

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

نيابة العمادة لما بعد التدرج

جامعة الحاج لخضر باتنة

والبحث العلمي

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية

والعلاقات الخارجية

قسم الشريعة

## عقد الكفالة بين الفقه الإسلامي

### والتقنين المدني الجزائري

#### (دراسة مقارنة)

مذكرة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في الشريعة والقانون

إشراف الأستاذ:

أ.د/ فكرة سعيد

إعداد الطالب:

بن يكن عبد المجيد

#### أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د/ حسن رمضان فحله	أستاذ	جامعة الحاج لخضر - باتنة	رئيسا
أ.د/ فكرة سعيد	أستاذ	جامعة العربي التبسي - تبسة	مقررا
أ.د/ شتوان بلقاسم	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة	عضوا
أ.د/ حمادو نذير	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر - قسنطينة	عضوا
أ.د/ زواقري الطاهر	أستاذ	جامعة عباس لغرور - خنشلة	عضوا
د/ درغال رشيد	أستاذ محاضر	جامعة الحاج لخضر - باتنة	عضوا

السنة الجامعية: 1435-1436هـ / 2014-2015م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يقول الله تعالى

﴿قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ  
حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾

سورة يوسف الآية: (٧٢)

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ:

قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

(نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ).

رواه ابن ماجه

## إهداء

إلى من علمني أن الأعمال الكبيرة لا تتم إلا بالصبر والعزيمة والإصرار.  
إلى والدي أطل الله بقاءه، وألبسه ثوب الصحة والعافية، ومتعني ببره ورد جميله.

إليك أماه.. قطرة في بحرك العظيم.. حبا وطاعة وبرا، جزاك الله خيرا.. وأمد في عمرك  
بالصالحات، فأنت زهرة الحياة ونورها.

إلى رفيقة دربي، إلى من سارت معي نحو الحلم.. خطوة بخطوة، بذرناه معا.. وحصدناه معا  
وسنبقى معا.. بإذن الله جزاك الله خيرا.

إلى فلذتي كبدي ومهجتي قلبي وقرتي عيني، ابنتي العزيزتين ثوية وزينب، سائلا المولى الكريم أن  
يشملهما برعايته ورحمته ومغفرته.

إلى من تجمعني بهم أصدق المشاعر، وأجمل الذكريات إخوتي وأخواتي.  
إلى كل من مد لي يد العون والمساعدة.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي، ونتاج هذا العمل المتواضع.

## شكر وتقدير

إن الحمد والشكر كله لله عز وجل، أحمده على نعمه الظاهرة والباطنة، وأشكره على فضله وامتنانه وتوفيقه لي بإتمام هذا البحث.

وانقيادا للواجب الشرعي اتجه من قدم معروفا، فإنني أشكر شيخني الفاضل الأستاذ الدكتور: سعيد فكرة -حفظه الله- على تفضله بالإشراف على هذه الرسالة المقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون.

وإنني إذ أشكره لأذكر فضله علي، وجهده الوافر معي، لا سيما في الإفادة المنهجية والعلمية، فجزاه الله خيرا، وبارك في جهوده المستفيضة في خدمة العلم والدين.

ويسعني أيضا أن أشكر أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة، الذين تحملوا جهدا مشكورا بقراءة هذا البحث، وإبداء آرائهم وملاحظاتهم القيمة.

كما لا يفوتني أن أشكر جميع الأساتذة في كلية الشريعة، داعيا المولى القدير أن يبارك في أعمالهم العظيمة في إيصال رسالة العلم، وأن يلهمهم الصواب والبصيرة إنه سميع قدير، وبالإجابة جدير. وأتقدم بالشكر لكل من أسدى لي عونا في إعداد هذه الرسالة وإظهارها بالمظهر الذي أتمنى أن يكون موفقا.

والله نسأل من قبل ومن بعد  
السداد والتوفيق.

المقابلة  
المقابلة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه نجوم الدجى، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وسلم تسليما كثيرا.

أما بعد:

إن علاقة المديونية التي تربط الدائن بالمدين تكتسي أهمية كبيرة، لتعلقها بحقوق مالية، إذ أن الدائن يكون مهددا بخطر عدم تمكنه من الحصول على الحق الذي له قبل مدينه، وذلك متى لم يف المدين بما عليه من دين اختياريا، ولهذا الغرض بالذات وجدت وسائل لضمان حق الدائن من الضياع، ومن هذه الوسائل التأمينات الشخصية التي تقوم على تعدد المسؤولين عن تنفيذ الالتزام، فيتحقق ضمان الدائن فيها من ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين، بحيث لو أعسر المدين تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بنفس المدين، ومن ثمة تتزايد فرص حصول الدائن على حقه، والكفالة في هذا المجال هي من أهم صورها وأوضحها، والتي هي موضوع بحثنا هذا.

**أولا: الموضوع وعنوانه:**

إن عقد الكفالة من العقود التي أولاهها الفقه الإسلامي عناية هامة، بحيث لا يخلو كتاب من كتب الفقه الإسلامي دون التطرق له، وكذا المشرع الجزائري أفرد لها في التقنين المدني جزءا هاما، لذا اخترت دراسة هذا الموضوع تحت عنوان: **أحكام عقد الكفالة بين الفقه الإسلامي والتقنين المدني الجزائري (دراسة مقارنة)**.

وهي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع المدني الجزائري.

**ثانيا: أهمية الموضوع:**

تتجلى أهمية موضوع أحكام عقد الكفالة من الناحيتين النظرية والتطبيقية على السواء: من الناحية النظرية: فإن الغاية من إيجاد عقد الكفالة مرجعها ما يهدف إليه التشريع المدني من الحفاظ على حقوق الدائن، بحيث لو أعسر المدين تكون الذمة الأخرى مسؤولة. أما من الناحية العملية: فإن هذا الموضوع يكتسي أهمية بالغة، حيث يتناول مسألة وطيدة الصلة بحياة الفرد اليومية، الذي قد يجد نفسه في أي وقت إما مدين معسر، وإما دائن يطالب بالوفاء

بحقه، مما قد يؤدي إلى عدم الثقة من جانب الدائن، لذلك كانت التأمينات الشخصية وعلى رأسها عقد الكفالة من أنجع وأوضح الوسائل التي من شأنها توفير قدر أكبر من الثقة للدائن. ومما يزيد هذا الموضوع أهمية التطرق إليه في إطار الدراسات المقارنة، التي تهدف إلى الموازنة بين معالجته من وجهة نظر تشريعيين مختلفين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الجزائري، ومعرفة مجالات التفوق وأسبغية الطرح ودقته وفاعليته، لاختيار الأنسب والأرجح، بكل موضوعية، دون انحياز إلا لقوة الحجة والبرهان، بهدف الوصول إلى أفضل الأسلوبين في التعامل مع أحكام عقد الكفالة؛ لأنه كلما كان التقييم أكثر دقة وصدقا كان الحكم أكثر صوابا وإنصافا، وهذا ما يرمي إليه العدل وينشده.

### ثالثا: إشكالية البحث:

إن عقد الكفالة إنما ينشأ عن وجود علاقة مديونية تقوم بين دائن ومدين، وأن الكفيل إنما يأتي لضمان الوفاء بهذه المديونية، وأنه لولا عقد الكفالة لظل الكفيل أجنبيا عن هذه العلاقة. من خلال هذا يمكن طرح الأسئلة التالية:

- ما هي طبيعة عقد الكفالة؟
- وهل هي التزام أصلي، أم أنها تابعة له تعمل على الوفاء به؟
- وهل بمجرد وجود عقد الكفالة يلتزم شخص الكفيل بالوفاء بالتزام المدين، أم أن ذمته المالية تضم إلى الذمة المالية للمدين؟
- وما هي الآثار التي تترتب على عقد الكفالة؟
- وما مدى توافق نظري الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في بيان عقد الكفالة؟ وأيهما نجح أكثر في التعامل معها؟
- وهل أسباب انقضاء عقد الكفالة في الفقه الإسلامي هي نفسها في القانون المدني الجزائري؟ وحتى أميط اللثام عن هذه التساؤلات، رأيت إلزامية البحث والإجابة عنها تحت عنوان: عقد الكفالة بين الفقه الإسلامي والتقنين المدني الجزائري (دراسة مقارنة).

### رابعا: أسباب اختيار الموضوع

لقد دفعني لاختيار البحث في هذا الموضوع عدة أسباب من أهمها:

1 — سبب عام يتعلق بأهمية الموضوعات المقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية.



- 2 — الرغبة في جمع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتقنين المدني الجزائري في هذا الموضوع.
- 3 — كثرة التعاملات اليومية بين البشر، وسوء الأحوال الاقتصادية التي تلجئ الإنسان إلى الاستدانة بأي سبب كان، فكل ما تعلق بالذمة المالية من ثمن مبيع أو قرض أو غير ذلك فهو دين.
- 4 — جمع شتات الثروة الفقهية الخصبة التي تركها الفقهاء، وصياغتها صياغة جديدة، وجعلها تتفاعل مع الواقع العملي وتسايره.

#### خامسا: أهداف الموضوع:

يمكن إيجاز بعض أهداف الموضوع كالاتي:

- 1 — التعريف بموضوع أحكام عقد الكفالة في كل من الفقه الإسلامي والتشريع المدني الجزائري.
- 2 — دعم وتعميق الدراسات المقارنة من خلال هذا الموضوع.
- 3 — بيان صلاحية الشريعة الإسلامية في كل زمان ومكان.

#### سادسا: الدراسات السابقة:

إن موضوع الكفالة قد تدارسه السابقون من قبلي، وكتبت فيه دراسات وبحوث، إلا أنه لا توجد دراسات كافية - فيما اطلعت عليه - تخصص التشريع المدني الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي، وغالب الدراسات تتناول القانون المدني المصري مقارنة بالفقه الإسلامي. ومن أهم الدراسات السابقة في هذا الموضوع:

- حسني محمود عبد الدايم: الكفالة كتأمين شخصي للحقوق (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري).
- صابر محمد محمد سيد: رجوع الدائن على الكفيل (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري).
- أسماء شناوي صالح: عقد الكفالة (حقيقته - أركانه - أقسامه - الآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي).
- عبد السلام بن محمد الشويعر: عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة.
- أبو مشايخ سعاد توفيق سليمان: عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه (دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري).
- محمد صبري السعدي: عقد الكفالة في التشريع الجزائري.

- سي يوسف زاهية: عقد الكفالة.

### سابعاً: منهج الدراسة:

لقد اعتمدت في بحثي وتحليلي للآراء والمسائل الواردة في هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي المعتمد على آلياته التحليلية والمقارنة.

### المنهج الاستقرائي:

وذلك بتتبع آراء الفقه الإسلامي من خلال القرآن الكريم والسنة النبوية وأقوال الصحابة وفقهاء المذاهب، وكذا بتتبع آراء وأقوال فقهاء القانون وشراحه.

### آليته التحليلية:

وهذا لأن ما جمع بطريق الاستقراء في بعض الأحيان قد يحتاج إلى شرح وتحليل لاستخلاص النتائج، ثم بعد ذلك تصنيفها وترتيبها وفق الخطة المرسومة.

### آليته المقارنة:

وهذا لطبيعة الدراسة كونها مقارنة بين الفقه الإسلامي والتقنين المدني الجزائري.

### ثامناً: الصعوبات التي اعترضت البحث:

لا يخلو بحث علمي من صعوبات، وإن من صعوبات هذا البحث ما يلي:

1 — سعة هذا البحث، وذلك أن المتأمل في التشريع الإسلامي للكفالة يجد مدى اتساع أحكامها، يضاف إليها أحكام القانون الوضعي.

2 — طبيعة الدراسة المقارنة بين تشريعين مختلفين، أحدهما منزل من لدن حكيم خبير، وآخر من وضع الإنسان، مما قد ينتج عنه قصور وعدم موافاة الموضوع حقه.

3 — دقة العنوان، مما جعلني أعاني صعوبات جمة في جمع المادة العلمية وتنسيقها، وتحريرها بما يوافق مقتضيات المنهجية العلمية.

ومع هذه الصعوبات، فقد بذلت غاية جهدي في محاولة لإنجاز مذكرة علمية وافية بحق الموضوع من الجانبين العلمي والمنهجي.

### تاسعاً: الطريقة المعتمدة في كتابة هذا البحث:

1 — عزو الآيات القرآنية المستشهد بها في هذا البحث إلى سورها، مبينا اسم السورة ورقم الآية، وكتابتها بين قوسين متميزين، وهذا على رواية حفص.

- 2 — العمل على توثيق الأحاديث الشريفة والآثار، وتخريجها وفق منهج المحدثين.
- 3 — محاولة ذكر ترجمة وافية للأعلام الوارد ذكرهم في المتن استنادا إلى جملة من كتب التراجم المتخصصة، وكانت الترجمة لغير المشهورين.
- 4 — كتابة بعض المواد القانونية المستشهد بها في الهامش.
- 5 — قمت بتعريف أغلب المصطلحات والألفاظ اللغوية والفقهية والقانونية الغريبة، إما في المتن وإما في الهامش، مع ذكر المرجع الذي أخذت منه التعريف.
- 6 — اعتمدت على كتب مذاهب الفقه الإسلامي، مع الاستئناس ببعض الكتب الفقهية المعاصرة في بعض المواضيع المستجدة.
- 7 — عند ذكر المصدر أو المرجع لأول مرة، ذكرت جميع معلومات النشر الخاصة به، ثم التزمت بكتابة عبارة " المرجع السابق " عند كل إعادة للإحالة عليه، أما في حالة تعدد مؤلفات الكاتب الواحد، فإنني أعيد كتابة العنوان دون باقي المعلومات الأخرى لتسهيل العودة إليه.
- وقد رمزت بـ (د،ط) لعدم وجود رقم الطبعة، و بـ (د،ت) لعدم وجود تاريخ النشر.
- 8 — ذيلت البحث بالفهارس التالية، فهرس للآيات القرآنية، وفهرس للأحاديث النبوية، وفهرس للأعلام، وفهرس للمصادر والمراجع، وفهرس للموضوعات.
- 9 — اعتمدت ترتيب سور القرآن حسب ترتيب المصحف الشريف في فهرس الآيات القرآنية، وأما فهرس الأحاديث النبوية وذكر الأعلام، وضبط قائمة المصادر والمراجع فقد اعتمدت الترتيب الأبجائي.

في فهرس المصادر والمراجع بدأت بذكر القرآن الكريم، ثم كتب التفسير، ثم كتب الحديث وعلومه، ثم كتب اللغة ثم كتب التراجم، ثم كتب الفقه وأصوله، ثم كتب القانون، ثم الكتب المختلفة، ثم الوسائل الجامعية ومذكرات التخرج، ثم القوانين والمجلات.

#### عاشرا: خطة البحث:

يتكون هذا البحث من مقدمة وفصل تمهيدي وأربعة فصول، وخاتمة، وفهارس.  
المقدمة: وتشتمل بالإضافة إلى التوطئة وإشكالية البحث، أهمية الموضوع وأسباب اختياره ومنهج الدراسة.

الفصل التمهيدي: وقد تطرقت فيه للقواعد العامة التي تحكم عقد الكفالة، وذلك في مبحثين.

المبحث الأول: ماهية عقد الكفالة.

المبحث الثاني: تمييز عقد الكفالة عن بعض الأنظمة الأخرى المشابهة له.

**الفصل الأول:** وقد تناولت فيه أنواع الكفالة، وذلك في مبحثين.

المبحث الأول: أنواع الكفالة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: أنواع الكفالة في القانون المدني الجزائري.

**الفصل الثاني:** يتحدث عن أركان عقد الكفالة، وذلك في ثلاثة مباحث.

المبحث الأول: الرضا.

المبحث الثاني: المحل (المكفول به).

المبحث الثالث: السبب.

**الفصل الثالث:** وقد تناولت فيه آثار عقد الكفالة، وذلك في ثلاثة مباحث.

المبحث الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن.

المبحث الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين.

المبحث الثالث: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء.

**الفصل الرابع:** وقد تطرقت فيه لانقضاء عقد الكفالة وانتهاءه، وذلك في مبحثين.

المبحث الأول: انقضاء الكفالة بصفة تبعية.

المبحث الثاني: انقضاء الكفالة بصفة أصلية.

**الخاتمة:** وتشتمل على أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذا البحث.

ولا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتنان لفضيلة الأستاذ الدكتور: "سعيد

فكرة" فقد أسبغ علي من علمه وفضله وسديد توجيهه ما كان له أعمق الأثر وأطيبه في إعداد هذه

الرسالة، فجزاه الله على كل ما قدم خيرا.

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

## الفصل التمهيدي

القواعد العامة التي تحكم عقد الكفالة

## الفصل التمهيدي

### القواعد العامة التي تحكم عقد الكفالة

إن الضمان العام الذي يكون للدائن قد لا يكفي على مجموع أموال مدينه، وإذا لم يكن الالتزام مضمونا بتأمين آخر فثمة خطر شديد يهدد الدائن، فمن ناحية يستطيع المدين في الفترة ما بين نشوء الحق وبين مطالبة الدائن به أن يتصرف في أمواله، ولعدم وجود حق التتبع فإن الدائن لا يمكنه أن يأخذ حقه من الأموال التي خرجت من ذمة مدينه المالية ما لم يكن خروجها قد حصل بطريق الغش، كما أن الدائن الذي ليس له حق الأفضلية أو التقدم يجد نفسه في تراحم مع الدائنين الآخرين، فيتعرض لقسمة الغرماء، ولتفادي هذا الخطر المزدوج فإن المشرع منح للدائن وسيلة للمحافظة على حقه، وتتمثل في التأمينات التي هي أداة للثقة والائتمان.

و الكفالة في هذا المجال من أهم صور التأمينات الشخصية.

وعليه سوف أقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

- المبحث الأول : ماهية عقد الكفالة .
- المبحث الثاني : تمييز عقد الكفالة عن بعض الأنظمة الأخرى المشابهة له .

## المبحث الأول

### ماهية عقد الكفالة

تعد الكفالة من أهم التأمينات الشخصية التي تحقق مصلحة لكل من الدائن والمدين، فهي تحقق مصلحة للمدين في حصوله على ما يحتاجه من الدائن، وذلك من خلال تسهيل عملية ائتمانه، كما أنها تحقق الطمأنينة للدائن لوجود شخص آخر يمكنه أن يطالبه بالوفاء من خلال إشراكه مع مدينه، ليستطيع الرجوع عليه بالدين، إذا توافرت الشروط.

وسأتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول : تعريف العقد .
- المطلب الثاني : تعريف الكفالة .
- المطلب الثالث : نشأة وتطور الكفالة .

## المطلب الأول: تعريف العقد

لقد وضع الفقهاء والشراح موسوعات عديدة تناولت تفسير وشرح هذا النظام المحكم الذي يعرف باسم العقد لما له من أهمية في خلق معادلة متوازنة بين أطرافه على اعتباره الضابط الرئيس لأسس المعاملات التي تجري في مختلف الميادين.

وسأحاول قدر الإمكان تسليط الضوء عليه من خلال تعريفه في اللغة، وفي اصطلاح فقهاء المسلمين وشراح القانون على النحو الآتي:

### الفرع الأول: التعريف اللغوي للعقد

العقد: الضمان، والعهد، والشد: عقد الحبل والبيع والعهد يعقده: شده<sup>1</sup>.

#### قال في اللسان:

العقد نقيض الحل، عقده يعقده عقدا وتعقدا وَعَقَّدَهُ. والعقد: العهد، والجمع عقود، وهي أوكد العهود، يقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا وتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق، والمعاقدة: المعاهدة، وعاقده: عاهده، وتعاقد القوم: تعاهدوا<sup>2</sup>.

#### وقال صاحب معجم مقاييس اللغة:

العين، والقاف، والذال، أصل واحد يدل على: شد، وشدة، وثوق، والجمع أعقاد وعقود<sup>3</sup>.

#### وقال في المصباح المنير:

عقدت الحبل عقدا من باب ضرب، فانعقد. والعقدة ما يمسكه ويوثقه، ومنه قيل: عقدت البيع ونحوه وعقدت اليمين وعَقَّدْتَهَا بالتشديد توکید وعاقدته على كذا وعقدته عليه بمعنى عاهدته<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — الفيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي الشافعي (ت: 817هـ)، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، (1420هـ، 1999م)، الجزء الأول (باب الدال: فصل العين)، ص: 437.

<sup>2</sup> — ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ت: 711هـ)، لسان العرب، دار صادر - بيروت - لبنان، (د، ط)، (2004)، الجزء التاسع، ص: 221.

<sup>3</sup> — الرازي: أحمد بن فارس بن زكريا القزويني، أبو الحسين (ت: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د، ط)، (1399هـ، 1979م)، الجزء الرابع، ص: 86.

<sup>4</sup> — الفيومي: أحمد بن محمد بن علي بن المقرئ (ت: 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية - بيروت - لبنان، (د، ط)، (د، ت)، الجزء الثاني، ص: 421.



قال القرطبي<sup>1</sup> في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>2</sup>: العقود الربوط، واحدها عقد، يقال: عقدت العهد والحبل، وعقدت العسل، فهو يستعمل في المعاني والأجسام<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للعقد

سأتحدث عن المعنى الاصطلاحي للعقد في كل من الفقه الإسلامي والقانون.

أولاً: تعريف العقد في اصطلاح فقهاء المسلمين

سأذكر عينة من التعاريف لمذاهب الفقهاء للعقد.

#### 1 – تعريف العقد عند الحنفية

قال صاحب العناية في تعريف العقد: هو تعليق كلام أحد المتعاقدين بالآخر على وجه يظهر أثره في المحل<sup>4</sup>.

وعلى هذا فمجرد وجود الإيجاب والقبول بدون وجود رابطة بينهما يرتب الشارع عليها أثر، لا يسمى عقداً.

وعرفه صاحب مرشد الحيران بأنه: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في العقود عليه<sup>5</sup>.

بمعنى أن هذا العقد ينشأ بين طرفين تتجه إرادتهما إلى إنشاء أثر قانوني.

#### 2 – تعريف العقد عند المالكية

عرفه صاحب القوانين الفقهية بأنه:

هو كل ما ينتج التزاماً شرعياً.

<sup>1</sup> – القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، من أهل قرطبة، من أعيان المفسرين، وكان صالحاً متعبداً، رحل إلى الشرق، واستقر بمينة أبي الخصب في شمال أسبوط بمصر، له مؤلفات منها: الجامع لأحكام القرآن، وقمع الحرص بالزهد والقناعة، توفي سنة 671هـ.

(الزركلي: خير الدين، الأعلام، العلم للملايين - بيروت - لبنان، الطبعة الخامسة عشرة (2002)، الجزء السابع، ص: 118).

<sup>2</sup> – سورة المائدة، الآية رقم: 01.

<sup>3</sup> – القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري (ت: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تصحيح: أحمد عبد الحليم البردوني، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1405هـ، 1985م)، الجزء السادس، ص: 32.

<sup>4</sup> – الباري: محمد بن محمود (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء السابع، ص: 163.

<sup>5</sup> – باشا: محمد قدرى، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الناس، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، الطبعة الثانية (1308 هـ، 1891م)، ص:

فهو يشمل الارتباط الحاصل بين جانبين، كالبيع والإجارة، كما يشمل التصرفات التي تتم من طرف واحد كالوقف والطلاق، لما فيها من العزم والإرادة على تنفيذه، وهذا المعنى هو الشائع عند فقهاء المالكية<sup>1</sup>.

وعرفه ابن العربي<sup>2</sup> بأنه: ربط القول بالقصد القائم بالقلب<sup>3</sup>.

فقد ذهب ابن العربي إلى تعريف العقد بمعناه العام. فعنده أن كل ما ينتج التزاما شرعيا يسمى عقدا، سواء أوقع بإرادة منفردة، أم بارتباط إرادتين راضيتين مختارتين، أم أكثر، بل أنه رتب على النية المستكنة في النفس أحكاما عملية، فقد أورد أن مالكا - رحمه الله - سئل: "إذا نوى رجل الطلاق بقلبه، ولم يلفظ به لسانه، يلزمه ذلك أم لا؟ فقال: يلزمه<sup>4</sup>.

### 3 - تعريف العقد عند الشافعية

عرفه الزركشي<sup>5</sup> بقوله: العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول كعقد البيع والنكاح وغيرهما<sup>6</sup>.

إن العقد هو من قبيل الارتباط في نظر ه بين شخصين نتيجة لاتفاق إرادتيهما. وهاتان الإرادتان خفيتان. فطريق إظهارهما التعبير عنهما، وهو في العادة بيان يدل عليهما بصورة متقابلة من الطرفين المتعاقدين. ويسمى هذا التعبير المتقابل: إيجابا وقبولا.

<sup>1</sup> - ابن جزئي: محمد بن أحمد (ت: 741هـ)، القوانين الفقهية، دار القلم - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1977)، ص: 181.

<sup>2</sup> - ابن العربي: العلامة الحافظ القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد الإشبيلي، ولد سنة 468 للهجرة، جمع و صنف وبرع في الأدب والبلاغة وبعد صيته وكان متبحرا في العلم ثاقب الذهن موطأ الأكتاف كريم الشمائل، ولي قضاء إشبيلية فكان ذا شدة وسطوة ثم عزل فأقبل على التأليف، ونشر العلم وبلغ رتبة الاجتهاد، مات بفاس في ربيع الآخر سنة 543 للهجرة، له تصانيف كثيرة منها: أحكام القرآن، وعارضة الأحوذ، والعواصم من القواصم، وغيرها. (السيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين (ت: 911هـ)، طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1403هـ)، الجزء الأول، ص: 468).

<sup>3</sup> - ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبد الله (ت: 543هـ)، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة (1424هـ، 2003)، الجزء الرابع، ص: 80.

<sup>4</sup> - ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبد الله (ت: 543هـ)، أحكام القرآن، المرجع نفسه، الجزء الرابع، ص: 80.

<sup>5</sup> - الزركشي: محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، أبو عبد الله بدر الدين، مصري المولد والوفاء، ولد سنة 745هـ، ورحل إلى حلب، وسمع الحديث بدمشق وغيرها، وكان فقيه أصوليا أدبيا فاضلا، ودرس وأفتى، وكان أكثر اشتغاله بالفقه وأصوله وعلوم الحديث والقرآن والتفسير، وقد ترك فيها أكثر من ثلاثين مصنفا، ومن أشهر مؤلفاته: الريحان في علوم القرآن، التذكرة في الأحاديث المشتهرة، النكت على ابن الصلاح، وغيرها. توفي بمصر سنة 794هـ. (بن قاضي شهبة: أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر، طبقات الشافعية، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1407هـ)، الجزء الثالث، ص: 167).

<sup>6</sup> - الزركشي: محمد بن بهادر بن عبد الله، المنشور في القواعد الفقهية، تحقيق د. تيسير فائق أحمد محمود، الناشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت - 1405هـ، الجزء الثاني، ص: 396.

#### 4 – تعريف العقد عند الحنابلة

عرفه صاحب مجلة الأحكام الشرعية في المادة 162 بقوله: المعاملة التي يلتزمها الطرفان، بربط الإيجاب بالقبول<sup>1</sup>.

يتضح من هذا التعريف أن العقد هو ما يتوقف فيه الالتزام على اجتماع إرادتين؛ أي على إيجاب وقبول.

وبناء على هذا التعريف فإن ما يتم بإرادة واحدة لا يسمى عقدا كالوقف الذي يتم من المالك وحده دون أن يشترك فيه أحد، وكذلك الطلاق المجرد أو اليمين وغيرها، كل ذلك ليس عقدا بالمعنى المتقدم، وإنما يمكن أن يسمى التزاما إذا كان ملزما، أو وعدا إذا كان غير ملزم.

وبناء على ما تقدم ذكره، يتبين أن للعقد في الاصطلاح الفقهي معنيان:

**1 – معنى عام:** يتناول جميع التصرفات والالتزامات التي ترتب آثارا شرعية.

**2 – معنى خاص:** يتناول التصرفات والالتزامات التي تتم بإيجاب وقبول.

والمتبع لكتب الفقهاء يجد أن كلا الاستعمالين سائغ، إلا أن التعريف بالمعنى الخاص هو المشهور وهو السائد عندهم وهو الأكثر تداولاً، وتعميم العقد على ما كان بإرادة منفردة فيه توسع في الاستعمال، وإطلاقه على ما كان فيه إيجاب وقبول بين إرادتين أقرب إلى الاصطلاح، بل إنه إذا أطلقت كلمة العقد يتبادر إلى الفهم المعنى الخاص<sup>2</sup>.

ثانيا: تعريف العقد في القانون

**1 – تعريف العقد عند السنهوري:**

هو: اتفاق إرادتين على إنشاء حق، أو على نقله، أو على إنهائه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> – القاري: أحمد بن عبد الله بن الشيخ محمد بشير (1309-1359هـ)، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دراسة وتحقيق عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، مكتبة تامة (جدة) المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (1401هـ، 1981م)، ص: 107.

<sup>2</sup> – أبو زهرة: محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي – القاهرة – مصر، (د، ط)، (1396هـ، 1976م)، الكتاب الثاني (نظرية العقد في الشريعة الإسلامية)، ص: 20.

<sup>3</sup> – السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام)، منشورات الحلبي القانونية – القاهرة – مصر، الطبعة الثالثة (2005)، الجزء الأول، ص: 138.

يلاحظ أن كلمة "اتفاق" غير دقيقة في التعبير عن حقيقة معنى العقد، فإن الإرادتين قد تتوافقان وتتجهان نحو إحداث الأثر القانوني، ولكن قد لا يحدث الترابط بينهما، فلا يتكون العقد بالتوافق، بل يتكون بارتباط الإرادات.

## 2 – تعريف العقد في القانون الفرنسي:

المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي تعرف العقد بأنه: (اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عنه)<sup>1</sup>. من خلال هذا التعريف نجد أن العقد هو اتفاق يتم بإيجاب وقبول بقصد إحداث أثر قانوني معين.

## 3 – تعريف العقد في القانون المدني الجزائري:

يعرف القانون المدني الجزائري العقد كمصدر من مصادر الالتزام في المادة (54) منه بأنه: (اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما)<sup>2</sup>. من هذا التعريف يتضح لنا بأن هذه المادة ترجمة حرفية للنص الفرنسي في تعريف العقد، وأنها تميز بين العقد والاتفاق، وتجعل العقد مقصوراً على إنشاء الحق، وكذلك فالعقد والاتفاق لفظان مترادفان لمدلول واحد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، أياً ما كانت طبيعة هذا الأثر؛ أي سواء كان إنشاء الحق (كالبيع)، أو نقله (حوالة الحق وحوالة الدين)، أو تعديله (مد أجل الوفاء بالالتزام)، أو إنهائه (زواله كالوفاء)، وهذا هو الأثر الذي يرتبه القانون على توافق إرادتين أو أكثر تتجه لإحداث هذا الأثر<sup>3</sup>.

## ثالثاً: التعريف المختار

مما سبق عرضه من تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية لمعنى كلمة "عقد"، وتعريفات القانونيين لها، يتضح أنهم مجمعون على أن العقد يتكون بارتباط إرادتين أو أكثر، إلا أنهم اختلفوا في تكوين العقد بإرادة منفردة، ومن جهة أخرى إذا أردنا أن نوجد موازنة بين التعريفين لوجدنا أن تعريف العقد

<sup>1</sup> – السعدي: محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ( النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة) دراسة

مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى - عين ملياً - الجزائر، الطبعة الرابعة (2009م)، ص: 41.

<sup>2</sup> – القانون رقم 05 - 10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق 20 يونيو 2005، يعدل و يتمم الأمر رقم 75 - 58 مؤرخ في

20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> – السعدي: محمد صبري، المرجع السابق، ص: 42.

في الفقه الإسلامي أدق تصورا وأحكم منطقا من تعريف القانون، وإن كان التعريف القانوني أوضح تصويرا وتعبيرا<sup>1</sup>.

وبناء على هذا التقارب يمكن استخلاص مزايا وإيجابيات التعاريف السابقة، وصياغتها في قالب يتلأفي ما يكون قد اعترافا من نقائص فالعقد هو: "كل اتفاق ينشأ عن إرادة منفردة، أو أكثر على وجه مشروع، يثبت أثره في المعقود عليه".

الواضح من هذا التعريف أنه يستجيب لمواصفات التعاريف الاصطلاحية، من حيث إمامه بالعناصر الجوهرية للعقد، مع وضوح عباراته وإيجازها وصلاحيته لكلا التشريعين.

فالعقد عبارة عن اتفاق، سواء كان صادرا عن إرادة واحدة، حيث سمي كُلا من الصدقة، والهبة عقدا والتي تترتب عليها آثارها القانونية، أو كان صادرا عن إرادتين مختلفتين أو أكثر.

"على وجه مشروع" أي لا يعتبر الارتباط قائما إلا إذا توافرت فيه الضوابط الشرعية، وأن يكون العقد مستوفيا مقوماته، وشروط انعقاده، وشروط صحته، وأن يكون سببه مشروعا، بمعنى أن الباعث على التعاقد يجب أن يكون مشروعا.

"يثبت أثره في المعقود عليه" فالمعقود عليه هو المحل كالمبيع في البيع، والعين المرهونة في الرهن، فهو يختلف باختلاف طبيعة العقد.

أما الأثر فالمراد به حكم العقد الأصلي، وبقية الآثار الأخرى.

فالاتفاق المعتبر شرعا يؤثر في المعقود عليه، وينقله من حال إلى حال آخر جديد، فعقد البيع ينقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري وهكذا.

<sup>1</sup> — الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم - دمشق - سوريا، الطبعة الأولى ( 1418هـ، 1998م)، الجزء الأول، ص:

## المطلب الثاني: تعريف الكفالة

عرفت العلاقات التجارية والمالية نظام الكفالة منذ القدم، كما أقرها أيضا الفقه الإسلامي، حيث أجمع علماء المسلمين على جواز الكفالة، ثم أقرتها القوانين المحلية والعالمية. كما تعتبر الكفالة أهم صورة عملية للتأمينات الشخصية.

وسأقوم بتعريف الكفالة في اللغة وفي اصطلاح فقهاء المسلمين وشرح القانون على النحو الآتي:

### الفرع الأول: التعريف اللغوي للكفالة

قال في اللسان: الكفالة: الضمان، يقال: كفل الرجل وبالرجل كفلا، وكفالة: ضمنه، ويقال: كفل المال، وكفل عنه المال لغريمه فهو كافل، وأكفل فلان المال، أي: جعله يضمه.

والكفيل: المثل، وجمعها: كفلاء، ويقال للأنتى: كفيل، وقد يقال للجمع: كفيل.

قال تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا<sup>1</sup>﴾، أي: ضمن القيام بأمرها، وفي معناه الكافل: العائل<sup>2</sup>.

وقال في مختار الصحاح: الكفيل: الضامن، وقد كفل به يكفل بالضم كفالة، وكفل عنه بالمال لغريمه، وأكفله المال: ضمنه إياه، والكافل: الذي يكفل إنسانا يعوله<sup>3</sup>.

وقال في أساس البلاغة: الكفالة: الضم، كفل: هو كافيه وكافله، وهو يكفيني ويكفلني، أي:

يعولني وينفق علي، وأكفلته إياه وكفلته، قال تعالى: ﴿فَقَالَ أَكْفَلْنِيهَا<sup>4</sup>﴾.

وأكفلي ماله، أي: ضمه إلي وجعلني كافله، أي: القائم به، وهم بالخير كفلاء<sup>5</sup>.

عن سهل بن سعد - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ (أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا، وأشار بلسبابة والوسطى)<sup>6</sup>. أي: الذي يضمه إليه في التربية.

<sup>1</sup> - سورة آل عمران، الآية رقم: 37.

<sup>2</sup> - ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ت: 711هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث عشر، ص: 92.

<sup>3</sup> - الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت: 666هـ)، مختار الصحاح، المكتبة العصرية - الدار النموذجية - بيروت - لبنان، الطبعة الخامسة (1420هـ، 1999م)، ص: 272.

<sup>4</sup> - سورة ص، الآية رقم: 23.

<sup>5</sup> - الزمخشري: جار الله أبي القاسم محمود بن عمر (ت: 538هـ)، أساس البلاغة، تحقيق: عبد الرحيم محمود، دار المعرفة - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، ص: 396.

<sup>6</sup> - ابن حبان: محمد بن حبان بن أحمد (ت: 354هـ)، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، المحقق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1414هـ، 1993م)، كتاب: البر والإحسان، باب: الرحمة، ذكر إيجاب دخول الجنة للمتكفل الأيتام إذا عدل في أمورهم، رقم الحديث: 460، الجزء الثاني، ص: 207.

## الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للكفالة

إن التعرض للتعريف الاصطلاحي للكفالة يقتضي منا تناولها في كل من الفقه الإسلامي والقانون.

### أولاً: تعريف الكفالة في اصطلاح فقهاء المسلمين

لقد بحث أكثر الفقهاء الضمان والكفالة تحت عنوان واحد وبمعنى واحد. ومنهم فقهاء الحنفية، لا بل إن فقهاء المالكية يعتبرون الضمان والكفالة والحوالة بمعنى واحد. هذا في حين أن فقهاء الشافعية والحنابلة، يقصرون مفهوم الكفالة على الالتزام بإحضار الشخص المضمون عند الحاجة، وهو ما يعبرون عنه بكفالة النفس. ولذا سأعرض فيما يلي مجموعة من التعاريف الشرعية للكفالة.

### 1 — تعريف الكفالة عند الحنفية

عرفها الباقري<sup>1</sup> في العناية بأهما: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة<sup>2</sup>.

والمراد بالذمة الأولى ذمة الكفيل وبالذمة الثانية ذمة الأصيل، وبأن الضم يكون في المطالبة بالدين.

وعرفها ابن عابدين<sup>3</sup> بأهما: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً بنفس أو بدين أو عين مغصوبة<sup>4</sup>.

هذا التعريف يتناول الكفالة بأنواعها الثلاثة وبأن الضم يكون في المطالبة في الأنواع الثلاثة. والتعريف الذي اختاره أكثر الحنفية هو تعريف ابن عابدين، لاشتماله على أنواع الكفالة.

### 2 — تعريف الكفالة عند المالكية:

فقهاء المالكية يطلقون على الكفالة اسم الضمان ويسمى كفالة وحمالة وزعامة.

<sup>1</sup> — الباقري: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ، علامة بفقهاء الحنفية، عارف بالأدب. ولد سنة 714 هـ، رحل إلى حلب ثم إلى القاهرة وعرض عليه القضاء مرارا فامتنع. وتوفي بمصر سنة 786 هـ . من كتبها العناية في شرح الهداية وشرح مشارق الأنوار و شرح وصية الإمام أبي حنيفة.(الزركلي: خير الدين، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 42).

<sup>2</sup> — الباقري: محمد بن محمود (ت: 786 هـ)، العناية شرح الهداية (مرجع سابق)، الجزء السابع، ص: 163.

<sup>3</sup> — ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عبد الرحيم بن محمد صلاح الدين ، ولد بدمشق سنة 1198 هـ، قرأ القرآن الكريم وجوده وحفظه على الشيخ سعيد الحموي شيخ القراء بدمشق، تولى أمانة الفتوى في عهد المفتي حسين المرادي ، عالم مطاع مهاب ، عذب التقرير والعبارة ، وهو المرجع في عصره عند اختلاف الآراء والفتاوى ، توفي سنة 1252 هـ، من مؤلفاته: رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ، نزهة التواظر على الأشباه والنظائر . (الزركلي: خير الدين، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 42).

<sup>4</sup> — ابن عابدين: محمد أمين (ت: 1252 هـ)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، دار الفكر - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1412 هـ ، 1992 م)، الجزء الخامس، ص: 281.

عرفها الصاوي<sup>1</sup> بأنها: التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره، أو طلبه من عليه لمن هو له<sup>2</sup>. لا بد أن يكون الكفيل مكلفاً، يستثنى من ذلك الصبي والمجنون، كما لا يصح من سفيه، وهذا ضمان المال. وأشار لضمان الوجه والطلب، سواء كان الطلب على وجه الإتيان به لرب الدين، أو مجرداً عن ذلك، فشمل التعريف أنواع الضمان الثلاثة. وعرفها الخليل<sup>3</sup> بأنها: شغل ذمة أخرى بالحق<sup>4</sup>. وقد اعترض بعض المالكية ومعهم ابن عرفة<sup>5</sup> على تعريف الخليل لكونه غير جامع، وغير مانع، فهو غير جامع لأقسام الكفالة، والحقيقة غير ذلك، فمن شرح تعريف الخليل وجده شاملاً<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> — الصاوي: أحمد بن محمد، المصري، الخلوئي المالكي، ولد في صاء الحجر على شاطئ النيل من إقليم الغربية بمصر سنة 1157هـ، حفظ القرآن في بلده ثم انتقل إلى الجامع الأزهر في طلب العلم، توفي سنة 1241هـ، وله مؤلفات عديدة منها الأسرار الربانية والفيوضات الرحمانية على الصلوات الدرديرية، بلغة السالك لأقرب المسالك وهي حاشية على الشرح الصغير لأقرب المسالك لسيد أحمد الدردير. (كحالة: عمر رضا، معجم المؤلفين، مطبعة السنة المحمدية بمصر، (د،ط)، (1372هـ، 1952م)، الجزء الثاني، ص: 111).

<sup>2</sup> — الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، المالكي (ت: 1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، دار المعارف، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الثالث، ص: 430.

<sup>3</sup> — الخليل: خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب، ضياء الدين أبو المؤدّة المصري المعروف بالجندي، لأنه يلبس زي الجندي ولم يغيره وكان يرتزق عليها، صدرا في علماء القاهرة المعزية بمجمع على فضله وديانته أستاذاً متمتع من أهل التحقيق ثاقب الذهن أصيل البحث مشاركاً في فنون من العربية والحديث والفرائض، أحد مشاهير فقهاء المالكية، توفي سنة تسع وأربعين وسبعمائة (749هـ)، بالطاعون، من أشهر مؤلفاته كتاب المختصر، ويسمى بـ "مختصر خليل" وقد جمع فيه خلاصة فقه المذهب المالكي بطريقة مختصرة جداً ويعتبر هذا الكتاب وشروحه المعتمد في نقل أرجح الأقوال التي تم اعتمادها في الفقه المالكي. (ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى (ت: 799هـ)، الدباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الأول، ص: 115).

<sup>4</sup> — الخليل: خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت: 749هـ)، مختصر العلامة خليل، المحقق: أحمد جاد، دار الحديث - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى (1426هـ، 2005م)، الجزء الأول، ص: 176.

<sup>5</sup> — ابن عرفة: هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي، يكنى أبا عبد الله، ولد سنة 716هـ، العلامة المقرئ الفروع الأصيل البياني المنطقي، روى عن أبي عبد الله محمد بن عبد السلام، وسمع عليه موطأ الإمام مالك وعلوم الحديث لابن الصلاح، من تأليفه: تقييده الكبير في المذهب في نحو عشرة أسفار، وله في أصول الدين تأليف عارض به كتاب الطوالع للبيضاوي توفي سنة 803هـ، ودفن بالبقيع. (التنكي: أحمد بابا المالكي (ت: 1036هـ)، نهل الابتهاج بتطريز الدباج، إشراف وتقديم: عبد الحميد بن عبد الله الهرامة، كلية الدعوة الإسلامية - طرابلس - ليبيا، الطبعة الأولى (1398، 1989)، الجزء الأول، ص: 463).

<sup>6</sup> — المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم، أبو عبد الله المالكي (ت: 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1416هـ، 1994م)، الجزء السابع، ص: 31.



### 3 – تعريف الكفالة عند الشافعية

يفرق الإمامان النووي<sup>1</sup> والماوردي<sup>2</sup> من الشافعية بين لفظي الضمان والكفالة في الاستعمال، فالضمان خاص بإحضار المال، والكفالة خاصة بإحضار البدن، ولذا يقال: ضمان المال وكفالة البدن<sup>3</sup>.

#### فالضمان شرعا:

عقد يقتضي التزام حق ثابت في ذمة الغير ، أو إحضار من هو عليه ، أو عين مضمونة. ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك ، ويسمى الملتزم لذلك ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وكافلا وكفيلا وصبيرا وقبيلا<sup>4</sup>.

### 4 – تعريف الكفالة عند الحنابلة

تعددت عبارات فقهاء الحنابلة في تعريف الضمان، فمنها ما يبدأ بكلمة (ضم ذمة)، ومنها ما يبدأ بكلمة (التزام)، والحقيقة أن مفادها جميعا واحد.

---

<sup>1</sup> – النووي: محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الحزامي، ولد سنة 631هـ في قرية نوى بدمشق، كان محررا للمذهب الشافعي ومنقحا له، بالغ في التقشف وشطف العيش، توفي سنة 676هـ ، له عدة مؤلفات منها: منهاج الطالبين، وروضة الطالبين، وشرح صحيح مسلم، ورياض الصالحين، والأربعين النووية. ( السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن علي ، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: د/ محمود محمد الطناحي د/ عبد الفتاح محمد الحلوة، هجر للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة - مصر، الطبعة الثانية (1413هـ)، الجزء الثامن، ص: 395).

<sup>2</sup> – الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الشافعي، الإمام العلامة، صاحب التصانيف، أكبر قضاة آخر الدولة العباسية، ولد في البصرة عام 364هـ، لأب يعمل ببيع ماء الورد فنسب إليه فقبيل "الماوردي". ارتحل به أبوه إلى بغداد، وبها سمع الحديث، ثم لازم واستمع إلى أبي حامد الإسفراييني، أتم الماوردي بالاعتزال و لكن انتصر له تلميذه الخطيب البغدادي فدافع عنه ودفع عنه الادعاء، توفي سنة 450هـ ، وصلى عليه الإمام الخطيب البغدادي، من أهم مؤلفاته: كتاب الحاوي الكبير ، في فقه الشافعية في أكثر من عشرين جزءا، الأحكام السلطانية. (ابن قاضي شهبة: أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 230 – 233).

<sup>3</sup> – \* النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، (1425هـ، 2005م)، ص: 130 .

\* الهيثمي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر (ت 974هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، (د،ط)، (1357 هـ – 1983م)، الجزء الخامس، ص: 241.

<sup>4</sup> – الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1415هـ، 1994م)، الجزء الثالث، ص: 198.

عرفه ابن قدامة<sup>1</sup> بأنه: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق<sup>2</sup> .  
من خلال هذا التعريف يحق لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، سواء الضامن أو المضمون،  
فيثبت الحق في ذمتها جميعاً.

وعرفه ابن مفلح<sup>3</sup> بأنه: التزام من يصح تبرعه ويعتبر رضاه فقط، أو مفلس<sup>4</sup> .  
هذا التعريف يضع شروطاً وهي: أن يكون الضامن حراً غير محجور عليه، بمعنى أنه لا يصح  
الضمان إلا من جازت تبرعه، فمن صح تصرفه بنفسه، وتبرعه بماله، صح ضمانه.

### تعريف الأستاذ الزرقا:

الكفالة أو الضمان عقد يتضمن التزام شخص بحق واجب على غيره، وإشراك نفسه معه في  
المسؤولية به تجاه الطالب<sup>5</sup> .

---

<sup>1</sup> — ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الأصل ثم الدمشقي الصالحي، ولد بجماعيل من عمل نابلس في فلسطين سنة 541 هـ ، وقدم دمشق مع أهله، حفظ القرآن دون سن البلوغ وحفظ مختصر الخرقى ، وكتب الخط المليح ، وقرأ على مشايخ دمشق ، ثم سافر إلى بغداد هو وابن خالته الحافظ عبد الغني المقدسي سنة إحدى وستين ، وأقاما بها أربع سنوات يدرس على شيوخها ، ثم عاد إلى دمشق، لم يكن يرى الخوض مع المتكلمين في دقائق الكلام وكان كثير المتابعة للمنقول في باب الأصول وغيره ، ولا يرى إطلاق ما لم يؤثر من العبارات، توفي يوم السبت في يوم عيد الفطر عام 620 هـ ودفن من الغد في جبل قاسيون خلف الجامع المطرفي . له مؤلفات كثيرة منها : المغني ، وهو أكبر كتبه ومن كتب الإسلام المعدودة ، روضة الناظر وجنة المناظر . (ابن رجب: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي (ت: 795 هـ)، ذيل طبقات الحنابلة، تحقيق: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين ، مكتبة العبيكان - الرياض، الطبعة الأولى، (1425 هـ - 2005 م)، الجزء الثالث، ص: 281، 383).

<sup>2</sup> — ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620 هـ)، المغني، مكتبة القاهرة، (د، ط)، (1388 هـ - 1968 م)، الجزء الرابع، ص: 399.

<sup>3</sup> — ابن مفلح: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، الشيخ الإمام العالم العلامة وحيد دهره وفريد عصره شيخ الإسلام وأحد الأئمة الأعلام سمع من عيسى المطعم وغيره وتفقه وبرع ودرس وأفتى وناظر وحدث وأفاد وناب في الحكم عن قاضي القضاة جمال الدين المرادوي وتزوج ابنته وله منها سبعة أولاد ذكور وإناث وكان آية وغاية في نقل مذهب الإمام أحمد ، توفي ليلة الخميس ثاني رجب سنة 763 هـ بسكنة بالصالحية ودفن بالروضة بالقرب من الشيخ موفق الدين، جمع مصنفات منها على المقنع نحو ثلاثين مجلداً وعلى المنتقى مجلدين وكتاب الفروع أربع مجلدات قد اشتهر في الآفاق وهو من أجل الكتب وأنفها وأجمعها للفوا . (ابن العماد: عبد الحي بن أحمد بن محمد الحنبلي، أبو الفلاح ( ت: 1089 هـ)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، تحقيق: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق ، الطبعة الأولى، (1406 هـ - 1986 م)، الجزء الثامن، ص: 340).

<sup>4</sup> — ابن مفلح: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج (ت: 763 هـ)، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى (1424 هـ - 2003 م)، الجزء السادس، ص: 391.

<sup>5</sup> — الزرقا: مصطفى أحمد، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 608.

فمثلاً: لو كان شخص مدين لآخر بشيء، إلا أن الدائن لا يثق بحضوره في الموعد المتفق عليه بينهما، فيتكفل شخص ثالث بإحضار المدين في الوقت المقرر، و يسمى الطرف الثالث "كفي لا" والمدين "مكفولاً" والدائن "مكفولاً له".

### ثانياً: تعريف الكفالة في القانون

نظم المشرع الجزائري أحكام الكفالة في الباب الحادي عشر من الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات و العقود في المواد من 644 إلى 673.

إن التأمينات الخاصة تتمثل في حصول الدائن على ضمان يكفل له استيفاء حقه رغم إعسار المدين، ويتحقق هذا إذا تقدم شخص آخر أو أشخاص آخرون بجانب المدين كضمان للدائن أن يوفيه حقه إذا عجز مدينه عن الوفاء، ويكون التأمين في هذه الحالة شخصياً. ويتحقق الضمان الخاص كذلك إذا خصص مال مملوك للمدين أو لغيره للوفاء بدين الدائن فيستوفي الدائن حقه من هذا المال قبل غيره من الدائنين، ويتبعه في أي يد يكون. والتأمين في هذه الحالة إذن يرد على مال معين فهو تأمين عيني وفي هذا البحث سأقتصر على التأمين الشخصي المتمثل في عقد الكفالة حيث سأطرق إلى بيان تعريفها في القانون.

### تعريف الكفالة في قانون الموجبات والعقود اللبناني:

عرفتها المادة 1053 بأنها: " عقد بمقتضاه يلتزم شخص تجاه الدائن تنفيذ واجب مديونه، إذا لم يقيم هذا المديون بتنفيذه"<sup>1</sup>.

يؤخذ من هذا التعريف أن الكفالة عقد يلتزم به الكفيل إزاء الدائن، أي أنها عقد بين الكفيل والدائن فقط، والمدين ليس هو طرفاً فيه.

### تعريف الكفالة في القانون المدني المصري:

عرفت المادة 772 من القانون المدني الكفالة بقولها: " الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي المدين نفسه"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> — نجيم: هاري إدوارد، الكفالة في القوانين والاجتهادات اللبنانية والأجنبية، بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ( 1417 هـ ، 1996 م )، ص: 17.

<sup>2</sup> — العمروسي: أنور، التضامن، والتضامم، والكفالة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - مصر ، الطبعة الأولى ( 1999 )، ص: 235.

يتضح من هذا التعريف أن الكفالة تفترض وجود دين أصلي تعمل على ضمان الوفاء به، فالكفالة تابعة دائما للالتزام من الالتزامات، والتبعية هي أهم خصائص الكفالة، بل هي أهم خصائص التأمينات جميعا على اختلاف أنواعها<sup>1</sup>.

### تعريف الكفالة في القانون المدني الجزائري:

نصت المادة 644 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"<sup>2</sup>. يلاحظ أن هذه المادة مقابلة للمادة 772 من القانون المدني المصري، كما يتبين من هذا التعريف أن الكفالة عقد يتم بين الكفيل والدائن دون المدين، ولا يشترط إذن رضا المدين وموافقته، بل يمكن أن تتم الكفالة دون علمه ورغم معارضته، ورغم ذلك فالمدين له دور هام في وجود الكفالة، حيث أن هذا الكفيل ما تبرع إلا ليضمن التزام هذا المدين لدائنه، وليوفر له الثقة والائتمان لدى دائنه، وبالتالي ليمنح هذا الأخير الأمن والأمان.

ويتبين أيضا من هذا التعريف أن الكفالة تتركز على التزام أصلي، وتعمل على ضمان الوفاء به، لأن الكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل محله الوفاء بالالتزام الأصلي إذا لم يف به المدين<sup>3</sup>.

### ثالثا: التعريف المختار:

من خلال التعاريف السابقة للكفالة عند كل من فقهاء المسلمين وفي القانون يلاحظ أنهم يلتقون حول فكرة جوهرية مفادها أن الكفالة هي الضم أو النقل للحق من ذمة إلى ذمة أخرى على سبيل الإلزام.

وإذا كان الأمر كذلك فإننا يجب أن نضع في الاعتبار القيود، أو الضوابط التالية حتى نضع تعريفا جامعا مانعا للكفالة وهي:

- أن الكفالة ترتب التزاما يثبت في ذمة الكفيل، وذلك من خلال اتفاق عقدي.

- إن نوع هذا الالتزام يتسع ليشمل أي حق من الحقوق.

<sup>1</sup> — تناغوا: سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، منشأة المعارف - الاسكندرية - مصر، (د،ط)، (1996م)، ص: 21.

<sup>2</sup> — القانون رقم 05 — 10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق 20 يونيو 2005، يعدل و يتمم الأمر رقم 75 — 58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> — سي يوسف: زاهية، عقد الكفالة، دار الأمل - تيزي وزو - الجزائر، (د،ط)، (2001م)، ص: 16.

- يتحمل هذا الالتزام من كان أهلا للالتزام.

- يشترط في الحق أن يكون ثابتا في ذمة المدين.

من هذه القيود التي استقينها من تعاريف فقهاء المسلمين والقانون، يمكن القول أن الكفالة هي: "عقد بمقتضاه يكفل شخص مكلف مختار حقا ثابتا في ذمة غيره، بأن يتعهد للدائن بأن يضمن هذا الحق إذا لم يف به المدين".

وهذا التعريف يتميز بكونه جامعا لكل أفراد، مانعا غيرها من الدخول فيها، وقد جاءت عباراته مؤدية للغرض المطلوب، في وضوح لا يحتاج إلى أي تفسير، ولا يقبل أي تأويل، وهو يصلح للاستعمال في التشريعين الإسلامي والوضعي.

فالقول: "عقد" يشمل أي عقد سواء أكان عقد معاوضة، أم عقد تبرع، أم غيرهما.

"بمقتضاه يكفل شخص مكلف مختار" يراد به بيان الواقع، إذ أن الكفالة اسم للعقد الذي يقتضي الالتزام، يستثنى من ذلك العقد الذي لا يرتب التزاما كعقود التبرع مثلا. كما يشترط لصحة العقد أن يكون الكفيل أهلا للالتزام، بأن يكون بالغاً، عاقلاً، حراً، مختاراً.

"حقا ثابتا في ذمة غيره" بيان لطبيعة نوع الالتزام، إذ هو التزام لمسمى الحق الثابت في ذمة المكفول عنه.

"بأن يتعهد للدائن بأن يضمن هذا الحق إذا لم يف به المدين" يظهر أثر هذا الالتزام الذي هو أثر العقد وثمرته.

## الفرع الثالث: خصائص عقد الكفالة

بالنظر إلى تعريف فقهاء المسلمين، والقانون المدني الجزائري لعقد الكفالة، يمكن معرفة خصائصها:

### 1 \_ عقد الكفالة عقد رضائي

ينعقد بمجرد تراض ما بين الدائن والكفيل، ولا يشترط فيه أي شكل خاص، ولا يؤثر في الطابع الرضائي لعقد الكفالة اشتراط المشرع الجزائري في المادة 645 من القانون المدني وجوب ثبوتها بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة. ومن ثمة كانت الكتابة هنا وسيلة إثبات، وليس ركناً من أركان قيام العقد، فهي بذلك تخضع للقاعدة العامة في إبرام العقود وهي الرضائية. وهذا على خلاف بعض التشريعات، كالتشريع السويسري الذي يشترط لانعقاد الكفالة أن تفرغ في عقد رسمي ( وفقاً للمادة 493 من قانون الالتزامات السويسري )، وذلك تقديراً لخطورة هذا العقد بالنسبة للكفيل الذي تعرض ذمته للإعسار المدني بسبب دين لا مصلحة له فيه<sup>1</sup>. وكذلك فقهاء المسلمين يرون أنه لا بد من رضی الضامن، فإن أكره على الضمان لم يصح، ولا يعتبر رضی المضمون عنه. لا نعلم فيه خلافاً. لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح، فكذلك إذا ضمن عنه. ولا يعتبر رضی المضمون له. وقال أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن الشيباني: يعتبر؛ لأنه إثبات مال لآدمي، فلم يثبت إلا برضاه أو رضی من ينوب عنه<sup>2</sup>.

### 2 \_ الكفالة عقد ضمان شخصي

الكفالة من نظم التأمينات الشخصية، وهي الصورة النموذجية لهذه النظم، فالكفيل لا يرهن مالا من أمواله ضماناً لدين الدائن، والدائن لا يحصل على حق عيني تبعي على مال من أموال الكفيل، ولكن حقه يرد فقط على الضمان العام للكفيل. ولذلك كما يتعرض الدائن لمخاطر الضمان العام في رجوعه على المدين، فهو يتعرض لنفس المخاطر في رجوعه على الكفيل، وهي مخاطر الإعسار،

<sup>1</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 17.

<sup>2</sup> \* الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1406 هـ، 1986م)، الجزء السادس، ص: 2.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620 هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 400.

إعسار المدين أو إعسار الكفيل، ولهذا فإن الكفالة لا تعتبر في قوة الرهن، وغيره من التأمينات العينية من حيث الضمان، حتى قيل أن الرهن يوفي الدين، أما الكفالة فهي تنشأ منازعتين أو دعويين<sup>1</sup>.

وإذا تأملنا الفقه الإسلامي نجد أنه هو الآخر يجعل الكفالة ضمن عقود الضمان الشخصي، قال تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾<sup>2</sup>. قال ابن عباس رضي الله عنه: الزعيم الكفيل<sup>3</sup>.

وعن أبي أمامة رضي الله عنه أن الرسول ﷺ، قال: (الزعيم غارم)<sup>4</sup>. الزعيم: الكفيل، غارم: أي يلزم نفسه ما ضمنه، والغرم أداء شيء يلزمه، والمعنى ضامن، ومن ضمن ديننا لزمه أداؤه<sup>5</sup>.

### 3 — الكفالة عقد تابع لعقد أصلي

عقد الكفالة لا يقوم إلا لضمان دين أصلي، ولذلك فالكفالة عقد تابع لهذا الالتزام، وهي أهم خاصية لعقد الكفالة، ويترتب على هذه الخاصية أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد عبثاً من التزام المدين الأصلي، وإلا وجب تخفيضه لكي يتساوى مع الالتزام المكفول، وفقاً للمادة 652 مدني جزائري التي تنص: (لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ وبشرط أهون). وتتبع الكفالة العقد الأصلي من حيث وجوده وصحته وانقضائه وقابليته للفسخ. ومن نتائج ذلك أنه متى كان الالتزام الأصلي معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل، كان التزام الكفيل أيضاً معلقاً على شرط أو مقرونناً بأجل<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 23.

<sup>2</sup> — سورة يوسف، الآية رقم: 72.

<sup>3</sup> — الطبري: محمد بن جرير بن يزيد، أبو جعفر (ت: 310 هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر الدكتور عبد السند حسن بمامة، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى (1422 هـ، 2001م)، الجزء الثالث عشر، ص: 253.

<sup>4</sup> — الترمذي: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، الجامع الصحيح سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر، الطبعة الثانية، (1395 هـ، 1975م)، أبواب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، رقم الحديث: 2120 الجزء الرابع، ص: 433.

<sup>5</sup> — المبار كفوري: أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم (ت: 1353 هـ)، تحفة الأحمدي بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، (د، ط)، (د، ت)، الجزء السادس، ص: 260.

<sup>6</sup> — زهران: همام محمد محمود، التأمينات العينية والشخصية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، منشأة المعارف بالاسكندرية - مصر - (د، ط)، (2001م)، ص: 30.

أما تبعية الكفالة للعقد الأصلي في اصطلاح فقهاء المسلمين ففي الأصح عند الحنفية: هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقاً أي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين في المطالبة بنفس أو بدين أو عين كمغصوب ونحوه، فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل، ولا يسقط عن الأصيل. وقال المالكية والشافعية والحنابلة: الكفالة: هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق أي في الدين، فيثبت الدين في ذمتها جميعاً. ويلاحظ أنه ليس من ضرورة ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل أن يترتب عليه زيادة حق للدائن؛ لأن الدين وإن ثبت في ذمة الكفيل، فلا يحق لرب الدين إلا استيفاء قيمة واحدة: إما من الكفيل أو من الأصيل<sup>1</sup>.

#### 4 — الكفالة عقد ملزم لجانب واحد

الكفالة في صورتها المعتادة تعهد من الكفيل للدائن بضمان حقه لدى المدين ، ويقتصر دور الدائن على قبوله، فيتم الاتفاق على الكفالة . فهي إذا عقد ملزم لجانب واحد وهو جانب الكفيل ، أما الدائن فلا يلتزم مقابل الكفالة بأي التزام، وهذا هو الرأي السائد في الفقه<sup>2</sup>.

إذا الأصل هو أن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد، إلا أنه إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل نظير كفالته للدائن، فإن الكفالة تصبح عقدا ملزما للجانبين حيث تنشأ عنه التزامات متبادلة على عاتق كل من الدائن والكفيل، هذه الالتزامات المتقابلة يرتبط بعضها ببعض، بحيث يعتبر كل منها سببا لقيام الالتزام المقابل.

هذا ويمكن أن يشترط الكفيل على الدائن، عند إبرام الكفالة، بعض الاشتراطات لمصلحة المدين (أو الغير) كاشتراط منح المدين أجلا أوسع للوفاء بالدين أو اشتراط زيادة مقدار القرض له، فهنا تكون الكفالة ملزمة للجانبين في صورة اشتراط لمصلحة الغير، حيث يتعهد الدائن في مواجهة الكفيل، مقابل كفالته للدائن ببدء معين لمصلحة المدين الذي يعتبر من الغير بالنسبة للعقد<sup>3</sup> . ويمكن أن يلتزم المدين بدفع مبلغ معين للكفيل مقابل كفالته له، و يتحقق ذلك عندما يقوم البنك بكفالة المدين من خلال تقديم خطاب ضمان، ويتقاضى أجرا على ذلك، في هذه الحالة تظل

<sup>1</sup> — الزحيلي: وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامى وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، دار الفكر - سورية - دمشق، الطبعة الثانية (1405 هـ - 1985م)، الجزء السادس، ص: 3.

<sup>2</sup> — سعد: نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف بالاسكندرية - مصر، (د،ط) ، (د،ت)، ص: 251.

<sup>3</sup> — سارة: سليمان، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري (مذكرة نخرج) المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر (2001،2004)، ص: 5.



الكفالة عقدا ملزما لجانب واحد لأن الكفيل (البنك) هو الملتزم بالضمان تجاه الدائن الذي لا يلتزم بأي شيء، فالمدين هو الذي يدفع المقابل للبنك، وهو ليس طرفا في الكفالة. هذا وإذا كان القانون يفرض على الدائن بعض الالتزامات فإنها ليست ناشئة عن عقد الكفالة، وإنما يفرضها القانون عليه، والتي تلزم الدائن وقت استيفائه الدين تسليم المستندات للكفيل لاستعمال حقه في الرجوع على المدين، وحقيقة الأمر أن مثل هذا الالتزام لا يقع على الدائن نتيجة عقد الكفالة، ولكنه يترتب عن واقعة الوفاء بالدين، والتي تعتبر لاحقة لإبرام عقد الكفالة، ومن ثمة يكون من غير المتصور أن نصف عقد الكفالة بأنه ملزم لجانبين بما يترتب من آثار عن واقعة مستقلة و خارجة عنه<sup>1</sup>.

وكذلك الحالات المنصوص عليها بالمواد 657، 658، 659 من ق.م.ج وهي ألا يعمل الدائن بخطئه على تضييع التأمينات الأخرى وأن يرجع على المدين خلال 6 أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له وأن يدخل في تفلح المدين و حقيقة هذه الالتزامات أنها شروط يفرضها القانون على الدائن لرجوعه على الكفيل وفي حالة الإخلال بها ينقضي الالتزام.

إن مثل هذه الالتزامات لا تغير من طبيعة عقد الكفالة، وتجعله عقدا ملزما للجانبين لأنها لا تنشأ عن عقد الكفالة نفسه، بل تترتب عن وفاء الدين كواقعة لاحقة لإبرام العقد و مستقلة عنه، أو كشرط لازمة لإمكان المطالبة والعودة على الكفيل<sup>2</sup>.

أما في الفقه الإسلامي فالكفالة تنعقد وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده، وهذا ما جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة 621.

فهي بذلك تصدر وتنفذ من الكفيل فقط، ما لم يردها المكفول له وهو الدائن<sup>3</sup>. ويشترط في الكفيل أن يكون ممن يصح تبرعه، وهو الحر غير المحجور عليه، لكي تكون الكفالة صحيحة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — المادة 659 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 19.

<sup>3</sup> — أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه (دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري)، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس — فلسطين (2006)، ص: 15.

<sup>4</sup> — البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع إلى متن الإقناع، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د، ط)، (1982)، الجزء الثالث، ص: 363.

## 5 \_ الكفالة عقد من عقود التبرع:

الكفيل قد يكون متبرعاً للمدين بالكفالة، وقد يكون متبرعاً بحقه في الرجوع عليه بعد الوفاء بالمدين، وقد لا يكون متبرعاً له بشيء من ذلك بل كفالة مقابل مبلغ نقدي مع حفظ حقه في الرجوع بما يوفيه للدائن. وكل هذا لا يؤثر في طبيعة عقد الكفالة، لأن العلاقة بين الكفيل والمدين خارجه عن هذا العقد إذا المدين أجنبي عن عقد الكفالة. ويترتب على اعتبار عقد الكفالة من عقود التبرع اشتراط أهلية خاصة في الكفيل حتى يعتبر العقد صحيحاً وهي أهلية التبرع، وكذلك تترتب آثار أخرى تتعلق بشروط دعوى عدم نفاذ التصرفات وحق الوكيل في إبرام الكفالة نيابة عن موكله<sup>1</sup>.

ولقد اتفق فقهاء المسلمين على اعتبار عقد الكفالة عقد تبرع، وعليه يجب أن يكون أهلاً للتبرع، فلا تجوز كفالة المكره والمجنون والصبي ولو كان مميزاً، لنقص أهليتهم ولعدم رشدهم<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> \_ تناغوا: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 27.

<sup>2</sup> \_ البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع إلى متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 363.

## المطلب الثالث: نشأة وتطور الكفالة

### تمهيد

تعد الكفالة من العقود المهمة قديما وحديثا، فهي اليوم عماد الحياة الاقتصادية، وتقوم عليها معظم العمليات المصرفية، لأهمية دور الكفيل أو الضمان. فأبي دائن يفكر أولا بضمان دينه، ويلزم مدينه بتقديم ضمانات من أجل ذلك. وهذه الأفكار القانونية الحديثة لم تكن بعيدة عن أفكار البابليين، إذ عاش البابليون حياة اقتصادية نشيطة، لعب المعبد دورا هاما فيها، وكذلك القصر لم يكن بعيدا عن ممارسة الأعمال التجارية بما فيها توثيق الكفالة والضمان.

ولم تكن الكفالة في أول عهود القانون الروماني تتميز عن فكرة التضامن في المديونية، إذ كان لهما شكل واحد بمقتضاه يلتزم كل من الكفيل والمدين المتضامن، فالكفيل بدأ مدينا متضامنا مع المدين الأصلي، ثم بدأت الكفالة تتمايز شيئا فشيئا عن فكرة التضامن في المديونية عندما صار القانون الروماني يعرف ثلاثة أنواع من الكفالة، نوعان يلتزم فيهما الكفيل التزاما أصليا مستقلا عن التزام المدين، وفي النوع الثالث يلتزم التزاما تابعا لالتزام المدين لكنه كفيل متضامن معه. ثم عرف القانون البريتوري (القضائي) نوعا جديدا من كفالة الغير يلتزم فيه الكفيل الوفاء بدين موجود في ذمة الغير. وقد عرف الإسلام الكفالة وجعلها من أعمال البر وطريق لرضا الديان، وتحقيق لمراد الله في خلقه، حيث أنها تعمل على تحقيق التكافل والتعاون بين المسلمين. كذلك القانون المقارن الحديث لا زال يعرف الكفالة التي هي أهم صور التأمينات الشخصية.

لذا سأتناول نشأة وتطور الكفالة عند البابليين، وفي القانون الروماني، ثم الشريعة الإسلامية، وانتهاء بالعصر الحديث.

### الفرع الأول: الكفالة في الحضارة البابلية القديمة

تعد الكفالة في العصر البابلي القديم من الضمانات الرئيسية والمهمة في ميدان المعاملات الاقتصادية. والمقصود بالكفالة أن يقوم أحد الأشخاص بضمان المدين ليتمكن الدائن من استعادة أمواله، وفي حالة إخلال المدين ببنود العقد عند حلول أجل التسديد، فإن الكفيل يكون مسؤولا عن الدفع بدلا منه.

وقد عرف العراقيون القدماء نوعين من الكفالة: كفالة على النفس، والتي تنصب على التزام الكفيل بإحضار الشخص المكفول في أجل معين، وإلا ترتبت عليه المسؤولية.

أما الكفالة على الأموال، فإن كان مالا عينيا كالحبوب، وجب تحديد النوع والوزن، وإن كان شيئا يقوم مقام النقد كالفضة، وجب تحديد الكمية التي يلزم الكفيل بدفعها عند إخلال المدين بالتزاماته العقدية، وكان يتم تقديم كفيل واحد أو عدة كفلاء لضمان شخص واحد، وقد يحدث العكس بأن يكفل شخص واحد العديد من المدينين.

ومما تجدر الإشارة إليه هو أن الكفالة في المجتمع البابلي كانت تنقل المسؤولية من المدين إلى الكفيل، إذ نجد أن الكفيل يقوم بدور الوكيل بالنسبة للدائن، وعندما يكون الضامن غير قادر على ضمان حضور المدين أو دفع الدين، مهما كانت الحالة، فإنه مجبر على أن يقف محل المدين<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الكفالة في القانون الروماني

كان المدين في العصور القديمة يلتزم بالدين في جسمه لا في ماله، فكان القانون الروماني القديم يبيح للدائن أن يملك المدين الذي لا يفي بدينه فيسترقه بل ويقتله<sup>2</sup>، وكانت الإجراءات القضائية منذ المراحل الأولى للقانون الروماني تقتضي تقديم كفلاء على أنواع مختلفة. وخارج الإجراءات القضائية ظهرت الحاجة إلى الكفلاء لضمان الوفاء بدين من اضطرتته الحاجة إلى ائتمان الغير. والكفالة تتحقق إذا تقدم شخص آخر غير المدين يضمن للدائن الوفاء بالدين<sup>3</sup>.

وكان مركز الكفيل أسوأ من موقف المدين الأصلي، وعلى هذا كان الكفيل يتعرض لأن يقتل أو يباع عبدا في الأسواق إذا لم يقيم المدين بالوفاء، إلا أن هذا الخطر الشديد كان يمنع أي شخص غير متأكد من يساره من كفالة شخص آخر، وبهذا كانت الكفالة وسيلة فعالة لضمان الوفاء بالديون. وعلى هذا عندما ظهرت فكرة التبعية للكفالة في آخر تطور القانون الروماني، وامتنع التنفيذ على الشخص ذاته ولم تعد الكفالة تحقق نفس الضمان الأكيد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — الشمري: لقاء جليل عيسى، الكفالة في النصوص المسمارية البابلية القديمة، مجلة القادسية في الآداب والعلوم التربوية (العراق)، المجلد التاسع،

العددان (3،4)، سنة 2010، ص: 119.

<sup>2</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 807.

<sup>3</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 10.

<sup>4</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، المرجع نفسه، ص: 11.

### الفرع الثالث: الكفالة في الشريعة الإسلامية

جاءت الكفالة متمشية مع كثير من التشريعات التي شرعها الله من أجل تحقيق حاجات الناس ورغباتهم. حيث أنها تعمل على تحقيق التكافل والتعاون بين المسلمين، فقد قال الله تعالى:

﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾<sup>1</sup>.

يضاف إلى ذلك أن الشريعة الإسلامية وهي تشرع هذا التشريع راعت الإنصاف والعدل بين الكفيل المتبرع بالالتزام وبين المكفول له، وكذلك المكفول عنه<sup>2</sup>.

عن أبي أمامة رضي الله عنه ، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (إن الله عز وجل قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث، ولا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها)، فقيل يارسول الله، ولا الطعام، قال: (ذاك أفضل أموالنا) ثم قال: (العور مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم)<sup>3</sup>.

والزعيم هو الكفيل الذي يضمن الدين.

### الفرع الرابع: الكفالة في العصر الحديث

رغم أن الكفالة قد اختفت في حقبة من الزمان إلا أن الأمور مع العصر الحديث تبدلت مرة أخرى، وانتعشت من جديد، بل تكاد تكون هي الأصل.

وقد انتشرت الكفالة خصوصاً بعد توسع المعاملات بين الناس وقيامها أكثر فأكثر على السرعة والثقة والعلاقات الشخصية. وقد ساهم تطور العمل المصرفي في انتشار هذا النوع من التأمينات، فعرفت البنوك أولاً الكفالة في شكلها التقليدي بحيث يطلب البنك من العميل تقديم كفيل يضمن الدين الذي في ذمته، وقد يكون البنك كفيلاً يضمن عميله في ما نشأ في ذمته من ديون لدى الغير كالتجار والموردين وغيرهم. ثم تطور نظام الكفالات في المجال المصرفي، فأصبحت للكفالات البنكية أبعاداً وصيغاً جديدة أو جدها النظام والقانون والأعراف المصرفية واتفاق الأطراف،

<sup>1</sup> — سورة المائدة، الآية رقم: 02.

<sup>2</sup> — برج: أحمد محمد إسماعيل، الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة وتطبيقات معاصرة)، دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - مصر، (د، ط)، (2004)، ص: 2.

<sup>3</sup> — أبو داود: سليمان بن الأشعث بن إسحاق (ت: 275هـ)، سنن أبي داود، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت - لبنان، (د، ط)، (د، ت)، كتاب البيوع، باب: في تضمين العور، رقم الحديث: 2565، الجزء الثالث، ص: 296.

وأصبحت هذه الصيغ المبتكرة متميزة عن مفهوم الكفالة التقليدية، ونجد من بينها ما يسمى بـخطابات الضمان المصرفية التي تقوم البنوك الإسلامية بتقديمها لعملائها<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 12.

## المبحث الثاني

### تمييز عقد الكفالة عن بعض الأنظمة الأخرى المشابهة له

تعتبر الكفالة أداة ائتمان من الناحية الاقتصادية، وهي وسيلة ضمان من الناحية القانونية، لذلك نجد هناك أنظمة أخرى شبيهة بالكفالة سواء من حيث تكوينها القانوني، أو من حيث وظيفتها الاقتصادية. مما يصعب أحيانا تحديد القواعد التي يجب أن تطبق على عقد ما، هل هو كفالة أو عقد آخر، لتشابه الأحكام القانونية، لذلك كان لا بد من تمييز الكفالة عن أنظمة قانونية تختلط أحيانا بأحكامها.

وسأتناول هذا المبحث في خمسة مطالب على النحو الآتي:

- المطلب الأول : الكفالة والحوالة .
- المطلب الثاني : الكفالة والتضامن .
- المطلب الثالث : الكفالة والفضالة .
- المطلب الرابع : الكفالة والتعهد عن الغير .
- المطلب الخامس : الكفالة والإنابة في الوفاء .

## المطلب الأول: الكفالة والحوالة

قبل التطرق إلى تمييز عقد الكفالة عن الحوالة، لا بد من تعريف الحوالة، لكي نستطيع استخلاص أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

### الفرع الأول: تعريف الحوالة عند فقهاء المسلمين

سأذكر عينة من تعاريف الفقهاء للحوالة. وأبين الفرق بينها وبين الكفالة.

#### 1 — تعريف الحوالة عند الحنفية

اختلف الحنفية في تعريف الحوالة تبعاً لاختلافهم في الأثر المترتب عليها .

فمن قال بأنها توجب براءة ذمة المحيل من الدين والمطالبة معها، عرفها بأنها: (نقل الدين من ذمة إلى ذمة)<sup>1</sup>؛ أي من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وهذا هو القول الصحيح في المذهب، وهو منسوب إلى أبي يوسف.

ومن قال بأنها لا توجب براءة ذمة المحيل إلا من المطالبة فقط مع بقاء الدين في ذمته، عرفها بأنها: (نقل المطالبة من ذمة المديون إلى ذمة الملتزم)<sup>2</sup>، وهذا القول منسوب إلى محمد بن الحسن .

وبالنظر إلى ما سبق يتبين اتفاق مذهب الحنفية على أصل النقل، ولكن اختلفوا هل هذا النقل للدين والمطالبة أم للمطالبة فقط، وتظهر ثمره هذا الخلاف في مسألتين :

**الأولى :** ما إذا أبرأ المحال بعد الحوالة المحيل فلا يصح في قول أبي يوسف؛ لأنه برئ أساساً، ويصح على القول الثاني.

**الثانية :** إذا أحال الراهن المرتهن على أحد، فعند أبي يوسف يسترد الرهن، وليس له استرداده عند الإمام محمد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي (ت 743 هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى (1313 هـ)، الجزء الرابع، ص: 171 .

<sup>2</sup> — ابن الممام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري (ت: 681 هـ)، فتح القدير على الهداية، دار الفكر - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1397 هـ، 1977 م)، الجزء السابع، ص: 238.

<sup>3</sup> — ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري (ت: 970 هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الكتاب الإسلامي - القاهرة - مصر، الطبعة الثانية، (د،ت)، الجزء السادس، ص: 267.



## 2 – تعريف الحوالة عند المالكية

هي نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى<sup>1</sup>.  
وقال ابن عرفة: الحوالة طرح الدين عن ذمة بمثله في أخرى لامتناع تعلق الدين بما هو له<sup>2</sup>.  
وقيل هي: صرف دين عن ذمة المدين بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى. والصرف هنا بمعنى طرح الدين ونقله<sup>3</sup>.

## 3 – تعريف الحوالة عند الشافعية

هي عقد يقتضي نقل الدين من ذمة إلى ذمة، وتطلق على انتقاله من ذمة إلى أخرى<sup>4</sup>.

## 4 – تعريف الحوالة عند الحنابلة

هي نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه<sup>5</sup>.  
أو هي انتقال مال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، بحيث لا رجوع على المحيل بحال، أو هي تحويل الحق من ذمة إلى ذمة<sup>6</sup>.  
من خلال تعريف الفقهاء للحوالة نجد:

1 – أن الدين في الكفالة يبقى في ذمة الأصيل بالإضافة إلى ذمة الكفيل، فالدائن فيها يطالب كلا من الكفيل والمكفول<sup>7</sup>، في حين أن الدين في الحوالة ينتقل إلى ذمة المحال عليه بصورة توجب براءة

<sup>1</sup> – الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الثالث، ص: 225.

<sup>2</sup> – الخطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (ت: 954هـ)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1412هـ، 1992م)، الجزء الخامس، ص: 90.

<sup>3</sup> – الدردير: أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد (ت: 1201هـ)، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه مصر، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الرابع، ص: 554.

<sup>4</sup> – الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 189.

<sup>5</sup> – ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1414هـ، 1994م)، الجزء الثاني، ص: 123.

<sup>6</sup> – \* البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس (ت: 1051هـ)، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1414هـ، 1993م)، الجزء الثاني، ص: 135.

\* الزركشي: شمس الدين محمد بن عبد الله المصري الحنبلي (ت: 772هـ)، شرح الزركشي، تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة العبيكان - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (1413هـ، 1993م)، الجزء الرابع، ص: 109.

<sup>7</sup> – ابن عابدين: محمد أمين (ت: 122هـ)، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص: 284.

الأصيل؛ أي (المحيل) من الدين، وبالتالي ينحصر حق المحال في مطالبة المحال عليه، الذي يصبح بالحوالة مكلفاً بأداء الدين<sup>1</sup>.

2 — بما أن الكفالة تنعقد دون حاجة لقبول المكفول له، ولكن في الحوالة فإنه يشترط قبول المحال له<sup>2</sup>.

3 — نجد أن محل الحوالة يجب أن يكون معلوماً، أما محل الكفالة إذا كان مالا فإنه يجوز أن يكون غير معلوم<sup>3</sup>.

4 — يشترط في الحوالة أن يكون المحيل (المدين) عاقلاً، وهذا طبيعي لأنه طرف في انعقاد الحوالة<sup>4</sup>. أما المدين في الكفالة فلا يشترط له أهلية معينة، لأنه ليس طرفاً في عقد الكفالة.

### الفرع الثاني: تعريف الحوالة في القانون

نظم القانون المدني الجزائري الحوالة المدنية في الفصلين الأول والثاني من الباب الرابع تحت عنوان: انتقال الالتزام، حيث تناول في الفصل الأول: حوالة الحق في المواد (من: 239 إلى 250) وفي الفصل الثاني تناول: حوالة الدين في المواد (من: 251 إلى 257).

لذلك سأتناول مفهوم حوالة الحق وحوالة الدين، وبيان الفرق بينهما وبين الكفالة.

### 1 — حوالة الحق

وهي أن يحول الدائن حقه إلى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام، وتتم دون رضا المدين<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — \* القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (ت: 684هـ)، الذخيرة، المحقق: محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1994م)، الجزء التاسع، ص: 244.

\* الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (ت: 450هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، المحقق: الشيخ علي محمد معوض — الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1419هـ، 1990م)، الجزء السادس، ص: 421.

<sup>2</sup> — الباري: محمد بن محمود (786هـ)، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 239.

<sup>3</sup> — ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري (ت: 970هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 270.

<sup>4</sup> — المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، (د،ت)، الجزء الخامس، ص: 227.

<sup>5</sup> — المادة 239 مدني جزائري.

ووفقا لهذا التعريف لحوالة الحق فهي تنعقد بين المحيل والمحال له وهي تنعقد أيضا دون حاجة إلى رضاء المدين<sup>1</sup>.

ومرد ذلك أن الأخير لا يعنيه شأن الدائن بل المهم لديه محل الالتزام، لأن عبء الالتزام عليه لا يعنيه في سبيل الخلاص منه أن يوفيه لشخص أو لآخر<sup>2</sup>.

## 2 – حوالة الدين

وتتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين<sup>3</sup>.

يتضح من هذا التعريف لحوالة الدين أنها تتفق من حيث المضمون، ويتمثل المضمون هنا بالتغيير السلبي للالتزام والمتمثل في المحيل الذي أصبح مدينا في حوالة الدين، بعد أن كان دائنا في حوالة الحق وأصبح ينقل عبئا ماديا مترتبا في ذمته بعد أن كان ينقل في حوالة الحق حقا مترتبا له في ذمة الآخر<sup>4</sup>.

## الفرق بين الكفالة وحوالة الحق

1 – جاء في المادة 245 من القانون المدني الجزائري: (لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص بهذا الضمان).

وإذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى يسار المدين وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك).

بمعنى أنه إذا وجد اتفاق بين الدائن (المحيل) والمحال له (الدائن الآخر) على ضمان يسار المدين، وإذا لم يكن المدين كذلك فإن المحيل يلزم بالوفاء أو التعويض، ورغم قبوله بالحوالة أن يتمسك في مواجهة المحال له بكافة الدفع التي كانت ثابتة له قبل المحيل<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> – الشرفاوي: جميل، دروس في النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام)، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر، (د،ط)، (1977)، ص: 229

<sup>2</sup> – تناغو: سمير، وآخرين، القانون والالتزام (نظرية الحق، نظرية العقد، نظرية الالتزام)، مكتبة دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - مصر، (د،ط)، (1997)، ص: 295.

<sup>3</sup> – المادة 251 من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup> – الحجج: أمير أحمد فتوح، آثار عقد الحوالة المدنية (دراسة مقارنة)، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس - فلسطين (2008)، ص: 32.

<sup>5</sup> – سعد: نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام)، مكتبة دار الجامعة العربية الجديدة للمنشورات مصر، (د،ط)، (2003)، ص: 257.

