الكفالة بالنفس فقهاً وقانوناً.

Self-guarantee jurisprudence and law.

بحث مقدم من قبل
الاستاذ المساعد فاديه احمد حسن
مركز وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

الخلاصة.
في دراسة لعدد من الباحثين وجدوا ان الكفالة في العصر البابلي القديم تعد من الضمانات الرئيسية المهمة في ميدان العلاقات والمعاملات الاقتصادية حتى انها جاءت على نوعين الكفالة بالنفس والاخرى بالأموال ، ولعلنا بصدد دراسة الكفالة بالنفس ، والتي لاقت اهتمام الفقه والقانون على حداً سواء من خلال وضع التعريف المناسب لها وتحديد الاثار المترتبة عليها ، الا انه لم يتم تفصيل احكامها بشكل دقيق ، خصوصا وانها تحمل معنى مختلف عما تحمله كفالة الاموال ، من حيث كونها تعني التزام كفيل بإحضار شخص يطلق عليه (المكفول به) المدين وتسليمه للمكفول له الدائن ، ولا تبرء ذمته الا بالتسليم ، والا تعرض للعقوبات التهديدية التي اوجبتها القوانين المدنية ، وعليه تم تقسيم البحث الى مطلبين الاول تناولنا فيه تعريف الكفالة بالنفس اما الثاني اهم الاثار المترتبة عليها .

الكلمات المفتاحية: الكفالة ، انواع الكفالة ، كفالة النفس، احضار ، المكفول.

Abstract .
In a study by a number of researchers, they found that sponsorship in the ancient Babylonian era is one of the main guarantees important in the field of economic relations and transactions, so that it came on two types of self-guarantee and the other with money. appropriate to it and determining its implications, but its provisions have not been accurately detailed Especially since it carries a different meaning than what the money guarantee carries, in that it means the obligation of a guarantor to bring a person who is called (the sponsored) the debtor and hand him over to the sponsored creditor, and he is not discharged except by handing over, and he is not subjected to the threatening penalties imposed by civil laws, and accordingly the research was divided To two demands, the first in which we dealt with the definition of self-guarantee, while the second is the most important implications of it

Keywords: sponsorship, types of sponsorship, self-guarantee, bring, the sponsored.

المقدمة.

اولا/ أهمية البحث.

تعد التأمينات الشخصية المتمثلة بالكفالة بصورة عامة كأداة لضمان الحقوق ، فضلا عن كونها من اقدم الوسائل بما توفره من ضمان كاف للدائن وهي في الوقت ذاته تمكن المدين من تقديم ضمانا كافيا ليستطيع الحصول على الفائدة ، وان هذه التأمينات لها الاسبقية في الظهور مقارنة بالتأمينات العينية وفي دراسة لعدد من الباحثين وجدوا ان الكفالة في العصر البابلي القديم تعد من الضمانات الرئيسية المهمة في ميدان العلاقات والمعاملات الاقتصادية حتى انها جاءت على نوعين الكفالة بالنفس والاخرى بالأموال ، وأيضا تبرز أهمية الدراسة من كونها توفر نوعاً من الامن والطمأنينة بين الناس وان أهمية الدراسة بوجه الخصوص جاءت بصورة خاصة من ناحية الكفيل وكيف للقانون ان يخلصه من هذا الالتزام الذي اثقل كاهله وكيف له ان يتحرر من هذا الالتزام بموجب نتائج مرضية لجميع الاطراف .

ثانيا/ إشكالية البحث.

عند القيام بهذا البحث تثار لدينا العديد من التساؤلات من خلال ترتيب القانون التزاما على عاتق الكفيل بضرورة احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول له ولا تبرأ ذمته بهذا الالتزام الا اذا سلمه للمكفول له إضافة الى ترتب غرامات في ذمته عند عدم قيامه بأداء التزامه ومن هذه التساؤلات

1-هل ان المشرع عندما فرض غرامات تهديدية على الكفيل عند عدم قيامه بالتزامه هل كان الغرض منها اجباره على تنفيذ التزامه مع امكانية اعفاءه اذا اثبت عجزه عن ذلك ؟

2-قيام الكفيل بكفالة نفسه دون ان يقوم بكفالة ماله فكيف له ان يتحمل غرامات تهديدية عند عدم تنفيذه ما التزم به ؟

3-قيام الكفيل بتنفيذ التزامه قبل حلول الوقت المناسب هل يبرأ ذمته ام لا؟

4- والاهم من ذلك عند عدم قيام الكفيل بأداء التزامه ما الذي يمكن ان يترتب على مخالفته لالتزامه ؟

ثالثاً/ منهجية البحث ونطاقه .

