T02-00918

٣٠٨

جامعـــة عين شمـس
كليـــة الحقوق
.....

تبادل

تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين في القانون المدني مقارنا بالفقه الإسلامي

« رســـالة دكـــتوراه »

فى

القـانون المـــدنى

مقـــدمة من الباحث
محمـد أحمـد بكر محمـد

إشـــراف

الأســـتاذ الدكـتور
حمـدي عبد الرحمن
أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى
كليـة الحقوق ـــ جامعة عين شمس

الأســـتاذ الدكـتور
عبد المجيد مطلوب
أستاذ ورئيس قسم الشريعة الاسلامية
كلية الحقوق ـــ جامعة عين شمس

١٤١٦هـ - ١٩٩٦م

جامعة عين شمس

كلية الحقوق

ح ١٦/٢

تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين فى القانون المدنى مقارنا بالفقه الإسلامى

" رسالة دكتوراه "

فى

القانون المدنى

مقدمة من الباحث

محمد أحمد بكر محمد

إشراف

الأستاذ الدكتور	الأستاذ الدكتور
حمدى عبد الرحمن	**عبد المجيد مطلوب**
أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى	أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية
كلية الحقوق - جامعة عين شمس	كلية الحقوق - جامعة عين شمس

١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

فاضله زیدانلو

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ ربنا لاتزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب ﴾

صدق الله العظيم

﴿ الآية رقم ٨ من سورة آل عمران ﴾

إهداء

إلى أشرف الخلق سيدنا محمد ﷺ وآله وصحبه الكرام .

إلى فقهائنا المسلمين الذين إستنبطوا لنا الأحكام الشرعية بصورة تثبت سمو الشريعة الإسلامية وعالميتها.

إلى كل من يعمل على تطبيق شرع الله.

إلى والدى الكريمين اللذين ربيانى صغيرا وحفانى بعطفهما وحنانهما وغرسا فى قلبى محبة الإيمان وفى عقلى محبة العلم، رزقهما الله الصحة والعافية.

إلى إخوتى .... إلى أخواتى ... الذين ساعدونى بكل إمكاناتهم.

إلى زوجتى المخلصة التى شجعتنى على أداء رسالتى

إلى أساتذتى الذين أسدوا إلى النصح وقدموا لى يد العون حتى خرج هذا البحث على النحو الذى إنتهى إليه.

إليهم جميعا أهدى هذا العمل راجيا المولى ﷻ أن يجعل ثوابه خالصا لوجهه الكريم فهو نعم المولى ونعم النصير ،،،،،،

شكر وتقدير

أتقدم بخالص الشكر والتقدير والعرفان بالجميل لأستاذى الجليلين اللذين أشرفا على هذه الرسالة وهما.

١- **الأستاذ الدكتور/ حمدى عبد الرحمن** أستاذ القانون المدنى وعميد كلية الحقوق جامعة المنوفية سابقا.

٢- **الأستاذ الدكتور/ عبد المجيد محمود مطلوب** أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بالكلية.

اللذين منحانى شرفا عظيما وفضلا كبيرا بقبولهما الإشراف على هذه الرسالة وتعهداها بالعناية والرعاية حتى جاءت على هذه الصورة المعبرة عن كبير مجهودهما وعظيم توجيههما...

ولقد استنفذت من تلك البصائر النيرة والعلم الفياض والصدر الرحب والأخلاق الكريمة، ولاغرو فقد وسعانى بعلمهما غير ضانين بالجهد الكبير الذى قاما به جزاهما الله عنى وعن طلاب العلم خير الجزاء وبارك فيهما وأسبغ عليهما نعمه وفضله.

كما أتقدم بالشكر والتقدير للذين تفضلا بقبول مناقشة هذه الرسالة سائلا المولى سبحانه أن يجزيهما عنا خير الجزاء.

