إنشاء الكفالة بالدرك

-دراسة مقارنة-

(*)
د.يسرى وليد إبراهيم
(*)(*)
الباحثة فادية عبد الحميد صالح

ملخص البحث

يقصد بكفالة الدرك التزام البائع بنفسه بأداء ثمن المبيع للمشتري إذا استحق وتم نزعه من يده وتسليمه لمستحقه، فهي ضمان ثمن المبيع للمشتري الذي استحق المبيع من قبل شخص غيره وتمكن من ضبطه لدى هذا المشتري فيحق لهذا الأخير مطالبة البائع بثمنه الذي قبضه فيلتزم بدفعه له.

أو يلتزم كفيل البائع بأداء الثمن للمشتري. وهذه الكفالة عقد ينشأ باتفاق (الكفيل) وهو البائع أو شخص غيره مع المشتري (المكفول له)، وتصح بتوافر شروط صحة العقد وهي تمتع الكفيل بالأهلية القانونية الكاملة فضلاً عن تمتع المكفول بأهلية التمييز لأنها تصرف قانوني نافع بالنسبة له، الكفالة بالدرك مشروعة وجائزة بالسنة النبوية وأجمع الفقه الإسلامي على صحتها في التعامل المالي بين الناس لأنها ضمانة لحق المشتري وقد تعطى ضمانة لحق البائع عندما يبيع بالآجل ويستلم النقد فيظهر مزورا أو مغشوشا، أما في القانون فقد اكتفى بكفالة حق المشتري

(*) مدرس في كلية الحقوق/ جامعة الموصل.
(*)(*) باحثة في كلية الحقوق/ جامعة الموصل.

دون البائع، تنشأ الكفالة بالدرك بتوافر أركان العقد بوجه عام وتصح بتوافر شروط خاصة بها وهي صحة الدين المضمون وأن يكون عقد البيع تاماً (نافذاً) وأن يكون ثمن المبيع معلوماً للكفيل فضلاً عن توافر سبب الكفالة وهو استحقاق المبيع من يد المشتري، وأخيراً انتهى البحث بخاتمة توضح نتائجه وتوصياته.

ABSTRACT

The Al Darak guarantee means the commitment of the seller by himself or by paying the item sold to the buyer when it is due and then extracted and delivered to the person who deserves it. Therefore this guarantee is a guarantee for the price of the sold item for the buyer who deserves to receive the sold item which is held by the buyer and so the latter has the right to demand the amount the seller received and the seller or his guarantor is committed to pay this amount to the buyer. This guarantee is a contract that is initiated by the agreement of the guarantor, who is the seller, or another person and the buyer who is guaranteed to him. This contract is valid when there are appropriate terms in the contract including the guarantor's complete legal eligibility as well as the guaranteed person's discrimination eligibility, as it is a useful legal behavior. This type of guarantee is considered legitimate in the prophetic tradition and there is Islamic scholars' consensus concerning it in terms of the financial transactions because it is a guarantee of the buyer's right and it may be given as a guarantee of the seller's right in the case of the deferred sale when he receives a fake or forged amount of money. The law to into consideration the guarantee of the buyer's right without the right of the seller. The Al Darak guarantee is initiated when we have the general polars of the contract, and it becomes valid when having certain terms including the validity of the guaranteed debt, the contract should also be complete (valid), the price of the item sold should be specified

(known) for the guarantor and the reason for the guarantee should exist which is the due payment of the sold item from the hand of the buyer. Finally the research was concluded by a conclusion that manifests the findings and the recommendations.

المقدمـــــة

تضم مقدمة البحث المعنون بـ (انشاء الكفالة بالدرك) الفقرات الآتية:

أولاً: مشكلة البحث

يتعامل الناس وبكثرة بعقدة البيع، فهو أهم وأكثر العقود المتداولة في المعاملات اليومية بين الناس، ولصحة هذا العقد ولكي تترتب آثاره بين طرفيه بانتقال ملكية المبيع إلى المشتري يجب أن يكون محله مملوك للبائع، وإذا ظهر خلاف ذلك يلتزم البائع بضمان استحقاق المبيع، أي إذا ثبت استحقاق المبيع من قبل شخص ونزعه من يد المشتري التزم البائع بضمانه تجاه المشتري.

ثانياً: أهمية البحث

النص على الكفالة بالدرك مهم من الناحيتين العلمية والعملية، فمن الناحية العلمية فإن لموضوع الكفالة بالدرك بوجه خاص والكفالة بوجه عام بوصفها عقداً لا يقل أهمية عن بقية العقود المسماة التي اختص المشرع بذكر نصوصه مستمداً إياها من الفقه الإسلامي، أما من الناحية العملية تقدم الكفالة بالدرك ضمانة لحق المشتري من استحقاق المبيع ونزعه من بعده، ومن شأن ذلك أن يحقق ثقة المشتري بالبائع واطمئنانه من ناحية المبيع خاصة بعد دفعه الثمن.

رابعاً: فرضية البحث

تنظيم الكفالة بالدرك ضمن نصوص القانون المدني سيحقق استقرار التعامل المالي بين أطراف عقد البيع ويشجعهم على إبرام عقود البيع وهم مطمئنين على المبالغ التي دفعوها بوصفها ثمن المبيع ولا يخشون ضياعها.

خامساً: منهج البحث

اعتمد البحث على المنهج المقارن من خلال مقارنة القانون المدني الأردني بالمذاهب الإسلامية الأربعة لاستخلاص أفضلها وأكثرها تطبيقاً وملائمة لهذا الوقت ومن شأنها أن تحقق التوازن وتؤكده بين طرفي عقد البيع.

