

أحكام الكفالة

بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني

(دراسة تحليلية مقارنة)

د. إيهاب عباس الفراش
كلية الحقوق - جامعة القاهرة
استاذ مساعد بقسم القانون - كلية إدارة الأعمال
جامعة الأمير سطاتم بن عبد العزيز

تقديم وتمهيد:

لا شك أن الضمانات الشخصية والعينية تعد من الوسائل القانونية الهامة، واللازمة لاستقرار المعاملات المالية، وتطورها داخل أي مجتمع. نظرا لحاجة المعاملات المالية إلى عنصر الائتمان؛ حيث حاجة المدين للحصول على خدمات، أو أموال في الحال، مع تأجيل أداءها في المال عند حلول أجل محدد. ولتحقق عنصر الائتمان في المعاملات لابد من نسج نظام قانوني يحقق للدائن الاطمئنان والثقة في استيفاء حقه كاملا في وقت استحقاق الدين. وإلا عكف أصحاب الخدمات والأموال عن إسداء خدماتهم، و إقراض أموالهم مع تأجيل موعد السداد، مما يؤثر سلبا على رواج المعاملات المالية وعلى اقتصاد البلاد.

لذا كان حرص كافة الانظمة القانونية على اختلاف زمانها على تقرير الضمانات الشخصية والعينية كوسيلة فعالة لتوفير الثقة والاطمئنان اللازمين لعنصر الائتمان سعيا لتحقيق استقرار المعاملات المالية. ف جاء حرص الفقه الإسلامي على تقرير أحكام لضبط الكفالة وتنظيمها، وكذلك فعل القانون الروماني كقانون وضعي قديم، مما يعكس مدى حاجة المجتمعات إلى الكفالة كضمان شخصي.

ولقد كانت التأمينات الشخصية كالتضامن والكفالة - اللتان تأسسا على ضم ذمة إلى ذمة أخرى على قدم المساواة أو على التعاقب- الأسبق في الظهور من التأمينات العينية. ومرد ذلك إلى أن التأمينات العينية ترتبط بتنظيم حق الملكية الذي جاء متأخرا في مراحل نشأة وتطور القانون، فقد كانت الأموال وعلى الأخص العقارات ملكا للكيان الجماعي كالأسرة. وما ترتب عن ذلك من تأخر في تنظيم الحقوق المنبثقة عن حق الملكية، حيث الحقوق العينية الأصلية، ثم التمييز بين الحقوق العينية الأصلية والتبعية، وما يتطلب ذلك التطور من تنوع للحقوق، وتقدم حضاري، لذا عرفت المجتمعات البدائية التأمينات الشخصية⁽¹⁾ دون التأمينات العينية، وقد ساعد على ذلك النظام الاجتماعي السائد وقتئذ؛ حيث روح التضامن بين أفراد الأسرة، أو القبيلة الواحدة بشكل يسهل انعقاد التأمينات الشخصية من تضامن وكفالة.

ولم يشذ المجتمع الروماني عن هذا التطور فقد كانت التأمينات الشخصية سابقة على التأمينات العينية، التي لم تظهر إلا في زمن متأخر بسبب التأثير بالقانون اليوناني حينئذ⁽²⁾. فعرف القانون الروماني الضمانات الشخصية التي تمنح للدائن تميزا عن باقي الدائنين، والتي يقدمها شخص غير المدين لضمان تنفيذ المدين لالتزاماته، إذ تقوم الضمانات أو التأمينات الشخصية على فكرة انضمام ذمة، أو ذمم أخرى إلى ذمة المدين، بحيث يكون في مكنة الدائن التنفيذ على كل هذه الذمم، أو على أي منها، للحصول على حقه. ويمكن رد أهم صور وأنواع

(1) نظم قانون حمورابي الكفالة بصورة بدائية أخذت معنى الرهينة بصورة تتفق مع طبيعة أحكام المداينات وقتئذ، إذ كان جسد المدين ضامنا لدينه، حيث مبدأ الاسترقاق المؤقت لوفاء الدين. وجاء تنظيم قانون حمورابي لهذا الجانب من خلال المواد من 114:119، فورد بالمادة 115: "إذا كان لرجل حبوب أو فضة (كدين) عند رجل آخر، واحتجز أحدا، كفيلا له..." راجع نصوص المواد د. فوزي رشيد: الشرائع العراقية القديمة، شريعة حمورابي، ص108. كما ورد بالقانون الآشوري نصوص تنظم نفس الجانب ومنها نص المادة السابعة منه إذ ورد بها: " {إذا كان هناك}...أو أي شخص كان يعيش {في بيت} آشوري كرهينة { أو كضمان (من أجل) نقود}..." انظر. د. محمود سلام زناتي: القانون الآشوري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الرابعة عشر، العدد الأول، يناير 1972م، ص26.

(2) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، دار احياء التراث العربي بيروت- لبنان، ج10، ص13.

الضمانات الشخصية التي عرفها القانون الروماني على مدار تاريخه والتي يمثل بعضها معنى التضامن في المديونية، وبعضها الآخر معنى الكفالة⁽¹⁾ إلى ما يلي:

النوع الأول عرف باسم "Sponsio" نسبة إلى أسلوب انعقاد هذا النوع من الضمان الشخصي في مجال القرض - الذي يمثل الصورة الأولى للالتزام المدني في القانون الروماني- حيث كان يعد الاشتراط أو التعهد الشفوي "Sponsio": هو الأسلوب المتبع لإلزام الضامن، إذا ما ضمن ديناً نشأ عن عقد قرض شفوي، ولذا كان الضامن يسمى في هذه الحالة "sponsor"⁽²⁾. وكان هذا النوع يستخدم لضمان أداء بعض الالتزامات كالالتزام بتنفيذ الوعد بالدوطة⁽³⁾، والتزام المعتوق بأداء خدمات معينة لصالح سيده⁽⁴⁾.

وأهم ما يميز هذه الصورة القديمة للضمان الشخصي أن التزام الضامن المتضامن مع المدين الأصلي يعد التزاماً أصلياً في التعهد، وليس مجرد التزام تابع للالتزام المدين الأصلي، وهذا ما عبرت عنه نظم جايوس عند تمييز هذه الصورة من الضمان الشخصي عن غيرها فورد بها⁽⁵⁾:

"A sponsor is interrogated as follows: "Do you solemnly agree to pay the same".

حيث ساد وقتئذ التفارقة بين الدين، والمسؤولية، وبين شخص المدين، وشخص المسؤول عن الدين. وتعد هذه التفارقة انعكاساً لأحد مراحل تطور فكرة الالتزام عند الرومان. فقد يكون

(1) وقد تناولت نظم جايوس أوجه الاختلاف والتشابه بين الكفلاء، والمتضامنين (sponsors, guarantors, and sureties)

وذلك في عدد من النصوص، ومن أهم صور الاختلاف؛ أن التضامن لا يقرر إلا في الالتزامات الشفوية، أما الكفالة فتتضمن إلى جميع الالتزامات سواء الشفوية منها، أو المكتوبة، أو حتى الالتزامات التي ترتبت عن كل موقف يفيد الموافقة. وكذلك سواء كان الالتزام مدني أو طبيعي. جايوس (3- 119). كما أن الأصل في التزام الضامن، أو الراعي أنه لا يمتد إلى ورثته، في حين يمتد التزام الكفيل إلى ورثته. جايوس (3- 120).

"Moreover, the heir of a sponsor and a guarantor is not liable, unless we have reference to the heir of an alien guarantor, in whose State another rule than ours prevails; but the heir of a surety is also liable".

كما أن التزام الضامن مقيد بمدة زمنية هي سنتان، وفقاً لقانون "فوريا"، وفي حالة تعدد الضامنين لا ينشأ تضامن بينهم، أما في حالة تعدد الكفلاء فينشأ بينهم تضامن، و بمقتضاه يستطيع الدائن مطالبة أي منهم بالدين المضمون كاملاً. جايوس (3- 121). أما عن صور التشابه فإن جميع صور الضمان الشخصي المذكورة تكون مسؤولية الضامنين تابعة لمسؤولية المدين الأصلي، ولا يجوز أن يتحملوا مديونية تزيد عن مديونية المدين الأصلي. جايوس (3- 126). ومن صور التشابه كذلك أن الضامنين الشخصيين أي ما كانت صورة التزامهم، لهم الحق في الرجوع على المدين الأصلي بدعوى قضائية، لاقتضاء ما دفعوه عنه، وما تحملوه من مصاريف من أجل هذا الوفاء. جايوس (3- 127).

وقد راعت القوانين الحديثة التفارقة بين أحكام تضامن المدينين، وأحكام الكفالة، كأمثلة للتأمينات الشخصية فخصص القانون المدني المصري لأحكام تضامن المدينين المواد من 284 إلى 299، وخصص لأحكام الكفالة المواد من 772 إلى 801.

(2) د. شفيق شحاته: نظرية الالتزامات في القانون الروماني، القاهرة 1963م، ص 65-66، بند 81.

(3) Gaius:(III-95a).

(4) Gaius:(III-96).

- د. السيد العربي حسن: أحكام الرهن في القانون الروماني، دار النهضة العربية، 2002م، ص 7.

(5) Gaius:(III-116).

المدين شخصا معيناً، والمسؤول عن الدين ذاته شخصا غيره، وهو ما عبر عنه بقول: "أنه قد يكون هناك دين بدون مطالبة، كما قد يكون هناك مطالبة بدون دين"⁽¹⁾.

والنوع الثاني عرف باسم "Fidepromissor"⁽²⁾، وكان ينعقد لضمان أداء الالتزامات المترتبة عن المعاملات التي تجري بين الأجانب، وكذلك بين المواطنين⁽³⁾.

ومن الأحكام المشتركة بين النوع الأول والثاني للضمان الشخصي؛ أن التزامات الضامن في النوعين لا تمتد إلى ورثته، أي تنقضي بوفاته. كما أن التزاماته محددة المدة، إذ تنقضي بمضي عامين من تاريخ نشأتها، وفقا لقانون فايوريا "Lex Furia" (65 ق.م). كما اتسم التزام الضامن في النوعين بأنه جزئي، وغير شامل لجميع التزامات المدين المضمون، إذ يقتصر التزامه على الحصة المتفق على ضمانها في عقد الضمان القولي أو اللفظي. ومن الأحكام المشتركة أيضا بين النوعين أنه لا يفترض التضامن بين الضامنين في حالة تعددهم⁽⁴⁾.

والنوع الثالث لضمان الشخصي عرف منذ نهاية العصر الجمهوري، واستمر تنظيمه وتطبيقه في عهد جستينيان، وعرف باسم "Fidjeussio"⁽⁵⁾، وتبلورت خلال هذه الحقبة الزمنية معالم أحكام الكفالة في القانون الروماني، وكان الاتفاق المنشأ لهذا النوع من الضمان الشخصي ينعقد بالاشتراط الشفوي، وكذلك بالعقد المكتوب، كما تمتع هذا النوع من الضمان بأحكام أرحب، وأقوى في تحقيق الضمان للدائن عن النوعين السابقين، ومظاهر ذلك:-

- **ضمان كافة أنواع الالتزامات:** إذ كان الضمان يحقق الضمان لجميع أنواع الالتزامات وسواء كانت هذه الالتزامات مدنية أو طبيعية، كما كانت تضمن الالتزامات المترتبة عن جميع أنواع العقود⁽⁶⁾، وفيه يتمتع المدين المستفيد من الضمان بدعوى تحقق له الحماية القضائية في

(1) د. شفيق شحاته: المرجع السابق، ص66، بند 82.

(2) د. السيد العربي حسن: المرجع السابق، ص7.

(3) Gaius. (III-93): " The verbal obligation contracted by the expressions, "Do you solemnly agree to give?" "I do solemnly agree to give," is peculiar to Roman citizens; the others belong to the Law of Nations, and therefore they are valid among all men, whether they are Roman citizens or aliens....) And even if they are uttered in the Greek language they are still valid, so far as Roman citizens are concerned, if they understand Greek; and on the other hand, although they may be stated in Latin, they will, nevertheless, be binding on foreigners, provided they are familiar with the Latin language. The obligation contracted by the words, "Do you solemnly agree to give?" "I do solemnly agree to give," is so peculiar to Roman citizens, that it cannot properly be expressed in the Greek language, although it is said to have been derived from the Greek".

(4) Gaius. (III-121): "Likewise, a sponsor and a guarantor are released by the *Lex Furia* from liability at the expiration of two years; and no matter what may be the number of the sureties at the time when the debt can be collected the obligation is divided into as many parts as there were sureties at that time, and each one of them is only liable for his respective share. Sureties, however, are perpetually liable, and no matter what may be their number, each of them is bound for the entire amount of the debt; and therefore the creditor is at liberty to collect the whole debt from any one of them whom he may select".

(5) د. السيد العربي حسن: المرجع السابق، ص8.

(6) Gaius. (III-119): " ...A surety can enter into every kind of obligation, that is to say, say, whether it is contracted either by words, or by writing, or by consent, and it

اقتضاء حقه المترتب عن اتفاق الضمان، حتى وأن كان الالتزام الأصلي المضمون غير محمي بدعوى كالاتزام الطبيعي.

- **التزامات الضامن لا تنقضي بموته**، بل تمتد التزاماته إلى ورثته بعد موته⁽¹⁾. كما أن التزامات الضامنين غير محددة المدة كما في نوعي الضمان السابقين، إذ لم يطبق قانون فايوريا- الذي قصر التزام الضامن على عامين- على هذا النوع من الضمان الشخصي، كما أن الضامن في هذا النوع لا يضمن التزامات أشد من التزامات المدين الأصلي في القيمة أو المدة، لأن التزامه تبعية لالتزام المدين الأصلي⁽²⁾.

- **افتراض التضامن بين الضامنين المتعددين**: ففي حالة تعدد الضامنين، يفترض التضامن بينهم، وبالتالي يحق للمدين مطالبة أي منهم بكل الدين المضمون دون أن يكون لأحدهم الحق في المطالبة بتقسيم الالتزام بينهم. إلا أن الامبراطور "هادريان" أصدر فيما بعد أمرا يعطي للضامنين حق الدفع بالتقسيم في مواجه الدائن، ليتم تقسيم الدين حسب عددهم، وأشترط أن يكون هذا الدفع صريحا امام القضاء، فإذا لم يتمسك به أحد الضامنين سقط حقهم في التمسك به، باعتبار أن هذا الدفع ليس من النظام العام ولا يتقرر بقوة القانون⁽³⁾.

- **تمتع الضامن بعدد من الدفوع**: كما كان من الدفوع التي تمتع بها الضامن في هذا النوع من الضمان الشخصي بالإضافة للدفع بالتقسيم، الدفع بالرجوع على المدين أولا، وبمقتضاه يحق للضامن دفع مطالبة الدائن له بالوفاء بالدين المضمون، من خلال مطالبة الدائن بالرجوع أولا على المدين الأصلي، وكذلك الدفع بالتجريد وذلك بأن يطالب الضامن الدائن بالرجوع على المدين الأصلي للتنفيذ على أموال له تم جردها أو حصرها، فإذا لم تقي هذه

makes no difference whether the obligation be a civil or natural one". Digest.(46-1-1): "A surety can be added to every obligation".

(¹) "Digest.(46-1-4-1): "A surety is not only liable himself, but he also leaves his heir liable, because he occupies the position of a debtor".

(²) Gaius.(III-113): "Likewise, he may stipulate for less, but not for more, than the stipulator. Therefore, if I stipulate for ten sesterces, he can stipulate for five; but, on the other hand, he cannot stipulate for more. Moreover, if I stipulate absolutely, he can stipulate under a condition, but not *vice versa*. The term "more or less," is understood not only to refer to quantity, but also to time, for to make payment immediately is more, and to do so after a certain period is less".

(³) Gaius.(III-121):- "...But, now, according to a letter of the Divine Hadrian, a creditor is compelled to collect the proportionate part of the debt from each of the sureties who is solvent at the time. Hence, this letter differs from the *Lex Furia* in that if any one of the sponsors or guarantors should not be solvent, this does not increase the liability of the others; but if even only one of the sureties is solvent, the entire burden of all the others is imposed upon him. But, as the *Lex Furia* only applies to Italy, the result is that in the other provinces both sponsors and guarantors, like "sureties, are perpetually liable; and each one of them is bound for the entire amount of the debt, unless they are, to a certain extent, relieved by the letter of the Divine Hadrian".

الاموال بكامل الدين يكون للدائن أن يقاضي الضامن بما تبقى من الدين بعد التنفيذ على الأموال المُجَرَدَة، وشرط لإعمال هذين الدفيعين ألا يكون المدين الأصلي معسرا أو غائبا⁽¹⁾.

ومن الدفوع التي تمتع بها الضامن أيضا؛ الدفع بتنازل الدائن له عن كافة ضماناته ودعاواه قبل المدين، وبمقتضاه يحل الضامن محل الدائن في التمسك بالضمانات، والدعاوي التي كان يتمتع بها الدائن في مواجهة المدين⁽²⁾. ويكون ذلك الدفع من حق الضامن عند مطالبة المدين بسداد ما وفاه عنه للدائن، مستفيدا بما كان لدى الدائن من ضمانات ودعاوي، بشكل يقوى مركزه ويميزه عن باقي الدائنين، ويضمن له استيفاء ما دفعه عن المدين.

ومع أواخر العصر الجمهوري وبدايات العصر الامبراطوري، عرف القانون الروماني صورا للضمانات الشخصية تنشأ بمقتضى اتفاقات غير شكلية، إي تتم بإرادة صريحة، وبمقتضاها يوفى الدين عن طريق شخص آخر غير المدين، ومن أهم هذه الصور؛ مشاركة التجديد، والوكالة. وفي مشاركة التجديد "constitutum" يتم تجديد الدين بتغيير صفة المدين، من خلال اتفاق يتعهد فيه شخص من الغير بإرادته الصريحة الوفاء عن المدين⁽³⁾.

أما الوكالة "Mandatum" ففيها يوكل شخص شخصا آخر لإقراض نقودا لشخص ثالث. وفي حالتها التجديد والوكالة؛ تكون مسؤولية المتعهد والموكل ممتدة لكل ما يلتزم به المدين الأصلي⁽⁴⁾، ولا تكون مسؤوليتهما محددة بوقت كمبدأ عام، إلا أنهما لا يتمتا بما يتمتع به الكفيل من مزايا ودفع كالدفع بالتجديد، والدفع بالتقسيم، والدفع بتنازل الدائن عن دعاويه لصالح الكفيل⁽⁵⁾.

صور الكفالة في القانون الروماني: عرف القانون الروماني بجانب اتفاق الكفالة الذي ينشأ بين الافراد لضمان الحقوق، صورا أخرى للكفالة؛ كفالة ديون الدولة، وكفالة التقاضي.

1- كفالة ديون الدولة: نظم القانون الروماني ما يعرف بكفيل الملتزم قبل الدولة "praes"، وبموجبه؛ إذا ما تعاقدت الدولة مع أحد الموردين، أو المقاولين، فإنها كانت تتطلب من المتعاقد كفالة، وكان الكفلاء في هذا الجانب يسمون "praedes"، وبمقتضى كفالتهم يصبحوا ملزمين في أشخاصهم، إذا لم يقدّم المتعاقد بالعمل المنوط به. أي يصبح الكفيل مسؤولا في

(1) د. السيد العربي حسن: المرجع السابق: ص 9-10.

(2) Digest. (46-1-17): "It is usual to grant relief to sureties by compelling the stipulator to sell any rights of action which he may have against the others to him who is ready to pay the entire debt".

-Digest. (46-1-59): "Paulus gave it as his opinion that a surety to whom pledges given by his fellow-sureties have been transferred, does not appear to be substituted in the place of the purchaser, but only in that of him who received the pledges, and therefore he must be accountable for the crops and the interest".

(3) د. السيد العربي حسن: المرجع السابق: ص 10.

(4) Digest. (46-1-13): " If you lend ten aurei to Titius, by my direction, and bring an action on mandate against me, Titius will not be released from liability; but I ought not to have judgment rendered against me in your favor, unless you assign to me the rights of action which you have against Titius. Likewise, if you bring an action against Titius, I will not be released, but I will only be liable to you for the amount which you cannot collect from Titius".

(5) د. السيد العربي حسن: المرجع السابق، ص 10.

شخصه وليس في أمواله، إذا لم يؤدي التزاماته. أي يتم الاستيلاء على الكفيل ليصبح حاله أشبه بحال الأرقاء، حيث مبدأ التنفيذ على شخص المدين وليس ماله كان السائد وقتئذ، كما كان هؤلاء الكفلاء يكفلون أيضاً حضور المدعي عليه في مختلف الدعاوى أمام القضاء⁽¹⁾. أي كانت كفالة مال أو غرم وأداء، وكفالة نفس أو إحضار.

2- كفالة التقاضي⁽²⁾: شهدت أحكام كفالة التقاضي في القانون الروماني تطورات على مراحل عدة:-

- **عهد القانون القديم:** اظهر القانون الروماني دور الكفالة عند تنظيم الدعاوى، كدعوى القسم القانونية "Legis action per sacvamentum" خلال العهد القديم للقانون الروماني. كما عرف القانون الروماني في مجال الدعاوى القانونية كفيل القسم "Praedes sacramenti"، وكفيل الخصومة "Praedes litis vendiciarum"، وكفالة المدين المحكوم "judicati"، ويظهر دور هذه الصور في الدعاوى التي تقوم على المطالبة بحق عيني، كالادعاء بملكية شيء من الأشياء، أو للمطالبة بحق شخصي مترتب بذمة شخص، سواء كان هذا الحق ناشئاً عن عقد كدين مثلاً، أو عن غرامة ناشئة عن جرم ارتكبه المدين، أو المطالبة بحق من الحقوق الأسرية.

فكفيل القسم والخصومة يظهر في الدعوى التي يدعي فيها كلا الطرفين احقيتهم للشيء المتنازع عليه، كالتنازع على ملكية عبد مثلاً؛ إذ يطلب من أحد الخصمين الرهان على غرامة مالية محددة القيمة يتحملها من يخسر دعواه، ويلتزم كلا الطرفين بتقديم كفيل يكفل أداء مبلغ الرهان في حالة خسران الدعوى ويسمى كفيل القسم، كما يلتزم من يبقى الشيء المتنازع بيده بأمر من القاضي بتقديم كفيل يدعي كفيل الخصومة، يتعهد برد الشيء ونتاجه لمن حكم له بملكية الشيء المتنازع عليه. وفي صورتين يلتزم الكفيل بأداء الالتزام المكفول به إذا لم يؤديه المكفول أو المدين الأصلي. وتكون أموالهم ضماناً لهذه الالتزامات⁽³⁾.

أما كفالة المدين المحكوم؛ فقد كان في ظل دعوى القسم القانونية إذا أقر المدعي عليه، أو ثبت عليه الدين من قبل القاضي، فإنه يلتزم بالوفاء اختياراً، وإلا يتم التنفيذ الجبري بمقتضى دعوى جديدة تعرف بدعوى القاء اليد على جسم المدين⁽⁴⁾، وبمقتضاها يسمح للدائن أن يقبض على مدينه بيده، وأن يستوفى الدين ببيعه، أو أن ينتقم منه بقتله - حيث كان جسم المدين ضماناً لتنفيذ الدين وقتئذ- ويستطيع المدين تجنب هذا المصير إذا قدم كفيل (vindex) من اصدقائه أو اقربائه يكفل أداء الدين، ويكون الكفيل ملتزماً بالوفاء إذا قبل الكفالة ووافق عليها، وبذلك ينشأ عن هذا الاتفاق، التزام يوجب على الكفيل وفاء الدين، فإذا لم يف لقي مصير المدين الأصلي⁽⁵⁾. وقد شهد النظام الروماني فيما بعد تحول تنفيذ الحكم من جسم المدين إلى أمواله. ولذا اعتبرت الكفالة منذ العهد القديم للقانون الروماني من الالتزامات الناشئة عن الاعمال المشروعة أو عن الاتفاق.

(1) د. شفيق شحاته: المرجع السابق، ص 64.

(2) وقد راعت القوانين الحديثة الأخذ بأحكام الكفالة في مجال اجراءات التقاضي لضمان الحقوق فالمادة الثانية والثلاثون من نظام التنفيذ السعودي رقم (م53) لسنة 1433هـ، تقرر أنه: "يجب على طالب الحجز أن يقدم إلى المحكمة، أو الجهة المختصة إقراراً خطياً موثقاً من كفيل مقدر، أو ضماناً يضمن جميع حقوق من طلب الحجز على أمواله، وما يلحقه من ضرر إذا ظهر أن طالب الحجز غير محق في طلبه".

(3) المدونة: (4-11- فاتحة). د. عبد السلام ترماني: محاضرات في القانون الروماني، 1964-1965م، ص 30-31.

(4) المرجع السابق، ص 36. د. صبيح مسكوني: القانون الروماني، مطبعة شفيق- بغداد، 1968م، الطبعة الأولى، ص 34.

(5) د. عبد السلام ترماني: المرجع السابق، ص 192.

كما تضمن قانون الالواح الإثنى عشر(451ق.م) الصادر خلال هذا العهد أحكاما خاصة بالكفالة عند تنظيمه لإجراءات التقاضي، إذ كان يلزم حضور طرفي الدعوى خلال مراحل التقاضي، وفي حالة عدم حضور المدعي عليه أمام البريتور خلال المرحلة الأولى من الدعوى، أو خلال المرحلة التحضيرية لها، فقد أجاز القانون للمدعي أن يقبض عليه ويحضره، إلا إذا قدم كفيلا أو تخلى عن الشيء محل النزاع⁽¹⁾.

