤُنَا: إِذَا قَالَ الرَّجُلُ تَحَمَّلْتُ

---

(١)الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ (الشَّامل للأدلّة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمّ النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها) .المؤلف: أ. د. وَهْبَة بن مصطفى الزُّحَيْلِيّ، أستاذ ورئيس قسم الفقه الإسلاميّ وأصوله بجامعة دمشق - كلّيَّة الشَّريعة. (6/4143).الناشر: دار الفكر - سوريَّة – دمشق.
الطبعة: الرَّابعة المنقَّحة المعدَّلة بالنِّسبة لما سبقها (وهي الطبعة الثانية عشرة لما تقدمها من طبعات).

(٢)الاختيار لتعليل المختار (2/ 166)، المعونة على مذهب عالم المدينة (ص: 1230)،البيان في مذهب الإمام الشافعي (6/ 303)، المغني لابن قدامة. المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ) .الناشر: مكتبة القاهرة (4/ 400).

(٣)عجز الآية رقم 72 من سورة يوسف .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أَوْ تَكَفَّلْتُ أَوْ ضَمِنْتُ أَوْ وَأَنَا حَمِيلٌ لَكَ أَوْ زَعِيمٌ أَوْ كَفِيلٌ أَوْ ضَامِنٌ أَوْ قَبِيلٌ، أَوْ هُوَ لَكَ عِنْدِي أَوْ عَلَيَّ أَوْ إِلَيَّ أَوْ قِبَلِي فَذَلِكَ كُلُّهُ حَمَالَةٌ لَازِمَةٌ. (١)

2- قال تعالى: {سَلْهُمْ أَيُّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ } (القلم 40).

وجه الدلالة من الآية الكريمة :

دلت الآية الكريمة علي جَوَازُ الْكَفَالَةِ ، ففى قوله تعالى: {سَلْهُمْ} أي المشركين {أَيُّهُم بذلك} الحكم {زَعِيمٌ} كفيل بأنه يكون ذلك. (٢)

(١)الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي.المؤلف: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى: 671هـ). تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش. الناشر: دار الكتب المصرية – القاهرة. (9/ 233) .الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964 م.

(٢)تفسير النسفي (مدارك التنزيل وحقائق التأويل) .المؤلف: أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي (المتوفى: 710هـ) .حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي .راجعه وقدم له: محيي الدين ديب مستو .الناشر: دار الكلم الطيب، بيروت. (3/ 524).الطبعة: الأولى، 1419 هـ - 1998 م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: الدليل من السنة النبوية الشريفة :

أما السنة فكثير، منها:

1- ما أخرجه البخاري عن سلمة بن الأكوع – رضى الله عنه – أن النبي-صلى الله عليه وسلم - أتي بَجَنَازة؛ لِيُصَلِّيَ عليها، فقال : " هَلْ عَليه مِنْ دَيْنٍ؟ " قالوا : " نعم " قال : " صَلُّواَ عَلَي صَاحِبِكُمْ ". قال أبو قتادة: عليَّ دَيْنُهُ يا رسولَ الله، فَصَلَّي عَلَيْهِ. (١)

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

دل الحديث الشريف علي أنه يصح الضمان عن الميت، ويلزم الضمين ما ضمن به، سواء كان غنياً أو فقيراً. (٢)

2- حدثنا هناد، وعلي بن حجر، قالا: حدثنا إسماعيل بن عياش، عن شرحبيل بن مسلم الخولاني، عن أبي أمامة قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول في الخطبة عام حجة الوداع: «العارية مؤداة، والزعيم غارم، والدين مقضي»: وفي الباب عن سمرة، وصفوان بن أمية، وأنس وحديث أبي أمامة حديث حسن، وقد روي عن أبي أمامة، عن النبي صلى الله عليه وسلم أيضا من غير هذا الوجه. (٣)

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

---

(١)أخرجه البخاري في صحيحه 61/2 . كتاب : الكفالة . باب : من تكفل عن ميت ديناً، فليس له أن يرجع، وبه قال الحسن. رقم: (2295).

(٢)فتح الباري 4/ 581.كتاب: الكفالة.باب: من تكفل عن ميت ديناً، فليس له أن يرجع، وبه قال الحسن، رقم: (2295)، نيل الأوطار 266/5. كتاب: الحوالة، والضمان . باب : ضمان دين الميت المفلس. رقم : (2305).

(٣) سنن الترمذي المؤلف: محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ) . تحقيق وتعليق:أحمد محمد شاكر (جـ 1، 2)ومحمد فؤاد عبد الباقي (جـ 3)وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (جـ 4، 5)الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر. (3/ 557) 12 - أبواب البيوع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم باب ما جاء في أن العارية مؤداة. الطبعة: الثانية، 1395 هـ - 1975 م.[حكم الألباني] : صحيح .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

دل الحديث الشريف صراحة بضمان الزعيم ، (فالزعيم) : الضمين، فلولا أن الضمان يلزمه إذا ضمن.. لم يجعله غارما. فالزعيم الكفيل، والزعامة الكفالة ،أي أن الكفيل ضامن. (١)

3- روى عَنْ قَبِيصَةَ بْنِ مُخَارِقٍ الْهِلَالِيِّ، قَالَ: تَحَمَّلْتُ حَمَالَةً، فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَسْأَلُهُ فِيهَا، فَقَالَ: أَقِمْ حَتَّى تَأْتِيَنَا الصَّدَقَةُ، فَنَأْمُرَ لَكَ بِهَا، قَالَ: ثُمَّ قَالَ: " يَا قَبِيصَةُ إِنَّ الْمَسْأَلَةَ لَا تَحِلُّ إِلَّا لِأَحَدِ ثَلَاثَةٍ رَجُلٍ، تَحَمَّلَ حَمَالَةً، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَهَا، ثُمَّ يُمْسِكُ، وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ اجْتَاحَتْ مَالَهُ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قِوَامًا مِنْ عَيْشٍ - أَوْ قَالَ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ - وَرَجُلٌ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ حَتَّى يَقُومَ ثَلَاثَةٌ مِنْ ذَوِي الْحِجَا مِنْ قَوْمِهِ: لَقَدْ أَصَابَتْ فُلَانًا فَاقَةٌ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قِوَامًا مِنْ عَيْشٍ - أَوْ قَالَ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ - فَمَا سِوَاهُنَّ مِنَ الْمَسْأَلَةِ يَا قَبِيصَةُ سُحْتًا يَأْكُلُهَا صَاحِبُهَا سُحْتًا ". (٢)

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

دل الحديث على جواز الحمالة ، ففي إحلاله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - المسألة لمن تحمل بحمالة- دليل على جواز الحمالة ولزومها ووجوبها عليه. (٣) فأباح له الصدقة حتى يؤدي.

ثالثاً: الدليل من الإجماع : أجمع أهل العلم علي جواز عقد الكفالة. (٤)

---

(١) نيل الأوطار (5/ 355)، الاختيار لتعليل المختار (2/ 166)، البيان في مذهب الإمام الشافعي المؤلف:أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي (المتوفى: 558هـ).المحقق: قاسم محمد النوري . الناشر: دارالمنهاج – جدة.(304/6).الطبعة:الأولى،1421 هـ- 2000 م.

(٢)المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم .المؤلف : مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ).المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي . الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت. كتاب الزكاة - بَابُ مَنْ تَحِلُّ لَهُ الْمَسْأَلَةُ. (2/ 722).

(٣)نيل الأوطار (4/ 200)، المقدمات الممهدات (2/ 376).

(٤)مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات.المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى : 456هـ) .الناشر : دار الكتب العلمية – بيروت . (ص: 62)، الإجماع. لابن المنذر ص 113، الاختيار لتعليل المختار (2/ 166)،المقدمات الممهدات (2/ 376)، المعونة على مذهب عالم المدينة (ص: 1230)،البيان في مذهب الإمام الشافعي (6/

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعاً : القياس :
أنها وثيقة بالحق كالرهن. [1]

المطلب الثالث : أركـان عقد الكفالـة (الضمـان)

لعقد الضمان عند الفقهاء عدة أركان، بيانها كالآتـي:

الركن الأول: الإيجاب والقبول، وبهما قال الحنفية[2].

الحنفية - قالوا: للكفالة ركن واحد وهو الإيجاب والقبول. لأنه هو الذي تتحقق به ماهية العقد وأما غير ذلك فإنه شروط .

وعلى ذلك فلا بد من قبول صاحب الدين وهو المكفول له سواء كانت الكفالة بالنفس ، أو المال فإذا كان لشخص دين عند آخر ، فأراد أن يكفله فيه ثالث فلا تصح كفالته إلا إذا قبل صاحب الدين في المجلس أو ناب عنه في القبول شخص آخر في المجلس ، ثم أقر نيابه بعد المجلس وبعضهم يقول لا يلزم في الكفالة قبول صاحب الدين في المجلس ، فتصح الكفالة بالنفس والمال بدون قبول صاحب الحق ؛ لأن الكفيل زيادة في توثيق الدين لا يضر وجود صاحب الحق فلا تتوقف صحة الكفالة على قبوله.

أما صيغة الكفالة: فهي كل ما يفيد التعهد والالتزام كقوله: كفلت وضمنت ، وتحملت وأنا بذلك المال زعيم وحميل وغريم: دين فلان علي أو والي أو نحو ذلك. وتصح الكفالة بالنفس بكل ما يعبر عنه عن البدن حقيقة كما في الطلاق وذلك كأن يقول: ضمنت إحضار نفسه أو روحه ورأسه ووجهه. ومثل ذلك الجزء الشائع في بدنه كنصفه وثلثه. أما الجزء المعين كاليد والرجل بأن قال: ضمنت يده أو رجله فإنه لا يصح.

---

304) المغني لابن قدامة.المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ) (4/ 400).الناشر: مكتبة القاهرة.

(١) المعونة على مذهب عالم المدينة (ص: 1230).

(٢) الاختيار 166/2. جاء فى دائع الصنائع في ترتيب الشرائع (6/ 2) ما نصه:"الركن هو الإيجاب والقبول الإيجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الأول الركن هو الإيجاب فحسب (فأما) القبول فليس بركن وهو أحد قولي الشافعي - رحمه الله -).: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.المؤلف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ).الناشر: دار الكتب العلمية .الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الركن الثاني: الضـامن، وهو الملـتزم، وبه قال المالكية [١]، والشافعيـة[٢]، والحنابلة[٣].

الـركن الثالث: مضمون وهو الدين، وبه قـال المالكية [٤]، والشافعيـة [٥]، والحنابلـة [٦]، و عبر عنه الشافعية [٧]بمضمون فيه أي بسببه.

الـركن الـرابع : مضمون له، و هو رب الدين، وبه قـال المالكيـة[٨]، والشافعيـة[٩]، والحنابلـة[١٠]. الركن الخامس: مضمون به، وهو الدين الذي علي المضمون، وبه قال المالكية [١١]، و الشافعية[١٢]، والحنابلة[١٣].

الركن السادس: مضمون عنه، وبه قال الشافعية[١٤]، والحنابلة[١٥].

الركن السابع : الصيغة الدالة علي الالتزام بالمال، وبها قال المالكية[١٦]، و الشافعية[١٧]، والحنابلة[١].

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير = بلغة السالك لأقرب المسالك (3/ 431).
(٢) روضة الطالبين وعمدة المفتين المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ) .تحقيق: زهير الشاويش .الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان(4/ 241).الطبعة: الثالثة، 1412هـ / 1991م.
(٣) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (3/ 295).
(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير = بلغة السالك لأقرب المسالك (3/ 431).
(٥) روضة الطالبين وعمدة المفتين (4/ 240).
(٦) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (3/ 295).
(٧) روضة الطالبين وعمدة المفتين (4/ 240).
(٨) حاشية الصاوي على الشرح الصغير = بلغة السالك لأقرب المسالك (3/ 431).
(٩) روضة الطالبين وعمدة المفتين (4/ 240).
(١٠) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (3/ 295).
(١١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير = بلغة السالك لأقرب المسالك (3/ 431).
(١٢) روضة الطالبين وعمدة المفتين (4/ 240).
(١٣) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (3/ 295).
(١٤) روضة الطالبين وعمدة المفتين (4/ 240).
(١٥) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (3/ 295).
(١٦) حاشية الصاوي على الشرح الصغير = بلغة السالك لأقرب المسالك (3/ 431).
(١٧) روضة الطالبين وعمدة المفتين (4/ 240).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثانى : شروط الكفيل ، ويشتمل على خمسة مطالب :

المطلب الأول : شروط الكفيل

يشترط في الكفيل أمور:

أولاً: أن يكون بالغاً، فلا يصح للصبي أن يضمن غيره. [٢]

ثانياً: أن يكون عاقلاً، فلا تصح كفالة المجنون.

ثالثاً: أن لا يكون محجوراً عليه لسفه، فلا يصح للسفيه أن يضمن غيره.

رابعاً : أن لا تكون امرأة متزوجة إذا رأت أن تضمن في مقدار يزيد عن ثلث مالها بغير إذن زوجها، فإذا تكفلت المرأة بمقدار يساوي ثلث مالها فإن كفالتها تصح ولو لم يأذن زوجها، ومثل ذلك ما إذا تصدقت أو وهبت أو أعتقت أو نحو ذلك فإن تصرفها ينفذ في مقدار الثلث فقط فغن فعلت أكثر من ذلك بدون إذن زوجها فإن له الحق في رد كل ما تصرفت فيه.

خامساً: أن لا يكون مريضاً (خطراً) إذا أراد أن يضمن في أكثر من ثلث ماله، فإذا ضمن المريض في أكثر من ثلث بشيء يزيد على الدينار فإن ضمانه لا ينفذ إلا إذا أجازته الورثة.

سادساً: أن لا يكون الضامن عليه دين يستغرق كل ماله، فمن كان عليه دين يستغرق جميع ماله فإن كفالته لا تصح ولا يكون أهلاً للتبرع. [٣]، ويرى الشافعية : أن ضمان المرأة صحيح،

---

(١) مطالب أولي النهي 295/4.

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (5/ 284)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (2/ 240) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (4/ 241) ، المغني لابن قدامة (4/ 405).

(٣) جاء فى القوانين الفقهية (ص: 214) ما نصه :" في الضامن وهو كل من يجوز تصرفه في ماله فلا يجوز ضمان السفيه ولا الصغير ولا العبد إلا بإذن سيده سواء كان مأذونا أو غير مأذون له ولا المرأة فيما زاد على ثلث مالها إلا بإذن زوجه " و جاء فى روضة الطالبين وعمدة المفتين (4/ 242) ما نصه : " الضامن. وشرطه: صحة العبارة، وأهلية التبرع. أما صحة العبارة، فيخرج عنه الصغير، والمجنون، والمبرسم الذي يهذي، فلا يصح ضمانهم ..."وجاء فى

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مزوجة كانت أو غيرها، ولا حاجة إلى إذن الزوج كسائر تصرفاتها. [1]

سابعاً: أن لا يكون مكروهاً ، فلا يصح ضمان المكره.

المطلب الثانى : أنواع الكفالة

الكفالة نوعان : [2]

1- كفالة بالمال : وهى الكفالة بأداء مال (وهى الكفالة الغرامية).

2- كفالة بالنفس: هى التزام إحضار المكفول ببدنه. [3]

أما الحمالة بالمال: فمجمع عليها بين جمهور الفقهاء . [1]

المغنى لابن قدامة (4/ 405) : ما نصه ":يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله، سواء كان رجلا أو امرأة ؛ لأنه عقد يقصد به المال، فصح من المرأة كالبيع، ولا يصح من المجنون والمبرسم ، ولا من صبي غير مميز، بغير خلاف؛لأنه إيجاب مال بعقد ، فلم يصح منهم ، كالنذر. ولا يصح من السفيه المحجور عليه".

(١) روضة الطالبين وعمدة المفتين (4/ 241).

(٢) البناية شرح الهداية (8/ 420)وفيها ما نصه : "الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال"،المبسوط للسرخسي (19/ 162)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (4/ 79) ، المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي)) المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ) (14/ 44).الناشر: دار الفكر ، المغني لابن قدامة ، المؤلف : أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ) (4/ 415) الناشر: مكتبة القاهرة ، الطبعة: بدون طبعة ، تاريخ النشر: 1388هـ - 1968م ، كشاف القناع عن متن الإقناع .المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: 1051هـ)الناشر: دار الكتب العلمية (3/ 375).

(٣) جاء فى العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير :" كفالة البدن: التزام إحضار المكفول ببدنه، وبكل من يلزمه حضوره مجلس الحكم عند الاستعداء، أو يستحق إحضاره تجوز الكفالة ببدنه".المؤلف: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني (المتوفى: 623هـ)المحقق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود .الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان . (5/ 160)الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1997 م، روضة الطالبين وعمدة المفتين .المؤلف: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ).تحقيق: زهير الشاويش. (4/ 253)الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان .الطبعة: الثالثة، 1412هـ / 1991م ،كشاف القناع عن متن الإقناع (3/ 374-375).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

واستدل الجمهور على جوازها بما يلى :

أولاً : القرآن الكريم :

قال تعالى: { قَال لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ } . (يوسف: 66).

وجه الدلالة من الآية :

قال القرطبى :هَذِهِ الْآيَةُ أَصْلٌ فِي جَوَازِ الْحَمَالَةِ بِالْعَيْنِ، وَالْوَثِيقَةِ بِالنَّفْسِ. (٢)

ثانياً : السنة النبوية الشريفة :

روى عَنْ شُرَحْبِيلَ بْنِ مُسْلِمٍ الخَوْلاَنِيِّ، عَنْ أَبِي أُمَامَةَ قَالَ: سَمِعْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ فِي الخُطْبَةِ عَامَ حَجَّةِ الوَدَاعِ: العَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ، وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ. (٣)

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

(الزعيم) فى الحديث الشريف : الضمين، فلولا أن الضمان يلزمه إذا ضمن .. لم يجعله غارما . فالزعيم الكفيل، والزعامة الكفالة ،أى أن الكفيل ضامن. (٤)

ثالثاً: المعقول :

لأن الحاجة داعية إلى الاستيثاق بضمان المال ، أو البدن وضمان المال يمتنع منه كثير من الناس فلو لم تجز الكفالة بالنفس؛ لأدى إلى الحرج، وعدم المعاملات المحتاج إليها. (١)

---

(١) المبسوط للسرخسي (19/ 162)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (4/ 79)، المجموع شرح المهذب (14/ 44)، المغني لابن قدامة (4/ 415)، كشاف القناع عن متن الإقناع (3/ 375).

(٢)تفسير القرطبي (9/ 225).

(٣) سنن الترمذي ت بشار (2/ 556)كتاب البيوع . بَابُ مَا جَاءَ فِي أَنَّ العَارِيَةَ مُؤَدَّاةٌ.

وَحَدِيثُ أَبِي أُمَامَةَ حَدِيثٌ حَسَنٌ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي أُمَامَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَيْضًا مِنْ غَيْرِ هَذَا الوَجْهِ.

(٤) نيل الأوطار (5/ 355)، الاختيار لتعليل المختار (2/ 166). البناية شرح الهداية (8/ 420) وفيها ما نصه : " فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- الحمالة بالنفس

وأما الحمالة بالنفس (وهي التي تعرف بضمان الوجه) : فجمهور الفقهاء على جواز وقوعها شرعا، فالكفالة بالنفس صحيحة، في قول أكثر أهل العلم. هذا مذهب شريح وأبي حنيفة ومالك والثوري ، والليث بن سعد وعبد الله بن الحسن ، وأحمد رضى الله عنهم .[٢]وجواز الكفالة بالنفس مذهب علمائنا رحمهم الله ، وعليه عمل القضاة من لدن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى يومنا هذا وهو أحد أقاويل الشافعي - رحمه الله - وهو الصحيح ، وفي القول الآخر يقول هي ضعيفة، وفي القول الثالث يقول لا تكون صحيحة، لأنه يلتزم ما لا يقدر على تسليمه فيكون كبيع الطير في الهواء ، وحكي عن الشافعي في الجديد أنها لا تجوز، وبه قال داود.[٣]

سبب اختلاف الفقهاء : يرجع السبب فى إختلاف الفقهاء إلى؛ التعارض فى الأدلة القرانية الآتية .

الأدلة : أدلة القول الأول :

استدل جمهور الفقهاء القائلون بأن الكفالة بالنفس صحيحة بما يلى :

أولاً : القرآن الكريم :

1- قال تعالى : { قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ } . (يوسف: 66).

---

(١) المغني لابن قدامة (4/ 415)، كشاف القناع عن متن الإقناع (3/ 374-375).

(٢) المبسوط للسرخسي (19/ 162)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (4/ 79)، المجموع شرح المهذب (14/ 44) ، روضة الطالبين وعمدة المفتين (4/ 253)، كشاف القناع عن متن الإقناع (3/ 374-375)، المغني لابن قدامة (4/ 415).