سادساً: هيكلية البحث

اتخذ البحث الشكل الآتي:

المبحث الأول: التعريف بالكفالة بالدرك

المطلب الأول: تعريف الكفالة بالدرك

المطلب الثاني: الأدلة الشرعية على جواز الكفالة بالدرك وصورها

المطلب الثالث: حكم الكفالة بالدرك

المبحث الثاني: أركان الكفالة بالدرك وشروطها

المطلب الأول: أركان الكفالة بالدرك

المطلب الثاني: شروط الكفالة بالدرك

الخاتمة

النتائج

التوصيات

المبحث الأول

التعريف بالكفالة بالدرك

يقتضي التعريف بكفالة الدرك، الرجوع إلى اللغة لتوضيح المقصود بالدرك، ومن ثم يجب بيان آراء الفقه الإسلامي في تعريفها، وهل هو هذا تعريفها ذاته في القانون، ولهذا ينبغي توزيع هذا المبحث على المطالب الآتية:

المطلب الأول

تعريف الكفالة بالدرك

سيتم تعريفها من خلال الفروع الاتيه :

الفرع الأول: تعريف الكفالة بالدرك في اللغة

الكفالة بالدرك، مركب من لفظين هما: الكفالة وتعني الالتزام، أما الدرك فهو اسم من الإدراك، ودرك تعني لحوق الشيء بالشيء ووصوله إليه، يقال أدركت الشيء أدركه إدراكاً. يقال فرس دَرَك الطريدة، إذا كان لا تفوته طريدة. ويقال أدرك الغلام أي بلغ. وتدارك القوم: لحق آخرهم أولهم. والدَّرك: قطعة من الحبل تشد في طرف الرشاء إلى عرقوه الدلو لئلا يأكل الماء الرشاء[١]. والدرك تعني اللحاق قوله تعالى ﴿إِنَّ الْمُنَافِقِينَ فِي الدَّرْكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ﴾[٢]، وقوله تعالى ﴿حَتَّى إِذَا ادَّارَكُوا فِيهَا﴾[٣]، وتعني أسفل الشيء وقعره ومنها النار دركان والجنة درجات[٤].

يتبين مما تقدم أن الدرك في اللغة به اللحاق بالشيء والوصول إليه من أجل مرافقته ومصاحبته أو الحلول محله في مكانه ذاتها.

الفرع الثاني: تعريف الكفالة بالدرك في الفقه الإسلامي

تباين موقف الفقه الإسلامي في تعريف الكفالة بالدرك فتوزعوا على الآراء الآتية:

الرأي الأول: جمهور الحنفية[٥]

قالوا هي الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع، فهي الكفالة بأداء ثمن المبيع إلى المشتري وتسليمه إليه إن استحق وضبط من يده أو بنفس البائع إلى كفالة بنفس البائع إن استحق المبيع وضبط من يد المشتري، ونصت المادة (٦١٦) من مجلة الأحكام العدلية ٦عليها فجاء فيها (الكفالة بالدرك: هي الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه أو بنفس البائع إن استحق المبيع) فيفهم من هذا التعريف أن الكفالة بالدرك عند الفقه الحنفي قسمان هما:

١. الكفالة بالمال.
٢. الكفالة بالنفس[٧].

فرّق أبو حنيفة ضمان العهدة عن ضمان الدرك، فمنع الأول وأجاز الثاني، لأن ضمان العهده تحتمل الدرك وتحتمل العهدة وهي الورقة المكتوب فيها الثمن، وضمان العهدة قد تكون غير مضمونة أو مضمونة أي مشكوك فيها ولا تصح الكفالة عند الشك[٨].

الرأي الثاني: جمهور الشافعية[٩]

أن يضمن المشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو إن أخذ بشفعة سابقة على البيع ببيع آخر أو معيباً ورده المشتري، أو ناقص إما لرداءته أو لنقص الصنجة التي وزن بها، ويسمى ضمان الدرك لالتزام الضامن العزم عند ادراك المستحق عين ماله، ويسمى ضمان العهدة لالتزامه ما في العهدة وهو الصك المكتوب فيه الثمن والمثمن.

الرأي الثالث: جمهور الحنابلة(١٠)

هي ضمان الثمن عن بائع لمشتر بأن يضمن عن الثمن إن استحق المبيع أو رد بعيب أو إرشه، وعن مشتر لبائع بأن يضمن الثمن الواجب قبل تسليمه وإن ظهر به عيب أو استحق الثمن.

الرأي الرابع: جمهور المالكية(١١)

ضمان درك المبيع من عيب أو استحقاق كأن يتكفل لرجل بما أدركه من درك من دار اتباعها أو غيرها جائز ولزمه الثمن حين الدرك.

الرأي الخامس: الزيدية(١٢)

ضمن استحقاق قيمة المبيع أو مثله للمشتري، فلا يجوز رد المبيع ذاته أما البعض من الفقه الإسلامي الحديث فعرف الكفالة بالدرك بأنها: التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع. ولا يلزمه حتى يقضي بالاستحقاق على البائع أو على المشتري(١٣)، وقال آخر هي كفالة بالمال، فيلتزم الكفيل مالياً بما يدرك المال المبيع ويلحق به خطر بسبب سابق على المبيع، فهي كفالة وضمانة لحق المشتري تجاه البائع إذا ظهر المبيع مستحق كما لو تبين أنه مملوك لغير البائع أو مرهون(١٤).

مما تقدم يمكن القول أن التعريف الراجح هو تعريف جمهور الفقه الحنفي و الحنبلي للأسباب الآتية:

١. ذكر صور الكفالة بالدرك وهي كفالة البائع للمشتري وبالعكس كفالة المشتري للبائع فيما لو ظهرت فيما بعد أن النقود التي تسلمها البائع مزورة أو تالفة.
٢. تتنوع عندهما الكفالة بالدرك إلى نوعين هما الكفالة بالمال والكفالة بالنفس.
٣. قد يكون الكفيل بالدرك البائع أو الغير، الذي يقدم كفالته للمشتري عن البائع، فيكفل البائع عند رجوع المشتري عليه.
٤. يلتزم الكفيل برد ثمن المبيع للمشتري، إذا توافرت شروط الكفالة بالدرك وثبت للمشتري حق الرجوع على الكفيل.

