# عقد الكفالة

## ( دراسة في القانون والشريعة الاسلامية )

أ. م. د. رعد ادهم عبدالحميد
مدرس القانون المدني

أ. م. د. نوزاد صديق سليمان
مدرس القانون المدني

كلية القانون والسياسة جامعة صلاح الدين

## الملخص

العقد بكفالة بسيطة هي واحدة من العقود المهمة في الحياة العلمية والعملية، وذلك بسبب تعقيد العلاقات الإنسانية والحاجة الملحة للدخول والعيش في المجتمع لتلبية الاحتياجات الإنسانية كان لا بد من وجود لتنظيم قانوني سليم ل ضمان الحماية اللازمة في إيقاع منظم ومطرد للوصول إلى الهدف المنشود والحق نحو التقدم والازدهار في المجتمع.

بالتالي فإن الغالبية العظمى من التشريعات تنظيم هذه التأمينات المختلفة بما في ذلك عقود بكفالة بسيطة في بعض التفاصيل لأنه يؤدي إلى وظيفة اقتصادية واجتماعية من الدائن والمدين معا كما أنه يعطي الدائن الأمن ويوفر الثقة المدين والثقة. هذه هي واحدة من الخصائص المميزة والفريدة من نوعها من حيث بكفالة بسيطة والتأمين هو أن تكون إما عامة، وشارك من جانب جميع الدائنين دون تمييز أو الدائنين من القطاع الخاص دون الآخرين.

التأمين الخاص هي المواد أو التأمين الشخصي والتأمين هذا هو عموما في الحقيقة واحدة من الوسائل التقنية، والتي تعطي أكبر قدر ممكن من الحماية القانونية لحقوق الدائنين إلى الحد الذي يسمح بضمان فكرة عامة.

ولذلك، فإننا ندعو العراقية المخولة للذهاب جنبا إلى جنب مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية للتأمين بما في ذلك بكفالة بسيطة وهامة في بعض قانونية واستعراض القضايا ذات الصلة التي تحتاج إلى الدقة والوضوح للمواءمة مع التقدم والازدهار والاستقرار في الحياة المجتمع.

## المقدمة

تهدف التأمينات بأنواعها المختلفة الى ضمان الوفاء بالالتزامات، والتأمينات بشكل عام هي تلك الوسائل القانونية التي تمكن الدائن من الحصول على حقه وتجنبه خطرأعسارالمدين المحتمل وهذه الوسائل في الحقيقة تؤدي وظيفة أقتصادية وأجتماعية للدائن والمدين معاً اذ تمنح الدائن الامن والضمان وللمدين الثقة والائتمان وتمكنه من الحصول الى ما هو في حاجة اليه من قرض أو أجل، والتأمينات هي أما عامة يشترك فيها جميع الدائنين دون تمييز وأما خاصه يختص فيها بعض الدائنين دون البعض الاخر، سيما وان جميع الدائنين لهم حق الضمان العام على اموال مدينهم والمتعلقة بذمته المالية والتي هي جميع ما للشخص من حقوق وما يتحمله من التزامات ذات قيمة مالية[١] وهذا ما عبر عنه المشرع العراقي في م/٢٦٠ من القانون المدني والتي نصت على انه (١- اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ٢- وان جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون) وهي تقابل المادة (٢٣٤) من القانون المدني المصري، ومن اجل زيادة حماية الدائنين وتخويلهم الفرصة الممكنة في استيفاء حقوقهم فقد وضع القانون تحت تصرفهم جملة من الوسائل الفنية والتي تمكنهم من تحقيق اكبر قدر من الحماية للحصول على حقهم وفي الحدود التي يسمح بها القانون وما تتضمنه فكرة الضمان العام من عدم العبث بحقوقهم اذ يجوز للدائن ان كانت له مصلحة ان يتخذ مايراه مناسبا من الاجراءات للمحافظة على اموال المدين كأن يقوم بوضع الاختام او ان يتدخل في قسمة الاموال المشاعة او الحق في حبس المبيع حتى يؤدي المشتري جميع الثمن المال او ان يطلب الحجر على المدين ان كان مجنونا او معتوها او سفيها او ذي غفلة او ان يستعمل باسم المدين حقوق هذا المدين الا ما اتصل منها بشخصه او كان حقه غير قابلاً للحجز اذا اثبت بانه لم يستعمل هذه الحقوق اهمالا والتي من شأنها ان تتسبب في اعساره او الزيادة في هذا الاعسار لأن المدين يعلم مسبقاً بأن أثر هذا الاهمال لن يصيبه وانما سيصيب

[١] د. رعد ادهم عبدالحميد – عقد الكفالة – محاضرات مكتوبة باليد – القيت على طلبة الدراسات العليا – الماجستير – القسم الخاص – جامعة صلاح الدين – للعام الدراسي (٢٠١٠ – ٢٠١١م).

دائنيه وما تسمى (بالدعوى غير المباشرة)، او اذا ترتب على المدين خروج بعض العناصر الايجابية في ذمته المالية والزيادة في عناصره السلبية جراء غشه وما يترتب من تهريب امواله من متناول ايدي دائنيه وما تسمى بدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين بحق دائنيه (الدعوى البولصية)، او اذا تصرفت المدين تصرفا صوريا كان لدائنيه ان يتمسكوا بالعقد الصوري كلما كانت لهم مصلحة في ذلك وما تسمى (بالدعوى الصورية) ألا أنه وعلى الرغم من كل هذه الوسائل والضمانات التي منحها القانون للدائنين للمحافظة[١] على الضمان العام لاموال المدين الا ان خطر أعساره ظل ممكناً لذلك فأن القانون هيأ لبعض الدائنين تأمينات خاصة يستقلون بها عن باقي الدائنين الاخرين فتجعلهم في مركز قانوني متميز يتقون به في أغلب الاحوال خطر أعسار المدين المحتمل وهذه التأمينات الخاصة هي أما تأمينات شخصية أو تأمينات عينية وتنتظم فكرة التأمينات العينية جميعها فكرة الرهن المتمثل بتقرير حق عيني تبعي على مال أو اكثر للمدين او للغير يكون للدائن بمقتضاه فضلاً عن حقه في الضمان العام على أموال المدين سلطه تنصب على شيء معين يكون له حق الاولوية والافضلية في تتبع هذا الشيء في أي يد تكون ومن ثم الحجز عليه بواسطة السلطة العامة ممثلة بدائرة التنفيذ ومن ثم بيعه في المزاد العلني ليستخلص حقه منه والتأمينات العينية التي يقرها القانون العراقي جاءت على سبيل الحصر وهي (الرهن التأميني والرهن الحيازي وحق الامتياز)علماً بأن هنالك تأميناً أخر ألا وهو حق الاختصاص والذي لم يعترف به المشرع العراقي[٢] بخلاف المشرع المصري وهو التأمين الذي يختص بالعقار وحده دون المنقول، أما التأمينات الشخصية وأبرز صورها هي الكفالة والتي تهمنا بالدراسة وهو موضوع بحثنا والتي تعني ضم ذمة أو أكثر الى ذمة المدين ليصبح للدائن بدلاً من مديناً واحداً مديناً أو أكثر يكون جميعهم مسؤولون عن الدين أما فى وقت واحد أو على التعاقب وبالتالي فأن الدائن سيضمن حقه ليس بذمة واحدة بل بذمم متعددة فبعد أن كان للدائن حق الضمان العام على أموال المدين أصبح له

[١] المشرع العراقي قد خصص (٥) وسائل للمحافظة على حق الضمان العام لاموال المدين (٣) دعاوى واجراءان، انظر المواد (٢٦١، ٢٦٣، ١٤٧، ٢٧٠، ٢٨٠) من القانون المدني العراقي.

[٢] انظر المواد (١٢٨٥، ١٣٢١، ١٣٦١) من القانون المدني العراقي.

حق الضمان العام على أموال المدين الاخر (الكفيل)، فالعملية القانونية تتلخص في تعدد الضمان العام للدائن والذي تتيح له الفرصة الممكنة في أستيفاء حقه ألا أننا نرى ومع تقديم كل هذه الضمانات نجد بأن الدائن يبقى مهدداً بشبح خطر أعسار المدين لذلك فأن التأمينات الشخصية (الكفالة) لا تعطي الدائن ضماناً أكيداً في أستيفاء حقه حتى ولو كان المدين موسراً - كالبنك مثلاً - كما لو اعلن أفلاسه وما يترتب على ذلك من أعساره وهذه الحالات نادرة الوجود وما رأيناه في الولايات المتحدة عند مستهل هذا القرن عندما تعرضت مؤسساتها المصرفية الى نكسة حقيقية قدرت خسائرها بمليارات الدولارات جراء منحها قروضاً عقارية وفي المقابل عدم استيفاء ضمانات تأمينية كافية لاسترداد مبالغ تلك القروض ونعتقد بأن ذلك أمراً طبيعياً في دولة يحكمها أقتصاد السوق والذي يهدف أولاً وأخيراً الى تحقيق الربح، عموماً فان الكفالة تتم باتفاق بين الكفيل والدائن وقد نظم المشرع العراقي هذا العقد في المواد (١٠٠٨ - ١٠٤٧) من القانون المدني العراقي. مما تقدم وبعد التمهيد الموجز ولما لهذا العقد من أهمية وخصوصاً في حياتنا العملية سنقوم بالبحث والدراسة في التأمينات الشخصية وسوف نتعرض الى أهم وأبرز صورها ألا وهي عقد الكفالة.

١- أهمية الدراسة:-

يعد عقد الكفالة من العقود المهمة والحيوية في حياتنا اليومية سيما وأن تشابك العلاقات الانسانية وتعارضها والضرورة الماسة في الدخول للمجتمع لاشباع تلك الحاجات والرغبات المتعددة والمتجددة خصوصا" وأن الكفالة تؤدي خدمات جليلة لا يمكن أنكارها حيث أنها تتيح لمن يرغب في الاستدانة وسيلة تبعث في نفس الدائن مزيداً من الثقة والائتمان وفي نفس الوقت تبعث في نفس المدين الامن والضمان، وكذلك تظهر الاهمية في ذلك عند المقارنة بين القانون والشريعة الاسلامية في بيان أحكام أثار عقد الكفالة بغية الاستفادة من هذه المقارنة خصوصاً عند اصدار تشريع يتولى تنظيم عقد الكفالة او تعديله بشيء من الدقة بما ينسجم وتقدم وازدهار المجتمع خصوصاً وان التطورات المذهلة التي اصابت عالمنا اليوم وفي كافة المجالات الاقتصادية والاجتماعية بالاضافة الى الثروة العلمية التي فاقت حتى تصورات العقل البشري، فانها بالتأكيد تهدف بمجموعها تحقيق اكبر قدر

ممكن من الرفاهية لعموم المجتمع لذلك وجدنا بالضرورة البحث والدراسة في عقد الكفالة بشيء من التفصيل باعتبارهاالصورة النموذجية والابرز للتأمينات عموماً.

٢- منهجية الدراسة:-

اتبعنا منهج البحث المقارن في التحليل والاستنتاج بين النصوص القانونية والاراء الفقهية في المذاهب الاسلامية المتعددة ذات الصلة بعقد الكفالة بالاضافة الى ذلك الاستفادة من باقي التشريعات الاخرى لدى تنظيمها لعقد الكفالة خلال عرض النصوص القانونية وترجيح تلك النصوص عن الاخرى بما يحقق العدالة والطمأنينة لكل من الدائن والمدين والكفيل معاً.

٣- خطة البحث:-

ان البحث والتحليل في عقد الكفالة يتطلب بالضرورة تقسيمه الى ثلاثة مباحث حيث تناولنا في المبحث الاول التعريف بعقد الكفالة والتعرف على خصائصه وتمييزه عن غيره من العقود اما في المبحث الثاني فقد تناولنا في انعقاد عقد الكفالة باعتباره عقداً كغيره من سائر العقود اما في المبحث الثالث والاخير فقد تناولنا في اثار عقد الكفالة ومن ثم اخيراً توصلنا الى اهم الاستنتاجات ثم المقترحات واخيراً الخاتمة.

(والله ولي التوفيق)

## المبحث الاول

## تعريف عقد الكفالة، خصائصها، تمييزها عن غيرها من العقود

سوف نقسم بحثنا الى ثلاث مطالب في المطلب الاول سنتعرض الى التعريف بعقد الكفالة اما في المطلب الثاني فسنتناول الى خصائص عقد الكفالة اما في المطلب الثالث والاخير سوف نتناول الى تمييز عقد الكفالة عن غيرها من العقود وعلى الوجه التالي.

## المطلب الاول

## التعريف بعقد الكفالة

الكفالة لغة تعني الضم[١] تكفل فلان بالشيء اي لزم نفسه به كقوله تعالى : (وَكَفَّلها زَكَريا) سورة ال عمران الاية رقم ٣٧ - اي ضمن زكريا عليه السلام حضانة مريم عليها السلام وتكفل بالقيام بأمرها وجاء في الحديث الشريف (الزعيم غارم) اي ضامن، الحديث اخرجه البخاري رقم (٢٩٨٣)، اما تعريف الكفالة اصطلاحاً، فانها لاتختلف في الاصطلاح عن معناها في اللغة وقد اختلف الفقهاء في اعطاء تعريف محدد بالكفالة فقد جاء في بعض شروح المجلة بان المقصود بالذمة هي الذات والنفس[٢] وهذا ما اشارت اليه المادة ٨٢٢ من مجلة الاحكام العدلية بينما يذهب اخرون بانه لا يقصد بالذمة هنا المصطلح عليه اصولاً وهو الوصف الذي يصبح به الانسان اهلاً لحالة وما عليه لان الوصف لاتتصور منه المطالبة[٣] بينما يذهب اخرون ايضاً بان الذمة المالية والمقصود منها اهلية الوجوب وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له ولوجوب الالتزامات عليه ولهذا ربط علماء الفقه الاسلامي بين اهلية الوجوب والذمة المالية[٤] والكفالة مشروعة في الكتاب والسنة وادلة مشروعيتها: القرآن الكريم، قوله تعالى في قصة يوسف [ ولمن جاء به حِملُ بعير وأنا به زعيم ][٥] اي وانا ضامن لهذا الامر، اي كفيل. والسنة، قوله صلى الله عليه وسلم [ الزعيم غارم ][٦] اي الكفيل ضامن لما تكفَّل له - الحديث رواه الترمذي وابو داود. و الاجماع، اجمع المسلمون على جواز كفالة الحقوق في الجملة لحاجة

---

[١] مصطفى ابراهيم، المعجم الوسيط، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، استنبول، دار الدعوة، ١٩٧٢، ص٤٠٠.

[٢] علي حيدر، شرح المجلة، ج٣ – ص٦١٥.

[٣] منير القاضي، شرح المجلة، ج٢، ص٦.

[٤] د. عبدالمجيد الحكيم والاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير، نظرية الالتزام، ج١، بغداد، ١٩٨٠، ص٦٣.

[٥] سورة يوسف الاية ٧٢.

[٦] الحديث رواه الترمذي وابو داود ينظر جامع الترمذي ٢٩٥/٦.

الناس اليها ودفع الضرر عن صاحب الدين ووصول حقه اليه[١] بينما ذهبت المذاهب الاسلامية في اتجاهات مختلفة بصدد تعريف الكفالة حيث ذهب الحنفية بان الكفالة هي ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في المطالبة مطلقاً بنفس او بدين او عين معصوبة[٢] في حين ذهب الشافعية في تعريف الكفالة والتي يسمونها بالضمان والضمان شرعاً - هو عقد يقتضي التزام دين ثابت في ذمة الغير او احضار عين مضمونة او بدن من يستحق حضوره[٣] اما الحنابلة فقد عرف الكفالة بانه التزام من يصح تبرعه وهو الحر غير المحجور عليه او التزام مفلس برضاهما اي من يصح تبرعه والمفلس ديناً وجب على غيره مع بقاء الواجب على الغير[٤] ويتفق الحنابلة والشافعية بالتفريق بين الضمان والكفالة فالكفالة خاصة بالنفس اوالبدن والضمان عام يشمل الانواع الثلاثة، المال والعين والبدن فالضمان عام والكفالة خاصة[٥] اما المالكية فقد عرفوا الكفالة بانها شغل ذمة اخرى بالحق[٦] مما تقدم نرى بان المشرع العراقي قد جارى مجلة الاحكام العدلية والتي اخذت بالفقه الحنفي في تعريف الكفالة والتي اشارت اليه في المادة ٦١٢ بقولها (ضم ذمة الى ذمة في مطالبة شيء يعني ان يضم احد ذمة اخر ويلتزم ايضاً المطالبة التي لزمت حق ذلك). اما الكفالة في القانون المدني العراقي فقد اشارت اليه في م/١٠٠٨ منه والتي نصت على انه (ضم ذمة الى الذمة في المطالبة بتنفيذ التزام)، بينما المشرع المصري قد اشار الى الكفالة في م/٧٧٢ منه والتي نصت على انه (عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام اذا لم يفي به المدين نفسه)، والنصوص المتقدمة تشير بوضوح بان النص الوارد في

---

[١] ينظر المسبوط السرخسي ١٩/١٦٠ المغني لابن قدامى ٤٠/٥٣٤.

[٢] الكاساني الحنفي، علاءالدين ابوبكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، ط٢ بيروت، دار الكتب العلمية ١٩٨٦ ص٣.

[٣] الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، ج٢، بيروت، دار الفكر، ص١٩٩.

[٤] البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج٣، بيروت، دار الفكر، ١٩٨٢، ص٣٦٢ .

[٥] مصطفى، محمود، الكفالة انواعها وطرق الابراء منها، ص٢ .

[٦] الخليل، ابن اسحاق، مختصر الخليل، ج٦، مصر، ص٢١ بدون سنة طبع.

القانون المدني المصري كان ادق من نص القانون المدني العراقي والدليل على ذلك بانه بين التفرقة بين الكفالة والتضامن وبالتالي فان عبارة (ضم ذمة الى ذمة) الواردة في كل من القانون المدني العراقي ومجلة الاحكام العدلية تبقى منتقدة لانها تؤدي الخلط وعدم التفرقة بين الكفالة والتضامن ذلك لان المدين المتضامن هو مدين اصلي والتزامه التزام اصلي بينما الكفيل فدينه تابع لدين اصلي[١] عموماً فالكفالة تكون تابعة دائماً لالتزام من الالتزامات والتبعية هنا هي من اهم خصائص الكفالة بل هي اهم خصائص التأمينات جميعاً وعلى اختلاف انواعها[٢] والالتزام الاصلي التي تضمنه الكفالة هو ليس مصدره العقد دائماً بل يمكن ان يكون متعدداً بتعدد مصادر الالتزام فقد يكون مصدره العقد او الارادة المنفردة او العمل غير المشروع او الكسب دون سبب او نص القانون، اما الالتزام الناشيء عن الكفالة فمصدره العقد دائما. ذلك لان الكفالة هي عقد رضائي يتم بين الدائن والكفيل اما المدين في الالتزام الاصلي فهو ليس طرفاً في عقد الكفالة الا انه يلعب دوراً مهماً ورئيساً في انعقاد عقد الكفالة لانه هو الذي يدعو في معظم الاحيان الى التعاقد مع الدائن ضمانا لالتزام قبل هذا الدائن ومع ذلك فان هذا الدور يبقى خارج نطاق الكفالة لان المدين في الدين الاصلي لايشترك بارادته في تكوين العقد. اما الكفيل في عقد الكفالة فانه يؤدي الى انشاء التزام جديد على عاتقه في مواجهة الدائن وهو الالتزام بضمان الدين الاصلي وفي هذه الحالة فان الدائن سوف يجد امامه مدينان وهما المدين الاصلي والكفيل فبعد ان كان حق الدائن يرد على الضمان العام لحقوق مدينه اصبح يرد على الضمان العام ايضاً على كفيل مدينه الا انه حق الدائن لايرد على مال خاص من ذمة الكفيل كما هو الحال في التأمينات العينية والتي سبق ذكرها، ومع ذلك فاننا نرى وفي بعض الاحيان بان الكفيل يقدم مالاً مملوكاً له ضماناً لدين الدائن وفي هذه الحالة لانكون بصدد كفالة عادية بل كفالة عينية يجمع فيها الكفيل صفة الكفيل وصفة الراهن وبالتالي تسري عليه احكام الكفالة والرهن معاً، وكذلك فان التزام الكفيل والذي يقف بجانب المدين قد يكون مختلفاً في مصدره وقد يكون مختلفاً في محله ايضاً ذلك لان التزام المدين قد تكون

[١] د.صلاح الدين الناهي، شرح القانون المدني – بغداد ، ١٩٦٨ ص٢٥٦ .