تم اتباع اسلوب المنهج التحليلي، من خلال عرض النصوص القانونية التي جاءت بها احكام قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 ، والتي نظمت احكام الكفالة بالنفس وما يترتب عليها ، ومناقشتها من اجل الوصول للمعالجة المطلوبة ضمن الاطار العام للدراسة ، وان نطاق دراستنا ينصرف الى بيان جميع ما جاء به المشرع العراقي فيما يتعلق بالكفالة والنفس ، اما بقية التشريعات المدنية فقد تم الاشارة اليها على سبيل المثال فقط لا على سبيل المقارنة ، ومن هنا فقد تناولنا البحث بمطلبين الأول التعريف بكفالة النفس وبيان مفهومها في اللغة وما جاءت به التشريعات المدنية ، ومفهوم الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي وكذلك الشروط الواجب توافرها في الكفيل كونه العنصر الذي يقع عليه الالتزام الرئيسي وأيضا الأساس القانوني للكفالة بالنفس وتأصيلها اما المطلب الثاني فتم تناول النتائج التي من الممكن ان تترتب على الكفالة بالنفس من حيث التسليم والابراء وموت كل من الكفيل والمكفول به واثرهما في انهاء الكفالة والتخلص منها طبقاً لما نصت عليه احكام القانون المدني العراقي .

رابعاً/ هيكلية البحث.

المطلب الأول :- مفهوم الكفالة بالنفس

الفرع الأول :- التعريف بالكفالة بالنفس لغة وقانونا

الفرع الثاني : التعريف بالكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي

الفرع الثالث :- الشروط الواجب توافرها في الكفيل

الفرع الرابع :- الأساس القانوني للكفالة بالنفس

المطلب الثاني :- النتائج المترتبة على الكفالة بالنفس

الفرع الأول :- التسليم

الفرع الثاني :- الابراء

الفرع الثالث :- موت المكفول به

الفرع الرابع :- موت الكفيل

المطلب الاول/ مفهوم الكفالة بالنفس.

للوقوف على مفهومها بشكل دقيق يجب ان نعرف مفهوم الكفالة بالنفس لغة ومفهومها اصطلاحاً ، فضلا عن مفهومها وفقا للقانون والفقه الإسلامي وأيضا الشروط الواجب توافرها في الكفيل والاساس القانوني للكفالة بالنفس وسوف نستعرض ذلك في خمسة فروع

الفرع الأول/ مفهوم الكفالة بالنفس لغة واصطلاحاً وقانوناً.

يقول إبن منظور فِي لسان العرب فِي باب الكفل : الكفل: العجز، وجمعها أكفال ، وُيكون للإنسان وللدابة ، والكفل من مراكب الرجال ، وهو الكساء الذيُ عقد طرفاه وُوضع على سنام البعُر ، وفِي حدُيث أبن رافع قال : ذلك كفل الشُيطان ،ُعنَ مقعده ، وتكفلت بالشئ : ألزمته نفسَي وأزلت عنه الضُيعة والذهاب ، والكفل تعنيَ النصُيب والحظ والضعف من الأجر أو الأثم (1) وجاء فِي التنزُيل :"يُؤتكم كفلُين من رحمته،" اما فِي الحدُيث الشرُيف :"أنا وكافل اليتُيم كهاتُين فِي الجنة" (2)

اما تعريفها (وفقا للقانون):-

فقد عرف القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل الكفالة بالنفس بموجب نص المادة (1017) منه ، على انها احضار المكفول به فان اشترط في الكفالة تسليمه في وقت معين، يجبر الكفيل على احضاره وتسليمه للمكفول له في هذا الوقت ان طلبه، فان احضره يبرأ من الكفالة وان لم يحضره، جاز للمحكمة ان تقضي على الكفيل بغرامة تهديدية ما لم يظهر عجزه وعدم اقتداره على احضار المكفول به(3) ، ويتبين من التعريف اعلاه ان المشرع العراقي قد حدد المعنى الدقيق والصريح لها فضلا عن تحديد النتائج المترتبة عنها ، المتمثلة بالجزاء المترتب عليها في حال عدم تسليم المكفول به ولعلنا نجد ان الغرامة التي فرضها المشرع العراقي بموجب احكام القانون المدني ، ما هي الا تعويضاً قد يقرره القضاء المدني المختص في حل اخلال الكفيل بالتزام التسليم . وعرفت كذلك من قبل شراح القانون بانها تعهد يلتزم به شخص ان يقدم شخصا اخر لدى القضاء او ان يحضره عند استحقاق الموجب او عند الحاجة(4) وأيضا عرفت بانها الالتزام بإحضار بدن من عليه الحق (5)

