

الصفة التبعية لالتزام الكفيل الشخصي في عقد الكفالة (دراسة تحليلية مقارنة)

م. حمودي بكر حمودي
قسم القانون- كلية الامام الأعظم (رحمه الله) الجامعة
بغداد- العراق
البريد الالكتروني: Hammoodi191979@gmail.com

المخلص

تعد الكفالة احدى صور التأمينات الشخصية التي تناولتها التشريعات ومنها القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ المعدل بنصوص خاصة لتنظيم احكامها، وفي بحثنا سلطنا الضوء على اهم مميزات عقد الكفالة وهي صفة تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين الأصلي في وجوده وصحته ونطاقه وانقضائه من خلال تحليل النصوص القانونية الواردة في القانون العراقي النافذ والقانون المدني المصري، وتبين لنا من الدراسة ان مصدر التزام الكفيل ومضمونه يختلف عن التزام المدين الأصلي الا ان وجود التزام الكفيل وصحته واوصافه تعتمد على الالتزام المكفول، كما ان نطاق وحدود التزام الكفيل مقيد بالالتزام الأصلي لا يزيد عنه ويمكن ان ينقص عنه، كما ان الدائن لا يستطيع الرجوع بدينه على الكفيل او ينفذ عليه قبل ان يرجع على المدين الأصلي، كذلك ان انقضاء الدين الأصلي لاحد أسباب انقضاء الالتزام العامة يؤدي الى انتهاء التزام الكفيل نتيجة الصفة التبعية.

الكلمات المفتاحية : التبعية، الكفيل، الكفالة.

Subordination on to the Personal Guarantor Obligation in the Surety Contract (A comparative analytical study)

Lect. Hamodi Baker Hamodi
Al-Imam Al-Adhm University College - Law Department
Baghdad - Iraq
Email: Hammoodi191979@gmail.com

ABSTRACT

The guarantee is one of the forms of personal insurance dealt with by legislation, including the Iraqi Civil Law No. 40 of 1951 in force, amended by special texts to regulate its provisions. The legal provisions contained in the Iraqi law in force and the Egyptian civil law, and it turns out to us from the study that the source and content of the guarantor's obligation differs from the original debtor's obligation, except that the existence of the guarantor's commitment, health and descriptions depend on the sponsored commitment, and the scope and limits of the guarantor's commitment are restricted to the original obligation not more than it and can be It is less than it, just as the creditor cannot recourse his debt to the guarantor or have it enforced against him before he returns to the original debtor. Also, the expiry of the original debt for one of the general reasons for the expiration of the obligation leads to the termination of the guarantor's obligation as a result of the dependent quality.

Keywords: dependency, guarantor, surety.



المقدمة

ان اصحاب الحقوق الشخصية يستطيعون اللجوء الى القانون للحصول على حقوقهم من خلال وسائل حماية الضمان العام المتوفرة لهم، غير ان الخطر المتمثل بإعسار المدين من جهة وصعوبة تلك الوسائل وضعف نتائجها للدائن من جهة أخرى وضع القانون أنظمة أخرى لحمايته في استيفاء حقه تتمثل بالتأمينات العينية والشخصية لضمان حق الدائن وفي نفس الوقت تعود على المدين بالفائدة من خلال ثقة الدائن للتعامل معه بما يبسر له الحصول على الايمان اللازم لتنفيذ مشروعاته المالية.

وتعد الكفالة من اكثر العقود شيوعاً في التعاملات المالية بين الافراد، فهي تمثل اهم صورة للتأمينات الشخصية والتي يقصد منها ان يكون للدائن الحق بالرجوع على شخص غير الدائن للمطالبة بذات الدين اذا لم يستطيع الحصول على حقه كاملاً فيمكن له الرجوع على ذلك الشخص لاقتضاء حقه.

وقد نظمت التشريعات المدنية الكفالة ومنها القانون المدني العراقي المعدل النافذ رقم 41 لسنة 1950 من المادة 1008 الى المادة 1047، وقد أشار في تلك المواد الى احكام الكفالة الشخصية التي يقصد بها ان يكون للمدين شخص يكفله امام الدائن بشكل مطلق بان تكون ذمة الكفيل جميعاً ضامنه او بشكل مقيد تقتصر فيها الكفالة لحد معين دون ان تتعداه الى باقي أموال الكفيل.

والكفالة بشكل عام شخصية او عينية كانت تتميز بخصائص عدة أهمها وأكثرها شيوعاً ان التزام الكفيل في الكفالة تابع لالتزام المدين الأصلي وتأثره به بشكل واضح وكبير، لذلك سنسلط الضوء في البحث على هذه الميزة لبيان ان التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول ومتأثراً به بشكل كبير وواضح من حيث وجوده، وصحته، ونطاقه، وانتهائه وكما وردت في القانون المدني العراقي في المواد المتعلقة بالكفالة الشخصية بالتحديد.

أهداف البحث

ان الغاية المتوخاة من البحث هي بيان ابعاد الصفة التبعية في عقد الكفالة من خلال التركيز على الجانب التشريعي المتعلق بالكفالة في القانون المدني العراقي النافذ ومحاولة تأصيل هذه الفكرة باعتبارها من أوضح خصائص عقد الكفالة ومدى تأثرها في وجودها واحكامها مع التزام المدين الأصلي.

أهمية البحث

ان الأهمية التي يتميز بها البحث هي تسليط الضوء على التزام الكفيل الشخصي باعتباره التزام تابع لالتزام المدين الأصلي في عقد الكفالة منذ لحظة نشوئه حتى انقضائه وايضاح حالات التطابق والاستقلال بينهما وفقاً لما ورد في النصوص التشريعية في القانون المدني العراقي.

منهجية البحث

ان المنهج المتبع في بحثنا سيكون المنهج التحليلي لنصوص القانون المدني العراقي النافذ والمتعلقة بالكفالة لبيان المقصود من البحث كذلك اتبعنا المنهج المقارن من خلال الإشارة الى نصوص القانون المدني المصري باعتباره مصدراً للقانون العراقي لبيان الجوانب الإيجابية بغية الاخذ بها في القانون العراقي.

مشكلة البحث

تدور مشكلة البحث الى انه بالرغم من ان الصفة التبعية التي يتميز بها التزام الكفيل في عقد الكفالة شخصية او عينية الا ان ذلك لا يعني انه لا يوجد حالات يتميز ويستقل بها التزام الكفيل عن الالتزام المكفول وفقاً لما ورد في القانون المدني العراقي النافذ، لذلك يثير البحث عدة أسئلة للاحاطة بتحديد المشكلة من خلال الأسئلة التالية:

- 1- كيف ينشأ التزام الكفيل التبعية في عقد الكفالة الشخصية؟
- 2- ما هو دور الالتزام الأصلي في وجود وصحة الالتزام التابع للكفيل؟
- 3- ماهي الحدود التي تحكم العلاقة بين التزام المدين الأصلي والتزام الكفيل التابع؟

خطة البحث

للإجابة على الأسئلة التي تطرحها مشكلة البحث يتطلب البحث تقسيمه الى التالي:

- المبحث الأول : طبيعة الصفة التبعية لالتزام الكفيل
- المطلب الأول : أساس ومضمون التزام الكفيل بالنظر لصفته التبعية
- المطلب الثاني : نطاق التزام الكفيل بالنظر لصفته التبعية
- المبحث الثاني : اثار الصفة التبعية على التزام الكفيل
- المطلب الأول : اثار الصفة التبعية على العلاقة بين الكفيل والدائن



المطلب الثاني: اثار الصفة التبعية على انقضاء التزام الكفيل

المبحث الأول

طبيعة الصفة التبعية لالتزام الكفيل

ينشأ التزام الكفيل الشخصي في عقد الكفالة بمناسبة وجود التزام اصلي يتمثل بالتزام المدين، ويكون التزام الكفيل تابعاً منذ لحظة وجوده لوجود الالتزام المكفول ومدى صحة هذا الوجود من الناحية القانونية، كما يتحدد التزام الكفيل بحدود التزام المدين الأصلي من خلال الامتيازات التي وفرها القانون للكفيل بحقه بان يتمسك بالدفع التي يستطيع ان يواجه بها الدائن في حال رجوعه عليه عند حلول اجل الدين، وهذا ما سنتطرق اليه في هذا المبحث من خلال تقسيمه الى مطلبين: الأول لبيان أساس ومضمون التزام الكفيل بالنظر لصفته التبعية، والثاني مدى التزام الكفيل بالنظر لصفته التبعية.

المطلب الأول

أساس ومضمون التزام الكفيل بالنظر لصفته التبعية

يعد التزام الكفيل التابع للدين الأصلي المكفول من اهم خصائص عقد الكفالة التي تميزها عن غيرها من التأمينات الشخصية بل هي الصفة البارزة لهذا النوع من الضمان، الا ان مصدر نشوء التزام الكفيل يختلف عن مصدر الالتزام المكفول، كذلك ان محل التزام الكفيل والمدين يمكن ان تتنوع وفقاً لطبيعة الالتزام دون التأثير على صفة التبعية لالتزام الكفيل، لذلك سنبحث في هذا المطلب مصدر الالتزام التبعية للكفيل في الفرع الأول، ومحل الالتزام التبعية للكفيل في الفرع الثاني.

الفرع الأول

مصدر الالتزام التبعية للكفيل

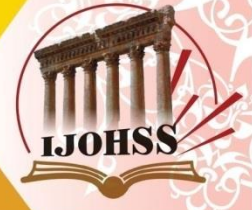
نصت المادة 1/1009 من القانون المدني العراقي النافذ المعدل رقم 41 لسنة 1950 على انه "تتعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له"، فالمصدر الأساسي والوحيد لالتزام الكفيل هو العقد الذي ينشأ باتفاق بين الكفيل والدائن لضمان التزام المدين وبالتالي لا يشترط رضا المدين بل يمكن ان تنشأ دون علمه وبرغم معارضته⁽¹⁾، وعدم اشتراط رضا المدين لا يعني انه اجنبي عن العقد بالعكس يعد السبب الرئيسي من الكفالة لضمان التزامه تجاه الدائن⁽²⁾.

اما فيما يتعلق برضاء الكفيل فبعضهم اشترط ان يكون صريحاً في عقد الكفالة⁽³⁾، بينما اعتبر البعض الاخر⁽⁴⁾ ان مجرد الرضاء يكفي دون الاشتراط على ان يكون صريحاً او ضمناً، وقد يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه بان يؤدي خدمة للمدين او الدائن⁽⁵⁾ لكنه امر نادر فالغالب ان الكفيل لا يكفل المدين الا بمقابل.

اما فيما يتعلق بمصدر التزام المدين الاصلي بتقديم كفيل لضمان تنفيذ التزامه قد يكون مصدره الاتفاق⁽⁶⁾ عن طريق تقديم المدين كفيلاً مقابل ان يمنحه الدائن اجلاً او قرضاً وتتخذ صورتين: الأولى يكون المدين ملزماً بتقديم الكفيل بناء اتفاق سابق مع الدائن، والحالة الثانية: عندما يقدم المدين كفيلاً للدائن من تلقاء نفسه لكفالة التزامه.

