Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 15- Issue 1- March 2025 المجلد ١٥ـ العدد ١ ــ اذار ٢٠٢٥

Civil Bail Is A Personal Guarantee For The Bank Loan

[1] D. Khudair encourages Fares
[1] Studi Center for Strategic/ University of Karbala
1: Email: Khudiar.m@uokerbala.edu.iq
2: Email:

Abstract:

The guarantee is one of the most widespread personal guarantees in the field of banking because of its characteristics, and it is one of the simple legal mechanisms, as a civil personal guarantee is often presented to the bank - even if the bank's work is commercial - from a person who guarantees the fulfillment of his obligations arising from the implementation of credit,including the loans granted.The guarantee is established based on a contract between the guarantor and the creditor(the lending bank), and the debtor-borrower is not a party to the contract.It creates a personal obligation on behalf of the guarantor,so that the creditor has more than one obligation to guarantee his debt (the loan).It creates a personal obligation for the guarantor, so that the creditor has more than one debtor.The guaranty, as a contract, requires the fulfillment of the general elements known in civil law for all contracts,such as consent,capacity, place, and reason.It also requires the guarantor to fulfill several conditions, including his left.The guarantee has several effects, whether through the creditor's relationship with the guarantor, such that the creditor does not have recourse to the guarantor unless certain conditions are met, including recourse to the debtor first, as well as the creditor obtaining a ruling and other conditions, or through the guarantor's relationship with the debtor by granting the guarantor the right to recourse against the debtor on the claim of (personal) guaranty) Or a subrogation lawsuit when the guarantor fulfills the creditor The guarantee also grants the guarantor several defenses towards the creditor, including the defense of abstraction and also the defense of division.The guarantee expires and the guarantor is discharged, either in a consequential way to the expiration of the original obligation or in an original manner by the expiration of the guarantor's obligation while the original obligation remains.

DOI
https://doi.org/10.37651/aujlps.2024.154767.1383

Submitted: 20/10/2024
Accepted: 29/10/2024
Published: 25/11/2024

Keywords:
civil guarantee
bank loan
guarantor
creditor lender
debtor.

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

الكفالة المدنية ضمان شخصي للقرض المصرفي

[١] م.د. خضير مخيف فارس
[١] مركز الدراسات الاستراتيجية/ جامعة كربلاء

الملخص:

تعد الكفالة من الضمانات الشخصية الأكثر انتشارا في مجال العمل المصرفي لما تتمتع به من خصائص، وهي إحدى الآليات القانونية البسيطة، أذ كثيراً ما تقدم للمصرف كفالة شخصية مدنية -وأن كان عمل المصرف تجاريا -من شخص يضمن الوفاء بالتزاماته الناشئة عن تنفيذ الأئتمان ومنها القروض الممنوحة، وتنشئ الكفالة بناءً على عقد بين الكفيل والدائن(المصرف المقرض) ولا يكون المدين المقترض طرفا في العقد، فهي ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل ليصبح للدائن أكثر من ذمة لضمان دينه(القرض)، والكفالة بوصفها عقد يستلزم لانعقاده توفر الأركان العامة المعروفة في القانون المدني لجميع العقود من التراضي والأهلية، المحل، والسبب، كما يستلزم في الكفيل توافر عدة شروط ومنها يساره، وترتب الكفالة عدة آثار سواء من خلال علاقة الدائن بالكفيل بحث لا يرجع الدائن على الكفيل الا بتوافر شروط معينة ومنها الرجوع على المدين أولا وكذلك حصول الدائن على حكم وغيرها من الشروط أو من خلال علاقة الكفيل بالمدين بمنح الكفيل الحق بالرجوع على المدين بدعوى الكفالة(الشخصية) أو دعوى الحلول عندما يقوم الكفيل بالوفاء للدائن، كما منحت الكفالة الكفيل عدة دفوع أتجاه الدائن ومنها الدفع بالتجريد وأيضا الدفع بالتقسيم، وتنقضي الكفالة وتبرأ ذمة الكفيل أما بصورة تبعية لانقضاء الالتزام الاصلي أو بصورة أصلية بأنقضاء التزام الكفيل مع بقاء الالتزام الاصلي.

الكلمات المفتاحية:

الكفالة المدنية، القرض المصرفي ، الكفيل، الدائن المقرض، المدين.

المقدمة

الاصل في كل عمليات الائتمان أنها ترتكز على الثقة التي يضعها المصرف في عميله، وإن كانت هذه الثقة تختلف باختلاف طبيعة العملية الائتمانية وظروف منحها، فالعميل قد لا يكون أهل لهذه الثقة إما لسوء نيته أو نتيجة لظروف خارجة عن إرادته، وباعتبار المصرف مؤسسة مالية تقدم خدمات مالية أهمها إعطاء القروض، وليتسنى له تقديمها بأمان دون مخاطر، وجب توافر مجموعة من الضمانات معها، وذلك نتيجة للمتغيرات التي قد

تحدث، ولذا سعى المشرع إلى إيجاد مجموعة من وسائل الضمان المتعددة أو المتنوعة، بهدف توفير الحماية اللازمة للمصرف الدائن والتعزيز من مركزه المالي، وتعد التأمينات بمختلف أنواعها وسائل مهمة يرتكز عليها المصرف، وهي في مفهومها القانوني تعني الضمانات أو الوسائل التي يتقي بها الشخص خطرا معينا، حيث اهتمت معظم التشريعات ومنها التشريع العراقي بتلك الضمانات المتعلقة بالديون ومنها القروض المصرفية الممنوحة للمقترضين وضمان استردادها سواء قروض متعلقة بالأستهلاك أو مخصصة للاستثمار، ومن تلك الضمانات الكفالة المدنية، والتي من بين أهدافها ضمان القروض المصرفية ودعم الاستثمار ومن هنا يتجلى لنا موضوع البحث(الكفالة المدنية ضمان شخصي للقرض المصرفي).

أولاً: أهمية البحث:

تظهر أهمية البحث من خلال الإهداف التي يحققها والتي تتمثل في أظهار مدى فعالية الكفالة المدنية في توفير الحماية اللازمة للمصرف الدائن في أسترادا أموال القروض التي يمنحها، بالأضافة الى تعزيز مركزه المالي، زد على ذلك لما قد تحققه من أضافة علمية يستفاد منها الباحثين والدارسين ويسمح لهم تحديد مواضع الخلل في النصوص القانونية وأقتراح الإضافة عليها، سيما والقانون سريع الحركة والتأثر بالمتغيرات.

ثانياً: أسباب أختيارالبحث:

بالنظر لأرتباط موضوع الكفالة المدنية بصورة واضحة بحياة الأفراد في معاملاتهم أذ يزيد في الثقة ويدعم الأئتمان في التعامل بينهم، وهو أحد الاسباب، بالأضافة لمعرفة مدى كفاية الكفالة المدنية كأحد الضمانات الشخصية في حماية القروض المصرفيه الممنوحة للاشخاص سواء الطبيعية أو المعنوية، وهل هي من الخيارات القانونية الناجعة المتاحة للمصارف كضمانات لها دور في تشجيع وإنعاش النمو الاقتصادي؟ ومعرفة مواطن خلل النصوص القانونية المتعلقة بها وأقتراح معالجتها بتعديلها أو أضافات جديدة.

ثالثا: منهجية الدراسة:

نظراً لما تتميز به هذه الدراسة من أهمية لذا تتطلب الاعتماد على إسلوب المنهج الوصفي التحليلي المقارن الذي يقوم على استعراض النصوص القانونية التي اوردها المشرع العراقي وبعض القوانين الأخرى كلما دعت الحاجة لذلك ومنها القانون المدني المصري والجزائري والفرنسي، بالأضافة للآراء الفقهية القانونية وما تيسر من الاجتهادات القضائية المتعلقة بأحكام الكفالة.

رابعاً: أشكالية الدراسة:

تمثلت إشكالية الدراسة في اختلف مركز الكفيل تجاه الدائن في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة حيث لا يجوز مطالبة الكفيل قبل مطالبة الأصيل، كما عدم وجود نصوص قانونية خاصة بكفالة القرض المصرفي وتطبيق النصوص العامة بالكفالة وأعتماد المصارف لضوابط خاصة بها بهذا المجال، يثير أشكالية مدى نجاعة الكفالة المدنية لضمان القرض المصرفي.

خامساً: خطة البحث:

للإجابة على الأشكالية وبلوغ أهداف بحثنا أعتمدنا خطة علمية ثنائية تتألف من مبحثين، يكون أولهما لأبراز مفهوم الكفالة المدنية كضمان للقرض المصرفي من خلال التعريف بها

وتوضيح خصائصها وكل ما يتعلق بذاتيتها، وخصصنا المبحث الثاني لأيضاح آثارها وأسباب انقضاءها،وسنختم البحث بما توصلنا اليه من نتائج.

I. المبحث الاول

مفهوم الكفالة المدنية كضمان للقرض المصرفي

تعد الكفالة أحد أنواع التأمينات الشخصية وأحدى وسائل الضمان المتعددة هدفها حماية أموال الدائنين وتعزيز مركزهم المالي والمصرف المقرض منهم حين يمنح القروض، وفي الأونة الأخيرة ظهرت بشكل واضح في العلاقات الدائنية نتيجة للانتعاش الحاصل في المجال الاقتصادي وزيادة القدرة الشرائية للافراد، ونظرا لأهميتها باعتبارها الضمان الاحتياطي ضد الأحتمالات المستقبلية السيئة للمدين، لذا سيتم دراسته من خلال مطلبين يكون المطلب الاول للتعريف بالكفالة المدنية ونبين بالمطلب الثاني أنعقاد الكفالة المدنية.

I.أ. المطلب الاول

التعريف بالكفالة المدنية

تعد الكفالة من العقود المهمة في الحياة الاقتصادية، أذ ضمانها تعتمد عليه معظم العمليات الائتمانية لا سيما في القروض المصرفية لاهمية دور الكفيل فيها، فأي دائن وخصوصا أذا كان مصرفا يفكر أولا بضمان دينه و يلزم مدينه بتقديم ضمانات من أجل ذلك، فهي وسيلة تبعث في نفس المدين الامن والضمان وفي نفس الدائن مزيدا من الثقة والائتمان من خلال تعدد ضمانه العام، فبدلا من أن يضمن حقه بذمة مالية واحدة وهي ذمة المدين يصبح له حق ضمان عام على أموال ضامن آخر وهو الكفيل، وبالتالى تزيد فرصة إستيفاء حقه نتيجة تعدد المسؤولين عن الوفاء بالدين، ولا شك أن في هذا التعدد إنقاصا للمخاطر التي قد يتعرض لها المصرف المقرض لو إكتفى بمطالبة مدين واحد فقط، فبالاضافة إلى ذلك فالكفالة تتميز كذلك بقلة تكاليفها و بساطة إنشائها دون اللجوء إلى الشكليات والاجراءات الطويلة والمعقدة التي تخضع لها الضمانات الاخرى وهذه المميزات جعلتها من أكثر الضمانات إنتشارا وتداولا في مجال الائتمان المصرفي، وبالتالي سنتناول تعريف عقد الكفالة المدنية وخصائصه بالفرع الأول ونبين بالفرع الثاني تمييز عقد الكفالة عن غيره من العقود.

I.أ.١. الفرع الاول

تعريف عقد الكفالة المدنية وخصائصه

سنقسم هذا الفرع لفقرتين تكون الفقرة الاولى تعريف الكفالة المدنية ونذكر بالفقرة الثانية خصائصها:

الفقرة الاولى: تعريف الكفالة المدنية: الكفالة في اللغة تعني الضمان، كما تعني الضم والالتزام وهي كلمة مشتقة من الفعل كفل[1]، ويقال كفال المال، وأكفل فلانا المال أي جعله يضمنه، والجمع أكفال، والكفل أيضا: الذي لا يثبت على ظهور الخيل، والكفيل يعني الضامن

(١) محمد الدين بن يعقوب الفيروز أبادي، *قاموس المحيط*، ط٥، (لبنان: مؤسسة الرسالة النشر والتوزيع، 1996)، ص١٣-٦١.

وجمعه: كفلاء، أما الكافل فهو الذي يكفل إنسانا يعوله أي العائل[١]، ومنه قوله تعالى(... وكفيلها زكريا[٢]...)، أي ضمنها إياه حتى تكفل بحضانتها، من كفل المال بالمال ضمنه وكفلت عنه المال لغريمه وتكفل بدينه تكفلا[٣].

أما أصطلاحا فتعرف بأنها عقد من عقود الضمان المالي، وباعتبارها أداة تأمين وائتمان، فتتمثل في ضم ذمة الى ذمة أخرى في المطالبة بدين أو عين أونفس[٤]، كما تعرف الكفالة بأنها (عقد يتم بين شخص يسمى الكفيل وشخص أخر الدائن يلتزم بموجبه الكفيل أن يضمن للدائن الوفاء بالدين الذي له على المدين)[٥]، ويستنتج من هذا التعريف أن لعقد الكفالة طرفين هما الكفيل والدائن، أما بالنسبة للمدين فهو ليس من أطرافها، وكذلك تعرف بأنها(العقد الذي يتعهد بموجبه شخص يسمى الكفيل أو المدين التبعي للدائن بأن ينفذ التزامات المدين الأصلي، أذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذها بنفسه)[٦]، ويظهر من هذا التعريف بالأضافة لما أظهره التعريف السابق خصائص الكفالة ومنها أن يكون التزام الكفيل تبعيا.

