OPEN ACCESS
تاريخ الاستلام: 05/ 09/ 2023
تاريخ القبول: 19/ 11/ 2023

مجلة الآداب

عقد الكفالة في الفقه الإسلامي ونظام المعاملات المدنية السعودي

د. سالم بن راشد العزيزي*
s.alazizi@seu.edu.sa

ملخص:

يهدف البحث إلى محاولة استجلاء توجه المنظّم السعودي في تشريعاته الحديثة من خلال ثنايا نظام المعاملات المدنية. وتحقيق رغبة الباحث في بحث موضوعات النظام (القانون) بعامة، وخاصة فيما يتعلق بالعقود المدنية. وقد تناول البحث موضوع الكفالة في نظام المعاملات المدنية، وتم تحليل المواد القانونية في ذلك، ومقارنة أحكامها بما جاء في نصوص فقهاء المذاهب، وتم تقسيمه إلى مقدمة وتمهيد، وثلاثة مباحث، وجاء المبحث الأول في أركان وشروط عقد الكفالة، والمبحث الثاني: في آثار عقد الكفالة، وأما المبحث الثالث فقد كان عن انقضاء عقد الكفالة، وتوصل البحث إلى أخذ النظام السعودي كثيرًا بأقوال الجمهور ومنهم الحنابلة، إلا أنه في بعض المسائل وهي قليلة أخذ بقول غيرهم. وجاء تعريف الكفالة في النظام السعودي أعم من تعريفه لدى الحنابلة خاصة؛ لأن الحنابلة يفرقون بين الضمان والكفالة فيجعلون الضمان للمال والكفالة للنفس. وأخذ المنظِّم بالدفع بالرجوع موافقًا في ذلك مذهب المالكية ومخالفًا للجمهور، ويقصد به: الدفع الذي بموجبه يطلب الكفيل من المكفول له (الدائن) مطالبة المكفول عنه (المدين) قبل مطالبته بالدين.

الكلمات المفتاحية: عقد الكفالة، الكفيل، المكفول له، المكفول عنه، المكفول به.

* أستاذ القانون المشارك - قسم القانون - كلية العلوم والدراسات النظرية - بالجامعة السعودية الإلكترونية - المملكة العربية السعودية.

للاقتباس: العزيزي، سالم بن راشد، عقد الكفالة في الفقه الإسلامي ونظام المعاملات المدنية السعودي، مجلة الآداب، كلية الآداب، جامعة ذمار، اليمن، مج11، ع4، 2023: 573-625.

© نُشر هذا البحث وفقًا لشروط الرخصة Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)، التي تسمح بنسخ البحث وتوزيعه ونقله بأي شكل من الأشكال، كما تسمح بتكييف البحث أو تحويله أو الإضافة إليه لأي غرض كان، بما في ذلك الأغراض التجارية، شريطة نسبة العمل إلى صاحبه مع بيان أي تعديلات أُجريت عليه.

(EISSN):2708-5783 ISSN:2707-5508
https://doi.org/10.35696/arts.v11i4.1697

OPEN ACCESS
Received: 05/09/2023
Accepted: 19/11/2023

مجلة الآداب

Suretyship Contract in Islamic Jurisprudence and Saudi Civil Transactions System

Dr. Saleh Bin Rashid Al-Azizi *

s.alazizi@seu.edu.sa

Abstract:

The study aims to investigate modern Saudi legislation approach with particular reference to provisions of the Civil Transactions System, focusing on topics of law in general and civil contracts in particular. It also seeks to shed light on suretyship in the Civil Transactions System, analyzing its legal provisions and comparing them with texts of jurists from different schools of thought. The study is divided into an introduction, three sections, and a conclusion. Section one discusses the conditions of suretyship contracts, Section two explores the effects of suretyship contracts. Section three examines the termination of suretyship contracts. The study key results showed that the Saudi system relied heavily on majority opinion, including the Hanbalis, with only a few exceptions. It was concluded that the definition of suretyship in the Saudi system was broader than those provided by the Hanbalis, as they differentiated between guaranteeing money (daman) and guaranteeing oneself (kafala). The findings also showed that legislator adopted the concept of "payment by recourse" in agreement with the Maliki school and against the majority, which refers to payment through which guarantors can demand repayment from the debtor before the creditor demands the debt.

Keywords: Suretyship, Guarantor, Debtor, Creditor, Guaranteed Party.

* Associate Professor of Law, Department of Law, Faculty of Science and Theoretical Studies, Saudi Electronic University, Saudi Arabia

Cite this article as: Al-Azizi Saleh Bin Rashid, Suretyship Contract in Islamic Jurisprudence and Saudi Civil Transactions System, Journal of Arts, Faculty of Arts, Thamar University, Yemen, V 11, I 4, 2023: 573 -625.

© This material is published under the license of Attribution 4.0 International (CC BY 4.0), which allows the user to copy and redistribute the material in any medium or format. It also allows adapting, transforming or adding to the material for any purpose, even commercially, as long as such modifications are highlighted and the material is credited to its author.

مقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد، فإن عقد الكفالة قد لقي اهتمامًا كبيرًا من الفقهاء وشراح القوانين والأنظمة؛ وذلك لأهمية هذا العقد، فهو عقد من العقود التي تضمن حقوق الدائنين، وتزيد من الائتمان، وتساهم في حماية الدائنين من مخاطر الضمان العام، ويترتب عليه الكثير من الأحكام والمسائل التي أفردت بمؤلفاتٍ مستقلةٍ.

أهمية موضوع البحث:

تظهر أهمية البحث في تسليطه الضوء على موقف نظام المعاملات المدنية من أحكام عقد الكفالة، ومعرفة توجه المنظِّم السعودي إزاء التمسك بالمذهب الحنبلي في تشريعاته وتنظيماته، ومدى موافقة النظام السعودي في عقد الكفالة لأحكام المذهب أو المذاهب الأخرى المعتبرة، ويعتبر الحديث عن عقد الكفالة مهمًا؛ لأنه يتناول عقدًا من أهم العقود في الفقه الإسلامي، وكذلك في القوانين المختلفة.

أهداف البحث:

للبحث أهداف عديدة، من أهمها:

1- محاولة استجلاء توجه المنظّم السعودي في تشريعاته الحديثة من خلال نظام المعاملات المدنية.

2- تحقيق رغبة الباحث في بحث موضوعات النظام (القانون) بعامة، وخاصة فيما يتعلق بالعقود المدنية بحسب تخصصي في ذلك وتدريسي له.

مشكلة البحث:

مع صدور نظام المعاملات المدنية بالمرسوم الملكي رقم م/191 بتاريخ 1444/11/29هـ، وخلو المكتبات من شرحٍ له لحداثته، ووجود رأي يقول بأن نظام المعاملات المدنية تم وضعه بناءً على الفقه الحنبلي فقط، ولا يوجد اختيار آخر للمنظِّم سوى ذلك، وأن النظام لم يعتمد مذهبًا بعينه، وإنما اختار الأصلح والأوفق في هذا العصر من جميع المذاهب المعتبرة، ولم يعتمد مذهبًا بعينه في ذلك، وبناءً على ما تقدم واختلاف الآراء كذلك، رأيت أن أبحث في جزئية من هذا النظام للكشف عما خفي من ذلك.

أسئلة البحث:

هناك العديد من الأسئلة التي حاولت الإجابة عنها من خلال بحث هذه الموضوع، وهي:

1- على أي الآراء تم تعريف عقد الكفالة؟ وهل تدخل الكفالة بالنفس على أحكام عقد الكفالة التي نظّمها نظام المعاملات المدنية؟

2- ما أركان وشروط عقد الكفالة عند المنظّم؟ وأي المذاهب وافق المنظِّم في تحديد الأركان والشروط؟

3- ما وجه المقارنة بين آثار عقد الكفالة في الفقه والنظام السعودي؟

4- هل انقضاء عقد الكفالة في نظام المعاملات المدنية يوافق ما جاء عند فقهاء المذاهب أم لا؟

الدراسات السابقة:

لا توجد دراسة -حسب بحثي واطلاعي- في مصادر الأبحاث والمكتبات حول عقد الكفالة في نظام المعاملات المدنية السعودي، فضلًا عن مقارنته بالمذاهب الفقهية؛ وقد يكون سبب ذلك هو حداثة النظام.

منهج البحث:

يقوم البحث على المنهج الوصفي التحليلي، من خلال تتبع وتحليل نصوص نظام المعاملات المدنية، وكذلك منهج المقارنة بينه وبين المذاهب الفقهية المختلفة من خلال تبيين أوجه الاتفاق والاختلاف بينها.

نطاق البحث:

النطاق المرجعي: ويكمن ذلك في نظام المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/191 بتاريخ 1444/11/29هـ.

النطاق الموضوعي: وينحصر في بحث موضوع عقد الكفالة، ولذا يخرج عنه باقي العقود الأخرى.

النطاق الزمني: يتحدد بالفترة الزمنية التي تلت صدور نظام المعاملات المدنية، وتتحدد بتاريخ 1444/11/29هـ حتى 1445/4/20هـ.

النطاق المكاني: المملكة العربية السعودية.

خطة البحث:

تتكون خطة البحث من تمهيد وفيه أربعة مطالب، وثلاثة مباحث كل مبحثٍ منها فيه مطلبان، وخاتمة فيها أهم النتائج والتوصيات، وقد جاءت الخطة كالتالي:

تمهيد: وفيه عدة مطالب هي:

المطلب الأول: تعريف الكفالة.

المطلب الثاني: خصائص الكفالة.

المطلب الثالث: طبيعة عقد الكفالة.

المطلب الرابع: أنواع الكفالة.

المبحث الأول: أركان وشروط عقد الكفالة: وفيها ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: الركن الأول: الرضا: وفيه فرعان هما:

الفرع الأول: الصيغة.

الفرع الثاني: أطراف عقد الكفالة.

المطلب الثاني: الركن الثاني: المحل (المكفول به).

المطلب الثالث: السبب.

المبحث الثاني: آثار عقد الكفالة: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: علاقة الكفيل بالدائن: وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: موعد مطالبة الدائن (المكفول له) للكفيل: وفيها مسألتان هما:

المسألة الأولى: موعد مطالبة الدائن (المكفول له) للكفيل حال الحياة.

المسألة الثانية: موعد مطالبة الدائن (المكفول له) للكفيل حال الموت.

الفرع الثاني: تعدد الكفلاء.

الفرع الثالث: الدفوع التي يتقدم بها الكفيل.

المطلب الثاني: علاقة الكفيل بالمدين: وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: شروط رجوع الكفيل على المكفول عنه (المدين) .

الفرع الثاني: محل رجوع الكفيل في حال تعدد المكفول عنهم (المدينين).

الفرع الثالث: الدعاوى القضائية التي يرجع بها الكفيل على المكفول عنه (المدين).

المبحث الثالث: انقضاء عقد الكفالة: وفيه مطلبان:

المطلب الأول: انقضاء الكفالة بالتبعية لانقضاء الدين (المكفول به): وفيه فرعان:

الفرع الأول: انقضاء الكفالة إذا قام المدين (المكفول عنه) بأداء الدين (المكفول به) للدائن (المكفول له).

الفرع الثاني: بطلان الدين المكفول به أو فسخه.

المطلب الثاني: انقضاء عقد الكفالة بطريقة أصلية.

الخاتمة: وفيها أهم نتائج البحث وتوصياته.

تمهيد:

وفي هذا التمهيد عدة مطالب هي:

المطلب الأول: تعريف الكفالة:

تعريف الكفالة لغةً:

الكَافِل والكَفِيل بمعنى الضَّامِنُ، قال تعالى {فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا} [آل عمران:37]؛ أَي ضمَّنها إياه حتَّى تكفَّل بحضانتها، وكَفَلَ المال: ضَمِنه، وتُطلق الكفالة أيضًا على الضم وعلى الإعالة والقيام بأمر الغير، كما تطلق أيضًا على الالتزام بالشيء وإيجابه على النفس[1].

تعريف الكفالة اصطلاحًا:

جاء تعريف الكفالة عند جمهور فقهاء الشريعة بأنها: ضم ذمة إلى ذمة أخرى في الدين المكفول؛ بحيث تشغل ذمة الكفيل بهذا الدين مع بقائه شاغلًا لذمة المدين الأصلي، ويترتب على ذلك أن يكون للدائن حق الرجوع على الكفيل أو على المدين أيهما شاء ومطالبته بأداء الدين إليه[2].

وجاء تعريفها عند الحنابلة بقولهم: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق"[3]، وهذا التعريف عند الحنابلة هي للضمان؛ لأنهم يجعلون مصطلح الكفالة على إحضار النفس ومصطلح الضمان على الالتزام بالدين[4].

وقد جاء تعريف الكفالة في نظام المعاملات المدنية في المادة (578) بأنها: (عقدٌ يلتزم بمقتضاه الكفيل للدائن بأن يفي بالتزام على المدين إذا لم يَفِ به المدين نفسه).

وهذا التعريف لدى المنظِّم السعودي يختلف عن تعريفه لدى المذهب الحنبلي، فإن الحنابلة يفرقون بين الكفالة والضمان، بينما لم يفرق المنظِّم بينهما، وعليه فقد يكون هذا الالتزام بالمال أو بالنفس.

ويبدو من هذا التعريف للكفالة في النظام هو أن الكفالة بالمال هي الكفالة الغالبة في القانون والأنظمة عمومًا، وهذا ما أكده السنهوري[5] بقوله: "والالتزام المكفول يكون أكثر ما يكون مبلغا من النقود، وقد يكون إعطاء شيء غير النقود، كما قد يكون عملًا أو امتناعًا عن عمل فإذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغًا من النقود، ضمن الكفيل ما عسى أن يحكم به على المدين الأصلي من تعويض من جراء إخلاله بالالتزام بإعطاء شيء غير النقود، أو من جراء إخلاله بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل".

بل إن السنهوري رحمه الله يرى أن الكفالة بالنفس التزامٌ أصليٌ بعمل معين، وليست كفالة حقيقية؛ وذلك لكون التزام الكفيل فيها منفصلًا عن التزام الأصيل وليس تابعًا له، ومن خصائص الكفالة قانونًا أنها عقد تابع[6].

ولكن رأيه هذا تم انتقاده من جملة من القانونيين أنفسهم، وطرحوا عدة تساؤلات منها:

1- إذا كان الالتزام بإحضار المدين عند حلول أجل الدين يعتبر التزامًا أصليًا بعمل معين وليس كفالة حقيقية بالنفس، فما هو تكييف هذا العمل قانونًا وما هي طبيعته؟

2- لماذا عبّر السنهوري -نفسه- عن هذا العمل بما يفيد أنه كفالة بالنفس، فقال: "بل إن "الكفيل بالنفس" يلتزم التزامًا أصليًا بعمل معين هو إحضار المدين يوم حلول أجل الدين؟" بل إنه أشار إلى أن ذلك هو منطق القانون ومفهومه، فقال: "ويرتب القانون على عدم إحضار "الكفيل بالنفس" للمدين يوم حلول أجل الدين إلزامه بالدين".

3- أليس من الممكن أن نعتبر الالتزام في الكفالة بالنفس التزامًا تابعًا- حتى لا نصطدم بما يقرره القانون للكفالة من أنها عقد تابع، وحتى تصبح هذه الكفالة كفالة حقيقية؟- وذلك لأن المدين يلتزم بالحضور بنفسه أو بنائبه عند حلول أجل الدين للوفاء به، فتصح كفالته في هذا الالتزام، ويكون التزام الكفيل هنا بإحضاره التزامًا تابعًا؟[7].

وإنما طرحت هذا الرأي لأبيّن عدم التسليم له في ذلك، وأن الأمر لا يعدو كونه دائرًا في الخلاف المقبول، وأن الكفالة بالنفس ما زالت تطبيقاتها موجودة على أرض الواقع، وكان حريًا بالمنظِّم إدراجها في النظام.

المطلب الثاني: خصائص الكفالة:

للكفالة عدة خصائص وميزات ذكرها الفقهاء والشراح، وذلك بعد سبر حقيقة الكفالة، ومن هذه الخصائص ما يلي:

1. الكفالة عقد تبرع:

الأصل في الكفالة التبرع، أي أن الكفيل يتحمل الكفالة متبرعًا بها دون أن يأخذ عليها مقابل، ولذلك اشترط الفقهاء في الكفيل أن يكون أهلًا للتبرع حتى يصح تحمله للكفالة([8]).

وقد جاء عند الفقهاء ما يفيد ذلك، ففي بدائع الصنائع[9] قال: (لأنها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع).

