بسم الله الرحمن الرحيم

جامعـــــــة اليـرمـــــــوك

كـــلـيـــــــة القـــــــانون

قـــــسم القـــــانون الخـــــاص

رسالة بعنوان:

الدفع بالتجريد في عقد الكفالة في ضوء قواعد القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"

" The Claim against Principal Debtor befor payment of the Debt guaranteed" under Jordanian civil law

"A Comparative study"

إعداد:

أسماء أبوبكر محمد عامر

رقم جامعي (2014670023)

إشراف الأستاذ الدكتور:

يوسف محمد عبيدات

الفصل الدراسي الثاني 2017/ 2018

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

الدفع بالتجريد في عقد الكفالة في ضوء قواعد

القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"

إعداد

أسماء أبو بكر عامر

بكالوريوس قانون، جامعة مصراته ٢٠٠٩

قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في تخصص القانون المدني في جامعة اليرموك، إربد، الأردن.

وافق عليها

الأستاذ الدكتور يوسف محمد عبيدات.....رئيساً

أستاذ القانون المدني، جامعة اليرموك

الدكتورة مهاخصاونة.....عضواً

أستاذ القانون المدني المشارك، جامعة اليرموك

الدكتور حلو أبو الحلو.....عضواً

أستاذ القانون الخاص المشارك

تاريخ مناقشة الرسالة

٢٠١٨/ ٣ /٦

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

الإهداء

إلى من تشوق العين لرؤياه..... أبي الغالي.....رحمك الله وأسكنك فسيح جناته

إلى من يعجز لساني عن نطق الكلمات تعبيراً عن حبها وعطائها
أمي الحبيبة أطال الله في عمرها ومتعها بالصحة والعافية.

إلى من حبهم يجري في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي
إخوتي وأخواتي

إلى هدية الرحمن و النجوم التي تضيء سمائي وتنير غربتي أبنائي
ريماس – رهف – عبدالله
حفظكم الله

أهدي ثمرة جهدي هذا
الباحثة
أسماء أبوبكر

© Arabic Digital Library Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، الحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، على امتنانه و توفيقه، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين، النبي العربي الأمي الأمين، محمد صلى الله عليه وسلم القائل:"من لا يشكر الناس لا يشكر الله".

انطلاقا من هذا التوجيه النبوي، فإنه لا بد أن ينسب الفضل إلى أهله، وأن يتم توجيه الشكر والثناء لمن لم يبخل في العطاء.

فأتوجه بجزيل الشكر وعظيم الامتنان للدكتور الفاضل **يوسف محمد عبيدات**، الذي منحني شرفا بالإشراف على هذه الدراسة، وأفاض علي من علمه الغزير، ووقته الثمين في سبيل الخروج بعمل مميز، وكان العون لي في جميع مراحل إعداد هذه الرسالة، آخذا بيدي للتغلب على العديد من الصعوبات، ولم يبخل علي بالتوجيه والإرشاد، فله مني كل معاني الشكر والثناء على ما غمرني به.

ولا يفوتني أن أتوجه بالشكر الجزيل، والعرفان العظيم، لأعضاء لجنة المناقشة لتفضلهما بمناقشة هذه الرسالة، وتكبد عناء دراستها وتقييمها وتزويدنا بالملحوظات القيمة التي من شأنها إثراء هذه الدراسة.

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى شريك حياتي ورفيق دربي صلاح عبدالله على تحمله وصبره وتشجيعه لي لمواصلة مسيرتي التعليمة ... أدامك الله لي وحفظك من كل سوء.

الباحثة

أسماء أبوبكر

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفّحة
قرار لجنة المناقشة	ب
الإهداء	ج
الشكر والتقدير	د
فهرس المحتويات	ه
الملخص باللغة العربية	ح
مقدمة	1
أهمية الدراسة	4
أهداف الدراسة	6
مشكلة الدراسة	7
منهجية الدراسة	8
تقسيم الدراسة.....	8
الفصل الأول **الدفع بالتجريد في القانون المدني الليبي**	
المبحث الأول:- الشروط والأحكام القانونية للدفع بالتجريد	15
المطلب الأول:- شروط الدفع بالتجريد.....	15
الفرع الأول:- تمسّك الكفيل بحقه بالدفع بالتجريد	16
الفرع الثاني:- قيام الكفيل على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله..	27
الفرع الثالث:- كون الكفيل غير متضامنا مع المدين	43
المطلب الثاني:- الأحكام القانونية المترتبة على التمسك بالدفع بالتجريد	53

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الموضوع	الصفّحة
الفرع الأول:- وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل	53
الفرع الثاني:- تنفيذ الدائن على أموال المدين المرشد إليها من قبل الكفيل	59
الفرع الثالث: مسؤولية الدائن عن إعسار المدين	60
المبحث الثاني: المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الدفع بالتجريد	64
المطلب الأول:- فكرة التبعية لالتزام الكفيل	64
الفرع الأول:- ظهور فكرة التبعية	65
الفرع الثاني:- مظاهر فكرة التبعية في القانون المدني الليبي	70
الفرع الثالث:- حدود صفة التبعية	87
المطلب الثاني:- المركز الاحتياطي للكفيل	102
الفرع الأول:- ظهور المركز الاحتياطي للكفيل	103
الفرع الثاني:- مظاهر المركز الاحتياطي للكفيل	105
الفرع الثالث:- النتائج المترتبة علي المركز الاحتياطي للكفيل	109
الفصل الثاني **موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد**	
المبحث الأول:- تضامن الكفيل مع المدين في الوفاء بالالتزام	122
المطلب الأول:- تحديد صفة التزام الكفيل في الكفالة الشخصية طبقاً للقانون المدني الأردني	123
الفرع الأول:- صفة التزام الكفيل في الفقه الإسلامي	123
الفرع الثاني:- صفة التزام الكفيل في القانون المدني الأردني	137
المطلب الثاني:- تحديد مركز الكفيل في الكفالة الشخصية طبقاً للقانون المدني الأردني .	149

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الموضوع	الصفّحة
الفرع الأول:- مركز الكفيل في الفقه الإسلامي	149
الفرع الثاني:- مركز الكفيل في القانون المدني الأردني	176
المبحث الثاني:- تضارب نصّوص القانون الأردني المتعلقة بالدفع بالتجريد	195
المطلب الأول:- الصور الخاصة للدفع بالتجريد	196
الفرع الأول:-الدفع بتجريد التأمين العيني	196
الفرع الثاني:- دفع كفيل الكفيل بتجريد الكفيل أولاً	212
المطلب الثاني: تقييم موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد	217
الفرع الأول:- تقييم الصورة العامة للدفع بالتجريد	218
الفرع الثاني:- تقييم الصور الخاصة للدفع بالتجريد	227
الخاتمة	235
قائمة المراجع.....	241
الملخص باللغة الإنجليزية	250

© Arabic Digital Library Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الملخص

عامر، أسماء أبوبكر. الدفع بالتجريد في عقد الكفالة في ضوء قواعد القانون المدني الأردني:"دراسة مقارنة". رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، (2018)، (إشراف: أ. د. يوسف محمد عبيدات).

تناولت هذه الدراسة مبدأ الدفع بالتجريد في عقد الكفالة الشخصية، نظراً لأهمية هذا الدفع، ولما له من أثر في تطوير وتنمية عملية الائتمان، وهذا بدوره له أهميته في تطوير الجانب الاقتصادي؛ فالإنسان يسعى دائماً للحصول على حاجاته، وقد لا تكون له القدرة على توفيرها بمعزل عن بني أفراد جنسه، وبالتالي يلجأ إلى من يوفر له احتياجاته، حيث يحتاج إلى ضمانات تضمن له استفاء حقّه عند حلول الأجل، فكانت الكفالة الشخصية هي الوسيلة التي يلجأ إليها الدائن لتوثيق حقّه في مواجهة المدين، ولما كانت المعاملات تكشف عن نوايا الأفراد في تعاملهم، كان لابدّ من توفير وسيلة للكفيل يضمن بها حقّه، بحيث إذا تقاعس المدين عن أداء التزامه عند حلول أجل الدين دون أن يكون له مبرر لذلك، يستطيع الكفيل دفع تنفيذ الدائن عليه. فكان الدفع بالتجريد هو الوسيلة الفعالة لذلك.

وقد كان موقف المشرّع الأردني غير واضح من هذا الدفع، فلم يأخذ بالدفع بالتجريد في صورته العامة، لأنه جعل الكفيل والمدين متضامنين في تنفيذ الالتزام طبقاً لنص المادة (950) وأعطى الحقّ للدائن مطالبة المدين أو الكفيل أو مطالبتهما معاً، وذلك بموجب نص المادة (979). وفي الوقت ذاته أوجد تطبيقات خاصة للدفع بالتجريد ضمن نصوص المواد (971)، (972)، وهذا بدوره أدى للتضارب والتعارض في نصوص القانون المدني الأردني، وهذا التضارب

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

والتناقض راجع إلى أن المشرّع الأردني استمد أحكام الكفالة من الفقه الإسلامي، كما أنه تأثر بالقوانين الوضعية، مما أدى لعدم اتساق نصوصه مع بعضها البعض.

وقد جاءت هذه الدراسة لوضع حل لهذا التعارض وقد تم معالجة هذا الموضوع من خلال فصلين تم تخصيص الأول للصورة العامة للدفع بالتجريد في ظل القانون المدني الليبي، ويتناول الفصل الثاني موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة

لقد خلق الله _سبحانه وتعالى _ الإنسان مدني بطبعه، وهذا الطابع المدني يُحتّم عليه الاستعانة بالغير من أجل القدرة على تنفيذ التزاماته، والوفاء بها، وهذا جعله يحتاج للتعامل مع بني أفراد جنسه، ومن صور هذا التعامل نشوء الروابط العقدية، وفي إطار هذه العلاقات تمتع المدين بالحماية القانونية من قبل المشرّع؛ باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ولكن في المقابل، وفي إطار تحقيق التوازن بين أطراف هذه العلاقة، حظي الدائن أيضًا بحماية قانونية، حيث منحه المشرّع مجموعة من الوسائل لحماية حقه بها في مواجهة المدين في حالة تقاعسه عن الوفاء بالتزامه.

ومن ضمن الوسائل التي منحها المشرّع للدائن فكرة الضمان العام، والتي تقوم على أن كل أموال المدين ضامنة للوفاء بدينه، ولما كانت فكرة الضمان العام لا تحقق الحماية الكاملة للدائن، فقد أوجد المشرّع وسائل أخرى لها أكثر فاعلية في حماية حقّ الدائن، ومن ضمن هذه الوسائل التأمينات العينية، والتأمينات الشخصية، وبالرغم من أن التأمينات العينية تحقق فائدة أكبر للدائن في الحصول على حقه باعتبار أنها ترد على عين معينة لاستيفاء حقه منها باعتبار أن الأعيان توفر ثقة أكثر من الأشخاص، إلا أنه أحياناً يكون المدين ليس لديه أموال يرهنها، ويرفض الدائن إقراضه إلا إذا قدم له ضمانة تضمن له الحصول على حقّه، فكانت (الكفالة الشخصية) هي الوسيلة التي يستطيع المدين من خلالها الحصول على ائتمان، ويضمن الدائن بها الحصول على حقّه، فكانت الكفالة هي الوسيلة التي تحقق ذلك.

ولما كان من مقاصد الشريعة الإسلامية المحافظة على أموال الإنسان ورعايتها، فكانت الكفالة الشخصية، هي الوسيلة التي توجب الثقة في نفوس المتعاملين فقهاً وقانوناً، بل أن أهمية

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذه الوسيلة تزداد نظراً لاعتماد الاقتصاد الحديث بالدرجة الأولى على الائتمان، وتشعّب العلاقات وتشابكها وتعقيدها، مما لم يعد معه المدين قادراً على تنفيذ التزامه العقدي وحده، وبمعزل عن الاستعانة بالغير.

وتقوم الكفالة على فكرة تعهد صادر من الكفيل للدائن بأن يضمن له الوفاء بالدين إذا لم يقم المدين بالوفاء به عند حلول أجله، فمقابل أن يتحصل المدين على ائتمان، يجب أن يقدم للدائن كفيل يضمن له الحصول على حقه، بحيث تنشأ علاقة عقدية جديدة بين الكفيل والدائن، وبموجب الرابطة العقدية الجديدة التي تنشأ، يكون الكفيل ملزم بالوفاء بالدين إذا لم يقم المدين بالوفاء بالتزامه عند حلول الأجل.

وغالباً ما يعول الكفيل على المدين في الوفاء بدينه، أما إذا حلّ أجل الوفاء بالدين، ولم يقم المدين بالوفاء بالتزامه، فإن الدائن سيرجع على الكفيل، دون أن يرجع على المدين، وفي هذه الحالة يجد الكفيل نفسه مضطراً للوفاء بالتزامه، وذلك بأداء دين المدين، وأحياناً يكون المدين ميسوراً، وله القدرة على السداد، ففي مثل هذه الحالة وسعياً من المشرّع في مواصلة تحقيق التوازن بين كافة الأطراف، أعطى للكفيل وسيلة يحمي بها حقه، ويستخدمها في مواجهة الدائن، فأعطاه المشرّع مجموعة من الدفوع، منها ما هو متعلق بالكفيل ذاته، ومنها ما هو متعلق بالكفالة، ودفوع خاصة بالمدين، وممنوحة للكفيل، بموجب خاصية التبعية، بالإضافة للدفع بالرجوع على المدين أولاً والدفع بالتجريد.

وما يهم الباحثة في هذا المقام هو الدفع بالتجريد، بحيث يطلب الكفيل من الدائن التنفيذ على أموال المدين أولاً، قبل التنفيذ على أمواله، ومثل هذا الدفع يوجبه مركز الكفيل في عقد الكفالة، فالكفيل في عقد الكفالة يتمتع بمركز احتياطي، ويجعله هذا المركز ملتزماً بالدين بصفة

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

احتياطية دون أن يكون متضامناً مع المدين في الوفاء بالدين، إلا إذا اتفقا على ذلك، فالتزام الكفيل تابع لالتزام المدين (الأصيل)، وبما أنه التزام تابع لابّد أن يكون أخفّ من التزام الأصيل، فإذا جاز للدائن التنفيذ على الكفيل قبل التنفيذ على المدين لكان التزام الكفيل أشدّ من التزام المدين (الأصيل)، وهذا يتنافى مع خاصية التبعية التي تميز الكفالة عن غيرها من التأمينات الشخصية بصفة عامة، وعن النظم القانونية المشابهة لها بصفة خاصة، كما أنه أمر غير مقبول من الناحية الخاصة، لأنه أمر مجحف بحق الكفيل، وغير مقبول بصفة عامة لأنه لا يؤدي إلى الاطمئنان في المعاملات.

ولقد حدث خلاف فقهي وقانوني حول مدى إعطاء الكفيل الحقّ بالتمّسك بهذا الدفع، فتباينت آراء الفقه الإسلامي حيث، اعتبر جانب من الفقه أن ليس للكفيل التمسك بهذا الدفع؛ لأن الكفالة يترتب عليها انتقال الحق إلى ذمة الكفيل، وبراءة ذمة المكفول عنه، فالكفيل عندما يوفي الدين إنما هو وفى التزامه الذي التزم به للدائن.

بينما ذهب فريق أخر من الفقهاء أنه يكون للدائن مدينان، هما المدين الأصلي والكفيل، بحيث يستوفي حقّه ممن شاء منهما، فهذا الرأي اعتبر الكفيل والمدين متضامنين، بحيث إذا قام الدائن بالتنفيذ على الكفيل قبل المدين فلا يكون للكفيل الاعتراض على ذلك، وهناك من ذهب إلى أن هذا الدفع هو من حقّ الكفيل، حيث تقتضيه اعتبارات العدالة، فالكفيل عندما يوفي الدين فإنه يوفي دين على غيره، كما أن الكفيل يهدف من ذلك تقديم خدمة للمدين، فمن باب أولى أن يحظى بالحماية، وإعطاء مثل هذا الدفع له.

وإذا تم إمعان النظر لموقف القانون الوضعي، نجد أن معظم التشريعات أخذت بفكرة الدفع بالتجريد، وقامت بتقنينها ضمن تشريعاتها، بل أن أسلوب تنظيمها يكاد يكون موحداً للدفع بالتجريد،

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بحيث وضعت قاعدة عامة للدفع بالتجريد، كما تضمنت صور خاصة له، ومن هذه التشريعات القانون المدني الليبي والقانون المدني المصري، بينما نجد بعض القوانين لم تحدد موقفها من الدفع بالتجريد كما هو الحال في القانون المدني الأردني، حيث أنه لم يأخذ بالصورة العامة للدفع بالتجريد، وفي الوقت ذاته نجد أنه قنن الصور الخاصة للدفع ضمن النصوص الخاصة بأحكام الكفالة مما ينشأ عنه تضارب في نصوصه وأحكامه القضائية المبنية على ضوء هذه النصوص، حيث عرف الكفالة كما عرفها المذهب الحنفي بأنها ضّم ذمه إلى ذمه في الوفاء بالالتزام، فهو يجعل الكفيل متضامناً مع المدين في الوفاء بالدين ضمناً، وهذا يتنافى مع فكرة الدفع بالتجريد التي تقوم على عدم وجود تضامن بين الكفيل والمدين.

وبالتالي يمكن القول أن موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد محّل نظر، مما دفع الباحثة دفعنا للبحث فيه، وإزالة التضارب بين أحكامه وسّد النقص الموجود في نصوصه، وذلك من خلال بيان ماهية الدفع بالتجريد وشروطه وأحكامه في صورته العامة طبقاً للقانون المدني الليبي في الفصل الأول، ثم تحديد موقف المشرّع الأردني في الفصل الثاني، وذلك من خلال بيان الخلط بين فكرة الكفالة والتضامن وصولا لتقيّم موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد.

أهمية الدراسة

إذا كان الكفيل شخص يحقق فائدة متبادلة للمدين والدائن، حيث أن استعانة المدين به تصّب في مصلحته ومصلحة الدائن معاً باعتبار أن كل منهما يهمه تنفيذ الالتزام، وبما أن الكفيل متبرع بكفالته، فهنا لابدّ من وسيلة يدافع بها عن حقّه في مواجهة الدائن إذا ما أراد هذا الأخير التنفيذ ضده، فإذا طالب الدائن الكفيل عند حلول الأجل، ولم يكن للكفيل أي دفع من شأنه أن يؤجل المطالبة، أو يدفعها نهائياً عن طريق إبراء ذمته كلها، أو بعضها كان للدائن التنفيذ على

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أموال الكفيل، فكان الدفع بالتجريد هو الوسيلة التي يستطيع الكفيل أن يحمي نفسه بها، فقد يكون المدين ميسوراً ويحل أجل الوفاء بالدين، ولا يقوم بسداد دينه، فيرجع الدائن على الكفيل، ويقوم بالتنفيذ على أمواله باعتبار أنه كفيل لدين المدين، فيجد الكفيل نفسه مُلزم بوفاء الدين مع قدرة المدين الأصلي على الوفاء، وبالتالي فإن الدفع بالتجريد هو الوسيلة الفعّالة لحماية حقّ الكفيل في مواجهة الدائن.

ومما سبق، تتبع أهمية الموضوع محل الدراسة، فمثل هذا الدفع توجبه اعتبارات العدالة، فالكفيل عندما يتبرع بكفالته يكون قد قدم خدمة للمدين والدائن معاً. فالمدين يؤمن له الحصول على ائتمان، وللدائن يضمن له حقّه، كما تزداد أهمية الموضوع محل الدراسة، وذلك بالنظر للدور الذي تلعبه الكفالة في تحقيق التكافل الاجتماعي بين الأفراد، ولن تكون الكفالة كذلك إلا إذا كانت هناك وسيلة يحفظ بها الكفيل حقّه، كما أن منح الكفيل لهذه الوسيلة لا يهدر للدائن حقّه، ففي كل الأحوال سيتحصل على حقه من جهة، كما أنها تعد وسيلة مفيدة، وفعّالة في حماية حقّ الكفيل من جهة أخرى.

كما تستمد هذه الدراسة أهميتها في أن الدفع بالتجريد أمر مستحدث، كما أنه غير مراكز قانونية عدة، فبعد أن كانت العلاقة بين المدين والدائن، أصبحت بين الكفيل والدائن، كما أنه يمنح الكفيل أجلاً جديداً، فعند التمسك بهذا الدفع توقف الإجراءات، ضده إلى أن يتم التنفيذ على المدين، وتتفق هذه الميزة مع ما يجب أن يكون عليه مركز الكفيل في عقد الكفالة، حيث يكون التزامه أخفّ من التزام الأصيل، فمثل هذا الدفع يحافظ على مركز الكفيل الاحتياطي في عقد الكفالة، وهذه الاحتياطية نابعة من خاصية التبعية التي يتميز بها عقد الكفالة، وبمفهوم المخالفة لو لم يُمنح الكفيل هذا الدفع، وأجيز للدائن التنفيذ عليه أولاً، لأدى ذلك للمساس بالمركز القانوني

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للكفيل، بحيث يصبح التزامه أشدّ وأقسى من التزام المدين، لأنه يصبح ملتزماً بالدين بصفة أصلية، لذا من المهم لإكمال هذه الدراسة وإعطاء أفضل ثمارها، تحديد موقف المشرّع الأردني من هذا الدفع، وتوضيح التضارب الوارد في نصوصه بخصوص هذا الدفع.

أهداف الدراسة

عندما قام المشرّع الأردني بصياغة نصوص القانون المدني تأثّر إلى حدّ كبير بالفقه الإسلامي، فكانت أغلب أحكامه مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية، ولكن في الوقت ذاته تأثّر بالقانون الوضعي، وهذا الخلط، والاختيار العشوائي لبعض نصوص القانون الوضعي، وإدراجها ضمن نصوص القانون الأردني، أدى إلى وجود تضارب في أحكام القانون المدني، ومن أبرز هذه التضاربات ما جاء في أحكام الكفالة، وعلى الأخص الأحكام الخاصة بالدفع بالتجريد.

فمن ناحية، لم يضع المشرّع الأردني قاعدة عامة للدفع بالتجريد كتلك الموجودة في القانون الليبي، ومن ناحية أخرى أشارت بعض النصوص إلى أن المشرّع الأردني أخذ به، وإن لم يضع قاعدة عامة تنظمه.

وبناءً على ما سبق، يتضح أن الهدف من وراء البحث في هذا الموضوع هو توضيح موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد، وتقيمه وبيان الخلل والقصور التشريعي فيه، بالإضافة إلى إيضاح التضارب الحاصل لدى الكثير بين نص المادة (950)، والمواد (967، 971،972).

كما تكمن أهداف الدراسة في معرفة الاختلافات الجوهرية بين القانون الأردني، والقانون المقارن ومدى الاستفادة من موقف كل منها، ومعالجة القصور الموجود في التشريع الأردني وذلك وصولاً للحل الأمثل بتصور سليم واضح المعالم.

© Arabic Digital Library Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مشكلة الدراسة

إذا كانت الدراسة تتمحور حول الدفع بالتجريد في ظل القانون المدني الأردني، فإن هذه الدراسة تعالج مجموعة من الإشكاليات، فإذا تم النظر لنص المادة (950) من القانون المدني الأردني نجدها تنص على: " الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام " وفي المقابل إذا تم الرجوع للمادة (971) التي تقضي: " إذا كان الدين موثقاً بتأمين عيني قبل الكفالة ولم يكن الكفيل متضامناً، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الموثقة للدين"، والمادة (972) التي تقضي: " لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل ما لم يكن متضامنا معه ".

وإذا تم مقارنة هذه المواد بسابقتها، لوجد تناقض بين النصوص، فالمشرّع الأردني جعل المدين والكفيل متضامنين في الوفاء بالدين؛ فالتضامن مفترض بنص المادة (950) مدني أردني، بينما يشترط لتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في المادتين (971،972) مدني أردني عدم وجود تضامن بين الكفيل والمدين، فكيف يمكن تصور ذلك؟ فهذه إشكالية سيتم محاولة حلها من خلال هذه الدراسة.

وهل يمكن أن يكون نص المادة (967) مدني أردني، والتي تقضي:" 1- للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معا،2-إذا كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما، على أنه مطالبته لإحداهم لا تسقط حقه في مطالبة الباقين". مؤشراً على أن المشرّع الأردني أخذ بالدفع بالتجريد؟

وإذا كانت خاصية التبعية في عقد الكفالة مرتبطة بمركز الكفيل الاحتياطي، فإن ذلك يستوقف الباحث لتحديد مركز الكفيل في ظل المادة (950) من القانون المدني الأردني، وما هي

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الضمانات التي وفرها المشرّع الأردني لحماية الكفيل، في مواجهة الدائن إذا قام الأخير بالتنفيذ على الكفيل أولاً؟ وإذا كان الدفع بالتجريد مقرر لمصلحة الكفيل، فهل يحقّ لكل كفيل التمسّك به؟ وهل هناك أشخاص معينين يطلب تجريدهم؟

كل هذه الإشكاليات سيتم مناقشتها بعون الله من خلال هذه الدراسة.

منهجية الدراسة

اعتمدت هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج المقارن في الإجابة عن الفروض والتساؤلات المطروحة؛ فالمنهج الوصفي التحليلي يتم الاستعانة به لتوضيح نصوص القانون المدني الأردني، والقانون الوضعي المقارن (القانون الليبي) ذات العلاقة بموضوع الدراسة، وتحليلها ووصف بعض الأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع، وكذلك مناقشة آراء الفقه الإسلامي والفقه الوضعي.

ونظراً لتأثّر المشرّع الأردني بالفقه الإسلامي في أغلب أحكامه من ناحية، وتأثره ببعض القوانين الوضعية من ناحية أخرى، فإن المنهج المقارن سيكون هو الفيصل بينها، وتوضيح الفوارق الجوهرية الموجودة في طياتها؛ فالمنهج المقارن في هذه الدراسة هو دعامة أساسية للوصول إلى حلول منطقية لإشكاليات الدراسة، وكل ذلك بغية الوصول إلى دراسة متكاملة محققة لأهدافها.

تقسيم الدراسة

الفصل الأول:- الدفع بالتجريد في القانون المدني الليبي.

الفصل الثاني:-موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الأول

الدفع بالتجريد في القانون المدني الليبي

لقد حظى الكفيل في ظل القانون المدني الليبي بمجموعة من الدفوع [1] تحكم علاقته بالدائن، ولا يمكن تفضيل أي منها عن الآخر نظراً للحماية التي توفرها للكفيل، ولتعلق كل منها بمرحلة معينة، ولكن ما يهمنا وكان محور هذه الدراسة هو الدفع بالتجريد.

ويعد الدفع بالتجريد من أهم النتائج المترتبة على مركز الكفيل الناتج عن صفة التبعية، التي تعد أهم خاصية للكفالة، والتي تميزها عن غيرها من النظم القانونية المشابهة لها. فقد جاء هذا الدفع لتحسين مركز الكفيل في عقد الكفالة الشخصية، ويرجع تاريخ هذا الدفع للقانون الروماني، فبعد أن كان الكفيل في ظل هذا القانون مُطالب بتنفيذ الالتزام الذي يضمنه بصفة أصلية، دون أن يكون له حق الإعتراض على ذلك، تدارك هذا القانون ذلك –في العهد الأخير له، وبالتحديد في عهد (جوستيتان) – واعطي الكفيل هذا الدفع، وحسّن من مركزه، بحيث أصبح مُطالب بالدين بصفة احتياطية، وقد أخذ القانون الفرنسي هذا الدفع من القانون الروماني وكان يعرف بالدفع بالترتيب في الرجوع [2].

أما عن تاريخ وجود هذا الدفع في ظل القانون المدني الليبي، يرجع للقانون المدني المصري، وذلك نظراً لكون القانون المدني الليبي منقول طبق الأصل عن القانون المدني المصري، ولم يكن يتميز الدفع بالتجريد عن الدفع بالرجوع على المدين أولاً، في ظل المشروع التمهيدي

---

[1] للكفيل دفوع قبل الدائن وهي ثلاثة أنواع: فله أن يتمسّك بالدفوع التي يجوز للمدين أن يتمسك بها، وترجع هذه الدفوع لتبعية التزام الكفيل لالتزام المدين، كما له دفوع خاصة بالكفالة وبالتزامه ككفيل، كما له حقّ الدفع بالتجريد إذا ما أراد الدائن التنفيذ على أمواله أولاً.

[2] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1970، الجزء 10، ص 115.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للقانون المدني المصري[1]، إذا رجع الدائن على الكفيل أولاً، فإن الكفيل يدفع مطالبة الدائن له بالدفع بالتجريد، وكان ملزم منذ مطالبة الدائن له أن يرشده الى أموال للمدين تفي بالدين كله، ولا ينتظر اثارة الدفع بالتجريد حتى يقوم الدائن بالتنفيذ عليه[2]. أما إذا لم يدفع الكفيل مطالبة الدائن له بالدفع بالتجريد، وتحصّل الدائن على حكم قابل للتنفيذ ضد الكفيل، وشَرع الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل، فيكون للكفيل في هذه الحالة أن يمنع تنفيذ الدائن عليه من خلال تمسكه بالدفع بالتجريد [3].

إلا أن الأمر لم يبقى كذلك، فقد ميزت لجنة المراجعة للمشروع التمهيدي بين الدفعين، ورأت بأن يكون نص المادة (788)[4] مكون من شقين، بحيث يكون الشق الأول خاص للدفع بالرجوع، والشق الثاني خاص بالدفع بالتنفيذ[5]، و ازداد هذا الأمر وضوحاً عند مناقشة النص من قبل لجنة مجلس الشيوخ، وهكذا أصبح للكفيل دفعان كل منهما خاص بمرحلة معينة، حيث

---

[1] حيث نصّت المادة (1144) من المشروع التمهيدي على أنه "لا يجبر الكفيل على الوفاء للدائن إلا إذا لم يوفيه المدين، ويجب أن يرجع الدائن أولا على المدين، إلا إذا تنازل الكفيل عن حق التجريد أو التزم متضامنا مع المدين، فيخضع التزامه في هذه الحالة للقواعد الخاصة بالتضامن "

كما نصّت المادة (1145) من المشروع ذاته على أنه: " لا يلزم الدائن بتجريد المدين إلا إذا طلب الكفيل ذلك عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده ".

[2] سيد، صابر محمد محمد، رجوع الدائن على الكفيل "دراسة مقارنة " في الفقه الإسلامي والقانون المدني، القاهرة، دار الكتب القانونية، 2010، ص 363.

[3] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، ص 100-101.

[4] القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والصادر بتاريخ 16 يوليو 1948.

[5] حيث نصّت المادة (788) من القانون المدني المصري على " لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين 2- ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل ألا بعد تجريده المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق."

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خُصصت مرحلة مطالبة الدائن للكفيل بالدفع بوجوب الرجوع على المدين أولاً، بينما خُصَّ الدفع بالتجريد بمرحلة تنفيذ الدائن على الكفيل بموجب سند تنفيذي[1].

واقتفى المشرّع الليبي أثر المشرّع المصري، وأخذ بالدفعين، ونص على كل منهما في فقرة مستقلة من المادة (797) حيث جاء فيها: "1- لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين. 2- ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله وللكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق"[2]

وقد جعل لكل منهما شروطه الخاصة به، حيث اشترط لإثارة الدفع بالرجوع على المدين أولاً أن يتمسّك الكفيل بهذا الدفع، وألا يكون متضامناً مع المدين، و أن يرشد الكفيل الدائن لأموال المدين التي تفي بالدين، ولا يشترط أن تكون الأموال كافية لسداد الدين بتمامه كما هو في الدفع بالتجريد، وبالتالي الذي يقع عليه عبء الإثبات بالنسبة للأموال المرشد إليها في الدفع بالرجوع هو الدائن، في حين أن عبء الإثبات في الدفع بالتجريد يكون على عاتق الكفيل[3].

ويعرف الدفع بالتجريد بأنه: "حق للكفيل إذا توافرت شروط معينة في التمسك بألا ينفذ الدائن على أمواله قبل أن ينفذ على أموال المدين الذي كفله "[4]، و هناك من عرفه بأنه: "هو حق مقرر للكفيل بقيود معينة، يمنحه الحق في أن يطلب إلى الدائن تجريد المدين من أمواله قبل أن يجبره، بالتنفيذ على أمواله على الوفاء بدلا من هذا الأخير " [5].

---

[1] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 102-103.

[2] القانون المدني الليبي لسنة 1954 والمعدل بالقانون رقم 6 لسنة 2016.

[3] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 103-104.

[4] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 364.

[5] زكي،محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة، مصر، دار الشعب، ط3، 1979، ص 111.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ورغم اختلاف التعبير عن مدلول الدفع بالتجريد إلا أن مضمونها واحد؛ فالدفع بالتجريد حق منحه القانون للكفيل، لكي يدفع تنفيذ الدائن الذي يكون بيده سند تنفيذي قبل الكفيل، وهنا يكون للكفيل أن يطلب من الدائن القيام بالتنفيذ على أموال المدين قبل التنفيذ على أمواله، ولم يترك المشرّع هذا الحقّ مطلقاً بل قيده بمجموعة من الشروط، بحيث متى توافرت مجتمعة كان للكفيل إثارة هذا الدفع، وفي حال تخلّف أي منها يسقط حقّ الكفيل في التمسك به.

وتأتي أهمية منح الكفيل الدفع بالتجريد – في تنظيم العلاقة بينه وبين الدائن – أن مثل هذا الدفع تقتضيه قواعد العدالة، فليس من العدل أن يرى الكفيل أمواله تنزع منه، وأموال المدين الأصلي موجودة، فالكفيل متبرع بكفالته وليس له أية مصلحة في ضمان التزام المدين، وبالتالي كان من العدل منح الكفيل لمثل هذا الدفع تقديراً لموقفه[1]، وذلك بأن يمنح أجلاً إضافياً للكفيل للوفاء بالالتزام الذي يضمنه، وذلك من خلال منحه الدفع بالتجريد[2].

كما تظهر أهمية الدفع بالتجريد من الناحية العملية، حيث أنه يوفر الوقت والنفقات، وذلك عن طريق اختصار الإجراءات، فلو قام الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل دون أن يكون لهذا الأخير دفع تنفيذ الدائن عليه، فإن الكفيل سيرجع على المدين، وينفذ على أمواله، فكان منح الدفع بالتجريد للكفيل، وقيام الدائن بالتنفيذ مباشرةً على المدين يمنع طول الإجراءات، وهذا بدوره يوفر الوقت والنفقات[3].

---

[1] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية "الرهن الرسمي – حق الإختصاص – الرهن الحيازي – حقوق الإمتياز –الكفالة –قانون التمويل العقاري " الكتاب الثاني "التأمينات الشخصية "عقد الكفالة، القاهرة، منشأة المعارف، 2008، ص 67.

[2] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 114.

[3] أبو السعود، رمضان. زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ص 118.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والدفع بالتجريد مقرر للكفيل العادي، فلا يكون للكفيل المتضامن مع المدين؛ لأن أحكام التضامن في هذه الحالة هي التي تُطبق، كما أنه لا يكون للمدين المتضامن [1]، فالكفيل المتضامن والمدين المتضامن يكون كل منهم مطالب بتنفيذ الالتزام بصفة أصلية، بحيث يكون للدائن التنفيذ على أي منهما دون أن يكون لهما الحق في دفع تنفيذ الدائن.

كما أن الدفع بالتجريد يكون لكفيل الكفيل (المصِّدق) مالم يكن متضامناً مع الكفيل[2]، باعتبار أن المصِّدق يعتبر بمثابة الكفيل للكفيل الأصلي، والكفيل يعتبر بمثابة مدين للمصَّدق، وبالتالي تسري في العلاقة بينهم أحكام الكفالة.

فإذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين، وتوافرت شروط الدفع بالتجريد، ثُبت هذا الحقّ له ولا ينظر بعد ذلك إلى ما إذا كانت الكفالة بمقابل، أو تبرع، وسواءً كانت الكفالة بعلم المدين أو بغير علمه، أو رغم معارضته[3]. أما بالنسبة لحقّ الكفيل العيني في التمسك بالدفع بالتجريد يتضح أن القانون المدني الليبي قد حسم الأمر، وقصر حق الدفع بالتجريد على الكفيل الشخصي دون الكفيل العيني، ونجد ذلك واضحاً في نصّ المادة (1054)، حيث جاء فيها: " إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

وإذا كان الدفع بالتجريد مقرر فقط للكفيل العادي، فإنه لا يستطيع أن يدفع به إلا في مواجهة المدين الذي كفله دون غيره، وينبني على ذلك أنه إذا تعدد المدينين، وكفل بعضهم دون

---

[1] زكي، جمال الدين محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 113.

[2] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995، ص166.

[3] زهران، همام محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية (الكفالة، الرهن الرسمي، حق الإختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز)، الإسكندرية – مصر، منشأة المعارف، 2001، ص 141.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الآخر، فلا يكون للكفيل أن يدفع بالتجريد إلا في مواجهة المدينين الذين ضمنهم دون غيرهم، وفي حالة تعدد الكفلاء لدين واحد لا يكون لأي منهم الدفع بالتجريد في مواجهة بقية الكفلاء حتى لو كانوا متضامنين[1].

ولم يكتفي القانون المدني الليبي بالأخذ بالدفع بالتجريد في صورته العامة، بل أوجد أيضاً تطبيقات خاصة لهذا الدفع، وهو ما نُصّ عليه في المادة (800) والخاصة بتجريد التأمين العيني[2]، والمادة (806) والخاصة بكفيل الكفيل [3].

وبهذا نكون قد استكملنا المتطلبات اللازمة لتحديد مفهوم الدفع بالتجريد، فمن خلال ما سبق، اتضح لنا جذور الدفع بالتجريد وكيف ضمَّنه المشرّع الليبي ضمن القانون المدني الليبي، كما اتضح لنا تعريفه، ومن يكون له الحقّ في التمسّك به، ومن يدفع في مواجهته، ويبقى لنا أن نحدد الشروط اللازمة لتمسّك الكفيل بهذا الدفع، والأحكام القانونية المترتبة على إثارته من قبل الكفيل، وهذا ما سيكون محل دراسة المبحث الأول من هذا الفصل، ولما كان الدفع بالتجريد ناتج عن فكرة التبعية التي تجعل الكفيل في مركز متميز عن المدين الأصلي بالالتزام، فكان لابدّ من التطّرق لهذه المبادئ التي تعتبر بمثابة حجر الأساس للدفع بالتجريد، وقد خُصص لها المبحث الثاني من هذا الفصل، تحت عنوان المبادئ التي يقوم عليها الدفع بالتجريد.

---

[1] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 168.

[2] حيث قضت بأنه: "إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا أو اتفاقا لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين، أو معه ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل الإ بعد التنفيذ على الأموال التي خصصت لهذا التأمين".

[3] نصّت على: "لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل الإ إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل ".

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول:- الشروط والأحكام القانونية للدفع بالتجريد:-

الدفع بالتجريد شأنه شأن الدفوع الأخرى، حيث يستلزم لإثارته من ذوي الشأن توافر مجموعة من الشروط الخاصة به، بحيث يؤدي توافرها إلى قيامه وتأكيده، وهذا يجعله خاضع للأحكام الخاصة به، وبناءً على ذلك فقد خُصص هذا المبحث للحديث عن الشروط والأحكام القانونية الخاصة بالدفع بالتجريد في عقد الكفالة الشخصية، وقد تم تقسيمه الى مطلبين؛ الأول يتناول شروط التمسّك بالدفع بالتجريد، بينما خُصص المطلب الثاني لأحكام الدفع بالتجريد، وذلك على النحو الآتي:-

المطلب الأول:- شروط الدفع بالتجريد:-

إن ممارسة حقّ الدفع بالتجريد من قبل الكفيل يستوجب توافر مجموعة من الشروط، ولقد نظم المشرّع الليبي الشروط التي يستلزم توافرها لتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في المواد (797،798، 802)،ويعتبر الفقه الإسلامي، وبالأخص المذهب المالكي هو المنبع الرئيسى لهذه الشروط، وسيتم تناولها في الفروع الآتية:-

الفرع الأول:- تمسّك الكفيل بحقه بالدفع بالتجريد.

الفرع الثاني:- قيام الكفيل على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله.

الفرع الثالث:- الكفيل غير متضامنا مع المدين.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول:- تمسك الكفيل بحقه بالدفع بالتجريد

إذا كان الدفع بالتجريد قد شُرع لمصلحة الكفيل، وهو حق خاص به[1]،وكي يستفيد منه، ويدفع تنفيذ الدائن في مواجهته، لابد من التمسّك به وإثارته أمام القضاء، وقد نُصّ على هذا الشرط صراحةً في عجز المادة (2/797) من القانون المدني الليبي،حيث جاء فيها: ".... وللكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق "[2].

ويتبين من النص السابق، أن الكفيل إذا أراد دفع تنفيذ الدائن في مواجهته أن يتمسّك بهذا الدفع، وذلك بأن يطلب مقاضاة المدين الأصلي أولاً، وأن يستوفي الدائن دينه من أموال المدين المنقولة وغير المنقولة [3]، فالدفع بالتجريد مقرر لمصلحة الكفيل، باعتبار أنه متبرع بكفالته للمدين، لذا راعى المشرّع هذه المبادرة من الكفيل وأعطاه الحقّ في الدفع بالتجريد؛ فمصلحة الكفيل تستوجب استيفاء الدائن حقّه من المدين الأصلي أولاً، سيما أن المشرّع عندما أعطى الكفيل الدفع بالتجريد، قصد بذلك حماية هذه المصلحة، وهي مصلحة خاصة لا تتعلق بالنظام العام[4]. إلا أن هناك رأي من الفقه[5]يرى أن ما استفتح به المشرّع الليبي المادة (797) يشير إلى أن الدفع بالتجريد من النظام العام، فالمشرّع بدأ بجملة "لا يجوز"، ذلك أن النهي هنا جاء بصيغة الأمر، وصيغة الأمر تدل على أن الحكم متعلق بالنظام العام، ولا تجوز مخالفته، وإذا كان كذلك فعلى

---

[1] عبد الرحمن، محمد شريف، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010، ص 251-252.

[2] كما نصّت على ذلك المادة (2031) من القانون الفرنسي، حيث جاء فيها: " لا يلتزم الكفيل أن يفي الدائن إلا إذا لم يفعل المدين ذلك،فيجب أولا تجريد المدين، إلا إذا نزل الكفيل عن حق التجريد...."

[3] عبده، محمد على، عقد الكفالة "دراسة مقارنة" لبنان، منشورات زين الحقوقية، 2005، ص 127.

