جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة القادسية
كلية القانون

النَظام القانوني لتعدد الكُفلاء

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدمت بها الطالبة

اسراء جاسم العيبي

الى مجلس كلية القانون – جامعة القادسية

من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف الاستاذ الدكتور

عبد المهدي كاظم ناصر

أستاذ القانون المدني

١٤٤٢هـ ٢٠٢١م

بسم الله الرحمن الرحيم

{ذَٰلِكَ مِنْ أَنبَاءِ الْغَيْبِ نُوحِيهِ إِلَيْكَ ۚ
وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ
أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ
يَخْتَصِمُونَ (٤٤)}

صدق الله العلي العظيم

سورة ال عمران :رقم الآية ٤٤

الإهداء

الى من بلغ الرسالة وأدى الامانة... ونصح الامة وكشف الغمة... الى نبي الرحمة ونور العالمين سيدنا وشفيعنا محمد (صلى اله عليه واله وسلم)

الى من كلله الله بالهيبة والوقار... الى من علمني العطاء دون انتظار... الى من احمل اسمه بكل افتخار (والدي العزيز اطال الله عمره)

الى من جسدت معاني الصبر والتفاني... الى بسمة الحياة... وسر الوجود... الى من دعاؤها سر نجاحي (امي الغالية حفظها الله)

الى من فقد حياته في زهرة شبابه... الى الذي افجعنا بغيابه المبكر اثر حادث مؤسف... الى المحامي الشاب(اخي فراس رحمه الله)

الى من هم عزوتي وسندي في الحياة... الى من اشد بهم أزري بعد الله... ولا تحلو الحياة الا بهم ومعهم... الى الشموع التي أضاءت دربي اخوتي واخواتي

الى استاذي الفاضل... الذي علمني الكثير من بحر علمه وافكاره.. الدكتور عبد المهدي كاظم ناصر

الى من كانوا اوفياء لي... وشاطروني الامل قبل العناء... الصديقات الوفيات... علياء، رؤى، الاء، ضي، سمية، مريم، سجى، سارة، واخص بالذكر الاخت العزيزة والصديقة الوفية التي لم تبخل علي بأي معلومة... وطالما كانت لي سند منذ المرحلة التحضيرية حتى نهاية مشواري في البحث... امنه ياسين العارضي،،، اتمنى لها المزيد من التوفيق وعلو المقام

اهدي ثمرة جهدي المتواضع

وعلى الله قصد السبيل... انه نعم المولى ونعم النصير

الشكر والثناء

الحمد لله رب العالمين، حمداً تطيب به نفوسنا، وتستريح به قلوبنا، الحمد لله، والصلاة والسلام على الصادق الامين، خاتم الانبياء والمرسلين المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى اهل بيته الطيبين الطاهرين، وصحبه الغر الميامين، ومن تبعهم بإحسان الى يوم الدين.

ان الشكر من اسباب دوام النعم، كما قال الرسول الاكرم محمد (صلى الله عليه واله وسلم): (ومن صنع اليكم معروفاً فكافئوه، فأن لم تجدوا ما تكافئونه به، فأدعوا له حتى تروا انكم قد كافأتموه)، فانطلاقاً من واجبي العلمي والادبي، ووفاءاً وعرفاناً بالفضل، فأنه لزاماً علي بعد إكمال هذه الرسالة، ان انسب الفضل لأهله، وان اقف وقفة اجلال مكللة بأجمل آيات الشكر والعرفان، لعمادة كلية القانون في جامعة القادسية وكل العاملين فيها من اساتذة وموظفين، لما اولته لي ولطلبة الدراسات العليا كافة من رعاية ودعم لنا وعلى كل الاصعدة.

كذلك اتقدم بالشكر والثناء لأستاذي الفاضل، استاذ القانون المدني في كلية القانون- جامعة القادسية **الدكتور عبد المهدي كاظم ناصر** الذي تفضل مشكوراً بقبوله الاشراف على رسالتي، ولما اولاني به من دعم ونصح اثناء العمل في هذه الدراسة، فقد كان لي نعم المعلم المتواضع والسخي، فقد عودنا دائماً على تواضعه واخلاقه الرفيعة، فأسأل الله العلي العظيم ان يحفظه ويبارك له في عمره ووقته الذي يمنحه لطلابه، وان يجعل ذلك في ميزان حسناته، فله مني جزيل الشكر والعرفان وخالص التقدير والاحترام، وجزاه الله عني وعن طلاب العلم جميعهم خير الجزاء.

واقدم خالص شكري الى موظفي مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة بيروت، على تعاونهم معي للحصول على المصادر العلمية لإتمام هذه الرسالة.

واخيراً اتقدم بالشكر الجزيل الى عائلة الدكتور نواف حازم خالد على تعاونهم معي في تصوير رسالة والدهم المعتقل من داعش في الموصل، واسأل الله ان يمن عليهم بالفرج عن والدهم، والى كل من مد يد العون لي ولو بالدعاء.

المستخلص

يُعد تعدد الكفلاء وسيلة قانونية تسهم في زيادة حظوظ الدائن في استيفاء حقه، إذ يكون امامه اكثر من ذمة مالية يمكن ان يرجع عليها عند حلول آجل الدين، متجنباً في ذلك المشكلات التي تواجهه فيما لو كان هناك كفيل واحد ضامن للدين، فإذا كانت الكفالة بصورتها البسيطة تحقق التحرز من المشاكل التي ترافق سداد الدين، فأن تعدد الكفلاء اكثر نجاعة، ويقلل من مخاطر الإعسار التي قد تطرأ، وتكون نجاعة هذه الوسيلة مختلفة بحسب الصورة التي تكون عليها، إذ ان لتعدد الكفلاء صورتين: الاولى تكون الذمم التي كفلت الدين فيها متضامنة فيما بينها، بحيث يمكن للدائن ان يطالب أياً منها بكل الدين، اما الثانية فتكون فيها الذمم غير متضامنة، مما لا يعطي الدائن الحق الا بمطالبة كلٍ منهم بقدر الحصة التي كفلها، وبين الصورتين فوارق تظهر عند الخوض في احكام الكفالة والعلاقات المتشابكة التي تنشأ بسببها.

إذ تبحث هذه الدراسة مشكلة قلة الائتمان في التعاملات وتسليط الضوء على هذه الحالة الخاصة بالكفالة والتي عالجتها القوانين محل المقارنة ونظمت جانباً منها تاركة بعض احكامها للقواعد العامة، إذ ان تعدد الكفلاء قائم على فكرة وجود اكثر من كفيل – ملتزم– يضمنون وفاء المدين المكفول عند تخلف هذا الاخير عن الوفاء، من ثم يصار الى الرجوع الى قواعد تعدد اطراف الالتزام من جهة، ومن جهة اخرى فأن كل كفيل من الكفلاء يكفل التزام المدين اما بضمان ذمته المالية جميعها (الكفيل الشخصي)، او بضمان مال معين يخصص لهذا الغرض (الكفالة العينية) لذلك فأن احكام الرهن التأميني والحيازي حاضرة في عقد الكفالة، وهذا ما تحاول هذه الدراسة ان تجمع شتاته طيلة فقرات التقسيم الذي وضعت في اطاره.

المحتويات

ت	الموضوع	الصفحة
١-	الآية الكريمة	أ
٢-	الاهداء	ب
٣-	شكر وثناء	ت
٤-	المستخلص	ث
٥-	المحتوى	ج-ح-خ
٦-	**المقدمــة**	١-٤
٧-	**الفصل الاول: ماهية تعدد الكفلاء**	٥-٥٦
٨-	المبحث الاول: مفهوم تعدد الكفلاء	٦-٣٥
٩-	المطلب الاول: التعريف بتعدد الكفلاء	٦-٢٢
١٠-	الفرع الاول: معنى تعدد الكفلاء	٧-١٣
١١-	الفرع الثاني: شروط تعدد الكفلاء	١٣- ٢٢
١٢-	المطلب الثاني: تمييز تعدد الكفلاء عما يشتبه به من اوضاع	٢٣-٣٢
١٣-	الفرع الاول: تمييز تعدد الكفلاء عن التضامن السلبي	٢٣-٢٨
١٤-	الفرع الثاني: تمييز تعدد الكفلاء عن الإنابة الناقصة	٢٨-٣٢
١٥-	المبحث الثاني: صور تعدد الكفلاء	٣٣-٥٦

١٦-	المطلب الاول: تعدد الكفلاء بعقد واحد	٣٣-٤٧
١٧-	الفرع الاول: التعدد بعقد واحد من حيث الاشخاص	٣٤-٤٠
١٨-	الفرع الثاني: تعدد بعقد واحد من حيث المحل	٤١-٤٧
١٩-	المطلب الثاني: تعدد الكفلاء بعقود متوالية	٤٧-٥٦
٢٠-	الفرع الاول: المبادئ التي ينفرد بها تعدد الكفلاء بعقود متوالية	٤٨-٥٢
٢١-	الفرع الثاني: المبادئ المشتركة بين التعدد بعقود متوالية والتعدد بعقد واحد	٥٢-٥٦
٢٢-	**الفصل الثاني: احكام رجوع تعدد الكفلاء**	٥٧-١٠٥
٢٣-	المبحث الاول: احكام رجوع الدائن على الكفلاء	٥٨-٨٥
٢٤-	المطلب الاول: رجوع الدائن على الكفلاء	٥٨-٦٨
٢٥-	الفرع الاول: وقت رجوع الدائن على الكفلاء	٥٩-٦٣
٢٦-	الفرع الثاني: قواعد رجوع الدائن على الكفلاء	٦٣-٦٨
٢٧-	المطلب الثاني: الدفوع التي يتمسك بها الكفلاء عند الرجوع	٦٨-٨٥
٢٨-	الفرع الاول: الدفوع الناشئة عن الالتزام الاصلي	٦٩-٧٧
٢٩-	الفرع الثاني: الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة	٧٧-٨٥
٣٠-	المبحث الثاني: احكام رجوع الكفلاء بعد الوفاء	٨٦-٩٧
٣١-	المطلب الاول: رجوع الكفلاء على المدين بعد الوفاء	٨٦-٩٧

٣٢-	الفرع الاول: رجوع الكفلاء على المدين بالدعوى الشخصية	٨٦-٩٣
٣٣-	الفرع الثاني: رجوع الكفلاء على المدين بدعوى الحلول	٩٣-٩٧
٣٤-	المطلب الثاني: رجوع الكفيل الموفي على باقي الكفلاء	٩٧-١٠٥
٣٥-	الفرع الاول: رجوع الكفيل الشخصي على باقي الكفلاء	٩٨-١٠٢
٣٦-	الفرع الثاني: رجوع الكفيل العيني على باقي الكفلاء	١٠٢-١٠٥
٥١-	**الخاتمة**	١٠٦-١٠٩
٥٢-	**قائمة المصادر**	١١٠-١٢٧
٥٣-	**المستخلص باللغة الانكليزية**	A-B

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

أولاً: جوهر فكرة الدراسة

تُعد التأمينات من الوسائل القانونية المهمة التي شرعت لضمان تنفيذ الالتزامات الناشئة عن علاقة المديونية التي تربط الدائن بالمدين، فالأصل ان المدين يكون ضامن بذمته المالية كلها او جزء منها لوفاء دينه ، الا ان هذه الذمة قد تكون غير كافية لسداد هذا الدين لإمكانية تعرضها للإعسار لأي سبب من الاسباب، وامام السعي للبحث عن وسائل من شأنها ان توفر للدائن الطمأنينة وتجنبه خطر إعسار مدينه، وجدنا عقد الكفالة التطبيق الابرز للتأمينات التي تسهم في توفير الامان، وهو قائم على فكرة وجود طرفين دائن وكفيل لا يكون الاخير مديناً اصلياً للدائن لكن ضامن لدين المدين الاصلي الذي كفله، ويكون ضامن بجميع ذمته المالية عندما يكون كفيلاً شخصياً، في حين يكون ضامن بمال معين في الكفالة العينية، وفي كل الاحوال يكون للدائن الرجوع على هذا الكفيل في حال عدم استيفاء حقه من المدين، وهذا ما من شأنه تعزيز الائتمان في التعاملات بين الافراد.

وإذا كانت الكفالة تُبحث غالباً بصورتها التقليدية التي تنطوي على فكرة وجود كفيل واحد يضمن وفاء دين المدين المكفول عند تخلف هذا الاخير عن الوفاء عند حلول اجل الدين، فأن الكفالة التي يتعدد فيها الكفلاء تعدُ الأنموذج الذي يوفر القدر الاكبر من الضمان للدائن والاكثر تشعباً وتعقيداً، ويظهر ذلك جلياً من العلاقات المتعددة التي تنشأ عنه، فتعدد الكفلاء حالة خاصة تتعدد فيها العلاقات، بين الكفلاء والدائن، والكفلاء والمدين، فضلاً عن الكفلاء فيما بينهم، ولكلٍ من هذه العلاقات احكام تختلف بحسب نوع الكفالة المقدمة من كل كفيل وبلحاظ وجود التضامن من عدمه، وتعقد الكفالة التي يتعدد الكفلاء فيها اما بموجب عقد واحد يدرج فيه مقدار كفالة كل كفيل ونوع العلاقة التي يرتبط فيها الكفلاء فيما بينهم، او بموجب عقود متوالية لا يكون لكل كفيل علاقة مباشرة تربطه بباقي الكفلاء، وهذا ما يعكس اثره على الاحكام المنظمة لهذه الحالة الناجمة عن وجود اكثر من كفيل.

ثانياً: اهمية الدراسة وهدفها

إن وجود اكثر من كفيل يستطيع أن يرجع عليه الدائن عند حلول اجل دينه، له قدر كبير من الاهمية على مستوى التطبيق العملي والدراسات النظرية الامر الذي يجعل ذلك جديراً بالبحث، وان لم ينل حقه من ذلك وهذا ما يظهر لدراسة هذا الموضوع جدوى علمية وعملية، فعلى مستوى الجانب العلمي فأن موضوع تعدد الكفلاء يثير الكثير من الجدل، هل هو تطبيق لتعدد المدينين وصورة من صور التضامن السلبي، ام ان له من الخصوصية ما يجعله يبتعد عنه، الامر الذي يستوجب تسليط الضوء على هذه الخصوصية، وإحاطة ذلك بالبحث والمناقشة، لعدم وجود دراسة متخصصة بهذا الشأن، وهذا من شأنه ان يقدم للمكتبة القانونية دراسة تُعد محاولة مبدئية لجمع متعلقات هذا الموضوع وتأطيره.

اما من الناحية العملية، فأن لموضوع تعدد الكفلاء أهمية على الواقع العملي تظهر جلية في العمل الذي تؤديه، من خلال تقوية الائتمان، فيمكن ذلك الدائن ان يستوفي دينه وان اعسر مدينه او حتى احد الكفلاء، لأن تعدد الكفلاء أداة ائتمان اكثر قوة من الكفالة بصورتها البسيطة، وانه يحقق فائدة للمدين، إذ تمكن الكفالة هذا الاخير من الحصول على حاجته من المال لامتلاكه أداة ائتمان كافية وفعالة تمكنه من مواجهة العقبات التي تحول من دون تسديده الدين، من ثم يوفر تعدد الكفلاء المصالح المتبادلة التي تلقي من دون شك بظلالها الايجابية على الحياة الاقتصادية لعدها تطبيق من تطبيقات التأمينات، التي لها مهام في تسيير الحياة الاقتصادية، فقليلاً ما نجد اعتماد اي تعامل او مشروع اقتصادي على القدرة الذاتية، بل يكون بالاعتماد على ائتمان يقدم من الاخر، ولا يمنح الائتمان ما لم يقدم في المقابل ضمان كاف وهو ما يوفره التعدد في الكفالة.

ثالثاً: إشكالية الدراسة

لما كانت التشريعات تسعى الى ضمان حق الدائن وتعزيز الوسائل القانونية اللازمة لذلك، وتوفير قدر كبير من الضمان للعلاقات القانونية التي ترفد بيئة الائتمان بأسباب الديمومة والازدهار، فأن وجود اكثر من ذمة مالية وذلك بضمها الى ذمة المدين، يكون اكثر ضماناً للدائن الذي تصبح امامه ذمم متعددة بدلاً من ذمة واحدة يستطيع الرجوع عليها، الا ان اجتماع

تلك الذمم يجعل العلاقات التي يُنشئها التعدد اكثر تعقيداً وتميزاً، مما يضفي عليها الخصوصية التي تستوجب بيان احكامها من حيث طبيعة تلك العلاقات وقواعد الرجوع فيها لا سيما في حال اعسار احدى تلك الذمم، كما ان تعدد الكفلاء ينطوي على صورتي التأمينات الشخصية والعينية، فتعدد الكفلاء الشخصيين يعطي صورة واضحة للتأمينات الشخصية، وتعدد الكفلاء العينيين من جهة اخرى يعطي صورة للتأمينات العينية التي تخضع لأحكام الرهن، كما ان تصور التضامن او التضامم بين الكفلاء او انعدامه هو الاخر يضفي تنوع على العلاقات القانونية التي يثيرها التعدد، هذا كله يجعل الامر اكثر تشعباً وتعقيداً، وهذا ما يستوجب البحث بغية وضع الحلول القانونية المناسبة لما يثيره تعدد الكفلاء من إشكالات متعددة، فهي فكرة فضفاضة بنصوص مشتتة وهو ما حاولنا جمعه.

رابعاً: الاسئلة البحثية:

تثير هذه الدراسة جملة من الاسئلة تتمثل بسؤال مركزي تدور حوله مفاده: ما الضمانات القانونية الممنوحة لأطراف الكفالة المتعددة؟

وجملة من الاسئلة الفرعية التي تصب في إجابة السؤال المركزي وهي:

١- ما المقصود بتعدد الكفلاء؟ وبما ينماز عن غيره من تطبيقات التعدد؟

٢- ما صور التعدد؟ وهل تؤثر اي صورة من صور التعدد على احكام الكفالة؟

٣- ما القواعد القانونية التي تحكم رجوع الدائن على كل كفيل؟ وما الضمانات التي يمنحها القانون له؟

٤- ما الضمانات الممنوحة للكفلاء في مواجهة الدائن؟

٥- ما الضمانات التي يوفرها القانون لكل كفيل بعد الوفاء في مواجهة كل من المدين وباقي الكفلاء؟

خامساً: نطاق الدراسة

تنقسم الكفالة بحسب طبيعة العقد المبرم بين اطرافه الكفيل والمكفول له على كفالة مدنية واخرى تجارية، وتصنف بحسب مصدرها الى كفالة قانونية وقضائية واتفاقية، ويتحدد نطاق هذه الدراسة ببحث الكفالة الاتفاقية المدنية ويخرج ما عداها من نطاق هذه الدراسة لاختلاف الاحكام المنظمة بينها، إذ سندرس احكام التعدد في الكفالة الاتفاقية المدنية في القوانين محل المقارنة.

سادساً: منهجية الدراسة

ستعتمد الدراسة منهج البحث المقارن، إذ سنأخذ نصوص القانون المدني العراقي والقانون المدني الفرنسي والمصري، من ثم نقارن بينها لأجل الإحاطة بكل ما يتعلق بموضوع الدراسة ومعرفة التوافق بين القواعد المنظمة لأحكام التعدد، للوقوف على ابرز نقاط القوة والضعف في تنظيم ضمانات وقواعد الرجوع في حال تعدد الكفلاء وترجيح الافضل بينها، ولا تقف حدود المقارنة عند القوانين فحسب بل تتعداها الى موقف الفقه والقضاء في فرنسا ومصر والعراق وبالقدر الذي سنحصل عليه.

سابعاً: هيكلية الدراسة

بما يتلاءم مع موضوع الدراسة سنعتمد التقسيم الثنائي اسلوباً في البحث لنلم بتفاصيله على نحو متسلسل ومبسط للقارئ، إذ سنقسم الدراسة على فصلين: نخصص الاول لبيان ماهية تعدد الكفلاء وهو مقسم على مبحثين: الاول بعنوان مفهوم تعدد الكفلاء، والثاني سيكون بعنوان صور تعدد الكفلاء، اما الفصل الثاني الذي يحمل عنوان احكام الرجوع فهو مقسم على مبحثين: الاول سنكرسه لبحث رجوع الدائن على الكفلاء، اما الثاني فهو لبحث رجوع الكفلاء بعد الوفاء، وننهي الدراسة بخاتمة نستعرض فيها أهم النتائج التي توصل اليها مع مقترحات مقدمة في ضوء المآخذ التي وُقف عليها اثناء الدراسة.

الفصل الاول

ماهية تعدد

الكفلاء

الفصل الاول

ماهية تعدد الكفلاء

تمهيد وتقسيم:

تحتاج التعاملات المالية بين افراد المجتمع ان تكون محفوفة بالضمان وموشحة بالائتمان، لكي تحقق الغاية المرجوة منها، وفي هذا المقام يحاول الدائن والطرق والوسائل كافة أن يرتكز ويتكئ على وسائل تضمن حصوله على حقه، إذ يكون هناك اكثر من ذمة مالية ضامنة لتسديد دين الدائن، فلا مناص من القول ان التأمينات تزداد اهميتها مع ازدياد العلاقات والتعاملات الاقتصادية وأن لكل دائن الحق بأن يكون له من الوسائل ما تكفل استيفاءه حقه، فتعدد الكفلاء يتجلى بوضوح بصورة تعهد اكثر من شخص بوفاء دين شخص- المدين- في حال عجزه عن الوفاء بالدين، ليكون امام الدائن بدلاً من ذمة مالية واحدة يستطيع مطالبتها اكثر من ذمة مالية تكفل حصوله على حقه، وبذلك تزداد حظوظه باستيفاء الدين ويتجاوز خطر الاعسار، والتعريف بماهية تعدد الكفلاء يتطلب بيان مفهومها أولاً، من ثم تحديد صور تعدد الكفلاء وكل ذلك منصب في غاية إعطاء التصور الكامل عن تعدد الكفلاء، لأجل ذلك قسمنا الدراسة على مبحثين: الاول لمفهوم تعدد الكفلاء، اما الثاني سيكون لصور تعدد الكفلاء.

المبحث الاول

مفهوم تعدد الكفلاء

امام التطور والتوسع الذي لازم العقود منذ ظهورها الى اليوم نجد أن البحث مستمر عن انظمة تكون اكثر فائدة واجدر قيمة لتعزيز الائتمان ولتحقيق الضمان في التعاملات الحاصلة بين الناس التي تضطلع بمهامها في المحافظة على حق الدائن، إذ ان ضمان تنفيذ المدين التزامه من المسائل المهمة لما يمكن ان يصيب الدائن من ضرر جراء عدم التنفيذ، لذا كان لزاماً أن يكون هناك ضمانات قانونية من شأنها تعزيز الائتمان الذي يسعى كل دائن الحصول عليه لان قيمة كل التزام تستند الى ما للدائن من ضمانات كفيلة لضمان استيفائه حقه متجنباً خطر الاعسار أو عدم الوفاء لأي سبب، ولتحديد مفهوم تعدد الكفلاء ينبغي اولاً التطرق إلى التعريف بالفكرة من ثم الوقوف على ذاتيتها ببيان ما تتميز به عن غيرها من الانظمة المشابه، ولأجل ذلك سنقسم الدراسة في هذا المبحث على مطلبين: الاول التعريف بتعدد الكفلاء، أما الثاني تمييز تعدد الكفلاء عما يشتبه به من اوضاع قانونية.

المطلب الأول

التعريف بتعدد الكفلاء

يُعد تعدد الكفلاء وسيلة ضمان قانونية تجسد بمفهومها العام الصورة المثلى للتأمينات، فهي قائمة على اتساع وعاء الضمان العام الذي يُمكن الدائن من استيفاء حقه لتدعم ذلك الحق وتهيئ له سعياً مزدوجاً نحو أكثر من شخص في حال عجز المدين عن الوفاء، وللتعريف بأي فكرة قانونية كما هو معروف ينبغي تسليط الضوء أولاً على معناها، وفي ظل غياب معنى واضح ودقيق لتعدد الكفلاء سنستعرض أبرز ما قيل في التعدد والكفالة لتحديد معناها، ثم نتبع ذلك ببيان شروط تعدد الكفلاء، ونتيجة لذلك سنقسم الدراسة في هذا المطلب على فرعين: الأول معنى تعدد الكفلاء، والثاني شروط تعدد الكفلاء وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

معنى تعدد الكفلاء

في إطار بحث معنى لتعدد الكفلاء[1] لم تبين النصوص التشريعية للقوانين محل المقارنة معنى لتعدد الكفلاء تاركة هذه المهمة للفقه، إلا اننا لم نجد وبحدود اطلاعنا ايضاً تعريفاً فقهياً لتعدد الكفلاء ولعل السبب في ذلك هو ان الفقه يعالج تعدد اطراف الالتزام بمعناه الشامل، فالتعدد الذي نحن بصدد بيان معناه تطبيقاً لتعدد المدينين وله صورتان: الاولى بالتضامن والثاني بالتضامم، ومن اجل وضع تعريف قانوني لفكرة تعدد الكفلاء سنستعرض التطور التاريخي لهذه الفكرة اولاً، من ثم استعراض ابرز ما قيل في التضامن والتضامم وذلك على النحو الآتي:

---

(١) التعدد في اللغة: نجد كلمة تعدد في تاج العروس مشتقة من عدد <<العد: الاحصاء: وعد الشي يعده عدا وتعداد وعده وعدده والاسم العدد والعديد، قال تعالى: (واحصى كل شيء عددا) الجن الآية ٢٨ " وقال الزجاج : قد يكون العدد بمعنى المصدر كقوله تعالى :(سنين عددا) الكهف الآية ١١. وعد الشيء حسبه وقالو العدد الكمية المتآلفة من الوحدات فيختص بالمتعدد في ذاته وعلى هذا قالوا الواحد ليس بعدد لأنه غير متعدد إذ التعدد الكثرة، وفي اللسان وفي حديث لقمان:(لا نعد فضله علينا) أي لا نحصيه لكثرته. الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد العزيز مطر، مراجعة : عبد الستار احمد فراج ، مطبعة حكومة الكويت ،الكويت ط٢، ج٨، ١٩٩٤، ص٣٥٣.

أما لفظ الكافل: فيقول ابن منظور في لسان العرب في باب الكفل: الكافل: القائم بأمر اليتيم المربي له، والكافل والكفيل: الضامن، والانثى كفيل أيضا، وجمع الكافل كفل، وجمع الكفيل كفلاء، وكفل بالمال: ضمنه وتكفل به :ضمنه وتكفل به: ضمنه وأكفله إياه، وأكفلت عنه المال لغريمه، وتكفل بدينه تكفلا، والتكفيل مثله. ابن منظور، لسان العرب، ج١٢، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، ص١٣٩. وبنفس المعاني للكفالة وردت عند : محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتب العربي، بيروت، لبنان، ١٩٨١، ص٥٧٤. لويس معلوف، المنجد في اللغة، ط٣٥، دار المشرق، بيروت، لبنان، ١٩٨١، ص ٦٩١. بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، مطابع مؤسسة الجواد للطباعة ١٩٧٧، ص ٧٨٦. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الادارة العامة للمعجمات واحياء التراث، المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، استنبول، تركيا، بدون سنة طبع، ص (٧٩٢-٧٩٣). مما تقدم يتضح ان المعنى اللغوي لتعدد الكفلاء يمكن ان يعبر عنه بالقول: ما زاد عن الضامن الواحد، لان الضامن الواحد لا يتعدد، أي وجود اكثر من ضامن واحد.

أولاً: التطور التاريخي لظهور تعدد الكفلاء

يعد تعدد الكفلاء وسيلة ضمان قانونية حديثة العهد، فلم تكن معروفة في حقبة القانون الروماني لاعتقادهم ان لا حاجة لتعدد الكفلاء وان وجود كفيل واحد يمثل ضمانة كافية للوفاء بالدين، وفي تلك الحقبة كان حق التنفيذ الجبري مخول للدائن ضد الكفيل وليس ضد المدين الأصلي، فقد كان مركز الكفيل أسوء من موقف المدين نفسه، فلم يكن للدائن حق التنفيذ على مدينه بل على كفيل مدينه، وإذا لم يقم مدينه بتنفيذ التزامه على نحو اختياري جاز للدائن اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبري على الكفيل، وبعد ذلك وفي عهد جوستينيان تحديداً إلزام الدائن بعدم التنفيذ على اموال الكفيل قبل التنفيذ عل اموال مدينه لتتأكد الصفة الاحتياطية للكفالة[١]، على اعتبار ان التزام الكفيل ينهض في حال اخفاق المدين في تسديد الدين وهو مجرد احتمال ينبغي ان يتحقق ويتأكد منه[٢].

اما التشريعات الحديثة فتسعى الى تعزيز وسائل الائتمان[٣]، وتحقيق التوازن بين اطراف الرابطة العقدية من خلال ضمان تنفيذ الالتزامات بطرق مختلفة ومن هذه الطرق تعدد الكفلاء[٤]، وهي من الوسائل المهمة لتعزيز الضمان لمصلحة الدائن[٥]، فيصبح له بموجبه بدلاً من ضامن واحد للدين يكون له ضامنان أو أكثر كلهم مسؤولون عن الدين على نحو تبعي لالتزام المدين

---

(1) Alain Akue Mickala, La situation de la caution en droit des procédures collectives au regard de la règle de l'accessoire : Etude comparative droit français/droit OHADA, Université Omar Bongo (Libreville). Faculté de droit et de sciences économiques, Français ,2019,p16.

(٢) د. محمد علي عبده، عقد الكفالة، منشورات زين الحقوقية، بيروت– لبنان، ٢٠٠٥، ص٨. د. رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، اثر الاعتبار الشخصي على عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٥، ص٣٤. عبد السلام خضرة، احكام عقد الكفالة بالتشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة زيدان عاشور بجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٦، ص١٢.

(3) B. OPPETIT, " L´ endettement et le droit", in Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA, éd, Dalloz, 1991, p303.

(4) Wenceslas Ellaandoume, Le cautionnement donne A une societe, These en Vue de l´obtention du grade de docteur En droit, Universite de Nancy2, 2010, p6.

(5) Laurent AYNÈS. Pierre CROCQ, DROIT DES SÛRETÈS, 10e Edition, p40.

الأصلي[١]، اما على نحو تضامني (تعدد تضامني) أو تضاممي (تعدد تضاممي)، وبذلك يصبح أكثر من ذمة مالية واحدة كافلة لحق الدائن، فإذا أعسر المدين الأصلي كان للدائن حق الرجوع على هذه الذمم التي كفلت الدين[٢]، فقد يتعدد أطراف الالتزام على نحو يتعدد فيه الدائنون أو المدينون أو الطرفان في آن واحد، وقد تجنبت القوانين التعريف بهذه الصورة بنص مباشر مما فتح الباب للفقه والقضاء للاضطلاع بمهامهم بشأنه[٣]، وعلى مستوى الفقه مرت فكرة الالتزام التضامني والتضاممي عموماً التي تعد فكرة تعدد الكفلاء احدى تطبيقاتها – تضامن وتضامم سلبي– بمراحل جدل طويلة انطلقت من القانون الروماني[٤]، وانتقلت للفقه والقضاء الفرنسي الذي حاول تدعيم التمييز بين الأثنين، ويقوم تضامن المدينين على فكرة مؤداها تعدد اطراف الالتزام على نحو يلتزم فيه كل منهم في مواجهة الدائن بالدين كله، الامر الذي يخول الدائن مطالبة أي منهما به، اما الالتزام التضاممي فهي فكرة أضطلع الفقه والقضاء الفرنسي على رسم ملامحها بغية توفير ضمان أكثر لحصول الدائن على حقه، وقد قوبلت فكرة التمييز بين الأثنين بمعارضة الفقه عموماً ومحاولة جعل النوعين نوعاً واحداً وذلك بتقسيم التعدد على تام وناقص، فالأول هو ما يرتب آثار التضامن الرئيسة والفرعية، في حين لا يرتب التضامن

---

(1) Olivier Salati, Les traits essentiels du cautionnement, série de conferences, université numérique juridique francophone, p8.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١٠، في التأمينات الشخصية والعينية، دار أحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، بدون سنة طبع، ٩٣-٩٤. محمد سعيد المحاسنى، شرح مجلة الاحكام العدلية، مجلد٢، مطبعة الترقي، دمشق، ١٩٢٧، ص٣. محمد زيدان زيدان و مازن مصباح صباح، احكام الكفالة بالمال، بحث منشور في مجلة جامعة الازهر، غزة، سلسلة العلوم الانسانية، مجلد١٤، عدد١١، ٢٠٢١، ص٨٤.

(٣) د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني (آثار الحقوق الشخصية)، احكام الالتزام، ج٢، دار الثقافة، عمان، بلا سنة نشر، ص٥١٣. د. محمد جاد محمد جاد، فكرة الالتزام التضاممي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، دون سنة نشر، ص١.

(٤) ظهرت فكرة الالتزام التضاممي لأول مرة في القانون الروماني مع ذلك لم يكن تنظيم قانوني محدد ومباشر فيه الا ان هذا القانون الروماني كان يميز بين الالتزام التضامني الذي يقضي بانتهاء الدين لكل المدينين بمجرد لجوء الدائن لمطالبة اي من المدينين وبين الالتزام التضاممي الذي لا يؤدي التجاء الدائن للمطالبة القضائية من احد المدينين الى انقضاء الدين بالنسبة للبقية ومن هنا جاءت الفكرة. ولتفاصيل أكثر يراجع: صائب صالح ال عبود الربيعي، الالتزام التضامني والالتزام التضاممي ومدى اهمية التمييز بينهما، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص١٧.

الناقص الا الفرعية منها، وفيصل التمييز بين هذه الاثار هي النيابة التبادلية بينهم التي تتوفر في التضامن التام من دون الناقص[١]، وخلص هؤلاء الى ان التضامن اذا كان مصدره الاتفاق يكون تام اما إذا كان مصدره القانون فيكون ناقصاً، وتعرض هذا الاتجاه للانتقاد لعدم وجود سند يدعمه وانها فكرة بنيت على أساس تاريخي روماني مهجور، وانها تنسب للتعدد معنى مختلف عما هو موجود في النصوص القانونية الحديثة[٢].

ولسنا هنا بصدد الدخول في هذا الجدل كما ذكرنا، فما استقر الفقه عليه اليوم هو ان هناك تعدد تضامني وآخر تضاممي[٣]، وبات معروفاً ان فكرة التضامم ظهرت في القضاء الفرنسي أول مرة فضلاً عن من خلو القانون الفرنسي القديم والنافذ من نصوص معالجة لفكرة التضامم بصورة مباشرة[٤].

ثانياً: معنى التضامن والتضامم

عرف الفقيه الفرنسي Doma[٥] التعدد التضامني بالقول: الحق الذي يكون فيه للدائن مطالبة أيا من المدينين وبحسب اختياره بالدين كله[١]، في الحالات التي يوجد فيها أكثر من

---

(١) د. نبيل ابراهيم سعد، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامم– دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص٣١. د. محسن البيه، التضامن والتضامم في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية، مقارنة= بالقضاء الفرنسي والمصري، ج٢، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، مجلد١٣، عدد٤، جامعة الكويت، ١٩٨٩، ص١١٠.

(٢) وللرجوع الى آراء الفقه الفرنسي بهذا الخصوص يراجع: د. محمد جاد، احكام الالتزام التضاممي، مصدر سابق، ص٣١. د. اسماعيل عبد النبي شاهين، احكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص٤٥. د. احمد محمد الرفاعي، نطاق مسؤولية المدين المتضامم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٦١.

(٣) لم يكن يفرق قديماً بين الكفالة والتضامن في المديونية، فقد كان الكفيل مدين متضامن مع المدين الاصلي ولم يكن التزامه تبعياً كما هو اليوم، وبدأت تتميز عن التضامن شيئاً فشيئاً واصبح الكفيل يضمن ديناً في ذمة الغير. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، ج١٠، مصدر سابق، ص٢٣.

(٤) صائب صالح ال عبود الربيعي، مصدر سابق، ص١٦١.

(٥) يعد الفقيه دوما من كبار فقهاء القانون الفرنسي القديم، وتعد كتاباته احد مصادر القانون الفرنسي الحالي، نقلاً عن: عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، ط١، المركز العربي، القاهرة، ٢٠١٨، ص٢٣٧.

مدين واحد وصورته ان يكون كل واحداً منهم مسؤول بصورة كاملة عن الدين ويكون الوفاء بهذا الدين لمرة واحد وبحسب اختيار الدائن لأي منهم، وفي حال الوفاء به من احدهم ينقضي بالنسبة للبقية[٢]، إذا كان التعدد على نحو تضامني، هذا يعني ان هناك مدينين متعددين يلتزمون بذات الدين ويسأل كل مدين منهم قبل الدائن عن كل الدين[٣].

اما التعدد التضاممي فيتحقق إذا كان هناك شخصان ملتزمان بكل الدين في مواجهة نفس الدائن نفسه من دون ان يكون بينهما تضامن[٤]، ويعبر عنه بالقول: الحالات التي يكون فيها أشخاص مسؤولين عن دين واحد لأسباب مختلفة دون ان يكون هناك تضامن فيما بينهم[٥]، وعرف بأنه: تعدد احد اطراف الالتزام بذات المحل مع تعدد مصادره من دون ان يكون هناك تضامن أو عدم قابلية للانقسام[٦]، ويعرف كذلك بأنه: الالتزام الذي يتعدد فيه المدينون بدين واحد من دون تضامن على نحو يلتزم كل مدين منهم إزاء الدائن بالدين ذاته وتربطه بالدائن رابطة مستقلة ويكون مصدر التزام كل واحد فيهم مستقل عن التزام الآخر[٧]، ويلاحظ ان التعاريف الواردة تنطوي جميعها على فكرة وجود اكثر من مدين ملتزمين بالدين ذاته في مواجهة الدائن، إلا أن سبب التزام كل واحد منهم مختلف عن الآخر ولا وجود للتضامن فيما بينهم، فالروابط في هذا التعدد متعددة والمصدر متعدد والمحل واحد، فقد تضاممت ذممهم في الوفاء بهذا الدين لكنها لم تتضامن فيما بينها.

---

(1) jeanfrancais, Dela distinction enter L ablgation so Lidair et h abligation in solidom these paris, 1932, p32.

(٢) د. اسماعيل عبد النبي شاهين، احكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين، المصدر نفسه، ص٣٢. ليث عبد الرزاق الانباري، الالتزام التضاممي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٢، ص٦٤.

(٣) د. احمد شرف الدين، نظرية الالتزام، ج٢، احكام الالتزام، دون دار نشر، ٢٠٠٢، ص٢٦٨. نواف حازم خالد، الالتزام التضامني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٩، ص١.

(٤) صائب صالح ال عبود الربيعي، مصدر سابق، ص١٦١.

(٥) د. محسن البيه، التضامن والتضامم في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية– مقارنة بالقضاء بين الفرنسي والمصري، مصدر سابق، ص١٠٥.

(٦) د. محمد جاد محمد جاد، احكام الالتزام التضاممي، دون دار نشر، ٢٠٠٣، ص١٠٩.

(٧) د. محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، دون سنة طبع، ص١٦٢.

وهكذا نجد ان الكفالة عقد ينشأ بمناسبة وجود علاقة مديونية قائمة بين الدائن والمدين والكفيل ضامناً لوفاء هذه المديونية[١]، وان التعدد من جهة اخرى يفضي الى ان الطرف الضامن في حال تعدد الكفلاء ليس شخصاً واحداً بل شخصين أو أكثر يلتزمون بضمان الدين ذاته امام الدائن، لذلك للدائن الرجوع على أي منهم لاستيفاء حقه إذا لم يوف المدين الاصلي الدين[٢]، وهذا التعدد يكون تارة تضامنياً وتضامنياً تارةً اخرى، ويشتبه الاثنان في انهما ينطويان على معنى التعدد الذي نحن بصدد بحث معناه، ويختلفان في ان التضامن يقوم على أساس وحدة المحل ووحدة المصدر، اما التضاممي فهو يقوم على أساس وحدة المحل وتعدد المصدر[٣]، ولا شك ان لهذا التعدد جدوى تبرز في تقوية حظوظ المدين في الحصول على الائتمان الذي يقوي مصالحه وينعكس اثره على الدورة الاقتصادية ككل على اعتبار ان الكفالة مهيمنة على التأمينات الشخصية وزيادة الذمم الكافلة لذمة المدين قد يعزز هذا الائتمان وفي ذات الوقت يوفر الحماية اللازمة للدائن.

