



المركز القانوني للكفيل في عقد الكفالة التضامنية
(دراسة مقارنة)

Legal Status of the Guarantor in the Solidarity Guaranty Contract (A Contrastive Study)

مريم عبد طارش – كلية الحقوق – جامعة النهرين
شامل ابراهيم ماجد – كلية الحقوق – جامعة النهرين

تاريخ ارسال المقال: 2023/05/27 . تاريخ قبول المقال: 2023/09/03 . تاريخ النشر: 2023/12/25

الملخص:

الأصل في الكفالة أنها لا تكون تضامنية، أي أن الكفيل لا يكون ملزماً بدين الكفالة إلا إذا لم يف به المدين نفسه، لذلك وجب على الدائن الرجوع أولاً على المدين الأصلي فإن عجز المدين عن الوفاء جاز للدائن الرجوع على الكفيل. ولكن يجوز باتفاق المتعاقدين أو بنص القانون على جعل الكفالة تضامنية بين الكفيل والمدين وفي هذه الحالة يكون الكفيل ملزماً بالوفاء دون أن يستطيع دفع المطالبة إذا ما وجهت إليه أولاً من قبل الدائن بعدم جواز مطالبته قبل مطالبة المدين أو دفع إجراءات التنفيذ على أمواله بحق التجريد أو طلب تقسيم المطالبة بينه وبين غيره من الكفلاء إن وجدوا. فالكفالة التضامنية جعلت الكفيل في مركز المدين الأصلي وهذا يعد خلافاً للأصل، وما يترتب على ذلك من آثار تكون أشد قسوة على الكفيل المتضامن من الكفيل العادي وهذا ماسئبه من خلال هذه الدراسة .

الكلمات المفتاحية: الكفالة، تضامنية، الكفيل، الوفاء.

Abstract:

The principle of the guarantee is that it is not solidarity, in other words, the guarantor is not bound by the debt of the guarantee unless the debtor himself does not fulfill it. As a result,

the creditor must first return to the original debtor, but if the debtor was unable to fulfill the debt, the creditor may return to the guarantor.

However, with the agreement of the contracting parties or the text of the law, the guarantee between the guarantor and the debtor may be made solidarity. In such a case, the guarantor is obliged to fulfill the debt without being able to refuse the claim if it was first directed to him by the creditor, that it is not permissible to claim him before the debtor's claim or payment of the execution procedures on his money for the right of dispossession or the request to divide the claim between him and other guarantors, if any, because the solidarity guarantee placed the guarantor in the position of the original debtor, and this is contrary to the original, and the consequences of that are more severe on the solidarity guarantor than the ordinary guarantor, and this is what the researcher will show through this study.

Keywords: Surety, solidarity, guarantor, fidelity.

المقدمة:

إن مقدار الثقة القائمة في نفس الدائن هي التي تحدد نوعية التأمينات التي يطلبها من مدينه؛ فقد لا يطالب الدائن مدينه بأي ضمان عند حصول الثقة الكاملة بينهما ولا سيما إذا توافر ركني الملاءمة وحسن النية في المدين. وقد يريد الدائن الاحتياط لنفسه من متغيرات الاقتصاد، أو من نوائب الدهر، فيطالب مدينه بتأمينات شخصية؛ إذا كانت الكفالة تعني تعدد الذمم الضامنة للوفاء بالدين. الأمر الذي يجعل الكفيل في مركز متساو مع المدين حيث أن ذمة كل منهما ضامنة للوفاء بالدين. إلا أن هذه المساواة تجافي حقيقة الكفالة، حيث أن الكفيل بحسب الأصل غير مدين وكل ما هنالك أنه أصبح ضامناً للوفاء بالدين بإبرامه عقد الكفالة. ومن هنا يمكن القول أن هذا التعدد أو الضم ليس على قدم المساواة، حيث يختلف مركز المدين الأصلي عن الكفيل بحسب درجة المسؤولية عن الدين، فالكفيل مسؤول من الدرجة الثانية عن الدين، في حين أن المدين يسأل عنه بصفة أصلية. ومعنى ذلك أن مسؤولية الكفيل تقوم بصفة تبعية، أي في حالة عدم وفاء المدين الأصلي بالدين. ويعبر عن ذلك بصفة التبعية لالتزام الكفيل. فلا يجوز للدائن أن يبدأ أولاً بالتنفيذ على ذمة الكفيل، وإنما

يجب أن يبدأ بذمة المدين المسؤول الأصلي عن الدين. وإذا بدأ الدائن بالتنفيذ على ذمة الكفيل جاز لهذا الأخير أن يدفع بالتجريد. فصفا التبعية التي تلحق بالتزام الكفيل تنشئ له حق الدفع بالتجريد. على أن اختلاف مركز الكفيل عن مركز المدين والذي انتهى بصفة التبعية لالتزام الكفيل يفقد أثره ومضمونه إذا كانت الكفالة تضامنية التي يستطيع الدائن فيها أن يرجع على المدين الأصلي أو على الكفيل المتضامن مع المدين أيهما يشاء. ولقد عرف المشرع العراقي الكفالة في المادة (1008) من القانون المدني والتي جاء فيها: (الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام). وإذا كان الأصل في الكفالة أنها لا تكون تضامنية، بمعنى أن الكفيل لا يكون ملزماً بمبلغ الدين الذي كفله إلا إذا لم يف به المدين، فإنها تجوز باتفاق المتعاقدين أو بنص القانون بجعلها كفالة تضامنية بين (الكفيل والمدين)، وفي هذه الحالة يكون الكفيل ملزماً بالوفاء دون أن يستطيع دفع المطالبة - إذا ما وجهت إليه مباشرة - بعدم جواز مطالبته من قبل المدين أو دفع إجراءات التنفيذ على أمواله بحق التجريد أو طلب تقسيم المطالبة بينه وبين غيره من الكفلاء. لذا فإن الكفالة التضامنية تخول الدائن ضمناً أوفى من الكفالة العادية لكنها في ذات الوقت تشكل خطراً محدقاً بالكفيل المتضامن لانتزاع حقوقه منه.

أهمية موضوع البحث:

- 1- تظهر أهمية البحث في أن الكفيل بالوقت الحاضر ونتيجة لتزايد المعاملات المالية سواء في ميدان العمل المدني أو التجاري أصبح يؤدي خدمات جديدة كونه يقدم وسيلة ضمان سهلة التعامل ألا وهي الكفالة التضامنية، مقارنة بوسائل الضمان الأخرى كالرهن مثلاً.
- 2- تظهر أهميته أيضاً إذا نظرنا إليه من زاوية الآثار المترتبة على الكفيل المتضامن. ففي حالة اختلاط الكفالة بالتضامن يتساوى فيه مركز الكفيل بمركز المدين، أي يصبح الكفيل بمركز المدين ومن حق الدائن أن يختار أيهما، ويستطيع في موعد الاستحقاق أن يسأل المدين الأصلي ويستطيع أن يسأل الكفيل لأن الكفيل يلتزم بالدين كالمدين الأصلي تماماً.

مشكلة موضوع البحث :

1. مما يلاحظ اهتمام الدراسات والأبحاث القانونية العربية منها والأجنبية بدراسة موضوع الضمانات، نظراً لما يتمتع به من أهمية خاصة تتمثل بخطورة آثارها إلا أن البحث في الكفالة

التضامنية والخوض بها على نحو متكامل قد عانى من نقص واضح - والمركز القانوني للكفيل المتضامن قد يصل إلى الانعدام - في إطار ما تضمنته تلك الدراسات والأبحاث.

2. أن الكفالة التضامنية أحكامها التشريعية يعترها الغموض في بعض المسائل والنقص في البعض الآخر، على اعتبار أن تنظيمها بنصوص قانونية جاءت فقيرة نوعاً ما ومبعثرة من ضمن أحكام الكفالة الشخصية. ولما كان التضامن فيما بين المدين والكفيل من جهة أخرى يعد صفة استثنائية والاستثناء لا يجوز التوسع في تفسير النص التشريعي الذي يقضي به. فإنه لا بد من تسليط الضوء عليها بشيء من التفصيل لاستجلاء الغموض الذي يعترها وبيان المركز القانوني للكفيل المتضامن. وهذا ما دفعني لاختياره موضوعاً لهذه الدراسة.

أهداف البحث:

- 1- التعرف على المركز القانوني للكفيل المتضامن والآثار المترتبة عليه، من حيث حقوق الدائن والكفيل المتضامن، والنتائج المترتبة عن تنفيذ هذا العقد من حيث علاقة الكفيل بالمدين وعلاقته مع غيره من الكفلاء؟ ومتى يستطيع الدائن المكفول الرجوع على الكفيل وهل للكفيل الضامن أن يتمسك بالدفع تجاه المدين وبالدفع التي كان يتمسك بها تجاه الدائن؟ وإذا رجع الدائن المكفول على الكفيل بدينه، هل يجوز للكفيل أن يرجع على المدين فقط أم يستطيع الرجوع على بقية الملتزمين بالدين؟ وإذا أمكنه الرجوع عليهم فما هي الشروط الواجب توافرها؟ وبماذا يرجع؟ وهل براءة ذمة الكفيل المتضامن من عقد الكفالة التضامنية تكون تابعة لانقضاء التزام المدين أم يمكن أن تكون هذه البراءة بصفة أصلية؟
- 2- معرفة أصل التضامن، وهل هو تضامن مفترض أم غير مفترض؟
- 3- معرفة مدى تأثير صياغة العقد والاتفاق على خلاف القواعد المكملة لعقد الكفالة على مركز الكفيل تجاه الدائن.

منهجية البحث:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي للنصوص القانونية والآراء الفقهية والاجتهادات القضائية الخاصة بأحكام الكفالة التضامنية، وكذلك ستعتمد هذه الدراسة على منهج البحث المقارن للنصوص القانونية والآراء الفقهية باعتبار أن هذه المقارنة هي الدعامة الرئيسية والأساسية بالاطلاع على مواقف القوانين من موضوع البحث (الكفالة التضامنية).

خطة البحث:

ولقد احتوت هذه الدراسة على مبحثين تتبعها الخاتمة والنتائج والمقترحات: المبحث الأول: مفهوم الكفيل المتضامن؛ واشتمل على تعريف الكفيل المتضامن وخصائصه وتمييزه عن المراكز القانونية المشابهة له. أما المبحث الثاني: فقد بيننا فيه الأحكام التي يخضع لها الكفيل المتضامن، لذلك سوف نبين فيه العلاقة بين الكفيل المتضامن والدائن وكذلك العلاقة بين الكفيل المتضامن والمدين وأخيراً علاقة الكفيل المتضامن مع غيره من الكفلاء.

المبحث الأول: مفهوم الكفيل المتضامن

عند بحث أي موضوع لابد من معرفة مفهومه، وتحديد مفهوم الشيء يكون بتعريفه وبيان خصائصه؛ لذا من الضروري أن نعرف أولاً الكفيل المتضامن، وبعدها نوضح ما يتمتع به من خصائص، لنتمكن بعد ذلك من تمييزه؛ مما يشتهر به من مراكز قانونية؛ لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: تعريف الكفيل المتضامن

سنتعرف إليه عن طريق تجزئة كلماته ومعرفة معانيه لغةً وقانوناً؛ من أجل التوصل إلى تعريف دقيق وشامل لها، ومن ثمّ فلا بد من معرفة المقصود بمصطلح الكفيل من جهة، ومصطلح المتضامن من جهة أخرى. وكالآتي:

أولاً: الكفالة لغةً⁽¹⁾: كفلت بالمال والنفس كفلاً وكفولاً أيضاً والاسم كفالة⁽¹⁾، والكفيل الضامن، وقد كفل به بكفل كفالة، وكفل عنه بالمال لغريمه وأكفله المال، ضمنه إياه وكفله إياه⁽²⁾، وجمع الكفيل

(1) وهناك ألفاظ عدة في اللغة وثيقة الصلة بالكفالة مثل الضمان، والزعامة، والحمالة؛ مما يستوجب أن نعرض لها؛ للتمييز بينها وبين الكفالة:

أ- الضمان: ضمن الشيء وبه ضماناً وضمناً فهو ضامن وضمين، وكفله وضمنه الشيء تضميناً، فتضمنه عني، غرمته فالتزمه. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ج4، الهيئة المصرية للكتاب، مصر، 1979م، ص(245).

ب- الزعامة تعني الكفالة كما جاء في سورة يوسف، الآية رقم (72)، والزعيم الكفيل، يزعم زعم به، زعماً وزعامة أي كفل، الفيومي، المصباح المنير، ج1، المكتبة العالمية، بيروت، من دون ذكر سنة النشر، ص(217).

ج- الحماله: بالفتح، ما يحتمله الإنسان عن غيره من دية أو غرامة. ابن منظور، لسان العرب، ج2، مطبعة دار المعارف، من دون ذكر سنة نشر، ص (1004).

فجميع هذه الألفاظ والمعاني تتفق حول معنى واحد، هو ضمان المال، وإن كان لفظ الكفالة أكثر دلالة على ذلك؛ لأن الكفالة تفيد ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه؛ مما يجعله أكثر دلالة على الاتحاد بين ذمة المدين والكفيل. ابن الهمام، شرح فتح القدير، =

كفلاء، وقد يقال للجمع كفيل لما قيل للجمع صديق⁽³⁾. أما ضمن: الضَّمينُ: الْكَفِيلُ. ضَمِنَ الشَّيْءَ وَبِهِ ضَمْنًا وَضَمَانًا: كَفَلَ بِهِ. وَضَمَّنَهُ إِياه: كَفَّلَهُ. يُقَالُ: ضَمِنْتُ الشَّيْءَ أَضْمَنْتُهُ ضَمَانًا، فَأَنَا ضَامِنٌ، وَهُوَ مَضْمُونٌ⁽⁴⁾. تضامن يتضامن، تضامنًا، فهو مُتضامن وتضامن القوم: التزم كل منهم أن يؤدي عن الآخر ما قد يقصر عن أدائه، واتَّحدوا مُتَّفِقِينَ على أمر⁽⁵⁾.

ثانيًا: أما بالنسبة للتعريف التشريعي: فتجدر الإشارة إلى أن التنظيم التشريعي في العراق يخلو من نص يبين لنا المقصود بـ (الكفيل المتضامن أو الكفالة التضامنية)؛ إذ اقتصر بالنص على جواز الاستعانة بهذه الصيغة من الكفالة عن طريق الإشارة إلى شرط التضامن بين الكفيل والمدين من جهة والكفيل وبقية الكفلاء إن وجدوا من جهة أخرى. فقد أشار المشرع العراقي إلى الكفيل المتضامن بإشارات قليلة جدًا في باب الكفالة في الفصل الثاني منه تحت عبارة (الكفيل المتضامن)، ومنها:

1. المادة (1030) من القانون المدني العراقي، إذ نصت على: (1- لا تضامن بين الكفيل والمدين، مالم يشترط ذلك في عقد الكفالة أو عقد منفصل. 2- أما في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية، يكون الكفلاء متضامين فيما بينهم ومتضامين مع المدين).

2. المادة (1031) من القانون المدني العراقي نصت: (إذا كان الكفيل متضامنًا مع المدين فالدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر فبعد مطالبته أحدهما، له أن يطالب الآخر له أن يطالبهما معاً).

3. المادة (1032) من القانون المدني العراقي نصت على: (إذا كان الكفلاء متضامين فيما بينهم ووفي أحدهم الدين، كان له أن يرجع عند الاستحقاق على كل من الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم).

