المقدمة

من المعلوم أن الانسان ليس لديه الثقة الكافية في بني جنسه حتى يقرضهم ويداينهم دون أن يحفظ حقه فشرعت العقود التي تتوثق بها الديون ومنها الكفالة التي يقدم عليها الكفيل تطوعاً وتبرعاً منه بقصد تفريج الضيق عن المدين ، الذي أصبح الدين هم عليه بالليل ومذلة له بالنهار، وتوثيقاً لحق الدائن الذي كان يخشى ضياعه قبل المدين [١]. وعلى هذا الأساس تعد الكفالة من العقود المهمة قديماً وحديثاً فهي اليوم عماد الحياة الاقتصادية وتقوم عليها معظم العمليات المصرفية لاهمية دور الكفيل او الضمان فاي دائن يفكر أولاً بضمان دينه ويلزم مدينه بتقديم ضمانات من أجل ذلك ، ويتحقق ذلك إذا تقدم شخص آخر أو أشخاص آخرون بجانب المدين كضمان للدائن أن يوفيه حقه إذا عجز مدينه عن الوفاء ويكون التأمين في هذه الحالة شخصياً (الكفالة الشخصية) ويتحقق الضمان الخاص كذلك إذا خصص مال مملوك للمدين أو غيره من الوفاء بدين الدائن فيستوفي الدائن حقه من هذا المال قبل غيره من الدائنين ويتتبعه في أي يد يكون ، والتأمين في هذه الحالة إذن يرد على مال معين فهو تأمين عيني (الكفالة العينية) ، ومما تقدم فأن (الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي هذا الألتزام إذا لم يف به المدين نفسه)[٢]. وأانه أي عقد الكفالة هذا أنما ينشأ عن وجود علاقة مديونية تقوم بين دائن ومدين وأن الكفيل أنما يأتي لضمان الوفاء بهذه المديونية ومن هذا يتضح أن عقد الكفالة يتم بين شخصين أساسين هما: الدائن في الألتزام الأصلي وبين الكفيل وأن المدين في ألألتزامألأصلي ليس طرفاً في عقد الكفالة رغم انه يلعب دوراً كبيراً في إنعقادها .

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث ودراسة عقد الكفالة في القانون المدني في طبيعته بأعتبار الكفالة طريق من طرق إستيفاء الحقوق بما يتفق مع روح القانون من حفظ الحقوق بصفة عامة وحفظ المال بصفة خاصة ، وتعد الكفالة من التأمينات الشخصية التي تحقق مصلحة لكل من الدائن والمدين فهي تحقق مصلحة للمدين في حصوله على ما يحتاجه من الدائن وتحقق الطمأنينة للدائن لوجود شخص آخر يمكن أن يطالبه بالوفاء ، كما وإزدادت أهمية الكفالة تدريجياً في تطور المعاملات المادية بين الناس وتعددها خصوصا بعد انتشار ظاهرة البيع بالتقسيط في أسواقنا المحلية فيلجأ أصحاب الشركات والمحلات التجارية (البائع – الدائن) الى الطلب من (المشتري – المدين) بإحضار كفيل لضمان مبلغ الدين الذي بذمته الناتج عن التعامل التجاري بينهما (البيع والشراء) ومطالبته به في حالة عدم قدرة المدين

١-اسماء شناوي صالح، عقد الكفالة، حقيقته، أركانه، اقسامه، الأثار المترتبة عليه في الفقه الاسلامي، ماجستير في الفقه المقارن، كلية الدراسات الاسلامية والعربية للبنات بالاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص٧.

٢-انظر المادة (٦٤٤) من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الامر ٧٥/٥٨ مؤرخ في ٢٠رمضان الموافق ٢٦سبتمبر ٧٥ والمعدل والمتمم بالقانون الثالث ١٩٨٠ المتعلق بالتأمينات و ١٩٨٤ المتضمن قانون المالية سنة ١٩٨٥والمادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري الجديد.

على تسديد ألأقساط المترتبة بذمته لصالح الدائن لأي سبب كان ، وهذا ما دفعني وشجعني الى الكتابة في هذا الموضوع.

نطاق البحث:

التأمينات الشخصية من الالتزامات الشخصية ألتي تضاف الى إلتزام المدينبحيث يلتزم إزاء الدائن شخص آخر بوفاء الألتزام عندما يتحقق إعسار المدين ولها صور عديدة كالانابة والتضامن وهذه الصور تدخل ضمن النظرية العامة للالتزامات وهي تخرج من نطاق البحث والدراسة ، وهناك صور اخرى من التأمينات الشخصية وهي الكفالة العينية وهي تختلف عن الكفالة الشخصية لأن الكفيل العيني لايلتزم شخصيا بل يقدم مالاً مملوكاً له ليضمن الوفاء بحق شخصي للدائن لذلك فأن الكفالة العينية تدرس ضمن التأمينات العينية وهي صورة مركبة من الكفالة ومن الرهنوتخرج من نطاق البحث والدراسة ، لذلك تناولنا في بحثنا ودراستنا لعقد الكفالة في القانون المدني الكفالة الشخصية لأهميتها وصلتها المباشرة بالحياة اليومية للناس وأستندنا الى نصوص القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة١٩٥١ المعدل ومقارنتها بنصوص القوانين المدنية لبعض الدول ألاخرى.

تقسيم البحث:

تم تقسيم البحث لموضوعنا عقد الكفالة في القانون المدني الى مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة ، نبدأها بمبحث خاص عن ماهية الكفالة وقسمت دراسة هذا المبحث الى ثلاثة مطالب يتضمن المطلب الأول تعريف الكفالة ويتضمن المطلب الثاني خصائص عقد الكفالة ويتضمن المطلب الثالث تمييز عقد الكفالة عن العقود المشابهة له وخصصنا المبحث الثاني لأركان عقد الكفالة وقسمت دراسة هذا المبحث الى ثلاثة مطالب أيضاً يتضمن المطلب الأول ركن التراضي ويتضمن المطلب الثاني ركن المحل ويتضمن المطلب الثالث ركن السبب وتناولنا في المبحث الثالث آثار عقد الكفالة وقسمت دراسة هذا المبحث أيضاً الى ثلاثة مطالب يتضمن المطلب الأول العلاقة بين الدائن والكفيل ويتضمن المطلب الثاني العلاقة بين الكفيل والمدين ويتضمن المطلب الثالث العلاقة بين الكفيل وغيرهم من الكفلاء وتطرقنا في المبحث الرابع الى إنقضاء عقد الكفالة وأيضاً قسمت دراسة هذا المبحث الى ثلاثة مطالب يتضمن المطلب الأول الابراء والوفاء ويتضمن المطلب الثاني مرور الزمان (التقادم المسقط) ويتضمن المطلب الثالث إستحالة التنفيذ وأتحاد الذمة، وأخيراً أنهينا بحثنا بخاتمة موجزة متواضعة سجلنا فيها بعض المقترحات التي توصلنا اليها أثناء البحث والدراسة٠٠٠

راجياً ان يكون هذا الجهد المتواضع عند حسن ظن السادة في لجنة المناقشة في رئاسة الادعاء العام لأقليم كوردستان ـ العراق المؤقر ٠

الباحث

المبحث الاول

ماهية الكفالة

نبدأ بتعريف الكفالة وبيان خصائصها وأخيراً تمييز عقد الكفالة عن غيره من العقود المشابه له وذلك في ثلاثة مطالب على النحو التالي٠٠

المطلب الاول

تعريف الكفالة

أولاً : تعريف الكفالة في الفقه الاسلامي:

يقصد بالكفالة في الفقه الاسلامي "بانها ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بدين أو عين أو نفس" ،ليكون المكفول به" اما نفس أو عين أو دين ، فالمضمون في الكفالة بالنفس هو احضار المكفول، وفي الكفالة بالعين اما تسليمها الى المكفول له أو ضمانها، وفي الكفالة بالدين أداؤه [١]٠يتضح من هذا التعريف ان الفقه الاسلامي يوسع في مفهوم الكفالة حيث يجعل لها صوراً ثلاث هي كفالة شخصية حيث تضم ذمة الكفيل الى ذمة المدين في الوفاء بالدين، وكفالة عينية بتخصيص مال مملوك للكفيل لضمان الوفاء بالدين،وكفالة الوجه أو البدن أو النفس حيث يلتزم الكفيل باحضار شخص مطلوب احضاره سواء أمام القضاء أو الوفاء بالمال [٢]٠ وهذا النوع ألأخير نادر الحدوث ألآن في ظل وجودسلطات الدولة٠

ورغم ان الكفالة في الفقه الاسلامي تنعقد بين الدائن والكفيل،الا أن رضاء المدين يعد شرطاً ضرورياً لأمكان رجوع الكفيل عليه في حالة قيام هذا ألأخير بسداد الدين للدائن [٣] ٠ولقد اختلف فقهاء المسلمون في تعريف الكفالة تبعاًلاختلافهم فيما يترتب عليها من أثر،فعرفها جمهور الحنفية بأنها: ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين، ويرى المالكية والشافعية في المشهور والحنابلة أن الكفالة هي ان يلتزم الرشيد باحضار بدن من يلزم حضوره في مجلس الحكم[٤]٠

١-د،مصطفى عبدالجواد حجازي،عقد الكفالة في القانون المدني،دار الكتب القانونية،مصر،٢٠٠٦،ص٥٧
٢-د،محمد حسين منصور،الوافي في شرح القانون المدني،الجزء الثالث،في العقود المسماة،المجلد الثالث،عقد الكفالة،الطبعة الثالثة،١٩٩٤،ص٥٧.
٣-د،مصطفى عبدالجواد حجازي،المصدر السابق،ص١٨.
٤-الموسوعة الفقهية ،الكفالة،الجزء الرابع والثلاثون،ص٢٨٨،منشور على موقع الانترنيت www.al-islam.com.

ثانياً: تعريف الكفالة في القانون المدني:

لم ترد في القوانين الجنائية أي تعريف للكفالة بعكس القوانين المدنية التي لاتخلو أي قانون من تعريف لها، ونظراً لسكوت المشرع الجنائي عن إعطاء تعريف آخر للكفالة الجزائية إن صح التعبير يتضمن مفهوما مغايراً لما هو متعارف عليها في القوانين المدنية فهذا يعني بان الكفالة أصلاً مدنية ، سواء كانت متضامنة أم لا، وما هي في الاساس إلا عقد مدني تخضع للقواعد المدنية [١].وكما هو معروف أن عقد الكفالة من العقود المسماة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدلوقد عرفتها المادة (١٠٠٨) منه ((الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام)) [٢] . وهذا التعريف مأخوذ من الفقه الاسلامي،لذا فانه لابد من وجود التزام المكفول إذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل وان التزام الكفيل تابع لالتزام المكفول وجودا وعدما[٣].اما تعريف الكفالة في التشريعات المقارنة فنذكر منه بعض التعاريف الواردة في قوانين بعض الدول ومنها القانون المدني المصري الجديد الذي عرف الكفالة في المادة (٧٧٢) بالتعريف ألآتي: (الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه)، وجاء القانون المدني السوري الجديد بنفس التعريف في المادة (٧٣٨) منه (الكفالة عقد به يلتزم انسان بأداء دين إنسان آخر اذا كان هذا ألآخر لايؤديه)،وعرف قانون الالتزامات السويسري في المادة(٤٩٢) بهذا التعريف(الكفالة عقد به يتعهد شخص للدائن بضمان وفاء الدين الذي يعقده للمدين) ، أما المشروع الفرنسي الايطالي للالتزامات فقد اختصر التعريف كالأتي في المادة (٧٠٦) (يضمن الكفيل شخصياً للدائن تنفيذ التزام على آخر)،وعرف القانون الالماني الكفالة في المادة (٧٦٥) بأنها (عقد به يلتزم الكفيل نحو دائن شخص آخر ضمان تنفيذ تعهد هذا الاخر)،وقد عرفت المادة (٩٥٠)من القانون المدني الاردني عقد الكفالة بقولها (الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ إلتزام) وهذا التعريف قد أخذه المشرع الأردني من المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي التي بدورها أخذته من الفقه الحنفي وتقنينه مجلة الأحكام العدلية[٤].

أما القانون المدني الكويتي فقد عرف الكفالة في المادة (٧٤٥) بأنها (عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته الى ذمة المدين في تنفيذ إلتزام عليه ، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين)[٥].

---

١ -سامي سليمان فقي،الكفيل في الدعوى الجزائية،مركز ابحاث القانون المقارن،الطبعة الاولى،اربيل، ٢٠١٠،ص٩.
٢ -انظر المواد(١٠٠٨-١٠٤٧) من القانون المدني العراقي المعدل رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ .
٣ -قرارتمييزي بالعدد ٢١٣/الهيئة المدنية/ ٢٠٠٠في ٢٠٠٠/٩/١٩،كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان-العراق للسنوات ١٩٩٣-٢٠١١،الجزء الاول قسم القانون المدني،اعداد القاضي كيلاني سيد احمد،اربيل ،الطبعة الاولى،٢٠١٢،ص٣٥٩ .
٤ -سامي سليمان فقي،المصدر السابق،ص١٠و١١ .
٥ -د،قدري عبدالفتاح الشهاوي،احكام عقد الكفالة،الطبعة الثانية،توزيع منشاة المعارف بالاسكندرية،٢٠٠٢ص٢٤ .