[4] عبد الرحمن، فايز أحمد، عقد الكفالة في القانون المصري والليبي، القاهرة،دار النهضة العربية، 2010، ص 49-50

[5] عبد السلام،سعيد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، د.ن، 1997، ص 98-99.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القاضي إثارته، وإن لم يتمسك به الكفيل، وإذا كان كذلك، فلا داعي لوجود هذا الشرط، لأن القاضي يقع عليه الالتزام بإثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه، و هناك جانب آخر من الفقه[1] يرى أنه بالرغم من صياغة المادة سالفة الذكر بهذا الأسلوب، إلا أنه لا يمكن اعتبار الدفع بالتجريد من النظام العام [2]،لأنه متعلق بمصلحة الكفيل، وهي مصلحة خاصة[3]، ويترتب على عدم اعتبار الدفع بالتجريد من النظام العام وتعلقه بمصلحة الكفيل الخاصة النتائج الآتية:-

أولاً:- لا يجوز أن يحكم به القاضي من تلقاء نفسه، بل لابد أن يتمسك به صاحب المصلحة في ذلك، وبالتالي يعتبر ما ورد في عجز المادة سالفة الذكر ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة، فطالما كان الحقّ مقرر لمصلحة خاصة، لا يمكن للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه إلا إذا تمسّك به صاحب المصلحة في ذلك[4].

ثانيا:- نظراً لتعلق الدفع بالتجريد بالمصلحة الخاصة للكفيل، فإنه يجوز له التنازل عنه سواًء كان التنازل عند ابرام العقد أو تم بعده [5]، وإذا كان من حق الكفيل التنازل عن الدفع بالتجريد، لابد هنا من الوقوف لتحديد طبيعة الدفع بالتجريد هل هو رخصة، أم حقّ؟

---

[1] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية (التبعية -وغير التبعية)، (الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب)، الإسكندرية -مصر، 2000، ص93؛ الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة -التضامن - التضامم في التشريع المصري والمقارن، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002، ص 131؛ زكي، محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية ، مرجع سابق، ص 114.

[2] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 93.

[3] زهران، همام محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 148.

[4] زكي، محمود جمال الدين،التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 114

[5] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية (الرهن الرسمي حق الإختصاص، الرهن الحيازي . حقوق الإمتياز، الكفالة)، بيروت – لبنان، منشورات الحلّبي، ط 1،2010، ص 393.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تباينت آراء الفقهاء حول تحديد طبيعة الدفع بالتجريد، فقد اعتبر رأي من الفقه الدفع بالتجريد رخصة، و للكفيل الحق في التنازل عن هذه الرخصة [1]، بينما يرى الجانب الغالب من الفقه أنه حقّ خاص مقرر لمصلحة الكفيل، وبالتالي له حقّ التنازل عنه[2]، ولم يبرر كلا الجانبين سبب وصف الدفع بالتجريد بهذه الأوصاف، وبالتالي استخدم الفقه ألفاظ متباينة في المعنى والنتائج التي تترتب عليها، ولكن بالرجوع للمادة (797) يتضح أن الحل الحاسم لذلك عندما نصت على أنه: "...وللكفيل أن يتمسك بهذا الحقّ...:"، فالدفع بالتجريد حقّ ثابت للكفيل بنصّ القانون، ولا يمكن اعتباره مجرد رخصة.

و إذا تنازل الكفيل عن حقّه في الدفع بالتجريد، فإن هذا التنازل يُسقط حقّه في التمسك به نهائياً مرة أخرى[3]، و قد يكون هذا التنازل بالتعبير الصريح، كما قد يكون بالتعبير الضمني، ويكون بالتعبير الصريح كما لو نص عليه صراحةً في عقد الكفالة ذاته بناءً على اشتراط الدائن ذلك، سيما أن الدائن هو الذي يُملي شروط العقد، فيكون من مصلحته التنفيذ على الكفيل دون أن يدفع في مواجهته بتجريد المدين أولاً، وعادةً ما يكون التنازل الصريح وقت إبرام العقد، ولا يوجد ما يمنع أن يكون بعد إبرام العقد[4]، كما يُستشّف ذلك من تعبير الإمام مالك بن أنس –رحمه الله– بأن الكفيل يعتبر متنازل عن حقه في الدفع بالتجريد إذا وجد شرط بأن يأخذ الدائن حقّه من أيهما شاء (الكفيل أو المدين)، أو تقديمه على المدين، كما يعتبر الكفيل متنازل عن حقّه في الدفع طبقاً للمذهب المالكي إذا كان الكفيل ضامن للمدين في الحالات الست؛ وهي (الموت والحياة، واليسر

---

[1] حجازي، مصطفى عبد الجواد عقد الكفالة في القانون المدني، مصر، دار الكتب القانونية، 2009، ص 136؛ زهران،همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص147؛ أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 165.

[2] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص393.

[3] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 378.

[4] عبده، محمد على، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 125–126.

© Arabic Digital Library Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والعسر، والغيبة والحضور)[1]، حيث يعتبر قبول الكفيل لمثل هذه الشروط تنازلاً منه عن حقّه في التمسّك بالدفع بالتجريد [2].

كما قد يكون التنازل عن الحقّ في الدفع بالتجريد ضمنياً، بحيث يتم استخلاصه من ظروف الحال وملابساته،ومن صور التنازل الضمني تلك الحالة التي يتعهد فيها الكفيل بدفع الدين فوراً إذا لم يقم المدين بالوفاء به عند حلول الأجل، أو الحالة التي يصرح فيها الكفيل أنه ملتزم كالمدين الأصلي، أو عند تخلف المدين عن ذلك، أو في حالة عدم تمسك الكفيل بالدفع بالرغم من توافر كافة شروطه، وكذلك يعتبر من ضمن التنازل الضمني عن الدفع بالتجريد إذا شَرع الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل، وسكت الكفيل[3].

ولكن هل يمكن اعتبار سكوت الكفيل تنازلاً ضمنياً عن حقّه في التمسّك بالدفع بالتجريد؟

اعتبر رأي من الفقه [4] أن سكوت الكفيل عن التمسّك بهذا الحقّ تنازلًا ضمنياّ، كما لو قام الدائن بالتنفيذ على الكفيل بموجب سند قابل للتنفيذ ضد الكفيل، وسكت الكفيل عن التمسك بالدفع، في حين أنه لا يعتبر السكوت تنازلاً ضمنياً إذا لم يكن للمدين – عند التنفيذ على الكفيل – أموال موجودة في ليبيا وغير متنازع فيها؛ لأن في مثل هذه الحالة لا يمكن أن يستشف من سكوت الكفيل على أنه تنازل ضمني منه عن حقه في الدفع بالتجريد، وذلك لعدم توافر أهم شرط من شروط

---

[1] الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، نجيريا، مكتبة أيوب، 2000، ص 107.

[2] محمد، محمد أحمد بكر (1996)، تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين في القانون المدني مقارنا بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ص438

[3] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 379.

[4] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 147–148؛ السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 119.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التمسّك بالدفع بالتجريد[1]. ونحن نرى أن هذا الرأي محل نظر، فمن جهة لا يمكن اعتبار السكوت تنازل ضمني من الكفيل عن حقّه في الدفع بالتجريد، وذلك تطبيقاً لما تقضي به القواعد العامة أن النزول لا يُفترض بل لابدّ أن يكون مؤكدًا' ذلك أن السكوت موقف سلبي، والتعبير عن الإرادة لابدّ أن يتخذ موقف إيجابي، وإذا كان التعبير الضمني يكون بكل قول أو فعل يُفيد رغبة الكفيل القاطعة في التنازل، فإن هذه الرغبة لا تتوافر في السكوت، إضافةً إلى ذلك أن السكوت يثير الشكّ، وطبقاً للقواعد العامة أن الشكّ يُفسر لمصلحة المدين (الكفيل) فالشك هو سكوت الكفيل وعدم تحديد موقفه من تنازله عن حقه في الدفع بالتجريد، و مصلحته تقتضي عدم تنازله عن حقه في الدفع، باعتبار أن التمسّك بالدفع فيه مصلحة له، وبالتالي يُفسر الشكّ لمصلحته وهو عدم نزوله عن الدفع بالتجريد، ومن جهة أخرى أن الرأي السابق قد جانب الصواب عندما اعتبر السكوت قرينة على أنه تنازل الكفيل عن حقّه في التمسّك بالدفع في حالة عدم وجود أموال للمدين للتنفيذ عليها، وذلك لاحتمال ظهور أموال للمدين بعد ذلك، ومن هنا فلا مجال لاعتبار سكوت الكفيل على أنه تنازل ضمني عن حقّه في الدفع بالتجريد.

ومن هنا نكون قد خلصنا ضمناً أن السكوت يمكن أن يكون قرينة على تنازل الكفيل عن حقّه في الدفع بالتجريد إذا اقترن بتصرف آخر من الكفيل يفيد منه تنازله عن الدفع، فالسكوت وحده غير كافي كي يكون قرينة على التنازل الضمني، إلا إذا اقترن بظروف أخرى معاصرة أو تالية له، وبالتالي جاء سلوك الكفيل وليس سكوته دافعاً لاعتبار ذلك تنازلاً ضمنيًا، وفي كل الأحوال فإن التنازل الضمني من المسائل الموضوعية التي يترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض [2].

[1] السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 119.

[2] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص379.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولاستكمال متطلبات شرط تنازل الكفيل عن حقّه في الدفع يجب الإجابة على التسأل الآتي، والذي يتضمن، مدى تأثير التنازل الصادر من الكفيل على حّق كفيل الكفيل (المصدِّق) في التمسّك بالدفع بالتجريد؟

للإجابة على هذا التسأل، لابّد من التفرقة بين فرضيتين، وهما تمسّك المصدِّق بالدفع بالتجريد في مواجهة الكفيل الأصلي، والفرض الثاني تمسّك المصدِّق بالدفع بالتجريد في مواجهة المدين،وسيتم عرض هذه الفرضيات وذلك على النحو الآتي:-

أولاً:- تمسّك المصدِّق بالدفع بالتجريد في مواجهة الكفيل الأصلي

إن التنازل الصادر من الكفيل الأصلي أياً كان نوعه لا يؤثر على حقّ (المصدِّق) في التمسّك بالدفع في مواجهة الكفيل الأصلي، وذلك بتجريد الكفيل أولاً من أمواله قبل التنفيذ على المصدِّق[1]. وتبرير سبب ذلك إلى أن اعتبار تنازل الكفيل عن حقّه في الدفع بالتجريد يستتبعه سقوط حق المصدِّق في التمسّك بالدفع بالتجريد فيه خرق لأهم فكرة تقوم عليها الكفالة وهي فكرة التبعية وما يترتب عليها من نتائج؛ فالكفيل يُعتبر بمثابة المدين بالنسبة لكفيله، والمصدِّق يُعتبر بمثابة كفيل له، وبالتالي يكون التزام المصدِّق (الكفيل) تابع لالتزام الكفيل (المدين)، وتقتضي هذه التبعية أن يكون التزام المصدِّق أخفّ من التزام الكفيل، وبالتالي يحتفظ المصدِّق بموجب هذه التبعية بحقّه في الدفع بالتجريد، كما أن عدم الاعتراف للمصدَّق بحقّه في التمسّك بالدفع رغم تنازل الكفيل عنه من شأنه أن يُسوء مركز المصدِّق، وهذا لا يتماشى مع ما تقتضيه صفة التبعية التي يقوم عليها عقد الكفالة، اضافة لذلك أن الدفع بالتجريد حقّ مقرر لمصلحة الكفيل يكون له وحده حقّ التنازل عنه من عدمه.

[1] عبد السلام، سعيد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 99

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً:- تمسّك المصدِّق بالدفع بالتجريد في مواجهة المدينِ

لقد تباينت آراء الفقهاء حول حقّ تمسّك المصدِّق بالدفع بالتجريد في مواجهة المدين رغم تنازل الكفيل عن حقّه في التمسّك بهذا الدفع، حيث ذهب البعض [1] إلى أن تنازل الكفيل لا يسقط حقّ المصدِّق في التمسّك بالدفع بالتجريد تجاه المدين، واستندوا في ذلك إلى أن دفوع كل منهما مستقلة عن الأخر، كما أن تنازل أحدهما لا يسري على الآخر[2]، بينما ذهب جانب آخر من الفقه [3] إلى أن حقّ المصدِّق في التمسّك بالدفع بالتجريد تجاه المدين رغم تنازل الكفيل الأصلي، يختلف بحسب الوقت الذي يصدر فيه التنازل من الكفيل، فإذا كان التنازل صدر قبل انعقاد عقد الكفالة الثاني بين الكفيل وكفيله فهنا لا يكون للمصدِّق التمسك بالدفع بالتجريد تجاه المدين؛ لأن المصدِّق المفترض أنه يعلم عند قبوله للكفالة بتنازل الكفيل الأصلي عن هذا الحقّ، فلا يستطيع أن يتمسّك به، بينما في حالة ما إذا كان التنازل بعد إبرام عقد الكفالة الثاني، فهنا من حقّ المصدِّق التمسّك بهذا لحقّ؛ لأن دفوع الكفيل مستقلة عن دفوع كفيله[4]. ولكن هنا تعلق الباحثة على هذا الرأي فهل معنى ذلك إذا انعقد عقد الكفالة الثاني بعد التنازل يجعل من دفوع المصدِّق غير مستقلة عن دفوع الكفيل؟

ترى الباحثة أن ليس هناك ما يمنع من تمسّك المصدِّق بالدفع في مواجهة المدين، حتى وإن تنازل الكفيل الأصلي عن هذا الحقّ، وفي أية مرحلة يكون فيها التنازل سواء كان قبل انعقاد العقد الثاني أو بعده، وتبرير ذلك أن المصدِّق هو بمثابة كفيل للكفيل، والكفيل يُعتبر بمثابة مدين

---

[1] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 147؛ زكي، محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 92.

[2] زكي، محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 92.

[3] أبو السعود، رمضان، زهران،همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 130؛ سيد، صابر محمد ، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 380

[4] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 380

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لـه، وبنـاءً علـى ذلـك فـإن أحكـام الكفالـة هـي التـي تطبـق فـي العلاقـة الناشـئة بينهم، ويكـون التزام المصّدق تابع لالتزام الكفيل الأصلي، وهذه التبعية تستوجب عدم المساس بمركز الكفيل، وفي حالة عدم منح الكفيل الثاني لهذا الدفع، سيؤدي إلى إنقاص مركزه، وهذا يتنافى مع ما تقتضيه خاصية التبعية في عقد الكفالة، إضافة إلى ذلك أنه حتى في الحالة التي يشترط فيها التنازل عن هذا الدفع بين الكفيل الأصلي والدائن، فإنه لا يمكن حرمان المصّدق من هذا الحق فأي تعديل في مركز المدين (الكفيل الأصلي) يستفيد منه الكفيل (المصَّدق) إلا إذا كان التعديل من شأنه الإضرار بمركز الكفيل، والتنازل فيه إضرار بمركز الكفيل، وبالتالي لا يسري في حقّ المصّدق تنازل الكفيل عن حقّه في الدفع بالتجريد.

كما أن أهم تبرير لتمسّك المصّدق بالدفع بالتجريد رغم تنازل الكفيل الأصلي عن حقّه في الدفع، أن الدفع بالتجريد حقّ مقرر للكفيل بموجب النصّ القانوني، وأعطاه الحقّ في التمسّك بهذا الحقّ بالآتي يكون له وحده حقّ النزول عنه.

وفي جميع الأحوال إذا لم يتنازل الكفيل عن حقه في الدفع بالتجريد، متى يجوز له أن يتمسك بهذا الدفع؟

نظراً لخلو القانون المدني الليبي من نص تشريعي بخصوص ذلك، فقد اتجه الرأي الغالب من الفقه [1] إلى أن هذا النوع من الدفوع خاص بمرحلة التنفيذ، فإذا كان الهدف من التمسّك بالدفع بالتجريد من قبل الكفيل هو منع تنفيذ الدائن على أموال الكفيل إلى أن يتم التنفيذ على أموال المدين أولاً، فإن الوقت الطبيعي للتمسّك بالدفع بالتجريد يكون في مرحلة التنفيذ، حيث تظهر فائدته

[1] السنهوري، عبد الرزاق، أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 118؛ أبو السعود، رمضان، زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 122؛ تناغو، سمير، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 72.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في هذه المرحلة[1]، ويكون للكفيل هذا الحقّ منذ اللحظة التي يتم فيها إعلانه بالسند التنفيذي، ولا يكون مقبولاً منه قبل ذلك، ويستمر في أية مرحلة من مراحل التنفيذ وقبل تمامه نهائياً، و يجب ألا يتأخر الكفيل في التمسك بهذا الدفع خلال هذه المرحلة، بحيث يُفهم من تأخره أنه تنازل عن حقه في الدفع، ويمكن أن يأخذ التمسّك بالدفع صورة استشكال في التنفيذ الذي شرع فيه الدائن، كما يمكن أن يكون التمسك بالدفع عن طريق الإعتراض على قائمة شروط البيع على العقار.[2]

وبالرغم من اجماع الفقهاء على تعلق هذا الدفع بمرحلة التنفيذ، إلا أنهم اختلفوا حول مدى جواز إثارة هذا الدفع في مرحلة المطالبة القضائية؟

ذهب جانب من الفقه للقول بأنه يجوز للكفيل إثارة هذا الدفع في أية مرحلة من مراحل نظر الدعوى بما فيها مرحلة المطالبة القضائية[3]، بحيث يكون للكفيل السلطة في التمسّك بهذا الدفع منذ وقت المطالبة وحتى التنفيذ مالم يَصدر منه قول أو فعل أو ترك يستدل منه على تنازله عن حقّه في الدفع [4]، واستندوا في تبرير رأيهم إلى أن قُبول الدفع بالتجريد لا يُؤثر على سير الدعوى المرفوعة من الدائن للتنفيذ على الكفيل، بل يقتصر أثر قبول الدفع بالتجريد على منع التنفيذ على أموال الكفيل إلى أن يتم تجريد المدين من أمواله، وطالما أن الأثر مقتصر فقط على المنع من التنفيذ على الكفيل، فإن هذا لا يمنع تمسك الكفيل بالدفع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى بما في ذلك مرحلة المطالبة القضائية، إضافةً إلى ذلك أن المشرّع لم يحدد وقت معين لإقامة هذا الدفع، وبالتالي تجوز إقامته في أية مرحلة، وفي أي وقت، فلو أراد المشرّع تقيده

---

[1] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 396؛ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 119

[2] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 148-149.

[3] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 396-397.؛حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 127.

[4] حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 137

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بزمان محدد لنصّ على ذلك صراحةً، كما أن أصحاب هذا الرأي يروا أن التمسك بالدفع بالتجريد في مرحلة المطالبة فيه مراعاة للاعتبارات العملية، وذلك بالنسبة للوقت والنفقات.[1]، وقد ساد هذا الرأي في ظل التقنين الفرنسي، واعتبر القانون الفرنسي عدم تمسّك الكفيل بالدفع بالتجريد خلال هذه المرحلة نزول ضمني عن التمسك بهذا الدفع[2].

وبالرغم من قوة ما استند عليه الفقهاء في هذا الرأي واحتواءه على بعض الإيجابيات في بعض جوانبه، إلا أن الباحثة ترى أن هذا الرأي محل نظر، فهذا الرأي جاء قياساً و تأثراً بما هو سائد في التقنين الفرنسي، حيث تضمن هذا التقنين نص بإمكانية إقامته خلال مرحلة المطالبة القضائية، إلا أن هذا يعتبر قياس مع الفارق؛ فالمشرّع الفرنسي عندما قنّن هذا النص لم يأخذ بالدفع بالمطالبة، ولو أخذ به، لكان هذا النص محل نظر من قبل المشرّع الفرنسي.

بينما ذهب جانب آخر من الفقهاء [3] إلى أنه لا يجوز إقامة الدفع بالتجريد خلال مرحلة المطالبة القضائية، ولا يكون مقبول من الكفيل إلا عند شروع الدائن في التنفيذ على أمواله بموجب سند قابل للتنفيذ[4]، ويظهر ذلك واضحاً في العبارة الواردة في المادة (2/797): "...لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال المدين.."، فهذا دليل قاطع من المشرّع، وإن كان غير مباشر على تخصيص الدفع بالتجريد بمرحلة التنفيذ، كما يذهب الفقه المؤيد لهذا الاتجاه إلى أنه لا يمكن إقامة هذا الدفع في مرحلة المطالبة؛ لأن الدفع بالتنفيذ يتطلب الحصول على سند قابل للتنفيذ، وهذا

---

[1] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 150-151.

[2] حيث نصّت المادة (2022) من التقنين الفرنسي أنه: " إذا رجع الدائن على الكفيل بالدين، فيجب على الكفيل أن يدفع ذلك، بأن الدائن يجب عليه الرجوع على المدين الأصلي أولاً "

[3] السنهوري، عبد الرزاق أحمد الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 118؛ عبد الرحمن، محمد شريف، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 253؛ العمروسي، أنور، (التضامن-التضامم-الكفالة في القانون المدني)، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ط1، 1999، ص 136.

[4] السنهوري، عبد الرزاق أحمد الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 118.

© Arabic Digital Library Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

السند عادةً يتم المطالبة به خلال المرحلة الأولى، أي وقت المطالبة القضائية، وبالتالي لا يمكن التنفيذ بدون سند تنفيذي أي خلال مرحلة المطالبة القضائية[1].

وتميل الباحثة للرأي الثاني، فالدفع بالتجريد مقيد بوقت التنفيذ لا المطالبة القضائية، والمشرّع لو أراد إثارة هذا الدفع في مرحلة المطالبة القضائية لنصّ على ذلك صراحةً، ولم يضع دفع خاص بهذه المرحلة، فإذا رجعنا لنصّ المادة (1/797) يتضح أنها تقضي: "لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين" ويشير نص المادة الى خصوصية مرحلة المطالبة القضائية بالدفع بالرجوع على المدين أولاً، كما أن تمسّك الكفيل بهذا الدفع في مرحلة المطالبة القضائية له أثر إيجابي على الجانب العملي، بحيث يوفر له الوقت والجهد، كما أنه يعطي النتيجة ذاتها التي يتم التوصل إليها من قبل الدفع بالتجريد، ذلك أن من شروط الدفع بالتجريد قيام الكفيل بإرشاد الدائن لأموال المدين تفي بالدين كله وعلى نفقته؛ فالتقيد بهذا الشرط يحتاج إلى وقت ونفقات من قبل الكفيل، في حين أن تمسّك الكفيل في مرحلة المطالبة بالدفع بالرجوع لا يستوجب هذا الشرط، ويكون له أثر في دفع مطالبة الدائن له، إضافةً لذلك أن تقيد الكفيل بالتمسك بالدفع الخاص لكل مرحلة يصب في مصلحته؛ لأن ذلك يمنحه تمديد للأجل الممنوح له بطريق غير مباشر.

وبناءً على ماسبق سبق تخلص الباحثة للقول بأنه طبقاً للمادة (797) من القانون المدني الليبي أن رجوع الدائن على الكفيل يمر بمرحلتين؛ هما: مرحلة التقاضي ومرحلة التنفيذ، فمرحلة التقاضي خصها المشرّع بالدفع بالمطالبة، ويكون للكفيل إثارة هذا الدفع في أية مرحلة من مراحل التقاضي، وإذا انقضت هذه المرحلة، ولم يتمسك بهذا الدفع، فإن ذلك يعتبر تنازل ضمني منه عن

[1] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 172.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حقه في التمسّك بهذا الدفع. أما مرحلة التنفيذ، فهي خاصة بالدفع بالتجريد، فلو تحصل الدائن على حكم بالتنفيذ على الكفيل، وشرع الدائن في التنفيذ ضد الكفيل، كان للكفيل في هذه الحالة التمسك بالدفع بالتجريد، حيث أن الدفع بالتجريد تظهر فائدته في هذه المرحلة، وبالتالي لا جدال أن الوقت المناسب للتمسّك بالدفع بالتجريد هو مرحلة التنفيذ.[1] ولا يمكن إثارته في مرحلة المطالبة القضائية.

وبهذا تم الانتهاء من الحديث عن الشرط الأول لتمسّك الكفيل بالدفع بالتجريد غير أن هذا الشرط وحده غير كافٍ للأدلاء بالدفع من قبل الكفيل، بل لابد من توافر شرط له أهميته، وهو شرط الإرشاد، وهو ما سيتم توضيحه في الفرع الآتي.

الفرع الثاني:- قيام الكفيل على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله

تضمن المشرّع الليبي النص على هذا الشرط صراحة في نص المادة (1/798) من القانون المدني حيث جاء فيها: " إذا طلب الكفيل التجريد، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله".

وطبقاً للنص السابق لكي يحقق الدفع بالتجريد آثاره، لابد أن يكون هناك أساس قائم عليه؛ أي يجب أن يكون للمدين أموال يستطيع الدائن أن ينفذ عليها ويستوفي حقّه منها[2]، وقد عبر الفقه الإسلامي عن هذا الشرط بأنه "لا مطالبة لربه عليه إذا كان الغريم موسراً "، ذلك أن الذي عليه العمل، إذا طالب صاحب الدين الحميل، وكان الغريم موسراً؛ أي لديه أموال، فإن الحميل يكون ردّه على الطالب شأنك وغريمك، وإذا كان ردّ صاحب الدين أن الغريم معدوم، فإن الحميل يغرم؛ أي

---

[1] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 384.

[2] تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص73

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يدفع الدين إلا إذا أثبت يسار المدين، و ملاؤه[1]، أما إذا عجز المدين عن الوفاء بتنفيذ الالتزام كوجود محضر يثبت أن ليس لديه أموال ظاهرة،أو كان في حالة إفلاس، أو إعسار ظاهرة[2]، ففي مثل هذه الحالات تنتفي الحكمة من الدفع بالتجريد، ويسقط حق الكفيل في التمسك بهذا الدفع[3]، حيث اعتبر الفقه الإسلامي الغريم (المدين) –في مثل هذه الحالات–معدوم، ولا سبيل إلا بالتنفيذ على الحميل[4].

و قد يتبادر للذهن التساؤل الآتي، وهو ما هي الحكمة من إلزام الكفيل بهذا الشرط بالرغم من أن الدفع بالتجريد شُرع لمصلحته؟

عندما نصّ المشرّع على هذا الشرط لم يكن ذلك من باب الزيادة في التشريع، فهناك حكم تشريعية من وراء نصّ هذا الشرط، ويمكن تلخيصها في النقاط الآتية:–

أولاً:– إن هذا الشرط يقتضيه التزام الكفيل بضمانه لالتزام المدين، حيث إن الكفالة كما جاء في المادة (781) من القانون المدني الليبي أنها:" تعهد صادر من الكفيل للدائن بالوفاء بالتزام المدين إذا لم يف به المدين"، وطبقاً لهذا التعريف فإن المركز الاحتياطي الذي يتمتع به الكفيل بموجب عقد الكفالة، يقتضي أن يقوم الدائن بالتنفيذ على المدين أولاً قبل التنفيذ على الكفيل، فكان على الكفيل– في حالة إذا ما قام الدائن بالتنفيذ عليه، ويدفع في مواجهته بالدفع بالتجريد –مساعدة

---

[1] الزرقاني، عبدالباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد المصري، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، بيروت –لبنان، دار الكتب العلمية، ط 1،2002، ص53.

[2] كما أنه لا فائدة من تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد إذا اتحدت ذمة الكفيل والمدين بحيث أصبح أحدهما وارثاً للآخر، لعدم وجود كفيل يتميز عن المدين ويدفع بتجريده، ولكن يجوز للكفيل أن يدفع بالتجريد إذا كفل شخص البائع، بحيث يكون للكفيل رفع دعوى استحقاق للشيء المبيع ولا تدفع دعواه بأنه كفيل لأن له الحق ق التمسك بالدفع بالتجريد. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء10، مرجع سابق،ص120.

[3] عبد الرحمن،محمد شريف، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 253.

[4] الزرقاني، عبدالباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، مرجع سابق، ص54

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدائن في الحصول على حقّه من المدين، وذلك بارشاده إلى أموال المدين تفي بالدين، فهذا الشرط جاء بمثابة ثمن كفالة الكفيل للمدين[1].

ثانياً:- إن هذا الشرط تقتضيه جدّية التمسّك بالدفع بالتجريد، وذلك منعاً للكفيل من استخدام الدفع بالتجريد كوسيلة للتهرّب من التزامه بضمان المدين[2]، فعدم وجود هذا الشرط يجعل من الدفع بالتجريد حيلة يستخدمها الكفيل للتهرّب من أداء التزامه.

ثالثاً:- إضافةً إلى ذلك أن هذا الشرط تقتضيه الاعتبارات العملية حيث يوفر الوقت والنفقات، فإذا لم يقضي المشرّع توافر هذا الشرط، وتمسّك الكفيل بالدفع بالتجريد تجاه الدائن، لأدى ذلك لوقف التنفيذ تجاه الكفيل، ويباشر الدائن التنفيذ ضد المدين، فإذا اتضح له عدم وجود أموال للمدين تفي بالدين، فيكون الدائن قد أضاع الوقت والنفقات في التنفيذ ضد المدين، ولكن مع وجود شرط الارشاد يتفادى الدائن حدوث ذلك.

رابعاً:- ويزيل هذا الشرط التعارض بين مصلحة الدائن من جهة، ومصلحة الكفيل من جهة أخرى، لذا راعى المشرّع مصلحة الدائن، بأن منحه الكفالة كوسيلة من وسائل حماية حقّه ضد المدين، وذلك بموجب نصّ المادة (781) من القانون المدني الليبي، وفي المقابل راعى المشرّع مصلحة الكفيل حيث أعطاه الدفع بالتجريد، بموجب نص المادة (2/797)، وهنا يظهر التعارض بين حماية حقّ الدائن من جهة وتمسّك الكفيل ضده بالدفع بالتجريد من جهة أخرى.

إلا أن وجود هذا الشرط يزيل هذا التعارض، فطالما تعهد الكفيل بتنفيذ التزام المدين للدائن في حالة تخلف المدين عن الوفاء، فإنه يجب عليه أن يرشد الدائن لأموال المدين كي يحمي نفسه

---

[1] سعيد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق،ص 397.

[2] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 152.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من تنفيذ الدائن ضده، وبالتالي هذا الشرط يصّب في مصلحة الكفيل، والدائن و يحقق، توازن بين أصحاب العلاقة العقدية في عقد الكفالة الشخصية؛ فمصلحة الدائن تتمثل في الحصول على حقه، ومصلحة الكفيل تتمثل في حصول الدائن على حقه من المدين الأصلي، وعدم التنفيذ على أمواله، فلكي يضمن الكفيل ذلك عليه أن يُرشد الدائن لأموال للمدين تفي بالدين.

وبالرجوع لنص المادة (798) من القانون المدني الليبي يتضح أن المشرّع لم يكتف فقط بأن يقوم الكفيل بارشاد الدائن لأموال المدين، بل أنه ألزم الكفيل النفقات اللازمة لذلك؛ كمصروفات استخراج صور مستندات ملكية المدين للأموال التي دلَّ عليها الكفيل، ومصروفات الشهادات العقارية الخاصة بهذه الأموال[1]، ولا يشترط أن يدفع الكفيل مصروفات الارشاد مقدماً لصعوبة تقديرها[2]، وإنما يرجع بها الدائن على الكفيل [3]، والحكمة من وراء إلزام الكفيل بهذه النفقات أن الكفيل هو الذي يستفيد من هذه النفقات؛ لأنه بذلك يتجنب اجراءات التنفيذ التي شرع الدائن في مباشرتها نحوه [4]، كما أن الحكمة من إلزام الكفيل بالنفقات تكمن في سد الباب أمام الكفيل من التهرّب من الوفاء بالتزامه، وذلك بأنه زاد عليه عبء تحمل النفقات اللازمة لذلك.

ولكي يحقق هذا الشرط الحكمة التي شُرع من أجلها لابد أن يتوافر في المال المرشد إليه من قبل الكفيل مجموعة من الشروط، وقد ضَّمن المشرّع الليبي هذه الشروط في نص المادة (797) من القانون المدني حيث جاء فيها:: "....إرشاد الدائن لأموال المدين تفي بالدين كله،2-

---

[1] حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 128.

[2] بعكس ما جاء في القانون الفرنسي حيث يقوم الكفيل بتقديم المبالغ الكافية لذلك للدائن، ويتم تقدير هذه المبالغ من قبل المحكمة عند النزاع،كما تحدد المحكمة طريقة تقديم هذه الأموال. وذلك طبقاً لما ورد النصّ عليه في المادة (2023) من التقنين الفرنسي 0السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء10، مرجع سابق، ص125.

[3] أبوالسعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص172.

[4] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 152.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل،إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الليبية،أو كانت أموالاً متنازعاً فيها"، وما ورد ذكره في النص يمكن تلخيصه في النقاط الآتية:-

الغصن الأول:- أن تكون الأموال المرشد إليها كافية للوفاء بالدين بتمامه.

الغصن الثاني:- أن تكون الأموال غير متنازع عليها.

الغصن الثالث:- أن تكون الأموال موجودة على الأراضي الليبية.

وفيما يأتي تفصيلاً لهذه الشروط :-

الغصن الأول:- أن تكون الأموال المرشد إليها كافية للوفاء بالدين بتمامه:-

يجب أن تكون الأموال التي يرشد إليها الدائن من قبل الكفيل كافية لسداد الدين بالكامل، ذلك أن توافر مثل هذا الشرط في الأموال المرشد إليها من قبل الكفيل، تقتضيه الحكمة التي من أجلها شُرع الدفع بالتجريد، ذلك أن الهدف من منح الدفع بالتجريد هو اختصار الوقت والنفقات، فيجب أن تكون الأموال التي يرشد إليها الدائن كافية للوفاء بالدين كاملاً[1].

ولكن هل يجوز التمسك بهذا الدفع إذا كانت الأموال المرشد لها الدائن،من قبل الكفيل تفي بجزء من الدين ؟

بالرغم من صراحة نص المادة (1/797) من القانون المدني الليبي في هذا الخصوص، وذلك حيث تضمنت عبارة ".....تفي بالدين كله"، إلا أن آراء الفقهاء تباينت حول هذا الأمر، حيث ذهب جانب من الفقه [2]إلى أنه يسقط حقّ الكفيل في التمسّك بالدفع بالتجريد إذا كانت الأموال لا

---

[1] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص174.

[2] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 120؛ الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص133؛ عبده، محمد علي، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 130

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تفي بالدين كاملاً، واستندوا في تبرير ما ذهبوا إليه إلى أن السماح بذلك يؤدي إلى إلزام الدائن بقبول الوفاء الجزئي[1]، وهذا يعتبر مخالف للقواعد العامة [2]، وذلك طبقاً لما ورد النص عليه في (1/229) من القانون المدني الليبي [3].

كما أن قبول التمسك بالدفع بالتجريد لجزء من الدين يتنافى مع الحكمة التي من أجلها شُرع شرط الارشاد، فقد سبق وذكرنا أن شرط الارشاد يحقق للدائن مصلحة، حيث يوفر عليه الوقت والإجراءات،فهذا الشرط راعى به المشرّع مصلحة الدائن وذلك بتفاديه اتخاذ إجراءات التنفيذ مرتين المرة الأولى على أموال المدين ليستوفي ما تيسر منها،والمرة الثانية على أموال الكفيل ليستوفي ما تبقى من حقه[4].

وطبقاً لهذا الرأي، فإنه عند الارشاد إلى أموال المدين يجب النظر إلى صافي قيمة أمواله، وما إذا كانت تفي بالدين كاملاً أم أنها غير كافية[5]، وبناءً على ذلك، يجب ألا تكون أموال المدين مرهونة تأميناً لديون أخرى –دائن آخر غير المكفول عنه_ بحيث تستغرق هذه الديون أموال المدين[6]، ويُعبر الفقه المالكي عن هذه الحالة، بقوله: "إذا كان الذي عليه الدين مديناً، وصاحب

---

[1] وبعكس ذلك ذهب القانون الفرنسي، حيث يجيز اجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي، وبالتالي لا يشترط في المال المرشد إليه من قبل الكفيل أن يكون كافي لسداد الدين بأكمله، فالدائن لا يتضرر من قبول الوفاء الجزئي من المدين في هذه الحالة لأنه يرجع بما تبقى له من حق على الكفيل.ولكن المشرّع الفرنسي وضع قيد في هذه الحالة على الأموال المرشد إليها إذا كانت غير كافية لسداد الدين بأكمله وذلك بأن تكون ذات قيمة محسوسة في الوفاء بالدين، ولا يجوز أن يكون المال ذو قيمة ضئيلة.زهران، همام محمود،التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص156. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10،ص 121.

[2] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 120

[3] حيث جاء فيها:" لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاءً جزئيا لحقّه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

[4] عبده، محمد علي، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 130.

[5] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 399

[6] عبده، محمد علي، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 130.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحق يخاف إن قام عليه حاصاه الغرماء"[1]، ففي هذه الحالة يكون المدين أصلاً ليس لديه أموال يتم التنفيذ عليها، وبالتالي يسقط شرط من شروط تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد.

ونسرد المثال الآتي لتوضيح ذلك، فلو فرضنا أن قيمة الدين ل (أ) تبلغ 50.000 دينار وكان دينه مضمون بكفالة شخصية، ول (ج) تبلغ 35.000، وكانت قيمة أموال المدين المكفول عنه (ب) 100.000 دينار ،وكان للمدين سيارة قيمتها 65.000 دينار، وقام المدين برهنها للوفاء بدين ل (ج)، فعند تحديد صافي أموال المدين فيجب إخراج قيمة السيارة المرهونة (65.000) وبالتالي فإن صافي أموال المدين 35.000، والتي يكون للدائن (أ) حق التنفيذ عليها، ونظراً لأن أموال المدين غير كافية لسداد الدين كله فلدائن التنفيذ على الكفيل الشخصي دون أن يكون له حقّ التمسّك بالدفع بالتجريد لعدم توافر شروطه.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه أنه لا مانع من تمسّك الكفيل بالدفع بالتجريد إذا كانت أموال المدين غير كافية لسداد الدين بتمامه [2]، واستندوا في تدعيم رأيهم إلى ما يأتي:-

أولاً:- يرى هذا الجانب من الفقه أن ما استند عليه أصحاب الرأي الأول – أن الأموال المرشد إليها من قبل الكفيل إذا كانت غير كافية لسداد الدين يعتبر ذلك إجبار للدائن على قبول الوفاء الجزئي – مبرر غير مقنع [3]، فإذا كانت القاعدة العامة، تقضي بعدم جواز إجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئي، فإن هذه القاعدة ليست من النظام العام بحيث يجوز للأطراف الاتفاق

---

[1] الأصبحي، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، بيروت –لبنان، دار الكتب العلمية، الجزء 4، 1994 ط 1، ص100

[2] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 74؛ حجازي، عبد الجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص131؛ زكي، محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 118-119؛ زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 155.

[3] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص97-98.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على قبول الدائن الوفاء الجزئي بغض النظر عن الوقت الذي يقع فيه الاتفاق، ومن صور الاتفاق على قبول الدائن الوفاء الجزئي تلك الحالة التي يقوم فيها المدين بعد حلول الأجل بوفاء جزء من الدين، ويقبل الدائن هذا الوفاء الجزئي دون أن يكون هناك اتفاق مسبق بينهم، فهنا الاتفاق تم وقت الوفاء نفسه.

كما أن إجبار الدائن في هذه الحالة على قبول الوفاء الجزئي لا يعتبر الحالة الوحيدة في القانون الليبي [1]، وذلك كما ما ورد في المادة (1/801) من القانون المدني الليبي، حيث جاء فيها:: "إذا تعدد الكفلاء بدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قُسّم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل الإ بقدر نصيبه في الكفالة "، فما ورد في هذه المادة يعتبر إجبار للدائن على قبول الوفاء الجزئي، كذلك ما ورد النصّ عليه في المادة (2/352) من القانون المدني الليبي، و الخاصة بالمقاصة، حيث جاء فيها:: "يترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة..."؛ فالدين الأكبر الذي لم يسقط إلا في جزء منه في مقابلة الدين الأصغر يعتبر ذلك وفاء جزئي[2].

الا أن الباحثة ترى أن القياس الذي استند إليه الفقه– في اعتبار قبول الدائن للوفاء بجزء من أموال المدين المرشد إليها من قبل الكفيل – مع الحالات التي نص عليها القانون يعتبر قياس مع الفارق؛ لأن ما ورد في نصّ المادة (1/801)، والمادة(2/352) من القانون المدني الليبي يشير الى تطبيق صريح بنص القانون على قبول الدائن للوفاء الجزئي أما ما ورد في نص المادة

[1] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 398.

[2] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام "الأوصاف.الحوالة. الإنقضاء" القاهرة –مصر، دار النهضة العربية، 1970، الجزء 3، ص 760–761

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(1/789) من القانون المدني الليبي لا يشير الى أي تطبيق للوفاء الجزئي، فعبارة النص جاءت واضحة وصريحة.

ثانياً:- إن ما ورد في نصّ المادة (1/797) من القانون المدني الليبي بأن تكون أموال المدين كافية لسداد الدين كامل يتناقض مع تعريف الكفالة، حيث أن الكفالة كما ورد في نص المادة (781) من القانون المدني الليبي أنها: " عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن –بأن يفِ بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"، فكلمة الوفاء وردت عامة، وبالتالي تشمل الوفاء الاختياري والجبري[1].

ثالثاً:- إضافةً إلى ذلك أن تعدد الإجراءات يعتبر نتيجة قبلها الدائن في حالة عدم اشتراطه تضامن الكفيل مع المدين، فهذا التعدد في الإجراءات يجب على الدائن أن يقبله كنتيجة طبيعية لوجود مدين أصلي، ومدين احتياطي[2].

رابعاً:- كما أن حرمان الكفيل من التمسك بالدفع بالتجريد لعدم كفاية أموال المدين للوفاء بالدين كاملاً،يعني جعله مديناً أصلياً، وهذا يتناقض مع الصفة الاحتياطية التي يكتسبها الكفيل بموجب عقد الكفالة[3].

خامساً:- كما أن عدم قبول التمسّك بالدفع بالتجريد لعدم كفاية أموال المدين للوفاء بالدين كاملاً قد يدفع المدين للتملّص من مسؤوليته في مواجهة الدائن، وكذلك التحايل على الكفيل والدائن، وذلك بتهريب جزء كبير من أمواله كنقل ملكيتها للغير، لكي يتفادى رجوع الدائن عليه،

[1] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 155-156

[2] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 75.

[3] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 156-157

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتحميل الكفيل الوفاء بالالتزام، ومثل هذا التصرف فيه إضرار بمصلحة الكفيل التي هي أولى بالحماية [1].

فالمشرّع يناقض نفسه، فهو من جهة أعطى الكفيل هذا الحقّ، وأعطاه وحده حقّ التمسّك به، ولكن قيّد هذا الحق بهذا الشرط، وهذا القيد يحّد من حقّ الكفيل من التمسّك بالدفع بالتجريد.

كما أن التمسّك بالدفع بتجريد المدين حتى وإن كانت أمواله غير كافية فيه مصلحة للكفيل، وللدائن، فمصلحة الكفيل أن يوفي بالجزء المتبقي من الدين أفضل له من أن يفي بالدين كامل، وهذا من شأنه أن يخفف من التزامه، أما مصلحة الدائن هو الحصول على جزء من حقّه أفضل له من عدم الحصول على شيء[2].

وإذا كان الدائن في كل الأحوال سيتحصل على حقه كاملاً، فلماذا يتم التضيق على الكفيل وحرمانه من حق شرعه المشرّع لحماية مصلحته الخاصة، وتقيد هذا الحقّ بمثل هذا الشرط.

