المقدمـــــــة:

على الرغم من تنوع أشكال التعاون والتعامل بين الأفراد فإنها تجتمع على أساس واحد هو التعاقد مع الآخرين ، وهذا التعاقد يكفل تنفيذ الإلتزام وحماية الحقوق ، وتعد الكفالة في نطاق القانون هي من أهم أوجه هذا التعاون التي تتجسد بصورة عقود لضمان الوفاء بالإلتزامات بين الأفراد.

وإن عقد الكفالة الذي نحن بصدد بحثه، هو ليس عقد الكفالة الشائع الذي يتضمن تعهد الكفيل للدائن بضمان المال الذي بذمة المدين ، بل هو عقد يتضمن تعهد الكفيل بإحضار المكفول ببدنه وتسليمه للمكفول في الزمان والمكان المعينين ، ولذا يطلق على هذا العقد عقد الكفالة بالنفس بإعتبار أن الكفيل قد تعهد بنفس المكفول .

ونصت على هذا العقد بعض القوانين المدنية ،منها القانون المدني العراقي الذي نظم أحكامه في الباب الخامس من القسم الثاني والذي خصصه المشرع للتأمينات الشخصية بإعتباره نوعا" من أنواع الكفالة ، معرفا إياه ومبينا أحكامه في ثلاث مواد (١٠١٧,١٠١٨,١٠١٩) على التوالي ، بعد أن بين الأحكام العامة للكفالة في مقدمة الباب .

ومع إن المشرع المدني العراقي قد نظم أحكام عقد الكفالة بالنفس ، لكن عقد الكفالة بالنفس كمضمون وكمصطلح يعد قليل الإستخدام وغير واسع الإنتشار إذا ماقورن بمصطلح الكفالة (مطلقة) والتي تعني كفالة المال أو كفالة الدين ، إلا أن هذا العقد يختلف في الفقه الإسلامي من حيث شيوعة وإنتشاره وتداوله وكثرة إستخدامه

إعتمدت في منهجية البحث الدراسة التحليلية للنصوص التشريعية التي تؤدي الى دراسة الموضوع بشكل تفصيلي بحيث تحدد مواطن الضعف والقوه في كل مفصل من مفاصل البحث ، مع منهج المقارنة والتي تؤدي الى التوصل الى نتائج من خلال مقارنة النصوص الفقهية أو القانونية ، وإن منهج المقارنة الذي إعتمدناه هو المقارنة بين القوانين المدنية الوضعية وبين الفقه الإسلامي.

وقد إعتمدنا في البحث على النصوص التي جاء بها المشرع العراقي أساسا لتلك المقارنة ، مع ضرورة الإشارة إلى أن القوانين المدنية التي نصت على عقد الكفالة بالنفس تنحصر في القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني وقانون الموجبات والعقود اللبناني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني السوداني، بحسب ماأطلعنا عليه وأظهرته نتائج البحث في القوانين المدنية العربية .

ولأجل الإحاطة بماهية هذا العقد ومحاولة التعرف عليه سوف يتم تقسيم هذا البحث الى مطلبين ، نخصص الأول منها لتعريف الكفالة بالنفس لغة واصطلاحا ، والثاني نتناول فيه الأصل الشرعي لعقد الكفالة بالنفس وأصلها التاريخي .

المطلب الأول : تعريف الكفالة بالنفس

للوقوف على المقصود بالكفالة بالنفس يستلزم منا أن نحدد معنى الكفالة في اللغة و الألفاظ التي تتشابه معها أولا ، ثم معرفة معنى الكفالة بالنفس وتعريفها في القانون المدني ثانيا ، ومعناها في إصطلاح الفقه الإسلامي ثالثا ، وأخيرا تمييز الكفالة بالنفس عن كفالة إخلاء السبيل .

الفرع الاول : الكفالة بالنفس في اللغة

يقول إبن منظور في لسان العرب في باب كفل : الكفل:العجز، وجمعها أكفال ، ويكون للإنسان وللدابة ، والكفل من مراكب الرجال ، وهو الكساء الذي يعقد طرفاه ويوضع على سنام البعير ، وفي حديث أبن رافع قال : ذلك كفل الشيطان ، يعني مقعده ، وتكفلت بالشئ : ألزمته نفسي وأزلت عنه الضيعة والذهاب ، والكفل تعني النصيب والحظ والضعف من الأجر أو الأثم ، جاء في التنزيل :"يؤتكم كفلين من رحمته"، والكافل : العائل وفي التنزيل :"وكفلها زكريا"، وفي الحديث الشريف :"أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة" ، والكافل : القائم بأمر اليتيم المربي له ، والكافل والكفيل :الضامن ، والأنثى كفيل أيضا ، وجمع الكافل كفل، وجمع الكفيل كفلاء،

وكفل بالمال: ضمنه ، وتكفل به: ضمنه وأكفله أياه ، وكفلت عنه المال لغريمه ، وتكفل بدينه تكفلا، والتكفيل مثله ، قال تعالى :"فقال أكفلنيها وعزني في الخطاب" ، وعن إبن الأعرابي : كفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد والكفيل :المثل ، يقال مالفلان كفل أي ماله مثيل ، والكافل الذي يصل الصيام ، يقال كفلت كفلا أي واصلت الصوم ، ولذلك سمي ذو الكفل وهو أحد الأنبياء لأنه كفل بمائة ركعة كل يوم ، فوفي بما كفل[١]

لقد ذهبت كتب اللغة مذهبا متشابها في تحديد معنى الكفالة من خلال المعاني التي أوردتها والتي نستطيع من خلالها ملاحظة أن مصطلح الكفالة أذا ماورد بصورة مطلقة يراد به الإلتزام والإعالة والضم والضمان ، وهي من أهم المعاني للكفالة في اللغة وأوسعها وأكثرها ورودا وتعريفا للكفالة لغة .

أن مايفهم من هذه المعاني الترادف بين كلمة الكفالة والضمان ، فهما في اللغة في نفس المعنى ، مع الأخذ بنظر الإعتبار الإشارة التي أشار اليها الليث بن سعد ، حيث فرق بين الكفيل والكافل بالقول: الكفيل: الضامن ، والكافل: العائل[٢].

الفرع الثاني : تعريف الكفالة بالنفس في القانون المدني .

يعرف القانون المدني العراقي عقد الكفالة النفس في الفرع الثالث الذي خصصه للكفالة بالنفس في المادة (١٠١٧) منه بالقول : " المضمون في الكفالة بالنفس هو إحضار المكفول به ، فإن إشترط في الكفالة تسليمه في وقت معين ، يجبر الكفيل على إحضاره وتسليمه للمكفول له في هذا الوقت إن طلبه ، فإن أحضره يبرأ من الكفالة ، وإن لم يحضره جاز للمحكمة أن تقضي على الكفيل بغرامة تهديدية مالم يظهر عجزه وعدم إقتداره على إحضار المكفول به".

وهذا التعريف ورغم أن المشرع المدني العراقي قد إستقى نظام عقد الكفالة في الباب الخامس من مجلة الأحكام العدلية [٣]، إلا أنه لم يأخذ تعريف كفالة النفس من المجلة ، بل إقتبسه من كتاب مرشد الحيران[٤] والذي نص على تعريف كفالة النفس في المادة (٧٣٨)[٥]، ولكن المشرع العراقي أستبدل عقوبة الحبس التي وردت في نص كتاب مرشد الحيران بعقوبة الغرامة التهديدية .

وهذا يعني أن المشرع المدني العراقي قد إستند في بيانه للكفالة وأحكامها في الباب الخامس من القانون المدني على مجلة الأحكام العدلية وعلى مرشد الحيران[٦]، إذ إستند في عموم نظام الكفالة الى المذهب الحنفي ، وسبب ذلك يعود الى تبنية وجهة النظر الإسلامية وعلى وجه الخصوص الأتجاه السائد في الفقه الحنفي .

ولم يذهب القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦) في المادة (٩٦١) منه في تعريف الكفالة بالنفس الى مايخالف تعريف الكفالة بالنفس في القانون المدني العراقي إلا ماجاء في بداية المادة من إلزام الكفيل بإحضار المكفول بالقول : " الكفالة بالنفس تلزم الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له ، فأن لم يفعل جاز للقاضي أن يقضي عليه بغرامة تهديدية ، وله أن يعفيه إذا أثبت عجزه عن إحضاره ".

وجاء قانون المعاملات المدنية الإماراتي بنص مطابق لنص المشرع الأردني تماما[٧] في تعريف الكفالة بالنفس ، عدا أن المشرع الإماراتي قد أطلق على كفالة النفس ضمان الوجه[٨].

لكن المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود تبنى تعريفا مختلفا عن تعريف التشريعات السابقة فقد نص في المادة (١٠٩٨) تحت عنوان كفالة الحضور فعرفها بالقول : " كفالة الحضور عهد يلتزم به شخص أن يقدم شخصا أخر لدى القضاء أو أن يحضره عند إستحقاق الموجب أو عند الحاجة "[٩].

وعند الوقوف على تعريف المشرع اللبناني لكفالة النفس ، والذي يعد أدق التعريفات نلاحظ قصور تعريفات القوانين المدنية التي نصت على كفالة النفس كالقانون المدني العراقي والأردني والإماراتي من خلال مايلي :-

أولا : إن المشرع اللبناني أطلق عليها تسمية كفالة الحضور وليست كفالة النفس ، وأن هذا المعنى الذي جاء به المشرع أقرب الى القانون والواقع من كفالة النفس ، فمن جهة فهو يعطي

إنطباعا من الوهلة الأولى بطبيعة التزام الكفيل والمتمثلة بالإحضار، ومن جهة أخرى ومما لايخفى من عمومية لفظ النفس وخصوصية لفظ الإحضار والفرق بينهما .