ثالثاً: مفهوم الكفالة في الحياة العملية:

هناك معنى آخر للكفالة في العمل،فتسمى كفالة أيضاً المبالغ التي يودعها شخص لطرف اخر تأميناً لما قد ينشأ في ذمته من ديون للمودع لديه،ومن امثلة ذلك التأمينات التي يقدمها المحصلون والعمال لرب العمل ضماناً لما قد ينشأ في ذمتهم من أموال لصالح رب العمل بمناسبة ألأموال التي توجد في أيديهم بحكم عملهم ، كما يطلق لفظ الكفالة أيضاً على المبالغ التي يودعها المتهم في القضايا الجنائية في صندوق المحكمة مقابل اطلاق سراحه مؤقتاً الى أن تتم محاكمته[١].

المطلب الثاني

خصائص عقد الكفالة

يتميز عقد الكفالة بعدة خصائص نجملها بما يلي:

اولاً: عقد الكفالة عقد رضائي:

أن الرضا هو الأساس الطبيعي لكل العقود ومن بينها عقد الكفالة إذ انه يخضع للمبادئ العامة من حيث التعبير عن الارادة وشروط صحته بالاضافة الى خصوصيات معينة تتعلق بعقد الكفالة،ويجب أن يكون الرضا خاليا من العيوب التي تشوبه ويكون معيباً ومعدوماً تماما إذا اعطي عن غلط أو اخذ بالخدعة أو انتزع بالتخويف ولما كان عقد الكفالة عقدا من العقود الغير المتبادلة فأن مسالة عيوب الرضا لاتطرح إلا من جهة الكفيل دون جهة الدائن الذي لايلتزم في المقابل بشيء ولا مصلحة له بالتذرع بها لابطال عقد الكفالة المعقود اصلا لمصلحته [٢].وأن الكفالة تنعقد بايجاب وقبول من الكفيل والمكفول له عملاًبحكم المادة(١/١٠٠٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، بيد ان التزام الكفيل تبعي لالتزام المدين الأصلي لأن الكفالة لاتقوم إلا بوجود هذا الالتزام [٣].

ثانياً: عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:

عقد الكفالة عقد ملزم لجانب الكفيل فالكفيل وحده هو الذي يلتزم بعقد الكفالة بوفاء الدين للدائن ان لم يفي به المدين الاصلي أما الدائن فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل وهذا هو الاصل ، ولكن ذلك لايمنع من أن تكون الكفالة عقداً ملزماً للجانبين إذا التزم

١- د،مصطفى عبدالجواد حجازي،المصدر السابق،ص١٩ .

٢- د،محمد علي عبده،عقد الكفالة،دراسة مقارنة،المؤسسة الحديثة للكتاب،الطبعة الاولى،منشورات زين الحقوقية،لبنان،٢٠٠٥،ص١٨ .

٣- قرار تمييزي بالعدد ٢١١/الهيئة المدنية/١٩٩٩في١٩٩٩/٨/١،كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان-العراق للسنوات ١٩٩٣-٢٠١١،الجزء الاول،قسم القانون المدني،اعداد القاضي كيلاني سيد احمد،اربيل،الطبعة الاولى،٢٠١٢،ص٣٥٨.

الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل في نظير كفالته للدين فيصبح كل من الكفيل والدائن ملتزما نحو الاخر ويكون عقد الكفالة في هذه الحالة ملزماً للجانبين [١]. ويتضح إن الكفالة عقد بين الكفيل والدائن أما المدين فهو خارج عقد الكفالة فالكفيل يلتزم تجاه الدائن بتنفيذ التزام مدينه بينما لا يتعهد الدائن بشيء مقابل ذلك حيث ينحصر دوره في قبول الكفالة ولكن هذا لايعني أن الكفالة تصرف بالإرادة المنفردة أي تصرف يصدر من جانب واحد بل هي عقد لا يتم الا بتبادل ارادتين متطابقتين من الكفيل والدائن [٢]. وفي هذا الشأن يرى الدكتور سليمان مرقس الى إن الكفالة في القانون المدني المصري الجديد هي عقد ملزم للجانبين[٣].في حين أن فريقاً من الفقهاء المصريين والفرنسيين يختلفون معه الرأي ويعتبرون من حيث المبدأ عقد الكفالة ملزماً لجانب واحد، واننا نميل الى رأي الفقهاء في هذا الشأن.

ثالثاً: عقد الكفالة عقد من عقود التبرع:

يتفق غالبية شراح القوانين المدنية الى ان عقد الكفالة هو عقد معاوضة بالنسبة للدائن المكفول له لانه اخذ الكفالة في مقابل الدين وبالنسبة للكفيل الذي لم تتوفر في نيته التبرع فان بقبوله الكفالة انما اراد حث الدائن على قبول ائتمان المدين اذا نشأت الكفالة والدين الاصلي في ذات الوقت أو أنه قصد حمل الدائن على قبول تمديد أجل الدين المكفول اذا كانت الكفالة لاحقة لنشوء ذلك الدين وهو أن أدى الدين عن المدين جاز له الرجوع عليه بما أداه ، ولأجل تسويغ أعتبار الكفالة عقد معاوضة يقول هولاء الشراح إن المعاوضة لايشترط فيها ان يكون المعاوض قد أعطى المقابل للمتعاقد الآخر وهذا القول في الحقيقة غير صحيح لانه يتعارض مع التعريف المستقر عليه لعقد المعاوضة بانه العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما يعطي ويعطي مقابلاً لما يأخذ ، والكفيل لم يأخذ من الدائن المكفول له شيئاً مقابل الضمان الذي قدمه له،لذلك يرى شراح اخرون وهو الراجح بان عقد الكفالة في الأصل من عقود التبرع التي لايأخذ فيها أحد الطرفين وهو الكفيل مقابلاً للضمان الذي قدمه للدائن والذي لايعطي فيه الطرف الآخر وهو الدائن مقابلاً لهذا الضمان الذي حصل عليه [٤]. وتنص بعض القوانين المدنية على ان الكفالة اصلاً من العقود المجانية ومنها القانون المدني اللبناني فقد نصت المادة (١٠٦٧) منه على ما يلي ((الكفالة مجانية بطبيعتها ما لم يكن هناك نص مخالف))[٥].

١- د،قدري عبدالفتاح الشهاوي،المصدر السابق،ص٣٠.
٢- د،محمد علي عبده، المصدر السابق،ص٧٦و٧٧.
٣- د،سليمانمرقس،عقدالكفالة،دار النشر للجامعات المصرية،القاهرة،١٩٥٩،ص٨.
٤- د،عدنان ابراهيم السرحان،شرح القانون المدني،العقود المسماة،المقاولة،الوكالة،الكفالة،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،الاردن،٢٠١٣،ص٢٢٨و٢٢٩.
٥- د،محمد علي عبده،المصدر السابق،ص٨٠.

رابعاً: عقد الكفالة عقد تابع لألتزام أصلي:

توصف الكفالة في الفقه بأنها عقد تابع ، ويقصد بذلك ان عقد الكفالة يرتب في ذمة الكفيل التزاماً تبعياً أو احتياطياً بوفاء الدين إذا لم يفي به المدين،فالكفالة تقوم لضمان الوفاء بدين في ذمة شخص آخر فلا يقوم التزام الكفيل مستقلا بذاته بل لتأمين تنفيذ ألألتزام الاصلي الذي يثقل ذمة المدين ويعد التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين الأصلي لذلك لانكون بصدد كفالة إذا التزم شخص بدين الغير التزاماً اصلياًحيث لايعد كفيلاً وانما مديناً اصلياً لأن التزامه مستقل عن التزام المدين[1].

المطلب الثالث

تمييز عقد الكفالة عن غيره من العقودالمشابهة له

تشترك الكفالة مع بعض النظم القانونية في خصائص معينة الا إنها تستقل بأحكام قانونية خاصة ،وسنوضح ذلك في المقارنة بين الكفالة وتضامن المدينين والتعهد عن الغير والحوالة والانابة الناقصة وعلى النحو الأتي:

أولاً:تمييزالكفالة عن التضامن بين المدينين:

التضامن هو من أنظمة التأمينات الشخصية التي قوامها انضمام ذمة أخرى الى ذمة المدين لضمان الوفاء بالموجب ، وفي بداية ظهورها كانت الكفالة تختلط بالتضامن إلا أن الكفالة تختلف عن التضامن بين المدينين من حيث أن المدين يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن[2]. وذلك بعكس التزام الكفيل حتى ولو كان متضامنا مع المدين فهو يعتبر ملتزماً بصفة تبعية لموجب المدين الاصلي ويترتب على صفة التبعية هذه ان للكفيل حتى ولو كان متضامناً ان يتمسك ببراءة ذمته إذا ما أضاع الدائن التأمينات[3].

ثانيا:تمييز الكفالة عن التعهد عن الغير:

التعهد عن الغير هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص بان يجعل الغير يلتزم بأمر معين (المادة ١٥٣ من القانون المدني المصري) ومن هذا المعنى قد يثور الخلط بينه وبين الكفالة ، ورغم هذه الشبهة إلا أن فروقاً أساسية تباعد بين النظامين ، فالمتعهد عن الغير يلتزم التزاما اصليا بالقيام باداء معين هو حمل الغير على الالتزام بأمر معين في حين ان التزام الكفيل التزام تبعي ، وعلى هذا الأساس فان الكفيل في ضمانه لالتزام المدين الاصلي انما يقوم بالوفاء إذا تقاعس المدين عن الوفاء بالدين ، في حين أن المتعهد عن

١- د،مصطفى عبدالجواد حجازي،المصدر السابق،ص٣٩و٤٠.
٢- د،محمد علي عبده،المصدر السابق،ص١٠٥.
٣- د،نبيل سعد ابراهيم،التامينات الشخصية،التبعية وغير التبعية،الكفالة،الانابة الناقصة،الضمان بمجرد الطلب،دون ذكر مكان الطبع،٢٠٠٠،ص٢٧.

الغير أما أن يفي بما التزم به في صورة حمل الغير على قبول التعهد فتنتهي مسئوليته عند هذا الحد وأما أن يفشل في مهمته فيسأل عن تعويض المتعهد له عما لحق به من ضرر نتيجة لعدم تنفيذ ما تعهد به أي انه مسئول عن إخلاله بالتزامه بوصفه مديناً أصلياً وليس بوصفه كفيلاً[١]. ولكن ليس هناك ما يمنع أن تجتمع الكفالة مع التعهد عن الغير ، ومثال ذلك أن يتعهد شخص ما بجعل الغير يلتزم بأمر معين ويتعهد كذلك بان يكون كفيلاً لهذا الغير في تنفيذ موجبه[٢].

ثالثاً:تمييز الكفالة عن حوالة الدين:

حوالة الدين تتم عادة باتفاق بين المدين الأصلي وشخص آخر يقبل أن يحل محله في المديونية قبل الدائن وقد تتم نادراً باتفاق بين الدائن وشخص من الغير يقبل أن يحل محل المدين في المديونية ، ولا تنفذ الحوالة في مواجهة الدائن إلا إذا أقرها ويكون المدين الاصلي ضامناً يسار المحال عليه وقت إقرار الدائن الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك،غير أن التزامه بالضمان هنا ليس التزاماً تبعياً (كما هو الحال في الكفالة) ولكنه التزام أصلي قائم بذاته ، وموضوع هذا الالتزام بالضمان هو تعويض الدائن عن اعسار المحال عليه لايعتبر المحال عليه كفيلاً بل هو مدين بصفة أصلية حل بمقتضى الحوالة محل المدين الاصلي ، وإذا لم يقر الدائن الحوالة أو رفضها فأن المدين الأصلي يظل ملتزماً في مواجهته بالوفاء بالدين[٣].

رابعاً:تمييز الكفالة عن الانابة الناقصة:

يقصد بالإنابة الناقصة قيام المدين بانابة شخص آخر عنه يتعهد للدائن بالوفاء بالدين الموجود في ذمته ، فهي تعني حصول المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يقوم بوفاء الدين محل المدين[٤].

١- د،حمديعبدالرحمن،التأمينات الشخصية والعينية،عقد الكفالة،دون ذكر مكان وسنة طبع،ص٣١١و٣١٢.
٢- د،محمد علي عبده،المصدر السابق،ص١٠٧.
٣- د،حمديعبدالرحمن،المصدر السابق،ص٣١٤و٣١٥.
٤- د،محمد حسين منصور،المصدر السابق،ص٦٧.