(٣) المجموع شرح المهذب (14/ 44).

وجاء فيه ما نصه : "وقال الشافعي في بعض أقواله: الكفالة بالبدن ضعيفة. واختلف أصحابه، فمنهم من قال: هي صحيحة قولا واحدا.

وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس، وإن كانت ثابتة بالإجماع والأثر. ومنهم من قال: فيها قولان؛ أحدهما، أنها غير صحيحة؛ لأنها كفالة بعين، فلم تصح، كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين،والمنصوص للشافعي رضى الله عنه في أكثر كتبه أن الكفالة بالبدن تصح."المجموع شرح المهذب (14/ 44).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وجه الدلالة من الآية :

قال القرطبى : هَذِهِ الْآيَةُ أَصْلٌ فِي جَوَازِ الْحَمَالَةِ بِالْعَيْنِ، وَالْوَثِيقَةِ بِالنَّفْسِ، والموثق الكفيل فامتنع يعقوب من إرسال ولده مع إخوته إلا بكفيل يكفل به .[١]

2- قال تعالى: { فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ إِنَّا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ} (يوسف: 78).

وجه الدلالة من الآية :

استدل جُمْهُورُ الْفُقَهَاءِ بهذه الآية عَلَى جَوَازِ الْكَفَالَةِ فِي النَّفْسِ.[٢]

(١) تفسير القرطبي (9/ 225)، الحاوي الكبير (6/ 462).
(٢)تفسير القرطبي (9/ 240).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: السنة النبوية الشريفة :

1-روى عَنْ شُرَحْبِيلَ بْنِ مُسْلِمٍ الخَوْلاَنِيِّ، عَنْ أَبِي أُمَامَةَ قَالَ: سَمِعْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ فِي الخُطْبَةِ عَامَ حَجَّةِ الوَدَاعِ: العَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ، وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ. (١)

وجه الدلالة من الحديث الشريف :

(الزعيم) : الضمين، فلولا أن الضمان يلزمه إذا ضمن.. لم يجعله غارما. فالزعيم الكفيل، والزعامة الكفالة ،أى أن الكفيل ضامن. (٢)

ثالثا: الآثر:

أَخْبَرَنَا أَبُو عَبْدِ اللهِ الْحَافِظُ، أنبأ أَبُو الْحَسَنِ الطَّرَائِفِيُّ، ثنا عُثْمَانُ بْنُ سَعِيدٍ، ثنا نُعَيْمُ بْنُ حَمَّادٍ، ثنا ابْنُ الْمُبَارَكِ، ثنا شُعْبَةُ، عَنْ سُلَيْمَانَ الشَّيْبَانِيِّ قَالَ: سَمِعْتُ حَبِيبًا الَّذِي كَانَ يُقَدِّمُ الْخُصُومَ إِلَى شُرَيْحٍ قَالَ: خَاصَمَ رَجُلٌ ابْنًا لِشُرَيْحٍ إِلَى شُرَيْحٍ كَفَلَ لَهُ بِرَجُلٍ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَحَبَسَهُ شُرَيْحٌ، فَلَمَّا كَانَ اللَّيْلُ قَالَ: " اذْهَبْ إِلَى عَبْدِ اللهِ بِفِرَاشٍ وَطَعَامٍ " وَكَانَ ابْنُهُ يُسَمَّى عَبْدَ اللهِ. (٣)

---

(١) سنن الترمذي ت بشار (2/ 556)كتاب البيوع . بَابُ مَا جَاءَ فِي أَنَّ العَارِيَةَ مُؤَدَّاةٌ.
وَحَدِيثُ أَبِي أُمَامَةَ حَدِيثٌ حَسَنٌ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي أُمَامَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَيْضًا مِنْ غَيْرِ هَذَا الوَجْهِ.

(٢) نيل الأوطار (5/ 355)، الاختيار لتعليل المختار (2/ 166).

(٣) السنن الكبرى المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ) المحقق: محمد عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان. 19 - كِتَابُ الضَّمَانِ بَابُ مَا جَاءَ فِي الْكَفَالَةِ بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ (6/ 128)الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وجـه الـدلالـة مـن الآثر :

في الآثر دليل عدل شريح - رحمه الله - فإنه لم يمل إلى ابنه بل حبسه ولهذا بقي على القضاء نيفا وأربعين سنة ، وفيه دليل على أن الكفالة بالنفس تصح ، وأن الكفيل يحبس إذا لم يسلم نفس المطلوب إلى خصمه ، وأن تسليم الغير بأمر الكفيل كتسليم الكفيل؛ لأنه قال طلبنا الرجل فأخذناه فدفعناه إلى صاحبه. (١)

2- أَخْبَرَنَا أَبُو صَالِحِ بْنُ أَبِي طَاهِرٍ، أنبأ جَدِّي يَحْيَى بْنُ مَنْصُورٍ، ثنا أَبُو بَكْرِ بْنُ إِسْمَاعِيلَ، ثنا يَحْيَى بْنُ دُرُسْتَ بْنِ زِيَادٍ، ثنا أَبُو عَوَانَةَ، عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ، عَنْ حَارِثَةَ بْنِ مُضَرِّبٍ قَالَ: " صَلَّيْتُ الْغَدَاةَ مَعَ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ، فَذَكَرَ قِصَّةَ ابْنِ النَّوَّاحَةِ وَأَصْحَابِهِ وَشَهَادَتِهِمْ لِمُسَيْلِمَةَ الْكَذَّابِ بِالرِّسَالَةِ، وَإِنَّ عَبْدَ اللهِ بْنَ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَمَرَ بِقَتْلِ ابْنِ النَّوَّاحَةِ، ثُمَّ إِنَّهُ اسْتَشَارَ النَّاسَ فِي أُولَئِكَ النَّفَرِ، فَقَامَ جَرِيرٌ وَالْأَشْعَثُ فَقَالَا: اسْتَتِبْهُمْ وَكَفِّلْهُمْ عَشَائِرَهُمْ، فَاسْتَتَابَهُمْ فَتَابُوا، فَكَفَّلَهُمْ عَشَائِرَهُمْ " ذَكَرَهُ الْبُخَارِيُّ فِي التَّرْجَمَةِ بِلَا إِسْنَادٍ، قَالَ الْبُخَارِيُّ: وَقَالَ أَبُو الزِّنَادِ: عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ حَمْزَةَ بْنِ عَمْرٍو الْأَسْلَمِيِّ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بَعَثَهُ مُصَدِّقًا، فَوَقَعَ رَجُلٌ عَلَى جَارِيَةِ امْرَأَتِهِ، فَأَخَذَ حَمْزَةُ مِنَ الرَّجُلِ كُفَلَاءَ حَتَّى قَدِمَ عَلَى عُمَرَ، وَكَانَ عُمَرُ قَدْ جَلَدَهُ مِائَةً، فَصَدَّقَهُمْ وَعَذَرَهُ بِالْجَهَالَةِ. (٢)

---

(١) المبسوط للسرخسي (19/ 162).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (6/ 127) كتاب الضمان .بَابُ مَا جَاءَ فِي الْكَفَالَةِ بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وجـه الـدلالـة مـن الآثر :

دل الآثر على أن الكفالة بالبدن كانت سائغة عند الصحابة رضوان الله عليهم: إذ لم ينكر عليه أحد من الصحابة ذلك: وان كان هذا الموضع لم يتوجه عليهم فيه حق فلم يكن موضعا تصح فيه الكفالة بالبدن، إلا أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وأصحابه الذين معه أرادوا بهذا الاستظهار على هؤلاء المارقين. (١)

رابعاً : القياس :

أن ذلك مصلحة، وأنه مروي عن الصدر الأول(٢)؛ ولأن الحاجة داعية إلى الاستيثاق بضمان المال، أو البدن وضمان المال يمتنع منه كثير من الناس، فلو لم تجز الكفالة بالنفس لأدى إلى الحرج، وعدم المعاملات المحتاج إليها . (٣)؛لأن ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة، كالمال.

أدلة القول الثانى :

استدل أصحاب القول الثانى القائلين بأن الكفالة بالنفس غير صحيحة بما يلى :

الأدلة :

أولاً : القرآن الكريم :

قال تعالى : {مَعاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلاَّ مَنْ وَجَدْنا مَتاعَنا عِنْدَهُ إِنَّا إِذاً لَظالِمُونَ} [يوسف: 79] .

(١) المجموع شرح المهذب (14/ 45).
(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (4/ 79).
(٣) كشاف القناع عن متن الإقناع (3/ 374-375)، المغني لابن قدامة (4/ 415).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وجه الدلالة من الآية :

استدل الشافعي بهذه الأية الكريمة على عدم جواز الكفالة بالنفس ، ففي قوله تعالى : (إِنَّا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ) يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدُوا وَصْفَهُ بِمَا رَأَوْا مِنْ إِحْسَانِهِ فِي جَمِيعِ أَفْعَالِهِ مَعَهُمْ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدُوا: إِنَّا نَرَى لَكَ إِحْسَانًا عَلَّيْنَا فِي هَذِهِ الْيَدِ إِنْ أَسْدَيْتَهَا إِلَيْنَا، وَهَذَا تَأْوِيلُ ابْنِ إِسْحَاقَ. قَوْلُهُ تَعَالَى: (قالَ مَعاذَ اللَّهِ) مَصْدَرٌ. (أَنْ نَأْخُذَ) فِي مَوْضِعِ نَصْبٍ، أَيْ مِنْ أَنْ نَأْخُذَ. (إِلَّا مَنْ وَجَدْنا) فِي مَوْضِعِ نَصْبٍ بِـ" نَأْخُذَ". (مَتاعَنا عِنْدَهُ) أَيْ مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ البريءَ بِالْمُجْرِمِ وَنُخَالِفَ مَا تَعَاقَدْنَا عَلَيْهِ. (إِنَّا إِذاً لَظالِمُونَ) أي أن نأخذ غيره. (١)

فكان قوله :"معاذ الله" إنكارا للكفالة أن تجوز حين سأله إخوته أن يأخذ أحدهم كفيلا ممن وجد متاعه عنده.

ثانياً: القياس :

أنها كفالة بنفس؛ فأشبهت الكفالة في الحدود؛ لأنها كفالة بعين ، فلم تصح كالكفالة بالزوجة وبدن الشاهد ، ولأنه ضمان عين في الذمة بعقد فلم يصح ، كما لو أسلم في ثمرة نخلة بعينها ، لان الكفالة وثيقة وحدود الله لا يستوثق بها لأنها تسقط بالشبهات. (٢)

ولأن ما لا يضمن باليد لا يضمن بالعقد، كالميتة والخمر ؛ ولأنه عقد ضمان لا يستحق على الضامن المطالبة بمقتضاه ، فوجب أن يكون باطلا كضمان القصاص.

ولأن من لم يصح أخذه بمقصود العقد لم يصح منه ذلك العقد، كبيع الصبي والمجنون ؛ ولأنه ضمان عين في الذمة، فوجب ألا يصح كالمسلم في الأعيان، ولأن المكفول به لا يجب

عليه تسليم نفسه وإنما يجب عليه الخروج من الحق وحبسه إن حبس ليخرج من الحق؛ فلأن

---

(١) تفسير القرطبي (9/ 240)، الحاوي الكبير (6/ 463).

(٢) المجموع شرح المهذب (14/ 45) ،العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير. ط العلمية (5/ 159) .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لا يجب على الكفيل تسليم المكفول به أولى. لأن ما لا يلزم المضمون عنه فأولى ألا يلزم الضامن، ولأنه إن استحق إحضاره مجلس الحكم فهو على الحاكم أوجب، فإن عجز عنه الحاكم ، فالكفيل عنه أعجز .(١)

المناقشة

مناقشة أدلة القول الثانى :

ناقش أصحاب القول الأول أدلة القول الثانى بما يلى :

أولاً : ما استدلوا به من القران الكريم :

أما ما استدلوا به من قوله تعالى: {مَعاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلاَّ مَنْ وَجَدْنا مَتاعَنا عِنْدَهُ إِنَّا إِذاً لَظالِمُونَ} [يوسف: 79] . فيجاب عنه: بأنه ليس إنكارا للكفالة ؛ إنما هو خشية أَنْ يؤخذ البرئ بالْمُجْرِمِ بدليل قوله تعالى : { قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ } . والموثق الكفيل فامتنع يعقوب من إرسال ولده مع إخوته إلا بكفيل يكفل به .

ثانياً: ما استدلوا به من القياس فيجاب عنه: بأنه مردود بألادلة السابقة من الكتاب الكريم، والسنة النبوية الشريفة .

الرأى الراجح

أرى أن الرأى الراجح - والله أعلم -هو القول الأول وهو رأى جمهور الفقهاء القائلون بجواز الكفالة بالنفس وذلك ؛ لما فيه من المصلحة، وأنه مروي عن الصدر الأول ؛ ولأن الحاجة داعية إلى الاستيثاق بضمان المال أو البدن وضمان المال يمتنع منه كثير من الناس فلو لم تجز الكفالة بالنفس؛ لأدى إلى الحرج، وعدم المعاملات المحتاج إليها ؛ ففى الجواز تيسير وفع للحرج .

(١) الحاوي الكبير (6/ 463).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث : خطاب الضمان

فإن من نوازل العصر وقضاياه جريان المعاملة بخطابات الضمان لدى البنوك الأهلية مع المستفيد شخص اعتباري أو طبيعي وتجلية موقعها من الشريعة المطهرة يقتضي إعطاء التصور الكامل لطبيعة خطابات الضمان وخطواتها الإجرائية وأنواعها وما جرى مجرى ذلك من القوالب التي تسير عليها ثم تنزيل الفقه الشرعي عليها.[١]

خطاب الضمان

وفيه الفروع الآتية:

ا- طبيعته:

خطاب الضمان المصرفي: هو تعهد قطعي مقيد بزمن محدد غير قابل للرجوع يصدر من البنك بناء على طلب طرف آخر(عميل له)- بدفع مبلغ معين لأمر جهة أخرى مستفيدة من هذا العميل لقاء قيام العميل بالدخول في مناقصة أو تنفيذ مشروع بأداء حسن ليكون استيفاء المستفيد من هذا التعهد (خطاب الضمان) متى تأخر أو قصر العميل في تنفيذ ما التزم به للمستفيد في مناقصة أو تنفيذ مشروع ونحوهما ويرجع البنك بعد على العميل بما دفعه عنه للمستفيد.

2 - أركانه:

من هذا يتضح أن أركان خطاب الضمان أربعة وهى:

1- البنك: وهو الطرف (الضامن). والضامن هو من التزم ما على غيره.[٢]

---

(١) مذكرة إيضاحية لمؤسسة النقد العربي السعودي موجهة لوزارة العدل برقم 4646/م /444 في 28\3\1404هـ وكتاب المصارف لغريب الجمال، والبنك اللاربوي في الإسلام لمحمد باقر الصدر، الربا والمعاملات المصرفية للشيخ عمر المترك - رحمه الله تعالى-. نقلا عن مجلة مجمع الفقه الإسلامي - (2 / 853).

(٢) المصدر السابق - (2 / 854).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- العميل: وهو الطرف (المضمون عنه).

3- المستفيد : وهو الطرف (المضمون له).وهو رب الحق الذي التزمه الضامن.

4- قيمة الضمان: وهو (المبلغ المضمون).

والمضمون به : هو الحق الذي التزم الضامن.

فإذا أطلق خطاب الضمان حوى هذه الأركان.

3- الشخص العميل (المضمون عنه):

يكون شخصية حكمية (اعتبارية) كالشركة أو المؤسسة ممثلة في (مديرها المسئول). ويكون شخصا طبيعيا.

4- المستفيد: (المضمون له):

عادة لا يكون إلا شخصية اعتبارية كمصلحة حكومية أو مؤسسة أو شركة معروفة. ومن النادر أن يكون شخصا طبيعيا.

5 - أهدافه:

لخطاب الضمان أهمية كبيرة في حماية المستفيد (المضمون له) حكومة أو شركة لضمان تنفيذ المشاريع أو تأمين المشتريات وفق شروطها ومواصفاتها وفى أوقاتها المحددة . و بالتالي توفير الضمانة للمستفيد عن أي تقصير تنفيذي أو زمني من الطرف العميل إضافة إلى أن البنك لا يقبل في استقبال خطاب الضمان وأن يكون طرفا مع العميل لصالح المستفيد إلا إذا توفرت لديه القناعة بكفاءة العميل المالية والمعنوية. وبالتالي في هذا ضمان إضافي إلى سابقه أن لا يدخل في المشاريع والمناقصات إلا شخص قادر على الوفاء بما التزم به.[1]

6- طريقة إصدار خطاب الضمان:

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي - (2 / 855).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يقدم طالب خطاب الضمان طلبا للبنك يحدد فيه مبلغ الضمان ومدته والجهة المستفيدة

والغرض من الضمان. ويجب أن تكون لدى البنك قبل إصداره الضمان المذكور القناعة بأن كفاءة العميل المالية والمعنوية كفيلة بالوفاء بالتزامه فيما إذا طلب منه دفع قيمة الضمان أو تمديده وإذا كان مبلغ الضمان كبيرا فإن البنك يطلب عادة تأمينات لقاء ذلك إما أن تكون رهنا عقاريا مسجلا أو رهن أسهم في شركات أو بإيداع أوراق مالية لدى البنك يسهل تحويلها إلى نقد فيما لو طلب من البنك دفع قيمة مبلغ الكفالة - مع خطاب من مودعها بالتنازل عنها إذا اقتضى الأمر أو كفالة بنك خارجي معروف، وإضافة إلى كل ذلك فإن البنك يحتفظ عادة بتأمينات نقدية يودعها العميل بنسبة حوالى25 % من قيمة الضمان وقد تزيد هذه النسبة أو تقل تبعا لمركز العميل المالي والمعنوي ولطبيعة المشروع الذي قدم الضمان من أجله، وبعد كل هذه الإجراء ات يقوم البنك بإصدار الضمان.

7- أنواع خطابات الضمان :

تجرى المعاقدة عليها على أنواع:

أولا: خطاب الضمان الابتدائي :

ويكون مقابل الدخول في مناقصات أو مشاريع ويكون مبالغ الضمان مساويا لـ 1 % من كل قيمة المناقصة أو أكثر، وساري المفعول لمدة معينة وعادة تكون لثلاثة أشهر وهذا التعهد البنكي (خطاب الضمان) يقدمه العميل للمستفيد من مصلحة حكومية أو غيرها. ليسوغ له الدخول في المناقصة مثلا فهو بمثابة تأمين ابتدائي يعطى المستفيد الاطمئنان على قدرة العميل على الدخول في المناقصة. ولا يسوغ إلغاء هذا الخطاب إلا بإعادته بصفة رسمية من الجهة المقدم إليها (المستفيد). [1]

ثانيا: خطاب الضمان النهائي :

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي - (2 / 857).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهذا يكون مقابل حسن التنفيذ وسلامة الأداء في العملية من مناقصة أو مشروع ونحو ذلك ويكون مبلغه بنسبة 5 % من قيمة المشروع أو المناقصة وهو محدد بمدة لعام كامل مثلا قابل للزيادة.

وهذا التعهد البنكي (خطاب الضمان النهائي) يقدمه العميل للمستفيد من مصلحة حكومية أو غيرها ليستحق المستفيد الاستيفاء منه عند تخلف العميل عن الوفاء بما ألتزم به فهو بمثابة تأمين نهائي عند الحاجة إليه، ولا يكون إلغاؤه ألا بخطاب رسمي من الطرف المستفيد.

ثالثاً : خطاب الضمان مقابل غطاء كامل لنفقات المشروع أو المناقصة .(أي مقابل سلفة يقدمها العميل إلى البنك على حساب المشروع مثلا لصالح الطرف المستفيد و الغاية منه كما في سابقه)- ثانيا الخطاب النهائي-.

رابعاً: خطاب الضمان: (ضمان المستندات):

وهناك نوع رابع من خطابات الضمان يقدمه البنك لصالح شركات الشحن أو وكالات البواخر ، في حالة وصول البضاعة المستوردة إلى الميناء المحدد في المملكة وتأخر وصول مستندات الشحن الخاصة بالبضاعة إلى ذلك البنك الذي جرى الأستيراد عن طريقه فخشية من أن يلحق بالبضاعة تلف من جراء تأخر بقائها في جمرك الميناء يكون الضمان المذكور تعهدا من البنك بتسليم مستندات الشحن الخاصة بالبضاعة إلى وكلاء البواخر فور وصولها. واستنادا إلى هذا الضمان يتم فسح البضاعة للمستورد.