ثانيا : حدد المشرع اللبناني في تعريفة لكفالة الحضور الطبيعة العقدية لألتزام الكفيل بقوله "كفالة الحضورعهد يلتزم به شخص ....." ، وهذا مالم يشير اليه المشرع العراقي وغيره من القوانين المدنية.

إن تحديد الطبيعة العقدية لكفالة النفس في قانون الموجبات اللبناني ، لايعني خلاف ذلك في التشريع العراقي أو الأردني او غيرها ، فلا خلاف في طبيعتها ، ولكن لم ينص عليها كالقانون اللبناني ، وهذا يرجع الى أن القانون المدني العراقي وكما ذكرنا قد إقتبس نص التعريف من مرشد الحيران ، وهو التعريف الفقهي لعقد الكفالة بالنفس ، فضلا عن إن المشرع العراقي نص في الفرع الأول الخاص بالأحكام العامة للكفالة على طبيعتها بالقول : " تنعقد الكفالة بأيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له "[١٠] ، وأن هذا النص يشمل كفالة النفس بإعتبارها أحدى أنواع الكفالة في القانون المدني العراقي .

ولتأكيد هذا المعنى فأن المشرع المدني العراقي قد عرف كفالة المال بالقول : ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ الإلتزام ، ولم ينفي ذلك كون الكفالة عقدا[١١] ، بل إنه وفي أساس التقسيم للقانون المدني العراقي قد جعل الباب الخامس ينفرد بالطائفة الأخيرة من العقود وهو عقد الكفالة[١٢].

ثالثا : من ظاهر نص المشرع المدني العراقي نجد أن المشرع قد جعل الإحضار أي إحضار المكفول وتسليمه مقتصرا على جهة واحدة هي المكفول له ، بينما أشارت المادة (١٠٩٨) التي عرفت الكفالة في القانون اللبناني الى أكثر من جهة بالقول : " .....لدى القضاء أو عند إستحقاق الموجب أو عند الحاجة " ، وهي بذلك قد شملت أو أستوعبت الحالات التي يمكن أن يكون الإحضار اليها .

رابعا : إن المادة (١٠١٧) من المدني العراقي التي عرفت كفالة النفس قد جمعت بين التعريف والأحكام ، فهي بعد أن عرفت كفالة النفس في القسم الأول من المادة ، ذكرت حكم التسليم من عدمه ، والغرامة ، والإنقضاء ، والإستحالة ، والتي سوف نبحثها في أحكام الكفالة بالنفس في الفصل الثالث ، ولم يفصل المشرع الأردني والإماراتي بين التعريف والأحكام كما فعل المشرع العراقي ، إلا أننا نجد أن تعريف قانون الموجبات والعقود اللبناني قد جاء منفصلا عن الأحكام التي تلته في مواد لاحقة ، فقد أقتصر نص المادة (١٠٩٨) على تعريف كفالة الحضور.

وخلاصة القول وفي نطاق القانون إن الكفالة إذا ماذكرت مطلقة ، فإنما يراد بها كفالة المال لاغيرها ، إذ إن المشرع إنما أفردها بالبيان كونها تمثل التأمين الشخصي ، فالكفالة بالمال هي الموضوع الأساس ، وهذا يستتبع القول بأن للكفالة في القانون معنيين الأول منها المعنى العام وهي أذا ماذكرت الكفالة مطلقة فيراد بها كفالة المال ، والاخر المعنى الخاص إذا ماحددت ككفالة النفس أو كفالة العين[١٣].

الفرع الثالث: تعريف الكفالة بالنفس في الفقة الإسلامي

الكفالة من المواضيع المهمة في الفقه الإسلامي ، فهي من عقود التوثيق ويتناولها الفقهاء بالبحث والدراسة بعد البيع بإعتبارها توثيقا له ، إذ تبحث في باب الضمان أو بعده مباشرة ، وسوف نبين من خلال فروع هذا المطلب تعريف فقهاء الإسلام لعقد الكفالة بالنفس، محاولين في نفس الوقت توضيح الفارق من وجهة نظر الفقه بين الكفالة بالنفس وبين الكفالة بالمال لأرتباطهما في بعض الأحيان بمعنى مطلق واحد وكما سنرى من خلال إستعراض مضمون كفالة النفس في الفقه الإسلامي.

اولا" : تعريف الكفالة بالنفس عند فقهاء الإمامية.

لقد تناول فقهاء الإمامية كفالة النفس بالتعريف على أتجاهين ، الأول عرفها في الحديث عن الضمان كجزء منه ، ولم يفصل الكفالة بالنفس عن الضمان بالتعريف ، بإعتبار أن مفهوم الضمان مستوعبا" للكفالة بالنفس .

فالكفالة بالنفس على وفق هذا الإتجاه هي "عقد شرع للتعهد بالنفس"[١٤]، وتأتي ضمن المفهوم العام للضمان ، إذ إن مفهوم الضمان عندهم بمعنيين ، عام وخاص فهو بالمعنى الأعم الشامل له (بالمعنى الأخص والحوالة والكفالة) ، ولو على جهة المجاز فهو "عقد شرع للتعهد بالنفس أو بالمال" ، والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال وقد لايكون ، فهنا ثلاثة أقسام ، التعهد بالنفس وهو الكفالة ، والتعهد بالمال ممن ليس عليه وهو الضمان بالمعنى الأخص ، وممن عليه له مال وهو الحوالة[١٥] .

وجاء في المستمسك أن للضمان معنيين ، عرفي وهو التعهد بالمال أو النفس ، وأخر إصطلاحي ، وهو الضمان الخاص ، فإذا أطلق الضمان في العرف كان المراد منه المعنى العام الشامل له ، وإذا أطلق عند الفقهاء ، يكون المراد منه المعنى الأخص لاغير[١٦]

يقول الشيخ الحلي في التذكرة إن الكفالة عقد شرع للتعهد بالنفس ، ويشابه الضمان ، فإن الشيء المضمون قد يكون حقا وقد يكون نفس الشخص[١٧].

ويذهب جانب أخر إلى فصلها عن الضمان بالتعريف بها ، أي بعد الحديث عن الضمان ، فقد ذكر في القواعد الفقهية إن الكفالة في أصطلاح الفقهاء عبارة عن "التعهد والإلتزام لشخص بإحضار من له حق عليه مؤجلا أو معجلا" ، والعقد الذي ذكروه في مقام التعريف من إنها عقد شرع للتعهد بالنفس إن كان المراد به الألفاظ الإيجاب والقبول فهو سبب لإنشاء الكفالة لأنها عين الكفالة[١٨] .

وقد ورد في مباني منهاج الصالحين[١٩] أن الكفالة هي "التعهد بإحضار المديون وتسليمه الى الدائن عند طلبه ذلك" .

ويعد هذا التعريف أكثر بيانا لكفالة النفس من تعريف الجانب الأول حيث تضمن ماهية كفالة النفس والمتضمنة إحضار المكفول الى المكفول له ، وقد ورد هذا التعريف عند أغلب فقهاء الإمامية المتأخرين[٢٠] .

ثانيا : تعريف الكفالة بالنفس عند المذاهب الأخرى.

١ - تعريف الكفالة بالنفس عند فقهاء الحنفية .

عرف الحنفية الكفالة بأنها ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا بنفس أو بدين أو عين [٢١] ، وهذا مايعد جامعا لكل أنواع الكفالة ، فهي إن صحت بالدين فانها تصح بالنفس أيضا ، ويكون الكفالة والضمان بمعنى واحد ، وذهب في تعريف كفالة النفس بهذا المعنى أبرزعلماء وأئمة المذهب الحنفي .[٢٢]

٢- تعريف الكفالة بالنفس عند فقهاء المالكية.

إذا ذكرت الكفالة مطلقة عند المالكية فيقصد بها الحمالة والزعامة والضمان فهي عندهم بمعنى واحد[٢٣].

ويعد إبن عرفة أبرز من خاض في تعريفها وبيان أحكامها وأنواعها ، فقد عرف الكفالة بأنها إلتزام دين لايسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له [٢٤]. وهذا تعريف جامع لأنواعها ، فإلتزام دين لايسقطه ، أي لايسقطه عمن هو عليه فهو ضامن للمال ، وأشار في الجملة نفسها الى كفالة النفس أو الوجه بقوله : أو طلب من هو عليه ، وجاء في بلغة السالك أن أغلب فقهاء المالكية يطلقون على كفالة النفس بكفالة الوجه[٢٥].

٣- تعريف الكفالة بالنفس عند فقهاء الشافعية.

ذكر في مغني المحتاج في باب الضمان أن الضمان لغة هو الإلتزام ، وشرعا يقال الإلتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة ، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك ، ويسمى الملتزم لذلك ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وقبيلا وكفيلا وصبيرا[٢٦].

وفي مورد أخر في بحث الكفالة عرفت بأنها: إلتزام إحضار المكفول الى المكفول للحاجة[٢٧].

وجاء في روضة الطالبين أن حاصل كفالة البدن أو الوجه هو الإلتزام من قبل الكفيل بإحضار المكفول ببدنه[٢٨].

٤- تعريف الكفالة بالنفس عند فقهاء الحنابلة.

يقترب فقهاء المذهب الحنبلي في تعريفهم للكفالة بالنفس من فقهاء المذهب الشافعي ، وكذلك في التفريق بين الضمان والكفالة .

فقد جاء في كتاب الكافي أن الكفالة تعني كفالة بدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحاكم بحق[٢٩] ، وفي مورد أخر تعني إلتزام رشيد إحضار بدن من عليه حق مالي إلى ربه [٣٠].

