التنظيم القانوني لعقد الكفالة في ظل التشريع المدني

م.م. بسام عبد الامير ياسين
جامعة الكوفة ـ كلية القانون
bassama.alfatlawi@uokufa.edu.iq

المستخلص

عقد الكفالة من العقود المهمة في الحياة العلمية والعملية، وذلك بسبب تعقيد العلاقات الإنسانية والحاجة الملحة للدخول والعيش في المجتمع لتلبية الاحتياجات الإنسانية كان لا بد من وجود لتنظيم قانوني سليم لضمان الحماية اللازمة في إيقاع منظم ومطرد للوصول إلى الهدف المنشود والحق نحو التقدم والازدهار في المجتمع. بالتالي فإن الغالبية العظمى من التشريعات تنظيم هذه التأمينات المختلفة بما في ذلك عقود بكفالة بسيطة في بعض التفاصيل لأنه يؤدي إلى وظيفة اقتصادية واجتماعية من الدائن والمدين معا كما أنه يعطي الدائن الأمن ويوفر الثقة المدين والثقة. هذه هي واحدة من الخصائص المميزة والفريدة من نوعها من حيث بكفالة بسيطة والتأمين هو أن تكون إما عامة، وشارك من جانب جميع الدائنين دون تمييز أو الدائنين من القطاع الخاص دون الآخرين.

هذا ما دفعنا الى اجراء هذا البحث بهدف التعرف على احكام عقد الكفالة في مطلبين الاول نتناول فيه اثر عقد الكفالة اما المطلب الثاني نتناول فيه انقضاء عقد الكفالة ومن ثم وضع مجموعة من الاستنتاجات و التوصيات في نهاية البحث.

Abstract

The guarantee contract is a crucial contract in both academic and professional life. Due to the complexity of human relationships and the pressing need to participate in and live within society to meet basic human needs, a sound legal framework is essential to ensure the necessary protection in a structured and consistent manner, leading to the desired goal of progress and prosperity within society. Consequently, the vast majority of legislation regulates these various forms of security, including simple guarantee contracts, in some details. This is because it serves an economic and social function for both the creditor and the debtor, providing security and confidence for the creditor and trust for the debtor. One of the distinctive and unique characteristics of simple guarantees and security is that they can be either general, involving all creditors without discrimination, or specific to private creditors.

This is what prompted us to conduct this research, aiming to identify the provisions of the guarantee

contract in two sections. The first section addresses the impact of the guarantee contract, while the second section examines its termination. The research concludes with a set of conclusions and recommendations.

المقدمة

عقد الكفالة من العقود المهمة في النظام القانوني، إذ تُعد وسيلة لضمان الوفاء بالالتزامات المالية أو العينية التي تنشأ بين الأفراد والمؤسسات. في جوهرها، تقوم الكفالة على تعهد شخص، يُعرف بالكفيل، بسداد دين أو تنفيذ التزام ما يقع على عاتق شخص آخر، يُعرف بالمدين، في حال تعثره أو عجزه عن الوفاء بهذا الالتزام تجاه الدائن.

تحظى الكفالة بأهمية خاصة في المعاملات التجارية والمالية، حيث تعزز الثقة بين الأطراف وتضمن حماية حقوق الدائنين. وقد نظم القانون المدني العراقي أحكام عقد الكفالة بشكل دقيق، محددًا الحقوق والواجبات المترتبة على الكفيل والدائن والمدين على حد سواء. تهدف هذه الأحكام إلى تحقيق التوازن بين مصالح جميع الأطراف وضمان العدالة في تنفيذ الالتزامات.

وتكمن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع في الرغبة في البحث فيه وتسليط الضوء على أحكام عقد الكفالة كونه موضوع يتميز بكثرة الاستعمال والتداول بين الأفراد من الناحية العملية، وهذا ما يزيد من أهميته كموضوع يحتاج إلى بحث وتدقيق.

فعقد الكفالة طرفاه دائن وكفيل هذا الأخير ليس بمدين ولكنه يضمن التزام المدين إذا لم يف بالدين، وهذا ما يؤكد خطورة المركز القانوني للكفيل، لذلك فإننا نثير الإشكالية التالية : هل الضمان الشخصية المتمثل في عقد الكفالة قادر على توفير الحماية القانونية المثلى واللازمة لكل من الدائن والمدين والكفيل ؟ وما مدى فعالية هذه الحماية إن وجدت ؟ وما مدى قدرة النصوص القانونية المنظمة لعقد الكفالة على مواكبة المستجدات والتطورات الاقتصادية الحالية ؟

للإجابة عن هذه التساؤلات اتبعنا المنهج التحليلي لإيضاح كل ما يتعلق بأحكام عقد الكفالة، كما قسمنا موضوع الدراسة الى بحثين، حيث خصصنا المبحث الأول اثار عقد الكفالة، ، أما المبحث الثاني فخصصناه انقضاء عقد الكفالة. وأنهينا بحثنا بخاتمة تطرقنا فيها لأهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال معالجاتنا لهذا الموضوع.

اهمية البحث: ان الكفالة واحدة من التأمينات الشخصية المهمة، فهي تحقق مصلحة لكل من الدائن من جهة والمدين من جهة أخرى، فتحقق مصلحة للمدين في حصوله على ما يطلبه من الدائن من خلال تسهيل عملية الائتمان، وتحقق الطمأنينة للدائن لوجود شخص اخر يمكن ان يطالبه في الوفاء.

مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في :

- متى تترتب الاثار القانونية على عقد الكفالة
- كيف ينقضي عقد الكفالة
- ماهي المعالجات القانونية عند وجود خطا في التعاقد

اهداف البحث

- التعرف الاثار المترتبة على عقد الكفالة.
- معرفة الية مطالبة الدائن للكفيل.
- معرفة متى كيف ومتى يتم انقضاء عقد الكفالة.

منهج البحث: في هذا البحث تم اتباع المنهج التحليلي الوصفي للنصوص القانونية واراء الفقهاء وكذلك اجتهادات القضاء فيما يتعلق بتنظيم عقد الكفالة.

