المجلة العراقية للبحوث الانسانية والاجتماعية والعلمية
Iraqi Journal of Humanitarian, Social and Scientific Research
Print ISSN 2710-0952 —— Online ISSN 2790-1254
العدد 7A لسنة 2022
No. 7A – December 2022

الأهلية للكفيل العيني

ميثم حمود رمضان الركابي
د . صالحي مازندراني
جامعة قم المقدسة، إيران
matham1111222@gmail.com

الملخص

إن الأصل في عقد الكفالة أنه من عقود التبرع، وهذا العقد يلزم الشخص في أن تتوافر فيه أهلية التبرع، وأيضا يجب أن تتوافر هذه الأهلية في الكفالة العينية بحسب الاصل، فيكفى أن يكون الدائن مميزا .
الكلمات المفتاحية: الأهلية، العينية، التأمين، المركز القانوني، التزام القانون.

Eligibility for the in-kind sponsor

Maytham Hammoud Ramadan Al-Rikabi
Dr . Salehi Mazandrani
Holy University of Qom, Iran
matham1111222@gmail.com

Summary

The principle in the guarantee contract is that it is one of the donation contracts, and this contract obligates the person to have the capacity to donate, and also this capacity must be available in the kind guarantee according to the original, so it is sufficient for the creditor to be distinguished.
Keywords: eligibility, in kind, insurance, legal status, compliance with the law.

المقدمة

إن الأصل فى عقد الكفالة أنه من عقود التبرع، وهذا العقد يلزم الشخص فى أن تتوافر فيه أهلية التبرع، وأيضا يجب أن تتوافر هذه الاهلية فى الكفالة العينية بحسب الاصل، فيكفى أن يكون الدائن مميزا، لان عقد الكفالة العينية بالنسبة له من الاعمال النافعة نفعا محضا، اما بالنسبة للكفيل العينى فهى من الاعمال الضارة ضررا محضا[1] ، وجاء فى قرار لمحكمة النقض المصرية على "بطلان عقد الكفالة لفقدان أهلية إبرامه . نسبى . عدم جواز التمسك به إلا لمن شرع لحمايته"[2] . لذلك كان من الالزام علينا ، تعريف أولا ماهية هذه الاهلية بالتفصيل قبل أن نعرض لاهميتها بالنسبة للكفيل:.

أولاً: تعريف الاهلية لغة

من اهل يؤهل تاهيلا: أى اصبح صالحا قادرا على القيام بعمل معين، إذ رآه له اهلا، والاهلية مؤنث "الاهلى" والاهلية لأمر : الصلاحية له، ولهذا يشترط فى كل من يتحمل المسئولية أن يكون ذا أهمية ، أى أن تكون عنده الصلاحية والكفاءة[3] .

ورد في معجم اللغة العربية المعاصرة أن الأهلية هي الكفاءة والجدراة [4] .

أما صاحب معجم لغة الفقهاء فقد عرّف الأهلية بأنها صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه[5] .

ثانيا: تعريف الأهلية اصطلاحا

فالاهلية هى صلاحية الشخص لصدور شئ معين منه وطلبه منه واستحقاقه له على وجه يعتد به قانونا، او هى قدرة الشخص على التمتع بالحقوق وتحمل الواجبات[6] ، وبعبارة اخرى صلاحيته لصدور التصرفات القانونية على وجه يعتد به[7] .

ويمكن تعريفها على انها صلاحية الإنسان لأن يثبت له حقوق قبل الغير وتثبت في ذمته التزامات نحوهم، وصلاحيته لاستعمال هذه الحقوق والالتزامات [8].

وقد قررت محكمة النقض المصرية ب" المقرر في قضاء محكمة النقض أن الشخصية القانونية للشخص الطبيعي تبدأ بتمام ولادته حياً وتنتهى بوفاته ، وما بين الولادة والوفاة يوجد الشخص الطبيعي ويتمتع بأهلية الوجوب وهى الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات في حين أن أهلية الأداء هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية في حقه ، وتتطلب تمام التمييز والإرادة ، فيصح أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب فيكون متمتعاً بالحق دون أن تكون لديه أهلية الأداء أي استعمال حقه بنفسه فتحل إرادة نائبه محل إرادته مع انصراف الأثر القانوني إلى الأخير"[9].

1 - أهلية الوجوب.

وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات، ومناط هذه الأهلية هي الوجود، فتثبت لكل شخص موجود أي الذي ثبت وجوده، سواء كان شخصاً طبيعياً كالإنسان بعد ولادته حياً وحتى مماته أو كان معنوياً بعد أن يتأسس ويوجد، وسميت بأهلية الوجوب لأنها تتناول لما يجب للإنسان من حقوق، ومما يجب له من التزامات [10].

ومن تعريف أهلية الوجوب يفهم أنها الشخص ذاته منظوراً إليه من الناحية القانونية، والتي تعتبر كل شخص صالح لأن يكون له حقوق وعليه التزامات، وتثبت له هذه الأهلية من ميلاده إلى حين وفاته وتصفية تركته وسداد ديونه .بل تثبت له هذه الأهلية قبل ميلاده حينما يكون جنيناً من بعض الوجوه[11].

أ - أهلية الوجوب الناقصة أو ما يسمى بالأهلية الاستثنائية [12]

الجنين له أهلية وجوب ناقصة أي له شخصية قانونية ناقصة، إذ له الأهلية لكسب بعض الحقوق المالية التي لا تحتاج إلى القبول كالوصية والوقف والميراث، وكذلك تثبت له الحقوق غير المالية كالحفاظ على حياته [13].