[٢] د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج١٠، ص ١٩ .

محله القيام بعمل او الامتناع عن عمل او اعطاء شيء وياتي الكفيل ليرتب التزام في ذمته على الايفاء بالتزام المدين الاصلي اذا لم يف به المدين نفسهُ وتحديد محل التزام الكفيل على هذا النحو لايعني انه التزام معلق على شرط واقف هو عدم قيام المدين الاصلي بالوفاء بالتزامه بل هو التزام بات، وتفسير ذلك بان الشرط الذي يعلق عليه الالتزام هو دائماً امر عارض، ومن المتصور وجود الالتزام بدون تعليقه على شرط بل في الغالب بان يكون الالتزام بسيطاً غير معلق على شرط اما تعليق التزام الكفيل على عدم وفاء المدين بنفسه فهو امر جوهري في عقد الكفالة اذ يرجع الى فكرة التبعية والى الدور الاحتياطي الذي يقوم به الكفيل[١].

[١] د.سليمان مرقس، عقد الكفالة، القاهرة، ١٩٥٩، ص٥.

## المطلب الثاني

## خصائص عقد الكفالة

مما لاشك فيه بأن عقد الكفالة يتميز بخصائص معينة تجعله يتفرد عن باقي العقود الاخرى وسنتناول تلك الخصائص بشيء من التفصيل على الوجه الاتي:-

**اولاً:- عقد الكفالة من عقود الضمان الشخصي**

تعتبر الكفالة من نظم التأمينات الشخصية وهي كذلك الصورة النموذجية لهذه النظم فالكفالة تمنح الدائن تأميناً شخصياً من خلال التزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين عند عدم وفائه فيكون للدائن عندئذ حق الضمان العام لمدينه وكذلك حق الضمان العام للكفيل، والحقيقة بان الكفالة كضمان شخصي لاتجنب الدائن تماماً خطر اعسار المدين وبالتالي فان كان ذلك ممكناً فانه يكون ممكناً ايضاً بالنسبة للكفيل لان التزامه يتبع التزام المدين في وجوده وصحته لذلك فاننا نرى بان الكفالة لاتعتبر في قوة الرهن من حيث الضمان لان الكفيل يقدم احياناً مالاً مملوكاً له بضمان لدين الدائن وتسمى كفالته بالكفالة العينية اما الكفالة العادية فيسمى بالكفيل الشخصي وتسمى كفالته بالكفالة الشخصية وبالتالي اذا اطلق لفظ الكفيل او الكفالة دون تحديد فيكون المقصود منها الكفيل الشخصي او الكفالة الشخصية والكفالة الشخصية باعتبار ذلك يحسب الاصل في الكفالة، ويلحظ بان قيمة الكفالة تتحدد على اساس المركز القانوني للكفيل ودرجة يساره فالكفيل الموسر - كالبنك مثلاً - فانه يضمن الوفاء بدين الدائن اكثر من اي تأمين اخر لذلك نجد بان القيمة القانونية للكفالة قد عادت اهميتها في العصر الحديث بفضل كفالة البنوك والمثال على ذلك خطابات الضمان التي تقدمها المصارف لزبائنها وخصوصاً في مشاريع الاستثمار الضخمة - حيث يذهب جانب من الفقهاء الى استبعاد الكفالة العينية من نطاق الكفالة لان الكفيل العيني هو ليس كفيل فحسب ولكنه راهن ايضاً، وهو ليس مديناً راهناً لانه لايرهن مالاً ضماناً للوفاء بدينه ولكنه كفيل راهن لانه يرهن مالاً ضماناً للوفاء بدين غيره[١].

[١] د.عبدالرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص٢٠ .

**ثانياً:- عقد الكفالة عقد رضائي**

الرضائية قوام العقود جميعاً والعقد الرضائي هو الذي لايتطلب المشرع لانعقاده شكلاً خاصاً وانما يكفي تراضي طرفيه عليه لانعقاده بحيث يكفي التعبير عن رغبتهما في انعقاد العقد اياً كان شكل التعبير كتابة او شفاهة او بالاشارة الدالة. وعقد الكفالة ينعقد بمجرد التراضي مابين الكفيل والدائن اي بأيجاب وقبول كلاً من الكفيل والمكفول له (الدائن) وهذا ما اشار اليه القانون المدني العراقي في م/١٠٠٩ ف١ والتي نصت على انه (تنعقد الكفالة بايجاب وقبول من الكفيل والمكفول له) وكذلك فان المشرع المصري لايلزم لانعقاد الكفالة شكل خاص اذ يكفي الرضا بين الدائن والكفيل وعلى الرغم بان المادة ٧٧٣ من القانون المدني المصري نصت على انه (الكفالة لاتثبت الا بالكتابة)، الا ان الكتابة المطلوبة هي شرطاً للاثبات وليست ركناً للانعقاد اذ يجوز اثباتها بما يقوم مقام الكتابة كما الاقرار واليمين عند تخلف الكتابة، وفي الشريعة الاسلامية الكفالة تنعقد بكل ما يدل على معنى الضمان كقوله تكلفتُ او ضمنت او انا كفيل او ضامن او مالك عليه هو عندي او اليَّ، اما مجلة الاحكام العدلية فانها ايضاً لم تشترط شكلية معينة للانعقاد فيكفي رضا الكفيل وحده وتكون صحيحة لم يردها المكفول له وهذا ما اشارت اليه م/٦٢١ من مجلة الاحكام العدلية والتي نصت على انه (تنعقد الكفالة بايجاب الكفيل وحده) اذ يكتفي وفقاً لمجلة الاحكام العدلية رضا الكفيل وحده لانعقاد عقد الكفالة.

**ثالثاً :- عقد الكفالة في الاصل من العقود الملزمة لجانب واحد**

من الطبيعي بان الكفالة لايلزم الا الكفيل اما الدائن وهو الطرف الاخر في عقد الكفالة فانه لايلتزم بشيء ناتج عن عقد الكفالة، الا انه اذا كان هذا من طبيعة عقد الكفالة فهو ليس من مستلزماته اذ يمكن الاتفاق بين الكفيل والدائن على ان يلتزم الاخير بدفع مبلغ من النقود الى الكفيل مقابل تحمله الضمان عندئذ سيكون عقد الكفالة عقداً ملزماً للجانبين[١] ويذهب جانب من الفقهاء بان عقد الكفالة يعتبر ملزماً للجانبين اذا وجد الى جانب عقد الكفالة تأميناً اخر سواء كان شخصياً ام عينياً،

[١] د.عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق – ص٢٤ .

ومقرراً ينص القانون فان عقد الكفالة ينقلب الى عقد ملزم للجانبين[١] ولدى الرجوع وما اشارت اليه م/١٠٢٦ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (١- يلزم الدائن ان يسلم الكفيل وقت وفاء الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع ٢- واذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون او محبوس وجب على الدائن ان يتخلى عنه للكفيل، واذا كان مضموناً بتأمين عقاري فان يلتزم بان يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين للكفيل ويتحمل الكفيل المصروفات لهذا النقل على ان يرجع بها على المدين)، وهي تقابل (المادة ٧٨٧) من القانون المدني المصري وكذلك ما اشارت اليه م/١٠٢٧ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (١- على الدائن ان يحافظ على ما للمدين من ضمانات، مراعياً في ذلك مصلحة الكفيل وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه بخطاه من هذه الضمانات ٢- ويقصد بالضمانات كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون)، وهي تقابل (المادة ٧٨٤) من القانون المدني المصري. والنصوص المتقدمة تبين بان الالتزامات المقررة بنص القانون على الدائن لاتكون كافية لجعل عقد الكفالة ملزمة للجانبين لان تسليم المستندات اللازمة من قبل الدائن الى الكفيل وقت وفاء الدين هي واقعة تأتي بعد ابرام عقد الكفالة ولا تتولد عن ذات العقد، بينما العقد الملزم للجانبين انما يكون نتيجة الاثار التي يرتبها العقد ذاته وقت ابرامه لانتيجة واقعة مستقلة او لاحقة لابرامه. وكذلك عبارة تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه بخطاه من هذه الضمانات هو وضع للكفيل يستطيع ان يتمسك به عند مطالبة الدائن[٢] والنصوص المتقدمة لاتعتبر التزامات ولكنها اسباب لانقضاء الالتزام ولو كان ماورد فيه التزاماً على الدائن لكان له الحق ان يلزمه على التنفيذ عيناً[٣] اما مجلة الاحكام العدلية فقد اشارت م/٦٢١ منه بان (الكفالة تنعقد وتنفذ بأيجاب الكفيل وحده). ونحن نذهب مع معظم الفقهاء بان عقد الكفالة حسب الاصل

[١] د.سليمان مرقس – الوافي في شرح القانون المدني – العقود المسماة – المجلد الثالث، ط٣، مصر – دار الكتب القانونية، ١٩٩٨، ص١١٠ .

[٢] د.رمضان ابوالسعود – التأمينات العينية والشخصية.

[٣] د.سمير عبدالسيد تناغو – التأمينات الشخصية والعينية – الاسكندرية – منشأة المعارف ١٩٩٦، ص ٢٦ .

عقد ملزم لجانب واحد، فالكفالة ملزمة للكفيل بتنفيذ التزام اذا لم يفي به المدين بنفسه اما الدائن فلا يلتزم بشيء[١].

**رابعاً:- عقد الكفالة من عقود التبرع**

يعتبر عقد الكفالة من عقود التبرع والذي يمكن تعريفه (بانه العقد الذي يقدم فيها احد المتعاقدين منفعة للعاقد الاخر من دون ان يحصل على مقابل لها)، او عقد الكفالة يعتبر في الاصل من عقود التبرع لان الكفيل يضم ذمته الى ذمة الاصيل دون مقابل وبذلك تخضع الكفالة للاحكام المتعلقة بعقود التبرع وعلى الاخص من حيث الاهلية اللازمة بالنسبة للكفيل، وهذا ما اشارت اليه مجلة الاحكام العدلية في م/٦٢٨ منه (تشترط لانعقاد الكفالة كون الكفيل عاقلاً وبالغاً فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي ولو كفل حال صباه لا يواخذ وان اثر بعد البلوغ بهذه الكفالة)، فالكفيل يلتزم في مواجهة الدائن بان يفي بالتزام المدين اذا لم يف به المدين نفسه وفي المقابل فان الدائن لايلتزم بشيء للكفيل وبالتالي فالكفيل يعتبر متبرعاً للدائن يلتزم في مواجهته دون مقابل اما اذا تعهد الدائن للكفيل بمقابل لالتزامه بدفع مبلغ من النقود فاننا لانكون بصدد كفالة بل تأمين ائتمان فالكفيل يقوم بدور المؤمن والمبلغ الذي يدفعه الدائن هو قسط التأمين والخطر المؤمن منه هو اعسار المدين. وقد انتقد هذا الرأي لكونه لايوجد خطر حقيقي وهو ما لايتصور التأمين بغيره لان الكفيل سيرجع على المدين بما دفعه من دينه وفاءً لحق الدائن وبالتالي فانه يعتبر من صور التأمين لا الكفالة ونحن نذهب مع هذا الرأي، في حين يذهب جانب من الفقه بان الكفالة تعتبر تبرع[٢] بالنسبة للكفيل ومعاوضة بالنسبة للدائن[٣] وفي هذه الحالة يصبح العقد تبادلياً وعقداً احتمالياً واصلياً لاتابعاً اما اذا كان المدين هو الذي يدفع المقابل فالكفالة لاتتغير ويرى الفقهاء المسلمون في هذه المسألة بانه لايجوز شرعاً لاشتماله على الغرر والربا[٤].

---

[١] انظر د.عبدالرزاق السنهوري المصدر السابق ص١٠ ود.رمضان ابوالسعود – المرجع السابق ص٣٥ .

[٢] د.سمير عبدالسيد تناغو – المصدر السابق – ص٢٣ .

[٣] د.عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق – ص٢٥ .

[٤] ينظر الفقه الاسلامي وادلته – ٤١٨٢٢/٦ .

**خامساً :- الكفالة عقد تابع**

بالتأكيد ان الغرض من الكفالة هو ضمان الوفاء بدين من الديون لذلك فهي تتبع هذا الدين في وجوده وصحته وهذه خصوصية التأمينات بانواعها المختلفة الشخصية منها والعينية، فالكفالة لاتنشأ الا اذا وجد الالتزام الاصلي وبالتالي لايكون التزام الكفيل صحيحاً الا اذا كان التزام المكفول صحيحاً ايضاً وفكرة التبعية هي التي تحكم اثار عقد الكفالة، اذ لايجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده قبل ان يرجع على المدين وهذا ما اشارت اليه م/١٠٢١ ف١ من القانون المدني العراقي، ولايجوز كذلك ان ينفذ على اموال الكفيل قبل ان ينفذ على اموال المدين (م/١٠٢١ ف٢) اي ان التزام الكفيل يتبع التزام المدين في وجوده وصحته واثاره وانقضائه وفكرة التبعية تجعل الكفيل في مركز افضل من مركز المدين وهذا امر طبيعي لان المدين وحده صاحب المصلحة في الدين. اما التشريع في مصر فقد اشارت المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري والتي نصت في تعريف الكفالة على انه (عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه)، والنص المتقدم يشير بوضوح فكرة التبعية للالتزام الاصلي (المدين) وبالتالي فاذا اوفى المدين التزامه انقضى التزام الكفيل ايضاً. والكفالة تفترض ايضاً وجود التزام صحيح فاذا كان الالتزام الاصلي باطلاً او قابلاً للابطال فالكفالة باطلةٌ ايضاً وكذلك لايجوز ان يكون التزام الكفيل اشد من التزام الاصيل فاذا كان التزام الاصيل معلقاً على شرط فلا يجوز ان يكون الكفيل منجزاً واذا كان التزام الكفيل اشد من التزام المدين فان عقد الكفالة لايكون باطلاً بل انقاضها الى حد الالتزام المكفول اذا طالب الكفيل بذلك، ويجوز للكفيل ايضاً ان يتمسك بجميع الدفوع التي ترد على الالتزام الاصلي وتنقضي بانقضاء هذا الالتزام وهذا ما اشارت اليه مجلة الاحكام العدلية في م/٤٧ والتي نصت على انه (التابع تابع وبناءاً على ذلك لايجوز ان يكون التزام الكفيل اشد عبئاً من التزام الاصيل)، وفكرة التبعية ظهرت في عهدٍ متأخر من عهد جستنيان بعد ان كانت خاضعة لفكرة عكسية تجعل الكفيل في مركز اسوأ من مركز المدين بعد ان كان للدائن الحق في التنفيذ على اموال الكفيل اولاً بل تجاوز ذلك الحد الى جسده ووصل الى القتل او البيع عبداً في الاسواق وبالتالي فان فكرة التبعية لم تعد وكما كانت في السابق اذ لم يعد للدائن الحق في التنفيذ على اموال الكفيل قبل التنفيذ على اموال المدين وهذا هو

مبدأ الدفع بالتجريد وهذه الفكرة هي في الحقيقة تهيمن على عقد الكفالة منذ ذلك الحين الى وقتنا الحاضر[١]. الا ان هنالك استثناءً على تبعية الكفالة للدين المكفول في في اكتساب وصفه التجاري او المدني وهذا ما اشارت اليه م/١٠١٦ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية حتى ولو كان الكفيل تجارياً). وهي تقابل (المادة ٧٧٩) من القانون المدني المصري، وهذه المسألة طبيعية لكون الكفالة خالية من فكرة المضاربة والتوسط. اما الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضماناً احتياطياً او عن تظهير هذه الاوراق فان كفالة هذه التصرفات تكون دائماً كفالة تجارية وهذا ما اشارت اليه (م/١٠١٦ ف٢) من القانون المدني العراقي. اذ ان كل موقع على الورقة التجارية بصفة ضامن احتياطي او مظهر يعتبر التزامه من جهة تابعاً ومن جهة اخرى اصلياً وبالتالي لاغلو ان تستثنى تلك التوقيعات من المادة ١٠١٦ ف٢ من القانون المدني العراقي.

**سادساً :- عقد الكفالة معلق على شرط واقف**

تعتبر الكفالة في التشريع العراقي عقد معلق على شرط واقف وهو عدم وفاء المدين بالدين وهذا ما اشارت اليه م/١٠٢١ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (١- يفرض في الكفالة انها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالدين مالم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط او كان قد تضامن مع المدين)، والمراد بعدم الوفاء المترتب على اعسار المدين او افلاسه اما مجرد مطل المدين الموسر فلا يتحقق به الشرط اذ يلزم جبره على الوفاء، اما التشريع في مصر فان الامر مختلف اذ الكفالة تعتبر عقد متجزا وبالتالي لاتعد الكفالة معلقة على شرط هو عدم وفاء المدين الاصلي وذلك لكون التزام الكفيل يقوم بمجرد انعقاد الكفالة وللدائن ان يطالب الكفيل عند حلول الاجل ولكن لايجوز له ان يطالبه وحده قبل رجوعه على المدين وهذا ما اشارت اليه (م/٧٨٨ ف١) من القانون

[١] د.عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق، ص٢٢ .

المدني المصري[١]. اما المذاهب الاسلامية فذهبت في اراء مختلفة فالمالكية يذهبون في القول بان الدائن (المكفول له) لايجوز له ان يطالب الضامن الا عند تعذر المطالبة من المضمون (المدين) اما بغيبته او بافلاسه او بجحوده، وعند الشافعية والحنفية وسائر الفقهاء المسلمون ان الدائن (المكفول له) بالخيار ان شاء مطالبة الاصيل او الكفيل اي ان للدائن (المكفول له) مطالبة الكفيل ولو قبل مطالبة (المدين الاصلي) وهذا ما اشارت اليه مجلة الاحكام العدلية في م/٨٣٩ منه والتي نصت على انه (يجوز للدائن المكفول دينه مطالبة الاصيل او مطالبة الكفيل او مطالبتهما معاً). ونحن نرى بان هنالك اجحاف بحق الكفيل خلال الرجوع عليه من قبل المكفول له (الدائن) قبل الرجوع على المدين من جهة ولاتنسجم وموقف التقنيات المدنية من جهة اخرى وما تتضمنه فكرة التبعية لعقد الكفالة.