= ج 7، فصل الكفالة، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، مصر، من دون ذكر سنة نشر، ص(163). قال ابن حبان: الزعيم لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل العراق، والكفيل لغة أهل مصر، الزيلعي، نصب الرأية لأحاديث الهداية، ج5، كتاب الكفالة، ط1، دار الحديث، 1995م، ص(14).

(1) الفيومي، المصباح المنير، ج2، المكتبة العالمية، بيروت، من دون ذكر سنة النشر، ص(736).

(2) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الناشر دار الحديث، 1952م، ص(74).

(3) ابن منظور، لسان العرب، ج5، مطبعة دار المعارف، من دون ذكر سنة نشر، ص(3906).

(4) ابن منظور، لسان العرب، ج13، ص (257).

(5) د.أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج2، ط1، عالم الكتب، 2008م، ص (1370).

أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه من ناحية المصطلح قد ذكر مصطلح (الكفيل المتضامن) في الباب الخامس من قانونه المدني، في الفصل الثاني منه، لكن اتخذ مرة الصورة المباشرة في ذكر المصطلح، ومرة أخرى الإشارة الضمنية التي نستنتجها من خلال الحكم القانوني الخاص بها، وكالاتي:

1. إذ نص في المواد: (791، 793، 794، 795، 796) على فكرة الكفيل المتضامن أو الكفلاء

المتضامين صراحة، وحكم كل حالة على حدة.

2. أما المادة (793) بفقرتها الاثنتين قد نص المشرع المدني المصري على مفهوم الكفيل المتضامن وفق مفهوم المخالفة وبين حكمه في الحالة التي تدخل في مضمون المادة أعلاه، حيث أنه ذكر حكم الكفلاء غير المتضامين فيما بينهم، أي يفهم من باب العكس إذا كانوا متضامين سيكون الحكم عكس تماماً لما موجود في المادة المذكورة أعلاه.

ومن هنا فإن المشرع المصري كالمشرع العراقي لم يرد تعريف للكفيل المتضامن في ثنايا تشريعه المدني، وإنما نص على حكمه وأثره فيما لو توفر في الكفالة الشخصية. وعليه يمكننا إيراد تعريف للكفيل المتضامن بأنه: (شخص يضم ذمته المالية لزمه المدين اتفاقاً أو قانوناً ضماناً للوفاء بالتزام الأخير، والذي يكون للدائن الرجوع عليه بكل الدين المضمون وبنفس وقت الرجوع على المدين أو قبله).

وذلك لأن أصل الكفالة هي اتفاق بين الأطراف أي أنها عقد رضائي، ولا يوجد تضامن بين الكفيل والمدين إلا من خلال شرط بعقد الكفالة أو من خلال عقد منفصل. أما في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية يكون الكفلاء متضامنون فيما بينهم ومتضامين مع المدين.

المطلب الثاني: مصدر إنشاء التزام الكفيل المتضامن

الكفالة، أيّاً كان نوعها، تتضمن إلزام الكفيل بأداء معين، فتدخل في دائرة الالتزامات التي يتعهد بها الكفيل. ولما كان التزام الشخص، ولكي يحدث أثره، ينبغي أن يكون له مصدر، فلا التزام بدون مصدر. فما هو مصدر التزام الكفيل المتضامن؟ كما أنه ما طبيعة عمل الكفيل المتضامن هل يعد عملاً مدنياً أم عملاً تجارياً، وما أثر ذلك؟

فبدورنا يمكننا تقسيم مصادر التزام الكفيل المتضامن إلى اتفاقي وقانوني وقضائي، ومن حيث طبيعة هذا الالتزام يكون أما تجاري أو مدني. وهي كالاتي:

الفرع الأول: أنواع الكفالة التضامنية بحسب مصدر التزام المدين

إن التزام الكفيل المتضامن هو "الوفاء بالالتزام اذا لم يف به المدين" فيكون مصدره غالباً العقد المبرم بين الدائن والكفيل، ولكن قد يتغير مصدر هذا الالتزام فقد يكون العقد وقد يكون القانون وقد يكون القضاء. وعلى هذا تتنوع الكفالة التضامنية إلى ثلاث أنواع:

أولاً: الكفالة التضامنية الاتفاقية:

وهي الكفالة التي يكون المدين قد التزم بإرادته أن يقدمها للدائن بموجب اتفاق سابق بينهما⁽¹⁾. ومن ثم يعد الاتفاق، مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل الضامن. وتعتبر الكفالة اتفاقية، ولو لم يقم المدين بتقديمها إلا بعد إكراهه على ذلك قضاء⁽²⁾. فإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه ولم يقدم كفيل للدائن فلجأ الدائن إلى القضاء فحكمت المحكمة على المدين بتقديم كفيل فإن الكفالة هنا تكون اتفاقية وليست قضائية، وذلك لأن الكفالة لا تعتبر. قضائية إلا إذا نشأ الالتزام بتقديم الكفيل بناءً على حكم القاضي⁽³⁾.

أما حكم القاضي فهو مقرر للكفالة.

ثانياً: الكفالة التضامنية القانونية:

هي الكفالة التي يلزم المدين بتقديمها خضوعاً لنص في القانون⁽⁴⁾، فيكون هذا القانون مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة. ومن أمثلة الكفالة القانونية في القانون المدني العراقي: الزام المشرع المنتفع بالمنقول بتقديم كفالة بإعادته بعد انتهاء مدة الانتفاع به.

وهذا ما قضت به المادة (1256) مدني عراقي⁽⁵⁾، إذ جاء فيها: "إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إلى حق سابق على عقد البيع أو آيل من البائع، وإذا طبق لأسباب جدية على المبيع أن يستحق، جاز

(1) د.همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص34.

(2) د.سمير السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص64 - 65.

(3) عبد الفتاح عبد الباقي التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة، الحق في الحبس، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1950، ص32.

(4) نقض مدني مصري، رقم 2077، جلسة 1984/2/16، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.lawyersegy.com>

(5) تقابلها المادة (1/1992) مدني مصري، إذ جاء فيها: "إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً وجب جرده ولزم المنتفع بتقديم كفالة به فإن لم يقدمها بيع المال المذكور ووظف ثمنه في شراء سندات عامة يستولي المنتفع على أرباحها".

للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق، ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلًا". وإذا كان المدين ملتزمًا بتقديم الكفيل بناءً على نص القانون ولم يقدّم الكفيل فلجأ الدائن إلى القضاء فحكم القاضي بالزام المدين بتقديم الكفيل فإن الكفالة هنا تكون قانونية وليست قضائية، لأن حكم القاضي هنا لم يأت إلا تأييداً أو إقراراً لنص القانون. وكذلك المادة (601) مدني فرنسي إذ جاء فيها: "يؤدي المنتفع كفالة بأن يمارس حقه كرب العائلة الصالح ما لم يكن معفى من ذلك في العقد المنشئ للانتفاع لكن الآباء والأمهات الذين يملكون حق الانتفاع القانوني على أملاك أولادهم، أو البائع أو الواهب مع الاحتفاظ بحق الانتفاع لا يلزمون بتأدية هذه الكفالة".

ثالثاً: الكفالة التضامنية القضائية:

وهي الكفالة التي يلتزم المدين بتقديمها بناءً على حكم القاضي⁽¹⁾ في غير الحالات التي يكون فيها المدين ملزماً بتقديم كفيل بمقتضى الاتفاق أو بموجب نص في القانون، ويحكم بها القاضي استناداً إلى ما يتمتع به من سلطة تقديرية ممنوحة له من قبل المشرع. وعليه يكون هذا الحكم هو مصدر التزام المدين بتقديمها⁽²⁾.

ومن الأمثلة على الكفالة القضائية في القانون العراقي ما نصت عليه المادة (1065) من القانون المدني العراقي⁽³⁾ إذ جاء فيها (1). للشركاء أصحاب القدر الأكبر من الحصص أن يدخلوا باذن من المحكمة في سبيل الانتفاع بالمال الشائع من التغيرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له المال

(1) (Le cautionnement judiciaire quant à lui est celui que le juge peut exiger d'un débiteur) Justin kakara de la necessite d'un protection de la caution en matiere de surete en droit positif cognolais; 2007, available at :<http://www.memoireonline.com>.

(2) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة عقد الكفالة، المجلد 3، ج 3، ط 3، منشورات مكتبة صادر، 1994، ص 11-12.

(3) تقابلها المادة (829) مدني مصري. إذ جاء فيها "1- للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغيرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان. 2- وللمحكمة عند الرجوع إليها إذا وافقت على قرار تلك الأغلبية أن تقرر مع هذا ماتراه مناسباً من التدابير ولها بوجه خاص أن تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من تعويضات".

ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة . 2. وللمحكمة أن تقرر ماتراه مناسباً من الاجراءات ولها بوجه خاص أن تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحق من تعويضات). وأيضاً ما جاء في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 وفي المادة (2/234) منه فيها: (يجب أن يقدم طالب الحجز كفالة رسمية أو تأمينات نقدية مقدارها عشرة في المائة من قيمة الدين المطالب به أو يضع عقاراً قيمته النسبة المذكورة على الأقل للحجز ضماناً لما يترتب على الحجز من ضرر إذا ظهر أن طالبه غير محق، وبالنسبة إلى الدوائر الرسمية وشبه الرسمية فيكتفي منها تعهد بأداء الضرر والمصاريف إذا ظهر الحاجز غير محق).

وأيضاً ما نصت عليه المادة (235) منه، إذ جاء فيها: (يجوز وضع الحجز الاحتياطي بناءً على سند رسمي منظم من كاتب العدل أو بناءً على حكم سواء حاز درجة الثبات أو لم يحزها. وفي هذه الحالة يعفى طالب الحجز من تقديم الكفالة أو التأمينات).

ويلاحظ أن الكفالة القضائية هي التي تنشأ أصلاً بحكم القاضي، فالكفالة إذن لا تكون قضائية لمجرد صدور حكم قضائي بها تطبيقاً لنص في القانون أو إكمالاً لاتفاق الطرفين، وذلك عندما يثار نزاع بشأنها ويرفع الأمر إلى القاضي فيحكم بها، وذلك لأن حكم القاضي لم ينشأ الكفالة وانا كشف عنها في مصدرها الاتفاقي او القانوني فهو حكم تقريرى كاشف⁽¹⁾.

وهنا تجدر الإشارة إلى أهمية التقسيم السابق وتأثيره على حق التجريد من حيث أهمية التمييز بين الأنواع السابقة للكفالة لكن في التضامن، فيترتب على تقسيمها إلى اتفاقية وقانونية وقضائية إلى أن المشرع العراقي نص في المادة (2/1030) من القانون المدني العراقي⁽²⁾ على: "أما الكفالة القضائية والقانونية والتجارية يكون الكفلاء متضامنين مع المدين"، وبذلك فالكفيل في الكفالة القضائية والقانونية يكون متضامناً مع المدين ومعنى ذلك أن للدائن الحق في الرجوع عليه أولاً قبل الرجوع على المدين والتنفيذ عليه قبل تجريد المدين وهذه نقطة الاختلاف الجوهرية بين الكفالة العادية والكفالة التضامنية حيث لا يحق للدائن في الكفالة العادية ذلك في حين إذا كانت الكفالة اتفاقية عادية كان من حق الكفيل أن يدفع مطالبة الدائن له بالرجوع على المدين أولاً أي له ان يدفع

(1) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حق الامتياز، الكفالة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 307.

(2) تقابلها المادة (795) مدني مصري إذ جاء فيها "في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين".

بالتجريد، إذ إن الكفيل في الكفالة الاتفاقية غير متضامن مع المدين إلا إذا تم ذكر التضامن بموجب شرط بعقد الكفالة أو بموجب عقد منفصل وبذلك تتحول الكفالة من عادية إلى تضامنية بموجب هذا الشرط أو ذلك العقد المنفصل استناداً لنص المادة (1/1030) مدني عراقي والتي جاء بها: (لا تضامن بين الكفيل والمدين، ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة أو عقد منفصل).

وبذلك جعل المشرع مركز الكفيل القضائي أو القانوني أشد وأقوى من مركز الكفيل الاتفاقي حيث قرر اعتبار كل منهما متضامناً بقوة القانون دون الحاجة إلى اشتراط خاص بذلك في العقد بينما في الكفالة الاتفاقية لا يعتبر الكفيل متضامناً إلا إذا ارتضى ذلك صراحة.

والحكمة من هذا التشديد ترجع إلى أن الدائن كان جديراً بالحماية في الأحوال التي تدخل فيها كل من المشرع والقاضي ليلزم المدين بتقديم كفيل ولزيادة فاعلية هذه الحماية قرر المشرع تضامن الكفلاء في هذه الأحوال.

غير أن المشرع الفرنسي كان موقفه من هذه المسألة مختلف حيث أنه لم ينص إلا على (الكفيل القضائي) من جهة، بالإضافة إلى أنه لم ينص على أن الكفيل القضائي يعتبر متضامناً مع المدين، ولكنه نص على حرمانه من حق التجريد، وهذا ما جاء في المادة (2319) مدني فرنسي (لا يستطيع الكفيل القضائي مطلقاً أن يطلب تجريد المدين الأصلي).

الفرع الثاني: انواع الكفالة التضامنية بحسب طبيعة عمل الكفيل

تنقسم الكفالة بحسب طبيعة العقد المبرم بين الكفيل والدائن إلى كفالة مدنية وأخرى تجارية ويترتب على التمييز بين نوعي الكفالة نفس النتائج التي تترتب على التمييز بين العمل المدني والعمل التجاري⁽¹⁾. وهي كالآتي:

أولاً: الكفالة التضامنية المدنية:

تعد الكفالة كقاعدة عامة من العقود المدنية، لأنها في الأصل من عقود التبرع إذ لا يحصل الكفيل على مقابل وذلك بصرف النظر عن علاقة الكفيل بالمدين حيث لا يعد الأخير طرفاً في العقد. وبناءً على ذلك تعد الكفالة مدنية حتى لو كان الكفيل يضمن دين تجاري بل وحتى لو كان لدى الكفيل الأهلية التجارية ويقوم بممارسة نشاط تجاري.

(1) أهمها ما يتعلق بالاختصاص القضائي ووسائل الإثبات والمهلة القضائية وشهر الإفلاس وصفة التاجر.

طلما أن الكفالة قد تمت على سبيل التبرع، ذلك أن التبرع يتنافى مع طبيعة وهدف التجارة . وهذا ما جاء في المادة (1/1016) مدني عراقي⁽¹⁾: (كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية، حتى لو كان الكفيل تاجراً) .

ثانياً: الكفالة التضامنية التجارية:

- أصل الكفالة التضامنية هي تجارية وتعد الكفالة عملاً تجارياً في عدة حالات استثنائية أهمها ما يلي:
- 1- إذا كانت متعلقة بضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو بتظهير هذه الأوراق وهذا ما جاء بالمادة (2/1016) مدني عراقي⁽²⁾ (على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تكون دائماً كفالة تجارية).
 - 2- إذا كان الكفيل تاجر وأبرمها بقصد الربح أو لتحقيق مصلحة تجارية، ومن أمثلة ذلك كفالة المصرف لأحد عملائه في مقابل عمولة.
 - 3- إذا اتخذت شكل الالتزام المصرفي بالتوقيع على ورقة تجارية تظهيراً أو ضماناً احتياطياً وفقاً لقواعد القانون التجاري.