- **مرحلة ما قبل تعديلات جستنيان:** وفيها كان الأمر مستقرا على أن يلتزم المدعي عليه - واضع اليد- في الدعاوى العينية، بتقديم كفالة حتى إذا قضي ضده، ولم ينفذ الحكم برد الشيء أو بأداء قيمته، كان للمدعي أن يخاصمه هو وكفلائه، وعرفت هذه الكفالة باسم كفالة الشيء المقضي به (Judicatum solvi)، أما المدعي فكان غير مطالب بتقديم كفالة إذا كان يتولى الترافع عن نفسه، أما إذا كان وكيفا عن غيره فيلزمه تقديم كفالة تضمن إجازة المدعي الأصيل لما قد يحكم به، وذلك لتجنب القضاء معاودة الأصيل رفع دعوى في ذات الموضوع المتنازع عليه مرة أخرى⁽²⁾. أي أن الكفالة المقررة في الدعاوى العينية - وفقا للأحكام السابق عرضها- هي كفالة أداء من جهة المدعي عليه، وكفالة انصياع للأحكام من جهة المدعي. أما في الدعاوى الشخصية فبالنسبة للمدعي كانت يسري في حقه القواعد المقررة في حق المدعي في الدعاوى العينية، أما المدعي عليه فيختلف الزامه بتقديم كفالة حسب صفته في الدعوى فإن كان تدخله في الدعوى بالنيابة عن غيره الزم بتقديم كفالة تضمن أداء المدعي عليه الأصيل بما قد يقضى به، إذ كانت القاعدة المعتبرة - وقتئذ- فيمن يترافعون عن غيرهم بدون كفالة أنهم غير جديرون بالثقة، أو بصيغة أخرى "أن من يدافع باسم غيره لا يبعث على الاطمئنان إلى أهليته بذلك بدون كفالة يقدمها"⁽³⁾. أما إذا كان المدعي عليه مدافعا فيها بالأصالة عن نفسه فلا الزام عليه بتقديم كفالة⁽⁴⁾ لامتناع العلة من تقريرها. أي أن الكفالة في الدعاوى الشخصية هي كفالة أداء سواء بالنسبة للمدعي أو للمدعي عليه الذي يوكل غيره للترافع نيابة عنه.

- **عهد جستنيان:** أدخل جستنيان في تعديلاته جملة من التعديلات على أحكام كفالة التقاضي تتمثل فيما يلي: 1- فيما يخص المدعي عليه فأمر الزامه بتقديم كفالة على ثلاث فروض؛ الفرض الأول: إن كان يدافع عن نفسه أصالة، سواء في الدعاوى العينية أو الدعاوى الشخصية، فليس عليه تقديم كفالة مع بداية الدعوى لضمان أداء قيمة النزاع، ولكن ما عليه أن يستمر في الدعوى بشخصه لنهايتها وخلال مراحل الدعوى يحدد القاضي الأسلوب الأمثل لضمان أداء المدعي عليه بما قد يحكم به عليه حسب حالته المالية، ومكانته الاجتماعية، فقد يلجأ القاضي إلى اليمين ويسمى بالكفالة القسمية، وقد يكتفي القاضي بمجرد الوعد، وقد يقتضي الحال مطالبته بتقديم كفالة⁽⁵⁾. الفرض الثاني: إذا أراد المدعي عليه توكيل غيره للترافع عنه فعلى المدعي عليه أن يحضر بشخصه أمام القاضي ليؤيد وكاله وكيله، وليكفل بطريقة الوعد العلني الرسمي، أداء ما قد يحكم به عليه. فإن لم يحضر المدعي عليه مجلس القضاء كان عليه أن يرتب رهنا على جميع أملاكه، وأن يقيم نفسه كفيلا ضامنا لوكيله في جميع أوجه الالتزامات التي تناولتها الكفالة الخاصة بأداء ما يقضى به. علما بأن الكفالة التي يلتزم بها المدعي عليه في هذا الفرض سواء نشأت أمام القاضي، أو خارج مجلس القضاء تمتد إلى ورثته من بعده. كما يلتزم المدعي عليه في هذا الفرض بتقديم كفالة حضورية، تضمن حضوره شخصيا أمام القاضي لسماح الحكم، بحيث إذا لم يحضر تحمل الكفيل دفع ما يحكم به على المدعي عليه

(1) المرجع السابق ، ص28.

(2) المدونة (4- 11- فاتحة).

(3) المدونة (4- 11- 5).

(4) المدونة (4- 11- 1).

(5) المدونة (4- 11- 2).

المكفول، ما لم يستأنف الحكم⁽¹⁾. الفرض الثالث: إذا كان المدعي عليه غائبا: فاي ما كان سبب غياب المدعي عليه عن موطنه فإن لأي شخص يرغب في الدفاع عنه، وتمثيله أمام القضاء أن يتقدم لذلك، على أن يقدم كفيلا يضمن تنفيذ ما يقضي به، ويستوي في ذلك أن تكون الدعوى عينية أو شخصية⁽²⁾.

2- بالنسبة للمدعي: جاء الفرض الأول مطابقا للفرض الأول لدى المدعي عليه إذ لا يحتاج لتقديم كفالة في حالة توليه الترافع بنفسه. الفرض الثاني: إن كان المدعي موكل عنه غيره للترافع والدفاع عنه، وهنا يجب التأكد من نوع التوكيل هل هو رسمي أم عرفي، فإن كان توكيلا عرفيا أي غير مسجل بسجل الأوراق العمومية، فيجب أن يحضر معه الموكل لتأييد وكالته بمجلس القاضي، وإلا التزم الوكيل بتقديم كفالة تضمن اجازته لما يقضى به⁽³⁾. أما إن كان التوكيل رسميا فلا حاجة للكفالة وذلك يستنتج بمفهوم المخالفة من النص المتضمن لهذا الحكم.

ظهور التأمينات العينية وضعف دور التأمينات الشخصية: ظل للتأمينات الشخصية دورا فعالا في تحقيق الضمان، إلى أن انحسر دورها في معظم الأنظمة القانونية، وذلك مع ظهور التأمينات العينية التي توفر للدائن ضمانا أكبر، وكذلك مع ضعف أسباب التضامن، نتيجة لضعف التضامن العائلي؛ إذ لم يعد الأقارب يضمن بعضها بعضاً فيما عدا الزوج والزوجة. وكذلك بسبب ضعف العلاقة فيما بين التابع والمتبوع مع اختفاء عهد الإقطاع. في ضوء ذلك انحسر الطابع التطوعي في الكفالة، ولم يعد المدين يجد كفيلا له إلا بأجر، وأكثر ما يكون ذلك لدى المصارف⁽⁴⁾.

ثم ما لبث أن نشط دور التأمينات الشخصية مع تنامي التضامن بين الطوائف من زراع وتجار، وكذلك التضامن ما بين الشركات، ذلك التضامن الذي حل محل التضامن العائلي. كما أصبح للتأمينات الشخصية في وقتنا المعاصر دور بالغ الأهمية في مجال القانون التجاري، وخاصة في إطار المعاملات المصرفية⁽⁵⁾.

منهج البحث: نسلك في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن حيث الوقوف على النصوص المنظمة للكفالة في كل من الفقه الإسلامي، والقانون الروماني مع تحليلها، والمقارنة بينها للتعرف على أوجه الاتفاق، والاختلاف بينهما. ونتبع في الدراسة المقارنة الأسلوب الرأسي حيث نتناول بالدراسة كل جزئية من جزئيات البحث لدى النظامين.

خطة البحث: نتناول موضوع "أحكام الكفالة في القانون الروماني والفقه الإسلامي" في إطار الخطة التالية:

المطلب الأول: ماهية الكفالة في الفقه الإسلامي و القانون الروماني.

المطلب الثاني: محل الكفالة في الفقه الإسلامي و القانون الروماني.

المطلب الثالث: آثار الكفالة في الفقه الإسلامي و القانون الروماني.

المطلب الرابع: انقضاء الكفالة بطريق أصلي في الفقه الإسلامي و القانون الروماني.

(1) المدونة (4-11-4).

(2) المدونة (5-11-4).

(3) المدونة (3-11-4).

(4) السنهوري: المرجع السابق، ص14.

(5) المرجع السابق، نفس الموضوع.

المطلب الأول

ماهية الكفالة

في الفقه الإسلامي و القانون الروماني

إن دراسة أحكام الكفالة في كل من القانون الروماني، والفقه الإسلامي تقتضي الوقوف على ماهيتها من خلال بيان تعريفها، وخصائصها، وطبيعتها القانونية لدى الجانبين وذلك على النحو التالي:

الفرع لأول

تعريف الكفالة

في الفقه الإسلامي و القانون الروماني

نتناول تعريف الكفالة ببيان تعريفها اللغوي، والاصطلاحي في الفقه الإسلامي، وسرد تعريفها الوارد بنصوص القانون الروماني.

أولاً:- التعريف اللغوي: ورد بالمصباح المنير فصل الكاف والفاء وما يثلثهما: كفل كَفَلْتُ بالمال وبالنفس كفلاً، والاسم الكفالة. قال ابن الأَنْبَارِي تَكَفَّلْتُ بِالْمَالِ التَّزَمْتُ بِهِ وَأَلْزَمْتَهُ نَفْسِي. وقال أبو زيد: تحملت به وقال في المجمع كفلت به كفالة وكفلت عنه بالمال لغريمه⁽¹⁾.

ثانياً:- التعريف الاصطلاحي: أ- الكفالة في الاصطلاح الفقهي الشرعي: تعددت التعريفات الفقهية للكفالة وجمع بينهم أن الكفالة هي: "ضم ذمة إلى ذمة أخرى في الدين المكفول". أي أن الدين يشغل ذمة الضامن، وذمة المدين الأصلي بما يمكن الدائن من مطالبة الضامن والمدين بالأداء. فجاء في التعريفات للجرجاني الكفالة: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة"⁽²⁾. وورد بالمعني لابن قدامه أن الكفالة هي: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتها جميعاً، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما"⁽³⁾. وجاء في بدائع الصنائع: "الكفالة ضم لغة، والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً"⁽⁴⁾.

ب- الكفالة في الاصطلاح القانوني: عرفت المادة 1772 من القانون المدني المصري المعاصر الكفالة بأنها: "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام معين، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".

ويلاحظ الاتفاق بين التعريف القانوني، و التعريف الفقهي للكفالة في اعتبارها ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون في الدين. إلا أنهما يختلفان - وفقاً لظاهر التعريف- في أسلوب المطالبة، أو أولوية رجوع الدائن على الكفيل والمدين. ففي حين يحق للدائن في الفقه الإسلامي مطالبة أي منهما، نجد النص القانوني المصري يعلق مطالبة الكفيل على عدم وفاء المدين بالدين عند حلول أجل الاستحقاق، ما لم يكن هناك تضامن بين المدين والكفيل وفقاً لمقتضى القواعد

(1) أحمد بن محمد الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية بيروت، ج2، ص536.

(2) الجرجاني: التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 1403هـ-1983م، ج1، ص185.

(3) ابن قدامه المقدسي: المعني، مكتبة القاهرة، بدون رقم طبعة، 1388هـ، ج4، ص71/399.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية - بيروت، ط2، 1406هـ، 1986م، ج6، ص2.

العامّة للتضامن. وكذلك يختلفا في الطبيعة القانونية للكفالة ففي حين يصرح النص القانوني بأن الكفالة عقد، نجد الفقه الإسلامي يعتبرها تصرفا بإرادة منفردة، كما سيأتي لاحقا.

ثالثا:- تعريف الكفالة في القانون الروماني: يمكن رد تعريف القانون الروماني للكفالة إلى ما ورد بمدونة جستنيان حول الكفالة باعتبارها: "جعل أشخاص آخرين يتعهدون مع الواعد، زيادة في تأمين الدائنين على حقوقهم، ويطلق على أولئك الأشخاص اسم الكفلاء"⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للكفالة

في الفقه الإسلامي و القانون الروماني

يثير الحديث عن الطبيعة القانونية للكفالة عدد من تساؤلات أهمها؛ هل الكفالة تصرف قانوني بإرادة منفردة تصدر عن الكفيل، أم انها عقد بين الكفيل والدائن، و نتناول الاجابة عن هذا السؤال من خلال بيان موقف القانون الروماني، والفقه الإسلامي من طبيعة الكفالة. حيث يختلف الفقه الإسلامي في تحديد طبيعة الكفالة عن الفقه القانوني ومنه القانون الروماني، فجمهور الفقه الإسلامي يرى أن الكفالة تصرف قانوني بإرادة منفردة، ولا يلزم رضا الدائن لانعقاد الكفالة ووجودها. في حين يرى الفقه القانوني ومنه القانون الروماني؛ أن الكفالة عقد ثنائي بين الكفيل والدائن، ولذا يلزم رضا الدائن لانعقاد الكفالة ووجودها⁽²⁾، ولعل يرجع السبب في هذا الاختلاف إلى اختلاف الجانبين حول مدى الاعتداد بالإرادة المنفردة في انشاء التصرف القانوني⁽³⁾.

أولا: الطبيعة القانونية للكفالة في الفقه الإسلامي: تقرر المادة (621) من مجلة الأحكام العدلية طبيعة الكفالة باعتبارها تصرف قانوني بإرادة منفردة إذ ورد بها: "تتعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل فقط، ولكنها لم تتجاهل إرادة المكفول - كما فعل القانون المدني المصري المعاصر- بل منحتة حق رد الكفالة فذكرت بنفس المادة:" ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك، وتبقى الكفالة ما لم يرددها المكفول له...".

(1) مدونة جستنيان (3- 20- فاتحة).

(2) تنص المادة (772) من القانون المدني المصري على أن الكفالة: "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه". كما تقرر المادة (775) أن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة إذ ورد بها: "تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجاوز أيضاً رغم معارضته".

(3) الإرادة المنفردة يقصد بها التعهد المنفرد الذي يترتب عليه التزام المتعهد دون حاجة إلى أن يقبل هذا التعهد من شخص آخر، أو أن ترتبط إرادته بإرادة شخص آخر، والفقه الإسلامي يعتد بالإرادة المنفردة كسبب لإنشاء التصرف، وكسبب لترتيب الآثار القانونية. كتقرير الملكية في الوصية، واسقاط الحق الشخصي بالإبراء، وإجازة العقد القابل للإبطال، وتقرير الوقف والجعالة... الخ. راجع. الشيخ محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ص216. أما موقف الفقه القانوني من مدى قدره الإرادة المنفردة على انشاء التصرف القانوني فينقسم إلى اتجاهين، الاتجاه الأول يقول بقدره الإرادة المنفردة على انشاء التصرف القانوني بشكل استثنائي كما في الوعد بجائزة للجمهور، وهو اتجاه عرضه الفقه الألماني وأخذ به القانون الألماني ومعظم التشريعات العربية، ومنها القانون المصري، أما الاتجاه الثاني فيقول بعدم قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء التصرف القانوني، ويعتبر أن الالتزام بالإرادة المنفردة من صور الالتزامات التي مصدرها القانون، وهذا الرأي قال به الفقه الفرنسي ويذهب السنهوري، في الوسيط، فقرة 908، إلى مثل هذا. أما القانون الروماني فموقفه من الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام فقد عرف صورا استثنائية للالتزام بالإرادة المنفردة في الاحوال التي استلزم ذلك فيها أو في ضوء بعض الحاجات العملية كما في حالة النذر للالهة أو التبرع للمدن. د. جميل الشراوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول- مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ص455 وما بعدها. د. عبد المنعم فرج الصده: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992م، ص450 وما بعدها.

ويمثل هذا النص رأي جمهور الفقهاء في الفقه الإسلامي (المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأبو يوسف من الحنفية)، إذ يقرر أن الكفالة تنعقد بإرادة الكفيل وحده، دون اشتراط رضا الدائن المكفول له. أي انها تنعقد بإيجاب الكفيل دون حاجة إلى قبول من المكفول له، ولكنها تترد برده كما في الإبراء و الوصية، إذ يحق للمكفول له رفض الكفالة فتزول بعد نشأتها بموجب هذا الرفض. فجاء في المغني لابن قدامة: "ولا بد في الضمان من ضامن، ومضمون عنه، ومضمون له. ولا بد من رضى الضامن، فإن أكره على الضمان لم يصح، ولا يعتبر رضى المضمون عنه، ولا نعلم فيه خلافاً. لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح، فكذلك إذا ضمن عنه. ولا يعتبر رضى المضمون له"⁽¹⁾

أما الرأي الثاني في الفقه الإسلامي ويمثله الفقه الحنفي(الإمام أبي حنيفة، ومحمد الشيباني): فيرى أن الكفالة عقد ثنائي لا ينعقد إلا بإيجاب من الكفيل، وقبول من الدائن طالب الكفالة، وبدون هذا التراضي لا ينعقد العقد، إذ يعد ركنا أساسيا في العقد. فورد ببداية الصنائع: " أما الركن فهو الإيجاب والقبول، الإيجاب من الكفيل، والقبول من الطالب. وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقول أبي يوسف الآخر، وفي قوله الأول الركن هو إيجاب فحسب (فأما) القبول فليس بركن"⁽²⁾.

ثانيا: الطبيعة القانونية للكفالة في القانون الروماني: الكفالة في القانون الروماني عقد يبرم بين الكفيل والدائن، بموجب اشتراط شفوي⁽³⁾، وهذه الطبيعة قد اكدتها مصادر القانون الروماني المختلفة، ومن النصوص التي تؤكد على هذه الطبيعة؛ النص الوارد بموسوعة جستنيان والذي يعكس أن الكفالة تنعقد باشتراط شفوي، أو بالاستيعاد بين الدائن والكفيل دون تدخل لإرادة المدين. فيقرر النص:

(Where anyone stipulates with a surety as follows, "Do you promise to be responsible for what I shall lend to Titus?...")⁽⁴⁾.

الفرع الثالث

خصائص الكفالة

في الفقه الإسلامي و القانون الروماني

لعقد الكفالة في القانون الروماني والفقه الإسلامي جملة من الخصائص المميزة له نعرضها تباعا فيما يلي:

أولاً: الكفالة عقد تابع: 1- فحوى التبعية: ترتب الكفالة التزاما شخصيا في ذمة الكفيل، هذا الالتزام هو التزام تابع للالتزام المدين الأصلي. فالكفيل لا يلتزم التزاما أصليا بالوفاء بالدين

(1) ابن قدامة: المرجع السابق، ج4، ص400،

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج6، ص2.

(3) عقد الاشتراط الشفوي أو التعهد الرسمي "stipulatio": هو عبارة عن تعهد، أو وعد تعاقدى يتم في صورة سؤال (الإيجاب)، بصيغة مقررة (هل تعد، أو هل تعطي)، وجواب (القبول) في صيغة مقررة أيضا (نعم اعد، أو نعم اعطي). أما السؤال فيصدر عن طالب التعهد الذي يريد أن يعده الطرف الآخر بشيء ما، ويجب المتعهد وهو الشخص الذي يتعهد بشيء ما، ويعتبر الاشتراط الشفوي أحد مصادر الالتزام في القانون الروماني، وإن كان لا يرتب التزاما إلا في ذمة طرف واحد فقط وهو المتعهد أو الواعد، إذ لا يعد طالب التعهد بشيء. د. عبد المجيد الحفناوي: تاريخ القانون مع دراسات في نظرية الحق والقانون في القانون الروماني، بدون ناشر، بدون تاريخ، ص127.

(4) Digest: (46-4-13-9).⁽⁴⁾

الأصلي، وإلا أصبح مدينا أصليا. ومن هذا الجانب يختلف الكفيل - حتى وإن كان متضامنا مع المدين- عن المدين المتضامن مع المدين الأصلي، الذي يلتزم التزاما أصليا بدفع الدين الأصلي. وهذه التبعية بين التزم الكفيل والالتزام المدين الأصلي قد أقرها الفقه الإسلامي، فقد ورد بكشاف القناع للبهوتي: "وإن زال العقد بأن انفسخ البيع الذي ضمن فيه الثمن، أو انفسخت الإجارة وقد ضمن الأجرة، برئ الضامن بغير خلاف نعلمه؛ لأنه تبع له"⁽¹⁾.

وهذه التبعية بين الكفالة والدين الأصلي لا تتنافى مع ما يقره الفقه الإسلامي - وفقا لرأي الجمهور- من حق الدائن في الرجوع على الكفيل، دون أن يكون للكفيل الحق في دفع مطالبته بوجوب الرجوع على المدين أولا، فذلك الحكم - الذي يتفق مع القانون في حالة تضامن الكفيل مع المدين الأصلي- لا ينفي ولا ينال من تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين الأصلي، لأن الكفيل حتى في حالة التضامن، يظل محتفظا بصفته كفيلا، ولا يعتبر مدينا أصليا.

وهذه الخاصية للكفالة قد عبرت عنها مدونة جستنيان إذ ورد بها: "تعهدات الكفلاء لا يجوز أن ترتب عليهم التزاما أكثر مؤنة من التزام مكفولهم؛ لأن التزامهم ليس إلا فرعا عن الالتزام الأصلي وتابعا له، ولا يمكن أن يتحمل الفرع التابع من المؤنة أزيد مما يتحملة الأصل المتبوع"⁽²⁾. فالنص يؤكد على أن علاقة التزام الكفيل بالتزام المكفول، أو المدين الأصلي هي علاقة الفرع بالأصل، وأن التزام الأول تابع لالتزام الثاني.

2- صور التبعية: وهذه التبعية بين التزام الكفيل والتزام المدين الأصلي، تتعدد صورها فتشمل التبعية في قيمة الالتزام، والتبعية في وقت الوفاء، والتبعية في الانقضاء أو الزوال.

أ- تبعية الكفالة للالتزام الأصلي من حيث قيمة الالتزام: و يترتب على هذه الصورة من التبعية ضرورة ألا يتحمل الكفيل التزامات تزيد على التزامات المدين الأصلي في القيمة. وقد قرر هذا المعنى بمدونة جستنيان؛ فبعد أن أكدت على أن تعهدات الكفلاء لا يجوز أن ترتب عليهم التزاما أكثر مؤنة من التزام مكفولهم ذكرت: "ولكن على عكس هذا يجوز لهم أن يتعهدوا على وجه يكون به التزامهم أقل مؤنة وإرهاقا، فإذا كان المدين وعد بعشرة دنانير مثلا، فللكفيل أن يتعهد بخمسة فقط، وعكس هذا لا يصح"⁽³⁾. فالقاعدة أنه لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من الدين⁽⁴⁾.

ب- تبعية الكفالة للالتزام الأصلي من حيث وقت الوفاء: كما تظهر علاقة التبعية بين الكفالة والدين الأصلي من حيث وقت الوفاء؛ فلا يجوز أن يكون تاريخ التزام الكفيل سابق على تاريخ التزام المدين الأصلي بسبب ما حصل عليه المدين من نظرة ميسرة - أجل إضافي- قضائية أو اتفاقية، وفي هذه الحالة يؤجل موعد التزام الكفيل ليتطابق مع موعد التزام المدين، إذ لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من الدين، فقد جاء في المغني لابن قدامة: "وإن كان الدين مؤجلا فضمنه حالا، لم يصر حالا، ولا يلزمه أداءه قبل أجله؛ لأن الضامن فرع للمضمون عنه، فلا يلزمه ما لا يلزم المضمون عنه، ولأن المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين، لم يلزمه تعجيله، فبأن لا يلزم الضامن أولى، ولأن الضمان التزام دين في الذمة، فلا يجوز أن يلتزم ما لا يلزم المضمون عنه"⁽⁵⁾. كما ورد بمجلة الأحكام العدلية بالمادة 655: "لو

(1) البهوتي: كشاف القناع على متن الاقناع، دار الكتب العلمية، ج3، ص364.

(2) مدونة جستنيان (3-20-5).

(3) المرجع السابق، نفس الموضوع.

(4) نفس المعنى أكدته المادة (780) من التقنين المدني المعاصر إذ تضمنت: "1- لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول. 2- ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون".

(5) ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، فصل ضمن الدين الحال مؤجلا، ج4، ص407.

أجل الدائن دينه في حق الأصيل، يكون مؤجلاً في حق الكفيل، وكفيل الكفيل أيضاً. والتأجيل في حق الكفيل الأول، تأجيل في حق الكفيل الثاني أيضاً".

وذاًت المعنى قد أكدته مصادر القانون الروماني، إذ ورد بها: "أن الأكثر، والأقل ليس مقومين من حيث الكم فقط، بل ومن حيث الزمن أيضاً، فإن الشيء تعطيه في الحال أزيد مؤنة وإرهاقاً من الشيء نفسه تعطيه مهادنة بعد فترة من الزمان"⁽¹⁾.

ج- تبعية الكفالة للالتزام الأصلي من حيث أوصاف الالتزام: كما من مقتضى قاعدة أنه لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من الدين الأصلي، جواز نشأة الكفالة معلقة على شرط رغم أن التزام المدين الأصلي قد جاء مطلقاً خالياً من القيود أو الأوصاف، ولكن لا يصح العكس. وهذا المعنى عبرت عنه مدونة جستنيان إذ جاء النص بها: "إن وعد المدين إذا كان مطلقاً خالياً عن القيود، فوعد الكفيل يجوز أن يكون معلقاً على شرط. والعكس لا يصح؛ لأن الأكثر والأقل ليس مقومين من حيث الكم فقط، بل ومن حيث الزمن أيضاً. فإن الشيء تعطيه في الحال أزيد مؤنة وإرهاقاً من الشيء نفسه تعطيه مهادنة بعد فترة من الزمان"⁽²⁾.

