

اتحاد البنوك التشاركية التركية (TKBB)

المعايير الشرعية

المعيار رقم: 4

# الكفالة

المحتويات:

1. تعريف عقد الكفالة.....5
2. إنشاء عقد الكفالة.....5
3. شروط عقد الكفالة.....5
- 3.1. الشروط المتعلقة بالمكفول به.....5
- 3.2. الشروط المتعلقة بأطراف الكفالة.....5
4. صفة عقد الكفالة وآثاره المترتبة عليه.....6
5. أحكام متفرقة حول الكفالة.....6
6. الأحكام المتعلقة بالضمانات الإضافية في عقد الكفالة.....7
7. الأحكام المتعلقة بالرجوع والتضمين في الكفالة.....7
8. انتهاء عقد الكفالة.....7
- المستند الشرعي لمعيار الكفالة.....8
1. مستند تعريف عقد الكفالة.....8
2. مستند الأحكام المتعلقة بإنشاء عقد الكفالة.....9
3. مستند الأحكام المتعلقة بشروط عقد الكفالة.....10
- 3.1. مستند الشروط المتعلقة بالمكفول به.....10
- 3.2. مستند الشروط المتعلقة بأطراف الكفالة.....11
4. مستند الأحكام المتعلقة بصفة عقد الكفالة وآثاره المترتبة عليه.....11
5. مستند الأحكام المتفرقة حول الكفالة.....13
6. مستند الأحكام المتعلقة بالضمانات الإضافية في عقد الكفالة.....15
7. مستند الأحكام المتعلقة بالرجوع والتضمين في الكفالة.....16
8. مستند الأحكام المتعلقة بانتهاء عقد الكفالة.....17

# معييار الكفالة

## نطاق المعيار

يتناول هذا المعيار ماهية عقد الكفالة الذي تبرمه البنوك التشاركية والضوابط الشرعية التي يجب مراعاتها عند إبرامه بالإضافة إلى المستند الشرعي لهذه الأحكام.

ولا يتناول هذا المعيار وسائل الضمان الحديثة التي تعتبر أدوات تمويلية غير نقدية كخطاب الضمان وعقد الضمان والضمان الاحتياطي والتي سيتم تخصيص معيار مستقل لكل واحد منها.

## 1. تعريف عقد الكفالة:

الكفالة هو عقد يتم بين الدائن والكفيل بهدف ضمان الدين ويؤدي إلى التزام الكفيل بالدين التزام المدين الأصلي.

## 2. إنشاء عقد الكفالة:

1.2. يتم إنشاء عقد الكفالة بالإيجاب والقبول بين الكفيل والدائن، وقبول المدين الأصلي ليس شرطاً لإنشاء العقد، كما يتحمل طرفا العقد مسؤولية استيفاء الشروط الفقهية والقانونية الضرورية لصحة هذا الإيجاب والقبول.

2.2. عقد كفالة الدين يمكن أن يتم إنشاؤه كعقد مستقل كما يمكن أن يبرم على شكل شرط ضمن العقد الذي سيتولد عنه الدين المكفول به.

## 3. شروط عقد الكفالة

لإبرام عقد الكفالة لا بد من توفر الشروط الآتية في المكفول به وأطراف الكفالة:

### 1.3. الشروط المتعلقة بالمكفول به:

1.1.3. يشترط أن يكون الدين المكفول به ناشئاً عن سبب ليس فيه مخالفة لمبادئ ومعايير الصيرفة التشاركية.

2.1.3. لا يجوز أن يكون المكفول به شيئاً لا يحمل صفة الدين، كما لا يجوز إبرام عقد الكفالة بهدف ضمان مال معقود عليه في معاملات لا تفضي إلى ضمان حائز هذا المال في غير حالتي التعدي والتقصير أو مخالفة شروط العقد.

3.1.3. يجوز ضمان الدين الثابت في الذمة كما يجوز ضمان الدين المحتمل ثبوته في المستقبل أو الدين المعلق بشرط، ويجوز ضمان هذا الدين على أن يبدأ الضمان عند ثبوت الدين أو عند تحقق الشرط المعلق عليه الضمان.

### 2.3. الشروط المتعلقة بأطراف الكفالة:

1.2.3. يجوز أن يكون الكفيل شخصية اعتبارية كما يجوز أن يكون شخصية حقيقية تمتلك أهلية أداء كاملة، وبالتالي يجوز أن تتم كفالة ديون الشركة ذات الشخصية الاعتبارية من قبل إدارة

الشركة أو المساهمين فيها أو من قبل أشخاص آخرين، كما يجوز أن تتم كفالة ديون إدارة الشركة أو المساهمين فيها من قبل الأشخاص الاعتباريين أو من قبل أشخاص آخرين.  
**2.2.3.** يجوز كفالة أكثر من شخص لنفس الدين معا أو كل واحد على حدة.

