مكانة و أثر أحكام تضامن الكفلاء بين أوجه التطبيق في القانون المدني و الشريعة الإسلامية

The status and impact of the provisions of the solidarity of the sponsors between the aspects of application in civil law and Islamic law

باكور نادية [1*]،
[1]كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون–تيارت، الجزائر
عجالي بخالد [2*]،
[2] كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون–تيارت، الجزائر

تاريخ الاستلام: 2021/10/21 تاريخ القبول للنشر: 2022/01/24 تاريخ النشر: 2022/06/30

ملخص:

إن دراسة نظام تضامن الكفلاء من المواضيع الأكثر أهمية،بحيث تهدف هذه الدراسة إلى تأمين الوفاء بالدين،و تبيان مكانة هذا النظام سوءا من الناحية القانونية أو الشرعية،فقد تم التطرق لتصور عام عن نظام التضامن لتعدد الكفلاء و تفريده عما يتشابه معه من أنظمة أخرى،و بشكل أكثر تفصيل تناولنا أحكام التضامن لتعدد الكفلاء في إطار القانون المدني،أما القسم الثاني من الدراسة فتم مناقشة أحكام التضامن لتعدد الكفلاء من منظور الفقه الإسلامي، ومسائل المتعلقة بانقسام الدين ومسألة الرجوع و تعدد الفروض عند تعدد الكفلاء وتضامنهم، وبذلك فإن المبادئ التي يقوم عليها هذا النظام في أحكامها العامة من وجهة القانون المدني لا تتنافى مع ما هو مقرر في الحكم الشرعي.

الكلمات المفتاحية: الكفلاء، التضامن،النظام، الفقه الإسلامي، الضمان، الكفالة.

Abstract :

The study of the solidarity system of sponsors is one of the most important topics, so that this study aims to secure the fulfillment of the debt, and to show the status of this system worse in legal or legal terms. In more detail, we dealt with the provisions of solidarity for the multiplicity of guarantors within the framework of the civil law.

As for the second section of the study, the provisions of solidarity for the multiplicity of guarantors from the perspective of Islamic jurisprudence were discussed, and issues related to the division of religion and the issue of recourse and the multiplicity of assumptions when the multiplicity of guarantors and their

* المؤلف المراسل: nadia.bakour@univ-tiaret.dz

solidarity, and thus the principles On which this system is based, in its general provisions from the point of view of civil law, it does not contradict what is stipulated in the Sharia ruling.

Keywords: Sponsors; Solidarity; Order; Jurisprudence Islamic; Security; Guaranty.

* المؤلف المراسل: nadia.bakour@univ-tiaret.dz

مقدّمة:

لما كان تقيم أي نظام أكثر جدية و دقة،كان الحكم أكثر ضمانا و إنصافا،و بذلك فإن نظام التضامن لتعدد الكفلاء من بين الأنظمة التي أول لها الفقه الإسلامي عناية هامة،من حيث الطرح والتكريس في الأحكام، بحيث لا يخلو أي تأليف من مؤلفاتهم الفقهية دون التطرق لها، وقد امتد إرساء هذه القواعد ذات الشأن بتعدد الكفلاء في فروضها المختلفة بعد ذلك،إلى جميع التقنينات و التشريعات القانونية.

تعود أهمية دراسة ذلك لدعم وتعميق القواعد المستمدة من النظرية الإسلامية، والوقوف على موقف التقنين المدني في الأخذ بها من عدمه،و كذا بيان حقيقة هذا النظام في الفقه الإسلامي،الذي كان و لا يزال يتفاعل مع الواقع القانوني و يساير مواكبته،بغية دراسته في شكل صياغة من منظور جديد،بناءا على قوة الدلائل و البراهين كلما أمكن ذلك.

و ملامسة للنقاط المذكورة أعلاه،و لتكوين نظرة شاملة من مختلف الجوانب القانونية و الشرعية في إرساء هذه القواعد المتعلقة بالأحكام الخاصة بتعدد الكفلاء و تضامنهم في بعض الفروض دون البعض الأخر،يثار التساؤل عن موقف التقنين المدني الجزائري من بعض القواعد المستمدة من الشريعة الإسلامية كونها السابقة في تكريس و تعميق مكانة هذا النظام القانوني؟

و في سياق موصول بموضوع البحث،فإن الهدف من وراء ذلك إبراز فعالية و صلاحية أحكام الشريعة الإسلامية في كل زمان و مكان،و كذا إبراز أصالتها و تكريسها لأحكام هذه المسؤولية التضامنية لتعدد الكفلاء من وجهة القانون المدني،بما يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في هذا الشأن.