ويترتب على اعتبار الكفالة عقد تبرعٍ بعض الآثار منها:

أ- عدم جواز اشتراط الأجر على الكفالة؛ لأن اشتراط الأجر على الضمان يجعله ربا، قال ابن قدامة[10]: "ولو قال: اكفل عني ولك ألف لم يجز، لأن الكفيل يلزمه الدين، فإذا أداه وجب له على المكفول عنه، فصار كالقرض، فإذا أخذ عوضا صار القرض جارًا للمنفعة، فلم يجز".

ب- خروج الكفالة من نطاق الأعمال التجارية، وبالتالي هي تصرف مدني حسب أصله؛ لأن عقود التبرع لا تدخل في نطاق القانون التجاري، ولا تعتبر عقودًا تجارية حتى ولو كان الكفيل تاجرًا، واستثناءً من ذلك تعتبر الكفالة طبقًا للنظام السعودي عملًا تجاريًا في ثلاث حالات هي:

الحالة الأولى: إذا كان الكفيل بنكًا لأن جميع الأعمال المصرفية أعمال تجارية بناءً على المادة الثانية فقرة ج من نظام المحكمة التجارية[11].

الحالة الثانية: إذا ضمن الكفيل أحد الموقعين على ورقة من الأوراق التجارية فيما يسمى بالضمان الاحتياطي بناءً على المادة 35 من نظام الأوراق التجارية.

الحالة الثالثة: أن يكون الكفيل تاجرًا وقام بالكفالة بهدف خدمة تجارته[12].

2. الكفالة تصرُّف ملزم لجانب واحد:

الكفالة تصرف ملزم لجانب الكفيل وحده فهو الذي يلتزم بالوفاء بدين المدين الأصلي (المكفول عنه) للدائن (المكفول له) إذا لم يفِ به المدين الأصلي، ويترتب على ذلك أن الكفيل يلتزم بموجب الكفالة بالوفاء بدين المدين الأصلي إذا لم يفِ به المدين، ولا يلتزم المكفول له حسب الأصل بشيء نحو الكفيل[13].

3. الكفالة تصرف رضائي:

تعتبر الكفالة من التصرفات الرضائية[14]، ولا يشترط في الكفالة أي شرط شكلي، ويمكن إثبات الكفالة بالكتابة والإقرار أو باليمين حسب ما يكون متاحًا من وسائل الإثبات[15].

ولأن الرضى يتحقق إذا توافقت إرادتا متعاقدين (أو أكثر) لديهما أهلية التعاقد وعُبِّر عن الإرادة بما يدل عليها. كما دلت عليه المادة (32) من نظام المعاملات المدنية، لكن جاءت المادة (1/579) تبيِّن أن الكفالة تنعقد بين الكفيل والدائن، وأن سكوت الدائن إذا وجه إليه الإيجاب يعد قبولًا للكفالة.

4. الكفالة تصرف تابع:

من أهم خصائص الكفالة أن التزام الكفيل فيها تابع لالتزام المدين الأصلي (المكفول عنه) بحيث إن المدين الأصلي إذا لم يقم بالوفاء بالدين تكفل به الكفيل، لهذا لا تعتبر الكفالة التزاماً مستقلًا بذاته بل تكون تابعة للالتزام الأصلي، ويترتب على تبعية الكفالة للدين الأصلي عدة آثار منها:

أ- لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الدين المكفول صحيحًا؛ وعليه جاءت المادة (581) تبيِّن ذلك بقولها:

(لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول به صحيحًا)، والالتزام المكفول به هو الدين.

ب- الكفالة تتبع الدين المكفول وجودًا وعدمًا، ولذا فإن الكفالة تزول بزوال الالتزام الأصلي، فلو تم إبراء المدين من قِبَلِ الدائن فإن الكفيل يبرأ تبعًا لذلك[16].

ج- جواز تقديم الكفيل لكل الدفوع التي يمكن أن يقدمها المدين الأصلي في مواجهة الدائن[17].

د- لا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المكفول: وعليه فلا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين الأصلي، ولا يجوز أن يلتزم الكفيل لأجَل أقرب من أجَل الدين المكفول[18].

وهذا الأثر هو ما جاء في نظام المعاملات المدنية في المادة (1/584) والتي فيها:

(إذا كانت الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين وبشروط أشد من المكفول فيه لم تصح إلا في قدر الدين المستحق على المدين وبشروطه).

المطلب الثالث: طبيعة عقد الكفالة:

اختلف الفقه الإسلامي في تحديد طبيعة الكفالة على قولين هما:

القول الأول: مذهب جمهور الفقهاء ومنهم (المالكية والشافعية والحنابلة)، فإنهم يرون أن الكفالة قد تتم بإرادة الكفيل وحده ولا يلزم لانعقادها رضا الدائن المكفول له، لأن القبول ليس ركنًا في الكفالة وليس لازمًا لانعقادها، لذلك ينشأ عقد الكفالة وفقًا لهذا الرأي بإيجاب الكفيل وحده دون حاجة إلى القبول من المكفول له ولكنها ترتد برده، كما في الإبراء والوصية فإذا رفض الدائن (المكفول له) الكفالة لعدم ملاءمة الكفيل مثلًا قبل منه ذلك وزالت الكفالة[19].

القول الثاني: ذهب جمهور فقهاء الحنفية إلى أن الكفالة تعتبر عقدًا، فلا بد في انعقادها من إيجاب من الكفيل وقبول من الدائن (المكفول له)، والمدين (المكفول عنه) ليس طرفًا في هذا العقد، وحجة أصحاب هذا القول أن الكفالة ليست التزامًا محضًا حتى تنعقد بالإيجاب وحده، وإنما فيها معنى التمليك، والتمليك لا يتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع[20].

والذي يظهر أن نظام المعاملات المدنية قد اختار مذهب الحنفية في ذلك؛ فقد جاءت المادة (1/579) ناصةً على أن الكفالة تنعقد بين الكفيل والدائن، وأن سكوت الدائن إذا وجه إليه الإيجاب يعد قبولًا للكفالة.

فنجد المنظِّم السعودي لم يأخذ بمذهب الحنابلة هنا، وهو بهذا يخالف أيضًا ما كان مستقرًا عليه العمل سابقًا، فقد جاء في مرشد إجراءات الحقوق الخاصة الصادر عن وزارة الداخلية عام 1409هـ أنه لا يعتبر رضا المكفول له؛ لأن الكفالة وثيقة له لا قبض فيها فتصح من غير رضاه فيها كالشهادة؛ ولأنها التزام حق له من غير عوض فلا يعتبر رضاه فيها[21].

المطلب الرابع: أنواع الكفالة:

تنقسم الكفالة إلى عدة أنواع وذلك بعدة اعتبارات، وقد جاءت هذه الأنواع في كتب الفقهاء، لكنني سأقتصر على ما جاء ذكره مبثوثًا في نظام المعاملات المدنية منها.

ويمكن لنا نتناول هذا التقسيم على النحو التالي:

1. أنواع الكفالة باعتبار الصيغة:

فالكفالة تنقسم باعتبار ذات العقد ومدى انعقاده في الحال أو بعد تحقق شرط معين إلى:

أ. الكفالة المنجزة: وهي الكفالة التي تترتب آثارها في الحال، وهذه الكفالة هي الأصل في الكفالة إذا أطلقت.

ومثالها: أتكفل بدين فلان، فهذه كفالة منجزة لأنها خلت من شرط معلقٍ أو إضافة لمستقبلٍ[22].

ب. الكفالة المعلقة على شرطٍ: وهي الكفالة التي جاءت بصيغة ترتب وجودها وعدمها على حصول أمر يوجد في المستقبل سواء أكان الشرط واقفًا كأن يقول شخص للمشتري أنا ضامن لك بالثمن إذا استحق المبيع، أو كان الشرط فاسخًا كأن يقول أن ضامن للدين الذي على فلان ما لم يستخدمه في محرم[23].

وإلى هذين النوعين أشار المنظِّم في المادة (582) بقوله: (يصح أن تكون الكفالة منجزةً أو معلقةً على شرط).

2. أنواع الكفالة باعتبار الوصف:

والحديث هنا في هذا التقسيم هو عمّا بعد انعقاد عقد الكفالة ومتى يكون أداؤها؛ فتنقسم الكفالة من حيث الوصف إلى كفالة مطلقة وكفالة مقيدة.

أ. الكفالة المطلقة:

وهي الكفالة التي خلت من أي قيد بالتعجيل أو التأجيل أو التأقيت، وتثبت المطالبة بالدين في ذمة الكفيل بالصفة التي وجب بها هذا الدين في ذمة المدين (المكفول عنه)، فإذا كان حالًا في حق المدين (المكفول عنه)، فإنه يثبت كذلك في ذمة الكفيل، وإن كان مؤجلًا في ذمة المدين (المكفول عنه) ثبت كذلك في ذمة الكفيل ويكون مقدار التزام الكفيل هو نفس مقدار التزام المدين (المكفول عنه)[24].

وقد جاء في نظام المعاملات المدنية في (585) منه أنه:

(إذا وقعت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يتبع التزام المدين معجلًا كان أو مؤجلًا).

وهو ما جاء في المذهب الحنبلي من جواز مثل هذه الكفالة والأخذ بها[25].

ب. الكفالة المقيدة:

وهي الكفالة المقيدة بوصفٍ معينٍ، وهذا الوصف إما أن يكون متعلقًا بمدة استمرار انعقادها أو متعلقًا بزمن الأداء فيها، أو غير ذلك من الأوصاف والتقييدات، فتقسم الكفالة المقيدة إلى كفالة معجلةٍ أو مؤجلةٍ أو مؤقتةٍ كالتالي:

1- الكفالة المؤقتة: وهذه الكفالة بعد التأمل في الكلام عنها عند الفقهاء وعند شراح القانون وجدت أن المقصود بالكفالة المؤقتة عند الفقهاء هي: الكفالة التي تتحدد فيها مسؤولية الكفيل بمدة معينة يبرأ بعدها من التزامه[26]، كما لو قال الكفيل: (أنا كفيل لفلان لمدة سنة)، فإنه إذا انتهت المدة المحددة انتهت الكفالة طالما لم يُطالب المكفول له الكفيل خلال هذه المدة، وقد اختلف الفقهاء في صحة تأقيت الكفالة، والجمهور من الحنفية والمالكية وقول عند الحنابلة أنهم يصححون التوقيت في الكفالة[27].

والقول الثاني عند الحنابلة وهو مذهب الشافعية هو عدم جواز التوقيت وبعضهم يفرّق فيجوز تأقيت الكفالة بالنفس، ولا يجوز تأقيت الكفالة بالمال[28].

وأما الكفالة عند شراح القانون وفي النظام فيقصد بها أنه إذا انقضى ذلك الوقت الذي تم تأقيته، فإن الكفيل لا يعود ضامنًا للديون التي يبرمها المدين بعد انقضاء ذلك الوقت[29].

وهذا المعنى هو الذي جاء به نظام المعاملات المدنية في المادة (587) ما نصه: (لا يطالب الكفيل في الكفالة المؤقتة إلا بالالتزامات المترتبة مدة الكفالة)، فيفهم من عبارة (بالالتزامات المترتبة مدة الكفالة) أن الكفالة المؤقتة في وقتٍ محدد تظل موجودة لكن الالتزامات التي تأتي بعد هذا الوقت لا يطالب بها الكفيل.

2- الكفالة المُعجلة: وهي الكفالة التي يلتزم فيها الكفيل بوفاء دين الأصيل المؤجل معجلًا، فيصبح الكفيل ملتزمًا بأجل سابق على أجل الدين الأصلي سواء التزم بالوفاء حالًا أو مؤجلًا إلى أجل أقرب من أجل الدين، وقد ذهب جمهور أهل العلم من الحنفية والشافعية في الأصح عندهم وهو قول عند الحنابلة إلى أن مثل هذ التعجيل صحيح؛ لأن الكفالة في أصلها تبرع وهذا الكفيل تبرع بالتعجيل هنا[30].

والقول الثاني عند الحنابلة وهو المذهب وهو قول عند الشافعية أن الكفالة تنعقد لكن لا يلزم الكفيل تعجيل الدين قبل أجله؛ ويعللون ذلك أن الكفيل فرع عن الكفول عنه فلا يلزمه ما لا يلزم المكفول عنه[31].

والقول الثاني هو الذي جاء في المادة (1/584) من نظام المعاملات المدنية والتي فيها: (إذا كانت الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين وبشروط أشد من المكفول فيه لم تصح إلا في قدر الدين المستحق على المدين وبشروطه)، فيكون المنظِّم قد أخذ بمذهب الحنابلة في ذلك ولم يأخذ بقول الجمهور والله أعلم.

3- الكفالة المؤجلة: وهي الكفالة التي يلتزم فيها الكفيل بالمكفول به مؤجلًا، بالرغم من أن التزام المدين معجل، والمذاهب الأربعة متفقة عليها[32]، وهذا الرأي هو ما جاء في نظام المعاملات المدنية في المادة (582) وفيها:

(يصح أن تكون الكفالة منجزةً أو معلقةً على شرط أو مؤقتةً أو مضافةً إلى أجل).

3. أنواع الكفالة باعتبار مصدرها:

تنقسم الكفالة من حيث المصدر لها إلى كفالة نظامية وقضائية واتفاقية:

أ. الكفالة النظامية: وهي الكفالة التي يكون مصدرها النظام، فتكون تنفيذًا لنص في النظام مثل ما جاء في اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية (5/208) وهي تقديم كفيل غارم

مليء إذا صدر أمر منعٍ من السفر وكانت الدعوى متعلقة بمبلغٍ ماليٍ، فبعد تقديم الكفيل تسمح الدائرة القضائية له بالسفر.

ب. الكفالة القضائية: وهي الكفالة التي يكون مصدرها القضاء، فيأمر بها القاضي عند تقديره لها، كما في المادة (24) من لائحة قسمة الأموال المشتركة التي جاء نصها كالتالي: (للدائرة - عند الاقتضاء - إلزام المصفي بإحضار كفيل غارم مليء أو ضمان مصرفي بما يتناسب مع حجم التركة، تأمينًا لتعويض الأضرار الناشئة عن تفريطه أو تعديه).

ت. الكفالة الاتفاقية: وهي الكفالة التي لا يحتّمها النظام أو القضاء، بل تقدم للدائن (المكفول له) بناءً على الاتفاق عليها، وهي الأصل في الكفالة، ومثالها لو التزم المدين (المكفول عنه) بتقديم كفيل لضمان الدين الذي اقترضه[33].

المبحث الأول: أركان وشروط عقد الكفالة:

يجب لانعقاد عقد الكفالة من توافر أركانها واكتمال شروطها، وهذه الأركان هي ما جاء في أركان العقد عمومًا وهي: الرضى، والمحل والسبب، وقد ارتأيت أن أذكر الشروط تحت كل ركنٍ من الأركان، فأستعين بالله بذكر الأركان مع شروطها:

المطلب الأول: الركن الأول: الرضى:

ويتحقق الرضى في عقد الكفالة إذا توافقت إرادتا متعاقدين (أو أكثر) لديهما أهلية التعاقد وعُبِّر عن الإرادة بما يدل عليها، وهو ما جاء في نظام المعاملات المدنية كما في المادة (32)، ويمكن الحديث عن الرضى في فرعين هما:

الفرع الأول: الصيغة:

وهي التعبير الصادر من المتعاقدين الدال على إرادة إنشاء الالتزام، وتتكون من الإيجاب والقبول.

ويعرّف الإيجاب بأنه أول ما يصدر من أحد المتعاقدين معبرًا عن إرادته في إنشاء العقد، وأما القبول فهو ما يصدر من الطرف الآخر بعد الإيجاب يعبر فيه عن موافقته عليه[34].

وتقدم معنا اختيار المنظِّم وهو أن عقد الكفالة لا بد له من إرادتين، وقد جاء في نظام المعاملات المدنية في المادة (31) أن العقد ينشأ بارتباط الإيجاب بالقبول لإحداث أثر نظامي.

وفيما يتعلق بصيغ الإيجاب والقبول جاءت المادة (33) مبيّنة أن الإيجاب والقبول يكون بكل ما يدل على الإرادة، ولذا يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة أو بالمعاطاة، وأن يكون صريحًا أو ضمنيًّا، وذلك ما لم تقتضِ النصوص النظامية أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة خلاف ذلك.

ووافق النظام ما جاء عن الحنابلة في صيغ الإيجاب والقبول الذين اشترطوا لانعقادها عن طريق الكتابة من قبل الأخرس أن تقترن بإشارة يفهم منها إرادة الكفالة؛ لأنه قد يكتب عبثًا ولا يريد انعقاد الكفالة([35]).