#### **4. صفة عقد الكفالة وآثاره المترتبة عليه:**

- 1.4.** يجوز وضع حد أعلى للمبلغ المكفول به.
- 2.4.** من حيث المبدأ عقد الكفالة ملزم للكفيل من لحظة إبرامه، ولا يجوز للكفيل التفرد بفسخه بدون رضا الدائن (المكفول له).
- 3.4.** يجوز توقيت بداية الكفالة بتاريخ معين كما يمكن تقييد بدايتها بتحقيق شرط ما، وفي مثل هذا النوع من الكفالات يجوز للكفيل أن ينفرد بفسخ العقد ضمن شروط معينة قبل نشأة الدين المكفول به.
- 4.4.** عند حلول أجل الدين يجوز للدائن الرجوع على المدين الأصيل (المكفول عنه) أو على الكفيل، لكن يجوز أن يشترط في العقد أن تتم مطالبة المدين الأصيل أولا وألا يتم الرجوع على الكفيل إلا في حالة عجز المدين الأصيل عن أداء الدين المكفول به.
- 5.4.** الأصل أن يأخذ الكفيل في عقد الكفالة حكم المدين الأصيل فيما يتعلق بالدين من تاريخ سداده وشكله وشروطه، وذلك ما لم يتم الاتفاق على عكس ذلك.
- 6.4.** في حال تمت كفالة الدين من قبل أكثر من كفيل فإن أطراف عقد الكفالة يملكون الحرية في ترتيب أولوية مسؤوليات الكفلاء وحدودها، أما في حال عدم تحديد ذلك فإن كل كفيل يصبح ضامنا لجزء من الدين يتم احتسابه من خلال تقسيم مجموع الدين المكفول به على عدد الكفلاء.

#### **5. أحكام متفرقة حول الكفالة:**

- 1.5.** لا يجوز للكفيل أن يأخذ من المدين أي أجر مقابل مجرد الكفالة وذلك باستثناء المصاريف المتعلقة بإجراءات ومعاملات عقد الكفالة.
- 2.5.** يجوز للدائن فسخ العقد الذي خالف فيه المدين شرط تقديم الكفيل، وتكون حقوق الدائن محفوظة في مطالبة المدين بالتعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت به جراء فسخ العقد.
- 3.5.** يستفيد الكفيل من المهلة الإضافية التي منحها الدائن للمدين، ولا يستفيد المدين من المهلة الإضافية التي منحها الدائن للكفيل خاصة.

**4.5.** يجوز إبرام عقد الكفالة على دين معين، كما يجوز إبرامه بين البنك التشاركي وعميله الذي تربطه به علاقة تمويل دائمة بحيث يكون الكفيل في هذا العقد ضامنا لجميع الديون خلال فترة زمنية محددة على أن يتم تقييد ذلك بحد أعلى معين للمبلغ المكفول به.

**5.5.** يجوز في عقد الكفالة توقيت ضمان الكفيل بمدة معينة.

## **6. الأحكام المتعلقة بالضمانات الإضافية في عقد الكفالة:**

**1.6.** يجوز للدائن أن يطالب المدين بما يضمن له مستحقاته من كفيل أو رهن أو غير ذلك من الضمانات.

**2.6.** يجوز كفالة دين الكفيل الناشئ عن عقد الكفالة.

**3.6.** يجوز للكفيل حال أدائه دين الكفالة ورجوعه على المدين الأصلي أن يطالبه بما يضمن له حقه من كفيل أو رهن أو غير ذلك من الضمانات الشخصية أو العينية.

**4.6.** يجوز الاتفاق في عقد الكفالة على أن ما رهنه المدين الأصلي للدائن سيؤول إلى ضمان لصالح الكفيل لذي قام بأداء الدين المكفول به.

## **7. الأحكام المتعلقة بالرجوع والتضمين في الكفالة:**

**1.7.** لكي يتمكن الكفيل من الرجوع على المدين الأصلي حال أدائه الدين المكفول به يشترط أن تتم الكفالة بطلب المدين الأصلي أو بإذنه أو بعلمه.

**2.7.** في حال كان الدين المضمون بعقد الكفالة معجلا فإن الكفيل يحق له الرجوع على المدين الأصلي فور أدائه هذا الدين، أما إن كان الدين مؤجلا وقام الكفيل بأدائه قبل حلول أجله فلا يحق للكفيل الرجوع على المدين الأصلي إلا عند حلول أجل هذا الدين.

**3.7.** إذا أصبح الدين المؤجل معجلا لأي سبب من الأسباب فإن هذا الدين لا يصبح معجلا بالنسبة للكفيل ما لم يتم الاتفاق في العقد على عكس ذلك.

**4.7.** لا يجوز للكفيل الرجوع على المدين الأصلي إلا في حدود المبلغ الذي دفعه للدائن، كما يجوز للكفيل المطالبة بالمصاريف التي تكبدها جراء هذه الكفالة.

## **8. انتهاء عقد الكفالة:**

**1.8.** يسقط دين الكفالة في جميع الحالات التي ينتهي فيها الدين الأصلي بالأداء أو الإبراء أو غيرها من الحالات.

2.8. ذمة الكفيل أو كفيل الكفيل تبرأ في حال قيام الدائن بإبراء هذا الكفيل، فيما لا تبرأ في هذه الحالة ذمة المدين الأصلي أو كفلائه الآخرين.

3.8. ينتهي عقد الكفالة في حال بطلان العقد الذي ترتب عليه الدين المكفول به.

4.8. تنتهي الكفالة المؤقتة بحلول الأجل الذي تم توقيتها به.

5.8. لا يسقط الدين الناشئ عن الكفالة بموت أحد أطرافها.

## المستند الشرعي لمعيار الكفالة

### 1. مستند تعريف عقد الكفالة:

الكفالة هي مصطلح يتم استخدامه في الاصطلاح الفقهي التقليدي بشكل واسع، وأشهر تعاريفها أنها عبارة عن عقد يتم إبرامه بين الدائن والكفيل بهدف ضمان الدين بحيث تصبح ذمة الكفيل مسؤولة عن الدين كمسؤولية ذمة المدين الأصلي، وهذا المعيار يتناول الكفالة في هذا الإطار.