ومن هذا التحليل المختصر لعقد الكفالة والتعدد نخلص مما تقدم بأن الكفلاء ملتزمين بضم ذممهم المالية إلى ذمة المدين الذي يكون ومن حيث المبدأ هو المسؤول الأصيل عن الدين الا انه يقدم أكثر من ذمة الى جانب ذمته كضمان للدائن لاستيفاء حقه والضم قد يحصل على نحو ينشئ تضامن بين الكفلاء او تضامم.

بناءاً على ما تقدم يمكننا تعريف التضامن بين الكفلاء بأنه: عبارة عن وجود كفيل او اكثر متضامنين فيما بينهم بعقد واحد تكون مسؤوليتهم مشتركة او مجتمعة عند رجوع الدائن إليهم أي للدائن الرجوع على أي كفيل بكل الدين بعد عجز المدين عن دفع الدين وهو وصف يحول من دون انقسام الدين بين الكفلاء ولا يفترض بينهم الا بناء على القانون او الاتفاق.

---

(١) عرف القانون المدني المصري في المادة (٧٧٢) عقد الكفالة بأنها: "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ الالتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه"، وفي المقابل عرفت المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي عقد الكفالة بأنه: "ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام".

(2) Laurent AYNÈS. Pierre CROCQ, DROIT DES SÛRETÈS, op cit., p40.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة (الكفالة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، بلا سنة نشر، ص٧. فايزة ناجي علي، التضامن بين الكفلاء في القانون المدني، رسالة ماجستير – جامعة الاردن، ٢٠١٣، ص١١. صلاح علو محمد بكر، الكفالة العقارية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٢، ص٢٨.

اما التضامم بين الكفلاء: فهو التزام الكفلاء بعقود متوالية في تحمل مسؤولية دفع الدين بعد عجز المدين عن دفعه فان وفاء احدهم للدين يبرئ ذمة الاخرين نحو الدائن لكن ليس للكفيل الموفي حق الرجوع على باقي الكفلاء ليطالبهم لأنه قد اوفى عن نفسه، لكن له الرجوع بكل الدين على المدين الاصلي فالرجوع في هذه الحالة يكون باتجاه واحد وهو المدين الاصلي.

وجملة القول ان تحديد تعريف لفكرة تعدد الكفلاء يجب ان يشتمل على العناصر اللازمة لذلك وهي: تعدد الاطراف الملتزمة، وحدة المحل، وحدة الدائن، طبيعة العلاقة بين الملتزمين، ومن ثمة يكون من الممكن تعريف تعدد الكفلاء بأنه: التزام أكثر من كفيل بضمان الدين المترتب بذمة مدينهم لمصلحة دائنه سواء كان التزامهم على نحو تضامني ام تضاممي.

الفرع الثاني

شروط تعدد الكفلاء

بغية تحقيق الكفالة الغرض الذي وضعت من أجله كأداة لضمان تنفيذ الالتزام الأصلي ليصبح وسيلة لضمان حصول الدائن على حقه من المدين الأصلي(١)، لابد من توافر شروط معينة في كل كفيل، منها ما تفرضه حالة التعدد ومنها ما يمكن استخلاصه من الشروط العامة الواجب توفرها في الكفيل عموما، وعليه سنقسم شروط تعدد الكفلاء على النحو الآتي:

أولاً: شروط تفرضها حالة التعدد: نستخلص هذه الشروط من حالة التعدد بعدّه وصف يرد على الالتزام(٢)، ويمكن بيان الشروط العامة لتعدد الكفلاء على النحو الآتي:

١- **وجود أكثر من كفيل:** لا نكون امام تعدد كفلاء ما لم يكن هناك شخصان او أكثر ملتزمين بضمان الدين المكفول على نحو تبعي، فلا نكون امام حالة تعدد كفلاء اذا كان الكفيل شخصاً

---

(١) محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، حلب، ٢٠٠٩، ص٦١. ناصر جميل محمد الشمايلة، كسب ملكية المضمونات بالضمان، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨، ص٣٠. علي عايد فالح عبد، التنظيم القانوني لعقد الكفالة المؤقتة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٢٠، ص٩-١٠.

(٢) ومنها ما هو عام لكل انواع التعدد ومنها ما هو يخص نوع دون الآخر، فهناك تعدد تضامني وآخر تضاممي وسنترك بيان الاختلافات في موضع آخر من هذه الدراسة.

واحداً، فلا تعدد في حال اجتماع كفيل واحد مع المدين حتى لو كان هناك تضامن بين المدين الأصلي والكفيل[١]، فالتزام الكفيل يبقى تابعاً لالتزام المدين الاصلي[٢]، لذلك يبقى المركز القانوني لكلاً منهما مختلف عن الآخر ويترتب على ذلك آثار مختلفة عن حالة وجود أكثر من كفيل واحد[٣]، وهذا ما سندرسه عند البحث في آثار التعدد.

٢- **وحدة المحل:** لنكون امام تعدد كفلاء لا بد ان يكون محل الالتزام واحد وهو وفاء الدين الذي في ذمة المدين لمصلحة الدائن والذي اصبح الكفلاء مسؤولين عن ضمانه، وفي التعدد التضامني نجد ان الصورة واضحة مقارنةً بتعدد الكفلاء التضاممي بسبب تعدد المصادر الأمر الذي جعل هناك[٤] من يذهب الى إنكار فكرة وحدة المحل في التعدد التضاممي عموماً لتعدد الروابط مما يجعل كل مدين متضامم له دين محله مستقل عن المدين الآخر، وهذا الرأي مردود عليه بأن تعدد الروابط او حتى المصادر لا يعني تعدد المحال، فكل ما في الأمر ان تعدد الروابط- تعدد الكفلاء التضاممي- قد يستتبعه اختلاف في مقدار وآلية المطالبة من كل مدين، لذلك فأن تعدد الكفلاء سواء كان تعدد تضامنياً أم تضاممياً سنجد فيه ان محل الالتزام واحد[٥]، فكل كفيل ملزم بضمان دين المكفول، من ثم عليه وفاء الالتزام لمصلحة الدائن إذا لم يوفِ المدين التزامه.

---

(١) د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٢٩٩. هاري ادوار نجيم، الكفالة في القوانين والاجتهادات اللبنانية والاجنبية، بلا مطبعة، بيروت، ١٩٩٦، ص٢٢٥. اياد كاظم عبد الزهرة، الطبيعة القانونية للكفالة العينية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد العلمين للدراسات العليا، ٢٠١٩، ص١٥٥.

(2) Samira Habbassi-Mebarkia, La protection de la caution, Thése de doctorat, Université VALENCIENNES ET DU HAINAUT, 2016, P30.

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، احكام القانون المدني المصري، التأمينات الشخصية والعينية، ط٢، مطابع دار اخبار اليوم، القاهرة، ١٩٥٠، ص٣٨. منير القاضي، شرح المجلة، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٤٩، ص١٥. دلال مهدي زرار، الحماية القانونية للكفيل الموفي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، ٢٠٢٠، ص١٤٤.

(٤) د. محمد جاد محمد جاد، احكام الالتزام التضاممي، مصدر سابق، ص١١٨. صائب صالح ال عبود الربيعي، مصدر سابق، ص١٧٧ وما بعدها.

(٥) يعرف محل الالتزام بأنه: الأداء الذي المترتب في ذمة المدين والملزم بأدائه لمصلحة الدائن. د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول، المصادر الارادية، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص٣١١.

٣- **تعدد الروابط:** تكون الروابط التي تربط كل كفيل بالمكفول متعددة، إذ ان كل كفيل يكون ملتزم بالكفالة لسبب يختلف عن سبب التزم كفيل آخر، وصور التزام كل كفيل هي ايضاً متعددة، فقد يرتبطون بعقد واحد او عقود متعددة على المحل نفسه مع إمكانية تعدد مصادر التزام كلاً منهم[١]، وفي حال تعددت المصادر نكون امام تعدد كفلاء تضاممي وليس تضامني لان الاخير يتطلب وحدة المصدر.

ثانياً: شروط يفرضها عقد الكفالة:

لا تكفي الشروط التي يفرضها التعدد لنكون امام تعدد للكفلاء، بل لا بد من ان يستوفي هذا التعدد شروط يستلزمها عقد الكفالة نفسه والمتمثلة بالآتي:

١- **ان يكون الكفيل موسراً:** يشترط في الكفيل ان يكون موسراً، بمعنى ان يكون قادراً على الوفاء بالدين الذي كفله إذ اقتضت الحالة هذا الوفاء، ويقع على المدين عبء إثبات يسار كل كفيل الذي يقاس بحسب ما تحويه الذمة المالية للكفيل من اموال تكون قابلة للتنفيذ عليها لان الكفالة ما هي الا ضمان لوفاء الدين[٢]، وفي المقابل للدائن ان يثبت ان هذا المال او جزء منه مما لا يمكن التنفيذ عليه لأي سبب كأن يكون محجوزاً او متنازع عليه او انه معرض لان يكون كذلك او مثقلا بحق عيني آخر كحق انتفاع، وتعد هذه المسائل من مسائل الموضوع التي يرجع تقديرها الى قاضي الموضوع ليقدر ان كان الكفيل موسراً او لا عند نشوء نزاع بهذا الشأن[٣].

هذا واختلفت القوانين في نوع المال الذي ينبغي ان يثبت في وجوده يسار الذمة المالية للكفيل، فبالنسبة للتقنين المدني الفرنسي فأنه اشترط ان يكون هذا المال عقارا استناداً للفقرة

---

(١) د. مصطفى احمد ابو عمران، موجز احكام الالتزام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص١٥١. د. ضمير حسين المعموري، الالتزام الانضمامي، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، مجلد١٥، عدد١، ٢٠٠٨، ص١٢٢. رؤى علي عطية، الاثار القانونية لالتزام التضاممي، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة النهرين، عدد١، مجلد١٤، ٢٠١٢، ص١٢.

(٢) ويعبر عن الكفالة في الفقه الفرنسي بأنها إقراض للذمة.

Gabriel Seignalet, Les conditions de fond du contrat de cautionnement et l'action en nullité, p2.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، ج١٠، مصدر سابق، ص٨٥. د. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، بلا سنة نشر، ص٢٠-٢١.

الاولى من المادة (٢٢٩٦) منه التي تنص على: (لا تقدر ملاءة الكفيل الا بالنظر الا ممتلكاته العقارية، باستثناء المواد التجارية او عندما يكون الدين زهيداً)[١]، لذلك لا بد ان يكون مال الكفيل الذي يثبت يساره عقاراً لا منقولاً مع مراعاة الاستثناء الذي جاءت به المادة السابقه، وهناك[٢] من يعلل ذلك على اعتبار ان كل منقول تافه، في حين ان المنطق يشير الى ان اخذ القانون الفرنسي بضرورة ان يكون المال الذي يشترط اثبات وجوده العقار لا منقول، هو ان المنقول وبحكم طبيعته يصعب الاستدلال عليه واثبات ملكيته لسهولة انتقاله.

في حين هناك من يرى إمكانية ان يكون المال عقاراً او منقولاً، كأن يكون اسهماً او سندات او قيماً منقولة اخرى او منقولاً ذا قيمة كمجوهرات او حلي او غير ذلك[٣]، اذ ان تعدد الكفلاء لا يحقق الغاية المرجوة منه اذا كان الكفلاء غير موسرين او لا يتمتعون بالملاءة المالية، إذ ان ذلك يعني عدم القدرة على الوفاء بالالتزام الذي قاموا بضمانه اذا اقتضت الحالة ذلك[٤]، والمتفق عليه ان تقدير يسار الكفلاء مسألة يستقل بها قاضي الموضوع بعد تحديده لحقوق الكفلاء ومدى ما يتحملوه من تكاليف وما يثقل عاتقهم من التزامات مع استبعاده للأموال التي لا يجوز الحجز عليها، ويكون الكفلاء موسرين اذا كانت لديهم اموال عقارية او منقولة تكفي للوفاء بالدين، ولا يهم نوع المال الذي يمتلكونه، بخلاف القانون الفرنسي كما اشرنا آنفاً،

اما بالنسبة للمشرع العراقي لم يشر صراحة الى هذا الشرط في القانون المدني عند تنظيمه لمسألة الكفالة عموما وتعدد الكفلاء على وجه الخصوص، الا ان الفقه يجمع على اشتراطه، وعبء اثبات يسار الكفيل يقع على المدين وعبء اثبات يسار كفيل الكفيل (المصدق)[٥] يقع

---

(١) الدالوز، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، ٢٠١٢، لبنان، ٢٠٤٤.

(٢) سارة سليمان، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، بحث صادر من المعهد الوطني للقضاء، وزارة العدل، الجزائر، ٢٠٠٤، ص١٥.

(٣) قدري عبد الفتاح الشهاوي، احكام عقد الكفالة (التضامن- التضامم)، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص٤١-٤٢.

(٤) د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص٣٠٥.

(٥) دأب الفقه القانوني على استخدام مصطلح (المصدق) للدلالة على كفيل الكفيل كذلك ورد في المادة (١١٥٥) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، ويعرف بأنه: الشخص الذي يتولى ضمان التزام الكفيل لا الاصيل، وتنعقد كفالته بإيجاب صادر منه وقبول من الدائن دون الحاجة لموافقة المدين او حتى الكفيل، ويشترط لانعقادها ما يشترط لانعقاد كفالة المدين الاصلي. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج١٠،

على الكفيل[١]، ويمكننا ان نشير الى ان الكفيل المتضامم أو المصدق لا يدخل في المنازعة الخاصة بمدى اقتداره، بل يضل بعيدا عنها، وينحصر تقديم الدليل على يسار الكفيل المتضامم على الكفيل الملتزم بتقديمه، فيثبت الكفيل ان للمصدق – كافل الكفيل– اموالا عقارية او منقولة كافية للوفاء بالدين[٢].

ويثير هذا الشرط تساؤلات عدة ابرزها هل يشترط في اموال الكفيل ان تكون موجودة في بلد إبرام عقد الكفالة؟

يشترط القانون المدني الفرنسي ان تكون اموال الكفيل موجودة في البلد الذي ابرم فيه العقد[٣]، ويلاحظ ان الغاية من ذلك يكون للتيسير على الدائن الرجوع على هذه الاموال والتنفيذ عليها لان وجودها في الخارج يثير من دون الشك الكثير من الصعوبات والإشكالات التي تتعلق بمسائل تنازع القوانين الامر الذي يثير الشكوك حول قدرة الكفيل على تأمين الدين، كذلك الحال في القانون المدني العراقي الذي يمكن ان نستخلص موقفه من ذلك بالرجوع الى الفقرة الثانية من المادة (١٠٢٢) من القانون المدني العراقي التي تنص على: (ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الاموال تقع خارج الاراضي العراقية...)، اما القانون المدني المصري فلم يرد نص مماثل بهذا الشأن، وفي المقابل هناك من يرى ولا نؤيده في ذلك ان لا داعي لهذا الشرط لأنه يختلف من حالة الى اخرى تبعاً لكل قضية وطبيعة المال وظروفه، من ثم تترك هذه الامور الى تقدير المحكمة طبقاً لملابسات وظروف كل حالة[٤].

اما التساؤل الآخر، هل ان شرط يسار الكفلاء هو شرط ابتداء ام شرط ابتداء واستمرار؟

ص١٣٧. د. رمضان ابو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٥٦. د. راقية عبد الجبار عبد الجبار علي، المركز القانوني لكفيل الكفيل (المصدق) في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية جامعة بغداد، مجلد ٢٩، عدد٢، ٢٠١٤، ص٢٢٠.

(١) تنص المادة (١٠٣٩) من القانون المدني العراقي على: (الكفيل الذي يكفل الكفيل للدائن يعتبر في علاقته بالدائن كفيلا للكفيل وفي علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مدينا اصليا بالنسبة له).

(٢) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٣، ص٢٦٩.

(٣) تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٢٩٦) من القانون المدني الفرنسي على: (لا تؤخذ في الاعتبار العقارات المتنازع عليها او التي تكون مناقشة التجريد بشأنها صعبة جداً بسبب بعد موقعها).

(٤) سارة سليمان مصدر سابق، ص١٥.

يجيب القانون المدني الفرنسي على التساؤل اعلاه بأنه في حال اصبح الكفيل المقدم من المدين غير المليء يكون عليه تقديم كفيل آخر، وهذا يعني ان هذا الشرط شرط استمرار[١]، اما فقهاً يذهب رأي الى ان اشتراط اليسار في الكفيل يكون وقت نشوء الكفالة فمتى ما توفر الشرط وقت انعقاد الكفالة فأنها تنعقد صحيحة منتجة لأثارها القانونية من حيث جواز تنفيذ الدائن على اموال الكفيل للوفاء بالدين، فاذا جاء وقت التنفيذ ولم يكن الكفيل موسراً فليس امام الدائن الا التنفيذ على اموال أي من الكفلاء والمدين[٢]، في حين ان هناك من يذهب الى ان في حال اعسار الكفيل يكون على المدين تقديم تأميناً عينياً كافيا لضمان الدائن في استيفاء، ويعطي هذا التأمين العيني ضماناً اكثر للدائن في استيفاء حقه، واذا نازع الدائن في كفاية التامين العيني من عدم كفايته، فان تقدير هذا الامر متروك لقاضي الموضوع بحسب سلطته التقديرية، وقد يصار الى تقديم كفيل آخر الا اذا كان الدائن قد اختار شخصاً معيناً ليكون كفيلاً إذ تكون شخصية الكفيل محل اعتبار، وتستثنى من هذه الحالة موت الكفيل، حيث ان موته يختلف عن اعساره ولهذا لا يجوز للدائن مطالبة بتقديم كفيل آخر[٣]، الا ان الحل السابق ينطبق في حال كنا امام حالة وجود كفيل واحد وليس حالة تعدد كفلاء – محل الدراسة – إذ ان مسألة توزيع إعسار احد الكفلاء على البقية تختلف بحسب نوع التعدد ان كان تضامنياً أو تضاممياً وعلى النحو الذي سندرس تفصيله لاحقاً.

٢- **شرط الاقامة:** تشترط القوانين محل المقارنة ان يكون الكفلاء مقيمين داخل البلد الذي ابرم فيه عقد الكفالة والحكمة من ذلك واضحة تتمثل في تسهيل التنفيذ على الكفيل في حال رجوع المدين عليه اذا لم يفِ المدين الاصلي بالدين[٤]، وقد اشترط كلاً من القانون المدني الفرنسي والمصري هذا الشرط لتسهيل مقاضاتهم عند الاقتضاء، إذ نصت المادة (٢٢٩٥) من القانون

---

(١) تنص المادة (٢٢٩٧) من القانون المدني الفرنسي على: (عندما يصبح الكفيل المقبول من الدائن إرادياً او قضائياً بصورة لاحقة غير مليء، يقتضي ان يقدم له كفيل آخر. تقبل هذه القاعدة استثناء فقط في الحالة التي لم يعط فيها الكفيل الا بموجب اتفاقية طلب الدائن فيها شخصا معيناً ككفيل).

(٢) د. السيد عيد نايل، احكام الضمان العيني والشخصي، جامعة الملك السعود، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٣، ص١٠٥.

(٣) د. راقية عبد الجبار، المركز القانوني لكفيل الكفيل (المصدق) في القانون العراقي، مصدر سابق، ص٦-٧.

(٤) د. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٢١.

المدني الفرنسي على: (ينبغي على المدين الملزم بتقديم كفيل، ان يقدم كفيلاً ذي اهلية للتعاقد ومالكاً لمال كاف لتغطية موضوع الالتزام. وان يكون محل اقامته في نطاق محكمة الاستئناف حيث يجب ان يقدم الكفيل)[١]، وفي المقابل نصت المادة (٧٤٤) من القانون المدني المصري على: (اذا التزم بتقديم كفيل، وجب ان يقدم شخصاً موسراً ومقيماً في مصر...)، اما المشرع العراقي لم يتطرق لهذا الشرط بشكل صريح عند تنظيمه لعقد الكفالة وهو ما يعد نقصاً تشريعياً ، مع ذلك فأن هذا الشرط ثابت عرفاً، إذ جرى العرف على اشتراطه في الكفيل لأنه يحقق مصلحة للدائن باستيفاء دينه وييسر عليه المطالبة بالدين ولا يشترط ان يكون الكفيل وطني الجنسية بل يكفي ان يكون مقيماً في العراق وان كان اجنبياً[٢].

ولا تشترط القوانين ان يكون الكفلاء مقيمين في الدائرة الإدارية لمكان المدين كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي بل يكفي ان يكونوا مقيمين في أي مكان في بلد المدين، وشرط اقامة الكفلاء لا يعني اشتراط ان يكون الكفلاء متمتعين بجنسية البلد المقيمين فيه بل يصح ان يكونوا اجانب مقيمين داخل البلد، لكن التساؤل الذي يرد هنا هل هذا الشرط يلتزم توافره في كل كفيل من الكفلاء ام يكفي تحققه لدى احدهم؟

هناك من يذهب[٣] الى ان هذا شرط ينبغي ان يفسر بقدر الحكمة التي تملي وجوده، فحكمة تطلبه تكمن في تيسير الاجراءات على الدائن عند مطالبته بالوفاء بالدين الذي كفله، لذلك يفترض اتباع التفسير الضيق بصدده ويعد متوافر لمجرد ان يكون هناك موطن مختار لكفيل واحد، من الممكن ان يعتمد عليه الدائن فيما ينشأ عن الكفالة من علاقات أي مع وجود كفلاء متعددين، وهو ما لا نؤيده لان ليس من مصلحة الدائن ان يجهل موطن باقي الكفلاء ويعتمد على موطن احدهم لان ذلك يجرد التعدد من الحكمة التي وضع من اجلها وهو ضمان لحقه.

---

(١) الدالوز، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، ٢٠١٢، لبنان، ص٢٠٤٤.

(٢) تنص بعض القوانين على شرط الإقامة، كالمادة (٧٤٤) من القانون المدني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ التي تنص على: (اذا التزم شخصا بتقديم كفيل وجب عليه ان يقدم كفيلاً موسراً يكون موطنه في دولة البحرين...) وكذلك تقابلها المادة (٧٤٧) من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ (اذا التزم شخص بتقديم كفيل، وجب ان يقدم كفيلاً موسراً يكون موطنه في الكويت...).

(٣) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق، ص٤١. رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، آثر الاعتبار الشخصي على عقد الكفالة، مصدر سابق، ص٦٢.

ويثار التساؤل هنا حول الاثر المترتب على تغير موطن الكفيل بعد ابرام عقد الكفالة؟ ينبغي قياس حالة تغير موطن الكفيل على حالة اعساره الطارئ حيث الزم الكفيل بتقديم مصدق آخر او تامين عيني (رهن تأميني او حيازي)[١].

٣- **الاهلية الكافية للالتزام بالكفالة:** لم يرد في القوانين محل المقارنة شرط متعلق بأهلية الكفيل ولعل السبب في ذلك هو بداهة الشرط، إذ لا يتضمن كلاً من القانون المدني الفرنسي والعراقي والمصري نصاً خاصا للأهلية في باب الكفالة، الا ان الفقه اعتاد على إيراد هذا الشرط ضمن الشروط الواجب توفرها في الكفيل بالرجوع الى احكام القواعد العامة في الاهلية الواردة في نظرية الالتزام بهذا الخصوص، ونتيجة لذلك لا يشترط في الكفيل المتضامن او المتضامم اهلية خاصة، وعلى ذلك متى ما التزم المدين بتقديم كفيل أو كفلاء لضمان دينه في مواجهة الدائن كان لا بد ان تتوفر فيهم أهلية ذلك ولاسيما انهم مقبلون على التزام ضار بمصالحهم[٢].

يذهب الفقه الى التمييز بين الكفالة التبرعية والكفالة بأجر، فاذا كانت تبرعية من دون اجر وهذا هو الاصل في عقد الكفالة إذ يكون التزام الكفيل تبرعاً وهذا من طبيعة الكفالة ان تكون بلا اجر فهو ليس من مستلزماتها[٣]، من ثم لابد ان تتوفر في كل كفيل اهلية التبرع[٤]، وهي الاهلية اللازمة لمباشرة التصرفات الضارة ضرراً محضا التي تؤدي الى افتقار مباشرها من دون ان يأخذ أي مقابل[٥]، بأن يكون عاقلاً بالغاً راشداً[١]، ولا يكون قاصراً او محجوراً واذا كفل ناقص الاهلية

---

(١) د. محمد حسين عبد العال، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، ط١، جامعة البحرين، ٢٠٠٤، ص٢٣٣.

(2) Cass civ., 16 juin 2015, n° 14-10.375. Cass civ., 2015, n°14-10.381. CA orléans, 15 mai 2014, n° 13-01843.

قرارات قضائية منشورة على الرابط: https://www.doctrine.fr/. تاريخ آخر زيارة في ٢٠٢١/٦/٤ الساعة ٣:٠٠م.

(3) Frédéric Rouvière, Le Caractére subsidiaire du Coutionnement, Paru dans RTD com., 2011, p9.

(٤) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق، ص٦٠.

(٥) د. عبد المجيد الحكيم. عبد الباقي البكري. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٨، ص٨٧.

كالصبي المميز او من في حكمه كانت كفالته باطلة وان كان بإذن وليه واجازته[٢]، لان الكفالة بلا اجر كما بينا من التصرفات الضارة ضرراً محضا[٣].

اما اذا كانت الكفالة بأجر فأنها تصبح من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ولا بد ان يتوفر في كل كفيل أهلية التصرف لا أهلية التبرع فاذا ابرمها المميز انعقدت موقوفة على اجازة الولي او الوصي او على اجازته هو بعد بلوغه سن الرشد[٤]، وقد يطرح سؤال ما الحكم لو تغيرت اهلية الكفيل بعد انعقاد الكفالة؟

هناك من يذهب الى ان تغير اهلية الكفيل بعد انعقاد الكفالة لا يؤثر في التزامه لان الاهلية انما تستلزم عند انعقاد العقد لا بعد ذلك[٥]، وهو ما نذهب الى تأييده.

٤- **الا يكون التزام الكفلاء أشد عبئاً من التزام الأصيل:** لما كان التزام كل كفيل تابعاً لالتزام المدين الاصلي[٦]، لذلك يشترط ان لا يكون التزام الكفلاء أشد عبئاً من التزام المدين الأصيل[٧]، إذ تنص المادة (٢٢٩٠) من القانون المدني الفرنسي على: (لا يمكن ان تتجاوز

---

(١) وسن الرشد بحسب القانون المدني العراقي هو اتمام سن الثامنة عشر سنة استناداً للمادة (١٠٦) منه التي تنص على: (سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة)، كذلك القانون المدني الفرنسي استناداً للمادة (٤١٤) منه، اما القانون المدني المصري فيكون بإتمام واحد وعشرون سنة بحسب الفقرة الثانية من المادة (٤٤) منه.

(٢) المادة (٤٢) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

(٣) د. محمد بن ابراهيم الموسوي، نظرية الضمان الشخصي- الكفالة، ج١، نشر من قبل إدارة الثقافة والنشر بجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، السعودية، ١٩٩١، ص٣٦٧.

(٤) تنص المادة (٩٧) من القانون المدني العراقي على: (١- يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان في حقه نفعا محضا وان لم يأذن به الولي ولم يجزه، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان اذن بذلك وليه او اجازه اما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء. ٢- وسن التمييز سبع سنوات كاملة)، ويقابلها المادة (١١١) من القانون المدني المصري التي تنص على: (٢- اما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، تكون قابلة للأبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالأبطال اذا اجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، او اذا صدرت الاجازة من وليه او من المحكمة بحسب الاحوال وفقا للقانون).

(٥) د. محي الدين اسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر، ص٢٨٤.

(7) Laurent Aynés, Droit Des Sûretés, edition 10, Paris, P50.

(1) Olivier Salati, Les traits essentiels du coutionnement, op cit., p9.

الكفالة ما هو متوجب على المدين كما لا يمكن ان تعقد بشروط اكثر كلفة. يمكن التعاقد عليها لجزء من الدين فقط وبشروط اقل كلفة...)[١]، وفي المقابل أشارت المادة (٧٨٠) من القانون المدني المصري على هذا الشرط إذ نصت على: (لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون)، لذلك لا ينبغي ان تكون التزامات الكفلاء تجاه الدائن أشد صرامة من التزامات المدين الاصلي[٢]، اما بالنسبة للقانون المدني العراقي فأن المادة (١٠١٣) منه تشير الى الآجل فقط وانه ينبغي ان يكون مساوياً لما على المكفول ويمكن ان يفهم من المادة ان التزام الكفلاء لا ينبغي ان يكون أشد من التزام المكفول وان يكون مساوياً له بأقل تقدير، إذ نصت المادة على: (١- إذا كان الدين مؤجلا على الاصيل وكفل به احد تأجل على الكفيل ايضاً. ٢- وإذا اجل الدائن الدين على الاصيل تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل وان أجله على الكفيل الاول يتأجل على الكفيل الثاني ولا يتأجل على الأصيل)، ويلاحظ من الفقرة الثانية من المادة المذكورة ان المشرع العراقي قد تطرق فيما يخص الآجل الى تعدد الكفلاء تحديداً كفيل الكفيل فيما يخص المهلة الممنوحة للكفيل الاول يستفاد منها الكفيل الثاني من باب اولى، اما عن حكم الكفالة التي تعقد بشروط اشد من التزام المدين المكفول في مواجهة الدائن إنها وبحسب القانون الفرنسي[٣] لا تعد باطلة وانما تقلل الى الحد الذي يصبح فيه التزام الكفيل مساوياً لالتزام المدين الاصلي[٤]، وهذا ما يؤكده القضاء الفرنسي في احكامه[٥]، ولا يوجد ما يقابل هذا النص في القانون المدني المصري والعراقي.

---

(١) الدالوز، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، ٢٠١٢، لبنان، ص٢٠٣٦.

(٢) تطابق هذه المادة المواد (٧٤٦) من القانون المدني السوري وكذلك المواد (١٠٦٤) و (١٠٦٥) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(٣) إذ نصت المادة (٢٢٩٠) على: (...ان الكفالة التي تتجاوز الدين او المتعاقد عليها بشروط أكثر كلفة ليست باطلة انما تخفض حتى مقدار الالتزام الاساسي).

(4) Alain Akue Mickala, OP Cit., p14.

(5)Cour de cassation, 1ére chamber civile,9 juillet 2003: Gabriel Seignalet, OP Cit.,p1.

المطلب الثاني

تمييز تعدد الكفلاء عما يشتبه به من أوضاع

يقترب تعدد الكفلاء مع بعض الأنظمة القانونية، فتعدد الكفلاء أداة ائتمان من الناحية الاقتصادية وهي وسيلة ضمان من الناحية القانونية وهي بذلك تشتبه بالعديد من النظم القانونية التي تؤدي المهام نفسها لا سيما من حيث العمل الذي تؤديه، فقد يُثار الخلط بين تعدد الكفلاء وتعدد المدينين بعدهما من انظمة التأمينات الشخصية التي تقوم على فكرة وجود أكثر من ذمة مالية ممكن مطالبتها بالدين، كذلك بين تعدد الكفلاء والإنابة الناقصة بعدهما ادوات ضمان تشير الى وجود اكثر من مدين للدائن، الا ان لتعدد الكفلاء خصائص واحكام تميزه عن غيره، ولأجل ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين: الاول تمييز تعدد الكفلاء عن التضامن السلبي، اما الثاني تمييز تعدد الكفلاء عن الإنابة الناقصة.

الفرع الاول

تمييز تعدد الكفلاء عن التضامن السلبي

يقوم التضامن السلبي على فكرة مفادها وجود أكثر من مدين بدين واحد غير قابل للانقسام ويكون كل منهم بناءً على اتفاق خاص او نص في القانون ملزما بأداء كل الدين عند المطالبة، فللدائن مطالبة أيا منهم بتنفيذ كامل الالتزام وليس بوسع المدين الذي طولب بالوفاء التمسك بالتنفيذ الجزئي (بما يعادل حصته)[١]، الا ان للموفي الرجوع على البقية للمطالبة كلا بحسب حصته في الدين ليستوفِ ما وفاه للدائن[٢]، فهو حالة يكون فيها كل مدين ملتزما قبل الدائن بكل

---

(١) د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام– احكام الالتزام– اثبات الالتزام، الجامعة المستنصرية، ١٩٧٦، ص١٤. د. مها نصيف جاسم، التضامن السلبي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٥، ص١٠. محمد علي محمد عبد العزيز الزغبي، علاقة المدينين المتضامنين بالدائن بالتضامن السلبي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الاسراء الخاصة، الاردن، ٢٠١٠، ص١٥.

(٢) د. سعد المغازي عبد المعطي محمود، الالتزام التضامني– دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، اطروحة دكتوراه، ٢٠٠٩، ص٢٩. ثامر جاسم محمد، الاحكام القانونية المنظمة للدين المشترك (دراسة مقارنة)،رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة المستنصرية، ٢٠٠٦، ص٥٤.

الدين بحيث يستطيع هذا الاخير ان يطالب أي منهم بكل الدين[١]، بمعنى يستطيع الدائن مطالبة أي منهم بكل الدين على الرغم من قابلية محل الالتزام للانقسام فهو خروج عن مبدأ انقسام الدين بين المدينين[٢]، فهو اذن وصف يحول دون انقسام الالتزام في حال تعدد المدينين[٣]، فاذا وفى احدهم برئت ذمته وذمم الباقين ففي حال باع شخص شيئا لخمسة اشخاص واشترط ان يكونوا متضامنين في الوفاء بالثمن كان له الحق في مطالبتهم مجتمعين او منفردين واذا اختار الدائن مدينا معينا وطالبه بالثمن يكون هذا المدين ملتزما بالوفاء بكامل الثمن[٤]، لذلك نجد ان التضامن السلبي قد تدخل على سبيل الضمان ليزيل العقبات الناشئة عن تقسيم الدين وليضع المدينين المتعددين على قدم المساواة في مواجهة الدائن، لذلك يكون هناك تضامن سلبي حينما يوجد اكثر من مدين يمكن للدائن مطالبته وان وفاء احدهم يبرئ ذمة الباقين لان التزامهم نحو الدائن على سبيل التضامن[٥]، والتضامن بهذا المعنى يشتبه كثيراً مع تعدد الكفلاء الذي يقوم على فكرة ضم اكثر من ذمة مالية الى ذمة المدين ضماناً لحصول هذا الاخير على دينه لاسيما ان كان تعدد الكفلاء على نحو متضامن مع المدين الاصلي وفيما بين الكفلاء، وامام هذا التشابه بين الاثنين سنبحث اوجه التشابه والاختلاف وعلى النحو الآتي:

أولاً: أوجه التشابه:

١- يشتبه التضامن السلبي مع تعدد الكفلاء من حيث المدلول والمعنى، إذ ان الدين في كل منهما يصبح متعلقا بذمم مالية عديدة بعد ان كان متعلقا بذمة مدين واحد فقط (

---

(1) Frédéric ROUVIÈRE, Le Caractére subsidiaire du Coutionnement, op cit., p11.

(٢) د. احمد شرف الدين، مصدر سابق، ص٢٦٨. فيغو عبد السلام احمد، عقد الكفالة، بحث منشور في مجلة الحقوق، بلا عدد، المغرب، ٢٠١٦، ص٢٦٨.

(٣) د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج٢، احكام الالتزام، مكتبة سيد عبد الله وهبة، دون سنة نشر، ص٢٧٢.

(٤) د. محمد لبيب شنب، دروس ي نظرية الالتزام، احكام الالتزام، دون دار نشر، ١٩٧٤، ص٣٣٦. د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، ط١، ١٩٨٧، ص٨٧٨-٨٧٩.

(٥) د. حسن علي ذنون، شرح القانون المدني العراقي- احكام الالتزام، مطبعة دار المعارف، بغداد، ١٩٥٢، ص٢١٢.

المسؤول عن تنفيذ الالتزام بصيغة مباشرة)، فالكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وهي تقترب كثيراً من معنى التضامن الذي يقوم على فكرة تعدد الذمم[١].

٢- يعد كل من تعدد الكفلاء والتضامن السلبي من صور التأمينات الشخصية للدائن، يؤدي التضامن السلبي بين المدينين وكذلك الكفلاء في حال تعددهم الى اتاحة الفرصة للدائن بمطالبتهم بالدين الثابت في ذمة الاصيل (المدين)[٢]، بل ان تعدد الكفلاء يعد واحداً من ضروب الضمان الشخصي، لما له من دور في تعزيز الضمان الشخصي وزيادة حظوظ الدائن في استيفاء حقه، فالدائن بدلا من ان يجد نفسه امام كفيل واحد يجد نفسه امام اكثر من كفيل[٣].

٣- يعتبر تعدد الكفلاء والتضامن السلبي بين المدينين عقدا رضائيا في حال الاتفاق وينعقد بمجرد الايجاب والقبول ولا يشترط لانعقادهما شكل خاص[٤].

٤- ان تعدد الكفلاء والتضامن السلبي يكون للموفي بالدين في كلاً منهما الحق في الرجوع على من تضامن معه او كفل عنه بما وفى به.

ثانياً: أوجه الاختلاف: على الرغم من التشابه بين تعدد الكفلاء والتضامن السلبي الا ان هناك فروق عدة بينهما يمكن بيانها على النحو الآتي:

١- تعد الكفالة عموما وتعدد الكفلاء على وجه الخصوص احدث تاريخا من التضامن السلبي، اذ ان تعدد الكفلاء وسيلة ضمان قانونية حديثة العهد، لم تكن معروفة في حقبة القانون الروماني، اذ كان الكفيل في مركز سيء على الرغم انه غير مدين اصلا ومع ذلك كان موقفه اصعب من موقف المدين الاصلي فالدائن لم يكن له حق التنفيذ الجبري على المدين الاصلي فاذا لم يقم المدين بوفاء دينه اختيارا عجز الدائن عن أي وسيلة في مواجهته الا انه كان يستطيع اتخاذ اجراءات التنفيذ في مواجهة الكفيل، وان القانون

---

(١) تعد الكفالة من اهم صور التضامن السلبي في مجلة الاحكام الى جانب شركة المفاوضة وشركة العنان اذا كانت شركة اعمال. منير القاضي، شرح المجلة، مصدر سابق، ص٦.

(٢) د. اسماعيل عبد النبي شاهين، احكام مطالبة المدينين المتضامنين، مصدر سابق، ص٤٣.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، ج٣، مصدر سابق، ص٢٥٩.

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، ج٧، مصدر سابق، ص٧٠.

الروماني لا يفرق في بادئ الامر بين التضامن والكفالة، لكن سرعان ما استقلت الكفالة بخصائصها المميزة لها عن التضامن شيئا فشيئا مع تطور النظم القانونية لاحقا[١].

٢- يختلف التضامن السلبي عن تعدد الكفلاء من حيث طبيعة الالتزام، إذ يعد التزام كل مدين في التضامن السلبي التزام اصلي في حين ان التزام الكفلاء المتعددون يكون التزاماً تبعياً[٢]، لان الكفالة تستلزم وجود التزامين اصلي بين الدائن والمدين وآخر تبعي هو التزام الكفيل قبل الدائن يتمثل في وجوب الوفاء بما التزم به المدين الاصلي اذ لم يقم هذا المدين بالوفاء[٣]، حتى وان كان الكفلاء ملتزمين على وجه التضامن مع المدين الاصلي[٤]، ولما كان التزام الكفلاء المتعددين التزاما تابعا لالتزام المدين، فاذا بطل التزم المدين بطل التزام الكفلاء تبعا لذلك، اما في التضامن السلبي فان التزامات المدينين المتضامنين جميعها التزامات اصلية إذ يستقل بعضها عن الاخر، وبطلان احدها لا يبطل البقية، الا اذا كان سبب البطلان مشتركا[٥].

٣- في تعدد الكفلاء يجوز لكل كفيل التمسك بالدفوع التي يمكن ان يتمسك بها المدين الاصلي فضلاً عن الدفوع الخاصة بعقد الكفالة، اما في التضامن السلبي ليس للمدين المتضامن ان يدفع بالدفوع الخاصة بباقي المدينين الا الدفوع المشتركة بالالتزام[٦].

٤- للتضامن السلبي صورة واحدة وهي التضامن القائم بين المدينين قبل الدائن وهو صف يحول من دون انقسام الالتزام[٧]، اما تعدد الكفلاء له صورتين، اذ ان الكفلاء المتعددين قد يكونوا في صورة تضامن او تضامم فيما بينهم.

---

(١) د. علي فوزي الموسوي، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، مكتبة نور العين، الوزيرية، ٢٠١٣، ص٥.

(٢) د. السيد محمد السيد عمران، التأمينات الشخصية، الكفالة، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، ٢٠٠٧، ص١٤.

(٣) د. نبيل ابراهيم سعد، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، مصدر سابق، ص١٦.

(٤) د. السيد محمد السيد عمران، التأمينات الشخصية، الكفالة، مصدر سابق، ص٢٠.