أما تشريعيا فعلى الرغم من أن التعريف هو ليس من أختصاص التشريع وأنما من أختصاص الفقه الا أننا نجد المشرع العراقي بالمادة(١٠٠٨)من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل ينص على أنها (الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام)[٧]، بينما نجد القانون المدني المصري عرفها بالمادة (٧٧٢)أذ نصت(الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يعني بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه)[٨]، وبالتالي يظهر من تلك التعاريف قد أزالت الأشتباه الموجود بين الكفالة والضمان، لأن الكفيل أصبح يضمن تنفيذ الالتزام الأصلي واذا قام بالوفاء يرجع على المدين بعد أن كان سابقاً يعامل كالمدين الاصلي ويحق للدائن أن يختار أي منهما للمطالبة بالوفاء، ومن هنا يمكننا تعريف الكفالة على أنها(عقد ضمان شخصي يلتزم بموجبه الكفيل بأن يضمن للدائن

---

(١) مرعشي أسامة، مرعشي نديم، *الصحاح في اللغة والعلوم*، مج،٢ ط١، (لبنان: دار الحضارة العربية، د س ن)، ص 400.

(٢) سورة آل عمران، الآية ٣٧.

(٣) أبن منظور الأنصاري الرفيعي، *لسان العرب*، ج،٢٢ ط،٣ ، (بيروت، لبنان: دار لسان العرب، ١٩٧٠)، ص ١٣٨.

(٤) أحمد محمد أسعد، *عقد الكفالة*، (دار النهضة العربية، طبعة،١٩٩٤)، ص٣١.

(٥) محمد صبري السعدي، *شرح القانون المدني التأمينات الشخصيه والعينية، عقد الكفالة*،د. ط، (الجزائر: دار الكتاب الحديث، ٢٠٠٥)، ص١٥.

(٦) د.حسنى محمود عبد الدايم، *الكفالة كتأمين شخصي للحقوق*، (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، مصر،٢٠٠٩)، ص٣٥.

(٧) ونجد القانون المدني الجزائري يعرفها بالمادة(٦٤٤)، فتنص (الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه)، ويقابل تلك التعاريف في القانون المدني الفرنسي نص المادة (٢٠١١)، أذ جاء نصها الأجنبي :

(La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.)

(٨) رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الذي صدر بقصر القبة في ٩ رمضان سنة ١٣٦٧ ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨.

وفق شروط معينة تنفيذ التزام المدين أذا أخل المدين بتنفيذه وتعذر على الدائن أستحصاله من المدين).

الفقرة الثانية: خصائص الكفالة المدنية: يبدو ما جعل عقد الكفالة المدنية ضمانا مثاليا للوفاء بحق الدائن – المصرف في مجال بحثنا- لما يتمتع به من خصائص، مما يستلزم بهذه الفقرة دراسة تلك الخصائص للوقوف على حقيقتها ما إذا كانت فعلا تحقق حماية حقيقية لضمان الدائن أم أنها مجرد حماية قانونية ظاهرة لا تتعدى مجموعة من النصوص القانونية، وتلك الخصائص يمكن أن نجملها فيما يلي:

١- **الكفالة عقد رضائي:** لم يشترط لانعقاد الكفالة شكلاً خاصٍ وبهذا تخضع للقاعدة العامة في إبرام العقود وهي الرضائية، وتعني بأن العقد ينعقد بمجرد تبادل طرفيه الايجاب والقبول أي بمجرد تبادل التراضي مابين الدائن والكفيل أي لا وجود للشكلية لانعقادها، إما اشتراط الكتابة هو للاثبات لا للانعقاد[١]، الأ في حالة تطلب الكفالة أن تتخذ عقدا شكليا فهنا لا تنعقد إلا بالكتابة وفي حالة عدم وجود الكتابة لا يجوز إثباتها بالاقرار أو اليمين لانها لم تنعقد لعدم وجود الكتابة[٢]، ولابد من الأشارة بأن رضائية المصرف يستلزم أن تتضمنها عبارات العقد بصيغة واضحة وجلية، وقد أشارة لرضائية الكفالة المادة (١/١٠٠٩) مدني عراقي أذ نصت(تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له) ، وبذات الاتجاه جاءت المادة(٧٧٣)مدني مصري أذ نصت (لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة)[٣]، بينما نجد المصارف عندما تمنح القروض تستلزم صيغة معينة للكفالة على شكل تعهد من دائرة الكفيل تبين فيه بأن تتعهد للمصرف بأستقطاع مبلغ القرض على شكل أقساط شهريه من راتب الكفيل في حالة عدم قيام المدين المقترض بالتسديد بالاضافة الى التزامات في التعهد،كما يتطلب من الكفيل أن يعلن نفسه كفيلا عن المقترض ويبين كفائته المالية عن طريق ذكر مقدار الراتبه الشهري.

٢- **الكفالة عقد ملزم لجانب واحد**: معنى ذلك أن الكفيل وحده من يتحمل الالتزام الذي ينشئه عقد الكفالة وهذا هو الاصل، أي الكفيل هو من يلتزم بضمان الوفاء بدين المدين اذا أخل المدين بالوفاء، أما الدائن(المصرف) فلا يلتزم بحسب الاصل نحو الكفيل بشئ[٤]، وبالتالي ما تفرضه بعض النصوص القانونية من واجبات لا تغير من طبيعة عقد الكفالة كعقد ملزم لجانب واحد، وأحد مصاديقها المادة(١/١٠٢٦)مدني عراقي أذ تنص (يلزم الدائن بان يسلم الكفيل وقت وفاء الدين،المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع)، كذلك المادة(٧٨٧)مدني مصري، أذ نجد ما يفرضه القانون بهذا النص ليس بمناسبة أبرام عقد الكفالة وأنما نتيجة الوفاء واستيفائه لحقه، الأ أن هذا الامر محل نظر عند الفقه القانوني فيرى البعض أمكانية أن يكون عقد الكفالة عقد ملزم لجانبين من حيث وصف عقد الكفالة ملزم

---

(١) د.همام محمد محمود زهران، *التأمينات الشخصية والعينية*، الكفالة، دون طبعة، (الأسكندرية، مصر: منشأة المعارف، ٢٠٠٢)، ص٢٨.

(٢) د.عبد الر ازق أحمد السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد في التأمينات الشخصية والعينية، والعينية*، ط٣، (بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥)، ص٢٤.

(٣) ويقابل هذا النص بالقانون المدني الجزائري المادة(٦٤٥).

(٤) د.نبيل ابراهيم سعد، *التأمينات العينية و الشخصية، الرهن الرسمي-حق الأختصاص- الرهن الحيازي- حقوق الامتياز- الكفالة*، (الأسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧)، ص٢٩١-٢٩٢.

لجانب واحد هو الاصل الا أنه ليس من مستلزماتة، أذ يمكن التزم الدائن مقابل التزام الكفيل بموجب عقد الكفالة سواء لمصلحة المدين أو لمصلحة الكفيل، والغالب أن يكون الالتزام المقابل لمصلحة المدين، كما في حالة التزام الدائن بمنح المدين قرضا جديدا مقابل الكفالة أو يعطيه أجل معين أو يتخلى عن الرهن المقدم منه لضمان الدين ففي هذه الحالة يعتبر عقد الكفالة عقدا ملزما لجانبين[١].

٣- **الكفالة عقد ضمان شخصي:** تظهر تلك الخصيصة بأعتبار الكفالة الصورة المثلى للتامينات الشخصية ليسئل بمقتضاها الكفيل عن تعهده للدائن بوفاء الالتزام الأصلي عند عدم وفاء المدين به مسؤولية غير محدودة في جميع أمواله، من خلال ضم ذمته المالية لذمة المدين ليكون للدائن ضمانان لحقه بالضمان العام للمدين والكفيل، بمعنى لا يترتب للدائن حقاً عينياً تبعياً على مال معين من أموال الكفيل لان التزام الكفيل التزاما شخصياً[٢]،مما يرتب على ذلك أن مسؤولية الكفيل لا تنتفي بتصرفه بأحد أمواله ولا يمكن للدائن تتبع ذلك المال، أضف لذلك أن قاعدة المساواة بين الدائنيين في الضمان هي الحاكمة عند التنفيذ على أموال الكفيل وهذا وفقا لنص المادة(٢٦٠) مدني عراقي[٣]،بينما الملاحظ في الواقع التطبيقي للمصارف عند منحها القروض للموظفين تشترط على المقترض(المدين) تقديم كفالة موظف لديه راتب شهري لضمان حقها في أسترجاع مبلغ القرض وفائدته، بحيث تحصر تلك الكفالة بمقدار ما يستقطع من راتب الموظف الكفيل، أذ أنها تأخذ تعهد من دائرته بستقطاع مبلغ القسط الشهري وتسديده للمصرف المقرض في حال لم يقم المدين المقترض بالتسديد، وبالتالي نجد تلك الأجراءت لا تتوافق وقواعد الكفالة كما لا تنطبق والكفالة بأنها ضمان شخصي أذ تخصصها بضمان معين وهو الراتب وليس كل الضمان العام للكفيل، وبهذا تضعف المصارف ضماناتها في استيفاء القروض من حيث لا تدرك ذلك لكون الموظف الكفيل قد يفقد راتبه لا سبب كان.

٤- الكفالة عقد تبعي: خاصية التبعية لا تنفرد بها فقط الكفالة بل أنها تعد من الخصائص المهمة لجميع التأمينات سواء شخصية أم عينية، وتعني بأن تحققها يستلزم وجود التزام أصلي لعلاقة قانونية صحيحة ترتكز عليه الكفالة وتضمن الوفاء به[٤]، وذلك يجعل التزام الكفيل تابع للالتزام الاصلي من حيث الوجود والصحة والوصف والآثار والنطاق والانقضاء، فتبعية الوجود تتبين بأنه لا ينفذ التزام الكفيل ولا تطبق عليه أحكام الكفالة ما لم يتحقق من وجود التزام المدين الاصلي مستوفياً لشروطه القانونية من غير أن يكون للترتيب الزمني بينهما تأثير على التبعية[٥]، مما جعل التبعية تعد من الأمور الحتمية للكفالة بحيث لا تصح الكفالة اذا كان لالتزام المكفول باطلا، ولن نجد له نصاً في القانون العراقي ضمن النصوص القانونية الخاصة بالكفالة بعكس ما نجده بالمادة(٧٧٦) مدني مصري أذ تنص(لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الإلزام المكفول صحيحا)[٦]، مما ندعو المشرع العراقي لمعالجة ذلك وأن

---

(١) د.همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، مصدر سابق، ص٣٦.

(٢) -فائز أحمد عبد الرحمن، *التأمينات العينية والشخصية*،ط١، (القاهرة: مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠)، ص٢٠٠٠-٢٠٠١.

(٣) أذ تنص(... ٢- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون).

(٤) د.حسنين منصور محمد، *أحكام الالتزام* ، (مصر: دار الجامعية، ٢٠٠٠)، ص٢٨٢.

(٥) د.همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، مصدر سابق، ص٣١.

(٦) انظر كذلك بذات الاتجاه المادة(٤٦١)، جزائري .

وأن كانت القواعد العامة لا تستلزمه، كما يتبع التزام الكفيل للالتزام الاصلي للمكفول بالوصف سواء كان معلقا على شرط أو مقترنا بأجل، وكذلك يتبعه بالنطاق أذ لا تكون الكفالة أكبر من مبلغ الدين ولا بشروط أشد[١]، وخاصية التبعية تحكم آثار الكفالة أذ لا يجوز للدائن أن ينفذ على الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين[٢]،ومع ذلك فلتلك التبعية إستثناءات بمعنى لا تطابق تام للالتزامين، فالعقد الأصلي يمكن أثباته وفق القواعد العامة بالبينة، بينما الكفالة الا بالكتابه، وكذلك سقوط أجل الدين الأصلي بسبب إعسار أو إفلاس المدين مثلا لا يؤدي إلى سقوط الأجل في مواجهة الكفيل، وأيضا يكون التزام الكفيل صحيحا وأن كان التزام المدين قابلا للأبطال بسبب نقص الأهلية مع علم الكفيل بنقص الاهلية وقت عقد الكفالة، زد لذلك الكفالة عمل مدني وان كات الالتزام المكفول تجاريا او الكفيل تاجراً، مع العرض لا يمكن تصور في القرض المصرفي أن يكون المقترض ناقص الأهلية.

٤-**الكفالة من عقود التبرع :** تعد الكفالة بطبيعتها من عقود التبرع، وتلك هي الصورة المألوفة للكفالة، أذ الكفيل لا يحصل من الدائن على شئ مقابل كفالته لالتزام المدين، فالكفيل يلتزم بالوفاء للدائن بدون مقابل اذا لم يفي المدين نفسه، ولكن الواقع العملي الحالي نجد بأن الكفيل لا يقدم كفالة دون مقابل لا سيما بين الأفراد، فالكفيل لا يقدم كفالة دون حصول على مقابل من المدين، ومع ذلك هذا لا يؤثر على صفة التبعية لكون المدين هو أجنبي عن عقد الكفالة وخارج علاقة عقد الكفالة بين الدائن والكفيل، كما أن وصف المعاوضة أو التبرع في عقد الكفالة ليس من مستلزماته وأنما مسألة تكييف تعتمد على تحليل لشروط العقد بالنظر للنية المشتركة للطرفين على هدى معيار التمييز بين عقد التبرع والمعاوضة[٣].

