وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعـة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإنسانيـــــــة

شعبـة العلوم الإسلامية

الكفالة المالية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

مذكّرة مكملة لمتطلّبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصـــــــص: شريعة وقانون

د.حمو شيهاني	رئيساً
د.عباس بن الشيخ	مناقشاً
د.مصطفى بن دريسو	مشرفاً

إعداد الطالب:

شلالي عبد الكريم

إشراف الدكتور:

مصطفى ابن ادريسو

نوقشت هذه المذكرة يوم الأحد 2018/06/03 الموافق لـ 1439/09/18هـ

السنـــــــــة الجامعيـــــــــة: 1438_1439هـ/2017_2018

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

أهدي حاصل هذا العمل المتواضع إلى أغلى ما متعني به الله في الدنيا إلى من جعلهما الله سببا في وجودي إلى والدايا الحنونان أمي "خيرة " و أبي "الحاج عباس " راجيا من المولى عز وجل أن يمتعني برؤيتهما في الدنيا و أن لا يحرمني من رفقتهما في الفردوس الأعلى ،كما أهدي هذا العمل إلى كل : إخوتي ، أحبابي، أصدقائي و جيراني

أساتذتي , معلميّ و كل من جعله الله سببا في تكويني و كل من رافقنا الدرب من زملاء و زميلات ،كما لا ننسوا من كان لهم الفضل في تحرير أرضنا الجزائر شهدائنا الأبرار و مجاهدينا الأخيار .

-شلالي عبد الكريم

شكـــر وتقديـــر

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا إلى انجاز هذا العمل

نتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على انجاز هذا العمل وفي تذليل ما واجهناه من صعوبات، ونخص بالذكر الأستاذ المشرف مصطفى بن دريسو الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت عونا لنافي إتمام هذا البحث.

ولا يفوتنا أن نشكر كل موظفي جامعة غرداية

كما نتقدم بالشكر إلى عمال مكتبة تيارت، غرداية .على كتابة وطباعة هذهالمذكرة

فهرس المحتويات:

الإهداء

شكر و تقدير

فهرس المحتويات

مقدمة .....أ

الفصل الأول : حقيقة الكفالة.....15

المبحث الأول : ماهية الكفالة 15

المطلب الأول : تعريف الكفالة..... 15

الفرع الأول : تعريف الكفالة لغة.....15

الفرع الثاني : تعريف الكفالة اصطلاحا 16

أولا : تعريفها في الفقه الإسلامي.....16

ثانيا: تعريف الكفالة في القانون..... 18

المطلب الثاني: مشروعية الكفالة..... 19

الفرع الأول: مشروعية الكفالة في الفقه الإسلامي..... 19

الفرع الثاني: مشروعية الكفالة في القانون..... 22

المبحث الثاني: أركان الكفالة وشروط أركانها.....23

المطلب الأول: أركان الكفالة..... 23

الفرع الأول: أركان الكفالة في الفقه الإسلامي..... 23

الفرع الثاني: أركان الكفالة في القانون..... 23

المطلب الثاني: شروط أركان الكفالة.....23

الفرع الأول: شروط أركانها في الفقه الإسلامي..... 23

أولا: شروط الكفيل..... 23

ثانيا:شروط المكفول عنه..... 24

ثالثا:شروط المكفول له.....26
رابعا:شروط المكفول به.....28
خامسا:شروط الصيغة.....30
الفرع الثاني : شروط أركان الكفالة في القانون..... 34
أولا:شروط الرضا..... 34
ثانيا: شروط المحل.....37
ثالثا: شروط السبب.....40
المبحث الثالث : طبيعة الكفالة وأنواعها.....42
المطلب الأول : طبيعة الكفالة..... 42
الفرع الأول : طبيعة الكفالة في الفقه الإسلامي.....42
الفرع الثاني :طبيعة الكفالة في القانون..... 42
المطلب الثاني : أنواع الكفالة..... 43
الفرع الأول : أنواع الكفالة في الفقه الإسلامي..... 43
أولا:كفالة المال..... 43
ثانيا:كفالة النفس.....45
الفرع الثاني : أنواع الكفالة في القانون..... 45
أولا:أنواع الكفالة حسب طبيعتها..... 45
ثانيا: أنواع الكفالة استنادا إلى مصدر التزام المدين بتقديم كفيل.....46
الفصل الثاني: آثار الكفالة وانقضاؤها..... 49
المبحث الأول : رجوع الدائن على الكفيل وشروط رجوعه.....49
المطلب الأول : حلول أجل الدين المكفول..... 49
الفرع الأول : حلول أجل الدين المكفول في الفقه الإسلامي.....49
الفرع الثاني : حلول أجل الدين المكفول في القانون..... 50

المطلب الثاني : رجوع الدائن على المدين أوّلًا..... 51
الفرع الأول : رجوعه في الفقه الإسلامي..... 51
الفرع الثاني : رجوعه في القانون.....52
المبحث الثاني : رجوع الكفيل على المدين وعلى باقي الملتزمين بالدين..... 54
المطلب الأول : رجوع الكفيل على المدين في حالة وحدة المدين والكفيل..... 54
الفرع الأول : في الفقه الإسلامي.....54
أولا:أداء الدين كاملا.....54
ثانيا:أداء جزء من الدين..... 56
الفرع الثاني : رجوع الكفيل على المدين في حالة وحدة المدين والكفيل في القانون..... 57
المطلب الثاني : رجوع الكفيل على المدين في حالة تعدد المدينين أو الكفلاء.....59
الفرع الأول : في الفقه الإسلامي.....59
أولا: تعدد المدينين..... 60
ثانيا: تعدد الكفلاء..... 62
الفرع الثاني : رجوع الكفيل على المدين في حالة تعدد المدينين أو الكفلاء في القانون..... 63
أولا:تعدد المدينين.....64
ثانيا: تعدد الكفلاء..... 65
المبحث الثالث : انقضاء الكفالة.....67
المطلب الأول : انقضاء الكفالة تبعا لانقضاء التزام الأصيل..... 67
الفرع الأول : انقضاء الكفالة تبعا لانقضاء التزام الأصيل في الفقه الإسلامي..... 67
الفرع الثاني : انقضاء الكفالة تبعا لانقضاء التزام الأصيل في القانون.....67
أولا:انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء..... 67
ثانيا:انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء..... 70
ثالثا:انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء..... 70

المطلب الثاني : انقضاء الكفالة بصفة أصلية..... 72
الفرع الأول : انقضاء الكفالة بصفة أصلية في الفقه الإسلامي..... 72
الفرع الثاني : انقضاء الكفالة بصفة أصلية في القانون.....73
خاتمة.....77
فهرس المصادر والمراجع..... 80
فهرس الآيات..... 84
فهرس الأحاديث..... 85

المقدمة

مقدمة:

الحمد الله الذي بين لنا الحلال والحرام، وأحل لنا الطيبات وحرم علينا الخبائث والآثام، والصلاة والسلام على نبينا محمد خير الأنام، وعلى آله وأصحابه البررة الكرام، أما بعد:

فقد قال ربنا سبحانه وتعالى في كتابه العزيز: ﴿ **يَأَيُّهَا الذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**[1]﴾، وقال أيضا: ﴿**وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا**[2]﴾.

فالكفالة عقد من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي، وهي عقد من عقود التوثيقات الشخصية، وأمرها قائم على مبدأ معروف في الشريعة الإسلامية وهو مبدأ التعاون بين الأفراد وتيسير مصالحهم، والتفريج عن مكروبهم، فالفقهاء في الشريعة الإسلامية قد أولوا اهتماما كبيرا بهذا العقد، لأنها في الأصل تعتبر عمل تطوعي لا تلزم المرء إلا إذا ألزم بها نفسه، إذا ما ألزم نفسه بها فإنه سيتحمل آثارها، وهي أنواع:

كفالة النفس، وكفالة المال، هذه الأخيرة التي يندرج فيها موضوع بحثنا، محاولين دراسته من الناحيتين الفقهية والقانونية. ومن هنا يأتي عنوان بحثنا: الكفالة المالية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

1- أهمية الموضوع:

إن للكفالة كعقد من عقود التوثيقات أهمية بالغة، فالعمل التطوعي الذي يقوم به الكفيل تتحقق بفضله الثقة عند الدائن والطمأنينة عند المدين، وتنشأ عن ذلك علاقات اقتصادية متينة وروابط أخلاقية وأخرى اجتماعية، كما تتضح أهمية بحثي هذا في أن الموضوع له علاقة بحياة الناس في معاملاتهم حيث يزيد في الثقة ويدعم الائتمان في التعامل بينهم.

ويستفيد من بحثي هذا ولو بالقدر القليل كل من أراد الاطلاع على موضوع الكفالة المالية، كما

1- سورة المائدة- الآية 01

2- سورة الإسراء- الآية 34

يستفيد منه طلبة تخصص شريعة وقانون، وكل من له علاقة بتخصصي؛ سواء من جانب الشريعة الإسلامية أو القانون الجزائري، وكذلك من رغب في التعرف على المعاملات المالية لاسيما إذا تعلقت بالكفالة المالية.

2- أسباب إختيار الموضوع:

-الرغبة في التعرف على موضوع الكفالة، نظرا لعلاقته بحياة الناس في معاملاتهم.

- محاولة استفاء حق الموضوع من الدراسة، وبخاصة من الناحية القانونية.

- المشاركة ولو بقسط قليل في الكتابة في مثل هذه الموضوعات.

-تزويد المكتبة بمرجع علمي.

3- إشكالية البحث:

إن للكفالة كعقد من عقود التوثيقات أهمية بالغة، فالعمل التطوعي الذي يقوم به الكفيل تتحقق بفضله الثقة عند الدائن والطمأنينة عند المدين، ولما كان الأصل في الكفالة أنها عمل تطوعي لا تلزم المرء إلا إذا ألزم بها نفسه، فإذا ما ألزم بها نفسه فإنه سيتحمل آثارها، ومن هنا تأتي إشكالية البحث، وهي:

ماهي الآثار المترتبة على عقد الكفالة المالية، ومتى ينقضي هذا العقد؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية هي كالتالي:

1- ما حقيقة الكفالة في الفقه الإسلامي والتقنين المدني؟

2- متى يستطيع الدائن المكفول له الرجوع على الكفيل؟ ومتى يستطيع الكفيل الرجوع على المدين وعلى باقي الملتزمين بالدين؟

3- ما هي طرق انقضاء الكفالة؟

4- أهداف البحث:

- معرفة حقيقة الكفالة فيما تكمن؛ في الفقه الإسلامي والتقنين المدني.

-دراسة العلاقات القائمة بين أطراف الكفالة (الدائن، المدين ، الكفيل) دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتقنين المدني، خاصة علاقة الدائن بالكفيل، وعلاقة الكفيل بالمدين المكفول عنه.

-توضيح كيفية انقضاء الكفالة وطرقها.

5– الدراسات السابقة:

لم أجد فيما اطّلعت عليه من الدراسات تخصصت بعقد الكفالة المالية، إلا بعض الدراسات التي تطرّقت إلى هذا الموضوع حين حديثها عن عقد الكفالة عامة. وقد تنوّعت هذه الدراسات ليكون بعضها بحثا أكاديميا أي أطروحة ماجيستير في الجامعات الجزائرية، ومنها ما كان بحوثا ودراسات منشورة لباحثين نذكر منها ما يلي:

–الضمان في الفقه الإسلامي: للشيخ علي الخفيف، نشره سنة 2000، هذا المؤلف درس نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، فشمل تعريفا لهذه النظرية، وأسباب الضمان وأشكاله، ومن ضمنها الغصب ومسؤولية المتبوع في ضرر أحدثه تابعه. ثم تطرّق إلى الكفالة والديّات في آخر الأمر.

ونجد المؤلف قد توصل في بحثه هذا، إلى أن الفقهاء انتهوا في مسألة الضمان من بحث ونظر وتأصيل وتفريع ومقايسات ومفارقات واختلافات بينهم فيما نتج عن ذلك من أحكام وظوابط كان أساسها اجتهادهم ومراعاتهم أعرافهم وتقديرهم للظروف والملابسات عند إنزال الأحكام على ما عرضوا له أو عرض عليهم من أحداث مع الاسترشاد بالأصول العامة للشريعة الإسلامية، إلا أن الناس قد انصرفت عن تطبيق الأحكام الشرعية واكتفت بتطبيق ما حملوا عليه من تطبيق القوانين الوضعية جهلا منهم بما للشريعة الإسلامية من آثار طيبة، وبما لها من وزن تقدير ومنزلة، إذ كانت شريعة الحكيم العليم.

ويتضح الفرق بين موضوع بحثي وموضوع المؤلف فيما يأتي:

- المؤلف تناول موضوع الضمان بصفة عامة بينما تناولت موضوع الكفالة المالية خصوصا.
- اكتفى المؤلف بمعالجة الموضوع فقهيا فقط بينما عالجت موضوعي فقها وقانونا.

6– منهج البحث:

وقد سلكت في تحرير هذا الموضوع المنهج التحليلي لتمحيص آراء الفقهاء ووجهات نظر المشرعين فنقلت أقول فقهاء المذاهب بأمانة.

واعتمدت المنهج المقارن الذي يقتضيه الهدف من البحث وله صلة بتخصصي، وألزمت نفسي بأن أكون موضوعيا غير منحاز لمذهب بالقدر الذي يخدم موضوع بحثي.

7- خطة البحث:

حاولت في دراستي لهذا الموضوع الإحاطة بكل ما يتعلق به، فقد قسمت هذا الموضوع إلى مقدمة وفصلين:

فبحثي في الفصل الأول حقيقة الكفالة، وتضمن ثلاثة مباحث، المبحث الأول تعرض لماهية الكفالة، فعرفتها في المطلب الأول، وذكرت مشروعيتها في المطلب الثاني. والمبحث الثاني تعرض لأركان الكفالة وشروط أركانها، ذكرت أركان الكفالة في المطلب الأول، وشروط أركانها في المطلب الثاني. أما المبحث الثالث فقد تعرض لخصائص الكفالة وأنواعها؛ الخصائص في المطلب الأول، والأنواع في المطلب الثاني، وهذا في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

وفي الفصل الثاني: آثار الكفالة وانقضاؤها، وتضمن هو الآخر ثلاثة مباحث أيضا، المبحث الأول شرح رجوع الدائن على الكفيل ورجوع الكفيل على المدين المكفول عنه، وهذا في مطلبين، الأول ذكر شروط رجوع الدائن على الكفيل، والثاني ذكر شروط رجوع الكفيل على المدين المكفول عنه. والمبحث الثاني شرح موضوع رجوع الكفيل على المدين وعلى باقي الملتزمين بالدين، وهذا في مطلبين أيضا، الأول ذكر موضوع رجوعه في حالة وحدة المدين والكفيل، والثاني في حالة تعدد المدينين أو الكفلاء. أما المبحث الثالث، فقد شرح انقضاء عقد الكفالة، في مطلبين هو الآخر، المطلب الأول شرح انقضاء الكفالة تبعا لانقضاء التزام الأصيل، والمطلب الثاني شرح انقضاء الكفالة بصفة أصلية وهذا في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني.

8- أهم المصادر والمراجع:

تنوعت مصادر ومراجع البحث إذ اعتمدت أهم المصادر في كل مذهب فقهي، ففي المذهب الحنفي المبسوط للسرخسي، والبدائع للكاساني، وعند المالكية اعتمدت حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، وشروح مختصر خليل وخاصة حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، أما المذهب الشافعي فقد اعتمدت على مغني المحتاج ونهايته، وللفقه الحنبلي، المغني والشرح الكبير لابن قدامة وغيرها، إضافة للمحلّى في الفقه الظاهري. أما في القانون فقد اعتمدت التقنين المدني الجزائري .

9- الصعوبات:

- قلة البحوث في حدود علمنا التي تعرضت لهذا الموضوع بتوسع.
- ضيق الوقت، وبخاصة أن الموضوع يتطلب الوقت الكافي لجمع المعلومات والأقوال وغيرها.
- عناء في البحث في كتب الفقه لتناثر موضوعاتها وصعوبة لغة كتابتها.
- شح المصادر خاصة في جانب الفقه الإسلامي.

الفصل الأول

الفصل الأول: حقيقة الكفالة

للوصول إلى حقيقة الكفالة في الفقه الإسلامي والأنظمة التشريعية لا بد من تحديد ماهيتها ومشروعيتها، وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني سنتعرض لأركانها وشروط أركانها، ثم إلى طبيعتها وأنواعها في المبحث الثالث.

المبحث الأول: ماهية الكفالة

ويشتمل هذا المبحث على مطلبين، خصصنا أولهما للتعريف بالكفالة في اللغة والاصطلاح، مع بيان مشروعيتها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف الكفالة:

الفرع الأول: تعريف الكفالة لغة:

أطال ابن منظور في توضيح معاني الكفالة في اللغة، فأورد عدة معان، منها:

- "هي الضم والضمان، وقد تعني الالتزام، ونقل أن ابن الأنباري ذهب إلى أن معنى تكفلت بالمال، أي: التزمت به، وألزمته نفسي، وأزلت عنه الضيعة والذهاب"[1].

وورد لفظ الكفيل في كتاب الله تعالى، عند قوله: "وَكَفَلَهَا زَكَرِيَّاءُ"[2]، أما في السنة فجاء في حديث رواه البخاري عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا"، وأشار بإصبعيه السبابة والوسطى[3].

- وقيل الكفالة مأخوذة من الكفْل، والكفل هو الضِّعف من الأَجر والإِثم، قال الله تعالى: "يُؤتكُمْ

1- جمال الدين أبي الفضل بن مكرم ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، تحقيق عامر حيدر، دار الكتب العلمية بيروت، 2005، المجلد 6، ص662.

2- سورة ءال عمران –الاية 37.

3- أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب فضل من يعول يتيما، حديث رقم 6005 .

كفْلَيْن منْ رَحْمَته "[1].

– وذو الكفل اسم نبي من أنبياء الله عليهم الصلاة والسلام، وسمي بذلك لأنه كفل بمائة ركعة كل يوم فوقَّ بما كفل، وقيل لأنه كان يلبس لباسا كالكفل، وقال الزجاج: "إن ذا الكفل سمي بهذا الاسم لأنه تكفَّل بأَمر نبي في أُمته، فقام بما يجب فيهم، وقيل تكفَّل بعمل رجل صالح فقام به"

"والكافل والكفيل: الضامن، والأنثى كفيل أيضا، ويجمع الكفيل على كفلاء، وقد يقال للجمع كفيل، كما قيل في جمع الصديق، وقد تجمع الكفالة أيضا على كفالات"[2].

"وفرق الليث بين الكفيل والكافل، فقال: الكفيل الضامن، والكافل هو الذي يعول إنسان وينفق عليه"[3].

الفرع الثاني: تعريف الكفالة اصطلاحا:

أولا: تعريفها في الفقه الإسلامي:

اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية في تعريف الكفالة، إلى معان هي:

أ– عند المالكية: عرف فقهاء المذهب المالكي الكفالة بعدة تعريفات لا تختلف عن بعضها من حيث المضمون نذكر منها ما يلي:

– الكفالة أو الضمان، هو: "شغل ذمة أخرى بالحق"[4].

– وعرفها الصاوي في بُلغة السالك، بقوله: "التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره، أو التزام المكلف مطالبته شخصاً عليه الدين لمن الدين له"[5]، ومعناه التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره مع بقائه شاغلا لذمته.

1–سورة الحديد–الاية 28.

2– ابن منظور، لسان العرب، ج6، ص 662 .

3– ابن منظور، المصدر نفسه.

4–محمد بن عبد الله بن علي الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ج6، ص303.

5– أحمد الصاوي: بلغة السالك لأقرب المسالك، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، 3، ص273.

ب– عند الحنفية: "اختلف فقهاء المذهب الحنفي في تعريف الكفالة، وانقسموا إلى فريقين"[1]: " حدهما عرف الكفالة بأنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين"[2].

والفريق الآخر عرف الكفالة بأنها: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين"[3]. وذكر السرخسي التعريفين في كتابه، "ورأى أن أصح التعريفين للكفالة هو التعريف الأول"[4].