و كما سبق و أن أشرنا سابقا،سنتناول مضامين موضوع الورقة البحثية انطلاقا من أحكام التضامن لتعدد الكفلاء في إطار القانون المدني (المبحث الأول)، مرورا بالتطرق لأحكام التضامن لتعدد الكفلاء من منظور الفقه الإسلامي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

أحكام التضامن لتعدد الكفلاء في إطار القانون المدني

مما لاشك فيه أن نظام التضامن لتعدد الكفلاء كان و لا يزال محل نظر و تعديل و تجديد،فمرجعيته في ضمان الدائن لاستفاء حقه قد تباينت في شتى التقنينات و التشريعات،و علة ذلك أن الحديث عن تضامن الكفلاء تقتضي بالضرورة الوقوف على تحديد المفاهيم القانونية ذات الصلة بموضوع البحث، وكذا ضبط المفاهيم التي تميزه عن النظم المشابهة له، وإلى جانب أخر سنتطرق إلى بيان حكم الأحكام العامة لتضامن الكفلاء في القانون المدني الجزائري،و انطلاقا من ذلك سيتم الوقوف على مناقشة هذه العناصر ضمن المطالب التالية:

المطلب الأول: تفريد الالتزام التضامني لتعدد الكفلاء و تميزه عن غيره من الأنظمة

لعل البدء بتعريف مفاهيم أي موضوع قانوني يراد معالجته من جانب معين أو عدة جوانب قانونية مختلفة،يساهم بصورة مباشرة في تفسير معانيه ودلالاته وفقا للمجالات التي يوظف فيها،وتبعا للأبعاد التي يتخذها،وبناءا على ذلك نجد لزوما أن نقف في بداية الأمر على مفهوم المفاهيم التالية محل دراسة الموضوع.

الفرع الأول: تحديد مصطلح التضامن و تعدد الكفلاء من منظور القانون المدني

إن دراسة أي نظام قانوني في مجمل مضمونه لا يتم إلا عبر اتخاذ أساليب البحث العلمي بالانتقال من تحديد مصطلح التضامن و أنواعه من الناحية القانونية أولا،ثم إلى التطرق لتحديد مصطلح تعدد الكفلاء من منظور القانون المدني ثانيا.

أولا: تحديد مصطلح التضامن و أنواعه من الناحية القانونية

قنن المشرع الجزائري أحكام التضامن في المواد 217 إلى 235 من القانون المدني،حيث تطرق ضمن فحواها إلى أحكام التضامن فيما بين الدائنين،و الذي يعرف تحت عنوان التضامن الإيجابي،وإلى حالات التضامن فيما بين المدينين و هو التضامن السلبي،و قد استهل المشرع الجزائري بحث التضامن بقاعدة قرر ضمنها أن التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض إلا باتفاق أو بنص قانوني[1]، و ذلك حسب نص المادة 217 من القانون المدني الجزائري[2].

و باستقراء النصوص القانونية المتعلقة بالتضامن نلاحظ أن التقنين المدني الجزائري لم يرد ضمن هذه المواد تعريفا للتضامن، إنما اكتفى فقط ببيان أنواعه و أصوله بما يترتب عنه من روابط و آثار قانونية، و بناءا على ذلك يعرف التضامن بأنه: "وصف يحول دون انقسام الحق في حالة تعدد الدائنين،أو الالتزام في حالة تعدد المدينين"[3]، أي أن التضامن في وصفه العام يكون التزام متعدد الأطراف سواء الطرف الإيجابي،و هو ما يعرف بتعدد الدائنين،أو الطرف السلبي الموسوم بتعدد المدينين و الذي يمنع به انقسامه.

و بناءً على هذا التعريف،استبن لنا أن للتضامن نوعين أولهما التضامن السلبي،و الذي يقصد به:" *انضمام ذمم المدينين المتعددين في الدين الواحد بعضها إلى بعض لتوثيق الدين،بحيث يكون كل منهم مسئولا عنه في مواجهة الدائن بصفة أصلية، ونائبا عن غيره من المدينين في مواجهته*".

1- بن يكن عبد المجيد، عقد الكفالة بين الفقه الإسلامي والتقنين المدني الجزائري"دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015، ص33.

2-المادة 217 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395، يتضمن التقنين المدني الجزائري، ج.ر، عدد34، صادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 معدل و متمم.

3-أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، دار المعارف، مصر، 2005، ص267.