I.أ.٢. الفرع الثاني

تمييز عقد الكفالة عن غيره من العقود

يتبين من تعريف الكفالة وما أستعرض لها من خصائص قد يثير الالتباس بينها بأنها نظام أقتصادي للائتمان ونظام قانوني للضمان وبين أنظمة قانونية توجد في التقنين المدني والتجاري تحقق للمدين الأئتمان وتحقق للدائن الضمان وأن كانت تختلف في أحكامها القانونية الجوهرية، لذا سنتاول ذلك التميز بالفقرات التالية:

الفقرة الاولى: تمييز الكفالة عن تضامن المدينين: تظهر أوجه التشابه بأن كليهما يمنح الدائن ضمانا وتأمينا شخصيا، لأستيفاء حقه بتعدد الأشخاص المسؤولون عن الوفاء بالدين، وهو ما أشارت له النصوص القانونية سواء المتعلقة بالكفالة المادة(١٠٠٨) مدني عراقي ويقابلها المادة(٧٧٢)مدني مصري[٤] أو التضامن المادة(٣٢١)مدني عراقي ويقابلها المادة(٢٨٥) مدني مصري[٥]، مقابل ذلك يظهر الفارق بينهما من خلال، كون التزام المدين المتضامن ألتزام أصلي في مواجهـــــة الدائن، بينما ألتزام الكفيل يعد مدينا تبعيا، ويترتب على ذلك أن التزام المدين المتضامن أشد عبئا من التزام الكفيل، أذ لا يستطيع المدين المتضامن أن يحتج

(١) انظر نص المادة(٧٨٠)، مدني مصري وكذلك المادة(٦٥٢)، جزائري .
(٢) فائز أحمد عبد الرحمن، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص٢٠٠١ .
(٣) د.همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، مصدر سابق،ص٣٨. كذلك د.رمضان محمد أبوالسعود، *التأمينات الشخصية والعينية*، (الأسكندرية، مصر: منشأة المعارف، ١٩٩٥)،ص٣٧.
(٤) وبذات الاتجاه المادة (٦٤٤)، مدني جزائري.
(٥) وبذات الاتجاه المادة (٢٢٣)، مدني جزائري.

أتجاه الدائن الأ بالدفوع الخاصة به والدفوع المشتركة بين المدينين المتضامنين جميعاً دون الدفوع الخاصة بغيره، كامكانية أبطال العقد لعيب في رضا المدين أو قابلية أبطاله للجميع[١]، بينما الكفيل المتضامن بما له من دفوع خاصة به يمكنه التمسك ما يتعلق بالدين الأصلي من دفوع بالأضافة للدفوع المتعلقة بشخص المدين، زد على ذلك فأنقضاء الالتزام بغير الوفاء كالمقاصة لا يستطيع المدين المتضامن الاحتجاج به بعكس الكفيل المتضامن فله ذلك[٢]، أضف الى ذلك يظهر الاختلاف بينهما كون مصدر الالتزام بتضامن المدينين الإتفاق أو القانون، لأن التزام أصلي هو أساسه الإرادة في الإلتزام التضامني، بينما مصدر الكفالة الإتفاق غالبا حيث أن الكفالة تعتبر مضمون الإتفاق، وإرادة الكفيل هي التزام تبعي.

الفقرة الثانية: تمييز الكفالة عن الضمان المالي: يظهر التقارب بينهما بما يوفرا من حماية،فأذا كانت الكفالة تضمن تنفيذ التزام المدين عندما لم يفه بنفسه،فالضمان المالي من خلال تعريفه بأنه((عقد يضمن بمقتضاه شخص (الصندوق) تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن(المصرف) بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه(لمؤسسات الصغيرة والمتوسطة) مع عدم كفاية الضمانات الشخصية والعينية في تغطية قيمة الدين))[٣]،كذلك يضمن تنفيذ الالتزام عندما لم يفي به المدين بنفسه، أضف لذلك يتقاربان بخاصية تبعية الالتزام ففي كلاهما لا يطالب بالوفاء الإ إذا لم يف المضمون ولم تغطي ضماناته قيمة الدين.أما أوجه اختلافهما تتبين أولاً بأن الكفالة وسيلة ضمان تقليدية بينما الضمان المالي من وسائل الضمان المستحدثة وبالتالي لم نجدها لدى جميع تشريعات الدول ومنها التشريع العراقي،وثانياً بأن الضمان المالي يكون فيه الضامن شخص معنوي ومهني كهيئة متخصصة في ممارسة نشاط منح الضمان المالي وخدمات أخرى تتعلق بدراسة جدوى المشروع، في حين الكفالة قد يكون الكفيل شخصا طبيعيا أو معنويا، مدنيا أو تجاريا،وثالثاً الكفالة كتأمين شخصي قد لا تقيد لضمان الدين الناشئ عن القرض بمجال معين سواء أستهلاكي أو أستثماري ولا بطبيعة المستفيد منه شخص طبيعي أو معنوي أو مؤسسة مصرفية، بينما بالضمان المالي فالتخصيص للمؤسسة المصرفية شرط فيه، ورابعاً مضمون عقد الضمان المالي مبلغ نقدي محدد، الإ أن الكفالة مضمونها يختلف باختلاف أشكالها نقدي أو غيره.

الفقرة الثالثة: تمييز الكفالة عن خطاب الضمان: خطاب الضمان هو تعهد مكتوب يصدر عن المصرف بناء على طلب الشخص الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معاوضة، ومن هذا يفهم بأن التخصيص وارد في خطاب الضمان لمصرف أو مؤسسة مالية وغير موجود بالكفالة كما أسلفنا، كما يترتب بأن خطاب الضمان يقوم على أستقلالية شبه كاملة عن الالتزام المضمون أي لا تبعية للالتزام الاصلي[٤] وهذا عكس ما وجدناه في الكفالة.

---

(١) أنظر المواد(٢/٣٢١)، مدني عراقي،(٢/٢٨٥)، مصري،(٢/٢٢٣)، جزائري.

(٢) ما يخص الكفالة المواد(١٠٤١)،عراقي،(٧٨٢)، مصري،(٦٥٤)، جزائري، وما يخص التضامن المواد(٣٢٤)،عراقي، (٢٨٧)، مصري،(٢٢٥)، جزائري.

(٣) محمد حسنين، *الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري*، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية)، ص٥٩.

(٤) د.حسنى محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، مصدر سابق،ص٨٣.

I.ب. المطلب الثاني

أنعقاد عقد الكفالة

المعروف بديهيا أن لكل عقد أركان يقوم عليها ولا بد من شروط ينبغي توافرها في هذه الاركان، والكفالة بكونها عقد يستلزم أن يتوافر فيه ما يتوافر في كل عقد من أركان وشروط، بالإضافة إلى شروط تتوفر في الكفيل الملتزم بالوفاء، لذا سنقم هذا المطلب الى فرعين نتطرق في الفرع الأول للشروط العامة للكفالة، ونبين في الفرع الثاني الشروط الخاصة بالكفيل.

I.ب.١. الفرع الاول

الشروط العامة للكفالة

الكفالة عقد وبوصفها هذا يستلزم لانعقاده توفر الأركان العامة المعروفة في القانون المدني لجميع العقود من التراضي والمحل والسبب، وسنتناولها من خلال الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: التراضي: لم يشترط لانعقاد الكفالة شكل خاص لكونها من العقود الرضائية، وبالتالي تنعقد بمجرد تطابق أرادتي طرفيها الكفيل والدائن (المصرف مانح القرض) ومن دون رضا المدين مستلم القرض لكونه ليس طرفا فيها[١]،وتبين المادة (١٠٠٩)مدني عراقي بأن طرفي الكفالة هما الدائن والكفيل فقط ويستخلص منها ضمنا لا صراحة عدم الحاجة لرضا المدين أو علمه وتتم رغم معارضته كما فعل ذلك القانون المدني المصري بنص المادة(٧٧٥)[٢]، ويتم التعبير عن رضاء الدائن بالكفالة صراحة أو ضمنا أو حتى سكوته عن الرد يحقق ذلك التعبير لان أيجاب الكفيل يحقق مصلحة الدائن، بينما التعبير عن رضاء الكفيل نجد التشريع الفرنسي في المادة(١/٢٠١٥) والتي تنص(الكفالة لا تفترض بل يجب أن تكون صريحة)مما يعني أن يكون التعبير صريحا هو خلافا للقواعد العامة لما يترتب من خطورة على التزامه، ويخلو القانون العراقي من ذلك وكذلك المصري، مما أثار جدلا لدى الفقه فأتجاه أول يأخذ بحكم القانون الفرنسي ومن حججهم في ذلك بأن الكفالة عقد خطير مما أدى بالارادة التشريعية أشتراط الكتابة في أثباتها[٣]، بينما أتجاه ثاني يرى بأن النصوص القانونية المنظمة للكفالة تخلو من نص يتطلب التعبير الصريح عن إراده الكفيل، وبالتالي لا يشترط أن يكون التعبير عن رضاء الكفيل صريحاً وأنما جواز التعبير صريحا أو ضمنياً وفق القواعد العامه، كما أن أشتراط الكتابة أو ما يقوم مقامها كأقرار للاثبات يستخدم لاثبات ما هو صريح وضمني وليس لوجوب أن يكون التعبير صريحاً، مما يتطلب وجود نص أو أتفاق حتى يستلزم الاراده الصريحة[٤]،ونحن نرى أن يكون التعبير عن أرادة الكفيل صريحا لما يترتب عليه من التزامات مالية خطيرة يجهل أغلب الموظفين بالواقع العملي عواقبها وهم يكفلون أشخاص

---

(١) د.سمير عبد السيد تناغو، *التأمينات الشخصية والعينية*، (الاسكندرية، مصر: منشأة المعارف ، ١٩٩٦)، ص٣٦.

(٢) وهو ما نجده كذلك بنص المادة (٦٤٧)، مدني جزائري والمادة (٢٠١٤)، مدني فرنسي.

(٣) المادة(٧٧٣)، مدني مصري والمادة(٦٤٥)، مدني جزائري ولم نجد نص مماثل لذلك في القانون العراقي.

(٤) د.سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٣٨. د.حسنى محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، مصدر سابق،ص١٤٦.

يستلمون قروضا من المصارف وذلك نظراً لقلة الادراك القانوني والثقافة القانونية لديهم، كما أن الواقع العملي لدى المصارف عند منح القروض تستلزم تعهد الكفيل مكتوب ومذيل ببصمة أبهامه وتوقيعه حتى يتم قبول كفالته بالاضافة لشروط أخرى نتناولها فيما بعد، مما ندعو المشرع لوضع نص صريح بذلك. ولا بد من الاشارة بأن التعبير الصريح لا يقتضي أستعمال لفظ معين، بل يكفي ما يدل صراحة على أستعداد الكفيل بوفاء الدين عند عدم وفاء المدين، أضف بأن قاضي الموضوع هو من يقرر توافر التعبير الصريح عن نية الكفالة من عدمه في حالة الخلاف.

الفقرة الثانية: المحل: يتحدد محل الكفالة بقيام الكفيل بضمان الوفاء بمبلغ القرض الممنوح للمدين من قبل المصرف بعد عدم وفاء المدين به، ولكي تقوم الكفالة يجب أن يكون محلها ممكنا ويكون كذلك بوجود التزام أصلي موجودا وصحيحا [١]، وفي ذلك نجد القانون المصري وكذلك الفرنسي يقرر صحة الكفالة بوجود التزام مكفول صحيح[٢]،بينما القانون العراقي لم يورد هكذا نص مماثل، وبالتالي يمكن تطبيق القواعد العامة في ذلك والتي تستلزم أن يكون محل أي عقد صحيحا حتى ينعقد بعد توفر الشروط الاخرى، ومع ذلك ندعو المشرع بوضع نص صريح يلزم أن يكون الالتزام المكفول صحيح سيما وأن كفالة القرض المصرفي لها من الآهمية، كما يستلزم في التزام الكفيل أن يكون محله معينا أو قابلا للتعين وهذا بالتأكيد مرتبط بالالتزام الاصلي سواء كانت الكفالة محددة أم مطلقة ولعدم التكرار في تفاصيلها انظر[٣]، أما شرط المشروعية فهو مفروض دائماً، لكون التعهد بكفالة التزام صحيح هو محل مشروع من جميع الاحوال، وبالمقابل لا تجوز كفالة الالتزام الباطل بطلالنا مطلقا أيا كان سبب البطلان لاستحالة المحل أذ يعد التزاما غير موجود، بينما تكون الكفالة باطلة نسبيا نتيجة البطلان النسبي تطبيقا لخاصية التبعية، ومن مصاديقها كفالة التزام ناقص الاهلية والحالات التي تقاس عليها، والتي خلافا القانون المصري الذي عالجها[٤]،نجد القانون العراقي لم ينص عليها ضمن المواد الخاصة بالكفالة مما يؤدي لتطبيق القواعد العامة، ونحن نرى لايمكن تطبق تلك الحالات في كفالة القرض المصرفي لكون المصرف لايمنح القروض الا وفق تعليمات وضوابط يحافظ فيها على مبالغ القروض وعدم منحها لاشخاص يشوب أهليتهم أحد عوارضها،أما بخصوص الكفالة الالتزام الشرطي والمستقبلي فهي جائزة قانونا[٥]،وهي شائعة عمليا، أذ المصرف يفضل أن يحصل على ضمان للقرض الممنوح قبل منحه للمدين المقترض،ولعدم التكرار ولأسهاب الفقهاء فيها نحيل اليها[٦].