ولإصدار مثل هذا الضمان يقدم العميل المستورد طلبا بذلك إلى البنك ويسدد قيمة اعتماد الاستيراد بالكامل (وهي قيمة البضاعة المستوردة) ومن ثم يصدر البنك خطاب الضمان ويسلمه إلى العميل فيقوم العميل بتسليمه إلى وكلاء الباخرة المعنيين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

8- مدي استفادة البنك من خطاب الضمان :

هذا التعهد الذي الزم البنك به نفسه مع العميل له بأن يدفع للطرف المستفيد من عميله المبلغ الصادر بموجبه خطاب الضمان ووفق ما فيه من شروط ، وإجراءات للبنك من وراء

هذا مصلحة مادية وهى ما تسمى بالعمولة بمعنى أن البنك يستحق بالشرط على العميل نسبة مئوية معينة مقابل هذا التعهد وهذه الخدمة نحو 2% حسبما يتم الاتفاق عليه. (١)

الفقه الشرعي لخطاب الضمان

قد علم بأصل الشرع جواز الضمان(٢)وهو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون في التزام الحقوق المستحقة ، (٣) بمعنى التزام دين على آخر، وهو عقد إرفاق وإحسان جاء به الشرع مع ما فيه من توثيق للحقوق وحفظ لها.(٤)

وخلاصة ما تقدم في طبيعة خطاب الضمان تنحصر في الفقرتين الأخيرتين منه وهما: -

ا - أنواعه.

2- عمولة البنك لقاءه.

أما أنواعه الأربعة المتقدمة فلم يظهر في ماهيتها ما يخرج عن المنصوص عليه في أحكام الضمان شرعا وتوفر شروطه ، فالضامن البنك ممن يصح تبرعه، ولوجود رضي الضامن

---

(١)مجلة مجمع الفقه الإسلامي - (2 / 858).
(٢) الاختيار لتعليل المختار (2/ 166)، المعونة على مذهب عالم المدينة (ص: 1230)،البيان في مذهب الإمام الشافعي (6/ 303)، المغني لابن قدامة. (4/ 400).
(٣) جاء فى المبدع في شرح المقنع (4/ 233) الضمان : هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق.
(٤) شرح التلقين (3/ 2/ 137) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (6/ 4143).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكون الحق معلوما حالا أو مألا وأن أجله معلوم غير مجهول. سوى ما جاء في النوع الأول وهو خطاب الضمان الابتدائي . فإنه من باب ضمان ما سيجب ،[1]وضمان ما لم يجب عقد معلق ، وقد علم أن الضمان عقد التزام لازم فلا يعلق كغيره من العقود اللازمة ، ولأن الضامن التزم ما لم يلزم الأصيل المضمون عنه وهو (العميل) بعد. لكن الجمهور من أهل

العلم على جوازه وهو مذهب الأئمة الثلاثة - أبو حنيفة ، ومالك ، وأحمد ، والشافعي - في القديم[2]والخلاف المذكور للشافعي في الجديد وما

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي - (2 / 859).

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (5/ 305) ، الشرح الكبير مع الدسوقي 333/3، وقوانين ابن جزى ص 353، روضة الطالبين للنووي 244/4، بداية المجتهد 82/2، جاء فى الشرح الكبير للشيخ الدرديروحاشية الدسوقي(3/ 333) ما نصه:"للركن الثاني وهو المضمون فيه بقوله (بدين لازم)فلا يصح ضمان عبد في ثمن سلعة اشتراها بغير إذن سيده لعدم اللزوم(أو آئل إليه) أي إلى اللزوم".

جاء فى منح الجليل شرح مختصر خليل (6/ 205) ما نصه : "(بل) تصح الكفالة ب (كجعل) أي عوض عمل معلق على التمام بقوله إن جئتني بعبدي الآبق فلك عشرة دنانير مثلا فيصح ضمانه فيها ولو قبل الشروع في العمل كما في ابن عرفة والشامل لأنه آيل للزوم، فلذا مثل به له " غ ".

جاء فى بداية المجتهد ونهاية المقتصد (4/ 82) ما نصه: "ولا تجوز عند الشافعي كفالة المجهول، ولا الحق الذي لم يجب بعد، وكل ذلك لازم وجائز عند مالك، وأصحابه"،وجاء فى روضة الطالبين وعمدة المفتين (4/ 244)ما نصه:"إحداها: إذا ضمن ما لم يجب، وسيجب بقرض أو بيع، وشبههما، فطريقان. أحدهما: القطع بالبطلان؛ لأنها وثيقة، فلا تسبق وجوب الحق كالشهادة. وأشهرهما على قولين. الجديد: البطلان، والقديم: الصحة؛ لأن الحاجة قد تدعو إليه. ونقل الإمام، فروعا على القديم. أحدها: إذا قال ضمنت لك ثمن ما تبيع فلانا، فباع شيئا بعد شيء، كان ضامنا للجميع؛ لأن (ما) من أدوات الشرط، فتقتضي التعميم، بخلاف ما إذا قال: إذا بعت فلانا، فأنا ضامن، لا يكون ضامنا إلا ثمن ما باعه أولا؛ لأن (إذا) ليست من أدوات الشرط. والثاني: إن شرطنا معرفة المضمون له عند ثبوت الدين، فهنا أولى. وإلا، فوجهان. وكذا معرفة المضمون عنه. والثالث: لا يطالب الضامن ما لم يجب الدين على الأصيل، وليس له الرجوع بعد لزومه. وأما قبله، فعن ابن سريج، أن له الرجوع. وقال غيره: لا؛ لأن وضعه على اللزوم. وأما إذا قلنا بالجديد، فقال: أقرض

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ذهب إليه الجمهور ألصق بأصول الشرع لا سيما إباحة التعامل في الأصل ما لم يعتوره مانع من غرر ونحوه.

ولا يظهر في ضمان ما لم يجب بعد ما يمنع فيبقي على الأصل. والله أعلم ولهذا قال الحنابلة: في تعريف الضمان هو: التزام ما وجب أو يجب على غيره مع بقائه عليه أو: هو ضم الإنسان ذمته إلى ذمة غيره فيما يلزمه حالا أو مآلا(١).

وقالوا في ضمان ما يؤول إلى الوجوب (يصح الضمان بالحق الذي يؤول إلى الوجوب فيصح الضمان بما يثبت على فلان أو بما يقر به أو بما يخرج بعد الحساب عليه أو بما يداينه فلان). (٢)

فلانا كذا وعلي ضمانه، فأقرضه، فالصحيح، أنه لا يجوز، وجوزه ابن سريج ، وجاء فى المجموع شرح المهذب (14/ 16)ما نصه: " وفى مال الجعالة والثمن في مدة الخيار ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح ضمانه لانه دين غير لازم فلم يصح ضمانه كدين الكتابة".

(والثانى) يصح لانه يؤول إلى اللزوم فصح ضمانه (والثالث) يصح ضمان الثمن في مدة الخيار ولا يصح ضمان مال الجعالة لان عقد البيع يؤول إلى اللزوم وعقد الجعالة لا يلزم بحال.

جاء كشاف القناع عن متن الإقناع (3/ 367)ما نصه:"فيصح ضمان ما لم يجب إذا آل إلى الوجوب ، (فلو قال: ضمنت لك ما على فلان) صح (أو) قال: (ما على فلان علي) أو عندي ونحوه صح، وهذه من أمثلة المجهول فيها (أو) قال: ضمنت لك (ما تداينه به) صح وهو من أمثلة ما يئول إلى الوجوب (أو) قال: ضمنت لك (ما يقر لك به) فلان صح (أو ما تقوم) لك (به البينة) عليه (أو ما يخرجه الحساب بينكما ونحوه) كضمنت لك ما يقضى به عليه (صح) ذلك.

(١) شرح منتهى الإرادات = دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (2/ 125)، الفروع وتصحيح الفروع (6/ 405)،جاء فى كشاف القناع عن متن الإقناع (3/ 362) الضمان شرعا : (التزام من يصح تبرعه) وهو الحر غير المحجور عليه(أو) التزام (مفلس برضاهما) أي: من يصح تبرعه والمفلس (ما) أي: دينا (وجب) على غيره (أو) ما (يجب على غيره مع بقائه) أي: ما وجب أو يجب (عليه) أي:على الغير ، وجاء فى المغني (4/ 399) :الضمان: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق.

(٢) المغني لابن قدامة (4/ 402).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

دليل الجمهور : **استدل الجمهور على قولهم ب:**

الكتاب الكريم : قال تعالى: {وَلِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ} [يوسف: 72] .

وجه الدلالة من الأية :

دلت الآية على ضمان حمل البعير مع أنه لم يكن وجب.

قَالَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ: فِي هَذِهِ الْآيَةِ دَلِيلٌ على جَوَازُ الْجُعْلُ وَقَدْ أُجِيزَ لِلضَّرُورَةِ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ فِيهِ مِنَ الْجَهَالَةِ مَا لَا يَجُوزُ فِي غَيْرِهِ، فَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ: مَنْ فَعَلَ كَذَا فَلَهُ كَذَا صَحَّ. وَشَأْنُ الْجُعْلِ أَنْ يَكُونَ أَحَدُ الطَّرَفَيْنِ مَعْلُومًا وَالْآخَرُ مَجْهُولًا لِلضَّرُورَةِ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ، فَإِنَّهُ يَتَقَدَّرُ فِيهَا الْعِوَضُ وَالْمُعَوَّضُ مِنَ الْجِهَتَيْنِ، وَهُوَ مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ الَّتِي يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا فَسْخُهُ، إِلَّا أَنَّ الْمَجْعُولَ لَهُ يَجُوزُ أَنْ يَفْسَخَهُ قَبْلَ الشُّرُوعِ وَبَعْدَهُ، إِذَا رَضِيَ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ، وَلَيْسَ لِلْجَاعِلِ أَنْ يَفْسَخَهُ إِذَا شَرَعَ الْمَجْعُولُ لَهُ فِي الْعَمَلِ.

فمَتَى قَالَ الْإِنْسَانُ، مَنْ جَاءَ بِعَبْدِي الْآبِقِ فَلَهُ دِينَارٌ لَزِمَهُ مَا جَعَلَهُ فِيهِ إِذَا جَاءَ بِهِ، فَلَوْ جَاءَ بِهِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ لَزِمَهُ إِذَا جَاءَ بِهِ عَلَى طَلَبِ الْأُجْرَةِ. (١)

(١) تفسير القرطبي (9/ 232)، كشاف القناع عن متن الإقناع (3/ 367).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الرابع : أخذ العمولة عليه

أي أخذ (الأجرة) لا (الجعالة)[1] فإن الجعالة: أن يجعل جائز التصرف شيئا معلوما لمن يعمل له عملا معلوما أو مجهولا من مدة معلومة أو مجهولة- فلا يشترط العلم بالعمل ولا المدة ولا تعيين العامل للحاجة.

فهي إذن: التزام مال في مقابلة عمل لا على وجه الإجارة فليس ما هنا مما هنالك إضافة إلى أن الجعالة: عقد جائز من الطرفين لكل من العاقدين فسخها بخلاف الإجارة فهي عقد لازم ابتداء.

وإن كان وقع في عبارات بعضهم باسم الجعل على الضمان ، ففي هذا تسامح في التعبير أو على سبيل النزول بمعنى: أنه إذا لم يجز الجعل فالإجارة من باب أولى. وإن كانت الجعالة في معنى الإجارة لكن الجعالة أوسع من باب الإجارة فالجعالة كما علمت في تعريفها فلا يشترط العلم بالعمل ولا المدة ويجوز فسخها من الطرفين بخلاف الإجارة فهي عقد على منفعة أوعين لازم من الطرفين لا يملك أحدهما فسخها.

---

(١) الْجعَالَة: مَا يَجْعَل على الْعَمَل من أجر أَو رشوة (ج) جعائل المعجم الوسيط (1/ 126).

شرعا: (جعل) أي: تسمية (مال معلوم) فلا يصح: من رد عبدي فله نصفه ونحوه (لا) إن كان (من مال محارب) أي: حربي، وجاء فى حاشية الصاوي على الشرح الصغير = بلغة السالك لأقرب المسالك (4/ 79) ما نصه : " الجعالة (التزام أهل الإجارة) : وهو المتأهل لعقدها؛ وهو العاقل. (عوضا علم) : خرج المجهول، فلا يصح جعالة ولا إجارة؛ كالبيع،لتحصيل أمر) من أمور؛ كإتيان بشيء وحمل وحفر، وخرج بذلك البيع، (يستحقه السامع) للملتزم العوض ولو لم يخاطبه (بالتمام) .

وعرفها الشافعى وأحمد بأنها: التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج 3/ 617،شرح منتهى الإرادات = دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (2/ 372).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعليه فإن جمهور أهل العلم على تقرير عدم الجواز لأخذ العوض على الضمان[١] كما جاء فى مجمع الضمانات على مذهب الإمام أبي حنيفة البغدادى[٢] ما نصه :"ولو كفل بمال على أن يجعل الطالب له جعلا فإن لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل، وإن كان مشروطا في الكفالة فالكفالة باطلة .

وغيرها مصرحة بالمنع وعدم الجواز، وجماع تعليلهم للمنع فما يلي:

1- أنه يؤول إلى قرض جر نفعا وجه ذلك: أنه في حال أداء الضامن للمضمون له يكون العوض مقابل هذا الدفع الذي هو بمثابة قرض في ذمة المضمون عنه. وفى خطاب الضمان : أقوى في بعض أحواله لأن المستفيد يستوفي عادة من البنك لا من العميل.

2- أن هذا العقد مبناه على الإرفاق ، والتوسعة والإحسان ففي أخذ العوض لقاءه دفع لمقصد الشارع منه.

3- أنه في بعض حالات الضمان يستوفي المضمون له من المضمون عنه فيكون أخذ الضامن للعوض بلا حق وهذا باطل لأنه من أكل المال بالباطل . وفى خطاب الضمان الابتدائي أو المستندي مثلا يستوفي المضمون له المستفيد من العميل لا من البنك.

---

(١) مجمع الضمانات على مذهب الإمام أبي حنيفة البغدادى ص /282، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي3\404، الحاوي الكبير(6/ 431)، والفروع لابن مفلح 4\207، كشاف القناع 3\262.

(٢) مجمع الضمانات على مذهب الإمام أبي حنيفة البغدادى ص /282.

وجاء فى حاشية الصاوي على الشرح الصغير= بلغة السالك لأقرب المسالك(3/ 442) ما نصه :" (كبجعل) للضامن من رب الدين أو من المدين أو من أجنبي. وعلة المنع أن الغريم إن أدى الدين لربه كان الجعل باطلا؛ فهو من أكل أموال الناس بالباطل وإن أداه الحميل لربه ثم رجع به على الغريم كان من السلف بزيادة، فتفسد الحمالة وإنما فسدت بالجعل للضامن لقوله في الحديث: «ثلاثة لا تكون إلا لله: الجعل والضمان والجاه» .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مما تقدم تعلم الحقيقتان الآتيتان:

الأولى: أن خطاب الضمان من حيث العطاء له من قبل العميل ثلاثة أحوال:

ا-خطاب ضمان ليس له غطاء البتة:

فهذا ينسحب عليه ما قرره جمهور العلماء من منع العوض على الضمان فهكذا في هذه الحالة من خطابات الضمان.

2- خطاب ضمان له غطاء كامل من العميل:

فهذه الحالة والله أعلم لا يظهر في العوض عليها ما يمنع في حق الضامن أو المضمون عنه لأن هذا العوض (العمولة) مقابل الخدمات الإجرائية ففي حال دفع البنك للمستفيد فهو من مال المضمون عنه وفى حال عدم دفعه فهو مقابل حفظه لماله وخدماته لذلك.

3-خطاب ضمان قد صار الغطاء لنسبة منه:

فهذه تنسحب عليها أحكام الحالتين قبلها فيجوز فيما قابل المغطى لا فيما لم يقابله - والله أعلم .

رأي رشيد للعلامة الشيخ/عمر بن عبد العزيز المترك في كتابه (الربا والمعاملات المصرفية) إذ قال - رحمه الله تعالى وغفر له امين - ص /309: "والذي أرى أنه إذا كان الضمان مسبوقا بتسليم جميع المبلغ المضمون للمصرف أو كان له غطاء كامل فلا يظهر في أخذ الجعالة عليه شيء لأن العمولة التي يأخذها المصرف في هذه الحالة مقابل خدماته كالعمولة التي تؤخذ من قبله في عملية التحويل بالشيكات لأن هذه العملية ليست مقابل عملية فرض ولا ما يؤول إلى قرض لأن المصرف لا يدفع من ماله شيئا وإنما يدفع ما التزمه بموجب الضمان من مال المضمون عنه الموجود لديه، أما إذا كان خطاب الضمان غير مغطى فلا أرى جواز أخذ الجعالة عليه لأن هذا الضمان قد يؤدى إلى قرض فيكون قرضا جر فائدة والربا أحق ما حميت مراتعه وسدت الطرائق المفضية إليه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لذا فإني أرى أن على طالب الضمان أن يضع لدى الجهة الضامنة له مبلغا يساوى المبلغ المضمون وهذا إجراء متفق مع الأصول الائتمانية المتبعة في بعض المصارف حيث تطلب من العميل المضمون أن يحجز لديها مبلغا مساويا لقيمة خطاب الضمان وهو ما يسمى بالغطاء الكامل يكون رهنا لكى يسدد منه فيما لو اضطر المصرف إلى تنفيذ التزامه ويفرج عنه عندما يتحرر المصرف من ضمانه. وفى هذا الإجراء من الفوائد مما لا يخفي منها:

1- عدم إفساح المجال لمن ليس لهم المقدرة على الوفاء بالتزاماتهم في الدخول في المناقصات والعطاءات.

2- ان فيه حدا من التعامل الجشع والتوسع في الأعمال بما ليس في استطاعة الإنسان القيام به مما يعود عليه بالضرر وتنعكس عليه أثاره السيئة ذلك أن المناقض قد يقدم ضمانا مصرفيا بمبلغ ليس في استطاعته الوفاء به مما قد يضطره في النهاية إلى الخضوع لما تفرضه عليه المصارف من فوائد ربوية لقاء تسديده بمقتضي الضمان الذي التزمته. [1]

المطلب الخامس : الأجر علي الضمان - بمعنى الكفالة لدى الفقهاء.

بعد ما تقدم من مناقشة موضوع الضمان - بمعنى الكفالة في إطار النقاط التي طرح بها ومن خلالها، كما ورد لمجمع الفقه الإسلامي، نعود للموضوع في ضوء النصوص الفقهية التي تعرضت لبيان حكمه الشرعي فنجد الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدرديرى يذكر قول للمالكية في ثمن الجاه.

قال ابن عرفة :"يجوز دفع الضيعة لذي الجاه للضرورة إن كان يحمي بسلاحه، فإن كان يحمي بجاهه فلا؛ لأنها ثمن الجاه اهـ وبيانه أن ثمن الجاه إنما حرم؛ لأنه من باب الأخذ على الواجب ولا يجب على الإنسان أن يذهب مع كل أحد اهـ وفي المعيار سئل أبو عبد الله القوري عن ثمن الجاه فأجاب بما نصه اختلف علماؤنا في حكم ثمن الجاه فمن

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي - (2 / 863).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قائل بالتحريم بإطلاق، ومن قائل بالكراهة بإطلاق، ومن مفصل فيه وأنه إن كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة وتعب وسفر فأخذ أجر مثله فذلك جائز وإلا حرم اهـ قال أبو علي المسناوي وهذا التفصيل هو الحق ".

ومن هذا النص يتبين أن للمالكية عدة أقوال عن ثمن الجاه. أحدهما بالتحريم مطلقا. وثانيها بالكراهة مطلقا.

والثالث فيه تفصيل فإن احتاج إلى تعب ونفقة وسفر، فيجوز أخذ أجر المثل عليه، وإن خلا من ذلك فلا يجوز. وعلل المالكية لعدم جواز الأجر على الضمان المجرد، بأن ذلك من باب أخذ الأجرة على الواجب[١].

ويتفق مذهب الشافعية مع القول الثالث المفصل للمالكية عن الأجر على الضمان قال ابن حجر الهيثمي : "وكقول من حبس ظلما لمن يقدر على خلاصه - وإن تعين عليه، على المعتمد -: أن خلصتنى فلك كذا " بشرط أن يكون في ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفا "وعلق

الشرواني على قوله (لمن يقدر عليه) بقوله: أي بجاهه أو غيره. وقال تعقيبا على لزوم أن يكون في ذلك كلفة وتعبا (وينبغي أن المراد بالتعب، التعب بالنسبة لحال الفاعل) .