د- تبعية الكفالة للالتزام الأصلي من حيث الانقضاء: وكذلك تظهر التبعية في جانب الانقضاء إذ القاعدة الفقهية المعروفة لدى الفقه الإسلامي والفقه الروماني: إذا سقط الأصل سقط الفرع⁽³⁾ كما وردت هذه القاعدة بعبارات مختلفة منها: (يسقط الفرع إذا سقط الأصل)، ومن هذا القبيل أيضاً (التابع يسقط بسقوط المتبوع)⁽⁴⁾. ويفهم من هذه القاعدة أنه بسقوط المتبوع يسقط التابع، أو بسقوط الأصل يسقط الفرع، أما إذا سقط الفرع أو سقط التابع، فلا يسقط المتبوع. كما عرف فقهاء القانون الروماني صياغة لذات القاعدة فورد عنهم: "ما التحق بالأصل تبعه- أو- التابع تابع"، "ما التحق بالأصل سقط بسقوطه"⁽⁵⁾. مثال ذلك: لو أبرأ الدائن المدين من الدين فكما أنه يبرأ المدين يبرأ منه الكفيل أيضاً؛ لأن المدين في الدين أصل والكفيل فرع فيسقطه عن الأصل يسقط عن الفرع تبعاً، أما لو عكست القضية وكان الكفيل هو المبرأ من قبل الدائن، فلا يسقط الدين عن المدين بسقوطه عن الكفيل؛ لأن سقوط الدين عن الفرع لا يوجب سقوطه عن الأصل. على أنه قد يجوز أن يثبت الفرع دون أن يثبت الأصل ومثال ذلك: لو ادعى شخص على اثنين بأن أحدهما استدان منه ألف جنية والثاني كفله في ذلك المبلغ، فأنكر المدين الدين، والمدعي عاجز عن إثبات مدعاه إلا أن الكفيل أقر بالكفالة فيحكم على الكفيل الذي هو الفرع بمقتضى اعترافه بالدين دون الأصيل الذي هو الأصل⁽⁶⁾. وقد عبر عن ذلك المعنى كلا من المادة (661) والمادة (662) من مجلة الأحكام العدلية، إذ جاء بالأولى: "لا تلزم براءة الأصيل براءة الكفيل"، وورد بالثانية: "براءة الأصيل توجب براءة الكفيل".

(1) مدونة جستنيان (3- 20- 5) - جايوس (3- 115).

(2) مدونة جستنيان (3- 20- 5).

(3) للقاعدة تطبيقات عديدة في القانون المعاصر؛ في غير باب الكفالة؛ ففي أحكام الرهن ينقضي الرهن بانقضاء السبب المنشأ له، أو بانقضاء الحق الذي قام تابعا وضامنا له، فإذا قام المدين بالوفاء بالدين، أو حصل على إعفاء من الدين، فينقضي تبعاً لذلك حق الرهن لزوال سبب وجوده، كما ينقضي ببطان التصرف المنشئ لحق الدائنية المضمون بالرهن. وما ينطبق على الرهن ينطبق على باقي الحقوق العينية التبعية؛ كحق الاختصاص وحق الامتياز. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الثانية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998م، الجزء العاشر، ص742.

(4) الحموي: غمز العيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (لأبن نجيم)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1405هـ - 1985م، ج، ص363-364.

(5) عبد العزيز فهمي: مدونة جستنيان في الفقه الروماني، عالم الكتب - بيروت، بدون تاريخ، الملحق الثاني، أصول فقهيه عامة، ص365-370.

(6) علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1991م، ج1، ص53-54.

كما ورد بمصادر القانون الروماني تطبيقات فقهيته لهذه القاعدة في باب الكفالة من أهمها: ما ورد بكتاب الموسوعة (Digest) لجستينيان:

"Where two parties became sureties for a debtor for ten aurei, and the debtor afterwards paid three, and then each of the sureties paid five, it was decided that he who paid last can bring suit for the recovery of three aurei; and this is reasonable, because after three had been paid by the debtor, seven remained due, and when these were paid, three were paid which were not due"⁽¹⁾.

وهذا النص يفيد أن التزام الكفيل فرع تابع لالتزام الأصيل، فما يسقط عن الالتزام الأصيل يسقط عن الكفيل، فذكر النص أنه إذا قام المدين بالوفاء بثلاثة دنانير من الدين الذي يشتمل على عشر دنانير، ثم قام الكفلاء بدفع الدنانير العشرة للدائن، فللمدين الحق أن يحرك دعوى- لاسترداد غير المستحق⁽²⁾- على الدائن لاسترداد الثلاث دنانير الزائدة التي حصل عليها من الكفلاء، والتي سقطت عنهم بسبق وفاء المدين لها.

كما جاء نفس المعنى في موضع آخر من نفس الكتاب لجستينيان عند سرده لأقوال الفقيه (Ulpianus) في هذا الباب حيث قرر:

"Where sureties, who were not aware that their debtor had made payment, or had been released by means of a receipt, or under an agreement, have again paid the claim due from the debtor, they will not be liable to an action on mandate..."⁽³⁾.

أي إذا قام الكفلاء- الذين لم يكونوا على علم بأن مدينهم قد سقط عنه الدين إما بسداده أو بإبراء - بدفع المستحقات المالية المستحقة على المدين للمرة الثانية، فإنهم يسقط عنهم المسؤولية المترتبة عن الكفالة، ويكون لهم حق استرداد ما دفعوه في ظل جهلهم هذا. إذ أن مسؤوليتهم تسقط بسقوط التزام مدينهم، أو بتوفير ضمان آخر لدائنيه.

كما من تطبيقات تبعية الكفالة للدين الأصلي في القانون الروماني ما ورد بموسوعة جستينيان عن الفقيه "لابيو": أن بطلان الدين الأصلي لعيب لحق إرادة المدين، يترتب عليه انقضاء الكفالة بالتبعية- حيث تبعية الفرع للأصل- أما بطلان الكفالة لعيب في إرادة الكفيل، فلا يترتب عليه انقضاء الدين الأصلي⁽⁴⁾.

ويمكننا رد الأحكام المرتبطة بتبعية الكفالة للدين الأصلي من حيث الانقضاء في القانون الروماني إلى الالتزام الناشئ عن دفع غير المستحق، أو نظرية الإثراء بلا سبب، وهو التزام من الالتزامات الناشئة عن أشباه العقود باعتباره مصدرا من مصادر الالتزام في القانون الروماني. ويعتمد هذا التزام في إرسائه؛ على مبدأ العدالة الذي يقضي بأن لا يثرى أحد على حساب الغير⁽⁵⁾. وينشأ هذا الالتزام من استلام شخص لشيء، أو قبضه مبلغا دفع له على سبيل

⁽¹⁾ Digest(12-6-25).

⁽²⁾ د. عبد السلام ترماني: المرجع السابق، ص 231.

⁽³⁾ Digest:(17-1-8-7)

⁽⁴⁾ Digest:(4-2-14-6)"Labeo says that where anyone has been made a debtor through intimidation, and gave a surety who was willing, both the debtor and the surety will be released; but if the surety alone was intimidated, and not the principal debtor, only the surety will be released".

⁽⁵⁾ GIRARD(P): Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1924, septième édition, p.641.

الغلط، ويكون الالتزام بالرد كأنه ناشئ عن عقد، أما إذا كان الدافع يعلم أنه يدفع شيئاً غير مستحق عليه، عد متبرعا بما دفعه، ولا يستفاد من دعوى استرداد غير المستحق⁽¹⁾.

ثانياً: الرضائية والشكلية في عقد الكفالة: السائد لدى الفقه القانوني المعاصر أن الكفالة عقد رضائي؛ أي تتعقد بمجرد التراضي بين الكفيل والدائن، وأن التراضي وحده - مع توافر الأركان والشروط الأخرى- كاف لانعقاد الكفالة بدون أية شكلية أخرى، كالكتابة العرفية، أو الرسمية، وأما عن اشتراط القانون المدني المصري المعاصر كتابة عقد الكفالة، فذلك لإثبات الكفالة أمام القضاء، وليس كشرط انعقاد⁽²⁾.

وفي الفقه الإسلامي فإن الأصل في المعاملات الرضائية⁽³⁾. وقد تجلت رضائية الكفالة في نص المادة (621) من مجلة الأحكام العدلية، إذ قررت أن الكفالة تتعقد بمجرد إيجاب الكفيل - باعتبارها تصرف ينشأ بالإرادة المنفردة - دون اشتراط رسمية معينة. فورد بها: "تتعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل فقط...". كما انها احوالت للعرف القولي في تحديد ما يستعمل من ألفاظ تعبر عن اتجاه إرادة الكفيل في تحمل الالتزامات المترتبة على كفالته. حيث ورد بالمادة (622) من المجلة: "إيجاب الكفيل أي ألفاظ الكفالة هي الكلمات التي تدل على التعهد، والالتزام في العرف والعادة. مثلاً لو قال كفلت أو أنا كفيل أو ضامن تتعقد الكفالة".

أما في القانون الروماني - حيث الطابع الشكلي للعقود هو الغالب⁽⁴⁾ - فقد ورد بمدونة جستنيان ما يعبر عن شكلية الكفالة كاشتراط صيغ محددة لانعقادها، واشتراط الكتابة لإثباتها. إذ

(1) عبد العزيز فهمي: ترجمة مدونة جستنيان المرجع السابق، ص239، مدونة جستنيان (3-27-6)، د. عبد السلام ترماني: المرجع السابق، ص231.

(2) المادة 773/ مدني مصري. "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبيئة".

(3) ومما عبر على ذلك المعنى ما ورد عن الفقه الإسلامي - حول صفة العقود وكيفية انعقادها- من قاعدة مؤداها أن العقود تصح بكل ما دل على مقصدها من قول أو فعل، فأى لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصدهما انعقد به العقد، وهذا عام في جميع العقود، ذلك إن الشارع لم يجد في ألفاظ العقود حداً، بل ذكرها مطلقة فكما تتعقد العقود بما يدل عليها من الألفاظ الفارسية والرومية وغيرهما من الألسن العجمية، فهي تتعقد بما يدل عليها من الألفاظ العربية، ولهذا وقع الطلاق والعناق بكل لفظ يدل عليه، وكذلك البيع وغيره. ومما يدل على ذلك قول الله تعالى: "إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ" (سورة النساء: الآية 29). وقوله تعالى: "فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا" (سورة النساء: من الآية 4). فالآية الأولى جاءت في جنس المعاوزات وهي البيع، وقد اكتفى الله تعالى فيها بالتراضي، والآية الثانية من جنس التبرعات، وقد اكتفى الله تعالى فيها بطيب النفس في التبرع، وتلك الأيتان لم تشترطا لفظاً معيناً، أو فعلاً يدل على التراضي، ومعلوم من عادات الناس أنهم يُعلمون التراضي، وطيب النفس بطرق متعددة. مجموع فتاوى ابن تيمية، طبعة الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1425هـ/2004م، فصل فيما قالوا بالإجارة على خلاف القياس، ، المجلد20، ص 533. المجلد29، ص14-15. ومضمون الفتوى السابقة أن العقود تصح من المتعاقدين بكل قول أو فعل دال على مقصدهما، دون أن يشترط في العقد صيغة معينة من إيجاب أو قبول، بل مرجع ذلك إلى ما اعتاد الناس في معاملاتهم، وبذلك فكل لفظ أو فعل رآه الناس لإبرام العقد صح ذلك منهم. فيتعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال، وليس لذلك حد مستمر لا في الشرع، ولا في اللغة. إبراهيم على أحمد محمد الشال: القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في المعاملات المالية، رسالة ماجستير مطبوعة، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، 1422هـ-2002م، ص101. هذا المعنى تؤكد المادة الثالثة من مجلة الأحكام العدلية إذ تقرر أن "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني...".

(4) ساد مبدأ الشكلية معظم عصور القانون الروماني، وقد بلغ أشده خلال عصر القانون القديم، ودلائل ذلك أن التصرف القانوني خلال ذلك العصر كان لا ينشأ إلا إذا حدث التعبير عن الإرادة طبقاً للشكل أو الصور التي حددها القانون. كما كانت آثار التصرف القانوني لا تتولد عن الإرادة بل عن تمام الإجراءات الشكلية التي رسمها القانون حتى وإن كانت الإرادة معينة. انعقد إجماع الشراح على أن القانون الروماني كان يعتبر الشكلية هي الأصل العام، ولا يعترف بمبدأ سلطان الإرادة إلا على سبيل الاستثناء. بل إن القانون الروماني لم يعرف مبدأ الرضائية أبداً خلال العصر القديم من عصوره، إذ كان لا يترتب عن الإرادة أي أثر قانوني إلا إذ روعيت الإجراءات الشكلية التي حددها القانون كالقيام بطقوس معينة، أو التلفظ بألفاظ محددة، وكان أي خطأ في هذه

صحيحاً. فمن كتب أنه نصب نفسه كفيلاً، فجميع الصيغ القولية الارتسامية الخاصة بالكفالة يجب اعتبار أنها قد تمت، وألا يكون في هذا الاعتبار أي تردد" (2).

المطلب الثاني

محل الكفالة

في الفقه الإسلامي و القانون الروماني

الكفالة في القانون الروماني - كما بينا من قبل- عقد بين الكفيل والدائن، بمقتضاه يلتزم الكفيل الوفاء بدين المدين الأصلي، إذا لم يقم المدين الأصلي بالوفاء عند حلول أجل الدين، وفي الفقه الإسلامي - وفقاً رأي جمهور الفقهاء كما بينا من قبل- تصرف بإرادة منفردة من قبل الكفيل، يترتب عنه ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصلي في التزام الحق. فمحل التزام الكفيل هو محل التزام المدين الأصلي، أو ما يتعهد الكفيل بالوفاء به إذا لم يقم المدين المكفول بذلك. ويشترط في محل الكفالة ما يشترط في محل العقود من مشروعية، وتعيين، ووجود أو إمكانية الوجود.

كما تقسم الكفالة في الفقه الإسلامي من حيث محلها إلى كفالة مال أو دين، وكفالة نفس أو بدن لضمان إحضار المدين، أو المسؤول عن الالتزام إلى مجلس القضاء، وقد تناول الفقه الإسلامي أحكام هاتين النوعين بصورة مفصلة (3)، أما عن القانون الروماني فقد عرف كفالة البدن بجانب كفالة الدين، حيث كان الكفلاء يكفلون حضور المدعي عليه في مختلف الدعاوى أمام القضاء (4) فكانت الكفالة لديهم كفالة مال أو غرم وأداء، وكذلك كفالة نفس أو إحضار. كما كانت كفالة البدن هي الأساس خلال الفترة التي ساد فيها مبدأ التنفيذ على شخص المدين (5).

وترتكز الدراسة في هذا المطلب على بيان موقف الفقه الإسلامي، والقانون الروماني من كفالة الدين المستقبل، وكذلك موقفهما من الكفالة التي محلها التزام طبيعي، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

(1) المشاركة Stipulation: أو الاستيعاد (أي الإيجاب والقبول) وهو طلب الشخص من غيره أن يعده بأداء شيء، أو بفعل شيء، أو بالكف عن فعل شيء. عبد العزيز فهمي: المرجع السابق، هامش (1) ص 206. والأصل اللاتيني للمصطلح (stipulatio) وهو مشتق من كلمة (stipulum) التي كانت تستعمل قديماً للدلالة على معنى (ferme) أي (متين)، وبذلك يكون المقصود من صيغة الوعد عند التعاقد؛ هو توثيق الرابطة بين الدائن والمدين وتمتينها. ثم أصبح للكلمة مدلول قانوني يقابله باللغة العربية وهي كلمة "استيعاد" أي طلب الوعد، وبمعنى آخر أن يطلب الدائن من المدين أن يعده بالقيام بعمل معين، كأن يرد إليه الشيء الذي قدمه إليه، أو المبلغ الذي أقرضه إياه، أو يقبل أن يكون كفيلاً لمدين آخر. وقد استعمل الفقه الإسلامي كلمة "إيجاب للدلالة على مفهوم الوعد من الدائن، وكلمة قبول للدلالة على مفهوم الوعد الذي يصدر عن المدين. د. عبد السلام ترماني: المرجع السابق، ص 203، هامش رقم (1). عبد العزيز فهمي: المرجع السابق، ص 206-207.

(2) مدونة جستنيان (3-20-8).

(3) ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، ج 4، ص 415، 416. الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 6، ص 7، 8.

(4) د. شفيق شحاته: المرجع السابق، ص 64.

(5) حيث تم إلغاء التنفيذ على شخص المدين بموجب قانون "بيتياليا"، ليصبح التنفيذ منحصراً في ذمة المدين، ويصير الالتزام علاقة قانونية يلتزم المدين به في ذمته وضميره، بعدما كان فيدا مادياً ينال من حريته. د. شفيق شحاته: المرجع السابق، ص 67.

الفرع الأول

كفالة الدين المستقبل

في الفقه الإسلامي و القانون الروماني

يشترط كل من الفقه الإسلامي والقانون الروماني في محل الالتزام أن يكون موجودا بالفعل وقت التعاقد، وذلك في الالتزامات التي محلها اشياء مادية أو معنوية، أما الالتزامات التي محلها قيام بعمل، أو توفير منافع، فدائما تكون معدومة وقت التعاقد، ولا توجد إلا بشكل تدريجي بعد إبرام العقد مثل عقد العمل. أما عن مدى جواز التعامل في شيء مستقبل، فنجد القانون الروماني قد أجاز من حيث الأصل التعامل في شيء ممكن الوجود في المستقبل، كما في بيع المحصولات المستقبلية، أو بيع بيت لم يبدأ بناؤه، إلا أنه استثنى بعض الصور أو الحالات لمخالفتها للنظام العام كالتعامل في التركة المستقبلية⁽¹⁾، أما في الفقه الإسلامي فالأصل عدم جواز التعامل في شيء مستقبل، سواء كان الشيء محتمل الوجود في المستقبل⁽²⁾، أو محقق الوجود⁽³⁾، باستثناء بعض الحالات منها السلم، والاستصناع. والعلة في المنع ليس التعامل في المعدوم، بل في انطواء التعامل على الغرر المتمثل في عدم القدرة على التسليم، وما يرتبه ذلك الأمر من منازعات في المستقبل⁽⁴⁾.

أما عن كفالة الدين المستقبلي فالتشريعات المدنية المعاصر تجيز كفالة الدين المستقبلي ما دام الدين محتمل الوجود وغير مستحيل، فرى في القانون المصري المادة 778 مدني تنص على ما يأتي:

"1- تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حدد مقدماً الدين المكفول ، كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي".

"2- على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبلي لم يعين مدة الكفالة . فإن له في أي وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ".

فالنص يقرر صحة كفالة الدين المستقبلي مدى توافر شرطين، الشرط الأول: يتصل بمقدار الدين المكفول، إذ يتطلب أن يكون المبلغ المضمون محدد القيمة، أو محدد له سقف معين. والشرط الثاني: يرتبط بمدة الكفالة إذ يجب - ما دام الدين المكفول لم ينشأ بعد- أن يحدد الكفيل مدة الكفالة⁽⁵⁾. أما عن موقف القانون الروماني والفقه الإسلامي فهو على الوجه التالي:

أولاً: كفالة الدين المستقبلي في الفقه الإسلامي: يذهب الفقه الإسلامي إلى جواز كفالة الدين وإن لم يكن واجبا، أو لازما وقت الكفالة، ما دام هذا الدين يؤول إلى اللزوم أو الوجوب. ودلالة ذلك الآية الكريمة: {وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بِعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ} [يوسف: 72]. حيث تدل الآية بمضمونها على جواز ضمان حمل بعير قبل وجوبه.

فورد بكتاب الشرح الكبير لابن قدامه: "ولا يعتبر كون الحق معلوما ولا واجبا إذا كان

(1) إلا أن جستنيان قد أباح هذا التصرف بشرط رضا المورث، د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص 359.

(2) من أمثلة ذلك بيع الثمر قبل بدو صلاحه، واللبن في الضرع.

(3) ومن أمثله ذلك بيع العصير في العنب، وبيع الزيت في ثمرة الزيتون.

(4) جاء في رسالة القياس لأبن تيمية: "... فليس في كتاب الله ولا سنة رسوله؛ بل ولا عن أحد من الصحابة أن يبيع المعدوم لا يجوز لا لفظ عام ولا معنى عام، وإنما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة كما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة، وليست العلة في المنع لا الوجود ولا العدم بل الذي ثبت في الصحيح {عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر} والغرر ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجودا أو معدوما، كالعبد الأبق، والبعير الشارد، ونحو ذلك مما قد لا يقدر على تسليمه بل قد يحصل وقد لا يحصل هو غرر لا يجوز بيعه... ابن تيمية: القياس في الشرع الإسلامي، المطبعة السلفية، القاهرة 1346هـ، ص 40.

(5) السنهوري: الوسيط - المرجع السابق، ج 10 ص 51.

مآله إلى الوجوب، فلو قال ضمننت لك ما على فلان، أو ما تداينه به صح، فيصح ضمان المجهول، فمتى قال أنا ضامن لك ما على فلان، أو ما تقوم به البينة، أو ما يقر به لك، صح الضمان، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك..... ولنا قول الله تعالى: {وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ} [يوسف: 72]. وحمل البعير غير معلوم لان حمل البعير مختلف باختلافه، وعموم قوله صلى الله عليه السلام "وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ"، ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة، فصح في المجهول كالنذر...⁽¹⁾.

وقد رتب الفقهاء على ذلك صحة كفالة نفقة الزوجة سواء كانت ماضية أو مستقبلية، لأن النفقة الماضية واجبة، والمستقبلية مآلها للوجوب. وكل حق واجب، أو يؤول للوجوب في المستقبل يجوز كفالته. ويؤكد ذلك ما ورد عن ابن قدامه ونصه: "ويصح الضمان في جميع الحقوق المالية الواجبة، والتي تؤول إلى الوجوب كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده، والأجرة، والمهر قبل الدخول وبعده، ولان هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع صحة ضمانها"⁽²⁾.

وكذلك قرر الفقه الإسلامي جواز ضمان أداء الجعل في الجعالة، أو أداء الجائزة في الوعد بجائزة، وذلك قبل القيام بالعمل المشروط لاستحقاقها، فقد ورد بالمعنى: "ويصح ضمان الجعل في الجعالة، وفي المسابقة والمناضلة.... ولأنه يؤول إلى اللزوم إذا عمل العمل، وإنما الذي لا يلزم العمل، والمال يلزم بوجوده، والضمان للمال دون العمل"⁽³⁾. كما أجاز الفقه كفالة أداء الثمن عند استحقاق المبيع، وهو ما يعرف في كتب الفقه بضمن الذرك⁽⁴⁾.

ثانيا: كفالة الدين المستقبل في القانون الروماني: يقرر القانون الروماني جواز كفالة الدين المستقبل، وذلك دون ذكر ضوابط أو شروط لصحة هذه الكفالة، إذ جاءت الإجازة مطلقة، فورد بمدونة جستنيان: "يجوز أن تكون الكفالة سابقة للالتزام الأصلي، أو لاحقة له"⁽⁵⁾. فالقانون الروماني أجاز كفالة الدين المستقبل من خلال إجازته لعقد الكفالة الناشئ لضمن التزام أصلي قبل نشوئه، ولا يعد ذلك تناقضا مع تبعية الكفالة للدين الأصلي، مادام أن مال هذا الدين إلى الوجود في المستقبل، وليس مستحيلا، وهذا ما يستتبط من أحكام الكفالة في القانون الروماني، دون وجود نص صريح بذلك.

الفرع الثاني

كفالة الالتزام الطبيعي⁽⁶⁾

في القانون الروماني والفقه الإسلامي

إن الحديث عن أحكام كفالة الالتزام الطبيعي في القانون الروماني والفقه الإسلامي، وحسن فهمها والإلمام بمبرراتها، يقتضي أن يسبقه الإلمام بماهية الالتزام الطبيعي لدى الجانبين،

(1) ابن قدامه (عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ت: 682هـ): الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، كتاب البيوع، باب الضمان، ج5، ص80.

(2) ابن قدامه: الشرح الكبير على متن المقنع، المرجع السابق، ج5، ص84.

(3) ابن قدامه: المغني، المرجع السابق، ج4، ص402.

(4) الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج6، ص8.

(5) مدونة جستنيان (3-20-3).

(6) ترجع نشأة فكرة الالتزام الطبيعي إلى عهد الرومان، إذ عرفوا عددا من الالتزامات الناقصة التي لا يحميها القانون مثل تخلف الشكل عند إبرام الالتزام، والعقود التي تبرمها الزوجة دون إذن زوجها، والتعهدات الصادرة عن كل من الرقيق والفاصر. ثم انتقلت فكرة القانون الطبيعي إلى القانون الكنسي المسيحي، ثم إلى القانون الفرنسي القديم على يد الفقيه المعروف "بوتيه"، الذي عرف الالتزام الطبيعي بأنه "ما يلزم به الإنسان أمام الضمير". راجع د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط، ج2، فقرة 392.