2 — كذلك الحال في المادة 1/244 من القانون المدني الجزائري: (إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة ...).

المحيل هنا يضمن الحق في ذمة المدين إذا كانت الحوالة بعوض، أما إذا لم يكن كذلك فلا يضمن الحق، وضمان المحيل للحق في ذمة المدين يشبه الكفيل، لكن ضمان وجود الحق من المحيل هو التزام أصلي، لأن المحيل أخذ عوض من المحال له (الدائن)، فإن تخلف عن التزامه فإنه يتحمل المسؤولية ويلزم بالتعويض.

3 — يشترط لنفاذ حوالة الحق بحق المدين رضاه بما، حتى يكون على علم لمن سيوفي الدين<sup>1</sup>. في حين الكفالة لا يشترط فيها رضا المدين، لنفاذها بحقه، لأنه ليس طرفا فيها<sup>2</sup>.

### الفرق بين الكفالة وحوالة الدين

1 — حوالة الدين هي أن يتفق المدين مع شخص آخر أن يتحمل عنه الدين<sup>3</sup>، ويشبه المحال عليه (المدين الجديد) مركز الكفيل من حيث تحمل الدين، لكن التزام الكفيل هو التزام تبعي، في حين المحال عليه مدين أصلي يتحمل الدين أمام الدائن مباشرة<sup>4</sup>.

2 — يجب في حوالة الدين حتى تكون نافذة بحق الدائن أن يقبلها، وإذا عين المدين الأصلي أو المحال أجلا معقولا حتى يقرها، وانقضى الأجل دون صدور الإقرار، فسكوته يعتبر رفضا للحوالة<sup>5</sup>.

أما في الكفالة فإن سكوت الدائن عن الكفالة يعتبر رضا منه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> — المادة 241 مدي جزائري.

<sup>2</sup> — المادة 647 مدي جزائري.

<sup>3</sup> — المادة 251 مدي جزائري.

<sup>4</sup> — أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 58.

<sup>5</sup> — المادة 252 مدي جزائري.

<sup>6</sup> — أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 58.

## المطلب الثاني : الكفالة والتضامن

قبل التطرق إلى تمييز عقد الكفالة عن التضامن، لا بد من تعريف هذا الأخير، لكي نستطيع استخلاص أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

### الفرع الأول: تعريف التضامن

قنن المشرع الجزائري أحكام التضامن في المواد (217 إلى 235) من القانون المدني ، حيث عرض فيها أحكام التضامن فيما بين الدائنين، وهو التضامن الإيجابي، وحالات التضامن فيما بين المدنين، وهو التضامن السلبي. وقد استهل المشرع بحث التضامن بقاعدة قرر فيها أن التضامن بين الدائنين أو بين المدنين لا يفترض إلا باتفاق أو بنص قانوني (المادة 217 مدني جزائري). وقد عرف الأستاذ عبد المنعم حسني التضامن بقوله: (التضامن وصف يحول دون انقسام الحق في حالة تعدد الدائنين، أو الالتزام في حالة تعدد المدنين)<sup>1</sup>.

### أولاً: التضامن بين الدائنين (التضامن الإيجابي)

التضامن الإيجابي حالة قانونية يكون فيها لأي دائن من الدائنين المتعددين أن يطالب المدين بكل الدين، بحيث يكون وفاء المدين لأي دائن بكل الدين مبرئاً لذمته في مواجهة كافة الدائنين<sup>2</sup>. ويعرف الفقه الإسلامي التضامن بين الدائنين في حالتين هما شركة المفاوضة وشركة الأعمال. فشركة المفاوضة هي الشركة التي يضع فيها الشركاء حصصه م متساوية وتوزع الأرباح بينهم بالتساوي، فلذا باعوا مالا من أموال الشركة أو أجروه كانوا متضامين في المطالبة بالثمن ، وإذا غصب شخص أو أتلف مالا من أموال الشركة فجميع الشركاء يكونون متضامين في المطالبة برد المال المغصوب أو بضمان المال المتلف<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — العمروسي: أنور، المرجع السابق، ص: 187.

<sup>2</sup> — العمروسي: أنور، المرجع نفسه، ص: 191.

<sup>3</sup> — البلخي: نظام الدين ومجموعة من علماء الهند (1999م)، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1310هـ)، الجزء الثاني، ص: 310.

وشركة الأعمال هي الشركة التي رأس مالها عمل الشركاء فيقدم كل هؤلاء عملة م للشركة ويكون الشركاء متضامنين في المطالبة بالأجر المستحق لهم، فيستطيع كل منهم أن يطالب رب العمل بكل الأجرة<sup>1</sup>.

### ثانيا: التضامن بين المدينين (التضامن السلبي)

إن التضامن بين المدينين يعتبر ضمانا فعالا للدائن ضد الإعسار الذي قد يصيب أحد هؤلاء المدينين، بحيث يجوز للدائن الرجوع على أي منهم ليستوفي حقه كاملا<sup>2</sup>. والفقهاء الإسلاميين يعرف التضامن بين المدينين ومصدر التضامن الاتفاق أو الشرع. مثال الاتفاق كمصدر التضامن بين المدينين الكفالة كما إذا اقترض عدة أشخاص مالا من شخص على أن كل واحد كفيل عن صاحبه<sup>3</sup>. ومثال الشرع كمصدر للتضامن بين المدينين شركة المفاوضة فالشركاء في هذه الشركة يكونون متضامنين في الوفاء بالديون التي تترتب على الشركة للغير<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: الفرق بين الكفالة والتضامن

### علاقة الدائن بالكفيل وعلاقته بالمدين المتضامن

### 1 – الحق في المطالبة

القاعدة أنه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين ، وهذا ما تضمنه نص المادة 1/160، ومؤدى ذلك أن الدائن يلتزم بالرجوع على المدين أولا، ولا يرجع ابتداء على الكفيل ولكن يمكن للدائن أن يرجع على المدين والكفيل في آن واحد، ويقصد بالرجوع المطالبة القضائية؛ أي رفع الدعوى على المدين والحصول على حكم قضائي بإلزامه، ومن ثمة لا تكفي مجرد المطالبة الودية أو إعدار المدين للوفاء بالتزامه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 6.

<sup>2</sup> المادة 1/223 مدي جزائري.

<sup>3</sup> السبكي: أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي (ت: 756 هـ)، فتاوى السبكي، دار المعارف - القاهرة - مصر، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الأول، ص: 348.

<sup>4</sup> البلخي: نظام الدين ومجموعة من علماء الهند (1999م)، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 309.

<sup>5</sup> سارة: سليمان، المرجع السابق، ص: 28.

أما الكفيل المتضامن فليس له التمسك بهذا الدفع، فالدائن يستطيع الرجوع على المدين أو الكفيل أو عليهما معا، وله التنفيذ على أموال الكفيل مع المدين أولا<sup>1</sup>.  
وأما في الفقه الإسلامي فإن مركز الكفيل في مركز المتضامن مع المدين في المطالبة، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما<sup>2</sup>.

## 2 – طبيعة الالتزام

المدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن، وهو يلتزم بنفس الدين الذي يلتزم به كل مدين متضامن معه<sup>3</sup>، وذلك على نقيض التزام الكفيل حتى ولو كان متضامنا مع المدين، فهو يعتبر التزاما تابعا لالتزام المدين، ويترتب على صفة التبعية هذه أن للكفيل حتى ولو كان متضامنا أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ما أضع الدائن تأمينات، وكذلك سقوط التزامه إذا لم يرجع الدائن على المدين خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له بذلك، وإذا لم يحل الدائن في تفليسة المدين سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستطيع أن يحصل عليه من هذه التفليسة<sup>4</sup>.

## علاقة المدين بالكفيل والمدينين المتضامين مع بعضهم

وتتمحور هذه المسألة في حق الرجوع والنيابة التبادلية.

## 1 – من حيث الرجوع

يجوز للكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول، وإما بالدعوى الشخصية<sup>5</sup>.  
وكذلك في التضامن فإنه يجوز لأي مدين وفي الدين أن يرجع على الباقيين بحصة كل منهم بالدين، وهذا ما نصت عليه المادة 1/234 من القانون المدني الجزائري.

<sup>1</sup> – المادة 165 مدني جزائري.

<sup>2</sup> – الجزيري: عبد الرحمن بن محمد عوض (ت: 1360هـ)، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1424 هـ، 2003 م)، الجزء الثالث، ص: 210.

<sup>3</sup> – حسنين: محمد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د،ط)، (د،ت)، ص: 59.

<sup>4</sup> – المواد 656، 657، 658 مدني جزائري.

<sup>5</sup> – المواد 665، 670، 671 مدني جزائري.

## 2 – من حيث النيابة التبادلية

النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر<sup>1</sup>، يعني هذا المبدأ أنه إذا قام أحد المدينين المتضامنين بفعل من شأنه أن يلحق ضرراً بباقي المدينين المتضامنين، فإن هذا المدين وحده هو الذي يتحمل مسؤولية هذا الفعل الضار، ولو قام بفعل نافع يستفيد منه باقي المدينين، وليس فقط المدين الذي قام بهذا الفعل النافع، لأن النيابة بينهم تكون فيما ينفع لا فيما يضر<sup>2</sup>.

ولا يمكن قياس النيابة التبادلية على عقد الكفالة، لأن الكفيل تابع، فإذا أجاز القانون للكفيل التمسك بما ينفعه، ويبرأه من الدين إذا تم إبراء المدين منه<sup>3</sup>، فإن ذلك غير جائز بالنسبة للمدين، فلا يجوز له التمسك ببراءة الكفيل ليبرئ نفسه من الدين (المادة 662 من مجلة الأحكام العدلية)<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> – العمروسي: أنور، المرجع السابق، ص: 210.

<sup>2</sup> – الضلاعين: هيف فايز، الأساس القانوني لرجوع المدين الموفي على باقي المدينين المتضامنين في التضامن السليبي (رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق قسم القانون الخاص)، جامعة مؤتة - الكرك - الأردن (2011)، ص: 13.

<sup>3</sup> – المادة 1/654 من القانون المدني الجزائري، والتي تقابلها المادة 662 من مجلة الأحكام العدلية (مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المطبعة العثمانية - القسطنطينية، الطبعة الثانية، (1305هـ-)، الجزء الأول، ص: 124).

<sup>4</sup> – أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 55.



## المطلب الثالث: الكفالة والفضالة

قبل التطرق إلى تمييز عقد الكفالة عن عقد الفضالة، لا بد من تعريف هذا الأخير، لكي نستطيع استخلاص أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

### الفرع الأول: تعريف الفضالة عند فقهاء المسلمين

لم يضع الفقه الإسلامي نظرية عامة للفضالة، وإنما تكلم عن تصرفات الفضولي، ولم يتفق الفقهاء في تحديد معنى للفضولي، لذا يلزمنا أن نحدد معنى الفضولي في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية كما يلي:

#### 1 – تعريف الفضولي عند الحنفية

الفضولي هو: الذي غلب في الاشتغال بما لا يعنيه، وما لا ولاية له فيه<sup>1</sup>. وكذا هو: من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي<sup>2</sup>. من خلال هذين التعريفين نستنتج أن الفضولي هو من يقوم بالتدخل في غير ملكه، أو التصرف فيما لا يملك بدون ولاية، ودون إذن شرعي فيه، قصد تادية عمل يعود بالفائدة على مالك المال، كما يلاحظ كذلك أن التعريفين جاءا مطلقين وعمامين، وغير محددتين لنوع النشاط أو التصرف، هل هو من قبيل الأعمال المادية، أو التصرفات القانونية<sup>3</sup>.

#### 2 – تعريف الفضولي عند المالكية

الفضولي هو: الشراء لأحد بغير إذنه، أو البيع عليه كذلك، فهو بيع الفضول<sup>4</sup>. ما يلاحظ على تعريف المالكية أنهم ساووا بين البيع والشراء، ولم يفرقوا بينهما، على أنه يتم الشراء أو البيع للغير بدون وجود إذن، أو وكالة من المالك لهذا المال، كما أنهم قصرنا تصرفات الفضولي في هذا التعريف على البيع والشراء – التصرفات القانونية دون ذكر للأعمال المادية – بحيث إذا تحقق هذا صار فضوليا في تصرفه، وأصبح عقدا صحيحا موقوفا على إجازة المالك<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> – المرغيباني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، أبو الحسن برهان الدين (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي – بيروت – لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الثالث، ص: 68 .

<sup>2</sup> – ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري (ت: 970هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 160.

<sup>3</sup> – حاج: خليفة سنوسي، أحكام الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري (مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون)، جامعة الجزائر (1426 هـ ، 2005م)، ص: 16.

<sup>4</sup> – ابن جوزي: محمد بن أحمد (ت: 741هـ)، المرجع السابق، ص: 163.

<sup>5</sup> – حاج: خليفة سنوسي، المرجع السابق، ص: 17.

### 3 – تعريف الفضولي عند الشافعية

عرفه الخطيب الشريبي<sup>1</sup> بأنه: البائع مال غيره بغير إذنه، ولا ولاية<sup>2</sup>.

### 4 – تعريف الفضولي عند الحنابلة

الفضولي هو: التصرف للغير بدون إذن<sup>3</sup>.

الحنابلة يذهبون مذهب الحنفية في اعتبار عمل الفضولي تصرف مطلق وعمام، حيث يشمل الأعمال المادية والتصرفات القانونية.

### 5 – تعريف الفضولي عند الفقهاء المعاصرين

عرفه أبو زهرة بقوله: هو من يتصرف تصرفا شرعيا ليس له ولاية عليه، كمن يبيع ما لا يملك من غير ولاية، أو كمن يشتري لغيره شيئا لم يوكله في شرائه، وليست عليه ولاية الشراء، وكمن يؤجر ملك غيره<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: تعريف الفضالة في القانون المدني الجزائري

عرف القانون المدني الجزائري الفضالة، ونص عليها في المادة 150 منه بقولها: (الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك). من خلال نص هذه المادة يتضح أن الفضالة تفترض أن شخصا غير ملزم لا قانونا، ولا اتفاقا، ولا قضاء، بأن يقوم بعمل مادي أو تصرف قانوني لحساب شخص آخر وهو يعلم بذلك، فهو إذن يقوم بعمل إنساني إثاري يقصد به تأدية مساعدة لشخص قد يكون غائبا بعيدا، وقد يكون غير قادر، ولو كان قادرا لقام بالعمل الذي قام به الفضولي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> – الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب الشريبي، شمس الدين الشافعي، كان فقيها ومفسرا، وهو من أهل القاهرة، له مؤلفات منها: مغني المحتاج، والسراج المنير، وشرح شواهد القطر، توفي سنة 977هـ. (الزركلي: خير الدين، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 6).

<sup>2</sup> – الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 351.

<sup>3</sup> – ابن رجب: أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلي (ت: 790)، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة – بيروت – لبنان، (د،ط)، (د،ت)، ص: 452.

<sup>4</sup> – أبو زهرة: محمد، المرجع السابق، ص: 355.

<sup>5</sup> – سليمان: علي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة (2003)، ص: 264، 265.

### الفرع الثالث: الفرق بين الكفالة والفضالة

الكفالة والفضالة مصدران للنيابة، وفي كليهما يقوم الشخص بعمل لحساب الغير، وكلا النظامين من العقود الملزمة، وكلاهما من عقود التبرع .

رغم هذا الاتفاق إلا أن هناك أوجه اختلاف بينهما:

- الفضالة نظام قد اختلف بشأنها الفقهاء المسلمون، أما الكفالة فقد حصل الإجماع على حجيتها.
- مصدر الفضالة عمل مادي أو تصرف قانوني، يقوم به الفضولي بإرادته المحضة لتأدية خدمة للغير، بينما مصدر الكفالة اتفاق بين المدين والكفيل<sup>1</sup>.
- الفضولي يقوم بتصرف قانوني أو بعمل مادي، أما الكفيل فلا يقوم إلا بالتصرفات القانونية، باعتبار أن الكفالة عقد مدني، إلا أنها تعتبر عملا تجاريا إذا أنشئت عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، أو عن طريق تظهير هذه الأوراق<sup>2</sup>.
- في الكفالة ينبغي أن يختار المدين الكفيل للقيام بالالتزام، على عكس الفضولي الذي لا يختار رب العمل في الفضالة.
- الفضولي ملزم بإخطار رب العمل بما يقوم به، أما في عقد الكفالة فلا يلزم الكفيل إخبار المدين بذلك لأنه يعلم ذلك مسبقا.
- الفضولي في الفضالة يعمل مستقلا، وليس تابعا في عمله لرب العمل، بينما من خصائص الكفالة أنها عقد تابع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - حاج: خليفة سنوسي، المرجع السابق، ص: 77.

<sup>2</sup> - المادة 651 مدني جزائري.

<sup>3</sup> - حاج: خليفة سنوسي، المرجع السابق، ص: 78.

## المطلب الرابع: الكفالة والتعهد عن الغير

قبل التطرق إلى تمييز عقد الكفالة عن التعهد عن الغير ، لا بد من بيان هذا الأخير، لكي نستطيع استخلاص أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

### الفرع الأول: تعريف التعهد عن الغير

يقصد بالتعهد عن الغير أن يلتزم أحد الطرفين في العقد بمحل أجنبي عنه على قبول التزام معين . فهو ذلك العقد الذي يتعهد فيه أحد الطرفين بأن يجعل شخصا آخر يلتزم بالتزام معين قبل الطرف الآخر للعقد (أي عقد التعهد عن الغير).

ومثال ذلك أن يملك شخصان أرضا على الشيوع مناصفة ، فيبيع أحدهما هذه الأرض ، فيتعاقد مع المشتري عن نفسه، ويتعهد لهذا الأخير عن شريكه الغائب فيلتزم بالحصول على رضائه بالبيع . وكأن يتجاوز الوكيل حدود الوكالة في حالة لم يستطع الحصول على إذن من الموكل في شأنها في الوقت المناسب، فيتعهد بالحصول على رضا الموكل .

فالتعهد عن الغير رهين بأن تكون هناك عقبة مادية أو قانونية تحول دون الحصول على رضا المتعهد عنه وقت التعاقد، كما أن التعهد عن الغير لا يتضمن أي استثناءات من مبدأ نسبية العقد ، ذلك أن المتعهد عنه له مطلق الحرية في أن يلتزم أو لا يلتزم . فالتعهد في حقيقته القانونية هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بالحصول على إقرار الغير لعقد ، أو لتصرف قانوني أبرمه لحسابه دون أن يكون نائبا عنه<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الفرق بين الكفالة والتعهد عن الغير

تنص المادة 114 من القانون المدني الجزائري أنه: (إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهد، فإلن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تلحقه معه و يجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بلفن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به. أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإلن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد).

<sup>1</sup> — العربي: بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الجزء الأول)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة (2005)، ص: 216 .

يتبين من نص المادة 114 أن التعهد عن الغير هي الحالة التي يلتزم فيها شخص بالحصول على رضا شخص آخر بعقد من العقود مع شخص ثالث كالحالة التي يمارس فيها الوكيل عملا خارج حدود وكالته فيلتزم الوكيل أمام الغير على الحصول على رضا الموكل بهذا العمل.

من خلال هذا يمكن أن نستخلص أهم أوجه الاختلاف بينهما وهي:

– المتعهد عن الغير يتعهد بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ما<sup>1</sup>، أما الكفيل فهو يلتزم بأن يفى بالتزام المدين إذا لم يف به المدين نفسه<sup>2</sup>.

– المادة 114 من القانون المدني الجزائري تجعل الجزاء على عدم التزام الغير بموضوع التعهد هو التزام المتعهد بالتعويض، ويجوز له كصورة من صور التعويض أن ينفذ هو هذا الالتزام. وقد يؤدي

هذا إلى الاعتقاد بأن المتعهد عن الغير هو في حقيقته كفيل، لأنه ينفذ التزاما كان المفروض أن يتحمل به الغير. ولكن هذا الاعتقاد غير صحيح، لأن المتعهد عن الغير قد التزم بصفة أصلية بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ما، والتزامه هذا لا يلزم الغير بشيء. ولذلك فلا يوجد التزام لشخص آخر

غير التزامه هو. وإذا لم يشأ الغير أن يلتزم وقام المتعهد بتنفيذ نفس الالتزام فإنما يكون ذلك تعويضا، أي تنفيذا بمقابل لالتزامه هو الذي تعهد به بصفة أصلية وليس وفاء بالتزام شخص آخر. ففكرة التبعية هي التي تميز بين التزام الكفيل، والتزام المتعهد عن الغير<sup>3</sup>.

– في التعهد عن الغير فإن المتعهد يتعهد باسمه لا باسم الغير، يرجع هذا الشرط على أساس أن المتعهد لم يحصل من هذا الغير على توكيل يوكله بالقيام بعمل معين، و إلى الأحكام العامة في القانون التي لا تجيز لشخص ما أن يلزم غيره بالتزام بدون إرادته و إلى نص المادة 113 من القانون المدني الجزائري التي لا تجيز بلأن يرتب العقد التزاما في ذمة الغير و على ذلك فلإن كل اتفاق يؤدي إلى إلزام الغير بالتزام لم يكن طرفا فيه يعتبر اتفاقا باطلا، في حين الكفيل يكون تابعا لالتزام الأصيل<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> – المادة 114 مدني جزائري.

<sup>2</sup> – المادة 644 وما بعدها من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> – تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 29.

<sup>4</sup> – سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 18.

## المطلب الخامس: الكفالة والإناية في الوفاء

قبل التطرق إلى تمييز عقد الكفالة عن عقد الإناية في الوفاء، لا بد من تعريف هذا الأخير، لكي نستطيع استخلاص أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

### الفرع الأول: تعريف الإناية في الوفاء

أولاً: تعريف الإناية في الوفاء عند فقهاء وشرّاح القانون

تعددت تعريفات فقهاء القانون التي تناولت الإناية في الوفاء:

**تعريف محمد سرور:**

هي عمل قانوني يحصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي، يلتزم بوفاء الدين مكانه<sup>1</sup>.

**تعريف سليمان مرقس:**

هي تصرف قانوني يطلب المدين من الدائن أن يرضى بتقديم شخص للالتزام نحوه<sup>2</sup>.

**تعريف الذنون حسن:**

هي عمل قانوني يفترض وجود ثلاثة أشخاص المنيب، والمناب، والمناب لديه، بحيث ينيب المنيب المناب بالوفاء بالدين الذي في ذمته للمناب لديه<sup>3</sup>.

يتضح من مجمل التعريفات الثلاثة سالفة الذكر أنها متفقة من حيث المضمون والجوهر، وإن كانت مختلفة من حيث طريقة الصياغة، فالمصطلحات التي حملتها تلك التعريفات للتعبير عن الإناية تؤدي إلى نفس المعنى، فالتصرف القانوني هو كل تعبير عن الإرادة يتجه لإحداث أثر قانوني، فإن كان هذا التصرف بإرادتين اعتبر عقداً كما هو الحال في الإناية، وإن كان بإرادة واحدة اعتبر تصرفاً انفرادياً، والتصرف القانوني هو مرادف لمصطلح العمل القانوني الذي يعرف بأنه كل عمل ينتج عنه آثار معينة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — سرور: محمد، موجز الأحكام العامة في القانون المدني المصري، دار الفكر العربي - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى، (د،ت)، ص: 305.

<sup>2</sup> — مرقس: سليمان، أحكام الالتزام (آثار الالتزام وأوصافه وانتقاله وانقضاؤه)، مطابع دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة - مصر، (د،ط)، 1957م، ص: 302.

<sup>3</sup> — الذنون: حسن، شرح القانون المدني العراقي (أحكام الالتزام)، مطبعة المعارف - بغداد - العراق، الطبعة الأولى (1952م)، ص: 352.

<sup>4</sup> — الشنطي: ريم عدنان عبد الرحمن، الإناية في الوفاء (دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني)، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية - نابلس - فلسطين، (2007م)، ص: 82.

## ثانيا: تعريف الإنابة في الوفاء في القانون المدني الجزائري

تناولتها المادة 294 من القانون المدني الجزائري بقولها: (تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين، ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير).

يتضح من نص المادة أن تعني الإنابة أن المدين قد أناب عنه شخصا آخر يتعهد للدائن بالوفاء بالدين الموجود في ذمته. فهي تتم إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يقوم بوفاء الدين مكان المدين و الإنابة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: أنواع الإنابة

قسمت الإنابة في الوفاء إلى نوعين:

#### النوع الأول: الإنابة الكاملة

وهي اتفاق بين المتعاقدين في الإنابة على أن يستبدل بهم التزام جديد بتغيير المدين، ويترتب عليه براءة ذمة المنيب قبل المناب لديه<sup>2</sup>.

إن الإنابة الكاملة تتحقق عندما يتفق على استبدال الدين الجديد بالدين القديم، وفيها يبرئ المناب لديه (الدائن) ذمة مدينه، ويرتضي المناب مدينا له<sup>3</sup>.

#### النوع الثاني: الإنابة الناقصة

وفيها لا تبرأ ذمة المدين الأصلي، بل تنضم ذمة المناب إلى ذمة المنيب، فيصبح للمناب لديه (الدائن) مدينان: المناب والمنيب<sup>4</sup>.

ولأن هذا النوع من الإنابة قاصر عن إبراء ذمة المدين الأصلي (المنيب)، لذا وصفت بالقاصرة أو الناقصة، حيث أنها قاصرة عن إبراء ذمة المدين الأصلي، تميزا لها عن الكاملة التي تؤدي إلى إبراء ذمة المدين الأصلي (المنيب)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — سارة: سليمان، المرجع السابق، ص: 10.

<sup>2</sup> — المادة 1/295 مدني جزائري.

<sup>3</sup> — سلطان: أنور، أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام: دراسة مقارنة في القانونين المصري والبناني)، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى (1995م)، ص: 115.

<sup>4</sup> — أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 60.

<sup>5</sup> — الشنطي: ريم عدنان عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 103.

### الفرع الثالث: الفرق بين الكفالة والإئابة في الوفاء

واضح أن الإئابة الكاملة لا يوجد لبس بينها وبين الكفالة، لأن المناب يلتزم بصفة أصلية مكان المدين تجاه الدائن، فليس أمام الأخير سوى مدين واحد.

وأما التشابه فهو في الإئابة الناقصة التي تضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين لتنفيذ التزام، وهي بذلك لا تختلف عن الكفالة.

وعلى الرغم من ذلك، فإن كلاهما نظام مستقل ومتميز عن الآخر.

– فالالتزام الكفيل هو التزام تابع، وهذا على العكس من الإئابة الناقصة التي يكون فيها التزام المناب تجاه المناب لديه التزام أصلي<sup>1</sup>.

– الفارق بين الإئابة الناقصة والكفالة؛ أي بين الكفيل والمناب يكمن في فكرة التبعية (محل الالتزام)، فالمناب يلتزم بدفع دين الغير التزاما أصليا لا التزاما تابعا كما هو الحال بالنسبة للكفيل ويستطيع الدائن أن يختار أي من المنيب أو المناب لمطالبته بحقه لأن كل منهما يلتزم التزاما أصليا في مواجهة الدائن، ولا يستطيع المناب أن يطلب من الدائن أن يرجع على المنيب (المنيب الأصلي) ولو كان موسرا، ولا يستطيع أن يحتج بالدفع التي يحتج بها المنيب على المناب لديه (الدائن). أما بالنسبة للكفيل فإن التزامه تابع للالتزام الأصلي، ومن ثم يجوز له، كما رأينا، أن يدفع في مواجهة الدائن بضرورة رجوعه على المدين الأصلي أولا، وله أن يتمسك في مواجهته بضرورة التنفيذ على أموال المدين و تجريده من أمواله قبل الشروع في التنفيذ على أموال الكفيل<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> – الشنطي: ريم عدنان عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 110.

<sup>2</sup> – أبو السعود: رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف - الاسكندرية - مصر، الطبعة الأولى (1995م)، ص: 47، 48.



# الفصل الأول أنواع الكفاية

## الفصل الأول أنواع الكفالة

أثناء حديثنا عن تعريف الكفالة عند فقهاء المسلمين، وما استنبطناه من تعريفاتهم، وجدناهم قد أجمعوا على أن الكفالة من العقود الشرعية التي أرادها الله لعباده، قضاء لحوائجهم، وتيسيرا لأعمالهم، وهي من أهم التأمينات الشخصية. وقد نظمها المشرع الجزائري، وجعلها نظاما مستقلا عن غيره من النظم، وأفرد لها بابا خاصا بها. وقد اتفق كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري على أن الكفالة من العقود التي يتعامل بها الناس في معاشهم، هذا العقد يحتاج إلى أركان لقيامه.

وانطلاقا من نصوص القانون المدني، وأقوال فقهاء الشريعة الإسلامية، سوف أقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

- المبحث الأول : أنواع الكفالة في الفقه الإسلامي .
- المبحث الثاني : أنواع الكفالة في القانون المدني الجزائري .

## المبحث الأول أنواع الكفالة في الفقه الإسلامي

لا يخفى أن الكفالة تحتل مكانا مرموقا في الحياة الاجتماعية، وقد وجدت لها صور شتى تتنوع بتنوع المعاملات المدنية والتجارية والاقتصادية، ولكنها جميعا ينبغي أن تخضع للقواعد الفقهية والضوابط الشرعية، حتى لا تنحرف عن الصراط المستقيم.

تتنوع الكفالة باعتبار المكفول به ونظرة المذاهب إليه إلى أنواع متعددة، وسأسير في تقسيمها إلى ثلاثة أنواع، وذلك لما في هذا التقسيم من مزيد الإيضاح والتبيين، وهي:

- المطلب الأول : الكفالة بالمال .
- المطلب الثاني : الكفالة بالنفس .
- المطلب الثالث: كفالة الطلب .

## المطلب الأول: الكفالة بالمال

### الفرع الأول: تعريفها في اصطلاح فقهاء المسلمين

سأقوم بتعريف الكفالة بالمال، كما ورد في كتب فقهاء المذاهب الأربعة المعروفة، مراعيًا في ذلك الترتيب الزمني للمذاهب الفقهية على النحو التالي:

#### أولاً: تعريف الكفالة بالمال عند الحنفية

عرفها الكاساني<sup>1</sup> بقوله:

هي التزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً لا تملك<sup>2</sup>.

#### شرح التعريف

يراد بذلك أن الكفيل تضم ذمته إلى ذمة المدين الأصلي في المطالبة بأداء الدين، ويبقى الدين في ذمة الأصيل، فالاشتراك في الضم إنما هو في المطالبة لا غير.

#### وعرفتها المجلة العدلية في المادة 614 بقولها:

(الكفالة بالمال هي الكفالة بأداء مال)<sup>3</sup>.

#### شرح التعريف

يفهم من هذا التعريف أن الكفالة بالمال هي التي يلتزم فيها الكفيل التزاماً مالياً، ككفالة أحد مالا مغصوباً أو ديناً صحيحاً<sup>4</sup>.

#### ثانياً: تعريف الكفالة بالمال عند المالكية

يطلقون اسم الضمان على الكفالة بالمال.

<sup>1</sup> — الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، ملك العلماء، فقيه حنفي، ولد في القرن السادس الهجري أو الثاني عشر الميلادي، وكان للكاساني وجهة وخدمة وشجاعة، تفقه على محمد بن أحمد السمرقندي، سافر إلى بلاد الشام ونزل في مدينة حلب فأكرمه السلطان نور الدين محمود زنكي الشهيد، فولاه شؤون التدريس بمدرسة الخلاوية، فبقي فيها حتى توفي في عام 587هـ الموافق: 1191م، ودفن بظاهر مدينة حلب، من مؤلفاته: كتاب بدائع الصنائع، الكتاب الجليل في فقه الحنفية، وهو شرح تحفة الفقهاء للسمرقندي، وكتاب السلطان المبين في أصول الدين. (محي الدين: عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، الحنفي (ت: 775هـ)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، مير محمد كتب خانة — كراتشي، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الثاني، ص: 244هـ).

<sup>2</sup> — الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 2.

<sup>3</sup> — مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 115.

<sup>4</sup> — أفندي: علي حيدر خواجه أمين (ت: 1353هـ)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريف: فهمي الحسيني دار الجليل — بيروت — لبنان، الطبعة الأولى (1411هـ — 1991م)، الجزء الأول، ص: 733.

وقد عرفوا الضمان بالمال بأنه: التزام دين لا يسقطه<sup>1</sup>.

### شرح التعريف

قولهم "التزام دين لا يسقطه": أي لا يسقط الدين عمن هو عليه، لبقائه في ذمة المدين، مع بقاء ذمة الضامن مشغولة في الوفاء بالحق، وللدائن أن يطالب أيهما شاء. وقولهم "لا يسقطه": قيد أخرج به الحوالة على ما فيها<sup>2</sup>.

### ثالثاً: تعريف الكفالة بالمال عند الشافعية

فقهاء الشافعية يفرقون بين الضمان والكفالة، فالضمان خاص بإحضار المال، والكفالة خاصة بإحضار البدن.

الضمان هو: التزام دين ثابت في ذمة الغير<sup>3</sup>.

### شرح التعريف

قولهم "التزام": أي عقد يقتضي الالتزام. لأن الكفالة أو الضمان اسم العقد الذي يقتضي الالتزام، لا لنفس الالتزام؛ "والالتزام": أي الذي هو أثر العقد وثمرته. وقولهم "حق": المراد بالحق ما قابل العين، فيشمل المنافع، فيصح أن يضمن منفعة الدار أو حملة إلى أي مكان شاء؛ حيث تعلق ذلك بذمة المضمون. وقولهم "ثابت في ذمة الغير": بمعنى أي شيء ثبت في ذمة الغير، ولكنه هنا أراد ضمان رد المال، وهو القسم الأول من أقسام الضمان<sup>4</sup>.

### رابعاً: تعريف الكفالة بالمال عند الحنابلة

لم أقف على تعريف الكفالة بالمال عند فقهاء الحنابلة - فيما اطلعت عليه - ولكنهم ضمنوه في تعريفهم العام للكفالة.

<sup>1</sup> — العدوي: أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي (ت: 1189هـ)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1414هـ - 1994م)، الجزء الثاني، ص: 363.

<sup>2</sup> — الأيوبي: أسامة يعقوب، الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة، (قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة)، (1430هـ - 2009م)، ص: 11.

<sup>3</sup> — السنيكي: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى (ت: 926هـ)، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (هو شرح للمؤلف على كتابه هو منهج الطلاب الذي اختصره المؤلف من منهاج الطالبين للنووي)، دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1414هـ - 1994م)، الجزء الأول، ص: 251.

<sup>4</sup> — الأيوبي: أسامة يعقوب، المرجع السابق، ص: 12.

عرفها أبو البركات<sup>1</sup> بأنها: التزام الإنسان في ذمته دين المديون، مع بقائه عليه<sup>2</sup>.

## شرح التعريف

أن ذمة الضامن يثبت فيها الدين بجانب ذمة الأصيل، ويكون ملزما كالأصيل في أداء الحق، ويكون الحق شاغلا لذمتها معا، وفي إطلاق الحق مشمول لأنواع الضمان، وهي ضمان المال، وكفالة النفس<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة بالمال

من التعاريف السابقة يمكننا أن نخرج بتصوير عن هذا النوع من العقود - عقد الكفالة بالمال - يشمل الصفات والخصائص الأساسية له، والتي تميزه عن غيره من العقود وهي:

أولاً: أن عقد الكفالة المالية ضم الذمتين لبعض في المطالبة، وفي ثبوت الحق أيضا. فتشغل ذمة الأصيل وذمة الكفيل معا بالحق المكفول به، ويوضح ذلك في قولهم (في التزام الحق)، ويترتب على ذلك أمور متعددة، منها:

**1 -** أن لصاحب الحق أن يطالب أيا منهما (الأصيل أو الكفيل) ابتداء. سواء أعجز الأصيل، أم لم يعجز. قال في المغني: (فيثبت الدين في ذمتهما جميعا، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما)<sup>4</sup>. وهذا هو مذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - أبو البركات: عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحارثي، أبو البركات، مجد الدين، فقيه حنبلي، محدث مفسر. ولد بحران سنة 590 للهجرة، وحدث بالحجاز والعراق والشام، ثم ببلده حران وتوفي بها سنة 652 للهجرة. وكان فرد زمانه في معرفة المذهب الحنبلي. من كتبه: " تفسير القرآن العظيم، والمنتقى في أحاديث الأحكام، والحرر في الفقه". وهو جد الإمام ابن تيمية. (الزركلي: خير الدين، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 6).

<sup>2</sup> - أبو البركات: عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحارثي، مجد الدين (ت: 652هـ)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية (1404هـ ، 1984م)، الجزء الأول، ص: 339.

<sup>3</sup> - الموسى: محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - المملكة العربية السعودية، (د، ط)، (1411هـ، 1991م)، الجزء الأول، ص: 145، 146.

<sup>4</sup> - ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 399.

<sup>5</sup> - \* ابن الشحنة: أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين الثقفى الحلبى (ت: 882هـ)، لسان الحكام في معرفة الأحكام، الباى الحلبى - القاهرة - مصر، الطبعة الثانية (1393هـ ، 1973م)، الجزء الأول، ص: 255.

\* النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (المتوفى: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة (1421هـ ، 1991م)، الجزء الرابع، ص: 245.

\* المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحى الحنبلى (ت: 885هـ)، المرجع سابق، الجزء الخامس، ص: 190.

ولدى المالكية، وابن قيم الجوزية من الحنابلة أنه: لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل إلا إذا عجز المدين<sup>1</sup>.

**2 —** أن دين الكفالة يثبت في ذمة الكفيل حتى بعد موته، فلا تسقط الكفالة بعد موت الكفيل، بل تبقى في ذمته، وتخرج من تركته، لأن ذمته مشغلة في التزام هذا الحق.

**3 —** أن الكفالة المطلقة تشمل الديون الثابتة في ذمة المدين الأصلي الحالة، وتشمل أيضا المستقبلية ما دامت تؤول إلى اللزوم<sup>2</sup>.

**ثانيا:** أن عقد الكفالة بالمال ضم للذمتين: فلا يشترط رضا المكفول له (صاحب الحق)، لصحة هذه الكفالة، فتكون الإرادة منفردة من الكفيل وحده<sup>3</sup>.

**ثالثا:** أن التعبير بـ (الحق) شامل لجميع الحقوق، فالكفالة بالمال كما تكون في الديون وهو الأصل، تصح الكفالة أيضا بالأعيان المضمونة بنفسها، وهو ما يجب تسليمه بعينه، فإن هلك ضمن مثله، أو ضمن قيمته إن كان له قيمة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — \* الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوقي، المالكي (ت: 1241هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 432.

\* ابن قيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (ت: 751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1411هـ، 1991م)، الجزء الثالث، ص: 309.

<sup>2</sup> — \* ابن عابدين: محمد أمين (ت: 1252هـ)، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص: 283.

\* الشيرازي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت: 476هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الثاني، ص: 149.

<sup>3</sup> — \* القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (ت: 684هـ)، الذخيرة (مرجع سابق)، الجزء التاسع، ص: 201.

\* أبو الفرج: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، شمس الدين (ت: 682هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الخامس، ص: 78.

<sup>4</sup> — \* ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت: 861هـ)، فتح القدير (مرجع سابق)، الجزء السابع، ص: 164.

\* البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الثالث، ص: 370.

## الفرع الثالث: أقسام الكفالة بالمال

تنقسم الكفالة بالمال إلى ثلاثة أقسام وهي: الكفالة بالدين، والكفالة بالعين، والكفالة بالدرك.

### أولاً: الكفالة بالدين

#### 1 — تعريفها

وهي التزام أداء دين في ذمة الغير<sup>1</sup>.

**شرح التعريف:** الكفيل عليه التزام أداء الدين الذي هو موجود في ذمة الأصيل.

دل على ذلك: ما رواه سلمة بن الأكوع (رضي الله عنه) قال: كنا جلوساً عند النبي ﷺ، إذ أتى

بجنازة، فقالوا: صل عليها، فقال:

(هل عليه دين؟)، قالوا: لا،

قال: (فهل ترك شيئاً؟)، قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتى بجنازة أخرى، فقالوا: يا رسول الله، صل

عليها، قال:

(هل عليه دين؟) قيل: نعم، قال:

(فهل ترك شيئاً؟)، قالوا: ثلاثة دنانير، فصلى عليها، ثم أتى بالثالثة، فقالوا: صل عليها، قال:

(هل ترك شيئاً؟)، قالوا: لا، قال:

(فهل عليه دين؟)، قالوا: ثلاثة دنانير.

قال: (صلوا على صاحبكم)، قال أبو قتادة:

صل عليه يا رسول الله وعلي دينه، فصلى عليه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> — سابق: سيد (ت: 1420هـ)، فقه السنة، دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة (1397هـ، 1977م)، الجزء الثالث، ص: 340.

<sup>2</sup> — البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي (ت: 56هـ)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى (1422هـ)، كتاب: الحوالات، باب: إن أحال دين الميت على رجل جاز، رقم الحديث: 2289، الجزء الثالث، ص: 94.



## وجه الدلالة

في هذا الحديث إشعار بصعوبة أمر الدين، وأنه لا ينبغي تحمله إلا من ضرورة<sup>1</sup>. كما يدل على أنها تصح الضمانة عن الميت ويلزم الضمين ما ضمن به، وسواء كان الميت غنياً أو فقيراً<sup>2</sup>. ومن باب أولى تصح عن الحي<sup>3</sup>.

## 2 – شروط صحتها

### أ : أن يكون دين صحيحاً

يشترط في الدين المكفول به أن يكون ديناً صحيحاً، وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، بالقضاء أو الرضاء، وعلى ذلك تجوز كفالة نفقة الزوجة عند وجودها سواء كانت ماضية أو حاضرة أو مستقبلة<sup>4</sup>.

وقال الشافعي (في الجديد) : تجب نفقة الزوجة بالعقد والتمكين وحينئذ لا يصح ضمان النفقة المستقبلية.

فإذا كان الدين صحيحاً، فلا يشترط جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية (في القديم) أن يكون معلوم القدر والصفة والعين، لأن الكفالة من قبيل التبرع، والتبرع يصح مع الجهالة كالنذر، وقد جرى بها العرف، والحاجة إلى التعامل بما تبرر ذلك، غير أن الحنابلة يشترطون لصحة الكفالة بدين مجهول أن يكون مآله إلى العلم بمقداره، كأن يقول الكفيل: كفلت لك بمالك قبل فلان، ولا يعلم مقدار ذلك<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — العسقلاني: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل الشافعي (ت: 852هـ)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، عن الطبعة التي حقق أصلها: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ورقم كتبها وأبوها وأحاديثها: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى (1419هـ، 1998)، الجزء الرابع، ص: 574.

<sup>2</sup> — الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني (ت: 1250هـ)، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبايطي، دار الحديث - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى (1413هـ، 1993م)، الجزء الخامس، ص: 283.

<sup>3</sup> — برج: أحمد محمد إسماعيل، المرجع السابق، ص: 17.

<sup>4</sup> — \* البغدادي: أبو محمد غانم بن محمد الحنفي (ت: 1030هـ)، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الأول، ص: 269.

\* ابن عابدين: محمد أمين (ت: 1252هـ)، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص: 283.

<sup>5</sup> — الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، مطابع دار الصفاة - مصر، الطبعة الأولى (1404هـ)، الجزء الرابع والثلاثون، ص: 302.

وذهب الشافعي (في الجديد) إلى عدم صحة الكفالة بالدين المجهول، وهو ما ذهب إليه الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن المنذر وغيرهم؛ لأن الكفالة التزام دين في الذمة، والتزام المجهول غرر ينهى عنه الشارع، فوجب أن يكون الدين معلوماً حتى يكون الكفيل على بينة من أمره ومن قدرته على الوفاء بما التزم به<sup>1</sup>.

### ب : أن يكون واجباً في الذمة

وقت الكفالة: كدين القرض والتمن والأجرة والمهر، فإذا لم يكن ثابتاً فإنه لا يصح، فضمان ما لم يجب غير صحيح، لأنه شرط ليس في كتاب الله عز وجل، وذلك لما رواه أحمد وابن ماجه وابن حبان والنسائي واللفظ له، عن عائشة (رضي الله عنها)، عن النبي ﷺ قال: (كل شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل)<sup>2</sup>.

كما إذا قال: بع لفلان وعلي أن أضمن الثمن، أو: أقرضه، وعلي أن أضمن بدله. وهذا مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن والظاهرية.

وأجاز ذلك أبو حنيفة ومالك وأبو يوسف، وقالوا بصحة ضمان ما لم يجب<sup>3</sup>.

### ثانياً: الكفالة بالعين (أو بالتسليم)

#### 1 — تعريفها

المقصود بكفالة العين: أن يلتزم الكفيل برد عينها إن كانت قائمة، وبرد مثلها أو قيمتها إذا تلفت<sup>4</sup>.

أو: هي تسليم عين معينة موجودة في يد الغير، كرد المغصوب إلى الغاصب، وتسليم المبيع إلى المشتري<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء الرابع والثلاثون، ص: 302.

<sup>2</sup> — النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني (ت: 303هـ)، السنن الكبرى، المحقق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1421هـ، 2001م)، كتاب: الشروط، رقم الحديث: 11741، الجزء العاشر، ص: 370.

<sup>3</sup> — سابق: سيد (ت: 1420هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 340.

<sup>4</sup> — الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء الرابع والثلاثون، ص: 303.

<sup>5</sup> — الأيوبي: أسامة يعقوب، المرجع السابق، ص: 23.

فقهاء الأحناف على خلاف جمهور الفقهاء، يفرقون بين الكفالة بالعين، والكفالة بالنفس من حيث الماهية ومن حيث الحكم :

#### أ : الفرق من حيث الماهية

وذلك أن الكفالة بالعين كما يفهم من المادتين ( 614 و 615 ) من مجلة الأحكام العدلية: عبارة عن الكفالة بأداء ثمن العين، والكفالة بالتسليم عبارة عن الكفالة بتسليم العين.

#### ب : الفرق من حيث الحكم

ويفهم من المادة ( 631 ) أن الكفيل مجبور في الكفالة بالعين على تسليمها عينا إلى صاحبها إذا كانت موجودة وبدلها إذا استهلكت والكفيل لا يخلص بتلف العين أما في الكفالة بالتسليم فيكون مطالباً إذا كانت العين باقية وإذا تلفت سقطت عنه المطالبة وهذا الفرق من حيث الحكم<sup>1</sup>.

## 2 – حكمها

للفقهاء في حكم كفالة الأعيان تفصيل يرجع إلى ثبوت الحق في ذمة الأصيل أو عدم ثبوته، وذلك على التفصيل الآتي:

قد يكون المكفول به من الأعيان المضمونة سواء كانت مضمونة بنفسها أو مضمونة بغيرها، وقد يكون المكفول به أمانة في يد حائزه، فهذه حالات ثلاث تفصيلها كما يلي:

#### أ : العين المضمونة بنفسها

فهي التي يجب على من أخذها أن يردها بعينها إن كانت موجودة فإن هلكت كان عليه أن يأتي بمثلها إن كان لها مثل، أو قيمتها إن تلفت، وذلك كالمغصوب والمبيع يبيع فاسداً، فإذا غصب شخص من آخر بقرة ملاً، فإنه يجب على الغاصب أن يرد البقرة ما دامت موجودة، فإذا ماتت وجب عليه أن يشتري مثلها لصاحبها.

وإذا اغتصب جوهرة ليس لها مثل وفقدت، عليه أن يدفع لصاحبها قيمتها متى ثبت ضياعها ببينة أو إقرار. وكذلك إذا اشترى سلعة بعقد فاسد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> — أفندي: علي حيدر خواجه أمين (ت: 1353هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 734.

<sup>2</sup> — الجزيري: عبد الرحمن بن محمد عوض (ت: 1360هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 199.

وقد ذهب الحنفية والحنابلة وهو قول عند الشافعية إلى صحة كفالة هذا النوع من الأعيان: فيلتزم الكفيل برد العين ما دامت قائمة، وبرد المثل إن كانت مثلية، وبرد القيمة إن كانت قيمية، والحكم كذلك عند الحنفية في العين المبعة بعقد فاسد .

وذهب المالكية وهو قول آخر للشافعية إلى أنه لا تجوز الكفالة بالأعيان، على أنه إذا استحق لزمه عينه، وإنما تصح إذا ضمن المعين على أنه إذا تلف بتعد أو تقصير التزم بدفع قيمته أو برد مثله، وعلى ذلك: إذا ضمن عين المصوب لم يصح الضمان، ولكن إذا كفله على أنه ملزم بضمانه إذا تعذر رده صح الضمان<sup>1</sup>.

#### ب : العين المضمونة بغيرها

وهي التي يجب على حائزها أن يردها إلى صاحبها إن كانت قائمة، فإذا هلك لا يجب أن يرد مثلها أو قيمتها، بل يجب عليه التزام آخر.

ذهب الفقهاء إلى عدم صحة كفالة العين غير المضمونة بنفسها، كالمبيع في يد البائع، مضمون بالثمن لا بنفسه، فإذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء، ولكن يسقط الثمن عن المشتري، ونفس الأمر يكون أيضا في حالة ما إذا كان الرهن في يد المرتهن، فإنه يكون مضمونا بالدين إذا كانت قيمته لا تزيد عليه، وإلا كان مضمونا بقدر قيمته من الدين، فإذا هلك فإنه لا يجب على المرتهن شيء، ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره<sup>2</sup>.

وقد ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن هذا النوع من الأعيان يجوز ضمان تسليمه فقط ما دام قائما، فإذا هلك سقطت الكفالة، لأنه إذا هلك ، هلك على صاحب اليد بما هو مضمون به، فالمبيع مضمون بالثمن، وإذا هلك في يد البائع سقط الثمن عن المشتري، وعند المالكية لا يصح ضمان الأعيان، على معنى تسليمها بذاتها، وقد تقدم في العين المضمونة بنفسها عرض قولي الشافعية، فيجريان أيضا في هذه المسألة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء الرابع والثلاثون، ص: 304.

<sup>2</sup> — برج: أحمد محمد إسماعيل، المرجع السابق، ص: 82.

<sup>3</sup> — الألفي: محمد جبر، أحكام الكفالة في التشريع الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي (رابطة العالم الإسلامي) — مكة المكرمة، العدد السابع (2009)، ص: 96.

## ج : الأمانات

كالوديعة، والأمانة ومال الشركة ومال المضاربة، والبضاعة التي تجعل عند الخياط ونحوه، والعارية والمقبوض على سوم النظر، والعين المؤجرة في يد المستأجر، فلا تصح الكفالة بهذه الأمور؛ لأنها في الأصل ليست مضمونة. لكن إذا كفلت في حال هلاكها بالتعدي عليها جازت الكفالة؛ لأنها تكون حينئذ مضمونة<sup>1</sup>.

### ثالثا: الكفالة بالدرك

قبل الحديث عن الكفالة بالدرك، علينا بيان معنى الدرك في اللغة، وفي الاصطلاح.

### 1 – تعريف الدرك في اللغة

قال صاحب تاج العروس:

الدرك، محرّكة: اللحاق، وقد أدركه: إذا لحقه وهو اسم من الإدراك، وفي الصراح الإدراك: اللحوق، يقال: مشيت حتى أدركت، وعشت حتى أدركت زمانه. ورجل درك: كثير الإدراك<sup>2</sup>. وفي المعجم الوسيط:

الدرك: اسم مصدر من الإدراك وفي التنزيل العزيز: ﴿لَا تَخْضِبُوا دَرَكًا وَلَا تَخْشَى﴾<sup>3</sup>. والتبعة: يقال ما لحقك من درك فعلي خلاصه ومنه ضمان الدرك (في الفقه). وأسفل كل شيء ذي عمق كالبئر ونحوها، يقال بلغ الغواص درك البحر، والطبق من أطباق جهنم<sup>4</sup>، وفي التنزيل العزيز: ﴿إِنَّ الْمُنْفِقِينَ فِي الدَّرَكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ﴾<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — الشويعر: عبد السلام بن محمد، عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة، مجلة العدل (تصدر عن وزارة العدل بالملكة العربية السعودية)، العدد 43 (1430هـ)، ص: 161.

<sup>2</sup> — الزبيدي: مع د بن مع د بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض (ت: 1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، (د،ط)، (د،ت)، الجزء السابع والعشرون، ص: 137.

<sup>3</sup> — سورة طه، الآية رقم: 77.

<sup>4</sup> — مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، المعجم الوسيط، دار الدعوة - القاهرة - مصر، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الأول، ص: 281.

<sup>5</sup> — سورة النساء، الآية رقم: 145.

## 2 – تعريف الدرك في الاصطلاح

هو: أن يأخذ المشتري من البائع رهناً بالثمن الذي أعطاه خوفه من استحقال المبيع<sup>1</sup>.

## 3 – تعريف الكفالة بالدرك

عرفته المادة 116 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: (الكفالة بالدرك هي الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه، أو بنفس البائع إن استحق المبيع)<sup>2</sup>.

### شرح التعريف

كان الواجب أن تحذف عبارة (وتسليمه) لأن قسم الكفالة بالدرك هذا كفالة بالمال، والكفالة بالمال كما عرفت في المادة (614) هي الكفالة بتسليم مال.

ويفهم من هذا التعريف أن الكفالة بالدرك قسمان:

أولهما: تتحقق ضمن الكفالة بالمال.

وثانيهما: تتحقق ضمن الكفالة بالنفس.

(الاستحقاق): هو ظهور حق للغير في مال، وهو قسمان:

القسم الأول: هو ما يبطل ملكية كل أحد في المستحق به، كظهور المبيع وقفاً أو مسجداً.

القسم الثاني: ما ينقل الملكية من واحد إلى آخر، كأن يشتري أحد مالا فيظهر أنه ملك لآخر، فهذا الاستحقاق ينقل ويحول ملكية ذلك المال من المشتري إلى ذلك الآخر.

وللمشتري في قسمي الاستحقاق مراجعة بئعه في ثمن المبيع<sup>3</sup>.

### ويسمى ضمان العهدة

### والعهدة في اللغة:

بالضم، أي لم يحكم بعد. وفي عقله عهدة: أي ضعف. وقولهم لا عهدة، أي لا رجعة. يقال:

أبيعك الماسى لا عهدة، أي يتلمس وينفلت فلا يرجع إلي.

والعهدة: كتاب الشراء. ويقال: عهدته على فلان، أي ما أدرك فيه من درك فإصلاحه عليه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> – الجرجاني: علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت: 816هـ)، كتاب التعريفات، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1403هـ، 1983م)، الجزء الأول، ص: 103.

<sup>2</sup> – مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 115.

<sup>3</sup> – أفندي: علي حيدر خواجه أمين (ت: 1353هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 734.

<sup>4</sup> – الجوهري: أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي (ت: 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت - لبنان، الطبعة الرابعة (1407هـ، 1987م)، الجزء الثاني، ص: 515.

## وفي الاصطلاح:

التزام رد الثمن أو عوضه، إن ظهر بالبيع عيب، أو خرج مستحقاً<sup>1</sup>.

### شرح التعريف

ضمان البيع على المشتري هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه، وإن ظهر فيه عيب أو استحق رجوع بذلك على الضامن.

وضمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بعيب أو أرش العيب<sup>2</sup>.

فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر، والعهدة الكتاب الذي تكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فعبر به عن الثمن الذي يضمنه<sup>3</sup>.

### أ : صورة ضمان الدرك

#### \* ضمان الدرك بالثمن

وهي أن يشتري رجل عينا بثمن في ذمته، فيضمن رجل عن البائع الثمن، إن خرج المبيع مستحقاً، أو معيباً، أو ناقصاً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 403.

<sup>2</sup> — أرش العيب: الذي يأخذه الرجل من البائع، إذا وقف على عيب في الثوب، لم يكن البائع وقفه عليه، سعي: أرش، لأنه سبب من أسباب الخصومة والقتال والتنازع، فسمي باسم الشيء الذي هو سببه.

يقال: فلان عُرِش بين القوم: إذا كان يوقع بينهم الشر والفساد. ويقال: يا هذا، لا تؤرش بين صديقك، يراد به: لا تفسدن بينهما. (الأنباري: محمد بن القاسم بن محمد بن بشار، أبو بكر (ت: 328هـ)، الزاهر في معاني كلمات الناس، المحقق: د. حاتم صالح الضامن، مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1412هـ، 1992م)، الجزء الثاني، ص: 308).

<sup>3</sup> — أبو الفرج شمس الدين: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي (ت: 682هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الخامس، ص: 84.

<sup>4</sup> — \* الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 9.

\* العمراني: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم اليميني الشافعي (ت: 558هـ)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (1421هـ، 2000م)، الجزء السادس، ص: 338.

\* البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين، الحنبلي (ت: 1051هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، الطبعة الأولى (1414هـ، 1993م)، الجزء الثاني، ص: 126.

## قال الشريبي

(وهو أي ضمان الدرك، أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً، أو إن أخذ بشفعة سابقة على البيع ببيع آخر، أو معيباً، ورده المشتري، أو ناقصاً؛ إما لردائه، أو لنقص الصنجة<sup>1</sup> التي وزن بها)<sup>2</sup>.

### \*ضمان الدرك في المبيع

لا يختص ضمان الدرك بالثمن فحسب، في قول الشافعية والحنابلة، بل يجري في المبيع أيضاً، فيضمن للبائع إن خرج الثمن المعين مستحقاً<sup>3</sup>.

قال ابن قدامة: (ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري، وعن المشتري للبائع، ف ضمانه على المشتري هو أن يضمن الثمن الواجب للبائع قبل تسليمه، وإن ظهر فيه عيب أو استحق، رجع بذلك على الضامن، و ضمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً، أو رد بعيب، أو أرش العيب)<sup>4</sup>.

وقال الشريبي: (ولا يختص ضمان الدرك بالثمن، بل يجري في المبيع فيضمنه للبائع، إذا خرج الثمن المعين مستحقاً)<sup>5</sup>.

### ب : حكم ضمان الدرك

للفقهاء في ضمان الدرك قولان:

<sup>1</sup> — الصنجة: جمعها صنج، كلمة فارسية معربة، صنجة الميزان، وسنجه. ( ابن سيده: أبو الحسن علي بن إسماعيل المرسي ( 458هـ)، المحكم والمحيط الأعظم، المحقق: عبد الحميد هندوي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1421هـ، 2000م)، الجزء السابع، ص: 260.

<sup>2</sup> — الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 203.

<sup>3</sup> — \* النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 246.

\* المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: 885هـ)، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص: 198.

<sup>4</sup> — ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 403.

<sup>5</sup> — الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 203.



## القول الأول

وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية (في المذهب)، والحنابلة<sup>1</sup>. وهو أن ضمان الدرك صحيح وجائز.

قلنا بأن ضمان الدرك يعتبر من أنواع الكفالة بالمال، والكفالة مشروعة، لذلك اعتبر الجمهور أدلة مشروعية الكفالة بالمال هي نفسها أدلة مشروعية ضمان الدرك، وهي: القرآن، والسنة، والإجماع، والمعقول.

## القرآن الكريم

قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾<sup>2</sup>.

الشرح: قال مجاهد: الزعيم هو المؤذن الذي أذن. وتفسير زعيم كفيل<sup>3</sup>.

وجه الدلالة: هذه الآية تدل على أن الكفالة كانت صحيحة في شرعهم. وضمن الدرك أحد أنواعها، فهو إذن جائز.

وشرع من قبلنا هو شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما يخالفه، هذا مذهب الجمهور: الحنفية والمالكية وأكثر الشافعية والأصح عن أحمد بن حنبل وكثير من أصحابه.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى﴾<sup>4</sup>.

والدين شامل للأصول والفروع. وبقوله تعالى بعد ذكر المرسلين يخاطب نبيه محمد صلى الله عليه وسلم: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهِدْنُهُمْ أَقْتَدِ﴾<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — \* الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 9.

\* العدوي: أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي (ت: 1189 هـ)، حاشية العدوي على الخرشي، دار الفكر للطباعة - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الثاني، ص: 24.

\* الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس (ت: 204 هـ)، الأم، دار المعرفة - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1410 هـ)، (م)، الجزء الثالث، ص: 235.

<sup>2</sup> — سورة يوسف، الآية رقم: 72.

<sup>3</sup> — الرازي: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (ت: 606 هـ)، مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة (1420 هـ) الجزء الثامن عشرة، ص: 487.

<sup>4</sup> — سورة الشورى، الآية رقم: 13.

<sup>5</sup> — سورة الأنعام، الآية رقم: 90.

فأمره بالاعتداء بهم، والأمر للنبي ﷺ أمر لأمر ما لم يد العنصرى به<sup>1</sup>.

### السنة النبوية

ما رواه أبو داود والطبراني والحاكم واللفظ له، عن عبد الله بن عباس (رضي الله عنهما)، أن رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير، فقال: والله لا أفارقك حتى تقضي، أو تأتيني بحميل، فتحمل بها النبي ﷺ، فأتاه بقدر ما وعده، فقال له النبي ﷺ: (من أين أصبت هذا الذهب؟)، قال: من معدن، قال: (لا حاجة لنا فيها، ليس فيها خير)، فقضاها عنه رسول الله ﷺ<sup>2</sup>.

### وجه الدلالة:

تحمل النبي ﷺ وكفالاته لذلك الدين دليل على مشروعية الحماله (الكفالة)، وضمان الدرك من أنواعها، فهو جائز ومشروع.

### الإجماع<sup>3</sup>

أجمع العلماء على مشروعية الكفالة، ولا يزال المسلمون يكفل بعضهم بعضاً من عصر النبوة، إلى يومنا هذا من غير نكير<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — العزى: الجديع: عبد الله بن يوسف بن عيسى، تيسير علم أصول الفقه، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1418هـ، 1997م)، الجزء الأول، ص: 169.

<sup>2</sup> — الحاكم: أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن البيع (ت: 405هـ)، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1411هـ، 1990م)، كتاب: البيوع، وأما حديث إسماعيل بن جعفر بن أبي كثير، رقم الحديث 2161، الجزء الثاني، ص: 13.

<sup>3</sup> — الإجماع: هو اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ بعد وفاته في حادثة على أمر من الأمور في حصر من الأعصار. (الزركشي: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر (ت: 794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، الطبعة الأولى (1414هـ، 1994م)، الجزء السادس، ص: 380).

<sup>4</sup> \* السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، المبسوط، دار المعرفة - بيروت - لبنان، (د، ط)، (1414هـ، 1993م)، الجزء التاسع عشرة، ص: 162.

\* الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر - بيروت - لبنان، الطبعة: ط أخيرة (1404هـ، 1984م)، الجزء الرابع، ص: 432.

## المعقول<sup>1</sup>

قال ابن تيمية - رحمه الله - : (ولا يوجد نص يخالف قياساً صحيحاً، كما لا يوجد معقول صريح يخالف المنقول الصحيح)<sup>2</sup>.

والمعقول يقتضي أن الكفالة صورة من صور التعاون على البر والتقوى، الذي أمر الله عز وجل به، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾<sup>3</sup>.  
وقال تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾<sup>4</sup>.

لذلك فهي من الأمور الجائزة، بل قد تكون أحياناً من المستحبات، إذا أدت إلى فض المنازعات، أو إلى تخليص المدين من الحبس، أو من الإلحاح في الطلب على من عليه الحق، ونحو ذلك من المنازعات المخرجة للأصيل وأهله. لذلك يوصف الكفيل بالكرم والرجولة والمروءة<sup>5</sup>.

وضمن الدرك أحد أنواع الكفالة بالمال فهو مشروع.

### القول الثاني:

وهو قول آخر عند الشافعية، أنه لا يصح لأنه ضمان ما يستحق من المبيع وذلك مجهول<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> — المعقول: من العقل وهو: صفة يتهبأ للمتصف بما درك العلوم والنظر في المعقولات. ( الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد (ت: 505هـ)، المنحول من تعليقات الأصول، حققه وخرج نضه وعلق عليه: الدكتور محمد حسن هيتو، دار الفكر المعاصر- بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة (1419هـ ، 1998م)، الجزء الأول، ص: 103).

<sup>2</sup> — ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني (ت: 728هـ)، مجموع الفتاوى، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة النبوية - المملكة العربية السعودية، (د، ط)، (1416هـ ، 1995م)، الجزء التاسع عشرة، ص: 288.

<sup>3</sup> — سورة المائدة، الآية رقم: 02.

<sup>4</sup> — سورة الحج، الآية رقم: 77.

<sup>5</sup> — الأيوبي: أسامة يعقوب، المرجع السابق، ص: 18.

<sup>6</sup> — الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت: 476هـ)، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 151.

<sup>7</sup> — الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت: 476هـ)، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 151.

قال به أبو العباس بن سريج<sup>1</sup> وابن القاص<sup>2</sup>. حيث روي عن ابن العباس قوله: (لا يضمن  
درك المبيع إلا أحق)<sup>3</sup>. ودليل هذا القول أنه بهذا يكون قد ضمن ما يستحق من المبيع وهو  
مجهول<sup>4</sup>.

قال الشيرازي<sup>5</sup>: (ويصح ضمان الدرك على المنصوص، وخرج أبو العباس قولاً آخر أنه لا  
يصح، لأنه ضمان ما يستحق من المبيع وذلك مجهول)<sup>6</sup>.

### القول الراجح

قول الجمهور هو الراجح، لقوة الأدلة التي استندوا إليها، ولأن الحاجة داعية إليه، وأما أنه  
ضمان ما لم يجب فغير صحيح، لأنه إن لم يكن المبيع مستحقاً، فلا ضمان أصلاً، وإن كان  
مستحقاً فقد ضمن الحق بعد وجوبه. وأما القول بأنه مجهول فيرد عليه، بما أنه لا يمكن أن  
يجعل القدر الذي يستحق معلوماً، فعفى عن الجهالة فيه، ويخالف ضمان المجهول لأنه يمكنه أن  
يعلم قدر الدين الذي يضمنه<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> — ابن سريج: أحمد بن عمر القاضي أبو العباس البغدادي. الإمام، شيخ الإسلام، صاحب المصنفات. أخذ العلم عن أبي القاسم الأنطاقي، وأخذ  
عنه فقهاء الإسلام، وعنه انتشر فقه الشافعي في أكثر الآفاق، وقد عدوه مجدد القرن الثالث، حامل لواء الشافعية في زمانه، ورد على المخالفين،  
وفرع على كتب محمد بن الحسن. مات ببغداد سنة 306. له مصنفات منها: الأقسام والخصال، كتاب الودائع لمنصوص الشرائع. (ابن كثير: أبو  
الغداء إسماعيل بن عمر القرشي البصري ثم الدمشقي (ت: 774هـ)، طبقات الشافعيين، تحقيق: د أحمد عمر هاشم، د محمد زينهم محمد عزب،  
مكتبة الثقافة الدينية، (د، ط)، (1413هـ، 1993م)، الجزء الأول، ص: 193.

<sup>2</sup> — ابن القاص: أحمد بن أبي أحمد الطبري الشيخ الإمام أبو العباس، كان إماماً جليلاً، أخذ الفقه عن أبي العباس بن سريج، كان من أشجع الناس  
قلبا إذا قص، لذلك سمي القاص، مات بطرسوس سنة خمس وثلاثين وثلاثمائة (335) للهجرة، صاحب التصانيف المشهورة: الخلق، والمفتاح،  
وأدب القاضي، والمواقيت، وغيره في الفقه. (السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن علي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 59).

<sup>3</sup> — الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 204.

<sup>4</sup> — الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد (ت: 450 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 141.

<sup>5</sup> — الشيرازي: إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزي بكسر الفهله أبو إسحاق الشيرازي، ولد بفيروزاباد، وهي بلمية بفارس سنة 393  
للهجرة، ونشأ بها، ثم دخل شيراز وقرأ الفقه على أبي عبد الله البيضاء وعل ابن رامين صاحب أبي القاسم الداركي تلميذ أبي إسحاق المروزي  
صاحب ابن سريج، ثم دخل البصرة وقرأ الفقه بها على الحرزي، ثم دخل بغداد وقرأ على القاضي أبي الطيب الطبري، ولازمه واشتهر به وصار  
أعظم أصحابه ومعيد درسه، وحيد عصره وفريد دهره مستجاب الدعوة، إمام الدنيا وشيخ المسلمين ومفتي أصحاب الشافعي، توفي سنة 476  
للهجرة، صاحب التبيين والمهذب في الفقه، والنكت في الخلاف، واللمع وشرحه والتبصرة في أصول الفقه، والملخص والمعونة في الجدل، وطبقات  
الفقهاء، وغير ذلك. (السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن علي، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 215).

<sup>6</sup> — الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت: 476 هـ)، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 151.

<sup>7</sup> — شندي: إسماعيل، أحكام ضمان الدرك بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني (تفرغ علمي) - الخليل - فلسطين، (1429 هـ،  
2008م)، ص: 16.

المطلب الثاني: الكفالة بالنفس (الكفالة بالوجه)

الفرع الأول: تعريفها في اصطلاح فقهاء المسلمين

سأقوم بتعريف الكفالة بالنفس، كما ورد في كتب فقهاء المذاهب الفقهية المعروفة، مراعيًا في ذلك الترتيب الزمني لهذه المذاهب، على النحو التالي:

أولاً: تعريف الكفالة بالنفس عند الحنفية

عرفتها المجلة العدلية في المادة 613 بقولها: (الكفالة بالنفس هي الكفالة التي يكفل فيها شخص. أي أن الكفالة بالنفس هي الكفالة بتسليم شخص معلوم)<sup>1</sup>.

شرح التعريف

قد يكون لأحد عند آخر حق وطلب، ويكفل آخر نفس ذلك الرجل المطالب. وفي مثل هذه الكفالة النفسية يوجد ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بشيء أيضاً، وعلى ذلك يكون لذلك الطالب حق المطالبة بحقه، وبإحضار خصمه إلى مجلس القاضي، فيحق له أن يطلب من الكفيل أن يحضر ذلك الشخص إلى مجلس القاضي. وعليه فالشئ الذي يطالب به الكفيل والأصيل في الكفالة النفسية شئ واحد؛ أي نفس المكفول به<sup>2</sup>.

ثانياً: تعريف الكفالة بالنفس عند المالكية

فقهاء المالكية يطلقون على الكفالة لفظ الضمان.

ضمان الوجه

عرفه الدسوقي<sup>3</sup> بقوله: هو التزام الإتيان بالغريم الذي عليه الدين، وقت الحاجة إليه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 115.

<sup>2</sup> — أفندي: علي حيدر خواجه أمين (ت: 1353هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 725.

<sup>3</sup> — الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي، من علماء العربية. ولد سنة 1230 للهجرة، من أهل دسوق (بمصر) تعلم وأقام وتوفي بالقاهرة. وكان من المدرسين في الأزهر. عالم مشارك في الفقه و الكلام والنحو والبلاغة والمنطق والهيئة والهندسة والتوقيت. من تصانيفه: حاشية على مغني اللبيب لابن هشام الأنصاري في النحو، حاشية على شرح محمد السنوسي على مقدمة أم البراهين في العقائد، حاشية على شرح الدردير لمختصر خليل في فروع الفقه المالكي، حاشية على شرح سعد الدين التفتازاني على التلخيص في البلاغة، وحاشية على شرح البردة لجلال الدين المحلي. (كحالة: عمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني الدمشقي (ت: 1408هـ)، المرجع السابق، الجزء الثامن، 292).

<sup>4</sup> — الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الثالث، ص: 344.

**شرح التعريف:** ضمان الوجه يحصل فيه شغل ذمة أخرى بالحق، وهي ذمة الكفيل، وذلك إذا لم يأت بالمضمون، وهو الأصيل الذي عليه الدين، وذلك بإحضار بدنه وقت الحاجة إليه<sup>1</sup>.

### ثالثا: تعريف الكفالة بالنفس عند الشافعية

يعرف الشافعية الكفالة بالنفس بالكفالة بالبدن، وتسمى أيضا كفالة الوجه.

وهي: إحضار بدن من يستحق حضوره إلى مجلس الحكم عند الاستدعاء<sup>2</sup>.

**شرح التعريف:** كما يصح الكفالة ببدن شخص كذا تصح كفالة الكفيل، بل كل من وجب عليه حضور مجلس الحكم عند الطلب لحق آدمي، أو وجب على غيره إحضاره صحت كفالته. ثم إن عين مكأن التسليم تعين، وإلا وجب التسليم في مكأن الكفالة، لأن العرف يقتضي ذلك<sup>3</sup>.

### رابعا: تعريف الكفالة بالنفس عند الحنابلة

عرفها البهوتي<sup>4</sup> بأنها: التزام بإحضار بدن كل من يلزمه الحضور لمجلس الحكم، بدين لازم، ولو مالا<sup>5</sup>.

**شرح التعريف:** كل من يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم: بيان لمن عليه دين.

بدين لازم: تصح الكفالة ببدن من عليه دين لازم، أو يؤول إلى الزوم، معلوما كان الدين المكفول بدن من هو عليه، أو مجهولا، إذا كان يؤول إلى العلم<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> — الخرشبي: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء السادس، ص: 21.

<sup>2</sup> — الشربيني: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشافعي (ت: 799هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المحقق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، الناشر: دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الثاني، ص: 315.

<sup>3</sup> — الحسيني: أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، الحصني، تقي الدين الشافعي (ت: 829هـ)، كفاية الأختيار في حل غاية الاختصار، المحقق: علي عبد الحميد بلطحي ومحمد وهي سليمان، دار الخير - دمشق - سوريا، الطبعة الأولى (1994م)، الجزء الأول، ص: 269.

<sup>4</sup> — البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، ولد سنة 1000 للهجرة، شيخ الحنابلة بمصر في عصره. نسبته إلى (بهوت) في غربية مصر. توفي سنة 1051 للهجرة، له كتب منها: الروض المربع شرح زاد المستقنع المختصر من المقنع، وكشاف القناع عن متن الإقناع للحجاوي، ودقائق أولي النهى لشرح المنتهى بامش الذي قبله، وإرشاد أولي النهى لدقائق المنتهى، والمنح الشافية. (الزركلي: خير الدين، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 307).

<sup>5</sup> — البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين الحنبلي (ت: 1051هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 131.

<sup>6</sup> — البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 376.

خامسا: تعريف الكفالة بالنفس عند الفقهاء المعاصرين

### 1 – تعريف سيد سابق

هي التزام الكفيل بإحضار الشخص المكفول إلى المكفول له<sup>1</sup>.

### 2 – تعريف وهبة الزحيلي

هي التزام إحضار المكفول إلى المكفول له، للحاجة إليها<sup>2</sup>.

### 3 – تعريف الأستاذ الزرقا

هي التزام الكفيل بإحضار الشخص المسؤول الأصلي بالحق<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: خصائص عقد الكفالة بالنفس

لكفالة بالنفس خصائص وسمات يحسن التنبيه إليها:

أولاً: عقد الكفالة بالنفس عقد جائز في ابتدائه، فهو عقد رضائي، لكنه لازم لانتهاء، فلا يجوز للكفيل التراجع عنه إذا انعقدت الكفالة صحيحة، إلا بالوسائل التي تنهي الكفالة<sup>4</sup>.

ثانياً: أن عقد الكفالة بالنفس خاصة بالحقوق المالية فقط، دون قضايا الحدود والقصاص، وهذا مذهب أكثر العلماء<sup>5</sup>.

ثالثاً: الكفيل بالنفس إن لم يسلم المكفول بالبدن إلى المكان المحدد حسب عقد الكفالة، أو امتنع عن إحضاره، فإنه يضمن ما على المكفول، فيؤدي ما عليه من حق، سواء أكان يعلم مكانه، أم لا يعلمه، وذلك بعد إمهاله المدة المناسبة لإحضاره<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> – سابق: سيد (ت: 1420هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 337.

<sup>2</sup> – الزحيلي: وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته (مرجع سابق)، الجزء السادس، ص: 16.

<sup>3</sup> – الزرقا: مصطفى أحمد، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 609.

<sup>4</sup> – \* المرغيباني: علي بن أبي بكر الفرغاني، أبو الحسن برهان الدين (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 87.

\* مالك: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1415هـ، 1994م)، الجزء الرابع، ص: 96.

\* الجويني: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت: 478هـ)، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهرسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى (1428هـ، 2007م)، الجزء السابع، ص: 16.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 415.

<sup>5</sup> – سابق: سيد (ت: 1420هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 337.

<sup>6</sup> – السمرقندي: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين (ت: نحو 540هـ)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1414هـ، 1994م)، الجزء الثالث، ص: 243، 244.

ويستثنى من إثبات الضمان على الكفيل حالتان:

1 — أن يشترط الكفيل البراءة من ضمان الدين حال عقد الكفالة، فإنه لا يلزمه الضمان في هذه الحالة<sup>1</sup>.

2 — أن تكون هناك ظروف قاهرة تمنع من إحضار المكفول، خارجة عن إرادة الكفيل<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: حكم الكفالة بالنفس

آراء الفقهاء في الكفالة بالنفس

اختلف الفقهاء في الكفالة بالنفس على مذهبين:

#### المذهب الأول:

يرى جمهور الفقهاء أن الكفالة بالنفس صحيحة<sup>3</sup>، وهذا مذهب شريح، ومالك، والثوري، والليث، وأبي حنيفة، والحنابلة، وهو قول عمر، وعثمان، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عمر، وجريير بن عبد الله، وأبي بن كعب، وعمران بن الحصين، والأشعث بن قيس. وأما الشافعية: فالمذهب صحة الكفالة بالنفس<sup>4</sup>.

وذهب بعض الشافعية إلى عدم جوازها<sup>5</sup> متمسكين بقول الشافعي رحمه الله: (لا يجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه)<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> — ابن عاصم: أبو عمر يوسف بن عبد الله، النمري القرطبي (ت: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، المحقق: محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية (1400هـ، 1980م)، الجزء الثاني، ص: 794.

<sup>2</sup> — البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين (ت: 1051هـ)، الروض المربع شرح زاد المستقنع (ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي)، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الأول، ص: 375.

<sup>3</sup> — \* السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، المبسوط (مرجع سابق)، الجزء التاسع عشرة، ص: 162. \* الثعلبي: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (ت: 422هـ)، التلقين في الفقه المالكي، المحقق: أبي أويس محمد بوخبرة الحسيني التطواني، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1425هـ، 2004م)، الجزء الثاني، ص: 174.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 415.

<sup>4</sup> — الشريبي: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشافعي (ت: 799هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 315.

<sup>5</sup> — الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 446.

<sup>6</sup> — ابن الممام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت: 861هـ)، فتح القدير (مرجع سابق)، الجزء السابع، ص: 165.



## أدلة الجمهور الذين يجيزون الكفالة بالذفس

من القرآن

قال تعالى على لسان يعقوب عليه السلام: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ﴾<sup>1</sup>.

### شرح الآية

يعني لن أرسل معكم بنيامين حتى تؤتون عهد الله وميثاقه. والموثق العهد المؤكد باليمين، وقيل هو المؤكد بإشهاد الله عليه (لتأنتني به) دخلت اللام هنا لأجل اليمين، وتقديره: حتى تحلفوا بالله لتأنتني به إلا أن تهلکوا جميعا، فيكون عذرا لكم عندي<sup>2</sup>.

### وجه الدلالة

قد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الآية الكريمة دليل على جواز ومشروعية الكفالة بالذفس<sup>3</sup>.

### من السنة

قال أبو الزناد<sup>4</sup>: عن محمد<sup>5</sup> بن حمزة بن عمرو الأسلمي، عن أبيه، أن عمر (رضي الله عنه)، بعثه

<sup>1</sup> — سورة يوسف، الآية رقم: 66.

<sup>2</sup> — الخازن: علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم، أبو الحسن (ت: 741هـ)، لباب التأويل في معاني التنزيل، المحقق: تصحيح محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1415هـ)، الجزء الثاني، ص: 540.

<sup>3</sup> — الزحيلي: وهبة بن مصطفى، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر المعاصر - دمشق - سوريا، الطبعة الثانية (1418هـ)، الجزء الثالث عشرة، ص: 23.

<sup>4</sup> — أبو الزناد: واسمه عبد الله بن ذكوان مولى رملة بنت شيبية بن ربيعة، وكانت رملة تحت عثمان بن عفان، كان يكنى أبا عبد الرحمن، فغلب عليه أبو الزناد، كان ثقة كثير الحديث، فصيحاً، بصيراً بالعربية، عالماً عاقلاً، ولاه عمر بن عبد العزيز خراج العراق، مات بالمدينة فجأة، ليلة الجمعة لسبع عشرة حلت من شهر رمضان سنة 130 للهجرة، وهو ابن ست وستين سنة، وقد ولي خراج المدينة. (ابن سعد: أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع (ت: 230هـ)، الطبقات الكبرى، المحقق: زياد محمد منصور، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية (1408هـ)، الجزء الأول، ص: 318.

<sup>5</sup> — محمد بن حمزة: محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي، حجازي، روى عن أبيه، وعنه ابنه حمزة وأبو بكر وأبو الزناد وأسامة بن زيد الليثي وكثير بن زيد الأسلمي، ذكره بن حبان في الثقات، وضعفه بن حزم، وعاب ذلك عليه القطب الحلبي، وقال لم يضعفه قبله أحد، وقال بن القطان: لا يعرف حاله. (العسقلاني: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر (ت: 852هـ)، تهذيب التهذيب، مطبعة دائرة المعارف النظامية - الهند، الطبعة الأولى (1326هـ)، الجزء التاسع، ص: 127.

مصدقاً، فوقع رجل على جاريتة امرأته، فأخذ حمزة من الرجل كفيلاً حتى قدم على عمر، وكان عمر قد جلده مائة جلدة، فصدقهم وعذره بالجهالة. وقال جرير، والأشعث، لعبد الله بن مسعود: (في المرتدين استتبههم وكفلهم، فتابوا، وكفلهم عشائرتهم).

وقال حماد: (إذا تكفل بنفس فمات فلا شيء عليه)، وقال الحكم: (يضمن)<sup>1</sup>.

### وجه الدلالة

قال ابن حجر: (استفيد من هذه القصة مشروعية الكفالة بالأبدان، فإن حمزة بن عمرو الأسلمي صحابي، وقد فعله، ولم ينكر عليه عمر مع كثرة الصحابة حينئذ)<sup>2</sup>.

كما يستفاد من الخبر مشروعية الكفالة بالأبدان، حيث أن عبد الله بن مسعود كفل في المرتدين عشائرتهم، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة<sup>3</sup>.

### الإجماع

ما نقله كثير من العلماء من أن كلمة المسلمين سلفاً وخلفاً على جواز وقوع الكفالة بالنفس، إذا كانت بسبب المال، أو إحضار بدن من عليه عقوبة، والصحابة رضي الله عنهم أجازوها، وكذلك التابعون، وذهب أصحاب المذاهب الأربعة إلى صحتها، للحاجة إليها، ولا يزال المسلمون على العمل بالكفالة بالنفس إلى يومنا هذا، من غير نكير، فكان إجماعاً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي (ت: 56هـ)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري (مرجع سابق)، كتاب: الحوالات، باب: الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها، رقم الحديث: 2290، الجزء الثالث، ص: 95.

<sup>2</sup> — العسقلاني: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل الشافعي (ت: 852هـ)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 575.

<sup>3</sup> — النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الرابع عشرة، ص: 45.

<sup>4</sup> \* السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، المبسوط (مرجع سابق)، الجزء التاسع عشرة، ص: 162.

\* القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي (ت: 684هـ)، الذخيرة (مرجع سابق)، الجزء التاسع، ص: 191.

\* الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 207.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 415.

## المذهب الثاني

ذهب ابن حزم وداود الظاهري : إلى أن الكفالة بالنفس لا تصح ولا تجوز أصلاً<sup>1</sup>. واحتجوا بقول الله تعالى في سورة يوسف: ﴿قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَّعَنَا عِنْدَهُ وَ﴾<sup>2</sup>.

## وجه الدلالة

يعني الدلالة في هذا أنه ليس هناك كفالة بنفس إنسان عن إنسان.

قال ابن حزم: (ومن طريق النظر إننا نسألهم عن تكفل بالوجه فقط فغاب المكفول ماذا تصنعون بالضامن لوجهه؟ أتلتزمونه غرامة ما على المضمون - فهذا جور وأكل مال بالباطل - لأنه لم يلتزمه قط. أم تتركونه؟ فقد أبطلتم الضمان بالوجه الذي جاذبتم به الخصوم ، وحكمتهم بأنه لا معنى له، أم تكلفونه طلبه؟ فهذا تكليف الحرج، وما لا طاقة له به، وما لم يكلفه الله تعالى إياه قط، ولا منفعة فيه، ولعله يزول عن موضعكم ولا يطلبه، ولكن يشتغل بما يعنيه)<sup>3</sup>.

## الرأي الراجح

بعد بيان أدلة كل مذهب، يتبين أن مذهب جمهور الفقهاء هو الرأي المختار والراجح، لقوة الأدلة، كما أن الحاجة ماسة للتعامل بمثل هذا النوع من الكفالة.

<sup>1</sup> - \* ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، الخلى بالآثار، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء السادس، ص: 407.

\* ابن رشد: محمد بن أحمد بن محمد القرطبي (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة - مصر، (د،ط)، (1425هـ ، 2004)، الجزء الرابع، ص: 79.

<sup>2</sup> - سورة يوسف، الآية رقم: 79.

<sup>3</sup> - ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، الخلى بالآثار (مرجع سابق)، الجزء السادس، ص: 407.

## الفرع الرابع: ألفاظ الكفالة بالذفس

الألفاظ اللى تثبت بها الكفالة بالذفس، هى كل لفظ يفيد التعهد والالتزام، وكل ما يعبر به عن الذفس، وهى على نوعين:

### النوع الأول: وهو النوع الذى يعبر عنه حقيقة

وذلك كقول القائل: تكفلت بذفس فلان، أو بجدسه، أو ببدنه.