ومن الممكن ان يكون مصدر التزام المدين بتقديم كفيل نص القانون حيث نصت المادة 1256 من القانون المدني العراقي على انه "اذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً وجب جرده، ولزم المنتفع بتقديم كفالة بإعادته بعد انتهاء مدة الانتفاع به، فإذا لم يقدمها بيع المال المذكور ووظف ثمنه في شراء سندات عامة او بطريقة اخرى فيستولي المنتفع على الربح من ذلك"⁽⁷⁾، وكذلك المادة 1/576 من نفس القانون التي تخول البائع تقديم كفيلاً اذا ما رغب في استيفاء الثمن برغم التعرض للمشتري وحقه في الحبس⁽⁸⁾.

ويمكن ان يكون الحكم القضائي مصدراً لالتزام المدين بتقديم كفيل حيث ينشأ بموجب حكم قضائي في غير الأحوال التي يكون فيها المدين ملزماً بتقديم كفيل بموجب اتفاق او بنص القانون⁽⁹⁾، فقد يكون الحكم القضائي إقرار لوجود كفالة موجودة اصلاً اتفاقية او قانونية فهنا لا يؤثر هذا الحكم القضائي على طبيعة هذه الكفالة فتبقى اتفاقية او قانونية لان العبرة بمصدرها الاصيل⁽¹⁰⁾، كما لو نشب نزاع بشأن عقد الكفالة ورفع الى القضاء وحكم بإقرار الكفالة فيكون الحكم كاشفاً للكفالة الاتفاقية وليست قضائية، اما اذا نص الحكم القضائي بوجوب تقديم كفيل طبقاً لنص قانوني كما في المادة 2/1065 من القانون المدني العراقي " وللمحكمة ان تقرر ما تراه مناسباً من



الاجراءات، ولها بوجه خاص ان تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من التعويضات"، عند ذلك يكون الحكم القضائي منشئاً للالتزام المدين بتقديم الكفيل لضمان .
اما فيما يتعلق بمضمون التزام المدين الأصلي الذي يضمنه الكفيل لا يقتصر على العقد فحسب وانما يتنوع بتنوع المصدر المنشئ لهذا الالتزام⁽¹¹⁾، فتصح الالتزامات الناشئة عن العقد بان يتم كفالتها كما في عقد القرض حيث يكون للمقترض كفيلاً بالمبلغ الذي اقترضه، او كما في عقد البيع حيث يمكن للمشتري ان يأتي بكفيل يكفله بالثمن، او كما في عقد الايجار حيث يستطيع المستأجر ان يأتي بكفيل يكفله بالأجرة تجاه المؤجر، كما يمكن ان يكون مصدر الكفالة الالتزام الناشئ عن العمل الغير مشروع عندما يصدر حكم بالتعويض فان للمدين ان يأتي بكفيل يكفله في مقدار التعويض المترتب في ذمته لحين الوفاء به، كما يمكن ان يكون كفالة الالتزام الذي يكون مصدره القانون كما في الجار الذي يأتي بكفيل يكفله عن قيمة التعويض الذي ترتب بمناسبة الاضرار غير المألوفة بسبب الجوار.

يتضح لنا مما تقدم ان التزام الكفيل ينشئ لضمان تنفيذ التزام المدين الأصلي (المكفول) ويختلف مصدر ومضمون التزام كل منهما عن الآخر، فيمكن ان يكون مصدر التزام المدين الأصلي العقد او أي من مصادر الالتزام في القانون المدني، اما مضمونه فانه يختلف فقد يكون مبلغ من النقود او القيام بعمل او الامتناع عن عمل، بينما المصدر الوحيد للالتزام الكفيل الشخصي هو العقد المتمثل بعقد الكفالة، ومضمون التزام الكفيل ايضاً واحد وهو ضمان الوفاء بالالتزام الأصلي الذي قد يكون مبلغ من النقود فيكون الكفيل ملزماً بالوفاء، اما ان كان التزام المدين التعويض عن الاخلال بالتزام بالقيام بعمل او امتناع عن عمل فان الكفيل ملزم بالوفاء بقيمة التعويض.

الفرع الثاني

محل الالتزام التبعي للكفيل

يعتبر محل التزام الكفيل لضمان لتنفيذ الالتزام الأصلي والوفاء به اذا لم يوف به المدين نفسه، ويشترط في محل التزام الكفيل ان يكون ممكناً يلزم ان يكون الالتزام الأصلي المكفول موجود وصحيح فان كان غير صحيح موجود او كان موجود ولكن ابطل او كان بالبداية صحيحاً ولاحقاً انقضى فلا يبقى محلاً للالتزام الكفيل ويكون باطلاً⁽¹²⁾، ويشترط ايضاً لصحة التزام الكفيل ان يكون محله معيناً او قابلاً للتعين وهو مرتبط بالالتزام المكفول (التزام المدين) ويبقى شرط المشروعية مفترض دائماً لان التعهد بكفالة التزام صحيح هو مشروع في جميع الأحوال⁽¹³⁾.

اولاً: وجود الالتزام الأصلي

حتى يكون محل التزام الكفيل ممكناً يجب ان يكون الالتزام الأصلي موجوداً سواء كان مستقبلاً او شرطياً او مؤجلاً او التزاماً طبيعياً وكما يأتي:

1-الالتزام المستقبلي: نصت المادة 129 من القانون المدني العراقي على انه " 1-يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافعاً للجهالة والغرر 2- غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل" بنفس الصدد ما نصت عليه المادة 1/131 من القانون المدني المصري. كما ونصت المادة 778 من القانون المدني المصري النافذ على انه "1-تجوز الكفالة في الدين المستقبل اذا حدد مقدماً المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي 2-على انه اذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له في أي وقت ان يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ "

فطبقاً للقواعد العامة الواردة في القانون العراقي يصح الالتزام ان كان شيئاً مستقبلاً ويبطل اذا تعلق بالتركة المستقبلية، فيمكن القول انه يصح التزام الكفيل المستقبلي ويبطل اذا تعلق بتركة مستقبلية لانه تابعاً للالتزام الأصلي وجوداً وعدماً، اما نص المادة 1/778 من القانون المدني المصري فقد جاءت بحكم خاص بالالتزام الكفيل في عقد الكفالة تبين مشروعية التزام الكفيل اذا كان محل الالتزام الأصلي غير موجود لكن يمكن ان يوجد في المستقبل والتي لم نعرش على مقابل لها في القانون العراقي، فكفالة الدين المستقبل من الأمور الشائعة كما هو الحال في كفالة الاعتماد الذي يفتحه البنك لاحد عملائه او كفالة الرصيد المدين للحساب الجاري⁽¹⁴⁾الكفالة في الحالتين قائمة والكفيل ملزم بها حتى قبل وجود المدين ولا يكون ملزماً بمقدار محدد من المال قبل ان يوجد الدين لكنه يكون ملزم بكفالة المقدار الذي يوجد فيما بعد.

اما الفقرة الثانية من المادة المذكورة فقد اشارت الى انه يجوز للكفيل اذا لم يعين مدة للكفالة ان يرجع فيها باي وقت مادام الدين المكفول لم ينشأ بعد فهي تتماشى مع القواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي في العقود



الغير محددة المدة⁽¹⁵⁾ التي تجيز لاحد أطرافها ان ينهي العقد بارادته المنفردة، ويعتبر الفقه⁽¹⁶⁾ ان حق الكفيل بالخيار الوارد في النص القانوني جاء منعاً للتأبيد في العلاقات التعاقدية وحفاظاً على حرية الافراد وتأمين لاستقلالهم، ويشترط لهذا الانهاء حتى ينتج اثره ان يتصل بعلم الدائن وان يكون قبل نشوء الالتزام المكفول وفقاً للقواعد العامة⁽¹⁷⁾، فاذا لم يعين الكفيل مدة لقيام كفالته ورجع عنها قبل نشوء الدين كله او بعض منه وعلم الدائن فلا يعتبر الكفيل ضامناً لما قد ينشأ من دين في المستقبل، اما اذا علم الدائن برجوع الكفيل بعد ان نشأ الدين في جزء منه فانه لا يكون ضامناً الا للجزء دون غيره مما ينشأ في المستقبل اما اذا عين الكفيل مدة لقيام كفالته فلا يحق له الرجوع عن الكفالة طوال هذه المدة فاذا انقضت المدة ولم ينشأ الدين برئت ذمة الكفيل بصفة نهائية ولكن اذا نشأ جزء من الدين خلال هذه المدة فهو غير ملزم الا بضمان هذا الجزء.

2-الالتزام الشرطي: اشارت المادة 2/1009 من القانون المدني العراقي على انه" ويجوز ان تكون الكفالة منجزة او معلقة على شرط او مضافة الى زمن مستقبل"، وبفس الصدد نصت المادة 1/778 من القانون المدني المصري النافذ على انه" تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي"

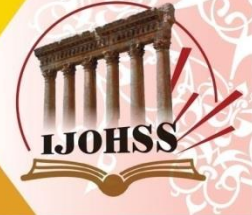
من خلال النصوص المتقدمة يتبين ان المشرع العراقي أشار الى صحة التزام الكفيل اذا علق على شرط واقف او فاسخ او اضيف الى اجل لكن لم يشير الى حالة المدين الاصيلي ان كان الدين منجز او معلق على شرط والذي اشارت اليه المادة الواردة في القانون المصري، حيث يذهب الفقه⁽¹⁸⁾ وبالنظر للصفة التبعية انها تأخذ وصفه فان كان التزام المكفول معلق على شرط واقف او فاسخ فان التزام الكفيل يكون ايضاً معلق على شرط واقف او فاسخ وتسري عليه جميع الاحكام المتعلقة بذلك، فان تخلف الشرط الفاسخ اصبح الدين الاصيلي باتاً فيكون التزام الكفيل ايضاً باتاً تبعاً له، اما ان تحقق الشرط الفاسخ للدين الاصيلي انفسخ باثر رجعي ويستتبع لذلك انفساخ التزام الكفيل وكأنه لم يكن واذا كان الالتزام المكفول معلق على شرط واقف يكون التزام الكفيل كذلك فان تخلف الشرط الواقف في الدين الاصيلي اصبح لا وجود له باثر رجعي وتبعاً لذلك يزول التزام الكفيل اما في حال تحقق الشرط الواقف فان الالتزام الاصيلي ينفذ باثر رجعي وتبعاً له التزام الكفيل ايضاً يصبح نافذاً وباتر رجعي وتسري عندها احكام الكفالة.