الفرع الثاني: أطراف عقد الكفالة: وأطراف عقد الكفالة (الكفيل، والمكفول له، والمكفول عنه)، وسيكون البحث فيهم وفي شروطهم كالتالي:

الطرف الأول: الكفيل: وهو الشخص الذي تبرع بإنشاء الكفالة والتزم بآثارها، فهو الذي ضم ذمته إلى ذمة المدين ليصبح ملتزمًا معه بأداء الحق، وقد اشترط له المنظِّم عدة شروط هي:

الشرط الأول: كمال الأهلية:

وهو ما جاء في المادة (1/580) من نظام المعاملات المدنية من أنه يجب في عقد الكفالة أن يكون الكفيل كامل الأهلية.

وقد عُرّفت الأهلية بأنها "صلاحية الشخص لأن تتعلق به حقوق له أو عليه، وأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق"[(36)].

وأما كمال الأهلية فقد تم تعريفه كما في المادة (12) من نظام المعاملات المدنية بأنه:

كلُّ شخصٍ بلغ سن الرشد متمتعًا بقواه العقلية ولم يُحجر عليه.

ولذا فإن كمال الأهلية المراد هنا هو أهلية التبرع: وهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية[(37)]، ومناط هذا النوع من الأهلية هو توافر الإرادة لدى الشخص، لتفهم ماهية التصرفات التي يقوم بها، وما يترتب عليها من نتائج، وهو ما يتطلب كمال الإدراك والتمييز لدى الشخص، وهذا النوع من الأهلية لا يثبت لدى جميع الناس بمجرد البلوغ؛ نظرًا لتفاوت الإدراك والنضج لدى الأشخاص، لذا فإن السن المعتبرة لاعتبار الشخص كامل الأهلية (أداءً ووجوبًا) هو سن الرشد، والذي يعرَّف بأنه العمر الذي يكون فيه حسن التصرف في المال، والقدرة على استثماره واستغلاله

استغلالًا حسنًا، وارتباط الرشد بالبلوغ غير متصور، لكونه جانبا متعلقا بتربية الشخص ونموه العقلي وتعقيد الحياة الاجتماعية وبساطتها، فسنّ الخامسة عشرة، لا يمكن أن نجعله معيارًا للرشد وكمال الأهلية في هذا الزمن، ولا يمكن ربط سن بلوغ الشخص وكمال التكليف بها، لكن يظل في جانب المعاملات مرتبطًا برقابة وليه، مع إعمال معيار النفع والضرر في جانبه.

وقد جاء في نظام المعاملات المدنية اعتبار أن سن الرشد هي تمام (ثماني عشرة) سنة هجرية كما في المادة (12) منه.

والأصل في الفقه الإسلامي أن مرحلة الرشد تكون مقارنة للبلوغ، ولكنها قد تتأخر عنها، والمقصود بالرشد عند الفقهاء هو حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية، ولو كان فاسقًا من الوجهة الدينية، ويكون ذلك بتحقق الخبرة المالية بتدبير الأموال وحسن استثمارها، وهو أمرٌ يختلف باختلاف الأشخاص والبيئة والثقافة العامة[38].

فمرد ذلك ومرجعه إلى الاختبار والتجربة، فليس للرشد سن معينة عند جمهور الفقهاء، وبناءً على ذلك فإنه إذا بلغ الشخص رشيدًا كملت أهليته، وارتفعت الولاية عنه، وسلمت إليه أمواله، ونفذت تصرفاته وإقراراته.

وإن بلغ غير رشيد بقي ناقص أهلية الأداء، واستمرت الولاية المالية عليه عند جمهور الفقهاء، فلا تنفذ تصرفاته، ولا تسلم إليه أمواله؛ أما الولاية على النفس كالتأديب والتطبيب والتعليم والتزويج فترتفع عنه بمجرد بلوغه عاقلًا، أي أن اشتراط الرشد محصور في التصرفات المالية، وأما غير ذلك كالزواج والطلاق فإنها نافذة منه بمجرد البلوغ عاقلًا.

وخالف أبو حنيفة في هذا فقال: إذا بلغ الشخص عاقلًا غير رشيد كملت أهليته، وارتفعت الولاية عنه، احترامًا لآدميته وحفاظًا على كرامته، ولكن لا تسلم إليه أمواله على سبيل الاحتياط والتأديب، لا على سبيل الحجر عليه، لأنه لا يرى الحجر على السفيه المبذر، وأما منع أمواله عنه فينتهي: إما بالرشد فعلًا، أو ببلوغه خمسًا وعشرين سنة لأنه سن الجدودية عنده[39].

وجاء في النظام حالة خاصة للمريض مرض الموت، وقد عرّف النظام مرض الموت بأنه هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت، كما جاء في المادة (353) من نظام المعاملات المدنية.

ففي الفقه الإسلامي، هذا الشخص كفالته في مرضه لا تتجاوز ثلث تركته مع سائر تبرعاته إلا بإجازة ورثته عند جمهور الفقهاء؛ لأن الكفالة تبرع، وتبرع المريض مرض الموت يأخذ حكم الوصية، فإذا كان دينه مستغرقًا لأمواله فكفل، أو كان غير مدين فكفل لوارث أو عن وراث له، فإن كفالته تكون موقوفة على الإجازة من الدائنين ومن الورثة ولو لم تتجاوز ثلث تركته[40].

وهذا الحكم هو ما أكدته المادة (2/580) من نظام المعاملات المدنية وفيها: أن الكفالة من المريض مرض الموت لا تنفذ في حق الورثة فيما زاد على (ثلث) التركة إلا بإجازتهم، وإذا كانت الكفالة لوارث أو عنه لم تنفذ في حق باقي الورثة ولو فيما دون (الثلث) إلا بإجازتهم.

الشرط الثاني: رضا الكفيل:

لكي تكون الكفالة صحيحة لا بد من رضا الكفيل، ولذا فإنه تسري في عيوب الرضى في الكفالة القواعد العامة بعيوب الرضى، وعلى ذلك تكون الكفالة قابلة للإبطال للغلط، والتدليس والإكراه، فكل عيوب الإرادة تعتبر سببًا يؤدي إلى إبطال الكفالة، ولا تنفرد الكفالة بشروط خاصة بها في مسألة صحة الرضى[41] وهذا متفق عليه بين المذاهب الفقهية - ومنها المذهب الحنبلي - وبين النظام السعودي الذي قد يفهم منه كما في الفقرة الثانية من المادة (2/579) والتي نصت على أنه: (لا يتوقف انعقاد الكفالة على قبول المدين، وتجوز دون علمه، وتجوز أيضًا رغم معارضته).

الشرط الثالث: ملاءة الكفيل:

ويقصد بها أن يكون الكفيل موسرًا قادرًا على أداء المكفول به، فالكفيل المعسر لن يفيد الدائن شيئًا، وبالتالي لن يتحقق الغرض من الكفالة، والمقصود بيسار الكفيل أن يكون لديه مالٌ يكفي للوفاء بالتزاماته، سواء كان هذا المال عقارًا أو منقولًا[42].

ومع أن هذا الشرط يُعدُّ شرطًا منطقيًا، إلا أن المنظِّم السعودي لم يشترطه في الكفالة الاتفاقية والتي نظّم مسائلها في نظام المعاملات المدنية، متبعًا في ذلك المذهب الحنبلي إذ أجازوا كفالة المحجور عليه لفلسٍ[43]، إلا أن المستقرئ للأنظمة السعودية بعامة يجد أن هذا الشرط منصوص عليه في الكفالة النظامية والقضائية كما في المادة (196) من نظام المرافعات الشرعية، والمادة (2/170) من اللائحة التنفيذية له، والمادة (32) من نظام التنفيذ.

الطرف الثاني: الدائن (المكفول له): والمكفول له هو صاحب الحق الذي التزم به الكفيل، أي أنه (الدائن)، وجاء فيه عدة شروطٍ في الفقه أُختلف في بعضها وهي:

الشرط الأول: الأهلية:

وقد اشترطه المنظِّم هنا، وسر هذا الاشتراط هو أن المنظِّم لم يأخذ بمذهب الحنابلة في عدم اشتراط الإرادتين للكفيل والمكفول له، بل أخذ المنظِّم هنا بوجوب وجود الإرادتين.

وقد يثور تساؤلٌ حول احتمالية وجود تعارض بين المادة (579) والتي جاء فيها أنه (تنعقد الكفالة بين الكفيل والدائن، ويعد سكوت الدائن إذا وجه إليه الإيجاب قبولًا للكفالة)، فيفهم منها أنه لا بد من الأهلية هنا، وبين المادة (580) والتي نصها أنه: (يجب في عقد الكفالة أن يكون الكفيل كامل الأهلية)، ويكون عدم ذكر اشتراط كمال الأهلية للمكفول له غير وارد.

وللجواب عن هذا التساؤل أقول: إن مفهوم المادة (579) كان عن الأهلية عمومًا فأثبتها، والمادة (580) كانت عن التأكيد على كمال أهلية الكفيل، فأفادت عدم اشتراط كمال الأهلية في الدائن (المكفول له) والله أعلم.

وقد انقسمت أقوال فقهاء الشريعة في أهلية المكفول له إلى قولين:

القول الأول: قول جمهور الحنفية، حيث ذهبوا إلى أنه يشترط أن يكون المكفول له من أهل القبول أي متمتعًا بأهلية التعاقد ومما يترتب على ذلك أنه لا تصح الكفالة إذا كان المكفول له فاقد أو ناقص الأهلية، لأن الكفالة عندهم تأخذ حكم العقد ويعتبر (الدائن) المكفول له أحدَ أطراف العقد مع الكفيل[44].

القول الثاني: وهو قول جمهور فقهاء الشريعة، ويرون أنه لا يشترط أن يكون الدائن (المكفول له) أهلًا للتعاقد ومن ثم فيجوز أن يكون المكفول له فاقد أو ناقص الأهلية، لأن الكفالة عندهم تأخذ حكم التصرف بإرادة منفردة[45].

وبالتالي نجد المنظِّم قد أخذ بقول الحنفية في ذلك والله أعلم.

الشرط الثاني: معرفة الكفيل للدائن (المكفول له):

معنى هذا الشرط هو: هل يجب على الكفيل أن يكون عارفًا بالمكفول له أم لا؟

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين هما:

القول الأول: وهو قول جمهور الفقهاء - وهي رواية عند الحنابلة - أنه لا بد أن يكون المكفول له معلومًا ومعروفًا؛ ويعللون ذلك حتى يتمكن الكفيل من وفاء الحق إليه، ولتفاوت الناس في استيفاء الدين تشديدًا وتسهيلًا[46].

القول الثاني: قول المالكية وهو المشهور عند الحنابلة أنه تجوز الكفالة وإن كان المكفول له مجهولًا؛ ويعللون ذلك بأن المقصود من الكفالة هو ضمان الحق، فإذا ظهر المكفول له وطالب بحقه قام الكفيل بأداء ما التزم به، ولا حاجة لمعرفته أصلًا[47].

وأما المنظِّم السعودي فلم يشترط ذلك فهو جارٍ على أن الأصل هو عدم الاشتراط هنا، ولو كان واجبًا مثل هذا الشرط لنبّه عليه واشترطه.

الشرط الثالث: رضا الدائن (المكفول له): ومؤدى هذا الاشتراط هو: هل لا بد من عقد الكفالة أن يكون الدائن راضيًا بعقد الكفالة أم لا؟

وهو شرطٌ اختلف فيه الفقهاء على قولين هما:

القول الأول: وهو قول الجمهور بأنه لا يشترط رضا المكفول له؛ ويعللون ذلك بأن الكفالة التزام محض، فلا يشترط رضا المكفول له فيها، وليست كعقود المعاوضات التي يشترط لها رضا الطرفين معا لأن فيها التزامًا مشتركًا[48].

القول الثاني: مذهب الحنفية، وهو قول عند الشافعية والحنابلة وهو اشتراط رضا المكفول له، ويعللون ذلك بأن عقد الكفالة عقد ثنائي بين الكفيل والمكفول له[49].

وهذا القول يوافق ما جاء في المادة (1/579) والتي فيها:

(تنعقد الكفالة بين الكفيل والدائن، ويعد سكوت الدائن إذا وجه إليه الإيجاب قبولًا للكفالة)، فنجد المنظّم هنا قد تكلم على الرضى واعتبر سكوت الدائن قبولًا منه ورضا بهذا العقد.

الطرف الثالث: المكفول عنه (المدين):

يرى جمهور فقهاء الشريعة عدم اشتراط رضا المدين في الكفالة المالية أو إذنه بها، ووجه ذلك أنه لما جاز قضاء دين المدين بغير إذنه، جاز أيضًا أن يُضمن عنه الدين بدون رضاه[50].

وجاء في نظام المعاملات المدنية في المادة (2/579) ما يوافق ذلك كما في الفقرة الثانية بقولها:

(لا يتوقف انعقاد الكفالة على قبول المدين، وتجوز دون علمه، وتجوز أيضًا رغم معارضته).

وبناء على هذه الفقرة فلا يشترط رضا المكفول عنه أو إذنه حتى تصح الكفالة بل تنعقد الكفالة سواء رضي بها المكفول عنه أو لا، وسواء علم بها أو لم يعلم، كما لا يشترط في المكفول عنه أن يكون بالغًا عاقلًا.

وكان من الأفضل في نظري الأخذ بمذهب الحنفية في هذا وهو اشتراط أن يكون المكفول عنه معلومًا للكفيل، وبه قال ابن القاص من الشافعية، وهو إحدى الروايتين في مذهب الحنابلة اختارها منهم أبو يعلى[51].

وسبب هذا الاختيار هو أن في ذلك زيادة استيثاق لحق الكفيل والمكفول له معًا، ودفعًا للتساهل بمثل هذه العقود التي من الواجب التوثيق فيها أكثر.

المطلب الثاني: الركن الثاني: المحل (المكفول به): وقد اشترط الفقه والنظام عدة شروط في الدين المكفول به وتفصيلها كالتالي:

الشرط الأول: أن يكون الدين (المكفول به) صحيحًا:

فيشترط لصحة الكفالة، في الفقه الإسلامي أن يكون المكفول به، أي دين المدين، صحيحًا وليس باطلًا، فكفالة الدين الباطل تؤدي لبطلان الكفالة نفسها، لعلاقة التبعية بين الكفالة والدين، فإذا بطل الأصل بطل الفرع تبعًا، وأيضًا تكون الكفالة قابلة للإبطال إذا كان دين المدين المكفول قابلًا للإبطال[52].

وهذا الشرط أورده نظام المعاملات المدنية في المادة (581) ونصها:

(لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول به صحيحًا).

الشرط الثاني: أن يكون الدين (المكفول به) ثابتًا في ذمة المدين:

ثبوت الدين (المكفول به) في ذمة المدين معناه ألا يسقط الدين إلا بالأداء أو الإبراء، وأن يكون الدين لا يزال قائمًا وقت نشوء الكفالة، كما يجب أن يكون الدين لازمًا على المدين (المكفول عنه)، والمراد باللازم هو ما لا يقبل الفسخ من غير سبب[53]، وهذا ما أخذت به المذاهب الفقهية في الجملة ومنها المذهب الحنبلي[54].

وقد جاء في النظام ما يخالف قول الجمهور هنا، فأجاز المنظِّم في المادة (1/583) بأنه تصح الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدمًا مقدار المكفول به.

الشرط الثالث: يجب أن يكون الدين (المكفول به) معلومًا أو يؤول إلى العلم:

يشترط بعض فقهاء الشريعة -كالشافعية - أن يكون المكفول به معلومًا حتى تصح الكفالة[55]، والعلة في ذلك حتى لا تكون هنالك جهالة في (الدين) المكفول به، لأن جهالته قد تؤدي إلى

التنازع بين الكفيل والدائن (المكفول له) من جهة وبين الكفيل والمدين (المكفول عنه) من جهة أخرى، فالكفيل قد يُريد تسليم مائة والمكفول له يطلب أكثر والمكفول عنه يدعي الأقل، فهذه جهالة تفضي إلى المنازعة والتشاحن والتباغض.

وأما الجمهور فيصححون العقد إذا كان المكفول به يؤول إلى العلم، ويعللون ذلك بأن مبنى الكفالة على التبرع فيتحمل فيها جهالة المكفول به إذا كانت تؤول إلى العلم[56].

وأرى أن النظام السعودي قد أخذ بمذهب الشافعية في ذلك واطّرح مذهب الحنابلة، وهذا الذي قد يفهم من المادة (1/583) والتي جاء فيها:

(تصح الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدمًا مقدار المكفول به).