وقد عرفها الكاساني بأنها: "الضم والالتزام، تتم بإيجاب الكفيل، فكان إيجابه كل العقد، وهذا التعريف عند من يرى بأن الكفالة تتم بالإيجاب فقط دون القبول من المكفول له"[5].

ج– عند الشافعية: أما فقهاء المذهب الشافعي فقد عرفوا الكفالة بما يلي:

"الالتزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة، ويقال للعقد الذي يحصل به "[6].

"عقد يقتضي التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو إحضار بدن من يستحق حضوره"[7]

د– عند الحنابلة: عرف فقهاء المذهب الحنبلي الكفالة أو الضمان بأنها: "التزام من يصح تبرعه "[8]، "وهي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعا، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، أي: الكفيل أو المكفول عنه" [9].

1–عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ج3، ص195.

2–محمد أمين المشهور بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ج 7، ص553.

3–الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، ص195.

4–شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج 19، ص160–161.

5–علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982، ج6، ص2.

6–الشربيني، مغني المحتاج، دار المعرفة، بيروت، 1997، ج2، ص257.

7 –الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط1، دار إبن الهيثم، 740/3.

8–منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، بيروت، 1997، ج3، ص78.

9–موفق الدين ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، ج6، ص300.

"فالكفالة عند الحنابلة هي التزام ما وجب أو يجب على الغير مع بقائه على المدين[1]، وبتعبير آخر الكفالة هي: "ضم الإنسان ذمته إلى ذمة غيره فيما يلزمه حالا أو مآلا[2]".

الخلاصة:

عند التأمل في تعريفات الفقهاء للكفالة يلاحظ أن الفقهاء قد عرفوا الكفالة باعتبار المعنى الحاصل بها، وهو الضم، أو النقل للحق من ذمة لأخرى على سبيل الالتزام.

كما يتضح من التعريفات أيضا، أن الكفالة ترتب التزاما يثبت في ذمة الكفيل كما هو عند الفقهاء، وأن هذا الالتزام يشمل أي حق من الحقوق، ولا يتحمل هذا الالتزام إلا من كان أهلا له كما جاء في تعريف الحنابلة (من يصح تبرعه).

ثانيا: تعريف الكفالة في القانون:

عرفت المادة 644 من التقنين المدني الجزائري الكفالة بأنها: "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"[3].

وعرف الأستاذان "بودري" و"قال galle" الكفالة بقولهما أنها: "عقد بمقتضاه يكفل شخص من الغير تنفيذ التزام بأن يتعهد بالوفاء إذا لم يقم به المدين نفسه، على أن يحتفظ بحق الرجوع على هذا المدين"[4].

ومما لا شك فيه أن تعريف الأستاذين واف يبرز عناصر الكفالة وخصائصها الأساسية، لذلك اتخذ المشرع الجزائري من هذا التعريف أساسا للتعريف الوارد في المادة السابقة.

ويتفق رأي فقهاء الحنفية مع ما أخذ به المشرع الجزائري، "فالكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن

1-الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، ص 198.

2-السيد عيد نايل، أحكام رجوع الكفيل على المكفول عنه في الفقه الاسلامي والقانون المدني، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1991، ص4.

3-محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، عقد الكفالة، دار الهدى، عين مليلة – الجزائر، ط1، 1992 ص15.

4- أنور العمروسي، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1999، ص55.

(المكفول له)، والمدين ليس طرفا في عقد الكفالة، بكن أن تتم الكفالة دون علمه بها ورضاه"[1] ، إلا أن الكفيل الذي يكفل المدين بدون علمه، لا يحق له الرجوع على المدين.

المطلب الثاني: مشروعية الكفالة

الفرع الأول: مشروعية الكفالة في الفقه الإسلامي

دل على مشروعية الكفالة في الشريعة الإسلامية، الكتاب والسنة والإجماع.

1- من الكتاب: قوله تعالى:

-"وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ "[2].

"زعيم معناه كفيل، والمنادي لم يكن مالكا، وإنما كان نائبا عن يوسف ورسولا له، فشرط حمل البعير على يوسف لمن جاء بالصواع وتحمل به عن يوسف، قال ابن العربي: هذا نص في جواز الكفالة، وقال القاضي أبو إسحاق ليس هذا من باب الكفالة، فإنها ليس فيها كفالة إنسان عن إنسان، وإنما هو رجل التزم عن نفسه وضمن عنها، وذلك جائز لغة لازم شرعا"[3].

"قال الإمام أبو بكر: هذا الذي قاله القاضي أبو إسحاق صحيح، بيد أن الزعامة فيه نص، فإذا قال أنا زعيم فمعناه أني ملتزم، وأيُّ فرق بين أن أقول: ألتزم عن نفسي أو التزمت عن غيري؟" [4].

والآية السابقة شرع من قبلنا، "وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد النسخ"[5].

ومن أدلة القرءان أيضا على مشروعية الكفالة، قوله تعالى:

-"سَلْهُمْ أَيُّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ[6]". "فيه قولان: أحدهما أنه الكفيل، قاله ابن عباس، وقتادة، والمعنى: أيهم

1- السيد عيد نايل، أحكام رجوع الكفيل على المكفول عنه، ص5.

2-سورة يوسف-الاية 72.

3 - أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرءان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ج6، ص239-240.

4-ابن العربي، المصدر نفسه، دار الكتب العلمية، بيروت،ط1، ج3، ص64.

5-الصادق عبد الرحمان الغرياني، المدونة في الفقه المالكي وأدلته، دار ابن حزم، بيروت، ج4، ص99.

6-سورة القلم-الاية 40.

أيهم كفل بأن لهم في الآخرة ما للمسلمين من الخير، والثاني: أنه الرسول، قاله الحسن"[1].

2- من السنة:

لقد جاءت السنة النبوية الشريفة متضمنة مشروعية الكفالة، ومن أهم ما جاء فيها من نصوص ما يلي:

- روى الإمام البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم "أَنَّهُ ذَكَرَ رَجُلاً مَنْ بَنِي اسْرَائِيلَ سَأَلَ بَعْضَ بَنِي اسْرَائِيلَ أَنْ يُسْلِفَهُ أَلفَ دينَار فقالَ: ائتني بالشهداء أُشهدهم، فقال كفى بالله شهيدا.

قال: فائتني بالكفيل، قال كفى بالله كفيلا. قال: صدقت، فدفعها إليه إلى أجل مسمى.

فخرج في البحر فقضى حاجته ثم التمس مركبا يركبها يقدم عليه للأجل الذي أجلّه فلم يجد مركبا، فأخذ خشبة فنقرها فأدخل فيها ألف دينار وصحيفة منه إلى صاحبه، ثم زجج موضعها، ثم أتى بها إلى البحر، فقال: اللهم إنك تعلم أني كنت تسلفت فلانا ألف دينار فسألني كفيلا، فقلت كفى بالله كفيلا، فرضي بك. وسألني شهيدا فقلت كفى بالله شهيدا، فرضي بك. وإني جهدت أن أجد مركبا أبعث إليه الذي له فلم أقدر، وإني أستودعكها، فرمى بها في البحر حتى ولجت فيه، ثم انصرف وهو في ذلك يلتمس مركبا يخرج إلى بلده، فخرج الرجل الذي كان أسلفه ينظر لعل مركبا قد جاء بماله فإذا بالخشبة التي فيها المال، فأخذها لأهله حطبا، فلما نشرها وجد المال والصحيفة، ثم قدم الذي كان أسلفه فأتى بالألف دينار فقال: والله مازلت جاهدا في طلب مركب لآتيك بمالك فما وجدت مركبا قبل الذي أتيت فيه. قال: هل كنت بعثت إليّ بشيء؟ قال: أخبرك أني لم أجد مركبا قبل الذي جئت فيه، قال فإن الله قد أدّى عنك الذي بعثت في الخشبة فنصرف بالألف الدينار راشدا.[2] "

1-أبو الفرج جمال الدين عبد الرحمان بن علي بن محمد الجوزي القرشي، زاد المسير في علم التفسير، المكتب الاسلامي، بيروت، 1984، ج8، ص340.

2-البخاري، صحيح البخاري، كتاب الكفالة، باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها، رقم الحديث2291 ، ص548.

"ووجه الدلالة منه على الكفالة هو تحدث النبي صلى الله عليه وسلم بذلك وتقريره له، وإنما ذكر ذلك ليتأسى به فيه، وإلا لم يكن لذكره فائدة"[1] .

– روى الإمام البيهقي عن عكرمة، عن ابن عباس "أن رجلا لزم غريما له بعشرة دنانير فقال له والله ما عندي قضاء أقضيه اليوم، قال: فوالله لا أفارقك حتى تعطيني أو تأتي بحميل يتحمل عنك، قال: والله ما عندي قضاء وما أجد من تحمل عني، فجرّه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله إن هذا ألزمني واستنظرته شهرا واحدا فأبى حتى أقضيه أو آتيه بحميل، فقلت: والله ما أجد حميلا ولا عندي قضاء اليوم.

فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل تستنظره إلا شهرا واحدا قال: لا. قال: فأنا أتحمل بها عنك، فتحمل بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب الرجل فأتاه بقدر ما وعده، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أين جئت بهذا الذهب؟ قال: من معدن، قال: اذهب فلا حاجة لنا فيها ليس فيها خير، قال: فقضاها عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم"[2].

"وفي هذا دلالة على أن الحق بقي في ذمته بعد التحمل حتى أكد عليه مقدار الاستنظار، ثم إنه صلى لله عليه وسلم تطوع بالقضاء عنه، وتنزه عن التصرف في مال المعدن"[3].

روى الإمام البخاري عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه: "أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة ليصلي عليها فقال: هل عليه من دين؟ قالوا لا، فصلى عليه، ثم أتي بجنازة أخرى فقال: هل عليه من دين؟ قالوا: نعم، قال: صلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: علي دينه يارسول الله، فصلى عليه"[4]

3– من الإجماع:

1– أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، البخاري بشرح ابن حجر العسقلاني، ج4، ص595.

2–أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، دارالفكر، ج6، كتاب الضمان، باب ما يستدل به على أن الضمان لا ينقل الحق بل يزيد في محل الحق فيكون لرب المال أن يأخذهما وكل واحد منهما، ص74.

3– البيهقي، السنن الكبرى، ج6، ص47.

4– البخاري، صحيح البخاري، حديث رقم 2295، ص469.

"أجمع المسلمون على جواز الكفالة لحاجة الناس إليها ودفع الضرر عن المدين"[1].

ويلاحظ أن الكفالة بالنية الحسنة تكون طاعة يثاب عليها فاعلها، لذلك تقتضي من الكفيل أن يتزود بالإيمان بالله تعالى ويعتقد أجره عنده.

الفرع الثاني: مشروعية الكفالة في القانون:

صدر القانون المدني الجزائري بموجب الأمر رقم:80-07 المؤرخ في 09 غشت 1980يتعلق بالتأمينات، وجاء لينظم أحكام المعاملات المالية. وقد نص على الكفالة في الباب الحادي عشر منه، في فصلين؛ تضمن الفصل الأول أركان الكفالة في المواد: 644- 653، والفصل الثاني تضمن آثار الكفالة في المواد: "654- 673"[2]

1-الغرياني، المدونة في الفقه المالكي وأدلته، ج4، ص99.

2 -القانون المدني2007 م، مادة 179إلى مادة 185، ص30-31.

المبحث الثاني: أركان الكفالة وشروط أركانها

المطلب الأول: أركان الكفالة

الفرع الأول: أركان الكفالة في الفقه الإسلامي

أركان الكفالة في الفقه الإسلامي خمسة:

1. "كفيل، وهو الضامن.
2. ومكفول عنه، وهو الذي عليه الحق.
3. ومكفول له وهو صاحب الحق.
4. ومكفول به، ويقال مضمون وهو الحق.
5. وصيغة تتحقق بها الكفالة"[1].

الفرع الثاني: أركان الكفالة في القانون:

الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن، ولذا يجب أن تتوفر فيها الأركان العامة للعقد وهي: الرضا، والمحل، والسبب.

المطلب الثاني: شروط أركان الكفالة:

الفرع الأول: شروط أركانها في الفقه الإسلامي:

حتى تصح أركان الكفالة بالمنظور الفقهي وتكون منعقدة لا بد أن تتوفر شروط في الأركان الخمسة، ونبدأ في ذكرها بشروط الكفيل .

أولا: شروط الكفيل:

– "يشترط الفقهاء في الكفيل أن يكون أهلا للتبرع لأن الكفالة من التبرعات، وعلى ذلك لا تصح

1–علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ج4، ص202.

كفالة من المجنون أو المعتوه أو الصبي إلا إذا استدان له وليّه، وأمره أن يكفل المال عنه فتصح، ويكون إذنا في الأداء، ومفاده أن الصبيّ يطالب بهذا المال بموجب الكفالة، ولولاها لطولب الوليّ"[1].

– أما المحجور عليه لسفه فلا يصح ضمانه ولا كفالته عند جمهور الفقهاء، وذهب القاضي أبو يعلى الحنبلي إلى أن كفالة السفيه تقع صحيحة غير نافذة، ويتبع بها بعد فكّ الحجر عنه، كالإقرار بالدين.

– وكذلك لا تصح الكفالة مع الإكراه عند الحنفية والحنابلة والشافعية والمالكية.

– "أما المحجور عليه لدين: فقد ذهب الشافعية –على الصحيح عندهم– والحنابلة إلى أنه يجوز له أن يكفل لأنه أهل للتصرف، والحجر يتعلق بماله لا بذمته، فيثبت الدين في ذمته الآن، ولا يطالب إلا إذا انفك عنه الحجر وأيسر"[2].

– "وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه تصح كفالة المريض مرض الموت، بحيث لا يتجاوز –مع سائر تبرعاته– ثلث التركة، فإن جاوزته تكون موقوفة على إجازة الورثة، لأن الكفالة تبرع، وتبرع المريض مرض الموت يأخذ حكم الوصية"[3].

"وذهب الشافعية إلى أن ضمان المريض يكون من رأس ماله إلا إذا ضمن وهو معسر واستمر إعساره إلى وقت وفاته، أو ضمن ضمانا لا يستوجب رجوعه على المدين فيكون عندئذ في حدود الثلث"[4].

"ويشار إلى أن جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الرجل والمرأة في حكم التصرفات المالية، بما فيها الكفالة في عموم الأمر"[5].

ثانيا: شروط المكفول عنه:

1–كون المكفول عنه معلوما للكفيل:

"ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية في الأصح والحنابلة إلى عدم اشتراط معرفة الكفيل

1– ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج6، ص356.

2–شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، المجلد 4، ص434.

3 –الكاساني ، بدائع الصنائع، ج5 ، ص5 ،البهوتي،كشاف القناع، ج3 ، ص363 .

4– شمس الدين محمد، نهاية المحتاج، ج4، ص434.

5– محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، ج3، ص330.

للمكفول عنه للحديث المتقدم، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أقرّ الكفالة من غير أن يسأل الضامن هل يعرف المكفول عنه أو لا، ولأن الضمان تبرع بالتزام مال فلا يشترط معرفة من يتبرع عنه به كالنذر، ولأن الواجب أداء حق فلا حاجة لمعرفة ما سواه"[1].

وذهب الحنفية وهو مقابل الأصح عند الشافعية وبعض الحنابلة إلى اشتراط علم الكفيل بالمكفول عنه ليعلم الضامن ما إذا كان المضمون عنه أهلا لاصطناع المعروف إليه أولا، وزاد الشافعية أنه اشترط ذلك ليعرف هل المكفول عنه موسرا أو ممن يبادر إلى قضاء دينه أو لا.

2- رضا المكفول عنه بالكفالة:

"اتفق الفقهاء على أنه لا يشترط لصحة الكفالة رضا المكفول عنه أو إذنه بل تصح مع كراهته لذلك، ففي الحديث السابق أقر النبي صلى الله عليه وسلم كفالة أبي قتادة رضي الله عنه دين الميت، والميت لا يتأتى منه رضى ولا إذن، ولأن عقد الكفالة التزام مطالبة، وهذا الالتزام تصرف في حق نفسه، وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب، لأن ضرره بثبوت الرجوع، ولا رجوع عليه لأنه عند أمره، وعند أمره يكون قد رضي به، ولأن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز فالتزامه أولى، وكما يصح الضمان عن الميت اتفاقا وإن لم يخلف وفاء، ويترتب على ذلك أن الكفالة تصح إذا كان المكفول عنه صبيا أو مجنونا أو غائبا، لأن الحاجة إلى الكفالة تظهر غالبا في مثل هذه الأحوال"[2].

3- قدرة المكفول عنه على تنفيذ محل الالتزام:

"ذهب الحنابلة والصاحبان(محمد وأبو يوسف)إلى أنه لا يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول عنه قادرا على تسليم المكفول به، فيصح الضمان عن كل من وجب عليه حق، حيا كان أو ميتا، مليئا أو مفلسا، ترك كفيلا بهذا الدين أم لم يترك، ففي الحديث أقر النبي صلى الله عليه وسلم الكفالة عن ميت لم يترك وفاءا ولا كفيلا، ويؤيد ذلك أيضا صحة ابراء المتوفي عن دين وإن لم يترك مالا، وصحة التبرع بالأداء

---

[1]- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالادلة، كتاب البيوع والمعاملات، دار الوعي للنشر والتوزيع، - الرويبة- الجزائر،ط2، 2009، ج5، ص828.

2- المصدر نفسه، ج5، ص828-829.

عنه.

وذهب أبو حنيفة إلى أنه يشترط في المكفول به إما بنفسه وإما بنائبه فلا يصح عنده ضمان ميت مدين لا عن تركة ولا عن كفيل بالدين، لأن الميت في هذه الحال عاجز عن الوفاء، غير أهل للمطالبة، والضمان: ضم ذمة إلى ذمة في الدين أو في المطالبة، ولا دين هنا ولا مطالبة لأنه بالوفاة عن غير مال ولا كفيل تصير ذمته خربة وغير صالحة لأن تشغل بدين، وعنده أن الحديث المتقدم يحمل على الإقرار بكفالة سابقة لا عن انشائها، أو أنه وعد بالتبرع وهو جائز عن الميت"[1] .

ثالثا: شروط المكفول له:

يشترط في المكفول له (الدائن) أن يكون معلوما للكفيل، وقد اختلف الفقهاء في اشتراط كونه بالغا عاقلا، واشتراط رضاه بالكفالة وقبوله بها على النحو التالي:

أ-كون المكفول له معلوما للكفيل:

"ذهب الحنفية والشافعية في الأصح عندهم، والقاضي من الحنابلة، إلى اشتراط كون المكفول له معلوما للكفيل.

فإن كان المكفول له مجهولا للكفيل، كما لو قال: "أنا كفيل بما يحصل من هذا الدلاَّل من ضرر على الناس"، لم تصح الكفالة لتفاوت الناس في استيفاء حقوقهم تشديدا وتسهيلا، وليعلم الضامن، هل هو أهل لإسداء الجميل إليه أو لا. ثم إن أبا حنيفة ومحمد يشترطان أن يكون المكفول له حاضرا في مجلس العقد -بنفسه أو بنائبه- , كفل الكفيل لشخص غائب عن المجلس، وبلغه الخبر فأجاز، فلا تصح لة عندهما إذا لم يقبل عنه حاضر بالمجلس لأن في الكفالة معنى التمليك، والتمليك لا يحصل إلا بإيجاب وقبول، فلا بد من توافره لإتمام صيغة العقد.

وعن أبي يوسف روايتان: لراجحة منهما تجيز الكفالة للغائب عن المجلس ولا تحتاج إلى قبوله، ومع ذلك فقد اشترط أيضا أن يكون المكفول له معلوما للكفيل، لأن الكفالة شرعت لتوثيق الدين، فإذا كان

1-الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص6.

المكفول له مجهولا فلا يتحقق مقصود الكفالة"[1].

"وذهب المالكية والحنابلة عدا القاضي منهم، والشافعية في مقابل الأصح عندهم إلى أن جهالة المكفول له لا تضر، والكفالة صحيحة، فإذا قال الضامن: أنا ضامن الدين الذي على زيد للناس –وهو لا يعرف عين من له الدين– صحت الكفالة، لحديث أبي قتادة" أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي برجل ليصلى عليه فقال النبي صلى الله عليه وسلم صلوا على صاحبكم فإن عليه دين، قال أبو قتادة هو علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوفاء قال بالوفاء فصلى عليه"، فقد كفل دين الميت دون ان يعرف المكفول له"[2].

