



المملكة العربية السعودية

الجمعية الخيرية لتحفيظ القرآن الكريم

معهد الفتايات للقرآن الكريم

الدبلوم العالي

الكفالة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

إعداد الدراسة:

ندى بنت صالح بن عبدالله الشقاوي

إشراف الأستاذة:

عبير الشبرمي

١٤٣٨ / ١٤٣٩ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



حصيلة جهدي أُهديها لكل طالب علم يحتاجها في مجال دراسته و حياته و أتمنى
من العزيز القدير أن ينفع بنا الإسلام والمسلمين .

المقدمة

الحمد لله الذي يقول الحق وهو يهدي السبيل، يهب لمن يشاء الفهم وصدق التأويل ويؤتي الحكمة من يشاء ومن يؤتي الحكمة فقد أوتي خيراً كثيراً ومن يرد الله به خيراً يفقهه في الدين، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له لا يشرك في حكمه أحداً ولن تجد من دونه ملتحداً، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله بلغ الرسالة وأدى الأمانة اللهم صلي وسلم وبارك عليه وعلى آله وصحبه، أما بعد..

جاءت الشريعة الإسلامية بتسمية مجموعه من العقود التي يتعامل بها الناس في معاشهم وفصلت أحكامها ومن بينهم عقد الكفالة فقد اهتمت به اهتماماً بالغاً لاعتباره وسيلة هامة من وسائل التوثيق، يتم اللجوء إليها عندما لا يكون هناك شهود ولا يملك المدين شيئاً يرهنه ولا يريد الدائن أن يقرضه قبل أن يحصل على توثيق بحقه عن طريق تقديم كفيل يكفل هذا الحق، كما تعتبر الكفالة وسيلة من وسائل التعاون بين الناس، فالكفيل عندما يتبرع بكفالاته يكون قد أعان الدائن على إقراض المحتاج إذا كان يحتاج إلى توثيق حقه، وأعان المدين حيث يمكنه من الحصول على ما يقضى به حوائجه وذلك من أعلى مراتب التعاون على البر ورفع الضيق عن الناس، من أجل هذا ولما تنبته الكفالة من صعوبات بسبب الآثار التي ترتب عليه وحفاظاً على حقوق الدائنين وصوناً لها فقد وضع القانون الوضعي ضماناً عاماً على جميع أموال المدين الحاضرة والمستقبلية، ومن أهم صور الضمانات الشخصية الكفالة التي سنوضح في هذا البحث ماهيتها مع إيراد أدلتها الشرعية وأركانها وأهم خصائصها وتنطرق إلى أنواعها في الشريعة الإسلامية والأنظمة الوضعية، متجاوزين عن تمييزها عن النظم القانونية المشابهة والنتائج المترتبة على عقد الكفالة المدنية وحقوق أطرافها في المطالبة القضائية. ولا بد لأي عمل أن يعتريه بعض الصعوبات، فقد واجهت في كتابة البحث ضيق الوقت، وقلة المراجع القانونية، وصعوبة في اختصار المعلومات القانونية المترابطة دون الإخلال بالمعنى والنتائج المترتبة والاحكام الواردة؛ إذ لا مجال للإسهاب في هذا البحث القصير.

وقد قسمته إلى مباحث ومطالب كالتالي:

- المقدمة.
- التمهيد.
- المبحث الأول: ماهية الكفالة وبيان أركانها.
- المطلب الأول: تعريف الكفالة شرعاً.
- المطلب الثاني: تعريف الكفالة قانوناً.
- المطلب الثالث: أركان الكفالة في الشريعة والقانون.
- المبحث الثاني: خصائص الكفالة.
- المطلب الأول: خصائص الكفالة في الشريعة الإسلامية.
- المطلب الثاني: خصائص الكفالة في الأنظمة الوضعية.
- المبحث الثالث: أنواع الكفالة.
- المطلب الأول: أنواع الكفالة في الشريعة الإسلامية .
- المطلب الثاني: أنواع الكفالة في الأنظمة الوضعية .
- الخاتمة.
- المصادر والمراجع.

ولا أنسى شكر الله الشكور على فضله ومنته أن وفقني لأقوم بهذا العمل وشكري الوافر لكل من ساعدني فيه، اسأل الله أن يجعل ما قدم لي سابق في ميزان حسناتهم وأن يوفقنا لما يحب ويرضى ويجعل عملنا خالصاً لوجهه الكريم .. وصلى الله على نبينا محمد وصحبه أجمعين.



التمهيد

الكفالة أمر مشروع في الإسلام، ولقد استدلت العلماء على مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع، فمن الكتاب قوله تعالى: { قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ }^١ سورة يوسف. والمقصود بالزعيم هو الكفيل، كما أن الكثير من الفقهاء قد أجمعوا على جواز الكفالة مع اختلافهم في الفروع. فقد شرعت لحاجة الناس إليها ولدفع الحرج واعتبارها وسيلة تعاون ومساعدة بينهم، فعليها يكون الكفيل قد أعان المدين حيث يمكنه من الحصول على ما يقضى به حوائجه وهذا ما أوصانا به الدين الحنيف ولما فيها من الأجر العظيم، ما ورد في الحديث الشريف عن ابن عمر، أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَيُّ النَّاسِ أَحَبُّ إِلَى اللَّهِ؟ وَأَيُّ الْأَعْمَالِ أَحَبُّ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " أَحَبُّ النَّاسِ إِلَى اللَّهِ أَنْفَعُهُمْ لِلنَّاسِ، وَأَحَبُّ الْأَعْمَالِ إِلَى اللَّهِ سُورُورٌ تُدْخِلُهُ عَلَى مُسْلِمٍ، أَوْ تَكْشِفُ عَنْهُ كُرْبَةً، أَوْ تَطْرُدُ عَنْهُ جُوعًا، أَوْ تَقْضِي عَنْهُ دَيْنًا، وَلَئِنْ أَمْشَيْتَ مَعَ أَخٍ لِي فِي حَاجَةٍ، أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَعْتَكِفَ فِي هَذَا الْمَسْجِدِ يَعْنِي مَسْجِدَ الْمَدِينَةِ شَهْرًا، وَمَنْ كَفَّ غَضَبَهُ سَتَرَ اللَّهُ عَوْرَتَهُ، وَمَنْ كَتَمَ غَيْظَهُ، وَلَوْ شَاءَ أَنْ يُمِضِيَهُ أَمْضَاءً، مَلَأَ اللَّهُ قَلْبَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ رِضًا، وَمَنْ مَشَى مَعَ أَخِيهِ فِي حَاجَةٍ حَتَّى يُثَبِّتَهَا، أَثَبَّتَ اللَّهُ قَدَمِيهِ يَوْمَ تَزُولُ الْأَقْدَامُ " ^١. وقبل أن نشرع في البحث لابد من توضيح أهم المصطلحات الواردة:

الكفيل:

جاء في المادة ٦١٢ من مجلة الأحكام العدلية، الكفيل "هو الذي ضم ذمته إلى ذمة الآخر، أي الذي تعهد به الآخر ويقال لذلك الآخر الأصيل أو المكفول عنه" ^٢.

المكفول له:

كما جاء في المادة ٦١٩ من المجلة، "هو الطالب أو الدائن في خصوص الكفالة ولا يشترط له أهلية معينه لانعقاد الكفالة ؛ لأنه لا يعود عليه أي ضرر من الكفالة " ^٣.