المطلب الثالث: السبب:

لم يأتِ الحديث عن السبب بشكل منفصل في الفقه الإسلامي؛ وقد يعود السبب في ذلك لأنه يدمج بينه وبين كلٍ من التراضي والمعقود عليه، فكان لا بد أن تكون الإرادة صحيحة خالية من أي عيب من عيوب الإرادة، وأن تكون صادرة عن ذي أهلية، ولا بد أن يكون المعقود عليه مشروعًا، ولا حاجة بعد ذلك للحديث عن السبب كركنٍ مستقل، وهذا الرأي بدأ يتخذ مكانة له من بين الآراء القانونية الحديثة.

غير أنه يمكن استنباط اشتراط السبب في الفقه الإسلامي من خلال الاستقراء لبعض النصوص الفقهية، فقد أخذت مجلة الأحكام الشرعية بنظرية السبب الباعث الدافع إلى التعاقد كسبب في العقد، واشترطت لذلك مشروعيته، فإن كان غير مشروع كان العقد فاسدًا، شريطة أن يكون متصلًا بالمتعاقد الآخر، أي أن يكون على علم به، ولا يشترط أن يكون العلم واضحًا وبيّنًا، وإنما يمكن أن يستدل عليه من خلال القرائن والدلائل التي تفيد بتحقق ذلك العلم، وهو ما نصت عليه المادة (243) منها بقولها: «كل عقد على عين لمعصية فاسد: كبيع السلاح في الفتنة ولقطاع الطريق، وبيع الشيء لقمار، وبيع العنب والزبيب لمن يتخذه خمرًا إذا علم ذلك ولو بقرائن».

وفي هذا المعنى يقول الزيلعي[57]: "وسببها. أي الكفالة- مطالبة من له الحق للتوثق، بتكثير محل المطالبة، أو تيسير وصول حقه إليه".

وأما في القانون فقد عُرِّف سبب العقد بأنه «هو الباعث الدافع إلى التعاقد»[58]، وهو بذلك يُمثل الباعث الرئيس الذي جعل المتعاقد يُقدم على إبرام العقد، وهذا يعني أن سبب العقد يختلف من شخص إلى آخر بحسب الباعث الذي دفعه إلى التعاقد.

واشتراط المشروعية يهدف إلى تحقيق استقرار المعاملات وعدم مفاجأة المتعاقد الآخر ببطلان العقد لسبب يجهله، وجاء في نظام المعاملات المدنية في المادة (75) ما نصه: (يقع باطلًا أي عقد يكون السبب الباعث على التعاقد فيه غير مشروع إذا صُرِّح به في العقد أو دلت عليه ظروف التعاقد).

وأما إذا لم يُذكر في العقد سببه فإنه يُفترض أن له سببًا مشروعًا؛ إلا إن قام الدليل على خلاف ذلك، وهو ما ذكرته المادة (76) من نظام المعاملات المدنية.

المبحث الثاني: آثار عقد الكفالة:

لعقد الكفالة العديد من الآثار والأحكام التي يتناولها هذا العقد، وسأقتصر على جملةٍ مما تم ذكره في نظام المعاملات المدنية وأجعلها على شكل فروع ومسائل تحت مطلبين كالتالي:

المطلب الأول: علاقة الكفيل بالدائن:

الفرع الأول: موعد مطالبة الدائن (المكفول له) للكفيل: وفيها مسألتان هما:

المسألة الأولى: موعد مطالبة الدائن (المكفول له) للكفيل حال الحياة:

الغاية من الكفالة هي أن يحصل الدائن (المكفول له) على دينه، وعند حلول أجل المطالبة أي الأجل الذي يجب أن يتم فيه سداد الدين فإن أمام الدائن (المكفول له) ذمتين يحق له مطالبتهما: ذمة المدين الأصلي (المكفول عنه)، وذمة الكفيل الذي التزم بسداد هذا الدين أو التزم بإحضار من عليه دين، ويختلف الموعد الذي يحق للدائن (المكفول له) مطالبة الكفيل فيه باختلاف نوع الكفالة نفسها ونتناول ذلك على النحو التالي:

1. موعد مطالبة الدائن للكفيل في حالة الكفالة المطلقة:

القاعدة العامة في ذلك هي أن أجل مطالبة الدائن للكفيل هو أجل الدين الأصلي، بحيث إذا لم يتم الاتفاق في عقد الكفالة على أجل آخر اعتبر أجل الدين الأصلي أجلًا لمطالبة الكفيل، وهذا دليل تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي، وبهذا جاء المذهب الحنبلي مؤكدًا ذلك[59].

وجاء في المادة (585) من نظام المعاملات المدنية ما يؤيد هذا التوجه حيث جاء ما نصه:

(إذا وقعت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يتبع التزام المدين معجلًا كان أو مؤجلًا).

2. موعد مطالبة الدائن للكفيل في حالة الكفالة المقيدة:

ويكون تقييد الكفالة هنا بأن تكون الكفالة معجلة أو مؤجلة أو مؤقتة، وتبيين ذلك على النحو التالي:

أ. في حالة الكفالة المؤجلة:

الكفالة في هذه الحالة أخف عبئًا من الدين الأصلي لأن موعد الالتزام بها بعده، ولا يحق للدائن (المكفول له) أن يطالب الكفيل قبل حلول أجل الكفالة الذي التزم به الكفيل[60].

وجاء في نظام المعاملات المدنية في المادة (586) ما نصه:

(تصح كفالة الدين الحالّ كفالة مؤجلة، وللدائن مطالبة المدين به حالًّا، وليس له مطالبة الكفيل به إلا عند حلول الأجل).

ب. في حالة الكفالة المعجلة:

يرى جمهور الفقهاء صحة تعجيل الكفالة وهو قول عند الحنابلة[61].

وأما المذهب عند الحنابلة فقد ذهب إلى أن الكفالة بهذه الصفة تصح لكن لا يلزم الكفيل تعجيل الدين قبل حلول أجله؛ ويعللون ذلك بأن من خصائص الكفالة ألا يكون الالتزام فيها أشد من التزام المدين الأصلي، ولذا فإنه يتم رد الأجل إلى أجل الدين الأصلي في هذه الحالة[62].

وهو ما جاء في المادة (1/584) والتي فيها: (إذا كانت الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين وبشروط أشد من المكفول فيه لم تصح إلا في قدر الدين المستحق على المدين وبشروطه).

ج. في حالة الكفالة المؤقتة:

اختار المنظِّم في هذه الحالة ما جاء عن الجمهور من الحنفية والمالكية وهو قول عند الحنابلة في أنهم يصححون التوقيت في الكفالة[63]، فجاء في نظام المعاملات المدنية في المادة (587) ما نصه: (لا يطالب الكفيل في الكفالة المؤقتة إلا بالالتزامات المترتبة مدة الكفالة)، وتقدم معنا الفرق بين الكفالة المؤقتة عند الفقهاء وفي النظام.

المسألة الثانية: موعد مطالبة الدائن (المكفول له) للكفيل حال الموت:

إذا مات الكفيل فإن للمكفول له (الدائن) أن يأخذ دينه من تركته باتفاق الفقهاء، وعلة ذلك أن ماله يصلح للوفاء بالالتزام فيطالب به وارثه أو وصيه لقيامه مقام الميت[64]، ويرى فقهاء الحنابلة أن وفاة الدائن (المكفول له) لا تسقط أجل الكفالة، ويحل الخلف العام محل المكفول له، ولهم الحق في المطالبة بالوفاء بما التزم به الكفيل عند حلول الأجل[65].

وقد جاء في المادة (606) من نظام المعاملات المدنية ما نصه:

(لا ينتهي عقد الكفالة بموت الكفيل أو المدين، ويبقى الالتزام على تركة من مات منهما)، وكأن المنظِّم من وجهة نظري -والله أعلم- قد أخذ بقول الجمهور من حلول الدين هنا؛ لأن بقاءه معلقًا فيه ضرر واضح على الورثة.

وفيما يتعلق بموت الدائن فقد جاءت المادة (207) واضحة في ذلك وأنه بموت الدائن لا يحل الدين المؤجل.

(لا يحل الدين المؤجل بموت الدائن، ويحل بموت المدين إلا إذا كان الدين موثَّقًا بضمانٍ عينيّ أو قدم الورثة ضمانًا كافيًا عينيًّا أو شخصيًّا أو وافق الدائن على بقاء دينه مؤجلًا).

الفرع الثاني: تعدد الكفلاء:

إذا تعدد الكفلاء عن دين واحد، فإن هناك ثلاث حالات توضح أثر الكفالة بالنسبة للكفلاء المتعددين نتناولها على النحو التالي:

الحالة الأولى: تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد مع عدم وجود تضامن بينهم:

وهذه تسمى بكفالة الاشتراك في الطلب، وصيغتها أن يقول كلُّ واحد منهم ضمانه علينا ويوافقه الباقون، ولم يقل كل واحد منهم كفلت عن صاحبي، وفي هذه الحالة لا يكون الكفيل منهم ملتزمًا في مواجهة المكفول له (الدائن) إلا بمقدار نصيبه الذي يتحدد بقسمة مبلغ الدين المكفول به على عدد الكفلاء، ونتيجة لذلك إن كان أحد الكفلاء مُعسرًا لا يتحمل باقي الكفلاء حصته، وإذا أبرأه الدائن بُرِئ وحده دون الباقين، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء[66]، وفي هذه الحالة جاءت المادة (595) من نظام المعاملات المدنية بقولها:

(إذا تعدد الكفلاء بدين واحد جازت مطالبة كل منهم بكل الدين إلا إذا كفلوا جميعًا في عقد واحد ولم يشترط فيه تضامنهم فلا يطالب أحد منهم إلا بقدر حصته).

الحالة الثانية: تعدد الكفلاء لدين واحد بعقد واحد مع وجود تضامن بينهم:

إذا تعدد الكفلاء في دين واحد وكانوا متضامنين فيما بينهم، فيذهب فقهاء الشريعة إلى أنه يكون للمكفول له (الدائن) الرجوع على جميع الكفلاء بالدين كله، وله الرجوع على أي واحد منهم بكل الدين أيضًا، فإن أدّى أحد الكفلاء الدين كاملًا، فإن الرأي الراجح في الفقه أن لهذا الكفيل الخيار بين الرجوع على المكفول عنه (المدين) بكل ما وفاه، أو الرجوع على باقي الكفلاء على حسب نصيبهم في الدين، وذلك لأن أداءه للدين أبرأ جميع الكفلاء، وذهب فقهاء الحنابلة إلى أن الكفيل الذي أدى الدين في هذا الفرض ليس له سوى الرجوع على المكفول عنه (المدين)؛ لأن كل واحد من الكفلاء كفيل أصلي وليس كفيلًا عن كفيل آخر[67]. وجاءت المادة (596) لتأكد ذلك بقولها:

(إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين؛ كان له أن يرجع على كل واحد من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم).

الحالة الثالثة: تعدد الكفلاء غير المتضامنين فيما بينهم في عقود منفردة:

وهذه الحالة تسمى حالة الانفراد في الالتزام والانفراد في الطلب، وللدائن مطالبة أي من الكفلاء بكل الدين، ورجوع الكفيل يكون على المدين وليس على بقية الكفلاء.

وإلى هذه الحالة جاءت الإشارة في صدر المادة (595) بقولها:

(إذا تعدد الكفلاء بدين واحد جازت مطالبة كل منهم بكل الدين إلا إذا كفلوا جميعًا في عقد واحد ولم يشترط فيه تضامنهم فلا يطالب أحد منهم إلا بقدر حصته).

الفرع الثالث: الدفوع التي يتقدم بها الكفيل: تتعدد الدفوع التي من حق الكفيل أن يتقدم بها ضد الدائن، ويمكن إرجاعها إلى ثلاثة دفوع هي:

الدفع الأول: الدفع بالرجوع

يعرّف الدفع بالرجوع بأنه الدفع الذي يتقدم به الكفيل عندما يطالبه المكفول له (الدائن) عند حلول الأجل، بالدين المكفول به قبل مطالبة المكفول عنه (المدين)، وبموجبه يطلب الكفيل من

المكفول له (الدائن) مطالبة المكفول عنه (المدين) قبل مطالبته بالدين؛ وقد انقسم فقهاء الشريعة في هذه المسألة إلى قولين:

القول الأول: هو قول جمهور فقهاء الشريعة الذين ذهبوا إلى أنه يثبت للمكفول له (الدائن) حق مطالبة الكفيل والمكفول عنه (المدين) دون التزام بأولوية من يُطالب وبمقدار ما يُطالب به، فله أن يطالب المدين أولًا، كما له أن يطالب الكفيل أولًا، وله أن يطالب من شاء منهما بكل الدين أو بعضه، وله أن يكرر المطالبة على النحو الذي يريده، ولا يتقيد في مطالبته للكفيل أن يكون المدين معسرا، ومن ثم له مطالبة الكفيل حتى ولو كان المدين مليئًا، وقد استند أصحاب هذا القول إلى أن الكفالة تعني الضم، وذلك يقتضي قيام الذمة الأولى إلى جانب ذمة الكفيل، ومن ثم يمكن للدائن مطالبتهما معا، فالذمتان اشتغلتا بدين واحد[68].

القول الثاني: هو قول المالكية، وذهبوا إلى أنه لا يحق للمكفول له (الدائن) عند حلول الأجل مطالبة الكفيل إذا كان المكفول عنه(المدين) حاضرًا ومليئًا، فإذا كان المكفول عنه حاضرًا ومليئًا وجب على المكفول له (الدائن) الرجوع عليه دون الرجوع على الكفيل، أما إذا كان المكفول عنه (المدين) غائبًا أو كان حاضرًا لكنه معسر فإن للمكفول له (الدائن) في هاتين الحالتين الرجوع على الكفيل؛ ولكن إذا اشترط المكفول له (الدائن) شرطًا في الكفالة مفاده أن يأخذ دينه من أيهما شاء فإن له في هذه الحالة مطالبة الكفيل حتى ولو كان المدين حاضرًا ومليئًا"[69].

وقد أخذ المنظِّم السعودي بالدفع بالرجوع، ولهذا فإنه لا يجوز للمكفول له (الدائن) أن يطالب الكفيل قبل مطالبة المكفول عنه (المدين) وتخلف المكفول عنه (المدين) عن الوفاء، فإذا رجع المكفول له (الدائن) على الكفيل أولًا كان للكفيل الحق في دفع الدعوى بوجوب رجوع المكفول له (الدائن) أولا على المكفول عنه (المدين).

ويقصد بالرجوع هنا هو في المطالبة القضائية، أي في رفع الدعوى، فإذا رفع المكفول له (الدائن) دعواه على الكفيل وحده قبل الرجوع على المكفول عنه (المدين) فإن الكفيل يستطيع أن يدفع هذه المطالبة بالرجوع على المكفول عنه (المدين) أولًا، وهذا الدفع يعتبر دفعًا بعدم قبول الدعوى، ويمكن للكفيل أن يتقدم به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو في مرحلة الاستئناف، إلا أن هذا الدفع ليس من النظام العام، ولا يستطيع القاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه لتعلقه بحق الكفيل الخاص[70].

ولدفع الدعوى بالرجوع للمكفول عنه (المدين) شروط يجب أن تتوافر عندما يقدم الكفيل طلبه للمحكمة هي:-

الشرط الأول: يجب ألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في رجوع الدائن على المدين أولًا قبل أن يرجع عليه؛ لأن هذا حق قد تقرر لمصلحة الكفيل، ولهذا فلا بد من تمسك الكفيل بهذا الدفع، ولو نزل الكفيل عن هذا الدفع صراحة أو ضمنًا في عقد الكفالة أو بعد ذلك فليس له بعد ذلك التمسك به، وإليه جاءت الإشارة في المادة (2/591) بأنه لا بد من تمسك الكفيل بحقه في رجوع الدائن على المدين.

الشرط الثاني: أن يكون رجوع المكفول له (الدائن) على المكفول عنه (المدين) ذا فائدة، فإذا كان المكفول عنه (المدين) معسرا فلا فائدة من تمسك الكفيل بحقه، وعلى المكفول له (الدائن) يقع عبء إثبات أن المكفول عنه (المدين) معسر، وإلى ذلك أشارت المادة (592) بفقرتيها بقولها:

(1- إذا طلب الكفيل التجريد لزمه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله، ولا عبرة بالأموال إذا كانت خارج المملكة، أو كانت أموالًا متنازعًا فيها.

2- في الأحوال التي يرشد فيها الكفيل إلى أموال المدين، يكون الدائن مسؤولًا تجاه الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذ الدائن الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب).