و التضامن بهذا المعنى وصف يرد على محل الالتزام فيحفظ له وحدته،و يبقي على تعدد الروابط[4]،أي أنه لا يمكن أن يوجد التضامن دون وجود نص دقيق و صريح،فهنالك دين واحد فريد من نوعه مع العديد من المدينين في مجمله،لا يدين المدينون في الواقع إلا لكل واحد بحصته[5]،أما النوع الثاني فيتمثل في التضامن الإيجابي،و الذي ينطوي تحت مفهوم عندما يكون شخصان أو عدة أشخاص أصحابا لدين واحد،بحيث يحق لكل منهم أن يطلب دفع هذا الدين بجملته،كما يحق من جهة أخرى للمدينون أن يدفعوا الدين إلى أي كان منهم[6].

ثانيا:تحديد مصطلح تعدد الكفلاء من منظور القانون

عرف القانون المدني الجزائري الكفالة في المادة 644 على أنها:"الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ الالتزام،بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه"[7]، و بناءا على هذا التعريف قد يتعدد الكفلاء ويكونوا ملتزمين بضم ذممهم المالية إلى ذمة المدين،على أن يتحمل هذا الأخير مبدئيا خلاص الدين لكن يقدم كضمان ذمما أخرى،أي على الأقل ذمتين إلى جانب ذمته المالية، و بالتالي فإن الكفلاء شركاء في عملية الائتمان وطرف في عقد الكفالة[8].

الفرع الثاني: الترجيح بين نقاط التوافق و التباعد بين تعدد الكفلاء و التضامن

قد يقع في صعوبة تطبيق القواعد القانونية الخاصة بأي نظام قانوني أحيانا، بما يتشابه معه من أنظمة قانونية أخرى، و ذلك لمرجعية التشابه بينه و بين غيره من الأنظمة،لذلك كان لابد من الوقوف على تميز تعدد الكفلاء مع التضامن وفق المعالجة التالية:

أولا: أوجه التشابه بين تعدد الكفلاء والتضامن

- يعد التضامن و تعدد الكفلاء نوع من أنواع التأمينات الشخصية،و تشترك الكفالة مع التضامن في الحق في الحبس[9].
- يقترب الالتزام التضامني من حيث المعنى من الكفالة،لأن الدين في كلاهما متعلق بذمتين، و هما ذمة المدين الأصلي أو المكفول عنه،و ذمة المدين المتضامن أو الكفيل[10].

4-سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975، ص459.

5- Frédéric Levesque, Fondation Du Barreau, L'obligation In Solidum En Droit Privé Québécois ,Faculté De Droit-Université Laval, Montréal12 Juin 2012,p3.

6-مصطفى العوجي، القانون المدني، الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص46.

7-المادة 644 من الأمر رقم 58/75 السالف الذكر.

8-محمد دربال، تعدد الكفلاء في الدين، تاريخ النشر:2017/8/19، تاريخ الإطلاع:2021/4/5،https//www.mohamah.net

9- منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة، الطبعة العمالية، القاهرة، 1963، ص9.

- يستطيع الدائن في كلا النظامين استفاء حقه من المدينين المتعددين، فإذا أعسر أحدهم وجد في يسار الباقين ما يضمن له الوفاء بحقه[11].

ثانيا: أوجه الاختلاف بين تعدد الكفلاء و التضامن

- يعتبر المدين المتضامن صاحب مصلحة شخصية، أما الكفيل فلا يلتزم إلا لمصلحة الغير و هو المدين الأصلي.
- مصدر التضامن الاتفاق أو القانون، بينما مصدر الكفالة الاتفاق غالبا[12].
- التزام الكفيل التزام تبعي، أما المدين المتضامن في التضامن فالتزامه أصلي.
- تبرأ ذمة الكفيل إذا برئت ذمة الأصيل،بخلاف الأمر في التضامن فإن ذمة المدين لا تبرأ إلا بمقدار حصة الدين الموفي[13].