وهناك من يرى أنه ليس للحمل المستكن أو الجنين حقوقا أو واجبات، و ما يحجز له من ميراث أو يوهب له أويوصى به إليه، لا يملكه بل يتوقف الأمر على ولادته حياً، وأن أهليته الناقصة هذه تكسبه بعض الحقوق دون أن تحمله بأي التزام [14].

ويرى البعض أن المشرع العراقي استخدم مصطلح الحمل دون الجنين في المادة 34 من القانون المدنى العراقى رقم 40 لسنة 1951 التي تنص على":حقوق الحمل يحددها قانون الأحوال الشخصية"، ربما لتجنب الخلاف الموجود حول مصطلح الجنين لكون الحمل هو ما تحمله الأنثى أياً كانت المرحلة التي تمرّ بها[15].

أما المشرع المصرى فقد نص فى المادة 29 من القانون المدنى رقم 131 لسنة 1948 على":حقوق الحمل المستكن يعينها القانون"، ومن القوانين الأخرى التي تناول فيه المشرع(الحمل المستكن)هو قانون الولاية على المال إذ ورد المادة 29 منه":إن لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصياً ويبقى وصى الحمل المستكن وصياً على المولود ما لم تعين المحكمة غيره[16].

وقد ذكر أحد الباحثين أن المشرع المصري منح الحمل المستكن أهلية وجوب ناقصة تقتصر على صلاحيته لاكتساب الحقوق التي لا تحتاج إلى القبول، كالحق في الإرث والوصية، والهبة الخالصة من القيود والتكاليف، لكن أهليته الاستثنائية هذه تتحمل الالتزامات التي تقتضيها إدارة أمواله [17].

ب - أهلية الوجوب الكاملة [18]

هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، وأساسها الحياة المستقلة، ولا يشترط في من يملك هذه الأهلية العقل أو التمييز أو البلوغ، إذ تثبت هذه الأهلية حتى للصغير غير المميز الحقوق، كالإرث وغيرها، كما تجب عليه في ماله نفقة الأقارب والزكاة وغيرها [19] ، لكن هناك من يرى [20] دفع الزكاة من ماله بعد توفر شروط الزكاة فيه إضافة إلى شرط الاستثمار والتنمية وإلاّ تقضي عليه الزكاة تدريجياً، وهذا يضر به والضرر بدون مبرر شرعي مرفوض شرعاً وقانوناً.

وأهلية الوجوب هذه تبدأ من ولادة الشخص لحين وفاته ولا تتأثر بأي عارض من عوارض الأهلية من (جنون، غفلة، سفه)، حيث تبقى حقوقه المالية وغير المالية مصانة، وكل ما في الأمر يتم نصب وصي أو قيّم لإدارة أمواله وشؤونه في هذه الحالة فقط[21]

وعليه، فإن أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقررها القانون، وهي متصلة بالشخصية إذ تدور معا لشخص وجودًا وعدماً فيظل محتفظاً بأهلية الوجوب طول حياته، ولايفقدها إلاّ بوفاته، كما يثبت له(أهلية وجوب ناقصة) قبل ولادته مثل حالة الجنين، الذي له الحق في الميراث والوصية [22] ، وعليه فالقاصر كالشخص البالغ، له ذمة مالية مستقلة وله أهلية وجوب كاملة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات[23] .

أما فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي، فيلاحظ من قراءة نصوص القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية وكذلك قانون رعاية القاصرين أنه لم ينص بعبارة صريحة على تمتّع الشخص بأهلية الوجوب الكاملة لكون ذلك من المسائل البديهية التي لا خلاف فيها بين الفقهاء والمشرعين والباحثين، لكنه في الوقت نفسه نص على الوقت الذي يبدأ وينتهي فيه شخصية الإنسان والذي يكون الشخص فيه كامل أهلية الوجوب، و المشرع في المادة 34 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 إذ نص على" :تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته." ويرىالبعض أن أهلية الوجوب للإنسان لا تنتهي بوفاته وإنما يكون بعد مراسيم الدفن ودفع ديونه ومن ثم تصفية تركته، وهذا ما يوافق موقف المشرع العراقي إذ ورد في المادة 87 من قانون الأحوال الشخصية على" الحقوق التي تتعلق بالتركة بعد وفاة المورث أربعة مقدم بعضها على بعض هي :تجهيز المتوفى على الوجه الشرعي، قضاء ديونه وتخرج من جميع ماله، تنفيذ وصاياه وتخرج من ثلث ما بقي من ماله، إعطاء الباقي إلى المستحقين"، وعليه، فرغم وفاة الشخص إلا أن ذمته المالية (أهلية الوجوب) باقية ويجب الوفاء بحقوقه والتزاماته[24] .

أما فيما يخص المشرع المصري فإن موقفه جاء موافقاً لموقف المشرع العراقي ولم يختلف عنه، إذ هو الآخر لم ينص على مادة تشير صراحة على تمتع الشخص بأهلية وجوب كاملة بمجرد وجوده في الحياة، وإنما نص فقط على الوقت الذي يبدأ فيه شخصية الإنسان حيث جاء في المادة29 من القانون المدني المصرى رقم 131 لسنة 1948 ب "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته"، وطول حياته لحين وفاته يمتّع بذمة مالية مستقلة محمّلة بالالتزامات ومتمتعة بالحقوق أي العناصر السالبة والموجبة للذمة المالية، كما تبقى أهليته هذه بعد وفاته لحين تصفية تركته"[25] ، إذ ورد في المادة 898 من القانون المدني المصرى رقم 131 لسنة 1948":يتولى المصفى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف، تسليم أموال التركة وقسمة هذه الأموال "وفي المادة 899 من القانون نفسه":بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالٍم إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي ."يظهر لنا من هاتين المادتين وبكل وضوح أن أهلية الوجوب للشخص أو ما يسمى بالذمة المالية باقية حتى بعد وفاته لحين دفع ديونه وتنفيذ التزاماته ووصيته ومن ثم يسلم الباقي من الأموال إلى الورثة وعندها تنتهي أهليته[26] .