### النوع الثانى: وهو ما يعبر عنه عرفاً<sup>1</sup>

كقولك: تكفلت بوجه فلان، أو برأسه، أو برقبته، فإن كلا من هذه الألفاظ مخصوص بعضو خاص، فلا يشمل الكل حقيقة، لكنه يشمل بطريق العرف<sup>2</sup>.

— إن كفل بعضو لا تبقى الحياة بدونه، كالرأس والقلب والظهر، صحت؛ لأنه لا يمكن تسليمه بدون تسليم البدن، فأشبهه الوجه<sup>3</sup>.

— وكذا تنعقد الكفالة إذا قال: بنصفه أو بثلته أو بجزء منه؛ أى قال: تكفلت بجزء من فلان، بأن قال تكفلت بيده أو رجله، لأن الذفس الواحدة فى حق الكفالة لا تتجزأ. فكان ذكر بعضها؛ أى ذكر بعض الذفس الواحدة حال كونه شائعاً كذكر كلها، كما فى الطلاق؛ لأن إضافة الكفالة إلى جزء شائع تثبت، وترى إلى الجملة كما فى الطلاق والعتاق<sup>4</sup>.

— أما إذا قال: أنا كفيل بيده أو رجله، أو بجزء معين، بحيث تبقى الحياة بعد زوال ذلك العضو، فقد اختلف الفقهاء فى ذلك إلى اتجاهين:

<sup>1</sup> — العرف: هو كل قول وفعل وترك اعتاد عليه الناس. (الأسهمى: أبو محمد، صالح بن محمد بن حسن آل عمير، القحطاني، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية، اعتنى بإخراجها: متعب بن مسعود الجعيد، دار الصمعي للنشر والتوزيع - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (1420هـ، 2000م)، الجزء الأول، ص: 93).

<sup>2</sup> — الأيوبي: أسامة يعقوب، المرجع السابق، ص: 46.

<sup>3</sup> — ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ت: 620هـ)، الكافي فى فقه الإمام أحمد (مرجع سابق)، الجزء الثانى، ص: 134.

<sup>4</sup> — العيني: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد (ت: 855هـ)، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1420هـ، 2000م)، الجزء الثامن، ص: 421.

## الاتجاه الأول

تصح الكفالة وهو قول أبي الخطاب<sup>1</sup> وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي<sup>2</sup>. لأنه لا يمكنه إحضار هذه الأعضاء على صفتها إلا بإحضار البدن كله، فأشبه الكفالة بوجهه<sup>3</sup>.

## الاتجاه الثاني

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكفالة بالنفس على هذه الصفة بأن قال: ضمنت يده أو رجله فإنه لا يصح<sup>4</sup>. وذلك لوجهين:

1 — أنه قد يقطع منه العضو فيبرأ مع بقاء الشخص حياً.

2 — عدم جريان العرف بالتعبير به عن الكفالة بالنفس<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> — أبو الخطاب: الإمام، العالم العلامة، محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوزاني البغدادي، أبو الخطاب. ولد في قرية كلواذى - وهي قرية أسفل بغداد - ثاني شوال سنة 432 للهجرة، كان حسن الأخلاق، ظريفاً، مليح النادرة، سريع الجواب، حاد الخاطر، وكان مع ذلك كامل الدين، غزير العقل، جميل السيرة، مرضى الفعال، محمود الطريقة. توفي رحمه الله في بغداد في الثالث والعشرين من جمادى الآخرة سنة 510 للهجرة، من مصنفاته: التمهيد في أصول الفقه، والخلاف الكبير، والهداية. ( ابن رجب: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي (ت: 795هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 270).

<sup>2</sup> — العمراني: أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم اليميني الشافعي (ت: 558هـ)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (1421هـ، 2000م)، الجزء السادس، ص: 350.

<sup>3</sup> — ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ت: 620هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 134.

<sup>4</sup> — الجزيري: عبد الرحمن بن محمد عوض (ت: 1360هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 200.

<sup>5</sup> — الأيوبي: أسامة يعقوب، المرجع السابق، ص: 47.

## المطلب الثالث: الكفالة بالطلب

الكثير من الفقهاء يجعلون الكفالة نوعين فقط، وهما: الكفالة بالمال، والكفالة بالنفس، ويدخلون الكفالة بالطلب في النوع الثاني من أنواع الكفالة (كفالة النفس)<sup>1</sup>. أما فقهاء المالكية<sup>2</sup> فيجعلونه كنوع مستقل بذاته.

ولا شك أن التنويع يسهل الفهم، لذلك سرت على ذلك، وجعلت الكفالة بالطلب كنوع ثالث من أنواع الكفالة.

### الفرع الأول: تعريف الكفالة بالطلب

هي: التزام طلب الغريم والتفتيش عليه<sup>3</sup>.

أو هي: عبارة عن التفتيش على الغريم الذي عليه الدين، ثم يخبر صاحب الدين به ولا يلزمه إحضاره ولا غرم عليه إلا إن قصر أو فرط<sup>4</sup>.

### شرح التعريف

ضمان الطلب الذي التزمه الكفيلي وقت الضمان بطلب المدين إذا غاب ، وذلك ببذل وسعه ومقدرته في طلبه والتفتيش عليه إذا اختفى أو غاب ، ليدل عليه رب الدين لأخذ حقه منه ، ولا غرم عليه وذلك بسبب عجزه عن إحضاره بعد التفتيش عليه وطلبه، وحلف ما قصر في ذلك. فإن لم يبذل الوسع أو علم موضعه وأخفاه عن رب الدين غرم المال، ورجع على المضمون بمثل ما أداه عليه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — البايرتي: محمد بن محمود (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية (مرجع سابق)، الجزء السابع، ص: 164.

\* الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 445.

<sup>2</sup> — الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الحلوتي، المالكي (ت: 1241هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 452.

<sup>3</sup> — الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 346.

<sup>4</sup> — النفاوي: أحمد بن غانم بن سالم، شهاب الدين الأزهرى المالكي (ت: 1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1415هـ، 1995م)، الجزء الثاني، ص: 240.

<sup>5</sup> — الجعلي: عثمان بن حسنين بري المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية - وحدة الرعاية - الجزائر، (د،ط)، 1992، الجزء الثاني، ص: 155.

## الفرع الثاني: خصائص الكفالة بالطلب

من خلال التعاريف السابقة يمكن استخراج بعض خصائص الكفالة بالطلب وهي:  
أولاً: مؤدى هذا العقد وفائدته هو التزام الكفيل بإحضار من عليه الحق (المكفول) إلى المكان المحدد.

– فإن قام بذلك الكفيل فقد وفى التزامه، ولا شيء عليه، بغض النظر عن استيفاء الحق من المكفول أو عدمه.

– فإن لم يقيم بذلك، وتعذر إحضار المكفول إلى المكان المحدد فإن له حالتين:

**1 –** أن يكون ذلك بتفريط من الكفيل، بأن كان يعلم مكان مكفوله، ولم يسع إلى تسليمه،

ونحو ذلك، فإن الكفيل يغرم ما على المكفول بسبب تفريطه، وتقصيره في التزامه بإحضار المكفول. وهذا قول المالكية<sup>1</sup> والحنابلة<sup>2</sup>، وأما الشافعية<sup>3</sup> والحنفية<sup>4</sup> فيرون أنه يجبس حتى يحضره، أن يعجز على إحضاره.

**2 –** أن يكون بدون تفريط منه، بأن عجز عن إحضاره بعد بذله السبب في ذلك، فإنه يؤخر إلى حال القدرة على إحضاره، ولا تسقط الكفالة<sup>5</sup>.

ثانياً: يصح ضمان الطلب فيمن كان مطلوباً بسبب حق مالي، أو بسبب قصاص ونحوه من الحقوق البدنية من حدود وتعزيرات متعلقة بآدمي، كأن يقول الكفيل: أنا حميل بطلبه، أو لا أضمن إلا الطلب، أو لا أضمن إلا وجهه، أو أضمن وجهه بشرط عدم غرم المال إن لم أجده<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> – العدوي: علي بن أحمد بن مكرم الصعدي (ت: 1189هـ)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1414هـ، 1994م)، الجزء الثاني، ص: 364.

<sup>2</sup> – البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 380.

<sup>3</sup> – الهيثمي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر (ت 974هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، الجزء الخامس، ص: 264.

<sup>4</sup> – السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، المبسوط (مرجع سابق)، الجزء التاسع عشرة، ص: 164.

<sup>5</sup> – الشويعر: عبد السلام بن محمد، المرجع السابق، ص: 150.

<sup>6</sup> – الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء الرابع والثلاثون، ص: 307.

### الفرع الثالث: المقارنة بين الكفالة بالنفس والكفالة بالطلب

يظهر لنا مما سبق أوجه الاتفاق والاختلاف بين الكفالة بالطلب وسابقه.

#### أولاً: أوجه الاتفاق

1 — يتفقان في الالتزام بإحضار المكفول ببدنه وقت الحاجة إليه، فإن أحضره برئ.

2 — كذا يتفق هذان النوعان من الكفالة في حال عدم إحضار الكفيل المكفول لتفريط منه أو

تكاسل، فإنه يضمن ما عليه.

#### ثانياً: أوجه الاختلاف

يختلف هذان النوعان من الكفالة فيما لو بحث الكفيل عن المكفول ولم يجده، بعد بذل الوسع، أو

لم يستطع إحضاره، فإنه لا يضمن رد ما عليه، والحالة هذه بخلاف الكفالة بالبدن فإنه يضمن ما

عليه، وهو المشهور من مذهب الحنابلة<sup>1</sup> والمالكية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> — البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين الحنبلي (ت: 1051هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 132.

<sup>2</sup> — الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 346.



## المبحث الثاني

### أنواع الكفالة في القانون المدني الجزائري

يمكن إجراء أكثر من تقسيم للكفالة بحسب الزاوية المنظور إليها منها:  
من حيث المصدر: تكون الكفالة إما اتفاقية قانونية أو قضائية.  
ومن حيث الطبيعة: هناك الكفالة المدنية والكفالة التجارية.  
ومن حيث المحل: تكون كفالة شخصية ( بسيطة أو تضامنية )، أو عينية، أو كفالة بدن.  
ومن حيث الوصف: تكون كفالة مطلقة أو مقيدة.  
وسأفرد كلا منها بجديث منفصل، على النحو الآتي:

- المطلب الأول: أنواع الكفالة من حيث المصدر .
- المطلب الثاني: أنواع الكفالة من حيث الطبيعة .
- المطلب الثالث: أنواع الكفالة من حيث المحل .
- المطلب الرابع: أنواع الكفالة من حيث الوصف .

## المطلب الأول: أنواع الكفالة من حيث المصدر

إن التزام الكفيل للدائن بضمان تنفيذ الالتزام الأصلي ينشأ دائماً عن عقد الكفالة، ولهذا تعتبر الكفالة من حيث مصدر التزام الكفيل دائماً اتفاقية، وقد يكون المدين ملتزم بتقديم كفيل لدائنه يضمنه إما بنص في القانون، أو بحكم من القضاء، وعندئذ تكون الكفالة إما قانونية أو قضائية أو اتفاقية<sup>1</sup>.

لذا ساقسم أنواع الكفالة من حيث مصدر الالتزام بها، إلى ثلاثة أنواع.

### الفرع الأول: الكفالة الاتفاقية

تكون عندما يتفق الدائن و المدين على أن يقوم هذا الأخير بتقديم كفيل يضمن له الالتزام .

#### أولاً: تعريفها

#### 1 — تعريف أحمد محمود سعد

هي التي تنشأ نتيجة اتفاق المدين مع الدائن على التزام الأول بتقديم كفيل للثاني يضمن دينه، ويكون هذا الاتفاق هو مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة، سواء تم الاتفاق قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك<sup>2</sup>.

#### 2 — تعريف يحي عبد الودود

هي التي تكون بموجب اتفاق بين الدائن والمدين، على أن يلتزم الأخير بتقديم كفيل مقابل أن يعطيه قرضاً، أو يمنحه أجلاً (وهذا هو الغالب)، أو أن يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه، قاصداً بذلك أن يؤدي خدمة للمدين أو الدائن<sup>3</sup>.

#### ثانياً: أمثلة عن الكفالة الاتفاقية

يعد من قبيل الكفالة الاتفاقية سعي المدين من تلقاء نفسه إلى الحصول على كفيل يضمنه و يقدمه من تلقاء نفسه، دون أن يكون ملتزماً بذلك للدائن حتى يحصل منه على ائتمان جديد أو أن يجدد الائتمان السابق.

ويمكن أن تنشأ الكفالة كذلك في حالة تقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين، والتزامه بذلك في مواجهة الدائن، حتى ولو لم يعلم بما هذا الأخير، أو حتى رغم معارضته، حيث يكون مصدر

<sup>1</sup> — العمروسي: أنور، المرجع نفسه، ص: 263.

<sup>2</sup> — سعد: أحمد محمود، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى (1994)، ص: 134.

<sup>3</sup> — يحي: عبد الودود، عقد الكفالة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، (د، ط)، (1961م)، ص: 13.

التزام الكفيل هذا هو الإرادة المنفردة، وهي مصدر إرادي يقيد به، وتعتبر هاتين الحالتين من قبلي الكفالة الاتفاقية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الكفالة القانونية

تكون الكفالة قانونية إذا كان مصدر التزام المدين بتقديم كفيل للدائن هو نص القانون<sup>2</sup>.

وقد أورد القانون المدني الجزائري في بعض نصوصه ما يلزم المدين بتقديم كفيل ومنه:

أولاً: ما ورد في المادة 851 منه والتي تنص على أنه:

(إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً وجب جرده، ولزم المنتفع تقديم كفالة به، فإن لم

يقدمها بيع المال ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولي المنتفع على أرباحها).

هذه المادة تلزم المنتفع بمنقول أن يقدم لمالك الرقبة كفالة ضمان للوفاء بالتزامه به المنقول أو بدله.

ثانياً: أيضاً نص المادة 2/388 من القانون المدني الجزائري والتي تخول للبائع بأن يقدم كفيلاً، إذا

أراد استيفاء الثمن رغم التعرض للمشتري ورغم حق المشتري في الحبس.

ثالثاً: وأيضاً ما نصت عليه المادة 2/211 من القانون المدني والتي تنص على أن أجل الدين يسقط

متى أنقص بفعل المدين، وإلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد

أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، ما لم يفضل الدائن أن يطالب بتكملة الثمن.

رابعاً: وكذا نص المادة 211 التي نصت على أنه للدائن، وقبل انقضاء الأجل، أن يتخذ من

الإجراءات ما يحافظ به على حقوقه، ولو بوجه خاص أن يطالب بتأمين إن خشي إفلاس المدين.

<sup>1</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 22.

<sup>2</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 32.

**خامسا:** وكذلك ما أورده المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من القانون التجاري<sup>1</sup> (السندات التجارية<sup>2</sup>)، وخصص الباب الأول منه للسفتجة<sup>3</sup> والسند لأمر<sup>4</sup>. ولما تحدث عن السفتجة، وذكر حالة ضياعها، بين ما إذا كانت السفتجة من عدة نظائر، أم أنها محررة على نسخة واحدة.

## **1 – إذا كانت السفتجة من عدة نظائر وضاعت نسخة**

يجب التفرقة بين ما إذا كانت النسخة الضائعة هي تلك الموقع عليها بالقبول أم أنها ليست كذلك؟

### **أ : فإذا كانت السفتجة الضائعة غير مقبولة**

فإن للحامل أن يطالب الوفاء بمقتضى إحدى نسخها الأخرى التي يحوزها<sup>5</sup>.

### **ب : أما إذا كانت النسخة الضائعة هي النسخة المقبولة**

فلا يمكن للمسحوب عليه الوفاء للحامل إلا بناء على أمر من القاضي، وعلى الحامل في هذه الحالة أن يقدم كفيلا يضمن رد قيمة السفتجة لمن قد يظهر في المستقبل على أنه هو الحامل الشرعي الجديد، ويسقط التزام الكفيل بمدة تتقادم بـ 03 سنوات إذا لم يظهر أي شخص<sup>6</sup>.

## **2 – إذا كانت السفتجة محررة على نسخة واحدة**

سواء كانت مقبولة أو غير مقبولة ثم فقدت، فإن القانون قد أعطى الحامل إتباع المراحل التالية:

<sup>1</sup> – أمر رقم 75 – 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بـ قانون رقم 05 – 02 المؤرخ في 6 فبراير 2005 المتضمن القانون التجاري الجزائري.

<sup>2</sup> – **السندات التجارية:** هي عبارة عن سندات مكتوبة وفق أشكال وبيانات محددة في القانون، يتعهد بمقتضاها المدين بدفع مبلغ معين من النقود في أجل معين أو قابل للتعين، كما يمكن نقل الحق الثابت بها من شخص لآخر، وذلك عن طريق التظهير أو التسليم. ( **الواسعة:** زرارة صالح، السندات التجارية (محاضرات ألقيت على طلبة السنة الرابعة علوم قانونية)، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية – باتنة – السنة الجامعية 2011/2012، ص: 3).

<sup>3</sup> – **السفتجة:** هي محرر مكتوب وفق أوضاع شكلية مذكورة في القانون، تتضمن أمرا صادرا من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه، بأن يدفع لأمر شخص ثالث هو المستفيد مبلغا معينا بمجرد الاطلاع، أو في ميعاد معين أو قابل للتعين. ( **فوضيل:** نادية، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر – الجزائر، الطبعة الحادية عشر (2006)، ص: 7).

<sup>4</sup> – **السند لأمر:** هو صك محرر وفق شكل معين حدده القانون، يتعهد بمقتضاه شخص يسمى المحرر بدفع مبلغ من النقود في تاريخ معين وفي مكان محدد لإذن أو لأمر شخص يسمى المستفيد.

<sup>5</sup> – المادة 420 تجاري جزائري.

<sup>6</sup> – المادة 421 تجاري جزائري.

استصدار أمر من القاضي + إثبات الحامل ملكيته للسفحة عن طريق دفاتره التجارية + تقديم كفيل<sup>1</sup>.

#### سادسا

كذلك ما أورده المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية<sup>2</sup> في الباب الثاني (في إيداع الكفالة وقبول الكفيل) في المواد 586<sup>3</sup>، 587<sup>4</sup>.

وقد نصت المادة 588 بقولها: (تصح الكفالة بمجرد تقديم الكفيل أو بعد الفصل في المنازعة المتعلقة به، إن وجدت).

ونصت المادة 589 بقولها: (تكون الكفالة المنصوص عليها في المادة 588 أعلاه، واجبة التنفيذ دون حاجة إلى صدور حكم بذلك).

#### 7 — مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع:

فالمتبوع يكفل فيما يرتكب التابع من خطأ يصيب غيره بالضرر، ما دام للمتبوع حق التوجيه والرقابة على التابع، أو إذا وقع الخطأ الذي ارتكبه التابع أثناء تأدية وظيفة، أو بسببها<sup>5</sup>.

8 — تكون الكفالة قانونية متى نص عليها القانون، ومن أمثلة النصوص التي تلزم المدين بتقديم كفيل، إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا، وجب جرده و لزم المتبوع تقديم كفالة به<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> — المادة 422 تجاري جزائري.

<sup>2</sup> — قانون رقم 08 — 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>3</sup> — تنص المادة 586 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: (تحدد الأحكام والقرارات القضائية بتقديم كفيل أو كفالة تاريخ تقديم الكفيل أو تاريخ إيداع الكفالة، ما لم يكن هذا التقديم أو هذا الإيداع قد حصل قبل صدور الحكم أو القرار.

يتم إيداع الكفالة بأمانة الضبط، ويحصل تقديم الكفيل بالجلسة بعد إيداع المستندات الدالة على ملاءته في أمانة الضبط، عند الاقتضاء).

<sup>4</sup> — تنص المادة 587 بقولها: (كل منازعة تتعلق بقبول الكفيل تقدم من الخصم في أول جلسة، ويفصل فيها في الحال.

إذا وقعت المنازعة، يحظر أطراف الخصومة بتاريخ الجلسة التي سيتم الفصل فيها.

الحكم الصادر في المنازعة واجب النفاذ رغم المعارضة أو الاستئناف).

<sup>5</sup> — المادة 136 من القانون المدني الجزائري، المعدلة بلقانون رقم 05 — 10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق 20 يونيو 2005.

<sup>6</sup> — المادة 851 مدني جزائري.

## الفرع الثالث: الكفالة القضائية

### أولاً: تعريفها

أما الكفالة القضائية فهي الكفالة التي يكون بمقتضاها المدين ملزماً بتقديم كفيل بموجب حكم قضائي، فيكون هذا الحكم مصدر التزام المدين بتقديمها. فالكفالة القضائية هي التي يترك أمر تقديرها للمحكمة<sup>1</sup>.

### ثانياً: أمثلة عن الكفالة القضائية

#### 1 — ما جاءت به المادة 2/717 مدني جزائري، إذ تنص على أنه:

(وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية، أن تقرر مع هذا كل ما تراه مناسباً من التدابير، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات).

#### شرح المادة:

إذا وافقت المحكمة على قرار الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع بإجراء تعديرات أساسية فيه، فإن لها أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق له من تعويضات.

#### 2 — ما جاءت به المادة 3/323 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، التي تقضي بـ:

(يجوز للقاضي في جميع الأحوال الأخرى، أن يأمر في حالة الاستعجال بالإنفاذ المعجل بكفالة أو بدون كفالة).

فقد أعطى المشرع للقاضي كامل السلطة في تقدير توافر حالة الاستعجال، ثم إذا قرر أن يأمر بالإنفاذ المعجل فله أيضاً أن يقرنه بتقديم كفالة أو أن يجعله بدونها. والكفالة هنا هي وسيلة علاجية، منحها المشرع للقاضي الذي يأمر بها لضمان إعادة الحال إلى ما كانت عليه في حالة ما إذا تم إلغاء الحكم الأمر بالإنفاذ المعجل بعد تنفيذه، وذلك لحماية حقوق المحكوم عليه هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الكفالة تشجع القاضي على الأمر بالإنفاذ المعجل. مادام طالبه أبدى استعداداً لدفع الكفالة وقام بتقديمه.

<sup>1</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 23.

وإذا كانت الكفالة في القانون المدني عقد تأمين شخصي طبقا للمادة 644 وما يليها منه، فإنه يقصد بها إجرائيا - في مجال التنفيذ الجبري - كل ضمانات شخصية أو عينية يقدمها طالب النفاذ المعجل وتكون كافية لصيانة حق المحكوم عليه لإعادة الحال إلى ما كانت عليه.

وتخضع في أحكامها إلى المواد 586 إلى 589 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>.

#### الفرع الرابع: أهمية التفرقة بين الكفالة القانونية والقضائية والاتفاقية

هذا وأن اعتبار الكفالة اتفافية أو قانونية أو قضائية، له أهمية من الناحية العملية ذلك أن القانون يجعل للكفالة القانونية والقضائية أحكاما خاصة، لا يؤخذ بها في الكفالة الاتفافية.

فنصت المادة 667 مدني جزائري، والتي تقابلها المادة 795 مدني مصري، على أنه: (يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية دائما متضامين).

أما الكفلاء في الكفالة الاتفافية، يكونون غير متضامين إلا إذا تم الاتفاق على ذلك في عقد الكفالة<sup>2</sup>.

ومن هنا ففي الكفالة الاتفافية لا يفترض التضامن بين الكفلاء، بل لا بد من الاتفاق عليه صراحة. ولذا جعل المشرع مركز الكفيل القانوني والقضائي أفسى وأشد من مركز الكفيل الاتفافي، إلا أن المشرع هنا والقاضي يحميان الكفيل بتدخله في ذلك، وهذه هي حكمة التشديد بإقراره التضامن بين الكفلاء<sup>3</sup>.

لكن رغم النص على تضامن الكفلاء، إلا أن المشرع لم يفصح عن مدى هذا التضامن، هل هو تضامن بين المدين والكفيل، أم هو تضامن بين الكفلاء في حالة تعددهم؟

وفي نظر الدكتور نبيل إبراهيم سعد: أن نية المشرع انصرفت إلى العموم، وفقا لنص المادة 795 مدني مصري، المقابلة للمادة 667 مدني جزائري، إذ أكد المشرع هذا التفسير بإضافة كلمة (دائما)، والتي تدل على انصراف حكم النص إلى جميع الحالات؛ أي تضامن فيما بين الكفلاء أنفسهم، إذا ما تعددوا، أو فيما بينهم وبين المدين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> - تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 33.

<sup>3</sup> - تناغو: سمير عبد السيد، المرجع نفسه، ص: 33.

<sup>4</sup> - سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 24.

## المطلب الثاني: أنواع الكفالة من حيث طبيعتها

تنقسم الكفالة بحسب طبيعة العقد المبرم بين الكفيل والمكفول له إلى كفالة مدنية ، وكفالة تجارية، ويترتب على التمييز بين نوعي الكفالة نفس نتائج التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية ، من حيث أحكام الإثبات والفائدة القانونية والاختصاص القضائي والأهلية الواجب توفرها في الكفيل.

لذا سأقسم أنواع الكفالة من حيث طبيعتها إلى نوعين.

### الفرع الأول: الكفالة المدنية

القاعدة أن الكفالة عقد مدني ، لأن المشرع الجزائري تناوله ضمن العود المسماة الواردة في القانون المدني، والتجارة تقوم على الربح والمضاربة ولا تتفق مع صفة التبرع، فالكفيل متبرع ولا يحصل على مقابل<sup>1</sup>.

واعتبر القانون المدني الجزائري في الأصل أن الكفالة مدنية، وأكد على ذلك اعتبار الكفالة الناشئة عن دين تجاري كفالة مدنية، وتخضع لأحكام الكفالة في القانون المدني حتى لو كان الكفيل تاجرا<sup>2</sup>.

ويترتب على ذلك:

**أولاً:** أن الكفالة تعتبر مدنية ولو كان الكفيل يضمن ديناً تجارياً أو وليد علاقة تجارية بين المدين والدائن، ولو كان الكفيل لديه الأهلية التجارية، ويقوم بممارسة نشاط تجاري، طالما أن الكفالة تمت على سبيل التبرع.

**ثانياً:** يجب أن يكون محل الدين تجارياً، دفعا لشبهة بصدده حول اعتباره عملاً مدنياً أو تجارياً<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — مرسى: محمد الكامل، العقود المسماة (الكفالة، الوكالة، السمسرة، الصلح، التحكيم، الوديعة، الحراسة)، المطبعة العالمية - مصر، الطبعة الثانية (1952)، الجزء الأول، ص: 83.

<sup>2</sup> — نصت المادة 1/651 مدني جزائري بقولها: (تعتبر كفالة الدين التجاري عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً).

<sup>3</sup> — يحيى: عبد الودود، المرجع السابق، ص: 11.



## الفرع الثاني: الكفالة التجارية

استتنت المادة 2/651 حالتين، اعتبرت فيهما أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا، وأن أي تظهير لها يجعلها عملا تجاري

### أولا: الضمان الاحتياطي

يعرف الضمان الاحتياطي بأنه التعهد الذي يلتزم بموجبه شخص بالوفاء بقيمة سند السحب عند استحقاقه إذا امتنع عن ذلك أحد الموقعين عليه، وذلك على وجه التضامن مع من صدر الضمان لصالحه<sup>1</sup>.

فالضمان الاحتياطي لا يعدو أن يكون كفالة التزام ثابت في الورقة التجارية على وجه التضامن مع المكفول، وغايته إضافة ملتزم جديد يسمى ضامنا احتياطيا، والشخص المكفول يسمى المضمون، ويسمى الضمان في هذه الحالة ضامنا احتياطيا تميزا له عن الضمان الأصلي كضمان المظهرين، وهو ضمان اختياري، بمعنى أن السند يكون صحيحا بدون، كما يمكن الوصول للكفالة بطريقة أخرى كالكفالة العادية<sup>2</sup>.

### ثانيا: التظهير

هو طريقة تجارية لتداول الأوراق التجارية، حيث يوضع بيان مختصر على ظهر الورقة التجارية قصد نقل الحقوق الثابتة فيها بشكل يسير وسريع يستجيب لمقتضيات التجارة التي تقوم على السرعة والائتمان، ويحول التظهير لحامل الورقة التجارية الحصول على المال السائل قبل تاريخ الاستحقاق من المظهر إليه أو الحامل الجديد<sup>3</sup>.

فعلى الرغم من اعتبار المشرع تظهيرها بمثابة كفالة تجارية، إلا أن البعض الآخر ذهب لاعتبارها صورة من صور الرهن الحيازي للورقة التجارية<sup>4</sup>.

وخلاصة القول أن الكفالة هي عمل مدني، إلا أنها قد تكتسب الصفة التجارية بنص القانون<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — عطير: عبد القادر، الوجيز في شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية)، مكتبة دار الثقافة - الأردن، (د،ت)، ص: 280 .

<sup>2</sup> — المادة 409 تجاري جزائري.

<sup>3</sup> — شيعاوي: وفاء، الأوراق التجارية في القانون التجاري الجزائري (ملخص محاضرات مقدمة لطلبة السنة الرابعة - حقوق - السنة الجامعية:

2010/2009)، جامعة 8 ماي 45 - قالة - الجزائر، ص: 12.

<sup>4</sup> — سارة: سليمان، المرجع السابق، ص: 14.

<sup>5</sup> — نصت المادة 2/651 مدني جزائري بقولها: (غير أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضامنا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق، تعتبر دائما عملا تجاريا).

وهذا متى تعلق الأمر بالسفستجة، لأنها من قبيل الأعمال التجارية بحسب الشكل<sup>1</sup>.  
غير أن الإشكال يبقى مطروحا ، والإجابة عنه غير مستقرة فيما يتعلق بالشركات التجارية<sup>2</sup> التي  
تمارس نشاطا مدنيا إذ هي تجارية حسب الشكل لا الموضوع، و طالما أنها كذلك، فكيف يمكن  
تفسير إضفاء الصفة التجارية على الكفالة التي يقدمها مدير شركة ذات مسؤولية محدودة ولكن  
بصفة شخصية لصالح الشركة؟

إن هذا الإشكال يجعل جميع العمليات القانونية التي ترد على السفستجة تكتسب الصفة التجارية إذا  
تعلق الأمر بإنشائها أو قبولها، أو حتى ضمائها<sup>3</sup>.  
كما تعتبر الكفالة تجارية بالتبعية إذا صدرت من أحد المصارف أو البنوك لعميل من عملائه على  
اعتبار أنها من العمليات المصرفية<sup>4</sup>.

وتعتبر الكفالة أيضا عملا تجاريا إذا قام بها الكفيل التاجر لغاية تتعلق بتجارته ، كالكفالة الصادرة  
عن شركة بمناسبة معاملة خاصة بتجارتهما، أو إذا كان للتاجر مصلحة تجارية شخصية ، كما لو  
أصدرها لتاجر من عملائه لتجنيبه خطر الإفلاس، والاحتفاظ به كعميل<sup>5</sup>.

### الفرع الثالث: الأهمية العملية للفرقة بين الكفالة المدنية والكفالة التجارية

إن الكفالة المدنية بطبيعتها تطبق عليها أحكام القانون المدني بالنسبة للكفالة، أما إذا كانت تجارية  
بنص القانون، فتطبق عليها أحكام القانون التجاري

<sup>1</sup> — المادة 3 تجاري جزائري.

<sup>2</sup> — الشركات التجارية: نصت المادة 416 من القانون المدني الجزائري المعدلة بالقانون رقم 88 — 14 المؤرخ في 3 مايو 1988 بقولها:  
(الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف  
اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة.  
كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك). (الجريدة الرسمية رقم: 18، ص: 750).

<sup>3</sup> — فرحة: زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، دار النشر و التوزيع ابن خلدون - الجزائر، الطبعة الثانية (2003)، ص: 124.

<sup>4</sup> — نصت المادة 13/2 تجاري جزائري بقولها:

(يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه:

- كل عملية مصرفية، أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة).

<sup>5</sup> — نصت المادة 4 تجاري جزائري بقولها:

(يعد عملا تجاريا بالتبعية:

- الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره.

- الالتزامات بين التجار).

لذا سوف أقوم ببيان أهمية التفرقة بين الكفالة المدنية (التي تخضع للقانون المدني)، والكفالة التجارية (التي تخضع للقانون التجاري)

### أولاً: التضامن

وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، إذا تعدد طرفي النزاع، فإن ذلك لا يعني وجود تضامن فيما بينهم. فالتضامن لا يفترض بين الكفيل والمدين في الكفالة المدنية، إلا إذا ورد نص بذلك<sup>1</sup>. أما في المعاملات التجارية فالتضامن مفترض فيما بين المدين عند تعددهم، ودون حاجة إلى اتفاق أو نص قانوني، وهذا ما جرى عليه العرف التجاري، لأنها تقوم على الثقة والائتمان. ولكن مع ذلك نص عليه القانون التجاري في بعض الحالات من خلال المادة 1/551 من القانون التجاري بحيث نصت على ما يلي: (للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة).

### ثانياً: التبرع

أجمع الفقهاء وشرح القانون أن عمل الكفيل تبرعي، فهو عادة ما يقوم بإسداء خدمة للمدين دون مقابل<sup>2</sup>. وأما في الكفالة التجارية فتنتفي صفة التبرع بالنسبة للكفيل، فالتاجر يقوم باحتراف الكفالة بمقابل، بقصد المضاربة والربح (حيث لا مجانية ولا تبرع في العمل التجاري)<sup>3</sup>.

### ثالثاً: الإثبات

اشترط القانون المدني الجزائري شكلية معينة لإثبات عقد الكفالة، فهي لا تثبت إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — نصت المادة 217 مدني جزائري بقولها:

(التضامن بين الدائنين أو بين المدين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون).

<sup>2</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص: 25.

<sup>3</sup> — أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 45.

<sup>4</sup> — المادة 645 مدني جزائري.

أما إذا كانت الكفالة تجارية فإنه يجوز إثباتها بطرق الإثبات كافة<sup>1</sup>.

والسبب في الخروج عن القواعد العامة في مجال الإثبات في المسائل التجارية مرجعه إلى رغبة المشرع في تقوية الاعتبارات التي أملت بها الثقة والائتمان والسرعة والمرونة التي نطبع الأعمال التجارية<sup>2</sup>.

ولكن فرض المشرع الجزائري الكتابة في بعض العقود والتصرفات مثل: عقد الشركة التجارية في نص المادة 545 من القانون التجاري الجزائري، بالإضافة إلى عقد بيع المحل التجاري في نص المادة 79، وكذلك رهن المحل التجاري في نص المادة 120. كل هذه العقود تشترط العقد الرسمي لإثباتها<sup>3</sup>.

#### رابعاً: المهلة القضائية

إذا حل أجل الدين، وعجز المدين عن الوفاء به، فالقواعد العامة تقضي بأن للقاضي أن يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه إذا رأى ذلك ممكناً، بشرط ألا يسبب مد أجل الوفاء ضرراً جسيماً للدائن. أما في الأعمال التجارية فلا يجوز للقاضي أن يمنح مثل هذه المهلة، لأن حلول أجل الدين له أهمية كبيرة في الميدان التجاري، فلو تأخر ميعاد الدين، فقد يسبب للدائن ضرراً، كتفويت فرصة الربح عليه، أو قد يكون هذا سبباً في التأخر للوفاء بديونه التجارية، مما قد يعرضه لشهر إفلاسه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — نصت المادة 30 تجاري جزائري بقولها:

(يثبت كل عقد تجاري:

1 — بسندات رسمية.

2 — بسندات عرفية.

3 — بفاتورة مقبولة.

4 — بالرسائل.

5 — بدفاتر الطرفين.

6 — بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها.

<sup>2</sup> — شادلي: نور الدين، القانون التجاري (مدخل للقانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، دار العلوم للنشر والتوزيع،

(د،ط)، (2003)، ص: 34.

<sup>3</sup> — أمر رقم 75 — 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم — قانون رقم 05 — 02 المؤرخ في 6 فبراير 2005 المتضمن القانون التجاري الجزائري.

<sup>4</sup> — فوضيل: نادية، القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، ديوان المطبوعات الجامعية — بن عكنون — الجزائر، الطبعة الثالثة (1999)، ص: 53.

**خامسا: الإعداز:** مفاده أن الدائن يقوم بتوجيه إنذار للمدين حتى يوفي بالتزامه ، يتم بورقة رسمية بواسطة أعوان القضاء، هذا في الأعمال المدنية<sup>1</sup>.

أما في الأعمال التجارية ، فقد جرى العرف على أن يتم ا لإعداز بخطاب عادي أو ببرقية دون الالتجاء على الأوراق الرسمية<sup>2</sup>.

**سادسا: الفوائد القانونية:** جاء في المادة 653 من القانون المدني الجزائري، والتي تقابلها المادة 781 من القانون المدني المصري: (إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل).

معنى ذلك: أنه إذا كانت الكفالة مطلقة، فإن التزام الكفيل يشمل التزام المكفول وملحقاته، فيشمل فوائد الدين التأخيرية، والتعويض عن عدم التنفيذ، ومسؤولية المدين العقدية<sup>3</sup>.

ورغم أن أغلب التشريعات تجيز تقاضي فوائد على الديون المدنية والتجارية، إلا أن الوضع في الجزائر يختلف؛ حيث أن المشرع الجزائري حرم تقاضي مثل هذه الفوائد واعتبرها ربا، وذلك بنص القانون<sup>4</sup>.

**سابعا: الدفع:** إذا كانت الكفالة مدنية، فإن الكفيل يستطيع التمسك بالدفع كافة، الواردة في القانون المدني الجزائري، التي تنظم الكفالة، مثل: الدفع بمطالبة المدين أولا وتجريده<sup>5</sup>، وكذلك يحق للكفيل التمسك بالدفع الخاصة بالالتزام الأصلي<sup>6</sup>.

أما الكفالة التجارية فإنه لا يحق للكفيل التجاري التمسك بالتجريد، ولا الدفع بمطالبة المدين أولا، لأن الكفيل متضامن بنص القانون، وأما الدفع الخاصة بالالتزام الأصلي، فإنه كذلك لا يجب أن يتمسك الكفيل التجاري بذلك؛ أي حتى لو كان الالتزام الذي كفله باطلا لأي سبب غير معيب في الشكل<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> — المادة 180 مدني جزائري.

<sup>2</sup> — الفاقهي: محمد السيد، مبادئ القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان، (د،ط)،(د،ت)، ص: 49.

<sup>3</sup> — الشهاوي: قدرى عبد الفتاح، أركان عقد الكفالة العينية والشخصية (التضامن، التضامم، التجريد، في التشريع المصري والمقارن)، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر، (د، ط)، (2005م)، ص: 93.

<sup>4</sup> — نصت المادة 454 مدني جزائري بقولها:

(القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر، ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك).

<sup>5</sup> — المادة 660 مدني جزائري، والتي تقابلها المادة 788 من القانون المدني المصري.

<sup>6</sup> — المادتين 654 ، 666 مدني جزائري.

<sup>7</sup> — أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 48.

## المطلب الثالث: أنواع الكفالة بحسب محلها

تنقسم الكفالة بحسب محلها إلى نوعين كفالة عينية - تأخذ أحكام الرهن الرسمي - وكفالة شخصية. وهذه الأخيرة تنقسم إلى قسمين: كفالة بسيطة وكفالة تضامنية.

### الفرع الأول: الكفالة الشخصية

لقد نظم المشرع الجزائري الكفالة الشخصية في المواد من 644 إلى 673 من القانون المدني.

#### أولاً: تعريفها

هي الكفالة العادية التي يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين، فيستطيع الدائن أن يستوفي حقه من أموال المدين ومن أموال الكفيل إذ لم تكفي أموال الأول، و ترد الكفالة على الضمان العام للكفيل؛ أي على كل أمواله دون تخصيص<sup>1</sup>.

أولاً: هي أن يتقدم شخص لضمان وفاء ما على المدين لدائنه، فيضم ذمته إلى ذمة المدين ليزيد من ضمان في تحصيل حقه، فيصبح بذلك للدائن حق الضمان العام، ليس على جميع أموال مدينه فحسب، بل على جميع أموال الكفيل أيضاً، وتسمى الكفالة في هذه الحالة كفالة شخصية، لأنها تنشئ في ذمة الكفيل التزاماً شخصياً، ينفذ في جميع أمواله<sup>2</sup>.

#### ثانياً: أنواعها

تنقسم الكفالة الشخصية إلى نوعين:

**1 - الكفالة البسيطة:** الكفالة في الأصل تكون عادية أو بسيطة؛ إذ إنها لا تتضمن التضامن بدون نص صريح<sup>3</sup>.

فإذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين، كانت الكفالة بسيطة<sup>4</sup>.

**2 - الكفالة التضامنية:** هي التي يكون الكفيل فيها متضامناً مع المدين، بحيث يجوز للدائن أن يطالب أي منهما بكل الدين، من دون أن يستطيع الكفيل إذا وجهت إليه المطالبة أو لا أن يدفعها بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين، أو يدفع إجراءات التنفيذ على أمواله بحق التجريد<sup>5</sup>، أو

<sup>1</sup> - سارة: سليمان، المرجع السابق، ص: 14.

<sup>2</sup> - العمروسي: أنور، المرجع السابق، ص: 236، 235.

<sup>3</sup> - المادة 217 مدي جزائري.

<sup>4</sup> - العمروسي: أنور، المرجع السابق، ص: 246.

<sup>5</sup> - نصت المادة 665 مدي جزائري بقولها:

(لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد).

يطلب تقسيم المطالبة بينه وبين غيره من الكفلاء. ولا تضامن بين الكفلاء إلا إذا نص عليه العقد، أو إذا كان كل منهم قد عقد الكفالة على حده للدين بكامله<sup>1</sup>.

وإذا وجد عدة كفلاء متضامنين، ودفع أحدهم جميع الدين في موعد الاستحقاق، حق له الرجوع على الكفلاء الآخرين بحسب حصة كل منهم ونصيبه، كما يحق له الرجوع عليهم في حصة المعسر منهم<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الكفالة العينية

وهي عقد يقدم بمقتضاه شخص يسمى الكفيل العيني تأميناً عينياً (عقاراً أو منقولاً) مملوكاً له، لضمان الوفاء بالتزام في ذمة شخص آخر<sup>3</sup>.

ويسمى الكفيل هنا بالكفيل العيني، حيث يقوم برهن عقار أو منقول يملكه لضمان الوفاء بالتزام المدين، وهو لا يضمن هذا الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأميناً له، فالضمان لا يرد على كل ذمته المالية.

ومن الكفيل العيني لا يكون مسؤولاً شخصياً عن الدين، بل يضمن الدين في حدود المال الذي قدمه رهناً. ومنه فالكفالة العينية تندرج تحت التأمينات العينية ضمن عقد الرهن<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — المادة 664 مدني جزائري.

<sup>2</sup> — نصت المادة 668 مدني جزائري بقولها:

(إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله يجوز له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم).

<sup>3</sup> — زكي: محمود جمال الدين، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة جامعة القاهرة - مصر، (د، ط)، (1978م)، ص: 29.

<sup>4</sup> — الرهن: بفتح أوله وسكون الهاء: في اللغة: الثبوت والدوام، يقال: ماء رهن، أي: راكد، ونعمة راهنة، أي: ثابتة دائمة، وقيل: وهو من الحبس. قال الله تعالى: ﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ سورة الطور، الآية رقم: 21، وقال: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ سورة المدثر، الآية رقم: 38. وجمعه رهان، كحبل وحبال، ورهن كسقف وسقف. (البعلي: محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل (ت: 709هـ)، المطلع على ألفاظ المقنع، المحقق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادى للتوزيع، الطبعة الأولى (1423هـ، 2003م)، الجزء الأول، ص: 296.

في الاصطلاح الشرعي: فهو جعل عين لها قيمة مالية في نظر الشرع وثيقة بدين، بحيث يمكن أخذ الدين، أو أخذ بعضه من تلك العين. (الجزيري: عبد الرحمن بن محمد عوض (ت: 1360هـ)، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 286).

وفي الاصطلاح القانوني: عرفته المادة 882 من القانون المدني الجزائري بقولها: (الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان).

## الفرع الثالث: المقارنة بين الكفالة الشخصية والكفالة العينية

يترتب على التمييز بين النوعين النتائج التالية:

تتفق الكفالة الشخصية مع الكفالة العينية في أن كلا منهما ضمانات لوفاء المدين بالتزامه، وبأنها تابعة للالتزام الأصلي، ويختلفان في:

**أولاً:** أن ضمان الكفيل العيني ينحصر في حدود العين المرهونة لتأمين هذا الوفاء<sup>1</sup>.

أما الكفيل الشخصي فيضمن الوفاء بالدين في كل أمواله (كل العناصر الإيجابية لذمته المالية)<sup>2</sup>.

**ثانياً:** الكفالة العينية تجعل الدائن في مركز خاص وممتاز، بحيث تجنبه خطر إعسار المدين والكفيل بحيث يكون له إلى جانب الضمان العام للمدين سلطة تنصب على الشيء المقدم من الكفيل رهناً رسمياً أو حيازياً، وهي السلطة التي تخوله حق التتبع والأولوية في استيفاء الثمن بعد بيعه<sup>3</sup>.

**ثالثاً:** على الرغم مما توفره الكفالة الشخصية من فرصة ثمينة للدائن في استيفاء حقه، وذلك نظراً

لضم ذمة الكفيل إلى جانب ذمة المدين لضمان الوفاء بهذا الحق، إلا أن الكفالة قد تخيب آمال

الدائن إذا كان كل من المدين والكفيل مفلسين وقت مطالبة الدائن بحقه، بينما يجنب الرهن الدائن

المرهّن كل هذه المخاطر، بوصف الرهن يكسبه حقاً عينياً على المقابل النقدي للمرهون، حيث

يمكنه بموجب هذا الحق استيفاء دينه من هذا المقابل النقدي متقدماً على بقية دائني المدين، فلا

يزاحمه أحد في ذلك. فالدائن المرهّن يشارك الدائنين العاديين في الضمان العام في الذمة، ثم يفضل

عليهم بما له من امتياز على المرهون<sup>4</sup>.

**رابعاً:** لا يجوز للكفيل العيني الدفع بالتجريد<sup>5</sup>، في حين يجوز للكفيل الشخصي ذلك<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> — المادة 901 مدي جزائري.

<sup>2</sup> — المادة 644 مدي جزائري.

<sup>3</sup> — شرف الدين: أحمد، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر، (د،ط)، (د،ت)، ص: 39.

<sup>4</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 127.

<sup>5</sup> — المادة 901 مدي جزائري.

<sup>6</sup> — المادة 2/660 مدي جزائري.



## المطلب الرابع: أنواع الكفالة من حيث الوصف

يقصد بالوصف ما تتصف به الكفالة من تأجيل أو تعجيل أو إطلاق، وتنقسم الكفالة بالتالي من حيث الوصف إلى كفالة مطلقة وكفالة مقيدة.

### الفرع الأول: الكفالة المطلقة

هي الكفالة التي خلت من قيد التعجيل أو التأجيل أو التأكيد، وفي هذا النوع من الكفالة وهو الأصل يثبت الدين أو المطالبة به في ذمه الكفيل بالصفة التي وجب فيها هذا الدين في ذمه المدين، فإذا كان حالا في حق الأصيل فإنه يثبت كذلك في ذمة الكفيل، وإن كان مؤجلا في ذمة الأصيل يثبت كذلك في ذمة الكفيل، ويكون مقدار التزام الكفيل هو نفس مقدار التزام الأصيل. ويتعين التزام الكفيل بتعين التزام المدين تعيينا يمكن به أن يميزه عن غيره وهذا الالتزام يتعين بذكر أطراف الدين ومحلّه ومصدره. فإذا تحدد الالتزام المكفول على هذا النحو، دون تحديد التزام الكفيل، فإن التزام الكفيل يكون مطابقا لالتزام المدين<sup>1</sup>. والتزام الكفيل في الكفالة المطلقة، لا يشمل فقط أصل الدين المكفول، بل يشمل كذلك ملحقات هذا الدين والمصروفات<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الكفالة المقيدة

هي الكفالة المقيدة بقيد التعجيل أو التأجيل أو التأكيد، بمعنى أن الكفالة تكون معجلة أو مؤجلا أو مؤقتة، بالنظر إلى الالتزام الأصلي. والقاعدة في القانون المدني أن الكفالة لا تجوز بشروط أشد من شروط المدين المكفول، أو في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون<sup>3</sup>. وإذا حولت هذه القاعدة، بأن كان التزام الكفيل أشد من التزام المدين. فلا يبطل عقد الكفالة، ولكن يرد التزام الكفيل إلى التزام المدين، وذلك طبقا لنظرية إنقاص العقد أو البطلان الجزئي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — تناغون: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 51.

<sup>2</sup> — نصت المادة 653 مدني جزائري بقولها:

(إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين، ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل).

<sup>3</sup> — المادة 652 مدني جزائري.

<sup>4</sup> — تناغون: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 53.

### الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

بالموازنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي فيما يتعلق بأنواع الكفالة، يتضح ما يأتي:

**1 -** إن الكفالة في الفقه الإسلامي قد تكون بالمال، وقد تكون بالنفس، أما في القانون المدني فإن الكفالة بالنفس لا تعتبر كفالة حقيقة؛ وذلك لأن التزام الكفيل التزم تابع للالتزام الأصلي، أما الكفيل بالنفس فيلتزم التزاما أصليا بعمل معين هو إحضار المدين يوم حلول أجل الدين، وإلا كان ملزما بالدين.

**2 -** تتنوع الكفالة في القانون المدني بحسب مصدر التزام المدين بتقديمها إلى كفالة قانونية، وهي التي يلتزم المدين بتقديمها بناء على نص في القانون، أو قضائية وهي التي يلتزم بتقديمها بناء على حكم القاضي، أو اتفاقية وهي التي يلتزم المدين بتقديمها بناء على اتفاق بينه وبين الدائن، أما الفقه الإسلامي فهو لم ينظم سوى الكفالة الاتفاقية.

**3 -** يجوز في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني أن يلتزم الكفيل بجزء من الدين الذي على الأصل، كما يجوز أن يكون التزام الكفيل مؤجلا، ولو كان التزام المدين معجلا، كما يجوز أن يكون التزام الكفيل إلى أجل أزيد من الأجل المضروب للمدين الأصلي، وكذلك يجوز أن يكون التزام الكفيل معلقا على شرط بينما يكون التزام المدين منجزا<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - سيد: صابر محمد محمد، رجوع الدائن على الكفيل (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الكتب القانونية - القاهرة - مصر، (د، ط)، (2010م)، ص: 67، 68.

# الفصل الثاني

## أركان عقد الكفالة

## الفصل الثاني

### أركان عقد الكفالة

إذا توافرت للعقد أركانه مستوفية شروط صحتها، وذلك بأن صدر من أهله مضافا إلى محل قابل لحكمه، ولم يشب إرادة العاقدين عيب يفسدها ، فقد انعقد العقد صحيحا نافذا، وترتبت عليه آثاره.

فالعقد يقوم على الإرادة (أي تراضي المتعاقدين)، وهذه الإرادة لا بد أن تتجه إلى غاية مشروعته (وهذا هو السبب).

لذلك أركان العقد هي: الرضا، المحل، السبب.

وبما أن الكفالة عبارة عن عقد، فإنه لا بد من أن تستوفي الأركان الموضوعية العامة في العقود من الرضا والمحل والسبب.

لذا سأتناول في هذا الفصل أركان عقد الكفالة، وشروطها، على النحو الآتي

- تمهيد.
- المبحث الأول : الرضا.
- المبحث الثاني : المحل.
- المبحث الثالث : السبب.

## تمهيد

لكي تصح الكفالة، وتكون عقدا لازما، مما يؤدي إلى ترتيب الالتزام المتعلق بها، لا بد من توافر أركان وشروط محددة لكي تكون كذلك، وتختلف لأي ركن أو أي شرط من شروطها يترتب عليه بطلان عقد الكفالة، وعدم ترتيب الآثار عليه. وسأذكر هذه الأركان، بعد بيان تعريف الركن والشرط في اللغة وفي الاصطلاح.

### أولاً: تعريف الركن

#### 1 – في اللغة

يطلق الركن فيراد به: الناحية القوية، القوة والشدة، الجانب الأقوى. قال في اللسان: الركن: الناحية القوية، وما يتقوى به من ملك وجند وغيره، وبذلك فسر قوله تعالى: ﴿فَتَوَلَّى بِرُكْنِهِ﴾<sup>1</sup>. وركن الإنسان: قوته وشدته، وكذلك ركن الجبل والقصر، وهو جانبه، وركن الرجل: قومه وعدده ومادته<sup>2</sup>، وفي التنزيل العزيز: ﴿قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ عَآوِيَّ إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾<sup>3</sup>. وقال صاحب تاج العروس: الركن بالضم، الجانب الأقوى من كل شيء<sup>4</sup>. وقال في الصحاح: ركن الشيء، جانبه الأقوى، وهو يأوي إلى ركن شديد، أي عز ومنعة، وجبل ركين: له أركان عالية<sup>5</sup>.

#### 2 – في الاصطلاح

– الركن: هو ما يلزم من عدمه العدم، ومن وجوده الوجود، مع كونه داخلا في الماهية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> – سورة الذاريات، الآية رقم: 36.

<sup>2</sup> – ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي (ت: 711هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث عشرة، ص: 185.

<sup>3</sup> – سورة هود، الآية رقم: 80.

<sup>4</sup> – الزبيدي: محمد بن معمر بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض (ت: 1205هـ)، المرجع السابق، الجزء الخامس والثلاثون، ص: 109.

<sup>5</sup> – الجوهري: أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي (ت: 393هـ)، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص: 2126.

<sup>6</sup> – أبو المظفر: منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد (ت: 489هـ)، قواطع الأدلة في الأصول، المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل

الشافعي، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان، الطبعة الأولى (1418هـ، 1999م)، الجزء الأول، ص: 101.

– الركن: هو ما يقوم به ذلك الشيء من التقوم، إذ قوام الشيء بركنه. وقيل ركن الشيء ما يتم به، وهو داخل فيه<sup>1</sup>.

– الركن: هو الداخل في حقيقة الشيء المحقق لماهيته، وقيل: هو ما يتم به الشيء، وهو داخل فيه<sup>2</sup>.

– الركن: ما يكون به قوام الشيء ووجوده، بحيث يعد جزءا داخلا في ماهيته<sup>3</sup>.

ثانيا: تعريف الشرط

## 1 – في اللغة

### قال في القاموس

الشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، كال شريطة يجمع على شروط، وفي المثل: ال شرط أملك، عليك أم لك ، إلى أن قال وبالتحريك، العلامة، يجمع على أشراط، ومنه قوله سبحانه: ﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾<sup>4</sup>؛ أي الساعة<sup>5</sup>.

### قال في المصباح المنير

وجمع الشرط: شروط، مثل: فلس وفلوس، والشرط بفتحتين: العلامة، والجمع أشراط مثل: سبب وأسباب<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> – المجددي: محمد عميم الإحسان البركتي، قواعد الفقه، الصدف ببلشرز – كراتشي، الطبعة الأولى (1407هـ ، 1986م)، الجزء الأول، ص: 309.

<sup>2</sup> – النملة: عبد الكريم بن علي بن محمد، المذهب في علم أصول الفقه المقارن (تجري لمسائل ودراساتها دراسة نظرية تطبيقية)، مكتبة الرشد – الرياض – المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (1420هـ ، 1999م)، الجزء الخامس، ص: 1963.

<sup>3</sup> – الزرقا: مصطفى أحمد، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 389.

<sup>4</sup> – سورة محمد، الآية رقم: 18.

<sup>5</sup> – الفيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد الشيرازي (ت: 817هـ)، المرجع السابق، الجزء الثاني (باب الطاء، فصل الشين)، ص: 559.

<sup>6</sup> – الفيومي: أحمد بن محمد بن علي بن المقرئ (ت: 770هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 309.

## 2 – في الاصطلاح

عرفه الجرجاني<sup>1</sup> بقوله:

الشرط: هو الذي يتوقف عليه الشيء، ولم يدخل في ماهية الشيء، ولم يؤثر فيه<sup>2</sup>.

وعرفه الشوكاني<sup>3</sup> بقوله:

الشرط: هو ما كان عدمه يستلزم عدم الحكم، فهو وصف ظاهر منضبط، يستلزم ذلك أو يستلزم عدم السبب، لحكمة في عدمه، تنافي حكمة الحكم أو السبب.

وبيانه: أن الحول شرط في وجوب الزكاة، فعدمه يستلزم عدم وجوبها، والقدرة على التسليم

شرط في صحة البيع، فعدمها يستلزم عدم صحته، والإحصان شرط في سببية الزنا للرجم، فعدمه يستلزم عدمها<sup>4</sup>.

وعرفه القرافي<sup>5</sup> بقوله:

---

<sup>1</sup> – الجرجاني: علي بن محمد بن علي الشريف الحسيني الجرجاني المعروف بسيد مير شريف، فلكي وعالم حياة وفقه وموسيقي وفيلسوف ولغوي. ولد في تاجو قرب أستراليا عام 740 هـ، وقد تلقى العلم على شيوخ العربية، واهتم اهتماما خاصا بتصنيف العلوم، وكذلك بعلم الفلك، وعندما استولى تيمورلنك على شيراز عام 789 هـ، انتقل الجرجاني إلى سمرقند وظل هناك حتى توفي تيمورلنك عام 807 هـ، فعاد إلى شيراز وتوفي بها عام 816 هـ، من مؤلفاته: كتاب التعريفات، وشرح مواقف الإيجي. ( الزركلي: خير الدين، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص: 42).

<sup>2</sup> – الجرجاني: علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت: 816 هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 126.

<sup>3</sup> – الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله بن الحسن ابن محمد بن صلاح بن علي بن عبد الله الشوكاني، الخولاني، ثم الصنعاني (أبو عبد الله) مفسر، محدث، فقيه، أصولي، مؤرخ، أديب، نحوي، منطقي، متكلم، حكيم. ولد بمجرة شوكان من بلاد خولان في وسط نهار الاثنين الثامن والعشرين من شهر ذي القعدة سنة 1173 هجرية، ونشأ بصنعاء، وولي القضاء، وتوفي بصنعاء في جمادى الآخرة سنة 1250 هـ، ودفن بمخزومة. من تصانيفه الكثيرة: البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، نيل الأوطار في الحديث. (كحالة: عمر رضا، المرجع السابق، الجزء الحادي عشرة، ص: 53).

<sup>4</sup> – الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني (ت: 1250 هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق - كفر بطنا، قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى (1419 هـ، 1999م)، الجزء الأول، ص: 27.

<sup>5</sup> – القرافي: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي. من علماء المالكية نسبته إلى قبيلة صنهاجة (من برايرة المغرب) وإلى القرافة (الحلة المحاورة لقرية الإمام الشافعي) بالقاهرة. وهو مصري المولد والمنشأ والوفاء. توفي سنة 250 للهجرة. له مصنفات جليلة في الفقه والأصول منها: أنوار الروق في أنواء الفروق، والإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرف القاضي والإمام، والذخيرة في فقه المالكية، وشرح تنقيح الفصول في الأصول. (الصفدي: صلاح الدين خليل بن أبيك بن عبد الله (ت: 764 هـ)، الوافي بالوفيات، المحقق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث - بيروت - لبنان، (د، ط)، (1420 هـ، 2000م)، الجزء السادس، ص: 146).

الشرط: هو الذي يتوقف عليه تأثير المؤثر، و يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم وجوده وجود ولا عدم<sup>1</sup>.

### ثالثا: الفرق بين الركن والشرط

مما تقدم ذكره من تعريفات الركن والشرط، نجد أن كل واحد منهما يتوقف وجود الماهية عليه، لكن الفرق بينهما من وجهين

**1 -** أن الركن داخل في الماهية، كالركوع للصلاة وسائر أركانها، والشرط خارج عنها، كالوضوء لها وسائر شروطها.

**2 -** أن الركن يتوقف عليه الوجود الذهني والخارجي جميعا، والشرط إنما يتوقف عليه الوجود الخارجي فقط مع تحقق الوجود في الذهن، فيمكننا أن نتصور صورة الصلاة بلا وضوء، ولا يمكننا أن نتصورها في أذهاننا بلا ركوع. وأبين من هذا أننا نتصور حقيقة العلم بدون تصور حقيقة الحياة، لكن قيام العلم بمحله في الخارج لا بد فيه من الحياة؛ لأنها شرطه<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> — القرافي: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن (ت: 684 هـ)، شرح تنقيح الفصول، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى (1393هـ، 1973م)، الجزء الأول، ص: 261.

<sup>2</sup> — الطوفي: سليمان بن عبد القوي بن الكريم الصرصري (ت: 716هـ)، شرح مختصر الروضة، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى (1407هـ، 1987م)، الجزء الثالث، ص: 227.



## المبحث الأول الرضا

يعتبر عقد الكفالة من أكثر المصادر شيوعاً بين الأطراف لذا فقد عنيت به النصوص القانونية وبينت أركانه وشروط صحته وإنهائه ما بين قواعد عامة تتعلق بالنظام العام وأمور خاصة تتعلق بإرادة الأطراف. وكذلك الفقه الإسلامي. ومن بين هذه الأركان اللازمة المتعلقة بالأطراف لصحة عقد الكفالة ركن الرضا، ووجود الإرادة لكل من طرفي العقد.

وسأتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

- المطلب الأول : تعريف الرضا .
- المطلب الثاني : الرضا بين الكفيل والدائن .
- المطلب الثالث: الأهلية .

## المطلب الأول: تعريف الرضا

سأقوم بتعريف الرضا في اللغة وفي اصطلاح فقهاء المسلمين وشراح القانون على النحو الآتي:

### الفرع الأول: تعريف الرضا في اللغة

#### أولاً: قال صاحب تاج العروس

أرضاه: أعطاه ما يرضيه؛ ومنه قوله تعالى: ﴿يَرْضُونَكُمْ بِأَفْوَاهِهِمْ وَتَأْبَى قُلُوبُهُمْ﴾<sup>1</sup>.

واسترضاه وترضاه: طلب رضاه بحمد؛ وقيل: ترضاه: أرضاه بعد جهد؟ قال الشاعر:

إذا العجز غضبت فطلق.

ورضيته، أي الشيء، ورضيت به رضا: اخترته.

ورضيه لهذا الأمر: رآه أهلاً له، فهو مرضي، بضم الضاد وتشديد الياء؛ هكذا في النسخ<sup>2</sup>.

#### ثانياً: قال في القاموس

الوضي: الضامن، والمحب<sup>3</sup>.

#### ثالثاً: قال في المصباح المنير

(رض ي) : رضيت الشيء ورضيت به رضا اخترته، وارتضيته مثله. الوضا وهو خلاف السخط.

وقول الفقهاء تشهد على رضاها؛ أي على إذنها، جعلوا الإذن رضا لدلالته عليه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — سورة التوبة، الآية رقم: 08.

<sup>2</sup> — الزبيدي: معد بن معد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض (ت: 1205هـ)، المرجع السابق، الجزء الثامن والثلاثون، ص: 158.

<sup>3</sup> — الفيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد الشيرازي (ت: 817هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع (باب الواو والياء، فصل الراء)، ص: 368.

<sup>4</sup> — الفيومي: أحمد بن محمد بن علي بن المقرئ (ت: 770هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 229.

## الفرع الثاني: تعريف الرضا في الاصطلاح

سأتحدث عن المعنى الاصطلاحي للرضا في كل من الفقه الإسلامي والقانون.

### أولاً: تعريف الرضا في اصطلاح فقهاء المسلمين

اختلف الفقهاء في تعريف الرضا على قولين:

#### القول الأول: وهو قول جمهور الفقهاء

**1 –** قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه<sup>1</sup>.

هذا التعريف وإن لم يصرحوا به، لكنه يؤخذ من كتبهم بوضوح.

**2 –** وقيل هو طيب النفس بما يصيبه ويفوته مع عدم التغير<sup>2</sup>.

#### القول الثاني: وهو قول الحنفية

**1 –** إثارة الشيء واستحسانه<sup>3</sup>.

**2 –** وقيل إنه امتلاء الاختيار؛ أي بلوغه نهايته، بحيث يفضي أثرها الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها<sup>4</sup>.

يتضح لنا من خلال هذه التعاريف أن الرضا عند الحنفية أخص من الرضا عند الجمهور، فمجرد القصد المتجه نحو ترتيب الأثر يسمى رضا عند الجمهور، وإن لم يبلغ الاختيار غايته ولم يظهر السرور، في حين لا يسمى به عند الحنفية إلا إذا تحقق الاستحسان والتفضيل على أقل تقدير<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> – \* الخطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (ت: 954هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 229.

\* الهيثمي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر (ت 974هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 229.

\* البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع إلى متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 363.

<sup>2</sup> – المناوي: زين الدين محمد بن تاج العارفين بن علي الحدادي القاهري (ت: 1031هـ)، التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب 38

عبد الخالق ثروت - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى (1410هـ، 1990م)، الجزء الأول، ص: 178.

<sup>3</sup> – ابن عابدين: محمد أمين (ت: 122هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 507.

<sup>4</sup> – علاء الدين البخاري: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، الحنفية (ت: 730هـ)، كشف الأسرار شرح أصول البيهقي، دار الكتاب الإسلامي،

(د،ط)، (د،ت)، الجزء الرابع، ص: 382.

<sup>5</sup> – الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء الثاني والعشرون، ص: 228.

## ثانيا: تعريف الرضا في الاصطلاح القانوني

المشرع الجزائري تناول الرضا في القسم الثاني (شروط العقد) من الفصل الثاني (العقد) من الكتاب الثاني (الالتزامات والعقود)، من القانون المدني الجزائري، في المادة 59 منه: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية).  
يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية. كقاعدة عامة فإن التعبير عن الإرادة لا يخضع لشكل ما، بل يكون إما باللفظ أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه، حتى وإن كان ضمنيا كالبقاء في محل تجاري بعد انتهاء مدة الكراء<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> — المادة 60 مدني جزائري.

## المطلب الثاني: الرضا بين الكفيل والدائن

الكفالة عقد رضائي ينعقد بمجرد اتفاق الدائن مع الكفيل الصحيح ، إذ الأصل في الكفالة خاصة إن كان مصدرها اتفاق أنها تبرم برضا الدائن والكفيل ، إلا أن المدين قد يلتزم بمقتضى القانون بتقديم كفالة أو كفيل ، ولا يهمننا الصور التي يلتزم فيها المدين بتقديم كفيل . فالأصل هو إبرام العقد بين الدائن والكفيل، ولا يشترط فيه إلا رضاء هؤلاء ورضا المدين خارج المسألة<sup>1</sup>. والرضا أمر باطني لا يطلع عليه أحد، فقامت الصيغة مقامه<sup>2</sup>، فهي قرينة دالة على إرادة المتعاقدين لإنشاء العقد. وتتكون صيغة العقد من الإيجاب والقبول، حيث إنهما يدلان على رضا المتعاقدين.

### الفرع الأول: تعريف الإيجاب والقبول

سأتناول تعريف الإيجاب والقبول في اللغة وفي الاصطلاح.

#### أولاً: تعريف الإيجاب

**1 – في اللغة:** من وجب يجب وجوباً، بمعنى اللزوم والاستحقاق، ومنه: وجب البيع؛ أي لزم، واستوجب الشيء؛ أي استحققه<sup>3</sup>.

**2 – في اصطلاح فقهاء المسلمين:** اختلفت نظرة كل من الحنفية والجمهور في تعريف الإيجاب على النحو الآتي:

#### أ : تعريف الحنفية للإيجاب

عرفه ابن الهمام<sup>4</sup> بأنه:

<sup>1</sup> — نصت المادة 647 مدي جزائري بقولها: (تجوز كفالة المدين يغير علمه و تجوز أيضا رغم معارضته).

<sup>2</sup> — تعريف الصيغة: أ : في اللغة: من صاغ يصوغ صوغاً، فالأصل في الكلمة الواو فقلبت ياء في (صيغة) لكسر ما قبلها، والصيغة: العمل والتقدير والترتيب والسبك والمثال والخلق. ومنه صاغ الذهب؛ أي سبك الذهب حلياً، وصاغ شعراً؛ أي رتب الكلام ليكون شعراً موزوناً، وصيغة القول كذا؛ أي مثاله وصورته، وفلان حسن الصيغة؛ أي حسن الخلق. ( ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي (ت: 711هـ)، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص: 442).

ب : في الاصطلاح: هي ما صدر من المتعاقدين دالا على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه. ( الزحيلي: وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 447).

<sup>3</sup> — الجوهري: أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي (ت: 393هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 231.

<sup>4</sup> — ابن الهمام: محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود، السيواسي ثم ا لاسكندري، كمال الدين، المعروف بابن الهمام ، أصله من سيواس، ولد بالاسكندرية سنة 790 للهجرة، ونبغ في القاهرة. وأقام بحلب مدة ، وجاور بالحرمين، ثم كان شيخ الشيوخ بالخانقاه الشيخونية بمصر. إمام، من علماء الحنفية ، عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقه والحساب واللغة والموسيقى والمنطق. وكان معظماً عند الملوك وأرباب الدولة. توفي بالقاهرة سنة 861 للهجرة. من كتبه: فتح القدير في شرح الهداية، والتحرير في أصول الفقه. (الزركلي: خير الدين، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 255).

إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا، الواقع أولاً<sup>1</sup> .  
وعرفه البابري بأنه: ما تقدم من كلام المتعاقدين<sup>2</sup> .

### ب : تعريف الجمهور للإيجاب

عرفه الشريبي بأنه: ما يدل على التملك بعوض دلالة ظاهرة<sup>3</sup> .  
وعرفه بأنه: اللفظ الذي يصدر من المالك للشيء<sup>4</sup> .

### 3 – في الاصطلاح القانوني

عرفه إسماعيل غانم بأنه: هو العرض الصادر عن شخص يعبر به على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد<sup>5</sup> .  
وعرفه علي فيلاي بأنه: عرض بات يتقدم به شخص معين إلى آخر، أو آخرين بقصد إبرام العقد بينهما، وهو تعبير نهائي عن الإرادة<sup>6</sup> .

### 4 – الموازنة بين الفقه والقانون في تعريف الإيجاب

من خلال هذه التعاريف لفقهاء المسلمين وشرح القانون، نجد أنهم يتفقون من حيث أن:  
أ : الإيجاب هو العبارة الأولى في العقد: هذا يتوافق فيه فقهاء الحنفية مع القانون، أما جمهور الفقهاء فلم يسلكوا هذا المسلك ، بل خصوا اسم الإيجاب بما يصدر ممن يكون منه التملك سواء صدر أولاً، أو صدر ثانياً، ومن هنا قالوا : إن تقدم القبول على الإيجاب جائز<sup>7</sup> .  
ب : يجب أن يكون العرض كاملاً: أي يشتمل على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه .

<sup>1</sup> – ابن المهام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري (ت: 681 هـ)، فتح القدير (مرجع سابق)، الجزء السادس، ص: 248.

<sup>2</sup> – البابري: محمد بن محمود (ت: 786 هـ)، العناية شرح الهداية (مرجع سابق)، الجزء السادس، ص: 248.

<sup>3</sup> – الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 323، 324.

<sup>4</sup> – \* الخطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (ت: 954 هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 229.

\* السنيكي: زكريا بن محمد بن أحمد (ت: 926 هـ)، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الثاني، ص: 389.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620 هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 480.

<sup>5</sup> – غانم: إسماعيل، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة سيد عبد الله وهبة - القاهرة - مصر، (د،ط)، (1968)، الجزء الأول، ص: 104.

<sup>6</sup> – فيلاي: علي، النظرية العامة للالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر - الجزائر، الطبعة الثانية (2005)، ص: 103.

<sup>7</sup> – الجزيري: عبد الرحمن بن محمد عوض (ت: 1360 هـ)، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 144.

ج : يجب أن يكون العرض باتاً: أي أن تتوفر لدى الموجب نية قاطعة وجادة لإحداث أثر قانوني معين، أما إذا لم توجد هذه النية فنكون أمام دعوة للتفاوض<sup>1</sup>.

## ثانياً: تعريف القبول

### 1 – في اللغة

من قبل يقبل قبولاً، والمصدر شاذ، نجد أن القبول له معان عديدة، منها: الرضا والصدق والأخذ. يأتي القبول بمعنى الرضا، ومنه قوله تعالى: ﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ﴾<sup>2</sup>. فتقبلها ربها: فرضي بها في النذر مكان الذكر<sup>3</sup>.

ويأتي بمعنى الصدق، ومنه: قبلت الخبر، صدقته، ويأتي بمعنى الأخذ، ومنه: قبلت الهدية، أخذتها<sup>4</sup>.

### 2 – في اصطلاح فقهاء المسلمين

اختلف الفقهاء في تعريفهم للقبول، وقد ظهر هذا الاختلاف عند تعرضهم للإيجاب والقبول في عقد البيع بصفة خاصة، وكان خلافهم على النحو التالي:

#### أ: تعريف الحنفية للقبول

هو: ما يذكر ثانياً من الطرف الآخر سواء كان بعث أو اشترت<sup>5</sup>.  
وعرفه الباقرتي بأنه: المتأخر من كلام المتعاقدين<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> – فيلالي: علي، المرجع السابق، ص: 92.

<sup>2</sup> – سورة آل عمران، الآية رقم: 37.

<sup>3</sup> – البيضاوي: ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي (ت: 685هـ)، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، المحقق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1418هـ)، الجزء الثاني، ص: 14.

<sup>4</sup> – \* ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي (ت: 711هـ)، المرجع السابق، الجزء الحادي عشر، ص: 537.

\* الفيومي: أحمد بن محمد بن علي بن المقري (ت: 770هـ)، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 488.

\* الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت: 666هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 246.

<sup>5</sup> – \* ابن عابدين: محمد أمين (ت: 122هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 506.

\* الزبيدي: أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي اليميني الحنفي (ت: 800هـ)، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى (1322هـ)، الجزء الأول، ص: 184.

<sup>6</sup> – الباقرتي: محمد بن محمود (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية (مرجع سابق)، الجزء السادس، ص: 248.

## ب : تعريف المالكية والحنابلة للقبول

هو : ما يصدر من المشتري بأي لفظ دال على الرضا بالبيع ، بأن يقول المشتري ابتعت، أو قبلت، وما في معناه<sup>1</sup>.

## ج : تعريف الشافعية للقبول

هو : ما دل على التمليك دلالة قوية، كاشترت، وتملكت، وقبلت، ورضيت<sup>2</sup>.

## 3 – تعريف القبول في الاصطلاح القانوني

لم يرد نص صريح في القانون الوضعي يبين ماهية القبول، ومع ذلك فقد عرفه رجال القانون بأنه: الإرادة الثانية في العقد، حيث يرتضي الشخص الإيجاب الذي وجه إليه بكل عناصره، حتى يتم التوافق بين قبوله وبين الإيجاب الصادر من الموجب<sup>3</sup>.

وبذلك يكون رجال القانون قد أخذوا بما ذهب إليه الحنفية من أن القبول هو الإرادة الثانية في التعاقد، وذلك إذا كان الإيجاب قد صدر متناولا لجميع العناصر الأساسية والجوهرية في التعاقد.

## الفرع الثاني: صيغة الكفالة (الإيجاب والقبول)

بعدها تناولنا تعريف الإيجاب والقبول، واللذان يعرفان بصيغة العقد، نأتي لتناولهما في عقد الكفالة (الرضا بين الكفيل والدائن).

## أولاً: صيغة الكفالة عند فقهاء المسلمين

اتفق فقهاء المسلمين على أن الكفالة لا تتم إلا بالإيجاب (إيجاب الكفيل)، ولكن الاختلاف كان في القبول (قبول الدائن)، على النحو الآتي:

**1 – الأصل في التصرفات الشرعية أن تتم بإيجاب وقبول، ولهذا ذهب أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن، وهو قول أبي يوسف الآخر، وهو رأي عند الشافعية، والظاهرية، إلى أن صيغة الكفالة تتركب من إيجاب يصدر من الكفيل، وقبول يصدر عن المكفول له ، لأن الكفالة عقد يملك به**

<sup>1</sup> – \* العدوي: أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعدي (ت: 1189هـ)، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 139.

\* البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 146.

<sup>2</sup> – \* الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 324.

<sup>3</sup> – \* غانم: إسماعيل، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 113.

\* أبو السعود: رمضان، النظرية العامة للالتزام ( مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - مصر، الطبعة الثالثة (2003م)، ص: 77.



المكفول له حق مطالبة الكفيل أو حقا ثبت في ذمته فوجب قبوله، ويترتب على ذلك أن الكفالة لا تتم بعبارة الكفيل وحده، سواء كانت الكفالة بالنفس أو بالمال، بل لا بد من قبول المكفول له<sup>1</sup>.  
استدلوا بما يلي:

أ : استدل الحنفية على وجوب توفر كل من الإيجاب والقبول لصحة عقد الكفالة، بأن الكفالة ليست التزاما محضاً، بل فيها معنى التملك، والتملك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع مثلاً<sup>2</sup>.  
ب : أما الظاهرية<sup>3</sup> فهم يرون أن الدين ينتقل بموجب الكفالة إلى الكفيل، والدين حق للدائن، وعلى ذلك فلا بد من رضاه بانتقاله إلى غير المدين الأصلي وموافقته على ذلك.

### قال ابن حزم:

(فمن كان له على آخر حق مال من بيع، أو من غير بيع من أي وجه كان - حالاً أو إلى أجل - سواء كان الذي عليه الحق حياً أو ميتاً فضمن له ذلك الحق إنسان لا شيء عليه للمضمون عنه بطيب نفسه وطيب نفس الذي له الحق: فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال)<sup>4</sup>.

**2 -** ذهب المالكية والحنابلة، وهو الأصح عند الشافعية، وأبو يوسف إلى أن صيغة الكفالة تتم بإيجاب الكفيل وحده، ولا تتوقف على قبول المكفول له، لأن الكفالة مجرد التزام من الكفيل بأداء الدين لا معاوضة فيه، بل هو تبرع ينشأ بعبارة وحده، فيكفي فيه إيجاب الكفيل. وفي قول ثان

<sup>1</sup> - ابن عابدين: محمد أمين (ت: 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 283.

\* الهيثمي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر (ت 974هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 245.

\* ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المحلى بالآثار (مرجع سابق)، الجزء السادس،

ص: 396.

<sup>2</sup> - الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 2.

<sup>3</sup> - الظاهرية: مذهب فقهي، وقيل منهج فكري وفقهي، فغالب أهل الظاهر ينكرون التمدد، ولا يدينون بالتقليد بل بالاتباع، فمن هذا الاعتبار فهو ليس بمذهب بل منهج وطريقة مبنية على منهج السلف الصالح باتباع الأثر، نشأ المذهب في بغداد في منتصف القرن الثالث الهجري (وبذلك يعتبر من ضمن الثلاث القرون الأولى)، إمامهم داود بن علي الظاهري صاحب الإمام أحمد بن حنبل، ثم تزعمهم وأظهر شأنهم وأمرهم الإمام المحدث الفقيه المحدث البارع علي بن حزم الأندلسي. وهو المذهب السني الخامس. (الغليزوري: توفيق، المدرسة الظاهرية بالمغرب والأندلس (نشأتها، أعلامها، أصولها، وأثرها)، مكتبة ودار ابن حزم للنشر والتوزيع - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (2006هـ، 1427م)، ص: 7.

<sup>4</sup> - ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المحلى بالآثار (مرجع سابق)، الجزء السادس، ص:

396.

للسفافية يشترط الرضا ثم القبول، والثالث يشترط الرضا دون القبول لفظاً<sup>1</sup>.

استدلوا بما يلي:

أ: ما رواه سلمة بن الأكوع (رضي الله عنه) قال: كنا جلوساً عند النبي ﷺ، إذ أتى بجنزة، فقالوا: صل عليها، فقال: (هل عليه دين؟)، قالوا: لا، قال: (فهل ترك شيئاً؟)، قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتى بجنزة أخرى، فقالوا: يا رسول الله، صل عليها، قال: (هل عليه دين؟) قيل: نعم، قال: (فهل ترك شيئاً؟)، قالوا: ثلاثة دنانير، فصلى عليها، ثم أتى بالثالثة، فقالوا: صل عليها، قال: (هل ترك شيئاً؟)، قالوا: لا، قال: (فهل عليه دين؟)، قالوا: ثلاثة دنانير، قال: (صلوا على صاحبكم)، قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلي دينه، فصلى عليه<sup>2</sup>.

وجه الدلالة

أن رسول الله ﷺ قبل الكفالة عن الميت الذي لم يترك وفاء لدينه، حيث أجاز ﷺ كفالة أبي قتادة (رضي الله عنه) من غير اشتراط لرضا المكفول له، فما أن قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلي دينه، حتى صلى عليه<sup>3</sup>.

ب: أن الكفالة في اللغة تعني الضم، وفي الاصطلاح الفقهي تعني التزام بما على الأصيل شرعاً، ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل، فأشبهه النذر. والدليل عليه أن المريض إذا قال عند موته لورثته: اضمنوا عني ما علي من الدين لغرمائي، وهم غيب، فضمنوا ذلك فهو جائز ويلزمهم، وأي فرق بين المريض والصحيح<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — \* الخروشي: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 25.

\* أبو الفرج شمس الدين: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي (ت: 682هـ)، الشرح الكبير على متن المنقح (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 102.

\* الهيثمي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر (ت 974هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 245.

\* ابن عابدين: محمد أمين (ت: 1252هـ)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 283.

<sup>2</sup> — البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي (ت: 56هـ)، صحيح البخاري (مرجع سابق)، كتاب: الحوالات، باب: إن أحال دين الميت على رجل جاز، رقم الحديث: 2289، الجزء الثالث، ص: 94.

<sup>3</sup> — ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري (ت: 681هـ)، فتح القدير (مرجع سابق)، الجزء السادس، ص: 204.

<sup>4</sup> — العواودة: محمد حسين حمد، الكفالة في الشريعة الإسلامية (قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا في جامعة الخليل) - الخليل - فلسطين، الرقم الجامعي: 20419001، (1428هـ، 2007م)، ص: 95.

ج : أن الضمان محض التزام لا معاوضة فيه، وبه يعلم أنه لا يؤثر ولا يشترط قبول صاحب الدين ولا رضاه، بل تكفي عبارة الكفيل وحده<sup>1</sup>.

### الرأي الراجح

من خلال النظر في أدلة كل من الفريقين يتبين أن الراجح - والله أعلم - هو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف؛ بأن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل دون حاجة إلى إذن من المكفول له، للنقاط الآتية:

أ : قوة أدلة الجمهور من جهة، والتي تبين جواز الكفالة دون حاجة إلى رضا وقبول المكفول له.

ب : ولأن الكفالة تبرع يختلف عن التملك، ولأن الكفالة التزام يتم بإيجاب من الكفيل، فأشبهه النذر<sup>2</sup>.

### أهمية التفرقة بين الكفالة التي تنعقد بالإيجاب، والكفالة التي تنعقد بالإيجاب والقبول

يترتب على هذه التفرقة ما يلي:

**1 -** إن الكفالة التي تنعقد بالإيجاب وحده، تكون صحيحة، وتنفذ في غياب المكفول له، ولا يشترط قبوله في مجلس العقد. عكس الكفالة التي تنعقد بالإيجاب والقبول، التي يشترط فيها قبول المكفول له في مجلس العقد<sup>3</sup>.

**2 -** يشترط في الكفالة التي تنعقد بالإيجاب والقبول، أن يكون المكفول له عاقلاً وبالغاً، في حين لا يشترط ذلك في الكفالة التي تنعقد بالإيجاب وحده<sup>4</sup>.

**3 -** يشترط أن يتم الإيجاب والقبول في الكفالة بالألفاظ التي تدل عليها، مثل: أنا كفيل بدينك عليه، والقبول، مثل: قبلت أو رضيت، في حين لا يشترط القبول بأي لفظ في الكفالة التي تنعقد بالإيجاب وحده<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - الهيثمي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر (ت 974هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 245.

<sup>2</sup> - العواودة: محمد حسين حمد، المرجع السابق، ص: 95.

<sup>3</sup> - مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 116.

<sup>4</sup> - أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 67.

<sup>5</sup> - زيدان: عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن مع مقدمة في الخلاف وأسبابه، مكتبة القدس - بغداد - العراق، (د، ط)، ( 139هـ،

1975م)، ص: 740.

## ثانيا: صيغة الكفالة في القانون

لقد اعتبر المشرع الجزائري الكفالة كسائر العقود التي يشترط فيها الإيجاب والقبول، ويكفي أن يكون رضا المكفول له (الدائن) ضمنا، وسكوته يعتبر رضا منه، لأن في الكفالة منفعة له<sup>1</sup>.  
أما رضا الكفيل ففيه قولان:

### القول الأول

وفقا للمبادئ العامة في المادة 60 من القانون المدني الجزائري، فإنه يكفي في انعقاد الكفالة رضا الكفيل والدائن.

حيث لم يفرّد القانون نصوصا خاصة لكيفية تعبير الكفيل عن إرادته، ويكفي أن يكون واضحا<sup>2</sup>.

### القول الثاني

يشترط هذا القول أن يكون رضا الكفيل صريحا، واستندوا في ذلك إلى المادة 773 من القانون المدني المصري (والتي تقابلها المادة 645 من القانون المدني الجزائري)، والتي تشترط الكتابة لإثبات عقد الكفالة<sup>3</sup>.