ونجد ابن عابدين الحنفي في حاشيته يقرر : أن عدم جواز الأجر على الضمان، لأن الضامن مقرض للمضمون، فإذا شرط الجعل مع ضمان المثل، فقد شرط له زيادة على ما أقرضه، وهو ربا . [٢]

جاء فى الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي :" الكفالة عقد تبرع، وطاعة يثاب عليها الكفيل؛ لأنها تعاون على الخير، وللكفيل الرجوع على المكفول عنه بما تحمله من مسؤولية الضمان إذا دفعه لصالح الجهة المكفول لها. والأولى تتم تبرعاً بدون مقابل، فذلك أبعد عن الشبهة. ولو

---

(١) الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي (3/ 224).
(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (5/ 320).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قام المكفول له بتقديم شيء من المال للكفيل هبة أو هدية، جاز، جزاء المعروف

الذي أسداه له الكفيل. لكن إن شرط الكفيل تقديم مقابل أو أجر على كفالته، وتعذر على المكفول عنه تحقيق مصلحته من طريق المحسنين المتبرعين، جاز دفع الأجر للضرورة أو الحاجة العامة، لما يترتب على عدم الدفع من تعطيل المصالح كالسفر للخارج للدراسة أو للارتزاق، أو لتأجيل الجندية ونحوها، وأساس القول بالجواز فيه: أن الفقهاء أجازوا دفع الأجر للحاجة لأداء القربات والطاعة من تعليم قرآن وممارسة الشعائر الدينية، كما أنهم أجازوا دفع شيء من المال على سبيل الرشوة للوصل إلى الحق أو دفع الظلم، أو الدفع لعدو لدرء خطره وضرره عن البلاد. والمكفول عنه يحقق بالكفالة منفعة له تتعين الكفالة المأجورة سبيلاً إليها، لكن يجب عدم الاستغلال أو المغالاة في اشتراط المقابل، مراعاة لأصل مشروعية الكفالة وهو التبرع. كما يمكن اعتبار الأجر لمكاتب الكفالات مقابل الأتعاب في إنجاز معاملة الكفالة. [1]

(١)الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (6/ 4177).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثالث : تطبيقات على الكفالات المعاصرة أولاً ، ويشتمل على أربعة مطالب .

المطلب الأول : تطبيقات على الكفالات المعاصرة أولاً -

أهم أنواع الكفالات التجارية : عرف الفقهاء أنواعاً مهمة من الكفالات التجارية التي تشبه في جوهرها الكفالات المصرفية أهمها ما يلي:

1- ضمان الدرك أو ضمان العهدة

تعريف الدرك لغة:

الدَّرَكَ بِفَتْحَتَيْنِ وَسُكُونُ الرَّاءِ لُغَةٌ اسْمٌ مِنْ أَدْرَكْتُ الشَّيْءَ وَمِنْهُ ضَمَانُ الدَّرَكِ وَالْمُدْرَكُ بِضَمِّ الْمِيمِ يَكُونُ مَصْدَرًا وَاسْمَ زَمَانٍ وَمَكَانٍ تَقُولُ أَدْرَكْتُهُ مُدْرَكًا أَيْ إدْرَاكًا وَهَذَا مُدْرَكُهُ أَيْ مَوْضِعُ إدْرَاكِهِ وَزَمَنُ إدْرَاكِهِ. .

قال الجوهري: (الدَّرْكُ) :التَّبِعَةُ . [1]وهو التبعة أي المطالبة ؛ سمي بذلك لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله فيقول: ضمنت عهدة الثمن أو دركه أو خلاصك منه بخلاف ما لو قال خلاص الثمن فإنه لا يصح وفي المصباح : الدرك بفتحتين وسكون الراء لغة : اسم من أدركت الشيء، ومنه ضمان الدرك ، والدرك بالوجهين أيضا التبعة.. [2]

اصطلاحا:

عرفه الحنفية بأنه :أن يشتري عبدا فيضمن رجل العهدة للمشتري نهر. [3]

وعرفه الشافعية بأنه: هو أن يشترى رجل عينا بثمن في ذمته فيضمن رجل عن البائع الثمن ان خرج المبيع مستحقا. [4].

---

(١) مختار الصحاح (ص: 104).
(٢) المصباح المنير مادة (درك) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير [الدَّالُ مَعَ الرَّاءِ وَمَا يُثَلِّثُهُمَا] (1/ 192).
(٣) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (5/ 313).
(٤) المجموع شرح المهذب (14/ 37).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولا يخرج تعريف الفقهاء الآخرين لضمان الدرك عما قاله الحنفية والشافعية في تعريفه [١] . ويعبر عنه الحنابلة بضمان العهدة، كما يعبر عنه الحنفية في الغالب بالكفالة بالدرك[٢] .

وقد شرعت الكفالة بالدرك لتأمين حق المشترى في مراجعة البائع في ثمن المبيع إذا ظهر المبيع مستحقًا لغير البائع[٣] .

الحكم الإجمالي

ضمان الدرك جائز عند جمهور الفقهاء، ومنع بعض الشافعية ضمان الدرك لكونه ضمان ما لم يجب[٤] .

والكفالة بالدرك جائزة،وهو التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع؛ لأن المقصود تأكيد أحكام البيع وتقريرها، ولو استحق المبيع لم يؤخذ الكفيل حتى يقضى على البائع؛لأن البيع لا ينتقض إلا بالقضاء، فلعل المستحق يجيزه فلا يلزم البائع نقد الثمن فلا يجب على الكفيل، ولو قضى على المشتري بالاستحقاق فهو قضاء على البائع؛ لأنه خصم عنه، فيؤخذ الكفيل. [٥]

ألفاظ ضمان الدرك:

من ألفاظ هذا الضمان عند جمهور الفقهاء أن يقول الضامن: ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه، أو يقول للمشتري: ضمنت خلاصك منه.

---

(١)منح الجليل 3 / 249، كشاف القناع 3 / 369، والمغني لابن قدامة (4/ 403).
(٢)كشاف القناع 3 / 369، والمغني لابن قدامة (4/ 403).
(٣)الفقه الميسر (6/ 112).
(٤) جاء في مجمع الضمانات (ص: 275):ما نصه"الكفالة بالدرك جائزة وهو التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع ولا يلزمه حتى يقضي بالاستحقاق على البائع أو على المشتري، من الوجيز"، الاختيار لتعليل المختار (2/ 172)، منح الجليل 3 / 249،حاشية الجمل على شرح المنهج = فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (3/ 379)،المغني لابن قدامة (4/ 403).
(٥) الاختيار لتعليل المختار (2/ 172). (6) المغني 4 /403، وروضة الطالبين 4 / 247.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قال ابن قدامة: إن العهدة صارت في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن، والكلام المطلق يحمل على الأسماء العرفية دون اللغوية[١].

ويرى الحنفية أن ضمان العهدة باطل لاشتباه المراد بها، لإطلاقها على الصك وعلى العقد، وعلى حقوقه وعلى الدرك، فبطل للجهالة، بخلاف ضمان الدرك[٢].

قال ابن نجيم: ولا يقال ينبغي أن يصرف إلى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحا لتصرف الضامن لأنا نقول: فراغ الذمة أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال[٣].

كما أن ضمان الخلاص باطل عند أبي حنيفة، لأنه يفسره بتخليص المبيع لا محالة ولا قدرة للضامن عليه، لأن المستحق لا يمكنه منه، ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن جاز، لإمكان الوفاء به وهو تسليمه إن أجاز المستحق، أو رده إن لم يجز، فالخلاف راجع إلى التفسير[٤].

ويرى الجمهور ومنهم أبو يوسف ومحمد : أن ضمان الخلاص بمنزلة ضمان الدرك، وفسروا ضمان الخلاص بتخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه وهو ضمان الدرك

---

(١)المغني 4 / 403.

(٢)الاختيار لتعليل المختار (2/ 172) وجاء فيه :"الضمان بالعهدة باطل؛ لأن العهدة تحتمل الدرك وغيره فكان مجهولا. أما الدرك فيستعمل في ضمان الاستحقاق. وعن أبي يوسف أن العهدة كالدرك؛ لأنه ترجح استعمالها في ضمان الدرك عادة وعرفا.

وجاء فى البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري (6/ 254) ما نصه : "وبالعهدة) أي وبطلت الكفالة بالعهدة لاشتباه المراد بها لإطلاقها على الصك القديم وعلى العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل للجهالة بخلاف ضمان الدرك "

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري (6/ 254).

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ومنحة الخالق وتكملة الطوري (6/ 254).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في المعنى، فالخلاف لفظي فقط[١] .

أما ضمان خلاص المبيع بمعنى أن يشترط المشتري أن المبيع إن استحق من يده يخلصه ويسلمه بأي طريق يقدر عليه فهذا باطل، لأنه شرط لا يقدر على الوفاء به إذ المستحق ربما لا يساعده عليه[٢] .

وبطلت الكفالة بالخلاص وهذا عند أبي حنيفة وقا ل: هي صحيحة بناء على تفسيرها بتخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه وهو ضمان الدرك في المعنى ، وأبو حنيفة فسره بتخليص المبيع لا محالة ولا قدرة له عليه؛ لأن المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن جاز لإمكان الوفاء به وهو تسليمه إن أجاز المستحق أو رده إن لم يجز ".

(١) البحر الرائق 6 / 254، منح الجليل 3 / 249، حاشية الجمل على شرح المنهج = فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (3/ 379) ، المغني لابن قدامة (4/ 403).

(٢) البناية شرح الهداية (8/ 474) قال شمس الأئمة: تفسير شرط الخلاص أن يشترط على البائع أن المبيع إن استحق من يده يخلصه ويسلمه بأي طريق يقدر عليه وهذا باطل لأنه شرط لا يقدر عليه الوفاء به، إذ المستحق ربما لا يساعده عليه، ولهذا ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف - رحمهما الله - كانا يكتبان في الشروط: فما أدرك فلان بن فلان قبل فلان خلصه أو رد الثمن، وإن لم يذكر رد الثمن يفسد البيع لأنه يبقى الضمان بتخليص المبيع، وأنه باطل، وعلم من هذا أن الخلاف فيما إذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا. أما إذا ذكر بخلاص المبيع أو رد الثمن يجوز بالإجماع، والله أعلم ، وروضة الطالبين 4 / 247، والمغني 4 / 597.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثانى

2 - ضمان السوق

ضمان السوق: وهو أن يضمن الضامن ما يجب على التاجر من الديون، وما يقبضه من الأعيان المضمونة، [١]وهو ضمان ما لم يجب ، وضمان المجهول. وقد أجازه الجمهور [٢]، وقال الثوري، والليث، وابن أبي ليلى، والشافعي فى الجديد، [٣]وابن المنذر: لا يصح؛ لأنه التزام مال، فلم يصح مجهولا، كالثمن في المبيع[٤].

سبب إختلاف الفقهاء :

يرجع السبب فى إختلاف الفقهاء؛ إلى أن ضمان السوق ، ضمان ما لم يجب، والتزام مال، فهل يصح يكون مجهولا ، أم لا .

الأدلة :

استدل الجمهور على الجواز بما يلى :

أولا :من الكتاب الكريم :

قال تعالى: {وَلِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ } [يوسف: 72].

(١) كشاف القناع عن متن الإقناع (3/ 367).
(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين (رد المحتار) (5/ 301) ، الكافي في فقه أهل المدينة(2/ 793)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ط العلمية (5/ 156) ، المغني لابن قدامة (4/ 401).
(٣) الحاوي الكبير (6/ 431)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ط العلمية (5/ 156).
(٤) مجموع الفتاوى (29/ 549) وفيه ما نصه : "ضمان السوق وهو أن يضمن الضامن ما يجب على التاجر من الديون وما يقبضه من الأعيان المضمونة ضمان صحيح وهو ضمان ما لم يجب وضمان المجهول وذلك جائز عند جمهور العلماء كمالك وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل. والشافعي يبطله فيجوز للكاتب والشاهد أن يكتبه ويشهد عليه ولو لم ير جوازه؛ لأنه من مسائل الاجتهاد وولي الأمر يحكم بما يراه من القولين."

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وجه الدلالة من الأية : دلت الأية على جواز الجعل وقد أجيز للضرورة، فإنه يجوز فيه من الجهالة ما لا يجوز في غيره، فإذا قال الرجل: من فعل كذا فله كذا صح. وشأن الجعل أن يكون أحد الطرفين معلوما والآخر مجهولا للضرورة إليه، بخلاف الإجارة، فإنه يتقدر فيها العوض والمعوض من الجهتين، وهو من العقود الجائزة التي يجوز لأحدهما فسخه، إلا أن المجعول له يجوز أن يفسخه قبل الشروع وبعده، إذا رضي بإسقاط حقه، وليس للجاعل أن يفسخه إذا شرع المجعول له في العمل. ولا يشترط في عقد الجعل حضور المتعاقدين، كسائر العقو د.[١] و حمل البعير فى الأية غير معلوم؛ لأن حمل البعير يختلف باختلافه.

ثانيا من السنة النبوية الشريفة :

روى عَنْ شُرَحْبِيلَ بْنِ مُسْلِمٍ الخَوْلاَنِيِّ، عَنْ أَبِي أُمَامَةَ قَالَ: سَمِعْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ فِي الخُطْبَةِ عَامَ حَجَّةِ الوَدَاعِ: العَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ، وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ.[٢]

وجه الدلالة من الحديث :

دل الحديث الشريف صراحة على ضمان الزعيم ، لعموم قوله - عليه السلام -: «الزعيم غارم».[٣]

ثالثاً القياس :

أنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة، فصح في المجهول، كالنذر والإقرار،ولأنه يصح تعليقه بضرر وخطر، وهو ضمان العهدة. وإذا قال: ألق متاعك في البحر، وعلي ضمانه. أو قال: ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء، وعلي ضمانها. فصح المجهول، كالعتق والطلاق.[٤]

أدلة القول الثانى :

---

(١) تفسير القرطبي (9/ 232).
(٢) سنن الترمذي (3/ 557) 12 - أبواب البيوع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم باب ما جاء في أن العارية مؤداة. الطبعة: الثانية، 1395 هـ - 1975 م.[حكم الألباني] : صحيح .
(٣) نيل الأوطار (5/ 355).
(٤)المغني لابن قدامة (4/ 401).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

استدل أصحاب القول الثانى بالقياس وهو :

أنه إثبات مال في الذمة بعقد، فأشبه البيع ، والإجارة. [1].

المناقشة :

ناقش أصحاب القول الأول أدلة أصحاب القول الثانى بما يلى :

أما ما استدلوا به من القياس فيجاب عنه بأنه : مردود بالأدلة السابقة.

(١)العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ط العلمية (5/ 156).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الرأى الراجح

أرى أن الرأى الراجح هو القول الأول القائل بصحة ضمان السوق ؛ لقوة أدلتهم ، وللتيسير على الناس فى المعاملات ورفع الحرج.

3 - ضمان نقص الصنجة أو المكيال أو الذراع : التعهد بضمان نقص أدوات الكيل ، أو الوزن أو المساحة كالذراع ونحوه.

وضمان نقص الصنجة أو المكيال أو الذراع، صح يح فمثلاً، لو اشترى موزوناً فشك في نقص الصنجة، أو مكيلاً فشك في نقص المكيال أو مذروعاً، فشك في نقص الذراع فضمن شخص النقص صح ضمانه، فيرجع المشتري بما نقص والقول له بيمينه.

وهذه الأنواع الثلاثة ضمان مجرد: وهو عقد تبرع خالص لا أجر له، بخلاف أنظمة المصارف الربوية[1].

ثانياً ـ الاعتمادات المستندية: الاعتماد المستندي: تعهد كتابي من المصرف لصالح مورِّد، يتعهد فيه المصرف بدفع ثمن السلع المصدرة لمستورد طالب فتح الاعتماد، متى قدم المورد مستندات السلع والشحن،

(١)جاء فى العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ط العلمية (5/ 149) ما نصه:"

وضمان العهدة للمشتري صحيح (و) بعد قبض الثمن لأجل الحاجة إلى معاملة الغرباء، وكذلك ضمان نقصان الصنجة ورداءة الجنس"

جاء فى روضة الطالبين وعمدة المفتين (4/ 246) ما نصه : " يصح ضمان نقص الصنجة للبائع بأن جاء المشتري بصنجة ووزن بها الثمن، فاتهمه البائع فيها، فضمن ضامن نقصها إن نقصت.

جاء فى كشاف القناع عن متن الإقناع (3/ 367) ما نصه : "(ويصح ضمان نقص الصنجة ونحوها) كالمكيال (ويرجع) القابض بما نقص وإذا اختلفا في قدر النقص أخذ (بقوله مع يمينه) ".

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على أن تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد. ويستعمل في تمويل التجارة الخارجية[1].

وحكمه:

حكم خطاب الضمان: إن كان مغطى غطاء كلياً، كان المصرف وكيلاً عن فاتح الاعتماد، وله أن يأخذ عمولة أو أجراً عن وكالته. وإن كان غير مغطى كلياً أو جزئياً، كان المصرف كفيلاً، وفاتح الاعتماد مكفول عنه، فلا يجوز للمصرف أخذ أجر مقابل الكفالة ذاتها، وإنما مقابل الإجراءات والمصاريف الإدارية فقط. وإذا كان الغطاء جزئياً لاستيراد سلعة معينة، فإن البنك يصبح شريكاً لفاتح الاعتماد في الكسب أو الخسارة بنسبة معينة هي 2% مثلاً، وليس كفالة مجردة.

ثالثاً ـ التأمين التجاري ذو القسط الثابت: يسمى هذا التأمين أيضاً بالضمان، ومنه شركة الضمان السورية، وذلك حتى يلتبس بالكفالة ويوهم الناس بمشروعيته، وربما أدخل تحت كفالة المجهول وضمان ما لم يجب.

وتعريفه قانوناً: هو عقد يلتزم المؤمِّن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمَّن له (المستأمن) أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث، أو تحقق خطر مبين في العقد، وذلك في مقابل قسط، أو أية دفعة أخرى يؤديها المؤمَّن له إلى المؤمِّن.

فهو كما يتبين عقد من العقود الاحتمالية ومن عقود المعاوضات المالية، وليس العوض تبرعاً من المؤمِّن. والعقود الاحتمالية داخلة تحت فئة عقود الغرر؛ لايعرف وقت العقد مقدار ما يعطي كل من العاقدين أو يأخذ، فقد يدفع المستأمن قسطاً واحداً من الأقساط، ثم يقع الحادث، وقد يدفع جميع الأقساط، ولا يقع الحادث[2].

---

(١) الكفالة في ضوء الشريعة الإسلامية للدكتور علي السالوس: ص 159.نقلا عن الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (6/ 4182).

(٢)الغرر وأثره في العقود: ص 639 - 663 ، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (6/ 4183).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهو بهذه الأوصاف غير جائز شرعاً لاشتماله على الغرر والربا.

أما الغرر: فواضح فيه؛ لأنه من عقود الغرر: وهي العقود الاحتمالية المترددة بين وجود المعقود عليه وعدمه، وقد روى عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ، وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ» .[1] ويقاس على البيع عقود المعاوضات المالية، فيؤثر الغرر فيها، كما يؤثر في عقد البيع. وقد وضعه رجال القانون تحت عنوان (عقود الغرر) لأن التأمين لا يكون إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع أو غير معروف وقوعه، فالغرر عنصر لازم لعقد التأمين. والغرر في التأمين كثير لا يسير ولا متوسط؛ لأن من أركان التأمين: الخطر، والخطر حادث محتمل لا يتوقف على إرادة العاقدين. والمؤمَّن له (المستأمن) لا يعرف وقت العقد مقدار ما يعطي أو يأخذ، فقد يدفع قسطاً واحداً، ويقع الخطر، فيستحق جميع ما التزم به المؤمِّن، وقد يدفع جميع الأقساط، ولا يقع الخطر، فلا يأخذ شيئاً.

وكذلك حال المؤمِّن، لا يعرف عند العقد مقدار ما يأخذ أو ما يعطي، وإن كان يستطيع إلى حد كبير معرفة كل ذلك بالنسبة لجميع المؤمن لهم، بالاستعانة بقواعد الإحصاء الدقيق. وبالرغم من ذلك لا تنتفي مع هذه القواعد صفة الاحتمال والغرر والغبن في الظروف العادية؛ لأن انتفاء الغرر بالنسبة للمؤمِّن وحده لا يكفي لانتفاء الغرر عن عقد التأمين، فلا بد من انتفائه بالنسبة للمستأمن أيضاً.

وليس الأمان بالنسبة للمستأمن هو محل العقد، وإنما هو الباعث على عقد التأمين، ولو كان هو محل العقد، لكان عقد التأمين باطلاً؛ لأن المحل يلزم أن يكون ممكناً غير مستحيل، والأمان يستحيل الالتزام به.

وأما الربا: فمن المؤكد أن عوض التأمين ناشئ من مصدر مشبوه، لأن كل شركات التأمين تستثمر أموالها في الربا، وقد تعطي المستأمن (المؤمن له) في التأمين على الحياة جزءاً من الفائدة، والربا حرام قطعاً. ثم إن الربا واضح بين العاقدين: المؤمِّن والمستأمن؛ لأنه لا تعادل ولا مساواة بين أقساط التأمين وعوض التأمين، فما تدفعه الشركة قد يكون أقل

(١)صحيح مسلم (3/ 1153) كِتَابُ الْبُيُوعِ . بَابُ بُطْلَانِ بَيْعِ الْحَصَاةِ، وَالْبَيْعِ الَّذِي فِيهِ غَرَرٌ.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أو أكثر، أو مساوياً للأقساط، وهذا نادر، والدفع متأخر في المستقبل، فإن كان التعويض أكثر من الأقساط، كان فيه ربا فضل وربا نسيئة، وإن كان مساوياً ففيه ربا نسيئة، وكلاهما حرام.