ب–شرط البلوغ والعقل في المكفول له:

"ذهب المالكية والحنابلة وأبو يوسف إلى عدم اشتراط البلوغ والعقل في المكفول له، لأن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل دون أن يكون معلوما للمكفول له، فلا يلزم أن يكون أهلا للقبول.

وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى اشتراط أن يكون المكفول له بالغا عاقلا، لأن الكفالة تحتاج إلى إيجاب من الكفيل وقبول من المكفول له.

ويجوز قبول الصبي المميز والسفيه، لأن ضمان حقهما نفع محض، فلا يتوقف على إجازة وليهما"[3].

ج– قبول المكفول له:

"تقدم في صيغة الكفالة أن أبا حنيفة ومحمد يريان أن الكفالة لا تتم إلا بإيجاب وقبول، لأن الكفالة عقد يملك به المكفول له حق مطالبة الكفيل بالحق.

وتقدم أن المالكية والحنابلة وأبا يوسف وهو الأصح عند الشافعية يرون أن الكفالة تتم وتتحقق بإيجاب الكفيل وحده فلا تتوقف على قبول المكفول له، ذلك أن الكفالة مجرد التزام صادر من الكفيل بأن يوفي ما وجب للمكفول له في ذمة المكفول عنه، مع بقاء المكفول له على حقه بالنسبة إلى المدين، وذلك

1–الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص7.

2–وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، دون طبع، ج5، ص142.

3–الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، ص204.

التزام لا معاوضة فيه، ولا يضر بحق أحدهما أو ينقص منهبل هو تبرع من الكفيل فيتم بعبارته وحده.

وقد تقدم في حديث أبي قتادة: أن أبا قتادة رضي الله عنه كفل الميت دون أن يعرف الدائن أو أن يطلب قبوله، فأقر النبي صلى الله عليه وسلم كفالته وصلى على الميت بناءا عليها"[1].

"ولا يشترط معرفته بل لو مات من عليه ديون لا يدري كم هي وترك مالا لا يدري كم هو ، فتحمل بعض ورثته بدينه نقدا أو غلى أجل على أن يخلي بينه وبين ماله، فإن كان فيه فضل بعد وفاء الدين كا بينه وبين الورثة على فرائض الله و إن كان نقصا فعليه وحده فذلك، لأن ذلك فيه على وجه المعروف وطليب الخير للميت ولورثته"[2]

رابعا: شروط المكفول به:

هناك ثلاثة شروط لا بد من توفرها في المكفول به هي كالتالي :

1–أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل: سواءا كان دينا أو عينا أو نفسا أو فعلا.

أ–بالنسبة إلى الدين: "يشترط الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في قولهم الأول أن يكون الدين المكفول به واجبا في الذمة عند الكفالة به، أو أن يكون مآله إلى الوجوب، مثل ثمن المبيع في مدة الخيار وبعده والأجر، و المهر قبل الدخول أو بعده، لأن هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها. وعليه تجوز الكفالة بالدين الموعود وإن لم يكن موجودا عند الكفالة لأن مآله إلى الوجوب وذلك كأن يقول الكفيل "أقرض فلانا وأنا كفيل بما ستقرضه إياه"، أما الشافعية في قولهم الثاني لم يعتبرو الكفالة بالدين الموعود به صحيحة"[3].

ب–بالنسبة إلى العين: قد يكون المكفول به من الأعيان المضمونة بنفسها أو المضمونة بغيرها أو يكون عينا غير مضمونة.

1–العين المضمونة بنفسها: هي التي يجب على من أخذها أن يردها إلى صاحبها إن كانت قائمة

1- الموسوعة الفقهية، ج34، ص299.

2- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالادلة، ج5، ص826.

3-الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص143.

أو يرد مثلها إن كان لها مثل أو قيمتها إن هلكت، وذلك كالعين المغصوبة على سوم الشراء، ونقصد بالعين المقبوضة على سوم الشراء هو"أن يساوم شخص آخر في شراء سلعة ولم يتعاقد معه نهائيا، سواءا قطع معه الثمن وقبضها ولم يسلمه الثمن، أو لم يقطع معه ثمنها ولكن قبضها ليطّلع عليها أهله أو أصحابه فمثل هذه السلعة تكون مضمونة.

2-العين المضمونة بغيرها: وهي التي يجب على حائزها أو من أخذها أن يردها إلى صاحبها إن كانت قائمة وإن هلكت لا يجب أن يرد مثلها أو قيمتها، بل يجب عليه التزام آخر، مثال عن ذلك"المبيع في يد البائع فإنه مضمون بالثمن، فإذا هلك سقط الثمن عن المشتري إذا لم يكن دفعه، ووجب على البائع رده إن كان قد دفعه إليه، وكذلك الرهن في يد المرتهن فإنه مضمون بالدين إذا كانت قيمته تزيد عليه وإلا كان مضمونا بقدر قيمته من الدين".

3-العين غير المضمونة: "ويطلق عليها الفقهاء مصطلح الأمانة، فقسم الحنفية العين التي تعد أمانة في يد حائزها إلى قسمين: قسم يجب على حائزها تسليمها، بمعنى أنه ملتزم بأن يسعى إلى تسليمها إلى مالكها كالعارية في يد المستعير، والعين المستأجرة في يد المستأجر، والقسم الثاني لا يجب على حائزها تسليمها، بل يجب على المالك أن يسعى إلى ذلك كالودائع"[1]، وسنرى لاحقا كفالة العين.

ج-بالنسبة إلى النفس: "الكفالة بالنفس هي التزام الكفيل بإحضار المكفول إلى المكفول له، أو إلى مجلس الحكم أو نحو ذلك، وهنا يتحد المكفول به والمكفول عنه، ولأن الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس، وفعل التسليم مضمون على الأصيل، فقد كفل بمضمون على الأصيل فجاز ذلك. ويشترط فقط في كفالة النفس، أن تكون كفالة نفس من عليه دين مقدورة التسليم، إذ لا شك أن كفالة الميت المفلس لا تصح لأنه لو كان حيا ثم مات بطلت كفالة النفس، وكذا لو كان غائبا لا يدرى مكانه فلا تصح كفالته بالنفس عند الحنفية"[2].

د-بالنسبة إلى الفعل: الفعل هو فعل التسليم فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن، لأن المبيع

1-الموسوعة الفقهية، ج34، ص303-305.

2-ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص555.

مضمون التسليم على البائع، والرهن مضمون التسليم على المرتهن بعد قضاء الدين، فكان المكفول به مضمونا على الأصيل وهو فعل التسليم، فصحت الكفالة به.

2-أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل: يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل ليكون العقد مقيّدا، وذلك في الأموال عند جمهور العلماء، وعليه لا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل (أي لأن النيابة لا تجري في العقوبات) فلا تفيد لكفالة فائدتها وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة، وقال الشافعية أنه لا تجوز كفالة النفس (أو البدن) في الحدود الخالصة لله تعالى كحد الخمر والسرقة والزنا، لأنه يسعى في دفعها ما أمكن، وتجوز كفالة تسليم النفس في الحدود الخالصة للآدمي كقصاص وحد قذف وتعزير، لأنها حق لآدمي، فصحت الكفالة كسائر حقوق الآدميين المالية.

3-أن يكون الدين صحيحا: "وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء، وهذا الشرط خاص بالكفالة بالمال، ويترتب عليه أنه لا تصح الكفالة ببدل الكتابة لأنه ليس بدين لازم، أو أنه دين ضعيف، لأن للمكاتب اسقاط المكاتب بالفسخ فلا معنى للتوثق عليه ولا تصح أيضا الكفالة بماليس بدين كنفقة الزوجة قبل القضاء بها أو التراضي عليها لأنها لا تصير دينا إلا بالقضاء أو الرضا"[1].

خامسا: شروط الصيغة:

- "ذهب المالكية والحنابلة والشافعية في الصحيح عندهم، وكذا أبو يوسف من الحنفية إلى أن صيغة الكفالة تتم بإيجاب الكفيل وحده، ولا تتوقف على قبول المكفول عنه، لأن الكفالة مجرد التزام من الكفيل بأداء دين لا معاوضة فيه، بل هو تبرع ينشأ بعبارته وحده، فيكفي فيه إيجاب الكفيل"[2].

- "وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أن صيغة الكفالة تترتب من إيجاب يصدر من الكفيل، وقبول يصدر عن المكفول عنه، لأن الكفالة عقد يملك به المكفول له (الدائن) حق مطالبة الكفيل أو حقا ثبت في ذمته فوجب قبوله، ويترتب على ذلك أن الكفالة بالنفس أو المال لا بد من قبول المكفول له.

1-الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج5، ص145-147.

2-الموسوعة الفقهية، ج34، ص290.

وإيجاب الكفيل يتحقق بكل لفظ يفهم منه التعهد والالتزام والضمان؛ صراحة أو ضمنا، كما يتحقق بكل تعبير عن الإرادة يؤدي هذا المعنى"[1].

من خلال النظر إلى شرط الصيغة يتبين لنا أن الكفالة قد تكون منجزة أو معلقة أو مضافة إلى زمن مستقبل، وقد توصف بأنها مطلقة أو مؤقتة أو مقترنة بشرط وتفصيل ذلك فيما يلي:

1-الكفالة المنجزة: "وهي التي تكون صيغتها خالية من التعليق بشرط أو الإضافة لأجل، فمعنى التنجيز: أن تترتب آثار الكفالة في الحال بمجرد وجود الصيغة مستوفية شروطها، فإذا قال شخص لآخر أنا كفيل بدينك على فلان وقَبِل الدائن الكفالة -على رأي من يوجب لتمام الصيغة قبول الدائن- فإن الكفيل يصير مطالبا بأداء الدين في الحال إذا كان الدين حالا أما إذا كان الدين مؤجلا فيثبت الدين أو المطالبة به في ذمة الكفيل بصفته من الحلول أو التأجيل متى كانت صيغة الكفالة مطلقة غير مقترنة بشرط يغير من وصف الدين. ويرى الحنابلة أن الكفالة إذا أُطلقت انعقدت حالة لأن كل عقد يدخله الحلول فإنه يحمل عليه عند إطلاقه كالثمن في البيع"[2].

2-الكفالة المعلقة: هي الكفالة التي يعلق وجودها على وجود شيء آخر كما إذا قال شخص للمشتري "أنا كفيل لك بالثمن إذا استحق المبيع كذلك كما لو قال الكفيل للدائن"، إذا أفلس زيد فأنا كفيل لك بهذا الدين" فتبين أن زيدا قد أفلس فعلا وقت إنشاء الكفالة، فإذا كان الشرط الذي علقت به الكفالة موجودا وقت التعليق فالكفالة المعلقة تعد منجزة.

"ويرى الحنفية صحة تعليق الكفالة بالشرط الملائم وهو الشرط الذي يكون سببا بوجوب الحق، كقول الكفيل للمشتري، "إذا استحق المبيع فأنا كفيل لك بالثمن"، أو الشرط الذي يكون سببا لإمكان الاستيفاء، كقول الكفيل للدائن"، إذا قدم عمر أي المكفول عنه فأنا كفيل بدينك عليه"، أو الشرط الذي يكون سببا لتعذر الاستيفاء، كقول الكفيل للدائن: "إذا غاب عمر(المدين)عن البلد فأنا كفيل بالدين". وذهبوا كذلك إلى صحة الكفالة المعلقة بشرط جرى به العرف، كما لو قال الكفيل: "إن لم يؤد فلان مالك

3-ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص591 .

1- الموسوعة الفقهية، ج34، ص291 .

عليه من دين إلى ستة أشهر فأنا له ضامن"، لأنه علق الكفالة بالمال بشرط متعارف عليه فصح"[1].

فأما إذا علقت الكفالة على شرط غير ملائم، كقوله: "إن هبت الريح أو إن نزل المطر أو إن دخلت دار فلان فأنا كفيل"، فلا تصح الكفالة، لأن تعليق الكفالة على شرط غير ملائم لا يظهر فيه غرض صحيح، وذهب بعض فقهاء المذهب إلى أن الكفالة تصح إذا ما علقت على شرط غير ملائم، ويلغوا التعليق.

"ويبدو مما ذكره المالكية من فروع: أن الكفالة تكون صحيحة إذا علقت على الشروط الملائمة، ولا تكون صحيحة إذا علقت على شرط غير ملائم. أما الشافعية فالأصح عندهم، عدم جواز تعليق الضمان والكفالة، لأن كلا من الضمان والكفالة عقد كالبيع، وهو لا يجوز تعليقه بالشرط"[2].

3-الكفالة المضافة: ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز إضافة الكفالة بالمال إلى أجل مستقل كأن يقول للكفيل "أنا ضامن لك هذا المال أو هذا الدين ابتداء من أول الشهر القادم، وفي هذه الحالة لا يكون كفيلا إلا في ذلك الوقت، أما قبله فلا يعد كفيلا ولا يطالب بالمال، وإذا توفى قبل الوقت المحدد لا يؤخذ الدين من تركته.

"وفرق الحنفية بين إضافة الكفالة وتأجيل الدين المكفول به، فالكفالة المضافة هي التي تتعلق بدين غير موجود عند انشائها، ولكنها تعلقت به بسبب إضافتها إليه، كما لو قال الكفيل للدائن: أنا كفيل بما ستقرضه لفلان من المال، أو سبب تعليقها به، وهذا النوع من الكفالة لا ينعقد إلا بعد وقوع ما علق به، ولا يترتب عليه أثر إلا من ذلك الوقت. ومن هنا يتضح أن جمهور الحنفية يجيز إضافة الكفالة بالمال إلى الزمن المستقل، ويترتب على ذلك: أن إضافتها إلى وقت معلوم، أو مجهول جهالة غري فاحشة لا يمنع من جوازها إلى الأجل الذي ذكر، وذلك كإضافتها إلى الحصاد أو إلى المهرجان، أما إضافة الكفالة إلى أجل مجهول جهالة فاحشة-كنزول المطر فلا تصح، لأن ذلك ليس من الآجال المتعارفة أو المنضبطة، وإذا بطل

2-الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص392 .

1- الموسوعة الفقهية، ج34، ص292 .

الأجل لتفاحش الجهالة فيه وعدم تعارفه صحت الكفالة وكانت منجزة"[1].

"وذهب المالكية إلى صحة إضافة الكفالة إلى زمن مستقبل معلوم، وحينئذ لا يطالب الكفيل إلا إذا حل الأجل، وكذلك تصح الكفالة إذا أضيفت إلى أجل مجهول جهالة غير فاحشة، كخروج العطاء، ولكن القاضي يضرب له أجلا بقدر ما يرى وعندئذ لا يترتب على الكفالة أثرها بحلول الأجل الذي أضيفت له"[2].

وقال الحنابلة: "إن كفل إلى أجل مجهول لم تصح الكفالة لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان، وإن جعله الحصّاد والجزّار والعطّاء خرج على الوجهين، كالأجل في البيع، والأولى صحت هنا، لأنه تبرع من غير عوض جعل له عوضا لا يمنع من حصول المقصود منه فصح، كالنذر، وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة"[3].

وقال الشافعية: "لو نجز الكفالة وشرط تأخير المكفول به شهرا كضمنت إحضاره بعد شهر جاز لأنه التزم بعمل في الذمة، فكان كعمل الإجارة يجوز حالا ومؤجلا"[4] .

4-الكفالة المؤقتة: توقيت الكفالة معناه أن يكفل الكفيل الدين مدة معلومة محددة، فإذا انقضت تلك المدة يبرأ بعدها من التزامه وتنتهي الكفالة، وذلك مثل قول الكفيل: أنا كفيل بنفس فلان أو ببدنه من اليوم إلى نهاية هذا الشهر، فإذا انقضى هذا الشهر برئت من الكفالة.

"وقد اختلف الفقهاء في صحة توقيت الكفالة بناءا على اختلافهم في الأثر المترتب عليها، فمن رأى أن ذمة الكفيل لا تشتغل بالدين وإنما يطالب فقط بأدائه، أجاز الكفالة المؤقتة، وقيد المطالبة بالمدة المتفق عليها. أما من ذهب إلى أن ذمة الكفيل تصير مشغولة بالدين إلى جانب ذمة المدين، فلم يجز توقيت الكفالة، المعهود في الشرع أن الذمة إذا شُغلت بدين صحيح فإنها لا تبرأ منه إلا بالأداء أو الإبراء، وقبول الكفالة للتوقيت يترتب عليه سقوط الدين عن الكفيل دون أداء أو إبراء، وتطبيقا على ذلك ذهب

2-الكاساني، بدائع الصنائع، ص390-392 .

1-الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص331-332.

2- الموسوعة الفقهية، ج34، ص294.

3-الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص207 .

أغلب الحنفية إلى أن الكفيل إذا قال"كفلت فلانا من هذه الساعة إلى شهر، تنتهي الكفالة بمضي شهر بلا خلاف، ولو قال: "كفلت فلانا شهرا او ثلاثة أيام..."، ومنهم من ذهب إلى أنه يكون كفيلا أبدا ويلغو التوقيت"[1].

"وذهب المالكية إلى جواز توقيت الكفالة في إحدى حالتين، أن يكون المدين معسرا والعادة أنه لا يوسر في الأجل الذي ضمن الضامن إليه، بل يمضي ذلك الأجل عليه وهو معسر، فإن لم يعسر في جميعه بل أيسر في أثنائه كبعض أصحاب الغلات والوظائف، كأن يضمنه إلى أربعة أشهر وعادته اليسار بعد شهرين فلا يصح، لأن الزمن المتأخر عن ابتداء يساره يعد فيه صاحب الحق مسلفا لقدرة رب الحق على أخذه منه عند اليسار، هذا قول ابي القاسم بناءا على أن اليسار المترقب كالمحقق، وأجازه أشهب لأن الأصل استصحاب عسره"[2].

"والأصح عند الشافعية أنه لا يجوز توقيت الكفالة، كأنا كفيل بزيد إلى شهر وأكون بعده بريئا، ومقابل الأصح عندهم: أنه يجوز، لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في هذه المدة، بخلاف المال فإن المقصود منه الأداء فلهذا امتنع تأقيت الضمان قطعا"[3].

"واختلف الحنابلة في صحة توقيت الكفالة على وجهين:

الأول: أن الكفالة تكون صحيحة، ويبرأ الكفيل بمضي المدة التي عيّنها وإن لم يحدث فيها الوفاء،

والثاني: عدم صحة الكفالة، لأن الشأن في الديون أنها تسقط بمضي الزمن"[4].

الفرع الثاني: شروط أركان الكفالة في القانون:

تحدثنا سابقا عن أركان الكفالة في القانون، وذكرنا أنها ثلاثة: الرضا والمحل والسبب، وسنتحدث عن شروط هذه الأركان، ونبدأها بشروط الرضا.

4- ابن عابدين، رد المحتار، ج7، ص627.

1-الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص331.

3-الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص207.

4- الموسوعة الفقهية، ج34، ص295.

أولا: شروط الرضا:

لتحقق ركن الرضا يشترط توافر الأهلية اللازمة في طرفي عقد الكفالة (الكفيل والدائن)، مع خلو هذا الركن من العيوب التي تؤثر في سلامته، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. ولنشرع في بيان الشرط الأول المتعلق بالأهلية في طرفي عقد الكفالة.

1- الأهلية اللازمة في طرفي عقد الكفالة:

أ- أهلية الكفيل: تعد الكفالة بالنسبة للكفيل من أعمال التبرع، ومن لم يكن أهلا للتبرع فلا تصح كفالته، وعليه يشترط في المتبرع أهلية الأداء الكاملة، أي: أن يكون بالغا سن الرشد وغير محجور عليه، لأن الكفالة في هذه الحالة من التصرفات الضارة ضررا محضا.

أما إذا كان الكفيل قد كفل بمقابل سواءا اقتضى المقابل من الدائن أم من المدين، كانت الكفالة بالنسبة للكفيل من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، وحكمها أنه إذا كان الكفيل صبيا مميزا غير راشد فإن الكفالة تكون قابلة للإبطال، وإذا أُبرمت الكفالة بطريق الوكالة، فالأصيل (المدين) لا النائب هو الذي يجب أن تتوفر فيه أهلية التعاقد اللازمة لإبرام الكفالة، وذلك لانصراف آثارها للأصيل.