وإن أهمية التقسيم السابق يظهر بأن طبيعة الكفالة إذا كانت مدنية فإنه يحق للكفيل التمسك بحق التجريد (ما لم يتنازل عن ذلك بموجب شرط صريح في عقد الكفالة أو اتفاق منفصل). في حين إذا كانت الكفالة تجارية فإنه وبلاستناد إلى نص المادة (2/1030) مدني عراقي، والذي جاء فيه: (أما في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين). فإن الكفالة التضامنية التجارية تؤمن للدائن مزايا وحماية تفوق تلك التي تؤمنها الكفالة العادية (غير التضامنية) وهي للكفيل أقصى من الكفالة البسيطة⁽³⁾.

(1) تقابل المادة (1/779) مدني مصري، إذ جاء فيها: "كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً".

(2) تقابلها المادة (2/779) مدني مصري إذ جاء فيها: (على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تعتبر دائماً عملاً تجارياً).

(3) la solidarité des cautions entre eux a pour conséquence d'entraîner la suppression de bénéfice de discussion et de faire en sorte qu'il existe entre toutes les cautions une représentation mutuelle , conséquence traditionnelle de la solidarité) , Laurent Aynes , les cautionnements , l'édition , Dalloz 2 , Paris , 1996 , p26

المطلب الثالث: خصائص الكفيل المتضامن

على ضوء التعريفات السابقة للكفيل المتضامن ومصدر التزامه وطبيعته، نستطيع أن نجمل خصائص الكفيل المتضامن، وعلى التفصيل الآتي:

1- الكفيل المتضامن طرف في عقد من عقود الضمان الشخصي:

الكفالة التزام شخصي للكفيل يضاف إلى التزام المدين، أي أنها تمنح الدائن ضماناً شخصياً بالتزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين، وبذلك يكون كل من (المدين والكفيل) مسؤولاً مسؤولية شخصية في جميع أحواله عن الوفاء بالتزام المدين⁽¹⁾.

ويتربط على اعتبار الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي، إنها لا تجنب الدائن تماماً مخاطر الإعسار لأنها وإن كانت تجنبه مخاطر إعسار مدينه، إلا أن هذا الاحتمال ما زال قائماً بالنسبة للكفيل⁽²⁾. غير أنه في الوقت الحاضر، وبعد شيوع استخدام الكفالة، أصبح الضمان الذي تقدمه الكفالة التضامنية أكثر أماناً وخاصة في الكفالات التجارية عندما تدخل المصارف والمؤسسات المالية الأخرى لتقدم ضمانها للمشروعات وللأفراد للحصول على الائتمان اللازم، والمصارف مؤسسات مليئة مالياً لذا يزول شبح تعرضها للإفلاس.

2- الكفيل المتضامن طرف في عقد ملزم لجانبه فقط:

عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد وهو (الكفيل). فالكفيل وحده هو الذي يلتزم بعقد الكفالة بوفاء الدين للدائن إن لم يف به المدين الأصلي، أما الدائن فلا يلتزم عادة بشيء نحو الكفيل وهو الأصل. لكن، لنا أن نسأل هنا، هل تعد الكفالة دائماً عقداً ملزماً لجانب واحد، أم أنها يمكن أن تكون ملزمة لجانبين؟ اختلف الفقه حول الإجابة عن هذا التساؤل إلى رأيين:

الرأي الأول: يذهب إلى أن الكفالة عقد ملزم لجانبين وهذا الرأي بدوره انقسم إلى فريقين:

الفريق الأول: يرى أن الكفالة التضامنية عقد ملزم للجانبين دائماً⁽³⁾، ويستدل هذا الفريق على رأيه بالقول أن هناك التزاماً ينشأ عن عقد الكفالة، إضافة لالتزام الكفيل وينقل كاهل الدائن، وهو التزام فرضه القانون على الدائن ويتمثل في وجوب اتخاذ إجراءات المطالبة في الوقت المناسب، بحيث إن

(1) عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص34.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص307.

(3) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص11-12.

أخل الدائن بهذا الالتزام وأضر بذلك بمصلحة الكفيل، صار مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر وبرأت ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر.

وأيضاً استند إلى أنه على الدائن تسليم الكفيل وقت وفائه الدين، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع.

الفريق الثاني⁽¹⁾: ويرى بأن الكفالة من حيث الأصل عقد ملزم لجانب واحد، لكن ذلك لا يمنع من أن تكون الكفالة عقداً ملزماً للجانبين ويستند هذا الفريق إلى غير ما استند إليه الفريق الأول من أسانيد، فإنه يذهب إلى أنه إذا وجد بجانب الكفالة تأمين آخر يضمن نفس الدين سواء كان شخصياً أو عينياً، انقلب عقد الكفالة عقداً ملزماً للجانبين، إذا يلتزم الدائن في هذه الحالة بالمحافظة على هذا التأمين لمصلحة الكفيل، فهذا الالتزام يقابل التزام الكفيل، ويرتبط به من وجهة نظر هذا الرأي. وبالتالي يكون عقد الكفالة عقد ملزم للجانبين.

بيد أن هذا الفريق أن استناد الفريق الأول إلى حجة التزام الدائن بتسليم الكفيل وقت وفائه للدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، لا تعتبر سبباً لالتزام الكفيل لأنها التزامات مصدرها القانون وتنشأ بمناسبة وفاء الكفيل بالدين وليس بمقتضى عقد الكفالة ذاته وهو بهذه النقطة يتفق مع الرأي الثاني كما سنرى.

الرأي الثاني: الكفالة التضامنية عقد ملزم لجانب واحد:

وهو الرأي الغالب في الفقه⁽²⁾ حيث يرى بأن الكفالة سواء كانت عادية أم تضامنية يلزم الكفيل فقط حيث يلتزم بالضمان في مواجهة الدائن ولا يلتزم هذا الأخير بشيء تجاه الكفيل، وهذا هو الأصل العام.

وتظل الكفالة ملزمة لجانب واحد حتى لو ألزم المدين بدفع مبلغ للكفيل مقابل كفالته للمدين، ذلك لأن الكفيل هو الملتزم بالضمان تجاه الدائن الذي لا يلتزم بشيء، أما المدين فرغم أنه يلتزم في

(1) صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، ج2، مطبعة دار المعرفة، بغداد، 1954، ص257.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات العينية والشخصية، ج1، ط1، مطبعة نهضة مصر، ص20. وأيضاً د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص25. وأيضاً د. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر السابق، ص35. وأيضاً د.

نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص315 - 316.

مواجهة الكفيل إلا أنه ليس طرفاً في عقد الكفالة⁽¹⁾.

3. الكفيل المتضامن التزامه تبعي :

فالكفيل يتعهد بوفاء التزام المدين في حالة تخلف هذا الأخير عن أدائه فالالتزام الذي يتعهد به الكفيل التزام تابع للالتزام الأصلي⁽²⁾.

ولهذا يوصف عقد الكفالة نفسه بأنه عقد تابع وهذه الحقيقة أكدت عليها محكمة النقض المصرية في الكثير من قراراتها. فقد ذهبت إلى أن: (التزام الكفيل متضامناً كان أو غير متضامن وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلي فلا يقوم إلا بقيامه)⁽³⁾. وفي قرار آخر (الكفيل المتضامن وإن كان يفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادي والتي لا تتفق أساساً مع فكرة التضامن إلا أنه يظل ملتزماً التزاماً تابعاً يتحدد نظامه طبقاً للقواعد العامة بموضوع الالتزام الأصلي في الوقت الذي عقدت فيه الكفالة)⁽⁴⁾.

وأكدت ذلك في قرار آخر بأن: (التزام الكفيل متضامناً كان أو غير متضامن تابع لالتزام المدين الأصلي وذلك على خلاف المدين المتضامن مع مدينين آخرين فإنه يلتزم التزاماً أصلياً مع سائر المدينين)⁽⁵⁾.

وفي قرار آخر أكدت أن: (كفالة المدين وإن كانت تجوز بغير علمه ورغم معارضته إلا أن التزام الكفيل يظل، بحسب الأصل تابعاً للالتزام الأصلي فلا يقوم إلا بقيامه)⁽⁶⁾.

(1) فراس بحر محمود حسن، عقد الكفالة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوصفي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2003، ص30.

(2) The accessory character of suretyship is one of its fundamental attributes, in the freneecn legal tradition , an independent guarantee is not and cannot be a surely ship) ,Michlle – cumyn, responsibility for another's debt (suetyship, solidarity , and imperfect delegation), Megil law journal, Revue de droit de Megil, university laval, 2010, p.226 .

(3) طعن مدني، رقم 4746، لسنة 61 ق، جلسة 1962/6/7، منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.lawyersegy.com>

(4) طعن مدني، رقم 1717، لسنة 49 ق، جلسة 1984/1/4، وطعن آخر رقم 860 لسنة 43 ق، جلسة 1980/2/18، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.lawyersegy.com>

(5) طعن مدني، رقم 690، لسنة 40 ق، جلسة 1967/3/15، الموقع ذاته.

(6) طعن مدني، رقم 227، لسنة 37 ق، جلسة 1982/12/28، الموقع ذاته.

ومن الجدير بالذكر أن فكرة تبعية عقد الكفالة التضامنية لا تعني بالضرورة التطابق التام بين التزام الكفيل والتزام المدين، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (1016) من القانون المدني العراقي إذ جاء فيها (كفالة المدين من دين تجاري تعتبر كفالة مدنية، حتى لو كان الكفيل تاجراً)⁽¹⁾. وبذلك لا يترتب على تبعية الكفالة للمدين المكفول اكتسابها الصفة التجارية او المدنية⁽²⁾.

4. الكفيل المتضامن متبرع :

يحيط في الغالب هذه الخاصية بعض الغموض ، وهذا الغموض يرجع الى اختلاف الفقهاء في مدى اعتبار الكفالة من عقود التبرع او المعاوضة . لكن الكفالة التضامنية كقاعدة عامة عقد تبرع وهو ما يراه القضاء والغالبية في الفقه⁽³⁾.

حيث ذهبوا إلى أن الكفالة كقاعدة عامة عقد تبرع فلا يأخذ الكفيل مقابلاً من الدائن واستثناءً تكون معاوضة إذا صح أن تكون بأجر، فالكفيل المتضامن في أغلب الأحوال فهو يتبرع بضمانه للمدين ويقصد بذلك إسداء خدمة مجانية له، وهذا ما يحدث في الكفالة التضامنية المدنية.

أما في الكفالة التضامنية التجارية فنرى بأن هناك دائماً مقابل في الكفالة ومع ذلك فإن هذا لا ينفي عن عقد الكفالة صفة التبرع لأن هذه الصفة وإن كانت من طبيعة عقد الكفالة إلا أنها ليست من مستلزماته، إذ يجوز أن يكون عقد الكفالة التضامنية من عقود المعاوضات، وذلك في حالة وجود مقابل لما يقدمه الكفيل، كأن يتقاضى مقابلاً نظير كفالته، وهذا ما يحدث دائماً إذا ما قام بالكفالة أحد المصارف لضمان دين لأحد عملائه مقابل عمولة يستحقها المصرف من هذا العميل. ولكن الصورة المألوفة للكفالة هي أن تكون عقداً تبرعياً بالنسبة للكفيل.

(1) تقابلها المادة (1/779) مدني مصري، إذ جاء فيها (كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً) ولا مقابل لها في القانون الفرنسي.

(2) لكن استثناءً من ذلك أيضاً ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (1016) مدني عراقي بقولها (على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق تكون دائماً كفالة تجارية) لذا يستثنى الكفالة التضامنية الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق التجارية إذ تكون كفالة هذه التصرفات كفالة تجارية تضامنية دائماً.

(3) د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص 27. أيضاً د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 319. وبالنسبة لموقف القضاء فقد جاء في احد القرارات الفرنسية (الكفالة تشكل هبة غير مباشرة في العلاقات بين الكفيل والمدين) قرار الفرقة المدنية الأولى لدى محكمة النقض، 17/ تشرين الثاني/ نوفمبر 1987، نشرة قرارات الفرقة المدنية الأولى لدى محكمة النقض، رقم 297، مجموعة دالوز 1988، مشار إليه بالقانون المدني الفرنسي دالوز، ص 2031.

المطلب الرابع: تمييز الكفيل المتضامن عما يشته به من مراكز قانونية

يوجد في التقنين المدني العراقي مراكز قانونية تشبه الكفيل المتضامن، من حيث أنها نظام قانوني اقتصادي ونظام قانوني ائتماني. إلا أنها تختلف عنه في أحكامها القانونية الجوهرية. ومن هذه الأنظمة الكفيل العادي، المدين المتضامن، وهذا ما سنبحثه في فرعين مستقلين:

الفرع الأول: تمييز الكفيل المتضامن عن الكفيل العادي :

أهم ما يميز الكفيل المتضامن عن الكفيل العادي هو حق التجريد الذي هو عبارة عن حق الكفيل إذا توافرت شروط معينة في أن يطالب الدائن بأن ينفذ أولاً على أموال المدين الأصلي قبل أن يبدأ إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل⁽¹⁾. هذه في الكفالة العادية. أما في حالة الكفالة التضامنية فلا يكون للكفيل المتضامن حق التجريد وهذا ما أشارت إليه المادة (1031) من القانون المدني العراقي⁽²⁾ فقد جاء فيها (إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين فالدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل ومطالبة أحدهما لا يسقط حقه في مطالبة الآخر بعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبها معاً). إن التضامن بطبيعته يقتضي أن يكون للدائن الحق في الرجوع على أي واحد من المتضامين دون الحاجة إلى تجريد الآخر⁽³⁾.

كما أن الكفيل عندما يكون متضامناً مع المدين فإنه يلتزم بالدين بصفه أصلية ومن ثم يستطيع الدائن أن ينفذ عليه مباشرة بكل الدين⁽⁴⁾ وأن هذا التضامن حسب القواعد العامة لا يفترض وإنما يكون إما بالاتفاق أو بنص القانون، فأما الاتفاق فيجب أن يكون واضحاً وصريحاً في عقد الكفالة،

(1) د. منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة، المطبعة العالمية، 1960، ص 82-83

(2) تقابلها المادة (793) مدني مصري، إذ جاء فيها (لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد)، والمادة (2298) مدني فرنسي، إذ جاء فيها (لا يلتزم الكفيل تجاه الدائن بدفع دينه إلا إذا تخلف المدين الذي يجب أن يلاحق في أمواله أولاً باستثناء الحالة التي يتنازل فيها الكفيل عن حق التجريد أو عندما يلزم الكفيل بالتضامن مع المدين فيخضع تعهده في هذه الحالة للأصول المقررة للديون المتضامنة).

(3) د. عبد المجيد الحكيم، أ. عبد الباقي البكري، د. حمه طه البشير، شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، ج 2، ط 4، العاتك لصناعة الكتاب، توزيع المكتبة القانونية بغداد، 2010، ص 210-211.

(4) إن الكفيل المتضامن يختلف عن المدين المتضامن من حيث التزام الكفيل المتضامن التزم تابع. أما التزام المدين المتضامن فهو التزم أصلي.

وهذا ما جاء في قرار محكمة النقض المصرية طعن 690 لسنة 40 ق جلسة 1976/3/15.

وأيضاً طعن رقم 431 لسنة 31 ق، بتاريخ 1966/4/5. وطعن رقم 860 لسنة 43 ق جلسة 1980/2/18 وطعن رقم 143 لسنة 20

ق، جلسة 1952/2/24.

طعون منشورة على الموقع الإلكتروني: <http://www.lawyersegy.com>

وإن التضامن الذي يترتب عليه حرمان الكفيل من حق التجريد (في الكفالة العادية) هو التضامن مع المدين⁽¹⁾ وليس تضامن كفيل مع غيره من الكفلاء، وقد أكدت محكمة التمييز العراقية في إحدى قراراته بالقول (الدائن مخير بمقتضى المادة 1031 مدني أن يطالب المدين أو الكفيل)⁽²⁾.