(٥) فايزة ناجي علي، التضامن بين الكفلاء في القانون المدني، مصدر سابق، ص٣١.

(٦) سعاد توفيق سليمان ابو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليه- دراسة مقارنة بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني المصري، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٦، ص٥٣.

(٧) د. جلال محمد ابراهيم، احكام الالتزام، دون دار نشر، ١٩٩٦، ص٣٦١.

٥- يختلف تعدد الكفلاء عن التضامن السلبي من حيث معيار المصلحة الشخصية ذلك لان المدينين المتضامنين يعدون ذوي مصالح شخصية في اغلب الاحيان، لذلك فهم يلتزمون لصالح انفسهم وليس عن الغير ولا لحسابه، في حين ان الكفلاء المتعددين يلتزمون لصالح المدين الاصلي وهو من الغير ومن ثم فهم لا يعدون ذا مصلحة شخصية ما لم تكن الكفالة بأجر[١].

٦- في التضامن السلبي يحق للدائن ان يطالب أيا من المدينين المتضامنين بكامل الدين دون ان يكون بإمكان أي منهم ان يدفع بالتجريد، وسبب ذلك ان التزامات المدينين المتضامنين جميعهم هي التزامات اصلية، فيكون من حق الدائن ان يطالب أيا منهم بكامل الدين، مما يعني ان المدين المتضامن يلتزم في مواجهة الدائن بحصة الاخرين المدينين مع الوفاء بحصته، فاذا طالب الدائن احد المدينين المتضامنين فلا يسمع دفع المدينين بعدم جواز الرجوع عليه بسبب ان احد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين[٢]، على خلاف الكفلاء المتضامنين التي تجيز لهم التشريعات ان يدفعوا بالتجريد، أي ان يطالب الدائن باستيفاء دينه من اموال المدين اولا[٣]، في حين ان ليس للدائن ان يطالب الكفلاء قبل مطالبة الاصيل.

---

(١) د. اسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزامات، ج٢، احكام الالتزام، القاهرة، ١٩٩٦، ص١٤.

(٢) د. سعد احمد محمود، عقد الكفالة(دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص١٠٥.
د. مصطفى احمد ابو عمران، موجز احكام الالتزام، مصدر سابق، ص١٥٣.

(٣) تنص المادة (٢٢٩٨) من القانون المدني الفرنسي على: (لا يلتزم الكفيل تجاه الدائن بدفع دينه الا اذا تخلف المدين الذي يجب ان يلاحق في امواله اولاً، باستثناء الحالة التي يتنازل فيها الكفيل عن حق التجريد، او عندما يلتزم الكفيل بالتضامن مع المدين فيخضع تعهده في هذه الحالة للأصول المقررة للديون المتضامنة) ويقابل هذا النص نص المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/٧٨٨) من القانون المدني المصري.

الفرع الثاني

تمييز تعدد الكفلاء عن الانابة الناقصة

تعرف الإنابة في الوفاء بأنها: عمل قانوني يحصل المدين فيه على رضاء الدائن بشخص اجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه[١]، وهي حالة قانونية تفترض وجود ثلاثة اشخاص المنيب والمناب والمناب لديه[٢]، بحيث ينيب المنيب المناب للوفاء بالدين الذي في ذمته للمناب لديه[٣]، يتضح مما تقدم ان الإنابة في الوفاء تصرف قانوني يتحقق عندما يتفق بين المدين الاصلي والدائن على ان الوفاء بالدين يكون من قبل شخص اجنبي عن الدين، فهي تفترض وجود ثلاثة اشخاص هم المنيب (المدين الاصلي) و المناب (وهو الاجنبي الذي ينيبه المدين للوفاء بالدين) والمناب لديه (وهو الدائن الذي يُناب الشخص الاجنبي للوفاء له)[٤]، ويسمى المناب بالشخص الاجنبي ليس لأنه اجنبي عن علاقة الانابة بالوفاء، بل اجنبي عن علاقة الدين الاصلية بين المدين الاصلي والدائن.

وتقسم الانابة في الوفاء في القوانين التي تعالجها على قسمين: الانابة الكاملة والانابة الناقصة، اما الانابة الكاملة فهي تتم باتفاق الاطراف الثلاث وتتضمن إبراء المدين الاصلي (المنيب) ليصبح للمناب لديه مدين واحد جديد يحل محل المدين الاصلي، من ثم لا يكون للدائن الا مدين واحد حل محل مدينه الاصلي، وان هذا الاثر المترتب على هذا النوع من انواع الانابة هو سبب تسميتها بالإنابة الكاملة لأنها تؤدي الى إبراء ذمة المدين الاصلي المنيب، وتكيف على انها تجديد بتغيير المدين وقد تكون تجديد بتغيير الدائن ويتحقق ذلك عندما تكون هناك علاقة مديونية سابقة بين المناب والمنيب، عندما يكون المناب مدينا للمنيب ويجدد هو الآخر دينه

---

(١) د. احمد ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ط١، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٤٥، ص٦١٨.

(٢) كما تعرف بأنها: تصرف قانوني يطلب فيه المدين من الدائن ان يرضى بتقديم شخص للالتزام نحوه. د. حسن علي ذنون، شرح القانون المدني العراقي- احكام الالتزام، مصدر سابق، ص٣٥٢.

(٣) د. سليمان مرقس، احكام الالتزام- اثار الالتزام واوصافه وانتقاله وانقضاؤه، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٧، ص٣٠٢.

(٤) ابراهيم الزغبي، حوالة الدين في القانون المدني الاردني والفقه الاسلامي- رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، ١٩٩١، ص٣٥.

فيجعل دائنه المناب لديه بدلاً من المنيب وبذلك يكون المنيب جدد دينه نحو المناب لديه عن طريق تغيير المدين ويكون المناب هو الاخر جدد دينه نحو المنيب بتغيير الدائن، فعلى سبيل المثال اذا باع مدين عقار وقام بتكليف المشتري بدفع الدين لدائنه فأن الانابة تنطوي هنا على تجديد بتغيير المدين كون المناب لديه دائن البائع قد ارتضى المناب (المشتري) مدينا بدلاً من مدينه الاصلي وفي الوقت ذاته انطوت العلاقة على تجديد بتغيير الدائن لان المناب استبدل المناب لديه (دائنه الجديد) بالمنيب (دائنه القديم)[١]، ويتضح لنا ان الإنابة الكاملة ليس بينها وبين تعدد الكفلاء أي لبس او تشابه لأن المناب يصبح الملتزم الوحيد في الوفاء بالدين قبل الدائن الذي ليس له الرجوع الا لمدين واحد.

اما الإنابة الناقصة فهي التي لا تؤدي الى إبراء ذمة المنيب وانما يضم ذمته لذمة المناب بحيث يُقبل المناب كمدين آخر ويصبح للدائن مدينان بدلاً من مدين واحد[٢]، إذ تقوم على تعدد المدينين الذي يرجع الدائن على أيهم شاء[٣]، فيقوم الالتزام الجديد الى جانب الالتزام القديم[٤]، وبذلك تتحقق الإنابة الناقصة عندما يلتزم مدينان بمقتضى رابطتين مختلفتين امام الدائن بكل او بجزء من الدين[٥]، ويتضح من ذلك ان فكرة الإنابة الناقصة تنطوي على اتفاق المناب والمنيب على ضم ذمة المناب جانب ذمة المنيب للوفاء بدين المناب لديه وهي لا تؤدي الى إبراء ذمة المدين الاصلي كما هو الحال في الإنابة الكاملة وانما يكون للدائن بموجبها مدينين يستوفي حقه منهما، لذلك سميت هذه الإنابة بالإنابة القاصرة او الناقصة تمييزاً لها عن الإنابة الكاملة، والأصل في الإنابة ان تكون ناقصة، إذ ان التجديد لا يفترض في الإنابة لذا يجب ان تكون نية

---

(١) د. مصطفى الجمال. د. رمضان ابو السعود. د. سعد نبيل، مصادر واحكام الالتزام- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٣، ص٥٣٧.

(٢) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني- في الالتزامات، مجلد٤، احكام الالتزام، ط٢، دار الكتب القانونية، ١٩٩٢، ص٨٧٩.

(٣) د. محمد قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام (المصادر- الاحكام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص٢٥١.

(٤) د. برهام عطا الله، أساسيات نظرية الالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية- جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص١٦٥.

(٥) د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام- احكام الالتزام، ط١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٣٩٤.

المناب لديه في ذلك واضحة[١]، ويلاحظ ان الإنابة الناقصة تقترب كثيراً من تعدد الكفلاء إذ ينطوي كلاهما على معنى التعدد بضم ذمة الى ذمة المدين لتنفيذ الالتزام، ويمكن ان نخلص أوجه الشبه بين الاثنين بالآتي:

أولاً: أوجه التشابه:

١- تتشابه الإنابة الناقصة مع تعدد الكفلاء في ان كليهما أداة ضمان[٢] تتجلى وظيفتها الأساسية كأداة تشير الى وجود أكثر من مدين للدائن بدلاً من مدين واحد يحق للدائن الرجوع عليهم كما هو الحال في الكفالة عموماً، فيلتزم كلاً من المناب والمنيب تجاه الدائن بالتزامين مستقلين عن بعضهما وهذا سر قوة هذه الضمانات[٣].

٢- تقترب الإنابة الناقصة من تعدد الكفلاء في ان محل التزام كل كفيل من الكفلاء والمناب يكون في حدود الدين الذي للدائن في ذمة المدين الاصلي (المنيب والمكفول)[٤]، لان المنيب في الانابة الناقصة لا يختفي كما هو الحال في الانابة الكاملة بل تضاف ذمته المالية الى جانب ذمة المناب في مواجهة الدائن[٥].

---

(١) ويرى الدكتور محمد شكري سرور ان (الانابة الناقصة هي صورة من صور الالتزام التضاممي الذي يختلف عن الالتزام التضامني بتعدد المصدر فيه إذا كان محل التزام كل من المدين الاصلي المنيب والمناب واحد وكان من حق الدائن الرجوع على أي منهما الا ان لالتزام كل مدين منهما مصدر مستقل عن الاخر، فالالتزام المدين الاصلي يجد مصدره في الرابطة الرئيسية بينهما، في حين ان التزام المناب هو عقد الإنابة وهذا على عكس الالتزام التضامني الذي يقوم على وحدة مصدره الالتزام الذي يكون المدينون متضامنون في وفائه للدائن. ولتفاصيل أكثر يراجع د. محمد شكري سرور، موجز الاحكام العامة في القانون المدني المصري، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٥، ص٣٠٨ وما بعدها.

(٢) اتسع نطاق الانابة الناقصة كأداة ضمان سواء في مجال التعاملات الداخلية لا سيما في التشريعات الحديثة في فرنسا او في مجالات التجارة الدولية. للاطلاع على هذا الموضوع يراجع د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية(الكفالة – الانابة الناقصة– الضمان بمجرد الطلب)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٧١ وما بعدها.

(٣) د. برهام عطا الله، مصدر سابق، ص١٦٦.

(٤) د. سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة– الرهن– حق الاختصاص– الرهن الحيازي– حقوق الامتياز)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص٣٠.

(٥) د. علي فوزي الموسوي، مصدر سابق، ص١٧.

ثانياً: أوجه الاختلاف: على الرغم من التشابه بين الإنابة الناقصة وتعدد الكفلاء الا ان هناك فروق بين الاثنين ممكن إجمالها بما يأتي:

١- على الرغم من التشابه بين الإنابة الناقصة وتعدد الكفلاء من حيث موقف كل من الكفيل والمناب، الا ان هذا التشابه ما هو الا تشابه ظاهري لأن التزام المناب التزام أصلي بعكس التزام كل كفيل فهو التزام تابع[١]، فحتى في المنطقة التي يقترب فيها تعدد الكفلاء مع الانابة الناقصة كون المناب لا يلتزم في مواجهة المناب لديه الا في حدود دين المنيب في مواجهة المناب لديه كما هو الحال في الكفالة، الا ان فارقاً اساسياً يبرز بينهما وهو ان التزام الكفيل التزام تابع في حين ان التزام المناب التزام مستقل إذ ان الالتزام الاصلي ليس محلا للالتزامين ولكنه وصف قد لحق به[٢].

٢- في تعدد الكفلاء إذا لم يوف المدين الاصلي بالدين يستطيع الدائن الرجوع على الكفلاء ومطالبتهم بوفاء الدين بوصفهم ضامنين لهذا الوفاء، في حين ان الإنابة الناقصة تعطي الحق للمناب لديه الرجوع على أي منهم من دون ان يكون ملزم باتباع ترتيب معين فيما بينهم لان الانابة الناقصة تعني ان للمناب لديه مدينين[٣] هما المناب والمنيب وليس للمناب الدفع بالتجريد في حال الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين الاصلي[٤].

٣- يختلف تعدد الكفلاء عن الإنابة الناقصة في طريقة رجوع كلاً من المناب والكفيل على المدين الأصلي بعد وفاء الدين، فبالنسبة للكفالة عندما يقوم كل كفيل بأداء الدين لمصلحة المدين الاصلي يكون له الحق في الرجوع على المكفول بدعوى شخصية- الكفالة- كذلك بدعوى الحلول استناداً للحلول القانوني كونه ملتزم عن المدين الاصلي،

---

(١) د. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص٤٧.

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، مصدر سابق، ص١٨.

(٣) لما كان للمناب لديه مدينان فأن كل مدين منهما مصدر دين مستقل عن مصدر دين الاخر، فبالنسبة لمصدر دين المناب هو عقد الإنابة اما مصدر دين المنيب هو الالتزام الاصلي بينه وبين الدائن، من ثم = لا تضامن بينهم ولا يعتبر المناب كفيل للمنيب. لتفاصيل اكثر يراجع: د. محمد شكري سرور، موجز الاحكام العامة في القانون المدني المصري، مصدر سابق، ص٣٠٩. د. برهام عطا الله، مصدر سابق، ص١٦٦.

(٤) د. جلال الدين عدوي، احكام الالتزام- دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، دون سنة نشر، ص٣٣٤.

اما بالنسبة للإنابة الناقصة فعند وفاء المناب الدين للدائن انما هو يوفي دينه في مواجهة المنيب وبذلك هو لا يملك – كقاعدة عامة– حق الرجوع على المنيب[١].

٤– تختلف الإنابة الناقصة عن تعدد الكفلاء في مبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع على عكس الكفالة، إذ لا يستطيع المناب ان يتهرب من تنفيذ التزامه في مواجهة المناب لديه استناداً الى الدفع بالفسخ او عدم التنفيذ او البطلان الناشئ من علاقة المناب بالمنيب او حتى علاقة المنيب بالمناب لديه والسبب في ذلك ان التزام المناب التزام جديد واصلي بعكس التزام الكفيل[٢].

---

(١) قد يحدث احياناً ان يتعهد المناب للمناب لديه على الرغم من عدم وجود علاقة مديونية مع المنيب أو ينبغي عليه الوفاء للمناب لديه في حين ان التزامه مع المنيب انقضى او باطل ففي هذه الحالة يكون له حق الرجوع بدعوى شخصية بحسب طبيعة الاتفاق كدعوى الاثراء بلا سبب او الفضالة او الوكالة. لتفاصيل اكثر يراجع د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣، ص١٨٤.

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، المصدر نفسه، ص١٨٣.

المبحث الثاني

صور تعدد الكفلاء

لتعدد الكفلاء أكثر من صورة واحدة، وهذه الصور كفيلة بتقديم الغرض الأساس من تعدد الكفلاء في الحياة العملية، وينصب هدفها جميعاً في المضي قدماً بتوفير ضمانٍ كافٍ للدائن يمكنه من استيفاء دينه بسهولة ويسر، إذ ان هناك حاجة فعلية لهذا التعدد على أرض الواقع لما لها من أثر مهم في حماية الدائن من خطر اعسار المدين او كفيله، فمتى ما كان هناك اكثر من كفيل تكون ذممهم الى جانب ذمة المدين الاصلي خيارات تزيد من فرصة حصول الدائن على دينه، وان وجود أكثر من كفيل يكون على صورتين مختلفتين فقد يتعدد الكفلاء بعقد واحد او يكون بعدة عقود متوالية وان لكل صورة منها مبادئ تميزها عن الاخرى، وحري بنا التطرق لكل من هاتين الصورتين في مطلب مستقل، إذ نخصص المطلب الاول لبحث تعدد الكفلاء بعقد واحد، اما المطلب الثاني فيكون لتعدد الكفلاء بعقود متوالية.

المطلب الاول

تعدد الكفلاء بعقد واحد

ان تعدد الكفلاء بعقد واحد قد يكون دليل على ان كل كفيل اعتمد على غيره من الكفلاء، لأن هذه الصورة من صور التعدد، قد يتفق بموجبها على ان يكون التعدد على وجه التضامن، بحيث يمكن للدائن ان يرجع على أيا منهم بكامل الدين على عكس التعدد دون التضامن، وان لهذه الصورة من صور التعدد حدود تختلف بحسب الاشخاص والمحل، لذلك فأننا سنقسم الدراسة في هذا المطلب على فرعين: الاول سيكون لبحث التعدد بعقد واحد من حيث الاشخاص، اما الفرع الثاني فسيكون لبحث التعدد بعقد واحد من حيث المحل.

الفرع الاول

التعدد بعقد واحد من حيث الاشخاص

متى ما تعدد الكفلاء وكان تعددهم بعقد واحد فإن ذلك يبدوا وللوهلة الاولى ان الكفلاء قد تضامنوا فيما بينهم لكفالة الدين، الا ان الأمر مختلف وبحسب نوع الكفالة من حيث المصدر التي تكون على ثلاث انواع وهي: كفالة قانونية التي يكون مصدر التزام المدين بتقديم كفيل فيها هو نص القانون[١]، وقضائية عندما يكون مصدر التزام المدين بتقديم كفيل هو حكم قضائي، واخرى اتفاقية اذا كان مصدر التزام المدين بتقديم كفيل هو الاتفاق[٢]، ونجد ان كلاً من الكفالة القانونية والقضائية يكون الكفلاء فيها دائماً متضامنين فيما بينهم وفي الحالات جميعها، وتكمن حكمة التشدد بالنسبة لهذين النوعين وخصهما بأحكام خاصة على خلاف الكفالة الاتفاقية هو ان الدائن تحت حماية القانون، إذ يتدخل القانون بالنص او بحكم القضاء لإلزام المدين بتقديم كفالة، وانطلاقاً من رغبة القانون في تأكيد هذه الحماية وفي زيادة فعاليتها قرر التضامن بين الكفلاء في هذه الحالات، من ثم يستطيع الدائن ان يرجع على أي من الكفلاء بكل الدين من دون ان يستطيع احدهم الدفع بضرورة الرجوع على الاخرين او بأنه لا يتحمل من الدين الا بمقدار معين، وبذلك يضمن الدائن الحصول على حقه كاملاً من أي مدين ويتفادى خطر اعسار احدهم[٣]، وهذا ما يؤكده القانون المدني المصري، إذ تنص المادة (٧٩٥) منه على: (في الكفالة القضائية والقانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين)، وكذلك المادة (١٠٣٠) من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية التي تنص على: (اما في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم...)، ويلاحظ من المواد اعلاه ان التضامن لا يفترض بين الكفلاء الا في الكفالة القضائية والقانونية ليكون التعدد فيهما أشد منه من الكفالة الاتفاقية، فبالنسبة للأخيرة فأن التعدد بموجب الاتفاق لا يخضع للحكم ذاته من ناحية افتراض تضامن الكفلاء فيما بينهم كما هو الحال في كلاً من الكفالة القانونية والقضائية.

---

(١) د. سليمان مرقس، عقد الكفالة، دار النشر للجامعات العربية، ١٩٥٩، ص١٣.

(٢) همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٤، ص٣٤.

(٣) علي محمد عبد الحافظ السيد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الاسلامي، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص٣٥. علي عايد فالح عبد، التنظيم القانوني لعقد الكفالة المؤقتة، مصدر سابق، ص٤٢.

فبالنسبة للقانون الفرنسي ليس هناك نص يشير الى ضرورة وجود شرط صريح للتضامن بين الكفلاء بعد تعديل القانون المدني الفرنسي بمرسوم ١٠ فبراير ٢٠١٦، إذ إلغي الشرط الصريح للتضامن الذي كانت تنص عليه المادة (١٢٠٢) التي كانت تنص على: (لا يفترض التضامن بين اطراف العقد ابداً، بل يجب ان يشترط صراحة، ولا يستبعد سريان هذه القاعدة الا في الحالات التي يحصل فيها التضامن حكما بموجب نص قانوني)[١]، مع ذلك فالتضامن بحسب القانون الفرنسي لا يؤثر على التمثيل المتبادل بين الكفلاء[٢]، بمعنى ان عدم التضامن بين الكفلاء لا يحرم الدائن من مطالبة أيا منهم بكل الدين ابتداءً[٣]، وان لكل منهم طلب التقسيم بعد رفع الدعوى عليه بكل الدين وهذا الحكم جاء مخالفاً للقانون المدني المصري والعراقي.

اما القانون المدني المصري فعدم افتراض التضامن جاء بدلالة الفقرة الاولى من المادة (٧٩٢) التي تنص على: (إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن ان يطالب كل كفيل الا بقدر نصيبه من الكفالة)، وفي المقابل فأن المادة (١٠٢٤) من القانون المدني العراقي تنص على: (... وان كانوا قد كفلوا معا في عقد واحد قسم الدين بينهم وطولب كل منهم بحصته الا إذا كانوا قد كفلوا متضامنين فيما بينهم. ويفترض عدم التضامن ما بين الكفلاء الا إذا اشترط التضامن)، كذلك المادة (٣٢٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على: (التضامن ما بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق او نص في القانون)، ويلاحظ ان المشرع العراقي قد اشار الى شرط التضامن صراحةً مقارنة بالقانون المدني الفرنسي والمصري وحسناً فعل في ذلك وذلك لأهمية الاثر الذي يترتب على التضامن إذ يحرم الكفلاء من الدفع بالتقسيم، وحتى لا تفتح هذه المسألة باب التفسير والتأويل.

وعموماً فأن التضامن بين الكفلاء يقودنا الى تساؤل مفاده هل ان مجال التضامن يكون فيما بين الكفلاء فقط ام انه يتسع ليشمل التضامن بينهم وبين المدين؟

---

(١) الدالوز، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، مصدر سابق، ص١١٩١.

(2) Phillipe Malaurie, Laurent Ayenés, Droits des Sûretés, 10 eme edition, p76.

(٣) على النحو الذي سنبينه هند البحث في الدفع بالتقسيم.

ان جدلاً فقهياً قد اثير بهذا الصدد، إذ ذهب رأي الى ان نية المشرع قد انصرفت الى العموم، ويعني ذلك انصراف حكم النص الى الحالات جميعها، أي ان التضامن يتسع ليكون مجاله بين الكفلاء انفسهم في حال تعددهم وفيما بينهم وبين المدين، إذ ان النص على التضامن والكفلاء جميعهم يعني الكفيل القانوني المتضامن مع المدين ومع الكفلاء الآخرين، وهذا ما يتوافق وبحسب رأيهم مع مشروع القانون المدني المصري تحديداً الفقرة الاولى من المادة (١١٥٥) منه التي تنص على: (١- لا يفترض التضامن بين الكفيل والمدين بل يجب اشتراط التضامن بين الكفلاء في عقد الكفالة او في عقد مستقل)[١].

ولما كان التضامن ذهب البعض[٢] الى انه لا يفترض وانه ذو صفة استثنائية، فأنه لا يجوز التوسع في تفسير البند العقدي الذي يقرره او النص التشريعي الذي يقضي به، وعلى ذلك يجب الالتزام بالتفسير الضيق للنص وقصره على معنى واحد هو ان المراد بالتضامن هو التضامن فيما بين الكفلاء يعني التضامن فيما بينهم فحسب وليس بينهم وبين المدين، وينتج عن ذلك ان الدائن لا يستطيع الرجوع على كل من الكفلاء عند تعددهم الا بعد رجوعه على المدين.

وبهذا الصدد نذهب الى تأييد اصحاب الرأي الاخير بأن النص على تضامن الكفلاء عند تعددهم بعقد واحد لا يتسع ليشمل التضامن فيما بينهم من جهة وفيما بينهم وبين المدين من جهة اخرى، فإذا كان هذا الرأي من الممكن قبوله في حال التعدد في الكفالة القانونية والقضائية[٣]، فهو غير مقبول وبحسب رأينا في الكفالة الاتفاقية لعدة أسباب ابرزها: ان التضامن استثناء على الأصل العام ويستوجب الاشارة له بشكل صريح وواضح في العقد، دون ان يكون هناك مجالاً

---

(١) د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٢٥٩. فايزة ناجي علي، مصدر سابق، ص١٧.

(٢) د. انور طلبه، العقود الصغيرة (الوكالة والكفالة)، المكتب الجامعي الحديث، دون مكان نشر، ٢٠٠٤، ص٣٨٧. د. رعد ادهم عبد الحميد. د نوزاد صديق سليمان، عقد الكفالة- دراسة في القانون والشريعة الاسلامية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة صلاح الدين، ٢٠١١، ص٤٠٣.

(٣) نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٠) من القانون المدني العراقي على: (اما في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية فيكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين).

للشك، إذ ان الشك فيه يفسر في اتجاه نفي التضامن[١]، وكما هو معروف ان الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ويؤخذ على تقييده، كما ان الاصل ان تكون الكفالة بسيطة إذ يكون الكفيل غير متضامن مع المدين ومع كفلاء ما لم يتفق على التضامن صراحةً[٢]، من ثم ان تضامن الكفيل او الكفلاء عند تعددهم مع المدين بحاجة الى اتفاق صريح متى ما نُص عليه صراحةً يصبح قائماً، ويلتزم الكفيل بالوفاء بالدين بالتضامن مع المدين او مع الكفلاء الاخرين المنعقدة كفالتهم في العقد ذاته[٣].

لذلك ان التضامن لا يفترض مالم ينص عليه[٤]، وقد يحدد مجال هذا التضامن بالكفلاء فيما بينهم في حال تعددهم في العقد الواحد[٥]، او يمتد الى التضامن مع المدين الاصلي عند الاتفاق على ذلك، ويجوز للدائن حينها ان يطالب أيا منهم بكل الدين من دون ان يكون له الحق في طلب تقسيم الدين عليهم جميعاً بمعنى ان الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم لا يقوم الا في حالة الكفالة البسيطة، ويمكننا الاشارة هنا الى ان الكفيل المتضامن لا يصبح التزامه اصلياً حتى في حال تضامنه بل يبقى محتفظاً بصفته ككفيل، ومن ثمة يخضع بالتالي لأحكام الكفالة التي تختلف عن احكام التضامن بين المدينين، لأن الكفالة في جوهرها التزام تابع وهذا ما لاحظناه عند الاشارة الى نقاط الاختلاف بين التضامن السلبي وتعدد الكفلاء، فتضامن الكفلاء مع المدين لا يجعلهم مدينين بصفة اصلية بل يبقى التزامهم تبعياً، ويترتب على ذلك ان الكفيل المتضامن وان كان يفقد الدفع بالتجريد والتقسيم، الا انه يستطيع التمسك بكل ما يتمسك به الكفيل غير

---

(١) د. ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، ج٢، آثار الحقوق الشخصية احكام الالتزام– دراسة مقارنة، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣، ص٥٣٢.

(٢) نص المادة (٢٢٩٨) من القانون المدني الفرنسي، ويقابلها الفقرة الاولى من المادة (١٠٣٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على: (لا تضامن بين الكفيل والمدين ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة او عقد منفصل).

(٣) د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني، مطبعة التوني، الاسكندرية، دون سنة نشر، ص٦٥٦.

(٤) د. عمار محسن كزار، ضمان الوفاء بدين الملتزم بالأداء، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، عدد٤٠، لا يوجد مجلد وسنة نشر، ص٤٦٢.

(٥) د. عدنان ابراهيم السرحان، العقود المسماة في (المقاولة، الوكالة، الكفالة)، ط١، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٦، ص٢١٨.

المتضامن من دفوع متعلقة بالدين كالدفع بالبطلان التزام المدين والدفع بانقضاء التزامه بسبب انقضاء التزام المدين[١].

وعند تعدد الكفلاء بعقد واحد يكون هناك اكثر من كفيل للدين نفسه ويلتزم بكفالة الدين بعقد واحد جميعهم، وفي حال عدم اشتراط التضامن يقسم الدين بين الكفلاء في كلاً من القانون المدني المصري والعراقي لان وحدة العقد تدل على ان كلا منهم قد اعتمد على الكفلاء الاخرين، ولا يستطيع الدائن ان يطالب أي واحد منهم الا بنصيبه إذ يستطيع كل كفيل في حالة الرجوع عليه بكل الدين ان يدفع هذا الرجوع بتقسيم الدين بينه وبين الكفلاء الاخرين ويجوز ابداء هذا الدفع في أي مرحلة تكون عليه الدعوى[٢]، وتقسيم الدين يتم بقوة القانون لذا فان المحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يطلب ذلك الكفيل وينقسم الدين بين الكفلاء من وقت ابرام عقد الكفالة لا من وقت حكم المحكمة ولا من وقت الدفع بتقسيم الدين، وعلى هذا فان ذمة الكفيل لا تنشغل الا بقدر نصيبه من الدين وينتج عن ذلك انه لو اعسر احد الكفلاء فان الدائن وحده يتحمل نتيجة هذا الاعسار ولا يستطيع ان يرجع على الكفلاء الاخرين بحصة الكفيل المعسر، والاصل ان تقسيم الدين يكون بالتساوي بين الكفلاء الا اذ وجد اتفاق مخالف كما لو حُدد نصيب كل كفيل على حدة او اشترط بعضهم تحديد مسؤوليته بنصيب معين لا يجوز تجاوزه هنا يجب مراعاة ذلك عند الرجوع عليهم[٣].

ويشترط لتقسيم الدين على الكفلاء عدة شروط هي:

١- ان يتعدد الكفلاء: بمعنى ان يكون هناك اكثر من شخص كافلاً للدين نفسه وفي العقد ذاته، اما اذا كنا بصدد كفيل واحد يتحمل وحده كل الدين اذا لم يوفِ به المدين فلا يطالب الدائن بتقسيم الدين بينه وبين المدين ولا بينه وبين من يكفله (كفيل الكفيل)، الا ان الكفيل الواحد يستطيع ان يقصر كفالته على جزء من الدين فقط[٤].

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص١٤٤.

(٢) د. السيد محمد السيد عمران، التأمينات الشخصية والعينية، دار الهدى، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص٨٥.

(٣) د. سليمان مرقس، عقد الكفالة، ج٣، المصدر السابق، ص١٩٦. صلاح علو محمد بكر، الكفالة العقارية، مصدر سابق، ص١٢٥.

(٤) هاري ادوار نجيم، الكفالة في القوانين والاجتهادات اللبنانية والاجنبية، مصدر سابق، ص٢٠٨.

٢- وحدة الدين: إذ يجب ان يتعدد الكفلاء للدين نفسه اما اذا كان كل كفيل يكفل دينا مختلفا، فأن كل منهم يبقى مسؤول عن كل الدين الذي يكفله ولا يمكن الحديث عن التقسيم فيما بينهم لاستقلال كل منهم عن الاخر، ويترتب على ذلك ان الدين لا ينقسم بين الكفيل وكفيله لان كل منهما يكفل دينا مختلفا فالكفيل يضمن دين المدين الاصلي اما كفيل الكفيل (المصدق) فيضمن التزام الكفيل[١].

٣- ان تكون الكفالة بعقد واحد: بمعنى ان يكون الكفلاء جميعهم قد كفلوا المدين بالعقد نفسه، اما اذا كان كل كفيل قد كفل الدين بعقد مستقل عن الاخرين، فان كل منهم يعد مسؤول عن كل دين ولا يستطيع المطالبة بالتقسيم، لان تعدد عقود الكفالة يعني عدم اعتماد كل كفيل على مشاركة الاخرين في ضمان بخلاف الحال اذا كانوا يكفلون الدين نفسه بعقد واحد، وعلى ذلك فان تقسيم الدين بقوة القانون- بخلاف القانون الفرنسي الذي لا يأخذ بالتقسيم- لا يحدث الا بين الكفلاء للدين نفسه بعقد واحد ما لم يتفق على التقسيم في حالة التعدد بعقود متوالية[٢].

٤- ان لا يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم: فإذا تقدم الكفلاء لضمان الدين، وأُتفق على التضامن فيما بينهم، فان الدائن يستطيع ان يطالب أيا منهم بالدين من دون ان يكون له طلب التقسيم[٣]، فالتضامن يمنع وقوع التقسيم لأنه لا يكون الا بين الكفلاء غير المتضامنين، واذا تعدد الكفلاء وكفلت طائفة منهم على وجه التضامن وكفلت اخرى من دون التضامن، فان التقسيم لا يقع الا بين الكفلاء غير المتضامنين ويترتب على ذلك انه اذا رجع الدائن على احد الكفلاء المتضامنين فان هذا الكفيل يلتزم بكل الدين، في حين انه لو رجع الدائن على احد الكفلاء غير المتضامنين، فان الدين ينقسم على

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، التأمينات العينية والشخصية، ج١٠، مصدر سابق، ص٩٣.

(٢) انور العمروسي، التضامن والتضامم والكفالة، ط١، دار العدالة، دون مكان نشر، ٢٠٠٧، ص٢٧٥.

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، احكام القانون المدني، التأمينات، دون سنة طبع، ص١١٠.

الكفلاء جميعهم بما فيهم المتضامنين[١]، وثمة تساؤل يطرح وهو اذا تضامن احد الكفلاء مع المدين فهل يستفيد من تقسيم الدين مع بقية الكفلاء الاخرين؟

هناك من يذهب الى ان الكفيل المتضامن يلتزم بدفع كل الدين في حالة مطالبة الدائن له، الا انه لا يحرم من تقسيم الدين بينه وبين بقية الكفلاء الاخرين لأنه غير متضامن معهم، ويستندون في ذلك الى ان عدم التقسيم استثناء على القواعد العامة، فيجب ان ينحصر في حالة التي ينص عليها بوضوح[٢]، ويذهب رأي آخر وهو ما نؤيده الى ان تضامن الكفيل مع المدين يجعله مسؤولا عن كل الدين كالمدين الاصلي تماما مع احتفاظه بصفته ككفيل، ولا يحق له التمسك بالتقسيم بينه وبين بقية الكفلاء الاخرين على اساس ان التضامن مع المدين يفيد استعداده الوفاء بكل الدين ونزوله عن انقسام الدين، الا ان هذا لا يمنع رجوعه على المدين الاصلي وباقي الكفلاء بعد الوفاء[٣].

٥- ان يكون المدين واحد: أي يجب ان يكون الكفلاء متعددين قد كفلوا مدينا واحدا، اما إذا تعدد المدينون فأن الامر يختلف بحسب وجود التضامن فيما بينهم، فإذا تعدد المدينون لدين واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم وقدم كلا منهم كفيلا للدائن فان الدين ينقسم بين المدينين أولاً وينقسم بين كفلاءهم ثانياً، اما اذا كان المدينون متضامنين فيما بينهم وقدم كل منهم كفيلاً، فلا ينقسم الدين بين هؤلاء الكفلاء لانعدام الرابطة بينهم، من ثم فأن كل منهم يضمن الدين المكفول الذي هو الدين بمجموعه لتضامن المدينين[٤].

٦- يجب ان لا يكون الكفيل قد تنازل عن حقه في التقسيم: فهذا الحق مقرر لمصلحة الكفيل ويكون له ان يتنازل عنه لأنه لا يتعلق بالنظام العام[٥].

٧-

---

(١) براهم اسماء و عطواني فاء، احكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ٨ ماي ١٩٤٥، ٢٠١٥، ص٥٢.

(٢) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة نشر، ص١٤٦.

(٣) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، المصدر نفسه، ص١٤٧.

(٤) د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٨٣.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، التأمينات العينية والشخصية، ج١٠، مصدر سابق، ص٩٥.

الفرع الثاني

التعدد بعقد واحد من حيث المحل

يحدد محل أي التزام من خلال العقد الذي انشأه، إلا ان الوضع مختلف عند البحث في التزام الكفيل كون نطاق التزامه يحدد بالرجوع الى الالتزام الأصلي الذي لولاه ما ابرم هذا العقد من جهة والى عقد الكفالة الذي ألتزم بموجبه الكفلاء من جهة اخرى، والسبب في ذلك هو ان التزام الكفيل تابع لالتزام اصلي يرتبط به ارتباطاً وثيقاً، إذ يتحدد التزام الكفيل في الكفالة على حسب الالتزام الاصلي للمدين من حيث وجوده وصحته، ويجوز كفالة الالتزام أيا كان مصدره ما دام كان صحيحا غير مخالف للنظام العام والآداب[١]، وسنقصر البحث في هذا الفرع على حالات التعدد من حيث محل الالتزام بعقد الكفالة في ذاته، إذ يتحقق التعدد بعقد واحد من حيث المحل في ثلاث فروض هي: تعدد ناجم عن اجتماع اكثر من كفالة شخصية، أو التعدد الناجم عن اجتماع اكثر من كفالة عينية، أو التعدد الناجم عن اجتماع كفالة شخصية مع عينية وسنتجنب الخوض في بحث الفرض الاول والثاني لخروجهما عن نطاق البحث وتجنباً للتكرار.

بدءاً يراد بالكفالة الشخصية هي التي يلتزم فيها الكفيل بالوفاء بضمان كل امواله من دون تخصيص[٢]، اما الكفالة العينية فهي تأمين عيني، حيث يقدم الكفيل مالاً (عقار او منقول) مملوكا لضمان الوفاء بالتزام في ذمة شخص اخر، وسمي الكفيل هنا بالكفيل العيني كونه يقوم برهن عقار او منقول يملكه لضمان الوفاء بالتزام المدين وهو لا يضمن هذا الوفاء الا في حدود المال الذي قدمه تأمينا له، فالضمان لا يرد على كل ذمته المالية والكفيل العيني لا يكون مسؤولا شخصياً عن الدين، بل يضمن الدين في حدود المال الذي قدمه رهنا[٣]، وبذلك تندرج الكفالة

---

(١) د. محمود جمال زكي، التأمينات العينية والشخصية، ط٣، دار الشعب، القاهرة، ١٩٧٩، ص٤٦.

(٢) د. علي فوزي الموسوي، عقد الكفالة، مصدر سابق، ص٢٥، صلاح علو محمد بكر، الكفالة العقارية، مصدر سابق، ص١٢٩. د. سالم حماد الدحدوح، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، بلا دار نشر، فلسطين، ٢٠١٨، ص٣٠.

(٣) د. هدى عبدالله، التأمين العقاري مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز، ط١، منشورات الحلبي، بيروت– لبنان، ٢٠١١، ص١٦.

العينية ضمن التأمينات العينية تحديداً ضمن عقد الرهن[١]، وتتماز الكفالة العينية بانها تجعل الدائن في مركز خاص ممتاز يجنبه مخاطر اعسار المدين والكفيل معا، نظرا لما تمنحه للدائن من مزيتي التقدم والتتبع[٢]، وتنتهي الكفالة العينية اذا تخلى الكفيل عن العين او فقد حيازتها لأي سبب[٣].

لذلك ان ضمان الكفيل العيني ينحصر في حدود العين المرهونة لتأمين هذا الوفاء، اما الكفيل الشخصي فيضمن الوفاء بالدين في كل امواله (كل العناصر الايجابية لذمته) وتسري على الكفيل العيني احكام الرهن والكفالة في الوقت نفسه، ولكن لا تسري عليه بعض احكام الكفالة التي لا تتفق مع طبيعة مركزه وبصفة خاصة ان حق الدائن لا يرد على الضمان العام بل يرد على المال الخاص الذي خصصه لضمان الوفاء بالدين[٤].

ويمكننا القول الى ان الكفالة الشخصية تجتمع مع التأمينات العينية في فرضين: الاول تكون بعقد واحد ومن شخص واحد وتتحقق في فرضين هما: عندما يرتضي الكفيل والدائن ان يقدم الاول في الوقت نفسه وعن الدين ذاته كفالة وتأمين عيني، فهنا نكون امام اجتماع لنوعين مختلفين من التأمينات، أو ان يقوم الكفيل الشخصي بتقديم تأمين عيني لضمان الوفاء بالتزامه التبعي ككفيل وبذلك نكون امام كفالتين قد اجتمعتا[٥]، لكن هذه الفرض على الرغم من اجتماع الكفالتين الشخصية والعينية فيه لكنه لا ينم عن حالة تعدد الكفلاء لأن الكفيل واحد.