اختلاف الفقه الإسلامي في تعريف الكفالة بالدرك أدى إلى اختلافهم في مصطلحها المطلق عليها، حيث أطلق البعض منهم تسمية ضمان العهدة على الكفالة بالدرك وقصد به التزام الضامن ما في عهدة البائع رده، والعهدة هي الصك المكتوب فيه الثمن، لكن الفقه الإسلامي استعمله في الثمن مجازاً لأنه مكتوب في العهدة تسمية للحال باسم المحل[١٥]. في حين أطلق البعض الآخر منهم تسمية ضمان الدرك، وسبب ذلك يرجع إلى أنه مضمون بتقدير الدرك أي إدراك المستحق عين ماله ومطالبته ومؤاخذته، والمضمون هنا الثمن إذا كان معين في العقد، لأن المضمون ضمان عين لا تجب قيمته عند التلف كضمان الأعيان المضمونة وان كان الثمن في الذمة ثم عين، فالمضمون ضمان ذمة يطالب بعينه ان بقي وسهل رده أو قيمته، وإن تعذر رده فالبدل ان تلف[١٦]. وذهب آخر إلى أن الكفالة بالدرك هي التبعة أي المطالبة، وسبب هذه التسمية يرجع إلى الالتزام بالغرامة عند إدراك المستحق عين ماله ومطالبته[١٧].

الفرع الثالث: تعريف الكفالة بالدرك في القانون

لم ينص القانون المدني العراقي على الكفالة بالدرك بخلاف القانون المدني الأردني الذي نص عليها في المادة (٩٦٤) وذكر لها تعريفاً فجاء فيها (الكفالة بالدرك هي كفالة بأداء ثمن المبيع إذا استحق).

يتضح من هذه المادة أن القانون المدني الأردني أخذ برأي المذهب الحنفي في تعريف الكفالة بالدرك، فالكفيل بالدرك سواء كان البائع أو من غير طرفي عقد البيع، يلتزم برد ثمن المبيع للمشتري عند استحقاق المبيع من يده، فهو ضامن بهذا الثمن عند رجوع المشتري على البائع ومطالبته به نتيجة لاستحقاق المبيع ونزعه من يده سواء كان هذا الاستحقاق كلياً أو جزئياً، لأن المشرع الأردني لم يحدد ذلك وأطلق كلمة (استحق).

لجأ البعض إلى تعريف الكفالة بالدرك بأنها: ما يأخذه المشتري من البائع رهنا بالثمن خوفاً من استحقاق المبيع[١٨]، وهذا التعريف غير صحيح لأن الكفالة ضمانة للمشتري نتيجة لاستحقاق المبيع، فالمشتري يطالب البائع برد ثمن المبيع بعد استحقاقه.

ازاء خلو القانون المدني العراقي من نص ينظم الكفالة بالدرك، يمكن دعوة المشرع العراقي للنص عليها ضمن نصوص عقد الكفالة وبالصيغة الآتية (الكفالة بالدرك هي كفالة بأداء ثمن المبيع إذا استحق).

المطلب الثاني

الأدلة الشرعية على جواز الكفالة بالدرك وصورها

تستند الكفالة بالدرك في جوازها على الأدلة الشرعية التي تؤيدها وتقر بوجودها، سواء وجدت بصورتها العادية وهي الكفالة للمشتري أم بصورتها الأخرى وهي الكفالة للبائع، وسيتم توضيح ذلك مفصلاً من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الأدلة الشرعية على جواز الكفالة بالدرك

تجد الكفالة بالدرك أدلتها الشرعية في الأدلة الآتية وهي:

أولاً: السنة النبوية

جاء في حديث سمره بن جندب رضي أن رسول الله صلى قال (من وجد عين ماله عند رجل فهو أحق به، ويتبع البيع من باعه)، وفي رواية (إذا ضاع للرجل متاع أو سرق له متاع فوجده في يد رجل يبيعه فهو أحق به، ويرجع المشتري على البائع بالثمن)[١٩]. يدل هذا الحديث على أنه إذا وجد المبيع مستحقاً بيد المشتري فصاحبه أحق به، وللمشتري الرجوع على البائع ومطالبته برد ثمنه.

ثانياً: الإجماع

أجمع الفقه الإسلامي على صحة كفالة الدرك، وهو أن يضمن شخص للمشتري ان خرج المبيع مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً لرداءته أو نقص صنجات الوزن التي وزن بها، وتعرف بأنه التبعة أي المطالبة والمؤاخذة وإن لم يكن له حق ثابت[٢٠]، فكفالة الدرك صحيحة وجائزة بالاتفاق لأن الثمن معلوم ومقدور على تسليمه[٢١].

ثالثاً: المعقول

الكفالة بالدرك صحيحة وجائزة على خلاف القياس، فالبائع إذا باع ملك نفسه فلا أحد يقول أن ما أخذه من ثمن يكون ديناً عليه حتى يكفله أحد[٢٢].