الشرط الثالث: يجب ألا يكون الكفيل متضامنًا مع المكفول عنه (المدين)[71].

وجاءت الإشارة إلى هذه الشروط في نظام المعاملات المدنية في المادة (1/591) والتي جاء فيها: (ليس للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين، ولا أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله، وذلك كله ما لم يكن الكفيل متضامنًا مع المدين).

وبهذا نرى أن المنظم هنا أخذ بمذهب المالكية والله أعلم.

الدفع الثاني: الدفع بالتجريد:

ويقصد به أنه لا يجوز للمكفول له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن يجرد المكفول عنه (المدين) من أمواله، أي ينفذ على مال المكفول عنه (المدين) أولًا، ويكون ذلك في مرحلة تنفيذ الحكم، أي لا بد أن يكون المكفول له (الدائن) حاصلًا على سند تنفيذي للحكم ضد المكفول عنه (المدين) والكفيل، فلا يستطيع التنفيذ على أموال الكفيل إلا إذا بدأ بالتنفيذ على أموال المكفول

عنه (المدين)، فإذا لم يستطع استيفاء كامل حقه من أموال المكفول عنه (المدين)، كان له التنفيذ بما تبقى له على أموال الكفيل، وهذا منطقي؛ لأن التزام الكفيل التزام تابع، فإذا لم يبدأ الدائن بالتنفيذ على أموال المكفول عنه (المدين)، وطالب بالتنفيذ مباشرة على أموال الكفيل كان للكفيل أن يدفع مطالبته بعدم جواز التنفيذ على أمواله قبل تجريد المكفول عنه (المدين) من أمواله، وهذا الدفع يسمى الدفع بالتجريد وقد أخذ به المذهب المالكي مخالفاً بقية المذاهب الفقهية الأخرى[72]..

شروط الدفع بالتجريد:

الشرط الأول: يجب أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد، حيث إن الدفع بالتجريد حق خاص مقرر للكفيل، فإنه يجوز له أن يتنازل عنه سواء مقدمًا عند إبرام عقد الكفالة أو بعد إبرامها، وبهذا الشرط جاءت المادة (2/591) من نظام المعاملات المدنية.

الشرط الثاني: يجب أن يدل الكفيل المكفول له (الدائن) على أموال المكفول عنه (المدين)، وهذا الشرط يتخلف عن شروط الدفع بالتجريد إذا كان المكفول عنه (المدين) قد أشهر إفلاسه أو إعساره، فلا يستطيع الكفيل في حالة إعسار المكفول عنه (المدين) أن يرشد المكفول له (الدائن) على أموال المكفول عنه (المدين)[73]، وبهذا الشرط جاءت المادة (592) وفيها فقرتان تبينان ذلك وهما:

(1- إذا طلب الكفيل التجريد لزمه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله، ولا عبرة بالأموال إذا كانت خارج المملكة، أو كانت أموالًا متنازعًا فيها.

2- في الأحوال التي يرشد فيها الكفيل إلى أموال المدين، يكون الدائن مسؤولًا تجاه الكفيل عن إعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذ الدائن الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب).

الشرط الثالث: عدم تضامن الكفيل مع المكفول عنه (المدين): يتعين على الكفيل ألا يكون متضامنًا مع المكفول عنه (المدين)؛ لأن أحكام التضامن تقضي بأن يتساوى الكفيل مع المدين في الضمان، فلا يتقيد بأي أولوية في مباشرة إجراءات التنفيذ عليهما، والتضامن المانع من الدفع بالتجريد هو التضامن بين الكفيل والمكفول عنه (المدين) ، وبشرط عدم التضامن جاءت المادة (1/591) من نظام المعاملات المدنية لتؤكد على هذا الشرط.

وهناك حالة خاصة للدفع بالتجريد وهي حالة وجود الضمان العيني مع الكفالة، فإنه إذا كان هناك تأمين عيني مقرر على مال المكفول عنه (المدين) وكان ضمانًا للدين، وقدمت كفالة بعد هذا

التأمين العيني أو معه، جاز للكفيل أن يطلب التنفيذ على المال العيني قبل التنفيذ على أمواله، ويلاحظ في هذا الدفع أنه لا يتعلق بالبدء أولًا في التنفيذ على أموال المكفول عنه (المدين) عامة، وإنما يتعلق بالبدء في التنفيذ على التأمين العيني الذي يضمن الدين المكفول به، ولا يشترط في هذه الصورة أن يكون التأمين العيني كافيًا للوفاء بالدين.

وقد جاء في نظام المعاملات المدنية ما يتعلق بهذه الحالة من اشتراطات وغيرها، فقد جاء في المادة (594) ما نصه:

(إذا كان الدين موثَّقًا بضمانٍ عيني قبل الكفالة أو معها ولم يكن الكفيل متضامنًا مع المدين؛ فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الموثقة للدين).

وبما أن الكفالة تصرف يتبع للالتزام الأصلي، ومؤدى هذا أن كل ما يؤثر في الالتزام الأصلي يؤثر في التزام الكفيل، وقد جاءت المادة (603) من نظام المعاملات المدنية تبين ذلك بقولها:

(يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وللكفيل -ولو كان متضامنًا- أن يتمسك بجميع الدفوع التي يحتج بها المدين؛ ما لم يكن ما يحتج به المدين هو نقص أهليته وكان الكفيل عالمًا بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج به).

المطلب الثاني: علاقة الكفيل بالمدين:

الفرع الأول: شروط رجوع الكفيل على المكفول عنه (المدين):

يُشترط حتى يكون للكفيل حق الرجوع على المكفول عنه (المدين) ومطالبته بسداد الدين (المكفول به) توفر عدد من الشروط نتناولها على النحو التالي:

الشرط الأول: قضاء الدين:

يشترط حتى يكون للكفيل حق الرجوع على المكفول عنه (المدين) أن يكون قد قام بقضاء الدين (المكفول به) للمكفول له (الدائن)، ويقصد بقضاء الدين أداؤه بطريقة اختيارية، أو بطريقة إجبارية وهذا باتفاق الفقهاء[74].

وهذا الشرط قد جاء كذلك في نظام المعاملات المدنية في المادة (1/597) حيث جاء ما نصه:

(للكفيل بمقتضى عقد الكفالة أن يرجع على المدين بما وفى عنه وبما دفعه من نفقات اقتضاها العقد؛ إذا كانت الكفالة بعلم المدين ودون معارضته).

الشرط الثاني: قضاء الدين (المكفول به) في الأجل:

لا يجوز للكفيل الرجوع على المكفول عنه (المدين) ومطالبته بما أداه للمكفول له (الدائن) إلا عند حلول أجل الدين (المكفول به)، وإذا تعجل الكفيل بالوفاء للمكفول له (الدائن) فإنه يكون متبرعًا بالتعجيل، وعليه أن ينتظر حتى يحل أجل الدين (المكفول به) ثم يُطالب المكفول عنه (المدين)، إلا إذا كان الوفاء قبل حلول الأجل بأمر المكفول عنه فإنه في هذه الحالة يرجع عليه، وهذه قاعدة في الكفالة معتبرة[75]، وإلى هذا الشرط أشارت المادة (2/597) بقولها:

(إذا عجّل الكفيل وفاء الدين المؤجل فليس له الرجوع على المدين بما عجّل وفاءه من الدين المؤجل قبل حلول الأجل ما لم يكن تعجيله بإذن المدين).

الشرط الثالث: انتفاء نية تبرع الكفيل بالكفالة قبل قضاء الدين (المكفول به):

حتى يكون للكفيل حق الرجوع على المكفول عنه (المدين) ومطالبته بالدين (المكفول به) يجب ألا يكون الكفيل متبرعًا بالكفالة، فإذا كان متبرعًا بها فإنه لا يحق له مطالبة المكفول عنه (المدين) وهذا هو مذهب الحنابلة وهو اتفاق الفقهاء[76].

وهذا مما جاء في نظام المعاملات المدنية وهي قاعدة مطردة في كل دين، فقد جاء في المادة (261) ما نصه:

(من وفى دين غيره ولم يكن متبرعًا كان له الرجوع على المدين بقدر ما دفعه، ما لم يكن الوفاء بغير إذن المدين وأثبت أن له أيَّ مصلحة في الاعتراض على الوفاء).

الشرط الرابع: أن تكون الكفالة بعلم الكفيل ودون معارضته: وهذا الشرط هو ما جاء في المادة (1/597)، حيث جاء فيها ما نصه:

(للكفيل بمقتضى عقد الكفالة أن يرجع على المدين بما وفّى عنه وبما دفعه من نفقات اقتضاها العقد؛ إذا كانت الكفالة بعلم المدين ودون معارضته).

الفرع الثاني: محل رجوع الكفيل في حال تعدد المكفول عنهم (المدينين):

صورة هذه المسألة هو أنه قد يكون هناك أكثر من مكفول عنه (مدين) واحد، ويقوم الكفيل بأداء المكفول به (الدين) للمكفول له (الدائن)، فأي مدين في حالة تعدد المدينين يحق للكفيل الرجوع عليه ومطالبته بسداد الدين (المكفول به) الذي قام الكفيل بسداده؟

وللإجابة على هذا التساؤل يقال: هذا الأمر لا يخلو من حالتين هما:

الحالة الأولى: كفالة الكفيل للمكفول عنهم (المدينين) المتضامنين:

في هذه الحالة نجد أن الفقهاء اختلفوا على قولين هما:

القول الأول: وهو قول الجمهور الذين رأوا أن للكفيل في حالة كفالته لبعض المدينين الرجوع بما أداه على من كفله من المدينين فقط، وليس له الرجوع على غيرهم من المدينين؛ لأنه لم يكفل عنهم ولم يأذنوا له في الأداء، فإذا رجع الكفيل على المدين الذي كفله رجع هذا المدين على غيره من المدينين كل في حدود نصيبه[77].

القول الثاني: وهي إحدى روايتين لمذهب الإمام أحمد بن حنبل، حيث ذهب إلى أن للكفيل الحق في الرجوع على من لم يكفلهم من المدينين المتضامنين بكل ما أداه من الدين (المكفول به) كالمكفول له (الدائن)[78].

وقد اختار المنظّم السعودي قول الجمهور في ذلك، وهو ما يفهم من المادة (602) من نظام المعاملات المدنية والتي جاء فيها:

(إذا كان المدينون متضامنين فلمن كفلهم جميعًا الرجوع على أي منهم بكل ما وفاه من الدين).

فقوله (فلمن كفلهم جميعًا) إشارة إلى أن الحكم لا ينطبق على من كفل بعضهم.

الحالة الثانية: كفالة الكفيل للمكفول عنهم (المدينين) غير المتضامنين:

وفي هذه الحالة يختلف الحكم أيضًا بحسب ما إذا كان المدينون غير المتضامنين قد كفلهم الكفيل جميعًا أو كفل بعضهم فقط، فإذا كان قد كفلهم جميعًا وهم غير متضامنين فلا يجوز للكفيل هنا أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين.

وأما إذا كان قد كفل بعض المدينين غير المتضامنين فلا يرجع في هذه الحالة الكفيل إلا على من كفلهم، ويرجع عليه في حدود نصيبه من الدين فقط[79].

وهذا هو ما يتفق مع مفهوم المادة (602) من نظام المعاملات المدنية والتي جاء فيها:

(إذا كان المدينون متضامنين فلمن كفلهم جميعًا الرجوع على أي منهم بكل ما وفاه من الدين).

فيفهم منها عدة قيود منها قيد التضامن، وأن غير المتضامنين لا يمكن الرجوع عليهم بكل الدين.

الفرع الثالث: الدعاوى القضائية التي يرجع بها الكفيل على المكفول عنه (المدين):

بما أن الكفالة قد تعقد بين الكفيل والدائن دون إذن من المدين، بل قد تعقد بينهما دون علمه، كما أنها قد تعقد بينهما بالرغم من معارضته ولذا فالفرق بين هذه الصور لا يكون في انعقاد الكفالة، فهي تنعقد في كل الصور السابقة بمجرد توافق إرادتي الكفيل والدائن ورضاهما، وإنما يظهر الفرق عند رجوع الكفيل على المدين إذا وفّى عنه الدين[80].

وسأتناول الدعاوى القضائية التي يمكن للكفيل الرجوع بها على المكفول عنه (المدين) حتى يستوفي ما قام بسداده للمكفول له (الدائن)، ولكل دعوى أسباب معينة تجعل الكفيل يلجأ إليها، وهي على النحو التالي:

1. الدعوى الشخصية:

الدعوى الشخصية هي تلك الدعوى التي ترفع حماية لحق شخصي، والحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين، وتعتبر دعوى مطالبة الكفيل للمكفول عنه (المدين) بالدين (المكفول به) والذي قام بسداده للمكفول له (الدائن) من الدعاوى الشخصية، ويشترط حتى يمكن للكفيل الرجوع على المكفول عنه (المدين) بالدعوى الشخصية أن تجري الكفالة بعلم المكفول عنه (المدين) ودون معارضته، وإن عارض المكفول عنه (المدين) الكفالة فإن الكفالة تكون صحيحة مرتبة لجميع آثارها؛ ولكن يسقط حق الكفيل في الرجوع على المكفول عنه (المدين) بالدعوى الشخصية، ويترتب على ذلك ألا يكون للكفيل الحق في الرجوع بالمصروفات التي أنفقها في أداء الدين للمكفول عنه (الدائن)[81].

وقد جاء في نظام المعاملات المدنية في المادة (597) ما نصه: (للكفيل بمقتضى عقد الكفالة أن يرجع على المدين بما وفى عنه وبما دفعه من نفقات اقتضاها العقد؛ إذا كانت الكفالة بعلم المدين ودون معارضته).

ويفهم من هذه المادة أن للكفيل أن يرجع على المدين في الدعوى الشخصية بأصل الدين (المكفول به)، وهو كل ما دفعه الكفيل للدائن (المكفول له) لإخلاء ذمة المدين (المكفول عنه).

ويرجع كذلك بكل ما أنفقه الكفيل للوفاء بالتزامه، وكل ما حكم به من مصروفات للدائن (المكفول له) والمصروفات التي أنفقها الكفيل في الإرشاد على أموال المدين (المكفول عنه) لتجريدها.

2. دعوى الحلول

تُعرَّف دعوى الحلول بأنها الدعوى التي يحلّ فيها الكفيل محل المكفول له (الدائن) فيصبح بموجبها الكفيل كأنه الدائن (المكفول له) في مواجهة المدين (المكفول عنه)، وهي ليست إلا تطبيق للقواعد العامة في الحلول القانوني فيما إذا قام بالوفاء شخص غير الكفيل، فيحل الكفيل محل المكفول له (الدائن) ويطالب المكفول عنه (المدين) بالدين (المكفول به) بما لهذا الدين (المكفول به) من خصائص، وما يرد عليه من دفوع يمكن أن يتقدم بها المكفول عنه (المدين)، ويلجأ لهذه الدعوى الكفيل الذي قام بأداء الدين (المكفول به) دون علم أو موافقة المكفول عنه (المدين).

وقد جاء في نظام المعاملات المدنية ما يفيد ذلك كما في المادة (199) والتي فيها أنه: (إذا وفّى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قِبَل المدين، وإذا لم يوفِ إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفى إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين).

ويفهم من هذه المادة أن الكفيل يرجع فقط في هذه الدعوى بأصل الدين (المكفول به)، فيرجع به كاملًا على المكفول عنه (المدين)، وإلا فبالمقدار الذي وفاه إذا لم يكون الوفاء بالدين كاملًا.

3. دعوى الإثراء بلا سبب

الإثراء بلا سبب يعدُّ واقعة قانونية تشكل مصدرًا من مصادر الالتزام، وأركان الإثراء بلا سبب فيما يتعلق بالكفالة ثلاثة أركان هي إثراء المدين (المكفول عنه)، وافتقار الدائن (الكفيل) وانعدام السبب القانوني لذلك؛ وتنُشئ واقعة الإثراء التي نجمت عن الافتقار حقًا للمفتقر (الكفيل)، بإقامة دعوى التعويض؛ لهذا فإن دعوى الإثراء بلا سبب هي: الدعوى التي يقيمها المفتقر (الكفيل) ضد

المُثري بلا سبب (المكفول عنه)، ويجب ألا يزيد مبلغ التعويض في هذه الدعوى على المبلغ الذي افتقرت به ذمة الدائن (وهو الكفيل في هذه الحالة)، كما يجب ألا يزيد عن المبلغ الذي أثرت به ذمة المدين (المكفول عنه).