ويعرف الباحث الكفالة بالنفس بانها " التزاماً يقع على عاتق الكفيل بضرورة تسليم الشخص الذي تعهد بتسليمه خلال مدة زمنية معينة ، وبخلافه يتحمل الكفيل دفع المقابل المقرر طبقاً لما تقتضيه احكام القانون المدني "

الفرع الثاني/ مفهوم الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي.

من خلال ما هو واضح من الكتابات التي جاء بها الفقه الاسلامي ان الاحناف قد عرفوا الكفالة بالنفس بانها قيام شخص بتسليم شخص معين ،اي احضار المكفول به (6) ، اما الشافعيه فعرفت عندهم بانها التزام احضار المكفول الى المكفول له للحاجة وان الدائن يطالب الكفيل بإحضار المكفول فان احضره او حضر المكفول نفسه توجهت المطالبة الى المكفول ، وان غاب المكفول لزم الكفيل احضاره ولو من دار الحرب وفوق مسافة القصر ولو في بحر غلبت السلامة فيه فيما يظهر وما يغرمه الكفيل من مؤنه السفر في هذه الحالة في مال نفسه ولو كان المكفول ببدنه يحتاج الى مؤن السفر ولا شيء معه فان على الكفيل قضاءه ، وايضاً عرفها المالكية بانها الالتزام بالائتيان بالغريم عند الاجل(7) ، اما الحنابلة بانها التزام رشيد احضار من عليه حق مالي لديه ويرون ان الدائن له الخيار في مطالبة من شاء من الكفيل او المدين لان الحق ثابت في ذمة المدين والكفيل (8)، ومن خلال ما اورده الفقه نجد ان جميع التعاريف لا تختلف عما جاءت به التعاريف القانونية فهي تعني الضمان والضم والالتزام ، وجميعها تدور حول مسالة واحدة وهي احضار المكفول ببدنه ، حتى انها تسمى عند بعض الفقهاء بكفالة البدن وأيضا يسميها البعض بكفالة الوجه ، وان مشروعية الكفالة بالنفس في الفقه الإسلامي ادلة استند قسم منها الى القران الكريم وقسم اخر استند الى سنة النبي محمد (ص) وسنة الائمة المعصومين (ع) فضلا عن اجماع فقهاء المذاهب المختلفة وما يقتضيه العقل السليم من حكمة تشريع هذا العقد كأداة للتعامل بين الناس لدفع الضيق ورفع الحرج عنهم (9).

الفرع الثالث/ الشروط الواجب توافرها في الكفيل.

من الجدير بالذكر ان الكفيل هو الشخص الضامن والذي يقع عليه الثقل الاكبر في عقد الكفالة بالنفس ، لذا ارتأينا بيان الشروط الواجب توافرها فيه ويقصد به كل من انشأ عقد الكفالة والتزم بأثارها ، وعليه ندرج الشروط التي لابد من توافرها فيه وعلى النحو الاتي :

اولا : ان يكون راضيا ومختارا : أي ان يكون راضي عنها فلا يلزم الكفيل نفسه الا بإرادته ورضاه لان الكفالة بالنفس تتم بالاتفاق بين الطرفين فان اكره الكفيل عليها فأنها تكون باطلة (10)

ثانياً :- ان يكون الكفيل متمتع بالأهلية :- ضرورة ان يكون الكفيل متمتعا بالأهلية الكاملة (11)وغير مصابا بجنون او عته او سفه وان يكون بالغا سن الرشد وعاقلا أي لا يشوب العقد أي عارض من عوارض الأهلية وذلك لان الكفالة يترتب عليها التزامات في الذمة (12) اما فيما يتعلق بكفالة المرأة فأنها صحيحة وسواء كانت متزوجة ام غير متزوجة فلا حاجة الى اذن زوجها كسائر تصرفاتها (13)