وتأيد هذا بما قرره المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي في مكة المكرمة عام (1396 هـ/1976 م) وكذا مجمع الفقه في جدة عام 1406هـ/1985م من عدم مشروعية التأمين التجاري.

أما التأمين التعاوني بين فئة من الناس، فهو جائز شرعاً؛ لأنه عقد من عقود التبرعات، ومن قبيل التعاون المطلوب شرعاً على البر والخير؛ لأن كل مشترك يدفع اشتراكه بطيب نفس، لتخفيف آثار المخاطر وترميم الأضرار التي تصيب أحد المشتركين، أياً كان نوع الضرر من حريق أو غرق أو سرقة أو حادث سيارة أو بسبب حوادث العمل أو موت حيوان ونحو ذلك، ولأنه لا يهدف إلى تحقيق الأرباح، كما تفعل شركات التأمين ذات القسط الثابت.

وقد أجاز مؤتمر علماء المسلمين الثاني في القاهرة عام (1385 هـ/1965 م) ومؤتمر علماء المسلمين السابع عام (1392هـ/1972 م) كلاً من التأمين الاجتماعي والتأمين التعاوني، وهو ما قرره المجمع الفقهي في مكة المكرمة عام (1398هـ/1978 م) ومجمع الفقه الإسلامي في جدة في قراره رقم 9 عام 1406هـ/ 1985م[1].

والخلاصة: لا يجوز التأمين التجاري لاشتماله على الربا والغرر، وليس هو من باب الكفالة سواء كفالة المجهول وضمان ما لم يجب؛ لأن الكفالة تبرع، والتأمين عقد معاوضة احتمالي.

ويجوز التأمين الاجتماعي والتأمين التعاوني لقيامه على التبرع، والتعاون على البر والخير والإحسان المحض من غير معاوضة.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (6/ 4184).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثالث

رابعاً ـ كفالات الإقامة والسفر: عرفنا أن الكفالة عقد تبرع وطاعة يثاب عليها الكفيل؛ لأنها تعاون على الخير، وللكفيل أن يرجع على المكفول عنه بما تحمله من مسؤولية الضمان إذا دفعه لصالح الجهة المكفول لها. والكفالة مشروعة سواء كانت كفالة بالمال (أو الدين) أو كفالة بالنفس.

ومن المعروف أن دول الخليج تشترط تقديم كفيل بالنفس والمال على العمال وأرباب العمل الذين يمارسون أعمالهم فيها، ويلتزم الكفيل من أجل منح هؤلاء الإقامة في هذه البلاد التي يعملون فيها تقديم الأجنبي للسلطات المختصة لترحيله عند انتهاء إقامته أو إلغائها، أو صدور قرار بإبعاده، مع سداده نفقات الترحيل. كما يلتزم بجميع الديون والالتزامات التي تترتب في ذمة مكفوله الأجنبي خلال مدة إقامته في البلاد، إذا لم يف بها، ولم تكن له أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها.

كما توجب قوانين بعض الدول تقديم كفيل بالنفس والمال عند السماح لبعض رعاياها بالسفر للخارج من أجل العمل أو الدراسة أو تأجيل خدمة العلم (الجندية) ونحوها، ويلتزم الكفيل بدفع مبلغ من المال إذا لم يقدم المكفول بنفسه للدولة حال مطالبة السلطات الحكومية بإحضاره.

وحكم هذين النوعين من الكفالة: كفالة الإقامة والسفر للخارج: أن الكفالة بالرغم من كونها عقد تبرع، يجوز بموجبها للكفيل أخذ مقابل عمله وجهده فقط، وله الرجوع بما يغرم، وما زاد عن هذا فهو سحت حرام [1]، بل هو ظلم وغبن فاحش إذا تجاوز الكفيل هذه الحدود المشروعة، بأن طالب المكفول بتقديم نسبة من أرباح العمل، أو بأقساط شهرية دورية، دون أن يقدم الكفيل لمكفوله أي عمل، أو يتحمل أي جهد، أو يؤدي عنه أي نفقة.

وقد نصت المادة (1098) من قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات، المستمد من الفقه الإسلامي على ما يلي:

---

(١)الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (6/ 4186).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

«لا يجوز للكفيل أن يأخذ عوضاً عن كفالته، فإن أخذ عوضاً عنها وجب عليه رده لصاحبه، وتسقط عنه الكفالة إن أخذه من الدائن أو من المدين أو من أجنبي بعلم من الدائن، فإن أخذه بدون علم منه لزمته الكفالة مع رد العوض»[1].

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة: وإنما منع أخذ الضامن عوضاً عن ضمانه؛ لأن الدين إن دفعه المدين، كان أخذ الضامن للعوض من أكل أموال الناس بالباطل. وإن دفعه الضامن ثم رجع به على المدين، كان دفعه للدين وأخذه من المدين سلفاً للمدين بزيادة، وهي العوض الذي أخذه، وهذا ممنوع.

والخلاصة: يجوز أخذ الأجر على كفالة الإقامة أو السفر إذا كانت مقابل عمل وجهد فقط أو بسبب غرم الكفيل، وما زاد على ذلك فهو مال حرام.

المطلب الرابع : نظام الكفالة في دول الخليج

منذ عقود طويلة العمال المهاجرون إلى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، يحكمهم نظام الكفالة الذي يقوم على وجود علاقة مباشرة بين كل عامل مهاجر وكفيله ، ويرتبط كل عامل مهاجر بوظيفة معينة لفترة محددة من الوقت .

ومن المتعارف عليه : أن نظام الكفالة يتحكم فى قدرة الشخص علي التنقل طوال مده اقامته في الخليج ، فلا يستطيع العمال تغيير محل عملهم ،أو الخروج من البلد الذي يعملون فيه دون الحصول على إذن مسبق من الكفيل ، و الكفاله التزام يبن على الاتفاق التعاقدى الذي يوقعه العمال الأجانب وكفلائهم.وتحرر هذه التعاقدات لمدة عامين (عادة) من العمل والإقامة (خصوصا لشرائح المهاجرين ذوي الكفاءات والمهارات الدنيا) و يمكن تجديدها أو مدها عند انتهاء فترة العمل المتعاقد عليها

(١)الكفالة للدكتور علي السالوس: ص 172.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يصبح الكفيل مسئو ولا عن ضمان إرجاع العاملين فورا الى بلادهم الاصليق.

وعلى مدى عقود كثير ة ظل هذا النظام ا لأداة التي تنظم بها حكومات المنطقة تدفق العمال المهاجرين إلى بلاده ا إلا أنه في جوهر الأم ر يعهد بمسئو وليق إدارة الهجر ة مباشرة إلى أ صحاب ا لأعمال مما يؤدى إلى "خضخضة الهجرة" بصورة إشكاليق .

فللمهاجرين إلى الخليج ليست لديهم القدرة أبدا على الحصول على الإقامة الدائمة أو الجنسيق، وهذا ما يصدق بصفة خاصة على المهاجرين من الشرائح ذات المهارات والدخول المتدنيق. وقد أدت الممارسات المتبعة في الخليج حاليا إلى الغاء سبيل الهجرة التقليدية التى تؤدى إلى الاستيطان فى الهجرة ، حيث أن نظام الكفيل معد بصورة تعطى المهاجرين فرصة للدخول فى دورات التوظيف المؤقت فحسب ، وللمهاجرين أن يختاروا الانخراط فى دورات متكررة للحصول على عمل مرة واحدة أو أكثر في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، تتخللها فترات من العودة الى الوطن .[١]

وقد لفتت الدراسات البحثية في هذا المجال الانتباه إلى أن علاقات القوة بين العامل و الكفيل في ظل نظام الكفالة غير متكافئة إطلاقا . كما تتعرض الكفالة لادانة واسعة من جانب المنظمات المعنية بحقوق العمال ؛ بسبب عدم قدرة هذا النظام على حماية حقوق العمال

المهاجرين ، ويعكف العديد من دول الخليج حاليا على مناقشة السبل المناسبة لإلغاء نظام الكفيل أو تعديله بصورة شاملة.

نظام استقطاب العمالة دوليا

أما الأمر الذى يسترعى المزيد من الانتباه بحسب رأى الكثير من الباحثين فهو أن الكفالة، و عقود العمالة بصفتها أدوات لإدارة الهجرة إلى الخليج ليس إلا مكونا من مكونات نظام ربح ى واسع للتعامل مع الهجر ة الدولي ق . فشركات التوظيف وسطاء استق طاب العمالة في كل من الدول

(١)أثر تنقل العمالة فى التنمية المستدامة. تحرير : على راشد النعيمى وايرينا لو امتلائك ص154.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المرسلة ، والمستقبلة للعمال تلعب دورا حيويا في هذا النظام والمشتغلون بالاستقطاب في الدول المرسلة للعمال ، إلى جانب مجموع ة من الوكلاء من الباطن يمثلون حلقة الوصل بين المهاجرين من البقاع البعيد ة في آسيا وإفريقيا و بين شركات العمالة وأصحاب الأعمال في مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، وجدير بالذكر أن المشتغلين بالاستقطاب ووسطاء العمالة على الجانبين يستفيدون ماديا من التكاليف التي يتقاضونها من المهاجرين المحتملين(١).

وعادة ما يدفع المهاجر ذو المهارات الدنيا بين ال 1000 دولار 3000 دولار أمريكي ثمناً لفرصة العمل في إحدى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، و الحصول على عقد بسنتين، وتذبذب تكلفة الهجر ة المترتبة على العمال تذبذباً كبيراً بحسب البلد الذي يتبعون إليه.

ففي معظم الحالات ، نجد أن المهاج ر وأسرته لا يقدرون على تغطية تكلفة الهجرة إلا بالإستدانة. ونظراً إلى عدم وجود الفر صة أمامهم للإستعانة بمصادر الائتمان الرسمية، فإن الكثيرين يضطر ون للاستدانة بفوائد باهظة في بلدانهم كي يسددوا ما يلزم للحصول على فرصه العمل بالخليج.

وبين تحليل نظام الهجر ة الدولية الموجود حالياً في المنطقة أن النظام قد تتمخض عنه ظروف وظيفية أو معيشية يشوبها الإساءة للعمال والاستغلال .فنظام الكفالة يقيد العمال بوظائف معينة وأصحاب عمل معينين بحيث لا يستطيعون السعي إلى تغيير وظائفهم م تى صاروا غير راضيين عن ظروفهم الوظيفي ة ، وأكثر ا لشكاوي شيوع اً بين العاملين تتعلق بعدم

سداد أجو ورهم أو تأخرها ، بينما يشكوا أخرو ن من قلة الأجر بالقياس إلى المبلغ المنصوص عليه في العقد ... ومن الشكاوى الشائعة أيضا أن صاحب العمل قد يصر على أن يعمل العمال ساعات إضافية طويلة بصورة مبالغ فيها مع قل ة الأجازات. كما يتم الاحتفاظ بجوازات سفر المهاجر ين م ع صاحب العمل ، ما يمنعهم من الخروج في حال ة

(١)أثر تنقل العمالة فى التنمية المستدامة. تحرير : على راشد النعيمى وايرينا لو امتلائك ص155.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التعرض للإساءة ، وأحيانا يقوم الكفيل بترحيل البعض في عجالة دونما سبب وكثيراً ما يكون السكن الذي يوفره الكفيل غير كاف ، ومزدحماً بالسكان يفتقر إلى المعايير الصحية السليمة، في حين أن الظروف التي يعملون فيها قد تكون ظروف غير آمنة.

وكثيراً ما يتم استبقاء بعض المهاجرين على غير رغبة منهم بعد فترة السنتين المتعاقد عليها، كما يصل بعض المهاجرين إلى دول مجلس التعاون ليجدوا أن مدة العمل المتوقعة تتفاوت تفاوتا كبيراً عما وعدوا به قبل سفرهم من بلدانهم الأصلية . وعند إنتهاء التعاقد قد لا تسدد لهم المزايا المتفق عليها بإنتهاء التعاقد مما يقلل من ربحية الوقت الذي قضوه في الخليج .

بالإضافة إلى ذلك ؛ ونظراً إلى الممارسات غير السليمة التي تقوم بها شركات استقطاب العمالة . فإن المهاجرين يصلون إلى الخليج دون أن تكون لديهم معرفة كافية بظروف العمل والمعيشة التي ستواجههم، ولا بتكاليف العيش في المنطقة. فأغلبية الكثيرون منهم ولا لديهم توقعات طموحة عن حجم ما سيتمكنون من إدخاره من رواتبهم ليجدوا أن التكاليف الأساسية للمعيشة من طعام ومواصلات تستهلك أجورهم الشهرية الضئلة ؛لأن الأغلبية العظمى للعمال المهاجرين يصلون عبر قنوات توظيف باهظة التكلفة، وعليهم ديون يجب تسديدها، فإنهم يصبحون في وضع لا يمكنهم من كسر ارتباطتهم التعاقدية إن تعرضوا للإستغلال .

وبالطبع فإن الكثيرين من العمال المهاجرين نجحوا في التعامل مع تحديات هذا النظام، وأصبحوا يسهمون في تطوير أنفسهم وأسرهم ؛ نتيجة لعملهم في الخارج .

إذ تمثل التحويلات المالية من دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية موارد حيوية للأسر والمجتمعات ، والاقتصادات الوطنية في مناطق مختلفة من آسيا وإفريقيا والشرق الاوسط بالاضافة إلى ذلك، ، فإن الكتابات المتوفرة في هذا الصدد بين الإسهامات الاقتصادية[1]

(١) أثر تنقل العمالة فى التنمية المستدامة. تحرير : على راشد النعيمى وايرينا لو امتلائك ص156.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والاجتماعية الكبيرة التي يعود فيها المهاجرين الى بلدانهم الأصلية إلا أنه أصبح من المتفق عليه على نطاق واسع ضرورة التعامل مع وجه الخصوص في النظام الدولي لتوظيف العماله؛ لضمان الحصول على ثمار منتجة وصحية من العاملين المهاجرين الى الخليج.

الإصلاحات السياسية التي ادخلت مؤخرا على إدارة الهجرة الإقليمية .

في السنوات القليلة الماضية كشف كثير من حكومات دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية عن تصريحات تشير إلى الرغبة في تعديل نظام الكفالة، إلى أنه لم يحدث تغيير هيكل حا سم على مستوى المنطقة حتى الآن.وقد كانت هناك محاولات للإصلاح ، ولكن لم يؤد أى منها حتى اليوم إلى الغاء نظام الكفالة نهائياً حيث تميل هذه الإصلاحات إلى التعامل مع عناصر هذه النظام ال تي تعتبر إشكالية أ كثر من غيرها مما يتعلق بحمايتي الحقوق.

في عام 2009 ألغت حكوم ة مملكة البحرين أحد ا لإجراءات المقيدة فى ظل نظام الكفالة مع تطبيق قانون " انتقال العامل الأجنبي إلى صاحب عمل جديد" الذي يسمح للمهاجرين بالتنقل من صاحب عمل إلى آخر دون الحاجة الى موافقة ، أو إذن من الكفيل في ما يعد خطوة مهم ة نحو تحسين ضمانات المهاجرين وحقوقهم فى حرية التنقل، إذ أن السماح للعمال بتغيير صاحب العمل يرفع مستوى مسؤولية أصحاب الأعمال عن العاملين الذين على كفالتهم ، ويعدل من الخلل الذى تم فى ميزان علاقات القوة بين العاملين ، وكفلائهم ؛لأن المهاجرين لن يتعرضو ا لخطر الترحيل عند فقد الوظيفة ، و في عام 2011 أعلنت دولة الكويت أيضا مخططات لإعادة نظام الكفالة ، وأجر ت تعديلات مشابه ة لما حدث في البحرين تسمح للعمال ة بتغيير الوظيفة دون التعرض لإلغاء التاشير ة الممنوحة لهم ، كما كانت الكويت قد و افقت في عام 2010 على إدخال بعض التعديلات على قانون العمل الكويتي ، منها وضع حد أدني للأجور للعمال الأجانب ، وخدم المنازل. (١)

(١)أثر تنقل العمالة فى التنمية المستدامة. تحرير : على راشد النعيمى وايرينا لو امتلائك ص 157.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي عام 2009 وضعت وزارة العمل بدولة الإمارات العربية المتحدة بالاشتراك مع البنك المركزي نظام لحماية الأجور يلزم أصحاب الأعمال بدفع رواتب العاملين لديهم عبر نظام

تحويل إلكتروني ، فلدى هذا النظام الى الربط بين وزارة العمل، والبنك المركزى ، وصاحب العمل ما يسمح بتتبع تسديد الرواتب . وتمثل هذه الآلية محاولة لضمان سداد الأجور كاملة في مواعيدها بانتظام ؛ ولأن التاخير في دفع الرواتب ، أو عدم دفعها لا يزال من أكثر الشكاوي إثارة للجدل وأكثرها شيوعا بالتاكيد من جانب العمال عبر المنطقة ، فإن إنشاء مثل هذه الآليات من شأنه أن يهيئ سداد الأجور في التوقيتات المفروضة على نحو منتظم .

ولم تقم أى من دول مجلس التعاون الأخرى حتى اليوم بادخال نظام مماثل لحماية الآجور، على الرغم من أن المملكة العربية السعودية أعلنت مؤخراً عن مخططات في السير في هذا الاتجاه ، وفيما يتعلق بامكانية اعتماد مثل هذا النظام في دول المجلس كافة ، فقد أثيرت بعض التساؤلات حول مدى واقعية اشراك البنوك في هذا الإجراء ، ومن بواعث القلق الرئيسية في هذا الصدد أن يفرض وجود حد أدنى للمرتب الشهرى قدره 2500 درهم إماراتي كشرط أساسى لفتح حساب مصرفي خاص ، مما يعني استبعاد العمال الأجانب الذين تقل دخولهم الشهرية عن هذا المبلغ.

كما أجرت دول أخرى من دول المجلس بضعة إصلاحات طفيفة على بعض جوانب قوانين العمل لمعالجة بعض النواحي الإشكالية في إجراءات الكفالة في عام 2003 سنت سلطنة عمان قانوناً يجرم فيها الكفلاء بارسال العمال إلى مواقع أخرى للعمل ، وتتضمن الجوانب الاخرى لسياسات الهجرة وإعارتها التي تخضع للبحث فى الخليج مقترحات لتحسين عمل استقطاب المهاجرين ، إلى جانب الظروف المعيشية والوظيفية لهم ، وتطوير إجراءات حل المنازعات ، أو توسيع اختصاصات وزارات العمل.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي عام 2011 قامت دوله قطر تحت رعاية وزارة العمل بتشكيل لجنة وطنية تتألف من مختلف أصحاب الشأن في القطاعين العام والخاص لتناول جميع جوانب السلامة المهنية و الأمان وحقوق العمال . ولا تزال هذه اللجنة في مرحلة العمل الاولية. حيث تعمل بالتعاون مع منظمة العمل الدولية على وضع سياسات وممارسات لتحسين ظروف العمال المهاجرين في قطر، وضمان توافقها مع أعلى معايير البروتوكولات الدولية كما تدرس وزارة العمل القطرية تعزيز قدراتها بدرجة كبيرة لضمان الامتثال لقوانين العمل السارية ، ولما كان من المتوقع أن يزيد تعداد المهاجرين في قطر ، فإن ذلك سيتطلب رفع القدرة في مجال التفتيش وفرض ضوابط العمل ، وجدير بالذكر أن قدرة التفتيش الحالية لوزارة العمل تبلغ 150 مفتشاً لكن العدد من المنتظر أن يرتفع الى 300 في الأعوام القليلة القادمة.

كما أجرت دولة الإمارات العربية المتحدة مؤاخر مجموعة من المشروعات التجريبية للتعامل مع التحديات الناجمة عن نظام استقطاب العمالة عبر العالم ، ومن هذه المشروعات ، مشروع انشائ فى عام 2013 و تطويره على أساس التعاون الثنائي مع الهند لمعالجة مسألة تغيير العقود من خلال نظام الكتروني ولفحص العقود وتسجيلها.

وفي ظل هذا المشروع التدريبي يقوم أصحاب الأعمال في دولة الإمارات العربية المتحدة بإدخال بيانات عن الوظائف الشاغرة لديهم ، ومن خلال نظام لطلب الالتحاق على الخط المباشر (على شبكة الإنترنت) تحت إشراف وزارة العمل ، ويجب أن يفصح صاحب العمل عن جميع الشروط الأساسية للوظيفة حتى يتسنى له استصدار تصاريح العمل من الوزارة التي تقوم بتزويد شركات الاستقطاب الهندية المعتمدة لديها بخاصية الدخول. إن هذه السجلات الإلكترونية ، وفي المقابل يطلب من هذه الشركات الحصول على إذن موقع من العمل المهاجر المحتمل ، وتستطيع الهيئة الحكومية الهندية المختصة مراجعة شروط التوظيف ، وإعطاء الإذن بالهجرة على هذا الأساس ، فإذا نجحت هذه المبادرة الثنائية، فسيكون بالإمكان تطبيقها على نطاق أنحاء المنطقه كافة ، إلا أنه

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لا يوجد في الوقت الحاضر سوى أدلة محدوده على أن دول المجلس الأخرى تدرس اعتماد منهج تسجيل العقود الكتروني وفحصها.