وقد تناول نظام المعاملات المدنية ما يتعلق بالإثراء بلا سبب من المواد (144) وحتى المادة (159)، ومن أهم ما يتعلق بذلك في موضوع الكفالة هنا هو ما جاء في المادة (159) المتعلقة بعدم سماع الدعوى، وفيها أنه لا تُسمع الدعوى الناشئة عن الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة بانقضاء (ثلاث) سنوات من تاريخ علم الدائن بحقه، وفي جميع الأحوال لا تُسمع الدعوى بانقضاء (عشر) سنوات من تاريخ نشوء الحق.

المبحث الثالث: انقضاء عقد الكفالة

عقد الكفالة عقد تابع للالتزام الأصلي على المدين، فمتى انقضى الالتزام الأصلي انقضى تبعًا له عقد الكفالة، ومع هذا الطريق التبعي هناك طريق أصيل لانقضاء عقد الكفالة، وسأتكلم عن أسباب انقضاء عقد الكفالة من خلال مطلبين:

المطلب الأول: انقضاء الكفالة بالتبعية لانقضاء الدين (المكفول به)

بما أن من خصائص عقد الكفالة أنه التزام يتبع للالتزام الأصلي، ومن معاني هذه التبعية أن التزام الكفيل لا يكون صحيحًا إلا إذا كان التزام المدين (المكفول عنه) صحيحًا، وكل ما يؤدي لانقضاء الدين (المكفول به) عن المدين (المكفول عنه) يؤدي بالتبعية إلى انقضاء التزام الكفيل بكفالة هذا الدين، وسأبين أسباب انقضاء الدين الأصلي التي تؤدي في ذات الوقت لانقضاء الكفالة تبعًا وهي:

الفرع الأول: انقضاء الكفالة إذا قام المدين (المكفول عنه) بأداء الدين (المكفول به) للدائن (المكفول له)

قد ينقضي الدين المكفول به بأن يؤدي المدين (المكفول عنه) الدين المكفول به للدائن (المكفول له)، ووفاء المدين (المكفول عنه) للدائن (المكفول له) يؤدي إلى انقضاء الدين المكفول به وبالتالي تنقضي الكفالة لأنها التزام يتبع للالتزام الأصلي، لكن هذا الأداء لهذا الدين المكفول به قد يكون بالوفاء بالدين نفسه أو عبر ما يقوم مقام هذا الوفاء وقد ينقضي هذا الدين دون الوفاء به[82]، وعليه فإن عندنا حالات لذلك هي:

الحالة الأولى: انقضاء الدين بالوفاء: والوفاء المقصود هنا هو أن يتم سداد الدين المكفول به، فإذا قام المدين (المكفول عنه) أو غيره بالوفاء بالدين (المكفول به)، انقضى الدين المكفول به وانقضى بالتبعية التزام الكفيل وهذه الصورة تعتبر صورة لانقضاء الدين المكفول به بالوفاء ومن ثم تنقضي الكفالة للوفاء بالدين المكفول به، وهذا باتفاق الفقهاء[83]، وهذا ما جاءت الإشارة إليه في المادة (603) بقولها: (يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين).

الحالة الثانية: انقضاء الدين بما يعادل الوفاء: وتتحقق هذه الصورة من صور الوفاء بالدين المكفول به إذا لم يتم الوفاء بالدين المكفول به نفسه لكن بشيء يعادل هذا الوفاء ويتم ذلك عبر صور عديدة منها:

1. **حوالة الدين (المكفول به):** حوالة الدين كقبضه، فإذا أُحيل الدائن (المكفول له) لاستيفاء دينه من غير الكفيل أو الأصيل وانعقدت هذه الحوالة صحيحة انقضى الدين المكفول به وانقضت تبعًا لذلك الكفالة نفسها، وانقضاء الكفالة بانقضاء الدين الأصلي بالحوالة مما اتفقت عليه المذاهب الفقهية الأربعة[84].

وبناءً عليه جاء في نظام المعاملات المدنية في المادة (605) ما نصه:

(1- إذا أحال المدين أو الكفيل الدائن بالدين المكفول به أو بجزء منه على آخر حوالةً صحيحةً برئ المدين والكفيل في حدود هذه الحوالة.

(2- إذا اشترط في الحوالة براءة الكفيل فقط برئ وحده دون المدين).

2. **الوفاء بمقابل:** يقصد بالوفاء بمقابل قبول الدائن (المكفول له) في استيفاء حقه شيئ آخر يستعيض به عن الدين المكفول به المستحق، وهو في حقيقته من قبيل الصلح؛ لأن الوفاء بمقابل آخر يحتاج إلى موافقة وقبول من الدائن، فإذا قدم المدين (المكفول عنه) شيئًا آخر مقابل الدين المكفول به وقبل الدائن (المكفول له) ذلك فهذا وفاء بمقابل يؤدي إلى انقضاء الدين المكفول به ومن ثم انقضاء الكفالة بطريقة تبعية[85]، وقد جاء في المادة (604):

(إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئًا آخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء).

3. **انقضاء الدين بالمقاصة:** والمراد بالمقاصة هنا هو إسقاط دين مطلوب لشخص على غريمه في مقابل دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه، فإذا انقضى الدين المكفول بالمقاصة، بأن كان في ذمة الدائن للمدين دين يصلح للمقاصة في الدين الثابت في ذمة المدين للدائن، انقضى الدين المكفول بالمقاصة وانقضت الكفالة تبعًا لذلك، وقد جاء عن جمهور الفقهاء ذلك[86].

وقد جاءت المقاصة في نظام المعاملات المدنية كصورة من صور انقضاء الدين بما يعادل الوفاء في المادة (281) ونصها: (للمدين المقاصة بين ما هو مستحق الأداء عليه لدائنه وما هو مستحق الأداء له تجاه هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما نقودًا أو أشياء متماثلة في النوع والصفة، وكان كل منهما خاليًا من النزاع، وصالحًا للمطالبة به قضاءً، وقابلًا للحجز).

4. **اتحاد الذمة:** والمراد من اتحاد الذمة هو اجتماع صفة الدائن والمدين في شخص واحد، فإذا مات الدائن (المكفول له) وورثه المدين (المكفول عنه) يكون بذلك الدين المكفول به قد انقضى، إذ لا يمكن للمدين أن يكون دائنًا لنفسه، فبمجرد اتحاد ذمة الدائن (المكفول له) مع ذمة المدين (المكفول عنه) ينقضي الدين المكفول به وتبعًا لذلك تنقضي الكفالة[87]، وهذا ما جاء في المذهب الحنبلي من اعتبار اتحاد الذمة موجبًا لانقضاء الكفالة[88].

وقد جاء في نظام المعاملات المدنية ما يفيد ذلك كما في المادة (1/290) ونصها: (إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين في دينٍ واحدٍ، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة).

الحالة الثالثة: انقضاء الدين المكفول به دون وفاء أو ما يعادل الوفاء: ولهذه الحالة صورتان هما:

1. **هبة الدين (المكفول به):** الذي يملك الهبة هو الدائن (المكفول له)، لأنه هو الذي يملك الدين المكفول به دون غيره ويمكن أن يهب الدائن (المكفول له) هذا الدين المكفول به للمدين (المكفول عنه)، وفقهاء الشريعة اتفقوا على أن هبة الدين المكفول به صحيحة

وجائزة، كما اتفقوا على أن هبة الدين تنهي الكفالة عن الكفيل إذا كانت الهبة للمدين (المكفول عنه)[89].

وفيما يتعلق بالنظام السعودي فقد جاء في نظام المعاملات المدنية في مادته (370) ما نصه:

(تصح هبة الدين للمدين، وتعدُّ إبراء).

2. **انقضاء الدين المكفول بالإبراء**: الإبراء هو إسقاط الدين أو بعضه من دون مقابل، فإذا أبرأ الدائن (المكفول له) المدين (المكفول عنه) انقضى الدين المكفول به وبرئت ذمة المدين وتنقضي الكفالة تبعا لانقضاء الدين المكفول به، وهذا باتفاق الفقهاء[90].

وقد جاء في نظام المعاملات المدنية في المادة (1/292) ما نصه:

(ينقضي التزام المدين إذا أبرأه الدائن، ولا يتوقف الإبراء على قبول المدين، ولكن إذا رده المدين عاد الدين إلى ما كان عليه).

الفرع الثاني: بطلان الدين المكفول به أو فسخه

إذا كان الكفيل ضامنًا لما في ذمة المشتري من ثمن المبيع، ثم فُسخ عقد البيع أو تقرر بطلانه، فإن المشتري لم يعد ملتزمًا بدفع الثمن، ولذا فإنه تنقضي الكفالة حينئذٍ، حيث لا يوجد دين مكفول به، وذلك بسبب بطلان التصرف الذي نشأ بسببه الدين المكفول به[91]، وقد جاء في المذهب الحنبلي ما يفيد هذا، فقد جاء عند البهوتي قوله: " 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 "[92].

وقد جاء في النظام عدة مواد تتكلم عن البطلان وأحكامه فمنها المادة (81) ونصها:

(1- إذا وقع العقد باطلًا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة.

2- لا تسمع دعوى البطلان إذا انقضت (عشر) سنوات من تاريخ التعاقد، ولكن لكل ذي مصلحة أن يدفع ببطلان العقد في أي وقت).

وكذلك جاءت المادة (82) لتبين ما يتعلق بأثر البطلان وأن المتعاقدين في حالة الإبطال والبطلان يعودان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وإذا استحال ذلك جاز أن يُقضى بالتعويض.

ومما جاء في النظام السعودي فيما يتعلق بالفسخ ما جاء في المادة (1/111) من نظام المعاملات المدنية وفيها:

(في حالتي فسخ العقد أو انفساخه يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد).

وهناك استثناء من ذلك وهو حالة نقص الأهلية وكان الكفيل عالمًا بذلك وقت التعاقد، ففي هذه الحالة ليس له أن يحتج بذلك، وهو ما أفادته المادة (603) من نظام المعاملات المدنية.

المطلب الثاني: انقضاء عقد الكفالة بطريقة أصلية:

يراد بانقضاء الكفالة بطريقة أصلية: انقضاء الكفالة مع بقاء الدين المكفول به شاغلًا لذمة المدين (المكفول عنه)، وتنقضي الكفالة في هذه الحالة لسبب متعلق بالكفالة في ذاتها، وسأبيّن الحالات التي تنقضي بها الكفالة دون انقضاء الدين المكفول به بالتالي:

1. **الكفالة المؤقتة:**

تعد الكفالة المؤقتة سببًا من أسباب انقضاء الكفالة عند جمهور الفقهاء دون انقضاء الدين المكفول به، والكفالة المؤقتة عندهم هي التي تكون لمدة معينة، فإذا انتهت هذه المدة انقضت معها الكفالة إذا لم يطالب الدائن (المكفول له) الكفيل خلال المدة المعينة لانقضاء الكفالة[93].

وأما في النظام فلم يعتبر هذا سببًا من أسباب الانقضاء، وكان الأليق بالمنظِّم اعتباره كذلك.

2. **إبراء الدائن (المكفول له) للكفيل:**

إذا أبرأ الدائن (المكفول له) الكفيل من الدين فإن الكفالة تنقضي دون أن ينقضي الدين المكفول به حيث يظل هذا الدين شاغلًا لذمة المدين (المكفول عنه) وذلك إذا تم إبراء الكفيل وحده من قبل الدائن (المكفول له)، وهذا مما اتفق عليه الفقهاء[94].

وهذا هو الذي يفهم من المادة (1/292) والتي جاء فيها:

(ينقضي التزام المدين إذا أبرأه الدائن، ولا يتوقف الإبراء على قبول المدين، ولكن إذا رده المدين عاد الدين إلى ما كان عليه).

وقلنا بهذه المادة لأن الكفيل هنا أصبح مدينًا للدائن فإن أبرأه فقد برئ أصالة، ولا يعني براءته أن يبرأ المدين الأصلي بهذا.

3. براءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن (المكفول له) بخطئه من الضمانات:

يحق للكفيل أن يطلب براءة ذمته من الدين المكفول به بقدر الضمانات التي أضاعها المكفول له (الدائن)، ومعنى هذا أنه إذا كانت هنالك ضمانات للدائن (المكفول له) يضمن بها تحصيل الدين المكفول به، لكن الدائن (المكفول له) أضاع هذه الضمانات، فيحق للكفيل أن يطلب براءة ذمته بقدر هذه الضمانات التي تسبب الدائن (المكفول له) في ضياعها[95].

وقد جاء ذلك في نظام المعاملات المدنية في المادة (1/588) ونصها:

(تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات الدين).

وجاء توضيح المقصود بضمانات الدين بأنها: كل ما خصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة، وكلُّ ضمانٍ مقررٍ نظامًا، كما في الفقرة الثانية من نفس المادة.

والأساس القانوني لبراءة ذمة الكفيل بقدر الضمانات التي أضاعها الدائن (المكفول له) بخطئه هو أننا نطبق فكرة الحلول القانوني، ومضمون هذه الفكرة أن الكفيل عندما يقوم بسداد الدين (المكفول به) للدائن (المكفول له) فإنه يحل محل الدائن (المكفول له) في مطالبة المدين (المكفول عنه)، لذلك من المفترض أن يجد الكفيل كل الضمانات التي تضمن سداد الدين (المكفول به)، وعندما يتسبب الدائن (المكفول له) في ضياع هذه الضمانات قطعًا سيتضرر الكفيل من جراء ضياع هذه الضمانات التي ضيعها الدائن (المكفول له) بخطئه، ومن ثم يحق له المطالبة ببراءة ذمته بالقدر الذي أضاعه الدائن (المكفول له) من ضمانات[96].

وهناك عدة شروط يلزم توافرها لانقضاء الكفالة بسبب ما أضاعه الدائن (المكفول له) بخطئه من ضمانات وهي:

الشرط الأول: يجب أن يكون الدائن (المكفول له) أضاع تأمينًا خاصًا:

فحتى يتمكن الكفيل من المطالبة بانقضاء الكفالة بالقدر الذي أضاعه الدائن (المكفول له) من ضمانات، يجب أن يكون الدائن (المكفول له) قد أضاع ضمانًا خاصًا، وليس المقصود الضمان العام (أي الذمة المالية للمدين)، وقد كان الفقه يقصر هذه الضمانات على الضمانات الاتفاقية فقط مثل الرهن، لكن الرأي السائد مؤخرًا هو أن هذه الضمانات تشمل أي ضمان حتى لو كان قانونيا كحق الامتياز.

وقد اختلف الفقه القانوني في تاريخ وجود الضمان الخاص نفسه، فذهب البعض إلى أن الضمانات التي ينشأ بموجبها الحق للكفيل لكي يطالب ببراءة ذمته هي الضمانات التي كانت موجودة قبل قيام الكفالة فقط، ولكن الرأي السائد الآن عند فقهاء القانون هو أن جميع التأمينات تدخل سواء ما وجد عند قيام الكفالة أو ما وجد بعد قيام الكفالة[97]، وهذا الأخير هو ما أخذ به المنظِّم السعودي في (2/588)، وأن كل ما خصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة يعتبر داخلًا في ذلك.

الشرط الثاني: يجب أن يكون إضاعة التأمين بخطأ الدائن (المكفول له):

يجب أن يكون ضياع التأمين قد نتج عن خطأ أو تقصير من الدائن (المكفول له)، وقد يكون خطأ الدائن (المكفول له) فعلًا إيجابيًّا، كتنزوله عن رهن أو امتياز أو إبراء ذمة كفيل أو مدين متضامن مع المدين (المكفول عنه) أو رضائه بأن يتأخر دفع دينه حتى يتم سداد ديون باقي الدائنين الآخرين؛ وقد يكون خطأ الدائن (المكفول له) فعلًا سلبيًّا، كإهمال الدائن (المكفول له) قيد الرهن أو تركه الأموال محل الرهن أو الامتياز تباع دون أن يتمسك بحقه في الأولوية في ثمنها[98].

الشرط الثالث: يجب أن يترتب على إضاعة التأمين ضرر على الكفيل:

يجب أن يترتب على إضاعة الدائن (المكفول له) للتأمين الخاص، ضرر على الكفيل وذلك لأن براءة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن (المكفول له) بخطئه من تأمين خاص، يعتبر نوعًا من أنواع التعويض مقرر لمصلحة الكفيل، فيجب حتى يكون هنالك تعويض أن يكون هناك ضرر من جراء الخطأ الذي ارتكبه الدائن (المكفول له)، وعبء إثبات هذا الضرر يقع على عاتق الكفيل، ويجب على الكفيل أن يثبت أيضًا أن الضرر الذي أصابه ضرر محقق وليس ضررا محتملا[99].