المطلب الثاني: حكم الأحكام العامة لتضامن الكفلاء في القانون المدني الجزائري

من المعلوم أن الكفلاء قد يتعددوا،و مادام أن أساس الالتزام الوفاء بالدين فقد يكفل الدائن أكثر من كفيل و أمام ذلك قد يترتب العديد من الآثار القانونية،و فيما يلي سنتناول ذلك وفق ما يلي:

الفرع الأول: أثر التضامن في العلاقة بين الدائن و غيره من الكفلاء

يحق للدائن الرجوع على الكفلاء في حالة تعددهم،و إلى جانب ذلك فإن الكفيل مطالب بالوفاء بالدين كله أمام الدائن، ومن هذا المنطلق سنتطرق لبيان تقسيم الدين في حالة تعدد الكفلاء وفقا لما يلي:

أولا:حق الدفع بالتقسيم

يثبت هذا الحق عند تعدد الكفلاء شأنه شأن الفقه الإسلامي في حالة ما إذا رجع الدائن على أحدهم،و كان لأحدهم التمسك بالدفع بالتقسيم، وذلك استنادا لنص المادة 664 من القانون المدني[14]، والتي تقتضي في فحواها أن التقسيم في هذه الحالة يقع بقوة القانون، ولكي ينقسم الدين لابد من توافر الشروط التالية:

10- بلعتروس محمد، تضامن المدينين والكفلاء: دراسة تحليلية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، الجزائر، العدد الأول، 2013، ص7.

11- سليمان مرقص، عقد الكفالة، مطبعة دار النشر للجامعات، القاهرة، 1959، ص1.

12- بلعتروس محمد، المرجع السابق، ص8.

13-بلعتروس محمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

14- تنص المادة664 على أنه: *إذا تعدد الكفلاء لدين واحد،و بعقد واحد و كانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.*

أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية،فإن كل واحد منهم يكون مسؤول عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم".

- **تعدد الكفلاء بعقد واحد:** و هنا يستلزم التفرقة بين ما إذا كانوا متضامنين أو غير متضامنين:

- **ألا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم:**لا تختلف الأحكام المقدمة في الفقه الإسلامي عما هو مقرر في القانون المدني،ففي حالة عدم التضامن بينهما فإن الدين ينقسم بينهما،و يصبح كل منهما مسؤولا عن نصف الدين،إن لم يكن هنالك اتفاق على نسبة أخرى[15].
- **أن يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم:**لأنهم إذا كانوا متضامنين يسقط عنهم حق الدفع بالتقسيم،لأن منطق التضامن يقضي بأن للدائن حقا بأن يطالب أيا منهم بكل الدين[16].

- **تعدد الكفلاء بعقود متتالية:**

يحق للدائن أن يطلب كل الدين من أي هؤلاء الكفلاء،إذا استوفى حقه من أحدهم برئت ذمة الباقين نحوه،و يكون للكفيل الذي وفى بالدين الحلول محل الدائن،و بالرجوع للفقه الإسلامي فقد قيد المالكية رجوع المكفول له بأن لا يكون حاضرا مليئا كما سيتم الإشارة إليه في المبحث الموالي،و هنا يستطيع أن يرجع على غيره من الكفلاء كل بقدر نصيبه في الدين،و بإمكان هذه الأحكام أن تتعطل إذا احتفظ الكفيل وقت انعقاد عقد الكفالة بالحق في التقسيم[17].

الفرع الثاني: أثر التضامن في العلاقة بين الكفلاء المتضامنين ببعضهم البعض

إذا تعدد الكفلاء و كانوا متضامنين فيما بينهم فلا ينقسم الدين بينهم،سواء كانوا يكفلون دينا واحد بعقد واحد أو بعقود متوالية،و هنا يكون كل كفيل مسؤول عن الدين،فإذا ما وفى أحدهم بالدين فلا يجوز أن يرجع على أي كفيل إلا بقدر نصيبه في الدين[18].

أولا: شروط رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء

مما هو مستقر عليه،أن الرجوع يكون إما بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول،و بذلك يشترط لرجوع الكفيل على غيره من الكفلاء ما يأتي:

1. أن يكون الكفيل قد وفى للدائن بكل الدين عند حلول الأجل.
2. أن يكون الوفاء مبرئا لذمة سائر الكفلاء قبل الدائن،أي أن يكون باطل[19].

15- السعيدي محمد صبري، شرح القانون المدني(التأمينات الشخصية والعينية: عقد الكفالة)، دار الكتاب الحديث، مصر، 2005، ص65.
16- سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2001، ص73.
17- أبو السعود رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، مصر، 1995، ص ص131-132.
18- شادي عبد الفتاح، عقد الكفالة، تاريخ النشر 11 يونيو، 2017، تاريخ الإطلاع: 2021/4/9، https//www.mohamah.net
19-محمد صبري السعيدي، المرجع السابق، ص116.