المبحث الاول :آثار عقد الكفالة

كل العقود لها اثار ونتائج وان عقد الكفالة مثل سائر العقود التي نص عليها قانون المدني فانه سوف يرتب اثارا بشكل طبيعي بين اطراف العقد فيما بينهم وعلى هذا الاساس سوف يتم تنقسم هذا المبحث الى ثلاث مطالب فسوف نقسم المطلب الاول علاقة بين الكفيل والدائن والمطلب الثاني العلاقة بين الكفيل والمدين ، والمطلب الثالث والاخير سوف نتناول العلاقة بين الكفلاء مع بعضهم البعض.

المطلب الاول : العلاقة بين الكفيل والدائن

ان علاقة الكفيل بالدائن لها صورتان، الاولى يتمثل بمطالبة الدائن للكفيل بالدين في حال عدم وفاء المدين به والثانية يتمثل في الدفوع التي يمكن ان يتمسك بها الكفيل في قبال (الدائن لرد هذه المطالب).

يلتزم الكفيل بموجب عقد الكفالة (اي يضمن تنفيذ التزام المدين والوفاء به اذا لم يفي به المدين بنفسه، ويترتب على ذلك الحق للدائن بان يطالب الكفيل بالوفاء بالتزام المكفول) [١] .

وذلك ان (هذه العلاقة) نشأت كون عقد الكفالة قد تم انشائه على اساس هذه الاطراف (الكفيل والدائن وبما انه عقد الكفالة هو عقد تبعي أي يتبع الالتزام الاصلي الذي يرتبط به المدين فتكون مطالبة الكفيل من الدين المكفول وكيفية الرجوع عليه وفي هذا تباينت التشريعات بالآراء ونصوص المواد [٢].

اما شروط مطالبة الدائن للكفيل تتمثل بشرطين اثنين هما :

أولا : وجوب حلول اجل الدين المكفول بالنسبة للكفيل

---

[١] د. رعد ادهم عبد الحميد، و د. نوزاد صديق سلمان، دراسة في القانون والشريعة الاسلامية بحث في مجلة كلية القانون والسياسة في جامعة صلاح الدين ، ص ٤٠ .

[٢] صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، الجزء الثاني، مطبعة دار المعرفة، بغداد ، ١٩٥٤ ، ص ٢٧٣ .

ثانيا : سبق الرجوع على المدين [٣] من قبل الدائن قبل الرجوع على الكفيل.

أولا : حلول اجل الدين المكفول

طالبة الدائن للكفيل (لا تجوز إلا بعد حلول أجل الكفالة)، والغالب أن يكون أجل التزام الكفيل هو مثل أجل الالتزام (المكفول إلا أنه قد يحدث أن يختلف الأجلان بناء على واقعة تؤدي) لسقوط أجل التزام المدين, فان كان اجل التزام الكفيل مختلف عن أجل الالتزام المكفول فإن الأجل الممنوح للكفيل قد يحل بعد الأجل الممنوح للمدين أو قبله فان حل اجل الالتزام الأصلي قبل حلول أجل التزام الكفيل (فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل) قبل ميعاد الأجل المحدد لإلتزامه لأن التزام الكفيل يكون أخف عبئ من الالتزام الأصلي ويستفيد الكفيل من الأجل الممنوح له.[٤]

ان الدائن لا يجوز ان يطالب الكفيل بالدين ما لم يحل الاجل اما اذا كان هنالك اتفاق اوالتزام خاص بين الكفيل والدائن فيجب على الدائن ان يرجع على الكفيل عند حلول هذا الاجل الخاص أي لا نجوز مطالبة الكفيل بالدين الا عند حلول موعد الدين الاصلي لان اجل الكفالة غالبا ما يكون اجل الدين الاصلي [٥].

على انه قد اجل مطالبة الكفيل عن اجل (دين المدين كأن يكون التزام المدين له اجلا اقصر من التزام الكفيل كما في الكفالة المؤجلة وفي هذه الحالة)، لا يجوز مطالبة الكفيل الا عند حلول اجل كفالته [٦].

ومتى جاز للدائن ان يطالب الكفيل وان يقوم بالتنفيذ على امواله فلا بد ان يكون عند الدائن سند تنفيذي ضد الكفيل ولا يكفي ان يكون عنده سند تنفيذي ضد المدين فاذا لم يكن سند الكفالة ورقة رسمية تصلح للتنفيذ بها وجب على الدائن ان يحصل على قرار قابل للتنفيذ ضد الكفيل ولا يكفي ان يحصل على حكم قابل للتنفيذ ضد المدين [٧].

اما بخصوص ما اشارت اليه المادة (٢٥٩) فقرة (٣١)، على ان يتحمل المدين كل التبعات ومنها الحادث الفجائي والحوادث الطارئة اما بشأن اعار المدين او افلاسه فما حكم التزام الكفيل هل ينقض التزامه لان عقد الكفالة عقد تابع ام يستمر فما هو الجواب ؟؟.

---

[٣] راقية عبد الجبار علي، التأمين والكفالة في القانون البحريني، سلسلة الكتب القانونية,٢٠١٢, ص ٣٠٥ .

[٤] د. محمد بن سليمان, مدونة حول التامينات العينية والشخصية, ديوان المطبوعات الجامعية, ١٩٩٩, ص٣١.

[٥] د. راقية عبد الجبار علي، المصدر السابق ، ص ٣٠٦.

[٦] د. راقية عبد الجبار علي، المصدر نفسه ، ص ٣٠٦.

[٧] صابر محمد محمد سيد، رجوع الدائن على الكفيل، ورشات للنشر والتوزيع والبرمجيات ، دار الكتب القانونية، مصر، سنة النشر ٢٠١٠، ص ٣٠٥.