وبعد إستعراض تعريف الفقهاء للكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي يتضح أن التعريف الفقهي لايختلف كثيرا عن التعريف القانوني ، فهي تعني الضمان والضم والإلتزام كما مر سابقا ،وهي نفس المفردات التي جاءت في بيان الكفالة في اللغة ، وهذا الترابط والصلة بين الضمان والكفالة نجده عند أغلب الفقهاء وكانت كل التعريفات تدور حول معنى واحد وهو إحضار المكفول ببدنه وإن إختلفت المسميات فبعضهم أسماها كفالة الوجه وبعضهم كفالة البدن وجميعها في نفس المعنى .

وفي الحقيقة هناك جوانب يجب الإشاره اليها ، الأول أن قسم من فقهاء الإمامية قد تناول بحث موضوع الكفالة بالنفس بإعتبارها صورة من صور الضمان ونجد ذلك واضحا عند السيد الحكيم والشيخ محمد حسن النجفي ، ونهج هذا المنهج الحنفية والمالكية عند إبن عابدين وإبن عرفه ، والقسم الأخر بحث في الكفالة بعد الضمان في نوع من الإستقلالية في البحث، وقد وضح هذا المعنى العلامة محمد جواد مغنيه بالقول : إن للضمان عند الفقهاء معنيين ضمانا" بالمعنى الأخص وهو الإلتزام والتعهد بالمال ممن ليس عليه شئ ، وضمان بالمعنى الأعم الذي يشمل الضمان بالمعنى الأخص ويشمل أيضا الحوالة والتي هي تعهد بالمال من عليه مال للمضمون عنه ، ويشمل أيضا الكفالة التي هي تعهد بالنفس ، وقد أقر الفقهاء لكل من الضمان بالمعنى الأخص والحوالة والكفالة بابا مستقلا يبدأون بالضمان ثم الحوالة ثم الكفالة ، ونحن نمضي على طريقهم[٣١]

الثاني أن قسم من التعريفات يتضمن الإحضار المكفول فقط دون بيان الجهة التي يجب على الكفيل إحضار المكفول لها وذلك يتمثل في أن الكفالة عقد شرع للتعهد بالنفس ، فالإطلاق هنا بالإحضار ودون تحديد الجهة التي يجب الإحضار اليها ، وأن ذلك نتاج المعنى الأعم للضمان كالقول عقد شرع للتعهد بنفس أومال ، أو القول بضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا ، ونجد عند أخرين كالسيد الخوئي مثلا الذي يحدد جهة الإحضار بقوله : وتسليمه الى الدائن ، وغيره الى الحاكم وأخر إلى ربه ، وأن ذلك يتحدد بالحق الذي إلتزم به المكفول سواء كان ذلك الحق ماليا أوغير مالي.

الثالث يتضح أنه وفي الغالب أن عقد الكفالة بالنفس ليس له نتيجة مالية في الأصل ، وإنما نتيجته إجبار الكفيل بالنفس بقوة القضاء على إحضار المكفول ، وهو المسؤول الأصلي ، وهو مضمون الكفالة بالنفس الحقيقي والذي أشار اليه القانون المدني العراقي في المادة (١٠١٧) .

وأخيرا فإنه وعند إطلاق مصطلح الكفالة مطلقة في الفقه الإسلامي فلا يراد بها إلا الكفالة بالنفس ، ويؤكد بعض الفقه هذا المعنى بالقول أن الأصل في الكفالة في الفقة الإسلامي عند الشك أن تكون كفالة بالنفس ، لأنه أقل الأمرين ، ومعنى ذلك أن الكفيل إذا تعهد بالكفالة بصفة مطلقة دون أن يقيدها بالنفس أو بالمال ، فأن وجدت قرينة تدل على أنها كفالة نفس أو كفالة مال فيجب العمل بهذه القرينة ، أما إذا لم توجد قرينة فأن الكفالة تحمل على إنها كفالة نفس ، لأن الكفالة بالمال أشد من الكفالة بالنفس[٣٢] .

الفرع الرابع : تمييز الكفالة عن كفالة إخلاء السبيل .

من المواضيع التي يثيرها عقد الكفالة بالنفس ، هو تشابه هذا العقد مع كفالة إخلاء السبيل ، والسبب في ذلك أن كلا الكفالتين يشتركان بمشترك واحد وهو إحضار المكفول ، وتعرف كفالة إخلاء السبيل بأنها عبارة عن تعهد أو إلتزام يأخذه شخص معين على نفسه وهو(الكفيل) ، بأن يحضر شخصا" أخر (المشتكى عليه) في زمان ومكان معينين ، في مقابل الإفراج عن هذا

الأخير ، وفي حالة الإخلال بذلك الإلتزام يلتزم الكفيل بدفع مبلغ معين من المال يحدده المرجع الذي أصدر قرار إخلاء السبيل في سند الكفالة[٣٣].

ورغم أن إلتزام الكفيل في كفالة إخلاء السبيل يتضمن إحضار المكفول ، لكنه في الحقيقة هناك فرق كبير بين الكفالتين لابد من توضيحة لأهميته في أستقلال عقد الكفالة بالنفس ، وعدم الخلط بينه وبين أي عقد أخروعلى النحو الاتي :-

١. من حيث التنظيم القانوني ، فقد نظم كفالة إخلاء السبيل قانون أصول المحاكمات الجزائية كإجراء أوجده المشرع بديلا عن التوقيف ليضمن حضوره أو الوفاء بإلتزاماته في الحالات التي نص عليها القانون[٣٤] . بينما نظم القانون المدني أحكام عقد الكفالة بالنفس.
٢. من حيث مصدر الكفالة ، نجد أن كفالة إخلاء السبيل هي كفالة قضائية في جميع الأحوال ، إذ أن الأصل فيها أن يقوم قاضي التحقيق بإصدار قرار الإفراج المؤقت المقرون بالكفالة ويكون ذلك بناءا" على طلب يتقدم به المتهم أو وكيله الى الجهة التي أمرت بتوقيفه[٣٥]، أما كفالة النفس فهي في الأصل كفالة إتفاقية .
٣. من حيث أساس الإلتزام ، يتعهد الكفيل في كفالة إخلاء السبيل بضمان حضور المتهم (المشتكى عليه) متى طلب منه ذلك خلال فترة التحقيق في الدعوى بسبب جريمة معاقب عليها حسب الأحوال التي نص علها القانون ، بينما الأصل في كفالة النفس ان يتعهد فيها الكفيل بإحضار المكفول لإستيفاء حق المكفول له.

٤. من حيث الجزاء المفروض على الكفيل ، يترتب على الكفيل في حالة إخلال الموقوف إحتياطيا بشروط الكفالة أن يدفع مبلغ من المال مقدرا في الكفالة ، وأن تحديد هذا المبلغ هو من صلاحية السلطة المختصة بإصدار الأمر بإخلاء السبيل بالكفالة ، بلا معقب عليها في هذا التقدير ، لكن يشترط فيه أن يكون كافيا في حالة تخلف الموقوف إحتياطيا" عن الحضور أو مخالفته لشروط الكفالة[٣٦]، في حين ترتب المحكمة غرامة تهديدية على الكفيل بالنفس في حالة إخلاله بإحضار المكفول .

٥. في كفالة إخلاء السبيل يكون المكفول المتهم في حوزة السلطة العدلية دائما سواء في مركز التحقيق أم في المحكمة ، وعندها يطلب هو او وكيله من المحكمة أن يتم إخلاء سبيلة بكفالة شخصية لقاء ضمان حضوره عند طلبه في مراحل التحقيق لحين إنتهاءه ، وهذه الأجراءات غير موجودة في كفالة النفس[٣٧] .

ومن الجدير بالذكر أن كفالة إخلاء السبيل يطلق عليها في بعض الأنظمة العربية كالمملكة العربية السعودية بالكفالة الحضورية والتي تتمثل في إحضار شخص المدين إلى قاعة المحكمة أو إلى مركز التحقيق في وقت معين ، وأن إخلاء سبيل المتهم الذي يترتب على قبول الكفالة لايعني براءة المتهم من التهمة الموجهة اليه ، بل أن قرار الإدانة أو البراءة يكون بعد صدور الحكم النهائي في القضية.

المطلب الثاني : دليل مشروعية الكفالة بالنفس وأصلها التأريخي

أن الأهمية التي يتمتع بها عقد الكفالة بالنفس من خلال حماية حقوق الأفراد ومايتضمنه من تعاون إيجابي بين الناس جعلته يأخذ مكانا مهما في الشريعة الإسلامية وماجاء بها من نصوص ، وأن هذا العقد قد ظهر بظهور التعامل والبيع والشراء حيث كانت له أصول تاريخية عميقة في الحضارات القديمة ، ولأجل بيان ذلك سوف يكون تقسيم هذا المبحث الى مطلبين ، الأول نبين فيه أساسه الشرعي ، والثاني نخصصه لأصله التاريخي.

الفرع الأول : دليل مشروعية عقد الكفالة بالنفس

لقد دل على مشروعية الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي أدلة إستند قسم منها الى القران الكريم وقسم أخر إستند الى سنة النبي الكريم (ص) وسنة الأئمة المعصومين (ع) إضافة الى إجماع الأمة المتمثل بفقهاء المذاهب المختلفة وما يقتضية العقل السليم من حكمة تشريع هذا العقد كادأة للتعامل بين الناس لدفع الضيق ورفع الحرج عنهم .