المبحث الثاني

أركان عقد الكفالة

يتم ابرام عقد الكفالة بالتراضي بين الكفيل والدائن ويشترط لابرام هذا العقد توافر الأركان اللازمة لإبرام العقود بصفة عامة وهي التراضي والمحل والسبب وسنبحث هذه الأركان في ثلاثة مطالب وعلى النحو الأتي:

المطلب الاول

التراضي في عقد الكفالة

لدراسة التراضي في عقد الكفالة لابد من التعرف على أطرافها أولا وعلى النحو ألأتي.

اولاً: طرفا الكفالة:

سبق الاشارة الى ان عقد الكفالة يبرم بين الدائن والكفيل [1].فالمدين ليس طرفاً فيه ولايشترط في الدائن أية شروط فأي دائن يستطيع الحصول على كفالة لدينه لاسيما إذا كانت الكفالة تبرعية أي تعقد لمصلحة الدائن فيكفي فيه بأهلية الاغتناء أي يكفي ان يكون مميزاً،اما الكفيل فيشترط فيه ان يكون موسراً ،أيأن يكون لديه من الأموال ما يكفي للوفاء بالالتزام ولايهم نوع هذه الأموال فقد تكون عقارات أومنقولات أومبالغ نقدية وهناك بعض القوانين كالقانون الفرنسي حيث لايعتد إلا بالعقارات فقط وهو محل نقد من جانب الفقه الفرنسيكما يشترط في الكفيل ان يكون اهلاً لابرام عقد الكفالة أي أن تكون لدى الكفيل الذي يقدمه المدين أهلية الألتزام بعقد الكفالة فإذا لم تتوافر هذه الاهلية وقت إبرام عقد الكفالة فيكون العقد قابلاً للابطال ويكفي توافر الاهلية لدى الكفيل وقت إبرام العقد فإذا فقدها بعد ابرام الكفالة فهذا لايؤثر على بقاء الكفالة التي أنعقدت صحيحة،وإذا فقد الكفيل شرطاً من هذه الشروط يجوز استبداله بكفيل آخر كما يجوز للدائن المطالبة بتأمين عيني بدلاً من الكفالة ، كما ويجوز أن يكفل شخص آخر الكفيل وهو ما يسمى بالمصدق او كفيل الكفيل[2]. وهناك بعض التشريعات تضاف شرطا آخركالقانون الفرنسي الذي يشترط ان يكون الكفيل مقيماً في دائرة محكمة الاستئناف الواجب تقديم الكفالة فيها وهي عادة موطن المدين [3].أما المشرع المصري فقد أشترط أن يكون الكفيل مقيماً في مصر فلا يشترط أن يكون مصرياً وانما يكفي أن تكون إقامته بمصر[4].

١- تنص المادة (١/١٠٠٩) من القانون المدني العراقي على انه(تنعقد الكفالة بايجاب وقبول من الكفيل والمكفول له).
٢- د،مصطفى عبدالجواد حجازي،المصدر السابق،ص٤٩و٥٠و٥١و٦٣.
٣- انظر المادة (٢٠١٨) من القانون المدني الفرنسي.
٤- د،محمد حسين منصور،المصدر السابق،ص٨٣.

ثانياً: التراضي بين الكفيل والدائن:

لما كانت الكفالة عقداً بين الكفيل والدائن فأنها تقتضي التراضي بين الكفيل والدائن فيتفق ألإثنان على أن الكفيل يكفل المدين الأصلي ولايكفي رضاء الكفيل وحده بل يجب ايضاً حتى يتم العقد من رضاء الدائن بالكفالة ولو رضاء ضمنياً،وذلك حتى لوكان الكفيل متبرعاً بكفالته كما هو الغالب وذلك كعقد الهبة إذ لابد من رضاء الموهوب له، أما رضاء الكفيل فمن الأهمية بمكان لأن الكفيل هو الذي يلتزم بعقد الكفالة ولابد أن يرضي الكفيل بالكفالة ويعبر عن هذا الرضاء تعبيراً صريحاً ،وعلى ذلك فمجرد توصية شخص للدائن بأن يثق بمدينه لأن هذا المدين قادر وأنه سوف يبادر الى تنفيذ التزامه وحتى لوكانت هذه التوصية قد أتت بعد سؤال الدائن هذا الشخص عن حالة المدين لايعد رضاءً من هذا الشخص بكفالة المدين إذ لأبد من أن يرضي هذا الشخص بكفالة المدين رضاءً واضحاً وصريحاً وأن يعقد مع الدائن عقد الكفالة [١]. وذهب جانب من الفقه الى إشتراط الرضاء الصريح من جانب الكفيل ومن ثم لايصلح الرضاء الضمني في هذا الصدد وقد تأثر أنصار هذا الرأي بما أشترطه المشرع الفرنسي في المادة (٢٠١٥) من القانون المدني حيث تقضي بأن الكفالة لاتفترض ويجب ان تكون صريحة،ويبرر الفقهاء ذلك بأن التزام الكفيل من الالتزامات ذات الخطورة حيث يكون معرضاً لسداد الدين إذا لم يفي به المدين وقد لايستطيع تحصيل شئ من هذا الأخير إذا كان معسراً لذا وجب أن يكون رضاء الكفيل صريحاً وليس ضمنياً[٢] . بيد أن جمهور الفقه في مصر يخالفون الرأي السابق ويرون أنه لامحل للتشدد بصدد رضاء الكفيل وانما يسري بشأن التعبير عن إرادة الكفيل ما يسري بشان طرق التعبير عن الأرادة بصفة عامة فقد يكون التعبير صريحاً وقد يكون ضمنياً طالما أن المشرع المصري لم يشترط أن يكون رضاء الكفيل صريحاً ، ويذهب البعض الآخر الى أن الرأي الأول الذي يشترط الرضاء الصريح يخلط بين الرضاء الضمني والرضاء المفترض في حين أن الفرق واضح بين الأمرين فالرضاء الضمني رضاء حقيقي ولايختلف لاعن الرضاء الصريح الا في طريقة التعبير عنه [٣].

وخلاصة القول أن رضاء الكفيل قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً طالما كان واضحاً ومؤكداً بطريقة لاتثير الشك حوله ، ولايهم بعد ذلك طريقة التعبير عن هذا الرضاء أو نوعية الالفاظ المستخدمة ، فبمجرد توقيع شخص على ورقة الى جانب توقيع المدين لايعني أنه كفيلاً له فقد يكون مجرد شاهد ، وإذا اثير شك حول تفسير إرادة الكفيل في الالتزام فان قاضي الموضوع هو الذي يقوم بالتحري عن الارادة الحقيقية للكفيل

١- د،قدري عبدالفتاح الشهاوي،اركان عقد الكفالة العينية والشخصية،دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٥،ص٥٣.
٢- د،سليمان مرقس،المصدر السابق،ص٣٣.
٣- د،محمود جمال الدين زكي،التأمينات الشخصية والعينية،الطبعة الثالثة،مطابع الشعب،القاهرة،١٩٧٨،ص٥٠.

ويفسرها وفقاً للقواعد العامة في تفسير العقود ومن ذلك تفسير الشك في مصلحة الكفيل في هذه الحالة[١].

المطلب الثاني

المحل في عقد الكفالة

المحل في عقد الكفالة هو الالتزام أو الدين الذي التزم به الكفيل وهو ما يسمى بالمكفول به أو المضمون وله شروطاً لابد منها لكي تصح الكفالة وسوف نبحث هذه الشروط وعلى النحو الاتي:

أولاً: أن يكون الالتزام موجوداً أو قابلاً للوجود:

الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام [٢]. فهي ضمان وتوثيق للدين وهذا يقتضي في الأصل ثبوت الدين ووجوده حتى يمكن انعقاد الكفالة ضماناً للوفاء به وعلى ذلك فان كفالة الثمن مثلاً يمكن أن تتم بعد انعقاد البيع لأن المديونية لا تثبت قبل هذا الانعقاد ، غير أن بعض التشريعات ومنها التشريع الأردني قد خرج على هذا الأصل متأثراً برأي جانب من الفقه الاسلامي فأجاز كفالة الالتزام قبل وجوده ، حيث تصح الكفالة في هذا القانون معلقة على شرط ملائم لمقتضى العقد او مضافة الى زمن مستقبل وعندئذ يمكن أن تقوم الكفالة قبل ثبوت الدين المكفول [٣]. إلا أنه أي المشرع الأردني قد أعطى للكفيل في الكفالة المعلقة أو المضافة أن يرجع عن كفالته قبل ترتب الدين[٤]. كما أستثنى القانون المدني الأردني من شرط كون الالتزام المكفول موجوداً عند نشوء الكفالة ما يسمى بالكفالة بالدرك حيث يصح فيها ضمان ثمن المبيع للمشتري إن ظهر أنه مستحق لغير البائع[٥]. وفي مثل هذه الحالة ينشأ التزام الكفيل وتقوم كفالته وإن لم يوجد التزام المكفول بعد ، ذلك أن التزام البائع برد الثمن وهو ما يضمنه الكفيل لايثبت إلا عند حصول الأستحقاق حيث ، يضمن الكفيل حق المشتري قبل البائع إذا ظهر أن المبيع معيب أو ناقص[٦]. وايا كان محل الألتزام الأصلي فأنه تجوز كفالته سواء كان هذا المحل إعطاء أو عملا أو امتناعا عن عمل ، والذي يقع غالباً هو كفالة الألتزام الذي يكون محله مبلغاً من النقود فيأتي المقترض مثلاً بكفيل يضمنه لدى المقترض في المبلغ من النقود الذي اقترضه ، ولكن قد يكون محل الالتزام نقل ملكية عقار أو منقول فيأتي البائع مثلاً بكفيل يضمنه لدى المشتري في التزام الأول بنقل ملكية المبيع الى الثاني ، كذلك يجوز للمقاول

١- د،مصطفى عبدالجواد حجازي،المصدر السابق،ص٦٠و٦١.
٢- انظر المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي المعدل.
٣- د،عدنان ابراهيم السرحان،المصدر السابق،ص٢٤٢.
٤- انظر المادة (٩٥٩) من القانون المدني الاردني.
٥- انظر المادة (٩٦٤) من القانون المدني الاردني.
٦- وهبة الزحيلي،العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الاردني،دار الفكر،الطبعة الاولى،دمشق،١٩٨٥،ص٣١٥.

الذي تعاقد مع صاحب العمل على إقامة منشآت أن يأتي بكفيل يضمنه في التزامه بهذا العمل ، ويجوز لتاجر ملتزم بعدم منافسة تاجر آخر أن يأتي بكفيل يضمنه في الألتزام بعدم المنافسة[١].

ثانياً:أن يكون الالتزام معيناًأو قابلاً للتعيين:

لايكفي لصحة الكفالة أن يكون الألتزام المكفول موجوداً أو قابلاً للوجود،بل يجب فيه أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وعلى ذلك لا يصح ضمان المجهول وكفالته كضمان بعض دين المدين أو جزء غير محدد منه وذلك لجهالة الألتزام المكفول مما يؤدي الى عجز الكفيل عن الوفاء به فلا يتحقق المقصود من الكفالة [٢].ومعلومية المكفول به أو تعينه يختلف بحسب ماهيته فإذا كنا أمام كفالة بالنفس وهي التي يلتزم بها الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المعين عند طلب المكفول له، فأن التزام المكفول هو التزام بفعل أو القيام بعمل وهو تسليم النفس لذلك فان تعيين هذا الألتزام يكون بتعين محله وهي النفس الواجب تسليمها [٣].(اما إذا لم تحدد المدة في الكفالة بالنفس لاحضار المكفول وأن إستحقاق مبلغ الكفالة معلق على تعذر أحضار المكفول، وبما أن المدعي وافق على إمهال الكفيل مدة معينة لاحضار المكفول وأن المكفول راجع المدعي وعملاً باحكام المادة (١٠١٧) من القانون المدني العراقي فأن حضور المكفول يبرأ ذمة الكفلاء من الكفالة)[٤].أما الكفالة بالمال فقد يكون الألتزام المكفول به فيها ديناً أو عيناً وعندئذ يجب يجب لمعلومية الدين تحديد وتعين محله سواء أكان هذا الدين عبارة عن عمل أم امتناع عن عمل أم تسليم مبلغ من النقود أم شيء مثلي فإن كان عيناً وجب على المدين تسليمها أو نقل حق عين عليها ، وجب تعيين وتحديد هذه العين حتى تصح كفالة هذا الالتزام، أما إذا كان الالتزام المكفول لم يوجد بعد عند إبرام عقد الكفالة وهذا ممكن فلا يشترط لتعيين هذا الالتزام بيان مقداره بل أن هذا أمر مستحيل قبل نشوء الالتزام وثبوته في ذمة المدين، ولكن في كل الأحوال أن جهالة الالتزام المكفول به ان كان مالاً لا نفساً لايمكن أن تقبل بها على وجه الاطلاق فعلى الأقل يجب مراعاة ما اشترطه القانون من ضرورة أن يكون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل، فإذا كانت الجهالة فاحشة كضمان جزء غير معين من الدين فإنها قد تؤدي الى عجز الكفيل فلا يصح الكفالة عندئذ لعدم امكانية تحقق المقصود منها[٥].