4. تأخر الدائن (المكفول له) في اتخاذ الإجراءات ضد المدين (المكفول عنه):

في هذه الحالة هنالك افتراض مؤداه أن الدين المكفول به قد حلَّ أجله وأن الدائن (المكفول له) لم يتخذ الإجراءات للمطالبة بالدين المكفول به أو أنه تأخر في اتخاذها، فجُعل في القانون للكفيل في هذه الحالة أن ينذر الدائن (المكفول له) لاتخاذ الإجراءات في مواجهة المدين (المكفول عنه) فإذا لم يتخذها خلال فترة زمنية محددة – تختلف باختلاف التشريعات، برئت ذمة الكفيل من الكفالة.

ولا يقوم الكفيل بإنذار الدائن (المكفول له) إلا بعد حلول أجل السداد، والعبرة في أجل السداد هنا بأجل السداد الأصلي للدين المكفول به وليس الذي يتم الاتفاق عليه بين الدائن (المكفول له) والمدين (المكفول عنه) بعد الأجل الأصلي أو الذي تمنحه المحكمة للمدين (المكفول عنه) عند حلول الأجل الأصلي، وما يترتب على الإنذار بعد حلول أجل السداد هو أن الدائن (المكفول له) إذا اتخذ الإجراءات الواجبة قانونًا وسار في اتخاذها بالعناية اللازمة لا تنقضي الكفالة في مواجهة الكفيل، لكن إذا لم يتم اتخاذ الإجراءات خلال الفترة الزمنية المحددة بعد الإنذار برئت ذمة الكفيل من الكفالة وبالتالي تنقضي الكفالة في مواجهته[100].

وجاء في المادة (589) من نظام المعاملات المدنية:

إذا حلَّ الدين ولم يطالب الدائن المدين به جاز للكفيل إذا لم يكن متضامنًا مع المدين أن يُعذر الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين، وإذا لم يقم الدائن بذلك خلال (مائة وثمانين) يومًا من تاريخ الإعذار برئت ذمة الكفيل من الكفالة ولو منح الدائن المدين أجلًا؛ ما لم يكن ذلك بموافقة الكفيل.

5. عدم تقدم الدائن (المكفول له) في تفليسة المدين (المكفول عنه):

إذا لم يتقدم الدائن (المكفول له) في تفليسة المدين (المكفول عنه) فإن ذمة الكفيل تبرأ من الدين المكفول به، والحكمة من ذلك هو أن عدم تقديم الدائن (المكفول له) في تفليسة المدين (المكفول عنه) لا يعتبر في حكم إضاعة التأمين الخاص الذي سبق الإشارة إليه، لأن إشهار الإفلاس لا يعتبر ضمانا خاصًا، كما لا يعتبر شهر الإفلاس تأخرا في اتخاذ الإجراء ضد المدين (المكفول عنه) لأن هذا التأخر يقوم على افتراض حلول أجل الدين المكفول به، وقد تبدأ تفليسة المدين (المكفول عنه) قبل حلول أجل الدين المكفول به الأصلي، حيث إنه من المعلوم قانونًا أنه عند إفلاس المدين (المكفول عنه) يمتنع على الدائن (المكفول له) اتخاذ إجراءات فردية في مواجهته، لأن الإفلاس عبارة

عن تصفية جماعية لأموال المدين (المكفول عنه) المفلس وإذا لم يتدخل الدائن (المكفول له) في تفليسة المدين (المكفول عنه) فإنه يعتبر مقصرًا وعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره، وبالتالي يجب أن لا نحمل الكفيل هذا الخطأ؛ ولذلك تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر من إهمال الدائن (المكفول له) ويبين ذلك أنه إذا لم يتقدم الدائن (المكفول له) في تفليسة المدين (المكفول عنه) فإن ذمة الكفيل تبرأ بقدر ما كان الدائن (المكفول له) يستطيع الحصول عليه من التفليسة؛ لأن الضرر الذي يلحق الكفيل يتحدد بذلك[101].

ولهذا جاءت المادة (590) من نظام المعاملات المدنية بمثل هذا بقولها:

(إذا افتتح أيٌّ من إجراءات التصفية للمدين وفق النصوص النظامية ولم يتقدم الدائن بمطالبته بالدين وفق ذلك الإجراء سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان يستوفيه لو أنه تقدم بمطالبة المدين به).

النتائج:

توصل البحث إلى ما يلي:

1- أخذ النظام السعودي كثيرًا بأقوال الجمهور ومنهم الحنابلة، إلا أنه في بعض المسائل وهي قليلة أخذ بقول غيرهم.

2- جاء تعريف الكفالة في النظام السعودي أعم من تعريفه لدى الحنابلة خاصة؛ لأن الحنابلة يفرقون بين الضمان والكفالة فيجعلون الضمان للمال والكفالة للنفس.

3- للكفالة عدة خصائص من أهمها أنها عقد تبرع وينبني عليها أنها عقد مدني لا تجاري، وإنما اعتبرها المنظّم السعودي عقدًا تجاريًا استثناءً في ثلاث حالات فقط.

4- مما وافق فيه نظام المعاملات المدنية مذهب الحنفية فيما يتعلق بعقد الكفالة: أنه جعل انعقاد الكفالة يتم بإيجاب من الكفيل وقبول من الدائن (المكفول له)، وهو بهذا يخالف مذهب الجمهور ومنهم الحنابلة.

5- تنوعت الكفالة لعدة اعتبارات، كاعتبار الصيغة، أو الوصف، أو المصدر.

6- اختار المنظِّم السعودي قول جمهور الفقهاء في جواز توقيت الكفالة، لكن معنى توقيت الكفالة في الفقه الإسلامي يختلف عنه في القانون.

7- الكفالة المعجلة تنعقد صحيحة لكن لا يلزم الكفيل تعجيل الدين قبل أجله وهو ما أخذ به النظام السعودي موافقًا للمذهب الحنبلي ومخالفًا لقول الجمهور في ذلك.

8- حدد النظام السعودي كمال الأهلية ببلوغ 18 عامًا، وأما الفقه الإسلامي فمختلف فيه، وقد رد ذلك إلى الاختبار والتجربة.

9- ملاءة الكفيل لم يشترطها المنظِّم السعودي في الكفالة الاتفاقية، متبعًا في ذلك المذهب الحنبلي، إلا أنه شرطٌ منصوص عليه في الكفالة النظامية والقضائية ودلت عليه عدة أنظمة سعودية.

10- شرط رضا الدائن بعقد الكفالة وافق فيه المنظِّم مذهب الحنفية والقول الآخر عند الحنابلة وخالف فيه قول الجمهور.

11- أجاز النظام في شروط الدين المكفول به صحة الكفالة في الدين المستقبل بشرط أن يتم تحديد مقدار المكفول به مقدمًا، وهو بذلك يخالف قول الجمهور.

12- لم يأتِ الحديث في الفقه الإسلامي عن السبب بشكل منفصل؛ وقد يعود ذلك إلى أنه يدمج بينه وبين كلٍ من التراضي والمعقود عليه، ومن وجهة نظري فتعاطي الأركان والشروط في الفقه أوضح منها في القانون.

13- أخذ المنظِّم بالدفع بالرجوع موافقًا في ذلك مذهب المالكية ومخالفًا الجمهور، ويقصد به: الدفع الذي بموجبه يطلب الكفيل من المكفول له (الدائن) مطالبة المكفول عنه (المدين) قبل مطالبته بالدين.

وكذلك الدفع بالتجريد ويقصد به أنه لا يجوز للمكفول له (الدائن) أن ينفذ على أموال الكفيل قبل أن يجرد المكفول عنه (المدين) من أمواله، في مرحلة تنفيذ الحكم.

14- لانقضاء الكفالة طريقان هما: الطريق التبعي، والطريق الأصلي.

التوصيات:

هناك جملة من التوصيات تتمثل في التالي:

1- لم يتعرض نظام المعاملات المدنية لكفالة النفس تحديدًا، والمقترح أن تتم الإشارة إليها.

2- أقترح الأخذ بمذهب الحنفية وهو اشتراط أن يكون المكفول عنه معلومًا للكفيل، وهو إحدى الروايتين في مذهب الحنابلة كذلك.

وسبب هذا الاختيار هو أن في ذلك زيادة استيثاق لحق الكفيل والمكفول له معًا، ودفعًا للتساهل بمثل هذه العقود التي من الواجب التوثيق فيها أكثر.

3- حبذا لو أخذ المنظِّم بقول الجمهور في اعتبار الكفالة المؤقتة سببًا من أسباب انقضاء الكفالة.

الهوامش والإحالات:

(1) ابن منظور، لسان العرب:588/11.

(2) السرخسي، المبسوط: 160/19. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 329/3. الشربيني، مغني المحتاج للشربيني :198/2.

(3) ابن قدامة، المغني:400/4.

(4) الهوتي، منتهى الإرادات: 372/3.

(5) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: 19/10

(6) نفسه، والصفحة نفسها.

(7) ابو الفتوح، الكفالة الشرعية وتطبيقاتها العملية: 2.

(8) نفسه: 3.

(9) الكاساني، بدائع الصنائع: 5/6.

(10) ابن قدامة، المغني: 244/4.

(11) قرمان، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقًا للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية: 268.

(12) الدهيمي، أحكام الضمان العيني والشخصي: 30.

(13) الموسى، نظرية الضمان الشخصي: 129. نايل، أحكام الضمان العيني والشخصي: 19.

(14) ابن قدامه، المغني: 400/4.

(15) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: 27/10.

(16) الموسى، نظرية الضمان الشخصي: 131.

(17) الزقرد، الوجيز في المعاملات المدنية السعودي - الضمانات الشخصية والعينية: 42.

(18) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: 27/10.

(19) القرطبي، البيان والتحصيل: 232/2. النووي، منهاج الطالبين: 129. ابن قدامة، المغني: 400/4.

(20) السرخسي، المبسوط: 170/19.

(21) وزارة الداخلية، مرشد إجراءات الحقوق الخاصة: 61.

(22) الدهيمي، أحكام الضمان العيني والشخصي: 49.

(23) نفسه، 50.

(24) العلايلي، الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون: 53.

(25) ابن قدامة، المغني: 407/4.

(26) الموسى، نظرية الضمان الشخصي: 252.

(27) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين: 289/5. ابن مالك، المدونة: 121/4. المرداوي، الإنصاف: 213/5.

(28) الشربيني، مغني المحتاج: 213/3. المرداوي، الإنصاف: 213/5.

(29) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: 83/10.

(30) الكاساني، بدائع الصنائع : 3/6. الشربيني، مغني المحتاج: 214/3. المرداوي، الإنصاف: 209/5.

(31) الشربيني، مغني المحتاج: 214/3. ابن قدامة، المغني: 407/4.

(32) الكاساني، بدائع الصنائع : 3/6. ابن مالك، المدونة : 121/4. الشربيني، مغني المحتاج: 214/3. ابن قدامة، المغني: 407/4.

(33) باشا، مرشد الحيران: المادة رقم (862).

(34) الموسى، نظرية الضمان الشخصي: 281.

(35) البهوتي، كشاف القناع: 364/3.

(36) يحي، المدخل لدراسة القانون نظرية الحق: 67

(37) نفسه: 68.

(38) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين: 105/5. ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد: 278/2. الشربيني، مغني المحتاج: 2/7. ابن قدامة، المغني:607/6.

(39) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير : 201/2.

(40) الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما: 149.

(41) البهوتي، كشاف القناع: 366/3.

(42) العلايلي، الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون: 108.

(43) ابن قدامة، المغني: 405/4.

(44) السرخسي، المبسوط: 170/19.

(45) القرطبي، البيان والتحصيل: 232/2. النووي، منهاج الطالبين: 129. ابن قدامة، المغني: 400/4.

(46) الزيلعي، تبيين الحقائق: 160/4. الشربيني، مغني المحتاج: 2 /200. ابن قدامة، المغني: 72/7.

(47) الدسوقي، حاشية الدسوقي: 334/3. ابن قدامة، المغني: 72/7.

(48) الحطاب، مواهب الجليل: 100/5. الرملي، نهاية المحتاج: 4 /438. ابن قدامة، المغني: 72/7.

(49) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين: 4 / 251. الرملي، نهاية المحتاج: 438/4. ابن قدامة، المغني : 104/7.

(50) ابن الهمام، فتح القدير : 188/7. الحطاب، مواهب الجليل: 6 /102. النووي، روضة الطالبين: 4 /340. ابن مفلح، المبدع: 252/4.

(51) الكاساني، بدائع الصنائع: 6/6. ابن القاص، التلخيص: 364. ابن قدامة، المغني: 72/7.

(52) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين: 283/5. الخراشي، شرح مختصر خليل: 34/6. الماوردي، الحاوي الكبير :441/6. البن قدامة، المغني: 416/4.

(53) العلايلي، الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون: 131.

(54) الكاساني، بدائع الصنائع: 8/6. الخراشي، شرح مختصر خليل: 24/6. الماوردي، الحاوي الكبير : 441/6. ابن قدامة، المغني : 401/4.

(55) النووي، المجموع: 5/14.

(56) السرخسي، المبسوط: 50/20. الخراشي، مختصر خليل: 25/6. ابن قدامة، المغني 400/4.

(57) الزيلعي، تبيين الحقائق: 146/4.

(58) العلايلي، الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون: 156.

(59) ابن قدامة، المغني: 417/4.

(60) نفسه: 407/4.

(61) الكاساني، بدائع الصنائع: 3/6. الشربيني، مغني المحتاج: 214/3. المرداوي، الإنصاف: 209/5.

(62) ابن قدامة، المغني: 407/4.

(63) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين: 289/5. ابن مالك، المدونة: 121/4. المرداوي، الإنصاف: 213/5.

(64) السرخسي، المبسوط: 30/20. ابن مالك، المدونة: 100/4. الرملي، نهاية المحتاج: 459/4. المرداوي، الإنصاف: 208/5.

(65) المرداوي، الإنصاف: 208/5.

(66) السرخسي، المبسوط: 37/20. ابن مالك، المدونة: 104/4. الرملي، نهاية المحتاج: 459/4. ابن قدامة، المغني: 415/5.

(67) ابن قدامة، المغني: 415/4.

(68) الكاساني، بدائع الصنائع: 10/6. الشربيني، نهاية المحتاج: 458/4. ابن قدامة، المغني: 70/5.

(69) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد: 266/2.

(70) عوض، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية: 104.

(71) العلايلي، الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون: 178.

(72) الكاساني، بدائع الصنائع : 10/6. ابن مالك، المدونة: 100/4. الشافعي، الأم: 234/3. ابن قدامة، المغني: 399/4.

(73) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: 116/10.

(74) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين: 5 / 314. الدسوقي، حاشية الدسوقي: 3/ 336. القليوبي، وعميره، حاشيتا قليوبي وعميرة،: 2 / 331. ابن قدامة، المغني: 5 / 86.

(75) البهوتي، كشاف القناع: 374/3.

(76) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين: 5/ 314. الدسوقي، حاشية الدسوقي: 3 / 336. القليوبي، وعميره، حاشيتا قليوبي وعميرة: 2 / 331. ابن قدامة، المغني: 5/ 86.

(77) السرخسي، المبسوط: 41/20. النووي، المجموع: 31/14. ابن قدامة، المغني: 412/4.

(78) ابن قدامة، المغني: 412/4.

(79) السرخسي، المبسوط: 41/20،40.

(80) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: 194/10.

(81) العلايلي، الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون: 260

(82) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: 216/10.

(83) الكاساني، بدائع الصنائع: 11/6. الدسوقي، حاشية الدسوقي: 336/3. النووي، المجموع: 27/14. البهوتي، كشاف القناع : 364/3.

(84) الكاساني، بدائع الصنائع: 12/6. ابن مالك، المدونة:126/4. النووي، المجموع: 31/14. البهوتي، كشاف القناع: 364/3.

(85) الكاساني، بدائع الصنائع: 12/6. الدسوقي، حاشية الدسوقي: 336/3. النووي، المجموع: 29/14. البهوتي، كشاف القناع: 364/3.

(86) الشافعي، الأم للشافع: 8/ 59. الزركشي، المنثور في القواعد : 1/ 391. ابن قدامة، المغني: 9 / 447. باشا، مرشد الحيران : المادة (225، 226).

(87) الموسى، نظرية الضمان الشخصي: 509.

(88) البهوتي، كشاف القناع: 364/3.

(89) نفسه، والصفحة نفسها.