2 - أهلية الأداء.

ذكر الفقهاء والباحثين عدة تعاريف لأهلية الأداء، لكن رغم الاختلاف في الصياغة إلا أن جميعها تنصب في معنى واحد، فقد عرفت بأنها صلاحية الشخص في إستعمال الحق[27] ، وآخر عرّفها بأنها صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها ويكون له إجراء التصرفات القانونية على وجه يعتد به

قانوناً ما لم تتأثر هذه الأهلية بعوارض الأهلية كالسن أو العته وغيرها[28] ، أو قدرة إرادية للشخص على ممارسة حقوقه وإجراء التصرفات القانونية بنفسه ولحسابه [29] .

ومناط أهلية الأداء؛هو التمييز والعقل،لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز فإن كان موجودًا وناقصا، فأهلية أدائه تكون ناقصة، أما إذا كان كامل التمييز وغير مصاب بأية عاهة أو مرض في عقله عندها يكون كامل الأهلية[30] .

وعليه، فكل شخص في الوجود يتمتّع بأهلية وجوب كاملة، لكن ليس بالضرورة أن يتمتع بأهلية الأداء، فالأخيرة قد تكون(معدومة، أو ناقصة، أو كاملة)، فهي معدومة أو ناقصة حينما يصاب الشخص بأحد عوارض الأهلية، وتكون كاملة حينما يصل الشخص سن الرشد وهو معافى في قواه العقلية [31] .

وتجدر الإشارة بأن جميع الأفعال والتصرفات التي تعتريها الصحة والبطلان؛ كالبيع والشراء والإدعاء بالحق أمام المحاكم والإقرار والشهادة على الحقوق وغيرها، لا بد أن يكون الشخص أهلا لممارستها، وإلا كانت باطلة وغير معتبرة، ومن شروط صحتها أهلية الأداء [32] .

والمفروض أن تكون هذه الأهلية متوفرة وقت صدور التصرف القانوني من الشخص، أما إذا فقدها بعد ذلك فلا أثر لْا على صحة التصرف [33] .

أما عن موقف المشرع العراقي فقد نص في المادة 93 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على":كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منها"، بمعنى أن كل شخص بلغ سن الرشد يكون كامل أهلية الأداء، إلا إذا اعتبره القانون عديم الأهلية كالمجنون المصاب بالجنون المطبق أو الصغير غير المميز؛ أو ناقص(محدود)الأهلية كالسفيه أو الصغير المميز، وهذا ما تناوله المشرع في المادة 94 في القانون المدنى العراقى رقم 40 لسنة 1951"الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم[34] .

وفيما يتعلق بموقف المشرع المصري، فإن موقفه جاء مطابقاً لموقف المشرع العراقي إذ نص في المادة 109 فى القانون المدنى المصرى رقم 131 لسنة 1948على":كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون"، كما جاء في المادة 45 من القانون نفسه":لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التميز لصغر في السن أو عته أو جنون"[35] .

أما اعتبار أحكام الأهلية من النظام العام وعدم جواز مخالفتها، فهذا ما لم نجدها لا في القانون المدني ولا في قانون الولاية على المال، لكن مقابل ذلك نص المشرع المصري في المادة 48 من القانون المدني المصرى رقم 131 لسنة 1948 على مفهوم قريب من ذلك إذ جاء فيها ":ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها ."يفهم منها ضمناً أنها من النظام العام طالما غير قابلة للنزول أو التعديل[36] .

ثانيا: الاهلية بالنسبة للكفيل العينى

إن موضوع الأهلية في عقد الكفالة يقتضي منا دراسة أهلية الدائن وأهلية الكفيل دون الحاجة إلى دراسة أهلية المدين، لأنه ليس طرفا في العقد.

1 – أهلية الكفيل

إن الكفيل غالبا ما يتقدم متبرعا لضمان التزام المدين وذلك دون حصوله على مقابل ولا وجود لمصلحة له فيها[37] ، ولذلك يشترط أن تتوفر فيه أهلية التبرع أي بلوغه سن الرشد19 سنة، وعليه فإن الكفالة لا تجوز من القاصر أو المحجور عليه[38] ، وإلا كانت الكفالة باطلة، لأنها تعتبر من التصرفات الضارة ضرار محضا بالنسبة إليه[39] .

كما لا يمكن للولي أو الوصي أو القيم أن يقوم بإبرام عقد الكفالة باسم القاصر أو المحجور عليه حتى ولو كان ذلك بإذن من المحكمة إلا في حالات الواجب الإنساني أو العائلي، لأنه يمنع التبرع بمال القاصر أو المحجور عليه[40].

كما نجد أنه لا تقتصر الكفالة على الأشخاص الطبيعية فحسب، وإنما تجوز الكفالة كذلك من الأشخاص المعنوية، كما يمكن للشريك كامل الأهلية أن يقوم بكفالة الشركة التي هو شريك فيها، وكما يجوز للشركة أن تقوم بكفالته أيضا[41] ، وإذا منح الكفيل توكيلا في الكفالة لشخص آخر، فلابد أن تتوفر في الموكل أو الكفيل أهلية التبرع، ولا يشترط في الوكيل ذلك، لأن العقد ينتج أثره في الشخص الأصلي وهو الكفيل رغم أنها انعقدت بإرادة النائب[42].