كما نصت المادة 646 من القانون المدني الجزائري على أنه"إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا مقيما بالجزائر وله أن يقدم عوضا عن كفيل تأمينا عينيا كافيا"

يسار الكفيل: ويقصد به أن لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بالدين المكفول، وسواءا كانت هذه الأموال منقولات أو عقارات.

"ومسألة يسار الكفيل مسألة موضوعية تخضع لتقدير القضاء، ويلاحظ أنه يجب إخراج ما يثقل من أموال الكفيل من ديونه عند حساب القضاء لتلك الأموال، وعلى المدين أن يثبت يسار الكفيل إذا نازع الدائن في يساره، فيثبت أن للكفيل أموالا كافية يستطيع أن يستوفي منها الدائن"[1].

إقامة الكفيل في الجزائر: "يشترط في الكفيل أن يكون مقيما في الجزائر وذلك تيسيرا لمقاضاته عند الاقتضاء، وليس يلزم أن يكون مقيما في موطن المدين كما يشترط التقنين المدني الفرنسي، بل يكفي أن يكون

1-سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975، ص20.

مقيما في أي مكان في الجزائر وشرط إقامته في الجزائر كافٍ، ولا يشترط بعد ذلك أن يكون الكفيل جزائري الجنسية، بل يمكن أن يكون أجنبيا مادام مقيما بالجزائر، كما لا يشترط فيه ان يكون متوافرا على حسن السمعة أو عدم الميل إلى الخصومة والتقاضي ما لم يتفق المدين الملتزم بتقديم الكفيل على ذلك إذا كان مصدر الالتزام هو الاتفاق. فإذا تخلف شرط من هذين الشرطين وجب تقديم كفيل آخر، غير الذي أعسر أو فقد موطنه في الجزائر أو استبدله بتأمين عيني سواءا كان رهنا رسميا أو رهنا حيازيا، وليس للدائن أن يعترض على ذلك، لأن التأمين العيني أقوى ضمانا من التأمين الشخصي"[1].

ب–أهلية الدائن: "يشترط فيه أهلية التعاقد فقط، فيكفي أن يكون مميزا، لأنها تعد من الأعمال النافعة نفعا محضا، إذا لم يلتزم المدين بشيء في مقابل التزام الكفيل.

أما إذا كان ملتزما بشيء في مقابل التزام الكفيل تكون الكفالة بالنسبه إليه من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، وبالتالي يجب أن يكون الدائن بالغا سن الرشد غير محجور عليه، وإلا وقعت الكفالة قابلة للإبطال لمصلحته"[2].

2–سلامة الإرادة من العيوب: يطبق في كل عقود الكفالة من حيث عيوب الرضا، وأهمها الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

أ– عيب الغلط: "تكون الكفالة قابلة للإبطال للغلط متى وقع الكفيل في غلط جوهري في خصوص الدين المكفول"[3]. وإذا اعتقد الكفيل أنه يكفل تاجرا فإذا به يكفل شخصا مدنيا، في هذه الحالة وما شا بها يكون للكفيل الحق في طلب إبطال العقد بسبب الغلط الذي وقع فيه، ولا يحتج في مواجهته بأن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة، وذلك استنادا إلى المادة: 2/82 مدني جزائري التي تحصر الغلط في "ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته" دون غيره، والمدين ليس طرفا في العقد.

والمادة 1/82 مدني جزائري حددت الغلط الجوهري بقولها: "إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع

1–السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ص26–27.

2–سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نقابة المحامين، مصر، 1994، ج3، ص8.

3–السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ص47.

معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط".

وفي هذا الصدد يقول شراح القانون المدني ومن بينهم الدكتور محمد صبري السعدي "أن هذا النوع من الغلط كما يقع في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته يقع أيضا في شخص آخر ليس طرفا في إبرام العقد، ولذا يمتد حكم الغلط إلى الحالة التي نحن بصددها"[1].

ب- عيب التدليس والإكراه: وتكون الكفالة أيضا قابلة للإبطال إذا شاب رضى الكفيل تدليس أو إكراه، فإذا أوهم الدائن الكفيل بأن المدين موسر فإذا به غير ذلك، أو أوهمه بوجود تأمينات أخرى لضمان الدين المكفول، فإذا بهذه التأمينات غير موجودة أصلا.

ج- عيب الاستغلال: "مثل أن يستغل الزوج زوجته بما له عليها من سلطة أن تكفله في دين وهي تعلم بأن زوجها لا يستطيع وفاء هذا الدين، فإن المتعاقد لا يستطيع أن يتمسك بإبطال العقد، إلا إذا كان المتعاقد الآخر كان يعلم أو يستطيع أن يعلم بالاستغلال"[2] .

ثانيا: شروط المحل: تنقسم إلى شرطين، هما

1-وجود الالتزام المكفول: أي التزام يمكن كفالته أيا كان مصدره وأيا كان محله، يكون التزاما مكفولا.

فيمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره العقد، وهو الذي يقع في الغالب، فيكفل التزام مصدره عقد القرض مثلا فيكون المقترض كفيل بالمبلغ الذي اقترضه. ويكفل التزام مصدره عقد البيع، فيكون المشتري كفيل بالثمن، ويكفل التزام مصدره عقد الإيجار، فيكون المستأجر كفيل بالأجرة، وهكذا...

ويمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره العمل غير المشروع، فيعترف المدين في العمل غير المشروع بمبدأ المسؤولية وبمقدار التعويض، ويأتي كفيل يضمنه في هذا المقدار إلى أن يفي به.

"ويمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره الإثراء بلا سبب أو رد غير المستحق"[3]، أو الفضالة، فيأتي

---

1 -السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ص47.

2-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2000، ج10، ص82-83.

3-ورد في المادة 143/فقرة1 من القانون المدني"كل من تسلّم على سبيل الوفاء ماليس مستحقا له وجب عليه ردّه".

رب العمل مثلا بكفيل يضمن التزامه نحو الفضولي.

ويمكن أخيرا كفالة الالتزام الذي يكون مصدره القانون، فيأتي الجار مثلا لجاره بكفيل يكفله في التزامه بتعويض الأضرار غير المألوفة بسبب الجوار.

"وأيا كان محل الالتزام الأصلي فإنه تجوز كفالته، سواء كان هذا المحل إعطاء، أو عمل، أو امتناع عن عمل. والذي يقع غالبا هو كفالة الالتزام الذي يكون محله مبلغا من النقود، فيأتي المقترض مثلا بكفيل يضمنه لدى المقترض في المبلغ من النقود الذي اقترضه"[1].

وخلاصة القول في شرط المحل أنه حتى يكون التزام الكفيل ممكنا يجب أن يكون الالتزام الأصلي موجودا، ولكن هذا لا يمنع من أن يكون الالتزام الأصلي مستقبليا أو شرطيا، على التفصيل الآتي:

أ- كفالة الالتزام الشرطي والالتزام المستقبل: تنص المادة 650 من القانون المدني الجزائري على أنه "تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط. غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له أن يراجع فيها في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ".

"ويخلص من هذا النص أنه تجوز كفالة الدين الشرطي وتجوز كفالة الدين المستقبل. أما كفالة الدين الشرطي فلا شك في جوازها طبقا للقواعد العامة، سواءا كان الدين الأصلي المكفول معلّقا على شرط فاسخ أو معلّق على شرط واقف. فالدين المعلق على شرط فاسخ دين موجود ونافذ فتجوز كفالته وتكون الكفالة في هذه الحالة تابعة للدين الأصلي وعلى ذلك تكون هي أيضا معلّقة على شرط فاسخ، فإذا تخلف الشرط الفاسخ صار الدين الأصلي باتا، وكذلك يكون باتا التزام الكفيل، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ، فإن الدين الأصلي ينفسخ بأثر رجعي ويعتبر كأنه لم يكن، وكذلك ينفسخ التزام الكفيل ويعتبر كأنه لم يكن. وكذلك لا شك في كفالة الدين المعلّق على شرط واقف، لأنه وإن لم يكن نافذا دين موجود فيكفله الكفيل ويكون التزامه كالالتزام المكفول معلقا على شرط واقف، فإذا تخلف الشرط الواقف زال الدين الأصلي بأثر رجعي واعتبر كأنه لم يكن، وكذلك يزول التزام الكفيل ويعتبر كأنه لم يكن، أما إذا تحقق الشرط الواقف،

1-السنهوري، الوسيط، ج10، ص51.

فإن الالتزام الأصلي ينفذ بأثر رجعي، وكذلك ينفذ التزام الكفيل.

وكذلك تجوز كفالة الدين المستقبل وإن كان دينا غير موجود وقت الكفالة، وذلك بانشاء الالتزام في تركة مستقبلة فإنه باطل وتبطل تبعا له الكفالة"[1].

ب- كفالة الالتزام الطبيعي: "بناء على عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي لأن المدين في هذا النوع من الالتزام لا يجبر على الوفاء بالتزامه، والسبب في ذلك يعود إلى أن الالتزام الطبيعي يتضمن فقط عنصر الديونية دون عنصر المسؤولية، وعليه فإذا قام المدين بتنفيذ التزامه الطبيعي اختيارا فلا يعتبر متبرعا ولا يمكن له استرداد ما دفعه تنفيذا لهذا الالتزام. فضلا عن ذلك فإن الالتزام الطبيعي لا يلزم المدين الأصلي بأدائه وبالتالي فلا يتصور أن ينشئ التزاما في ذمة الكفيل ذلك أن الكفالة على هذا النحو (كفالة الالتزام الطبيعي)تفتح سبيلا لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعي عن طريق غير مباشر إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء، ثم يرجع الكفيل على المدين الأصلي، فيكون المدين بالتزام طبيعي قد أجبر في النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه وهذا لا يجوز"[2].

2- صحة الالتزام المكفول: تنص المادة 648 من التقنين المدني الجزائري على أنه"لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا"ويخلص من هذا النص أنه حتى تكون الكفالة صحيحة وترتب التزاما في ذمة الكفيل بضمان الالتزام المكفول يجب أن يكون هذا الالتزام الأخير ذاته صحيحا، وهذا ما يقتضي التعرض لحكم كفالة الالتزام الباطل، وحكم كفالة الالتزام القابل للإبطال.

أ- كفالة الالتزام الباطل: "إذا كان التزام المكفول باطلا بطلانا مطلقا أيّا كان سبب البطلان، فإنه يقتضي تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي يكون التزام الكفيل باطلا بطلانا مطلقا. وقد نصت المادة 654 من القانون المدني الجزائري على أنّه"يبرأ الكفيل بمجرّد براءة المدين، ولم أن يتمسّك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين...". ومن الأوجه التي يحتجّ بها المدين الأصلي بطلان التزام المكفول، فللكفيل أيضا أن يحتجّ بهذا البطلان فتكون كفالة الالتزام الباطل باطلة مثله.

1-السنهوري، الوسيط، ج10، ص52.

2-أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص35.

والالتزام لا يكون باطلا إلا إذا كان مصدره العقد أما الالتزام غير العقدي، فإن القانون هو الذي ينشئه ويستمده من مصدره فلا يكون باطلا، والعقد يكون باطلا إذا اختلّ أحد أركانه، كانعدام ركن التراضي مثلا أو كان المحل غير معيّن أو مستحيل أو غير مشروع أو لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامّة"[1].

ب- كفالة الالتزام القابل للإبطال: "ما اشترطه المشرع لصحة الكفالة من أن يكون الالتزام الأصلي صحيحا، لا يمنع من جواز كفالة الالتزام القابل للإبطال، لأنه التزام موجود قائم قانونا، وذلك حين الحكم بإبطاله، غير أن تبعية الكفالة للالتزام المكفول تجعل مصيرها مرتبطا بمصير هذا الالتزام المكفول، فتظل قائمة ما بقي الالتزام الأصلي قائما وتبطل إذا بطل الالتزام الأصلي. والبطلان النسبي كالبطلان المطلق يعدّ من الدفوع المتعلّقة بالدين وبالتالي يمكن إثارته من الكفيل، وعلى ذلك إذا تقرر إبطال العقد الذي نشأ عنه الالتزام الأصلي محل الكفالة بناءا على طلب الكفيل أو المدين، فإن التزام المدين يزول بأثر رجعي فيعتبر كأن لم يكن أصلا وتتبعه الكفالة في ذلك فتبطل وتُعدّ كأن لم تكن أيضا"[2].

ثالثا: شروط السبب:

"تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا التزم المتعاقد بسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلا"، كما تنص المادة98 من نفس القانون على أن: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك...".

ويقصد بالسبب في هذين النصين هو أحد أمرين:

- الأول: السبب الذي يقصد إليه المتعاقد أو السبب الفني.
- الثاني: الباعث الدافع أو السبب المصلحي.

وعلى ضوء هذا التحديد يمكن أن نرجح واحدا من رأيين؛ فالرأي الأول يقر أن التزام الكفيل في مواجهة الدائن التزام مجرد، بمعنى أنه يمتنع على الكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التي له أن يتمسك

1- أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينة، ص28-29.

2-السنهوري، الوسيط، ج10، ص42.

بها ضد المدين، في حين ذهب الرأي الثاني إلى أن الكفالة لا تخرج عن أي عقد من العقود التي تخضع للقاعدة العامة في شريعتنا وفيها تكون الالتزامات مسببة.

ونعتقد أن في كل من هذين الرأيين جانبا كبيرا من الصحة حسب التفصيل الآتي:

فالكفالة إما أن تكون تبرعية، وإما أن تكون بمقابل، وفي هذين الحالتين قد يكون السبب على اختلاف معناه، داخلا أو غير داخل في نطاق التعاقد. وحيث تكون الكفالة تبرعية، فإن نية التبرع تعتبر هي السبب الفني، وتكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الباعث أو السبب المصطحب غير مشروع وعلم به الدائن وقت الكفالة فإنها تبطل، لا فرق في ذلك بين أن يكون التبرع من الكفيل إلى الدائن –كما لو تمت كفالة دين امرأة على آخر بقصد حملها على إنشاء علاقة غير مشروعة معه– أو يكون التبرع من الكفيل إلى الدائن.

"أما حيث تكون الكفالة بمقابل، فإن هذا المقابل لا يتصور أن يقتضي من الدائن، لأنه اقتضاء يتنافى وجوهر الكفالة، ومن ثم لا تبطل الكفالة في هذه الحالة، إلا إذا كان الباعث أو السبب المصلحي غير مشروع، وكان الدائن يعلم.

أما حيث يقتضي المقابل من المدين، فإن السبب الفني هنا يكون خارجا عن نطاق عقد الكفالة، ومن ثم فهي تصح ولو كان محل التزام المدين مستحيلا، أو غير مشروع، ولا تبطل الكفالة إلا إذا كان الدافع غير مشروع وعلم به الدائن. فالكفالة لا تتجرد من السبب بمعنى البعث أو السبب الفني حيث يتمثل في مقابل يلتزم به المدين المكفول يدفعه"[1].

1–السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ص54–55 .

المبحث الثالث: طبيعة الكفالة وأنواعها

المطلب الأول: طبيعة الكفالة:

الفرع الأول: طبيعة الكفالة في الفقه الإسلامي:

"اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية بشأن طبيعة الكفالة، فهناك من اعتبر الكفالة التزام بإرادة منفردة، حيث تتحقق الكفالة بمجرّد صدور إيجاب من الكفيل دون انتظار قبول من الدائن وهو رأي جمهور الفقهاء"[1].

ومنهم من رأى الكفالة هي عقد له طرفان هما الكفيل والدائن، فلا تتم الكفالة إلا بإيجاب من الكفيل وقبول من الدائن وهو رأي الإمام أبو حنيفة[2] وأهل الظاهر[3].

ويرى الدكتور علي الخفيف أنه: "لا توجد حكمة في تفضيل المشرع لهذا الرأي على الرأي الآخر بما أن الكفالة لا تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل كما هو الحال عند أهل الشيعة وأهل الظاهر، ا هي ضم ذمّة الكفيل إلى ذمة المدين وأنها مجرّد التزام من الكفيل قام به تبرّعا بقصد توفير الطمأنينة للدائن وتوثيق ذمة المدين لديه، ولا يترتب عليها أي تكليف ولا نقص للحقوق حتى يشترط القبول..."[4].

الفرع الثاني: طبيعة الكفالة في القانون:

"تعتبر الكفالة بالنسبة للكفيل عملا مدنيا دائما حتى ولو كان الكفيل تاجرا ولو كان الدين المكفول تجاريا، وقد نصّت على ذلك المادة 1/651 مدني جزائري بقولها: "تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا".

ضفاء الصفة المدنية على الكفالة تعود إلى أنها من أعمال التبرع وبالتالي قلا تدخل في الأعمال

1-الموسوعة الفقهية، ج34، ص289-299.

2-ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص251.

3-أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلّى بالآثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، ج6، ص397.

4- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ج4، ص204.

التجارية. أما إذا كان الكفيل تاجرا ويحترف الكفالة بمقابل: فتكون كفالته في هذه الحالة عملا تجاريا، كما لو كفل بنك من البنوك دينا لأحد عملائه.

كما تُعد الكفالة عملا تجاريا إذا تعلّقت بدين ثابت في ورقة تجارية تحمل توقيع الكفيل بصفته ضامنا احتياطيا أو مظهرا وذلك ما تقضي به المادة 651 /3 من التقنين المدني الجزائري بقولها: "غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، أو تظهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا"، والأثر المترتب على اعتبار الكفالة عملا مدنيا وعملا تجاريا يكمن في الإثبات"[1].

المطلب الثاني: أنواع الكفالة:

الفرع الأول: أنواع الكفالة في الفقه الإسلامي:

الكفالة نوعان في الفقه الإسلامي، كفالة المال ويطلق عليها كثير من الفقهاء "لفظ الضمان"، وكفالة النفس ويطلق عليها البعض "كفالة البدن".

أولا: كفالة المال:

كفالة المال هي التي يكون فيها التزام الكفيل التزاما ماليا، فقد يكون المكفول به دينا، وقد يكون عينا، وعليه سنتكلم أولا عن كفالة الدين، ثم عن كفالة العين.

1-كفالة الدين:

" عرّفها الفقهاء بأنها ضم ذمّة الكفيل إلى ذمّة المدين في الدين؛ ويشترط لصحة كفالة الدين، كما سبق وأن رأينا، أن يكون الدين واجبا في الذمّة عند الكفالة به، أو أن يكون مآله إلى الوجوب وأن يكون الدين صحيحا، ولا يهم إن كان مجهول القدر والصفة والعين عند جمهور الفقهاء"[2].

2-كفالة العين:

والمقصود بها أن يلتزم الكفيل برد العين إن كانت قائمة، أو برد مثلها، أو قيمتها إذا هلكت. بالنسبة إلى كفالة العين المضمونة بنفسها، كالعين المغصوبة والمقبوضة على رسوم الشراء والمقبوضة بالبيع الفاسد،

1-السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، ص21.

2-الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص333، مغني المحتاج، ج2، ص200.

يرى الحنفية والحنابلة وهو قول عند الشافعية صحّة كفالة العين المضمونة بنفسها، فيلزم الكفيل برد العين مادامت قائمة، أو برد مثلها أو قيمتها حال هلاكها لأنه كفالة بمضمون نفسه، فيصير مضمونا على الكفيل.

"وذهب المالكية إلى أنه لا تجوز الكفالة بالأعيان، وإنما تصح إذا تلفت بتعدّ أو تقصير، التزم الكفيل بدفع قيمتها أو برد مثلها"[1].

أما كفالة العين المضمونة بغيرها لا تصح كفالتها، لأن المبيع قبل القبض "مضمون بالثمن لا بنفسه فيرى الحنفية والحنابلة أن هذا النوع من الأعيان تصح كفالة تسليمه فقط مادام قائما، فإذا هلك سقطت الكفالة لأنه هلك على صاحب اليد بما هو مضمون به"[2]،" وعند المالكية لا تصح كفالة الأعيان على معنى تسليمها بذاتها"[3].