3- الالتزام المؤجل : نصت المادة 1/1013 من القانون المدني العراقي على انه " 1 – اذا كان الدين مؤجلاً على الاصيل، وكفل به احد تأجل على الكفيل ايضاً 2 – واذا اجل الدائن على الاصيل تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل وان اجله على الكفيل الاول يتأجل على الكفيل الثاني، ولا يتأجل على الاصيل"، فطبقاً لهذا النص لا يجوز ان يكون التزام الكفيل منجزاً والالتزام الاصيلي معلق على شرط، واذا كان الدين الاصيلي مؤجلاً على الاصيل وكفله شخص فانه يتأجل على الكفيل ايضاً واذا اجل الدائن الدين على المدين تأجل على الكفيل.

4-الالتزام الطبيعي: يقصد بالالتزام الطبيعي هو الالتزام الذي ينقصه عنصر المسؤولية فيكون مقصوراً على عنصر المديونية، والكفالة باعتبارها عقد فانها تقوم على ان هناك مدين ودائن لم يستطيع مقاضاته والزامه بأداء الدين عند الرجوع عليه لذلك " لا يمكن كفالة الالتزام الطبيعي لعدم إمكانية اجبار المدين بالوفاء كما لا يمكن ان يكون التزام الكفيل اشد من التزام المدين الاصيلي"⁽¹⁹⁾، غير ان قيام المدين بالالتزام الطبيعي بتقديم كفيل لضمان الوفاء بالتزامه فانه يعتبر تعهد ضمنى⁽²⁰⁾ بالوفاء يتحول على اثره الالتزام الطبيعي الى التزام مدني وعندها تصح الكفالة لانها تقوم على التزام مدني.

ثانياً : صحة الالتزام الاصيلي

لم ينص القانون المدني العراقي فيما يتعلق باحكام الكفالة وتطبيقاً لصفة التبعية لالتزام الكفيل على نص يبين ان صحة التزامه تابع لصحة الالتزام الاصيلي بخلاف المشرع المصري الذي نص صراحة في المادة 776 من القانون المدني النافذ على انه " لا تكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحاً"، لكن وفقاً للقواعد العامة فانه لا يعتبر للالتزام وجود حقيقي اذا لم يكن صحيحاً حيث نصت المادة 1/130 من القانون المدني العراقي على انه" يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلاً"، ، فان نشأ الالتزام الاصيلي في عقد الكفالة من عقد باطل كما في دين القمار او الربا الفاحش او التعهد بدين مقابل علاقات غير مشروعة فانه لا يصلح ان يكون محلاً للكفالة⁽²¹⁾، اما اذا كان الالتزام ناشئاً عن عقد موقوف فانه يكون له وجود صحيح ويصلح محلاً للكفالة الى ان يتمسك نوي الشأن بابطاله ويتقرر هذا الابطال



فينعدم باثر رجعي ويعتبر كأنه لم يكن فلا يعود يصلح محلاً للكفالة وتبطل عندها الكفالة قبل تقرير البطلان بغض النظر عن السبب سواء كان قد نشأ نقص في الأهلية لأحد المتعاقدين أو لعيب في رضائه بأحد عيوب الإرادة. ويذهب الفقه⁽²²⁾ إلا أنه لا يشترط في الالتزام المكفول لكي يعتبر صحيحاً أي شرط خاص بمصدره، فيجوز أن يكون مصدره العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل الغير مشروع أو الاثراء بلا سبب دون أي شرط خاص بمحل الالتزام المكفول سواء كان قيام بعمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء. ولما كانت مسالة تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي تهيمن على اغلب احكام الكفالة لذلك فان التزام الكفيل لا يعتبر صحيحاً الا اذا كان التزام المدين الأصلي صحيح ويعتبر باطلاً بخلاف ذلك اذا كان الالتزام الأصلي باطلاً.

المطلب الثاني

نطاق التزام الكفيل بالنظر لصفته التبعية

كما اتضح لنا في المطلب الأول ان التزام الكفيل الشخصي في الكفالة يرتبط بشكل تام بالالتزام المدين الأصلي تجاه الدائن من حيث الوجود والصحة لقيام الكفالة، ولا تتوقف صفة التبعية عند هذا الحد وانما تتعدى الي نطاق التزام الكفيل في الكفالة يتحدد على ضوء الالتزام الأصلي للمدين المكفول من حيث شدته بان يكون موازياً لالتزام المدين الأصلي دون ان يزيد عليه في درجة الالتزام وفوائده، وسنفصل مدى التزام الكفيل في هذا المطلب من خلال الفرع الأول: حالة هذا الالتزام، والفرع الثاني: حدود التزام الكفيل.

الفرع الأول

حالة التزام الكفيل

لم نعثر على نصاً في القانون المدني العراقي يبين الحالة التي يجب ان يكون عليها التزام الكفيل في عقد الكفالة من حيث مقداره بالنسبة للالتزام الأصلي وإمكانية ان يكون اقل او اكثر من قيمة التزام المدين المكفول وبالتالي نعتقد انه بالإمكان وبالرجوع الى القواعد العامة التي تعتبر العقد شريعة المتعاقدين يمكن ان يكون التزام الكفيل اقل او اكثر من التزامات المدين الأصلي وفقاً لما يرتضيه طرفي العقد وهو ما عليه القضاء العراقي⁽²³⁾. اما بالنسبة للتشريع المصري فقد نصت المادة 780 من القانون المدني المصري التي على انه " 1-لا تجوز الكفالة في مبلغ اكبر مما هو مستحق على المدين ولا يشترط اشد من شروط المدين المكفول2-ولكن تجوز الكفالة في مبلغ اقل وبشروط اهون".

فالنص اعلاه جاء بحكم واضح بان التزام الكفيل يتحدد في الكفالة وفقاً لما يتضمنه الالتزام الأصلي للمدين دون ان يتجاوز تلك الحدود⁽²⁴⁾، فلا يصح ان يكون التزام الكفيل اشد مما هو مقرر لالتزام المدين الأصلي المكفول، ويمكن ان يكون التزام الكفيل اخف من التزام المدين الأصلي، فان كان التزام الكفيل اشد او لاحقاً اصبح فانه لا يبطل وانما يجب ان يتم انفاصه الى حد الالتزام المكفول، ومن الممكن ان يكون التزام الكفيل اقل درجة من الالتزام الأصلي فلا يجوز كفالة شخص بمبلغ اكبر من دينه فان كان المدين الأصلي مدين بمبلغ الف دينار فلا يجوز ان يكون التزام الكفيل بمبلغ الف ومائتان دينار.

اما ما يتعلق بالفوائد التي تترتب على الدين الأصلي فان الفقه يعتبر⁽²⁵⁾ ان كان الدين الأصلي لا ينتج فوائد فلا يجوز ان يأتي شخص لكفالة هذا الدين بفوائد تضاف الى التزام الكفيل او ان كان الدين الأصلي ينتج فوائد بسعر معين فلا يجوز ان يكون التزام الكفيل بسعر فائدة اعلى، او كان الدين الأصلي ينتج فوائد بسيطة ويكون التزام الكفيل بفوائد مركبة، كما لا يصح ان يكون التزام الكفيل مقترن باجل اقرب من الاجل الممنوح للمدين الأصلي ولا ان يتم الوفاء بالتزام الكفيل في مكان ابعد من او اكثر من مشقة على الكفيل من مكان وفاء التزام المدين.

ويجوز ان يكون التزام الكفيل اخف واهون من الالتزام المكفول⁽²⁶⁾ بان يكفل الكفيل المدين في جزء من الدين او الدين ذاته دون فوائده وملحقاته او الى حد اقصى اقل من المبلغ المستحق على المدين، او ان يقترن باجل أطول من الاجل الممنوح للدين الأصلي واذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة وأضاف الكفيل الاجل لنفسه او ان الدائن اشترط الاجل للكفيل خاصة كان التزام الكفيل وحده مؤجلاً دون الالتزام المكفول، كما يجوز ان يعلق الكفيل التزامه على شرط يمس الالتزام المكفول يكون منجز غير معلق على شرط كما انه يجوز ان يشترط الكفيل عدم كفالته المدين الأصلي في حال اشهر افلاسه او ان يعلق الكفيل كفالته على منح الدائن للمدين اجلاً للوفاء او على



وجود ضمانات أخرى للمدين غير الكفالة او على استعمال المدين للدين استعمالاً معيناً او لهدف معين فان تخلف الشرط فيما سبق زالت الكفالة.

يتضح لنا مما تقدم ان التزام الكفيل في عقد الكفالة وبالنظر للصفة التبعية التي يتصف بها التزام الكفيل يتحدد على ضوء الالتزام الأصلي للمدين من حيث تماثل الالتزامين معاً في مفعوله وتطابقهما دون ان يزيد التزام الكفيل على الالتزام المكفول ويصح ان يكون اقل عبئاً من الأصلي سواء في الدين الأصلي او ملحقاته ، كما ان للكفيل ان يستفيد من كل تغيير إيجابي يطرأ على الالتزام الأصلي او على مركز المدين المكفول.

الفرع الثاني

حدود التزام الكفيل

تعد صفة التبعية لالتزام الكفيل للالتزام المكفول اهم ما يميز عقد الكفالة الا ان هذه الصفة تتحدد باستثناء قانوني يرد بهذا الشأن وهي حالة ما اذا كان الدين الأصلي تجاري فان التزام الكفيل يبقى يحمل الصفة المدنية الا في حالة الكفالة عن ضمان الأوراق التجارية، لذلك سنقوم بتقسيم هذا الفرع الى قسمين: الأول نبين استقلالية صفة الكفالة عن الالتزام المكفول والثاني الاستثناء من استقلالية صفة الكفالة عن الالتزام المكفول.

أولاً: استقلالية صفة الكفالة عن الالتزام المكفول

تنص المادة 1/1016 من القانون المدني العراقي على انه "كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية، حتى لو كان الكفيل تاجراً" وتقابلها المادة 779 من القانون المدني المصري.

يتبين من الفقرة الأولى من النص اعلاه انه لا يترتب على الصفة التبعية لالتزام الكفيل بان تأخذ الكفالة ذاتها صفة الالتزام الأصلي كونه مدنياً او تجارياً بل تحتفظ الكفالة بتكييف مستقل لها من هذه الناحية بحسب طبيعتها الذاتية⁽²⁷⁾، فالأصل في الكفالة انها تعتبر عملاً مدنياً بالنسبة للكفيل اذا كان الالتزام الأصلي تجارياً او كان كل من الدائن والمدين تاجراً بل حتى لو ان الكفيل نفسه كان تاجراً وهو الاتجاه السائد في الفقه والقضاء في فرنسا لان العمل التجاري قائم على المضاربة، وهو استثناء على الصفة التبعية لالتزام الكفيل الذي كان من المفترض ان يكون في هذه الصورة ذات صفة تجارية.

ويبرر الفقه استقلالية الكفالة عن صفة التبعية الملازمة لها بان عقد الكفالة المدنية بطبيعته يتم بالتبرع خدمة للمدين ولا يقصد منها الربح⁽²⁸⁾، فالغالب في الكفالة انها تنطوي على اشتراط لمصلحة الغير بان يقصد بها الكفيل أداء خدمة للمدين لذلك تعتبر عملاً مدنياً حتى مع كون المدين والكفيل تاجرين والالتزام الأصلي تجاري، اما اذا كان الكفيل يحترف كفالة الأشخاص بمقابل فتكون عندها الكفالة عملاً تجارياً قائماً بذاته وليس استناداً الى صفة التبعية حتى لو كان الالتزام المكفول مدني والمدين غير تاجر.