والكفالة وردت في القرآن الكريم والسنة النبوية وأجمع الفقهاء على مشروعيتها.

وقد وردت الكفالة بمعنى قريب من معناها الاصطلاحي في قصة يوسف عليه السلام في القرآن الكريم، حيث قال تعالى: "قَالُوا نَفَقِدُ صُرُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ"، (سورة يوسف، 72/12)، كما يعتبر حديث "الرَّعِيْمُ غَارِمٌ" أحد أدلة مشروعية الكفالة، (الترمذي، "البيوع"، 39، "الوصايا"، 5؛ ابن ماجه، "الصدقات"، 9).

تعتبر المعاملات التي يترتب عليها دين في الذمة أحد ضروريات مكونات الحياة التجارية والاقتصادية، وفي هذا النوع من المعاملات يجوز للطرف الدائن مطالبة الطرف المدين بما يضمن له مستحقته التي ستترتب على هذه المعاملة، سواء أكانت المطالبة قبل الدخول في المعاملة أو بعدها. وتنقسم الضمانات إلى نوعين، ضمانات عينية و ضمانات شخصية، فيشكل الرهن مثالا على الضمانات العينية، فيما تشكل الكفالة مثالا على الضمانات الشخصية، ففي عقد الرهن يضمن الدائن مستحقته من خلال امتلاكه حق حيازة المال المرهون، أما في عقد الكفالة فإن الدائن يضمن مستحقته من خلال امتلاكه حق مطالبة الكفيل أو الكفلاء بمستحقته، فمن خلال معاملة الكفالة يتعهد الكفيل للدائن بأداء دين المدين الأصلي من خلال انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي في المطالبة بالدين، وبما أن الكفيل يصبح ضامنا مثل المدين الأصلي فقد تم تكييف عقد الكفالة في الاصطلاح الفقهي على أنه عقد يهدف إلى ضمان أداء الدين من خلال جعل الكفيل ضامنا بدرجة مساوية لضمان المدين الأصلي. وهناك ونوع آخر من عقود التوثيق

يطلق عليه اسم "تحمل الدين التراكمي"<sup>1</sup>، وقد نظم قانون الالتزامات التركي آية إجراءاته تحت المادة رقم 201، وبناء على هذا العقد فإن المتكفل بالدين والمدين الأصلي يتحمل كل واحد منهما على حدة مسؤولية إيفاء الدين للدائن، وعلى الرغم من التشابه الموجود بين هذا العقد وعقد الكفالة الذي تناوله المعيار إلا هناك اختلاف بينهما من حيث أن مسؤولية الكفيل في عقد الكفالة تابعة للدين الأصلي أو بعبارة أخرى من حيث أن مسؤولية الكفيل فرعية لا أصلية، إذ العامل الرئيسي الذي يميز عقد المشاركة في الدين عن عقد الكفالة هو كون التعهد بأداء الدين تعهدا أصليا أو فرعيا.

## 2. مستند الأحكام المتعلقة بإنشاء عقد الكفالة:

على الرغم من تركيز بعض الفقهاء على جانب التبرع في الكفالة وذهابهم إلى جواز إنشاء عقد الكفالة بناء على إيجاب الكفيل فقط إلا أنهم في هذه الحالة منحوا الدائن الحق في رد الكفالة (مجلة الأحكام العدلية، المادة: 621)، فيما ينص القول الآخر في المسألة على أن الكفالة لا تنشأ إلا بإيجاب وقبول كل من الكفيل والدائن، وبناء على هذا القول فإن انتهاء الكفالة باستعادة المبلغ الذي تم دفعه يجعلها أقرب إلى عقود المعاوضات أكثر من أن تكون عبارة عن تبرع أو شغل للذمة بالدين من طرف واحد، وقد تم في هذا المعيار اعتماد الرأي الثاني الذي يتماشى مع رأي أبي حنيفة والإمام محمد.

وبالرغم من أن الكفالة تتضمن علاقة ثلاثية بين الكفيل والدائن والمدين إلا أن عقد الكفالة يتم بين الكفيل والدائن بغض النظر عن رضا وقبول المدين، وبما أن الكفالة هي في مصلحة المدين الأصلي ولا يترتب عليها دين جديد في ذمته أو مسؤولية جديدة فإنه لا حاجة إلى موافقته على هذا العقد، لكن موافقته ورضاه ضروريان ليتمكن الكفيل من الرجوع عليه حال أدائه الدين المكفول به، فإنشاء عقد الكفالة مستقل عن أحكام الرجوع على المدين.

لا يشترط في عقد الكفالة شروط شكلية معينة كما هو الحال في العديد من العقود في الفقه الإسلامي، وبالتالي يجوز إنشاء عقد الكفالة شفويا بين أطرافه أي بين الكفيل والدائن من خلال الإيجاب والقبول اللذين يدلان على تراضيهما، إلا أنه من الضرورة بمكان أن يمثل أطراف الكفالة لشروط صحة عقد الكفالة التي يضعها القانون كاشتراط كتابة عقد الكفالة وتحديد مقدار الضمان فيه من خلال قيام الكفيل بكتابة هذا المقدار بخط اليد وغير ذلك الشروط، وذلك ليتمكن أطراف الكفالة من ضمان حقوقهم وعدم التعرض لأي مظالم قانونية.