وأخيرا كفالة العين غير المضمونة، ونقصد بها الأمانة، فلا تجوز الكفالة بها سواءا كانت واجبة التسليم كالعارية والعين المستأجرة في يد الأجير، لأنه أضاف الكفالة إلى عينها، وعينها ليست مضمونة ولو كفل بتسليمها يجوز ذلك لأنها مضمونة التسليم، فالكفالة أُضيفت إلى مضمون على الأصيل وهو فعل التسليم فصحت أو كانت غير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات، كما لا يجوز كفالة تسليمها إذ ليس شيء منهما مضمون أو واجبا على حائزهما، ولا كفالة إلا بما هو واجب، لكن يجوز أن يكفل التعدي عليها. قال الإمام أحمد-رحمه الله تعالى-: "في رواية الأثرم، في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل: ادفع إليك ثيابك، وأنا ضامن، فقال له: هو ضامن لما دفعه إليه. يعني إذا تعدّى أو تلف بفعله، فعلى هذا إن تلف بغير تفريط منه ولا فعله، لم يلزم الضامن شيء"[4].

"وذهب الشافعية إلى أن العين إذا لم تكن مضمونة على من هي في يده كالوديعة، والمال في يد

1-الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص334.

2-ابن عابدين، رد المحتار، ج4، ص268.

3-الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص334.

4-أبو محمد موفق عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام المبجّل أحمد بن حنبل، المكتب الإسلامي، ج3، ص200.

الشريك والوكيل والوصي، فلا يصح ضمانها لأن الواجب فيها التخلية دون الرد[1].

ثانيا: كفالة النفس.

وهي نوع من أنواع الكفالة في الفقه الإسلامي، فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن الكفالة بالنفس صحيحة، ودليلهم في هذا قوله تعالى على لسان يعقوب عليه السلام: "قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُوتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَهِ لَتَاتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ"[2]. وبما رواه البخاري عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه "أَنَّ عُمَرًا رَضِيَ اللَهُ عَنْهُ بَعَثَ مُصدقًا فَوَقَعَ عَلَى جَارِيَةِ امْرَأَتِه، فَأَخَذَ حَمزة مِنَ الرَّجُلِ كَفِيلًا حَتَّى قَدِمَ عَلَى عُمر وَكَانَ عُمَر قَدْ جَلَدَهُ مِائَةَ جَلْدَةٍ فَصَدَّقَهُمْ وَعَذَرَهُ بِالْجَهَالَةِ"[3]، "قال ابن حجر أستفيد من هذه القصّة مشروعية الكفالة بالأبدان والجمهور قال بها. أما الشافعية فالأصح عندهم أن الكفالة بالنفس جائزة، لأن البدن يستحق الكفالة وتسليمه بالعقد جائز، وفي قول آخر لهم لا تصح لأن الحر لا يدخل تحت اليد ولا يقدر على تسليمه"[4].

الفرع الثاني: أنواع الكفالة في القانون:

يمكن تقسيم أنواع الكفالة في القانون استنادا إلى طبيعة الكفالة واستنادا لمصدر التزام المدين بتقديم كفيل.

أولا: أنواع الكفالة حسب طبيعتها:

1-الكفالة المدنية: تنص المادة 1/651 من التقنين المدني الجزائري بأنه: "تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا". يستفاد من هذه الفقرة أن الكفالة تعتبر عملا مدنيا بالنسبة للكفيل ولو كان الكفيل تاجرا وكان الدين المكفول تجاريا.

"ويفسر اعتبار الكفالة مدنية حتى ولو كان الالتزام المكفول التزاما تجاريا وكان كل من الدائن والمدين

1- شمس الدين محمد، نهاية المحتاج، ج4، ص441.

2-سورة يوسف-الآية 66.

3-البخاري، صحيح البخاري، كتاب الكفالة، باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها، رقم الحديث 2290 ، ص548.

4-الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص144.

تاجرا. وكان الكفيل نفسه تاجرا خروجا عن قاعدة تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي المكفول، لأن الكفالة تعتبر من أعمال التبرع، فهي وسيلة للتوثيق وضمان الديون، ونية التبرع تتنافى مع العمل التجاري، فهي لا تدخل في الأعمال التجارية التي تستهدف الربح وتقوم على المضاربة، وهذا ما أجمع عليه الفقه والقضاء القانونيين. فالفقرة الأولى من المادة 651 انصرفت إلى تحديد طبيعة الكفالة للكفيل، لكن تركت لتحديد طبيعتها بالنسبة للدائن للقواعد العامّة، فتكون تجارية بالنسبة للدائن التاجر إذا أبرمها لحاجة تجارية أو بمناسبتها"[1].

2-الكفالة التجارية: "ليس هناك ما يمنع في الفقرة الأولى من المادة 561 من اعتبار الكفالة التجارية بالنسبة للكفيل التاجر، إذا كان يحترف الكفالة بمقابل، ككفالة مصرف من المصارف دين أحد الأشخاص نظير عمولة، وكذلك إذا أثبت المدعي أنها صادرة من الكفيل لحاجة تجارية وعليه تبقى قواعد التقنين التجاري الخاصة لبيان الأعمال التجارية تطبّق على الكفالة"[2].

ثانيا: أنواع الكفالة استنادا إلى مصدر التزام المدين بتقديم كفيل: "بالنسبة لالتزام المدين بتقديم كفيل قد ينشأ عن الاتفاق بينه وبين الدائن ويكون مصدر الكفالة الإتفاق، وقد يكون المدين ملتزما بتقديم كفيل بحكم القانون كما يحدث أن يكون ملتزم بتقديم كفيل بناءا على حكم قضائي. وعليه فالكفالة تتنوع من حيث مصدر التزام المدين بتقديمها إلى كفالة اتفاقية وكفالة قانونية وكفالة قضائية، وتسمى الكفالة في هذه الأحوال جميعا بالكفالة الواجبة"[3].

1-الكفالة الاتفاقية: وهي التي يكون فيها المدين قد التزم للدائن بإرادته بتقديم كفيل يضمن دينه، وتعتبر اتفاقية ولو لم يقم المدين بتقديمها إلا بعد إكراهه على قضاء الدين، وتحدث غالبا في رفض الدائن إعطاء المدين قرضا أو منحه أجلا، ويمكن القول أن الكفالة تعتبر اتفاقية في كل الأحوال التي يكون فيها المدين ملزم بتقديم كفيل بناءا على نص في القانون أو بموجب حكم قضائي.

1-أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، ص19.

2-العمروسي، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، ص89-90.

3-السنهوري، الوسيط، ج10، ص29-30.

2-الكفالة القانونية: "وهي التي يلزم القانون المدين على تقديم كفيل للدائن، ومن الأمثلة على ذلك ما تقضي به المادة 851 من التقنين المدني، حيث تلزم المنتفع بمنقول بأن يقدّم لمالك الرقبة كفالة ضمانا للوفاء بالتزامه برد المنقول أو بدله، كذلك نص المادة 457 من التقنين المدني التي تلزم البائع بتقديم كفيل للمشتري إذا استوفى الثمن رغم حدوث تعرض للمشتري أو إذا حدث ما يجعل المشتري يخشى أن ينزع المبيع من تحت يده"[1].

3-الكفالة القضائية: "وهي الكفالة التي يكون المدين ملزما بتقديم كفيل بموجب حكم قضائي، وبناءا على ذلك إذا كان حكم القضاء إقرارا بوجود هذه الالتزام في الإتفاق أو القانون، فلا تكون الكفالة قضائية، ولا يغير ذلك من طبيعتها الإتفاقية أو القانونية لأن العبرة في ذلك بمصدرها الأصلي. ومثال عن الكفالة القضائية في التقنين المدني الجزائري ما تنصّ عليه المادة 717 الفقرة الثانية على أنه: "في حالة ما إذا وافقت المحكمة على قرار الشركاء الذين لهم على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع بإجراء تغيّرات أساسية فيه، فإن لها أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات.

ولهذه التفرقة بين أنواع الكفالة أهميتها حيث تنص المادة 667 من التقنين المدني الجزائري بأنه: "يكون الكفلاء في الكفالة القانونية أو القضائية دائما متضامنين". فالتزام الكفيل في الكفالة القانونية أو القضائية أشد عبئا منه في الكفالة الإتفاقية، إذ يعتبر متضامنا بحكم القانون، دون حاجة إلى اشتراط التضامن في عقد الكفالة الاتفاقية لا يكون متضامنا إلا إذا اتفق على ذلك في عقد الكفالة"[2].

1-السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ص23.

2-السعدي، المرجع نفسه، ص24.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: آثار الكفالة وانقضاؤها

"آثار الكفالة لا تظهر عندما يقوم المدين بالوفاء بدينه لأن ذمته تبرأ، وتبرأ ذمة الكفيل تبعا له. وترتب الكفالة آثارها فيما بين عاقديها وهما الدائن والكفيل متى انعقدت صحيحة، ورجع الدائن على الكفيل مطالبا إياه بالوفاء بالدين المكفول. ومع ذلك هناك آثار أخرى تنشأ لا عن عقد الكفالة ذاته بل عن تنفيذه، أي عن واقعة الوفاء من الكفيل للدائن فتنشأ علاقة بين الكفيل و المدين"[1].

وقد يتعدد المدينون الأصليون وقد يكونو متضامنين، أو غير متضامنين، كما قد يتعدد الكفلاء، وقد يكونوا متضامنين أو غير متضامنين، لذلك فإن دراسة آثار الكفالة هي دراسة لكل هذه العلاقات وعليه سندرس في المبحث الأول من هذا الفصل رجوع الدائن على الكفيل. وفي المبحث الثاني رجوع الكفيل على المدين وعلى باقي الملتزمين بالدين. في حين أننا خصصنا المبحث الثالث لانقضاء الكفالة.

المبحث الأول: رجوع الدائن على الكفيل

يلتزم الكفيل بموجب عقد الكفالة بضمان تنفيذ التزام المدين أو الوفاء به، ويترتب على ذلك، أنه للدائن الحق في أن يطالب الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول، وعليه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول أجل التزامه، وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الأول في كل من الفقه الإسلامي والقانون.

المطلب الأول: حلول أجل الدين المكفول

الفرع الأول، حلول أجل الدين المكفول في الفقه الإسلامي

"ذهب الشافعية والحنفية والحنابلة إلى أن الدائن المكفول له يستطيع أن يطالب الكفيل بأداء الدين عند حلوله دون أن يتقيد بتعذر مطالبة الأصيل المكفول عنه، كما يستطيع أن يطالب الأصيل به عند حلول أجله عليه، لأن ذمة كل منهما مشغولة بالدين جميعه، فكان له مطالبة أيهما شاء اجتماعا وانفرادا"[2].

1-تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، ص57.

2-الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص10.

"أما المالكية فعندهم رواية أخرى أجري عليها العمل في بعض البلاد. وهي الأظهر تقرر نفس الحكم.

وعندهم رواية أخرى لا تجيز للدائن المكفول له أن يطالب الكفيل بالدين المكفول به إذا كان الدين حالا والأصيل حاضرا موسر ليس ذا لدد في الخصومة ولا مماطلا في الوفاء، أو كان الأصيل غائبا وله مال حاضر ظاهر يمكن الاستيفاء منه بدون بعد و مشقة، وهذا إن لم يكن قد اشترط في عقد الكفالة أن يأخذ بالحق من أيهما شاء، وذلك أن الدين إنما وجب ابتداءا على الأصيل، والكفالة وثيقة فلا يستوفي الحق منها إلا عند تعذر إستيفائه من الأصيل، كالرهن"[1].

الفرع الثاني: حلول أجل الدين المكفول في القانون

"لا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل بالدين الناشئ عن عقد الكفالة إلا بعد حلول أجل الدين فإذا اتفق الدائن مع الكفيل على أجل خاص لدينه، فلا يجوز له مطالبة الكفيل إلا بعد حلول هذا الأجل ولو كان دين المدين قد حل أجله، كما لا يجوز أن أجل دين الكفيل أقرب منأجل دين المدين، وإن كان يجوز أن يكون أطول منه تطبيقل لقاعدة أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أضد عبئا من التزام المدين. وإن جاز أن يكون أهون منه"[2].

"فإن كان التزام الكفيل أشد عبئا من التزام المدين، فيجب جعل التزام الكفيل مساويا في العبء لالتزام الأصيل، وذلك بمد أجل التزام الكفيل حتى يساوي أجل التزام المدين.

وإن لم يكن هناك اتفاق على تحديد أجل دين الكفيل، فإن هذا الأجل يحل باستحقاق دين المدين، فلا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل، وكل تغيير في أجل دين المدين يستفيد منه الكفيل، ولكن لا يضار منه، فإذا حصل المدين على مهلة للوفاء بأمر من القاضي أو بإذن الدائن، فإن الكفيل يستفيد من هذه المهلة ولا يمكن للدائن مطالبته قبل حلول الأجل الجديد، إلا أنه يجوز للكفيل أن يتمسك بالأجل الأصلي ويفي بالدين عند حلول الأجل، فقد يخشى الكفيل عند تأجيل الدين أن يصبح المدين

1-الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص337.

2-تناغو، التأمينات الشخصية والعينية ، ص58.

معسرا بعدأن كان موسرا، فتكون من مصلحة الكفيل أن يوفي بالدين في الأجل الأصلي ويرجع بما وفاه على المدين قبل إعساره"[1].

"ولا يثور خلاف بين رجال القانون إذا كان لدين الكفيل أجل خاص به أبعد من أجل الدين الأصلي فإنه لا يسقط الأجل الخاص بالكفيل إذا سقط أجل التزام المدين لأي سبب من الأسباب"[2].

المطلب الثاني: رجوع الدائن على المدين أولا

الفرع الأول: رجوعه في الفقه الإسلامي

"اتفق الفقهاء على أن للدائن مطالبة الكفيل بالدين، إذا عجز المكفول عنه عن السداد، أو ماطل في ذلك، واختلفو في مطالبته مع قدرة المدين على السداد، فالذي عليه الحنفية والشافعية في المشهور عندهم والحنابلة ومالك في أحد قوليه والثوري والأوزاعي وإسحاق. هو أن للدائن حق مطالبة كل من الكفيل والمكفول عنه بالدين في وقت واحد، وله أن يطالب الكفيل إن شاء كما أن له أن يطالب المكفول عنه، لأن مقتضى عقد الكفالة هو ضم ذمة الى ذمة في المطالبة أو في أصل الدين كما عرفنا ذاك من قبل، وهذا يعني بقاء ذمة كل من الكفيل و المكفول عنه مشغولة لصالح الطرف الثالث، وهو الدائن المكفول له ما لم يشترط المدين براءة ذمته بالكفالة، وعندها ينقلب العقد من كفالة إلى حوالة، وفرق كبير بين العقدين"[3].

"ويرى الإمام مالك أنه يجوز للدائن مطالبة الكفيل لالتزامه بالدين وحاجة الدائن لذلك، كما يحق له مطالبة الأصيل أيضا، بهذا أخذ ابن القاسم وابن وهب واختارها ابن رشد وهو أضهر الروايتين في المذهب، وفي حالة ما إذا اشترط الكفيل على الدائن في عقد الكفالة ألا يؤخذ الديت منه إلا إذا مات المدين فقيرا، وإلا إذا افتقر أو إلا إذا جحد الدين، صح هذا الشرط ولا يكون للدائن عندئذ الحق في مطالبة الكفيل إلا على أساس هذا الشرط وتحققه"[4].

وإذا تنازع الكفيل والدائن في يسار المدين المكفول عنه، فقال الكفيل أنه موسر، وقال الدائن أنه

1-السنهوري، الوسيط، ج10، ص90.

2-سليمان مرقس، الوافي، ص85.

3-الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، ص150.

4-الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص551.

معسر فالرأي الراجح عند المالكية أن القول قول الدائن، وعلى الكفيل أن يقيم البينة على يسار المدين وملاءته، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم"الزعيم غارم"[1]فيجب بذلك غرمه حتى يثبت ما يسقطه وهو يسار المدين.

الفرع الثاني: رجوعه في القانون

"إذا كان لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل بالدين المكفول إلا بعد حلول أجل هذا الدين ما لم يكن هناك أجل خاص لالتزام الكفيل، فإن الطبيعة الخاصة لعقد الكفالة باعتبارها عقدا تابعا، وأن الكفيل في الكفالة البسيطة حيث لا يكون متضامنا لا يلتزم إلا بصفة احتياطية فهو يضمن دين غيره، أي يضمن دينا لا مصلحة له فيه، فإنه من العدل أن يرجع الدائن على المدين الأصلي ليطالبه بالدين قبل رجوعه على الكفيل، وعند عدم وفائه بالدين فإنه يحق للدائن أن يرجع على الكفيل ليطالبه بالوفاء بالاتزام الذي ضمنه"[2]، وهذا ما تنص عليه المادة 1/660من التقنين المدني الجزائري بأنه "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين "لم يكن هناك نص صريح على هذا الحكم في التقنين المصري القديم، ولا التقنين الفرنسي، ولذلك فالمعمول به في فرنسا وما كان معمولا به في مصر في ضل التقنين المدني أنه يجوز للدائن أن يرفع دعوى على الكفيل ليطالبه بالوفاء بمجرد حلول أجل الدين، دون حاجة لرفع دعوى على المدين الأصلي أو التنبيه عليه بالوفاء، فيكون للدائن الخيار المطلق في الرجوع على أيهما شاء الكفيل أو المدين حيث لم يكن معروفا في ظلهما إلا "الدفع بالتجريد"[3].

"لكن التقنين المدني المصري الحالي ميز بين مرحلتين: مرحلة مطالبة الدائن للكفيل وحده، حيث قرر للكفيل الدفع باوجوب رجوع الدائن على المدين أولا، ومرحلة تنفيذ الدائن على أموال الكفيل وفيها قرر أن للكفيل الحق في الدفع بتجريد المدين، بحيث لم يعودا مندمجين في دفع واحد كما كان عليه الحال في التقنين

1-محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق عبد الباقي فؤاد، دار الفكر، بيروت، ج02، كتاب الصدقات، باب الكفالة، حديث رقم2405، ص804.

2-نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص86.

3- الدفع بالتجريد: لايجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرد المدين من أمواله، أنظر المادة 2/660 ، القانون المدني الجزائري.

المدني السابق والتقنين الفرنسي"[1].

المقصود برجوع الدائن على المدين أولا:

لم يحدد المشرع المقصود بالرجوع على المدين أولا وفقا لنص المادة 660 من التقنين المدني، لكن المتفق عليه عند رجال القانون أن واجب الرجوع على المدين أولا يستلزم التمييز بين حالتين.

الحالة الأولى:

"إذا لم يكن بيد الدائن سندا تنفيذيا قبل مدينه، في هذه الحالة يكون معنى الرجوع على المدين أولا، أن يرفع الدائن دعوى ضد مدينه لاستصدار حكم بإلزامه بالدين، ولا يحتاج لدى التنفيذ عليه لاستيفاء حقه اجراءات إضافية، وعيه لا يكفي إعذار الدائن للمدين حتى يمكنه أن يرجع بعد ذلك على الكفيل، فالمطالبة الودية لا تعد رجوعا بالمعنى الذي اشترطه النص، ويستثنى من ذلك حالة ما إذا أفلس المدين فإنه يمتنع على دائنيه اتخاذ الإجراءات الفردية في مواجته ولا يجوز لهم التقدم في التفليسة، ولذلك يعتبر التقدم في تفليسة المدين رجوعا عليه يجيز للدائن أن يرجع بعده على الكفيل.

الحالة الثانية:

إذا كان دين الدائن قبل المدين ثابتا بعقد رسمي، في هذه الحالة يجوز للدائن التنفيذ بمقتضاه دون حاجة لرفع دعوى قضائية واستصدار حكم، ويعتبر أن الدائن رجع على المدين بمجرد تكليفه بالوفاء ويمكنه بعد ذلك أن يرجع على الكفيل.

وفي حالة ما إذا رجع الدائن على الكفيل قبل أن يرجع على المدين، فإن الكفيل يمكنه أن يدفع هذا الرجوع بدفع هو رجوع الدائن على المدين أولا، وهذا الدفع ليس من الدفوع الموضوعية، لأنه لا يتعلق بوجود حق الدائن قبل الكفيل أو إنقضاء هذا الحق، وهو كذلك ليس من الدفوع الشكلية، والمتفق عليه عند رجال القانون أن هذا الدفع هو دفع بعدم قبول الدعوى، لرفعها قبل استيفاء إجراء لا بد من القيام به وهو الرجوع على المدين، ويجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو في مرحلة الإستئناف"[2].