أما إذا كانت الكفالة بمقابل، فإنها بذلك تعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فلا يشترط فيها أهلية التبرع بل تكفي أهلية التصرف حيث يجوز للصبي المميز ومن في حكمه مباشرة هذه التصرفات، ولكن تكون قابلة للإبطال[43].

وفي الأخير نستخلص أن للكفيل حق التمسك ببطلان التزامه متى رأى أنه غير مؤهل لابرام مثل هذه العقود ولم تتوفر فيه أهلية التبرع.

وبالرغم من أن الكفيل العينى يجمع بين صفتى الكفيل والراهن، فإننا فى موضوع الأهلية نغلب صفة الكفيل ذلك أن الرهن يصنف من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر بالنسبة إلى المدين الراهن لأنه يرهن عقاره ضمانا للوفاء بدين فى ذمته، أما الكفيل العينى فإنه عادة لا ينتفع شخصيا بالرهن الذى يقدمه ضمانا للوفاء بدين فى ذمة غيره، بل هو ينفع المدين برهنه هذا، لذا يعتبر الرهن الذى يقدمه من اعمال التبرع الضارة ضررا محضا بالنسبة إليه، فيجب أن يكون بالغا عاقلا راشدا ، اما إذا كان صبيا مميزا او غير مميز أو كان محجورا عليه لسفه أو غفلة ورهن عقاره ككفيل عينى كان الرهن باطلا[44].

اما إذا كان الكفيل العينى قد قدم الرهن بمقابل فإن الرهن فى هذه الحالة يعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ويتعين تطبيق أحكام الأهلية المطلوبة فى الراهن، فيعد عقده صحيحا موقوفا على إجازة من له حق الإجازة إذا كان صبيا مميزا[45].

وإجازة العقد الموقوف تكون صراحة او دلالة، وتستند إلى الوقت الذى تم فيه العقد ، ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر يبدأ سريانها من الوقت الذى يعلم فيه الولى بصدور العقد أو من وقت بلوغ ناقص الأهلية سن الرشد[46].

ويثار سؤال ، هل يستطيع المأذون له بالتجارة أن يكون كفيلاً عينيا؟

أجاز القانون المدنى العراقى للولى بترخيص من المحكمة أن يسلم من اكمل الخامسة عشر من عمره ولم يكمل الثامنة عشر مقداره من ماله ويأذن له فى التجارة تجربة له كما يجوز للمحكمة أن تأذن لهذا الصغير عند امتناع الولى، والإذن بالتجارة قد يكون مطلقا أو مقيدا ، ويعد الصغير المأذون فى التصرفات الداخلة تحت الإذن بمنزلة البالغ الرشد[47].

إذن يستطيع الصغير المأذون بالتجارة ممارسة التجارة ، ولكنه لا يستطيع ان يرهن هذه الأموال المرخص له بها لضمان دين غيره، ذلك أن نص الفقرة الأولى من المادة 98 من القانون العراقى حددت الغرض من تسليم هذه الاموال للصغير وهو مزاولة التجارة، لذلك لا يمكن ان يكون ابرام عقد كفالة عينية من التصرفات الداخلة تحت الإذن بالتجارة بأى شكل كان سواء أكان الإذن بالتجارة بأى شكل كان سواء أكان الإذن مطلقا أو مقيدا، ولا يمكن ان تعد من الاعمال التجارية التى يمكن أن تجلب ربحا للكفيل العينى أو من لوازمها ، كما لا يمكن ان تكون نية المشرع العراقى قد اتجهت إلى إنه يمكن أن تدخل التصرفات الضارة ضررا محضا كالكفالة العينية تحت الإذن بالتجارة حتى لو كان الإذن مطلقا، وإن ابرام الصغير

المأذون بالتجارة عقد كفالة عينية فإن عقده يعد باطلا ويجوز للولى او للمحكمة أن تعيد الحجر عليه حسب نص المادتين 100 ،101 من القانون المدنى العراقى رقم 40 لسنة 1951[48] .

أما فى القانون المدنى المصرى رقم 131 لسنة 1948 فقد حددت المادة 112 منه للصبى المميز الذى أكمل 18 سنة وإذن له فى تسلم أمواله لإدارتها، ان يقوم بأعمال الإدارة وفى الحدود التى رسمها القانون، وبما ان الكفيل العينى يلجأ إلى رهن ماله لضمان دين غيره، فهل يعد الرهن من اعمال الإدارة ام من اعمال التصرف بالنسبة للقاصر المأذون فى إدارة امواله دون التصرف فيها، وتدق التفرقة بين اعمال الإدارة واعمال التصرف، فتشمل أعمال التصرف كل تصرف فى أصل الشئ وتشمل أعمال الإدارة كل تصرف فى ثمار الشئ[49] ، وعلى هذا فالرهن يكون من اعمال التصرف أو أعمال الإدارة بحسب الأحوال[50] .

فرهن العقار دائما من اعمال التصرف لأنه وارد على أصل الشئ ، أما رهن المحصول الزراعى بعد قبضه، لا يكون إلا رهنا حيازيا لأنه وارد على منقول ، فيعتبر من اعمال الإدارة لأنه وارد على ثمار الشئ، فالرهن التأميني يعتبر دائما من اعمال التصرف، لذلك لا يجوز أن يصدر من القاصر المأذون فى الإدارة فقط[51] .

إلا أن ما سبق يشمل الراهن فيما لو كان هو المدين، اما بالنسبة للكفيل العينى الذى يرهن مالا مملوكا له رهنا تأمينيا او حيازيا للوفاء بالتزام فى ذمة غيره، فيعتبر الرهن بالنسبة له عملا ضارا ضررا محضا خاصة لو كانت بدون أجر ، وعلى ذلك فيشترط لصحته أن يكون الراهن بالغا سن الرشد غير محجور عليه، وإذا كان قاصرا وقع رهنه باطلا[52] .