لقد ذهب جانب من الفقه بالقول بان سقوط اجل الالتزام المدين يترتب عليه ايضا سقوط اجل الالتزام الكفيل بمقتضى فكرة التبعية ، اما الرأي الراجح في الفقه فقد ذهب في القول بان سقوط اجل دين المدين لا يترتب على سقوط اجل دين الكفيل [٨].

ولا يجوز الرجوع عليه قبل حلول هذا الأجل ولو سقط أجل الدين الذي يكفله وذلك للأسباب التالية:

- أن تبعية الكفالة للإلتزام الأصلي لا تمنع من انعقادها بشروط أخف.
- أن سحب الثقة من المدين بسبب الإعسار أو الإفلاس أمر خاص به لا يبرر سحب الثقة من الكفيل، كما لا يستطيع المدين الإساءة لمركز الكفيل بفعله.

ثانيا : سبق الرجوع على المدين من قبل الدائن قبل الرجوع على الكفيل

الكفيل في عقد الكفالة يكون ملزم بضمان بين لا مصلحه له فيه لان من العدالة لا يمكن مطالبته من قبل الدائن قبل الرجوع على المدين اي لابد للدائن من الرجوع على المدين اولا ومن ثم الرجوع على الكفيل اذا لم بقوم بالوفاء للمدين الاصيل الالتزام الملتزم به، وهذا ما نص المشرع العراقي (١٠٢١ ف (١) حيث جاء فيه (١ – يفرض في الكفالة انها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط او كان قد تضامن مع المدين وهي تقابل نص المادة (٧٨٨) في القانون المدني المصري .

أي يجب على الدائن ان يرجع على المدين اولا ومن ثم على الكفيل لان المدين مدينا اصليا، اما الكفيل فهو مجرد مدينا احتياطيا او يمكن الرجوع عليهما معا الكفيل والمدين في الوقت نفسه وعليه يكفي القيام بإعذار المدين او الكفيل لاجل الحصول على التزامه، يجب ان تكون هذه الجلسة هي قضائية ويرد على هذه القاعدة استثنائيين)

١– اذا اشهر افلاس المدين وجب على الدائن ان يقوم بالتقدم في التفليسة بالدين.

٢– اذا كان عند الدائن سند صالح للتنفيذ به على المدين ومن ثم فان مجرد التنبيه

[٨] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، ج (١٠)، ط (٣)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ١٩٩٨, ص ٩١–٩٢ .

بالوفاء بذاته يعد رجوعا كافياً على المدين يمهد طريق الرجوع على الكفيل (٩).

وبهذه الاحوال قد انتهينا من بيان علاقة الكفيل والدائن وبينا احوالها وما هي الامور الواجبة ان يتمسك بها الطرقان من حقوق وواجبات كل منهما تجاه الآخر.

المطلب الثاني :العلاقة بين الكفيل والمدين

كما ذكرنا سابقا ان التزام الكفيل بعقد الكفالة هو وضمانا لتنفيذ التزامات المدين والوفاء به مكانه حين لم يقم المدين بالوفاء بها بنفسه ولهذا كان طبيعيا ان يعطي القانون الكفيل حق الرجوع عن المدين والرجوع على المدين يفترض ان الكفيل قد وفى بالدين (١٠).

وعلى هذا الاساس ان رجوع الكفيل على المدين بدعوتين وهي دعوى شخصية ودعوى الحلول لذا سندرسها في فرعين :

الفرع الاول : الدعوى الشخصية

وتسمى بدعوى الكفالة هي من حق الكفيل ان يرفعها على المدين بعد قيام الكفيل بالوفاء بالالتزام الوقع على عاتق المدين وهذا ما اشار اليه القانون المدني العراقي في نص المادة ١٠٣٣ حيث ورد فيها (اذا ادعى الكفيل ما كفل به من ماله فله الرجوع بما ادعى على المدين)

وحسب نص المادة توضح ان للكفيل الحق بالرجوع على المدين بدعوى شخصية لكي يحصل بما وفى به للدائن.

اما شروط هذه الدعوى هي :

١- ان تكون الكفالة عقد من لمصلحة المدين ودون معارضته للفقه على أن الكفالة تقتصر على الاحوال التي تنعقد فيها الكفالة بدون معارضة المدين وذلك على أساس أن الكفالة تحقق في الغالب مصلحة للمدين أو مصلحة للدائن والمدين معاً، لأنها توفر اطمئنان للدائن فيقبل هذا الأخير التعامل مع المدين إلى المدين ويمنحه الائتمان، ويستوي في ذلك الكفيل الاعتيادي او المتضامن الكفيل الماجور او المتبرع الكفيل الشخصي أو العيني فيجوز لكل منهم بالرجوع بدعوى الكفالة طالما تمت الكفالة بغير معارضة المدين وكانت تحقق مصلحة للمدين أو مصلحة للدائن والمدين معاً، وفي هذه الاحوال كلها يقتصر حق الكفيل في الرجوع على المدين بقيام دعوى الكفالة لان الدعوى الشخصية دعوى

[٩] د رعد ادهم ابراهيم ، نوزاد صديق سليمان ، المصدر السابق ، ص ٤١ – ٤٢ .

[١٠] د. راقية عبد الجبار علي، المصدر السابق، ص ٣١٠.

خاصة تمنح للكفيل على أساس أنه يكون قد أسدى خدمة للمدين.

٢- قام الكفيل بالوفاء للدائن : يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين المكفول، والوفاء قد يتم بتقديم الشيء المستحق أصلا او القيام بما يقوم مقامه بشرط أن يؤدي إلى براءة ذمة المدين، هذا ويرجع الكفيل على المدين ولو وفى بجزء من الدين، إذا كانت الكفالة عن جزء من الدين أو قبل الدائن منه الوفاء الجزئي، وهنا تتفاوت دعوى الكفالة عن دعوى الحلول التي يشترط للرجوع بها أن يكون الوفاء كلياً وللدائن أن يرجع في ذات الوقت على المدين بما تبقى من حقه فإن كانت أموال المدين غير كافية للوفاء لكل من الكفيل والدائن فإنه يتم تقسيم المال بينهما قسمة غرماء ، فان الدائن لا يتقدم على الكفيل في استيفاء الباقي من أموال المدين كما موجود في دعوى الحلول (١١).