## المطلب الثالث

## انواع الكفالة وتمييزها عن غيرها من العقود

علينا اولاً ان نتعرف على انواع عقد الكفالة من حيث مصدر الالتزام بها وكذلك من حيث مدى التزام الكفيل ومسؤوليته والتي تتحدد وفقاً لطبيعة عقد الكفالة، ومن حيث اقتسامها بحسب محلها وكذلك من حيث اوصافها، تلك المسائل سنبحثها بشيء من الايجاز ثم بعد ذلك نتناول تمييز عقد الكفالة عن غيرها من العقود في فرعين:-

[١] انظر المادة ٧٨٨ من القانون المدني المصري والتي نصت على انه (١- لايجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين ٢- ولا يجوز له ان ينفذ على اموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من امواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة ان يتمسك بهذا الحق).

## الفرع الاول

**اولاً :- انواع الكفالة من حيث مصدر الالتزام بها**

بيّنّا سابقاً بان الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن يضمن الكفيل بموجبها تنفيذ التزام ويتعهد للدائن بالوفاء بهذا الالتزام اذا لم يف المدين الالتزام بنفسه. وبالتالي فان انواع عقد الكفالة من حيث مصدر الالتزام بها هي اما اتفاقية او قانونية او قضائية والكفالة الاتفاقية هي تلك الكفالة التي تكون بموجب اتفاق بين الدائن والمدين يلتزم المدين بموجبها تقديم كفيل للدائن مقابل منح الدائن له قرضاً او اجلاً والمثال على ذلك منح المصارف قروض لزبائنها مقابل اخذ كفالة معينة من المدين سواءً كانت شخصية او عينية يحددها المصرف طبقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، اما الكفالة القانونية وهي تلك الكفالة التي يلتزم بها المدين بتقديم كفيل طبقاً لنص القانون ولدى الرجوع الى التشريع العراقي وما اشارت اليه م/١٢٥٦ والتي نصت على انه (اذا كان المال المقرر عليه حق انتفاع منقولاً وجب جرده، ولزم المنتفع تقديم كفالة باعادته بعد انتهاء مدة الانتفاع به فاذا لم يقدمها بيع المال المذكور ووظف ثمنه في شراء سندات عامة او بطريقة اخرى فيستولي المنتفع على الربح من ذلك)، وهي تقابل (المادة ٩٩٢) من القانون المدني المصري، اما الكفالة القضائية فهي تلك الكفالة التي يلتزم بها المدين بتقديم كفالة بناءً الى حكم القضاء انصياعاً لنصوص معينة في القانون كما لو اطلق قاضي التحقيق سراح المتهم مقابل كفالة معينة يقدرها القاضي طبقاً لجسامة الخطأ المرتكب على ان يرعى في ذلك نصوص القانون.

ثانياً :- انواع الكفالة من حيث مدى التزام الكفيل ومسؤوليته والتي تكون محددة وفقاً لطبيعة عقد الكفالة فقد تكون مدنية وهذا هو الاصل او تجارية وهذا هو الاستثناء.

والاصل في الكفالة بانها مدنية وليست تجارية لكونها تعد من عقود التبرع خدمة للمدين وبالتالي فهي لاتتفق مع المعاملات التجارية التي تسعى الى تحقيق الربح، وتظل الكفالة مدنية ايضاً حتى لو كان الدين المكفول تجارياً او كان الكفيل تاجراً

وهذا ما اشارت اليه م/١٠١٦ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية حتى لو كان الكفيل تجارياً)، وهي تقابل (المادة ٧٧٩) من القانون المدني المصري. الا ان هنالك استثناء اشار اليه المشرع العراقي في م/١٠١٦ فـ٢ من القانون المدني والتي نصت على انه (على ان الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضماناً احتياطياً او عن تظهير هذه الاوراق تكون دائماً كفالة تجارية)، وهي تقابل (المادة ٧٧٩ فـ٢) من القانون المدني المصري. ويتضح من النصوص المتقدمة بان الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضماناً احتياطياً او عن تظهير هذه الاوراق تعتبر دائماً عملاً تجارياً، وبالتالي فان النصوص المتقدمة يقصد بها حالتين، الحالة الاولى هي ان ضمان الورقة التجارية ضماناً احتياطياً اي ضمان الالتزام الناشيء عن الورقة التجارية ويتم ذلك اما بالكتابة على الورقة التجارية ذاتها او بالكتابة على ورقة مستقلة وهذا مابينه قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ والذي اشار في م/٨٠ منه والتي نصت على انه (يجوز ضمان وفاء مبلغ الحوالة كله او بعضه من اي شخص ولو كان ممن وقعوا عليه). وكذلك م/٨١ فـ١ منه ووالتي على انه (يكون الضمان بكتابة هذا اللفظ او باية صيغة تفيد هذا المعنى على لحوالة ذاتها او على ورقة متصلة بها وموقعة الضمان). او الحالة الثانية فيكون خلال تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان فالورقة التجارية تظهر لنقل ملكيتها او لتحصيل قيمها او لرهنها فاذا ظهرت الورقة على سبيل الضمان فان ذلك يعتبر رهناً حيازياً لها ضماناً لدين اخر ولا يعتبر عقد كفالة لذلك فان المشرع العراقي لم يكن موفقاً في الاشارة الى الحالة الثانية واعتبارها من صور الكفالة واعطائها الصفة التجارية فهي ليست كفالة اساساً حتى تصبح كفالة مدنية او تجارية بل هي رهن لدين وهي من صور الرهن الحيازي[١] اما الضمان الاحتياطي للورقة التجارية وكما ذكرناه في الحالة الاولى فهي بالفعل كفالة لهذه الورقة التجارية وهي في جميع الاحوال اذا وردت على كمبيالة (سفتجة) اما اذا وردت على سند اذني فلا تعد عملاً تجارياً الا اذا كان السند الاذني نفسه تجارياً وهو يعتبر كذلك اذا كان محرره تاجراً سواءً حرر لعمل تجاري او مدني او كان محرره غير تاجر

[١] د.سمير عبدالسيد تناغو – المصدر السابق، ص٢٨ .

ولكن تحريره كان مترتباً على عملية تجارية[١] وبالتالي فاننا نرى بان المشرع العراقي قد حسم تلك المسألة واعتبر كفالة الاوراق التجارية عملاً تجارياً حتى لو كان السند ذاته معتبراً عملاً مدنياً.

**ثالثاً :- انواع الكفالة من حيث اقتسامها بحسب محلها**

يمكن تقسيم الكفالة بحسب محلها الى كفالة بالنفس وكفالة بالمال. ولدى الرجوع الى التشريع العراقي وما اشارت اليه م/١٠١٢ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (يشترط في الكفالة بالمال ان يكون المكفول به مضموناً بنفسه على الاصيل)، والنص المتقدم يشير الى الكفالة بالمال، اما الكفالة بالنفس فقد اشار اليها القانون المدني العراقي في م/١٠١٧ والتي نصت على انه (المضمون في الكفالة بالنفس هو احضار المكفول به فأن اشترط في الكفالة تسليمه في وقت معين، يجبر الكفيل على احضاره وتسليمه للمكفول له في هذا الوقت ان طلبه، فأن احضره يبرأ من الكفالة وأن لم يحضره، جاز للمحكمة ان تقضي على الكفيل بغرامة تهديدية مالم يظهر عجزه وعدم اقتداره على احضار المكفول به)، اما مجلة الاحكام العدلية فقد اشارت في م/٨٢٥ منه والتي نصت على انه (يشترط ايضاً لصحة الكفالة ان يكون المكفول به مضموناً على الاصيل ديناً او عيناً او نفساً)، وبالتالي فان الكفالة في المال تطلق على نوعين من الكفالة وفقاً للفقهاء المسلمون هما الكفالة بالعين والكفالة بالدين[٢] والكفالة بالعين هي التي تترتب بتسليم عين من الاعيان المادية وهذا ما اشارت اليه م/١٠٢١ من القانون المدني العراقي الانفه الذكر وهذه المادة مستمدة من م/٨٢٧ من مجلة الاحكام العدلية والتي نصت على انه (تصح الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها على الاصيل)، فالكفالة بالاموال المضمونة بنفسها على الاصيل هي الكفالة بتسليم الاعيان ان كانت قائمة او قيمة مثلها ان هلكت حسب فيما اذا كانت قيمية او مثلية ويبدو ان تبعة هلاك المال يقع على المدين اما الاعيان التي لايلتزم المدين بتبعة هلاكها فلا تصح كفالة تسليمها وهذا ما اشارت اليه

[١] بحث متاح على موقع الانترنيت www.forum.law-dz.com – الفرق بين السفتجة والسند الاذني – تاريخ الزيارة ٢٠-٢-٢٠١١ .

[٢] انظر علي حيدر، ج٢، ص٦٢٣ .

م/٨٢٨ من مجلة الاحكام العدلية والتي نصت على انه (لاتصح الكفالة بالاعيان المضمونة على الاصيل بغيرها وهي قائمة، وعند هلاكها لا يجبّ مثلها ولا قيمتها كالمبيع فأن فصل القبض او الرهن منهما مضمونان بالثمن والدين)، وخلاصة القول فأن الاعيان تقسم بحسب الفقه الاسلامي الى امانة كالوديعة وهي مضمونة على الاصيل لا تصح بها كفالة اما المضمونة فتقسم بدورها الى قسمين وهي اما مضمونة بغيرها وهذه لاتصح بها الكفالة واما مضمونة بنفسها فتصح بها الكفالة، فبصدد تكفل المرهون فيما اذا رهن الراهن شيئاً ولم يسلمه فتكفل وجل هذا التسليم صح، في حين ذهب الشافعية لايصح لكون الراهن يجب عليه تسليم الرهن الى المرتهن عندئذ تصح الكفالة وهذا الرأي اقرب الى القانون المدني العراقي، ويلحظ في المثال اعلاه بأن المبيع قبل قبضه من قبل المشتري تقع تبعة هلاكه في كل من مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني العراقي على البائع ومعنى ذلك بأنه مضمون بالثمن، اي ان المشتري لايلزم بأداء الثمن اذا هلك المبيع قبل القبض، بينما نرى في القانون التجاري العراقي بأنه تقع تبعة هلاك المبيع بعد العقد ولو قبل التسليم على المشتري، وبناءً على ذلك تصح كفالة الاعيان المبيعة بيعاً تجارياً اي يصح كفالة التزام البائع بتسليمها لانها اذا هلكت بتقصيره التزم بقيمتها او مثلها فكانت بذلك مضمونة بنفسها[١]، اما الرهن في الشريعة الاسلامية فأن تبعة الهلاك مضمونة على المرتهن بالدين اما في القانون المدني العراقي فتبعة هلاك الرهن على الراهن اي انه مضمون على الراهن طبقاً للمادة (١٢٩٧) من القانون المدني العراقي، اي يطالب الراهن اما بتقديم تأمين كافٍ للدين الموثق او بوفاء الدين. في حين الكفالة بالدين وهي التي تكون داخلة في الكفالة بالمال مع ان الدين في المذهب الحنفي لايعتبر مالاً حقيقياً لانه وصف شرعي في الذمة، بل انهم اعتبروه مالاً حكماً لانه يكون بعد القبض عينياً ينتفع بها ومالاً قابلاً للتصرف فيه، لذا صحة هبته عندهم الى المدين وصحة كفالته ايضاً[٢]. اما الكفالة بالنفس وكما اشرنا اليها اعلاه في م/١٠١٧ من القانون المدني العراقي فهي تلك الكفالة التي يتم فيها احضار المكفول به جبراً وبالتالي فأن الكفالة بالنفس وفقاً للمذهب الحنفي والقانون المدني العراقي

[١] د.صلاح الدين الناهي – المصدر السابق، ص٢٦٤ .

[٢] علي حيدر – المصدر السابق، ص٧٢٣ .

جائز. وقد اعترض على هذا الرأي بالقول بأنه ليس للكفيل ولاية على نفس المكفول به ويمكن الاعتراض على ذلك فأذا كان الكفيل لايستطيع ان يحضر المكفول جبراً عليه اذ يكفي عليه ارشاد الطالب الى مكان المكفول به لتسلمه او ان يستعين بأعوان القاضي اي بأمر المحكمة وبذلك يمكن احضاره جبراً[١].

**رابعاً:- انواع الكفالة من حيث اوصافها**

فقد اشارت القانون المدني العراقي في م/١٠٠٩ ف٢ والتي نصت على انه (يجوز ان تكون الكفالة منجزة او معلقة على شرط او مضافه الى زمن مستقبل) الا اننا نرى بان النص المتقدم جاء غير منسجماً مع ما جاء في م/١٠٢١ ف١ من القانون المدني العراقي على اعتبار ان الكفالة معلقة على شرط عدم وفاء المدين، والقول بأنه يمكن ازالة هذا التناقض بين النصين اعلاه اذا فهم من النص الاخير على انه مجرد افتراض قانوني الغرض منه ترتيب مطالبة الدائن لكل من المدين الاصلي والكفيل وبالتالي تجعل مطالبته معلقة على اعسار المدين الاصلي او افلاسه لا عن وجود الكفالة نفسها[٢]. اما القانون المدني المصري فأنه جعل عقد الكفالة بأنها منجزة على الرغم بأن (المادة ٧٢٢) اشارت بأن التزام الكفيل بالاداء اذا لم يف المدين بنفسه فالكفالة غير معلقة على شرط عدم وفاء المدين الاصلي اذ ان التزام الكفيل يقوم بمجرد انعقاد عقد الكفالة وللدائن ان يطالب الكفيل عند حلول الاجل ولكن لايجوز له ان يطالبه وحده قبل رجوعه على المدين وهذا ما اشارت اليه المادة ٧٨٨ ف١ من القانون المدني المصري والتي نصت على انه (لايجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين). وكذلك علينا التعرف ايضاً على الكفالة العينية والكفالة الشخصية، فالكفالة الشخصية هي كما اشارت اليه المادة /١٠٠٨ من القانون المدني العراقي وهي ضم ذمة الى ذمة اخرى في المطالبة بتنفيذ التزام وهو موضوع بحثنا اما الكفالة العينية فهي الكفالة التي تقدم فيها الكفيل عيناً من امواله ضماناً لدين على اخر وهذه؛ التأمينات جاءت على سبيل الحصر وهي (الرهن التأميني، الرهن الحيازي، وحق الامتياز) انظر المواد

[١] د.صلاح الدين الناهي – المصدر السابق، ص٢٦٥ .

[٢] د.صلاح الدين الناهي_ المصدر السابق ص٢٦٦ .

(١٢٨٥، ١٣٢١، ١٣٦١) من القانون المدني العراقي، واخيراً بقي علينا ان نتعرف بما يسمى بكفالة الكفالة وهذا ما اشارت اليه المادة ١٠٣٩ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (الكفيل الذي يكفل الكفيل الدائن، يعتبر في علاقته بالدائن كفيلاً للكفيل، وفي علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مديناً اصلياً بالنسبة له)، اما المشرع المصري فقد اشارت المادة ٧٩٧ منه والتي نصت على انه (تجوز كفالة الكفيل وفي هذه الحالة لايجوز للدائن ان يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل الا اذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل).

## الفرع الثاني

## تمييز عقد الكفالة عن غيره من العقود

قبل التمييز بين عقد الكفالة وما يشتبه بها من نظم قانونية اخرى ينبغي علينا اولاً التعرف على الكفالة وبين ما يسمى في العمل (كفالة) والتي تنطوي على دفع مبلغ من النقود ضماناً للقيام بعمل معين او اداء التزام معين كما هو الحال في المبالغ التي يدفعها بعض الموظفين ضماناً لحسن قيامهم بأعمالهم، والحقيقة بأن تلك المبالغ لاتعدو ان تكون رهناً حيازياً لها اي تأميناً عينياً وبالتالي فأن هذه التأمينات المقدمة هي ليس بعقد كفالة والذي نبحثه بأعتباره النموذج الرئيسي للتأمينات الشخصية[١].

**اولاً :- التمييز بين عقد الكفالة والحوالة**

لقد نظم المشرع العراقي احكام الحوالة في باب خاص تحت عنوان انتقال الالتزام، والحوالة نوعان هما حوالة الدين وحوالة الحق، ولدى الرجوع الى القانون المدني العراقي وما اشارت اليه م/٣٣٩ والتي نصت على انه (حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة به في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه). اما حوالة الحق فقد اشارت اليها م/٣٦٢ منه والتي نصت (يجوز للدائن ان يحول الى غيره مالهُ من حق على مدينه الا اذا حال دون ذلك نص في القانون او اتفاق المتعاقدين او طبيعة الالتزام،

[١] د.سمير عبدالسيد تناغو – المصدر السابق – ص٢٥ .