وذلك بعرض تعريفه، وبيان أصوله التاريخية، وأساسه القانوني والفقه، وتطبيقاته لدى الجانبين، وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول

ماهية الالتزام الطبيعي

في القانون الروماني والفقه الإسلامي

أولاً: التعريف بالالتزام الطبيعي: استقر الفقه القانوني على أن الالتزام الطبيعي هو التزام تخلف عنه عنصر المطالبة أو المسؤولية⁽¹⁾ - فلا يمكن إجبار المدين على الوفاء به - إلا أنه يحتفظ بعنصر المديونية الذي يجعل الوفاء به - عن بينه واختيار - وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة وليس تبرعاً، كما يمنع المطالبة باسترداد ما دفع بناء على دفع غير المستحق⁽²⁾. وعرف بأنه: "التزام قانوني يقع في مرحلة وسطى بين الالتزام الكامل أو المدني، والواجب الأخلاقي أو الأدبي"⁽³⁾.

ومن الممكن تصدير تعريف للالتزام الطبيعي لدى القانون الروماني في ضوء ما تضمنته مصادره في هذا الجانب ويتمثل هذا التعريف في أنه: "التزام لا تحميه دعوى تخول الدائن جبر المدين على الوفاء، ولكن يترتب به عدم جواز استرداد ما وفى به بدعوى الوفاء بغير المستحق"⁽⁴⁾.

أما الفقه الإسلامي فقد عرف التفرقة بين عنصر المديونية باعتباره واجب خلقى يلزم المدين بالوفاء، وعنصر المسؤولية الملزم للمدين بمعرفة القضاء إذا لم ينصاع للواجب الخلقى.

وترتب عن هذه التفرقة تقسيم الواجب أو الالتزام إلى الواجب ديانة، والواجب قضاء. لهذا لم يعرف الفقه الإسلامي مصطلح الالتزام الطبيعي المعروف لدى الفقه القانوني الوضعي، وإنما عرف مصطلح الواجب ديانة. ويمكن تعريفه بأنه: "التزام ملزماً أخلاقياً لا قضاء، باعتبار الاخلاق جزءاً من التشريع الإسلامي"⁽⁵⁾.

ثانياً: أصول الالتزام الطبيعي: تعد فكرة الالتزام الطبيعي جزءاً من تراث القانون الروماني، التي اعتنقها نتيجة لتأثره بالفلسفة الاغريقية، واتجاهه - عند تنظيم المعاملات - نحو التوفيق بين مقتضيات العدالة، واعتبارات الواقع العملي⁽⁶⁾. حيث انتقلت فكرة الالتزام الطبيعي عند الرومان من مجرد فكرة فلسفية تدعو إليها مبادئ العدالة وتتداولها كتابات الفيلسوف

(1) من المعروف أن الالتزام يحتوى على عنصرين مهمين عنصر المديونية وهو الواجب الملقى على عاتق المدين للوفاء بالتزامه، وعنصر المسؤولية وهو الذي يمكن الدائن من إجبار المدين على الوفاء بالتزامه إذا لم يؤده باختياره عن طريق الاستعانة بالسلطة العامة، وإن كلن يرجع للفقه الألماني فكرة تحليل الالتزام المدني إلى هذين العنصرين؛ المديونية والمسؤولية، إلا أن الفقهاء المسلمين كانوا الأسبق في ذلك منذ عدة قرون حيث أطلقوا على هذين العنصرين تسمية: المديونية والمطالبة. د. بلحاج العربي احكام الالتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية دار الثقافة للنشر 1436 هـ - 2015 م، ص35، بند 31.. مشيراً إلى د. عبد الرحمن السند: الحقوق والالتزامات ماليتها، ضوابط الاعتياض عنها وتطبيقاتها المعاصرة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 2009م، العدد82.

(2) راجع د. ثروت حبيب: الالتزام الطبيعي، حالاته وآثاره 1961م، فقرة 143 وما بعدها.

(3) د. جميل الشراوي: المرجع السابق، ص11.

(4) الموسوعة (4-16-1-46).

(5) محمد شتا أبو السعود: بحوث في الشريعة الإسلامية، القاهرة، 1994، ص105. اشار إليه د. فايز محمد حسين، الأصول التاريخية والفلسفية للالتزام الطبيعي، دار النهضة العربية، 2004م، ص72.

(6) د. محمود السقا: أثر الفلسفة في الفقه والقانون الروماني في العصر العلمي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 43، العدد الأول، مارس 1973م، ص237.

الروماني "سينيك" خلال النصف الثاني من القرن الأول الميلادي، إلى فكرة قانونية عملية نادى بها الفقيه الروماني "جولييانوس" مع بداية القرن الثاني الميلادي⁽¹⁾، وقرر - كما ورد عنه بالموسوعة لجستينيان- : "أن الالتزامات الطبيعية لا تحميها دعاوى، تخول الدائن جبر المدين على الوفاء، ولكن يترتب بها عدم جواز استرداد ما وفى به بدعوى الوفاء بغير المستحق"⁽²⁾.

حيث قسم الرومان الالتزامات من حيث الحماية إلى تقسيمات ثلاثة على النحو التالي⁽³⁾: 1- التزامات مدنية؛ وهي التي يحميها دعوى قضائية من دعاوى القانون المدني. 2- التزامات بريتورية؛ وهي التزامات ابتكرها البريتور أو الحاكم القضائي لمواكبة تطور المعاملات، أو للتخفيف من شكلية القانون الروماني وإعلاء اعتبارات العدالة. وهذه الالتزامات تم حمايتها بمقتضى دعاوى مخصوصة قررها البريتور وعرفت بالدعاوى الواقعية⁽⁴⁾، واستمر واستمر الأمر على ذلك إلى أن ضمت هذه الالتزامات إلى عداد الالتزامات المدنية.

3- التزامات طبيعية؛ وهي إن كانت التزامات صحيحة قانونياً، غير إنها غير محمية بدعوى أي لا يجبر المدين على الوفاء بها قضاء، إلا أن الوفاء بها اختياراً يعد وفاء صحيحاً، ولا يمكن استرداده. وهذا المعنى يتجلى فيما قرره القانون الروماني للدائن في الالتزام الطبيعي من حق الدفع بوجود الحق، إذا أراد المدين استرداد ما وفاه من التزاماته الطبيعية اختياراً.

أما عن أصل الالتزام الطبيعي (الواجب ديانة) في الفقه الإسلامي فيرجع إلى طبيعة الشريعة الإسلامية باعتبارها عقيدة وشريعة، وما يترتب عن ذلك من تلازم بين الدين، والأخلاق، والقانون. فكل نص شرعي يفرض على المسلم واجبا، أو التزاما، فإن الاخلاق تؤيده وتدعمه، فإن توارى إلزام النص لعدم اكتمال شروط تطبيقه على حالة ما، ظهر إلزام الأخلاق⁽⁵⁾.

ثالثاً: الأساس القانوني للالتزام الطبيعي⁽⁶⁾(1): يرجع الأساس القانوني لفكرة الالتزام الطبيعي عند الرومان؛ إلى حاجتهم لإيجاد مبرر لترتيب بعض الآثار القانونية عن

(1) د. صوفي أبو طالب: الوجيز في القانون الروماني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، 1965م، ص 6.

(2) الموسوعة (4-16-1-46).

(3) د. عبد المنعم بدر، ود. عبد المنعم البدر في القانون الروماني، ط1954م، ص11، د. صوفي أبو طالب: المرجع السابق، ص 4، هامش 1ص12. د. محمود السقا: دروس في فلسفة القانون الروماني، ط1980م، ص45.

- Giffard(A): droit romain et ancien droit francais, Paris, 1958, p.214. May(G): Eléments de droit romain, dix-huitième édition, 1932, p.421 et ss. Cuq(E): Manuel des institutions juridiques des romains, 1917, p. 360. Huvelin(p): cours elementaire de droit romain, T.2. les obligations, 1929. P. 256.

د. شفيق شحاته: المرجع السابق، ص70.

(4) الدعاوى الواقعية: "action in factum": هي الدعاوى التي قررها البريتور لحماية الاتفاقات المجردة أو الغير محمية قانوناً لخلوها من الشكلية التي يتطلبها القانون الروماني. راجع. د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص311-312. د. شفيق شحاته: المرجع السابق، ص271-272.

(5) محمد شتا أبو السعد: المرجع السابق، نفس الموضوع.

(6) يرد أساس الالتزام الطبيعي في الفقه المعاصر إلى نظريتين هما: النظرية التقليدية التي تربط الالتزام الطبيعي الطبيعي بالالتزام المدني: وذلك على اعتبار أن الالتزام الطبيعي ما هو إلا التزام مدني منحل قامت عقبة قانونية دون بقائه أو نشوئه، أو هو عبارة عن التزام مدني لم ينشأ لعدم استكمال اركانه أو شروط صحته كالتزام ناقص الأهلية، والالتزام الناشئ عن تصرف تخلف عنه الشكل القانوني المطلوب. فبطلان هذه الالتزام وإن كانت تحول دون نشأة الالتزام المدني، ولكن لا تحول دون نشأة التزام أخلاقي أو طبيعي في ذمة المدين. ولا شك أن الاخذ بهذا الأساس أو بهذه النظرية التقليدية من شأنه التضييق من نطاق الالتزام الطبيعي، أو من مجال تطبيقه. لنظرية الحديثة: والتي ترد الالتزام الطبيعي إلى فكرة الأخلاق، أو ما يعرف بالأساس الخلفي للالتزام الطبيعي إذ تقريره

بعض الالتزامات المجردة من الآثار وذلك لخلوها من الشروط التي اشترطها القانون الروماني لنشأة الالتزام المدني- في ضوء اعتبارات خاصة بالقانون الروماني وقتئذ⁽²⁾- كالتزامات الرقيق وابن الأسرة، فكانت فكرة الالتزام الطبيعي مخرجا لهذه الحالات لتجنب ضياع الحقوق، ومراعاة مقتضيات العدالة، وإزالة للآثار السلبية لهذه القواعد الرومانية. وقد تعددت تطبيقات فكرة الالتزام الطبيعي دون نظم نظرية عامة للالتزام الطبيعي، واستمر الأمر كذلك إلى أن أصبح للالتزام الطبيعي نظرية عامة في عصر جستنيان⁽³⁾.

ولا شك أن الأساس الأخلاقي للالتزام الطبيعي قد أكدته الشريعة الإسلامية التي تدعو إلى مكارم الأخلاق والوفاء بالعهد، وتقرر أن الحق لا يسقط بمرور الزمن ووجوب الوفاء بالالتزامات، والعهود والعقود مهما كان نوعها، وعدم العدول عنها دون مبرر جدي، أو مسوغ مشروع. يقول تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" سورة المائدة آية 1، ويقول تعالى "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا" سورة الإسراء آية 34.

فالالتزام إذ لم يستوفى الشروط القانونية التي تجعله يرقى إلى الحماية القانونية، فإنه يبقى قائما في ذمة المدين ديانة، فإن وفاه الأخير مختارا كان وفائه صحيحا شرعا، ولا يعد تبرعا، ولا دفعا لما لا يستحق، وبالتالي لا يجوز أن يسترد ما أداه. وما الاختلاف بين الفقه والقانون إلا اختلاف في المسميات، وكذلك في نطاق الإلزام، فبالنسبة للمسميات فالالتزام الطبيعي يقابله في الفقه الإسلامي الواجب ديانة. أما من حيث نطاق الإلزام؛ ففي القانون لا يوجد إي الزام للوفاء بالالتزام الطبيعي فهو من عداد الواجبات الأدبية والأخلاقية التي لا تصل إلى مرتبة قوة الإلزام، إذ لا يوجد أي الزام في الوفاء بها، أما في الفقه الإسلامي فنطاق الإلزام أقوى إذ الواجب الديني والرقابة الإلهية التي تجعل من الإنسان أكثر حرصا على الوفاء، والأداء رفعا للمسؤولية الدينية، ولتحرر من المظالم التي قد تلاحقه مغباتها في الدنيا والآخرة.

فيتصرف الإنسان في هذا الجانب من منطلق عقائدي وديني، وهو إرضاء لله سبحانه وتعالى. فيكون الضمير أكثر يقظة وحرصا على أداء الحقوق والوفاء بالالتزامات أيا ما كانت طبيعتها، لذا فالواجب ديانة (الالتزام الطبيعي) في الإسلام على اختلاف مصادره، له حماية أقوى، ودليل ذلك جواز تقرير كفالته حماية له وضمن للوفاء به، وليس لدوافع عملية كما في القانون الروماني كما سنرى لاحقا.

رابعا: تطبيقات الالتزام الطبيعي: للالتزام الطبيعي في القانون الروماني، وللواجب ديانة في الفقه الإسلامي جملة من التطبيقات نبرز بعضها فيما يلي:

يعتمد على اعتبارات أخلاقية مستقرة في الوعي الإنساني، والتي تقضي بوجوب الوفاء بالعهد، لذا تجعل من الوفاء به واجبا أخلاقيا وليس تبرعا. هذا الواجب الخلقي ارتقى قانونيا إلى حد من الوجوب جعل له بعض الآثار القانونية. وهذا الأساس يرد إلى الفقه الكنسي والفقيه الفرنسي بوتيه. د. بلحاج العربي: المرجع السابق، ص37،36.

وقد أخذت القوانين المدنية العربية بالأساس الأخلاقي للالتزام الطبيعي، واعتبرته الحد الفاصل بين الأخلاق والقانون، وتوسعت في تطبيقه، وحالاته وآثاره. فالالتزام الطبيعي يبقا قائما في ذمة المدين فإذا وفاه مختاره بدافع من ضميره اليقظ وأخلاقه السوية، كان وفاءه صحيحا ولا يعد تبرعا ولا دفعا لما لا يستحق. د. ثروت حبيب الالتزام الطبيعي فقره 143.

وبالتأمل في النظريتين التقليدية والأخلاقية، نجد الترابط بينهما فالنظرية التقليدية تعد حالة من حالات الالتزام الطبيعي، والنظرية الأخلاقية تمثل أساس الالتزام الطبيعي وعلته.

(1) لتفاصيل هذا الجانب راجع د. فايز محمد حسين: المرجع السابق، ص45 وما بعدها.
(2) من هذه الاعتبارات ما اشترطه القانون الروماني لتمتع الإنسان بأهلية الوجوب، أو الأهلية القانونية من توافر عناصر ثلاثة فيه وهي الحرية، والرعية الرومانية، والاستقلال العائلي. وبالتالي لا يتمتع بالأهلية القانونية كل من الرقيق، والأجنبي، والتابع لسلطة رب الأسرة. د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص356.
(3) د. صوفي أبو طالب: المرجع السابق ص6.

1- تطبيقات فكرة الالتزام الطبيعي لدى القانون الروماني⁽¹⁾:

أ- عقود الرقيق: الأصل في القانون الروماني أن الرقيق لا يتمتع بشخصية قانونية أي أنه غير أهل لتمتع بالحقوق، أو لتحمل الالتزامات. وبالتالي لا يحق له التعاقد باسمه سواء كان دائنا أو مدينا، إذ لا يترتب عن تصرفاته أي آثار قانونية، إلا أن الفقهاء – منذ القرن الثاني الميلادي- وتقديرا لاعتبارات العدالة قرروا أن العقود التي يكون الرقيق طرفا فيها لحساب نفسه، سواء كان دائنا أو مدينا، ويجريها أثناء الرق، سواء مع سيده أو مع الغير، تتولد عنها التزامات طبيعية بعد عتقه⁽²⁾.

ب - اقتراض ابن الأسرة للنقود: من حالات الالتزام الطبيعي التي عرفها القانون الروماني ما قرره الوصية المقدونية التي صدرت بين عامي 69-79م، من حظر اقراض الغير لابن الأسرة نقودا، وقررت أنه في حالة اقراض ابن الأسرة نقودا بالمخالفة لهذه الوصية، فلا بن الأسرة أن يدفع مطالبة الدائن بعدم جواز المطالبة، لكن إذا وفى الدين فلا يستطيع استرداد ما دفعه⁽³⁾.

ج- عقود ناقصي الأهلية: تعد التزامات المترتبة عن العقود التي يبرمها ناقص الأهلية دون الحصول على إذن الوصي نوع من الالتزامات الطبيعية في القانون الروماني⁽⁴⁾، كما ينطبق نفس الحكم على تصرفات من لم يبلغوا سن 25 سنة إذا حصلوا على أمر إعادة الشيء إلى أصله⁽⁵⁾.

د- العقود المبرمة بين أفراد الأسرة الواحدة: إذ يقرر القانون الروماني منذ بداية القرن الثاني الميلادي، أن العقود التي تبرم بين رب الأسرة وأحد أعضائها الخاضعين لسلطته، أو بين أعضاء الأسرة الواحدة من غير رب الأسرة كالأخوة مثلا ترتب التزامات طبيعية وليس مدنية⁽⁶⁾.

(1) المرجع السابق، ص7 وما بعدها.

(2) المرجع السابق، ص7. نظم جايوس: (3-119).

(3) الموسوعة: (14-6-7-16)، ورد بالترجمة الإنجليزية للنص.

" If, after he has become the head of a family, he pays part of the debt, the Decree of the Senate will not apply, and he cannot recover what he paid".

(4) الموسوعة: (44-7-59)، ورد بالترجمة الإنجليزية للنص.

"A ward, through borrowing money, does not render himself liable by natural law".

(5) المقصود بإعادة الشيء إلى أصله "Restito in integrum": هو دفع قرره البريتور لحماية من هم دون ال 25 عاما أو الفاصر عن 25 سنة، وخاصة ممن وصلوا سن البلوغ، ويفتقدوا إلى الخبرة اللازمة لحماية مصالحهم في ظل اتساع نطاق المعاملات التجارية في روما - وذلك قبل تقرير نظام القوامة لاختيارية ثم الإيجابية مع القرن الثاني الميلادي على من هم دون ال 25 عام- وبمقتضى هذا الدفع يستطيع من هو دون ال 25 عام تجنب الاستمرار في تنفيذ التزاماته المترتبة عن التصرف الذي أبرمه، وذلك بطلب فسخ التصرف واعتباره كأن لم يكن، عن طريق طلب إعادة الشيء إلى أصله. راجع: د. عبد المنعم بدر، د. عبد المنعم البدر اوي: المرجع السابق، ص233. د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص108.

-Girard(P), op. Cit., P.210 et ss.

(6) الموسوعة: (12-6-38) ورد بالترجمة الإنجليزية للنص:

"Where two brothers were under the control of the same party and one of them borrowed money from the other and paid it to him after the death of their father, the question arose can it be recovered by an action? The answer was that there was no doubt that suit might be brought for the amount of the share to which the heir was entitled to inherit from his father; but with reference to the share which his brother

س - واجبات اخلاقية تحولت إلى التزامات طبيعية: عرف المجتمع الروماني عدد من الواجبات الأخلاقية التي ارتقت إلى مرتبة الالتزامات الطبيعية، دون أن تصل إلى مصف الالتزامات المدنية، مع العلم أن عدد هذه الواجبات في القانون الروماني قليلة إذا ما قورنت بمثلتها في الشرائع الحديثة، وعلى الأخص الشريعة الإسلامية حيث الترابط بين القانون والأخلاق.

ومن أهم أمثلة هذه الواجبات أو الحالات ما قرر في العصر العلمي بالتزام المعتق التزاما طبيعيا بإداء بعض الخدمات لصالح سيده القديم، بالإضافة لبعض الحالات التي قررت منذ العصر البيزنطي - الذي شهد توسع في اطفاء صفة الالتزام الطبيعي على بعض الواجبات الخلقية- ويجمع بينها؛ مبدأ الاعتراف بالجميل، وتبادل المنافع والخدمات. كالزام من يحصل على هبة أو خدمة ما، بأداء هبة مقابلة، أو خدمة مماثلة⁽¹⁾.

2- تطبيقات الواجب ديانة في الفقه الإسلامي⁽²⁾: من أهم أمثلة الواجب ديانة في الفقه الإسلامي ما يلي:

أ- الالتزام بالنذور: النذر في الشريعة الإسلامية قرابة لله والوفاء به واجب لقوله تعالى "وليوفوا نذورهم.." ⁽³⁾، والراجح في الفقه الإسلامي⁽⁴⁾ أن النذر واجب ديانة، دون أن يلزم الناذر قضاء، إذ لا يترتب عن الناذر التزام قضائي ترفع به دعوى، وذلك إن كان النذر منجزا، ومقررا لشخص معين، أو لجماعة معينين، أو لمكان معين.

ب- دين الابن المستحق على الأب: إذ يرى فريق من الفقه الإسلامي⁽⁵⁾، بأن الأبن لا يجوز له مطالبة أبيه قضائيا بما له من دين مستحق عليه، استنادا إلى قول النبي ﷺ "أنت ومالك لأبيك"⁽⁶⁾، إلا أن هذا الدين يظل في ذمة الأب كواجب ديانة.

الفصل الثاني

حكم كفالة الالتزام الطبيعي

في القانون الروماني والفقه الإسلامي

أولاً: حكم كفالة الالتزام الطبيعي في القانون الروماني: أجاز القانون الروماني كفالة الالتزام الطبيعي، إذ يصير الكفيل ملتزما مدنيا بالالتزام الطبيعي الذي يكفله، بشرط علم الكفيل بأن الالتزام محل الكفالة هو التزام طبيعي⁽⁷⁾، وهذا المعنى قد تضمنته كل من نظم جايوس⁽⁸⁾،

(1) د. صوفي أبو طالب: المرجع السابق، ص 9. راجع: د. فايز محمد حسين: المرجع السابق، ص 31، ص 36، ص 259.

(2) راجع: د. فايز محمد حسين: المرجع السابق، ص 304 وما بعدها.

(3) سورة الحج، آية 29.

(4) الشيخ علي الخفيف: التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1430هـ- 2009م، ص 185.

(5) ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، فصل: وليس للولد مطالبة أبيه بدين عليه، ج 6، ص 63.

(6) الحديث: حدثنا نصر بن باب عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم يخاصم أباه فقال يا رسول الله إن هذا قد احتاج إلى مالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك. مسند الإمام أحمد، مسند عبد الله بن عمرو بن عاص رضي الله عنهما. حديث رقم 6608.

(7) د. صوفي أبو طالب: المرجع السابق، ص 11.

(8) نظم جايوس: (3: 119) ورد بالترجمة الإنجليزية للنص:

والموسوعة⁽¹⁾، ومدونة جستنيان، فوردمدونة جستنيان⁽²⁾: "يجوز انتصاب الكفلاء في جميع أصناف الالتزامات من وليدة الشيء⁽³⁾ وقولية⁽⁴⁾ وكتابية⁽¹⁾، ورضائية⁽²⁾. ولا عبرة بكون

"...A surety can enter into every kind of obligation, that is to say, whether it is contracted either by words, or by writing, or by consent, and it makes no difference whether the obligation be a civil or natural one..."

(1) الموسوعة: (3-16-1-46).

(2) المدونة: (1-20-3).

(3) الالتزامات وليدة الشيء (العقود العينية) "CONTRACTUS RE" هي الالتزامات التي تنشأ عما يعرف في الوقت المعاصر بالعقود العينية؛ وهي تلك العقود التي لا تتعقد إلا بتقديم أو تسليم شيء ما، وتمثلت هذه العقود في القانون الروماني في عدد من العقود وهي عقد القرض، وعقد الائتمان، وعقد العارية، وعقد الوديعة، وعقد الرهن. وقد أفردت مدونة جستنيان لهذا النوع من الالتزامات بابا خاصا وهو الباب الرابع عشر من الكتاب الثاني، ومن الالتزامات وليدة الشيء التي وردت به أ- عارية الاستهلاك: فجاء به: "ينعقد الالتزام وليد الشيء بتقديم شيء، كما في صورة عارية الاستهلاك، ومحل التقدمة في هذه العارية أشياء مما يوزن، أو يعد، أو يقاس، أو يكال، كالنبيذ والزيت والحنطة والنقود والنحاس والفضة؛ ونحن إذ نعطي هذه الأشياء بالعدد، والكيل، والوزن، فعلى نية أن تكون مملوكة لمن يقبضها، على أن يتعهد قابضها هذا بأن يرد لنا يوما ما، لا تلك الأشياء بعينها، بل أشياء أخرى من جنسها ووصفها.....". مدونة جستنيان (3-14-14- فاتحة).

ب- من أخذ شيئا لا يستحقه من شخص دفعه له غطاء، فقد ترتب عليه التزام وليد الشيء. وللدافع عليه دعوى شخصية *condictio* لاستعادة ما دفعه خطأ... ومن الواضح أن هذا الصنف من الالتزام ليس ناشئا عن عقد؛ لأن من يعطي بقصد إيفاء ما عليه فغرضه إنما هو قضاء التزام سابق لا إنشاء التزام جديد. مدونة جستنيان (3-14-1-1). ج- عارية الاستعمال: من أخذ شيئا بنية مجرد استعماله، أي من أخذه بصفة عارية استعمال، يترتب عليه التزام وليد الشيء، وتمكن مخصصته بدعوى عارية الاستعمال. ولكن حالة تختلف عن حال من أخذ عارية الاستهلاك اختلافا عظيما، فإن الشيء لم يعط له على سبيل التملك. ولذا فهو ملزم برد ذلك الشيء بعينه، وفوق هذا فإن الشيء المعطى بصفة عارية استهلاك، إذا هو هلك بأية حادثة فجائية كالحرق، والهدم، والغرق، وهجمات اللصوص ومغازي الأعداء، فإن هلاكه يكون على مستعيره، (أي أن يده على الشيء يد ضمان وليس يد أمانة)، ولا تأثير لشيء من هذا على التزامه. أما من أخذ شيئا عارية للاستعمال فلا ريب أن من واجبه المحافظة عليه بكامل العناية والتيقظ، وأنه لا ينفعه أن يأتي من العناية في المحافظة عليه مثل ما يأتيه عادة من العناية في المحافظة على أشياءه الخاصة، بل هذا لا يجزئ ولا يخليه من المسؤولية متى كانت سلامة الشيء ممكنا تحققها لو أنه كان في يد شخص آخر أشد تيقظا واعتناء. لكن مع هذا كله فإن المستعير المذكور لا يسأل عن هلاك الشيء بقوة قاهرة أو بحادثة فجائية. وإنما يشترط ألا يكون له يد في أيتهما (أي أنه يده على الشيء يد أمانة، وليس يد ضمان). مدونة جستنيان (3-14-2).