3. أن يكون للكفيل الموفي الرجوع على المدين بما دفعه،فإذا سقط حقه في الرجوع كالوفاء دون إخطار المدين، فلا يجوز له الرجوع على أي من الكفلاء و يبقى أمامه القواعد العامة[20].

المبحث الثاني

أحكام التضامن لتعدد الكفلاء في إطار الفقه الإسلامي

من المعلوم ذكره عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن نظام التضامن يقوم أساسا على نظرتي الكفالة والضمان،لذلك نجد لزوما أن نحيط هذه الجوانب بما خلفه فقهاء الشريعة من رصيدا كان و لا يزال قائما، حول نظام التضامن لتعدد الكفلاء سواء من ناحية تميزه عن غيره من أنظمة مشابهة له كما هو المطلب الأول، أو من حيث الآثار المتعددة، فضلا عن نظرة الفقه الإسلامي في معالجتها كما هو المطلب الثاني.

المطلب الأول: تفريد الالتزام التضامني لتعدد الكفلاء و تميزه عن غيره من الأنظمة

مما هو رائد بيانه في نطاق هذا المطلب الموسوم بفرعين أساسين،و الذي سنتطرق بناءا عليهما لتحديد مصطلح التضامن و تعدد الكفلاء و ضبطهما من منظور الفقه الإسلامي،لنمر بعد ذلك لتميز نظام تعدد الكفلاء عن غيره من أنظمة كما هو أتي إثرائه.

الفرع الأول: تحديد مصطلح التضامن وتعدد الكفلاء من منظور الفقه الإسلامي

من الواضح أن الفقه الإسلامي قد أقام أساس التضامن على نظريتي الكفالة و الضمان كما سبق و أن استبان لنا ذكره،و من ثمة جاءت هذه الدراسة لتقديم تصور عام عن مفهوم التضامن و أنواعه أولا،ثم لتطرق بعد ذلك لتحديد مفهوم تعدد الكفلاء من الناحية الشرعية ثانيا،و بذلك ستكون دراستنا على النحو الآتي بيانه:

أولا:تحديد مصطلح التضامن و أنواعه من الناحية الشرعية

يعتبر نظام التضامن في الفقه الإسلامي نظام مكتمل،بلغ ذروة نضجه في عهد ازدهار الاجتهاد،و مما هو متفق فيه أن الفقه الإسلامي كان السباق في معرفة هذا النظام و تدقيق أحكامه،و تكريس بنائه على قاعدة الوضوح و الإحكام،من خلال قواعد الكفالة والضمان[21].

و تجدر الإشارة أن للتضامن نوعين قد عرفتهما الشريعة الإسلامية، ويتمثلا في التضامن السلبي، أو ما يعرف بالتضامن بين المدنين، والذي يعرف مصدره في الشريعة الإسلامية بالاتفاق أو الشرع، ومثال الاتفاق كمصدر للتضامن بين المدينين الكفالة، كما لو اقترض عدة أشخاص مالا من شخص علة أن كل واحد كفيل

20- محمد صبري السعيدي، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

21- بلعتروس محمد، المرجع السابق، ص12.

عن صاحبه[22]، أما الشرع فيتجلى مثاله في شركة المفاوضة، فالشركاء في هذه الشركة يكونوا متضامنين في الوفاء بالديون التي تترتب على الشركة للغير[23].

وقد عرف الفقه الإسلامي نظام التضامن بين الدائنين في صورة "الدين المشترك"، والذي يقصد به: "كل دين وجب بسبب واحد لشركين فأكثر، كما لو باع الشريكان دارا مشتركة بينهما بعقد واحد دون تحديد ثمن لكل منهما[24]، غير أن التضامن بين الدائنين يظهر بشكل جلي في صورة الدين المشترك،الذي يكون مصدره شركة المفاوضة، وشركة الأعمال[25].

ثانيا: تحديد مصطلح تعدد الكفلاء من منظور الفقه الإسلامي

في ضوء ما سبق بيانه عند جمهور الفقه الإسلامي،فقد تم استنباط لفظ الكفالة لغة بمعنى الكافل والكفيل، الضامن، يقال: كفل المال وكفل بالمال، أي ضمنه، وكفلاء جمع كفيل والأنثى كفيل، و يقال في الجمع كفيل، و تكفل بالشيء، ألزمه نفسه و تحمل به، يقال تكفل بالدين: التزم به، و كفل هو به كفولا وكفلا، والتكفيل مثله، لقوله تعالى:" فقال أكفلنيها وعزني في الخطاب"[26]، أي اجعلني أنا أكفلها وأنزل أنت عليها، وكفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد[27].