### الرأي الراجح

القول الأول هو الراجح، حيث لا يوجد نص يحدد أن يكون رضا الكفيل صريحا، وأما اشتراط الكتابة كما جاء في المادة 645 من القانون المدني الجزائري، فهي للإثبات وليس لانعقاد، فيجوز إذن انعقاد الكفالة برضا الكفيل الصريح أو الضمني. وما جاءت به مجلة الأحكام العدلية كان أفضل، حيث نصت المادة 622 منها: (إيجاب الكفيل؛ أي ألفاظ الكفالة هي الكلمات التي تدل على التعهد والالتزام في العرف والعادة مثلا لو قال كفلت أو أنا كفيل أو ضامن تنعقد الكفالة) مثل اللفظ الصريح: تكفلت به أو تحملت، ومثل لفظ الكناية: دين فلان علي. وإذا خلا تعبير الكفيل عن معنى التعهد والالتزام فلا تنعقد الكفالة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — نصت المادة 2/60 مدي جزائري بقولها:

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

<sup>2</sup> — سعد: نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية والعينية (مرجع سابق)، ص: 268.

<sup>3</sup> — زكي: محمود جمال الدين، دروس في التأمينات الشخصية والعينية (مرجع سابق)، ص: 30، 31.

<sup>4</sup> — أبو مشايخ: سعد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 69.

## الفرع الثالث: عيوب الرضا (رضا الكفيل)

المقصود بعيوب الرضا الخلل الذي يقع أثناء التعاقد فتؤثر في الرضا لأحدهما أو كليهما فيجعله معدوماً أو ناقصاً. وبعبارة أخرى أن الخلل في عيوب الرضا قد جاء بسبب أمر خارجي عن صاحب الرضا، أما إذا كان الخلل داخلياً، سواء كان عارضاً سماوياً أو مكتسباً، مثل الجنون، والسفه والحجر بسبب الدين، ومرض الموت فإنه يدخل في باب عوارض الأهلية. فيجب أن يكون رضا الكفيل خالياً من عيوب الرضا وفقاً للقواعد العامة وهي: الإكراه، الغلط، التدليس، الاستغلال.

### أولاً: الإكراه

#### 1 - تعريفه

أ: في اللغة: كرهت الشيء أكرهه كراهة وكرهية، فهو شيء كرهه ومكروه. والكرهية: الشدة في الحرب. وذو الكرهية: السيف الماضي في الضريبة، عن أبي عبيدة. الفراء: الكره بالضم: المشقة. يقال: قمت على كرهه، أي على مشقة. قال: ويقال أقامني فلان على كرهه بالفتح، إذا أكرهك عليه. قال: وكان الكسائي يقول: الكره والكره لغتان. وأكرهته على كذا: حملته عليه كرها. وكرهت إليه الشيء تكريهاً: نقيض حبته إليه. واستكرهت الشيء. والكره: الجمل الشديد الرأس<sup>1</sup>.

#### ب: في اصطلاح فقهاء المسلمين

عرفه السرخسي<sup>2</sup> بأنه: اسم لفعل يفعله المرء بغيره، فينتفي به رضاه، أو يفسد به اختياره، من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره، أو يسقط عنه الخطاب<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — الجوهري: أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي (ت: 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (مرجع سابق)، الجزء السادس، ص: 2247.

<sup>2</sup> — السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي. فقيه أصولي حنفي. ينسب إلى سرخس (بلدة قديمة من بلاد خراسان). أخذ الفقه والأصول عن شمس الأئمة الحلواني، وبلغ منزلة رفيعة، عده ابن كمال باشا من المجتهدين في المسائل. كان عالماً عاملاً ناصحاً للحكام. سجنه الخاقان بسبب نصحه له، ولم يقعه السجن عن تعليم تلاميذه؛ فقد أملى كتاب الميسوط — وهو أكبر كتاب في الفقه الحنفي مطبوع في ثلاثين جزءاً — وهو سجين في الحبس، كما أملى شرح السير الكبير لمحمد بن الحسن، وله شرح مختصر الطحاوي، وله في أصول الفقه كتاب من أكبر كتب الأصول عند الحنفية، ويعرف بأصول السرخسي. توفي سنة 483 للهجرة. (محي الدين: عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، الحنفي (ت: 775هـ)، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 28هـ).

<sup>3</sup> — السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، الميسوط (مرجع سابق)، الجزء الرابع والعشرون، ص: 38.

وعرفه البزدوي<sup>1</sup> بأنه: حمل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا المحل عليه<sup>2</sup>.  
 وعرفه التفتازاني<sup>3</sup> بأنه: حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته لو خلي ونفسه<sup>4</sup>.  
 وقد جاء في فتح القدير في معرض سرد الآراء التي قيلت في تفسير الآية الكريمة ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي  
 الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾<sup>5</sup>، ما يفيد معنى الإكراه بالقول<sup>6</sup>.  
 وقال في الكشف في تفسير هذه الآية: أي لم يجر الله أمر الإيمان على الإجبار والقسر ولكن على  
 التمكين والاختيار، ونحوه قوله تعالى: ﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مِنَ فِي الْأَرْضِ  
 كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾<sup>7</sup>؛ أي لو شاء لقسرهم على  
 الإيمان ولكن لم يفعل وبني الأمر على الاختيار<sup>8</sup>.  
 أما الفقهاء المعاصرون فإذ تعريفاتهم لم تخرج عن تعريفات الفقهاء المسلمين ومنها:  
 عرفه أبو زهرة بأنه: حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر عليه الحامل على إيقاعه فيصير  
 الغير خائفا به<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> — البزدوي: أبو الحسن، علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم، فخر الإسلام، البزدوي، نسبه لـ (بردة) قلعة بقرب نسف على طريق بخارى، ولد في حدود سنة أربعمائة للهجرة ببخارى، نشأ في بيت علم وصلاح، شيخ الحنفية، عالم ما وراء النهر، توفي سنة 482 للهجرة، ودفن بسمرقند، له التصانيف الجليلة منها: المبسوط في أحد عشرة مجلدا، شرح الجامع الكبير. (الزركلي: خير الدين، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 328).

<sup>2</sup> — علاء الدين البخاري: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، الحنفي (ت: 730هـ)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الرابع، ص: 382.

<sup>3</sup> — التفتازاني: مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني، سعد الدين، من أئمة العربية والبيان والمنطق. ولد بتفتازان (من بلاد خراسان) سنة 712 للهجرة، وأقام بسرخس، وأبعده تيمورلنك إلى سمرقند، فتوفي فيها سنة 793 للهجرة، ودفن في سرخس. كانت في لسانه لكمة. من كتبه: تهذيب المنطق والطول في البلاغة، والتلويح إلى كشف غوامض التنقيح، وشرح التصريف العزي في الصرف، وهو أول ما صنف من الكتب، وكان عمره ست عشرة سنة. (الزركلي: خير الدين، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 219).

<sup>4</sup> — التفتازاني: سعد الدين مسعود بن عمر (ت: 793هـ)، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح بمصر، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الثاني، ص: 390.

<sup>5</sup> — سورة البقرة، الآية رقم: 256.

<sup>6</sup> — الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليميني (ت: 1250هـ)، فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، الطبعة الأولى (1414هـ)، الجزء الأول، ص: 315.

<sup>7</sup> — سورة يونس، الآية رقم: 99.

<sup>8</sup> — الزمخشري: أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، جار الله (ت: 538هـ)، الكشف عن حقائق غوامض التنزيل، دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة (1407هـ)، الجزء الأول، ص: 303.

<sup>9</sup> — أبو زهرة: محمد، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، دار الفكر العربي - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1976)، ص: 530.

وعرفه الزرقا بأنه: الضغط على إنسان بوسيلة مؤذية أو بتهديده بها لإجباره على فعل أو ترك<sup>1</sup>.  
فهذان التعريفان قد عنيا بلبواز العنصر المعنوي في الإكراه المتمثل في الرهبة أو الخوف الذي تولده  
الوسيلة في نفس من بوشر عليه الإكراه.

ولكن هناك من عني بلبواز عنصره المادي المتمثل في الوسيلة أو التصرف المكروه عليه حيث عرفه  
بأنه: فعل يوجد من شخص فيحدث في شخص آخر معنى يصير به مدفوع إلى الفعل الذي طلب  
منه<sup>2</sup>.

وعرفه الأعظمي بأنه: حمل شخص غيره على ما لا يرضاه قولاً أو فعلاً بغير حق<sup>3</sup>.  
مما تقدم من تعاريف فقهاء المسلمين للإكراه يتبين اتفاقهم على كون الإكراه حالة من حالات  
الإجبار على النطق بشيء، أو فعل شيء من غير رضا المكروه ولا باختياره.

### ج : في الاصطلاح القانوني

عرفه منير القاضي بأنه: إجبار شخص على عمل شيء بلا حق<sup>4</sup>.

وهذا التعريف لا يعدو أن يكون ترديدا للنصوص القانونية من جهة وتعريفاً لغوي من جهة أخرى.  
ويذهب السنهوري في تعريفه للإكراه إلى تحديد عناصره بأنه: ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع  
إلى التعاقد<sup>5</sup>.

بينما يعرفه آخرون بأنه: ضغط غير مشروع على إرادة شخص تبعث في نفسه رهبة تدفعه إلى  
التعاقد<sup>6</sup>.

والواضح أن هذين التعريفين خاصان بالعقود فقط .

<sup>1</sup> — الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 452.

<sup>2</sup> — إبراهيم: أحمد، الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الإسلامي، (مجلة القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة - مصر) ، السنة الأولى، العدد  
الثاني، (1931)، ص: 526.

<sup>3</sup> — الأعظمي: حسين عاي، الوجيز في أصول الفقه وتاريخ التشريع، نفعه وضبطه وقدمه وأعدده للنشر القاضي نبيل عبد الرحمن صياوي، دار  
الأرقم بن أبي الأرقم - بيروت - لبنان، (د،ط)، (2002)، ص: 96.

<sup>4</sup> — القاضي: منير، شرح المحلة، مطبعة الريان - بغداد - العراق، (د،ط)، (1927)، الجزء الثاني، ص: 341.

<sup>5</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد) (مرجع سابق) ، الجزء الأول، ص:  
274.

<sup>6</sup> — الذنون: حسن عاي، والرحو: محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار وائل للنشر - عمان - الأردن ، الطبعة  
الأولى (2002)، الجزء الأول، ص: 97.

والحقيقة أن الإكراه ذات المعنى في القانون المدني والجنائي، فالسائد أنهما يمثلان مفهومًا واحدًا من ناحية العناصر المطلوبة فيه<sup>1</sup>، وإن اختلفا من حيث الأثر القانوني. فمن حيث أنهما يمثلان معنى واحدًا في العناصر المطلوبة فيه، فإن الإكراه بمعناه العام ينطوي على عنصرين:

**عنصر مادي:** هو الطرق التي تستعمل للتأثير في إرادة الغير.

**وعنصر معنوي:** هو انتزاع الإرادة.

فالعنصر الأول دائرته في المواد المدنية تتطابق مع دائرته في المواد الجنائية، فالقانون المدني والقانون الجنائي لم يبينا وسائل الإكراه بل هي متروكة لتقدير القاضي. أما العنصر المعنوي فهو واحد في النطاقين المدني والجنائي، ذلك أن الإرادة هي المستهدفة بالإكراه وسلامتها شرط لكي تكون منتجة للآثار القانونية في كلا القانونين.

أما من حيث اختلاف الأثر القانوني للإكراه في القانون المدني عن أثره في القانون الجنائي، فإن هذا الاختلاف نابع من اختلافهما في طبيعة المصلحة التي يحميها والهدف الذي يتوخاه كل منهما في أحكامه<sup>2</sup>.

## 2 – الإكراه في القانون المدني الجزائري

**تنص المادة 88 من القانون المدني الجزائري على أنه:**

(يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرًا جسيمًا محققًا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه).

فالإكراه عيب في الإرادة يجعل المتعاقد يبرم العقد تحت سلطان خوف حال، فالخوف هو الذي يكون حالًا وليس الخطر، بحيث يجعل إرادته غير حرة، فهي موجودة ولكن تختار إبرام العقد لاتقاء

<sup>1</sup> — عبيد: رؤوف، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي، دار الفكر العربي - بيروت - لبنان، الطبعة الرابعة (1979)، ص: 602.

<sup>2</sup> — سلامة: مأمون محمد، إجرام العنف (مجلة القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة - مصر)، السنة 44، العدد الثاني، (1974)، ص: 6.



شر تخشاه؛ أي تختار أهون الضررين، وإذا وصل الإكراه إلى حد إعدام الإرادة بتاتا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لا بطلانا نسبيا<sup>1</sup>.

### مثال الإكراه في عقد الكفالة:

إن القواعد العامة تقتضي أنه في حالة وقوع الإكراه من غير المتعاقدين، وهو الغالب فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر ك ان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بالإكراه، فإن الكفيل لا يستطيع طلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن الدائن كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بالإكراه<sup>2</sup>.

هذا وإن كان الغالب أن الإكراه يقع من المدين فإنه قد يقع من الدائن نفسه الذي هو طرف في العلاقة، وهنا تخضع هذه الحالة لنص المادة 88 من القانون المدني الجزائري.

### ثانيا: الغلط

#### 1 — تعريفه أ : في اللغة:

قال في معجم مقاييس اللغة: (غلط) الغين واللام والطاء كلمة واحدة، وهي الغلط: خلاف الإصابة. يقال: غلط يغلط غلطا. وبينهم أغلوطة؛ أي شيء يغالط به بعضهم بعضا<sup>3</sup>. وقال في المصباح المنير: (غ ل ط): غلط في منطقه غلطا أخطأ وجه الصواب، وغلطته أنا قلت له غلطت أو نسبته إلى الغلط<sup>4</sup>.

#### ب : تعريف الغلط في الفقه الإسلامي:

إن الفقه الإسلامي ذو نزعة موضوعية ظاهرة<sup>5</sup>، لذلك نجد أن أحكام العقد مبثثة وليس لها مكان واضح في نظرية العقد، وأن الغلط هو نفسي ذاتي<sup>6</sup>، لذلك لا يمكن تحديد تعريف محدد للغلط في الفقه الإسلامي.

<sup>1</sup> — سليمان: علي علي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) مرجع سابق، ص: 64.

<sup>2</sup> — تنص المادة 89 مدني جزائري على أنه: (إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه).

<sup>3</sup> — الرازي: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، أبو الحسين (ت: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 390.

<sup>4</sup> — الفيومي: أحمد بن محمد بن علي بن المقرئ (ت: 770هـ)، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 450.

<sup>5</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1998م)، الجزء الثاني، ص: 140.

<sup>6</sup> — الذنون: حسن علي، والرحو: محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) (مرجع سابق)، ص: 108.

إن الشعور المراد من التعريف هو الظن أو تصور مخالف للحقيقة، ولذلك نجد أن الفقهاء المسلمين يشيرون إلى الغلط كعيب من عيوب الإرادة بتسميات أخرى هي الاشتباه أو النسيان أو الخطأ أو الجهل. حيث أن نظرية الغلط في الفقه الإسلامي يتنازعها عاملان متناقضان هم ١: مبدأ استقرار التعامل، واحترام الإرادة الحقيقية للعاقد . لذلك كانت المعايير في الفقه الإسلامي هي معايير موضوعية، فيجري خلالها تيار الإرادة الحقيقية وسط هذه المعايير الموضوعية<sup>1</sup>.

ويأتي الغلط في اصطلاح جمهور الفقهاء مساويا للفظ الخطأ، فقد جاء في شرح الخرشني لمختصر خليل: (وأراد بالغلط تصور الشيء على خلاف ما هو عليه)<sup>2</sup>.

وقد استعمل الشافعية الخطأ والغلط بمعنى واحد عندما نصوا على لفظ الغلط مع اللسان والجنان<sup>3</sup>. وعدم التفريق بين الخطأ والغلط هو الواقع في أكثر كتب الفقهاء كما ذكرنا<sup>4</sup>.

وورد في بعض المراجع التفريق بينهما على أساس أن الغلط هو وضع الشيء في غير موضعه. ويجوز أن يكون صواب في نفسه، والخطأ لا يكون صوابا على وجهه، ثم قيل: قال بعضهم: الغلط أن يسهى ترتيب الشيء وأحكامه، والخطأ أن يسهو عن فعله، أو أن يوقعه من غير قصد له، ولكن لغيره<sup>5</sup>.

وقد وقع هذا التفريق أيضا في البحر الرائق ففيه: (الخطأ في الجنان والغلط في اللسان)<sup>6</sup>.

والخلاصة أن ظن الأمر على صورة معينة خلاف حقيقته هو خطأ، والتكلم بكلمة ليست صحيحة كسبق اللسان هو الغلط.

<sup>1</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص104.

<sup>2</sup> — الخرشني: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي (مرجع سابق)، الجزء السابع ص122.

<sup>3</sup> — الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس (ت: 204هـ)، الأم (مرجع سابق)، الجزء السابع ص 290.

<sup>4</sup> — \* السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، المبسوط (مرجع سابق)، الجزء السادس والعشرون، ص: 59.

\* الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (ت: 505هـ)، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1413هـ، 1993م)، ص: 168.

\* الهيثمي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر (ت 974هـ)، الفتاوى الكبرى الفقهية وبهامشه فتاوى العلامة شمس الدين محمد الرملي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1403هـ، 1983م)، الجزء الثاني، ص: 401.

<sup>5</sup> — الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء التاسع عشرة، ص: 129، 130.

<sup>6</sup> — ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري (ت: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 302.

## ويعرف فقهاء الشريعة المحدثون الغلط بأنه

توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقع<sup>1</sup> فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه<sup>1</sup>.

### ج : تعريف الغلط في الاصطلاح القانوني

عرفه السنهوري بأنه: حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع ، وغير الواقع إما أن تكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها<sup>2</sup>.

وعرفه عبد المجيد الحفناوي بأنه: وهم يقوم في نفس المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته الواقعية بحيث يدفعه إلى اتخاذ سلوك معين إيجاباً كان أم سلباً وسواء تعلق هذا الأمر بالهدف أم الباعث أو بالعناصر، على أن يكون له أهمية قانونية<sup>3</sup>.

وعرفه ياسين محمد الجبوري بأنه: وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير الواقع والحقيقة، ويكون هو الدافع إلى التعاقد<sup>4</sup>.

بمعنى أنه وهم كاذب لا يمت إلى الحقيقة بصلة يتولد عند الشخص ؛ أي أن الشخص يتوهم أن الواقعة صحيحة مع أنها غير صحيحة أو يتوهم أنها صحيحة مع أنها لا تمت للحقيقة بشيء ، لذلك يحق للشخص أن يتمسك بالغلط لأن الغلط يفسد الإرادة ، ولذلك يجوز له أن يطالب بفسخ العقد.

يلاحظ أن التعريفات التي جاء بها الفقهاء المسلمين المحدثون تكاد لا تختلف عن تعريفات فقهاء القانون الوضعي بل تكاد تكون مطابقة لها ، كما أن جميع ما ذكره الفقهاء من تعريفات انصبت على تعريف الغلط بأنه وهم في أي شيء موجود داخل نفس الإنسان ، فهذه التعريفات جميعها بمعنى واحد ويترتب عليها الأثر ذاته.

## 2 — الغلط في القانون المدني الجزائري

<sup>1</sup> — الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 473.

<sup>2</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) مرجع سابق، الجزء الأول، ص: 238.

<sup>3</sup> — الحفناوي: عبد المجيد محمد، نظرية الغلط في القانون الروماني، منشأة المعارف - الاسكندرية - مصر، (د،ط)، (1974)، ص: 5.

<sup>4</sup> — الجبوري: ياسين محمد، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، القسم الأول، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر - عمان - الأردن 2002، ص: 453.

تنص المادة 82 من القانون المدني الجزائري على أنه: (يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية. وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد).

**مثال الغلط في عقد الكفالة:** لكي يطلب الكفيل إبطال عقد الكفالة نتيجة لوقوعه في الغلط فإنه يشترط أن يكون الغلط جوهريا، وأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به، ويكون الغلط جوهريا تطبيقا للقواعد العامة إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. مثلا: يمكن للكفيل أن يطلب إبطال العقد نتيجة لاعتقاده خطأ يسار المدين، وهذا يدل على مدى أهمية المدين في عملية الكفالة. فبالرغم من أن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة، فإن الغلط في شخصه، أو في صفة من صفاته يمكن أن يكون سببا في إبطال عقد الكفالة من جانب الكفيل، لأن شخص المدين موضع اعتبار في التعاقد<sup>1</sup>.

**ثالثا: التدليس أو التغيرير**

### **1 – تعريف التدليس والتغيرير**

**أ: التدليس في اللغة:** أصل المادة (دلس)، الدال واللام والسين أصل يدل على ستر وظلمة. فالدلس: دلس الظلام. ومنه قولهم: لا يدالس؛ أي لا يخادع. ومنه التدليس في البيع، وهو أن يبيعه من غير إبانة عن عيبه، فكأنه خادعه وأتاه به في ظلام.

وأصل آخر يدل على القلة. يقول العرب: تدلست الطعام، إذا أخذت منه قليلا قليلا. وأصل ذلك من الأدلاس، وهي من النبات ريب تورق في آخر الصيف. يقولون: تدلس المال، إذا وقع بالأدلاس<sup>2</sup>.

**ب: التغيرير في اللغة:** أصل المادة (غرر): غره يغره غرا وغرورا وغرة؛ الأخيرة عن الحياني، فهو مغرور وغرير: خدعه وأطعمه بالباطل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 31.

<sup>2</sup> — الرازي: أحمد بن فارس بن زكريا القزويني، أبو الحسين (ت: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 296.

<sup>3</sup> — ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي (ت: 711هـ)، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص: 11.

من خلال هذين التعريفين يتبين أن التدليس والتغريب مرادفهما في اللغة واحد وهو الخداع.

### ج : في اصطلاح فقهاء المسلمين

عرفه وهبة الزحيلي بأنه: إغراء العاقد وخديعته، ليقدّم على العقد ظاناً أنه في مصلحته، والواقع خلاف ذلك<sup>1</sup>.

وعرفه مصطفى الزرقا بأنه: الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة، لترغيب أحد المتعاقدين في العقد، وحمله عليه<sup>2</sup>.

### د : في الاصطلاح القانوني

عرفه محمد صبري السعدي بأنه: هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد<sup>3</sup>.

وعرفه السنهوري بأنه: هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد<sup>4</sup>.

وعرفه جميل الشرقاوي بأنه: استعمال الحيل لإيقاع شخص في غلط يدفعه إلى إصدار تصرف قانوني<sup>5</sup>.

إذا تأملنا هذه التعاريف نجد أن التدليس يقترب من الغلط، فإذا كان هذا الأخير وهما تلقائياً، فإن التدليس وهم بفعل شخص آخر ولذا يسمى التغليظ؛ أي الإيقاع في الغلط، فالتدليس يؤدي إلى إيقاع المتعاقد في الغلط، ولذا فهو يعيب الرضاء لأنه يجعله مشوباً بالغلط<sup>6</sup>.

## 2 – التدليس في القانون المدني الجزائري

نص القانون المدني الجزائري على أحكام التدليس في المادتين 86 ، 87.

تنص المادة 86 بقولها:

<sup>1</sup> – الزحيلي: وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 573.

<sup>2</sup> – الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 463.

<sup>3</sup> – السعدي: محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة – دراسة مقارنة في القوانين العربية)، الطبعة الرابعة (2009م)، ص: 176.

<sup>4</sup> – السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) مرجع سابق، الجزء الأول، ص: 261.

<sup>5</sup> – الشرقاوي: جميل، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية – مصر، الطبعة الأولى (1998م)، ص: 133.

<sup>6</sup> – السعدي: محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة – دراسة مقارنة في القوانين العربية) (مرجع سابق)، ص: 176.

(يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة).

فالتدليس هو غلط يقوم لدى المتعاقد نتيجة استعمال وسائل احتيالية من طرف المتعاقد الآخر وتدفعه للتعاقد. فهو إذن يفترض قيام عنصرين:

**عنصر مادي:** وهو استعمال طرق احتيالية.

**عنصر شخصي:** وهو أن تكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم المدلس عليه العقد . والحيل وسائل أو مظاهر خداعة، مثل إبراز أوراق مزورة أو التظاهر باليسار، أو كتابة منشورات أو إعلانات كاذبة. وليس من اللازم أن تبلغ الحيل في التدليس ما يشترطه القانون الجنائي في النصب من أن تكون الحيل مادية، وأن تأخذ مظهرا خارجيا، بل يكفي أن تكون الحيل من شأنها أن تحمل المدلس عليه على التعاقد، ولو كان مجرد كذب أو كتمان للحقيقة .

ولكن قد يكون الكذب وحده كافيا إذا كان المدلس عليه لم يكن يستطيع اكتشافه وكان هو الدافع إلى التعاقد، ولولاها ما أبرم المدلس عليه العقد<sup>1</sup>

**كما تنص المادة 87 على التدليس الواقع من غير المتعاقدين بقولها:**

(إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو من المفروض أن كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس).

فالمفروض هنا أن شخصا من غير المتعاقدين هو الذي استعمل الحيل التي دفعت المدلس عليه إلى إبرام العقد، فلن يستطيع هذا الأخير أن يبطل العقد للتدليس يجب عليه أن يثبت أن المتعاقد معه كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بقيام الغير بهذا التدليس، إذ في هذه الحالة يكون متواطئا مع من استعمل الوسائل الاحتيالية، أو على الأقل سيء النية. فإذا لم يستطع المدلس عليه أن يثبت ذلك، فإن له أن يطلب إبطال العقد للغلط ما دام التدليس الذي قام به الغير من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم العقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> — سليمان: علي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) مرجع سابق، ص: 60، 61.

<sup>2</sup> — سليمان: علي، المرجع نفسه، ص: 60، 61.

مثال التدليس في عقد الكفالة: التدليس غالبا ما يصدر من المدين، ولما كان هذا الأخير ليس طرفا في عقد الكفالة، فإن الكفيل لكي يحصل على حكم بإبطال العقد للتدليس أن يثبت أن الدائن كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بهذا التدليس، كأن يوهم المدين الكفيل بأنه موسر<sup>1</sup>.

رابعا: الاستغلال

## 1 – تعريفه

أ : في اللغة

الاستغلال مصدر فعله استغل. وأصل الفعل (غل، يغل) فالألف والسين والتاء زائدة للطلب. واستغل عبده؛ أي كلفه أن يغل عليه، واستغلال المستغلات: أخذ غلتها. وأغلت الضيعة أعطت الغلة فهي مغلة: إذا أتت بشيء وأصلها باق<sup>2</sup>.

(استغل) الضيعة أخذ غلتها، وفلانا طلب منه الغلة وفلانا اتفق منه بغير حق لجأه أو نفوذه<sup>3</sup>.

ب : في الفقه الإسلامي

أما في الفقه الإسلامي فيرى السنهوري أن استغلال العاقد المغبون في عدم خبرته، أو في حاجته أو في طيشه<sup>4</sup> ورعونته<sup>5</sup>، ففي هذا المعنى يقرب كثيرا الاستغلال في الفقه الغربي<sup>6</sup>.

ج : في الاصطلاح القانوني

عرفه محمد صبري السعدي بأنه: هو أن يستغل شخص طيشا بينا أو هوى جامحا في آخر لكي يبرم تصرفا يؤدي إلى غبن فادح به<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 31.

<sup>2</sup> — ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي (ت: 711هـ)، المرجع السابق، الجزء الحادي عشرة، ص: 504.

<sup>3</sup> — مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، المعجم الوسيط (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 660.

<sup>4</sup> — الطيش: خفة العقل (والفعل: طاش يطوش)، وقوم طاشنة: خفاف العقول. ويقال: طاش الهمم يطيش، أي: عدل عن الرمية. (الفراهيدي: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري (ت: 170هـ)، كتاب العين، المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، (د،ط)، (د،ت)، الجزء السادس، ص: 276).

<sup>5</sup> — الرعونة: الأرعن: الأهوج في منطقته، والأحمق المسترخي. (الفيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد الشيرازي (ت: 817هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع (باب النون، فصل الراء)، ص: 220).

<sup>6</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي) مرجع سابق، الجزء الثاني، ص: 142.

<sup>7</sup> — السعدي: محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام — مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة — دراسة مقارنة في القوانين العربية) مرجع سابق، ص: 198.

## 2 — الاستغلال في القانون المدني الجزائري

المادة 90 من القانون المدني الجزائري أدخلت الاستغلال كعيب عام في كل العقود حيث أنها تنص أن: (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة. بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. ويجب أن ترفع دعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة . و يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن).

يتبين من نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري أنه يلزم لقيام الاستغلال عنصرين: **العنصر المادي:** وهو عدم تعادل التزامات الطرفين مطلقا، أو عدم التكافؤ بين التزام المغبون والتزام الطرف الآخر الذي استغله. ويجب أن يكون عدم التعادل فادحا، ويخضع تقرير هذا العنصر المادي للقضاء.

**العنصر الشخصي:** وهو استغلال طيش بين أو هوى جامح؛ أي متسلط على الإرادة، ويشترط أن يكون هذا الطيش أو هذا الهوى هو الذي دفع الطرف المغبون إلى التعاقد ، وهي أيضا مسألة واقع تخضع لتقدير القضاء، ويقع عبء إثبات الطيش أو الهوى على عاتق الطرف المغبون<sup>1</sup> . فيما يخص الجزاء الذي يترتب على الاستغلال يجب أن نذكر أن: أ : جزاء الاستغلال هو: إما إبطال العقد، أو إنقاص التزامات العاقد، والاختيار يرجع هنا لتقرير المغبون.

ب : في عقود المعاوضة يجوز للطرف الآخر أن يتوقى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.

ج : دعوى الاستغلال تسقط بمضي سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> — سليمان: علي علي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) مرجع سابق، ص: 67، 68.

<sup>2</sup> — المادة 2،3/90 مدني جزائري.



## مثال الاستغلال في عقد الكفالة

قد تستغل امرأة شابة الهوى الجامح لدى محبوبها الطاعن في السن ليضمنها لدى الدائن ليمنحها قرضا كبيرا، لكن يستوجب هنا أن يكون الدائن على علم بذلك حتى لا يفاجأ بإبطال عقد لا يعرف عن سببه شيء، وهذا تحقيقا لاستقرار المعاملات.

### أما رضا المكفول عنه (المدين)

فهو غير معتبر في عقد الكفالة، لأنه ليس طرفا فيها. فبإيجاب الكفيل وحده تنعقد الكفالة ما لم يردها المكفول له (الدائن)<sup>1</sup>. وهو ما نصت عليه المادة 647 بقولها: (تجوز كفالة المدين يغير علمه و تجوز أيضا رغم معارضته)، وهو النص المطابق لنص المادة 775 مدني مصري.

---

<sup>1</sup> — تنص المادة 621 من مجلة الأحكام العدلية على أنه:

(تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده، ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك، وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له. وعلى هذا لو كفل أحد في غياب المكفول له بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالاته هذه ويؤخذ بها). (مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هوويني، الجزء الأول، ص: 116).

## المطلب الثالث: الأهلية

موضوع الأهلية من المواضيع الهامة، لكونه يبحث في أهلية الإنسان والتي يتوقف عليها تشريع الأحكام، من حيث صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، و القيود التي تفرض على الأولياء، حماية لمصلحة ناقصي الأهلية أو عديميها.

وسأقوم بتعريفها في اللغة وفي اصطلاح فقهاء المسلمين وشرح القانون على النحو الآتي:

### الفرع الأول: تعريف الأهلية

أولاً: في اللغة: الصلاحية والاستحقاق، وهي مأخوذة من قولهم: (فلان أهل لكذا)؛ أي صالح ومستحق له<sup>1</sup>.

### ثانياً: في اصطلاح فقهاء المسلمين

#### عرفها البزدوي بأنها:

صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه<sup>2</sup>.

ومعنى ذلك أن الإنسان صالح لاكتساب الحقوق وأداء الواجبات المترتبة عليه، ومؤخذ بأقواله وأفعاله، إضافة لمطالبته بتنفيذ الالتزامات التي نشأت جراء أقواله وأفعاله، فيكون هذا منشأ لترتب الحقوق على ذمته<sup>3</sup>.

#### وعرفها الكبيسي بأنها:

صلاحية الإنسان لوجوب حقوق له وعليه، ولصحة تصرفاته، وتعلق التكليف به<sup>4</sup>.

#### وعرفها وهبة الزحيلي بأنها:

صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له، ووجوبها عليه، وصحة التصرفات منه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — \* الفيومي: أحمد بن محمد بن علي بن المقرئ (ت: 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 28.

<sup>2</sup> — علاء الدين البخاري: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، الحنفى (ت: 730هـ)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 237.

<sup>3</sup> — ابن الملك: عز الدين عبد المطلب ابن عبد العزيز، شرح المنار وحواشيه من علم الأصول، المطبعة العثمانية، (د،ط)، (1315هـ)، ص: 937.

<sup>4</sup> — الكبيسي: محمود مجيد بن مسعود، الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، دار إحياء التراث الإسلامي - قطر، (د،ط)، (د،ت)، ص: 81.

<sup>5</sup> — الزحيلي: وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 473.

## وعرفها مصطفى الزرقا بأنها:

صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي<sup>1</sup>.  
فالأهلية صفة أو قابلية في الإنسان يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لأن يتعلق به الخطاب التشريعي، باعتبار أن الشارع فيما شرع إنما يخاطب الناس بالأحكام أمراً وناهياً، ويلزمهم بتنفيذها واحترامها<sup>2</sup>.

## ثالثاً: في الاصطلاح القانوني

الأهلية في مجال القانون تعني المعنى ذاته في الفقه الإسلامي، فهي صلاحية يعترف بها القانون للشخص، هذه الصلاحية قد يقصد بها مجرد صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وعندئذ نكون أمام ما يسمى بأهلية الوجوب؛ أي وجوب اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وأما القدرة على إنشاء الحقوق والالتزامات عن طريق مباشرة التصرفات القانونية المختلفة فيتعلق بأهلية الأداء

## عرفها البكري وزهير البشير بأنها:

صلاحية الشخص لصدور التصرفات القانونية منه على وجه يعتد به قانوناً<sup>3</sup>.  
وعليه، فالأهلية إذن هي صفة تلحق بالشخص، بحيث تكون جميع تصرفاته القولية والفعالية معتد بها قانوناً؛ أي ترتيب الآثار القانونية عليها، وله البيع والشراء والهبة وغيرها من التصرفات القانونية وكذلك مساءلته قانوناً فيما إذا قام بتصرف يخالف به القانون<sup>4</sup>.

## وعرفها الذنون بأنها:

صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق قبل الغير، وتثبت التزامات نحوهم<sup>5</sup>.  
ومن ثم فالصلاحية شرط لقيام الأهلية، فإذا فقدت الصلاحية انتفت مع الأهلية.

<sup>1</sup> — الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 783.

<sup>2</sup> — الزرقا: مصطفى أحمد، المرجع نفسه، الجزء الثاني، 784.

<sup>3</sup> — البكري: عبد الباقي، البشير: زهير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية - بغداد - العراق، (د، ط)، (1982)، ص: 317.

<sup>4</sup> — الحديشي: علي خليل إسماعيل، مفهوم الشخصية القانونية والأهلية القانونية للمنظمة الدولية، برلين (2010)، ص: 41.

<sup>5</sup> — الذنون: حسن علي، محاضرات في القانون المدني العراقي، دار الطباعة - القاهرة - مصر، (د، ط)، (1956)، ص: 34.

وعرفها محمد صبري السعدي بأنها:

صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية التي ترتب آثارها بالنسبة إليه<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: أنواع الأهلية

من خلال التعاريف السابقة نجد أن للشخص أهليتين: يكتسب الأولى وهي أهلية الوجوب. بمجرد ميلاده، أما أهلية الأداء فيكتسبها في وقت لاحق وهي تمر بمراحل معينة، كما تربط بعدم إصابة شخص بعارض من عوارض الأهلية

أولاً: أهلية الوجوب:

لا يوجد خلاف بين التعريفات التي أوردها فقهاء الشريعة الإسلامية و التي قال بها شراح القانون الوضعي.

### 1 — عرف بعض فقهاء الشريعة الإسلامية أهلية الوجوب بأنها:

صلاحية الشخص للإلزام والالتزام<sup>2</sup>.

يقصد بالصلاحية: القابلية لأن تتعلق به حقوق له وعليه، ولا تعني القدرة؛ إذ القدرة لا تكون إلا بعد أن تكتمل القدرات العقلية لدى الشخص، ولا يتم التكليف إلا بعد اكتمال العقل؛ فالصغير غير المميز أو المجنون أو المعتوه غير مكلفين بالخطاب، ولكنه صالح لأن تتعلق الحقوق له أو عليه، وقابليته لتعلق الحقوق له أو عليه كونه إنساناً.

وتتحقق هذه الصلاحية في الإنسان من مجرد ولادته حياً حتى ولو فارق الحياة بعد ولادته بفترة قصيرة، فقد أصبح صالحاً لتعلق الحقوق له وعليه<sup>3</sup>.

### 2 — وعرفها القانون بأنها:

صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — السعدي: محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام — مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة — دراسة مقارنة في القوانين العربية) مرجع سابق، ص: 154.

<sup>2</sup> — أبو العينين: بدران، أصول الفقه الإسلامي، منشورات مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية، (د،ط)،(1998)، ص: 37.

<sup>3</sup> — الأهدل: حسن محمد، أصول الفقه الإسلامي، منشورات مكتبة الجيل الجديد - صنعاء - اليمن، (د،ط)،(د،ت)، ص: 218.

<sup>4</sup> — الشرفاوي: جميل، أصول القانون، منشورات دار النهضة العربية القاهرة، (د،ط)،(1984)، ص: 302.

ثانيا: أهلية الأداء

## 1 – تعريفها في الفقه الإسلامي:

هي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل<sup>1</sup>. إذن أهلية الأداء هي أساس لممارسة الأعمال والتصرفات الشرعية، وهذه الأعمال تعتمد قصد الفاعل وإرادته، فلا بد في ممارستها من عنصر التمييز والعقل. فتبدأ أهلية الأداء في الإنسان متى أصبح مميزا، ولكنها تكون فيه قاصرة ثم تتم بتمام قدرته جسما وعقلا، وذلك ببلوغه ورشده، فيحمل عندئذ جميع التكاليف الشرعية ويمارس جميع الحقوق<sup>2</sup>.

## 2 – تعريفها في القانون:

وهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي من شأنها أن تكسبه حقا، أو أن تحمله التزاما على الوجه الذي يعتد به القانون. وهذا النوع من الأهلية هو الذي يعنينا، لأنها من التصرفات التي تكسب من يلبشرها حقا، أو تحمله التزاما، وهي تثبت للشخص عند بلوغه سن الرشد، أو المعتبر كذلك بإذن من المحكمة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> – الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 786.

<sup>2</sup> – عسقلان: فضل ماهر محمد، المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز دراسة مقارنة، (قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين)، (2008م)، ص: 09.

<sup>3</sup> – عثمان: عبد الحميد، المفيد في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى ( 1995م)، ص:

## الفرع الثالث: أهلية الكفيل

ونعني بالكفيل الشخص الذي تبرع بإنشاء عقد الكفالة، والتزم بآثارها، فهو الذي ضم ذمته إلى ذمة المدين ليصبح ملتزما معه بأداء الحق.

اشترط الفقهاء وشراح القانون أهلية التبرع في الكفيل حتى يعتبر العقد صحيحا . لأن الكفالة من عقود التبرع، وعلى ذلك فلا بد ممن يتبرع أن تتحقق فيه أهلية الأداء الكاملة، وتتحقق بالبلوغ، والعقل، والرشد<sup>1</sup>.

### أولاً: — البلوغ

يشترط الفقهاء في الكفيل الذي يريد إجراء عقد الكفالة أن يكون بالغاً. فلا تصح كفالة الصبي الذي لم يبلغ سن التكليف بعد، لقوله ﷺ: (رفع القلم عن ثلاث: عن المجنون المغلوب على عقله، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم)<sup>2</sup>.

والبلوغ عند الفقهاء يكون بظهور العلامة تارة، وبالسن تارة أخرى، كما قد يكون بهما معا.

### 1 — البلوغ بظهور العلامة

لا خلاف بين الفقهاء<sup>3</sup> في أن البلوغ قد يكون بخروج المني، سواء في اليقظة وهو ما يسميه الفقهاء بالإنزال، أو في المنام وهو ما يسمى بالاحتلام، وقد يحصل بالإحبال.

<sup>1</sup> — مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هوايني، الجزء الأول، ص: 117.

\* الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 330.

\* النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 241.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 129، 130.

\* سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 26.

\* تناغور: سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز) مرجع سابق، ص: 27.

<sup>2</sup> — ابن خزيمة: أبو بكر محمد بن إسحاق (ت: 311هـ)، صحيح ابن خزيمة، المحقق: د. محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت - لبنان، (د، ط)، (1390هـ، 1970م)، كتاب الصلاة، باب ذكر الخبز الدال على أن أمر الصبيان بالصلاة قبل البلوغ على غير الإيجاب، رقم الحديث: 1003، الجزء الثاني، ص: 102.

<sup>3</sup> — \* الخطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (ت: 954هـ)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 59.

\* الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس (ت: 204هـ)، الأم (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 220.

\* ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد الظاهري (ت: 456هـ)، المحلى بالآثار (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 102.

وقد استدلووا على ذلك بما يلي:

### أ : الدليل على حصول البلوغ بالاحتلام

استدل الفقهاء على أن البلوغ يحصل بخروج المني بأدلة من القرءان والسنة، وذلك على النحو التالي:

#### من القرءان

استدل الفقهاء على أن البلوغ إنما يحصل بخروج المني أو بالاحتلام كما عبروا به بما ورد في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ﴾<sup>1</sup>.

وقوله أيضا: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾<sup>2</sup>.

#### وجه الدلالة :

هاتان الآيتان تدلان على حصول البلوغ بالحلم أو الاحتلام، وذلك لا يكون إلا بخروج المني<sup>3</sup> من السنة

كما استدل الفقهاء بحصول البلوغ بخروج المني بالاحتلام بالسنة، ومن ذلك:

– عن علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) قال: قال ﷺ: (رفع القلم عن ثلاث: عن المجنون المغلوب على عقله، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم)<sup>4</sup>.

– وما رواه علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) قال : حفظت عن رسول الله ﷺ : ( لا يُتَمَّ بعد احتلام، ولا صمات يوم إلى الليل )<sup>5</sup>.

#### وجه الدلالة:

تدل هذه الأحاديث دلالة واضحة على أن الاحتلام علامة على البلوغ ، وكما سبق الاحتلام يكون بخروج المني في المنام.

<sup>1</sup> – سورة النور، الآية رقم:58.

<sup>2</sup> – سورة النور، الآية رقم:59.

<sup>3</sup> – القليوبي: أحمد سلامة، وعميرة: أحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر – بيروت – لبنان، (د،ط)،(1415هـ،1995م)، الجزء الثاني، ص: 374.

<sup>4</sup> – ابن خزيمة: أبو بكر محمد بن إسحاق (ت: 311هـ)، صحيح ابن خزيمة (مرجع سابق)، كتاب الصلاة، باب ذكر الخير الدال على أن أمر الصبيان بالصلاة قبل البلوغ على غير الإيجاب، رقم الحديث: 1003، الجزء الثاني، ص: 102.

<sup>5</sup> – البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي (ت: 458هـ)، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان، الطبعة الثالثة (1424هـ،2003م)، كتاب الحجر، باب البلوغ الاحتلام، رقم الحديث: 11309، الجزء السادس، ص: 94.

## ب : الدليل على أن الإحبال علامة على البلوغ

استدل الفقهاء على أن الإحبال علامة لبلوغ الرجل بالمعقول، ووجهه:  
إن الحبل لا يكون إلا مع الإنزال؛ لأن الولد يخلق من ماء الرجل والمرأة، والإنزال علامة على  
البلوغ حقيقة<sup>1</sup>، فيكون الإحبال دليلاً على الإنزال، ومن ثم يكون علامة على البلوغ.  
وعلامة الفتاة إضافة إلى هذا الحيض، حيث لا خلاف بين الفقهاء<sup>2</sup> في أن المرأة إذا حاضت فيكون  
ذلك علامة على بلوغها، وقد استدلوا على ذلك بالسنة، ومن ذلك:  
ما روي عن عائشة (رضي الله عنها) أن النبي ﷺ قال: (لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار)<sup>3</sup>.

### وجه الدلالة

أخبر النبي ﷺ بأن الحائض تلزمها الأحكام، وأن صلاحها تقبل على صفة، ولا تقبل على غيرها<sup>4</sup>،  
فكنى بالحائض عن البالغة؛ لأن الحيض دليل البلوغ، فذكر الحيض وأراد البلوغ؛ لملازمة بينهما،  
وعليه إجماع الأمة<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> — ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري (ت: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (مرجع سابق)، الجزء الثامن، ص: 96.  
\* الزبيدي: أبو بكر بن علي (ت: 800هـ)، الجوهرة النيرة (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 245.  
\* الباقري: محمد بن محمود (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية (مرجع سابق)، الجزء التاسع، ص: 270.  
\* ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد الظاهري (ت: 456هـ)، المحلى بالآثار (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 102.  
<sup>2</sup> — المواق: محمد بن يوسف (ت: 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل (مرجع سابق)، الجزء السادس، ص: 633.  
\* الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد (ت: 450هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني (مرجع سابق)،  
الجزء السادس، ص: 343.  
<sup>3</sup> — ابن أبي شيبة: أبو بكر، عبد الله بن محمد (ت: 235هـ)، مصنف بن أبي شيبة، المحقق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض،  
الطبعة الأولى (1409هـ)، كتاب صلاة التطوع والإمامة وأبواب متفرقة، المرأة تصلي ولا تغطي شعرها، رقم الحديث: 6223، الجزء الثاني،  
ص: 40.  
<sup>4</sup> — ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد الظاهري (ت: 456هـ)، المحلى بالآثار (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 104.  
<sup>5</sup> — الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (مرجع سابق)، الجزء الأول،  
ص: 116.



## 2 – البلوغ بإنبات العانة

اختلف الفقهاء في كون الإنبات علامة على البلوغ أم لا، وممن ذهب إلى أنه علامة على البلوغ المالكية في المشهور<sup>1</sup> والشافعية في قول<sup>2</sup>، والمشهور عند الحنابلة<sup>3</sup>.

وقد استدلووا على ذلك بأدلة من السنة، وآثار الصحابة، والمعقول، وذلك على النحو التالي:

**من السنة:** ما روي عن عطية القرظي (رضي الله عنه) قال: (عرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة، فشكوا في، فأمر بي النبي ﷺ أن ينظر إلي، هل أنبت بعد؟ فنظروا، فلم يجدوني أنبت، فحلى عني وألحقني بالسي)<sup>4</sup>.

**وجه الدلالة:** هذا الحديث دليل على أنه يحصل بالإنبات البلوغ، فتجري على من أنبت أحكام المكلفين، ولعله إجماع<sup>5</sup>.

### آثار الصحابة

**أ –** ما روي أن سعد بن معاذ (رضي الله عنه) حكم في بني قريظة فقتل مقاتلتهم، وسبى ذراريهم، فكان يكشف عن مؤتزر المراهقين، فمن أنبت منهم قتل، ومن لم ينبت جعله في الذراري<sup>6</sup>.

**ب –** وعن أسلم مولى عمر قال: كتب عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) إلى أمراء الأجناد: (أن لا تضربوا الجزية إلا على من جرت عليه الموسى)<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> – الخروشي: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ)، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص: 291.

<sup>2</sup> – القليوبي: أحمد سلامة، وعميرة: أحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 374.

<sup>3</sup> – المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (ت: 885هـ)، الإنياف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 320.

<sup>4</sup> – أحمد: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل (ت: 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرنؤوط – عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى (1421هـ، 2001م)، مسند الكوفيين، حديث عطية القرظي، رقم الحديث: 19421، الجزء الثاني والثلاثون، ص: 163.

<sup>5</sup> – الصنعاني: أبو إبراهيم، محمد بن إسماعيل بن صلاح (ت: 1182هـ)، سبل السلام، دار الحديث، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الثاني، ص: 82.

<sup>6</sup> – العسقلاني: أبو الفضل، أحمد بن علي، بن حجر (ت: 852هـ)، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان، الطبعة الأولى (1419هـ، 1989م)، الجزء الثالث، ص: 106.

<sup>7</sup> – الطحاوي: أبو جعفر، أحمد بن محمد بن سلامة (ت: 321هـ)، شرح معاني الآثار، حققه وقدم له: (محمد زهري النجار – محمد سيد جاد الحق) من علماء الأزهر الشريف، راجعه ورقم كنبه وأبوابه وأحاديثه: د يوسف عبد الرحمن المرعشلي – الباحث بمركز خدمة السنة بالمدينة النبوية، عالم الكتب، الطبعة الأولى (1414هـ، 1994م)، كتاب السير، باب بلوغ الصبي بدون الاحتلام فيكون به في معنى البالغين في سهران الرجال، وفي حل قتله في دار الحرب إن كان حربيا، رقم: 5141، الجزء الثالث، ص: 217.

ج - وما روي أن عثمان أتى بسلامة قد سرق، فقال: (انظروا، أخضر ميزره؟ فإن كان قد اخضر فاقطعوه، وإن لم يكن اخضر فلا تقطعوه)<sup>1</sup>.

### وجه الدلالة

هذه الآثار تدل دلالة واضحة على أن البلوغ يحصل بالإنبات؛ حيث ترتب عليه سفك دم الأسارى، وضرب الجزية، وقطع يد السارق، ولا يكون ذلك إلا بالبلوغ.

### المعقول

قال ابن قدامة: (ولأنه خارج - يعني الإنبات - يلزمه البلوغ غالبا، ويستوي فيه الذكر والأنثى، فكان علما على البلوغ، كالاختلام، ولأن الخارج ضربان، متصل، ومنفصل، فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ، كان كذلك المتصل)<sup>2</sup>.

### 3 - البلوغ بالسن

أما البلوغ بالسن فيكون عند تأخر ظهور العلامة، حيث لا يعقل أن يظل الإنسان في مرحلة الصبا رغم بلوغ أقرانه، وقد اختلف الفقهاء حول تحديد سقف زمني تنتهي إليه مرحلة التمييز، وذلك نتيجة لاختلاف البيئات والأجناس وانعكاس ذلك على نمو الإنسان<sup>3</sup>. ولم يختلف فقهاء القانون في اشتراط أهلية التبرع للكفيل، فهو ضمن العقود التبرعية وفق الأصل، فلا تجوز الكفالة الصادرة من السفهية وذوي الغفلة والمحجور عليه لجنون أو عته<sup>4</sup>. كما يجب أن تتوفر في الكفيل إضافة إلى أهلية التبرع أن يكون بالغاً من العمر 19 سنة كاملة وغير محجور عليه وإلا وقعت الكفالة باطلة<sup>5</sup>. وعلى ذلك لا يجوز للمحجور عليه ولا القاصر أن يكفل الغير متبرعا، لأن الكفالة بالنسبة له تصرف ضارا ضررا محضاً<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - الطحاوي: أبو جعفر، أحمد بن محمد بن محمد بن سلامة (ت: 321هـ)، المرجع نفسه، الجزء الثالث، ص: 217.

<sup>2</sup> - ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 346.

<sup>3</sup> - بهنسي: أحمد فتحي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة (1404هـ، 1984م)، ص: 271.

<sup>4</sup> - أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 73.

<sup>5</sup> - تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري بقولها:

(كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة).

<sup>6</sup> - سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 30.

كما لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يبرم عقد الكفالة باسم ناقص الأهلية أو المحجور عليه ولو بإذن من المحكمة، إذ لا يجوز التبرع بأموال القصر أو المحجور عليهم .  
لكن: إذا كانت الكفالة تتم بمقابل التزم به سواء الدائن أو المدين فيجب توفر أهلية التصرف في الكفيل، فلا يجوز لناقص الأهلية والمحجور عليه إبرام عقد الكفالة، أما إن أبرمه فيكون العقد قابلاً للإبطال ما لم تلحقه الإجازة. ويجوز للولي أو الوصي إبرام عقد الكفالة إن كان بمقابل بشرط الحصول على إذن القاضي<sup>1</sup>.

### ثانياً: العقل

فلا تصح كفالة المجنون، والجنون هو اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة، والقبیحة المدركة للعواقب بأن لا يظهر آثارها، ويتعطل أفعالها إما لنقصان جبل عليه دماغه في أصل الخلقة، وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة، وإما لاستيلاء الشيطان عليه، وإلقاء الخيالات الفاسدة إليه بحيث يفرح، ويفزع من غير ما يصلح سبباً<sup>2</sup>.

أو هو اضطراب يؤدي إلى عدم انتظام قوى العقل، واختلال توازنه على نحو يؤدي إلى انعدام الإدراك والتمييز لدى صاحبه<sup>3</sup>.

وحكمه أنه سواء أكان مطبقاً مستمراً، أم غير مطبق متقطع معدم للأهلية، حال وجوده، فتكون تصرفات المجنون القولية والفعلية كغير المميز لاغية باطلة لا أثر لها<sup>4</sup>.

كذلك المشرع الجزائري الذي اعتبر تصرفات المجنون باطلة حكمها حكم الصبي الغير مميز<sup>5</sup>.

### ثالثاً: الرشد

هو حفظ المال مع حسن النظر فيه<sup>6</sup>، وهو - أي الرشد - ضد السفه: الذي هو خفة تعتري الإنسان فتبعته على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - أبو السعود: رمضان، التأمينات الشخصية والعينية (مرجع سابق)، ص: 61.

<sup>2</sup> - الفتاوي: سعد الدين مسعود بن عمر (ت: 793هـ)، شرح التلويح على التوضيح (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 331.

<sup>3</sup> - موقس: سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، دار الكتب القانونية مصر، (د، ط)، (1987)، الجزء الأول، ص: 768.

<sup>4</sup> - الرحيلي: وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 483.

<sup>5</sup> - المادة 1/42 من القانون المدني الجزائري.

<sup>6</sup> - الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 819.

<sup>7</sup> - البايري: محمد بن محمود (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية (مرجع سابق)، الجزء التاسع، ص: 259.

وقد ذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، إلى القول بعدم جواز الكفالة من السفية، لأن الكفالة تبرع فلا تصح إلا من أهل التبرع، والسفيه ليس أهلا، لأنه لا يحسن التصرف في ماله بما يعود عليه بالنفع، فلا بد من رشد من أراد أن يباشر عقد الكفالة، حتى يصح ضمانه وكفالاته<sup>1</sup>.

وقد سار القانون الجزائري مسار الفقه الإسلامي، وإن كان قد جعل السفية ناقصا للأهلية، بمقتضى نص المادة 43 من القانون المدني بقولها: (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيا أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون). ولكن جاء قانون الأسرة<sup>2</sup>، فنص في المادة 85 منه على أن: (تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه).

ونص في المادة 101 منه على أن: (من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفية، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه).

ونص في المادة 107 منه على أن: (تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاقية وقت صدورهما).

ومن مجموع هذه النصوص نستخلص أن من عوارض الأهلية السفه، فتكون تصرفاته بعد الحكم عليه بالحجر باطلة، ومنها الكفالة، وقبل الحكم صحيحة إلا إذا كانت حالة السفه ظاهرة وفاقية<sup>3</sup>.

وفضلا على اشتراط القانون المدني الجزائري أهلية التبرع في الكفيل، فإنه وضع شروطا أخرى في المادة 646: (إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصا موسرا ومقيما بالجزائر، وله أن يقدم عوضا عن الكفيل، تأمينا عينيا كافيا).

<sup>1</sup> — \* الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 330.

\* الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 199.

\* المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (ت: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 192.

\* الجزيري: عبد الرحمن بن محمد عوض (ت: 1360هـ)، الفقه على المذاهب الأربعة (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 201.

<sup>2</sup> — القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> — سليمان: علي علي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) مرجع سابق، ص: 55.

وعلى ذلك فإنه كلما التزم المدين بأن يقدم لدائنه كفيلا وجب أن تتوافر في الكفيل الشروط التالية:

## 1 – وجوب أن يكون الكفيل موسرا

أي قادرا على الوفاء بالالتزام الذي قام بضمانه إذ اقتضت الحالة ذلك ، والمدين الملتزم بتقديم كفيل هو الذي يقع عليه عبء إثبات يسار هذا الكفيل، ويسار الكفيل يقاس ما لديه من أموال كافية للوفاء بالدين الذي كفله سواء كانت منقولات أو عقارات شائعة أو مفرزة متى كان ذلك كافيا للوفاء بدين الدائن<sup>1</sup>.

ومع ذلك يستطيع الدائن أن يثبت أن هذه الأموال أو بعضها متنازع فيها أو يصعب التنفيذ عليها، لبعدها وسهولة تهريبها، أو كانت مرهونة أو عليها حق عيني كحق الانتفاع، وتوافر صفة اليسار أو الاقتدار مسألة موضوعية، متروك تقديرها لقاضي الموضوع، لأنه هو من يقدر إن كان الكفيل المراد تقديمه موسرا أم لا<sup>2</sup>.

## 2 – الإقامة بالجزائر

والحكمة من هذا الشرط واضحة وهي أن الدائن يستطيع مطالبة الكفيل، والرجوع عليه إذا لم يف المدين بالتزامه، والمقصود بالإقامة في الجزائر هو أن يكون للكفيل موطن بها، ولا يشترط أن يكون الكفيل مقيما في موطن المدين ، هذا ولا يشترط أن يكون الكفيل جزائري الجنسية بل يمكن أن يكون أجنبيا مادام مقيما في الجزائر وله موطن فيها، بل يكفي أن يكون له حتى موطن مختار يعتمد عليه فيما ينشأ عن الكفالة من علاقات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 25.

<sup>2</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية ( الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز ) مرجع سابق، ص: 34.

<sup>3</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 25، 26.

## الفرع الرابع: أهلية الدائن (المكفول له)

ونعني بالمكفول له: من تعقد الكفالة لصالحه<sup>1</sup>.

وقد وضع الفقهاء شروطاً تتعلق بالمكفول له، وهذه الشروط هي:

### أولاً: كون المكفول له معلوماً للكفيل

ذهب الحنفية، والشافعية، إلى اشتراط معرفة الكفيل للمكفول له؛ معللين ذلك بتفاوت الناس وطبائعهم غلظة ولينا، فلا يكفي مجرد نسبه، وإنما كفت معرفة عينه؛ لأن الظاهر عنوان الباطن، وتقوم معرفة وكيله مقام معرفته<sup>2</sup>.

وذهب المالكية<sup>3</sup>، والحنابلة<sup>4</sup>، 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 المتقدم، فقد كفل أبو قتادة دين الميت دون أن يعرف المكفول له<sup>5</sup>.

### ثانياً: البلوغ والعقل

ذهب المالكية<sup>6</sup> والحنابلة<sup>7</sup> وأبو يوسف<sup>8</sup> إلى عدم اشتراط البلوغ والعقل في المكفول له؛ لأن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل دون حاجة إلى قبول المكفول له، فلا يلزم أن يكون أهلاً للقبول.

<sup>1</sup> — الشويعر: عبد السلام بن محمد، عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة (مرجع سابق)، ص: 162.

<sup>2</sup> — \* الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (مرجع سابق)، الجزء السادس، ص: 06.

\* الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404 هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 437.

<sup>3</sup> — الخرشبي: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 25.

<sup>4</sup> — المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (ت: 885 هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 195.

<sup>5</sup> — الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء الرابع والثلاثون، ص: 299.

<sup>6</sup> — الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي (ت: 1230 هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 334.

<sup>7</sup> — ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620 هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 400.

<sup>8</sup> — ابن عابدين: محمد أمين (ت: 1252 هـ)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 283.

وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى اشتراط أن يكون المكفول له بالغا عاقلا؛ لأن الكفالة تحتاج إلى إيجاب من الكفيل وقبول من المكفول له<sup>1</sup>.

ويجوز قبول الصبي المميز والسفيه، لأن ضمان حقهما نفع محض، فلا يتوقف على إجازة وليهما<sup>2</sup>.  
أما القانون:

فلا يشترط في المكفول له إلا أهلية التعاقد<sup>3</sup>، فيكفي أن يكون شخصا مميزا، لأن عقد الكفالة بالنسبة له نافع نفعاً محضاً.

أما إن كانت الكفالة بمقابل التزم به الدائن، لأنها تعتبر عملاً قانونياً فيجب توفر أهلية التصرف<sup>4</sup>.

### الفرع الخامس: أهلية المدين (المكفول عنه)

ونعني بالمكفول عنه من عليه الحق، سواء أكان الحق لازماً أم آيلاً إلى اللزوم.

ويعبر عنه بالأصيل، أو المدين، أو الغريم، ويعبر عنه أيضاً اختصاراً بالمكفول. وهو الشخص المدين بالالتزام ابتداءً، سواء أكان بالحضور إلى مجلس القضاء، أم أمام المحاكم، أو ممثليه في المكان والموعده المحدد له. أو بالتزامه بأداء عمل أو تسليم عين أو الوفاء بدين للمكفول له<sup>5</sup>.

ولا يشترط في المكفول عنه أن يكون ذا أهلية فتصح عن المجنون والصغير والميت، كما لا يشترط رضاه وإذنه، ولا أن يكون موجوداً أو معلوماً<sup>6</sup>.

نصت المادة 629 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: ( لا يشترط كون المكفول عنه عاقلاً وبالغا فتصح الكفالة بدين المجنون والصبي).

<sup>1</sup> — الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (مرجع سابق)، الجزء السادس، ص: 07.

<sup>2</sup> — الألفي: محمد جبر، أحكام الكفالة في التشريع الإسلامي (مرجع سابق)، ص: 85.

<sup>3</sup> — تنص المادة 78 من القانون المدني الجزائري على أنه:

(كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون)

<sup>4</sup> — أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 74.

<sup>5</sup> — الشويعر: عبد السلام بن محمد، المرجع السابق، ص: 159، 158.

<sup>6</sup> \* ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري (ت: 681 هـ)، فتح القدير على الهداية (مرجع سابق)، الجزء السابع، ص: 188.

\* الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، المالكي (ت: 1241 هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 434.

\* النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت: 676 هـ)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص:

129.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620 هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 130.

ولم يشترط القانون المدني الجزائري رضا المكفول عنه، لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة. كما جاء في المادة 647: (تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته). وهذا النص لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة التي تجيز أن يكون الوفاء بالدين ممن ليست له مصلحة في هذا الدين، ولو كان ذلك دون علم المدين، أو رغم إرادته. والكفالة هي إحدى ضمانات الوفاء بالدين، فتأخذ حكمه<sup>1</sup>.

ولا خلاف في أنه إذا تمت الكفالة لصالح المدين عديم الأهلية كالمجنون والصبي فلا يجوز للكفيل الرجوع عليهم، سواء أكانت بأمرهم، أم بغير أمرهم. لأنه لا قيمة له كإقرارهم، فتكون الكفالة عنهم تبرعا<sup>2</sup>.

وقد جاء القانون المدني الجزائري بنص خاص بكفالة التزام ناقص الأهلية في المادة 649 بقولها: (من كفل التزام ناقص الأهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول). ومفاد هذه المادة:

- 1 — إذا كان الكفيل لا يعلم بنقص الأهلية للمدين، فله التمسك بإبطال الكفالة، حتى لو لم يتمسك به المدين.
- 2 — إذا كان يعلم بسبب قابلية الالتزام للبطلان وقت انعقاد الكفالة، فلا يجوز للكفيل التمسك ببطلان الكفالة لبطلان التزام المدين إلا إذا تمسك به المدين نفسه.
- 3 — إذا كانت الكفالة عقدت بسبب قابلية الالتزام المكفول بالإبطال، فيكون التزام الكفيل هنا التزاما أصليا تجاه الدائن، فإذا أبطل المدين التزامه بسبب نقص أهليته، فلا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع، فالتزام الكفيل معلق على شرط تمسك المدين بإبطال التزامه، فإن تحقق الشرط أصبح الكفيل مدينا أصليا في مواجهة الدائن<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز) مرجع سابق، ص: 36.

<sup>2</sup> — أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 75.

<sup>3</sup> — أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع نفسه، ص: 75.



## المبحث الثاني المحل

يستلزم الفقه والقانون لقيام عقد الكفالة فضلا عن ركن الرضا أن يكون له محل، وهو الالتزام الذي التزم به الكفيل، وهو ما يسمى بالمكفول به أو المضمون، فالالتزام الكفيل هو مطالبته من قبل المكفول له بتنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتق المكفول عنه.

وسأتناول هذا المبحث في مطلبين على النحو الآتي:

- المطلب الأول : تعريف المحل .
- المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها في المحل .

## المطلب الثاني: تعريف المحل (المكفول به)

سأقوم بتعريف المحل في اللغة وفي اصطلاح فقهاء المسلمين وشراح القانون على النحو الآتي:

### الفرع الأول: تعريف المحل في اللغة

هو المكان الذي يحل فيه، ومنه محل الإعراب في النحو وهو ما يستحقه اللفظ الواقع فيه من الإعراب لو كان معربا.

وملج الدين أجله، وملج الهدي يوم النحر.مى<sup>1</sup>. وفي التنزيل العزيز: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: في الاصطلاح

سأتحدث عن المعنى الاصطلاحي للمحل في كل من الفقه الإسلامي والقانون.

### أولا: تعريف المحل في الفقه الإسلامي

#### 1 – عرفه مصطفى الزرقا بأنه

ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه، وذلك كالمال المبيع في عقد البيع، والموهوب في عقد الهبة، والمرهون في عقد الرهن، والدين المكفول به في عقد الكفالة<sup>3</sup>.

فالمكفول به: المراد به الحق الذي ثبت في ذمة المكفول عنه. أو هو: الحق الذي تعهد الكفيل بأدائه وتسليمه<sup>4</sup>.

#### 2 – وعرفته الموسوعة الفقهية الكويتية بأنه

الشيء الذي يقع عليه التصرف<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> – مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 194.

<sup>2</sup> – سورة البقرة، الآية رقم: 196.

<sup>3</sup> – الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 400.

<sup>4</sup> – الشويعر: عبد السلام بن محمد، المرجع السابق، ص: 160.

<sup>5</sup> – الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء السادس والثلاثون، ص: 233.

## ثانيا: تعريف المحل في القانون

محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الأصلي والوفاء به، إذا لم يف به المدين نفسه<sup>1</sup>. إذن محل التزام الكفيل هو الالتزام الأصلي؛ أي ما يسمى بالتزام المكفول، وهذا الالتزام يمكن كفالته أيا كان مصدره، وأيا كان محله. فيمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره العقد، كما يكفل التزام مصدره عقد بيع. ويمكن كفالة الالتزام أيا كان محله، سواء الالتزام بإعطاء، أو التزام بعمل، أو التزام بالامتناع عن عمل<sup>2</sup>. وقد نصت المادة 644 من القانون المدني الجزائري على أن محل الكفالة تعهد الكفيل للدائن بالوفاء بدينه، إذا لم يف به المدين نفسه.

---

<sup>1</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية ( الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز ) مرجع سابق، ص: 39.

<sup>2</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 32.

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحل

الفرع الأول: أن يكون مضمونا بنفسه على الأصيل

بمعنى أن يكون هناك التزام أصلي؛ لأن التزام الكفيل تابع للالتزام الأصيل، وعلى ذلك إن كان مضمونا بغيره، أو غير مضمون فلا تصح كفالته<sup>1</sup>.

ويجب أن يكون هذا المحل ممكنا، ومعينا، ومشروعا، ولكي يكون محل التزام الكفيل ممكنا يجب أن يكون الالتزام الأصلي موجودا أو قابلا للوجود، وصحيحا<sup>2</sup>.

أولا: وجود الالتزام الأصلي أو قابليته للوجود

التزام الكفيل التزم تابع لا يقوم بذاته، بل يستند إلى التزم آخر صحيح يضمن الوفاء به. وقد يكون الالتزام الأصلي مستقبليا، أو شرطيا.

### 1 – كفالة الالتزام المستقبلي

تنص المادة 650 من القانون المدني الجزائري على أنه:

(تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين المشروط.

غير أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له أن ير اجع فيها، في أي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ).

أجاز القانون كفالة الالتزام المستقبلي في هذه المادة متأثرا بالقاعدة العامة الواردة بالمادة 1/92 من القانون المدني: (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا).

فإذا كانت قاعدة التبعية تفترض وجود الدين الأصلي فإنها لا تشترطه ومنه أمكن وجود كفالة قبل وجود الدين، ومن ثمة كانت كفالة الالتزام المستقبل هو التزم صحيح وبات، لأن الالتزام المكفول وإن لم يكن موجودا إلا أنه قابل للوجود<sup>3</sup>.

كفالة الالتزام المستقبل مقيدة بقاعدتين:

<sup>1</sup> – الشويعر: عبد السلام بن محمد، المرجع السابق، ص: 160.

<sup>2</sup> – سارة: سليمان، المرجع السابق، ص: 20.

<sup>3</sup> – سارة: سليمان، المرجع نفسه، ص: 21.

## القاعدة الأولى: وجوب تحديد المبلغ المكفول

ينصرف مفهوم الفقرة الأولى من المادة 650 من القانون المدني الجزائري، والتي تقابلها المادة 778 مدني مصري، إلى القول بأن الكفالة تجوز إذا حدد مقدما مقدار الدين المستقبلي المكفول في عقد الكفالة، فإذا تعذر تحديد مقداره بالدقة، يجب أن يحدد الحد الأقصى الذي يمكن أن يكفله الكفيل. والحكمة من ذلك واضحة، فهي حماية الكفيل حتى لا يتورط في كفالة دين لم يوجد، ولا يعلم مقداره<sup>1</sup>.

## القاعدة الثانية: مدة الالتزام في الكفالة المستقبلية

متى عين الكفيل مدة معينة يلتزم خلالها بكفالة الدين المستقبل، فإنه يظل مقيد بهذه الكفالة طول هذه المدة، فلا يرجع عنها خلال المدة المحددة، فإن نشأ جزء من الدين ضمنه الكفيل؛ لأن ضمانه يقتصر على ما ينشأ من الدين خلال مدة الكفالة، فإذا لم ينشأ الدين برأت ذمة الكفيل نهائيا بانتهاء المدة ما لم يتفق على تجديدها. أما إن لم تعين مدة للكفالة، فإن للكفيل الرجوع عنها والتحلل من التزامه في أي وقت ما دام الدين لم ينشأ، أما إن نشأ فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع عنها، هذا ولكي ينتج الرجوع أثره، وجب إعلان الدائن بهذا الرجوع عن الالتزام بالكفالة طبقا للقواعد العامة التي تقضي بأن التغيير لا ينتج أثره إلا من الوقت الذي يصل فيه إلى علم الدائن<sup>2</sup>.  
أما في الفقه الإسلامي: إذا كانت الكفالة مطلقة، تجوز كفالة التزام المستقبل، ويجوز أيضا أن يكون الدين مؤجلا على الأصيل وحالا على الكفيل، أو أن يكون الدين مؤجلا على الأصيل بمدة أطول من تلك المؤجلة على الكفيل<sup>3</sup>.

## 2 – كفالة الالتزام الشرطي

نص الشطر الثاني من المادة 650 من القانون المدني الجزائري: (... كما تجوز الكفالة في الدين المشروط) معنى الدين المشروط أن لا يعين مبلغ؛ أي تطبيقا للقواعد العامة تجوز كفالة الدين

<sup>1</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 34.

<sup>2</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية ( الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز ) مرجع سابق، ص: 47.

<sup>3</sup> — أفندي: علي حيدر خواجه أمين (ت: 1353هـ)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 811.

الشرطي سواء كان الدين الأصلي معلقا على شرط واقف<sup>1</sup> أو معلقا على شرط فاسخ<sup>2</sup>. وبصفة عامة أن الكفالة لصفحتها التبعية معلقة على الشرط المعلق عليه الدين الأصلي إذا كان الالتزام الأصلي معلقا على شرط واقف، يكون التزام الكفيل معلقا على ذات الشرط ، فإذا تخلف الشرط الواقف زال الدين الأصلي بأثر رجعي واعتبر كأن لم يكن ويزول معه بالتبعية التزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن، أما إذا تحقق الشرط الواقف تؤكد الالتزام الأصلي؛ أي ينفذ بأثر رجعي ويخفف التزام الكفيل بالتبعية.

أما إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن الدين الأصلي يفسخ بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن وينفسخ بالتبعية التزام الكفيل<sup>3</sup>.

أما في الفقه الإسلامي: فقد نصت المادة 640 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: ( ليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة المدين في الكفالة المعلقة والمضافة).

مفاد هذه المادة أن الكفيل ملزم بتنفيذ الكفالة بعد انعقادها ولا يستطيع أن يرجع عنها، إلا في الكفالة المعلقة على شرط أو مضاف إلى أجل، فللكفيل خيار أن يخرج نفسه منها قبل ترتب الدين في ذمة المدين، بشرط أن يعلم الدائن بذلك الرجوع أو أن يلتزم بها، أما بعد ترتب الدين فليس له الخروج منها<sup>4</sup>.

### 3 — كفالة الالتزام الطبيعي

نظم المشرع الجزائري الالتزام الطبيعي في المواد من 160 إلى 163، ويقصد به الالتزام الذي يتضمن عنصر المديونية فقط، ويفتقد لعنصر المسؤولية بحيث لا يمكن إجبار المدين على الوفاء به<sup>5</sup>. ومن هذا المنطلق إذا كان المدين غير مجبر على تنفيذ الالتزام إن كان طبيعيا، فإنه من غير المتصور أن نضمن الوفاء بهذا الالتزام وهذا تطبيقا لفكرة التبعية، حتى لا يكون التزام الكفيل أشد من التزام

<sup>1</sup> — الشرط الواقف: وهو الشرط الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام، فإذا تحقق الشرط وجد الالتزام، وإذا لم يتحقق لم يوجد. (المادة 205 من القانون المدني الجزائري).

<sup>2</sup> — الشرط الفاسخ: وهو الشرط الذي يترتب على تحققه زوال التزام قائم نافذ، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام، وإذا لم يتحقق يبقى الالتزام قائما. (المادة 1/207 من القانون المدني الجزائري).

<sup>3</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 35.

<sup>4</sup> — أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 81.

<sup>5</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 35.

المدين<sup>1</sup>. وحتى وإن انعقدت الكفالة صحيحة ضمانا لالتزام مدني ثم تحول هذا الالتزام إلى التزام طبيعي، فيتحول التزام الكفيل أيضا.

لكن إذا قام الكفيل بالوفاء بالدين تنفيذًا لالتزام طبيعي فإنه لا يمكنه أن يسترد ما دفعه ، لأن نص المادة 162 مدني جاء فيه : (لا يسترد المدين ما أداه باختياره بقصد تنفيذ التزام طبيعي ). هذا وإذا قدم المدين في التزام طبيعي كفيل للدائن ضمانا للوفاء فسر ذلك على أنه أراد أن يحول التزامه الطبيعي إلى التزام مدني وهذا جائز<sup>2</sup>. طبقا للمادة 165 التي تنص على أنه: ( يمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سببا لالتزام مدني).

أما في الفقه الإسلامي: فالمكفول به يكون مضمونا على الأصل، سواء أكان دينا أم عينا أم نفسا أم فعلا.

اختلف الفقهاء في هذا الشرط على قولين:

**القول الأول:** ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى جواز الكفالة في حال كون المكفول به دينا، أو عينا، أو نفسا، أو فعلا، بشرط أن تكون العين مضمونة بنفسها كالمغصوب مثلا<sup>3</sup>.

**القول الثاني:** ذهب المالكية إلى جواز الضمان بالدين فقط، ولا يجوز الضمان في الأعيان مطلقا، سواء أكانت العين مضمونة بنفسها أو بغيرها<sup>4</sup>.

**ثانيا: صحة الالتزام الأصلي ومشروعيته**

الكفالة حتى تكون صحيحة وترتب التزاما في ذمة الكفيل يجب أن يكون التزام المدين صحيحا، لأن التزام الكفيل يتبع التزام المدين في صحته وفي بطلانه وفي الدفع التي هي للمدين الأصلي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — المادة 652 مدني جزائري.

<sup>2</sup> — سليمان: محمدي، التأمينات الشخصية (عقد الكفالة)، ديوان المطبوعات الجامعية - بن عكنون - الجزائر، (د،ط)، (د،ت)، ص: 19.

<sup>3</sup> — \* ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري (ت: 970هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 224.

\* القليوبي: أحمد سلامة، وعميرة: أحمد البرلسي، حاشيتنا قليوبي وعميرة (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 406.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 402.

<sup>4</sup> — الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 334.

<sup>5</sup> — تنص المادة 648 مدني جزائري على أنه: (لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا).

وإن كان هذا الأخير باطلا بطلانا مطلقا فتكون كفالة الكفيل باطلة بطلانا مطلقا، ويكون الالتزام الأصلي باطلا إذا اختل ركن من أركانه، كأن يكون محله غير مشروع، أو لم يستوف الشكل إذا كان العقد شكليا، أو كان سببه غير مشروع<sup>1</sup>.

أما إذا كان الالتزام الأصلي قابلا للإبطال فتطبق أحكام خاصة حسب كل حالة من الحالات التالية:

**1 – إذا كان الإبطال راجع لعيب من عيوب الإرادة:** إذا كان الالتزام المكفول قابلا للإبطال، بسبب عيب من عيوب الإرادة، فإن عقد الكفالة أيضا يكون قابلا للإبطال، تطبيقا لفكرة التبعية<sup>2</sup>.

**2 – إذا كان الإبطال راجع لنقص الأهلية:** إذا كان صاحب الالتزام الأصلي ناقص الأهلية فلا يخلو الأمر من ثلاث فرضيات:

**أ :** إما أن يعلم الكفيل بأن المدين ناقص الأهلية، ويبرم عقد الكفالة، وهنا مصير عقد الكفالة هو نفسه مصير العقد الأصلي، فإذا أجازته المدين الأصلي يصبح ناجزا في حق الكفيل.

**ب :** وإما لا يعلم الكفيل بأن المدين الأصلي ناقص الأهلية، وهنا يكون له الحق في طلب إبطال عقد الكفالة على أساس الغلط.

**ج :** وإما أن يعلم الكفيل بنقص أهلية المدين ويتعهد بالكفالة على هذا الأساس، فهنا تكون الكفالة بمثابة التزام تضامني بين الكفيل والمدين<sup>3</sup>.

**في الفقه الإسلامي:** يشترط في الدين المكفول به أن يكون دينا صحيحا ، وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، وعلى ذلك تجوز كفالة نفقة الزوجة عند وجوبها بالقضاء أو الرضاء، سواء كانت ماضية أو حاضرة أو مستقبلة<sup>4</sup>.

فإذا كان الالتزام الأصلي باطلا فالالتزام الكفيل باطل؛ لأن الالتزام الأصلي غير مضمون على الأصل، ولا يلزمه إيفاؤه، لذا فهو غير مضمون على الكفيل<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — سارة: سليمان ، المرجع السابق، ص: 22.

<sup>2</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية ( الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز ) مرجع سابق، ص: 41.

<sup>3</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 39، 40.

<sup>4</sup> — الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء الرابع والثلاثون، ص: 302.

<sup>5</sup> — مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 118.



ثالثا: أن يكون الالتزام الأصلي معيناً أو قابلاً للتعين

بمعنى تعيين محل التزام الكفيل بما ينفي عنه الجهالة الفاحشة التي تفضي للنزاع حول محله أو موضوعه.

يشترط الحنابلة في كفالة النفس أن يكون المكفول به معيناً، فلا تصح الكفالة بغير معين، ككفلة أحد هذين المدينين، لأن المكفول به غير معلوم في الحال ولا المآل فلا يمكن تسليمه، بخلاف كفالة الدين المجهول الذي يؤول إلى العلم<sup>1</sup>.

وفي القانون المدني الجزائري: يجب أن يكون محل التزام الكفيل معيناً أو قابلاً للتعين، وإلا كانت الكفالة باطلة، وتعيين التزام الكفيل يرتبط بتعيين التزام المدين، وباعتبار أن التزام الكفيل مستقل عن التزام المدين، فإنه من الجائز، والممكن أن يختلف محل كل من الالتزامين إلا أن هذا الاختلاف مقيد بقاعدة أساسية، وهي أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من التزام المدين<sup>2</sup>. ولتبسيط هذا يجب علينا أن نميز بين نوعين من أنواع الكفالة وهما الكفالة المطلقة و الكفالة المحددة.

## 1 — الكفالة المطلقة:

تكون كذلك متى وردت بصيغة عامة، وبعبارة مجتمعة غير مبينة لحدود الالتزام ونطاقه، وهنا يتحدد نطاق الكفالة على ضوء الدين المكفول، ويسأل الكفيل مسؤولية مطابقة لالتزام المدين في مقداره وأوصافه.

ومنه التزام الكفيل في الكفالة المطلقة يشمل: أصل الدين وكذلك الملحقات والمصروفات طبقاً لنص المادة 653 مدني جزائري التي نصت: (إذا لم يكن هناك اتفاق خاص فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين و مصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل). ومنه فإن محل التزام الكفيل في الكفالة المطلقة يتكون بالإضافة إلى أصل الدين المكفول: والذي يتضمن الدين دون زيادة أو نقصان، ومنه التزام الكفيل مماثل للدين المكفول في مقداره، شروطه، وأوصافه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف مرجع سابق، الجزء الخامس، ص: 195، 196.

<sup>2</sup> — المادة 652 مدني جزائري.

<sup>3</sup> — سارة: سليمان، المرجع السابق، ص: 24، 25.

## 2 \_ الكفالة المحددة

إذا لم يرد الكفيل الالتزام بضمان كل دين المدين و ملحقاته، فما عليه إلا تحديد محل التزامه تحديدا دقيقا، وهذا جائز عملا بالقاعدة التي تقضي بأنه يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين، فقد لا يلتزم الكفيل إلا بجزء من الدين أو يلتزم به دون ملحقاته والمصاريف . فعقد الكفالة هو الذي يحدد محل التزام الكفيل، ومن أمثلتها أن يتم تحديدها من حيث المدة بأن لا تتعدى وقت محدد لها أو أن يتم كفالة ديون ما قد تنشأ خلال فترة معينة فقط، وهو الشيء المستمد من مضمون القاعدة الناصة على أنه لا تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون<sup>1</sup> .

هذا ويستفيد الكفيل من كل تغير طارئ في الالتزام الأصلي يكون فيه مصلحة له ، فإن تنازل الدائن عن جزء من حقه أو قام بتقسيط الوفاء فإن الكفيل يستفيد من كل ذلك ويخف التزامه بالتبعية، وكذلك إن تم إعفاؤه من الفوائد أو إنقاص سعرها، فيتمسك الكفيل بكل ذلك في مواجهة الدائن<sup>2</sup> .

---

<sup>1</sup> \_ المادة 2/654 مدي جزائري.

<sup>2</sup> \_ تناغو: سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية ( الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز ) مرجع سابق، ص: 53.

## الفرع الثاني: أن يكون مقدور الاستيفاء من الكفيل

بمعنى أنه تصح كفالة المكفول عنه إذا كان المكفول به (المحل) مقدور الاستيفاء من الكفيل، وبيان ذلك يكون على النحو التالي:

اختلف الفقهاء المسلمون في هذا الشرط على ثلاثة أقوال:

أولاً: ذهب كل من الحنفية (في حال الإيجاب) والمالكية والحنابلة، إلى عدم صحة الكفالة بالحدود والقصاص، لتعذر الاستيفاء من الكفيل<sup>1</sup>.

ثانياً: فصل الشافعية القول في ذلك على النحو الآتي:

أ: صحة الكفالة فيما كان حقا لله ماليا كالزكاة، أو كانت حقا لآدمي خالصا، مالا أو عقوبة.

ب: عدم صحة الكفالة فيما كان عقوبة لله، كحد خمر وغيره مما أمرنا بسترها وإسقاطها ما أمكن<sup>2</sup>.

ثالثاً: ذهب الحنفية (في حال الاختيار) إلى جواز الكفالة في الحدود والقصاص، المتعلقة بحق العبد، فإن سمحت نفس المدعى عليه وتبرع بإعطاء الكفالة في حال القصاص والحد الذي فيه حق العبد (كحد القذف والسرقة) جازت الكفالة بالنفس، لأنها كفالة بمضمون على الأصل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح، كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين<sup>3</sup>.

الترجيح: يتبين مما سبق أنه إذا كان المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل، كالكفالة في الحدود التي فيها حقوق للآدميين، تصح الكفالة ويتحقق المراد منها، والفائدة المرجوة من جوازها، أما ما لا يمكن استيفاءه من الكفيل فلا تصح الكفالة فيه من الحقوق الخالصة لله تعالى؛ لأنه إذا لم تحقق الكفالة الهدف الذي تمت من أجله فهي عبث، ووجودها كعدمها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — \* البايرتي: محمد بن محمود (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية (مرجع سابق)، الجزء السابع، ص: 177.

\* المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم، أبو عبد الله المالكي (ت: 897 هـ)، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 34.

\* البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين، الحنبلي (ت: 1051 هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص:

375.

<sup>2</sup> — الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 207،

208.

<sup>3</sup> — ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري (ت: 681 هـ)، فتح القدير على الهداية (مرجع سابق)، الجزء السابع،

ص: 178.

<sup>4</sup> — العواودة: محمد حسين حمد، المرجع السابق، ص: 116.

ولم يأخذ المشرع الجزائري (شأنه شأن القانون المصري) بالكفالة بالنفس، بالرغم من الحاجة العملية لهذا النوع من الكفالة في الحياة العملية<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> — أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 98.