وهذا خير دليل على أن المقصود من التضامن في المادة 1031 مدني عراقي هو التضامن بين المدين والكفيل. أما ما يترتب على تضامن الكفيل مع غيره من الكفلاء فهو حرمانه من حق التقسيم⁽³⁾.

علماً أن مطالبة الدائن لأحدهما (المدين أو الكفيل) لا يسقط حقه في مطالبة الآخر فبعد مطالبته لأحدهما بإمكانه أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما معاً على أن لا يأخذ الدين فعلاً إلا مرة واحدة من أحدهما أو كلاهما وهذا ما جاء في أحد قرارات محكمة التمييز (... لأن الكفيل متضامن مع المدين وحسبما هو ثابت في عقد الكفالة ومؤدى أن مطالبة الدائن لأحدهما لا تسقط حق مطالبة الآخر فبعد مطالبته لأحدهما بإمكانه أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما معاً)⁽⁴⁾.

إلا أن مسألة التضامن بين المدين والكفيل دفعت الفقه إلى الاختلاف حول مدى جواز احتفاظ الكفيل المتضامن مع المدين لنفسه في عقد الكفالة التضامنية الاتفاقي بحق التجريد رغم وجود التضامن وكان نتيجة هذا الاختلاف انقسام الفقهاء إلى رأيين. وكالاتي:

الرأي الأول: يجوز للكفيل المتضامن الاحتفاظ بحق التجريد:

ذهب أصحاب هذا الرأي⁽⁵⁾ إلى جواز احتفاظ الكفيل المتضامن بحقه في التجريد حيث له أن يتفق في عقد الكفالة على ذلك بالرغم من تضامنه مع المدين، حيث قالوا بأنه ليس هناك ما يمنع مثل هذا الاتفاق عملاً بمبدأ سلطان الإرادة وحرية الكفيل في التخفيف من التزامه.

(1) lorsque la caution s'oblige avec le débiteur principal de ne peut invoquer les benefites de discussion) Abd Elaziz Elnammouy les contrats nomines , preuau code civil due quebec etla finance islamique, memoire, univers ile . D.uquebec A,montreal, juittet, 2012, p.102 .

(2) قرار رقم 716 / مدنية ثالثة / بتاريخ 1971/7/15 منشور في النشرة القضائية العدد الثالث، السنة الثانية، نيسان 1973، ص 62.

(3) ويقصد بحق التقسيم: أنه إذا تعدد الكفلاء لدين واحد في عقد واحد ولم يكونوا متضامين فيما بينهم، فإن الدين يقسم عليهم، ولا يجوز للدائن أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين فقط. د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 78.

(4) قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد 1031/ الهيئة الاستئنافية، منقول 2011/، بتاريخ 2011/8/24، غير منشور

(5) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص 140. وأيضاً د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص 115. وأيضاً

د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص 82.

الرأي الثاني: لا يجوز للكفيل المتضامن الاحتفاظ بحق التجريد:

وقد ذهب أصحاب هذا الرأي⁽¹⁾ إلى أنه لا يجوز ذلك، إذ أن الكفيل المتضامن ليس له أن يحتفظ لنفسه بحق التجريد لأن ذلك يتعارض مع طبيعة التضامن، ولأن مثل هذا الاتفاق لا يجعل الكفيل متضامناً في الواقع ولو وصف بأنه كذلك.

وقد أيدت محكمة التمييز العراقية هذا الرأي، بمجموعة من قراراتها منها ما يأتي (للدائن مطالبة الكفيل أو المدين أو مطالبتها معاً، إذا كانت الكفالة تضامنية)⁽²⁾.

وفي قرار آخر (الدائن مخير بمقتضى المادة 1031 مدني أن يطالب المدين أو الكفيل)⁽³⁾.

وفي قرار آخر (يجوز للدائن مطالبة الكفيل المتضامن زان يصرف النظر عن مطالبة الكفيل الأصل)⁽⁴⁾.

كما أيدت محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها هذا الرأي، حيث جاء في قرارها (لا يجوز أن يرجع الكفيل وحده إلا بعد الرجوع على المدين متى تمسك الكفيل بذلك ولم يكن متضامناً مع المدين)⁽⁵⁾.

ونحن بدورنا نرى أن الرأي الثاني هو الأولى بالاتباع فضلاً عن أنه يعبر عن إرادة المشرع الصريحة في أن الكفيل المتضامن لا يحق له التمسك بالتجريد فإن هذا الحكم يتفق والغاية من التضامن. ولنا هنا أن نسأل أصحاب الرأي الأول عن القيمة القانونية لنص المشرع وخصه الكفيل المتضامن بعدم جواز التمسك بالتجريد؟ كما أنه لا يجوز للكفيل في الكفالة التضامنية القضائية والقانونية والتجارية أن يتمسك بالتجريد لأن الكفالة القانونية والقضائية والتجارية تستلزم تضامن الكفيل مع المدين

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 99. وأيضاً د. سمير تناعو، مصدر سابق، ص 66. وأيضاً د. صلاح الدين الناهي، مصدر

سابق، ص 279. وأيضاً د. محمد علي عبده (عقد الكفالة) دراسة مقارنة، ط 1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2005، ص 127.

(2) قرار رقم 76/هيئة عامة الأولى / 1973 بتاريخ 1973/11/10 منشور في النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة، 1993، ص 140.

(3) قرار رقم 716 / مدنية ثالثة / 1971 بتاريخ 1971/7/15، منشور في النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الثانية، نيسان، 1973، ص 63.

(4) قرار رقم 66 / مدنية ثالثة / 1974 بتاريخ 1974/4/13 منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الخامسة، 1974، ص 44.

(5) طعن 579 لسنة 9 ق جلسة 1983/12/8 منشور على الموقع الإلكتروني: www.lawyesrsgy.com

وهذا ما نصت عليه المادة (2/1030) من القانون المدني العراقي، إذ جاء فيها (أما الكفالة القضائية والقانونية والتجارية يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين)⁽¹⁾.
بيد أن القانون المدني الفرنسي لم ينص إلا على الكفيل القضائي حيث جاء بالمادة (2319): (لا يستطيع الكفيل القضائي مطلقاً أن يطلب تجريد المدين الأصلي) والواضح من هذا النص أنه حرم الكفيل القضائي من تجريد المدين الأصلي أي جعله متضامناً معه في حين لم يذكر الكفيل (القانوني والتجاري).

أما عن موقف القضاء فقد جاءت في إحدى قرارات محكمة التمييز تأكيداً على أن الكفالة التجارية يكون فيها الكفيل متضامناً مع المدين دون الحاجة الى ذكر ذلك بالعقد ما يلي: (يكون الكفيل متضامناً بمجرد توقيعه على وجه سند الكمبيالة)⁽²⁾.

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية أيضاً فجاء في قرار لها: (إن الكفيل القانوني يكون بنص القانون متضامناً مع المدين والكفيل القانوني هو الذي يلتزم المدين بتقديمه)⁽³⁾.
وهنا تثور مسألة أخرى في غاية الأهمية وهي مسألة كفيل الكفيل (المصدق)⁽⁴⁾، فهل يحق له أن يتمسك بالتجريد اذا كان الكفيل الأول متضامناً مع المدين؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

الرأي الأول: لا يسقط حق التجريد لكفيل الكفيل بتضامن الكفيل الأول مع المدين :

يرى أصحاب هذا الرأي⁽⁵⁾ أن تضامن الكفيل مع المدين لا يسقط حق كفيل الكفيل في المطالبة بالتجريد سواء بتجريد الكفيل أو المدين، وحجتهم في ذلك هي:.

1- أن القانون لم يتعرض لكفيل الكفيل (المصدق).

(1) تقابلها المادة (579) مدني مصري، إذ جاء فيها (وفي الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين).

(2) قرار رقم 66 /مدنية ثالثة / 1974 بتاريخ 1974/4/13 منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الخامسة، 1974، ص 44 .

(3) طعن رقم 237، 5 ق، جلسة 1984/2/16 منشور على الموقع www.lawyesrsgy.com

(4) كفيل الكفيل: هو شخص يلتزم بوفاء التزام الكفيل إذا لم يقوم هذا بالوفاء ويقال له (المصدق) وتعتبر كفالته في الصف الثاني، أي أنه ليس كفياً للمدين بل كفياً لمن كفله المدين، فيعتبر الكفيل الأول في علاقته بكفيله في مثل مركز المدين الأصلي بالنسبة لكفيله، د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص 148.

(5) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص 140. وأيضاً د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص 115. وأيضاً د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 289.

2- أن التضامن لا يفترض ولا يتوسع في تفسير نصوصه.

3- أن لكفيل الكفيل دفعه المستقلة فلا يحرم منها إلا إذا كان متضامناً.

الرأي الثاني: يسقط حق التجريد لكفيل الكفيل بتضامن الكفيل الأول مع المدين:

حيث ذهب أصحاب هذا الرأي⁽¹⁾ إلى تضامن الكفيل مع المدين يترتب عليه حرمان الكفيل من الحق بتجريد المدين ولولم يكن كفيل الكفيل متضامناً مع المدين وحجتهم في ذلك:

1- وجود كفيل الكفيل لا يترتب عليه الانتقاص من حقوق الدائن بل زيادة تلك الحقوق بزيادة الضمان.

2- أن الكفيل نفسه لا يستطيع أن يدفع بالتجريد.

إلا أن أصحاب هذا الرأي قالوا بأن حق كفيل الكفيل في التجريد لا يسقط إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل.

وهذا يتضح أن أنصار كلا الرأيين يتفقون على أن تضامن الكفيل مع المدين لا يترتب عليه حرمان كفيل الكفيل من الدفع بالتجريد إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل وإنما الخلاف بينهم ينحصر في دفع الكفيل بتجريد المدين إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع المدين.

الخلاصة:

ونحن بدورنا نؤيد الرأي الأول ونراه هو الراجح أي أن تضامن الكفيل مع المدين لا يترتب عليه حرمان كفيل الكفيل من حق التجريد سواء بالنسبة للكفيل أو المدين لأسباب هي:

1- في القانون المدني العراقي لا يمكن اعتبار كفيل الكفيل متضامناً تلقائياً مع المدين والكفيل لأن التضامن لا يفترض ولا يثبت إلا بموجب اتفاق أو نص في القانون ولا يوجد ما ينص في القانون المدني العراقي على تضامن كفيل الكفيل مع المدين والكفيل إذا غاب الاتفاق على ذلك⁽²⁾.

2- يجب قياس علاقة كفيل الكفيل على علاقة الكفيل مع المدين أمام الدائن.

فتكون العلاقة كالاتي: كفيل الكفيل (كفيل) والكفيل (مدين)، وهذا لا يفترض تضامن كفيل الكفيل ويحرم بالتالي من حق التجريد تجاه المدين أو الكفيل لأن الكفيل الأول متضامن مع المدين، بل يجب

(1) د. عبد الرزاق السهوري، مصدر سابق، ص 67.

(2) (... بالنسبة الى التضامن لا تفترض) قرار محكمة تمييز إقليم كوردستان / العدد 274 / الهيئة المدنية / 2008 / بتاريخ 2008/8/11 (غير منشور).

أن يكون هناك اتفاق على التضامن من كفيل الكفيل والكفيل والمدين حتى يسقط حقه بتجريد المدين أو الكفيل.⁽¹⁾

الفرع الثاني: تميز الكفيل المتضامن عن المدين المتضامن

كل من الكفالة والتضامن يقدمان للدائن الطمأنينة وزيادة الثقة لاستيفاء حقه، لأن في كليهما يتعدد الأشخاص المسؤولون على تنفيذ الالتزام وتعدد الذمم المالية الضامنة له. ففي الكفالة يعتمد الدائن لاستيفاء حقه على حقه في الضمان العام لمدينه وللكفيل.⁽²⁾

ويزداد وجه التشابه في حالة الكفالة التضامنية لأنه لا يجوز الكفيل المتضامن مع المدين ان يتمسك بالدفع بالتجريد كما انه في حالة تعدد الكفلاء لضمان دين واحد وب عقد واحد , يتمتع على الكفلاء في حال تضامنهم التمسك بالدفع بالتقسيم بحيث يكون كل منهم مسؤول قبل الدائن عن كل الدين .

غير أن هناك تمييز أو اختلاف جوهري بين المدين المتضامن والكفيل المتضامن فالمدين المتضامن مع المدينين الآخرين يلتزم التزاماً أصلياً لا يتبع التزام غيره، ولا يعتبر كفياً لهم، بحيث لا يستطيع المدين المتضامن أن يحتج قبل الدائن إلا بأوجه الدفع الخاصة به، كأن يكون العقد الذي يربطه بالدائن موقوفاً بسبب عيباً في إرضائه، أو لنقص أهليته وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين المتضامين دون أوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين كأن يكون العقد الذي أنشأ الالتزام التضامني باطلاً لانعدام رضائهم جميعاً أو لتخلف ركن من أركان العقد.

وهذا بخلاف الكفيل المتضامن مع المدين الأصلي يظل التزام الكفيل تابعاً للالتزام الأصلي المكفول.⁽³⁾

(1) وبما أن التضامن بين الكفيل والمدين يجب أن يشترط في عقد الكفالة أو عقد مستقل وبما أننا قسنا علاقة كفيل الكفيل بالكفيل على علاقة الكفيل بالمدين لذلك يجب أن يكون هناك تضامن واضح وصريح بين كفيل الكفيل والكفيل قياساً على التضامن بين الكفيل والمدين).

وهذا ما جاء في أغلب قرارات محكمة التمييز الاتحادية العراقية. القرار رقم 1301 / الهيئة الاستئنافية / منقول / 2011 بتاريخ 2011/8/14.

(2) المادة 1008 من القانون المدني العراقي (الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام).

(3) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص 19 وما بعدها.

ويجوز للكفيل المتضامن أن يتعلق بالدفع المتعلقة بالدين الأصلي كالدفع بالتقادم والدفع المتعلقة بشخص المدين كالدفع بعيوب الإرادة والأهلية مالم تكن الكفالة سبب نقص الأهلية. كما للكفيل ايضاً دفع خاصة يمكن أن يتمسك بها حتى لو كان متضامناً مع المدين. وهذا ما سنفصله لاحقاً في آثار عقد الكفالة (المبحث الثالث) من هذه الدراسة. وأخيراً فإن التزام المدين المتضامن هو أشد عبئاً من التزام الكفيل. ولابد من التمييز بين التضامن بين المدينين وبين التضامن في القانون الصرفي.

1- أن التضامن المدني إما أن يتم بالاتفاق أو أن يقرر بنص القانون وهذا ما قضت به المادة (320) من القانون المدني العراقي⁽¹⁾ بقولها (التضامن ما بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص قانون)⁽²⁾. في حين أن المشرع التجاري هو الذي يقرر التضامن الصرفي، فقد نصت المادة (106) من قانون التجارة النافذ بأنه (أولاً: الاشخاص الملزمون بموجب الحوالة مسؤولون بالتضامن تجاه حاملها).

ونستنتج من ذلك أن الأصل في الأوراق التجارية التضامن بين الملزمين بها مفترض بنص قانون على خلاف أحكام القانون المدني التي تقضي بأن الأصل أن لا تضامن بين المدينين من غير اتفاق أو نص في قانون.