وفي هذا الخصوص، يقول الإمام مالك – رحمه الله–:"من تحمل برجل أو بما عليه، فليس للذي له الحق إذا كان الغريم حاضرا أن يأخذ من الكفيل شيئا إلا ما عجز عنه الغريم..."، حيث شبهوا الكفالة هنا بالرهن، فإذا كان لا يتم التنفيذ على المال المرهون إلا إذا لم يتم الحصول على الحق من الدائن، فكذلك أيضاً لا سبيل للرجوع على الكفيل الإ إذا لم يتم الحصول على الحقّ من المدين الأصلي[3]، وبما أنه في حالة التنفيذ على المال المرهون، ولم يكن كافياً للوفاء بكامل الدين، يتم الرجوع على باقي أموال المدين الأخرى، فكذلك أيضاً يحدث عند عدم كفاية أموال

---

[1] حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 131

[2] حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة، المرجع نفسه، ص 131

[3] المواق، محمد بن يوسف العبدرى المشهور بالمواق، التاج والإكليل لمختصر الخليل، المملكة العربية السعودية، مكتبة جامعة أل سعود، قسم المخطوطات، الجزء 7، ص 43

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدين الأصلي، بحيث يتم الرجوع على الكفيل، وهذا يدل على أنه يكون للكفيل التمسك بالدفع بتجريد المدين حتى وإن كانت أموال المدين غير كافية لسداد الدين كاملاً.

وبالتالي لكي يستطيع الكفيل أن يتمسّك بالدفع بالتجريد في مواجهة الدائن، يجب أن يكون للمدين أموال تفي بالدين، إلا أن هذا الشرط وحده غير كاف، بالنسبة للأموال التي يرشد إليها الدائن من قبل الكفيل، بل لابد أن تكون هذه الأموال قابلة للتنفيذ عليها، وتكون كذلك إذا كان غير متنازع فيها، كما سيأتي توضيحه.

الغصن الثاني:-أن تكون الأموال غير متنازع عليها:-

لكي يكون الدفع بالتجريد محققاً لأهدافه لابّد أن تكون أموال المدين المرشد إليها من قبل الكفيل غير متنازع عليها، وقد ورد هذا الشرط صراحةً في عجز المادة (798/2) من القانون المدني الليبي، ولم يحدد المشرّع المقصود بالمال المتنازع فيه، فهل المشرّع قصد من ذلك تطبيق نص المادة (2/458) من القانون المدني الليبي [1]، أم أنه قصد معنى آخر للمال المتنازع فيه؟

نظراً لخلو النصوص القانونية الخاصة بالكفالة من نص يحدد المقصود بالمال المتنازع فيه، فقد أدّى ذلك لفتح المجال لاجتهاد الفقهاء، حيث ذهب جانب من الفقه [2]، إلى تطبيق نص المادة (2/458) من القانون المدني الليبي، على الأموال المرشد إليها من قبل الكفيل، بحيث يعتبر المال متنازع فيه متى قامت بشأنه دعوى، أو قام بشأنه نزاع جدي، وتقدير جدية النزاع أمر متروك

[1] حيث قضت "2-ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي"

[2] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 157؛ أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 175؛ عبدالرحمن، محمد شريف، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 254.الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 134.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لقاضي الموضوع[1]. وتؤيد الباحثة هذا الرأي؛ فهذا الرأي رجع للقواعد العامة، ولا توجد أي إشكالية في تطبيق نصّ المادة السابقة في إطار الأموال المرشد إليها من قبل الكفيل إذا ما أراد الأخير التمسّك بالدفع بالتجريد، بل أن هذا الرأي يتفق مع الحكمة التي من أجلها شرع الدفع بالتجريد، ولا مانع من تطبيقه طالما أنه يحفظ لكلا الأطراف حقه، فهذا الرأي يحقق التوازن بين مصلحة الكفيل والدائن.

بينما يرى جانب آخر من الفقه[2]، أنه لا يمكن تطبيق نص المادة (2/458) لتحديد المقصود بالمال المتنازع فيه في الكفالة الشخصية، وإنما يجب أن يؤخذ بمفهوم أوسع، بحيث يتفق مع الأساس الذي يقوم عليه الدفع بالتجريد، بحيث يكون المال متنازع فيه إذا استلزم للتنفيذ عليه إجراءات طويلة ومعقدة [3].

ولكن لو تم تفسير هذا الرأي، لوجد أنه يُرجح مصلحة الدائن على مصلحة الكفيل، بالرغم من أن الدفع بالتجريد شُرع لمصلحة الكفيل، والأخذ بالمفهوم الأوسع للمال المتنازع فيه لا يتفق مع الأساس الذي يقوم عليه الدفع بالتجريد، فأساس الدفع بالتجريد هو حماية الكفيل، وتأكيد دوره الاحتياطي، ذلك أن الكفيل يلتزم بالوفاء بدين غيره، ولا مصلحة له في ذلك، فكان من العدالة أن لا تنزع أمواله منه، بينما أموال المدين قائمة، وإن كانت تحتاج لوقت طويل للتنفيذ عليها، وبناءً على ذلك، لا يمكن حرمان الكفيل من التمسك بالدفع بالتجريد لمجرد أن الأموال المرشد إليها تحتاج للتنفيذ عليها وقت طويل في الإجراءات.

---

[1] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 157؛ أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 175.

[2] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 99؛ حجازي، مصطفى عبد الجواد عقد الكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 129.

[3] وبالتالي يعتبر من ضمن المال المتنازع عليه طبقاً لهذا المفهوم العقار المثقل بالرهون وذلك نظرا لبطء وتعقد اجراءات التنفيذ عليه. سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 100.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإذا كان المشرّع اشترط في الأموال المرشد إليها أن تكون غير متنازع فيها، فإن ذلك يمكن إرجاعه للأسباب الآتية:-

1. يكمن السبب الرئيسى في عدم استقرار هذه الأموال في ذمة المدين لاحتمال أيلولة ملكيتها لشخص آخر غير المدين، ذلك أن النزاع قد يسفر عن عدم ملكية المدين لهذه الأموال وأيلولتها للمنازع عليها، مما يجعل هذه الأموال غير مأمونة العاقبة [1].
2. إن فضّ النزاع بشأن هذه الأموال لتحديد ملكيتها يحتاج اللجوء إلى القضاء في أغلب الأحيان، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى طول في الإجراءات وتعقيدها، مما يؤدي الى صعوبة التنفيذ عليها[2].
3. إضافةً الى ذلك إذا كان المال متنازع فيه، فإن الإرشاد سيكون صورياً، وبمثابة السراب[3]؛ فالمقصود بالصورية في اللغة هي الشيء الخيالي غير الواقعي، ويُقال للعقد الذي ليس له وجود قانوني بالرغم من مظهره وشكله بأنه عقد صوري [4]، وبالتالي الارشاد للمال المتنازع عليه يكون ارشاد غير حقيقي لأن ملكية المال غير ثابتة في ذمة المدين بشكل قطعي وقانوني.
4. كما أن الإرشاد إلى أموال متنازع عليها يكلف الدائن نفقات كبيرة،[5] ولكن الباحثة تخالف ذلك؛ لأن نفقات الارشاد تكون على الكفيل طبقاً لما ورد النص عليه في المادة (1/798)، ولا يتحمل الدائن أية نفقات ترهقه.

---

[1] عبدالرحمن، محمد شريف المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 254

[2] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء10، مرجع سابق، ص122

[3] زهران، همام محمود محمد، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 157.

[4]. أبو الفضل، محمد بن مكرم بن منضور الأفريقي المصري، جمال الدين، لسان العرب، بيروت –لبنان،دار صادر،المجلد 4، باب الصاد، ص2525.

[5] حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 129.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

5. كما أن الأموال المتنازع عليها لا يمكن الحجز عليها، وبالتالي لا يمكن طلب تجريد هذا المال،ذلك أن العبرة ليس بوجود المال، بل بالقدر الذي يستطيع الدائن أن يستوفي حقّه من ثمن هذا المال[1].

وبناءً على ما سبق، فقد اعتبر رأي من الفقه [2] أن الحصة الشائعة من قبيل المال المتنازع عليه، وذلك في حالة وجود دائن له حقّ مقيد، وترتب هذا الحق على أعيان مفرزة، بحيث تكون الحصة الشائعة من ضمنها، ذلك أن الدائن يكون له الحقّ في التنفيذ على الأعيان المفرزة، والاعتراض على قائمة شروط البيع، ووقف إجراءات التنفيذ الخاصة بالحصة الشائعة.

ولكن هناك من يرى أن الحصة الشائعة لا تعتبر مال متنازع فيه دون أن يبين ما استند عليه في ذلك [3]، وطبقاً لهذا الرأي يجوز للكفيل التمسّك بالدفع بالتجريد إذا كان للمدين أموال، وكان من ضمن هذه الأموال مال شائع.

الغصن الثالث:- أن تكون الأموال متواجدة داخل الأراضي الليبية:-

يجب أن تكون الأموال التي يتم إرشاد الدائن لها من قبل الكفيل موجودة داخل الأراضي الليبية [4]، إذ لا عبرة بالأموال التي يرشد إليها الكفيل إذا كانت موجودة خارج الأراضي الليبية، ولقد ورد النصّ على ذلك في المادة (2/798) من القانون المدني الليبي، حيث جاء فيها:: "ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل، إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الليبية...".

---

[1] تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 74.

[2] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 401.

[3+] زكي، محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 118

[4] كان التقنين الفرنسي القديم لا يشترط لتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد وجود الأموال المرشد إليها داخلّ الأراضي الفرنسية، ثم عدل عن ذلك في التقنين المدني الجديد وذلك طبقاً لما ورد النصّ عليه في المادة (2024) حيث جاء فيها " ويجب على الكفيل أن يدل الدائن على الأموال التي توجد لدى المدين...".

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والحكمة من هذا الشرط هو التسهيل على الدائن عند التنفيذ على الأموال المرشد إليها، فالمشرّع راعى مصلحة الدائن، ذلك أن وجود الأموال خارج الأراضي الليبية فيه إرهاق للدائن عند إجراء التنفيذ عليها، إضافةً إلى تأخره في الحصول على حقّه إذا باشر إجراءات التنفيذ في الخارج، وبالتالي أراد المشرّع أن يُجّنب الدائن طول الإجراءات وتعقيدها[1]، وترى الباحثة أن هذا الشرط فيه مصلحة للكفيل ايضاً، باعتبار أن الارشاد سيتم من قبله وعلى نفقته، فإذا كانت الأموال خارج الأراضي الليبية، فإن إثبات وجود المال في الخارج فيه إرهاق للكفيل، كما أنه سيكلفه نفقات قد تزيد على قيمة الدين المضمون.

وإذا كانت الأموال موجودة داخل الأراضي الليبية يستوي بعد ذلك الجهة التي تقع فيها، حيث لا يشترط أن تقع في الجهة التي يجب أن يتم الوفاء فيها[2].

وبالتالي لكي يستطيع الكفيل التمسك بالدفع بالتجريد في مواجهة الدائن، لا يكفي ارشاد الدائن لأموال المدين، بل لابدّ أن تكون كافية لسداد الدين، وغير متنازع فيها وغير واقعة خارج الأراضي الليبية، ويكون على الكفيل عبء إثبات ذلك، ويخضع كل ذلك لتقدير سلطة قاضي الموضوع دون أن يخضع في تقديره لرقابة محكمة النقض[3].

ولكن هل يشترط أن يكون المدين أيضاً متواجداً على الأراضي الليبية؛ أي حاضراً حتى يستطيع الكفيل التمسّك بالدفع بالتجريد؟

---

[1] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 176.

[2] بينما اشترط التقنين الفرنسي الجديد أن تكون الأموال المرشد إليها موجودة في الجهة التي يجب الوفاء فيها سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 376؛ الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 134

[3] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 401.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالرجوع للقانون المدني الليبي، والفقه لم يتطرّق أي منهم لضرورة أن يكون المدين حاضراً أي متواجداً بالأراضي الليبية، فالمشرّع كان صريحاً في المادة (1/798) بأن اشتراط أن تكون أموال المدين التي يرشد إليها الدائن متواجدة داخل الأراضي الليبية، أما تواجد المدين لم يتطلبه، وبالرجوع للفقه الإسلامي، وبالتحديد للفقه المالكي، فإنه تطلب لتمسّك الكفيل بالدفع بالتجريد أن يكون المدين حاضراً، فإذا كان المدين غائباً لا يكون للكفيل التمسك بالدفع بتجريده، واستثنى الفقه المالكي من ذلك إذا كان للمدين أموال حاضرة ظاهرة، يستطيع الدائن التنفيذ عليها واستيفاء حقه منها، ففي مثل هذه الحالة يكون للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد حتى وإن كان المدين غائباً[1]، حيث جاء عن الإمام مالك– رحمه الله –: ".....إلا أن يكون للذي عليه الدين أموال حاضرة ظاهرة فإنها تباع أمواله في دينه.."[2]، وهذا الاستثناء يتفق بمفهوم المخالفة مع ما اشترطه المشرّع الليبي في المادة (2/798)، حيث جاء فيها: "و لا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل، إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي الليبية، أو كانت أموالا متنازعا فيها"، وترى الباحثة بان المشرّع الليبي قد اتجه للرأي الصائب؛ لأن الدائن يقوم بالتنفيذ على الأموال، وطالما أن الأموال موجودة على الأراضي الليبية سيُسهل ذلك مهمة التنفيذ على هذه الأموال من قبل الدائن، بغض النظر عن تواجد المدين من عدمه.

هذا كل ما يمكن سرده في ثنايا هذا الشرط، ولكن يبقى الإدلاء بالدفع بالتجريد من قبل الكفيل مرهون بشرط آخر، ولا يقل أهمية عن الشرطين السابقين، بل أن هذا الشرط هو المقياس لإمكانية تمسّك الكفيل بالدفع من عدمه، ويتمثل هذا الشرط في عدم تضامن الكفيل مع المدين،

---

[1] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 358.

[2] الأصبحي، الامام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء 4، مرجع سابق، ص99– 100.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وسيتم توضيح هذا الشرط في المطلب الآتي لكي تكتمل الشروط الخاصة بإثارة هذا الدفع من قبل الكفيل.

الفرع الثالث:- الكفيل غير متضامن مع المدين

إن التزام الكفيل في عقد الكفالة هو التزام تابع لالتزام المدين، وبموجب هذه التبعية يكتسب الكفيل في عقد الكفالة مركز احتياطي[1]، ولا يكون مسؤول مسؤولية أصلية عن التزام المدين، و إذا أراد الدائن التنفيذ على الكفيل أولاً، كان له بموجب مركزه الاحتياطي أن يدفع في مواجهة الدائن بالدفع بالتجريد، إلا أن تمسّك الكفيل بالدفع بالتجريد يقتضي عدم وجود تضامن بين الكفيل والمدين.

فإذا كان الكفيل متضامن مع المدين، فإن الكفيل يفقد حقه في التمسك بهذا الدفع، ولقد ورد النص على ذلك صراحة في نص المادة (802) من القانون المدني الليبي، حيث جاء فيها: "**لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد**"، فطبقاً لهذا النص ينتفي المركز الاحتياطي الممنوح للكفيل في عقد الكفالة، وهذا يخول الدائن الحق في التنفيذ على الكفيل أولاً، دون أن يكون للكفيل دفع هذا التنفيذ، ففي مثل هذه الحالة أحكام التضامن هي التي تطبق في العلاقة بين الدائن والكفيل، حيث يصبح الكفيل مدين آخر للدائن، ويكون للدائن الخيار في مطالبة من شاء منهما (المدين الأصلي أو الكفيل)[2].

---

[1] ونظراً لارتكاز الدفع بالتجريد على فكرتي التبعية والاحتياطية، فقد أفرد لها مبحث خاص بها من هذا الفصل.

[2] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص143-144؛أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 172-173؛ العمروسي، أنور،التضامن. التضامم.الكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 149-150.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أن طبيعة التضامن، ومنطقه تخول للدائن مطالبة أي من المتضامنين بكامل الدين دون أن يكون لأي منهما حقّ الاعتراض على ذلك [1].

وذهب رأي من الفقه [2]. أن التضامن في الكفالة لا يؤثر على صفة التبعية لالتزام الكفيل، وكل ما يكون للتضامن من أثر أنه يعطي الدائن ضماناً أكبراً، فالكفيل المتضامن لا يكون في مرتبة المدين المتضامن الذي يلتزم بالدين بصفة أصلية، بل يبقى كالكفيل العادي، ويظل ملتزم بالدين بصفة تبعية[3]. وبموجب هذه التبعية، يكون للكفيل المتضامن التمسك بكل الدفوع التي تكون للكفيل العادي، باستثناء الدفع بالتقسيم، والدفع بالتجريد والدفع بالرجوع على المدين أولاً[4].

ولكن الباحثة ترى عكس ذلك، فالتضامن وإن كان لا يؤثر على صفة التبعية باعتبار أنه يقوم على ضمّ ذمة الى ذمة، إلا أنه يؤثر على صفة التبعية المقصودة من الكفالة الشخصية، فإذا كانت التبعية هي التي تميز الكفالة –عن التأمينات الشخصية بصفة عامة وعن التضامن بصفة خاصة –بحيث يكون الكفيل بموجب التبعية في مركز احتياطي، فإن الكفيل يفقد هذا المركز إذا كان متضامناً مع المدين، وبالتالي يؤثر التضامن على صفة التبعية المقصودة من الكفالة الشخصية.[5]

---

[1] عبده، محمد علي، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص126.

[2] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص34؛ حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 40.

[3] حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 40.

[4] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، ص 11–152.

[5] وما ورد في المادة (803) من القانون المدني الليبي، والتي تقضي أنه: "يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين"، يؤكد أن التضامن بين الكفيل والمدين يؤثر على فكرة التبعية المقصودة في الكفالة الشخصية، ولا يؤثر على فكرة التبعية التي تلحق أغلب التأمينات الشخصية، فالمشرّع أعطى للكفيل المتضامن الحق في التمسك بالدفوع المتعلقة بالدين باعتبار أن التزام الكفيل قد نشأ تبعاً لالتزام المدين، و ترى الباحثة أن هذا النوع من الدفوع يكون أيضاً للمدين المتضامن، وتتمثل في الدفوع المشتركة بين

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبناءً على ما سبق يمكن القول بأن فكرة التضامن السلبي تطبق على الكفيل المتضامن مع المدين في الوفاء بالالتزام؛ فبموجب هذا التضامن يصبح الكفيل ملتزم بصفة أصلية بالدين تجاه الدائن، وإذا ما أراد هذا الأخير أن ينفذ ضد الكفيل، فإنه لا يكون للكفيل الدفع بالتجريد في مواجهة الدائن؛ لأن الدائن بموجب التضامن يكون له الحقّ في مطالبة أي من المدينين والتنفيذ عليه [1].

وبالرجوع للفقه الإسلامي والنظر لموقفه من هذا الشرط يتضح أنه قرر قاعدة (أن التابع لا يتقدّم على المتبوع) المتفرعة عن قاعدة (التابع تابع)؛ أي أن الكفيل باعتباره تابع لا يتقدم على المدين وهو المتبوع[2]، إلا أن وجود التضامن بين الكفيل والمدين يُبطل عمل هذه القاعدة، حيث ذهب الفقه المالكي، أنه لكي يستطيع الكفيل التمسّك بالدفع بالتجريد، يجب ألا يشترط المكفول له على الضامن أن يأخذ حقّه من أيهما شاء الأصيل أو الضامن أو أن يتقدم الضامن على الأصيل في الوفاء[3]، فإذا أخذ التزام الكفيل إحدى هذه الصور كان متضامناً بالمعنى القانوني، وسقط حقّه في التمسّك بالدفع بالتجريد، ويكون للدائن الحّق في التنفيذ على الكفيل دون أن يدفع في مواجهته بالدفع بالتجريد.

وإذا كان التضامن سبب في منع الكفيل من التمسّك بالدفع بالتجريد في القانون المدني الليبي، والمذهب المالكي [4]، فإن ذلك راجع أن كل منهما جعل الكفيل في مركز احتياطي، باعتبار أن العلاقة بين الكفيل والدائن تقوم على تعهد صادر من الكفيل للمكفول له، بأن يقوم بالوفاء بالدين إذا لم يفِ به المدين.

المدينين كأن يكون العقد الذي أنشأ الالتزام التضامني باطلاً. ومن ذلك تصل الباحثة إلى أن الفقه قد أخطأ في تفسير ما ورد في المادة (803) من القانون المدني الليبي.

[1] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 173

[2] الزرقا، الشيخ أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، دمشق، دار القلم، ط 2، 1989،ص253،

[3] الخفيف، على، الضمان في الفقه الإسلامي،(الكفالة،الديات)، القسم 2، دراسة مقارنة، د.ن، 1973، ص 103

[4] وسيتم تفصيل موقف الفقه المالكي في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

و في المقابل جعل القانون الأردني عقد الكفالة قائم على وجود تضامن بين الكفيل والمدين، فالكفالة تقوم على ضمّ ذمة الكفيل لذمة المدين في المطالبة بالوفاء بالالتزام[1]، وبالتالي نفى المركز الاحتياطي للكفيل بأن جعله ملتزم أصلي بالدين، وهذا يستشف من نصّ المادة (950) من القانون المدني الأردني، حيث جاء فيها:: " الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام "[2]؛ فالتضامن مفترض بنص القانون، وبالتالي كمبدأ عام لم يأخذ المشرّع الأردني بالدفع بالتجريد في صورته العامة بالرغم من وجود نصوص قانونية ضمن الأحكام القانونية المتعلقة بالكفالة في القانون المدني الأردني تشير على وجود صفة التبعية لالتزام الكفيل. وسيتم مناقشة هذا الموضوع والخوض في تفاصيله في الفصل الثاني باعتبار ارتكاز دراسة الفصل على هذه الجزئية.

وإذا كان التضامن هو سبب منع الكفيل من التمسّك بالدفع بالتجريد، فإن التضامن الذي يمنع الكفيل من التمسك بالدفع بالتجريد في مواجهة الدائن هو التضامن بين الكفيل والمدين، أما التضامن بين الكفلاء في حال تعددهم، فإنه لا يمنع أي منهم من التمسّك بالدفع بالتجريد في مواجهة الدائن [3]، وفي المقابل قد يكون الكفيل قد كفل مدين واحد لأكثر من دائن فهل التضامن بين الكفيل والمدين، يمنع الكفيل من دفع تنفيذ كل الدائنين ضده ؟

---

[1] السرحان، عدنان، شرح القانون المدني العقود المسماة، "المقاولة،الوكالة، الكفالة "، الأردن، دار الثقافة، ط 1، 2007، ص 213.

[2] القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، المنشور على الصفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645، بتاريخ 1976/8/1.

[3] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 144.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نقترح للإجابة على هذا التساؤل الفرضيات الآتية:-

الفرضية الأولى:- كل الدائنين دائنين بالدين نفسه للمدين المتضامن مع الكفيل، وفي هذه الحالة لا يكون للكفيل دفع تنفيذ الدائنين؛ لأن الكفالة تقوم على تعهد صادر من الكفيل للدائن في الوفاء بالالتزام إذا لم يفِ به المدين، والدائنين في هذه الفرضية يكونوا متضامنين فهم دائنين للمدين نفسه، وفي الدين ذاته، فلا يكون للكفيل دفع تنفيذ الدائنين.

الفرضية الثانية:- تعدد الدائنين بديون مختلفة، تقوم هذه الفرضية على وجود مدين لأكثر من دائن بحيث تكون كل علاقة مديونية مستقلة عن الأخرى، مع وجود كفيل واحد يكفل كل الديون، فهنا إذا تضامن الكفيل مع المدين، وكان التضامن شامل لكل الديون، فإن الكفيل لا يكون له الحق في دفع تنفيذ أي من الدائنين، أما إذا كان التضامن بين الكفيل والمدين خاص ببعض الديون دون الآخر، فإن الكفيل يكون له الحق في دفع تنفيذ الدائنين غير المتضامنين دون الدائنين المتضامنين.

والتضامن الذي يُسقط حقّ الكفيل في التمسّك بالدفع بالتجريد لا يكون مفترض[1]، فقد يكون مصدره القانون كما في الكفالة القضائية والقانونية، حيث نصت المادة (804) [2]من القانون المدني الليبي على أنه: "في الكفالة القضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين"[3]،

---

[1] طبقاً لما نصّت عليه المادة (266) من القانون المدني الليبي، حيث جاء فيها: " **التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون**"

[2] المقصود بالكفيل القضائي هو الذي يكون المدين ملزما بتقديمه بموجب حكم قضائي في أحوال معينة نص عليه القانون، أما الكفيل القانوني هو الذي يلزم المدين بتقديمه بموجب نص في القانون. تناغو،سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 79

[3] ويمكن أن يفهم من المادة (804) أن التضامن في الكفالة القضائية والقانونية يكون بين الكفيل والمدين إذا كان الكفيل واحداً وهذا هو الغالب في الحدوث، ولكن لا مانع من أن يشمل النصّ أيضاً تضامن الكفلاء- القانونين أو

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما قد يكون مصدر التضامن الاتفاق؛ أي تعبير عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، سواءً كان هذا الاتفاق وارد في العقد الذي أنشأ الالتزام، أم كان الاتفاق تالياً له، وإذا لم يشترط التضامن فُسّر العقد لمصلحة الكفيل، فيكون غير متضامن، وإذا كان التضامن لا يفترض، فإن هذا لا يعني أنه لا يعتدّ بالتعبير الضمني، فالشرط المفترض غير الشرط الضمني، حيث أن التعبير الضمني يكون له أثره أيضا، ولكن يشترط أن تكون دلائل التعبير الضمني واضحة لا خفاء فيها، حيث يقوم قاضي الموضوع بتفسير هذه الدلائل مستعيناً في ذلك بأحكام التفسير، وعند الشك في قيام التضامن يعتبر التضامن غير موجود، ويكون للكفيل حقّ التمسك بالدفع بالتجريد في مواجهة الدائن باعتبار أن ذلك فيه مصلحة للكفيل[1].

وإذا كان تضامن الكفيل مع المدين يُفقد الكفيل حقّه في التمسّك بالدفع بالتجريد، فهل يجوز للكفيل المتضامن الاحتفاظ بحقه في التجريد رغم تضامنه مع المدين؟

لقد اختلف الفقه حول مدى إمكانية احتفاظ الكفيل المتضامن مع المدين بحقه في الدفع بالتجريد،حيث ذهب البعض إلى أنه يجوز للكفيل المتضامن الاحتفاظ بهذا الحق رغم تضامنه مع المدين[2]، وذلك في حالة إذا كان طبيعة التضامن تقتضي حرمان الكفيل من التمسك بالدفع بالتجريد، ففي مثل هذه الحالة لا مانع من احتفاظ الكفيل بحقه في الدفع بالتجريد رغم تضامنه مع

القضائيين – فيما بينهم في حال تعددهم ، فعلى الرغم من ندرة وجود تعدد في الكفلاء القضائيين أو القانونيين الإ أنه ليس هناك ما يمنع من شمول النصّ لذلك. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء10، مرجع السابق، ص141

[1] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 142-141.

[2] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 92؛ العمروسي، أنور، التضامن،التضامم، الكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 150.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدين، وذلك بأن يتفق مع الدائن في عقد الكفالة على الاحتفاظ بحقه في التمسك بالدفع بالتجريد رغم تضامنه مع المدين[1].

بينما ذهب رأي آخر للقول بعدم إمكانية احتفاظ الكفيل المتضامن مع المدين بحقّه في الدفع بالتجريد[2]؛ لأنه إذا أُعطي الكفيل المتضامن الحقّ في الاحتفاظ بالدفع بالتجريد، فإن ذلك يؤدي لوجود تعارض مع مضمون التضامن، والحكمة التي شُرع من أجلها [3].

حيث تُفسر الباحثة ذلك بأن التضامن السلبي من التأمينات الشخصية التي أعطاها المشرّع للدائن لحماية حقّه تجاه المدين، ويقوم على فكرة تعدد المدينين لدائن واحد، حيث يستطيع الدائن أن يطالب كل مدين بكامل الدين دون أن يعترض أي منهم على هذه المطالبة، وإذا أعطى الكفيل المتضامن الحق في الاحتفاظ بالدفع بالتجريد فإن ذلك يؤدي لوجود تعارض مع مضمون التضامن، والحكمة التي شُرع من أجلها من جهة، ومن جهة أخرى وجود التضامن بين الكفيل والمدين فيه تقوية لحقّ الدائن، وغالباً ما يكون الدائن يعول على وجود شرط التضامن بين الكفيل والمدين لزيادة تقوية ضمانه، وبالتالي احتفاظ الكفيل بحقه في الدفع بالتجريد رغم تضامنه مع المدين ينقص الضمانات الممنوحة للدائن.

كما أن مثل هذا الاتفاق لا يجعل الكفيل متضامناً في الواقع، ولو وُصف بأنه كذلك، وذلك يعود إلى أن تكيف العلاقات القانونية هو أمر يستقل به القاضي، ولا يتقيد بالوصف الذي يضفيه المتعاقدين على العلاقة القانونية، وإنما يتقيد بما يقرره القانون، وهذا يترتب عليه أنه حتى في حالة

---

[1] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 92.

[2] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص69؛ زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 144-145؛ حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 124.

[3] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص370.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

اتفق الأطراف على إحتفاظ الكفيل المتضامن مع المدين بحقه في الدفع، فإن القاضي لن يهتم بهذا الوصف؛ لأنه يتعارض مع الوصف القانوني الذي يجب أن يتقيد به[1].

ونرجح الباحثة ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني، فالتضامن والدفع بالتجريد كلاهما من الأنظمة القانونية، ولكل منهما خصوصيته، وهما متناقضين، ولا يمكن أن يجتمعان للشخص ذاته، فالكفيل المتضامن مع المدين يصبح في المرتبة ذاتها مع المدين في الوفاء بالالتزام،ويكون مركزه في الوفاء بالالتزام أصلي وليس احتياطي، والدفع بالتجريد يكون لشخص مركزه في تنفيذ الالتزام احتياطي، وبالتالي لا يمكن أن يجتمع مركز الأصيل والاحتياطي لشخص الكفيل.

وإذا كان التضامن بين الكفيل والمدين الأصلي يُسقط حقّ الكفيل في التمسّك بالدفع بالتجريد، فهل يؤثر هذا التضامن على حقّ كفيل الكفيل (المصَّدق) في التمسّك بالدفع بالتجريد[2]؟

تقتضي الاجابة على هذا التسأل النظر إلى الشخص الذي يريد المصِّدق ممارسة الدفع في مواجهته ما إذا كان الكفيل أو المدين الأصلي، حيث أنه لا خلاف في أن تضامن الكفيل مع المدين لا يؤثر في حقّ المصِّدق في التمسك بالدفع بتجريد الكفيل إذا لم يكن متضامناً معه، أما إذا كان المصِّدق متضامن مع الكفيل فإنه لا يكون له التمسك بتجريد الكفيل، إلا أن الخلاف الذي حدث حول حقّ تمسّك المصِّدق بالدفع بتجريد المدين المتضامن مع الكفيل[3].

---

[1] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق،ص 69.

[2] إن هذا التساؤل لا يشمل مصَّدق الكفيل القضائي أو القانوني وذلك راجع إلى أن التضامن لا يفترض، فإن المصَّدق لا يكون متضامن مع المدين أو الكفيل، وبالتالي يبقى محتفظاً بحقّه بالدفع بالتجريد. زهران، محمود همام، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص146.

[3] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 173

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حيث اختلفت الآراء الفقهية بهذا الخصوص، فذهب البعض إلى أن المصَّدق لا يكون له الحق في تجريد المدين [1]، واستند هذا الرأي إلى أنه طالما أن كفيل المدين نفسه لا يستطيع أن يدفع بالتجريد في مواجهة المدين، فمن باب أولى عدم أحقية كفيل الكفيل بالدفع في مواجهة المدين[2]، كما أن السماح المصدِّق بالدفع بالتجريد في مواجهة المدين يؤدي إلى انتقاص حقوق الدائن [3].

وتفسر الباحثة ذلك بأن الكفالة من التأمينات الشخصية التي منحها المشرّع للدائن لضمان الحصول على حقه، ولا يستطيع الدائن أن التنفيذ على الكفيل إلا إذا قام بالتنفيذ على المدين، ولم يتحصل على حقه أو تحصل على جزء من حقه، وإذا ما أراد التنفيذ على الكفيل أولاً، تصدى الكفيل لتنفيذ الدائن عن طريق الدفع بالتجريد، ولكن في حال وجود تضامن بين الكفيل والمدين يكون للدائن الحق في التنفيذ على أيهما شاء دون أية عرقلة في ذلك.

ويقوي التضامن ضمان الدائن لحقه، فإذا ما أجيز للمصَّدق الدفع بتجريد المدين، لأدّى ذلك من انتقاص حق الدائن وانقاص ضمانه، باعتبار أن الدائن سيتقيد بحيث لا يستطيع مطالبة الكفيل إلا بعد مطالبة المدين أولاً.

بينما ذهب رأي من الفقه تؤيده الباحثة،بأن ليس هناك ما يمنع من تمسك المصِّدق بالدفع بتجريد المدين المتضامن مع الكفيل[4]، واستندوا في ذلك للقول بأن للمصَّدق دفوع مستقلة عن دفوع

---

[1] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 70؛ الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 148؛ زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، 143. أبو السعود، زهران، محمود همام، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 123-14.

[2] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 70.

[3] أبوالسعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 174.

[4] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 92.

© Arabic Digital Library Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الكفيل، وبالتالي لا يمكن حرمانه من هذه الدفوع إلا إذا كان متضامناً مع الكفيل،أما ما استند عليه أصحاب الرأي السابق في أن تمسك المصدق بالدفع بتجريد المدين ينقص من ضمان الدائن، فاعتبروا ذلك قول غير مقبول؛ فالتضامن لا يُفترض، فيكون بموجب اتفاق أو نص قانوني، ومتى لم يشترط الدائن تضامن الكفيل مع المصَّدق، فإنه لا يكون للدائن المساس بمركز المصَّدق[1].

بينما اتجه رأي آخر[2] بالقول بأنه إذا كان المصدق متضامناً مع الكفيل، فإن حقّ المصِّدق في تجريد المدين الأصلي يقتضي التمييز بين حالتين؛ أولها:.إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يملك المصِّدق الدفع بتجريد المدين، وثانيهما: إذا كان الكفيل غير متضامناً مع المدين، فإنه يكون للمصَّدق تجريد المدين؛ فالدفع بالتجريد يستمده المصدق بالتبعية لالتزام الكفيل[3].

ومن كل ما سبق، يمكن القول بأن الغرض من الدفع بالتجريد هو سلوك الدائن للطريق الطبيعي في اقتضاء حقه، ولكي لا يكون وسيلة يستخدمها الكفيل للتسويف في تنفيذ التزامه، أحاطه المشرّع بمجموعة من الشروط، التي هي بمثابة قيود واردة على استعمال هذا الحق من قبل الكفيل.

وبهذا تم الانتهاء بكل ما يتعلق بهذا المطلب، فإذا اجتمعت الشروط السابقة بحيث لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، وتمسك بحقه بالدفع بالتجريد، وكان للمدين أموال يمكن التنفيذ عليها، فيكون الدفع منتجاُ لأحكامه، والتي ستكون محل بحث ودراسة المطلب القادم من هذا المبحث.

---

[1] تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 100،

[2] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 138.

[3] وفي المقابل نجد التقنين المدني الفرنسي قد حسم أمر كفيل الكفيل وحقّه في تجريد المدين والكفيل وذلك بموجب نص المادة (2043)ومنع المصدق تجريد كل من الكفيل والمدين. زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 146

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني:- الأحكام القانونية المترتبة على التمسك بالدفع بالتجريد

إذا توافرت الشروط التي ذكرت سابقاً في المطلب السابق، فإن الكفيل يستطيع ممارسة حقّه في إثارة الدفع بالتجريد، ويترتب على ذلك آثار تتمثل في وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، و إلزام الدائن بالتنفيذ على أموال المدين المرشد إليها من قبل الكفيل، بالإضافة الى مسؤولية الدائن عن إعسار المدين،.وهذه الآثار منها ما هو نتيجة طبيعية للتمسّك بالدفع بالتجريد، ومنها ما يترتب بشكل غير مباشر، وهذا ما سيتم توضيحه عند مناقشة كل منها في فرع مستقل، وذلك على النحو الآتي:-

الفرع الأول:- وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل

عندما يَشرع الدائن في التنفيذ علي أموال الكفيل بموجب سند قابل للتنفيذ، ويتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد عن طريق الاستشكال في التنفيذ[1]، فإنه يترتب على ذلك وقف الإجراءات التنفيذية التي يتخذها الدائن ضد الكفيل، ونجد هذا الأثر واضحاً في نصّ المادة(2/797) عندما نصّت على أنه:" لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله.."، ويكون وقف الإجراءات وقفاً مؤقتاً، بحيث توقف إجراءات التنفيذ إلى أن يتم الفصل في الدفع الذي أبداه الكفيل من قبل المحكمة المختصة، وللمحكمة قبول الدفع أو رفضه، فإذا رُفض الدفع، يستمر الدائن في مباشرة إجراءات التنفيذ ضد الكفيل[2]، ولعل الحكمة من وقف الإجراءات دون إلغائها حتى يتم الفصل في الدفع، هي مراعاة من المشرّع لمصلحة الدائن، وذلك لاختصار الوقت عليه فإذا كان يترتب على إبداء الدفع وقبل الفصل فيه إلغاء لإجراءات التنفيذ التي اتخذها الدائن ضد الكفيل، ولم

---

1 تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 76.

2 الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 137

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يقبل الدفع، فإن الدائن سيعود لمباشرة الإجراءات نفسها مرة أخرى في مواجهة الكفيل، وهذا فيه مضيعة للوقت، وزيادة في النفقات.

وعادةً يتم وقف إجراءات التنفيذ منذ اللحظة التي يُبدي فيها الكفيل الدفع، وقبل أن يتم الفصل فيه[1]، وهنا تعتقد الباحثة أن المشرّع راعى مصلحة الكفيل، بحيث حفظ له حقه بوقف إجراءات التنفيذ المتخذة ضده قبل أن يتم الفصل في الدفع الذي أبداه.

أما إذا قبلت المحكمة الدفع بالتجريد، فإن قُبول الدفع يمنع الدائن من الاستمرار في إجراءات التنفيذ ضد أموال الكفيل، وتُلغى كافة الإجراءات التي يتخذها الدائن، ومن أمثلة الإجراءات التي يتم إلغاؤها التنبيه بنزع الملكية الذي اتخذه الدائن على عقار الكفيل، كما تزول كل ما يترتب عليه من آثار[2]، كذلك من ضمن الإجراءات التنفيذية التي تُلغى إجراءات الحجز التنفيذي الواقعة على منقولات للكفيل،شرط ألا تكون إجراءات الحجز قد تمّت، وكما يُلغى حجز ما للكفيل لدى الغير، ويتعّين رفع الحجز[3]، كما أن إلغاء الإجراءات التنفيذية يمنع الدائن من إجراء المقاصة بين التزام للكفيل نحوه، والتزام آخر في ذمة الدائن للكفيل، أما ما عدا ذلك من الإجراءات التنفيذية التي تمّت فإنها تظل محتفظة بآثارها[4]، ومن هذه الإجراءات كأن يقوم الدائن ايقاف حركة الحسابات البنكية التابعة للكفيل، وكذلك منع الكفيل من السفر خارج البلاد.

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء10، مرجع سابق، ص 126.

[2] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 178.

[3] زكي، محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 120

[4] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 126.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وينبغي ملاحظة أن الفقه [1] في هذه الحالة قد أكد على عدم اشتراط أن يكون مال المدين المرشد إليه من قبل الكفيل يوفي بالدين كاملاً، بحيث يكون للدائن في حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بالدين كاملاً الرجوع بما تبقّى له من حق على الكفيل[2].

وإذا كان وقف الإجراءات التنفيذية تمنع الدائن من التنفيذ على الكفيل إلى أن يتم التنفيذ على المدين،فإن هذا الوقف لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية ضد الكفيل [3]، ومن أمثلة ذلك أن يلجأ الدائن للحجز كإجراء تحفظي على أموال الكفيل إذا وجد المدين يعمل على تهريب أمواله[4]، ولكن لا يجوز للدائن في هذه الحالة أن يبع أموال الكفيل، أو نزع ملكيتها إلا بعد تجريد المدين من أمواله [5]، كما يجوز للدائن وضع الأختام على التركة إذا مات الكفيل، بالإضافة إلى ذلك يجوز للدائن طلب تعيين قيّم على الكفيل إذا اعتراه سفه أو جنون أو غفلة، كما يجوز له قطع التقادم بالنسبة لأموال الكفيل [6]، وكذلك يعتبر قيد الرهن وتجديده من ضمن الإجراءات

---

[1].أبو السعود، رمضان. زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 138. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 128

[2] وينبغي هنا الإشارة أن الكفيل قد يكون أرشد الدائن لأموال للمدين تفي بالدين كله، ولكن عند التنفيذ لم يتحصل الدائن على حقّه كاملاً، أما لانخفاض قيمة الأموال عند التنفيذ عليها أو أن تكون المحكمة قد قدرت الأموال المرشد إليها بأكثر من قيمتها. وبالتالي لا تبرأ ذمة الكفيل الإ بقدر ما حصل عليه الدائن من حقّه، ويرجع بما تبقى على الكفيل، ويقع على الدائن عبء إثبات تنفيذه على المال المرشد إليه وأنه لم يتحصل على حقّه كاملاً، ويتم الإثبات عادة بمحضر الحجز ومحاضر عدل الوجود. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء10، ص 128–129.

[3] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 102.

[4] وهنا تظهر أهمية الرهن القضائي الذي يتخذه الدائن كإجراء تحفظي ضد الكفيل وذلك لكي يستفيد منه لنفسه، فاتخاذ هذا الحق كإجراء تحفظي يدل على تبصر الدائن في المحافظة على حقّه مما قد يحدث

[5] زهران، همام محمد محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص159.

[6] إذا انقطع التقادم تكون المدة التي مضت كأن لم تكن ولا تدخل في احتساب مدة التقادم إذا بدأ سريان التقادم من جديد بعد انقطاعه طبقاً لنص المادة (371) من القانون المدني الليبي، ومن أسباب قطع التقادم قيام الدائن بأي عمل للتمسك بحقّه في أية دعوى وذلك طبقاً لما ورد النصّ عليه في المادة (370) من القانون المدني الليبي. وهذه

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التحفظية التي يمكن للدائن ممارستها ضد أموال الكفيل بالرغم من وقف التنفيذ على أمواله[1]، وليس هناك داع أن ينص المشرّع الليبي صراحة على حق الدائن في اتخاذ مثل هذه الإجراءات التحفظية ضد الكفيل؛ لأن كل ما سبق ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة، و بالآتي تسري على علاقة الدائن بالكفيل دون الحاجة لورود نص خاص بها ضمن أحكام الكفالة الشخصية [2].