---

(١) ويعرف الرهن بأنه: حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي يلتزم بمقتضاه الراهن بتقديم مال معين الى الدائن المرتهن كضمان للوفاء بدينه، ويكون للدائن المرتهن حق التقدم على غيره من الدائنين في استيفاء دينه من ثمنه. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٥، العقود الواردة في الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت– لبنان، ١٩٥٢، ص٢٧٠. د. عمار محسن كزار، ضمان الوفاء بدين الملتزم بالأداء، مصدر سابق، ص٤٦٤.

(2) Wenceslas Ellaandoume, Le cautionnement donne A une societe, op cit., p26.

(٣) المادة (١٣٤٩) من القانون المدني العراقي.

(٤) محمد كامل مرسي، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٩.

(٥) د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص٢٠.

أما الفرض الثاني فيتحقق بعقد واحد وباجتماع كفيل عيني مع كفيل شخصي، ويكون للدائن ان يرجع على أيا منهما، فقد يختار البدء بالكفيل الشخصي الأمر الذي يقودنا الى سؤال مفاده هل للكفيل الشخصي الدفع بالتجريد؟ وهل ينقسم الدين بينهما؟

تخلو القوانين محل المقارنة من إجابة صريحة على هذا السؤال، لكن هناك من النصوص ما يمكن بتحليلها التوصل الى الإجابة، فبالنسبة للقانون الفرنسي فأنه يخلو من نص يشير الى حق التجريد بين الكفلاء عند اجتماع كفالة عينية مع شخصية، اما القانون المدني المصري فأن المادة (٧٩١) منه نصت على: (إذا كان هناك تامين عيني خصص قانوناً او اتفاقاً لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين او معه ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على اموال الكفيل الا بعد التنفيذ على الاموال التي خصصت لهذا التأمين)، ويقابل نص القانون المصري نص المادة (١٠٢٣) مدني عراقي التي تنص على: (اذا قدمت الكفالة تكميلا لتأمين عيني، ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين، فان هذه الكفالة لا تلزم الكفيل الا اذا كان التامين العيني لو يوف بالدين، وبقدر ما تبقى من هذا الدين)[١].

ومن استقراء النصوص اعلاه يتبين لنا انه متى ما خُصص تأمين عيني قانوناً او اتفاقاً فأنه لا يجوز التنفيذ على اموال الكفيل الا بعد التنفيذ على التأمينات العينية، وقد جاء النص على نحو عام الامر الذي دفع الفقه[٢] الى القول ان النص يشمل التأمين العيني الذي قدمه المدين او الكفيل، لذلك يكون للكفيل الشخصي حق التجريد عند اجتماع كفالة عينية مع كفالة شخصية، لذلك يكون للكفيل الشخصي ان يدفع بتجريد الكفيل العيني عند مطالبته من الدائن ما لم يتنازل هذا الاخير صراحةً او ضمناً عن حق التجريد، ولا يشترط ان يكون التأمين العيني كافياً للوفاء

---

(١) ويقابل هذه المادة، المادة (١٠٢٧) من قانون الموجبات اللبناني، والمادة (٧٥٧) من القانون المدني السوري.

(٢) د. رمضان ابو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص١٥٢. د. جميل الشرقاوي، دروس في التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص٩٧. د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص٧٨.

بالدين عند طلب التجريد، في حين هناك من يذهب[1] الى ان ليس للكفيل الشخصي حق التجريد وذلك لأن النص المتعلق بحق التجريد يخص حالة التأمين العيني الذي قدمه المدين وليس بين الكفلاء، وتعليقاً على الخلاف الفقهي اعلاه نقول ان كل من النص المصري والعراقي جاء مطلقاً والمطلق يجري على إطلاقه، لذلك من الممكن اعتبار ان المقصود بالتأمين العيني هو التامين المقدم من قبل المدين او كفيل عيني وعليه نحن نؤيد الرأي الذي يقر بحق الكفيل الشخصي بالتجريد، الا ان من الضروري مراعاة ان يكون التأمين العيني سابقاً للكفالة الشخصية وهذا ما تشير له المادة صراحةً وهو ما تقتضيه العدالة، لأن الكفيل الشخصي جاء لاحقاً للكفيل العيني ومن الممكن ان يكون قد قبل الكفالة بعد ان اطمأن لوجود ذلك التأمين، اما عكس ذلك فهو لا يحق له الدفع بالتجريد، كذلك ينبغي ان لا يكون الكفيل الشخصي متضامن مع المدين او الكفيل العيني، وان يتمسك بالتجريد فلا يجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها كما يجوز للكفيل ان يتنازل عن حقه في التمسك به ما دام هذا الحق مقرر لمصلحته[2].

اما فيما يخص المطالبة بتقسيم الدين عند اجتماع كفالة شخصية وعينية، فبالنسبة للقانون الفرنسي فأن المادة (٢٣٠٢) منه نصت على: (عندما يكفل عدة اشخاص المدين نفسه وللدين ذاته، يكون كل واحد منهم ملزماً بالدين كله)، كذلك المادة (٢٣٠٣) التي تنص على: (الا انه يمكن لكل واحد منهم، ما لم يكن قد تنازل عن حقه بطلب التجزئة، ان يفرض على الدائن تجزئة دعواه مسبقاً وان يجعلها مقتصرة على الحصة او النصيب العائد لكل كفيل...)، اما الفقرة الاولى من المادة (٧٩٢) من القانون المدني المصري فتنص على: (إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن ان يطالب كل كفيل الا بقدر نصيبه من الكفالة)، وفي المقابل فأن المادة (١٠٢٤) من القانون المدني العراقي تنص على: (... وان كانوا قد كفلوا معا في عقد واحد قسم الدين بينهم وطولب كل منهم بحصته الا

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص١٢٣. د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص١٦١. د. جميل الشرقاوي، التأمينات الشخصية والعينية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٩٧.

(٢) د. سليمان مرقس، عقد الكفالة، مصدر سابق، ص١٧. غني ريسان جادر الساعدي، تعدد المسؤولين واثره على ضمان حق المتضرر (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦، ص٦٨.

إذا كانوا قد كفلوا متضامنين فيما بينهم. ويفترض عدم التضامن ما بين الكفلاء الا إذا اشترط التضامن)، ويلاحظ من النصوص اعلاه انها وفيما يخص التقسيم لم تميز بين اجتماع كفلاء شخصيين او عينيين، فيكون لكل كفيل الدفع بالتقسيم ما لم يكونوا متضامنين فيما بينهم، مع فارق ان المشرع الفرنسي جاء بحكم مختلف عن كل من القانون المصري والعراقي، إذ لم يمنح الكفيل حق التقسيم بقوة القانون حتى وان لم يكن كل منهم متضامن مع الآخر، ولا يقع التقسيم بينهم الا بحكم من المحكمة بناءً على تقديم طلب من قبل الكفيل المتمسك به.

اما فقهاً، فهناك من يذهب[١] الى ان الدين لا ينقسم بين الكفيل الشخصي والكفيل العيني، ومتى ما وجد كفيل عيني وكفيل شخصي في وقت واحد لضمان دين واحد ولم يكن الكفيل الشخصي متضامنا مع المدين، لم يجز التنفيذ على اموال الكفيل الشخصي الا بعد التنفيذ على المال الذي قدمه الكفيل العيني ضمانا للدين، بشرط ان تكون الكفالة العينية سابقة او معاصرة للكفالة الشخصية، واما اذا كانت الكفالة العينية لاحقة للكفالة الشخصية جاز التقسيم لان الكفيل الشخصي عندما وافق على الكفالة في هذه الحالة لم يكن معتمدا على التأمين العيني، وبناءً على هذا الرأي، اذا قدمت لضمان الدين كفالة عينية واخرى شخصية في وقت واحد، ولم يكن الكفيل الشخصي متضامنا مع المدين، لم يجز التنفيذ على اموال الكفيل الشخصي الا بعد التنفيذ على المال الذي رهنه الكفيل العيني ضمانا للدين، فالدين لا ينقسم على الكفالة الشخصية والكفالة العينية، بل يبدأ بالكفالة الاخيرة فان لم تفِ بكل الدين استوفى الدائن الباقي من الكفيل الشخصي ويعلل الفقه ذلك: على اساس ان الكفالة العينية وهي عقد رهن تفيد ان الكفيل العيني قد حدد مسؤوليته عن الدين بقيمة المال الذي رهنه، هذا فضلاً عن الى قاعدة عدم تجزئة الرهن التي تفترض ما لم يتفق على استبعادها، ومن ثم لا يستفيد الكفيل العيني من التقسيم الا اذا كان قد اشترطه[٢].

---

(١) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، احكام عقد الكفالة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص١٠٧. د. راقية عبد الجبار، التامين والكفالة، مصدر سابق، ص٣١٦.

(٢) د. راقية عبد الجبار، التامين والكفالة، مصدر سابق، ص٣١٦.

في حين هناك[1] من يذهب الى انه وفي حال اجتماع كفيل شخصي وكفيل عيني انقسم الدين بينهما باعتبار ان الكفيل الشخصي يلتزم بكل الدين، والكفيل العيني يلتزم في حدود قيمة العين التي تكفل الدين، فأن كانت هذه القيمة معادلة لقيمة الدين انقسم الدين بينه وبين الكفيل الشخصي مناصفةً، اما اذا كانت قيمة العين اقل من قيمة الدين انقسم الدين بينهما بنسبة هذه القيمة الى مجموع قيمة التزاميهما، أي اذا كان الدين ثلاثة الالاف وقيمة المال المرهون نصف هذا المبلغ كان الكفيل الشخصي ضامن بثلاثة الاف كلها والكفيل العيني الفا وخمسمائة، فينقسم الدين أي ان الكفيل الشخصي يكون ملزما بألفين والكفيل العيني بألف فقط، ويجد انصار هذا الراي سندهم في عموم النص الذي لم يفرق بين الكفيل العيني والكفيل الشخصي باتفاق واحد، فليس هناك سبب لتفضيل الكفيل الشخصي على العيني او العكس.

ونؤيد الرأي الاخير، إذ ان في تعدد الكفلاء نتيجة اجتماع هذين الكفيلين يكون كل منهما ملزما بحدود ما التزم به، اذ يكون الكفيل الشخصي ملتزماً بكل الدين، والكفيل العيني ملتزماً بحدود قيمة المال الذي خصصه للوفاء، فالكفالة العينية ناقصة في حين ان الكفالة الشخصية تامة، وان كل من الكفيل العيني والشخصي مسؤولان عن الدين ومن العدل قسمة الدين بين الكفلاء سواء كانوا عينيين او شخصيين كلاً حسب مسؤوليته لاسيما إذا لم يكونا متضامنين، كما ان النصوص التي أشارت الى التقسيم جاءت عامة دون تمييز بين الكفالة الشخصية والعينية، من ثم اذا كان قيمة المال الذي خصصه للوفاء معادلة للدين او مجاوزة اياه عد الكفيل العيني ملتزما بكل الدين وانقسم الدين بينه وبين الكفيل الشخصي مناصفة، اما اذا كانت قيمة المال الذي رهنه الكفيل العيني اقل من قيمة الدين انقسم الدين بينهما بنسبة هذه القيمة الى مجموعة قيمة التزامهما[2].

لذلك في حالة تعدد الكفلاء الناشئ عن اجتماع كفيل شخصي مع كفيل عيني، يكون الاول منهما ملتزما بكل قيمة الدين والثاني ملتزما بحدود قيمة المال الذي خصصه لوفاء الدين واذا كانت قيمة المال معادلة او مجاوزة لمقدار الدين يقسم المبلغ بين كل من الكفيلين مناصفة وفي

---

(١) د. سليمان مرقس، عقد الكفالة، مصدر سابق، ص١٥١. د. محمد علي امام، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص١١٣.

(٢) د. منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة، ط٣، القاهرة، ١٩٨٠، ص١٢. د. سليمان مرقس، عقد الكفالة، مصدر سابق، ص١٥١.

حال كون قيمة هذا المال اقل من ذلك فيقسم الدين بينهما بنسبة هذه القيمة الى مجموع قيمة التزامهما، إذ يضمن الكفيل العيني الدين في حدود العين المقدمة ولا تشمل مسؤوليته عن الدين المكفول عناصر ذمته المالية كافة، بل تتحدد في حدود ما قدمه من ضمان وفي حال وفاء الدين فانه يرجع بما وفاه على المدين، ويستطيع ان يرجع كذلك على الكفلاء الاخرين واذا قام احد هؤلاء الكفلاء بالوفاء فانه يرجع بما وفاه على المدين ويستطيع ان يرجع كذلك على الكفلاء الاخرين[١]، واذا قام احد هؤلاء الكفلاء بالوفاء فانه يرجع على الكفيل العيني بحصته في الدين وتختلف قواعد الرجوع بين الكفيل العيني وباقي الكفلاء بحسب قيمة العين المقدمة كضمان وكالاتي[٢]:

١- اذا كانت العين المقدمة تساوي الدين المكفول او تزيد عنه فان مسؤولية الكفيل العيني عن الدين تكون مساوية للكفلاء الاخرين ويوزع العبء عليهم بالتساوي، فاذا وجد كفيل شخصي مع كفيل عيني فان حصة كل منهما تكون مساوية لحصة الاخر على تقدير ان الكفيل العيني قد كفل الدين بقدر قيمة العين التي قدمها رهنا وان الكفيل الشخصي قد كفل الدين، فاذا وفى احدهما بالدين كان له ان يرجع على الاخر بنصف الدين لان كل منهما قد اعتمد في كفالته على وجود الاخر[٣].

٢- اذا كانت قيمة العين اقل من قيمة الدين فان الكفيل العيني يضمن من الدين ما يساوي هذه القيمة لان كفالته ناقصة بحدود ما قدمه، فإذا وجد كفيل شخصي مع كفيل عيني فان الدين يقسم عليهما بنسبة قيمة الدين الى قيمة العين، فاذا كانت قيمة الدين ثلاث الاف وقيمة العين المقدمة الفا فان الكفيل العيني يتحمل ثلث الدين[٤].

---

(١) د. علي فوزي ابراهيم، عقد الكفالة، مصدر سابق، ص١١٩.

(٢) د. محمد فوزي محمود عوجان، عقد الكفالة العينية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، دون سنة، ص٥٥٣-٥٥٤.

(٣) د. محمد شكري سرور، محاولة لتأصيل احكام الكفالة العينية (دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦، ص٧٥-٥٨.

(٤) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٢١٣.

المطلب الثاني

تعدد الكفلاء بعقود متوالية

قد يتعدد الكفلاء بإبرام عقود كفالة متعددة بين الدائن نفسه واكثر من كفيل لضمان الدين نفسه لمصلحة المدين ذاته، إذ يقدم هذا الأخير عدة كفلاء لضمان الوفاء بالتزامه في مواجهة الدائن، حيث لا يكفلون الدين بعقد واحد مع الدائن، بل يبرم الدائن مع كل منهم عقد كفالة مستقل عن العقود الاخرى، ويعد كل عقد قائم بذاته من حيث موضوعه واطرافه، ولا يعتمد الكفلاء في هذه الحالة على بعضهم البعض، وهذه الصورة من التعدد بين الكفلاء تشترك مع التعدد بعقد واحد في مبادئ وتنفرد في آخرى، لذلك سنقسم الدراسة في هذا المطلب على فرعين: الأول نخصصه لبحث المبادئ التي ينفرد بها التعدد بعقود متوالية، اما الثاني فنبحث فيه المبادئ المشتركة لصور تعدد الكفلاء، اما الثاني وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول

المبادئ التي ينفرد بها تعدد الكفلاء بعقود متوالية

ان لتعدد الكفلاء بعقود متوالية – التعدد التضاممي– مبادئ ينفرد بها، يمكن بيانها في الفقرات الآتية:

أولاً: تعددية المصدر: اهم ما يميز تعدد الكفلاء بعقود متوالية – التعدد التضاممي– هو استقلال مصدر التزام كل كفيل، عن مصدر التزام الكفيل الاخر، ولا يؤثر تعدد الكفلاء التضاممي على مقدار الدين، ففي حالة تعدد الكفلاء التضاممي يمنح الدائن فرصة استيفاء الدين من اكثر من كفيل بعد عجز المدين الاصلي عن سداد الدين دون ان يعتمد كل منهم على الآخر[1]، من دون زيادة في مقداره ولا يسمح للدائن باستيفاء دين لأكثر من مرة، وعموما تعدد المصادر يكون اما بالتنوع او بالتكرار فهناك صورتين لتعدد مصادر الالتزام التضاممي، ويمكننا الاشارة الى هاتين الصورتين ليتضح لنا الفئة التي يمكن ان ندرج ضمنها هذا النوع من التعدد بالنسبة الى بقية

---

(١) فايز احمد عبد الرحمن، التأمينات العينية والشخصية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٢١٨. د. راقية عبد الجبار، التأمين والكفالة، مصدر سابق، ص٣٢١

الانواع الاخرى من تعدد المصادر، وهذه الصور يندرج تحتها عدة حالات من التضامم، سواء في القانون المدني الفرنسي او المصري او العراقي[١]، ونعرض للصورتين المذكورتين فيما يأتي:

١- تنوع مصادر الالتزام: في هذه الصورة يكون مصدر التزام كل مدين مستمدا من احد مصادر الالتزام المعروفة، ليتضامم الملتزمون وهذا التنوع في المصادر قد يأخذ احد الحالات الآتية: اجتماع مسؤولية عقدية مع تقصيرية[٢]، ومثالها تضامم المؤمن له تجاه المضرور، او اجتماع مسؤولية عقدية مع الاثراء بلا سبب كحالة متعهد توريد احتياجات غذائية لمنزل به اخوة، فالمتعاقد معه مسؤول عن تسديد التزاماته التعاقدية والاخوة ملتزمون بمقتضى الاثراء بلا سبب[٣]، او اجتماع المسؤولية العقدية مع التزام قانوني[٤]، كما هو الحال في اجتماع مسؤولية مالك السفينة مع رباناها[٥]، وهذا التنوع في مصادر الالتزام التضاممي لا يدخل في معنى تعدد الكفلاء التضاممي.

٢- تكرار مصادر الالتزام: ويحصل التعدد بتكرار التزامات المتضاممين ونشوئها عن النوع نفسه من مصادر الالتزام، كأن تكون كلها تقصيرية[٦] او كلها عقدية[٧] او بحسب أي مصدر اخر من مصادر الالتزام، وما يعنينا هنا هو تكرار التزامات تعاقدية، فالكفلاء

---

(١) د. ضمير حسين المعموري، الالتزام التضاممي، مصدر سابق، ص١٢٢.

(٢) د. احمد محمد الرفاعي، نطاق مسؤولية المدين المتضامم، مصدر سابق، ص٤٥.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، ج٣، ص٢٨٥.

(٤) محمد جاد محمد، مصدر سابق، ص١٢٧.

(٥) المادة (٨٠) من القانون البحري المصري رقم ٨ لسنة ١٩٤٨.

(٦) عند تكرار الالتزامات الناشئة من المسؤولية التقصيرية فأنها تخرج من نطاق التضامم وتكون على سبيل التضامن، فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي على: (إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الاصلي والشريك والمتسبب)، كذلك نصت الفقرة الثانية من المادة (١٨٦) على: (وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المتعدي منهما فلو ضمنا معا كانا متكافلين في الضمان)، وفي المقابل نصت المادة (١٦٩) من القانون المدني المصري على: (اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي، الا اذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض)، في حين ان المشرع الفرنسي جعل من تعدد المسؤولين تقصيريا تعدداً متضامم.

(٧) د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات واحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، دون سنة نشر، ص٣٢٥.

المتضاممون يلتزمون بمقتضى عقود مستقلة عن بعضها البعض بشكل تضاممي، اذن يحصل تعدد الكفلاء التضاممي نتيجة تكرار مصادر الالتزام تحديداً تكرار التزامات تعاقدية.

ثانيا: استبعاد التضامن: متى ما كنا امام تعدد كفلاء بعقود متوالية – تعدد تضاممي– فلا مجال للحديث عن التضامن بين الكفلاء، من ثم استبعاد القابلية للانقسام، وبالنسبة لانتفاء التضامن فاذا وجد تضامن بين الكفلاء فلا محل للحديث عن التزام تضاممي بين الكفلاء، اذ لا يظهر هذا الاخير الا في حال اختفاء الاول وعدم ظهوره، فهذا المبدأ بديهي بين الكفلاء المتضاممين[١]، إذ ان الالتزام التضاممي يستلزم فضلا عن توافر تعدد المدينين ووحدة الدائن ووحدة الدين انتفاء المانع وهو التضامن، فتوافر وصف التضامن يمنع من تحقق التضامم، ويتحدد مصدر التضامم بالاتفاق او نص في القانون، والفارق بين المصدرين ان التضامن الاتفاقي " يجب ان يكون صريحا لا لبس فيه ولا غموض، خلافا للتضامن القانوني الذي له اثار ونتائج اكثر صرامة على الكفلاء[٢].

اما بالنسبة لعدم القابلية للانقسام فالأصل ان الالتزام اذا ما تعدد احد طرفيه يكون الوفاء به قابلا للتجزئة، بحيث لا يكون لكل من الدائنين المتعددين ان يطالب بغير حصته فيه، ولا يكون على كل من المدينين المتعددين سوى الوفاء بحصة كل واحد منهم، لكن بعض الالتزامات يكون الوفاء بها غير قابل للتجزئة، وهي ما يطلق عليها بالالتزامات غير القابلة للانقسام[٣]، الذي نظمه القانون الفرنسي في المادة (١٢١٧) من القانون المدني التي تنص على: (يكون الالتزام قابلاً او غير قابل للتجزئة حسبما يكون موضوعه شيئاً او عملاً قابلاً او غير قابل للتجزئة عند التسليم او التنفيذ، سواء أكانت تجزئة مادية او معنوية)[٤]، كذلك المادة (١٢١٨) من القانون نفسه التي تنص على: (يكون الالتزام غير قابل للتجزئة حتى في حال كان الشيء او الفعل

---

(١) د. غني ريسان جادر الساعدي، فكرة الالتزام التضامني، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار، عدد٤، مجلد١، ٢٠٠٦، ص١١٤. ليث عبد الرزاق علي الانباري، الالتزام التضاممي، مصدر سابق، ص٤٥.

(٢) صائب صالح ال عبود، مصدر سابق، ص٦٩.

(٣) د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٢٦١.

(٤) الدالوز، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، ٢٠١٢، لبنان، ص١١٩٨.

الذي يشكل موضوعه قابلاً للتجزئة بطبيعته، إذا كانت الرابطة المعتمدة لمقاربته في الالتزام لا تجعله قابلاً للتنفيذ الجزئي)[١].

ترجع عدم قابلية أي التزام للانقسام الى سببين: الاول هو طبيعة محل الالتزام وهو اما ان يكون على نحو مطلق تفرضه الطبيعة وليس عارض من عمل الانسان، وبحسب طبيعة الالتزام كالالتزام بتسليم حيوان مثلاً لا يتصور ان يكون قابل للتجزئة، كذلك الالتزام بالصيانة والالتزام بضمان الاستحقاق، فكلها التزامات لا ينقسم تنفيذها لسبب يرجع الى خلقة الشيء[٢]، اما السبب الثاني لعدم قابلية محل الالتزام للتجزئة فهو الغرض الذي يسعى لتحقيقه اطراف الالتزام او ما انصرفت اليه نيتهما لنكون امام عدم قابلية انقسام مشروط، وفي هذه الحالة تكون الالتزامات قابلة للانقسام من حيث طبيعتها الا ان نية الاطراف انصرفت لغير ذلك، وتكون الارادة صريحة إذا اشترط ذلك صراحةً، وتكون ضمنية عندما يتبين ان الغرض الذي يرمي اليه المتعاقدان يجعل الالتزام غير قابل للانقسام[٣]، وبقياس هذه الاسباب على التزام الكفلاء المتضامنين – التعدد بعقود متوالية– نجده التزام غير قابل للانقسام لوحدة المحل، لأنه لا يمكن تنفيذه جزئياً فهو التزام لا يمكن الوفاء به الا دفعة واحدة، وليس لكل مدين ان ينفذ التزامه بالكفالة جزئياً، ويحدث ذلك ليس بسبب طبيعة المحل كونه غير قابل للانقسام، او حتى الاتفاق كما هو الحال في حالات الالتزام غير قابل للانقسام آنفة الذكر وذلك لاحتمال عدم وجود علاقة تربط الكفلاء الا

---

(١) يقابل نصوص القانون الفرنسي المادة (٣٠٠) من القانون المدني المصري والتي تنص على: (يكون الالتزام غير قابل للانقسام: أ– إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم. ب– إذا تبين من الغرض الذي رمي اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما، او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك)، اما المادة (٣٣٦) منه على : (يكون الالتزام غير قابل للانقسام: ١– إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته ان ينقسم. ٢– إذا تبين من الغرض الذي رمي اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما، او اذا انصرفت نية المتعاقدين الى ذلك).

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، ج١، البيع، ط١، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٧، ص٣٣٩. د. انور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٠، ص٣١٢ د. علي احمد علي، تضامن المدينين (دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٣، ص٥٦.

(٣) د. عبد القادر الفار. د. بشار عدنان ملكاوي، احكام الالتزام– اثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٥، ص٢٠١.

حين يكون هناك رجوع بينهم بعد التنفيذ[1]، وخلاصة القول ان تعدد الكفلاء بعقود متوالية – تعدد تضاممي- لا يفسح أي مجال للحديث عن الالتزام غير القابل للانقسام، فهما منفصلان عن بعضهما، أي ان التعدد بعقود متوالية يجب ان يكون محله قابلا للانقسام، لأنه لو وجد محل غير قابلا للانقسام لطبقت نصوص المتعلقة بالتضامن بين الكفلاء[2]، فضلاً عن ذلك هناك من يعد التعدد التضاممي تطبيق من تطبيقات الالتزام غير القابل للانقسام، وذلك على اساس ان كليهما يقوم على تعدد المسؤولين عن دين واحد وفي مواجهة دائن واحد[3]، وهو امر غير مقبول كون التعدد التضاممي ليس تعدد مسؤولين دون رابطة بينهم وانما تعدد روابط الدين مع دائن واحد وعلى الوجه الذي سنبينه.

وحري بنا بيان ان آثار عدم القابلية للانقسام أعمق من التضامن بين المدينين ايضاً، ويظهر ذلك جلياً في حال انقضاء الالتزام لسبب آخر غير الوفاء، إذ ان ذلك يؤدي الى انقضاء الالتزام بالنسبة للمدينين جميعهم في الالتزام غير قابل للانقسام، وذلك لعدم قابليته للانقسام، في حين ان الامر مختلف بالنسبة لتضامن المدينين فلا يؤدي انقضاء الالتزام لسبب اخر غير الوفاء الى انقضاء الالتزام لباقي المدينين الا بقدر حصة المدين الذي انقضى التزامه ما لم يصرح الدائن بغير ذلك.

الفرع الثاني

المبادئ المشتركة بين التعدد بعقود متوالية والتعدد بعقد واحد

يشترك تعدد الكفلاء بعقود متوالية (التعدد التضاممي) مع التعدد بعقد واحد (التعدد التضامني) بمبادئ مهمة الى الحد الذي جعل أهمية التمييز بينهما تتراجع بعض الشيء، ويمكن بيان هذ المبادئ على النحو الآتي:

---

(١) صاحب صائب ال عبود، مصدر سابق، ص١٧٠. د. منصور حاتم و د. عباس فياض العبودي و محمد قاسم عبد الحسن، مفهوم الضمان الطولي (دراسة مقارنة بين القوانين المدنية والفقه الاسلامي)، بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة، عدد٢٢، ٢٠١٤، ص٥٨.

(٢) علي احمد علي، مصدر سابق، ص٥٧. رؤى علي عطية، الاثار القانونية لالتزام التضاممي، مصدر سابق، ص٧.

(٣) محمد جاد، مصدر سابق، ص١١٦-١١٧.

أولاً: الأساس القانوني الذي تقوم عليه الفكرتان: كما بينا سابقاً ان فكرة تعدد الكفلاء التضاممي لا وجود لها في القانون الفرنسي القديم او حتى النافذ، فقد عالج القانون الفرنسي فكرة التعدد التضامني فقط[١]، كذلك الحال بالنسبة للمشرع المصري والعراقي فهما يخلوان من أي نص مباشر عن التزام الكفلاء التضاممي، وينظر الى التعدد التضامني بوصفها نوع من انواع التأمينات الشخصية التي تمنح الدائن فرصة الحصول على حقه من اكثر من شخص مما يجنبه خطر اعسار احدهم[٢]، في حين ان التضامم تعدد تفرضه طبيعة الالتزام كما هو الحال في عدم قابلية الضرر للتجزئة تبعاً لنظرية تعادل الاسباب[٣]، مع ذلك لا يرى الفقه[٤] فيه الا حماية تمنح للدائن تقيه من خطر اعسار احد المدينين وينصب في تقوية ضمان الدائن، مما يجعل كلا الفكرتين يقوم على اساس واحد وتقوم على الشروط ذاتها والمتمثلة بما يأتي:

١- **تعدد أحد اطراف الالتزام:** اذ يتعدد احد اطراف الالتزام في كلا من التعدد بعقد واحد والتعدد بعقود متوالية، ويكون في الحالة الاولى التزام مع التضامن في الغالب ويقال للالتزام فيه التزام تضامني[٥]، اما الثاني فيكون تعدد تضاممي ويقال للالتزام فيه التزام تضاممي، وفي كلتا الحالتين فأن تعدد الكفلاء ينشأ التزامات في ذمم متعددة بعدد الكفلاء[٦]، ويعد هذا الشرط من الشروط المشتركة بين الاثنين، اذ يعد كلا من الالتزامين من الالتزامات الموصوفة بتعدد احد طرفي الالتزام وهو المدين (الكفيل)، اذ يكون كل منهم ملتزم تجاه دائن واحد مشترك بينهم يستطيع ان يرجع عليهم في حالة عجز المدين

---

(١) د. نبيل ابراهيم سعد، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، مصدر سابق، ص٢٤.

(٢) د. احمد محمد الرفاعي، نطاق مسؤولية المدين المتضامم، مصدر سابق، ص٣٤.

(٣) وهي النظرية التي تبحث في الاسباب التي أدت الى إحداث الضرر، فكل واحد منها يعتبر سبباً لهذا الضرر، ولم يأخذ المشرع العراقي بهذه النظرية فقد أعتمد نظرية السبب الفعال متأثراً بالفقه الاسلامي والتي تميز بين السبب الرئيسي لحدوث الضرر والسبب الثانوي وتعتمد الاول دون الثاني. د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (الالتزامات)، العقد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠١٨، ص٢٥٥.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، مصدر سابق، ص٢٨٨. د. نبيل ابراهيم سعد، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، مصدر سابق، ص٩٧. صاحب صائب ال عبود، مصدر سابق، ص٢٧٧.

(٥) د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري، القانون المدني واحكام الالتزام، ج٢،ط٣، مكتبة السنهوري، بغداد، ١٩٦٩، ص١٩٥.

(٦) سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٤١.

الاصلي عن الوفاء، فيكون للطرف الدائن اكثر من كفيل ملتزمون جميعهم بالدين ذاته، ولكن بموجب مصادر متعددة.

٢- **وحدة المحل:** من الشروط المشتركة بين كل من تعدد الكفلاء بعقد واحد وبعقود متوالية هو وحدة المحل، والمقصود به ان محل التزام الكفلاء واحد، يتمثل بتسديد دين معلوم يلتزمون به جميعا امام الدائن فيؤدي كل واحد منهم جميع الدين للدائن إذا لم يوف المدين بالتزامه، ووفاء احد منهم مبرئ لذمته ولذمم باقي الكفلاء في حدود هذا الوفاء، وبحث هذا المبدأ في تعدد الكفلاء بعقد واحد فأن وحدة المحل واضح ولا جدال فيه كون هذا التعدد يرد في عقد واحد ويكون له محل واحد بالنسبة للكفلاء جميعهم، اما في مجال تعدد الكفلاء بعقود متتالية فأن الأمر يدق قليلاً ويحتاج الى تفصيل، ولكي تتضح الفكرة فلا بد من ارجاع الالتزام الى اصله لان التضامم بين الكفلاء يعد من الالتزامات المتعددة الاطراف وهذا يعني وجود اكثر من دائن او اكثر من كفيل وهدفهم جميعا واحد، الامر الذي يعني ان محل الالتزام يكون واحد[١].

مع ذلك هناك من ذهب[٢] الى ان الالتزام التضامني- بعقد واحد- ينماز بوحدة المحل ولا خلاف في ذلك، بينما يتميز الالتزام التضاممي- بعقود متوالية- بتعدد المحل، اذ ان هذا الالتزام يتحلل من ناحية تعدد الكفلاء الى عدة ديون متميزة، وذات طبيعة مختفة(عقدية وتقصيرية) ذلك ان كل دين مستقل عن الدين الاخر، من حيث المصدر والمحل كما قد يختلف كل دين في مقداره عن الدين الاخر، بمعنى ان كل مدين متضامم يكون دينه مستقلا عن المدين الاخر وله محله الخاص به، لكن هذا الرأي مردود عليه بالقول: ان الالتزام التضاممي موحد المحل شأنه في ذلك شان الالتزام التضامني، فالدائن يمكن مطالبة أي من مدينه وان وفاء احد المدينين يبرئ ذمة الباقين ولا يستطيع الدائن المطالبة بحصته سوى مرة واحدة، لذلك ان وحدة المحل هو مبدأ مشترك بين كل من

---

(١) احمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص١٩٤. رؤى علي عطية، مصدر سابق، ص١٦. ليث عبد الرزاق علي الانباري، الالتزام التضاممي، مصدر سابق، ص٤٥.

(٢) احمد محمد الرفاعي، نطاق مسؤولية المدين المتضامن، مصدر سابق، ص٨. د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص٨.

الالتزام التضاممي والتضامني عموما وبين كل من تعدد الكفلاء بعقد واحد وبين تعدد الكفلاء بعقود متوالية بشكل خاص.

٣- **تعدد الروابط:** يشترك التعدد التضامني مع التضاممي بشرط تعدد الروابط، ففي تعدد الكفلاء التضاممي والتضامني نجد ان الروابط بين الدائن ومدينه تتعدد مع تعدد الكفلاء، إذ ان كل مدين يكون ملتزما بسبب خاص به يختلف عن سبب التزام الكفيل الاخر[١]، فيترتب على ذلك ان كل رابطة لا تؤثر على الرابطة الاخرى فيما يتعلق بالعيوب والاوصاف التي تلحق كل واحدة منها، فقد تكون احدى هذه الروابط موصوفة بوصف يعدل من اثر الالتزام او تكون الاخرى مشابهة بسبب الارادة[٢].

ثانياً: مطالبة الدائن للكفلاء: يتحد كلا من تعدد الكفلاء التضامني- التعدد بعقد واحد- مع تعدد الكفلاء التضاممي- التعدد بعقود متوالية- في العديد من الآثار المتعلقة بالمطالبة، فبالنسبة لعلاقة الدائن بالكفلاء المتضاممين فأن للدائن مطالبة كل كفيل متضامم بكل الدين المكفول، ووفاء أيا منهم مبرئ لذمته وذمم باقي الكفلاء المتضاممين، كذلك الحال بالنسبة للتعدد الكفلاء التضامني- التعدد بعقد واحد- إذ يمكن للدائن مطالبة كل كفيل متضامن بكل الدين وان وفاءه يبرئ ذمته وذمة باقي الكفلاء[٣].

الا ان وحدة هذا المبدأ بين كلا من تعدد الكفلاء بعقد واحد- الصورة الغالبة فيه تعدد تضامني- والتعدد بعقود متوالية يختلف تبريره في كلتا الصورتين، فتبرير ان كل كفيل في التعدد التضاممي مسؤول عن كل الدين هو وحدة المحل[٤]، اما تبرير ذلك بالنسبة لتعدد الكفلاء التضامني فهي فكرة التمثيل المشترك او المتبادل بين الكفلاء المتضامنين، فكل كفيل منهم يمثل

---

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، احكام الالتزام والاثبات، ط١، مكتبة الوفاء، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص. د. نواف حازم خالد، الالتزام التضامني، مصدر سابق، ص١٥٠.

(٢) مادوي تكفاريناس، تضامن المدينين في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٧، ص٤٣. حيدر فليح حسن الكناني، تعدد الدائنين، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٢، ص٥٥.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج٣، ص٢٨٥.

(٤) د. السيد محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص١٩٥.

بقية الكفلاء، هذا وهناك[١] من يرى ان ذلك لا يعد فارق بين الاثنين إذ ان كلاً منهما يؤدي الى نتيجة واحدة.

ثالثا: مبدأ الرجوع: لما كان هناك أكثر من كفيل في كلاً من تعدد الكفلاء التضامني والتضاممي فأن وفاء أيا منهم بالدين يعطي الحق للموفي الرجوع على باقي الكفلاء بما وفى وكلاً حسب نصيبه[٢]، وبالنسبة لمبدأ الرجوع بين الكفلاء المتضامنين لا إشكال فيه وذلك لتوافر المصلحة، اما بالنسبة لمبدأ الرجوع بين الكفلاء المتضاممين فلم يكن الفقه الفرنسي[٣] متقبلاً لفكرة الرجوع بين الكفلاء المتضاممين، فالكفيل المتضامم يوف ديناً عن دين شخصي لا علاقة له بباقي الكفلاء وان الحلول القانوني يفترض فيه ان يكون الكفيل ملتزم مع الاخرين او عنهم وهذا غير متحقق في تعدد الكفلاء التضاممي، الا ان هذا الرأي ما ان تم العدول عنه حيث اصبح للكفيل المتضامم الموفي دعوى تجد اساسها في الوفاء بالدين المشترك بين الكفيل وباقي الكفلاء استناداً لنص المادة (٣/١٢٥١) من القانون المدني الفرنسي، ويلاحظ ان الرجوع بين الكفلاء المتضاممين هو ان الكفيل ملزماُ بوفاء الدين في حال لم يوفى من قبل المدين الاصلي، والوفاء به من قبل كفيل آخر يثيره بلا سبب مما يمنح الكفيل الموفِ حق الرجوع على اساس الإثراء بلا سبب[٤].

لذلك ان لكل كفيل موفي متضامم كان او متضامن حق الرجوع على باقي الكفلاء لاستيفاء حقه[٥]، ويكون ذلك عن طريق رجوع بدعوى الحلول او دعوى شخصية وعلى النحو الذي سنفصله عند البحث في آثار التعدد.

---

(١) صاحب صائب ال عبود، مصدر سابق، ص٢٧٩.

(٢) د. ضمير حسين المعموري، الالتزام الانضمامي، مصدر سابق، ص١٢٩.

(٣) نقلاً عن: د. نبيل ابراهيم سعد، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، مصدر سابق، ص١٠٦.

(٤) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، ج١، مكتبة دار الثقافة، عمان، دون سنة الطبع، ٥١٠. د. امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، ٢٠٠٩، ص٣٦٧.

(٥) د. محمد جاد، احكام الالتزام التضاممي، مصدر سابق، ص٣١٧.

الفصل الثانـي

احكام الرجوع

الفصل الثاني

احكام رجوع تعدد الكفلاء

تمهيد وتقسيم:

ينشأ عن عقد الكفالة عموماً وعن تعدد الكفلاء خصوصاً روابط متعددة، فمن جهة هناك روابط متعلقة بعلاقة الدائن بالكفلاء، والاحكام التي تنظم هذه الروابط او العلاقات تتخذ صيغة مطالبات ودفوع بين الاطراف، فإذا كان القانون يمنح الدائن حق الرجوع على الكفلاء للمطالبة بالدين الذي لم يوفِ من المدين الاصلي عند حلول أجله وبحسب القواعد التي تنظم كلً من الكفالة الشخصية والعينية، فإن الكفلاء منحوا في المقابل وسيلة حماية متمثلة بجملة من الدفوع التي لهم التمسك بها والتخلص من التزامهم وبراءة ذمتهم، وتختلف هذه الدفوع بحسب مصدرها وبشروط محددة قانوناً.

ومن جهة اخرى توجد الروابط التي تتنشأ من العلاقات بين الكفلاء والمدين والكفلاء فيما بينهم، وهي التي تمتد ما بعد وفاء الكفلاء للدين، إذ يكون للموفي او الموفين منهم حق الرجوع على بقية الكفلاء من جهة، وعلى المدين الاصلي من جهة أخرى، كون التزام كل كفيل كما بينا سابقاً هو التزام تبعي يعطيه الحق الرجوع على المدين الذي يعد التزامه التزاماً أصليا، ويسلك الكفلاء الرجوع عن طريق دعاوى نظمت بقواعد عامة لها شروطاً يستلزم توفرها لإمكانية الرجوع.