1-العمروسي، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، ص131.

2-تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، ص87.

المبحث الثاني: رجوع الكفيل على المدين وعلى باقي الملتزمين بالدين:

لبيان رجوع الكفيل على المدين وعلي باقي الملتزمين بالدين، لا بد أن نفرق بين وحدة المدين ووحدة الكفيل من جهة، وهو ما سندرسه في المطلب الأول من الناحيتين الفقهية والقانونية، وبين تعدد المدينين أو الكفلاء من جهة ثانية وهو ما نخصص له المطلب الثاني.

المطلب الأول: رجوع الكفيل على المدين في حالة وحدة المدين ووحدة الكفيل:

الفرع الأول: رجوع الكفيل على المدين في حالة وحدة المدين ووحدة الكفيل في الفقه الإسلامي:

قد يؤدي الكفيل الدين كاملا للدائن المكفول له سواءا أدى الدين المكفول به نفسه، أو تصالح مع الدائن المكفول له على أداء جنس آخر غيره، وقد يؤدي الكفيل جزءا من الدين فقط.

أولا: أداء الدين كاملا: إذا أدى الكفيل الدين كاملا للدائن المكفول له فقد يكون ذلك بأداء الدين المكفول به نفسه، أو بتصالحه مع الدائن على أداء جنس آخر غير ما ضمنه.

1-أداء نفس الدين المكفول به:

"ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا أدى الكفيل للدائن المكفول له الدين المكفول به ذاته. كان له حق الرجوع على المدين المكفول عنه بمثل ما أدى، سواءا كان ما أداه مثليا أو قيميا، وليس للمدين المكفول عنه أن يؤدي له قيمة ما أداه من جنس المكفول به"[1]،"وذلك لأن الضامن كالمسلف فيرجع بمثل ما أدى سواءا كان مثليا أو مقوما ولا يرجع بقيمة المقوم حيث كان من جنس الدين. بالإضافة إلى أن هبة الدين كاملا للكفيل تتساوى مع أداء نفس الدين ومن ثم يرجع الكفيل بنفس الدين المكفول به"[2].

"وذهب فقهاء المذهب المالكي إلى أنه إذا كان حق الدائن مثليا وأدى الكفيل مثله للدائن المكفول له، كان له أن يرجع على المدين المكفول عنه بمثل ما أدى، وإن كان حق الدائن المكفول له مقوما كالثياب مثلا، فإن كان الكفيل قد دفع الدين ثيابا من جنس الثياب التي أخذها المدين، فإنه يستحق أن يأخذ من

1- السرخسي، المبسوط، ج19-20، ص55.

2- السيد عيد نايل، أحكام رجوع الكفيل على المكفول عنه، ص508.

المدين ثيابا مثلها، أما إذا كان قد دفع قينة الثياب، فإنه يلزم بالقيمة إن كانت القيمة أقل من الثياب، فإن كانت أكثر فإن الذي يلزم المدين بدفعه هو الثياب لا القيمة، هذا إذا كان الكفيل قد دفع الثياب من عنده، أما إذا كان قد اشتراها من الغير بثمن فإن كان بثمن المثل بدون محاباة فإن المديون يلزم به بدون خلاف، أما إذا كان قد اشتراها بغبن ومحاباة، فليس على المديون إلا ثمن المثل فقط فإذا اشترى ثيابا بعشرة وهي تساوي خمسة كان على المديون خمسة لا عشرة"[1].

2-أداء جنس آخر غير المكفول به:

إذا تصالح الكفيل مع الدائن المكفول له على أداء جنس آخر غير المكفول به، فبماذا يرجع الكفيل على المدين المكفول عنه؟

ذهب الحنفية إلى أنه يجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت الكفالة بأمر المدين المكفول عنه وأضاف الضمان إليه بأن قال: اضمن عني، فإنه في هذه الحالة يرجع الكفيل على المدين المكفول عنه بما كفل لا بما أداه، ويقول الكاساني: "الكفيل يرجع بما كفل لا بما أدّاه حتى لو كفل عن رجل بدراهم صحَاحٍ جِيَادٍ فأعطاه مكسّرة أو زيوفا وتجوز به المطالبة حتى يرجع عليه بالصِّحاح الجياد لأنه بالأداء مَلَك ما في ذمة الأصيل فيرجع بالمؤَدَّى وهو الصحاح الجياد"[2]، ومن ثم فإن الكفيل يرجع بما ضمن لا بما أداه لأنه بالأداء ملك ما في ذمة الأصيل فيرجع بما تمت الكفالة عليه فلو كانت الكفالة على شيئ جيد، فأدى ما هو أدنى منه، فإنه يرجع على الأصيل بالجيّد.

الحالة الثانية: إذا كان الكفيل مأمورا بأداء الدين، ولم تكن الكفالة قد تمت بأمر المدين المكفول عنه الآمر وبصيغة "اضمن عني" كان للكفيل الرجوع بما أدى لا بما كفل.

وذهب المالكية إلى أن الكفيل إذا رأى جنسا آخر غير الدين، فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المقوم الذي دفع، كما لو كان الدين خمسة دنانير ودفع له خمسة أثواب، فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة

1-الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، ص199.

2-الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص15.

الثياب إذا لم يكن ذلك المقوّم قد اشتراه الكفيل من ماله، أما إذا كان قد اشتراه من ماله فإنه يرجع بثمنه مادام أقل من قيمته، بشرط ألا يكون في شرائه محاباة، وإلا لم يرجع بما زاد على قيمته وهو مقدار المحاباة بل يضيع عليه مقدارها[1]. وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا أدى الكفيل للدائن المكفول به جنسا آخر غير الدين، رجع الكفيل على المكفول عنه بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين.

ويقول المقدسي في كتابه المغني: "يرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين لأنه إن كان الأقل الدين، فالزائد لم يكن واجبا، فهو متبرع بأدائه، وإن كان المقضي أقلّ، فإنما يرجع بما غرم، ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء. وإن دفع عن الدين عرضا، رجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين لذلك، وإن قضى المؤجّل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله، لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم..."[2]، ومن ثم يرجع الكفيل على المكفول عنه بالأقل من قيمة ما أداه أو قدر الدين، فإذا كانت قيمة ما أدّاه أكثر من الدين، فالزائد تبرع به، وإذا كان ما أدّاه أقل من الدين فالزائد لم يغرمه، فإذا أدى الكفيل ثوبا للدائن المكفول له عن دينه، رجع على المكفول عنه بالأقل من قيمة الثوب أو قدر الدين.

ثانيا: أداء جزء من الدين:

ذهب جمهور الفقهاء في حالة ما إذا لم يؤد الكفيل الدين كاملا للدائن المكفول له وأدى جزءا منه فقط، فإنه يرجع على المدين المكفول عنه بأقل الأمرين مما أدى أو قدر الدين، والأصل أن يرجع بما أداه فقط يقول الكاساني في البدائع: "إذا صالح من الألف خمسمائة أنه يرجع بالخمسمائة لا بالألف لأنه بأداء الخمسمائة ما ملك ما في ذمّة الأصيل وهو الألف لأنه لا يمكن ايقاع الصلح تمليكا ههنا لأنه يؤدي إلى الربا فيقع إسقاطا لبعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به"[3]، فإذا صالح الدائن المكفول له الكفيل على أداء جزء من الدين فقط، فإن الكفيل لا يرجع على المدين المكفول عنه بكل الدين، وإنما يرجع بالجزء الذي أداه فقط، لأن الدائن لم يملكه الدين بالصلح وإنما أسقط عنه بعض الحق.

1-علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، ج4، ص278.

2- ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج5، ص374.

3-الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص15.

الفرع الثاني: رجوع الكفيل على المدين في حالة وحدة المدين ووحدة الكفيل في القانون:

إذا كفل الكفيل مدينا واحدا فإن رجوعه على هذا المدين يختلف باختلاف دعوى الرجوع، وبمعنى آخر يختلف هذا الموضوع في حالة الرجوع بالدعوى الشخصية المنصوص عليها في المادة 672من التقنين المدني عنه في حالة الرجوع بدعوى الحلول وفقا لنص المادة 671 من التقنين المدني، كما يختلف في حالة الرجوع بالدعوى الشخصية المستندة إلى القواعد العامة (دعوى الاثراء بلا سبب)عنه في حالتي الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، وسنقتصر على دراسة الدعوى الشخصية ودعوى الحلول مستبعدين دعوى الاثراء بلا سبب.

1-الدعوى الشخصية:

نصت المادة 2/672 من التقنين المدني الجزائري (على أنه: "يرجع الكفيل بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التى اتخذت ضده". فيتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري حدد رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية بأصل الدين والمصروفات.

أ-أصل الدين: "والمقصود به كل المبالغ التي دفعها الكفيل لإبراء ذمة مدينه، وكذلك المصروفات التي أنفقها الدائن في رجوعه على المدين، وقام الكفيل بدفعها"[1].

ب-المصروفات: "وهي جميع المبالغ التي أنفقها الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه، كمصروفات الإرشاد عن أموال المدين حين يدفع بتجريده، ومصروفات العرض والإبداع فيما لو أجبر الكفيل على ذلك، كما تشمل أيضا ما أنفقه الدائن في مطالبة الكفيل بالوفاء بالتزامه كمصاريف التنبيه عليه بالدفع ورفع الدعوى وكل النفقات الأخرى اللازمة من أجل الوفاء بالدين المضمون. وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة 672 المذكورة لا تجيز رجوع الكفيل إلا بالمصروفات اللاحقة لإخطار المدين بالإجراءات إلا أنه يحق للكفيل أن يرجع كذلك بمصروفات المطالبة الأولى، إذ أن هذه المصروفات تنفق قبل أن يصل إلى الكفيل ما

1-السنهوري، الوسيط، ج10، ص173.

يستوجب إخطار المدين ولذلك يلزم بها المدين لا الكفيل"[1].

2-**دعوى الحلول:** ويختلف هنا رجوع الكفيل على المدين فيما إذا قام الكفيل بالوفاء الجزئي للدين عما إذا قام بالوفاء بالدين كاملا، وعليه يجب معرفة ما الذي يرجع به الكفيل على المدين في دعوى الحلول إذا وفى جزءا من الدين أو وفى الدين كاملا.

أ-إذا وفى الكفيل جزءا من الدين: ذكرنا أن المادة 671 من التقنين المدني تنص على أنه: "ولكن إذا لو يوف الكفيل إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين".

ويعد هذا النص تطبيقا تشريعيا لبعض ما ورد في المادة 265 من التقنين المدني، والتي تنص"إذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحلّ محلّه فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدما على ما وفاه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك. فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما لو بقي له من حق رجع من حلّ أخيرا هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء".

"المفروض أن الكفيل إذا وفى جزءا من الدين، يحل محل الدائن فيه، فإذا كان المدين قد رهن عقارا في الدين وكان العقار لا يفي بكل الدين، وليس للمدين أمولا أخرى، فإن الكفيل وقد حل في الرهن بمقدار ما وفاه، والدائن لا يزال دائنا بالجزء الباقي لا يجدان أمامهما سوى هذا العقار ليستوفي كل حقه منه، ويتقدمان معا على سائر الغرماء بما لهما من حق الرهن، وكان ينبغي أن يتعادلا، فإن كليهما دائن بجزء من دين واحد فلا محل لتفضيل أحدهما على الآخر، ولكن نص المادة 671 من التقنين المدني يترجم الإرادة للطرفين يترجم الإرادة المحتملة للطرفين، ويفترض أن الدائن لم يكن ليرضى باستيفاء جزء من حقه من الكفيل إلا على أساس أن يتقدم عليه في استيفاء الجزء الباقي، فيتقدم ا لدائن على الكفيل ويستوفي أولا الجزء الباقي من الدين، وما بقي بعد ذلك من ثمن العقار يأخذه الكفيل، فالكفيل وقد حلّ محل الدائن في جزء من حقه لم يعامل معاملة الدائن، بل فُضِّل الدائن عليه"[2].

1-تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، ص110.

2-السنهوري، الوسيط، ج10، ص188.

ب–إذا وفى الدين كاملا:

"أوجزت المادة 671 من التقنين المدني في فقرتها الأولى ما يرجع به الكفيل على المدين في حالة حلوله محل الدائن، وذلك بنصها على أنه: "إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين". وهذا الإيجاز تفسره المادة 264 من التقنين المدني والتي تنص على أنه: "من حلّ قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكلفه من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع". وعليه نستنتج من هذه النصوص أن الكفيل يرجع بنفس حق الدائن الذي كفله، فيحل الكفيل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يضمنه من تأمينات وما يرد عليه من دفوع، فإذا كان حق الدائن تجاريا استفاد الكفيل من هذه الصفة حتى ولو كان التزامه مدنيا. أما إذا كان حق الدائن منتجا لفوائد بسعر معين، انتقل إلى الكفيل منتجا للفوائد بهذا السعر ويكون للكفيل الحق في تقاضي هذه الفوائد ما استحق منها وما سيستحق. أما إذا كان الكفيل قد وفى الدين ولم يخطر المدين بعزمه على الوفاء، ولم يتمكن المدين من المعارضة في الوفاء، فكل الدفوع التي لدين أن يدفع بها دعوى الدائن يستطيع أيضا أن يدفع بها دعوى الكفيل الذي حلّ محلّ الدائن"[1].

المطلب الثاني: رجوع الكفيل على المدين في حالة تعدد المدينين أو الكفلاء:

قد يتعدد المدينون بالدين المكفول به وقد يكون المدين واحدا، ولك يضمنه أكثر من كفيل ويثور التساؤل في حالة تعدد المدينين عما يرجع به الكفيل على كل واحد منهم، وفي حالة تعدد الكفلاء عما يرجع به الكفيل المؤدي على غيره من الكفلاء؟وسنحاول دراسته في الجانبين الفقهي والقانوني.

1–تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، ص115.

الفرع الأول: رجوع الكفيل على المدين في حالة تعدد المدينين أو الكفلاء في الفقه الاسلامي:

أولا: تعدد المدينين:

ونميز هنا بين حالتين، في حالة تعدد المدينين وعدم تضامنهم، وفي حالة تعددهم وتضامنهم.

1-تعدد المدينين وعدم تضامنهم: إذا تعدد المدينون وكانو غير متضامنين وضمنهم الكفيل كلهم، ثم أدى الدين عنهم، رجع على كل واحد منهم بنصيبه في الدين المكفول به، لأنه التزم بكفالة المال عنهم جملة كان كفيلا عن كل واحد منهم بنصيبه في الدين؛ وفي هذا يقول السرخسي في المبسوط: "وإذا كان لرجل على رجلين ألف درهم... إن كانا طلبا إليه أن يكفل بها عنهما ففعل، ولم يشترط عليه أن بعضهم كفلاء عن بعض فأداها الكفيل عنهما، رجع على كل واحد منهما بالنصف، لأنه لما التزم بكفالة المال عنهما جملة، كان كفيلا عن كل واحد منهما بنصف المال كما هو قصد مطلق الإضافة إلى اثنين وعند الأداء يرجع كل واحد منهما بما كفل عنه. ولأن كل واحد منهما في النّصف أصيل وكفالته عنه إنما تكون فيما هو أصيل فيه"[1].

2-تعدد المدينين وتضامنهم: إذا تعدد المدينون وكانو متضامنين، فإن الفقهاء يفرقون بين حالة ضمان الكفيل لهم جميعا من ناحية، وحالة ضمان الكفيل بعضهم دون البعض الاخر من ناحية أخرى.

أ-ضمان الكفيل جميع المدينين: إذا تعدد المدينون وكل واحد منهم ضامن عن صاحبه، وكفلهم آخر جميعا، ثم أدى الكفيل الدين، فله أن يرجع على أي مدين منهم بكل الدين، ويقول السرخسي في المبسوط: "ذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه بها فأخذ الطالب أحدهما فأعطاه كفيلا بالمال كلّه ثم أخذ الآخر فأعطاه ذلك الكفيل بالمال ثمّ أدّى الكفيل المال فله أن يرجع على أيّهما شاء بالألف كلّها، لأن كل واحد منهما كان مطلوبا بجميع المال.

والكفيل كفيل عن كلّ واحد منهما بجميع المال بعقد على حدة فعند الأداء كان حقّ البيان إليه يجعل أداؤه عن أيهما شاء فيرجع عليه الكل. وهو نظير ما لو كان لرجل على رجل ألف درهم في صكّ وبه رهن

1-السرخسي، المبسوط، ج19-20، ص41.

وألف في صك آخر وبه رهن آخر فأدى ألف درهم كان له أن يجعل ذلك عن أيّ الصكّين شاء فيسترد ذلك الرهن فكذلك إذا أدى الكفيل هنا. (ألا ترى) أنه بعد كفالته عنه لو أدى كان له أن يرجع بالكلّ عليه فلا يتغير ذلك الحكم بالكفالة عن الثاني ولكن يثبت في حق الثاني ما هو ثابت في حقّ الأول لاستوائهما في المعنى"[1].

ب–ضمان الكفيل بعض المدينين المتضامنين دون البعض الآخر:

إذا تعدد المدينون وكانو متضامنين، وضمن الكفيل بعض المدينين دون البعض الآخر، ثم أدى الدّين، سقط الحقّ عن جميع المدينين، ولكن هل يجوز للكفيل أن يرجع على أي واحد من المدينين أم يرجع على من كفلهم فقط؟.

انقسم الفقه إلى رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للكفيل في هذه الحالة الحق في الرجوع بما أدّى به على من ضمنه من المدينين، وليس له الحق في الرجوع على غيرهم من المدينين، لأنه لم يضمن عنهم ولم يأذنو له في القضاء، يقول المقدسي: "ولو كان على رجلين مائة، على كل منهما نصفها، وكل واحد ضامن عن صاحبه ما عليه، فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها، سقط الحق عن الجميع وله الرجوع بها على الذي ضمن عنه، ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء، في إحدى الرّوايتين، لأنه لم يضمن عنه ولا أذن له في القضاء، فإذا رجع على الذي ضمن عنه، رجع على الآخر بنصفها، إن كان ضمن عنه بإذنه، لأنه ضمنها عنه بإذنه، وقضاها ضامنه"[2]. ومن ثم إذا قضى الكفيل الدين يسقط الحق عن جميع المدينين، ويحق له الرجوع على المدين الذي ضمنه بأمره وأذن له في القضاء، وليس له الحق في الرجوع على غيره من المدينين، لأنه لم يضمن عنهم ولم يأذنو له في القضاء، وإذا رجع على المدين الذي ضمنه، رجع هذا الأخير على غيره من المدينين كل في حدود نصيبه في الدين، لأنه ضمنه عنه وقضاه كفيله.

الرأي الثاني: وهو أحد الروايتين لمذهب الإمام أحمد بن حنبل، حيث "للكفيل الحق في الرجوع على

1–السرخسي، المبسوط، ج19–20، ص41.

2– ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج6، ص375.

من لم يضمنهم من المدينين المتضامنين بكلّ ما أداه، وذلك لأنه وجب له على من أدّاه عنه، فملك الرجوع بما عليهم كالأصل"[1].

ثانيا: تعدد الكفلاء: "قد يتعدد الكفلاء في دين واحد لمدين واحد وقد تكون كفالتهم بعقد واحد، أو على وجه التعاقد، وإذا كفلو المدين نفسه بعقد واحد، فقد تكون كفالتهم له كفالة اشتراك، وقد تكون كفالة اشتراك وانفراد في الوقت نفسه. أما إذا كانت كفالتهم بعقود متعددة أو على التعاقب، فإن كفالتهم تكون كفالة انفراد، ومن ثم وفقا للفقه الاسلامي قد تكون الكفالة في حالة تعدد الكفلاء كفالة اشتراك أو كفالة اشتراك وانفراد، أو كفالة انفراد"[2].