٣- يجب ان يكون الاجل قد حل والاجل المقصود هنا هو الاجل الاصلي للدين المكفول [١٢], وفاء الكفيل بالدين عند حلول أجله يجب أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين المكفول عند حلول أجله، فإن قام بالوفاء قبل الميعاد لا يحق له الرجوع على المدين إلا عند حلول الأجل. ويفقد حقه عند الرجوع عليه إذا انقضى الدين لاي سبب كان والأجل المقصود هنا هو الأجل الأصلي للدين، فإن امتد هذا الأجل بالاتفاق او بناءً على قرار المحكمة فان هذا الأجل الإضافي لا يت تقييد الكفيل فيه وله الوفاء بالدين حالما حلول الأجل الأصلي، ومن ثم يرجع على المدين بالدعوى الشخصية حتى قبل نهاية الأجل الاضافي.

٤- قضاء الدين يشترط حتى يكون للكفيل الحق في الرجوع على المدين واداءه بطريقة اختيارية او بطريقة اجبارية عن طريق التنفيذ على اموال الكفيل واقتضاء الدين من ثمنها [١٣].

---

[١١] عبد الرزاق السنهوري, الوسط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٧٠, ص١٠٩.

[١٢] د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠، ص ٤١٤- ٤١٥ .

[١٣] د رعد ادهم ابراهيم، نوزاد صديق سليمان، المصدر السابق ، ص ٤٩ .

٥- يجب على الكفيل اخطار المدين قبل الوفاء وعدم معارضة المدين لهذا الوفاء [١٤].

٦- الا يكون السداد حصل بخطأ من الكفيل : من حق الكفيل يقوم بالرجوع على المدين بالدعوى الشخصية بما تم وفاءه من الدين للدائن بشرط أن يترتب على هذا السداد براءة ذمة المدين، أما إذا كان الوفاء حصل بخطأ الكفيل لأنه لم يكن واجب بسبب بطلان مصدر الدين أو انقضائه كلياً أو جزئياً، فإنه لا يحق للكفيل الرجوع على المدين للمطالبة بما تم وفاءه، ولهذا السبب أوجب القانون على الكفيل أن يُعلم المدين قبل عزمه على السداد، ممكن ان يكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء وعليه فإن على المدين إبداء اعتراضه على وفاء للكفيل خلال مدة معقولة، وأن يتضمن هذا الاعتراض أسباب جدية تمنع الوفاء بالدين ولا وجود لشكل خاص، للإخطار الكفيل ، فقد يتم بورقة رسمية أو عرفية أو شفاهيه، فإن قام الكفيل بالوفاء دون إخطار المدين، فإنه يتحمل مسؤولية ذلك الوفاء بحيث لو أثبت المدين بأن هذا الوفاء لم يفده لم يكن للكفيل أن يرجع على المدين بشيء مما وفاه ويتحمل مسؤولية وفائه الخاطئ وإذا قام الكفيل بإخطار المدين ورد عليه طالبا منه عدم الوفاء مبرر أسباب ذلك كان على الكفيل الامتناع عن الوفاء، وإن إتخذ الدائن إجراءات المطالبة القضائية في مواجهته كان عليه أن يدخل المدين في الدعوى هذا وإن رأى الكفيل عدم جدية اعتراضات المدين وقام بالوفاء على مسؤوليته، فإن أثبت بعد ذلك صحة هذه الاعتراضات لم يكن للكفيل الرجوع عليه، ولكن يرجع على الدائن لاسترداد ما دفع بدون حق أما إذا لم يرد المدين على إخطار الكفيل أو تراخى ووفى الكفيل لم ينسب له تقصير ويكون له أن يرجع بالدعوى الشخصية لاسترداد ما وفى ولو ظهر للمدين أسباب تؤدي ببطلانه إذ يتحمل تبعة تقصيره ويلتزم بأن يدفع للكفيل ما اداه (١٥).

[١٤] د. عدنان ابراهيم سرحان, شرح القانون المدني الجزائري, العقود المسماة, دار الثقافة للنشر والتوزيع, الاردن, ٢٠١٣, ص١٨٢.

[١٥] د. راقية عبد الجبار علي، المصدر السابق ، ص ٣٦٥.

ومثال على ذلك هذه العلاقة بين الكفيل والمدين مثلا : قد يفرض مالك في ايجاد السكن كفالة ولا سيما كفالة الوالدين اذا كان العقار مؤجرا لشاب مداخيله غير اكيدة [١٦].

واساس هذه الدعوى القانونية فقد ظهر رأيان في الفقه بخصوص هذه الدعوى.

الاول: على انها دعوى وكالة او دعوى الفضالة

الثاني: على انها دعوى مستقلة ومتميزة ويطلق عليها دعوى الكفالة [١٧].

الفرع الثاني : دعوى الحلول

وهي الدعوى الثانية التي تقدم اليها الكفيل و يحل بموجبها محل الدائن وماله من حقوق من قبل المدين وسميت بهذا الاسم بان الكفيل يحل محل الدائن وهذه الدعوى ما هي الا تطبيقا للقواعد العامة المقررة في القوانين المدنية، والكفيل كما رأينا ملزم بفاء الدين عن المدين فيكفي لرجوع الكفيل بدعوى الحلول[١٨].

حيث نص المشرع العراقي في نص المادة ٣٧٩ وورد فيها اذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع محل الدائن بحكم القانون في الاحوال التالية:

١- اذا كان ملزما في الدين مع المدين وملزما بالوفاء عنه.

٢- اذا كان دائنا واوفى دائنا غيرهس مقدما عليه بماله من تأمين عيني ولو لم يكون للدافع أي تأمين.

٣- اذا كان قد اشترى عقارا ودفع ثمنه تسديدا لاحد الدائنين الذين خصص العقار لضمان حقوقهم .