ثالثاً :- ان يتعهد الكفيل بأداء دين المدين في حال عدم قيامه بالإحضار: من ضمن الشروط التي اوجبها القانون المدني العراقي في المادة (1019) بضرورة تعهد الكفيل في حال اذا لم ينفذ التزامه يلتزم بدفع دين المدين (14) ولعلنا نجد ان ذلك عبئ ثقيل اوجبه المشرع العراقي على الكفيل ، نعم انه التزام بإرادته واذا خالف التزامه يفرض عليه تعويض او مقابل ، لذا نقترح تعديل تلك المادة من قبل المشرع العراقي لتكون **" للكفيل والمكفول له الاتفاق على قيام الكفيل بأداء دين المدين في حال عدم تسليم المكفول به "**

الفرع الرابع/ الأساس القانوني للكفالة بالنفس.

سبق ان اشرنا الى معنى الكفالة بالنفس بموجب ما جاءت به احكام القانون المدني العراقي ، والذي استقاها المشرع العراقي من مجلة الاحكام العدلية (15) الا انه لم يأخذ مفهوم الكفالة بالنفس من المجلة بل اقتبسه من كتاب مرشد الحيران (16) والذي عرفها بموجب المادة (738) منه (17) وما يجب ملاحظته ان المشرع العراقي بموجب ما جاءت به احكام القانون المدني العراقي في المادة (1017) قد اعطى الحق للمحكمة من فرض الغرامة التهديدية على الكفيل في حال عدم تنفيذه احكام الكفالة ، كتعويض عن اخلاله بالتزامه فضلا عن تعهده بدفع دين المدين في حال عدم تنفيذه التزامه خلال الفترة الزمنية المتفق عليها ،في حين نجد ان كتاب مرشد الحيران قد نص على عقوبة الحبس عند عدم قيامه بتنفيذ التزامه ، اي ان المشرع العراقي باقتباسه احكام الكفالة بالنفس من الفقه الاسلامي ، قام بالتخفيف من الجزاء المترتب على الكفيل عند اخلاله بالتزامه من الحبس الى الغرامة التي قد يقررها القاضي،ولعلنا لا ننسى بالذكر على سبيل المثال ما جاءت به القوانين المقارنة الأخرى والتي اشارت اليها بموجب القوانين المدنية كالمشرع الأردني بموجب القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976 (18) وكذلك الحال بالنسبة للمشرع اللبناني بموجب قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932(19) ،ولعلنا نجد ان كل من المشرع الاردني واللبناني سارا بنفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع العراقي من حيث الاشارة الى معنى الكفالة بالنفس واثارها في النص ذاته ، وان اختلفت المصطلحات التي تطلق عليها كان تكون كفالة حضور او كفالة بالنفس الا انها تحمل المعنى ذاته ، وما هي الا التزاماً شخصي يقع على عاتق الكفيل ، ولا يستطيع ان يتخلص منه الا بالتنفيذ او تفرض عليه جزاءات اقرتها القوانين .

المطلب الثاني/ النتائج المترتبة على الكفالة بالنفس.

لو تمعنا بأحكام القانون المدني العراقي فيما يخص الكفالة بالنفس (20) نجدها قد اشارت كما سبق ذكره الى مضامينها من حيث التزام الكفيل بالتزام معين وخلال مدة معينة وبخلافه يتعرض لجزاء يحدده القاضي المختص ، لكننا نتساءل عن طبيعة الشخص الذي يتم تسليمه للمكفول له ، هل هو جهة مختصة او قضائية ، فضلا عن ماذا لو مات الكفيل او المكفول به المراد تسليمه ، ومتى تبرأ ذمة الكفيل عن ذلك الالتزام الذي وقع على عاتقه ، جميع هذه التساؤلات يتم الاجابة عليها من خلال تقسيم المطلب الى اربعة فروع وعلى النحو الاتي :

الفرع الأول/ تسليم المكفول به.