ومن التحديات التي تعترض مثل هذا النظام الالكتروني دلالات ه بالنسبة إلى الدول المرسل ة للعمالة حيث أرادت دولة الإمارات العربية المتحدة في ظل هذا المشروع التجريبي أن تضمن الحد من الممارسات الملتوية لبعض شركات الاستقطاب في الدول المرسل ة، فطالبت بوجود مندوب عن الحكومة الهندية خلال عملية الحصول على ا لإذن الموقع من العامل إلا أن الهند تر ى أن ضمان هذا الشرط أمر بالغ الصعوبة؛ لعدم توافر الطاقة البشرية الازمة لإرسال مندوب عند توقيع العامل المهاجر للعقد في كل مرة يحدث ذلك .[١]

(١)أثر تنقل العمالة فى التنمية المستدامة. تحرير : على راشد النعيمى وايرينا لو امتلائك ص158.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العوامل المحركة لسياسات الهجرة فى مجلس التعاون :
مستويات النفوذ الثلاثية :

أشهر المحللون ، والباحثون والسلطات الحكومي ة في مجلس التعاون لدول الخليج العربية على مدى سنوات إلى أن نظام الكفالة قد عفا عليه الزمن ، ولم يعد آلية صالح ة لإدارة حركة الهجر ة إلى المنطقة، وعلى الرغم من هذا الرأي المقبول على نطاق واسع ، لم تحاول أي دولة من دول المجلس أن تلغي نظام الكفالة بصوره نهائية. (١)

جاء فى منشور 2016/12/2م:

تُعَد أنظمة الكفالة المعتمدة في دول الخليج العربي من أكثر الأنظمة تصعيبًا على العمالة المهاجرة، والتي تدخل ضمن أشكال «العبودية الحديثة»؛ لما لها من إشكاليات وما يترتب عليها من انتهاكات وضعت هذه الدول في مواجهة انتقادات من قبل المنظمات الدولية المعنية بحقوق الإنسان والعمالة والمهاجرين ،دون إذن الكفيل، لا يستطيع العامل تجديد أوراقه، أو تغيير وظيفته، أو الاستقالة منها، أو ترك البلاد.

تذكر «بريانكا موتبارتي»الكاتبة في مجال حقوق الإنسان والتي تعمل على إنتاج كتاب عن العمالة المهاجرة في الخليج، إن «الكفالة نظام سلطوي في سياق الهجرة. يسمح هذا النظام للحكومات بترك مسؤولية المهاجرين في أيدي المواطنين والشركات؛ إذ يعطي الكفلاء صلاحية قانونية للتحكم في مصير العامل؛ فدون إذن الكفيل، لا يستطيع العامل تجديد أوراقه، أو تغيير وظيفته، أو الاستقالة منها، أو ترك البلاد. وحينما يرحل العامل عن وظيفته دون إذن الكفيل، يحق للكفيل إلغاء إقامته، ما يضع العامل في وضع غير قانوني داخل البلاد. وبعدما يقوم الكفيل بإلغاء الإقامة، لا يستطيع العامل الخروج من البلاد سوى عن طريق إجراءات ترحيل تعرضه تلقائيًا للحبس لمدة قد تصل إلى أسابيع أو أشهر أو سنوات».

ما هو نظام الكفالة ؟

---

(١)أثر تنقل العمالة فى التنمية المستدامة. تحرير : على راشد النعيمى وايرينا لو امتلائك ص160.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بحسب مركز الخليج لدراسات التنمية، فالكفالة: هي «سلطة لدى الكفيل تفوق قوتها سلطة المكفول، بينما تعني «الرعاية» و«الحماية» مسؤولية يتحمّلها الكفيل مقابل المكفول. هذا الدمج والتقابل بين مبدأ السلطة غير المتساوية بين طرفين، ومبدأ مسؤولية الرعاية والحماية لطرف (يملك هذه السلطة) تجاه آخر (لا يملك هذه السلطة)، يلعب دورًا هامًا للغاية في تشكيل إدراك ووعي مواطني الخليج بعلاقتهم مع العمال الوافدين طيلة العقود الماضية وحتى الآن، إلى درجة جعلت من هذا الدمج بمثابة قاعدة بديهية يستند إليها أي تفكير في واقع هذه العلاقات ومصيرها».

من أين جاءت فكرة الكفالة؟

نظام الكفالة كان يهدف لأن يكون نظامًا جيدًا يُحمِّل المواطنين مسؤولية الاعتناء بغير المواطنين حسب ما ذكرت عالمة الاجتماع «آنه نغا لونغف ا» في كتابها «جدران فوق الرمال: الهجرة والإقصاء والمجتمع في الكويت»، فإن «فكرة الكفالة ناتجة عن تجارة صيد اللؤلؤ التي كانت تُمثِّل الأساس الاقتصادي في منطقة الخليج قبل اكتشاف النفط. كان أصحاب السفن يقومون بـ «كفالة» الغواصين في كل موسم عن طريق استخدامهم في الغوص مقابل تغطية مصروفات عائلاتهم؛ إذ يقومون باقتطاع قيمة المصروفات من أجور الغواصين في نهاية الموسم. وكان من المعتاد وقتها أن يعيش الغواصون في دائرة مستمرة من الديون، ويعود مفهوم الكفالة أيضًا إلى وقت آخر من تاريخ الخليج، حينما كان عدد السكان أقل بكثير، وبخاصة عدد الأجانب في ذاك الوقت، فنجد أن السكان المحليين كانوا يتكفلون بالواصلين الجدد ماديًا وقانونيًا مع تحمل عواقب أفعالهم، فحينما يقوم الشخص المكفول بارتكاب جريمة تحت نظام الكفالة، كان الكفيل يتحمل مسؤولية هذه الجريمة».

يقول «أظفر خان»، اختصاصي الهجرة في منظمة العمل الدولية، في حديثه لموقع «حقوق المهاجرين» إن «نظام الكفالة كان يهدف لأن يكون نظامًا جيدًا يُحمِّل المواطنين مسؤولية الاعتناء بغير المواطنين، لكنه أصبح الآن أداةً تعسفية للاضطهاد والاستغلال. ومع أن الكفلاء ما زالوا مسؤولين قانونيًا عن المهاجرين تحت كفالتهم، إلا أنهم نادرًا ما يواجهون

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أية محاسبة قانونية عند تجاهلهم لهذه المسؤولية القانونية عن رعاية العامل المهاجر».

كيف تحولت الكفالة إلى عبودية؟

تشكل العمالة المهاجرة نسبةً هائلة مقارنة بعدد السكان في دول الخليج، حيث يعيش ما يقارب 17 مليون وافد وأسرهم، تتصدرها السعودية بتسعة ملايين وافد. ويُصادر الكفيل عادةً وثيقة سفر العامل المهاجر؛ لإجباره على العمل وإرهابه من تركه، دون أن يُحاسب الكفيل على ذلك؛ فنظام الكفالة لا يضمن للعامل حق تقديم الشكوى في حال انتهاك أي من حقوقه، كما أن الكفيل يتمكن، في حال رفع دعوى عليه من قِبَل العامل، تسجيل تغيُّب أو إلغاء الإقامة، مما يدخل العامل في دوامة الحبس ثم الترحيل عن البلاد بسبب عدم شرعية بقائه بلا إقامة. وحتى في حال إعطاء إذن للعامل بالبقاء حتى البت في الشكوى، فإنه يكون مُكلَّفًا فوق طاقة العامل المادية.

تستفيد الشركات التي تتاجر بإقامات آلاف من العمالة المهاجرة من هذا النظام بقدرٍ كبير.

مَن هم المنتفعون من نظام الكفالة؟

تستفيد الشركات التي تتاجر بإقامات آلاف من العمالة المهاجرة من هذا النظام بقدرٍ كبير، ويأتي بعدها من المستفيدين بعض المواطنين الذين يستغلون ذلك لصالحهم في انتهاك حقوق العمالة المنزلية؛ فعند إلغاء الإقامة وتسجيل حالات التغيب، لا يؤخذ بعين الاعتبار ما إذا كانت عاملات المنازل قد حصلن على حقوقهن المالية أم لا، علمًا بأن ترك العاملة المنزلية للعمل يسمى «هروبًا» ويُسجل في مركز الشرطة كحالة تغيب لا ترك للعمل. وتعد العاملات المنزليات الأكثر تضررًا من قانون الكفالة؛ فقوانين العمل التي يتم تعديلها لتحسين ظروف العمال في دول الخليج العربي تشمل العديد من العمال عدا العمالة المنزلية.

أعدَّت منظمة «هيومن رايتس ووتش» تقريرًا عنونته بـ «لقد قمت بشرائك سلفًا » ذكرت فيه العديد من الانتهاكات التي تقع بحق العمالة المنزلية في الإمارات، وتذكر في تقريرها بأنه «قد أدخلت سلطات

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإمارات إصلاحات في بعض جوانب نظام الكفالة في السنوات الأخيرة، وأضافت إلى قانون العمل تدابير حماية لبعض فئات العمال الوافدين، ولكن ليس للعاملات المنزليات، وقد قالت أكثر من 20 عاملة منزلية لـ«هيومن رايتس ووتش» إن أصحاب عملهن أساءوا إليهن بدنياً أو جنسيًا، بما في ذلك تصريح إحداهن بأن صاحبة عملها لَوَت ذراعها بعنف لدرجة أنها كسرتها، وتصريح أخرى بأن صاحب عملها اغتصبها.

نظام الكفالة يحرم العامل من حرية التنقل ويجعله مملوكًا للكفيل.

زعمت أغلبية كبيرة من العاملات المنزليات اللواتي أجرت معهن «هيومن رايتس ووتش» المقابلات أن أصحاب عملهن أساءوا إليهن لفظيًا بالصياح فيهن وسبهن بأوصاف من قبيل «حمارة» و«حيوانة». وشَكَت جميع العاملات المنزليات اللواتي تحدثن إلى المنظمة تقريبًا من طول ساعات العمل، التي وصلت إلى 21 ساعة يوميًا في الحالات المتطرفة، وقالت كثيرات إن أصحاب عملهن لم يسمحوا لهن بفترات راحة أو أيام عطلة، بينما كانت الكثيرات تعملن لدى عائلات كبيرة وممتدة، ويُطلب منهن أداء أعباء متعددة مثل الطهي والتنظيف والاعتناء بالأطفال أو كبار السن والبستنة، كما اشتكت كثيرات أيضًا من إخفاق أصحاب عملهن في دفع الرواتب في موعدها أو بالكامل، بينما قالت بعضهن إنهن لم تحصلن على أية رواتب قط، لمدة تقترب من 3 سنوات في حالة إحداهن».

ما الذي حدث في قطر؟

تعرضت قطر للعديد من الانتقادات من جانب منظمة العفو الدولية، وبخاصةٍ فيما يخص العمالة التي تشتغل في ترتيبات كأس العالم 2022 الذي ستنظمه الدولة، وهو ما أسمته بالعمل القسري، لافتةً إلى أن نظام الكفالة يحرم العامل من حرية التنقل ويجعله مملوكًا للكفيل ، كما أشارت إلى معاناة الكثير من العمال من العيش في أماكن قذرة وحرمانهم من رواتبهم ومصادرة جوازات سفرهم والحرمان من العيش الكريم، بالإضافة إلى وفاة عدد 1200 منهم أثناء عملهم في منشآت المونديال، وسط لامبالاة الفيفا بهذه الظروف التي يعمل فيها العاملين على ملاعب كأس العالم.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولتلافي هذه الملاحظات، أصدرت قطر القانون رقم 21 لسنة 2015 لتنظيم العمالة، الذي من المقرر أن يدخل حيّز التنفيذ في ديسمبر 2016، وقد عالج القانون مسألة التعاقد وتنظيم التنقل من عمل لآخر عن طريق وضع قيود محددة، بالإضافة إلى قواعد تنظيمية أخرى، إلا أن القانون لم يعالج مسألة حرية السفر للخارج دون موافقة الكفيل ولم يضع قواعد تضمن الحد الأدنى من العيش الكريم.

لماذا لا تنجح محاولات الإصلاح؟

وسط مطالبات دولية بإلغاء نظام الكفالة الاستعبادي، قامت بعض من دول الخليج بإجراء تعديلات على النظام وإصدار قوانين جديدة توفر بعض الحقوق للعمالة، إلا أنها لم تكن كافية ولا تصل بعد لمصاف الحقوق التي توفر معيشة كريمة؛ لما لنظام الكفالة نفسه من مثالب تعطي سلطةً للكفيل على حياة العامل لم يقدم قانون عمال المنازل آليات إنفاذ، مثل تفتيش أمكنة العمل .

تذكر منظمة «هيومن رايتس ووتش» في تقريرها العالمي لعام 2016 بشأن إصلاح وضع العمالة المنزلية في الكويت أنه «في يونيو 2015، أصدرت الكويت قانونًا جديدًا أعطى عاملات (وعمال) المنازل حقوقًا عمالية. لأول مرة يمنح القانون عاملات المنازل الحق في يوم راحة أسبوعي، و30 يوم إجازة سنوية مدفوعة الأجر، والعمل 12 ساعة يومًا مع استراحة، وتعويض نهاية خدمة مقداره راتب شهر لقاء كل سنة عمل في نهاية العقد، وعدد من المزايا الأخرى».

لكن المنظمة تضيف: «مع ذلك، تحدث القانون عن ساعات راحة دون تحديدها، كما افتقر إلى قضايا أساسية أخرى حول الحماية موجودة في قانون العمل العام، مثل العمل لثماني ساعات في اليوم، والحصول على ساعة راحة لكل 5 ساعات عمل، وأحكام تفصيلية حول الإجازات المرضية، بما فيها الحصول على 15 يوم إجازة مدفوعة الأجر، كما لم يقدم قانون عمال المنازل آليات إنفاذ، مثل تفتيش أمكنة العمل، وقد حظر القانون على أصحاب العمل مصادرة جوازات سفر العمال أو الاعتداء

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عليهم، إلا أنه لم يحدد عقوبات، ولا يتضمن القانون الجديد الحق في تشكيل النقابات.

أما في السعودية، فقد أثنت «هيومن رايتس ووتش» على مشروع القانون الذي أصدره مجلس الشورى للعمالة المنزلية، إلا أنها نبهت على م ساؤه فيما يخص الطاعة للكفيل الواردة في القانون، وبخاصةٍ بوجود قدرٍ كبير من الانتهاكات التي تتعرض لها عاملات المنازل في المملكة، والتي أوردتها في تقرير خاص بذلك تحت عنوان «وكأنني لست انسانة».

ورغم الوعود بإلغاء نظام الكفالة من قبل الدول الخليجية، إلا أن النظام لا زال معمولًا به وساري المفعول ، وهو الباب الذي من خلاله تحدث كافة الانتهاكات بحق العمالة المهاجرة[1].

نظام الكفالة في دول الخليج .. التعديلات والضغوط

تدهور العلاقات الأميركية - التركية وتضارب المصالح في سورية

ظهر نظام الكفالة في دول الخليج العربي مع بدايات ظهور النفط، وهو يضع المكفول تحت مسؤولية الكفيل، ووجد لتأمين استقدام العمالة الوافدة من الخارج. وبموجبه، تقيد حرية تنقل المكفول خارج البلد، وحريته في العمل لدى أي جهة أخرى، إلا بموافقة الكفيل، ما يثير انتقادات المنظمات الحقوقية. ففي وقت يرى فيه بعضهم أن النظام جيد لبيئة الأعمال وللحفاظ على حقوق أصحاب الأعمال، وكذلك للحفاظ على حقوق العمال أنفسهم، يرى آخرون فيه تجارة وتحكما في البشر، فنظام الكفالة يتيح للكفيل التحكم في حياة من يكفلهم، فيقرر أجورهم وأماكن عملهم وساعات العمل ومحلات السكن. ويستطيع أيضاً إبعاد أي منهم عن البلاد من دون إبداء الأسباب. كما يستطيع الكفيل منع المكفول من السفر بحجز جواز سفره، وإنهاء عقد العمل ومنع العامل من البحث عن عمل

---

(١)الدوحة ـ أنور الخطيب

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

آخر، ما يدفع عمالاً إلى الهروب من كافليهم، والالتحاق بما تعرف بالعمالة السائبة التي لا كفلاء لها، والتي تشكل بيئة خصبة للجريمة.

ووفق إحصاءات رسمية، يعمل في دول الخليج حاليا حوالي 17 مليون عامل أجنبي، من المتوقع أن يرتفع عددهم إلى ثلاثين مليونا عام 2018، خصوصاً مع التوسع في مشاريع البنية التحتية كثيفة العمالة.

وتزداد مخاوف مواطني دول الخليج من تزايد أعداد العمالة الأجنبية في بلادهم، وتأثيرها على التركيبة السكانية والعادات الاجتماعية. وكان تقرير دولي قد حذر من استفحال ظاهرة العمالة الأجنبية في دول مجلس التعاون الخليجي عامة. ووفقاً لتقرير أعدته لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية والاجتماعية لدول غرب آسيا (الآسكوا) فإن سوق العمل في دول مجلس التعاون يعاني من مشكلة الاعتماد على العمالة الأجنبية الذي أدى إلى ارتفاع نسبة الأجانب إلى المواطنين. حيث بلغت نسبة الأجانب في دولة الكويت 67%، وفي الإمارات 76%، وفي قطر 74%، والبحرين 40%، والمملكة العربية السعودية 25%، وعُمان 23%.

واعتبرت اللجنة هذه النسبة مؤشراً خطراً، وخصوصاً في الإمارات، حيث بلغ التغير الديموغرافي حداً بات يمثل خطراً سياسياً، مشيرة إلى أن بعض الدول المصدرة للعمالة في الهند وشرق آسيا بدأت المطالبة بالحقوق السياسية، إلى جانب الحقوق النقابية والمهنية، لعمالتها.

الدوحة ـ أنور الخطيب13 يوليو 2015

وفق إحصاءات رسمية، يعمل في دول الخليج حاليا حوالي 17 مليون عامل أجنبي، من المتوقع أن يرتفع عددهم إلى ثلاثين مليونا عام 2018 وحذر التقرير أيضاً من أن تزايد تلك العمالة بات يؤثر سلباً على كل الجوانب الاجتماعية والاقتصادية، إضافةً إلى ما تفقده تلك الدول من تحويلات، ما يشكل عبئاً على ميزان المدفوعات.

تخفيف القيود وبقاء "الكفالة"

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لجأت دول مجلس التعاون الخليجي لمواجهة الضغوط التي تتعرض إليها من المنظمات الحقوقية الدولية إلى الإعلان عن نيتها إلغاء نظام الكفالة وإصلاح أنظمة العمل فيها، ففي منتصف شهر مايو/أيار من العام 2014، أعلنت وزارتا الداخلية والعمل في قطر، في مؤتمر صحافي، نية الحكومة اقتراح إدخال تعديلات على القوانين المتعلقة بشروط عمل العمال الوافدين، من أبرزها إلغاء نظام الكفالة واستبداله بعقد عمل، وإلغاء حق الكفيل في حجز جواز سفر العامل، والتخفيف من اشتراط موافقة الكفيل على سفر العامل. ووضع نظام يشدد على الشركات ضرورة وضع أجور العمال الوافدين في حساباتهم في البنوك.

وقدمت الحكومة القطرية، في شهر يونيو/حزيران الماضي، مشروع قانون، بديل عن قانون الكفالة، أسمته "نظام دخول وخروج الوافدين وإقاماتهم" إلى مجلس الشورى لمناقشته، بعد أن أجرت تعديلات على قانون العمل. وأقر مجلس الشورى القطري مطلع شهر يوليو/تموز الجاري مشروع القانون، وقرر رفع توصياته بشأنه إلى مجلس الوزراء، تمهيداً لاعتماد القانون وإصداره بمرسوم أميري.

وقد أصر المجلس على التوصيات التي أدخلها المجلس على نص القانون الأصلي، في جلسة له، وهي تعديلات غير ملزمة، حيث أوصى بزيادة المدة التي تسمح للعامل الوافد بالانتقال إلى عمل آخر إلى فترتين مماثلتين لمدة عقد العمل، في حال كان العقد محدد المدة، أو بعد مضي عشر سنوات على عمله مع صاحب العمل الأول، إذا كان العقد غير محدد المدة، وبعد موافقة الجهة المختصة ووزارة العمل والشؤون الاجتماعية، في حين أن المادة في القانون نصت على مدة خمس سنوات فقط، لانتقال الموظف الوافد إلى عمل آخر.