^١ الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط لطبراني، ح ٨٨.

^٢ مجلة الأحكام العدلية، ص ٦٠.

^٣ نفس المرجع، ص ٦١.

المكفول به:

كما ورد في المادة ٦٢٠ من المجلة "هو الشيء الذي تعهد الكفيل بإدائه وتسليمه، وفي الكفالة بالنفس

المكفول عنه والكفول به سواء".^١

المكفول عنه :

المكفول عنه أو المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة ولكن تنعقد الكفالة لمصلحته ولم تذكر المجلة تعريفاً

للمكفول عنه إلا من خلال تعريف الكفيل في المادة ٦١٢.^٢



^١ مجلة الأحكام العدلية، ص ٦١.

^٢ نفس المرجع، ص ٦٠.

المبحث الأول

ماهية الكفالة وبيان أركانه.

و لبيان مفهوم البحث نتناول ما يلي:

المطلب الأول: تعريف الكفالة شرعاً.

المطلب الثاني: تعريف الكفالة قانوناً.

المطلب الثالث: أركان الكفالة في الشريعة والقانون.

المطلب الأول

تعريف الكفالة شرعاً .

الكفالة في اللغة:

تعني الضم. ^١ تكفل فلان بالشيء أي الرم نفسه به ومنه ودل عليها القران الكريم والسنة لأهمية أمرها كقوله تعالى: { وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا } آل عمران. أي: ضمن زكريا عليه السلام حضانة مريم عليها السلام، وتكفل بالقيام بأمرها.

وروي في حديث عن سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ كَهَاتَيْنِ فِي الْجَنَّةِ، وَأَشَارَ بِالسَّبَابَةِ وَالْوُسْطَى، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا قَلِيلًا". ^٢ والكفيل هو الضامن والكافل هو الذي يعول إنساناً وينفق عليه. فالكفالة تعقد بين طرفين هما الكفيل والمكفول له وهو الدائن، أما المدين وهو المكفول عنه فليس طرفاً في عقد الكفالة. ^٣

والكفالة هي الضمان: أي ضمنه وكفل بالرجل يكفل ويكفل كفلاً وكفولاً، وكفالة، وكفل وتكفل به كله: ضمنه، وأكفله إياه وكفله: ضمنه، وكفلت عنه المال لغريمه وتكفل بدينه تكفلاً. وفي التهذيب: وأما الكافل فهو الذي كفل إنساناً يعوله وينفق عليه وكفل فلان المال: أي ضمنه. ^٤

وفي حديث عن أَبِي أُمَامَةَ، قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يَقُولُ: " الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ، وَالزَّرْعِيمُ غَارِمٌ، وَالذَّيْنُ مَقْضِيٌّ " والزعيم غارم" ^٥ أي أن الزعيم وهو الكفيل يتحمل غرامة بتحملة ضمان رجوع الحق إلى صاحبه سواء أكان عيناً أو ديناً أو نفساً". ^٦

^١ مصطفى، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، ص ٤٠٠ .

^٢ البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، ح ٢٩٨ .

^٣ أبو مشايخ، سعاد توفيق سليمان، عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه - رسالة ماجستير - ، جامعة النجاح العربية، ص ٢٤ .

^٤ الوهبي، سلطان محمد، بحث بعنوان -الكفالة بين الشريعة والقانون- ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ص ٥ .

^٥ ابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد، التحقيق في مسائل الخلاف، ح ١٥٤٨ .

^٦ أبو مشايخ، سعاد توفيق سليمان، مرجع سابق، ص ١٩ .

ومثل الكفالة في دلالتها على الضمان: الضمان والزعامة والحماية والقبالة، قال المازري في شرح

التلقين: الحماية في اللغة والكفالة والضمان والزعامة كل ذلك بمعنى واحد.^١

الكفالة في الاصطلاح:

لا تختلف عن معناها في اللغة وقد اختلف العلماء في إعطاء الكفالة معنى واحد فمنهم من أطلق عليه لفظ الضمان ومنهم من فرق بين الكفالة والضمان .

ومن خلال ذلك تعددت تعريفات الفقهاء للكفالة، على النحو الآتي:

١/ تعريف الحنفية للكفالة هي: ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة. والكفالة هي ضم ذمه الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بالنفس أو دين أو عين.^٢

وعرفها ابن عابدين بأنها: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً بنفس أو دين أو عين مغبوبه، وهذا التعريف اختاره أكثر الحنفية، وذلك لأنه اشتمل على الأنواع الثلاثة للكفالة وهي: كفالة الدين، وكفالة العين، وكفالة النفس.^٣

٢/ تعريف الشافعية: الكفالة بالضمان والضمان شرعاً هو: عقد يقتضي التزام دين ثابت في ذمة الغير أو احضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره.^٤

٣/ تعريف المالكية: الكفالة هي التزام مكلف غير سفيه ديناً على غيره أو طلبه من عليه لمن هو له بما يدل عليه وأيضاً: هي شغل ذمة أخرى بالحق.^٥

٤/ تعريف الحنابلة: الضمان هو: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه التزام الحق، فثبتت في ذمتها جميعاً.

وعرفت أيضاً: التزام من يصح تبرعه أو التزام مفلس برضاها ما وجب على غيره أو ما يجب على غيره

مع بقاءه عليه.^٦

^١ د. الموسى، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي للكفالة، ص ١٣١.

^٢ نفس المرجع، ص ١٣٠.

^٣ أبو مشايخ، سعاد توفيق سليمان، مرجع سابق، ص ٨.

^٤ نفس المرجع، ص ٩.

^٥ د. الموسى، محمد بن إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٣١.

^٦ نفس المرجع، ص ١٤٣.

ويرى كلاً من المالكية والشافعي والحنابلة أن الكفالة هي: أن يلتزم الرشيد بإحضار بدن من يلزم حضوره في مجلس الحكم. فالحنفية يطلقون الكفالة على كفالة المال والوجه، والمالكية والشافعية يقسمون الضمان إلى ضمان المال وضمان الوجه، ويطلق الشافعية الكفالة على ضمان الأعيان البدنية.

وأما عند الحنابلة: فالضمان يكون التزام حق في ذمة شخص آخر، والكفالة التزام بحضور بدنه إلى مجلس الحكم وينتج عن هذا الالتزام تعدد الذمم أمام الدائنين بحيث تشغل ذمة الكفيل بهذا الدين مع بقائه شاغلاً لذمة المدين الأصلي ويمكن للدائن حق الرجوع على الكفيل أو على المدين أيهما شاء ومطالبته بأداء الدين إليه.^١



^١ أنظر. سلطان الوهبي، مرجع سابق، ص ٦.

المطلب الثاني

تعريف الكفالة قانوناً .

نصت وثيقة الكويت على الكفالة بوصفها عقد التوثيق الشخصية بالمواد من ٨٧٣ إلى ٩١٤ فالكفالة طبقاً للوثيقة هي: "عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته الى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه، بأن يتعهد للدائن بأدائه اذا لم يؤده المدين". وقد عرضت الوثيقة الكفالة شأنها شأن حوالة الحق وحوالة الدين.