ثانياً : الاستثناء على صفة الاستقلالية للكفالة عن الالتزام الأصلي

أشارت الفقرة الثانية من المادة 1016 من القانون المدني العراقي الى استثناء على الفقرة الأولى التي سبق بيانها حيث أشارت الى انه " على ان الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً او عن تظهير هذه الأوراق تكون دائماً كفالة تجارية". حيث أورد النص استثنائين في حالتين:

1- اذا قام الكفيل بضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً⁽²⁹⁾ أي ضمان الالتزام الناشئ عن الورقة التجارية ويتم ذلك اما بالكتابة على الورقة التجارية ذاتها او بالكتابة على ورقة مستقلة طبقاً لما ورد في القانون⁽³⁰⁾.
2- يكون من خلال تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان، فالورقة التجارية تظهر لتنتقل ملكيتها او لتحصيل قيمتها او رهنها فاذا ظهرت الورقة على سبيل الضمان فان ذلك يعتبر رهناً حيازياً لها ضماناً لدين اخر ولا تعتبر عقد كفالة لان الورقة التجارية الاذنية تنتقل ملكيتها بالتحويل والذي يتم بالتظهير وكل محل للورقة التجارية يعتبر كفيلاً بالتضامن مع المدين والالتزام الذي يترتب في ذمته باعتباره كفيلاً يعتبر التزام تجاري لا مدني⁽³¹⁾.

يتضح مما تقدم ان المشرع العراقي لم يكن موفقاً في صياغة الفقرة الثانية من المادة 1016 من القانون باعتبارها احد صور الكفالة واعطائها الصفة التجارية لانها ليست كفالة بالأصل حتى تأخذ صفة الكفالة المدنية وانما تعتبر " رهن لدين من صور الرهن الحيازي " كما يشير اليها الفقه⁽³²⁾، ومن جانب اخر فان الأهمية العملية للتمييز بين الكفالة مدنية او تجارية تظهر من خلال ثلاث حالات⁽³³⁾.

الحالة الأولى: من حيث الاثبات حيث تخضع الكفالة لقواعد الاثبات في المواد المدنية في حق الكفيل بالكتابة او ما يقوم مقامها.



الحالة الثانية: من حيث الاختصاص القضائي: فتكون المحكمة المدنية هي المختصة اذا كان الكفيل هو المدعى عليه.
الحالة الثالثة: من حيث استحقاق فوائد التأخير على الكفيل فإنها تحتسب بالسعر الذي يسري على الديون المدنية 4% والحالة الاستثنائية اذا كانت تجارية 5%.

المبحث الثاني

اثار الصفة التبعية على التزام الكفيل

كما اتضح لنا من المبحث الأول ان التزام الكفيل في عقد الكفالة يتبع الالتزام الأصلي للمدين في نشوئه وجوداً وصحة كما ويكون تابعاً للالتزام المكفول بشكل مطابق لمفاعيله و اوصافه، ولا تتوقف صفة التبعية للالتزام الكفيل عند هذا الحد وانما تتعداه الى اثار الالتزام والتي تتضح في العلاقة بين الكفيل والدائن وعلى انقضاء التزام الكفيل من جانب اخر. لذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين: الأول اثار الصفة التبعية على العلاقة بين الكفيل والدائن، والثاني: اثار الصفة التبعية على انتهاء التزام الكفيل.

المطلب الأول

اثار الصفة التبعية على العلاقة بين الكفيل والدائن

يترتب على الصفة التبعية لالتزام الكفيل في العلاقة بينه وبين الدائن انه يستطيع ان يتمسك بالدفع المقررة لهذه الصفة ومنها ما يتحقق في مرحلة تنفيذ الالتزام وتمثل بالدفع برجوع الدائن على المدين اولاً لمطالبته بتنفيذ الالتزام قبل الرجوع على الكفيل باعتبار ان التزامه تبعياً يتطلب لصحة الرجوع عليه بان يطالب المدين الأصلي اولاً قبل مطالبة كفيله، وكذلك الدفع المقرر للكفيل في مرحلة التنفيذ على أموال المدين اولاً والذي يسمى (ب- حق التجريد). لذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين: الأول حق الكفيل بالمطالبة برجوع الدائن على المدين اولاً، والثاني: الدفع بحق التجريد.

الفرع الأول

حق الكفيل بالمطالبة برجوع الدائن على المدين اولاً

اولاً: الأساس التشريعي: نصت المادة 1021 من القانون المدني العراقي على انه " 1 - 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 2 - فإذا طوّل الكفيل اولاً جاز له عند الاجراءات الاولى التي توجه ضده، ان يطالب الدائن باستيفاء دينه من اموال المدين واتخاذ الاجراءات ضده اذا ظهر ان امواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله، وتقدر المحكمة ما اذا كان هناك محل لوقف الاجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء" والتي تقابلها المادة 788 من القانون المدني المصري.

فالنصوص أعلاه تبين الزام الدائن بالرجوع على المدين اولاً قبل رجوعه على الكفيل، او ان يرجع عليهما كلاهما في نفس الوقت وللکفيل الحق عندها ان يدفع بان يرجع الدائن اولاً على المدين للمطالبة بالدين الأصلي، فالبعض يعتبر⁽³⁴⁾ ان الطبيعة الخاصة بعقد الكفالة بانها عقد تابع للدين الأصلي وان التزام الكفيل تبعية احتياطي لذلك لا يستطيع الدائن ان يرجع على الكفيل قبل رجوعه على المدين اولاً لمطالبته بالدين، وفي حال عدم وفاء المدين فان من حق الدائن الرجوع على الكفيل لمطالبته بما ضمنه من التزام.

والشكل الذي يتم من خلاله هذا الدفع⁽³⁵⁾ يتمثل بالرجوع على الكفيل عن طريق المطالبة القضائية برفع دعوى على الكفيل بعد توجيه اذار الى المدين، اما اذا رفع الدائن الدعوى على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين فان من حق الكفيل الدفع بوجوب الرجوع اولاً على المدين وهو دعواً بعدم قبول الدعوى لكون الدائن باسرها قبل رفع الدعوى على المدين، ويحق للكفيل ان يتمسك بهذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولا تحكم المحكمة به من تلقاء نفسها وانما على الكفيل التمسك به لانه حكم لا يتعلق بالنظام العام.

ثانياً: الشروط الواجب توفرها لصحة الدفع

1- عدم تنازل الكفيل عن الدفع: يشترط لصحة دفع الكفيل برجوع الدائن على المدين قبل الرجوع على الكفيل ان لا يكون الاخير قد نزل عن هذا الدفع⁽³⁶⁾ لانه مقرر لمصلحته وغير متعلق بالنظام العام فانه يسقط بالتنازل عنه بشكل صريح او ضمني وفي أي مرحلة من مراحل عقد الكفالة.



2- عدم تضامن الكفيل مع المدين: يعتبر الفقه⁽³⁷⁾ ان عدم تضامن الكفيل مع المدين من الشروط التي يجب ان تتوفر في الدفع بعدم جواز رجوع الدائن على الكفيل قبل رجوعه قبل اولاً على المدين لان التضامن يعطي للدائن الحق بالرجوع على أي من المدينين المتضامنين ليطالبه بكل الدين.

3- شرط المصلحة⁽³⁸⁾: يشترط لتحقيق الدفع من قبل الكفيل بان يرجع الدائن على المدين اولاً ان يكون للكفيل مصلحة من التمسك بهذا الدفع وفقاً للقواعد العامة فان كان المدين معسراً فلا توجد مصلحة من التمسك بهذا الدفع لانتفاء الفائدة من ذلك ويبقى للقاضي الحق في تقدير وجود المصلحة من عدمها لقبول او رفض الدفع.

الفرع الثاني

حق الكفيل بالدفع بالتجريد

يقصد من هذا الدفع حق الكفيل عند توفر شروط معينة بان يتمسك بعدم قيام الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل قبل الرجوع بالتنفيذ على المدين (المكفول) اولاً⁽³⁹⁾، وقد نص المشرع العراقي في المادة 1022 من القانون المدني العراقي على انه "1- اذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من اموال المدين وجب عليه ان يدل الدائن على هذه الاموال، وان يقدم له مبلغاً يكفي للوفاء بتكاليف الإجراءات 2- ولا عبء بالاموال التي يدل عليها الكفيل اذا كانت هذه الاموال تقع خارج الاراضي العراقية، او كانت اموالاً متنازلاً فيها" وتقابلها المادة 789 من القانون المدني المصري. فهذا النص يشير إضافة الى حق الكفيل بالدفع برجوع الدائن على المدين الأصلي اولاً كما بينا في الفرع الأول الى حقه بالدفع بالتجريد ايضاً، حيث اشارت تلك النصوص الى هذا الدفع والذي يتضمن بانه لا يحق للدائن الرجوع على الكفيل قبل مطالبة المدين ويستطيع الكفيل التمسك بهذا الدفع، ويلزم لتحقيق هذا الدفع توفر الشروط التالية:

اولاً: الشروط الخاصة بالكفيل وهي:

1- تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد: يقتصر هذا الحق على الكفيل الشخصي دون الكفيل العيني⁽⁴⁰⁾، والهدف منه يتمثل بحماية مصلحة الكفيل في عقد الكفالة فليس من العدالة ان يلزم الكفيل بالوفاء مادام ان المدين موسراً⁽⁴¹⁾، وحتى يثبت هذا الحق للكفيل يلزم القانون ان يتمسك به ويختلف الفقه في تحديد الوقت المناسب للتمسك بهذا الحق، حيث يرى البعض⁽⁴²⁾ انه يحق للكفيل ان يتمسك بهذا الدفع في أي وقت بشرط عدم صدور ما يدل على رغبته بالتنازل عن هذا الحق، بينما يذهب آخرون⁽⁴³⁾ الى ان هذا الحق يتعلق بمرحلة التنفيذ على أموال الكفيل فقط وقت قيام الدائن بالإجراءات الخاصة بالتنفيذ على أموال الكفيل بمقتضى سند تنفيذي ولا يقبل الدفع قبل هذا الوقت، بينما يرى جانب آخر⁽⁴⁴⁾ انه يجوز ابداء هذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى ولو لأول مرة امام محكمة الاستئناف، فالدفع بالتجريد يكون عند التنفيذ على أموال الكفيل فقط ولا يعتبر عدم التمسك للكفيل بهذا الدفع في أي حالة كانت عليها الدعوى انه تنازل ضمناً عن هذا الدفع لانه يتعلق بالتنفيذ لا المطالبة.