كما أوصى المجلس بتعديل المادتين الخاصتين بخروج الوافدين ودخولهم إلى قطر، حيث اشترط مشروع القانون على الوافد للعمل، أو المستقدم، إبلاغ الجهة المختصة عن كل واقعة خروج من الدولة، قبل موعدها بثلاثة أيام عمل على الأقل. وأضيف إلى نص المادة "وعلى الوافد للعمل إخطار مستقدمه قبل إبلاغ الجهة المختصة بواقعة خروجه من

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدولة المشار إليها في الفقرة السابقة. واستثناء من ذلك، يجوز للوافد للعمل، الخروج من الدولة فور إخطار المستقدم الجهة المختصة بذلك. وعلى اللجنة، في حالة حدوث ظرف طارئ للوافد للعمل، وبناء على الطلب الذي يقدمه لذلك أن تبت في طلب الخروج فور تقديمه. ويكون إبلاغ الوافد للجهات المختصة عن نيته السفر بديلا عما يعرف بـ "إذن الخروج" الذي كان يمنحه المستقدم "الكفيل"، للموظف الوافد. وأجازت تعديلات القانون لجوء الوافد إلى لجنة تظلمات خاصة بالوافدين، يصدر قرار بتشكيلها من وزير الداخلية للنظر، في حال جرى رفض طلبه بالسفر. ووفق نص المادة 50 من قانون دخول وخروج الأجانب، لن يدخل القانون الجديد حيز التنفيذ إلا بعد مضي سنة من إقراره بمرسوم أميري، ونشره في الجريدة الرسمية.

وأوصى مجلس الشورى الحكومة القطرية بالإيعاز إلى الجهة المختصة بحظر منح سمة دخول للعمل للوافد الذي سبق له الإقامة في الدولة للعمل، وأبعد منها لرفضه الاستمرار في العمل مع مستقدمه، إلا بعد مرور سنتين من تاريخ المغادرة، ويجوز للجهة المختصة استثناء بعض الحالات من تلك المدة، بناء على موافقة كتابية من المستقدم السابق، وعدم جواز انتقال الوافد للعمل أكثر من مرتين، للعمل لدى أصحاب عمل آخرين بخلاف من استقدمه لأول مرة.

خطوات خليجية

وكانت مملكة البحرين قد أعلنت، في شهر مايو/أيار 2009، إلغاء نظام الكفيل للعمالة الوافدة، ما سيسمح للعامل الأجنبي بالتنقل في سوق العمل، من دون أخذ موافقة الكفيل. وبموجب هذا القرار، فإن جلب العمال الأجانب بدأ يتم وفق تراخيص عمل مدة سنتين، وليس كفالة، كما أصبح في وسع العامل الانتقال، خلال هذه الفترة، إلى عمل آخر، لكن، ضمن ضوابط. ومن الاشتراطات التزام صاحب العمل الجديد الذي يود العامل الانتقال إليه، بنسبة البحرنة المقررة، وألا يكون قد صدر حكم قضائي نهائي بحق العامل، أو أن يكون قد خالف أحد بنود عقد العمل بينه وبين رب العمل.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبدأت الكويت، في العام نفسه، أولى خطوات إلغاء نظام الكفيل، بقرارها إلغاء موافقة الكفيل على تحويل إقامة العامل إلى كفيل آخر، من دون إذن الكفيل الأول، بعد قضاء العامل فترة لا تقل عن ثلاث سنوات لدى الكفيل الذي يعمل لديه. وأعلنت دولة الإمارات، في نهاية عام 2010، عن بدء إلغاء "نظام نقل الكفالة" الذي كان يحظر على العامل في القطاع الخاص الانتقال من شركة إلى أخرى، من دون الحصول على موافقة صاحب العمل الأصلي. حيث سيتمكن العامل الأجنبي الذي ينتهي عقده أن يغيّر صاحب عمله، من دون انتظار المهلة القانونية ستة أشهر، بشرط أن يعمل الطرفان المتعاقدان على فسخ العقد بينهما "ودياً"، وأن يكون العامل قد عمل لدى صاحب عمله سنتين على الأقل. وفي حال عدم فسخ العقد ودياً، يمكن للعامل الانتقال إلى عمل جديد، إذا تخلّف صاحب العمل عن واجباته التعاقدية والقانونية، أو إذا ثبت أن العامل ليس مسؤولاً عن فسخ العقد.

وتسعى السعودية، مع نهاية العام الجاري 2015، إلى إجراء تعديل جوهري في الكفالة، كإلغاء حجز الوثائق وجوازات السفر لدى الكفيل وحرية التنقل داخل المملكة، من دون تقييد من الكفيل السعودي للعامل الوافد إلى أراضيها. كما ستشمل التعديلات إلغاء موافقة الكفيل على استقدام العامل أسرته، أو طلب التصريح له بالحج أو الزواج أو زيارة أحد أقاربه في منطقة أخرى داخل السعودية، وإلغاء أي مسؤولية شخصية للكفيل عن تصرفات العامل الوافد خارج إطار العمل. وكانت دراسة للجمعية الوطنية لحقوق الإنسان في السعودية قد دعت، في دراسة لها عام 2008، السلطات السعودية إلى "إلغاء أحكام الكفالة وتصحيح العلاقة بين العمل والعامل الوافد"، واعتبرت أن إبقاء نظام الكفالة، أو الدفاع عنها، يتضمن بعض الصور التي تخالف قواعد الشريعة الإسلامية التي هي دستور للبلاد، وأنها تضع السعودية في الموضع المخالف لالتزاماتها الدولية التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها، وهو ما يلزمها قانونياً بالتخلي عن الكفالة بشكلها الراهن.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولم تعلن سلطنة عمان عن التوجه إلى إلغاء قانون الكفالة، أو اجراء تعديلات عليه، لكن وزارة القوى العاملة قالت إنها تدرس، مع الجهات المعنية، تحديد فترة زمنية أمام منشآت القطاع الخاص والعاملين، لتصحيح أوضاعهم، ومنها السماح بتنقل القوى العاملة الوافدة من منشأة إلى أخرى، وذلك في إطار الجهود التي تبذلها الوزارة لتنظيم سوق العمل. وقالت إنها لا تسعى إلى منع انتقال العمالة، وأن المنع يقتصر على القوى العاملة الوافدة التي تستقدم للعمل لدى صاحب عمل، ثم تغادر البلاد قبل انتهاء العامين، قصد العودة إلى العمل لدى صاحب عمل آخر، وذلك حسب التعميم الصادر عن شرطة عمان السلطانية، والذي نص بعدم عودته للعمل في السلطنة، إلا بعد مضي سنتين. ومن جانب آخر، للعمال المخالفين لقانون العمل والمسرّحين، فلا يسمح لهم بالعودة مرة أخرى.

وفي الوقت الذي تستمر فيه منظمات حقوق الإنسان الدولية في الضغط على دول مجلس التعاون الخليجي لإلغاء نظام الكفالة، ووضع قوانين جديدة للعمل والتأشيرات بين رب العمل والعمالة الأجنبية، ضمن إطار قانوني منظم، يضمن حق العامل في تغيير العمل والحد الأدنى للراتب، وعدم حجز جواز سفره لدى صاحب العمل، يرى بعضهم أن إلغاء نظام الكفالة سيصب، في النهاية، لصالح دول الخليج، وسيؤدي إلى رفع إنتاجية العمالة الأجنبية الماهرة، بعد تحسين شروط عملها، الأمر الذي سيؤدي، تلقائياً، إلى زيادة الدخل القومي، وإلى القضاء على تجارة التأشيرات، وتخفيض كبير في حجم العمالة الأجنبية غير الماهرة المستقدمة، وإلى القضاء على المشكلات الأمنية الناجمة عن هروبها، ويحقق التوازن في التركيبة السكانية بين المواطنين والأجانب، ويشجع الشباب الخليجي، في الوقت نفسه، على دخول سوق العمل.

لماذا ترفض السعودية دعوات إلغاء نظام الكفالة ؟

عماد عنان 2016/12/27م

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

"ليس من حق أحد أن يوجّه سهام نقده إلى نظام الكفالة في السعودية، أو يعلّق عليه، فهو شأن داخلي بحت، ومسألة أقرها القائمون على أمور الوطن، إيماناً بأهميتها كونها أحد مظاهر الهوية السعودية، ولسنا هنا في مجال المقارنة بالدول المجاورة التي ألغت هذا النظام. فأهل مكة أدرى بشعابها. وإلا فلمَ لا تُسأل أمريكا لماذا لم تجد حلاً حتى الآن مع العمالة المكسيكية".

هكذا علقت "إيمان الألفي "، مهندسة سعودية مقيمة في أمريكا، حول أسباب عدم إلغاء السعودية لنظام الكفالة.

يعد نظام "الكفالة " الصادر عام 1951، والذي يحدد العلاقة بين صاحب العمل والعامل داخل السعودية، من أبرز الملفات التي أثارت جدلاً في الأوساط العمالية والحقوقية والمجتمعية، الإقليمية والدولية، خلال السنوات الأخيرة. فضلاً عما تسبب به للمملكة من انتقادات لاذعة بسبب الإبقاء عليه.

يسمح نظام الكفيل للكفيل (صاحب العمل) بالتحكم في مكفوله (العامل الأجنبي)، بصورة تناقض ما أقرته مواثيق العمل، وحقوق الإنسان الدولية.

هذه جولة للوقوف على اتجاهات السعوديين حيال هذا النظام، من الناحية الحقوقية أو القانونية، وبيان إيجابياته وسلبياته وفق رؤية سعودية بحتة.

تعديلات دون جدوى :

في ندوة عقدتها صحيفة "الرياض" السعودية منذ عدة سنوات في الدمام، لمناقشة نظام الكفالة، أكد الدكتور جاسم الرميحي، الأستاذ بجامعة الملك فهد للبترول والمعادن، أن المسودة الأولى لهذا النظام مرت بالعديد من التطورات والتغيرات، التي هدفت إلى مواكبتها للأنظمة المعمول بها عالمياً، في مجال العلاقة بين العامل وصاحب العمل. منها القرار 166 لسنة 1421هـ، الخاص بإلغاء مصطلح "الكفيل والمكفول " واستبداله بـ "صاحب العمل والعامل "، وعدم أحقية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

صاحب العمل بالاحتفاظ بجواز سفر العامل، وإعطائه حرية التنقل. إلا أن هذه التطورات، لم ترقَ إلى المستوى المطلوب، فضلاً عن عدم ترجمتها على أرض الواقع.

الرميحي حمّل نظام "الكفالة " المسؤولية الكاملة عما يتعرض له العامل من انتهاكات صارخة لبعض حقوقه. فالكثير من البنود التي يتضمنها النظام تمس بشكل كبير كرامة المكفول، في ظل وقوعه تحت رحمة "الكفيل" صاحب العمل.

كما أن العامل الوافد مجبر على تحمل الكثير من الانتهاكات لأجل "لقمة العيش"، وحتى لا يفقد مصدر رزقه الوحيد. ما يوقع الوافد للعمل في المملكة تحت ضغط صاحب العمل. فيظل جواز السفر بحوزة الكفيل، ولا يحق للعامل المطالبة به، ما يعني فقدانه حرية التنقل إلا بأمر صاحب العمل. وبالرغم من تعديل القانون لهذه الجزئية في نظام الكفالة، فإن اللوائح شيء والواقع شيء آخر. وهو ما ذهبت إليه أيضاً "نوال البواردي" المستشار القانوني في هيئة حقوق الإنسان السعودية. فأشارت إلى أن جهل العامل بحقوقه وواجباته من جانب، وسادية بعض أصحاب العمل السعوديين من جانب آخر، وضع هذا النظام في القائمة السوداء، خصوصاً أن العقود المبرمة بين العامل وكفيله لا تتضمن سوى الأمور الظاهرية والشكلية فقط للعمل المتفق عليه، كالاسم ونوعية العمل والراتب المتوقع، بينما يصدم العامل في الواقع بأمور أخرى لا علاقة لها بما تم تدوينه داخل عقد العمل.

أقوال جاهزة :

شاركغرد عيوب لا ينكرها أحد لنظام الكفالة في السعودية، لكن المشكلة الكبرى هي في الفهم الخاطئ لفلسفة هذا النظام .

شاركغرد نظام الكفالة في السعودية: صاحب العمل يتعامل مع الوافد كأنه "عبد" وحين يطالب العامل بحقه، يكون رد الكفيل التهديد .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأفادت البواردي أن هناك بعض المعتقدات الخاطئة الراسخة في عقول بعض السعوديين، تلعب دوراً رئيسياً في تشويه نظام الكفالة، وتجعله محل انتقاد، أبرزها اعتقاد صاحب العمل أنه وحده دون غيره من يمتلك الحق في تحديد الكيفية التي يتعامل بها مع العامل، سواء كانت قانونية أو غير قانونية، آدمية أو وحشية، وأنه لا توجد جهة أو كيان له الحق في التدخل بينه وبين مكفوله، ما يولد حالة من الاحتقان المتبادل بين العامل وصاحب العمل، تتجسد في صورة انتهاكات بحق المكفول وتربص بحق الكفيل.

توازن سوق العمل:

العديد من الآراء تميل إلى كفة تفضيل هذا النظام بصورة كبيرة، نظراً لما يتضمنه من انعكاسات إيجابية على المجتمع السعودي. وهو ما ذهب إليه "علي الزهراني "، الخبير والباحث بمركز أسبار للدراسات والبحوث بالرياض، الذي أكد على ضرورة الإبقاء على مفهوم (الكفيل - المكفول)، كونه أحد أبرز مقومات الحفاظ على التوازن داخل سوق العمل السعودي، بما يضمن تقنين أعداد العمالة الوافدة، وتحجيمها بما لا يهدر حقوق وفرص المواطنين السعوديين في الحصول على عمل.

الزهراني قال لرصيف 22 إن استمرار العمل بهذا النظام، ساهم في إحداث توازن واضح بين سوق العمل والعمال، ما تكشف بصورة جلية في نظام "أبشر"، الذي طرحته وزارة الداخلية مؤخراً، والذي يتيح للهيئات الرقابية داخل المملكة التعرف على كل شركة وطبيعة عملها وأعداد العمال فيها، الأجانب والسعوديين، مع وضع إطار محدد طبقاً لنسبة السعودة بداخلها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وأوضح أن الشركات التي تحقق نسب سعودة أكبر، تدخل ضمن النطاق الأخضر، الذي يعطيها بعض المميزات، والأقل تدخل تحت النطاق البلاتيني. ثم يمكن التعامل مع الشركات وفق هذه الآلية التي تسمح بالتحكم في سوق العمل وتغليب مصالح السعوديين. إذ يوجد نحو 9 ملايين عامل أجنبي في البلاد، 80% منهم يعمل بصورة غير قانونية.

أشار "عائض آل زريب "، صاحب إحدى المؤسسات الطبية العلاجية في المنطقة الجنوبية، إلى أن النظام الحالي يسمح بالتحكم في أعداد ومستوى العمالة الوافدة. وقال لرصيف 22 إنه منذ الوهلة الأولى أعطى الأولوية للمواطن السعودي في تقلد الوظائف داخل مجمعاته الطبية، لافتاً إلى أنه لا يمانع مطلقاً في إنهاء تعاقده مع أي من العمال الأجانب في حال طلب مواطن سعودي العمل في الوظيفة نفسها، وبالرغم من عدم قانونية هذا الإجراء، فقد قال: مصلحة السعودي أولاً.

مزيد من البطالة:

في المقابل، هناك من يرى أن النظام الحالي للكفالة، ألقى بظلاله القاتمة على الشباب السعوديين. فأتاح لصاحب العمل استقدام العمالة الأجنبية بأسعار رخيصة، مقارنة بالعمالة السعودية، ما تسبب في إغراق السوق بالملايين من العمال الوافدين غير المؤهلين، يقابله مزيد من البطالة بين السعوديين. وأشار "فهد العتيبي"، صاحب مؤسسة بالرياض، إلى أن الموظف السعودي لا يقبل غالباً ببعض الوظائف، فتزداد أعداد السعوديين غير العاملين. في المقابل، العمالة الوافدة تقبل بأي عمل وبأي راتب، ما يصب في النهاية في مصلحة صاحب العمل، موضحاً أن راتب الطبيب السعودي الحديث التخرج يراوح بين 15-20 ألف ريال، بينما راتب الطبيب الأجنبي لا يتعدى 7 آلاف ريال، علماً أن هناك فارقاً كبيراً في الجهد المبذول لمصلحة الوافد.

وأشار الإعلامي السعودي الدكتور "أحمد المرزوقي " إلى أن النظام بوضعه الحالي فتح سوقاً سوداء لتجارة التأشيرات، فيسعى البعض إلى بيع التأشيرات التي ليس له حاجة للمهن الواردة فيها، مقابل مبلغ مالي كبير، ما يترتب عليه زيادة في أعداد العمالة الوافدة دون عمل، ويدفع هذه

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

العمالة إلى البحث عن فرص أخرى، ما يقلل من مساحة الرقعة الوظيفية أمام
السعوديين.

ولفت المرزوقي إلى أن ثمن التأشيرة الواحدة المباعة للأجنبي قد يصل إلى 15 ألف ريال، بينما لا يدفع المواطن السعودي سوى ألفي ريال فقط مقابل الحصول عليها من مكتب العمل.

أمثلة : العامل يصرخ والكفيل يرد

"محمد لمعي"، مهندس تكييف وتبريد مصري بالسعودية، يؤكد أن صاحب العمل يتعامل مع العامل الوافد وكأنه "عبد " أو "خادم " عنده.

مشيراً إلى أن كفيله امتنع أكثر من مرة عن
إعطائه راتبه لأكثر من شهر، وحين طالبه بحقه، هدده إن حاول المطالبة بحقه مرة أخرى، بالحبس أو الترحيل إلى بلده، ما أجبره على القبول بواقعه.

وبحسب آراء بعض العاملين في المملكة، ليس هناك رقيب على الكفيل. أما القوانين والأنظمة، فلا تصب إلا في مصلحة أصحاب العمل.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تضخيم؟

في المقابل، يرى "حمود الشهري"، العضو السابق بجمعية حقوق الإنسان السعودية، أن هناك مبالغة في حجم تجاوز أصحاب العمل مع الوافدين. وقال لرصيف 22 إن الكفيل هو من يدفع الثمن أولاً، فيتحمل كلفة استخراج التأشيرة وإقامة الوافد وتذكرة سفره، وفجأة يهرب العامل ويخسر صاحب العمل كل هذه المبالغ المدفوعة، فضلاً عن القوانين الصارمة التي تحول دون حصول الكفيل على أمواله المسروقة من قبل العامل حال هروبه.

وطالب الشهري بإعادة النظر في النظام المعمول به الآن بما يحمي حقوق أصحاب العمل من تجاوز العمال، ويفرض المزيد من القيود التي تضمن حق الكفيل في التمتع بجهود العامل الوافد، خصوصاً بعد تحمله نفقات حضوره وإقامته ودفع رواتبه.

ما البديل؟

وقال د. "صالح الربيعان " أستاذ الإعلام في جامعة الإمام بالرياض، لرصيف22، إن هناك عيوباً لا ينكرها أحد في نظام الكفالة، لكن يأتي في المقام الأول الفهم الخاطئ لدى البعض لفحوى ومضمون وفلسفة هذا النظام. وتساءل: هل يمكن أن تكون هناك صياغة أنظمة مختلفة تناسب كل فئة مهنية على حدة، فمثلاً يكون للعمال نظام، وللموظفين والأساتذة والأطباء والمهندسين نظام آخر أكثر مرونة؟

ما هي الخطوات الجديدة لإجراء نقل كفالة الوافدين في السعودية؟

الخطوات الجديدة لإجراء نقل كفالة الوافدين في السعودية:

أشاد نائب رئيس الاتحاد العام للمصريين في الخارج، فرع السعودية، بالقرارات الجديدة المنظمة لحركة العمالة الوافدة في المملكة التي يعيش فيها أكثر من مليون مصري ويشكلون أكبر جالية مصرية في الخارج.

ونقلت صحيفة "عين اليوم " السعودية عن مصطفى النفياوي إن قرار نقل الكفالة "يأتي ضمن جهود وزارة العمل السعودية الكبيرة التي تكفل حقوق الوافدين مما ييسر على المكفولين

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإسراع في حل مشاكلهم دون ضرر أو تعرض لجشع بعض الكفلاء الذين يستغلون العمالة الوافدة".

وأوضح "النفياوي" الخطوات الواجب على الوافد المصري في السعودية إتباعها حال رغبته في نقل الكفالة، حيث ذكر - خلال صفحة الاتحاد عبر موقع "فيسبوك" - طبيعة الإجراءات ونوعية الحالات التي يحق فيها للوافد المصري طلب نقل خدماته، طبقاً للخطوات التالية (يمكن الرجوع إلى المصدر وهو موقع وزارة الداخلية السعودية:المحرر :

1- تعبئة نموذج طلب نقل كفالة، ومن ثم ختمه، وتوقيعه من قبل صاحب العمل الحالي

وصاحب العمل الجديد، وإلصاق صورة شمسية للوافد المراد نقل خدماته "يجب مراجعة مكتب العمل وإرسال خطاب الموافق على نقل الكفالة".