الفرع الثاني: صور الكفالة بالدرك

للكفالة بالدرك صورتان، فقد تعطى الكفالة للمشتري، وقد تعطى الكفالة للبائع، وعليه سيتم توضيح هاتان الصورتان في الفقه الإسلامي والقانون على التوالي من خلال النقطتين الآتيتين:

أولاً: صور الكفالة بالدرك في الفقه الإسلامي

ثانياً: الفقه الإسلامي في صورة الكفالة بالدرك فتوزعوا على رأيين:

الرأي الأول: جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية[٢٣]:

صور الكفالة بالدرك هما:

الصورة الأولى: الكفالة بالدرك للمشتري: هي الغالب، حيث يلتزم البائع بذاته أو بمبلغ مالي يمثل ثمن المبيع المكتوب في عقد البيع، يدفعه المشتري عند رجوعه عليه، فهي تأمين حقه في هذا الثمن، ولا يقصد بثمنه المبلغ النقدي فقط، بل المقصد به بدل المبيع سواء كان نقود أم غيرها، ففي كلا الحالتين تعتبر كفالة بالدرك، وإن كان الغالب هو النقود ثمن المبيع.

الصورة الثانية: الكفالة بالدرك للبائع: القائل بها هم جمهور الحنابلة[٢٤].

يحق للبائع أن يطلب من المشتري ضامناً يضمن الثمن الذي في ذمته لهذا البائع، خاصة إذا كان البيع بالآجل، فعند قبض البائع ثمن المبيع قد تظهر النقود مغشوشة أو معيبة، وقد تكون سالمة من الغش أو العيب ولكن يظهر لها مالك غير المشتري، كأن تكون معطوبة أو مسروقة، لهذا ظهرت الحاجة إلى ضامن يلتزم بأداء الثمن في مثل هذه الأحوال[٢٥].

ثانياً: صور الكفالة بالدرك في القانون

نصت المادة (٩٦٤) من القانون المدني الأردني على صورة واحد للكفالة بالدرك هي كفالة البائع برد ثمن المبيع للمشتري فقط، ولم ينص على الصورة الثانية لهذه الكفالة وهي كفالة المشتري للبائع إذا ظهر أن النقود مغشوشة أو فيها عيب أو كانت مسروقة، فالمشرع الأردني اعتمد على رأي جمهور الفقه الإسلامي من الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في النص على كفالة البائع للمشتري، والتزامه برد ثمن المبيع عند رجوعه عليه ومطالبته برده له لزوال المبيع من يده، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الثمن في عقد البيع المطلق يكون مبلغ من النقود وهو موجود دائماً ولا يتعرض إلى المخاطر التي يتعرض لها المبيع كالاستحقاق والعيب وغير ذلك من الأسباب التي تبرر نشوء الكفالة بالدرك والتزام البائع برد ثمن المبيع للمشتري.

المطلب الثالث

حكم الكفالة بالدرك

تباين الفقه الإسلامي في صحة الكفالة بالدرك وبطلانها، ولكل رأي حجة التي اعتمد عليها، وعليه سيتم توضيح هذين الرأيين مع بيان الردود التي جوبهت بها وعلى النحو الآتي:

الرأي الأول: الكفالة بالدرك صحيحة وجائزة وواجب العمل بها، والقائل به هم جمهور الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية والزيدية في رأي لهم[٢٦]، واستندوا في رأيهم على الحجج الآتية:

أولاً: حاجة الناس إلى مثل هذا النوع من الضمان، فالمشتري يسلم الثمن للبائع ولا يأمن من استحقاق المبيع فلا يستطيع مطالبة البائع بتقديم رهن، لأن هذا البائع غير ملزم بتقديم رهن يضمن وجود المبيع وبقاءه بيد المشتري، فضلاً عن ذلك لا يستطيع هذا المشتري إثبات حقه بالثمن من خلال الشهادة، فقد يفلس البائع ولا تنفع شهادته، لهذا يبقى للمشتري ضمان واحد هو

كفالة الدرك، وهذا من ناحية، ومن الناحية الأخرى لا يتمكن المشتري من جعل القدر الذي يستحقه معلوماً، فعفي عن الجهالة فيه تماماً كالإعفاء عن الجهل بأساس الحيطان.

ثانياً: تصح الكفالة بالدرك طالما ثبت المال في ذمة طرفي عقد البيع[٢٧]

ثالثاً: تجوز الكفالة بالدرك لأن ثمن المبيع معلوم ومقدور على تسليمه[٢٨]

رابعاً: الكفالة بالدرك تأمين لحق المشتري عند رجوعه على البائع في ثمن المبيع بعد استحقاقه وتركه من يده[٢٩].

خامساً: تدعوا الحاجة إلى معاملة الغريب، ويخاف المشتري أن يكون المبيع مستحقاً لأحد فينزعه منه، لهذا اقتضى التوثق بالدرك، والقول بخلاف ذلك (عدم صحة الكفالة بالدرك غير جائزة)، يؤدي إلى منع المعاملات المالية مع كل شخص مجهول أو غير معروف للبائع، فتتعطل مصالح العباد وهذا ضرر عظيم يتنافى مع الحكمة التي شرع من أجلها البيع[٣٠].

سادساً: جواز كفالة الدرك يرجع إلى أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة العامة أو الخاصة، صحيح أن البائع بعد إبرام العقد وتسليم المبيع، ملك نفسه لأن الثمن الذي أخذه لا يعتبر ديناً حتى يضمنه، ولكن حاجة الناس إلى التعامل مالياً مع أشخاص لا يعرفونهم ولا يمكن الجزم بعدم استحقاق المبيع[٣١].

الرأي الثاني: الكفالة بالدرك باطلة ولا يجوز الأخذ بها. والقائل بهذا الرأي هم بعض الشافعية ورأي للشافعي وجمهور الزيدية[٣٢]، واستندوا في رأيهم إلى الحجج الآتية:

أولاً: المعقول: الكفالة بالدرك غير صحيحة لأنها ضمان ما لم يجب وهذا باطل[٣٣].