2- عدم تضامن الكفيل مع المدين: يشترط في الكفيل حتى يتمكن من التمسك بالدفع بحق التجريد ان لا يكون متضامناً مع المدين⁽⁴⁵⁾ لان مركز الكفيل سيكون بنفس مركز المدين أي مدين اصلي وليس كفيل فيحق للدائن عندها ان ينفذ على أموال من يشاء منهما، وقد اشارت المادة 1030 من القانون المدني العراقي الى الحالات الى حالات التضامن بين الكفيل والمدين حيث نصت على انه "1- لا تضامن بين الكفيل والمدين، ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة او عقد منفصل 2- اما في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين"، ومصدر التضامن اما بنص الاتفاق بين الكفيل والمدين في عقد الكفالة ذاته او في اتفاق مستقل وينطبق الحكم فيما اذا كانت الكفالة قانونية او قضائية، فلا يجوز للكفيل القانوني والقضائي التمسك بالدفع بالتجريد لانهما بحكم القانون متضامنين والمتضامن لا يجوز له الدفع بهذا الحق، اما اذا كانت الكفالة تجارية فان الكفيل متضامن مع المدين وبالتالي من حق المدين مطالبة اياً منهم بلا تمييز ولا يحق لاحدهم تجريد الآخر⁽⁴⁶⁾.

3- عدم التنازل عن الحق بالدفع بالتجريد⁽⁴⁷⁾: يعتبر الحق في التجريد حق خاص بالكفيل ولمصلحته فيحق له التنازل عنه، ويترتب على هذا التنازل من جانب سقوط حق الكفيل لاحقاً بالتمسك بهذا الدفع بعد التنازل، ومن جانب آخر عدم امكانيته مطالبة الدائن بالرجوع على المدين، وتكون صيغة التنازل اما بشكل صريح او تنازل ضمني يدل بشكل لا لبس فيه عن التنازل⁽⁴⁸⁾، كما لو صرح الكفيل انه ملتزم كالمدين الأصلي انه تعهد بدفع الديون فوراً اذا لم يقوم المدين بالدفع عند حلول الاجل او اذا التزم الكفيل السكوت بعد ان شرع الدائن بالتنفيذ على أمواله دون ان يبدي المدين الدفع بالتجريد.

ثانياً: الشروط التي تتعلق بأموال المدين

نصت المادة 1021/ من القانون المدني العراقي على انه " فاذا طُلب الكفيل اولا جاز له عند الاجراءات الاولى التي توجه ضده، ان يطالب الدائن باستيفاء دينه من اموال المدين واتخاذ الاجراءات ضده اذا ظهر ان امواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين باكملة، وتقدر المحكمة ما اذا كان هناك محل لوقف الاجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء"، كذلك نصت المادة 1022 من نفس القانون انه "1- اذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من اموال المدين وجب عليه ان يدل الدائن على هذه الاموال، وان يقدم له مبلغاً يكفي للوفاء بتكاليف الإجراءات 2 - ولا عبء على المدين ان يدل عليها الكفيل اذا كانت هذه الاموال تقع خارج الاراضي العراقية، او كانت اموالاً ممتازة فيها " والتي تقابلها المادة 789 من القانون المدني المصري.

يتبين من النصوص أعلاه ان القانون يشترط في أموال المدين فيما يتعلق بحق الكفيل بالدفع بالتجريد ان تتوفر فيها الشروط التالية:

- 1- وجود وكفاية الأموال للوفاء بالدين: لا بد ان تكون للمدين أموال يستطيع الدائن التنفيذ عليها ويقع عبء الارشاد الى تلك الاموال على عاتق الكفيل⁽⁴⁹⁾ بتحمل نفقات ذلك كاستخراج الشهادات المثبتة لملكية المدين لعقارات معينة او منقولات او وجود حقوق شخصية مثل مبالغ نقدية مودعة في بنك من البنوك، إضافة الى وجود تلك الأموال ان تكون كافية للوفاء بالدين كله اما اذا كانت لا تكفي للوفاء الا بجزء من الدين فلا يجوز التمسك بالدفع بالتجريد.
- 2- ان تكون الأموال التي يرشد اليها الكفيل قابلة للحجز عليها وغير متنازع عليها⁽⁵⁰⁾: يشترط في الأموال التي يرشد اليها الكفيل ان تكون قابلة للحجز عليها بانه يمكن التنفيذ عليها، كذلك ان تكون تلك الأموال غير متنازع فيها أي لا يوجد دعوى مرفوعة بشأنه امام المحكمة او كان هناك نزاع جدي بشأن ذلك⁽⁵¹⁾.
- 3- قابلية الأموال للحجز عليها: يشترط في الأموال التي يرشد اليها الكفيل ان تكون قابلة للحجز عليها وقد حددت المادة 62 من قانون التنفيذ العراقي رقم 45 سنة 1980 الأموال التي لا يمكن الحجز عليها.
- 4- وجود الأموال في البلد⁽⁵²⁾: يشترط في الأموال التي يرشد اليها الكفيل ان تكون موجودة داخل الأراضي العراقية للحجز والتنفيذ عليها وبخلاف ذلك ان كانت تلك الأموال خارج البلد تكون الصعوبة بالغة في الإجراءات المتعلقة بالحجز والتنفيذ عليها تتمثل بالصعوبة والارهاق على كاهل الدائن لاتخاذ تلك الإجراءات مما يتسبب في التأخير او الضياع لحقه.

ثالثاً: الآثار المترتبة على حق الدفع بالتجريد

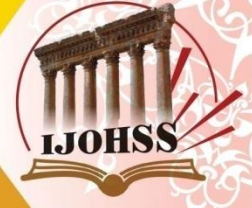
تنص المادة 2/1021 من القانون المدني العراقي على انه " فإذا طُلب الكفيل اولاً جاز له عند الاجراءات الاولى التي توجه ضده، ان يطالب الدائن باستيفاء دينه من اموال المدين واتخاذ الاجراءات ضده اذا ظهر ان امواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين باكملة، وتقدر المحكمة ما اذا كان هناك محل لوقف الاجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء " والتي تقابلها المادة 788 مدني مصري، حيث يتضح من النصوص أعلاه الآثار التالية:

- 1- وقف إجراءات التنفيذ: والتي تشير الى عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من أمواله دون المساس بحق الدائن باتخاذ إجراءات تحفظية ضد الكفيل⁽⁵³⁾، فاذا تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في مرحلة المحاكمة فتستمر المحكمة بنظر الدعوى فان توافرت شروط الدفع بالتجريد فتحكم بعدم التنفيذ على أموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من أمواله وان أي اجراء يتخذه قبل ذلك يعتبر باطلاً.
- 2- مسؤولية الدائن عن اعسار المدين لعدم اتخاذه إجراءات المناسبة في الوقت المناسب⁽⁵⁴⁾ فالدائن مسئول تجاه الكفيل عن اعسار المدين لعدم اتخاذه الإجراءات المناسبة في الوقت المناسب فاذا دل الكفيل على أموال المدين واهل الدائن في التنفيذ عليها بحيث تمكن المدين نتيجة لذلك من ترتيب او إخفاء أمواله فان الدائن مسئول عن ثمن المنقولات بسبب اهماله ويقع عبء اثبات تقصير الدائن على الكفيل طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.
- 3- براءة ذمة الكفيل في الحدود التي يحصل عليها الدائن من حقوق التنفيذ على أموال المدين التي ارشد اليها الكفيل⁽⁵⁵⁾ فان حصل الدائن بشكل كامل من التنفيذ برئت ذمة الكفيل وانقضى التزامه.

المطلب الثاني

آثار الصفة التبعية على انقضاء التزام الكفيل

ينقضي التزام الكفيل اما بصفة اصلية او بصورة تبعية باعتباره التزام تابع، وما يهمننا في البحث انقضائه بشكل تباعي، فانقضاء الالتزام الأصلي لأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام يؤدي الى انقضاء التزام الكفيل،



ويكون الانقضاء بالشكل الطبيعي بعدة صور وهو ما سنبحثه بثلاث فروع تباعاً مع بيان اثر كل نوع على التزام الكفيل التبعية، حيث سنبحث في الفرع الأول: انقضاء الالتزام بالوفاء، والفرع الثاني: الانقضاء بما يعادل الوفاء، والثالث: انقضاء الالتزام دون ان يوفى بالدين.

الفرع الأول

انقضاء الالتزام الأصلي بالوفاء

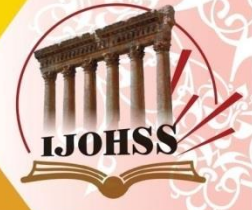
إذا قام المدين بوفاء دينه تبرء ذمته وتبعاً لذلك تبرء ذمة الكفيل ايضاً، أما ان كان الوفاء جزئي فان ما يبرء منه بقدر الجزء الموفى به ونفس الحال للكفيل⁽⁵⁶⁾، وللدائن الحق بالرجوع على المدين بالباقي او على الكفيل⁽⁵⁷⁾، أما اذا وفى غير المدين الدين فانه يحل محل الدائن ويبقى التزام الكفيل قائماً تجاه الدائن الجديد⁽⁵⁸⁾، ونفس الحكم اذا أحال الدائن حقه الى اخر فان الدين يبقى بكل ضماناته ويستمر التزام الكفيل تجاه المحال له⁽⁵⁹⁾، أما إحالة الدين الأصلي الى شخص اخر حلول قانوني او اتفاقي فان التزام الكفيل ينقضي ويبقى الدين قائماً الا اذا وافق الكفيل على الدين الجديد⁽⁶⁰⁾.

أما لو كان الوفاء باطلاً⁽⁶¹⁾ بان صدر من شخص غير ذي أهلية للتصرف في الشيء الموفى به او أصاب الموفى ضرر نتيجة وفائه بان كان ليس اهلاً للتصرف في الشيء المستحق فانه لا يترتب على ذلك انقضاء الالتزام الأصلي ويبقى هذا الالتزام مضموناً بتأميناته ومنها الكفالة. ويقوم الإيداع مقام الوفاء اذ قبله الدائن او صدر حكم بصحته طبقاً للقواعد العامة⁽⁶²⁾ ويترتب على العرض الحقيقي براءة ذمة المدين وتبعاً له تبرء ذمة الكفيل وفي حال اذا لم يقبله الدائن او لم يصدر حكم بصحته فلا تبرء ذمة المدين وتبقى الكفالة قائمة لضمان الدين⁽⁶³⁾ كما اشارت المادة 1/389 مدني عراقي، فاذا رجع المدين في العرض الحقيقي بعد قبول الدائن له او بعد صدور حكم بصحته ففي هذه الحالة فان الامر يتوقف على قبول الدائن لهذا الرجوع فان قبل فلا يجوز له التمسك بما يكفل حقه من تأمينات وعندها لا تبرء ذمة الضامنين ومنهم الكفيل⁽⁶⁴⁾. أما في حالة قد كفل الكفيل احد دينين لنفس الدائن بتعدد الديون فان القضاء الفرنسي يعتبر ان المبلغ الموفى به يخصم من الدين الذي يكون للمدين مصلحة اكبر في الوفاء به وتكون المصلحة بالنسبة للمدين بالتأكيد في خصم الموفى به من الدين المكفول قبل الخصم من الدين غير المكفول لانه يبرء ذمة المدين والكفيل معاً⁽⁶⁵⁾.