<sup>1</sup> "Borca Katılma Sözleşmesi/Cumulative Assumption of Debt Contract/ Schuldbeitrittsvertrag"

وقد جرت العادة على أن يتم إبرام عقد الكفالة عبر اشتراط الدائن الكفالة بغرض ضمان مستحقته التي ستترتب على العقد الذي سيتم إبرامه، فعلى سبيل المثال يجوز للبائع مطالبة المشتري بتقديم كفيل لإبرام عقد البيع الذي سيتم من خلاله تسليم المبيع إلى المشتري مع تأجيل الثمن، فيقوم البائع بإتمام عقد البيع عند إتمام عقد الكفالة الذي تم إبرامه عبر قبول البائع بكفالة الشخص الذي وافق على أن يكفل المشتري، وتكون الكفالة هنا بمثابة الشرط المسبق لإبرام عقد البيع.

كما يمكن إنشاء عقد الكفالة بعد إبرام العقد الذي سيترتب عليه مستحقات، فعلى سبيل المثال فإن البائع بعد مرور مدة زمنية على قيامه ببيع السلعة بثمن آجل يجوز له أن يطالب المشتري بتقديم كفيل، إلا أن عدم تقديم المشتري كفيلاً لا يفضي إلى فسخ العقد المبرم سابقاً ما لم يتفق الأطراف في العقد على عكس ذلك، أضف إلى أن ذلك لا يعطي البائع الحق في التفرد بفسخ العقد من طرف واحد.

### 3. مستند الأحكام المتعلقة بشروط عقد الكفالة

#### 3.1. مستند الشروط المتعلقة بالمكفول به

لا يجوز إبرام عقد الكفالة على الديون المترتبة على معاملات فيها مخالفة لمبادئ ومعايير الصيرفة التشاركية كبيع الخمر والقمار والقروض الربوية ونحو ذلك، وهذا الحكم يستند إلى عدم جواز القيام بعمل محرم أو التكسب من محرم أو المساعدة على ذلك، فكفالة دين نشأ بسبب محرم يأخذ حكم هذا الدين من حيث المشروعية.

عدم جواز إبرام عقد الكفالة على معاملات لا يكون فيها المدين الأصيل ضامناً أو بمعنى آخر عدم جواز إبرام عقد الكفالة على شيء لا يحمل صفة الدين يستند إلى بطلان مثل هذه المعاملة باعتبار الكفالة في هذه الحالة ليس لها أي معنى، فالكفالة من حيث المبدأ يتم إبرامها بهدف ضمان الدين الناشئ أو الذي سينشأ، فلا جدوى أساساً من عقد الكفالة على شيء لا يجب أدائه على المدين الأصيل، لأن هذا الشيء لا يحمل صفة الدين أساساً، كذا لا معنى من إبرام عقد الكفالة في عقود لا يضمن فيها حائز المال المعقود عليه، لأن هذه العقود لا يترتب عليها أي دين في ذمة حائز المال حال حدوث ضرر فيه. لذا لا يجوز مثلاً إبرام عقد الكفالة على ضمان المعقود عليه في الوديعة والعارية وغيرها من عقود الأمانات، فبما أن حائز الوديعة والعارية في هذه العقود لا يتحمل مسؤولية ضمانها فإن تعرضها للضرر لن يترتب عليه أي دين في ذمته. ومن ناحية أخرى فإن من الممكن إبرام عقد الكفالة على حالة وجود تقصير من قبل حائز المال وذلك لأن هذه الحالة يحتمل أن تؤدي إلى ثبوت دين في الذمة.

كذا لا يجوز ضمان رأس مال أو أرباح كل من المضاربة والمشاركة والوكالة بالاستثمار وغيرها من العقود التي لا ضمان فيها على حائز المال، فيما يمكن ضمان دين المضارب في المضاربة والوكيل في الوكالة بالاستثمار الذي سينشأ حال إهمالهما أو تعمدهما التسبب بالخسارة أو الضرر أو في حال مخالفتها شروط العقد، لأن الحالات المذكورة ستفضي إلى ضمان هؤلاء الأشخاص بل وسيترتب عليها دين في ذمهم. ذهب أكثر الفقهاء إلى صحة كفالة الديون التي لم تنشأ وتثبت بعد في الذمة، والآية التي تشير إلى ضمان الالتزام الذي سيثبت في الذمة (سورة يوسف، 72/12) هي أحد مستندات هذا الحكم، وبما أن كون الدين المكفول به موجودا ليس شرطا لصحة عقد الكفالة (السرخسي، المبسوط، 22، 157؛ علي حيدر، درر الحكام، 128/2) فإن البنك التشاركي يحق له كفالة الديون الثابتة أو التي ستثبت في ذمة الأشخاص الحقيقيين أو الاعتباريين، كما يحق له المطالبة بكفالة ذلك.

### 2.3. مستند الشروط المتعلقة بأطراف الكفالة:

تمتلك الشركات التجارية شخصية اعتبارية منفردة ومستقلة عن كل من إدارتها والأشخاص الحقيقيين المساهمين فيها، لذا يجوز إبرام الكفالة بين الشركة وإدارتها أو بين الشركة والمساهمين فيها، وبالإمكان اعتبار القيود القانونية المفروضة في هذا المجال بمثابة قرارات تنظيمية عمومية تم اتخاذها في مجال المباحات بهدف تحقيق المصلحة العامة.