2- في التضامن المدني يستطيع الدائن أن يبدأ بمطالبة أي من المدينين المتضامين دون أن يكون ملزماً بالبداية بمطالبة مدين معين، وهو ما قضت به المادة (321) من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها (1). إن كان المدينون متضامين فللدائن أن يطالب بالدين كله من شاء منهم).

أما في التضامن الصرفي فإن الحامل ملزم بسلوك طريق معين عند مطالبة المدينين المتضامين فهو لا يستطيع الرجوع على أي ملتزم إلا بعد مطالبة المسحوب عليه (بالنسبة للحوالة التجارية

(1) تقابلها المادة (279) مدني مصري أما المادة (1202) مدني فرنسي فإنها تشترط أن يكون الاتفاق صريحاً.

(2) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية (أن التضامن في المواد المدنية لا يؤخذ بطريق الاقتراض) قرار محكمة النقض المصرية 1983/4/17 مشار إليه في مؤلف د. عز الدين الديناصورى و د. عبد الحميد الشوارى، المسؤولية المدنية، في ضوء الفقه والقضاء القاهرة الحديثة للطباعة، 1988، ص 487.

والصك) أو المحرر (بالنسبة لسند للأمر) وامتناع الأخير عن الوفاء وإثبات ذلك الامتناع يعمل احتياج عدم الوفاء⁽¹⁾. وهذا ما قضت به المادتين (103,102) من قانون التجارة العراقي⁽²⁾.

من جهة أخرى فإنه وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني فإن الدائن حر في اقتضاء الدين أو عدم اقتضائه في ميعاد استحقاقه من غير أن يترتب على سكوته جزاء إلا إذا استطال هذا السكوت المدة القانونية لانقضاء الحق بالتقادم⁽³⁾.

في حين نلاحظ أن الأمر مختلف بعض الشيء في الأوراق التجارية حيث لزم الشرع التجاري حامل الورقة التجارية بضرورة تقديمها للوفاء في يوم استحقاقها أو في يومي العمل التاليين لهذا اليوم , وهو ما نصت عليه المادة (89) من قانون التجارة العراقي حيث جاء فيها (على حامل الحوالة المستحقة الوفاء في يوم معين أو بعد مدة معينة من تاريخ إنشائها أو من تاريخ الاطلاع عليها أن يقدمها للوفاء في يوم استحقاقها أو في يومي العمل التاليين لهذا اليوم).

ويمكن تعليل اختلاف موقف المشرع التجاري عن موقف المشرع المدني في مسألة ضرورة تقديم الورقة التجارية في ميعاد استحقاقها إلى أنه في العلاقات المدنية يقتصر خطر سكوت الدائن عن المطالبة بالحق عليه وحده. أما بالنسبة للأوراق التجارية فإن خطر سكوت الحامل لا يقتصر عليه وحده بل يتعداه إلى غيره من الملتزمين ذلك لأن الأوراق التجارية تربط عدداً من الملتزمين قد اثنى المشرع عاتقهم بتقرير المسؤولية التضامنية بينهم وبين المدين الأصلي لضمان وفاء مبلغ الورقة التجارية للحامل في ميعاد الاستحقاق والتي قد تؤدي إلى إلزام الموقع على الورقة التجارية بدفع قيمتها ثانية بعد أن سبق له دفع قيمتها عند انتقال ملكيتها إليه، لذا يكون من مصلحتهم الإسراع في تصفية موقفهم من الحامل ومن المدين الأصلي المسؤول في النهاية عن الوفاء⁽⁴⁾.

(1) يعرف احتجاج عدم الوفاء بأنه وثيقه رسمية ينظمها كاتب العدل لأثبات الامتناع عن وفاء الحوالة.. د. فارق إبراهيم جاسم، الوجيز في أحكام الأوراق التجارية، مكتبة السهوري، مكان الطبع بيروت، 2016، ص 175.

(2) نص المادة 102 من القانون التجارة النافذ رقم 390 سنة 1984 (أولاً: لحامل الحوالة عند عدم وفائها في ميعاد الاستحقاق الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين بها). ونص المادة (102) (أولاً: يكون اثبات الامتناع عن قبول الحوالة أو عن وفائها واحتجاج عدم القبول أو احتجاج عدم الوفاء).

(3) د. عبد الرزاق السهوري ، مصدر سابق، ص 307.

(4) د. أمين محمد بدر، الالتزام المصرفي في قوانين البلاد العربية، معهد الدراسات العربية، 1955، ص 79.

3- في التضامن المدني يستطيع أي من المدينين المتضامنين أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين المدينين جميعاً سواء أكانت مدفوعاً موضوعية أم شخصية، فقد تكون الرابطة التي تربط المدين بالدائن مشوبة بعيب في الرضا أو إكراه، أو بنقص في أهلية المدين أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ فيطالب المدين بفسخها، أو قد يكون العقد الذي أنشأ الالتزام التضامني باطلاً في الأصل لانعدام الرضا بالنسبة للمدينين جميعاً أو بعدم توافر شروط المحل والسبب.

بينما نجد أن الأمر مختلف في التضامن الصرفي إذ إن الملتزم المتضامن يستطيع أن يتمسك في مواجهة الحامل بالدفع الموضوعية الخاصة به فقط. أما بالنسبة للدفع الشخصية الخاصة به فلا يستطيع التمسك بها قبل الحامل الحسن النية، ما لم تكن تلك الدفع ناشئة عن علاقة الملتزم المدعي عليه بالحامل المدعي وبالتالي فلا يستطيع المتضامن صرفياً الادعاء بعدم مشروعية سبب التزامه الصرفي قبل الحامل الحسن النية⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى فإن المتضامن الصرفي لا يستطيع التمسك بالدفع الموضوعية أو الشخصية الخاصة بغيره من الملتزمين استناداً لقاعدة استقلالية التواقيع السائدة في الأوراق التجارية⁽²⁾. ولم يخرج المشرع التجاري عن ذلك إلا فيما يتعلق بالضامن حيث أجاز له التمسك ببطان التزام المضمون لعيب في الشكل دون غيره من الدفع الأخرى التي يستطيع الملتزم المضمون التمسك⁽³⁾.

4- إن التزام المدينين في التضامن المدني يعد عملاً مدنياً، أما بالنسبة لالتزام المدينين في التضامن الصرفي فيعد وفقاً لنص المادة السادسة من قانون التجارة العراقي⁽⁴⁾ عملاً تجارياً بصرف النظر عن صفة الملتزم ونيته. ويترب النتائج التالية:

(1) نص المادة 257 (لنفس لمن أقيمت عليه دعوى الحوالة أن يحتج على حاملها بالدفع المبنية على علاقاته الشخصية بساحها أو حاملها السابقين ما لم يكن على الحامل وقت حصوله على الحوالة قد تصرف يقصد الأضرار بالمدين).

(2) لفت المادة 47 من قانون التجارة النافذة إذ حملت الحوالة تواقيع أشخاص ليست لهم أهلية الالتزام بها أو تواقيع مزورة أو لأشخاص وهميين أو توقيعات غير ملزمة لأسباب أخرى لأصحابها لو لم وقعت الحوالة لأسمائهم فإن التزامات غيرهم من الموقعين عليها تبقى صحيحة).

(3) المادة (82) من قانون التجارة النافذ رقم 30 لسنة 1984 يلزم الضامن بالكيفية التي التزم بها المضمون، ويكون التزام الضامن صحيحاً ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأي سبب آخر غير عيب في الشكل.

(4) جاء بالمادة (6) من قانون التجارة النافذ رقم 30 لسنة 1984 (يكون إنشاء الأوراق التجارية والأعمال المتعلقة بها عملاً تجارياً بصرف النظر عن حقه القائم بها ونيته).

أ- أن أحكام القانون المدني هي التي تسري على التضامن المدني، أما بالنسبة للتضامن الصرفي فالأصل تسري عليه أحكام القانون التجاري فإن لم يوجد فيه حكم خاص طبق عليه قانون الأحكام المدني وهو ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون التجارة العراقي⁽¹⁾.

ب- كما أن سريان الفائدة في الالتزام الصرفي ابتداءً من تاريخ الاستحقاق بينما تسري الفوائد القانونية في الالتزام المدني ابتداءً من تاريخ المطالبة القضائية، وهو ما اقتضت به المادة (171) من القانون المدني العراقي بالقول (إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها 4% في المسائل المدنية و5% في المسائل التجارية وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره).

وقد نصت المادة (107) من قانون التجارة العراقي على أنه: (أولاً: لحامل الحوالة مطالبة من له حق الرجوع عليه بما يأتي ... ثانياً: الفوائد القانونية ابتداءً من تاريخ الاستحقاق).

ج- في الالتزام المدني يمنح المدين المعسر أجلاً للوفاء بدينه إذا استدعت حالته الرأفة ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم ولم يوجد نص في القانون يمنع ذلك وهو ما نصت عليه المادة (394) من القانون المدني العراقي⁽²⁾.

أما ما يتعلق بالقانون التجاري فإنه بالأصل قد منع القضاء إعطاء المدين بالالتزام الصرفي مهلة للوفاء وهذا ما نصت عليه المادة (183) من قانون التجارة بالقول (لا يجوز للمحاكم أن تمنح مهلاً للوفاء بقيمة الورقة التجارية أو القيام بأي إجراء متعلق بها إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون)⁽³⁾.

(1) جاء بالمادة 2/4 من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 (ثانياً: يسري القانون المدني على جميع المسائل التي يرد شأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون آخر).

(2) نصت المادة 394 / 2 في القانون المدني العراقي على أنه (فاذا لم يكن الدين مؤجلاً أو حل أجله وجب دفعه فوراً ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة لذا لم يمنحها نص في القانون أن تنتظر المدين الى أجل مناسب إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم).

(3) إلا أن القانون التجاري قد أورد استثناءً على هذا الأصل حيث أجاز لكل ضامن عند رجوع الحامل عليه قبل ميعاد الاستحقاق سبب صدور حكم بإعسار المسحوب عليه سواء كان قابلاً للحوالة التجارية أم غير قابل لها أو بسبب توقف المسحوب عليه عن الدفع ولو لم=

5- في التضامن المدني إذا أوفى أحد المدينين المتضامنين بالدين كله فلا يستطيع الرجوع على باقي المدينين إلا بقدر حصة كل واحد منهم في الدين وهو ما نصت عليه المادة (334) من القانون المدني العراقي بالقول (1- لمن قضى الدين من المدينين المتضامنين الرجوع على الباقيين بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه كل بقدر حصته. 2- فإن كان أحد منهم معسراً تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذي وفي بالدين وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته).

أما في التضامن الصرفي فإن الأمر مختلف ذلك لأن قيام الملتزمين المتضامنين في الوفاء يعني إعطاء الحق للموفي بالرجوع على الملتزمين السابقين عليه منفردين أو مجتمعين بكل المبلغ الذي دفعه إضافة الى ملحقاته من الفوائد والمصاريف وهذا ما نصت عليه المادة (108) من قانون التجارة العراقي.

المبحث الثاني: الأحكام التي يخضع لها الكفيل المتضامن

نظراً لطبيعة التزام الكفيل المتضامن وهي أنه تابع لالتزام أصلي، فإنه يترتب على ذلك أن تنشأ علاقة بين الكفيل المتضامن والمدين في حالة إذ أوفى الكفيل المتضامن بالدين المكفول، وقد يتعدد المدينون الأصليون، وقد يكونوا متضامنين، وأيضاً قد يتعدد الكفلاء وقد يكونوا متضامنين أو غير متضامنين.

ولذلك فإن دراسة الأحكام التي تسري على الكفيل المتضامن، هي دراسة لكل من هذه العلاقات. ولذلك سوف نتناول أولاً العلاقة بين الكفيل المتضامن والدائن، وفي المطلب الثاني نبين العلاقة بين الكفيل المتضامن والمدين، ونبحث فيه رجوع الكفيل المتضامن في حال تعدد المدينين أو تضامنهم وفي مطلب ثالث نوضح علاقة الكفيل المتضامن مع غيره من الكفلاء في حال تضامنهم وفي حال عدم تضامنهم.

= يثبت ذلك بحكم أو حجتز آماله أو سبب إعسار صاحب الحوالة عند تقديمها للقبول للضامن منا أن يطلب من المحكمة التي تقع في منطقتها مقامه، وخلال 3 أيام من التاريخ الرجوع عليه منحه جهله للوفاء، فإن رأت المحكمة ان هناك مبرراً لمنحه المهلة حددت بقارر بات لعل الميعاد الذي يجب فيه الوفاء بشرط أن لا يتجاوز التاريخ المعين للاستحقاق، انظر المادة (2/102) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.

المطلب الأول: العلاقة بين الكفيل المتضامن والدائن

إن طبيعة التضامن تعطي الحق للدائن بالرجوع على أي من الملتزمين على وجه التضامن ومنهم الكفيل المتضامن وإن يطالبه بكل الدين م (1021) مدني عراقي⁽¹⁾ قبل الرجوع على المدين.

ولكن يشترط في ذلك أن يكون أجل الدين قد حل، وعليه فلا يجوز للدائن أن يطالب الكفيل المتضامن بالدين المكفول إلا بعد حلول أجل هذا الدين، ما لم يكن هناك أجل خاص لالتزام الكفيل، فإذا اتفق على أجل خاص لدين الكفيل فلا تجوز مطالبة إلا بعد حلول هذا الأجل، حتى لو كان أجل الدين المكفول قد حل قيل ذلك لأنه يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين⁽²⁾. ولكن لا يجوز أن يكون أجل التزام الكفيل أقصر من أجل الالتزام الأصلي.

وعلى ذلك فإذا مد أجل الالتزام الأصلي بإرادة الطرفين الدائن والمدين أو بحكم القاضي فإن الكفيل المتضامن قد يستفيد من هذا المد فيمتد أجل التزام الكفيل إلى هذا الأجل الجديد ولا تجوز مطالبة الكفيل في هذا الأجل الجديد. وإذا حدث العكس واتفق على تعجيل أجل التزام المدين فإن الكفيل لا يضار من هذا الاتفاق ولا تجوز مطالبته إلا عند حلول الاجل الأصلي⁽³⁾.

هذا كله بالنسبة إلى الالتزام المدني ولكن حكم الكفيل المتضامن في الكفالة التجارية يختلف تماماً إذ لا يستطيع القاضي منح مهلة لوفاء بقية الورقة التجارية مطلقاً استناداً للمادة (138/تجارة عراقي) والتي جاء بها (لا يجوز لمحاكم أن يتمتع مهلاً للوفاء بقيمة الورقة التجارية أو للقيام بأي إجراء متعلق بها إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون).

وهنا لابد من الإشارة أن الأحوال التي نص عليها القانون لا تخرج عن ميعاد الاستحقاق استناداً لما جاء بالمادة (102/ثالثاً/تجارة عراقي)⁽⁴⁾.

(1) نصت المادة 1021/1 مدني عراقي: (يقتض في الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين مالم يكن قد نزل عن هذا الشرط أو كان قد تضامن مع المدين).

(2) دكتور علي فوزي، عقد الكفالة في القانون المدني العراقي دراسة مقارنة، مكتبة نور العين، 2013، ص 46.

(3) د.عبد الرزاق السهوري، مصدر سابق، ص 90-91. وأيضاً د.سمير تناغو، مصدر سابق، ص 60-61.

(4) جاء بالمادة (102 / 3 / تجارة عراقي) (..... فإذا رأت المحكمة مبرراً لمنح المهلة حددت بقرارات الميعاد الذي يجب فيه الوفاء بشرط أن لا يجاوز التاريخ المعين لاستحقاق).