لذلك ان الروابط انفة الذكر ينجم عنها حقوقاً والتزامات على الاطراف، نظمتها القوانين محل المقارنة محاولةً إيجاد التوازن بين مصالح الاطراف المختلفة، ولبيان احكام الرجوع في هذه الروابط وما الحماية القانونية التي حاولت تلك القوانين لكل من الدائن والكفلاء سنقسم الدراسة في هذا الفصل على مبحثين: الاول سيكون بعنوان احكام رجوع الدائن على الكفلاء، اما الثاني فسيكون بعنوان احكام رجوع الكفلاء بعد الوفاء.

المبحث الاول

احكام رجوع الدائن على الكفلاء

سبق ان بينا ان التزام الكفلاء بموجب عقد الكفالة يتمثل بضمان تنفيذ التزام المدين والوفاء به في حال لم يوفِ المدين الاصلي به في الوقت المحدد، لذلك يكون للدائن الرجوع عليهم في وقت حلول الآجل ووفقاً لأحكام تختلف باختلاف الكفالة المقدمة منهم، ولكون الكفلاء في عقد الكفالة هم الحلقة الأضعف كونهم يوفون دين غيرهم من مالهم الخاص، فقد وفرت الحماية القانونية لهم عن طريق سن نصوص توفر لهم مجموعة من الدفوع، ومن شأن هذه الدفوع ان تحمي الكفلاء من تعسف اطراف الالتزام الاصلي وتلاعبهما، لا سيما وان الرجوع على المدين الممنوح لهم قانوناً قد يكون بلا فائدة بسبب إعسار المدين، ولأجل ذلك سنقسم الدراسة في هذا المبحث على مطلبين: الاول لبحث رجوع الدائن على الكفلاء، اما الثاني فسيكون لبحث الدفوع التي يتمسك بها الكفلاء عند الرجوع.

المطلب الاول

رجوع الدائن على الكفلاء

ان رجوع الدائن على الكفلاء ومطالبتهم بالدين المكفول منهم يكون في وقت محدد، ويتخلل هذا الميعاد استثناءات تتعلق باعتبارات معينة هذا من جهة، ومن جهة اخرى فأن قواعد هذا الرجوع نجدها مرتبطة بنوع الكفالة المقدمة من كل كفيل، حيث كنا قد بينا سابقاً ان الكفالة على نوعين، عينية أو شخصية، من ثم فقواعد الرجوع تختلف تبعاً لذلك، ولبيان التوقيت الذي يكون للدائن فيه الرجوع على الكفلاء والقواعد التي يمكن ان يلجأ اليها عند الرجوع، سنقسم المطلب على فرعين: الاول لبحث وقت رجوع الدائن على الكفلاء، اما الفرع الثاني فسيكون لبحث قواعد رجوع الدائن على الكفلاء.

الفرع الاول

وقت رجوع الدائن على الكفلاء

تحكم مسألة وقت رجوع الدائن على الكفلاء لاستيفاء دينه قاعدتان يمكن ان نعبر عن الأولى بأنها الأصل والثانية بالاستثناء، وسنبحث كلً منهما في فقرة مستقلة تباعاً وعلى النحو الآتي:

أولاً: الأصل العام: يكون للدائن الحق في الرجوع على الكفلاء في حال عدم وفاء المدين بالدين[١]، الا ان رجوع الدائن على الكفلاء ومطالبتهم بالدين، الذي كانوا ضامنين له لا يجوز الا بحلول الأجل المتفق عليه او المقرر قانوناً، والأجل هو حق للمدين ليس للدائن او الكفلاء حرمان المدين منه ما لم يتنازل عنه[٢]، وهو من المسائل المهمة التي تثير إشكالات عدة عند التنفيذ على اموال الكفلاء ويمتد اثرها الى مسألة رجوع الموفي على المدين، وبوجه عام ليس للدائن ان يطالب الكفلاء بالدين المكفول، الا بعد حلول اجل هذا الدين ما لم يكن هناك اجل خاص لالتزام الكفيل، والغالب ان يكون اجل مطالبة الدائن للكفلاء هو نفسه اجل استحقاق الدين الاصلي المكفول نفسه، إلا انه قد يحدث ان يُتفق على اجل خاص بالكفلاء بحيث لا يكون الرجوع على كل كفيل إلا بعد حلول هذا الاجل، حتى لو كان اجل الدين المكفول قد حل قبل ذلك[٣].

---

(١) د. بلعتروس محمد، تضامن المدينين والكفلاء، دراسة تحليلية مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة جامعة ادرار، مخبر القانون والمجتمع، عدد١، دون رقم مجلد، ٢٠١٣، ص٢٥.

(٢) موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج٩، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٣٦٣. د. احمد عبد التواب محمد بهجت، الوجيز في شرح احكام الضمانات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص٥٩٣. ابو بكر محمد علي، رجوع الدائن على الكفيل بين الجمود والتطوير، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة الفاتح، ٢٠١٠، ص٨٢.

(٣) د. سليمان مرقس، عقد الكفالة، مصدر سابق، ص١٧٠. أوس محمد فهمي جرار، الاحكام القانونية لرجوع الدائن على الكفيل في الكفالة بالمال، دراسة مقارنة بالقانون المدني الاردني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة اليرموك، ٢٠١٤، ص٢٥. احمد محمد زياد فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١٢، ص٣٦.

ولما كان التزام كل كفيل لا ينبغي ان يكون اشد عبئاً من التزام المدين وان يكون مساوياً له بأقل تقدير[١]، فلا يمكن ان يكون الاجل الذي يرجع فيه الدائن على الكفلاء سابقاً لأجل الدين الاصلي[٢]، الا انه قد يحدث ان يتفق على ان يكون اجل مطالبة الكفلاء لاحقاً لأجل حلول الدين الاصلي، وما دام ان الاتفاق قد تم بين الكفلاء والدائن فلا يكون لهذا الاخير مطالبتهم قبل حلول الاجل المتفق عليه[٣]، وقد يحدد الكفلاء وقتاً معيناً تصبح فيه كفالتهم نافذة كما هو الحال في الكفالة المعلقة على شرط واقف وتأخر تحقق الشرط الى ما بعد استحقاق الدين[٤]، فلا يكون للدائن مطالبة الكفلاء الا بعد حلول الاجل الخاص بهم ولو اصبح الدين مستحق في ذمة المدين قبل ذلك، الا ان التساؤل الذي يثار بهذا الصدد هو ما الحكم لو ان الشرط الواقف قد تحقق قبل حلول اجل الدين الاصلي (المكفول)؟

لا شك ان تحقق الشرط الواقف الذي علقت الكفالة عليه تجعلها نافذة في مواجهة الكفلاء، إلا انها تجعل من التزامهم في هذا الفرض اشد من التزام المدين، من ثم ينبغي جعل التزام الكفلاء مساوياً بأقل تقدير لالتزام المدين، وذلك بأن يكون اجل التزام الكفلاء هو اجل التزام المدين لكي لا تكون التزامات الكفلاء اشد عبء من التزامات المكفول[٥].

ثانياً: الاستثناء: إذا كان وقت رجوع الدائن على الكفلاء يحدد كقاعدة عامة بحلول اجل الدين المكفول او بالأجل المتفق عليه بين الدائن والكفلاء، فأنه قد يحدث ان يتغير الاجل المتفق عليه بين الدائن والمدين اتفاقاً او قانوناً او بناءً على حكم قضائي، وقد يكون هذا التغيير اما بمد الأجل المتفق عليه وحينها يكون لكل كفيل الاستفادة من ذلك، فيمتد اجل التزامهم الى الاجل

---

(١) المادة (٢٢٩٠) من القانون المدني الفرنسي، يقابلها المادة (٧٨٠) من القانون المدني المصري، وفي المقابل اشارت الى موضوع الاجل صراحةً المادة (١٠١٣) من القانون المدني العراقي.

(٢) سعد احمد محمود، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص٢٥٨. عبد الحكيم رابحي، مهلة الوفاء بين النص والتطبيق، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٩، ص٨٤.

(٣) د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص٣٣٩.

(٤) يراد بالشرط الواقف هو ما يعلق عليه وجود الالتزام، فإذا تحقق نفذ الالتزام وإذا تخلف لا يقوم الالتزام، وبموجب المادة (٢٨٦) من القانون المدني العراقي يبقى العقد المعلق على شرط واقف غير نافذ الا بتحقق الشرط على ان لا يكون الشرط مستحيلاً او مخالفاً للنظام العام والآداب.

(٥) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق، ص١٠٦.

الجديد ولا تجوز مطالبة الكفيل قبل الاجل الجديد، ومرد ذلك كله هو ان التزام الكفيل التزام تبعي[١]، ولكن قد يحدث احياناً ان يرغب بالوفاء في الاجل الاصلي[٢]، لتعجيل رجوعه على المدين قبل ان يزداد مركزه المالي سوءاً كما لو كان تمديد الاجل للمدين قد جاء مراعاةً لسوء مركزه المالي، فما صحة وفاء الكفلاء في هذا الفرض؟

يشترط لرجوع الكفلاء على المدين الاصلي بما تم وفاءه لمصلحته ان يكون الوفاء قد تم في الاجل المحدد، والا لا يكون للكفيل الموفي ان يرجع على المدين الاصلي قبل ذلك[٣]، فوفاء الكفيل للدين قبل الاجل يفوت على المدين فرصة انقضاء الدين بأحد اسباب الانقضاء على نحو ينفي الحاجة الى الوفاء من اساسه من الكفيل ورجوعه على المدين[٤]، كون الاجل وكما بينا حق للمدين لا ينبغي حرمانه منه وينبغي ان يكون ذلك بالنسبة للمهلة التي تمنح للمدين اتفاقاً او قانوناً كون الحكمة متحققة في هذه الحالة.

اما اذا كان الاتفاق بين الدائن والمدين على تعجيل استحقاق الدين والزام الكفلاء بذلك، فإذا اتفق الطرفان على تعجيل اجل التزام المدين ليس من العدالة ان يضار الكفلاء من هذا الاتفاق، ولا تجوز مطالبته الا بحلول الاجل الاصلي، ولكن ما الحكم اذا سقط اجل التزام المدين بسبب اعساره او إضاعته للتأمينات؟

هناك رأي يذهب[٥] الى ان سقوط اجل التزام المدين لأحد الاسباب القانونية[٦]، يترتب ايضاً سقوط اجل التزام الكفلاء، لان هذا هو مقتضى فكرة التبعية، وكذلك ان الغرض من الكفالة

---

(١) محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص١٤٠.

(٢) د. منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة، مصدر سابق، ص٥٣.

(٣) نصت المادة (١٠٣٧) من القانون المدني العراقي على: (إذا كان الدين المكفول به مؤجلاً فدفعه الكفيل للدائن معجلاً فلا يرجع به على المدين الا عند حلول الاجل).

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج١٠، مصدر سابق، ص١٦٩.

(٥) سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦، ص٦٠. علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، القسم الثاني، الكفالة، منشورات معهد البحوث والدراسات، ١٩٧٣، ص٦٥. د. محمد ابراهيم مورسي، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، ج١، دار الثقافة والنشر، المملكة العربية السعودية، ١٩٩١، ص٤٦٧.

(٦) تنص المادة (٢٩٥) من القانون المدني العراقي على: (يسقط حق المدين في الاجل: أ- إذا حكم بإفلاسه. ب- إذا اضعف بفعله الى حد كبير ما اعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هذا التأمين قد اعطى بعقد=

هو ضمان حق الدائن ضد مخاطر اعسار المدين، في حين يذهب الرأي الاخر[1]، الى التفرقة بين فرضين: الاول إذا كان سقوط الاجل بسبب عدم تقديم المدين ما وعد بتقديمه من تأمينات وكان الكفيل عالما بهذا الوعد وقت الكفالة فانه يكون ضامناً له، فاذا اخل المدين بالتزامه بتقديم هذه التأمينات مما ترتب عليه سقوط الاجل لدينه فان الاجل يسقط ايضا بالنسبة للكفيل وتجوز مطالبته في الوقت نفسه، اما الفرض الثاني فهي الحالات الاخرى التي يكون فيها سقوط اجل التزام المدين بسبب اعساره او اضاعته للتأمينات التي قدمها من قبل ولا يكون للكفيل علماً بها، فان ذلك لا يترتب عليه سقوط الاجل بالنسبة للكفلاء، اذ انه من الراجح عندهم ان الاجل لا يسقط بالنسبة للكفيل في حالة الكفالة المطلقة للاعتبارات الآتية[2]:

١- ان الاعسار الذي يضمنه الكفيل هو اعسار المدين وقت حلول الاجل المتفق عليه.

٢- ان تبعية التزام الكفيل للالتزام الاصلي مقيدة بأن لا يصدر من المدين بإرادته او فعله او ما يسوء مركز الكفيل، وان من المتفق عليه في القانون التجاري ان سقوط الاجل بسبب افلاس المدين لا ينصرف الى غيره ولا ينصرف بصفة خاصة الى الكفيل.

٣- ان سقوط الاجل بالنسبة للمدين مرده تخلف اعتبارات الثقة فيه، ومتى لم يصدر عن الكفيل ما يخل الثقة فيه فلا داعي للقول بسقوط الاجل المقرر لديه.

ومن استعراض الخلاف اعلاه نلاحظ ان الاخذ بالرأي الثاني هو الاقرب للعدالة، لان من الثابت قانوناً وكما مر بنا ان التزام الكفيل ينبغي ان يكون اخف من التزام المدين، وكذلك ان مقتضى عقد الكفالة هو ضمان حق الدائن ضد اعسار المدين في اجل معين هو الأجل الذي ارتضاه الكفلاء عند ابرام عقد الكفالة، ولا مبرر لسقوط هذا الاجل بالنسبة للكفيل لسبب لا يد له

لاحق او بمقتضى القانون، هذا ما لم يختر الدائن ان يطالبه بتكملة التأمين، اما إذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه فأن الاجل يسقط ما لم يوقف المدين هذا السقوط بان يقدم للدائن ما يكمل التأمين).

(١) د. منصور مصطفى منصور، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٣٧٩. د. السيد محمد السيد عمران، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٤٥. د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني، مصدر سابق، ص٧٥٠.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٨٥. د. سمير تناغو، التأمينات الشخصيات والعينية، مصدر سابق، ص١٣٧.

فيه، خاصة وان سحب الثقة من المدين بسبب اعساره لا يبرر سحب الثقة في الوقت نفسه من الكفيل، ما لم يكن سقوط الأجل بسبب عدم تقديم المدين ما وعد به بدءاً وبعلم الكفلاء لأنه سيكون بمثابة قبول منهم بضمان لهذا الوعد، وجدير بالذكر ان الجدل السابق لا يثور اذا كان لدين الكفيل اجل خاص به ابعد من اجل الدين الاصلي، فأن احد لا يقول بسقوط هذا الاجل الخاص اذا سقط اجل التزام المدين لأي سبب من الاسباب.

الفرع الثاني

قواعد رجوع الدائن على الكفلاء

تختلف قواعد الرجوع على الكفلاء باختلاف نوع الكفالة المقدمة، ويمكن بحث ذلك على النحو الآتي:

أولاً: الكفالة العينية: تحكم قواعد رجوع الدائن على الكفيل العيني احكام الكفالة العينية، لتقارب الكفالة العينية من الرهن بعدهما صورة من صور الضمانات العينية، فمجال التقارب بينهما كبير لدرجة ان هناك من يرى ان عقد الكفالة العينية هو بحقيقته رهن ليس الا[1]، في حين ان هذا الرأي محل نظر فعلى الرغم من اوجه الشبه بين الكفالة العينية والرهن كبيرة، الا ان هناك اوجه اختلاف عدة بين الاثنين ابرزها: ان الرهن يقدم من المدين بصفته مدين وراهن في حين ان الكفيل يقدم الرهن لكفالة دين غيره بعدّه كفيل وراهن، فعلاقة المدين (الراهن) مباشرة مع الدائن على اساس المديونية والمسؤولية[2]، في حين علاقة الكفيل العيني بالدائن غير مباشرة وتوصف تلك العلاقة بالتبعية القائمة على المديونية من دون المسؤولية، ويترتب على ذلك ان للكفيل العيني ان يشترط الرجوع على اموال المدين اولاً ولا يكون للراهن ذلك، وان له حق التقسيم مع بقية الكفلاء في حال لم يكن متضامن، وحتى لو كان كذلك فأن هذا لا يحرمه من حق الرجوع على المدين وباقي الكفلاء لأنه في النهاية كفيل وليس مدين[3]، لذلك فأن رجوع الدائن على

---

(١) د. محمد نجيب عوضين المغربي، آثار الرهن للدائن المرتهن في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٧٢.

(٢) د. حكيمة مؤذن، الكفالة العينية في التشريع المغربي، بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد١٥، دون رقم المجلد، ٢٠١٦، ص١٧٠.

(٣) محمد فوزي محمود عوجان، مصدر سابق، ص٢١٥-٢٢٠.

الكفلاء او الكفيل العيني بموجب قواعد الرهن لا يعني ان مركز الكفيل هو ذاته مركز المدين (الراهن)، بل ان هناك احكام معينة هي فقط ما ينطبق على الكفالة العينية.

وبعيداً عن الجدل اعلاه وبقدر تعلق الموضوع بقواعد رجوع الدائن على الكفيل العيني، فأن عقد الكفالة العينية ينشأ برهن الكفيل لمال معين عقاراً كان ام منقولاً، فالكفالة العينية تقوم بالرهن التأميني ام الحيازي، الامر الذي يجعل العلاقة بين الكفيل والدائن يحكمها قواعد الرهن التأميني والحيازي وعلى النحو الآتي:

١- الرهن التأميني: في حال كانت الكفالة العينية بموجب عقد رهن تأميني فهو عقد ملزم لجانب واحد، وبحسب القانون الفرنسي لا تتوقف نشأته على اي اجراء كالتسجيل مثلاً[١]، بخلاف القانون المصري العراقي لان التسجيل في القانون الفرنسي[٢] لازم لنفاذ الرهن في مواجهة الغير، في حين لا نشأة لهذا العقد قبل التسجيل في القانون المصري والعراقي[٣]، وتمر العلاقة بين الدائن والكفيل العيني بمرحلتين: المرحلة الاولى تكون سلمية ومرحلة ركود لان كل من الراهن – الكفيل- والدائن يترقبان حلول اجل الدين وتسري عليها القواعد العامة التي تحكم هذه المرحلة[٤]، اما المرحلة الثانية وهي ما يهمنا عند البحث في رجوع الدائن على الكفيل العيني، الا وهي مرحلة التنفيذ على المال المرهون عند حلول اجل

---

(1) D/Philippe Similer, Droit Civile, Les Suretés La publicité Foncière, 2eme Edition, Dalloz, p614.

د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص٢٩٤. د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص١٢٠. د. محمد عبد الظاهر حسين، التأمينات العينية والشخصية، ج١، التأمينات العينية، المطبعة الفنية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٩. د. اسعد ذياب، ابحاث في التأمينات العينية، المؤسسة الجامعة، لبنان، دون سنة نشر، ص٥٥.

(٢) نصت المادة (٢٤٢٥) من القانون المدني الفرنسي على: (يجب ان يتم تسجيل الرهون العقارية لتصبح قابلة للتنفيذ...).

(٣) نصت المادة (١٠٣١) من القانون المدني المصري على: (لا ينعقد الرهن الا إذا كان بورقة رسمية)، وفي المقابل نصت الفقرة الاولى من المادة (١٢٨٦) على: (لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العراقي...). كذلك: د. محمد طه البشير و د غني حسون طه، الحقوق العينية التبعية، ج٢، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة نشر، ص٣٥٤. د. قصي سلمان، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، ط١، منشورات جامعة جيهان الاهلية، اربيل، ٢٠١٢، ص١٧٠.

(٤) حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٩، ص٢٧.

الدين، فأثر الكفالة العينية بالنسبة للدائن – المكفول له– يُكسبه حق عيني تبعي محصور بالمال المكفول له فقط[١].

ومتى ما قرر الدائن الرجوع على هذا الكفيل والتنفيذ على العقار المرهون كان له ذلك ليستوفي حقه كاملاً، والمرهون ضامن لكل جزء من الدين وكل جزء من الدين مضمون بالمرهون[٢]، ويكون التنفيذ من الدائن على العقار المرهون وذلك بطلب بيعه وفقاً للإجراءات المقررة في قانون التنفيذ[٣]، بغية استيفاء حقه ويصار الى بيع العقار بالمزاد العلني تحت اي يد كان وذلك لما له من حق التتبع الذي يعد قوام الرهن[٤]، ويكون ذلك قبل اي دائن يليه في المرتبة بفضل حق الافضلية[٥].

ولما كان الراهن هو شخص غير المدين في الكفالة العينية كان له التخلص من التزامه والتنفيذ عليه بصورة مباشرة متى ما تخلى عن المرهون، ولا يقصد بالتخلية هنا عن ملكية المرهون، بل يراد بالتخلية التخلي عن الحيازة المادية، من ثم ستكون الاجراءات المتخذة في مواجهة الامين او الحارس بدلاً من ان تتخذ في مواجهة الكفيل العيني مباشرةً وهذا ما تشير له الفقرة الثانية من الماد (١٠٥١) من القانون المدني المصري والتي تنص على: (وإذا كان الراهن شخصاً اخر غير المدين، جاز له ان يتفادى اي اجراء موجه اليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار)، فحق

---

(١) نصت المادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي: (إذا كان الراهن في الرهن التأميني غير المدين فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص لضمان حق الدائن، ولا تجاوز مسؤوليته عن هذا الحق حد ما رهنه من المال، ولكن ليس له ان يطلب من المرتهن ان يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك)، كذلك نصت الفقرة الثانية من المادة (١٣٤١) من القانون المدني العراقي على: (والرهن الحيازي كالرهن التأميني في اقتصار التنفيذ على المرهون إذا كان الراهن غير المدين...).

(٢) نصت المادة (١٢٩٤) من القانون المدني العراقي على: (كل جزء من العقار او العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار او العقارات المرهونة كلها).

(٣) نصت المادة (١٢٩٩) من القانون المدني العراقي على: (للمرتهن ان يستوفي حقه في العقار المرهون رهنا تأمينيا وفقاً للإجراءات المقررة لذلك...).

(4) D. Philippe Malaurie, D. Laurent Aynès, Les suretés et La publicité Foncière, 2eme edition,. Par Laurent Aynés et pierre Croqo. Defrénois, paris, 2006, p158.

(٥) جورج شدراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٦، ص١٤.

الكفيل العيني بالتخلي ثابت في القانون المصري بدلالة المادة اعلاه ويؤيده الفقه المصري[١]، ولا مقابل لهذا النص في القانون الفرنسي والعراقي، ونلاحظ ان منح الكفلاء حق التخلية يجنبهم الاجراءات في مواجهته مباشرةً وما يترتب على ذلك من صعوبات وتعقيدات، ويوفر لهم حماية تساعدهم في المحافظة على سمعتهم وما قد يتعرضون له من مساس بها في حال كان التنفيذ في مواجهتهم مباشر.

وحق الدائن ثابت بالورقة الرسمية المسجلة[٢]، من ثم هو لا يحتاج الى حكم عند الرجوع وانما يصار الى التنفيذ المباشر بموجب الورقة الرسمية التي بين يديه وهذا من النظام العام، ويقع باطلاً كل اتفاق يعطي للدائن الحق في حال عم استيفاء الدين المكفول وقت حلول الاجل ان يتملك المرهون مقابل ثمن معلوم أيا كان مقداره، او ان يصار الى بيعه من دون مراعاة للإجراءات المفروضة قانوناً[٣]، وفي ذلك حماية للكفيل العيني في مواجهة الدائن[٤].

٢- الرهن الحيازي: إذ تنتقل حيازة المال المرهون في هذه الحالة للدائن المرتهن وهو ما يعطيه الشعور بالأمان[٥]، فيحوز الشيء بنفسه او من شخص ثالث عدل[٦]، وفي حال حاز

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج١٠، مصدر سابق، ص٥٧٨.

(٢) نصت الفقرة الاولى من المادة (١٢٨٦) من القانون المدني العراقي على: (لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وعلى كل من المتعاقدين ان يعين محل إقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل، ويعطى لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن الموقع عليها منهما، بعد اخذ تقريرهما في مواجهة الشهود).

(٣) نصت المادة (١٣٠١) من القانون المدني العراقي على: (لا يغلق الرهن، فيقع باطلاً كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول اجله في ان يتملك العقار المرهون رهنا تأمينيا بالدين او اي ثمن كان او في ان يبيعه دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن).

(٤) د. السيد عيد نايل، مصدر سابق، ص٢٠٣.

(5) Jourdan, E, Evolution et forms du credit reel mobilier, these Montpellier, 1934,p148.

(٦) المواد (١٣٢١-١٣٢٣) من القانون المدني العراقي.

المال المرهون بنفسه فإن ذلك يرتب التزامات متبادلة على كل من الطرفين[١]، وفي حال كان الرهن الحيازي وارداً على عقار[٢]، فلا يتم من غير التسجيل في التسجيل العقاري[٣]، وبقدر تعلق الموضوع برجوع الدائن على الكفيل العيني، فأن للدائن بعد حلول اجل الدين الموثق بالرهن الحيازي ان يطلب بيع المرهون وفقاً للإجراءات المقررة في قانون التنفيذ واستيفاء الدين من ثمنه[٤].

ثانياً: الكفالة الشخصية: يضمن كل كفيل شخصي الدين المكفول بذمته المالية جميعها، إذ ينشأ إلتزام شخصي على ذمة كل واحداً منهم بعدّه مديناً احتياطياً[٥]، وتشمل الذمة المالية لكل كفيل مجموع ما للشخص من حقوق موجودة وقت ابرام الكفالة او قد توجد والتزامات ناشئة او قد تنشأ، من ثم فأن رجوع الدائن على الكفلاء يكون بالذمم المالية لهم جميعها، إذ يكون له اللجوء الى التنفيذ الجبري عليها عند حلول الآجل وعدم استيفاء الدائن دينه من المدين الاصلي، اما القواعد التي يكون للدائن الرجوع بموجبها على كل كفيل فهي القواعد العامة المتعلقة بالتنفيذ الجبري على المدين[٦].

---

(١) شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية، ج١، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٢، ص٣٢٤. د. مرتضى عبد الله خيري، المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، عدد٢، بلا مجلد وسنة نشر، ص١٤.

(2) Hamel, J, Le gage sans dépossession du débiteur, chronique, Dalloz, 1945, p37.

(٣) نصت المادة (١٣٢٤) من القانون المدني العراقي على: (اذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط ايضا لتمامه ان يسجل في دائرة الطابو وفقا للأوضاع المقررة قانوناً). كذلك: د. ندى سالم مله علو و ندى محمود ذنون، المركز القانوني للكفيل العيني، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، عدد٩، مجلد٣، ٢٠١٤، ص٤٦.

(٤) نصت المادة (١٣٤٨) من القانون المدني العراقي على: (اذا حل الدين الموثق بالرهن الحيازي ولم يوف جاز للمرتهن ان يطلب بيعه واستيفاء الدين من ثمنه).

(٥) تنص الفقرة الاولى من المادة (٢٦٠) من القانون المدني العراقي على: (اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه).

(٦) د. عبد المجيد الحكيم. عبد الباقي البكري. محمد طه البشير، القانون المدني، ج٢، احكام الالتزام، مصدر سابق، ص٨٥.

وليس للدائن افضلية في الكفالة الشخصية مقارنة بالكفالة العينية التي يملك الدائن فيها حق افضلية على غيره من الدائنين، ويتمتع بميزتي التتبع والتقدم في حين ان الدائن في الكفالة الشخصية متساوي مع دائني الكفلاء، وجميعهم متساوون في السعي للتنفيذ على الكفيل او الكفلاء[1]، فضلاً عن ان نطاق مسؤولية الكفيل الشخصي اوسع لامتدادها الى الذمة المالية للكفيل جميعها[2].

واخيراً ان الكفالة يرتبط مصيرها بمصير الالتزام المكفول وهي تنشأ التزام تبعي، وان لكل كفيل أيا كان نوع الكفالة التي يقدمها ان يتخلص من إجراءات التنفيذ عليه من الدائن وقت حلول الدين بمجموعة من الدفوع تختلف احكام التمسك بها بحسب مصدرها، وهو ما سنتطرق اليه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني

الدفوع التي يتمسك بها الكفلاء عند الرجوع

إذا كان للدائن حق الرجوع على الكفلاء بموجب عقد الكفالة الذي التزموا به بإرادتهم، فأن القوانين محل المقارنة كفلت لهم بالمقابل دفوعاً تمكنهم من التخلص من التزامهم بدفع الدين المضمون في حالات معينة، وتصنف هذه الدفوع الى فئتين منها ما يستمد من الالتزام الاصلي المكفول، ومنها ما يوفره عقد الكفالة المبرم بينهم وبين الدائن، ولأجل معرفة هذه الدفوع والاحكام المتعلقة بالتمسك بها سنقسم الدراسة في هذا المطلب على فرعين: الاول لبحث الدفوع الناشئة عن الالتزام الاصلي، اما الفرع الثاني فسيكون للدفوع الناشئة عن عقد الكفالة.

---

(١) محمد فوزي محمود عوجان، مصدر سابق، ص١١٠. عثمان محمد صباح الزوايدة، الكفالة العينية في القانون الاردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الاسراء الخاصة، ٢٠١٨، ص١٧.

(٢) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٠٠. زعاف فراح رتيبه، احكام الكفالة الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد العلوم القانونية والادارية، ٢٠١٣، ص٥.

الفرع الاول

الدفوع الناشئة عن الالتزام الاصلي

لما كان عقد الكفالة عقداً تابعاً للالتزام الاصلي للمدين المكفول، فانه يتأثر به حتماً، صحةً وبطلاناً، وجوداً وعدماً، ويترتب على ذلك ان لكل كفيل الحق في التمسك بالدفوع المتعلقة بالالتزام الاصلي التي اما ان ترجع الى تقرير وقوعه باطلا من الاساس، او انه موقوف والسعي الى التمسك بالأسباب التي جعلته موقوفا لتقرير بطلانه او ان يثبت انقضائه وبراءة ذمة المدين، ومن ثمة براءة ذمتهم- الكفلاء- بالتبعية ايضاً[١].

ويمكن ان نصنف الدفوع التي يكون للكفلاء التمسك بها عموماً في مواجهة الدائن والمستمدة من الالتزام الاصلي للمدين المكفول الى فئتين وعلى النحو الآتي:

أولاً: الدفوع المتعلقة بصحة الالتزام الاصلي ونفاذه

ويعد الالتزام الاصلي الذي يبرم بمناسبته عقد الكفالة في الغالب يكون مصدره عقد كسائر العقود الاخرى وتطبق عليه الاحكام المتعلقة بالصحة والبطلان[٢]، وبالرجوع للقواعد العامة في القوانين المدنية فأن متى ما توافرت اركان العقد وهي التراضي والمحل والسبب، فضلاً عن الشكلية في العقود الشكلية انعقد العقد صحيحاً ورتب اثره، إذ يكون العقد صحيحاً نافذاً متى ما كان صادراً من اهله مضافاً الى محله قابل لحكمه[٣]، اما في حال تخلف احد اركان العقد فأن العقد يعد باطلاً[٤]، اي لا وجود له قانوناً بسبب اختلال تكوينه، والبطلان مرتبط بفكرة مخالفة

---

(١) نزيه نعيم شلالا، دعاوى الكفالة والكفيل والمكفول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٠، ص٧٤. ابو بكر محمد علي، رجوع الدائن على الكفيل بين الجمود والتطوير، مصدر سابق، ص٧٥.

(٢) درع حماد عبد، النظرية العامة للالتزامات، القسم الاول (مصادر الالتزام)، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص١٨٩.

(٣) نصت الفقرة الاولى من المادة (١٣٣) من القانون المدني العراقي على: (العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا بأن يكون صادرا من اهله مضافا الى محل قابل لحكمه وله غرض قائم وصحيح ومشروع واوصافه صحيحة سالمة من الخلل). يقابلها المادة (١١٢٨) من قانون العقود الفرنسي الجديد.

(٤) عرف المشرع العراقي في الفقرة الاولى من المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي العقد الباطل بأنه: (العقد الباطل هو ما لا يصح اصلا باعتبار ذاته او وصفاً باعتبار بعض اوصافه الخارجية). وفي المقابل عالجت المادة (١١٧٨) من قانون العقود الفرنسي الجديد مسألة البطلان.

القانون إذ يعد نتيجة لمخالفة قواعده[1]، فالعقد الذي لم تراعَ فيه قواعد القانون لا ينتج اثراً قانونياً ولا ينشأ عنه حق او التزام.

وان الخوض في مسائل الصحة والبطلان يطول ولا مجال لبحثه تفصيلاً هنا، وبقدر تعلق الموضوع بالدفوع التي يكون للكفلاء التمسك بها في حال بطلان التصرف بين الدائن والمدين نقول انه متى ما قضي بالبطلان، فأن الاثر المترتب عليه لا يقتصر على العلاقة فيما بين المتعاقدين فحسب، بل يمتد الى الغير، ولما كان الكفلاء من الغير بالنسبة للرابطة المباشرة بين الدائن والمدين الذي ابرمت الكفالة ضماناً لها، فأن لكل كفيل التمسك بهذا البطلان في مواجهة الدائن، فللبطلان اثر مطلق يستطيع من له مصلحة التمسك به[2]، ومتى ما أثبت الكفيل بطلان الالتزام الاصلي فأن التزامه بموجب الكفالة يبطل هو الآخر وتبرء ذمته منها[3].

اما في حال كان العقد الذي كان سبباً في ابرام عقد او عقود الكفالة موقوفاً[4]، فأن التمسك بهذا الدفع من الكفلاء ممكن ما دام العقد لم يجز بعد، ويكون العقد موقوفاً متى ما ابرم من ناقص الاهلية او كان كامل الاهلية الا ان العقد اعتراه عيباً من عيوب الإرادة وهي الغلط او

---

(١) د. جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ص٩٤.

(٢) نصت المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي على: (إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة)، يقابلها المادة (١١٨٠) من قانون العقود الفرنسي الجديد.

(٣) وللكفلاء علاوة على ذلك الطعن بأي تصرف او حكم من شأنه التأثير في الضمان العام للمدين المكفول من قبلهم، فلهم اللجوء الى دعوى منع التصرف للطعن بكل تصرف صادر من المدين. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد٣، في العقود المسماة (عقد الكفالة)، ط٣، دون دار، ١٩٩٤، ص٩٠.

(٤) يقابل العقد الموقوف في الفقه الاسلامي والقانون العراقي العقد القابل للبطلان في القانون المصري وغيرها من القوانين كالقانون السوري والبحريني والكويتي، ويختلف الاثنان من حيث الاثر، فبالنسبة للعقد الموقوف فانه لا ينتج اثره الا بإجازته من قبل من وقف لمصلحته، في حين ان العقد القابل للبطلان منتج لآثره حتى يتم تقرير بطلانه بناءً على طلب من شرع البطلان مراعاةً لمصلحته، وبالمفاضلة بين الاثنين يعتبر العقد الموقوف افضل من العقد القابل للإبطال او ما يسمى بالبطلان النسبي الذي قد يثير صعوبات عند تعرضه للبطلان بعد ان رتب آثاره في بينما يكون العقد الموقوف بسبات لحين إجازته لينفذ بأثر رجعي. لتفاصيل أكثر يراجع: د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة نشر، ص٥٠١.

الاكراه او الغبن مع التغرير[١]، فضلاً عن تصرف الفضولي، الا انه متى ما أجيز العقد وكانت الإجازة صحيحة وفي المدة المحددة قانوناً[٢]، عُدّ العقد صحيحاً من وقت الاجازة وانتفى الدفع بالنسبة للكفلاء.

وإذا كان احتجاج الكفلاء بالدفوع المتعلقة ببطلان التزام المدين المكفول في مواجهة الدائن امراً حتمياً ومطلق بنص القانون، فإن الدفوع المتعلقة بوقف العقد – قابليته للبطلان– فهي جائزة ما لم ينص على خلاف ذلك، إذ ليس للكفلاء التمسك بالدفوع المتعلقة بشخص المدين، حيث نصت المادة (١٣١٢) من القانون المدني الفرنسي على: (يحق للكفيل ان يحتج بوجه الدائن بكل الدفوع العائدة للمدين الاصلي التي تكون ملازمة للدين. ولكن لا يمكنه ان يحتج بالدفوع التي تكون محض شخصية بالنسبة للمدين)[٣]، وفي المقابل نصت الفقرة الثانية من المادة (٧٨٢) من القانون المدني المصري على: (على انه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص اهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له ان يحتج بهذا الوجه)، فبدلالة النص اعلاه نجد ان للكفلاء التمسك بدفع البطلان – انعدام الاهلية– كذلك الدفع المتعلق بوقف العقد الناجم عن تصرف الفضولي او عيوب الرضا، في حين ان الدفع المتعلق بنقص الاهلية ليس للكفيل التمسك به إلا إذا كان عالماً به وقت الكفالة[٤].

---

(١) جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص٣٩. درع حماد، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص١٨٢.

(٢) مدة إجازة العقد في القانون المدني العراقي هي ثلاث اشهر من تاريخ بلوغ عديم الاهلية او زوال العيب بالنسبة للعيوب الاخرى، وقد عمد القانون العراقي الاخذ بهذه المدة القصيرة بعد ان كانت المدة غير محددة فقهاً – مصدر فكرة وقف العقد– عدا الفقه المالكي، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي على: (ويجب ان يستعمل خيار الإجازة او النقض خلال ثلاثة اشهر، فإذا لم يصدر خلال هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً).

(٣) الدالوز، القانون الفرنسي باللغة العربية، ص٢٠٥٤.

(٤) ان كان ظاهر نص المادة (٢/٧٨٢) الذي جاء به القانون المدني المصري يفيد عدم جواز تمسك الكفلاء بنقص اهلية المدين المكفول في حال علمهم بذلك وقت الكفالة، الا ان هناك من يذهب الى ان عدم جواز منع التمسك بنقص اهلية المدين ما لم تكن الكفالة قدمت بسبب ذلك النقص وليس مجرد العلم به، على اساس ان حرمان الكفلاء من هذا الدفع هو ان التمسك المدين بنقص الاهلية يبقى الكفيل بعد ذلك ملتزم كمدين اصلي، وبالتالي ليس للكفيل من باب اولى التمسك بهذا الدفع وذلك استناداً للمادة (٧٧٧) والتي تنص على: (من كفل=

بناءً على ما تقدم فأن للكفيل ان يتمسك في مواجهة الدائن بالدفوع كافة التي يجوز للمدين التمسك بها وهذا ما نص عليه المشرع المدني المصري صراحةً[1]، اما عن موقف القانون المدني العراقي فأنه يخلو من نص صريح الى حق الكفيل التمسك بهذه الدفوع، الا انه وبالرجوع الى المادة (١٤١) من القانون المدني العراقي على: (إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان، وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة)، يمكننا القول ان من مصلحة الكفلاء التمسك ببطلان التزام المدين في مواجهة الدائن.

إذ ان المشرع نظم احكاماً خاصة بالكفالة الشخصية ولم ينظم الكفالة العينية ونتيجة لاتفاق الفقه على امكانية تطبيق الاحكام الواردة في الكفالة الشخصية على الكفالة العينية شريطة عدم التصادم مع طبيعتها، لذا فإنه بديهياً وطبقاً للقواعد نفسها يكون للكفيل العيني التمسك بالدفوع التي يتمسك بها الكفيل الشخصي[2]، باستثناء بعض الدفوع التي لا يمكن التمسك بها على ما سنبينه في موضع لاحق من هذه الرسالة، وقد نص المشرع المدني العراقي صراحة على الدفوع التي يحتج بها الكفيل العيني، واشار الى ان الرهن عقد تابع للالتزام الاصلي ويترتب على ذلك ان كل ما يؤثر في الالتزام الاصلي يؤثر في التزام الكفيل العيني ايضا، ومن ثمة يكون له ان يدفع بالدفوع كافة التي يمكن للمدين التمسك بها في مواجهة الدائن حتى لو نزل المدين الاصلي عن هذه الدفوع[3].

التزام ناقص الاهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الاهلية، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول). لتفاصيل اكثر يراجع: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص٩٢.

(١) نصت المادة (٧٨٢) من القانون المدني المصري على: (يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله ان يتمسك بجميع الاوجه التي يحتج بها المدين)، ويقابلها المادة (١٠٤٠) من القانون المدني الفرنسي ولا مقابل لها في القانون المدني العراقي.

(٢) د. حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص١٧٢.