وما يلاحظ بالنظر إلى كتب الفقه أن الكفالة تسمى ضمانا، حيث يسمي الحنفية الكفالة بنوعيها: الكفالة بالمال، و الكفالة بالنفس، كفالة، في حين يطلق عليها المالكية والشافعية لفظ الضمان[28].

لقد ورد عدة تعريفات للضمان،و تتفق رؤيا جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية والحنابلة، في أن الضمان يترتب عليه ضم ذمة الضامن و المضمون عنه، و اشتراكهما في الضمان بكونه(ضم ذمة)[29]، فمن خلال ذلك فإن التعريف الجامع والمانع للضمان على النحو التالي:

22- السبكي أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي، فتاوى السبكي، الجزء الأول، دار المعارف، القاهرة-مصر، 1998، ص348.

23- نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، الجزء الثاني، دار المعارف، الهند، 1999، ص309.

24- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، شرط-صرف، الجزء26، دار الصفوة للطابعة للنشر والتوزيع، الكويت، 1992، ص28.

25- السرخسي شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، المبسوط، الجزء11، دار المعرفة، بيروت، 2007، ص177.

26- سورة ص الآية (23).

27- محمود الألوسي أبو الفضل، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2019، ص180.

28- محمد حسين حمد العواودة، الكفالة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين، 2007، ص62.

29- علي أحمد السالوس، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة: دراسة في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، دار الاعتصام، الكويت، 1987، ص ص20-23.

"ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق الواجب حالا أو مستقبلا"[30].

الفرع الثاني: مقاربة نظرية بين تعدد الكفلاء وغيرها من الألفاظ التي تأخذ نفس الأحكام

هنالك ألفاظ أخرى ترادف كلمة الكفالة بمعنى الكفيل أو تعدد الكفلاء، وقد فصلها أهل العلم في ثنايا ما كتبوه من روائع الكلم،حيث قيل: "معنى الكفالة لغة الخبر الدال على الضمان وهي القبالة[31]، ومنه قوله تعالى: "أو تأتي بالله و الملائكة قبيلا"[32]، أي ضامنا و الحمالة، والأذانة، والزعامة،ومنه قوله تعالى: "ولمن جاء به حمل بعير و أنا به زعيم"[33]: أي ضامن،...و هي سبعة ألفاظ مترادفة: الحميل، والزعيم، والكفيل، والقبيل، والأذين، والصبير، والضامن، وجاء في قوله تعالى: "وقد جعلتم الله عليكم كفيلا"[34].

المطلب الثاني: أثار التضامن لتعدد الكفلاء بين الفقه الإسلامي و القانون المدني

بعد الوقوف على إبراز مفهوم هذا النظام من ناحية القانون المدني الجزائري، كان من الواجب الوقوف على تخريج فقهي لتضامن الكفلاء من الناحية الشرعية، ويثار التساؤل في هذا الحكم عن مدى توافق أحكام الفقه الإسلامي مع أحكام القانون المدني في بيان أثر نظام التضامن لتعدد الكفلاء من عدمه؟

وبناءً على ذلك سنقف عند آثار التضامن لتعدد الكفلاء، وذلك من خلال أثر التضامن في علاقة الدائن مع غيره من الكفلاء المتضامنين ضمن الفرع الأول، لنعرج بالمرور لعلاقة الكفلاء المتضامنين فيما بينهم ضمن الفرع الثاني.

الفرع الأول: علاقة الدائن بغيره من الكفلاء المتضامنين

تقوم هذه العلاقة على حق الدفع بالتقسيم وهو حق ثابت عند تعدد الكفلاء، وقد أجازه الفقه الإسلامي كما أجازة القانون المدني، وبالتالي يصح أن يضمن الحق على المدين اثنان فأكثر، سواء ضمن كل واحد منهم الدين كله، أو ضمن جزءا منه فقط، كما يصح أن يتكفل بدين المدين كفيلان فأكثر[35].

- **شروط الدفع بالتقسيم وفق الفقه الإسلامي:**

1. **تعدد الكفلاء بعقد واحد:** إذا شاء و أن تعدد الكفلاء بعقد واحد،فإنه يفرق بين ما إذا كانوا متضامنين أو غير ذلك:

30- محمد حسين حمد العواودة، المرجع السابق، ص69.
31- محمد حسين حمد العواودة، المرجع نفسه، ص72.
32- سورة الإسراء، الآية(92).
33- سورة يوسف، الآية(72).
34- سورة النحل، الآية(91).
35- سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص72.