ثانياً: هي ضمان مجهول، فعدم تحقق سبب الضمان كاستحقاق المبيع وغيره من الأسباب التي تبرر نشوء هذا الكفالة، يؤدي إلى نزاع بين الطرفين بسبب هذه الجهالة.

ثالثاً: لا يجوز أن يضمن البائع للمشتري لأنه بالبيع ملك الثمن[٣٤].

رابعاً: الكفالة بالدرك ضمان عين، في حين تنشأ الكفالة صحيحة بضمان دين فقط[٣٥].

وأجيب على تلك الانتقادات وتم الرد عليها من قبل القائلين بجوازها فقالوا الآتي:

أولاً: إذا كانت الكفالة بالدرك غير صحيحة لأنها ضمان ما لم يجب، أجيب عليه بأن استحقاق المبيع أو رده لعيبه أو نقصه بخلاف ما اتفقا عليه، وجب على البائع رد ثمنه للمشتري، فتجوز هنا الكفالة بالدرك لضمان رد الثمن[٣٦].

ثانياً: لا يجوز أن تكون الجهالة سبب لمنع صحة الكفالة بالدرك (قد يتحقق سبب رجوع المشتري على البائع وقد لا يتحقق) فالجهالة وما يترتب عليها من خطر موجودة في الكفالات كلها، ولا يدري الطالب (الدائن) يطالب الكفيل أو الأصيل[٣٧].

ثالثاً: القول بعدم جواز ضمان البائع لأنه بالبيع ملك الثمن، ليس هو المقصود بل المقصود به هو ضمان العهدة، والعهدة عرفاً هي الدرك وضمان الثمن، فالكلام المطلق يحمل على الأسماء العرفية دون اللغوية كما لراوية تحمل عند اطلاقها على المزادة لا على الجهل وان وضعت في اللغة لهذه الكلمة[٣٨].

رابعاً: تؤول الكفالة بالأخير إلى ضمان الدين وإن كانت ضمان عين، فتلف العين المضمونة، تؤدي إلى ضمان الدين مقابل عنها، فالمشتري يطالب الكفيل ببدلها[٣٩].

المبحث الثاني

أركان الكفالة بالدرك وشروطها

تنهض الكفالة بالدرك على أركان عموم التصرفات الشرعية، ويجب أن يتوافر إلى جانب هذه الأركان الشروط الخاصة بهذه الكفالة لكي تحقق الغاية منها وهي ضمان ثمن البيع الذي دفعه المشتري للبائع، وعليه سيتم توضيح أركان الكفالة بالدرك وشروطها من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

أركان الكفالة بالدرك

تتميز الكفالة بالدرك بأركانها الخاصة بها في الفقه الإسلامي والتي لا تكاد تختلف عن أركانها في القانون، وسيتم توضيح ذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: أركان الكفالة بالدرك في الفقه الإسلامي

تنشأ الكفالة بالدرك في الفقه الإسلامي على ركنين هما: الركن الأول العاقدين وهم طرفي الكفالة والركن الثاني هو الصيغة التي تنشأ بها الكفالة وسيتم توضيحها تباعاً:

أولاً: الركن الأول: طرفي الكفالة بالدرك

اختلف الفقه الإسلامي في شخص الكفيل فتوزعوا على رأيين:

الرأي الأول: جمهور الحنفية[٤٠]: قالوا يصح أن يكون الكفيل البائع أو شخص غيره يكفله للمشتري، فيكون الخيار للمشتري بالرجوع على البائع أو كفيله (الغير)، إذا تحقق سبب رجوع المشتري على البائع، فالكفالة ضم ذمة إلى ذمة عند المطالبة، والملاحظ أن الكفالة بالدرك عند الحنفية تكون كفالة بالمال، فيلتزم الكفيل بمبلغ من المال للمكفول له (المشتري)، وقد تكون الكفالة بالنفس، فيلتزم الكفيل (البائع) بذمته للمشتري إذا استحق المبيع، والمهم في نوعي الكفالة أن يلتزم البائع برد ثمن المبيع للمشتري عند استحقاقه.

الرأي الثاني: جمهور الشافعية والحنابلة والمالكية والزيدية[٤١]

الكفيل بالدرك هو البائع فقط، فيلتزم برد الثمن للمشتري عند رجوعه إليه، فتسليم المبيع إلى المشتري يعد إقراراً من البائع بملكيته إياه، وبخلاف ذلك فهو ضامن لثمنه.

ثانياً: الركن الثاني: صيغة الكفالة بالدرك: تنشأ بصيغة صريحة واضحة تدل بوضوح ولا تحتمل الشك على التزام البائع برد ثمن المبيع للمشتري عند رجوعه إليه ومطالبته به، ومن هذه الألفاظ التي قال بها جمهور الفقه الإسلامي: ضمنت لك الثمن، ضمنت لك عهده الثمن أو دركه أو خلاصك منه، أو يقول للمشتري: متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمنت لك الثمن، فهذه ألفاظ صريحة ودالة على التزام البائع بكفالة ثمن المبيع ولا يدل على رد المبيع بذاته، فالبائع غير ملزم برد المبيع للمشتري لأنه غير ملزم بخلاص هذا المبيع، بل يقتصر التزامه على رد ثمنه، والتزامه برد المبيع ذاته أو خلاصه مما قد يتعرض له، التزام باطل وغير صحيح[٤٢].

الفرع الثاني: أركان الكفالة بالدرك في القانون

استناداً إلى القواعد العامة في أركان العقد، تنشأ الكفالة بالدرك بتوافر ثلاثة أركان وهي:

أولاً: رضا الكفيل والمكفول له: وهو رضا البائع أو كفيله إذا كفله (كفل البائع)، والمشتري (الدائن) ولأن الكفالة تصرف قانوني ضار، يجب أن يتمتع الكفيل بالأهلية القانونية الكاملة وسلامة إرادته من عيوب الإرادة، أما المشتري وهو الدائن الذي يطالب الكفيل بثمن المبيع، فيكفي تمتعه بأهلية التمييز لأن هذه الكفالة تصرف نافع بالنسبة له.