مما لا يدعو للشك نجد ان الاحكام التي جاء بها المشرع العراقي تكاد تكون واضحة حيث ان الكفالة بالنفس تنتهي وتنقضي وترتب نتائجها متى ما تم التسليم (احضار المكفول به) أي ان التسليم ينهي الكفالة أي ان الكفيل بقيامه بتسليم ما طلب منه في مكان يتم الاتفاق عليه مسبقاً بين الطرفين ، فلا يجوز للكفيل ان يقوم بتسليم المكفول به في مكان اخر ، كون ذلك يمنع من ان تبرأ ذمته او لا يتخلص من الكفالة الا اذا سلم المكفول به في المكان المعين واذا تم تسليم شخصا اجنبيا للمكفول له فيجب ان يوافق المكفول به بذلك حتى تبرا ذمة الكفيل (21) وفي حالة اذا كان المكفول به محبوسا بحق في دم او دين فيمكن للقاضي ان يقوم بإخراجه لفترة قصيرة ثم يقوم بإرجاعه للحبس فيعتبر التسليم صحيحا وتتحقق بذلك التخلية ويبرا الكفيل من كفالته بالاتفاق (22)

لكن هنالك سؤال يتبادر الى ذهننا ماذا لو قام الكفيل بتسليم ما طلب منه قبل المدة المتفق عليها وهل على المكفول له ان يتسلمه لتبرأ ذمة الكفيل ؟ قيل اذا كان هنالك ضرر يلحق بالكفيل فان على المكفول له ان يتسلمه اما اذا لم يكن هنالك ضرر فبإمكان المكفول له رفض استلامه وان يكون الاستلام في الاجل المحدد (23)

لكنني لا اتفق مع ذلك الرأي ، طالما ان الكفيل قد تمكنت له الفرصة المناسبة لتنفيذ التزامه ، ولم يكن هنالك اي مانع يمنع المكفول له من تسلمه ، فلا داعي لانتظار المدة الزمنية التي الزم بها ، وان وجدت تلك المدة فان الغاية منها امهال الكفيل الوقت الكافي لتنفيذ التزامه .

ومن جانب اخر هنالك تسأل اخر ماذا لو قام الكفيل بتوكيل شخص اخر ينوب عنه تسليم ما طلب منه فهل ذلك يعني تنفيذه التزامه ام لا؟

نعتقد ان التشريعات المدنية بما تضمنته من احكام جاءت واضحة بشان التزام الكفيل بالتسليم ، الا ان للفقه كان هنالك راي اخر من حيث امكانية الكفيل توكيل شخص ينوب عنه للقيام بذلك بشرط ان يتم الاتفاق على ذلك مع المكفول له ، لكن اذا اشترط عكس ذلك ، فلا تبرأ ذمة الكفيل ، ولعلنا نقف الى جانب الراي الفقهي ، خاصة اذا كان هنالك يمنع الكفيل من القيام بالتسليم بنفسه (24)

الفرع الثاني/ ابراء المكفول له للكفيل.

ان الكفالة بالنفس تنقضي وتنتج اثرها اذا قام المكفول به بأداء ما في ذمته الى الدائن وتنتهي بإبراء المكفول له للكفيل أي متى ما قام المكفول له بإبراء الكفيل انتهت الكفالة بالنفس وسقطت فللفظ الصادر من المكفول له الذي يدل على ابرائه بعبارة (ابرأتك من الكفالة) او (ليس لي عندك حق)(25) ففي هذه العبارات الاتية نجد انها تسقط وتعد قد انتجت اثرها وذلك لان مقتضى الكفالة بالنفس هو ثبوت حق مطالبة الكفيل بإحضار وتسليم النفس المطلوبة فاذا سقط حق المطالبة بالإبراء ينتهي الحق ، كونه يكون بمثابة تنازل عن الكفالة من قبل المكفول له ، فضلا عن ان الابراء حق خالص للمكفول له وقد اسقط من قبله (26)

لكن ما تجدر الاشارة اليه ان ابراء الكفيل بالنفس ليس ابراء للمكفول به كونه اسقط حق المطالبة عنه دون المكفول به(27) حتى ان إقرار المكفول له انه تسلم المطلوب يكاد يكون دليلا على الابراء وهو ما يسمى بإبراء الاستيفاء.

الفرع الثالث/ موت المكفول به.

اشار المشرع العراقي بموجب احكام القانون المدني في المادة 1018 الى ان غياب المكفول به لأسباب معلومة او وفاته ، تدل دلالة واضحة على سقوط حق الكفيل في الاحضار ، ولعل السبب في ذلك لان الكفيل اصبح عاجزاً عن تنفيذ التزامه بالإحضار ، فضلا عن ذلك اجزمت احكام القانون المدني ذلك من خلال ما اشارت اليه نص المادة اعلاه ، ولعل سقوط الحضور قرينة على سقوط الحق في المطالبة (28) وما على الكفيل الا ان يثبت ذلك بانه قد بذل كل ما ينبغي لإحضار المكفول به ، ثم اتضح له انه غائب لسبب لا احد يعلم به ، وصدر من المحكمة ما يثبت ذلك او عجز عن ايجاد مكانه ، او ثبتت وفاته ، فهذه كلها ان دلت على شيء فأنها تدل على سقوط حق الكفيل ، ولا يستطيع المكفول له بعد ذلك مطالبته باي شي اخر .