(٣) د. علي فوزي الموسوي، عقد الكفالة، مصدر سابق، ص٤٦. ادوار عيد، التأمينات العينية (التامين العقاري- الرهن العقاري- رهن المنقول- حقوق الامتياز)، ط٢، دون ذكر دار نشر، ١٩٩٥، ص٤٤.

ثانياً: الدفوع الناشئة عن انقضاء الالتزام

لما كان التزام كل كفيل هو ضمان التزام المدين الاصلي، فأن القواعد العامة تقضي بأن التابع يتبع المتبوع[١]، ولذا ان كل ما يؤدي الى انقضاء الالتزام الاصلي يؤدي ايضا الى انقضاء الالتزام التابع له، ولما كان عقد الكفالة عقدا تابعاً للالتزام الاصلي ويدور معه وجوداً وعدماً، فان كل ما يؤدي الى انقضاء التزام المدين الاصلي يؤدي الى انقضاء التزام الكفيل تبعا له[٢]، ومن ثمة يكون لهذا الاخير ان يدفع بهذا الانقضاء في مواجهة الدائن عند توافر اي سبب من اسبابه، سواء كان بالوفاء ام ما يعادله ا من دون الوفاء[٣].

وبالرجوع للقواعد العامة وبالنسبة للوفاء، فقد يحدث ان يقوم المدين الاصلي بالوفاء ومتى ما كان وفاءه صحيحاً[٤]، فأنه يكون مبرأ لذمة المدين الموفي والكفلاء الضامنين لذلك الدين، ويكون لهم التمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن في حال المطالبة.

اما بالنسبة لانقضاء الدين بما يعادل الوفاء او الانقضاء من دون الوفاء، فسنستعرضها بشيء من الإيجاز وبقدر تعلق الموضوع بمسألة جواز التمسك بهذه الدفوع من الكفلاء، وعلى النحو الآتي:

١- الوفاء بمقابل: إذا كان الاصل ان يقوم المدين بالوفاء بعين ما التزم به[١]، الا ان قبول الدائن استيفاء شيء اخر من المدين ينقضي الدين به وتبرأ ذمة المدين عن طريق الوفاء

---

(١) تقضي القاعدة الأصولية (التابع يتبع) بأن: يسري على التابع ما يسري على متبوعه من حكم، ويترتب على ذلك ان سقوط الاصل يؤدي الى سقوط الفرع، في حين لا يؤدي سقوط الفرع الى سقوط الاصل، وعليه متى ابرأ الدائن المدين تبرأ ذمة الكفيل، ولكن براءة ذمة الكفيل من قبل الدائن لا تؤدي الى براءة ذمة المدين. لتفاصيل أكثر يراجع: د. مصطفى احمد زرقاء، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، ج٢، المدخل الفقهي العام، ط١٠، دار الفكر، بيروت-لبنان، ١٩٦٨، ص٤٨٦.

(٢) نصت المادة (١٠٤١) من القانون المدني العراقي: (ابراء الدائن المدين يوجب براءة الكفيل، ولكن ابراء الكفيل لا يوجب براءة المدين).

(٣) عبد السلام بن محمد شويعر، عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة، بحث منشور في مجلة العدل، عدد٤٣، دون مجلد وسنة النشر، ص١٧٠. عبد الله برجس محمد، التضامن بين المدينين وفقاً لأحكام القانون المدني الاردني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ١٩٩٧، ص٧٧.

(٤) نظم المشرع العراقي صحة الوفاء في المواد (٣٧٥-٣٧٨).

بالمقابل[٢]، وانقضاء الالتزام بالنسبة للمدين لا يبرأ ذمته فحسب وانما ينقضي تبعاً لذلك التزام الكفلاء الضامنين للدين الموفى به، الا الصعوبة تثار فيما لو استحق الشيء الموفى به وطلب الدائن فسخ الوفاء بمقابل ليصبح كانه لم يكن فهل يرجع التزام الكفلاء تبعاً لرجوع دين مدينهم الاصلي؟

يجيب القانون المدني المصري على السؤال اعلاه صراحةً بنص المادة (٧٨٣) التي تنص على: (إذا قبل الدائن ان يستوفي في مقابل الدين شيئا اخر برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء)، فواضح من النص ان استحقاق ما تم الوفاء به للدائن لا يضر الكفلاء ويحرمهم من التمسك بهذا الدفع الذي يستفاد منه بموجب النص اعلاه، فالوفاء بمقابل يبرأ ذمة الكفلاء نهائياً ولا يكون للدائن في حال الاستحقاق سوى الرجوع على المدين او الغير في حال كان هو من قام بالوفاء، وفي المقابل نصت المادة (١٠٢٩) من القانون المدني العراقي على: (اذا قبل الدائن ان يستوفي من المدين في مقابل الدين شيئاً اخر برئت ذمة الكفيل حتى لو استحق هذا الشيء الا إذا كان الدائن قد احتفظ بالحق في الرجوع على الكفيل في هذه الحالة).

٢- التجديد والإنابة: يترتب على تجديد الالتزام انقضاء الالتزام الاصلي وهو الالتزام المكفول، ويترتب على ذلك سقوط التأمينات المقدمة ضماناً للوفاء به[٣]، ومن ثمة يكون لكل كفيل التمسك بهذا الدفع حتى لو اتفق كلٌ من الدائن والمدين على تجديد الكفالة[٤]،

---

(١) د. عامر محمود الكسواني، احكام الالتزام- آثار الحق في القانون المدني (دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، ٢٠٠٨، ص٨٢.

(٢) نصت المادة (٣٩٩) من القانون المدني العراقي على: (اذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئا اخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء)، ويطابق هذا النص المادة (٣٥٠) من القانون المدني المصري والمادة (٣٤٨) من القانون المدني السوري والمادة (٣٣٧) من القانون المدني الليبي.

(٣) نصت المادة (٤٠٤) من القانون المدني العراقي على: (إذا كان الدين الاصلي مشمولاً بتأمينات شخصية او عينية وصار تجديده سقطت التأمينات الا اذا جددت هي ايضاً)، يقابلها المادة (١٢٧٨) من القانون المدني الفرنسي.

(4) Christian LA Poyades Champs, Droit des obligations ellipses, paris, 1998, p290.

لان الكفلاء رضوا كفالة دين بذاته ولا ينبغي ان يلزم الكفيل بضمان دين غيره الا برضا جديد من الكفلاء[١].

٣- المقاصة: اذا كان المدين المكفول دائن للدائن وتوفرت الشروط القانونية في المقاصة[٢]، فأن ذلك يؤدي الى سقوط الدين الاصلي متى ما تمسك من لهم مصلحة بذلك[٣]، وذلك متى ما تحققت شروط المقاصة يكون للكفلاء التمسك بها في مواجهة الدائن ولو لم يتمسك بها المدين.

٤- اتحاد الذمة: ينقضي التزام المدين الاصلي متى ما اجتمعت فيه صفة الدائن والمدين[٤]، ويترتب على انقضاء الالتزام الاصلي ان يكون للكفلاء التمسك بهذا الدفع لانقضاء التزامهم تبعاً لذلك، ونصت المادة (١٣٠١) من القانون المدني الفرنسي على ذلك صراحةً على: (ان اتحاد الذمة الذي يحصل في شخص المدين الاصلي يفيد كفلاءه...)[٥].

---

(١) نصت المادة (١٢٨١) من القانون المدني الفرنسي على: (... ان التجديد الحاصل تجاه المدين يحرر الكفلاء...)، وفي المقابل نصت المادة (٣٥٨) من القانون المدني المصري على: (لا ينقل الى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت او شخصية والتضامن الا اذا رضي بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون)، وليس لهذا النص مقابل في القانون المدني العراقي الا ان ليس هناك ما يمنع تطبيقه.

(٢) نصت الفقرة الثانية من المادة (٤٠٩) من القانون المدني العراقي على: (ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسا ووصفا وحلولا وقوة وضعفا، ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية فان كان الدينان من جنسين مختلفين او متفاوتين في الوصف او مؤجلين، او احدهما حالا والاخر مؤجلا او احدهما قويا والاخر ضعيفا فلا يلتقيان قصاصا الا بتراضي المتداينين سواء اتحد سببهما او اختلف)، يقابلها المادة (١٢٩١) من القانون المدني الفرنسي. كذلك: د. سالم حماد الدحدوح، مصدر سابق، ١١٦. حسين بلعيد عبد السلام الحربي، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠٢١، ص٥٠.

(٣) نصت المادة (١٢٩٤) من القانون المدني الفرنسي على: (يحق للكفيل ان يدلي بالمقاصة مع ما يتوجب على الدائن للمدين الاصلي...)، وفي المقابل نصت المادة (٣١٤) من القانون المدني العراقي: (... ولا تقع الا اذا تمسك بها من له مصلحة فيها).

(٤) نصت المادة (٤١٨) من القانون المدني العراقي على: (في الدين الواحد اذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين انقضى الدين...)، يقابلها المادة (١٣٠٠) من القانون المدني الفرنسي.

(٥) الدالوز، القانون المدني الفرنسي بالعربية، مصدر سابق، ص١٢٥١.

٥- الابراء: متى ابرأ الدائن مدينه[١]، ترتب على ذلك انتهاء التزام الكفلاء وكان لهم التمسك بذلك في مواجهة الدائن[٢]، ونصت المادة (١٢٨٧) من القانون المدني الفرنسي على: (ان الابراء او الاعفاء الاتفاقي المعطى للمدين الأصلي يحرر الكفلاء...)[٣].

٦- استحالة التنفيذ: إذا لم يكن المدين الاصلي سبباً في ان بات تنفيذ التزامه مستحيلاً[٤]، فإن للكفلاء التمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن لان التزامهم ينقضي بانقضاء التزام المدين المكفول من قبلهم.

٧- التقادم: يجوز للكفلاء التمسك بعدم التزامهم التبعي في مواجهة الدائن – رد الدعوى- عند تقادم دين مدينهم الاصلي ولو كانت مدة تقادم دينهم لم تكتمل بعد، ولهم ذلك ولو لم يتمسك المدين بانقضاء التزامه بل ولو تنازل عن التمسك بحقه[٥].

واخيراً وما يجدر الاشارة اليه هو ان هذه الدفوع تكون من حق الكفيل سواء اكان كفيلاً متضامناً ام غير متضامن، وهذا ما نص عليه القانون المدني المصري صراحة في المادة (٧٩٤) ولا مقابل لها في القانون المدني العراقي وهذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها إذ جاء فيه : (يحق للكفيل حتى المتضامن ان يحتج بجميع الدفوع التي تعود الى المدين الاصلي والتي تعتبر ملازمة للدين كالمقاصة)[٦]، ويترتب على كون الدفوع التي يتمسك بها كل كفيل هي حق هو ان تنازل المدين الاصلي عنها لا يحرم الكفلاء من التمسك بها، حيث ان تنازل المدين لا ينبغي ان يكون ضاراً بهم، غير ان نزوله عن الدفع المتعلق بأسباب توقف العقد تعني إجازته، من ثم لا مجال لتمسك الكفلاء بها ما لم يثبتوا تواطئ المدين المكفول مع الدائن

---

(١) نصت المادة (٤٢٠) من القانون المدني العراقي على: (اذا ابرأ الدائن المدين سقط الدين).

(٢) د. محمد اسماعيل ابو الريش، اركان عقد الكفالة، ط١، مطبعة الامانة، مصر، ١٩٩٨، ص٩٧.

(٣) الدالوز، القانون المدني الفرنسي بالعربية، مصدر سابق، ص١٢٤٣.

(٤) نصت المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي: (ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلاً عليه لسبب اجنبي لا يد له فيه).

(٥) المادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي.

(٦) محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية، قرار رقم ١٥٢ في ١ حزيران ١٩٨٣، الدالوز، ص٢٠٥٥.

لإضرار الكفلاء، ليكون لهؤلاء الطعن بهذا التنازل حينها والطلب من المحكمة عدم نفاذه بحقهم تمهيداً للتمسك بالدفع الذي تنازله عنه المدين[١].

الفرع الثاني

الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة

متى ما التزم الكفلاء بعقد او عقود كفالة وترتب الدين في ذمة المدين المكفول، فلا يمكن لأي كفيل منهم ان يبرأ نفسه من الالتزام الذي الزم به نفسه وهو ضمان الدين[٢]، إلا ان عقد الكفالة وكأي عقد يخضع للقواعد العامة فيما يتعلق بمسائل الصحة والبطلان التي يمكن بناءً عليها ان تنشأ دفوع يمكن لكل كفيل التمسك بها في مواجهة الدائن، فضلاً عن ذلك ان المركز القانوني للكفيل يجعل منه مديناً احتياطياً[٣]، وقد نظم القانون ذلك بأن جعل له دفوعاً منها ما يتناسب مع مركزه امام الدائن ومنها ما يتعلق بإجراءات الدائن المتخذة في مواجهة الكفيل، ولأجل ذلك سنقسم الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة الى مجموعتين وعلى النحو الآتي:

أولاً: الدفوع المبنية على تقصير الدائن

للدائن في عقد الكفالة وبناءً على مركزه حق في مواجهة الكفلاء، يتمثل بإمكانية الرجوع على كلٍ منهم بالدين الذي له في ذمة مدينه في حال لم يفِ هذا الاخير به في موعده، وعليه في الوقت ذاته التزاماً قانونياً بموجب عقد الكفالة بعدم القيام بأي عمل من شأنه المساس بمركزه القانوني، والا ترتب للكفلاء حينئذ دفوعاً في مواجهته من شأنها ان تبرأ ذمتهم من الدين المكفول، ويمكن ان نلخص هذه الدفوع على النحو الآتي:

---

(١) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص٩٤.

(٢) وهذا ما تؤكده محكمة التمييز الاتحادية في احد قراراتها الذي جاء فيه: (ليس للكفيلين ان يخرجا نفسيهما من الكفالة لان الدين والمصاريف التي انفقت على الطالب قد ترتبت بذمته، وليس للكفيل ان يخرج نفسه من الكفالة الا في حالات معينة واسباب محددة نص عليها القانون). قرار رقم ١٠٩١/ الهيئة الاستئنافية/٢٠١٥ في ٢٠١٥/٥/٥، سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية (القسم المدني)، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦، ص٢٤٦.

(٣) د. السيد محمد السيد عمران، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٥٤.

١- **الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن:** يلتزم الدائن في مواجهة الكفيل بالمحافظة على التأمينات الضامنة للدين المكفول اتفاقية كانت ام قانونية وان تقررت بعد الكفالة[١]، وقد أثير خلاف حول الاساس الذي يبنى عليه هذا الدفع، فهناك من يذهب[٢] الى ان الاساس الذي يبنى عليه هذا الدفع هو ان عقد الكفالة ملزم لجانبين، وان التزام الدائن فيه هو المحافظة على التأمينات الضامنة للدين كي يتمكن الكفيل من الحلول محله في مواجهة المدين الاصلي واستيفاء حقه، في حين هناك من يذهب[٣] الى ان اساس هذا الدفع هو ان الكفالة عملية قانونية بين ثلاث اطراف هم الدائن والمدين والكفيل، وحيث ان من الثابت عدم جواز قيام اي طرف بالإساءة الى المركز القانوني للأطراف البقية، وهذ اما تؤكده المادة (١٠٢٧) من القانون المدني العراقي، وكما هو الحال بعدم جواز إساءة الكفيل للمركز القانوني للدائن، فليس لهذا الاخير الإساءة للمركز القانوني للكفيل بإضاعة التأمينات التي تمكنه من استيفاء حقه منها مما يتسبب برجوعه على الكفلاء، وهناك من يذهب[٤] الى ان الاساس لهذا الدفع هو جزاء للدائن وتوفير الضمان الاكبر للكفيل بغية استرجاع حقه، إذ ان إضاعة التأمينات بخطأ الدائن يضر بالكفلاء، من ثم ان له حق التمسك بهذا الدفع جزاءً لخطئه.

ويلاحظ على ما اثير بشأن الاساس الذي يبنى عليه هذا الدفع ان ليس هناك فروقات جوهرية بين كلٍ منهم، فكل ما قيل في ذلك يدور في فكرة واحدة مفادها ان عقد الكفالة يرتب التزامات على اطرافه، وإذا كانت الكفالة منعقدة لمصلحة الدائن فأن ذلك لا يعفيه من الخطأ الذي يرتكبه، لا سيما وان القانون يحاول ان يوفر حماية قانونية للكفلاء تتناسب مع المركز القانوني الذي يتمتعون به، وهو ان كل واحداً منهم يعد مديناً احتياطياً وهم في الغالب يتحملون هذا العبء تبرعاً منهم.

---

(١) احمد فتحي زغلول، شرح القانون المدني، مطبعة الاميرية، مصر، ١٩١٣، ص٣٤١.

(٢) د. سليمان المرقس، مصدر سابق، ص٨٢. د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص٣٥. سعيد علي الغامدي، احكام الضمان الشخصي، دراسة قانونية للكفالة في النظام السعودي مقارنة بالفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد، جامعة ام القرى، ٢٠٠١، ص١٩٧.

(٣) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص١٥٨.

(٤) د. راقية عبد الجبار، مصدر سابق، ص١٢٨.

ويشترط لإمكانية التمسك بهذا الدفع من قبل الكفلاء ان تكون التأمينات خاصة بالدين المكفول أيا كان نوعها او مصدرها[١]، وان تُفقد هذه التأمينات بخطأ الدائن الذي يظهر بصورتين: إيجابية كالتنازل عن رهن مقرر لضمان الدين، او بصورة سلبية كعدم قيد الرهن او تجديده، اما في حال كان ضياع التأمينات لسبب اجنبي لا دخل للدائن فيه كأن يكون لقوة قاهرة او خطأ الغير، او قد يكون ضياع التأمينات بسبب الكفلاء انفسهم، فلا يثبت هذا الدفع لهم حينها، الا ان ذلك يثير تساؤل حول ما إذا كان الخطأ المؤدي الى ضياع التأمينات مشترك بين الكفلاء والدائن، فما الحكم في هذه الحالة؟

هناك من يذهب[٢] الى ان مشاركة الكفلاء في ضياع التأمينات المخصصة للوفاء بالدين يحرمهم من التمسك بهذا الدفع، فليس من العدالة ان يتمسك الكفلاء بضياع تأمينات ساهموا بضياعها، في حين هناك من يذهب الى إمكانية توزيع المسؤولية على منهم، من ثم يكون لهم التمسك بالدفع بمقدار خطأ الدائن.

ونؤيد الرأي الثاني الذي يقضي بتوزيع المسؤولية، وذلك لأن ليس من العدالة ان يحرم الكفلاء من كل الدفع ويبرأ الدائن ويستفاد من رد هذا الدفع وهو مساهم فيه، كذلك الحال فيما لو كان السبب في ضياع التأمينات هو الدائن واحد الكفلاء، فلا يحرم من هذا الدفع سوى الكفيل الذي كان مساهماً بضياعها وبقدر مساهمته.

ويشترط ان يترتب على إضاعة التأمينات بخطأ الدائن ان يؤدي ذلك الى الاضرار بهم، وان يكون هذا الضرر محقق ولا يكون كذلك ما لم يكن التأمين الذي ضاع بخطأ الدائن ذا قيمة، إذ يؤثر على نحو مباشر على مركز الكفلاء ويقلل من احتمالية حصولهم على حقوقهم عند الرجوع على المدين[٣]، ولكي يترتب اثر على هذا الدفع ينبغي ان يتمسك به الكفلاء في مواجهة الدائن برفع دعوى بهذا الشأن ضده، لكي تبرأ ذمتهم بحدود قيمة التأمين الضائع بخطأ الدائن، فلو

---

(١) د. انور طلبه، العقود الصغيرة (الوكالة والكفالة)، مصدر سابق، ص٣٦٤.

(٢) صابر محمد محمد سيد، رجوع الدائن على الكفيل– دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص٣٢٦. صحراوي حجيلة، انقضاء عقد الكفالة المدنية بصفة اصلية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج، ٢٠١٣، ص٥٧.

(٣) د. محمد علي عبده، مصدر سابق، ص٢٠٧. د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص٢٠٦.

ضاع تأمين تغطي قيمته كل الدين فأن ذمة الكفلاء تبرأ بالكامل، اما ان كانت قيمة التأمين اقل من قيمة الدين لا تبرا ذمة الكفلاء الا بقدر التأمين الضائع، وتبقى ذمتهم مشغولة بالقدر المتبقي.

٢- **الدفع بعدم اتخاذ الاجراءات المقررة قانوناً في مواجهة المدين او التأخر فيها:** للكفلاء التمسك بالدفع في مواجهة الدائن، في حال لم يتخذ الإجراءات التي الزمه فيها القانون لاستيفاء حقه من مدينه[١]، ويحدث ان يتقاعس الدائن في المباشرة بإجراءات مدينه، وفي حال تأخر الدائن بمطالبة مدينه عند حلول أجل الدين يكون للكفلاء إنذار الدائن بضرورة إتخاذ اجراءات استيفاء حقه[٢]، فإن لم يتخذ على الرغم من إنذاره تلك الاجراءات كان للكفلاء التمسك بهذا الدفع في مدة لا تقل عن شهر بعد إنذاره[٣].

لا يكفي ان يباشر الدائن بالاجراءات اللازمة التي يستطيع بواسطتها استيفاء حقه، بل ينبغي ان يمضي في اتمامها وفي الوقت المحدد، وان يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد، ولا يسعى في إطالتها او اهمالها على نحو يضر بالكفلاء[٤]، والا كان للكفلاء التمسك بهذا الدفع المقرر لمصلحتهم[٥]، ولا يعد هذا الدفع من النظام العام، ويمكن لأي كفيل التمسك به كفيلاً عينياً كان ام شخصياً[٦].

٣- **الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين:** لما كان التزام الكفلاء التزام ثانوي، إذ يتمتعون بمركز المتبرع الضامن لوفاء المدين المكفول لمصلحة الدائن، فأن القوانين تسعى الى حماية الكفلاء قدر الامكان، وفي حال كان المدين تاجراً وتعرض للإفلاس

---

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٦) من القانون المدني العراقي على: (ويجوز للكفيل عند استحقاق الدين وعدم مطالبة الدائن به ان ينذر الدائن بلزوم اتخاذه الاجراءات القانونية لاستيفاء دينه خلال مدة لا تقل عن شهر فإذا انتهت المدة ولم يطالب المدين بدينه خرج الكفيل عن الكفالة).

(٢) د. همام محمود زهران، مصدر سابق، ص١٧٠. د. صابر محمد محمد سيد، رجوع الدائن على الكفيل، مصدر سابق، ص٣٣٢.

(٣) المادة (١٠٣٦) من القانون المدني العراقي.

(٤) د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص٣٠.

(٥) احمد فايز عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٢٧.

(٦) د. راقية عبد الجبار، مصدر سابق، ص٣٣٧.

فأن ذلك يرتب اثراً مهما يتمثل بغل يده عن إدارة امواله والتصرف فيها[١]، ويؤدي هذا الافلاس الى سقوط آجال الديون التي بذمته، الامر الذي يتيح لدائنيه المطالبة بديونهم الحالة والمؤجلة منها واتخاذ الاجراءات امام امين التفليسة[٢]، لذلك فأن عدم التزام الدائن بذلك يؤدي الى ان يكون للكفلاء الحق بالتمسك بهذا الدفع في مواجهته.

ثانياً: الدفوع المتعلقة بأولوية ومدى الرجوع

حمايةً للكفلاء تقر القوانين محل المقارنة دفوعاً يمكن لهم التمسك بها في مواجهة الدائن، تتعلق هذه الدفوع بأولوية الرجوع (التجريد) ومدى الرجوع (التقسيم) وسنستعرض هذه الدفوع تباعاً:

١- **التجريد:** ان التزام الكفلاء بدفع الدين لمصلحة المدين المكفول معلق على عدم قيام هذا الاخير الوفاء بالدين[٣]، ومن ثمة فأن على الدائن الرجوع على المدين الاصلي اولاً[٤]، ويطلق على هذا الدفع اسم الدفع بالتجريد والذي يعرف بأنه: " حق الكفيل بأن يطالب الدائن ان ينفذ على اموال المدين الاصلي اولاً قبل البدء بالتنفيذ على اموال الكفيل وبناءً على توافر شروط معينة"[٥]، والحكمة من تقرير هذا الدفع واضحة إذ ما دام يوجد لدى المدين اموالاً كافية لسداد الدين فلا حاجة الى الرجوع على الكفيل لمطالبته بالدين لا

---

(١) د. صلاح الدين الناهي، شرح القانون التجاري العراقي، الافلاس والتسوية القضائية، بلا دار طبع. بغداد، ١٩٨٤، ص١٩٠. احمد علي يوسف قوقزة، شهر الافلاس واثره على المدين المفلس، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية، لبنان، ٢٠٠٨، ص١٧١.

(٢) د. عزيز العكيلي، احكام الافلاس والصلح الواقي، ج٣، ط٤، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١، ص١٢٦-١٢٧. شريف مكرم، التوقف عن الدفع واثره على حقوق دائني المفلس في ضوء قانون التجارة، ط١، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٣٣٤-٣٣٥.

(٣) د. توفيق حسن فرج، المصدر سابق، ص٤١.

(٤) د. احمد السعيد الزقرد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الكويتي، ط١، دون دار نشر، الكويت، ١٩٩٩، ص٥٤.

(٥) د. عدنان ابراهيم السرحان، مصدر سابق، ص٢٦٧. مريم عبد طارش، التنظيم القانوني لحق التجريد في عقد الكفالة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٤، ص٧٥.

سيما وان التزامه كما بينا التزام تبعي[١]، كما ان هذا الدفع يوفر الكثير من الوقت والجهد والنفقات التي يبذلها الدائن في حال رجوعه على الكفلاء للتنفيذ على اموالهم، ويختصر الطريق فيما لو سُددت على اموال الكفلاء الذين سيرجعون على المدين الاصلي[٢].

ويثبت هذا الدفع للكفلاء العاديين وحدهم من دون غيرهم كالمدين المتضامن، كون الاخير مسؤولاً مسؤولية كاملة عن الدين مع المدين الاصلي، كذلك ليس للكفيل المتضامن التمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن لان التضامن يجعله مسؤولا مع المدين الاصلي عن الدين مع احتفاظه بمركزه ككفيل[٣]، من ثم يشترط للتمسك بهذا الدفع شروط ابرزها:

- الا يكون الكفيل متضامناً مع المدين لأنه وبتضامنه مع المدين قد تنازلاً ضمنياً عن صفته الاحتياطية للوفاء بالدين[٤].
- ان لا يكون الكفيل قد تنازل عن هذا الدفع الذي شرعه القانون لمصلحته صراحةً او ضمناً[٥].
- ان يتمسك به الكفيل، إذ لا يعد الدفع بالتجريد من النظام العام الامر الذي يشترط ان يتمسك به في مواجهة الدائن، وهذا ما عبرت عنه الفقرة الاولى من المادة (١٠٢١) التي

---

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، حق الكفيل في الدفع بتجريد اموال المدين، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، بلا عدد ومجلد، ٢٠٠٧، ص٨.

(٢) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص١١٢.

(٣) ولما كان القانون العراقي يفترض التضامن في كلٍ من الكفالة القانونية والقضائية فأن ليس للكفيل بموجبها التمسك بحق التجريد في مواجهة الدائن. د. همام محمود زهران، مصدر سابق، ص١٠٤.

(٤) د. سعيد جبر، الالتزام التضامني، بحث منشور في مجلة الاقتصاد والقانون، عدد٦٩، بلا مجلد، ١٩٩٩، ص١٠. محمد زياد احمد، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٢، ص٩٥.

(٥) د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص٤٠٩.

تنص على: (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)[١].

ولما كانت الكفالة محل البحث هي كفالة متعددة، فأن التجريد هنا متعلق بالمدين بمعنى ليس للكفيل في حال التعدد ان يتمسك بهذا الدفع بطلب تجريد باقي الكفلاء وان كانوا متضامنين مع المدين لان الدفع بالتجريد يعني مطالبة التنفيذ على المدين أولاً، اما فيما يتعلق بتجريد كفيل الكفيل – المصدق– فأن هذا الاخير يحق له التمسك بهذا الدفع وطلب تجريد الكفيل على اعتبار ان المركز القانوني للكفيل في هذا الفرض هو مدين مكفول بالنسبة له وان كان الكفيل قد تنازل عن هذا الحق لمصلحة المدين[٢].

وما يجدر الإشارة له ان حق التجريد دفع يثبت لكل كفيل أياً كانت نوع الكفالة التي يقدمها عينية ام شخصية، فهو مستمد من الصفة التبعية لالتزام الكفيل وهي صفة تثبت لكل كفيل ما لم يتنازل عنها كم بينا، الا ان القانون المصري حرم الكفيل العيني من حق التجريد من حيث الاصل ما لم يتفق على هذا الحق بموجب عقد الكفالة مع انه لا فرق بين الكفيل العيني والشخصي من حيث الصفة الاحتياطية لالتزامهم[٣].

ويترتب على توافر الشروط المتعلقة بالتمسك بالدفع بالتجريد، ان توقف إجراءات التنفيذ على اموال الكفلاء، والتنفيذ على اموال المدين الاصلي الذي أرشد الكفلاء الدائن اليها[٤].

---

(١) حيث نصت المادة (٢٠٢٢) من القانون المدني الفرنسي على: (لا يلزم الدائن بتجريد المدين الا اذا طلب الكفيل ذلك عند الاجراءات الاولى التي توجه ضده)، كما نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٢١) من القانوني المدني العراقي على: (فإذا طولب الكفيل او لا جاز له عند الاجراءات الاولى التي توجه ضده ان يطالب الدائن باستيفاء دينه من اموال المدين...)، بينما عبر المشرع المصري عن ذلك بالفقرة الثانية من المادة (٧٨٨) بالنص: (... ويجب على الكفيل في هذه الحالة ان يتمسك بهذا الحق).

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص١٤٩.

(٣) حيث نصت المادة (١٠٥٠) من القانون المدني المصري على: (إذا كان الراهن شخصاً اخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله الا ما رهن من هذا المال، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك)

(٤) د. همام محمد محمود زهران، مصدر سابق، ص١٢٤.

٢- **الدفع بتقسيم الدين:** تقضي القواعد العامة في الكفالة بأنه إذا كفل المدين كفيل واحد وبدين واحد، فأن للدائن الرجوع على الكفيل بكل الدين، الا انه في حال تعدد الكفلاء – موضوع الدراسة– لدين واحد وفي عقد واحد او في عقود متوالية مع اشتراط التقسيم، فيكون لكل كفيل ان يدفع في مواجهة الدائن بوجوب الرجوع على بقية الكفلاء كلً بمقدار الدين الذي كفله وان لا يدفع الا بالقدر الذي كفله هو[١].

وجاء موقف المشرع الفرنسي مختلفاً عن موقف كلً من المشرعين العراقي والمصري فيما يخص هذا الدفع، فعدّ عدم التقسيم هو القاعدة العامة[٢]، ويترتب على ذلك بان الكفلاء المتعددين يتحملون حصة الكفيل المعسر منهم، الا ان المشرع الفرنسي عاد وخفف من حدة هذه القاعدة، إذ نص على الحق لكل كفيل اذا ما طالبه الدائن بكل الدين ان يدفع بالتقسيم، ما لم يكن متضامناً مع غيره من الكفلاء او متنازلاً عن هذا الدفع[٣].

اما القانون المصري والعراقي فأن الاساس هو التقسيم، وهو من النظام العام إذ يقع بقوة القانون[٤]، إذ نصت المادة (١٠٢٤) من القانون المدني العراقي التي تنص على: (اذا تعدد الكفلاء فإن كل منهم قد كفل الدين على حدة بعقد مستقل طولب كل منهم بجميع الدين. وان كانوا قد كفلوا معا في عقد واحد قسم الدين بينهم وطولب كل منهم بحصته الا اذا كانوا قد كفلوا متضامنين فيما بينهم...)، لذلك ان التعدد بعقود متوالية لا يثبت فيه حق التقسيم، ما لم يتفق على ذلك، اما التعدد بعقد واحد ولم يشترط فيه التضامن فأن التقسيم يثبت بقوة القانون.

---

(١) د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص٣٧٨.

(٢) نصت المادة (٢٣٠٢) من القانون المدني الفرنسي على: (عندما يكفل عدة اشخاص المدين نفسه وللدين ذاته، يكون كل واحد منهم ملزماً بالدين كله).

(٣) نصت المادة (٢٣٠٣) من القانون المدني الفرنسي على: (إلا انه يمكن لكل واحد منهم، ما لم يكن قد تنازل عن حقه بطلب التجزئة، ان يفرض على الدائن تجزئة دعواه مسبقاً وان يجعلها مقتصرة على الحصة او النصيب العائد لكل كفيل...).

(٤) نصت المادة (٧٩٢) من القانون المدني المصري على: (١- إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن ان يطالب كل كفيل الا بقدر نصيبه من الكفالة. ٢- اما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فأن كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله، إلا اذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم).

ويترتب على هذا الدفع نتائج على قدر من الاهمية يمكن إجمالها بما يأتي:

- ان اعسار احد الكفلاء يتحمله الدائن ما لم يتنازل الكفلاء عن هذا الحق[١]، تقسم حينها حصة الكفيل المعسر بينهم في كلٍ من القانون المصري والعراقي، اما بالنسبة للقانون الفرنسي فأنه موقفه جاء مخالفاً كما بينا[٢].

- ليس للدائن ان يطالب كل كفيل الا بقدر حصته من الدين، وذلك وفقاً للتحديد المسبق لحصة كل منهم اما في حال عدم التحديد فيكون التقسيم بالتساوي فيما بينهم[٣].

المبحث الثاني

احكام رجوع الكفلاء بعد الوفاء

يبرم عقد الكفالة بغرض إيفاء الدين المكفول في حال عدم الوفاء به من المدين الأصلي، وعند وفاء الكفيل فأن الامر لا يقف عند هذا الحد، إذ تبدأ مرحلة رجوع الكفلاء على المدين الاصلي كون الدين دينه وما التزام الكفيل او الكفلاء بالوفاء الا التزاماً تبعياً يمنحهم حق الرجوع عليه بعد الوفاء، ويبحث الرجوع من جانبين الاول يتمثل برجوع الكفيل او الكفلاء على المدين الاصلي بشروط واحكام معينة، والجانب الآخر هو رجوع الكفلاء فيما بينهم عند وفاء احد الكفلاء الدين بالكامل او بقدر يتجاوز نصيبه بأقل تقدير، والبحث في علاقات الرجوع بعد الوفاء يقودنا الى تقسيم هذا المبحث على مطلبين: الاول رجوع الكفلاء على المدين بعد الوفاء، اما الثاني فسيكون لبحث رجوع الكفيل على باقي الكفلاء.

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، ج١٠، مصدر سابق، ص٩٣.

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية، مصدر سابق، ص١١١.

(٣) د. راقية عبد الجبار، مصدر سابق، ص٣٢٠. اميرة علي شريف، الالتزامات التي تنشأ بالإرادة المنفردة في الجعالة- الكفالة- الإبراء، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة والقانون، جامعة ام درمان، ص١٩٩٧، ص٢٠٤.

المطلب الاول

رجوع الكفلاء على المدين بعد الوفاء

متى ما تم الوفاء بدين المدين المكفول بعقد الكفالة، كان للكفلاء حق الرجوع على المدين للمطالبة بما تم الوفاء به، ولهم الخيار في هذه الحالة اللجوء الى الدعوى الشخصية المستندة الى عقد الكفالة المبرم معهم، او الى دعوى الحلول التي يحل بها هؤلاء محل الدائن الذي استوفى حقه بمطالبتهم، ولغرض البحث في كلٍ من الدعوى الشخصية ودعوى الحلول سنقسم الدراسة في هذا المطلب على فرعين: الاول لبحث رجوع الكفلاء على المدين بالدعوى الشخصية، اما الثاني فسيكون لبحث رجوع الكفلاء على المدين بدعوى الحلول.

الفرع الاول

رجوع الكفلاء على المدين بالدعوى الشخصية

متى ما أوفى احد الكفلاء الشخصيين او جميعهم بالدين المكفول[١]، كان له بموجب القواعد الرجوع على المدين بما وفى بموجب الدعوى الشخصية[٢]، إذ ان كل كفيل هو مدين احتياطي يضمن الوفاء بدين لم يترتب في ذمته أساساً، من ثم يكون له الحق في الرجوع على المدين الاصلي[٣]، وتشير القوانين محل المقارنة صراحة الى إمكانية رجوع الكفيل على المدين الاصلي بموجب الدعوى الشخصية ضمن الاحكام المنظمة لعقد الكفالة، إذ نصت المادة (٨٠٠) من القانون المدني المصري على: (للكفيل الذي وفى الدين ان يرجع على المدين سواء كانت الكفالة

---

(١) نصت الفقرة الاولى من المادة (١٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على: (إذا كان موضوع الدعوى حقاً شخصياً كانت الدعوى شخصية او دعوى دين، وان كان حقاً عينياً كانت دعوى عينية).

(٢) محمد كامل مرسي بيك، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص٨٢.

(٣) د. محمد لبيب شنب. د. محمد محمد ابو زيد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة الايمان، مصر، دون سنة نشر، ص٨٩-٩٠.

عقدت بعلمه او بغير علمه)[١]، فيلاحظ ان القانون قد اجاز للكفيل الموفي الرجوع على المدين الاصلي للمطالبة بالدين المدفوع.

ان لرجوع الكفلاء على المدين بعد الوفاء بمقتضى الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)[٢]، أساس يختلف بحسب ظروف ابرام عقد الكفالة، فمتى ما ابرم عقد او عقود الكفالة بعلم المدين سيكون اساس رجوع الكفلاء على المدين بالدعوى الشخصية هو الوكالة، إذ يعدّ كل كفيل وكيلاً عن المدين بالوفاء وكالة صريحة او ضمنية، لان المدين سبق ان وكل الكفلاء في كفالته لدفع الدين عنه عند عدم دفعه[٣]، اما لو كان المدين لا يعلم بإبرام عقد الكفالة او انه عارضها فكل كفيل في هذا الفرض يكون فضولياً، ويكون رجوعه بموجب دعوى الاثراء بلا سبب[٤]، بمعنى

---

(١) نصت الفقرة الاولى من المادة (١٠٣٣) من القانون المدني العراقي على: (إذا أدى الكفيل ما كفل به من ماله، فله الرجوع بما أدى على المدين)، وبذات المعنى نصت المادة (٦٧١) من القانون المدني الجزائري والمادة (٨٠٩) من القانون المدني الليبي والمادة (٩٧٩) من القانون المدني الاردني والمادة (١٠٨٠) من قانون الموجبات اللبناني.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المسماة (الكفالة)، ط١، منشورات زين الحقوقية، لبنان- بيروت، ٢٠١٨، ص٢٦١.

(٣) د. سمير تناغو، التأمينات الشخصية، مصدر سابق، ص١٠٦.

(٤) كان الفقه والقضاء في فرنسا يتعاملان مع دعوى الفضالة كدعوى احتياطية باعتبارها تطبيق من تطبيقات الاثراء بلا السبب، حيث لا يسمح اللجوء لها الا لم يكن هناك خيار آخر حيث كان القضاء الفرنسي متشدد بهذا الشأن سابقاً، الا انه خفف من موقفه واصبح حديثاً إذ يشترط لقبول دعوى الفضالة ان تكون الدعوى الاخرى (الاصلية) تؤدي الى النتيجة ذاتها التي يسعى المدعي الحصول عليها.

Civ. 2mars 1915: GAJC, 11éme éd., n°228. Civ. 1er, 26 sept 2007: Bull. Civ.I, n°307. C.A Versailles, 1 ère ch., sect 1, 21 avril 2005, n°643.

قرارات قضائية منشورة على الرابط: https://www.doctrine.fr/. تاريخ آخر زيارة في ٢٠٢١/٧/٤ الساعة ٣:٠٠م.

اما القضاء المصري فقد اخذ هو الاخر بدعوى الفضالة وتأثر بالقضاء الفرنسي فيما يتعلق بالصفة الاحتياطية الى جانب دعوى الكسب بلا سبب لها طبقاً للمادة (١٩٥) من القانون المدني المصري، في حين لم يأخذ القضاء والقانون العراقي بدعوى الفضالة واخذ بالفضولي ونظم احكام الرجوع بدعوى الكسب بلا سبب فقط.

من التطبيقات القضائية المصرية لدعوى الفضالة ينظر: الطعن رقم٥١ لسنة ٤٣ق في ١٩٧٧/٢/٢٣. والطعن رقم ٤٧٠ لسنة ٥٠ق في ١٩٨١/٥/١٨. قرار منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: (www.cc.gov.eg). تاريخ آخر زيارة في ٢٠٢١/١/١٠ الساعة:١٢:١٥ص.