هل يجوز أن يبرم مريض مرض الموت عقد كفالة عينية؟

مرض الموت هو الذى يعجز فيه المريض عن إدارة أعماله ويغلب فيه الموت، ويتصل المرض بالموت فعلا، ولو كان الموت بسبب اخر[53] .

وإن المريض مرض الموت شخص ذو أهلية كاملة لأن مرض الموت يصيب جسمه من دون إرادته، فيكون سليم العقل والإدارك والتمييز، ولغرض صيانة حقوق الدائنين والورثة فإنه يعد محجورا عليه بقدر ما يضمن تلك الحقوق، وذلك بمنع تصرفاته الضارة بحقوق دائنيه وورثته، لأن مرض الموت يعد مرحلة تتهيأ فيها شخصية الانسان وأهليته للزوال، كما انها مرحلة لثبوت الحقوق فى اموال المريض لمن ستنتقل إليهم هذه الأموال بعد موته من دائنين أو ورثة، لذا تصبح الديون متعلقة بمال المريض بعد ان كانت متعلقة بذمته قبل المرض[54] ، وبالنسبة للكفالة بشكل عام فهى تأخذ فى مرض الموت حكم الوصية فى القانون المدنى العراقى رقم 40 لسنة 1951 استنادا للفقرة 2 من المادة 1109 منه التى تنص على " 2 – ويعتبر فى حكم الوصية ابراء المريض فى مرض موته مدينه وارثا كان أو غير وارث، وكذلك الكفالة فى مرض الموت"، ونفس الحكم ينطبق على الكفالة العينية، فإذا كانت قيمة العين التى رهنها الكفيل العينى لا تزيد على ثلث التركة، نفذ التصرف فى حق الورثة دون حاجة إلى أجازتهم، وإذا زادت قيمة العين على ثلث التركة، لم ينفذ التصرف فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة، فإذا لم يجيزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث أى أن يرد إليها ما بقى بتكلمه ثلثيها ، ويستوى فى ذلك كله أن يكون التصرف لوارث أو لغير وارث[55] .

أما نص الفقرة الثانية من المادة 1112 من القانون المدنى العراقى رقم 40 لسنة 1951، "2 – وإذا اقر بأنه كفل حال صحته دينا لأحد، نفذ إقراره فى جميع ماله ولكن بعد أن توفى ديون الصحة وما فى حكمها من الديون"، فإنها لا تنطبق على الكفيل العينى سواء أكان رهنه تأمينيا أو حيازيا، لان الرهن الوارد على عقار يكون ثابت التاريخ من يوم تسجيله فى دائرة التسجيل العقارى، وإذا كان رهنا حيازيا واردا على منقول فإنه يكون ثابت التاريخ من يوم قبضه من قبل الدائن المرتهن، لذلك لا نأخذ بالترتيب

الوارد فى الفقرة الثانية من المادة 1112 من القانون المدنى العراقى رقم 40 لسنة 1951، وتدخل الكفالة العينية ضمن ديون الصحة الاخرى وما فى حكمها[56].

2 -أهلية الدائن

بما أن الكفالة تعتبر بالنسبة للدائن تصرفا نافعا محضا يكفي أن يتوفر فيه سن التمييز أي أن يكون شخصا مميزا وعاقلا[57] ، فلا تصح كفالة المجنون أو الصبي غير المميز،لأنهما ليسا أهلا لإصدار القبول الذي يعتبر ركنا في العقد[58] ، ولم يشترط القانون المدني المصري أهلية معينة للمكفول له لأن الكفالة تعتبر عملا نافعًا بالنسبة له[59].

حيث أخذت بهذا الرأى معظم القوانين العربية التي تشترط لانعقاد الكفالة قبول الدائن، فلابد أن تتوفر فيه أهلية القبول، بما أن عقد الكفالة يعتبر من عقود النافعة نفعا محضا بالنسبة إليه، حيث يكفي أن تتوفر فيه أهلية التصرف دون اشتراط بلوغه سن الرشد[60].

وإذا كان التزام الدائن هو دفع عوض للكفيل مقابل كفالته، حيث تعتبر الكفالة بالنسبة إليه عملا من أعمال التصرف، أي من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بحيث لابد أن يتمتع فيها الدائن بأهلية التصرف والتي تتمثل في بلوغ سن الرشد، وفي حالة كونه ناقص الأهلية تكون الكفالة قابلة للإبطال لمصلحته[61].

وإذا كانت الكفالة بمقابل فإنها تعتبر عملا قانونيًا وبالتالي يجب أن تتوافر فيه نفس أهلية الكفيل وهي أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ويجب أن يكونا بالغين عاقلين غير محجور عليهم[62].

وهناك تساؤل يطرح نفسه ما الوقت الذى يتيح فيه القانون رجوع الدائن على الكفيل؟

يتكون وقت الرجوع على الكفيل من أحد عنصرين :عنصر زمني وهو" الأجل"، وآخر موضوعي وهو الشرط.

أ - الأجل:

لم يخص المشرع عنصر الأجل بتعريف صريح، لكنه كشف ضمنيًا عن بعض مضمونه من خلال بيانه جواز إضافة التصرف إلى أجل، ولأن طلب التعريف يكون أجدى في عمل الفقهاء، ونكتفي منه باثنين[63] ، بسبب محدودية موضوع الدراسة؛ جاء في الأول، الأجل" أمر مستقبلي محقق الوقوع يترتب على حلوله نفاذ الالتزام، أو انقضاؤه دون أن يكون لذلك أثر رجعي "[64] ، وجاء في الثاني أنه" أمر مستقبلي محقق الوقوع يترتب على حلوله نفاذ الالتزام، أو انقضاؤه "[65] ، ونستكمل بهذين التعريفين معنى الأجل وهو أمر مستقبلي محقق الوقوع، يضاف إليه الالتزام، ويكون بحلوله نفاذه، أو انقضاؤه، كالاتفاق على جعل الوفاء بالتزام الكفيل، أو بانقضائه تحديد تاريخ قادم، أو مناسبة قادمة محققة.