وعرف القانون المدني الكفالة بأنها "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام، إذا لم يفى به المدين نفسه". وهذا هو التعريف المختار والشامل لمعنى الكفالة.^١ وذكرت مجله الاحكام العدلية في المادة ٦١٢ تعريف الكفالة هي "ضم ذمه إلى ذمه في مطالبة شيء يعني أن يضم أحد ذمته إلى آخر ويلتزم أيضا بالمطالبة التي لزمته حق ذلك".^٢

وعرف القانون المصري الكفالة في المادة ٧٧٢ "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بان يتعهد لدائن بان يفى بهذا الالتزام إذا لم يفى به المدين نفسه".^٣ تناولها القانون المصري بوصفها من الضمانات الشخصية كالتضامن بين المدينين وعدم انقسام الدين سواء كانت الكفالة عقد أو ضمان شخصي فهي تنطوي على معنى تضمين الدين في ذمة من المدين له. وقد عرفها في المادة ٧٧٢ بأنها: "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إن لم يفى به المدين نفسه".^٤

وخلص الفقه من تعريف الكفالة إلى بيان خصائصها. فأمكن التفرقة بينها وبين غيرها من الأنظمة القانونية التي قد تتشابه معها أو تختلط بها. فإن مصادر التزام المدين بتقديم كفيل متعددة، فبعضها مصدره القانون ويسمى الكفالة القانونية وبعضها مصدره حكم القضاء وهذه هي الكفالة القضائية وبعضها مصدره العقد والاتفاق.^٥

^١ محمد زيدان، أحكام الكفالة بالمال (دراسة مقارنة)، ص ٥

^٢ مجلة الاحكام العدلية، مرجع سابق، ص ٦٠.

^٣ أبو مشايخ، سعاد توفيق سليمان، مرجع سابق، ص ٢٠.

^٤ د. الزقرد، احمد السعيد، الوجيز في نظام المعاملات السعودي، ص ١١.

^٥ نفس المرجع، ١٧.

ومن ذلك نستنتج من التعريف القانوني للكفالة ما يلي:

- ١- انضمام ذمة مالية أخرى إلى ذمة المدين في ضمان تنفيذ الالتزام.
- ٢- أن عبارة (إذا لم يفى به المدين نفسه) يجب أن لا يفهم منها أن التزام الكفيل معلق على شرط واقف وهو عدم قيام المدين بالوفاء؛ وإنما تعهد الكفيل منجز ولكن يقصد منها التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي .
- ٣- أنه من الممكن أن يكون التزام الكفيل مبلغاً من النقود أو إعطاء شيء غير ذلك أو يكون عملاً أو امتناع عن عمل؛ فإذا كان شيء غير النقود وجب عليه التعويض من جراء إخلاله بالالتزام .
- ٤- لا يشترط أن يكون المكفول أو الكفيل شخصاً طبيعياً ، بل يجوز أن يكون شخصاً معنوياً^١.



^١ أبو مشايخ، سعاد توفيق سليمان، مرجع سابق، ص ٢٠.

المطلب الثالث

أركان الكفالة .

إن كان عقد الكفالة بالمعنى الضيق لا يكون إلا بين الكفيل والكفيل له (الدائن)، إلا أن تعريف الكفالة يدل على أن هناك شخصاً ثالثاً يهمله الأمر، هو المدين الأصلي وهو المكفول عنه (المدين) بالإضافة إلى المكفول به (محل عقد الكفالة أو موضوعها) إذاً تقوم الكفالة على ركنين رئيسيين هما:

١- وجود التزام أصلي صحيح بين الدائن والمدين وجدت الكفالة لضمان الوفاء به .

٢- الإيجاب والقبول، أي اتجاه إرادة كل من الكفيل والدائن لإبرام عقد الكفالة .^١

وفي عقد الكفالة ذهب الحنفية على طريقتهم في العقد إلى أن الكفالة ليس لها إلا ركن واحد وهو

الصيغة، أي أنها مؤلفة من الإيجاب والقبول، والإيجاب من الكفيل، والقبول من الطالب أي المكفول له .

و ذهب الشافعية إلى أن الكفالة لها خمسة أركان: الكفيل - المكفول له - المكفول عنه - المكفول به - الصيغة .

وبيان كل واحد من هذه الأركان كالتالي:

١- الكفيل: هو الذي يتكفل بإحضار المكفول ليؤدي ما عليه ولا بد من أهلية التبرع بأن يكون بالغ عاقل مختار راشد.

٢- المكفول له: وهو صاحب الدين.

٣- المكفول عنه: هو المدين الذي قام الكفيل بضمان دينه.

٤- المكفول به: هو الدين أو العين. ويشترط أن يكون يمكن استيفاؤه من الضامن وأن يكون ملوماً.

٥- الصيغة: تصح الكفالة بكل لفظ فهم منه الضمان وعرفاً كأن يقول شخص لأخر: كفلت لك دينك الذي

على فلان أو تحمלתه أو التزمته .^٢

^١ سلطان الوهبي، مرجع سابق، ص٧.

^٢ بحث حول الكفالة-العقود الخاصة والتأمينات-، <http://www.droit-dz.com/forum/threads/3333> ، ج ٢ .

وبناءً على ذلك فالكفالة تتطلب شروطاً كي يصح عقدها وهي:

أولاً: الرضا بين الكفيل والدائن في عقد الكفالة من أهم خصائصه أنه رضائي باتفاق الفقهاء ولا يتم إلا بالإيجاب وقد اخذت مجلة الأحكام العدلية بذلك حيث نصت في المادة ٦٢١ "تتعقد الكفالة بإيجاب الكفيل وحده ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك"^١ ويجب أن يكون رضا الكفيل خالياً من عيوب الرضا في القواعد العامة وهي: الإكراه، الغلط، التدليس أو التغيير المقترن بغبن، الاستغلال، ورضا المكفول غير معتبر في عقد الكفالة لأنه ليس طرفاً فيها .

ثانياً: الأهلية وقد اجمع شراح مجلة الأحكام العدلية على أهلية التبرع للكفيل ونصت في المادة ٦٢٨ على " يشترط في انعقاد الكفالة كون الكفيل عاقلاً بالغاً فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي ولو كفل حال صباه لا يؤخذ وإن أقر بعد البلوغ بهذه الكفالة "^٢. وأهلية الدائن فهي تعتبر عملاً نافعاً محضاً فلا يلزم أهلية معينه له إذا كانت الكفالة بدون مقابل لإنهاء اشتراط قبوله لصحة عقد الكفالة وتنفيذه. وأهلية المكفول عنه لا يشترط أن يكون عاقلاً بالغاً فتصح الكفالة بدین المجنون والصبي .

ثالثاً: إثبات عقد الكفالة وتفسيره لم يشترط إثبات الكفالة بالكتابة في مجلة الأحكام العدلية ولكن اشترطت وجود لفظ يدل على معنى الضمان أو التعهد والالتزام في العرف أو العادة فلو قال أنا كفيل أو ضامن انعقدت الكفالة بحقه.

والقانون المصري جاء في المادة ٧٧٣ " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينه ". و التفسير قد يكون تعبير الإرادة صريحاً و ثابتاً بالكتاب و مجلة الأحكام نصت في المادة ١٢ " الأصل في الكلام الحقيقية " فالأصل اعتماد الإرادة الظاهرة إلا إذا ظهرت قرينة المخالفة ^٣.