هذه من جهة ومن جهة أخرى فإن مواعيد الاستحقاق ثابتة في الورقة التجارية ولا يجوز تغييرها نهائياً بعد تحرير الورقة وتوقيعها من قبل الساحب وإنما يتم تداولها وأي تحريف لها يؤدي الى عدم الالتزام بها من قبل الموقعين السابقين، وهذا يعتبر تحريف تنطبق عليها المادة (131/تجارة عراق)⁽¹⁾.

ولكن ما هو الحكم اذا سقط اجل الالتزام المدين بسبب إفلاسه او إعساره ؟

ذهب رأي إلى أن سقوط أجل الالتزام المدين يتسبب عليه أيضاً سقوط أجل التزام الكفيل لأن هذا هو مقتضى فكره التبعية.

وكذلك فإن الغرض من الكفالة التضامنية هو ضمان حق الدائن ضد مخاطر إعسار المدين أو إفلاسه وقد تحقق ذلك بالفعل⁽²⁾.

لكن الفقه الغالب يرفض هذا الرأي ويقرر ان سقوط اجل دين المدين لا يترتب على سقوط اجل دين الكفيل⁽³⁾.

ولكن الأمر مختلف في التجارة حيث إن إعسار الساحب أو المسحوب عليه يكون سبباً رئيسياً من أسباب رجوع الحامل القانوني للورقة التجارية على الساحب والمظهرين قبل حلول ميعاد الاستحقاق وهذا ما نص عليه بالمادة (102/ ثانياً/ تجارة عراق) والتي جاء بها (ثانياً: يجوز الحامل الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق في الأحوال الآتية:

ب- صدور حكم بإعسار المسحوب عليه.

ج- إعسار صاحب الحوالة المشروط فيها عدم تقديمها للقبول (....).

العلاقة بين الكفيل أو المدين تحكمها بض المادة 1030 مدني عراقي والذي جاء فيها (إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين فالدائن مخير في المطالبة بإنشاء طالب المدين وإنشاء طالب الكفيل).

وفي هذا المعنى تنص المادة (793) من القانون المدني المصري التي تقرر (لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد) لا يجوز أيضاً للكفيل المتضامن بالدفع بالتجريد لأن فترة التضامن غير متصورة إلا إذا كان من حق الدائن أن يرجع وأن ينفذ على أي مدين يتخيره ولذلك لا نوافق على ما

(1) (إذا وقع تحريف في متن الحوالة التزم الموقعون الاحقون له بما ورد في المتن المحرف أما الموقعون السابقون فيلتزمون بما ورد فيه المتن الأصلي) المادة 131 / تجارة عراق.

(2) د. منصور مصطفى منصور، ص 53-54.

(3) د. عبدالرزاق السنهوري ، مصدر سابق، ص85-91.

يراه البعض من جواز الاتفاق على ان يحتفظ الكفيل بالحق في التمسك بالتجريد رغم تضامناً مع المدين⁽¹⁾، فإن مثل هذا الاتفاق لا يجعل الكفيل متضامناً في الواقع، ولو وصف بأنه كذلك والتضامن الذي يمنع الكفيل من التمسك بالتجريد هو التضامن الذي بينه وبين المدين.

أما التضامن بين الكفيل وغيره من الكفلاء فلا يمنع أحدهم من التمسك بتجريد المدين فهذا التضامن ويؤدي فقط إلى عدم تقسيم الدين في رجوع الدائن على أي منهم⁽²⁾.

وإذا كان الكفيل متضامناً مع المدين فإن هذا لا يمنع كفيل الكفيل من التمسك بتجريد الكفيل، إذا لم يكن هو نفسه متضامناً مع الكفيل الأول لكن يجوز له أن يتمسك بتجريد المدين إذ لا يجوز ذلك للكفيل المتضامن الذي كفله.

ويلاحظ أن الكفيل قد لا يكون متضامناً مع المدين لكنه يتنازل عن حق التمسك بالتجريد وهذا جائز ويعتبر انه بذلك قد خطا خطوة هامة في سبيل التضامن ولكنه لم يصل إلى ذلك فعلاً فالنتيجة هو سقوط حقه في التمسك بالتجريد⁽³⁾. وتتنازل الكفيل عن هذا الحق قد يكون صريحاً أو ضمناً، وقد يكون وقت إبرام الكفالة أو بعد ذلك⁽⁴⁾.

أما في حالة تعدد الكفلاء المتضامين فإن منطق التضامن يقتضي بأن للدائن الحق في أن يطالب أيّاً من الكفلاء المتضامين بكل الدين، وإذا كان أحد الكفلاء متضامناً مع المدين فإنه يكون قد وضع نفسه موضع المدين نفسه، ويسأل عن كل الدين ولا يحق له التمسك بالتقسيم اذا كانوا غير متضامين⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: العلاقة بين الكفيل المتضامن والمدين

يلتزم الكفيل بضمان دين دون أن يكون صاحب مصلحة في هذا الدين وذلك فهو إذا وفي به كان موفياً بالدين غيره ويحق له الرجوع على صاحب المصلحة في هذا الدين وهو المدين. والقانون لا يعطي للكفيل حق الرجوع على المدين إلا إذا كان قد أوفى الدين فعلاً. وحماية للكفيل قرر له القانون من

(1) منصور، مصطفى، منصور، مصدر سابق، ص 84.

(2) د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص 84.

(3) المصدر نفسه، ص 71.

(4) د. السنيوري، مصدر سابق، ص 117.

(5) التقسيم معناه ان يرجع الدائن عن الكفلاء كلا بقدر نصيبه في الدين ما لم يكونوا متضامين فيسنتطيع الرجوع على أي منهم بكل الدين. المادة (1024) مدني عراقي.

الوسائل ما يكفل هذه الحماية من إهمال أو تقصير الدائن. فالدائن هو الذي يتحمل كل تقصير يصدر منه ويضرر بالكفيل.

لذلك فقد خول القانون الكفيل أن ينذر الدائن بضرورة اتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال شهر من هذا الإنذار وإلا برئت ذمة الكفيل استناداً لما جاء بالمادة (2/1036) مدني عراقي⁽¹⁾.

ونلخص مما تقدم أنه يشترط لرجوع الكفيل على المدين أن يكون قد وفى الدين للدائن. ورجوع الكفيل في هذه الحالة يقوم على أبسط مبادئ العدالة، لأن المدين أثرى على حساب الكفيل، إذ إن دينه قبل دأئه قد اقتضى بمال غيره كما أن الكفيل افتقر بسبب المدين لأنه وفى بماله دين غيره وهو المدين.

ولذلك يجوز للكفيل الرجوع على المدين طبقاً للقواعد العامة في الكسب دون سبب ويكون رجوع الكفيل بأقل القيمتين قيمة الإثراء وقيمة الافتقار⁽²⁾، وهذا ما يقابل المادة (324) مدني مصري⁽³⁾.

ولكن المشرع لم يكتفي بإعطاء الكفيل الحق في الرجوع على المدين طبقاً للقواعد العامة في كسب دون سبب ولكنه نظم رجوع الكفيل بشيء من التفصيل، وأعطى له في هذا السبيل دعويين الأولى دعوى الكفالة، وهي تعتبر تطبيقاً خاصاً لدعوى الكسب دون سبب والثانية دعوى عينية وهي دعوى الحلول، وهي تطبيق لقواعد الوفاء مع الحلول⁽⁴⁾.

وبجانب هاتين الدعويين فإن للكفيل أن يرجع بدعوى الكسب دون سبب طبقاً للقواعد العامة، وقد تكون له مصلحة في ذلك إذا لم تتوفر شروط هاتين الدعويين أو شروط أحدهما. والكفيل هو الذي يختار الدعوى التي يرجع بها، وقد تكون له مصلحة في الرجوع بالدعوى الشخصية أو الرجوع بالدعوى العينية وسنبين الدعوى الشخصية ثم الدعوى العينية ثم بعد ذلك الرجوع على المدينين إذا تعددوا في ثلاث فروع مستقلة:

(1) نصت المادة (2 / 1036) مدني عراقي (ويجوز للكفيل عند استحقاق الدين وعدم مطالبة الدائن، به أن ينذر الدائن بلزوم اتخاذ الإجراءات القانونية لاستيفاء دينه خلال مدة لا تقل عن شهر، فإذا انتهت المدة ولم يطالب المدين بدينه خرج الكفيل من الكفالة).

(2) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص 95، د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 155-156.

(3) جاء بنص المادة 324/ مدني مصري (1- إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه).

(4) د. علي فوزي، مصدر سابق، ص 101.

الفرع الأول: الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)

تنص المادة (1033) من القانون المدني العراقي على أنه (إذ أدى الكفيل ما كفل به من ماله فله الرجوع بما أداه على المدين) كما تنص المادة (1034) منه على أنه (إذا أدى الكفيل للدائن عوضاً بدل الدين يرجع على المدين بما كفله لا بما أداه، أما إذا صالح الدائن بمقدار من المدين فإنه يرجع ببذل الصلح لا بجميع الدين).

كما تنص المادة (1037) على أنه (إذا كان الدين المكفول به مؤجل فدفعه الكفيل للدائن معجلاً فلا يرجع به على المدين إلا عند حلول الأجل)⁽¹⁾.

وتحدد هذه النصوص شروط الرجوع بدعوى الكفالة وموضوع الرجوع:

أولاً: شروط الرجوع بدعوى الكفالة (الدعوى الشخصية):

حتى يستطيع الكفيل الرجوع على المدين بهذه الدعوى هنالك شروط يجب توفرها هي:

1- يجب أن يكون أجل الدين قد حل:

فإذا قام الكفيل بالوفاء للدائن بالدين قبل حلول الأجل فإنه لا يستطيع أن يرجع على المدين بهذه الدعوى إلا عند حلول الأجل. والأجل الذي يقصد به هنا هو الأجل الأصلي للمدين المكفول. وعلى ذلك إذا حل هذا الأجل ولكن الدائن قد منح أجلاً جديداً للمدين فإن هذا الأجل لا يحتج به في مواجه الكفيل ويستطيع أن يلزم الدائن بقبول الوفاء عند حلول الأجل الأصلي، ويستطيع آنذاك أن يرجع على المدين الأصلي لما وفاه حتى قبل انقضاء الأجل الجديد⁽²⁾.

2- يجب أن يكون الكفيل قد قام بالوفاء بالدين للدائن حتى يتمكن من أن يرجع بالدعوى الشخصية على المدين:

ولا يقتصر الأمر هنا على الوفاء بالالتزام فقط وإنما يتصرف إلى أسباب الالتزام الأخرى كالمقاصة والوفاء مقابل والتجديد أو الإنابة الكاملة أو اتحاد الذمة بشرط أن يترتب على ذلك براءة ذمة المدين وإلا لما أمكن الكفيل الرجوع إليه.

(¹) هذه المواد تقابل المادة (1008) في القانون المدني المصري والتي تنص على (1- للكفيل الذي وفي الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه. 2- ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات ولا يرجع إلا بالذي دفعه وقت أخبارة المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده. 3- يكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداءً من يوم الدفع).

(²) د.عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص177. وأيضاً د.عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص169 هامش 4. وأيضاً د. سمير تناعو، مصدر سابق، ص114.



كما لو كان الكفيل قد وفى الدين بمقابل واستحق هذا المقابل أيضاً إذا أبرأ الدائن ذمة الكفيل من الكفالة او تقادم التزام الكفيل، فالكفيل لا يكون قد وفى الدين أو قام بعمل يقوم مقام الوفاء وعلى ذلك لا يستطيع الرجوع على المدين.

3- يجب أن تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين ولمصلحته:

وإذا كان المتبرع ينص على ان الرجوع بدعوى الكفالة يكون سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين او بغير علمه، وهو ما قد يوحي لها، الرجوع بها جائز في جميع الحالات حتى لو كانت الكفالة قد عقدت رغم معارضة المدين لأنها في هذه الحالة تكون قد عقدت بعلمه.

إلا أن هنالك اجماع في الفقه على أنه يشترط أن تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين وإلا انتفت الحكمة من الرجوع بهذه الدعوى الخاصة التي تعطي للكفيل أكثر من أن تعطيه القواعد العامة، وهو ما لا يمكن تفسيره إلا على أساس أن الكفيل قد أسدى خدمة للمدين، وهو ما لا يتصور. إذا كانت الكفالة قد عقدت رغم معارضته⁽¹⁾.

وفي مثل هذه الحالة يكون للكفيل أن يرجع لدعوى الحلول أو أن يرجع بدعوى الإثراء دون سبب طبقاً للقواعد العامة.

ثانياً: موضوع رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية:

الدين الذي يرجع به الكفيل على المدين يتكون من عدة عناصر حددتها المواد (1033)، (1034)، (1038) من القانون المدني العراقي، وهي تقابل الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (800) من القانون المدني المصري وهذه العناصر هي:

1- كل المبالغ التي دفعها لإبراء ذمة مدينة ويدخل في هذه المبالغ أصل الدين وفوائده والمصروفات التي أنفقها الدائن لمطالبة المدين وقام الكفيل بدفعها وكذلك التعويض الذي حكم به للدائن لإخلال المدين بالتزامه.

(1) د. منصور مصطفى، مصدر سابق، ص 97، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص 171، د. سليمان مرقس، مصدر سابق،

ص 120، د. سمير الناضر، مصدر سابق، ص 115.

- 2- الفوائد القانونية عن كل المبالغ التي دفعها الكفيل محسوبة من وقت الدفع⁽¹⁾، وهذه استثناء من القواعد العامة التي تقضي بأن الفوائد القانونية لا تستحق الا في وقت المطالبة القضائية بها . اما في الكفالة التجارية فقد نصت المادة (108) تجاري/عراقي بان الفوائد تسري من يوم الوفاء⁽²⁾ .
- 3- يرجع الكفيل كذلك بالمصروفات التي أنفقها في سبيل الوفاء بالتزامه من وقت إخباره المدين بالإجراءات التي اتخذها ضده ومن الأمثلة على ذلك المصروفات التي أنفقها في القرض والإيداع وهذا ما نصت عليه المادة (3/108) تجارة عراقي.
- 4- ومن عناصر الرجوع الاحتمالية، التعويض عن الأضرار التي أصابت الكفيل من الاضطراب للوفاء بالدين، كما لو اضطر لبيع أمواله بثمن بخس أو غير ذلك ويشترط لاستحقاق التعويض ان يكون المدين قد امتنع عن الوفاء بسوء نية مع قدرته على ذلك.

الفرع الثاني: دعوى الحلول

للكفيل الذي قام بالوفاء بالدين أن يرجع على المدين بمقتضى حلوله محل الدائن عن طريق دعوى الحلول والتي تمكنه من ان يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين وهذه الدعوى ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول المنصوص عليها في المادة (379) من القانون المدني العراقي والتي تقرر. (إذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع محل الدائن يحكم القانون بالأحوال التالية: أ- اذا كان ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه منه)⁽³⁾ .

والكفيل ملزماً بالوفاء بالدين عن المدين ومن ثم فهو يدخل في نطاق هذا النص. ومع ذلك فقد أورد المشرع تطبيقاً خاصاً لهذا النص في نطاق الكفالة التضامنية في المادة (3/1033) من القانون المدني العراقي والتي تقرر (ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من حقوق سواء كانت الكفالة بأمر المدين أو بغير أمره)⁽⁴⁾ .

(1) المادة (3/800) مدني / مصري.

(2) نصت المادة (108) من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1983 يجوز لمن وفي الحوالة مطالبها ضامنه لما يأتي أولاً: مبلغ الحوالة. ثانياً:

فوائد هذا المبلغ محسوبا من يوم الوفاء بالسعر القانوني).