ج- الوديعة: فمن أودع عنده شيء فهو مسؤول بالتزام وليد الشيء.... وعليه رد الشيء بعينه. لكنه لا يسأل إلا عن فعله القسدي الضار لا عن مجرد خطئه. أي تراخيه أو إهماله. بحيث لو أن الشيء سرق منه لقلة ما أتاه من العناية في حفظه، فإنه لا مسئولية عليه. ذلك بأن من يستودع شيئا صديقا مهما فلا يلومن عن عدم تبصره إلا نفسه. مدونة جستنيان (3-14-3).

د- الرهن: إذا أخذ الدائن شيئا رهنا على دينه ترتب عليه كذلك التزام وليد الشيء، موجه أن يكون مسئولا بدعوى الرهن عن رد ذلك الشيء الذي أخذه بعينه، ولكن بما أن الرهن معطى لمصلحة الطرفين إذ هو يسهل للمدين الحصول على المال، ويضمن للدائن سلامة ماله، فقد قرروا أنه يكفي أن يأتي الدائن في المحافظة على الشيء المرهون أقصى ما يستطيعه من العناية؛ فإن هو فعل ولكن الشيء هلك بحادثة فجائية، فلا ضمان عليه بل لا زال له رفع الدعوى للحصول على دينه. مدونة جستنيان (3-14-4).

(4) الالتزامات القولية أو اللفظية "contractus verbis": هي التزامات لا تتم إلا بصيغ قولية رسمية مقررة في حضور المتعاقدين. إذ كان العقد اللفظي عبارة عن قالب عام يصب فيه المتعاقدين مختلف أنواع التعامل، فتنشأ عنه مختلف أنواع الالتزامات. (وذلك قبل مرسوم ليون سنة 472م، الذي سمح باستعمال أي صيغة تعبير عن الإرادة دون التقيد بصيغ معينة). كما يطلق عليها اسم الاستيعاد أو الالتزامات الأحادية؛ ذلك لأن قوام الالتزام القولي استيعاد (طلب الوعد) من أحد الطرفين، ووعد من الآخر. وعرف بالالتزام الأحادي لأنه مقرر على طرف واحد من طرفي العقد وهو الواعد. عبد العزيز فهمي: ترجمة مدونة جستنيان، هامش 1، ص 225. وقد خصص لهذه التزامات خمس أبواب بمدونة جستنيان وهي مساحة كبيرة إذ قورنت بباقي العقود أو الالتزامات في القانون الروماني، مما دعا البعض بالقول بأن العقد اللفظي هو العقد الروماني بوجه عام. د. شفيق شحاته: نظرية الالتزامات في القانون الروماني، مطبعة مصطفى البابلي الحلبي، القاهرة 1963م، ص 119. ومما ورد بالمدونة

الالتزام الذي يتدخل فيه الكفيل مدنيا، أو طبيعيا. فإن الكفيل يصح تعهده ولو كان المكفول عبدا، سواء أكان المكفول له أجنبيا، أم كان سيد العبد نفسه فيما هو مستحق له استحقاقا طبيعيا⁽³⁾(4)".

وفي ضوء النص السالف يتبين ما يلي:

1- أن الكفالة في القانون الروماني تصلح كضمان شخصي لجميع أنواع الالتزامات العقدية، أو لجميع أصناف الالتزامات التي تنشأ من العقود، والتي عرفها القانون الروماني على مدار عصوره. وهي كما ذكرها جستنيان أربع أصناف تختلف حسب كيان كل منها، فهناك التزامات يقوم كيانها على فعل أو أداء شيء، وتسمى الالتزامات وليدة الشيء، والالتزامات يعتمد كيانها على صيغ كلامية مخصوصة وتسمى الالتزامات القولية، والالتزامات يقوم كيانها على محررات كتابية، وتعرف بالالتزامات الخطية أو الكتابية، وأخيرا التزامات تنعقد بمجرد التراضي والاتفاق وهي الالتزامات الرضائية.

إذ ورد بمدونة جستنيان: ".....الالتزامات التي تنشأ من العقود - وهي أربعة أصناف- فإن كيانها يقوم إما على شيء أو على فعل، وإما على صيغ كلامية مخصوصة، وإما على محررات كتابية، وإما على مجرد التراضي والاتفاق. وهذه الأصناف الأربعة يطلق عليها اصطلاحا - تبعا لقوام كيانها- الألفاظ الآتية بالترتيب: وليدة الشيء، القولية، الخطية، الرضائية"⁽⁵⁾.

كما قد يستنتج بمفهوم المخالفة في ضوء هذا النص أن الكفالة لا تنصب لضمان أقسام الالتزامات الأخرى كالتزامات التي تنشأ عن شبه العقود (Ex quasi contractu)⁽⁶⁾،

في هذا الجانب: "الالتزام القولي يتم مشافهة بسؤال وجواب كلما أردنا أن نجعل أحدا يوجب على نفسه أن يعطينا شيئا أو يؤدي لنا عملا..... والعقد الذي يتم على هذا الوجه ينشأ عنه دعويان: دعوى إعطاء إذا كان محله معيناً، ودعوى موجب الاستيعاد إذا كان محله غير معين". مدونة جستنيان (3-15- فاتحة).

(1) الالتزامات الكتابية: هي الالتزامات التي لا تتم إلا إذا وقع الطرفان إمضاءهما على ورقة العقد المكتوبة بخطهما أو بخط شخص آخر. مدونة جستنيان (3-23-فاتحة)

(2) الالتزامات الرضائية: هي الالتزامات التي تتم بمجرد رضا المتعاقدين، دون حاجة إلى الكتابة كالتزامات الكتابية، ولا إلى حضور المتعاقدين كالتزامات القولية، ولا إلى تسليم شيء ما كالتزامات الناشئة عن الشيء، أو الالتزامات وليدة الشيء. وهي كذلك عقود ثنائية الالتزام؛ إذ يكون كل طرف في هذه العقود ملتزما قبل الطرف الآخر بكل ما تقتضي به العدالة. بخلاف الحال في الالتزامات القولية أحادية الالتزام، كما أوضحنا من قبل. وقد ورد بمدونة جستنيان: "يتم بالتراضي انعقاد الالتزامات في البيوع والإيجارات والشركات والتوكيلات. والمراد بقولهم إن هذه المواد ينعقد فيها الالتزام بالتراضي، هو أن مجرد رضى المتعاقدان كاف في نشوء الالتزام.....كذلك يكون كل طرف في هذه العقود ملتزما قبل الآخر بكل ما تقتضي به العدالة." مدونة جستنيان (22-3).

(3) لأن العبد وكسبه ملك سيدة، فإذا تعهد العبد بشيء لسيدة فتعهده هذا ليس إلا التزاما طبيعيا غير قابل للتنفيذ بطريق الدعوى. ولكن العبد إذا استحضر كفيلا يكفل ما عليه لسيدة، فالكفيل مسئول قانونا، وإن كان أصل الالتزام طبيعيا لا مدنيا. عبد العزيز فهمي ترجمة مدونة جستنيان، هامش 1- ص 222.

(4) مدونة جستنيان (3-20-1).

(5) مدونة جستنيان (3-13-2).

(6) الالتزامات الناشئة عن شبه العقد (Ex quasi contractu): وهي كما يقول "تيوفيل" (وهو أحد أعضاء اللجنة التي كلفت من قبل جستنيان لوضع كتاب الجامع، وهو كذلك أحد شراح نفس الكتاب فيما بعد. راجع د. شفيق شحاته، المرجع السابق، ص 59) تصرفات مشروعة تولد التزامات مدنية، وتختلف عن العقود في أنها لا تتضمن عنصر التراضي، إلا أنها تتحد معها باعتبارها مضمونة بدعاوى مدنية. ومن أهم الالتزامات التي تشابه العقود في نشأتها كما عددها جايوس: أعمال الفضالة والوصاية والوصية ودفع غير المستحق، وقد أضاف جستنيان إلي هذه الصور ملكية المال المشترك على الشيوع. د. صبيح مسكوني: المرجع السابق، ص 389.

والالتزامات الناشئة عن الجرائم (Delictum)، والالتزامات الناشئة عن شبه الجريمة (Quasi ex delicto)⁽¹⁾. ولكن هذا استنتاج ظاهري لا نستطيع أن نجزم به.

2- أن القانون الروماني قد أجاز كفالة الالتزام الطبيعي لاعتبارات عملية بحثه ترتبط بالأساس الدافع لتقرير الالتزام الطبيعي، حيث مراعاة اعتبارات العدالة، وتجنب الآثار غير العادلة التي تترتب عن إعمال بعض الأحكام الشكلية غير المتطورة، وقد جاء تقرير جواز كفالة الالتزام الطبيعي لتدعيمه بإطفاء ضمان له، ولتقريبه من قوة الالتزام المدني. والسؤال المطروح في هذا الصدد؛ هل الالتزام الطبيعي الذي قرر القانون الروماني كفالاته - كما ورد بالنص محل التحليل - يتطابق مفهومه مع مفهوم الالتزام الطبيعي في الفقه الإسلامي والقوانين المعاصرة.

ويعتقد الباحث أن ثمة اختلاف ليس في الطبيعة ولكن في أساس التقرير، فالالتزام الطبيعي في القانون الروماني قرر في أغلب الحالات لتجنب عيوب تلحق بأحكام القانون الروماني، ولسد سوءات نظم قانونية مطبقة تصطدم مع اعتبارات العدالة، ويصعب تغييرها، أو تبديلها تشريعاً. فتم اللجوء لفكرة الالتزام الطبيعي، وتقرير جواز كفالاته لتجنب الآثار غير العادلة لهذه الأنظمة. واحتواء العديد من الالتزامات التي كان يجب وفقاً - لمنطق العدل - أن تكون التزامات مدنية من الأساس.

ومن نافلة القول الإشارة إلى موقف الفقه والتشريع المصري المعاصر من كفالة الالتزام الطبيعي لتتم الفائدة، حيث أن التقنين المدني المعاصر لم يتضمن نصاً صريحاً يشير لكفالة الالتزام الطبيعي، سواء بالإجازة أو المنع، مما دع الفقه إلى تفسير هذا السكوت بأن التشريع المدني المصري يمنع من حيث الأصل كفالة الالتزام الطبيعي، وبنى تقديره على بعض الملابس المصاحبة لسن التشريع وأهمها:

أ- أن المشروع التمهيدي للتقنين كان مشتملاً على نص يتناول كفالة الالتزام الطبيعي وهو نص المادة 1135 مكررة، والتي جاءت على الوجه الآتي: "تجوز كفالة الالتزام الطبيعي ما دام غير مخالف للنظام العام، أو للآداب". إلا أن هذا النص تم حذفه من قبل لجنة المراجعة، وترك الحكم في موضوعها للقواعد العامة، نظراً للخلاف حول حكمها⁽²⁾.

ب- ما ورد في نفس المشروع التمهيدي من نص صريح يقرر عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي، وذلك بالفقرة الثانية من المادة 278 من هذا المشروع، إذ كانت تنص على أنه: "لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية أو عينية، ما دام التزاماً طبيعياً". وقد تم حذف هذه الفقرة أيضاً من لجنة المراجعة، لإمكان استخلاص حكمها من النصوص الواردة في الكفالة⁽³⁾.

وفي ضوء ذلك رأى بعض الفقه أنه لما كان من شأن تقرير كفالة الالتزام الطبيعي أن تصير الكفالة سبيلاً غير مباشر لإجبار المدين على الوفاء الجبري، وهو ما يتناقض مع طبيعة الالتزام الطبيعي، لذا: "فإن الأصل ألا تجري كفالة الالتزام الطبيعي، إذا قصد بالكفالة ترتيب

(1) الالتزامات الناشئة عن شبه الجريمة: هي التزامات يجمع بينها فكرة قرينة الشبه بنظرية تحمل التبعية في القوانين الحديثة، وتفترض وقوع ضرر نتيجة خطأ غير مقصود. وهذه الالتزامات تنشأ في الأحوال التالية: 1- حالة الشكوى من القاضي بسبب انحرافه في ممارسة وظيفته عن عدم تبصر منه وقلة حيطة. إذ يعتبر القاضي مسؤولاً عن شبه جريمة، ويكون للمتضرر أن يرفع دعوى واقعية ويحكم بموجبها بالتعويض عما لحقه وفقاً لمبادئ العدالة. مدونة جستنيان (4-5- فاتحة). 2- حالة القاء أشياء صلبة أو سائلة من أحد البيوت تسببت في أضرار أحد المارة، فساكن البيت يترتب عليه التزام مصدره شبه جريمة. مدونة جستنيان (4-5-1). 3- حالة سقوط شيئاً كان معلقاً بدار مشرفاً على الطريق العام على أحد المارة. مدونة جستنيان (4-5-2). 4- مسؤولية ربان السفينة أو القائم بإدارة اسطبل الدواب، أو مدير الفندق، عن السرقات أو الأضرار التي تقع من الأشخاص المستخدمين عنده، جزاء له عن سوء اختياره للعاملين تحت إدارته. مدونة جستنيان (4-5-3).

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 5 ص 424.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 502.

التزام مدني في ذمة الكفيل الذي يضمن الالتزام الطبيعي المكفول. ذلك أن الكفالة على هذا النحو تفتح سبيلاً لإجبار المدين على الوفاء بالتزامه الطبيعي عن طريق غير مباشر، إذ يجبر الدائن الكفيل على الوفاء، ثم يرجع الكفيل على المدين الأصلي، فيكون المدين بالتزام طبيعي قد أجبر في النهاية عن طريق غير مباشر على الوفاء بالتزامه، وهذا لا يجوز⁽¹⁾. إذ من المبادئ الأساسية في الكفالة عدم جواز أن يكون التزام الكفيل أشد وطأة من التزام المدين المكفول.

ومن التطبيقات التشريعية الظاهرة لهذا الأصل، ما تضمنته المادة (777) من القانون المدني المصري إذ ور بها: "من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول". وكذلك الفقرة الثانية من المادة (782) من نفس القانون إذ نصت على أنه: "إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه". إلا أن الفقه يرى في ضوء هذه النصوص، أن من كفل التزام ناقص الأهلية، وكان عالماً بنقص أهليته، كان الكفيل ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول. وليس في هذا كفالة لالتزام طبيعي، إذ من كفل التزام ناقص الأهلية بسبب نقص أهليته ليس كفيلاً أصلاً، وإنما هو مدين أصلي تحت شرط واقف هو ألا ينفذ ناقص الأهلية التزامه، وتمسكه بنقص أهليته⁽²⁾.

ثانياً: حكم كفالة الواجب ديانة في الفقه الإسلامي:

لا شك أن الشريعة الإسلامية أولى بكل مبدأ و بكل فكرة تؤسس على اعتبارات العدالة والأخلاق، وقد أجمع العلماء على أن الشريعة الإسلامية تقر بفكرة الالتزام الطبيعي، ما دام هذا الالتزام لا يتعارض مع أصولها وقواعدها الأساسية، وتجعل الوفاء به صحيحاً شرعاً وواجب ديناً. أي أن الالتزام الطبيعي بالمعنى المتداول لهذا اللفظ في الفقه القانوني يجد حماية ومراعاة أكثر في الشريعة الإسلامية حيث الاعتراف به كواجب ديانة. ويتفق مع ذلك قبول كفالة الالتزام الطبيعي، وذلك لأن الإسلام يأمر بالوفاء بالعقود والعهد على عمومها، يقول تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"⁽³⁾. إلا أن كفالة الواجب ديانة لا تحوله إلا واجب قضاء، وإنما يظل واجب ديانة أيضاً في حق الكفيل، ويحمل التزام كلا منهما طبيعة وأحكام الواجب ديانة.

وهذا الحكم يتسق مع ما قرره الفقه القانوني حول كفالة الالتزام الطبيعي لناقص الأهلية، مع عدم علم الكفيل بنقص أهليته، إذ يقرر جواز الكفالة في هذه الحالة - كاستثناء عن الأصل - ولكن التزام الكفيل يكون هو أيضاً التزاماً طبيعياً كالتزام المكفول، إذ لا يجوز أن تكون الكفالة بشروط أشد من شروط الدين المكفول. ويترتب على ذلك؛ عدم جواز جبر أحدهما على الوفاء، وكذلك إذا قام الكفيل بالوفاء طوعاً، فلا يحق له الرجوع على المكفول بما وفاه لأن التزامه التزام طبيعي، وإذا كان الوفاء الاختياري من قبل ناقص الأهلية ترتب على ذلك انقضاء التزام الكفيل بالتبعية. فورد: "إذا كان المكفول ناقص الأهلية دون أن يكون الكفيل عالماً بنقص أهليته، فعند ذلك يجوز للكفيل أن يتمسك بالدفع التي يتمسك بها المدين الأصلي (م 1/782 مدني)، ومنها الدفع بنقص الأهلية، فينقلب كل من التزام المكفول ناقص الأهلية، والتزام الكفيل التزاماً طبيعياً. ولا يجبر أحد منهما على الوفاء بالتزامه، لكن إذا وفاه مختاراً لم يجز له استرداده. فإن كان الذي وفي التزامه مختاراً هو المكفول ناقص الأهلية، فقد قضى التزامه والتزام الكفيل معاً، لأن التزام الكفيل الطبيعي تبع لالتزام المكفول. وإن كان الذي وفي التزامه مختاراً هو الكفيل، فقد قضى التزامه هو ولا يستطيع أن يسترده، كما لا يستطيع الرجوع على المكفول بما وفي

(1) السنهوري: الوسيط، المرجع السابق، ج10، فقرة 23، ص 56.

(2) السنهوري: الوسيط، المرجع السابق، ج10، فقرة 23، ص 57.

(3) سورة المائدة، آية 1.

به، لأن التزام المكفول التزام طبيعي كما قدمنا لا يجبر على وفائه ولو بطريق غير مباشرة⁽¹⁾.

خلاصة حكم كفالة الالتزام الطبيعي: نجد من خلال استعراض موقف كل من القانون الروماني، والفقهاء الإسلامي، والتقنين المدني المصري المعاصر من حكم كفالة الالتزام الطبيعي، أن القانون الروماني كان في حاجة للتصريح بجواز كفالة الالتزام الطبيعي لاتخاذها سبيلا لتقرر الحماية القانونية لبعض المعاملات، ومبررا لضمان تحقق الالتزام لبعض التصرفات، مراعاة لمقتضيات العدالة. إذ هدف بتقرير كفالة الالتزام الطبيعي إلى تحويل بعض الالتزامات الطبيعية بطريقة غير مباشرة إلى التزامات مدنية، وذلك لاعتبارات خاصة ترتبط بمراحل تطوره.

في حين كان هذا الهدف الذي سعى إليه القانون الروماني صراحة هو عين ما سعى القانون المدني المصري إلى تجنبه، وذلك بسكوته عن بيان حكم كفالة الالتزام الطبيعي، أو بعدم تناوله بالجواز أو بالمنع بنص صريح. تجنبنا لأن يتحول الالتزام الطبيعي في جميع الحالات بشكل غير مباشر إلى التزام مدني إن نص على جواز كفالاته. وتجنبنا كذلك لأن يحظر كفالة الالتزام الطبيعي مطلقا إن نص على منعه، مما يتسبب في تقييد المعاملات. وقد فطن الفقهاء المصري لمبررات الصمت التشريعي في هذا الباب في ضوء ما تضمنته الأعمال التحضيرية للتقنين من مشاريع ومناقشات، وفسر هذا الصمت بان الأصل هو عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي، مع السماح بالخروج عن هذا الأصل باستثناءات يقتضها الواقع العملي، وبراعا فيها التقيد بالمبادئ العامة الضابطة للكفالة، ومن أهمها أن يظل التزام الكفيل تابعا لالتزام الأصيل، بما يضمن أن يظل التزام الكفيل - في كفالة الالتزام الطبيعي - التزاما طبيعيا وليس مدنيا.

وأما عن موقف الفقهاء الإسلامي من كفالة الالتزام ديانة فهو يتشابه مع موقف القانون المصري من حيث السكوت فلم يتناول الفقهاء الإسلامي بيان حكم كفالة الالتزام ديانة، إلا أن المبادئ العامة للتشريع الإسلامي تستوعب تقريره وضبطه، فتقريره يساعد على الوفاء بالعهود، ويضمن ويدعم استيفاء الحقوق، ويضبط ذلك أن يظل التزام الكفيل التزاما ديانة تبعا لالتزام المدين الأصلي.

ويرى الباحث أن أمر كفالة الالتزام الطبيعي في الفقهاء القانوني المصري المعاصر - في ضوء الصمت التشريعي - لا يحتاج إلى القول بأنه يحكمه أصل واستثناء، ولكن يمكن القول بأن الأمر يضبطه حكم واحد - كما هو مستنبط في الفقهاء الإسلامي - ألا وهو جواز كفالة الالتزام الطبيعي بشرط أن يظل التزام الكفيل التزاما طبيعيا تبعا لالتزام الأصيل، فلا يملك الدائن المكفول جبر الكفيل على الوفاء، ولا يملك الكفيل مطالبة المدين المكفول قضاء بما وفاه عنه طوعا، حتى لا يتحول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني بطريقة غير مباشرة.

ولا شك أن اختلاف موقف القانون الروماني من كفالة الالتزام الطبيعي عن كل من الفقهاء الإسلامي، والفقهاء لقانوني المعاصر يرجع إلى اختلاف مستوى النضج التشريعي بين القانون الروماني من جانب، والفقهاء الإسلامي، والفقهاء القانوني المعاصر من جانب آخر.

(1) السنهوري: الوسيط، المرجع السابق، ج10، فقرة 23، ص 57-58.

المطلب الثالث

آثار الكفالة

في الفقه الإسلامي و القانون الروماني

إذا نشأت الكفالة صحيحة بتوافر أركانها وشروطها، ترتب عليها آثار قانونية في علاقة الكفيل بالدائن، وفي علاقة الكفيل بالمدين. إذ يصبح الكفيل ملتزماً بالكفالة، ويحق للدائن مطالبته بأداء الدين المضمون عند حلول موعد الاستحقاق، والتنفيذ على أمواله لاستيفاء هذا الحق الشخصي. ولا يتحلل الكفيل من كفالته إلا بانقضائها تبعاً لانقضاء الدين الأصلي، أو بأسباب الانقضاء الخاصة بها. وإذا قام الكفيل بأداء الدين المضمون إلى الدائن، كان له الحق في الرجوع على المدين المكفول بما وفاه عنه، ما لم يكن الكفيل متبرعاً بالوفاء. وفيما يلي نتناول ملامح آثار الكفالة في علاقة الكفيل بالدائن، وفي علاقة الكفيل بالمدين لدى كل من الفقه الإسلامي، والقانون الروماني.

الفرع الأول

علاقة الكفيل بالدائن في الفقه الإسلامي و القانون الروماني

نتناول في هذا الفرع الأحكام التي تنظم رجوع الدائن على الكفيل في كل من الفقه الإسلامي، والقانون الروماني وذلك على النحو التالي:

الغصن الأول

أحكام رجوع الدائن على الكفيل في الفقه الإسلامي

نستعرض من خلال هذا الغصن أحكام مطالبة الدائن للكفيل في الفقه الإسلامي، ومدى حق الكفيل في دفع مطالبته بوجوب الرجوع على المدين أولاً⁽¹⁾، وكذلك أثر وفاة الكفيل أو المدين على هذه الأحكام، وأخيراً بيان مقدار ما يرجع به الدائن على الكفيل في حالة تعدد الكفلاء وفقاً للترتيب التالي:

أولاً- مطالبة الدائن للكفيل، والدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً: ويقصد بالمطالبة؛ المطالبة القضائية التي يلجأ إليها الدائن عند تعذر الوفاء بالتراضي، وفي الفقه الإسلامي يجوز للدائن مطالبة الكفيل، والمدين الأصلي بالوفاء بالدين المكفول دون التقيد بأولوية معينة، إذ يحق للدائن الرجوع على المدين مباشرة دون مطالبة الكفيل، كما يحق له الرجوع على الكفيل أولاً دون أن يكون للكفيل الحق في دفع مطالبة الدائن بوجوب الرجوع على المدين أولاً، كما له مطالبتها معاً. فالدائن لا يتقيد في رجوعه على الكفيل أو المدين بأولوية معينة. كما لا يتقيد الدائن في مطالبة الكفيل بأن يكون الكفيل متضامناً مع المدين، أو أن يكون المدين معسراً، أو عاجزاً عن الدفع. وهذا ما أخذ به جمهور الفقهاء.