أما فيما يتعلق بحق الدائن في الحصول على رهن قضائي[3] على عقار مملوك للكفيل، فقد حدث خلاف فقهي حول ذلك، حيث يرى جانب من الفقه أنه لا يجوز للدائن أن يكون له رهن قضائي على عقارات مملوكة للكفيل، حتى يتم تجريد المدين من أمواله [4]، واستند هذا الرأي فيما ذهب إليه لما ورد ذكره في المادة (1.89) من القانون المدني الليبي [5]، حيث أنه للحصول على الرهن القضائي لابّد أن يتحصل الدائن على حكم واجب النفاذ [6].

الحالة تنطبق على قطع التقادم بالنسبة لأموال الكفيل، بحيث يتخذ الدائن مثل هذا الإجراء تحفظا لما قد يحدث.السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 3، مرجع سابق، ص 1087،1103.

[1] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 179.

[2] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 127.

[3] يعرف الر هن القضائي بأنه:–حق عيني تبعي يمنحه رئيس المحكمة للدائن بناءً على حكم واجب التنفيذ صادر بالزام المدين بالدين على عقار أو أكثر من عقارات المدين، وبموجب هذا الحق يكون للدائن أن يستوفي حقّه من هذه العقارات متقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، وفي أي يد كان. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 660.

[4] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 390.3 . أبو السعود، رمضان، زهران همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 138.

[5] حيث جاء فيها " يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل، متى كان حسن النية، على رهن قضائي بعقارات مدينة ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات."**.وقد أطلق القانون المدني المصري في المادة (1085) على الرهن القضائي تسمية حق الاختصاص، ولا فرق في الأحكام المنطبقة على كل منهما، فالخلاف الوحيد جاء في التسمية.**

[6] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 390.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بينما أجاز جانب آخر من الفقه بأن يكون للدائن رهن قضائي على عقار مملوك للكفيل بالرغم من وقف الإجراءات التنفيذية [1]،فقد اعتبروا الرهن القضائي من ضمن الإجراءات التحفظية التي يكون للدائن مباشرتها ضد الكفيل،حيث أن الدائن يتحصل على هذا الحق بموجب حكم واجب التنفيذ ضد الكفيل، إلا أنه لا يكون للدائن الدائن التنفيذ على العقار إلا بعد تجريد المدين من أمواله أولاً [2].

كما أنه لا يمكن الإستناد لنص المادة (1.89) من القانون المدني الليبي لحرمان الدائن من الحصول على رهن قضائي على عقار من عقارات الكفيل؛ لأن ما أراده المشرّع عندما اشترط أن يكون بيد الدائن سند قابل للتنفيذ لكي يتحصّل على رهن قضائي، هو أن يكون الحكم الذي بموجبه يتحصل الدائن على رهن قضائي، حكم نهائي غير قابل للطعن فيه بالمعارضة، أو الاستئناف أو مشمولاً بالنفاذ المعجل، ولم يقصد المشرّع أن يكون الحكم الحاصل عليه الدائن للحصول على رهن قضائي على عقار للكفيل حكماً نهائياً بحسب الأصل، و إنما فقط تنفيذه موقوف نتيجة الدفع بالتجريد[3].

كما أن هذا الرأي يحقق مصلحة للدائن دون المساس بحق الكفيل، بحيث يقوي الدائن حقه بحصوله على رهن قضائي على عقار من عقارات الكفيل بالرغم من قبول الدفع بالتجريد، دون أن يكون له حقّ التنفيذ على العقار إلا بعد تجريد المدين من أمواله وكانت غير كافية للوفاء بالدين

---

[1] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 102؛ زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 159؛ السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، ص 12؛ زكي، محمود جمال الدين، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 121

[2] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 102

[3] صابر، سيد محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 391.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كاملا،فحصول الدائن على الرهن القضائي لن يؤدي بالإضرار بالكفيل[1]، ونحن نميل لهذا الرأي نظراً لما يحققه من ايجابيات دون المساس بأي حق من حقوق الأطراف،فمثل هذا الرأي يصب في مصلحة الكفيل والدائن معاً.

وإذا اتفق أغلب الفقهاء على أن الوقت المناسب لإبداء الدفع بالتجريد من قبل الكفيل هو مرحلة التنفيذ باعتبار أن فائدته تظهر خلال هذه المرحلة، إلا أنهم في ذات الوقت لم يمانع جانب أخر من الفقه من تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد خلال مرحلة المطالبة لعدم تأثيره على سير الدعوى خلال هذه المرحلة،وذلك كما سبق وتم توضيحه في المطلب السابق عند الحديث عن شرط التمسك بالدفع بالتجريد، والوقت المناسب للتمسّك به [2].

وإذا تم التمسّك بالدفع بالتجريد خلال مرحلة المطالبة القضائية، فإن ذلك لا يمنع القاضي من الحكم عليه بالدين؛ لأن إبداء الدفع لا يترتب عليه وقف الدعوى المرفوعة عليه من قبل الدائن[3]، ولكن لا يجوز تنفيذ الحكم الصادر بإلزام الكفيل بالدين حتى يتم التنفيذ على المدين أولاً، وتجريده من أمواله، ويعتبر باطلاً كل إجراء تنفيذي يتخذه الدائن في مواجهة الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله[4].

وإذا كان وقف تنفيذ الإجراءات التنفيذية أثر طبيعي ومباشر لتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد، فإن ذلك لا يقتصر عن هذا الأثر، بل أن الدائن يكون مُلزم بالتنفيذ على أموال المدين، وهذا ما سيتم مناقشته في الفرع الآتي.

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 127

[2] المطلب الأول،الفرع الأول،ص وما بعدها.

[3] تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 76.

[4] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 101

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني:- تنفيذ الدائن على أموال المدين المرشد إليها من قبل الكفيل

يعتبر هذا الأثر نتيجة مباشرة للأثر السابق، فإذا قُبل الدفع الذي أبداه الكفيل، وتم وقف الإجراءات التنفيذية التي اتخذها الدائن في مواجهة الكفيل، فإن الدائن يلتزم بالتنفيذ على أموال المدين المرشد لها من قبل الكفيل[1] وذلك منذ اللحظة التي يحكم فيها القاضي بقبول الدفع بالتجريد.

فإذا أستوفى الدائن حقّه كاملاً من أموال المدين، فإنه لا يرجع على الكفيل بشيء لانقضاء الالتزام الأصلي، وينقضي تبعاً لذلك التزام الكفيل، أما إذا كانت أموال المدين غير كافية لسداد الدين كاملاً، كأن يكون تقدير القاضي لأموال المدين غير متفق مع قيمتها الحقيقية، كأن تكون عقارات انخفضت قيمتها،أو أن يكون المدين مديوناً لأكثر من دائن، بحيث يتزاحمون مع المكفول عنه في قيمة المال المنفذ عليه،ففي كل الأحوال السابقة يرجع الدائن على الكفيل بما تبقى له من قيمة الالتزام المستحق من المدين الأصلي[2].

ويحقق هذا الأثر فائدة للكفيل والدائن؛ بحيث تعم الفائدة على الكفيل من خلال قيام الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين، أما فائدة هذا الأثر بالنسبة للدائن، فتتمثل بحماية الدائن من القيام بإجراءات مزدوجة في ذات الوقت[3].

ويجب على الدائن عند مباشرة إجراءات التنفيذ على أموال المدين أن يبذل عناية الرجل العادي، بحيث يعتبر مسؤول عن إعسار المدين إذا لم يقم بالتنفيذ على أموال المدين في الوقت المناسب، وهذا ما سيكون محل نقاش الفرع الثالث.

---

[1] أبوالسعود، رمضان، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 180.

[2] تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 76.

[3] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 392.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث: مسؤولية الدائن عن إعسار المدين

لا يكفي أن يقوم الدائن بالتنفيذ على أموال المدين بل لابد أن يكون هذا التنفيذ في الوقت المناسب، وكل تأخير في التنفيذ سببه الدائن، ويؤدي إلى إعسار المدين، فإن الدائن هو المسؤول عن ذلك،حيث نصّت المادة (799) من القانون المدني الليبي، على أنه: "في كل الأحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين، يكون الدائن مسؤولاً قبل الكفيل عن عدم يسار المدين الذي يترتب على عدم اتخاذه الإجراءات اللازمة في الوقت المناسب".

فطبقاً للنصّ السابق، تقوم مسؤولية الدائن تجاه الكفيل إذا كان إعسار المدين راجع لعدم اتخاذ الدائن –نتيجة لتقصيره وتقاعسه–الإجراءات المناسبة، وفي الوقت المناسب تجاه أموال المدين، التي أُرشدها لها من قبل الكفيل[1]، ويكون المعيار الموضوعي هو مقياس الدائن في اتخاده للإجراءات، بحيث يقاس تصرّف الدائن بسلوك شخص مجرد من ظروفه الشخصية بحيث يمثّل هذا الشخص جمهور الناس، فهو شخص لا خارق الذكاء، ولا محدود الفطنة، ويُعرف بالرجل العادي، بحيث يُنظر للسلوك المألوف من هذا الشخص، ويُقاس عليه تصرف الدائن [2]، وبناءً على هذا المعيار، يجب على الدائن أن يبذل العناية المطلوبة في القيام بإجراءات التنفيذ على الأموال المرشد إليها، وهي عناية الرجل العادي، أما إذا ثبت عدم بذل العناية اللازمة لذلك، اعتبر الدائن مسؤول عن إعسار المدين [3]، فإذا كان المال المرشد إليه منقول، ولم يقم الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ، حتى قام المدين بإخفّائها وتهريبها، فإن الدائن يكون مسؤول عن ثمن المنقول؛

---

[1] حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 132

[2] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الالتزام " العقد، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون "، الجزء1، القاهرة – مصر، دار النهضة العربية، 1970، ص 780–781.

[3] زهران،همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 168.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لأن سهولة تهريب المنقولات تقتضي اتخاذ إجراءات سريعة للتنفيذ عليها، وكذلك إذا أرشد الكفيل الدائن إلى عقار للمدين في يد الغير، ولم يقم المدين بمباشرة إجراءات قطع التقادم المكسب تجاه العقار، مما أدّى الى انقضاء مدة التقادم، وتملك الغير العقار بالتقادم– كسبب من أسباب كسب الملكية– فإن الدائن يكون مسؤولاً عن ذلك[1].

ومسؤولية الدائن – التي تترتب على عدم مباشرة إجراءات التنفيذ على أموال المدين، أو التأخر في القيام بهذه الإجراءات في الوقت المناسب، تتمثل في براءة ذمة الكفيل بقدر ما كان سيتحصل عليه الدائن من أموال المدين فيما لو قام بالتنفيذ على هذه الأموال المرشد إليها في الوقت المناسب[2].

ونسرد المثال الآتي لتوضيح ذلك:– فإذا فرضنا أن قيمة الدين تبلغ.(100.000) دينار، وكان للمدين سيارة تبلغ قيمتها (70.000)دينار، وعند إرشاد الكفيل الدائن لهذه السيارة ليستوفي منها حقّه، لم يقم الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ في الوقت المناسب، وعندما أراد التنفيذ على المركبة، تفاجئ بنقل المدين ملكية المركبة لزوجته، ففي هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يرجع على الكفيل بقيمة الدين كاملة بحجة إعسار المدين، ولا يستطيع الرجوع عليه الا بالمبلغ المتبقي وهو (30.000) دينار، فالدائن يتحمل مسؤولية إعسار المدين في مثل هذه الحالة.

والمشرّع –عندما حمَّل الدائن مسؤولية إهماله وتقصيره الذي أدى إلى إعسار المدين، وفي المقابل أبرأ الكفيل بالقدر الذي أضاعه الدائن في استيفاء حقه من الدين، إنما أراد بذلك تطبيق القاعدة العامة المتعلقة بالمسؤولية عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بواجب قانوني[3]،

---

[1] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص181.

[2] عبده، محمد علي، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص136.

[3] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 169.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والمنصوص عليها في المادة (166) من القانون المدني الليبي.[1] حيث أن الواجب القانوني طبقاً للمادة (799) من القانون المدني الليبي "يتمثل في واجب المبادرة لاتخاذ الإجراءات التنفيذية تجاه المدين في الوقت المناسب على الأموال المرشد عنها من جانب الكفيل" [2].

ويقع على الكفيل عبء الإثبات، بحيث يثبت أن الدائن قصّر في اتخاذ الإجراءات التنفيذية ضد أموال المدين في الوقت المناسب لذلك[3]، و لنفي الدائن مسؤوليته عن إعسار المدين، عليه أن يثبت قيام السبب الأجنبي[4]، وبناءً على ذلك إذا اتخذ الدائن إجراءات التنفيذ على أموال المدين المرشد إليها من قبل الكفيل في الوقت المناسب، وبذل في ذلك عناية الرجل العادي، إلا أنه لم يتحصّل على حقّه، أو تحصل على جزء منه، فيحق له الرجوع على الكفيل، وذلك نتيجة إعسار المدين لسبب خارج عن إرادته[5]، كأن يكون تقدير المحكمة للأموال المرشد أليها بأكثر من قيمتها، أو انخفاض قيمة الأموال عند التنفيذ عليها، أو ظهور دائنين عاديين للمدين يزاحمون الدائن، وتبرئ ذمة الكفيل مقابل ما تحصل عليه الدائن نتيجة التنفيذ على الأموال المرشد إليها[6]، وعلى الدائن أن يثبت أنه نفذ على المدين ولم يتحصل على حقه كاملاً، وعادةً ما يتم

---

[1] حيث قضت بأن " كل خطأ سبب ضراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"

[2] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 169،

[3] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 103.

[4] باعتبار أن نفي المسؤولية التقصيرية كما ورد في المادة (168) من القانون المدني الليبي يكون ب" إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

[5] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 392-393.

[6] سعد، نبيل إبراهيم،التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 404.-405

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إثبات ذلك بمحضر الحجز، ومحاضر عدل الوجود[1]، ويعتبر كل ما تقدم تطبيق لقواعد المسؤولية التقصيرية [2].

ومما سبق يمكن القول بأن ما ورد في المادة (799) من القانون المدني الليبي يحقق التوازن بين مصلحة الكفيل والدائن، فإذا كان يشترط لتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد القيام بإرشاد الدائن، وعلى نفقته لأموال المدين لكي يستوفي حقه منها، فحفاظاً من المشرّع على المجهود الذاتي والمالي للكفيل من أن يذهب سُدى، حمَّل الدائن بموجب نص المادة سالفة الذكر المسؤولية عن إهماله وتقصيريه في واجبه القانوني[3]، دون أن يكون هناك سبب أجنبي يحول دون ذلك.

وبعد الانتهاء من الحديث عن الشروط والأحكام القانونية للدفع بالتجريد في صورته العامة في هذا المبحث،يكون قد اكتمل هذا المبحث من هذا الفصل، إلا أن صورة الدفع بالتجريد تبقى ناقصة ولا تكتمل إلا بالحديث عن المبادئ التي يرتكز عليها الدفع، والتي ستكون محل بحث ونقاش المبحث الثاني.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد،الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 128-129.

[2] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 103.

[3] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 168.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني: المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الدفع بالتجريد

يقوم الدفع بالتجريد على مبادئ أساسية، حيث أن أحد هذه المبادئ هو نتيجة حتمية للآخر ولا يمكن فصلهما عن بعضهما، فعند الحديث عن الدفع بالتجريد، فذلك يقتضي أن يكون التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، وتُعرف بصفة التبعية، وينتج عن هذه التبعية مركز للكفيل يُعرف بالمركز الاحتياطي، والذي من خلاله يجعل فكرة التبعية في الكفالة الشخصية متميزة عن غيرها من النظم القانونية الأخرى المشابهة لها [1].

وعليه لابد من طرح هذه المبادئ بشيء من التفصيل لفهم الدفع بالتجريد، وزيادة توضيحه، ولتحقيق هذه الغاية، سيتم تقسيم هذا المبحث لمطلبين؛ بحيث يخصص الأول لفكرة التبعية، بينما يخصص المطلب الثاني لصفة الاحتياطية.

المطلب الأول:- فكرة التبعية لالتزام الكفيل

تعني التبعية في اللغة تَبع الشيء تبعاً، إذا مشى خلفه، وأمر به فمضى معه، و(أتبعه) وتبعه قفاه. وجاء في الدعاء: تابع بيننا وبينهم على الخيرات؛ أي اجعلنا نتبعهم على ما هم عليه.[2]

وتبعت القوم تبعاً، وتباعة بالفتح إذا مشيت خلفهم، وأتبَعت القوم على أفعلت إذا كانوا قد سبقوك فلحقتهم[3].

---

[1] ومن أمثلة النظم القانونية المشابهة للكفالة، التعهد بالوفاء بالتزام المدين، التعهد عن الغير، حوالة الحق وحوالة الدين، التضامن الإنابة الناقصة. تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، ص25-27.

[2] ابن منظور، العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي، لسان العرب المجلد الثاني،بيروت-لبنان، مؤسسة الرسالة،ط1 ، 1987ص416.

[3] الرازي، زين الدين أبوعبدالله محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر،حققه يوسف الشيخ محمد، مختار الصحاح، بيروت -صيدا، المكتبة العصرية -الدار النموذجية،ط5،999ا،ص 31.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويتضح مما سبق أن التبعية في اللغة تعني أن التابع يتبع الشيء المتبوع، ويأخذ حكمه، ولا يكون مستقلاً عنه.

أما التبعية في معناها الإصطلاحي تعني عدم استقلال الالتزام التابع بنفسه، ونشأته تبعاً لغيره[1].

لكن التبعية المقصودة من عقد الكفالة الشخصية لها معنى أوسع وأعم وأشمل من ذلك، وهي التبعية التي تجعل الكفيل ملتزماً بالدين بصفة احتياطية.

ولتوضيح هذه التبعية لابد من التطرق لظهور فكرة التبعية، وكيف تضمنها المشرّع الليبي ضمن نصوصه القانونية، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب لثلاثة فروع، بحيث يخصص الفرع الأول للحديث عن ظهور فكرة التبعية، بينما يخصص الفرع الثاني لمظاهر فكرة التبعية، وأخير يخصص الفرع الثالث لحدود فكرة التبعية، وذلك على النحو الآتي:-

الفرع الأول:- ظهور فكرة التبعية

تعد فكرة التبعية الركيزة الأساسية التي يرتكز عليها عقد الكفالة، فهذه الفكرة لم تكن موجودة من قبل؛ لأن الكفالة كانت خاضعة لفكرة عكسية تجعل الكفيل في مركز المدين الأصلي،حي كان الكفيل ملتزماً بالدين بصفة أصلية، وكان ذلك بالتحديد في عهد الرومان، فكان للكفالة والتضامن شكلاً واحداً، وكان للدائن عند حلول أجل الوفاء في الرجوع بالدين الخيار بين المدين والكفيل للحصول على حقه، وكانت العلاقة التضامنية بين الكفيل والمدين يفسرها الطابع الشكلي للقانون الروماني القديم، إلا أن هذا النظام لم يحقق أية فائدة للدائن فالدائن كان مخير بين ممارسة دعواه قبل الكفيل أو المدين الأصلي، وإذا مارس دعواه قبل أحدهم، فإن حقه في مقاضاة

[1] محمد، محمد أحمد بكر، تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين، مرجع سابق،ص 292.

© Arabic Digital Library- Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الآخر ينقضي[1]، وفي تطور لاحق بدأت تظهر فكرة التبعية، ومن خلال هذه الفكرة أصبح التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، وأصبح يتميز الكفيل عن المدين المتضامن بأنه ملتزم بصفة تبعية، وبالتالي لم يعد للدائن الحق في التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين[2].

كما سادة فكرة التبعية في ظل القانون الفرنسي القديم حيث أعطى الكفيل الحقّ في التمسك بالدفع بالتجريد، والدفع بالتقسيم، ولكن لم يستفد الكفلاء من هذه الدفوع؛ لأنه كان يشترط تنازل الكفيل عن هذه الدفوع، وبالتالي لم يتغير مركز الكفيل من الناحية العملية بحيث يبقى متضامناً مع المدين الأصلي دون أن يكون له أية صفة مميزه له. ولكن بعد قدوم التقنين المدني الفرنسي الجديد اعترف بصفة التبعية، وكان للكفيل الحق في التمسك بالدفع بالتجريد، والدفع بالتقسيم [3].

وبالرجوع لنصّ المادة (781) من القانون المدني الليبي، يتضح أنها عرفت الكفالة بأنها:"الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن –بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين نفسه".

و يتضح لنا من نص المادة سالفة الذكر أن عقد الكفالة قائم على وجود علاقة بين الدائن والكفيل أما المدين ليس طرفاً في هذه العلاقة مع أن التزامه هو السبب في وجود هذا العقد، ذلك أن الكفالة وُجدت لضمان الوفاء بالتزامه قبل الدائن من جهة، ولكي تمنح الأمان للدائن من جهة أخرى، وذلك لتوفير ضمان يضمن له الحصول على حقّه[4]، وهنا تتضح التبعية بصفتها المتعارف عليها في كل التأمينات، فالتزام الكفيل لا يقوم مستقلاً بذاته، بل يقوم لضمان الوفاء بالتزام معين سابق له في الوجود، وهو التزام المدين الأصلي في مواجهة الدائن.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء10، مرجع سابق، ص 22–23.

[2] تناغو، سمير عبد السيد،التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص21.

[3] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 302–303.

[4] سعد، نبيل إبراهيم،. التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 10

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما يتضح من تعريف الكفالة في المادة السابقة أن الكفالة تُرتب في ذمة الكفيل التزاماً، ومحله الوفاء بالالتزام الأصلي، إذا لم يقم المدين بالوفاء به للدائن عند حلول أجل الوفاء به؛ أي أن الكفيل مسؤول عن الدين بصفة احتياطية، وليس مسؤول بصفة أصلية، أما إذا كان مسؤول عن دين الغير بصفة أصلية، فإنه لا يكون كفيلاً شخصياً، ولا العقد المبرم عقد كفالة[1]، فما يميز الكفالة عن التأمينات الشخصية الأخرى أن الكفيل يكون ملتزماً بالدين بصفة احتياطية وهذا ما يتضح في المادة السابقة، عندما نصت على أنه: "أن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه "، وهنا تظهر لنا التبعية التي نبحث عنها والتي تتميز بها الكفالة عن غيرها من النظم القانونية الأخرى؛ فالكفيل طبقاً للعبارة السابقة أصبح متميز عن المدين الأصلي بالدين، ذلك أنه ملتزم بالوفاء بصفة احتياطية، وليس بصفة أصلية.

وبالتالي يتضح أن المشرّع الليبي قد أسبغ فكرة التبعية على التزام الكفيل،حيث أن التبعية لا تقتصر فقط على أن التزام الكفيل نشأ استناداً لالتزام المدين الأصلي، بل أن التبعية في القانون المدني الليبي أشمل وأعم من ذلك، حيث إن الكفالة تتميز بتبعيتها المباشرة، والضيقة للالتزام المكفول[2].

و تعد صفة التبعية من الأمور الحتمية لالتزام الكفيل، وإذا اتجهت إرادة الأطراف إلى إبرام عقد الكفالة، فإنهم لا يستطيعون استبعاد النتائج المترتبة على صفة التبعية [3]، إلا أن ذلك لا يعني أن صفة التبعية هذه من النظام العام، حيث يكون لأطراف العقد استبعاد هذه الصفة، والقول بغير ذلك يتناقض مع مبدأ الرضائية في العقود، والذي يجيز للأطراف في حالة إبرام عقد من أجل ضمان دين معين باستبعاد صفة التبعية، ولا يعتبر ذلك مخالفاً للنظام العام، ولكن في مثل هذه

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء 10، مرجع سابق، ص 21.

[2] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 15.

[3] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 16.

© Arabic Digital Library- Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحالة لا يمكن إطلاق صفة الكفالة على الاتفاق المبرم، وبالتالي تطبق عليه قواعد قانونية أخرى غير أحكام الكفالة[1].

وترى الباحثة إذا كانت فكرة التبعية بمعناها الواسع لا تقتصر على الكفالة الشخصية فقط[2]، وتلحق نظم قانونية أخرى [3]، فإن فكرة التبعية في عقد الكفالة لها ما يميزها عن فكرة

---

[1] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 310-311

[2] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص9

[3] ومن ضمن هذه النظم التأمينات العينية،حيث تتجسد التبعية في مثل هذه النظم من كون أن هذه التأمينات وظيفتها ضمان الوفاء بالتزام معين،فهي لا تقوم بذاتها بل أنها تستند إلى التزام تتبعه وتضمن الوفاء به،ولعل أبرز مثال للتأمينات العينية الذي تتجسد فيه صفة التبعية الرهن الرسمي(التأميني) وإذا ما نظرنا للقانون المدني الليبي نجد ما يشير لهذه التبعية وذلك في المادة (1045) والتي تقضي:"1- لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعاً له في صحته وفي انقضائه ما لم ينص القانون على غير ذلك، 2- وإذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين، ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين"؛ وكذلك ما ورد في المادة (1086) المتعلقة بانقضاء الرهن حيث جاء فيها: " ينقضي حق الرهن الاتفاقي بانقضاء الدين المضمون،ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين،دون اخلال بالحقوق التي تكون للغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته"؛ كما نصّت المادة (1322) من القانون المدني الأردني على أن:" الرهن التأميني عقد يكسب به الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه..."؛ كما نصّت المادة (1/1364) المتعلقة بانقضاء الرهن التأميني على أنه: " ينقضي الرهن بانقضاء الالتزام الموثوق به" فهذه المواد سواء كانت في القانون المدني الليبي أو الأردني تشير إلى أن الرهن من التوثيقات التي وضعها المشرّع لضمان الوفاء بالدين،فالرهن لا يمكن أن ينشأ مستقلا بذاته بل ينشأ تبعا للوفاء بالتزام معين وهنا تتضح لنا فكرة التبعية،ولكن الراهن سواء أكان المدين ذاته أو شخص آخر ملزم بالوفاء بالدين بصفة أصلية،بحيث يكون للدائن عند حلّول الأجل التنفيذ على المال المرهون أولا؛ لكي يتقاضى منه حقّه دون أن يكون للراهن دفع ذلك التنفيذ، فإذا كان المال المرهون غير كافي لسداد الدين كان له الرجوع على المدين في باقي أمواله.

كما أن فكرة التبعية نجد لها تطبيق آخر في حالة انتقال الإلتزام والحلّول محلّ الدائن، حيث نصّت المادة (316) من القانون المدني الليبي بأن:" من حلّ قانونا أو اتفاقا محلّ الدائن كان له حقّه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقّه من توابع وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع،ويكون هذا الحلّول بالقدر الذي أداه من ماله من حلّ محلّ الدائن؛ "كذلك من تطبيقات فكرة التبعية ما ورد النصّ عليه في الحوالة، حيث نصّت المادة (305) من القانون المدني الليبي على أن: " تبقى للدين المحال به ضماناته "؛ كما نصّت المادة (307) من القانون المدني الليبي على أنه: " للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من الحوالة "؛ كما نصّت المادة (1005) من القانون المدني الأردني على أنه: "للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بكافة الدفوع المتعلقة بالدين والتي كانت له في مواجهة المحيل وله أن يتمسك بكافة

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التبعية المتواجدة في كافة التأمينات الشخصية أو العينية؛ فالتبعية في عقد الكفالة لا تقتصر على كونها مجرد علاقة بين الضامن والدين المضمون؛ أي عدم إمكانية نشوء الالتزام مستقل بذاته بل ينشأ تبعًا لالتزام آخر كما هو الحال في باقي النظم القانونية' بل هي أوسع وأدق وأعمق من ذلك، فالتزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين الأصلي إذا لم يقم بالوفاء به للدائن،فإذا كانت هناك علاقات مستقلة بين الكفيل والدائن، وعلاقة المدين والدائن إلا أنه لا يوجد الإ التزام واحد يجب الوفاء به، وكل ما يمس هذا الالتزام ينعكس بالضرورة على التزام الكفيل[1]، الإ أنه ينشأ عن هذه التبعية مركز للكفيل، يعرف بالمركز الاحتياطي ويكون من نتائج هذا المركز، إذا ما أراد الدائن التنفيذ على الكفيل أولاً قبل المدين الأصلي بالدين،دفع الكفيل هذا التنفيذ بالدفع بالتجريد. ومن هنا يتضح الفرق بين التبعية الموجودة في النظم القانونية؛ كالرهن والحلول والحوالة، والتبعية في عقد الكفالة الشخصية؛ فالضامن للوفاء بالالتزام الأصلي في غير الكفالة يكون مطالب بالدين بصفة أصلية، ولا يكون له دفع مطالبة الدائن له، في حين أن الكفيل مطالب بالدين بصفة احتياطية وإذا ما أراد الدائن التنفيذ ضده قبل التنفيذ على المدين الأصلي كان له دفع ذلك بالتمسك بالدفع بالتجريد، وبالرجوع للأحكام الخاصة بالكفالة طبقاً للقانون المدني الليبي، يتضح أن هناك مظاهر لصفة التبعية، و أن لها حدود وسيتم إلقاء الضوء على كل جزئية منها، وذلك في الفرع الآتي.

الدفوع التي للمحيل قبل المحال له". وكذلك ما نصّت عليه المواد (343،344) من القانون المدني الليبي و المتعلقة بتجديد الدين.

[1] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 15

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني:- مظاهر فكرة التبعية في القانون المدني الليبي

من خلال النصوص المتعلقة بالكفالة الشخصية في القانون المدني الليبي، يتضح أن هناك عدة مظاهر للتبعية، ومن هذه المظاهر ما يستشف منه التبعية بمعناها الواسع والتي تلحق أغلب النظم القانونية، بينما تشير مظاهر أخرى للتبعية الخاصة بالكفالة الشخصية، وسيتم التطرق لكل ذلك من خلال هذا الفرع، وذلك على النحو الآتي:-

الغصن الأول:- الكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً[1]

لقد ورد النص على ذلك ضمن المادة (758) من القانون المدني الليبي حيث جاء فيها: " لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً"، حيث يتضح من النص السابق لكي تكون الكفالة صحيحة مرتبة لآثارها، لابد أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً سواء كان مصدر الالتزام الأصلي عقدي، أو غير عقدي[2].

ويشترط هنا أن يكون الغير الذي التزم بضمان الوفاء بالتزام في ذمة الغير كفيلاً لا مديناً أصلياً؛ لأنه لوكان مديناً أصلياً لا يهم أن يكون الالتزام الأصلي صحيحاً أو باطلاً، أو قابلاً للإبطال، طالما أن الملتزم بالوفاء قد التزم بصفة أصلية، والسبب في ذلك راجع أن الملتزم بالوفاء قد يكون التزم نحو الدائن بأن المدين لا يتمسك بأوجه البطلان في الدين، وأنه إذا تمسك بأوجه البطلان، فإن الملتزم بالوفاء يقوم بنفسه بوفاء هذا الدين أي كانت صفة البطلان التي تلحقه[3].

---

[1] عبد السلام، سعيد سعد، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 13

[2] حجازي، مصطفى عبدالجواد. عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 75-85

[3] السنهوري، عبد الرزاق أحمد. الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص40.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فإذا كان الالتزام المكفول صحيحاً، وكان الملتزم بالوفاء به كفيلاً كانت الكفالة تبعاً لذلك صحيحة[1]، بغض النظر عن مصدر الالتزام المكفول سواء كان مصدره العقد، أو الإرادة المنفردة، أو العمل غير المشروع، أو الإثراء بلا سبب، وبصرف النظر عن محل الالتزام المكفول سواء كان التزام بعمل، أو امتناع عن عمل، أو اعطاء شيء[2]، ولكن الذي يقع غالباً أن يكون محل الكفالة مبلغاً من النقود؛ كأن يأتي المقترض بكفيل يكفله لدى المقرض في مبلغ القرض[3].

وترى الباحثة أن ارتباط صحة الكفالة بصحة الالتزام المكفول يمثل مظهر بارز من مظاهر التبعية، كما يعتبر نتيجة حتمية لصفة التبعية في التزام الكفيل، فإذا كانت هناك علاقة بين الكفيل والدائن من جهة مصدرها عقد الكفالة،وعلاقة بين المدين والدائن من جهة أخرى مصدرها الالتزام الأصلي، إلا أن هناك التزام واحد يجب الوفاء به، وكل ما يمس هذا الالتزام ينعكس بالضرورة على التزام الكفيل[4].

وإذا كان من مظاهر صفة التبعية لكي تكون الكفالة صحيحة، أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً، فما حكم كفالة الالتزام الباطل والالتزام القابل للإبطال؟

---

[1] وبالتالي تجوز كفالة الالتزام الناشئ عن ورقة الضد باعتبار أن ورقة الضد تعتبر عقد صحيح، وإن كان لا يحتج بها على الغير حسن النية. الشهاوي، قدري عبدالفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص71.

[2] تناغو، سمير. عبد السيد، التأمينات العينية و الشخصية، الكتاب الثاني. مرجع سابق، ص 39.

[3] لكن ليس هناك ما يمنع أن يكون محلّ الكفالة نقل ملكية عقار أو منقول،مثل كفالة الكفيل للبائع في التزامه بنقل ملكية المبيع للمشتري. الشهاوي، قدري عبدالفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 70.

[4] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 15.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولاً:- كفالة الالتزام الباطل[1]:-

لا يكون الالتزام باطلاً، إلا إذا كان مصدره العقد، أما الالتزام غير العقدي لا يكون باطلاً لأن القانون هو الذي يتكفل بإنشائه، واستمداده من مصدره، ولا دخل للإرادة فيه، وبالتالي لا يتصور بطلانه[2]،ومن أمثلة العقد الباطل الدين الذي يكون محله غير مشروع القمار،وكذلك الهبة التي لا تتخذ الشكل القانوني[3].

وإذا كان الالتزام المكفول باطلاً، فإن الكفالة تكون باطلة بالتبعية، وذلك راجع الى استحالة محلّ التزام الكفيل باعتبار أنه يتعهد بالوفاء بالتزام ليس له وجود قانوني[4]،ويكون للكفيل في هذه الحالة التمسك ببطلان التزامه تبعاً لبطلان الالتزام الأصلي بناءً على طلب المدين، أو بناءً على حكم المحكمة به من تلقاء نفسها، كما يكون للكفيل الحق في التمسك ببطلان الالتزام الأصلي باسمه الشخصي، وذلك وصولاً لبطلان التزامه، وذلك استناداً لما ورد في المادة (141) من القانون المدني الليبي ([5])، كما يمكن الاستناد للمادة (1/791) [6] من القانون المدني الليبي، حيث جاء فيها:: " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسّك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين".

يستنتج مما سبق أنه إذا كان الالتزام المكفول باطل لأي سبب من أسباب البطلان، فإنه يترتب على ذلك بطلان الكفالة تبعاً لبطلان الالتزام الأصلي، وبالتالي كفالة الالتزام الباطل تعتبر مظهر من مظاهر تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول.

---

[1] الالتزام الباطل هو ذلك الالتزام الذي أريد ترتيبه بعقد باطل اختل أحد أركانه كانعدام الرضى أو كان محلّه غير معين أو مستحيلاً أو غير مشروع أو كان الباعث عليه غير مشروع أو لم يكن مستوفياً للشكل الذي تطلبه القانون. عبدالرحمن، محمد شريف، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، مرجع سابق، ص134.

[2] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 75.

[3] حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 75.

[4] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية و الشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 40.

[5] حيث جاء فيها " إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان "

[6] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 107

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً:- كفالة الالتزام القابل للإبطال[1]:-

بما أن الالتزام القابل للإبطال التزام قائم، ولكنه قابل للإبطال، فإنه من الممكن كفالته، وتكون الكفالة أيضا قابلة للإبطال تبعاً لذلك إعمالاً لمبدأ تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين[2]، والعقد القابل للإبطال يكون مصيره محصور بين أمرين؛ الأول:- إما أن يحكم بإبطاله، وفي هذه الحالة يبطل عقد الكفالة تبعاً لذلك، ويكون للكفيل في هذه الحالة التمسك بأوجه الدفع التي يتمسك بها المدين نفسه، وبالتالي ابطال التزامه لقابلية الالتزام الأصلي للإبطال[3]،أما الأمر الثاني فيتمثل في إجازة الالتزام القابل للإبطال، وفي هذه الحالة يصبح الالتزام صحيحاً بالنسبة للمدين، أما الكفيل سيكون له الحقّ في التمسك بإبطال عقد الكفالة، ما لم يسقط حقه في التمسّك بالإبطال بالتقادم، أو يجيز الكفالة فتصبح صحيحة بعد أن كانت قابلة للإبطال[4]، وسند تمسّك الكفيل بإبطال العقد ما ورد النصّ عليه في المادة (1/791) من القانون المدني الليبي، والتي أعطت للكفيل الحقّ في التمسك بكافة الدفوع التي للمدين، كما أن طبيعة مركز الكفيل باعتباره ملتزم بصفة احتياطية يستدعي حمايته، وتفسير الشكّ دائماً لمصلحته، كما أن الكفيل أولى بالرعاية، لأنه متبرع بكفالته، فهو يتقدم للكفالة لاعتبارات اجتماعية قد تكون صداقة أو علاقات عائلية[5].

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

---

[1] المقصود بالالتزام القابل للإبطال هو التزام قائم ومنتج لكافة أثاره إلى أن يحكم بإبطاله، وطبقاً للقواعد العامة فإن الإلتزام يكون قابل للإبطال وذلك بسبب عيب في الرضى أو لوجود نص في القانون يقضي بذلك. أبوالسعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص90

[2] باشا، محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2005،، ص 41

[3] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 108؛ زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 107.

[4] حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص76-77.

[5] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 359.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولكن هناك جانب آخر من الفقه[1]، ذهب للقول بأن اجازة الالتزام الأصلي يترتب عليها استقرار للالتزام الأصلي ويستقر تبعاً له التزام الكفيل دون أن يكون للكفيل التمسّك بإبطاله [2].

وتؤيد الباحثة الرأي الأول، فصفة التبعية تزداد وضوحاً من خلال هذا الرأي، صحيح أن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول، لكن يجب ألا يكون من شأن هذه التبعية أن تسوء من مركز الكفيل.

وبالرجوع للفقرة الثانية من المادة (791 /2) فإنها تقضي: " على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الوجه "، ويستشف من هذه الفقرة أنه إذا كان سبب القابلية للبطلان هو نقص أهلية المدين، فإنه لا يكون للكفيل الكفيل الحقّ في التمسك بهذا الدفع إذا كان عالماً بنقص أهلية المدين وقت التعاقد[3].

وخلاصة ما سبق أن الكفالة لكي تكون منتجة لآثارها في ضمان الوفاء بالتزام المدين، لابد أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً، ذلك أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، فإذا كان التزام المدين ليس له وجود قانوني، كأن يكون باطل، أو قابل للإبطال، فإن الكفالة تكون باطلة، أو قابلة للإبطال، تبعاً للالتزام الأصلي، وإذا لم يكن هناك التزام صحيح نتيجة الحكم ببطلانه أو إبطاله، فإن الكفالة لم تعد لها أية فائدة تُذكر باعتبار أن الهدف من الكفالة ضمان الوفاء بالالتزام المكفول، ولم يعد هناك التزام لكفالته.

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10،مرجع سابق، ص 45؛ أبو السعود، رمضان. زهران، همام محمود.التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 70

[2] مثال لتوضيح الفرق بين الرأي الأول و الثاني:– فلو فرضنا أن المدين قد وقع في غلط عند تعاقد، وتوافرت في الغلط كل الشروط بحيث يكون للمدين الحق في التمسك بإبطال العقد، وكان للمدين كفيل يكفل الالتزام القائم على غلط، فإذا كشف المدين الغلط وتمسك بإبطال العقد، جاز للكفيل أيضاً التمسك بإبطال العقد تبعاً له، أما إذا أجاز المدين العقد، فإن هذه الإجازة لا تسري في حق الكفيل ويظل له الحق في التمسك بإبطال العقد.

[3] حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 77–78

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الغصن الثاني:- الالتزام المكفول موجوداً:-

عند الحديث عن الالتزام الصحيح، فإن ذلك يعني أن يكون الالتزام موجود، وهذا يستدعي بيان حكم كفالة الالتزام المستقبلي.

وصورة هذه الكفالة أن محل التزام الكفيل هو التعهد بضمان الوفاء بالتزام مستقبل لم ينشأ بعد – وقت الكفالة – في ذمة المدين الأصلي، وأبرز مثال لكفالة الدين المستقبلي هو ضمان الدين المستقبلي الناشئ عن فتح اعتماد لضمان ما قد يسحبه المدين من هذا الاعتماد، ودين العميل في الأصل لا ينشأ إلا من تاريخ السحب وفي حدود ما يسحبه[1].

وقد أجاز المشرّع الليبي في المادة (787) من القانون المدني الليبي كفالة الدين المستقبلي [2] حيث نص على أنه: "1- تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول...، 2- على أنه إذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة كان له في أي وقت أن يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ".

وتكون كفالة الدين المستقبلي قائمة، إلا أن الكفيل لا يكون ملزم بالمال الإ بعد أن يتواجد الدين، فإذا ما وُجد كفله بالمقدار الذي يوجد به[3].

وإذا كان المشرّع قد أجاز في المادة (787) كفالة الدين المستقبلي إلا أن ذلك مقيد بشرطين، هما:-

---

[1] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 85.

[2] ويجدر بالملاحظة أن صحة كفالة الالتزام المستقبلي ما هي إلا تطبيقاً للقاعدة العامة الوارد النصّ عليها في المادة (131) من القانون المدني الليبي، والتي تقضي بأنه: "1- يجوز أن يكون محلّ الالتزام شيئا مستقبلا...."سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص352.

[3] الشهاوي، قدري عبدالفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 82.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الشرط الأول:- يجب أن يكون مقدار الدين المستقبلي المكفول محدد مقدماً في عقد الكفالة[1]، وقد كانت القواعد العامة سابقاً تقضي بصحة كفالة الدين المستقبلي حتى وإن لم يحدد مقداره، فإذا كفل شخص ثمن بضاعة لم تُشترى بعد، فيجب عليه تحديد المقدار الذي كفله، أو على الأقل ذكر الحدّ الأقصى له، والحكمة من هذا الشرط هو توفير حماية للكفيل فهو متبرع بكفالته، ويقوم بكفالة دين لم يوجد بعد، فأقل جزاء له على ذلك أن يتم تحديد مبلغ يكفله لكي لا يتورط بكفالة دين لم يوجد ولم يعلم مقداره[2].

ولكن هناك من يرى أن هذا الشرط ليس شرطاً خاصاً بكفالة الالتزام المستقبلي، وإنما هو شرط يعمم على كل دين مكفول، ومع ذلك يبقى تحديد مقدار دين لم يوجد بعد أدعى وأهم من دين وجد من قبل[3].

وتؤيد الباحثة الرأي القائل بوجوب تحديد مقدار الدين المكفول مستقبلاً لما فيه من مراعاة لمصلحة الكفيل، ويتحقق تحديد مقدار الدين المكفول إما رقمياً بمبلغ معين، أو أن يتم تحديد الحد الأقصى له كأن يذكر الكفيل أنه يكفل الاعتماد في حدود مبلغ وقدره كذا،كما أن كفالة الدين المستقبلي يمكن أن تقع على جزء من الالتزام المستقبلي، كأن يكون الاعتماد مفتوح بمبلغ (200.000) دينار، ويضمن الكفيل جزاء منه (100.000) دينار، أما إذا لم يتحدد مقدار الالتزام المستقبلي المرّاد كفالته، فإن الكفالة تكون باطلة[4].