الفقرة الثالثة:السبب: يبدو أن القواعد العامة الخاصة بركن السبب هي التي تطبق على عقد الكفالة؛ لكون لم يوجد نص قانوني خاص بسبب الكفالة، والسبب وفق تلك القواعد هو الباعث الدافع للتعاقد حسب النظرية الحديثة، وبالتالي فأذا كان الاصل في الكفالة التبرع الآ أنه لا

---

(١) د.محمد كامل مرسى، *شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية*، (الإسكندرية: مصر، منشأة المعارف ، ٢٠٠٥)، ص٤٠.

(٢) وهو ما ورد بالمادة (٧٧٦)، مدني مصري والمادة (٢/٢٠١٢)، مدني فرنسي.

(٣) د.حسنى محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، مصدر سابق،ص٢٠٢ وما بعدها.

(٤) عالجت المادتين (٧٧٧)، و(٧٨٢)، مدني مصري حالة كفالة ناقص الاهلية.

(٥) انظر نص المادة (٢/١٠٠٩)، مدني عراقي كذلك المادة (١/٧٧٨)، مدني مصري.

(٦) د.سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٤٦-٤٧.

تكون نية التبرع هي سبب الكفالة وانما سببها هو الباعث الدافع الذي جعل الكفيل الالتزام بالكفالة كأسداء الجميل للمدين أو أعتبارات أدبية وأنسانية التي تحدث بين الاقارب للحصول للمال الذي يحتاجه[١]، ويشترط وفق القواعد العامة بالباعث الدافع أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام والاداب وكذلك أن يكون موجودا وقت الأنشاء[٢]، ومع ذلك هناك أتجاها فقهيا يرى بالكفالة تصرفا مجردا يكون وفقه التزام الكفيل صحيحا لو لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع، واذا كان الواقع التطبيقي قد يأخذ بهذا الأتجاه، لكون المصارف لا تبحث عن سبب ألتزام الكفيل بكفالة مستلم القرض وأنما تتطلب تقديم كفيل يضمن لها استرداد مبالغ القروض، الأ أن هذا التوجه لا ينسجم مع القواعد العامة التي تستلزم لكل التزام أرادي كما أسلفنا سبب مقصود والباعث مشروع موجود وهي لم تستثني الكفالة منها،ضف لذلك التصرف المجرد يجعل الكفالة صحيحة في كل الاحوال بينما تقتضي العدالة ببعض الحالات بطلان الكفالة[٣]، ونحن نرى بأن على المشرع معالجة هذا الامر بشكل صريح اولا لأهمية موضوع الكفالة وثانيا لانهاء الحالات التي تحدث بين الكفيل والمدين من تفاوض وأستغلال حتى يحصل المدين على الكفالة وما يترتب عنه من خلل في الوفاء باللالتزامات المصرفية،لذا ندعوا أن تكون من ضمن شروط الكفيل التي سنناقشها بالفرع القادم مشروعية سبب التزام الكفيل.

I.ب.٢. الفرع الثاني

الشروط الخاصة بالكفيل

قد يستلزم الأمر من المدين تقديم كفيل للحصول على دين معين أيا كان مصدره ومنه القرض الذي يستلمه من المصرف، ويشترط بالكفيل الملتزم بالوفاء شروط معينة أيا كانت الكفالة اتفاقية، قانونية أو قضائية[٤]، وذلك لكي تتحقق الغاية من الكفالة باعتبارها ضمانا شخصيا للدائن، وتلك الشروط تستمد من النص القانوني كما وردبالمادة(٧٧٤) مدني مصري[٥]، وأن كنا لا نجد نصا مماثلا في القانون العراقي الا أن التعليمات والضوابط وخصوصا في المؤسسات المصرفية بالأضافة للواقع العملي يستلزم ذلك، لذا سوف نتناول تلك الشروط الواجب توافرها في الكفيل في النقاط التالية:

اولا: شرط يسار الكفيل: أي الكفيل يكون قادرا على الوفاء بالالتزام المكفول إذا اقتضت الحالة ذلك، وهذا شرط منطقي، لكون الكفيل أذا كان معسرا لن يفيد الدائن بشئ وبالتالي لا قيمة للكفالة، وما يراد باليسار صفة أيجابية متطلبة لا مجرد صفة سلبية يكفي تخلفها،أي لا يكفي أن يعتبر الكفيل موسراً بكونه لم يحكم بشهر إعساره أو أفلاسه، ولكن أن يكون لديه من

(١) د.حسنى محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، مصدر سابق،ص١٥٦.
(٢) د.همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، مصدر سابق،ص١١٤.
(٣) د.حسنى محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، مصدر سابق،ص١٥٩.
(٤) أذ إن الكفيل يلتزم بالكفالة إما وفق مصدر الالتزام بها سواء أكانت كفالة اتفاقية أم قانونية أم قضائية، أو وفقاً لطبيعة هذه الكفالة سواء كانت مدنية أم تجارية ولكل نوع من هذه الانواع أحكام خاصة به وتناولتها الدراسات الفقهية بشكل مفص واليها نحيل.
(٥) بذات الاتجاه المادة (٦٤٦)، جزائري و م(٢٠١٨)، فرنسي و م(٨١٠)، قطري وم (٤٤٧)، كويتي وم(٧٤٤)، بحريني.

الاموال ما يكفي للوفاء بالتزامه[١]، ونجد بالتطبيق العملي قيام المصارف عند منح القروض أستلزامها ما يضمن حماية القرض بيحث تشترط أن يكون الكفيل موظفا ومن فئات معينة، ضف لذلك أخذ تعهد من دائرة الكفيل رغم أنها ليس طرفا في عقد الكفالة تتعهد فيه بأن تستقطع مبلغ القسط الشهري المفروض على الكفيل عند عدم وفاء المدين المقترض للوفاء بمبلغ القرض، مما يدل تطلب يسار الكفيل على الرغم لم يرد نص ضمن المواد الخاصة بكفالة بالقانون العراقي، واليسار كصفة أيجابية هي ذات مضمون نسبي وليس مطلق، ويترك تقديرها للقاضي عند النزاع فيها في ضوء ظروف الكفيل المالية العامة[٢]، والمدين هو الملتزم بتقديم الكفيل لذا يقع عليه عبئ إثبات يساره، ويقاس هذا اليسار بالأموال الكافية التي يملكها الكفيل للوفاء بالدين الذي كفله[٣]،كما يجب أن يتحقق المصرف المقرض من شرط يسار الكفيل وقت حلول أجل الدين، فأن تحقق شرط اليسار وقت انعقاد الكفالة يجعلها تنعقد صحيحة منتجة لأثارها القانونية بجواز تنفيذ الدائن المصرف على أموال الكفيل للوفاء بالدين[٤].

ثانياً- شرط الاقامة: والاقامة المعتادة أي التوطن هي المطلوبة وليس الأقامة العارضة، والموطن هنا يشمل نوعيه العام والخاص وصوره ومنها الموطن المختار لتنفيذاً للكفالة، والحكمة من ذلك تمكن بأستطاعة الدائن الرجوع على الكفيل بأسهل الطرق، وذلك في حالة عدم وفاء المدين بالتزامه[٥]، ولايستلزم بالكفيل الأقامة المعتادة في موطن المدين بل يكفي أن يكونا كلاهما في ذات البلد وهذا ما تبين من النصوص القانونية السابق الاشارة اليها[٦]، بعكس بعكس ما يتطلبه التقنين المدني الفرنسي من أن يكون الكفيل مقيما في بلد المدين[٧]، ونحن نرى وكما أشرنا سابقا من عدم وجود نص قانوني يستلزم تلك الشروط الا أن التطبيق العملي لها يتطلب ذلك، أي أقامة الكفيل في العراق أذ لا يمكن تصور قبول كفيل وهو يسكن خارج العراق فهذا لم يولد الثقة لدى الدائن زد على ذلك المصارف في تعليماتها وضوابطها تشترط عند منحها القروض ما يضمن استرداد تلك الأموال وفي قسم منها اشتراط ان يكون الكفيل موظفا ضمن دوائر الدولة مما يعني ان يكون مقيما بالعراق، لذا ندعو المشرع بمعالجة ذلك النقص ووضع نص خاص بذلك.

ثالثا: شرط الاهلية: يشترط كذلك بالكفيل أن يكون أهلا لأبرام الكفالة، لأنه خلاف ذلك كأن يكون الكفيل ناقص أو عديم الأهلية يجعل الكفالة مهددة بالزوال وهذا لا يحقق الضمان الذي تستهدف الكفالة تحقيقه للدائن[٨]،وقد سبق لنا القول أن من خصائص الكفالة المدنية التبرع، لذا

---

(١) وداد باقي، "الكفالة المدنية في القانون الجزائري والفقه الإسلامي"، (رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة بومرداس، الجزائر، ٢٠٠٩)، ص٥٣.

(٢) د.همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، مصدر سابق، ص٥٢-٥٣.

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري، *التأمينات الشخصية والعينية*، (بيروت: دار أحياء التراث العربي، ١٩٧٠)، ج١٠، ص٣١.

(٤) رحيمة شلغوم، "ضمانات القرض"، (رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٧/٢٠٠٨)، ص١٦.

(٥) د.عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٣٢.

(٦) المشار الى بعض منها بالهامش رقم(٣٧).

(٧) المواد (٢٠١٨)،(٢٠٤٠)،(٢٠٤١) مدني فرنسي.

(٨) د.أحمد عبد الكريم سلامة، *دروس في التأمينات المدنية*، (القاهرة: مكتبة عين شمس، طبعة ١٩٨٧)، ص١٤.

لذا يكون الكفيل متبرعا في الغالب مما يستلزم توافر أهلية التبرع فيه، أما أذا كانت بمقابل وهو ما يحصل أحياناً وجب توافر فيها أهلية أبرام التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، وأذا كان هذا ما يتطلب بأهلية الكفيل وفق القواعد العامة، نجد بالتطبيق العلمي لدى المصارف عند منحها القروض لا تبحث في هذا الشرط لانه كما بينا تستلزم أن يكون الكفيل موظفا، وبالتالي لا يتوقع فيه لا يتمتع بالأهلية المطلوبة.

ويتطلب أن تستمر الشروط أعلاه وبالخصوص شرطي اليسار والأقامة حتى نهاية الكفالة بحيث تخلفها أو أحداها يوجب على المدين تقديم كفيل أخر تتوافر فيه الشروط أعلاه، ونجد لذلك تطبيقا في الواقع العملي بحيث تتطلب المصارف في التعهد الذي تأخذه من دائرة الكفيل يجب عليها في حالة نقل أو أستقالة أو تركه الوظيفة أخبار المصرف بذلك كذلك عدم السماح للموظف الكفيل بأجراء كفالة أخرى كي يحافظ على يساره.

II. المبحث الثاني

آثار عقد الكفالة وأسباب أنقضائها

عقد الكفالة كأي عقد أخر يرتب أثاراً بين طرفية كما قد يرتب آثارا بالنسبة لجميع الأطراف المتصلة به، فأثار الكفالة تظهر متى أنعقدت صحيحة ورجع الدائن (المصرف المقرض) على الكفيل للوفاء بالدين المكفول، كما قد يرجع الكفيل على المدين أو الكفلاء في حالة تعددهم، لذا فأن دراسة أثار الكفالة هي دراسة لتلك العلاقات وعليه سوف نتناولها في المطلب الاول، وبما أن خاصية التبعية من خصائص الكفالة لذا فما يؤثر بالالتزام الاصلي يؤثر بالتزام الكفيل وجودا وعدما مما يعني أنقضاء التزام الكفيل بصفة تبعية، ورغم ذلك قد ينقضي التزام الكفيل بصفة أصلية، لذا سنتناول اسباب الانقضاء في المطلب الثاني.

II.أ. المطلب الاول

آثار عقد الكفالة

تتحدد آثار تنفيذ الكفالة لدى رجوع الدائن على الكفيل عندما يطالبه بالوفاء بالدين المكفول كمبلغ القرض مثلاً، بالأضافة للآثار التي تظهر عن واقعة الوفاء تلك سواء في العلاقة بين الكفيل والمدين الأصلي أو العلاقة بين والكفلاء أذا تعددوا، لذا سوف نتناول أثار الكفالة بأستعراض تلك العلاقات، فنتناول العلاقة بين الدائن و الكفيل بالفرع الاول، ويكون الفرع الثاني للعلاقة بين الكفيل والمدين أو الكفلاء نفسهم.