١- د،عبدالرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،الجزء العاشر والاخير في التأمينات الشخصية والعينية،الطبعة الثالثة الجديدة،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت لبنان،٢٠٠٩ ص٣٨و٣٩.

٢- علي احمد السالوس،الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة،دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي مقارنا بالقانون،دار الاعتصام،الطبعة الثانية،القاهرة،١٩٨٧،ص٨٨،وهبة الزحيلي،المصدر السابق،ص٣١٦.

٣- د،عدنان ابراهيم السرحان،المصدر السابق،ص٢٤٥.

٤- قرارتمييزي بالعدد٢٤٢/الهيئة المدنية/ ٢٠٠٢في ٢٠٠٢/٩/١١،كامل المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان ،اعداد القاضي،كيلاني سيد احمد،المصدر السابق،ص٣٦٠.

٥- د،عدنان ابراهيم السرحان،المصدر السابق،ص٢٤٥و٢٤٧

ثالثاً: أن يكون الألتزام صحيحاً:

نصت المادة (٧٧٦) من القانون المدني المصري الجديد على أنه (لاتكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا) وهذا الحكم هو تطبيق منطقي للتبعية القائمة بين عقد الكفالة والالتزام المكفول ، فالكفالة ما هي إلا وسيلة لضمان الوفاء بالدين عند عدم الوفاء به من قبل المدين ولذلك فلا تتصور كفالة التزام غير موجود اصلاً أو التزام باطل بطلاناً مطلقاً ، فالكفالة بوصفها تابعة للالتزام الأصلي تدور معه في الوجود والعدم، وتطبيقاً لما سبق لاتصح كفالة دين القمار أو الرهان ، ودين الربا الفاحش فيما يجاوز الفائدة القانونية ، كما لاتجوز كفالة التزام مستحيل ، أو التزام قائم على سبب غير مشروع أو التزام بهبة لم تفرغ الشكل القانوني والقاسم المشترك في مثل هذه الحالات هو عدم وجود الدين لاستحالته أو لبطلان سنده بطلاناً مطلقاً [١].ويقابل النص المذكور في التقنين المدني المصري السابق المادة(٦٠٥/٤٤٦- الكفالة باطلة إذا كان الدين المكفول به باطلاً ما لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهلية المدين) ويقابل في التقنينات المدنية العربية الاخرى (السوري – م ٧٤٣ مطابق – الليبي – ٧٨٥ مطابق) بينما في التقنين المدني العراقي لامقابل لهذه المادة[٢].

المطلب الثالث

السبب في عقدالكفالة

يشكل السبب ركناً من أركان العقد وهو الغرض المباشر الذي يسعى اليه المرء عندما يقدم على عمل من أعمال التصرف ملزماً نفسه بالتزامات قانونية ولهذا كان له أثر كبير في تكوين الالتزامات وفي صحتها وقوتها وأثرها [٣].وركن السبب في عقد الكفالة كغيره من العقود يخضع للنظرية العامة للعقد ، حيث يجب أن يكون باعث كل من الكفيل والدائن المكفول له من عقد الكفالة مشروعاً، فان كان القصد من إبرام العقد مخالفاً للقانون أو للنظام العام والآداب كانت الكفالة باطلة ، كما لو كفل شخص إمرأة مقابل علاقة غير مشروعة تنشأ بينهما أو مقابل الاستمرار في علاقة غير مشروعة سابقة [٤].وتعقد الكفالة عادة لمصلحة المدين كما فيها مصلحة للدائن وسوف نبحث في كلا الحالتين وعلى النحو الاتي:

١- د،حمديعبدالرحمن،المصدر السابق،ص٣٢٣و٣٢٤.
٢- د،عبالرزاق احمد السنهوري،هامش رقم(١)،المصدر السابق ص٣٩و٤٠.
٣- د،هدىعبدالله،دروس في القانون المدني،العقد،الجزء الثاني،منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الاولى،بيروت لبنان،٢٠٠٨،ص٢٥٣.
٤- د،عدنان ابراهيم السرحان،المصدر السابق،ص٢٣٣.

اولاً:مصلحة المدين:

تعقد الكفالة عادةً لمصلحة المدين حيث يلتزم الكفيل بالضمان لا تبرعا للدائن انما سعياً لمصلحة يحققها للمدين وهذه المصلحة قد تكون الحصول على قرض ابتداء أو زيادة المديونية أو مد أجل الوفاء ، يضاف الى ذلك أن هناك حالات للكفالة المأجورة كما هو الحال في المعاملات المصرفية [١].فإذا كان المدين ملزماً بتقديم كفيل وتقدم الكفيل بالكفالة وفاء لالتزام المدين بذلك ولو دون أن يحصل من الدائن على أية مزية لمصلحة المدين فأنه يكون سبب التزامه وفاء التزام المدين بتقديم الكفالة ، فإذا ثبت بطلان التزام المدين بتقديم كفيل أو عدم وجود هذا الالتزام بطلت الكفالة لإنعدام سببها ، ومثال ذلك حالة ثبوت كون النفاذ المعجل واجباً بقوة القانون ودون كفالة فإذا قدمت الكفالة كانت باطلة لانعدام سببها، وإذا لم يكن المدين ملزماً بتقديم كفيل وضمن الكفيل الدين لا تبرعاً من الدائن بل ليحصل على مصلحة للمدين فأن سبب التزام الكفيل يكون المنفعة التي أشترطها لمصلحة المدين أي أن الكفالة في هذه الحالة تنطوي الاشتراط لمصلحة الغير[٢].

ثانياً: مصلحة الدائن:

فإذا تمخضت الكفالة لمصلحة الدائن عبر ضمان الكفيل للدائن ديناً سابقاً لم يحل أجله دون أن يحصل منه مقابل ذلك على أي شيء لمصلحة المدين فالكفالة هنا تكون تبرعية ويكون سبب التزام الكفيل نية التبرع للدائن مما يشكل سبباً صحيحاًلالتزام الكفيل[٣]. وتبعاً لكون نظرية السبب تستلزم في عقود التبرع وزن للباعث(الدافع) على نية التبرع فطالما كان الباعث الدافع مشروعاً جري عقد التبرع مجري الصحة والعكس هو الصحيح ، وبالترتيب على ذلك يجب البحث عن الباعث الدافع في الكفيل للاقدام على التبرع بالكفالة للدائن ، فإذا كفل شخص زوجته في ثمة دين لها على آخر دون أن يحصل منها على أية مزية لمصلحة المدين بل لمجرد بعث الطمأنينة إلى نفسها أضحى سبب الكفالة هو نية التبرع والباعث إليها مشروعاً فتصح الكفالة ، أما إذا كفل شخص لخليلته ديناً لها على آخر دون أن يحصل منها على أية مزية لمصلحة المدين بل لمجرد كسب رضاها بمعاشرته كان سبب الكفالة نية التبرع والباعث إليها غير مشروع فتبطل الكفالة[٤].

١- د،حمدي عبدالرحمن،المصدر السابق،ص٣٣٣.
٢- د،قدري عبدالفتاح الشهاوي،المصدر السابق،ص١٠١.
٣- سليمان مرقس،في العقود المسماة،المجلد الثالث،الجزء السابع،دون ذكر سنة ومكان الطبع،ص٦٦.
٤- د،قدري عبدالفتاح الشهاوي،المصدر السابق،ص١٠٠.

المبحث الثالث

آثارعقد الكفالة

يبرم عقد الكفالة بين الكفيل والدائن والمدين ليس طرفاً فيه ولما كان الكفيل يضمن للدائن الوفاء بالالتزام إذا لم يفي به المدين ، حيث يمكن أن يفي الكفيل بالدين ،ونظراًلان التزام الكفيل التزام تبعي فأن من حق الكفيل الرجوع على المدين بما وفاه للدائن وإذا كان هناك أكثر من كفيل يثور التساؤل حول العلاقة بينهم في حالة الوفاء بالدين من جانب أحدهم[١]. تنشأ عن عقد الكفالة علاقات متعددة فهناك العلاقة بين الدائن والكفيل وبين الكفيل والمدين وبين الكفيل وغيره من الكفلاء وسنبحث هذه العلاقات في ثلاثة مطالب وعلى النحو الأتي:

المطلب الاول

العلاقة بين الدائن والكفيل

الكفالة عقد ضمان ولها آثارفيما بين الكفيل والدائن لأنهما طرفا العقد وتتركز هذه الآثار في أن للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول ، وله أن ينفذ على أمواله ليحصل على حقه ، ولكن طالما أن عقد الكفالة هو عقد تبعي فأنه يجب على الدائن أن يطالب المدين أولاً قبل أن يطالب الكفيل كما أنه يجب أن ينفذ على أموال مدينه الأصلي لاستيفاء حقه قبل أن ينفذ على أموال الكفيل وهذا ما يسمى الدفع بالتجريد ، وفي حالة تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد مع عدم تضامنهم فليس للدائن أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه من الدين فقط وهذا ما يسمى الدفع بالتقسيم ، وإذا رجع الدائن على الكفيل وأستوفى حقه كاملاً فأنه يجب عليه أن يسلم للكفيل أو الكفلاء المستندات اللازمة لأستعمالها في الرجوع على المدين كما يلتزم أيضاً بنقل التأمينات الضامنة للدين الى الكفيل أو الكفلاء[٢] . وتخضع هذه العلاقة لعدةمبادئ نتولى بحث قسم منها بإيجاز:

أولاً: حلول أجل المطالبة:

لايحق للدائن أن يطالب الكفيل بأداء الدين المكفول به إلا عند حلول موعد المطالبة وإذا لم يكن هناك أتفاق على تحديد أجل مطالبة الدائن للكفيل فأن هذا الأجل يحل باستحقاق دين المدين المكفول عنه [٣].وهذا يعني جواز كفالة الدين الحال على وضعه ، حيث تجوز مطالبة الكفيل او المدين فوراً ، كما يجوز أيضاً كفالة الدين المؤجل بصورة

١- د،مصطفى عبدالجواد حجازي،المصدر السابق،ص٩٧.
٢- د،محمد علي عبده،المصدر السابق،ص١١٤.
٣- تنص المادة١/٩٦٦من القانون المدني الاردني على انه(على الكفيل ان يفي بالتزامه عند حلول الأجل) والمادة ٩٦٩منه(اذا وقعت الكفالة مطلقة فان التزام الكفيل يتبع التزام الاصيل معجلا كان أو مؤجلا).

مطلقة فيتحدد أجل مطالبة الكفيل أجل مطالبة المدين فإذا حل الأجل كان للدائن أن يطالب المدين أو الكفيل ولكن لايجوز بأي حال أن يكون أجل دين الكفيل أقرب من أجل دين المدين تطبيقاًلقاعدة أن التزام الكفيل لايجوز أن يكون أشد من التزام المدين [١]. وأما القانون المدني العراقي فقد عالج حلول أجل المطالبة في المادة(١/١٠١٣) والتي تنص(إذا كان الدين مؤجلاً على الاصيل ، وكفل به احد ، تأجل على الكفيل ايضاً) والفقرة/٢ منها على انه (وإذا أجل الدائن الدين على الاصيل تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل٠٠٠٠)٠وقد ذهبت محكمة تمييز العراق في قرار لها، الدائن مخير أن يطالب المدين أو الكفيل[٢].

ثانياً:حق الدائن في مطالبة المدين أو الكفيل أو مطالبتهما معا:

تنص المادة (١/٩٦٧) من القانون المدني الأردني على أن (للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معاً)وهذا هو حكم المادة (٦٤٤) من مجلة الأحكام العدلية ، وهذا الحكم هو تقرير لما أخذ به جمهور فقهاء المسلمين فهم يذهبون الى أن الكفالة تعطي الدائن المكفول له الحق في أن يطالب الكفيل بأداء الدين وأن هذا الحق لايسقط حق المكفول له في مطالبة المدين المكفول عنه فله مطالبة أيهما شاء، أو مطالبة الأثنين معاً بكل الدين أو مطالبة كل منهما بجزء منه بشرط أن لايأخذ أكثر من حقه وأن القانون الأردني لم ياخذ بالحكم الغالب في القوانين الوضعية الذي يذهب الى أن الكفيل أنما يلتزم بصفة احتياطية لذلك لايمكن أن يطالبه الدائن بالدين قبل مطالبة المدين الأصلي ومن هذه القوانين القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي [٣]٠أما موقف القانون المدني العراقي فقد جاء في المادة (١٠٢١) والتي نصت على أنه (يفرض في الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالدين ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط أو كان قد تضامن مع المدين)٠

ثالثاً:التنفيذ على أموال الكفيل:

يترتب على صفة التبعية التي تلحق بالتزام الكفيل أن الكفيل لايلتزم بالوفاء إلا إذا تخلف وفاء الدين من المدين الأصلي ، ويقتضى هذا المعنى أنه إذا شرع الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل فأن لهذا الأخير أن يدفع إجراءات التنفيذ بضرورة التنفيذ على أموال المدين أولاً ثم تبين عدم كفايتها للوفاء بالدين ، وهذا الدفع يسمى الدفع بالتجريد لأنه يتضمن مطالبة الدائن بتجريد المدين من أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل [٤]٠وهذا الحق أو الدفع توجبه إعتبارات من العدل وأخرى عملية ، فليس من العدل أن يرى الكفيل

١.سمير عبد السيد تناغو،التأمينات الشخصية والعينية،منشأة المعارف،الاسكندرية،١٩٨٦،ص٦٠.
٢.قرار تمييزي بالعدد٧١٦/م٧١/٣ في١٩٧١/٧/١٥،المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز،القسم المدني،اعداد ابراهيم المشاهدي،مطبعة العمال المركزية،بغداد،٢٠٠٧،ص٥٦٠.
٣.د،عدنان ابراهيم السرحان،المصدر السابق،ص٢٦٢و٢٦٣.
٤.د،حمدي عبدالرحمن،المصدر السابق،ص٣٦٣.