ومما ورد من تعريف الكفالة و أركانها تبين أن الكفيل يضم ذمته إلى ذمة المدين، فيصبح للدائن ضمانان هما: ضمان عام على كافة أموال المدين، و ضمان على أموال الكفيل، وتفريعاً على ذلك إذا أعسر الكفيل والمدين معاً؛ فأن الضمان العام لدائن يظل مهدداً وهذا هو الفرق بين الكفالة كتأمين شخصي و التأمينات العينية.

^١ مجلة الأحكام العدلية، ص ٦١.

^٢ نفس المرجع، ص ٦٢.

^٣ أبو المشايخ، سعاد توفيق سليمان، مرجع سابق، ص ٦٦.

ومما نصت عليه الكفالة في وثيقة الكويت والقانون المصري أنها عقد بين الدائن والكفيل، والمدين ليس طرفاً فيها بل لا يشترط لنهاذ الكفالة رضاء المدين، حيث أنه من الممكن أن تتم دون علمه وبالرغم من معارضته، واتجه جمهور الفقه الإسلامي بأن الكفالة ليست عقداً بل تتم بإرادة الكفيل وحدها. واشترط أن الكفالة لا يصح ضمانها إلا إذا كان المكفول به مضموناً على الأصيل ديناً أو عيناً أو نفساً معلومة، وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل وفضلاً عن ذلك اشترط النظام السعودي يسار الكفيل وأن يكون سعودي الجنسية لانعقاد صحة الكفالة.



المبحث الثاني خصائص الكفالة.

نوضح في هذا المبحث ما تحتوي الكفالة من خصائص:

المطلب الأول: خصائص الكفالة في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: خصائص الكفالة في الأنظمة الوضعية.

المطلب الأول

خصائص الكفالة في الشريعة الإسلامية.

جاء ذكر خصائص الكفالة متناثراً في كتب الفقه، وهي:

- ١- ينعقد عقد الكفالة بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن، ولا يحتاج في انعقاده إلى شكل خاص، جاء في فتح القدير قوله: (وتنعقد إذا قال تكفلت ...) فلم يشترط شيئاً غير ذلك من كتابة ونحوها.
- ٢- الكفالة عقد لازم من جهة الكفيل، وهو بالتزامه لا بد أن يقوم بوفاء الدين للدائن، ولا يستقل بفسخه بدون رضا المكفول له فسلامة حق المكفول له تعلقت بتعهد الكفيل، وعنده فسخه دون رضاه إضرار به، أما الدائن فلا يلتزم بشيء نحو الكفيل ويجوز له فسخ العقد ولو لم يرض الكفيل.
- ٣- الكفالة من عقود التبرعات لأن الكفيل بعمله هذا لم يأخذ شيئاً معاوضة، وغنما بذل التزامه رفعاً للضيق والمشقة عن المدين، جاء في كشاف القناع: (ولا يصح الضمان إلا من جائز التصرف).
- وفسر ذلك بأنه ممن يصح تصرفه في ماله لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح من غير جائز التصرف كالبيع، واشترط الفقهاء أهلية التبرع يدل على أنهم يعتبرونها من عقود التبرع، وليس من عقود المعاوضات.
- ٤- الأصل في الكفالة هو التزام المدين الأصلي، والتزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي، وليس هذا الالتزام قائماً بذاته، وتبعية هذا الالتزام تقتضي أن يكون التزام الكفيل في حدود التزام المكفول، ولهذا يطلق على عقد الكفالة بأنه عقد تابع. ذلك إن العقود إما أن تكون أصلية وهي: كل عقد يكون مستقلاً في وجوده غير متفرع عن أمر آخر على سبيل التبعية، وقد تكون تبعية وهي: كل عقد يكون تابعاً لحق آخر، وملحقاً به في وجوده و زواله. فالكفالة والرهن كلاهما توثيق لغيره فلا ينعقدان ابتداءً إذا لم يكن في مقابلهما حق آخر ثابت أو متوقع، وتنعقد الكفالة في مقابل ما يثبت من دين، فتكون تابعة لهذا الدين تزول بزواله فلو أبرأ الدائن المدين الأصلي، سقطت الكفالة عن الكفيل تبعاً لسقوط الدين.^١



^١ أنظر. د. الموسى، محمد بن إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٢٩-١٣٢.

المطلب الثاني

خصائص الكفالة في الأنظمة الوضعية.

١- الكفالة عقد رضائي:

إن القانون لم يشترط في الكفالة أي شكل خاص فهي تخضع للقاعدة العامة في إبرام العقود وهي قاعدة الرضا فالكفالة تنعقد بتراضي أطرافها، الدائن والكفيل. ففي وثيقة الكويت ورد في نص المادة ٨٧٤ أنه "يكفي لانعقاد الكفالة وجعلها نافذة إيجاب الكفيل ما لم يردها المكفول له، وبالتالي هي لم تشتترط الرضا الصريح أو المكتوب من الكفيل".

كذلك في القانون المدني المصري ورد في نص المادة ٧٧٣ أنه "تنعقد من دون اشتراط شكل خاص وذلك بالرغم النص على أن الكفالة لا تثبت إلا بالكتابة، فالكتابة هنا ليست شكلاً ضرورياً للعقد لانعقاده بل هي وسيلة للإثبات، ويخضع إثبات الكفالة للقواعد العامة في الإثبات، ويجب التعبير عنها صراحة من قبل الكفيل" بحيث يجوز إثبات الكفالة بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار و اليمين وعلى ذلك فتنعقد الكفالة بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن وأن التراضي وحده مع توافر الشروط الأخرى كافٍ لانعقاد الكفالة بدون أي شكلية كالكتابة العرفية والرسومية مثلاً. ويوافق القانون الجزائري في هذا الأمر طبقاً لما ورد في نص المادة ٦٤٥ من القانون المدني. وبالتالي تتم الكفالة بمجرد اقتران القبول مع الإيجاب، وذلك دون الحاجة لاتخاذ أي إجراء آخر، رغم نص قوانين بعض الدول على اشتراط الكتابة في الإثبات، فالكتابة حسب المنظم السعودي ليست ضرورية للإثبات ولم يشترط شكل خاص لكن المنظم في جهة أخرى أورد نص يوجب توثيق الكفالة أمام كاتب العدل إذا أريد الاعتداد بها أمام القضاء حتى يعمل بها لدى المحاكم الشرعية بلا بينة.^١

٢- الكفالة عقد ضمان:

فالكفالة تقوم أصلاً على تعدد المدينين دون أن يكون ذلك تضامناً فيما بينهم، حيث تحول الدائن ضمان عام ليس فقط على أموال مدينه، كما هو الشأن في أحكام الضمان العام، وإنما كذلك على أموال الكفيل فهي تعتبر من عقود التوثيق الشخصية على تعبير وثيقة الكويت أو من عقود الضمان الخاص.

^١ أنظر. د. الزقرد، احمد السعيد، مرجع سابق، ص ٢١-٢٢، بحث حول عقد الكفالة، مرجع سابق، ج ١.