## المبحث الثالث

### السبب

عالجنا فيما سبق من أركان عقد الكفالة، الرضا والمحل، وبتناول الركن الثالث والأخير، وهو السبب، والذي هو الرابط القانوني، والدافع الحقيقي للعقد.

وسأتناول فكرة السبب في عقد الكفالة في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

- المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في السبب .
- المطلب الثاني: سبب التزام الكفيل .
- المطلب الثالث: إثبات عقد الكفالة وتفسيره .

## تمهيد

سأقوم بتعريف السبب في اللغة وفي اصطلاح فقهاء المسلمين وشراح القانون على النحو الآتي:

### تعريف السبب

أولاً: في اللغة: هو الحبل، وما يتوصل به إلى غيره<sup>1</sup>.

قال في (المعجم الوسيط):

السبب: الحبل وكل شيء يتوصل به إلى غيره، وفي التنزيل العزيز ﴿وَعَاتَيْنَهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا﴾<sup>2</sup>، والقراءة والمودة<sup>3</sup>.

وقال صاحب (النهاية في غريب الحديث والأثر):

السبب هو الحبل الذي يتوصل به إلى الماء، ثم استعير للكلمة يقصر به إلى شيء، كقوله تعالى: ﴿وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الْأَسْبَابُ﴾<sup>4</sup>؛ أي الوصل والمودات<sup>5</sup>.

### ثانياً: في الاصطلاح

سأتحدث عن المعنى الاصطلاحي للسبب في كل من الفقه الإسلامي والقانون.

### 1: تعريف السبب في الفقه الإسلامي

عرفه القاضي أبو يعلى<sup>6</sup> بأنه:

<sup>1</sup> — الفيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي الشافعي (ت: 817هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، باب: الباء، فصل: السين، ص: 107.

<sup>2</sup> — سورة الكهف، الآية رقم: 84.

<sup>3</sup> — مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، المعجم الوسيط (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 411.

<sup>4</sup> — سورة البقرة، الآية رقم: 166.

<sup>5</sup> — ابن الأثير: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الشيباني الجزري (ت: 606هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية — بيروت — لبنان، (د، ط)، (1399هـ، 1979م)، الجزء الثاني، ص: 329.

<sup>6</sup> — أبو يعلى: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد البغدادي الحنبلي ابن الفراء، الإمام العلامة، شيخ الحنابلة. ولد في أول سنة ثمانين وثلاث مائة (380) للهجرة. أفتى ودرس وتخرج به الأصحاب، وانتهدت إليه الإمامة في الفقه، وكان عالم العراق في زمانه مع معرفة بعلوم القرآن وتفسيره والنظر والأصول. كان متعففاً، نزه النفس كبير القدر نضين الورع. من تأليفه: أحكام القرآن، والمعتمد، ومختصره، والمقتبس، والعدة في أصول الفقه، ومختصرها، وتواليف كثيرة. توفي سنة ثمان وخمسين وأربع مائة (458) للهجرة. (الذهبي: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز (ت: 748هـ)، سير أعلام النبلاء (مرجع سابق)، الجزء الثالث عشرة، ص: 325، 326).

ما يتوصل به إلى الحكم ويكون طريقاً لثبوتها، سواء كان دليلاً أو علة أو شرطاً أو سؤالاً مثيراً للحكم<sup>1</sup>.

### شرح التعريف

السبب هو وصف ظاهر منضبط جعله الشارع علامة على الحكم، وربط وجود الحكم بوجوده، وعدم الحكم بعدمه، فيلزم من وجود السبب وجود الحكم، ويلزم من عدم السبب عدم الحكم، كدخول الوقت، وبلوغ النصاب، فيلزم من وجود دخول الوقت وجوب الصلاة، ويلزم من عدم دخول الوقت عدم وجوب الصلاة، ويلزم من وجود بلوغ النصاب وجوب الزكاة، ويلزم من عدم البلوغ عدم وجوب الزكاة، وهكذا<sup>2</sup>.

### 2 – تعريف السبب في القانون

يقصد بالسبب باعتباره ركناً من أركان العقد، أو ركناً في الالتزام – كما يرى الكثير من الفقهاء – الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه التحمل بالالتزام.

وبمعنى آخر الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه، ففي عقد البيع مثلاً يرتضي البائع التحمل بالالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه إياه بهدف الحصول على الثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه، ومن ناحية أخرى يرتضي المشتري بتحمل دفع الثمن رغبة منه في الحصول على المبيع، وبالتالي يعتبر السبب عنصراً من عناصر الإرادة<sup>3</sup>.

### ثالثاً: السبب في القانون المدني الجزائري

إن القانون الجزائري أسند السبب إلى العقد في المادة 97 منه: (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام ولآداب كان العقد باطلاً).

وعاد وأسنده إلى الالتزام في المادة 1/98 (كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك).

<sup>1</sup> – أبو يعلى: محمد بن الحسين (ت: 458هـ)، العدة في أصول الفقه، حققه وعلق عليه وخرج نصه: د أحمد بن علي بن سير المبارك، جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية – الرياض، الطبعة الثانية (1410هـ، 1990م)، الجزء الأول، ص: 182.

<sup>2</sup> – النملة: عبد الكريم بن علي بن محمد، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 391.

<sup>3</sup> – السعدي: محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة – دراسة مقارنة في القوانين العربية) مرجع سابق، ص: 217.

وبهذا فإن المشرع الجزائري أخذ بازدواجية السبب، لكنه عاد فأسند السبب إلى العقد في المادة 2/98 بقولها: (ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه). وعلى كل حال فالسبب المطلوب كركن في العقد هو السبب بالمعنى الحديث ؛ أي الباعث الدافع الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد ، ويشترط فيه شرط واحد وهو أن يكون مشروعاً، ويفترض أن السبب مشروع حتى يثبت العكس، وإذا ظهر أن الباعث الدافع لأحد المتعاقدين غير مشروع فيشترط لبطلان العقد أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث ، ولا يشترط أن يكون متفقاً مع هذا المتعاقد فيه، وهذا هو الرأي الراجح، فإذا كان باعث أحد المتعاقدين غير مشروع ولم يكن المتعاقد الآخر على علم به، ولا كان في استطاعته أن يعلم به، فلا يكون العقد باطلاً ويؤخذ بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> — سليمان: علي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) مرجع سابق، ص: 75.



## المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في السبب

وفقا للقواعد العامة فإنه يشترط أن يكون للالتزام سبب، فإذا لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع فإن العقد يكون باطلا، ومنه نستنتج أنه يشترط في سبب العقد شرطين:

### الفرع الأول: وجود السبب

لقد أثير التساؤل عما إذا كان يجب أن يكون التزام الكفيل مسببا، أم أنه يجوز أن يكون مجردا عن السبب. يرى جانب من الفقه أن الكفالة تصرف مجرد لا يبطل إذا لم يكن لها سبب؛ بمعنى الغرض المباشر. ويرى آخرون أن يكون لكل التزام إرادي سبب مشروع مستبعدا بذلك فكرة التصرف مجرد كقاعدة عامة، ولم يستثن الكفالة من هذه القاعدة<sup>1</sup>.

هذا ويلاحظ أنه يكفي أن يكون السبب المشروع موجودا وقت نشأة الكفالة، حتى لو تخلف بعد ذلك، فلا يكون لتخلفه أثر على صحة الكفالة، وذلك كمن يكفل ديننا على زوجته تطيبيا لحاظها باعتبارها زوجها، أو كمن يكفل عاملا عنده حتى يعمل في هدوء وسكينة، مما يساعده على إنتاج أفضل، فإذا زالت بعد ذلك علاقة الزوجية أو علاقة العمل، فلا أثر لذلك على صحة الكفالة<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: مشروعية السبب

لا بد لانعقاد عقد الكفالة أن يكون السبب مشروعاً، نصت على ذلك المادة 97 من القانون المدني الجزائري بقولها: (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا).

وهدف الكفالة هو ضمان التزام شخص آخر يتعهد بالوفاء إن لم يف به الشخص الأصلي، ويجب أن لا يكون وراء الكفالة باعث غير مشروع وإلا بطلت الكفالة بسبب عدم مشروعية هدفها<sup>3</sup>. ويتفق القانون مع الشريعة الإسلامية في أنه لا بد أن يكون سبب الكفالة مشروعاً، لكنهما يختلفان عند التطبيق، فما يراه الشرع محرماً وممنوعاً قد يبيحه القانون، وما يراه القانون ممنوعاً قد تبيحه الشريعة وتجزئه. فنجد أن القانون يتفق مع الشريعة في أنه يعتبر التعامل بالربا الفاحش وتعاطي

<sup>1</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 48.

<sup>2</sup> — عبد الدايم: حسني محمود، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - مصر، (د، ط)، (2008م)، ص: 157.

<sup>3</sup> — الشراوي: جميل، التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر، (د، ط)، (1976م)، ص:

المخدرات غير جائز، ولا يجوز الكفالة فيها، وتختلف الشريعة في أنها تمنع التعامل بالربا مطلقا كثيره وقليله، لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾<sup>1</sup>، كما أن الشريعة تحرم التعامل ببيع لحم الخنزير أو الخمر، ولا يجوز الكفالة فيهما لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾<sup>2</sup>، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾<sup>3</sup>، والقانون يرى أن الكفالة في ذلك جائزة لشرعية سببها عنده<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> — سورة البقرة، الآية رقم: 275.

<sup>2</sup> — سورة المائدة، الآية رقم: 03.

<sup>3</sup> — سورة المائدة، الآية رقم: 90.

<sup>4</sup> — الموسى: محمد بن إبراهيم، المرجع السابق، ص: 304، 303.

## المطلب الثاني: سبب التزام الكفيل

الكفالة قد تنعقد لمصلحة الدائن، كما قد تنعقد أيضا لمصلحة المدين، وقد يكون التزام الكفيل في الحالتين بمقابل، كما قد يكون تبرعا.

### الفرع الأول: انعقاد الكفالة لمصلحة الدائن

أولاً: سبب التزام الكفيل تبرعا: إذا تمت الكفالة تبرعا من الكفيل للدائن، فيكون سبب التزام الكفيل هو نية التبرع، فإذا كان الباعث الذي دفع الكفيل إلى التبرع غير مشروع، وكان الدائن على علم به، فإن الكفالة تكون باطلة<sup>1</sup>.

ويشترط في الكفيل أن تتوفر فيه أهلية التبرع حتى تكون الكفالة صحيحة<sup>2</sup>.

ثانياً: سبب التزام الكفيل بمقابل: كما لو كان العقد يربط التزاما على كل من الطرفين. مثل أن يكون الدائن ملتزما تجاه الكفيل بمد أجل الدين الذي حل على المدين، أو إعطاء قرض للمدين، ويكون التزام الكفيل هنا تنفيذ التزام المدين تجاه الدائن إذا لم يقر به المدين<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: انعقاد الكفالة لمصلحة المدين

أولاً: سبب التزام الكفيل تبرعا: إذا لم يطلب الكفيل مقابلا عن كفالاته، عد متبرعا، وتكفي نية التبرع حتى يتحقق شرط وجود السبب؛ بمعنى الغرض المباشر، وتكون الكفالة باطلة إذا كان الباعث على التبرع غير مشروع، فإذا كان الكفيل متبرعا في كفالة دين على شخص لامرأة في علاقة غير مشروعة كانت الكفالة باطلة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، دار الكتاب الحديث - القاهرة - مصر، (د، ط)، (1426هـ، 2005م)، ص: 55.

<sup>2</sup> — مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هوايني، الجزء الأول، ص: 117.

\* الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 330.

\* النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 241.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 129، 130.

\* سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 26.

\* تناغو: سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز) مرجع سابق، ص: 27.

<sup>3</sup> — أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 99.

<sup>4</sup> — العمروسي: أنور، المرجع السابق، ص: 266.

ثانياً: سبب التزام الكفيل بمقابل: إذا انعقدت الكفالة لمصلحة المدين، فقد يكون الكفيل قد تلقى مقابلاً لذلك من المدين، أو قد يكون المدين قد تعهد بشيء للكفيل مقابل الكفالة، ففي هذه الحالة يكون هذا المقابل أو التعهد هو سبب التزام الكفيل<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 55.

المطلب الثالث: إثبات عقد الكفالة وتفسيره

الفرع الأول: إثبات عقد الكفالة

أولاً: تعريف الإثبات

**1 – في اللغة: قال في المصباح:** ثبت الشيء يثبت ثبوتاً: دام و استقر، فهو ثابت. وثبت الأمر: صح، ويتعدى بالهمزة والتضعيف. وثبت في الحرب فهو ثببت ، مثل قرب فهو قريب، والاسم ثبت، ومنه قيل: للحجة ثبت<sup>1</sup>.

**وقال في مختار الصحاح:** ثبت الشيء من باب دخل وثباتاً أيضاً. وأثبتته غيره وثبته. وتقول: لا أحكم بكذا إلا بثبت؛ أي: إلا بحجة<sup>2</sup>.

**2 – في الاصطلاح**

**أ: في اصطلاح فقهاء المسلمين:** الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو على واقعة معينة تترتب عليها آثار<sup>3</sup>.

**شرح التعريف:**

قوله (إقامة الدليل): أي إقامة الحجة والبينة على أمر مدعى به، ولا يعني إنشاؤه.

وقوله (أمام القضاء): قيد خرج به تقديم الأدلة أمام غير القاضي، وهو ضروري لبيان أن الإثبات لا يكون منصباً إلا على واقعة متنازع فيها بين الناس.

وقوله: (بالطرق التي حددتها الشريعة): قيد يخرج فيه تقديم الدليل الغير مشروع في نظر الشارع كأدلة العرفية المخالفة للشريعة.

وقوله: (على حق أو واقعة): وهو محل الإثبات. والحق هو: اختصاص يقر به الشرع سلطته على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة.

وقوله: (تترتب عليها آثار): قيد يخرج به إثبات أمور طبيعية أو عادية، فلا يترتب عليه حق كإثبات طلوع الشمس<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> – الفيومي: أحمد بن محمد بن علي بن المقرئ (ت: 770هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 80.

<sup>2</sup> – الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت: 666هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 48.

<sup>3</sup> – وزارة الأوقاف المصرية، موسوعة الفقه الإسلامي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة، (د،ط)، (1414هـ، 1993م)، الجزء الثاني، ص: 621.

<sup>4</sup> – الزحيلي: محمد مصطفى، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار البيان – دمشق – بيروت، الطبعة الأولى، (1402هـ، 1982م)، الجزء الأول، ص: 23.

## ب : في الاصطلاح القانوني

عرفه السنهوري بقوله: الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون ، وبالقيود التي رسمها على وجود واقعة قانونية متنازع عليها<sup>1</sup>.

ويبدو من هذا التعريف تركيزه على الإطار القانوني الذي يمثل قيداً على عملية الإثبات من حيث تحديد طرق الإثبات في عمومها أو لا، ومن حيث التقيد بالشروط والضوابط التي سنّها المشرع بالنسبة لكل طريق من طرق الإثبات من الناحية الثانية.

## ج : المقارنة بين التعريف الفقهي والقانوني للإثبات:

من الملاحظ في تعريف الإثبات أن الفقه الإسلامي والقانون قد اقتربا من بعضهما البعض في تعريف الإثبات، إلا أن الفقه الإسلامي جعله مرتبطاً بإقامة الدليل الشرعي المستمد من الأصول الشرعية المتبعة في الإثبات، بينما القانون جعل وسائل الإثبات مقيدة بالقانون، فالقاضي يطبق نصوص القانون. فالقاضي سواء أكان في الشريعة أو القانون له حرية الاستنباط من الأدلة المختلفة.

ويلاحظ أيضاً أن الفقه الإسلامي والقانون كلاهما مقيد بنصوص القانون، إلا أن الفقه الإسلامي أعم من القانون في بعض الأمور، حيث عنيت الشريعة الإسلامية بعناية كبيرة بإثبات الحقوق ورسم الطريق المؤدية لذلك سواء أكانت تلك الحقوق حقوقاً لله سبحانه وتعالى أم حقوقاً للعباد، حيث وضعت لكل حق ما يناسبه ويكفي للدلالة على ثبوته، لهذا قال ابن القيم: (والمقصود أن النتيجة في الشرع اسم لما يمين الحق ويظهره)<sup>2</sup>.

## ثانياً: إثبات عقد الكفالة

تؤدى صيغة الكفالة في الفقه الإسلامي بكل لفظ يدل على التزام الكفيل كقوله أنا كفيل أو ضامن أو زعيم أو غريم أو حميل أو قبيل أو ضمين، والألفاظ السابقة صريحة في معنى الكفالة، ويمكن أن يعبر عن لفظ الكفالة عن طريق الكتابة مثل قول الكفيل دين فلان عندي أو دين فلان إلى<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام)، (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 14.

<sup>2</sup> — ابن قيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب (ت: 751هـ)، الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الأول، ص: 24.

<sup>3</sup> — الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (مرجع سابق)، الجزء السادس، ص: 02.

وفي الحديث الذي رواه مسلم عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالرجل الميت عليه الدين، فيسأل: (هل ترك لدينه من قضاء؟)، فإن حدث أنه ترك وفاء، صلى عليه، وإلا، قال: (صلوا على صاحبكم)، فلما فتح الله عليه الفتوح، قال: (أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفي وعليه دين فعلي قضاؤه، ومن ترك مالا فهو لورثته)<sup>1</sup>.

وتصح الكفالة بكل لفظ يفهم منه معنى الضمان عرفا مثل قول الكفيل: (حل عن فلان والدين الذي عليه عندي)<sup>2</sup>.

بالنسبة للقانون المدني الجزائري فقد نصت المادة 645 منه بقولها: (لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة)، ويقابل هذا النص، المادة 773 من القانون المدني المصري. وفي حكم هذه المادة خروج عن القواعد العامة في الإثبات، وتبرير هذا الخروج هو أن التزام الكفيل من الالتزامات التبرعية، لذا يجب أن يستند إلى رضا صريح قاطع، وقد يكون من العسير، بل قد يستحيل أحيانا أن تعرف طبيعة تدخل الكفيل، وتحديد مدى التزامه ونوع كفاله عن طريق شهادة الشهود وحدها<sup>3</sup>.

وشرط الكتابة ليس شرطا لانعقاد، وإنما هو شرط للإثبات؛ أي ليست عقدا شكليا، وكل ما يثور عند تخلف الكتابة يتعلق بإثبات العقد وليس بوجوده، بمعنى أنه يجوز إثبات الكفالة عند تخلف الكتابة بما يقوم مقامها، كالإثبات باليمين والإقرار، كما يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة. وهذا كله في حالة فقد الدائن للسند الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه، أو حالة تخلفها<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: تفسير عقد الكفالة

نظرا للوضع الخاص للكفيل، وإلى الطبيعة الخاصة لعقد الكفالة، نجد أن المشرع الجزائري قد صاغ معظم الأحكام آخذا بعين الاعتبار حماية الكفيل، ولذلك فسر الكفالة في نطاق ضيق؛ أي يحدد التزام الكفيل في أضيق نطاق، وعند الشك يكون التفسير لمصلحة الكفيل<sup>5</sup>. وقاضي الموضوع هو

<sup>1</sup> — مسلم: أبو الحسن، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت: 261هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، كتاب الطلاق، باب من ترك مالا فلورثته، رقم الحديث: 1619 الجزء الثالث، ص: 1237.

<sup>2</sup> — الزحيلي: وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته (مرجع سابق)، الجزء السادس، ص: 06.

<sup>3</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 38.

<sup>4</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 50.

<sup>5</sup> — نصت المادة 1/112 من القانون المدني الجزائري بقولها: (يؤول الشك في مصلحة المدين).

الذي يحدد مدى التزام الكفيل وتفسير عقد الكفالة، فإنه يقضي في مسألة موضوعية دون رقابة عليه من محكمة النقض<sup>1</sup>.

أما في الفقه الإسلامي: فإن أحكام العقود إذا اختلفت فيما بين ألفاظ المتكلم ونيته فإننا لا ننظر إلى ألفاظه ومباني كلامه، ولا نبني عليها العقد، بل ننظر إلى مقصده ونيته ومراده، وعليها نبني الحكم.

يقول الزرقا: (والمراد بالمقاصد والمعاني: ما يشمل المقاصد التي تعينها القرائن اللفظية التي يوجد في عقد فتكسبه حكم عقد آخر، كانعقاد الكفالة بلفظ الحوالة، وانعقاد الحوالة بلفظ الكفالة، إذا اشترط فيها براءة المدين عن المطالب أو عدم براءة)<sup>2</sup>.  
ويجب تفسير عبارات عقد الكفالة دون توسع، لأن الأصل أن الكفيل متبرع، فيفترض أنه أراد الالتزام بالأقل لا بالأكثر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 50.

<sup>2</sup> — الزرقا: أحمد بن الشيخ محمد (1285هـ، 1357هـ)، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم - دمشق - سوريا، الطبعة الثانية (1409هـ، 1989م)، الجزء الأول، ص: 55.

<sup>3</sup> — أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 79.



# الفصل الثالث

## أثار عقد الكفالة

## الفصل الثالث

### آثار عقد الكفالة

إذا انعقدت الكفالة صحيحة، وتوافرت فيها أركانها وشروطها، ترتب عليها آثارها. والمقصود بآثار الكفالة هو ما يترتب على وقوعها صحيحة من أحكام وحقوق، شأنها شأن أي عقد تترتب عليه آثاره وأحكامه. بحيث يكون للدائن الحق في مطالبة الكفيل بالدين عند حلول أجله إذا لم يف به المدين نفسه، فإذا قام الكفيل بأداء الدين المكفول للدائن، يحق له أن يرجع على المدين بما وفاه للدائن. وقد يتعدد الكفلاء، ومن ثم يثور التساؤل حول مدى إمكانية رجوع الكفيل الذي وفي الدين على غيره من الكفلاء.

وانطلاقاً من نصوص القانون المدني، وأقوال فقهاء الشريعة الإسلامية، سوف أقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث على النحو الآتي:

- المبحث الأول : العلاقة بين الكفيل والدائن .
- المبحث الثاني : العلاقة بين الكفيل والمدين .
- المبحث الثالث : العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء .

## المبحث الأول العلاقة بين الكفيل والدائن

العلاقة بين الكفيل والدائن أساسها التزام الكفيل بالوفاء بالدين، إذا لم يقيم المدين نفسه بالوفاء. فعقد الكفالة ينشئ علاقة مباشرة بين الدائن والكفيل، فهما طرفا هذا العقد وإليهما تنصرف آثاره. بحيث يستطيع الدائن - إذا ما توافرت شروط معينة - مطالبة الكفيل، والكفيل يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى براءة ذمته.

وسأتناول هذا المبحث في مطلبين:

- المطلب الأول : مطالبة الدائن للكفيل .
- المطلب الثاني : دفع الكفيل في مواجهة الدائن .

## المطلب الأول: مطالبة الدائن للكفيل

ينشأ عن انعقاد الكفالة صلة بين الكفيل والدائن، حيث يحق للدائن مطالبة الكفيل بأداء الدين المكفول، فمتى قبل الكفيل الكفالة تعين عليه الالتزام بمضمونها، أما إذا امتنع عن الوفاء للدائن اختياراً، كان للدائن أن يجبره على الوفاء.

وعلى ضوء ذلك ستكون الدراسة في مطالبة الدائن للكفيل تقتضي أن نبين شروط المطالبة، بمعنى متى يحق للدائن مطالبة الكفيل، وهل يرجع الدائن على الكفيل أولاً أم على المدين، وما مدى مطالبة الدائن الكفيل (تعدد الكفلاء)؟

### الفرع الأول: شروط مطالبة الدائن للكفيل (متى يحق للدائن مطالبة الكفيل؟)

لا شك أن من حق الدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالدين، فإذا كانت المديونية ثابتة بسند رسمي، فإن ذلك يكون في ذاته سنداً تنفيذياً<sup>1</sup> لاقتضاء الدين، أما إذا لم تكن المديونية ثابتة على هذا النحو، قام الدائن برفع دعوى قضائية للحصول على سند تنفيذي نهائي ضد الكفيل يلزمه بالوفاء بالتزامه.

ولكي تتحقق هذه المطالبة لا بد من توافر شروط يمكن تفصيلها فيما يلي:

### أولاً: حلول أجل دين الكفيل

لا تجوز مطالبة الدائن للكفيل إلا عند حلول أجل الدين، وإذا لم يتم تحديد أجل خاص للالتزام الكفيل، كان أجل هذا الالتزام هو أجل الالتزام الأصلي. هذا ما نوضحه في كل من الفقه الإسلامي والقانون.

### 1 – في حالة تحديد أجل التزام الكفيل

أ: في الفقه الإسلامي: يرى الفقهاء أنه يثبت للمكفول له (الدائن) بالكفالة الحق في مطالبة الكفيل بما على الأصيل (المدين)، إذا كان هناك اتفاق على أجل معين، ولا يحق للمكفول له مطالبة الكفيل إلا عند حلول الأجل بالنسبة له، دون أن يتقيد في ذلك بتعذر مطالبة الأصيل<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> — السند التنفيذي: هو أداة التنفيذ الذي تجر به السلطة تحت إشراف القضاء، ورقابته بناء على طلب دائن بيده سند مستوف لشروط خاصة بقصد استيفائه حقه الثابت في السند من المدين قهراً عنه. (أبو الوفاء: أحمد، إجراءات التنفيذ، منشأة المعارف - الاسكندرية - مصر، الطبعة العاشرة (1990م)، ص: 12).

<sup>2</sup> — \* الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (مرجع سابق)، الجزء السادس، ص: 10.

\* ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري (ت: 970 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 239.

ب : في القانون: للدائن أن يطالب الكفيل بالالتزام المكفول عند حلول الأجل، فلا تجوز مطالبته قبل حلول الأجل الخاص بالتزامه هو حتى لو حل أجل الالتزام الأصلي، وأصبح من الجائز مطالبة المدين، لأن القاعدة تجيز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين، لكنه لا يجوز أن يكون أجل التزام الكفيل أقصر من أجل الالتزام الأصلي<sup>1</sup>.

### ج : بين الفقه والقانون

اتفق كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني على أنه لا يحق للدائن مطالبة الكفيل إلا عند حلول الأجل بالنسبة له.

## 2 — في حالة عدم تحديد أجل التزام الكفيل

أ : في الفقه الإسلامي: إذا لم يكن هناك اتفاق على أجل لمطالبة الكفيل، اعتبر الأجل في هذه الحالة هو أجل الدين الأصلي، ويحق للمكفول له أن يرجع على الكفيل عند حلول هذا الأجل، لأن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول. فإذا كان الدين المكفول حالا وكفله على حاله، فإنه يطالب الدائن الكفيل في الحال، وإذا كان مؤجلا، فيكون التزام الكفيل مؤجلا مثله<sup>2</sup>.

قال السرخسي في المبسوط: (وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم إلى أجل فكفل بها عنه رجل ولم يسمه في الكفالة إلى أجل، فالكفيل بها ضامن للأصيل، وإن لم يسمه؛ لأنه يلتزم المطالبة التي هي على الأصيل. والمطالبة على الأصيل بهذا المال بعد حلول الأجل، فكذلك على الكفيل، أو يلتزم في ذمته ما هو ثابت في ذمة الأصيل. والثابت في ذمة الأصيل مؤجل إلى سنة)<sup>3</sup>. أي يؤجل على الكفيل إلى ذلك<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — \* سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق ص: 200.

\* سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 55.

\* تناغو: سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية ( الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز ) مرجع سابق، ص: 58.

<sup>2</sup> — \* عبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 231.

\* الموسى: محمد بن إبراهيم، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 449.

<sup>3</sup> — السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، المبسوط (مرجع سابق)، الجزء العشرون، ص: 30.

<sup>4</sup> — سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 179.

وكذا لو كان مقدار من الدين معجل، ومقدار منه مؤجل في حق الأصيل، طوّل الكفيل حالا بالمقدار المعجل، وعند انتهاء الأجل بالمقدار المؤجل؛ لأن ذمة الكفيل تابعة لذمة الأصيل<sup>1</sup>. إلا أن الحنابلة يرون أن الكفالة إذا أطلقت انعقدت حالة؛ لأن كل عقد يدخله الحلول فعند إطلاقه يحمل عليه، كالثمن في المبيع والأجرة والصدّاق<sup>2</sup>.

**ب : في القانون:** إذا لم يتم تحديد أجل خاص للالتزام الكفيل، كان أجل هذا الالتزام هو أجل الالتزام الأصلي، نظراً لأن التزام الكفيل يرتبط بالتزام المدين الأصلي بعلاقة تبعية، فإنه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل إلا إذا كان الالتزام الأصلي حال الأداء، فإذا كان مؤجلاً فإن الكفيل يستفيد من هذا الأجل، ولا يحق للدائن مطالبة قبل حلول أجل الالتزام الأصلي؛ لأنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين<sup>3</sup>.

### ج : بين الفقه والقانون

يلاحظ أن هناك توافق بين الفقه الإسلامي والقانون المدني فيما يخص حالة عدم تحديد أجل التزام الكفيل، حيث يرى كل منهما أن الكفيل يلتزم بالوفاء عند حلول أجل التزام المدين إذا لم يف به المدين، ويعد هذا مظهراً من مظاهر تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي.

### 3 — في حالة سقوط أجل الالتزام الأصلي

قد يسقط الأجل الممنوح للمدين للسداد وذلك قبل أوانه لعدة أسباب طبقاً للمادة 211 من القانون المدني الجزائري، وهي: الإفلاس أو الإعسار أو إضعاف تأمينات الدين، وعدم تقديم الدائن ما وعد بتقديمه من تأمينات، فما هو تأثير ذلك على الكفالة؟ وهل يؤدي إلى سقوط أجل التزام الكفيل و يلتزم بسداد الدين حالاً أم لا يجوز الرجوع عليه قبل الأجل الأصلي المتفق عليه؟ إذا كان لالتزام الكفيل أجل خاص مستقل به، فحينئذ لا يتأثر مركز الكفيل بسقوط أجل الالتزام الأصلي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — أفندي: علي حيدر حواجه أمين (ت: 1353هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 810.

<sup>2</sup> — البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين، الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 378.

<sup>3</sup> — \* السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 59.

\* حجازي: مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية - القاهرة - مصر، (د، ط)، (2006م)، ص: 99.

<sup>4</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 58.

أما إذا كان الأجل واحدا بالنسبة للمدين والكفيل، وسقط الأجل بالنسبة للمدين، فهل يسقط الأجل بالنسبة للكفيل؟

انقسم الفقه حول هذه المسألة، حيث يتجه البعض إلى القول بسقوط أجل التزام الكفيل بالتبعية لسقوط أجل التزام المدين، ذلك أن الغرض من الكفالة هو تأمين الدين ضد مخاطر إعسار المدين، وقد تحقق ذلك مما أدى إلى سقوط الأجل المقرر للوفاء. إلا أن الرأي الغالب استقر على أن يبقى هذا الالتزام قائما إلى حين حلول أجله، ويظل الكفيل متمتعا بالأجل الممنوح له ولا يجوز الرجوع عليه قبل حلول هذا الأجل ولو سقط أجل الدين الذي يكفله وذلك للأسباب التالية:

أ: أن تبعية الكفالة للالتزام الأصلي لا تمنع من انعقادها بشروط أخف.

ب: أن سحب الثقة من المدين بسبب الإعسار أو الإفلاس أمر خاص به، لا يبرر سحب الثقة من الكفيل كما لا يستطيع المدين الإساءة لمركز الكفيل بفعاله.

ج: قواعد تفسير الكفالة تقضي الأخذ بالتفسير الأصح للكفيل بوصفه تبرعا من جهة و بوصفه مديلا أيضا يفسر الشك لصالحه من جهة أخرى<sup>1</sup>.

وهذا الرأي هو الذي ذهب إليه جمهور فقهاء المسلمين من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في أحد الروايتين، حيث يرون أن سقوط الأجل بالنسبة للمكفول عنه بموته لا يترتب عليه سقوط الأجل في حق الكفيل<sup>2</sup>.

**ثانيا: وجوب مطالبة المدين أولا إذا كانت الكفالة بسيطة**

تنص المادة 1/660 من القانون المدني الجزائري على أنه: (لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين).

يتضح من هذا النص أنه يجب على الدائن أن يرجع أولا على المدين قبل أن يرجع على الكفيل، أو على الأقل أن يرجع على الكفيل والمدين معا، إذا كان أجل التزامهما واحدا. وهذا كله في حالة عدم تضامن الكفيل مع المدين؛ أي في حالة الكفالة البسيطة، وذلك لأن الكفيل يلتزم بصفة

<sup>1</sup> — سارة: سليمان، المرجع السابق، ص: 28.

<sup>2</sup> \* ابن عابدين: محمد أمين (ت: 1252هـ)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 319.

\* مالك: مالك بن أنس (ت: 179هـ)، المدونة (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 100.

\* الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 216.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 407.

احتياطية، فهو يضمن دين غيره؛ أي يضمن دينا لا مصلحة له فيه، ولذلك يكون من العدل ألا يطالبه الدائن بالدفع قبل أن يرجع على المدين الأصلي لهذا الدين<sup>1</sup>.

ولكن ما المقصود بالرجوع على المدين؟ لا يقصد بالرجوع مجرد التنبيه بالوفاء أو الإعداء، ولكن المقصود به هو رفع الدعوى للحصول على حكم يلزم المدين بالوفاء، اللهم إذا كان بيد الدائن سند رسمي، إذ يكفي للرجوع على المدين في هذه الحالة مجرد التنبيه بالوفاء<sup>2</sup>. وإذا تم شهر إفلاس المدين، كان على الدائن التقدم في تفضيلة المدين، حتى يستطيع مطالبة الكفيل<sup>3</sup>.

وإذا قام الدائن برفع دعواه على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين، كانت دعواه غير مقبولة إذا تمسك الكفيل بهذا الدفع أمام المحكمة، ولما كان الأمر يتعلق بالدفع بعدم القبول، جاز للكفيل التمسك به في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو في الاستئناف، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها طالما أن الكفيل لم يتمسك به<sup>4</sup>.

أما في الفقه الإسلامي: فإن الباحث يجد سؤالاً يطرح نفسه، ألا وهو بعد انعقاد الكفالة هل تضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل ويشتركان معا أمام الدائن في التزام الحق، ويكون للدائن الحق في مطالبة أي منهما أو مطالبتهما معا بالدين؟ أم تشغل ذمة الكفيل وحده بالحق الذي كان يؤرق المكفول عنه، ويكون المكفول عنه بريء الذمة أمام الدائن؟ كانت هذه أول آثار الكفالة والتي وقع فيها الخلاف بين جمهور الفقهاء، وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: وهو لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، حيث يرون أن الدائن يحق له مطالبة الكفيل والأصيل اجتماعاً أو انفراداً، لانشغال ذمة كل منهما<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — \* سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 57.

\* السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 61، 62.

<sup>2</sup> — عبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 235.

<sup>3</sup> — المادة 658 مدني جزائري.

<sup>4</sup> — حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 101.

<sup>5</sup> — \* ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري (ت: 681 هـ)، فتح القدير على الهداية (مرجع سابق)، الجزء السابع، ص: 182.

\* الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404 هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 458.

\* البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين، الحنبلي (ت: 1051 هـ)، كشاف القناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 378.



وقد استدلووا على ما ذهبوا إليه من أنه يحق للدائن مطالبة الكفيل والأصيل معا، أو مطالبة من شاء منهما على حده، بما يلي:

## 1 — من السنة:

عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال: قال رسول الله ﷺ: (نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه)<sup>1</sup>.

وجه الاستدلال:

دل الحديث على أن ذمة الميت لا تزال مشغولة بدينه بعد موته حتى يقضى عنه<sup>2</sup>.

وقد اعترض على هذا الاستدلال:

بأنه قد جاء للتشديد في أمر الدين، وليس فيه ما يدل على حكم المضمون عنه، ولا كون ذمته مشغولة بالدين أم لا. وعلى هذا فالمطالب بدينه في الآخرة هو من مطل به وهو غني فصار ظلما فعليه إثم المطل، عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أن رسول الله ﷺ قال: (مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبع)<sup>3</sup>. وقد يمكن أن يعفو الله عنه ذنب المطل إذا قضى عنه مما يخلف، فإن خلف وفاء لدينه ولم يقض عنه الورثة فهم ظالمون والإثم عليهم؛ لأنهم ماطلون، ولا إثم على الميت<sup>4</sup>. لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾<sup>5</sup>.

## 2 — من المعقول:

أن الضمان ما هو إلا وثيقة بالحق فلم يفتقر إلى رضا من له الوثيقة، كما لو أشهد من عليه الدين بنفسه فصحت الشهادة وإن لم يرض المشهود له<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> — ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت: 273هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، (د،ط)، (د،ت)، كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين، رقم الحديث: 2413، الجزء الثاني، ص: 806.

<sup>2</sup> — الصنعاني: أبو إبراهيم، محمد بن إسماعيل بن صلاح (ت: 1182هـ)، سبل السلام (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 469.

<sup>3</sup> — البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي (ت: 256هـ)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري (مرجع سابق)، كتاب الحوالات، باب الحوالة، وهل يرجع في الحوالة؟، رقم الحديث: 2287، الجزء الثالث، ص: 94.

<sup>4</sup> — ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 402.

<sup>5</sup> — سورة البقرة، الآية رقم: 286.

<sup>6</sup> — النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، المجموع شرح المهذب (مرجع سابق)، الجزء الرابع عشرة، ص: 14.

وقد كان الإمام مالك يقول بذلك، ثم رجع عن هذا القول<sup>1</sup>.

**الرأي الثاني:** وهو للظاهرية والشيعة الإمامية<sup>2</sup>، حيث أنه لا يحق للدائن مطالبة الأصيل، إنما تتوجه المطالبة فقط إلى الكفيل<sup>3</sup>.

وقد استدل أصحاب هذا الرأي على أن الكفالة توجب براءة الأصيل وانتقال الحق إلى ذمة الكفيل بالسنة والمعقول.

**1 — من السنة:** عن علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) قال: كان رسول الله ﷺ إذا أتى بجزاة لم يسأل عن شيء من عمل الرجل إلا أن يسأل عن دينه، فإن قيل عليه دين كف عن الصلاة عليه، وإن قيل: ليس عليه دين صلى عليه، فأتي بجزاة، فلما قام سأل أصحابه: (هل على صاحبكم من دين؟)، قالوا: عليه ديناران دين، فعدل عنه رسول الله ﷺ فقال: (صلوا على صاحبكم)، فقال علي بن أبي طالب (رضي الله عنه): يا نبي الله، هما علي، برئ منهما، فتقدم رسول الله ﷺ فصلى عليه ثم قال: (يا علي، جزاك الله خيرا، فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك، إنه ليس من ميت يموت وعليه دين إلا وهو مرتهن بدينه، فمن فك رهان ميت فك الله رهانه يوم القيامة)<sup>4</sup>.

**وجه الاستدلال:** دل هذا الحديث على براءة ذمة الميت، وفك رهانه بمجرد كفالة سيدنا علي (رضي الله عنه) لدينه، ودل أيضا على تحول الدين من ذمة الميت إلى ذمة علي، وبقاء الميت فارغ الذمة من الدين<sup>5</sup>.

**2 — من المعقول:** إن من المحال الممتنع أن يكون مال واحد معدود محدود هو كله على زيد (الأصيل)، وهو كله على عمرو (الكفيل)، ولو كان هذا لكان للذي هو له (المكفول له) عليهما

<sup>1</sup> — الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوقي، المالكي (ت: 1241هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 438، 439.

<sup>2</sup> — الشيعة الإمامية: ويطلق عليهم الإثنا عشرية هم تلك الفرقة من المسلمين الذين زعموا أن عل يهو الأحق في وراثة الخلافة دون الشيخين وعثمان رضي الله عنهم أجمعين، وقد أطلق عليهم الإمامية لأنهم جعلوا من الإمامة القضية الأساسية التي تشغلهم و سها بالإثني عشرية لأنهم قالوا باثني عشر إماما دخل آخرهم السرداب بسامراء على حد زعمهم. كما أنهم القسم المقابل لأهل السنة والجماعة في فكرهم وآرائهم المتميزة، وهم يعملون لنشر مذهبهم ليعم العالم الإسلامي. (الشهرستاني: أبو الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد (ت: 548هـ)، الملل والنحل، دار المعرفة - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1395هـ - 1975م)، الجزء الأول، ص: 162).

<sup>3</sup> — \* ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 396.

\* الحلبي: جعفر بن الحسن أبي زكريا بن سعيد الهذلي، المحقق (ت: 676 هـ)، شرائع الإسلام، منشورات مكتبة الحياة - بيروت - لبنان، (د، ط)، (د، ت)، ص: 206.

<sup>4</sup> — البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي (ت: 458هـ)، السنن الكبرى (مرجع سابق)، كتاب: الضمان، باب وجوب الحق بالضمان، رقم

الحديث: 11399، الجزء السادس، ص: 121.

<sup>5</sup> — ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 401.

أن يأخذهما جميعاً بجميعة فيحصل له العدد مضاعفاً، وهذا لا يجوز. فلم يتبق إلا أن الدين ينتقل من ذمة الأصيل إلا ذمة الكفيل<sup>1</sup>.

**الرأي الثالث:** وهو للمالكية، حيث لا يجوز للدائن المكفول له أن يطالب الكفيل بالدين المكفول به، إذا كان الدين حالاً والأصيل حاضر موسر، ليس ذا لد في الخصومة ولا مماطل في الوفاء، أو كان الأصيل غائباً وله مال حاضر ظاهر يمكن الاستيفاء منه بدون بعد ومشقة. وهذا إذا لم يكن قد اشترط على الضامن في عقد الكفالة أن يأخذ بالحق أيهما شاء الأصيل أو الكفيل، أو أن يتقدم الضامن في الوفاء على الأصيل. حيث أن الكفالة وثيقة، فلا يستوفي الحق منها إلا عند تعذر استيفائه من الأصيل، كالرهن<sup>2</sup>.

### الرأي الرابع

بعد عرض آراء الفقهاء في حق الدائن في مطالبة كل من الأصيل والكفيل، أو مطالبة أحدهما دون الآخر، وبعد الوقوف على أدلة كل مذهب تبين أن هذه المسألة مسألة نقاش وجدل بين الفقهاء، يتضح أن الرابع من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه الإمام مالك في آخر أقواله، وهو أن الدائن لا يطالب الكفيل إلا إذا تعذر الاستيفاء من الأصيل، حيث لا يمكن القول بمطالبة الكفيل وحده، لأنها كفالة وليست حوالة، كما أنه لا مانع من أن يحل الدين الواحد في محلين (ذمة الكفيل وذمة الأصيل) إذا كان على سبيل الاستيثاق، إلا أن العدل والإنصاف يوجب القول برجوع الدائن أولاً على الأصيل، ثم إن تعذر الاستيفاء منه يطالب الكفيل.

### بين الفقه الإسلامي والقانون

نخلص مما تقدم أن القانون المدني يتفق في روحه وفي بعض شروطه مع الرواية الثانية في المذهب المالكي، والتي لا تجيز للدائن مطالبة الكفيل بالدين إلا بعد رجوعه على المدين ومطالبتة، وهذا ما قضت به المادة 1/660 من القانون المدني الجزائري.

<sup>1</sup> — ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 400.

<sup>2</sup> — \* الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 337.

\* عليش: محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله المالكي (ت: 1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د، ط)، (1409هـ، 1989م)، الجزء السادس، ص: 220.

الفرع الثاني: مدى مطالبة الدائن للكفيل (رجوع الدائن على الكفلاء في حالة تعددهم)  
من الثابت المعروف أن الكفيل مطالب بالدين كله أمام الدائن، وحقه يتوجه نحو كل من الكفيل والأصيل. هذا إذا كان الكفيل واحداً، ولكن قد يكفل الدين الواحد أكثر من كفيل، فإلى من تتجه المطالبة؛ بمعنى هل تتجه إلى أحدهم أم إلى جميع الكفلاء؟ وهذا ما يدعونا إلى بيان تقسيم الدين في حالة تعدد الكفلاء، وهذا ما يعرف بحق التقسيم.

### أولاً: حق الدفع بالتقسيم

وهذا الحق يثبت عند تعدد الكفلاء، في حالة ما إذا رجع الدائن على أحدهم (وكان لأحدهم التمسك بالدفع بالتقسيم)<sup>1</sup>.

تنص المادة 664 من القانون المدني الجزائري على أنه: (إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة).

أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم).

والتقسيم طبقاً لهذا النص يقع بقوة القانون؛ أي أنه إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم، فإن الدين ينقسم عليه م، ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم بأكثر من قدر نصيبه في الدين<sup>2</sup>.

وقد أجاز الفقه الإسلامي تعدد الكفلاء، فيصح أن يضمن الحق عن المدين اثنان فأكثر، سواء ضمن كل واحد منهم الدين كله، أو ضمن جزءاً منه فقط، كما يصح أن يتكفل بدين المدين كفيلاًين فأكثر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 72.

<sup>2</sup> — سليمان: محمدي، مدونة الحقوق العينية والشخصية (عقد الكفالة)، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، (د، ط)، (1999م)، ص: 38.

<sup>3</sup> \* ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري (ت: 681 هـ)، فتح القدير على الهداية (مرجع سابق)، الجزء السابع، ص: 229.

\* الخرشبي: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 31.

\* الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص:

\* البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين، الحنبلي (ت: 1051 هـ)، كشاف القناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 365.

## شروط الدفع بالتقسيم

لكي ينقسم الدين بين الكفلاء المتعددين يستلزم توافر الشروط الآتية:

### 1 — تعدد الكفلاء بعقد واحد

إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد، فإنه يفرق بين ما إذا كانوا متضامنين، أو غير متضامنين.

أ : ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم: إذ أن التضامن يجعل للدائن حق الرجوع على كل منهم بكل الدين طبقاً لأحكام التضامن، فلا ينقسم الدين، فإذا كفل كفيلاً دينا واحداً ومدينا واحداً في عقد واحد وكانا متضامنين، فلا ينقسم الدين ويسأل كل منهما عن الدين كله. أما في حالة عدم التضامن بينهما، فإن الدين يقسم بينهما، وأصبح كل منهما مسؤولاً عن نصف الدين، إن لم يكن هناك اتفاق على نسبة أخرى<sup>1</sup>.

الفقه الإسلامي: فإنه لا تختلف الأحكام المتقدمة في القانون المدني عما هو مقرر في الفقه

الإسلامي، فإذا تعدد الكفلاء بالدين في عقد واحد، وكانوا غير متضامنين، والدين يحتل الانقسام، فإن الدائن يطالب كل منهم بحصته. فإذا كان الدين ألفاً والكفلاء اثنين، فإنه يطالب كل كفيلاً منهما بخمسة مائة فقط.

جاء في بدائع الصنائع: (ولو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى يثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسة مائة)<sup>2</sup>

ب : أن يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم: لأنهم إذا كانوا متضامنين يسقط عنهم حق الدفع بالتقسيم، لأن منطلق التضامن يقضي بأن للدائن حقاً بأن يطالب أياً منهم بكل الدين<sup>3</sup>.

الفقه الإسلامي: إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد، وكانوا متضامنين فيما بينهم؛ أي بعضهم كفيلاً عن بعض، كان كل واحد منهم كفيلاً عن الأصيل بجميع المال، ويحق للمكفول له مطالبة الأصيل وكل واحد من الكفلاء بكل الدين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 65.

<sup>2</sup> — الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 14.

<sup>3</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 73.

<sup>4</sup> — السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483 هـ)، المبسوط (مرجع سابق)، الجزء العشرون، ص: 37، 38.

## 2 — تعدد الكفلاء بعقود متتالية

إذا تعدد الكفلاء، ولكن بعقود متوالية لا بعقد واحد، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم<sup>1</sup>. وترتيباً على ذلك، يحق للدائن أن يطلب كل الدين من أي من هؤلاء الكفلاء، فإذا استوفى حقه من أحدهم برئت ذمة الباقيين نحوه، ويكون للكفيل الذي وفي الدين الحلول محل الدائن، فيرجع على غيره من الكفلاء كل بقدر نصيبه في الدين. على أن هذه الأحكام من الممكن أن تتعطل إذا احتفظ الكفيل وقت انعقاد عقد الكفالة بالحق في التقسيم<sup>2</sup>.

ولم يختلف ما هو مقرر في الفقه الإسلامي عما هو موجود في القانون المدني، فإذا تعدد الكفلاء بعقود متوالية بأن كفل الدين واحد بعد واحد بعقد مستقل، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن جميع الدين، ويحق للمكفول له مطالبة أي واحد منهم بجميع الدين ولو حضروا جميعاً أملياً؛ أي موسرين<sup>3</sup>، وقيد الملكية رجوع المكفول له على الكفلاء باشتراط ألا يكون المكفول عنه حاضراً مليئاً<sup>4</sup>.

### ثالثاً: آثار الدفع بالتقسيم

إذا توافرت الشروط السابق ذكرها، انقسم الدين بين الكفلاء بقوة القانون، فلا يلتزم كل منهم إلا بضمان حصته فقط من وقت انعقاد الكفالة. ويترتب على انقسام الدين بقوة القانون بين الكفلاء أن كلا منهم يستطيع إجبار الدائن على قبول حصته من الدين، وبمعنى آخر قبول الوفاء الجزئي، وإذا طُلب الكفيل بكل الدين، كان له أن يتمسك بالتقسيم، ويقسم الدين بينهم بحسب أنصبتهم بقوة القانون، ويجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن يتمسك به الكفيل، ما دام لم يثبت أنه نزل عن حقه فيه، ويفسر الفقه ذلك بأن الدين ينقسم بين الكفلاء من يوم إبرام عقد الكفالة، وليس من يوم المطالبة القضائية أو الحكم في الدعوى<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — المادة 2/664 مدني جزائري.

<sup>2</sup> — أبو السعود: رمضان، التأمينات الشخصية والعينية (مرجع سابق)، ص: 131، 132..

<sup>3</sup> — السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، الميسوط (مرجع سابق)، الجزء العشرون، ص: 37

<sup>4</sup> — الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 342.

<sup>5</sup> — \* السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 65.

\* سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 73.

وإذا أعسر أحد الكفلاء تحمل الدائن حصة الذي يعسر، فعلى الدائن إذن أن يستوثق من درجة يسار الكفلاء المتعددين، أو أن يطلب منهم مقدما النزول عن حق التقسيم، أو أن يشترط تضامنهم، وهذا بخلاف القانون الفرنسي، الذي يوجب على الكفيل أن يدفع بحق التقسيم، فينقسم الدين من وقت مقاضاته، ولا ينقسم الدين من تلقاء نفسه على الكفلاء المتعددين<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> — الشهراوي: قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 110.

## المطلب الثاني : دفع الكفيل في مواجهة الدائن

إذا حل أجل الدين، ورجع الدائن على مدينه فوجده معسرا، فرجع بعد ذلك على الكفيل، فلهذا الأخير أن يدفع مطالبة الدائن، والمقصود بدفوع الكفيل، الأوجه التي يستطيع الكفيل أن يتمسك بها في مواجهة الدائن إذا طالبه بدفع الدين، وهدف الكفيل من إبداء هذه الدفوع هو تأجيل المطالبة أو تقرير براءة ذمته.

وهناك ثلاثة أنواع من الدفوع يستطيع الكفيل التمسك بها، منها دفوع متعلقة وناجحة عن الالتزام الأصلي المكفول، ودفوع خاصة بالكفالة، ودفوع متعلقة بالتنفيذ على أموال الكفيل (الدفع بالتجريد).

### الفرع الأول: الدفوع المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول

تنص المادة 1/654 من القانون المدني الجزائري، والتي تقابلها المادة 1/782 مدني مصري بقولها: (يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين). ويخلص من هذا النص، أن ذمة الكفيل تبرأ بمجرد براءة المدين، باعتبار أن التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي، ويدور معه وجودا وعدما، ومن ثم تسري عليه كل الدفوع المتعلقة بهذا الالتزام الأخير. فللكفيل أن يتمسك بانقضاء الالتزام الأصلي بأي سبب من الأسباب، كالوفاء والإبراء والمقاصة والتقادم، وله أن يتمسك ببطلانه لأي سبب، كانهاء الرضا أو المحل أو السبب. كما أن له أن يتمسك بإبطال العقد الأصلي أيا كان سبب الإبطال، كغلط شاب إرادة المدين أو تدليس أو إكراه<sup>1</sup>.

ويتبين من نص هذه المادة أن الأحكام الواردة فيها تتفق مع الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي، جاء في المادة 662 من مجلة الأحكام العدلية أن: (براءة الأصيل توجب براءة الكفيل)<sup>2</sup>. قال صاحب درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: (سقوط الأصيل يستلزم سقوط فرعه)<sup>3</sup>. هذا وللكفيل أن يتمسك بالدفوع المتعلقة بالالتزام الأصلي حتى ولو كان متضامنا مع المدين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — عبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 252.

<sup>2</sup> — مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 124.

<sup>3</sup> — أفندي: علي حيدر خواجه أمين (ت: 1353هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 836.

<sup>4</sup> — المادة 666 مدني جزائري.



## أولاً: الدفع الخاصة ببطلان الالتزام الأصلي المكفول

للكفيل أن يتمسك بالدفع المتعلقة بذات الالتزام المكفول، فإذا كان الالتزام المكفول باطلا لانعدام الرضا أو لعدم توافر شروط المحل، أو لعدم مشروعية السبب، أو لمخالفتها للنظام العام والآداب، أو لتخلف الشكل في الحالات التي يستلزمه فيها، أو لأي سبب من أسباب بطلان الالتزام، كان التزام الكفيل باطلا مثله، ويحق للكفيل أن يتمسك ببطلان التزامه، لأي سبب من الأسباب السابقة<sup>1</sup>.

كذلك يحق للكفيل في الفقه الإسلامي إذا كان الالتزام المكفول باطلا أن يتمسك بهذا البطلان في مواجهة المكفول له، وذلك لأن التزام الكفيل في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني تابع لالتزام المدين، فالتزام المدين هو الأصل، أما التزام الكفيل هو الفرع، كذلك إذا بطل التزام المدين المكفول عنه للربا بطل التزام الكفيل أيضا، ويحق للكفيل أن يتمسك بهذا البطلان في مواجهة المكفول له إذا طالبه بالدين. قال الخرشي<sup>2</sup>: (المشهور أن الحماله تسقط عن الضامن إذا كان المتحمل به فاسدا كما إذا قال شخص لآخر ادفع لهذا دينارا في دينارين إلى شهر أو ادفع له دراهم في دنانير إلى شهر وأنا حميل لك بذلك، وأما إن وقعت الحماله بذلك بعد انبرام العقد فلا خلاف في سقوطها)<sup>3</sup>.

## ثانياً: الدفع الخاصة بإبطال الالتزام الأصلي المكفول

قد يكون التزام المدين قابلا للإبطال لعيب في الرضا، إذا شاب رضا المدين غلط أو تدليس أو إكراه، فيكون للكفيل الحق في التمسك بإبطال التزام المدين لهذه الأسباب<sup>4</sup>.  
بينما يرى البعض الآخر أن تنازل المدين عن التمسك بالعيب الذي شاب رضاه يسقط حقه في التمسك بإبطال التزامه لهذا العيب؛ لأنه بتنازل المدين أو بإجازته يصبح الالتزام الأصلي صحيحا

<sup>1</sup> — عبد الباقي: عبد الفتاح، التأمينات الشخصية والعينية (نظرية العقد)، دار نشر الثقافة - الاسكندرية - القاهرة، (د، ط)، (1984م)، ص: 104.

<sup>2</sup> — الخرشي: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، أبو عبد الله، أول من تولى مشيخة الأزهر، نسبته إلى قرية يقال لها أبو حراش، من البحيرة بمصر، كان فقيها فاضلا وورعا، له مصنفات منها: الشرح الكبير على متن خليل، والفوائد السنية، توفي سنة 1101 للهجرة. (الزركلي: خير الدين، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 240).

<sup>3</sup> — الخرشي: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 30.

<sup>4</sup> — \* سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 75.

\* السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 70.

نهائياً، ما لم تكن الإجازة أو تنازل المدين عن التمسك بالعيب ناتجة عن توافق بين الدائن والمدين بقصد الإضرار بالكفيل، فحينئذ لا يسقط حق الكفيل في التمسك بهذا الدفع، بل يجوز للكفيل أن يطعن في هذا النزول ويطلب الحكم بعدم نفاذه في حقه حتى يتمكن من التمسك بالدفع الذي نزل عنه المدين<sup>1</sup>.

هذا ويتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني، حيث يستند إلى قاعدة (التابع تابع)<sup>2</sup>، فالالتزام الكفيل تابع للالتزام المدين، ومن ثم يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع التي يستطيع المدين أن يحتج بها. **تمسك الكفيل بنقص أهلية المدين:** نصت المادة 2/654 من القانون المدني الجزائري بقولها: (غير أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين يتمثل في نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه).

ويتضح من هذا النص أن الكفيل لا يستطيع التمسك بنقص أهلية المدين إذا كان عالماً بذلك وقت التعاقد، ولكن إذا تمسك المدين بنقص أهليته وحكم له بإبطال الالتزام الأصلي فإن الكفيل يستفيد من ذلك ويطلب التزامه تبعاً<sup>3</sup>.

### ثالثاً: الدفع الخاصة بانقضاء التزام المدين

إذا انقضى التزام المكفول عنه بأي سبب من أسباب الانقضاء، فإن التزام الكفيل ينقضي أيضاً، ويحق له أن يتمسك بهذا الانقضاء في مواجهة المكفول له، وذلك لأن التزام الكفيل تابع يدور مع الالتزام الأصلي، فكل ما يؤثر في الالتزام المكفول يؤثر بالتالي في التزام الكفيل. والالتزام المكفول ينقضي إذا قام المكفول عنه بأدائه للدائن، أو أبرأه الدائن منه أو وهبه له أو أحاله به على شخص آخر أو اتحدت ذمة الدائن والمدين كأن يموت الدائن ويرثه المدين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — مرقس: سليمان، عقد الكفالة، دار النصر للجامعات المصرية، (د،ط)، (1959م)، ص: 65.

<sup>2</sup> — مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الأول، المادة: 47، ص: 21.

<sup>3</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 71.

<sup>4</sup> — \* الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 11، 12.

\* العدوي: أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعدي (ت: 1189 هـ)، حاشية العدوي على الخرشي، دار الفكر للطباعة - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الثاني، ص: 24.

\* الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 215.

\* البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051 هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 364.

والقانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامي، حيث يحق للكفيل إذا انقضى التزام المكفول عنه بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام أن يتمسك بهذا الانقضاء، ويحتج به في مواجهة المكفول له، فإذا انقضى التزام المدين الأصلي بالوفاء أو بالتجديد أو الإنابة الكاملة أو المقاصة أو اتحاد الذمة، أو الإبراء أو استحالة التنفيذ لسبب لا يد للمدين فيه أو التقادم دون أن يتقادم التزام الكفيل، فإنه يحق للكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعا لانقضاء التزام المدين<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الدفع الخاصة بالكفالة

للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بعدد من الدفع خاصة بالكفالة، ويمكن أن نطلق عليها أو نسميها بالدفع التي تقتضيها طبيعة الكفالة، وهي تتأسس جميعها على خاصية التبعية التي يتسم بها عقد الكفالة.

#### أولا: الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين

لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل إلا عند حلول الأجل، وبعد رجوعه على المدين أولا<sup>2</sup>، فإن رجع الدائن على الكفيل وحده أولا، كان للكفيل أن يدفع في مواجهته بالرجوع على المدين ومطالبته بالمدين أولا<sup>3</sup>.

ويلاحظ أن الدفع بعدم جواز مطالبة الكفيل وحده قبل مطالبة المدين لا يعتبر من الدفع الموضوعية إذ لا يتعلق بأصل الحق المطالب به، كما أنه لا يعتبر دفعا شكليا، لأن قانون الإجراءات المدنية لم ينص عليه، ولكن هو دفع بعدم قبول الدعوى، وذلك لعدم توافر شرط من الشروط اللازمة لقبولها، وبناء على ذلك يمكن إبداء هذا الدفع ولو لأول مرة أمام المجلس القضائي، وإذا قبل هذا الدفع فإنه لا يترتب عليه سوى عدم قبول الدعوى المرفوعة على الكفيل من الدائن، ويستطيع الدائن أن يعود إلى مطالبة الكفيل إذا كان قد رفع الدعوى على المدين<sup>4</sup>.

#### شروط التمسك بهذا الدفع

1 — عدم نزول الكفيل عن حقه في التمسك بهذا الدفع.

2 — ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين.

<sup>1</sup> — مرقس: سليمان، عقد الكفالة (مرجع سابق)، ص: 62.

<sup>2</sup> — المادة 660 مدني جزائري.

<sup>3</sup> — سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 317.

<sup>4</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 72، 73.

**3 —** وجوب وجود مصلحة للكفيل في التمسك بهذا الدفع، وذلك بأن يكون رجوع الدائن على المدين مجدياً، فإذا كان المدين معسراً فليس للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع، وعلى عاتق الدائن يقع إثبات أن المدين معسر لدرجة تجعل الرجوع عليه لا يحقق أية فائدة<sup>1</sup>.

### ثانياً: الدفع بإضاعة الدائن للتأمينات الضامنة لوفاء الالتزام المكفول

يلتزم الدائن بالمحافظة على التأمينات الخاصة الضامنة للدين المكفول، وإحلال الكفيل فيها عند وفاته الدين، فإذا أحل الدائن بهذا الالتزام كان من حق الكفيل أن يدفع في مواجهته براءة ذمته بالقدر الذي أضاعه الدائن من التأمينات الاتفاقية أو القانونية<sup>2</sup>.

وفي ذلك تنص المادة 656 مدي جزائري، والتي تقابلها المادة 784 مدي مصري، على أنه: (تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.

ويقصد بالضمانات في هذه المادة، كل التأمينات المخصصة لضمان الدين، ولو تقررت بعد الكفالة، وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون).

والحكمة من هذا النص أن الكفيل إذا وفي بالدين، فإنه يحل محل الدائن فيما له من حقوق. ومعنى ذلك أنه إذا كانت هناك تأمينات أخرى ضامنة للوفاء بنفس الدين المضمون بالكفالة، فإن الكفيل الذي يوفي بهذا الدين يكتسب هذه التأمينات كلها في رجوعه بما وفاه سواء على المدين أو غيره من الكفلاء. فإذا أضاع الدائن بخطئه تأميناً من هذه التأمينات يكون قد ضيع على الكفيل فرصة في استيفاء حقه الذي حل فيه محل الدائن، ويكون الجزاء على ذلك هو براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن بقدر ما أضاعه هذا الأخير من تأمينات<sup>3</sup>.

### شروط التمسك بهذا الدفع

يشترط لثبوت الدفع بإضاعة التأمينات توافر الشروط الآتية:

**1 — وجود تأمينات خاصة تضمن الدين المكفول:** يعتبر من التأمينات الخاصة، التأمينات الاتفاقية كالرهن الرسمي أو الحيازي، والتأمينات القضائية كحق الاختصاص، والتأمينات القانونية كحق الامتياز<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 73، 74.

<sup>2</sup> — حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 117.

<sup>3</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 85، 86.

<sup>4</sup> — مرقس: سليمان، عقد الكفالة (مرجع سابق)، ص: 72.

2 \_ إضاعة التأمينات الخاصة بسبب خطأ الدائن: ينبغي أن تكون إضاعة التأمينات الخاصة وليدة خطأ الدائن، والخطأ الذي يرتكبه الدائن قد يكون إيجابياً كإبراء أحد الكفلاء أو النزول عن حق الحبس أو عن الرهن أو الامتياز، وقد يكون سلبياً كعدم قيد الرهن أو عدم تجديده أو عدم استرداد الشيء المحبوس أو المرهون رهناً حيازياً إذا خرج من حيازته دون علمه أو رغم إرادته<sup>1</sup>. أما إذا كانت إضاعة التأمين ناشئة عن قوة قاهرة أو عن فعل الغير أو عن المدين أو فعل الكفيل نفسه، فإنه لا محل لقيام مسؤولية الدائن أصلاً، حيث ليس هناك خطأ ينسب إليه<sup>2</sup>. هذا، وقد اختلف الرأي في الفقه حول ما إذا كانت إضاعة التأمين قد حدثت نتيجة خطأ مشترك بين الدائن والكفيل؟

فيرى بعض الفقه أن ذمة الكفيل لا تبرأ، ولو جزئياً، بل يظل ملزماً بكل الدين، ولا يستطيع أن يتمسك بهذا الدفع. بينما ذهب رأي أنه في حالة الخطأ المشترك تطبق القواعد العامة في المسؤولية، وهي تقضي بتوزيع التعويض على المشتركين في الخطأ، فيكون الدائن مسؤولاً بقدر ما أسهم به في إضاعة التأمين الخاص، وللکفيل أن يتمسك ببراءة ذمته في هذه الحدود<sup>3</sup>. والواقع، أن الرأي الأخير هو الرأي الأكثر تأييداً، حيث إن الأمر يتعلق بتحديد مسؤولية كل من الكفيل والدائن، حيث يجب إعمال قواعد المسؤولية في حالة الخطأ المشترك، فطالما أننا لا زلنا في رحاب قواعد المسؤولية وتطبيقها على التزامات الطرفين في عقد الكفالة، فليس هناك مبرر للخروج على هذه القواعد العامة، والقول بعدم براءة ذمة الكفيل إذا اشترك بخطئه في ضياع التأمين، بل تبرأ ذمته بقدر مساهمة الدائن في هذا الخطأ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> \_ \* حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 119.

\* السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 79.

<sup>2</sup> \_ \* سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 121.

\* مرقس: سليمان، عقد الكفالة (مرجع سابق)، ص: 73.

<sup>3</sup> \_ \* تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 89.

\* أبو السعود: رمضان، المرجع السابق، ص: 157.

<sup>4</sup> \_ \* سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 122.

\* سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 327.

\* عبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 290.

\* السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 79.

**3 — يجب أن يترتب على ضياع هذه التأمينات ضرر للكفيل:** يجب أن يترتب على ضياع

التأمين بخطأ الدائن، ضرر يلحق بالكفيل، كما يجب أن يكون هذا الضرر محققاً وإلا فلا يثبت للكفيل الحق في الدفع بإضاعة التأمينات. ويعد الضرر متوافراً بمجرد ضياع التأمين الخاص، حتى لو كان المدين موسراً، أو كان الدين مكفول بتأمينات أخرى كافية للوفاء به، ذلك لأن مجرد ضياع التأمين الخاص من شأنه أن ينقص ضمانات الدين، ويزيد من فرص عدم تحصيله<sup>1</sup>.

**4 — أن يتمسك الكفيل بالدفع بإضاعة التأمينات في مواجهة الدائن:** يجب أن يثبت الكفيل أنه

قد أصابه ضرر من خطأ الدائن، فلا يجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته إذا نزل الدائن عن رهن متأخر في المرتبة بحيث لا يفيد أصلاً في تقاضي حقه، أو نزل عن كفيل نظير أن يحل محله كفيل آخر يمثله في اليسار، ويجب أن يثبت الكفيل أن الضرر الذي أصابه من خطأ الدائن ضرر محقق وليس مجرد ضرر محتمل، ويطلب الكفيل براءة ذمته بمقدار ما أصابه من ضرر<sup>2</sup>.

**في الفقه الإسلامي:** عن عبادة بن الصامت (رضي الله عنه)، أن رسول الله ﷺ قضى أن لا ضرر ولا ضرار<sup>3</sup>. وقد جاء في المادة 19 من مجلة الأحكام العدلية: (لا ضرر ولا ضرار)<sup>4</sup>.

فوفقاً لهذه القاعدة لا يجب على الدائن أن يبادر إلى الإضرار بالكفيل بإضاعة التأمينات التي تخص الالتزام المكفول، أو يتقاعس باتخاذ إجراءات التنفيذ ضد المدين حتى يعسر الأخير فلا يستطيع الكفيل الرجوع عليه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — \* حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 120، 121.

\* سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 328.

\* عبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 290، 291.

\* السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 79.

<sup>2</sup> — فايز: أحمد عبد الرحمان، عقد الكفالة في القانون المصري والقانون الليبي، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر، (د، ط)،

(1431هـ، 2010م)، ص: 61.

<sup>3</sup> — ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت: 273هـ)، المرجع السابق، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم

الحديث: 2340. الجزء الثاني، ص: 784.

<sup>4</sup> — مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 18.

<sup>5</sup> — أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 142.

### ثالثا: الدفع بعدم قيام الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين

يوجب القانون على الدائن المبادرة بمطالبة المدين متى حل أجل سداد الدين، وأعطى المشرع للكفيل الحق في حث الدائن على مطالبة المدين، نظرا لما للكفيل من مصلحة في ذلك، حيث تبرأ ذمته إذا برئت ذمة المدين. ولكن لا يترتب على تأخر الدائن في الرجوع على المدين سقوط حقه في مطالبة الكفيل، لأن الأصل هو عدم براءة ذمة الكفيل بمجرد أن الدائن قد قصر في المحافظة على ضمانه العام قبل المدين، بأن لم يتخذ الإجراءات في مواجهته، أو بأن يمنحه أجلا جديدا ولو ترتب على ذلك إعسار المدين<sup>1</sup>.

غير أن القانون لم يترك الكفيل دون حماية، فقد نص في المادة 2/657 على أنه: (غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقيم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا).

#### شروط تمسك الكفيل بهذا الدفع

لكي تبرأ ذمة الكفيل في هذه الحالة يجب توافر الشروط الآتية:

- 1 — أن يكون أجل الدين الأصلي قد حل، فإذا كان الدين مؤجلا لا مجال للتمسك بهذا الدفع.
- 2 — يجب على الكفيل أن يقوم بإنذار الدائن؛ أي تنبيهه إلى وجوب اتخاذ الإجراءات الواجبة قانونا ضد المدين<sup>2</sup>.
- 3 — تقاعس الدائن عن مطالبة المدين، وعدم اتخاذ الإجراءات ضده خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن. وإذا بدأ الدائن في اتخاذ الإجراءات خلال الستة أشهر المحددة في النص، فلا يجوز له أن يعمد إلى إطالة الإجراءات أو يهمل فيها حتى تطول، وإلا كان مسؤولا وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية<sup>3</sup>.
- 4 — عدم قيام المدين بتقديم ضمانا كافيا لاستيفاء ما عسى أن يدفعه الكفيل للدائن. وتقدير كفاية هذا الضمان أو عدم كفايته منوط بقاضي الموضوع، وله الاستعانة بالخبراء<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — المادة 1/657 مدني جزائري.

\* تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 92.

<sup>2</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 76.

<sup>3</sup> — حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 113.

<sup>4</sup> — سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 335.

## موقف الفقه الإسلامي من هذا الدفع

جاء في الحديث أن (الزعيم غارم)<sup>1</sup>، وهذا يدل على أن الكفيل يتحمل بكفالاته عبئا، لذلك يحتاج إلى أن يعطى وسيلة ليتخفف بها منه على وجه لا يضر بالتزامه ولا يحق غيره. فقد أعطى فقهاء الشريعة الإسلامية الحق للكفيل في أن يلزم المضمون له بأن يطالب المدين بالدين إذا ما حل أجله خشية أن يموت أو يفلس، كما أعطوه الحق في الاعتراض على تأجيل الدائن الدين للمدين عند يساره، أما عند إعساره، فإنه يجب إنظاره شرعا، وذلك امثالاً لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ

ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾<sup>2</sup>.

إذن لا يحق للضامن الاعتراض على ذلك، كما لا يحق له الاعتراض أيضا إذا ما أحر الدائن مدينه عند يساره، وكان الضامن قد وصله علم ذلك ثم سكت، وكذلك إذا لم يصل إليه علم ذلك حتى حل الأجل متى حلف الدائن أنه لم يؤخر مدينه قاصدا بإبطال الضمان، أما إذا طلب منه اليمين على ذلك فنكل، فإن الضمان يسقط، فلا يطالب الضامن بالدين بعد ذلك<sup>3</sup>.

يتبين مما تقدم أن الفقه الإسلامي يقر من حيث الجملة الأحكام المنصوص عليها في المادة 657 من التقنين المدني الجزائري. لأنه يهدف إلى حماية مصلحة مشروعة للكفيل، حيث تبرأ ذمته إذا قصر الدائن في مطالبة المدين في الوقت المناسب ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا.

### رابعا: الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

تنص المادة 658 قانون مدني جزائري، المقابلة لنص المادة 786 مدني مصري بقولها: (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).

<sup>1</sup> — سبق ترجمه، ص: 19.

<sup>2</sup> — سورة البقرة، الآية رقم: 280.

<sup>3</sup> — \* الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 11.

\* الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230 هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 338.

\* الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404 هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص:

444، 445.

\* البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051 هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 362.



يتبين من نص هذه المادة أنه إذا كان المدين تاجرا وأشهر إفلاسه وحل أجل الالتزام المكفول،  
وجب على الدائن أن يتقدم بدينه في تفليسة المدين، وإلا كان من حق الكفيل التمسك في مواجهة  
الدائن ببراءة ذمته بقدر ما أصاب الكفيل من ضرر بسبب إهمال الدائن<sup>1</sup>.

**شروط التمسك بهذا الدفع:** يشترط لتمسك الكفيل بهذا الدفع الشروط التالية:

**1 – إفلاس المدين أو إعساره:** فالفرض هنا أن المدين المكفول قبل حلول أجل دينه أعلن إفلاسه  
أو إعساره، بزيادة ديونه على حقوقه التي لم تعد كافية للوفاء بكل التزاماته<sup>2</sup>.

**2 – ألا يتقدم الدائن في تفليسة المدين:** فرض القانون على الدائن أن يدخل في تفليسة المدين،  
للحصول على ما يمكن الحصول عليه، وإلا ترتب عليه ضياع فرصته، وللکفيل أن يتمسك ببراءة  
ذمته في هذه الحدود<sup>3</sup>.

**3 – أن يكون هناك ضرر أصاب الكفيل بسبب إهمال الدائن:** والضرر هنا قد يتمثل في تفويت  
فرصة حصول الدائن على حقه كله أو بعضه من أموال التفليسة، ويقع على عاتق الكفيل إثبات  
هذا الضرر<sup>4</sup>.

ومتى توافرت الشروط السابقة، كان للكفيل أن يبرئ نفسه من جزء من الدين الذي كان مقدورا  
أن يحصل عليه الدائن من تفليسة المدين، أو ما تبقى له من أموال عند إعساره.

### موقف الفقه الإسلامي من هذا الدفع

الناظر في مذاهب الفقه الإسلامي، لاسيما مذهبي المالكية والشافعية، يتبين له أن أحكام القانون  
المدني تتطابق مع أحكام الفقه الإسلامي في هذا الخصوص، فعقد الكفالة في الفقه الإسلامي ينشأ  
التزامات تقع على عاتق الدائن، من بين هذه الالتزامات: المشاركة مع الدائنين الغرماء، فعلى  
الدائن إذا أفلس مدينه أن يتقدم في التفليسة بدينه، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر  
ما ترتب على تراخيه من ضرر<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> – حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 114.

<sup>2</sup> – بهجت: أحمد عبد التواب محمد، الوجيز في شرح أحكام الضمانات العينية والشخصية (الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، الامتياز، الاختصاص،  
الكفالة)، دار النهضة العربية – القاهرة – مصر، (د،ط)، (2010م)، ص: 665.

<sup>3</sup> – تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 94، 95.

<sup>4</sup> – حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 115.

<sup>5</sup> – \* الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 338.

\* الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404هـ)، نهاية المحتاج (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 444.

خامسا: عدم قيام الدائن بما يفترضه عليه القانون

نصت المادة 659 مدني جزائري على ما يلي:

(تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع. فإذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل. أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل، على أن يرجع بها على المدين). يتضح من نص هذه المادة أن الدائن يلتزم في مواجهة الكفيل الذي يفى بالدين بتسليم مستندات هذا الدين، إذ أن الكفيل إذا ما قام بالوفاء سيحل محل الدائن، وبالتالي سيكون في حاجة إلى المستندات التي تمكنه من الرجوع على المدين، ويقضي النص أيضا بأنه إذا كان بيد الدائن منقول مرهون أو محبوس لضمان الوفاء بالدين، وجب عليه أن يتخلى عنه للكفيل، أما إذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري، فيجب على الدائن القيام بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين إلى الكفيل<sup>1</sup>.

الآثار التي تترتب على عدم قيام الدائن بما يفترضه عليه القانون

تعتبر التزامات الدائن هذه حقوقا للكفيل، يطالب الكفيل بها الدائن عند قيامه بالوفاء، فإذا طالب الدائن الكفيل كان لهذا الأخير أن يطلب من الدائن تسليمه مستندات الدين، وأن يطلب منه أن يتخلى له عن المنقول المرهون أو المحبوس، وإذا كان الدين مضمونا بتأمين عقاري كان للكفيل أن يطلب من الدائن أن ينقل له التأمينات العقارية المقررة لضمان الوفاء بالدين، فإذا رفض الدائن أن يقوم بذلك كان للكفيل أن يدفع مطالبته إياه بالامتناع عن الوفاء إلى أن يقوم الدائن بما يوجبه عليه القانون من التزامات، كما له أن يلجأ إلى الإيداع القضائي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 81.

<sup>2</sup> — سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 344.

## الفرع الثالث: الدفوع المتعلقة بالتنفيذ على أموال الكفيل (الدفوع بالتجريد)

تطبيقاً للقواعد العامة في التنفيذ، لا يمكن للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل، ويشترط أن يكون هذا السند التنفيذي صادراً في مواجهة الكفيل، وعلى هذا فالحكم الصادر في مواجهة المدين دون الكفيل لا ينفذ به على أموال هذا الأخير، وكذلك إذا كان الالتزام الأصلي المكفول ثابتاً في سند تنفيذي صالحاً للتنفيذ بمقتضاه على المدين، فإن هذا السند لا يصلح بذاته للتنفيذ على الكفيل، لأنه ليس طرفاً فيه. فإذا حصل الدائن على مثل هذا الحكم القابل للتنفيذ على الكفيل، فإن القانون - رعاية لمصلحة الكفيل من أنه مدين تابع لا يفى بالدين إلا عند ثبوت عجز المدين عن الوفاء به - قرر منح الكفيل الحق في أن يمنع الدائن من التنفيذ على أمواله حتى ينفذ أولاً على أموال المدين الأصلي، فيجرده منها، فإذا ثبت بعد هذا التجريد أن الدائن لم يستوف كامل حقه، كان في إمكانه عندئذ فقط التنفيذ على أموال الكفيل، وهذا ما يسمى بالدفوع بالتجريد.

### أولاً تعريف التجريد

#### 1 - في اللغة

قال في مختار الصحاح: (التجريد) التعرية من الثياب، و (التجرد) التعري. و (تجرد) للأمر؛ أي جد فيه. و (التجرد) الثوب؛ أي انسحق ولان<sup>1</sup>.

وفي المعجم الوسيط: (التجريد) عزل صفة أو علاقة عزلاً ذهنياً وقصر الاعتلى عليها أو ما يترتب على ذلك، و (جرده) قشره وأزال ما عليه<sup>2</sup>.

وقال في التعريفات: التجريد: إمطة السوي والكون على السر والقلب<sup>3</sup>.

#### 2 - في الاصطلاح

أ: في اصطلاح فقهاء المسلمين: هو أن المكفول له لا يحق له مطالبة الكفيل إذا كان المكفول عنه حاضراً مليئاً، ولم يشترط المكفول له أن يأخذ حقه من أيهما شاء<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت: 666هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 56.

<sup>2</sup> - مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 115.

<sup>3</sup> - الجرجاني: علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت: 816هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 52.

<sup>4</sup> - الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 337.

**شرح التعريف:** إذا كانت الكفالة يترتب عليها ثبوت الحق في ذمة الكفيل والمكفول عنه، إلا أن التزام الكفيل التزام فرعي، أما التزام المكفول عنه هو التزام أصلي، وليس من العدل مطالبة الفرع قبل الأصل، خاصة إذا كان هذا الأصل حاضرا موسرا.

**ب : في الاصطلاح القانوني:** الدفع بالتجريد حق قرره القانون للكفيل بمقتضاه يستطيع الكفيل - إذا توافرت شروط معينة - منع الدائن من التنفيذ على أمواله، قبل أن ينفذ على أموال المدين<sup>1</sup>.  
**شرح التعريف:** القانون هو الذي أعطى للكفيل الحق في الدفع بتجريد المدين من أمواله أولا، قبل أن ينفذ على أموال الكفيل، وذلك بمقتضى المادة 2/660 مدي جزائري، وذلك وفق شروط معينة.

والحكمة من هذا الدفع، أن الكفيل ليست له مصلحة في الدين، فهو ضامن لدين غيره، ومن العدل ألا يرى الكفيل أمواله تنزع منه بينما أموال المدين قائمة لا تمس. ومعنى هذا الدفع في صورة عملية أن الكفيل يقول للدائن عليك قبل أن تنفذ على أموالي أن تتجه أولا إلى أموال المدين فتجرده منها، وستجد لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بدينك<sup>2</sup>.

### 3 — الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

بالموازنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي فيما يتعلق بتعريف الدفع بالتجريد، يتضح أنه يحق للكفيل في القانون المدني وعند المالكية أن يدفع في مواجهة المكفول له (الدائن)، بأن يأخذ حقه من المكفول عنه (المدين)؛ أي بالتنفيذ على أموال المدين.

#### ثانيا: الجذور التاريخية للدفع بالتجريد

يرجع الدفع بالتجريد إلى القانون الروماني، في عهد جوستينيان، حيث منح الكفيل الدفع بالتجريد، وبذلك تأكدت الصفة الأساسية للكفالة وهي صفة الاحتياطية، وانتقل الدفع بالتجريد من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم، ثم إلى القانون الفرنسي الحالي، وقد سار المشرع المصري والجزائري على نهج القانون الفرنسي والقانون الروماني، فمنح الدائن الحق في طلب التنفيذ

<sup>1</sup> — \* السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 82.

\* العمروسي: أنور، المرجع السابق، ص: 268، 269.

<sup>2</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 75.

على أموال الكفيل بمجرد حصوله على سند تنفيذي ضده، ولكنه أعطى الكفيل الحق في أن يلزم الدائن بتجريد المدين من أمواله أولاً<sup>1</sup>.

### ثالثاً: شروط الدفع بالتجريد

يشترط لكي يكون الدفع مقبولاً، وينتج أثره، توافر الشروط التالية:

#### 1 – يجب أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد

وقد نصت على ذلك المادة 2/660 مديني جزائري بقولها: (ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق). لأن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، ولما كان هذا الدفع مقرراً لمصلحة الكفيل، فإنه يستطيع أن ينزل عنه صراحة إذا نص عليه في عقد الكفالة، أو ضمناً؛ أي مستخلص من ظروف الحال وملاساته، سواء وقت إبرام عقد الكفالة أو بعد ذلك، مثلاً: أن يتعهد الكفيل بأن يدفع الدين فوراً عند حلول أجله، وإذا ما تنازل عن هذا الحق فلا يجوز أن يستعمله بعد ذلك<sup>2</sup>.

في الفقه الإسلامي: حتى يستطيع الكفيل التمسك بمواجهة الطالب أن لا يكون قد تنازل عن حقه بالتمسك بهذا الدفع، كوجود شرط أنه من حق الطالب الرجوع على الكفيل أولاً أو الغريم، وبما أن الدفع بالتجريد هو حق للكفيل، فله أن يتنازل عنه وبالتالي سقوط حقه في التمسك به<sup>3</sup>.

#### 2 – ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين

لأن الكفيل المتضامن لا يستطيع التمسك بهذا الدفع، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 665 مديني بقولها: (لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد). والتضامن الذي يمنع الكفيل من التمسك بالتجريد هو التضامن بينه وبين المدين، أما تضامن الكفيل مع الكفلاء الآخرين، لا يمنع أحدهم من التمسك بتجريد المدين<sup>4</sup>.

أما التضامن عند الملكية أيضاً لا يكون إلا بين المدينين فقط، لا بين المدين والكفيل، فقد جاء في حاشية الدسوقي: (أما لو تعدد الحلاء الغرماء كما لو اشترى جماعة سلعة شركة بينهم وضمن

<sup>1</sup> – عبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 309، 310.

<sup>2</sup> – \* السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 85.

\* سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 62.

<sup>3</sup> – النفراوي: أحمد بن غانم بن سالم، شهاب الدين الأزهرى المالكي (ت: 1126هـ)، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 240.

<sup>4</sup> – سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 63.

كل واحد منهم أصحابه، فإن رب الدين يتبع كل من وجدته منهم بجميع الثمن عند عدم الباقي أو غيبته)<sup>1</sup>. إلى غير ذلك من الأمثلة التي ساقها المالكية، وكلها تدل على جواز التضامن بين المدنيين<sup>2</sup>.

وبذلك يتبين أن اشتراط القانون المدني ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين يتفق مع أصل المالكية في أن التضامن لا يجوز إلا بين المدنيين فيما بينهم.

### 3 — يجب على الكفيل إرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفني بالدين كله

وهذا الشرط نصت عليه المادة 661 مدني جزائري المقابلة لنص المادة 789 مدني مصري، بقولها: (إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفني بالدين كله).