وهو ضامن لدين غيره وأمواله تنزع منه بينما أموال هذا الغير (المدين) قائمة لاتمس ، كما أن الكفيل إذا ألزم بدفع الدين من أمواله حق له الرجوع بما وفى على المدين وله في سبيل ذلك نزع أموال الأخير والتنفيذ عليه ، فيكون من الأفضل اختصار هذه الاجراءات وما يستتبعها من نفقات بالتنفيذ أولاً وأخيراً على أموال المدين خصوصا وأن الدائن لايضار من ذلك فهدفه الحصول على حقه سواء عن طريق التنفيذ على أموال الكفيل أو المدين[١].وقد عالج القانون المدني العراقي ذلك في المادة (٢/١٠٢١) بقولها (فاذا طولب الكفيل أولاً ، جاز له عند الاجراءات الأولى التي توجه ضده ، أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الاجراءات ضده إذا ظهر ان أمواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله ، وتقدر المحكمة ما اذا هناك محل لوقف الإجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء) . وهذا هو موقف القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود اللبناني[٢].

المطلب الثاني

العلاقة بين الكفيل والمدين

العلاقة الوحيدة التي تكون من نتاج عقد الكفالة في ذاته هي العلاقة بين الدائن المكفول له والكفيل أما العلاقات الاخرى فهي تنشأ بقوة القانون على أساس واقعة الوفاء من الكفيل للدائن أي تنفيذه لعقد الكفالة [٣].ومن هذه العلاقات هي تلك التي تقوم بين الكفيل والمدين المكفول عنه ولدراستها يقتضي معرفة حق الكفيل في الرجوع على المدين بعد ان أوفى بالدين بدلا عنه ومن ثم وسيلة هذا الرجوع وذلك على النحو الأتي:

اولا:رجوع الكفيل الموفي على المدين:

تحكم هذا الرجوع القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (١٠٣٣) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (١. اذا ادى الكفيل ما كفل به من ماله ، فله الرجوع بما أدى على المدين . ٢. ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق، سواء كانت الكفالة بأمر المدين أو بغير أمره) ، ولا يحق للكفيل الرجوع على المدين الا بما دفعه من الدين[٤].أما القانون المدني الأردني فقد عالج هذه الحالة في المادة (٩٧٩) بقولها(١. ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه الا اذا كانت الكفالة بطلبه أو موافقته وقام الكفيل بأدائها. ٢. وليس له أن يرجع بما عجل أداءه من الدين المؤجل الا بعد حلول الأجل) ، أما القانون المدني المصري فقد ذهب في المادة

١.سمير عبد السيد تناغو،المصدر السابق،ص٦٨.
٢.انظر المادة(٢٠٢١)من القانون المدني الفرنسي والمادة(١٠٧٢)من قانون الموجبات والعقود اللبناني.
٣.د،عدنان ابراهيم السرحان،المصدر السابق،ص٢٨٦.
٤.قرار تمييزي بالعدد ٤٣٦/حقوقية/ ٦٩في ١٩٦٩/٨/١٨،المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز،القسم المدني،اعداد ابراهيم المشاهدي،المصدرالسابق ،ص٥٥٨.

(١/٨٠٠)منه الى أن (للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين ، سواء أكانت الكفالة قد عقدت بعلمه أم بغير علمه) ، وهذا الحكم مستفاد من المادة (٢٠٢٨) من القانون المدني الفرنسي ، أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني فقد أخذ بحكم مقارب لحكم القانون المدني الأردني فقد نصت المادة (١٠٨٥) منه على أنه (اولا- لا حق للكفيل في الرجوع على المديون . ثانيا- عندما تكون الكفالة قد أعطيت بالرغم من منع المديون)[١].

ثانيا:وسيلة رجوع الكفيل الموفي على المدين:

للكفيل دعويان يستطيع بهما الرجوع بما يستحقه على المدين ، وسوف نبحث في هاتين الدعويين بايجاز وعلى النحو الأتي:

أ – الرجوع بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة):

اختلف الفقه في اساس هذه الدعوى ، فذهب البعض منهم الى أنها دعوى الوكالة في الحالات التي تكون فيها الكفالة قد عقدت برضاء المدين حيث يعتبر الكفيل عندئذ وكيلاً عن المدين في الوفاء بموجب وكالة صريحة ، فان عقدت الكفالة بعلم المدين دون اعتراضه فالوكالة عندئذ ضمنية أما إذا عقدت الكفالة دون علم المدين أو رغم معارضته فان الكفيل يكون فضوليا لا كفيلاً وهذا هو الرأي الغالب في الفقه الفرنسي وكذلك رأي الدكتور السنهوري[٢]. غير أن معظم الفقهاء يذهبون الى أن أساس الدعوى الشخصية هو القانون نفسه ، ويتم الرجوع بدعوى الكفالة وهي دعوى مستقلة عن دعوى الوكالة والفضالة، فلا هي دعوى وكالة حيث لاتطبق عليها احكام الوكالة ولا هي دعوى فضالة إذا لايتعلق الأمر بأمر عاجل قام به الفضولي لحساب رب العمل ، ومن ثم فالدعوى الشخصية تجد أساسها في القانون نفسه والذي يمنحها للكفيل باعتباره كفيلاً وليس كوكيل أو فضولي[٣].

ب – الرجوع بدعوى الحلول:

هذه الدعوى ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الحلول القانوني فيما اذا قام بالوفاء شخص غير المدين فيحل الموفي محل الدائن إذا كان ملزما بوفاء الدين عن المدين[٤].وقد ذهبت بعض القوانين [٥].صراحة الى تقرير حق الكفيل في الحلول محل الدائن الموفي له في رجوعه على المدين ، أما القانون المدني الأردني فلم ينص لا على القاعدة العامة في الوفاء مع الحلول ولا على تطبيقها في عقد الكفالة الا ان هذا لايعني عدم قدرة الكفيل في الرجوع على المدين عن طريق حلوله محل الدائن الموفي له ،

١.د،عدنان ابراهيم السرحان،المصدر السابق،هامش رقم(١) ،ص٢٨٦.
٢.سمير عبدالسيد تناغو،المصدر السابق،ص١١٣.
٣.د،مصطفى عبدالجواد حجازي،المصدر السابق،ص١٤١.
٤.د،عبدالرزاق احمد السنهوري،المصدر السابق،ص١٨١.
٥.انظر المادة(١٠٣٣)من القانون المدني العراقي والمادة(٧٩٩)من القانون المدني المصري.

وللكفيل بموجب دعوى الحلول أن يرجع أما على المدين الأصلي أو على الغير حائز العقار المرهون لان الكفيل يرجع بذات الدين وبتأميناته وللكفيل أن يرجع بجميع ما دفعه من دين ومصاريف ، وإذا كان الكفيل قد أدى جزءاً من الدين من الدين فلا يستطيع أن يزاحم الدائن في رجوعه بباقي الدين على المدين ، فلايستوفي الكفيل حقه في مواجهة المدين الا بعد أن يستوفي الدائن حقه قبل هذا المدين [١].أما إذا أوفى شخص لدائن ما له من دين بذمة مدينه فلا يعتبر الدافع كفيلاً بل يحل محل الدائن حلولاً قانونياً في حالة توفر شروط الحلول[٢] .

ثالثا:حالة الرجوع وتعدد المدينين:

اذا تعدد المدينون في الدين الواحد وكانوا غير متضامنين فاذا كان الكفيل قد كفلهم جميعا كان له الرجوع على كل واحد منهم بقدر نصيبه في الدين ، فطالما كانوا غير متضامنين فيعتبر الكفيل أنه قد كفل عدة ديون متفرقة على عدة اشخاص فيرجع على كل منهم بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، أما إذا كان المدينون غير متضامنين وقد كفل الكفيل بعضهم فقط فأنه لايرجع إلا على من كفله منهم وفي حدود نصيبه من الدين ولايجوز له الرجوع على غير هذا المدين ما لم يكن قد دفع ما يزيد عن نصيب المدينين الذين كفلهم[٣] . ويترتب على ذلك براءة ذمة مدينين آخرين لم يكفلهم فأنه يكون له حق الرجوع على هولاء المدينين بدعوى الاثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة [٤] . وفي حالة تعدد المدينين وكانوا متضامنين فاذا كفل الكفيل جميع المدينين المتضامنين ووفى الدين للدائن فله أن يرجع على أي منهم بكل الدين وذلك بمقتضى الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول ، وإذا أعسر أحد هولاء تحمل هذا المدين وغيره من المدينين الموسرين حصة المدين المعسر [٥].ولا يفترض التضامن في الكفالة المدنية ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة أو في عقد منفصل[٦] .

١.د،عدنان ابراهيم السرحان،المصدالسابق،ص٢٩١و٢٩٢و٢٩٣.
٢.الفقرة (٣) من قرار تمييزي بالعدد٩٩٩/م٧١/٢في ١٠/٥/١٩٧٢،المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز،القسم المدني،اعداد ابراهيم المشاهدي،المصدرالسابق،ص٥٦١.
٣.د،محمد علي عبده،المصدر السابق،ص١٦٩و١٧٠.
٤.د،نبيل سعد ابراهيم،المصدر السابق،ص١٣٢.
٥.انظرالمواد(٨٠١)من القانون المدني المصري و(٢٠٣٠) مدني فرنسي و(٤١)موجبات وعقود لبناني.
٦.قرار تمييزي بالعدد ١٧٣/حقوق ثالثة/ ٦٩في ٣١/١٢/١٩٦٩،المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز،القسم المدني،اعداد ابراهيم المشاهدي،المصدرالسابق،ص٥٥٨.

المطلب الثالث

العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء

يختلف حكم الرجوع بحسب ما إذا كان هناك تضامن بين الكفلاء أو لم يكن هناك تضامن بينهم ، وسوف نبحث في ذلك وعلى النحو الأتي:

اولاً:تعدد الكفلاء مع عدم تضامنهم:

إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد أو بعقود متتالية وأحتفظ كل منهم بحق التقسيم فالأصل أن الدين ينقسم عليهم ، فلا يلزم كل منهم الا بقدر نصيبه من الدين [١] . وان إعسار أحدهم لايتحمله غيره من الكفلاء وانما الدائن هو الذي يتحمل حصة الكفيل المعسر منهم ، فاذا أوفى أحد هولاء الكفلاء بنصيبه فانه لايجوز له الرجوع على غيره من الكفلاء بشيء ، ولكن اذا أوفى الدين كله رغم عدم التزامه بذلك فلا يحق له الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بدعوى ألاثراء بلا سبب وذلك طبقا للقواعد العامة ، ويتحدد مدى هذا الرجوع بقدر نصيب كل كفيل من الدين لأن هذا هو القدر الذي أثرى به [٢]. وقد عالج معظم القوانين المدنية العربية صراحة حالة تعدد الكفلاء مع عدم تضامنهم ومن هذه القوانين القانون المدني العراقي حيث قضت المادة (١٠٢٤) منه بأن(إذا تعدد الكفلاء فإن كان كل منهم قد كفل الدين على حدة بعقد مستقل طولب كل منهم بجميع الدين وإن كانوا قد كفلوا معاً في عقد واحد قسم الدين بينهم وطولب كل منهم بحصته ، إلا اذا كانوا قد كفلوا متضامنين فيما بينهم . ويفترض عدم التضامن ما بين الكفلاء ، إلا إذا أشترط التضامن) [٣].