وقد يُقدم الكفيل أحياناً مالياً مملوكاً له ضماناً لدين الدائن ويسمى في هذه الحالة بالكفيل العيني وتسمى كفالته بالكفالة العينية أما الكفيل العادي فيسمى بالكفيل الشخصي وتسمى الكفالة الشخصية وإذا أطلق لفظ الكفيل أو الكفالة دون تحديد فيكون المقصود هو الكفيل الشخصي والكفالة الشخصية.^١

٣- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:

إن الكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو الكفيل، الذي يلتزم قبل الدائن بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين، بينما لا يلتزم الدائن قبل الكفيل، إلا أنه من الممكن أن يلتزم الدائن بالتزام قبل الكفيل، وعندها تكون ملزمة لجانبين. ولا يغير من طبيعة الكفالة أنها عقد ملزم لجانب واحد أن يتقاضى الكفيل مقابلاً من المدين، وإذا نشأت للكفيل أي حقوق قبل المدين فإن مصدر هذه الحقوق ليس عقد الكفالة، بل عقد آخر بين الكفيل والمدين أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب.

وهذا وهو الرأي السائد في الفقه جاء في مجلة الاحكام- العدلية في المادة ٦٢١ "تتعقد الكفالة بإيجاب الكفيل وحده" فهي تصدر وتنفذ من الكفيل فقط. فهي بحسب الأصل عقد لازم للكفيل غير لازم للدائن ويترتب بشي في عقد الكفالة. وذلك أيضاً هو ما نص عليه القانون الجزائري.

وفي القانون المدني المصري اعتبر معظم الشراح أن عقد الكفالة ملزم لجانب واحد، بينما اعتبره آخرون ملزماً لجانبين بدليل المادة ٧٨٤ والتي تنص على "التزام الدائن بالمحافظة على التأمينات التي تضمن الحق بجانب الكفالة، وإلا وجب أن تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من تأمينات".^٢

٤- الكفالة عقد تبرع أو معاوضة:

الكفيل قد يكون متبرعاً للمدين بالكفالة وقد يكون متبرعاً بحقه في الرجوع عليه بعد الوفاء بالدين وقد لا يكون متبرعاً له بشيء من ذلك بل كفالة مقابل مبلغ نقدي مع حفظ حقه في الرجوع بما يوفيه للدائن ويصبح عقد معاوضة كل هذا لا يؤثر في طبيعة عقد الكفالة لأن العلاقة بين الكفيل والمدين خارجه عن هذا العقد إذ المدين أجنبي عن عقد الكفالة.

^١ أنظر. د. الزقرد، احمد السعيد، مرجع سابق، ص ٢١-٢٢، بحث حول عقد الكفالة، مرجع سابق، ج ١.

^٢ أنظر. أبو المشايخ، سعاد توفيق سليمان، مرجع سابق، ص ١٦، د. الزقرد، احمد السعيد، مرجع سابق، ص ٢٢-٢٣.

وتقرير ما إذا كانت الكفالة تبرعاً أو معاوضة ينظر فيه إلى طرفها، وهما الدائن والكفيل، فإذا كان التزام الكفيل قبل الدائن من دون مقابل اعتبرت الكفالة عقد تبرع، وإذا التزم الدائن بإعطاء الكفيل مقابلاً كانت الكفالة معاوضة. وإن اعتبار الكفالة عقد تبرع أو معاوضة له أهمية بالغة وذلك نتيجة للآثار التي تترتب عليه، ومنها:

١- فإذا كان العقد تبرعاً فإن الكفالة تعد من الأعمال المدنية وليست من الأعمال التجارية حتى لو كان الكفيل تاجراً أما إذا احترف الأعمال التجارية بمقابل كما يحدث في البنوك فهي عمل تجاري، وبالتالي تكون عقد معاوضة.

٢- يشترط في عقد التبرع أهلية المتبرع وهو الكفيل، أما في عقد المعاوضة فيشترط أهلية التصرف.^١

٥- الكفالة عقد تباعي:

إن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول وهو التزام المدين الأصلي، بحيث أنه إذا لم يقيم المدين بالوفاء بالمدين تكفل به الكفيل. وعليه لا تقوم الكفالة بذاتها، بل تقوم تابعة للالتزام الأصلي وتضمن الوفاء به للدائن إذا لم يقيم به المدين.

كما جاء في مجلة الاحكام العدلية ٦٣١ على "يشترط في الكفالة بالمال أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل، يعني أن ايفاءه يلزم الأصيل"

وتبعية الكفيل تقتضي أن تكون التزام الكفيل في حدود الالتزام بالمكفول فلا يكون بقيمة أكبر أو بشروط أشد وإن جاز أن يكون بقيمة أقل وشروط أخف، وهذه التبعية في الكفالة هي التي تميزها عن نظم قانونية أخرى تؤدي إلى التزام شخص بدين على آخر وقد يقوم الاشتباه بينها وبين الكفالة كالتضامن والإناابة والتعهد عن الغير.^٢

وقد أشارت وثيقة الكويت إلى تبعية التزام الكفيل في المادة ٨٩٢ بقولها: "إذا وقعت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل معجلاً كان أو مؤجلاً". وفي القانون المصري جاء تعريف الكفالة أن الكفيل

^١ أنظر. د. الزقرد، احمد السعيد، مرجع سابق، ص ٢٤، أبو المشايخ، سعاد توفيق سليمان، مرجع سابق، ص ١٩-٢١، سلطان الوهبي،

مرجع سابق، ص ١٢.

^٢ أنظر. نفس المرجع السابق.

يتعهد بتنفيذ التزام إذا لم يفي به المدين نفسه، ومعنى ذلك أن التزام الكفيل يكون تابعاً لالتزام المدين^١.

وعلى هذا فإن التزام الكفيل وإن كان تابعاً للالتزام الأصلي، إلا أنه ليس التزاماً معلقاً على شرط واقف، وهو عدم قيام المدين بالوفاء بالتزامه بل هو التزام بات. وأن الشرط أمر عارض يعلق عليه التزام المدين والأصل أن يكون الالتزام بسيطاً، أما التزام الكفيل على عدم وفاء المدين بالتزام، فهو أمر جوهرى في عقد الكفالة.



المبحث الثالث

أنواع الكفالة .

و لبيان صورة الكفالة نتطرق لما يلي:

المطلب الأول: أنواع الكفالة في الشريعة الإسلامية .

المطلب الثاني: أنواع الكفالة في الأنظمة الوضعية .

المطلب الأول

أنواع الكفالة في الشريعة الإسلامية.

قسم الفقهاء الكفالة إلى نوعين: كفالة نفس و كفالة مال.

أولاً: كفالة النفس:

قد عرف الحنفية كفالة النفس بأنها: ضمان إحضار المكفول به. وهي التي يكفل فيها شخص تسليم شخص معلوم.

وعرفها المالكية: التزام الإتيان بالغريم عند حلول الأجل.

وتعرض لتعريفها الشافعية: هي التزام إحضار المكفول أو جزء شائع منه. أو التزام إحضار المكفول إلى المكفول له للحاجة .