٤- اذا كان هنالك نص يقرر للدافع حق الحلول.

والنص المتقدم ذكره بين بوضوح موضوع دعوى الحلول وكيفية ومتى يحل الشخص محل الدائن . وعاد المشرع العراقي ثانية ويحسم موقعه من دعوى الحلول حيث نص في المادة (١٠٣٣ ق٢) حيث جاء فيها (يحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا

---

[١٦] د. نبيل ابراهيم سعد، المصدر السابق ، ص ٤٢٢ .

[١٧] جبروم هو بيه، العقود الرئيسية الخاصة، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،٢٠٠٣، ص ٧٨٠-٧٨١.

[١٨] د. محمد صبري السعدي, عقد الكفالة في التشريع الجزائري, دار الهدى للطباعة والنشر, الجزائر, بدون سنة نشر, ص ١٠٤.

الدائن من الحقوق سواء كانت الكفالة بأمر المدين او بغير امره).

اما شروط دعوى الحلول هي :

١- ان يكون الكفيل قد قام الوفاء فعلا للدائن, وهنا تتفاوت دعوى الكفالة عن دعوى الحلول التي يشترط للرجوع بها أن يكون السداد كليا، وللدائن أن يرجع في الوقت نفسه على المدين بما تبقى من حقه، فإن كانت أموال المدين غير كافية للوفاء لكل من الكفيل والدائن فإنه يتم تقسيم المال بينهما قسمة غرماء ، فالدائن لا يتقدم على الكفيل في استيفاء الباقي من اموال المدين كما هو الحال في دعوى الحلول [١٩].

٢- يجب على الكفيل قد اوفى الدين عند حلول اجله [٢٠].

وتوضيحاً لهاتين النقطتين وبأن اذا الكفيل قام بسداد الدين فعلا جاز له ان يحل محله واذا لم يوفي فعلا لسبب من الاسباب كأن يكون براءة الدائن او تقادم بين الكفيل و الدائن وخصوص دينا ما ، فاذا حصل هذا فلا وجود لدعوى الحلول، اما الشرط الثاني حيث يقضي انه الكفيل اذا اوفى الدين عند حلوله الاجل المعين كان له ذلك، اما اذا قام الكفيل بسداد الدين قبل حلول الاجل الاصلي فلا وجود ايضا لدعوى الحلول الا حلول الاجل الاصيل المعين من قبل الاطراف ، وبهذا الشرطين نكون قد ختمنا العلاقة الثانية وهي ما بين الكفيل والمدين .

المطلب الثالث : العلاقة بين الكفيل وغيره من الكفلاء

سبق وان درسنا ان عقد الكفالة هو كفالة شخص غير قادر على دفع الدين او للضمان فاذا ما قام الكفيل بدفع الدين كله جاز له بالرجوع على غيره من الكفلاء ويختلف رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء فيما اذا كانوا متضامنين او غير متضامنين وتختلف دعوى كل منهما فعلى اساس ذلك سوف نقسم المطلب الى فرعين :

الاول في حالة تعداد الكفلاء مع تضامنهم .

الثاني في حالة تعداد الكفلاء مع عدم تضامنهم.

الفرع الاول : في حالة تعداد الكفلاء مع تضامنهم

لقد نص المشرع العراقي في المادة ٣٣٤ بفقرتيها (١٬٢) ، حيث ورد فيها (١ – لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين على الرجوع على الباقين لما دفعه زائدا لما هو واجب عليه كل بقدر حصته. ٢- فان كان احد منهما معسرا تحمل هذا الاعسار المدين الذي وفى بالدين وسائر المدينين كل بقدر حصته) . وبالتالي اذا اوفى احدهم كل الدين كان له الرجوع على الآخرين لاحد الدعوتين دعوى

---

[١٩] عبد الرزاق السنهوري, المرجع السابق, ص١٠٩.

[٢٠] د. راقية عبد الجبار علي ، المصدر السابق ، ص ٣٧٠.

الاغناء دون سبب ودعوى الحلول)، اما دعوى الاغناء دون سبب فهي حق للكفيل ان يرجع بما دفعه من دين على الآخرين انهم اثروا عليه دون سبب وافتقره وذلك تطبيقا لمبادئ العدالة التي تقضي بمنع اثراء شخصا ما على الاخر دون سبب وهذا مقتبس من الشريعة الاسلامية القراء [٢١] .

وفي دعوى الحلول يجوز للكفيل ايضا الرجوع على الكفلاء الباقين كلا بقدر حصته من الدين او نصيبه من حصة المعسر منهم حسب نص القانون المدني العراقي ، اما بخصوص الدعوى الشخصية فلا يجوز أدراجها في هذا الموضوع لأنها ترفع باسم الشخص أي انها دعوة خاصة.

لا بد ان اشير المرتهن على الكفيل العيني بما انه الكفيل العيني هو راهن يمن دين الغير فان مسؤوليته تنحصر بالمال الذي قام بتقديمه لضمان دين المدين وعليه لا يجوز للدائن المرتهن ان ينفذ على خيره كما لا يجوز في حالة عدم كفايته للوفاء بكامل حقه التنفيذ الباقي على اموال الكفيل العيني الآخر [٢٢].

الفرع الثاني : حالة تعدد الكفلاء مع عدم ضمانهم

عند تعدد الكفلاء كدين واحد وبعقد واحد وبعقود متتالية واحتفظ كل منهما بحق التقسيم ففي هذه الحالة بان الدين ينقسم بينهما وان اعسار احدهما لا يتحمله غيرهم من الكفلاء وانما الدائن هو الذي يتحمل هذا الاعسار [٢٣].

وهذه الحالة تكون اذا قام احد الكفلاء بسداد الدين كله بالرغم من عدم التزامه ففي هذه الحالة لا يكن له الحق من الرجوع على غيره من الكفلاء الا بدعوى الكسب دون سبب وفقاً للقواعد العامة, ويرجع كل منهما بقدر بنصيبه في المسؤولية عن الدين دون اعتبار ما يطرأ بعد ذلك من اعسار على بعض الكفلاء وبالتالي فاذا كان احد الكفلاء معسرا عند الرجوع عليه فان الكفيل المسدد هو الذي يتحمل حصة الكفيل المعسر [٢٤].