وتتم الحوالة دون حاجة الى رضاء المحال عليه)، وهي تقابل م/٣٠٣ من القانون المدني المصري اما حوالة الدين فقد اشار اليها المشرع المصري في المادة ٣١٥ من القانون المدني المصري والتي نصت على انه (تتم حوالة الدين بأتفاق بين المدين وشخص اخر يتحمل عنه الدين)، ونرى من خلال النصوص اعلاه بأن المشرع لم يكن موفقاً حينما درج تسمية حوالة الحق تحت باب انتقال الالتزام لأن في حوالة الحق بأن الحق هو الذي ينتقل وليس الالتزام وكان عليه تسمية الباب اعلاه (الحوالة) اسوةً بما فعله المشرع الاردني حيث اورد تسمية الحوالة في الفصل الثاني من القانون المدني، عموماً فأن حوالة الدين تتم بأتفاق بين المدين ويسمى المحيل مع شخص اخر يسمى المحال عليه (المدين الجديد) يتحمل عنه الدين ونرى بأن هنالك اوجه للتشابه والاختلاف بين المحال عليه (المدين الجديد) في حوالة الدين ومركز الكفيل من حيث تحمل الدين بأن التزام الكفيل التزام تبعي بينما المحال عليه (المدين الجديد) هو مدين اصلي يتحمل الدين قبل الدائن مباشرة؛ وكذلك ايضاً بأن حوالة الدين لاتكون نافذة بحق الدائن مالم يقبلها فإذا عيّن المحيل او المحال عليه اجلاً حتى يقرها وسكت الدائن فسكوته يعتبر رفضاً للحوالة وهذا ما اشارت اليه م/٣٤٠ ف٢ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (واذا قام المحيل او المحال عليه بإبلاغ الحوالة المحالة له وحدد له اجلاً معقولاً لقبول الحوالة ثم انقضى الاجل دون ان يصدر القبول اعتبر سكوت المحالة له رفضاً للحوالة)، وهي تقابل م/٣١٦ ف١ من القانون المدني المصري. اما في عقد الكفالة فأن سكوت الدائن عن الكفالة يعتبر رضا منه وهذا ما اشارت اليه م/٨١ ف٢ والتي نصت على انه (..... او اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه) وهي تقابل م/٩٨ ف٢ من القانون المدني المصري. وكذلك بالنسبة الى اوجه التشابه والاختلاف بين المحيل (الدائن) في حوالة الحق ومركز الكفيل ففي الحوالة اذا ضمن المحيل يسار المدين (المحال عليه) فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة مالم يتفق على غير ذلك، وهذا يعني اذا وجد اتفاق بين الدائن (المحيل) والمحال له (الدائن الاخر) على ضمان يسار المدين واذا لم يكن المدين كذلك فأن المحيل يلزم بالوفاء او التعويض وما اشارت اليه م/٣٦٩ ف٢ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (اذا ضمن المحيل يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة مالم يتفق على غير ذلك)

وهي تقابل م/٣٠٩ من القانون المدني المصري، وكذلك يشتبه المحيل في حوالة الحق مع الكفيل من حيث ضمان الوفاء، حيث ان التزام المحيل اصلي يتلخص في مسؤوليته بالتعويض عما يلحق المحال له من ضرر نتيجة اخلاله بضمان يسار المدين، وكذلك ايضاً فأن المحيل يضمن الحق في ذمة المدين (المحال عليه) اذا كانت الحوالة يعوض مالم يكن الاتفاق بغير ذلك اما اذا لم يكن ذلك فلا يضمن الحق وهذا ما اشارت اليه م/٣٦٨ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (١- اذا كانت الحوالة يعوض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق المحال به وقت الحوالة مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ٢- اما اذا كانت الحوالة بغير عوض فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق)، وهي تقابل م/٣٠٨ من القانون المدني المصري وضمان المحيل للحق في ذمة المحال عليه (المدين) يشبه الكفيل، الا ان ضمان وجود الحق في المحيل هو التزام اصلي لان المحيل اخذ عوضاً من المحال له (الدائن الجديد) وبالتالي فأن تخلف عن التزامه فأنه يتحمل المسؤولية ويصار الى التعويض اما الكفيل فكفالته تابعة للالتزام الاصلي فإن لم يف المدين بدينه يوفي عنه الكفيل، وكذلك يشترط ايضاً لنفاذ حوالة الحق بحق المدين رضاه حتى يكون على علم بأنه لمن سيوفي بينما الكفالة لايشترط فيها رضا المدين لنفاذها بحقه لانه ليس طرفاً فيها، وهذا ما اشارت اليها م/٣٦٣ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (لاتكون الحوالة نافذة في حق المحال عليه او في حق الغير الا اذا قبلها المحال عليه او اعلنت له على ان نفاذها في حق الغير بقبول المحال عليه يستلزم ان يكون هذا القبول ثابت التأريخ)، وهي تقابل م/٣٠٥ من القانون المدني المصري.

**ثانياً :- التمييز بين عقد الكفالة والتعهد عن الغير**

التعهد عن الغير هو ان يتعهد شخص نحو اخر بأن يجعل شخصاً ثالثاً يقبل القيام بعمل او عدم القيام بعمل ولا عوضهُ عن ذلك[١] ويراد في التعهد وهو موضوع التزام المتعهد هو حمل الغير على قبول التزام معين لذلك فانه التزام اصلي وليس التزام تبعي بينما الكفيل يضمن تنفيذ التزام المدين ويقوم بتنفيذه ان لم يف به المدين

[١] د.عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير – المصدر السابق – ص ١٤٢ .

بنفسه، وتختلف الكفالة ايضاً عن التعهد عن الغير ايضاً بان الكفيل اذا اوفى بالدين فانه يرجع به على المدين بما اوفاه لان التزامه تبعي بينما المتعهد عن الغير اذا دفع تعويضاً لعدم اقرار الغير لهذا التعهد فانه لايرجع على الغير بشيء لان التزامه اصلي.

**ثالثاً :- التمييز بين عقد الكفالة والانابة الناقصة**

في الانابة الكاملة لاوجه للالتباس بينها وبين الكفالة لان في الانابة ان المنيب يختفي ليحل محله المناب وبالتالي فلا يكون امام الدائن الا مديناً واحداً وهو المناب وبالتالي لايوجد ازدواج او تعدد للمدينين يدعو الى الخلط بين الانابة الكاملة والكفالة ولكن الخلط او الالتباس يحدث بين الانابة الناقصة والكفالة لان المنيب في الانابة الناقصة لايختفي بل يظل ملتزماً بالدين مع المناب في مواجهة الدائن ومع ذلك فان المنيب لايلتزم بصفة تبعية بل بصفة اصلية ويظهر ذلك في علاقته بالدائن فلا يجوز له ان يدفع في مواجهة الدائن بضرورة رجوعه اولاً على المناب كما هو الحال في حق الكفيل والذي له الحق في الدفع بضرورة رجوع الدائن اولاً على المدين، وايضاً لايجوز للمنيب ان يتمسك في مواجهة الدائن الدفع بالتجريد كما هو الحال بالنسبة الى حق الكفيل والذي يمتلك حق التمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن بضرورة التنفيذ على اموال المدين اولاً وتجريده من امواله قبل الشروع في التنفيذ على اموال الكفيل (انظر م/١٠٢١ ف٢) من القانون المدني العراقي السالفة الذكر.

**رابعاً :- تمييز عقد الكفالة والفضولي**

الفضولي وهو الشخص الذي يقوم عن قصد في القيام بعمل لحساب شخص اخر دون ان يكون ملزماً بذلك. ولدى الرجوع الى القانون المدني العراقي وما اشارت اليه م/١٣٥ ف١ والتي نصت على انه (من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك) وهي تقابل م/١٨٨ من القانون المدني المصري. والنصوص المتقدمة تبين بانه قد تشتبه احكام الفضالة باحكام الكفالة في حالة رجوع الكفيل على المدين اذا قام الكفيل بالوفاء دون اذنٍ من المدين، اما مجلة الاحكام العدلية فانها لاتجيز الكفيل في الرجوع بما اوفاه على المدين اذا كانت دون

امره. اما الاختلاف فيظهر بانه يشترط بما يقوم به الفضولي من امراً عاجلاً غير ملزم اصلاً. بينما لايشترط في الكفالة ان يكون امراً عاجلاً ويكون الكفيل بذلك ملزماً بتنفيذ العقد امام الدائن ووفقاً للشروط المتفق عليها بينهما في العقد وايضاً يعتبر الفضولي نائباً لرب العمل اذا تم التعاقد باسم رب العمل ولحسابه وفي المقابل فعلى رب العمل تنفيذ التعهدات التي ابرمها الفضولي، بينما الكفيل فانه ليس نائباً عن المدين في تنفيذ العقد بل تابعاً له اذ يقوم بتنفيذ الالتزام الاصلي المفروض على المدين في حالة تخلف الاخير عن القيام بهذا الالتزام.

**خامساً :- تمييز عقد الكفالة عن التضامن بين المدينين**

تختلف الكفالة عن التضامن بين المدينين، لكون المدين المتضامن يلتزم بصفة اصلية في مواجهة الدائن وهو يلتزم بنفس الدين الذي يلتزم به كل مدين متضامن معه حتى ولو كان كفيلاً لهم في علاقته بهم، فهو على اية حال مدين متضامن في مواجهة الدائن اما الكفيل فهو لايلتزم بصفة اصلية بل بصفة تبعية وهو لايلتزم بنفس الدين المكفول ولكنه يلتزم بدين اخر هو الوفاء بالدين المكفول اذا لم يف به المدين نفسه[١]ويظل الكفيل ملتزماً بصفة تبعية حتى ولو كان متضامناً مع المدين الاصلي وتظهر صفة التبعية في حق الكفيل المتضامن في التمسك ببراءة ذمته اذا اضاع الدائن تأمينات اخرى كانت تضمن الوفاء بنفس الدين المكفول وبقدر ما اضاع الدائن من تأمينات. وايضاً للكفيل المتضامن الحق في التمسك بسقوط التزامه اذا لم يرجع الدائن على المدين فالكفيل وان كان متضامناً فانه يلتزم بصفة تبعية على خلاف المدين المتضامن فهو يلتزم بصفة اصلية حتى لو لم تكن له في علاقته بالمدينين الاخرين مصلحة في الدين[٢].

[١] د.سمير عبدالسيد تناغو – المصدر السابق – ص١٨ ود.سليمان مرقس – المصدر السابق – ص٥ .

[٢] د.سمير عبدالسيد تناغو – المصدر السابق – ص٢٥.

# المبحث الثاني

## انعقاد عقد الكفالة

سنتناول في هذا المبحث اركان عقد الكفالة وهو الرضا والمحل والسبب والشروط الواجب توافرها لصحته، وقبل التعرض لهذه المسائل بالتفصيل علينا اولاً ان نلقي الضوء على العملية القانونية للكفالة بعد ان نبين اطرافها في مسألتين ومما يأتي:-

**اولاً / الكفالة عملية ثلاثية**

اذا كان عقد الكفالة لايتم الا بين الدائن والكفيل الا ان الحقيقة تبين بأن عقد الكفالة يدل على ان هنالك شخصاً ثالثاً يهمه الامر ايضاً وهو المدين الاصلي فهو احد العناصر الثلاثية لعقد الكفالة بالمعنى الواسع وبذلك فان عقد الكفالة يشتمل على ثلاثة انواع من الروابط:-

١-انها رابطة بين الدائن والمدين وهذه الرابطة قد يشترط الدائن على المدين ان يقدم كفيلاً حتى يقبل العقد المقترح وهذا ما يحصل عادةً في عقد القرض، ومع ذلك فانه قد لايلزم الاشتراط المسبق دائماً عند ابرام هذا العقد فقد يحدث ذلك عند تنفيذ العقد عندما يخشى الدائن اعسار مدينه فيطلب منه تقديم كفيل، لا بل حتى يستطيع الدائن في الالتزام الناشيء عن فعل ضار او فعل نافع ان يطلب من المدين بهذا الالتزام بتقديم كفيل.
٢-انها رابطة بين المدين والكفيل كأن يتفقا على ان يقوم الكفيل بالوفاء بالدين في حالة عدم وفاء المدين به، بل انه لايلزم بان يكون هنالك اتفاق بين المدين والكفيل اذ يمكن ان يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه بضمان دين المدين بل ويستطيع كذلك بدون علم المدين ورغم معارضته وهذا الامر نادرٌ في العمل.
٣-انها رابطة بين الدائن والكفيل وهذه الرابطة هي التي تجسد عقد الكفالة والتي بمقتضاه يتعهد الكفيل قبل الدائن بأن يفِ بالالتزام اذا لم يف بهِ المدين بنفسه.

**ثانياً / طرفا عقد الكفالة**

بالتاكيد ان عقد الكفالة لايتم الا بين الدائن والكفيل اما المدين فهو ليس طرفاً فيه ومع ذلك فانه يلعب دوراً رئيسياً في انعقاده. لان التزامه الاصلي المكفول يؤثر تأثيراً قوياً على عقد الكفالة بأعتباره عقداً تابعاً لهذا الالتزام، وبالتالي طالما ان المدين المكفول ليس طرفاً في عقد الكفالة ولا حاجة حتى الى رضاه في انعقاده او الى علمه. لذا رتب القانون للكفيل الحق في الرجوع على المدين بما ادى ما كفل به من ماله والحلول محل الدائن في جميع ما للدائن من حقوق وسواءً كانت الكفالة بأمر المدين او بغير امره وهذا ما اشارت اليه م/١٠٣٣ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (١- اذا ادى الكفيل ما كفل به من ماله، فله الرجوع بما ادى على المدين ٢- ويحل الكفيل محل الدائن في جميع مالهذا الدائن من الحقوق سواءً كانت الكفالة بأمر المدين او بغير امره) والنص المتقدم لم يبين حالة معارضة المدين للكفيل بما ادى من ماله للدائن، بينما القانون المدني المصري اجاز للكفيل بالرجوع على المدين بما اداه للدائن على الرغم من عدم علم المدين او رغم معارضته وهذا ما اشارت اليه م/٧٧٥ من القانون المدني المصري والتي نصت على انه (تجوز كفالة المدين بغير علمه وتجوز ايضاً رغم معارضته)، اما المذهب الحنفي فهو يحرم على الكفيل الذي يضمن المدين بأن يرجع بما اداه على الرغم من معارضته[١]، وبذلك فأن النص المتقدم الذي اشار اليه المشرع العراقي في م/١٠٣٣ يكون قاصراً على ما ورد فيه من حق رجوع الكفيل على المدين سواءً كانت الكفالة بأمر المدين ام بغير امره وبالتالي لايجوز للكفيل الرجوع على المدين بما اداه اذا كانت الكفالة قد حصلت على الرغم من معارضته ومما يؤيد ذلك في تفسير (المادة ١٠٣٣) من القانون المدني العراقي بأنها استثناء من الوارد في م/٢٣٩ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (اذا قضى احد دين غيره بلا امره سقط الدين عن المدين سواءٌ قبل او لم يقبل ويعتبر الدافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيءٍ مما دفعه بلا امره الا اذا تبين من الظروف ان للدافع مصلحة في دفع الدين او انه لم يكن عنده نية التبرع). وهذا ما ذهب اليه جانب من الفقه في القول بأن الاستثناء لايجوز التوسع فيه فلا يمكن ان يرجع الكفيل بما اداه اذا

[١] انظر م/٧٥٤ من مرشد الحيران .

حصلت الكفالة بالرغم من رد المدين او معارضته[١] ونحن نتفق مع ما جاء اليه الفقه في هذا الجانب.

## المطلب الاول

**اولاً / الرضا في عقد الكفالة**

من الطبيعي بأن عقد الكفالة كغيره من العقود قوامه التراضي، لذلك فأنه يخضع للقواعد العامة من حيث التعبير عن الارادة وشروط صحته - وايضاً فأن عقد الكفالة لايشترط شكلاً معيناً لأنعقاده فهو ينعقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين في ان يلتزم الكفيل بضمان دين المدين قبل الدائن اذا لم يفِ المدين نفسه[٢]. والرضا المطلوب في هذا العقد هو رضا الدائن والكفيل ولا يشترط رضا المدين لأنه ليس طرفاً في عقد الكفالة، اما فيما يتعلق بالاهلية فأن عقد الكفالة تعتبر من عقود التبرع الضارة ضرراً محضاً من جانب الكفيل لأنه يلتزم دون مقابل بضمان دين لا مصلحة له فيه وبالتأكيد يتحقق ذلك اذا كان الكفيل رشيداً اي اتم الثامنة عشرة سنة من عمرهِ وهذا ما اشارت اليه م/١٠٦ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة) بينما القانون المدني المصري اشار بأن سن الرشد هي احدى وعشرون سنة وكما جاء في م/٤٤ ف٢ منه، اما اذا كان الكفيل ناقص الاهلية كالصبي المميز ومن في حكمهِ فأن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لكونه يقدم الكفالة الى الدائن من دون ان يأخذ مقابلاً وما يرتب عليه من ضرر محض، والعكس في ذلك فأن الكفالة بالنسبة للدائن فالأصل تعتبر عملاً نافعاً نفعاً محضاً لذلك لا يشترط فيه الاهلية للتعاقد لكون الدائن يأخذ الكفالة دون ان يدفع للكفيل مقابلاً، الا اذا دفع الدائن للكفيل مقابلاً للكفالة عندئذ يصبح تلك الاعمال دائرة بين النفع والضرر وبالتالي يصبح موقوفة على اذن الولي او الوصي حسب مقتضى الحال. اما مسألة التعبير عن الارادة في

[١] د.صلاح الدين الناهي – المصدر السابق – ص٢٦٨ .

[٢] بخلاف القانون المدني المصري الذي اشترط في م/٧٧٣ الكتابة لأثبات عقد الكفالة لا لأنعقاده ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الاصلي بالبيّنة.

عقد الكفالة بالنسبة للدائن والكفيل فأن العقد ينعقد سواءً صدر الايجاب من الكفيل او الدائن وفي كل الاحوال سواءً كان اللفظ صريحاً كقوله انا كفيل او زعيم او ضمين او قبيل[١] وكيفية التعبير عن الارادة لا يثير اي صعوبة بالنسبة للدائن فهو يعبر عن ارادته بشكل صريح او ضمني لا بل ان السكوت يعتبر قبولاً من جانبه لكون الايجاب يتمخض لمصلحته، الا ان صعوبة التعبير عن الارادة تثور لدى الكفيل حيث يذهب جانب من الفقهاء على ضرره اشتراط التعبير عن الكفيل وذلك لخطورة عقد الكفالة بالنسبة للكفيل بينما ذهب فريق اخر من الفقهاء بأنه لا يشترط بأن يكون التعبير عن الارادة صريحاً لأنه لا يوجد نصاً في القانون يوجب ذلك[٢]، ونحن نتفق مع الرأي الاخير بما جاء من تفسير في تلك المسألة، واخيراً بقي علينا ان نتعرف على عيوب الارادة والتي يمكن ان يصيب اطراف عقد الكفالة وعيوب الارادة طبقاً لقواعد القانون هي الاكراه والغلط والغبن مع التقرير والاستغلال[٣] ولا تخرج الكفالة بهذا الصدد عن القواعد العامة والمشاكل التي تثور عملاً بصدد الاكراه والغبن مع التقرير سواءً حدد من احد اطراف العلاقة العقدية وهما الدائن او الكفيل او من شخص المدين والذي يعتبر اجنبياً عن العقد، وفي تلك المسألة فأن حكم م/١٢٢ من القانون المدني العراقي تسري على المتعاقد المغبون والذي لا يجوز له طلب ايقاف العقد الا اذا ثبت بأن المتعاقد الاخر بأنه كان يعلم او كان من السهل عليه ان يعلم بهذا التغرير وقت ابرام العقد اما بخصوص الغلط فأن اهم ما يثيره من مشاكل في العمل هو وقوع الكفيل في غلط متعلق بشخص المدين والغلط يجب ان يكون جوهرياً طبقاً للقواعد العامة وبالتالي يجوز ابطال العقد على اساسه وخصوصاً اذا وقع في في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكانت تلك الذات او تلك الصفة السبب الوحيد او الرئيسي في التعاقد[٤] وهذا الحكم يمكن ان يمتد ايضاً الى الغلط في شخص المدين او في صفة من صفاته سيما وان (المادة ١١٨) من القانون المدني العراقي لم تحصر حالات الغلط الجوهري بل ضربت امثلة

[١] منير القاضي – المصدر السابق – ص١٣ .

[٢] د.محمود جمال الدين زكي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة، ١٩٥٨، ص٥٢٢ .

[٣] انظر المواد، (١١٢، ١١٧، ١٢١، ١٢٥) من القانون المدني العراقي.

[٤] انظر م/١١٨ من القانون المدني العراقي .

على ذلك وهي امثلة يجوز القياس عليها وبالتالي فأن المدين وان لم يكن طرفاً في عقد الكفالة الا انه في الحقيقة شخصيته محل اعتبار في التعاقد ومن ثم اعتبار الغلط الصادر منه يعد جوهرياً.