وبما أن غرض الكفالة هو توثيق الدين فإن كفالة المدين من قبل أكثر من كفيل جائز كحال كفالته من قبل كفيل واحد، وفي حال كان هناك أكثر من كفيل فبالإمكان استقلال كل كفيل بعقد منفرد أو اجتماعهم في عقد كفالة واحد، ولا يوجد في بنية عقد الكفالة ما يمنع ذلك.

### 4. مستند الأحكام المتعلقة بصفة عقد الكفالة وآثاره المترتبة عليه:

القاعدة العامة في نشأة الدين وأدائه أن يكون الدين معلوم الصفة والمقدار، وقد تم النص في الفقه الإسلامي على أن الكفالة تعتبر أحد استثناءات هذه القاعدة حيث يصبح الكفيل فيها ضامنا بمقدار دين الأصيل من غير بيان للحد الأعلى للدين المكفول به نظرا لأن الكفالة عقد تبرع باعتبار بدايتها على الأقل. إلا أنه يجوز كذلك وضع حد أعلى للمبلغ المكفول به، ووضع حد أعلى للمبلغ المكفول به يجعل العقد نوعا من أنواع الكفالة المقيدة، فالكفالة التي تم فيها وضع حد أعلى لمقدار المبلغ المكفول به جائزة حالها في ذلك حال الكفالة المضافة والكفالة المؤقتة، بل إن وضع حد أعلى للمبلغ المكفول به قد يكون أقرب إلى الصواب لأن فيه تجنباً لشبهة الجهالة والغرر في الدين.

تنقسم العقود في الفقه الإسلامي من حيث لزومها إلى عدة أنواع، فهناك عقود ملزمة لطرفيها أو لطرف واحد كما أن هناك عقود غير ملزمة لأي من أطرافها، وبما أن عقد الكفالة ملزم للكفيل فقط فإن ذمة الكفيل تبقى مشغولة بالدين ما لم تنتهي الكفالة بأداء الدين أو إبرائه أو نحو ذلك، ومن حيث المبدأ لا يحق للكفيل التفرد بفسخ العقد، لأن الكفالة تهدف إلى توثيق الدين وتفرد الكفيل بالتخلص من الضمان قد يلحق الضرر بالدائن، لكن وكما ذكر في المادة 3.4. فإن الكفيل يمتلك الحق في فسخ الكفالة المتعلقة بشرط إذا تم الفسخ قبل نشأة الدين المكفول به.

مسؤولية الكفيل تجاه الدائن تتجلى بالنسبة للدائن كحق المطالبة بالدين وكحق شخصي في الدين نفسه، لذلك لا يمكن اعتبار عقد الكفالة ملزماً للدائن، فتفرد الدائن بإنهاء العقد وإبراء الكفيل بذلك هو في مصلحة الكفيل ولا يدخله في ضمان آخر، لذا فعلى عكس الكفيل يحق للدائن التفرد بفسخ العقد. الكفيل في الكفالة المقيدة بشرط (أو ما يسمى بالكفالة المعلقة) لا يعتبر متعهداً بأداء دين المدين الأصيل ما لم يتحقق هذا الشرط، لأن ضمان الكفيل معلق على شرط والشرط لم يتحقق بعد، وقيام الكفيل بفسخ العقد قبل تحقق الشرط لا يلحق الضرر بالدائن الذي يمثل الطرف الثاني من العقد، فعلى سبيل المثال إذا تعهد الكفيل بأداء ما سينشأ من دين حال قيام شخص ببيع سلعة إلى شخص آخر فإن هذا الكفيل يمتلك الحق في فسخ العقد قبل تحقق البيع الذي تم تعليق الكفالة عليه. بالإضافة إلى ذلك إذا تم النص في القانون أو العقد على ربط فسخ الكفالة بشروط معينة فإن حق الفسخ ينشأ عند تحقق هذه الشروط موقوفاً على تولد الدين المكفول به. كذا الحال في عقد الكفالة التي تم توقيت بدايتها بتاريخ معين (الكفالة المضافة).

عقد الكفالة هو ضم ذمة شخص إلى ذمة المدين الأصيل من جهة مطالبة الدائن بدينه، وعلى ذلك فإن طبيعة عقد الكفالة تقتضي منح الدائن حق المطالبة بدينه من المدين الأصيل ومن الكفيل كذلك. ومع إنشاء عقد الكفالة فإن الكفيل الذي يصبح جزءاً من علاقة الالتزام يضمن المكفول به بنفس درجة ضمان المدين الأصيل، وبالتالي فإن ضمان الكفيل هو ضمان أصلي لا ثانوي بالنسبة لضمان المدين الأصيل. لذا فوفقاً للرأي الراجح في الفقه الإسلامي فإن الدائن يمتلك حق المطالبة بالدين المكفول به من الكفيل والمدين الأصيل في نفس الوقت، ومع ذلك فبناءً على القول المشهور لدى المالكية الذي يوجب مطالبة صاحب الحق الأصيل أولاً ويمنع الرجوع على الكفيل إلا عند عجز الدائن عن تحصيل حقه من المدين الأصيل (انظر: سحنون، المدونة، 4، 100، 99؛ ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2، 817)

فإنه من الجائز في عقد الكفالة اشتراط أن يتم مطالبة المدين الأصلي بالأداء أولاً وألا يتم الرجوع على الكفيل إلا في حال عجز المدين الأصلي عن الأداء، وقد اعتمد المعيار رأي المالكية هذا وأعطى أطراف العقد إمكانية الاتفاق على وجوب رجوع الدائن على المدين الأصلي قبل الرجوع على الكفيل لما في ذلك من حفاظ على حقوق الكفيل وتلبية لمتطلبات العصر.