أي على الكفيل الذي يطلب التجريد، أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين، ويجب أن تكفي هذه الأخيرة للوفاء بالدين كله، ويترتب على ذلك إذا كان المدين قد أشهر إفلاسه أو إعساره أو صار في حالة إفلاس أو إعسار ظاهر، فإنه تنتفي الحكمة من الدفع بالتجريد<sup>3</sup>. ويشترط في الأموال التي يرشد الكفيل الدائن عنها أن تكون مملوكة للمدين، وأن تكون موجودة في الجزائر حتى يسهل التنفيذ عليها، وأن تكون قابلة للحجز عليها، ذلك لأن الغاية من الإرشاد إلى هذه الأموال التنفيذ عليها بهدف استيفاء الدين، فإذا كانت الأموال مما لا يجوز الحجز عليها فلا يعتد بها، ويشترط أيضا في تلك الأموال أن تكون غير متنازع فيها، لأن التنفيذ عليها يستدعي أولا الفصل في النزاع القائم بشأنها، وقد ينتهي إلى ثبوت ملكية تلك الأموال لغير المدين، ويشترط أن تكون هذه الأموال كافية للوفاء بحق الدائن، وهذا الشرط تضمنه نص الفقرة الأولى من المادة 661 مدني جزائري، فإذا كانت الأموال تكفي لسداد جزء من الدين، فلا يجوز للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 342.

<sup>2</sup> — الخطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (ت: 954هـ)، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص: 111.

<sup>3</sup> — \* تناغور: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 70.

\* سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 64.

<sup>4</sup> — \* السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 89.

\* حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 128، 129.

في الفقه الإسلامي، يشترط المالكية للدفع بالتجريد أن يكون المكفول عنه موسرا وحاضرا، فلكي يستطيع الكفيل أن يدفع في مواجهة المكفول له بالتنفيذ على أموال المكفول عنه أولا أن يكون المكفول عنه موسرا، فقد جاء في بلغة السالك: (وإذا طلب صاحب الدين الحميل بدينه والغريم حاضر فقال له الحميل: شأنك بغريمك فهو مليء بدينك، وقال صاحب الدين: الغريم معدم وما أجد له مالا، فالذي عليه العمل - وقاله سحنون<sup>1</sup> في العتبية - أن الحميل يغرم إلا أن يثبت يسر الغريم وملاءه فيراً<sup>2</sup>،

وجاء في شرح الخرشي على مختصر خليل: (ولا يطالب إن حضر الغريم موسرا؛ يعني أن الضامن لا مطالبة لصاحب الحق عليه حيث كان الغريم وهو المضمون حاضرا موسرا يتيسر الأخذ منه؛ لأن الضامن إنما أخذ توثقة فأشبهه الوهن فكما لا سبيل إلى الرهن إلا عند عدم الوهن كذلك لا سبيل إلى الكفيل إلا عند عدم المضمون على المشهور)<sup>3</sup>.

وفي هذا يتفق القانون المدني مع المالكية، إلا أن القانون يوجب على الكفيل أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال المدين تفي بالدين كله.

أما المالكية فلا يشترطون ذلك على الكفيل، وإنما يجب على المكفول له إذا أراد أن يأخذ حقه من الكفيل أن يثبت أن المكفول عنه معسرا<sup>4</sup>.

#### رابعا: آثار الدفع بالتجريد

إذا توافرت الشروط السابقة في الدفع بالتجريد، وقبلته المحكمة، فإنه يترتب على ذلك أن تتوقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، ثم يجب على الدائن أن يتخذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي دله الكفيل عليها، فإذا لم يتخذ هذه الإجراءات في الوقت المناسب كان مسؤولا عن

<sup>1</sup> - سحنون: أبو سعيد عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي، أصله شامي من حمص، ولد سنة ستين ومائة للهجرة. ويقال إحدى وستين. وقدم أبوه سعيد في جند حمص إلى بلاد المغرب فأقام بها، أخذ العلم بالقيروان، ورحل في طلب العلم، كان ثقة حافظا للعلم فقيه البدن. اجتمعت فيه خلال قلما اجتمعت في غيره. الفقه البارع والورع الصادق، والصرامة في الحق، والزهادة في الدنيا، والتخشن في الملبس، والمطعم، والسماحة. انتشرت إمامته في المشرق والمغرب. وسلم له الإمامة أهل عصره، صنف المدونة، توفي في رجب، سنة أربعين ومائتين للهجرة عن ثمانين سنة. (عياض: أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (ت: 544هـ)، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، المحقق: عبد القادر الصحرابي، مطبعة فضالة - المحمدية - المغرب، الطبعة الأولى، (د،ت)، الجزء الرابع، ص: 86).

<sup>2</sup> - الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، المالكي (ت: 1241هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 439.

<sup>3</sup> - الخرشي: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 28.

<sup>4</sup> - الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 338.

إعسار المدين الذي يترتب على ذلك، فإذا نفذ على المدين وحصل على حقه كاملاً فقد برئت ذمة الكفيل، وأما إذا حصل على بعض حقه فإنه يرجع بالباقي على الكفيل. إذن يترتب على التمسك بالدفع بالتجريد من جانب الكفيل الآثار التالية:

## 1 – وقف إجراءات التنفيذ على أموال المدين

فبمجرد الدفع بالتجريد وحتى قبل الفصل في قبوله من عدمه، ينتج الدفع أثره القانوني في وقف كل إجراء تنفيذي من الدائن على أموال الكفيل، مثال ذلك: يلغى حجز ما للكفيل لدى الغير، ولكن هذا لا يوقف حق الدائن في اتخاذ كل إجراء تحفظي غير تنفيذي حيال أموال الكفيل، مثال ذلك: توقيع الحجز التحفظي على أموال الكفيل، فإذا رفض استمر الدائن في إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، أما إذا قبل فإنه يمتنع استمرار الدائن في إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، وقد نصت على ذلك صراحة المادة 2/660 مدي جزائري بقولها: (ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرى المدين من أمواله).

## 2 – إلزام الدائن بالتنفيذ على الأموال التي أرشد عنها الكفيل

إذ يجب على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة المدين، وإلا كان مسؤولاً عن تقصيره في القيام بهذه الإجراءات، لا سيما إذا ترتب على ذلك إعسار المدين، ويجب على الدائن أن يبذل في اتخاذ هذه الإجراءات عناية الشخص المعتاد، فلا يتقاعس حتى يقوم المدين بتبديد الأموال أو تهريبها، ويقع عبء إثبات تقصير الدائن على الكفيل وفقاً للقواعد العامة<sup>2</sup>. وقد نص التقنين المدني الجزائري على ذلك صراحة في المادة 662 بقولها: (يكون الدائن في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين، مسؤولاً تجاه الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب عن عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب).

أما إذا اتخذ الدائن في الوقت المناسب إجراءات التنفيذ على أموال المدين التي دل عليها الكفيل، فالغالب أن يحصل من هذا التنفيذ على حقه كاملاً، وإذا لم يحصل الدائن إلا على بعض حقه بسبب انخفاض قيمة هذه الأموال، أو مزاحمة دائنين آخرين للدائن في التنفيذ على هذه الأموال، فإن ذمة الكفيل لا تبرأ إلا بمقدار ما حصل الدائن عليه من حقه نتيجة التنفيذ على هذه الأموال،

<sup>1</sup> – \* بهجت: أحمد عبد التواب محمد، المرجع السابق، ص: 646.

\* الشهاوي: قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 137.

<sup>2</sup> – حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 122، 123.



ويرجع الدائن بالباقي من حقه على الكفيل، وعلى الدائن أن يثبت أنه نفذ على جميع الأموال التي دل عليها الكفيل، وأنه لم يحصل على حقه كاملاً<sup>1</sup>.

في الفقه الإسلامي، إن كان للمكفول عنه مال ظاهر؛ أي لا يبعد على المكفول له إثباته والنظر فيه، ويستطيع أن يستوفي المكفول له حقه منه بلا مشقة، فيجب على المكفول له حينئذ أن يقوم بالتنفيذ على أموال المكفول عنه، فإن حصل على حقه كاملاً انتهت الكفالة، وإلا رجع بما تبقى له على أموال الكفيل، فإن أخذ المكفول له الكفيل أولاً بحقه كان للكفيل أن يدفع في مواجهته بتجريد المكفول عنه من أمواله أولاً<sup>2</sup>.

### خامساً: صورة خاصة من الدفع بالتجريد

بعد أن عرض التقنين المدني الجزائري الدفع بالتجريد بوجه عام في المواد من 660 إلى 662، نص في المادة 663 على حالة خاصة للدفع بالتجريد، بقولها: ( إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين).

فهذا النص المقرر لهذه الصورة الخاصة من الدفع بالتجريد، يفترض أن هناك تأميناً عينياً مقدماً من المدين، وفقاً للرأي السائد، وقد خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين، ثم تعاصرت معه أو جاءت بعده كفالة، ولم يكن الكفيل متضامناً، في هذه الحالة أجاز المشرع للكفيل أن يطلب التنفيذ على الأموال المثقلة بهذا التأمين قبل التنفيذ على أمواله<sup>3</sup>.

### 1 — شروط هذا الدفع

ويلزم لتطبيق هذا النص، توافر الشروط التالية:

#### أ — ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين

وهذا الشرط من الشروط المقررة في الصورة العامة للدفع بالتجريد، فالمدين المتضامن ليس مديناً احتياطياً وإن كان مديناً تابعاً، ويشترط كذلك ألا يكون الكفيل قد تنازل عن الحق في التمسك بضرورة البدء في التنفيذ على المال المثقل بالتأمين العيني. فهذا الحق ليس من النظام العام ويجوز

<sup>1</sup> — فايز: أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 71، 72.

<sup>2</sup> — مالك: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ)، المدونة (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 99، 100.

<sup>3</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 68.

التنازل عنه عند انعقاد الكفالة أو بعدها، ويجوز أن يكون التنازل صريحا أو ضمنيا، وإذا تنازل الكفيل عن التمسك بهذا الدفع فإنه يكون قد خطا خطوة نحو الكفالة التضامنية وإن لم يصبح كذلك فعلا<sup>1</sup>.

#### ب — يجب أن يكون هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين

فلا بد من وجود تأمين عيني، سواء أكان اتفاقيا كالرهن الرسمي، أو قانونيا كحق الامتياز، وسواء أكان واردا على منقول أو عقار، أو أن تكون قيمته كافية للوفاء بالدين بأكمله أو غير كافية، ويجب أن يكون هذا التأمين قد خصص لضمان الدين المكفول<sup>2</sup>.

#### ج — يجب أن يكون هذا التأمين واردا على مال مملوك للمدين

وهذا هو المجمع عليه من أغلب شراح الفقه رغم عدم وروده في النص، ويستندون في ذلك إلى أن هذا الحكم ما هو إلا صورة خاصة من صور تجريد المدين من أمواله، إذ أنه ورد عقب نصوص تنظيم الدفع بالتجريد<sup>3</sup>.

#### د — أن تكون الكفالة قد قدمت مع التأمين العيني أو بعده

وهذا ما نصت عليه المادة 663 مدني جزائري، ولا يصح أن يكون التأمين العيني متأخرا عنها، والحكمة من ذلك أن الكفيل إذا تقدم للضمان مع وجود تأمين عيني سواء كان هذا التأمين سابقا أو معاصرا لوجود الكفالة، فإنه يعتمد في الوفاء بالدين على هذا التأمين، أما إذا كان التأمين العيني قد خصص للوفاء بالالتزام المكفول بعد الكفالة فإن الكفيل لا يكون قد اعتمد عليه، ومن ثم فلا محل لالتزام الدائن بتجريد المدين من التأمين العيني<sup>4</sup>. إلا إذا كان المال محل الحق العيني كافيا للوفاء بالدين كله، حيث يلتزم الدائن بتجريد المدين من هذا المال<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 76، 77.

<sup>2</sup> — \* مرقس: سليمان، عقد الكفالة (مرجع سابق)، ص: 133.

\* حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 134.

<sup>3</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 93.

<sup>4</sup> — سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 399.

<sup>5</sup> — المادة 2/660 مدني جزائري.

## هـ — يجب أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع

فكما سبق الذكر، أن كل دفع للكفيل هو مقر لمصلحته الخاصة فهو لا يتعلق بالنظام العام، ومن الجائز أن ينزل عنه فيكون منطقيا اشتراط التمسك به، وكذلك ألا يكون الكفيل قد سبق له النزول عنه<sup>1</sup>.

هذه هي الشروط التي يجب توافرها لكي يستطيع الكفيل أن يلزم الدائن بالبدء بالتنفيذ على الأموال المثقلة بتأمين عيني سابق أو معاصر لقيام الكفالة.

## 2 — آثار قبول هذا الدفع

إذا توافرت هذه الشروط وقبل الدفع، ترتبت على ذلك آثار، هي نفسها التي تترتب على قبول الدفع بالتجريد بوجه عام؛ أي يترتب على التمسك بهذه الصورة الخاصة:

أ — وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل وإلغاء ما تم منها.

ب — وجوب التنفيذ على التأمين العيني أولا قبل التنفيذ على أموال الكفيل<sup>2</sup>.

## الفرع الرابع: التزامات الدائن بعد استيفائه حقه من الكفيل

إذا رجع الدائن على الكفيل، ووفى هذا الأخير بالدين له، فإنه يترتب على ذلك أن الدائن يلتزم في مواجهة الكفيل بتسليم المستندات اللازمة لمباشرة حقه في الرجوع على المدين، وكذلك يلتزم بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل.

## أولاً: الالتزام بتسليم المستندات

نصت المادة 1/659 مدي جزائري، المقابلة للمادة 1/787 مدي مصري على ما يأتي: (يلتزم

الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع).

ويعتبر هذا الحكم نتيجة طبيعية لاعتبار التزام الكفيل التزاما تابعا يخوله إذا ما أوفى به أن يرجع على المدين بما وفاه، فإن حق الكفيل في الرجوع على المدين يوجب على الدائن أن يمكنه من المستندات اللازمة لاستعمال هذا الحق. ومن أهم هذه المستندات: مستندات الدين المكفول، ومخالصة من الدائن بأنه استوفى الدين من الكفيل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — بهجت: أحمد عبد التواب محمد، المرجع السابق، ص: 652.

<sup>2</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 71.

<sup>3</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، الجزء العاشر، ص: 135.

وينشأ التزام الدائن بتسليم المستندات بحكم القانون بمجرد استيفاء حقه من الكفيل، بل بمجرد إبداء استعداده للوفاء، فإذا امتنع الدائن من تسليم المستندات جاز للكفيل أن يمتنع عن الوفاء، وله أيضاً أن يلجأ إلى الإيداع القضائي، حيث يستطيع الكفيل أن يحصل على شهادة بذلك تغنيه عن مستندات الدين وعن المخالصة، فيتمكن من الرجوع على المدين<sup>1</sup>.

### ثانياً: الالتزام بنقل التأمينات

تنص المادة 2/659 مديني جزائري على أنه: (إذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس، وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل).

وتنص الفقرة الثالثة من ذات المادة على أنه: (أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقاري، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين).

يتضح من هاتين الفقرتين أنه يفرق بين ما إذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس، أو كان مضموناً بتأمين عقاري

**1 — إذا كان الدين مضموناً بمنقول:** إذا كان هذا المنقول في يد الدائن، كأن يكون في يده منقول مرهون رهناً حيازياً ضماناً للدين، أو ما هو في حكم التأمين كأن يكون في يد الدائن منقول محبوس في الدين، وجب على الدائن في هذه الحالة أن يسلم للكفيل هذا المنقول، وذلك حتى يحل الكفيل محل الدائن في حق رهن الحيازة أو في حق الحبس، فيحبسه في يده ضماناً لحقه في الرجوع على المدين<sup>2</sup>.

**2 — إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقاري:** بأن كان هناك عقار مرهون رهناً رسمياً أو حيازياً أو مأخوذاً عليه حق اختصاص، أو وقع عليه حق امتياز ضماناً للدين، ففي هذه الحالة يجب على الدائن القيام بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين كالتأشير بذلك على هامش قيد الرهن مع تسليم عقد الرهن، ويتحمل الكفيل المصروفات اللازمة لنقل المال محل التأمين إليه، على أن يرجع بهذه

<sup>1</sup> — مرقس: سليمان، عقد الكفالة (مرجع سابق)، ص: 81.

<sup>2</sup> — \* الشهاوي: قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 145.

\* سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 343.

المصروفات على المدين، وللكفيل أن يمتنع عن الوفاء بالدين حتى يجبر الدائن على القيام بالتزامه تجاهه<sup>1</sup>.

### موقف الفقه الإسلامي من التزامات الدائن بعد استيفائه حقه من الكفيل

إن الفقه الإسلامي يقر كافة الأحكام المنصوص عليها في المادة 659 من التقنين المدني الجزائري بفقراتها الثلاث، حيث يجب على الدائن أن يسلم الكفيل عند وفائه للدين جميع المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع على المدين، وذلك تطبيقاً لقاعدة قررها علماء الأصول، وهي: (أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)<sup>2</sup>. والواجب هنا هو حصول الكفيل على حقه من المدين حين يوفي بالدين إلى الدائن.

وإذا كان الدين موثقاً بتوثيق عيني آخر كالرهن، فإنه يجب على الدائن التخلي عنه للكفيل إن كان منقولاً، أو نقل حقوقه له إن كان عقاراً، على أن يتحمل الكفيل نفقات هذا النقل، ويرجع بها على المدين، وهذا ما تقتضيه العدالة والمصلحة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 138.

<sup>2</sup> — الزحيلي: محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر - دمشق - سوريا، الطبعة الأولى، (1427هـ)، الجزء الثاني، ص: 891.

<sup>3</sup> — عبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 342.

## المبحث الثاني العلاقة بين الكفيل والمدين

إذا قام الكفيل بالوفاء بالدين، وكان سببا في تبرئة ذمة المدين، فإنه يكون قد أوفى بدين غيره، ولو أنه في الوقت نفسه يكون قد نفذ التزامه الناشئ عن عقد الكفالة، وقد أعطى القانون الكفيل التمسك بكافة الدفع التي يتمسك بها المدين في مواجهة الدائن، وفي الفقه الإسلامي إذا أدى الكفيل الدين عن المدين بأمره فإنه يملك الرجوع على المدين بشروط أوردها الفقهاء.

وسأتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول : حالات رجوع الكفيل على المدين في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثاني : رجوع الكفيل على المدين.
- المطلب الثالث: رجوع الكفيل عند تعدد المدنين.

## المطلب الأول: حالات رجوع الكفيل على المدين في الفقه الإسلامي

الكفيل أدى الدين، وقام بسداده بالفعل عن الأصيل، هل يحق له بعد ذلك أن يرجع على الأصيل ويطالبه بالدين أم ليس له الرجوع؟

الاتفاق قائم بين الفقهاء على أن من تكفل بدين غيره بنية التبرع، لم يكن له حق الرجوع عليه، لأنه تطوع بذلك. الجميع متفق على أن قضاء علي وأبو قتادة (رضي الله عنهما) لدين الميت كان تبرعا منهما، لا خلاف بين فقهاء المذاهب على أن المتبرع بشيء لا يجوز له الرجوع فيه<sup>1</sup>.

يتجلى موطن النزاع بين الفقهاء في الكفيل الذي تكفل بدين ولو بدون إذن المدين، ولكنه ينوي الرجوع عليه بما تكفل به، هل يحق له الرجوع أم لا؟

بمعنى أن الكفيل إذا أدى الدين عن المكفول عنه فحاله لا يخلو من أربعة فروض.

الفرض الأول: أن تكون الكفالة ويكون الأداء بإذن المدين.

الفرض الثاني: أن تكون الكفالة ويكون الأداء بدون إذن المدين.

الفرض الثالث: أن تكون الكفالة بإذن المدين، والأداء بدون إذنه.

الفرض الرابع: أن تكون الكفالة بغير إذن المدين، ويكون الأداء بإذنه<sup>2</sup>.

### الفرع الأول: أن تكون الكفالة ويكون الأداء بإذن المدين

اختلف الفقهاء فيما إذا أقدم الكفيل على الكفالة بناء على أمر المدين وإذنه له في كفالة دينه وذلك على رأيين:

### الرأي الأول: مذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة)

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الضامن يرجع على المضمون عنه، إذا قال له اضمن عني، أو أدي عني، ومعنى ذلك: أن جمهور الفقهاء قد أجازوا للكفيل الحق في الرجوع على المدين، إذا كانت الكفالة والأداء بإذنه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — ابن المهام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري (ت: 681 هـ)، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 215، 216.

<sup>2</sup> — المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: 885 هـ)، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص: 404.

<sup>3</sup> \* الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 11.

\* الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230 هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 335.

\* الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404 هـ)، نهاية المحتاج (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 446.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620 هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 410.

أدلتهم من المعقول: استدل جمهور الفقهاء على جواز رجوع الكفيل على الأصيل بما أدى، من المعقول.

**1 —** الكفيل شغل ذمته وصرف ماله على الغير، وألحق الضرر بنفسه بناء على إذن الأصيل، فليس من العدل في شيء أن نقول بعدم جواز رجوعه، فمجرد الإذن من الأصيل سبب رئيسي في أحقية رجوع الكفيل على الأصيل دون توقف على شيء آخر<sup>1</sup>.

**2 —** إذن الأصيل للكفيل في الكفالة، وأداء الدين بمثابة طلب القرض من الكفيل، فالكفيل مقرض ونائب عن الأصيل في أداء الدين إلى الطالب، والمقرض يرجع على المستقرض بما أدى عنه<sup>2</sup>.

**3 —** أداء المال للمكفول له بمثابة تملك الدين الذي كان في ذمة الأصيل، وموجب الرجوع هو الأداء والتملك، وقد وجد الموجب فجاز الرجوع<sup>3</sup>.

### الرأي الثاني: مذهب الظاهرية

خالف الظاهرية جمهور الفقهاء، وقالوا لا يجوز للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء إذا كان حيا، ولا يجوز له الرجوع على ورثته إذا كان ميتا، وقد استثنوا من ذلك حالة واحدة وهي: أن يقول الأصيل للكفيل اضمن عني ما لهذا علي، فإذا أدت عني فهو دين لك علي. في هذه الحالة يرجع الكفيل على الأصيل بما أدى؛ لأن الكفيل هنا بمثابة المقرض، والمقرض يرجع على المستقرض بما أعطاه من دين، وتكون الكفالة هنا قرض صحيح<sup>4</sup>.

**الرأي الرابع:** يتبين بعد عرض هذين الرأيين أن رأي الجمهور هو الرأي الرابع، وذلك أن الكفيل يحق له الرجوع على المدين، فمجرد الإذن في الكفالة والأداء سببا كافيا في أحقية الرجوع، هذا بالإضافة إلى القول بعدم جواز الرجوع على المدين يؤدي إلى اتساع المجال أمام كل مدين وهروبه من دفع ما عليه؛ لأنه يعلم أن هناك ذمة أخرى مشغولة بأداء الدين ولا تطالبه بشيء، وهذا ظلم كبير يقع على الكفيل. والله تعالى يقول: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404هـ)، نهاية المحتاج (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 460.

<sup>2</sup> — الرحيلي: وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته (مرجع سابق)، الجزء السادس، ص: 31.

<sup>3</sup> — الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 15.

<sup>4</sup> — ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 396.

<sup>5</sup> — سورة النساء، الآية رقم: 29.



## الفرع الثاني: أن تكون الكفالة ويكون الأداء بدون إذن المدين

إذا تكفل الكفيل بالدين بدون إذن المدين، وأدى الدين للمكفول له بغير إذنه، هل يحق للكفيل الرجوع على الأصيل؟ للفقهاء في هذا الفرض رأيان:

### الرأي الأول: مذهب المالكية والحنابلة

للكفيل الرجوع على الأصيل بما أدى طالما كان في نيته الرجوع، حتى ولو تكفل بالدين وأداه بدون إذن المدين<sup>1</sup>.

وقد استدلوا على ذلك بالمعقول: فالكفيل الذي يقضي الدين يبرأ المدين من دين واجب في ذمته، وقد أبرأ الكفيل ذمة المدين بهذا الأداء، لذلك يحق له الرجوع عليه<sup>2</sup>.

### الرأي الثاني: مذهب الحنفية والشافعية والظاهرية

يرون أنه لا رجوع للكفيل على الأصيل طالما أن الكفيل أقدم على الكفالة بدون إذن المكفول عنه وأدى الدين بدون إذنه<sup>3</sup>.

أدلتهم: استدل أصحاب هذا الرأي على صحة ما ذهبوا إليه، بالسنة والمعقول.

**1 — من السنة:** ما رواه سلمة بن الأكوع (رضي الله عنه) قال: كنا جلوسا عند النبي ﷺ، إذ أتى بجنابة، فقالوا: صل عليها، فقال: (هل عليه دين؟)، قالوا: لا، قال: (فهل ترك شيئاً؟)، قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتى بجنابة أخرى، فقالوا: يا رسول الله، صل عليها، قال: (هل عليه دين؟) قيل: نعم، قال: (فهل ترك شيئاً؟)، قالوا: ثلاثة دنانير، فصلى عليها، ثم أتى بالثالثة، فقالوا: صل عليها، قال: (هل ترك شيئاً؟)، قالوا: لا، قال: (فهل عليه دين؟)، قالوا: ثلاثة دنانير، قال: (صلوا على صاحبكم)، قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلي دينه، فصلى عليه<sup>4</sup>.

**وجه الدلالة:** الرسول ﷺ لم يصل على الميت إلا بعد أن تكفل أبو قتادة بدينه، وهذا معناه أن ذمة الميت أصبحت فارغة وبريئة من الدين، وإلا لما صلى عليه الرسول ﷺ.

<sup>1</sup> — \* المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم، أبو عبد الله المالكي (ت: 897 هـ)، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 39.

\* البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 371.

<sup>2</sup> — ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620 هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 411.

<sup>3</sup> — \* الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي (ت 743 هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 155.

\* الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 217.

\* ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 396.

<sup>4</sup> — سبق ترجمته، ص: 52.

## 2 – المعقول

أ : لو كان أبو قتادة أو علي (في بعض الروايات) يستحقان الرجوع على الميت لصار الدين لهما، ولكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين الأصيل.

ب : الكفيل الذي أقدم على الكفالة والأداء تبرعا وبدون إذن الأصيل لا ينوي الرجوع على المكفول عنه، وطالما الأمر هكذا ينبغي ألا يكون هناك خلاف أصلا قياسا على إنسان أطعم ابن آخر بدون إذنه لم يكن له الرجوع على أبيه بما أطعمه<sup>1</sup>.

**الرأي الرابع:** عند النظر إلى هذين الرأيين نجد أن ما ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية من عدم جواز رجوع الكفيل على المدين إذا أقدم على الكفالة بدون إذن المدين، وذلك لأن عقد الكفالة عقد تبرع خاصة إذا أقدم عليها الكفيل دون إذن المدين.

**الفرع الثالث:** أن تكون الكفالة بإذن المكفول عنه والأداء بدون إذنه

اختلف الفقهاء فيمن تكفل بدين شخص بأمره وقضاه عنه بدون إذنه على ثلاثة آراء:  
**الرأي الأول:** ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة وهو المذهب عند الشافعية، إلى أن الكفيل له حق الرجوع على المكفول عنه<sup>2</sup>.

**الرأي الثاني:** ذهب الظاهرية والشافعية في قول إلى أن الكفيل ليس له حق الرجوع على المكفول عنه؛ لأن الكفيل أسقط حقه في الرجوع وذلك بأدائه الدين بدون إذن المدين، فيكون في هذه الحالة متبرعا بالأداء، كما هو الحال فيمن تكفل وأدى بدون إذن المكفول عنه، لذا فليس له الحق في الرجوع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 411.

<sup>2</sup> — \* الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي (ت 743 هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 155.

\* المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم، أبو عبد الله المالكي (ت: 897 هـ)، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 39.

\* المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: 885هـ)، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص: 404.

\* السنكي: زكريا بن محمد بن أحمد، زين الدين أبو يحيى (ت: 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي،

(د،ط)، (د،ت)، الجزء الثاني، ص: 248.

<sup>3</sup> — \* ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 396.

\* النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، (مرجع سابق)،

الجزء الرابع عشرة، ص: 25.

الرأي الثالث: وهو لأبي إسحاق<sup>1</sup> من الشافعية، حيث فصل القول في هذه المسألة فقال: إن كان الضامن مضطرا إلى القضاء مثل أن طالبه المضمون له والمضمون عنه غائب أو حاضر معسر فقضى المضمون له رجع الضامن لأنه مضطر إلى القضاء. وإن كان غير مضطر إلى القضاء، مثل أن كان المضمون عنه حاضرا موسرا يمكنه أن يطالبه بتخليصه من الضمان، فقضى لم يرجع لأنه متطوع بالأداء<sup>2</sup>.

الرأي الرابع: بعد عرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة يتضح أن الرأي الأقرب إلى الصواب والأولى بالترجيح هو ما ذهب إليه ذهب جمهور الفقهاء أصحاب الرأي الأول، وذلك لأن إذن الأصيل للكفيل في الكفالة بمثابة إذن له في الأداء، وكذلك لا يعني توجه الحق من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل براءة ذمة الأصيل، بل تنشغل ذمة كل منهما بالحق، والحق لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، والمكفول عنه لم يؤد الدين ولم تبرأ منه ذمته، ومن ثم يظل الدين في ذمته ولم يبرأ منه إلا بأدائه للكفيل بعد رجوع هذا الأخير عليه. وكذلك عدم الرجوع تضييع للحقوق.

الفرع الرابع: أن تكون الكفالة بدون إذن المكفول عنه والأداء بإذنه إذا انعقدت الكفالة بدون إذن الأصيل ثم طلب من الكفيل أن يؤدي ما تكفل به، هل يكون الإذن في الأداء مبررا لرجوع الكفيل على الأصيل أم لا؟  
اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين.

الرأي الأول: وهو لفقهاء المالكية والحنابلة والشافعية في مقابل الأصح، وهو أن للكفيل حق الرجوع على المكفول عنه إذا قضى عنه دينه بإذنه حتى وإن تكفل بدون إذنه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — أبو إسحاق: إبراهيم بن محمد بن موسى بن هارون بن الفضل بن هارون، أبو إسحاق المطهري السروي، نسفا إلى سارنق بلدة من بلاد مازندران، والمطهري نسبة إلى مطهر قرنق من قرى سارنق له تصانيف كثيرة في المذهب والخلاف والأصول والفرائض، ولي قضاء سارية والتدريس والفتوى، توفي عن مائة في صفر سنة ثمان وخمسين وأربعمائة للهجرة. (السبكي: تاج الدين عبد الوهاب بن علي، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 263).

<sup>2</sup> — النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، (مرجع سابق)، الجزء الرابع عشرة، ص: 30، 31.

<sup>3</sup> — \* المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم، أبو عبد الله المالكي (ت: 897 هـ)، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 39.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 411.

\* الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404هـ)، نهاية المحتاج (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 462.

وقد استدلووا على ذلك بالمعقول: فرجوع الكفيل بما أذاه على الأصيل له مبرر وهو وجود الإذن في الأداء، فصار الأمر كما لو تكفل الكفيل بإذن المدين، حيث أن الكفيل أسقط الدين عن الأصيل بإذنه<sup>1</sup>.

**الرأي الثاني:** وهو للحنفية والظاهرية والشافعية في الأصح، حيث ذهبوا إلى القول بعدم جواز رجوع الكفيل على الأصيل حتى ولو كان الأداء بإذنه<sup>2</sup>.  
وقد استدلووا على ذلك من المعقول:

**1 –** الكفيل تكفل بدون إذن المكفول عنه فلم تثبت الكفالة لعدم توافر شرطها، حيث أنها عقد بين ثلاثة (كفيل ومكفول له ومكفول عنه) ولا بد من إذنه جميعاً، وليس للمكفول عنه هنا إذن في الكفالة، فانتفى الرجوع لعدم الإذن<sup>3</sup>.

**2 –** لا عبرة بإذن في مسبب لم يوجد سببه، حيث أن السبب في الأداء هو الإذن في الكفالة وقد فقد، فلا فائدة من الإذن في الأداء<sup>4</sup>.

**الرأي الراجح:** بعد النظر في هذين الرأيين، يتبين أن الرأي الأول بالترجيح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول، وذلك لأن مجرد الإذن في الأداء كاف في جواز الرجوع، حيث أن الكفيل أسقط الدين عن ذمة الأصيل بإذنه، ومن أذن في أداء دين انشغلت به ذمته يعلم تمام العلم بأنه مطالب بأدائه إلى الكفيل، ويكفيه أن هذا الكفيل كان سبباً في تبرئة ذمته فلم يرتكب شيئاً فيه ضرر له حتى نقول بأنه لا يحق له الرجوع عليه.

<sup>1</sup> – النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، (مرجع سابق)، الجزء الرابع عشرة، ص: 30.

<sup>2</sup> – \* ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري (ت: 681 هـ)، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 189.

\* ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 396.

\* القليوبي: أحمد سلامة، وعميرة: أحمد البرلسي، حاشيتنا قليوبي وعميرة (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 414.

<sup>3</sup> – الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 13.

<sup>4</sup> – الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 218.

## المطلب الثاني: رجوع الكفيل على المدين

إن الكفيل إذا وفي للدائن، فله الحق في الرجوع على المدين بما دفع، ففي القانون له الرجوع إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، وكذلك يمكن للكفيل الرجوع على المدين في الشريعة الإسلامية، وقد بين الفقهاء المسلمون كيفية الرجوع. فهل رجوع الكفيل على المدين في القانون يتفق وأحكام الفقه الإسلامي؟

### الفرع الأول: رجوع الكفيل على المدين في القانون

جاء في المادة 1/672 مدي جزائري: (يكون للكفيل الذي وفي الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه).

ورجوع الكفيل وفق نص هذه المادة ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة في المادة 259 مدي جزائري، والتي تقابلها المادة 324 مدي مصري. فإن لمن وفي دين غيره الرجوع على المدين الأصلي بقدر ما دفعه، ولكن إذا كان الوفاء قد تم رغم إرادة المدين، فلا يحق للموفى إلا الرجوع بأقل القيمتين، قيمة ما أوفى به، وقيمة ما عاد على المدين من فائدة نتيجة لهذا الوفاء الذي تم دون إرادته<sup>1</sup>.

ويجوز للكفيل الرجوع على المدين بدعوى شخصية ناشئة عن واقعة الوفاء ذاتها، كما يكون الرجوع عليه بدعوى الحلول.

### أولاً: الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)

وفقاً لنص المادة 1/672 مدي جزائري، فإن الكفيل إذا وفي الدين فإنه يستطيع أن يرجع عليه بما وفاه بموجب دعوى شخصية، سواء كانت هذه الكفالة قد عقدت بعلم المدين أو بغير علمه، ويستوي في ذلك الكفيل المتضامن وغير المتضامن، والكفيل المتبرع والمأجور، والكفيل الشخصي والعيني.

### 1 — الأساس القانوني الذي تقوم عليه الدعوى الشخصية

اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني الذي تستند إليه الدعوى إلى اتجاهين.

**الاتجاه الأول:** وهو من الفقه الفرنسي، حيث يذهب الفقهاء بوجه عام إلى أن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين ليست إلا دعوى الوكالة إذا عقدت الكفالة بعلم المدين ودون

<sup>1</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 97.

معارضته، وتكون الوكالة صريحة إذا رضي المدين بالكفالة رضاء صريحاً، وتكون الوكالة ضمنية إذا رضي المدين بالكفالة رضاء ضمناً؛ أي سكت ولم يعارض في الكفالة. أما إذا عقدت الكفالة بغير علم المدين، فإن الكفيل يكون فضولياً، ويرجع إذا وفي الدين بدعوى الفضالة على المدين<sup>1</sup>.

**الاتجاه الثاني:** وهو من الفقه المصري الحديث، حيث يذهب غالبية الفقه المصري إلى القول بأن الدعوى الشخصية التي يرجع بها الكفيل على المدين طبقاً للمادة 800 مدني مصري، والتي تقابلها المادة 672 مدني جزائي، ليست دعوى الوكالة أو دعوى الفضالة، بل هي دعوى أخرى مستقلة ومتميزة عن هاتين الدعويتين، والتي نص عليها القانون، ويسمونها بدعوى الكفالة<sup>2</sup>.

## 2 – شروط الرجوع بالدعوى الشخصية

يشترط لرجوع الكفيل على المدين بدعوى الكفالة شروط معينة، وهي:

### أ – إخطار المدين قبل الوفاء بالدين، وعدم معارضته لهذا الوفاء

يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع عليه، والحكمة واضحة حتى يتسنى للمدين الاعتراض على هذا الوفاء إذا كان ما يبرره، كأن يكون المدين قد وفى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطالان الدين أو انقضائه. فإذا لم يعارض المدين على الوفاء، بقي للكفيل حقه في الرجوع عليه، ولو كان المدين قد دفع الدين، أو كانت لديه أسباب تقضي ببطالانه أو بانقضائه<sup>3</sup>.

ويقع عبء إثبات الإخطار على الكفيل، وإثبات الاعتراض على المدين وفقاً للمبادئ العامة في الإثبات. هذا وليس للإخطار شكل خاص، فيجوز أن يكون بورقة رسمية، كإعلان على يد محضر، أو بورقة عرفية بكتاب مسجل أو غير مسجل، كما يصح أن يكون شفهيًا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> – \* عبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 350.

\* حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 140، 141.

<sup>2</sup> – \* سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 71.

\* تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 106.

<sup>3</sup> – المادة 670 مدني جزائي، والتي تقابلها المادة 798 مدني مصري.

<sup>4</sup> – \* سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 71.

\* عبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 356.

## ب — قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين

يجب على الكفيل حتى يرجع على المدين بالدعوى الشخصية أن يكون قد قام بوفاء الدين عن المدين، وليس من الضروري أن يفى الكفيل بالدين، بل يكفي أن ينقضي الدين بما يقوم مقام الوفاء، كالوفاء بمقابل، والتجديد والمقاصة، واتحاد الذمة<sup>1</sup>.

أما إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل، فإن الكفيل لا يكون قد وفى الدين أو قام بما يقوم مقام الوفاء، وعلى ذلك فإنه لا يستطيع الرجوع على المدين، كما يعتبر هذا الشرط متوافراً إذا وفى الكفيل جزءاً من الدين، وفي هذه الحالة فيرجع الكفيل بما وفى، ويرجع الدائن بما يتبقى له على المدين، إذ أن كلا من الكفيل والدائن يكونان في مركز واحد، وتقسم أموال المدين بينهما قسمة غرماء<sup>2</sup>.

## ج — وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله

يجب أن يكون وفاء الكفيل بالدين في الوقت الذي يحل فيه أجله، فإذا وفى الكفيل قبل حلول الأجل، فلا يحق له الرجوع على المدين إلا بعد حلوله، والمقصود بالأجل هو الأجل الأصلي الذي ضمن الكفيل الدين عند حلوله، فإذا امتد الأجل بسبب الاتفاق بين الدائن والمدين أو بقرار من المحكمة، يمنح المدين أجلاً آخر، فإن هذا الامتداد لا يحتج به في مواجهة الكفيل، ويمكنه الوفاء بالدين بمجرد حلول الأجل الأصلي، ثم الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، ولو قبل انتهاء الأجل الإضافي، أما إذا تنازل المدين عن الأجل الأصلي، فإنه يجوز للكفيل التمسك بهذا التنازل، وله إذا وفى الدين فوراً أن يرجع على المدين بالدعوى الشخصية<sup>3</sup>.

## د — أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين، ودون اعتراض منه

وهذا الشرط لا تستلزمه النصوص القانونية، ولكن الفقه القانوني يجمع على استلزامه، فيجب أن تكون الكفالة لمصلحة المدين، لأنها تحقق اطمئنان الدائن إلى المدين وثقته فيه، فيقبل على التعامل معه، ويجب ألا تكون الكفالة قد تمت مع اعتراض المدين، ذلك أن المفروض في الكفالة أن تكون

<sup>1</sup> — المادة 1/672 مدني جزائري.

<sup>2</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 101.

<sup>3</sup> — \* تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 107.

\* سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 83.

\* حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 143، 144.

\* عبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 355.

لمصلحة المدين، ووقوعها مع اعتراضه يفيد أن الكفالة لم تكن لمصلحته، فإذا لم تكن الكفالة لمصلحة المدين أو كانت قد تمت رغم معارضته، فإنه لا يحق للكفيل إن وفي الدائن أن يرجع بدعوى الكفالة. أما إذا توافر هذا الشرط فحق الكفيل مقرر في الرجوع وفقا لأحكامها، سواء كان متضامنا مع المدين أو غير متضامن، وسواء أكان كفيلا عينيا أم شخصيا<sup>1</sup>.

### 3 — محل المطالبة في الدعوى الشخصية (موضوعها ونطاقها)

تنص المادة 2/672 مدني جزائري على أنه: (ويرجع بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده).

ويخلص من هذا النص ، أن الكفيل يرجع على المدين في الدعوى الشخصية بما يلي:

أ — أصل الدين: ويتضمن أصل الدين كل ما دفعه الكفيل للدائن لإخلاء ذمة المدين، فيشمل ذلك مقدار الدين في أصله، وكذلك فوائد هذا الدين لو كان الدين ينتج فوائد اتفاقية أو قانونية، ما دامت هذه الفوائد تدخل ضمن الدين المكفول<sup>2</sup>.

ويشمل أصل الدين كذلك ما يضطر الكفيل إلى دفعه للدائن في نظير المصروفات التي تكبدها هذا الأخير في مواجهة المدين، كما يشمل - بوجه عام - كل ما وجب على الكفيل دفعه لإخلاء ذمة المدين. على أنه يلاحظ، أن الكفيل إذا وفي بأكثر من الدين الأصلي، فلا رجوع له على المدين بهذه الزيادة. ولذلك، إذا أدى الكفيل إلى الدائن عوضا عن الدين شيئا آخر، وذلك كأن يعطي للدائن سيارة معينة بدلا من محل الدين الأصلي الذي يتمثل في مبلغ نقدي مثلا، فإن الكفيل لا يرجع على المدين إلا بمقدار الدين الأصلي لا بما أداه فعلا على سبيل الوفاء الاعتيادي<sup>3</sup>.

### ب — المصروفات:

وهي كل المبالغ التي أنفقها الكفيل في تنفيذ عقد الكفالة، وتلك التي أنفقها الدائن في رجوعه على الكفيل واضطر الكفيل إلى ردها له، بالإضافة إلى ذلك ما يكون قد أنفق في الإرشاد على أموال المدين لتجريده ، ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل . لكن لا يرجع بهذه المصروفات على المدين إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذها

<sup>1</sup> — الموسى: محمد بن إبراهيم، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 453، 454.

<sup>2</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 103.

<sup>3</sup> — عبيد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 360.



ضده، لأن المدين متى أخطر بها قد يسارع إلى الوفاء بالتزامه، و يتجنب بذلك المصروفات التي يقوم بها الكفيل أو الدائن لو لم يخطر هذا ، وبالمقابل أن حق الكفيل في الرجوع يمتد حتى إلى مصروفات المطالبة الأولى بمصروفات التنبيه بالوفاء ومصروفات دفع الدعوى، إذ أنها مصروفات تنفق قبل أن يصل الكفيل إلى اتخاذ أي إجراء بالإخطار للمدين ولهذا يلتزم بها المدين لا الكفيل<sup>1</sup>. هذا و لقد أثير التساؤل عما إذا كان للكفيل مطالبة المدين بالتعويض إذا لحقه ضرر؟ وهنا نقول أن المادة 672 مدي جزائري لم تذكر شيئاً عن التعويض، وهذا على غرار المشرع المصري الذي نص بالمادة 800 من القانون المدني المصري على حق الكفيل بالرجوع بالتعويض لكنها حذفت أثناء المراجعة، أما المشرع الفرنسي بالمادة 2028 مدي فرنسي قد نصت صراحة على أن للكفيل العودة بالتعويض على المدين دون أن يشترط سوء نية المدين، هذا ولقد أجمع الفقه المصري على جواز رجوع الكفيل بالتعويض من المدين، وإن كان بعض الفقهاء يشترطون سوء النية، وأمام سكوت النص الجزائري نقول بضرورة العودة إلى القواعد العامة والتي تسمح بالمطالبة بالتعويض متى سبب فعل الغير ضرراً، و مثاله في هذا الموضوع، أن يضطر الكفيل إلى بيع ماله بثمن بخس حتى يفني للدائن أو أن يوقع الدائن حجراً على مال الكفيل و يبعه بثمن بخس<sup>2</sup>.

### ثانياً: دعوى الحلول

إلى جانب الدعوى الشخصية، للكفيل دعوى أخرى يمكنه الرجوع بها على المدين، هي دعوى الحلول، وقد نصت على هذه الدعوى المادة 671 من التقنين المدني الجزائري، بقولها: (إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين). وهذا النص في الواقع، يعتبر تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 261 مدي جزائري، والتي تنص على أنه: (إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية: إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين، أو ملزماً بوفائه عنه).

<sup>1</sup> — يحيى: عبد الودود، المرجع السابق، ص: 86.

<sup>2</sup> — \* السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 104، 105.

\* سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 87.

## 1 – الكفلاء الذين يحق لهم مباشرة دعوى الحلول

يستطيع أي كفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول، سواء عقدت الكفالة لمصلحة المدين وحده أو لمصلحة الدائن وحده، أو لمصلحة الاثنين معا، أو لمصلحة الدائن والكفيل. ويستوي أن تكون الكفالة حاصلة بعلم المدين أم بغير علمه، أو حتى رغم معارضته - على نقيض الدعوى الشخصية - وذلك لأن الحلول أثر للوفاء، ولا أهمية لنوع الرابطة التي تربط الكفيل بالمدين، ولا يهم كذلك أن يكون الكفيل مأجورا أو غير مأجور، متضامنا أو غير متضامن<sup>1</sup>.

## 2 – شروط الرجوع بدعوى الحلول

يشترط لممارسة دعوى الحلول ما يلي:

### أ – قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين

يجب للرجوع عن طريق دعوى الحلول أن يكون الكفيل قد وفى الدين، أيا كانت طريقة الوفاء (نقدا، أم مقاصة، أم وفاء بمقابل، أم تجديدا)، وسواء كانت الكفالة قد تمت بعلم المدين أم بدون علمه، أو حتى رغم معارضته، وفي هذا تختلف دعوى الحلول عن الدعوى الشخصية، والتي يجب فيها ألا تكون الكفالة قد تمت رغم معارضة المدين<sup>2</sup>.

أما إذا انقضى الدين بغير الوفاء كالإبراء أو استحالة التنفيذ أو التقادم، فلا يجوز له الرجوع على المدين؛ لأنه لم يدفع شيئا للدائن حتى يحل محله<sup>3</sup>.

### ب – وفاء الكفيل بالمدين عند حلول أجله

يجب على الكفيل أن يفى بالمدين عند حلول أجله، فإذا تعجل الكفيل وقام بالوفاء بغير رضا المدين قبل حلول الأجل، لم يكن له أن يرجع بدعوى الحلول إلا عند حلول الأجل الأصلي للمدين، وقد يعرض الكفيل حقه في الرجوع على المدين للضياع إذا كان الدين قد انقضى في المدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة، أو كانت لدى المدين دفوع تبرئ ذمته من المدين وقت الاستحقاق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> – عبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 366.

<sup>2</sup> – حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 148.

<sup>3</sup> – فايز: أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 78.

<sup>4</sup> – عبد الباقي: عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 171.

### ج – أن يكون الوفاء بكامل الدين

للرجوع بدعوى الحلول، يجب أن يكون الدائن قد استوفى كل حقه، وقد نصت على ذلك المادة 2/671 من التقنين المدني الجزائري، بقولها: (ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين).

وهذا الحكم تطبيق للقواعد العامة التي وردت في المادة 265 مدني جزائري، التي تنص على أنه: (إذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدما على من وفاه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك). وطبقا للعبارة الأخيرة من هذا النص، فإن الدائن يستطيع السماح للكفيل بالرجوع بدعوى الحلول قبل استيفاء كل حقه، إذ أن الغرض من منع الرجوع بهذه الدعوى، حماية مصلحة الدائن، ومن الطبيعي أن الدائن له حق التنازل عن الحماية المقررة له<sup>1</sup>.

وإذا وفى الكفيل جزءا من الدين، ووفى شخص آخر غير المدين الجزء الباقي، فإنهما يحلان محل الدائن، ويتقاسمان أموال المدين قسمة غرماء<sup>2</sup>.

### 3 – محل دعوى الحلول (موضوعها)

إن الكفيل الذي يحل محل الدائن في رجوعه على المدين، يكون له نفس الحق الذي كان للدائن بما له من خصائص وصفات، وما له من ضمانات، وما يلحقه من دفع، وذلك على النحو التالي: أ – للكفيل الرجوع على المدين بمقتضى الحلول بنفس الحق الذي كان للدائن، فللكفيل الرجوع على المدين بمقدار الدين الأصلي في حد ذاته ما دام قد وفى به كاملا، أما إذا وفى الكفيل وفاء جزئيا، فلا رجوع له على المدين بدعوى الحلول، بل ينتظر حتى يرجع الدائن على المدين ويستوفي كامل حقه<sup>3</sup>.

أما إذا لم يكن هذا الحق موجودا، بأن كان قد انقضى أو حكم بإبطاله، فإن الكفيل لا يستطيع الرجوع بدعوى الحلول، ولكنه يستطيع الرجوع بالدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة بالرغم

<sup>1</sup> – السعدي: محمد صري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 107.

<sup>2</sup> – المادة 2/265 مدني جزائري.

<sup>3</sup> – المادة 671 مدني جزائري.

من انقضاء حق الدائن، وذلك إذا أخطر المدين قبل الوفاء، ولم يعترض المدين على ذلك في الوقت المناسب<sup>1</sup>.

ب — للكفيل أن يرجع على المدين بحق الدائن بما له من خصائص، فإذا كان حق الدائن تجارياً، فإن الحق الذي يرجع به الكفيل يكون تجارياً، مع ما يترتب على هذه الصفة من آثار خصوصاً ما يتعلق منها بتحديد الاختصاص القضائي، وسعر الفائدة، والإثبات، أو غير ذلك من الآثار التي تترتب على اعتبار الدين تجارياً، أما إذا رجح الكفيل بالدعوى الشخصية فإنه يرجع بدين مدني<sup>2</sup>. كذلك إذا كان دين الدائن يتقدم بمدة تقادم معينة، فيبقى للدين هذه المدة، كما لو كان الدين المكفول أجرة مباني أو أرض زراعية يتقدم بخمس سنوات<sup>3</sup>.

وإذا كان الدين المكفول ثابتاً في سند تنفيذي ضد المدين، بأن كان الدائن قد حصل على حكم ضد المدين، أو كان الدين ثابتاً في سند رسمي (عقد رسمي)، فإن هذا السند ينتقل إلى الكفيل، وكذلك إذا كان الدائن قد سار في إجراءات التقاضي ضد المدين شوطاً بعيداً، فلا يحتاج الكفيل إلى تجديد هذه الإجراءات، بل يسير فيها من حيث وجدها<sup>4</sup>.

ج — للكفيل أن يرجع بحق الدائن بما لهذا الحق من توابع، فلو كان حق الدائن منتجاً فوائد بسعر معين، انتقل إلى الكفيل منتجاً للفوائد بهذا السعر، وإذا لم يكن الحق منتجاً لفوائد فلا يرجع الكفيل إلا بأصل الدين، وكذلك إذا كان الدين الأصلي مقيداً بشرط جزائي، فإن الكفيل يستفيد منه كما كان يستفيد منه الدائن<sup>5</sup>.

كما يدخل في توابع الدين الدعاوى التي كانت تحميه، كدعوى الفسخ، والدعوى البوليصة (كما يطلق على هذه الدعوى أيضاً اسم دعوى عدم نفاذ التصرفات، لأن الهدف منها هو عدم نفاذ التصرف الذي قام به المدين في مواجهة دائنه إذا توافرت شروط معينة)، والدعوى الصورية، والحق في الحبس، فهذه الدعاوى يستفيد منها الكفيل بمقتضى دعوى الحلول كما كان يستفيد منها الدائن<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> — يحيى: عبد الودود، المرجع السابق، ص: 89.

<sup>2</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 114.

<sup>3</sup> — المادة 309 مدني جزائري.

<sup>4</sup> — يحيى: عبد الودود، المرجع السابق، ص: 90.

<sup>5</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 110.

<sup>6</sup> — عبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 371.

د — للكفيل أن يرجع بحق الدائن بما يكفله من تأمينات، سواء كانت هذه التأمينات شخصية ككفالة أخرى، أو عينية كرهن رسمي أو حق اختصاص أو حق امتياز، أو قدمت من المدين أو من الكفيل العيني، وسواء قدمت قبل عقد الكفالة أو معه أو بعده، وسواء كان مصدرها الاتفاق أم القضاء أم القانون<sup>1</sup>.

هـ — للكفيل أن يحل محل الدائن في حقه بما يرد على هذا الحق من دفع، فيتمسك المدين في مواجهة الكفيل بما كان يستطيع التمسك به في مواجهة الدائن كالدفع ببطلان الالتزام المكفول، أو بقابليته للإبطال، أو الدفع بانقضائه بالوفاء، أو بالمقاصة أو بسبب آخر<sup>2</sup>.

### ثالثا: المقارنة بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول

يتبين لنا مما سبق، أن للكفيل إذا ما قام بالوفاء بالدين المكفول للدائن، أن يرجع على المدين الأصلي بإحدى دعويين: إما بالدعوى الشخصية، وإما بدعوى الحلول، ولكل من الدعويين خصائصها ومزاياها التي يمكن إجمالها في الآتي:

#### 1 — الكفلاء الذين لهم حق الرجوع

في الدعوى الشخصية، فإن الكفلاء الذين لهم الحق في الرجوع بهذه الدعوى هم الذين يلتزمون بالكفالة بعلم المدين دون أن يعارض فيها، أو بغير علمه، ويستوي أن تكون الكفالة قد تمت لمصلحة المدين أو لمصلحة الدائن والمدين معا<sup>3</sup>.

أما دعوى الحلول تثبت لكل كفيل قام بوفاء الدين، سواء كانت الكفالة معقودة لمصلحة الدائن أو المدين، وسواء عقدت بعلم المدين ورضاه، أو بغير علمه، أو بالرغم من معارضته<sup>4</sup>.

#### 2 — شروط كل من الدعويين

لا يشترط في الدعوى الشخصية، أن يحصل الدائن على جميع حقه كاملا؛ أي حتى لو أوفى الكفيل جزءا من الدين ورضي الدائن بذلك، فيجوز للكفيل الرجوع على المدين، وله في هذه الحالة أن

<sup>1</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 114.

<sup>2</sup> — يحيى: عبد الودود، المرجع السابق، ص: 90.

<sup>3</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 91.

<sup>4</sup> — سعد: نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية والعينية (مرجع سابق)، ص: 342.

يزاحم الدائن عند رجوعه على المدين بباقي الدين، ويقتسموا أموال المدين قسمة غرماء، كما يشترط فيها إخطار المدين قبل الوفاء<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لدعوى الحلول، فإن الكفيل لا يستطيع أن يرجع على المدين بهذه الدعوى إلا إذا استوفى الدائن حقه كاملاً، كما لا يلزم لمباشرتها أن يكون الكفيل قد أخطر المدين بعزمه على الوفاء، لأن عدم إخطار المدين لا يؤثر في حق الأخير في التمسك بالدفوع التي كان يجوز له التمسك بها قبل الدائن<sup>2</sup>.

### 3 – موضوع كل من الدعويين

في دعوى الحلول، يحل الكفيل محل الدائن فيما له من حقوق قبل المدين، وقد يضار من ذلك إذا كان هذا الدين يسقط بنوع قصير من التقادم، أو تكون المدة قد سرت في مواجهة الدائن بمدة طويلة، ولم يبق للكفيل إلا مدة قصيرة. أما بالنسبة للدعوى الشخصية، فالكفيل يرجع بأصل الدين والمصاريف والتعويض، ومدة التقادم لا تبدأ إلا من وقت وفاء الكفيل الدين للدائن<sup>3</sup>.

### 4 – فيما يتعلق بالتأمينات التي تضمن رجوع الكفيل

دعوى الحلول تجعل الكفيل يحل محل الدائن في حقه بما يكلفه من تأمينات ضامنة للوفاء بالدين، فالكفيل يستفيد من هذه التأمينات في رجوعه على المدين بهذه الدعوى. وهذه هي أكبر مزايا دعوى الحلول، الأمر الذي يدفع الكفيل إلى اختيار دعوى الحلول بدلاً من الدعوى الشخصية، بينما في الدعوى الشخصية، يرجع الكفيل بدعوى خاصة ومستقلة عن حق الدائن، فلا يستفيد من هذه التأمينات التي كانت للدائن<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> – أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 168.

<sup>2</sup> – \* عبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 375، 376.

\* عبد الباقي: عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 201.

<sup>3</sup> – سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 92.

<sup>4</sup> – \* عبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 375، 376.

\* عبد الباقي: عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 201.

## الفرع الثاني: رجوع الكفيل على المدين في الفقه الإسلامي

سبق وذكرنا الأحوال التي يرجع فيها الكفيل على الأصيل، والتي تتلخص فيما إذا كانت الكفالة والأداء بأمر المدين أم بدونه، أو كانت الكفالة بأمره دون الأداء أو العكس، ولكن بماذا يرجع الكفيل على المدين، هل يرجع بما تكفل به، أم يرجع بما أدى؟ وهل يختلف الحال بين ما إذا كان ما أداه من جنس الدين المكفول به أم لا؟

اختلف الفقهاء في كيفية رجوع الكفيل على المدين على رأيين:

### الرأي الأول

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية<sup>1</sup>، والحنابلة<sup>2</sup>، والشافعية في الأصح عندهم<sup>3</sup>، إلى أن الكفيل يرجع بما أدى لا بما كفل، إذا كان ما أداه للدائن من جنس الدين الذي تكفل به.

قال بن عرفة الدسوقي: ( لو كان الدين خمسة أثواب فأداها الضامن أثوابا، فيرجع بمثلها لا بقيمتها، فإن كان من غير جنسه فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المقوم كما لو كان الدين خمسة محاييب ودفع الضامن خمسة أثواب، فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة الثياب)<sup>4</sup>.

### استدلوا على ذلك بالمعقول

الكفيل كالمقرض، ومن أقرض شخصا مائة دينار يرجع عليه بالمائة، ولا يحق له الرجوع بأكثر منها، وإلا أوقع نفسه في قهمة الربا، كذلك الكفيل يرجع بما أدى إن كان من جنس الدين<sup>5</sup>. أما في حالة ما إذا كان ما أداه من غير جنس الدين رجوع بالأقل؛ لأن الزائد لم يكن واجبا، فهو متبرع بأدائه، هذا إذا كان الأقل هو الدين، أما إذا كان الأقل هو المقضي فيرجع بما غرم فقط؛ لأن هذا الشيء هو الذي بذله<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> — الخروشي: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 26.

<sup>2</sup> — المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (ت: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 204.

<sup>3</sup> — الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 462.

<sup>4</sup> — الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 335، 336.

<sup>5</sup> — الخروشي: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 26.

<sup>6</sup> — اليهودي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 372.

وعلى هذا فلو ضمن دراهم صحاحا، وأدى مكسرا رجع بالأقل الذي أداه، وإن ضمن مكسرا وأدى صحاحا، رجع بالمكسر؛ لأن هذا ما بذله فلا يحق له الزائد<sup>1</sup>.

### الرأي الثاني

وهو للحنفية<sup>2</sup>، وقد فرقوا بين ما إذا كان الأداء بأمر من المدين أم لا، فإن كان الأداء بدون أمره رجع الكفيل بما كفل (بالدين كله) لا بما أدى، وقد وافقهم الشافعية في مقابل الأصح<sup>3</sup>. قال الكاساني: (وأما بيان ما يرجع به الكفيل فنقول وبالله التوفيق: إن الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه، حتى لو كفل عن رجل بدراهم صحاح جياد، فأعطاه مكسرة أو زيوفا، وتجاوز به المطالبة يرجع عليه بالصحاح الجياد؛ لأنه بالأداء ملك ما في ذمة الأصيل، فيرجع بالمؤدى وهو الصحاح الجياد، وليس هذا كالمأمور بأداء الدين له أن يرجع بالمؤدى لا بالدين، لأنه بالأداء ما ملك الدين بل أقرض المؤدى من الأمر فيرجع عليه بما أقرضه)<sup>4</sup>.

### استدلوا على ذلك بالمعقول

أن الكفيل تملك الدين كله بالأداء، فيرجع بما كفل كالدائن نفسه، بمعنى أن أدائه الدين جعل الدين ملكا له، فصار كما لو مات الدائن والكفيل وارثه، فتنقل ملكية الدين للكفيل ويصير دائنا، وعليه يرجع بمجموع الدين كله<sup>5</sup>.

أما إذا كان الأداء بدون إذن المدين، يرجع الكفيل بما أداه فقط، ويكون بمنزلة المقرض للمدين، ولا يرجع المقرض على المقرض إلا بما أقرضه إياه<sup>6</sup>.

**الرأي الرابع:** بعد النظر في هذين الرأيين، يتبين أن الرأي الأول بالترجيح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول، حيث أن الكفيل يرجع على المدين بما أداه للدائن لا بما كفل، في حالة ما إذا كان المؤدى من جنس الدين المكفول، أما إذا لم يكن من جنس الدين رجع بأقل الأمرين (ما

<sup>1</sup> — الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 462.

<sup>2</sup> \* ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري (ت: 681 هـ)، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 189.

\* السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، المبسوط (مرجع سابق)، الجزء التاسع عشرة، ص: 178.

<sup>3</sup> — القليوبي: أحمد سلامة، وعميرة: أحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 414.

<sup>4</sup> — الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 15.

<sup>5</sup> — البغدادي: أبو محمد غانم بن محمد الحنفي (ت: 1030هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 273.

<sup>6</sup> — الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 15.



أدى أو ما كفل)، لأن خلاف ذلك يؤدي إلى الربا، والله تعالى يقول: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً﴾<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: الموازنة بين رجوع الكفيل على المدين في الفقه الإسلامي والقانون

بالموازنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي فيما يتعلق برجوع الكفيل على المدين يتضح ما يأتي:  
أولاً: تنص المادة 2/672 مديني جزائري على أنه: (ويرجع بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده). ويتضح من هذه الفقرة أنها تتفق مع القواعد المقررة في الفقه الإسلامي - على نحو ما رأينا عند عرضنا لأراء فقهاء الشريعة الإسلامية في كيفية رجوع الكفيل على المدين - فرجوع الكفيل بأصل الدين قاعدة مقررة في الفقه الإسلامي بدهاءة، أما رجوع الكفيل بما أنفقه من مصروفات وبالتعويض عما لحقه من ضرر، فإن هذه المبالغ تعتبر من توابع الدين، والقاعدة: أن التابع تابع<sup>2</sup>.

ثانياً: المادة 671 من التقنين المدني الجزائري، بقولها: (إذا وفي الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين). فحلول الكفيل محل الدائن يتم بحكم القانون<sup>3</sup>. ويتفق حكم هذه المادة مع أحكام الفقه الإسلامي والمتعلقة بحق الكفيل في الرجوع على المدين بأصل الدين الذي وفاه على النحو المتقدم بيانه.

<sup>1</sup> - سورة آل عمران، الآية رقم: 130.

<sup>2</sup> - مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الأول، المادة 47، ص: 21.

<sup>3</sup> - أبو السعود: رمضان، التأمينات الشخصية والعينية (مرجع سابق)، ص: 201.

### المطلب الثالث: رجوع الكفيل عند تعدد المدينين

إذا قام الكفيل بوفاء الدين، كان له أن يرجع على المدين إذا كان شخصا واحدا بدعوى الكفالة أو بدعوى الحلول، مطالبا إياه بكل ما قام بوفائه، ولكن قد يتعدد المدينون في الدين الواحد، فإما أن يكونوا متضامنين فيما بينهم، وإما أن يكونوا غير متضامنين، وفي كلتا الحالتين، إما أن يكون الكفيل قد كفلهم جميعا وإما أن يكون قد كفل بعضهم دون البعض الآخر، فماذا يرجع عليهم الكفيل؟

#### الفرع الأول: تعدد المدينين غير المتضامنين

قد يتعدد المدينون في الدين ولكنهم غير متضامنين، فإما أن يكون الكفيل قد كفلهم جميعا، وإما أن يكون قد كفل بعضهم فقط.

#### أولا: كفالة جميع المدينين غير المتضامنين

إذا كان المدينون غير متضامنين فيما بينهم، وكفلهم الكفيل جميعا، ووفى بالدين للدائن، فإنه في هذه الحالة يرجع على كل واحد منهم بقدر نصيبه، سواء رجع الكفيل بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية أو بدعوى الإثراء بلا سبب، وينقسم الدين في هذه الحالة بين المدينين<sup>1</sup>. لأنه في رجوعه بالدعوى الشخصية إنما يرجع أساسا بما وفاه من دين هذا المدين، ونظرا لأن هذا المدين غير متضامن مع غيره من المدينين، فإنه لا يكون مسؤولا إلا بقدر حصته فقط، وإذا رجع بدعوى الحلول، فإن حق الدائن قبل أي مدين غير متضامن لا يتخطى نصيب هذا المدين في الدين، ويسري نفس الحكم إذا رجع الكفيل بدعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة؛ لأن إثراء أي مدين غير متضامن لا يزيد عن قدر نصيبه في الدين<sup>2</sup>.

الفقه الإسلامي يتوافق وأحكام القانون المدني في هذه المسألة، فيجوز مطالبة أي من المدينين غير المتضامنين بمقدار حصة أي منهم بالدين وذلك قياسا على المادة 647 من المحلة التي تجيز للكفيل الرجوع على الكفلاء الآخرين بمقدار حصة كل منهم من الدين، إذا كانوا قد كفلوا معا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — زهران: هام محمد محمود، المرجع السابق، ص: 226، 227.

\* السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 112.

<sup>2</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 115، 116.

<sup>3</sup> — \* أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 168.

\* أفندي: علي حيدر خواجه أمين (ت: 1353هـ-)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 836.

## ثانيا: كفالة بعض المدينين غير المتضامنين

إذا كان المدينون غير متضامنين فيما بينهم، وكفل الكفيل بعضهم فقط، ففي هذه الحالة لا يرجع الكفيل إلا على المدينين الذين كفلهم ويقدر نصيبهم في الدين، وليس للكفيل الرجوع على غيرهم سواء بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول إذا دفع أكثر من نصيب المدينين الذي كفلهم مما أدى إلى براءة ذمة الكفلاء الذين لم يدفع لهم، فإنه يجوز له الرجوع على الذين لم يكفلهم بدعوى الإثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: تعدد المدينين المتضامنين

تنص المادة 673 من التقنين المدني الجزائري بقولها: (إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعا أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين). هذا النص يعرض للفرض الذي يكفل فيه الكفيل جميع المدينين المتضامنين، ومع ذلك فهناك فرض آخر لم يعرض له النص، وهو المتعلق بالكفيل الذي ضمن بعض المدينين المتضامنين دون البعض الآخر، وسوف نعرض لهذين الفرضين على الوجه الآتي:

## أولا: كفالة جميع المدينين المتضامنين

هذا الفرض هو الذي أورد حكمه نص المادة 673 مدني جزائري سالفه الذكر. إذا كان هناك مدينون متضامنون في دين واحد ضمنهم الكفيل جميعا ووفى عنهم بالدين للدائن، فإنه يرجع على أي من المدينين المتضامنين، إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول. فيجوز للكفيل أن يرجع بالدعوى الشخصية على أي من المدينين المتضامنين بكل الدين؛ أي بكل ما وفاه للدائن مع الفوائد القانونية والمصروفات والتعويض، ذلك لأن أي مدين متضامن مسؤول عن كل الدين بحكم التضامن فيما بين المدينين، وقد وفى الكفيل عنه كل الدين، فيرجع بكل الدين عليه، وللمدين الذي رجع عليه الكفيل بكل الدين أن يرجع على باقي المدينين المتضامنين معه كل بقدر حصته في الدين<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> — \* يحيى: عبد الودود، المرجع السابق، ص: 91.

\* أبو السعود: رمضان، التأمينات الشخصية والعينية (مرجع سابق)، ص: 207.

<sup>2</sup> — \* فايز: أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 90، 91.

\* حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 150.

وإذا أعسر أحد المدينين المتضامنين، تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذي وفي بالدين للكفيل وسائر المدينين الموسرين، كل بقدر حصته، وذلك كله إعمالاً للقواعد المقررة في التضامن<sup>1</sup>. وإن رجع الكفيل بدعوى الحلول، فإنه يرجع بنفس حق الدائن الذي وفاه حقه. ولما كان الدائن يرجع على أي من المدينين المتضامنين بكل الدين للتضامن القائم فيما بينهم، فإن الكفيل له أن يرجع أيضاً بدعوى الحلول على أي من المدينين المتضامنين بكل الدين، كما في الدعوى الشخصية<sup>2</sup>.

**الفقه الإسلامي:** تتفق الأحكام الواردة في المادة 673 من التقنين المدني الجزائري مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذا الصدد، حيث نصت المادة 646 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: (عليهما دين مشترك من جهة واحدة وقد كفل كل عن صاحبه يطالب كل منهما بمجموع الدين)<sup>3</sup>.

معنى ذلك: أنه يجوز للثنتين اللذين عليهما دين من جهة واحدة أو أكثر أن يكفل كل عن صاحبه؛ أي يكفل كل المطالبة التي تلزم ذمة الآخر، وعليه يطالب كل منهما بمجموع الدين، النصف بالأصالة والنصف بالكفالة. مثلاً لو كان اثنان عليهما دين مشترك، وكفل كل عن صاحبه بالمطالبة بالدين، طوّل كل منهما بمجموع الدين، نصفه أصالة والنصف الثاني بمقتضى الكفالة<sup>4</sup>.

#### ثانياً: كفالة بعض المدينين المتضامنين

الكفيل في هذا الفرض لم يضمن كل المدينين المتضامنين - كما هو الحال في الفرض السابق - بل ضمن بعضهم دون سائرهم، فإذا كان هناك مدينين متضامنين، وقد ضمن الكفيل الأول منهم دون أن يضمن الآخرين، ووفى الكفيل كل الدين للدائن، فإنه يرجع على المدين الذي ضمنه بكل الدين، سواء كان ذلك بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - الشهاوي: قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 191.

<sup>2</sup> - \* عبد الدايم: حسني محمود، المرجع السابق، ص: 375، 376.

\* عبد الباقي: عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 201.

<sup>3</sup> - مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 121.

<sup>4</sup> - أفندي: علي حيدر خواجه أمين (ت: 1353هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 796.

<sup>5</sup> - \* الشهاوي: قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 192.

\* حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 150.

أما المدينون الذين لم يكفلهم، فلا يستطيع أن يرجع عليهم بالدعوى الشخصية، لأن هذه الدعوى خاصة بالكفيل في حالة رجوعه على المدين الذي كفله، ولكن يجوز لهذا الكفيل أن يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب، فيرجع على المدين الذي لم يكفله بقدر استفادته من وفاء الكفيل بالمدين، وهذا المدين لم يستفد إلا بقدر حصته ونصيبه في حصة من يعسر من زملائه المتضامنين<sup>1</sup>، وله أن يرجع بدعوى الحلول على أي من المدينين المتضامنين بكل الدين، سواء ضمنهم كلهم أو ضمن بعضهم فقط<sup>2</sup>.

وقد يختار الكفيل أن يرجع بدعوى مدينه المتضامن الذي كفله ضد غيره من المدينين المتضامنين الآخرين وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة، وفي هذه الحالة أيضا يتقيد رجوعه بحقوق مدينه قبل الغير، وهذه الحقوق تتمثل في حصة هذا المدين من الدين ونصيبه في حصة المدين المعسر<sup>3</sup>.  
**الفقه الإسلامي:** إذا كفل بعض الشركاء البعض الآخر فقط، فالبعض الذي يكفل يطالب بمجموع الدين، ولا يطالب البعض الآخر بأكثر من حصته من الدين، كما لو لم يكن أحد من الشركاء كفيلا بدين عن الآخر يطالب كل بما عليه من الدين ولا يطالب بأكثر مما عليه، فمثلا: لو استقرض اثنان من أحد ألف قرش، يطالب كل منهما بخمسمائة قرش، كذلك لو باع أحد مالا من اثنين، طالب كل منهما بحصته من الدين على حده، ولا يطالب أحد المشتريين بدين لآخر ما لم يكن قد كفل به عنه<sup>4</sup>.

هكذا، تتلاقى أحكام القانون المدني مع ما يقرره الفقه الإسلامي في هذه المسألة.

<sup>1</sup> — عبد الباقي: عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 193.

<sup>2</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 118.

<sup>3</sup> — أبو السعود: رمضان، التأمينات الشخصية والعينية (مرجع سابق)، ص: 208.

<sup>4</sup> — أفندي: علي حيدر خواجه أمين (ت: 1353هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 797.

## المبحث الثالث

### العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء

من الثابت المعلوم أن الكفيل مطالب بالدين كله أمام الدائن، وحق الدائن يتوجه نحو كل من الكفيل والأصيل، هذا إذا كان الكفيل واحداً، فإذا ما قام الكفيل بالوفاء بالدين عن المدين، فإنه يكون له حق الرجوع على المدين بما وفاه للدائن، وقد يكون له أيضاً الرجوع على غيره من الكفلاء، إذا كفل الدين الواحد أكثر من كفيل.

وسأتناول هذا المبحث في مطلبين:

- المطلب الأول : علاقة الكفيل الشخصي بغيره من الكفلاء الشخصيين .
- المطلب الثاني : علاقة الكفيل الشخصي بالكفيل العيني وحائز العقار .

## المطلب الأول : علاقة الكفيل الشخصي بغيره من الكفلاء الشخصيين

للكفيل حق الرجوع على غيره من الكفلاء الشخصيين وذلك في حالة تعددهم، وتختلف أحكام هذا الرجوع عن رجوع الكفيل على المدين، خاصة من ناحية الدعوى التي يرجع بها على غيره من الكفلاء، فإنه لا يحق للكفيل أن يرجع على غيره من الكفلاء بالدعوى الشخصية، لأن هذه الدعوى مقررة للعلاقة فيما بين الكفيل والمدين فقط، ولكن يستطيع أن يرجع على غيره من الكفلاء بدعوى الحلول أو بدعوى الإثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة. كما أن أحكام الرجوع لهذا الكفيل على غيره من الكفلاء تختلف بحسب ما إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم، أو غير متضامنين.

### الفرع الأول: تعدد الكفلاء المتضامنين

#### أولاً: في القانون

إذا تعدد كفلاء الدين الواحد، وكانوا متضامنين فيما بينهم أو كانوا قد التزموا بعقود متوالية، فإن كلا منهم يكون مسؤولاً عن كل الدين، ولا يستطيع أحد الكفلاء أن يتمسك بتقسيم الدين بينه وبين غيره من الكفلاء<sup>1</sup>.

وقد نصت على هذا الحكم المادة 2/664 مدني جزائري بقولها: (أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم).

فإذا وفي أحدهم الدين بعد مطالبته، فله الرجوع على غيره من الكفلاء، إما بدعوى الإثراء بلا سبب، وإما بدعوى الحلول محل الدائن، وفي الحالتين فإنه لا يرجع على كل كفيل إلا بقدر حصته ونصيبه في حصة من أعسر من الكفلاء. وقد نصت عليه المادة 668 مدني جزائري بقولها: (إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم، ووفي أحدهم بالدين عند حلوله، يجوز له أن يرجع على كل من الباقيين بحصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم). والحكم الوارد في المادة السابقة يعد تطبيقاً للقواعد العامة في التضامن بالنسبة لرجوع المدينين المتضامنين فيما بينهم الوارد في المادتين 234 و 235 مدني جزائري<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 116.

<sup>2</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 94.

## ثانيا: في الفقه الإسلامي

لا خلاف بين الفقهاء على جواز تعدد الكفلاء، فكما يصح أن يكفل الحق كفيل واحد، يجوز أن يتكفل به اثنان فأكثر، كما لا خلاف بينهم في أن الكفلاء إن كانوا متضامنين - بمعنى أن يقول كل واحد منهم للمكفول له كل واحد منا ضامن للألف التي على فلان - يكون للدائن حق مطالبة أحدهم أو جميعهم بالألف بحيث إذا أداها أحدهم برئوا جميعا<sup>1</sup>.

وهذا ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية في المادة 647 بقولها: ( ... وإن كانوا قد كفلوا معا يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين، ولكن لو كان قد كفل كل منهم المبلغ الذي لزم في ذمة الآخر، فعلى هذه الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين . مثلا لو كفل أحد آخر بألف ثم كفل ذلك المبلغ غيره أيضا، فللدائن أن يطالب من شاء منهما... )<sup>2</sup>.

### ثالثا: شروط هذا الرجوع

يشترط لرجوع الكفيل على غيره من الكفلاء المتضامنين ما يلي:

#### 1 - أن يكون الكفيل قد وفى الدين للدائن

وسواء كان بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، كالمقاصة بين دين للكفيل في ذمة الدائن وبين الدين المكفول، ويشترط وفقا للراحح في الفقه أن يكون الكفيل قد وفى كل الدين، أو أن يكون الوفاء بأكثر من حصته، حتى يتسنى له الرجوع على كل من الكفلاء بقدر نصيبه في القدر الزائد على حصته، كما لا يجوز للكفيل الرجوع على باقي الكفلاء إذا كان قد وفى الدين قبل حلول أجله<sup>3</sup>.  
وعبء إثبات الوفاء يقع على عاتق الكفيل الذي يتمسك بهذا الوفاء، ويكون الإثبات طبقا للقواعد العامة المقررة في الإثبات، فلا يجوز إثبات الوفاء بما يزيد على النصاب القانوني بالبينة (أي ما يزيد على 100.000 دينار جزائري) إلا بالكتابة أو بما يقوم مقام الكتابة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - \* السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، المبسوط (مرجع سابق)، الجزء العشرون، ص: 34.

\* الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوقي، المالكي (ت: 1241هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 444.

\* السنيكي: زكريا بن محمد بن أحمد، زين الدين أبو يحيى (ت: 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 249.

\* البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 364.

<sup>2</sup> - مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 122.

<sup>3</sup> - حجازي: مصطفى عبد الجواد، المرجع السابق، ص: 153، 152.

<sup>4</sup> - المادة 1/333 مدني جزائري.



## 2 — أن يكون الوفاء للدائن مبرئا لذمة الكفلاء الآخرين

فإذا كان الوفاء باطلا لم يكن مبرئا للذمة ولا يعتد به، ولا يجوز للكفيل الذي قام بهذا الوفاء الباطل أن يرجع على بقية الكفلاء، وحتى لو كان الوفاء صحيحا ورجع الكفيل الذي قام بهذا الوفاء الصحيح على كفيل آخر، وكان لهذا الكفيل الآخر أن يتمسك بدفع يريئ ذمته غير هذا الوفاء، لما جاز الرجوع، وذلك كأن يكون الدائن قد أبرأ هذا الكفيل من الكفالة، أو أن يكون عقد كفالته باطلا أو قابلا للإبطال، أو أن يكون الدين المكفول باطلا أو قابلا للإبطال، أو انقضى بسبب من أسباب الانقضاء ووفى الكفيل الذي يريد الرجوع دون نظر إلى شيء من ذلك<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تعدد الكفلاء غير المتضامين

#### أولا: في القانون

إذا تعدد الكفلاء الذين كفلوا دينا واحدا ومدينا واحدا وكانوا غير متضامين فيما بينهم، فإن الدين ينقسم عليهم، ولا يكون أي منهم مسؤولا في مواجهة الدائن إلا بقدر نصيبه فقط، ولا يضاف إلى هذا النصيب أي شيء آخر. فإذا أعسر أحد هؤلاء الكفلاء، فإن الدائن هو الذي يتحمل حصة الكفيل المعسر منهم ولا يتحملها بقية الكفلاء. وفي هذه الحالة قد اتخذ من وحدة العقد دليلا على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين، فيقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون<sup>2</sup>. وهذا ما نصت عليه المادة 1/664 مدي جزائري بقولها: (إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة).

فإذا وفي أحد الكفلاء بنصيبه فإنه لا يجوز له الرجوع على غيره من الكفلاء بشيء، لكن إذا وفي الدين كله رغم عدم التزامه بذلك، فإنه لا يكون له الحق في الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى الإثراء بلا سبب، وذلك طبقا للقواعد العامة، حيث لا يستطيع الكفيل الموفي أن يطالب الآخرين بنصيبهم بحصة المعسر منهم إن وجد، ولكن الذي يتحمل نصيب الكفيل المعسر هو الكفيل الموفي. وفي هذه الحالة لا يكون للكفيل الحق في الرجوع إلا بدعوى الإثراء بلا سبب، وبالتالي لا يكون له الحق بالدعوى الشخصية، لأنها مقررة للعلاقة بين الكفيل والمدين، كما ليس

<sup>1</sup> — الشهاوي: قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 201، 200.

<sup>2</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، الجزء العاشر، ص: 201.

له أن يرجع بدعوى الحلول لأنه ليس ملتزماً بالوفاء عنهم ولا معهم، حتى يستطيع أن يحل محل الدائن في الرجوع عليهم<sup>1</sup>.

### ثانياً: في الفقه الإسلامي

لا خلاف بين الفقهاء في أن للدائن حق مطالبة أحد الكفلاء أو جميعهم إن كانوا متضامنين، ولكن الخلاف بينهم قائم فيما لو تكفل بالدين عن المدين اثنان فصاعداً، وكانوا غير متضامنين، بأن قالوا: ضمنا لك الألف التي عند فلان، فهل يقسم الدين عليهم، ويكون كل واحد ضامن لحصته، أم أن كل واحد منهم مطالب بكل الدين؟ فقد اختلف الفقهاء على رأيين:

### الرأي الأول

للمكفول له مطالبة كل كفيل بقدر حصته فقط، وقد قال بهذا الرأي فقهاء الحنفية<sup>2</sup> والمالكية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup> والظاهرية<sup>5</sup> والشافعية في قول<sup>6</sup>.

وقد استدلوا بالقياس والمعقول

### 1 - القياس<sup>7</sup>

الكفالة كالشراء، فلو اشترك اثنان في شراء دابة مثلاً بألف، فما دفعه أحدهما يقع على نفسه فقط، ولا يرجع به على شريكه<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - \* سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 92.

\* السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 116.

<sup>2</sup> - أفندي: علي حيدر خواجه أمين (ت: 1353هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 797.

<sup>3</sup> - الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 341.

<sup>4</sup> - الجهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 365.

<sup>5</sup> - ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 406.

<sup>6</sup> - الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 215.

<sup>7</sup> - القياس: رد فرع إلى أصل بعلة جامعة بينهما، وقيل: حمل الفرع على الأصل بعلة الأصل. (أبو يعلى: محمد بن الحسين (ت: 458هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 174).

<sup>8</sup> - الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 15.

وقد اعترض على هذا الاستدلال، بأن الكفالة تخالف الشراء من حيث إن الشراء فيه معاوضة، وعلى قدر ما يملك الإنسان من الشيء المشتري يدفع الثمن عوضاً عنه، أما الكفالة فالأصل فيها أنها تبرع ولا معاوضة فيها<sup>1</sup>.

## 2 – المعقول

أ : الدين لم يلزم الكفلاء جميعاً وقت وقوع الكفالة ولم يتعين في واحد منهما، وما لم يلزم قبل العقد لا يلزم بعده.

ب : من الممتنع عقلاً أن يكون دين واحد كله على كل واحد من الكفلاء، فهذا سيؤدي إلى زيادة حق الطالب<sup>2</sup>.

## الرأي الثاني

للمكفول له أن يطالب كل واحد من الكفلاء بكل الدين. وإلى هذا ذهب الشافعية في رأي لهم<sup>3</sup>.  
واستدلوا على ذلك بالقياس

قياس الكفالة على الرهن، كما لو قال الكفلاء للدائن رهناً لك دابتنا بالألف التي لك على فلان، فإن حصة كل واحد منهم في الدابة رهن بجميع الألف، فليس نصيب كل منهم في الدابة مرهون بقيمته من الألف، بل مرهونة بجميع الألف، لأن الرهن لا يتجزأ فكذلك الدين لا يقبل التجزئة<sup>4</sup>.

## الرأي الراجح

بعد النظر في هذين الرأيين، يتبين أن الرأي الأول بالترجيح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول، وأن الدين إذا تحمله أكثر من كفيل وكانوا غير متضامين، أتبع كل واحد منهم بقدر حصته فقط من الدين، وذلك للأسباب التالية:

1 – لقوة أدلتهم.

2 – عدم وجود مبرر يستدعي مطالبة كل منهم بالدين كله، وذلك لعدم التضامن.

3 – إذا انشغلت ذمة كل واحد من الكفلاء بنصيبه في الدين سارع بأدائه، أما إن طولب أحدهم بمجموع الدين تباطأ الآخرون واعتمد كل منهم على الآخر في الأداء.

<sup>1</sup> – الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 215.

<sup>2</sup> – ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 406.

<sup>3</sup> – الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 215.

<sup>4</sup> – الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، المرجع نفسه، الجزء الثالث، ص: 215.

ولكن هذا لا يمنع القول بأنه لو تبرع أحد الكفلاء بأداء الدين كله برأت ذمهم جميعا، لأن الدين حق واحد وإذا سقط بأداء أحدهم لم يجب مرة أخرى<sup>1</sup>.  
والمأمل في هذا الرأي، يتضح له أنه يتقابل مع نص المادة 1/664 من التقنين المدني الجزائري، كما أن الأحكام الواردة في هذه المادة تتفق مع الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي.