الفرع الثاني

انقضاء الالتزام الأصلي بما يعادل الوفاء

ينقضي الالتزام وفقاً للقواعد العامة دون الوفاء به بعدة صور تقوم مقام الوفاء الطبيعي وتحدث اثاراً على التزام الكفيل الشخصي فيما لو كان الدين الأصلي مكفول وكما سنوضحه بالاتي:
اولاً/ الوفاء بمقابل: ينقضي الالتزام بهذه الصورة بان يقدم المدين عوضاً عن محل الدين الأصلي والدائن يقبل هذا العرض كمقابل للشيء المستحق فينقضي الدين بما قام مقام الوفاء⁽⁶⁶⁾.
وفيما يتعلق بالتزام الكفيل في عقد الكفالة ويوصفه التزام تبعية فان المادة 1029 من القانون المدني العراقي اشارت الى انه " 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" وتقابلها المادة 783 مدني مصري أي ان الدين ينقضي بقيام المدين بالوفاء بمقابل بالاتفاق مع الدائن بالاستعاضة عن الدين المكفول بنقل ملكية شيء اخر للدائن فتبرأ ذمة المدين الأصلي وتبعاً لذلك تبرء ذمة الكفيل وتنقضي الكفالة بطريق تبعية. والوفاء بمقابل ليس وفاءً محضاً وإنما تجديد للدين بتغيير محله فينقضي الدين القديم بكل تأميناته ومنها الكفالة ولا يعود الى الوجود مع تأميناته فيحل محله دين جديد⁽⁶⁷⁾، فاذا استحق المقابل الذي وفاه المدين لا يكون امام الدائن الا الرجوع على المدين الأصلي بضمان الاستحقاق كما لو وجد عيب في المقابل فيرجع الدائن بضمان العيب الخفي على المدين⁽⁶⁸⁾، وان طالب الدائن بفسخ الوفاء بمقابل ذاته فان الدين القديم يعود مع تأميناته ومنها الكفالة فيبقى التزام الكفيل قائم تجاه الدائن، اما في حال تقديم الكفيل للمقابل واستحق فلا تبرء ذمته ويحق للدائن الرجوع عليه بضمان الاستحقاق وفقاً للقواعد العامة.
ثانياً/ التجديد والاباءة: طبقاً للقواعد العامة يمكن ان ينتهي الالتزام عن طريق التجديد⁽⁶⁹⁾، يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الأصلي وجميع توابعه ليحل محله التزام جديد فتنتضي التأمينات ومنها الكفالة فينقضي التزام الكفيل ولا ينتقل الى الالتزام الجديد الا بنص القانون او بالاتفاق⁽⁷⁰⁾، ولكي يترتب التجديد اثاره والتي منها الكفالة



يلزم ان تتوفر جميع عناصر صحته⁽⁷¹⁾ بان يكون الالتزام القديم والجديد خالياً من أسباب البطلان وان تكون نية التجديد واضحة بان يكون الاتفاق على التجديد بشكل صريح او يستخلص من الظروف بشكل اكيد لان التجديد لا يفترض.

اما فيما يتعلق بالإنابة فهي اما ان تكون كاملة او ناقصة⁽⁷²⁾، فالكاملة تتم بالاتفاق على انقضاء التزام المدين ليحل محله التزام شخص اخر وهو المناب فهي تغيير لشخص المدين وتسري عليها احكام التجديد على انقضاء الدين الأصلي وتبعاً لذلك تنقضي الكفالة ايضاً الا في حال ان الكفيل رضي بضمان الالتزام الجديد، اما اذا لم يتفق على التجديد فتكون الانابة ناقصة بان التزام المدين المنيب لا ينقضي وانما يبقى قائماً الى جانب التزام المدين الجديد المناب وتبعاً لذلك فان التزام الكفيل يبقى قائماً وفقاً لعقد الكفالة باعتبار التزام الكفيل التزام تبعية لالتزام المدين المكفول⁽⁷³⁾.

ثالثاً/ المقاصة : ينقضي الدين وفقاً للمقاصة اذا اصبح المدين دائن لدائنه فينقضي الدينين بالأقل منهما⁽⁷⁴⁾ وبقوة القانون وتبعاً لذلك ينقضي التزام الكفيل في الكفالة كله او جزء منه، كما ان المقاصة لا تقع الا اذا تمسك بها من له مصلحة بذلك فلا يجوز للمحكمة ان تحكم بها من تلقاء نفسها⁽⁷⁵⁾، لذلك فان للكفيل الحق في التمسك بالمقاصة الواقعة بين الدين الأصلي للمدين وبين دين الدائن له حتى مع عدم تمسك المدين او الدائن، ولا تعتبر المقاصة من النظام العام فاذا نزل عنها أطرافها فان التامينات الخاصة بها لا تعود من جديد فان كان احد الدينين مضمون بكفالة فان الدين المضمون ينقضي وينقضي تبعاً له التزام الكفيل⁽⁷⁶⁾، واذا وقعت المقاصة بين الدينين فان عاد لزول احد أطراف الدين فان الدين يعود دون التزام الكفيل.

رابعاً/ اتحاد الذمة: اذا اجتمع في شخص واحد وفي دين واحد صفتا الدائن والمدين فان الدين ينقضي بقدر ما اتحد فيه وفقاً للقواعد العامة⁽⁷⁷⁾ وكذلك فان التزام الكفيل ينقضي ايضاً نظراً لصفة التبعية في التزامه، كما تشير القواعد العامة⁽⁷⁸⁾ انه في حال عاد الدين لزوال سبب اتحاد الذمة فان الدين يعود الى الوجود ويعتبر كان اتحاد الذمة لم يكن.

الفرع الثالث

انقضاء الالتزام دون ان يوفى به

يعتبر القانون ان الالتزام يمكن ان ينقضي دون ان يتم الوفاء بالدين ذاته او بما يعادل الوفاء في أحوال معينة مع ترتيب اثار معينة على التزام الكفيل عندما يكون الدين الأصلي مكفولاً وكما يأتي:

اولاً/ الابراء: اذا ابرء الدائن مدينه من الدين انقضى الالتزام⁽⁷⁹⁾ وينقضي تبعاً له التزام الكفيل لانه تابع للالتزام الاصلي، واذا تقرر بطلان الابراء عاد الدين الأصلي الى الوجود وعاد معه التزام الكفيل اذا كان الدين مضمون. ولا يعتبر ابراء المدين المفلس لجزء من دينه للصلح معه بانه ابراء حقيقي بل يتخلف عنه التزام طبعي في ذمة المفلس⁽⁸⁰⁾ وبالتالي لا يؤدي الى انقضاء التزام الكفيل التبعية لان الصلح لا يقصد منه التبرع للمدين وانما لتفادي إجراءات الإفلاس.

ثانياً/ استحالة التنفيذ: قد ينقضي التزام المدين عندما يكون الوفاء مستحيلًا لسبب لا يد للمدين فيه⁽⁸¹⁾، ووفقاً للصفة التبعية لالتزام الكفيل فانه ينقضي ايضاً، اما ان كان المدين مسئول عن الاستحالة فيلزم بالتعويض⁽⁸²⁾ ولا يعتبر التزام جديد وانما طريقة مختلفة لتنفيذ التزام المدين الأصلي⁽⁸³⁾ ويبقى تبعاً لذلك التزام الكفيل قائماً تجاه الدائن بالتعويض.

ثالثاً/ التقادم: يترتب على احكام التقادم العديد من الاثار التي تمس التزام الكفيل بالنظر لصفته التبعية وكما بينها الفقه⁽⁸⁴⁾، فاذا انقضى الدين المكفول بالتقادم ينقضي التزام الكفيل تبعاً له حتى مع عدم انقضاء التزام الكفيل بالتقادم نفيه، وفي الغالب ان التقادم يسري بالنسبة للمدين والكفيل معاً فينقضي دينهم بنفس الوقت بشكل اصلي او تبعية فان انقضى الأصلي بالتقادم دون التزام الكفيل اذا نشأ بعد الدين الأصلي فعندئذ يتقادم الدين الأصلي قبل التزام الكفيل وتبرأ ذمة الأخير لصفة التبعية التي يتصف بها، اما ان انقطع سريان تقادم الكفيل فلا ينقطع تقادم المدين الأصلي وعندها تبرأ ذمة الكفيل قبل تقادم التزامه نفسه ونفس الحال فيما لو توقف سريان تقادمه، وان انقطاع تقادم المدين الأصلي لا يؤثر على تقادم التزام الكفيل، وقد يقف التقادم للمدين الأصلي بان يوجد مانع يمنع الدائن من المطالبة بحقه ولا يوجد مثل هذا المانع للكفيل فلا يسقط التقادم للكفيل فتبرأ ذمته بصفة اصلية من حتى مع عدم براءة ذمة المدين الأصلي ويجوز للكفيل ان يتمسك بتقادم الدين الأصلي حتى لو لم يتمسك المدين به او قد نزل عنه طبقاً للقواعد العامة⁽⁸⁵⁾.



رابعاً: الفسخ والابطال⁽⁸⁶⁾

ان اثر الفسخ بزوال العقد لا يؤدي فقط الى انتهاء التزامات طرفيه بل يشمل كل ما تمخض من التزامات نتيجة عقود تفرعت عن هذا العقد فجميعها تزول بزوال العقد الأصلي⁽⁸⁷⁾، ولما كان عقد الكفالة من العقود التي يضمن الكفيل فيها الدين المكفول فان اثر الفسخ يؤدي الى انقضاء عقد الكفالة بشكل تباعي وهذه النتيجة تتحقق للصفة التبعية التي يتصف بها التزام الكفيل.

وفي حالة بطلان العقد وفقاً للقواعد العامة⁽⁸⁸⁾ فان من اهم الاثار التي تترتب عليه إعادة الحال بين المتعاقدين الى ما كان عليه قبل التعاقد وسقوط جميع الالتزامات التي تترتب على هذا العقد⁽⁸⁹⁾، ولما كان التزام الكفيل في عقد الكفالة تابعاً للالتزام المكفول فان بطلان الأخير يؤدي بالتأكيد الى سقوط الأول فلا يبقى مجال لضمان التزام المدين الأصلي الذي انقضى بفعل البطلان.