المبحث الثاني : انقضاء عقد الكفالة

تقدم أن التزام الكفيل التزام تابع يدور مع الالتزام الأصلي وجودا وعدما فكل ما يترك اثر في الالتزام المكفول يترك اثر بالتالي في التزام الكفيل فينقضي هذا الالتزام الأخير بصفة تبعية بجميع الأسباب التي ينقضي بها الالتزام الأول, غير أن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول لا تمنع أنه التزام مستوف

[٢١] د رعد ادهم ابراهيم ، ونوزاد صديق سليمان ، المصدر السابق ، ص ٥١ .

[٢٢] د رعد ادهم ابراهيم ، و نوزاد صديق سليمان ، المصدر السابق ، ص ٥٢-٥٣ .

[٢٣] السنهوري، المصدر السابق ، ج ١٠، ص ٢٠١ .

[٢٤] السنهوري، المصدر السابق ، ج ١٠، ص ٢٠١ .

جميع مقومات الالتزام وخاضع فى نشوئه وفي انقضائه للقواعد العامة ، فيجوز للكفيل مثلا أن يطعن في عقد الكفالة بصدوره منه في حالة نقص أهليته أو تحت تأثير عيب في الرضا أو بأي سبب آخر من أسباب البطلان فيؤدى ذلك الى تقرير بطلان الكفالة ، ويجوز له أيضا أن يتمسك بانقضاء التزامه – بقطع النظر عن انقضاء الدين المكفول – بأي سبب من أسباب الانقضاء العامة، ويكون انقضاء الكفالة في هذه الحالة بصفة أصلية وهناك أسباب خاصة بالكفالة ينقضي بها التزام الكفيل بصفة أصلية أيضا أي دون أن ينقضي الالتزام المكفول.(٢٥)

وبناء على ما تقدم نخصص المطلب الأول من هذا المبحث لانقضاء الكفالة بصفة تبعية والمطلب الثاني منه لانقضائها بصفة أصلية .

المطلب الاول : انقضاء الالتزام بصفة تبعية

تقتضى تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين ان ينقضي الالتزام المكفول وينقضي تبعا له التزام الكفيل وذلك بجميع اسباب الانقضاء العامة المقررة في القانون المدني وهي :

١. كما لو حصل الوفاء من قبل المدين فينقضي به التزامه وينقضي ايضا تبعا له التزام الكفيل حسب نص المادة ١٠٧٥ من القانون المدين العراقي [٢٦].

و يشترط بالوفاء أن يقع الوفاء صحيحا, أما اذا كان قابلا للإبطال كالوفاء بشيء غير مملوك للموفي أو حصول الوفاء من ناقص أهلية ونشوء ضرر منه للموفي ، فان تقرير بطلان الوفاء يستتبع عودة الالتزام الأصلي الى الوجود وعودة التزام الكفيل كذلك بطريق التبعية[٢٧] .

ما اذا حصل الوفاء من غير المدين ، فالغالب أن يحل الموفي محل الدائن حلولا قانونيا أو اتفاقيا . وحينئذ لا يترتب على هذا الوفاء انقضاء الدين بل انتقال الحق فيه الى الموفي ، كما في حوالة الحق تماما وبالتالي لا يترتب عليه انقضاء التزام الكفيل[٢٨].

٢. اذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئا اخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء [٢٩]. بمعنى ان الدائن اذا قبل

---

[٢٥] د رعد ادهم ابراهيم، ونوزاد صديق سليمان، المصدر السابق، ص ٥٢–٥٣ .

[٢٦] د. سليمان مرقس, في العقود المسماة عقد الكفالة, الطبعة الثالثة, معهد البحوث والدراسات العربية, القاهرة, ١٩٩٤, ص٢٠١.

[٢٧] سليمان مرقس, المصدر السابق, ص٢٠٢.

[٢٨] سميلر وديلبيك, نبذة١٢٠ في التامينات والشهر العقاري, سنة ١٩٨٩, ص١٣٧.

[٢٩] د رعد ادهم ابراهيم، ونوزاد صديق سليمان، المصدر السابق، ص ٥٤.

الشيء الغير المستحق ووافق عليه كان هذا الشيء هو بمثابة الالتزام الاصلي وثم وفائه.

وترتب عليه انقضاء الدين المكفول بصفة اصلية وانقضاء الالتزام الكفيل بصفة تبعية, ومن المسلم أن الوفاء بمقابل ليس وفاء محضا ، وانما هو تجديد للدين بتغيير محله . ويترتب على هذا التكييف وفقا للقواعد العامة أن الدين القديم ينقضي بتأميناته ويحل محله دين جديد هو الذي يتم الوفاء به خور التجديد . ولا يعود الدين القديم ولا تأميناته الى الوجود ولو استحق المقابل الذي دفعه المدين ولا يكون للدائن في هذه الحالة الأخيرة الا أن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق كما يكون له في حالة وجود عيب في المقابل أن يرجع عليه بضمان العيوب الخفية . كل هذا ما لم يطلب الدائن الحكم له بفسخ الوفاء بمقابل ذاته أي فسخ عملية التجديد كلها فيعود حينئذ الدين القديم مع تأميناته[٣٠] .

٣. الابراء : نصت المادة (١٠٤١)... (على انقضاء الكفالة تبعا لإبراء المدين المكفول لقولها ابراء الدائن المدين يوجب براءة الكفيل ولكن ابراء الكفيل لا يوجب براءة الدائن)

كل هذا سواء كان الكفيل متضامنا مع المدين الاصلي ان لم يكن [٣١].