انهم يرجعون على المدين بما يرجع به الفضولي على صاحب العمل[١]، اما الرأي الغالب[٢] فأنه يذهب الى ان اساس رجوع الكفلاء بالدعوى الشخصية هو الكفالة وهي دعوى مستقلة متميزة من حيث موضوعها واحكامها، فلا يمكن جعل الكفيل وكيلاً لاختلاف الاحكام بين الاثنين، كذلك لا يسري على رجوع الكفيل ما يسري على رجوع الفضولي ولا سيما وان وفاء الكفلاء هو امر ملزم لهم بموجب عقد الكفالة، وليس للكفلاء الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية ما لم تتوافر الشروط الآتية:

١- انعقاد الكفالة من دون معارضة المدين الاصلي[٣]، الا ان معارضة المدين ان كانت تحرم الكفلاء من الرجوع على المدين بدعوى الكفالة، الا انها لا تحرمهم من الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب[٤]، اما بالنسبة لعلمه فأن القوانين محل المقارنة تعطي هذا الحق – الرجوع- للكفلاء حتى لو كانت الكفالة معقودة من دون علم المدين، إذ نصت المادة (٢٣٠٥) من القانون المدني الفرنسي على: (يعود للكفيل الذي قام بالإيفاء ان يرجع على المدين الاصلي سواء كانت كفالته قد أُعطيت بعلم او بغير علم المدين...)[٥].

٢- قضاء الدين بحلول الاجل وعلى النحو المبين سابقاً.

٣- إخطار المدين بالوفاء[٦]، كون الاخطار هو احد الالتزامات الملقاة على عاتق الكفلاء.

---

(١) د. محمد لبيب شنب. د. محمد ابو زيد، مصدر سابق، ص٩١.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج١٠، ص١٦٣. د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني، مصدر سابق، ص٨٤٢. د. قدري الشهاوي، احكام عقد الكفالة، مصدر سابق، ١٧٢.

(٣) لا تشترط مجلة الاحكام العدلية ان تعقد الكفالة دون معارضة المدين فقط، بل ينبغي ان تتم بأمره بدلالة المادة (٦٥٧) من المجلة (لو قال احد لآخر اكفلني عن ديني...) حيث ان الفعل اكفلني هو فعل امر، من ثم ان الكفالة دون امر المدين هي تبرع تحرم الكفيل الموفي من حق الرجوع. د. علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام، مجلد١، ط١، دار الجيل، بيروت، ١٩٩١، ص٨١٨.

(٤) عبد الخالق حسن احمد، مصدر سابق، ص١٨٠.

(٥) الدالوز، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، مصدر سابق، ص٢٠٤٩. ويقابل هذه المادة في القانون المدني العراقي الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٣).

(٦) المادة (١٠٢٥) من القانون المدني العراقي.

ومتى ما توافرت الشروط اعلاه، واضطر الكفلاء الوفاء بالدين لعدم قيام هذا الاخير بالوفاء، فأن رجوع الكفلاء على المدين بالدعوى الشخصية ويكون رجوعه للمطالبة بما يأتي:

١- اصل الدين: إذ يطالب الكفلاء بموجب هذه الدعوى المدين بالدين المدفوع منهم للدائن، ولا يراد بأصل الدين المبلغ الذي للدائن في ذمة المدين، التي قام احد الكفلاء او جميعهم دفعه لإبراء ذمتهم فحسب[١]، بل يشمل المبالغ المستحقة في ذمة المدين كافة كالفوائد اتفاقية كانت ام قانونية[٢]، كذلك المصاريف جميعها التي ينفقها الدائن بغية الحصول على دينه[٣]، وعليه يراد بأصل الدين كل المبالغ المستحقة في ذمة المدين لمصلحة الدائن التي لا تبرأ ذمته وهو والكفلاء الا بدفعها، وإذا دفع الكفلاء ما يتجاوز تلك المبالغ لا يكون لهم الرجوع على المدين فيها[٤].

٢- الفوائد: للكفلاء الموفين الرجوع على المدين بالفوائد المستحقة عن المبالغ المدفوعة للدائن، والاصل ان الفوائد تستحق من وقت المطالبة القضائية، الا ان من التشريعات محل المقارنة ما خرج عن هذا الاصل بالنسبة للكفلاء، فيكون لهم حق المطالبة بالفوائد عن الدين المدفوع من تاريخ الدفع وليس المطالبة، إذ نصت الفقرة الثالثة من المادة (٨٠٠) من القانون المدني المصري على: (ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداءً من يوم الدفع)، فكما هو واضح من صراحة النص المصري ان للكفلاء المطالبة بالفوائد القانونية محتسبة من يوم الدفع لا المطالبة، اما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي والعراقي فهما يخلوان من نص مماثل للنص المصري، من ثم فأنه يسري على الفوائد المستحقة للكفلاء ما يسري بموجب القواعد العامة[٥]، ولا تعدّ الفوائد

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج١٠، ص١٧٤.

(٢) د. عبد الخالق حسن احمد، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، دار الهدى للطباعة، القاهرة، ١٩٨٦، ص١٨٥.

(٣) عبد الرزاق احمد السنهوري، نفس المصدر، ص١٧٣.

(٤) د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية، مصدر سابق، ص١٢٢. د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص١٦٤. ريم يحيى بزاخ، رجوع الكفيل الموفي على المدين- دراسة مقارنة بين القانون الاردني والمصري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط للدراسات العليا، ٢٠٠٩، ص٦٢.

(٥) المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي.

المستحقة عن اصل الدين المدفوع فوائد مركبة، للاختلاف بين الاثنين كون فوائد اصل الدين تدخل ضمنه[١]، وبينا ذلك عند بحث فقرة اصل الدين على النحو السابق.

٣- المصروفات: يمنح القانون الكفلاء الحق بالرجوع على المدين المكفول بكل المصاريف المدفوعة لغرض وفاء دينه، إذ تشمل هذه المصاريف المبالغ التي ينفقها الدائن عند مطالبة الكفلاء منذ تنبيههم بضرورة الوفاء الى المطالبة الفعلية امام المحكمة[٢].

ويعد من قبيل المصروفات ما ينفقه الكفلاء من مصاريف لتنبيه وإرشاد الدائن عن اموال المدين الاصلي، عند رجوعه عليهم وكل ما يضطر الى صرفه لتنفيذ مقتضى الكفالة[٣]، وكذلك مصاريف العرض والايداع[٤]، وتقيد القوانين رجوع الكفلاء بهذه المصروفات بقيد الا وهو ان تكون المصروفات المدفوعة من الكفيل بعد إخطار المدين برجوع الدائن عليهم وبالإجراءات المتخذة في مواجهتهم[٥]، إذ نصت المادة (٢٣٠٥) من القانون المدني الفرنسي على: (... إلا ان الكفيل لا يمكنه الرجوع إلا بالنسبة الى النفقات التي تكبدها بعد إبلاغ المدين الاصلي بالملاحقات الموجه ضده)[٦]، وحرمان القانون الرجوع في هذه المصروفات في حال عدم إخطار المدين هو جزاء لهم، فلو ان المدين نبه بهذه الاجراءات لكان سدد الدين وتجنب هذه المصاريف[٧]، ولم يقيد المشرع العراقي الكفيل بهذا القيد، فضلاً عن ان القيد فيه حماية للمدين الذي ينبغي ان يكون على علم بالإجراءات التي اتخذت في مواجهة الكفلاء لمنحه الفرصة في تجنبها.

---

(١) طلبة وهبة خطاب، عقد الكفالة، مكتبة سيد وهبة، القاهرة، ١٩٨٧، ص١١٩.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص١٣٢.

(٣) د. محمد علي عبده، مصدر سابق، ص١٦١.

(٤) نصت المادة (٢٣٠٥) من القانون المدني الفرنسي على: (... يتم هذا الرجوع لكل من اصل الدين والفائدة والتكاليف...)، ونصت الفقرة الثانية من المادة (٨٠٠) من القانون المدني المصري على: (ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات...)، اما القانون المدني العراقي فقد المادة (١٠٣٨) منه على: (يرجع الكفيل على المدين بما يضطر الى صرفه لتنفيذ مقتضى الكفالة).

(٥) د. توفيق حسن فرج، التأمينات، مصدر سابق، ص٧٢.

(٦) الدالوز، القانون الفرنسي باللغة العربية، مصدر سابق، ص٢٠٤٩.

(٧) نصت الفقرة الثانية من المادة (٨٠٠) من القانون المدني المصري على: (يرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، وفي المصروفات لا يرجع الا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الاصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده).

٤- التعويضات: متى ما تضرر الكفلاء او احدهم من الإجراءات المتخذة بحقهم عند المطالبة من الدائن، يكون لهم الرجوع على المدين الأصلي بالتعويض عنها[١]، فقد يحصل ان يتضرر الكفلاء من رجوع الدائن عليهم، كأن تباع اموالهم بثمن بخس او تؤدي الاجراءات المتخذة الى تعطيل اعمال الكفيل او الكفلاء، او تُنفذ على اموالهم مما يؤدي الى إشهار الافلاس، فقد نصت المادة (٢٣٠٩) من القانون المدني الفرنسي على: (يجوز للكفيل مداعاة المدين بهدف التعويض عليه حتى قبل ان يقوم بالإيفاء: ١- عندما يلاحق قضائياً بالدفع. ٢- إذا كان المدين قد افلس او اصبح في حالة إعسار. ٣- إذا كان المدين قد التزم بأن يحله من التزامه في وقت معين. ٤- عندما يصبح الدين مستحقاً بسبب حلول الأجل الذي عقد الدين على أساسه. ٥- بعد انقضاء عشر سنوات، عندما لا يكون للالتزام الاصلي اي اجل استحقاق محدد، الا إذا كان الالتزام الاصلي كالوصية ذو طبيعة تجعله ينقضي قبل اجل معين)[٢]، فيلاحظ من النص ان القانون الفرنسي حدد الحالات التي يمكن للكفلاء بموجبها المطالبة او الرجوع بالتعويض، اما فيما يتعلق بالقانون المصري والعراقي، فهما يخلوان من نص مماثل لما جاء به القانون الفرنسي، مما جعل الفقه المصري ينقسم بشأن هذه المسألة، فهناك من يذهب[٣] الى عدم إمكانية مطالبة المدين الاصلي بالتعويضات لعدم وجود نص صريح بهذا الشأن ولا مجال لتطبيق القواعد العامة لعدم وجود خطأ من المدين، في حين هناك من يذهب الى استحقاق الكفلاء التعويض بصرف النظر عن توافر سوء النية في المدين الاصلي[٤]، في حين هناك[١] من يذهب الى ان للكفلاء المطالبة بالتعويضات عن اي

---

(١) يراد بالتعويض: جبر الضرر الذي لحق المصاب به، فهو جزاء الانحراف الملوم في السلوك الذي سبب ضررا للغير، وبالتالي يجب ان يتحمل المسؤول في ذمته كل نتائج هذا الانحراف اي بتعويض كل الاضرار التي لحقت بالمضرور عن طريق التعويض العادل. د. عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط٥، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٦، ص٩٧٣. د. حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ١٩٩٩، ص٣٨.

(٢) الدالوز، القانون المدني الفرنسي بالعربية، مصدر سابق، ص٢٠٥١.

(٣) د. رمضان ابو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، مصدر سابق، ص١٩٩.

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج١٠، مصدر سابق، ص١٧٧. د. محمد كمال مرسي، مصدر سابق، ص٨٤-٨٥.

ضرر تسببت به الاجراءات المتخذة ضدهم من قبل الدائن عند المطالبة، متى ما كان المدين سيء النية وتسبب بهذا الضرر، ويستندون بهذا الى القاعدة العامة الواردة في المادة (٢٣١) من القانون المدني المصري على: (يجوز للدائن ان يطالب بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد إذا اثبت ان الضرر يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية).

وامام الخلاف الفقهي اعلاه نلاحظ ان رجوع الكفلاء على المدين الاصلي بالتعويضات عن الاضرار التي قد تسببها الاجراءات المتخذة بحقهم فيه شيء من العدالة في حال تضررهم، كون التزام الكفلاء كما هو معروف تبعي بموجب عقد الكفالة الذي يعزز الائتمان، ومتى ما حرم الكفلاء عن الرجوع بهذه التعويضات عند تضررهم، سيكون هذا منافياً للعدالة ويؤدي الى العزوف عن الكفالة عموماً، لذلك نؤيد من يذهب الى استحقاق الكفلاء الرجوع بهذه التعويضات، وهو ما ندعوا المشرع العراقي الى تبنيه لخلوه من نص ينظم مسألة التعويضات، مع تقييد ان يكون الضرر قد تسبب به المدين بسوء نية.

لذلك يكون ما يرجع به الكفيل الموفي او الكفلاء هو اصل الدين فضلاً عن الفوائد والمصروفات والتعويضات، الا انه قد يحدث ان يوفى بجزء من الدين ويكون ذلك عند إعفاء الدائن الكفلاء من المتبقي، فبما يرجع الكفلاء على المدين الاصلي في هذا الفرض؟ وما الحكم لو كان الوفاء بشيء اخر غير المكفول أساساً؟

متى ما قام الكفيل بالوفاء الجزئي لأي سبب كان، لا يكون له سوى الرجوع بموجب هذه الدعوى الا بما وفى، وإذا كان الوفاء شيئاً اخر غير المكفول يكون الرجوع على المدين الاصلي

---

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص١١٨. د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص٧٣. د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص١٧٤.

بما تمت كفالته لا بما أُدِّي[1]، فلو كان الوفاء بشيء من المثليات لا يكون رجوع الكفلاء على المدين بما وفى به وانما بما اتفق عليه في عقد الكفالة[2].

الفرع الثاني

رجوع الكفلاء على المدين بدعوى الحلول

يحل غير الموفي عن المدين محل الدائن بحكم القانون، فدعوى الحلول هي دعوى يقرها القانون يحل بموجبها غير الموفي محل الموفى له بالحق ذاته الموفى به والخصائص والصفات نفسها[3]، إذ ينتقل الحق بفوائده وتأميناته وما يرد عليه من دفوع، وتمنح القوانين محل المقارنة الكفلاء الحق بدعوى الحلول الى جانب الدعوى الشخصية[4]، وما هذا الا تأكيداً على القواعد العامة في الوفاء مع الحلول[5].

ويحق للكفلاء سواء كانوا متضامنين ام غير متضامنين الرجوع بدعوى الحلول عند تحقق شروطها التي يمكن بيانها على النحو الآتي:

---

(١) د. حسن الفكهاني. د. عبد الباسط جميعي. د. عبد المنعم حسني، الوسيط في شرح القانون المدني الاردني، ج٧، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، دون سنة نشر، ص٤٧٦.

(٢) نصت المادة (١٠٣٤) من القانون المدني العراقي على: (إذا ادى الكفيل للدائن عوضاً بدل الدين، ويرجع على المدين بما كفله لا بما اداه...).

(٣) د. انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام– احكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤، ص٣٧٨.

(٤) نصت المادة (٢٣٠٦) من القانون المدني الفرنسي على: (يحل الكفيل الذي اوفى الدين محل الدائن في جميع الحقوق التي كانت لهذا الاخير ضد المدين)، نصت المادة (٧٩٩) من القانون المدني المصري على: (إذا وفى الكفيل الدين، كان له ان يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين ولكن إذا لم يوفِ الا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه الا بعد ان يستوفي الدائن كل حقه من المدين)، وفي المقابل نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٣) من القانون المدني العراقي على: (ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق...).

(٥) نصت المادة (٣٧٩) من القانون المدني العراقي على: (إذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع محل الدائن بحكم القانون في الاحوال الآتية: أ– إذا كان ملزماً بالدين مع المدين او ملزماً بوفائه عنه...)، يقابلها المادة (١٢٤٩) من القانون المدني الفرنسي.

١- الوفاء بالدين: يعد الوفاء اساساً لانتقال حق الدائن الى الكفلاء والحلول محله، فليس هناك حلول من دون الوفاء بالدين[١]، ولا اهمية للكيفية التي يتم يوفى الكفلاء بها الدين، فقد يقضى الدين بالوفاء او الوفاء بمقابل او التجديد او غيرها من طرق الوفاء، ففي كل هذه الاحوال يكون للكفلاء الحلول محل الدائن في مواجهة المدين، وإذا لم يوفِ الكفلاء بالدين فعلاً كأن يبرئ الدائن ذمتهم من الكفالة او يتقادم الدين فأن ذلك ينفي الشرط ولا يكون هناك حلول[٢].

وبهذا الصدد يطرح تساؤل حول حكم وفاء الكفلاء بجزء من الدين، فهل لهم في هذا الفرض الرجوع بدعوى الحلول بقدر الجزء الموفى؟

ان الوفاء الجزئي بالدين من قبل الكفلاء لا يحرمهم من حق الحلول في مواجهة المدين المكفول، ولكن لا ينبغي ان يضار الدائن بهذه الدعوى حيث يتقدم عليهم في حال الرجوع على المدين الاصلي بالجزء المتبقي[٣].

٢- الوفاء عند حلول اجل الدين: وعلى ذلك فإنه إذا ما تعجل الكفلاء واوفوا الدين للدائن فلا يمكن لهم الرجوع بدعوى الحلول على المدين الا عند حلول اجل الدين الاصلي، وقد يؤدي الاستعجال في دفع الدين الى حرمانهم من الرجوع بموجب هذه الدعوى إذا ما كان الدين قد انقضى في الفترة الواقعة بين الوفاء وحلول الاجل بسبب المقاصة او اتحاد

---

(١) د. نزيه كباره، العقود المسماة (البيع الاجارة، الوكالة، الكفالة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٠، ص٤١١.

(٢) د. انور طلبة، مصدر سابق، ص٤١١.

(٣) نصت المادة (١٢٥٢) من القانون المدني الفرنسي على: (... فلا يمكن ان يُضر بالدائن عندما لا يكون استوفى الدين إلا جزئياً، وفي هذه الحال يستطيع ان يمارس حقوقه بالنسبة الى ما تبقى متوجباً له بالأفضلية على الشخص الذي لم يتلق منه سوى إيفاء جزئي)، اما المشرع المصري فقد جاء بنص المادة (٧٩٩) في القواعد المنظمة لعقد الكفالة نص فيه على: (إذا وفى الكفيل الدين، كان له ان يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين ولكن إذا لم يوفِ الا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه الا بعد ان يستوفي الدائن كل حقه من المدين)، كما نصت الفقرة الاولى من المادة (٣٨٢) من القانون المدني العراقي على: (إذا وفى غير المدين الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ويكون في استيفاء ما تبقى له من حق مقدماً على من وفاه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك).

الذمة على سبيل المثال، او ان يكون للمدين دفوعاً في مواجهة الدائن من شأنها ان تبرئ ذمته[١].

ويترتب على توافر شروط دعوى الحلول، نتائج مهمة يمكن إجمالها على النحو الآتي:

١- ينتقل حق الدائن للكفلاء بصفاته، فإذا كان الحق الذي حل فيه الكفلاء محل الدائن حقاً تجارياً، فأنه ينتقل اليهم بهذه الصفة حتى وان لم يكن الكفلاء تجاراً، ويترتب على ذلك ان لهم ان يتقاضوا الدين بالطرق التجارية[٢]، وتسري على الكفلاء مدد التقادم السارية على الحق الاصلي، فمتى ما كان لهذا الحق مدة تقادم خاصة فأنه يسقط بالنسبة للكفلاء بالمدة ذاتها، وكذا الحال فيما لو كانت مدة التقادم طويلة، وايضاً بالنسبة لسريان التقادم على الدائن فهو يسري بذات الصيغة على الكفلاء ويكون مكملاً له[٣]، أضف الى ذلك ان انتقال الحق الثابت بسند تنفيذي يمنح الكفلاء الموفين هذه الميزة، الامر الذي يترتب عليه إمكانية التنفيذ ضد المدين من دون الحاجة الى سند خاص بهم مستندين في ذلك الى السند التنفيذي الذي كان الدائن يحوزه قبل الانتقال[٤]، ويمكن للكفلاء الموفين الحلول محل الدائن بالنسبة للإجراءات القضائية التي اتخذها الدائن قبل الحلول في مواجهة المدين وتحديداً في المرحلة التي توقف فيها الدائن من دون الحاجة الى مباشرة إجراءات جديدة[٥].

٢- حلول الكفلاء محل الدائن بالحق وما يشتمل عليه من توابع، ومن ابرز هذه التوابع الفوائد، فلو كان للدائن في ذمة المدين فوائد قانونية فإنها تنتقل الى الكفلاء وبالسعر ذاتها، وفي حال عدم الاتفاق عليها لا يستحق الكفلاء سوى الفوائد القانونية التي تحتسب من تاريخ المطالبة القضائية، ويدخل ضمن هذه التوابع الشرط الجزائي الذي يستطيع الكفلاء الإفادة منه، ومن تلك التوابع ايضاً الدعاوى التابعة للحق ومنها دعوى عدم نفاذ

---

(١) د. فايز احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص٢٣٥.

(٢) د. حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، مصدر سابق، ص٣٧٠.

(٣) بهجت علي صباح الحيدري، وسائل حماية الكفيل في القانون المدني وقانون حماية المستهلك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٨، ص٣٨٣.

(٤) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص١٣٥.

(٥) د. فراس بحر محمود، مصدر سابق، ص٢٦٧.

التصرفات، إذ ان للدائن بموجب هذه الدعوى ان يطعن بتصرفات مدينه الضارة به بقصد حماية الضمان العام للمدين، كذلك دعوى الفسخ كما لو كفل الكفلاء المشتري في دفع الثمن، ثم دفعوا الثمن للبائع وفاءً لدين المشتري، انتقل الى الكفلاء حق البائع دعوى الفسخ لعدم وفاء الثمن[١]، وينتقل اليهم الحق في الحبس.

٣- حلولهم محل الدائن بالنسبة للدفوع التي يكون للمدين التمسك بها في مواجهة الدائن، إذ يكون للمدين ان يتمسك في مواجهة الكفلاء بالدفوع التي يكون له التمسك بها تجاه الدائن كافة، كون الكفلاء وبحلولهم محل الدائن اصبحوا بالمركز القانوني ذاته للدائن، ومن تلك الدفوع الدفع ببطلان الالتزام الاصلي او انقضائه او ان تحقق الشرط الفاسخ وغيرها من الدفوع التي من شأنها ان تبرئ ذمته[٢].

٤- انتقال الحق بتأميناته، فلو كان الحق مضمون بتأمينات اخرى غير الكفالة التي التزم بها هؤلاء الكفلاء انتقلت لهم كما هي ما لم يكن هناك اتفاق اخر بشأنها[٣].

لذلك ان وفاء الكفلاء الدين يمنحهم حق الرجوع على المدين بدعوى الحلول، إذ انهم يحلون محل الدائن في مواجهة المدين عند توافر الشروط اعلاه، ونطاق ما يتم الحلول فيه هو اصل الدين بخصائصه وتوابعه وتأميناته، فضلاً عن الفوائد الاتفاقية ان وجدت والقانونية.

وبالمفاضلة بين كلٍ من الدعوى الشخصية ودعوى الحلول، نجد ان ابرز الفروق بين الدعويين هي:

١- لكل الكفلاء الرجوع على المدين بدعوى الحلول استناداً لأحكام الوفاء مع الحلول سواء عقدت الكفالة بعلمه ام من دون علمه، كذلك لهم الرجوع ولو كانت هناك معارضة من

---

(١) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق، ص١٨٦.

(٢) د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص٨٦.

(٣) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص١٣٧.

المدين[1]، في حين يشترط لرجوع الكفلاء على المدين بالدعوى الشخصية ان تكون الكفالة عقدت من دون معارضة من المدين[2].

٢- ليس للكفلاء الرجوع على المدين بدعوى الحلول فيما يتعلق بالفوائد القانونية من يوم الدفع، ولا تمكنهم هذه الدعوى من الرجوع على المدين بالمصروفات التي انفقت في سبيل الوفاء بدينه، كذلك المصروفات المتعلقة بإرشاد الدائن الى اموال المدين، كذلك مصاريف مطالبة المدين او التعويضات عن الاضرار التي لحقت الكفلاء بسبب الوفاء[3]، بخلاف الدعوى الشخصية.

٣- في الدعوى الشخصية يستقل حق الكفلاء عن حق المدين الذي وفى دينه بخلاف دعوى الحلول، إذ يحل الكفلاء محل الدائن فيما له من حق بصفاته وخصائصه، من ثم فأن تقادم حق الكفلاء في دعوى الحلول هو تقادم حق الدائن ذاته إذ يحتسب المدة السارية في مواجهة الدائن قبل الحلول، اما بالنسبة للدعوى الشخصية فأن احتساب مدة التقادم يبدأ من تاريخ الوفاء للدائن، لان حق الكفلاء يبدأ من هذا التاريخ[4].

ومن المفاضلة نرى ان من مصلحة الكفلاء الرجوع بالدعوى الشخصية لما توفره من حق في الفوائد واحتساب المدة بشرط ان تكون الكفالة بعلم المدين او دون معارضته بأقل تقدير.

المطلب الثاني

رجوع الكفيل الموفي على باقي الكفلاء

ان وفاء احد الكفلاء او بعضهم الدين المكفول يعطيهم الحق قانوناً في الرجوع على بقية الكفلاء، الا ان الرجوع هنا يختلف في احكامه عما بُحث في رجوع الكفلاء على المدين، كذلك

---

(١) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص١٣٨. د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص٧٨.

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق، ٣٤٢. د. نسرين منصور، حلول الموفي محل الدائن وآثاره القانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الفيصل، عدد١٦، بلا رقم مجلد، ٢٠١٤، ص٤٠٥-٤٠٦.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج١٠، مصدر سابق، ص١٨٩. د. همام محمد محمود زهران، مصدر سابق، ص٢٢٦.

(٤) د. نبيل ابراهيم سعد، المصدر نفسه، ٣٤٣.

تختلف الاحكام بحسب نوع الكفالة شخصية كانت ام عينية الامر الذي ينبغي تسليط الضوء على احكام رجوع كل من الكفيل الشخصي والعيني على باقي الكفلاء، لأجل ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين: الاول سيخصص لبحث رجوع الكفيل الشخصي الموفي على باقي الكفلاء، اما الثاني فسيكون لبحث رجوع الكفيل العيني على باقي الكفلاء.

الفرع الاول

رجوع الكفيل الشخصي على باقي الكفلاء

ان رجوع الكفيل الموفي عموماً على باقي الكفلاء يختلف بحسب نوع التعدد من حيث التضامن، فقد سبق ان بينا نوعين من التعدد، فقد يكون الكفلاء متضامنين او غير متضامنين، فتقضي القوانين محل المقارنة انه متى ما تعدد الكفلاء وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، بمعنى ان كل شخص منهم مسؤول عن التزامه وبالقدر المحدد في عقد الكفالة فأن الرجوع يختلف هو الآخر بحسب الفرضيتين الآتيتين:

١- تعدد الكفلاء وانقسام الدين فيما بينهم: ويتحقق هذا الفرض عندما يكون الكفلاء قد كفلوا الدين بعقد واحد وتم الاتفاق على تحديد نصيب كلٍ منهم، او لم يحدد فيصار الى تقسيم الدين بينهم بالتساوي، ففي هذا الفرض يكون كل كفيل مسؤول بقدر حصته ومتى ما كان وفاءه بقدر حصته برأت ذمته وليس له الرجوع على باقي الكفلاء بشيء[١]، اما في حال وفاء هذا الكفيل للدين كاملاً كان له الرجوع على باقي الكفلاء كلٍ بقدر حصته، ويكون الرجوع بموجب دعوى الكسب بلا سبب، إذ ان كل كفيل يعدّ مثرياً بقدر نصيبه من الدين المكفول وليس عليه الالتزام بما يجاوزها[٢]، وبذلك الشأن قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية بأنه: (إذا ثبت للمحكمة نتيجة التحقيقات القضائية ان الكفلاء

(١) د. علي محمد عبد الحافظ السيد، مصدر، ص٣٥.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المسماة، مصدر سابق، ص٢٨١.

الثلاثة غير متضامنين فيما بينهم وبين المدعي فيما يتعلق بالدين موضوع الدعوى، فيكون كل كفيل مسؤولاً عن ثلث مبلغ الدين المطالب به)[١].

٢- تعدد الكفلاء مع عدم انقسام الدين: وينشأ هذا الفرض اما بتعدد الكفلاء والتزامهم بعقد واحد مع تضامنهم مع مراعاة ان التضامن لا يفترض[٢]، او بتعدد الكفلاء بعقود متوالية، حيث يكون كل كفيل وفي الحالتين اعلاه مسؤولاً بكل الدين امام الدائن، ويكون ملزماً بوفاء كامل الدين عند المطالبة من الدائن، ويرجع بعد ذلك على باقي الكفلاء[٣].

وهناك[٤] من يرى ان الرجوع يكون بموجب الدعوى الشخصية او دعوى الحلول، فإذا ما تم الرجوع بموجب الدعوى الشخصية فيرجع بموجب دعوى الكفالة، اما إذا رجع بدعوى الحلول فأنه يحل محل الدائن ومقدار الرجوع يختلف وعلى النحو الذي سنبينه لاحقاً، وهناك[٥] من يرى ان الرجوع يتم بدعوى الكسب بلا سبب، إذ ان وفاء الكفيل بكامل الدين يبرأ ذمة الكفلاء كافة، من ثم إثراءهم بلا سبب على حسابه، وفضلاً عن ذلك يكون للكفيل الموفي ان يرجع على غيره من الكفلاء بموجب دعوى الحلول، إذ يكون الكفيل الموفي مع باقي الكفلاء جميعاً مسؤولين عن الدين، من ثم يكون للموفي ان يحل محل الدائن في حقوقه بالدين بصفاته وتوابعه ودفوعه وتأميناته كافة في مواجهة باقي الكفلاء، إذ تعد كفالتهم هذه من تأمينات الحق المنتقل من الدائن الى الكفيل الموفي، مع مراعاة اختلاف مقدار ما يرجع به الكفيل بموجب دعوى الحلول طبقاً لهذا الفرض.

ونلاحظ ان الرأي الثاني هو الانسب، إذ يقصر حق الرجوع في هذا الفرض بدعوى الكسب بلا سبب ودعوى الحلول من دون دعوى الكفالة.

---

(١) القرار المرقم ٢٦٠/ استئنافية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٤/٥، النشرة القضائية، عدد٩، ص٣١. نقلا عن: دلال مهدي زرار، مصدر سابق، ص١٥١.

(٢) د. احمد سلامة، مصدر سابق، ص٥١.

(٣) د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، مصدر سابق، ص٤٤٠. علي مهدي صالح الدفاعي، عقد الكفالة بالنفس، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة القادسية، ٢٠١٦، ص٩٧.

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج١٠، مصدر سابق، ص٢٠٥.

(٥) عمر علي ابو بكر، التكييف الفقهي للكفالة وتحديد براءة المكفول (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة التشريع والقانون، عدد٢٨، ٢٠١٦، ص١٨٩.

اما فيما يتعلق بشروط رجوع الكفيل الموفي على باقي الكفلاء، فأياً كانت الدعوى التي يرجع بها الكفيل على الكفلاء سواء بدعوى الاثراء بلا سبب ام دعوى الحلول، فأن شروط الرجوع هي كالآتي:

١- ان يكون وفاء الكفيل فعلياً، إذ ان مجرد التزام الكفيل او تصريحه بنيته الوفاء لا يمنحه الحق بالرجوع على غيره من الكفلاء[١]، ولا يشترط في الوفاء ان يقع بطريقة معينة المهم ان ينقضي الدين فعلياً سواء كان بالوفاء ام الوفاء بمقابل ام عن طريق المقاصة والتجديد او غيره من طرق انقضاء الالتزام، فكلها تبرأ ذمة الكفيل امام الدائن وتبعا له براءة ذمة الكفلاء جميعهم[٢]، وقد يثبت للكفيل احياناً حق الرجوع على غيره من الكفلاء مع عدم وفاءه الفعلي للدين، ويكون ذلك في حالة هبة الدائن للكفيل او إبراء ذمته[٣].

٢- ان يكون وفاء الكفيل بما يزيد عن حصته بالدين، إذ ان وفاء الكفيل بقدر حصته يبرأ ذمته لوحده ولا يكون له اي حق بالرجوع على باقي الكفلاء الذين لا تبرأ ذممهم بهذا الوفاء، لذلك لا يكون للكفيل حق الرجوع الا بالوفاء الكلي للدين او بأقل تقدير بما يزيد على حصته الذي يجعل كفيلاً اخر مستفيد من هذا الوفاء[٤].

٣- ان يكون الوفاء مفيداً لباقي الكفلاء، ويكون الوفاء كذلك عندما يؤدي الى إبراء الذمة، فلو كانت ذمة الكفيل قد أبرأها الدائن قبل هذا الوفاء فلا فائدة من وفاء ذلك الكفيل، ولا يكون امام الكفيل الموفي سوى الرجوع على الدائن بإضاعة التأمينات الضامنة للدين، هذا وللكفيل الذي يتم الرجوع عليه من قبل الكفيل الموفي الحق بالتمسك في مواجهة الكفيل الاخير بالدفوع كافة، التي كان له ان يتمسك بها في مواجهة الدائن سواء ما تعلق منها بالالتزام الاصلي ام بعقد الكفالة[٥]، فضلاً عن ذلك قد يكون الكفيل الموفى عنه

---

(١) د. مها ناصيف جاسم، التضامن السلبي، مصدر سابق، ص١٠٢.

(٢) د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص١٨٢.

(٣) نصت الفقرة الاولى من المادة (٣٣٥) من القانون المدني العراقي على: (إذا قضى احد المدينين المتضامنين الدين بغير الشيء الواجب أداؤه او بطريق آخر يقوم مقام الوفاء كالهبة او الحوالة يرجع على بقية المدينين بما ضمن لا بما أدى).

(٤) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق، ص٢٠٠.

(٥) عبد السلام ذهني بك، في التأمينات، مصدر سابق، ص٢٧.

ملتزم بموجب عقد الكفالة التزاماً باطلاً، او موقوفاً بسبب نقص اهليته او كان معلق على شرط واقف او مقترناً بأجل، فلا يكون للوفاء فائدة بالنسبة للكفيل قبل تحقق الشرط او حلول الاجل ان كان واقفاً[١].

٤- ان لا يتسبب الكفيل الموفي بخطئه ضرراً للكفيل او الكفلاء الذي ينوي الرجوع عليهم، فإذا ما ارتكب خطأ من شأنه ان يحرم باقي الكفلاء الرجوع على المدين الاصلي فلا يكون له الرجوع عليهم، كأن لم يخطر الكفيل الموفي باقي الكفلاء بوفائه للدين وقام احدهم بالوفاء مرة اخرى، إذ لا يكون للكفيل في هذه الحالة الرجوع على باقي الكفلاء، بل لا يكون له الرجوع على المدين الاصلي إذ ينتقل هذا الحق الى الكفيل الموفي للمرة الثانية في هذا الفرض، وعلة ذلك انه مقصر ويجب ان يتحمل نتائج تقصيره، فلا يضار غيره من الكفلاء[٢].

يكون مقدار رجوع اي من الكفلاء الموفين على غيره يكون بقدر نصيب كل واحد منهم بالدين[٣]، ويضاف اليها حصته من نصيب الكفيل المعسر، ويكون ذلك في حالة رجوعه بالدعوى الشخصية او دعوى الحلول او دعوى الكسب بلا سبب، ويعدّ هذا الحكم استثناءً من القواعد العامة المتعلقة بالحلول التي تقضي بإعطاء الحق للكفيل الموفي الرجوع بكامل الدين للدائن، ان يحل محل هذا الاخير ويرجع على اي من الكفلاء الآخرين والمطالبة بكامل الدين، الا انه في حال تطبيق احكام الحلول بحرفيتها في هذا الفرض لكنا امام دعاوى رجوع عدة لا مبرر لها او ان النتائج سوف تكون غير مجدية وسيكون مجرد دوران في حلقة مفرغة، إذ لو سمح للكفيل الموفي ان يرجع بموجب دعوى الحلول بكامل الدين على اي كفيل، فهنا يكون الحق لهذا الاخير ان يحل محل الدائن ايضاً وعليه يكون له الحق ان يرجع على اي من الكفلاء

---

(١) د. مها ناصيف، مصر سابق، ص١٠٤.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص١٩٤.

(٣) حيث نصت المادة (٢٣١٠) من القانون المدني الفرنسي على: (... يحق للكفيل الذي أوفى الدين الرجوع على سائر الكفلاء كل بنسبة حصته ونصيبه...)، يقابلها المادة (٧٩٦) من القانون المدني المصري والتي تنص على: (اذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم وفى احدهم الدين عند حلوله، كان له ان يرجع على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه من حصة المعسر منهم، وهو مشابه لما نص عليه المشرع العراقي في المادة (١٠٣٢) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على: (اذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى احدهم الدين كان له ان يرجع عند الاستحقاق على كل من الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم).

الآخرين بما فيهم الكفيل الذي أوفى الدين ابتداءً، ولتجنب الدوران في هذه الحلقة المفرغة، فإن المشرع قد حدد مقدار الرجوع بحصة كل كفيل بالدين المضمون مضافاً إليه نصيبه في حصة الكفيل المعسر ان وجد[١]، هذا وللدائن ان يرجع على الكفلاء جميعاً بدعوى واحدة لما في ذلك من اختصار للجهد والوقت.

الفرع الثاني

رجوع الكفيل العيني الموفي على باقي الكفلاء

الكفيل العيني كالكفيل الشخصي ملزم بدفع الدين المكفول في حال عدم قيام المدين بالوفاء به، ويكون له الرجوع على باقي الكفلاء شأنه في ذلك شأن الكفيل الشخصي[٢]، فما الوسيلة التي يكون له الرجوع فيها عليهم؟

ان لتعدد الكفلاء العينيين فرضين: الاول ان لا يكون بين الكفلاء سوى كفلاء كفلوا الدين بكفالات عينية، اما الفرض الثاني فهو وجود اكثر من كفيل عيني الى جانب كفيل او كفلاء شخصيين، ولا يختلف الفرض الاول عن تعدد الكفلاء الشخصين، فلا يوجد ما يمنع من تطبيق القواعد المتبعة ذاتها سواء أكان هؤلاء الكفلاء متضامنين فيما بينهم ام لا، فلا يوجد مسوغ لتفضيل كفيل عيني على آخر حتى اسبقية تاريخ الكفالة لا تؤدي الى التفضيل فيما بينهم[٣].

اما فيما يتعلق بكيفية تقسيم الدين فيما بينهم، فأن هناك من يرى بأن يكون ذلك بنسبة قيمة كل مرهون الى المرهون الآخر، وهناك[٤] من يرى ان التقسيم يكون بحسب قيمة كل مرهون الى قيمة الدين، فإذا كان كل من الرهنين المقدمين اكثر من قيمة الدين فهنا يقسم الدين مناصفة بين الكفيلين، اما إذا كانت قيمتها او قيمة احدهما اقل، فإن الدين يقسم بين الكفيلين فيما يعادل المرهون الاقل، ويتحمل صاحب المرهون الاكثر قيمة المتبقية من الدين.

---

(١) نصت المادة (٣٣٤) من القانون المدني العراقي على: (١- لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين الرجوع على الباقين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه بقدر حصته. ٢- فإن كان احد منهم معسراً تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذي وفى بالدين وسائر المدينين كل بقدر حصته).

(٢) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق، ص٢٠٢. حسني محمود عبد الدايم، مصدر سابق، ص٤٠٣.

(٣) د. محمد فوزي العوجان، مصدر سابق، ص٢٨٠.

(٤) محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص٧٢.