ب - الشرط:

يقصد بالشرط في المعنى الاصطلاحي: هو ما يتوقف وجود الشيء على وجوده وكان خارجا عن حقيقته أو ماهيته ، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء [66].

ويبين النص فكرة الشرط بصيغة أوضح؛ فهو الأمر المستقبل الذي ينبئ حصوله بوجوب وفاء الكفيل بالتزامه، أو بانقضاء ذلك الالتزام؛ كجعل مطالبة أحد الكفلاء متوقفة على مطالبة الكفيل الأول، ووضوح الشرط في تعريف النص أعلاه يغني عن غيره [67].

ويصح أن يجتمع العنصران الزمني والموضوعي - الأجل والشرط - في تعيين وقت الرجوع على الكفيل؛ كما إذا ضمن الكفيل الدين لأجله، واشترط على الدائن الرجوع على المدين أول .كما يصح أيضًا

اقتصار تعيين وقت الرجوع على أحدهما، وغالبًا يكون الأجل. وفي كل الأحوال، لا يصح تعيين وقت الرجوع إلا إذا قام الأجل والشرط لرجوع الدائن على الكفيل صحيحين ومرتبين لآثارهما القانونية:

أ ـ صحّة الأجل:

في غياب بيان صريح من المشرع، يرْجح في صحة الأجل قول الفقه، ومن أصوب ما جاء في ذلك : "أن الأجل الصحيح في حالة الكفالة يستلزم بالضرورة - بالإضافة إلى الاستناد إلى ميعاد، أو واقعة مستقبلية حتمية الوقوع أن يكون حقيقيًا أي غير قائم على تصوّر واهم[68] ويعد الأجل كذلك؛ إذا تعلق بميعاد يتجاوز واقع الضمان في التصرف المضاف .وعليه، إذا تبين أن الميعاد المختار للرجوع على الكفيل لم يكن أمرًا مستقبلً بل كان واقعًا وقت إبرام الكفالة، أو كان أمرًا عارضًا، أو يتجاوز التصرف المضاف، عُد الأجل باطلً، واعتبرت الكفالة ناجزة في حينها، وبالمقابل لا يعد انتقاصًا من صحّة الأجل عدم علم طرفي الكفالة بوقت حصوله، كما إذا تعلق الأجل بوقائع لا يمكن التنبؤ بوقت حصولها بالضبط، كتعلق الأجل بوفاة كائن حي، أو تعلقه بتغيير حتمي في وضع قائم؛ كبدء موسم الحر، أو تساقط الثلوج، أو هطول المطر في كل سنة، إذ العبرة بميعاد الأجل لا بالعلم بوقت حصوله،كما لا يعد انتقاصًا من صحّة الأجل تعلقه بميعاد، أو حدث غير مشروع، إذ العبرة بتحقق الميعاد نفسه لا بمضمون الحدث المبين حصوله، ونؤيد ما يذهب إليه الفقه في هذا الشأن من القول..." :، فجوهر الأجل هو عنصر" الوقت"، ولما كان عنصر "الوقت "أمرًا غير متصل بالإرادة، فهو بذلك منيع من معايير المخالفة والمشروعية[69] .

ب ـ صحة الشرط:

على خلاف الأمر في صحّة الأجل، فقد أبان المشرع الحكم في صحّة الشرط بشكل واضح صريح، فنص في المادة 266 من القانون المدنى المصرى رقم 131 لسنة 1948 على " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف لآداب او النظام العام، هذا اذا كان الشرط واقفا أما إذا كان فاسخا فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم"[70] .

وتنص المادة 287 من القانون المدنى العراقى رقم 40 لسنة 1951 على أن " إذا علق على شرط مخالف للنظام العام والأداب كان باطلا إذا كان هذا الشرط واقفا فإن كان فاسخا كان الشرط نفسه لغوا غير معتبر"[71] .

فالنص يضيف ضابط المشروعية؛ فيشترط لصحة الشرط - بالإضافة إلى كونه أمرًا مستقبلً وغير محقق ولا مستحيل الوقوع - ألا يكون مخالفًا لأحكام الشريعة الإسلامية ولا للنظام العام، أو الآداب العامة . وذلك، في تقديرنا، مراعاة لأمرين[72]:

الأول :أن الشرط ليس كالأجل، فهو من فعل الإرادة، وفعلها من المحتمل أن يلتبس بعدم المشروعية، فيبطل.

الثاني :أن تعليق الالتزام على الشرط يوجب أن يكون مدلول فعل الشرط محايدًا.

لكن ينبغي ملاحظة أن أثر بطلان الشرط لا يجري على إطلاقه، فيختلف الأمر في حالة الكفالة المعلقة على الشرط الفاسخ، حيث يقف أثر البطلان عند الشرط، فيزول سبب الفسخ بزوال الشرط الباطل، وتبقى الكفالة ناجزة، وتستثنى من ذلك حالة أن الشرط الفاسخ - وقد تقرر بطلانه لعدم المشروعية - هو السبب الباعث على الكفالة، فيجوز لصاحب المصلحة التمسك ببطلان الكفالة، لا لبطلان الشرط؛ وإنما لبطلان السبب الباعث عليه، وفي كل الأحوال، لا فائدة من اقتران الأجل، أو الشرط بعقد الكفالة، إذا لم يستوف التزام الكفيل جميع عناصر تكوينه؛ فإذا تبيّ بطلان التزام الكفيل أصلً، أو بالتبعية - لبطلان التزام الأصيل - فلا قيمة للأجل ولا للشرط ولو قاما صحيحين منتجين لآثارهما [73] .