**ثانياً / المحل في عقد الكفالة**

من الطبيعي بأن محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الاصلي والوفاء به اذا لم يفِ به المدين بنفسه، وحتى يكون التزام الكفيل ممكناً يجب ان يكون الالتزام الاصلي المكفول موجوداً وصحيحاً، وعليه اذا كان الالتزام الاصلي غير موجود او وجد ثم ابطل او وجد صحيحاً ثم انقضى في هذه الحالة لايكون لألتزام الكفيل محل وبالتالي يقع باطلاً، ويشترط كذلك لصحة التزام الكفيل ان يكون محله معيناً او قابلاً للتعيين وهذا التعيين او القابلية للتعيين يجب ان يكون مرتبطاً ايضاً بالتزام المدين اما شرط المشروعية فهو مفروض دائماً لأن التعهد بكفالة التزام صحيح هو محل مشروع في جميع الاحوال كقوله تعالى { وَلِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنا بِهِ زَعِيم }، اي ضامن. وسوف نسلط الضوء على هذه المسألة في نقتطين الاولى لشروط التزام الكفيل والثانية في تعيين التزام الكفيل (نطاق التزام الكفيل).

**١- شروط التزام الكفيل**

**اولاً :- يشترط ان يكون الالتزام المكفول صحيحاً**

مما لاشك فيه بأن التزام الكفيل هو التزام تابع لايقوم بذاته بل لابد من وجود التزام اخر صحيح يستند اليه ويضمن الوفاء به. وبالتالي فأن اي التزام يمكن كفالته اياً كان مصدره ومحله اذ يمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره العقد وهو الذي يقع في الغالب او كفالة الالتزام الذي يكون مصدره العمل غير المشروع او كفالة الالتزام الاحتمالي الذي يكون مصدره العمل غير المشروع ايضاً فيأتي المدين الاحتمالي بهذا الالتزام لدائنه الاحتمالي وبكفيل يضمنه[١] كما ويمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره الكسب دون سبب، وايضاً يمكن كفالة الالتزام الذي يكون

[١] د.عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق – ج١٠ – فقرة ٨ .

مصدره القانون، وكذلك كفالة الالتزام المتمثل بأعفاء شيء او الالتزام القيام بعمل او الامتناع عن عمل، ولكن الذي يقع في الغالب هو كفالة الالتزام الذي يكون محله دفع مبلغ من النقود فيأتي المقترض بكفيل يضمنه لدى المقرض الا ان هذا لايمنع بأن يكون محل الالتزام نقل ملكية عقار او منقول، والمثال على ذلك بأن يأتي البائع بكفيل يضمنه لدى المشتري في التزامه بنقل ملكية المبيع، او ان يلتزم تاجر معين بعدم المنافسة لتاجر اخر بأن يأتي بكفيل يضمنه في هذا الالتزام. وكذلك يجوز ايضاً ان يكون التزام الكفيل محلاً لكفالة اخرى ويسمى عندئذ كفيل الكفيل (مصدق الكفيل) فيلتزم المصدق بوفاء الالتزام اذا لم يفِ به الكفيل ويعتبر الكفيل في علاقته بالمصدق كالمدين بالنسبة للكفيل وتكون عندئذ احكام كفالة الكفيل هي ذات احكام الكفالة، وبالتالي فلا يجوز ان يرجع على المصدق الا بعد رجوعه على كل من المدين والكفيل ويكون للمصدق الدفع بالتجريد في مواجهة كلاً من المدين والكفيل الا انه ليس للمصدق ان يدفع بالتقسيم مع الكفيل لأنهما لا يكفلان ديناً واحداً ذلك لأن المصدق يكفل التزام الكفيل بينما الكفيل يكفل التزام المدين الاصلي وعند تعدد المصدقين ينقسم الدين عليهم لأنهم يكفول جميعاً التزاماً واحداً وهو التزام الكفيل، فضلاً عن ذلك فأن للمصدق ان يتمسك بالدفوع التي يجوز للكفيل ان يتمسك بها، كأن يستعمل حقوق الكفيل الذي كفله بأسم هذا الكفيل، كما هو الحال في استعمال الدائن حقوق المدين في الدعوى غير المباشرة، اما اذا كان المصدق متضامناً مع الكفيل فأنه تسري في علاقته مع الكفيل احكام الكفيل المتضامن، هذا ويلحظ بأن صحة الالتزام المكفول ينظر اليه من وقت الكفالة.

**ثانياً :- يشترط ان يكون الالتزام موجوداً**

يستلزم ايضاً بان يكون الالتزام المكفول موجوداً وممكناً وكذلك ايضاً بأن يكون معيناً او قابلاً للتعيين الا انه لا يمنع بأن يكون هذا الالتزام مستقبلاً او شرطياً وبالتالي سوف نبحث في تلك المسألتين بشيء من التفصيل بالاضافة الى البحث في مدى امكانية كفالة الالتزام الطبيعي.

**أ- كفالة الالتزام المستقبل**

لدى الرجوع الى القانون المدني العراقي فأننا لم نجد نصاً يبين حكم كفالة الالتزام المستقبل. الا اننا نقول بأن صحة كفالة الالتزام المستقبل ليست الا تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في م/١٢٩ ف١ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (١- يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول عليه في المستقبل وعيّن تعييناً نافياً للجهالة والغرر) اما القانون المدني المصري فأنه اشار الى حكم الالتزام المستقبل في م/٧٧٨ والتي نصت على انه (تجوز الكفالة في الدين المستقبل اذا حدد مقدماً المبلغ المكفول، كما تجوز في الدين الشرطي).

اما مشروع القانون المدني العراقي فنجده بأنه اشار الى كفالة الالتزام المستقبل في م/٩٥٠ ف١ منه والتي نصت على انه (١- تجوز كفالة الدين المستقبل اذا حدد مقدماً مدى التزام الكفيل، ٢- اذا لم يعين الكفيل في الدين المستقبل مدة كفالته كان له وفي اي وقت ان يرجع فيها ما دام دين المكفول لم ينشأ على ان يخبر الدائن المستقبل بذلك قبل وقت مناسب). وكفالة الالتزام المستقبل شائعة في الاستعمال كما هو الحال الاعتماد الذي يفتحه البنك لأحد عملائه بقيمة الف ديناراً مثلاً ويتعاقد في نفس الوقت مع شخص اخر على ضمان الوفاء بما يسحبه المدين من هذا الاعتماد المفتوح فدين العميل لا ينشأ في مواجهة البنك الا في وقت السحب فعلاً اما قبل ذلك فأنه لا يعدو ان يكون ديناً مستقبلاً والكفالة توجد لضمان هذا الدين عندما ينشأ شريطة ان يحدد الحد الاقصى للدين المكفول وهو مبلغ الاعتماد المفتوح اما اذا لم يحدد الحد الاقصى لمبلغ الاعتماد عندئذ تقع الكفالة باطلة. وفي هذا السياق فأننا نجد بأن كفالة الدين المستقبل قد اثارت جدلاً حول تأصيلها فقد ذهب جانب من الفقهاء من انها تتعارض في الظاهر مع قاعدة بأن الكفالة لا تنشأ صحيحة الا اذا ارتكزت على التزام صحيح وهو ما يقتضي ان يكون الالتزام المكفول موجوداً لا مستقبلاً وقد ذهب الرأي في الفقه بأن كفالة الالتزام المستقبل منعقده صحيحة لكنها معلقة على شرط واقف هو تحقيق الالتزام المكفول[١] وقد انتقد هذا الرأي على اساس بأنه اذا تحقق الشرط الواقف وهو الالتزام المكفول فأن الكفالة طبقاً للأثر

[١] د.عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق – ص٢٥٢ .

الرجعي للشرط موجودة في وقت انعقادها اي قبل وجود الدين المكفول وهو ما يعني ان الكفالة وجدت في فترة من الزمن دون ان تكون مرتكزة على التزام اصلي لذلك لا مناص في القول بأن المشرع يستثني كفالة الالتزام المستقبل من قاعدة وجوب ارتكازها على التزام موجود عند انعقادها[١] وهذا النقد في الواقع لا محل له لأن المشرع لم يشترط بأن يكون الالتزام المكفول موجوداً وقت الكفالة ولكنه اشترط فقط ان يكون صحيحاً (م/١٢٩ من القانون المدني العراقي الانفة الذكر).

**ب- كفالة الالتزام الشرطي**

لدى الرجوع الى القانون المدني العراقي وما اشارت اليه م/١٠٠٩ ف٢ والتي نصت على انه (ويجوز ان تكون الكفالة منجزة او معلقة على شرط او مضافه الى زمن مستقبل)، اما المشرع المصري فقد اشار في م/٧٧٨ ف١ والتي نصت على انه (تجوز الكفالة في الدين المستقبل اذا حدد مقدماً المبلغ المكفول، كما تجوز في الدين الشرطي). والنصوص المتقدمة تجيز كفالة الدين الشرطي سواءً كان الدين الاصلي المكفول معلقاً على شرط فاسخ او معلقاً على شرط واقف[٢] وتطبيقاً لفكرة التبعية فأن مصير التزام الكفيل يرتبط بمصير الالتزام المكفول فأذا كان الالتزام الاصلي معلقاً على شرط فاسخ فأن التزام الكفيل يكون ايضاً معلقاً على شرط فاسخ ويسري عليه ما يسري على الالتزام الاصلي من احكام فأذا تخلف الشرط الفاسخ صار الدين الاصلي باتاً وبالتالي يكون التزام الكفيل باتاً ايضاً بالتبعية، اما اذا تحقق الشرط الفاسخ فأن الدين الاصلي ينفسخ بأثر رجعي ويعتبر كأنه لم يكن او كذلك الحال اذا كان الالتزام الاصلي معلقاً على شرط واقف فأن التزام الكفيل يكون ايضاً معلقاً على شرط واقف ويأخذ حكم الالتزام الاصلي فأذا تخلف الشرط الواقف زال الدين الاصلي بأثر رجعي واعتبر كأنه لم يكن، اما اذا تحقق الشرط الواقف فأن الالتزام الاصلي ينفذ بأثر رجعي وكذلك ينفذ التزام الكفيل ويصبح كل من التزام المدين الاصلي والتزام الكفيل نافذاً وباتاً وتسري عندئذ عليه احكام الكفالة.

[١] د.عبدالفتاح عبدالباقي – شرح القانون المدني – ص٩٠ .

[٢] د.عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق – ص ٥١ .

ج- كفالة الالتزام الطبيعي.
مما لا شك فيه بأن الالتزام الطبيعي هو التزام ناقص لكونه ينقصه عنصر المسؤولية وبالتالي لا يمكن فيه اجبار المدين على تنفيذ التزامه، سيما وأن الكفالة تفترض بالضرورة بأن يكون هنالك مدين اصلي ودائن له يمكنه من الحق بمقاضاة وأجبارهذا المدين على التنفيذ عند الرجوع عليه، لذلك فأنه لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي لعدم امكان اجبار المدين بالتزام طبيعي على الوفاء[١].

**٢- تعيين التزام الكفيل (نطاق التزام الكفيل)**

لتحديد التزام الكفيل علينا الرجوع اولاً الى عقد الكفالة لأنه هو الذي يحدد العلاقة بين الدائن والكفيل ولما كان التزام الكفيل تابع للالتزام الاصلي فأن تحديد مدى هذا الالتزام يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالالتزام الاصلي المكفول الذي قام الضمانة وبالتالي علينا البحث لمعرفة حدود التزام الكفيل ذلك لأن الكفالة هي وليدة اتفاق بين الدائن والكفيل، وعليه سنتطرق الى تعيين التزام الكفيل من حيث موضوعه واشخاصه ومدته واوصافه ثم نتطرق بعد ذلك الى معرفة الالتزام الاصلي الذي يحدد مدى التزام الكفيل تباعا وكالآتي:-

**اولاً :- عقد الكفالة من حيث موضوعها**
عقد الكفالة هي اما مطلقة او محددة (مقيدة). وبالتالي فأذا كفل الكفيل جزءاً من التزامات المدين فأنه لا يسأل الا عن هذا الجزء ولا يسأل عن الجزء الباقي فأذا ضمن الكفيل مثلاً الدين دون فوائد فأنه لا يسأل عن هذه الفوائد، الا انه قد لا يعيّن الكفيل محل التزامه عندئذ تأتي الكفالة مطلقة وفي هذه الحالة فأن الكفيل يضمن الالتزام كله. ولدى الرجوع الى القانون المدني العراقي فأننا نجد بأن المشرع قد وضع تحديداً قانونياً لما تشتمل عليه الكفالة وما اشارت اليه م/١٠١٥ والتي نصت على انه (تشمل الكفالة ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الاولى وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل، مالم يوجد اتفاق يقضي بغيره) وهي تقابل م/٧٨١

[١] د.عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق – ص٥٦ .

من القانون المدني المصري. والنصوص المتقدمة تبين بأن الكفالة اذا كانت غير محددة اي مطلقة فأن الكفيل يسأل عن اصل الدين المكفول وملحقاته وتوابعه كالفوائد القانونية والاتفاقية وكذلك التعويضات الناشئة عن التأخير في الوفاء او عن اخلال المدين بالتزامه بصفة عامة، كما يسأل الكفيل عن مصروفات المطالبة بالدين سواءً وجهت المطالبة اليه او الى المدين او اليهما معاً[١] الا ان القانون يوجب على الدائن بأن يرجع اولاً على المدين قبل ان يرجع على الكفيل، لذلك فعلى الدائن ان يوجه اجراءات المطالبة الاولى الى المدين قبل ان يطالب الكفيل والمصروفات التي ينفقها الدائن في سبيل مطالبة المدين وعلى سبيل المثال كمصروفات التنبيه بالدفع ومصروفات رفع الدعوى على المدين، وهذه المصروفات يلتزم الكفيل بضمان الوفاء بها دائماً، اما ما يستجد بعد ذلك من مصروفات فأن الكفيل لا يتحمل لها الا اذا كانت لاحقة لأخطار الدائن له بمطالبة المدين واخطار الدائن للكفيل بأتخاذ هذه الاجراءات امر ضروري حيث ان الكفيل قد يقوم بالوفاء بالدين وبالتالي يتجنب المصروفات اللاحقة، اما اذا لم يخطر الدائن الكفيل فأنه يكون قد قصر في ذلك ويتحمل عبء تقصيره والكفيل سيكون غير ملزم بالمصروفات التي ينفقها الدائن بعد المطالبة الاولى، اما في حالة اخطار الدائن للكفيل بهذه الاجراءات وعدم قيام هذا الاخير بالوفاء فعليه ان يتحمل تبعة تقصيره هو بذاته، وبالتالي فأن حكم المادة ١٠١٥ من القانون المدني العراقي الانفة الذكر هي قاعدة مكملة او مقررة لأرادة المتعاقدين لذلك فأن تطبيقها يتوقف على عدم وجود اتفاق خاص يحدد ما قد يلتزم به الكفيل لدين مدينه.

**ثانياً :- عقد الكفالة من حيث اشخاصها**

بالتأكيد بأن الكفالة لاتتعدى الشخص المكفول - وكما بيّنا سابقاً - ويكون ذلك بتعيين اطراف الدين وتعيين اطراف الدين يكون بتحديد شخص الدائن والمدين، فبخصوص الدائن فنرى بأنه ليس هنالك مشكلة في ذلك حيث انه هو الطرف الآخر في عقد الكفالة اما بخصوص المدين فالحقيقة انه ليس طرفاً في عقد الكفالة، ولكنه مع ذلك فأنه يلعب دوراً جوهرياً لكونه عنصراً هاماً في عقد الكفالة ويترتب على

[١] د.عبدالفتاح عبدالباقي – المصدر السابق – ص٦٧ .

ذلك بأن الغلط في شخص المدين او في صفة من صفاته يكون عقد الكفالة معرضاً للأبطال كما لو استبدل بالمدين الذي كفّله مديناً اخر عندئذ تبرأ ذمة الكفيل مالم يرتضي كفالة المدين الجديد.

**ثالثاً :- عقد الكفالة من حيث مدتها**

ينبغي القول بأن الكفالة لا تتجاوز الوقت المحدد لها، وعليه اذا ارتضى شخص بأن يتحمل الكفالة الى وقت محدد فلا يتجاوز التزامه حدود هذه الفترة[١] وقد يحدد الكفيل وقتاً معيناً لنشوء الكفالة كما هو الحال في الالتزامات المستقبلية التي يعين الكفيل فيها مدة معينة عندئذ تبرأ ذمته بعد انقضائها اذا لم ينشأ الالتزام المكفول خلالها وقد يعين الكفيل وقتاً معيناً لأنقضائها كما لو حدد فترة معينة من الزمن وفي هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل بعدها اذا لم يطالبه الدائن او يطالب المدين خلالها.

**رابعاً:- عقد الكفالة من حيث اوصافها**

من دون شك يلحق التزام الكفيل جميع الاوصاف التي يرتبها عقد الكفالة فقد يكون التزام الكفيل معلقاً على شرط واقف او شرط فاسخ او مقروناً بأجل واقف او فاسخ وكما اشارت اليه م/١٠٠٩ ف٢ من القانون المدني العراقي الآنفة الذكر. عندئذ تسري في هذه الحالة القواعد العامة بخصوص الشرط والأجل فقد يعلق الكفيل التزامه على شرط وجود ضمانات اخرى يعتمد عليها ويحل محل الدائن فيها كتقديم رهن مثلاً، ويكون التزام الكفيل في هذه الحالة معلقاً على شرط واقف اذا كانت الكفالة لا تنفذ الا اذا تحقق الشرط ووجدت هذه الضمانات وقد يكون الشرط فاسخاً اذا كانت الكفالة نافذة في الحال بشرط ان يقدم الضمان المتفق عليه، وبالتالي فأذا لم يقدم له هذا الضمان فأن الشرط الفاسخ يتحقق وتزول الكفالة بأثر رجعي وقد يقرن الكفيل التزامه بأجل واقف او فاسخ كأن يقرر بأنه لا يلتزم بالكفالة الا ابتداءاً من وقت معين او اذا قرر بأنه لا يكفل المدين الا بالنسبة للالتزامات التي يعقدها في وقت معين - ففي الحالة الاولى بأن الكفالة لا توجد الا ابتداءاً من الوقت الذي حدده الكفيل وفي الحالة الثانية - فيما اذا انقضى الوقت ولم يعقد المدين

[١] د.محمود جمال الدين زكي – المصدر السابق – ص٧٠.

الالتزامات المتفق عليها، فأنه لا يضمن الديون التي يبرمها بعد انقضاء هذا الوقت[١].