أ) ألا يكونا الكفلاء متضامنين فيما بينهم:

من الجدير بالذكر أنه إذا تعدد الكفلاء بالدين في عقد واحد، وكانوا غير متضامنين والدين يحتمل الانقسام، فإن الدائن يطالب كل منهم بحصته، فإذا كان الدين ألفا و الكفلاء اثنين، فإنه يطالب كل كفيل منهما بخمسمائة فقط[36]، وما يلاحظ من ذلك أن هذا الحكم لا يخرج عما هو وارد في التقنين المدني، إذ أنه وفقا للقانون المدني أن يكون للدائن أن يطالب أي من الكفلاء بحصته.

وقد جاء في بدائع الصنائع: "ولو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى يثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسمائة"[37].

ب) أن يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم:

إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد و كانوا متضامنين، أي بعضهم كفيل عن بعض، كان كل واحد منهم كفيلا عن الأصيل بجميع المال، ويحق للمكفول له مطالبة الأصيل وكل واحد منهم من الكفلاء بكل الدين[38].

2. تعدد الكفلاء بعقود متتالية:

إذا تعدد الكفلاء بعقود متوالية بأن كفل الدين واحد بعد واحد بعقد مستقل،فإن كل واحد منهم يكون مسؤولا عن جميع الدين، ويحق للمكفول له مطالبة أي واحد منهم بجميع الدين ولو حضروا جميعا أملياء أي موسرين[39].

و قيد المالكية رجوع المكفول له على الكفلاء باشتراط ألا يكون المكفول عنه حاضرا مليئا[40].

الفرع الثاني: أثر التضامن في العلاقة بين الكفلاء المتضامنين ببعضهم البعض

أجاز الفقه الإسلامي تعدد الكفلاء فإذا كانوا متضامنين بمعنى أن يقول كل واحد منهم للمكفول له، كل واحد منا ضامن للألف التي على فلان، يكون للدائن حق مطالبة أحدهم أو جميعهم بالألف، بحيث إذا أداها أحدهم برءوا جميعا[41].

36- بن يكن عبد المجيد،المرجع السابق،ص:177.

37- الكساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1986، ص14.

38- السرخسي شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، المبسوط، الجزء20، دار المعرفة، بيروت، 1986، ص ص37-38.

39- السرخسي شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، المرجع نفسه، ص37.

40- بن يكن عبد المجيد، المرجع السابق، ص178.

41-السرخسي شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، الجزء20، المرجع السابق، ص34.

جاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة647 بقولها: "... وإن كانوا قد كفلوا معا، يطالب كل منهم بمقدار حصته في الدين، ولكن لو كان قد كفل كل منهم المبلغ الذي لزم في ذمة الأخر، فعلى هذه الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين..."[42].

وأما عن براءة الكفيل من الدين عند تعدد الكفلاء، فقد أخذ إبن قدامة الحنبلي في قوله: "ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان أو أكثر، سواء ضمن كل واحد منهم جميعه أو جزء منه: فإن ضمن كل واحد منهم جميعه، برئ كل واحد منهم بأداء أحدهم، وإن أبرأ المضمون عنه برئ الجميع، لأنهم فروع له، وإن أبرأ أحد الضمان برئ وحده ولم يبرأ غيره، لأنهم غير فروع له، فلم يبرؤوا ببراءته كالمضمون عنه(المدين الأصلي)..."، ومن ذلك أنه إذا أبرأ صاحب الدين المضمون عنه، برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافا، وإن أبرأ المضمون له الضامن، لم تبرأ ذمة المضمون عنه، لأنه أصل،فلا يبرأ بإبراء التبع[43].

خاتمة:

ختاما لما سبق التطرق له،فإن تضامن الكفلاء من بين الأنظمة القانونية التي تقف على تحقيق ضمانا للدائن لاستفاء حقه، فقد كان لهذا النظام مكانة بارزة في النظرية الإسلامية مما استوجب الأمر لإعادة صياغة وتكريس أحكامه في مجال القانون المدني، بما يضمن حق الدائن عند حلول الوفاء، وأمام ذلك فقد توصلت الدراسة إلى النتائج التالية:

- عالج الفقه الإسلامي أحكام التضامن من خلال قواعد الكفالة و الضمان.
- لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز تعدد الكفلاء،فمثلما يكفل الحق كفيل واحد،يصح أن يتكفل به اثنان فأكثر.
- يتشابه التضامن مع تعدد الكفلاء في اعتبارهما نوع من أنواع التأمينات الشخصية،و بذلك هنالك مقاربة بينهما في أن كلاهما متعلق بذمتين.
- يجوز للدائن الحق في مطالبة أحدهم أو جميعهم بالدين،و هنا لا خلاف بين ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية و القانون المدني،كما أنه إذا وفى أحدهم بالدين برئت ذمتهم جميعا.