ثانيا:تعدد الكفلاء مع تضامنهم:

الكفيل مسؤول بقدر حصته إلا إذا كان متضامنا مع سائر الكفلاء ، فيمكن أن يكون مقدم الكفالة شخصاً واحداً أو عدة أشخاص ، فاذا كانوا عدة أشخاص فقد يكون تكفلهم متضامنا وقد لايكون ، وفي هذا الأساس إذا تعدد الكفلاء لدين واحد بصك واحد كان كل منهم ملزما بقدر حصته ونصيبه ويحق له التشبث تجاه الدائن بتجزئة الدين ، فمن كفل ربع الدين مثلا لا يضمن الا هذا الربع ، ولايمكن القول بأن الكفلاء متضامنون في عقد الكفالة الا اذا كان الاتفاق صريحا على ذلك ، وكذلك لا يمكن القول بان الكفلاء متضامنون في عقد الكفالة إلا إذا كان كل منهم قد عقد الكفالة على حدى للدين بكامله ففي هذه الحالة كل منهم يطالب بالدين بكامله كما لو كان متضامناً [٤].وقد عالج القانون المدني العراقي

---

١. انظرالمادة(١٠٧٥)من قانون الموجبات والعقود اللبناني.
٢. د،نبيل سعد ابراهيم،المصدر السابق،ص١٣٥و١٣٦.
٣. انظرالمواد(٧٩٢)من التقنين المدني المصري و(٩٤٧)من التقنين المدني الأردني.
٤. د،نزيه كبارة،العقودالمسماة،البيع،الاجارة،الوكالة،الكفالة،المؤسسة الحديثة للكتاب،طرابلس،لبنان،٢٠١٠،ص٤٠٣.

حالة تعدد الكفلاء المتضامنين في المادة (١٠٣٢) بقولها (إذا تعدد الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى احدهم الدين ، كان له أن يرجع عند الأستحقاق على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم)[١] .

ويكون رجوع الكفيل على باقي الكفلاء اما بدعوى الحلول وأما بدعوى الإثراء بلا سبب ويشترط لذلك شرطان:

الأول: أن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول أجله ، ويكون ذلك بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء وإذا أوفى الكفيل جزءاً من الدين أكثر من حصته يجوز له الرجوع على باقي الكفلاء كل حسب حصته ويقع على الكفيل عبء إثبات الدفع .

الثاني: أن يكون الدفع مفيداً أو مبرئاً لذمة جميع الكفلاء ، فاذا كان الدين باطلاً أو كان أنقضى بالتقادم ، فلا يكوم للكفيل الرجوع على باقي الكفلاء[٢] .

١.انظرالمواد(٩٧٥)من القانون المدني الأردني و(٧٩٦)مدني مصري و(١٠٨٢)موجبات وعقود لبناني.
٢.سعاد توفيق سليمان ابو مشايخ،عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه،دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري،لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس،فلسطين،٢٠٠٦،ص١٧٣و١٧٤،منشور على موقع الأنترنيت scholar.najah.edu .

المبحث الرابع

انقضاء عقد الكفالة

الكفالة هي عقد تابع لالتزام أصلي تقوم على ضمان الوفاء به وتدور مع هذا ألألتزام وجوداً أو عدماً ، فكل ما يؤثر في الالتزام المكفول يؤثر في عقد الكفالة وهذا العقد ينقضي بصفة تبعية بجميع ألأسباب ألتي تنتهي به ألألتزام الأصلي ، غير أن تبعية عقد الكفالة للالتزام الأصلي لاتمنع من أنه يجب أن يستوفي في جميع مقوماته كعقد ويخضع في نشوئه وفي انقضائه للقواعد العامة ، فيمكن للكفيل أن يطعن بصدور الكفالة منه لعيب شاب رضاه أو بأي سبب آخر من أسباب البطلان فيؤدي ذلك الى تقرير بطلان الكفالة ،كما أنه يجوز له أن يتمسك بانقضاء التزامه بقطع النظر عن إنقضاء الدين المكفول بأي سبب من أسباب الانقضاء العامة [1] ٠ويتضح مما تقدم أن عقد الكفالة ينقضي أما بصفة تبعية أو بصفة أصلية وهناك عدة أسباب لانقضائه وسوف نبحث في أهم هذه الأسباب من وجهة نظرنا في ثلاثة مطالب وعلى النحو الأتي٠

المطلب الاول

الابراء والوفاء

تنقضي الكفالة إذا قام الدائن بابراء ذمة المدين من الدين ، كما وتنقضي الكفالة إذا قام المدين بوفاء الدين لدائنه وسوف نبحث في هذين السببين وعلى النحو الأتي:

اولا: انقضاء الكفالة بالابراء:

نصت المادة (١٠٤١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل على انه (ابراء الدائن المدين يوجب براءة الكفيل ٠ ولكن ابراءه الكفيل لايوجب براءة المدين)٠واستنادا لهذا النص فأن الكفالة تسقط بالابراء ، فاذا قام الدائن بابراء المدين من الدين تبرأ ذمة الكفيل كذلك بالتبعية فسقوط الأصل يؤدي حتما الى سقوط الفرع وعلى النقيض من ذلك إذا قام الدائن بإبراء الكفيل فان ذمة المدين الأصلي لاتبرأ [2] ،واذا تعدد الكفلاء وقام الدائن بابراء أحدهم بدون رضاهم فانه يبريء هؤلاء بقدر حصة الكفيل الذي أبرئت ذمته ، أما إذا كان الابراء برضاهم فذمتهم لا تبرأ [3]٠فاذا انقضى الدين المكفول بابراء الدائن للمدين من الدين تنقضي مع الابراء الكفالة تبعا لانقضاء الدين المكفول بالابراء ، ولايجوز للدائن الذي يبريء ذمة المدين أن يحتفظ بحقه ضد الكفيل لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين كما إن رجوع الكفيل على المدين يصبح مستحيلا بعد إبراء هذا

١.د،محمد علي عبده،المصدر السابق،ص١٨٠.
٢.د،نزيه كبارة،المصدرالسابق،ص٤١٥.
٣.انظرالمادة(١٠٩١)من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

الأخير وإذا رد المدين هذا الابراء جاز للكفيل ان يطعن بهذا الرد ضد المدين [١].وإلابراء يجب أن لا ينضوي على جهالة فاحشة للشيء الذي يروم إلابراء عنه وإلا اصبح فاقداً لسببه عملا بالمادة (١٢٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل التي نصت على ان لابد لكل التزام ينشأ عن عقد من محل يضاف اليه يكون قابلا لحكمه[٢].

ثانياً:انقضاء الكفالة بالوفاء:

المقصود بالوفاء هو قيام المدين بتنفيذ التزامه على الوجه ألذي أتفق عليه مع الدائن أو على الوجه الذي تم تحديده بموجب القانون ، أي انه اتفاق على قضاء الدين بين الموفي والموفي له ، وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام لأنه يعتبر تنفيذاً لما تعهد به المدين من التزامات سواء أكان محل الالتزام هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو تسليم شيء [٣]، والوفاء في القانون المدني العراقي والمصري واللبناني والسوري والفرنسي يعتبر سببا لانقضاء الالتزام ويعالج بحثه من قبل الفقه في هذه البلدان ضمن انقضاء الالتزام بينما هو في القوانين المدنية لبعض الدول كالقانون المدني الاردني يعتبر من آثار الالتزام وطريقا لتنفيذه [٤]. فإذا قام المدين بايفاء دينه سقط هذا الدين وبالتالي فان الكفالة تسقط بسقوطه غير أنه إذا كان الوفاء باطلاً أوأبطل أعتبر كأنه لم يكن فيعود الدين المكفول وتعود معه الكفالة ولا فرق في أن يكون الكفيل متضامنا مع المدين أم غير متضامن، وقد قضي بان الكفالة لاتسقط ضمنا أو استنتاجا وتبقى قائمة طالما أن الدين المكفول لم يسدد بكامله وأن المعترض لم يتبلغ اشعارا باعفائه منها وهي تبقى سارية المفعول إذا تبين إن الدين المكفول لم يسقط ولم يحكم ببطلانه [٥].ويكفي لقضاء الدين المكفول أن يحجز الدائن على أموال المدين ويبيعها ويكون الثمن كافيا لوفاء حقه ، حتى لو هلك المال قبل تسليمه للمشتري ، فان الضامن للهلاك في هذه الحالة لا يكون الدائن بل المدين إذ يعتبر هو البائع ، واذا لم يقبل الدائن الوفاء وأضطر المدين لعرض الدين عرضا حقيقياً تلاه الايداع فان العرض الحقيقي يقوم مقام الوفاء إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته ، ويجوز للمدين ان يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله أو ما دام لم يصدر حكم بصحته ، وإذا رجع لم يعتبر المدين قد وفى الدين ومن ثم لاتبرأ ذمة الكفيل ، أما إذا رجع المدين في العرض بعد أن قبله الدائن أو بعد أن حكم بصحته وقبل الدائن هذا الرجوع لم يكن لرجوع المدين أثر في حق الكفيل وأعتبر الدين موفي بالنسبة

١.المحامي موريس نخله،الكامل في شرح القانون المدني،دراسة مقارنة،الجزء التاسع،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،٢٠٠٧،ص٣٨٥.

٢.القرارالتمييزي بالعدد(٥٥٤) في ٢٠٠٨/٣/٢٧،المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات ٢٠٠٦و٢٠٠٧و٢٠٠٨،اعداد المحامي علاء صبري التميمي،الطبعة الثانية،بغداد،٢٠٠٩،ص٦.

٣.د.ياسين محمد الجبوري،الوجيزفي شرح القانون المدني الاردني،الجزء الثاني،آثار الحقوق الشخصية،احكام ألالتزامات،دراسة موازنة،الطبعة الاولى،عمان الاردن،٢٠٠٣،ص٤٣.

٤.د.حسن علي الذنون،شرح القانون المدني العراقي،اصول الالتزام،مطبعة المعارف، بغداد،١٩٧٠،ص ٢٨٨و٢٨٩.

٥.د.نزيه كبارة،المصدرالسابق،ص٤١٥.

اليه وبرئت ذمته نهائياً[1]. واخيراً فأن القانون المدني العراقي في الفصل الثالث الخاص بانتهاء الكفالة لم ينص صراحة على ما يشير الى إنتهاء الكفالة بالوفاء لكن يفهم ذلك من المادة (١٠٤٠) منه والتي تنص (أداء المدين أو الكفيل أو كفيل الكفيل الدين المكفول به يوجب براءة المدين والكفيل وكفيل الكفيل).

المطلب الثاني

مرور الزمان (التقادم المسقط)

تنقضي الكفالة بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى وهذا ما يسمى بالتقادم المسقط ولبحث ودراسة ذلك يستلزم منا تعريف التقادم المسقط أولاً ومن ثم التطرق الى زوال الدين المكفول بالتقادم ثانياً ، وعلى النحو الأتي:

اولا:التعريف بالتقادم المسقط:

التقادم المسقط عبارة عن مضي مدة معينة على أستحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن فيترتب على ذلك سقوط حقه في المطالبة إذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه ، والفكرة الأساسية التي يقوم عليها التقادم المسقط هي إستقرار المعاملات فالحق الذي يسكت عنه صاحبه عن المطالبة به مدة طويلة لا يكون له أن يطالب بعد إنقضاء هذه المدة والى أجل غير محدد ، لأن سكوت الدائن عن المطالبة مدة طويلة فيه دلالة على أنه استوفى حقه أو على أنه قد تنازل عنه للمدين أو أن الدائن شخص مهمل فتكون رعاية حق المدين أولى وفي جميع الأحوال فأنه من غير المقبول من ناحية استقرار المعاملات أن يطالب المدين بمخالصة الوفاء مهما طال الأجل ، وأن يسمح للدائن أو ورثته بمطالبة المدين أو ورثته بعد مرور عدة أجيال ، ولذلك فان كل التشريعات تجعل مرور مدة معينة من الوقت سببا من أسباب تقادم ألألتزام [2]. وجعل القانون المدني العراقي هذه المدة خمسة عشرة سنة[3] .

ثانيا:زوال الدين المكفول بالتقادم:

إذا انقضى الدين المكفول بالتقادم ، أنقضت بانقضائه الكفالة ، وذلك حتى لو كان التزام الكفيل التابع لم ينقض هو نفسه بالتقادم وغالب الأمر هو سريان التقادم بالنسبة الى الدين الأصلي في الوقت الذي يسري فيه بالنسبة الى التزام الكفيل ، فيزول الدينان بالتقادم في وقت واحد وعندئذ تبرأ ذمة الكفيل أما لأن المدين الأصلي قد برئت ذمته

١.د،عبدالرزاق احمد السنهوري،المصدر السابق،ص٢١٤و٢١٥.
٢.د،عبدالمجيد الحكيم،عبدالباقي البكري،محمد طه بشير،القانون المدني واحكام الالتزام،الجزءالثاني،بغداد،١٩٨٠،ص٣١٠.
٣.تنص المادة(٤٢٩)من القانون المدني العراقي المعدل على انه(الدعوى بالالتزام اياً كان سببه لاتسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه من احكام خاصة).