ثانياً: المحل: هو الثمن المكتوب في عقد البيع، ويشترط فيه أن يكون موجوداً ومعيناً ومشروعاً، ولأن الثمن هو مبلغ من النقود ومكتوب بالعقد فهو موجود ومعين ولا يخالف النظام العام والآداب.

ثالثاً: السبب: سبب الكفالة بالدرك هو الباعث الدافع على إنشائها، فسبب هذه الكفالة هو استحقاق المبيع ونزعه من يد المشتري سواء كان ذلك كلياً أم جزئياً، المهم وجود مستحق للمبيع نافس المشتري في ملكية هذا المبيع، ويشترط في السبب أن يكون موجوداً ولا يشترط ذكره في العقد وأن كيون مشروعاً أي لا يخالف النظام العام والآداب.

المطلب الثاني

شروط الكفالة بالدرك

لا تكفي توافر الأركان لنشوء الكفالة بالدرك فقط، بل يجب توافر شروط معينة إلى جانب هذه الأركان لكي تنشأ هذه الكفالة صحيحة، وعليه سيتم توضيح هذه الشروط في الفقه الإسلامي، والقانون من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: شروط الكفالة بالدرك في الفقه الإسلامي

اشترط الفقه الإسلامي شروط معينة في الكفالة بالدرك وهي:

١. يجب أن يكون الدين المضمون صحيحاً: ويصح الدين إذا لم يسقط بالإسقاط بنوعيه، الإسقاط المحض (التنازل) أو الإسقاط فيه تمليك (الإبراء)، أو زوال الدين بالوفاء (الأداء) وبذلك لا يصح ضمانه[٤٣].

٢. يجب أن يكون البيع تاماً: ويتم البيع بتسليم المبيوع للمشتري وتسليم الثمن للبائع، فإذا لم يتم التسليم لا يمكن كفالته بالدرك وهذا ما عبر عنه الشافعية بالقبض الحقيقي[٤٤]. أما عند الحنفية فأجازوا الكفالة بالدرك قبل قبض المبيع، لكن لا يحكم بها على البائع إلا بعد القضاء بالثمن عليه، فهنا يلتزم هذا البائع برد ثمنه للمشتري بسبب استحقاق المبيع، والكفالة بالدرك هي ضمان الثمن بخروج المبيع عن ملك المشتري لاستحقاقه وفسخ البيع

والحكم على البائع برد الثمن للمشتري، ومجرد الاستحقاق لا يصلح سبباً لفسخ البيع بين الطرفين جاء في حاشية بن عابدين (ولا يؤخذ ضامن الدرك إذا استحق المبيع قبل القضاء على البائع بالثمن أو بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع، أما لو انفسخ بخيار الرؤية أو شروط أو عيب لم يؤاخذ الكفيل بالثمن، لأن ذلك ليس من الدرك)[٤٥].

٣. يجب أن يكون مبلغ الثمن معلوماً للكفيل (إذا كان غير البائع) ومقدور على تسليمه، فإن كان الكفيل يجهل مقدار الثمن، فإن كفالته باطلة[٤٦].

٤. يجب أن يتوافر سبب للكفالة بالدرك، يبرر التزام الكفيل، وقد اختلف الفقه الإسلامي في مفهوم هذا السبب، حيث قصد به الحنفية استحقاق المبيع، أما الشافعية فإن سبب الكفالة عندهم هو استحقاق المبيع أو تعيبه أو رده ناقصاً لنقص صفة اشترطت أو لرداءته أو نقص الصنجة التي وزن بها[٤٧].

أما الحنابلة والمالكية فسبب نشوء الكفالة بالدرك لديهم هو استحقاق المبيع أو ظهور عيب فيه[٤٨].

الفرع الثاني: شروط الكفالة بالدرك في القانون

نص المشرع الأردني في المادة (٩٦٥) من القانون المدني الأردني على شروط الكفالة بالدرك فجاء فيها: (لا يطالب كفيل البائع بالدرك إلا إذا قضي استحقاق المبيع ثم بإلزام البائع برد الثمن).

يتضح من هذه المادة تأثر المشرع الأردني بالفقه الحنفي باشتراط صدور قرار قضائي باستحقاق المبيع ورجوع المشتري عليه فيلتزم كفيل البائع برد ثمنه لهذا المشتري. أما قبل صدور هذا القرار فإن استحقاق المبيع من يد المشتري لا يكفي لإلزام كفيل البائع برد ثمنه.

عليه من الأفضل تنظيم المشرع العراقي لشروط الكفالة بالدرك ضمن نصوص عقد الكفالة وعلى غرار المشرع الأردني.

الملاحظ على هذا النص أن الكفيل بالدرك هو غير البائع، فالمشرع الأردني أراد ضمان حق المشتري بثمن المبيع عندما ألزم البائع بتقديم كفيل للمشتري عند مطالبته قضاء بالثمن، فيحق للمشتري مطالبة البائع أو كفيله بثمن المبيع المستحق قضاءً.

إن صياغة النص تكون بالصيغة الآتية: (يطالب البائع أو كفيله بالدرك بعد القضاء باستحقاق المبيع وإلزام البائع برد الثمن).

الخاتمـــة

تضم النتائج والتوصيات التي سيتم توضيحها من خلال النقطتين الآتيتين:

أولاً: نتائج البحث

يمكن توضيح نتائج البحث من خلال النقاط الآتية:

١. تعرف الكفالة بالدرك بأنها التزام البائع بثمن المبيع الذي استحق وتم ضبطه ونزعه من يد المشتري.