---

[1] باشا، محمد كامل، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 42-43؛ زهران، محمود همام، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 87.

[2] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10،مرجع سابق، ص 53-54.

[3] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 55

[4] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 87.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الشرط الثاني:- أن الكفيل إذا حدد مدة لقيام كفالته[1]، فلا يجوز له الرجوع عن الكفالة طوال هذه المدة، ويبقى ملتزماً بها ويجب عليه وفاء الدين عن المدين الأصلي متى وُجد الدين وحلّ أجل الوفاء به، ولم يقم المدين بالوفاء به[2].

أما إذا لم يحدد مدة لكفالته، أو عين مدة وانقضت قبل نشوء الدين المستقبلي وتحققه فعلاً، جاز للكفيل أن يرجع عن كفالته، أما إذا نشأ الدين المكفول في حالة عدم تعيين مدة الكفالة أو لم يرجع الكفيل خلالها عن كفالته، أو في حالة تعيين مدة نشأ في خلالها الدين المكفول، فعندئذ لا يستطيع الكفيل الرجوع عن كفالته، ويكون ملزماً بها[3].

وقد اختلف فقهاء القانون المدني حول تأصيل كفالة الالتزام المستقبلي باعتبار أنها تتعارض مع قاعدة أن الكفالة لا تنشأ صحيحة، الإ إذا ارتكزت على التزام موجود، وهذه القاعدة تقتضي أن يكون الالتزام المكفول موجود لا مستقبلي، ولقد وجد ثلاثة آراء بخصوص ذلك وهي:

الرأي الأول:- إن كفالة الالتزام المستقبلي متى كانت محددة بمدة، فإنها تكون كفالة معلقة على شرط واقف، هو نشوء الالتزام في ذمة المدين[4]، وبالتالي تقتصر الكفالة على ما ينشأ من الدين خلال المدة المحددة، ولا يكون للكفيل التحلل من الكفالة قبل تحقق الشرط وهو نشوء الالتزام في ذمة المدين، فكل شخص التزم تحت شرط فإنه لا يكون له الرجوع قبل تحققه[5].

---

[1] ويعتبر هذا الشرط ما هو الإ تطبيق للقواعد العامة في العقود غير محددة المدة، التي تجيز لأي من أطرافها أن ينهي العقد بإرادته المنفردة، وذلك منعاً من تأبيد العلاقات العقدية، وحفاظاً على حرية الإفراد، وتأميناً لاستقلالهم. سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص354.

[2] حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 69؛ زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 88-89؛ سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 354.

[3] السنهوري، عبدالرزاق.الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 54.

[4] أبو السعود، رمضان، زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 65؛ حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 69-70

[5] فمثلا لا يكون للشخص الذي كفل فتح اعتماد أن ينسحب من الكفالة قبل تسلم المستفيد النقود. الشهاوي، قدري عبدالفتاح، أحام عقد الكفالة، مرجع سابق،ص84.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد انتقد البعض هذا الرأي[1] على أساس أنه في حالة تحقق الشرط الواقف، فإن الكفالة تعتبر بذلك طبقاً للأثر الرجعي للشرط موجودة من وقت انعقادها، أي من قبل تواجد الدين المكفول، وهذا يعني أن الكفالة وجدت في فترة زمنية لم يكن هناك التزام أصلي ترتكز عليه[2]. إلا أن هذا النقد مردود ذلك أن المشرّع لم يشترط أن يكون الالتزام المكفول موجود وقت الكفالة، وإنما اشترط صحة الالتزام المكفول، والالتزام المستقبلي يعتبر التزام صحيح، أما القاعدة التي وضعها الفقه والتي مفادها أن الكفالة لا تكون صحيحة إلا إذا كان محل الالتزام ممكناً، فإن شرط الإمكان هنا لا يقتضي أن يكون الالتزام المكفول موجوداً، بل يكفي أن يكون ممكن الوجود والالتزام المستقبلي ممكن الوجود[3].

الرأي الثاني:– أن كفالة الالتزام المستقبلي محددة المدة هي مجرد وعد بالكفالة، ولا يلتزم الكفيل بأداء الدين، لأنه لم ينشأ بعد،ولكن يضمن الوفاء به عند نشوئه، وإذا رجع الكفيل عن وعده قبل انتهاء الأجل المحدد كان مخّلاً بوعده، ويجوز الزامه بالتعويض لعدم قيامه بكفالة الدين وليس عن عدم الوفاء به[4].

الرأي الثالث:– ذهب رأي آخر من الفقه[5] إلى أن التزام الكفيل في كفالة الالتزام المستقبلي هو التزام بسيط، وتعليق التزام الكفيل على نشأة الالتزام المكفول سببها فكرة تبعية التزام الكفيل لالتزام الأصيل؛ فعقد الكفالة في كفالة الالتزام المستقبلي لا يكون كاملاً إلا إذا نشأ الالتزام المكفول، وبالتالي يكون التزاماً كاملاً وصحيحاً، ولكن ليس باعتباره التزاما شرطياً؛ فنشأة الالتزام

---

[1] باشا، محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 43؛ سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 118

[2] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 118

[3] تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 46.

[4] حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 70.

[5] أبو السعود، رمضان، زهران،همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 65.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المكفول لا يكون له أثر رجعي على الكفالة، لأن الكفالة لا تعتبر موجودة إلا من لحظة نشأة الالتزام المكفول، وبما أنه التزام غير شرطي فإنه لا تنطبق عليه القواعد التي تسري على الالتزام المشروط، ويجد هذا الرأي تبرير ما ذهب إليه أن المشرّع استثنى كفالة الالتزام المستقبلي من قاعدة وجوب ارتكاز الكفالة على التزام موجود عند انعقادها، وبالتالي تكون الكفالة باتة غير معلقة على شرط[1].

والرأي الراجح أن كفالة الالتزام المستقبلي هي كفالة باتّة منجزة غير معلقة على شرط، وذلك استناداً للقواعد العامة التي تجيز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلياً[2]،وبالتالي تكون كفالة الالتزام المستقبلي نفاذها معلق على شرط واقف، وهو وجود الالتزام المكفول، أما وجودها غير معلق على شرط[3].

ومن كل ما سبق نخلص للقول بأن كفالة الالتزام لكي تكون صحيحة منتجة لآثارها، لابدّ أن يكون الالتزام الأصلي صحيحاً، وهذا يستدعي أن يكون الالتزام موجوداً أو قابل للوجود في المستقبل.

الغصن الثالث:- ارتباط مصير التزام الكفيل بمصير الالتزام الأصلي[4]

من مظاهر تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول، ارتباط مصير التزام الكفيل بالالتزام المكفول ويتجلى ذلك في النقاط الآتية:-

[1] أبوالسعود، رمضان.التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 83.

[2] حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 71

[3] أبوالسعود، رمضان، زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 66.65.

[4] حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 41

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولاً–**من حيث الانقضاء:**–

ينقضي التزام الكفيل إما بصفة أصلية، وأما بصفة تبعية، وما يهمنا هو انقضاء التزام الكفيل بصفة تبعية، ذلك أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، فكان من مقتضيات هذه التبعية انقضاء التزام الكفيل تبعا لانقضاء الالتزام المكفول.

وهناك عدة أسباب تؤدي لانقضاء التزام الكفيل تبعاً لانقضاء الالتزام المكفول، وأسباب انقضاء الالتزام المكفول، هي نفس أسباب انقضاء أي التزام، ويترتب على انقضاء الالتزام المكفول انقضاء التزام الكفيل بالتبعية[1]،وانقضاء التزام الكفيل بالتبعية ما هو إلا تطبيق للقاعدة الفقهية: "أن التابع يسقط بسقوط المتبوع"، المتفرعة عن قاعدة "التابع تابع" [2]، ومن أسباب انقضاء التزام الكفيل بالتبعية الوفاء أو الوفاء بمقابل، أو التجديد أو المقاصة، أو اتحاد الذمة، أو الإبراء، أو استحالة التنفيذ، أو التقادم، وسيتم إلقاء الضوء على هذه الأسباب دون إسهاب، وبما يتفق مع توضيح تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول، وذلك على النحو الآتي:–

1. **انقضاء الدين المكفول بالوفاء:**– إذا حلّ أجل الوفاء بالدين، وقام المدين بالوفاء للدائن، فإن ذلك يترتب عليه انقضاء الدين المكفول كما ينقضي التزام الكفيل تبعاً لذلك[3]، ولكن هناك حالة ينقضي فيها الدين المكفول بالوفاء دون أن ينقضي التزام الكفيل، وذلك إذا قام بالوفاء بالالتزام المكفول للدائن شخص غير المدين، وحلّ محلّه حلولاً قانونياً أو اختيارياً[4]، ففي هذه الحالة يرجع الموفي على المدين بالدين نفسه طبقاً لقواعد الحلول،و

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 213.

[2] الغزي، محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث، موسوعة القواعد الفقهية، د. ن، المجلد الأول، الجزء 2، 1997، ص 165.

[3] تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 96.

[4] كذلك إذا قام الدائن بإحالة حقّه إلى دائن آخر، فإن الدين يبقى قائماً بكل ضمانته، ويبقى الكفيل مسؤولاً في مواجهة المحال له، أما إذا قام المدين بإحالة الدين لشخص آخر فهنا يتبدل شخص المكفول، و يبقى الدين قائماً،

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لا يكون الدين قد انقضى بالرغم من وفائه، وبالتالي يبقى التزام الكفيل تبعاً لبقاء التزام المدين[1].

وترى الباحثة أن انقضاء التزام الكفيل تبعا لانقضاء التزام المدين بالوفاء هو أمر طبيعي؛ فالكفالة شرعت لتوثيق الدين ولضمان الدائن الحصول على حقّه، فإذا قام المدين بالوفاء بالتزامه لم يعد هناك داعٍ لوجود الكفالة لعدم وجود دين لضمانه.

2. **انقضاء الالتزام المكفول بالوفاء بمقابل:**- كذلك من أسباب انقضاء التزام الكفيل تبعا لانقضاء الالتزام المكفول **وفاء** الالتزام المكفول بمقابل، حيث يتفق المدين مع الدائن بالإستعاضة عن الدين الأصلي بنقل ملكية شيء آخر من المدين للدائن، وتم تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلاً، وبالتالي تبرأ ذمة المدين، ويبرأ الكفيل تبعاً لذلك[2]، ولقد نصّت على ذلك المادة (792) من القانون المدني الليبي على أنه: "إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئاً آخر، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشيء ".

ويجدر بالملاحظة أنه إذا كان المقابل الذي تم الوفاء به مملوك للكفيل، وكان يعلم الكفيل أن المدين الأصلي قد أعطى المقابل المملوك له للدائن، فإنه يرجع الدائن على الكفيل بضمان الاستحقاق؛ لأن ذمته لم تبرأ من الكفالة؛ لأنه هو الذي تسبب في ضمان الاستحقاق[3].

3. **انقضاء الدين المكفول بالتجديد:**-

قد يقوم الدائن بتجديد دينه إما بتغير الدائن أو المدين، أو تغير الدين في محلّه أو مصدره، وهذا يترتب عليه انقضاء الالتزام المكفول، وينقضي تبعا له التزام الكفيل، حيث يحلّ محلّ

بينما ينقضي التزام الكفيل، إلا إذا وافق الكفيل على كفالة الدين الجديد. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء10، مرجع سابق، ص217.

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 215.

[2] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 17

[3] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص211.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدين المكفول دين جديد لا تنتقل له التأمينات التي كانت تضمن الالتزام المكفول إلا إذا نص القانون على ذلك، أو وجد اتفاق بين الأطراف[1]، وهذا ما نجده في نصّ المادة (343) من القانون المدني الليبي[2].

ولكي ينتج التجديد آثاره وينقضي به التزام الكفيل تبعاً للالتزام الأصلي، يجب أن يكون التجديد قد تم الاتفاق عليه صراحة، فالتجديد لا يفترض ولا يستخلص من ظروف الحال[3].

4. انقضاء الالتزام المكفول بالمقاصّة:-

قد يكون في ذمة الدائن للمدين دين يصلح للمقاصّة في الدين الثابت في ذمة المدين للدائن[4]، فانقضاء الدين المكفول بالمقاصّة يترتب عليه انقضاء التزام الكفيل تبعاً لذلك، كما يستطيع الكفيل أن يتمسّك بالمقاصّة بين الدين الذي كفله، والدين الذي للمدين في ذمة الدائن، ذلك أن مديونية الكفيل تابعة لمديونية المدين، وانقضاء مديونية المدين بالمقاصّة يترتب عليه انقضاء مديونية الكفيل تبعاً لذلك، أما إذا كان الدين لكفيل غير متضامن في ذمة الدائن، ودين للدائن في ذمة المدين؛ فإن المقاصّة لا تقع بينهما؛ لأن الدينين غير متقابلين، وإذا تم النزول عن المقاصّة، فإن ذلك يترتب عليه عودة الدينين للوجود كما تعود التأمينات الضامنة لهما[5].

5. انقضاء الدين المكفول باتحاد الذمة:-

ينقضي الدين المكفول باتحاد ذمة المدين والدائن في شخص واحد؛ كأن يرث المدين الدائن، بالتالي يصبح المدين هو الدائن لنفسه، فينقضي التزامه وينقضي تبعاً لذلك التزام الكفيل،

---

[1] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص140.

[2] حيث نصّت على: " 1-يترتب على التجديد أن ينقضي الالتزام الأصلي بتوابعه، وأن ينشأ مكانه التزام جديد.2- ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي إلا بنص في القانون،أو إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك ".

[3] طبقاً لما ورد النصّ عليه في المادة (341) من القانون المدني الليبي.

[4] طبقاً لما ورد النصّ عليه في المادة (349) من القانون المدني الليبي.

[5] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، نص 222-223.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما إذا زال سبب اتحاد الذمة، عاد الدين كما تعود الكفالة الضامنة لهذا الدين، وقد نصّت على ذلك المادة (2/357) من القانون المدني الليبي حيث جاء فيها:: "... إذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عاد الدين للوجود هو وملحقاته...".

6. انقضاء الدين المكفول بالإبراء:-

إذا قام الدائن بإبراء المدين، فإن الالتزام المكفول ينقضي، وينقضي تبعاً له التزام الكفيل وقد نصّت على ذلك المادة (1/791) من القانون المدني الليبي، حيث جاء فيها:: "يبرأ الكفيل ببراءة المدين"، إلا أنه يُستثنى انقضاء التزام الكفيل بالإبراء إذا كان يتضمن الصلح مع المدين المفلس، فأحياناً قد يقوم الدائنين بإبراء مدينهم المفلس من جزء من الدين بالصلح معه، والغرض من ذلك تيسير السبل على المدين التي تمكنهم من الحصول على أكبر قدر ممكن من حقوقهم، أما ذمة الكفيل لا تبرأ بهذا الإبراء، حيث إن الكفالة تظهر فائدتها هنا؛ لأن الكفالة هي وثيقة لضمان حق الدائن عند افلاس المدين[1].

7. انقضاء الدين المكفول باستحالة التنفيذ:-

أحياناً قد يستحيل تنفيذ الالتزام لوجود سبب أجنبي أحال دون ذلك، ففي هذه الحالة ينقضي التزام المدين [2]، وإذا انقضى التزام المدين انقضى تبعاً لذلك التزام الكفيل، أما إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة لخطأ المدين، فإن التزام المدين لا ينقضي، بل يتحول للتعويض، وبالتالي تبقى الكفالة قائمة، والتعويض هنا لا يعتبر التزاماً، ولكنه طريق مختلف لتنفيذ الالتزام نفسه[3]،وإذا كانت استحالة التنفيذ راجعة لفعل الكفيل فإن ذمة المدين تبرأ؛ لأن فعل الكفيل يعتبر سبب أجنبي،

---

[1] أبو السعود، رمضان. زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 105-106

[2] وقد نصّت على ذلك المادة (360) من القانون المدني الليبي على أنه: " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه ".

[3] تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص102-103.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالتالي تبرأ ذمة الكفيل باعتبار أن التزامه تابع للالتزام الأصلي، إلا أنه يبقى مسؤولاً عن خطأه أمام الدائن بصفته مديناً أصلياً له[1].

8. انقضاء الدين المكفول بالتقادم [2]:-

إذا انقضى الالتزام المكفول بالتقادم، فإنه ينقضي تبعاً لذلك التزام الكفيل، حتى وإن لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بالتزام الكفيل، بل أن للكفيل التمسك بتقادم الالتزام الأصلي، ولو لم يتمسّك به المدين الأصلي، بل حتى ولو نزل المدين عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه[3]؛ لأن نزول المدين في مثل هذه الحالة يعتبر نزول نسبي، ولا يتعدّى المتنازل نفسه إلى ذوي المصلحة الذين يكون لهم حقّ التمسّك بالتقادم، كما يتأكد ارتباط التزام الكفيل بالتزام المدين أن مدة سريان التقادم بالنسبة لالتزام الكفيل لا تبدأ طالما أن الالتزام الأصلي غير مستحقّ الأداء[4].

ولكن أحياناً قد ينقضي الالتزام الأصلي بالتقادم دون انقضاء التزام الكفيل، ويكون ذلك في الحالة التي ينشأ فيها التزام الكفيل بعد الدين الأصلي بحيث يضمن الالتزام بعد نشوئه، أو حدد التزام الكفيل بأجل أبعد من أجل الوفاء بالالتزام الأصلي، فهنا يتقادم الدين الأصلي قبل أن يتقادم التزام الكفيل، وبتقادم الدين الأصلي تبرأ ذمة الكفيل تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي، ودون أن يتقادم التزام الكفيل[5].

---

[1] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 449

[2] "وهو نظام قانوني يقضي الحقوق العينية والشخصية إذا لم يستعمل صاحب الحقّ حقّه خلال مدة معينة حددها القانون. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء3، مرجع سابق، ص995

[3] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 145.

[4] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 313.

[5] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 217.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا:- حجية الأمر المقضي به:-

كما أن ارتباط مصير التزام الكفيل بالالتزام الأصلي يظهر بالنسبة لحجية الشيء المقضي به [1]ضد المدين الأصلي المتعلقة بوجود الدين المكفول ولتوضيح التبعية هنا، لابد من تسليط الضوء على حجية الأمر المقضي بشيء من الإيجاز.

تعتبر حجية الأمر المقضي به من النظام العام سواءً كان ذلك في المواد المدنية أو التجارية، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للخصم التنازل عنها، أو الاتفاق على ما يخالفها، كما يجوز اثارتها لأول مرة أمام محكمة الدرجة الأولى، أو الثانية، أو في أية حالة كانت عليها الدعوى، بل يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض، كما يقع إلزام على القاضي أن يطبقها من تلقاء نفسه حتى وإن لم يتمسّك بها الخصوم، وبالتالي على القاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بعدم جواز النظر في الدعوى التي سبق الفصل فيها، وصدر فيها حكم حائز للحجية. [2]

وبالرجوع لعقد الكفالة فقد سبق وتم الإشارة إلى أن هناك علاقات مستقلة، هي علاقة الدائن بالمدين وعلاقة الدائن بالكفيل، ويعتبر الكفيل شخصاً من الغير بالنسبة لعلاقة المدين بالدائن، إذ أن الرابط الوحيد هو الالتزام الذي في ذمة المدين للدائن، والذي هو سبب في نشوء الكفالة، وبالتالي إذا حدث نزاع بين المدين والدائن، وتم عرضه على القضاء، وصدر حكم وكان حائز لقوة الأمر المقضي به، فما هو وضع الكفيل في هذه الحالة بالنسبة للحكم الحائز للحجية؟

---

[1] المقصود بحجية الحكم المقضي به هو: تلك الصفة التي تلحق بالحكم القضائي، ويترتب على توافر هذه الصفة احترام المحاكم له،وعدم البحث في نفس الموضوع الذي صدر حكم فيه وحاز الحجية، وقد عرف الفقيه جان فرييه حجية الحكم بأنها:" الصفة غير القابلة للمنازعة والثابتة بوساطة القانون لمضمون الحكم،ومن ثم فإن الشيء المتنازع عليه والمحكوم فيه لا يكون قابلاً للمنازعة فيه مرة أخرى". فوده، عبد الحكم، حجية وقوة الأمر المقضي في ضوء مختلف الآراء الفقهية وأحكام محاكم النقض، المنصورة، دار الفكر والقانون، 2006، ص20-23.

[2] فوده، عبد الحكم، حجية وقوة الأمر المقضي، مرجع سابق، ص 22.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قد يصدر حكم لصالح المدين في مواجهة الدائن كأن ترفض الدعوى التي يرفعها الدائن قبل المدين، فيقوم الدائن برفع الدعوى نفسها على الكفيل للموضوع نفسه والسبب نفسه، ففي هذه الحالة يكون للكفيل أن يدفع دعوى الدائن ضده بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها لوحدة الخصم؛ أي له أن يتمسّك بحجية الحكم الصادر لصالح المدين، ويستند في ذلك للمادة (791) من القانون الليبي: "حيث جاء فيها: "1- يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسّك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين ".

ولقد أرجع الفقه الحكم السابق أن الكفيل وكيل للمدين، وذلك فيما يتعلق بالعقد الأصلي، ذلك أن عقد الكفالة يفوض إلى مكفوله حقّ الإنابة عنه في كل ما يتعلق بالدين، وذلك بأن يدفع عنه الدعوى المرفوعة على المدين بكافة الدفوع الفرعية والموضوعية الخاصة بالدين، دون الدفوع الشخصية الخاصة بالكفيل ذاته [1]

وترى الباحثة أن هذه الفرضية تتجسد فيها صفة تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين، بحيث يستفيد الكفيل من حجية الأمر المقضي فيه للمدين.

ونخلص مما سبق أن فكرة التبعية لها مظاهرها في القانون المدني الليبي، وهذه المظاهر منها ما يشير للتبعية بمعناها الواسع، ومنها ما يستشف منه التبعية المقصودة من الكفالة الشخصية، إلا أن هذه التبعية ليست مطلقة، وهذا ما سيتم توضيحه في الفرع الآتي.

[1] ويرى الفقه أن هذا التفويض مستفاد من القانون الفرنسي، وذلك من المادة (1281)، والتي تقضي بأن ذمة الكفيل تبرأ باستبدال الدين بين المدين والغير. وكذلك ما ورد في المادة (1287)من القانون المدني الفرنسي، أن ذمة الكفيل تبرأ بتنازل الدائن عن الدين، وكذلك المادة (1294) من القانون ذاته، والخاصة بالمقاصّة، والتي أعطت الحقّ للكفيل بالتمسّك بالمقاصّة الحاصلة بين الدائن والمكفول، بالإضافة إلى ما سبق ما ورد النصّ عليه في أحد فقرات المادة (1365) من القانون المدني الفرنسي والخاصة باليمين فاليمين الموجهة من الدائن ضد المدين تبرأ بها ذمة الكفيل. فوده، عبد الحكم، حجية وقوة الأمر المقضي، مرجع سابق، ص 368.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث:- حدود صفة التبعية

أن تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين، لا يعني ضرورة وجود تطابق تام بين النظام القانوني لالتزام المدين والتزام الكفيل، فكما ذكرنا سابقاً بالرغم من وحدة الالتزام إلا أنه هناك علاقات مستقلة عن بعضها، وهي علاقة الكفيل والدائن وعلاقة المدين والدائن[1]؛ لأن التزام الكفيل ينشأ عن عقد مستقل، وهذا العقد له قواعده الخاصة التي تحكمه و تنظمه، و بالتالي فإن التزام الكفيل رغم تبعيته له استقلاليته، كما يرد على صفة التبعية استثناءات وسيتم التطرق لكل منها من خلال ما يأتي.

الغصن الأول:- الاستثناءات الواردة على صفة التبعية طبقاً للتشريع المدني الليبي:-

لقد وضع المشرّع الليبي استثناءات على فكرة التبعية، بحيث لا يكون التزام الكفيل فيها تابع لالتزام المدين، ويتضح ذلك من خلال ما يأتي:-

أولاً:- كفالة ناقص الأهلية:-

كما أسلفنا القول عند الحديث عن مظاهر فكرة التبعية، أن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول تقتضي أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً، وبالتالي أخرج المشرّع الليبي كفالة الالتزام القابل للإبطال، ولكن المشرّع الليبي استثناءً أجاز كفالة ناقص الأهلية[2] بالرغم من أن التزامه قابل للإبطال، وبالرجوع للقانون المدني الليبي، يتضح أنه اشترط في المادة (785) لصحة الكفالة أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً، إلا أنه أجاز كفالة ناقص الأهلية في المادة (786) من القانون المدني الليبي، حيث جاء فيها:: " من كفل ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية؛ كأن ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول " وقد قرر المشرّع في المادة (791) من القانون

---

[1] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 15

[2] المقصود بناقص الأهلية هو القاصر المميز، ومن في حكمه كالمحجور عليه بسبب غفلة أو سفه، وبمعنى آخر كل من كان عقده باطل بسبب نقص أهليته. وبالتالي يستبعد من نطاق النصّ القانوني الحالة التي يكون فيها العقد باطل بطلان مطلق لانعدام الأهلية لعدم التميز، أو لجنون، أو للعته. سعد، نبيل إبراهيم،التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص360.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدني الليبي، قاعدة عامة فحواها: "1- يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسّك بجميع الأوجه التي يحتج بها على المدين "، إلا أن المشرّع لم يترك هذا الحكم مطلقاً، بل قيده في الفقرة الثانية بحكم خاص لكفالة ناقص الأهلية [1]، حيث نصّ: "2- على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه".

وعند الحديث عن كفالة ناقص الأهلية لابدّ من التمييز بين ثلاثة فروض وهي:-

الفرض الأول:-الكفيل لا يعلم بنقص أهلية المكفول:-

الكفيل في هذا الفرض لا يعلم بنقص أهلية المكفول، فيعتبر كفيلاً بالمعني القانوني، وبالتالي فإن أحكام الكفالة هي التي تطبق [2]، وبناءً على ذلك يكون التزام المدين قابل للإبطال بسبب نقص أهليته، ويكون تبعاً لذلك التزام الكفيل قابلاً للإبطال[3]، وبالتالي تسري عليه القواعد العامة التي تطبق على العقد القابل للإبطال، وقد سبق بيان كل ذلك عند الحديث عن كفالة الالتزام القابل للإبطال.

كما يكون للكفيل التمسّك بقابلية التزامه للإبطال، حتى وان لم يتمسّك به المدين نفسه، وأجاز العقد القابل للإبطال، باعتبار أنه صاحب مصلحة في التمسّك بالقابلية للإبطال[4] وذلك استناداً لما ورد في المادة (1/791)من القانون المدني الليبي، وهنا تبرأ ذمة الكفيل من التزامه، ولا يبطل تبعاً لذلك التزام المدين؛ لأنه لا يحكم بالقابلية بالبطلان إلا إذا تمسك به صاحب الحقّ في ذلك، كما أن انقضاء الالتزام التابع لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام المتبوع [5]، كما أنه لا يجوز

---

[1] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص61-62.

[2] أبو السعود، رمضان. زهران، محمود همام، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 75.

[3] تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص40-41؛ زهران، محمود همام، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 108.

[4] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 110.109.

[5] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 62.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاعتراض على الكفيل بعدم التمسّك بهذا الدفع لإجازة المدين للالتزام؛ لأنه كان لا يعلم بنقص أهلية الكفيل عند إبرام عقد الكفالة، كما أن المدين إذا اجاز العقد لا يستطيع منع الكفيل من التمسّك بقابليته للإبطال؛ لأنه بذلك يسوء من مركز الكفيل، وهذا يتنافى مع صفة التبعية[1].

الفرض الثاني:- الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين وقت الكفالة:-

في هذا الفرض الكفيل على علم بأن المدين ناقص الأهلية وقت إبرام عقد الكفالة، وهنا يكون الكفيل كفيلاً وليس مدينا أصليا، وبالتالي يكون التزام الكفيل قابلا للإبطال بالتبعية، فإذا تمسك المدين الأصلي بإبطال التزامه لنقص أهليته وحكم له بالإبطال تبطل الكفالة تبعاً لذلك، أما إذا لم يتمسّك المدين بنقص أهليته، ويطالب بإبطال العقد، أو أنه أجاز العقد الأصلي القابل للإبطال، فإن العقد يبقى منتجاً لآثاره، و تبقى الكفالة تبعاً لذلك، ولا يجوز للكفيل أن يحتجّ بنقص أهلية المدين ليبطل التزامه[2].

الفرض الثالث:- نقص الأهلية هو السبب الذي دفع الكفيل للكفالة:-

في هذه الفرضية يكون الكفيل والدائن على علم بنقص أهلية المكفول وقت إبرام عقد الكفالة، وأن العقد المبرم بين المدين والدائن قابل للإبطال، ورغم ذلك تقدّم الكفيل لضمان الوفاء بالالتزام المكفول، بل أن نقص الأهلية هو السبب الذي دفع الكفيل لكفالة المدين؛ فالكفيل يسعى لتغطية التزام ناقص الأهلية، بحيث يبقى ملتزماً به حتى وإن تمسّك المدين بإبطال العقد لنقص أهليته[3]. وهذه الفرضية هي التي نصّ عليها المشرّع الليبي في المادة (2/791).

---

[1] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 47.48.

[2] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 78؛ حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص63.

[3] حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 39.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولقد حدث خلاف بين الفقهاء حول تفسير الحكم الوارد في نصّ المادة (2/791) وتحديد صفة الكفيل، وقد وجدت ثلاثة اتجاهات حول هذا الموضوع، تتمثل في الآتي:-

الإتجاه الأول:- ذهب جانب من الفقه أن الكفيل عند كفالته لناقص الأهلية، وهو على علم بذلك، و كان نقص الأهلية هو السبب الدافع للكفالة، فيكون للكفيل إحدى الصفتين؛ إما أن يكون مديناً أصلياً بالدين، أو كفيلاً، وذلك بالنظر إلى أنه مدين بالتزام أصلي معلّق على شرط واقف، وبناءً على تحقّق الشرط من عدمه[1]، فإذا تحقّق الشرط وتمسّك المدين الأصلي بنقص أهليته في مواجهة الدائن، ولم ينفذ التزامه، فإن الكفيل يلتزم بوصفه مسؤولاً أصلياً عن الدين، باعتبار أن الالتزام المكفول انقضى ببطلانه ذلك أن الهدف من الكفالة هنا أن الكفيل يقصد تأمين الدائن من خطر تمسّك المدين الأصلي ببطلان التزامه لنقص أهليته.

وبناءً على ذلك، إذا قام المدين الأصلي بإبطال التزامه لنقص أهليته، فإن الكفيل يعتبر هو المدين الأصلي للدائن بموجب العقد الذي أبرمه معه، أما إذا لم يتحقّق الشرط، وأجاز المدين العقد، فيصبح العقد صحيحاً بناءً على إجازة المدين له، وفي هذه الحالة يكون المدين هو الملتزم الأصلي بالدين، بينما يكون الكفيل ضامناً للالتزام باعتباره كفيلاً له[2].

الإتجاه الثاني:- بينما ذهب بعض الفقه في تفسير حكم المادة (2/791) أنه عقد مركّب يتضمن كفالة وتعهداً عن الغير [3]، بحيث يتعهد فيه الكفيل بأن لا يستعمل فيه المدين حقّه في طلب الإبطال، ويتعهد في الوقت نفسه بأن يقوم على سبيل التعويض بتنفيذ الالتزام الأصلي إذا

---

[1] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10،مرجع سابق، ص 49؛ أبوالسعود، رمضان، زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 76.

[2] أبوالسعود، رمضان. زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 76.

[3] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 363؛ زكي، محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 63؛ تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 42-43.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أخل بتعهده عن الغير بأن طلب المدين الإبطال، وبناءً على ذلك طالما أن الالتزام الأصلي يبقى قائماً، فإنه يبقى التزام الكفيل قائماً تبعاً لذلك، ويبقى الكفيل ملتزماً بصفة تبعية باعتباره كفيلاً، أما إذا طلب المدين الإبطال وحكم له بذلك، فيزول الالتزام الأصلي بأثر رجعي، ويزول التزام الكفيل تبعاً لذلك، وإذا تحقق الإخلال بالتعهد عن الغير، وهذا يجعل الكفيل باعتباره متعهد أن يقوم بتنفيذ الالتزام الأصلي على سبيل التعويض، فهو هنا ينفذ التزامه الأصلي الناتج عن عقد التعهد عن الغير[1].

الاتجاه الثالث:- يذهب قلة من الفقه [2] في تفسير حكم المادة سالفة الذكر على أنها تطبيق لنظرية تحول العقد [3]، ومعنى ذلك "أن كفالة ناقص الأهلية الحاصلة بسبب نقص أهليته تقع صحيحة، وتبقى كذلك مالم يتمسّك ناقص الأهلية ببطلان التزامه، فتبطل حينئذ الكفالة بهذه الصفة، وتتحول إلى تعهد منشئ لالتزام أصلي في ذمة من تعهد ككفيل "[4].

وإذا قام المشرّع بقصر الفقرة الثانية على كفالة ناقص الأهلية، ولم يطلقه ليشمل كل حالات القابلية للإبطال، فإذا كان سبب القابلية للإبطال غير نقص الأهلية كأن كان السبب لعيب في الرضى، فإن القواعد العامة هي التي تطبق، وبالتالي يكون الالتزام قابل للإبطال ويكون للكفيل أن يتمسّك تبعاً لذلك بقابلية التزامه للإبطال[5]، ولكن هناك من يرى أن الحكم الذي قرره المشرّع في الفقرة الثانية الخاص بكفالة ناقص الأهلية يمكن تعميمه على حالات آخرى للبطلان النسبي،

---

[1] تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 43.

[2] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 113؛ عبده، محمد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص92

[3] المنصوص عليها في المادة (144) من القانون المدني الليبي، حيث جاء فيها: " إذا كان العقد...قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى ابرام هذا العقد ".

[4] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 64.

[5] الشهاوي، قدري عبدالفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 76.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وذلك عن طريق القياس [1]، لكن الباحثة تؤيد أن ما ورد في الفقرة الثانية من المادة (791) من القانون المدني الليبي، خاص فقط بناقص الأهلية، ولا يمكن تعميمه على باقي الحالات الأخرى لقابلية البطلان لأن المشرّع لو أراد ذلك لعمم النصّ[2].

هذا كل ما يمكن قوله في كفالة ناقص الأهلية، والتي من خلالها اتضح لنا أن التزام الكفيل لا يشترط أن يكون صحيحاً تبعاً للالتزام المكفول.

ثانياً-الصلح الواقي من الافلاس:-

يمثل اتفاق الصلح الواقي من الافلاس استثناءً من تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول؛ فالكفيل لا يستفيد من اتفاق الصلح الواقي من الافلاس الذي يتحصل عليه المدين[3]، فأحياناً قد تعتري التاجر أزمات اقتصادية قد يصعب عليه أن يتجنبها مهما كان يقظاً وحريصاً، وقد يشهر افلاسه نتيجة لعدم إمكانية تسديده لديونه، ويكون ذلك لأسباب لا يد له فيها، وهنا كان لابدّ للقانون من أن توفر الحماية الكافية للمدين الذي أشهر افلاسه بالرغم من حسن نيته، و عدم تقصيره أو تدليسه، فظهر نظام الصلح الواقي لغرض تمكين المدين حسن النية سيء الحظ الذي أشهر افلاسه من إصلاح مركزه المالي، وذلك عن طريق اتفاق يعقد مع الدائنين.

وبالتالي يمكن تعريفه بأنه: عقد يبرم بين تاجرين لدين تجاري، ويكون ملزم للجانبين، فإذا كان الافلاس من شأنه أن يُسقط أجال الدين، فإن الصلح يمنع ذلك، ويعطي المدين الفرصة في

---

[1] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية و الشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 44؛ حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، 81.

[2] كما ذهب لذلك أيضاً التقنين الفرنسي في المادة (2/2012)، حيث نصّت: "تجوز كفالة الالتزام، ولو كان جائز إبطاله بدافع شخصي محض خاص بالملتزم، وذلك كحالة القصر ".

[3] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 19.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

استعادة مركزه المالي، ويكون للدائن إذا لم يقم المدين بالالتزام بعقد الصلح من ملاحقّة الحقّوق الممنوحة للمدين على سبيل التأمين[1].

و بإسقاط ما سبق على عقد الكفالة يتضح أن الصلح ينشأ بموجب عقد بين أطرافه، فإذا نشأ عقد صلح بين المكفول له والمكفول عنه، فإن الكفيل لا يكون طرفاً فيه، بالتالي لا يسري هذا الاتفاق في مواجهته، باعتبار أن العقد لا يلزم الإ أطرافه.[2]

ومن كل ذلك، نستنتج أن الأصل التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول، إلا أن هناك استثناءات على هذه التبعية قد يستوجبها شخص المكفول عنه، أو الإجراء المتخذ. كما أن التزام الكفيل بالرغم من تبعيته إلا أنه قد يستقل في بعض أحكامه عن الالتزام المكفول، وهذا ما سيتم توضيحه في الغصن الآتي.

الغصن الثاني :- استقلال التزام الكفيل عن الالتزام المكفول:-

نظراً لكون علاقة الكفيل بالدائن مستقلة عن علاقة المدين بالدائن، فإن ذلك استدعى أن يكون لعقد الكفالة خصوصية، يستقل بها عن الالتزام المكفول، ويتجلى ذلك فيما يأتي:-

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

---

[1] العطين، عمر فلاح، الصلح الواقي من الإفلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 1، 2013،ص 124-126.

[2] وقد جاء موقف القضاء الأردني مطابقاً لذلك، وهذا ما نجده في القرار التالي و الذي يقضي:"...إن وقف الإجراءات التنفيذ بحق المدين الأصلي بسبب تقديمها طلب صلح واقي من الإفلاس لا يشمل الكفيل، كون هذا الطلب يتعلق بشخص مقدم طلب الصلح الواقي من الافلاس، ولا تمتد آثار هذا الطلب غلى الكفيل..، وبالتالي فإن التزام الكفيل يبقى قائماً حتى انقضاء الدين أو ابراء ذمة المدين أو الكفيل منه..". قرار محكمة الاستئناف الأردني رقم 2013/30119 (هيئة ثلاثية) اريخ 2013/10/7.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولاً: من حيث الإثبات:-

من مظاهر استقلالية التزام الكفيل عن التزام المدين أن يكون عقد الكفالة مكتوباً[1]، وهذه الشكلية ليست للانعقاد، فعقد الكفالة من العقود الرضائية، فهو ينعقد طالما كان مستوفياً لكافة شروطه، وأركانه، وإن لم يكن مكتوباً، وإنما شرط الكتابة هنا للإثبات[2]، والحكمة من ذلك راجع لتنبيه الكفيل بخطورة التصرّف المقدم عليه باعتبار أن الكفالة من التبرعات، فكان لابدّ من استنادها إلى رضى صريح وقاطع، كما أنه من الصعب التعرّف على تحديد مدى التزام الكفيل عن طريق البينة أو القرائن، فلهذه الأسباب اشترطت الكتابة لإثبات الكفالة، وإن كان الالتزام الأصلي غير ثابت بالكتابة[3].

وقد نصّ المشرّع الليبي، في المادة (782) من القانون المدني الليبي على أن: " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة "، حيث جعل الكتابة شرط ضروري في العلاقة بين الكفيل والدائن، باعتبار أن الكفالة من العقود الملزمة لجانب واحد، وهو الكفيل، فإن الإثبات دائماً سيكون في مواجهته كأن ينكر الكفيل كفالته للمدين، فيبرز الدائن الدليل الكتابي على ضمان الكفيل للدين، أو أن يحتجّ الكفيل في مواجهة الدائن بما قد يكون قد دفعه زائداً عن المستحقّ[4].

---

[1] ويجدر بالذكر أن شرط الإثبات بالكتابة يتطلب أيضاً في الوعد بالكفالة، وذلك لاتحاد العلة وعموم نص المادة (782) من القانون المدني الليبي، ذلك أن الوعد إذا نكل به المدين فإن حكم القاضي يقوم مقام العقد النهائي، ولا يجوز التمسّك بوعد يؤدي إلى عقد نهائي إلا إذا كان الوعد ثابت بالكتابة. حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 93.

[2] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 79؛ الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 57-58؛ أبو السعود، رمضان. زهران، محمود همام، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 85.

[3] تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 56.

[4] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 378.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويشترط في الكتابة إذا كان الغرض منها الاحتجاج في مواجهة الغير أن تكون ثابتة التاريخ، ومثال ذلك أن يقوم الكفيل بالوفاء بالدين، ويحلّ محلّ الدائن في رهن رسمي فهنا كأنه يوجد دائن مرتهن تالٍ له في المرتبة[1]، ويستثنى من الإثبات في العلاقة بين الكفيل والدائن إذا كان الدين تجارياً، ففي هذه الحالة جاز إثباته بكافة طرق الإثبات[2].

وفي حالة وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي، أو فقد الدائن الدليل الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه، ففي هذه الحالات يجوز إثبات الكفالة بالإقرار واليمين، وهذه الوسائل جائزة للإثبات حيث يجب الإثبات بالكتابة[3].

أما في العلاقة بين المدين والكفيل، فإن القواعد العامة في الإثبات هي التي تحكم هذه العلاقة؛ لأن المدين ليس طرفا في عقد الكفالة، وبالتالي إذا أراد الكفيل الرجوع على المدين بما أداه عنه، فإنه لا يشترط الكتابة، وإنما القواعد العامة للإثبات هي التي يتم الرجوع إليها، وبالتالي من الجائز الإثبات بالقرائن والبينة إذا كان المبلغ خمسمائة دينار فأقل[4]؛ لأن التصرّف بالنسبة للكفيل يعتبر واقعة مادية، فيتم إثباته بكافة طرق الإثبات[5].

وبالرجوع لأحكام الكفالة في القانون المدني الأردني يتضح أن المشرّع الأردني لم يضع نصّ خاص يقضي بضرورة الكتابة للإثبات كما فعل المشرّع الليبي، وبالتالي فإنه فيما يتعلق بإثبات الكفالة في القانون الأردني وفي ضوء غياب النصّ التشريعي الخاص فإن القواعد العامة للإثبات هي التي تطبق، وترى الباحثة أنه يمكن إرجاع السبب في ذلك لكون الكفيل ملتزم بالدين بصفة أصلية فهو متضامن مع المدين، ولكن هذا السبب قد يكون هو المأخذ على القانون

---

[1] حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 94.

[2] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 59.

[3] أبو السعود، رمضان.زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص85.

[4] أبو السعود، رمضان، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 112.

[5] تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 57.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأردني، فالكفالة في حد ذاتها تصرف خطير، وتزداد خطورتها لو انتفت صفة الاحتياطية منها بأن أصبح الكفيل ملتزم من الدرجة الأولى، فلهذه الأسباب كان على المشرّع الأردني النصّ على شرط الكتابة لإثبات الكفالة.