غير أن ابراء المدين المفلس من جزء من دينه نتيجة للصلح معه لا يعتبر ابراء حقيقيا بل يتخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المفلس . ولا يترتب عليه انقضاء التزام الكفيل لأن الغرض من الكفالة هو قيام الكفيل بالوفاء فى مثل هذه الحالة التى يتعذر فيها على الدائن كامل حقه من المدين ، ولأن صلح الدائن مع المدين لم يقصد به التبرع للمدين وانما قصد به تفادي اجراءات الافلاس والتصفية التي من شأنها زيادة مركز المدين سوءا واضعاف احتمال حصول الدائن على كامل حقه[٣٢] .

٤. اتحاد الذمة : قد ينقضي التزام الكفيل باتحاد الذمة دون ان ينقضي الدين المكفول ويتحقق ذلك اذا توفى الدائن وورثه الكفيل واتحدت الذمة وانقضت الكفالة .(٣٣)

وهذا ما اشارت اليه المادة (١٠٤٢) ، حيث ورد فيها (اذا مات المكفول له وانحصر ميراثه في المدين برأ كفيله من الكفالة.... الخ).

[٣٠] سليمان مرقس, المصدر السابق, ص٢٠٤.

[٣١] نص المادة (٣٩٩) من القانون المدني العراقي .

[٣٢] سليمان مرقس, المصدر السابق, ص٢٠٧-٢٠٨.

[٣٣] صلاح الدين ناهي، المصدر السابق، ص ٢٩٣.

واذا زال السبب الذي جعل اتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعي عاد الدين الى الوجود هو وتبعاته بالنسبة الى ذوى الشأن جميعا ، ويعتبر اتحاد الذمة كان لم يكن » .

وبناء على ذلك اذا ورث الدائن المدين المكفول أو ورث المدين الدائن فان الدين المكفول ينقضي باتحاد الذمة وينقضي تبعا له التزام الكفيل .

غير أنه اذا زال سبب اتحاد الذمة ، كأن ظهر وارث أقرب من الدائن أو المدين ، فان زواله يترتب عليه عودة الدين المكفول الى الظهور وعودة الكفالة كذلك[٣٤] .

٥. بالتجديد والانابة ينقضي عقد الكفالة بالتجديد والانابة ، ولكن ما المقصود بالتجديد والانابة ؟

التجديد هو استبدال دين جديد بدين قديم سيكون سببا في قضاء الدين القديم ونشوء دين جديد فان دين المكفول ينقضي وتنقضي الكفالة تبعا لانقضائه [٣٥].

اما الانابة (فاذا حصل المدين على موافقة الدائن شخص اجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين) نص مادة (٤٥) من قانون المدني العراقي [٣٦].

ص المادة (١٠٤٤) من القانون المدني العراقي المستمدة من المجلة على انه اذا صالح المدين الدائن على مقدار من الدين فان الكفيل سواء اشترط براءته ان لم يشترط ببراءة يبرى الكفيل من الكفالة [٣٧] .

اذ اصبح المدين الاصلي دائنا لدائنه وقعت المقاصة بين الدينين بقوة القانون بقدر الاصغر منهما, فينقضي بذلك الدين المكفول كله او بعضه حسب الاحوال وينقضي تبعا له التزام الكفيل كله او بعضه [٣٨].

٦. التقادم اذا انقضى الدين المكفول بالتقادم ، انقضى تبعا له التزام الكفيل ولو كانت مدة التقادم الخاصة به لم تتم , ولا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب الكفيل ولو نزل المدين عن التمسك به(٣٩).

---

[٣٤] سليمان مرقس, المصدر السابق, ص٢٠٧.

[٣٥] السنهوري، المصدر السابق، ج ١٠، ص ٢٣٦ .

[٣٦] د. صابر محمد محمد سيد، رجوع الدائن على الكفيل، ورشات للنشر والتوزيع والبرمجيات، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠ ، ص ٤٤١.

[٣٧] صلاح الدين ناهي، المصدر السابق ، ٢٩٤ .

[٣٨] سليمان مرقس, المصدر السابق, ص٢٠٦.

[٣٩] سليمان مرقس, المصدر السابق, ص٢٠٨.

والمقصود بالتقادم المسقط هو ان التزام الكفيل ينقضي بالتقادم دون ان ينقضي الدين المكفول وقد قدمنا ان الغالب ان يسري التقادم بالنسبة للمدين الاصلي بالوقت الذي يسري فيه بالنسبة الى التزام الكفيل سيقضي المدينان بالتقادم في وقت واحد [٤٠] .

وبذلك تنقضي الكفالة بانقضاء الدين الاصلي بالتجديد مثلا كما بينا والمقاصة والتقادم المسقط وقع الالتزام الاصلي او بطلانه وهلاك الشيء [٤١].

وبهذا قد انتهينا حول كيفية انقضاء الكفالة بصورة تبعية واحوالها المنصوصة في القوانين المدنية الحديثة.

المطلب الثاني : انقضاء الالتزام بصفة اصلية

بعد ان تكلمنا عن الاسباب العامة المقررة في القانون المدني العراقي التي ينتهي بها عقد الكفالة وبصورة تبعية ، اما الاصلية فتحتوي على شقين فالأول انقضاء الالتزام كما هو مر ذكره في انقضاء الالتزام بصورة تبعية ، أي ان الالتزام الاصلي ينتهي بصورة عامة كما هو مذكور في القواعد العامة ، اما الثاني فان عقد الكفالة ينتهي بصورة اصلية ولكن بوجه خاص أي هنالك اسباب خاصة ينتهي بها عقد الكفالة اضافة الى الامور التي تم ذكرها سابقا.

وترجع هذه الخصوصية لانتهاء وانقضاء عقد الكفالة الى طبيعة الالتزام الكفيل مع المدين باعتباره ضامنا احتياطيا للدائن ، ومن هذه الاسباب الخاصة هي :

١- انقضاء التزام الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من ضمانات ولكن يشترط لانقضاء الالتزام بهذا الطريق توافر عدة شروط هي[٤٢].

أ- ان يكون التأمين الذي أضاعه الدائن تأمين خاص

ب- أن يكون إضاعة التأمين الخاص نتيجة خطأ من الدائن و ناتج عن تقصيره.