الفرع الرابع/ موت الكفيل.

عندما يتم عقد الكفالة بالنفس يكون هنالك اجل معين يلتزم بموجبه الكفيل باحضار المكفول به وتسليمه للمكفول له لكن تشاء الاقدار ويموت الكفيل قبل التسليم ، فهنا يثار تساؤل هل تنتهي الكفالة بالنفس ام انها تنتقل الى الورثة ؟ استنادا لما جاء به المشرع العراقي (29) فان الكفالة بالنفس تبقى ولا تنتهي بموت الكفيل بل تنتقل الى الورثة اذا لم يتم استيفاء الدين من قبل المدين ، أي ان الورثة يتحملون نتائج الكفالة،وبدورنا نرجح انتقالها الى الورثة كونه التزام يقع على عاتق الكفيل ، على الرغم من انه التزم به بموجب ارادته المنفردة الا انه يبقى ضمن الالتزامات التي يقع على عاتقه تنفيذها وان توفى انتقلت الى ورثته.

الخاتمة.

اولا / النتائج.

1. وردت العديد من التعاريف للكفالة بالنفس بموجب القوانين والفقه ، وبدورنا نقترح تعريفها " بانها التزاماً يقع على عاتق الكفيل بضرورة تسليم الشخص الذي تعهد بتسليمه خلال مدة زمنية معينة ، وبخلافه يقوم القضاء المختص بفرض الغرامة المقررة وفقا للقانون ".
2. على الرغم من دراسة الموضوع وفقا لما جاء به المشرع العراقي ، اوردنا على سبيل المثال ما جاءت به التشريعات المدنية المقارنة (كالأردني واللبناني) ووجدنا ان جميعها تتفق الى النص على الكفالة بالنفس واثارها في النص ذاته ، وان اختلفت المصطلحات التي تطلق عليها كان تكون كفالة حضور او كفالة بالنفس الا انها تحمل المعنى ذاته ، وما هي الا التزاماً شخصي يقع على عاتق الكفيل ، ولا يستطيع ان يتخلص منه الا بالتنفيذ او تفرض عليه جزاءات اقرتها القوانين .

(1) للكفيل اذا تحققت الفرصة المناسبة لتنفيذ التزامه ، ولم يكن هنالك اي مانع يمنع المكفول له من تسلمه ، فلا داعي لانتظار المدة الزمنية التي الزم بها ، وان وجدت تلك المدة كون الغاية منها امهال الكفيل الوقت الكافي لتنفيذ التزامه .

(2) ان الكفيل لا تبرأ ذمته من الكفالة الا بعد تسليم المكفول به او قيام المكفول له بإبراء الكفيل من التزامه .

(3) موت الكفيل لا يبرأ الكفيل من الكفالة ، بل تنتقل الى ورثته .

(4) اذا تخلف الكفيل عن التزامه فانه يترتب على ذلك فرض غرامات تهديدية على الكفيل .

(5) موت المكفول به او غيابه يؤدي الى سقوط الكفالة بالنفس عن الكفيل .

(6) 8-من ضمن الشروط التي اوجبها القانون المدني العراقي في المادة (1019) بضرورة تعهد الكفيل في حال اذا لم ينفذ التزامه يلتزم بدفع دين المدين ،ولعلنا نجده عبئ ثقيل اوجبه المشرع العراقي على الكفيل ، نعم انه التزام بإرادته واذا خالف التزامه يفرض عليه تعويض او مقابل . لذا

(7) ثانياً:- التوصيات :-

(8) ضرورة قيام المشرع العراقي بموجب احكام القانون المدني العراقي بتعديل مصطلح الكفالة بالنفس ليكون (كفالة الاحضار) بدلا عنها .

(9) ضرورة قيام المشرع العراقي بموجب احكام القانون المدني العراقي بإضافة الفقرة الاتية الى المادة 1019 منه (اذا قام الكفيل بتسليم المكفول به قبل انتهاء المدة الزمنية ، فان ذلك يبرءه من الكفالة) .