1-كفالة اشتراك: يقصد بها تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد وتضامن بينهم، وصيغتها كأن يقول واحد منهم"ضمان علينا"، ويوافقه الباقون، أو أن يقال لهم: أتكفلون فلانا، فيقولون: نعم، أو أن ينطق بها الجميع ولم يقل كل واحد منهم: كفلت عن صاحبي، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يطالب أيا منهم إلا بقدر حصّته من الدين، ولا يستطيع أن يطالبهم بحصة المعسر منهم إن وجد. جاء في شرح الخرشي: "وإن تعدد الحملاء أُتُّبع كل بحصّته(ش)يعني أنّ الحملاء إذا تعددوا دفعة وليس بعضهم حميلا ببعض بدليل ما بعده فإنه يُتّبع كل بحصّته من الدّين بقسمه على عددهم ولا يؤخذ بعضهم عن بعض بأن يقول كل واحد ضمانه علينا ويوافقه أصحابه أو يقال لهم تضمنوه فيقول كل واحد نعم أو ينطق الجميع دفعة... "[3].

وجاء في المغنى لابن قدامة: "وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفا، ضمان اشتراك فقالا: ضمنّا لك الألف الذي على زيد. فكل واحد منهم ضامن لنصفه. وإن كانو ثلاثة، فكل واحد منهم ضامن ثلثه. فإن قال واحد منهم أنا وهذان ضامنون لك بالألف. فسكت الآخران، فعليه ثلث الألف، ولا شيء عليهما"[4].

2-كفالة اشتراك وانفراد: إذا تعدد الكفلاء في دين واحد بعقد واحد وكل واحد منهم ضامن

1- ابن قدامة المقدسي، المصدر نفسه.

2-السيد عيد نايل، أحكام رجوع الكفيل على المكفول عنه، ص519.

3- الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج5، ص31.

4- ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج6، ص381.

للآخرين، تكون الكفالة هنا كفالة اشتراك وانفراد(تضامن الكفلاء)، فيكون للدائن المكفول له في هذه الحالة الرجوع على جميع الكفلاء بالدين كلّه أو على أيّ منهم بكل الدّين، فإذا أدّى أحد الكفلاء الدين كاملا، فإن الرأي الراجح في الفقه أن لهذا الكفيل الخيار بين الرجوع على المدين المكفول عنه بكل ما وفاه، أو الرجوع على باقي الكفلاء وكل حسب نصيبه في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم، وذلك لأن أداءه للدّين أبرأ جميع الكفلاء. يقول الخرشي: "إذا تكفل جماعة عن رجل بدين واشترط صاحب الحقّ عليهم في أصل الحمالة أن بعضهم حميل عن بعض فإن له أن يأخذ المليء عن المعدم والحاضر عن الغائب والحيّ عن الميّت... يؤاخذ كلّ واحد بجميع الحقّ إن غاب الباقي أو اشترط حمالة بعضهم عن بعض وقال مع ذلك أيّكم شئت أخذت بحقّي يؤاخذ كل واحد بجميع الحقّ ولو كانو حضورا أملياء وللغارم في هاتين الصورتين الرّجوع على أصحابه"[1].

3–كفالة انفراد: يقصد بها ضمان كل واحد من الكفلاء الدين المكفول به بعقد مستقل سواءا كان هذا الضمان على التعاقب أو دون تعاقب، كأن يكفل المدين كفيلا، ويكفل الكفيل كفيلا آخر وهكذا وفي هذه الحالة يحق للدائن المكفول له أن يرجع على المكفول عنه أو على أي كفيل من الكفيلين بالدين كلّه، وإذا أدى الكفيل الأول الدين كان له أن يرجع على المدين المكفول عنه، أما إذا أدى الكفيل الثاني الدين كان له الرجوع على الكفيل الأول، وكان للكفيل الأول الرجوع على المكفول عنه، يقول السرخسي في كتابه المبسوط"إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه بأمره رجل ثم إن الطالب أخذ الكفيل بها فأعطاه كفيلا آخر بها ثمّ أدّاها الآخر إلى الطالب، لم يرجع بها على الأصيل، ولا أمره الأصيل بهذه الكفالة، ... فإنما يرجع على من أمره به وهو الكفيل الأول ثم الكفيل الأول يرجع على الأصيل، لأن أداء كفيله بأمره بمنزلة أدائه بنفسه، ولأنه قد أسقط عن الأصيل مطالبة الطالب بهذا المال بما أدّاه من مال نفسه إلى الكفيل الآخر فكأنه أسقط ذلك بأدائه إلى الطالب"[2].

الفرع الثاني: رجوع الكفيل على المدين في حالة تعدد المدينين أو الكفلاء في القانون:

1– الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج5، ص32.

2–السرخسي، المبسوط، ج19–20، ص37.

قد يتعدد المدينون بالدين المكفول به، وقد يكون المدين واحدا ولكن يضمنه أكثر من كفيل.

أولا: تعدد المدينين: يجب التمييز بين حالتين: حالة تعدد المدينين وعدم تضامنهم وحالة تعددهم وتضامنهم.

1-تعدد المدينين وعدم تضامنهم: إذا تعدد المدينون في الدين نفسه ولم يكونو متضامنين فيما بينهم، فإنه يجب أن نميز بين حالة ما إذا ضمن الكفيل جميع المدينين، وحالة ما إذا ضمن الكفيل بعض المدينين دون البعض الآخر.

أ-ضمان الكفيل جميع المدينين: إذا تعدد المدينون وكان غير متضامنين وتدخل الكفيل ليضمنهم جميعا وقان بالوفاء بالدين للدائن، يجوز أن يرجع على كل واحد منهم بقدر نصيبه من الدين فقط، مثلما هو الأمر عندما يكفل ديونا متفرقة لعدة أشخاص، ويجوز له أن يرجع على أي منهم إما بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول أو دعوى الاثراء بلا سبب.

ب-ضمان الكفيل بعض المدينين دون البعض الآخر: في حالة ما إذا ضمن الكفيل بعض المدينين غير المتضامنين دون البعض الآخر، بالنسبة للمدينين الذين كفلهم الكفيل للدائن، يجوز للكفيل إذا قام بالوفاء بالدين للدائن، أن يرجع عليهم إما بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول أو دعوى الاثراء بلا سبب، كما رأينا، كل بقدر نصيبه من الدين.

"أما بالنسبة للمدينين الذين لم يكفلهم الكفيل للدائن، فإن الكفيل إذا قام بالوفاء بالدين للدائن، لا يجوز له أن يرجع عليهم إلا إذا كان قد دفع ما يزيد على نصيب المدينين الذين كفلهم وترتب على ذلك براءة ذمتهم من الدين، ولا يجوز له الرجوع على المدينين الذين لم يكفلهم إذا قام بالوفاء بحصصه بالدعوى الشخصية، لأنها لا ترفع إلا على المدين المكفول، ولا بدعوى الحلول، لأنه ليس ملزما بالدين معهم ولا ملزما بوفائه عنهم، ويستطيع أن يرجع عليهم بدعوى الاثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة"[1].

2-تعدد المدينين وتضامنهم: إذا تعدد المدينون في الدين نفسه وكانو متضامنين فيما بينهم فإنه يجب التمييز بين ما إذا ضمن الكفيل جميع المدينين المتضامنين، وإذا ضمن بعض المدينين النتضامنين دون

1-السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ص111.

البعض الآخر.

أ–ضمان الكفيل جميع المدينين المتضامنين: في حالة ما إذا ضمن الكفيل كل المدينين المتضامنين يجوز له أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين، وهو ما نصّ عليه المادة 673 من التقنين المدني الجزائري: "إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانو متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين".

ب–ضمان الكفيل بعض المدينين المتضامنين دون البعض الآخر: "في حالة ما إذا ضمن الكفيل بعض المدينين المتضامنين دون البعض الآخر، يجوز للكفيل إذا قام بوفاء الدين أن يرجع على المدينين النتضامنين الذين كفلهم بكل الدّين سواءا بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول. وللمدين الموفي الرجوع على كل واحد من المدينين الآخرين كل بقدر نصيبه في الدين، وبحصته في نصيب من أعسر منهم، اما بالنسبة إلى رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم يمكن تطبيق القواعد العامة، أي يمكن للكفيل الرجوع على أي من المدينين الذين لم يكفلهم بدعوى مدينه الذي ضمنه، أي بالدعوى غير المباشرة، وفقا للأحكام الخاصة بالرجوع بين المدينين المتضامنين، كما له أن يرجع بدعوى الاثراء بلا سبب، ويرجع الكفيل على كل واحد من المدينين المتضامنين الذين لم يكفلهم بحصّته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم، لأن هذا هو المقدار الذي أُثري به كل مدين بسبب وفاء الكفيل"[1].

ثانيا: تعدد الكفلاء:

إذا قام الكفيل بوفاء الدين للدائن كان له حق الرجوع على الكفلاء الذين كفلو الدين نفسه، وبالنسبة إلى هذا الرجوع يجب التمييز بين ما إذا كان الكفلاء متضامنين أو غير متضامنين.

1–تعدد الكفلاء وتضامنهم: إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد وكانو متضامنين فيما بينهم يكون كل كفيل منهم مسؤولا عن كل الدين ولا يقسم الدين بينهم. وإذا وفى أحدهم كل الدين، فلا يجوز له أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين مضافا إليه نصيبه في حصة المعسر منهم، وقد نصّت على ذلك المادة 668 من التقنين المدني الجزائري بأنه: "إذا كان الكفلاء متضامنين بينهم ووفى أحدهم الدين

1–السنهوري، الوسيط، ج10، ص196.

عند حلوله يجوز له ان يرجع على كل من الباقين بحصّته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم". فالحكم الوارد في هذه المادة يعد تطبيقا للقواعد العامة في التضامن بالمسبة لرجوع المدينين المتضامنين فيما بينهم الوارد في المادتين 234 و 235 من التقنين المدني. "ويستطيع الكفيل المتضامن أن يرجع على غيره من الكفلاء بدعوى الحلول أو بدعوى الاثراء بلا سبب"[1].

2-تعدد الكفلاء وعدم تضامنهم: "إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد ولم يكونو متضامنين فيما بينهم لا يجوز للدائن أن يطالب أيا منهم إلا بقدر حصّته في الدين فقط ويمكن لأي منهم أن يدفع مطالة الدين له بتقسيم الدين عليهم، وإذا كان أحد الكفلاء معسرا فلا يتحمل إعساره غيره من الكفلاء، والدائن هو الذي يتحمل حصة الكفيل المعسر منهم. وفي حالة ما إذا قام أحد الكفلاء بالوفاء بحصّته في الدين، فإنه لا يجوز له الرجوع على غيره من الكفلاء، لأن كل منهم مسؤول عن نصيبه في الدين فقط، أما إذا وفى أحد الكفلاء كل الدين بالرغم من عدم التزامه بذلك، فلا يستطيع الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى الاثراء بلا سبب، وذلك طبقا للقواعد العامة، ويرجع على كل منهم بنصيبه في المسؤولية عن الدين كما تحدد وقت الكفالة، ولا يستطيع أن يطالبهم بنصيبهم في حصة المعسر منهم إن وجد، والكفيل الموفي هو الذي يتحمل نصيب الكفيل المعسر"[2].

1-تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، ص119-120.

2- أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، ص108.

المبحث الثالث : انقضاء الكفالة

المطلب الأول : انقضاء الكفالة تبعا لانقضاء التزام الأصيل

تنقضي الكفالة تبعا لانقضاء التزام الأصيل في الفقه الإسلامي بحسب كل نوع من أنواع الكفالة: الكفالة بالمال، والكفالة بالعين والكفالة بالنفس، وهو ما سنتطرّق إليه في الفرع الأول، أما في القانون فتنقضي الكفالة تبعا لانقضاء التزام الأصيل لأي سبب من الأسباب العامة، سواء بالوفاء أو بما يعادل الوفاء أو دون الوفاء، وهو ما سنحاول دراسته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: انقضاء الكفالة في الفقه الإسلامي:

"تنقضي الكفالة بالمال بانقضاء الدين كالوفاء، المقاصة، الحوالة، إتحاد الذمة، الإبراء وغير ذلك، أما الكفالة في العين فتنقضي بتسليم العين المكفول من طرف المدين المكفول عنه. أما الكفالة بالبدن فتنتهي بحضور المكفول بالبدن أو موته"[1].

الفرع الثاني : انقضاء الكفالة في القانون

أولا: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء:

"إذا قام المدين الأصلي بوفاء كل الدين للمدين، ينقضي التزامه، وينقضي تبعا لذلك التزام الكفيل، وإذا قام المدين بوفاء جزء من الدين، فإن براءة ذمة الكفيل لا تكون إلا في هذه الحدود أي بمقدار ما وفاه المدين، ويشترط أن يكون الوفاء صحيحا طبقا لما نصت عليه المادة 260 من التقنين المدني، بأن يكون الموفي مالكا للشيء الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف، فإن لم يكن كذلك كان الوفاء غير صحيح، ومن ثم لا ينقضي التزام الكفيل"[2].

ثانيا: انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء:

التقنين المدني قد تعرض لأسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، وهي : الوفاء بمقابل، التجديد

1-البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص359.

2-السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ص118.

والإنابة، المقاصة، إتحاد الذمة.

1-انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء بمقابل:

تنص المادة 655 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "إذا قبل الدائن شيئا آخر في مقابل الدين، برئت بذلك ذمة الكفيل، ولو إستحق هذا الشيء". وطبقا لهذا النص فإن المدين قد قضى الدين المكفول عن طريق الوفاء بمقابل، أي إتفق المدين مع الدائن على الاستعاضة عن الدين الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين إلى الدائن ونفذ هذا الإتفاق بنقل الملكية فعلا، ومن ثم تبرأ ذمة المدين من الدين الأصلي عن طريق هذا الوفاء بمقابل، وتبرأ ذمة الكفيل تبعا لذلك فتنقضي الكفالة بطريق تبعي. "ويشترط لبراءة ذمة الكفيل أن يكون الوفاء بمقابل قد تم اختيارا من المدين او من غيره، فلا يعتبر وفاء بمقابل أن يكون الدائن مجبرا على قبول شيء آخر في مقابل الدين"[1] .

2-انقضاء الالتزام الأصلي بالتجديد والإنابة:

تنص المادة 291 من التقنين المدني الجزائري بأنه: "يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه، وإنشاء التزام جديد مكانه. ولا تنتقل التأمينات التي تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين انصرفت إلى غير ذلك"[2] ويتبين من هذا النص أن التجديد يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي وانقضاء جميع توابعه، منها الكفالة ولو أن المادة 2/291 أجازت الاتفاق على بقاء التأمينات، إلا أن المادة293 من التقنين المدني قد قيدت ذلك بضرورة رضاء الكفيل إذ نصت على أنه : "ولا تنتقل الكفالة العينية أو الشخصية، ولا التضامن إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي الكفلاء أو المدينون المتضامنون"[3] ولكي يرتب التجديد آثاره، ومن بينها انقضاء الكفالة، فإنه يجب أن تتوفر شروط وهي :

- أن يكون كل من الالتزام الجديد والالتزام القديم قد خليا من أسباب البطلان، وهو ما تنص عليه

1- رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، ص139.

2-القانون المدني الجزائري، 2007، م291، ص45.

3- المرجع نفسه، 2007، م293، ص45.

المادة288من التقنين المدني.

– أن تكون نية التجديد واضحة، بأن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف، حيث أن التجديد لا يفترض، وهو ما تنص عليه المادة 289 من التقنين المدني.

– يجب أن يغاير الالتزام الجديد الالتزام القديم في عنصر من عناصره الهامة، كتغيير محل الدين أو مصدره، أو إضافة شرط أو إلغاؤه، أو تغيير الدائن، أو تغيير المدين، كل هذا ينطوي على إدخال تعديلات جوهرية. والإنابة المقصودة هنا هي الإنابة الكاملة، وهي التي يترتب عليها انقضاء الالتزام المكفول، وتكون الإنابة كاملة عندما ينيب المدين عنه شخصا آخر يتعهد للدائن بدين جديد بدل الدين القديم الذي كان في ذمته فالإنابة الكاملة تؤدي إلى انقضاء الدين القديم لينشأ مكانه دين جديد وكذلك الكفالة بطريق التبعية، فالإنابة الكاملة هي تجديد بتغيير المدين لذلك يشترط لوجود الإنابة الكاملة توافر شروط التجديد، حيث ينبغي أن يوجد اتفاق على استبدال الدين القديم بدين جديد يحلّ محلّه، وأن يكون كل من الالتزامين صحيحا وأن تتوافر نية التجديد، ويشترط القانون بالإضافة إلى ذلك أن يكون الشخص المناب موسرا وقت الإنابة إذ لا يتصور أن يقبل الدائن حلول المناب محل المدين(المنيب)إلا إذا كان هذا المناب مليئا، وإذا أثبت إعساره وقت الإنابة فلا تبرأ ذمة المدين(المنيب) قِبَل الدائن، أما إذا أعسر المناب بعد الإنابة، تحمل الدائن تبعة هذا الإعسار، ولا يجوز له الرجوع على المدين(المنيب)ما لم يكن قد اتفق معه على ذلك في عقد الإنابة.

3– انقضاء الالتزام الأصلي بالمقاصة:

وإذا انقضى الدين المكفول بالمقاصة، بأن كان في ذمة الدائن للمدين دين يصلح للمقاصة في الدين الثابت في ذمة المدين للدائن، انقضى الدين المكفول للمقاصة وانقضت الكفالة تبعا لذلك . ويستطيع الكفيل أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي كفله ودين المدين في ذمة الدائن، لأن مديونيته تابعة لمديونية المدين فإذا تخلص المدين من مديونيته عن طريق المقاصة، تخلص الكفيل تبعا لذلك . ولكن لا تقع المقاصة بين دين الدائن في ذمة المدين ودين الكفيل غير المتضامن في ذمة الدائن . إذ الدينان هنا غير متقابلين، فأحدهما في ذمة المدين للدائن والآخر في ذمة الدائن للكفيل لا للمدين . وقد نصت المادة 1294مدني

فرنسي على هذه الأحكام، إذ تقول "يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للمدين الأصلي، لكن لا يجوز للمدين الأصلي أن يتمسك بالمقاصة في دين على الدائن للكفيل "[1].

4- انقضاء الالتزام الأصلي باتحاد الذمة :

وإذا انقضى الدين المكفول باتحاد الذمة، بأن ورث المدين الدائن فورث حقه وأصبح هو الدائن لنفسه فانقضى الدين باتحاد الذمة، انقضت الكفالة التي كانت تضمن الدين تبعا لذلك، وبرئت ذمة الكفيل . ولكن إذا زال اتحاد الذمة بأثر رجعي، اعتبر كأنه لم يكن، عادت الكفالة إلى الوجود لأنها لم تكن قد انقضت باتحاد الذمة الذي زال بأثر رجعي . وقد نصت المادة 304 مدني جزائري في هذا المعنى على ما يأتي : "وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعا، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن"[2].

ثالثا: انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء:

ينقضي الالتزام بدون وفاء في حالات، وهي : الإبراء واستحالة التنفيذ والتقادم.

1-انقضاء الالتزام الأصلي بالإبراء:

إذا أبرأ الدائن مدينه فإن التزام المدين ينقضي، وينقضي بالتبعية التزام الكفيل، ويشترط ليرتب الإبراء آثاره أن يكون صحيحا، وأن يكون الدائن قد أبرأ المدين مختارا، كما أن الإبراء تصرف بالإرادة المنفردة من جانب الدائن، وعلى ذلك لا يتم إلا إذا وصل إلى علم المدين وقبله، ويصبح باطلا إذا رفضه المدين و هذا ما نصت عليه المادة 305 من التقنين المدني الجزائري بقولها "ينقضي الإلتزام إذا برأ الدئن مدينه اختياريا ويتم الابراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين"[3] . ومن ثم إذا أبطل المدين الإبراء اعتبر كأن لم يكن، وعاد الالتزام إلى الوجود وعادت معه التأمينات الضامنة له، ومنها الكفالة، إلا أنه في هذه الحالة يستطيع الكفيل أن يطعن في رفض المدين للإبراء بالدعوة البولصية، فلا يسري في حقه،

1-السنهوري، الوسيط، ج10، ص222.

2-السنهوري، الوسيط، ج10، ص224.