(3) د. عبد الرزاق السنيهوري، مصدر سابق، ص 176.

(4) تقابل المادة 799 مدني

نلخص من ما سبق يجب لبحث دعوى الحلول التعرض إلى الكفلاء الذين يحق لهم مباشرة هذه الدعوى ثمة شروطها وبعد ذلك التعرف على موضوعها.

أولاً: الكفلاء الذين يحق لهم مباشرة الدعوى:

يستطيع أي كفيل أن يرجع على المدين بدعوى الحلول ويستوي أن تكون الكفالة حاصلة بعلم المدين، أو حتى بمعارضته وذلك لأن الحلول اثر للوفاء ولا أهمية لنوع الرابطة التي تربط الكفيل بالمدين⁽¹⁾ ويستوي أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المدين وحده⁽²⁾ ولا يهم أن يكون الكفيل مأجوراً أو غير مأجور متضامناً أو غير متضامن⁽³⁾.

ثانياً:- شروط دعوى الحلول:

إذا كانت الحلول هو أثر للوفاء فيشترط أن يكون الكفيل قد قام فعلاً بالوفاء ويجب أن يكون الوفاء قد تم عند حلول الأجل:

1- يشترط لكي يحل الكفيل محل الدائن في حقوقه قبل المدين أن يكون قد وفى الدين فعلاً ولكن بما ينبغي الإشارة إليه هو أن كيفية الوفاء لا يهم فقد يقضي الكفيل الدين بالوفاء أو من يقوم مقامه كالوفاء بمقابل أو تجديد الدين بتغيير المدين أو قضى الدين بطريقة المقاصة.

وفي كل هذه الأحوال يحل الكفيل محل الدائن بمجرد انقضاء الدين ويترتب على ذلك إذا لم يف الكفيل بالدين أو يقضه بمسبب يقوم مقام الوفاء عما إذا أبرء الدائن الكفيل أو تقادم دين الكفيل من الكفالة أو تقادم دين الكفيل فأن هذا لا يعتبر وفاء للدين ولا يحل الكفيل محل الدائن⁽⁴⁾.

والكفيل لا يحل محل الدائن في حقوقه قبل المدين إلا بالقدر الذي دفعه فإذا وفى الكفيل جزءاً من الدين سواء كان ذلك الجزء هو كل ما ضمنه أو بعض الدين الذي ضمنه كله فإن حله محل الدائن في حقوقه لا يكون إلا بنسبة ما دفعه لكن الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدينة بدعوى الحلول إلا بعد أن يكون الدائن قد استوفى حقه كاملاً سواء كان ذلك من الكفيل وحده أو من الكفيل

(1) د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص 287.

(2) د. عبدالرزاق السهوري، مصدر سابق، ص 181.

(3) د. عبدالفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص 183.

(4) د. عبد الرزاق السهوري، مصدر سابق، ص 184.

وغيره. وذلك لأن قواعد الوفاء مع الحلول أن لا يضار الدائن بحلول الموفي محله المادة (382) مدني عراقي.

2- يجب أن يكون الكفيل قد وفى الدين عند حلول أجله وعلى ذلك فإذا وفى الكفيل الدين للدائن قبل حلول الأجل الأصلي فإنه لا يستطيع أن يرجع بدعوى الحلول على المدين إلا عند حلول هذا الأجل. وقد يتعرض الكفيل في هذه الحالة الى فقد حقه في الرجوع بهذه الدعوى (إذا كان الدين قد انقضى بالمدة بين الوفاء وحلول الأجل بسبب المقاصة أو اتحاد الذمة أو كانت لدى المدين دفع تبرأ ذمته من الدين)⁽¹⁾.

ثالثاً: موضوع دعوى الحلول:

وكما يستفاد من اسمها فإن الكفيل يحل محل الدائن في حقوقه قبل المدين وقد نصت على ذلك صراحة المادة (2/1033) مدني عراقي والمادة (799) مدني مصري بقولها (ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من حقوق سواء كانت الكفالة بأمر المدين أو بغير أمره). وبالرجوع الى القواعد العامة في الوفاء مع الحلول نجد ان المادة (381) من القانون المدني العراقي تنص على انه (من حل قانوناً او اتفاقاً محل الدائن كان حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفعات ويكون هذه الحلول بالقدر الذي اداه من حل محل الدائن)⁽²⁾.

نلخص من هذه النصوص أن موضوع دعوى الحلول يكون على النحو الآتي :

1- أن الكفيل المتضامن يحل محل الدائن في حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع:

فإذا كان الحق ثابت بسند تنفيذي لأن يكون ثابت بعقد أو بحكم رسمي فإنه يحق للكفيل أن يستعمل هذا السند التنفيذي ضد المدين، ويستطيع الكفيل أيضاً أن يحل محل الدائن في الاجراءات القضائية التي يباشرها الدائن في مواجهة المدين بالحالة التي وجدها عليها دون الحاجة الى تجديدها⁽³⁾.

(1) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، ج5، ص544-545.

(2) تقابل المادة (239) مدني مصري.

(3) تقابل المادة 239 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

ومن ناحية توابع الحق فإذا كان هناك شرطاً جزائياً استفاد الكفيل منه كما يستفاد منه الدائن، وإذا كان لفوائد معينة وبسعر معين فإن الكفيل يستفيد من هذه المواد بالسعر المتفق عليه. وإذا لم يكن أصل الدين منتجاً فلا يحق للكفيل أن يطالب بهما ألا من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة.

2- أن الكفيل يحل محل الدائن في حقه بما يكفله من تأمينات

وعلى هذا فإن جميع التأمينات التي كانت تضمن للدائن الوفاء بدينه تنتقل الى الكفيل لتضمن له رجوعه بما دفع على المدين والعبرة بالتأمينات الموجودة وقت قيام الكفيل بالوفاء وبالحالة التي كانت عليها وقت الوفاء⁽¹⁾. فالرهن ينتقل بمرتبته ولا يحتاج الكفيل إلى اتفاق خاص مع الدائن لإحلاله محل هذه التأمينات ولا يجوز للدائن ان ينزل عن الرهن أو عن مرتبته إضراراً يحق الكفيل الذي حل محله في هذا الرهن⁽²⁾.

ويسوي أن يكون مصدر هذا التأمينات الاتفاق أو القانون أو القضاء وعلى هذا فإن الكفيل يحل محل الدائن في الرهن التأميني والحيازي وحقوق الامتياز ويستوي أن تكون هذا التأمينات عينية أو شخصية، وسوف نرى كيف يرجع الكفيل على الكفلاء الآخرين والمدينين في حال تعددهم أو تضامهم. وتطبيقاً لحق الحلول أوجب القانون على الدائن إذ كان الدين مضموناً بمنقول أو محبوس (أن يتخلى عنه الكفيل، وإذا كان مضموناً بتأمين عقاري فإن الدائن يلتزم ان يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين للكفيل)⁽³⁾.

3- أن الكفيل يحل محل الدائن في حقه بما يرد على هذا الحق من دفع في الكفالة المدنية دون التجارية:

وعلى ذلك فإن المدين يستطيع ان يحتج في مواجهة الكفيل في كل الدفع التي كانت له قبل الدائن فإذا كان دين الدائن قد انقضى بسبب من اسباب الانقضاء فان المدين يستطيع أن يدفع

(1) فراس بحر محمود حسن، عقد الكفالة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2003، ص 292 – 293.

(2) صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص 287.

(3) نص المادة (1046) مدني عراقي والتي جاء بها (ليس لمن اقيمت عليه دعوى بحوالة أن يحتج على حاملها بالدفع المبنية على علاقته الشخصية بساحبها او بحاملها السابقين ما لم يكن الحامل وقت حصوله على حوالة قد تصرف بقصد الاضرار بالمدين).

بذلك في مواجهة الكفيل. وإذا كان حق الدائن مصدره عقد باطل جاز للمدين أن يتمسك بهذا الدفع في مواجهة الكفيل كما كان له اتجاه الدائن.

لكن الأمر مختلف تماماً في الالتزام المصرفي ففي الكفالة التجارية هناك قاعدة أرست أساسها المادة 57 من قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984.

وهذه القاعدة تسمى قاعدة التطهير من الدفع والتي تعني عدم جواز تمسك المطهر أو الضامن للورقة التجارية بالدفع التي يستطيع التمسك بها اتجاه الساحب أو أحد الحملة السابقين بناءً على علاقاته الشخصية التي تربطه بهؤلاء فلا يجوز للمدين بمقتضى الحوالة أن يتمسك بمواجهة الحامل القانوني في حالة مطالبته بدفع مبلغ الحوالة بالمقاصة، أي أنه دائن للساحب أو لأحد الحملة السابقين بمبلغ ما فيتمسك بانقضاء الالتزام الناشئ عن الورقة التجارية بدفع ثمنها. فتطهير الورقة التجارية يؤدي الى تطهيرها من هذه الدفع.

الفرع الثالث: رجوع الكفيل وتعدد المدينين

كان بحثنا السابق مبني على فرض بسيط وهو أنه لا يوجد إلا مديناً واحداً وأن الرجوع لا يكون إلا في مواجهة شخصاً واحداً ولكن قد يحدث ان يتعدد المدينون في نفس الدين وقد يكفلهم الكفيل جميعاً أو قد يكفل بعضهم وفي كلتا الحالتين قد يكون المدينون متضامنين أو غير متضامنين ونعرض بهذا الفرض فيما يأتي:

أولاً: تعدد المدينين مع عدم تضامنهم:

إذا كان المدينون غير متضامنين وتدخل الكفيل ليضمّنهم جميعاً ثم وفي بالدين فإنه عند رجوعه عليهم فإنه يرجع على كل مدين بقدر نصيبه بالدين، سواء كان هذا الرجوع بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول لأن في رجوعه بالدعوى الشخصية إنما يرجع أساساً بما وفاه من دين هذا المدين وحسب ما رأيناه سابقاً.

ويسري الحكم نفسه اذا رجع الكفيل بدعوى الكسب دون سبب (الإثراء بلا سبب) طبقاً للقواعد العامة لأن إثراء أي مدين غير متضامن لا يزيد عن قدر نصيبه في الدين⁽¹⁾.

(1) د. سمير تناعو، مصدر سابق، ص 123. وأيضاً د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص 290. أيضاً د. فراس بحر محمود، مصدر

سابق، ص 292.

أما إذا كان المدينين غير متضامين وكفل الكفيل بعضهم فقط فإنه لا يرجع إلا على من كفله منهم وفي حدود نصيبه في الدين. ولا يرجع على مدين آخر لم يكفله بدعوى الحلول أو دعوى شخصية ولكنه إذا دفع عن نصيب المدينين الذين كفلهم مما أدى إلى براءة ذمة مدينين آخرين لم يكفلهم كان له حق الرجوع على هؤلاء بدعوى الكسب دون سبب المقررة في القواعد العامة ويكون رجوعه بأقل القيمتين الافتقار والإثراء⁽¹⁾.

ثانياً: تعدد المدينين وتضامهم:

إذا كان المدينون متضامنون وضمنهم الكفيل جميعاً كان له أن يرجع على أي منهم بكل الدين الذي وفاه. وهذا هو الفرض التي تعرضت له المادة (1035) من القانون المدني العراقي⁽²⁾ بنصها على أنه (إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامين فالكفيل الذي ضمنهم جميعاً أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من دين) وهذا الحكم الذي قررته المادة ينطبق سواء رجع الكفيل بدعوى الحلول أو الدعوى الشخصية، فهو إذا رجع بدعوى الحلول كان له حق الدائن وهذا الحق يعطي لصاحبه طبقاً للقواعد العامة أن يرجع على أي مدين متضامن بكل الدين، وهو إذا رجع بالدعوى الشخصية فأنما يرجع بما وفاه من دين المدين.

وهذا الدين يشمل الدين كله لأن كل مدين متضامن ملزم في مواجهة الدائن بوفاء الدين في مجموعه.

أما إذا كان المدينون متضامين وضمن الكفيل بعضهم فقط فإن الحكم السابق سيسري أيضاً في رجوع إلى مدين كفله بكل الدين الذي وفاه سواء في رجوعه عليه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

ولكن هل يجوز للكفيل في هذا الغرض أن يرجع على مدين متضامن لم يكفله؟ وبأي دعوى؟ من الثابت أن الكفيل لا يحق له أن يرجع على أي مدين متضامن لم يكفله بدعوى الكفالة الشخصية لأن هذه الدعوى خاصة برجوع الكفيل على المدين الذي كفله.

وكذلك من الثابت أن للكفيل أن يرجع على أي مدين متضامن لم يكفله بدعوى الكسب دون سبب طبقاً للقواعد العامة وهو لا يرجع بهذه الدعوى إلا بقدر إثراء هذا المدين أي بقدر نصيب هذا

(1) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص 108. وأيضاً د. سمير تناعو، مصدر سابق، ص 124.

(2) تقابلها المادة (801) مدني مصري رقم 141 لسنة 1948.

المدين في الدين مضافاً إليه نصيبه في حصة المعسر من المدينين المتضامنين. لأن هذه هي حدود مسؤولية أي مدين متضامن في علاقته بغيره من المدينين المتضامنين وعلى أساس هذه العلاقة تتحدد درجة إثراءه.

المطلب الثالث: العلاقة بين الكفيل المتضامن وغيره من الكفلاء

إذا وفي الكفيل كل الدين كان له أن يرجع على الكفلاء الآخرين. وأحكام الرجوع تختلف بحسب ما إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم أو غير متضامنين.

أولاً: تعدد الكفلاء وعدم تضامنتهم:

إذا تعدد الكفلاء لمدين واحد وبعقد واحد أو بعقود متتالية واحتفظ كل منهم بحق التقسيم فالأصل أن الدين ينقسم بينهم ولا يلتزم كل منهم إلا بنصيبه من الدين.

وإذا أوفى أحد هؤلاء الكفلاء بنصيبه فإنه لا يجوز له الرجوع على غيره من الكفلاء بشيء ولكن إذا ما وفى الدين كله رغم عدم التزامه بذلك فإنه لا يكون له الحق في الرجوع إلى غيره من الكفلاء إلا بدعوى الكسب دون سبب (الإثراء بلا سبب)، وذلك طبقاً للقواعد العامة.

ويتحدد مدى هذا الرجوع بقدر نصيب كل كفيل من الدين لأن هذا هو القدر الذي أثرى به. ولا يستطيع الكفيل الموفي أن يطالب الآخرين بنصيبهم في حصة المعسر منهم إن وجد، ولكن الذي يتحمل نصيب الكفيل المعسر هو الكفيل الموفي.

وفي هذه الحالة لا يكون للكفيل الحق في الرجوع إلا بدعوى الكسب دون سبب طبقاً للقواعد العامة.

ومن ثم لا يكون له الحق في الدعوى الشخصية لأنها مقررة للعلاقة فيما بين الكفيل والمدين كما ليس له أن يرجع بدعوى الحلول لأنه ليس ملتزماً بالوفاء عنهم ولا معهم حتى يستطيع أن يحل محل الدائن في الرجوع عليهم.

ثانياً: تعدد الكفلاء مع التزام كل منهم بالدين كله (تضامنتهم):

وهذه الحالة تشمل فرضين:

الفرض الأول: أن يتعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد ويكونوا متضامنين أو يكون هناك كفلاء قد التزموا بعقود متوالية ولم يحتفظ أي منهم لنفسه بحق التقسيم فيكون كل واحد منهم مسؤولاً عن الدين كله.