2- خطاب تنازل من صاحب العمل الحالي مصدق من الغرفة التجارية، مع إرفاق إيصال الغرفة التجارية معه بالنسبة للشركات والمؤسسات والأفراد، وإذا كان الكفيل فرداً فيجب التصديق على التنازل من العمدة والشرطة.

3- خطاب طلب من صاحب العمل الجديد مع إحضار شريحة من الحاسب الآلي موضح بها عدد العمالة لديه.

4- صورة من السجل التجاري أو رخصة البلدية سارية المفعول مع إحضار الأصل للمطابقة مع دفتر العائلة لصاحب العمل الجديد إذا كان فرداً.

5- تعبئة نموذج التعهد من قبل صاحب العمل الجديد بالمحافظة على المراد نقل خدمته إليه وبعدم تشغيله لدى الغير.

6- إحضار أصل جواز السفر ساري المفعول، وأيضاً رخصة الإقامة سارية المفعول للوافد المطلوب نقل خدمته.

7- يجب أن تتلاءم مهنة العامل المطلوب نقل خدمته مع نشاط طالب نقل الخدمة.

8- عدم تسديد رسم نقل الخدمة إلا بعد تقديم الطلب للموظف المختص والتأكد من صحة اكتمال المعاملة وقبولها نظامياً، وتحديد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الرسوم على ضوء ذلك، وهي ألفي ريال للمرة الأولى (534 دولار) و4 آلاف ريال (1067 دولار) للمرة الثانية و 6 آلاف ريال (1600 دولار) للمرة الثالثة كحد أقصى عند نقل الكفالة لأكثر من ثلاث مرات وما فوق.

9- يجب إحضار جميع الجوازات السابقة من تاريخ دخول الوافد.

وقال "النفياوي" إنه يحق للوافد نقل الكفالة في الحالات التالية:

1- وجود الكفيل الحالي في النطاق الأحمر.
2- عدم تجديد الإقامة لمدة تجاوزت الشهر.
3- عدم تجديد عقد العمل بعد انتهاء الفترة الأولى.

ما ورد من الفتاوى فى الكفالة:

الفتوى رقم (4505):

س: سمعنا من بعض الناس بجواز كفالة الهنود والباكستانيين وغيرهم، للإقامة في الكويت أو السعودية مقابل مبلغ من المال، وبحجة أن هذا الهندي سائق عندي أو طباخ أو.. إلخ، وهو ليس كذلك، بل كذب على المسئولين، ومن هؤلاء المكفولين: الكافر والمسلم، ويدعي بعض الناس أن فضيلتكم هو الذي أجاز ذلك. ونحن بدورنا نريد أن نتأكد ونستوضح الأمر. فنرجو إفادتنا بذلك، ولو تكرمتم بتزويدنا بالجواب مكتوبا.

ج: إذا كان الأمر كما ذكر فلا يجوز أن يستقدم شخص عمالا على أساس أنهم عمال عنده، ثم يتركهم يشتغلون عند الناس ويأخذ من كل واحد منهم خمسمائة ريال مثلا في مقابل كفالته لهم، والأصل في تحريم ذلك أنه يأخذ هذا المبلغ من العامل بدون عوض، فهو أكل مال بالباطل، وفيه كذب، وفيه أيضا افتيات على ولي الأمر، وخروج عن أنظمة الدولة التي تمنع ذلك؛ مراعاة للمصلحة العامة، وفيه أيضا إتاحة الفرصة لكثرة الحوادث في المجتمع؛ نتيجة كثرة العمال المفسدين، ولم يصدر فتوى مني ولا من اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بجواز ذلك، ومن زعم ذلك فقد وهم أو كذب. وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم.

اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء

عضو ... عضو ... الرئيس

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عبد الله بن قعود ... عبد الله بن غديان ... عبد العزيز بن عبد الله بن باز [1] علما بأن الأشخاص المعنيين قد حصلوا على أضعاف ما قد دفعوه إلي من المال، وهم راضون عن وضعهم وما دفعوه بسبيل إقامتهم بالمملكة للعمل. أفيدوني جزاكم الله خيرا.

ج: هذا المال حرام؛ لأنه عوض عن الكفالة، وهي من عقود الإحسان، وأيضا كذب؛ لأنه مخالف للأنظمة التي وضعتها الدولة للمصلحة العامة. وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم.

اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء

عضو ... نائب الرئيس ... الرئيس

عبد الله بن غديان ... عبد الرزاق عفيفي ... عبد العزيز بن عبد الله بن باز الفتوى رقم (13081)

س: لدي مجموعة عمال، استقدمتهم من بلاد إسلامية، والقصد من استقدامهم العمل تحت كفالتي، وفي عمل أقوم به، وقبل أن يباشروا العمل لدي، ولم أجد مشاريع تغطي مصاريفهم ورواتبهم، علما أنني تعبت وراء التأشيرات حتى حصلت عليها وفكرت في الموضوع، وتشاورت مع العمال المذكورين وطلبوا مني أن أعطيهم تأشيراتهم بطريقة البيع، وفعلا بعتها عليهم لمدة سنتين، وفي نهاية السنتين طلبوا مني التجديد ويعطوني مقابل ذلك نسبة ثلث قيمة البيع، والمدة سنتان أخريان، وعلى هذه كفالة من يقترض من البنك.

السؤال الأول من الفتوى رقم (14623)

س1: أراد شخص أن يقترض مالا من أحد البنوك، وطلب مني هذا الشخص أن أكفله لدى البنك، فرفضت لأني شاك في تلك الكفالة؛ لأن

---

(١) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء
عضو .. . عضو . .. عضو ... نائب الرئيس ... الرئيس
بكر أبو زيد ... صالح الفوزان ... عبد الله بن غديان ... عبد العزيز آل الشيخ ... عبد العزيز بن عبد الله بن باز فتاوى اللجنة الدائمة - المجموعة الأولى.المؤلف: اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء
جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش .الناشر: رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء - الإدارة العامة للطبع – الرياض1 (14/ 188-189).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

البنك يعطي هذا الشخص مبلغا معينا من المال، وعند رد الشخص ذلك المال للبنك يطلب منه البنك زيادة على ذلك المال، فهذا معروف أنه ربا، فهل تلك الكفالة داخلة في ذلك الربا؟ (١)

ج1: الاقتراض من البنك بفائدة لا يجوز، وكفالة المقترض منه لا تجوز؛ لأن الكفالة مساعدة له على الإثم، وقد نهى الله -جل وعلا- عن ذلك بقوله: {وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ} (سورة المائدة الآية 2) وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم.

(١)فتاوى اللجنة الدائمة - 1 (14/ 190-191).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء
عضو ... نائب الرئيس ... الرئيس
عبد الله بن غديان ... عبد الرزاق عفيفي ... عبد العزيز بن عبد الله بن باز

السؤال الرابع من الفتوى رقم (18390)

س4: طلب مني زميل لي في العمل أن أكفله في البنك، حيث إنه يريد أن يأخذ قرض شخصي منهم، وشروط الحصول على القرض أن تكون الكفالة لشخص من نفس مجال العمل، وطريقة القرض الشخصي ربوية والله أعلم، وهي كما يلي: إذا كان راتب الشخص خمسة آلاف فيعطى عشرة أضعاف الراتب، ويسحب منه عشرة آلاف ريال، بمعنى أنه إجمالي القرض 50 ألف، ويعطى المقترض 40 ألف، ويسترد بالتقسيط على ثلاث سنوات أو ثلاث سنوات ونصف مبلغ وقدره ألف وسبعمائة أو ما يقاربه شهريا، وعند حساب المبلغ يجد المقترض أنه خرج بمبلغ 40 ألف، ودفع ستين ألف، فهل تجوز كفالتي له؟ علما أنني على علم أن القرض الشخصي من البنك غير مشكوك في أمره من الناحية الربوية، ولسماحتكم الخير والثواب، فهل يجوز لي كفالته؟

ج 4: لا يجوز القرض بفائدة؛ لأنه ربا، ولا تجوز الكفالة بهذا القرض؛ لأنها إعانة على الحرام والإثم والعدوان، فعليكم التوبة إلى فتاوى الله وعدم العودة لمثل هذا العمل. وبالله التوفيق، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم. (١)

وفي فتوى للشبكة الإسلامية هذا نصها "رقم الفتوى : 5264

عنوان الفتوى : حكم كفالة الغير مقابل أخذ أجرة

تاريخ الفتوى : 24 ذو الحجة 1424 / 2004-02-16

السؤال :

ما هو حكم الشرع في أخذ مبلغ من المال من شخص لقدومه إلى بلد للعمل دون تحديد العمل له أي هو حر في نفسه مقابل كفالتي له وهو راض بهذا الاتفاق .

---

(١)فتاوى اللجنة الدائمة - 1 (14/ 194-195).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفتوى

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه أما بعد: فإن هذه المسألة داخلة فيما يعرف عند المتقدمين بثمن الجاه، ويمكن تعريفه بأنه بذل شخص جاهه أو نفوذه أو صلاحية تختص به وبمن هو مثله ـ في سبيل حصول آخر على ما هو من حقه لولا عروض بعض العوارض دونه ، بشرط ألا تستند هذه العوارض إلى سبب شرعي ملزم.

ومن أوضح الأمثلة لذلك سعي الوجيه عند الظالم في رفع الظلم عن المظلوم، وقد اختلف العلماء في أخذ ثمن هذا السعي بين قائل بالتحريم بإطلاق ـ سواء انضم إلى السعي تعب من سفر أو غيره أم لم ينضم إليه ـ، وقائل بالكراهة ـ كذلك ـ ومفصل فيه بأنه إذا كان ذو الجاه يحتاج إلى نفقة أو تعب أو سفر جاز له أخذ أجرة المثل، وإلا فلا.

ولعل القول بالتفصيل هو الراجح.

وعليه فلك أن تأخذ من المكفول قدراً يساوي أجرة مثلك على ما تبذله من جهد، وما تنفقه من مال على استخراج الأوراق اللازمة ابتداء كالتأشيرة واستمراراً كالتجديد وغيره. ولا يجوز لك الزيادة على ذلك بقصد الربح من كفالتك له.

والله أعلم.

المفتـــي: مركز الفتوى

نقل الشيخ محمد بن محمد المختار الشنقيطي الاجماع على عدم جواز أخذ الأجرة على الكفالة في شرح زاد المستقنع (184/ 6، بترقيم الشاملة آليا) حيث قال:

فهل يجوز أخذ الأجرة على الكفالات؟ هل يجوز لشخص يأتيك ويقول لك: فلانٌ له عليَّ مائة ألف ويحتاج إلى كفيل، فاكفلني سنة أو سنتين وأعطيك ثلاثة آلاف أو أعطيك على كل سنة ألفاً؟ لا يجوز بإجماع العلماء أخذ الأجرة على الكفالة.

والسبب في ذلك يتضح ببيان الآتي: أنه لو كفل شخص شخصاً في مال أو دين، وأخذ أجرة على الكفالة فإنه في حال عجز المدين عن السداد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يلزم شرعاً أن يسدد عنه، فلو سدد عنه المائة ألف أصبح المكفول مديناً للكافل بمائة ألف بالإضافة إلى المبلغ الذي اتفق عليه كأجرة، فتصبح المسألة: أن الكافل دفع مائة ألف وأخذ مائة ألف وزيادة، والزيادة هي الأجرة، ولذلك أجمع العلماء والسلف والخلف على تحريم أخذ الأجرة على الكفالات؛ لأنها من باب عقود الذرائع الربوية، وليست بالربوية الأصل؛ لأن الربا إما أن يكون أصلاً وإما أن يكون ذريعةً، فهي من عقود الذرائع الربوية، ويتذرع بها ويتوصل إلى الربا، فصارت الكفالةُ بعوض كفالةً لقاءَ الدين، وكأنه أعطاه الدين بالدين مع الفضل، وهو مبلغ الأجرة.

إذاً: لو خرجناها كفالةً لا تصح ولا تجوز؛ لأنها كفالة بأجرة، وحُكي الإجماع على عدم جواز الكفالة بأجرة.قال بعض المتأخرين والمعاصرين ومنهم من توفي رحمة الله عليهم: يجوز أخذ الأجرة على الكفالة، وهذا قول شاذ وباطل، يُحكى ولا يعوّل عليه؛ لأن المعوَّل على مذاهب العلماء والأئمة، والاجتهاد بعد هذا الجمع العظيم من سلفنا الصالح وأئمة العلم ودواوين العلم بأن يأتي شخص ويحدث قولاً جديداً مخالفاً لقول الجماهير، فهذا لا يعد ولا يلتفت إليه، ونحن علينا بما درج عليه السلف.

والله أعلم

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة

من خلال هذا البحث توصلت إلى النتائج الآتية :

1- الكفالـة هى: ضَمُّ ذِمَّةِ الْكَفِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْأَصِيلِ فِي الْمُطَالَبَةِ، و هي عقد وثيقة وغرامة؛ شرعت لدفع الحاجة ، وهو وصول المكفول له إلى إحياء حقه.

2- الكفالة عقد مشروع ، و جائز.

3- أركان الكفالة : الإيجاب والقبول ، والضـامن، ومضمون وهو الدين، ومضمون له، و هو رب الدين ، و مضمون به، وهو الدين الذي علي المضمون، و مضمون عنه، و الصيغة الدالة علي الالتزام بالمال.

4- الكفالة نوعان :

1- كفالة بالمال : وهى الكفالة بأداء مال (وهى الكفالة الغرامية).

2- كفالة بالنفس: هى التزام إحضار المكفول ببدنه.

أما الحمالة بالمال: فمجمع عليها بين جمهور الفقهاء .

وأما الحمالة بالنفس (وهي التي تعرف بضمان الوجه) : فجمهور الفقهاء على جواز وقوعها شرعا، فالكفالة بالنفس صحيحة، في قول أكثر أهل العلم.

خطاب الضمان : هو تعهد قطعي مقيد بزمن محدد غير قابل للرجوع يصدر من البنك بناء على طلب طرف آخر(عميل له)- بدفع مبلغ معين لأمر جهة أخرى مستفيدة من هذا العميل لقاء قيام العميل بالدخول في مناقصة أو تنفيذ مشروع بأداء حسن ليكون استيفاء المستفيد من هذا التعهد (خطاب الضمان) متى تأخر أو قصر العميل في تنفيذ ما التزم به للمستفيد في مناقصة أو تنفيذ مشروع ونحوهما ويرجع البنك بعد على العميل بما دفعه عنه للمستفيد.

5- لا يجوز أخذ الأجر على الضمان.

6- ضمان الدرك: جائز عند جمهور الفقهاء.

7- كفالات الإقامة والسفر حرام.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفهارس

فهرس المراجع

أولا :القرآن الكريم :

ثانيا : كتب الأحاديث :

1- الجامع الكبير - سنن الترمذي المؤلف: محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ) المحقق: بشار عواد معروف الناشر: دار الغرب الإسلامي – بيروت سنة النشر: 1998 م .

2- السنن الكبرى المؤلف: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ) .المحقق: محمد عبد القادر عطا . الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003.

3- سنن الدارقطني ٌ. المؤلف: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي الدارقطني (المتوفى: 385هـ).حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم .الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان .الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2004 م.

4- سنن ابن ماجه ت الأرنؤوط .المؤلف: ابن ماجة - وماجة اسم أبيه يزيد - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (المتوفى: 273هـ).المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمَّد كامل قره بللي - عَبد اللّطيف حرز الله .الناشر: دار الرسالة العالمية.الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م.

5- صحيح البخاري المؤلف: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي . المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر الناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) الطبعة: الأولى، 1422هـ .

6- الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان.المؤلف: محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبدَ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(المتوفى: 354هـ).ترتيب: الأمير علاء الدين علي بن بلبان لفارسي (المتوفى: 739 هـ).حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط.الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة: الأولى، 1408 هـ - 1988 م . الطبعة: الثانية، 1414 – 1993..

7- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم).المؤلف: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ). المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي.الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت.

ثالثا : كتب شروح الأحاديث:

1- عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته.المؤلف: محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي (المتوفى: 1329هـ) .الناشر: دار الكتب العلمية – بيروت.الطبعة: الثانية، 1415 هـ.

2- فتح الباري فتح الباري شرح صحيح البخاري.المؤلف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي .الناشر: دار المعرفة - بيروت، 1379.

رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي .قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب .عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز.

3- نيل الأوطار .المؤلف: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى: 1250هـ) تحقيق: عصام الدين الصبابطي .الناشر: دار الحديث، مصر . الطبعة: الأولى، 1413هـ - 1993م.

مراجع اللغة:

1- لسان العرب. المؤلف: محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: 711هـ). الناشر: دار صادر - بيروت .الطبعة: الثالثة - 1414 هـ .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،المؤلف: أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو 770هـ) الناشر: المكتبة العلمية – بيروت.
3- المعجم الوسيط (2/ 892) المؤلف: مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار)الناشر: دار الدعوة ، 4- مختار الصحاح المؤلف: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (المتوفى: 666هـ) المحقق: يوسف الشيخ محمد الناشر: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا الطبعة: الخامسة، 1420هـ / 1999م.

كتب الفقه الحنفى :

1- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع المؤلف: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الثانية، 1406هـ - 1986م.
2- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي المؤلف: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ) الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشِّلْبِيُّ (المتوفى: 1021 هـ) الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة الطبعة: الأولى، 1313 هـ.
3- رد المحتار على الدر المختار .المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ) الناشر: دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، 1412هـ - 1992م.
5- درر الحكام شرح غرر الأحكام.المؤلف: محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو (المتوفى: 885هـ)الناشر: دار إحياء الكتب العربية.
6- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر . مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحرالمؤلف: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

زاده، يعرف بداماد أفندي (المتوفى: 1078هـ) الناشر: دار إحياء التراث العربي.
7- الهداية في شرح بداية المبتدي المؤلف: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: 593هـ)المحقق: طلال يوسف الناشر: دار احياء التراث العربي - بيروت – لبنان.
8- الاختيار الاختيار لتعليل المختار .المؤلف: عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: 683هـ) . عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا) الناشر: مطبعة الحلبي - القاهرة (وصورتها دار الكتب العلمية - بيروت، وغيرها)تاريخ النشر: 1356 هـ - 1937 م.
كتب الفقه المالكى :
1- أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك» المؤلف: أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي (المتوفى: 1397 هـ) الناشر: دار الفكر، بيروت – لبنان . الطبعة: الثانية.
2- بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الْإِمَامِ مَالِكٍ)المؤلف:
أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى: 1241هـ) الناشر: دار المعارف
3- التاج والإكليل لمختصر خليل المؤلف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي (المتوفى: 897هـ) الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، 1416هـ-1994م.
4- التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس . التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس - رحمه الله -المؤلف: عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجَلَّاب المالكي (المتوفى: 378هـ)المحقق: سيد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كسروي حسن.الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان.الطبعة: الأولى، 1428 هـ - 2007 م.
5- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير المؤلف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ) الناشر: دار الفكر.
6- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني . الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني .المؤلف: أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (المتوفى: 1126هـ)
7- كفاية الطالب الرباني.الناشر: دار الفكر. الطبعة: بدون طبعة.تاريخ النشر: 1415هـ - 1995م.
8- الموافقات .المؤلف: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790هـ) المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان. الناشر: دار ابن عفان.الطبعة: الطبعة الأولى 1417هـ/ 1997م.
9-مواهب الجليل في شرح مختصر خليل المؤلف: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: 954هـ) الناشر: دار الفكر الطبعة: الثالثة 1412هـ - 1992م.

كتب الفقه شافعى :

1- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني المؤلف: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: 450هـ) المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، 1419 هـ -1999 م .
2-العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير،المؤلف: عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني (المتوفى: 623هـ).المحقق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان ، الطبعة: الأولى، 1417 هـ - 1997 م.

كتب الفقه الحنبلى :

1- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: 1051هـ) الناشر: عالم الكتب. الطبعة: الأولى، 1414هـ - 1993م.

2- كشاف القناع عن متن الإقناع . المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: 1051هـ) الناشر: دار الكتب العلمية.

3-شرح منتهى الإرادات = دقائق أولي النهى لشرح المنتهى . المؤلف: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: 1051هـ) الناشر: عالم الكتب .الطبعة: الأولى، 1414هـ - 1993م.

4- المغني لابن قدامة المغني لابن قدامة المؤلف: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ) الناشر: مكتبة القاهرة.

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com