كما عرفها الحنابلة: هي التزام رشيد برضاه إحضار مكفول به تعلق به حق مالي إلى مكفول له.^١

كفالة النفس جائزة عند الجمهور، بالرغم من اعتراض البعض عليها على أساس عدم قدرة الكفيل على تسليم المكفول. ومن ثم يكون قد كفل ما لا قدرة له عليه ولا في استطاعته. و يحتج على ذلك بأنه يمكن للكفيل الاستعانة بأعوان القاضي لتسليمه فإذا لم يتمكن عليه تحمل الدين . وقد أشارت وثيقة الكويت إلى كفالة النفس بالإضافة إلى كفالة المال بالمواد ٨٣٨ وما بعدها، وعرفت كفالة النفس بأنها: "التزام الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له ، فإن لم يفعل جاز للمحكمة أن تقضي عليه بغرامة تهديدية، ولها أن تعفيه منها إذا أثبت عجزه عن إحضاره".^٢

والكفالة بالنفس هي (الكفالة البدنية) ولها العديد من السمات :

١- أن عقد الكفالة البدنية عقد جائز في ابتدائه فهو عقد رضائي .

٢- أن عقد الكفالة البدنية خاص في الحقوق المالية فقط دون قضايا الحدود والقصاص .

^١ د. الموسى، محمد بن إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٨٧-١٨٩.

^٢ زياد، احمد محمد، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة -رسالة ماجستير- ، جامعة الشرق الأوسط ، ص ٢٩.

٣- أن الكفيل بالبدن أن لم يسلم المكفول له بيدنه الى المكان المحدد حسب عقد الكفالة أو امتنع عن إحضاره فانه يضمنه المكفول .

٤- كذلك قد تكون الكفالة مؤقتة أو مؤجلة .

فالكفالة المؤقتة: هي التي تحدد فيها مسؤولية الكفيل بمره معينه يبرأ بعدها من التزامه .^١

والراجع عند الحنفية إذا كان دين الكفيل معجلاً ودين المدين الأصلي مؤجلاً فهذا جائز، وعليه نصت الأحكام العدلية في المادة ٦٩٣ "لا يطالب الكفيل في الكفالة المؤقتة إلا في مدة الكفالة".

أما عند الحنابلة فالالتزام بالتعجيل المؤجل غير صحيح. وفرقوا بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال والكفالة بالنفس من الجائز توقيتها ولا يجوز في الكفالة بالمال.

وقد أجاز المالكية الكفالة المؤقتة بشرط أن يكون موسراً ولو في أول الأجل فقط.

وفي القانون المقارن يجوز توقيت الكفالة بحيث يجوز التزام الكفيل مضافاً إلى أجل فاسخ بحيث ينقضي بحلول الأجل التزامات الكفيل مالم يطالبه الدائن.

وأجاز جمهور الفقهاء الكفالة المؤجلة وجاء في المغني لابن قدامة بأنه " إذ ضمن الدين الحال مؤجلاً صح، ويكون حالاً عن المضمون عنه مؤجلاً على الضامن"

ونصت مجلة الأحكام الشرعية في المادة ١٠٩٦ بأنه " يصح ضمان الدين الحال مؤجلاً و يجوز أن

يضمن الكفيل دين مؤجل إلى أجل أبعد من المدين الأصلي " .^{٢٠}

وبالرغم من هذا الالتزام الذي يقع على عاتق الكفيل إلا أنه يبرأ من الكفالة في حالات:

١- أبراء المكفول له الكفيل من الكفالة (المادة ٦٦٠ من المجلة).

٢- تسليم المكفول به للمكفول له (المادة ٦٥٩ من المجلة) ولا يشترط أن يسلم الكفيل بالذات المكفول به للمكفول له ، فيجوز ان يسلم كفيل الكفيل.

٣- وفاة المكفول به او وفاة الكفيل، فيبرأ الكفيل وكفيل الكفيل من الكفالة، ولكن لا يبرأ الكفيل وكفيل الكفيل من الكفالة إذا توفي المكفول له، ويحق للورثة ان يطالبوا بالمكفول به (المادة ٦٦٦ من المجلة).

^١ د. الشويعر، عبدالسلام بن محمد، عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة، ص ٢٠ .

^٢ أنظر. د. الزقرد، احمد السعيد، مرجع سابق، ص ٢٧، أبو المشايخ، سعاد توفيق سليمان، مرجع سابق، ص ٩٨.

٤- دفع مبلغ الكفالة الذي تعهد به الكفيل إذا لم يحضر المكفول به. ولم يأخذ النظام المصري بالكفالة بالنفس مع ضرورة الحاجة العملية لها.^١

ثانياً: كفالة المال:

وهي التي يلتزم فيها الكفيل بالتزامات مالية، وهذا الالتزام قد يكون عملاً، أو امتناعاً عن عمل، أو التزام بإعطاء شيء، وقد أجمع اهل العلم على مشروعية الكفالة بالمال.

وهي اهم أنواع الكفالة وفيها يحقق غايته من التوثيق والضمان وأن الالتزام في هذه الكفالة يكون التزاماً مالياً، وهي ضم ذمة الكفيل أي ذمة الأصيل في المطالبة بدين أو عين. وقد عرفتها مجلة الأحكام العدلية بأنها "أداء مال كفالة أحد أو دين صحيح".^٢

وهي التي يلتزم بها الكفيل بأداء مال التزام المدين بالوفاء به للدائن وهذه الكفالة تشمل أنواع الكفالة الأخرى خارجاً عنها كفالة النفس. كما أنها قد تكون مطلقة وهي التي تأتي دون قيد التأجيل أو التعجيل أو التقسيط، مثالها: أن يقول شخص أنا كفيلك قبل فلان ونحو ذلك دون تقييد بوقت. ويرى الفقهاء أن إطلاق الكفالة صحيح . وقد تكون مؤقتة وهي التي تتحدد فيها مسؤولية الكفيل بمدة معينة يبرأ بعدها من التزامه كقوله: أنا كفيلك قبل فلان لمدة شهر وعند انقضاء هذه المدة دون مطالب .

وهذا النوع من الكفالة ما يطلق عليه في اللوائح و الأنظمة السعودية (الكفالة الغرامية) .

فهي تشمل الصفات والخصائص الأساسية له والتي تميزه عن العقود الأخرى وهي:

- ١- أن عقد الكفالة المالية هي ضم الذمتين في المطالبة وفي ثبوت الحق أيضاً . فتشغل ذمة الأصيل و ذمة الكفيل معاً بالحق المكفول به ، و يوضح ذلك القول "بالتزام الحق" و لصاحب الحق أن يطالب أي منهما ابتداءً، وأن دين الكفالة يثبت في ذمة الكفيل حتى بعد موته، وأن الكفالة تشمل الديون الثابتة في ذمة المدين الأصلي الحالية و يشمل المستقبلية.
- ٢- أن عقد الكفالة ضم للذمتين فلا يشترط رضا المكفول له لصحة الكفالة فهي إرادة منفردة للكفيل وحده.
- ٣- أن التعبير للحق شامل لجميع الحقوق فهي كما تكون في الديون تصح في الأعيان المضمونة بنفسها.

^١ انظر . د. الزقرد، احمد السعيد، مرجع سابق، ص٢٧، أبو المشايخ، سعاد توفيق سليمان، مرجع سابق، ص ٩٨.

^٢ أنظر . د. الزقرد، احمد السعيد، مرجع سابق، ص٢٨-٢٩.

٤- أنه عقد جائز الابتداء، ولكنه يؤول الى اللزوم بعد عقده فلا يجوز التراجع عنه اذا انعقد صحيحاً إلا بالوسائل التي تنتهي بها الكفالة .

٥- عقد الكفالة يعد من عقود التبرع لضم ذمه الى ذمه اخرى بدون اخذ مقابل .^١



^١ أنظر. د. الموسى، محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٢٥٠-٢٦٣.