ثانياً:- من حيث الطابع المدني:-

الأصل في الكفالة أنها تعتبر عملاً مدنياً؛ فالكفالة بطبيعتها تتضمن الاشتراط لمصلحة الغير، كما أن الغاية منها ضمان الوفاء بالتزام المدين[1]، كما أن الكفالة من عقود التبرع؛ فالكفيل لا يحصل على مقابل نظير كفالته لالتزام المدين، لذلك اعتبرت الكفالة عملاً مدنياً حتى وإن كان الكفيل والمدين تجار، بل حتى لوكان الالتزام المكفول قد تولّد عن عمل تجاري[2]، وبالتالي الأصل في الكفالة أنها مدنية، ولو كان الالتزام المكفول تجارياً وقد نصّت المادة (1/788) من القانون المدني الليبي على أن:" كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً إذا قدمها من ليس تاجر"، وما ورد في هذا النصّ يمثل استقلالية التزام الكفيل عن التزام المكفول، وخروجاً عن فكرة التبعية [3].

وتظهر أهمية احتفاظ الكفالة بطابعها المدني في مسائل الإثبات وتحديد الاختصاص القضائي، والاحتساب الفوائد التأخيرية.

فبالنسبة للإثبات:- أن الكفالة تثبت بالنسبة للكفيل بالطرق المدنية في الإثبات، فتجب بالكتابة، أو ما يقوم مقامها، إذا كان التزام الكفيل يتجاوز خمسمائة دينار، أما الاختصاص:- فيكون الاختصاص للمحكمة المدنية إذا كان الكفيل هو المدعى عليه، وما يخّص احتساب الفوائد، فإن القاعدة العامة تقضي أن يتم احتساب الفوائد طبقاً للسعر الذي يسري على الديون المدنية،

---

[1] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 36

[2] حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 35.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وهي(4%)، ويُستثنى من ذلك الحالة التي تعتبر فيها الكفالة تجارية، حيث يتم احتساب فوائد التأخير بسعر (5%)[1].

وإذا كانت القاعدة أن الكفالة تعتبر عملاً مدنياً حتى وإن كان الالتزام المكفول عملاً تجارياً، لكن هذه القاعدة يرد عليها استثناءات، بحيث تعتبر الكفالة عملاً تجارياً وذلك في الحالات الآتية:-

الحالة الأولى:-إذا كانت الكفالة متعلقة بضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً[2]:- ويتفرع عن هذه الحالة فرضيتان؛ هما: تظهير الورقة التجارية، والضمان الاحتياطي للورقة التجارية. ولقد ورد النصّ على ذلك في الفقرة الثانية من المادة (788) من القانون المدني الليبي، حيث جاء فيها:"على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً، أو عن تدوير هذه الأوراق، تعتبر دائماً عملاً تجارياً".

الفرض الأول:- تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان [3]:- إن التظهير في الحقّيقة ما هو إلا رهن للورقة لضمان دين آخر؛ أي أن الأمر يتعلق برهن الدين، ويعتبر صورة من صور الرهن الحيازي، وبالتالي فإن الأمر لا يتعلق بكفالة، إلا أن ذلك لا يمكن الأخذ به؛ لأن المشرّع لو أراد ذلك لم يكن هناك لحاجة للبحث عن الصفة التجارية للكفالة؛ لأنها لا توجد كفالة أصلاً حتى توصف بأنها مدنية أو تجارية [4].

---

[1] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 38.

[2] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص31.

[3] حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 26.

[4] زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 50-51.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولكن عند الحديث عن صفة الكفالة عند تظهير الأوراق التجارية، فأنه يمكن القول بأن ملكيتها تنتقل بالتحويل، ثم بالتظهير، وكل محيل للورقة التجارية الأذنية يعتبر كفيلاً بالتضامن مع المدين، والالتزام الذي ترتب في ذمته يعتبر التزاما تجارياً[1].

الفرض الثاني:- الضمان الاحتياطي للورقة التجارية:- ويتحقّق ذلك بضمان الالتزام الناشئ عن الورقة التجارية سواءً كان بالكتابة على نفس الورقة أو على ورقة مستقلة،[2]. ويجب ملاحظة أن الكفالة الواردة على هذا السند لا تعتبر تجارية إلا إذا كان السند نفسه تجارياً ويعتبر السند تجارياً إذا حرره تاجر أو تم تحريره بمناسبة عمل تجاري ولو لم يكن محرره تاجر.[3]

والسبب في اعتبار كفالة الالتزامات الناشئة عنها عملاً تجارياً، هو الشكل التجاري لهذه الأوراق[4].

الحالة الثانية:- تعتبر الكفالة عملاً تجارياً إذا اتخذت شكل الالتزام الصرفي وذلك بالتوقيع على ورقة تجارية تظهيرا أو ضمانا احتياطيا وفقا لقواعد القانون التجاري [5].

الحالة الثالثة:- كما تعتبر الكفالة استثناءً عملاً تجارياً بصفة أصلية، وليس بصفة تبعية إذا كان الكفيل تاجراً وأبرمها بقصد الربح، أو لغرض تقديم مصلحة تجارية[6]، وأبرز مثال على ذلك كفالة البنك لأحد عملائه مقابل عمولة.

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 69-70.

[2] حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 26.

[3] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 28.

[4] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، 37.

[5] حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 27.

[6] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص36.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحالة الرابعة:- تعتبر الكفالة عملاً تجارياً بالتبعية للالتزام المكفول، كما في حالة كفالة التاجر لزميله بقصد تحقّيق مصلحة تتعلق بتجارته هو؛ كأن يتحصل منه على مقابل نقدي أو عيني، أو أنه كان يهدف من كفالته له حماية ائتمانه، والاحتفاظ به كعميل[1].

ثالثاً:- من حيث شرط التحكيم [2]:-

تظهر استقلالية التزام الكفيل عن الالتزام المكفول فيما يتعلق بشرط التحكيم، حيث إن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي بين المدين والدائن لا يسري في مواجهة الكفيل.

ولتوضيح هذه الاستقلالية لابدّ من تعريج الضوء على التحكيم بشيء من الإيجاز بما يتفق مع ما يجب الوصول إليه من حيث استقلالية التزام الكفيل عن الالتزام المكفول.

فالتحكيم هو وسيلة لحل النزاع يلجأ إليها الأطراف، وذلك باختيار محكّم للفصل في ذلك النزاع، ويعّرف هذا بشرط أو اتفاق التحكيم بأنه: عقد يتم باتفاق الطرفين، ويعتبر مظهر لسلطان إرادتهم [3].

وقد يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي ذاته مصدر الرابطة القانونية، حيث يضع الأطراف بند في العقد ينصّ على أنه في حالة حدوث نزاع بين الأطراف كتفسير العقد مثلاً يتم حلها بوساطة التحكيم، وأحياناً قد يرد شرط التحكيم في اتفاق لاحقّ للعقد الأصلي، وقبل نشوء أي نزاع، حيث يحدد الاتفاق اللاحقّ بأن أي نزاع في العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم.

كما أن شرط التحكيم سواءً ورد في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحقّ له، فهو مستقل عن العقد الأصلي، ولا يتأثر بحكمه، وبالتالي إذا أبطل العقد الأصلي لا يبطل شرط التحكيم إلا إذا

---

[1] حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 27.

[2] يعرف التحكيم بأنه:" نظام قانوني يتم بواسطة الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع". والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الإسكندرية، منشأة المعارف، ط1، 2007، ص 13

[3] المرجع نفسه، ص 13

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كان سبب البطلان، أو الإبطال يشمل شرط التحكيم، كما لو كان العقد قد أبرم بواسطة شخص عديم الأهلية[1].

وبإسقاط ما سبق على عقد الكفالة الشخصية، يتضح أن الكفيل ليس طرفاً في العقد الأصلي القائم بين المدين والدائن، فهو ضامن للوفاء بالتزام المدين، وبالتالي كل ما يرد في العقد المبرم بين المدين والدائن لا يسري على الكفيل، وهذا يجعل شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي لا يسري على الكفيل، ففي حالة حدوث نزاع بين الكفيل والدائن مثلاً لا يكون التحكيم هو الفاصل في النزاع اعمالا بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي؛ لأن الكفيل لم تتجه إرادته لذلك، كما أن علاقته بالدائن مستقلة عن علاقة الدائن بالمدين[2].

وترى الباحثة ما ذهب إليه الفقه من كون عدم استفادة الكفيل من شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي قد يجد تبرريه في أن اتفاق التحكيم يعتبر مستقل عن العقد الأصلي؛ فهو بمثابة عقد، والعقد لابدّ له من رضى أطرافه به، كما أن عقد شريعة المتعاقدين؛ لذلك لا يسري على الكفيل لأنه ليس طرفاً فيه.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

[1] مبروك، عاشور، التحكيم، المنصورة – مصر، دار الفكر والقانون، ط1، 2010، ص 3-13؛ والي،فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 91-93.

[2] لكن ترى الباحثة أن ذلك محلّ نظر، صحيح هناك علاقات مستقلة وهي علاقة الدائن بالمدين وعلاقة الكفيل بالدائن إلا أن سبب الالتزام واحد، وهو الدين الذي هو في ذمة المدين للدائن، والذي يضمن الكفيل الوفاء به، وهذا يقتضي بالضرورة أن التزام المدين هو الذي يحدد التزام الكفيل؛ وبالتالي كان من المفترض أن يستفيد الكفيل من شرط التحكيم إذا كان لا يسوء من مركزه، وترى الباحثة أنه عند الحديث عن مدى تأثير شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي على الكفيل، لابد من التميز بين فرضيتين، هما:-إذا كان شرط التحكيم متعلق بالعقد الأصلي ذاته أو أنه متعلق بحلّ النزاع بشأن الالتزام المكفول، فإذا كان متعلق بحلّ نزاع بشأن العقد ذاته كتفسيره مثلاً، فإن شرط التحكيم لا يسري على الكفيل؛ لأنه ليس طرفاً في العقد الأصلي، أما إذا كان شرط التحكيم خاص بحلّ نزاع بشأن الالتزام المكفول؛ فإن الكفيل يستفيد من شرط التحكيم، باعتبار أنه طرف في هذا الالتزام، فهو الضامن له وكل ما يمس هذا الالتزام يؤثر عليه إما بالسلب أو الإيجاب.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعاً:- من حيث الاختصاص المحلّي:-

المقصود بالاختصاص المحلّي هو تحديد المحكمة التي سترفع إليها الدعوى المدنية، أو التجارية من الناحية المكانية، أو الجغرافية، أو المحلّية، ولا توجد أية اشكالية في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع إذا لم يوجد إلا محكمة واحدة، حيث يكون الاختصاص المحلّي لهذه المحكمة، إلا أن أهمية تحديد الاختصاص المحلّي تظهر في الأحوال التي تتعدد فيه المحاكم المختصة في مدينة من الدولة، أو اقليم، فهنا يكون المدعي محتار إلى أية محكمة يتجه لإقامة دعواه [1].

ولتحديد الاختصاص المكاني، تم وضع ضوابط يتم من خلالها تحديد المحكمة المختصة محلياً بنظر النزاع دون غيرها من المحاكم الأخرى؛ فالأصل أن الاختصاص المحلّي يتحدد بموطن المدعي عليه؛ أي أنه في حالة حدوث نزاع، فإن المحكمة وموطن أحدهم في حال تعدد المحاكم المختصة محلياً بنظر النزاع هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه، وموطن أحدهم في حال تعددهم[2]، ولكن تحديد الاختصاص المحلّي يتم أيضاً من خلال قواعد خاصة[3].

---

[1] النحيوى، محمود السيد عمر، نظام القضاء المدني ونظرية الاختصاص وفقا لقانون المرافعات المصري، الإسكندرية –مصر، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، 2011، ص523.

[2] عمر، نبيل اسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية" الاختصاص –الدعوة –الخصومة –وطرق الطعن فيها مع تعديلاته حتى 1999، الإسكندرية –مصر، دار الجامعة الجديدة، 1999، ص 129-130.

[3] المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعا في دوائر محاكم متعددة بالنسبة للدعاوى الشخصية العقارية.1-المحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارة الشخص الاعتباري بالنسبة للشخص الاعتباري الخاص.2-المحكمة التي يقع في دائرتها آخر موطن للمتوفي بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالتركة.3-المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المستفيد أو مكان المال المؤمن عليه وذلك بالنسبة لدعاوى المتعلقة بطلب قيمة التأمين.4-المحكمة التي يتفق عليها الخصوم. عمر، نبيل اسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص129.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وما يهم الدراسة في هذا المقام هو تحديد الاختصاص المحلي من خلال اتفاق الخصوم (المدعي والمدعي عليه على اسناد الاختصاص المحلّي لمحكمة معينة، فإذا وجد مثل هذا الاتفاق، فإنه يسري ويكون الاختصاص للمحكمة المتفق عليه [1].

و بإسقاط ما سبق على الكفالة الشخصية يتضح أنه إذا حدد المدين والدائن في العقد المُبرم بينهما المحكمة المختصة محلياً بنظر النزاع، فإن هذا الاتفاق لا يسري على الكفيل لأن الكفيل ليس طرفاً[2]، ذلك أن علاقة الدائن مع المدين مستقلة تماماً عن علاقة الكفيل بالدائن، فإذا حدث نزاع بين الكفيل والدائن فلا يكون للكفيل الإدعاء أمام المحكمة المختصة محلّياً بنظر النزاع، والتي تم تحديدها من قبل الدائن والمدين إلا إذا كانت القاعدة العامة، أو أحد الضوابط تحيل النزاع للمحكمة ذاتها.

هذا كل ما يمكن قوله عن فكرة التبعية التي تقوم عليه الكفالة الشخصية، وينتج عن هذه التبعية المركز الاحتياطي للكفيل، وبهذا المركز تكتمل التبعية المقصودة في عقد الكفالة الشخصية، وسيكون هذا المركز محلّ دراسة المطلب القادم.

المطلب الثاني:- المركز الاحتياطي للكفيل

يعتبر مركز الكفيل نتيجة لصفة التبعية، حيث سيتضح ذلك من خلال هذا المطلب، وذلك بالحديث عن كيفية ظهور مركز الكفيل، والتطورات التي مر بها، والمركز الذي حظي به في ظل القانون المدني الليبي، ومظاهر هذا المركز، والنتائج المترتبة عليه وذلك من خلال الفروع الآتية:-

[1] النحيوى، محمود السيد، نظام القضاء المدني ونظرية الاختصاص، مرجع سابق، ص 592.

[2] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 314.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول:- ظهور المركز الاحتياطي للكفيل

لقد ظهر مركز الكفيل تحديداً في نهاية العهد الروماني، وقد مرّ قبل ذلك بتطورات عبر التاريخ، فكان في الحقّبة الأولى من القانون الروماني قائماً على أساس تضامني؛ أي تساوى مركز الكفيل بمركز المدين المتضامن، حيث أن الكفالة كانت ترتكز على فكرة التضامن، فكان الكفيل ملتزماً بالدين بصفة أصلية مثله مثل المدين الأصلي[1]، والصفة التضامنية التي كانت تحكم العلاقة بين الكفيل والمدين مرجعها الطابع الشكلي الذي كان يحكم القانون الروماني، ذلك أن التزام الكفيل كان مستقلاً عن التزام المدين؛ فالكفيل كان يتعهد بصفة شخصية للوفاء بالدين للدائن، وبالتالي كان الدائن مخيّر في إقامة دعواه إما في مواجهة الكفيل أو المدين، على أن إقامة الدعوى ضد أحدهما يُسقط حقّه في اقامتها اتجاه الآخر، فلم يكن هذا النظام يحقّق فائدة للدائن[2].، وتفادياً لعيوب الطابع الشكلي، فرض القانون على الدائن استيفاء حقّه من المدين أولاً قبل أن يرجع على الكفيل، ومن هنا جاء تحديد مركز الكفيل في عقد الكفالة بأنه مركز احتياطي[3]، وبهذا تأكدت الصفة الاحتياطية لمركز الكفيل، وبالتالي تتقابل صفة التبعية مع ما قصده المتعاقدين، ذلك أن الكفيل لم يلتزم إلا وفي اعتباره إمكانية عدم تنفيذ المدين الأصلي لالتزامه[4].

وإذا ما تم النظر لمركز الكفيل في القانون المدني الليبي، فيمكن استخلاصه من نصّ المادة (781)، حيث جاء فيها: أن: "الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن –بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه"، حيث يتضح من هذا النصّ أن الكفيل

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10،مرجع سابق، ص 22

[2] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق،ص 32

[3] تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص21.

[4] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 90.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

طبقاً للقانون المدني الليبي، يتمتع بمركز احتياطي، والذي بموجبه يكون مسؤولاً عن الدين بصفة احتياطية، ولا يكون للدائن مطالبته بالدين بصفة أصلية.

ويمكن الاستدلال على هذه الصفة من عبارة "إذا لم يفِ به المدين"؛ فالتزام الكفيل طبقاً لهذه العبارة لا يُراد به المشرّع تعليق التزام الكفيل على شرط واقف، وهو عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء بالدين؛ لأن التزام الكفيل التزام بات ومنجز يترتب في ذمته بمجرد انعقاد عقد الكفالة، و إنما القصد من التعليق الوارد في عجز المادة (781) من القانون المدني الليبي، هو إبراز الصفة الاحتياطية والتكميلية لمركز الكفيل، حيث أن صفة الاحتياطية تجعل الكفيل ملتزم من الدرجة الثانية، بحيث يكون الدائن ملزم بمطالبة المدين أولاً، والتنفيذ عليه قبل مطالبة الكفيل والتنفيذ عليه[1]، وبالتالي يكون للدائن مدينان (أصلي واحتياطي)، ويكون حقّ الدائن معلّق بالضمان العام للمدين، والضمان العام للكفيل[2].

بينما يري جانب من الفقه[3]، أن ما وارد في المادة (797) سالفة الذكر يشير إلي أن التزام الكفيل التزام بات وليس معلّق علي شرط واقف ليس لأن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، وإنما علي أساس أنه شرط بمعناه الفني، وهو دائماً أمر عارض، ومن القصور أن يوجد التزام غير معلّق علي شرط، حيث أن الغالب يكون الالتزام بسيط غير معلّق علي شرط، وبالتالي يعتبر تعليق التزام الكفيل في عقد الكفالة أمر جوهري في هذا العقد حيث لا يمكن تصور الكفالة إلا بهذا الشرط[4].

---

[1] حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 16؛ سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق،ص 11؛ الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 24.

[2] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 306.

[3] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق،ص 28؛ تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص18-19.

[4] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 28.

© Arabic Digital Library- Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ترى الباحثة أن التعليق الوارد في المادة (797) تقتضيه طبيعة الكفالة، ولولا هذا التعليق لكان الكفيل ملتزماً بالدين بصفة أصلية مع المدين، بل قد يكون هو المسؤول الوحيد عن تنفيذ الالتزام، بحيث يترتب علي الكفالة نقل الالتزام من ذمة المدين إلي ذمة الكفيل، فيكون مطالب بالدين لوحده وبصفة أصلية، وهذا من شأنه أنه ينافي ما تهدف له الكفالة، وما شُرعت من أجله.

وصفة الاحتياطية في القانون المدني الليبي، تزداد وضوحاً عند الحديث عن مظاهرها طبقاً للقانون المدني الليبي.

الفرع الثاني:- مظاهر المركز الاحتياطي للكفيل

من خلال هذا الفرع سيتم تحديد مظاهر المركز الاحتياطي للكفيل طبقاً للقانون المدني الليبي، وذلك من خلال الحديث عن الوقت الذي يطالب فيه الدائن الكفيل، و الدفوع الممنوحة للكفيل نظراً لمركزه الاحتياطي وذلك في النقاط الآتية:-

الغصن الأول:- وقت مطالبة الدائن للكفيل

إذا حل أجل الدين فإن الدائن يكون له مطالبة المدين أولاً بالوفاء بالتزامه، و لا يكون له الحقّ في مطالبة الكفيل أولاً، فإذا حل أجل الدين، وقام الدائن برفع دعوي المطالبة القضائية علي الكفيل وحده وقبل الرجوع علي المدين، فإن الكفيل يكون له حقّ دفع المطالبة القضائية بالتمسّك بالدفع بالرجوع علي المدين أولاً، وذلك استنادا لنصّ المادة (1/797) من القانون المدني الليبي[1].

ـ ومثل هذا الدفع يستلزمه مركز الكفيل في عقد الكفالة، وأن الكفيل غير ملتزم بالدين إلا بصفة احتياطية، وبالتالي لا يجوز أن يرجع عليه الدائن قبل الرجوع علي المدين الأصلي أولاً[2].

---

[1] حيث جاء فيها "1-لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين"

[2] زكي، محمود حمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص86-87.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولكي يمارس الكفيل حقّه في ابداء هذا الدفع في مواجهة الدائن، فيجب عليه أن يتمسّك بهذا الدفع أمام القضاء، وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوي، وهذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، ويجوز للكفيل التناول عليه سواءً كان النزول ضمنياً أو صريحاً، وسواءً كان وقت إبرام عقد الكفالة أو بعده، كما أن الكفيل لكي يكون له الحقّ في ممارسة هذا الدفع تجاه الدائن يجب ألا يكون ملتزم بالدين بصفة تضامنية مع المدين؛ لأن التضامن يخول للدائن الحقّ في الرجوع علي أي من المدينين مجتمعين أو منفردين، وبالتالي يصبح الكفيل ملتزماً بالدين بصفة أصلية، وتنتفي عنه صفة الاحتياطية[1].

وإذا ما رجع الدائن عليه أولاً، فلا يستطيع دفع رجوعه عليه بالتمسّك بالدفع الوارد في المادة (1/797)، كما أن هذا الشرط يمكن استخلاصه بطريق القياس من نصّ المادة (806) من القانون الليبي، حيث جاء فيها:: "....لا يجوز للدائن أن يرجع علي كفيل الكفيل قبل رجوعه علي الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل"، فمن خلال هذا النصّ يمكن استخلاص أن الحكم ذاته يطبق علي الكفيل باعتبار أن مركز كفيل الكفيل من الكفيل كمركز الكفيل من المدين[2]، وفي جميع الأحوال لا فائدة من تمسّك الكفيل بهذا الدفع إلا إذا كان المدين موسراً له أموال ظاهرة يمكن التنفيذ عليها، أما إذا كان المدين معسر لا جدوى من تمسّك الكفيل بهذا الدفع، ويقع علي الدائن عبء اثبات إعسار المدين[3].

وتري الباحثة أن الحكمة من هذا الشرط أن الكفالة أصلاً شُرعت لحماية الدائن من إعسار المدين، وطالما أن الإعسار تحقق، فيثبت التزام الكفيل، ولا يمكن دفع مطالبة الدائن له، كما أن مثل هذا الشرط يوفر الوقت والنفقات علي الدائن؛ فالدائن عندما يثبت إعسار مدينه يرجع علي

---

[1] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 123-126.

[2] أبوالسعود، رمضان. همام، محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص91.

[3] السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح لقانون المدني، الجزء 10،مرجع سابق، ص 103.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الكفيل، ولا يستطيع الكفيل دفع مطالبته بحجة أن المدين موسر، وهذا يوفر الوقت والجهد والمال علي الدائن.

ويجدر بالملاحظة أن الدفع بالمطالبة لا تكون له جدوى إذا طالب الدائن المدين والكفيل معاً بحيث يطالب المدين باعتباره ملتزماً بالدين بصفة أصلية، والكفيل باعتباره ملتزماً بصفة احتياطية.[1]

ومما سبق، يتضح أن الدائن لا يستطيع مطالبة الكفيل أولاً إلا بعد مطالبة المدين، ويرجع ذلك لصفة الاحتياطية التي يتمتع بها الكفيل في عقد الكفالة الشخصية، والتي تخوله دفع مطالبة الدائن بالتمسّك بالدفع بمطالبة المدين أولاً.

الغصن الثاني:-الدفوع الممنوحة للكفيل في مواجهة الدائن باعتبار مركزه الاحتياطي:-

يكون للكفيل عدة دفوع يتمسّك بها في مواجهة الدائن و بعض هذه الدفوع راجع لتبعية التزام الكفيل لالتزام المدين، وهناك دفوع خاصة بمركزه ككفيل، ودفوع خاصة بالكفالة ذاتها، وفي إطار الحديث عن المركز الاحتياطي للكفيل، فإن ما يهم هنا لإبراز هذا المركز تلك الدفوع الخاصة بمركزه ككفيل.

حيث يكون للكفيل بموجب مركزه الذي يتمتع به في عقد الكفالة دفوع يتمسّك بها قبل الدائن، فعندما يفي الكفيل بالدين يكون له حقّ الرجوع علي المدين فيما أداه عنه وبالتالي يقع علي الدائن التزام يتمثل في عدم قيامه بأية عمل من شأنه منع الكفيل من حقّه في الرجوع علي المدين، أو الآتيان بأية عمل قد يجعل رجوع الكفيل علي المدين غير مؤثر، وإذا حدث وأن قام الدائن بأي عمل كان من شأنه المساس بحقّ الكفيل نتيجة تقصيره، فإن المشرّع أعطي الكفيل دفوعاً يضمن

[1] عبدالرحمن، محمد شريف، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، مرجع سابق،ص219

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بها حقّه، وتكون مثل هذه الدفوع سبباً لإعفاء الكفيل من ضمانه، وذلك بتقرير براءة ذمة الكفيل[1]، ويمكن إجمال الدفوع الممنوحة للكفيل نظراً لمركزه علي النحو الآتي:-

أولاً"-الدفع ببراءة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن من تأمينات[2]، وقد نصّت المادة (793) من القانون المدني الليبي، علي هذا الدفع، حيث جاء فيها:: "1-تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات

ثانياً:- الدفع ببراءة ذمة الكفيل لعدم اتخاد الدائن الإجراءات ضد المدين بعد إنذاره [3]. وقد نصّت علي ذلك المادة (794) من القانون الليبي، حيث جاء فيها:: " 2-علي أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً "

ثالثاً:- الدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر بسبب عدم تقدّم الدائن في تفليسة المدين[4]،كما ورد النصّ علي هذا الدفع في القانون المدني الليبي، في المادة (795)، حيث جاء فيها:: " أذا أفلس المدين وجب علي الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين، وإلا سقط حقّه في الرجوع علي الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب اهمال الدائن"

ومن خلال ما سبق، يمكن القول بأن الكفيل في ظل القانون المدني الليبي، يتمتع بمركز احتياطي يجعله ملتزماً بالدين من الدرجة الثانية، ويكتسب هذا المركز بمجرد إبرام عقد الكفالة، ولا يفقده إلا بتضامنه مع المدين. وأن ما ورد في القانون المدني الليبي، بمنح المركز الاحتياطي للكفيل يتفق مع مذهب الإمام مالك -رحمه الله-.

---

[1] أبو السعود، مضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 146

[2] باشا، محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 65.

[3] عبدالرحمن، محمد شريف، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 388.

[4] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 492.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويترتب علي المركز الاحتياطي للكفيل نتائج، يمكن إجمالها في الفرع الآتي.

الفرع الثالث:- النتائج المترتبة علي المركز الاحتياطي للكفيل

إذا كان المركز الاحتياطي للكفيل هو نتيجة لفكرة التبعية، فإن ذلك يترتب عليه أنه لا يصح أن يكون التزام الكفيل بشروط أشدّ من التزام المدين، ولكن ليس هناك ما يمنع أن يكون بشروط أهون وأخفّ من الالتزام الأصلي، كما أن المركز الاحتياطي للكفيل يقتضي أن أية تغيير يلحقّ بالالتزام الأصلي، فإن الكفيل يستفيد من ذلك التغيير إذا كان فيه مصلحة له، ولا يسوء من مركزه، وسيتم مناقشة كل ذلك من خلال النقاط الآتية:-

الغصن الأول:- التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشدّ من الالتزام المكفول:-

تقتضي صفة الاحتياطية ألا يكون التزام الكفيل أشدّ من الالتزام المكفول وبالتالي لا يجوز أن يكون التزام الكفيل في مبلغ أكبر مما هو مستحقّ علي المدين الأصلي، كما لوكان الدين الأصلي(10.000) دينار، ويشترط الدائن أن تكون الكفالة في مبلغ (20.000) دينار كزيادة لضمان حقّه، و ألا تكون الكفالة بشروط أشدّ من شروط الدين المكفول؛ مثل أن يشترط أن تكون الكفالة مشمولة بالفوائد، أو إذا كانت الفائدة علي أصل الدين بسيطة، فلا يجوز أن ينتج التزام الكفيل فوائد مركبة [1]، ولقد ورد النصّ علي ذلك في المادة (1/789)من القانون المدني الليبي، حيث جاء فيها: "1-لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحقّ علي المدين ولا بشروط أشدّ من شروط الدين المكفول ".

وإذا كان المركز الاحتياطي للكفيل يقتضي ألا يكون التزام الكفيل أشدّ من التزام المدين فإن المقام يستوجب الحديث عن حكم كفالة الالتزام الطبيعي، وكفالة الالتزام الشرطي، وذلك علي النحو الآتي:-

[1] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني.الجزء 10، مرجع سابق، ص60.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولاً:- كفالة الالتزام الطبيعي

الالتزام الطبيعي هو التزام ناقص؛ لأنه ينقصه عنصّر المسؤولية، فلا يمكن إجبار المدين علي تنفيذه؛ فالالتزام الطبيعي يحتوي علي عنصّر المديونية دون عنصّر المسؤولية، وهذا النوع من الالتزام لا يمكن إجبار المدين علي الوفاء به قضاءً، ولكن لو أوفي به مختاراً؛ فإن الوفاء يعتبر صحيحاً، ولا يستطيع أن يرجع فيه؛ لأنه يعتبر قد أوفي بالتزام قائم في ذمته، وإذا تعهد المدين بالوفاء بالالتزام الطبيعي كان تعهده صحيحاً، وبموجب هذا التعهد يتحول الالتزام الطبيعي إلي التزام مدني[1].

ولقد حدث خلاف فقهي حول مدي صحة كفالة الالتزام الطبيعي، الآراء ما يأتي:-

الرأي الأول:- جواز كفالة الالتزام الطبيعي:-

حيث ذهب جانب من الفقه إلي جواز كفالة الالتزام الطبيعي[2]، وذلك تأثراً بما هو سائد في القانون الفرنسي القديم، والقانون الروماني فكلاهما يجيز كفالة الالتزام الطبيعي، ويستندون في ذلك إلي ما قرره المشرّع الفرنسي في نصّ المادة (2/2012)من القانون المدني، والتي تقضي بجواز كفالة ناقص الأهلية، باعتبار أن القاصر بعد الحكم بالبطلان يلتزم بالتزام طبيعي، وبما أن المشرّع الفرنسي يجيز كفالة ناقص الأهلية، فمعني ذلك أنه يجيز كفالة الالتزام الطبيعي، كما أن الوفاء بالالتزام الطبيعي يعتبر وفاءً صحيحاً، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من كفالته[3].

---

[1] حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 73.

[2] أبوالسعود، رمضان. زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 76؛ حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 7.

[3] أبوالسعود، رمضان التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 85..

© Arabic Digital Library- Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لكن ما ذهب إليه القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم لا يمكن الأخذ به؛ لأنه عند اقراره لصحة كفالة الالتزام الطبيعي لم يكن قد وصل بعد لاستخلاص فكرة التبعية[1]، كما أن كفالة الكفيل للالتزام الطبيعي لا تسمح للدائن أن يرفع الدعوي علي الكفيل، ومطالبته قضاءً، كما أنه لا يجوز رفعها علي المدين، ذلك أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشدّ من التزام المدين[2]، وبالتالي يكون هذا الرأي غير ذا جدوى، طالما أن الدائن لا يستطيع إلزام الكفيل بالدين[3]، كما أن الذي يكفل ناقص الأهلية ليس بكفيل أصلاً، إنما هو مدين أصلي، التزامه معلّق علي شرط واقف، وهو ألا ينفذ ناقص الأهلية التزامه، ويتمسّك بنقص أهليته [4].

الرأي الثاني:- لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي:-

يجمع الفقه علي عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي [5]، فإذا كان يقصد أن الكفالة ترتب التزام مدني في ذمة الكفيل الذي يضمن الالتزام الطبيعي المكفول، فهذا من شأنه فتح المجال لإجبار الكفيل علي الوفاء بالالتزام الطبيعي بطريق غير مباشر، وذلك بأن يقوم الدائن بإجبار الكفيل علي الوفاء، وبالتالي يرجع الكفيل علي المدين، ويكون المدين قد أُجبر علي الوفاء بالتزام طبيعي بطريق غير مباشر، وهذا غير جائز، و بالتالي لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي، لعدم إمكانية إجبار المدين علي الوفاء به[6].

---

[1] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 357.

[2] الشهاوي، قدري عبدالفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 86.

[3] حجازي، مصطفى عبدالجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 74.

[4] السنهوري، عبد الرزاق، أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 57.

[5] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 356؛ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 56؛ الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 87.

[6] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص56.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أن كفالة الالتزام الطبيعي تجعل التزام الكفيل أشدّ من التزام المدين، وهذا يتعارض مع المركز الاحتياطي للكفيل، فإذا كان المدين غير مجبر بالوفاء بالالتزام الطبيعي فإنه من باب أولي عدم إجبار الكفيل وهو متبرع بكفالته علي الوفاء به[1].

ويترتب علي عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي ما يأتي:-

1- إذا تقدم شخص لكفالة التزام طبيعي وكان يعلم بذلك، فإن العقد لا ينعقد باعتباره كفالة، وبالتالي يكون الملتزم بالدين ملتزم بصفة أصلية.

2- إذا تحول التزام المدين بعد كفالته من التزام مدني إلي التزام طبيعي، فإن التزام الكفيل يتحول أيضاً إلي التزام طبيعي، وهذا يعتبر تطبيق للقواعد العامة، ذلك أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشدّ من التزام المدين، وإذا قام الكفيل بالوفاء بالدين فلا يحقّ له استرداد ما وفاه؛ لأن الوفاء بالالتزام الطبيعي لا يعتبر دفعاً لغير مستحقّ[2]، حيث نصّت المادة (204) من القانون المدني الليبي، على أنه: " لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً".

3- أن المدين بالالتزام الطبيعي إذا قام بتقديم كفيل، فتقدمه للكفالة يمكن اعتباره متضمناً بنية الالتزام مدنياً للوفاء بالدين الطبيعي، ويتحول الالتزام الطبيعي إلي التزام مدني، وتكون الكفالة جائزة؛ لأنها كفالة لالتزام مدني وليس لالتزام طبيعي[3].

وتؤيد الباحثة الرأي القائل بأن كفالة الالتزام الطبيعي غير جائزة، وذلك لتعارضه مع مركز الكفيل الذي تقوم عليه الكفالة، والذي يُعتبر الركيزة الأساسية لها، حيث أن كفالة الالتزام الطبيعي تجعل التزام الكفيل أشدّ من التزام المدين، وهذا غير جائز.

---

[1] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 87.

[2] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية و الشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 48-49.

[3] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 87.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً:- كفالة الالتزام الشرطي:-

لم يجز المشرّع الليبي، كفالة الالتزام الشرطي، فإذا رجعنا للمادة (787) من القانون المدني الليبي، يتضح أنها تقضي ".....لا يجوز الكفالة في الدين الشرطي".

ولا يوجد أي تبرير لموقف المشرّع الليبي من ذلك[1]، بل أن ما ذهب إليه المشرّع الليبي يجعله مناقض لنفسه فهو من جهة يجعل الكفيل في مركز احتياطي، ومن نتائج هذا المركز أن التزام الكفيل يمكن أن يكون أخفّ أو مساوٍ لالتزام المدين، ويتحقّق ذلك بكفالة الالتزام الشرطي، ومن جهة آخري لا يجيز هذا النوع من الكفالة، كما أنه من شروط صحة الكفالة أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً، والالتزام الشرطي صحيح إلا أن نفاذه معلّق علي شرط فاسخ أو واقف.

فالكفالة في الدين الشرطي تتخذ ذات الوصف الذي يكون للالتزام الأصلي؛ فالدين المعلّق علي شرط فاسخ هو دين موجود ونافذ، وبالتالي تجوز كفالته، فإذا كان التزام المدين معلّقاً علي شرط فاسخ كان التزام الكفيل معلّقاً علي شرط فاسخ، و يسري عليه كل ما يسري علي الالتزام الأصلي من أحكام [2].

وكذلك إذا كان الالتزام الأصلي معلّق علي شرط واقف، اتخذ التزام الكفيل الوصف ذاته، وعلق علي الشرط الواقف ذاته.[3]

---

[1] فالقانون الليبي جاء طبق الأصل للقانون المدني المصري، والقانون المصري يجيز كفالة الالتزام الشرطي وذلك في المادة (778) من القانون المدني حيث نصت على: "...كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي"

[2] حجازي، مصطفى عبدالجواد،عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 72.

[3] فإذا تخلف الشرط الفاسخ أصبح الدين الأصلي باتاً، كما يكون ذات الأثر لالتزام الكفيل فيصبح باتًا أيضاً، أما إذا تحقق الشرط الفاسخ فإن الدين الأصلي ينفسخ بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكون، وتبعا لذلك ينفسخ أيضاً التزام الكفيل ويعتبر كأن لم يكن، وإذا تخلف الشرط الواقف زال الدين الأصلي بأثر رجعي واعتبر كأن لم يكن، وزال التزام الكفيل تبعاً لذلك، وإذا تحقق الشرط الواقف نفذ الالتزام الأصلي بأثر رجعي، ونفذ تبعاً لذلك التزام الكفيل وأصبح باتاً ونافذاً وتسري عليه كافة أحكام الكفالة. سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 356.

© Arabic Digital Library- Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتري الباحثة أن كفالة الالتزام الشرطي ماهي إلا تأكيد لصفة التبعية التي تقوم عليها الكفالة بمعناها الضيق والدقيق، وبمعني آخر أن تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين في وصفه لا يقتصر علي مجرد أن التزام الكفيل نشأ تبعاً لالتزام المدين، بل أن التبعية في الالتزام الشرطي تتعداها إلي أبعد من ذلك، فما يميز هذه الكفالة أنها تجعل الكفيل في مركز متميز، بحيث يكون ملتزم بالدين بصفة احتياطية، وليس بصفة أصلية، بحيث يكون التزامه مساوٍ أو أخفّ من التزام المدين، ولا يكون أشدّ منه.

ومن كل ما سبق يتضح لنا أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشدّ من التزام المدين في أية ناحية من نواحيه[1]، إلا أنه لا مانع من أن يكون التزام الكفيل مضمون برهن مثلاً، وإن كان الالتزام المكفول غير مضمون بأية ضمان آخر، ولا يعتبر بذلك التزام الكفيل أشدّ من التزام المدين.[2] كما تضيف الباحثة أن هذا الرأي محلّ نظر فهنا التزام الكفيل صار أقوي وأخفّ من التزام المدين، وليس أشدّ، بمعني عند حلول أجل الوفاء بالدين، ولم يقم المدين بتنفيذ التزامه، فإن الدائن لن يقوم بالتنفيذ علي الكفيل مباشرةً، بل سينفذ علي المال المرهون للوفاء بالتزام الكفيل، وهذا كله في مصلحة الكفيل دون أن يكون له أي تأثير علي مركزه التبعي والاحتياطي الذي تعطيه له الكفالة.

ومن ذلك نصّل إلي أن المركز الاحتياطي للكفيل يقتضي ألا يكون التزام الكفيل أشدّ من التزام المدين، ولكن يمكن أن يكون أخفّ وأهون منه، ولكن ما مصير الكفالة إذا كان التزام الكفيل أشدّ من الالتزام المكفول ؟

---

[1] وفي المقابل أجاز جانب من الفقه أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول وذلك إذا كان أخف منه من ناحية آخرى، ومثال ذلك أن يكون التزام الكفيل منتجا لفوائد إذا حصل الكفيل على أجل أطول من الأجل الممنوح للالتزام المكفول،لكن هذا الاتجاه منتقد وذلك لصعوبة الموازنة بين التزام الكفيل والالتزام المكفول ومعرفة أيهما أشد. الشهاوي، قدري عبدالفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص90

[2] السنهوري، عبدالرزاق أحمد،الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء10، مرجع سابق، ص61

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالرجوع لنصّ المادة (789) نجد أنها لم تنصّ علي الجزاء المترتب علي كون التزام الكفيل أشدّ من الالتزام المكفول، إلا أن الفقه يري أن الكفالة لا تبطل [1]، بل أن الجزاء يكون بانقاص التزام الكفيل إلي أن يبلغ حدّ الالتزام المكفول[2]، وذلك استناداً لنظرية انتقاص العقد المنصّوص عليها في المادة (13) من القانون المدني الليبي[3]، إذا ما توافرت شروطها[4].

الغصن الثاني:- الكفيل يستفيد من كل تغير طارئ في الالتزام المكفول:-

إن الكفيل يستفيد من كل تغير يطرأ علي الالتزام المكفول، ولكن لا يضار من هذا التغير[5]، ولتوضيح ذلك لابدّ من الحديث عن التغير الذي يحدث في أجل الدين الأصلي، وكذلك سقوط أجل الدين الممنوح للمدين، ومدي تأثير كل ذلك علي مركز الكفيل.

أولاً:-تأخير أجل المطالبة للدين الممنوح للمدين:-

عادةً يكون أجل الدين الممنوح للكفيل هو الأجل الممنوح للمدين الأصلي نفسه، وبالتالي إذا حلّ الأجل يكون قد حلّ علي المدين والكفيل معاً، ولكن أحياناً قد يحدث تغير في أجل الوفاء، بحيث يكون الأجل الممنوح للمدين مختلف عن الأجل الممنوح للكفيل، فإذا اتفق المدين والدائن بعد كفالة الالتزام علي تأخير أجل المطالبة بالدين علي الأجل الممنوح للكفيل، فإن هذا التأخير يستفيد

---

[1] وقد كان القانون الروماني يقضي ببطلان الكفالة إذا كان التزام الكفيل أشد من التزام المدين. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء10، مرجع سابق،ص61.

[2] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 61؛ زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص22؛ أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 107

[3] حيث جاء فيها "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله."

[4] بينما نجد المشرّع الفرنسي قد نص صراحة في المادة (2/2013)على الأخذ بنظرية انتقاص العقد. حيث نص على " إذا عقدت الكفالة بشروط أشد من شروط الالتزام الأصلي أو كانت التزامات الكفيل تزيد عن التزامات المدين الأصلي، فلا تقع باطلة، بل تخفض أو تنقص التزامات الكفيل إلى معيار يوازي التزام المدين الأصلي فقط".

[5] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 371.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

منه الكفيل، ولا يجوز للدائن إذا حلّ الأجل الأول أن يطالب الكفيل؛ فالكفيل هنا يستفيد من التغير الذي طرأ علي الالتزام الأصلي، وذلك راجع إلي أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، وهذه التبعية تقتضي الأ يكون أشدّ منه نظراً لمركزه الاحتياطي [1].