وإن القران الكريم بإعتباره أساسا للأحكام الشرعية وأصلا للأدلة ففي بيانه للأحكام الشرعية ومنها أحكام المعاملات قد نص على أحكام توثيق العقود ضمانا للحقوق ومنعا للنزاعات بين الأفراد والتي تكون فيها الكفالة ضمن هذا الأطار.

يقول العلامة الحلي[٣٨] في معرض حديثه عن الكفالة :" وهي عقد صحيح عند عامة أهل العلم ، وبه قال الثوري ومالك والليث وأبو حنيفة وأحمد الشافعي ولا نعرف فيه مخالفا" إلا ما نقل عن الشافعي من قوله في كتاب الدعاوي "أن الكفاله بالبدن ضعيفة" ، وقال في الإقرار والمواهب وكتاب اللعان إن "الكفالة بالبدن جائزة" وأختلف أصحابه فقال بعضهم : إن الكفالة صحيحة قولا واحدا وإنما أراد بقوله أنها ضعيفة أي ضعيفة في القياس وإن كانت ثابتة بالإجماع والأثر ، ومنهم من قال : أن فيها قولين أحدهما أنها صحيحة وهو قول عامة العلماء ، والثاني أنها غير صحيحة لأنها كفالة بعين ، والحق الأول لقوله تعالى " قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتنني به ألا أن يحاط بكم فلما ءاتوه موثقهم قال الله على مانقول وكيل" فطلب يعقوب من بنيه كفيلا ببدن يوسف (ع) وقالوا ليوسف " قالوا يأيها العزيزأن له أبا شيخا كبيرا فخذ أحدنا مكانه أنا نراك من المحسنين" ، وذلك كفالة بالبدن .

وما رواه العامة من قول النبي (ص) : (الزعيم غارم) ، وعن طريق الخاصة : قول الإمام الباقر(ع) : أن عليا" (ع) أتى برجل كفل برجل بعينه فأخذ الكفيل فقال : أحبسوه حتى يأتي بصاحبه ، ولإطباق الناس عليه في جميع الأعصار وفي كل الأصقاع ولو لم تكن صحيحة أمتنع الناس منها ولأن الحاجة تدعو اليه وتشتد الضرورة اليه فلو لم يكن سائغا" لزم الحرج ، ولأن ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال ووجوب تسليم البدن "[٣٩].

وإن هذه الأية الكريمة[٤٠] والحديث الشريف[٤١] هو ما أجمع عليه فقهاء الإمامية وفقهاء بقية المذاهب الأربعة في إعتبارها دليلا لمشروعية الكفالة بالنفس[٤٢].

و الملاحظ من ألفاظ الأية الكريمة " قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتاتنني به إلا أن يحاط بكم" دلت على مشروعية الكفالة دون أن يرد أي لفظ للكفالة أومايقابلها من ألفاظ .

وأما وجه الحديث الشريف " الزعيم غارم " فقد أفاد بإطلاقه مشروعية الكفالة بنوعيها ، بالمال وبالنفس ، ومانقل عن إجماع العلماء فقد توحدت كلمتهم سلفا وخلفا على جواز وقوع الكفالة بالنفس أذا كانت بسبب المال أو إحضار بدن من عليه عقوبة ، وقد عمل بها الصحابة والتابعون وأئمة المذاهب الأربعة والعلماء ، وقد بعث النبي والناس يكفل بعضهم بعضا فأقرهم عليها ، ولايزال المسلمون على العمل بالكفالة بالنفس من غير نكير فكان إجماعا" ، وهي من جانب الحاجة اليها عقلا تعد من الأمور الجائزة لإحياء حقوق العباد ، ولما في ذلك من المصلحة العامة والخاصة [٤٣].

في حين أن القران الكريم قد وردت فيه ألفاظ الكفالة والكفيل أو مايقابلها من ألفاظ في موارد كثيرة والتي لم تعد دليلا يستند اليه الفقهاء لمشروعية الكفالة بالنفس[٤٤] ، أما سنة الرسول (ص) فقد إستدل الفقهاء على مشروعية الكفالة بالنفس من لفظ الزعامة.[٤٥]

فبالنسبة الى قول الرسول(ص) الزعيم غارم في خطبته ، فعموم قوله (ص) يشمل الكفالة بنوعيها والكفيل بالنفس يلزمه إحضار النفس ، فكان غارما بهذا المعنى ، وقد إعترض على ذلك بأنه مخصص بالزعيم بالمال من نفس الحديث حيث قال "غارم "والكفيل بالنفس لاغرم عليه بالمال ، ويجاب على ذلك بأن الغرم لايختص بالمال بل الغرم أداء مايلزم ، والغرام اللازم ذكره في المجمل والكفيل بالنفس يلزمه الإحضار وقد ثبت بالقياس على كفالة الأموال ، والحاصل الحاقه بجامع عموم الحاجة اليها إحياء للحقوق .[٤٦]

وفضلا"عن إقرار الكفالة بالنفس ومشروعيتها فالأحاديث التي وردت عن الأئمة المعصومين تتضمن كراهة الضمانات والكفالات .

وفي هذا الصدد يقول صاحب الوسائل[٤٧] : "عن أحد أصحاب الإمام الصادق أنه قال: أبطات عن الحج ، فقال لي أبو عبد الله الصادق (ع): ماأبطاك عن الحج فقلت: جعلت فداك تكفلت برجل فخفر بي ، فقال: مالك والكفالات أما علمت أنها أهلكت القرون الأولى ، ثم قال أن قوما أذنبوا ذنوبا كثيرة فخافوا منها ، فجاء أخرون فقالوا ذنوبكم علينا ، فأنزل الله عليهم العذاب ثم قال : خافوني وأجترأتم علي ، وعن الإمام الصادق أيضا أنه قال : الكفالة خسارة وندامة وغرامة ، وعنه أنه قال : لا تتعرضوا للحقوق فأذا لزمتكم فأصبروا لها" .

وليس من شك أن قول الإمام الصادق(ع) في ذلك من باب الإرشاد والنصيحة لا من باب تأسيس حكم في الشريعة ، فأن النبي (ص) والأئمة المعصومين الأطهار(ع) يتكلمون بوصفهم من أفراد الناس كما يتكلمون بصفتهم الشرعية في بيان أحكام الشريعة.[٤٨]

ويؤكد هذا المعنى قول إبن عابدين في أن تركها- أي الكفالات- أحوط والمراد أحوط في سلامة المال لا في الديانة، إذ هي بالنية الحسنة تكون طاعة يثاب عليها فمحاسنها جليلة وهي تفرج كرب الطالب الخائف على مال والمطلوب الخائف على النفس.[٤٩]

وفي الموسوعة الإستدلالية[٥٠] يقول السيد الشيرازي: نعم أنها مكروهة في نفسها ،ولكن ربما يعرض عليها مايكون أهم يسبب زوال الكراهة بقاعدة الأهم والمهم كما في المكروهات بل في الواجبات والمحرمات أيضا.

أما ماروي عن الشافعي في أحد أقواله كما ذكر الشيخ الحلي من عدم صحتها عند البعض ، فإن قوله أن الكفالة بالبدن ضعيفة والمراد هنا بأنها ضعيفة من جهة القياس وذلك لقياس البدن على المال ، فالشخص الحر لايدخل تحت اليد ولا يقدر على تسليمه بما في ذلك من المدافعة والممانعة بخلاف كفالة المال[٥١]، وقال المزني في مختصره ضعف الشافعي كفالة الوجه في موضع وأجازها في موضع أخرإلا في الحدود[٥٢] ، وأنه أستدل على عدم صحتها من قوله تعالى "معاذ الله ان نأخذ من وجدنا متاعنا عنده" [٥٣].

وفي الحقيقة أن أبن حزم الظاهري و الشافعي قد إستدلوا في هذه الأية على عدم صحة الكفالة بالنفس ، فقد دلت عندهم على عدم جواز كفالة النفس لأن قوله تعالى معاذ الله هو أنكارا" للكفالة أن تجوز حين ساله أخوته أن يأخذ أحدهم كفيلا ممن وجد متاعة عنده ، وهذا مالم يأخذ به عامة الفقهاء[٥٤].

وفي هذا المقام أخيرا فأن الأجماع يكون على أن من تعهد بنفس أو مال يجب أن يفي بما تعهد ، وأن بناء العقلاء على لؤم من يخالف إلتزامه وتوبيخ من لم يعمل بما تعهد ، وأن الشارع ألزم في عالم التشريع لزوم العمل ووجوب الوفاء بإلتزاماته، ولاشك في أن الكفالة والزعامة لاتحصل إلا بالتعهد والإلتزام بمال أو نفس فأذا حصل مثل هذا التعهد والإلتزام يكون مشمولا لأدلة وجوب الوفاء فالشرع والعقل يحكمان بلزوم العمل على طبق تعهده وإلتزامه.[٥٥]

الفرع الثاني :التأصيل التاريخي لعقد الكفالة بالنفس

أن مايتلاءم والطبيعة البشرية هو أنها تفرض على المجتمعات ومنذ القدم إيجاد وسائل ضمان تكفل ألتزاماتهم وأن هذه الوسائل التي تتمثل في الضغط على أرادة المدين ، أو أن يكون للدائن مدينان بدل من مدين واحد يضمنون نفس الدين لغرض توثيقه ، وتختلف بإختلاف الزمان والمكان وتتطور تبعا لذلك .