المطلب الثاني

أنواع الكفالة في الأنظمة الوضعية.

أن عقد الكفالة الذي يبرم بين الكفيل والدائن يكون إذا لم يتم هذا المدين بالوفاء، وتختلف أنواع الكفالة بحسب المصدر ومن حيث المكفول ومن حيث الوصف دائماً اتفاقياً فالكفالة عقد يتم بين الدائن والكفيل يتعهد الكفيل بموجبه بالوفاء بالتزام المدين الأصلي.

أنواع الكفالة في القانون المدني بحسب مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل تنقسم إلى:
أولاً: كفالة اتفاقية:

أن الأصل في العقود (العقد شريعة المتعاقدين) ولذلك فإن الكفالة تكون دائماً اتفاقية .

وهي التي تنشأ نتيجة اتفاق المدين مع الدائن على التزام الأول بتقديم كفيل الثاني، يضمن دينه ويكون هذا الاتفاق هو مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة، سواء تم الاتفاق قبل نشوء الدين في ذمة المدين أو بعد ذلك. ويمكن أن تنشأ الكفالة في حالة تقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المدين والتزامه بذلك في مواجهة الدائن، حتى لو لم يعلم بها المدين أو بالرغم من معارضته ويكون مصدر التزام الكفيل هو إرادته المنفردة، وتعتبر هاتين الحالتين من قبيل الكفالة الاتفاقية.^١

ونستنتج من ذلك أنه إذا كان مصدر التزام المدين بتقديم كفيل هو الاتفاق القائم بينه وبين الدائن أو بينه وبين شخص آخر يشترط لمصلحته الدائن، فالكفالة توصف بأنها اتفاقية.

ثانياً: كفالة قانونية:

في هذا النوع من الكفالة يلزم المدين بتقديم كفيل تطبيقاً لنصوص القانون، فيكون مصدر التزام المدين هنا هو القانون. ولم تأخذ مجلة الأحكام العدلية بهذا النوع من الكفالة، فهي لم تأخذ إلا بالكفالة الاتفاقية.

^١ - بحث حول عقد الكفالة، مرجع سابق، ج ١.

ونص قانون المرافعات المدنية في المادة رقم ٢٥ على أنه "لا يجوز إيقاع البيع إلا بمن يدفع الثمن نقداً في الجلسة أو لمن يكون معروفاً أو لمن يقدم كفيلاً مقتدرًا".^١ ويقابله نص المادة ٨٥١ من القانون المدني الجزائري.^٢ كما أن القانون المصري قد أورد في بعض نصوصه ما يلزم المدين بتقديم كفيل، ومنها ما ورد في المادة ٢/٤٥٧ "إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع، أو آيل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من المشتري جاز له ما لم يمنعه بشرط في العقد أن يجبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطلب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً".^٣

ثالثاً: كفالة قضائية :

تكون الكفالة قضائية في الحالة التي يكون مصدر التزام المدين فيها حكم القاضي أي حكم من المحكمة، ولا تعتبر الكفالة قضائية إلا إذا استندت في مصدرها إلى حكم القاضي، أي كان الحكم بها من إطلاقات السلطة التقديرية للمحكمة. ومن أمثلة الكفالة القضائية ما ورد بنص المادة ٢/٩٦٩ من وثيقة الكويت بأنه "إذا وافقت المحكمة على قرار أغلبية الشركاء في الشروع، وهم الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، بإجراء تغييرات أساسية أن تقرر ما تراه من التدابير ومن ذلك مثلاً أن تامر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما يستحق من تعويضات عن أخطاء التنفيذ".^٤

كذلك ما ورد في المادة ٤٦٩ مرافعات مدني مصري "يجب الأمر بالنفاذ المعجل رغم قابلية الحكم للاستئناف أو الطعن فيه بهذا الطريقة مع الكفالة أو بدون في الأحوال الآتية:
"إخراج المستأجر الذي أنهى عقده أو فسخ، إخراج شاغل العقار الذي لا مسند له إذا كان ملك المدعي أو حقه غير محدود أو ثابتاً بسند رسمي، إجراء الإصلاحات العاجلة...."^٥

ولا يوجد في المملكة العربية السعودية نظام يعنى بالكفالة وأحكامها سواء الكفالة الحضورية (كفالة النفس) وهي كفالة إحضار شخص المدين إلى قاعة المحكمة أو مركز التحقيق في وقت معين، فإذا أخل بالتزامه بعدم إحضاره يعطى مهله فإذا عجز عن الإحضار ففي هذه الحالة يلتزم بالوفاء بدين المدين الأصلي في كثير من

^١ د. الزقرد، احمد السعيد، مرجع سابق، ص ٣٥.

^٢ بحث حول عقد الكفالة، مرجع سابق، ج ١.

^٣ أبو المشايخ، سعاد توفيق سليمان، مرجع سابق، ص ٣٢.

^٤ د. الزقرد، احمد السعيد، مرجع سابق، ص ٣٦.

^٥ أبو المشايخ، سعاد توفيق سليمان، مرجع سابق، ص ٣٥.

الحالات وإلا فإنه يجبس، وقد أجابت على ذلك وزارة الداخلية السعودية في الخطاب الصادر سنة ١٣١٥ هـ، وهنا تنقلب الكفالة الحضورية إلى كفالة مالية. إلا إذا اشترط الكفيل أنه بريء من دين المدين بل ملتزم بإحضاره فقط.^١

وفي كفالة الأجانب في المملكة، نص النظام على أنه يجب على كل من يقيم في المملكة من غير أبنائها أن يكون له من يكفله، وجعل كفالة الموظف والعامل والخدام على صاحب العمل، سواء كان شخص طبيعي أو اعتباري، وقد أصدرت وزارة الداخلية السعودية بعض التعليمات الواجب إتباعها لحماية المكفول عنه الأجنبي وهي:

- ١- منع إنهاء إقامة المكفول عنه قبل إتمام تصفية حقوقه طبقاً للأمر السامي الصادر سنة ١٣١٢ هـ .
- ٢- تسوية حقوق العامل في حالة وفاة أو توقف نشاط الكفيل في حين انه يترتب على الأجنبي التزامات منها وجوب حصوله على موافقة الكفيل لاستصدار إذن بالخروج في كل مرة يرغب فيها بمغادرة البلاد.
- ٣- تنظيم نقل الكفالة. في حين انه يترتب على الأجنبي التزامات منها وجوب حصوله على موافقة الكفيل لاستصدار إذن بالخروج في كل مرة يرغب فيها بمغادرة البلاد.^٢

وبعد ان تطرقنا إلى أنواع الكفالة في الشريعة الإسلامية والأنظمة الوضعية (القانون) نلخص أن الكفالة تقوم على تعدد المدينين بالالتزام دون أن يكون ذلك تضامناً فيما بينهم . بحيث نرى بجانب المدين الأصلي، مدين تابع له هو الكفيل سواء كانت الكفالة بالنفس أو بالمال وهذه الكفالة مؤقتة أو مؤجلة فأن الكفيل يلتزم بما تكفل به بأي صيغة وردت منه دلت على تكفله وهي الكفالة الاتفاقية، ولا يقوم الأخير بتنفيذ الالتزام المكفول، إلا إذا لم يوف به المدين الأصلي. والكفالة القانونية والقضائية يلزم من خلالها المدين بتقديم كفيل بنص القانون أو القضاء. وقد نص نظام المملكة العربية السعودية على الكفالة الحضورية وهي كفالة النفس وكفالة الأجانب بشروط معينة.