***تعيين وقت الرجوع:**

لما كان الرجوع على الكفيل بالضمان أمرًا يتعلق بتنفيذ الكفالة، وكانت الكفالة عقدًا يقوم على الرضاء[74] ، فقد أجاز القانون للمتعاقدين، من جهة، الاتفاق على تعيين وقت الرجوع حال إبرام الكفالة . ورخّص لهما، من جهة أخرى، إذا اختلفا في الأمر، في اللجوء إلى القضاء،ومن ثم، ينحصر تعيين وقت الرجوع على الكفيل في ثلاثة: العقد، والقضاء، وتغير الأجل.

هوامش البحث

([1]) سعاد توفيق سليمان ابو المشايخ، عقد الكفالة العينية والاثار المترتبة عليه، مرجع سابق، ص27.
([2]) الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٧٤ قضائية الصادر بجلسة 2006/2/16، منشور على موقع محكمة النقض المصرية اخر زيارة 2022/8/23.
([3]) ينظر ابن منظور، لسان العرب، لجمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقى المصرى،30/11، دار صادر بيروت، والفيروز ابادى، القاموس المحيط، لمجد الدين محمد بن يعقوب، الفيروز ابادى، ضبط وتوثيق : يوسف الشيخ محمد البقاعى: 867،ط1 سنة 1424ه – 2003، دار الفكر بيروت والبستانى ، عبدالله البستانى، الوافى معجم وسيط اللغة العربية أنق/22، ط1980، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان.
([4])د/ احمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج3، دزمزط، عالم الكتب، 2008، ص135.
([5])محمد رواس قلعجى، وحامد صادق قنيبى، معجم لغة الفقهاء، بيروت، دار النفائس، 1988، ص95.
([6]) د/ على رمضان محمد ازبيدة، النظرية العامة لأهلية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، 1984، ص20.
([7]) د/ حسن على الذنون، شرح القانون المدنى، اصول الالتزام، مطبعة المعارف، 1970، ص72.
([8])دعاء كريم خضير، احكام الصغير ، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة، رسالة ماجيستير، قدمت لكلية الحقوق جامعة النهرين، 2009، ص14.
([9]) الطعن رقم ١٣٨٨ لسنة ٨٨ قضائية ، جلسة 2019/3/10، منشور على موقع محكمة النقض المصرية اخر زيارة 2022/8/23.
([10])د/ كيلانى سيد احمد، الموجز المفيد لاحكام القانون المدنى العراقى، منشورات منظمة نشر الثقافة القانونية، اربيل، ط2، 2006، ص21.
([11])د/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، دون دار نشر، 2008، ص220.
([12])الاهلية القانونية المنتدى القانونى للمحامى عصام الباهلى، /.com7https://law-esam.yoo اخر زيارة 2022/8/25.
([13]) د/ مصطفى ابراهيم الزلمى، الكامل للزلمى فى الشريعة والقانون، احسان للنشر والتوزيع، 2014، ص60.
([14]) الهادى معيفى ، سلطة الولى على اموال القصر فى الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة، رسالة ماجيستير قدمت لكلية الحقوق بن عكنون ، 2014، ص30.
([15]) دعاء كريم خضير، مرجع سابق، ص5.
([16]) المادة 29 من القانون المدنى رقم 131 لسنة 1948
([17]) الاهلية القانونية المنتدى القانونى للمحامى عصام الباهلى، /.com7https://law-esam.yoo اخر زيارة 2022/8/25.
([18])نفس المرجع اعلاه.
([19])الهادى معيفى، مرجع سابق، ص30.
([20])مصطفى ابراهيم الزلمى، مرجع سابق، ص60.
([21]) مصطفى ابراهيم الزلمى، نفس المرجع اعلاه، ص61.
([22])الهادى معيفى، مرجع سابق، ص30.
([23])غربى صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر، رسالة ماجيستير قدمت لكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر، 2015، ص15.
([24]) المادة 34 من القانون المدني العراقى رقم 40 لسنة 1951
([25]) المادة29 من القانون المدني المصرى رقم 131 لسنة 1948
([26]) المادة 898 ، 899من القانون المدني المصرى رقم 131 لسنة 1948
([27])د/ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص225.
([28])كيلانى سيد احمد، الموجز المفيد لاحكام القانون المدنى العراقى، مرجع سابق، ص21.