(10) ضرورة قيام المشرع العراقي بتعديل المادة 1019 لتكون " للكفيل والمكفول له الاتفاق على قيام الكفيل باداء دين المدين في حال عدم تسليم المكفول به "

الهوامش .

(11) ابن منظور ، لسان العرب ، بلا ط، دار المعارف للنشر ،1119

(12) د. محي الدين إسماعيل علم الدين – العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية – الطبعة الثانية: دار النهضة العربية – مصر بلا تاريخ نشر ، ص232

(13) انظر المادة (1017) من القانون المدني العراقي النافذ

(14) د. عبدالرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – دار النهضة العربية – القاهرة، سنة 1970 ص 543

(15) د. محمد حسين منصور – النظرية العامة للائتمان – منشأة المعارف – الإسكندرية، سنة 2005. ص 655

(16) علي الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ،دار الفكر العربي ، القاهرة ،2000،ص299

(17) د .محمد بن ابراهيم الموسى ، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة) ،الجزء الاول ، دار الثقافة والنشر بجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية ،السعودية ،1991،ص188

(18) أبو القاسم نجم الدين جعفر عبد الحسن الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، الجزء الأول ط2،دار الفقاهة للنشر ، مطبعة سليمان زاده ،2009 ،ص232

(19) معاذ بن معلا القحطاني ، الكفالة الحضورية في المملكة العربية السعودية بين النص والتطبيق ، بحث منشور في مجلة الرياض ، العدد13909 2006 ، 123

(20) عبد الله عزام ، نظرية العقد والكفالة ، مؤلف منشور على الرابط https://ketabonline.com/ar/books/7903/read?part=1&page=1&index=2

(21) يقصد بالأهلية قانوناً صلاحية الإنسان القانونية لكسب حقوقه و تحمل الواجبات المُلقى عليه وتحمل جميع التزاماته ومن ثم القدرة على إبرام التصرفات القانونية والمُباشرة بها نقلا عن أكرم زاده الكوردي ،مفهوم القاصر وأهليته ، دراسة مقارنة في القانون العراقي والمصري ، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ،العددالثاني،2020،ص266

(22) احمد محمد زياد فيصل شرف ، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة رسالة ماجستير من جامعة الشرق الأوسط ، ،2012،ص 42

(23) د راقية عبد الجبار علي ، المركز القانوني لكفيل الكفيل في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية لكلية القانون / جامعة بغداد ،2020 ،ص112

(24) انظر نص المادة (1019) من القانون المدني العراقي النافذ

(25) د. صابر محمد محمد سيد – رجوع الدائن على الكفيل (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الكتب القانونية، سنة 2010 ،ص703

(26) أبو القاسم نجم الدين جعفر عبد الحسن الحلي ، المصدر السابق ، ص 343

(27) طرس البستاني، المصدر السابق ،ص231

(28) نصت احكام القانون المدني الأردني المرقم (43)لسنة 1976 في المادة 961 " بان الكفالة بالنفس تلزم الكفيل بإحضار المكفول في الوقت المحدد عند طلب المكفول له فان لم يفعل جاز للقاضي ان يقضي بغرامة تهديدية وله ان يعفيه اذا اثبت عجزه عن احضاره"

(29) تم الاشارة بشكل صريح للكفالة بالنفس في المادة (1098) تحت عنوان كفالة الحضور ، ونلاحظ ان المصطلح الذي جاء به المشرع اللبناني هو اقرب الى القانون واقرب الى الواقع من مصطلح كفالة النفس كونها تشير بالأساس الى الحضور الذي يقع على عاتق الكفيل ، نقلا عن بطرس البستاني، المصدر السابق ،ص231

(30) نصت المادة من (1017) من القانون المدني العراقي المضمون في الكفالة بالنفس، هو احضار المكفول به فان اشترط في الكفالة تسليمه في وقت معين، يجبر الكفيل على احضاره وتسليمه للمكفول له في هذا الوقت ان طلبه، فان احضره يبرأ من الكفالة وان لم يحضره، جاز للمحكمة ان تقضي على الكفيل بغرامة تهديدية ما لم يظهر عجزه وعدم اقتداره على احضار المكفول به.المادة 1018اذا كان المكفول به غائباً غيبة معلومة وطلب المكفول له احضاره يكلف بذلك وللمكفول له ان يستوثق بأخذ كفيل من الكفيل عند ذهابه لإحضار المكفول به، وان كان المكفول به غائباً، ولم يعلم مكانه فلا يطالب به الكفيل. المادة 1019– اذا تعهد الكفيل بالنفس ان يسلم المكفول به في وقت معين، والا فعليه اداء دينه، لزمه اداء الدين اذا لم يحضره في الوقت المعين. 2 واذا مات الكفيل فان لم يتسلم الورثة المكفول به في الوقت المعين او لم يسلم الورثة المكفول به نفسه من جهة الكفالة، لزم اداء الدين من تركة الكفيل.