والكفيل تابع للمدين الأصلي ، أو لأن التزام الكفيل التابع قد انقضي هو نفسه بالتقادم مستقلاً عن الدين ألأصلي ، ولكن قد يحدث أن الدين الأصلي ينقضي بالتقادم دون أن ينقضي التزام الكفيل ويقع ذلك إذا كان التزام الكفيل قد نشأ بعد الدين الأصلي فحينئذ يتقادم الدين الأصلي قبل أن يتقادم التزام الكفيل ، وبتقادم الدين الأصلي تبرأ ذمة الكفيل تبعا لانقضاء الدين الأصلي ، وذلك دون أن يتقادم التزام الكفيل [١].وفي جميع الأحوال تسقط الكفالة إذا سقط الالتزام بمرور الزمن ، فقد تكون الكفالة متزامنة مع الدين الأصلي وهذا هو الغالب وقد تكون متأخرة عنه (أخذت من الكفيل بتاريخ لآحق) ، فإذا كانت متزامنة مع الدين الأصلي فأن انقضاء هذا الدين بمرور الزمن يعني انقضاء الكفالة بمرور الزمن كذلك ، فتسقط الكفالة بسبب مرور الزمن عليها أو بسبب مروره على الدين الأصلي ، أما إذا كانت الكفالة متأخرة عن الدين الأصلي فان انقضاء الدين الأصلي بمرور الزمن عليه يؤدي الى انقضاء الكفالة كذلك [٢] . وقد يهمل المدين الأصلي الدفع بمرور الزمن ، فان ذلك لايؤثر في موقف الكفيل الذي يحق له أن يدلي بمرور الزمن ليبرىء ذمته هو، وعلى كل فأن إنقطاع حكم مرور الزمن على المدين الأصلي يجري مفعوله على الكفيل[٣] . وخلاصة القول اذا تقادم الدين الأصلي ، برئت ذمة الكفيل تبعا لذلك حتى لو لم يتمسك المدين الأصلي بالتقادم أو حتى لو نزل عنه ، فان كان المدين الأصلي لم يتمسكبالتقادم جاز للكفيل ان يتمسك به [٤] . ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين [٥] ، والكفيل لاشك في أن له مصلحة في التمسك بتقادم الدين الأصلي إذ تبرأ ذمته من الكفالة وان كان المدين الأصلي قد نزل عن التقادم جاز للكفيل أن يطعن في هذا النزول بالدعوى البوليصية باعتباره دائناً للمدين الأصلي [٦]، واذا كان كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية بحتة لو كان الكفيل تاجراً ولذلك فان حق الكفيل في الرجوع على مكفوله بما اداه عن دين الكفالة يتقادم بمضي خمس عشرة سنة (المادتان ١٠١٦ و ٤٢٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل[٧].

١.د،قدري عبدالفتاح الشهاوي،المصدرالسابق،ص٢١٧.
٢.د،نزيه كبارة،المصدرالسابق،ص٤١٧.
٣.انظرالمادة(١٠٩٥)من الموجبات والعقود اللبناني.
٤.د،قدري عبدالفتاح الشهاوي،المصدرالسابق،ص٢١٨.
٥.انظرالمادة(١/٣٨٧)من القانون المدني المصري.
٦.د،عبدالرزاق احمد السنهوري،المصدر السابق،ص٢٣٣.
٧.القرارالتمييزي بالعدد٥٧/مدنية اولى/١٩٧٩ في ١٩٨٠/٥/٤منشور في مجموعة الاحكام العدلية،يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل،العدد الثاني،السنة الحادية عشرة،١٩٨٠،ص٣٩.

المطلب الثالث

استحالة التنفيذ واتحاد الذمة

تنقضي الكفالة إذا كان الدين المكفول مستحيل التنفيذ لسبب أجنبي ، وبإتحاد الذمة بين الدائن والمدين ، وسوف نبحث في هذين السببين وعلى النحو الأتي:

اولاً: انقضاء الكفالة باستحالة التنفيذ:

عندما يصبح تنفيذ ألألتزام مستحيلا فأنه ينقضي ولا يجبر المدين على تنفيذه ، إذ القاعدة العامة في هذا الخصوص هي أنه (لا إلتزام بمستحيل) وهذا الحكم تقتضيه طبيعة الأشياء[١]. وتنص بذلك المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي على أنه (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به اصبح مستحيلا لسبب أجنبي لا يد له فيه) ، واستحالة تنفيذ الالتزام يترتب عليه براءة ذمة المدين نهائياً من الدين أولاً ونشوء ألتزام على عاتقه ثانياً [٢].وتطبيقا للنص المذكور يشترط لقيام الكفالة وجود التزام ، ولاتكون صحيحة الا اذا كان هذا الالتزام صحيحاً [٣].واذا انقضى الدين المكفول باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي ، انقضت بانقضائه الكفالة ، فاذا كان للدين كفيل ثم استحالة تنفيذ الدين بسبب أجنبي فانقضى وبرئت ذمة المدين منه فان ذمة الكفيل تبرأ تبعا لبراءة ذمة المدين ، واذا استحال تنفيذ الدين بخطأ المدين فان محل الدين يتحول الى تعويض ولا تبرأ ذمة المدين ، كذلك لا تبرأ ذمة الكفيل بل يبقى كفيلاً للتعويض أما اذا هلك الشيء بفعل الكفيل فان ذمة المدين تبرأ من الدين ، اذ يعتبر فعل الكفيل سببا أجنبيا بالنسبة الى المدين وتبرأ ذمة الكفيل باعتباره كفيلاً تبعاً لبراءة ذمة المدين ، ولكن الكفيل يبقى مسئولا عن خطئه كمدين أصلي نحو الدائن[٤].

ثانياً:إنقضاء الكفالة باتحاد الذمة بين الدائن والمدين:

قد ينقضي التزام الكفيل باتحاد الذمة ، دون أن ينقضي الدين المكفول ويتحقق ذلك إذا مات الدائن وورثه الكفيل ، فاتحدت الذمة وانقضت الكفالة ، وأن إلتزام الكفيل ينقضي بصفة أصلية لأنه ورث الدائن ، فأصبح دائنا لنفسه و لكن الدين المكفول لا ينقضي فيستطيع الذي أصبح دائناً باتحاد الذمة أن يرجع على المدين بالدين ذاته ، كما كان يرجع الدائن قبل موته ، أما إذا أتحدت الذمة بين الكفيل والمدين بأن ورث الكفيل المدين ، فالكفالة تنقضي أيضاً دون أن ينقضي الدين المكفول ، واذا أدى الكفيل الدين للدائن فهو يؤديه باعتباره مدينا أصلياً بعد أن ورث المدين ، لا باعتباره كفيلاً اما إذا أداه باعتباره

١.د،ياسين محمد الجبوري،المصدرالسابق،ص٦٢٨.
٢.د،ياسين محمد الجبوري،المصدرالسابق،ص٦٢٨.
٣.المستشارأنور طلبة،انحلال العقود،الفسخ،التفاسخ،البطلان،أستحالة التنفيذ،الظروف الطارئة،التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض،المكتب الجامعي الحديث،الاسكندرية،٢٠٠٤،ص٤٢٥.
٤.د،عبدالرزاق احمد السنهوري،المصدر السابق،ص٢٣٠.

كفيلاً بعد أن أصبح مديناً أصلياً ، فهو لا يستطيع باعتباره كفيلاًالرجوع على نفسه باعتباره مدينا[1]. ونشير أيضا الى أن وفاة الكفيل لا تنهي الكفالة ، لأن الكفالة بعكس الوكالة ، تنتقل الى الورثة فاذا توفي الكفيل ، وأستحقت الكفالة بعد وفاته التزم بدفعها ورثته ، عملا بأحكام المادة (١٠٩٧) من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، ويكون لهم ما يكون لمورثهم من الادلاء بجميع أسباب الدفع المختصة بالمديون الأصلي [2]. كما أن القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل نص في المادة (١٠٤٧) منه على أن (اذا مات الكفيل بالمال ، يطالب بالمال المكفول به من تركته) ، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون المدين (المكفول) حياً وقت إنعقاد الكفالة كي تضم بالكفالة ذمة الكفيل الى ذمته[3] .

١.د،محمد علي عبده،المصدرالسابق،ص١٩٨و١٩٩.

٢.د،نزيه كبارة،المصدرالسابق،ص٤١٨.

٣.الفقرة(١)من القرارالتمييزي بالعدد٩٩٩/م٢/٧١في ١٠/٥/١٩٧٢،المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز،القسم المدني،اعداد ابراهيم المشاهدي،المصدرالسابق ،ص٥٦١.

الخاتمة

بعد الأنتهاء من بحث ودراسة موضوع عقد الكفالة في القانون المدني بتوفيق من الله حيث مهدنا دراستنا في المبحث الأول الى ماهية الكفالة والتعريف بها وظهر بأن جميع التشريعات والقوانين المدنية لم تخلو من تعريف لها وذلك على النقيض من التشريعات والقوانين الجنائية حيث لم ترد فيها تعريف للكفالة ، وقد أخذ القانون المدني العراقي بالتعريف الوارد بالفقه الحنفي وهو أن الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بشيء ويعتبر هذا التعريف هو الأنسب بين الأراء الأخرى للفقهاء لأنه تناول أقسام الكفالة وهي المال والعين والبدن ، وكذلك لأنه فرق بين عنصر المديونية الذي لم يتحمله الكفيل وعنصر المطالبة بالدين الذي يتحمله الكفيل بضم ذمته الى ذمة الأصيل ، ثم بينا خصائص عقد الكفالة فتبين أنه تابع بالدرجة الأولى ورضائي وملزم لجانب واحد وعقد تبرع بالأصل ، أما إذا كانت الكفالة بمقابل فهو عقد معاوضة ، وأعتبر بعض القوانين المدنية على ان الكفالة اصلاً من العقود المجانية ومنها القانون المدني اللبناني ، ثم تناولنا التمييز بين عقد الكفالة وغيره من العقود المشابهة له كالتضامن بين المدينين والتعهد عن الغير وحوالة الدين والانابة الناقصة وظهر أن عقد الكفالة يتميز عن العقود المذكورة في أنه التزام الكفيل هو بالأصل التزام تبعي ، وعلى اعتبار ان الكفالةمن العقود فقد تناولنا في المبحث الثاني أركان عقد الكفالة وتبين لنا أن ابرام عقد الكفالة يتم بالتراضي بين الكفيل والدائن ، فالمدين ليس طرفاً في عقد الكفالة رغم انه يلعب دوراً مهماً في انعقادها ولايشترط في الكفيل سواء أن يكون موسراً ، وهناك بعض التشريعات تضاف شرطاًآخر كالقانون الفرنسي الذي يشترط أن يكون الكفيل مقيماً في دائرة محكمة الأستئناف الواجب تقديم الكفالة فيها وهي عادة موطن المدين ، ويجب لابرام عقد الكفالة توافر الأركان اللازمة لابرام العقود بصفة عامة وهي التراضي فتنعقد الكفالة بايجاب وقبول من الكفيل والمكفول له ، والمحل في عقد الكفالة هو الالتزام أو الدين الذي التزم به الكفيل وهو ما يسمى بالمكفول به ، وركن السبب في عقد الكفالة كغيره من العقود يخضع للنظرية العامة للعقد حيث يجب أن يكون باعث كل من الكفيل والدائن من عقد الكفالة مشروعاً ، وتطرقنا الى دراسة آثار عقد الكفالة في المبحث الثالث والتي تمثلت بحقوق للدائن وهي حقه بمطالبة الكفيل أو المدين أو كليهما وكذلك حق التنفيذ على أموال أي منهما الأ أن ذلك ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على مطالبة المدين والتنفيذ على أمواله قبل مطالبة الكفيل والتنفيذ على أمواله ، أما حقوق الكفيل فهي تتمثل بدفوع يجوز له التمسك بها عند مطالبة الدائن له بالدين ومن أبرزها الدفع بمطالبة المدين قبل مطالبة الكفيل والدفع بالتجريد (التنفيذ) على أموال المدين قبل التنفيذ على اموال الكفيل ، ويترك عقد الكفالة آثاراً في العلاقة بين الكفيل والمدين وهذه العلاقة تنشأ بقوة القانون على اساس واقعة الوفاء من الكفيل للدائن ، وأن وسيلة رجوع الكفيل الموفي على المدين أما يكون بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة) أو بدعوى الحلول ، ورجوع الكفيل على