(29)الهادى معيفى، مرجع سابق، ص35.
(30)نفس المرجع اعلاه، ص36.
(31)د/ عبد الرزاق السنهورى، مرجع سابق، ص226.
(32)الهادى معيفى، مرجع سابق، ص37.
(33)احمد اكرم سعيد، الاهلية التجارية، بحث مقدم الى كلية القانون والعلوم السياسية، بجامعة بابل ، 2017، ص12.
(34) المادة 93 من القانون المدني العراقى رقم 40 لسنة 1951
(35) المادة109 ، 45 من القانون المدنى العراقى رقم 40 لسنة 1951
(36) المادة 48 من القانون المدني المصرى رقم 131 لسنة 1948
(37)د/ نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص318.
(38) سعاد توفيق سليمان، عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليه، مرجع سابق، ص78.
(39) حسنى محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصى للحقوق، دار النشر الجامعى، 2009، ص148.
(40) د/ نبيل سعد، مرجع سابق، ص318.
(41) د/ عبد الرزاق السنهورى، مرجع سابق، ص81.
(42) سعاد توفيق سليمان، مرجع سابق، ص74.
(43) حسنى محمود عبد الدايم، مرجع سابق، ص148 وما بعدها.
(44) د/ عبد الرزاق السنهورى، مرجع سابق، ص345 وما بعدها.
(45) د/ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدنى الاردنى، الحقوق العينية التبعية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1995، ص45.
(46) المادة 136 من القانون المدنى العراقى رقم 40 لسنة 1951.
د/ غنى حسون طه، الحقوق العينية التيعية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، 1982، ص362.
(47) المادة 98 ، 101 من القانون المدنى العراقى رقم 40 لسنة 1951.
(48) المادة 98، 101،100 من القانون المدنى العراقى رقم 40 لسنة 1951.
(49) المادة 112 من القانون المدنى المصرى رقم 131 لسنة 1948.
(50) المادة 105 من القانون العراقى المدنى حسمت الخلاف باعتبار الرهن أنه من اعمال التصرف.
(51) د/ سمير تناغو ، التامينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، 2008، ص62.
(52) محمد طه البشير، الوجيز فى الحقوق العينية التبعية، دراسة تحليلية مقارنة، مطبعة العانى، 1971، ص31.
(53) د/ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة ، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1979، ص635.
(54) د/ حبيب إدريس عيسى المزورى ، تصرفات المريض مرض الموت، رسالة ماجيستير، جامعة الموصل، كلية القانون، 2005، ص15.
(55) د/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد، العقود التى تقع على الملكية (البيع والمقايضة)، منشورات الحلبى الحقوقية ، 2009، ص324.
(56) الفقرة الثانية من المادة 1112 من القانون المدنى العراقى رقم 40 لسنة 1951
(57) http://sciences juridiques. Almontada. Net1367-topic عقد الكفالة، اخر زيارة 2022/8/29.
(58) عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدنى، العقود المسماه(المقاولة، الوكالة،الكفالة) ط1، مكتبة دار الثقافة ، 2001، ص191.
(59) المادة 98 من القانون المدنى المصرى رقم 131 لسنة 1948
(60) عدنان ابراهيم السرحان، نفس المرجع اعلاه، ص191.
(61)زهران همام محمد محمود، التأمينات العينية والشخصية، (الكفالة ، الرهن الرسمى، حق الاختصاص، الرهن الحيازى، حقوق الامتياز، منشأة المعارف، 2002، ص76.
(62) د/ سليمان مرقص، عقد الكفالة ، دار النصر للجامعات، 1959، ص22.
(63) د/ مصطفى الدراجى، الالتزام الموصوف والقواعد التى تحكم تنفيذه، دراة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى، منشورات جامعة عمر، 2005، ص146.
(64) د/ جلال العدوى، احكام الالتزام، الدار الجامعية، 1985، ص242.
(65) د/ عبد الرحمن الحلالشة، الوجيز فى شرح القانون المدنى الاردنى ، اثار الحق الشخصى، احكام الالتزام، دار وائل للنشر، ص87.
(66) https://www.mohamah.net/law/ اخر زيارة للموقع 2022/8/23.
(67) د/ مصطفى الدراجى، الالتزام الموصوف والقواعد التى تحكم تنفيذه، دراة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى، مرجع سابق، ص148.
(68) نفس المرجع اعلاه، ص148 وما بعدها.

([69]) د/ عبد الرحمن الحلالشة، الوجيز فى شرح القانون المدنى الاردنى ، اثار الحق الشخصى، احكام الالتزام، مرجع سابق، ص281 وما بعدها.
([70]) المادة 266 من القانون المدنى المصرى رقم 131 لسنة 1948.
([71]) المادة 287 من القانون المدنى العراقى رقم 40 لسنة 1951.
([72]) د/ مصطفى الدراجى، الالتزام الموصوف والقواعد التى تحكم تنفيذه، دراة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى، مرجع سابق، ص149.
([73]) د/ عبد الرحمن الحلالشة، الوجيز فى شرح القانون المدنى الاردنى ، اثار الحق الشخصى، احكام الالتزام، مرجع سابق، ص284.
([74]) د/ عبد الرزاق السنهورى ، مرجع سابق، ص77.

قائمة المراجع والمصادر:

1. إبراهيم المشاهدين، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، منشورات مركز البحوث القانونية، العراق، بغداد، ٢٠٠٠م.

2. إسحاق أحمد حمدان علي، الوكالة غير القابلة للعزل في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، الأردن، ٢٠٠٠م.

3. بدوي حنا، الوكالة اجتهادات في قضايا الوكالة، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، 2008م.

4. رعد عداي حسين، الوكالة المدنية غير القابلة للعزل، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، ٢٠٠٨.

5. سامي الدريعي، الوكالة غير القابلة للعزل في القانون الكويتي والقانون الفرنسي، مجلة الحقوق، مجلد 25، العدد 4، جامعة الكويت – مجلس النشر العلمي، كلية الحقوق، جامعة الكويت العالمية، الكويت، 2001.

6. عصام سليم، الوكالة الساترة للبيع، منشأة المعارف، 2000م.

7. علي فارس علي، سلطات وموجبات الوكيل وانتهاء وكالته، منشورات دار الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، بيروت، 2004م.

8. محي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المدنية في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية، الطبعة الثانية.

9. مصطفى أحمد مصطفى، الوكالة غير القابلة للعزل والأمن القانوني العقاري في فلسطين، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد ٤٤، مركز جيل البحث العلمي، ٢٠٢٠.

10. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، الطبعة الثانية، 2008م، ص424.

11. هشام هنري بخيت سعيد، الوكالة غير القابلة للعزل، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، القاهرة، 2020م.