II.أ.١. الفرع الاول

العلاقة بين الدائن و الكفيل

بينا سابقا بأن للدائن الحق في أن يطالب الكفيل بالوفاء بالدين المكفول، ولكن ذلك يتطلب توافر عدة شروط حتى يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل ويطالبه بالوفاء، ومع ذلك قد يدفع الكفيل دعوى الدائن بما تتوفر له من دفوع معينة، وسنتناول ذلك من خلال النقاط الاتية:

الفقرة لأولى: شروط رجوع الدائن على الكفيل: تحكم مطالبة الدائن للكفيل للوفاء بالدين المكفول شروطاً ثلاثه:

(أ) حصول الدائن على حكم ضد الكفيل: يتطلب ذلك الشرط عندما لم يكن للدائن سند تنفيذي ضد الكفيل، أذ يكفي أن يكون لديه سند تنفيذي ضد المدين، بحيث أذا كانت المديونية ثابتة

بسند رسمي كأن تكون الكفالة ورقة رسمية تصلح للتنفيذ عليها فهنا لا يحتاج للحصول على حكم للتنفيذ، بينما أذا لم تكن المديونية ثابتة على النحو السابق، وجب على الدائن حصوله على سند تنفيذي نهائي ضد الكفيل يلزمه بالوفاء وذلك عن طرق رفعه الدعوى قضائية[١]،ويستلزم أن يتضمن قرار الحكم ليس فقط ألزام الكفيل بالوفاء وأنما يتضمن كذلك بيان المركز القانوني للكفيل حين الوفاء كمدين أصلي أو ككفيل لأختلاف الأثر القانوني بينهما[٢]،ونحن نرى بأن شرط الحصول على حكم ضد الكفيل وأن كان يتحقق بكفالة الديون العادية بين المواطنين، الأ أنه يمكن غير ضروري في القروض المصرفية،أذ نجد المصارف وكما بينا سابقا تستلزم بالكفيل خصوصا في القروض المصرفية كفيل موظف في دوائر الدولة وأخذ تعهد من دائرته بأستقطاع مبلغ القرض من راتب الكفيل وحسب ما يدرج بذلك التعهد، ممااندعو المشرع معالجة تلك الحالة قانونا.

(ب) حلول أجل الدين المكفول: وفقا للقواعد العامة لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل بالدين المكفول الأ بعد حلول أجله، وبالتالي لا يمكن للمصرف المقرض مطالبة الكفيل بالدين الذي كفله والناشئ عن قرض مصرفي إلا بعد حلول اجل الدين كما هو محدد في عقد الكفالة ولو كان دين المدين قد حل أجله،أضف لذلك يجب أن لا يكون الاجل الممنوح للكفيل أقرب من الاجل الممنوح للمدين وإن أجاز أن يكون أطول منه، وما هذا الا تطبيقا لفكرة الا يكون التزام الكفيل أشد عبئا من التزام المدين وان جاز أن يكون أقل منه[٣]، أما في حالة عدم تحديد أجل التزام الكفيل في عقد الكفالة فيكون الأجل باستحقاق دين المدين ولا يمكن مطالبته قبل هذا الأجل، بحيث أي تغيير في اجل وفاء الدين الممنوح للمدين يستفيد منه الكفيل ولا يضار به، فمثلا لو حصل المدين على مهلة للوفاء بأمر من القاضي أو من قبل المصرف المقرض فالكفيل يستفيد منه، ولا يمكن للمصرف المقرض مطالبته قبل حلول اجل الدين الجديد، ومع ذلك يسمح للكفيل التمسك بأجل الدين الأصلي ويفي بالدين، لأنه قد يخشى الكفيل عند تأجيل الدين أن يصبح المدين معسرا، وأن من مصلحته الوفاء بالدين في بالأجل الأصلي ليرجع على المدين بما وفاه قبل إعساره[٤]، وقد عالج المشرع ذلك الشرط بالفقرة الاولى من المادة(١٠٢٠) مدني عراقي[٥]،إما بخصوص أثر سقوط الأجل الممنوح للمدين أو تنازله عنه على موقف الكفيل، ظهر خلافا بالفقه القانوني حوله، فرأى ذهب نحو تساوي مركزيهما بحكم رابطة التبعية بين مركزيهما، لذا يكون سقوط الاجل الممنوح للمدين يستتبعه سقوط اجل الكفيل، ضف لذلك مقتضى عقد الكفالة هو ضمان حق المصرف المقرض ضد إعسار المدين

(١) د.عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٩٢.

(٢) وهذا ما جاء بقرار محكمة تمييز دبي في ١٩٩٤/١/٢٩بالطعن رقم ٢٤٤لسنة ١٩٩٣ أذ تضمن(الحكم بإلزام شخص بالدين دون بيان مركزه كمدين أصلي أوكفيل يعد قصوراً ، وذلك لاختلاف الآثر القانوني المترتب على أيمن الوضعين) نقلا عن د.حسنى محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، مصدر سابق، ص٢٣٠ هامش رقم(٥١٢).

(٣) د.توفيق حسن فرج، *التأمينات الشخصية والعينية*، (مصر: المكتب العربي للطباعة والنشر، ١٩٨٦)، فقرة٤٧، ص٤٤.

(٤) د.سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٥٨-٥٩.

(٥) أذ تنص (للدائن حق مطالبة الكفيل بالدين المكفول به ويطالبه حالاً اذا كان الدين معجلاً في حق الاصيل الاصيل والكفيل، فان كان مؤجلاً ولو في حق احدهما طولب الكفيل عند حلول الاجل).

أو إفلاسه، بينما أتجاه أخر رأى سقوط الاجل الممنوح للمدين لا يترتب معه سقوط الاجل الممنوح للكفيل، لان الإعسار الذي يضمنه الكفيل هو إعسار المدين وقت حلول اجل الدين المتفق عليه، ولان المدين بعد الكفالة لا يستطيع أن يسوئ مركز الكفيل[١]، وعند أسقاط تلك الاحكام على كفالة القرض المصرفي نجد قد تنطبق جميعها عليه كون أن المصارف تحدد أجال محددة لتسديد القروض وبعدها ترجع على الكفيل أذا لم يسدد المقترض وأنها الزمة كفيل وفق الاجراءات التي سبق ذكرها التي لا يمكن معها عدم قيامه بالوفاء.

(ج) سبق مطالبة الدائن للمدين أولا: تظهر المعالجة التشريعية لهذا الشرط في نص المادة(١٠٢١)مدني عراقي وكذلك المادة(١/٧٨٨)مدني مصري[٢]، بحيث تبين تلك المادة على أن الدائن(المصرف المقرض) الا يرجع على الكفيل قبل الرجوع على المدين، لان الكفيل في عقد الكفالة يلتزم بضمان دين لا مصلحة له فيه، لذا فالعدالة تتطلب الإ يطالبه الدائن أولا، وهذا في مجال الكفالة البسيطة أي عدم تضامن الكفيل مع المدين - بينما بالكفالة القضائية والقانونية يكون فيها التضامن وكفالة القرض مصرفي منها-، وبالتالي يمكن للكفيل التمسك بهذا الدفع في أي حالة تكون عليها الدعوى عندما ترفع عليه للوفاء بالدين[٣]، ولكن ما يطرح هنا متى لا يمكن للكفيل التمسك بذلك الدفع، والاجابة تكون عندما يتنازل الكفيل عنه وعندما التضامن بين الكفيل والمدين كما بالكفالة القضائية والقانونية وأيضا عدم وجود جدوى من رجوعه اولا كأن يكون المدين معسرا[٤]، وعند أسقاط تلك الاحكام على كفالة القرض المصرفي بالواقع العملي نجد أن المصارف قد لا تطبقها، لكونها ترجع على الكفيل مجرد عدم تسديد المدين لمبلغ القرض المصرفي لما تأخذه من دائرة الكفيل كموظف من تعهد تلتزم به بارسال مبلغ اقساط القرض لمجرد عدم تسديده من قبل المدين ودون الحاجة مراجعة المحاكم او دائرة التنفيذ.

الفقرة الثانية: دفوع الكفيل بمواجهة الدائن: لما كانت خاصية التبرع من طبيعة الكفالة فالكفيل في الاصل يؤدي خدمة مجانية لصالح المدين أو الدائن وهذا الأمر يستوجب أن يكون الكفيل جدير برعاية خاصة، لذلك قررت النصوص التشريعية للكفيل دفوع متنوعة يستطيع معها أن يتمسك بها عند مطالبة الدائن له بالوفاء وهي:

(أ)- الدفع بالتجريد: هو حق للكفيل متى توافرت شروط معينة في مطالبة الدائن المقرض بأن لا يبدأ بأجراءات التنفيذ للحصول على المبلغ المكفول من أموال الكفيل قبل أن ينفذ على أموال المدين المقترض[٥]، وبالتالي يعد هذا نتيجة طبيعية لخاصية التبعية التي تتسم بها الكفالة وتتفق وتتفق مع النية المشتركة للمتعاقدين، وأشارت المادة (٢/١٠٢١) مدني عراقي وكذلك المادة(٢/٧٧٨) مدني مصري لهذا الحق[٦]، وتقرير ذلك الدفع يعود لاعتبارات العدالة بتحقق

(١) د.محمد كامل مرسى، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق،٢٠٠٥، ص٤٥.
(٢) يقابل هذا النص في التقنينان المدنية العربية الاخرى وأن كانت في بعضها أوضح من النص العراقي ومنها المادة(١/٦٦٠)، جزائري والمادة(١/٧٥٤)، سوري وغيرها، بينما لا مقابل له في القانون الفرنسي.
(٣) د.سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٦٠.
(٤) د. رمضان أبو السعود، *التأمينات الشخصية والعينية*، (الإسكندرية، مصر: منشأة المعارف ، ١٩٩٥)، ص١٢٥.
(٥) د.منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة، ٢٠٠١، فقرة ٤٤، ص٨٢-٨٣.
(٦) تقابلها المادة(٢/٦٦٠)، جزائري، (٧٥٧)، بحريني و(٨٢٥ و٨٢٥)، قطري،(٢٠٢١)، فرنسي.

مصلحة الكفيل دون الأضرار بمصلحة الدائن،أذ أن الأخير يهدف للحصول على حقه سواء نفذ على الكفيل أو المدين، ضف لذلك ما يؤديه من الاقتصاد في الأجراءات والنفقات التي سوف يتحملها الكفيل لو لم يتمسك بذلك الدفع[١]، وأن هذا الدفع يثبت للكفيل الشخصي أن لم يكن قد تضامن مع المدين بالوفاء أو تنازل عنه ولا يثبت للكفيل العيني، وبذلك يكون للكفيل أن يتمسك بذلك الدفع سواء كان المدين المكفول منفردا أو متعددا، الا أنه لا يمكن في حالة تضامن عدة كفلاء أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع أتجاه الكفلاء الاخرين لان أحدهم ليس كفيلا للاخر[٢]، وبالتالي تكون شروط تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد هي تمسك الكفيل بالدفع وعدم تضامنه مع المدين أو نزوله عنه مع أرشاد الدائن عن أموال المدين على أن تكون تلك الاموال كافية للوفاء بالدين المقترض وبينت ذلك المادة (١٠٢٢)[٣]مدني عراقي وكذلك المادة(٧٧٩) مدني مصري، مع العرض المشرع الفرنسي لم يشترط أن تكون الاموال التي يرشد اليها الكفيل كافية وهو ما بينة المادة (٢٠٢٣)مدني فرنسي، وبتحقق تلك الشروط والاحكام المتقدم ذكرها وقبلت المحكمة ذلك الدفع ترتبت آثاره التي منها تكون مباشرة بمنع التنفيذ على أموال الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله أو أيقاف الأجراءات التنفيذية أن بدأت والتي عالجها المشرع العراقي بالمادة(٢/١٠٢١)، أو أثار غير مباشرة هي مسوؤلية الدائن أذا لم يتخذ الاجراءات التنفيذية بالوقت المناسب ضد المدين وأدى ذلك الى أعساره، وكذلك براءة ذمة الكفيل بالقدر الذي حصل من حقه الدائن عندما يتخذ الاجراءات التنفيذية بالوقت المناسب والتي لم يعالجها المشرع العراقي وانما عالجتها تشريعات أخرى مثل المشرع المصري بالمادة(٧٩٠) مدني مصري[٤]، ويعد هذا نقصا تشريعا في القانون العراقي يجب معالجته فمن فمن العدالة أن لا يتحمل الكفيل مسوؤلية الاجراءات التي لم يتخذها الدائن كما أن التزام الكفيل تابع ويدور مع الالتزام الاصلي وجودا وعدما، وبالتالي براءة ذمة المدين لابد من براءة ذمة الكفيل، وعند اسقاط تلك الاحكام على كفالة القرض المصرفي نجد المشرع لا يخص تلك الكفالة بأحكام خاصة وأنما ذات الاحكام العامة تطبق عليها، ولكن بالواقع العملي لا تطبيق لتلك الاحكام على كفالة القرض المصرفي، لكون أن المصارف وكما بينا سابقا ومن خلال التعهد الذي تأخذه من دائرة الكفيل الموظف بألزامها بأستقطاع مبلغ القرض من راتبه دون أن تجرد المدين المقترض من أمواله أولا، لما قد يوفره ذلك الاجراء من ضمانة أكثر في حماية القرض واستيفائه دون الجوء للاجراءات القضائية التي قد تستغرق وقتاً أطول، ومما يجعل المقترض عدم الاعتراض على تلك الاجراءات ومطالبة بتطبيق القواعد العامة بالكفالة إما لجهله بها أو تعسف المصارف بعدم منح القروض دون الالتزام بهذه الاجراءت لذ ندعو لمعالجة تشريعية لها لمنع التعسف ومنح القرض بما يؤمن ضمانة أستيفائها.