المدينين في حالة تعددهم فقد تمت التفرقة بين كون المدينين متضامنين وهنا يجوز للكفيل الرجوع على أي منهم بكامل الدين اذا كفلهم جميعا أما اذا كفل بعضهم فأنه يجوز له الرجوع على من لم يكفلهم بدعوى الأثراء بلا سبب ، وفي حالة رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء ، فاذا كانوا متضامنين يجوز لمن أوفى الدين الرجوع على كل منهم بنسبة حصة كل منهم من الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم ، أما اذا كان الكفلاء غير متضامنين فانه يجوز لمن أوفى الدين منهم الرجوع على الباقين بنسبة حصة كل منهم بالدين ولا يرجع بحصة المعسر منهم ، وبحثنا في انقضاء عقد الكفالة في المبحث الرابع فتبين ان عقد الكفالة ينقضي بصفة تبعية بجميع الأسباب التي تنتهي به الالتزام الأصلي غير ان تبعية عقد الكفالة لا تمنع من أنه يجب أن يستوفي في جميع مقوماته كعقد ويخضع في نشوئه وانقضائه للقواعد العامة للعقد ، فيمكن للكفيل أن يطعن بالكفالة الصادرة منه لعيب في الرضا أو أي سبب أخر من أسباب البطلان فيودي الى بطلان الكفالة ، ويظهر من ذلك أن عقد الكفالة أما ينقضي بصفة تبعية أم أصلية ، ودرسنا أهم اسباب انقضاء الكفالة من وجهة نظرنا وهي الابراء والوفاء ومرور الزمان (التقادم) وإستحالة تنفيذ ألألتزاموأتحاد الذمة بين الدائن والمدين ، وأخيرا أتمنى أن أكون قد وفقت في هذه الدراسة ، وبنتيجة البحث والدراسة توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والمقترحات نجملها بما يلي:

أولاً: الاستنتاجات:

١. **الكفالة عقد بمقتضاه تضم ذمة الكفيل الى الأصيل في المطالبة.**
٢. **الكفالة وثيقة شرعت لتوثيق الحقوق وتحقيق التعاون بين الناس وتسهيل معاملاتهم في إقراض الديون والأموال ، وإعارة الأعيان ودفع الحرج عن الناس ليطمئن صاحب الحق في الدين أو العين المعارة للوصول الى حقه ورعاية مصالحه.**
٣. **الكفالة من عقود التبرعات لأنها تقع بدون مقابل على سبيل بذل المعروف حيث تؤول الى القرض حين يدفع الكفيل ويرجع على المكفول بما دفع ولذا يمتنع أخذ العوض عنها.**
٤. **عقد الكفالة كأبرز وأهم أنواع التأمينات الشخصية يتبين لنا أن هذا الضمان عاجز عن تحقيق الحماية الفعالة والمثلى للدائن أو الدائنين ، اذ قد يفقد الكفيل أو الكفلاء في حالة تعددهم أحد الشروط الموضوعية الواجبة فيهم كأن يتعرض للاعسار أو يفقد اهليته ، إضافة إلى ذلك فأن الدائن في هذا الضمان يظل دائناً عادياً حيث يشترك مع غيره من الدائنين في الضمان العام.**
٥. **تنتهي الكفالة تبعا لأنتهاء التزام الأصيل ، فتنتهي بأداء الدين أو الابراء أو تصدق بالدين من جهة المكفول له ، وقد تنتهي بصفة أصلية كما لو تصالح الكفيل مع الدائن أو حصل على البراءة منه ، أو الغي عقد الكفالة ، أو انتهت مدتها.**

ثانياً: المقترحات:

١. أقترح على المشرع العراقي أو الكوردستاني تعديل نص المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل وجعلها تطابق المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري الجديد التي تنص على أن ((الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذ لم يف به المدين نفسه ، لتصبح الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بشيء ، وهذا التعريف يعتبر جامعا لأنواع الكفالة وهي الكفالة بالمال والكفالة بالنفس والكفالة بالعين.

٢. أقترح على المشرع العراقي أو الكوردستاني إضافة مادة الى الباب الخامس الخاص بالكفالةمن القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل تقابل نص ألمادة (٧٧٦) من القانون المدني المصري الجديد الخاصة بصحة عقد الكفالةوالتي تنص على ان ((لا تكون الكفالة صحيحة الا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً)) أو تقابل مضمونها وذلك لخلو القانون المدني العراقي من نص أو مضمون لتلك المادة وذلك على النقيض من التشريعات والقوانين المدنية الأخرى كالقانون المدني السوري والقانون المدني الليبي .

والله ولي التوفيق

الباحث
هاشم عبدال حاجي

المصادر

أولاً:الكتب القانونية:

١. المستشار ، أنور طلبة ، إنحلال العقود ، الفسخ ، التفاسخ ، الانفساخ ، البطلان ، استحالة التنفيذ ، الظروف الطارئة ، التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض ، المكتب الجامعي الحديث ، الأسكندرية ، ٢٠٠٤.

٢. أسماء شناوي صالح ، ماجستير في الفقه المقارن ، كلية الدراسات الاسلامية والعربية للبنات بالاسكندرية ، عقد الكفالة ، حقيقته ، أركانه ، أقسامه ، الآثار المترتبة عليه في الفقه الاسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، ٢٠١٣.

٣. الدكتور ، حمدي عبدالرحمن ، التأمينات العينية والشخصية ، عقد الكفالة ، بدون مكان وسنة طبع.

٤. الدكتور ، حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني ، أصول الالتزام ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠.

٥. الدكتور ، سليمان مرقس ، عقد الكفالة ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٩.

٦. الدكتور ، سليمان مرقس ، في العقود المسماة ، المجلد الثالث ، الجزء السابع ، بدون مكان وسنة طبع.

٧. سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ١٩٨٦.

٨. الدكتور ، عدنان ابراهيم السرحان ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، المقاولة ، الوكالة ، الكفالة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ٢٠١٣.

٩. الدكتور ، عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، في التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر والأخير ، الطبعة الثالثة والجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩.

١٠. علي أحمد السالوس ، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة ، دراسة في الفقه الاسلامي مقارنا بالقانون ، دار الاعتصام ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٨٧.

١١. الدكتور ، عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، بغداد ، ١٩٨٠.

١٢. الدكتور ، قدري عبد الفتاح الشهاوي ، أركان عقد الكفالة العينية والشخصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥.

١٣. الدكتور ، قدري عبد الفتاح الشهاوي ، أحكام عقد الكفالة ، الطبعة الثانية ، توزيع منشاة المعارف ، الأسكندرية ، ٢٠٠٢.
١٤. الدكتور ، مصطفى عبد الجواد حجازي ، عقد الكفالة في القانون المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر ، المحلة الكبرى ، ٢٠٠٦.
١٥. الدكتور ، محمد حسين منصور ، الوافي في شرح القانون المدني ، في العقود المسماة ، عقد الكفالة ، الجزء الثالث ، المجلد الثالث ، الطبعة الثالثة ، بدون مكان طبع ، ١٩٩٤.
١٦. الدكتور ، محمد علي عبده ، عقد الكفالة ، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، الطبعة الاولى ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٥.
١٧. الدكتور ، محمود جمال الدين زكي ، التأمينات الشخصية والعينية ، الطبعة الثالثة ، مطابع الشعب ، القاهرة ، ١٩٧٨.
١٨. المحامي ، موريس نخلة ، الكامل من شرح القانون المدني ، دراسة مقارنة ، الجزء التاسع ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧.
١٩. نبيل سعد ابراهيم ، التأمينات الشخصية ، التبعية وغير التبعية ، الكفالة ، الانابة الناقصة ، الضمان بمجرد الطلب ، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٠.
٢٠. الدكتور ، نزيه كبارة ، العقود المسماة ، البيع ، الاجارة ، الوكالة ، الكفالة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ،الطبعة الأولى ، طرابلس ، لبنان ، ٢٠١٠.
٢١. الدكتورة ، هدى عبدالله ، دروس في القانون المدني ، العقد ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٨.
٢٢. وهبة الزحيلي ، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي والقانون المدني الأردني ، دار الفكر ، الطبعة الأولى ، دمشق ، ١٩٨٥.
٢٣. الدكتور ، ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في القانون المدني الأردني ، آثار الحقوق الشخصية ، أحكام الالتزامات ، دراسة موازنة، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، عمان الأردن ، ٢٠٠٣.

ثانياً: الرسائل الجامعية:

٢٤. سعاد توفيق ابو مشايخ ، عقد الكفالة المدنية وألآثار المترتبة عليه ، دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري ، كجزء من متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، فلسطين ، ٢٠٠٦،منشور على موقع الانترنيتscholar.najah.edu.

ثالثا:القرارات التمييزية:

٢٥. قرار تمييزي بالعدد ٢١٣/الهيئة المدنية/٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/٩/١٩ ، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان – العراق ، للسنوات ١٩٩٣ ـ ٢٠١١ ، الجزء الأول ، قسم القانون المدني ، اعداد القاضي كيلاني سيد أحمد ، أربيل ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٢.

٢٦. قرار تمييزي بالعدد ٢١١/الهيئة المدنية/١٩٩٩ في ١٩٩٩/٨/١ ، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان – العراق ، للسنوات ١٩٩٣ ـ ٢٠١١ ، الجزء الأول ، قسم القانون المدني ، اعداد القاضي كيلاني سيد أحمد ، أربيل ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٢.

٢٧. قرار تمييزي بالعدد ٢٤٢/الهيئة المدنية/٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/٩/١١ ، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان – العراق ، للسنوات ١٩٩٣ ـ ٢٠١١ ، الجزء الأول ، قسم القانون المدني ، اعداد القاضي كيلاني سيد أحمد ، أربيل ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٢.

٢٨. قرار تمييزي بالعدد ٧١٦/م٣/٧١ في ١٩٧١/٧/١٥ ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، القسم المدني ، اعداد ابراهيم المشاهدي ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ٢٠٠٧.

٢٩. قرار تمييزي بالعدد ٤٣٦/حقوقية/٦٩ في ١٩٦٩/٨/١٨ ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، القسم المدني ، اعداد ابراهيم المشاهدي ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ٢٠٠٧.

٣٠. قرار تمييزي بالعدد ٩٩٩/م٢/٧١ في ١٩٧١/٥/١٠ ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، القسم المدني ، اعداد ابراهيم المشاهدي ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ٢٠٠٧.

٣١. قرار تمييزي بالعدد ١٧٣/حقوقية ثالثة /٦٩ في ١٩٦٩/١٢/٣١ ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، القسم المدني ، اعداد ابراهيم المشاهدي ، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ٢٠٠٧.

٣٢. قرار التمييزي بالعدد (٥٥٤) في ٢٠٠٨/٣/٢٧ ، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الأتحادية للسنوات ٢٠٠٦و٢٠٠٧و٢٠٠٨ ، اعداد المحامي علاء صبري التميمي ، الطبعة الثانية ، بغداد ، ٢٠٠٩.

٣٣. قرار تمييزي بالعدد ٥٧/مدنية اولى/١٩٧٩ في ١٩٨٠/٥/٤ ، منشور في مجلة الأحكام العدلية ، يصدرها قسم الأعلام القانوني في وزارة العدل ، العدد الثاني ، السنة الحادية عشرة ، ١٩٨٠.

رابعا: القوانين:

٣٤. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٣٥. القانون المدني المصري رقم (٣١) لسنة ١٩٤٨.
٣٦. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٧.
٣٧. قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة ١٩٣٢.
٣٨. القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر ٧٥/٥٨ مؤرخ في ٢٠ رمضان ١٣٩٥ الموافق ٢٦ سبتمبر ٧٥ والمعدل المتمم بالقانون الثالث ١٩٨٠ المتعلق بالتأمينات و ١٩٨٤ المتضمن قانون المالية سنة ١٩٨٥.
٣٩. القانون المدني الفرنسي.

خامسا:البحوث:

٤٠. سامي سليمان فقي ، الكفيل في الدعوى الجزائية ، مركز أبحاث القانون المقارن ، الطبعة الاولى ، أربيل ، ٢٠١٠.
٤١. الموسوعة الفقهية ، الكفالة ، الجزء الرابع والثلاثون ، منشور على موقع الأنترنيت ، www.al.islam.com .

الفهرست

الموضوع	الصفحة
المقدمة	١
المبحث الأول: ماهية الكفالة	٣
المطلب الأول: تعريف الكفالة	٣
المطلب الثاني: خصائص عقد الكفالة	٥
المطلب الثالث:تمييز عقد الكفالة عن غيره من العقود المشابهة له	٧
المبحث الثاني: أركان عقد الكفالة	٩
المطلب الأول:التراضي في عقد الكفالة	٩
المطلب الثاني:المحل في عقد الكفالة	١١
المطلب الثالث:السبب في عقد الكفالة	١٣
المبحث الثالث:آثار عقد الكفالة	١٥
المطلب الأول: العلاقة بين الدائن والكفيل	١٥
المطلب الثاني:العلاقة بين الكفيل والمدين	١٧
المطلب الثالث: العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء	٢٠
المبحث الرابع: انقضاء عقد الكفالة	٢٢
المطلب الأول: الابراء والوفاء	٢٢
المطلب الثاني: مرور الزمان (التقادم)	٢٤
المطلب الثالث: استحالة التنفيذ واتحاد الذمة	٢٦
الخاتمة	٢٨
قائمة المصادر	٣١