وعلى ذلك فإنه طبقاً للقواعد العامة يكون للكفيل المتضامن مع غيره من الكفلاء إذا أوفى الدين كله أن يرجع على أي منهم بدعوى الكسب دون سبب (الاثراء بلا سبب).

ولما كانت هذه الدعوى لا تعطي هذا الكفيل حقاً في الرجوع على غيره من الكفلاء إلا بقدر ما أثرى به والكفيل لا يثري إلا بقدر ما برئت ذمته في مواجهة الدائن نتيجة هذا الوفاء.

ولما كانت ذمة أي كفيل متضامن لا تبرأ في علاقته مع غيره من الكفلاء المتضامين إلا بقدر نصيبه وحصته في نصيب المعسر من الكفلاء المتضامين فعلى ذلك يكون الكفيل الذي أوفى الدين كله أن يرجع على أي منهم بهذا القدر بشرط أن يكون ترتبت على هذا براءة الكفيل الذي يرجع إليه فإذا كان التزام الكفيل قد انقضى من قبل لأي سبب من أسباب الانقضاء كالتقادم أو الإبراء من الكفالة فإنه لا يكون للكفيل الذي وفي الدين كله بالرجوع على هذا الكفيل بأي شيء.

الفرض الثاني: ويكون أيضاً للكفيل المتضامن الذي وفي بالدين كله أن يرجع على أي من الكفلاء المتضامين بمقتضى دعوى الحلول حيث أن الكفيل المتضامن الذي وفي بالدين كله أن يحل محل الدائن في الرجوع على غيره من الكفلاء المتضامين، ومن ثم يحق له طبقاً لمنطق هذه الدعوى أن يرجع على أي منهم بالدين كله.

ولكن التسليم بهذا المنطق سوف يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة، لأنه إذا ما رجع هذا الكفيل بالدين كله على أحد الكفلاء المتضامين فإن لهذا الأخير أن يرجع أيضاً على أي من الكفلاء المتضامين ليطالبه بالدين كله.

وهكذا يستمر الأمر دون أن يقف عند حد ولكن إذا نظرنا إلى حقيقة الوضع سوف نجد أن الكفلاء المتضامين متساوين في المسؤولية في مواجهة الدائن، ولكن العلاقة في ما بينهم فإن الذي يوفي بالدين كله ليس له أن يرجع على غيره من الكفلاء المتضامين معه إلا بحصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم كما يقتضي بذلك منطق التضامن.

وهذا ما نص عليه المشرع في المادة (334) من القانون المدني العراقي والخاصة بالمدينين المتضامين بقوله (1- لمن قضى الدين من المدينين المتضامين الرجوع على الباقيين بما دفعه زائداً على

ما هو واجب عليه كل بقدر حصته. 2- فإن كان أحد منهم معسرا تحمل تبعية هذا الإعسار المدين الذي وفي بالدين وسائر المدينين الموسرين كل بقدر حصته⁽¹⁾.

وقد جاء المشرع بحكم مماثل بصدد تعدد الكفلاء المتضامنين بالدين نفسه والمتضامنين فيما بينهم في المادة (1032) من القانون المدني العراقي وذلك بنصه على أنه (إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفي أحدهم الدين كان له أن يرجع عن الاستحقاق على كل من الباقيين بحصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم⁽²⁾).

وتنطبق هذه الأحكام ذاتها على الفرض الثاني والذي يتعلق بالتزام الكفلاء بعقود متوالية مع عدم احتفاظ أي منهم لنفسه بحق التقسيم، وذلك لاتحاد العلة في الحالتين.

وعلى ذلك فإنه يكون للكفيل الذي وفي بالدين كله أن يرجع على غيره من الكفلاء بدعوى الكسب دون سبب وذلك بقدر ما اثرى وهو القدر الذي برأ به ذمته في مواجهة الدائن. وهذا القدر يكون حصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم ويكون له أيضاً أن يرجع بدعوى الحلول وذلك بنفس القدر شأنه في ذلك شأن الكفيل المتضامن⁽³⁾.

الخاتمة

بعد أن أنهينا البحث في موضوعنا نستنتج مجموعة من النتائج، نطرح على ضوءها جملة من المقترحات وكالاتي:

أولاً: النتائج:

- 1- الكفالة التضامنية هي عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة للمطالبة بتنفيذ التزام إما بمقتضى اتفاق بين الأطراف أو نص في القانون وبها يفقد الكفيل الضامن حقه بتجريد المدين.
- 2- يتنوع الكفيل المتضامن بحسب مصدر إنشائه إلى كفيل متضامن قانوني وكفيل متضامن اتفاقي وكفيل متضامن قضائي، ويقسم من حيث طبيعته عمله كفيل متضامن مدني وكفيل متضامن تجاري.

(1) تقابل المادتين 297 و 298 من القانون المدني المصري.

(2) تقابل المادة 796 مدني مصري.

(3) د.عبد الرزاق السهوري. إن هذه الحالة ليست إلا تطبيقاً لفكرة المسؤولية على سبيل التضامن. انظر الفرق بين التضامن والتضامن، د. عبد الرزاق السهوري، مصدر سابق، ص 202.

- 3- التزام الكفيل التضامني هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلي على الرغم من كونه يفقد الكثير من المزايا التي يتمتع بها الكفيل العادي والتي تجعله في مركز المدين الأصلي من ناحية الوفاء بالدين.
- 4- يختلف الكفيل المتضامن عن المدين المتضامن في أن الأخير التزامه التزاماً أصلياً مع سائر المدينين في حين أن التزام الكفيل التزام تبعي.
- 5- تختلف الكفالة العادية البسيطة عن الكفالة التضامنية في أن هذه الأخيرة يستطيع الدائن ان ينفذ على الكفيل المتضامن مباشرة دون الرجوع على المدين الاصلي أولاً ولا يستطيع الكفيل المتضامن أن يطالب المدين بحقه بالتجريد من خلال الرجوع على المدين الأصلي أولاً.
- 6- التضامن الذي يترتب عليه حرمان الكفيل المتضامن من حق التجريد هو التضامن مع المدين الاصلي فقط أما التضامن مع الكفلاء دون المدين فلا يحرمه من حق التجريد وإنما يحرمه من حق التقسيم.
- 7- إن تضامن الكفيل مع المدين لا يترتب عليه حرمان كفيل الكفيل من حق التجريد إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل لأن التضامن لا يفترض ولا يثبت إلا بموجب اتفاق أو نص بالقانون.
- 8- يختلف التضامن الصرفي عن التضامن المدني في أن مصدر الأول هو القانون بينما مصدر الثاني هو الاتفاق أو القانون ويترتب عليه الآتي:
 - في التضامن الصرفي فإن الحامل ملزم بمطالبة الساحب والمسحوب عليه (في الصك والحوالة التجارية) والمحرم (في السند للأمر) قبل الرجوع فإن امتنعوا جاز للحامل الرجوع الى بقية الموقعين على الورقة.
 - بينما في الكفالة التضامنية يستطيع الدائن مطالبة إلهما شاء المدين أو الكفيل المتضامن أولاً.
 - في الكفالة التضامنية التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الأصلي بينما في التضامن الصرفي فإن التزام كل موقع على الورقة التجارية مستقل عن التزامات غيره من الموقعين الآخرين استناداً لمبدأ استقلالية التوقيعات السائد في الأوراق التجارية.
 - الكفالة التضامنية تُعد كفالة مدنية وإن كان الكفيل تاجراً استناداً للمادة (1016) المدني العراقي، في حين ان التزام المتضامين الصرفي يعد عملاً تجارياً استناداً لمادة (6) تجارة عراقي وينتج عن ذلك فروقات عدة بين بين النظامين من حيث القانون الذي يحكمها أو من حيث سعر الفائدة القانوني، أو من حيث جواز أو عدم جواز إعطاء مهلة قضائية.

9- أن الكفيل المتضامن ملزم بحدود كفالته ومن ثم فلا يمكن مطالبته بأكثر من ذلك وإذا أدى الكفيل ما كفل به من ماله فله الرجوع على المدين بما أدى بموجب الدعوى الشخصية المستندة إلى الكفالة أو الإثراء بلا سبب كما يستطيع أن يرجع بموجب دعوى الحلول محل الدائن، أما إذا كان التضامن حاصلًا بين الكفلاء أنفسهم ففي هذه الحالة لا يرجع الكفيل المتضامن إذا أدى المبلغ الذي التزم به للدائن، بكل ما أداه على سائر الكفلاء بل يرجع بحصته في الدين ونصيبه في حصة المعسر منهم.

أما التضامن المصرفي فإن أدى أحد الملتزمين المتضامنين مبلغ الورقة التجارية للحامل يخوله ذلك رجوع بموجب الدعوى المصرفية على جميع الموقعين السابقين عليهم بمبلغ الذي أداه وبفوائده القانونية من تاريخ الاستحقاق إضافة إلى المصاريف التي تحملها.

10- تختلف دعوى الحلول عن دعوى الكفالة (الدعوى الشخصية) من النواحي الآتية:

أ- بالرغم من تشابه كل من الدعويين في الشروط الواجب توافرها في كل دعوى فيشترط مثلاً ضرورة وفاء الكفيل بالدين المكفول للدائن وأن يكون الوفاء قد تم عند حلول الأجل الأصلية ولكن وجه الاختلاف هو أنه بالنسبة للدعوى الشخصية لا يشترط أن يكون الدائن قد استوفى دينه كاملاً، وعلى ذلك فإن الكفيل يستطيع الرجوع بهذه الدعوى ولو كان الوفاء جزئياً. أما بالنسبة لدعوى الحلول فإن الكفيل لا يستطيع أن يرجع على المدين بهذه الدعوى إلا إذا استوفى الدائن حقه كاملاً.

ب- بالنسبة لموضوع كلا الدعويين: بالنسبة لدعوى الحلول فإن الكفيل يحل محل الدائن في ما له من حقوق قبل المدين وأن الكفيل يحل محله في حقة لما لهذا الحق من صفات وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات ويستفيد من هذه الصفات كأن يكون الدين تجارياً وثابتاً في سند، أما الدعوى الشخصية فإن كفيل لا يستفيد من هذه التأمينات لأنه يرجع بدعوى خاصة ومستقلة عن حق الدائن.

11- تنقضي الكفالة التضامنية بصفة أصلية من خلال وفاء الكفيل بالدين بدل الدائن ومن ثم رجوعه على المدين بدعوى الحلول والدعوى الشخصية أو بدعوى الكسب دون سبب أما بالنسبة لانقضائها بصفة تبعية تكون تبعاً لانقضاء الدين الأصلي بأسباب انقضاء الالتزام وهي الوفاء، الوفاء بمقابل، التجديد، الإنابة، المقاصة، اتحاد الذمة، استحالة التنفيذ، التقادم.

المقترحات:

- 1- أفراد نص خاص في التشريع العراقي وفي باب الكفالة لتناول الشروط الواجب توافرها في الكفيل لتقبل كفالته وبالاخص التضامني بدلا من ترك ذلك للقواعد العامة وهو ما فعله المشرع المدني المصري وبالتحديد في المادة (774) من قانونه المدني عندما اشترط في الكفيل ان يكون موسرا ومقيما في مصر، وهذان الشرطان بطبيعتها فيهما فائدة كبيرة.
- 2- تعديل منطوق الفقرة الاولى من المادة (1021) من القانون المدني العراقي لتلافي اللبس والتمييز بين اساس وجود الكفالة ونفاذها، فيكون النص على النحو الآتي:
(لا يطالب الكفيل أولاً عند عدم وفاء المدين بالدين، إلا إذا كان قد اشترط ذلك أو كان قد تنازل عنه او كان قد تضامن مع المدين).
- 3- تعديل منطوق المادة (1008) في القانون المدني العراقي لتكون (الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام ويفقد الكفيل حقه بتجريد المدين بمقتضى شرط أو نص بالقانون إذا كانت تضامنية) مع حذف الفقرة (1/1030) لاستيعابها بالتعديل أعلاه.

المصادر

أولاً: باللغة العربية:

أ - القرآن الكريم

ت - المعاجم اللغوية

- 1- د. إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، ج1، ط 2، بدون ذكر دار أو سنة نشر.

ث - الكتب القانونية

- 1- د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات العينية والشخصية (الكفالة الحق في الحبس، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز) مطبعة دار نشر للثقافة، الإسكندرية، 1950.
- 2- د. عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات العينية والشخصية، ج 10، ط 3 مطبعة دار النهضة، 2011.
- 3- عبد الودود يحيى، عقد الكفالة، مطبعة ومكتبه مصطفى، 1961.



- 4- د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشري، شرح القانون المدني أحكام الالتزام، ج2، ط4، طباعة دارالعاتك لصناعة الكتاب، نشرالمكتبة القانونية بغداد، 2010.
- 5- د. همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دارالجامعة الجديدة، 2004.
- 6- د. عز الدين الدناصوري، د. عبد الحميد الشواري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، 1988.
- 7- د. علي فوزي، عقد الكفالة في القانون العراقي (دراسة مقارنة) مكتبة نور العين، 2003.
- 8- د. رمضان أبو السعود، التأمينات العينية والشخصية، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 9- د. سمير السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1996.
- 10- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد الكفالة، مج3 ج3، ط3، منشورات مكتبة صادر، 1994 .
- 11- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، ج2، مطبعة دار المعرفة، بغداد، 1954 .
- 12- د. محمد امين بدر، الالتزام الصرفي في قوانين البلاد العربية، معهد الدراسات العربية، 1955.
- 13- د. محمد علي عبده، عقد الكفالة (دراسة مقارنة) ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 14- د. منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة، المطبعة العالمية، 1960.
- 15- د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العددية والشخصية (الرهن التأميني، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حق الامتياز، الكفالة) ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.

د- الرسائل والأطاريح

- 1- فراس بحر محمود حسن، عقد الكفالة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوصفي، رسالة ماجستير' كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2003 .

هـ - القوانين

- 1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 .
- 2- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 .



3- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 .

4- القانون المدني الفرنسي بالعربية، دالوز، جامعة القديس يوسف، لبنان، 2012 .

و- المواقع الإلكترونية

<http://www.lawyeresgy.com>

ز- مجموعة الأحكام القضائية

1- النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الثانية، نيسان، 1973.

2- النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة، 1993.

3- النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الثالثة، نيسان، 1973.

4- النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الخامسة، 1974.

5- النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الخامسة.

ج- القرارات القضائية غير المنشورة

1- قرار محكمة التمييز الاتحادية، المرقم 1031/ الهيئة الاستئنافية / منقول بتاريخ 2011/8/24.

2- قرار محكمة إقليم كردستان، المرقم 274 / الهيئة المدنية، 2008، بتاريخ 2008/8/11.

3- قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد 131/ الهيئة الاستئنافية، منقول/ 2011 بتاريخ 2011/8/14.

ثانيا : باللغة الاجنبية

أ- الكتب القانونية

1- Laurent Aynes , Les Cautionment , lereeaition , Dalloze , Paris , 1998 .

ب- الرسائل القانونية

1- Abd elaziz Hammoui , Les contrats Nommes , Drevusau code civil Du Quebec Elta finance Islamique , Memire universite Du Quebec A , Montreal , Juillet , 2012 .

ح- الأبحاث القانونية

1- Michelle – Cumin , Responsibility for another's debt suretyship solidarity , and Imperfect Delegation , Megill law journal , Revue de droit de Megill .



خ- المواقع الإلكترونفة

- 1- Justin kakara De la necessite d'un protection de le caution eu matiere de surete en droite positif cognolais 2007 , available at : <http://www.memoironline.com>