وبما أن كلا من ضمان المدين الأصلي و ضمان الكفيل في عقد الكفالة متعلقان بنفس الدين بدرجة متساوية فإنه من حيث المبدأ يطبق عليهما نفس الأحكام، ومع ذلك يجوز الاتفاق على جعل مسؤولية الكفيل في عقد الكفالة مختلفة عن مسؤولية المدين الأصلي فيما يتعلق بوقت أداء الدين المكفول به وشكله وشروطه ونحو ذلك، وبناء على ذلك يجوز الاتفاق على أن يكون أجل إيفاء الدين بالنسبة للكفيل مختلفاً عن أجل إيفائه بالنسبة للمدين الأصلي، أي يجوز أن يكون أجل أداء دين الكفيل متأخراً عن أجل أداء دين الأصلي، كذا يجوز الاتفاق على تقسيط دين الكفيل مع حلول أجل دين المدين الأصلي، ويجوز كذلك الاتفاق على أن نشأة دين الكفيل معلقة على شرط مع كون دين المدين الأصلي مطلقاً.

تجوز كفالة الدين ذاته من قبل أكثر من شخص كما لو تمت من قبل شخص واحد، ويجوز أن يضمن كل واحد من الكفلاء جزءاً من الدين كما يجوز أن يضمن كل واحد منهم جميع الدين (مجلة الأحكام العدلية، المادة: 647). وقد أجاز هذا المعيار للكفلاء حال كان كل واحد منهم ضامناً لجميع الدين أن يقوموا بتحديد تسلسل أولية الضمان في المطالبات الموجهة إليهم. لأنه من حيث المبدأ يجوز في العقود وضع شروط تحدد التزامات أطرافها، وبناء على ذلك يجوز الاتفاق بين الكفيل والدائن على أن ضمان الكفيل سينشأ عند عجز المدين الأصلي، كما يجوز الاتفاق على أن ضمان أحد الكفلاء سيبدأ عند عجز الكفيل الآخر أو الكفلاء الآخرين، ويمكن الاتفاق كذلك على أن يكون كل كفيل ضامناً لجزء معين من الدين، وفي حال عدم اتفاق أطراف كفالة الدين الذي كفله أكثر من شخص معاً على حدود وتسلسل ضمان هؤلاء الكفلاء فإن كل كفيل يصبح ضامناً لجزء من الدين يتم احتسابه من خلال تقسيم مجموع الدين المكفول به على عدد الكفلاء.

##### 5. مستند الأحكام المتفرقة حول الكفالة:

الكفالة وإن كان جانب التبرع موجوداً فيها إلا أنه في حال رجوع الكفيل على المدين الأصلي بعد أدائه الدين المكفول به تصبح أقرب إلى عقود المعاوضات، ومستند عدم جواز أخذ الكفيل الأجر على مجرد عقد الكفالة هو كون عقد الكفالة عقد تبرع يؤول إلى قرض عند أداء الكفيل الدين المكفول به، وفي عقد

القرض يعتبر طلب المقرض من المقترض الزيادة على ما أقرضه يعتبر ربا محرماً. أما جواز مطالبة الكفيل المدين الأصيل بالمصاريف التي تحملها جراء الكفالة فهو من باب استيفاء المصاريف المتكبدة وليس من باب أخذ الأجر على مجرد الكفالة.

وجوب الالتزام بالعقود والشروط المنصوص عليها في العقود يستند على أدلة منها قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" (سورة المائدة، 1/5، وقوله صلى الله عليه وسلم: "المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ" (البخاري، "الإجارة"، 14؛ أبو داود، "الأقضية"، 21). أما حق البنك التشاركي في فسخ العقد الذي لم يلتزم فيه العميل بشرط تقديم الكفيل فيستند على القاعدة الفقهية العامة (مجلة الأحكام العدلية، المادة: 19) المستنبطة من حديث "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ" (ابن ماجه، "الأحكام"، 17). واشتراط البنك التشاركي تقديم كفيل هو من باب درأ الضرر المتوقع حدوثه، وعدم مراعاة هذا الشرط قد يؤدي إلى الإضرار بالبنك التشاركي، أما حق البنك التشاركي في تضمين العميل الأضرار الفعلية التي سيتكبدها البنك جراء فسخ هذا العقد فهو مبني على القاعدة الفقهية العامة "الضَّرَرُ يُزَالُ" (مجلة الأحكام العدلية، المادة: 20) التي استنبطت من النصوص الشرعية.

استفادة الكفيل من المهلة الإضافية التي منحها الكفيل للمدين الأصيل يستند على اعتبار دين الكفالة متفرعا عن دين المدين الأصيل، لذلك فإن التغيرات التي تطرأ على دين الأصيل تكون سارية بالنسبة للكفيل ما دامت تصب في مصلحته، وذلك بخلاف التغيرات التي تحدث على دين الأصيل وتكون ضد الكفيل فإنها غير ملزمة للكفيل لما تلحقه به من ضرر. ومن جهة أخرى فإن المدين الأصيل من حيث المبدأ لن يستفيد من التغيرات التي تصب في مصلحة الكفيل، لأن التغير الذي طرأ على الأصل يمكن عكسه على الفرع بينما لا يمكن عكس التغير الذي طرأ على الفرع على الأصل.