(1) أما الدفع بالتجريد بالصورة الذي قررتها التشريعات المعاصرة، فلم يشر إليه الفقه الإسلامي، وكذلك القانون الروماني. حيث أشارا فقط إلى حق الكفيل في التمسك في مواجهة الدائن المكفول له، بوجوب الرجوع على المدين المكفول أولاً. وإن كانت بعض الكتب تسمي هذا الدفع بالدفع بالتجريد؛ باعتبار أن الدفع بالتجريد بمعناه الواسع كان يشمل دفعين؛ الدفع بوجوب مطالبة المدين أولاً، والدفع بوجوب التنفيذ على ذمة المدين. إلا أن أكثر التشريعات المعاصرة كالقانون المدني المصري، فرقت بين الدفعين، ونظمتها بمواد منفصلة. ليتم التمييز بينها. وليصبح الدفع بالتجريد لا يراد منه إلا تجريد المدين من أمواله، أو التنفيذ عليها فحسب. لذا يكون الأقرب إلى الدقة عدم جمع الدفعين في دفع واحد توافقاً مع مذهب التشريعات المعاصرة.

ويؤيد ذلك ما أورده ابن قدامه في كتابه المغني بأن لصاحب الحق " مطالبة من شاء منهما" (أي الكفيل والمدين الأصلي)، ثم عقد مقارنة بين المذهب المالكي، والمذهب الحنبلي في هذا الجانب فقال: "وحكي عن مالك في إحدى الروايتين عنه، أنه لا يطالب الضامن إلا إذا تعذر مطالبة المضمون عنه؛ لأنه وثيقة، فلا يستوفى الحق منها إلا عند تعذر استيفائه من الأصل كالرهن. ولنا، أن الحق ثابت في ذمة الضامن، فملك مطالبته، كالأصيل، ولأن الحق ثابت في ذمتها، فملك مطالبة من شاء منهما، كالضامنين إذا تعذرت مطالبة المضمون عنه".

- وذكر أيضا مفرقا بين الكفالة، والحوالة، أن الكفالة لا يترتب عنها إبراء ذمة الأصيل المكفول عنه، كما هو الحال في الحوالة التي يترتب عنها إبراء ذمة المدين المحيل، ذلك لأن بالكفالة تضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل، ليصبح للدائن الحق في مطالبة أي منهما. فقال: " أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضامن، كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض، بل يثبت الحق في ذمة الضامن، مع بقاءه في ذمة المضمون عنه، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة وبعد الموت. وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد، وأصحاب الرأي."⁽¹⁾.

وقد أكد صاحب الشرح الكبير على ذات الحكم وبين أن الضامن "هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتها جميعا، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما"⁽²⁾.

كما ورد ذات الحكم بمجلة الأحكام العدلية مادة (644) إذ قررت أن الطالب مخير في المطالبة" أن شاء طالب الأصيل بالدين، وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبة الآخر، وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر، ويطالبهما معا".

أما عن موقف الفقه المالكي في هذه المسألة - والتي أشار إليها ابن قدامه سلفا- فيذهب الفقه المالكي في أحد أقوال الإمام مالك - خلافا لجمهور الفقهاء- أن للكفيل الحق في دفع مطالبة الدائن له وحده بالوفاء بالدين، بوجوب رجوع الدائن على المدين الأصيل أولا. وهو عين ما أخذت به التشريعات المدنية المعاصرة - بما يستحضر افتراضية تأثير التشريعات المدنية بالفقه المالكي في هذا الباب- إذ ورد بالفقرة الأولى من المادة (788) من القانون المدني المصري: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين". وقد وضع الفقه المالكي شروطا لتمسك الكفيل بهذا الحق منها: 1- أن يكون المدين حاضرا عند استحقاق الدين وليس غائبا أو متوفيا. 2- أن يكون المدين موسرا.

وهذه الأحكام قد تضمنها كتاب بداية المجتهد لابن رشد حيث ورد به: " وأما حكم ضمان المال فإن الفقهاء متفقون على أنه؛ إذا عدم المضمون أو غاب، أن الضامن غارم. واختلفوا إذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر. فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري والاوزاعي وأحمد وإسحاق: للطالب أن يؤخذ من شاء من الكفيل أو المكفول. وقال مالك في أحد قوليه: ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه. وله قول آخر مثل قول الجمهور"⁽³⁾.

ثانياً- مطالبة الكفيل أو المدين في حالة وفاة أحدهما: بين الفقه الإسلامي مدى أثر وفاة المدين، أو الكفيل على الكفالة لدين مؤجل، فقرر إن وفاة المدين وإن كانت تعجل الدين في مواجهة ورثة المدين، إلا أنه ليس للدائن مطالبة الكفيل قبل أجل الدين، وإن وفاه كان متبرعا بتعجيل الوفاء. كما أن وفاة الكفيل تؤدي إلى تعجيل استحقاق الدين في مواجهة ورثة الكفيل، فإذا كانت الكفالة مؤجلة لكون الدين مؤجلا سقط أجلها بوفاة الكفيل، وكان للدائن استيفاء حقه

(1) المرجع السابق، ج4، ص408.

(2) ابن قدامه: الشرح الكبير، المرجع السابق، ج5، ص70.

(3) ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة 1425 هـ - 2004 م، ج4، ص79.

من تركه الكفيل، دون أن يسقط أجل الدين بالنسبة للمدين. لذا يمنع ورثة الكفيل من الرجوع على المدين قبل حلول الأجل. إذ لا يجوز مطالبة المدين بوفاء الدين المؤجل قبل حلول أجله.

فورد في الشرح الكبير لابن قدامة: " (وان مات الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين؟ وجملة ذلك أنه إذا ضمن ديناً مؤجلاً فمات أحدهما. إما الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين يأتي ذكرهما. فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر، لأن الدين لا يحل على شخص بموت غيره. فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الأجل، فان قضاه قبل الأجل كان متبرعا بتعجيل القضاء. وإن كان الميت الضامن فاستوفى الغريم من تركته، لم يكن لورثته مطالبه المضمون عنه حتى يحل الحق، لأنه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته قبل أجله." (1).

كما ورد بمجلة الأحكام العدلية مادة (670): "لو مات الكفيل بالمال، يطالب بالمال المكفول به من تركته".

ثالثاً- ما يرجع به الدائن على الكفيل في حالة تعدد الكفلاء: عند تعدد الكفلاء لدين واحد، وعن مدين واحد، فإن الفقه الإسلامي يفرق في أحكامه بين الكفلاء المتعددين غير المتضامنين، وبين الكفلاء المتعددين المتضامنين، وذلك على النحو التالي:

1- الكفلاء غير المتضامنين أو ما يعرف في القانون بالكفالة البسيطة (2)، وفيها يتعدد الكفلاء لذات الدين، ولنفس المدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم، وقد يجمعهم عقد كفالة واحد، وقد يكون لكل منهم عقد مستقل، والحكم يختلف في صورتين:

أ- تعدد الكفلاء غير المتضامنين في عقد واحد: وهذه الصورة تعرف في الفقه الإسلامي بالكفالة المشتركة إذ يشترك الكفلاء في ضمان دين واحد لمدين واحد بعقد واحد، ويقرر الفقه أن في هذه الصورة يقسم الدين بين الكفلاء، ويحق للدائن أن يرجع على كل واحد منهم بمقدار نصيبه من الدين، وإن أعسر أحد الكفلاء فإن حصته يتحملها الدائن ويرجع بها على المدين، وذلك لأن في الكفالة المشتركة لا يجوز الرجوع على أحد الكفلاء إلا بمقدار حصته - كما ذكرنا- فلا يجوز تحميله أزيد من حصته. إذ ورد بالمغني: "وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفاً، ضمان اشتراط فقالا: ضمنا لك الألف الذي على زيد. فكل واحد منهما ضامن لنصفه. وإن كانوا ثلاثة، فكل واحد منهم ضامن ثلثه. فإن قال واحد منهم: أنا وهذان ضامنون لك الألف. فسكت الأخران، فعليه ثلث الألف، ولا شيء عليهما (3)".

ونفس الحكم تضمنته الفقرة الأولى من المادة (792) من القانون المدني المصري، إذ جاء بها: "إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، فُسِّم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة".

ب- تعدد الكفلاء غير المتضامنين في عقود منفردة أو مستقلة: وهو ما يعرف في الفقه الحنبلي بكفالة اشتراك وانفراد، وتعرف في الفقه الحنفي بكفالة التعاقب. وفي هذه الحالة يجوز للدائن مطالبة أي من الكفلاء بكل الدين، لثبوته في ذمة كل منهم كاملاً، فالدين في هذه الحالة لا ينقسم بين الكفلاء، كما في الحالة الأولى، وإن وفي أحدهم بكامل الدين، يكون له الرجوع على المدين أو المضمون عنه، وليس له أن يرجع على باقي الكفلاء.

(1) ابن قدامة: الشرح الكبير، المرجع السابق، ج5، ص94.

(2) السنهوري: الوسيط، المرجع السابق، ج10، ص89.

(3) ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، ج4، ص415.

جاء في المغني: "وإن قال كل واحد منهم: كل واحد منا ضامن لك الألف. فهذا ضمان مشترك وانفراد، وله مطالبة كل واحد منهم بالألف كله إن شاء. وإن أدى أحدهم الألف كله، أو حصته. لم يرجع إلا على المضمون عنه؛ لأن كل واحد منهم ضامن أصلي، وليس بضامن عن الضامن الآخر⁽¹⁾."

وفي البحر الرائق لابن نجيم: "قال في النهاية وفي الشافي ثلاثة كفولوا بألف يطالب كل واحد بثلاث الألف، وإن كفولوا على التعاقب يطالب كل واحد بالألف"⁽²⁾. ويقصد بالتعاقب أن الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية أي لم يجمعهم عقد واحد.

وقد نظمت هذه الحالة من حالات تعدد الكفلاء بالفقرة الثانية من المادة (792) من القانون المدني المصري، والتي تضمنت حكماً جاء متفقاً مع ما ورد بكتب الفقه الإسلامي إذ جاء بها: "أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم".

2- تعدد الكفلاء المتضامنين فيما بينهم: عبر الفقه الإسلامي عن تضامن الكفلاء فيما بينهم وأثر هذا التضامن على أحكام رجوع الدائن على الكفيل، فورد في بدائع الصنائع: "أن الكفيل إن كان واحداً يطالب بكل الدين، وإن كان به كفيلان والدين ألف يطالب كل واحد منهما بخمسائة إذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه (أي إذا لم يوجد تضامن بين الكفلاء)، لأنهما استويا في الكفالة، والمكفول به يحتمل الانقسام فينقسم عليهما في حق المطالبة"⁽³⁾. وبمقتضى هذا النص، وبمفهوم المخالفة له فإنه إذا توفر التضامن بين الكفلاء فالحكم يكون مختلف، إذ يحق للدائن مطالبة أي من الكفلاء بكل الدين، إذ يصير الدين المكفول به- بموجب التضامن- غير قابل للانقسام. كما له الرجوع على جميع الكفلاء بالدين كله اعتماداً على التضامن القائم بينهم، فإن وفى أحدهم الدين المضمون، كان له الرجوع على باقي الكفلاء بما وفاه كل بمقدار حصته. وفي حالة إعسار أحد الكفلاء المتضامنين توزع حصة المعسر على باقي الكفلاء بمقتضى التضامن.

وقد تحدثت المادة (647) بمجلة الأحكام العدلية عن حكم تعدد الكفلاء فورد بها: "لو كان للدين كفلاء متعددون فإن كان كل منهم قد كفل على حدة، يطالب كل منهم بمجموع الدين، وإن كانوا قد كفولوا معاً، يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين. ولكن لو كان قد كفل كل منهما المبلغ الذي لزم في ذمة الآخر، ففي هذه الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين. مثلاً لو كفل أحد آخر بألف، ثم كفل ذلك المبلغ غيره أيضاً، فللدائن أن يطالب من شاء منهما، وأما لو كفلا معاً يطالب كل منهما بنصف المبلغ المذكور، إلا أن يكون قد كفل كل منهما المبلغ الذي لزمه الآخر فعلى ذلك الحال يطالب كل منهما بالألف".

الغصن الثاني

أحكام رجوع الدائن على الكفيل في القانون الروماني

نستعرض من خلال هذا الغصن موقف القانون الروماني من مدى حق الكفيل في دفع مطالبة الدائن، بوجود الرجوع على المدين أولاً، أو ما يعرف بالدفع بالتجريد. وكذلك تنظيمه لما يرجع به الدائن على الكفيل في حالة تعدد الكفلاء. وذلك على النحو التالي:

(1) المرجع السابق، نفس الموضوع.

(2) ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية - بدون تاريخ، ج6، ص264.

(3) الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج6، ص10.

أولاً- مطالبة الدائن للكفيل، والدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً: عرف القانون الروماني للكفيل الحق في دفع مطالبة الدائن بمطالبته بوجوب الرجوع على المدين الأصلي أولاً، أو ما يعرف في كتب القانون الروماني بالدفع بالتجريد (du benefice de discussion) ذلك الدفع الذي يعد من مظاهر العدالة التي اقرها القانون الروماني لتطويع أحكامه، ويهدف هذا الدفع إلى التخفيف من الآثار القانونية للكفالة، والتوفيق بين مصلحة الكفيل ومصلحة الدائن.

ويستمد هذا الدفع أصله أو مركزه في النظام القانوني الروماني من خلال ما يعرف في القانون الروماني "باتفاق الوكالة لإقراض النقود"

"mandatum credendoe pecuniae"

وهو نوع من الضمانات الشخصية للدائن، بمقتضاه يقرر أحد الاشخاص وكالة لشخص ثان لإقراض شخص ثالث، وبذلك الوكالة يصبح الموكل مدينا متضامنا مع المقترض لصالح الدائن الوكيل، ويدون بعقد الوكالة شرطا يقضي بعدم جواز مطالبة الدائن للموكل المتضامن مع المدين، إلا في حالة استحالة الوفاء من قبل المدين. وبمفهوم الموافقة يحق للموكل المتضامن دفع مطالبة الدائن له - قبل تحقق الشرط - بوجوب الرجوع على المدين أولاً⁽¹⁾.

ثم أصبح هذا الدفع من الدفوع المستقرة في القانون الروماني عند تنظيم العلاقة بين الدائن والكفيل، بموجبه يحق للكفيل التمسك به في مواجهة الدائن عند مطالبته بالدين المكفول. وقد قرر هذا الدفع بالدستور الرابع من مجموعة الدساتير الامبراطورية الجديدة، إذ نص على عدم جواز الرجوع على الكفيل قبل المدين الأصلي⁽²⁾.

(1) د. السيد العربي حسن: المرجع السابق، ص118.

(2) new constitutions(1- 4 -1): "When anyone loans money and accepts a surety, a mandator, or a bondsman, he should not first proceed against the said mandator, surety, or bondsman, nor should he negligently annoy those who are responsible for the debtor, but he should in the first place have recourse to him who received the money and contracted the debt; and if he collects what is due to him, he must refrain from suing the others, for what can he obtain from them after the indebtedness has been discharged by the debtor? If, however, he should not succeed in collecting part or the whole of the claim from the debtor, he can then have recourse to the surety, the bondsman, or the mandator, for the amount that he has not been able to collect, and can obtain from him the balance due; and this rule will apply when both the principal and surety, mandator, or bondsman are present. But where the surety, the mandator, or the person who rendered himself liable by a promise is present, but the principal debtor is absent, in this instance, it would be hard to send the creditor to collect his money elsewhere when he can at once recover it from the surety, mandator, or bondsman. It is necessary for Us to provide for this matter, as no remedy was afforded by the ancient law, although the eminent Papinianus was the first to suggest one. Therefore, the creditor can have recourse to either the surety, the bondsman, or the mandator, but the judge having jurisdiction of the case shall grant time to the surety, the bondsman, or the mandator if he wishes to make the principal debtor a party to the suit so as to force him to comply with his agreement and recourse be had to himself in the end, and the judge must assist the surety, the bondsman, or the mandator under these circumstances; for it has been decided that other persons of this kind can be released from liability in the meantime, and the principal debtor can be produced in court, when they have been subjected to annoyance on his account. If, however, the

كما ورد بذات الدستور - تأكيد لهذا الدفع- أن الدائن إذا قرر له - ضمانا لدينه- ضمان شخصي، وضمن عيني سواء على أموال المدين، أو الكفيل، أو الغير. فيجب عليه - أي الدائن - أن يلاحق أولاً المدين الأصلي، ثم الكفيل، ثم الأموال المرهونة التي في حيازة الغير⁽¹⁾. بما يؤكد على حق الكفيل في رد مطالبة الكفيل له من خلال الدفع بمطالبة المدين الأصلي أولاً.

ثانياً- ما يرجع به الدائن على الكفيل في حالة تعدد الكفلاء: أما عن أثر تعدد الكفلاء في علاقة الدائن بالكفيل في القانون الروماني، فالأصل في القانون الروماني هو افتراض التضامن بين الكفلاء المتعددين، وذلك دون التعويل على إرادة الكفلاء، أو النية الحقيقية لهم، فورد بمدونة جستينيان عند تنظيمها لعلاقة الدائن بالكفيل عند تعدد الكفلاء ما يلي: " إذا تعدد الكفلاء فكل منهم يكون ملتزماً بكل الدين، وللدائن مطلق الحرية في القصد إلى من يشاء من بينهم ومطالبته بكل حقه"⁽²⁾.

إلا أن هذا الأصل ليس من النظام العام إذ يجيز القانون الروماني - بمقتضى الأمر الصادر من الامبراطور "أدريان"⁽³⁾- لأي من الكفلاء استبعاد التضامن و التمسك بتقسيم الدين عند مطالبة الدائن له، وبمقتضى الدفع بالتقسيم يلتزم الدائن بمطالبة كل كفيل بقدر حصته فقط من الدين المكفول بعد تقسيم قيمته عليهم، وإن كان أحد الكفلاء معسراً تحمل الباقي عنه، فإذا لم يتمسك أحد الكفلاء بهذا الدفع سقطت هذه الرخصة واستقرت حالة التضامن، والتي بمقتضاها يحق للدائن مطالبة أي من الكفلاء بقيمة الدين المكفول كله.

إذن فالأصل في القانون الروماني هو تضامن الكفلاء المتعددين لضمان دين واحد عن مدين واحد، ما لم يتمسك أحد الكفلاء بتقسيم قيمة الدين بين الكفلاء، وتعطيل التضامن. وهذا الحكم يستتبط من مدونة جستينيان إذ جاء بها: "...غير أن المغفور له "أدريان" أصدر أمراً يلزم الدائن بأن يوزع مطلبه على جميع من يكونون من الكفلاء موسرين يوم تعليق الدعوى، وألا يطالب كلا إلا بما يخصه. ومعنى هذا أن من يكون منهم في ذلك اليوم معسراً فالباقيون يتحملون عنه، وإن فالكفيل الذي يقوم وحده بأداء كل الدين يبوء بالخسارة إذا كان المدين معسراً. وهو وحده الملوم؛ لأنه فوت على نفسه التمسك بأمر المغفور له أدريان القاضي بأنه غير ملزم من الدين إلا بحصته فقط"⁽⁴⁾.

time granted the surety (the duration of which should be fixed by the judge) should have elapsed, then the surety, mandator, or bondsman shall be discharged; and the debt shall be collected from him in whose behalf he became responsible either as surety, mandator, or bondsman, and he will be subrogated to the creditors whose claims have been settled.

(1) new constitutions(1- 4 -2): " A creditor cannot bring suit to recover the property of debtors which is in the hands of other persons, before bringing a personal action against the mandators, sureties, or bondsmen, having first brought suit against the principal debtor, or those in possession of the property; and if his claim should not be satisfied by this means, then he can have recourse to the property of the sureties, mandators, or bondsmen, or, where they themselves have anyone indebted to them, or who are liable to hypothecary actions, these may be held liable.

⁽²⁾ مدونة جستينيان (3-21-4).

⁽³⁾ إمبراطور روما في الفترة من 117 إلى 138م.

⁽⁴⁾ مدونة جستينيان (3-21-4).

الفرع الثاني

علاقة الكفيل بالمدين في الفقه الإسلامي و القانون الروماني

بعد اداء الكفيل الدين المكفول به للدائن يكون له - إن لم يكن متبرعا وتوفرت شروط معينة - أن يرجع على المدين الأصلي أو المكفول عنه بما أداه. وتتناول فيما يلي أحكام رجوع الكفيل على المدين في كل من القانون الروماني، والفقه الإسلامي في غصنين متتابعين:

الغصن الأول

رجوع الكفيل على المدين في الفقه الإسلامي

وتتناول أحكام رجوع الكفيل على المدين في الفقه الإسلامي من خلال عرض شروط رجوع الكفيل على المدين، والمقدار الذي يرجع به الكفيل، ثم نبين أثر تعدد المدينين على أحكام المطالبة، وذلك على التتابع التالي:

أولاً: شرط استئذان الكفيل للمدين قبل الأداء: يتفق فقهاء الشريعة على أحقية الكفيل في الرجوع على المدين لاستيفاء ما وفاه عنه للدائن، طالما كان الوفاء بنية الرجوع لا بنية التبرع. إلا أنهم اختلفوا حول اشتراط استئذان الكفيل للمدين قبل الوفاء للدائن، ومدى أثر ذلك الاستئذان على أحقية الكفيل في الرجوع على المدين، خاصة إذا كانت الكفالة قد نشأت دون إذن الكفيل باعتبارها تصرف ينشأ بالإرادة المنفردة للكفيل وفقاً لرأي جمهور الفقهاء، أو بالاتفاق مع الدائن المكفول له وفقاً لرأي الفقه الحنفي - كما سبق أن بينا عند الحديث عن الطبيعة القانونية للكفالة- وقد جاء موقف الفقه الإسلامي من اشتراط استئذان الكفيل للمدين عند الأداء على الوجه التالي: أ- أخذ المالكية والحنابلة بأحقية الكفيل في الرجوع على المدين بما وفاه عنه للدائن حتى وإن وفى دون إذن المدين، لأن وفائه قضاء مبرراً لدين واجب في ذمة المدين، فوجب على المدين أن يرد للكفيل ما وفاه عنه - إذ الغرم بالغنم - مادام أنه لم يتبرع بهذا الوفاء⁽¹⁾. ب- أما عند الحنفية والشافعية فإن نشأة الكفالة دون إذن المدين، وأداء الكفيل للدين المكفول دون إذن المدين أيضاً من شأنه إسقاط حق الكفيل في الرجوع على المدين بما وفاه للدائن، إذ يعد الوفاء في هذه الحالة تبرعاً بالقضاء.

فجاء بالمغني: " فمتى أدى (أي الكفيل) رجوع عليه (أي على المكفول عنه)، سواء قال له: اضمن عني، أو لم يقل. يعني إذا أدى الدين محتسباً بالرجوع على المضمون عنه، فأما إن قضى الدين متبرعاً به، غير ناو للرجوع به، فلا يرجع بشيء؛ لأنه يتطوع بذلك، أشبه الصدقة. وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره، فأما إذا أداه بنية الرجوع به، لم يخل من أربعة أحوال.... الحال الرابع، ضمن بغير أمره، وقضى بغير أمره، ففيه روايتان؛ إحداهما، يرجع بما أدى. وهو قول مالك، وعبد الله بن الحسن وإسحاق. والثانية، لا يرجع بشيء. وهو قول أبي حنيفة والشافعي، وابن المنذر، بدليل حديث علي وأبي قتادة، فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت، صار الدين لهما، فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما، كاشتغالها بدين المضمون عنه، ولم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه تبرع بذلك، أشبه ما لو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره. ووجه الأولى، أنه قضاء مبرئ من دين واجب، فكان من ضمان من هو عليه، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه. فأما علي وأبو قتادة، فإنهما تبرعا بالقضاء والضمن، فإنهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته" ⁽²⁾.

(1) ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، ج4، ص410-411.

(2) المرجع السابق نفس الموضوع.

والشاهد من النص أن الفقه المالكي والحنبلي قد اعتبرا أن وفاء الكفيل للدين المكفول دون إذن المدين المكفول عنه لا يعد تبرعا طالما اداه بنية الرجوع به، ولم يقبل دليل حديث أبي قتادة⁽¹⁾ الذي أخذ به أبي حنيفة والشافعي، بسبب خصوصية هذا الحديث وارتباطه بواقعة قصد بالكفالة فيها تبرأة ذمة المدين الميت تبرعا عليه وتصدقا؛ كي يصلي النبي (ﷺ) عليه، ولا مجال للقياس على هذه الواقعة وتعميم حكمها على جميع حالات الكفالة التي يوفي فيها الكفيل دون إذن المدين.

كما يرى الباحث أن قول الحنفية والشافعية بأن وفاء الكفيل للدين دون إذن المدين يعد تبرعا بالقضاء، يمكن رد مناطه على افتراض التبرع، مع اعطاء الكفيل الحق في اثبات عكسه، ومطالبة المدين بالوفاء. كما أن النبي (ﷺ) في حديث أبي قتادة قد وقف على نية أبي قتادة في التبرع، ولم يفترضها (ﷺ) - رغبة في التأكد من انقضاء الدين - فقد سأله (ﷺ): "حق الغريم وبرئ منهما الميت؟" قال أبو قتادة: نعم.