(ب)- الدفع بالتقسيم: وهو بمعنى تقسيم وفاء الدين بين الكفلاء وبقوة القانون عند تعددهم لكفالة دين واحد وبعقد واحد وغير متضامنين فيما بينهم، وبموجبه لا يحق للدائن المقرض أن يطالب أي من الكفلاء إلا بقدر نصيبه مما كفل من الدين، وقد عالج المشرع العراقي

(١) د.عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص١١٤.
(٢) وداد باقي، الكفالة المدنية في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص١٠٩.
(٣) تقابلها المادة(٦٦١)، جزائري.
(٤) تقابلها المادة(٧٥٦)، سوري والمادة(٧٩٩)، ليبي والمادة(٢/٦٦٠)، جزائري.

بالمادة(١٠٢٤) قانون مدني وكذلك المصري بالمادة(٧٩٢) مدني مصري هذا الدفع[١]، وبالتالي لكي تقضي المحكمة بذلك الدفع تلقائيا أو بناءً على تمسك الكفيل به يستلزم تحقق شروطه ومنها أن يتعدد الكفلاء وأن يكون الكفلاءالمتعددين كفلوا ديناً واحدا ومديناً واحداً وأن يكون التزامهم بعقد واحد وأن لا يكونوا متضامنين فيما بينهم، أضف لذلك الكفيل لم يتنازل عن حقه بالتقسيم، ومن ثم يخرج من نطاق هذا الدفع تقسيم الدين بين المدين والكفيل الواحد أو الكفيل وكفيله وكذلك حالة تعدد المدينون لدين واحد ولو كانوا متضامنين وكفل كل واحد منهم كفيل واحد بالأضافة لتعدد الكفلاء بعقود متتالية[٢]، ومن ثم بتوافر تلك الشروط تترتب أثاره من حيث أنه دفع يقع بقوة القانون وأن لم يتمسك به الكفيل وفيه لا يمكن للدائن أن يطالب الكفيل أكثر من حصته التي كفلها بالدين مع العرض أن للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع في أي مرحلة وصلت اليها الدعوى، ضف لذلك أعسار أحد الكفلاء يتحمله الدائن المقرض، وعند أسقاط تلك الشروط على كفالة القرض المصرفي نجدها تطبق ذاتها عليها ولا تختلف المصارف فيها بالواقع التطبيقي.

(ج)-دفوع أخرى يتمسك بها الكفيل: بالأضافة للدفوع السابقة فأن دفوع أخرى للكفيل التمسك بها لمواجهة الدائن المقرض والتي تتمثل:

أولاً- الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي: تستخلص تلك الدفوع من خاصية التبعية التي يتمتع بها عقد الكفالة، ووفقا لهذا يتمكن الكفيل التمسك بالدفوع التي يتمسك بها المدين عند رجوع الدائن المقرض عليه والمتعلقة بالالتزام الاصلي، وتناولت التشريعات المقارنة ذلك بوضوح في حين لا يوجد نص مقابل لها في القانون العراقي أذ نجد القانون المصري تناولها بالمادة(١/٧٨٢) مدني مصري[٣]، وبذلك يتمسك الكفيل ببطلان الالتزام الاصلي المفكول بطلاناً مطلقاً أو نسبياً وكذلك أنقضاءه بشكل نهائي، ولعدم التكرار ولتفصيل ذلك نحيل الأمر للقواعد العامة وذلك لأسهاب الفقه في بيان شرح البطلان المطلق و البطلان النسبي الذي تناوله المشرع المصري ولم يتناوله المشرع العراقي للالتزام وأسباب أنقضاءه[٤]، كما أن تضامن الكفيل مع المدين لا يمنعه من التمسك بالدفوع المتعلقة بالالتزام الاصلي وهذا الحكم لم

---

(١) تقابلها المادة(٧٥٨)، سوري والمادة (٨٠١)، ليبي والمادة(٦٦٤)، جزائري، بينما المادة (٢٠٢٥)، مدني فرنسي خالفت القاعدة أعلاه وأعتبرت إلتزام عدة أشخاص ككفلاء لمدين واحد بدين واحد فإن كل منهم يكون ملزماً بجميع الدين، في حين المادة(٢٠٢٦)، منه تشير لحق كل كفيل بالتمسك بتقسيم الدين على أن لا يكون قد تنازل عنه أذا طالبه الدائن بكل الدين، ويعد هذا أستثناء من القاعدة الاصل بعدم تقسيم الدين التي تشير اليها المادة(٢٠٢٥)، اعلاه وبالتالي لا تعارض بينهم.

(٢) محمد علي عبده، *عقد الكفالة (دراسة مقارنة)*،المؤسسة الحديثة للكتاب، (لبنان: منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٥)،ص١٣٧-١٣٨.

(٣) أذ نصت المادة(١/٧٨٢)، مدني مصري(يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين،وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين) وتقابها المادة(٧٤٨)، سوري والمادة(٧٩١)، ليبي والمادة(٦٥٤)، جزائري.

(٤) وأسباب البطلان المطلق هي التي تشوب أنعقاد العقد المنشئ للالتزام الاصلي أي القرض المصرفي والمتعلقة بأركان العقد كرضا والمحل والسبب والشكل أذا كان مطلوب، وأسباب أنقضاء الالتزام وهي طرق أنقضاء الالتزام بصورة عامة بالوفاء أو بما يعادل الوفاء أو دون أن يوفى به والتي تناولها المشرع العراقي بالمواد(٣٧٤ الى ٤٤٣) ولمزيد في بيانها أنظر د. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق،ص١٣٥ كذلك د.منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص٨٧.

يتناوله القانون العراقي كما تناولته أن التشريعات المقارنة[١]، كذلك لا يحرم الكفيل من التمسك بتلك الدفوع تنازل المدين عنها كما لو لم يتمسك المدين بحقه بالتقادم، كما يحق للكفيل التدخل بالدعوى بين الدائن والمدين أو الكفيل يرفعها أبتداءً ليتمسك بالدفوع الخاصة بالالتزام الاصلي التي قد لايتمسك بها المدين، أذ تنازل المدين لا يصح أن يضر به الكفيل[٢]،وتمسك الكفيل بتلك الدفوع يتم بأسمه وليس بأسم المدين لأنه هو صاحب المصلحة الشخصية في ذلك،أذ أن أنقضاء الالتزام الاصلي أو بطلانه يترتب عليه أنقضاء التزام الكفيل الذي يدور وجوداً وعدماً تبعا للالتزام الاصلي، ضف لذلك تمسكه بالدفع لغرض براءته وليس براءة المدين[٣].

ثانيا: الدفوع الخاصة بمركز الكفيل: وهي دفوع يستمدها الكفيل من مركزه ككفيل وتستند الى تقصير الدائن المقرض وهي تمسك الكفيل ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات وتناولتها المادة(١٠٢٧) مدني عراقي والمادة(٧٨٤) مدني مصري[٤]، وتمسك الكفيل ببراءة ذمته لعدم اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ ضد المدين وإنذار الكفيل له ونصت عليه المادة(٢/١٠٣٦) مدني عراقي والمادة(٧٨٥) مدني مصري[٥]، وتمسك الكفيل ببراءة ذمته لعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين وهذا بينته المادة(١٢٠٨) مدني عراقي وكذلك المادة(٧٨٦) مدني مصري[٦]، ولكون تلك الدفوع من أسباب أنقضاء الكفالة بصفة أصلية ولعدم التكرار لذا لذا سنرجئ بيانها في المطلب الثاني والخاص بأسباب أنقضاء الكفالة.

II.أ.٢. الفرع الثاني

العلاقة بين الكفيل و المدين

قد لا يوفق الكفيل بتمسكه بالدفوع السابق بيانها من رد مطالبته من قبل الدائن المقرض للوفاء بالقرض، أذ ذلك الوفاء من موجبات الكفالة وعند وفاءه يكون بحكم من وفى بدين غيره، فيكون طبيعيا أن يضمن القانون للكفيل حقه بالرجوع على المدين لما وفى عنه، لهذا منح المشرع للكفيل وسيلتين للرجوع على المدين هما الدعوى الشخصية ويطلق عليها (دعوى الكفالة) ودعوى الحلول وسوف نتناولهما بالتعاقب.

أولا: دعوى الكفالة: وهي دعوى يمنحها القانون للكفيل لرفعها ضد المدين أذا لم يفي ما عليه من دين وقام الكفيل بالوفاء به، واشارت المادة(١/١٠٣٣) مدني عراقي لهذا فنصت(أذا ادى الكفيل ما كفل به من ماله، فله الرجوع بما ادى على المدين)، اما المشرع المصري بين ذلك بالمادة(٨٠٠) مدني مصري[٧]، والكفيل لا يفي بما كفل من دين الأ إذا كان متضامناً مع

---

(١) أذ نصت المادة(٧٩٤)، مدني مصري(يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين) وتقابها المادة(٧٦٠)، سوري والمادة(٨٠٣)، ليبي والمادة(٦٦٦)، جزائري.

(٢) د.حسنى محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، مصدر سابق،ص٢٥٣.

(٣) د.توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، فقرة٥١،ص٥٠ كذلك د. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق،ص١٣٥.

(٤) تقابلها المادة (٧٥٠)، سوري والمادة (٧٩٣)، ليبي والمادة (٦٥٦)، جزائري.

(٥) تقابلها المادة (٧٥١)، سوري والمادة (٧٩٤)، ليبي والمادة (٦٥٧)، جزائري.

(٦) تقابلها المادة(٧٥٢)، سوري والمادة (٧٩٥)، ليبي والمادة (٦٥٨)، جزائري.

(٧) تقابلها المادة (٧٦٦)، سوري والمادة (٨٠٩)، ليبي والمادة (٦٧٢)، جزائري.

المدين أو لم يدفع بالتجريد أو دفع به وفشل، ولكي يتمكن الكفيل الرجوع على المدين بتلك الدعوى يستلزم توافر شروط معينة أولها وفاء الكفيل دين المدين المكفول عند حلول أجله، وهذا الوفاء سواء تم نقداً أو ما يقوم مقامه يستلزم تحقيق براءة ذمة المدين، بينما أذا لم يحقق تلك البراءة كما لو انقضى التزام الكفيل استقلالا عن الالتزام الأصلي بالإبراء أو التقادم فلا رجوع للكفيل على المدين[١]، ولا يشترط الوفاء الكلي من قبل الكفيل ولكن يكفي الوفاء الجزئي أذا قبله الدائن، وهو ما يعطي الكفيل حق الرجوع على المدين بما وفى به، وبذات الوقت يمكن للدائن الرجوع على المدين بما لم يستوفيه، وسوف تطبق فيما بينهم قسمة الغرماء إلا إذا كان للدائن ضمان خاص لأستيفاء دينه[٢]، كما ويجب على الكفيل الوفاء عند حلول أجل الدين، وأن كان قد وفي قبله فلا يحق له الرجوع على المدين الأ بالأجل المحدد على شرط أن لا ينقضي الدين بأحد أسباب الأنقضاء قبل حلول الأجل، أما أذا نزل المدين عن الأجل المحدد للوفاء جاز للكفيل التمسك بهذا النزول والقيام بالوفاء فوراً، ومن ثم الرجوع على المدين بدعوى الكفالة ومع ذلك أذا أمتد الأجل المحدد للوفاء باتفاق الدائن والمدين أو بقرار قضائى، فحق للكفيل الوفاء على أن يرجع على المدين بتاريخ الأجل الاصلي لا الأجل الجديد أذ العبرة بالوفاء بالأجل الأصلي للدين[٣]. وثانيهما أن لا يكون المدين معارض للكفالة، للكفالة، وأن أخطر المدين قبل الوفاء.