### ثالثا: شروط انقسام الدين بين الكفلاء غير المتضامين

ينقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين بقوة القانون، ويشترط لذلك:

- 1 — أن يتعدد الكفلاء الشخصيون.
- 2 — أن يكفل الكفلاء المتعددون نفس الدين.
- 3 — أن يكفلوا نفس المدين.
- 4 — ألا يكون الكفلاء متضامين فيما بينهم<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> — أسماء: شناوي صالح، عقد الكفالة (حقيقته، أركانه، أقسامه، الآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي)، دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - مصر، (د، ط)، (2013م)، ص: 295.

<sup>2</sup> — الشهاوي: قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 197.

## المطلب الثاني: علاقة الكفيل بالكفيل العيني وحائز العقار

الكفيل العيني كالكفيل الشخصي يعتبر كفيلا لا مدينا أصليا، ويتميز عن الكفيل الشخصي في أنه غير مسؤول عن الدين إلا بمقدار قيمة المال الذي رهنه تأمينا للدين، أما الكفيل الشخصي فيكون مسؤولا عن الدين المكفول في كل ماله.

أما حائز العقار فهو من تنتقل إليه ملكية عقار رهنه المدين في الدين.

فإذا وفي الكفيل الدين، هل يحق له الرجوع على الكفلاء الآخرين شخصيين وعينيين؟ وكذلك هل له أن يرجع على الحائز للعقار؟

### الفرع الأول: رجوع الكفيل على الكفيل العيني

الكفيل العيني هو الشخص الذي يقدم تأمينا عينيا (عقارا أو منقولا)، حيث يقوم برهن عقار أو منقول يملكه لضمان الوفاء بالتزام المدين، وهو لا يضمن هذا الوفاء إلا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له، فالضمان لا يرد على كل ذمته المالية.

فإذا وفي الكفيل العيني بالدين كان له الحق في الرجوع على الكفلاء الآخرين شخصيين أو عينيين كل بقدر حصته في الدين، وإذا وفي الدين أحد الكفلاء الشخصيين فإنه يرجع بما وفي به على جميع الكفلاء. من فيهم الكفيل العيني كل بقدر حصته في الدين<sup>1</sup>.

ولما كان هذا الكفيل غير مسؤول عن الدين إلا بمقدار قيمة المال الذي رهنه في سبيل هذا الدين، فإنه إذا كانت هذه القيمة تساوي الدين أو أكثر كانت مسؤوليته عن الدين بمقدار مسؤولية الكفيل الشخصي. أما إذا كانت أقل من قيمة الدين بأن كانت مثلا ثلثي الدين، فإن حصته في الدين تحسب بنسبة هذه القيمة<sup>2</sup>.

### أمثلة تطبيقية

**1 –** إذا كان الدين مقداره 3000 دينار جزائري، وقيمة العين 1500 دينار جزائري، قسم الدين عليهم بنسبة 3 إلى 1 ونصف، فتكون حصة الكفيل الشخصي 2000 دينار، وحصة الكفيل العيني 1000 دينار جزائري.

**2 –** إذا كان الدين مقداره 3000 د. ج، وله كفيل شخصي بكل الدين، وكفيل عيني رهن في الدين عقارا قيمته 2000 د. ج، حسبت حصة الكفيل العيني في الدين بمقدار الثلثين، وحصة

<sup>1</sup> – فايز: أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 97.

<sup>2</sup> – الشهاوي: قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 202، 203.

الكفيل الشخصي ثلاثة أخماس، فتكون حصة الكفيل العيني خُمسين، وعلى هذا الأساس إذا وفي الكفيل الشخصي الدين فإنه يرجع على الكفيل العيني بمقدار خُمسين، ويتحمل هو ثلاثة أخماس؛ أي حصة الكفيل الشخصي تكون 1800 د. ج، أما حصة الكفيل العيني فهي 1200 د. ج<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: رجوع الكفيل على حائز العقار

حائز العقار هو من تنتقل إليه ملكية عقار مرهون للدائن، وإذا أوفى الكفيل الدين فإنه يحل محل الدائن في الحق على هذا الرهن، وعليه يرجع على حائز العقار لأخذ حقه من هذا الرهن، لأنه عندما أوفى الدين كان يعتمد على العقار الذي رهنه المدين للدائن<sup>2</sup>.

والقاعدة أن الكفيل يرجع على الحائز إذا هو وفي الدين، لأنه يحل محل الدائن في الرهن الذي يثقل العقار، ويكون متقدماً في ذلك على سائر دائني الحائز للعقار، ولكن الحائز لا يرجع على الكفيل إذا هو وفي الدين للدائن، ويكون قد ارتكب خطأً، إذ كان في وسعه أن يطهر العقار من الرهن، وبذلك يطمئن إلى حقوقه دون حاجة للرجوع على الكفيل. وحينئذ يكون الكفيل الذي اعتمد على العقار المرهون ولم يرتكب خطأً في هذا الاعتماد، والحائز للعقار الذي لم يطهر العقار ارتكب خطأً بوفائه للدين دون اللجوء إلى التطهير (تطهير العقار المرهون؛ أي تخليصه من أي حق عليه)، يكون الكفيل هو أولى بالرعاية. لذلك إذا كان الكفيل الذي وفي الدين يرجع على الحائز للعقار، فإن الحائز للعقار الذي وفي الدين لا يرجع على الكفيل، وكذلك لا يرجع الحائز للعقار على الكفيل العيني<sup>3</sup>.

مثال: إذا كان الدين مقداره 2000 د. ج، وله كفيل شخصي، ورهن المدين عقاراً قيمته 2000 د. ج في هذا الدين، وباع هذا العقار لحائز، فإن الكفيل الشخصي الذي وفي الدين يرجع على الحائز للعقار، وينفذ على العقار المرهون بما وفاه من الدين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 97،98.

<sup>2</sup> — أبو مشايخ: سعاد توفيق سليمان، المرجع السابق، ص: 175.

<sup>3</sup> — الشهاوي: قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 203.

<sup>4</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 98.

## الفصل الرابع

### انقضاء عقد الكفالة وانتهاؤه

## الفصل الرابع

### انقضاء عقد الكفالة وانتماؤه

للكفالة طرقها التي تنقضي وتنتهي بها، ومعنى انتهاء الكفالة؛ أي براءة ذمة الكفيل مما التزم به بعقد الكفالة، وقد تكون هذه البراءة تابعة لانتهاء التزام المدين، لأن الكفيل تابع للأصيل، والتزام الكفيل وهو الفرع التزم للأصيل، وإذا سقط الالتزام عن الأصيل يسقط بالضرورة عن الفرع، إلا إن كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل، فتنتهي الكفالة في حقه وتبقى على الكفيل، وقد تكون براءة الكفيل بصفة أصلية، فتنتهي الكفالة ويبقى التزام الأصيل، إذ لا يلزم من انتهاء الالتزام التابع انتهاء الالتزام الأصلي.

ويخلص من هذا، أن الكفالة تنقضي بأحد طريقين: فقد تنقضي بصفة تبعية وبطريق غير مباشر نتيجة لانقضاء الالتزام الأصلي، كما قد تنقضي بصفة أصلية وبطريق مباشر ومستقل عن انقضاء الالتزام الأصلي.

وانطلاقاً من نصوص القانون المدني، وأقوال فقهاء الشريعة الإسلامية، سوف أقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

- المبحث الأول : انقضاء الكفالة بصفة تبعية .
- المبحث الثاني : انقضاء الكفالة بصفة أصلية .



## المبحث الأول

### انقضاء الكفالة بصفة تبعية

متى انقضى الالتزام الأصلي، انقضت الكفالة بالتبعية، لأنها تستند إلى الالتزام الأصلي، وبانقضائه لا يكون له محل؛ لأن التابع لا يبقى بغير الأصيل، وبراءة المتبوع توجب براءة التابع. والالتزام الأصلي ينقضي بأسباب الانقضاء العامة الواردة في القانون وفي الفقه الإسلامي، ولقد جاء ذكر تلك الأسباب في مواضع متعددة من الكتب الفقهية، وجاء بعضها عن طريق الإشارة، فإذا كانت الكفالة بالمال برئت ذمته بالوفاء أو ما يعادل الوفاء، كما ينقضي دون الوفاء به، وكذا بفسخ الالتزام الأصلي أو إبطاله، كما ينقضي باستحالة التنفيذ والتقادم المسقط.

وسأتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول : انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء أو بما يعادل الوفاء .
- المطلب الثاني : انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء به .
- المطلب الثالث : انقضاء الكفالة بفسخ الالتزام الأصلي أو إبطاله .

## المطلب الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء أو بما يعادل الوفاء

لما كان عقد الكفالة عقدا لازما في حق الكفيل، فإنه لا يملك الخيار في الفكك منه وإزالة آثاره إلا براءة ذمته وانقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء والأداء.

## الفرع الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء أو الأداء

### أولاً: تعريفه

الوفاء هو التنفيذ العيني الاختياري للالتزام، أو هو تنفيذ المدين لعين ما التزم به<sup>1</sup>.  
الأداء هو: تسليم عين ما ثبت بالأمر واجبا كان أو نفلا، أو هو عبارة عن إتيان عين الواجب في الوقت<sup>2</sup>.

### ثانياً: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء أو الأداء

إذا قام المدين الأصلي بوفاء كل الدين للدائن، فإن الدين المكفول ينقضي، وينقضي تبعا له دين الكفيل فتنتضي الكفالة، هذا في حالة الوفاء الكلي بالدين. أما إذا وفى المدين ببعض الدين فلا تبرأ ذمته أو ذمة الكفيل إلا بقدر ما وفاه، ويكون للدائن أن يرجع بالباقي على المدين وعلى الكفيل، أما إذا قام بوفاء الدين شخص من الغير وحل محل الدائن، فإن ذمة المدين وكذا الكفيل لا تبرأ من الدين، فالدين لا زال قائما بكل دفعه وتأميناته، وحل الغير فيه محل الدائن<sup>3</sup>.  
ويشترط أن يكون الوفاء صحيحا طبقا لما نصت عليه المادة 260 مدي جزائري بأن يكون الموفي مالكا للشئ الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه، فإن لم يكن كذلك كان الوفاء غير صحيح، وبالتالي لا ينقضي التزام الكفيل. ويقوم مقام الوفاء العرض الحقيقي، إذا تلاه إيداع أو أي إجراء مماثل وذلك إذ قبله الدائن، أو صدر حكم نهائي لصحته (المادة 274 مدي جزائري)، إذ يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي وانقضاء التزام الكفيل<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 432.

<sup>2</sup> — \* الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 327.

\* الجرجاني: علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت: 816هـ)، كتاب التعريفات (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 15.

<sup>3</sup> — فايز: أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 97.

<sup>4</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 120، 121.

أما إذا أحال المدين التزامه إلى شخص آخر، فإن الدين يضل قائما، إلا أنه مع تغير شخص المدين فإن التزام الكفيل ينقضي، إلا إذا وافق على ضمان المدين الجديد، لأن الكفيل وضع ثقته في مدين معين بالذات، فلا تجاوز الكفالة هذا المدين<sup>1</sup>.

**في الفقه الإسلامي:** إذا أدى المدين ما عليه من دين سقط عنه، وبرئت ذمته، وبرئت ذمة الكفيل أيضا؛ لأن حق المطالبة الذي ثبت للدائن على الكفيل إنما كان للتوسل إلى الأداء، فإذا وجد الأداء من أحدهما فقد حصل المقصود، فينتهي حكم العقد وذلك باتفاق الفقهاء<sup>2</sup>. يتفق الفقه مع القانون في أن الوفاء سبب من أسباب انقضاء الكفالة، سواء كان الوفاء من المدين أو الكفيل.

**جاء في البدائع:** (أما الكفيل بالمال فإنما يخرج عن الكفالة بأحد أمرين: أحدهما أداء المال إلى الطالب أو ما هو في معنى الأداء، سواء كان الأداء من الكفيل أو من الأصيل)<sup>3</sup>.

**الفرع الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء**  
**أولا: الوفاء بمقابل (الاعتياض)**

الوفاء بمقابل هو: الاتفاق على نقل ملكية شيء عوضا عن الالتزام الأصلي<sup>4</sup>.  
الاعتياض لغة: أخذ العوض، والاستعاضة: طلب العوض<sup>5</sup>.

ولا يخرج الاستعمال الفقهي عن ذلك، وقد يطلق الفقهاء الاستعاضة على أخذ العوض<sup>6</sup>  
تنص المادة 285 مدين جزائري على أنه: (إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا، استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء).

<sup>1</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 101.

<sup>2</sup> — \* الخروشي: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 27.

\* الجمل: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري (ت: 1204هـ)، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بمحاشية الجمل، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الثالث، ص: 388.

\* البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 364.

<sup>3</sup> — الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 11.

<sup>4</sup> — سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 436.

<sup>5</sup> — الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (ت: 666هـ)، مختار الصحاح (مرجع سابق)، الجزء الأول، 221.

<sup>6</sup> — الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص: 229.

يتضح من هذه المادة أنه يترتب على الوفاء بمقابل انقضاء الدين الأصلي، وينقضي التزام الكفيل بالتبعية. فإذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء<sup>1</sup>.

ولما كان الوفاء بمقابل هو عبارة عن تجديد ووفاء في نفس الوقت، فهو تجديد بتغيير محل الدين، وبهذا التغيير أصبح ديناً جديداً يحل محل الدين القديم، ويترتب على ذلك أن الدين الأصلي ينقضي وتنقضي معه تأميناته ومنها الكفالة. وعلى ذلك تبرأ ذمة الكفيل نهائياً لانقضاء الدين الأصلي عن طريق التجديد وهو وفاء بالدين الجديد (المقابل)، وذلك عن طريق نقل ملكية المقابل الذي حل محل الالتزام الأصلي من المدين إلى الدائن، ويسري على هذا الوفاء أحكام البيع باعتباره ناقلاً للملكية، وتسري عليه أيضاً أحكام الوفاء باعتباره يقضي الالتزام، ومن أحكام البيع ضمان الاستحقاق، فإذا استحق المقابل في يد الدائن، رجع بهذا الضمان على المدين، ولكنه لا يرجع بالدين الأصلي؛ لأن هذا الدين قد انقضى بالتجديد، وقد انقضت معه تأميناته بصورة نهائية ومنها الكفالة. إذ التجديد أصبح باتاً لا رجوع فيه، وهو الذي قضى الدين الأصلي بتأميناته، وأقام مقامه الدين الجديد الذي يستوجب تنفيذه نقل الملكية<sup>2</sup>.

وأياً كان سبب استحقاق المقابل، فإن الوفاء بمقابل يبرئ ذمة الكفيل نهائياً، وذلك ما لم يكن المقابل مملوكاً للكفيل نفسه، وكان الكفيل يعلم أن المدين الأصلي قد أعطى هذا المقابل للدائن، حينئذ إذا رجع الكفيل بضمان الاستحقاق على الدائن لم تبرأ ذمته من الكفالة؛ لأنه هو الذي تسبب بعمله في ضمان الاستحقاق<sup>3</sup>.

**في الفقه الإسلامي:** الوفاء بمقابل هو اعتياض عن الدين بشيء آخر، كما لو دفع له في مقابل الدين ثوباً، ورضي المكفول له بذلك، يقوم مقام أداء نفس الدين. إذا قام المدين بدفع شيء في مقابل دينه ورضي المكفول له بذلك، فإن التزامه ينقضي وينقضي التزام الكفيل تبعاً له، فإذا استحق هذا الشيء عاد الدين إلى ذمة المدين الأصلي، ولكن لا يعود معه التزام الكفيل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 121.

<sup>2</sup> — فايز: أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص: 102، 103.

<sup>3</sup> — الشهاوي: قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 211.

<sup>3</sup> — \* الخروشي: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 27.

\* الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص:

## ثانيا: التجديد

هو استبدال دين جديد بدين قديم، فيكون سببا في قضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد<sup>1</sup>. نصت المادة 291 مدني جزائري على أنه: (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).

يتضح من هذا النص أن التجديد يترتب عليه انقضاء التأمينات ومنها الكفالة كقاعدة عامة، ولو أن الفقرة الثانية أجازت الاتفاق على بقاء التأمينات. غير أن المادة 293 مدني جزائري قيدت ذلك بضرورة رضا الكفيل إذ نصت على أنه: (لا تنتقل الكفالة العينية، أو الشخصية، ولا التضامن إلى الالتزام الجديد إلا إذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون). ويلاحظ أنه يجب أن تكون نية التجديد واضحة (المادة 1/289)<sup>2</sup>.

**في الفقه الإسلامي:** وذلك باستبدال دين جديد بالدين الأصلي، كما هو في القانون، حيث نص الفقهاء على جواز فسخ عقد المدائنة الأولى وتجديدها في عقد آخر بتراضي المتدائنين، كما إذا كان زيد مدينا لبكر بمبلغ عشرين دينارا أجرة منزل مملوك لبكر استأجره زيد منه، فيتفق معه على أن يبقى ذلك الدين بدمته على سبيل القرض. ولا يخفى أنه إذا فسخ عقد المدائنة الأولى، وصار تجديده بعقد آخر، سقط الدين الواجب بالعقد الأول، وترتب على المدين دين جديد بالعقد الثاني. ومن آثار انقضاء الدين وسقوطه في هذه الحالة أنه إذا كان الدين الأول مكفولا، وفسخ عقده، وصار تجديده بعقد آخر، بطلت الكفالة وبرئ الكفيل، فلا يطالب بالدين الحاصل بالعقد الجديد إلا إذا جددت الكفالة<sup>3</sup>.

## ثالثا: الحوالة

نصت المادة 2/254 مدني جزائري المقابلة للمادة 2/318 مدني مصري، بقولها: (غير أنه لا يبقى للكفيل، عينيا كان أو شخصيا، التزام تجاه الدائن إلا إذا رضي بالحوالة).

<sup>1</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 813.

<sup>2</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 122.

<sup>3</sup> — الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء الواحد والعشرون، ص: 140، 141.

يتضح من هذا النص أن الحوالة في حكم الوفاء بالدين، فإذا تحول الدين من ذمة المدين المكفول عنه إلى ذمة مدين آخر، برئت ذمة الكفيل؛ لأن الكفيل يعتبر من الغير بالنسبة لهذه الحوالة، ولكي يبقى التزام الكفيل قائماً يجب رضاؤه بالحوالة؛ لأن رضاه يدل على قبوله بكفالة المحال عليه الدين، ويستوي في هذا أن يكون الكفيل له حق الدفع بالتجريد، أم لا، ويستوي في هذا أن يكون الكفيل متضامناً مع المدين أم غير متضامن معه<sup>1</sup>.

**في الفقه الإسلامي:** هل تعتبر الحوالة طريقاً من طرق إنهاء عقد الكفالة؟

اختلف الفقهاء على قولين:

**القول الأول:** ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية<sup>2</sup> باستثناء الإمام زفر، إلى أن الحوالة تعتبر طريقاً من طرق إنهاء عقد الكفالة.

وقد استدلووا على ذلك بالمعقول، وذلك من وجوه:

1 — الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل، فكان معنى الانتقال لازماً فيها، والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحل الأول ضرورة، ومعنى الوثيقة متحقق في الحوالة، ويحصل وصول الدائن إلى حقه بسهولة، خاصة إذا كان المحال عليه مليئاً<sup>3</sup>.

2 — الحوالة كالتسليم، فإذا أحال الكفيل أو المدين الدائن على المحال عليه، هذا معناه أنه

سيستوفي حقه منه، وبما أن الحق واحد فأداؤه واحد، والحق متعلق بذمة الأصيل والكفيل، فإذا أحيل الدائن على المحال عليه، هذا معناه أن حقه تعلق بذمة المحال عليه وزال عن الكفيل والدائن، ومن ثم سيأخذه منه<sup>4</sup>.

3 — الحوالة بيع، فصار الأمر كما لو أعطى الدائن عن الدين عوضاً، وذلك بناء على قولهم بأن الكفالة من قبيل بيع الدين بالدين<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 440.

<sup>2</sup> — \* المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم، أبو عبد الله المالكي (ت: 897 هـ)، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 21.

\* الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 216.

\* البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051 هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 364.

\* الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 12.

<sup>3</sup> — الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 17، 18.

<sup>4</sup> — ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620 هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 399.

<sup>5</sup> — الشيرازي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت: 476 هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 143.

## القول الثاني:

ذهب زفر من الحنفية، إلى أن الحوالة لا توجب براءة المحيل، ومن ثمة فليست طريقا لإنهاء عقد الكفالة<sup>1</sup>.

وقد استدل على ذلك بالمعقول أيضا، حيث يرى أن الحوالة لا توجب براءة المحيل، والحق في ذمته بعد الحوالة، على ما كان عليه قبلها، كالكفالة سواء. فقال: (أن الحوالة شرعت وثيقة للدين، كالكفالة، وليس من الوثيقة براءة الأول، بل الوثيقة في مطالبة الثاني، مع بقاء الدين على حاله في ذمة الأول من غير تغيير، كما في الكفالة سواء)<sup>2</sup>.

## الرأي الراجح:

بعد عرض أقوال الفقهاء، يتضح أن الرأي الأقرب إلى الصواب هو ما ذهب إليه الجمهور، خاصة وأن الحوالة تقتضي تحول الحق من ذمة إلى أخرى، وعليه فالحوالة تعتبر طريقا من طرق إنهاء عقد الكفالة؛ لأنها تقع على أصل الدين، فتتضمن براءة الإثنيين. وهو ما يتفق مع القانون، في اعتبارها سببا من أسباب انقضاء الكفالة بشرط رضا الدائن، ولا فرق بين كون المحيل هو المدين أو الكفيل.

## رابعا: المقاصة

### أ: تعريفها

\* **في اللغة:** قاصصته مقاصة وقصاصا، من باب قاتل، إذا كان لك عليه دين مثل ما له عليك فجعلت الدين في مقابلة الدين<sup>3</sup>.

### \* في الفقه الإسلامي:

هي إسقاط ما لك من دين على غريمك في نظير ما له عليك بشروطه<sup>4</sup>.

### \* في القانون:

المقاصة هي انقضاء التزامين في نفس الوقت بقدر الأقل منهما<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي (ت 743 هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 171.

<sup>2</sup> — الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 17.

<sup>3</sup> — الفيومي: أحمد بن محمد بن علي بن المقرئ (ت: 770 هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 505.

<sup>4</sup> — الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230 هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 227.

<sup>5</sup> — سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 444.

## ب : انقضاء الالتزام الأصلي بالمقاصة

إذا أصبح المدين دائئا لدائنه، انقضى كل من الدينين بقدر الأقل منهما، فإذا أصبح المدين دائئا لدائنه بدين مساو أو أكثر من دينه قبله، انقضى الالتزام المكفول بتمامه، وانقضى بالتالي التزام الكفيل بصفة تبعية<sup>1</sup>.

والمقاصة ليست من النظام العام، ولا تقع بقوة القانون، بل لا بد أن يتمسك بها صاحب المصلحة، وهذا ما نصت عليه المادة 1/300 مدي جزائري بقولها: (لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها).

كما يجوز للمدين أن يتنازل عنها بعد أن توافرت شروطها، فيعود الدينان إلى الوجود بما كان لهما من تأمينات، وذلك دون الإضرار بحقوق الغير، فلو أن أحد الدينين كان مضمونا بكفيل ووقعت المقاصة بين الدينين، انقضى الدين المكفول وانقضت معه الكفالة، فإذا تنازل المدين عن المقاصة، فإن الدين يعود ولكن لا تعود الكفالة، وذلك لأن الكفيل كان قد تخلص من الكفالة منذ أن انقضى الدين المكفول بالمقاصة، فلا يضار بنزول المدين عن هذه المقاصة<sup>2</sup>.

**في الفقه الإسلامي:** ما قرره فقهاء الشريعة يتفق مع ما يراه القانون في أن الكفالة تنقضي بالمقاصة، ففي حال أداء الكفيل الدين بواسطة المقاصة، يحكم عليه ببراءة ذمته من أي حق له على المدين، ففي حال وجود دين للمدين على الكفيل، جاز للكفيل الالتزام بالدين لفائدة الدائن، لأن الكفيل يصير مدينا أصليا للمدين، كأن يموت المدين ويترك إرثا يستحقه الدائن لكونه وارثا بأحد أسباب الإرث، فهنا يجتمع الدينان، ويكون ما أداه الكفيل مسوغا له في الرجوع لتركة المدين التي آلت إلى الدائن، فتنتهي الكفالة مقاصة بين الدائن والمدين<sup>3</sup>.

يقول الإمام السرخسي: ( وإن كتب الكفيل على دار المكفول عنه شراء بالمال فهو جائز ؛ لأنه شراء بالدين المؤجل، وهذا قضاء من المكفول عنه للكفيل بطريق المقاصة، فكأنه أوفاه الدين حقيقة)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 100.

<sup>2</sup> — \* السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، الجزء العاشر، ص: 222، 223.

\* السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 123.

<sup>3</sup> — النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (مرجع سابق)، الجزء الثاني عشرة، ص: 273.

<sup>4</sup> — السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، المبسوط (مرجع سابق)، الجزء العشرون، ص: 130.



## خامسا: اتحاد الذمة

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في اعتبار أن اتحاد ذمة الدائن والمدين أو الكفيل، وذلك بأن يرث المدين أو الكفيل الدائن من أسباب انقضاء الكفالة.

نصت المادة 1/304 مديني جزائري المقابلة للمادة 370 مديني مصري، بقولها: (إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة).

يتضح من هذه المادة أنه إذا انقضى الدين المكفول باتحاد الذمة، كأن ورث المدين الدائن فورث حقه وأصبح هو الدائن لنفسه، فانقضى الدين باتحاد الذمة، انقضت الكفالة التي كانت تضمن الدين تبعا لذلك، وبرئت ذمة الكفيل<sup>1</sup>.

إذا زال سبب اتحاد الذمة، فإن الالتزام الأصلي يعود، ويعود بالتبعية التزام الكفيل، كما إذا ظهر وارث يحجب الدائن أو المدين، أو أبطلت الوصية، فيعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن، وهذا ما نصت عليه المادة 2/304 مديني جزائري بقولها: (وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي، عاد الدين إلى الوجود بملاحقاته بالنسبة إلى المعنيين بالأمر، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن)<sup>2</sup>.

وقد ينقضي التزام الكفيل باتحاد الذمة دون أن ينقضي التزام المدين المكفول، ويتحقق ذلك إذا مات الدائن وورثه الكفيل فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة، فإن التزام الكفيل ينقضي بصفة أصلية، لأنه ورث الدائن فأصبح دائنا لنفسه، ولكن الدين المكفول لا ينقضي، فيستطيع الكفيل الذي أصبح دائنا باتحاد الذمة أن يرجع على المدين بالدين ذاته، كما كان يرجع الدائن عليه قبل موته<sup>3</sup>. **في الفقه الإسلامي:** من الممكن أن يكون المدين دائنا، أو المكفول مكفولا له في وقت واحد وفي شخص واحد، ويتصور هذا فيما لو مات الدائن وورثه الأصيل أو الكفيل، وهذا هو المقصود من اتحاد الذمة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — الشهاوي: قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 216.

<sup>2</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 123.

<sup>3</sup> — فايز: أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 109.

<sup>4</sup> — ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري (ت: 970هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 245.

وصورة ذلك: كما إذا كان زيد مدينا لأخيه الشقيق بكر بمبلغ ألف دينار مثلا ، ثم مات بكر الدائن، وليس له وارث إلا أخوه زيد، فيرث زيد من ضمن ما يرثه عن بكر هذا الدين، وبذلك يكون زيد مدينا ودائنا لحلوله محل الدائن المورث، فإذا طالب بالدين، فهو إنما يطالب نفسه ليأخذه لنفسه، وذلك لاتحاد الذمة، فيسقط الدين وينقضي لعدم الفائدة في المطالبة<sup>1</sup>.

وكذلك الحال فيما لو كان الكفيل هو الوارث؛ لأنه بالإرث يملك ما في ذمة المكفول له، ومن حقه الرجوع على الأصيل، كما لو ملك الدين بالأداء.

وعلى هذا يقول السنيكي<sup>2</sup>: (أن يدفع الضامن الدين للمضمون له ثم مات، فورثه الضامن قبل الرجوع، فإنه لا يمتنع عليه الرجوع بسبب عوده إليه، وليس للأصيل أن يقول: أنت لم تغرم شيئا؛ لأن الدين الذي دفعته عاد إليك ؛ لأن للضامن أن يقول : اختلف السبب لأني دفعته بسبب الضمان، وصار إلي بسبب الإرث، وذلك لا يمنع الرجوع)<sup>3</sup>.

#### سادسا: الصلح

يعد الصلح طريقا من طرق إنهاء عقد الكفالة، فقد شرع الصلح لإنهاء الخصومات وتيسير

المعاملات بين البشر، قال تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾<sup>4</sup>.

#### أولا: تعريفه

1 — في اللغة: اسم من المصالحة، وهي المسالمة بعد المنازعة<sup>5</sup>.

#### 2 — في الفقه الإسلامي

عقد يرفع النزاع، ويقطع الخصومة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> — الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء الواحد والعشرون، ص: 140.

<sup>2</sup> — السنيكي: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري السنيكي المصري الشافعي أبو يحيى: شيخ الإسلام. قاض مفسر، من حفاظ الحديث. ولد في سنيكة (بشرقية مصر) سنة 823 للهجرة، وتعلم في القاهرة، ولاة السلطان قايتباي الجركسي قضاء القضاة، فلم يقبله إلا بعد مراجعة وإلحاح، ثم عزله، فعاد إلى اشتغاله بالعلم إلى أن توفي سنة 926 للهجرة. له تصانيف كثيرة، منها: فتح الرحمن ونخفة الباري على صحيح البخاري). (الزركلي: خير الدين، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 46، 47).

<sup>3</sup> — السنيكي: زكريا بن محمد بن أحمد، زين الدين أبو يحيى (ت: 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 248.

<sup>4</sup> — سورة النساء، الآية رقم: 128.

<sup>5</sup> — الجرجاني: علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت: 816هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 134.

<sup>6</sup> \* ابن عابدين: محمد أمين (ت: 1252هـ)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 628.

\* القليوبي: أحمد سلامة، وعميرة: أحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 382.

### 3 \_ في القانون

عرفته المادة 459 مدني جزائري بقولها: ( الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه).

#### ثانيا: انقضاء الالتزام الأصلي بالصلح

يرى القانون أنه إذا تصالح الدائن مع المدين، وتضمن الصلح تنازلا من الدائن عن جزء من الدين، فللكفيل أن يتمسك بهذا الصلح، ولا يكون مسؤولا نحو الدائن إلا عن الباقي من الدين بعد استئصال الجزء الذي نزل عنه الدائن بالصلح<sup>6</sup>.

والفقه الإسلامي يقرر أنه إذا صالح الدائن على بعض الدين، يعتبر هذا الصلح طريقا منهيًا للكفالة. وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة<sup>1</sup>.

<sup>6</sup> \_ السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، الجزء العاشر، ص: 230.

<sup>1</sup> \_ \* الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 17.

\* الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230 هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 336.

\* النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676 هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 267.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620 هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 411.

## المطلب الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء به

ينقضي الالتزام بدون وفاء في حالات، هي الإبراء، واستحالة الأداء، والتقادم.

### الفرع الأول: الإبراء

أولاً: تعريفه

#### 1 – في اللغة

التخليص والتنزيه، يقال: برئ المريض براء وبروءاً؛ أي شفي وتخلص مما به، وأبرأ فلان فلانا من حق له عليه؛ أي خلصه منه<sup>1</sup>.

#### 2 – عند فقهاء المسلمين

اختلف تعريف الفقهاء له بناء على اختلافهم في كونه تصرفاً يفيد الإسقاط أم التملك.

أ: ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الإبراء للإسقاط، وعرفته مجلة الأحكام العدلية بقولها: أن يبرئ أحد الآخر بإسقاط تمام حقه الذي هو عند الآخر، أو يحط مقدار منه عن ذمته<sup>2</sup>.

ب: والراجح عند المالكية أن الإبراء نقل للملك، وقيل هو إسقاط للحق<sup>3</sup>.

ج: أما الشافعية فقد قالوا: المختار أنه من المسائل التي لا يطلق فيها ترجيح، بل يختلف الترجيح بحسب المسائل لقوة الدليل وضعفه، ففي بعض المسائل يرجح أنه للتمليك، والأخرى يرجح أنه للإسقاط<sup>4</sup>.

#### 3 – في القانون

هو نزول الدائن عن حقه بغير مقابل، فهو تبرع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> – مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 46.

<sup>2</sup> – \* مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 298.

\* البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 304.

<sup>3</sup> – الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، المالكي (ت: 1241هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 142.

<sup>4</sup> – الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 206.

<sup>5</sup> – سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 444.

## ثانيا: انقضاء الالتزام الأصلي بالإبراء

إذا انقضى الدين المكفول بإبراء الدائن للمدين من الدين، انقضى الدين المكفول بالإبراء، وانقضت تبعا لانقضائه الكفالة<sup>1</sup>.

ويتم الإبراء في التقنين المدني الجزائري بإرادة واحدة من جانب الدائن، ويرتد برد المدين إياه، وقد قضت المادة 305 مدني جزائري، بأنه: (ينقضي الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه اختياريا، ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين).

ومتى أبرأ الدائن مدينه فإن التزام المدين ينقضي ومعه التزام الكفيل بالتبعية، ويقوم الإبراء على أساس فكرة التبرع طبقا للمادة 1/306 مدني جزائري، هذا ويشترط ليكون الإبراء منتجا لآثاره أن يكون: صحيحا وأن يكون الدائن قد أبرأ المدين مختارا، ويجب باعتباره تصرف بإرادة منفردة من الدائن أن يصل إلى علم المدين ويقبله ، فإن أبطل بأن رفضه المدين عاد الدين وعادت معه التأمينات الضامنة له<sup>2</sup>.

فإذا عقد الدائن صلحا مع مدينه المفلس تنازل بموجبه عن جزء من الدين، فلا يعتبر هذا إبراء، إذ أن الدائن في هذه الحالة ليست لديه نية التبرع لمدينه عن هذا الجزء، بل لكي يتفادى إجراءات الإفلاس والتصفية التي يترتب عليها تدهور مركز المدين، فيحصل الدائن على أقل مما حصل عليه بالصلح. ولذلك فإن التزام الكفيل لا ينقضي بالنسبة لهذا الجزء الذي تنازل عنه الدائن لمدينه بل يلتزم به، وهنا تظهر فائدة الكفالة في الإفلاس. ويلاحظ أن الكفيل لا يستطيع إجبار المدين على الوفاء له بالجزء الذي وفاه الدائن، إذ لا يتخلف عن ذلك إلا التزام طبيعي. هذا وينبغي ملاحظة أنه إذا أبرأ الدائن ذمة الكفيل، فلا تبرأ ذمة المدين<sup>3</sup>.

**في الفقه الإسلامي:** فهو يتفق مع القانون على اعتبار أنه من الطرق المنهية لعقد الكفالة أن يبرئ الدائن الكفيل مما انشغلت به ذمته، أو يبرئ المدين من الدين الذي تعلق برقبته.

<sup>1</sup> — فايز: أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 105.

<sup>2</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 109، 110.

<sup>3</sup> — \* تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 101، 102.

\* السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 124.

فقد ذهب الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، إلى أن براءة الأصيل تستلزم براءة الكفيل، إذ أن الدين في الأصل على الأصيل لا على الكفيل، والكفيل تابع للأصيل، فلم يكن عليه إلا المطالبة، وقد انتهت المطالبة بانتهاء علتها<sup>1</sup>.

أما إبراء رب الدين للكفيل لا يترتب عليه إبراء الأصيل، وإلى هذا ذهب الجمهور؛ لأن الكفيل يلتزم بالمطالبة دون أصل الدين، وسقوط المطالبة عنه لا توجب سقوط الدين عن الأصيل؛ لأن المطالبة فرع الدين، وسقوط الفرع لا يترتب عليه سقوط الأصل<sup>2</sup>.

وقد خالفهم في ذلك الظاهرية، حيث يرون أن براءة الكفيل توجب براءة الأصيل؛ لأن الكفالة عقد ناقل للدين من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل، حيث تبرأ ذمة المكفول عنه، ويسقط عنه الدين، وينتقل إلى ذمة الكفيل، وعليه فبراءة الكفيل براءة للأصيل<sup>3</sup>.

أما إذا أبرأ الدائن مدينه، وقال له: أبرأتك من الدين الذي عليك لي، أو أنت بريء من ديني، هل تتوقف صحة هذا الإبراء على قبول الأصيل أم لا؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة بناء على اختلافهم في حقيقة الإبراء نفسها، هل الإبراء تصرف يفيد الملك، أم هو تصرف يفيد الإسقاط؟ وذلك على النحو التالي:

**القول الأول:** ذهب الحنفية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup> والشافعية في القديم<sup>6</sup> إلى أنه لا يحتاج الإبراء إلى صدور القبول من الأصيل؛ لأن الإبراء إسقاط حق لا نقل ملك، والشخص إذا أسقط دينه أو حقه عن

<sup>1</sup> — \* الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي (ت 743 هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 156.

\* الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230 هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 337.

\* الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 206.

\* الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404 هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص:

459.

<sup>2</sup> — \* البابري: محمد بن محمود (ت: 786 هـ)، العناية شرح الهداية (مرجع سابق)، الجزء السابع، ص: 193.

\* المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم، أبو عبد الله المالكي (ت: 897 هـ)، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 43.

\* الجمل: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري (ت: 1204 هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 388.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620 هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 409.

<sup>3</sup> — ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 396.

<sup>4</sup> — السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483 هـ)، المبسوط (مرجع سابق)، الجزء العشرون، ص: 92.

<sup>5</sup> — الهوي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051 هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)،

الجزء الرابع، ص: 304.

<sup>6</sup> — القليوبي: أحمد سلامة، وعميرة: أحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 408.

شخص، لا يتوقف هذا الإسقاط على قبول الطرف الثاني، كما يحدث ويسقط الشخص حقه في القصاص<sup>1</sup>.

**القول الثاني:** يحتاج الإبراء إلى صدور القبول من الأصيل، وبهذا الرأي قال المالكية، وهو الراجح عندهم<sup>2</sup>، (وقال أشهب<sup>3</sup> من المالكية: لا يحتاج الإبراء إلى القبول)<sup>4</sup>، والشافعية في قول لهم<sup>5</sup>؛ لأن الإبراء نقل وتمليك لما في ذمة المدين فيفتقر إلى القبول، ولأن الإنسان لا يجبر على دخول شيء في ملكه من غير قبول منه، خاصة أصحاب المروءات<sup>6</sup>.

### القول الراجح

هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، من اشتراط القبول من الأصيل حتى يتحقق الإبراء؛ لأنه هذا ما يأباه أصحاب المروءات، حتى لا يشعرون بإلحاق المنة بهم.

كما قال الإمام القرافي: (كما لو ملكه عينا بالهبة أو غيرها لا بد من رضاه وقبوله، وكذلك ها هنا يتأكد ذلك بأن المنة قد تعظم في الإبراء، وذوو المروءات والأنفات يضر ذلك بهم لا سيما من السفلة، فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك أو رده نفياً للضرر الحاصل من المنن من غير أهلها أو من غير حاجة)<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> — البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 304.

<sup>2</sup> — الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 99.

<sup>3</sup> — أشهب: أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي المصري المالكي، ولد أشهب سنة أربعين ومائة. وحكاه ابن حزم الصديقي عن أبي الطاهر، وحكى الشيرازي أنه ولد سنة خمسين ومائة، اسمه مسكين وأشهب لقبه، الفقيه الثبت العالم الجامع بين الورع والصدق، انتهت إليه رئاسة المالكية بمصر بعد موت ابن القاسم، روى عن الليث والفضيل بن عياض ومالك، توفي سنة 204 للهجرة بمصر. له كتاب اختلاف في القسامة، وله كتاب في فضائل عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى. (عياض: أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (ت: 544هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 262، 265).

<sup>4</sup> — عليش: محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله المالكي (ت: 1299هـ)، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص: 178.

<sup>5</sup> — القليوبي: أحمد سلامة، وعميرة: أحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 407.

<sup>6</sup> — القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت: 684هـ)، الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق، عالم الكتب، (د،ط)، (د،ت)، الجزء الثاني، ص: 111.

<sup>7</sup> — القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت: 684هـ)، المرجع نفسه، الجزء الثاني، ص: 111.

## الفرع الثاني: استحالة الأداء

### أولاً: تعريف الاستحالة

**1 – في اللغة:** استحال الشيء، تحول واعوج بعد استواء وتغير، والكلام عدل به عن وجهه، والشيء صار محالاً. والمحال ما اقتضى الفساد من كل جهة كاجتماع الحركة والسكون في جسم واحد، ومن الأشياء ما لا يمكن وجوده<sup>1</sup>.

### 2 – في الفقه الإسلامي

لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، ويمكن تعريفه بأنه: تحول الشيء وتغيره عن وصفه. ومن ذلك استحالة العين النجسة. أو هو: عدم إمكان الوقوع. ومن ذلك استحالة وقوع المحلوف عليه، أو استحالة الشرط الذي علق عليه الطلاق ونحوه<sup>2</sup>.

### 3 – في القانون

نصت المادة 307 مدني جزائري بقولها: (ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي عن إرادته).

بمعنى أن الاستحالة هي عدم القدرة على تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي كالقوة القاهرة.

### ثانياً: انقضاء الالتزام الأصلي باستحالة الأداء

إذا استحال تنفيذ التزام المدين لسبب لا يد له فيه، فإنه ينقضى، ومعه التزام الكفيل، بالتبعية، وعلى المدين أن يثبت أن الوفاء أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي كقوة القاهرة أو خطأ للغير، أو خطأ الدائن ذاته، وإلا ترتب على ذلك مسؤولية المدين عن عدم التنفيذ، ويحكم عليه بالتعويض، ويكون الكفيل ضامناً لهذا التعويض، أما إن هلك الشيء بفعل الكفيل فإن ذمة المدين تبرأ لاعتباره سبب أجنبي بالنسبة للمدين، ولكن يظل الكفيل مسؤولاً عن خطئه كمدن أصلي بحق الدائن<sup>3</sup>.

وقد اتفق الفقه الإسلامي مع القانون في كون استحالة الأداء سبب من أسباب انقضاء الالتزام الأصلي، فإذا استحال على المدين (المكفول عنه) أداء التزامه للمكفول له، انقضى التزامه باستحالة

<sup>1</sup> – مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 209.

<sup>2</sup> – مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 213، 214.

<sup>3</sup> – \* فايز: أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 105.

\* السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، الجزء العاشر، ص: 230.

\* الشهاوي: قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 217.



الأداء، وينقضى التزام الكفيل أيضا، لأنه تابع ولأنه فرع، وإذا انقضى التزام المتبوع أو الأصل انقضى التزام التابع أو الفرع<sup>1</sup>.

قال السرخسي في المبسوط: (ولو تقبل من رجل بناء دار معلوم أو كراب أرض معلوم أو كرى نهر معلوم فأعطاه بها كفيلا كان جائزا؛ لأن هذا عمل مستحق على الأصيل، مضمون بالعقد وهو مما تجرى النيابة في إيفائه، وكذلك لو أكرهه إبلا إلى مكة فأعطاه كفيلا بذلك جاز؛ لأن تسليمها مستحق على الأصيل، ولو كانت الإبل بأعيانها فأعطاه كفيلا بها كان جائزا ما دامت قائمة بأعيانها؛ لأن الأصيل مطالب بتسليمها بالعقد، فإذا هلك فقد انفسخ العقد وبرئ الأصيل عن التسليم، فلا ضمان على الكفيل)<sup>2</sup>.

فهذا النص يدل على أنه إذا استحال على الأصيل أداء التزامه، بأن هلكت الإبل المستأجرة، فإن التزامه ينقضى، وينقضى التزام الكفيل؛ لأنه تبع له.

### الفرع الثالث: التقادم

#### أولاً: تعريفه

1 — في اللغة: مصدر تقادم يقال: تقادم الشيء؛ أي: قدم وطال عليه الأمد<sup>3</sup>.

#### 2 — في الفقه الإسلامي

لا يخرج المعنى الاصطلاحي في الجملة عن المعنى اللغوي. وقد عبرت مجلة الأحكام العدلية عن التقادم بمرور الزمان<sup>4</sup>.

#### 3 — في القانون

التقادم المسقط هو نظام قانوني، مؤداه سقوط الالتزام إذا سكت الدائن عن المطالبة به مدة معينة يحددها القانون<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 428.

<sup>2</sup> — السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، المبسوط (مرجع سابق)، الجزء العشرون، ص: 125.

<sup>3</sup> — مجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص: 720.

<sup>4</sup> — مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 333.

<sup>5</sup> — سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 484.

## ثانياً: انقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم

إذا انقضى الدين المكفول بالتقادم، فإن التزام الكفيل ينقضي تبعاً لذلك، حتى ولو كان التزام الكفيل التابع لم ينقض بالتقادم، ويقع ذلك إذا كان التزام الكفيل قد نشأ بعد الدين الأصلي بضمان الكفيل الدين بعد نشوئه، أو أن يكون أجل التزام الكفيل أبعد من أجل الالتزام الأصلي المكفول، فيتقادم الالتزام الأصلي قبل تقادم التزام الكفيل، فتبرأ ذمة المدين الأصلي، وتبرأ تبعاً لذلك ذمة الكفيل<sup>1</sup>.

أما إذا انقضت مدة التقادم الخاصة بالكفيل، فإن التزام الكفيل التابع قد انقضى هو نفسه بالتقادم ومستقلاً عن الدين الأصلي، وهنا لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي بالتبعية، في حين أن التزام الكفيل قد ينقضي بصفة تبعية لانقضاء الالتزام الأصلي بالتقادم، وللكفيل التمسك بتقادم الالتزام الأصلي ولو لم يتمسك به المدين، بل ولو تنازل عن التمسك بهذا الحق<sup>2</sup>.

وهذا ما نصت عليه المادة 321 مدي جزائري، والتي تقابلها المادة 387 مدي مصري، بقولها: (لا يجوز للمحكمة أن تقضي تلقائياً بالتقادم بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو من أحد دائنيه، أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك المدين به).

وقد يقف التقادم بالنسبة إلى الكفيل لوجود مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه (المادة 1/316 مدي جزائري)، ولا يوجد هذا المانع بالنسبة إلى المدين، فتقادم الدين الأصلي قبل أن يتقادم التزام الكفيل، تبرأ ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة المدين الأصلي دون أن يتقادم التزام الكفيل. ويحدث كذلك أن التزام الكفيل ينقضي بالتقادم، دون أن ينقضي الدين الأصلي بالتقادم، ويكون ذلك بقطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي، فإن انقطع التقادم بالنسبة إلى هذا المدين لا يقطعه بالنسبة إلى الكفيل<sup>3</sup>.

وإذا تنازل المدين عن التقادم، جاز للكفيل الطعن في النزول بالدعوى البوليصية تطبيقاً للمادة 2/322 مدي جزائري، المقابلة للمادة 2/388 مدي مصري، التي تنص على أنه: ( وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضراراً بهم).

<sup>1</sup> — السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، (مرجع سابق)، ص: 125.

<sup>2</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 111.

<sup>3</sup> — الشهاوي: قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 218.

## المطلب الثالث: انقضاء الكفالة بفسخ الالتزام الأصلي أو إبطاله

### الفرع الأول: الانقضاء بالفسخ

#### أولاً - تعريفه

#### 1 - في اللغة: الفسخ يطلق ويراد به عدة معان:

قال الزبيدي<sup>1</sup> في تاج العروس: الفسخ: الضعف في العقل والبدن. والفسخ: الجهل، وهو يجمع إلى ضعف العقل. والفسخ: الطرح، يقال فسخت عني ثوبي، إذا طرحته. والفسخ: إفساد الرأي، وقد فسخ رأيه، والفسخ: النقض، فسخ الشيء يفسخه فسحاً فانفسخ: نقضه فانقض. والفسخ: التفريق، وقد فسخ الشيء، إذا فرقه<sup>2</sup>.

#### 2 - في الفقه الإسلامي

هو حل ارتباط العقد، أو هو ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم يكن، أو هو: قلب كل واحد من العوضين لصاحبه، فيستعمل الفسخ أحياناً بمعنى رفع العقد من أصله، كما في الفسخ بسبب أحد الخيارات، ويستعمل أيضاً بمعنى رفع العقد بالنسبة للمستقبل، كما في أحوال فسخ العقود الجائزة أو غير اللازمة<sup>3</sup>.

#### 3 - في القانون

هو حل الرابطة العقدية جزاء إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بأحد التزاماته الناشئة عن العقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - الزبيدي: محمد بن محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، ولد سنة 1145 للهجرة، علامة باللغة والحديث والرجال والأنساب، من كبار المصنفين. أصله من واسط (في العراق) ومولده بالهند (في بلجرام) ومنشأه في زييد (باليمن) رحل إلى الحجاز، وأقام بمصر، فاشتهر فضله وأمهالت عليه الهدايا والتحف، وكاتبه ملوك الحجاز والهند واليمن والشام والعراق والمغرب الأقصى والترك والسودان والجزائر. وزاد اعتقاد الناس فيه حتى كان في أهل المغرب كثيرون يزعمون أن من حج ولم يزر الزبيدي ويصله بشئ لم يكن حجه كاملاً! وتوفي بالطاعون في مصر سنة 1205 للهجرة. من كتبه: تاج العروس في شرح القاموس، وإتحاف السادة المتقين في شرح إحياء العلوم للغزالي، عشرة مجلدات، وأسانيد الكتب الستة، وعقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب الإمام أبي حنيفة، وكشف اللثام عن آداب الإيمان والإسلام. (التركلي: خير الدين، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 70).

<sup>2</sup> - الزبيدي: مع د بن مع د بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض (ت: 1205هـ)، الجزء السابع، باب: فسخ، ص: 319.

<sup>3</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء الثاني والثلاثون، ص: 131.

<sup>4</sup> - المادة 119 مدني جزائري.

## ثانيا: انقضاء الالتزام الأصلي بالفسخ

إذا فسخ الالتزام الأصلي زال التزام المدين المكفول عنه، وأصبح كأن لم يكن، وكذلك يزول التزام الكفيل، ويصبح كأن لم يكن تبعا لزوال التزام المدين، كما أن تحقق الشرط الفاسخ يترتب عليه زوال التزام المدين بأثر رجعي، ويزول تبعا له التزام الكفيل، ويصبح كأن لم يكن<sup>1</sup>.  
مثلا: أن يضمن كفيل التزام المشتري بدفع الثمن، ثم يفسخ البيع فيزول بأثر رجعي، ويعتبر دين الثمن كأن لم يكن، وكذلك يزول التزام الكفيل تبعا لزوال التزام المشتري بدفع الثمن، ولا تعود الكفالة بعد أن زالت حتى ولو كان المدين الأصلي الذي زال التزامه بالفسخ التزم من جديد، بل لا بد أن يلتزم الكفيل من جديد<sup>2</sup>.

وهو ما يتفق مع الفقه الإسلامي، في الأحوال التي يفسخ بها الدين، تكون الكفالة منتهية تبعا له، ويسقط حق الدائن في مطالبة الكفيل بأي شيء، ويضرب الفقهاء مثلا على انفساخ الكفالة فيقولون: لو كانت الكفالة بضمن المبيع، وانفسخ البيع بسبب تواجد خيار الرؤية، أو بظهور عيب في المبيع أو في استحقاقه، فحينها يبرأ الكفيل من الكفالة، وتنقضي الكفالة<sup>3</sup>.  
جاء في كشاف القناع: (أو زال العقد بأن انفسخ البيع الذي ضمن فيه الثمن، أو انفسخت الإجارة وقد ضمن الأجرة، برئ الضامن بغير خلاف نعلمه؛ لأنه تبع له، والضمان وثيقة فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة).

## الفرع الثاني: الانقضاء بإبطال الالتزام الأصلي

### أولا: تعريف البطلان

**1 — في اللغة:** الضياع والخسران، أو سقوط الحكم. يقال: بطل الشيء يبطل بطلا وبطلانا بمعنى: ذهب ضياعا وخسرانا ومنه قوله تعالى: ﴿وَبَطَّلَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾<sup>4</sup>، أو سقط حكمه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 452.

<sup>2</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 112.

<sup>3</sup> — الحوسني: جابر بن علي، الكفالة (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي والإماراتي)، دار المحجة للنشر والتوزيع - أبو ظبي - دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى (1429 هـ، 2008 م)، ص: 213.

<sup>4</sup> — سورة الأعراف، الآية رقم: 118.

<sup>5</sup> — \* الزبيدي: مع د بن مع د بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض (ت: 1205 هـ)، الجزء الثامن والعشرون، (فصل الباء مع اللام، باب: ب ط ل)، ص: 89.

\* الفيومي: أحمد بن محمد بن علي بن المقرئ (ت: 770 هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، (كتاب الباء، الباء مع الطاء وما يثلثهما، باب: ب ط ل)، ص: 51.

## 2 — تعريف البطلان في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في العقد الباطل على قولين:

### أ : تعريفه عند الحنفية

هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه<sup>1</sup>.

وذلك بكون العاقدین أو أحدهما ليس أهلا لعقده، أو يكون محل العقد ليس قابلا له بكونه غير مباح أو معدوما، أو يكون غير مقدور التسليم، وبهذا يكون العقد قد اعتري الخلل أصله، فيكون باطلا لا يترتب عليه أثر.

### ب : تعريفه عند الجمهور

تعريف البطلان عند الجمهور هو تعريف الفساد بعينه ، وهو: الذي لم يستوف شرائطه ولا أركانه<sup>2</sup>.

ويستوي أن يكون الخلل في الركن أو في شروط الانعقاد، أو في الوصف، فالنتيجة واحدة هي البطلان.

## 3 — تعريف البطلان في القانون

البطلان هو الجزاء المدني المقرر على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها، ويترتب عليه انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين، وبالنسبة إلى الغير، لذلك يعتبر كأن لم يكن<sup>3</sup>. وهو ما يتفق مع تعريف جمهور فقهاء المسلمين له.

### ثانيا: انقضاء الالتزام الأصلي بالبطلان

إذا كان مصدر التزام المدين عقدا باطلا بسبب تخلف التراضي أو تخلف شروط المحل، أو عدم مشروعية السبب، أو مخالفة الشكل الذي تطلبه القانون للتصرف، أو كان قابلا للإبطال لنقص الأهلية، أو لعيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، وقضى بإبطاله، فإن الدين ينقضي لإبطال مصدره، وينقضي معه التزام الكفيل باعتباره تابعا له<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — ابن عابدين: محمد أمين (ت: 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 49.

<sup>2</sup> \* السيوطي: مصطفى بن سعد (ت: 1243هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية (1415هـ)، 1994م، الجزء الثالث، ص: 512.

\* الموسى: محمد بن إبراهيم، المرجع السابق، ص: 478.

<sup>3</sup> — سليمان: علي علي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) مرجع سابق، ص: 77.

<sup>4</sup> — فايز: أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 107، 108.

عدا إذا كان المقصود من الكفالة هو ضمان نقص الأهلية، ففي هذه الحالة إذا أبطل ناقص الأهلية العقد - لنقص أهليته - فإن التزام الكفيل لا ينقضي، بل يلتزم بصفته مدين أصلي<sup>1</sup>.  
الفقه الإسلامي يتفق مع القانون في اعتبار أن إبطال الدين المكفول به يعتبر سببا من أسباب انتهاء عقد الكفالة، يدل لذلك ما ورد في حاشية الصاوي: (وبطل الضمان إن فسد متحمل به؛ أي الدين المضمون، كدراهم بدنانير لأجل وعكسه، فلا يلزم الضامن حينئذ شيء)<sup>2</sup>.  
وجاء في الغني: ( فإن شرط الخيار فيهما، فقال القاضي: عندي أن الكفالة تبطل، وهو مذهب الشافعي؛ لأنه شرط ما ينافي مقتضاها، ففسدت، كما لو شرط أن لا يؤدي ما على المكفول به)<sup>3</sup>.  
وبراءة الضامن تعني انتهاء الكفالة.

---

<sup>1</sup> - المادة 2/654 مدني جزائري.

<sup>2</sup> - الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، المالكي (ت: 1241هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 441.

<sup>3</sup> - ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 414.

## المبحث الثاني

### انقضاء الكفالة بصحة أصلية

قد تنقضي الكفالة مع بقاء الالتزام الأصلي، فإذا قام الكفيل بأداء الدين للدائن، أو أبرأ الدائن الكفيل، أو اتحدت ذمة الدائن والكفيل، أو أحال الكفيل الدائن بالدين على آخر، انقضى التزام الكفيل نفسه، وتبرأ ذمته في مواجهة الدائن، حتى ولو لم ينقض التزام المدين الأصلي، ويسمى هذا الانقضاء في القانون المدني (الانقضاء بطريق أصلي). ، أما إن كانت بالنفس فإنها تنقضي وتنتهي بالإبراء أو بحضور المكفول ببدنه أو موته... وغير ذلك.

وسأتناول هذا المبحث في مطلبين:

- المطلب الأول : أسباب انقضاء عقد الكفالة بالمال .
- المطلب الثاني : أسباب انقضاء عقد الكفالة بالنفس .

## المطلب الأول: أسباب انقضاء عقد الكفالة بالمال

ينقضي التزام الكفيل إذا انقضت الكفالة نفسها مستقلة عن التزام المدين؛ أي ولو لم ينقض التزام المدين، فينقضي بأحد الأسباب العامة التي ينقضي بها أي التزام آخر، وقد يتم هذا الانقضاء بأسباب خاصة، وهي أسباب خاصة بانقضاء الكفالة دون غيرها.

### الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية

تنقضي الكفالة بصفة أصلية إذا انقضى التزام الكفيل بسبب من أسباب انقضاء الالتزام المقررة في القواعد العامة.

#### أولاً: الأداء

إذا قام الكفيل بأداء الدين للمكفول له، انقضت الكفالة وبرئت ذمة الكفيل في مواجهة المكفول له، كما تبرأ ذمة المكفول عنه؛ وذلك لأن الحق واحد، فإذا استوفاه المكفول له من أحدهما زال تعلقه بهما، وبرئت ذمتهما<sup>1</sup>.

قال في المغني: (وأيهما قضى الحق برئاً جميعاً من المضمون له؛ لأنه حق واحد، فإذا استوفي مرة زال تعلقه بهما)<sup>2</sup>.

وهو ما يتفق مع القانون، حيث إذا قام الكفيل بالوفاء للدائن بمقدار ما التزم به انقضى التزامه وبرئت ذمته في مواجهته، وقضى في الوقت ذاته الدين للمكفول<sup>3</sup>.

#### ثانياً: الوفاء بمقابل

يجوز للكفيل أن يدفع للمكفول له في مقابل الدين المكفول شيئاً آخر، فإذا قبل المكفول له هذا الشيء، فإن التزامه ينقضي، وتبرأ ذمته في مواجهة المكفول له<sup>4</sup>.

جاء في المدونة: (قلت: رأيت إن تكفلت لرجل بألف درهم هاشمية، فرضي صاحب الحق بألف درهم دمشقية فقضيت ذلك، ثم أرجع على صاحبي الذي عليه الأصل؟ قال: ترجع عليه بألف درهم دمشقية؛ لأنك كذا أدبت).

<sup>1</sup> — \* الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 11.

\* عليش: محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله المالكي (ت: 1299 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 217.

\* القليوبي: أحمد سلامة، وعميرة: أحمد البرلسي، حاشيتنا قليوبي وعميرة (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 413.

<sup>2</sup> — ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620 هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 409.

<sup>3</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، الجزء العاشر، ص: 234، 235.

<sup>4</sup> — الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 216.



قلت: أرأيت لو أني تكفلت عن رجل بألف درهم، فغاب ولزمني الذي تكفلت له فأعطيته بالألف الدرهم، دنانير أو عرضاً من العروض أو طعاماً، ثم قدم الذي عليه الأصل، بم أرجع؟ قال: الذي عليه الأصل بالخيار، إن أحب أن يدفع قيمة ما دفع الكفيل إليه إن كان عرضاً أو حيواناً فذلك له، وإن كان طعاماً فمكيلته. وإن أحب الألف التي كانت عليه فذلك له<sup>1</sup>.

فدل هذا النص على أنه إذا قام الكفيل بدفع شيء آخر للدائن اعتاض به عن الدين، وقبل الدائن هذا الاعتراض، انقضت الكفالة وبرئت ذمته في مواجهة المكفول له. في القانون: إذا قبل الدائن من الكفيل في مقابل استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن ما هو مستحق له، انقضت الكفالة وبرئت ذمة الكفيل، وانقضى في الوقت ذاته التزام المدين<sup>2</sup>. وهو ما يتفق مع ما قرره الفقه الإسلامي.

### ثالثاً: الإبراء

إذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة، برئت ذمته دون أن ينقضي الدين المكفول، فيكون الدائن قد نزل عن الكفيل واستبقى المدين الأصلي، وهذا الفرض يكون في حالة وجود كفيل واحد، أما في حالة تعدد الكفلاء، فإن إبراء الدائن لأحد الكفلاء لا يؤدي إلى براءة ذمة غيره من الكفلاء الآخرين، وتجاوز مطالبة الكفلاء الآخرين كل بقدر حصته إن كانوا غير متضامين، أو مطالبة أي منهم بكل الدين بعد خصم حصة الكفيل الذي أبرأ إذا كان الكفلاء متضامين<sup>3</sup>. في الفقه الإسلامي: للمكفول له أن يبرأ الكفيل من الكفالة، لأنه يتصرف في خالص حقه، وهذا باتفاق الفقهاء، ولكن لا تبرأ ذمة المكفول عنه، بل يكون مسؤولاً عن الدين في مواجهة المكفول له<sup>4</sup>.

قال الشيرازي في المهذب: (وإن أبرئ الضامن لم يبرأ المضمون عنه لأن إبراء إسقاط وثيقة من غير قبض فلم يبرأ به من عليه الدين كفسخ الرهن)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> — مالك: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ)، المدونة (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 109.

<sup>2</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، الجزء العاشر، ص: 234.

<sup>3</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 115.

<sup>4</sup> \* ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت: 681 هـ)، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 193.

\* الخرشبي: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 27.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620 هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 409.

<sup>5</sup> — الشيرازي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت: 476 هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 151.

يتضح من هذا النص أنه إذا أبرأ الكفيل انقضت الكفالة، وبرئت ذمته المالية في مواجهة المكفول له، ولا يترتب على هذا الإبراء براءة ذمة المكفول عنه، وهو ما يتوافق وأحكام القانون.

#### رابعاً: اتحاد الذمة المالية

قد ينقضي التزام الكفيل باتحاد الذمة، دون أن ينقضي الدين المكفول، ويتحقق ذلك إذا مات الدائن وورثه الكفيل، حيث تتحد الذمة وتنقضي الكفالة، ومن ثم فإن التزام الكفيل ينقضي بصفة أصلية؛ لأنه ورث الدائن فأصبح دائناً لنفسه، ولكن الدين المكفول لا ينقضي، فيستطيع الكفيل الذي أصبح دائناً باتحاد الذمة أن يرجع على المدين بالدين ذاته، كما لو كان يرجع الدائن قبل موته<sup>1</sup>.

هذا ما يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي، فإذا اتحدت ذمة الكفيل والمكفول له، كأن يموت المكفول له ويرثه الكفيل، انقضت الكفالة وبرئت ذمة الكفيل<sup>2</sup>.

قال ابن نجيم<sup>3</sup> في البحر الرائق: (إذا مات الطالب والكفيل وارثه برئ الكفيل عن الكفالة وبقي المال على المكفول عنه على حاله، وإن كانت الكفالة بغير أمره برئ المطلوب أيضاً؛ لأنه لما مات الطالب صار ذلك المال ميراثاً لورثته)<sup>4</sup>.

يتضح من هذا النص أنه إذا اتحدت ذمة الكفيل والمكفول له في شخص الكفيل، بأن مات المكفول له وورثه الكفيل، انقضت الكفالة وبرئت ذمة الكفيل، أما المكفول عنه فلا تبرأ ذمته، إلا إذا كانت الكفالة بغير أمره.

<sup>1</sup> — الشهاوي: قدرى عبد الفتاح، المرجع السابق، ص: 220.

<sup>2</sup> — السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، الميسوط (مرجع سابق)، الجزء العشرون، ص: 133.

<sup>3</sup> — ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفي، قال ولده الشيخ أحمد: هو الإمام العلامة، البحر الفهامة، وحيد دهره، وفريد عصره، كان عمدة العلماء العاملين، وقدوة الفضلاء الماهرين، وختام المتقين والمفتين. أخذ عن العلامة قاسم بن قطلوبغا، والبرهان الكركي، والأمين بن عبد العال، وغيرهم. وألف رسائل وحوادث ووقائع في فقه الحنفية منها: شرح الكنز وسماه ب (البحر الرائق شرح كنز الدقائق) وصل إلى آخر كتاب الإجارة، وكتاب الأشباه والنظائر، وكتاب شرح المنار في الأصول، وكتاب لب الأصول مختصر تحرير الأصول لابن الهمام، وكتاب الفوائد الزينية في فقه الحنفية وصل فيها إلى ألف قاعدة وأكثر، وتعليق على الهداية، وحاشية على جامع الفصولين، وغير ذلك. توفي صبيحة يوم الأربعاء من رجب سنة سبعين وتسعمائة للهجرة. (أبو الفلاح: عبد الحى بن أحمد بن محمد (ت: 1089هـ)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، حققه: محمود الأرناؤوط، خرج أحاديثه: عبد القادر الأرناؤوط، دار ابن كثير - بيروت، الطبعة الأولى (1406هـ)، الجزء العاشر، ص: 523).

<sup>4</sup> — ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري (ت: 970هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 246، 247.

## خامسا: التقادم

قد ينقضي التزام الكفيل دون أن ينقضي الدين المكفول بالتقادم، والغالب أن يسري التقادم بالنسبة للدين الأصلي في الوقت الذي يسري فيه بالنسبة لالتزام الكفيل، فينقضي الدينان بالتقادم في وقت واحد، ولكن قد يحدث أن ينقضي التزام الكفيل بالتقادم وذلك دون أن ينقضي الدين الأصلي، وعند ذلك تنقضي الكفالة بصفة أصلية لانقضاء التزام الكفيل، وإن كان التزام المدين الأصلي لا زال باقيا. فقد ينقطع التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي، أما التزام الكفيل الذي لم ينقطع سريان التقادم بالنسبة إليه فإنه ينقضي بانقضاء مدته، وقد يقف التقادم بالنسبة إلى المدين الأصلي، ولا يقف بالنسبة للكفيل، فيتقادم التزام الكفيل قبل أن يتقادم التزام المدين الأصلي، وفي مثل هذه الأحوال تبرأ ذمة الكفيل بصفة أصلية مع بقاء المدين الأصلي ملتزما بالدين<sup>1</sup>.

**في الفقه الإسلامي:** من الأسباب التي تنقضي بها الكفالة دون غيرها انقضاؤها بانتهاؤها مدتها، فإذا كانت الكفالة مقيدة بمدة وتمت هذه المدة، وكان المكفول عنه حاضرا موسرا انقضت الكفالة وبرئت ذمة الكفيل، دون أن تبرأ ذمة المكفول عنه<sup>2</sup>.

قال الشيخ عليش<sup>3</sup> المالكي: (أو كان الضمان مقيدا بمدة وتمت، والمضمون حاضر مليء، برئ الضامن دون المضمون)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — \* السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، الجزء العاشر، ص: 238.

\* فايز: أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 110، 111.

<sup>2</sup> — الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 337.

<sup>3</sup> — عليش: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله: فقيه، من أعيان المالكية. مغربي الأصل، من أهل طرابلس الغرب. ولد بالقاهرة سنة 1217 للهجرة، وتعلم في الأزهر، وولي مشيخة المالكية فيه. ولما كانت ثورة عرابي باشا اهتم بموالها، فأخذ من داره، وهو مريض، محمولا لا حراك به، وألقي في سجن المستشفى، فتوفي فيه سنة 1299 للهجرة، بالقاهرة. من تصانيفه: فتح العرابي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، وهو مجموع فتاويه، ومنح الجليل على مختصر خليل، في فقه المالكية، وهداية السالك حاشية على الشرح الصغير للدردير، وحاشية على رسالة الصبان في البلاغة، وتدريب المبتدي وتذكرة المنتهى في الفرائض، وحل المعقود من نظم المقصود في الصرف، وموصل الطلاب لمنح الوهاب في نحو، والقول المنجي حاشية على مولد البرزنجي، وشرح العقائد الكبرى للسنوسي، ومواهب التقدير في شرح مجموع الأمير. (الزركلي: خير الدين، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 19، 20).

<sup>4</sup> — عليش: محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله المالكي (ت: 1299هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 217.

## سادسا: المقاصة

إذا صار الكفيل دائنا للدائن الأصلي، وبقي كذلك إلى الوقت الذي يطالبه فيه الدائن بالأداء، فإن له في هذه الحالة أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذي في ذمة الدائن له وبين المبلغ المطالب هو به بصفته كفيلا، وإذا تمسك بالمقاصة برئت ذمته في مواجهة الدائن، كما تبرأ أيضا ذمة المدين في مواجهة الدائن أيضا، ويبقى مسؤولا قبل الكفيل<sup>1</sup>.

في الفقه الإسلامي، قد تكون المقاصة بين الكفيل والدائن، مع العلم بأن الكفيل ليس مدينا حقيقة، ولكن مطالبته بالدين تجعله في حكم المدين؛ ولذا تقع المقاصة بينهما. يقول الإمام السرخسي: (وإن كتب الكفيل على دار المكفول عنه شراء بالمال فهو جائز؛ لأنه شراء بالدين المؤجل، وهذا قضاء من المكفول عنه للكفيل بطريق المقاصة، فكأنه أوفاه الدين حقيقة)<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية

فهي تلك التي يترتب عليها الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر نتيجة إهمال الدائن، أو بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات، وهي أسباب تنقضي بها الكفالة دون أن ينقضي الالتزام الأصلي.

وقد سبق الحديث عن هذه الأسباب بالتفصيل، عند الكلام عن الدفوع الخاصة بالكفيل.

فقد نص التقنين المدني الجزائري على هذه الأوجه الثلاثة، وهي:

**أولا: براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات**

تنص المادة 656 مدني جزائري، المقابلة لنص المادة 784 مدني مصري، بقولها:

(تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات.

ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل التأمينات المخصصة لضمان الدين، ولو تقررت بعد الكفالة، وكذلك كل التأمينات المقررة بحكم القانون).

يستفاد من نص هذه المادة: أن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات، وهذا

يستتبع بحث النقاط الآتية:

<sup>1</sup> — \* السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، الجزء العاشر، ص: 238.

\* سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 480.

<sup>2</sup> — السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، المبسوط (مرجع سابق)، الجزء العشرون، ص: 130.

## 1 — الكفلاء الذين يحق لهم التمسك ببراءة ذمتهم

من البديهي أن هذا الحق قاصر على الكفيل فقط، بحيث إن المدين المتضامن لا يجوز له أن يتمسك بإضاعة التأمينات؛ لأنه الملتزم الأصلي بالدين، ويكون لأي كفيل هذا الحق، سواء كان كفيلًا عاديًا أم متضامنًا، أو كان كفيلًا شخصيًا أم عينيًا، ولكن لا يستطيع أن يتمسك ببراءة ذمته الحائز للعقار<sup>1</sup>.

## 2 — شروط براءة ذمة الكفيل

لكي تبرأ ذمة الكفيل بسبب ضياع التأمينات، يجب أن تتوافر الشروط الآتية:

أ : أن توجد تأمينات خاصة.

ب : أن يضيع الدائن بخطئه هذه التأمينات.

ج : أن يترتب على إضاعة التأمينات ضرر بالكفيل.

د : أن يتمسك الكفيل ببراءة ذمته<sup>2</sup>.

### ثانيا: تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين

نصت المادة 657 مدني جزائري، المقابلة لنص المادة 785 مدني مصري، بقولها:

(لا تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها.

غير أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقيم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا).

من هذا النص يتضح أن ذمة الكفيل لا تبرأ لمجرد تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات، بل يبقى ملتزما بالكفالة؛ وذلك لأن الكفيل إذا هو وفي بالالتزام المكفول للدائن كان له أن يرجع على المدين عند حلول الأجل بما وفاه، حتى لو مد الدائن في أجل المدين دون رضاه الكفيل<sup>3</sup>.

إلا أن تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات قد يعرض الكفيل لخطر إعسار المدين بعد يسره، ومن ثم لا يستفيد الكفيل من الرجوع عليه، وحماية للكفيل من خطر تأخر الدائن في مطالبة المدين اعتبر المشرع عدم اتخاذ الإجراءات ضد المدين بعد إنذار الكفيل له ميرثا لذمة الكفيل<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — سي يوسف: زاهية، المرجع السابق، ص: 119.

<sup>2</sup> — تناغو: سمير عبد السيد، المرجع السابق، ص: 86، 90.

<sup>3</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، الجزء العاشر، ص: 251.

<sup>4</sup> — المادة 2/657 مدني جزائري.

## شروط براءة ذمة الكفيل

لكي تبرأ ذمة الكفيل بسبب تأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد المدين، يجب أن تتوفر الشروط الآتية:

- 1 — أن يقوم الكفيل بإنذار الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين.
- 2 — أن لا يقوم الدائن باتخاذ الإجراءات خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل له.
- 3 — أن لا يقدم المدين للكفيل قبل مضي الستة أشهر ضمانا كافيا لما عسى أن يدفعه الكفيل للدائن.
- 4 — أن يتمسك الكفيل في مواجهة الدائن ببراءة ذمته<sup>1</sup>.

### ثالثا: عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين

إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن<sup>2</sup>.

## شروط براءة ذمة الكفيل

- 1 — إفلاس المدين أو إعساره.
  - 2 — عدم تقدم الدائن بحقه في تفليسة المدين.
  - 3 — أن يتمسك الكفيل ببراءة ذمته في مواجهة الدائن<sup>3</sup>.
- الفقه الإسلامي:** لم يرد ذكر شيء من ذلك في الفقه الإسلامي، وبدراسة تلك الأوجه التي قررها القانون يتبين أنها أمور تنظيمية قررها القانون لحماية لحق الكفيل، ومعلوم أن الفقه الإسلامي لم يتطرق لكل جزئية، وإنما هو عبارة عن قواعد ومبادئ أساسية لحماية لحقوق الأفراد والجماعات، فالمسلم حين يتعامل في أي شأن من شؤون حياته، إنما يراقب الله ويسعى طاقته إلى عدم الإضرار بغيره؛ لأن الوازع الإيماني يدفعه إلى أن يقوم بكافة شؤونه على الوجه المطلوب مراقبة لله، أما القانون فيحرص دائما على توضيح الأمور التنظيمية التي يطلب التقيد بها ولو كانت شكلية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — سيد: صابر محمد محمد، المرجع السابق، ص: 491.

<sup>2</sup> — المادة 658 مدي جزائري.

<sup>3</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، الجزء العاشر، ص: 256.

<sup>4</sup> — الموسى: محمد بن إبراهيم، المرجع السابق، ص: 568.

ولقد قرر فقهاء المالكية أن للكفيل أن يطلب من الدائن مطالبة المدين عند حلول الأجل، أو إسقاط الضمان عنه.

جاء في الخرشي: (وله طلب المستحق بتخليصه عند أجله؛ أي للضامن طلب رب الدين بتخليصه من الضمان، بأن يقول له عند حلول أجله وسكوته عن طلب المضمون أو تأخيره وهو موسر إما أن تطلب حقا أو تسقط عني الضمان)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> — الخرشي: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 29.

## المطلب الثاني: أسباب انقضاء عقد الكفالة بالنفس

الكفالة بالنفس كالكفالة بالمال، لا يبقى فيها أي التزام للكفيل إذا وجدت الطرق التي تنتهي بها، وقد ذكر الفقهاء أن الكفالة بالنفس تنتهي إذا تحققت ثلاثة أمور، وهي تسليم النفس، والإبراء، والموت.

### الفرع الأول: انقضاء عقد الكفالة بالنفس بالتسليم

#### أولاً: تعريف التسليم

#### 1 – في اللغة

يطلق التسليم في اللغة ويراد به عدة معان:

التوصيل، يقال: سلم الوديعة لصاحبها، إذا أوصلها فتسلم ذلك، وأسلم إليه الشيء، دفعه. ومنه السلم، وتسلم الشيء: قبضه وتناوله. وسلمت إليه الشيء فتسلمه؛ أي أخذه. وسلم الشيء لفلان؛ أي خلصه. وسلمه إليه: أعطاه إياه. وسلم الأجير نفسه للمستأجر، مكنه من منفعة نفسه حيث لا مانع. والتسليم بذل الرضا بالحكم. والتسليم: السلام، وسلم المصلي: خرج من الصلاة بقوله: السلام عليكم. وسلم على القوم: حياهم بالسلام<sup>1</sup>.

المعنى المختار في اللغة، والذي يتناسب مع المعنى الاصطلاحي هو: سلمه إليه؛ أي أعطاه إياه.

#### 2 – في الفقه الإسلامي

الكفالة بالنفس كفالة بالفعل، وهو تسليم النفس، وفعل التسليم مضمون على الأصيل، فجازت الكفالة به. ولأن الكفيل يقدر على تسليم الأصيل، بأن يعلم من يطلبه مكانه فيخلى بينه وبينه، أو يستعين بأعوان القاضي في التسليم<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> – \* الجوهري: أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي (ت: 393هـ)، المرجع السابق، الجزء الخامس، (باب الميم، فصل السين: سلم)، ص: 1952.

\* الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (ت: 666هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، (باب السين: سلم)، ص: 153.

\* الفيومي: أحمد بن محمد بن علي بن المقري (ت: 770هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، (كتاب السين، السين مع اللام وما يثقلها، باب: س ل م)، ص: 286.

\* الزبيدي: مع د بن مع د بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض (ت: 1205هـ)، الجزء الثاني والثلاثون، (فصل السين المهملة مع الميم، باب: س ل م)، ص: 373.

<sup>2</sup> – السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، المبسوط (مرجع سابق)، الجزء التاسع عشرة، ص: 162.



## ثانياً: انقضاء عقد الكفالة بالنفس بالتسليم

إذا التزم الكفيل بإحضار الشخص المطلوب للمطالب به في مجلس التقاضي أو موضع معتد به لا يستحيل في حق الكفيل، تحرر من الكفالة، وذلك مثل أن يقوم بإحضاره في بلد من البلدان أو في سوق البلد؛ فإن فعل ذلك برئت ذمته، ولم يبق للكفالة بالنفس أي أثر؛ لكون الكفيل قد التزم بالواجب المتحتم عليه في هذه الكفالة، وهو إحضار من اتفق على كفالته، ومعلوم أن هذا الالتزام هو غاية الكفالة بالنفس، ولا يتحقق بتسليم المكفول عنه في الصحراء أو في بلد انعدم فيه القاضي أو السلطة، لعدم القدرة على إقامة المحاكمة<sup>1</sup>، حيث وجدت الكفالة بالنفس لإعانة القاضي ومن ينوب عنه في البحث عن الحكم المفترض على المكفول عنه، لا مجرد إمضاء العقد والمعاملة، وإلا عدت من العبث والاعتباط، والشرع منزّه عن ذلك<sup>2</sup>.

أما في القانون المدني، فإن الكفالة بالنفس لا تعتبر كفالة حقيقية، وذلك لأن التزام الكفيل التزم تابع للالتزام الأصلي، أما الكفيل بالنفس فيلتزم التزاماً أصلياً بعمل معين هو إحضار المدين يوم حلول أجل الدين، ويرتب القانون على عدم إحضار الكفيل بالنفس للمدين وقت حلول الأجل إلزامه بالدين<sup>3</sup>.

جاء في حاشية رد المحتار: (أنه إذا طالبه بتسليم المكفول بنفسه، فله أجل شهر، فإذا تم الشهر فله مطالبته بالتسليم، ولا أجل له في هذه المطالبة الثانية، فإذا سلمه وتبرأ إليه من عهده فلا شيء عليه بعد ذلك، وإن سلمه ولم يتبرأ ثم طالبه به لزمه تسليمه ثانياً، لكن يثبت له أجل شهر آخر بعد هذا الطلب، فإذا تم الشهر ولم يسلمه فطالبه به فلا أجل له ما لم يسلمه إلى الطالب وهكذا، ثم لا يخفى أن هذا في كفالة النفس، أما في كفالة المال فإنه بعد تسليمه لا يطالب به ثانياً؛ لأن الكفالة تنتهي به، ولذا قال في الذخيرة: ولو كفله بألف على أنه متى طالبه به فله أجل شهر، فمتى طلبه فله الأجل، فإذا مضى فله أخذه منه متى شاء بالطلب الأول، ولا يكون الكفيل أجل شهر آخر<sup>4</sup>).

<sup>1</sup> — \* الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 12.  
\* المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم، أبو عبد الله المالكي (ت: 897 هـ)، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 58.  
\* النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676 هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 257.  
\* البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051 هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 378.

<sup>2</sup> — الحوسني: جابر بن علي، المرجع السابق، ص: 225.

<sup>3</sup> — السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (مرجع سابق)، الجزء العاشر، ص: 27.

<sup>4</sup> — ابن عابدين: محمد أمين (ت: 1252 هـ)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 290.

وجاء في حاشية الدسوقي: (وبرئ الضامن بتسليمه له؛ أي بتسليمه المضمون للمضمون له في مكان يقدر على خلاصه منه، وإن بسجن، بأن يقول له صاحبك في السجن فعليك به، أو بتسليمه نفسه للمضمون له إن أمره الضامن به؛ أي بالتسليم، لأنه يصير بأمره كوكيله، فإن لم يأمره به أو سلمه أجنبي بغير أمره لم يبرأ إن حل الحق على المضمون)<sup>1</sup>.

وقال الهيثمي<sup>2</sup> في تحفة المحتاج: (لو كفل واحد بدن اثنين لم يبرأ إلا بإحضارهما كانا متضامين وهو ظاهر بلا حائل بينه وبين المكفول له ولو محبوسا بحق لإتيانه بما لزمه بخلاف ما إذا سلمه له بحضرة مانع كمتغلب يمنعه منه فلا يبرأ لعدم حصول المقصود، نعم إن قبل مختاراً برئ وخرج بمكان التسليم غيره فلا يلزمه قبوله فيه، إن كان له غرض في الامتناع، كأن كان بمحل التسليم بينته أو من يعينه على خلاصه، وإلا أجبره الحاكم على قبوله، فإن صمم تسلمه عنه، فإن فقد الحاكم أشهد أنه سلمه وبرئ)<sup>3</sup>.

وقال ابن قدامة: (وإذا عين في الكفالة تسليمه في مكان، فأحضره في غيره، لم يبرأ من الكفالة. وبه قال أبو يوسف ومحمد. وقال القاضي: إن أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه، برئ من الكفالة. وقال بعض أصحابنا: متى أحضره في أي مكان كان، وفي ذلك الموضع سلطان، برئ من الكفالة؛ لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم، ويمكن إثبات الحجة فيه.

وإن كان المكفول به محبوساً عند غير الحاكم، لم يلزمه تسليمه محبوساً؛ لأن ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه. وإن كان محبوساً عند الحاكم، فسلمه إليه محبوساً لزمه تسليمه؛ لأن حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه. وإذا طالب الحاكم بإحضاره، أحضره مجلسه، وحكم بينهما، ثم يرده إلى الحبس)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 345.

<sup>2</sup> — الهيثمي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس: فقيه باحث مصري، مولده سنة 909 للهجرة في محلة أبي الهيثم من إقليم الغربية بمصر وإليها نسبته. والسعدي نسبة إلى بني سعد من عرب الشرقية بمصر، تلقى العلم في الأزهر، ومات بمكة سنة 974 للهجرة. له تصانيف كثيرة، منها: مبلغ الأرب في فضائل العرب، والجوهر المنظم، والصواعق المحرقة على أهل البدع والضلال والزندقة، وتحفة المحتاج لشرح المنهاج في فقه الشافعية، والفتاوى الهيثمية. (الزركلي: خير الدين، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 234).

<sup>3</sup> — الهيثمي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر (ت: 974هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 262، 263.

<sup>4</sup> — ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 418.

## الفرع الثاني: انقضاء عقد الكفالة بالنفس بالإبراء

قد تقدم انتهاء الكفالة بالمال بسبب الإبراء، وثمة فرق بين الإبراء في الكفالة بالمال والكفالة بالنفس، يكمن في أن إسقاط المكفول له حقه في المطالبة من الكفيل لا يحول بينه وبين المطالبة المكفول له للمكفول عنه، فإذا أبرأ المكفول له الكفيل من الكفالة بالنفس انتهت الكفالة، وظلت ذمة المكفول عنه مشغولة؛ بسبب صدور الإبراء للكفيل لا للمكفول عنه، إلا إذا صدر إبراء المكفول له للكفيل والمكفول عنه معا فإنهما يبرءان<sup>1</sup>.

وقد اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن إبراء المكفول للكفيل بلفظ دال على ذلك، كأن يقول للكفيل: أبرأتك من الكفالة، أو ليس لي عندك حق، أو أبرأتك لي قبلك، أو أبرأتك من حقي ينهي الكفالة بالنفس ويسقطها<sup>2</sup>.  
وذلك للاعتبارات التالية

أ: إن مقتضى الكفالة بالنفس، هو ثبوت حق مطالبة الكفيل إحضار وتسليم النفس المطلوبة، فإذا أسقط حق المطالبة بالإبراء ينتهي الحق ضرورة؛ لأنه بمثابة تنازل عن الكفالة من قبل المكفول له.