٢. تميز الفقه الإسلامي بإيراد تعاريف عديدة للكفالة بالدرك، حيث انفرد كل مذهب من مذاهب السنة الأربعة بتعريف يختص به، في حين استمد القانون تعريفه من مذهب الفقه الحنفي الذي تميز بتعريفه الشامل والعام والدال على الغرض منه.

٣. تجد الكفالة بالدرك مشروعيتها بالسنة النبوية وإجماع الفقه الإسلامي.

٤. تتنوع صور الكفالة بالدرك إلى كفالة بالدرك للبائع وكفالة بالدرك للمشتري، حيث يضمن البائع حق المشتري وبالمقابل يضمن المشتري حق البائع فيما لو تم استلامه نقوداً مزورة أو مغشوشة ولكن المتعارف عليه هو شيوع الكفالة بالدرك للمشتري لشيوع مخاطر استحقاق المبيع ونزعه من يده فحقه معرض للخطر أكبر من حق البائع.

٥. هي كفالة صحيحة وشائعة التعامل بها من قبل الناس في تعاملهم اليومي لحاجة الناس بوصفها ضمانة واطمئنان المشتري الذي يتعامل مع بائع مجهول الشخصية بالنسبة له.

٦. تنشأ الكفالة بالدرك بتوافر أركان العقد الثلاثة وهي تراضي الكفيل والمكفول وهما البائع والمشتري أو محل لها وهو ثمن المبيع وسبب الكفالة وهو استحقاقه من يد المشتري، وتصح بتوافر شروطها الخاصة بها وهي وجود عقد بيع صحيح ونافذ وأن يكون الثمن معلوماً وتحقق سببها.

ثانياً: توصيات البحث

١. النص على تعريف الكفالة بالدرك ضمن نصوص عقد الكفالة بالصيغة الآتية:
(الكفالة بالدرك هي كفالة بأداء ثمن المبيع إذا استحق).

٢. النص على شروط الكفالة بالدرك بالصيغة الآتية:

٣. (يطالب البائع أو كفيله بالدرك بعد القضاء باستحقاق المبيع وإلزام البائع برد الثمن).

هوامش البحث

(١) أبي الحسين بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، جـ٢، دار الفكر، ١٩٧٩، ص ٢١٩.

(٢) سورة الأعراف، الآية ٣٨.

(٣) سورة النساء، الآية ١٤٥.

(٤) ينظر: أسماء شناوي صالح، عقد الكفالة (حقيقته وأركانه وأقسامه) والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣، ص ٢٠٩.

(٥) ينظر: عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، جـ٢، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٨، ط٢، ص ١٥٤؛ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار احياء التراث العربي، ط جديدة، ص ٦١٠.

٦

(٧) ينظر علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، جـ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، ط١، ص ٦٩٣.

(٨) ينظر: د.محمد محمود سليمان المحمد، أثر الجهالة والضرورة في المعاملات المالية، ط١، مكتبة الصحابة، الإمارات، ٢٠٠٤، ص ٢٩٦.

(٩) زكريا بن احمد الأنصاري الشافعي، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، جـ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ط١، ص ٦١٦؛ شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، راجعه محمد عزت، جـ٣، المكتبة التوفيقية، مصر، ص ٢١١.

(١٠) علاء الدين المرداوي، الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل، جـ٥، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ط١، ص ١٧٧.

(١١) .ينظر:محمودالسيدعويس ،انزال الحاجه منزل الضروره وتطبيقاتها الفقهيه ،دار الجامعه الجديده ،مصر،٢٠١٠ ص١٥٠

(١٢) ينظر: البحر الزخار، جـ٦، ص ٧٨.

(١٣) د.وهبه الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، جـ٥، دار الفكر، دمشق، ٢٠١١، ص ٣٨.

(١٤) السيد سابق، فقه السنة، جـ٣، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣، ط٤، ص ٣٨٧.

(١٥) ينظر: وهبه الزحيلي، مرجع سابق، ص ١٨٠؛ شمس الدين الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص ١٧٣.

(١٦) زكريا الأنصاري الشافعي، مرجع سابق، ص ٦١٦.

(١٧) المصدر نفسه، ص ٦١٦.

(١٨) ينظر: محمد روس قلعة جي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ١٩٨٥، ط١، ص ٢١٨.

(١٩) ينظر: أبو داؤد، سنن أبو داؤد، الاجاره، باب في الرجل يجد عين ماله، جـ٣، رقم الحديث ٣٥٣١، ص ٢٨٩.

(٢٠) ينظر: وهبه الزحيلي، مرجع سابق، ص ٤١٨.

(٢١) ينظر: فخر الدين بن علي الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، جـ٤، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٣١٤، ص ١٥.

(٢٢) ينظر: أسماء شناوي صالح، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

(٢٣) ينظر: علي حيدر، مرجع سابق، ص ٦٩٣؛ السيد سابق، مرجع سابق، ص ٣٨٧؛ شمس الدين الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص ١٧٣؛ شمس الدين بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، تحقيق عبد الرزاق المهتدي، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٢، جـ٢، ص ٤١٥؛ أبي سعيد البرادعي، التهذيب في اختصار المدونة، جـ٤، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية، ط١، ص ٢٨.

(٢٤) ينظر: علاء الدين المرداوي الحنبلي، مرجع سابق، ص ١٧٧؛ شمس الدين بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، تحقيق عبد الرزاق المهتدي، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٢، جـ٢، ص ٤١٥.

(٢٥) ينظر: علاء الدين المرداوي الحنبلي، مرجع سابق، ص ١٧٧؛ شمس الدين بن مفلح المقدسي، مرجع سابق، ص ٤١٥.