ثانيا: دعوى الحلول: وهي الوسيلة الثانية التي أعطاها المشرع للكفيل ليرجع بها على المدين، ونصت المادة (٢/١٠٣٣) مدني عراقي عليها(ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق، سواء كانت الكفالة بأمر المدين او بغير امره)، وتناولها المشرع المصري بالمادة(٧٩٩) مدني مصري[٤]،وما ذلك الا تطبيقا للقواعد العامة في الحلول القانوني[٥]،المنصوص عليها بالمادة(٣٧٩)م.ع،وبالتالي يستلزم كما في دعوى الكفالة توافر شروط ليتمكن الكفيل من الرجوع على المدين بدعوى الحلول وهما أن يقوم الكفيل بوفاء الدين كاملاً عند حلول أجله ولا يشترط فيه أخطار المدين عند الوفاء، ومن ثم توافر تلك الشروط يمكن لأي كفيل قام بوفاء الدين الرجوع بدعوى الحلول سواء تمت الكفالة بعلم المدين أو بغير علمه أو رغم معارضته، بعكس الدعوى الشخصية التي لا تثبت الأ للكفلاء الذين تمت الكفالة بعلم المدين ودون معارضته أو بغير علم المدين على شرط ان لا تكون لصالح الدائن فقط[٦]، فقط[٦]،

II.ب. المطلب الثاني

أنقضاء الكفالة

يبقى التزام الكفيل أتجاه الدائن المقرض قائما لغاية انقضائه، لينتهي معه وجوده القانوني وتزول الكفالة تبعا له، وعليه يستلزم بالتزام الكفيل نهاية يترتب عليها براءة ذمته وأن

(١) د.عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص١٦٧ كذا د. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق،ص١٩٤.
(٢) د.منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص٩٨.
(٣) وداد باقي، الكفالة المدنية في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص١٤٩.
(٤) تقابلها المادة(٧٦٥)، سوري والمادة (٨٠٨)، ليبي والمادة (٦٧١)، جزائري.
(٥) د. عبدالرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص١٨١& د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص٢٠٠.
(٦) د.حسنى محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، مصدر سابق، ص٣٧٥.

كانت الكفالة مطلقة،وبراءة ذمته تحصل بأنقضاء كفالته، وهذا الأنقضاء يتم بطريقتين أحدهما تبعي والأخر أصلي، وسوف نتناولها من خلال فرعين.

II.ب.١. الفرع الاول

انقضاء الكفالة بصفة تبعية

بديهيا أن ينقضي التزام الكفيل تبعا لأنقضاء التزام المدين، أذ هو التزام تابع لالتزام المدين في وجوده وفي صحته وانقضائه والتابع يتبع المتبوع، والالتزام الاصلي وفق القواعد العامة ينقضي بالأسباب الواردة بالقانون والتي تناولها المشرع العراقي بالمواد(٣٧٥ الى ٤٤٣) والمتمثلة بالوفاء وبما يعادل الوفاء ودون أن يوفى به ولاسهاب الفقة في بيان تفصيلاتها ولعدم تكرارها نحيل لذلك اليها، وعند أسقاط أحكام تلك الاسباب على أنقضاء الكفالة المدنية الضامنة للقرض المصرفي نجدها لا تختلف فيها، ونستخلص ذلك من النصوص القانونية الخاصة بالكفالة ومنها المادة(١٠٢٩) مدني عراقي وتنص(اذا قبل الدائن ان يستوفي من المدين في مقابل الدين شيئاً آخر برئت ذمة الكفيل، حتى لو استحق هذا الشيء الا اذا كان الدائن قد احتفظ بالحق في الرجوع على الكفيل في هذه الحالة)، وكذلك المشرع المصري بالمادة(٧٨٣) مدني مصري[١]، وبالتالي بتلك الحالات ينقضي التزام الكفيل بالتبعية لأنقضاء الالتزام المدين وتنتهي الكفالة.

II.ب.٢. الفرع الثاني

انقضاء الكفالة بصفة أصلية

الكفالة عقد مستقل عن عقد الالتزام الاصلي المكفول له مقوماته الخاصة وشرائط صحته ووجوده، وهذا يترتب عليه أنقضاء التزام الكفيل بصفة أصلية دون انقضاء الالتزام الأصلي،مما يجعله ينقضي بأي سبب من أسباب الانقضاء العامة للالتزامات بالاضافة لما يختص به من أسباب خاصة، لذا سنتناولها بالفقرتين التاليتين:

الفقرة الاولى: الأسباب العامة لأنقضاء الكفالة بصفة أصلية: تعني تلك الأسباب بأن الكفالة تنقضي بجميع الأسباب التي تنقضي بها الالتزامات عموما، ونجد المادة(٢٠٣٤) مدني فرنسي تؤكد هذا المعنى بنصها(الالتزام الناتج عن الكفالة ينقضي بنفس الأسباب التي تنقضي بها الالتزامات الأخرى)، والأمر لا يختلف في القانون العراقي وأن لم يوجد نص مماثل للنص الفرنسي، لأن حكمه ما هو الأ تأكيد للقواعد العامة الواردة في القانون المدني تحت عنوان أنقضاء الالتزام والمشار اليها[٢]، وسبق لنا القول اسهاب الفقة في بيان تفصيلات تلك الاسباب عند تناولها بموضوع الانقضاء التبعي مع أختلاف أن الكفيل بالانقضاء الأصلي هو من يقوم بالوفاء بعكس بالأنقضاء التبعي المدين يقوم بالوفاء، ولعدم التكرار فيها نحيل في بيانها للشروحات الفقهية، ما عدا الأنقضاء بالأبراء والتقادم لوجود خصوصية بأحكامها،أذ أبرأ الدائن للكفيل تبرء ذمته وتنقضي الكفالة دون أنقضاء الدين المكفول بعكس أبراء الدائن للمدين تبرء ذمته وذمة الكفيل وينقضي الدين والكفالة بالتبعية، إما الأبراء لأحد الكفلاء في حالة تعددهم لا يؤدي الى أبراء الاخرين، وبالتالي تبقى الكفالة بحقهم ويمكن مطالبتهم كل بقدر

(١) تقابلها المادة (٧٤٩)، سوري والمادة (٧٩٢)، ليبي والمادة (٦٥٥)، جزائري.
(٢) تناولها المشرع العراقي بالمواد (٣٧٥ الى ٤٤٣)، والمتمثلة بالوفاء وبما يعادل الوفاء ودون أن يوفى به.

حصته أذا كانوا غير متضامنين أو مطالبة أي منهم بكل الدين عند تضامنهم[١]، ونجد بالواقع العملي المصارف لا تبرأ الكفيل في حين وارد أبراء المدين أذ رأينا مرأت عدة أسقطت الحكومة السلف والقروض المستلمة من المصارف الحكومية وأبراء ذمة مستلميها لاسباب يرجع في تقديرها للحكومة، أما فيما يتعلق بالتقادم قد يتصور فيه عدم أنقضاء الكفالة بصفة أصلية على أعتبار أن التقادم يسري بذات الوقت على التزام المدين الاصلي والتزام الكفيل ومن ثم ينقضي الالتزامان بوقت واحد، في حين وطبقاً للقواعد العامة للتقادم في القانون المدني قد يرى العكس وينقضي التزام الكفيل بالتقادم بصفة أصلية مع بقاء الالتزام المكفول قائما كما لو أنقطع التقادم للالتزام المكفول دون أن ينقطع لالتزام الكفيل، وقد بين المشرع العراقي ذلك بالمادة(٣٢٩) [٢]،أذ يقرر فيها بخصوص المدنيين المتضامنين وتم أتخاذ أجراءات من شأنها تقطع التقادم لبعضهم فهذا لايسري بالنسبة للبعض الاخر، في حين عالجها المشرع المصري بالمادة(٢٩٢) مدني مصري، ولو أسقطنا ذلك الحكم على الكفالة فمن الاولى أن يطبق عليها مما يمكن القول معه بأن التزام الكفيل ينقضي بالتقادم مع بقاء التزام المدين الاصلي[٣]، بينما الامر يختلف في التقنين الفرنسي أذ ينص صراحة بالمادة(٢٢٥٠) مدني فرنسي على أن قطع التقادم بالنسبة للمدين يقطع التقادم بالنسبة للكفيل.

الفقرة الثانية: الأسباب الخاصة لأنقضاء الكفالة بصفة أصلية: تعد تلك الاسباب عبارة عن دفوع قررها المشرع للكفيل يمكنه بها التمسك ببراءة ذمته بقدر ما قصر به الدائن بما فرض عليه من واجبات، لكون ما تقدمه الكفالة من ضمان للدائن ذلك لا يعفيه من بذل عناية الرجل المعتاد في أستيفاء حقه، وتلك الاسباب هي:

أولا: أضاعة الدائن بتقصيره التأمينات الضامنة للوفاء للالتزام المكفول: أذ أن الكفيل عندما يقوم بالوفاء للدائن سيحل محله بمطالبة المدين فيما وفاه، وقد يكون الدين المكفول مضموناً بتأمينات وضياع تلك التأمينات بخطأ الدائن يسبب ضرر للكفيل بأضاعة فرصة الكفيل بأستيفاء حقه عند رجوعه على المدين، ولابد أن يكون جزاء ذلك الخطأ برأءة ذمة الكفيل بما أضاع من التأمينات الضامنة[٤]، وبذلك جاءت المادة(١٠٢٧) مدني عراقي فنصت(١-على الدائن ان يحافظ على ما للدين من ضمانات، مراعياً في ذلك مصلحة الكفيل وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطاه من هذه الضمانات. ٢- ويقصد بالضمانات، كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون) ، وبات الاتجاه جاءت المادة(٧٨٤) مدني مصري[٥]، فمن خلال هذا النص نلاحظ أن الضمانات التي يجب أن يحافظ عليها الدائن المقرض هي كل التأمينات المخصصة لضمان الدين ولو تقررت بعد الكفالة وأيا كان مصدرها القانون أو الأتفاق، كما وحدد شروطاً ليتمسك الكفيل بها لتترتب

(١) د.نبيل ابراهيم سعد، *التأمينات العينية و الشخصية*، (الأسكندرية، مصر: منشأة المعارف، ٢٠٠٠)، ص١٥٢.

(٢) أذ تنص(١-اذا كانت دعوى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يجوز سماعها بسبب التقادم استفاد من ذلك باقي المدينين بقدر حصة المدين الذي لا يجوز سماع الدعوى ضده.٢-واذا انقطعت مدة التقادم او وقف سريانه بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن ان يتمسك بذلك قبل باقي المدينين).

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص١٦٧.

(٤) د.محمد كامل مرسى، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٨٣-٨٤.

(٥) تقابلها المادة(٧٥٠)، سوري والمادة(٧٩٣)، ليبي والمادة (٦٥٦)، جزائري.

آثارها بابراء ذمته، فالشروط أن يكون الدين مضموناً بتأمين خاص أيا كان نوعه أو مصدره ومملوكا للمدين أو للغير يضيعه الدائن ويكون ذلك قبل أنتهاء الكفالة وبراءة الكفيل وبالتالي يستبعد من تطبيق هذا الشرط ما قد يترتب من عمل الدائن من أضعاف الضمان العام، كما يستلزم أضاعة تلك التأمينات بخطأ الدائن ويعتبر مخطئا متى خرج في سلوكه عن سلوك الشخص المعتاد، ومن ثم يجب عليه أن يبذل في العناية على التأمين الخاص عناية ما يبذله الرجل المعتاد، ويقع على الكفيل إثبات أن ضياع التأمين الخاص كان بخطأ الدائن[١]، وعلى الكفيل أيضا أن يثبت أنه قد أصابه ضرر نتيجة أضاعة التأمين الخاص بخطأ الدائن، وأن يكون ضرراً محققاً وليس مجرد ضرر أحتمالي، ويجب على الكفيل حتى ينهي الكفالة ويطالب ببراءة ذمتة عليه أن يتمسك بأن الدائن قد إضاع التأمينات الخاصة التي كانت تضمن الدين المكفول وسببت له ضرراً لانه ليس من النظام العام فلا يمكن للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، بالأضافة الى عدم تنازله عن ذلك الحق مثل اتفاق الكفيل مع الدائن على عدم حلول الكفيل محل الدائن في التأمين الذي أضاعه الدائن لاحقاً بخطئه، إما اذا كان قد تنازل فهنا لا يمكنه التمسك بهذا الحق وبالتالي لا تنقضي الكفالة[٢]. في حين ما يترتب من آثار إذا توفرت الشروط المتقدمة وتم قبول تمسك الكفيل ستنقضي الكفالة وتبرأ ذمة الكفيل، الآ أن تلك البراءة تقدر بقيمة ما أضاع من التأمين إلى قيمة الدين المكفول، فإذا كانت قيمة التأمين الضائع مساوية لقيمة الدين فإن الكفيل يبرأ من كل الدين وتنقضي الكفالة، أما إذا كانت لا تساوي إلا جزءا منه، فإن البراءة لا تكون إلا بهذا الجزء، وبراءة ذمة الكفيل بإضاعة التأمين الخاص سبب خاص لانقضاء التزام الكفيل استقلالاً عن الالتزام الأصلي الذي يظل المدين ملزماً به[٣].