اما الفرض الثاني فهو وجود كفيل او كفلاء شخصيين الى جانب كفيل او كفلاء عينيين، وقد اثير خلاف في هذا الفرض فيما يتعلق بإمكانية الرجوع فيما بينهم، فهناك[١] من يرى ان الحق في الرجوع هو الكفيل العيني على الشخصي في كل ما اوفى من كفالته العينية تحت مبرر ان الكفيل الشخصي ضامن بذمته المالية جميعها وهو اولى بتحمل المسؤولية، وفي حال كان الموفي هو الكفيل الشخصي، فلا حق له في الرجوع على الكفيل العيني، وهناك[٢] من يذهب الى ان الحق في الرجوع يتوقف على تاريخ تقديم الكفالة، فإذا كانت الكفالة الشخصية سابقة للكفالة العينية لا يكون للكفيل الشخصي الموفي الرجوع على الكفيل العيني بما وفى والعكس صحيح، وفي حال تساوي تاريخ انعقاد كل منهما يفضل الكفيل العيني على الشخصي لذلك لا يكون لهذا الاخير الرجوع على الاول، وذلك لان مدى التزام الكفيل الشخصي اوسع من مدى التزام الكفيل العيني الذي يتحدد بقيمة المال المرهون الذي قدمه، ويذهب رأي ثالث[٣] الى عدم التفضيل بين الكفلاء بحسب نوع الكفالة المقدمة تحت اي ظرف ولا عبرة لتاريخ نشأة الكفالة ما دام كل منها ضامناً للدين، وبوفاء اي منهم يكون له حق الرجوع على الآخرين وهو حق ثابت قانوناً لكل كفيل ولاسيما ان القوانين محل المقارنة لم تميز في هذا الامر، لذلك يكون لكل كفيل حق الرجوع ولا خلاف بحسب هذا الرأي حول وسيلة الرجوع، وهو ما نذهب الى تأييده لعدم استقامة الرأيين السابقين مع الواقع العملي ومبادئ العدالة، فليس من العدل تمييز الكفيل العيني على الشخصي ما دام الكفيل العيني قد ارتضى كفالة الدين بإرادته.

إلا ان التساؤل الذي يثار هو كيفية تحديد مقدار ما يرجع به الكفيل الموفي في حال اجتمع كفيل شخصي مع آخر عيني او اكثر؟

هناك من يذهب[٤] الى ان التقسيم بين الكفيل العيني والشخصي يكون بالتساوي مهما كانت قيمة المال المرهون المقدم من الكفيل العيني، وذلك لان كل كفيل ملتزم بالدين في مواجهة الدائن

---

(١) د. السيد عبد نايل، مصدر سابق، ص٤٣٢.

(٢) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص٣٨٦.

(٣) د. سليمان مرقس، عقد الكفالة، مصدر سابق، ص١٥١.

(٤) محمد فوزي، مصدر سابق، ص٥٥٣.

متساوية، الا ان هناك[1] من يذهب الى ضرورة ان يكون تقسيم بين كل من الكفيل الشخصي والعيني على اساس قيمة المال المرهون المقدم من الكفيل العيني، ومتى ما كانت قيمة هذا المال مساوية او اكبر من قيمة الدين المكفول، فإن الكفيل العيني يكون مسؤولاً عن كامل الدين في مواجهة الدائن كما هو الحال بالنسبة للكفيل الشخصي، لذلك يكون التقسيم عند الرجوع مناصفةً، اما إذا كانت قيمة المال المرهونة اقل من قيمة الدين فهذا يعني ان مسؤولية الكفيل الشخصي تفوق مسؤولية الكفيل العيني، من ثم ان الوفاء من احدهما بكل الدين يعطي الحق له ان يرجع على الكفيل الآخر، فإذا كان الكفيل الشخصي أوفى بكل الدين يرجع على الكفيل العيني بمقدار المال المرهون.

لذلك ان للتقسيم بين الكفيل العيني والشخصي معيارين لتقسيم الدين بين الكفيل العيني والشخصي، يمكن بيانهم على النحو الآتي:

١- **معيار التناسب المطلق:** ويبحث في هذا المعيار عن قيمة المال المرهون من الكفيل العيني، التي على أساسها تحدد مسؤولية الكفيل العيني، فإذا كانت قيمة المال المرهون أقل من قيمة الدين فذلك دلالة على ان ارتضى ان يكفل الدين بقيمة المال المقدم من قبله[2]، اما ان كانت تزيد عن قيمة الدين، فتكون مسؤولية الكفيل العيني تتجاوز قيمة الدين ويتحمل الكفيل العيني عندها نسبة قيمة العين التي قام برهنها لضمان الدين، من ثم ان كانت قيمة تلك العين تعادل قيمة الدين مرتين، حينها يتحمل الكفيل الشخصي نصف ما تحمله الكفيل الشخصي، ويلاحظ ان قيام الكفيل بتقديم مال تزيد قيمته على قيمة الدين المكفول سيجعله يتحمل كل الدين لوحده، وانه يتعارض مع شرط عدم جواز ان يكون التزام الكفيل أشد عبئاً من التزام المدين الذي أشار له كل من القانون الفرنسي والمصري على نحو صريح وضمناً في القانون المدني العراقي.

٢- **معيار التناسب النسبي:** ويحدد في هذا المعيار قيمة المال المقدم من الكفيل العيني ايضاً، فإن كانت قيمته تزيد على قيمة الدين او تعادلها، تكون مسؤولية الكفيل العيني

---

(١) قدري عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق، ص٢٠٢. د. حسني محمود عبد الدايم، مصدر سابق، ص٤٠٣. محمد فوزي العوجان، مصدر سابق، ص٢٨٠. د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص٧٢.

(٢) د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص٧٥-٧٨.

عندها متساوية مع مسؤولية الكفيل الشخصي الاخير كافل الدين بذمته المالية جميعها ومسؤوليته كاملة، لذلك يتقاسم الاثنين الدين لتساوي المسؤولية بينهما[1]، اما لو كانت قيمة المال المرهون المقدم من الكفيل العيني اقل من قيمة الدين، فتكون مسؤولية الكفيل العيني بمقدار قيمة المال ويتحمل الكفيل الشخصي باقي الدين على اعتبار ان مسؤوليته كاملة، فأن كانت قيمة المال المرهون نصف الدين تحمل مناصفة مع الكفيل الشخصي وان كانت الربع تحمل هو ربع الدين وتحمل الكفيل الشخصي ثلاث ارباع وهكذا[2]، وفي حال تعدد الكفلاء العينين تحمل كل واحد نسبة قيمة المرهون منه للدين، والباقي يكون على الكفيل او الكفلاء الشخصيين.

---

(١) د. سليمان مرقس، عقد الكفالة، مصدر سابق، ص١٥١.

(٢) د.همام زهران، مصدر سابق، ص١٩٢.

الخاتمة

الخاتمة

بعد ان انهينا دراسة موضوعنا (النظام القانوني لتعدد الكفلاء- دراسة مقارنة) توصلنا الى جملة من النتائج والمقترحات يمكن ان نبينها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

١- ان المعنى العام لتعدد الكفلاء يتحدد بالعناصر الرئيسة له وهي وجود اكثر من كفيل مع وحدة المحل والدائن، إذ يقوم التعدد على فكرة وجود اكثر من كفيل يلتزم كلً منهم التزاماً شخصياً بذمته المالية جميعها، او عينياً حين يكفل بعين محددة، بدفع دين المدين المكفول في حال عدم الوفاء عند حلول الاجل، والتزامهم يكون اما على سبيل التضامن او التضامم.

٢- ان تعدد الكفلاء وسيلة قانونية حديثة نوعاً ما، إذ لم تكن موجودة في حقبة القانون الروماني، وحتى مع ظهورها لم تعرف بالصور التي استقر عليها الفقه اليوم، وكانت القوانين قديما تعدّ ان وجود كفيل واحد يكفي لضمان وفاء الدين.

٣- ان تعدد الكفلاء يجعل للدائن مجموعة من الذمم المالية والاموال تضم الى الذمة المالية لمدينه الأصلي وهذا ما يزيد حظوظه في استيفاء الدين ويقلل من خطر إعسار المدين الاصلي او حتى احد الكفلاء، الامر الذي يجعل من التعدد أداة أكثر إئتماناً مقارنة بالكفالة بصورتها البسيطة.

٤- ان لتعدد الكفلاء خصوصية ينماز بها عن غيره من الاوضاع، فهو يختلط كثيراً بتعدد اطراف الالتزام تحديداً التعدد السلبي (تعدد المدينين)، الا اننا توصلنا الى ان تعدد الكفلاء ليس هو التضامن السلبي، لان التضامن السلبي المدينين المتعددين فيه ملتزمين على نحو اصلي، في حين ان الكفلاء ملتزمين على نحو تبعي وهو فارق يترتب عليه نتائج مختلفة تماماً.

٥- ان لتعدد الكفلاء اكثر من صورة، فقد يكون التعدد بعقد واحد وقد يكون بعقود متوالية، وان ما تتماز بها صورة عن اخرى هو ان التعدد بعقود متوالية يكون الكفلاء فيه في

الغالب غير متضامنين، في حين ان التعدد بعقد واحد يكثر فيه ان يكون الكفلاء متضامنين وهو امر طبيعي لان كفالتهم بعقد واحد توحي ظاهراً بأنهم تكافلوا على نحو تضامني مع ان المشرع العراقي لا يفرض التضامن وانما يشترط ان يكون بشرط صريح في العقد.

٦- ان تعدد الكفلاء يستلزم توافر شروط معينة، منها عامة مستمدة من شروط عقد الكفالة، ومنها ما تفرضه حالة التعدد، وكان شرط وحدة المحل من الشروط التي اثير بشأنها جدل على مستوى الفقه، فهناك من ذهب الى ان وحدة المحل واضحة لا غبار عليها في حال كان التعدد بعقد واحد، في حين ان التعدد يثير الشك في حال كان بعقود متوالية، وتوصلنا الى ان وحدة المحل تكون متحققة إذا كنا امام مدين ودائن واحد، ولا دخل لصورة التعدد بوحدة المحل ان كان بعقد او بعقود متوالية.

٧- تبين لنا ان التشريعات محل المقارنة حاولت ان توازن بين اطراف عقد الكفالة وان كانت تميل لجانب الدائن اكثر لأن عقد الكفالة وجد لتوفير الامان للدائن وتعزيز الائتمان له، ولا يتحقق ذلك من دون ان تكون هناك ضمانات لاستيفاء الدين يراعى فيها الدائن على حساب الكفلاء، الا ان القوانين محل المقارنة ومن منطلق الموازنة نظمت الرجوع بأحكام تسمح للكفلاء المحافظة على حقوقهم، ويظهر ذلك بالدفوع التي يكون لكل كفيل التمسك بها في مواجهة الدائن التي قد تخلصه من التزام الوفاء بالدين.

٨- تحقيقاً للعدالة بين الكفلاء الذين ارتضوا بإرادتهم كفالة المدين اتضح لنا ان الرجوع لا يقف عند حد رجوعهم على المدين بعد وفاء الدين، بل يتعداه الى الكفلاء، إذ يُصار الى الرجوع الى القواعد التي تحكم الرجوع بين الكفلاء ليستوفِ المدين حقه من باقي الكفلاء الذين شاركوه الكفالة، ويكون للكفيل اكثر من وسيلة رجوع يمكن اعتمادها وان لكل منها ميزة مختلفة تمنح للكفيل عند الاخذ بها.

ثانياً: المقترحات:

١- دعوة المشرع العراقي الى النص صراحةً على اشتراط ان لا يكون التزام الكفيل أشد عبئاً من التزام المكفول، وفي حال كان ذلك لا تبطل الكفالة وانما يصار الى تقليل التزام الكفيل بما يساوي التزام المكفول، ويكون النص كالآتي:

(لا يجوز ان يكون التزام الكفيل أشد عبئاً من التزام الاصيل، ولا تبطل الكفالة التي يتجاوز فيها التزام الكفيل التزام المكفول بل يقلل للحد الذي يكون مساوياً له).

٢- تضمين القانون المدني العراقي نص صريح بشأن شرطي اليسر والإقامة، والإشارة الى ضرورة توافرهم في الكفلاء جميعهم في حال التعدد، لتجنب الخلاف الفقهي بهذا الشأن، ويكون النص بالصيغة الآتية:

(يشترط في الكفيل ان يكون موسراً ومقيماً في العراق، ويسري الشرط على كل كفيل في حال كانوا متعددين)

٣- لما كانت مسألة تقسيم الدين بين الكفيل الشخصي والعيني محل خلاف فقهي بين مؤيد ومعارض وذلك لعمومية نص المادة (١٠٢٤)، ندعوا المشرع العراقي الى النص صراحة على الحق في التقسيم بين الكفلاء بصرف النظر عن نوع الكفالة المقدمة من كل كفيل، وذلك بتعديل نص المادة اعلاه ليكون كالآتي:

(إذا تعدد الكفلاء، فأن كان كل منهم قد كفل الدين على حدة بعقد مستقل طولب كل منهم بجميع الدين، وان كانوا قد كفلوا معاً في عقد واحد قسم الدين بينهم وطولب كل منهم بحصته، سواء كانت الكفالة المقدمة من كل كفيل شخصية او عينية او الاثنين معاً، الا اذا كانوا قد كفلوا متضامنين فيما بينهم، ويفترض عدم التضامن ما بين الكفلاء ما لم يتم الاتفاق عليه صراحة).

٤- تحقيقاً للتوازن بين المصالح المتضاربة لكل من الدائن والكفلاء، ندعوا المشرع العراقي الى النص صراحةً على عدم إمكانية التمسك بنقص اهلية المدين كدفع في مواجهة الدائن عند العلم بذلك وقت التعاقد، ويكون النص على النحو الآتي:

(للكفيل ان يدفع في مواجهة الدائن بكل اشكال الدفوع المتعلقة بالمدين الاصلي حتى لو تعلق بنقص الاهلية ما لم يكن عالماً به وقت الكفالة).

٥- تعديل المادة (١٠٣٨) من القانون المدني العراقي، وتقييد رجوع الكفيل على المدين الاصلي بالمصروفات، ان تكون بحدود المصروفات المدفوعة بعد إبلاغ المدين الاصلي بالإجراءات المتخذة ضده، ليكون النص على النحو الآتي:

(يرجع الكفيل على المدين بما يضطر الى صرفه لتنفيذ مقتضى الكفالة، على انه لا تتجاوز النفقات التي تكبدها بعد ابلاغ المدين الاصلي بالاجراءات المتخذة ضده).

قائمة المصادر

قائمة المصادر

- **القرآن الكريم**

المصادر باللغة العربية

أولاً: المعاجم:

١- ابن منظور، لسان العرب، ج١٢، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.

٢- بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، مطابع مؤسسة الجواد للطباعة ١٩٧٧.

٣- لويس معلوف، المنجد في اللغة، ط٣٥، دار المشرق، بيروت، لبنان، ١٩٨١.

٤- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الادارة العامة للمعجمات واحياء التراث، المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، استنبول، تركيا، بدون سنة طبع.

٥- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتب العربي، بيروت، لبنان، ١٩٨١.

٦- مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد العزيز مطر، مراجعة: عبد الستار احمد فراج ، مطبعة حكومة الكويت ،الكويت ط٢، ج٨، ١٩٩٤.

ثانياً: الكتب القانونية

١- د. احمد ابو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ط١، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٤٥.

٢- د. احمد السعيد الزقرد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الكويتي، ط١، دون دار نشر، الكويت، ١٩٩٩.

٣- د. احمد شرف الدين، نظرية الالتزام، ج٢، احكام الالتزام، دون دار نشر، ٢٠٠٢.

٤- احمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨.

٥- د. احمد عبد التواب محمد بهجت، الوجيز في شرح احكام الضمانات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

٦- احمد فتحي زغلول، شرح القانون المدني، مطبعة الاميرية، مصر، ١٩١٣.

٧- د. احمد محمد الرفاعي، نطاق مسؤولية المدين المتضامم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٨- ادوار عبد، التأمينات العينية (التامين العقاري- الرهن العقاري- رهن المنقول- حقوق الامتياز)، ط٢، دون ذكر دار نشر، ١٩٩٥.

٩- د. اسعد ذياب، ابحاث في التأمينات العينية، المؤسسة الجامعة، لبنان، دون سنة نشر.

١٠- د. اسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزامات، ج٢، احكام الالتزام، القاهرة، ١٩٩٦.

١١- د. اسماعيل عبد النبي شاهين، احكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦

١٢- د. السيد محمد السيد عمران، التأمينات الشخصية والعينية، دار الهدى، الاسكندرية، ٢٠٠٣.

١٣- د. السيد محمد السيد عمران، التأمينات الشخصية، الكفالة، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، ٢٠٠٧.

١٤- د. امجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بلا مكان نشر، ٢٠٠٩.

١٥- انور العمروسي، التضامن والتضامم والكفالة، ط١، دار العدالة، دون مكان نشر، ٢٠٠٧.

١٦- د. انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام- احكام الالتزام، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٤.

١٧- د. انور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٠.

١٨-د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

١٩-د. انور طلبه، العقود الصغيرة (الوكالة والكفالة)، المكتب الجامعي الحديث، دون مكان نشر، ٢٠٠٤.

٢٠-د. برهام عطا الله، أساسيات نظرية الالتزام، مؤسسة الثقافة الجامعية- جامعة الإسكندرية، الإسكندرية، دون سنة نشر.

٢١-بهجت علي صباح الحيدري، وسائل حماية الكفيل في القانون المدني وقانون حماية المستهلك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٨.

٢٢-د. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، بلا سنة نشر.

٢٣-جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

٢٤-د. جلال الدين عدوي، احكام الالتزام- دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، دون سنة نشر.

٢٥-د. جلال محمد ابراهيم، احكام الالتزام، دون دار نشر، ١٩٩٦.

٢٦-د. جميل الشرقاوي، بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦.

٢٧-د. جميل الشرقاوي، دروس في التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦.

٢٨-د. جميل الشرقاوي، التأمينات الشخصية والعينية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

٢٩- جورج شدراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٦.

٣٠- د. حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ١٩٩٩.

٣١- د. حسن الفكهاني. د. عبد الباسط جميعي. د. عبد المنعم حسني، الوسيط في شرح القانون المدني الاردني، ج٧، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، دون سنة نشر.

٣٢- د. حسن علي ذنون، شرح القانون المدني العراقي- احكام الالتزام، مطبعة دار المعارف، بغداد، ١٩٥٢.

٣٣- د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام- احكام الالتزام- اثبات الالتزام، الجامعة المستنصرية، ١٩٧٦.

٣٤- د. حسني محمود عبد الدايم، الكفالة كتأمين شخصي للحقوق، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨.

٣٥- حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٩.

٣٦- د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول، المصادر الارادية، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

٣٧- درع حماد عبد، النظرية العامة للالتزامات، القسم الاول (مصادر الالتزام)، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.

٣٨- رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ، اثر الاعتبار الشخصي على عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٥.

٣٩- د. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.

٤٠-د. سالم حماد الدحدوح، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، بلا دار نشر، فلسطين، ٢٠١٨.

٤١-د. سعد احمد محمود، عقد الكفالة(دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

٤٢-سعيد سعد عبد السلام، مصادر الالتزام المدني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

٤٣-د. سليمان مرقس، احكام الالتزام- اثار الالتزام واوصافه وانتقاله وانقضاؤه، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٧.

٤٤-د. سليمان مرقس، عقد الكفالة، دار النشر للجامعات العربية، ١٩٥٩.

٤٥-د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني- في الالتزامات، مجلد٤، احكام الالتزام، ط٢، دار الكتب القانونية، ١٩٩٢.

٤٦-د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد٣، في العقود المسماة (عقد الكفالة)، ط٣، دون دار، ١٩٩٤.

٤٧-سعد احمد محمود، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.

٤٨-سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية (القسم المدني)، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.

٤٩-سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦.

٥٠-د. سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة- الرهن- حق الاختصاص- الرهن الحيازي- حقوق الامتياز)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.

٥١-د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، ١٩٩٦.

٥٢-د. سمير عبد السيد تناغو، احكام الالتزام والاثبات، ط١، مكتبة الوفاء، الاسكندرية، ٢٠٠٩.

٥٣-شاكر ناصر حيدر، شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية العقارية، ج١، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٢.

٥٤-شريف مكرم، التوقف عن الدفع واثره على حقوق دائني المفلس في ضوء قانون التجارة، ط١، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٥.

٥٥-صابر محمد محمد سيد، رجوع الدائن على الكفيل- دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.

٥٦-صائب صالح ال عبود الربيعي، الالتزام التضامني والالتزام التضاممي ومدى اهمية التمييز بينهما، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧.

٥٧-د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٣.

٥٨-د. صلاح الدين الناهي، شرح القانون التجاري العراقي، الافلاس والتسوية القضائية، بلا دار طبع. بغداد، ١٩٨٤.

٥٩-طلبة وهبة خطاب، عقد الكفالة، مكتبة سيد وهبة، القاهرة، ١٩٨٧.

٦٠-د. عامر محمود الكسواني، احكام الالتزام- آثار الحق في القانون المدني (دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، ٢٠٠٨.

٦١- عبد الحكيم رابحي، مهلة الوفاء بين النص والتطبيق، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٩.

٦٢-د. عبد الخالق حسن احمد، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، دار الهدى للطباعة، القاهرة، ١٩٨٦.

٦٣- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٥، العقود الواردة في الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، ١٩٥٢.

٦٤- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١٠، في التأمينات الشخصية والعينية، دار أحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، بدون سنة طبع.

٦٥- د. عبد الفتاح عبد الباقي، احكام القانون المدني المصري، التأمينات الشخصية والعينية، ط٢، مطابع دار اخبار اليوم، القاهرة، ١٩٥٠.

٦٦- د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

٦٧- د. عبد الفتاح عبد الباقي، احكام القانون المدني، التأمينات، دون سنة طبع.

٦٨- د. عبد القادر الفار. د. بشار عدنان ملكاوي، احكام الالتزام- اثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٥.

٦٩- د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري، القانون المدني واحكام الالتزام، ج٢،ط٣، مكتبة السنهوري، بغداد، ١٩٦٩.

٧٠- د. عبد المجيد الحكيم. عبد الباقي البكري. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٨.

٧١- د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ج٢، احكام الالتزام، مكتبة سيد عبد الله وهبة، دون سنة نشر.

٧٢- د. عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط٥، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٦.

٧٣- د. عدنان ابراهيم السرحان، العقود المسماة في (المقاولة، الوكالة، الكفالة)، ط١، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٦.

٧٤-د. عزيز العكيلي، احكام الافلاس والصلح الواقي، ج٣، ط٤، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١.

٧٥-د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة (الكفالة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، بلا سنة نشر.

٧٦-د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة نشر.

٧٧-د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المسماة (الكفالة)، ط١، منشورات زين الحقوقية، لبنان- بيروت، ٢٠١٨.

٧٨-د. علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الاحكام، مجلد١، ط١، دار الجيل، بيروت، ١٩٩١.

٧٩-علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، القسم الثاني، الكفالة، منشورات معهد البحوث والدراسات، ١٩٧٣.

٨٠-د. علي فوزي الموسوي، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، مكتبة نور العين، الوزيرية، ٢٠١٣.

٨١-علي محمد عبد الحافظ السيد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الاسلامي، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨.

٨٢-عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، ط١، المركز العربي، القاهرة، ٢٠١٨.

٨٣-فايز احمد عبد الرحمن، التأمينات العينية والشخصية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

٨٤-د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، احكام عقد الكفالة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢.

٨٥-قدري عبد الفتاح الشهاوي، احكام عقد الكفالة (التضامن- التضامم)، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة النشر.

٨٦-د. قصي سلمان، الحقوق العينية، دراسة مقارنة، ط١، منشورات جامعة جيهان الاهلية، اربيل، ٢٠١٢.

٨٧-د. محمد ابراهيم مورسي، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، ج١، دار الثقافة والنشر، المملكة العربية السعودية، ١٩٩١.

٨٨-د. محمد اسماعيل ابو الريش، اركان عقد الكفالة، ط١، مطبعة الامانة، مصر، ١٩٩٨.

٨٩-د. محمد بن ابراهيم الموسوي، نظرية الضمان الشخصي- الكفالة، ج١، نشر من قبل إدارة الثقافة والنشر بجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، السعودية، ١٩٩١.

٩٠-د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (الالتزامات)، العقد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠١٨.

٩١-د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات واحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، دون سنة نشر.

٩٢-د. محمد حسين عبد العال، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، ط١، جامعة البحرين، ٢٠٠٤.

٩٣-د. محمد حسين منصور، الحقوق العينية والكفالة في القانون اليمني، مطبعة التوني، الاسكندرية، دون سنة نشر.

٩٤-د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة نشر.

٩٥- محمد سعيد المحاسنى، شرح مجلة الاحكام العدلية، مجلد٢، مطبعة الترقي، دمشق، ١٩٢٧.

٩٦-د. محمد شكري سرور، موجز الاحكام العامة في القانون المدني المصري، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٥.

٩٧-د. محمد شكري سرور، محاولة لتأصيل احكام الكفالة العينية (دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦.

٩٨-د. محمد طه البشير و د غني حسون طه، الحقوق العينية التبعية، ج٢، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة نشر.

٩٩-د. محمد عبد الظاهر حسين، التأمينات العينية والشخصية، ج١، التأمينات العينية، المطبعة الفنية، القاهرة، ٢٠٠٢.

١٠٠- د. محمد علي عبده، عقد الكفالة، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٥.

١٠١- د. محمد قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام (المصادر- الاحكام)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٤.

١٠٢- محمد كامل مرسي، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

١٠٣- د. محمد لبيب شنب، دروس ي نظرية الالتزام، احكام الالتزام، دون دار نشر، ١٩٧٤.

١٠٤- د. محمد لبيب شنب. د. محمد محمد ابو زيد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة الايمان، مصر، دون سنة نشر.

١٠٥- محمد محمود معطي، الكفالة في ضوء الفقه والاجتهاد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، حلب، ٢٠٠٩.

١٠٦- د. محمد نجيب عوضين المغربي، آثار الرهن للدائن المرتهن في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

١٠٧- د. محمد نجيب عوضين المغربي، آثار الرهن للدائن المرتهن في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

١٠٨- د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات العينية والشخصية، ط٣، دار الشعب، القاهرة، ١٩٧٩.

١٠٩- د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، ط١، ١٩٨٧.

١١٠- د. محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، دون سنة طبع.

١١١- د. محي الدين اسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر.

١١٢- د. مصطفى احمد زرقاء، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، ج٢، المدخل الفقهي العام، ط١٠، دار الفكر، بيروت-لبنان، ١٩٦٨.

١١٣- د. مصطفى احمد ابو عمران، موجز احكام الالتزام، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

١١٤- د. مصطفى الجمال. د. رمضان ابو السعود. د. سعد نبيل، مصادر واحكام الالتزام- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٣.

١١٥- د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، ج١، مكتبة دار الثقافة، عمان، دون سنة الطبع.

١١٦- د. منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة، ط٣، القاهرة، ١٩٨٠.

١١٧- منير القاضي، شرح المجلة، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٤٩..

١١٨- موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج٩، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.

١١٩- ناصر جميل محمد الشمايلة، كسب ملكية المضمونات بالضمان، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨.

١٢٠- د. نبيل ابراهيم سعد، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامم- دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧.

١٢١- د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣.

١٢٢- د. نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، ج١، البيع، ط١، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٧.

١٢٣- د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام- احكام الالتزام، ط١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

١٢٤- د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية(الكفالة – الانابة الناقصة- الضمان بمجرد الطلب)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

١٢٥- د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

١٢٦- د. نزيه كباره، العقود المسماة (البيع الاجارة، الوكالة، الكفالة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٠.

١٢٧- نزيه نعيم شلالا، دعاوى الكفالة والكفيل والمكفول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٠.

١٢٨- هاري ادوار نجيم، الكفالة في القوانين والاجتهادات اللبنانية والاجنبية، بلا مطبعة، بيروت، ١٩٩٦.

١٢٩- د. هدى عبدالله، التأمين العقاري مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز، ط١، منشورات الحلبي، بيروت- لبنان، ٢٠١١.

١٣٠- همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٤.

١٣١- د. ياسين الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، ج٢، آثار الحقوق الشخصية احكام الالتزام- دراسة مقارنة، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣.

١٣٢- د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني (آثار الحقوق الشخصية)، احكام الالتزام، ج٢، دار الثقافة، عمان، بلا سنة نشر.

ثالثاً: الاطاريح والرسائل

أ- الاطاريح

١- احمد علي يوسف قوقزة، شهر الافلاس واثره على المدين المفلس، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية، لبنان، ٢٠٠٨.

٢- حيدر فليح حسن الكناني، تعدد الدائنين، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٢.

٣- د. سعد المغازي عبد المعطي محمود، الالتزام التضامني- دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، اطروحة دكتوراه، ٢٠٠٩.

٤- د. علي احمد علي، تضامن المدينين (دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٣.

٥- د. غني ريسان جادر الساعدي، تعدد المسؤولين واثره على ضمان حق المتضرر (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦.

٦- د. محمد جاد محمد جاد، فكرة الالتزام التضاممي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، دون سنة نشر.

٧- د. محمد فوزي محمود عوجان، عقد الكفالة العينية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، دون سنة.

٨- د. مها نصيف جاسم، التضامن السلبي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٥.

ب- الرسائل

١- ابراهيم الزغبي، حوالة الدين في القانون المدني الاردني والفقه الاسلامي- رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، ١٩٩١.

٢- ابو بكر محمد علي، رجوع الدائن على الكفيل بين الجمود والتطوير، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة الفاتح، ٢٠١٠.

٣- احمد محمد زياد فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١٢.

٤- اميرة علي شريف، الالتزامات التي تنشأ بالإرادة المنفردة في الجعالة- الكفالة- الإبراء، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة والقانون، جامعة ام درمان، ١٩٩٧.

٥- أوس محمد فهمي جرار، الاحكام القانونية لرجوع الدائن على الكفيل في الكفالة بالمال، دراسة مقارنة بالقانون المدني الاردني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة اليرموك، ٢٠١٤.

٦- اياد كاظم عبد الزهرة، الطبيعة القانونية للكفالة العينية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد العلمين للدراسات العليا، ٢٠١٩.

٧- براهم اسماء و عطواني فاء، احكام عقد الكفالة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ٨ ماي ١٩٤٥، ٢٠١٥.

٨- ثامر جاسم محمد، الاحكام القانونية المنظمة للدين المشترك (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة المستنصرية، ٢٠٠٦.

٩- حسين بلعيد عبد السلام الحربي، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠٢١.

١٠-دلال مهدي زرار، الحماية القانونية للكفيل الموفي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، ٢٠٢٠.

١١-ريم يحيى بزاخ، رجوع الكفيل الموفي على المدين- دراسة مقارنة بين القانون الاردني والمصري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط للدراسات العليا، ٢٠٠٩،ص٦٢.

١٢-زعاف فراح رتيبه، احكام الكفالة الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد العلوم القانونية والادارية، ٢٠١٣.

١٣-سعاد توفيق سليمان ابو مشايخ، عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليه- دراسة مقارنة بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني المصري، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٦.

١٤-سعيد علي الغامدي، احكام الضمان الشخصي، دراسة قانونية للكفالة في النظام السعودي مقارنة بالفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد، جامعة ام القرى، ٢٠٠١.

١٥-صلاح علو محمد بكر، الكفالة العقارية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٢.

١٦- عبد الله برجس محمد، التضامن بين المدينين وفقاً لأحكام القانون المدني الاردني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ١٩٩٧.

١٧- عبد السلام خضرة، احكام عقد الكفالة بالتشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة زيدان عاشور بجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٦.

١٨- عثمان محمد صباح الزوايدة، الكفالة العينية في القانون الاردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الاسراء الخاصة، ٢٠١٨.

١٩- علي عايد فالح عبد، التنظيم القانوني لعقد الكفالة المؤقتة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٢٠.

٢٠- علي مهدي صالح الدفاعي، عقد الكفالة بالنفس، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة القادسية، ٢٠١٦.

٢١- فايزة ناجي علي، التضامن بين الكفلاء في القانون المدني، رسالة ماجستير- جامعة الاردن، ٢٠١٣.

٢٢- مادوي تكفاريناس، تضامن المدينين في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٧.

٢٣- محمد زياد احمد، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٢.

٢٤- محمد علي محمد عبد العزيز الزغبي، علاقة المدينين المتضامنين بالدائن بالتضامن السلبي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الاسراء الخاصة، الاردن، ٢٠١٠.

٢٥- مريم عبد طارش، التنظيم القانوني لحق التجريد في عقد الكفالة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٤.

٢٦- معاذ احمد محمد، الحجز على اموال الكفيل في القانون الاردني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١٢.

٢٧- نواف حازم خالد، الالتزام التضامني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٩.

٢٨- ليث عبد الرزاق الانباري، الالتزام التضاممي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٢.

رابعاً: البحوث والمقالات

١- د. احمد شرف الدين، مصدر سابق، ص٢٦٨. فيغو عبد السلام احمد، عقد الكفالة، بحث منشور في مجلة الحقوق، بلا عدد، المغرب، ٢٠١٦.

٢- د. السيد عيد نايل، احكام الضمان العيني والشخصي، جامعة الملك السعود، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٣.

٣- د. بلعتروس محمد، تضامن المدينين والكفلاء، دراسة تحليلية مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة جامعة ادرار، مخبر القانون والمجتمع، عدد١، دون رقم مجلد، ٢٠١٣.

٤- د. حكيمة مؤذن، الكفالة العينية في التشريع المغربي، بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية، عدد١٥، دون رقم المجلد، ٢٠١٦.

٥- د. راقية عبد الجبار عبد الجبار علي، المركز القانوني لكفيل الكفيل (المصدق) في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية جامعة بغداد، مجلد ٢٩، عدد٢، ٢٠١٤.

٦- رؤى علي عطية، الاثار القانونية لالتزام التضاممي، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة النهرين، عدد١، مجلد١٤، ٢٠١٢.

٧- د. رعد ادهم عبد الحميد. د نوزاد صديق سليمان، عقد الكفالة- دراسة في القانون والشريعة الاسلامية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة صلاح الدين، ٢٠١١.

٨- سارة سليمان، عقد الكفالة في القانون المدني الجزائري، بحث صادر من المعهد الوطني للقضاء، وزارة العدل، الجزائر، ٢٠٠٤.

٩- د. سعيد جبر، الالتزام التضامني، بحث منشور في مجلة الاقتصاد والقانون، عدد٦٩، بلا مجلد، ١٩٩٩.

١٠- د. ضمير حسين المعموري، الالتزام الانضمامي، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، مجلد١٥، عدد١، ٢٠٠٨.

١١- عبد السلام بن محمد شويعر، عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة، بحث منشور في مجلة العدل، عدد٤٣، دون مجلد وسنة النشر.

١٢- د. عصمت عبد المجيد بكر، حق الكفيل في الدفع بتجريد اموال المدين، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، بلا عدد ومجلد، ٢٠٠٧.

١٣- د. عمار محسن كزار، ضمان الوفاء بدين الملتزم بالأداء، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية، عدد٤٠، لا يوجد مجلد وسنة نشر.

١٤- عمر علي ابو بكر، التكييف الفقهي للكفالة وتحديد براءة المكفول (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة التشريع والقانون، عدد٢٨، ٢٠١٦.

١٥- د. غني ريسان جادر الساعدي، فكرة الالتزام التضامني، بحث منشور في مجلة جامعة ذي قار، عدد٤، مجلد١، ٢٠٠٦.

١٦- د. محسن البيه، التضامن والتضامم في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية، مقارنة بالقضاء الفرنسي والمصري، ج٢، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، مجلد١٣، عدد٤، جامعة الكويت، ١٩٨٩.

١٧- محمد زيدان زيدان و مازن مصباح صباح، احكام الكفالة بالمال، بحث منشور في مجلة جامعة الازهر، غزة، سلسلة العلوم الانسانية، مجلد١٤، عدد١١، ٢٠٢١.

١٨- د. مرتضى عبد الله خيري، المسؤولية العينية للحائز في الرهن التأميني، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، عدد٢، بلا مجلد وسنة نشر

١٩- د. منصور حاتم و د. عباس فياض العبودي و محمد قاسم عبد الحسن، مفهوم الضمان الطولي (دراسة مقارنة بين القوانين المدنية والفقه الاسلامي)، بحث منشور في مجلة جامعة الكوفة، عدد٢٢، ٢٠١٤.

٢٠- د. نسرين منصور، حلول الموفي محل الدائن وآثاره القانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الفيصل، عدد١٦، بلا رقم مجلد، ٢٠١٤.

خامساً: القوانين

١- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.
٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٣- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٤- قانون العقود والاحكام العامة للالتزام والإثبات الفرنسي الجديد الصادر بمرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦.

المصادر باللغة الفرنسية

Les ouvrages:

1- B. OPPETIT, " L´ endettement et le droit", in Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA, éd, Dalloz, 1991.

2- Laurent AYNÈS. Pierre CROCQ, DROIT DES SÛRETÈS, 10e Edition.

3- jeanfrancais, Dela distinction enter L ablgation so Lidair et h abligation in solidom these paris, 1932.

4- Laurent Aynés, Droit Des Sûretés, edition 10, Paris.

5- Phillipe Malaurie, Laurent Ayenés, Droits des Sûretés, 10 eme edition.

6- D/Philippe Similer, Droit Civile, Les Suretés La publicité Foncière, 2eme Edition, Dalloz.

7- D. Philippe Malaurie, D. Laurent Aynès, Les suretés et La publicité Foncière, 2eme edition,. Par Laurent Aynés et pierre Croqo. Defrénois, paris, 2006.

8- Hamel, J, Le gage sans dépossession du débiteur, chronique, Dalloz, 1945.

9- Christian LA Poyades Champs, Droit des obligations ellipses, paris, 1998.

Les theses et memoires:

1- Alain Akue Mickala, La situation de la caution en droit des procédures collectives au regard de la règle de l'accessoire : Etude comparative droit français/droit OHADA, Université Omar Bongo (Libreville). Faculté de droit et de sciences économiques, Français ,2019.

2- Wenceslas Ellaandoume, Le cautionnement donne A une societe, These en Vue de l´obtention du grade de docteur En droit, Universite de Nancy2, 2010.

3- Olivier Salati, Les traits essentiels du cautionnement, série de conferences, université numérique juridique francophone.

4- Samira Habbassi-Mebarkia, La protection de la caution, Thése de

doctorat, Université VALENCIENNES ET DU HAINAUT, 2016.

5- Jourdan, E, Evolution et forms du credit reel mobilier, these Montpellier, 1934.

Les recherché et les articles:

1- Gabriel Seignalet, Les conditions de fond du contrat de cautionnement et l'action en nullité.

2- Frédéric ROUVIÈRE, Le Caractére subsidiaire du Coutionnement, Paru dans RTD com., 2011.

Jurisprudences, notes et observations:

1- Cass civ., 16 juin 2015, n° 14-10.375.

2- Cass civ., 2015, n°14-10.381.

3- CA orléans, 15 mai 2014, n° 13-01843.

4- Civ. 2mars 1915: GAJC, 11éme éd., n°228.

5- Civ. 1er, 26 sept 2007: Bull. Civ.I, n°307.

6- C.A Versailles, 1 ère ch., sect 1, 21 avril 2005, n°643.

abstract

The multiplicity of guarantors is considered a legal means that contributes to increasing the creditor's chances of fulfilling his right, as he has more than one financial liability that he can refer to when the debt is due, avoiding the problems that he may face if there is only one guarantor guarantor of the debt. Simple means avoiding the problems that accompany the repayment of the debt, as the plurality of guarantors is more efficient, and reduces the risks of insolvency that may arise, and the efficacy of this method varies according to the form in which it is in, as the multiplicity of guarantors has two forms: the first is that the debts that guarantee the debt are jointly Between them, so that the creditor can claim all of the debt from any of them, while the second is in which the receivables are not jointly liable, which does not give the creditor the right to demand from each of them the amount of the share that he guaranteed, and between the two forms there are differences that appear when delving into the provisions of the guarantee and the intertwined relations that arise.

Where this study examines the problem of lack of credit in transactions by shedding light on this special case of the guarantee, which was dealt with by the laws in question and organized part of it, leaving some of its provisions to the general rules, as the multiplicity of guarantors is based on the idea of having more than one guarantor - obligated - who guarantee the debtor's fulfillment The guarantor when the latter fails to pay, then it is possible to refer to the rules of the multiplicity of the parties to the obligation on the one hand, and on the other hand, each

of the guarantors guarantees the debtor's obligation either by guaranteeing all of his financial liability (the personal guarantor), or by guaranteeing a certain money allocated for this purpose (In-kind guarantee) and accordingly, the provisions of the insurance and possession mortgage are present in the surety contract, and this is what this study tries to gather its diaspora throughout the division paragraphs that were placed in its framework. .

Republic of Iraq

The Ministry of Higher Education

and scientific research

Al- Qadisiya University

Collage of Law

THE LEGAL SYSTEM FOR THE MULTIPLICITY OF SPONSORS

A Comparative study -

Master's thesis presented by the student

Esraa Jassim AL-Aibi

To the Council of the College of Law - Al-Qadisiyah University

It is part of the requirements of obtaining a master's degree in

private law

Supervised by

Professor of Civil Law

ABDULMAHDI KADHIM NASER

1442 AH 2021 AD