^١ أنظر. أ. المطيري، معاذ بن معلا، بحث الكفالة الحضورية في المملكة العربية السعودية بين النص والتطبيق،

<http://www.almamlkh.net/vb/archive/index.php/t-73373.html> ، ص ٩.

^٢ د. الزقرد. احمد السعيد ، مرجع سابق، ص ٢٩.

الخاتمة

الحمد لله سبحانه أن يسر لنا هذا بعونه وامتنانه وقدر لنا تمامه نشكره لعظيم فضله وإحسانه. ونسأله أن يحققنا ما نريد إيصاله في هذا البحث الذي حصرنا فيه أهم ما عرفت به الكفالة وأركانها وخصائصها لتمييزها عن غيرها من العقود وأنواعها لكيفه التعامل معها وما يترتب عليها من نتائج وأحكام في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

وعليه نحصر أهم النتائج التي توصلنا إليها:

- ١- أن الشريعة الإسلامية هي السائدة دائماً على القانون الوضعي، فهي تشريع إلهي لا يشوبه شائبه، بخلاف الأنظمة الوضعية فهي من وضع البشر وينتابها النقص والخلل.
- ٢- أن الكفالة ليست حديثة في نشأتها بل وجدت منذ القدم لتلبية حاجات الناس، ثم أخذت تتطور حتى أصبحت مهمة في كثير من مجالات الحياة ونصت عليها الأنظمة.
- ٣- أن للكفالة أنواع مختلفة في الفقه الإسلامي منها ما يرجع لطبيعة المكفول، ومنها ما يرجع إلى القيد، وفي القانون بين أنواعها على أساس مصدر الالتزام مع إجازته للتأجيل والتعجيل والتوقيت.
- ٤- أن الفقه الإسلامي يتفق مع القانون بشأن خصائص الكفالة، من كونها تنعقد بمجرد تراضي الطرفين (الدائن والكفيل)، وكذلك اعتبارها عقد تابع ملزم لجانب واحد وهو الكفيل و أنها من عقود التبرعات، وأن المدين ليس طرفاً في العقد فقد ينشأ بدون تدخله أو علمه لا بل ورغم معارضته.

وأبرز ما أوصي به:

- ١- أهمية أن يكون في المملكة نظام خاص للكفالة لقطع النزاع وإعادة النظر في بعض التعاميم المتعلقة بها كاشتراط الكتابة من أجل إثبات عقد الكفالة أمر أرى ضرورة تركه، بحيث يرجع للقواعد العامة للإثبات .
- ٢- بالنسبة لكفالة الأجانب في المملكة، في الشق المتعلق بوجوب حصول الأجنبي على موافقة الكفيل من أجل أن يصدر إذن بالخروج؛ فإنه يتعين حماية الأجنبي من تعسف بعض الكفلاء في هذا الأمر.

وفي الختام .. أسأل الله تعالى أن يتقبل العمل ويعفو عن الخلل ويجنبنا الزلل، إنه خير مأمول وأكرم

مسؤول، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.



فهرس الآيات

رقم الصفحة	اسم السورة	الآية
١٠	آل عمران	{ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴿٣٧﴾ }
٧	يوسف	{ قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴿٣٧﴾ }

فهرس الأحاديث

رقم الصفحة	تخرجه	الحديث
١٠	البخاري	"أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ كَهَاتَيْنِ فِي الْجَنَّةِ، وَأَشَارَ بِالسَّبَابَةِ وَالْوُسْطَى،"
٧	الطبراني	"..... أَيُّ النَّاسِ أَحَبُّ إِلَى اللَّهِ؟ وَأَيُّ الْأَعْمَالِ أَحَبُّ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ؟....."
١٠	الجوزي	"الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ، وَالذَّيْنُ مَقْضِيٌّ"



فهرس المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.
٢. التحقيق في مسائل الخلاف لابن الجوزي، جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد، وفاته ٥٩٧هـ. تحقيق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
٣. الجامع الصحيح المختصر، البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي، وفاته ٢٥٦هـ. المحقق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الأولى، ١٤٢٢هـ.
٤. المعجم الأوسط لطبراني، الطبراني، سليمان احمد، وفاته ٣٦٠هـ. المحقق طارق بن عوض الله - محسن الحسيني، دار الحرمين، ١٤١٥-١٩٩٥هـ.
٥. أحكام الكفالة بالمال (دراسة مقارنة)، محمد زيدان زيدان، مازن مصباح مصباح، جامعة الأزهر، غزة، ٢٠١٢م.
٦. الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (رسالة ماجستير)، شرف، احمد محمد زياد فيصل، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢م.
٧. عقد الكفالة المدنية والأثار المترتبة عليه، أبو المشايخ، سعاد توفيق سليمان (رسالة ماجستير)، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٦م.
٨. عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة، الشويعر، د. عبدالسلام محمد، جامعة الملك فهد الأمنية، الرياض، مجلة العدد ٤٣، رجب ١٤٣٠هـ.
٩. الكفالة بين الشريعة والقانون (بحث)، الوهبي، سلطان، جامعه الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٣١هـ.
١٠. نظرية الضمان الشخصي - الكفالة -، د. الموسى، محمد بن إبراهيم، إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السلسلة السادسة، ١٣١١هـ.
١١. المعجم الوسيط، مصطفى، إبراهيم وآخرون الجزء الثاني، دار الدعوة.
١٢. الوجيز في نظام المعاملات المدنية السعودي الضمانات الشخصية والعينية، د. الزقرد، أحمد السعيد، جامعة القصيم، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ.

• المراجع الإلكترونية :

- ١٣ . حول عقد الكفالة، الجزء الأول والثاني (بحث)، -<http://www.droit-dz.com/forum/threads/3333>
- ١٤ . عقد الكفالة، موقع كنوز القانون (بحث)، <http://konouz.com>
- ١٥ . الكفالة الحضورية في المملكة بين النص، أ. المطيري، معاذ بن معلا (بحث)،
<http://www.almamlkh.net/vb/archive/index.php/t-73373.html>



فهرس الموضوعات

١	الإهداء
٢	المقدمة
٤	التمهيد
٦	المبحث الأول: ماهية الكفالة وبيان أركانه
٧	المطلب الأول: تعريف الكفالة شرعاً
١٠	المطلب الثاني: تعريف الكفالة قانوناً
١٢	المطلب الثالث: أركان الكفالة
١٥	المبحث الثاني: خصائص الكفالة
١٦	المطلب الأول: خصائص الكفالة في الشريعة الإسلامية
١٧	المطلب الثاني: خصائص الكفالة في الأنظمة الوضعية
٢١	المبحث الثالث: أنواع الكفالة
٢٢	المطلب الأول: أنواع الكفالة في الشريعة الإسلامية
٢٦	المطلب الثاني: أنواع الكفالة في الأنظمة الوضعية
٢٩	الخاتمة
٣٠	فهرس الآيات
٣٠	فهرس الأحاديث
٣١	فهرس المصادر والمراجع
٣٣	فهرس الموضوعات