**خامسا :- الالتزام الاصلي الذي يحدد مدى التزام الكفيل**

بيّنا سابقاً بأن الكفالة لا تكون صحيحة الا اذا ارتكزت على التزام صحيح وبالتالي فأن وجود الالتزام الاصلي يعد ضرورياً لقيام الكفالة لكونها تقوم على ضمان هذا الالتزام ويترتب على ذلك بأن التزام الكفيل لا يصح ان تجاوز حدود الالتزام الاصلي الا انه يمكن بأن يكون التزام الكفيل يكون اهون واقل من الالتزام الاصلي، كما ان اي تغيير يحصل في الالتزام فأن الكفيل يستفيد منه اذا كانت هنالك مصلحة تتحقق له ولا يضار منها ولدى الرجوع الى القانون المدني العراقي فأننا لم نجد نصاً يبين تلك المسألة الا انه يمكن النظر الى م/١٠١٣ ف١ منه والتي نصت على انه (اذا كان الدين مؤجلاً على الاصيل وكفل به احد، تأجل على الكفيل ايضاً). اما القانون المدني المصري فقد اشار في م/٧٨٠ منه والتي نصت على انه (١- لا تجوز الكفالة في مبلغ اكبر مما هو مستحق على المدين، ولا يشترط اشد من شروط الدين المكفول ٢- ولكن تجوز الكفالة في مبلغ اقل وبشروط اهون) والنص المتقدم يبيّن بوضوح مدى حدود التزام الكفيل وبالتالي فأنه لا يجوز ان يكون التزام الكفيل اشد من التزام المدين بل يمكن ان يكون اهون في مقداره وشروط والمثال على ذلك يجوز ان تقتصر الكفالة على جزء من الدين او على اصل الدين دون فوائد وكذلك ايضاً من الجائز ان يتفق الكفيل على ان يكون متضامناً مع المدين او مع غيره من الكفلاء فهذا لا يعني بأن مركزه القانوني اصبح تشديداً لموقفه وعليه فأن اصبح مركزه اشد من مركز الكفيل البسيط الا انه لا زال في حدود التزام المدين وحيث الاصل بأن تكون الكفالة بسيطة غير تضامنية ما لم يوجد نص او اتفاق على ذلك، والكفيل المتضامن مع المدين لا يعتبر مديناً احتياطياً اذ يجوز مطالبته قبل مطالبة المدين ويجوز ايضاً التنفيذ عليه قبل تجريد اموال المدين، ومع ذلك فأن الكفيل بأن يستفيد بصفة خاصة والحق في التمسك بسقوط التزامه بقدر ما اضاعه الدائن من تأمينات كانت تضمن الوفاء

[١] د.عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق – ص٨٤ .

بنفس الدين وكذلك الحق في التمسك بسقوط دينه بقدر ما اضاع الدائن من فائدة لعدم الدخول في تفليسة المدين والحق ايضاً اذا لم يقم الدائن بأتخاذ الاجراءات القانونية في مواجهة المدين.

**ثالثاً :- السبب في عقد الكفالة**

من الصعوبة بمكان تطبيق نظرية السبب على عقد الكفالة بالنظر الى طبيعتها الخاصة بأعتبارها عملية قانونية ثلاثية فهنالك العلاقة بين الدائن والمدين ثم العلاقة بين الكفيل والدائن وكذلك العلاقة بين الكفيل والمدين وعلى الرغم من اهمية العلاقة الاخيرة الا انها في حقيقة الامر بأنها خارج نطاق عقد الكفالة لأن المدين ليس طرفاً في عقد الكفالة وفي نطاق هذه العلاقة نجد بأن الكفيل قد تكون سبب كفالته هو تقديم خدمة للمدين دون مقابل من خلال تقديم الائتمان له او قد يكون المقابل الذي يتقاضاه من المدين مقابل اعطاء الكفالة له او قد يكون بقصد قضاء دين عليه لهذا الاخير (المدين)، والسؤال الذي يثور بهذا الصدد هل يستطيع الكفيل بأن يحتج في مواجهة الدائن بما قد يشوب علاقته بالمدين من عدم مشروعية السبب مثلاً، حيث ذهب جانب من الفقه الى عدم جواز ذلك لكون الكفالة تصرف مجرد وبالتالي فأن التزام الكفيل يبقى صحيحاً ولم يكن له سبب او كان سببه غير مشروع الا انه غالبية الفقهاء في فرنسا ومصر ذهبوا الى عكس ذلك[١] وينظرون بأنه يستلزم بأن يكون للالتزام الارادي سبب مشروع وبالتالي يستبعد فكرة التصرف المجرد حيث لم يوجد كقاعدة عامة في نصوص التقنين المدني ما يدل على ان المشرع قد استثنى الكفالة من هذه القاعدة[٢]. ولكن ما هو المقصود بالسبب في عقد الكفالة هل هو السبب بالمعنى الموضوعي اي سبب الالتزام طبقاً للنظرية التقليدية في السبب ففي المقصود الملزمة للجانبين مثلاً بأن سبب التزام كل طرف هو التزام الطرف الاخر، وكذلك في العقود العينية بأن سبب التزام المودع عنده هو سبق تسليم الشيء اليه وايضاً في التبرعات بأن سبب التزام المتبرع هو نية

[١] د.عبدالرزاق السنهوري – ج١ – ص٥١٢، ود.عبدالمنعم فرج الصده – مصادر الالتزام – ١٩٥٨ – فقرة ٢٣٧.

[٢] د.عبدالفتاح عبدالباقي – المصدر السابق – ص٧٠، ود.سليمان مرقس – المصدر السابق – ص٤٤.

التبرع[1] ام بالسبب بالمعنى الشخصي اي الباعث الدافع الى التعاقد وما ذهبت اليها النظرية الحديثة في السبب (نظرية القضاء) حيث اخذ القضاء بفكرة الباعث الدافع الى التعاقد كسبب في العقد على ان يكون مشروعاً وبما ان السبب في عقد الكفالة بأعتباره عقداً ملزماً لجانب واحد هو الباعث الدافع الى التعاقد شريطة ان يكون الطرف الاخر الذي لم يقم لديه الباعث اذا كان غير مشروع بأن يكون على اتصال بهذا الباعث او كان يعلم به او كان من السهل ان يتبنيه، والمثال على ذلك قيام شخص بكفالة خليلته ليحضى باستمرار معاشرته لها فالسبب هنا غير مشروع لمخالفته النظام العام والآداب العامة عندئذ يكون عقد الكفالة باطلاً.

## المبحث الثالث

## اثار عقد الكفالة

بالتأكيد اذا انعقد عقد الكفالة صحيحاً فأنه يرتب جميع اثاره ونظراً لخصوصية طبيعة عقد الكفالة، عليه يتوجب علينا البحث في العلاقات القانونية لجميع الاطراف لذلك سوف نتطرق في المطلب الاول الى العلاقة بين الكفيل والدائن وفي المطلب الثاني سنتناول العلاقة بين الكفيل والمدين وفي المطلب الثالث سنبحث في العلاقة بين الكفلاء فيما بينهم اما المطلب الرابع والاخير سنتناول فيه انتهاء عقد الكفالة.

### المطلب الاول

### العلاقة بين الكفيل والدائن

يلتزم الكفيل بموجب عقد الكفالة بأن يضمن تنفيذ التزام المدين والوفاء به اذا لم يفِ بهِ المدين بنفسهِ ويترتب على ذلك الحق للدائن بأن يطالب الكفيل بالوفاء بالالتزام المكفول، ونظراً لصفة التبعية لعقد الكفالة فأنه يجب على الدائن ان يطالب المدين اولاً فأن لم يقوم بتنفيذ التزامه كان له الرجوع على الكفيل بما كفل. كما يجب ان

[1] د.عبدالمجيد الحكيم والاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير – المصدر السابق، مصادر الالتزام ج١ – ١٩٨٠ –ص ١٠٢.

ينفذ على اموال المدين لأستيفاء حقه قبل التنفيذ على اموال الكفيل وهذا ما يسمى (الدفع بالتجريد). يضاف الى ذلك شرط اخر تفرضه القواعد العامة وهو بأنه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول اجل التزامه هذا من جهة ومن جهة اخرى في حالة تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد مع عدم تضامنهم ففي هذه الحالة لا يكون للدائن الرجوع الى اي منهم الا بقدر نصيبه في الدين فقط وهذا ما يسمى (الدفع بالتقسيم). فأذا رجع الدائن على الكفيل او على الكفلاء واستوفى حقه كاملاً فأنه يجب عليه ان يسلم الكفيل او الكفلاء المستندات اللازمة لأستعمالها في الرجوع على المدين كما يلتزم ايضاً بنقل التأمينات الضامنة للدين الى الكفيل او الكفلاء وكذلك نتناول براة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن وهذا ما سنبحثه تباعاً.

**اولاً :- متى يحق للدائن الرجوع على الكفيل**

لا يجوز للدائن في الرجوع على الكفيل قبل حلول اجل التزام هذا الكفيل ورأينا سابقاً للصفة التبعية لعقد الكفالة بأعتبارها عقد تابع فأنه لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين الاصلي الا في الحالات الاتية:-

**١- حلول اجل الدين بالنسبة للكفيل**

سبق القول بأنه لا يجوز للدائن بمطالبة الكفيل بالدين المكفول الا بعد حلول اجل هذا الدين ما لم يكن هنالك اجل خاص لألتزام الكفيل فأذا اتفق على اجل خاص لدين الكفيل لا تجوز مطالبته الا بعد حلول هذا الأجل، واذا مدّ اجل الالتزام الاصلي بأرادة الطرفين الدائن والمدين او بحكم القاضي، فأن الكفيل سوف يستفيد من هذا المد وبالتالي يمتد اجل التزام الكفيل الى الأجل الجديد، امّا اذا حدث العكس وأتفق على تعجيل اجل التزام المدين فأن الكفيل لا يضار من هذا الاتفاق ولا تجوز مطالبته الا عند حلول الاجل الاصلي[١] ولكن ما هو الحكم لو سقط اجل التزام المدين بسبب افلاسه او اعساره او اضاعته للتأمينات وهذا ما اشارت اليه م/٢٩٥ من القانون المدني العراقي، ذهب جانب من الفقه بالقول بأن سقوط اجل التزام المدين يترتب عليه ايضاً سقوط اجل التزام الكفيل بمقتضى فكرة التبعية[٢] امّا الرأي

[١] د.عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق – ج١٠ – ص٩٠.

[٢] د.منصور مصطفى منصور – المصدر السابق – ص٥٣.

الراجح في الفقه فقد ذهب في القول بأن سقوط اجل دين المدين لا يترتب على سقوط اجل دين الكفيل لأن مقتضى فكرة التبعية بأنه لا يكون التزام الكفيل اشدّ من التزام المدين ولكن ليس ما يمنع بأن يكون التزام الكفيل اخفّ من التزام المدين[١] ونحن نذهب مع هذا الرأي سيما ونحن نرى وما يترتب على صفة التبعية لعقد الكفالة ذلك لأن التزام الكفيل تابع وبالتالي فأنه يدور مع الالتزام الاصلي وجوداً وعدما ضعفاً لا شدّةً وهذه من الصفات الاساسية والجوهرية التي يتمتع بها عقد الكفالة.

**٢- عدم جواز الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين**

مما لا شك فيه بأن الكفيل في الكفالة البسيطة يلتزم بصفة احتياطية كونه عقد تابع للالتزام الاصلي، ذلك لأن الكفيل يضمن دين غيره اي يضمن ديناً لا مصلحة له فيه وبالتالي فمن العدالة الاّ يطالبه الدائن بالدفع قبل ان يرجع على المدين الاصلي ليطالبه بالدين. وهذا ما اشارت اليه م/١٠٢١ ف١ والتي نصت على انه (يفرض في الكفالة انها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالدين مالم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط او كان قد تضامن مع المدين). وهي تقابل المادة ٧٨٨ ف١ من القانون المدني المصري. والنصوص المتقدمة تبين بوضوح بأنه يجب على الدائن بأن يرجع اولاً على المدين قبل ان يرجع على الكفيل او على الاقل ان يرجع على المدين والكفيل معاً وهذا هو الذي يقع في العمل عادةً ويطالبهما بوفاء الدين، المدين بأعتباره مديناً اصلياً والكفيل بأعتباره مديناً احتياطياً والمقصود بالرجوع هو المطالبة القضائية[٢] وبالتالي لا يكفي ان يقوم الدائن بأعذار المدين حتى يحق له الرجوع على الكفيل، ويستثنى من ذلك حالة افلاس المدين والذي يمتنع بمقتضاه الدائنين في اتخاذ الاجراءات القانونية في مواجهته وبالتالي لا يجوز لهم الا التقدم في تفليسة المدين وحالة فيما اذا كان لدى الدائن سند تنفيذي اذ يجوز التنفيذ بمقتضاه دون الحاجة الى استصدار حكم في ذلك. وحتى يستطيع الكفيل ان يتمسك بالدفع بعدم الرجوع عليه فأنه يشترط الا يكون الكفيل قد نزل عن التمسك بهذا الدفع وبعكسه سوف يجعل موقفه معرضاً لمطالبة الدائن له وكذلك يشترط ايضاً

[١] د.عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق – ص٨٥-٩١.

[٢] انظر م/١٠٢١ ف٢ من القانون المدني العراقي.

بأن لا يكون الكفيل متضامناً مع المدين وبعكسه سوف يجعل الدائن الحق في مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين واخيراً يشترط بأن يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع وهو لا تكون له مصلحة في ذلك الا اذا المدين معسراً اذ لا فائدة من الرجوع عليه والحقيقة ما هو الا تطبيقاً للقاعدة العامة حيث (لا دعوى ولا دفع دون مصلحة)، والقاضي هو الذي يقدر ما اذا كان للكفيل مصلحة في التمسك بالدفع من عدمه وبالتالي عليه وجوباً ان يحكم بعدم قبول الدعوى اذا تبين بأن هنالك فائدة ولو بسيطة من رجوع الدائن على المدين اولاً[1] بقي علينا ان نتعرض الى الدفع بالتجريد اولاً والدفع بالتقسيم ثانياً ووفاء الكفيل للدائن اخيرا.

**اولا:- الدفع بالتجريد**

ينبغي علينا التعرف على النظام القانوني للدفع بالتجريد من حيث نطاقه وشروطه واثاره.

**أ- نطاق الدفع بالتجريد من حيث الاشخاص.**

الدفع بالتجريد يتقرر للكفيل البسيط فقط وبالتالي لا يجوز للمدين المتضامن ان يدفع بتجريد مدين متضامن معه ذلك لأن كل منها مسؤول في نفس الدرجة، اي بأن كل منهما مسؤول مسؤولية كاملة عن الدين كله، وعليه فأنه ليس للكفيل المتضامن ان يدفع بالتجريد وهذا ما اشارت اليه م/١٠٣٠ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (لا تضامن بين الكفيل والمدين مالم يشترط ذلك في عقد الكفالة او عقد منفصل ٢- امّا في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين)، وعليه فأنه ليس للكفيل العيني الحق في التمسك بهذا الدفع لكونه خصص عينياً لضمان هذا الدين وبالتالي يستطيع الدائن التنفيذ على هذه العين المخصصة لضمان هذا الدين اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه - والتجريد في الحقيقة يقوم على فكرة العدالة والتي تقضي بمطالبة المدين اولاً قبل مطالبة الكفيل وبالتالي لا بدّ من توافر شروط معينة كي يستطيع الكفيل الحق في طلب الدفع بالتجريد وهذه الشروط هي الا يكون الكفيل متضامناً مع المدين وأن يتمسك الكفيل بهذا الدفع بالاضافة الى ان تكون لدى المدين اموال كافية

[1] د.عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق، ص١٠٣.

للوفاء بالدين كله وكذلك بأن يرشد الكفيل الدائن على اموال المدين الموجودة في داخل العراق انظر م/١٠٢٢ من القانون المدني العراقي وهي تقابل م/٧٨٩ من القانون المدني المصري. امّا فيما يتعلق بأثار نطاق الدفع بالتجريد والتي هي في الحقيقة اولهما منع التنفيذ على اموال الكفيل قبل تجريد المدين او وقف الاجراءات التنفيذية اذا كانت قد بدأت والاثر الثاني في حالة ترتب القبول بالدفع بالتجريد يتوجب ضرورة قيام الدائن بأجراءات التنفيذ على اموال المدين بعناية الرجل المعتاد وعدم تراضيه في ذلك وألا اعتبر مسؤولاً امام الكفيل عن اعسار المدين نتيجة عدم اتخاذ اجراءات التنفيذ في الوقت المناسب اما الاثر الثالث فأنه يتحقق براءة ذمة الكفيل بالقدر الذي يحصل الدائن على حقه جراء تنفيذه على اموال المدين التي ارشد اليها الكفيل، ويلحظ بأن هنالك صورة اخرى خاصة للدفع بالتجريد وهذه الصورة تفترض بأن هنالك تأميناً عينياً مقدماً من المدين وقد خصص قانوناً او اتفاقاً لضمان هذا الدين ثم تصاحرت معه او جاءت بعده كفالة ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين ففي هذه الحالة اجاز المشرع للكفيل بأن يطلب التنفيذ على الاموال المثقلة بهذا التأمين قبل التنفيذ على امواله وهذا ما اشارت اليه م/١٠٢٣[1] من القانون المدني العراقي، وهي تقابل م/٧٩١ من القانون المدني المصري ولكي يستطيع الكفيل ان يتمسك بهذا الدفع لابد من توافر شروط معينة وهذه الشروط هي بأن يكون هنالك تأمين عيني خصص لضمان الدين المضمون بالكفالة. والتأمين العيني قد يكون رهناً تأمينياً او رهناً حيازياً او حق امتياز انظر م/١٠٢٣ من القانون المدني العراقي الانفة الذكر والشرط الثاني بأنه يجب الا يكون الكفيل متضامناً مع المدين ذلك لأن المدين المتضامن ليس مديناً احتياطياً بل هو مديناً اصلياً وبالتالي يستطيع الدائن الرجوع على اياً منهما سواءً كان المدين الاصلي او المدين المتضامن والشرط الثالث بأنه يجب على الكفيل التمسك بهذا الدفع لكونه لا يتعلق بالنظام العام وأنما هو مقرر لمصلحة الكفيل.

[1] نصت م/١٠٢٣ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (اذا قدمت الكفالة تكميلاً لتأمين عيني، ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين فأن هذه الكفالة لا تلزم الكفيل الا اذا كان التأمين العيني لم يوف بالدين وقدر ما يتبقى من هذا الدين).

ثانيا_ الدفع بالتقسيم (تقسيم الدين بين الكفلاء)

اذا كفل الدين كفيلاً واحداً، كان للدائن ان يرجع بكل الدين، اما اذا تعدد الكفلاء لدين واحد وفي عقد واحد ولم يكونوا متضامنين فيما بينهم فأن الدين ينقسم عليهم ولا يجوز للدائن ان يرجع على اي منهم الا بقدر نصيبه في الدين فقط وهذا ما اشارت اليه م/١٠٢٤ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (اذا تعدد الكفلاء، فأن كان كل منهم قد كفل الدين على حدة وبعقد مستقل طولب كل منهم بحصته وأن كانوا قد كفلوا معاً في عقد واحد قسم الدين بينهم وطولب كل منهم بحصته الا اذا كانوا قد كفلوا متضامنين فيما بينهم ويفترض عدم التضامن ما بين الكفلاء الا اذا اشترط التضامن). وهي تقابل المادة (٧٩٢) من القانون المدني المصري. والنصوص المتقدمة يتبين بأن التقسيم يقع بقوة القانون وعلى خلاف القانون الفرنسي والذي لابد فيه من التمسك بالتقسيم حتى يحكم به القاضي وأن الكفيل هو الذي يتمسك بتقسيم الدين اذا طالبه الدائن بالدين في مجموعه امّا اذا أعسر احد الكفلاء وكانوا غير متضامنين فأن الدائن هو الذي يتحمل حصة المعسر[١] وهذا ما اشارت اليه م/١٠٢٤ من القانون المدني العراقي الانفة الذكر وكذلك م/٧٩٢ من القانون المدني المصري وهذا ما يتفق مع ما ذهب اليه الفقهاء المسلمون حيث اشارت م/٨٥٨ من مجلة الاحكام العدلية والتي نصت على انه (اذا تعدد الكفلاء بدين قد التزموا به معاً في عقد واحد فلا يطالب كلاً الا بحصته من الدين المكفول). وبالتالي فهنالك شروط معينة يستطيع من خلالها الكفيل الدفع بالتقسيم وهذه الشروط هي تعدد الكفلاء وكانوا غير متضامنين فيما بينهم لأن الدفع بالتقسيم لا يقع الا بين الكفلاء الشخصيين (العاديين) وكذلك ان يكفل الكفلاء المتعددون ديناً واحداً وبالتالي فأن كفل كفيلان كل منهما ديناً غير الذي كفله الاخر لم ينقسم الدين عليهما بل يبقى كل منهما مسؤولاً عن كل الدين الذي كفله ويترتب على ذلك بأن الدين لا ينقسم على الكفيل وكفيل الكفيل (المصدق) ذلك لأن الكفيل قد كفل المدين الاصلي وكفل كفيل الكفيل (المصدق) دين الكفيل والدين الاصلي دين اخر غير دين الكفيل وكذلك من الشروط بأن يكون الكفلاء المتعددين قد كفلوا مديناً واحداً فأذا تعدد المدينون لدين واحد وكانوا متضامنين فيما بينهم وقد كل منهم

[١] د.سمير عبدالسيد تناغو – المصدر السابق – ص٨٣.