(90) الكاساني، بدائع الصنائع: 11/6. الدسوقي، حاشية الدسوقي: 336/3. النووي، المجموع: 27/14. البهوتي، كشاف القناع: 3 /364.

(91) الموسى، نظرية الضمان الشخصي: 506.

(92) البهوتي، كشاف القناع: 364/3.

(93) العلايلي، الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون: 54.

(94) الكاساني، بدائع الصنائع: 11/6. الدسوقي، حاشية الدسوقي: 336/3. النووي، المجموع: 27/14. البهوتي، كشاف القناع : 364/3.

(95) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: 245/10.

(96) العلايلي، الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون: 241.

(97) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: 247/10.

(98) مرقص، الوافي في شرح القانون المدني -عقد الكفالة: 106.

(99) مصطفى، الإبراء من الضرر وصوره التطبيقية: 45.

(100) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: 249/10.

(101) الزحيلي، العقود المسماة في القانون: 322.

المراجع:

1) ابن أمير حاج، محمد بن محمد ، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983م.
2) باشا، محمد قدري، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المكتبة المصرية، القاهرة، 1338 هـ
3) باشا، محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، مصر ، 2005م.
4) البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، الطبعة الأولى، 1414هـ.
5) البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.
6) الحطاب ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1992م.
7) الخرشي، محمد بن عبدالله، شرح مختصر خليل، دار الفكر ، بيروت، د.ت.
8) الخفيف، علي، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، دار الفكر العربي، القاهرة، 1431هـ.
9) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، د.ت.
10) الدهيمي، علي بن إبراهيم، أحكام الضمان العيني والشخصي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 1441هـ.
11) ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 2004م.
12) الرملي، محمد بن أحمد بن حمزة ، نهاية المحتاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ
13) الزحيلي، وهبة، العقود المسماة في القانون: المعاملات المدنية الاماراتي، القانون المدني الأردني ، دار الفكر ، دمشق، 1987م.
14) الزركشي، محمد بن عبد الله بن بهادر، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، 1985م.
15) الزقرد، أحمد السعيد، الوجيز في المعاملات المدنية السعودي - الضمانات الشخصية والعينية، مكتبة الرشد، الرياض، 1435هـ.
16) الزيلعي، عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبِي، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، د.ت.
17) السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ.
18) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - التأمينات العينية والشخصية، دار المعارف الإسكندرية،2005م.
19) الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1990م.

20) الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ.
21) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار- حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت،1412هـ.
22) العلايلي، بهاء الدين، الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون، دار الشواف، الرياض،1433هـ.
23) عوض، نبيل إبراهيم سعيد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2006م.
24) أبو الفتوح، سعيد، الكفالة الشرعية وتطبيقاتها العملية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، رقم العدد والمجلد ، يوليو، 2009م.
25) ابن القاص، أحمد بن أبي أحمد الطبري، التلخيص، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، د.ت.
26) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة.، 1968م.
27) القرطبي، محمد بن أحمد بن رشد، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1408هـ.
28) قرمان، عبدالرحمن السيد، العقود التجارية وعمليات البنوك طبقًا للأنظمة القانونية بالمملكة العربية السعودية، مكتبة الشقيري، الرياض، 2010م.
29) القليوبي، أحمد سلامة، و عميرة، أحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة ، بيروت، دار الفكر، 1995م.
30) الكاساني، أبوبكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، القاهرة، 1406هـ.
31) لائحة قسمة الأموال المشتركة الصادرة بالقرار رقم (1610) وتاريخ 1439/5/19هـ
32) ابن مالك، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ.
33) الماوردي، علي بن محمد البغدادي، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ.
34) المرداوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1998م.
35) ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م.
36) مرقص، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني- عقد الكفالة، طبعة نقابة المحامين بمصر، القاهرة، 1994م.
37) مصطفى، محمود أحمد، الإبراء من الضرر وصوره التطبيقية ، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1994م.
38) ابن منظور، محمد بن المكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1414هـ.
39) الموسى، محمد، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، مطبوعات جامعة الإمام، المدينة المنورة، 1411هـ.
40) نايل، السيد عيد، أحكام الضمان العيني والشخصي، جامعة الملك سعود، الرياض، 1419هـ.

41) نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم(م/1) وتاريخ 1435/1/22هـ.
42) نظام المعاملات المدنية الصادر بالمرسوم الملكي رقم(م/191) بتاريخ 1444/11/29هـ
43) النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق- عمّان، 1991م.
44) النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي، دار الفكر، بيروت، د.ت.
45) النووي، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين، دار الفكر، بيروت، 1425هـ.
46) ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، د.ت.
47) وزارة الداخلية، مرشد إجراءات الحقوق الخاصة، الطبعة الأولى، 1409هـ.
48) يحيى، عبدالودود، المدخل لدراسة القانون نظرية الحق، معهد الإدارة العامة، الرياض، د.ت.

Arabbic Refences

1) Ibn Amīr Ḥājj, Muḥammad ibn Muḥammad, al-taqrīr wa-al-Taḥbīr, Dār al-Kutub al-ʿIlmīyah, Bayrūt, 1983, (in Arabic).
2) Bāshā, Muḥammad Qadrī, Murshid ālḥyrān ilá maʿrifat aḥwāl al-insān, al-Maktabah al-Miṣrīyah, al-Qāhirah, 1338, (in Arabic).
3) Bāshā, Muḥammad Kāmil Mursī, sharḥ al-qānūn al-madanī, al-ta'mīnāt al-shakhṣīyah wa-al-ʿaynīyah, Munsha'at al-Maʿārif, Miṣr, 2005, (in Arabic).
4) al-Buhūtī, Manṣūr ibn Yūnus, sharḥ Muntahá al-irādāt, ʿĀlam al-Kutub, al-Ṭabʿah al-ūlá, 1414, (in Arabic).
5) al-Buhūtī, Manṣūr ibn Yūnus, Kashshāf al-qināʿ ʿan matn al-Iqnāʿ, Dār al-Kutub al-ʿIlmīyah, Bayrūt, N. D. (in Arabic).
6) al-Ḥaṭṭāb, Muḥammad ibn Muḥammad ibn ʿAbd al-Raḥmān, Mawāhib al-Jalīl fī sharḥ Mukhtaṣar Khalīl, Dār al-Fikr, Bayrūt, 1992, (in Arabic).
7) al-Kharashī, Muḥammad ibn Allāh, sharḥ Mukhtaṣar Khalīl, Dār al-Fikr, Bayrūt, D. t.
8) al-Khafīf, ʿAlī, al-Ḥaqq wāldhmh wa-ta'thīr al-mawt fihimā, Dār al-Fikr al-ʿArabī, al-Qāhirah, 1431, (in Arabic).
9) al-Dasūqī, Muḥammad ibn Aḥmad ibn ʿArafah, Ḥāshiyat al-Dasūqī ʿalá al-sharḥ al-kabīr, Dār al-Fikr, Bayrūt, N. D. (in Arabic).
10) Aldhymy, ʿAlī ibn Ibrāhīm, Aḥkām al-ḍamān al-ʿAynī wālshkhṣy, Dār al-Kitāb al-Jāmiʿī, al-Qāhirah, 1441, (in Arabic).

11) Ibn Rushd al-Ḥafīd, Muḥammad ibn Aḥmad ibn Muḥammad, bidāyat al-mujtahid wa-nihāyat al-muqtaṣid, Dār al-ḥadīth, al-Qāhirah, 2004, (in Arabic).

12) al-Ramlī, Muḥammad ibn Aḥmad ibn Ḥamzah, nihāyat al-muḥtāj, Dār al-Fikr, Bayrūt, 1404, (in Arabic).

13) al-Zuḥaylī, Wahbah, al-ʿuqūd al-musammāh fī al-qānūn : al-muʿāmalāt al-madanīyah alāmārāty, al-qānūn al-madanī al-Urdunī, Dār al-Fikr, Dimashq, 1987, (in Arabic).

14) al-Zarkashī, Muḥammad ibn ʿAbd Allāh ibn Bahādur, al-manthūr fī al-qawāʿid al-fiqhīyah, Wizārat al-Awqāf al-Kuwaytīyah, al-Kuwayt, 1985, (in Arabic).

15) Zuqrud, Aḥmad al-Saʿīd, al-Wajīz fī al-muʿāmalāt al-madanīyah al-Saʿūdī-al-ḍamānāt al-shakhṣīyah wa-al-ʿaynīyah, Maktabat al-Rushd, al-Riyāḍ, 1435, (in Arabic).

16) al-Zaylaʿī, ʿUthmān ibn ʿAlī, Tabyīn al-ḥaqā'iq sharḥ Kanz al-daqā'iq wa-ḥāshiyat alshlbī, Dār al-Kitāb al-Islāmī, Bayrūt, N. D. (in Arabic).

17) al-Sarakhsī, Muḥammad ibn Aḥmad, al-Mabsūṭ, Dār al-Maʿrifah, Bayrūt, 1414, (in Arabic).

18) al-Sanhūrī, ʿAbd al-Razzāq Aḥmad, al-Wasīṭ fī sharḥ al-qānūn al-madanī al-jadīd-al-ta'mīnāt al-ʿaynīyah wa-al-shakhṣīyah, Dār al-Maʿārif al-Iskandarīyah, 2005, (in Arabic).

19) al-Shāfiʿī, Muḥammad ibn Idrīs, al-umm, Dār al-Maʿrifah, Bayrūt, 1990, (in Arabic).

20) al-Shirbīnī, Muḥammad ibn Aḥmad al-Khaṭīb, Mughnī al-muḥtāj ilá maʿrifat alfāẓ al-Minhāj, Dār al-Kutub al-ʿIlmīyah, Bayrūt, 1415, (in Arabic).

21) Ibn ʿĀbidīn, Muḥammad Amīn ibn ʿUmar, radd al-muḥtār ʿalá al-Durr almkhtār-Ḥāshiyat Ibn ʿĀbidīn, Dār al-Fikr, Bayrūt, 1412, (in Arabic).

22) al-ʿAlāyilī, Bahā' al-Dīn, al-kafālah fī al-fiqh al-Islāmī wa-al-qānūn, Dār al-Shawwāf, al-Riyāḍ, 1433, (in Arabic).

23) ʿAwaḍ, Nabīl Ibrāhīm Saʿīd, al-ta'mīnāt al-shakhṣīyah al-tabaʿīyah wa-ghayr al-tabaʿīyah, Dār al-Jāmiʿah al-Jadīdah lil-Nashr wa-al-Tawzīʿ, Miṣr, 2006, (in Arabic).

24) Abū al-Futūḥ, Saʿīd, al-kafālah al-sharʿīyah wa-taṭbīqātuhā al-ʿamalīyah, Majallat al-ʿUlūm al-qānūnīyah wa-al-iqtiṣādīyah, Jāmiʿat ʿAyn Shams, raqm al-ʿadad wālmjld, Yūliyū, 2009, (in Arabic).

25) Ibn al-qāṣṣ, Aḥmad ibn Abī Aḥmad al-Ṭabarī, al-Talkhīṣ, Ed.ʿĀdil Aḥmad ʿAbd al-Mawjūd, wa-ʿAlī Muḥammad Muʿawwaḍ, Maktabat Nizār Muṣṭafá al-Bāz, Makkah al-Mukarramah, N. D. (in Arabic).

26) Ibn Qudāmah, ʿAbd Allāh ibn Aḥmad ibn Muḥammad, al-Mughnī, Maktabat al-Qāhirah, al-Qāhira, (in Arabic)., 1968, (in Arabic).

27) al-Qurṭubī, Muḥammad ibn Aḥmad ibn Rushd, al-Bayān wa-al-taḥṣīl, Dār al-Gharb al-Islāmī, Bayrūt, 1408, (in Arabic).

28) Qrmān, ʿAbd-al-Raḥmān al-Sayyid, al-ʿuqūd al-Tijārīyah wa-ʿamalīyāt al-bunūk Ṭibqan lil-anẓimah al-qānūnīyah bi-al-Mamlakah al-ʿArabīyah al-Saʿūdīyah, Maktabat al-Shuqayrī, al-Riyāḍ, 2010, (in Arabic).

29) al-Qalyūbī, Aḥmad Salāmah, wa ʿUmayrah, Aḥmad al-Burullusī, ḥāshiyatā Qalyūbī wʿmyrh, Bayrūt, Dār al-Fikr, 1995, (in Arabic).

30) al-Kāsānī, abwbkr ibn Masʿūd, Badā'iʿ al-ṣanā'iʿ fī tartīb al-sharā'iʿ, Dār al-Kutub al-ʿIlmīyah, al-Qāhirah, 1406, (in Arabic).

31) Lā'iḥat qismat al-amwāl al-mushtarakah al-ṣādirah bi-al-qarār raqm (1610) wa-tārīkh 19/5 / 1439, (in Arabic).

32) Ibn Mālik, Mālik ibn Anas al-Aṣbaḥī, al-Mudawwanah, Dār al-Kutub al-ʿIlmīyah, Bayrūt, 1415, (in Arabic).

33) al-Māwardī, ʿAlī ibn Muḥammad al-Baghdādī, al-Ḥāwī al-kabīr, Dār al-Kutub al-ʿIlmīyah, Bayrūt, 1419, (in Arabic).

34) Mardāwī, ʿAlī ibn Sulaymān, al-Inṣāf fī maʿrifat al-rājiḥ min al-khilāf, Dār Iḥyā' al-Turāth al-ʿArabī, Bayrūt, 1998, (in Arabic).

35) Ibn Mufliḥ, Ibrāhīm ibn Muḥammad ibn ʿAbd Allāh, al-mubdiʿ fī sharḥ al-Muqniʿ, Dār al-Kutub al-ʿIlmīyah, Bayrūt, 1997, (in Arabic).

36) Murquṣ, Sulaymān, al-Wāfī fī sharḥ al-qānūn almdny-ʿaqd al-kafālah, Ṭabʿah Niqābat al-Muḥāmīn bi-Miṣr, al-Qāhirah, 1994, (in Arabic).

37) Muṣṭafá, Maḥmūd Aḥmad, al-ibrā' min al-ḍarar wa-ṣuwarahu al-taṭbīqīyah, Risālat mājistīr, al-Jāmiʿah al-Urdunīyah, 1994, (in Arabic).

38) Ibn manẓūr, Muḥammad ibn al-Mukarram, Lisān al-ʿArab, Dār Ṣādir, Bayrūt, 1414, (in Arabic).

39) Nāyil, al-Sayyid ʿĪd, Aḥkām al-ḍamān al-ʿAynī wālshkhṣy, Jāmiʿat al-Malik Saʿūd, al-Riyāḍ, 1419, (in Arabic).

40) al-Mūsá, Muḥammad, Naẓarīyat al-ḍamān al-shakhṣī (al-kafālah), Maṭbūʿāt Jāmiʿat al-Imām, al-Madīnah al-Munawwarah, 1411, (in Arabic).

41) Niẓām al-murāfaʿāt al-sharʿīyah al-ṣādir bi-al-marsūm al-Malakī raqm (M / 1) wa-tārīkh 22/1 / 1435, (in Arabic).

42) Niẓām al-muʿāmalāt al-madanīyah al-ṣādir bi-al-marsūm al-Malakī raqm (M / 191) bi-tārīkh 29/11/1444, (in Arabic).

43) al-Nawawī, Yaḥyá ibn Sharaf, Rawḍat al-ṭālibīn wa-ʿumdat al-muftīn, Ed.Zuhayr al-Shāwīsh, al-Maktab al-Islāmī, Bayrūt, dmshq-ʿAmmān, 1991, (in Arabic).

44) al-Nawawī, Yaḥyá ibn Sharaf, al-Majmūʿ sharḥ al-Muhadhdhab maʿa Takmilat al-Subkī wālmṭyʿy, Dār al-Fikr, Bayrūt, N. D. (in Arabic).

45) al-Nawawī, Yaḥyá ibn Sharaf, Minhāj al-ṭālibīn, Dār al-Fikr, Bayrūt, 1425, (in Arabic).

46) Ibn al-humām, Muḥammad ibn ʿAbd al-Wāḥid alsywāsy, Fatḥ al-qadīr, Dār al-Fikr, Bayrūt, N.D. (in Arabic).

47) Wizārat al-dākhilīyah, Murshid Ijrā'āt al-Ḥuqūq al-khāṣṣah, al-Ṭabʿah al-ūlá, 1409, (in Arabic).

48) Yaḥyá, ʿbdālwdwd, al-Madkhal li-Dirāsat al-qānūn Naẓarīyat al-Ḥaqq, Maʿhad al-Idārah al-ʿĀmmah, al-Riyāḍ, N.D. (in Arabic).