وإن التأمينات الشخصية المتمثلة بالكفالة بصورة عامة كإداة لضمان الحقوق تعد من أقدم الوسائل بما توفره من ضمان كاف للدائن ، وهي في الوقت ذاته تمكن المدين من تقديم ضمانا كافيا ليستطيع الحصول على الفائدة ، وأن هذه التأمينات لها الأسبقية في الظهور مقارنة بالتأمينات العينية ، وأن تقدم وأسبقية التأمين الشخصي على التأمين العيني يعود الى أسباب[٥٦] أهمها:-

الأول: إن التأمينات العينية تفترض حضارة أكثر تقدما من خلال تنظيم حق الملكية ثم تفريع الحقوق العينية الأخرى عن هذا الحق ، ومن ثم التمييز بين هذه الحقوق .
الثاني: إن الظهور الطبيعي الإول للتأمينات كان من خلال المدينين الذين كانوا في الغالب من الطبقة الفقيرة والتي لاتملك ماتقدمه تأمينا عينيا متمثلا بتخصيص مال معين وذلك لأنها تقوم على أساس العقار وكان العقار ملك الأسرة جميعها فهو يمثل الثروة الحقيقية لها ، وأن الأسرة يمثلها رئيسها فهو وحده الذي يحوز العقار ولايملكه.
ومن جانب أخر فأن الإلتزام بصورته الأولى كان يتخذ طابعا شخصيا وليس موضوعيا وهذا بالضرورة يؤثر في طبيعة العلاقات من خلال الإعتداد بالشخص وليس بذمته المالية ، ولذلك فقد سبقت الكفالة بالظهور جميع التأمينات العينية بمدة زمنيه طويلة.
وفي الحقيقة أنه ليس بالأمر اليسير أن يتتبع الباحث نشإة عقد الكفالة بالنفس في المجتمعات البدائية القديمة ، وأن الدلائل على موضوع الكفالة بالنفس في كتب التأريخ العربية نادرة جدا، لقلة البحوث والدراسات مما يصعب عملية الحصول على مضامين ودلائل لوجود الكفالة بالنفس في المجتمعات الأولى، ومن جانب أخر هيمنة موضوع الكفالة بالمال وأهميته على جميع أنواع الكفالات في الدراسة والبحث والتحليل .
لكن في دراسة لأحد باحثي الاثار العراقيين في الحضارة البابلية العراقية القديمة أثبت أن الكفالة في العصر البابلي القديم تعد من الضمانات الرئيسة المهمة في ميدان العلاقات والمعاملات الإقتصادية ، ويتضح أن العراقيين القدماء قد عرفوا نوعين من الكفالة :كفالة بالنفس والتي تنصب على إلتزام الكفيل بإحضار الشخص المكفول إلى أجل معين وألا ترتبت عليه المسؤلية ، والنوع الثاني: الكفالة على الأموال[٥٧].
وفي مورد أخر من البحث يضيف : أن النصوص المسمارية للعراقيين القدماء والتي تخص الكفالة بالنفس فإنه يكون بكفالة شخص أخر لضمان عدم هروبه أو أختفاءه فإن حصل ذلك فإن الكفيل يلزم بدفع الشرط الجزائي المتمثل بدفع المبلغ الذي إلتزم به في العقد ، وإن هذا النوع من الكفالة الذي تعامل به العراقيين القدماء مازالت تأخذ به القوانين الحديثة لحد الان[٥٨].
في حين يعتقد المؤرخون أن الرومان كانوا أول من لجأ الى الكفالة كوسيلة للضمان وأدخلوها في أنظمتهم القانونية وأعتمدوها في أطار المعاملات بين أفراد المجتمع وبعد ذلك عرفتها باقي الشعوب ، وظلت بعض هذه القواعد الذي وضعها الفقيه جستنيان بخصوص الكفالة مازالت متبعة لحد يومنا هذا.[٥٩]
وعلى أساس ذلك يؤكد جانب أخر إن أصل الكفالة كعقد في النظم الرومانية القديمة كان من العقود القولية أوالعقود اللفظية ، وإن أقدم صورة من هذه العقود اللفظية هو عقد الإشتراط الشفوي ، وقد نص عليه قانون الألواح الأثني عشر ، وأن هذا العقد كان يصح عندهم لأن يكون قالبا لأنشاء كافة أنواع الإلتزام ، فهو يؤدي وظائف كثيرة كترتيب أثر ملزم على أتفاق الهبة أو لتحقق عقد البيع أو لضمان دفع دين أو إن يتخذ شكل تضامن بين المدينين أو على سبيل الكفالة[٦٠].
ولعل أبرز سمات الطابع الشخصي للإلتزام الذي لازم ظهور الكفالة ، أو بعبارة أخرى أن الكفالة وخصوصا كفالة النفس مرتبطة أرتباط وثيق بالطابع الشخصي للإلتزام ، أذ أن الكفيل في العصور القديمة يقدم رهينة لذلك الدائن دون فرق بين شخصه وبين مايملك حتى تسنى للمؤرخين في هذا المجال الإقرار بصعوبة الحديث عن أي أستقلال للكفالة بالنسبة للتضامن الذي كان يسود علاقات أفراد العائلة الواحدة أو القبيلة الواحدة.[٦١]
إن الإجراءات القضائية في القانون الروماني كان لها دور كبير في إيجاد الكفلاء لضمان الوفاء بالديون فأرتكزت الكفالة على التضامن العائلي بصفة أساسية من خلال التضامن بين أفراد العائلة الواحدة وتساوى في ذلك مركز كل من الكفيل والمدين ، وكان مركز الكفيل على شئ من الغرابة ، فالمفروض أنه غير مدين ومع ذلك فكان موقفه أسوء من موقف المدين الأصلي ،

حيث يستطيع الدائن التنفيذ على شخص المدين ولذلك كان الكفيل يتعرض لأن يقتل أو يباع عبدا في الأسواق إذا لم يقم المدين بالسداد.[٦٢]

وعندما جاءت الشريعة الإسلامية متمثلة بإحكام القران الكريم فإنها أوجدت أحكاما وتعاليم جديدة ، ومن جانب أخر فإنها أقرت الأعراف والتعاملات السائدة والتي كانت ضرورية للناس ومنعت الأعراف الفاسدة لضررها بالمجتمع ، ومن جملة الأحكام التي أقرتها الشريعة الإسلامية هو عقد الكفالة بالنفس كغيره من العقود والتي تخص التعاملات المالية للأفراد ومايضمن حقوقهم وتسهيل أمورهم ورفع الضيق عنهم .

وأخذت بعد ذلك الدول الإسلامية بصياغة تشريعاتها المدنية وفق تعاليم الشريعة الإسلامية صياغة قانونية وفي طليعتها مجلة الأحكام العدلية سنة (١٨٧٦) والتي تعد منهلا للعديد من قوانين الدول العربية ومنها القانون المدني العراقي ، وكتاب مرشد الحيران سنة (١٨٩١) .

أما القانون الفرنسي فإنه ورغم تاثير القانون الروماني ذي الطابع الشخصي للإلتزام ، لم يعرف سوى شكل واحد من الكفالة ، إذ كانت الكفالة والتضامن شيئا واحدا ، ورغم ذلك لم يتضمن أي نص بخصوص كفالة النفس ، بل على العكس من ذلك أن مركز الكفيل في القانون الفرنسي قد تطور عما كان عليه في القانون الروماني من خلال ظهور فكرة تبعية الكفالة كإلتزام ، وكذلك ظهور حق التجريد وحق التقسيم كحقوق يتمتع بها الكفيل تجاه المدين الأصلي إنطلاقا من تمييز التضامن في المديونية[٦٣].

وهذا ماسار عليه القانون المدني المصري الذي لم يأخذ من الشريعة الإسلامية القدر الذي أخذ منه القانون المدني العراقي وبقية القوانين المدنية التي أخذت النصوص عن مجلة الأحكام العدلية ، متأثرا بالقانون المدني الفرنسي ولم يضم أحكام كفالة النفس إلا ماورد في المادة (٥٠٨) من القانون المدني المصري الأهلي القديم سنة (١٨٨٣) والتي نصت :" من تكفل بإحضار المدين يوم حلول أجل الدين ولم يحضره في الميعاد كان ملزما بالدين وأذا حضر المدين المذكور برئ كفيله "[٦٤]، وقد ذكر في هامش النص أن هذه المادة مأخوذة من الشريعة الإسلامية ، أما القانون المدني المصري النافذ (١٣١) لسنة (١٩٤٨) لم يتضمن أي نص بخصوص كفالة النفس ،و إن المادة (٥٠٨) والتي أشرنا أليها قد ألغيت من نصوص القانون المدني المصري النافذ

الخاتمة

النتائج

١. بالرغم من أن عقد الكفالة بالنفس قد أقتصر تنظيمه على قوانين مدنية محدودة وهي العراقي والاردني والإماراتي واللبناني والسوداني ، إلا أننا نجد ثلاثة تعريفات لهذا العقد على إعتبار أن القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني السوداني قد إشتركت بتعريف واحد ، وبالمقارنة بين التعريفات نجد أن المشرع اللبناني قد قدم أفضل هذه التعريفات ، فمن جهة أنه أظهر الطبيعة العقدية للكفالة بالنفس وذلك في بيان واضح لالبس فيه ، ومن جهة أخرى فهو قد فصل بين التعريف وبين الأحكام ، وهذا مالم تفعله القانون العراقي والقوانين الاخرى.
٢. رغم الأصل الفقهي لعقد الكفالة بالنفس ، إلا إن هذا العقد وحسب ماأثبتت الدراسات الاثارية الموجودة في الحضارة العراقية القديمة ، وعند مجيء الأسلام أجاز هذا العقد ، وقد أستند الفقهاء في إستدلالهم على صحته وجواز التعامل به من الاية (٦٦) من سورة يوسف.إقتبس القانون المدني العراقي والقوانين التي نصت على كفالة النفس تعريف هذا العقد وأحكامه من الفقه الحنفي ، فقد أخذ المشرع العراقي المادة (١٠١٧) والتي تضمنت تعريف عقد الكفالة بالنفس من كتاب مرشد الحيران ، والذي عرف عقد الكفالة بالنفس في المادة (٧٣٨).
٣. إن المشرع المدني العراقي عندما عرف عقد الكفالة بالنفس ، فأنه في الوقت نفسه قد جمع بين التعريف وبين حكم عدم إحضار المكفول في نص واحد ، وهو نفس النهج

الذي اتبعه مؤلف كتاب مرشد الحيران في الجمع بين التعريف وبين الحكم ، وسار على ذلك القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي ، في حين أفرد المشرع اللبناني في قانون الموجبات والعقود التعريف في المادة (١٠٩٨)، وأشار الى الأحكام في نصوص منفصلة .