عند الأخذ بالاعتبار ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن عقد الكفالة هو عقد تبرع نجد أنه لا يشترط معرفة الدين المكفول به و معرفة مقداره، وبناء على ذلك تم السماح بإبرام عقد الكفالة على جميع الديون التي ستنشأ في مدة زمنية معينة، لكن عند مراعاة حقيقية أن الكفالة ستفقد صفة التبرع حال رجوع الكفيل على المدين الأصيل فإنه الأقرب إلى الصواب الأخذ بالقول الذي يشترط معرفة الكفيل بمقدار الدين المكفول به، وقد تم ترجيح هذا الرأي لما يوفره من استقرار في المعاملات القانونية وتقليل لأسباب النزاع قدر الإمكان وحماية للكفيل وملاءمة لإجراءات المعاملات المعاصرة.

بالإمكان في عقد الكفالة توفيت ضمان الكفيل بمدة معينة كما يمكن تقييد هذا الضمان بمبلغ معين، وجواز اشتراط مثل هذه الشروط التقييدية في العقود يستند على أن الأصل حرية التعاقد، وهو أصل مستنبط من حديث "المسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا وَحَرَّمَ حَلَالًا" (الترمذي، "الأحكام"، (17).

#### 6. مستند الأحكام المتعلقة بالضمانات في عقد الكفالة:

بما أن توثيق الديون حق مشروع فبالإمكان مطالبة المدين بتقديم الكفيل والرهن كذلك، وقد خول الفقهاء الدائن الحق بضمان مستحقته بما يشاء من الضمانات بشرط ألا يكون هناك خروج عن غرض هذه الضمانات وألا يشترط الدائن منفعة زائدة من خلال انتفاعه بهذه الضمانات، فكما أن الدائن يجوز له مطالبة المدين بتقديم أكثر من كفيل (مجلة الأحكام العدلية، المادة: 627) يجوز له كذلك المطالبة برهن قيمته أعلى من قيمة مستحقته (الميداني، اللباب، 2، 62).

جواز كفالة دين الكفيل المترتب على عقد الكفالة مبني على أن الكفيل ضامن أداء الدين المكفول به كضمان المدين الأصيل، وأدلة مشروعية عقد الكفالة تقتضي كذلك جواز كفالة دين الكفيل الذي يتحمل نفس مسؤولية ضمان المدين الأصيل، وهذا الأمر اتفق عليه الفقهاء (السرخسي، المبسوط، 3، 203؛ البهوتي، كشاف القناع، 8، 236؛ الشيرازي، المهذب، 15، 403؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، 3، 343) كما تم النص عليه في المادة 626 من مجلة الأحكام العدلية، حيث ورد فيها: "تَصِحُّ الكَفَالَةُ عَنْ الكَفِيلِ"، وبما أن الكفالة عن الكفيل صحيحة فإنه بناء على ذلك تصح الكفالة عن الكفيل الثاني وبالتالي يمكن المضي قدما في زيادة عدد هذه الكفالات.

الكفيل الذي كفل المدين بناء على طلبه يجوز له الرجوع على المدين الأصيل بعد أدائه الدين المكفول به، لأن طلب المدين كفالة دينه من شخص هو بمثابة طلبه القرض منه طلبا ضمينا (ملا خسرو، درر الأحكام، 2، 302)، لذلك فإن المدين الأصيل يصبح مقترضا من الكفيل بعد أداء الكفيل الدين المكفول به، وقد أخذ الفقهاء هذا الأمر بالاعتبار فذهبوا إلى أن عقد الكفالة في بدايته عقد تبرع وفي نهايته أشبه بعقد القرض. فيجوز للكفيل أن يطالب المدين الأصيل بما يضمن له مستحقته ضمانا عينيا أو شخصيا عند أدائه الدين المكفول به وذلك لأن عقد الكفالة يؤول في نهايته إلى قرض ويتحول الكفيل إلى مقرض بعد أدائه الدين المكفول به. وعلى الرغم من أن الكفيل لا يصبح دائنا بمجرد عقد الكفالة بل بعد أدائه الدين

المكفول به إلا أن ذلك لا يمنع الكفيل من المطالبة بالضمانات، لأن الضمانات توثق حقا ما، وكما ورد في المادة 3.1.3 من هذا المعيار وجود الدين ليس شرطا لصحة ضمانه.

يجوز للكفيل مطالبة المدين الأصلي بتقديم رهن لأن الكفيل التزم بأداء الدين المكفول به مع امتلاكه حق الرجوع على المدين الأصلي وذلك حال أدائه الدين المكفول به بناء على طلب المدين الأصلي، وامتلاك الكفيل مثل هذا الحق يمكنه كذلك من المطالبة بتسليم الرهن الذي قدمه المدين الأصلي للدائن المكفول له.

#### 7. مستند الأحكام المتعلقة بالرجوع والتضمين في الكفالة:

إن أهم أثر يترتب على عقد الكفالة من جهة العلاقة بين الكفيل والمدين الأصلي هو تمكن الكفيل من الرجوع على المدين الأصلي بعد أدائه الدين المكفول به، والشرط الرئيسي لتمكن الكفيل من الرجوع على المدين الأصلي هو أن تتم الكفالة بموافقة هذا المدين (الكاساني، بدائع الصنائع، 6، 13؛ ابن قدامة، المغني، 5، 86) ومهما اعتبر عقد الكفالة في بدايته عقد تبرع إلا أنه يصبح أقرب إلى عقود المعاوضة عند رجوع الكفيل على المدين الأصلي، لذا فإن الكفيل الذي كفل المدين الأصلي بناء على طلبه وموافقته يعتبر في حكم من أقرضه قرضا حسنا وبالتالي له الحق في الرجوع على المدين الأصلي بما أذاه عنه.