ب: إن الإبراء حق خالص للمكفول له وقد سقط من قبله وألحق بمحل السقوط، فهو محض إسقاط تم بالمسقط<sup>3</sup>.

وإبراء الكفيل بالنفس لا يكون إبراء للمكفول عنه؛ لأن المكفول له أسقط حق المطالبة عنه دون المكفول عنه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، المغني (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 421.

<sup>2</sup> — \* السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، المبسوط (مرجع سابق)، الجزء التاسع عشرة، ص: 168، 169.

\* عليش: محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله المالكي (ت: 1299هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 245.

\* النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 257.

\* البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 378.

<sup>3</sup> — \* الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 19.

\* سابق: سيد (ت: 1420هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 342.

<sup>4</sup> — الجمل: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى (ت: 1204هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 388.

جاء في المادة 661 من المجلة: (لا تلزم براءة الأصيل ببراءة الكفيل)<sup>1</sup>؛ لأنه إذا سقط الفرع لا يسقط الأصل لعدم تبعية الأصل لفرعه<sup>2</sup>.

نعم يبرأ الكفيل بالنفس في حال كان الإبراء للمكفول عنه، كما لو أبرأ المكفول له المكفول عنه من الحق بأداء أو إبراء، برئ الكفيل؛ لأن الحق يسقط عن المكفول عنه فإذا سقط الأصل سقط الفرع من باب أولى<sup>3</sup>.

وجاء في المادة 50 من مجلة الأحكام: (إذا سقط الأصل سقط الفرع)، والمادة 662: (براءة الأصيل توجب براءة الكفيل).

وكذلك تنتهي الكفالة بالنفس وتسقط بإقرار المكفول له تسلمه المطلوب؛ لأن ذلك اعترافاً منه بالوفاء، وهو ما يسمى (إبراء الاستيفاء)، وهو: اعترافه بقبض واستيفاء حقه، وهو نوع من الإقرار<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> — مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 124.

<sup>2</sup> — أفندي: علي حيدر خواجه أمين (ت: 1353هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 836.

<sup>3</sup> — \* السمرقندي: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين (ت: 540هـ)، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 240.

\* الخرشني: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 27.

\* الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 459.

\* ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ)، الكافي في فقه الإمام أحمد (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 134.

<sup>4</sup> — مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية (مرجع سابق)، الجزء الأول، ص: 298.

## الفرع الثالث: انقضاء عقد الكفالة بالنفس بالموت

أولاً: تعريف الموت

### 1 – في اللغة

قال الرازي<sup>1</sup>

موت: (الموت) ضد الحياة. (مات) يموت ويمت أيضاً فهو (ميت) و (ميت) مشدداً ومخففاً، وقوم (موتى) و (أموات) و (ميتون) و (ميتون) مشدداً ومخففاً، ويستوي فيه المذكر والمؤنث. قال الله تعالى: ﴿لِنُحْيِيَ بِهِ بَلْدَةً مَّيْتًا﴾<sup>2</sup>، ولم يقل: ميتة. و (الميتة) ما لم تلحقه الذكاة. و (الموات) بالضم الموت. و (الموات) بالفتح ما لا روح فيه. والموات أيضاً بالفتح الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد. و (الموتان) بفتحين ضد الحيوان، يقال: (أماته) الله و (موته) أيضاً. و (المتماوت) من صفة الناسك المرائي<sup>3</sup>.

### وفي مقاييس اللغة

الميم والواو والتاء أصل صحيح يدل على ذهاب القوة من الشيء، ومنه الموت خلاف الحياة<sup>4</sup>.

### 2 – في الاصطلاح

الموت هو: مفارقة الروح للجسد<sup>5</sup>.

ومعنى مفارقتها للجسد، انقطاع تصرفها عن الجسد بخروج الجسد عن طاعتها<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> – الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، زين الدين: صاحب مختار الصحاح في اللغة، فرغ من تأليفه أول رمضان سنة 660 هـ وهو من فقهاء الحنفية، وله علم بالتفسير والأدب. أصله من الري. زار مصر والشام، وكان في قونية سنة 666 وهو آخر العهد به. ومن كتبه: شرح المقامات الحريرية وحدائق الحقائق في التصوف، وأتمودج حليل في أسئلة وأجوبة من غرائب آي التنزيل، والذهب الإبريز في تفسير الكتاب العزيز، وروضة الفصاحة في علم البيان، وكنز الحكمة، في الحديث، وزهر الربيع من ربيع الأبرار. (الزركلي: خير الدين، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 55).

<sup>2</sup> – سورة الفرقان الآية رقم: 49.

<sup>3</sup> – الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (ت: 666هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، (باب الميم: م و ت)، ص: 301.

<sup>4</sup> – ابن فارس: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، أبو الحسين (ت: 395هـ)، المرجع السابق، الجزء الخامس، (كتاب: الميم، باب: الميم والواو وما يثلثهما: موت)، ص: 283.

<sup>5</sup> \* الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 03.

\* النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي) (مرجع سابق)، الجزء

الخامس، ص: 105

<sup>6</sup> – الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء التاسع والثلاثون، ص: 248.

ثانيا: انقضاء عقد الكفالة بالنفس بالموت

## 1 — الانقضاء بموت المكفول له (الدائن)

إذا مات المكفول له صاحب الحق، هل تنتهي الكفالة بموته؟ ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>1</sup> والشافعية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup>، إلى أن الكفالة لا تبطل بموت المكفول له، وينتقل الحق إلى الورثة في مطالبة الكفيل بإحضار المكفول به. واستدلوا على ذلك بالمعقول والقياس:

### أ : المعقول

\* الكفيل الذي هو أهم الأركان ما زال موجودا على قدرته، والوصي أو الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة، فيطالب الكفيل بإحضار المكفول به، ومن ثم لا يبطل حق المكفول له؛ لأن الورثة قائمون مقامه في استيفائه<sup>4</sup>.

\* لا دخل للكفيل بموت المكفول له، فهو لديه القدرة على تسليم المكفول به للورثة بدلا من المكفول له، وعلى هذا فلو سلمه إلى بعضهم برئ من الكفالة له خاصة، وللباقين أن يطالبوه بإحضاره، فإن فعل برئ من الكفالة<sup>5</sup>.

### ب : القياس

قياس الكفالة بالنفس على الكفالة بالمال، فيما أن الكفالة أحد نوعي الضمان، والضمان بالمال لا يبطل بموت المكفول له، فكذلك الكفالة بالنفس<sup>6</sup>.

## 2 — الانقضاء بموت الكفيل

موت الكفيل نفسه الذي هو أساس عقد الكفالة، هل يكون سببا لإنهاء عقد الكفالة؟ أم ينتقل حق إحضار المدين إلى ورثته؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين، وذلك على النحو التالي:

<sup>1</sup> — الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي (ت 743 هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 150، 151.

<sup>2</sup> — الهيثمي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر (ت 974 هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج (مرجع سابق)، الجزء الخامس، ص: 266.

<sup>3</sup> — البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس (ت: 1051 هـ)، شرح منتهى الإرادات (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 132.

<sup>4</sup> — ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري (ت: 681 هـ)، المرجع السابق، الجزء السابع، ص: 170، 171.

<sup>5</sup> — الرِّيْدِيّ: أبو بكر بن علي الحنفي (ت: 800 هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 312.

<sup>6</sup> — البهوتي: منصور بن يونس بن إدريس (ت: 1051 هـ)، شرح منتهى الإرادات (مرجع سابق)، الجزء الثاني، ص: 132.

## المذهب الأول

ذهب الحنفية<sup>1</sup> وهو المذهب عند الشافعية<sup>2</sup>، إلى أن موت الكفيل في الكفالة بالنفس سبب لإنهاء عقد الكفالة.

واستدلوا على ذلك بالمعقول والقياس:

تسليم المكفول به إنما تعهد به الكفيل، وهذا لا يتحقق بعد موت الكفيل، ولا يمكن القول بتوجه المطالبة بالتسليم على ورثته؛ لأنهم لم يكفلوا له بشيء، كما أن الكفالة بالنفس لا تسري على تركة الكفيل، حيث لا يمكن استيفائها من المال.

قياس الكفالة بالنفس على القصاص، فكما أن من عليه القصاص إذا مات لا يخلفه وارثه فيما عليه، فكذلك الحال في الكفيل بالنفس<sup>3</sup>.

## المذهب الثاني

ذهب المالكية<sup>4</sup> والحنابلة<sup>5</sup> والشافعية في قول<sup>6</sup>، إلى أن وفاة الكفيل بالنفس لا ينهي عقد الكفالة، ومن ثم لا يبرأ الكفيل، وينتقل حق المطالبة بإحضار المكفول به إلى الورثة، وإن تعذر الإحضار يؤخذ من تركة الكفيل ما تكفل به.

واستدلوا على ذلك بالمعقول: حيث أن الكفالة بالنفس قد تفضي إلى مال يتعلق بالتركة<sup>7</sup>.

## القول الراجح

هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول، من أن موت الكفيل سبب لإنهاء الكفالة بالنفس، وذلك للأسباب التالية:

أ: قوة أدلتهم، وتوافقها مع الواقع الذي يعيشه الإنسان.

<sup>1</sup> — السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، الميسوط (مرجع سابق)، الجزء التاسع عشرة، ص: 164.

<sup>2</sup> — النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (مرجع سابق)، الجزء الرابع، ص: 258.

<sup>3</sup> — السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، الميسوط (مرجع سابق)، الجزء التاسع عشرة، ص: 164.

<sup>4</sup> — الخطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (ت: 954هـ)، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص: 150.

<sup>5</sup> — البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع (مرجع سابق)، الجزء الثالث، ص: 379.

<sup>6</sup> — الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد البصري البغدادي (ت: 450هـ)، المرجع السابق، الجزء السادس، ص: 466.

<sup>7</sup> — الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد البصري البغدادي (ت: 450هـ)، المرجع نفسه، الجزء السادس، ص: 466.

ب : الكفيل هو الذي تعهد بإحضار المكفول به، ربما كان لقدرته على ذلك وتمكنه من إحضاره، وبموت الكفيل لا ينوب أحد مقامه، فلا يقوم الوارث مقام مورثه فيما عليه، بل يرثه فيما له فقط. جاء عند الزيلعي<sup>1</sup>: (وبعد موت الكفيل لا يتحقق التسليم منه، وورثته لا يقومون مقامه؛ لأنهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه، وماله لا يصلح لإيفاء هذا الحق، وهو إحضار المكفول به)<sup>2</sup>.

ج : تيسيرا وتسهيلا للمعاملات بين البشر ينبغي القول بأن وفاة الكفيل تعد طريقا من طرق إنهاء عقد الكفالة، حتى لا يحجم الناس عن الكفالة بالنفس، وإلا كيف يقبل إنسان على عقد يعرف أن ضرره ليس عليه فقط، بل يتجاوزة إلى ورثته من بعده<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> — الزيلعي: عثمان بن علي بن محجن بن يونس أبو عمرو الملقب فخر الدين، الإمام العلامة أبو محمد الزيلعي، قدم القاهرة في سنة خمس وسبعمئة فاضلا ورأس بها ودرس وأفتى وصنف وانتفع اللبس به، ونشر الفقه، مات في رمضان بقرافة مصر سنة ثلاث وأربعين وسبعمئة (743) للهجرة، من تأليفه: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. (محي الدين: عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، الحنفي (ت: 775هـ)، المرجع السابق، الجزء الأول، ص: 345.

<sup>2</sup> — الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي (ت 743 هـ)، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص: 149.

<sup>3</sup> — أسماء: شناوي صالح، المرجع السابق، ص: 366.



الحائمه

بعد الانتهاء من كتابة هذا البحث (أحكام عقد الكفالة بين الفقه الإسلامي والتقنين المدني الجزائري - دراسة مقارنة - بتوفيق وفضل من الله، فإنه تم تسجيل نتائج يمكن إجمالها فيما يأتي:

- 1 -** تعريف القانون المدني للكفالة يتفق مع تعريف الفقه الإسلامي لها، وإن كان هذا الأخير يفضل تعريف القانون لها من حيث الدقة؛ حيث بين أحقية الكفيل في الرجوع على المدين، لأن ذمة الكفيل تضم إلى ذمة الأصيل في المطالبة فقط (عنصر المسؤولية)، أما عنصر المديونية فيقع على عاتق المدين وحده، وهذا على عكس تعريف القانون الذي لم يبين أحقية الكفيل في الرجوع على المدين بما أداه إلى الدائن، وإنما الذي يوضح ذلك المادة 1/672 مدني جزائري.
- 2 -** الكفالة من العقود الرضائية التي لا يشترط لإبرامها شكل معين، كما أنها من العقود الملزمة لجانب واحد وهو الكفيل، وهي عقد تابع للالتزام الأصلي، وهي من عقود التبرعات؛ لأنها تقع بدون مقابل على سبيل بذل المعروف، وهذه الخصائص لا خلاف عليها بين الفقه والقانون.
- 3 -** إن الكفالة في الفقه الإسلامي قد تكون بالمال، وقد تكون بالنفس، وقد تكون بالطلب، أما في القانون المدني فإن الكفالة تتنوع بحسب مصدر التزام المدين، أما الكفالة بالنفس لا تعتبر كفالة حقيقية في القانون، ورغم هذا الاختلاف في التقسيم إلا أنه ليس اختلافا بينا، فالفقه الإسلامي قد نظم الكفالة الاتفاقية، ولا يوجد في الفقه الإسلامي ما يمنع من الأخذ بالكفالة القضائية.
- 4 -** اتفق الفقه والقانون على ضرورة تمتع الكفيل بالأهلية اللازمة لإبرام عقد الكفالة، وإن اختلفا في المقصود بالأهلية، فبينما يعتبر القانون المدني الكفيل كامل الأهلية ببلوغه سن 19 سنة، فإن الفقه الإسلامي يعتبر الكفيل كامل الأهلية متى ظهرت عليه علامات البلوغ. وفي جميع الأحوال يعتبر اشتراط كون الكفيل أهلا لإبرام مثل هذا العقد درع حماية له، وذلك للتأكد من أن الكفيل عندما أبرم مثل هذا العقد كان مدركا لعاقبة أمره.
- 5 -** أنه يلزم لإنشاء عقد الكفالة توافر أركان ثلاثة، هي الرضا والمحل والسبب، فلا بد من رضا الكفيل لإبرام عقد الكفالة، والذي هو محل اتفاق بين الفقه والقانون، وأن يكون الالتزام المكفول موجودا وصحيحا ومعينا، وأن يكون الباعث مشروعاً.
- 6 -** قرر كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني حماية للكفيل تشمل مرحلة التنفيذ، وتكمن هذه الحماية في منحه الحق في التمسك بالدفوع الخاصة بالمدين، والمستمدة من الرابطة الموجودة بين

الدائن والمدين (الالتزام الأصلي)، بالإضافة إلى حقه في إبداء الدفع الخاصة به، والمستمدة من عقد الكفالة.

**7 —** يتفق القانون المدني والفقهاء الإسلامي في أن الكفالة تنتهي تبعاً لانتهاء الالتزام الأصلي، كما أنها تنقضي بصفة مستقلة عنه، إلا أن القانون توسع عن الفقهاء الإسلامي في الأسباب الخاصة التي تنقضي بها الكفالة دون غيرها.

# الفهارس

وتتضمن

- فهرس الآيات.

- فهرس الأحاديث .

- فهرس الأعلام .

- قائمة المصادر والمراجع.

- فهرس الموضوعات.

## فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	السورة	رقمها	الآية	٥
154	البقرة	166	﴿وَتَقَطَّعَتْ بِهِمُ الْأَسْبَابُ﴾	1
158	البقرة	175	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾	2
142	البقرة	196	﴿وَلَا تَخْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ﴾	3
114	البقرة	256	﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ۗ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾	4
188	البقرة	280	﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾	5
173	البقرة	286	﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾	6
10	آل عمران	37	﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾	7
107	آل عمران	37	﴿فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ﴾	8
221	آل عمران	130	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً﴾	9
204	النساء	29	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾	10
246	النساء	128	﴿وَالصَّلٰحُ خَيْرٌ﴾	11

57	النساء	145	﴿إِنَّ الْمُنَافِقِينَ فِي الدَّرَكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ﴾	12
5	المائدة	01	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	13
25	المائدة	02	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾	14
158	المائدة	03	﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ﴾	15
158	المائدة	90	﴿إِنَّمَا الْحُمُرُ وَالمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ وَالأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ﴾	16
61	الأنعام	90	﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهِدَاهِهِمْ أَقْتَدِ﴾	17
256	الأعراف	118	﴿وَبَطَلَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾	18
102	التوبة	08	﴿يُرْضَوْنَكُم بِأَفْوَاهِهِمْ وَتَأْبَىٰ قُلُوبُهُمْ﴾	19
114	يونس	99	﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مِنَ فِي الأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا﴾	20
97	هود	80	﴿قَالَ لَوْ أَنَّ لِى بِكُمْ قُوَّةٌ أَوْ ءَاوِىَ إِلَىٰ رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾	21
69	يوسف	66	﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ وَ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ﴾	22
19	يوسف	72	﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ هِمْ جَمَلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾	23

71	يوسف	79	﴿قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَلَعْنَا عِنْدَهُ﴾	24
154	الكهف	84	﴿وَعَاتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ سَبَبًا﴾	25
57	طه	77	﴿لَا تَخَفْ دَرَكًا وَلَا تَخْشَى﴾	26
63	الحج	77	﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾	27
131	النور	58	﴿وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ﴾	28
131	النور	59	﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَعِذْنَ﴾	29
273	الفرقان	49	﴿لِنُحِىَ بِهِ بَلَدَةَ مِيثًا﴾	30
10	ص	23	﴿فَقَالَ أَكْفَلْنِيهَا﴾	31
61	الشورى	13	﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ﴾	32
98	محمد	18	﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾	33
97	الذاريات	39	﴿فَتَوَلَّى بِرُكْنِهِ﴾	34
91	الطور	21	﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾	35
91	المدثر	38	﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾	36

## فهرس الأحاديث

الصفحة	التخريج	الراوي	طرف الحديث	٥
163	مسلم	أبو هريرة	(أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم.)	1
10	ابن حبان	سهل بن سعد	(أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا)	2
25	أبو داود	أبو أمامة	(إن الله عز وجل قد أعطى كل ذي حق حقه)	3
131	ابن خزيمة	علي بن أبي طالب	(رفع القلم عن ثلاث)	4
54	النسائي	عائشة	(كل شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل)	5
52	البخاري	سلمة بن الأكوع	(كنا جلوسا عند النبي صلى الله عليه وسلم، إذ أتى بجناراة)	6
186	ابن ماجه	عبادة بن الصامت	(لا ضرر ولا ضرار)	7
131	البيهقي	علي بن أبي طالب	(لا يئتم بعد احتلام، ولا صمات يوم إلى الليل)	8
132	ابن أبي شيبه	عائشة	(لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار)	9
19	الترمذي	أبو أمامة	(الزعيم حارم)	10



173	البخاري	أبو هريرة	(مطل الغني ظلم)	11
62	الحاكم	عبد الله بن عباس	(من أين أصبت هذا الذهب؟)	12
173	ابن ماجه	أبو هريرة	(نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه)	13
133	أحمد	عطية القرظي	(عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم قريظة)	14
174	البيهقي	علي بن أبي طالب	(يا علي، جزاك الله خيراً، فك الله رهانك كما فككت رهان أهلك)	15

## فهرس الأعلام

الصفحة	العلم	٥
251	أشهب: أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داود	1
6	ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد الإشبيلي	2
64	ابن القاص: أحمد بن أبي أحمد الطبري	3
105	ابن الهمام: محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد	4
14	ابن مفلح: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله	5
262	ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد	6
11	ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز	7
12	ابن عرفة: محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، أبو عبد الله	8
14	ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله بن محمد	9
64	ابن سريج: أحمد بن عمر القاضي أبو العباس البغدادي	10
207	أبو إسحاق: إبراهيم بن محمد بن موسى بن هارون	11
50	أبو البركات: عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد	12
69	أبو الزناد: عبد الله بن ذكوان	13
73	أبو الخطاب: محفوظ بن أحمد بن الحسن	14
154	أبو يعلى: محمد بن الحسين ابن محمد بن خلف	15
11	البابرقي: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله	16
114	البردوي: أبو الحسن، علي بن محمد بن الحسين	17

66	البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين	18
114	التفتازاني: مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني	19
99	الجرجاني: علي بن محمد بن علي الشريف الحسيني	20
181	الخرشي: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، أبو عبد الله	21
12	الخليل: خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب، ضياء الدين	22
65	الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة المالكي	23
273	الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، زين الدين	24
255	الزبيدي: محمد بن محمد بن محمد بن عبد الرزاق، أبو الفيض	25
6	الزركشي: محمد بن بهادر بن عبد الله، أبو عبد الله بدر الدين	26
276	الزيلي: عثمان بن علي بن محجن بن يونس أبو عمرو	27
48	الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد	28
13	الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري	29
13	النووي: محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الحزامي	30
12	الصاوي: أحمد بن محمد	31
99	القرافي: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس	32
5	القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري	33
113	السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي	34
246	السنيني: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا	35
38	الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، شمس الدين	36

99	الشوكاني: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله	37
64	الشيرازي: إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي	38
270	الهيتمي: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي	39
69	محمد بن حمزة: محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي	40
263	عليش: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله	41
195	سحنون: أبو سعيد عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي	42

## قائمة المصادر والمراجع

### القرآن الكريم

#### أولاً: كتب التفسير:

- 1 - ابن العربي: أبو بكر محمد بن عبد الله (ت: 543هـ)، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة (1424هـ، 2003).
- 2 - البضاوي: ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي (ت: 685هـ)، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، المحقق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1418هـ).
- 3 - الخازن: علاء الدين علي بن محمد بن إبراهيم، أبو الحسن (ت: 741هـ)، لباب التأويل في معاني التنزيل، المحقق: تصحيح محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1415هـ).
- 4 - الرازي: أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري (ت: 606هـ)، مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة (1420هـ).
- 5 - القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري (ت: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تصحيح: أحمد عبد الحلیم البردوني، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1405هـ، 1985م).
- 6 - الطبري: محمد بن جرير بن يزيد، أبو جعفر (ت: 310هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر الدكتور عبد السند حسن يمامة، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى (1422هـ، 2001م).
- 7 - الزحيلي: وهبة بن مصطفى، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر المعاصر - دمشق - سوريا، الطبعة الثانية (1418هـ).

8 - الزمخشري: أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، جار الله (ت: 538هـ)، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة (1407هـ).

ثانيا: كتب الحديث وشروحه:

9 - ابن أبي شيبة: أبو بكر، عبد الله بن محمد (ت: 235هـ)، مصنف بن أبي شيبة، المحقق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى (1409هـ).

10 - ابن حبان: محمد بن حبان بن أحمد (ت: 354هـ)، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، المحقق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1414هـ)، 1993م).

11 - ابن خزيمة: أبو بكر محمد بن إسحاق (ت: 311هـ)، صحيح ابن خزيمة، المحقق: د. محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1390هـ، 1970م).

12 - ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت: 273هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، (د،ط)، (د،ت).

13 - أبو داود: سليمان بن الأشعث بن إسحاق (ت: 275هـ)، سنن أبي داود، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت).

14 - أحمد: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل (ت: 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، إشراف: د عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى (1421هـ، 2001م).

15 - البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي (ت: 56هـ)، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، الطبعة الأولى (1422هـ).

16 - البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي (ت: 458هـ)، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة (1424هـ، 2003م).

- 17 - الحاكم:** أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن البيع (ت: 405هـ)، المستدرک علی الصحیحین، تحقیق: مصطفی عبد القادر عطا، دار الکتب العلمیة - بیروت - لبنان، الطبعة الأولى (1411هـ، 1990م).
- 18 - الترمذی:** محمد بن عیسی أبو عیسی الترمذی السلمي، الجامع الصحیح سنن الترمذی، تحقیق: أحمد محمد شاکر وآخرون، مطبعة مصطفى البابی الحلی - مصر، الطبعة الثانية، (1395هـ، 1975م).
- 19 - النسائي:** أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني (ت: 303هـ)، السنن الكبرى، المحقق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1421هـ، 2001م).
- 20 - المبارکفوري:** أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم (ت: 1353هـ)، تحفة الأحوذی بشرح جامع الترمذی، دار الکتب العلمیة - بیروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت).
- 21 - الطحاوي:** أبو جعفر، أحمد بن محمد بن محمد بن سلامة (ت: 321هـ)، شرح معاني الآثار، حققه وقدم له: (محمد زهري النجار - محمد سيد جاد الحق) من علماء الأزهر الشريف، راجعه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: د يوسف عبد الرحمن المرعشلي - الباحث بمركز خدمة السنة بالمدينة النبوية، عالم الكتب، الطبعة الأولى (1414هـ، 1994م).
- 22 - الصنعاني:** أبو إبراهيم، محمد بن إسماعيل بن صلاح (ت: 1182هـ)، سبل السلام، دار الحديث، (د،ط)، (د،ت).
- 23 - العسقلاني:** أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل الشافعي (ت: 852هـ): فتح الباري بشرح صحيح البخاري، عن الطبعة التي حقق أصلها: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ورقم كتبها وأبوابها وأحاديثها: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى (1419هـ، 1998).
- 24 - العسقلاني:** أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل الشافعي (ت: 852هـ): التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الکتب العلمیة - بیروت - لبنان، الطبعة الأولى (1419هـ، 1989م).

25 - مسلم: أبو الحسن، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت: 261هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت).

#### ثالثاً: كتب اللغة:

26 - ابن الأثير: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الشيباني الجزري (ت: 606هـ)، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1399هـ، 1979م).

27 - ابن سيده: أبو الحسن علي بن إسماعيل المرسي ( 458هـ)، المحكم والمحيط الأعظم، المحقق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ( 1421هـ ، 2000م).

28 - ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ت: 711هـ) ، لسان العرب، دار صادر - بيروت - لبنان (2004).

29 - ابن فارس: أحمد بن فارس بن زكريا القزويني، أبو الحسين (ت: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1399هـ ، 1979م).

30 - الأنباري: محمد بن القاسم بن محمد بن بشار، أبو بكر (ت: 328هـ)، الزاهر في معاني كلمات الناس، المحقق: د. حاتم صالح الضامن، مؤسسة الرسالة - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1412هـ ، 1992م).

31 - الجرجاني: علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت: 816هـ)، كتاب التعريفات، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1403هـ ، 1983م).

32 - الجوهري: أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي (ت: 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت - لبنان، الطبعة الرابعة (1407هـ ، 1987م).



- 33 - الرازي:** محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (ت: 666هـ)، مختار الصحاح، المكتبة العصرية - الدار النموذجية - بيروت - لبنان، الطبعة الخامسة (1420هـ، 1999م).
- 34 - الزمخشري:** جار الله أبي القاسم محمود بن عمر (ت: 538هـ)، أساس البلاغة، تحقيق: عبد الرحيم محمود، دار المعرفة - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت).
- 35 - المناوي:** زين الدين محمد بن تاج العارفين بن علي الحدادي القاهري (ت: 1031هـ)، التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب 38 عبد الخالق ثروت - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى (1410هـ، 1990م).
- 36 - الفراهيدي:** أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم البصري (ت: 170هـ)، كتاب العين، المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، (د،ط)، (د،ت).
- 37 - الفيروز آبادي:** مجد الدين محمد بن يعقوب الشيرازي الشافعي (ت: 817هـ)، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، (1420هـ، 1999م).
- 38 - الفيومي:** أحمد بن محمد بن علي بن المقرئ (ت: 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت).
- 39 - الزبيدي:** محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض (ت: 1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، المحقق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، (د،ط)، (د،ت).
- 40 - مجمع اللغة العربية بالقاهرة** (إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار)، المعجم الوسيط، دار الدعوة - القاهرة - مصر، (د،ط)، (د،ت).
- رابعا: كتب التراجم والسير:**
- 41 - ابن العماد:** عبد الحي بن أحمد بن محمد الحنبلي، أبو الفلاح (ت: 1089هـ)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، الطبعة الأولى، (1406هـ - 1986م).
- 42 - ابن رجب:** زين الدين عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي (ت: 795هـ)، ذيل طبقات الحنابلة، تحقيق: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان - الرياض، الطبعة الأولى، (1425هـ - 2005م).

**43 - ابن كثير:** أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي البصري ثم الدمشقي (ت: 774هـ)، طبقات الشافعيين، تحقيق: د أحمد عمر هاشم، د محمد زينهم محمد عزب، مكتبة الثقافة الدينية، (د،ط)، (1413هـ ، 1993م).

**44 - ابن فرحون :** إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت: 799هـ)، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت).

**45 - ابن قاضي شهبة:** أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر، طبقات الشافعية، تحقيق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1407هـ).

**46 - ابن سعد:** أبو عبد الله محمد بن سعد بن منيع (ت: 230هـ)، الطبقات الكبرى، المحقق: زياد محمد منصور، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية (1408هـ).

**47 - أبو الفلاح:** عبد الحي بن أحمد بن محمد (ت: 1089هـ)، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، حققه: محمود الأرنؤوط، خرج أحاديثه: عبد القادر الأرنؤوط، دار ابن كثير، الطبعة الأولى (1406هـ ، 1986م).

**48 - التبكي:** أحمد بابا المالكي (ت: 1036هـ )، نيل الابتهاج بتطريز الديباج ، إشراف وتقديم: عبد الحميد بن عبد الله الهرامة ، كلبه الدعوة الإسلامية - طرابلس - ليبيا، الطبعة الأولى (1398، 1989).

**49 - الزركلي:** خير الدين، الأعلام، العلم للملايين - بيروت - لبنان، الطبعة الخامسة عشرة (2002).

**50 - الصفدي:** صلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله (ت: 764هـ)، الوافي بالوفيات، المحقق: أحمد الأرنؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1420هـ ، 2000م).

**51 - السبكي:** تاج الدين عبد الوهاب بن علي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: د - محمود محمد الطناحي د - عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة - مصر، الطبعة الثانية (1413هـ).

- 52 - السيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين (ت: 911هـ)، طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1403هـ).
- 53 - العسقلاني: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر (ت: 852هـ)، تهذيب التهذيب، مطبعة دائرة المعارف النظامية - الهند، الطبعة الأولى (1326هـ).
- 54 - كحالة: عمر بن رضا بن محمد راغب بن عبد الغني الدمشقي (ت: 1408هـ)، معجم المؤلفين، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، (د،ط)،(د،ت).
- 55 - محي الدين: عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، الحنفي (ت: 775هـ)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، مير محمد كتب خانة - كراتشي، (د،ط)،(د،ت).
- 56 - عياض: أبو الفضل القاضي عياض بن موسى اليحصبي (ت: 544هـ)، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، المحقق: عبد القادر الصحراوي، مطبعة فضالة - المحمدية - المغرب، الطبعة الأولى، (د،ت).

#### خامسا: كتب الفقه وأصوله:

- 57 - ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني (ت: 728هـ)، مجموع الفتاوى، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة النبوية - المملكة العربية السعودية، (د،ط)، (1416هـ ، 1995م).
- 58 - ابن جوزي: محمد بن أحمد (ت: 741هـ)، القوانين الفقهية، دار القلم - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1977).
- 59 - ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)،(د،ت).
- 60 - ابن رجب: أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلي (ت: 790)، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة - بيروت - لبنان، (د،ط)،(د،ت).
- 61 - ابن رشد: محمد بن أحمد بن محمد القرطبي (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة - مصر، (د،ط)، (1425هـ ، 2004).
- 62 - ابن الملك: عز الدين عبد المطلب ابن عبد العزيز، شرح المنار وحواشيه من علم الأصول، المطبعة العثمانية، (د،ط)،(1315هـ).

- 63 - ابن الشَّحْنَة: أحمد بن محمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين الثَّقفي الحلبي (ت: 882هـ)، لسان الحكام في معرفة الأحكام، البابي الحلبي - القاهرة - مصر، الطبعة الثانية (1393هـ ، 1973م).
- 64 - ابن مفلح: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج (ت: 763هـ)، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي ، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى (1424هـ - 2003م).
- 65 - ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري(ت: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الكتاب الإسلامي - القاهرة - مصر، الطبعة الثانية، (د،ت).
- 66 - ابن عابدين: محمد أمين (ت: 1252هـ)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1412هـ ، 1992م).
- 67 - ابن عاصم: أبو عمر يوسف بن عبد الله، النمري القرطبي (ت: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، المحقق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية (1400هـ ، 1980م).
- 68 - ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين بن عبد الله (ت: 620هـ): المغني، مكتبة القاهرة، (د،ط)، (1388هـ - 1968م).
- الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية ( 1414هـ ، 1994م).
- 69 - ابن قيم الجوزية: محمد بن أبي بكر بن أيوب شمس الدين (ت: 751هـ): إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1411هـ ، 1991م):
- 70 - ابن قيم الجوزية : محمد بن أبي بكر بن أيوب شمس الدين (ت: 751هـ): الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان - بيروت - لبنان، (د،ط)،(د،ت).
- 71 - ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري (ت: 681هـ)، فتح القدير على الهداية، دار الفكر - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1397هـ ، 1977م).

- 72 - أبو البركات: عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، مجد الدين (ت: 652هـ)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية (1404هـ ، 1984م).
- 73 - أبو المظفر: منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد (ت: 489هـ)، قواطع الأدلة في الأصول، المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1418هـ ، 1999م).
- 74 - أبو الفرج: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، شمس الدين (ت: 682هـ): الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، (د،ط)،(د،ت).
- 75 - أبو الفرج: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، شمس الدين (ت: 682هـ): الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، (د،ط)،(د،ت).
- 76 - أبو العينين: بدران، أصول الفقه الإسلامي، منشورات مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية، (د،ط)،(1998).
- 77 - أبو يعلى: محمد بن الحسين (ت: 458هـ)، العدة في أصول الفقه، حققه وعلق عليه وخرج نصه: د أحمد بن علي بن سير المبارك، جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية - الرياض، الطبعة الثانية (1410هـ،1990م).
- 78 - أفندي: علي حيدر خواجه أمين (ت: 1353هـ)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ، تعريب: فهمي الحسيني دار الجيل - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1411هـ - 1991م).
- 79 - باشا: محمد قدری، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الناس، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، الطبعة الثانية (1308 هـ ، 1891م).
- 80 - الأعظمي: حسين علي، الوجيز في أصول الفقه وتاريخ التشريع ، نقحه وضبطه وقدمه وأعدده للنشر القاضي نبيل عبد الرحمن صياوي، دار الأرقم بن أبي الأرقم - بيروت - لبنان، (د،ط)،(2002).

- 81 - الأسمري: أبو محمد، صالح بن محمد بن حسن آل عمير، القحطاني، مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد الفقهية، اعتنى بإخراجها: متعب بن مسعود الجعيد، دار الصمعي للنشر والتوزيع - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (1420هـ ، 2000م).
- 82 - الأهدل: حسن محمد، أصول الفقه الإسلامي، منشورات مكتبة الجليل الجديد - صنعاء - اليمن، (د،ط)،(د،ت).
- 83 - البابرتي: محمد بن محمود (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)،(د،ت).
- 84 - علاء الدين البخاري: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، الحنفي (ت: 730هـ)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب الإسلامي، (د،ط)،(د،ت).
- 85 - البلخي: نظم الدين ومجموعة من علماء الهند (1999م)، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1310هـ).
- 86 - البغدادي: أبو محمد غانم بن محمد الحنفي (ت: 1030هـ)، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، (د،ط)،(د،ت).
- 87 - البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين (ت: 1051هـ): كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، (د،ط)،(د،ت).
- 88 - البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين (ت: 1051هـ): شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1414هـ ، 1993م).
- 89 - البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين (ت: 1051هـ): دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، الطبعة الأولى (1414هـ ، 1993م).
- 90 - البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين (ت: 1051هـ): الروض المربع شرح زاد المستقنع (ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي)، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، (د،ط)،(د،ت).
- 91 - الثعلبي: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (ت: 422هـ)، التلقين في الفقه المالكي، المحقق: أبي أويس محمد بوخبزة الحسني - التطواني، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1425هـ ، 2004م).

- 92 - الجزيري: عبد الرحمن بن محمد عوض (ت: 1360هـ)، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1424 هـ، 2003م).
- 93 - الجمل: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري (ت: 1204هـ)، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)،(د،ت).
- 94 - الجعلي: عثمان بن حسنين بري المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية - وحدة الرغاية - الجزائر، (د،ط)، (1992).
- 95 - الجويني: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (ت: 478هـ)، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه وصنع فهرسه: أ. د/ عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، الطبعة الأولى (1428هـ، 2007م).
- 96 - الخطاب: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (ت: 954هـ)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1412هـ ، 1992م).
- 97 - الحلبي: جعفر بن الحسن أبي زكريا بن سعيد الهذلي، المحقق (ت: 676 هـ)، شرائع الإسلام، منشورات مكتبة الحياة - بيروت - لبنان، (د،ط)،(د،ت).
- 98 - الحسيني: أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، الحصني، تقي الدين الشافعي (ت: 829هـ)، كفاية الأختار في حل غاية الاختصار، المحقق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهي سليمان، دار الخير - دمشق - سوريا، الطبعة الأولى (1994م).
- 99 - الخرشبي: محمد بن عبد الله المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة - بيروت - لبنان، (د،ط)،(د،ت).
- 100 - الخليل: خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت: 749هـ)، مختصر العلامة خليل، المحقق: أحمد جاد، دار الحديث - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى (1426هـ ، 2005م).
- 101 - الدسوقي: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت).

- 102 - الدردير:** أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد (ت: 1201هـ)، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه مصر، (د،ط) ، (د،ت).
- 103 - الرملي:** شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد (ت: 1404هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر - بيروت - لبنان، الطبعة: ط أخيرة (1404هـ ، 1984م).
- 104 - الزبيدي:** أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي اليمني الحنفي (ت: 800هـ)، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، الطبعة الأولى (1322هـ).
- 105 - الزحيلي:** وهبة بن مصطفى: الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، دار الفكر - سورية - دمشق، الطبعة الثانية (1405 هـ ، 1985م).
- 106 - الزحيلي:** وهبة بن مصطفى: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار البيان - دمشق ، بيروت، الطبعة الأولى، (1402هـ، 1982م).
- 107 - الزحيلي:** وهبة بن مصطفى: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر - دمشق - سوريا، الطبعة الأولى، (1427هـ ، 2006م).
- 108 - الزركشي:** شمس الدين محمد بن عبد الله المصري الحنبلي (ت: 772هـ): شرح الزركشي، تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة العبيكان - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (1413هـ ، 1993م).
- 109 - الزركشي:** شمس الدين محمد بن عبد الله المصري الحنبلي (ت: 772هـ): المنشور في القواعد الفقهية، تحقيق د. تيسير فائق أحمد محمود، الناشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت (1405هـ).
- 110 - الزركشي:** أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر (ت: 794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، الطبعة الأولى (1414هـ ، 1994م).
- 111 - الزرقا:** أحمد بن الشيخ محمد (ت: 1357هـ)، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم - دمشق - سوريا، الطبعة الثانية (1409هـ، 1989م).
- 112 - الزرقا:** مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم - دمشق - سوريا، الطبعة الأولى (1418هـ ، 1998م).



- 113 - الزيلمي:** فخر الدين عثمان بن علي (ت 743 هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى (1313هـ).
- 114 - الطوفي:** سليمان بن عبد القوي بن الكريم الصرصري (ت: 716 هـ)، شرح مختصر الروضة، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى (1407 هـ، 1987م).
- 115 - الكاساني:** علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي (ت: 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1406 هـ، 1986م).
- 116 - الصاوي:** أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، المالكي (ت: 1241 هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، دار المعارف، (د،ط)، (د،ت).
- 117 - القاري:** أحمد بن عبد الله بن الشيخ محمد بشير (1309-1359 هـ)، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دراسة وتحقيق عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، مكتبة تهامة (جدة) المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (1401 هـ، 1981م).
- 118 - القاضي:** منير، شرح المجلة، مطبعة الريان - بغداد - العراق، (د،ط)، (1927).
- 119 - القرافي:** أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت: 684 هـ): الذخيرة، المحقق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1994م).
- 120 - القرافي:** أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت: 684 هـ): شرح تنقيح الفصول، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى (1393 هـ، 1973م).
- 121 - القرافي:** أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس (ت: 684 هـ): الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، (د،ط)، (د،ت).
- 122 - القليوبي:** أحمد سلامة، وعميرة: أحمد البرلسي، حاشيتنا قليوبي وعميرة، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1415 هـ، 1995م).

- 123 - الماوردي:** أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (ت: 450هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1419هـ ، 1990م).
- 124 - المجددي:** محمد عميم الإحسان البركتي، قواعد الفقه، الصدف بيلشرز - كراتشي، الطبعة الأولى (1407هـ ، 1986م).
- 125 - المرادوي:** علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، (د،ت).
- 126 - المرغيباني:** علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدي، (ت: 593هـ)، المحقق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت).
- 127 - المناوي:** زين الدين محمد بن تاج العارفين بن علي الحدادي القاهري (ت: 1031هـ)، التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب 38 عبد الخالق ثروت - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى (1410هـ ، 1990م).
- 128 - المواق:** محمد بن يوسف بن أبي القاسم، أبو عبد الله المالكي (ت: 897هـ)، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1416هـ، 1994م).
- 129 - الموسوعة الفقهية الكويتية،** وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، مطابع دار الصفوة - مصر، الطبعة الأولى (1404هـ).
- 130 - النملة:** عبد الكريم بن علي بن محمد، المهذب في علم أصول الفقه المقارن (تحرير لمسائله ودراستها دراسة نظرية تطبيقية)، مكتبة الرشد - الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (1420هـ ، 1999م).

- 131 - النفراوي:** أحمد بن غانم بن سالم، شهاب الدين الأزهري المالكي (ت: 1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1415هـ ، 1995م).
- 132 - النووي:** أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ): منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، (1425هـ، 2005م).
- 133 - النووي:** أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ): روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة (1421هـ ، 1991م).
- 134 - النووي:** أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ): المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت).
- 135 - العدوي:** أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي (ت: 1189هـ): حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1414هـ ، 1994م).
- 136 - العدوي:** أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي (ت: 1189هـ): حاشية العدوي على الخرخشي، دار الفكر للطباعة - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت).
- 137 - العمراني:** أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم اليميني الشافعي (ت: 558هـ)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى (1421هـ ، 2000م).
- 138 - العتري:** الجديع: عبد الله بن يوسف بن عيسى، تيسير علم أصول الفقه، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1418هـ ، 1997م).
- 139 - العيني:** أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد (ت: 855هـ)، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1420هـ ، 2000م).

- 140 - الغزالي:** أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (ت: 505هـ): المنحول من تعليقات الأصول، حققه وخرج نصه وعلق عليه: الدكتور محمد حسن هيتو، دار الفكر المعاصر - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة (1419هـ ، 1998م)، الجزء الأول، ص: 103.
- 141 - الغزالي:** أبو حامد محمد بن محمد الطوسي (ت: 505هـ): المستصفي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1413هـ، 1993م).
- 142 - السبكي:** أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي (ت: 756هـ)، فتاوى السبكي، دار المعارف - القاهرة - (د،ط)، (د،ت).
- 143 - السرخسي:** محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة (ت: 483هـ)، المبسوط، دار المعرفة - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1414هـ ، 1993م).
- 144 - السمرقندي:** محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين (ت: نحو 540هـ)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1414هـ ، 1994م).
- 145 - السنيكي:** زكريا بن محمد بن أحمد (ت: 926هـ): فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب (هو شرح للمؤلف على كتابه هو منهج الطلاب الذي اختصره المؤلف من منهاج الطالبين للنووي)، دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1414هـ ، 1994م).
- 146 - السنيكي:** زكريا بن محمد بن أحمد (ت: 926هـ): الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة الميمنية، (د،ط)، (د،ت).
- 147 - السنيكي:** زكريا بن محمد بن أحمد (ت: 926هـ): أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، (د،ط)، (د،ت).
- 148 - السيوطي:** مصطفى بن سعد (ت: 1243هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية (1415هـ ، 1994م).
- 149 - الشافعي:** أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس (ت: 204هـ)، الأم، دار المعرفة - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1410هـ ، 1990م).
- 150 - الشريبي:** محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977هـ): مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1415هـ، 1994م).

- 151 - الشريبي:** محمد بن أحمد الخطيب (ت: 977 هـ): الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المحقق: مكتب البحوث والدراسات، الناشر: دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت).
- 152- الشيرازي:** أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت: 476 هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت).
- 153- الشوكاني:** محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليميني (ت: 1250 هـ): نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى ( 1413 هـ ، 1993 م).
- 154- الشوكاني:** محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليميني (ت: 1250 هـ): إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، المحقق: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق - كفر بطنا، قدم له: الشيخ خليل الميس والدكتور ولي الدين صالح فرفور، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى (1419 هـ ، 1999 م).
- 155- الشوكاني:** محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليميني (ت: 1250 هـ): فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، الطبعة الأولى (1414 هـ).
- 156- الهيثمي:** أحمد بن محمد بن علي بن حجر (ت 974 هـ): تحفة المحتاج في شرح المنهاج، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، (د،ط)، (1403 هـ - 1983 م).
- 157- الهيثمي:** أحمد بن محمد بن علي بن حجر (ت 974 هـ): الفتاوى الكبرى الفقهية وبهامشه فتاوى العلامة شمس الدين محمد الرملي، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1403 هـ، 1983 م).
- 158 - مالك:** مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179 هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الطبعة الأولى (1415 هـ ، 1994 م).
- 159 - موسوعة الفقه الإسلامي ،** وزارة الأوقاف المصرية، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة، (د،ط)، (1414 هـ، 1993 م).
- 160 - سابق:** سيد (ت: 1420 هـ)، فقه السنة، دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة (1397 هـ ، 1977 م).

- 161 - عليش: محمد بن أحمد بن محمد، أبو عبد الله المالكي (ت: 1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1409هـ، 1989م).
- سادسا: كتب القانون:
- 162- أبو السعود: رمضان: التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف - الاسكندرية - مصر، الطبعة الأولى (1995م).
- 163- أبو السعود: رمضان: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - مصر، الطبعة الثالثة (2003م).
- 164 - أبو الوفاء: أحمد، إجراءات التنفيذ، منشأة المعارف - الاسكندرية - مصر، الطبعة العاشرة (1990م).
- 165 - بهجت: أحمد عبد التواب محمد، الوجيز في شرح أحكام الضمانات العينية والشخصية (الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، الامتياز، الاختصاص، الكفالة)، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر، (د،ط)، (2010م).
- 166 - تناغو: سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية ( الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز )، منشأة المعارف - الاسكندرية - مصر، (د،ط)، (1996م).
- 167 - تناغو: سمير، وآخريين، القانون والالتزام (نظرية الحق، نظرية العقد، نظرية الالتزام)، مكتبة دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - مصر، (د،ط)، (1997).
- 168 - حجازي: مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية - القاهرة - مصر، (د،ط)، (2006م).
- 169 - حسنين: محمد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د،ط)، (د،ت).
- 170 - البكري: عبد الباقي، البشير: زهير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية - بغداد - العراق، (د،ط)، (1982).
- 171 - الجبوري: ياسين محمد، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، القسم الأول، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر - عمان - الأردن (2002).

- 172 - الذنون: حسن علي: شرح القانون المدني العراقي (أحكام الالتزام)، مطبعة المعارف - بغداد - العراق، الطبعة الأولى (1952م).
- 173 - الذنون: حسن علي: محاضرات في القانون المدني العراقي، دار الطباعة - القاهرة - مصر، (د،ط)، (1956).
- 174 - الذنون: حسن علي، والرحو: محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار وائل للنشر - عمان - الأردن، الطبعة الأولى (2002).
- 175 - العربي: بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الجزء الأول)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة (2005).
- 176 - العمروسي: أنور، التضامن، والتضام، والكفالة في القانون المدني، دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - مصر، الطبعة الأولى (1999).
- 177 - الفاقى: محمد السيد، مبادئ القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان، (د،ط)، (د،ت).
- 178 - السنهوري: عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام)، منشورات الحلبي القانونية - القاهرة - مصر، الطبعة الثالثة (2005).
- 179 - السنهوري: عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد)، دار الفكر للطباعة والنشر - القاهرة - مصر، (د،ط)، (1934).
- 180 - السنهوري: عبد الرزاق: مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان، الطبعة الثانية (1998م).
- 181- السعدي: محمد صبري: الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ( النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة) دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى - عين مليلة - الجزائر، الطبعة الرابعة (2009م).
- 182- السعدي: محمد صبري: شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، دار الكتاب الحديث - القاهرة - مصر، (د،ط)، (1426هـ، 2005م).

- 183 - الشهاوي:** قدري عبد الفتاح: أركان عقد الكفالة العينية والشخصية (التضامن، التضامن، التجريد، في التشريع المصري والمقارن)، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر، (د، ط)، (2005م).
- 184 - الشهاوي:** قدري عبد الفتاح: أحكام عقد الكفالة، التضامن، التضامن في التشريع المصري المقارن، منشأة المعارف - الاسكندرية - مصر، (د، ط)، (2000م).
- 185- الشرقاوي:** جميل: دروس في النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام)، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر، (د، ط)، (1977).
- 186- الشرقاوي:** جميل: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية - مصر، الطبعة الأولى (1998م).
- 187- الشرقاوي:** جميل: التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر، (د، ط).
- 188- الشرقاوي:** جميل: أصول القانون، منشورات دار النهضة العربية القاهرة، (د، ط)، (1984).
- 189 - الواسعة:** زارة صالحى، السندات التجارية (محاضرات أقيمت على طلبة السنة الرابعة علوم قانونية)، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية - باتنة - السنة الجامعية 2012./2011
- 190 - زكي:** محمود جمال الدين، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة جامعة القاهرة - مصر، (د، ط)، (1978م).
- 191 - زهران:** همام محمد محمود، التأمينات العينية والشخصية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، منشأة المعارف بالاسكندرية - مصر، (د، ط)، (2001م).
- 192 - مرقس:** سليمان، أحكام الالتزام (آثار الالتزام وأوصافه وانتقاله وانقضاؤه)، مطابع دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة - مصر، (د، ط)، (1957م).
- 193 - مرسى:** محمد الكامل، العقود المسماة (الكفالة، الوكالة، السمسرة، الصلح، التحكيم، الوديعة، الحراسة)، المطبعة العالمية - مصر، الطبعة الثانية (1952).



- 194 - نجيم: هاري إدوارد، الكفالة في القوانين والاجتهادات اللبنانية والأجنبية، بيروت - لبنان - الطبعة الأولى ( 1417 هـ ، 1996 م ).
- 195 - عبد الباقي: عبد الفتاح، التأمينات الشخصية والعينية (نظرية العقد)، دار نشر الثقافة - الاسكندرية - القاهرة، (د،ط)، (1984م).
- 196 - عبيد: رؤوف، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي، دار الفكر العربي - بيروت - لبنان، الطبعة الرابعة (1979).
- 197 - عثمان: عبد الحميد، المفيد في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى (1995م).
- 198 - عطير: عبد القادر، الوجيز في شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية)، مكتبة دار الثقافة - الأردن ، (د،ت).
- 199 - غانم: إسماعيل، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مكتبة سيد عبد الله وهبة - القاهرة - مصر، (د،ط)، (1968).
- 200 - فرحة: زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، دار النشر و التوزيع ابن خلدون - الجزائر، الطبعة الثانية (2003).
- 201 - فيلاي: علي، النظرية العامة للالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر - الجزائر، الطبعة الثانية (2005).
- 202 - فوضيل: نادية: الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر - الجزائر، الطبعة الحادية عشر (2006).
- 203 - فوضيل: نادية: القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، ديوان المطبوعات الجامعية - بن عكنون - الجزائر، الطبعة الثالثة (1999).
- 204 - سرور: محمد، موجز الأحكام العامة في القانون المدني المصري، دار الفكر العربي - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى، (د،ت).
- 205 - سليمان: محمدي: مدونة الحقوق العينية والشخصية (عقد الكفالة)، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، (د،ط)، (1999م).

- 206- سليمان: محمدي: التأمينات الشخصية (عقد الكفالة)، ديوان المطبوعات الجامعية - بن عكنون - الجزائر، (د،ط)،(د،ت).
- 207- سليمان: علي علي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة (2003).
- 208- سعد: أحمد محمود، عقد الكفالة، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى (1994).
- 209- سعد: نبيل إبراهيم: التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف بالاسكندرية - مصر، (د،ط) ، (د،ت).
- 210- سعد: نبيل إبراهيم: النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام)، مكتبة دار الجامعة العربية الجديدة للمنشورات مصر، (د،ط) ، (2003).
- 211- سي يوسف: زاهية، عقد الكفالة، دار الأمل - تيزي وزو - الجزائر، (د،ط)، (2001م).
- 212- سلطان: أنور، أحكام الالتزام (الموجز في النظرية العامة للالتزام: دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني)، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر، الطبعة الأولى (1995م).
- 213- شادلي: نور الدين، القانون التجاري (مدخل للقانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، (د،ط)، (2003).
- 214- شرف الدين: أحمد، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر، (د،ط)،(د،ت).
- 215- شيعاوي: وفاء، الأوراق التجارية في القانون التجاري الجزائري (ملخص محاضرات مقدمة لطلبة السنة الرابعة - حقوق - السنة الجامعية: 2010/2009)، جامعة 8 ماي 45 - قالة - الجزائر.
- 216- يحي: عبد الودود، عقد الكفالة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، (د،ط)، (1961م).

سابعاً: كتب مختلفة:

- 218- أبو زهرة: محمد: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي - القاهرة - مصر، (د،ط)، ( 1396هـ، 1976م).
- 219- أبو زهرة: محمد: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، دار الفكر العربي - بيروت - لبنان، (د،ط)، (1976).
- 220 - أسماء: شناوي صالح، عقد الكفالة (حقيقته، أركانه، أقسامه، الآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي)، دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية - مصر، (د،ط)، (2013م).
- 221 - برج: أحمد محمد إسماعيل، الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة وتطبيقات معاصرة)، دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - مصر، (د،ط)، (2004).
- 222 - بهنسي: أحمد فتحي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق - بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة (1404هـ، 1984م).
- 223 - زيدان: عبد الكريم، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن مع مقدمة في الخلاف وأسبابه، مكتبة القدس - بغداد - العراق، (د،ط)، (139هـ، 1975م).
- 224 - الحديثي: علي خليل إسماعيل، مفهوم الشخصية القانونية والأهلية القانونية للمنظمة الدولية، برلين (2010).
- 225 - الحفناوي: عبد المجيد محمد، نظرية الغلط في القانون الروماني، منشأة المعارف - الاسكندرية - مصر، (د،ط)، (1974).
- 226 - الحوسني: جابر بن علي، الكفالة (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي والإماراتي)، دار المحجة للنشر والتوزيع - أبو ظبي - دولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى (1429 هـ ، 2008 م).
- 227 - الكبيسي: محمود مجيد بن مسعود، الصغير بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، دار إحياء التراث الإسلامي - قطر، (د،ط)، (د،ت).
- 228 - الموسى: محمد بن إبراهيم بن عبد الله، نظرية الضمان الشخصي، الكفالة (دراسة مقارنة)، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى (1419 هـ ، 1999م).

**229 - سيد:** صابر محمد محمد، رجوع الدائن على الكفيل (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الكتب القانونية - القاهرة - مصر، (د،ط)، (2010م).

**230 - فايز:** أحمد عبد الرحمان، عقد الكفالة في القانون المصري والقانون الليبي، دار النهضة العربية - القاهرة - مصر، (د،ط)، (1431هـ، 2010م).

#### ثامنا: رسائل جامعية ومذكرات:

**231 - أبو مشايخ:** سعاد توفيق سليمان، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه (دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري)، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس - فلسطين (2006).

**232 - حاج:** خليفة سنوسي، أحكام الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري (مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون)، جامعة الجزائر (1426 هـ ، 2005م).

**233- الأيوبي:** أسامة يعقوب، الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة، (قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة)، (1430هـ ، 2009م).

**234 - الحججه:** أمير أحمد فتوح، آثار عقد الحوالة المدنية (دراسة مقارنة)، قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس - فلسطين (2008).

**235 - الضلاعين:** هيف فايز، الأساس القانوني لرجوع المدين الموفي على باقي المدينين المتضامنين في التضامن السليبي (رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق قسم القانون الخاص)، جامعة مؤتة - الكرك - الأردن (2011).

**236 - الشنطي:** ريم عدنان عبد الرحمن، الإنابة في الوفاء (دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني)، قدمت هذه الأطروحة

استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية - نابلس - فلسطين، (2007م).

**237- العواودة:** محمد حسين حمد، الكفالة في الشريعة الإسلامية (قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا في جامعة الخليل) - الخليل - فلسطين، الرقم الجامعي: 20419001، (1428هـ، 2007م).

**238 - عسقلان:** فضل ماهر محمد، المسؤولية التقصيرية لعدم التمييز " دراسة مقارنة "، (قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين)، (2008م).

**239 - سارة:** سليمان، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري (مذكرة تخرج) المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر (2001، 2004).

**240 - شندي:** إسماعيل، أحكام ضمان الدرك بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني (تفرغ علمي) - الخليل - فلسطين، (1429هـ، 2008م).

#### تاسعا: القوانين والمجلات:

**241 -** أمر رقم 75 - 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بـ قانون رقم 05 - 02 المؤرخ في 6 فبراير 2005 المتضمن القانون التجاري الجزائري.

**242 -** القانون رقم 05 - 10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق 20 يونيو 2005، يعدل و يتمم الأمر رقم 75 - 58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

**243 -** القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

**244 -** قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

**245 - إبراهيم:** أحمد، الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الإسلامي، (مجلة القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة - مصر)، السنة الأولى، العدد الثاني، (1931).

- 246 - الألفي: محمد جبر، أحكام الكفالة في التشريع الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي (رابطة العالم الإسلامي) - مكة المكرمة، العدد السابع (2009).
- 247 - الشمري: لقاء جليل عيسى، الكفالة في النصوص المسماة البابلية القديمة، مجلة القادسية في الآداب والعلوم التربوية (العراق)، المجلد التاسع، العددان (3،4)، سنة 2010.
- 248 - الشويعر: عبد السلام بن محمد، عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة، مجلة العدل (تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية)، العدد 43 (1430هـ).
- 249 - مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المطبعة العثمانية - القسطنطينية، الطبعة الثانية، (1305هـ).
- 250 - سلامة: مأمون محمد، إجرام العنف (مجلة القانون والاقتصاد - جامعة القاهرة - مصر)، السنة 44، العدد الثاني، (1974).

## فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
	إهداء.....
	شكر وتقدير.....
أ	المقدمة.....
1	الفصل التمهيدي: مدخل مفاهيمي.....
3	المبحث الأول: ماهية عقد الكفالة.....
4	المطلب الأول: تعريف العقد.....
4	الفرع الأول: التعريف اللغوي للعقد.....
5	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للعقد.....
10	المطلب الثاني: تعريف الكفالة.....
10	الفرع الأول: التعريف اللغوي للكفالة.....
11	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للكفالة.....
18	الفرع الثالث: خصائص عقد الكفالة.....
23	المطلب الثالث: نشأة وتطور الكفالة.....
23	الفرع الأول: الكفالة في الحضارة البابلية القديمة.....
24	الفرع الثاني: الكفالة في القانون الروماني.....
25	الفرع الثالث: الكفالة في الشريعة الإسلامية.....
25	الفرع الرابع: الكفالة في العصر الحديث.....
27	المبحث الثاني: تمييز عقد الكفالة عن بعض الأنظمة الأخرى المشابهة له

28	المطلب الأول: الكفالة والحوالة.....
28	الفرع الأول: تعريف الحوالة عند فقهاء المسلمين.....
30	الفرع الثاني: تعريف الحوالة في القانون.....
33	المطلب الثاني: الكفالة والتضامن.....
33	الفرع الأول: تعريف التضامن.....
34	الفرع الثاني: الفرق بين الكفالة والتضامن.....
37	المطلب الثالث: الكفالة والفضالة.....
37	الفرع الأول: تعريف الفضالة عند فقهاء المسلمين.....
38	الفرع الثاني: تعريف الفضالة في القانون المدني الجزائري.....
39	الفرع الثالث: الفرق بين الكفالة والفضالة.....
40	المطلب الرابع: الكفالة والتعهد عن الغير.....
40	الفرع الأول: تعريف التعهد عن الغير.....
40	الفرع الثاني: الفرق بين الكفالة والتعهد عن الغير.....
42	المطلب الخامس: الكفالة والإنابة في الوفاء.....
42	الفرع الأول: تعريف الإنابة في الوفاء.....
43	الفرع الثاني: أنواع الإنابة في الوفاء.....
44	الفرع الثالث: الفرق بين الكفالة والإنابة في الوفاء.....
45	الفصل الأول: أنواع الكفالة.....
47	المبحث الأول: أنواع الكفالة في الفقه الإسلامي.....
48	المطلب الأول: الكفالة بالمال.....



48	الفرع الأول: تعريفها في اصطلاح فقهاء المسلمين.....
50	الفرع الثاني: خصائص الكفالة بالمال.....
52	الفرع الثالث: أقسام الكفالة بالمال.....
65	<b>المطلب الثاني: الكفالة بالنفس (الكفالة بالوجه).....</b>
65	الفرع الأول: تعريفها في اصطلاح فقهاء المسلمين.....
67	الفرع الثاني: خصائص الكفالة بالنفس.....
68	الفرع الثالث: حكم الكفالة بالنفس.....
72	الفرع الرابع: ألقاظ الكفالة بالنفس.....
74	<b>المطلب الثالث: الكفالة بالطلب.....</b>
74	الفرع الأول: تعريف الكفالة بالطلب.....
75	الفرع الثاني: خصائص الكفالة بالطلب.....
76	الفرع الثالث: المقارنة الكفالة بالنفس والكفالة بين الطلب.....
77	<b>المبحث الثاني: أنواع الكفالة في القانون المدني الجزائري.....</b>
78	<b>المطلب الأول: أنواع الكفالة من حيث المصدر.....</b>
78	الفرع الأول: الكفالة الاتفاقية.....
79	الفرع الثاني: الكفالة القانونية.....
82	الفرع الثالث: الكفالة القضائية.....
83	الفرع الرابع: أهمية التفرقة بين الكفالة القانونية والقضائية والاتفاقية.....
84	<b>المطلب الثاني: أنواع الكفالة من حيث طبيعتها.....</b>
84	الفرع الأول: الكفالة المدنية.....

85	الفرع الثاني: الكفالة التجارية.....
86	الفرع الثالث: الأهمية العملية للتفرقة بين الكفالة المدنية والكفالة التجارية.....
90	<b>المطلب الثالث: أنواع الكفالة بحسب محلها.....</b>
90	الفرع الأول: الكفالة الشخصية.....
91	الفرع الثاني: الكفالة العينية.....
92	الفرع الثالث: المقارنة بين الكفالة الشخصية والكفالة العينية.....
93	<b>المطلب الرابع: أنواع الكفالة من حيث الوصف.....</b>
93	الفرع الأول: الكفالة المطلقة.....
93	الفرع الثاني: الكفالة المقيدة.....
94	الفرع الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.....
95	<b>الفصل الثاني: أركان عقد الكفالة.....</b>
101	<b>المبحث الأول: الرضا.....</b>
102	المطلب الأول: تعريف الرضا.....
102	الفرع الأول: تعريف الرضا في اللغة.....
103	الفرع الثاني: تعريف الرضا في الاصطلاح.....
105	<b>المطلب الثاني: الرضا بين الكفيل والدائن.....</b>
105	الفرع الأول: تعريف الإيجاب والقبول.....
108	الفرع الثاني: صيغة الكفالة (الإيجاب والقبول).....
113	الفرع الثالث: عيوب الرضا (رضا الكفيل).....
126	<b>المطلب الثالث: الأهلية.....</b>

126	الفرع الأول: تعريف الأهلية.....
128	الفرع الثاني: أنواع الأهلية.....
130	الفرع الثالث: أهلية الكفيل.....
138	الفرع الرابع: أهلية الدائن (المكفول له).....
139	الفرع الخامس: أهلية المدين (المكفول عنه).....
141	<b>المبحث الثاني: المحل (المكفول به).....</b>
142	المطلب الأول: تعريف المحل.....
142	الفرع الأول: التعريف اللغوي للمحل.....
142	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للمحل.....
144	المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحل.....
144	الفرع الأول: أن يكون مضمونا بنفسه على الأصيل.....
151	الفرع الثاني: أن يكون مقدور الاستيفاء من الكفيل.....
153	<b>المبحث الثالث: السبب.....</b>
157	المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في السبب.....
157	الفرع الأول: وجود السبب.....
157	الفرع الثاني: مشروعية السبب.....
159	المطلب الثاني: سبب التزام الكفيل.....
159	الفرع الأول: انعقاد الكفالة لمصلحة الدائن.....
159	الفرع الثاني: انعقاد الكفالة لمصلحة المدين.....
161	المطلب الثالث: إثبات عقد الكفالة وتفسيره.....

161	الفرع الأول: إثبات عقد الكفالة.....
163	الفرع الثاني: تفسير عقد الكفالة.....
165	<b>الفصل الثالث: آثار عقد الكفالة.....</b>
167	<b>المبحث الأول: العلاقة بين الكفيل والدائن.....</b>
168	المطلب الأول: مطالبة الدائن للكفيل.....
168	الفرع الأول: شروط مطالبة الدائن للكفيل (متى يحق للدائن مطالبة الكفيل؟).....
176	الفرع الثاني: مدى مطالبة الدائن للكفيل (رجوع الدائن على الكفلاء في حالة تعددهم).....
180	المطلب الثاني: دفع الكفيل في مواجهة الدائن.....
180	الفرع الأول: الدفع المتعلقة بالالتزام الأصلي المكفول.....
183	الفرع الثاني: الدفع الخاصة بالكفالة.....
191	الفرع الثالث: الدفع المتعلقة بالتنفيذ على أموال الكفيل (الدفع بالتجريد).....
199	الفرع الرابع: التزامات الدائن بعد استيفائه حقه من الكفيل.....
202	<b>المبحث الثاني: العلاقة بين الكفيل والمدين.....</b>
203	المطلب الأول: حالات رجوع الكفيل على المدين في الفقه الإسلامي.....
203	الفرع الأول: أن تكون الكفالة ويكون الأداء بإذن المدين.....
205	الفرع الثاني: أن تكون الكفالة ويكون الأداء بدون إذن المدين.....
206	الفرع الثالث: أن تكون الكفالة بإذن المدين، والأداء بدون إذنه.....
207	الفرع الرابع: أن تكون الكفالة بغير إذن المدين، ويكون الأداء بإذنه.....
209	المطلب الثاني : رجوع الكفيل على المدين.....
209	الفرع الأول: رجوع الكفيل على المدين في القانون.....

219	الفرع الثاني: رجوع الكفيل على المدين في الفقه الإسلامي.....
221	الفرع الثالث: الموازنة بين رجوع الكفيل على المدين في الفقه الإسلامي والقانون.....
222	<b>المطلب الثالث: رجوع الكفيل عند تعدد المدينين.....</b>
222	الفرع الأول: تعدد المدينين غير المتضامين.....
223	الفرع الثاني: تعدد المدينين المتضامين.....
226	<b>المبحث الثالث : العلاقة بين الكفيل وتغيره من الكفلاء.....</b>
227	<b>المطلب الأول: علاقة الكفيل الشخصي بغيره من الكفلاء الشخصيين.....</b>
227	الفرع الأول: تعدد الكفلاء غير المتضامين.....
229	الفرع الثاني: تعدد الكفلاء المتضامين.....
233	<b>المطلب الثاني: علاقة الكفيل بالكفيل العيني وحائز العقار.....</b>
233	الفرع الأول: رجوع الكفيل على الكفيل العيني.....
234	الفرع الثاني: رجوع الكفيل على حائز العقار.....
235	<b>الفصل الرابع: انقضاء عقد الكفالة وانتهائه.....</b>
237	<b>المبحث الأول: انقضاء الكفالة بصفة تبعية.....</b>
238	<b>المطلب الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء أو بما يعادل الوفاء.....</b>
238	الفرع الأول: انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء أو الأداء.....
239	الفرع الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء.....
248	<b>المطلب الثاني: انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء به.....</b>
248	الفرع الأول: الإبراء.....
252	الفرع الثاني: استحالة الأداء.....

253	الفرع الثالث: التقادم.....
255	<b>المطلب الثالث: انقضاء الكفالة بفسخ الالتزام الأصلي أو إبطاله.....</b>
255	الفرع الأول: الانقضاء بالفسخ.....
256	الفرع الثاني: الانقضاء بإبطال الالتزام الأصلي.....
259	<b>المبحث الثاني: انقضاء الكفالة بصفة أصلية.....</b>
260	<b>المطلب الأول: أسباب انقضاء عقد الكفالة بالمال.....</b>
260	الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية.....
264	الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء الكفالة بصفة أصلية.....
268	<b>المطلب الثاني: أسباب انقضاء عقد الكفالة بالنفس.....</b>
268	الفرع الأول: التسليم.....
271	الفرع الثاني: الإبراء.....
273	الفرع الثالث: الموت.....
277	<b>الخاتمة.....</b>
280	<b>الفهارس الفنية.....</b>
281	<b>فهرس الآيات القرآنية.....</b>
284	<b>فهرس الأحاديث.....</b>
286	<b>فهرس الأعلام.....</b>
289	<b>قائمة المصادر والمراجع.....</b>
317	<b>فهرس الموضوعات.....</b>

## ملخص البحث بالعربية

تعتبر الكفالة أهم صور التأمينات الشخصية، وقد شرعت لتوثيق الحقوق، وتحقيق التعاون بين الناس، وتيسير معاملاتهم في إقراض الديون والأموال، وإعارة الأعيان، ودفع الحرج عن الناس، ليطمئن صاحب الحق في الدين أو العين المعارة للوصول إلى حقه ورعاية مصالحه.

وقد أثرت تساؤلات عن ماهية وطبيعة الكفالة، وما مدى توافق نظرتي الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في بيان أحكام عقد الكفالة؟ وأيها نجح أكثر في التعامل معها؟ كل هذه التساؤلات وغيرها رأيت الإجابة عنها في بحثي هذا تحت عنوان: أحكام عقد الكفالة بين الفقه الإسلامي والتقنين المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، معتمدا في ذلك على المصادر الفقهية والقانونية، وبعض المراجع الحديثة، وغير ذلك مما له صلة بالبحث. وقد قسمته إلى فصل تمهيدي وأربعة فصول أساسية.

في الفصل التمهيدي حاولت التعريف بعناصر الموضوع، وذلك في مبحثين: تطرقت في المبحث الأول إلى التعريف بكل من العقد، الكفالة في كل من المصطلحين الشرعي والقانوني، وقد بينت خصائصها من خلال هذه التعاريف، لأنتقل بعد ذلك إلى الكلام عن نشأة وتطور الكفالة.

وأما في المبحث الثاني فقد تناولت تمييز عقد الكفالة عن بعض العقود الأخرى المشابهة له، مبينا الفرق بينهم وبينها.

وقد خصصت الفصل الأول لأنواع الكفالة في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، وذلك في مبحثين: المبحث الأول خصصته للحديث عن أنواع الكفالة في الفقه الإسلامي، حيث وجدت أن الفقه الإسلامي قسمها إلى ثلاثة أنواع، الكفالة بالنفس والكفالة بالمال والكفالة بالطلب، مدعما هذا بما هو موجود في القرآن والسنة وكتب الفقهاء.

أما في المبحث الثاني فتحدثت فيه عن أنواع الكفالة في القانون المدني الجزائري، حيث قسمها من حيث المصدر إلى ثلاثة أنواع (الكفالة القانونية والقضائية والاتفاقية)، ومن حيث طبيعتها إلى نوعين (الكفالة المدنية والتجارية)، ومن حيث محلها إلى نوعين (الكفالة الشخصية والعينية)، ومن حيث الوصف إلى نوعين (الكفالة المطلقة والمقيدة)، ثم عرضت إلى الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في أنواع الكفالة.

وفي الفصل الثاني تحدثت عن أركان عقد الكفالة، وذلك في ثلاثة مباحث: المبحث الأول تحدثت فيه عن ركن الرضا، حيث قمت بتعريفه في اللغة وفي الاصطلاحين الإسلامي والوضعي، كما تناولت الرضا بين الكفيل والدائن (الإيجاب والقبول)، ثم عرجت إلى الحديث عن أهلية كل من الكفيل والدائن والمدين.

وخصصت المبحث الثاني لركن المحل، حيث تناولت تعريفه في اللغة وفي اصطلاح فقهاء المسلمين والقانون، ثم ذكرت الشروط الواجب توافرها في المحل وهي أن يكون مضمونا بنفسه على الأصل (المدين)، وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل.

أما المبحث الثالث فقد تطرقت فيه إلى ركن السبب، حيث بينت الشروط الواجب توافرها في السبب بأن يكون موجودا ومشروعا، ثم تحدثت عن سبب التزام الكفيل (انعقاد الكفالة لمصلحة الدائن أو المدين)، ثم تناولت إثبات عقد الكفالة وتفسيره.

وفي الفصل الثالث تحدثت عن آثار عقد الكفالة، وذلك في ثلاثة مباحث: المبحث الأول تناولت فيه العلاقة بين الكفيل والدائن، حيث تطرقت إلى مطالبة الدائن للكفيل، وذكرت شروط هذه المطالبة ورجوع الدائن على الكفلاء عند تعددهم، ثم تناولت دفع الكفيل في مواجهة الدائن فمنها ما هو متعلق بالالتزام الأصلي المكفول، ومنها ما هو خاص بالكفالة نفسها، ومنها المتعلقة بالتنفيذ على أموال الكفيل (الدفع بالتجريد).

في المبحث الثاني تكلمت عن العلاقة بين الكفيل والمدين، حيث ذكرت حالات رجوع الكفيل على المدين، وكيفية رجوعه عليه في كل من الفقه الإسلامي والقانون، ثم تحدثت عن رجوع الكفيل على المدين عند تعددهم (متضامين أو غير متضامين).

وخصصت المبحث الثالث للعلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء، حيث بينت علاقة الكفيل الشخصي بغيره من الكفلاء الشخصيين (متضامين أو غير متضامين)، وعلاقته بالكفيل العيني وحائز العقار.

في الفصل الرابع تناولت فيه انقضاء عقد الكفالة، وذلك في مبحثين: المبحث الأول تحدثت فيه عن انقضاء عقد الكفالة تبعا لانقضاء الالتزام الأصلي، سواء كان هذا الانقضاء بالوفاء أو بما يعادل الوفاء، أو كان انقضاء الالتزام الأصلي دون الوفاء به كالإبراء أو استحالة التنفيذ أو التقادم، أو كان انقضاء الكفالة بفسخ الالتزام الأصلي أو إبطاله.



أما المبحث الثاني فتطرق فيه إلى انقضاء الكفالة بصفة أصلية ، حيث ذكرت أسباب انقضاء الكفالة بالمال (الأسباب العامة والخاصة)، ثم تناولت انقضاء الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي، أما في القانون المدني الجزائري فإن الكفالة بالنفس لا تعتبر كفالة حقيقة. وقد جعلت لهذا البحث خاتمة تضمنت مجموعة من النتائج الأساسية التي تم التوصل إليها. وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

## Résumé en français

Le cautionnement se considère comme la plus importante des formes de l'assurance de personnes. Il est légiféré dans le but d'authentifier les droits et favoriser la coopération entre les gens ; Faciliter leurs transactions en prêts des dettes et des biens ; L'emprunt d'objets ; Défendre la gêne des gens ; Et afin que tout ayant droit en dette ou en objet emprunté soit rassuré de parvenir à son droit et préserver ses intérêts.

Plusieurs questions sont soulevées à propos de l'essence et de la nature du cautionnement. Dans quelle mesure sont concordants le point de vue du fiqh (jurisprudence) islamique et celui de la loi algérienne en explication des dispositions du contrat de cautionnement ? Et lequel d'eux a mieux réussi en le traitant ?

Tous ces questionnements et d'autres, j'ai envisagé d'en répondre dans ce présent travail sous le thème : les dispositions (provisions) du contrat de cautionnement entre le Fiqh (jurisprudence) islamique et le code civil algérien (étude comparative). En s'aidant des références juridiques et celles de la jurisprudence islamique et une bibliographie moderne, et tout ce qui a un lien avec le thème. Et je l'ai divisé en chapitre introductoire et quatre chapitres fondamentaux.

Dans le chapitre introductoire j'ai tenté de définir les termes du sujet en deux sous-chapitres : dans le premier j'ai abordé la définition du contrat et du cautionnement dans la terminologie de la jurisprudence islamique et juridique. J'en ai montré leurs caractéristiques au travers ces définitions ; Pour passer par la suite à discuter l'apparition et l'évolution du cautionnement. Dans le deuxième sous-chapitre, j'ai abordé la distinction du contrat de cautionnement des autres contrats semblables. En précisant les différences entre eux.

J'ai consacré le premier chapitre pour les types de cautionnement dans la jurisprudence islamique et le code civil algérien, en deux sous-chapitres. Le premier est consacré pour parler des types de cautionnement dans la jurisprudence islamique où j'ai trouvé que ce dernier le classer en trois types : cautionnement personnel, cautionnement réel, cautionnement par demande, en s'appuyant sur ce qui existe dans le Coran, le Sunnah, et les livres des juristes islamiques.

Dans le deuxième sous-chapitre, j'ai parlé des types de cautionnement dans le code civil algérien qui a classé le cautionnement suivant la source en trois types (juridique, judiciaire et conventionnel) ; Suivant sa nature en deux (civil et commercial) ; Suivant son objet en deux types (cautionnement personnel et réel) ; Suivant sa description en deux types (absolu et contraint). J'ai par la suite entrepris une comparaison entre la jurisprudence islamique et le code civil algérien en ce qui concerne les types de cautionnement.

Dans le deuxième chapitre j'ai présenté les éléments de contrat de cautionnement en trois sous-chapitres : le premier, j'ai le consacré à l'élément de consentement dont j'ai donné la définition linguistique et sa définition en terminologie islamique et positive. J'ai également présenté le consentement entre la caution et le créancier (offre et acceptation). J'ai ensuite passé à la présentation de la capacité de chacun de : la caution, le créancier et le débiteur.

J'ai consacré le deuxième sous-chapitre pour l'élément de l'objet en présentant sa définition linguistiquement et en terminologie des juristes islamiques et celle de la loi. Puis, j'ai évoqué les conditions de l'objet qui doivent être remplies à savoir : qu'il soit assuré en soi pour le représenté (débiteur) ; et qu'il soit livrable de la caution.

Pour ce qui concerne le troisième sous-chapitre, j'y ai présenté l'élément de la cause, dont j'ai montré les conditions qu'elle doit remplir, qui sont : son existence effective et sa licéité. J'ai ensuite parlé de la cause de l'obligation de la caution (fait du cautionnement pour l'intérêt du créancier ou du débiteur) ; Puis, j'ai présenté la preuve de l'acte de cautionnement et son explication.

Dans le troisième chapitre j'ai abordé les effets de l'acte de cautionnement en trois sous-chapitres. Dans le premier j'ai présenté la relation entre la caution et le créancier en parlant sur la demande du créancier à la caution. Et j'ai cité les conditions de cette demande et le retour du créancier aux cautions s'il y en a nombreux. J'ai présenté ensuite les exceptions de la caution envers le créancier. Certaines sont relatives à l'obligation originale cautionnée ; Certaines correspondent au cautionnement lui-même ; Et certaines sont relatives à l'exécution sur les biens de la caution (exception de cession).

J'ai consacré le troisième sous-chapitre à la relation entre la caution et les autres cautions, où j'ai montré la relation de la caution personnelle

avec les autres cautions personnelles (en solidarité ou non) ; Et sa relation avec la caution réelle et le possesseur de l'immeuble.

Dans le quatrième chapitre j'ai abordé l'expiration du contrat de cautionnement dans deux sous-chapitres. Dans le premier j'ai parlé de l'expiration du contrat de cautionnement suivant l'extinction de l'obligation originale. Soit cette expiration est achevée par paiement ou par ce qui est équivalent au paiement. Soit, l'expiration de l'obligation originale s'est faite sans paiement, par la remise, par l'impossibilité d'exécution ou par prescription. Ou bien par résolution de l'obligation originale ou son annulation.

Pour le deuxième sous-chapitre, je l'ai consacré à l'expiration du cautionnement de façon effective. Où j'ai cité les causes de l'expiration du cautionnement de biens (des causes générales et particulières) ; ensuite j'ai parlé de l'expiration du cautionnement personnel dans le Fiqh (jurisprudence islamique). Alors que le code civil algérien ne le considère pas comme un véritable cautionnement.

Finalement, j'ai terminé cette recherche par une conclusion qui comprend l'ensemble des résultats fondamentaux que j'en ai parvenu.

Et que la bénédiction et le salut du Dieu soit sur notre prophète Mohammed, sur ses proches et ses compagnons entiers.

## **Abstract in English**

The guaranty is considered as the most important forms of the insurance of persons. It is legislated in order to authenticate the rights ; promote cooperation between people ; Facilitate their transactions in loans of debts and properties; Borrowing things; hold encumbrance off people. So that any claimant in debt or something borrowed is reassured to get its rights and protect its interests.

Several questions are raised about the essence and nature of the guaranty. To what extent are consistent viewpoints of the Fiqh (Islamic jurisprudence) and the Algerian law in explaining the provisions of the guaranty contract? And which of them was more successful in treating it?

All these questions and others, I tend to answer them in the present work with the theme: the provisions of the contract of guaranty between the Fiqh (Islamic jurisprudence) and the Algerian civil code (a comparative study). With the help of juridical references and those of Islamic jurisprudence, a modern literature, and all that is related to the topic. I have divided the thesis into introductory chapter and four basic chapters.

In the introductory chapter, I have tried to define the terms of the subject in two sections: in the first, I discussed the definition of contract and guaranty in the terminology of Islamic jurisprudence and law. I have showed their characteristics through these definitions, to go then to discuss the emergence and evolution of the guaranty.

In the second section, I discussed the distinction between guaranty contract and other similar contracts, on specifying the differences between them.

I consecrated the first chapter to the types of guaranty in Islamic jurisprudence and the Algerian Civil Code, in two sections. The first is devoted to discuss the types of guaranty in Islamic jurisprudence, where I found that the latter divide it into three types: personal guaranty, real guaranty and guaranty by request, based on what exists in the Qur'an, the Sunnah, and the books of Islamic jurists.

In the second section, I talked about the types of guaranty in the Algerian Civil Code which classify it depending on source into three types (legal, judicial and conventional), depending on nature into two

(civil and commercial); depending on the object into two types (real and personal guaranty), according to its description into two types (absolute and constrained). I subsequently undertook a comparison between Islamic jurisprudence and the Algerian Civil Code regarding the types of guaranty.

In the second chapter, I presented the elements of a guaranty contract in three sections: the first, I have devoted it to the acquiescence element, to which I have given the linguistic definition and a definition in Islamic and positive terminology. I also presented the acquiescence between the guarantor and the creditor (offer and acceptance). I then turned to the presentation of the capacity of each of the guarantor, the creditor and the debtor.

I spent the second section for the element of object by presenting its definition linguistically and in terminology of Islamic lawyers and the law. Then, I mentioned the conditions of the object that must be met, namely: it must be self-reassured for the presented (debtor) and, it must be available from the guarantor.

For the third section, I presented in it the element of the cause, for which I have shown the conditions to be met, that it exists actually and be legal. I then talked about the cause of the obligation of the guarantor (the fact that the guaranty is for the interest of the creditor or the debtor). Then, I have presented the proof of the guaranty and its explanation.

In the third chapter, I discussed the effects of the guaranty contract in three sections. In the first, I presented the relationship between the guarantor and the creditor by talking about the creditor's claim to the guarantor. Then, I mentioned the conditions of this claim and the return of the creditor on the guarantors if there are many. I then presented the exceptions of the guarantor towards the creditor. Some are related to the original obligation guaranteed; some correspond to the guaranty itself; and some are related to the execution on the property of the guarantor (exceptions of seize).

I spent the third section to the relationship between the guarantor and the other guarantors, where I showed the relationship of the personal guarantor with other personal guarantors (in solidarity or not) and its relationship with the real guarantor and the holder of the immovable.

In the fourth chapter, I discussed the expiration of the guarantee in two sections. In the first I talked about the expiration of the contract of

guaranty following the extinction of the original obligation. Either this expiration is completed by payment or what is equivalent to payment. Or the expiration of the original obligation is done without payment, by remittance, by impossibility of execution or by prescription. Or, by resolution of the original obligation or by its annulment.

For the second section, I spent it to the effective expiration of the guaranty. I have cited the causes of the expiration of the guaranty of property (general and specific causes); then, I talked about the expiration of the personal guaranty in the Fiqh (Islamic jurisprudence). While the Algerian Civil Code does not consider it as a true guaranty.

Finally, I completed this research with a conclusion which includes a set of basic results that I reached.

And the blessing and salvation of God be upon our Prophet Muhammad, upon his family and companions whole.