2-القانون المدني الجزائري، 2007، مادة 305، ص47.

وتبرأ ذمة الكفيل نهائيا من الكفالة . كما انه تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع ولا يشترط فيه أي شكل خاص حتى ولو كان الالتزام موضوع الإبراء يشترط فيه توافر شكل معين بنص في القانون، أو باتفاق الأطراف، وهذا ما نصت عليه المادة 306 من التقنين المدني بقولها "تسري على الابراء الاحكام الموضوعية التي تسري على كل متبرع.

ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان"[1] . "ولا يعتبر من قبيل الإبراء، الصلح الذي يعقده المدين مع مدينه المفلس ويتنازل بمقتضاه عن جزء من دينه، وذلك لعدم توافر نية التبرع، وإنما قصد اتقاء خطر إفلاس المدين و الحصول على أي جزء من الدين، وتفادي ما قد يؤدي إليه الاستمرار في إجراءات الإفلاس من تدهور مركز المدين، ومن ثم إذا أبرأ الدائن مدينه المفلس من جزء من الدين بالصلح معه، فلا تبرأ ذمة الكفلاء، بل إن فائدة الكفالة لا تظهر إلا عند إفلاس المدين، إذ يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل بكل الدين الذي كفله. وفي حالة ما إذا وفى الكفيل بالجزء الذي تصالح عليه الدائن مع المدين، لا يجوز له الرجوع به على المدين، إذ لا يكون له بالنسبة إلى هذا الجزء إلا حقا طبيعيا"[2] .

2-انقضاء الالتزام الأصلي باستحالة التنفيذ:

"وقد ينقضي التزام المدين لاستحالة تنفيذه، فإذا استحال تنفيذ التزام المدين لسبب أجنبي (كقوة قاهرة، أو حادث فجائي، أو فعل الغير)، انقضى الالتزام وانقضى التزام الكفيل بصفة تبعية، أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين، فإن الالتزام لا ينقضي، ويتحول إلى تعويض، فلا تبرأ ذمة المدين ويبقى ضامنا للالتزام بالتعويض . والالتزام بالتعويض ليس التزاما جديدا، ولكنه طريقة مختلفة لتنفيذ نفس الالتزام، وهي طريقة يكشف عنها عنصر المسؤولية في الالتزام نفسه. أما إذا استحال تنفيذ الالتزام بفعل الكفيل، فإن ذمة المدين تبرأ لأن فعل الكفيل يعتبر سببا أجنبيا بالنسبة للمدين، كما تبرأ ذمة الكفيل تبعا لذلك، إلا

1-المرجع نفسه، 2007، مادة 306، ص47.

2-إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، ص148.

أنه يبقى مسؤولا قبل الدائن كمدين أصلي لا ككفيل عن هذا الفعل"[1].

3-انقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم:

إذا انقضى الالتزام الأصلي بالتقادم، فإن التزام الكفيل ينقضي بالتبعية ولو كانت مدة التقادم الخاصة بها لم تتم بعد، وللكفيل الحق في التمسك بتقادم التزام المدين ولو لم يتمسك به المدين، وهذا ماتضمنته الفقرة الأولى من المادة 321 بأنه"لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائيا بالتقادم، بل يجب أن يكون ذلك بناءا على طلب المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به"[2]

" كفيل مصلحة في التمسك بالتقادم لأن بتمسكه به تبرأ ذمته نهائيا، كما يستطيع أن يتمسك بالتقادم حتى ولو تنازل المدين عن التمسك به"[3].

المطلب الثاني: انقضاء الكفالة بصفة أصلية:

تختلف طرق انقضاء الكفالة بصفة أصلية في الفقه الإسلامي بحسب كل نوع من أنواع الكفالة، وهو ما نخصص له الفرع الأول، أما في القانون فإن التزام الكفيل ينقضي بصفة أصلية دون انقضاء الالتزام الأصلي لأنه ناتج أولا عن عقد مستقل له مقوماته الخاصّة، كما ينقضي لأي سبب من أسباب الانقضاء العامة، بالإضافة إلى انقضائه بأسباب خاصة، وسندرس كل هذا في الفرع الثاني.

الفرع الأول: انقضاء الكفالة بصفة أصلية في الفقه الإسلامي:

"تنقضي الكفالة بصفة أصلية"[4] في الفقه الإسلامي كما يلي:

1-**مصالحة الكفيل الدائن:** إذا صالح الكفيل الدائن على بعض الدين بشرط أن يبرئه من الكفالة، انقضت الكفالة بالنسبة إلى الدين كله، وبرئت ذمة الأصيل إزاء دائنه من الجزء الذي تم عليه الصلح.

2-**الإبراء:** إذا أبرأ الدائن الكفيل من التزامه فإن هذا الإبراء يعد تنازلا عن الكفالة وتنقضي بذلك.

3-الهبة: إذا وهب الدائن الدين للكفيل تبرأ ذمته بهذه الذمة، وعليه تنقضي الكفالة.

1-السنهوري، الوسيط، ج10، ص226.

1-القانون المدني الجزائري، 2007، مادة 1/321، ص50.

3-تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، ص103.

4-علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ج4، ص290-298.

4–إنتهاء مدة الكفالة: إذا كانت الكفالة مؤقتة بمدة محددة كسنة مثلا انقضت الكفالة حتى ولو انتهت المدة دون وفاء، ويبقى في ذمة المدين .

5–إلغاء عقد الكفالة : إذا بطل عقد الكفالة أو فسخ، أو استعمل الدائن المكفول له حق الخيار، أو تحقق شرط البراء منها، فإن الكفالة تنقضي بالنسبة إلى الكفيل، دون أن تبرأ ذمة الأصيل نحو دائنه.

6–موت الكفيل بالبدن: إذا مات الكفيل في كفالة الوجه أو كفالة الطلب، فإن الكفالة تنقضي، لأن الكفيل لم يبق قادرا على إحضار المكفول بنفسه، ولا تفتيش عنه أو دلالة عليه .

7–تسليم العين المكفولة: إذا سلم الكفيل العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة، أو رد مثلها أو دفع قيمتها إن هلكت، فإنه يبرأ من التزامه وتنقضي الكفالة بذلك.

الفرع الثاني : انقضاء الكفالة بصفة أصلية في القانون:

تنقضي الكفالة في القانون بزوال العقد الذي أنشأها، كما تنقضي بانقضاء التزام الكفيل الناشئ عن هذا العقد. وعلى ذلك فهي تنقضي لبطلان أو إبطال العقد أو الرجوع فيه، كما تنفضي بسبب من الأسباب العامة لانقضاء الالتزام، وهي الوفاء، والوفاء بمقابل أو التجديد والإنابة والمقاصة والإبراء واستحالة التنفيذ واتحاد الذمة والتقادم وسبقت الإشارة إليها. بيد أن هناك أسبابا خاصة لانقضاء الكفالة[1] نحاول عرضها كالآتي:

1– براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات:

"سبقت الإشارة أن الكفيل إذا وفى الدين، يلتزم الدائن بأن ينقل للكفيل التأمينات التي تضمن الدين لأنه يحل محل الدائن في حقه بما يكفله من ضمانات وما يلحقه من توابع وما له من صفات . فالدائن ملتزم بالمحافظة على التأمينات التي تسهل للكفيل الحصول على حقه من المدين وتضمنه له، والمشرع قرر جزءا خاصا للإخلال بهذا الالتزام هو براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن متى ترتب على ضياع التأمين ضرر للكفيل وهو ما نصت عليه المادة 656 من التقنين المدني الجزائري بأنه: "تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات. ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان

1–السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ص119.

الدين ولو تقررت بعد الكفالة وكذلك التأمينات المقررة بحكم القانون ". فيحق لكل كفيل شخصي التمسك ببراءة ذمته، إذا ارتكب الدائن خطأ وضيع التأمينات وسبب ذلك ضررا للكفيل، سواء كان الكفيل متضامنا مع المدين أم غير متضامن. وتبرأ ذمة الكفيل لأن ضياع التأمينات التي كانت تضمن الدين بخطأ الدائن قد سبب ضررا للكفيل، وقد كان من حقه أن يحل محل الدائن في هذه التأمينات . وعليه فمن حق الكفيل أن تبرأ ذمته بقدر ما أضاع الدائن من تأمينات. ويشترط لبراءة ذمة الكفيل نتيجة لإضاعة التأمينات ثلاثة شروط ألا وهي : – يجب أن يكون التأمين الذي أضاعه الدائن تأمينا خاصا. –يجب أن يكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من الدائن. –يجب أن يترتب على إضاعة التأمين الخاص بخطأ الدائن ضرر للكفيل"[1] .

2– براءة ذمة الكفيل لتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره:

تنص المادة 657من القانون المدني الجزائري بقولها : "لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ لإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها.

غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن". "طبقا للفقرة الأولى من هذا النص، لا تبرأ ذمة الكفيل برد تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات القانونية ضد المدين أو بمجرد عدم اتخاذها ما لم تصدر من الدائن أعمال إيجابية كتنازله عن حجز تنفيذي أو حجز ما لمدينه لدى الغير، أو أعمال سلبية كعدم قيامه باتخاذ إجراء تنفيذي أو تحفظي لا يستطيع الكفيل القيام به لجهله إياه، أو لعدم وجود المستندات اللازمة لإجرائه أو بسبب الإهمال في القيام بإجراء معين، هذه الأعمال لا يترتب عليها ضياع التأمينات، ولكنها تؤثر في حق الكفيل فتضيعه أو تنقص منه، مما يستوجب مساءلة الدائن عليه طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية. أما الفقرة الثانية فهي توفر للكفيل حماية وتقيه من تقصير الدائن أو غشه، فأباحت له (للكفيل) تنبيه الدائن لمطالبة المدين، فإذا قصر بعد ذلك، برئت ذمة الكفيل . ووسيلة تنبيه الدائن هي إنذاره، بأن يتخذ إجراءات التنفيذ ضد المدين، وعليه، لا يعد الدائن مقصرا بامتناعه عن التنفيذ رغم إنذاره من قبل الكفيل إذا لم يحلأجل الدين، إذ لا يجوز

1–السنهوري، الوسيط، ج10، ص247–248.

التنفيذ أو المطالبة بدين مؤجل"[1].

3-براءة ذمة الكفيل لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين:

نصت المادة 658 من التقنين المدني الجزائري بأنه"إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في التفليسة، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن"[2]. "فالحكم الوارد في هذه المادة هو عبارة عن استثناء من القاعدة العامة الواردة بالمادة السابقة، تقضي بعدم مسؤولية الدائن عن التأخر في الإجراءات أو عن عدم القيام بها . ويجب على الدائن حسب ما جاء في المادة 658 من التقنين المدني أن يتقدم بحقه في تفليسة المدين، ليحصل من هذه التفليسة على المقدار الذي يصيبه بحسب قيمة هذا الحق، ثم يرجع بالباقي على الكفيل، فإذا لم يفعل، كان مقصرا، ويتحمل بعدئذ نتيجة تقصيره، حيث لا يمكنه الرجوع على الكفيل إلا بالباقي من حقه بعد خصم ما كان سيحصل عليه لو انه تقدم في تفليسة المدين . ويجب على الكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته من هذا المقدار، فلا يبرأ بقوة القانون وإنما يكون له الحق بأن يرفع دعوى يطلب براءة ذمته من هذا المقدار، أوفي صورة دفع. ورغم أن المادة 658 لم تنص على حالة إعسار المدين، إلا أنه يطبق نفس الحكم الوارد فيما لو أفلس المدين، أي يجب على الدائن أن يتقدم للحصول على ما يمكن الحصول عليه من حقه من مال المدين، ثم يرجع بالباقي على الكفيل، لأن ذلك لم يكن إلا تطبيقا للقواعد العامة من حيث إلزام الدائن بمطالبة المدين في الوقت المناسب، وإلا كان الدائن مسؤولا عن ذلك نحو الكفيل"[3]. ما نستنتجه من خلال دراستنا لانقضاء الكفالة أن انقضائها في الفقه الإسلامي سواء بصفة تبعية أو بصفة أصلية يختلف عن انقضائها في القانون، ففي الفقه الإسلامي تختلف حسب كل نوع من أنواع الكفالة، أما في القانون فتنقضي لأي سبب من أسباب الانقضاء العامة التي هي: الوفاء أو ما يعادل الوفاء أو دون الوفاء إضافة إلى أسباب خاصة قد عرضناها بشيء من التفصيل

1- أحمد سلامة، دروس في التأمينات المدنية، مكتبة عين شمس، القاهرة، ص62-63.

3-القانون المدني الجزائري، 2007، مادة 658، ص108.

3-العمروسي، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، ص125.

خاتـــــــمة

خاتمة:

درست هذا الموضوع في فصلين اثنين، الأول درست فيه حقيقة الكفالة، والفصل الثاني آثار الكفالة وانقضاؤها وهذا في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

وقد توصلت إلى ما يلي:

– رأيت أن فقهاء المذاهب اختلفوا في تعريف الكفالة، فجمهور الفقهاء ذهب إلى أن الكفالة ليست عقدا بل تتم بإيجاب من الكفيل فقط، وذلك خلافا للرأي الراجح في الفقه الحنفي الذي يرى بأن الكفالة عقد يتكون من إيجاب الكفيل وقبول الدائن المكفول له وليست مجرد إيجاب من الكفيل فقط، وعليه يتفق رأي فقهاء المذهب الحنفي على ما أخذ به القانون المدني الجزائري، من أن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن وأن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة بل يمكن أن تتم دون علمه أو حتى رغم اعتراضه عليها.

– تنقسم الكفالة في الفقه الإسلامي إلى كفالة النفس وكفالة المال، وقد رأيت أن كفالة النفس جائزة عند جمهور الفقهاء إلا أن القانون الجزائري لم ينظّمها واكتفي بكفالة المال فقط.

– إذا نشأت الكفالة صحيحة يحق للدائن الرجوع على الكفيل بالالتزام المكفول إذا لم يؤده المدين عند حلول الأجل، ولكن لا يجوز للدائن المكفول له أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين أولا.

– أما إذا رجع الدائن على الكفيل بدينه وأداه كان للكفيل الرجوع على المدين المكفول عنه وعلى باقي الملتزمين بالدين وجب التفريق بين حالتين:

حالة وحدة المدين ووحدة الكفيل وحالة تعدد المدينين أو تعدد الكفلاء سواءا في الفقه الإسلامي أو القانون المدني، ففي حالة وحدة المدين ووحدة الكفيل في الفقه الإسلامي يرجع الكفيل على المدين بما أدى للدائن إذا أدى الدين المكفول به بنفسه، أما إذا كان قد أدى جنسا آخر غير المكفول به، ففي هذه الحالة ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز رجوع الكفيل على المدين بالأقل من قيمة ما أداه أو قدر الدين، وهذا يماثل الرجوع بمقتضى دعوى الإثراء بلا سبب في القانون المدني.

– إذا كانت الكفالة بصيغة "اضمن عنّي"، فهنا يرجع الكفيل على المدين بما كفل لا بما أدى، وهذا الحكم يشبه دعوى الحلول في القانون المدني.

فالكفالة أمرها عظيم وهي ملزمة لصاحبها الذي لا يستطيع التخلّص منها والفكاك من أسرها إلا

بالوفاء بها، الأمر الذي يملي على الإنسان العاقل أن يفكر مليا قبل أن يوقع عليها ويقيّد نفسه بقيودها، وأن يمعن النظر في الشخص الذي يكفله حتى لا يسبب له الوقوع في المتاعب مستقبلا.

بهذا القدر أكون قد وصلت إلى نهاية بحثي الذي أراه متواضعا، فإن قصّرت فذلك دليل إنسي، وإن أجدت فذلك بعون من الله وعون أهل الفضل، فأرجوا أن أكون قد وفقت بالشكل الذي يجعله مفيدا لي ولغيري.

والله يقول الحق وهو يهدي السبيل

المصادر والمراجـــــــــــع

فهرس المصادر والمراجع:

في الشريعة الإسلامية:

أ–القرآن الكريم.

ب–كتب الحديث الشريف.

1– البيهقي، السنن الكبرى، دار الفكر، بيروت، دون سنة طبع.

2– أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير دمشق بيروت، 1423هـ/2002م.

3– أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار السلام، الرياض، 2000.

4 – محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق عبد الباقي فؤاد، دار الفكر، بيروت، دون سنة طبع.

ج–كتب تفسير القرآن.

1– أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة طبع.

2– أبو الفرج جمال الدين عبد الرحمان بن علي بن محمد الجوزي القرشي، زاد المسير في علم التفسير، المكتب الإسلامي، بيروت، 1984.

د–كتب الفقه:

–التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالادلة، كتاب البيوع والمعاملات، دار الوعي للنشر والتوزيع، – الرويبة– الجزائر،ط2، 2009.

– محمد أمين المشهور بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.

–محمد أحمد ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة طبع.

–محمد بن عبد الله بن علي الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

–محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، 1997.

–أبو محمد موفق الدين عبد الله ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام المبجّل أحمد بن حنبل، المكتب

الإسلامي، دون سنة طبع.
-أبو محمد موفق الدين عبد الله ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، دار الحديث، القاهرة، دون سنة طبع.
-منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، بيروت، 1997.
-أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلّى بالآثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة طبع.
-الصادق عبد الرحمان الغرياني، المدونة في الفقه المالكي وأدلته، دار ابن حزم، بيروت، دون سنة طبع.
- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982.
-شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، دون سنة طبع.
-شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة طبع.

هـ-المؤلّفات الحديثة في الفقه الإسلامي:

1-موسوعة الفقه الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دار الصفوة، الكويت، 1995.
2-عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة طبع.
3-علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000.
4-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، دون سنة طبع.

و-كتب اللغة:

1-جمال الدين أبي الفضل بن مكرم ابن منظور الأنصاري، لسان العرب، تحقيق عامر حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005.

-المؤلفات القانونية:

1- أحمد سلامة، دروس في التأمينات المدنية، مكتبة عين شمس، القاهرة، دون سنة طبع.
2- أحمد شرف الدين، التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع.
3- أنور العمروسي، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1999.
4-رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

5- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، دون سنة طبع.
6-نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
7- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نقابة المحامين، مصر، 1994.
8- سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975.
9- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2000.

-المقالات:

1-السيد عيد نايل، أحكام رجوع الكفيل على المكفول عنه في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مقال بمجلة العلوم القانونية والإقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، العدد الأول، 1991.

-التقنينات:

1-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري.

(الجريدة الرسمية العدد 78:المؤرخة في 1975/09/30) معدل ومتمم بالقانون رقم 80-07 المؤرخ في 09 غشت 1980، والقانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 يناير 1983، والقانون رقم 84-21 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984، والقانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 مايو 1988، والقانون رقم 89-01 المؤرخ في 07 فبراير 1989، والقانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 مايو 2007.

فهرس الآيات و الأحاديث

أولا: فهرس الآيات الكريمة:

السورة	الآية	رقم الآية	الصفحة
آل عمران	﴿وَكَفَلَهَا زَكَرِيَّاءُ﴾	37	15
المائدة	﴿يَأَيُّهَا الذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	01	أ
يوسف	﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ﴾	66	45
يوسف	﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾	72	19
الإسراء	﴿وَأَوْفُوابِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾	34	أ
الحديد	﴿يُوتِكُمْ كِفْلَيْنِ مِنْ رَحْمَتِهِ﴾	28	16
القلم	﴿سَلْهُم أَيُّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ﴾	40	19

ثانيا:فهرس الأحاديث:

الحديث	الراوي	الصفحة
" أَنَا وَكَافِلُ اليَتِيمِ فِي الجَنَّةِ هَكَذَا"	أبو هريرة	15
"أَنَّهُ ذَكَرَ رَجُلًا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلِ..."	أبو هريرة	20
"أَنَّ رَجُلاً لَزِمَ غريمًا لَهُ بِعَشَرَةِ دَنَانِير... "	ابن عباس	21
"وَقَعَ عَلَى جَارِيَةِ امْرَأَتِه..."	محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي	45
"الزَّعِيمُ غَارِمٌ وَالدَّيْنُ مَقْضِي"	أبو أمامة الباهلي	52