(31) د. عبد السلام بن محمد الشويعر ، عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة ، بحث محكم منشور في الرياض ، بلا سنة ،265

(32) معاذ بن معلا القحطاني ، المصدر السابق ، ص154

(33) منير القاضي الايضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني العراقي ، مطبعة الحكومة بغداد 1948، ص 322

(34) بهجت علي صباح الحيدري ، وسائل حماية الكفيل في القانون المدني ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ، 2018، ص240

(35) علي مهدي صالح ، الكفالة بالنفس ، رسالة ماجستير في كلية القانون جامعة القادسية ،2016، 455

(36) د. عبد السلام بن محمد الشويعر، المصدر السابق ، ص322

(37) علي مهدي صالح ، المصدر السابق ،ص464

(38) نصت المادة (1018) من القانون المدني العراقي "اذا كان المكفول به غائباً غيبة معلومة وطلب المكفول له احضاره يكلف بذلك وللمكفول له ان يستوثق بأخذ كفيل من الكفيل عند ذهابه لإحضار المكفول به، وان كان المكفول به غائباً، ولم يعلم مكانه فلا يطالب به الكفيل"

(39) نصت المادة 1019 من القانون المدني العراقي "اذا تعهد الكفيل بالنفس ان يسلم المكفول به في وقت معين، والا فعليه اداء دينه، لزمه اداء الدين اذا لم يحضره في الوقت المعين. واذا مات الكفيل فان لم يتسلم الورثة المكفول به في الوقت المعين او لم يسلم الورث المكفول به نفسه من جهة الكفالة، لزم اداء الدين من تركة الكفيل.

المصادر.
أولا / المعاجم.
1-بطرس البستاني ،محيط المحيط ،مطابع مؤسسة الجواد ، مكتبة لبنان،1997
ثانيا/ الكتب القانونية .
1-د. محي الدين إسماعيل علم الدين – العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية – الطبعة الثانية: دار النهضة العربية – مصر بلا تاريخ نشر
2-د. رمضان ابو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص 411 د. صابر محمد محمد سيد – رجوع الدائن على الكفيل (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني) – دار الكتب القانونية، سنة 2010
3-د. عبدالرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – دار النهضة العربية – القاهرة، سنة 1970
4- د. محمد حسين منصور – النظرية العامة للائتمان – منشأة المعارف– الإسكندرية، سنة 2005
5-د.محمد بن إبراهيم المورسي ، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة) ، السعوديه ،دار الثقافة والنشر الجامعية ، 1991
6-أبو القاسم نجم الدين جعفر عبد الحسن الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، الجزء الأول ط2،دار الفقاهة للنشر ، مطبعة سليمان زاده ،2009
7-د. صابر محمد محمد سيد – رجوع الدائن على الكفيل (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الكتب القانونية، سنة 2010
8- منير القاضي الايضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني العراقي ، مطبعة الحكومة بغداد 1948
9-علي الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ،دار الفكر العربي ، القاهرة ،2000،ص299
ثالثاً / الرسائل الجامعية.
1- احمد محمد زياد فيصل شرف ، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة رسالة ماجستير من جامعة الشرق الأوسط ، ،2012
رابعاً/ البحوث المنشورة.
1- د راقية عبد الجبار علي ، المركز القانوني لكفيل الكفيل في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ،2020
2- عبد السلام بن محمد الشويعر ، عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة ، بحث محكم منشور في الرياض، بلا سنة.
3- معاذ بن معلا القحطاني ، الكفالة الحضورية في المملكة العربية السعودية بين النص والتطبيق ، بحث منشور في مجلة الرياض ، العدد13909 2006
4- علي مهدي صالح ، الكفالة بالنفس ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون ، العدد الاول ،2016
خامساً/ القوانين .
1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
2- القانون المدني الاردني (43)لسنة 1976
3- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932
سادسا/ الروابط الالكترونية .
https://ketabonline.com/ar/books/7903/read?part=1&page=1&index=2