ثانيا: عدم اتخاذ الدائن إجراءات التنفيذ ضد المدين رغم إنذار الكفيل له: تقرر هذا السبب لحماية الكفيل من خلال الزام الدائن باتخاذ إجراءات المطالبة والتنفيذ للدينه الذي حل أجله حتى لا يضر الكفيل، أذ الأصل المطالبة بالدين حق للدائن وليس واجبا عليه، الأ أنه من مصلحة الكفيل في الكفالة أستحصال الدائن حقه بأجله، حتى يبرأ من الدين إذا أوفى المدين دينه، بالأضافة الى تمكنه من الرجوع على المدين قبل أن يعسر إذا اضطر الكفيل إلى وفاء الدين[٤]، لذا جاء بالمادة(٢/١٠٣٦)مدني عراقي(ويجوز للكفيل عند استحقاق الدين وعدم مطالبة الدائن، به ان ينذر الدائن بلزوم اتخاذه الاجراءات القانونية لاستيفاء دينه خلال مدة لا تقل عن شهر، فإذا انتهت المدة ولم يطالب المدين بدينه خرج الكفيل من الكفالة)، وبذات الاتجاه جاءت المادة(٢/٧٨٥) مدني مصري[٥]، وبالتالي هذا النص يشير الى براءة ذمة الكفيل وأنقضاء الكفالة في حال توافر شروطها والتي أولها: حلول أجل الدين المكفول والعبرة بالأجل الأصلي للدين لا بما منحه الدائن من أجل جديد للمدين، إلا إذا حصل المدين على مهلة

(١) د.رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص١٥١ .
(٢) د.همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، مصدر سابق، ص١٨٦.
(٣) سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، "عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه"، (رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا جامعة النّجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٦)، ص١٤٦.
(٤) سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، نفس المصدر ،ص١٤٦.
(٥) تقابلها المادة(٢/٧٥١)، سوري والمادة (٢/٧٩٤)، ليبي والمادة (٢/٦٥٧)، جزائري.

قضائية وفق المادة(٢/٣٩٤) مدني عراقي،لأنه لا يمكن للدائن التنفيذ على مال المدين قبل انقضاء تلك المهلة.

وثانيهما: وجوب أنذار الكفيل للدائن بلزوم اتخاذه الاجراءات القانونية لاستيفاء دينه لكون توجيه الأنذار ضروري أذ يضع الدائن موضع التقصير أذا لم يتأخذ تلك الأجراءات، كما يحدد وقت أتخاذ الدائن أجراءات المطالبة بالدين وهو خلال شهر من تاريخ الأنذار وفق نص القانون العراقي بعكس القانون المصري تحدد بمدة ستة أشهر، وثالثهما أن يتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات أكثر مما يتأخر به الرجل المعتاد أو متوسط العناية، اضف لذلك أن المدين لم يقدم للكفيل ضماناً كافيا وهذا الشرط استلزمه القانون بالمادة(١٠٣٦/١) مدني عراقي، وأخيراً أن يتمسك الكفيل بهذا الحق فهو ليس من النظام العام وبالتالي يمكن للكفيل أن يتنازل عنه صراحة أو ضمناً كما لا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها[١]، بحيث يترتب على توافر تلك الشروط المتقدمة لزوم أتخاذ الدائن الاجراءات التنفيذية وإذا لم يتخذها خلال شهر تبرأ ذمة الكفيل، وبذلك تنقضي الكفالة بطريق أصلي ويبقى الدين المكفول[٢].

ثالثا: عدم تقدم الدائن في تفليسة المدين: أشار لهذا السبب نص المادة (١٠٢٨) مدني عراقي بقولها(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)[٣]، وتقابها المادة(٧٨٦) مدني مصري، فيظهر من هذا النص أنه يعالج الموضوع عندما يكون المدين تاجر لكون الافلاس نظام يتعلق بالتجار كما أنه وارد لدى المصارف منح القروض للتجار لغرض الأستثمار لكن لا يتصور أن تكون الكفالة المدنية الضمان الكافي لها، ومع ذلك فالقواعد العامة تستلزم لتطبيقها شروط منها أن المدين أفلس وأن الدين لم يحل أجل الدين بعد، الأ أن الديون المؤجلة تحل بمجرد الحكم بأفلاس المدين فالمادة(١/٢٩٥) مدني عراقي تنص(يسقط حق المدين في الاجل:أ- اذا حكم بإفلاسه)، ويشترط كذلك أن الدائن لم يتقدم في تفليسة المدين على نحو أضر بالكفيل وأن الكفيل تمسك بهذا الحق ولم يتنازل عنه، أذ هو حق ليس من النظام العام وبالتالي لاتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها[٤]، ويترتب على تمسك الكفيل بهذا الدفع وحكم المحكمة به أن تبرأ ذمة الكفيل نسبياً أو جزئياً، أي بالقدر الذي أصابه من ضرر لو أن الدائن تقدم في التفليسة، وما نلاحظه على ذلك السبب أنه لا يبرأ ذمة الكفيل بصورة كاملة في جميع الاحوال، وبالتالي لا يمكن أن يعتبر سبب أصلي في أنقضاء الكفالة الأ في حالة براءة ذمة الكفيل بصورة تامة.

---

(١) د. عدنان إبراهيم السرحان، *شرح القانون المدني العقود المسماة في المقاولة*، الكفالة، الطبعة الأولى، (عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،١٩٦٦)، ص٢٢٤.

(٢) د.حسنى محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، مصدر سابق،ص٢٩٧.

(٣) تقابلها المادة(٧٥٢)، سوري والمادة(٧٩٥)، ليبي والمادة (٦٥٨)، جزائري.

(٤) د. عدنان إبراهيم السرحان،شرح القانون المدني العقود المسماة في المقاولة، الكفالة، مصدر سابق، ص٢٢٥.

الخاتمة

اولا: النتائج

١-تبين أن المشرع العراقي بالقانون المدني ضمن النصوص القانونية التي عالجت موضوع الكفالة لم يتناول الشروط الواجب توافرها بالكفيل مع العلم يتطلبها الواقع العملي، اذ يمكن أن يستخلص ذلك من الأجراءات التي تتطلبها المصارف عند منح القروض بأنها تستلزم توافر تلك الشروط .

٢-نجد المصارف عند منح القروض تشترط في أغلب الاحوال أن يكون الكفيل موظفا وتطلب أخذ تعهد من دائرته على الرغم أن الدائرة ليس طرفا بالكفالة وفق النصوص القانونية، وهنا ندعو المشرع بتنظيم ذلك الأمر.

٣- رأينا أن المادة(١٠٢١)مدني عراقي التي تعالج وجب مطالبة الدائن للمدين قبل الرجوع على الكفيل لا تتوافق والتطبيق العملي للمصارف أذ نجدها ترجع على الكفيل لمجرد عدم تسديد المدين لمبلغ القرض المصرفي لما تأخذه من دائرة الكفيل الموظف من تعهد تلتزم به بارسال مبلغ اقساط القرض لمجرد عدم تسديده من قبل المدين ودون الحاجة مراجعة المحاكم او دائرة التنفيذ ضد المدين.

٤- ظهر لنا بأن الكفالة المدنية أكثر الضمانات إنتشارا وتداولا في مجال الائتمان المصرفي، لما تتميز به من قلة بالتكاليف وبساطة في الإنشاء دون اللجوء إلى الشكليات والاجراءات الطويلة والمعقدة التي تخضع لها الضمانات الاخرى، وكذلك ما تؤديه من إنقاص للمخاطر التي قد يتعرض لها المصرف المقرض.

٥- ونحن نرى أن يكون التعبير عن أرادة الكفيل صريحا لما يترتب عليه من التزامات مالية خطيرة يجهل أغلب الموظفين بالواقع العملي عواقبها وهم يكفلون أشخاص يستلمون قروضا من المصارف وذلك نظراً لقلة الادراك القانوني والثقافة القانونية لديهم، كما أن الواقع العملي لدى المصارف عند منح القروض تستلزم تعهد الكفيل مكتوب ومذيل ببصمة أبهامه وتوقيعه حتى يتم قبول كفالته بالاضافة لشروط أخرى نتناولها فيما بعد،مما ندعو المشرع لوضع نص صريح بذلك. ولا بد من الاشارة بأن التعبير الصريح لا يقتضي أستعمال لفظ معين، بل يكفي ما يدل صراحة على أستعداد الكفيل بوفاء الدين عند عدم وفاء المدين.

٦ــــتبين لنا للكفالة التي يلتزم بها الكفيل أنواع إما تكون وفق مصدر الالتزام بها بحيث تكون كفالة اتفاقيـة أم قانونيـة أم قضائية، أو تكون وفقاً لطبيعتها أم كفالة مدنية أو تجارية ولكل نوع منها أحكام خاصة به.

ثانيا: المقترحات

١- ندعو المشرع بوضع نص صريح يلزم أن يكون الالتزام المكفول صحيح، سيما كفالة القرض المصرفي، حيث لم يورد القانون العراقي نص يقرر لصحة الكفالة بوجود التزام مكفول صحيح وترك الامر بتطبيق القواعد العامة والتي تستلزم أن يكون محل أي عقد صحيحا حتى ينعقد بعد توفر الشروط الاخرى.

٢- ندعو المشرع العراقي معالجة مسوؤلية الدائن عن أعسار المدين عندما لم يتخذ الدائن الاجراءات التنفيذية بالوقت المناسب ضد المدين فمن العدالة أن لا يتحمل الكفيل مسوؤلية عن اجراءات لم يتخذها الدائن.

٣- ندعو المشرع معالجة النقص بالشروط الواجب توافرها بالكفيل التي لم يتناول ضمن النصوص القانونية التي عالجت موضوع الكفالة ووضع نص خاص بها.
٤- نقترح على المشرع مراجعة المادة(١٠٢١)مدني عراقي بما يحقق مصلحة الطرفين لكون التطبيق العملي للمصارف ترجع على الكفيل لمجرد عدم تسديد المدين لمبلغ القرض المصرفي لما تأخذه من دائرة الكفيل الموظف من تعهد تلتزم به بارسال مبلغ اقساط القرض لمجرد عدم تسديده من قبل المدين ودون الحاجة مراجعة المحاكم او دائرة التنفيذ ضد المدين.

المصادر

أولا: الكتب

١. أبن منظور الأنصاري الرفيعي، *لسان العرب*، ج٢، ط٣، بيروت: دار لسان العرب، لبنان،١٩٧٠.
٢. أحمد عبد الكريم سلامة، *دروس في التأمينات المدنية*، القاهرة: مكتبة عين شمس، طبعة ١٩٨٧.
٣. أحمد محمد أسعد، *عقد الكفالة*، دار النهضة العربية، طبعة،١٩٩٤.
٤. أسامة مرعشي، نديم مرعشي، *الصحاح في اللغة والعلوم*، مج،٢ ط،١، لبنان: دار الحضارة العربية.
٥. توفيق حسن فرج، *التأمينات الشخصية والعينية*، مصر: المكتب العربي للطباعة والنشر،١٩٨٦.
٦. حسنى محمود عبد الدايم، *الكفالة كتأمين شخصي للحقوق*، الاسكندرية، مصر: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٩.
٧. حسنين منصور محمد، *أحكام الالتزام* ، مصر: دار الجامعية، ٢٠٠٠.
٨. رمضان محمد أبو السعود، *التأمينات الشخصية والعينية*، الأسكندرية، مصر: منشأة المعارف، ١٩٩٥.
٩. سمير عبد السيد تناغو، *التأمينات الشخصية والعينية*، الاسكندرية، مصر: منشأة المعارف ، ١٩٩٦.
١٠. عبد الر ازق أحمد السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد في التأمينات الشخصية والعينية*، ط،٣ ، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥.
١١. عدنان إبراهيم السرحان، *شرح القانون المدني العقود المسماة في المقاولة، الكفالة*، الطبعة الأولى، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،١٩٦٦ .
١٢. فائز أحمد عبد الرحمن، *التأمينات العينية والشخصية*،ط١، القاهرة، مصر: دار النهضة العربية ،٢٠٠٠.
١٣. محمد الدين بن يعقوب الفيروز أبادي، *قاموس المحيط*، ط،٥، لبنان: مؤسسة الرسالة للطباعة والتوزيع، 1996.
١٤. محمد حسنين، *الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري*، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

١٥. محمد صبري السعدي، *شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية*، عقد الكفالة، د. ط، الجزائر: دار الكتاب الحديث، ٢٠٠٥.
١٦. محمد علي عبده، *عقد الكفالة(دراسة مقارنة)*،المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان: منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٥.
١٧. محمد كامل مرسى، *شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية*، الاسكندرية مصر: المعارف ،٢٠٠٥.
١٨. منصور مصطفى منصور، *عقد الكفالة*، ٢٠٠١.
١٩. نبيل ابراهيم سعد، *التأمينات العينية و الشخصية، الرهن الرسمي-حق الأختصاص-الرهن الحيازي- حقوق الامتياز- الكفالة*، الأسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧.
٢٠. نبيل ابراهيم سعد، *التأمينات العينية و الشخصية*، الأسكندرية، مصر: منشأة المعارف، ٢٠٠٠.
٢١. همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، دون ط، الأسكندرية، مصر: المعارف، ٢٠٠٢.

ثانياً: الرسائل:

١-رحيمة شلغوم، "ضمانات القرض"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٧/٢٠٠٨.
٢-سعاد توفيق سليمان أبو مشايخ، "عقد الكفالة المدنية والآثار المترتبة عليه"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا جامعة النّجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٦.
٣-وداد باقي، "الكفالة المدنية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة بومرداس، الجزائر، ٢٠٠٩.

ثالثاً: القرارات القضائية

١- قرار محكمة تمييز دبي في ١٩٩٤/١/٢٩بالطعن رقم ٢٤٤لسنة ١٩٩٣.

رابعا: القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢- القانون المدني المصري رقم (٣١) لسنة ١٩٤٨.
٣- القانون المدني الجزائري .
٤- القانون المدني السوري.
٥- القانون المدني الليبي.
٦- القانون المدني الفرنسي.