الخاتمة

في خاتمة هذا العرض الموجز الذي ارتشفت فيه من معين نضج المحتوى والمتناول لموضوع الصفة التبعية لالتزام الكفيل الشخصي في عقد الكفالة واخلص إلى جملة من النتائج والتوصيات، فأما النتائج فدونكم أهمها إجمالاً:

أولاً: النتائج

- 1- ان التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الا ان مصدره ومضمونه يختلف عن الالتزام الأصلي فعقد الكفالة المبرم بينه وبين الدائن وحيثاً بينه وبين المدين يمثل المصدر الوحيد للالتزام وكما ورد في المادة 1/1009 من القانون المدني العراقي النافذ، كما ان مضمون التزام الكفيل يمثل صورة وحيدة تتمثل بضمان التزام المدين الأصلي، بينما مصدر الالتزام المكفول يمكن ان يكون العقد وفقاً للقواعد العامة المتعلقة بنظرية العقد، او نص القانون كما ورد في المواد 1256 و 1/576 من القانون المدني العراقي، ويمكن ان يكون الحكم القضائي كمت ورد في المادة 1065/ من القانون المدني العراقي، كما ان مضمون التزام المدين الأصلي يختلف بتنوع مصادر الالتزام.
- 2- يتوقف وجود التزام الكفيل الشخصي في عقد الكفالة على وجود الالتزام الأصلي للمدين وينتفى بخلاف ذلك، كما ان التزام الكفيل يتصف بما يلحق من اوصاف لالتزام المكفول كما ورد في المادة 2/1009 الخاصة بكفالة الالتزام الشرطي والمادة 1013 الخاصة بالالتزام المؤجل الواردة في القانون المدني العراقي النافذ، كما ان صحة التزام الكفيل مرهون بصحة الالتزام الأصلي للمدين ويكون باطلاً اذا الالتزام الأصلي كان باطلاً، كما يتبع التزام الكفيل الالتزام الأصلي في مدى حماية القانون له.
- 3- فيما يتعلق بنطاق التزام الكفيل الشخصي في عقد الكفالة لا يصح ان يكون اشد من الالتزام المكفول ويمكن ان يكون اقل عبثاً من الأصلي لكن لا يصح ان يزيد عليه، وفيما يتعلق بملحقات الدين الأصلي فلا يلزم بها الكفيل الا اذا تم الاتفاق عليها مسبقاً على ان لا تزيد على ما مقرر للالتزام الأصلي ويمكن ان تقل عنه.
- 4- يستثنى من الصفة التبعية لالتزام الكفيل ما ورد في المادة 1/1016 من القانون المدني العراقي فبرغم قيام الكفيل بكفالة دين تجاري تبقى الكفالة مستقلة محتفظة بصفاتها المدنية حتى وان كان الكفيل يحمل صفة تاجر، الا ان هذا الاستثناء لا يسري على الحالة الواردة في المادة 2/1016 من القانون المدني العراقي.
- 5- من الاثار التي تترتب على الصفة التبعية لالتزام الكفيل ان الدائن يلزم بموجب احكام المادة 1021 من القانون المدني العراقي بالرجوع على المدين قبل ان يرجع على الكفيل والا كان من حق الكفيل ان يدفع بالرجوع على المدين اولاً وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى عند توافر الشروط المطلوبة لذلك.
- 6- كما يترتب على تبعية التزام الكفيل الحق بالدفع بالتجريد وفقاً لما نصت عليه المادة 1022 من القانون المدني العراقي النافذ والذي يقصد منه عدم قيام المدين بالتنفيذ على أموال الكفيل قبل الرجوع بالتنفيذ على أموال الكفيل.
- 7- ينقضي التزام الكفيل لانقضاء التزام المدين الأصلي لاي سبب ينقضي به الالتزام بالوفاء او بما يعادل الوفاء او دون الوفاء كما يمكن ان يكون الفسخ والابطال وما يترتب عليه من انقضاء لالتزام المدين الأصلي من أسباب انقضاء التزام الكفيل.

ثانياً: التوصيات

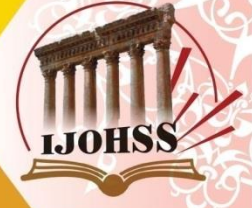
- 1- النص صراحة في القانون المدني العراقي النافذ وفي الباب المتعلق بالكفالة بالإضافة بان يكون التزام الكفيل صحيحاً اذا كان الالتزام الأصلي للمدين صحيح وبخلافه يبطل.



- 2- النص صراحة في القانون المدني العراقي فيما يتعلق بالكفالة على انه يلحق بالتزام الكفيل من اوصاف موجودة في التزام المدين الأصلي.
- 3-النص صراحة في القانون المدني العراقي وفيما يتعلق بأحكام الكفالة بانه يعد التزام الكفيل صحيح حتى مع عدم وجود الالتزام الأصلي وقت انعقاد الكفالة اذا ما تبين ان هناك ما يؤكد وجوده في المستقبل لما له اثر على العلاقات المالية للأفراد.
- 4-النص صراحة في القانون المدني العراقي النافذ وفيما يتعلق بأحكام الكفالة على ان يكون دين الكفيل موازياً بالمقدار للدين المكفول بان لا يزيد عنه .
- 5-تعديل المادة 2/1016 من القانون المدني العراقي النافذ والمتعلقه بضمان الأوراق التجارية او ضمان تظهيرها بان تكون كفالة تجارية وليس مدنية لكون النشاط المقصود يمثل احد صور الرهن الحيازي للدين المنصوص عليها في القانون المدني العراقي النافذ وليس كفالة.

الهوامش

- (1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار احياء التراث العربي ، ج10 ، بيروت ، دون سنة نشر ، ص38.
- (2) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، احكام القانون المدني المصري - التامينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار نشر الثقافة ، ط2 ، القاهرة ، 1950 ، ص35.
- (3) د. نبيل إبراهيم سعد، التامينات العينية والشخصية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 ، ص268.
- (4) د.محمود جمال الدين زكي ، دروس في التامينات الشخصية والعينية ، مطبعة الاهرام التجارية ، القاهرة ، دون سنة نشر ، صص30-31
- (5) د. يحيى عبد الودود ، عقد الكفالة ، مطبعة مصطفى بابي الحلبي وأولاده ، مصر ، 1961 ، ص13.
- (6) نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق ، صص300-301.
- (7) المادة 992 من القانون المدني المصري ونص المادة 998 التي تقابلها بنفس الموضوع.
- (8) المادة 1/576 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " اذا تعرض احد المشتري مستنداً الى حق سابق على عقد البيع او ايل من البائع، او اذا خيف لأسباب جدية على المبيع ان يستحق، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد ان يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض او يزول خطر الاستحقاق، ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة ان يطالب باستيفاء الثمن على ان يقدم كفيلاً " .
- (9) د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ج3 ، المجلد الثالث ، عقد الكفالة ، ط3 ، مصر ، بدون سنة نشر ، ص22.
- (10) د.توفيق حسن فرج ، التامينات الشخصية والعينية – دراسة لعقد الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، 1984، ص17.
- (11) د.منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة ، المطبعة العالمية ، ط1 ، القاهرة ، 1960، ص30. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق ، ص38.
- (12) د.عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص68.
- (13) د.سمير عبد السيد تناغو ، التامينات الشخصية والعينية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996 ، ص38.
- (14) د. نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص325.
- (15) المادة 1/917 من القانون المدني العراقي التي تنص على " اذا لم تحدد مدة العقد، لا بالاتفاق ولا بنوع العمل، جاز لكل من المتعاقدين ان يضع نهاية لعلاقته مع المتعاقد الآخر بانذار تبين مدته القوانين الخاصة او الاتفاق او العرف"
- (16) د.عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص89
- (17) د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص47.
- (18) د.نبيل إبراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص228.
- (19) د.توفيق فرج ، مصدر سابق ، ص33 . رمضان أبو السعود ، التامينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1995، ص87. عدنان السرحان ، شرح القانون المدني-العقود المسماة في المقابلة والكفالة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1996، ص199.
- (20) د.نبيل إبراهيم سعد ، احكام الالتزام ، مصر ، دار المعرفة الجامعية ، 2000 ، ص19.
- (21) د.سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص43
- (22) د.سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص40.



- (23) أنظر بهذا الصدد قرار محكمة استئناف بغداد التي اعتبرت فيه ان الكفيل غير ملزم الا في الحدود التي تم الاتفاق عليها في عقد الكفالة مع المدين الأصلي حتى وان جاوز الدين الأصلي مبلغ الكفالة ، رقم الحكم : 1461/س1/2014 ، تاريخ الحكم : 31-12-2014 ، رئاسة محكمة استئناف بغداد - الرصافة الاتحادية، منشور على الموقع الالكتروني : قاعدة التشريعات العراقية : متاح على الموقع الالكتروني : <https://iraqlid.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx> : (24) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص60. د. محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص75. د. سمير تناغو ، مصدر سابق ، ص55.
- (25) د. نبيل إبراهيم سعد ، التامينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص342.
- (26) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص62-63.
- (27) د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص17.
- (28) د. محمد مرسي ، العقود المسماة ، المطبعة العالمية ، ج 1 ، القاهرة ، 1949 ، ص83.
- (29) د. يحيى عبد الودود ، مصدر سابق ، ص10.
- (30) المادة 80 من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 التي تنص على انه " يجوز وفاء مبلغ الحوالة كله او بعضه من أي شخص ولو كان ممن وقعوا عليه " وكذلك المادة 81 ف1 من نفس القانون التي اشارت الى انه " يكون الضمان بالكتابة هذا اللفظ او باي صيغة تفيد هذا المعنى على الحوالة ذاتها او على ورقة متصلة بها ويوقعه " .
- (31) د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص12-13. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص67-68.
- (32) د. سمير تناغو ، مصدر سابق ، ص28.
- (33) د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص20.
- (34) د. نبيل سعد ، التامينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص35.
- (35) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص123 ، د. محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص88.
- (36) د. نبيل إبراهيم سعد ، التامينات العينية والشخصية ، ص357.
- (37) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص34، د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص103. د. محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص88. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص56. سمير تناغو ، مصدر سابق ، ص64. رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص118.
- (38) د. سمير تناغو ، مصدر سابق ، ص65.
- (39) د. حسن محمود عبد الدايم ، الكفالة ضامن شخصي للحقوق ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2009 ، ص307.
- (40) د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص61.
- (41) د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص91.
- (42) د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص81.
- (43) د. محمود جمال الدين زكي ، مصدر سابق ، ص65. د. رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص172.
- (44) د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص86. د. سعيد عبد السلام ، الوجيز في التامينات الشخصية والعينية دون دار نشر ، دون مكان نشر ، 1997 ، ص99.
- (45) د. محمد علي امام ، التامينات العينية والشخصية ، مطبعة نهضة مصر ، مصر ، دون سنة نشر ، ص98.
- (46) د. رمضان أبو السعود ، مصدر سابق ، ص150.
- (47) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص137.
- (48) د. حسن محمود عبد الدايم ، ص315.
- (49) د. سمير تناغو ، مصدر سابق ، ص73.
- (50) د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص88. د. عبد الودود يحيى ، مصدر سابق ، ص66.
- (51) انظر بهذا الصدد: المادة 593 / 2 من القانون المدني العراقي التي حددت المقصود من الحق المتنازع عليه والتي تنص على انه " ويعتبر الحق متنازعا فيه ، اذا كان قد رفعت به دعوى او قام بشأنه نزاع جاري " .
- (52) د. عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، 1950 ، ص143.
- (53) د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص89.
- (54) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص128.
- (55) د. نبيل إبراهيم سعد ، التامينات العينية والشخصية ، ص373.
- (56) د. سمير تناغو ، مصدر سابق ، ص103.
- (57) انظر: امادة 382 / 1 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " اذا وفي غير المدين الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقدماً على من وفاء ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " .



- (58) انظر: المادة 375 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه "1 – يصح وفاء الدين من المدين او نائبه، ويصح وفاؤه من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء كالكفيل والمدين المتضامن مع مراعاة ما جاء في المادة 250. 2 – يصح ايضاً وفاء الدين من اجنبي لا مصلحة له في الوفاء بأمر المدين او بغير امره على انه يجوز للدائن ان يرفض الوفاء من الغير اذا اعترض المدين على ذلك وابلغ الدائن هذا الاعتراض".
- (59) انظر: المادة 365 من القانون المدني العراقي " ينتقل الحق الى المحال له بصفته وضمائنه كالكفالة والامتياز والرهن وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد واقساط".
- (60) أنظر: المادة 348 /2 من القانون المدني العراقي " على ان من كفل الدين المحال به كفالة الدين المحال به كفالة شخصية او عينية لا يكفل المحال عليه الا اذا رضى الكفيل بالحوالة".
- (61) دنيل سعد ، التامينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص410.
- (62) أنظر : المادة 1/386 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " – يقوم الايداع مقام الوفاء اذا قبله الدائن او صدر حكم بصحته".
- (63) أنظر : المادة 1/389 من القانون المدني العراقي " اذا عرض المدين واتبع العرض بايداع او باجراء مماثل جاز له ان يرجع في هذا العرض ما دام الدائن لم يقبله، او ما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته، واذا رجع فلا تبرأ ذمة شركائه في الدين، ولا ذمة الضامنين".
- (64) أنظر: المادة 2/ 389 من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه " فإذا رجع المدين في العرض بعد ان قبله الدائن او بعد ان حكم بصحته وقبل الدائن منه هذا الرجوع لم يكن لهذا الدائن ان يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء من الدين وذمة الضامنين".
- (65) د.سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص204.
- (66) أنظر: المادة 399 من القانون المدني العراقي " اذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئاً آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء".
- (67) د.سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص204.
- (68) دنيل سعد ، التامينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص413.
- (69) أنظر : المادة 403 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " اذا جدد الالتزام سقط الالتزام الاصلي وحل محله التزام جديد".
- (70) أنظر: المادة 404 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " اذا كان الدين الاصلي مكفولاً بتأمينات شخصية او عينية وصار تجديده سقطت التأمينات الا اذا جددت هي ايضاً".
- (71) دنيل سعد ، التامينات العينية والشخصية ، مصدر سابق ، ص414.
- (72) أنظر المادة 406 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه "1-اذا اتفق المتعاقدون في الانابة على ان يستبدلوا التزاماً جديداً بالالتزام الاول كانت الانابة تجديداً للالتزام بتغيير المدين 2 – والاصل ان الانابة لا يفترض فيها التجديد فإذا لم يكن هناك اتفاق عليه، قام الالتزام الجديد الى جانب الالتزام الأول".
- (73) د.سمير تناغو ، مصدر سابق ، ص106.
- (74) أنظر: المادة 408 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " المقاصة، هي اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه. "
- (75) أنظر المادة 413 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " تقع المقاصة بقدر الاقل من الدينين، ولا تقع الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها".
- (76) د.عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص224.
- (77) أنظر: المادة 418 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " في الدين الواحد اذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين انقضى الدين لاتحاد الذمة بالقدر الذي اتحدت فيه. "
- (78) أنظر: المادة 419 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " اذا زال السبب الذي ادى الى اتحاد الذمة وكان لزاله اثر رجعي عاد الالتزام الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن".
- (79) أنظر: المادة 420 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " اذا ابرأ الدائن المدين سقط الدين. "
- (80) د.سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص208.
- (81) أنظر: المادة 425 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلاً لسبب اجنبي لا يد له فيه. "
- (82) أنظر: المادة 426 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " اذا انتقل الشيء الى يد غير صاحبه بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير فان كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد، وان كانت يد امانة هلك الشيء على صاحبه. "



- (83) د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 72 . عبد الفتاح عبد الباقي ، مصدر سابق ، ص 226 .
- (84) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص 231 .
- (85) أنظر: المادة 442 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " 1 - لا يجوز للمحكمة ان تمتنع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدين او بناء على طلب دائنيه او أي شخص آخر له مصلحة في هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين. 2 - ويجوز التمسك بالدفع في اية حالة كانت عليها الدعوى ولو امام المحكمة الاستئنافية الا اذا تبين من ظروف ان المدعى عليه قد تنازل عن الدفع "
- (86) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص 233 .
- (87) د. طلبه وهبة خطاب ، عقد الكفالة ، مكتبة سيد عبدالله وهبة ، القاهرة ، 1987 ، ص 139 .
- (88) أنظر المادة 137 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه " 1 - العقد الباطل هو ما لا يصح اصلاً باعتباره ذاته او وصفاً باعتباره بعض اوصافه الخارجية. 2 - فيكون العقد باطلاً اذا كان في ركنه خلال كان يكون الاجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلاً للتعاقد او يكون المحل غير قابل لحكم العقد او يكون السبب غير مشروع. 3 - ويكون باطلاً ايضاً اذا اختلت بعض اوصافه كان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون " .
- (89) أنظر: المادة 2/138 من القانون المدني العراقي

المصادر

اولاً : المصادر القانونية

- 1-توفيق حسن فرج ، التامينات الشخصية والعينية - دراسة لعقد الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، 1984 .
 - 2-حسن محمود عبد الدايم ، الكفالة ضامن شخصي للحقوق ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2009 .
 - 3-رمضان أبو السعود ، التامينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1995 .
 - 4-عدنان السرحان ، شرح القانون المدني-العقود المسماة في المقابلة والكفالة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1996 .
 - 5-سعید عبد السلام ، الوجيز في التامينات الشخصية والعينية ، دون مكان نشر ، 1997 .
 - 6-سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، معهد البحوث والدراسات العربية ، ج 3 ، المجلد الثالث ، عقد الكفالة ، ط 3 ، القاهرة ، دون سنة نشر .
 - 7-سمير عبد السيد تناغو ، التامينات الشخصية والعينية(الكفالة-الرهن الرسمي-حق الاختصاص-الرهن الحيازي-حقوق الامتياز)، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996 .
 - 8-طلبه وهبة خطاب ، عقد الكفالة ، مكتبة سيد عبدالله وهبة ، القاهرة ، 1987 .
 - 9-عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار احياء التراث العربي ، ج 10 ، التامينات العينية والشخصية ، ، بيروت ، دون سنة نشر .
 - 10-عبد الفتاح عبد الباقي ، احكام القانون المدني المصري ، التامينات الشخصية والعينية ، مطبعة دار نشر الثقافة ، ط 2 ، القاهرة ، 1950 .
 - 11-محمد مرسي ، العقود المسماة ، المطبعة العالمية ، ج 1 ، القاهرة ، 1949 .
 - 12-محمود جمال الدين زكي ، دروس في التامينات الشخصية والعينية ، مطبعة الاهرام التجارية ، القاهرة ، دون سنة نشر .
 - 13-منصور مصطفى منصور ، عقد الكفالة ، دار المعرفة الجامعية ، ط 1 ، القاهرة ، 1960 .
 - 14-نبيل إبراهيم سعد ، احكام الالتزام ، دون دار نشر ، مصر ، 2000 .
 - 15-نبيل إبراهيم سعد ، دار الجامعة الجديدة ، التامينات العينية والشخصية ، الإسكندرية ، 2007 .
 - 15-يحيى عبد الودود ، عقد الكفالة ، مطبعة مصطفى بابي الحلبي ، وأولاده ، مصر ، 1961 .
- ثانياً : المواقع الالكترونية
- 16 - قاعدة التشريعات العراقية : <https://iraql.d.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx>

ثالثاً : القوانين

- 17- القانون المدني العراقي رقم 41 لسنة 1950 .
- 18- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .
- 19- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 .

References

First, the legal sources

- 1- Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhouri, Mediator in Explanation of Civil Law, House of Reviving Arab Heritage, C10, In-kind and personal insurances, Beirut, without publication year
- 2- Abdel-Fattah Abdel-Baqi, Provisions of the Egyptian Civil Code, personal and in-kind insurances, Al-Thaqafa Publishing House, 2nd Edition, Cairo, 1950
- 3- Adnan Al-Sarhan, Explanation of the Civil Law - Contracts Named in Contracting and Guarantee, House of Culture for Publishing and Distribution, Amman, 1996
- 4- Hassan Mahmoud Abdel-Dayem, Kafala as a Personal Guarantor of Rights, Dar Al-Fikr Al-Jamiah, Alexandria, 2009
- 5- Mahmoud Gamal El-Din Zaki, Lessons in Personal and In-Kind Insurance, Al-Ahram Commercial Press, Cairo, without publication year
- 6- Mansour Mustafa Mansour, the sponsorship contract, University Knowledge House, 1st floor, Cairo, 1960
- 7- Muhammad Morsi, The Named Contracts, International Press, Volume 1, Cairo, 1949
- 8- Nabil Ibrahim Saad, New University House, In-kind and Personal Insurance, Alexandria, 2007
- 9- Nabil Ibrahim Saad, Provisions of Commitment, without a publishing house, Egypt, 2000
- 10- Ramadan Abu Al-Saud, In-kind and Personal Insurance, Mansha'at Al-Maaref, Alexandria, 1995
- 11- Saeed Abdel Salam, Al-Wajeez in personal and in-kind insurances, without a place of publication, 1997
- 12- Samir Abdel-Sayed Tanago, personal and in-kind insurances (guarantee - official mortgage - right of jurisdiction - possession mortgage - franchise rights), knowledge facility, Alexandria, 1996
- 13- Suleiman Marks, Al-Wafi fi Sharh Civil Law, Institute of Arab Research and Studies, Volume 3, Volume Three, Sponsorship Contract, 3rd Edition, Cairo, without publication year
- 14- Talaba Wahba Khattab, The Guarantee Contract, Sayed Abdullah Wahba Library, Cairo, 1987
- 15- Tawfiq Hassan Farag, Personal and In-Kind Insurances - A Study of the Guarantee Contract, Mortgage, Specialization and Excellence, University Culture Foundation, Alexandria, 1984
- 16- Yahya Abdel-Wadoud, The Bail Contract, Mustafa Babi Al-Halabi Press, and his sons, Egypt, 1961

Second, the websites

17-Iraqi Legislation Base: <https://iraqld.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx>

Third: the laws

18-Iraqi Civil Code No. 41 of 1950

19-Egyptian Civil Code No. 131 of 1948

20-Iraqi Trade Law No. 30 of 1984