الباحث

محمد أحمد بكر محمد

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة البحث

الحمد لله رب العالمين حمدا يوافى نعمه ويكافئ مزيده ويدفع عنا بلاءه ونقمه وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير وأشهد أن سيدنا محمدا ﷺ عبده ورسوله وصفيه من خلقه وحبيبه بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة وكشف الغمة وجاهد فى الله حتى أتاه اليقين،،، وبعد

فإن الشريعة الإسلامية باعتبارها من صنع الحكيم العليم قد دعت إلى الوفاء بالعقود والالتزامات،ووضعت الأسس والمبادئ لتحقيق هذا الهدف،وذلك حتى يعيش كل فرد فى هذه الحياة عيشة آمنة مطمئنة يأمن فيها على حقه وماله، وفى هذا يقول المولى سبحانه وتعالى ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ..الآية﴾[1]

ومن بين هذه العقود التى أمرت الشريعة بالوفاء بها عقد الكفالة باعتبارها من العقود التى تهدف إلى توثيق حق الدائن، وحق الدائن يتعلق فى الأصل بالذمة المالية للمدين، ذلك أن كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه وأن جميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان، ولا أفضلية لأحدهم على الآخر فى سعيهم نحو المدين لاقتضاء حقوقهم من أمواله، وهذا هو مايعرف بالضمان العام، وفى الحقيقة فإن الضمان العام يقصر عن تحقيق الحماية الكافية للدائن،إذ إن التأمل فى أحكام الضمان العام يكشف لنا عن عيوب لاتجعل الدائن فى مأمن من الأخطار ومن هذه العيوب.

---

[1]- من الآية رقم ١ من سورة المائدة.

١- **العيب الأول**: يقوم الضمان العام على مساواة جميع الدائنين فيه ويتحقق ذلك فيما إذا كان المدين معسرا بالدين،فليس أمام الدائن سوى نظرة إلى ميسرة،أما إذا كان إعساره جزئيا فهنا تلعب قاعدة المساواة بين الدائنين دورها،فيقتسمون أموال مدينهم قسمة غرماء ومانتطوى عليه من أخطار، الأمر الذى يعرض الدائن لفقدان حقه كليا أو جزئيا.

٢- **والعيب الثانى**: الذى يؤخذ على الضمان العام هو أنه لا يرفع يد المدين عن التصرف فى أمواله أو الزيادة فى التزاماته،وهذه نتيجة منطقية لفكرة الضمان العام باعتباره لايربط حق الدائن بمال معين بالذات، ومن شأنه أيضا ألا يزود هذا الدائن بأى رقابة قانونية يستطيع فرضها على المدين فيمنعه من التعامل مع دائن جديد، كما أن ماقرره المشرع من وسائل لتدعيم فكرة الضمان العام وتقويتها قد جاءت هى الأخرى يشوبها القصور وعجز المشرع من خلالها عن تحقيق حماية فعالة للدائن[٢].

٣- وإزاء قصور فكرة الضمان العام وهذه الوسائل عن حماية الدائن فقد مست الحاجة إلى ضمان خاص لحقه يؤمن الدائن ضد خطر إعسار المدين ودخوله فى قسمة الغرماء مع باقى الدائنين.

ويقصد بالضمان الخاص تقوية فرصة الدائن فى استيفاء حقه تقوية لاتخولها له فكرة الضمان العام وقد يكون هذا الضمان عينيا وقد يكون شخصيا.

٢- شمس الدين الوكيل نظرية التأمينات فى القانون المدنى ص ٣٤ ومابعدها الطبعة الثانية الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ١٩٥٩م، د/ طلبة وهبة خطاب (عقد الكفالة) ص ١٣ ومابعدها الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة سنة ١٩٨٧م.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
مقدمة البحث :	١
خطة البحث :	٧
الفصل الأول	
تعريف الكفالة وخصائصها وأركانها	١٠
المبحث الأول: تعريف الكفالة.	١١
المطلب الأول: تعريف الكفالة فى القانون المدنى.	١٤
المطلب الثانى: تعريف الكفالة فى الفقه الإسلامى.	٢٥
المطلب الثالث: الموازنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى.	٤٩
المبحث الثانى: خصائص عقد الكفالة.	٥٦
المطلب الأول: خصائص عقد الكفالة فى القانون المدنى.	٥٧
المطلب الثانى: خصائص عقد الكفالة فى الفقه الإسلامى.	٩١
المطلب الثالث: الموازنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى.	١٠٤
المبحث الثالث: أركان عقد الكفالة.	١٠٩
المطلب الأول: أركان عقد الكفالة فى القانون المدنى.	١١٠
المطلب الثانى: أركان عقد الكفالة فى الفقه الإسلامى.	١٧٥
المطلب الثالث: الموازنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى.	٢٥٣

الفصل الثانى

فكرة التبعية ونطاق التزام الكفيل

المبحث الأول: فكرة التبعية ونطاق التزام الكفيل فى القانون المدنى.

المطلب الأول: فكرة التبعية فى عقد الكفالة.

المطلب الثانى: نطاق التزام الكفيل.

المبحث الثانى: فكرة التبعية ونطاق التزام الكفيل فى الفقه الإسلامى.

المطلب الأول: فكرة التبعية فى التزام الكفيل.

المطلب الثانى: نطاق التزام الكفيل.

المبحث الثالث: الموازنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى.

الفصل الثالث

أثر التبعية فى مطالبة الدائن للكفيل

المبحث الأول: أثر التبعية فى مطالبة الدائن للكفيل فى القانون المدنى.

المطلب الأول: مطالبة الدائن للكفيل إذا كان واحدا.

المطلب الثانى: مطالبة الدائن للكفلاء حال تعددهم.

المبحث الثانى: أثر التبعية فى مطالبة الدائن للكفيل فى الفقه الإسلامى.

المطلب الأول: مطالبة الدائن للكفيل إذا كان واحدا.

المطلب الثانى: مطالبة الدائن للكفلاء حال تعددهم.

المبحث الثالث: الموازنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى. ٣٧٨

الفصل الرابع

التزام الدائن بعدم البدء بالتنفيذ على أموال الكفيل (الدفع بالتجريد) ٣٨٢

المبحث الأول: الدفع بالتجريد فى القانون المدنى. ٣٨٣

المطلب الأول: تعريف الدفع بالتجريد والحكمة منه وتحديد نطاقه وبيان شروطه. ٣٨٤

المطلب الثانى: الآثار التى تترتب على الدفع بالتجريد ومزايا هذا الدفع. ٤٠٨

المبحث الثانى: الدفع بالتجريد فى الفقه الإسلامى. ٤٢٨

المطلب الأول: مدى حق الكفيل فى الدفع بالتجريد. ٤٢٨

المطلب الثانى: حكمة الدفع بالتجريد وشروطه والآثار التى تترتب عليه. ٤٣٤

المبحث الثالث: الموازنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى. ٤٤١

الفصل الخامس

تبعية التزام الكفيل من حيث الدفوع التى يستطيع أن يدفع بها فى مواجهة الدائن ٤٤٤

المبحث الأول: الدفوع المستمدة من العلاقة الأصلية بين الدائن والمدين. ٤٤٥

المطلب الأول: الدفوع المستمدة من العلاقة الأصلية بين الدائن والمدين فى القانون المدنى. ٤٤٥

المطلب الثانى: الدفوع المستمدة من العلاقة الأصلية بين الدائن والمدين فى الفقه الإسلامى. ٤٥٢

المطلب الثالث: الموازنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى. ٤٥٦

المبحث الثانى: الدفوع المستمدة من عقد الكفالة ذاته. ٤٥٨

المطلب الأول: الدفوع المستمدة من عقد الكفالة ذاته فى القانون المدنى. ٤٥٩

المطلب الثانى: الدفوع المستمدة من عقد الكفالة ذاته فى الفقه الإسلامى. ٤٧٩

المطلب الثالث: الموازنة بين القانون المدنى والفقه الإسلامى. ٤٨٥

الفصل السادس

إنقضاء التزام الكفيل بالتبعية ٤٨٧

المبحث الأول: انقضاء التزام الكفيل تبعا لانقضاء الالتزام المكفول فى القانون المدنى. ٤٨٨

المبحث الثانى: انقضاء التزام الكفيل تبعا لانقضاء التزام المدين فى الفقه الإسلامى. ٥٠٩

المبحث الثالث: الموازنه بين القانون المدنى والفقه الإسلامى. ٥٢٥

أهم نتائج البحث: ٥٢٨

فهرس أهم المراجع والمصادر: ٥٣٤