واشترط إذن المدين قبل الوفاء قد قرره القانون المدني المصري، ولكن لعله تختلف عن العلة التي اعتمدها عليها الفقه الإسلامي لبناء رأيه في هذا الجانب - وهي مدى توفر نية التبرع لدى الكفيل من عدمه - إذ العلة لدى القانون هي اتاحة الفرصة للمدين لتقديم اعتراضه على الوفاء لأسباب، أو دفع ترتب بمقدار الدين أو بسلامة نشأته. فنصت المادة (798) على أنه: "1- يجب على الكفيل أن يُخَطِر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وقى الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلان الدين أو بانقضائه. 2- فإذا لم يعارض المدين في الوفاء، بقى للكفيل حقه في الرجوع عليه، ولو كان المدين قد دفع الدين، أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه"⁽²⁾.

ثانياً: مقدار ما يرجع به الكفيل على المدين: يذهب الفقه الحنبلي أن الكفيل إذا أدى الدين عن المدين رجوع عليه بأقل القيمتين؛ قيمة الدين أو مقدار ما نقص منه، وإن أبرئه الدائن لا يرجع بشيء. فجاء بالمعني: " ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضى، أو قدر الدين؛ لأنه إن كان الأقل الدين، فالزائد لم يكن واجبا، فهو متبرع بأدائه، وإن كان المقضي أقل، فإنما يرجع بما غرم، ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء"⁽³⁾.

كما يستفاد من النص الفقهي الحنبلي السابق؛ أنه ليس للكفيل الحق في مطالبة المدين بما زاد على قدر الدين من مصروفات، ونفقات ارتبطت به، إذ يعد ما زاد على قدر الدين تبرعا من الكفيل.

وإذا وفي الكفيل الدين للدائن قبل حلول أجله، لم يكن للكفيل الرجوع على المدين إلا عند حلول موعد استحقاق الدين، ويعتبر متبرعا بتعجيل الوفاء لصالح الدائن. فقد ورد بالمعني:

(1) ورد بمسند أحمد: (حدثنا عبد الصمد وأبو سعيد المعنى قالوا حدثنا زائدة عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر قال: توفي رجل فغسلناه، وحطناه، وكفناه، ثم أتينا به رسول الله (ﷺ) يصلي عليه، فقلنا تصلي عليه فخطا خطي ثم قال: "أعليه دين؟"، قلنا: ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة، فأتيناه، فقال أبو قتادة: الديناران علي، فقال رسول الله (ﷺ): "حق الغريم وبرئ منهما الميت؟" قال: نعم فصلى عليه، ثم قال بعد ذلك بيوم: "ما فعل الديناران؟" فقال إنما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغد، فقال: لقد قضيتهما، فقال رسول الله (ﷺ): "الآن بردت عليه جلدٌ". مسند أحمد: مسند جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه، مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م، ج 22، ص 405.

(2) ويرتبط بهذا النص؛ نص المادة (324) من القانون المدني المصري إذ ورد بها: "1- إذا قام الغير بوفاء الدين، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه، 2- ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً، إذا أثبت أن له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء". (3) ابن قدامة: المعني، المرجع السابق، ج 4، ص 411.

"وإن قضى المؤجل قبل أجله، لم يرجع به قبل أجله؛ لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم" (1). كما ورد به أيضا: "...فإن قضاؤه قبل الأجل كان متبرعا بتعجيل القضاء" (2). إذ القاعدة أن الدين المؤجل لا يجوز المطالبة به قبل حلول أجله.

ثالثاً: أثر تعدد المدينين على مطالبة الكفيل: يميز الفقه الإسلامي في حالة تعدد المدينين في نفس الدين بين فرضين؛ الفرض الأول تضامن المدينين، والفرض الثاني عدم تضامنهم وذلك على النحو التالي:

1- تضامن المدينين: إذا وفى الكفيل بدين في ذمة عدد من المدينين المتضامنين برأت ذمتهم جميعا بالوفاء سواء كان كفيلا لهم جميعا، أو كان كفيلا عن بعضهم، وله الرجوع بما وفاه على أي من المدينين ممن ضمنهم فقط (3)، وفي رأي آخر يجوز الرجوع على أي من المدينين المتضامنين سواء ضمنهم أم لم يضمّنهم. وللمدين الذي قام بالوفاء الرجوع على باقي المدينين كل بمقدار نصيبه في الدين لتوفر التضامن بينهم.

جاء في المغني: " ولو كان على رجلين مائة، على كل منهما نصفها، وكل واحد ضامن عن صاحبه ما عليه، فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها، سقط الحق عن الجميع، وله الرجوع بها على الذي ضمن عنه، ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء، في إحدى الروايتين؛ لأنه لم يضمن عنه، ولا أذن له في القضاء، فإذا رجع على الذي ضمن عنه، رجع على الآخر بنصفها، إن كان ضمن عنه بإذنه؛ لأنه ضمنها عنه بإذنه، وقضاها ضامنه. والرواية الثانية، له الرجوع على الآخر بالمائة؛ لأنها وجبت له على من أداها عنه، فملك الرجوع بها عليه كالأصل" (4).

2- عدم تضامن المدينين: وفي هذا الفرض وإعمالا للقواعد العامة في انقسام الدين فإن الكفيل بعد وفائه بالدين المكفول للدائن يكون له الرجوع على كل مدين بمقدار حصته، ولا يحق له الرجوع على أحد المدينين بكل الدين لانعدام التضامن بينهم. وفي حالة ضمان الكفيل لبعض المدينين دون البعض؛ فالسائد في الفقه الإسلامي أن الكفيل لا يمكنه في هذه الحالة الرجوع على المدين الذي لم يضمّنه لانعدام الضمان بينهما، ولكن يمكنه وفقا للقواعد العامة الرجوع على المدين الذي لم يضمّنه بما وفاه عنه وفقا لقاعدة الغرم بالغنم ولأحكام الإثراء بلا سبب.

العُصْن الثاني

رجوع الكفيل على المدين في القانون الروماني

نتناول أحكام رجوع الكفيل على المدين في القانون الروماني من خلال عرض شروط المطالبة، ووسائل التي تمكن الكفيل من مطالبة المدين بما وفاه. وذلك على التعاقب التالي:

أولاً: شرط الوفاء كشرط أساس لنشأة حق الكفيل في مطالبة المدين الأصلي: جعل القانون الروماني الشرط الوحيد الذي يعطي الحق للكفيل في مطالبة المدين بما وفاه عنه للدائن، هو أن يوفي الكفيل الدين محل الكفالة للدائن. سواء كان الوفاء وفاء كلياً أم جزئياً. وسواء تم بعلم المدين، أو بدون علمه. كما قرر للمدين الحق في الرجوع على المدين بالمصروفات أو

(1) المرجع السابق، نفس الموضوع

(2) المرجع السابق، ج4، ص407.

(3) وهو ذات الحكم الذي ورد بالمادة (801) من القانون المدني المصري إذ جاء فيها: "إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين، فللكفيل الذي ضمنهم جميعاً أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين".

(4) ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، ج4، ص412.

النفقات التي تحملها من أجل الوفاء. فقد ورد بمدونة جستنيان: "إذا أدى الكفيل شيئاً عن المدين فله الرجوع عليه بدعوى الوكالة للحصول على ما أنفق"⁽¹⁾.

فعبارة "إذا أدى الكفيل شيئاً عن لمدين" المذكورة بالنص تعكس حق الكفيل في الرجوع على المدين، وإن كان الوفاء جزئياً، دون أن ينتظر استيفاء الدائن لكامل حقه من المدين، ويختلف النص الروماني في ذلك عما ورد بالمادة (799) من القانون المدني المصري التي اشترطت استيفاء الدائن لحقه كاملاً من المدين، قبل أن يطالب الكفيل المدين بما وفاه عنه جزئياً. فجاء بها: إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محلّ الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين. ولكن إذا لم يوفت إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه، إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين"⁽²⁾.

وعبارة "للحصول على ما أنفق" الواردة بالنص تدل على حق الكفيل في الرجوع على المدين بأصل الدين، وكذلك ما تحمله من نفقات ومصروفات ارتبطت بالدين الذي وفى به عن المدين. كما تدل على أن الكفيل لا يرجع على المدين إلا بما أداه فعلاً للدائن، أو تحمله بالضبط من أجل الوفاء عن المدين دون زيادة. وهذا عين ما قرره الفقه الإسلامي إذ جاء بالمعنى لابن قدامة: "ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضى، أو قدر الدين؛ لأنه إن كان الأقل الدين، فالزائد لم يكن واجباً، فهو متبرع بأدائه، وإن كان المقضي أقل، فإنما يرجع بما غرم، ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء"⁽³⁾. إذ الأصل في الكفالة الضمان والتبرع، لا المضاربة والربح. كما يتطابق الحكم مع نص الفقرة الأولى من المادة (324) من القانون المدني المصري إذ ورد بها: "إذا قام الغير بوفاء الدين، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه".

يستنبط كذلك من النص الوارد بمدونة جستنيان السالف الذكر؛ أن رجوع الكفيل على المدين بما أنفقه - سواء القيمة الأصلية للدين، أو نفقات و مصروفات السداد - لا يشترط له أستاذان الكفيل للمدين أو إعلانه قبل الوفاء - ولعل ذلك يرجع إلى طبيعة الكفالة في القانون الروماني باعتبارها عقد يبرم بين الكفيل والدائن دون تدخل لإرادة المدين - ويتفق النص الروماني في هذا الجانب مع القانون المدني المصري في فقرته الأولى من المادة (800) التي تقرر أن: "لكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه"⁽⁴⁾. إلا أنه يختلف معه في الفقرة الثانية لذات المادة التي اشترطت لرجوع الكفيل على المدين بالمصروفات أن يعلنه بالإجراءات التي سيتحمل بسببها المصروفات. فورد بها: "ويرجع بأصل الدين وبال فوائد والمصروفات، على أنه في المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده".

ثانياً: الوسائل التي يتمكن الكفيل من خلالها مطالبة المدين الأصلي بما وفاه عنه للدائن.

(1) مدونة جستنيان (3-21-6).

(2) ويرتبط بهذا النص نص المادة (330) من القانون المصري، إذ جاء بالفقرة الأولى منها: (إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محل فيه، فلا يضر الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدماً على من وفاه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

(3) ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، ج4، ص411.

(4) ويتفق ذلك مع نص المادة (775) من القانون المدني المصري إذ ورد بها: "تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضاً رغم معارضته".

من أهم هذه الوسائل دعوى الوكالة المقررة لمصلحة الكفيل إذ ورد بمدونة جستنيان: "إذا أدى الكفيل شيئاً عن المدين فله الرجوع عليه بدعوى الوكالة للحصول على ما أنفق"⁽¹⁾. بالإضافة لعدد من الدفوع التي يتمتع بها الكفيل في مواجهة المدين الأصلي، ومن هذه الدفوع التي يتمتع بها الكفيل في مواجهة المدين الأصلي لمطالبته بما وفاه عنه للدائن الدفع بتنازل الدائن عن الدعاوى، وهو ما يعرف في الفقه المعاصر بالدفع بالحلول أي حلول الكفيل محل الدائن في التمسك بالدعاوى التي كان يتمتع بها الدائن في مواجهة المدين الأصلي كنوع من الضمانات المقررة للكفيل لاستيفاء حقه من المدين الموفي عنه، ومقتضاه يتمسك الكفيل بعد وفاءه بالدين عن المدين الأصلي بالدعاوى التي كان يتمتع بها الدائن في مواجهة المدين، وذلك بعد ان يتنازل عنها الدائن لمصلحة الكفيل الذي وفى له بالدين. كما يترتب على تنازل الدائن عن دعاويه لصالح الكفيل. التزامه بأن يقدم للكفيل كافة الوسائل التي تمكنه من التمسك بتلك الدعاوى، وكذلك جميع الدفوع والردود التي تمكنه من الاستفادة من تلك الدعاوى في مواجهة المدين وبشكل مباشر⁽²⁾.

ويستمد تأصيل الدفع بتنازل الدائن عن دعاويه لصالح الكفيل من قاعدة رومانية وردت بموسوعة جستنيان مؤداها: "يجوز عدم الوفاء للدائن إذا رفض التنازل عن الضمانات التي يحوزها، والتي ليس له مصلحة في الاحتفاظ بها"⁽³⁾.

وقد تساءل بعض شراح القانون الروماني عن مبرر انتقال دعاوى الدائن إلى الكفيل، أو تنازل الدائن عنها للكفيل رغم افتراض انقضاء هذه الدعاوى مع وفاء الدين الذي تحميه هذه الدعاوى من قبل الكفيل، إلا أن الفقه الروماني أوجد حيلة مقتضاها أن الدائن قد باع حقه في هذه الدعاوى للكفيل، مقابل وفائه له بالدين المحمي بهذه الدعاوى⁽⁴⁾.

هذا وقد منح القانون الروماني الكفلاء الدفع بتنازل الدائن عن دعاويه، وذلك في علاقته مع المدين الأصلي، وخاصة عند مطالبته بوفاء ما اداه عنه للدائن، ليضاف إلى الدفوع الأخرى المقررة لصالح الكفيل في مواجهة المدين الأصلي، مراعاة ودعماً للكفيل الذي قد يتحمل التزام بالدفع عن المدين الأصلي، دون أن يكون له مصلحة شخصية تتحقق من وراء ذلك⁽⁵⁾.

ويرجع مصدر منح هذا الدفع لصالح الكفيل إلى عمل القضاء دون أن يوجد نص قانوني يقره. وقد ثار تساءل عن مدى حق الكفيل في التمسك بالدفع ذاته في مواجهة كفيل آخر، وقد كان "لسافيني" رأي يجيب عن التساؤل بالسلب، وذلك استناداً إلى نص ورد عن "جايوس" يقرر أن الكفيل الذي أوفى للدائن ليس له أن يدفع في مواجهة الكفلاء الآخرين. وهذا نص يشمل جميع الدفوع⁽⁶⁾.

وقد طرح جانب من الفقه سؤالاً حول مدى استمرار هذا الدفع مع تقرير الدفع بالتجريد لصالح الكفيل لمواجهة ورد مطالبة الدائن، وإحالاته لتجريد المدين الأصلي، وذلك مع عهد جستنيان، فهل ترتب على هذا الدفع فقدان الكفيل لدفع تنازل الدائن عن دعاويه لصالح الكفيل،

(1) مدونة جستنيان: (3-21-6).

(2) د. السيد العربي: المرجع السابق، ص 131.

(3) Digest:(20-4-19)." if a lawful possessor should tender him the amount of the debt, he would be compelled to transfer to him his rights of action".

(4) د. طه عوض غازي: تطور الطبيعة القانونية لالتزام الكفيل في القانون الروماني، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، 2000م، ص 76 وما بعدها.

(5) المرجع السابق، ص 68.

(6) د. السيد العربي: المرجع السابق، ص 125-126.

وقد رد البعض بالإيجاب على اعتبار وجود تعارض بين الدفعين⁽¹⁾. ولكن المتأمل للعلاقة المزدوجة بين الكفيل والدائن من جانب، وبين الكفيل والمدين من جانب آخر، يجد عدم التعارض بين الدفعين إذ قد يحتاج الكفيل للدفع بتنازل الدائن عن دعاويه لصالحه إذا لم تكفي أموال المدين للوفاء بكامل الدين، وعاد عليه الدائن بما تبقى من الدين. وفي هذا الفرض ستنشأ مطالبة بين الكفيل والمدين الأصلي سيحتاج فيها الكفيل للاستفادة من دعاوى الدائن لضمان استيفاء ما وراه مما تبقى من الدين بعد عجز المدين عن وفائه كاملاً.

المطلب الرابع

انقضاء الكفالة بطريق أصلي

في الفقه الإسلامي و القانون الروماني

تنقضي الكفالة اما بطريق تبعي نتيجة لانقضاء الدين المضمون سواء بوفائه إلى المكفول له، من قبل المدين أو الكفيل، أو بأدائه بما يعادل الوفاء أو بدون وفاء، كما تنقضي الكفالة بطريق أصلي دون انقضاء الدين المكفول؛ كإبراء الكفيل، أو اتحاد الذمة بين الكفيل والمدين الأصلي. و نتناول اسباب انقضاء الكفالة بطريق أصلي، أو دون انقضاء الدين المكفول في كل من الفقه الإسلامي والقانون الروماني من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

انقضاء الكفالة بطريق أصلي في الفقه الإسلامي

يفرق الفقه الإسلامي في مجال انقضاء الكفالة بطريق أصلي بين كفالة المال، وكفالة النفس، على النحو التالي:

أولاً: كفالة المال: تنقضي كفالة المال بطريق أصلي في الفقه الإسلامي بوسيلتين: الوسيلة الأولى: الأداء من قبل الكفيل، أو بما يقوم مقام الأداء؛ كأن يهب المكفول له الكفيل قيمة المال المكفول به، أو يتصدق به عليه. ذلك لأن الهبة، والصدقة بمنزلة الأداء، لأن بهما يمتلك الكفيل الحق المكفول، فتزول الكفالة. إذ لا يتصور أن يكون الكفيل هو نفسه صاحب الحق.

فورد ببداية الصنائع أن الكفيل بالمال يخرج عن الكفالة بأحد أمرين: "أحدهما أداء المال إلى الطالب، أو ما هو في معنى الأداء... لأن حق المطالبة للتوصل إلى الأداء، فإذا وجد فقد حصل المقصود فينتهي حكم العقد، وكذا إذا وهب الطالب المال من الكفيل، أو من الأصيل، لأن الهبة بمنزلة الأداء....، وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الأصيل لأن الصدقة تملك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء كالهبة"⁽²⁾.

والوسيلة الثانية: الإبراء، وما هو في معناه، ذلك لأن البراءة عن المال قد تكون بالأداء، وقد تكون بالإبراء. فإذا أبرأ المكفول له الكفيل زالت الكفالة، مع بقاء الدين الأصلي في ذمة الأصيل أو المكفول عنه، لأن إبراء الكفيل هو إبراء عن المطالبة، وليس عن الدين نفسه القائم في ذمة الأصيل.

جاء عن الكاساني أن الأمر الثاني الذي يخرج به الكفيل عن الكفالة هو: "الإبراء وما هو في معناه فإذا أبرأ الطالب الكفيل أو الأصيل خرج عن الكفالة، غير أنه إذا أبرأ الكفيل لا

(1) المرجع السابق، ص130.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج6، ص11.

يبرأ الأصيل، وإذا أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل، لأن الدين على الأصيل لا على الكفيل، إنما عليه حق المطالبة. فكان إبراء الأصيل إسقاط الدين عن ذمته، فإذا سقط الدين عن ذمته، يسقط حق المطالبة ضرورة، لأن المطالبة بالدين ولا دين محال. فأما إبراء الكفيل فأبرأه عن المطالبة لا عن الدين، إذ لا دين عليه، وليس من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصيل، لكن يخرج الكفيل عن الكفالة لأن حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل فإذا سقط تنتهي⁽¹⁾. ويشترط الفقه الإسلامي ألا تكون البراءة من الكفالة معلقة على شرط، لأن البراءة فيها معنى التملك، والتمليك لا يحتمل التعليق بالشرط⁽²⁾.

ومما يقوم مقام الإبراء كوسيلة لانقضاء الكفالة، الحوالة، والصلح، فإذا أحال الكفيل، الدائن المكفول له على شخص آخر للمطالبة بالحق محل الكفالة، وقبل الدائن زال التزام الكفيل، لأن الحوالة مبرئة عن المطالبة، التي هي جوهر الكفالة. ذكر الكاساني في بدائع الصنائع: "لو أحال الكفيل الطالب بمال الكفالة على رجل وقبله الطالب، فالمحتال عليه يخرج عن الكفالة عند أصحابنا الثلاثة، وكذا إذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله لأن الحوالة مبرئة عن الدين، والمطالبة جميعاً عند عامة مشايخنا، وعند بعضهم مبرئة عن المطالبة. وإبراء الكفيل والأصيل مخرج عن الكفالة لما ذكرنا"⁽³⁾. كما يعتبر الصلح بين الدائن والكفيل سبباً لانقضاء الكفالة، فالكفيل يخرج عن الكفالة بالصلح كما يخرج بالحوالة⁽⁴⁾.

ثانياً: كفالة النفس: تزول كفالة النفس بطريق أصلي إما بتسليم النفس في المكان المشروط، أو المكان المناسب لإحضار المكفول به لمجلس القضاء، وإما بإبراء الدائن الكفيل من الكفالة بالنفس، إذ يكمن جوهر الكفالة بالنفس في حق الدائن في المطالبة بتسليم النفس. وهذا الحق يسقط بالإبراء وتزول معه الكفالة، وكذلك ب وفاة المكفول به. جاء بدائع الصنائع: "وأما الكفيل بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلاثة أشياء إحداها تسليم النفس إلى الطالب، وهو التخلية بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على إحضاره مجلس القاضي، لأن التسليم في مثل هذا الموضع محصل للمقصود من العقد وهو إمكان استيفاء الحق بالمرافعة إلى القاضي فإذا حصل المقصود ينتهي حكمه فيخرج عن الكفالة..... والثاني الإبراء، إذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة، لأن حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس. وقد أسقط المطالبة عنه بالإبراء فينتهي الحق ضرورة..... والثالث موت المكفول بنفسه"⁽⁵⁾.

الفرع الثاني

انقضاء الكفالة بطريق أصلي في القانون الروماني

من أسباب انقضاء الكفالة بطريق أصلي، أو دون انقضاء الدين المكفول في القانون الروماني إبراء الدائن للكفيل، واتحاد الذمة بين الكفيل والمدين. وفيما يلي نتناول هذين السببين:

(1) الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 6، ص 11. راجع. ابن قدامه: المغني، المرجع السابق، ج 4، ص 421.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 6، ص 12.

(3) المرجع السابق، ج 6، ص 12.

(4) المرجع السابق، ج 6، ص 12.

(5) الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج 6، ص 12، 13. راجع. ابن قدامه: المغني، المرجع السابق، ج 4، ص 417، ص 420.

أولاً: الإبراء (release): تنقضي الكفالة بإبراء الدائن للكفيل، إذ بالإبراء ينقضي التزام الكفيل، وتبرء ذمته من الضمان مع بقاء الدين في ذمة المدين⁽¹⁾، ذلك لأن زوال الفرع لا يترتب عليه زوال الأصل. وفيما يلي نتناول تعريف الإبراء، وطبيعته القانونية، وشروطه في القانون الروماني، ثم نعرض أحكام انقضاء الكفالة بالإبراء في القانون الروماني

1- تعريف الإبراء وطبيعته القانونية: ورد بمصادر القانون الروماني أن الإبراء هو إبراء من دين، أو مسؤولية من خلال تبادل اتفاق، على غرار الاتفاق المنشأ للعقد مصدر الالتزام المبرأ⁽²⁾. ويستتنبط من التعريف السابق أن الإبراء في القانون الروماني يعد عقداً بين الدائن والمدين⁽³⁾، ومن ثم يلزم موافقتهما لوقوعه.

2- شروط صحة ونفاذ الإبراء: يشترط القانون الروماني لصحة الإبراء- بالإضافة للشروط العامة لصحة العقد كاشتراط خلو الإرادة من العيوب⁽⁴⁾- ألا يكون الإبراء معلقاً على شرط، إذ ورد بمصادر القانون الروماني أنه لا يمكن للإبراء أن يكون معلقاً على شرط⁽⁵⁾. كما يشترط

(1) Digest:(46-4-13-7):- "If a release is granted to a surety, where the principal debtor was liable on account of the propret....".

(2)Digest:(46-4-1):"A release is a discharge from liability through mutual interrogation, by means of which both parties are freed from compliance with the same contract".

(3) أما عن موقف الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية من الطبيعة القانونية للإبراء، فقد اختلف الفقه الإسلامي، وكذلك التشريعات الوضعية فيما بينها حول الطبيعة القانونية للإبراء. ففي الفقه الإسلامي يرى البعض من الأحناف، والشافعية، والمالكية؛ أن الإبراء عقد بين الدائن والمدين، قياساً على الهبة. راجع النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي- بيروت، الطبعة الثالثة، 1412هـ - 1991م، ج4، ص195. الكاساني: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج5، ص202. ويذهب جمهور الفقه الإسلامي إلى اعتبار الإبراء تصرفاً بإرادة منفردة، وهي إرادة الدائن قياساً على الإسقاط، والشفعة والطلاق فكل منهم لا يحتاج إلى قبول. إلا أن الأحناف انفردوا - تنتم لهذا الرأي- بإجازة رد المدين للإبراء. راجع ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج6، ص179. الشريبي: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ - 1994م، ج3، ص564. القرافي: الفروق = أنوار البروق في أنوار الفروق، عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ، الفرق التاسع والسبعون بين قاعدة النقل وقاعدة الإسقاط، ج2، ص136. اليهودي: كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج4، ص304.

كما كان الاختلاف أيضاً بين التشريعات المعاصرة؛ فبعض التشريعات توصف الإبراء بأنه تصرف قانوني من جانب واحد، إذ يصدر الإبراء بإرادة الدائن وحده دون الحاجة لقبول المدين، مع الاعتراف للمدين بالحق في رد الإبراء كالقانون المدني المصري م(371)، وبعضها تعتبر الإبراء عقد يشترط لانعقاده التوافق بين إرادة الدائن والمدين كقانون الالتزامات والعقود التونسي م(350).