وإجمالا لذلك توصي الدراسة بما يلي:

- ✓ لابد من ضرورة الوقوف على دراسة جدية لجانب المعاملات في الفقه الإسلامي، و كذا إرساء أحكامه ضمن المنظومة التشريعية المدنية، كونه يقوم على دقة الطرح، و أسبقية المعالجة التي تجعل منه صالحا لكل زمان و مكان.

42- مصطفى خالد الرواشدة، مجلة الأحكام العدلية، مركز الكتاب الأكاديمي، الأردن، 2020، ص90.
43- بلعتروس محمد، المرجع السابق، ص10.

- ✓ ضرورة الوقوف على إخراج القواعد والأحكام الشرعية الخاصة بنظام التضامن في الفقه الإسلامي إلى الواقع القانوني، وإعادة صياغتها من منظور جديد اعتبارا لكون الشريعة الإسلامية مصدرا هاما من مصادر القانون.

قائمة المصادر والمراجع

أولا- المراجع والمصادر باللغة العربية:

1- المصادر:

- القرآن الكريم.

2- المراجع الكتب:

أ) الكتـــــب:

1. أبو السعود رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، مصر، 1995.
2. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، دار المعارف، مصر، 2005.
3. البلخي نظام الدين، الفتاوى الهندية، الجزء الثاني، دار المعارف، الهند، 1999.
4. السبكي أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي، فتاوى السبكي، الجزء الأول، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1998.
5. السرخسي شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، المبسوط، الجزء11، دار المعرفة بيروت، 2007.
6. السرخسي شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، المبسوط، الجزء20، دار المعرفة، بيروت، 1986.
7. السعيدي محمد صبري، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية:عقد الكفالة، دار الكتاب الحديث، مصر، 2005.
8. سليمان مرقص، عقد الكفالة، مطبعة دار النشر للجامعات، القاهرة، مصر، 1959.
9. سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975.
10. سي يوسف زاهية، عقد الكفالة، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2001.
11. علي أحمد السالوس، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة: دراسة في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، دار الاعتصام، الكويت، 1987.

12. الكساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986.

13. محمد صبري السعيدي، شرح القانون المدني، التأمينات العينية والشخصية، عقد الكفالة، دار الكتاب الحديث، القاهرة – مصر، 2005.

14. محمود الألوسي أبو الفضل، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2019.

15. مصطفى العوجي، القانون المدني، الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.

16. مصطفى خالد الرواشدة، مجلة الأحكام العدلية، مركز الكتاب الأكاديمي، الأردن، 2020.

17. منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة، الطبعة العمالية، القاهرة، 1963.

18. وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية: شرط – صرف، الجزء 26، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 1992.

ب) الأطروحات والمذكرات الجامعية:

1) الأطروحات:

- بن يكن عبد المجيد، عقد الكفالة بين الفقه الإسلامي والتقنين المدني الجزائري "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، جامعة لحاج لخضر، باتنة، 2014-2015.

2) المذكرات:

- محمد حسين حمد العواودة، الكفالة في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين، 2007.

ج) المقالات:

- بلعتروس محمد،تضامن المدينين و الكفلاء،دراسة تحليلية مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، مجلة القانون و المجتمع،جامعة أدرار،الجزائر،العدد الأول،2013.

د) النصوص القانونية:

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395،يتضمن التقنين المدني الجزائري،ج.ر،عدد 34، صادر بتاريخ 26سبتمبر 1975 معدل و متمم.

هـ) مواقع الانترنت:

- شادي عبد الفتاح، عقد الكفالة، تاريخ النشر:11يونيو2017، تاريخ الإطلاع:2021/4/9، https//:www.mohamah.net
- محمد دربال، تعدد الكفلاء الدين، تاريخ النشر:2017/8/19، تاريخ الإطلاع:2021/4/5، https//www.mohamah.net

ثانيا- المراجع باللغة الأجنبية:

- Frédéric Levesque, Fondation Du Barreau, L'obligation In Solidum En Droit Privé Québécois, Faculté De Droit-Université Laval, Montréal12 Juin 2012.