كفيلاً للدائن فأن الدين لا ينقسم بين هؤلاء الكفلاء ذلك لأن كل منهم يضمن الدين الذي كفله وهو الدين كله الا انه كل مدين متضامن يسأل عن الدين في مجموعه، اما اذا كان المدينون غير متضامنين فأن الدين ينقسم ابتداءً على المدينين وينقسم بالتالي على الكفلاء الا ان شرط وحدة المدين لا يعني انه شخصاً واحداً فأذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين وتعدد الكفلاء وكفل كل منهم المدينون جميعاً فأن شرط وحدة المدين متحققة وينقسم الدين على الكفلاء[١] ومن الشروط ايضاً بأن لا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم لأن التضامن فيما بينهم يعني بأن للدائن الحق في الرجوع على اياً منهما وكذلك من الشروط بأن لا يكون الكفيل قد تنازل عن الحق في التقسيم ذلك لأن التقسيم وأن وقع بقوة القانون الا انه ليس من النظام العام وبالتالي فأذا تنازل الكفيل بهذا الحق هذا يعني بأنه تقدم خطوة في سبيل التضامن مع المدين والشرط الاخير هو ان يكون تعدد الكفلاء بعقدٍ واحد وبالتالي فأذا كان كل كفيل قد كفل الدين بعقد مستقل فأنه لا يكون قد اعتمد على غيره من الكفلاء وبالتالي لا ينقسم الدين بينهم الا اذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم عندئذ لا يسأل الا عن النصيب الذي ارتضى كفالته، اما اذا لم يكن احدهم قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم فأن كل كفيل يصبح مسؤولاً عن كل الدين ولكنهم لا يكونوا مسؤولين بالتضامن بل بالتضامم[٢] فأذا توافرت الشروط السابق ذكرها ترتبت اثار التقسيم وهي بأنه لا يجوز للدائن ان يطالب اي من الكفلاء بكل الدين بل بحصته فقط واذا لم يتم تحدد نصيب كل كفيل فأن الدين ينقسم عليهم بحسب عددهم. وكذلك ايضاً بأنه للكفيل ان يتمسك بالدفع بالتقسيم في اية مرحلة من مراحل الدعوى، يضاف الى ذلك بأن التقسيم يقع بقوة القانون وعلى القاضي ان يحكم به من تلقاء نفسه دون الحاجة الى ان يتمسك به الكفيل وهذا ما اشارت اليه م/١٠٢٤ من القانون المدني العراقي الانفة الذكر.

ثالثا _ التزامات الدائن عند استيفائه الدين (وفاء الكفيل للدائن)

[١] د.سمير عبدالسيد تناغو – المصدر السابق – ص٨٤.

[٢] د.عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق – ص٩٦.

اذا رجع الدائن على الكفيل بعد مراعاة الاجراءات والشروط السابق ذكرها ووفى الكفيل بالدين للدائن يترتب عندئذ بأن يسلم الدائن الكفيل المستندات اللازمة لمباشرة حقه في الرجوع على المدين ذلك لأن الكفيل لا يوفي الدين متبرعاً في اغلب الاحيان ولكنه يوفي بقصد الرجوع على المدين او على الكفلاء الاخرين وهذا ما اشارت اليه م/١٠٢٦ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (١-يلزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفاء الدين المستندات اللازمة لأستعمال حقه في الرجوع). وهي تقابل م/٧٨٧ من القانون المدني المصري. والنصوص المتقدمة تبين بوضوح وجوب تسليم الدائن للكفيل المستندات اللازمة والمتعلقة بموضوع الدين لاستعمال حقه في الرجوع على المدين فأذا امتنع الدائن تسليم تلك المستندات كان للكفيل الامتناع عن الوفاء للدائن وبالتالي لا يعتبر مخلاً بالتزامه بل هو مجرد وسيلة ضغط على الدائن لتسليمه تلك المستندات.

**ثانيا :- براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن**

بالتأكيد انه تبرأ ذمة الكفيل بصفة اصلية اذا كان عقد الكفالة ذاته باطل بطلاناً مطلقاً او كان موقوفاً وطلب الكفيل ابداله او انقضى التزامه بسبب من اسباب انقضاء الالتزام المقررة في القواعد العامة للالتزام والذي سنكتفي بالاشارة اليها عند البحث عن تلك الاسباب في موقعها المخصص، الا انه الذي يعنينا بالدراسة بصورة خاصة هي براءة ذمة الكفيل لاسباب راجعة الى فكرة التبعية التي تسيطر على عقد الكفالة وسنبحث في الاسباب الخاصة والعامة لبراءة ذمة الكفيل تبعاً لبراءة ذمة المدين.

**١ - الاسباب الخاصة لبراءة ذمة الكفيل.**

لقد اشار المشرع العراقي بجملة من النصوص القانونية والتي تبين بوضوح اسباب براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن وهذه الاسباب هي في حالة اضاعة التأمينات الضامنة للدين بخطأ الدائن وما اشارت اليه م/١٠٢٧ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (١- على الدائن ان يحافظ على ما للمدين من ضمانات مراعياً في ذلك مصلحة الكفيل وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من هذه الضمانات ٢- ويقصد بالضمانات كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو

تقرر بعد الكفالة وكل تأمين مقرر بحكم القانون). وهي تقابل م/٧٨٤ من القانون المدني المصري. اما السبب الثاني فهو عدم اتخاذ الدائن الاجراءات القانونية ضد المدين بعد انذار الكفيل له بوجوب اتخاذها وما اشارت اليه م/١٠٣٦ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (١- يجوز للكفيل عند استحقاق الدين وعدم وفاء المدين به، ان يطالب المدين بتخليص ذمته من الكفالة او بأن يقدم له ضماناً، ويبقى له هذا الحق حتى لو منح الدائن للمدين مهلة دون رضاء الكفيل ويكون للكفيل ايضاً هذا الحق قبل حلول الدين او افلس المدين او اعسر ٢- ويجوز للكفيل عند استحقاق الدين وعدم مطالبة الدائن به ان ينذر الدائن بلزوم اتخاذ الاجراءات القانونية لأستيفاء دينه خلال مدة لا تقل عن شهر فأذا انتهت المدة ولم يطالب المدين بدينه خرج الكفيل من الكفالة). وهي تقابل م/٧٨٥ من القانون المدني المصري. والسبب الثالث والاخير - هو عدم دخول الدائن في تفليسة المدين ولدى الرجوع الى احكام عقد الكفالة لم نجد نصاً يبين حكم تلك المسألة اذ يمكن الاخذ بما قررته القواعد العامة وما اشارت اليه م/٢٧٠ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الاداء ازيد من ماله اذا خاف غرباؤه ضياع ماله او خافوا ان يخفيه او ان يجعله بأسم غيره وكان خوفهم مبنياً على اسباب معقولة وراجعوا المحكمة في حجره عن التصرف في ماله او اقراره بدين لآخر حجرته المحكمة). وبالتأكيد فأن الحجر يكون بحكم صادر من محكمة البداءة بناءً على طلب الدائن تلك هي الاسباب الخاصة والتي بمقتضاها تتم براءة ذمة الكفيل - بقي علينا التعرف على الاسباب العامة لأنقضاء التزام الكفيل بصفة تبعية ذلك لأنها تنقضي استناداً الى القواعد العامة المقررة في القانون المدني وعليه سنكتفي بالاشارة اليها وهذه الاسباب هي، الوفاء، الوفاء بمقابل، التجديد، الانابة، المقاصه، اتحاد الذمة، الابراء، استحالة التنفيذ التقادم[١].

[١] انظر المواد (٣٧٥، ٣٩٩، ٤٠١، ٤٠٥، ٤٠٨، ٤١٨، ٤٢٠، ٤٢٥ ، ٤٢٩) في القانون المدني العراقي.

## المطلب الثاني

## العلاقة فيما بين الكفيل والمدين

لا يعطي القانون للكفيل الحق في الرجوع على المدين الا اذا كان قد وفى الدين فعلاً وبالتالي فأن القانون قد هيأ من الوسائل القانونية ما تكفل هذه الحماية من اهمال او تقصير من قبل الدائن وبالتالي فأن المشرع قد اعطى الحق للكفيل بأن ينذر الدائن على ضرورة اتخاذ الاجراءات قبل المدين خلال شهر من هذا الانذار وإلا برئت ذمة الكفيل مالم يقدم له المدين ضماناً كافياً وهذا ما اشارت اليه م/١٠٣٦ من القانون المدني العراقي - والحقيقة بأن رجوع الكفيل على المدين يقوم على ابسط مباديء العدالة لأن المدين قد اثرى على حساب الكفيل والكفيل افتقر بسبب المدين لذلك فأن الكفيل يستطيع الرجوع على المدين طبقاً للقواعد العامة في الكسب دون سبب الا ان المشرع قد نظم رجوع الكفيل على المدين بأحدى الوسيلتين وهما دعوى الكفالة ودعوى الحلول وعليه سوف نتعرض الى تلك الدعويين بشيء من التفصيل وكالاتي:-

**اولاً :- الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)**

للكفيل الحق في الرجوع على المدين بعد قيامه بوفاء الدين الى الدائن ولدى الرجوع الى القانون المدني العراقي وما اشارت اليه م/١٠٣٣ ف١ والتي نصت على انه (اذا ادى الكفيل ما كفل به من ماله فله الرجوع بما اداه على المدين). وهي تقابل م/٨٠٠ من القانون المدني المصري. والنصوص المتقدمة تشير بوضوح حق الكفيل في الرجوع على المدين بما اداه للدائن من دين على المدين. وعليه فهنالك شروط معينة يستطيع خلالها بأن يرجع الكفيل على المدين وهذه الشروط هي - يجب ان يكون اجل الدين قد حل وبالتالي فأذا اقام الكفيل بالوفاء بالدين قبل حلول الاجل فأنه لا يستطيع ان يرجع على المدين بهذه الدعوى الا عند حلول الاجل والاجل المقصود هنا هو الاجل الاصلي للدين المكفول. ويشترط ايضاً ان يكون الكفيل قد قام بالوفاء بالدين للدائن حتى يمكّنه من الرجوع على المدين اما الشرط الاخر هو ان تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين وهذا ما اشارت اليه م/١٠٣٣ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (ويحل الكفيل محل

الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق سواءً كانت الكفالة بأمر المدين او بغير امره) وهي تقابل م/٨٠٠ من القانون المدني المصري والشرط الاخير هو ان يكون الكفيل قد قصر في اخطار المدين تقصيراً ترتب على المدين ضرر ويشمل الضرر جميع العناصر الداخلة به ومنها كل المبالغ التي دفعها لأبراء ذمة مدينه وكذلك الفوائد القانونية عن المبالغ التي دفعها الكفيل بالاضافة المصروفات التي انفقها في سبيل الوفاء للدائن.

**ثانياً :- دعوى الحلول**

بالتأكيد بأن الكفيل الذي قام بالوفاء بالدين ان يرجع على المدين بمقتضى حلوله محل الدائن خلال دعوى الحلول والذي بموجبها يحل محل الدائن في جميع مالهُ من حقوق قبل المدين وهذه الدعوى ليست الا تطبيقاً للقواعد للقواعد العامة المقررة في القانون وهي الوفاء مع الحلول والتي اشارت اليها م/٣٧٩ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (اذا دفع الدين شخصاً غير المدين حل الدافع محل الدائن بحكم القانون في الاحوال الاتية أ- اذا كان ملزماً بالدين مع المدين او ملزماً بوفائه عنه ب- اذا كان دائناً ووفى دائناً اخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني ولو لم يكن للدافع اي تأمين ج- اذا كان قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه تسديداً لأحد الدائنين الذين خصص العقار لضمان حقوقهم د- اذا كان هنالك نص يقرر للدافع حق الحلول)، والنص المتقدم يبين كيفية الحلول اذا دفع الدين شخصاً غير المدين وحيث حسمت المادة ١٠٣٣ ف٢ من القانون المدني العراقي تلك المسألة حيث نصت على انه (ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق سواءً كانت الكفالة بأمر المدين او بغير امره). الا انه من هم الكفلاء الذين يحق لهم مباشرة هذه الدعوى والحقيقة بانه يجوز لأي كفيل ان يرجع على المدين بدعوى الحلول سواءً كانت الكفالة قد عقدت بأمر المدين ام بغير امره[١] ولا يهم ان يكون الكفيل مأجوراً او غير مأجور متضامناً او غير متضامن[٢] وعليه فهنالك شروط معينة ليحل الكفيل محل الدائن قبل المدين بما اداه من دين في ذمة المدين وهذه

[١] د.صلاح الدين الناهي – المصدر السابق – ص٢٨٧.

[٢] د.عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق – ص١٨١.

الشروط هي ان يكون الكفيل قد قام بالوفاء فعلاً للدائن وترتب على ذلك انه اذا لم يف الكفيل بالدين او يقضيه بسبب يقوم مقام الوفاء، كما لو ابرأ الدائن الكفيل من الكفالة او تقادم دين الكفيل ففي هذه الحالة لا تعتبر وفاء للدين ولا يحل الكفيل محل الدائن، والشرط الاخر هو انه يجب على الكفيل قد وفى الدين عند حلول اجله وبالتالي فأنه اذا وفى الكفيل الدين للدائن قبل حلول الاجل الاصلي فأنه لا يستطيع ان يرجع بدعوى الحلول على المدين الا عند حلول هذا الاجل[١] بقي علينا ان نتعرف حالة رجوع الكفيل وتعدد المدينين وحيث اننا بحثنا سابقاً حالة وجود مديناً واحداً وهذا يعني بأن الرجوع لا يكون الا في مواجهة شخص واحد ولكن ما هو الحكم لو تعدد المدينون في نفس الدين فأنه قد يكفلهم الكفيل جميعاً او قد يكفل بعضهم وفي كلتا الحالتين قد يكون المدينون متضامنين او غير متضامنين وهذا ما سنبحثه تباعاً.

**١ـ حالة تعدد المدينين مع عدم تضامنهم**

حيث قد يتعدد المدينين مع عدم تضامنهم ثم تدخل الكفيل ليضمنهم جميعاً وبعد ذلك قام بالوفاء بالدين فأنه في هذه الحالة يرجع على كل مدين بقدر نصيبه في الدين سواءً كان هذا الرجوع عليهم بالدعوى الشخصية او بدعوى الحلول او بدعوى الكسب دون سبب المقررة في القواعد العامة في القانون اما اذا كان المدينون غير متضامنين وكفل الكفيل بعضهم فقط ففي هذه الحالة لا يستطيع الرجوع الا على من كفله منهم وفي حدود نصيبه من الدين من خلال تلك الدعاوى اعلاه.

**٢ـ حالة تعدد المدينين وتضامنهم**

اما في حالة كون المدينون متضامنين وضمنهم الكفيل جميعاً كان له الحق في الرجوع على اياً منهم وبكل الدين الذي وفاه وهذا ما اشارت اليه م/١٠٣٥ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (اذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فالكفيل الذي كفلهم جميعاً ان يرجع على اي منهم بجميع ما وفاه من دين) وهي تقابل م/٨٠١ من القانون المدني المصري. اما اذا كان المدينون متضامنين وكفل الكفيل بعضهم فقط ففي هذه الحالة له الحق في الرجوع على اي

[١] د.عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق – ص١٨٤.

مدين كفله بكل الدين الذي وفاه سواءً في الرجوع عليه بالدعوى الشخصية او دعوى الحلول ولكن هل يجوز ان يرجع الكفيل على مدين متضامن لم يكفله بالدعوى الشخصية في الحقيقة بأنه لا يجوز للكفيل بالرجوع على مدين متضامن لم يكفله بدعوى الكفالة الشخصية لأن هذه الدعوى خاصة برجوع الكفيل على المدين الذي كفله، الا ان للكفيل الحق في الرجوع على اي مدين متضامن لم يكفله بدعوى الكسب دون سبب او بالدعوى غير المباشرة مستعملاً حقوق المدين الذي كفله بأسمه وهذا ما اشارت اليه م/٢٦١ من القانون المدني العراقي، او الرجوع بدعوى الحلول على المدين.

## المطلب الثالث

## العلاقة فيما بين الكفيل وغيره من الكفلاء

اذا قام الكفيل بالوفاء بكل الدين كان له الرجوع على الكفلاء الاخرين وعليه فأنه يختلف الرجوع على الكفلاء الاخرين بحسب فيما اذا كانوا متضامنين او غير متضامنين. الا اننا نرى بأن الكفيل لا يستطيع الرجوع بدعوى الكفالة على باقي الكفلاء لأن هذه الدعوى تكون مقتصرة فقط على المدين، ورجوع الكفيل على باقي الكفلاء يكون اما بدعوى الحلول او بدعوى الكسب دون سبب المقررة في القواعد العامة في القانون. وبالتالي علينا البحث فيما اذا كانوا الكفلاء متعددين مع عدم تضامنهم او متعددين مع تضامنهم وهذا ما سنتناوله تباعاً.

**اولاً :- تعدد الكفلاء مع عدم تضامنهم**

اذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد او بعقود متوالية واحتفظ كل منهم بحق التقسيم ففي هذه الحالة بأن الدين ينقسم بينهم وان اعسار احدهم لا يتحمله غيره من الكفلاء وانما الدائن هو الذي يتحمل هذا الاعسار[١] الا انه اذا قام احد الكفلاء بوفاء الدين كله على الرغم من عدم التزامه ففي هذه الحالة لا يكون له الحق في الرجوع على غيره من الكفلاء الا بدعوى الكسب دون سبب وبالتالي فأذا كان احد الكفلاء

[١] د.عبدالرزاق السنهوري – المصدر السابق – ص٢٠١.