ونقيض ذلك أنه إذا كان هذا التغير الذي يطرأ علي الالتزام الأصلي من شأنه أن يُضار بمركز الكفيل، فإنه لا يؤثر علي التزام الكفيل، فإذا كان تغير الأجل الوفاء بالدين الأصلي من شأنه أن يضّر الكفيل كأن يكون المدين موسراً خلال فترة التأجيل، ويخشى إعساره عند حلّول الأجل الجديد، فهنا يقوم الكفيل بالوفاء بالالتزام عند حلّول الأجل الأول المتفق عليه ثم يرجع علي المدين بما أداه[2]، ومن أمثلة التغير في الالتزام المكفول، والذي قد يضار منه الكفيل، التعجيل في أجل التزام المدين عن الأجل المحدد، وفي هذه الحالة لا يتأثر التزام الكفيل بهذا التغير؛ لأنه ضار بالنسبة له؛ و لا يعتبر ذلك خروج عن فكرة التبعية، ذلك أن من مقتضيات فكرة التبعية في الكفالة الشخصية أن يكون التزام الكفيل أخفّ من التزام المدين.[3]

كذلك ما ورد النصّ عليه في المادة (792) من القانون المدني الليبي، حيث جاء فيها: "إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئاً آخر، برئت ذمة الكفيل ولو استحقّ هذا الشيء "، تري الباحثة أن ما ورد في هذه المادة القصد منه حالة حدوث تغير في الالتزام، فإن هذا التغير يستفيد منه الكفيل بشرط ألا يسوء من مركزه، وما ورد في المادة السابقة أن يستوفي الدائن شيء آخر مقابل الدين، يستفيد منه الكفيل؛ لأن بأداء الدين ينقضي التزامه بالضمان، لكن ضمان استحقّاق الشيء لا يسري علي الكفيل؛ لأن ذلك يسوء من مركزه.

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص90.

[2] تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 60-61.

[3] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 106.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً:- سقوط أجل الدين الممنوح للمدين:-

إذا كان للكفيل أجل خاص مستقل به، فإن مركز الكفيل لا يتأثر بسقوط أجل الالتزام الأصلي [1]، ولكن قد يكون أجل كل من التزام الكفيل، والتزام المدين واحد، و يسقط أجل الالتزام المكفول نتيجة لإشهار افلاس المدين، أو لإعساره أو إضاعة التأمينات، فهل يؤثر ذلك علي مركز الكفيل [2]؟

لقد حدث خلاف بين فقهاء القانون، حيث ذهب رأي من الفقه للقول بأن سقوط أجل الوفاء بالالتزام المكفول يترتب عليه سقوط الأجل الممنوح للكفيل [3]، حيث أن ذلك تقتضيه فكرة التبعية، كما أن هذا الرأي يتماشى مع الحكمة من الكفالة؛ فالكفالة وُجدت لضمان حقّ الدائن ضد خطر إعسار المدين أو افلاسه، وقد تحقّق ذلك، وبالتالي يسقط الأجل الممنوح للكفيل تبعاً لسقوط أجل الالتزام المكفول[4]، وفي المقابل ذهب الجانب الغالب من الفقه إلي أن سقوط أجل الالتزام المكفول لا يترتب عليه سقوط الأجل الممنوح لالتزام الكفيل [5]، وسند هذا الإتجاه أن من مقتضيات فكرة التبعية ألا يكون التزام الكفيل أشدّ من الالتزام المكفول، ولا مانع من أن يكون أخفّ منه [6]، كما أنه إذا كانت الكفالة شرعت لضمان حقّ الدائن ضد إعسار المدين أو افلاسه، فإنه لا مبرر لسقوط الأجل الممنوح للكفيل لسبب لا يد له فيه، كما أن الإعسار الذي يضمنه الكفيل هو إعسار

---

[1] عبده، محمد علي، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 118.،

[2] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 201 -202

[3] عبده محمد علي، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 119-120.

[4] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 61.

[5] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 106؛ سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 205. سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 85-86؛ تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 61.

[6] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 85.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدين وقت حلّول الأجل المتفق عليه[1]،كما يضيف الفقه أن فقدان الثقة في المدين بسبب افلاسه وإعساره لا تبرر فقدان الثقة في الكفيل، كما أن القانون التجاري يقضي بأن سقوط الأجل بالنسبة للمدين بسبب إعساره أو افلاسه لا ينصّرف إلي غيره، ولا ينصّرف إلي الكفيل بصفة خاصة[2].

وتؤيد الباحثة الرأي الغالب، وهو أن سقوط أجل الالتزام المكفول لا يترتب عليه سقوط الأجل الممنوح لالتزام الكفيل لما يحقّقه هذا الرأي من مصلحة للكفيل.

ويجدر بالملاحظة أنه إذا كان سبب سقوط الأجل راجع إلي عدم تقديم المدين ما وعد بتقديمه من تأمينات وكان الكفيل عالماً بالوعد وقت الكفالة، فإنه يكون ضامناً لذلك، فإذا سقط الأجل نتيجة عدم تقديم التأمينات من قبل المدين، سقط أيضاُ بالنسبة للكفيل، وتجوز مطالبته في الوقت نفسه الذي يطالب فيه المدين، أما إذا كان سبب سقوط الأجل راجع لافلاس المدين أو إعساره أو إضاعة التأمينات التي قدمها، ولا علم للكفيل بها، فإن ذلك لا يترتب عليه سقوط أجل التزام الكفيل[3].

وبالتالي يتضح مما تقدم، بأن الكفيل يستفيد من كل تغير يطرأ علي الالتزام المكفول إلا إذا كان هذا التغير من شأنه أن التسبب بضرر للكفيل، ويكون كذلك إذا كان يسوء من مركزه في عقد الكفالة.

---

[1] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 121.

[2] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 61.

[3] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص202-203.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن كل ذلك، نصّل أن المركز الاحتياطي للكفيل هو نتيجة حتمية لصفة التبعية، ولا يمكن فصلهما عن بعض في ظل الحديث عن الدفع بالتجريد، وبعرض هذه المبادئ يكون الفصل الأول من هذه الدراسة قد انتهى، ولاستكمال نطاق هذه الدراسة، يجب علينا تحديد موقف المشرّع الأردني من هذا الدفع، وكيف كرس المشرّع الأردني نصّوصه في معالجة مثل هذا الدفع ؟ وهذا ما سيتم الإجابة عليه في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفصل الثاني

موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد

بعد الانتهاء من الفصل الأول الذي تناول الصورة العامة للدفع بالتجريد في ظل القانون المدني الليبي، والتطرق لمفهوم الدفع بالتجريد، وكل ما يتعلق به من أحكام، فإنه سيتم تخصيص هذا الفصل للحديث عن موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد.

إذا كان المشرّع الليبي قد أخذ بالدفع بالتجريد، ونظّم كافة أحكامه ضمن نصّوصه القانونية فإن المشرّع الأردني لم يتضمن نصّاً صريحاً يعالج فيه الدفع بالتجريد في صورته العامة، ذلك أن المشرّع الأردني تأثر بالفقه الإسلامي فيما يتعلق بأحكام الكفالة الشخصية، حيث أن المادة (950) من القانون المدني الأردني– والخاصة بتعريف الكفالة تقضي بأن: "الكفالة هي ضّم ذمة إلي ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام" –قد جاءت مطابقة لتعريف الكفالة في الفقه الحنفي[1].

كما أن ما ورد في المادة (967) جاء مطابقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء (الحنفية و الشافعية و الحنابلة)[2]، حيث جاء فيها: "1–للدائن مطالبة الأصيل، أو الكفيل أو مطالبتهما معًا. 2– وإن كان للكفيل كفيل للدائن مطالبة من شاء منهما. 3–علي أن مطالبته لأحدهم لا تسقط حقّه في مطالبة الباقين "، ولو اكتفي المشرّع الأردني بنصّوص هذه المواد لكان موقفه من الدفع بالتجريد محدد.

---

[1] حيث عّرف الأحناف الكفالة في الرأي الظاهر عندهم بأنها: " ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقًا بنفس أو دين أو عين". برج، أحمد محمد اسماعيل، الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة" وتطبيقات معاصرة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص9

[2] يرى جمهور الفقهاء بأن الكفالة إذا تمّت وحلّ أجل الدين كان من حقّ المكفول له مطالبة من شاء الكفيل أو المكفول عنه". السالوس، علي أحمد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة "راسة في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، الكويت، مكتبة الفلاح، بدون سنة نشر، ص95.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إلا أن المشرّع الأردني تأثر أيضًا من جهة آخري بالقوانين الوضعية، ومنها ما ورد النصّ عليه في المادة (971)، والخاصة بكفالة الدين الموثوق بتأمين عيني، وكذلك المادة (972)، والخاصة بالرجوع علي كفيل الكفيل. ولما كانت نصّوص القانون المدني الأردني تقرأ كوحدة واحدة، فإنه يتضح من خلال هذه النصّوص أن المشرّع الأردني لم يحدد موقفه من الدفع بالتجريد، فبعض النصّوص تشير إلي أن الكفيل متضامن مع المدين، ولا حقّ له في التمسّك بالدفع بالتجريد[1]، بينما تشير نصّوص آخري إلي إمكانية تمسّك الكفيل بالدفع بالتجريد، فهذا التناقض يجعل موقف المشرّع الأردني محلّ بحث ودراسة، لذا لابدّ من الوقوف عند هذه النصّوص وتحليلها، وذلك وصولاً لتحديد موقف المشرّع الأردني، وهذا ما سيتم توضيحه من خلال هذا الفصل، حيث خُصص المبحث الأول لتضامن الكفيل مع المدين في الوفاء بالالتزام، وخصص المبحث الثاني لتقييم موقف المشرّع الأردني من الموقف الذي سلكه من الدفع بالتجريد.

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق)، رقم 2017/1548، هيئة خماسية، تاريخ 2017/7/4.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الأول:- تضامن الكفيل مع المدين في الوفاء بالالتزام:-

كما ذكر سابقاً في الفصل السابق أن من أهم شروط تمسّك الكفيل بالدفع بالتجريد هو عدم وجود تضامن بين الكفيل والمدين، واعتبار التضامن سبب لعدم قيام الدفع بالتجريد، سيما أن التضامن ينفي المركز الاحتياطي للكفيل، و يجعل الكفيل والمدين في مرتبة واحدة، بحيث يكون للدائن التنفيذ علي أية منهما للوفاء بالالتزام.

وإذا كان المشرّع الأردني لم يقتفِ أثر القانون الليبي، والقوانين الوضعية الأخرى، ولم يأخذ بالصورة العامة للدفع بالتجريد فإن ذلك راجع لكون الكفيل متضامن مع المدين حكماً، ويعتبر المشرّع الأردني بذلك منطقياً مع نفسه.

لكن ما يلاحظ علي المشرّع الأردني أن الكفيل لم يُعدّ يتميز عن المدين المتضامن باعتبار أن التضامن قائم علي ضّم ذمة إلي ذمة للوفاء بالالتزام، وبالتالي لا جدوى من وجود الكفالة في ظل القانون المدني الأردني، ذلك أن المشرّع الأردني – عندما عّرف الكفالة في المادة (950) بأنها ضّم ذمة إلي ذمة للمطالبة بتنفيذ الالتزام– قد خلط بين مفاهيم قانونية متغايرة ومتباينة، ولكل منها نظامها القانوني الخاص بها، وهما الكفالة والتضامن بين المدينين (التضامن السلبي)، ولبيان التفرقة بين هذين النظامين لابدّ من الوقف عند ركيزتين أساسيتين في عقد الكفالة؛ وهما مركز الكفيل، و صفة التزامه، ومن خلال الغوص في ثنايا هذه الأساسيات، يتضح كيف خلط المشرّع الأردني بين الكفالة والتضامن في نصّ قانوني واحد، وسيتم إيضاح كل ذلك من خلال تخصيص المطلب الأول للحديث عن صفة التزام الكفيل في عقد الكفالة الشخصية، بينما تم تخصيص المطلب الثاني لمركز الكفيل في عقد الكفالة الشخصية.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول:- تحديد صفة التزام الكفيل في الكفالة الشخصية طبقاً للقانون المدني الأردني

إذا كانت صفة التبعية التي تلحقّ التزام الكفيل هي التي تميز عقد الكفالة عن غيرها من النظّم القانونية المشابهة لها وهي الخاصية المميزة لعقد الكفالة الشخصية، فلابدّ من بيان صفة التزام الكفيل في القانون المدني الأردني، وقبل توضيح صفة الكفيل في القانون الأردني، لابدّ من تحديد هذه الصفة في الفقه الإسلامي باعتبار أن موقف القانون الأردني مستمد من الفقه الإسلامي، وذلك علي النحو الآتي:

الفرع الأول:- صفة التزام الكفيل في الفقه الإسلامي:-

قسّم الفقه الإسلامي العقود إلي نوعين؛ عقود أصلية وعقود تبعية، والعقود الأصلية هي كل عقد مستقلاً في وجوده وغير متفرع عن عقد آخر علي سبيل التبعية له في الوجود والزوال، ومن أمثلة هذه العقود عقد البيع و عقد الإيداع، أما العقود التبعية هي كل عقد يكون تابعًا لعقد آخر، وملحقًا به في وجوده وزواله، مثل الكفالة والرهن [1].

ويوصف التزام الكفيل في الفقه الإسلامي بأنه التزام تابع، حيث يعتبر عقد الكفالة بالنسبة لهم عقد تابع لعقد أصلي، والمتمثّل في العقد الذي يلتزم بموجبه المدين بالدين الذي أراد الدائن التوثيق له عن طريق الكفالة، واتفق جمهور الفقهاء علي أن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول، وتتمثّل هذه التبعية في الوجود، والعدم والتعجيل والتأجيل[2].

---

[1] الموسى، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي(الكفالة)، الجزء الأول،المملكة العربية السعودية، إدارة الثقافة والنشر بالجامعة،1999،ص131.

[2] محمد، محمد أحمد بكر، تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين، مرجع سابق، ص 292.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولكي تتضح معالم التبعية في عقد الكفالة الشخصية طبقاً للفقه الإسلامي، لابدّ من بيان القواعد التي تحكم صفة التبعية في الفقه الإسلامي، ثم بعد ذلك بيان مظاهر التبعية، وذلك من خلال ما يأتي:-

الغصن الأول:- القواعد التي تحكم فكرة التبعية في الفقه الإسلامي:-

صفة التبعية في الفقه الإسلامي محكومة بقاعدة (التابع تابع)، والتابع هو ما لا يوجد مستقلاً بنفسه، بل وجوده تابع لوجود غيره[1]، ومضمون هذه القاعدة أن الشيء التابع في الوجود- سواءً كانت هذه التبعية في جزءاً من متبوعه؛ كالجنين والفص للخاتم، أو كان من ضروراته؛ كالطريق للدار، أو كان وصفاً فيه؛ كالشجر والبناء القائمين علي الأرض، أو كان جزءاً مما يضره التبعيض؛ كالجلد من الحيوان_ فإنه يكون تابع له في الحكم، والحكم الذي يثبت للأصل يثبت له[2]، ومن أمثلة هذه القاعدة حقّوق الارتفاق؛ مثل حقّ الشرب والمرور، ولا يجوز بيعها منفردة عن الأرض المتصلة بها[3]، ولقد اجتهد العلماء في تفريع قواعد آخري عن هذه القاعدة، بحيث تنطبق كلها علي التزام الكفيل وبيان تبعيته، وسيتم التطرق لهذه القواعد بشيء من الإيجاز مع بيان تطبيقات لها في القانون المدني (الليبي، والأردني) إن وجد.

القاعدة الأولي:- أن التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصوداً[4]:

بما أن الفرع يتبع الأصل، فيجب أن يلحقّ متبوعه في الحكم؛ لأن مالم يوجد مستقل بنفسه، وكان وجوده تابع لوجود غيره، فهو في حكم المعدوم من حيث الأحكام، وبالتالي لا يفرد

---

[1] الغزي، محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي، المجلد 2، مرجع سابق،ص158

[2] الزرقا، أحمد بن الشيخ مصطفى، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 253

[3] زيدان، عبد الكريم، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 2001، ص111

[4] الزرقا، أحمد بن الشيخ مصطفى، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 257.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالحكم[1]، كما أن ما لا يصح إيراد العقد عليه منفرداً لا يصح استثناءه من العقد؛ كاللؤلؤ في الصدف، والنوى في الثمر.

أما إذا صار التابع مقصوداً، فيفرد بالحكم كزوائد الرهن المنفصلة المتولدة عنه تكون رهناً تابعاً، ولا يشملها شيء من الدين، وبالتالي هلاكها لا يؤثر علي الدين، أما إذا صارت مقصودة، بحيث بقيت بعد هلاك الأصل، تفك بحصتها من الدين، فيقسم الدين علي قيمتها يوم الفكاك، وقيمة الأصل يوم القبض، ويسقط من الدين حصة الأجل، وتفتك الزوائد بحصتها [2].

ويكمن التطبيق البارز لها في عقد الكفالة الشخصية؛ فالتزام الكفيل لا يمكن أن ينشأ مستقلاً بذاته، بل ينشأ لضمان التزام المدين، وتقتضي هذه التبعية ألا يأخذ التزام الكفيل حكم مستقلاً عن الالتزام الأصلي، وبالتالي إذا كان التزام الأصيل حالاً، كانت الكفالة حالة، وإن كان الالتزام الأصلي مؤجلاً تأجلت الكفالة أيضًا، لأن الكفالة بمضمون على الأصيل، فتتقيد بصفة المضمون[3]، ومن مقتضيات قاعدة عدم إفراد التابع بالحكم أنه إذا كان الدين حالًا علي الأصيل ثم تأجل عليه، فإنه يترتب علي ذلك تأجيل الدين أيضاً بالنسبة للكفيل وكفيله إن كان له كفيل[4]؛ لأنه إذا بقي الدين حالًا على الكفيل وحده يكون قد أفرد بالحكم.

ويستثني من هذه القاعدة، بمعني قد يفرد الكفيل بالحكم كما في حالة إبراء الكفيل من قبل الدائن فإنه يبرأ وحده مع بقاء المدين ملتزماً بالدين[5]. ونجد تطبيق هذه القاعدة في القانون المدني الأردني، وذلك في نصّ المادة (969) من القانون المدني الأردني: "إذا وقعت الكفالة مطلقة فإن

---

[1] الغزي، محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث، المجلد2، حرف التاء، مرجع سابق، ص 164.

[2] الزرقا، أحمد بن الشيخ مصطفى، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 257-258.

[3] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت –لبنان، دار الكتب العلمية، ط3، 1986، الجزء 6،ص 3

[4] الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته،الجزء5 دمشق، دار الفكر، ط2، 1985، مرجع سابق، ص 136

[5] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 6،مرجع سابق، ص 11

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل معجلا كان أم مؤجلا" كما يمكن وجود استثناء من هذه القاعدة في القانون المدني الأردني، وذلك في نصّ المادة (970)، حيث جاء فيها: "إذا كفل أحدهم بالدين المعجل كفالة مؤجلة تأجل الدين على الكفيل، والأصيل معًا إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن الأجل للكفيل، فإن الدين لا يتأجل علي الأصيل"، حيث يتضح من هذه المادة أن الفرع يتبع الأصل، ولكن يمكن أن يستقل الفرع في الحكم عن الأصل، بحيث يكون التأجيل للكفيل وحده، بينما يبقى التزام الأصيل محتفظاً بأجله.

وإذا تم النظر للقانون المدني الليبي، يمكن إيجاد تطبيق لهذه القاعدة في المادة (785)، حيث جاء فيها: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً"، إلا أن المشرّع استثني من ذلك كفالة ناقص الأهلية، وذلك بموجب نصّ المادة (786)،حيث جاء فيها: "من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية؛ كان ملزمًا بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول".

القاعدة الثانية:- أن التابع يسقط بسقوط المتبوع:-

المقصود بهذه القاعدة إذا سقط الأصل سقط الفرع، ويعني بالفرع هنا هو ما ليس له وجود مستقل بنفسه وإنما وجوده مرتبط بغيره، الذي يعتبر هذا الغير أصل له، فإذا سقط هذا الأصل سقط الفرع[1]، وهناك من يري أن هذه القاعدة شبه مطردة في المحسوسات والمعقولات؛ فالشيء الذي يكون وجوده مرتبط بوجود شيء آخر، فيتبعه في الوجود، ويكون مبنياً عليه كالإيمان بالله عز وجل أصل، وجميع الأعمال فروع له، فإذا زال الإيمان –والعياذ بالله – حُطت باقي الأعمال لأن اعتبارها مبني عليه [2].

[1] زيدان، عبد الكريم، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 114

[2] الغزي، محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي، المجلد 2،حرف التاء، مرجع سابق، ص165

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن تطبيقات هذه القاعدة في الكفالة الشخصية أنه إذا برأ الأصيل، برأ تبعاً لذلك الكفيل، ولكن إذا برأ الكفيل لا يبرأ الأصيل[1]، وقد جاء النصّ علي ذلك في المواد (761،762) من كتاب مرشد الحيران، حيث نصّت المادة (761)علي أن: "إبراء الدائن الأصيل يوجب براءة الكفيل "، بينما نصّت المادة (762) علي أنه: " لا يلزم براءة الأصيل ببراءة الكفيل، فلو أبرأ الدائن الكفيل فلا يبرأ الأصيل"[2].

ولقد برر الفقه ما ورد في المواد السابقة، ومرجعه في ذلك إلى أن الدين ثابت في ذمة الأصيل، أما الكفيل فإن الثابت في ذمته هو المطالبة بالدين، وليس الدين ذاته، وبالتالي كان إبراء الأصيل فيه إسقاط عنه للدين، ولما كانت المطالبة تابعة للدين، فإنه تسقط تبعاً لسقوط الدين؛ فالمطالبة أصبحت شيء محال بسقوط الدين، وسقوط الأصل يستوجب سقوط الفرع [3].

ونجد تطبيق هذه القاعدة في القانون المدني الأردني، وذلك في المادة (987)، حيث جاء فيها: " تنتهي الكفالة بأداء الدين...، وبإبراء الدائن للمدين، أو كفيله من الدين"، فهنا يتضح أن الكفالة سقطت بسقوط الالتزام الأصلي، فبمجرد أن قام الأصيل بأداء الدين، أو قام الدائن بإبراء الأصيل تنتهي الكفالة.

كما نجد تطبيق هذه القاعدة في القانون المدني الليبي، في المادة (781) حيث نصت على أنه: "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين..".

---

[1] الزرقا، أحمد بن الشيخ مصطفى،شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 263

[2] باشا، محمد قدري، مرشد الحيران إلى معرّفة أحوال الإنسان، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ط3،1891، ص 134.

[3] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء6، مرجع سابق، ص 11

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القاعدة الثالثة:- التابع لا يتقدّم علي المتبوع:-

بما أن التابع تالياً للمتبوع، ومتأخراً عنه في الوجود، فلا يجوز أن يتقدّم عنه في الفعل والعمل؛ لأنه إذا تقدّم عليه في الفعل تقدّم عليه في الحكم، وهذا غير جائز؛ لأنه تابع لمتبوعه في أحكامه، ومن أمثلة هذه القاعدة أن المأموم لا يتقدّم علي إمامه في الوقف، ولا في تكبيرة الإحرام، والسلام ولا في سائر أفعال الصلاة [1].

ومن تطبيقات هذه القاعدة في الكفالة الشخصية مسألة مطالبة الدائن للكفيل، حيث ذهب الإمام مالك أنه لا يكون للدائن مطالبة الكفيل أو التنفيذ عليه، إلا إذا تعذّر أخذ الدين من المدين، ذلك أن التبعية تقتضي أن يكون المدين هو المسؤول الأول عن الدين تجاه الدائن، كما أعطي الكفيل الحقّ في دفع مطالبة الدائن له بأن يدفع أن المدين حاضر موسر، أو أن له أموال حاضرة، وإن كان المدين غير حاضر [2].

ويتجسد من خلال هذه القاعدة الدفع بالتجريد، وتأكد مدي أهمية المركز الاحتياطي للكفيل الناتج عن صفة التبعية لالتزام الكفيل من ناحية، ومن ناحية آخري تأكد أن التبعية في عقد الكفالة تختلف عن التبعية الموجودة في النظّم القانونية الأخرى، ذلك أن التبعية لا تقتصر علي وجود التزام نشأ تبعاً لضمان الوفاء بالتزام آخر، بل أن التبعية المقصودة تتعدها إلى أكثر من ذلك، وهي التبعية التي تجعل الكفيل مطالب بالدين بصفة احتياطية، وليس بصفة أصلية بالرغم من وحدة الالتزام المكفول، وقد تم تطبيق هذه القاعدة في القانون المدني الأردني في المادة (971)، والمادة (972).

---

[1] الغزي، محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث الغزي، المجلد2، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 162.

[2] الكشناوى، أبي بكر حسن أسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه أمام الأئمة مالك، الجزء 3، دار الفكر، ط 2،بدون سنة نشر، ص 20

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بينما يكمن التطبيق البارز لها في ظل القانون المدني الليبي، ما ورد النصّ عليه في المادة (797) والمتعلقة بالدفع بالمطالبة، والدفع بالتجريد.

الغصن الثاني:- مظاهر فكرة التبعية في الفقه الإسلامي

المظهر الأول:-التبعية من حيث نطاق الكفالة:-

يتحدد نطاق التزام الكفيل تبعاً للالتزام الأصلي، وتُعرف بالكفالة المطلقة [1]، وتكون هذه الكفالة تابعة للدين المكفول في الحلول والتأجيل والتقسيط، وتتقيد الكفالة بوصف الدين[2]، وإذا كان الدين المكفول به مؤجلاً، وكفله الكفيل كفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يكون مؤجلاً، ولا يجوز المطالبة به في الحال، وكذلك الحكم إذا كان الالتزام المكفول حالاً لزمه في الحال، ولا يتأجل بالنسبة للكفيل إلا باتفاق خاص مستقل بينه وبين المكفول له[3].

وعلى ذلك يري جمهور الفقهاء (الحنفية، المالكية، الشافعية) إذا كان الالتزام الأصلي حالاً على الأصيل كانت الكفالة حالة، وإذا كان الالتزام الأصلي مؤجلاً على الأصيل كانت الكفالة مؤجلة تبعاً لذلك، بينما يري الحنابلة أن الكفالة المطلقة تكون حالة على الكفيل، ويبررون ذلك أن كل عقد يدخله الحلول يقتضي إطلاقه الحلول كالثمن [4].

وترجح الباحثة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء (المالكية، الشافعية، الحنفية)؛ فالكفالة متى كانت مطلقة تكون تابعة للالتزام الأصلي في كل ما يرتب هذا الالتزام، ويثبت على الكفيل بالصفة نفسها التي يثبت بها على المكفول عنه. كما نصّت على ذلك المادة (749) من مرشد الحيران،

---

[1] فالكفالة المطلقة هي ما صدرت بصيغة خالية من الاقتران بالشرط والتعليق عليه والإضافة إلى زمن المستقبل. الموسى، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، الجزء 2، السعودية، إدارة الثقافة والنشر، 1999، ص400.

[2] إبراهيم، حسني عبد السميع، موقف الفقهاء من ضمان الأموال في الشريعة الإسلامية، "دراسة مقارنة " الإسكندرية، منشأة المعارف، 2009، ص 21.

[3] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم 2، مرجع سابق، ص 93.

[4] محمد، محمد أحمد بكر، تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين، مرجع سابق، ص 300.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حيث جاء فيها: " إذا كان الدين مؤجلاً على الأصيل، وكفل به أحد تأجل على الكفيل أيضاً"، كما نصّت المادة (751) من مرشد الحيران أن: "إذا أجل الدائن الدين على الأصيل، تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل "[1].

وتري الباحثة أنه من خلال الكفالة المطلقة تتجسد فكرة التبعية في عقد الكفالة، حيث أن التزام الكفيل يتأثر بالتزام الأصيل، بحيث يكون تابع له في الحلول والتأجيل، وكل ما يتصل بالالتزام الأصلي.

كما يتحدد نطاق الكفالة تبعاً لعقد الكفالة ذاته، وتُعرف بالكفالة المقيدة [2]، حيث تتحدد مسؤولية الكفيل في هذا النوع من الكفالة، بما قيد به نفسه، فقد يكفل الدين المؤجل حالاً، أو الحال مؤجلاً، أو جزء من الدين، وبالتالي تقتصر مسؤوليته في حدود ما ارتضاه[3]،ويترتّب على هذا النوع من الكفالة أن التزام الكفيل لا تتجاوز الشيء المكفول، والشخص المكفول، كما أنها لا تتجاوز الوقت المحدد لها[4].

وإذا قيد الكفيل التزامه سواءً بأجل محدد، أو بشرط، فإن مسؤوليته تقتصر في حدود هذا القيد، ذلك أن الكفيل يعتبر متبرع بالكفالة، فلا يسأل إلا في حدود ما تبرع به، وبالتالي التزام الكفيل لا يتجاوز الشيء المكفول.[5] كما أن التزام الكفيل لا يتجاوز الشخص المكفول[6]، و لا

---

[1] باشا، محمد قدري، مرشد الحيران، مرجع سابق، ص 122.

[2] الكفالة المقيدة التي يضمن فيها الكفيل جزاء من الدين،أو قيدت بوقت معين أو بوصف الحلّول والتأجيل،أو توقف الالتزام فيها على شرط معين. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع، الجزء6، مرجع سابق،ص3

[3] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع،الجزء 6،المرجع نفسه،ص 3

[4] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 225.

[5] أبوالسعود، رمضان،زهران، همام محمود، مرجع سابق، ص 77.

[6] أبوالسعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 99- 100

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يتجاوز الوقت المحدد للكفالة، وقد حدث خلاف بين الفقهاء حول هذه المسألة، وانقسموا في ذلك إلى رأيين، وهما:

الرأي الأول:- عدم جواز تأقيت الكفالة بمدة معينة:-

وإلى ذلك ذهب الشافعية في المشهور عندهم، كما ذهب لذلك جانب من الأحناف والحنابلة [1]، حيث يروا أنه لا يجوز للكفيل تأقيت الكفالة بأجل محدد، بحيث إذا مضت هذه المدة برأت ذمته وانتهت الكفالة حتي وإن لم يوفِ الدائن دينه، ولقد برر أصحاب هذا الرأي في منع الكفيل من تأقيت الكفالة إلى أن ذلك مخالف للمعهود في الشّرع، ذلك أن المعهود في الشّرع أن الذمة إذا شغلت بالدين الصحيح لا تبرأ منه إلا بأدائه، أو بالمعاوضة عليه، أو بإسقاطه من قبل الدائن أو أن يهبه للمدين[2].

كما أن الكفيل عند إبرام عقد الكفالة شغلت ذمته بالتزام صحيح، فلا يجوز أن يبرأ منه إلا بإحدى الطرق السابقة، ولا يمكن أن يبرأ منه بمرور زمن محدد؛ فالحقوق لا تسقط شرعًا بمرور الزمن، واستثني الحنفية من ذلك دين نفقة القريب، فإذا لم يؤديها من قضي عليه بها ومضى الشهر ولم يكن قد أذن بها من وجبت له، فإنها تسقط لأنها شرعت للحاجة، وبمرور الشهر تبين أنه لا حاجة لها فتسقط [3].

الرأي الثاني:-جواز تأقيت الكفالة:-

وقد أخذ بهذا الرأي المالكية [4]، وجانب من الشافعية والحنابلة [5]، وطبقاً لهذا الرأي يجوز للكفيل تقييد كفالته بوقت معين؛ كأن يقول شخص كفلت ما على زيد من الدين إلى الشهر، فتكون

---

[1] الموسى، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 25-255.

[2] الخفيف، على، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم 2، مرجع سابق، ص 25.

[3] المرجع نفسه، ص 25.

[4] الأصبحي، الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، الجزء 4، مرجع سابق، ص 282

[5] الموسى، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي، الجزء 1، مرجع سابق، ص 253-255.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كفالته صحيحة، ويبرأ بمضي الشهر، وإن لم يحدث وفاء خلال هذا الشهر. وحجة أصحاب هذا الرأي أن الكفيل متبرع بكفالته، وبالتالي يجوز له أن يقصر تبرعه على زمن معين، كما أن الكفالة هي وسيلة لتوثيق الدين، وبالتالي لن يكون فيه أية إضرار للدائن إذا ما قيد بزمن معين، فقد يتحصل الدائن على حقّه من الكفيل خلال هذه المدة، فإذا مضت المدة المحددة عاد الحال إلى ما كان عليه، وكأن رضي الدائن بذلك يعتبر بمثابة إبراء للكفيل، مضافا إلى مضي هذه المدة[1].

وترجح الباحثة ما ذهب إليه الرأي الثاني القائل بجواز تأقيت الكفالة بمدة معينة ذلك أن الكفيل قد تكون مصالحه وظروفه المالية لا تسمح له إلا بالالتزام خلال مدة معينة، كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام الأصيل. فالكفالة المقيدة بصفة عامة سواءً كانت مقيدة بزمن محدد، أو بشخص معين، أو بجزء معين من الدين ما هي إلا مظهر من مظاهر تطبيق صفة التبعية لالتزام الكفيل.

المظهر الثاني:-براءة ذمة الكفيل بصفة تبعية:-

من القواعد التي تحكم فكرة التبعية في الفقه الإسلامي قاعدة-كما ذكر سابقاً- (التابع يسقط بسقوط المتبوع) المتفرعة عن قاعدة (التابع تابع)، وبناءً على هذه القواعد فإن التزام الكفيل باعتباره تابع للالتزام الإصلي يكون تابع له في الوجود والعدم [2]، وبالتالي يبرأ الكفيل، وينقضي التزامه إذا أبرأ المدين من الدين بأية سبب من أسباب الإبراء، كأن يقوم المدين بأداء الدين للدائن، أو أبرئه الدائن من الدين أو وهبه له، ذلك أن الكفيل لا يكون ملزماً إلا بالمطالبة فقط، والمطالبة تكون تابعة للدين فتسقط بسقوطه، وتتأخر بتأخره [3].

---

[1] الموسى، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، الجزء2، مرجع سابق، ص 411.

[2] الغزي، محمد صدقي بن أحمد البورنو أبو الحارث، موسوعة القواعد الفقهية المجلد الأول، الجزء2،،مرجع سابق،ص 156

[3] باشا، محمد قدري، مرشد الحيران، مرجع سابق، ص 124.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن أسباب انقضاء التزام الكفيل بالتبعية في الفقه الإسلامي ما يأتي:- 1- أداء الدين.2-الإبراء. 3-انفساخ سبب الدين المكفول به. 4-اتحاد الذمة. 5- الصلح. 6- الحوالة، وهي الأسباب ذاتها التي تم ذكرها في القانون الليبي، ولن يتم التعرض إلا للأسباب التي يوجد بها خلاف، أو تلك التي لم يتم التطرق لها عند الحديث عن الانقضاء كمظهر من مظاهر التبعية في القانون الليبي،.

أولاً:-أداء المدين للدين.[1]

تنتهي الكفالة بالتبعية بأداء المدين للدين، وتسري الأحكام ذاتها التي سبق التطرق لها عند الحديث عن أداء الدين كسبب من أسباب انقضاء الكفالة بالتبعية في القانون المدني الليبي[2]، إلا أن هناك خلاف بين الفقهاء ينبغي الإشارة له، والمتعلق بأداء الكفيل للدين، هل يترتّب عليه براءة ذم الأصيل؟ ذهب المالكية والحنابلة والحنفية والزيدية والشافعية إذا كانت الكفالة بأمر الأصيل، فإن أداء الكفيل للدين يبرأ ذمة الأصيل تبعاً لانقضاء الكفالة[3]، بينما ذهب الشيعة الجعفرية وأهل الظاهر للقول بأن أداء الكفيل للدين لا يترتّب عليه براءة الأصيل؛ لأن ذمته قد برأت من قبل بالكفالة[4] .

ثانياً:- المصالحة عن الدين(الصلح):-وهو أن يصالح الكفيل الطالب على بعض المدعي به[5]، واعتبر الصلح في معنى الإبراء؛ لأن الصلح على جنس المدعي فيه إسقاط لبعض الحقّ، وبالتالي دخل الصلح في معني الإبراء، ويبرأ الكفيل تبعاً لبراءة الأصيل بالصلح في حالتين؛ إحداهما أن يقول الكفيل للطالب صالحتك من ألاف على خمسمئة على أني والمكفول عنه بريئان

---

[1] الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 5، مرجع سابق، ص152.

[2] الفصل الأول، المبحث الثاني،ص65 ومابعدها.

[3] الموسى، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي، الجزء2، مرجع سابق، ص 495.

[4] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم 2، مرجع سابق، ص 136.

[5] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 6، مرجع سابق، ص 12

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من الباقي[1]، ويكون للطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار إن شاء أخذها من الكفيل، ويرجع الكفيل على الأصيل، وإن شاء أخذها من الأصيل [2].

أما الحالة الثانية التي يبرأ فيها الكفيل والأصيل بالمصالحة:- أن يقول "صالحتك على كذا، مطلقاً عن شرط البراءة" ومثالها أن يقول صالحتك على خمسمائة مطلقاً عن شرط البراءة، ذلك أن الإبراء المضُاف إلى المال المجرد عن شرط البراءة المضُافة للكفيل يعتبر إبراء عن الدين، والدين واحد ولما كان الكفيل مرتبط بالمطالبة لا بالدين، فإن سقوط الدين عن الأصيل تتبعه سقوط المطالبة عن الكفيل [3].

وقد وضع المالكية قاعدة تحكم الصلح المبرئ للكفيل تبعاً لبراءة الأصيل، ومضمون هذه القاعدة: "ألا يؤدي الصلح إلى أمر ممنوع"، كما لو صالح المدين الدائن عن دنانير بدراهم إلى أجل، فمثل هذا الصلح لا يجوز لأنه يؤدي إلى صرف مؤخر، حيث يشترط في الصلح ما يشترط في البيع وانتفاء موانعه[4]، فإذا كان الصلح لا مانع فيه وأخذ إحدى الحالتين السالف ذكرها فإنه يبرأ الأصيل ويبرأ تبعاً له الكفيل، وبذلك يكون الصلح مظهر من مظاهر انقضاء الكفالة بالتبعية، و يجدر بالملاحظة أن هناك صورة للصلح يبرأ فيها الكفيل وحده، وهي أن يقول الكفيل:" على أني بريء من الباقي" [5].

---

[1] الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 5، مرجع سابق، ص 153.

[2] الزيعلى، فخر الدين عثمان بن علي الحنفي، تبين الحقّائق شرح كنز الدقائق، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، 1314هجرية،ص 157.

[3] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 6، مرجع سابق،ص 12.

[4] محمد، محمد أحمد بكر، تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين، مرجع سابق، ص 524..

[5] الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 5، مرجع سابق،ص 154.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثاً:- الحوالة:- تعرّف الحوالة في الشّرع بأنها: "نقل المطالبة من ذمة المديون إلى ذمة الملتزم".[1] حيث ذهب جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية و الأحناف والحنابلة) إلى أنه إذا أحال المكفول عنه المكفول له بالدين على الغير برأت ذمة الكفيل بالتبعية لبراءة ذمة المكفول له[2]، واستندوا في ذلك إلى أنه يشترط لصحة الكفالة أن يكون الدين مضمون على الأصيل، والحوالة تسقط الدين والمطالبة به عن المدين، وبالتالي يسقط تبعاً لذلك التزام الكفيل.[3] كما أن الحوالة كالأداء باعتبار أن كل منهما مبرء للذمة، وبما أن الكفالة تنتهي بالأداء، فإنها تنتهي بالحوالة أيضاً قياسًا على الأداء [4]. كما أنه يترتّب على الحوالة انتقال الدين من ذمة المحيل، وهو المكفول عنه إلى ذمة المحيل له، وبالتالي تبرأ ذمة المدين في مواجهة الدائن، وتبرأ تبعاً لذلك ذمة الكفيل [5].

ويري جانب من الأحناف أن الحوالة لا يترتّب عليها براءة ذمة الأصيل؛ لأن الغرض من الحوالة زيادة توثيق حقّ الدائن، وبالتالي الحوالة تزداد بها المطالبة لحقّ الدائن، ولا تسقط بها، ويترتّب على هذا الرأي الذي أخذ به جانب من الفقه الحنفي أن الحوالة لا تبرأ ذمة المدين، وتبعاً لذلك لا تبرأ ذمة الكفيل؛ لأن المقصود بها التوثيق لحقّ الطالب، وذلك في أن تزداد له المطالبة لا أن يسقط ما كان له من المطالبة [6]، ولا تؤيد الباحثة هذا الرأي، فهذا الرأي ساوي بين الكفالة و الحوالة بالرغم من اختلافهما؛ فالكفالة هي ضّم ذمة إلى ذمة، فهي وسيلة توثيق للدين، وزيادة ضمانه له، ولا تبرأ ذمة المدين الأصلي بها، بينما الحوالة هي وسيلة لنقل الالتزام المثقل لذمة

---

[1] السكندري، كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي المعروف بابن همام الحنفي، فتح القدير، بيروت- لبنان، دار الكتب العلمية، ط 1، 2002، الجزء 7، ص221.

[2] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 418.

[3] إبراهيم، حسني عبد السميع، موقف الفقهاء من ضمان الأموال في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص32.

[4] بن قدامة، الشيخ الإمام موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد، المغني، الجزء5، دار الكتاب العربي، ط1347،2هـ،، ص 83.

[5] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 6، مرجع سابق، ص 12

[6] السرخسي، شمس الدين، المبسوط، بيروت، دار المعّرفة، ط1، 1989، المجلد19، ص 162

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدين لشخص آخر يسمي المحال إليه، وبالتالي تعتبر الحوالة مبرئه لذمة المدين الأصلي، كما تضيف الباحثة أن ما ذهب إليه الأحناف من تشبيه الكفالة بالحوالة أمر غير متصور من الناحية العملية، ذلك أن الكفيل في الكفالة ملتزم بالدين بصفة احتياطية، بينما الحوالة يعتبر المحيل إليه وحده مطالب بالدين بصفة أصلية، وبالتالي لا يمكن الأخذ بما ذهب إليه الأحناف.

أما بقية الأسباب والمتمثلة في اتحاد الذمة [1] و الإبراء[2] و انفساخ سبب الدين المكفول به[3]، لم يكن هناك خلاف عما ورد في القانون المدني الليبي.

ومن كل ما سبق، يمكن القول بأنه من خلال هذه المظاهر تتجلّي لنا فكرة التبعية لالتزام الكفيل، فاختلفت الآراء الفقهية، فمنها من أخذ بالتبعية بمعناها الواسع، والتي لا تختص بها الكفالة، بينما أسبغت آراء أخرى للفقهاء على الكفالة التبعية المقصودة من الكفالة الشخصية تلك التبعية التي يحظى الكفيل من خلالها بمركز متميز عن مركز المدين الأصلي بالدين، فإذا كان موقف الشريعة الإسلامية من التبعية كذلك، فما هي وجهة نظر القانون المدني الأردني من هذه الصفة، وأية تبعية حظي بها التزام الكفيل ؟هذا ما سيتم الإجابة عليه في الفرع التالي.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

---

[1] الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم 2، مرجع سابق، ص 142.