(4)Digest:(4-2-9-8):"cellus, with reference to a decision of Julianus, that if a surety used violence to obtain a discharge by a release, no action for restitution will be granted against the principal debtor; but the surety should be condemned to pay fourfold the amount, unless he restores the right of action against the principal debtor. The opinion stated by Marcellus is the better one, for he holds that this action will lie against the principal debtor, as it is stated in rem".

(5)Digest:(46-4-4):- " A release cannot be granted under a condition".

وشرط عدم تعليق الإبراء على شرط قد قال به بعض من الفقه الإسلامي، ابن قيم الجوزية (ت: 751هـ): إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1991م، (تعليق الفسخ والبراءة بالشروط) ج4، ص14.

لإنفاذه ألا يكون مضافاً إلى أجل، فإن أضيف الإبراء إلى أجل فقد قوة نفاذه⁽¹⁾ وكان إبراء غير ناجز، وبالتالي يتراخي، أو يؤجل أثره إلى المستقبل، إلى حين حلول الأجل المتفق عليه.

3- الإبراء في الكفالة: يترتب على إبراء الدائن للكفيل انقضاء الكفالة، وزوال التزام الكفيل قبل الدائن، ولا يمتد الإبراء إلى المدين الأصلي، إلا إذا صرح الدائن بذلك، بأن يرد بنص الإبراء كلمات تعبر عن اتجاه نيته إلى إبراء كل من الكفيل والمدين⁽²⁾.

ويشترط الفقه الروماني لصحة إبراء الكفيل أن تكون الكفالة محل الإبراء ضامنة لدين قائم مستحق الاداء، سواء كان الدين مدنياً أو طبيعياً- إذ أخذ القانون الروماني بجواز كفالة الالتزام الطبيعي كما بينا سابقاً- أي أن يكون الدين المضمون قائماً في ذمة المدين الأصلي لصالح الدائن عند الإبراء من الكفالة، ولا يجوز أن يرد الإبراء على كفالة محلها دين سيترتب في المستقبل⁽³⁾، لذا فلا يجوز إبراء الكفيل إذا كان الدين المضمون معلقاً على شرط واقف لم يتحقق بعد، فإن قال عمرو لزيد أتقبل أن تكفل سعد إن أقرضه، وقبل زيد، فلا يجوز إبراء زيد من الكفالة قبل ثبوت الدين، وذلك بتسليم عمرو القرض لسعد. فلا بد كي ينعقد الإبراء بين الدائن والكفيل؛ أن يتحقق ثبوت الدين محل الكفالة التي هي محل الإبراء، فإن تخلف هذا الشرط فلا يعتد بإبراء الكفيل من قبل الدائن. وهذا الشرط قد ورد بموسوعة جستنيان إذ جاء فيها:

" Where anyone stipulates with a surety as follows, "Do you promise to be responsible for what I shall lend to Titius?" and then, before he lends him the money, he gives a release to the surety, the principal debtor will not be discharged, but when the money is lent to him he will be liable. For, although we think that the surety is not released before the money is lent to the principal debtor, still the latter cannot be discharged by a release which precedes his obligation."⁽⁴⁾.

أي "عندما يتفق شخص مع آخر على أن يكون كفيلاً لشخص ثالث قائلاً " اتعدي أن تكون مسؤولاً عن الدين الذي سأقرضه لتيتوس فكما أن المدين الأصلي لا يمكن إبرائه قبل ثبوت التزامه، فكذلك الكفالة لا تنقضي بالإبراء إلا بثبوت الدين المكفول، بتسليم القرض للمدين الأصلي". ويرى الباحث أن شرط ثبوت، واستحقاق الحق هو شرط عام من شروط الإبراء في القانون الروماني⁽⁵⁾، ولا يقف فقط عند حدود الإبراء في الكفالة.

والسؤال الآن هل هذا الرأي الفقهي الذي تضمنه النص السابق يتعارض مع معرفة القانون الروماني لكفالة الدين المستقبل، حيث ورد بنظم جستنيان: " يجوز أن تكون الكفالة سابقة

⁽¹⁾Digest:(46-4-5):- "A release to date from a certain time is of no force or effect, for a release discharges a person from liability in the same way as a payment".

⁽²⁾Digest: (46-4-13-7).

⁽³⁾ على الرغم من اجازة القانون الروماني لكفالة الدين المستقبل، إذ ورد بنظم جستنيان: " يجوز أن تكون الكفالة سابقة للالتزام الأصلي أو لحقة له".

"-A surety may bind himself either previously or subsequently to the contraction of the obligation" INSTITUTES:(3-20-3).

إلا أنه لم يعترف بإبراء الكفيل من دين مستقبل، إذ هناك فرق بين نشأة الالتزام، وانقضائه.

⁽⁴⁾Digest:(46-4-13-9).

⁽⁵⁾ اشترطت بعض التشريعات المدنية المعاصرة شرط استحقاق الدين للأداء كشرط من الشروط العامة لصحة الإبراء، كالقانون المدني الإماراتي مادة (470)، والقانون المدني الأردني مادة (446). في حين لم يصرح القانون المدني المصري بهذا الشرط.

للتزام الأصلي أو لحقة له"⁽¹⁾. يرى الباحث بعدم وجود تعارض بين النصين، إذ هناك فارق بين كفالة الدين المستقبل الذي يرتبط بدين محقق الوجود، وبين الكفالة المعلقة على شرط واقف والتي من خصائصها أنها غير محققة الوجود.

ثانياً: اتحاد الذمة: السبب الثاني من أسباب انقضاء الكفالة في القانون الروماني هو اتحاد الذمة بين الكفيل، والمدين الأصلي. ومن صور تحقق ذلك؛ أن يرث المدين الأصلي الكفيل كوريث وحيد، أو العكس. فقد جاء في موسوعة جستنيان: "تنقضي الكفالة إذ ورث المدين الأصلي الكفيل".

"When the principal debtor becomes the heir of his surety, the obligation of suretyship is extinguished" ⁽²⁾.

فبالميراث تجتمع الذمة المالية للكفيل والمدين الأصلي في ذمة مالية واحدة، وهو ما يتعارض مع مقتضى الكفالة، باعتبارها ضماناً يضيف للدائن ذمة مالية ضامنة لذمة المدين، إذ لا يتصور أن يكون المدين كفيلاً عن نفسه، لذا كان منطقياً أن تنقضي الكفالة بمجرد أن يرث المدين للكفيل. وهذا المعنى قد أشارت إليه موسوعة جستنيان عند تبرير انقضاء الكفالة باتحاد الذمة فوراً بها:

"...the double civil obligation cannot exist with reference to the same person."⁽³⁾.

أما إذا لم يكن المدين الأصلي هو الوريث الوحيد للكفيل فإن الكفالة تنقضي في حق المدين الأصلي الوارث باتحاد الذمة، ولكنها تبقى في حق باقي الورثة فيحق للدائن المكفول له أن يرجع عليهم ولكن فقط في حدود انصبتهم من تركة الكفيل⁽⁴⁾. وهذا الحكم يفيد أيضاً أن الكفالة لا تنقضي بوفاة الكفيل بل تنتقل إلى ورثته في حدود التركة، وهو عين ما اخذ به الفقه الإسلامي⁽⁵⁾. وفي حالة كفالة مدينين متضامنين في دين واحد، فقد ورد بمصادر القانون الروماني؛ أنه إذا اشتركا مدينين في دين واحد، وكان لهما كفيل واحد، وورث الكفيل أحد المدينين المتضامنين، فإن الكفالة تظل ضامنة للمدين الثاني، ولا تنقضي للأخير كما انقضت

(1) INSTITUTES:(3-20-3):"A surety may bind himself either previously or subsequently to the contraction of the obligation".

(2) Digest:(46-1-14).

(3) Digest:(46-1-24-2).

(4) Digest:(46-1-24):"Lucius Titius, desiring to become surety to Septicius for his brother, Seius, wrote to him as follows: "If my brother asks you, I request you to pay him the money, on my responsibility, and at my risk." After having written this letter, Septicius paid the money to Seius; and Titius, having afterwards died, left certain heirs, and among them his brother, Seius, a third part of his estate. If, because the action to which Septicius was entitled against his brother Seius was extinguished by merger, on account of the third part of the estate to which Seius had become the heir to his brother Titius, I asked whether Septicius could bring an action for the entire amount against the other heirs. Marcellus answered that an action on mandate could not be brought against the co-heirs of Seius for the larger part of the estate, but only for their hereditary shares.

(5) ابن قدامة: المغني، المرجع السابق، ج 4 ص 407.

للأول باتحاد الذمة⁽¹⁾، رغم وجود التضامين بين المدينين، إذ الانقضاء يلحق الكفالة وليس الدين الأصلي.

⁽¹⁾Digest:(46-1-24-4): "When you and Titius are jointly liable for the same sum of money, he who became surety for you can also answer as surety for Titius, although the same money is due to the same person; and this obligation will not be void, so far as the creditor is concerned. Indeed, in some cases, it will be productive of benefit, for instance, if he should become the heir of him for whom he previously became surety; for then, the first obligation having been extinguished through merger, the second one will continue to exist".

الخاتمة

من خلال الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني في باب الكفالة، نستطيع رصد عدد من جوانب الاتفاق، والاختلاف بين الجانبين على النحو التالي:

أولاً- أوجه الاتفاق:

1- خصائص الكفالة: تتميز الكفالة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الروماني، بأنها عقد تابع لالتزام المدين الأصلي، سواء من حيث القيمة، ووقت الوفاء، والانقضاء.

2- كفالة الدين المستقبل: يتفق الفقه الإسلامي مع القانون الروماني في إجازة كفالة الالتزام أو الدين المستقبل، وإن لم يكن واجبا، أو لازما وقت الكفالة، بشرط أن يكون الدين مآله للوجود وليس مستحيلا.

3- كفالة الالتزام الطبيعي: فكل من القانون الروماني، والفقه الإسلامي يجيز كفالة الالتزام الطبيعي، أو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالالتزام ديانة.

4- انتقال التزام الكفيل إلى ورثته: قرر الجانبان أن الكفالة لا تنقضي بوفاء الكفيل، بل تنتقل إلى ورثته، فيحق للدائن المكفول له أن يرجع عليهم، ولكن فقط في حدود انصبتهم من تركة الكفيل. وأن وفاة الكفيل تؤدي إلى تعجيل استحقاق الدين في مواجهة ورثة الكفيل، فإذا كانت الكفالة مؤجلة - لكون الدين مؤجلا- سقط أجلها بوفاء الكفيل، وكان للدائن استيفاء حقه من تركه الكفيل. دون أن يسقط أجل الدين بالنسبة للمدين، أي يمنع ورثة الكفيل من الرجوع على المدين قبل حلول الأجل، إذ لا يجوز مطالبة المدين بوفاء الدين المؤجل قبل حلول أجله.

5- الإبراء كسبب من اسباب انقضاء الكفالة: اتفقا الجانبان في أن الكفالة تنقضي بإبراء الدائن للكفيل، مع بقاء الدين في ذمة المدين، إذ لا يمتد الإبراء إلى المدين الأصلي، إلا إذا صرح الدائن بذلك، ذلك أن زوال الفرع لا يترتب عليه زوال الأصل.

ثانياً:- أوجه الاختلاف:

1- الطبيعة القانونية للكفالة: الكفالة في القانون الروماني عقد يبرم بين الكفيل والدائن . أما الكفالة لدى جمهور الفقه الإسلامي فهي تصرف قانوني بإرادة منفردة للكفيل دون حاجة إلى قبول المكفول له، وإن كانت ترد برده لها.

2- خصائص الكفالة: من خصائص الكفالة التي تختلف في الفقه الإسلامي عن القانون الروماني أن الكفالة في الفقه الإسلامي تصرف ذات طابع رضائي، أما القانون الروماني فهي عقد شكلي يشترط فيه صيغا محددة لانعقاده، و الكتابة لإثباته.

3- كفالة الالتزام الطبيعي: رغم الاتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني في الاعتراف بكفالة الالتزام الطبيعي، إلا أن بينهما اختلاف من حيث غاية هذا الحكم، وحدود أثره. فالقانون الروماني هدف بتقرير كفالة الالتزام الطبيعي، إلى تحويل بعض الالتزامات الطبيعية بطريقة غير مباشرة إلى التزامات مدنية، وذلك مراعاة لمقتضيات العدالة، واستجابة لاعتبارات عملية ترتبط بمراحل تطوره.

أما الفقه الإسلامي فقد أجاز كفالة الالتزام ديانة (الالتزام الطبيعي في المصطلح القانوني) رعاية للوفاء بالعهود، وضمانا ودعما لاستيفاء الحقوق، وفي كفالة الالتزام ديانة بالفقه الإسلامي يظل التزام الكفيل التزاما ديانة تبعا لالتزام المدين الأصلي، ولا يتحول الالتزام الأصلي بكفالته إلى

التزام قضاء، أي ليس من شأن كفالة الالتزام الطبيعي في الفقه الإسلامي إضافة عنصر المسؤولية إلى الالتزام الأصلي. أما كفالة الالتزام الطبيعي في القانون الروماني من شأنها تحويل الالتزام الطبيعي المضمون إلى التزام مدني.

4- آثار الكفالة وخاصة في أحكام رجوع الدائن على الكفيل: يأخذ جمهور الفقه الإسلامي بحق الدائن في مطالبة الكفيل، والمدين الأصلي بالوفاء بالدين المكفول دون التقيد بأولوية معينة، فيجوز للدائن الرجوع على المدين مباشرة دون مطالبة الكفيل، كما يحق له الرجوع على الكفيل أولاً دون أن يكون للكفيل الحق في دفع مطالبته بوجوب الرجوع على المدين أولاً، كما لا يتقيد الدائن في مطالبة الكفيل بأن يكون الكفيل متضامناً مع المدين، أو أن يكون المدين معسراً، أو عاجزاً عن الدفع. وذلك بخلاف الفقه المالكي الذي يقرر للكفيل الحق في دفع مطالبة الدائن له وحده بالوفاء بالدين، بوجوب رجوع الدائن على المدين المكفول عنه أولاً.

أما القانون الروماني فقد عرف للكفيل الحق في دفع مطالبة الدائن، بمطالبته بوجوب الرجوع على المدين الأصلي أولاً، وهدف بهذا الدفع إلى التخفيف من الآثار القانونية للكفالة، والتوفيق بين مصلحة الكفيل ومصلحة الدائن إعمالاً لمبادئ العدالة التي اعتمد عليها كوسيلة لتطوير أحكامه.

5- ما يرجع به الدائن على الكفيل في حالة تعدد الكفلاء: الفقه الإسلامي يفرق في ضوء الاتفاق المنشأ للكفالة بين حالة الكفلاء المتضامنين- والتي فيها يحق للدائن مطالبة أي من الكفلاء بكل الدين، ويكون للكفيل الذي وفي الرجوع على باقي الكفلاء بما وفاه كل بمقدار حصته- وبين حالة الكفلاء غير المتضامنين الذين قد يجمعهم عقد واحد أو عقود مستقلة، فإن كان يجمعهم عقد واحد، قسم الدين بينهم، وكان للدائن الحق في أن يرجع على كل واحد منهم بمقدار نصيبه فقط من الدين. وإن كان يجمعهم عقود مستقلة كان للدائن مطالبة أي من الكفلاء بكل الدين، وإن وفي أحدهم بكامل الدين، يكون له الرجوع على المدين أو المضمون عنه، وليس له أن يرجع على باقي الكفلاء.

أما في القانون الروماني فالأصل تشريعياً هو تضامن الكفلاء المتعددين لضمان دين واحد عن مدين واحد، مع إعطاء الحق لأحد الكفلاء التمسك بتقسيم قيمة الدين بين الكفلاء، لتعطيل التضامن وتقسيم الدين بين الكفلاء، فإن لم يتمسك أحد الكفلاء بهذه الرخصة ثبت التضامن في حق الكفلاء المتعددين لدين واحد.

6- شرط استئذان الكفيل للمدين قبل الأداء: اختلف الفقه الإسلامي حول شرط استئذان الكفيل للمدين قبل الوفاء للدائن، فريق(الحنابلة والمالكية) لم يأخذ به، ومنح الكفيل الحق في مطالبة المدين بما وفاه عنه دون اشتراط أن يسبق الوفاء استئذانه، على أساس أن الوفاء قد حقق للمدين نفعاً، والغرم بالغنم، وفريق آخر(الحنفية والشافعية) أخذ به كشرط لمطالبة الكفيل المدين بما وفاه عنه، إن كانت الكفالة قد نشأت دون إذنه، إذ من شأن نشأة الكفالة دون إذن المدين، والوفاء بالدين المكفول به دون إذنه أيضاً، أن يجعل قضاء الدين تبرعاً من الكفيل.

أما في القانون الروماني فقد استنبط من نصوصه، أنه لا يشترط استئذان الكفيل للمدين، أو إعلانه قبل الوفاء، ولعل ذلك يرجع إلى طبيعة الكفالة في القانون الروماني باعتبارها عقد يبرم بين الكفيل والدائن دون تدخل لإرادة المدين، فالشرط الوحيد الذي يعطي للكفيل الحق في مطالبة المدين بما وفاه عنه للدائن، هو أن يوفي الكفيل الدين محل الكفالة للدائن. سواء كان الوفاء وفاء كلياً أم جزئياً. وسواء تم بعلم المدين، أو بدون علمه.

7- مقدار ما يرجع به الكفيل على المدين: ليس للكفيل في الفقه الإسلامي (حنبلي) أن يرجع على المدين إلا باقل القيمتين؛ قيمة الدين أو مقدار ما نقص منه وليس له الحق في مطالبة المدين بما زاد على قدر الدين من مصروفات، ونفقات ارتبطت به، إذ يعد ما زاد على قدر الدين تبرعا من الكفيل. أما في القانون الروماني فللكفيل الحق في الرجوع على المدين بما أنفقه للوفاء بالدين المكفول به، سواء قيمة الدين، و ما ارتبط بأدائه من مصروفات ونفقات.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين،،،

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

1- مصادر ومراجع الفقه الإسلامى:

- إبراهيم على أحمد محمد الشال: القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في المعاملات المالية، رسالة ماجستير مطبوعة، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، 1422هـ.
- ابن تيمية: (شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية- ت: 728هـ):
 - مجموع فتاوى ابن تيمية، طبعة الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1425هـ/2004م.
 - القياس في الشرع الإسلامى، المطبعة السلفية، القاهرة 1346هـ.
- ابن رشد الحفيد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد - ت: 595هـ): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة 1425هـ - 2004م.
- ابن قدامة المقدسي (أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي - ت: 620هـ): المغني، مكتبة القاهرة، بدون رقم طبعة، 1388هـ.
- ابن قدامة (عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ت: 682هـ): الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بدون تاريخ.
- ابن قيم الجوزية (محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية - ت: 751هـ): إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1991م.
- ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري- ت: 970هـ): البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامى، الطبعة الثانية - بدون تاريخ.
- الإمام أحمد بن حنبل (أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني - ت: 241هـ): مسند أحمد، مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، 1421 هـ - 2001 م.
- أحمد بن محمد الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية بيروت.
- البهوتي (منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلي- ت: 1051هـ): كشف القناع على متن الاقتناع، دار الكتب العلمية.
- الجرجاني (علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني ت: 816هـ): التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الأولى 1403هـ - 1983م.

- الحموي (أحمد بن محمد مكّي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي - ت: 1098هـ): غمز العيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (لأبن نجيم)، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1405هـ - 1985م.
- الشربيني (شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي - ت: 977هـ): مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1415هـ - 1994م.
- د. عبد الله بن عبد العزيز الدرعان: التصرف الانفرادي وأثره في بناء العقود والالتزامات في الفقه الإسلامي، مكتبة التوبة، الطبعة الأولى، 1413هـ - 1993م.
- علي حيدر (خواجه أمين أفندي - ت: 1353هـ): درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة الأولى، 1411هـ - 1991م.
- الشيخ علي الخفيف: التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1430هـ - 2009م.
- القرافي (أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي - ت: 684هـ): الفروق = أنوار البروق في أنواع الفروق، عالم الكتب، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ت: 587هـ): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية - بيروت، ط2، 1406هـ، 1986م.
- الشيخ محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي.
- النووي: (أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي - ت: 676هـ): روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان الطبعة الثالثة، 1412هـ / 1991م.
- 2- المراجع القانونية:**
- د. بلحاج العربي أحكام الالتزام في ضوء قواعد الفقه الإسلامي والأنظمة السعودية دار الثقافة للنشر 1436هـ - 2015م.
- د. توفيق حسن فرج: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية- القانون الروماني، مكتبة مكاوي- بيروت، 1975م.
- د. ثروت حبيب: الالتزام الطبيعي، حالاته وآثاره 1961م.
- د. جميل الشرقاوي: - النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول- مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1995م.
- النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، احكام الالتزام، دار النهضة العربية القاهرة، 1989م.

د. السيد عبد الحميد فودة: مبدأ سلطان الإرادة بين القانون الروماني والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه- كلية الحقوق جامعة القاهرة.

- د. السيد العربي حسن: أحكام الرهن في القانون الروماني، دار النهضة العربية.

- د. شفيق شحاته: نظرية الالتزامات في القانون الروماني، القاهرة 1963م.

- د. صبيح مسكوني: القانون الروماني، مطبعة شفيق- بغداد، 1968م.

- د. صوفي أبو طالب: - الوجيز في القانون الروماني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، 1965م.

- أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة، دار النهضة العربية، 1964م.

- د. طه عوض غازي: تطور الطبيعة القانونية لالتزام الكفيل في القانون الروماني، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، 2000م.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، دار احياء التراث العربي بيروت- لبنان، بدون تاريخ.

- د. عبد السلام ترماني: محاضرات في القانون الروماني، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، 1964-1965م.

- عبد العزيز فهمي: مدونة جستنيان في الفقہ الروماني، عالم الكتب - بيروت، بدون تاريخ.

- د. عبد المجيد الحفناوي: تاريخ القانون مع دراسات في نظرية الحق والقانون في القانون الروماني، بدون ناشر، بدون تاريخ.

- د. عبد المنعم فرج الصده: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992م.

- د. عبد المنعم بدر، ود. عبد المنعم البدر: القانون الروماني، ط 1954م.

- د. عمر ممدوح: القانون الروماني، دار المعارف، الطبعة السادسة، 1966-1967م.

- د. فايز محمد حسين، الأصول التاريخية والفلسفية للالتزام الطبيعي، دار النهضة العربية، 2004م.

- د. فوزي رشيد: الشرائع العراقية القديمة، مديرية الثقافة العامة - العراق، بدون تاريخ.

- د. محمود السقا: - أثر الفلسفة في الفقہ والقانون الروماني في العصر العلمي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 43، العدد الأول، مارس 1973م.

- دروس في فلسفة القانون الروماني، ط 1980م.

- د. محمود سلام زناتي: - نظم القانون الروماني، دار النهضة العربية، 1966م.

- القانون الآشوري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الرابعة
عشر، العدد الاول، يناير 1972م.

ثانيا: المراجع الأجنبية:

- Cuq (E): Mannuel des institutions juridiques des romains, 1917.
- Giffard(A): droit romain et ancien droit français, Paris, 1958.
- Girard (P): Manuel élémentaire de droit romain, septième édition, Paris, 1924.
- Huvelin(p): cours élémentaire de droit romain, T.2. les obligations, 1929.
- May (G) : Eléments de droit romain, dix-huitième édition ,1932.
- Monier (R) : Manuel élémentaire de droit romain, Tome 2, 3me édition, Paris, 1944. T2(Les obligations).
- Petit (E) : Traite élémentaire de droit romain, Quatrième édition, Paris, 1909.
- S. P. SCOTT, A. M: THE CIVIL LAW Including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitutions of Leo: Translated from the original Latin, edited, and compared with all accessible systems of jurisprudence ancient and modern, Cincinnati The Central Trust Company Executor of the Estate Samuel P. Scott, Deceased Publishers Copyright, 1932.

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	الموضوع
1 التمهيد:
9
9	المطلب الأول: ماهية الكفالة في الفقه الإسلامي والقانون الروماني.....
10	الفرع الأول: تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي، والقانون الروماني.....
11	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة في الفقه الإسلامي، والقانون الروماني... ..
18	الفرع الثالث: خصائص الكفالة في الفقه الإسلامي، والقانون الروماني.....
18
20	المطلب الثاني: محل الكفالة في الفقه الإسلامي، و القانون الروماني.....
32	الفرع الأول: كفالة الدين المستقبل في الفقه الإسلامي، والقانون الروماني.....
32	الفرع الثاني: كفالة الالتزام الطبيعي في القانون الروماني، والفقه الإسلامي.....
37
43	المطلب الثالث: آثار الكفالة في الفقه الإسلامي، والقانون الروماني.....
43	الفرع الأول: علاقة الكفيل بالدائن في الفقه الإسلامي، والقانون الروماني.....
44	الفرع الثاني: علاقة الكفيل بالمدين في الفقه الإسلامي، والقانون الروماني.....
48
51	المطلب الرابع: انقضاء الكفالة بطريق أصلي في الفقه الإسلامي، والقانون الروماني.....
48	الفرع الأول: انقضاء الكفالة بطريق أصلي في الفقه الإسلامي.....
51	الفرع الثاني: انقضاء الكفالة بطريق أصلي في القانون الروماني.....
.....
..... الخاتمة:
..... قائمة المراجع: