حق الكفيل في الدفع بتجريد أموال المدين

(دراسة مقارنة)

Surety ,S right of deprivation defence Comparative study

د. عصمت عبد المجيد بكر

أستاذ القانون المدني المساعد. جامعة جيهان/أربيل

Ismatbakir2007@yahoo.com

المقدمة:

تعد الكفالة من ابرز الضمانات التي يسعى الدائن الى الحصول عليها ،في مقابل دينه المترتب بذمة المدين،وتؤمن عنصر الإطمئنان والثقة بين اطراف العلاقة الناشئة عن عقد الكفالة،وبالرغم من قدم هذا العقد الا انه بدأ في السنوات الأخيرة يكتسب أهمية في الحياة الإقتصادية والإجتماعية،بعد ازدياد عمليات الإقراض والإقتراض والإئتمان المصرفي والتجاري بصورة عامة،ويلعب هذا العقد دورا مهما في تنشيط الحياة الإقتصادية وتوفير الإطمئنان والثقة وبث روح التعاون والتآزر بين افراد المجتمع،ومع ذلك يثير

هذا العقد جملة مشاكل بين اطرافه،ولعل من أبرز المشاكل تلك المتعلقة بمسألة رجوع الدائن على الكفيل والمدين،مطالبا بحقه عند حلول أجل الدين.

وتتميز الكفالة بأنها من أهم نظم التأمينات الشخصية التي تحقق مصلحة لكل الدائن(المكفول) والمدين(المكفول له)وتحقق الكفالة للدائن ثقة غير محدودة بمال معين كما هو الحال في التأمين العيني،في الوقت الذي لاتلقي على عاتق الدائن أعباء معينة كما هي الحال في الرهن مثلا،وازدادت اهمية عقد الكفالة، في الوقت الحاضر،مع تزايد بيع المواد الإستهلاكية ،عن طريق التقسيط،مما سهل الأمر على المستهلكين في الحصول على تلك المواد، بوجود الكفيل الذي يكفل تسديد الأقساط في مواعيدها[1]ويكاد تنحصر التأمينات الشخصية بالمعنى الفني الدقيق في الكفالة التي لايكون الكفيل فيها مسؤولا مع المدين الا بصفة تبعية[2]

وقد ظهرت انواع من التأمينات الشخصية المستحدثة في الميدان التجاري كالضمان بمجرد الطلب،وخطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الإئتمان في بعض الفروض،وتوجد ضمانات أخرى لحماية الإئتمان ونقل

(1)الدكتور رمضان أبو السعود التأمينات الشخصية والعينية الإسكندرية دار الجامعة الجديدة 2008 ص 33 .واطلق القانون المدني العربي الموحد تعبير(عقود التوثيقات الشخصية) على عقود الكفالة وحوالة الدين وحوالة الحق) في المواد(899 .974).

(2)الدكتور مصطفى عبد الجواد حجازي.عقد الكفالة في القانون المدني.مصر دار الكتب القانونية 2006 ص 8.

الملكية على سبيل الضمان وشرط المنع من التصرف وضمانات البيع الإئتماني وغير ذلك[1].

واكتسبت الكفالة في السنوات الأخيرة اهمية مضاعفة،لتطور الإئتمان في الوقت الحاضر،سواء بالنسبة للعاملين في القطاع الصناعي أو الزراعي أو المستهلكين في المجتمع،والإئتمان يستلزم التأمينات،وتتصدر الكفالة هذه التامينات لأنها لاتستلزم شكلا معينا ولا علانية محددة،قليلة التكاليف،اضافة الى اهتمام المؤسسات المالية(المصارف وغيرها)بتقديم الكفالة للدائنين في مجالات الإئتمان المختلفة[2]

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في حق الكفيل بالدفع بتجريد أموال المدين بغية التنفيذ عليها من الدائن ،بدلا من أمواله هو،وهذه مسألة مهمة علميا وعمليا،فبعد أن ضمن الكفيل ذمته الى ذمة المدين في المطالبة القضائية،الا أنه يستطيعمواجهة الدائن عند مطالبته بتسديد الدين،بالدفع بتجريد أموال المدين أولا.

الهدف من البحث:

محاولة تسليط الضوء على حق مهم من حقوق الكفيل في مواجهة طلب الدائن التنفيذ على امواله،في الوقت الذي تتوفر لديه اسباب عديدة تدعوه الى

(1) انظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد التأمينات الشخصية (التبعية وغير التبعية) الأسكندرية 2000 ص 185 الدكتور محمد حسين منصور. النظرية العامة للإئتمان .الإسكندرية دار الجامعة الجديدة للنشر 2001 ص 17 وما بعدها الدكتور مصطفى عبد الجواد حجازي.عقد الكفالة في القانون المدني.مصر دار الكتب القانونية 2006 ص 8

(2) انظر نبيل ابراهيم سعد ص 303.

طلب التنفيذ على اموال الدين ،وبالرغم من اهمية عقد الكفالة،وتنظيم احكامه الا انه لم يلق من اهتمام الكتاب والباحثين الا القليل من الجهد ،فنادرا ما نقرأ عن هذا العقد واحكامه في العديد من القوانين المدنية العربية ومنها القانون المدني العراقي.

مشكلة البحث :

بالرغم من ان اغلب القوانين المدنية العربية قد نصت على حق الكفيل في الدفع بتجريد اموال المدين،الا انها اختلفت في الشروط التي نصت عليها لممارسة هذا الحق،فممارسة هذا الحق تتطلب جملة شروط ينبغي توفرها،لكي يدفع الكفيل بهذا الدفع.

منهجية البحث:

نتبع في دراسة هذه الموضوع المنهج المقارن بين القوانين المدنية العربية وأحكام الفقه الأسلامي والقانون المدني العربي الموحد(قانون نموذجي اعدته لجنة خبراء من عدة دول عربية وانجزت مهمتها ضمن نطاق جامعة الدول العربي/مجلس وزراء العدل العرب) واقره المجلس بقراره المرقم في(228 .12) في 1996/11/19م مع الإشارة الى أحكام القانون المدني الفرنسي واحكام قانون الإلتزامات التركي رقم(359) لسنة 1926 المستمد من قانون الإلتزامات السويسري،والذي حل محله قانون الإلتزامات التركي الجديد رقم(6098) لسنة 2011،ونتطرق في هذه المقارنة الى احكام المشروع العراقي للقانون المدني العراقي لعام 1986،مع الأستعانة بآراء الفقه .

خطة البحث :

تتطلب ممارسة الكفيل لحقه في الدفع بتجريد أموال المدين جملة شروط،ونبحثها في المبحث الأول وتترتب على ممارسة هذا الحق آثار مهمة ندرسها في المبحث الثاني.

المبحث الأول

شروط الدفع بالتجريد

أقر العديد من القوانين المدنية العربية بحق الكفيل في الدفع بتجريد اموال المدين[1]ويقصد به قانونا، حق الكفيل ،في حالة توفر شروط معينة في التمسك بالا ينفذ الدائن على امواله قبل أن ينفذ على أموال الدين الذي كفله[2]فهو حق أو مكنة منحه او خوله القانون للكفيل مراعاة منه لصفة التزامه باعتباره التزاما احتياطيا[3]

فلدى الرجوع الى نصوص تلك القوانين نجد أنه لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين،ولايجوز له أن ينفذ على اموال الكفيل المتضامن الا بعد تجريده المدين من امواله

(1) تعني كلمة التجريد لغة، جرده قشره وازال ما عليه،ويقال جرده من ثوبه عراه المعجم الوسيط ج1 ص 115 الطبعة الثانية وجر السيف من غمده سله،ورجل مجرد بتخفيف الراء اخرج من ماله.ابن منظور لسان العرب ج1 ص 588 .589 طبعة دار المعارف.

(2) الدكتور منصور مصطفى منصور عقد الكفالة القاهرة المطبعة العالمية 1960 فقرة 44 ص 82.

(3) الدكتور حسني محمود عبد الديم الكفالة كتأمين شخصي للحقوق.الاسكندرية دار الفكر الجامعي 2009 ص 307.

ويجب على الكفيل في هذه الحالة التمسك بهذا الحق[1]

ويشترط لممارسة الكفيل حق التجريد توفر عدة شروط تتعلق بالكفيل من ناحية وبأموال المدين من ناحية أخرى وندرس هذه الشروط في المطلبين القادمين.

المطلب الأول

شروط تتعلق بالكفيل

تشترط القوانين المدنية العربية،في الكفيل الذي يريد ممارسة حق تجريد اموال المدين الذي كفله أن يتمسك بهذا الد فع وعدم تضامنه مع الكفيل وعدم تنازله عن هذا الدفع،ونبحث هذه الشروط في البنود الآتية.

(1) انظر المواد(788 وم 793 مدني مصري وم 754 وم 759 مدني سوري وم 797 وم 802 مدني ليبي التجريد ان يحدد اموال المدين الأصلي وان يقدم الأموال النقدية الكافية للتجريد لايتوجب عليه أن يحدد لإجراء التجريد ،لا اموال المدين الأصلي الواقعة خارج الدائرة الكائنة فيها محكمة الإستئناف التابعة للمحل الذي يجب أن يحصل فيه الإيفاء ولا الأموال المتنازع عليها ولا الاموال المرهونة للدين والتي لن تعد بحيازة المدين(انظر القانون المدني الفرنسي بالعربية. طبعة دالوز 2009 الثامنة وم 1021 مدني عراقي وم/ 959 وم 960 مشروع عراقي وم 760 مدني كويتي وم 660 مدني جزائري وم 925 مدني فلسطيني وم/ 824 وم 825 مدني قطري وم/ 757 بحريني وم/ 1040 مدني يمني وم/ 1498 تونسي وم 1136 مغربي وم 1067 موريتاني وم 1072 لبناني وم/ 2299/مدني فرنسي/لايلزم الدائن بتجريد المدين الأصلي الا عندما يطلب ذلك الكفيل عند الملاحقات الأولى الموجه بوجهه وم/ 2300 /مدني فرنسي/على الكفيل الذي يطلب بعد المئة بالعربية طبعة 2012 للطبعة العربية دالوز جامعة القديس يوسف بيروت ص (2047

البند الأول

تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد

لما كان الهدف من تقرير الدفع بالتجريد هو حماية مصلحة الكفيل ،فهو يلتزم بالوفاء بالدين في حالة قيام المدين بالوفاء عند حلول الأجل،ومن ثم فإن الكفيل حتى في حالة قيامه بالوفاء بالدين

فيرجع بذلك على المدين،وبغية عدم اطالة أمد الإجراءات والإقتصاد في النفقات وجد الدفع بالتجريد،فأساس هذا الدفع هو توفير الإجراءات والنفقات وتحقيق العدالة لأنه ما دام المدين موسرا فليس من العدل الزام الكفيل بالوفاء بالدين[1]

والكفيل الذي يحق له التمسك بحق تجريد أموال المدين،هو الكفيل الذي تقدم للضمان عن طريق ضم ذمته الى ذمة المدين الأصلي،حيث يلتزم الكفيل هنا التزاما شخصيا،تجاه الدائن،ولا تتحدد مسؤوليته بمال معين،بل يقوم الجانب الإيجابي في ذمته بالضمان،وهذه هي الصورة المألوفة للكفالة[2]

فالكفيل له وحده حق الدفع بتجريد المدين،ومن ثم فلا يجوز لمدين متضامن مع مدينين آخرين أن يدفع قيام الدائن ضده بالتنفيذ بتجريد غيره من المدينين المتضامنين،ويقتصر الدفع بحق التجريد على الكفيل الشخصي ولايجوز للكفيل العيني التمسك بهذا الحق وقد نصت المادة(1050) من القانون المدني

(1) الدكتور محمد كامل مرسي.العقود المسماة القاهرة 1949 فقرة 80 ص 91 الدكتور صابر محمد محمد سيد. رجوع الدائن على الكفيل دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني دار الكتب القانونية مصر ص 365.

(2) الدكتور توفيق حسن فرج. التامينات الشخصية والعينية الأسكندرية 1984 فقرة 64 ص 61.

المصري على أنه(اذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله الا ما رهن من المال،ولايكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك)وفسرت مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري هذا الحكم بأنه(ولكن لايجوز للكفيل العيني أن يجبر الدائن أن يرجع أولا على مال المدين(وهذا هو حق التجريد)لأن عقار الكفيل مرهون في الدين،ويجوز للدائن إذن أن يبدأ التنفيذ على هذا العقار حتى لو كان في مال المدين عين أخرى مرهونة في نفس الدين)[1]

ولايدفع الكفيل الا بتجريد المدين الذي كفله،فاذا تعدد المدينون وكفل الكفيل بعضهم دون البعض الآخر،فلا يحق له ان يدفع بتجريد المدينين الذين لم يكفلهم[2]

ونصت المادة(2/788)من القانون المدني المصري على شرط تمسك الكفيل بحق التجريد بقولها(.. ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذاالحق وورد النص ذاته في المواد(2/754)مدني سوري و(2/797 ليبي) و(م/760 كويتي)و(م/ 660 جزائري)و(م/ 756/ب بحريني)و(م/ 925 فلسطيني)و(م/ 763عماني)و(م/824 قطري)وم(1/1068 موريتاني)وم/ الفصل/1498 تونسي/اذاطولب الكفيل كان له الحق ان يكلف الدائن بتتبع كسب المدين أولا من منقول أو عقار..)وم/ الفصل/1136 مغربي.للكفيل الحق في ان يطلب من الدائن ان يقوم اولا بتجريد المدين من امواله المنقولة والعقارية..)

(1) ج 7 ص 62 وانظر نبيل ابراهيم سعد ص 392 . ونعود الى بحث وجود تأمين عيني مع الكفالة وموقف القوانين المدنية العربية من ذلك فيما بعد

(2) الدكتور رمضان ابو السعود . التامينات الشخصية والعينية.الأسكندرية دار الجامعة الجديدة 2008 ص 145.

ونصت المادة(2/1021)من القانون المدني العراقي على انه(2 . فاذا طالب الكفيل اولا،جاز له عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده،ان يطالب الدائن باستيفاء دينه من اموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده ..)

وورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني بصدد المادة(925) مايأتي(كما ان للكفيل اذا بدأ التنفيذ على اموال الكفيل ان يدفع بالتجريد ،وهذا الدفع تمليه اعتبارات العدالة والإنصاف،التي تقوم بجانب الكفيل،فالعدالة تقضي ان تنفذ على اموال المدين لانه المدين الأصلي،وهو الذي يشغل الدين ذمته،لا الكفيل،فالدفع بالتجريد اذن يتعلق بالتنفيذ لا بمرحلة المطالبة القضائية،ويعتبر حينئذ اشكالا في التنفيذ،والدفع بالتجريد كان نتيجة منطقية وطبيعية للعلاقة التبعية بين التزام الكفيل والتزام المدين الأصلي،ويتمسك به فقط الكفيل الشخصي دون الكفيل العيني،ما لم يوجد هناك اتفاق على ان يكون للكفيل العيني ان يتمسك به[1]

وبموجب المادة(2298)من القانون المدني الفرنسي (لايلزم الكفيل تجاه الدائن بدفع دينه الا اذا تخلف المدين الذي يجب ان يلاحق في امواله اولا،باستثناء الحالة التي يتنازل فيها الكفيل عن حق التجريد ،او عندما يلزم الكفيل بالتضامن مع المدين،فيخضع تعهده في هذه الحالة للأصول المقررة للديون المتضامنة)ويذكرأن تمسك الكفيل بالحق في التجريد لايعد من النظام العام فهو حق مقرر لمصلحة الكفيل،ومن ثم فهو يقرر التمسك بهذا الحق أو عدم

(1)انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني بصدد المادة(925).

التمسك به،و لايجوز للمحكمة من تلقاء ذاتها أن تقضي بالزام الدائن بتجريد أموال المدين قبل التنفيذ على أموال الكفيل[1]

أما فيما يتعلق بوقت التمسك بحق التجريد،فذهب اتجاه الى انه يجوز للكفيل ان يتمسك بهذا الدفع في أي وقت مناسب الى أن يصدر منه ما يقطع برغبته في التنازل عنه[2]

في حين ذهب اتجاه آخر الى ان الدفع بالتجريد يتعلق بمرحلة التنفيذ على أموال الكفيل لا بالمطالبة القضائية،فلا يجوز للكفيل التمسك بهذا الدفع الا عندما يبدأ الدائن في اجراءات التنفيذ على اموال الكفيل بمقتضى سند تنفيذي ولايكون الدفع بالتجريد مقبولا قبل ذلك[3]

وذهب اتجاه الى انه يجوز ابداء الدفع بحق التجريد عند نظر الدعوى وفي أي حالة تكون عليها ولو لأول مرة امام محكمة الإستئناف،فإذا كان أثر قبول الدفع يقتصر عل منع التنفيذ على اموال الكفيل الا بعد تجريد المدين،فلا

(1)الدكتور محمد علي امام التامينات الشخصية والعينية القاهرة مطبعة نهضة مصر فقرة 64 ص 103 الدكتور سليمان مرقس عقد الكفالة.القاهرة دار النشر للجامعات المصرية 1959 فقرة 78 ص 80 الدكتور سمير عبد السيد تناغو التامينات الشخصية والعينية.الأسكندرية.منشاة المعارف فقرة 30 ص 67.منصور مصطفى منصور.ف 45 ص 85 مرقس ف 78 ص 116 مصطفى عبد الجواد حجازي ص 126.

(2) سليمان مرقس عقد الكفالة فقرة 78 ص 81 فقرة 90 ص 139.

(3) الدكتور محمود جمال الدين زكي دروس في التامينات الشخصية والعينية القاهرة 1974 فقرة 60 ص 65 الدكتور سليمان مرقس عقد الكفالة.القاهرة دار النشر للجامعات 1950 فقرة 78 ص 81 السنهوري الوسيط ج10 فقرة 48 ص . الدكتور رمضان ابو السعود التامينات الشخصية والعينية الاسكندرية منشاة المعارف 1995 ص 172 الباحث معاذ احمد محمد المؤمني الحجز على اموال الكفيل في القانون الاردني رسالة ما جستير كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط /الاردن 2012 ص82.

يؤثر هذا في سير الدعوى التي يطالب فيها الدائن الكفيل،فإن هذا لايمنع من ابداء هذا الدفع اثناء الدعوى،وعندئذ تستمر المحكمة في نظرها وتحكم بالزام الكفيل بالدين ،وبعدم جواز التنفيذ على أمواله الا بعد تجريد المدين[1]

فالدفع بالتجريد يكون عند التنفيذ على أموال الكفيل فقط لأن مجال العمل بهذا الدفع يكون في مرحلة التنفيذ فقط[2]ولايعد عدم تمسك الكفيل بالدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى أنه قد تنازل ضمنا عن هذا الدفع،لأن هذا الدفع يتعلق بالتنفيذ لابالمطالبة[3]

في حين يرى اتجاه أن للكفيل الدفع بالتجريد عند نظر الدعوى المقامة عليه من الدائن يطالبه فيها بالوفاء[4]وتنازل الكفيل عن حق التجريدلايفترض بل يجب ان يكون مؤكدا[5]

ونصت المادة(1070)من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ان(لادعوى للدائن على الكفيل الا اذا كان المديون الأصلي في حالة التأخر عن تنفيذ الواجب) ويحق للكفيل أن يطلب من الدائن في بدء المحاكمة وقبل كل دفاع في الأساس ان يداعي اولا المديون الأصلي في امواله المنقولة وغير

(1) منصور مصطفى منصور ف 45 ص 86 عبد الفتاح عبد الباقي ف 95 ص 156 الدكتور سعيد عبد السلام الوجيز في التامينات الشخصية والعينية 1997 ص 99.

(2)معاذ أحمد محمدالمؤمني ص 82.

(3)منصور مصطفى منصور عقد الكفالة فقرة 45 ص 85 .86

(4) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي.التأمينات الشخصية والعينية الأسكندرية دار نشر الثقافة 1950 فقرة 30 ص 68 69. محمد علي امام .فقرة 65 ص 106.

(5) محمود جمال الدين زكي ف 60 ص 115.

المنقولة،وان يعين له منها ما يصح فيه التنفيذ،على شرط ان يكون موقعها في المناطق الخاضعة لصلاحية محاكم الدول المشمولة بالإنتداب الفرنسي)(م 1072 لبناني)فهذه المادة تعطي للكفيل الحق في أن يطلب من الدائن في بداية المحاكمة وقبل كل دفاع في الأساس أن يداعي أولا المديون الأصلي في امواله المنقولة وغير المنقولة ،وان يعين له ما يصح فيه التنفيذ من هذه الأموال ،وهنا تقف مداعاة الكفيل الى أن يتم التقاضي في أموال هذا المدين الأصلي،فالدعوى بحق الكفيل لاترد بل يتوقف سيرها بحقه مؤقتا،فيبقى بامكان الدائن اتخاذ ما يراه مناسبا وضروريا من التدابير الإحتياطية بحقه،حتى يتبين انه لم يستوف كامل حقوقه أو استوفى جزء منها فقط جاز له أن يرجع على الكفيل بكامل الدين أو بالرصيد الباقي في حالة الإستيفاء الجزئي،وذهبت محكمة التمييز في لبنان انه يتبين من مراجعة المادتين(1072 و1074)موجبات وعقود أن لاشئ يمنع المدعي من مداعاة المدين والكفيل بدعوى واحدة،وأنه اذا لم يقدم الكفيل بيانا عن أموال المكفول ولم يتكفل بالمصاريف اللازمة للتنفيذ،تبقى المحاكمة سائرة بوجههما معا،أما اذا تقدم بالبيان والتكفل بالمصاريف فان الدعوى لاترد عنه بل يتوقف سيرها مؤقتا بحقه بينما يكون المدعي قد نفذ على اموال المدين الأصلي،وعندئذ إما أن ترد الدعوى عنه اذا كان المدعى استوفى كامل دينه أو تسري بحقه بالرصيد الباقي من الدين،ولابد من توفر الشروط التالية لكي يقبل الدفع المتعلق بوجوب مداعاة المدين الأصلي أولا :

1 . يجب ان يقدم هذا الدفع من الكفيل وحده،لأن هذا الدفع ليس من النظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تثيره عفوا من تلقاء ذاتها. 2 . يجب أن يدلي بهذا

الدفع في بدء المحاكمة وقبل أي دفاع في الأساس ولايجوز أن يدلي به للمرة الأولى أمام محكمة الإستئناف. 3 . يجب أن لاتكون أموال المديون الأصلي المكفول موضوعا لتأمين موجبات أخرى ملقاة على عاتقه وغير كافية لإيفاء جميع هذه الموجبات كما يجب ان لايكون بالإمكان الغاء حقه عليها. 4 . يجب أن لايكون الكفيل قد عدل صراحة عن هذا الحق،وأن لايكون قد التزم الموجب بالتضامن مع المديون الأصلي،أما إذا وجد التضامن بين الكفلاء فقط،فان ذلك لايمنع من تقديم هذا الدفع ومن قبل أي كفيل كان. 5 . يجب أن لايكون المديون الأصلي في حالة اعسار مشهور أو معلن عجزه. 6 . يجب على الكفيل أن يبين للدائن اموال المديون الأصلي وان يتكفل بالمصاريف اللازمة للتنفيذ.

فإذا توفرت هذه الشروط وجب على الدائن ان يوقف المداعاة بحق الكفيل ويبادر الى مداعاة المدين الأصلي لتحصيل دينه منه،فاذا لم يتمكن من تحصيله بكامله جاز له أن يرجع على الكفيل لمطالبته بالقدر الذي بقي من الدين فتعود المداعاة لتسري بحق هذا الأخير[1]

وذهب اتجاه الى ان القانون المدني الأردني لم يأخذ بالدفع بالتجريد كقاعدة عامة،لأنه اعطى للدائن الحق في مطالبة الكفيل قبل مطالبة المدين،فقد نصت المادة(1/967) منه على أن(للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معا)ومن ثم فلا معنى لإعطاء الكفيل الحق في التمسك بتجريد المدين من أمواله قبل التنفيذ على أموال الكفيل نفسه ،فهذا القانون يجعل الكفيل في حكم

(1) انظر محمد محمود معطي.الكفالة في ضوء الفقه والإجتهاد.بيروت منشورات الحلبي الحقوقية. 2009م ص 108 وما بعدها.

المتضامن مع المدين،والكفيل المتضامن،حتى في القوانين التي تنص صراحة على الدفع بالتجريد،لايحق له التمسك بهذا الدفع،ومع ذلك أخذ القانون المدني الأردني ببعض تطبيقات الدفع بالتجريد ومنها عدم جواز التنفيذ على اموال الكفيل قبل التنفيذ على التأمين العيني حيث نصت المادة(971) على انه(اذا كان الدين موثقا بتامين عيني قبل الكفالة ولم يكن الكفيل متضامنا فلا يجوز التنفيذ على اموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الموثقة للمدين)

ومن تطبيقات الدفع بالتجريد التي اخذ بها القانون المدني الأردني أيضا عدم جواز التنفيذ على أموال كفيل الكفيل قبل التنفيذ على اموال الكفيل،حيث نصت المادة(972) على أنه لايجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ما لم يكن متضامنا معه)[1]

وذهب اتجاه الى ان الدفع بالتجريد منحه القانون للكفيل في قانون التنفيذ الأردني ان يوقف اجراءات التنفيذ على امواله اولا حيث انه مقصور في حالة التنفيذ على اموال الكفيل فلا يجوز للكفيل ان يدفع بالتجريد بمجرد رفع الدعوى عليه لأستصدار الحكم ضده بالدين ولايكون الدفع مقبولا منه الا اذا اتخذت اجراءات التنفيذ على امواله وكان الغرض من الدفع وقف تلك الإجراءات[2]

ونصت المادة(1078)من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن(1 . للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معا. 2 . وان كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما. 3 . على ان مطالبته لأحدهم لاتسقط حقه في

(1) للتفصيل انظر عدنان ابراهيم السرحان.شرح القانون المدني.العقود المسماة(المقاولة.الوكالة. الكفالة) عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع ط5 1434 للهجرة 2013 م .ص 267 وما بعدها.

(2) معاذ أحمد محمد المؤمني . ص 79.

مطالبة الباقين)وهو نص المادة(916)من القانون المدني العربي الموحد ونص المادة(2/493)من القانون المدني السوداني.

واتجهت بعض القوانين المدنية العربية الى امكانية الدائن مطالبة الكفيل والمدين،أيهما شاء)فقد نصت المادة(1040) من القانون المدني اليمني على أنه(اذا كانت الكفالة حالة فان للمكفول له أن يطالب الكفيل او الأصيل بحقه ايهما شاء)واذا حل أجل الكفالة وكان المكفول عليه(المدين)موسرا فللكفيل ان يلزم المكفول له (الدائن)بطالبة المدين بحقه أو يسقط الضمان عنه)(م 1041 يمني)

وهذا تأثرا من المشرع اليمني باحكام الفقه الإسلامي فقد نصت المادة(644)من مجلة الأحكام العدلية(الطالب مخير في المطالبة إن شاء طالب الأصيل بالدين وإن شاء طالب الكفيل ومطالبة أحدهما لاتسقط حق مطالبة الآخر وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ويطالبهما معا)وورد الحكم ذاته في المادة(856)من مرشد الحيران لمحمد قدري باشا(يجوز للدائن المكفول دينه مطالبة الأصيل او مطالبة الكفيل او مطالبتهما معا،وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما)

فللدائن الخيار ،إن شاء أخذ حقه من الكفيل او من المدين،والى هذا الإتجاه ذهب الحنفية والشافعية في الأصح عندهم والحنابلة،إذ لايحق للكفيل عند هؤلاء الفقهاء ان يدفع الكفيل في مواجهة الدائن تجريد المدين أولا من أمواله واتفق الفقهاء المسلمون على أنه يحق للمكفول له التنفيذ على أموال الكفيل،

الا انهم اختلفوا في حالة حضور الكفيل والمكفول عنه وكلاهما موسر،فذهب رأي الى أن المكفول له بالخيار،إن شاء أخذ حقه من الكفيل أو من المكفول عنه[1]

واذا افلس المدين فان الشافعية اجازوا للكفيل الدفع في مواجهة الدائن بتجريد المدين من أمواله وبيعه اولا[2]

في حين ذهب اتجاه آخر في الفقه الإسلامي الى انه الدائن لايحق له أن يأخذ حقه من المدين بل يأخذ حقه من الكفيل فقط،فالكفالة يترتب عليها انتقال الحق الى ذمة الكفيل وبراءة ذمة المكفول عنه،وتسقط عنه المطالبة،والى هذا الإتجاه ذهب الإمامية والظاهرية وابن ابي ليلى من الحنفية والأباضية في قول عندهم،وبذلك فان الدفع بالتجريد غير متصور عندهم[3]

(1) السرخسي(شمس الإئمة ابي بكر محمد بن احمد السرخسي) المبسوط .بيروت دار المعرفة للطباعة والنشرج20 ص 28 .الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام.شرح فتح القدير ج7 ص 182.مطبعة مصطفى الحلبي.الإمام الشافعي(ابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي)الأم.دار الفكر العربي للطباعة والنشر ج8 ص 206 .الرملي(شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي)نهاية المحتاج .مطبعة مصطفى الحلبي.ج4 ص 458

(2) الرملي نهاية المحتاج ج4 ص 458 .الشيخ محمدالشربيني.مغني المحتاج ج2 ص 208 بيروت دار احياء التراث العربي.

(3) ابن حزم(ابن محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم) المحلى.بيروت.منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع. ج8 ص 111 المسألة رقم 1229 ابو القاسم جعفر بن الحسن الحلي .المختصر النافع الطبعة الثانية. مطبعة وزارة الاوقاف. ص 155. محمد بن يوسف اطفيش.شرح النيل وشفاء العليل.مكتبة الإرشاد جدة ج9 ص 471 الطبعة الثالثة سنة 1405للهجرة السرخسي المبسوط ج1 ص 161 .162 بيروت دار المعرفة للطباعة والنشر.

وذهب اتجاه ثالث الى التمييز بين ما اذا كان الدائن قد اشترط أن يأخذ من شاء منهما بحق أم لم يشترط ذلك،وهذا رأي المالكية[1]

فالدائن اذا اشترط فله ما اشترط ،وإن شاء أخذ حقه من الكفيل أو المكفول عنه،أما اذا لم يشترط المكفول له ذلك فلا يحق للمكفول له ان يأخذ حقه من الكفيل إذا كان المكفول عنه حاضرا مليئا أي موسرا أو كان غائبا،ولكن له مالا ظاهرا الا بعد اثباته على المكفول له[2]

وذهب اتجاه الى أن الكفيل لايطالب بالدين بداءة،وانما بعد استنفاد الوسائل التي تحقق أداء الدين من الأصيل،فالواجب انما وجب ابتداء على الأصيل،وكان ضمان الكفيل للتوثق،أما اذا تعسرت اسباب الطلب وكذلك دواعي الأداء من الأصيل،فانه يحق للدائن مطالبة الكفيل،وبذلك لايطالب الكفيل الا اذا حالت ظروف شرعية تمنع الأصيل من الأداء[3]

ويلاحظ ان قانون الإلتزامات التركي لعام (1926) قد اتجه اتجاها مغايرا لما تقدم حيث نصت المادة(486) على ان(في الكفالة العادية لايكون الكفيل

(1) الدسوقي(شمس الدين محمد عرفة الدسوقي المالكي) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. طبعة دار احياء الكتب العربية عيسى الحلبي ج3 ص 337 الخرشي(ابو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي) شرح على مختصر خليل.مطبعة بولاق الأميرية الطبعة الثانية 1317 للهجرة ج6 ص 28 ابن فرحون تبصرة الحكام بيروت دار الكتب العلمية ج2 ص 221.

(2) انظر الدكتور صابر محمد محمد سيد. رجوع الدائن على الكفيل.دراسة مقارنة في الفقه الأسلامي والقانون المدني.دار الكتب القانونية/مصر.2010 ص 356.

(3)انظر الدكتور أحمد محمد اسماعيل برج.الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الأسلامي دراسة مقارنة وتطبيقات معاصرة. الأسكندرية .دار الجامعة الجديدة.2004 ص 115. الباحثة أسماء شناوي صالح.عقد الكفالة(حقيقته.أركانه.أقسامه) الآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي.الأسكندرية دار الجامعة الجديدة.2013. ص 256.

مطالبا بالدين الا في حالة افلاس المدين بعد الكفالة أو قيام الدائن بالتنفيذ على اموال المدين دون جدوى وبدون خطأ من الدائن أو في حالة استحالة التنفيذ على اموال المدين في تركيا...)[1]

كما ان المادة(585)من قانون الالتزامات التركي النافد نصت على انه(في حالة عدم تسديد المدين للدين يقوم الكفيل بتسديد الدين وذلك في حالة:

1 . افلاس المدين. 2 . ثبوت عجز المدين بشكل قطعي عن تسديد الدين وصدور شهادة بذلك. 3 . منح المدين مهلة متعلقة بالصلح بين المدين المفلس والدائنين. 4 عدم امكان متابعة المدين في الاراضي او صعوبة متابعته،ففي هذه الحالات تتم مطالبة الكفيل بتسديد الدين).

البند الثاني

عدم تضامن الكفيل مع المدين

تنص القوانين المدنية العربية التي أقرت حق الدفع بالتجريد،على الايكون الكفيل متضامنا مع المدين،فاذا كان متضامنا مع الكفيل فلا يحق له التمسك بالدفع بالتجريد،لأن التضامن يقتضي حق الدائن في الرجوع على الكفيل والمدين باعتبارهما متضامنين في تسديد الدين،فيكون حال الكفيل حال

(1) انظر ترجمة المحامي محسن عبد القادر صالح الحمداني قانون الإلتزامات التركي رقم 359) لسنة 1926 .الموصل الطبعة الأولى منشورات دار ومكتبة الجيل العربي1433 للهجرة 2012 م ص 183.

المدين،أي يكون مدينا اصليا كما هي الحال بالنسبة للمدين،أي يلتزم بالدين بصفة اصلية،وبذلك يستطيع الدائن ان ينفذ على اموال الكفيل كما يستطيع ان ينفذ على اموال المدين،سواء بسواء،ولايحق للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد[1].

ويعد التضامن من انظمة التأمينات الشخصية ،وذلك بإنضمام ذمة أخرى الى ذمة المدين لضمان الوفاء بالإلتزام،وكانت الكفالة،تأريخيا،تختلط بالتضامن،عندما كان يتم تشبيه الكفيل بالمدين المتضامن،الا أنه يلاحظ ان المدين المتضامن مدين أصلي في مواجهة الدائن في حين يعد الكفيل مدينا تابعا،فالدائن يستطيع مطالبة أي من المدينين المتضامنين ،دون أن يسبق سؤال المدين ذو المصلحة في الدين،في حين في الكفالة لايستطيع الدائن أن يطالب المدين الا إذا رجع أولا على المدين ليفي به المدين نفسه[2].

ويكون الكفلاء في الكفالة القضائية متضامنين دائما (م 795 مصري)وم 761 سوري 804 ليبيوم 1030 / 2 عراقي/يكون الكفلاء في الكفالة القضائية أو القانونية متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين)وم 956 مشروع عراقي. وم/932 فلسطيني. وم/ 762 بحريني. وم/ 1/925 مدني عربي وم/ 766 كويتي/في الكفالة القانونية أو القضائية أو التجارية،يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين)وم/ 816 قطري/1 . كفالة الدين التجاري،تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا. 2 . على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضمانا احتياطيا،او عن تظهير هذه الأوراق

(1) محمد علي امام فقرة 61 ص 98.

(2)رمضان ابو السعود ص 42 .43 محمود جمال الدين زكي ف 19 ص 33 . مصطفى عبد الجواد حجازي ص44.

،تعتبر دائما عملا تجاريا)و(م/ 830 قطري/في الكفالة القانونية او القضائية او التجارية يكون الكفلاء دائما متضامنين)وم/ 667 جزائري/يكون الكفلاء في الكفالة القضائية او القانونية دائما متضامنين)وم/ الفصل/1133 مغربي/الكفالة لاتقتضي الضامن،ما لم يشترط صراحة،وفي هذه الحالة الأخيرة،وفي الحالة التي تعتبر الكفالة فيها فعلا تجاريا بالنسبة الى الكفيل، تخضع آثار الكفالة للقواعد المتعلقة بالتضامن بين المدينين)

وذهب اتجاه الى تأييد وجود التضامن سواء في علاقة الكفلاء مع المدين أو في علاقة الكفلاء فيما بينهم،فالمشرع استعمل لفظ الكفلاء بصفة الجمع أو انصرفت نيته الى أن الكفيل القضائي أو القانوني لايكون متضامنا الا مع المدين لأستعاض عنه بلفظ الكفيل،لذلك يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم اذا تعددوا أو فيما بينهم والمدين[1].

في حين ذهب اتجاه الى أن التضامن مفترض في الكفالة القانونية أو القضائية ،بين الكفلاء اذا تعددوا،أما بينهم وبين المدين فان التضامن لايفترض،وان الأصل في القانون ان التضامن لايفترض[2].

(1)رمضان ابو السعود ص 51 عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 20 ص 50 .51 منصور مصطفى منصور فقرة 10 ص 8 . نبيل ابراهيم سعد ص 328.

(2)الدكتور محمود جمال الدين زكي.في التامينات الشخصية والعينية القاهرة 1974 ف 21 ص 37 الدكتور توفيق حسن فرج التأمينات الشخصية والعينية 1984 ف 16 ص 19.

وقضت محكمة النقض المصرية(ان التجريد رخصة تخول الكفيل غير المتضامن الحق في يمنع التنفيذ على امواله وفاء للدين المكفول الا بعد فشل الدائن في استيفاء حقه جبرا من المدين)[1]

وقضت محكمة التمييز في العراق(اذا كانت الكفالة غير تضامنية فعلى المحكمة تكليف الدائن باستيفاء دينه من اموال المدين القابلة للحجز وبدلالة الكفيل)[2].

ونصت المادة(2317))من القانون المدني الفرنسي على انه(في كل مرة يلزم فيها شخص ما،بموجب القانون او بموجب حكم،بتقديم كفيل،يجب ان تتوفر في الكفيل المقدم الشروم المفروضة في المادتين(2295 و2296)عندما يتعلق الامر بكفالة قضائية ،يتعين على الكفيل ان يكون قابلا للاكراه البدني)وم/2319/فرنسي/لايستطيع الكفيل القضائي مطلقا ان يطلب تجريد المدين الاصلي)وم/ 2320/فرنسي/من يكفل الكفيل القضائي فقط لايستطيع أن يطلب تجريد المدين الاصلي)

وتعد الكفالة من الأعمال المدنية،لا من الأعمال التجارية ،حتى ولو كان الكفيل تاجرا،ذلك ان نية التبرع غير معتادة في التجارة،وعلى هذا نصت المادة(1/779)من القانون المدني المصري (ان كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا)وم 745/سوري/ 1 . كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا. 2 . على ان الكفالة الناشئة عن

(1)نقض مدني في 1979/12/6 مجموعة احكام النقض العدد الثالث السنة الثلاثون رقم 46 رقم الطعن 413 ص 171 .172.

(2) القرار المرقم 1400/م3/1974 في 1975/2/24 مجموعة الأحكام العدلية العدد الأول السنة السادسة ص 82.

ضمان الأسناد التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأسناد تعتبر عملا تجاريا)وم 788 ليبي. وم/651 جزائري/ونصت المادة(1016) من القانون المدني العراقي على أ ن(1 . كفالة المدين في دينتجاري تعتبر كفالة مدنية،حتى لو كان الكفيل تاجرا. 2 . على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الأوراق يكون دائما كفالة تجارية)وم952/مشروع عراقي/ أولا . كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية حتى لو كان الكفيل تاجرا. ثانيا . الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تظهير هذه الاوراق تكون دائما كفالة تجارية)وم/ 916 فلسطيني/كفالة الدين التجاري تعد عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا،على ان الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا ،تعد دائما عملا تجاريا)وم/ 744 عماني/1 . تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا،ولو كان الكفيل تاجرا. 2 . الكفالة الناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضمانا احتياطيا،أو من تظهير هذه الأوراق،تعتبر دائما عملا تجاريا)وم/ الفصل/1496 تونسي/لايتوجه الطلب لجهة الكفيل قبل ان تظهر المماطلة من المدين والفصل/1493/مجلة الإلتزامات والعقود التونسية/لاأجر عن الكفالة فان اشترط بطل الشرط والعقد بسببه أما ما يقع بين التجارفي المعاملات التجارية فيجري على عرفهم) وقضت محكمة التعقيب التونسية

(ان الطبيعة المدنية لعقد الكفالة لا تمنع تنظيمه طبقا للأحكام التجارية بدليل ان الفقرة الثانية من الفصل 1493 من مجلة الإلتزامات والعقود اقتضت ان ما يقع بين التجار في المعاملات التجارية يجري على عرفهم)[1]

وم/ 1067 لبناني/الكفالة مجانية بطبيعتها ما لم يكن هناك نص مخالف،وقضت محكمة التمييز في لبنان بان(الكفالة هي بطبيعتها عقد مدني ولا تعتبر عملا تجاريا الا عندما يكون للكفيل مصلحة تجارية في القضية التي من اجلها عقدت الكفالة)[2]

وم/ 1069 لبناني/ ان الكفالة لاتتضمن التكافل بدون اتفاق صريح،فاذا اشترط التكافل أو كانت الكفالة تعد عملا تجاريا من الكفيل،كانت مفاعيلها(آثارها)خاضعة للأحكام المختصة بالموجبات المتضامنةبين المديونين)وم/ 816 قطري/1 . كفالة الدين التجاري،تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا. 2 . على ان الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا،أو عن تظهير هذه الاوراق تعتبر دائما عملا تجاريا)وم/ 744 عماني/ 1 . تعتبر كفالة الدين التجاري عملا مدنيا،ولو كان الكفيل تاجرا. 2 . الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا،أو من تظهير هذه الأوراق،تعتبر دائما عملا تجاريا)

(1) قرار تعقيبي مدني عدد(29598) مؤرخ في 1/مارس/2004 م ق ت عدد 6 لسنة 2004 ص 101 القاضي السيد صالح الضاوي ص 439 هامش(2).

(2) القرار رقم 79 في 1961/10/20 جميل باز .1961 ص 146 انظر محمد محمود معطي الكفالة في ضوء الفقه والإجتهاد بيروت منشورات الحلبي الحقوقية 2009 ص 42.

وم/1064 موريتاني/الكفالة لاتقتضي التضامن،ما لم يشترط صراحة،وفي هذه الحالة الأخيرة وفي الحالة التي تعتبر الكفالة فيها فعلا تجاريا بالنسبة الى الكفيل،تخضع آثار الكفالة للقواعد المتعلقة بالتضامن بين المدينين.وم/ 1068 موريتاني/ليس للكفيل طلب تجريد المدين الأصلي من امواله:

1 . اذا كان قد تنازل صحة عن التمسك بالدفع بالتجريد،وعلى الخصوص اذا كان قد التزم متضامنا مع المدين الأصلي.وم/ 763بحريني/في الكفالة القانونية أو القضائية،يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين. وم/ 756/أ/ بحريني/للكفيل أن يتمسك بحق التجريد ما لم يكن متضامنا.

وم/ 925/مدني عربي/ 1 . تستلزم الكفالة القانونية او القضائية او التجارية تضامن الكفلاء فيما بينهم وتضامنهم مع المدين. 2 . أما الكفالة الإتفاقية فلا تستلزم تضامنهم الا بشرط)وم/ 1087) اماراتي/تستلزم الكفالة بنص القانون أوبحكم القضاء عند اطلاقها تضامن الكفلاء)ونص المادة(3/498 سوداني. مطابق لهذا النص.

وتعدالكفالة عملا تجاريا وفقا لقواعد القانون التجاري في حالتين هما :

1 . اذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا.

2 . اذا كانت الكفالة ناشئة عن تظهير الأوراق التجارية[1]

ولانتفق مع ما ورد في القوانين المدنية العربية بان كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية حتى لو كان الكفيل تاجرا،فمن المنطقي أن تعد الكفالة في مثل هذه الحالة أن تكون عملا تجاريا.

(1)انظر محمود جمال الدين زكي ف 17 ص 31.

اما في القانون المدني الفرنسي والاجتهادات القضائية الفرنسية فاذا كان الكفالة بطبيعتها عقدا مدنيا فانها تتحول الى عقد تجاري عندما يكون للكفيل مصلحة شخصية في العملية التجارية التي تدخل بمناسبتها،ويعود تقدير المصلحة الشخصية للكفيل في التعهد التجاري الى السلطة المطلقة لقضاة الموضوع،وان واقعة كون الكفيل هو الزوج الشريك في الاموال الشائعة مع مديرة الشركة المدينة الاصلية مالكة نصف راس المال لايكفي لتوصيف المصلحة الشخصية،ويفترض انه لمن يكفل شركة يتولى ادارتها مصلحة مالية في العملية المضمونة،ولايكفي الطابع التجاري لاضفاء الصفة التجارية على الكفيل[1]

ولايجوز للكفيل القانوني والقضائي التمسك بالدفع بالتجريد لأن القانون اعتبرهما متضامنين بحكم القانون ،والمتضامن بشكل عام لايجوز له الدفع بالتجريد،(م 793 وم 795 مصري)وم/ مشروع عراقي/اذا كانت الكفالة قانونية أو قضائية أو تجارية كان الكفيل متضامنا مع المدين،واذا تعدد الكفلاء كانوا متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين)

وكذلك لايجوز للكفيل التجاري الذي ضمن الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو ظهر هذه الأوراق(م 2/779 مصري) الدفع بالتجريد وان يكون الكفيل التجاري مصرفا أو تاجرا وله مصلحة شخصية في الدين(اي بهدف الربح)(م

(1)انظر الصفحة 2030 . 2031 القانون المدني الفرنسي باللغة العربية

48 تجارة مصري)لأن التضامن مفترض في المعاملات التجارية في حالة تعدد المدينين،وهذا ليس من النظام العام اذ يجوز الإتفاق على خلاف ذلك[1] م 644 المجلة /الطالب مخير في المطالبة إن شاء طالب الاصيل بالدين وإن شاء طالب الكفيل ومطالبة احدهما لاتسقط حق مطالبته الآخر وبعد مطالبته احدهما له أن يطالب الآخر ويطالبهما معا)وم 856 مرشد الحيران/يجوز للدائن المكفول دينه مطالبة الأصيل أو مطالبة الكفيل أو مطالبتهما معا وان كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما)وم/ 756/أ/ بحريني/وذلك كله ما لم يكن الكفيل متضامنا مع المدين.وم/ 750 عماني/اذا كان الدين مضمونا بتامين عيني قبل الكفالة وكان الكفيل قد اشترط الرجوع على الأصيل أولا فلا يجوز التنفيذ على اموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الضامنة للدين.

فالتضامن يجعل للدائن الحق في مطالبة اي من المدينين المتضامنين بلا تمييز،فلا يكون لاحدهم الحق في طلب تجريد الآخر[2]فالكفيل المتضامن لايستطيع ان يتمسك لا بالدفع بالتجريد في صورته العامة ولا بالدفع بالتجريد في صورته الخاصة المنصوص عليها في المادة(791 مدني مصري)[3]

(1)سعاد توفيق سليمان ابو مشايخ.عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه.دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري. رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح في نابلس.فلسطين.2006م ص130.

(2)رمضان ابو السعود ص 150.

(3) نبيل ابراهيم سعد ص 409.

وذهب اتجاه الى ان تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان يعد رهنا لها ضمانا لدين آخر وليست كفالة اصلا حتى توصف بانها مدنية او تجارية ،بل هي رهن لدين وهو من صور الرهن الحيازي[1]

اما اذا احترف تاجر كفالة الأشخاص بمقابل،فتخضع هذه الكفالة لقواعد القانون التجاري المتعلقة ببيان الأعمال التجارية بطبيعتها أو بنص القانون ،وتعد هذه الكفالة عملا تجاريا وكذلك تعد الكفالة التي يكفل بها مصرف شخصا ،عملا تجاريا[2]

وتعد الكفالة عملا تجاريا بالتبعية،كما في حالة كفالة التاجر لزميله بقصد تحقيق مصلحة تتعلق بتجارته هو،كأن يحصل منه على مقابل نقدي أو عيني،أو أن يكون تدخله لكفالته بهدف حماية ائتمانه والإحتفاظ به كعميل[3]ومن آثار الضمان في الحوالة التجارية أن الضامن يلتزم بالكيفية التي التزم بها المضمون،ويكون التزام الضامن صحيحا ولو كان الإلتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل،واذا أوفى الضامن الحوالة آلت اليه الحقوق الناشئة عنها قبل المضمون وقبل كل ملتزم بمقتضى الحوالة تجاه هذا المضمون[4]

(1)سمير عبد السيد تناغو ف 12 ص 30.

(2) منصور مصطفى منصور ف 9 ص 16 الدكتور عبد الودود يحي.عقد الكفالة القاهرة مطبعة مصطفى الحلبي 1961 ف10 ص 11.

(3)وانظر محمد حسين منصور ص 75 مصطفى عبد الجواد حجازي ص 26 . 27.

(4)انظر المادة(82)من قانون التجارة العراقي رقم(30) لسنة1980 والمادة(32)من قانون جنيف الموحد لعام 1930.

وبذلك فان التزام الضامن التزام تبعي،وذلك لأنه بمثابة كفالة،ولأن التزام الكفيل مبني على التزام المكفول أو المكفولين،ولايكون للضامن للضامن الدفع بالتجريد،أي مجابهة الدائن الذي يرجع عليه بانه يجب عليه أن يلاحق أولا المدين أو المدينين الأصليين،كالقابل أو الساحب أو أي شخص آخر ضامن من اشخاص الحوالة،كما لايحق للضامن الدفع بالتقسيم عند وجود ضامنين آخرين مته،خلافا لما هو مقرر بالنسبة للكفالة غير التضامنية،ومن ناحية أخرى فان التزام الضامن التزام أصلي استنادا الى قاعدة استقلال التواقيع،فلايبطل التزام الضامن ببطلان التزام المضمون لنقص في الاهلية أو عيب في الرضاء أو لإنعدام السبب أو عدم مشروعيته او حتى تزوير توقيعه،بل يكون التزام الضامن صحيحا بالرغم من ذلك،الا اذا كان البطلان يشكل عيبا ظاهريا،أي شكليا في الحوالة[1]

وبموجب المادة(487)من قانون الإلتزامات التركي لعام 1926 (يحق للدائن مطالبة الكفيل والتنفيذ على امواله قبل مطالبة مدينه الأصلي وقبل بيع المرهون لإستيفاء دينه اذا كان الكفيل متسلسلا ومشتركا بالدين مع المدين او ما شابه ذلك من حالات التزم بها باداء الدين)

(1) انظر استاذنا الدكتور اكرم ياملكي.القانون التجاري .الاوراق التجارية.دراسة مقارنة.منشورات جامعة جيهان الأهلية.أربيل 2012 ص 240 وما بعدها.

البند الثالث

عدم التنازل عن الدفع بالتجريد

يشترط للدفع بالتجريد أن لايكون الكفيل قد نزل عن هذا الحق ،فهو مقرر لمصلحته،فاذا تنازل عن هذا الحق فلا يجوز له التمسك به،والنزول قد يستفاد صراحة أو ضمنا،كان يرجع الدائن على الكفيل أولا ثم لايتمسك الكفيل بذلك أو لايعترض ويقوم بالوفاء[1].

فالدفع بالتجريد حق مقرر للكفيل ولمصلحته،وبذلك هو حق خاص به ويامكانه التنازل عنه،فاذا تنازل الكفيل عن الدفع بالتجريد سقط حقه في التمسك به ولم يعد في امكانه نهائيا ان يدفع في مواجهة الدائن بتجريد اموال المدين[2]

ولاشك ان تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد معناه عدم التنازل عن هذا الحق ،وبذلك حتى في حالة عدم نص القانون على الشرط المتعلق بعدم تنازل الكفيل عن الدفع بالتجريد،فيعد هذا الشرط بديهيا ،إذ لايصح له التمسك به اذا كان قد سبق له التنازل عنه[3]

(1) انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني بصدد المادة(925)من هذا القانون.

(2) السنهوري الوسيط ج10 فقرة 48 ص 99 طبعة 2004 محمد علي امام فقرة 61 ص 100.

(3) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 90 ص 137 صابر محمد محمد سيد ص 378.

والتنازل قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا،الا انه يشترط ان يكون واضحا لالبس فيه،واذا حصل شك في تفسير التنازل فيفسر الشك في مصلحة الكفيل أي بمعنى عدم التنازل[1]

ومن صور التنازل الضمني ان يصرح الكفيل انه يلتزم كالمدين الأصلي،أو أنه قد تعهد بدفع الدين فورا اذا لم يقم المدين بدفعه عند حلول اجله أو اذا شرع الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل ويلتزم هذا السكوت ولم يدفع بالتجريد[2]

ونصت المادة/ 1/1021)من القانون المدني العراقي على انه (يفرض في الكفالة انها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالدين،ما لم الكفيل قد نزل عن هذا الشرط أو كان قد تضامن مع المدين)ونصت المادة(1137)من قانون الإلتزامات والعقود المغربي(ليس للكفيل طلب تجريد المدين الأصلي من امواله:أولا . إذا كان قد تنازل صراحة عن التمسك بالدفع بالتجريد..)والنص ذاته في المادة(1/1068)من قانون الإلتزامات والعقود الموريتانيوم/ الفصل/1499 تونسي/ليس للكفيل أن يحيل الدائن على تتبع مكاسب المدين في الصور الآتية:اولا . اذا اسقط حقه في احالة الدائن على المكاسب المدين اسقاطا صريحا وكذلك إذا كان التزامه بالخيار مع المدين الأصلي) وم/ الفصل/1495 تونسي/لايترتب عن الكفالة خيار في الطلب الا إذا اشترط ذلك

(1) سليمان مرقس عقد الكفالة فقرة 76 ص 78 محمد علي امام التامينات الشخصية والعينية فقرة 62 ص 100.

(2) السنهوري الوسيط .القاهرة دار النهضة العربية ج10 فقرة 48 ص 100 طبعة 2004 حسني محمود عبد الدايم ص 315.

صراحة،ففي هذه الصورة وفي صورة ما إذا كانت الكفالة من الكفيل عملا تجاريا تجري عليها الأصول المتعلقة بتضامن المدينين)

وم/ 760 /2 كويتي/ويجب على الكفيل أن يتمسك بحقه)وم/ 2/824 قطري/ويجب على الكفيل أن يتمسك بحقه في التجريد.وم/ الفصل/1137 مغربي/ليس للكفيل طلب تجريد المدين الأصلي من امواله:اولا . اذا كان قد تنازل صراحة عن التمسك بالدفع بالتجريد،وعلى الخصوص اذا كان قد التزم متضامنا مع المدين الأصلي)

ونصت المادة(2298)من القانون المدني الفرنسي /لايلزم الكفيل تجاه الدائن بدفع دينه الا اذا تخلف المدين الذي يجب ان يلاحق اولا،باستثناء الحالة التي يتنازل فيها الكفيل عن حق التجريد..)

ويجوز للكفيل،حتى وإن كان متضامنا مع المدين، أن يحتفظ بحقه في الدفع بالتجريد ،على أن يثبت ذلك في عقد الكفالة[1]،في حين ذهب اتجاه الى انه لايجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يحتفظ لنفسه بحق الدفع بالتجريد،لأن ذلك يتعارض مع محتوى ومضمون التضامن[2]

ولاشك ان مثل هذا الإتفاق لايجعل الكفيل متضامنا ولو وصف بانه كفيل متضامن،اذ لايعتد في تكييف العقد بما يذكره الأطراف بل بما يقرره القانون[3]

(1) انظر منصور مصطفى منصور عقد الكفالة فقرة 45 ص 84 عبد الفتاح عبد الباقي التامينات الشخصية والعينية فقرة 91 ص 140 سليمان مرقس عقد الكفالة فقرة 77 ص 79.

(2) الدكتور عبد الخالق حسن دار الهدى للطباعة 1986 فقرة 68 ص 84.

(3) سمير عبد السيد تناغو التامينات الشخصية والعينية فقرة 30 ص 66.

ونحن نؤيد هذا الرأي،اذ لايعقل أن يكون الكفيل متضامنا،وفي الوقت ذاته يشترط عدم تضامنه مع المدين،فمثل هذا الشرط يتناقض مع فكرة التضامن ومفهومه.،ثم ان هناك انواع من الكفالة تتطلب التضامن بين الكفيل والمدين،كما رأينا ذلك قبل قليل،كالكفالة القضائية والتجارية والقانونية.

وثار خلاف حول حق كفيل الكفيل القانوني أو القضائي في التمسك بحق الدفع بالتجريد،فذهب رأي الى ان تضامن الكفيل مع المدين لايسقط حق كفيل الكفيل في الدفع بتجريد الكفيل أو المدين،فالتضامن لايفترض ولايتوسع في تفسير نصوصه،كما ان كفيل الكفيل له دفوعه المستقلة فلا يحرم منها الا اذا كان متضامنا هو بدوره[1]

في حين ذهب اتجاه آخر الى ان تضامن الكفيل مع المدين يترتب عليه حرمان كفيل الكفيل من الدفع بتجريد اموال المدين،ولو لم يكن كفيل الكفيل متضامنا مع المدين،لأن الكفيل نفسه لايستطيع التمسك بهذا الدفع ،ولكن لايسقط حق كفيل الكفيل في الدفع بتجريد الكفيل الا اذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل[2]

ونصت المادة(921)من القانون المدني العربي على انه(لايجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ما لم يكن متضامنا معه)لأن

(1) عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 91 ص 140 محمد علي امام فقرة 61 ص 99 .100 . سليمان مرقس عقد الكفالة فقرة 77 ص 79.

(2) السنهوري الوسيط ج 10 فقرة 52 ص 115 هامش رقم(1) طبعة 2004 سمير عبد السيد تناغو فقرة 30 ص 67 الدكتور رمضان ابو السعود الوسيط في التامينات الشخصية والعينية.1980 ج1 ص 59.

المضمون اذا كان موسرا وحاضرا فليس لصاحب الدين مطالبة الضامن،وهذا بعمومه يشمل الكفيل بالنسبة للأصيل ويشمل الكفيل بالنسبة للكفيل[1]

ونصت المادة(1083)من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على انه(يجوز لكفيل الكفيل ان يشترط على الدائن الرجوع على الكفيل الأول) في حين نصت المادة(496)من القانون السوداني على ان(لايجوز للدائن ان يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ما لم يكن متضامنا)وم/ 751 عماني/ لايجوز للدائن ان يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ما لم يكن متضامنا معه)وم/ 765 كويتي/الكفيل الذي يكفل الكفيل يعتبر في علاقته بالدائن كفيلا للكفيل،وفي علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مدينا اصليا بالنسبة اليه)وم/ 669 جزائري/تجوز كفالة الكفيل،وفي

هذه الحالة لايجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل الا اذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل)وم/ 829 قطري/تجوز كفالة الكفيل،وفي هذه الحالة يجوز لكفيل الكفيل أن يتمسك قبل الدائن بالرجوع على الكفيل قبل الرجوع عليه،الا اذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل)وم/ الفصل/1139 مغربي/لايلتزم كفيل الكفيل ازاء الدائن الا عند اعسار المدين الأصلي،والكفلاء جميعا،أو إذا كان الكفيل قد تحلل من الكفالة نتيجة تمسكه بدفوع شخصية محضة خاصة به)ومم الفصل/1501 تونسي/كفيل الكفيل لايطالب الا اذا افلس المدين الأصيل وجميع الكفلاء المكفولين له أو ابرئت ذمة احد الكفلاء من الدين لأسباب تخص ذاته)

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العربي الموحد ص 325.

ويذكر ان القانون المدني العراقي ذكر (كفيل الكفيل) في المادة2/1013) حيث نصت على ان(واذا اجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل وإن أجله على الكفيل الأول يتأجل على الكفيل الثاني،ولايتأجل على الأصيل)وكذلك ما نصت عليه المادة(1039) (الكفيل الذي يكفل الكفيل للدائن يعتبر في علاقته بالدائن كفيلا للكفيل وفي علاقته بالكفيل،كما لو كان هذا الكفيل مدينا أصليا بالنسبة له)ونرى بان يعالج القانون المدني العراقي موضوع تمسك كفيل الكفيل في مواجهة الدائن بالرجوع على الكفيل قبل الرجوع عليه،الا اذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل)

المطلب الثاني

شروط تتعلق باموال المدين

نصت القوانين المدنية العربية على مجموعة شروط ينبغي توفرها في الأموال العائدة للمدين،لكي يستطيع الكفيل الدفع بالتجريد،وطلب التنفيذ على اموال المدين،ونبحث في هذه الشروط في البنود الآتية.

البند الأول

كفاية الأموال للوفاء بالدين

يشترط أن تكفي أموال المدين التي يرشد اليها الكفيل،كافة للوفاء بالدين كله،أما اذا كانت تكفي للوفاء بجزء الدين فلا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد،ذلك اذا الزمنا الدائن بالتنفيذ على اموال المدين فهذا معناه قبوله بالوفاء الجزئي،كما انه سيؤدي الى تأخيره في استيفائه لدينه،لم ير المشرع له مبررا[1]

و/ 2/1021/عراقي/اموال المدين القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بكمله)وم/ 757/أ/ بحريني/ اذا طلب الكفيل تجريد المدين،وجب عليه ان يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى اموال للمدين تفي بالدين كله)وم/ 1/761 كويتي/ارشاد الدائن الى اموال للمدين تفي بالدين كله)وم/ 825/قطري/ارشاد الكفيل للدائن الى اموال المدين تفي بالدين كله،ولاعبرة باموال المدين المتنازع فيها او الموجودة خارج دولة قطر)

ونصت المادة(789) من القانون المدني المصري على انه(اذا طلب الكفيل التجريد،وجب عليه ان يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى اموال للمدين تفي بالدين كله،ولاعبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل،اذا كانت هذه الاموال تقع خارج الأراضي المصرية او كانت اموالا متنازعا فيها)وم 2/754 سوري وم 2/797 ليبيوم/661 جزائري وم/ 2/761 كويتي/ولاعبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل ،اذا كانت متنازعا فيها او كانت موجودة في خارج الكويت)

(1)عبد الفتاح عبد الباقي ف 92 ص 151 نبيل ابراهيم سعد ص 398 . حسني محمود عبد الدايم ص 318.

وم/ 2/1021/مدني عراقي/امواله(اموال المدين)تكفي لوفاء الدين باكمله..)وم/ 959/مشروع عراقي/ليس للدائن ان يرجع على الكفيل قبل رجوعه على المدين،ما دامت اموال المدين القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين باكمله،الا اذا قبل الكفيل بذلك او كان متضامنا مع المدين)

وم/ 1073/لبناني/ثالثا /لايجوز للكفيل ان يتشبث بتقديم مداعاة المديون الأصلي:ثالثا . اذا كانت الاموال التي تصح فيها المداعاة ... غير كافية بوجه واضح لإيفاء الدين .،واذا اصبح الكفيل الذي قبله الدائن بمقتضى العقد غير ملئ وجب ان يقدم له كفيل آخر او ان يعطي تامينا آخر معادلا للكفالةوالا حق للدائن ان يطالب بايفاء دينه حالا او ان يفسخ العقد الذي عقده على هذا الشرط(م 1068/ لبناني)وم/ 661 جزائري/ارشاد الدائن الى اموال المدين تفي بالدين كله)

وم/ 825 قطري/ 1 . اذا طلب الكفيل تجريد المدين،وجب عليه ان يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى اموال للمدين تفي بالدين كله. 2 . ولاعبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل،اذا كانت متنازعا فيها،او كانت موجودة خارج دولة قطر)

نصت المادة(2/788) من القانون المدني المصري على ان (1لايجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين.2 . ولايجوز له ان ينفذ على اموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من امواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة ان يتمسك بهذا الحق)

ونصت المادة(789) من القانون المدني المصري على ان(1 . اذا طلب الكفيل التجريد،وجب عليه ان يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى اموال المدين

تفي بالدين كله.)وم 761 كويتي/1 . لايجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين،كما لايجوز له ان ينفذ على اموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من امواله،وذلك كله ما لم يكن الكفيل متضامنا مع المدين . 2 . ويجب على الكفيل في الحالتين ان يتمسك بحقه) و/ 757 بحريني/أ. اذا طلب الكفيل تجريد المدين ،وجب عليه ان يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى اموال للمدين تفي بالدين كله.)

م 1022 عراقي /1 . اذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من اموال المدين وجب عليه ان يدل الدائن على هذه الأموال،وان يقدم له مبلغا يكفي للوفاء بتكاليف الإجراءات. 2 . ولاعبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل اذا كانت هذه الاموال تقع خارج الأراضي العراقية،او كانت اموالا متنازعا فيها)وورد الحكم ذاته في المادة(960 من المشروع العراقي)م 755 سوري وم 798 ليبي وم 1072 .1074 لبناني وم/ 824 .825 قطري.والفصل/1499/تونسي/ليس للكفيل ان يحيل الدائن على تتبع مكاسب المدين في الصور الآتية:

رابعا . اذا كانت املاك المدين فيها نزاع او كانت مرهونة في ديون تستغرق غالب قيمتها او كان من البين ان الأملاك المذكورة لاتفي بالخلاص ...)وم/ الفصل/1136 مغربي/يشترط ان تكون اموال المدين المنقولة والعقارية قابلة للتنفيذ عليها وموجودة في المغرب.والفصل/1137 مغربي:ليس للكفيل طلب تجريد المدين الأصلي من امواله:. رابعا . اذا كانت الاموال التي يمكن تجريد المدين منها متنازعا عليها او مثقلة برهون رسمية تستغرق جزءا كبيرا من قيمتها،او كان من الواضح انها ليست كافية للوفاء بكل حق الدائن....)

وم/ 1067 موريتاني/للكفيل الحق في ان يطلب من الدائن ان يقوم اولا بتجريد المدين من امواله المنقولة والعقارية ،بشرط ان تكون قابلة للتنفيذ عليها..... واذا كان للدائن حق الرهن الحيازي او حق الحبس على منقول مملوك للمدين،وجب عليه ان يستوفي دينه منه،ما لم يكن مخصصا لضمان ديون اخرى على المدين،حالة كونه غير كاف للوفاء بها جميعا،

وم / 1068 موريتانية/ليس للكفيل طلب تجريد المدين الأصلي من اموالهآ:

. 4 . اذا كانت الاموال التي يمكن تجريد المدين منها متنازعا عليها او مثقلة برهون رسمية تستغرق جزءا كبيرا من قيمتها،او كان من الواضح انها ليست كافية للوفاء بكل حق ...)

وم/661 جزائري/اذا طلب الكفيل التجريد،وجب عليه ان يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى اموال المدين تفي بالدين كله...)وم/ 933 /2 مدني عربي/واذا اقيمت الدعوى على الكفيل وجب عليه ادخال الأصيل فيها فان لم يفعل جاز للأصيل ان يتمسك قبله بكل ما كان يستطيع ان يدفع به دعوى الدائن)ويذكر ان القانون المدني الفرنسي يكتفي بان يدل الكفيل الدائن على اموال المدين ذات القيمة بحيث يكون التنفيذ عليها منتجا ولو لم يكن كافيا لوفاء الدين كله.

ومما له علاقة بكفابة اموال المدين التي يرشد اليها الكفيل والقابلة للحجز ،ان يكون المال مثقلا بتأمين عيني فهنا صورة خاصة للدفع بتجريد اموال المدين وفي هذه الصورة يكون هناك تامين عيني مخصص قانونا او اتفاقا لضمان الدين وقدمت الكفالة بعد هذا التامين العيني او معه ولم يكن الكفيل متضامنا

فلا يجوز التنفيذ على اموال الكفيل الا بعد التنفيذ على الاموال التي خصصت للتأمين.

حيث نصت المادة(791) المصري على انه(اذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا او اتفاقا لضمان الدين،وقدمت كفالة بعد هذا التأمين او معه،ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين،فلا يجوز التنفيذ على اموال الكفيل الا بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين)وم 757 سوري وم 800 ليبيو/م 928 فلسطيني. وم/ 763 كويتي/اذا كان هناك تأمين عيني على مال للمدين ضمانا للدين،وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه،جاز للكفيل ،اذا لم يكن متضامنا مع المدين،ان يطلب التنفيذ على المال المحتمل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على امواله هو)

وم/ 827 قطري/اذا كان هناك تامين عيني مقرر على مال المدين ضمانا للدين،وقدمت كفالة بعد هذا التامين او معه،جاز للكفيل،اذا لم يكن متضامنا مع المدين،ان يطلب التنفيذ على المال المحمل بالتامين العيني قبل التنفيذ على امواله هو)وم/ 920 مدني عربي.ونصت المادة(750) عماني على انه(اذا كان الدين مضمونا بتامين عيني قبل الكفالة وكان الكفيل قد اشترط الرجوع على الأصيل اولا فلا يجوز التنفيذ على اموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الضامنة للدين)

وانظرم 1072 العبارة الأخيرة لبناني /واذا كان للدائن رهن أو حق في الحبس على بعض اموال المديون المنقولة،وجب عليه استيفاء دينه منه ،الا اذا كان هذا المال موضوعا لتامين موجبات اخرى على المديون وكان غير كاف لإيفائها جميعها)وم/ 1043 يمني/في الكفالة العينية يقتصر وفاء الكفيل

بالحق المضمون من العين المكفول بها دون سواها،فاذا بقي من الحق شئ فلا يرجع به المكفول له على سائر اموال الكفيل وانما يرجع به على اموال المكفول وتبرأ ذمة الكفيل من الباقي.

و/م مدني عربي/1/920 . اذا كان الدين موثقا بتامين عيني قبل الكفالة او معها ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين فلا يجوز التنفيذ على اموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الموثقة للدين. 2 . فان لم يف الرهن بالدين رجع الدائن على امواله الأخرى فان لم تكن او لم تف رجع بالبقية على الكفيل) وم/ 921 مدني عربي/لايجوز للدائن ان يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ما لم يكن متضامنا)وم/ 486 التزامات تركي/في الكفالة العادية اذا تم تأمين الدين برهن قبل الكفالة او اثنائها يحق للكفيل طلب استيفاء الدين من المرهون اولا ولكن لايسري هذا الحكم اذا كان المدين مفلسا او لم يتم الإعلان عن الإفلاس بعد ولايمكن معه بيع المرهون)

وفي هذا تتجلى علاقة التبعية بين التزام الكفيل والتزام المدين،فلأن التزام الكفيل تابع لإلتزام المدين،فوجب ان يبدأ الدائن في المطالة بالمدين اولا ثم يتبع ذلك الكفيل ومن ثم يستطيع الكفيل عند رجوع الدائن عليه قبل المدين ان يتمسك بالدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين اولا وهذا الدفع خاص بالمطالبة القضائية،الأمر الذي يقتضي من الدائن مطالبة المدين اولا،انما يلاحظ ان حق الكفيل بالتمسك بهذا الدفع مرهون بتوفر ثلاثة شروط هي:

1 . ان لايكون الكفيل متضامنا مع المدين الأصلي ،فهذا الشرط يساوي بين الكفيل والمدين الأصلي في المركز،فايهما يرجع عليه الدائن لايستطيع التمسك بمثل هذا الدفع.

2 . ان يكون رجوع الدائن على المدين ذا فائدة،ويكون كذلك اذا كان المدين موسرا اما اذا كان ظاهر العجز عن الوفاء او معسرا فيكون رجوع الدائن لافائدة من تمسك الكفيل بحقه ولا مصلحة له في ذلك.

3 . الا يكون الكفيل قد نزل عن هذا الحق ،فهو مقرر لمصلحته،فاذا هو قد نزل عن هذا الحق فلا يجوز له التمسك به،والنزول قد يستفاد صراحة او ضمنا،كأن يرجع الدائن على الكفيل اولا ثم لايتمسك الكفيل بذلك او لايعترض ويقوم بالوفاء.

ويرى اتجاه ان وجود تأمين عيني الى جانب الكفالة انما هي صورة خاصة للدفع بالتجريد[1]

حيث يشترط القانون ما يأتي:

1 . ان يكون هناك تامين عيني خصص لضمان الدين المكفول سواء كان هذا التامين على عقار ام منقول.2 . يجب الا يكون الكفيل متضامنا مع المدين.3 . ان يكون التأمين العيني تقرر مع الكفالة أو قبلها .

وذهب اتجاه الى ان النص في المادة(791)مصري) وان كان قد ورد عاما الا ان المقصود من التامين العيني مع ذلك التامين المقدم من المدين لا من الغير،لأن الحكم الوارد في النص صورة خاصة من الدفع بالتجريد،وهو نص مستقى من القانون السويسري والألماني حيث يشترطان صراحة ان يكون التأمين العيني واردا على مال المدين،ولو اراد المشرع المصري مخالفة القانونين لأشار الى ذلك في المذكرة الإيضاحية كما اشار الى النواحي التي خرج فيها عن القوانين التي اقتبس منها،ثم ان التزام المدين يأتي في الدرجة

(1)السنهوري الوسيط ج 10 ف 50 ص 109 طبعة 2004.

الاولى ولايأتي التزام الكفيل الا بعده،ومن ثم كان طبيعيا ان يقرر للكفيل الحق في تجريد المال المملوك للمدين والمحمل به التأمين العيني[1]

في حين ذهب اتجاه الى ان التأمين العيني الوارد ذكره في المادة(791)مدني مصري/لايشترط ان يكون مقدما من المدين بل يمكن كذلك ان يكون مقدما من الكفيل العيني،فعبارة النص الواضحة التي لاتحتاج الى تأويل لاتفرق بين تامين وآخر بل جاءت العبارة مطلقة،اذا كان هناك تامين عيني خصص قانونا او اتفاقا لضمان الدين،مما يتعذر معه قصر اصطلاح التأمين الوارد فيها على التأمين المقدم من المدين وحده[2]

ولامبرر فهم النص حسب مصدره التاريخي ،حيث ان النص مستقى من المادة(495/التزامات سويسري والمادة(2/272 مدني الماني[3]

م1023 عراقي /اذا قدمت الكفالة تكميلا لتامين عيني،ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين،فان هذه الكفالة لاتلزم الكفيل الا اذا كان التأمين العيني لم يوف بالدين وبقدر ما يتبقى من هذا الدين)وم/ 961/مشروع عراقي/اذا قدمت الكفالة اكمالا لرهن،ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين،فلا يلتزم الكفيل الا بما تبقى من الدين اذا كان المال المثقل بالرهن غير كاف للوفاء به)

(1) انظر محمود جمال زكي ف 63 ص 122 .123 السنهوري ف 50 ص 110 .111.عبد الودود يحي ف 55 ص 70 نبيل ابراهيم سعد ص 406.

(2) رمضان ابو السعود ص 159.سمير عبد السيد تناغو التامينات الشخصية والعينية فقرة 32 ص 77 الدكتور محمد لبيب شنب التأمينات العينية والشخصية القاهرة 1975 فقرة 300 ص 260.

(3)انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهدي للقانون المدني المصري ج 5 ص 511.

وم/ 971) مدني اردني(اذا كان الدين موثقا بتامين عيني قبل الكفالة ولم يكن الكفيل متضامنا فلا يجوز التنفيذ على اموال الكفيل قبل التنفيذ على الاموال الموثقة للدين)وذهب اتجاه الى ان المشرع الأردني لم يكن موفقا في الأخذ بهذا الحكم ،وكان عليه اما عدم الأخذ بهذه الصورة للدفع بالتجريد أو ان لايشترط كون الكفيل غير متضامن،لأن الكفيل في القانون المدني الأردني في حكم المتضامن دائما،[1]

وم/ 1082)من القانون الإماراتي(اذا كان الدين مضمونا بتأمين عيني قبل الكفالة وكان الكفيل قد اشترط الرجوع على الأصيل اولا فلا يجوز التنفيذ على اموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الضامنة للدين)وم/ 495 سوداني/اذا كان الدين مضمونا بتامين عيني قبل الكفالة ولم يكن الكفيل متضامنا فلا يجوز التنفيذ على اموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الضامنة للدين)وم/ 1067 موريتاني/واذا كان للدائن حق الرهن الحيازي او حق الحبس على منقول مملوك للمدين،وجب عليه ان يستوفي دينه منه،ما لم يكن مخصصا لضمان ديون اخرى على المدين،حالة كونه غير كاف للوفاء بها جميعا)وم/ الفصل/1136 مغربي/واذا كان للدائن حق الرهن الحيازي أو حق الحبس على منقول مملوك للمدين،وجب عليه ان يستوفي دينه منه،ما لم يكن مخصصا لضمان ديون اخرى على المدين حالة كونه غير كاف للوفاء بها جميعها)وم/ الفصل/1498/تونسي/ ..واذا كان بيد الدائن شئ مما للمدين على وجه الرهن أو الحبس فعليه ان يستوفي حقه من ذلك الا اذا كان الرهن في ديون اخرى ولايفي بجميعها)

(1)انظر عدنان ابراهيم السرحان ص 268.

البند الثاني

الأموال غير المتنازع عليها

ويشترط في الأموال الي يدل عليها الكفيل ان تكون قابلة للحجز وفق القانون ،وان لاتكون متنازعا فيها،ولايشترط لإعتبار المال متنازعا فيه ان تكون هناك دعوى مرفوعة امام المحكمة،بل يكفي ان يكون هناك نزاع جدي،وهذا يتفق مع تعريف المشرع للمال المتنازع فيه[1]

وعرفت المادة(2/469)من القانون المدني المصري المال المتنازع فيه بانه(ويعتبر الحق متنازعا فيه اذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام بشانه نزاع جدي)وم /593/ 2 مدني عراقي/ ويعتبر الحق متنازعا فيه،اذا كان قد رفعت به دعوى أم قام بشأنه نزاع جدي) وم/ 960 مشروع عراقي/اولا . ولاعبرة بالاموال التي يرشد اليها الكفيل اذا كان متنازعا فيها)وم/ 2/437 سوري وم/ 510/ 2 كويتي)وم/ 2/477 قطري)وم/ 2/825 قطري وم/2/400 جزائري).وم/ 2/661 جزائري وم/ 2/435 عماني وم/ 757 /ب بحريني. وم/ 1073/ثالثا /لبناني/اذا كانت الأموال التي تصح فيها المداعاة موضوعا للنزاع وم/ 4/1068/ليس للكفيل طلب تجريد المدين الأصلي من امواله/4اذا كانت الاموال التي يمكن تجريد المدين منهامتنازعا عليها)

وم/ الفصل/1137/مغربي/اموال المدين غير متنازع عليها)وم/الفصل/1499/ رابعا تونسي/اموال المدين فيها نزاع) وم/ 2300 فرنسي/ الاموال المتنازع

(1)مرقس ف 79 ص 122 منصور مصطفى منصور ف 45 ص 88 عبد الودود يحي ف 53 ص 66.

عليها)وم/ 1700 فرنسي/يفترض الشئ متنازعا عليه متى قامت بشأنه دعوى ونزاع في اساس الحق)

وبذلك يشترط لكي الحق متنازعا فيه مايأتي:

1 . اقامة دعوى امام القضاء:

ويشترط في النزاع المعروض على القضاء جديا منصبا على أصل الحق،اي متعلقا بوجوده او بطريقة التخلص منها كالوفاء أو السقوط بمضي المدة،ولايعد الحق متنازعا فيه في حالة الدفع بعدم اختصاص المحكمة او عدمك وجود صفة للمدعى برفع الدعوى،،ويبقى الحق متنازعا فيه الى ان يصبح الحكم القضائي نهائيا.

2 . قيام نزاع جدي بشان الحق:

فانذار احد الأشخاص بتسديد ما عليه من دين،فانكر هذا الدين اصلا أو ادعى تسديد ماعليه من دين،فيعد الحق متنازعا فيه،وتقدير كون النزاع جديا من عدمه يعود تقديره الى القضاء[1]ويكون هناك نزاع جدي اذا وضع شخص يده على المال ويحتمل عند التنفيذ ان يعترض عليه مدعيا انه المالك[2]

(1) انظر استاذنا المرحوم الدكتور حسن علي الذنون.شرح القانون المدني العقود المسماة.عقد البيع.مطبعة الرابطة بغداد 1953. فقرة 365 ص 345 . استاذنا الدكتور سعدون العامري. الوجيز في شرح العقود المسماة الجزء الأول في البيع والإيجار بغداد مطبعة العاني الطبعة الثالثة 1974 ص 179. الدكتور توفيق حسن فرج.عقد البيع والمقايضة. الأسكندرية المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر 1970 ص 598 .599 الدكتور طارق كاظم عجيل.المطول في شرح القانون المدني دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي.بيروت.منشورات زين الحقوقية.ج3 2013 ص 247 .248

(2)منصور مصطفى منصور عقد الكفالة فقرة 45 ص 88.

في حين ذهب اتجاه الى انه لايلزم لكي يعتبر المال متنازعا فيه،أن يكون قد رفعت بشأنه دعوى أو ثار نزاع جدي بشأنه،بل يكفي ان يستلزم التنفيذ عليه اجراءات طويلة معقدة[1]

البند الثالث

قابلية اموال المدين للحجز عليها

نصت القوانين المدنية العربية على أن اموال المدين هي الضمان العام للدائنين[2]،وبذلك فإن من حق الدائن ان يحجز على جميع اموال المدين،ويتم بيعها لكي يتسلم دينه من حاصل البيع،ولكن المشرع لإعتبارات عديدة ،سنراها بعد قليل،استثنى بعض الأموال من الحجز وقيد الحجز ببعض القيود بالنسبة لبعض الأمواللم يعد الألتزام علاقة بين شخصين يخول الدائن فيها سلطة على شخص مدينه،بل تغيرت النظرة الى الألتزام فأضحى علاقة بين ذمتين،ولافائدة من حق الدائن أذا لم يسعفه القانون بضمان،فالذمة المالية أضحت هي الضمان العام لحقوق الدائنين،وتعني الذمة المالية مجموع ما

(1) عبد الفتاح عبد الباقي ف 92 ص 152 محمود جمال الدين زكي ف 61 ص 118 السنهوري ف 48 ص 103 طبعة 2004.

(2)انظر المواد(م / 234 مصري وم 254 سوري وم 260 عراقي وم 365 اردني وم 391 اماراتي وم 307 كويتي وم 237 ليبي وم 188 مدني جزائري وم 218 سوداني وم 268 لبناني.وم/ 358 يمني. وم/ 269 قطري. وم/ 229 بحريني وم/ 246 فلسطيني. وم/ 486 مشروع عراقي. وم/ 322 مشروع عربي.وم 245 وما بعدها اجراءات مدنية سوداني. وم/ 249 وما بعدها مرافعات بحريني وم/لبناني/ 1072 /ان يعين الكفيل للدائن اموال المدين المنقولة وغير المنقولة ما يصح فيها التنفيذ.وم/ 1067 موريتاني/اموال قابلة للتنفيذ عليها.وم/ 486 التزامات تركي قديم /(استحالة التنفيذ على اموال المدين في تركيا).

للشخص من حقوق موجودة أو قد توجد والتزامات ناشئة أو قد تنشأ في المستقبل أيضا[1]

ويتميز الضمان العام بخصائص منها،أنه لايخول حق أفضلية لدائن عادي على غيره،فالدائنون متساوون قانونا في هذا الضمان العام،ولايخول الدائن العادي حق تتبع ما يخرج من ملك المدين من مال،كما لايخوله حق التدخل في أدارة المدين أمواله والتصرف فيها،فحق المدين في أدارة أمواله والتصرف فيها لايتأثر بكثرة ديونه أو بتعدد دائنيه،وأنما يظل حقه قائما حتى تتخذ أجراءات التنفيذ أو يصدر الحكم بحجره عن التصرف في أمواله إذا أعتبر مفلسا[2]

فتعد أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه،وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون[3]لأن العلاقة بين الدائن والمدين علاقة بين ذمتين،فلم يعد مقبولا في العصر الحديث ما كان معروفا في العصور الغابرة،من حق الدائن في أسترقاق المدين عند عدم حصوله على حقه الذي في عاتق المدين، أو ماله أو حبسه ،أو التصرف في جسمه ومعاملته معاملة الاشياء،ورسم القانون الحديث للدائن وسائل وطرق للحصول على حقه،دون اهدار كرامة المدين أو المساس بحريته الشخصية أو

(1)السنهوري الوسيط ج2 ص935 هامش (1) الحكيم وآخرون ف 84 ص 85).

(2)السنهوري الوسيط ج2 ف 524 ص 936935 الحكيم وآخرون ف 85 ص 86 . 88.

(3) م 260 عراقي م 486 م.ع .م 234 مصري م 235 سوري م 237 ليبي م 268 لبناني م 365 أردني)وم/ 188 جزائري م 307 كويتي وم/ 269 قطري م 229 بحريني م 391 أماراتي.

بجسمه،فقانون المرافعات المدنية رقم(83) لسنة 1969 (العراقي) نص على الحجز الاحتياط يكما أن قانون التنفيذ رقم(45) لسنة 1980 نص على الحجز التنفيذي وفق شروط وضوابط محددة،بغية حصول الدائن على حقوقه التي هي في ذمة المدين[1].

و للدائن ،بالنسبة الى أموال مدينه ،أتخاذ الطرق التحفظية والطرق التنفيذية،والطرق التحفظية على نوعين:

1. طرق يتخذها الدائن بالنسبة الى حقه الذي يرد التنفيذ به،أي يتخذه مالا،كقطع التقادم بالنسبة الى هذا الحق حتى يمنعه من السقوط،أو يقوم بقيد رهن ضامن للحق.

2 . وطرق يتخذها بالنسبة الى أموال المدين حتى يحافظ عليها من الضياع وهي الضمان العام لحقه،مثل أن يضع الأختام عليها عند موت المدين أو أفلاسه.

أما الطرق التنفيذية ،فأن قانون التنفيذ (وفي بعض الدول قانون المرافعات أو الإجراءات المدنية والتجارية)هو الذي يتكفل ببيان أجراءاتها وأحكامها.

وهناك طرق وسطى ما بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية،فلا هي مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين كما هو الأمر في الطرق التحفظية،

(1)أنظر الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك .أحكام قانون التنفيذ رقم(45) لسنة 1980 بغداد مطابع وزارة التعليم العالي 1989 ص 90 وما بعدها آدم وهيب النداوي.أحكام قانون التنفيذ بغداد مطبعة جامعة بغداد وانظر مؤلفنا تنفيذ الأحكام والمحررات (شرح أحكام قانون التنفيذ رقم(45)لسنة 1980المعدل في ضوء التطبيقات القضائية.منشورات جامعة جيهان/أربيل.2012 ص 252 وما بعدها وفي الحجز الإحتياطي انظر مؤلفنا أصول المرافعات المدنية .منشورات جامعة جيهان/أربيل 2013 ص590 وما بعدها.

ولاهي تؤدي مباشرة الى أستيفاء الدائن حقه كما هو الأمر في الطرق التنفيذية،بل هي بين بين،فهي أقوى من الطرق التحفظية أذ هي تمهيد للتنفيذ،وهي أضعف من الطرق التنفيذية أذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه[1].

وهذه الطرق ترد جميعها الى أصل واحد،هو المبدأ العام ،أن أموال المدين ضامنة لألتزاماته،وقد نص القانون المدني على وسائل وضمانات لحقوق الدائنين ،وهي الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن ودعوى الصورية والحجر على المدين المفلس والحق في الحبس،أما مواقف للقوانين العربية من الحجز الإحتياطي(التحفظي) فقد نصت المواد (252 . 256) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على احكام الحجز الإحتياطي،حيث يجوز للدائن أن يطلب من المحكمة التي تنظر الدعوى أو من قاضي الأمور المستعجلة حسب الأحوال توقيع الحجز الإحتياطي على عقارات ومنقولات خصمه في احوال نص عليها القانون .

ونصت المواد(222 . 226) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على احكام الحجز التحفظي(الإحتياطي) التي تجيز للدائن بدين محقق الوجود حال الأداء أن يوقع الحجز التحفظي على منقولات مدينه في حالات حددها القانون وكذلك لمؤجر العقار الحجر على منقولات المستاجر من

(1)السنهوري الوسيط ج2 ف 525 وما بعدها ص 936 الدكتور عبد المجيدالحكيم.الموجز في شرح القانون المدني العراقي الجزء الثاني احكام الإلتزام بغداد شركة الطبع والنشر الأهلية 1385 للهجرة 1965م ج2 ف 108 ص 56 وما بعدها وانظر مؤلفنا النظرية العامة للإلتزامات.ج2 احكام الإلتزام منشورات جامعة جيهان/أربيل 1433 للهجرة 2012م ص 140 . 141.

الباطن. وعالجت المواد(206 . 278) من قانون التنفيذ الفلسطيني رقم(23) لسنة 2005 احكام الحجز التحفظي(الإحتياطي) ونصت المواد(141 . 156)من قانون التنفيذ الأردني رقم(26)لسنة 2002 على احكام الحجز الإحتياطي وعالجت المواد(708 . 719) من قانون الجزائر العربي الإسترشادي للإجراءات المدنية احكام الحجز التحفظي(الإحتياطي)ويستخدم قانون المسطرة المدنية المغربي الصادرعام 1974المعدل تعبير(الحجز التحفظي)في الفصول /المواد/452. 458) واستخدم قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني تعبير(الحجز الإحتياطي) وخصص له المواد(866 .899)ونصت المادة(1072 موجبات وعقود لبناني/تقف مداعاة الكفيل الى ان يتم التقاضي في اموال المديون ولكن ذلك لايمنع الترخيص للدائن في اتخاذ الوسائل الإحتياطية في حق الكفيل)

ووردت أحكام(الحجوز التحفظية) في المواد(646 .680) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري،أما قانون الإجراءات المدنية السوداني لعام 1983 فقد استخدم تعبير(الإجراءات التحفظية) في المواد(157 .174)وفي المادة(176)وما بعدها من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني وردت احكام الإجراءات التحفظية،وان القوانين العربية منعت الحجز التنفيذي على مجموعة من الأموال لأغراض عديدة،ومنها مراعاة لطبيعة المال والجهة التي يعود اليها المال،ومراعاة ظروف المدين المعيشية

وطبيعة الاموال التي يملكها[1]

ومن المسلم ان الاموال التي يراد التنفيذ عليها ،يشترط ان تكون باسم المدين ،وليس باسم غيره،لأن ذمته مستقلة عن ذمة الغير سواء كان زوجته او احد اولاده او اقاربه،ومن ثم فان سجلات دائرة التسجيل العقاري بالنسبة للعقار وسجلات دائرة المرور بالنسبة للمكائن وسجلات دائرة الكاتب العدل بالنسبة للمكائن المشمولة بالتسجيل في الدائرة،هي الحكم في اثبات ملكية هذه الأموال أما غيرها فينغي اتباع طرق الإثبات في اثبات مكلية المدين للمال من عدمه.

واذا ترتب على دلالة الكفيل على اموال المدين صرف نفقات او مصروفات فيتحملها الكفيل،لأنه المكلف بالإرشاد ،ويستفيد من ذلك ،ومثال النفقات نفقات

(1)انظر مثلا قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم(139 لسنة 1968 قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم الإشتراعي رقم(90) في 1983/9/16 وتعديلاته. قانون التنفيذ الأردني رقم(36) لسنة 2002 وقانون اصول المحاكمات المدني الأردني رقم(26) لسنة2002.وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم(08 .09) مؤرخ في 18 صفر عام 1429 للهجرة الموافق 25 فبراير 2008م وقانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم(38) لسنة 1980.وقانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم(13)لسنة 1990.وقانون الإجراءات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم(11) لسنة 1992.وقانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم(40) لسنة 2002م وقانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم(12) لسنة 1971.وقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني رقم (29) لسنة 2002.وقانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم(139 لسنة 1990وقانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم(2) لسنة 2001 وقانون التنفيذ الفلسطيني رقم(23) لسنة 2005وقانون الإجراءات المدنية السوداني الصادر في 1983/8/28.وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم(08 .09 مؤرخ في 18 صفر عام 1439 للهجرة الموافق 25 فبراير سنة 2008.وقانون الجزائر العربي الإسترشادي للإجراءات المدنية.المعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب المرقم 19/493 في 2003/10/8م.

استخراج صور مستندات المدين للاموال التي يرشد عنها والشهادة العقارية الخاصة بها[1].

اما نفقات التنفيذ على الاموال التي يرشد عنها الكفيل،فيتولى الدائن بصرفها على ان يحصل عليها مع اصل الدين من اموال المدين[2].

البند الرابع

وجود الأموال في البلد

تشترط القوانين المدنية العربية ،ان تكون اموال المدين التي يدفع الكفيل بتجريدها ،على نفقته ،ان تكون هذه الاموال التي يدل عليها موجودة في داخل البلد ،فلا عبرة بالاموال العائدة للمدين التي يدل عليها اذا كانت موجودة في الخارج،وعلى هذا نصت المادة(789)من القانون المدني المصري وم(2/1022/ عراقي/ولاعبرة بالاموال التي يدل عليها الكفيل اذا كانت هذه الاموال تقع خارج الأراضي العراقية.و(م 960 مشروع عراقي)(ولاعبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل،أذا كانت هذه الاموال خارج الاراضي المصرية..)م/ 2/761 /كويتي /ولاعبرة بالاموال التي يدل عليها الكفيل اذا كانت متنازعا فيها او كانت موجودة في خارج الكويت) وم/ 757 /أ. بحريني/كانت موجودة خارج دولة البحرين)وم/ 755 سوري وم/ 798 ليبي وم 1072 لبناني وم

(1) منصور مصطفى منصور عقد الكفالة فقرة 45 ص 89 عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 92 ص 144.

(2) منصور مصطفى منصور فقرة 45 ص 89 عبد الخالق حسين ص 154.

825 قطري وم/1067 موريتاني.وم 661 جزائري.وم/الفصل/1136 مغربي وجود اموال المدين في المغرب.وم/ الفصل/1498 تونسي/وجود اموال المدين في تونس.وم/ 2300 فرنسي/وجود اموال المدين ضمن الدائرة الكائنة فيها محكمة الاستئناف التابعة للمحل الذي يجب ان يحصل فيه الإيفاء.

فوجود المال في الخارج يعيق الحجز عليها والتنفيذ عليها،لأن الإجراءات التي تتخذ بصدد الأموال

الموجودة في الخارج تحكمها قوانين البلد الذي توجد فيه المال اضافة الى تعلق الأمر باتفاقيات دولية مبرمة بين البد الذي تتخذ فيه الأجراءات بصدد المال،والبلد الذي يوجد فيه المال،كما ان وجود اموال المدين في الخارج تواجهه صعوبات ترهق الدائن،ويترتب على ذلك تأخير الدائن في حصوله على حقه[1].

(1) محمد علي امام فقرة 63 ص 102 عبد الفتاح عبد الباقي.التامينات الشخصية والعينية الأسكندرية دار نشر الثقافة 1950 فقرة 92 ص 143.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على الدفع بحق التجريد

تترتب على الدفع بحق التجريد آثار يمكن تلخيصها بوقف اجراءات التنفيذ واتخاذ الإجراءات التحفظية والتنفيذ على اموال المدين التي ارشد ايها الكفيل،ونبحث في هذه الآثار في المطالب القادمة.

المطلب الأول

وقف اجراءات التنفيذ

اذا تمسك الكفيل بالدفع بحق التجريد ،فيترتب على ذلك عدم جواز التنفيذ على اموال الكفيل،الا بعد تجريد المدين من امواله،وعلى هذا نصت المادة(2/788)من القانون المدني المصري(ولايجوز له(الدائن)ان ينفذ على اموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من امواله)ونصت المادة(2/755) سوري (ولايجوز له ان ينفذ على اموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من امواله)ونصت المادة(2/1021)من القانون المدني العراقي(فاذا طولب الكفيل اولا،جاز له عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده،ان يطالب الدائن باستيفاء دينه من اموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده... وتقدر المحكمة ما اذا كان هناك محل لوقف الإجراءات مؤقتا ضد الكفيل حتى يتم الإستيفاء)وم/ الفصل/1136 مغربي/تتوقف مطالبة الكفيل الى ان تجرد اموال المدين الأصلي بدون اخلال بحق الدائن في اتخاذ ما عساه ان يؤذن له به من

الإجراءات التحفظية ضد الكفيل،وم/ الفصل/1498 تونسي/تتوقف اجراءات مطالبة الكفيل الى ان يتم تتبع مكاسب المدين الأصيل .

وقضت محكمة التمييز في العراق(على الكفيل اذا ما طولب بمبلغ الكفالة ورغب في ايقاف الإجراءات هذه ان يثبت ان للمدين اموالا قابلة للحجز تكفي لسداد الدين حتى وان لم تكن الكفالة تضامنية)[1]

فاذا تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في مرحلة المحاكمة فتستمر المحكمة في نظر الدعوى ،واذا ثبت لها ان شروط الدفع بالتجريد متوفرة فتحكم بعدم التنفيذ على اموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من امواله،فاذا قام الدائن باي اجراء من اجراءات التنفيذ على اموال الكفيل قبل تجريد المدين مناموالله كان هذا الإجراء باطلا[2]

فيترتب على تمسك الكفيل بالدفع بحق التجريد وقف التنفيذ على اموال الكفيل،الا ان المحكمة تستمر في النظر في الدعوى المرفوعة ضد الكفيل لإلزامه بالدين،مع عدم تنفيذ الحكم الذي سيصدر على اموال الكفيل الا بعد تجريد المدين مناموالله التي ارشد عنها الكفيل[3].

(1) القرار المرقم 182/م3/1975 في 1975/8/9 مجموعة الاحكام العدلية العدد الثالث السنة السادسة ص 53.

(2) منصور مصطفى منصور عقد الكفالة فقرة 46 ص 89 .90 عبد الفتاح عبد الباقي فقرة 97 ص 146. 147.

(3)رمضان ابو السعود ص 154.

وم/ 1072 لبناني/تقف مداعاة الكفيل الى ان يتم التقاضي في اموال المديون)وم/ 2299 فرنسي/لايلزم الدائن بتجريد المدين الاصلي ،الا عندما يطلب ذلك الكفيل عند الملاحقات الاولى الموجهة بوجهه)

اما اذا تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في مرحلة التنفيذ على امواله،هنا يتوجب وقف اجراءات التنفيذ،فاذا رفض القاضي الدفع استمرت اجراءات التنفيذ على اموال الكفيل،اما اذا قبل القاضي الدفع بالتجريد فتتوقف اجراءات التنفيذ [1].

وليس المقصود بوقف اجراءات التنفيذ منع استمرارالتنفيذ على اموال الكفيل فحسب وانما ايضا تعطيل كل اثر تم اتخاذه والغاء ما تم عند الاقتضاء اذا كان عدم الغائه يضر الكفيل فيتعين مثلا الغاء الإنذار الموجه الى الكفيل لأن الإنذار يعد من اجراءات التنفيذ التي يترتب عليها تقيد حقوق الكفيل في امواله من يوم توجيه الغنذار وكذلك الخحجز التنفيذي الواقع تحت يد الغير،ولايمنع ذلك من اتخاذ الإجراءات التحفظية على اموال الكفيل كأن يطلب تعيين قيم او حجز تحفظي(أحتياطي)[2]

واذا لم يبادر الدائن، بعد التمسك بالدفع بحق التجريد،بالتنفيذ على اموال المدين الذي ارشد اليها الكفيل،او تباطأ في اتخاذ الإجراءات التنفيذية فإنه في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على اموال المدين،يكون الدائن مسؤولا قبل الكفيل عن اعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب/م 790 مدني مصري وم/662 جزائري وم /757 كويتي وم/ 922 فلسطيني

(1) انظر منصور مصطفى منصور فقرة 46 ص 90.

(2)معاذ أحمد محمد المؤمني . الحجز على اموال الكفيل في القانون الاردني ص 83.

وم/ 753 بحريني/أ. لاتبرأ ذمة الكفيل بمجرد عدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين عند حلول اجل الدين او لمجرد تاخره في اتخاذها. ب . ومع ذلك اذا انذر الكفيل الدائن بكتاب مسجل باتخاذ الإجراءات ضد المدين،كان للكفيل ان يطلب براءة ذمته اذا لم يقم الدائن باتخاذ هذه الإجراءات خلال ثلاثة اشهر من تاريخ الإنذار،ما لم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافيا.ج . وللكفيل ان يتمسك ببراءة ذمته اذا اقدم الدائن على منح المدين اجلا دون موافقة الكفيل)وم/ 1068 موريتاني/ليس للكفيل طلب تجريد المدين الأصلي من امواله: 2 . اذا صعبت الى حد كبير مطالبة المدين الأصلي واتخاذ اجراءات التنفيذ عليه،نتيجة تحويل محل اقامته او موطنه او مركز صناعته بعد قيام الإلتزام.وم/ 1067 موريتاني/ تتوقف مطالبة الكفيل الى ان تجرد اموال المدين الأصلي بدون اخلال بحق الدائن باتخاذ ما عساه ان يؤذن له به من الإجراءات التحفظية ضد الكفيل.

وم/ 821 قطري/1 . لاتبرأ ذمة الكفيل لمجرد عدم اتخاذ الدائن الإجراءات ضد المدين عند حلول اجل الدين،او لمجرد تاخره في اتخاذها. 2 . على ان ذمة الكفيل تبرأ اذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات خلال ستة اشهر من تاريخ اعذار الكفيل له. 3 . ولايحول دون حق الكفيل في التمسك ببراءة ذمته ان يمنح الدائن للمدين اجلا دون موافقة الكفيل)

المطلب الثاني

اتخاذ الإجراءات التحفظية

وقد يلجأ الدائن الى اتخاذ الإجراءات المقتضية لوضع الحجز الإحتياطي(التحفظي) على اموال الكفيل،تلافيا لمحاولة الكفيل في تهريب امواله بغية تجنب اجراءات الحجز التنفيذي،وذهب اتجاه الى انه ليس للدائن ،أن يحصل على تقرير حق اختصاص على عقارات الكفيل الذي تمسك بالتجريد حتى يجرد المدين من امواله،ذلك لأنه يجب الحصول على تقرير حق الإختصاص،(أن يكون بيد الدائن الذي يطلب الإختصاص حكم واجب النفاذ /م 1085 مدني مصري/والحكم الصادر على الكفيل لايعتبر واجب النفاذ في مواجهته الا بعد تجريد المدين من امواله)[1]

في يرى اتجاه آخر ان للدائن ان يحصل على حق اختصاص، لأن الحصول على هذا الحق لايعدو ان يكون اجراء تحفظيا فلا يدخل في معنى اجراءات التنفيذ التي يمتنع على الدائن اتخاذها قبل تجريد المدين،ولم يقصد المشرع،عندما اشترط في المادة(1075 مدني مصري)ان يكون الحكم واجب التنفيذ،ان يغير من طبيعة استصدار الأمر بالإختصاص باعتباره اجراء تحفظيا ،وإنما قصد ان يكون الحكم الذي يراد الإختصاص بمقتضاها حكما نهائيا غير قابل للمعارضة او الإستئناف او ان يكون على الأقل مشمولا بالنفاذ المعجل[2]

(1)عبد الفتاح عبد الباقي ف 97 ص 158 هامش 2.

(2)منصور مصطفى منصور ف 46 ص 91 مرقس ف 82 ص 310 محمد علي امام ف 65 ص 106 .107.

فقد يقوم المدين بعد التمسك بالدفع بحق التجريد من قبل الكفيل بتهريب أمواله أو اخفائها أو التصرف فيها وخاصة في الأموال منقولة،أو يدل الكفيل على عقار للمدين في يد الغير،فيتباطأ الدائن في اتخاذ الإجراءات لقطع التقادم المكسب حتى تكاملت مدة التقادم وملك الغير العقار بهذا السبب من اسباب كسب الملكية[1]

ففي مثل هذه الحالات يتحمل الدائن نتيجة تقصيره واهماله فيسئل عن اعسار المدين قبل الكفيل،وتعني المسؤولية عن اعسار المدين ،براءة ذمة الكفيل بقدر ما كان يستطيع الدائن ان يحصل عليه من المدين فيما لو اتخذ الإجراءات في الوقت المناسب،ومن ثم فإن عبء تقصير المدين في اتخاذ اجراءات التنفيذ على الأموال التي ارشد عنها الكفيل يقع على عاتق الأخير[2]

لذلك يفضل ان يلجا الدائن الى اتخاذ الإجراءات التحفظية على اموال الكفيل كالقيام بقطع التقادم بالنسبة لأموال الكفيل او قيده رهنا لصالح الكفيل او تجديده لهذا القيد،او يطلب وضع الأختام على تركته في حالة الوفاة،او يطلب تعيين قيم عليه اذا ما اعتراه عارض من عوارض الأهلية[3]

واثناء اعداد مشروع القانون المدني المصري ومناقشة المادة التي تقضي بحرمان الدائن من ان ينفذ على اموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من امواله وورد في مجموعة الاعمال التحضيرية لهذا القانون (انه ليس من العدل ان يحرم الدائن التنفيذ على اموال الكفيل اذا وجد ان المدين يعمل على تهريب

(1)السنهوري الوسيط ج10 ف 49 ص 107 .108 طبعة 2004.

(2)رمضان ابو السعود ص 156 حسني محمود عبد الدايم ص 326.

(3) السنهوري الوسيط ج10 فقرة 49 ص 108 طبعة 2004 محمد علي امام فقرة 65 ص 106.

امواله اذ يجب ان يكون له في مثل هذه الحالة ان ينفذ على اموال الكفيل على ان يقف التنفيذ عند حد الحجز،وقد اجاب المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري بان للدائن في مثل هذه الحالة ان يلجا الى الحجز مثلا كاجراء تحفظي وليكن معلوما انه لايجوز له بيع اموال الكفيل او نزع ملكيتها الا بعد تجريد المدين من امواله)[1]

ويلاحظ ان المادة(الفصل/1498 تونسي/قد نصت على ان/وللدائن ان يتخذ ضد الكفيل ما يلزم من الوسائل لحفظ حقوقه ،كما ان المادة/الفصل/1136 مغربي/ قد نصت على ان(وعندئذ تتوقف مطالبة الكفيل الى ان تجرد اموال المدين الأصلي بدون اخلال بحق الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية ضد الكفيل.كما ان المادة(1067)من قانون الإلتزامات والعقود الموريتاني قد نصت صراحة على ان (وعندئذ تتوقف مطالبة الكفيل الى ان تجرد اموال المدين الأصلي بدون اخلال بحق الدائن باتخاذ ما عساه ان يؤذن له به من الإجراءات التحفظية ضد الكفيل)

المطلب الثالث

التنفيذ على اموال المدين التي ارشد الكفيل اليها

بعد ان تمسك الكفيل بالحق بالدفع بتجريد اموال المدين وارشد ،على نفقته،الدائن الى اموال المدين التي يجوز التنفيذ عليها وهي موجودة في البلد وغير متنازع عليها وتكفي للوفاء بالدين، فينبغي على الدائن ان يبادر الى اتخاذ اجراءات التنفيذ على اموال المدين،واستيفاء حقه من هذه الأموال ،وعند

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية القاهرة مطابع مدكور ج5 ص 498.

ذاك ينقضي التزام المدين وتبرأ ذمته،وينقضي عقد الكفالة،وتبرأ ذمة الكفيل،ولكن يحدث ان لايستوفي الدائن حقه من اموال المدين،اما بسبب اجنبي لايد للدائن فيه او لأسباب تعود الى الاموال او بسبب تقصيره،واذا كان الدائن حريصا وسلك مسلك الرجل المعتاد،ومع ذلك تعذر عليه استيفاء دينه من اموال المدين الى ارشده الكفيل اليها، كما لو تبين ان قيمة الاموال اقل من القيمة التي تم تقديرها سابقا،او ان قيمتها انخفضت في الفترة الواقعة بين تاريخ التقدير وتاريخ البيع،لمتغيرات اقتصادية وارتباك في السوق التجارية،او ظهر هناك دائنون عاديون لم تكن ديونهم معلومة عند قبول الدفع بالتجريد فزاحموا الدائن،ففي مثل هذه الحالات للدائن ان يرجع على الكفيل وينفذ على امواله للحصول على ما تبقى من دينه،بعد اثبات انه قام بالتنفيذ على جميع اموال المدين التي ارشد الكفيل اليها.

اما اذا كان الدائن مهملا ومقصرا في تحصيل دينه المترتب بذمة المدين،فلم يتخذ اجراءات التنفيذ على اموال المدين التي ارشده اليها الكفيل،او كان بطيئا في متابعته لهذه الإجراءات،مما فسح المجال لكي يكون المدين في حالة اعسار،وفي هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل بقدر قيمة الأموال التيتأخر الدائن في التنفيذ عليها[1].

وعلى هذه الحالة نصت المادة(790)من القانون المدني المصري(في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على اموال المدين يكون الدائن مسؤولا قبل الكفيل عن اعسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات في الوقت

(1)انظر السنهوري الوسيط ج10 فقرة 49 ص 108 .109 طبعة 2004 محمد علي امام فقرة 65 ص 107 سليمان مرقس عقد الكفالة فقرة 83 ص 91.

المناسب)وم/ 756 سوري)وم/ 762 كويتي/في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على اموال المدين يبرأ ذمة الكفيل بقدر ما تعذر على الدائن استيفاؤه من الدين بسبب عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب)وم/ 826 قطري(في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على اموال للمدين،تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما استوفاه الدائن من هذه الأموال،وكذلك بقدر ما تعذر على الدائن استيفاؤه منها بسبب عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب)

ونصت القوانين المدنية العربية على انه(اذا افلس المدين،وجب على الدائن ان يتقدم في التفليسة بالدين،والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما اصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن)[1].

وم (1028 عراقي/اذا افلس المدين وجب على الدائن ان يتقدم في التفليسة بالدين،والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما اصاب الكفيل من الضرر من جراء اهمال الدائن) وم/ 967 مشروع عراقي/اذا اعسر المدين ولم يتقدم الدائن بالدين الى المحكمة المختصة بنظر دعوى الإعسار،سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما كان سيستوفيه لو انه تقدم بدينه اليها)وم/ 758 كويتي/اذا افلس المدين،ولم يتقدم الدائن بالدين في التفليسة،سقط حقه في الرجوع على الكفيل،بقدر ما كان يستوفيه لو انه تقدم بدينه فيها)وم/ 754 بحريني/اذا افلس المدين،ولم يتقدم الدائن بالدين في التفليسة،سقط حقه في الرجوع على الكفيل،بقدر ما كان يسوفيه لو انه تقدم بدينه فيها) و م 1073 لبناني/لايجوز للكفيل ان يتشبث بتقديم مداعاة المديون الأصلي: ثانيا . اذا

(1) انظر المواد (م 786 مصري م 752 سوري وم 795 ليبي وم 758 كويتي وم/ 923 فلسطيني وم/658 جزائري. وم/ 759 عماني. وم/ 822 قطري وم/ 928 مدني عربي.

اصبح المديون الأصلي في حالة اعسار مشهور او اعلن عجزه) وم/ 978 اردني/ على الدائن اذا افلس مدينه ان يتقدم في التفليسة بدينه والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما ترتب على تراخيه من ضرر)وم 500 سوداني. وم 1089 اماراتيوالفصل/1499/تونسي/ليس للكفيل ان يحيل الدائن على تتبع مكاسب المدين /ثالثا. اذا كان اعسار المدين مشهورا او ثبت افلاسه وم/ 1063 موريتاني/اعسار الكفيل وجوب اعطاء كفيل آخر او ضمان معادل،علما بانه بموجب المادة(1068 موريتاني) ليس للكفيل طلب تجريد المدين الأصلي من امواله اذا كان هذا في حالة اعسار بين او افلاس وقع اشهاره. وم/ الفصل/1135 مغربي/يترتب على اشهار افلاس الكفيل حلول اجل الدين بالنسبة اليه،حتى قبل قبول حلول اجل الغلتزام الأصلي ،وللدائن في هذه الحالة ان يتقدم بدينه في تفليسة الكفيل) وم/الفصل/:1137 مغربي/ليس للكفيل طلب تجريد المدين الأصلي من امواله:ثالثا . اذا كان المدين الأصلي في حالة اعسار بين او افلاس وقع اشهاره. وم/ الفصل/1499 تونسي/ثالثا / ليس للكفيل ان يحيل الدائن على تتبع مكاسب المدين /ثالثا :اذا كان اعسار المدين مشهورا او ثبت افلاسه قضائيا.

وقد افرد المشرع هذا النص الخاص لحالة الإفلاس،لأنها لاتدخل ضمن حكم اضاعة التأمين الخاص،لكي يشمل بالحالة التي سبق ان درسناها،ولايستطيع الكفيل توجيه انذار الى الدائن لإتخاذ الإجراءات خلال المدة المنصوص عليها في القنون بصدد اضاعة التأمين،وفي حالة الإفلاس تتخذ اجراءات جماعية وهي تصفية جماعية لاموال المدين المفلس،فاذا لم يتقدم الدائن في تفليسة

المدين،فان ذمة الكفيل لاتبرأ الا بقدر ما كان يستطيع الدائن الحصول عليه من التفليسة لأن الضرر الذي يلحق الكفيل يتحدد بذلك[1]

ويجب على الكفيل ان يتمسك بهذا الحق،اذ انه لاتبرأ ذمته بقوة القانون ،وتمسك الكفيل يكون في صورة دفع او دعوى يرفعها ضد الدائن[2]ويذكر ان المادة(1073/ثانيا)من قانون الموجبات والعقود البناني نصت على ان(لايجوز للكفيل ان يتشبث بتقديم مداعاة المديون الأصلي: ثانيا اذا اصبح المديون الأصلي في حالة اعسار مشهور او اعلن عجزه)

واخيرا وردت في القوانين المدنية في تونس والمغرب وموريتانيا نصوصا تتعلق بعدم امكانية الكفيل الدفع بتجريد المدين من امواله اذا صعب على الدائن مقاضاة المدين وتنفيذ الأحكام عليه بسبب تغير سكناه او مركز صناعته بعد التعاقد بحيث تنجربذلك للدائن مشقة معتبرة[3].

(1)عبد الفتاح عبد الباقي ف 157 ص 251.

(2)نبيل ابراهيم سعد ص 471.

(3)انظر المواد /الفصل/1499/ثانيا/تونسي) وم 1137 /ثانيا مغربي وم1068 /2 موريتاني.

الخاتمة

استنتاجات وتوصيات

بالرغم من ان عقد الكفالة ،عقد قديم وعرفته القوانين قديما وحديثا،ومنها القوانين المدنية العربية في الوقت الحاضر،الا ان اهميته ازدادت خلال السنوات الأخيرة،بتوسع عمليات الإقراض والإقتراض،وتوسع التجارة بالبيع بالتقسيط وضرورة ضمان تسديد الأقساط في مواعيدها،مما اضطر الكثير من الناس الى تقديم كفالة من شخص ضامن تسديد الدين،بغية توفير الضمان والإطمئنان لدى التاجر،لذلك بات من المسلم به مدى اهمية عقد الكفالة،وقد تبين لنا من دراسة حق مهم من الحقوق التي يتمتع بها الكفيل الذي ضم ذمته الى ذمة المدينين في مواجهة المطالبة القضائية للدائن،وهو حق الكفيل في الدفع بالتجريد،واتضح لنا من هذه الدراسة مايأتي:

1 . ان مواقف القوانين المدنية العربية من حق الكفيل في الدفع بالتجريد،ينقسم الى اتجاهين،اتجاه نص صراحة على هذا الحق وتمسك الكفيل بهذا الحق وعدم تنازله عنه وان يقوم بارشاد الكائن الى اموال عائدتو للمدين موجودة في داخل البلد ويجوز الحجز والتنفيذ عليها اما الغتجاه الثاني فقد ذهب تأثرا منه بالفقه الإسلامي الى النص على ان للدائن مطالبة الأصيل او الكفيل او مطالبتهما معا وان مطالبة أحدهم لاتسقط حق الدائن في مطالبة الباقين.

2 . ينبين ان نص المادة(1021)من القانون المدني العراقي يتضمن جعل الدفع بالتجريد يتناول ايضا مطالبة الدائن بالرجوع على المدين اولا.وهو ما ذهب اليه قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادتين(1072 وم 1074)

في حين ان هناك من القوانين المدنية العربية مايميز بين الدفع برجوع الدائن على المدين اولا والدجفع بالتجريد كما نص على ذلك القانون المدني المصرفي في المادة(788) والمادة(754)من القانون المدني السوري والمادة(797)من القانون المدني الليبي.

2 . ان تمسك الكفيل بالدفع بحق التجريد يؤدي الى وقف الإجراءات المتخذة للتنفيذ على اموال الكفيل،مما يمنحه اجلا جديدا،لغاية التنفيذ على اموال المدين.

3 . يؤدي التمسك بالدفع بالتجريد الى تقليص اجراءات التقاضي التي يتبعها الدائن، في سبيل حصوله على الحق،فهذا الدفع يسبب في وقف اجراءات التنفيذ على اموال الكفيل،ويتطلب من الكفيل ارشاد الدائن الى اموال عائدة للمدين مما تكفي لتسديد الدين وقابلة للحجز والتنفيذ عليها وتقع داخل البلد وغير متنازع عليها.

4 . بعد ان يدفع الكفيل بالحق في تجريد اموال المدين، ينبغي على الدائن ان يتابع الأموال العائدة للمدين والتي ارشده اليها الكفيل،فاذا لم يتابع الإجراءات بحق المدين فيتحمل نتيجة اهماله وتقصيره وخاصة في حالة اصابة المدين بالإعسار.

5 . في حالة تنفيذ الدائن على اموال المدين،واستيفاء حقه ،فبقدر الإستيفاء تبرأ ذمة الكفيل، فاذا كان الإستيفاء كاملا كانت براءة الذمة كاملا،اما اذا كان الإستيفاء ناقصا فتكون براءة ذمة الكفيل بقدر ما استوفاه الدائن.

6 . نصت بعض القوانين المدنية العربية على ان (اذا كان هناك تامين عيني خصص قانونا او اتفاقا لضمان الدين) في حين نصت المادة(1023)من

القانون المدني العراقي على ان(اذا قدمت الكفالة تكميلا لتامين عيني...) ونرى ان النص العراقي افضل من تلك النصوص العربية،فبموجب النص العراقي يجوز ان يقدم التامين العيني من المدين او من الغير،ثم ان هذا النص لم يقيد ما اذا كان التامين العيني خصص قانونا او اتفاقا لضمان الدين،مما اثار مناقشات واجتهادات ما اذا كان التامين العيني المقرر قضاء مشمولا بحكم النص ام لا،

اما التوصيات التي نتقدم بها فهي:

1 . نرى اعادة صياغة المادة(1/1021) والمادة(1022)من القانون المدني العراقي بحيث ينص صراحة على حكم خاص بحق الكفيل في الدفع بتجريد اموال المدين عند اتخاذ الإجراءات التنفيذية على اموال المدين ،وحكم خاص بحق الكفيل في الدفع امام المحكمة اثناء المطالبة للقضائية،بان يتم الرجوع على المدين اولا.

2 . نقترح ان ينص القانون المدني العراقي على ان للكفيل التمسك بحق التجريد صراحة.

3 . نقترح اعادة صياغة نص المادة(1021) من القانون المدني العراقي على ان يكون النص على النحو الآتي(ليس للدائن ان يرجع على الكفيل قبل رجوعه على انمدين،ما دامت اموال المدين القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين باكمله،الا اذا قبل الكفيل بذلك او كان متضامنا مع المدين)

4 . نصت المادة(1021/ 2)من القانون المدني العرقي على (فاذا طولب الكفيل اولا عند الأجراءات الأولى التي توجه ضده..)ولم يحدد المشرع

المقصود بهذه الإجراءات ،هل اجراءات التقاضي ام اجراءات التنفيذ في مديرية التنفيذ ، لذلك نوصي باعادة صياغة هذا النص ليكون على النحو الآتي(اذا طلب الكفيل من الدائن استيفاء دينه من اموال المدين وجب عليه ان يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى هذه الأموال ولاعبرة بالأموال التي يرشد اليها الكفيل اذا كانت متنازعا عليها او كانت تقع خارج العراق)

5 . نرى الأخذ بما ورد في بعض القوانين المدنية العربية ،بالنص صراحة على ان تقدم الكفالة بعد التامين العيني او معه،فلم يرد مثل هذا النص في القانون المدني العراقي.

6 . نقترح اعادة صياغة نص المادة(1023) من القانون المدني العراقي على ان يكون النص على النحو الآتي(اذا قدمت الكفالة اكمالا لتامين عيني،ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين،فلا يلتزم الكفيل الا بما تبقى من الدين اذا كان المال المثقل بالتامين العيني غير كاف للوفاء به)

7 . نوصي النص صراحة في المادة(1023)من القانون المدني العراقي على ان للكفيل ان يتمسك بوجوب التنفيذ على المال المثقل بالتامين العيني المقدم قبل الكفالة او معه لضمان الدين،اذ لايجوز للقاضي ان يثير مثل هذا الدفع من تلقاء نفسه.

8 . نوصي باضافة مادة الى القانون المدني العراقي على النحو الآتي(يشترط ان يكون الكفيل موسرا ومقيما في العراق،واذا أعسر الكفيل بعد الكفالة،أو لم يعد مقيما في العراق وجب تقديم كفيل آخر موسر او تامين عيني كاف)

9 . نقترح ان ينص القانون المدني العراقي على ان لكفيل الكفيل حق التمسك في مواجهة الدائن بالرجوع على الكفيل قبل الرجوع عليه،الا اذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل)

10 . نقترح اضافة نص جديد الى القانون المدني العرقي (تعتبر كفالة المدين في دين تجاري،كفالة تجارية إذا كان الكفيل تاجرا)

المصادر

أولا . في الفقه الاسلامي

السرخسي(شمس الإئمة ابي بكر محمد بن احمد السرخسي) المبسوط .بيروت دار المعرفة للطباعة والنشر.

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام.شرح فتح القدير ج7 ص 182.مطبعة مصطفى الحلبي.

الإمام الشافعي(ابو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي)الأم.دار الفكر العربي للطباعة والنشر ج8

.الرملي(شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي)نهاية المحتاج .مطبعة مصطفى الحلبي.ج4

الرملي نهاية المحتاج ج4 ص.

الشيخ محمدالشربيني.مغني المحتاج ج2 بيروت دار احياء التراث العربي.

ابن حزم(ابن محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم) المحلى.بيروت.منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع. ج8

ابو القاسم جعفر بن الحسن الحلي .المختصر النافع الطبعة الثانية. مطبعة وزارة الاوقاف.

محمد بن يوسف اطفيش.شرح النيل وشفاء العليل.مكتبة الإرشاد جدة ج9 الطبعة الثالثة سنة 1405للهجرة السرخسي المبسوط ج1 بيروت دار المعرفة للطباعة والنشر.

الدسوقي(شمس الدين محمد عرفة الدسوقي المالكي) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. طبعة دار احياء الكتب العربية عيسى الحلبي ج3

الخرشي(ابو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي) شرح على مختصر خليل.مطبعة بولاق الأميرية الطبعة الثانية 1317 للهجرة ج6

ابن فرحون تبصرة الحكام بيروت دار الكتب العلمية ج2

صابر محمد محمد سيد. رجوع الدائن على الكفيل.دراسة مقارنة في الفقه الأسلامي والقانون المدني.دار الكتب القانونية/مصر.2010 .

أحمد محمد اسماعيل برج.الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الأسلامي دراسة مقارنة وتطبيقات معاصرة. الأسكندرية .دار الجامعة الجديدة.2004

أسماء شناوي صالح.عقد الكفالة(حقيقته.أركانه.أقسامه) الآثار المترتبة عليه في الفقه الإسلامي.الأسكندرية دار الجامعة الجديدة.2013.

ثانيا . في القانون :

آدم وهيب النداوي.أحكام قانون التنفيذ بغداد مطبعة جامعة بغداد 1980

اكرم ياملكي.القانون التجاري .الاوراق التجارية.دراسة مقارنة.منشورات جامعة جيهان الأهلية.أربيل 2012

توفيق حسن فرج. التامينات الشخصية والعينية الأسكندرية 1984

توفيق حسن فرج.عقد البيع والمقايضة. الأسكندرية المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر 1970

حسن علي الذنون.شرح القانون المدني العقود المسماة.عقد البيع.مطبعة الرابطة بغداد 1953.

حسني محمود عبد الدايم الكفالة كتأمين شخصي للحقوق.الاسكندرية دار الفكر الجامعي 2009

رمضان ابو السعود التامينات الشخصية والعينية الاسكندرية منشاة المعارف 1995

رمضان أبو السعود التأمينات الشخصية والعينية الإسكندرية دار الجامعة الجديدة 2008

رمضان ابو السعود الوسيط في التامينات الشخصية والعينية.1980 ج1

سعاد توفيق سليمان ابو مشايخ.عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه.دراسة مقارنة بين مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني المصري. رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح في نابلس.فلسطين.2006م ص130.

سعدون العامري. الوجيز في شرح العقود المسماة الجزء الأول في البيع والإيجار بغداد مطبعة العاني الطبعة الثالثة 1974

سعيد عبد السلام الوجيز في التامينات الشخصية والعينية 1997

سعيد عبد الكريم مبارك .أحكام قانون التنفيذ رقم(45) لسنة 1980 بغداد مطابع وزارة التعليم العالي 1989

سليمان مرقس عقد الكفالة.القاهرة دار النشر للجامعات المصرية 1959

سليمان مرقس عقد الكفالة.القاهرة دار النشر للجامعات 1950

سمير عبد السيد تناغو التامينات الشخصية والعينية.الأسكندرية.منشاة المعارف

صابر محمد محمد سيد. رجوع الدائن على الكفيل دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني دار الكتب القانونية مصر

طارق كاظم عجيل.المطول في شرح القانون المدني دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والاسلامي.بيروت

منشورات زين الحقوقية.ج3 2013

عبد الفتاح عبد الباقي.التأمينات الشخصية والعينية الأسكندرية دار نشر الثقافة 1950

عبد الخالق حسن دار الهدى للطباعة 1986

عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ج10 طبعة 2004 . وج 2

عبد المجيدالحكيم.الموجز في شرح القانون المدني العراقي الجزء الثاني احكام الإلتزام بغداد شركة الطبع والنشر الأهلية 1385 للهجرة 1965م ج2

عبد الودود يحي.عقد الكفالة القاهرة مطبعة مصطفى الحلبي 1961

عدنان ابراهيم السرحان.شرح القانون المدني.العقود المسماة(المقاولة.الوكالة. الكفالة) عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع ط5 1434 للهجرة 2013 م

عصمت عبد المجيد بكر. تنفيذ الأحكام والمحررات (شرح أحكام قانون التنفيذ رقم(45)لسنة 1980المعدل في ضوء التطبيقات القضائية.منشورات جامعة جيهان/أربيل.2012

عصمت عبد المجيد بكر.أصول المرافعات المدنية .منشورات جامعة جيهان/أربيل 2013

عصمت عبد المجيد بكر. النظرية العامة للإلتزامات.ج2 احكام الإلتزام منشورات جامعة جيهان/أربيل 1433 للهجرة 2012م

محمد حسين منصور.النظرية العامة للإئتمان .الأسكندرية دار الجامعة الجديدة للنشر 2001

محمد علي امام التامينات الشخصية والعينية القاهرة مطبعة نهضة مصر

محمد كامل مرسي.العقود المسماة القاهرة 1949

محمد لبيب شنب التأمينات العينية والشخصية القاهرة 1975

محمد محمود معطي.الكفالة في ضوء الفقه والإجتهاد.بيروت منشورات الحلبي الحقوقية. 2009م

محمود جمال الدين زكي.في التامينات الشخصية والعينية القاهرة 1974

مصطفى عبد الجواد حجازي.عقد الكفالة في القانون المدني.مصر دار الكتب القانونية 2006

معاذ احمد محمد المؤمني الحجز على اموال الكفيل في القانون الاردني رسالة ما جستير كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط /الاردن 2012

منصور مصطفى منصور عقد الكفالة القاهرة المطبعة العالمية 1960

نبيل ابراهيم سعد التأمينات الشخصية (التبعية وغير التبعية) الأسكندرية 2000

ثالثا . متون القوانين

القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948

القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم(84) لسنة 1949
القانون المدني الليبي لعام 1953
قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في 1932/3/9 وتعديلاتهز
القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 .
مشروع القانون المدني العراقي لعام 1986 .
القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
القانون المدني الجزائري رقم(75 .58)المؤرخ في 20 رمضان 1395 للهجرة الموافق 26 سبتمبر 1975 م.
القانون المدني الكويتي رقم(679 لسنة 1980
القانون المدني القطري رقم(22) لسنة 2004
قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم(5) لسنة 1985
القانون المدني البحريني رقم(19) لسنة 2001
قانون المعاملات المدنية العماني رقم(29) لسنة 2013
قانون الإلتزامات والعقود الموريتاني رقم(126.89 الصادر في 14 سبتمبر 1989 المعدل بالقانون رقم 2001 .31 الصادر في 7 فبراير 2001
القانون المدني القطري رقم(22) لسنة 2004
القانون المدني الفلسطيني رقم(4) لسنة 2012
قانون التنفيذ الفلسطيني رقم(23) لسنة 2005
قانون المعاملات المدنية السوداني رقم(6) لعام 1984

القانون المدني العربي الموحد ومذكرته الإيضاحية.اعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب بالقرار المرقم ق 228 /د 12 في 1996/11/19م

قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم(139 لسنة 1968

قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم الإشتراعي رقم(90) في 1983/9/16 وتعديلاته.

قانون التنفيذ الأردني رقم(36) لسنة 2002

قانون اصول المحاكمات المدني الأردني رقم(26) لسنة2002.

قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم(38) لسنة 1980.

قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم(13)لسنة 1990.

قانون الإجراءات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم(11) لسنة 1992.

قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم(40) لسنة 2002م

قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم(12) لسنة 1971.

قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني رقم (29) لسنة 2002.

قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم(139 لسنة 1990

قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم(2) لسنة 2001

قانون التنفيذ الفلسطيني رقم(23) لسنة 2005وقانون الإجراءات المدنية السوداني الصادر في 1983/8/28.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم(08 .09 مؤرخ في 18 صفر عام 1439 للهجرة الموافق 25 فبراير سنة 2008.

قانون الجزائر العربي الإسترشادي للإجراءات المدنية.المعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب المرقم 19/493 في 2003/10/8م

القانون المدني الفرنسي بالعربية.طبعة دالوز 2009 الثامنة بعد المئة بالعربية طبعة 2012 للطبعة العربية دالوز جامعة القديس يوسف بيروت .

قانون الإلتزامات التركي رقم 359) لسنة 1926 .الموصل الطبعة الأولى منشورات دار ومكتبة الجيل العربي1433 للهجرة 2012 م ترجمة المحامي محسن عبد القادر صالح الحمداني

رابعا . الاعمال التحضيرية والمذكرت الايضاحية:

الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي.

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري.

المذكرات الأيضاحية للقانون المدني الأردني جزءان. عمان. نقابة المحامين .أعداد المكتب الفني 2000م

المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفلسطيني بصدد المادة(925)

المذكرة الإيضاحية للقانون المدني العربي الموحد

خامسا . احكام القضاء

مجموعة الاحكام العدلية العدد الثالث السنة السادسة

مجموعة احكام النقض المصرية العدد الثالث السنة الثلاثون

سادسا . المعاجم والقواميس

المعجم الوسيط ج1 الطبعة الثانية

ابن منظور لسان العرب ج1 طبعة دار المعارف.

الملخص

تعد الكفالة من أبرز الضمانات التي يسعى الدائن الى الحصول عليها،في مقابل دينه المترتب بذمة المدين،وتؤمن الكفالة عنصر الإطمئنان والثقة بين اطرف العلاقة الناشئة عن عقد الكفالة،ولما كان عقد الكفالة يهدف الى ضمن ذمة الكفيل الى ذمة المدين في المطالبة القضائية ،فهناك احتمال كبير في مطالبة الكفيل بأداء الدين الذي ترتب بذمة المدين،في الوقت الذي يكون فيه المدين موسرا ومليئا ويملك الأموال القابلة للحجز والتنفيذ عليها ،فيكون من المنطقي ان يتم التنفيذ على هذه الأموال أولا،ومن ثم اذا وجهت المطالبة من الدائن الى الكفيل لتسديد الدين المترتب بذمة المدين،فيكون،بعد توفر شروط معينة،للكفيل الحق بالدفع بتجريد اموال المدين أولا،وقد تناول هذا البحث هذه الشروط والآثار القانونية المترتبة على الدفع بالتجريد،وذلك في دراسة مقارنة بين الفقه الأسلامي والقوانين المدنية العربية ،مع الأشارة الى احكام القانون المدني العربي ومشروع القانون المدني العراقي لعام 1986،وانتهى البحث الى استنتاجات مهمة مع تقديم عدد من المقترحات والتوصيات لتعديل عددمن مواد القانون المدني العراقي.

Abstract

Surety ship is considered as one of the most important warranties, which the creditor attempts to obtain, in return of his debt, awed by the debtor.

It is worth-bearing in mind that surety ship guarantees the element of reassurance confidence between the parties of the relationship arising from the contract of surety ship.

Because the contract of surety ship is aimed at adding the patrimony of the surety to that of the debtor in filing a judicial action, there is a great possibility that the creditor may require that the debt be paid by the surety, meanwhile the debtor is solvent ,rich and owns a lot of assets ,which can easily be seized , so that it is logical that enforcement must be made on these assets in the first place, and

This means that if the creditor requires that the debt be paid by satisfied ,the surety can adopt the deprivation defence ,to convert the judicial demand by the creditor towards the debtor.

It is also worth ,mentioning that this piece of researeh takes in to account the conditions of exercising this defence and the legal effects arising from its exercise ,in a comparative study with Islamic jurisprudence and Arab civil laws, which also of Arab civil law and daft 1986 ,finally ,the research presented some important conclusions and recommendations .

To amend certain of the Iraqi civil law or to add same other suggested new articles.