٤. التزم المشرع العراقي في القانون المدني فيما يخص كفالة النفس الى حد كبير في النصوص التي وردت في الفقه الاسلامي ، فيما عدا حالة واحدة وهي أن المشرع قد إستبدل حكم عدم الإحضار والتسليم من الحبس الى الغرامة ، فقد جاء في المادة (٧٣٨) أن الحبس هو الجزاء الذي يفرض على الكفيل بالنفس الذي لم يقم بتنفيذ الإلتزام الملقى على عاتقه والإتيان بالمكفول في الوقت والزمان المتفق عليه ، في حين أن القانون المدني العراقي نص على أن الجزاء المترتب على الإخلال بالإلتزام هو قيام المحكمة بفرض الغرامة التهديدية والتي تقد من قبل المحكمة والتي تأخذ بنظر إعتبارها في تقدير الغرامة مدى تعنت الكفيل بالنفس وتقصيره في القيام بتنفيذ التزامه.

٥. إن مايتضح من ظاهر نص المادة (١٠١٧) ان المشرع العراقي لم يفرق بين أن يكون المكفول مدينا بدين معين أو عين معينة ، أو أن تكون عليه عقوبة ، وهذا مايتطابق وطبيعة هذا العقد من وجهة نظر الفقه الأسلامي ،إذ يجوز إنشاء عقد الكفالة بالنفس ، وتصح كفالة الكفيل بالنفس عن مكفول مدين بمال أو عين أو عقوبة ، وقد عبر الفقه الإسلامي عن ذلك بكلمة الحق والتي تشمل جميع هذه الأمور سواء كان مالا أم عينا أم عقوبة .

٦. أقتصرت جهة الإحضار وحسب نص المشرع المدني العراقي الى المكفول له ، وهو الدائن بالقول :"يجبر الكفيل على إحضاره وتسليمه للمكفول له في هذا الوقت ، بينما نجد أن المشرع اللبناني قد أجاز كفالة النفس سواء كان التعهد بالإحضار الى المكفول له أو للقضاء وحس الاحوال وكما نصت المادة (١٠٩٨).

٧. للوهلة الأولى وعند النظر الى تعريف كفالة النفس أو كما يسميها المشرع اللبناني كفالة الحضور يتبادر الى الذهن الشبه بينها وبين كفالة إخلاء السبيل ، وهي أيضا كفالة حضورية ، ولكن في الحقيقة أن الكفالتين مختلفتين تماما من حيث المصدر ومن حيث الإجراءات ومن حيث الجزاء المترتب على الإخلال .

المقترحات

١. أن أطلاق تسمية كفالة الحضور على عقد الكفالة بالنفس كما فعل المشرع المدني اللبناني أكثر أنسجاما مع طبيعة هذا العقد من زاوية القانون من مصطلح كفالة النفس أو كفالة البدن أو كفالة الوجه التي أقتبستها القوانين المدنية من الفقه الأسلامي كالقانون المدني العراقي والأردني والأماراتي .

٢. الفصل مابين التعريف وبين حكم الكفالة وعدم المزج بينهما كما جاء في المادة (١٠١٧) من القانون المدني العراقي والأردني فقد أورد المشرع تعريف عقد الكفالة بالنفس وحكم أمتناع الكفيل عن أحضار المكفول ومايترتب عليه قانونا في نص واحد .

٣. يفترض أن يكون دور القانون أيجابيا عند أقتباسه من الفقه الأسلامي ، وهذا لم يحصل مع عقد الكفالة بالنفس ، من ناحية اللغة المستخدمة ، ومن ناحية الأحكام المقتضبة وعدم التوسع بها ، وهذا ماأدى الى عدم أظهار هذا العقد كعقد ضمان وانحسار دوره كأداة تعاون بين الأفراد.

الهوامش

[١] أبن منظور ، لسان العرب ، ج١٢، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، لبنان، بدون سنه، ص ١٢٩ ، وبنفس المعاني للكفالة وردت عند : محمد بن إبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ١٩٨١، ص ٥٧٤ . لويس معلوف- المنجد في اللغة ، ط ٣٥ ، دار المشرق، بيروت، لبنان، ١٩٩٨، ص٦٩١. بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، مطابع مؤسسة جواد للطباعة ، ١٩٧٧، ص ٧٨٦. مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، الأدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث ، المكتبة الأسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، أستنبول، تركيا، بدون سنه ، ص (٧٩٢-٧٩٣).

[٢] بطرس البستاني ، مصدر سابق ، ص ٧٨٦.

[٣] نظم المشرع العراقي المدني عقد الكفالة تنظيما منطقيا ، وأحتفظ من المجلة بالأحكام الملائمة للتشاريع الحديثة ، وأستجد أحكاما تظافرت على قبولها أكثر القوانين المدنية ، وأن المواد التي أحتفظ بها من المجلة هي عين أحكام مجلة الأحكام العدلية ، ولكن بتصرف في العبارة . منير القاضي ، المذكرة الإيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني العراقي ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٤٨ ، ص ٢٥.

[٤] محمد قدري باشا ، مرشد الحيران الى معرفة أحوال الأنسان في المعاملات الشرعية على مذهب أبو حنيفة النعمان ، ط٢ ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، ١٨٩١ ، ص ١٢١. وهذا الكتاب هو كتاب فقهي مقنن أشبه بمجلة الأحكام العدلية وقد تضمن (٩٤١) مادة ، وجاء على مذهب أبي حنيفة ، وقد ذكر في صفحة عنوانه أنه طبع بقرار من وزارة المعارف العمومية المصرية ، وألزمت الوزارة بعد طبعه وتصديقه من مفتي الديار المصرية جميع المدارس الأميرية بأستخدامه وتدريسه كونه ملائما لعرف الديار المصرية وسائر الأمم الأسلامية .

[٥] نصت المادة (٧٣٨) من مرشد الحيران على الأتي :" المضمون في الكفالة بالنفس هو إحضار المكفول فأن أشترط في الكفالة تسليمه في وقت معين يجبر الكفيل على إحضاره وتسليمه للمكفول له في الوقت المعين إن

[٦] عدنان أبراهيم السرحان ، شرح القانون المدني – العقود المسماة – ط١ ، الأصدارالرابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٢٦.

[٧] نص المادة (١٠٦٨) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة (١٩٨٥)، وقد نص عليها في الباب المخصص للتوثيقات الشخصية ، وقد ذكرها بعد بيان كفالة المال .

[٨] عرف المشرع الإماراتي كفالة النفس في الفرع الثاني من الباب المخصص للكفالة تحت عنوان (بعض أنواع الكفالة) ، وأول نوع نص عليه هو ضمان الوجه (كفالة النفس) .

[٩] نظم المشرع اللبناني في قانونه أحكام كفالة الحضور في نهاية الفصل الخاص بكفالة المال ، وتوسع في تنظيم احكامها في ثمانية مواد ، قاصدا فصل أحكامها عن أحكام كفالة المال.

[١٠] نص المادة (١٠٠٩) من القانون المدني العراقي ، وكذلك المشرع الأماراتي في باب الأركان العامة في المادة (١٠٥٧)، وكذلك في المادة (٩٥١) في القانون المدني الأردني .

[١١] في حين ان القانون المدني المصري ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والذي نص على كفالة المال فقط دون النفس يعرف كفالة المال في المادة (٧٧٢) بأنها : " عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام .....".

[١٢] الأسباب الموجبة للائحة القانون المدني العراقي ، ص ٩.

[١٣] أن مايؤكد ذلك نص المادة (١٠٧٣) معاملات إماراتي بالقول :"أذا لم يبين في عقد الكفالة أنه كفالة مال أو كفالة نفس ، فأنها تحمل على أنها كفالة مال .....".

[١٤] محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الأسلام ، ج٢٦ ، ط٧ ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨١ ، ص١٨٥.

[١٥] محمد حسن النجفي ، المصدر نفسه ، ص١١٣.

[١٦] محسن الطباطبائي الحكيم ، مستمسك العروة الوثقى ، ج١٣ ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٣٨٠هـ ، ص ٣٤٦.

[١٧] الحسن بن يوسف المطهر الحلي، تذكرة الفقهاء ، ج١٤ ، تحقيق مؤسسة ال البيت لإحياء التراث ، قم المقدسة، أيران ، ١٣٧٤ هـ ، ص ٣٨٧ . وكذلك زين الدين الجبعي العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية لمحمد بن إبي مكي العاملي (الشهيد الأول) ، ج١، ط٣ ، مكتبة نويد أسلام للنشر، ١٣٨٠هـ ، ص ٥٣٣.

(١٨) محمد حسن البنجوردي ، القواعد الفقهية، تحقيق مهدي المهريزي ومحمد حسن الداريتي، ج٦، ط٢، منشورات دليل ما، مطبعة نكارش، قم ، ايران، ١٣٩٠، ص (١٥٠-١٥١).
(١٩) تقي الطباطبائي القمي، مباني منهاج الصالحين ، ج٩ ، دار السرور للطباعة والنشر ، بيروت، لبنان، ١٩٩٧، ص ٢٧٥.
(٢٠) عبد الأعلى السبزواري الموسوي، جامع الأحكام الشرعية ، ط٢ ، مطبعة الديواني، بغداد ، العراق ، ١٩٩٢، ص٢٧٧. روح الله الموسوي الخميني، تحرير الوسيلة ، ج٢، دار المعارف للمطبوعات ، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣، ص ٣٤ . الشيخ يوسف البحراني ، الحدائق الناظرة ، ج٢١، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، أيران، ١٤٠٥، ص ٦٢ . المحقق الحلي أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، هامشه تعليقات السيد صادق الشيرازي ، ج (١-٢) ، ط٣ ، الفقاهة للنشر، مطبعة سليمان زاده، ٢٠٠٩، ص ٣٧٦.
(٢١) محمد امين المعروف بأبن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٥، ط٢ ، طبع دار المعرفة ، بيروت ، لبنان، ١٩٦٦، ص ٢٨١.
(٢٢) شمس الدين السرخسي، المبسوط ، ج ١٩، ط٢ ، دار المعرفة للنشر، بيروت، لبنان ، بدون سنه ، ص ١٦٠. أبن نجيم المصري، البحر الرائق، ضبطه وصحح أحاديثه زكريا عمران ، ج٦، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العربية ، بدون سنه ، ص ٣٤١.

(٢٣) علي محمد عبد الحافظ السيد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الأسلامي ، ط١، دار الفكر الجامعي ، الأسكندرية ، سنة ٢٠٠٨، ص ٦.
(٢٤) أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع ، شرح حدود أبن عرفه ، تحقيق محمد أبو الاجفان الطاهر المعموري ، ج٢، ط١، دار الغرب الأسلامي ، ١٩٩٣، ص ٤٢٧.
(٢٥) أحمد بن محمد الصاوي المالكي ، بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الأمام مالك ، ج٢، الطبعة الاخيرة ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٩٥٢ ، ص ١٦٣.
(٢٦) الشيخ محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة معاني المنهاج ، ج٢، بدون طبع، ١٩٥٨، ص ١٩٨.
(٢٧) الشيخ محمد الشربيني الخطيب ، المصدرنفسه ، ص ٢٠٣.
(٢٨) إبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، روضة الطالبين ، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ محمد علي معوض ، ج٣، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان ، بدون سنه ، ص٤٨٦.

(٢٩) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي ، الكافي في فقه الأمام أبن حنبل ، تحقيق سعيد محمد اللحام ، ج٢ ، ط١، دار الفكر، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٨، ص ١٦٩.

(٣٠) تقي الدين محمد الفتوحي الحنبلي المصري ، منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ، ج١، مكتبة دار العروبة ، طبع على نفقة حاكم قطر، بدون سنه ، ص٤١٤.
(٣١) محمد جواد مغنيه ، فقه الأمام جعفر الصادق (عرض وأستدلال) ، ج٣، ط٧، مؤسسة انصاريان للطباعة والنشر، قم ، أيران، ٢٠٠٧، ص٤٣.

(٣٢) حسني محمود عبد الدايم ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق ، دراسة مقارنة بين الفقه الأسلامي والقانون المدني ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الأسكندرية ، ٢٠٠٩ ، هامش ص ٩٣.
(٣٣) محمد سعيد نمور ، أصول الأجراءات الجزائية (شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية) ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١١ ، ص٣٩٠.
(٣٤) نصت المادة (١١٠) الفقرة (١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) على الأتي :" أذا كان المقبوض عليه متهما بجريمة معاقب عليها بالحبس مدة ثلاث سنوات أو أقل أو بالغرامة فعلى القاضي أن يطلق سراحة بتعهد مقرون بكفالة أو بدونها مالم يرى أن أطلاق سراحة يضر بسير التحقيق أو يؤدي الى هروبه"، وكذلك المادة (١٢١) الفقرة (١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، وكذلك المادة (١١٨) الفقرة (١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.
(٣٥) جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى الدعوى الجزائية وتطبيقاتها ، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٣٩.

(٣٦) عمر واصف الشريف ، التوقيف الأحتياطي (دراسة مقارنة) ، ط٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٠ ، ص ٤٦٩.

[٣٧] معاذ بن معلا القحطاني ، الكفالة الحضورية في المملكة العربية السعودية بين النص والتطبيق ، بحث منشور في مجلة الرياض ، العدد(١٣٩٠٦) ، السعودية ، ٢٠٠٦ ، ص ٦.

[٣٨] الحسن بن يوسف المطهر الحلي ، مصدر سابق ، ص ٣٨٩.

[٣٩] الحسن بن يوسف المطهر الحلي ، مصدر سابق ، ص ٣٨٩.
[٤٠] الأية (٦٦) من سورة يوسف .
[٤١] "الزعيم غارم" وردت في خطبته عليه الصلاة والسلام يوم فتح مكه حيث قال : "العارية مؤداة والمنحة مردودة والزعيم غارم " ، وهذا الحديث يعد قاعدة من القواعد الفقهية ، محمد حسن البنجوردي ، مصدر سابق ، ص ٩٨.
[٤٢] أبو جعفر محمد بن حسن الطوسي ، المبسوط في فقه الإمامية ، صححه وعلق عليه محمد تقي الكشفي ، نشر المكتبة المرتضوية لإحياء الاثار الجعفرية ، ج٢ ، بدون سنه ، ص ٣٣٨ ، محمد الحسيني الشيرازي ، الفقه (موسوعة أستدلالية في الفقه الجعفري) ، ط٢، دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٨، ص٥ . يوسف البحراني ، مصدر سابق ، ص ٦٥. محمد أمين أبن عابدين ، مصدر سابق، ص ٤١٤ ، أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي الأندلسي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تنقيح وتصحيح خالد العطار ، ج٢ ، مكتبه البحوث والدراسات ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٥، ص ٢٣٩. محمد بن أحمد الشربيني الشافعي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣. شمس الدين السرخسي ، مصدر سابق ، ص ١٦٠. وكذلك في الموسوعة الفقهية الكويتية ، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الأسلامية ، ج٣٤ ، ط١ ، مطابع دار الصفوة للنشر والطباعة والتوزيع ، الكويت ، ١٩٩٥، ص ٣٠٦.
[٤٣] أسامة يعقوب الأيوبي ، الكفالة بالنفس في الفقه الأسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة ، الجامعة الأسلامية ، غزة ، فلسطين ، ٢٠٠٩ ، ص (٧٣-٧٤).

[٤٤] لقد ورد لفظ الكفالة في الأيات التالية :
قال تعالى:"وانبتها نباتا حسنا وكفلها زكريا"- سورة ال عمران –الاية (٣٧)
قال تعالى:"وماكنت لديهم اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم"- سورة ال عمران – الاية (٤٤)
قال تعالى: " اذ تمشي اختك فتقول هل ادلكم على من يكفله " – سورة طه - الاية (٤٠)
قال تعالى:" فقالت هل ادلكم على اهل بيت يكفلونه لكم " – سورة القصص – الاية (١٢)
قال تعالى:" فقال اكفلنيها وعزني في الخطاب " – سورة ص – الاية (٢٣)
قال تعالى :" ومن يشفع شفاعة سيئة يكن له كفل منها "- سورة النساء – الاية (٨٥)
قال تعالى:" وقد جعلتم الله عليكم كفيلا " - سورة النحل - الاية (٩١)
قال تعالى :" ولم جاء به حمل بعير وانا به زعيم " وهذه الاية الكريمة وردت في سورة يوسف في الأية (٧٢)
[٤٥] بلفظ الزعامة ، وقد اجمع فقهاء الاسلام على الاستدلال بها في مشروعية الضمان بالمعنى الأخص أي الكفالة بالمال وليس الكفالة بالبدن ، محمد زيدان ومازن مصباح ، احكام الكفالة بالمال ، دراسة فقهية مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة الازهر ، سلسلة العلوم الاسلامية ، المجلد الاول ، العدد الاول ، ٢٠١٢، ص ٣٨٧ .
[٤٦] حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص ٩٥.
[٤٧] محمد بن الحسن الحر العاملي ، تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ، ج١٨ ، تحقيق مؤسسة ال البيت عليهم السلام لإحياء التراث، بدون طبع ، بدون سنه، ص ٤٢٨

[٤٨] .محمد جواد مغنية ، مصدر سابق ، ص ٤٤.
[٤٩] محمد أمين المعروف بأبن عابدين ، مصدر سابق ، ص ٤١٥.
[٥٠] محمد الحسيني الشيرازي ، مصدر سابق ، ص ٦.
[٥١] حسني محمود عبد الدايم ، مصدر سابق ، ص ٩٧.
[٥٢] محمد شريف عبد الرحمن ، المباءيء الأساسية في عقد الكفالة ، دار النهضة العربية للنشر ، مصر ، ٢٠١٠ ، ص٧٤.
[٥٣] سورة يوسف الأية (٧٩).
[٥٤] علي محمد عبد الحافظ ، مصدر سابق ، ص ٢٨.

[٥٥] محمد حسن البنجوردي ، مصدر سابق ، ص ٩٩.
[٥٦] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١٠، ط٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ٢٠٠٩، ص ١٣.

[٥٧] لقاء جليل عيسى ، الكفالة في النصوص المسمارية البابلية القديمة ، بحث منشور في مجلة القادسية في الاداب والعلوم التربوية ، المجلد (٩) ، العدد (٣-٤) ، كلية الأثار، جامعة الموصل ، ٢٠١٠، ص ١١٩.
[٥٨] لقاء جليل عيسى ، المصدر نفسه ، ص ١٢١.
[٥٩] محمد محمود معطي ، الكفالة في ضوء الفقه والأجتهاد ، تقديم القاضي الدكتور غسان رباح ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩ ، ص ١٠.
[٦٠] صبيح مسكوني ، القانون الروماني ، ط٢ ، مطبعة شفيق ، بغداد ، بون سنة نشر ، ص(٢٥٢-٢٥٣).
[٦١] عماد مميش ، نجاعة الكفالة (قراءة في تبعية التزام الكفيل) ،مركز النشر الجامعي ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٠ ، ص ١.

[٦٢] سمير عبد السيد تناغو ، التامينات الشخصية والعينية ، بدون طبع ، ١٩٩٤، ص١١ .
[٦٣] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، ج١٠ ، مصدر سابق ، ص (٢٢ – ٢٣).
[٦٤] محمد كامل مرسي ، المجموعة المدنية المصرية (بعد إدخال التعديلات لغاية ١٠ نوفمبر سنة ١٩٤٢) ، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده ، مصر، ١٩٤٢، ص٣٢١.

المصادر

القران الكريم

أولا : كتب اللغة

١. أبن منظور ، لسان العرب ، ج ١٢ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة نشر.
٢. بطرس البستاني ، محيط المحيط ، مكتبة لبنان ، مطابع مؤسسة جواد للطباعة ، ١٩٩٧.
٣. لويس معلوف ، المنجد في اللغة ، ط ٣٥ ، دار المشرق ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٨.
٤. محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨١.
٥. مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، الأدارة العامة للمعجمات وإحياء التراث ، المكتبة الأسلامية للطباعة والنشر والتوزيع ، أستنبول ، تركيا ، بدون سنة نشر.

ثانيا : الكتب القانونية

١. جمعة سعدون الربيعي ، المرشد الى الدعوى الجزائية وتطبيقاتها ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١٠.
٢. حسني محمود عبد الدايم ، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق – دراسة مقارنة بين الفقه الأسلامي والقانون المدني – ط ١ ، دار الفكر الجامعي ، الأسكندرية ، ٢٠٠٩.
٣. سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، بدون مكان طبع ، ١٩٩٤،.
٤. صبيح مسكوني ، القانون الروماني ، ط ٢ ، توزيع المكتبة القانونية ، مطبعة شفيق ، بغداد ، بدون سنة نشر.
٥. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج (١,٢,٣,١٠) ، ط ٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩.
٦. عدنان أبراهيم السرحان ، شرح القانون المدني (العقود المسماة) ، ط١ ، الأصدار الرابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ .
٧. عماد مميش ، نجاعة الكفالة – قراءة في تبعية التزام الكفيل – مركز النشر الجامعي ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٠.
٨. عمر واصف الشريف ، التوقيف الأحتياطي (دراسة مقارنة) ، ط٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٠.
٩. محمد سعيد نمور ، أصول الأجراءات الجزائية (شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية) ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١١.

١٠. محمد كامل مرسي ، المجموعة المدنية المصرية (بعد أدخال التعديلات لغاية ١٠ نوفمبر سنة ١٩٤٣) ، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده ، مصر ،١٩٤٣.
١١. منير القاضي ، المذكرة الأيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني العراقي ، مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٤٨.

ثالثا : كتب الفقه الإسلامي

١. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، شرائع الأسلام في مسائل الحلال والحرام ، هامشه تعليقات السيد صادق الشيرازي ، ج (١-٢) ، ط ٣ ، دار الفقاهة للنشر ، مطبعة سليمان زاده ، ٢٠٠٩.
٢. أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي الأندلسي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تنقيح وتصحيح خالد العطار ، ج ٢ ، مكتبة البحوث والدراسات ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٥.
٣. ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الإمامية ، صححه وعلق عليه محمد تقي الكشفي ، ج ٢ ، نشر المكتبة المرتضوية لإحياء الأثار الجعفرية ، بدون سنة نشر.
٤. أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع ، شرح حدود أبن عرفة ، تحقيق محمد أبو الأجفان الطاهر المعموري ، ج ٢ ، ط ١ ، دار الغرب الأسلامي ، ١٩٩٣.
٥. أبي زكريا يحيى بن شرف الدين النووي الشافعي ، روضة الطالبين ، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ محمد علي معوض ، ج ٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة نشر.
٦. أحمد بن محمد الصاوي المالكي ، بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الأمام مالك ، ج ٢ ، الطبعة الأخيرة ، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي ، ١٩٥٢.
٧. تقي الدين محمد الفتوحي الحنبلي ، منتهى الأرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات ، ج ١ ، مكتبة دار العروبة ، طبع على نفقة حاكم قطر ، بدون سنة نشر.
٨. تقي الطباطبائي القمي ، مباني منهاج الصالحين ، ج٩ ، دار السرور للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٧.
٩. الحسن بن يوسف المطهر الحلي ، تذكرة الفقهاء ، ج ١٤ ، تحقيق مؤسسة ال البيت لإحياء التراث ، قم ، أيران ، بدون سنة نشر.
١٠. روح الله الموسوي الخميني ، تحرير الوسيلة ، ج ٢ ، دار المعارف للمطبوعات ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٣.
١١. شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج ١٩ ، ط ٢ ، دار المعرفة للنشر ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة نشر.
١٢. عبد الأعلى السبزواري ، جامع الأحكام الشرعية ، ط ٢ ، مطبعة الديواني ، بغداد ، سنة ١٩٩٢.
١٣. علي محمد عبد الحافظ السيد ، الكفالة وتطبيقاتها في الفقه الأسلامي ، ط ١ ، دار الفكر الجامعي ، الأسكندرية ، ٢٠٠٨.
١٤. محسن الطباطبائي الحكيم ، مستمسك العروة الوثقى ، ج ١٢ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٣٨٠ه.
١٥. محمد الحسيني الشيرازي ، الفقه (موسوعة أستدلالية في الفقه الجعفري) ، ط ٢ ، دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٨.
١٦. محمد أمين المعروف بأبن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج ٥ ، ط ٢ ، دار المعرفة للطبع ، بيروت ، لبنان ، ١٩٦٦.
١٧. محمد بن أحمد الشربيني الخطيب الشافعي ، مغني المحتاج الى معرفة معاني المنهاج ، ج ٢ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٥٨.

١٨. محمد بن الحسن الحر العاملي ، تفصيل وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة ، ج ١٨ ، تحقيق مؤسسة ال البيت لإحياء التراث ، بدون مكان طبع ، بدون سنة نشر.
١٩. محمد جواد مغنيه ، فقه الأمام جعفر الصادق (عرض وأستدلال) ، ج ٣ ، ط ٧ ، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر ، قم ، أيران ، ٢٠٠٧.
٢٠. محمد حسن البنجوردي ، القواعد الفقهية ، تحقيق مهدي المهريزي ومحمد حسن الداريتي ، ج ٦ ، ط ٢ ، منشورات دليل ما ، مطبعة نكارش ، قم أيران ، ١٣٩٠هـ.
٢١. محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، حققه وعلق عليه الشيخ علي الأخوندي ، ج٢٦، ط٧، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨١.
٢٢. محمد قدري باشا ، مرشد الحيران الى معرفة أحوال الأنسان ، ط٢ ، المطبعة الأميرية ، بولاق ، مصر ، ١٨٩١.
٢٣. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، الكافي في فقه الأمام أبن حنبل ، تحقيق سعيد محمد اللحام ، ج ٢ ، ط ١ ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٨.
٢٤. يوسف البحراني ، الحدائق الناظرة ، ج ٢١ ، مؤسسة النشر الأسلامي ، قم ، أيران ، ١٤٠٥هـ.

رابعا : الموسوعات الفقهية

١. الموسوعة الفقهية الكويتية ، أصدار وزارة الأوقاف والشؤون الأسلامية ج٢٤ ، ط١ ، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع ، الكويت ، ١٩٩٥.

خامسا : رسائل الماجستير

١. أسامه يعقوب الأيوبي ، الكفالة بالنفس في الفقه الأسلامي وتطبيقاتها في العرف الفلسطيني في قطاع غزة ، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة ، الجامعة الأسلامية ، غزة ، ٢٠٠٩.

سادسا : البحوث والدراسات

١. لقاء جليل عيسى ، الكفالة في النصوص المسمارية البابلية القديمة ، بحث منشور في مجلة القادسية في الأداب والعلوم التربوية ، المجلد (٩) ، العدد (٣-٤) ، كلية الأثار ، جامعة الموصل ، ٢٠١٠.
٢. محمد زيدان ومازن مصباح ، أحكام الكفالة بالمال (دراسة فقهية مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة الأزهر ، المجلد الأول ، العدد الأول ، ٢٠١٢.
٣. معاذ بن معلا القحطاني ، الكفالة الحضورية في المملكة العربية السعودية بين النص والتطبيق ، بحث منشور في مجلة الرياض ، العدد (١٣٩٠٦) ، السعودية ، ٢٠٠٦.

سابعا : القوانين

١. القانون المدني العراقي ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته.
٢. قانون الأثبات العراقي ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته.
٣. القانون المدني المصري ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٤. القانون المدني الأردني ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
٥. قانون الموجبات والعقود اللبناني.
٦. قانون المعاملات المدنية الإماراتي ٥ لسنة ١٩٨٥.
٧. القانون المدني الفرنسي بالعربية (دالوز).
٨. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي (٢٣) لسنة ١٩٧١.
٩. مجلة الأحكام العدلية.