ت- وجوب ترتب ضرر يلحق الكفيل وإلا فلا محل للتمسك ببراءة الذمة.

٢- انقضاء التزام الكفيل لعدم اتخاذ الدائن الإجراءات في مواجهة المدين بعد إنذار الكفيل له بضرورة اتخاذها.

---

[٤٠] د رعد ادهم ابراهيم، ونوزاد صديق سليمان، المصدر السابق ، ص ٥٤.

[٤١] صلاح الدين ناهي، المصدر السابق، ص ٢٩٣ .

[٤٢] د. عدنان ابراهيم سرحان, المصدر السابق, ص٢٨٠.

٣- انقضاء التزام الكفيل لعدم تقديم الدائن نفسه في تفلسه المدين:

٤- موت الكفيل : اذا مات الكفيل يطالب بالمال المكفول من تركته, ولا يجوز ان يلزم الكفيل ورثته بالديون التي نشأت بعد وفاته في ذمة الدين الاصلي.

٥- الكفالة المؤقتة : وتنقضي هذه الكفالة بانقضاء المدة المحددة حسب نص المادة (١٠٤٦) .

٦- موت المكفول به [٤٣].

وهذه هي الاسباب الخاصة التي اذا توافرت انتهت الكفالة فيما بين الاطراف .

وبهذا الوصف تكون قد انتهينا من اسباب الانقضاء بفرعيها الاصلية والتبعية ونكون قد ختمنا من كتابة البحث المتعلق بالكفالة واثره على الغير واسأل المولى عز وجل التوفيق والنجاح لي ولكم .

الخاتمة:

بعد الانتهاء من دراسة عقد الكفالة لابد ان نبين اهم الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا اليها في هذه الدراسة وهي كالتالي :-

اولا: الاستنتاجات :

١- يفسر عقد الكفالة عقد ملزم الجانب واحد وهو الكفيل كما يعد هذا العقد من عقود التبرع وانه عقد تبعي كما يكون معلق على شرط وهذا ما يميز عقد الكفالة.

٢- في حالة الكفالة الاتفاقية يكون الكفيل متضامن مع المدين بموجب الاتفاق بينها اما في حالة الكفالة القانونية والقضائية فهما متضامنين بحكم القانون.

٣- الزم المشرع العراقي المضمون بالكفالة بالنفس احضار المكفول به وهذا ما اشار اليه القانون المدني العراقي في المادة (١٠١٧) منه.

٤- جوز المشرع العراقي للكفيل اذا قام بالاداء من ماله ان يرجع بها اداة على المَدين سواء كان بتوجيه من المدين او بغير توجيه .

٥- ان عقد الكفالة ممكن ان يتم حتى بدون رضاء المدين نفسه حين يتم بين الدائن والكفيل فقط .

ثانيا : المقترحات :

١- نقترح تعديل النصوص القانونية المنظمة لهذا الكفالة بما يتماشى مع التطورات الحاصلة بتالي نكون امام نصوص قانونية مرنة تتواكب مع المستجدات

٢- بسبب كثرة النزاعات المتعلقة في عقد الكفالة نقترح بوجوب عقد مؤتمرات وندوات من خلالها تكون هناك توعية للأفراد حتى

[٤٣] السنهوري، المصدر السابق، ج ١٠، ص ٢٣٨

يكون على دراية كافية بهذا العقد وما فيه من التزامات.

٣- نقترح على المشرع الوطني ولقيمة عقد الكفالة من الناحية العملية ووجوب استقرار المعاملات ان يضيف عليها شكلا معيننا عند كتابتها وان لا يترك اثباته للقواعد العامة.

٤- نقترح على المشرع العراقي اعادة النظر في تعريف عقد الكفالة واضافة مزيد من الدقة والوضوح عليه بحيث لا يؤدي الى الخلط بينه وبين غيره من العقود وان يحاكي كما جاء في نظيره المصري حيث كان تعريفه اكثر دقة ووضوحا .

المصادر

١. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، الجزء الثاني، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٤.

٢. راقية عبد الجبار علي ، التأمين والكفالة في القانون البحريني ، سلسلة الكتب القانونية, ٢٠١٢.

٣. د. محمد بن سليمان, مدونة حول التامينات العينية والشخصية, ديوان المطبوعات الجامعية, ١٩٩٩.

٤. صابر محمد محمد سيد ، رجوع الدائن على الكفيل ، ورشات للنشر والتوزيع والبرمجيات ، دار الكتب القانونية، مصر، سنة النشر ٢٠١٠.

٥. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، ج (١٠)، ط (٣)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ١٩٩٨.

٦. عبد الرزاق السنهوري, الوسط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٧٠.

٧. د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.

٨. د. عدنان ابراهيم سرحان, شرح القانون المدني الجزائري, العقود المسماة, دار الثقافة للنشر والتوزيع, الاردن, ٢٠١٣.

٩. جبروم هو بيه، العقود الرئيسية الخاصة، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،٢٠٠٣.
١٠. د. محمد صبري السعدي, عقد الكفالة في التشريع الجزائري, دار الهدى للطباعة والنشر, الجزائر, بدون سنة نشر.
١١. د. سليمان مرقس, في العقود المسماة عقد الكفالة, الطبعة الثالثة, معهد البحوث والدراسات العربية, القاهرة, ١٩٩٤.
١٢. سميلر وديلبيك, نبذة١٢٠ في التامينات والشهر العقاري, سنة ١٩٨٩.
١٣. د. صابر محمد محمد سيد، رجوع الدائن على الكفيل، ورشات للنشر والتوزيع والبرمجيات، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.

البحوث المنشورة

د. رعد ادهم عبد الحميد، و د. نوزاد صديق سلمان، دراسة في القانون والشريعة الاسلامية بحث في مجلة كلية القانون والسياسة في جامعة صلاح الدين, ٢٠١٩.

القوانين

- نص المادة (٣٩٩) من القانون المدني العراقي .