ووفقا للرأي السائد في الفقه الإسلامي فإن الشخص الذي يكفل المدين الأصلي من غير طلبه أو إجازته المتأخرة يعتبر متبرعا، أي يعتبر في حكم من أحسن للغير وبالتالي لا يملك الحق في الرجوع على المدين الأصلي.

بما أن دين الكفيل هو فرع عن دين الأصلي فإنه يتبعه في المسائل الأساسية من النشأة والانتهاج والأجل ونحو ذلك، وبالتالي يكون دين الكفيل معجلا في حال كان دين المدين الأصلي معجلا، ويكون بالمقابل مؤجلا في حال كان دين المدين الأصلي مؤجلا (ابن قدامة، المغني، 5، 89؛ الزيلعي، تبين الحقائق، 4، 168)،

فالكفيل الذي قام بأداء دين المكفول به المعجل يمتلك الحق في الرجوع فورا على المدين الأصلي ما لم يتفق الأصلي والكفيل على عكس ذلك، لأن الكفيل بأدائه الدين المكفول به يخلف الدائن في حق تعجيل الدين.

لا يوجد أي سبب يعطي الكفيل إمكانية الرجوع على المدين الأصلي قبل حلول أجل دين الأصلي المؤجل، والكفيل حال أدائه الدين المكفول به قبل حلول أجله يكون متبرعا بشيء لا يقتضيه عقد الكفالة.

دين الكفيل فرع وتابع لدين الأصيل فيما يتعلق بنشأته وانتهائه وأجله وغير ذلك من مسائل الدين، لذا فإن أي تغير يطرأ على دين الأصيل ينعكس على الكفيل ما لم يكن ضده، أما التغيرات التي قد تكون ضد الكفيل فهي غير ملزمة له، وهذا الحكم يمكن اعتباره بمثابة الاستثناء من المادة 5.4. من هذا المعيار، وبناء على ذلك يعتبر تقديم أجل الدين أحد التغيرات التي قد تكون ضد الكفيل، لأن الكفيل عندما قبل بالكفالة ربما يكون قد أخذ بالاعتبار أجل الدين الذي تم تحديده، ومن جهة أخرى فإن أجل الدين المكفول به هو بمثابة الشرط من قبل الكفيل، والقاعدة تنص على وجوب الالتزام بشروط العقد (مجلة الأحكام العدلية، المادة: 83، 653، 654).

الكفيل بعد أدائه الدين المكفول به لا يحق له مطالبة المدين الأصيل إلا بالمبلغ الذي أداه، وطلبه الزيادة على ما أداه تفضي إلى ربا الفضل المحرم، لأن الكفالة التي تحولت إلى ما يشبه القرض من خلال رجوع الكفيل على المدين الأصيل تقتضي أن يكون المبلغ الذي أداه الكفيل للدائن مساويا للمبلغ الذي سيحصله من المدين الأصيل.

من ناحية أخرى يجوز للكفيل مطالبة المدين الأصيل بالمصاريف الإضافية التي تكبدها جراء تنفيذه مقتضيات الكفالة وأدائه الدين المكفول به، ولا يمكن اعتبار هذه المصاريف الإضافية بمثابة الربا لأنها ليست من أصل الدين.

#### 8. مستند الأحكام المتعلقة بانتهاء عقد الكفالة:

بما أن الديون المتولدة عن عقد الكفالة تابعة للدين المكفول به فإنها تعتبر بذلك خاضعة لنفس أحكام الدين المكفول به فيما يتعلق بالنشأة والانتهاه والأجل وغير ذلك من مسائل الدين، لذا فإن كل سبب لإنهاء دين الأصيل يعتبر إنهاء لضمان الكفيل من غير حاجة إلى إجراء إضافي، ويؤيد ذلك ما ورد في مجلة الأحكام العدلية: من أنه "إِذَا سَقَطَ الْأَصْلُ سَقَطَ الْفُرْعُ" (المادة: 50).

بما أن التزام الكفيل بالدين المكفول به هو التزام فرعي فإن إبراء الكفيل من قبل الدائن يبرئ ذمته فيما لا يؤثر ذلك في الدين المكفول به، وبالتالي تبقى ذمة الأصيل مشغولة بالدين، وفي هذا الإطار نصت مجلة الأحكام العدلية على أن "لَا تَلْزَمُ بَرَاءَةُ الْأَصِيلِ بِبَرَاءَةِ الْكَفِيلِ" (المادة: 661).

سقوط الدين المكفول به بعد ثبوته مبنيا على سبب صحيح يبرئ ذمة الكفيل، لأن التزام الكفيل فرع عن التزام الأصيل، فعلى سبيل المثال لو تمت كفالة ثمن المبيع ثم ظهر ما يبرئ ذمة المشتري من هذا الثمن من

فسخ لعقد البيع أو استحقاق المبيع من قبل الغير أو رد المبيع للعيب فإن ذمة الكفيل وذمة الأصيل تبرأ في هذه الحالات.

عقد الكفالة المؤقت بمدة زمنية معينة يكون ساري المفعول فقط في المدة التي تم الاتفاق عليها، وبالتالي يفسخ بانتهاء هذه المدة.

لا ينتهي عقد الكفالة بموت الكفيل أو الدائن، فبموت الدائن ينتقل الحق الشخصي إلى ورثته، فيما لا يكون موت الكفيل ميرثاً لذمته.