معسراً عند الرجوع عليه فأن الكفيل الموفي هو الذي يتحمل حصة المعسر. اما الدعوى الشخصية فلا يكون للكفيل الموفي الحق في الرجوع عليها لأنها مقررة بين الكفيل والمدين، وكذلك ايضاً لا يستطيع الكفيل الموفي الحق في الرجوع بدعوى الحلول لكونه غير ملتزم بالوفاء عن الكفلاء الاخرين.

**ثانيا :- تعدد الكفلاء مع تضامنهم**

اذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم التزم كل منهم بكل الدين، ووجب على من توجه اليه المطالبة من الدائن ان يقوم بوفاء الدين كله ذلك لأن حكم الكفلاء المتضامنين حكم المدينين المتضامنين. وبالتالي فأذا وفى احدهم كل الدين كان له الرجوع على الاخرين بأحدى الدعويين دعوى الاثراء دون سبب ودعوى الحلول محل الدائن، ففي دعوى الاثراء دون سبب يحق للكفيل بالرجوع على اياً من الكفلاء الاخرين كونها تقوم على ابسط مباديء العدالة ذلك انهم قد أثروا على حساب الكفيل الموفي، ولما كانت ذمة اي كفيل متضامن لا تبرأ ذمته في علاقته مع غيره من الكفلاء المتضامنين الا بقدر نصيبه وحصته في نصيب المعسر من الكفلاء المتضامنين وبالتالي فأذا قام الكفيل الوفاء بالدين كله كان له الرجوع على اياً من الكفلاء الاخرين بهذا القدر فأذا كان احد الكفلاء الاخرين قد سقط عنه وقت الوفاء التزامه بالكفالة سواءً كان سقوطه بالتقادم او بالابراء من الكفالة او بغيرهما فأنه لا يكون قد اثرى من وفاء الموفي ولا يصح الرجوع عليه[1] وللكفيل ايضاً عند الوفاء بالدين كله الرجوع بمقتضى دعوى الحلول على الكفلاء المتضامنين الاخرين كلاً بقدر حصته في الدين ونصيبه من حصة المعسر منهم وهذا ما اشارت اليه م/٣٣٤ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (١- لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين الرجوع على الباقيين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه كل بقدر حصته) وهي تقابل المادة ٢٩٧ من القانون المدني المصري.

[1] د.سليمان مرقس – المصدر السابق – ص١٤٦-١٤٧ .

## المطلب الرابع

## انقضاء عقد الكفالة

بيّنا سابقاً بأن التزام الكفيل هو التزام تابع يدور مع الالتزام الاصلي وجوداً وعدماً ضعفاً لا شدةً وبالتالي فأنه كل ما يؤثر في الالتزام المكفول يؤثر حتماً في التزام الكفيل فينقضي هذا الالتزام بصورة تبعية، وصور انقضاء عقد الكفالة هي اما بصفة تبعية او بصفة اصلية وهذا ما سنبحثه تباعاً.

**اولاً :- انقضاء الالتزام بصفة تبعية**

ينقضي الالتزام المكفول وينقضي تبعاً له التزام الكفيل بجميع اسباب الانقضاء العامة المقررة في القواعد العامة للقانون كما لو حصل الوفاء من المدين فينقضي به التزامه وينقضي ايضاً تبعاً له التزام الكفيل انظر م/٣٧٥ من القانون المدني العراقي او قد ينقضي الالتزام المكفول في الوفاء بمقابل كما لو قبل الدائن في استيفاء حقه شيئاً اخر غير الشيء المستحق عندئذ يقوم مقام الوفاء (انظر م/٣٩٩ من القانون المدني العراقي) او ينقضي الالتزام المكفول بالتجديد كما لو اتفق الطرفان في تجديد الالتزام على ان يستبدلا بالالتزام الاصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله او في مصدره انظر م/٤٠١ من القانون المدني العراقي او ينقضي الالتزام بالانابة اذا حصل المدين على موافقة الدائن بشخص اجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين انظر م/٤٠٥ من القانون المدني العراقي او ينقض الالتزام بالمقاصه وهو عبارة عن اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه مقابل دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه او ينقضي الالتزام بأتحاد الذمة كما لو اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين فينقضي الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتحد فيه انظر م/٤١٨ من القانون المدني العراقي او ينقضي الالتزام بالابراء كما لو ابرأ الدائن مدينه سقط الدين انظر م/٤٢٠ او ينقضي الالتزام بأستحالة التنفيذ اذا ثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلاً عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه انظر م/٤٢٥ من القانون المدني العراقي، اما الفقه الاسلامي فيذهب في القول بأن الكفالة تنتهي في حالة اذا وهب الدائن المال الى الكفيل او الى الاصيل، لأن الهبة بمنزلة الاداء

ومثل الهبة التصدق بالدين على الكفيل او على الاصيل[١] وتنتهي الكفالة ايضاً اذا ابرأ الدائن الاصيل فأنه الكفيل غير انه اذا ابرأ الكفيل لا يبرأ الاصيل، لأن الدين على الاصيل لا على الكفيل فكأن ابراء الاصيل اسقاطاً للدين عن ذمته فيسقط حق المطالبة للكفيل بالضرورة لأنه اذا سقط الاصل سقط الفرع. اما ابراء الكفيل عن المطالبة لا عن الدين اذ لا دين عليه وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط اصل الدين عن الاصيل، لأنه اذا سقط الفرع لا يسقط الاصل[٢].

**ثانياً :-انقضاء الالتزام بصفة اصلية**

هنالك اسباب عامة ينقضي بها التزام الكفيل وهذه الاسباب العامة المقررة في القانون قد اشرنا اليها عند البحث في انقضاء الالتزام بصفة تبعية وبالتالي لا حاجة لتكرارها ثانية وهنالك ايضاً اسباب الانقضاء الخاصة بالكفالة وهذه الاسباب ترجع في الحقيقة الى طبيعة التزام الكفيل بأعتباره ملتزماً عن المدين التزاماً اريد به ان يكون ضماناً احتياطياً للدائن في حالة عدم كفاية اموال المدين للوفاء بدينه او من شأن الوفاء به ان يخول الكفيل حق الرجوع على المدين فأذا اهمل الدائن في مطالبة المدين اهمالاً ترتب عليه تعذر تحصيل الدين كله او بعضه من اموال المدين او اذا اضاع شيئاً من التأمينات الضامنة للدين برئت ذمة الكفيل بقدر الضرر الذي اصابه من اهمال الدائن في الحالة الاولى وبقدر قيمة التأمين الذي اضاعه الدائن بخطئه في الحالة الثانية[٣] وقد اشرنا الى هذه المسألة عند البحث في براءة ذمة الكفيل بصفة خاصة فيما سبق، و تنتهي الكفالة ايضا اذا مات المكفول له و انحصر ميراثه في المدين برأ كفيله من الكفالة فان كان له وارث اخر برأ و الكفيل من حصة الدين لا من حصة الوارث و هذا ما اشارت اليه م/١٠٤٢ من القانون المدني العراقي. و تنتهي الكفالة كذلك في احالة المدين او كفيله الدائن بالدين المكفول به على اخر حوالة مقبولة من المحال له و المحال عليه توجب براءة الاصيل و الكفيل معأ و ايضا اذا شرط الكفيل في حوالته براءة نفسه فقط

[١] ينظر الفقه الاسلامي وادلته د.وهبة زحيلي ٤١٦٨/٩ دار الفكر – دمشق سورية – الطبعة الرابعة ١٩٩٧م .

[٢] ينظر الفقه الاسلامي وادلته – المصدر السابق – ص٤١٦٨/٦ .

[٣] د.سليمان مرقس – المصدر السابق – ص ١٥٨ .

بريء وحده دون الاصيل انظر م/ ١٠٤٣ من القانون المدني العراقي. و كذلك اذا صالح الكفيل او المدين الدائن على مقدار الدين فانهم يبرأن ان اشترطت براءتهما و براءة المدين وحده اذ لم يشترط شيئ فان اشترطت براءة الكفيل دون المدين برأ الكفيل و حده و كان الدائن مخيرا ان شاء اخذ جميع دينه من المدين وان شاء اخذ بدل الصلح من الكفيل و الباقي من المدين انظر م/ ١٠٤٤ من القانون المدني العراقي و هذا ذهب اليه الفقهاء المسلمون ايضا في هذه المسالة [١] و كذلك تنتهي الكفالة اذا كان الكفيل بثمن المبيع يبرأ من الكفالة اذا انفسخ البيع او استحق المبيع او رد بعيب انظر م / ١٠٤٥ من القانون المدني العراقي و هذا ما ذهب اليه الفقهاء المسلمون بهذا الصدد ايضا[٢]و تنتهي الكفالة اخيرا بانه لا يطالب الكفيل في الكفالة المؤقتة الا في مدة الكفالة فاذا انقضت هذه المدة برئت ذمة الكفيل انظر م / ١٠٤٦ من القانون المدني العراقي وكذلك الحال اذا مات الكفيل بالمال فانه يطالب بالمال المكفول به من تركته انظر م /١٠٤٧من القانون المدني العراقي.

[١] ينظر البدائع ص ١٢ او المبسوط ٥٨/٢٠ .

[٢]ينظر الفقه الاسلامي وادلته ٦/ ٤١٧٠ .

## الخاتمة

يعد عقد الكفالة البسيطة من العقود المهمة في الحياة، العملية، العلمية ونظراً لتشابك العلاقات الانسانية والضرورة الماسة الى الدخول والتعايش في المجتمع لأشباع الحاجات الانسانية تلك الحاجات والميول والرغبات كان لا بدّ من وجود تنظيم قانوني سليم يكفل الحماية اللازمة بأيقاع منظم ومضطرد للوصول الى الاهداف الناجعة والسليمة في تقدم وازدهار المجتمع، لذلك فقد ذهبت غالبية التشريعات بتنظيم تلك التأمينات المختلفة ومنها الكفالة البسيطة بشيء من التفصيل كونها تؤدي الى وظيفة اقتصادية واجتماعية للدائن والمدين معاً اذ تمنح الدائن الامن والضمان وتوفر للمدين الثقة والائتمان وهذه من الخصائص المتميزة والمتفردة التي تضطلع بها الكفالة البسيطة وحيث ان التأمينات هي اما ان تكون عامة يشترك فيها جميع الدائنين دون تمييز او خاصة يختص فيها بعض الدائنين دون البعض الاخر. والتأمينات الخاصة هي اما ان تكون تأمينات عينية او تأمينات شخصية وهذه التأمينات عموماً تعد في الحقيقة من الوسائل الفنية والتي تعطي اكبر قدر ممكن من الحماية القانونية لحقوق الدائنين في الحدود التي تسمح فكرة الضمان العام وعليه فأننا نهيب بالمشرع العراقي بمسايرة التطورات الاقتصادية والاجتماعية من اعطاء تلك التأمينات ومنها الكفالة البسيطة الاهمية في التنظيم القانوني واعادة النظر ببعض المسائل ذات العلاقة والتي تحتاج الى الدقة والوضوح لتنسجم مع تقدم وازدهار واستقرار الحياة في المجتمع.

**ومن الله التوفيق**

**الاستنتاجات:-**

١- الكفالة الاتفاقية يكون فيها الكفيل متضامن مع المدين بموجب الاتفاق بينهما بينما في الكفالة القانونية والقضائية فهما متضامنين بحكم القانون.
٢- عند التمييز بين الكفالة وما يشتبه بها من اوضاع قانونية وجدنا بأن المركز القانوني للكفيل هو تبعي وهذا ما يميزه عن العقود الاخرى.
٣- ذهب جانب من الفقهاء المسلمون في أشتراط أيجاب الكفيل وحده لانعقاد الكفالة وهذا ما ذهبت اليه مجلة الاحكام العدلية، بينما ذهب جانب اخر من الفقهاء على ضرورة رضاء الكفيل وقبول الدائن وهذا ما اشار اليه القانون المدني العراقي في م/١٠٠٩ منه.
٤- اعتبر المشرع العراقي كفالة المدين في دين تجاري كفالة مدنية حتى لو كان الكفيل تجارياً بينما استثنى من ذلك كفالة الاوراق التجارية اذ تكون كفالة هذه التصرفات دائماً تجارية وهذا ما اشار اليه القانون المدني العراقي في م/١٠١٦ منه.
٥- الزم المشرع العراقي في الكفالة بالنفس احضار المكفول به وهذا ما اشار اليه القانون المدني العراقي في م/١٠١٧ منه.
٦- اجاز المشرع العراقي للكفيل اذا ادى من ماله ان يرجع بما اداه على المدين سواءً كانت بأمر المدين او بغير امره.
٧- اجاز المشرع العراقي بأن تكون الكفالة منجزة او معلقة على شرط او مضافة الى اجل وهذا ما اشار اليه القانون المدني العراقي في م/١٠٠٩ منه.
٨- وجدنا بأنه يسقط حق المدين في الاجل الممنوح له بسبب افلاسه او اعساره او اضاعته التأمينات وهذا ما اشار اليه القانون المدني العراقي في م/٢٩٥ منه.
٩- وجدنا ايضاً بأنه اذا تعدد الكفلاء والتزموا بعقد واحد فأن المشرع العراقي الزم تقسيم الدين بينهم بقوة القانون اما اذا كان كل كفيل قد كفل الدين بعقد مستقل ففي هذه الحالة فأن الدين لا ينقسم بينهم الا اذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم وبالتالي فأن كل كفيل يصبح مسؤولاً عن كل الدين الا انهم لا يكونون مسؤولين بالتضامن بل بالتضامم وهذا ما اشار اليه م/١٠٢٤ من القانون المدني العراقي.
١٠- أجاز المشرع العراقي للكفيل عند استحقاق الدين وعدم مطالبة الدائن به ان ينذر الدائن بلزوم اتخاذ الاجراءات القانونية لاستيفاء دينه خلال مدة لا تقل عن شهر وهذا ما اشار اليه م/١٠٣٦ من القانون المدني العراقي بينما في مشروع القانون المدني العراقي فقد جعل المدة ٩٠ يوماً.

١١- تمثلت حقوق الدائن بمقتضى احكام مجلة الاحكام العدلية بجواز المطالبة بحقه والرجوع على المدين او الكفيل او كليهما الا ان ذلك ليس من النظام العام اذ يجوز الاتفاق على مطالبة المدين والتنفيذ على امواله قبل مطالبة الكفيل والتنفيذ على امواله اما حقوق الكفيل فهي تتمثل بدفوع يجوز التمسك بها عند مطالبة الدائن له بالدين ومنها الدفع بالتجريد وفقاً للقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري.

المقترحات:-

١- نقترح على المشرع العراقي ولأهمية عقد الكفالة من الناحية العملية ووجوب استقرار المعاملات ان يضفي المشرع عليه شكلاً معيناً في الكتابة لا أن يترك اثباته للقواعد العامة.

٢- نقترح على المشرع العراقي بأعادة النظر في مضمون م/١٠٣٣ ف٢ من القانون المدني في حلول الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من حقوق سواءً كانت بأمر المدين او بغير امره ويضاف الى هذه الفقرة وعلى الرغم من معارضته.

٣- نقترح على المشرع العراقي اعادة النظر في مضمون م/١٠١٧ من القانون المدني في احضار المكفول به وتسليمه في وقت معين، سيما وأنه ليس للكفيل ولاية على نفس المكفول به حتى يمكن تسليمه في وقت معين وأنما له ان يستعين بالسلطة العامة في تسليمه او ارشاد الطالب الى مكان المكفول به.

٤- نقترح على المشرع العراقي اعادة النظر في مضمون م/١٠٣٦ من القانون المدني فيما يتعلق بجواز الكفيل عند استحقاق الدين وعدم مطالبة الدائن به ان يقوم بأنذار الدائن واتخاذ الاجراءات القانونية لاستيفاء دينه خلال مدة ثلاثة اشهر بدلاً من شهر اسوة بما اشار اليه مشروع القانون المدني العراقي.

٥- نقترح على المشرع العراقي بأعادة النظر في احكام عقد الكفالة التي اشار اليها القانون المدني العراقي بشيء من الدقة والوضوح وبما ينسجم والتطورات التي اصابت عالمنا اليوم من جهة وأحياء مشروع القانون المدني العراقي الذي لم يرى النور منذ عام ١٩٨٦ من جهة اخرى.

**المصادر:-**

١- القرآن الكريم.
٢- مصطفى ابراهيم، المعجم الوسيط، المجلد٢، دار الدعوة، ١٩٧٢ .
٣- علي حيدر، شرح المجلة، ج٣، بيروت، ١٩٩١ .
٤- منير القاضي، شرح المجلة، ج٢ .
٥- الكاساني الحنفي، علاء الدين ابوبكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢١ ج٦ دار الكتب العلمية ١٩٨٦.
٦- الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، ج٢، دار الفكر، بيروت، بدون سنة طبع.
٧- البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج٣، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٢.
٨- الخليل، ابن اسحاق، مختصر الخليل، ج٦، مصر، بدون سنة طبع.
٩- الفقه الاسلامي وأدلته، د.وهبة الزحيلي، دار الفكر، سوريا، ط٤، ١٩٩٧م.
١٠- د.عبدالمجيد الحكيم، الاستاذ عبدالباقي البكري، الاستاذ المساعد محمد طه البشير، نظرية الالتزام، ج١، بغداد، ١٩٨٠.
١١- د.صلاح الدين الناهي، شرح القانون المدني، بغداد،١٩٦٨ .
١٢- د.عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ط١٣، القاهرة، ٢٠١١ .
١٣- د.سليمان مرقس، عقد الكفالة، القاهرة، ١٩٥٨ .
١٤- د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، مصر، ١٩٩٨.
١٥- د.رمضان ابوالسعود، التأمينات العينية والشخصية، الاسكندرية، ١٩٩٥ .
١٦- د.سمير عبدالسيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، القاهرة، ١٩٩٦.
١٧- د.منصور مصطفى منصور، في التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة، ١٩٥٧.
١٨- د.محمود جمال الدين زكي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة، ١٩٥٨.
١٩- د.عبدالفتاح عبدالباقي، في التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة.

٢٠- بحث متاح على موقع الانترنيت، الفرق بين السفتجة والسند الاذني، www.forum.law-dz.com تأريخ الزيارة ٢٠١١/٢/٢٠.

القوانين:

القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

القانون التجاري العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .

قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل.

## Abstract

The simple bail contract is one of the important contracts in scientific and practical life, because of the complexity of human relationships and the urgent need to enter and live in the community to satisfy the humanitarian needs had to be the existence for the sound legal organization to ensure the necessary protection in orderly and steadily rhythm to reach the aimed and right desired towards the progress and prosperity of the community.

So the majority of legislations organize these various insurances including simple bail contracts in some detail because it leads to the economic and social function of creditor and debtor together as it gives the creditor security and provides the debtor's trust and confidence. This is one of the special and unique characteristics of the simple bail and where the insurance is either be general, participated by all creditors without discrimination or private creditors without the others.

The private insurance are material or personal insurance and this insurance is generally in truth one of the technical means, which gives the maximum amount of legal protection for the rights of creditors to the extent that allowing the general guarantee idea.

Therefore, we call upon the Iraqi delegated to go along with economic and social developments of the insurance including simple bail the important in legal and review some of the related issues that need accuracy and clarity to harmonize with the progress, prosperity and stability of life in society.