(٢٦) ينظر: أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق ودراسة، مجدي فتحي السيد واشرف عبيد، المكتبة التوفيقية، مصر، جـ٢، ص ١٥١؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، مصر، جـ٢٠، ص ٣؛ د.محمود السيد محمود عويس، مرجع سابق ، ص ١٥٠.

(٢٧) ينظر: ابن قيم الجوزية، جامع أصول الفقه، جمعه يسري السيد محمد، جـ٤، دار الوفاء، مصر، ٢٠٠٠، ط٥، ص ٣٩٩.

(٢٨) ينظر: فخر الدين الزيلعي، مرجع سابق، ص.

(٢٩) ينظر: علي حيدر، مرجع سابق، ص ٦٩٣.

(٣٠) ينظر: شمس الدين الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص ١٧٣.

(٣١) ينظر: محمود السيد محمود عويس، مرجع سابق، ص ١٥٠.

([٣٢]) ينظر: بن قيم الجوزية، مرجع سابق، ص ٣٩٩.

([٣٣]) ينظر: محمد الشربيني الخطيب، مرجع سابق، ص ٢١١؛ أبي إسحاق الفيروزبادي الشيرازي، مرجع سابق، ص ١٥١.

([٣٤]) ينظر: شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ص ٣.

([٣٥]) ينظر: زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ص ٦١٦.

([٣٦]) ينظر: أسماء شناوي صالح، مرجع سابق، ص ٢١٠.

([٣٧]) ينظر: السرخسي، مرجع سابق، ص ٣.

([٣٨]) ينظر: حسن أيوب، فقه المعاملات المالية في الإسلام، ط٣، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، ٢٠٠٦، ص ٤٥٩.

([٣٩]) ينظر: زكريا الأنصاري، مرجع سابق، ص ٦١٦.

([٤٠]) ينظر: عبد الغني الغنيمي، مرجع سابق، ص ١٥٤؛ شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ص ٣؛ علي حيدر، مرجع سابق، ص ٦٩٣.

([٤١]) ينظر: شمس الدين الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص ١٧٣؛ علاء الدين المرداوي الحنبلي، مرجع سابق، ص ١٧٧؛ أبي سعيد البرادعي، مرجع سابق، ص ٢٨؛ اسماء شناوي صالح، مرجع سابق، ص ٢١٩.

([٤٢]) ينظر: ابي زكريا النووي، روضة الطالبين، جـ٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٤٨٠؛ علاء الدين المرداوي الحنبلي، مرجع سابق، ص ١٧٧؛ شمس الدين الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص ١٧٣؛ أبو سعيد البرادعي، مرجع سابق، ص ٢٨.

([٤٣]) ينظر: عبد الغني الغنيمي، مرجع سابق، ص ١٥٤.

([٤٤]) ينظر: زكريا الأنصاري الشافعي، مرجع سابق، ص ٦١٦؛ شمس الدين الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص ١٧٣؛ علاء الدين الكاساني، ٦١٠.

([٤٥]) ينظر: علاء الدين الحصكفي، مرجع سابق، ص ٦١٩.

([٤٦]) ينظر: شمس الدين الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص ١٧٣؛ فخر الدين الزيلعي الحنفي، مرجع سابق، ص.

([٤٧]) ينظر: زكريا الأنصاري الشافعي، مرجع سابق، ص ٦١٦؛ شمس الدين الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص ١٧٣.

([٤٨]) ينظر: علاء الدين المرداوي الحنبلي، مرجع سابق، ص ١٧٧؛ أبو سعيد البرادعي، مرجع سابق، ص ٢٨.

قائمة المصادر

١. أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق ودراسة، مجدي فتحي السيد واشرف عبيد، المكتبة التوفيقية، مصر، جـ٢.

٢. أبو الحسين بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، جـ٢، دار الفكر، ١٩٧٩.

٣. أبو زكريا النوري، روضة الطالبين، جـ٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.

٤. أبو سعيد البرادعي، التهذيب في اختصار المدونة، جـ٤، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٢، ط١.

٥. أسماء شناوي صالح، عقد الكفالة (حقيقته وأركان وأقسامه) والآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣.

٦. بن قيم الجوزية، جامع أصول الفقه، جمعه يسري السيد محمد، جـ٤، دار الوفاء، مصر، ٢٠٠٠، ط٥.

٧. حسن أيوب، فقه المعاملات المالية في الإسلام، ط٣، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، ٢٠٠٦.
٨. زكريا بن احمد الأنصاري الشافعي، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، جـ٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ط١.
٩. السيد سابق، فقه السنة، جـ٣، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣، ط٤.
١٠. شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، راجعه محمد عزت، جـ٣، المكتبة التوفيقية، مصر.
١١. شمس الدين السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، مصر، جـ٢٠.
١٢. شمس الدين بن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، تحقيق عبد الرزاق المهتدي، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٢، ٢٥.
١٣. عبد الغني الغنيمي، الباب في شرح الكتاب، جـ٢، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٨، ط٢.
١٤. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، جـ٤، دار احياء التراث العربي، ط جديدة.
١٥. علاء الدين المرداوي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل، جـ٥، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧، ط١.
١٦. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، ط١.
١٧. فخر الدين بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، جـ٤، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيرو، ١٣١٤.
١٨. محمد روس قلعة جي وحامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ١٩٨٥، ط١.
١٩. محمد محمود سليمان المحمد، أثر الجهالة والضرورة في المعاملات المالية، ط١، مكتبة الصحابة، الإمارات، ٢٠٠٤.

٢٠. محمود عويس، انزال الحاجة منزل الضرورة وتطبيقاتها الفقهية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٠.

٢١. وهبه الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، جـ٥، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٠.