[2] الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 5، مرجع سابق، ص 152؛ الخفيف، على، الضمان في الفقه الإسلامي،القسم 2، مرجع سابق، ص 137-138؛الكاساني، علاء الدين أبي بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 6،مرجع سابق، ص 11؛ الزيعلى، العلامة فخر الدين عثمان بن علي الحنفي، تبين الحقّائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ص 156؛ إبراهيم، حسني عبد السميع، موقف الفقهاء من ضمان الأموال في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص32.

[3] الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم2، مرجع سابق، ص 142.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني:- صفة التزام المدين في القانون المدني الأردني:-

بالرجوع لنصّوص القانون المدني الأردني الخاصة بأحكام الكفالة، يتضح أنها أيضاً أسبغت صفة التبعية على التزام الكفيل، لكن لابدّ من تحديد هذه التبعية، هل هي التبعية المقصودة، والتي إذا ما أسبغت على التزام الكفيل، أصبحت الكفالة من خلالها متميزة عن غيرها من النظم القانونية الأخرى، أما هي تبعية متأتية من كونها عدم إمكانية نشوء التزام الكفيل مستقلاً بذاته عن التزام المدين ؟

إن الإجابة على هذا التسأل، تتطلب التطرّق لمظاهر التبعية في القانون الأردني، والتي تتمثّل فيما يأتي:-

الغصن الأول:- التبعية من حيث الوجود:-

تقتضي فكرة التبعية أن يكون الالتزام المكفول قائماً؛ أي أن يكون المدين ملزم بالوفاء بالدين الأصلي، بحيث يكون من الممكن مطالبته به قضاءً؛ فالالتزام التابع لا يقوم إلا إذا كان الالتزام المتبوع قائماً[1]، وقد نصّت على ذلك المادة (954) من القانون المدني الأردني، حيث جاء فيها: "يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل...".

فإذا كان التزام المدين موجوداً، فتكون الكفالة صحيحة تبعاً له[2]، وقضت محكمة التمييز في ذلك: "...بأن الكفالة هي عقد ضمان، وهو ضّم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون، أما ما تعنيه المادة 954من القانون المدني والتي نصّها: "يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل..."، فهو أن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل؛ أي أن إيفاؤه يَلزم الأصيل، وعند المطالبة أن يكون الكفيل ملزم على إيفائه عينًا أو بدلًا..."[3].

---

[1] السرحان، عدنان إبراهيم، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 198-199.

[2] أبو السعود، رمضان. زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 63.

[3] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق)، رقم 1997/1068، هيئة خماسية، بتاريخ 1990/4/10.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبالتالي لا تطبق أحكام الكفالة على التزام الكفيل قبل التحقّق من وجود الالتزام الأصلي، بحيث يتوقف نفاذ التزام الكفيل على التزام المدين الأصلي، وأن يكون مستوفٍ لشروطه، ووجوده القانوني[1].

وما نصّ عليه المشرّع الأردني في المادة (954) من القانون المدني يتفق مع ما ورد في القانون المدني الليبي، في المادة (785)، وإن اختلفت عبارة النصّين، فالمشرّع الليبي، اشترط أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً والالتزام لا يكون صحيحاً إلا إذا كان المدين ملزماً بالوفاء به؛ أي كان موجودًا[2]، وقد تم توضيح هذا المظهر عند الحديث عن صفة التبعية في القانون المدني الليبي،.ومنعًا للتكرار سيتم إحالة ما يخص هذا المظهر لما ذكر في الفصل الأول[3].

وعند الحديث عن شرط الوجود للالتزام المكفول، فإن ذلك يقتضي الحديث عن حكم كفالة الالتزام الباطل، والالتزام القابل للإبطال، وكفالة الالتزام المستقبلي، وهل لها وجود في القانون المدني الأردني ؟

---

[1] وقد جاءت أحكام القضاء الأردني مطابقة لذلك، حيث قضت في حكم لها: "....لا يجوز إعمال نصوص الكفالة،ومطالبة الكفلاء بقيمتها،قبل أن تقوم الجهة المميزة ضدها بإثبات مديونية الأصيل..."([1]) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 99/522،هيئة خماسية، تاريخ 1999/2/28.

[2] ولا يشترط في كفالة الالتزام المستقبلي أن يكون محدد المقدر كما هو الحال في القانون الليبي، فإذا رجعنا لنصّ المادة 954 من القانون المدني الأردني، نجدها تقضي يشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل،دينًا أوعينًا أو نفسًا معلومة، وجاءت أحكام القضاء مؤيدة لذلك، حيث قضت في حكم لها: " لا يشترط أن يكون المال معلومًا في الكفالة بالمال، ويؤيد ذلك ما ورد في المادة 630 من مجلة الأحكام العدلية التي تنص: " إذا كان المكفول به نفسا يشترط أن يكون معلومًا وإن كان مالًا فلا يشترط أن يكون معلوم..."، وعليه فإن كفالة الكفيلين للمدين بأية مبالغ تترتب بذمة الأصيل ما بلغت ليس فيها ما لفة للنظام العام وأن هذا الشرط صحيح وملزم للكفلاء....." قرار محكمة التمييز الأردنية،(حقوق)،رقم 200/1675/ هيئة خماسية، تاريخ 2006/11/14

[3] الفصل الأول، المبحث الثاني.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولاً:- كفالة الالتزام الباطل

لم يتطرق المشرّع الأردني إلى حكم كفالة الالتزام الباطل، إلا أن الباحثة ترى أنه لا مانع من تطبيق الحكم الوارد ذاته في القانون الليبي، والذي يعتبر في الوقت ذاته تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني الأردني، ويكون للكفيل أن يتمسّك بإبطال الالتزام المكفول باعتباره صاحب مصلحة، وذلك طبقاً لما ورد النصّ عليه في المادة (2/168) من القانون المدني الأردني[1] كما أنه يكون للكفيل التمسّك بالبطلان استناداً لنصّ المادة(2/428) من القانون المدني الأردني[2]، وتري الباحثة أن سبب الاستناد لهذه المادة هو مركز الكفيل الذي منحه اياه المشرّع الأردني بحيث جعله متضامناً مع المدين بموجب نصّ المادة (950)من القانون المدني الأردني، هذا كل ما يمكن قوله فيما يخص الالتزام الباطل وكفالته، أما الالتزام القابل للإبطال فإن المشرّع الأردني لم يعرف هذا النوع من البطلان؛ فالعقد في القانون المدني الأردني إما أن يكون صحيحاً أو فاسداً أو باطلاً أو موقوفاً أو غير لازم، ولا وجود للبطلان النسبي في القانون المدني الأردني.

ولكن ما حكم كفالة الالتزام الناشئ عن هذه العقود ؟

1- كفالة الالتزام الناشئ عن عقد فاسد:

العقد الفاسد هو ما كان مشروعًا بأصله لا بوصفه، فإذا زال سبب فساده صحّ، ولا يكون له أي أثر إلا في حدود ما يقرره القانون، ويكون لكل من متعاقديه فسخه بعد إنذار الطرف الآخر[3].

والعقد الفاسد لا يمكن إجبار متعاقديه على تنفيذه، فهو وإن تم صحيحاً إلا أنه منهي عنه، وبالتالي يكون الحقّ للمتعاقدين في فسخه كما يكون هذا الحقّ لورثة كل منهما، ويستمر حقّ الفسخ

---

[1] حيث جاء فيها: " لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها".

[2] تقضي:" لكل مدين أن يعترض عند مطالبته بالوفاء بأوجه الاعتراض...المشتركة بين المدينين"

[3] المادة (170) من القانون المدني الأردني.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إلى أن يزول سبب الفساد.إلا أن حقّ الفسخ مقيد بشروط وهي إمكانية إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، ويجب ألا يكون قد تعلق حقّ للغير في الشيء محلّ العقد، ويجب على المتعاقد طالب الفسخ أن يعذر المتعاقد الآخر بنيته [1].

ولما كان العقد الفاسد لا يرتب أي أثر إلا في حدود ما يقرره القانون [2]، فإنه يجب التفرقة بين حالتين، وهما:

أولاً:- قبل تنفيذ الالتزام، لا يستطيع أي من المتعاقدين إجبار الآخر على تنفيذ التزامه

ثانياً:- بعد تنفيذ الالتزام، فإن العقد الفاسد لا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه[3]، وعلى ذلك في عقد البيع لا تنقل ملكية المبيع للمشتري، بل تبقى للبائع إلى أن يزول أثر الفساد ما لم يتم قبضه، فإن الملكية تثبت للمشتري ليس كأثر للعقد الفاسد، وإنما كأثر لواقعة القبض[4].

وإذا زال سبب الفساد، أصبح العقد صحيحاً ومنتجا لآثاره[5]، وبناءً على ما سبق إذا تم كفالة الالتزام الناشئ عن عقد فاسد، فإذا تم فسخ العقد الفاسد، انقضت الكفالة تبعاً له، وإذا زال سبب الفساد وصحّ العقد صحّت الكفالة تبعاً له.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

---

[1] عبيدات، يوسف محمد قاسم، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، عمان، دار المسيرة،ط3، 2016، ص 159-161.

[2] طبقاً لنص المادة (3/170) من القانون المدني الأردني.

[3] طبقاً لما ورد في المادة (2/10) من القانون المدني الأردني

[4] طبقاً لما ورد في المادة (2/10) من القانون المدني الأردني

[5] عبيدات، يوسف محمد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 161

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- كفالة الالتزام الناشئ عن عقد موقوف: -

يعتبر العقد الموقوف عقد صحيح لكنه لا يرتب أي أثر، بحيث يبقى موقوفاً إلى أن ينقضي العقد، فيبطل أو تلحقّه الإجارة فينفذ، فهو عقد له وجود قانوني في فترة وقفه؛ لأنه انعقد صحيحاً، وبالرغم من ذلك لا يترتّب عليه أية آثار[1].

فإذا تمّت إجازته ممن خوله القانون هذا الحقّ[2] فإذا قبلت الإجازة نفذ العقد، ويكون للإجازة أثر رجعي من وقت انعقاد العقد، أما إذا رفضت الإجازة بطل التصرف، أما إذا أبطل العقد الموقوف زال بأثر رجعي ويعود المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[3].

وإذا تم كفالة الالتزام الموقوف تكون الكفالة صحيحة لكنها غير نافذة، ولا تنتج أي أثر لها إلا بعد إجازة التصرّف الموقوف من قبل ممن خوله القانون ذلك، فإذا قبلت الإجازة نفذت الكفالة تبعاً لذلك، أما إذا رفضت الإجازة بُطلت الكفالة لعدم وجود المحلّ المكفول.

3- كفالة الالتزام الناشئ عن العقد غير اللازم:-

ينعقد العقد صحيحاً ويكون نافذًا ولازمًا، إذا كان مستوفيًا لكافة شروط لزوم العقد من أهلية، ومحلّ وسبب، بحيث لا يمكن فسخه بإرادة منفردة، وكان خالياً من جميع الخيارات، بحيث ينتج كافة آثاره التي تترتّب عليه ما لم يكن معلّقا على شرط أو مضافًا إلى أجل ويكون ملزمًا لكلا المتعاقدين، ولا يمكن فسخه إلا بالتراضي[4].

---

[1] سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، عمان –الأردن، الجامعة الأردنية، ط1، 2002، ص 145.

[2] حيث نصّت المادة (172) من القانون المدني الأردني:" تكون إجازة العقد للمالك أو لمن تعلق له حق في المعقود عليه، أو للولي أو الوصي، أو ناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته، أو للمكره بعد زوال الإكراه، أو لمن يخوله القانون ذلك".

[3] عبيدات، يوسف محمد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 162.

[4] سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني، مرجع سابق، ص193.

© Arabic Digital Library- Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما إذا كان العقد قابل لأن يرجع فيه أحد المتعاقدين بإرادته المنفرة دون رضاء الطرف الآخر، إما لأن طبيعته تقتضي ذلك، وإما لأن فيه خيار لأحد المتعاقدين كخيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب، بحيث إذا ثبت خيار لأحد المتعاقدين استطاع فسخ العقد بإرادته المنفرة، فيكون عقد غير لازم، فالعقد غير اللازم عقد نافذ؛ لأنه انعقد صحيحاً منتجًا لكافة آثاره، لكنه غير لازم؛ لأن أحد المتعاقدين يستطيع وحده أن يفسخه بإرادته المنفردة[1].

وترى الباحثة أن الكفالة التي تنشأ لضمان الالتزام المتولد عن العقد غير اللازم تكون صحيحة إلى أن يتم فسخ العقد من أحد المتعاقدين، فتنقضي الكفالة تبعاً لذلك.

هذا كل ما يمكن قوله فيما يخص مراتب العقد في القانون المدني الأردني، وحكم كفالة الالتزام المتولد عن هذه العقود.

وإذا كانت التبعية في الكفالة تقتضي أن يكون الالتزام المكفول، له وجود قانوني ومترتب في ذمة المدين فإن ذلك يقتضي بيان حكم كفالة الالتزام المستقبلي وكفالة الأعيان، طبقاً للقانون المدني الأردني.

ثانياً:- كفالة الالتزام المستقبلي:-

بالرجوع لنصّوص القانون المدني الأردني يتضح أنه لم يتضّمن نصّ صريح يتضّمن حكم كفالة الالتزام المستقبلي كما فعل المشرّع الليبي، الذي نصّ في المادة (787)صراحة على جواز كفالة الالتزام المستقبلي.

ولكن وُجد ضّمن أحكام الكفالة طبقاً القانون المدني الأردني نصّوص يُفهم منها جواز كفالة الالتزام المستقبلي، وهذا ما ورد في نصّ المادة (955) من القانون المدني الأردني الخاصة بنفقة الزوجة والأقارب، حيث جاء فيها: "تصحّ الكفالة بنفقة الزوجة و الأقارب ولو قبل القضاء بها

[1] عبيدات، يوسف محمد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 168.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أو التراضي عليها"، ويفهم ذلك من العبارات الواردة في عجز المادة السابقة " ولو قبل القضاء بها أو التراضي عليها "، فإذا تقدم شخص وكفل نفقة زوجة أخيه، ولو قبل أن تصبح دينًا بقضاء القاضي، أو التراضي عليها من قبل الزوجين، فإن الكفالة تكون صحيحة[1].

كما أن ما ورد في المادة (964) من القانون المدني الأردني، والخاصة بكفالة الدرك يستشّف منها على جواز كفالة الالتزام المستقبلي، حيث ورد نصّ المادة كالتالي: "الكفالة بالدرك هي كفالة بأداء ثمن المبيع قبل استحقّاقه"[2]، وصورة هذه الكفالة أن الكفيل يضّمن فيها ثمن المبيع للمشتري إذا ظهر المبيع أنه مستحقّ لغير البائع، فهنا ينشأ التزام الكفيل، وهو ضّمان ثمن المبيع للمشتري قبل أن ينشأ التزام البائع (المدين)، وهو استحقّاق المبيع[3].

فإذا كان الأصل أن يكون الالتزام المكفول قائمًا في ذمة الكفيل، وذلك يعتبر من مقتضيات فكرة التبعية، إلا أن المشرّع الأردني أجاز استثناءً كفالة الالتزام المستقبلي كما تم توضيحه في كفالة النفقة، وكفالة الدرك، وقد برر الفقه هذا الخروج أنه تقتضيه متطلبات التعامل في الوقت الحاضر؛ فالدائن عندما يقرض أمواله للمدين، بحاجة لضمان حقّه، وفي إجازة كفالة الالتزام المستقبلي يحقّق الفائدة للطرفين، فيضّمن المدين الحصول على حاجته، ويضّمن الدائن وجود توثيق لحقّه، وعدم ضياعه، وهذا ما جعل لضمان الديون المستقبلية قبولاً في التعامل التجاري والمصرفي، وأبرز مثال لذلك كفالة الدين الناشئ عن فتح اعتماد لأحد الأشخاص لدي مصرف معين[4].

---

[1] السرحان، عدنان، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 194-195.

[2] كما نصّت على ذلك المادة 616 من مجلة الأحكام العدلية

[3] الزحيلي، وهبة، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، دمشق، دار الفكر، ط1، 1987. ص 31

[4] السرحان، عدنان،شرح القانون المدني،مرجع سابق، ص 195.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولكن ترى الباحثة أن كفالة الالتزام المستقبلي لا يمكن اعتبارها خروج عن الأصل الذي يقضي أن يكون الالتزام المكفول مضمونًا على الأصيل؛ لأن في التزام الكفيل بدين النفقة واستحقّاق المبيع، لا تثبت الكفالة فيها ولا تنتج أي أثر لها، إلا إذا وجد الالتزام الأصلي، وأصبح مضمونًا على المدين[1]، فكفالة دين النفقة مثلًا لا يلزم الكفيل إلا بعد الحكم بها من قبل القاضي، أو التراضي عليها، وما يزيد تأكيدًا لهذا القول ما ورد بخصوص الكفالة بالدرك في المادة (965)، حيث جاء فيها: "لا يطالب كفيل البائع بالدرك إلا إذا قضي باستحقّاق المبيع، ثم بإلزام البائع برد الثمن"، فما ورد في هذا النصّ يؤكد أن ما سبق ذكره بخصوص الكفالة بالدرك، وكفالة دين النفقة لا يمكن اعتباره استثناءً، بل هو تأكيد لصفة التبعية، فالتزام الكفيل يتحقّق، ويتأكد متى أصبح الالتزام المكفول قائماً وموجوداً في ذمة المدين، أما إذا لم يتأكد الالتزام الأصلي، فإن الكفالة تنقضي ولا تنتج أي أثر.

كما تضيف الباحثة هنا أنه يمكن تصنيف الكفالة في هذه الحالات على أنها كفالة معلّقة على شرط واقف، وهو ثبوت الالتزام في ذمة المدين، فإذا تحقّق الشرط صحت الكفالة، أما إذا لم يتحقّق الشرط تبطل الكفالة لاستحالة المحلّ.

ثالثاً:- كفالة الأعيان:-

عند الحديث عن حكم كفالة الأعيان لابدّ من التمييز بين نوعين من الأعيان؛ وهما: الأعيان المضمونة ابتداءً، والأعيان التي لا تكون مضمونة على من هي تحت يده.

النوع الأول:- كفالة الأعيان المضمونة ابتداءً:-

ومن أمثلة هذه الأعيان المغصوب و المبيع بيعاً فاسداً، والمقبوض على سوم الشراء، ومثل هذه الأعيان تكون كفالتها صحيحة، ويجب على الكفيل فيها ما يجب على المدين، وهو

[1] السرحان، عدنان،شرح القانون المدني،مرجع سابق، ص 195.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الالتزام بدفع العين المضمونة[1]،وترى الباحثة أن كفالة الأعيان المضمونة ابتداءً فيها تطبيق لفكرة تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول.

النوع الثاني:- الأعيان غير المضمونة على من هي تحت يده:-

ومن أمثلة هذه الأعيان العين المودعة، والمعارة والمأجورة، ومثل هذه الأعيان لا تجوز كفالتها؛ لأن الشخص الذي تكون في حوزته هذه الأشياء تكون يده عليها يد أمانة، وبالتالي فهو غير ملزم بضمّانها، وتبعاً لذلك لا يقع التزام على الكفيل بضمّانها، فهو غير ملزم بما لا يلتزم به المدين[2]، ولكن استثناءًا تقع صحيحة كفالة الالتزام الذي ينشأ في ذمة من كانت العين تحت يده إذا تعمّد أو تعدى؛ لأن يده في هذه الحالة تنقلب من يد أمانة إلى يد ضمّان، وبالتالي تكون اليد مضمونة على المدين فتصح كفالتها[3]؛ ويمكن أن نجد تطبيق ذلك في القانون المدني الأردني في المادة (968)، حيث جاء فيها: "يجوز أن تكون الكفالة مقيدة بأداء الدين من مال المدين المودع تحت يد الكفيل، وذلك بشرط موافقة المدين".

ويتضح من كل ما سبق أن كل من كفالة الالتزام المستقبلي، وكفالة الأعيان ما هي إلا تأكيد على فكرة التبعية في القانون المدني الأردني، إلا أنه لا يوجد إلى الآن إلا التبعية القائمة على نشوء التزام تبعاً لالتزام آخر، ولم يتم الوصول للتبعية التي تميز الكفالة عن غيرها من النظم القانونية.

---

[1] الخفيف، علي الضمان في الفقه الإسلامي، القسم 2، مرجع سابق، ص 72.

[2] بن قدامة، الشيخ الإمام موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد، المغني، الجزء5، مرجع سابق، ص131.

[3] السرحان، عدنان، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 119

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الغصن الثاني:- التبعية من حيث الانقضاء:-

إذا كان التزام الكفيل لم ينشأ إلا ضمانًا للوفاء بالالتزام المكفول، فإن لا محلّ لاستمراره قائمًا إذا انقضي الالتزام الأصلي، ويعتبر ذلك من مقتضيات فكرة التبعية، وهناك عدة أسباب تؤدي لانقضاء التزام الكفيل بصفة تبعية، وسبق وأن عرت بالتفصيل هذه الأسباب عند الحديث عن صفة التزام الكفيل في القانون الليبي،، وبالتالي ومنعًا لتكرار ما سبق، فإنه سيتم الإشارة للنصّوص القانونية الخاصة بهذه الأسباب في القانون المدني الأردني، وهي:

1- الوفاء والإبراء، وقد نصّت على ذلك المادة (987) من القانون المدني الأردني، حيث جاء فيها: "تنتهي الكفالة بأداء الدين،..وبإبراء الدائن للمدين أو كفيله من الدين"[1].

2- انفساخ العقد الأصلي، وهو ما ورد النصّ عليه في المادة (988): "الكفيل بثمن المبيع يبرأ من الكفالة إذا انفسخ البيع، أو استحقّ المبيع أو رد لعيب".

3- اتحاد الذمة، حيث نصّت المادة (990) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا مات الدائن وانحصر إرثه في المدين برأ الكفيل من الكفالة، وإن كان له وارث آخر برأ الكفيل من حصة المدين فقط".

4-المقاصّة:- وذلك طبقاً لما ورد النصّ عليه في المادة (350) من القانون المدني الأردني، حيث قضت: " تتم المقاصّة بناءً على طلب صاحب المصلحة فيها، وتقع بقدر الأقل من الدينين"، وكذلك المادة (352)، والتي تقضي: "إذا أدى المدين دينًا عليه، وكان له أن يطلب

[1] كما قضت محكمة التمييز بأنه " إذا كانت المدعية قد أبرئت المدعي عليه الأول، وهو المدين الأصلي وأسقطت الدعوى بمواجهته نظرًا لاستيفاء حقّها منه، وأن التزام الكفيل في الكفالة يتبع التزام الأصيل بموجب نص المادة (969)من القانون المدني وانقضاء الدين بوفاء الدين له، أو ببراءة ذمته منه يترتب عليه براءة ذمة الكفيل وانتهاء الكفالة بموجب المادة (987) من القانون ذاته....." قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2015/3194 بتاريخ 2015/2/10..

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المقاصّة فيه بحقّ له، فلا يجوز أن يتمسّك بضمّانات هذا الحقّ إضرارًا بالغير إلا إذا كان يجهل وجوده..".

5-الوفاء الإعتياضي:- حيث نصّت على ذلك المادة (977) من القانون المدني الأردني، حيث جاء فيها: "إذا استوفى الدائن في مقابل دينه شيئاً آخر برئت ذمة الأصيل والكفيل إلا إذا استحقّ ذلك الشيء".

الغصن ثالث:-التبعية من حيث الآثار:-

إن فكرة التبعية تحكم آثار الكفالة، والمتمثلة في العلاقة بين الدائن والكفيل، بحيث يكون للكفيل التمسّك بالدفوع المتعلقة بالتزام المدين في مواجهة الدائن، كما أن التبعية تجعل الكفيل في مركز احتياطي، بحيث لا يكون للدائن مطالبته قبل المدين الأصلي بالالتزام.

ولكن التبعية في الكفالة الشخصية طبقاً للقانون المدني الأردني لا تعطي الدائن أي مركز متميز، بل يكون مطالب بالدين مع المدين بصفته متضامناً معه، ولا يكون له أي حقّ في دفع مطالبة الدائن له قبل مطالبة المدين. ويلاحظ ذلك في المادتين (950، 967)، كما أن القضاء التزم بما ورد في هذه النصّوص، وكانت أحكامه مبنية على ذلك، حيث قضت محكمة التمييز في أحد قراراتها: "...وحيث أن الكفالة ضّم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام، وعلى الكفيل أن يفي بالتزامه عند حلول الأجل، وذلك وفقًا للمواد (950، 966)، كما أن للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معًا وفقًا للمادة(997)، وعليه وحيث أن المدعي عليه قد وقع على العقد الأصلي بصفته كفيلًا، فإنه ملزم بسداد القرض المترصد بذمة المدين....."[1].

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق)، رم 2016/3547، هيئة عامة، بتاريخ 2016/11/17

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولكن بالرجوع للمواد (971،972) يلاحظ أنها تشير إلى وجود تطبيق للدفع بالتجريد في القانون المدني الأردني، وتميز الكفيل بمركز احتياطي، كما يلاحظ ذلك أيضاً في المادة (981) من القانون المدني الأردني، حيث جاء فيها: "إذا استحقّ الدين، ولم يطالب الدائن المدين به، فيجوز للكفيل أن ينذر الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين، وإذا لم يقم بذلك خلال ستة أشهر من تاريخ الإنذار، ولم يقدّم المدين للكفيل ضمانًا كافيًا أخرج الكفيل من الكفالة"، فما ورد في عجز المادة (أخرج الكفيل من الكفالة) يشير إلى أن الكفيل مطالب بالدين بصفة احتياطية، لكن في الوقت ذاته يتناقض مع نصّ المادة (950) التي تجعل الكفيل والمدين متضامنين، فكيف يتم إخراجه من الكفالة، وهو متضامن مع المدين، فهذا تناقض في موقف المشرّع الأردني [1].

ومن ذلك يمكن القول بأن القانون المدني الأردني لم يحدد موقفه من فكرة التبعية، فتارةً هناك نصوص تشير إلى أنه أخذ بالتبعية بمعناها الواسع، والتي تقوم على عدم إمكانية قيام التزام الكفيل مستقلاً بذاته، وتارةً أخرى هناك نصوص تشير لوجود التبعية بمعناها الدقيق، والتي تميز الكفالة الشخصية عن النظم القانونية الأخرى، والتي تجعل الكفيل في مركز متميز.

وإذا كان مركز الكفيل من أهم النتائج المترتبة على فكرة التبعية، فلابدّ من تخصيص المطلب القادم للحديث عنه، لما له من أثر في تحديد موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد.

[1] عبيدات، يوسف محمد، محاضرات غير منشورة القيت على طلبة الماجستير في القانون المدني،كلية القانون، جامعة اليرموك،الفصل الثاني، 2016.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني:- تحديد مركز الكفيل في الكفالة الشخصية طبقاً للقانون المدني الأردني:-

كما ذكر سابقاً أن الكفيل يتمتع بمركز احتياطي في عقد الكفالة الشخصية، وهذا المركز يجعله مطالب بتنفيذ الالتزام الذي ضمّنه بصفة احتياطية، بحيث يكون المدين الأصلي هو الملتزم الأول عن تنفيذ التزامه، فهل منح المشرّع الأردني هذه الصفة للكفيل كما فعل المشرّع الليبي، أم أن موقفه مختلف؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تستوجب التطرق لتحديد مركز الكفيل في الفقه الإسلامي باعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المنبع الرئيس للقانون الأردني، وبناءً على ذلك سيتم تخصيص الفرع الأول من هذا المطلب لمركز الكفيل في الفقه الإسلامي، بينما سيخصص الفرع الثاني لتحديد مركز الكفيل في القانون المدني الأردني.

الفرع الأول:- مركز الكفيل في الفقه الإسلامي:-

سنخصص هذا الفرع لتحديد مركز الكفيل في الفقه الإسلامي والقانون الأردني والنتائج المترتبة على هذا المركز وذلك من خلال ما يلي:

الغصن الأول:- تحديد مركز الكفيل في الفقه الإسلامي:-

بالرجوع للفقه الإسلامي، يتضح أن المذاهب الفقهية قد اختلفت في تحديد مركز الكفيل في عقد الكفالة الشخصية[1]، وهذا الإختلاف راجع إلى تحديد الشخص المطالب بتنفيذ الالتزام، هل

[1] حيث اتفق كافة الفقهاء على أنه يكون للمكفول له التنفيذ على أموال الكفيل أولاً إذا كان المكفول عنه معسراً أو غائباً، ولكنهم اختلفوا في رجوع المكفول له على الكفيل أولاً، باعتباره ضامناً لما في ذمة المكفول عنه، أو المكفول عنه باعتباره مدينا أصلي وملزم بأداء ما أخذه، أو الرجوع على كلاهما،إذا كان كلاهما حاضراً وموسراً. سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 351-352.

© Arabic Digital Library Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هو المكفول عنه باعتباره مدينًا أصلياً، أم الكفيل باعتباره ضامنًا لما في ذمة المكفول عنه أو هما معاً[1]، و انقسم الفقه في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات:-

الاتجاه الأول:-الكفيل في مركز احتياطي: ويمّثل هذا الاتجاه المالكية في الرواية الظاهرة لهم[2]، كما أخذ به أبن القاسم ورواه ابن وهب وابن رشد وابن حبيب[3]،حيث ذهب الإمام مالك – رحمه الله –للقول بأن المكفول له لا يكون له أن يأخذ حقّه من الكفيل إذا كان المكفول عنه حاضراً موسراً، أو كان غائباً، ولكن له أموال ظاهرة [4].

وطبقاً لما ذهب إليه الإمام مالك _ رحمه الله – أن الكفيل يقّدم في المطالبة على الأصيل إذا كان ضامناً له في الحالات الست؛ وهي: الموت والحياة والغيبة والحضور والعسر واليسر، أو اشترط الدائن ذلك فإن له ما اشترطه، وذلك كما جاء في أقرب المسالك: "... ولا يطالب أن تيسر الأخذ من مال المدين ولو غائباً إلا أن يشترط أن يأخذ أيهما شاء، أو تقديمه أو ضّمن في الحالات الست "[5].

وقد استند الإمام مالك في تأييده لما ذهب إليه، بالقول أن الكفالة هي وثيقة للمال فلا يستوفي الحقّ منها إلا عند تعذّر الإستيفاء من الأصيل مستخدماً في ذلك القياس، فقاس الكفالة

---

[1] السيد، علي محمد عبد الحافظ، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، الإسكندرية –مصر، دار الفكر الجامعي ط 1، 2008، ص 70؛سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 351-352.

[2] جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك عندما سئل: "...أرئيت إن تحملت بمال على رجل أيكون للذي له الدين أن يأخذني بالحقّ الذي تحملت به وصاحبي الذي تحملت به مليء بالذي عليه؟ قال مالك ليس ذلك له ولكن يأخذ حقّه من الذي عليه الدين فإن نقص من حقّه شيء أخذه من مال الحميل،... وأن كان الذي عليه الدين غائبا وله أموال حاضرة ظاهرة، فإنها تباع أمواله في دينه." الأصبحي،مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء 4، مرجع سابق، ص99-100.

[3] الموسى، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)،الجزء 2، مرجع سابق، ص391

[4] الكشناوي، أبي بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه أمام الأئمة مالك، الجزء 3، ص 20.

[5] الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مرجع سابق، ص 107.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على الرهن، ولما كان لا سبيل للتنفيذ على الرهن إلا عند عجز الراهن، فكذلك لا سبيل للكفيل إلا بعد التأكد من عدم إمكانية الحصول على الحقّ من المكفول عنه[1].

وبالتالي متى تعذّر على المكفول له أن استفاء حقّه من المكفول عنه، فمن حقّه أن يتحصل على حقّه من الكفيل نظراً لما التزم به تجاه المكفول عنه[2]، كما أن الدين وجب ابتداءً على الأصيل، وضّمان الكفيل له إنما كان توثيقاً لهذا الدين. وبالتالي التزام المدين بالوفاء بالدين يكون حينئذ أقرب لإنهاء الخصومة وأيسر وأقل عناء.[3]

وقد انتقد الفقهاء (أبو محمد، و ابن أبي ليلي، وابن شبرمة، وأبو ثور، وأبو سليمان) ما ذهب إليه الإمام مالك، فوصفوه بالعوار؛ أي المعيب لعدم وجود دليل عليه من السنة أو القرآن، ولا قول أحد فعله من تابع أو صاحب، أو حتى له رواية سقيمة، كما قالوا أن هذا الرأي ليس له وجاهة؛ فالحقّ يسقط جملة عن المضمون عنه، ولا سبيل للمضمون له إليه أبداً، وإنما حقّه عند الضامن[4]. وسيتم مناقشة ذلك تفصيلًا في الاتجاه الثاني.

وبالتمعّن فيما ذهب إليه الإمام مالك– رحمه الله– يتضح أن الكفيل في عقد الكفالة يتمتع بمركز احتياطي، فلا يحقّ للمكفول له الرجوع على الكفيل إلا بعد رجوعه على المكفول عنه أولاً، ما لم يشترط غير ذلك، أو كان الكفيل ضامن للمكفول عنه في الحالات الست، وإذا رجع الدائن على الكفيل أولاً يكون للكفيل الحقّ في التمسّك بالدفع بالتجريد؛ لأن الكفيل يكون ملزم بالدين بصفة احتياطية، وليس بصفة أصلية.

---

[1] الموسى، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)الجزء 2، مرجع سابق، ص 396

[2] الزرقاني، عبدالباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، الجزء 6، مرجع سابق،ص53.

[3] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم 2، مرجع سابق، ص 103.

[4] بن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلّي، مصر، ادارة الطباعة المنيرة، الجزء 8، 1350هـ، ص 113

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاتجاه الثاني:- الكفيل في مركز أصلي:- حيث نادى بهذا الاتجاه جمهور الفقهاء (الظاهرية [1] والإمامية[2]، وابن أبي ليلة من الحنفية [3]، وابن شبرمة وأبي ثور [4]، وأبي سليمان[5] لقد انتقد هذا الجانب من الفقهاء ما ذهب إليه الإمام مالك في روايته الظاهرة، كما سبق وتم الإشارة إلى ذلك ويروا أن للمكفول له أخذ حقّه من الكفيل فقط، ولا يكون له أخذ حقّه من المكفول عنه؛ فالكفالة عندهم تسقط الحقّ جملة عن المضمون عنه، ولا سبيل للمضمون له إليه أبدًا، و إنما يستوفي حقّه من الضامن أنصّفه أو لم ينصّفه[6]، وترى الباحثة، أن هذا يستشف من تعريفهم للكفالة، حيث أن الكفالة من منظورهم يترتّب عليها انتقال الحقّ من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل، وبالتالي براءة ذمة المكفول عنه[7].

---

[1] وفي ذلك قال الظاهرية أن" من كان له على آخر حق مالي،فضمن له ذلك الحقّ لا شيء عليه للمضمون،فقد سقط ذلك الحقّ عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن و لزمه بكل حال ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ولا ورثته أبدا بشيء من ذلك الحقّ سواء رغب إليه في أن يضمنه أو لم يرغب إليه في ذلك". بن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلّي الجزء 8، المرجع السابق، ص111

[2] حيث قال الإمامية "...وينقل المال من ذمة المضمون عنه إلى الضامن وتبرأ ذمة المضمون عنه" الحلّى،أبو القاسم نجم الدين جعفر بن حسن،المختصر النافع في فقه الإمامية، بيروت –لبنان، دار الأضواء، ط 3 1985، ص 166

[3] حيث قال أبي ليلة " إذا ضمن الرجل عن صاحبه مالاً تحول على الكفيل،وبرئ صاحب الأصل،إلا أن يشترط المكفول له عليهما أن يأخذ أيهما شاء". برج، أحمد محمد إسماعيل، الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص107

[4] وقال أبو ثور" أن الكفالة والحوالة واحدة،ومن ضمن عن رجل مالا لزمه و برئ المضمون.."بن رشد الحفيد، الإمام القاضي أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الإسكندرية–مصر، مكتبة ابن تيمية، ط1، 1415هـ، الجزء 4، ص96.

[5] بن رشد الحفيد، الإمام القاضي أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء4، مرجع سابق، ص96.

[6] بن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلّي، الجزء 8، مرجع سابق، ص 113

[7] الموسى، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)الجزء الأول، مرجع سابق، ص144

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

واستدلوا في تأييد رأيهم إلى ما يأتي:-

أولاً:- من السنة النبوية

1- قال رسول الله صلي الله عليه وسلم:"العارية مؤداه، والزعيم غارم، والدين مقضي" [1]

فجهة الدلالة من الحديث النبوي الشريف" الزعيم غارم، "فهنا اختص الكفيل بالغرم باعتبار أن الزعيم في اللغة هو الكفيل، وهذا يقتضي بأن يكون المكفول عنه بريئًا من الغرم[2].

2- ما احتج به ابن رشد في تأييد هذا الرأي بحديث قبيصة بن المخارقي قال:" تحملت حمالة فأتيت النبي –صلي الله عليه وسلّم، فسألته عنها، فقال: نخرجها عنك من إبل الصدقة يا قبيصة، إن المسألة لا تحل إلا في ثلاث، وذكر رجل تحمل حماله رجل حتى يؤديها "[3].

تتضح جهة الدلالة من هذا الحديث أن الرسول الكريم–صلوات الله عليه- أباح للكفيل المسألة، ولم يستفصل من حالة المتحمل عنه ما إذا كان موسراً أم معسراً، فدّل ذلك على أن المطالب هو الكفيل، وإن كان المكفول عنه حاضراً أو مليئاً[4]، وبالتالي يعد ذلك دليلاً على أن الكفالة تنقل الحقّ من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل.

3- ما رُوي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: كنا مع رسول الله صلي الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت، قال: رسول الله صلي الله عليه وسلم: هل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم درهمان، قال صلي الله عليه وسلم: صلوا على صاحبكم، فقال: على- رضي الله عنه- هما علنا يا رسول الله – صلي الله عليه وسلم –وأنا بهما ضامن، قام رسول الله صلي الله عليه وسلم، فصلي عليه ثم أقبل

---

[1] الترمذي، الحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى، الجامع الكبير، المجلد الثاني (الزكاة – البيع) رقم الباب 3939، بيروت، دار العرب الإسلامي، ط 1، 1996، ص 544

[2] برج، أحمد محمد إسماعيل، الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 111.

[3] النيسابوري، الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب من تحلّ له المسألة بيروت ، دار الكتب العلمية، ط 1، الجز 1، 1991، ص 722.

[4] بن رشد الحفيد، الإمام القاضي أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء 4، مرجع سابق، ص 96.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على علي– رضي الله عنه– فقال: جزا ك الله عن الإسلام خيراً، وفكّ رهانك كما فككت رهان أخيك"[1].

إن جهة الدلالة من الخبر السابق يتضح منه براءة المكفول عنه بالكفالة من جهتين وهما:

الأولي:– أن الرسول–صلي الله عليه وسلم– صلي على الميت، بعد أن امتنع، فدّل ذلك على براءة ذمته، ولو كان الدين باقياً لبقي الامتناع قائماً، ولكن براءة ذمته يثبت أن ربّ المال ليس له مطالبته، وإنما عليه مطالبة الكفيل، باعتبار أن الدين الذي كان على الميت لزم غيره بأن ضّمنه انتقل إلى ذمة الكفيل بسبب الكفالة.[2]

الثانية:–في قوله عليه الصلاة والسلام " فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك"؛ فالنبي عليه الصلاة و السلام قال ذلك لما أُخبر بفكّ الرهان، فدل ذلك على براءة الذمة، لأنه كان بحال لا يصلي عليه، فلما ضّمن عنه فكه عنه[3].

ثانياً:– دليلهم من المعقول:–

أنه من الاستحالة أن يكون الجسم الواحد في مجلسين؛ ومن الاستحالة أن يكون الدين الواحد في ذمتين، فثبوت الدين في ذمة الكفيل يُبرأ ذمة الأصيل قياسًا على المُحال به في الحوالة[4].

إلا أن هذا الرأي تعرّض للانتقاد،وذلك بالرد على الأدلة التي استندوا عليها ومن أهم الانتقادات ما يأتي:–

---

[1] البهيقي، أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، الجزء 6، كتاب الضمان، باب وجوب الحقّ بالضمان، حديث رقم 11399، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 3، 2003، ص 121.

[2] البصري، أبي الحسين علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1، 1994، الجزء 6، ص 436–437.

[3] السكندري، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بأبن الهمام الحنفي، فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، الجزء 7، مرجع سابق، ص 156

[4] الموسى، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)الجزء 1، مرجع سابق، ص153.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولاً:- بالنسبة للحديث الأول "..الزعيم غارم"، إذا كان يمكن الإستدلال من هذا الحديث على أن الكفيل غارم، فإنه ليس هناك ما يمنع أن يكون غيره ضامنًا أيضاً؛ أي شموله للمكفول عنه أيضاً[1].

ثانياً:- أما حديث قبيضة لا يمكن الاستدلال به؛ لأنه قائم على الاحتمال، فالرسول -عليه الصلاة و أزكي التسليم-عندما لم يسأل عن المدين إذا كان معسراً أو موسراً، فهذا يحتمل أحد الأمرين؛ إما أن الرسول عليه الصلاة والسلام كان عالمًا بحاله، فأداه عنه من سهم الغارمين، وإما يحتمل أن قبيضة كان متبرعًا بالكفالة، ولما عجز عنها تحملها الرسول الكريم -عليه الصلاة و السلام- من أبل الصدقة [2].

ثالثاً:- أما الاستدلال بالحديث الثالث، فقد تم الاعتراض عليه بأن الرسول عليه الصلاة والسلام عندما صلي على المدين دليل على براءة ذمته قول غير صحيح، لأنه الدين عندما ضّمنه علي -رضي الله عنه - صار كمن ترك وفاء، ولذلك صلّى عليه الرسول عليه الصلاة والسلام[3].

رابعًا:- أما بالنسبة لاستنادهم باستحالة ثبوت الدين في ذمتين، فإنه قول مغلوط، فمعني ثبوت الدين في الذمة يعني استحقّاق المطالبة به، ولا يوجد ما يمنع أن يكون الحقّ الواحد مستحقّ المطالبة به لشخصين؛ أي ثابت في أكثر من ذمة، فالدين أمر اعتباري من الاعتبارات الشّرعية، إلا أن الممتنع هو ثبوت عين في زمن واحد في ظرفين حقّيقيين[4]، وقاسوا ذلك في حالة الغصب، فمن غصب شيئًا وغصبه منه غاصبٍ آخر واستهلكه، فإن المالك يكون له حقّ مطالبة كلا الغاصبين، ولم يعتبر ذلك مستحيلاً، فالحقّ هنا ثبت في ذمتين، وطالما أن الحقّ من الممكن أن

---

[1] البصري، أبي الحسين على محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، الجزء 6،مرجع سابق، ص 436.

[2] بن رشد لحفيد، محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص96

[3] برج، أحمد محمد، الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص114.

[4] الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 5، مرجع سابق، ص 132.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يثبت في ذمتين، وليس مستحيلًا فكذلك أيضاً في الكفالة من الممكن أن يثبت الحقّ في ذمتين؛ ذمة المكفول عنه والكفيل[1].

خامساً:- إن ما ذهب إليه الفقهاء في هذا الاتجاه ما هو إلا خرق لأبسط قواعد العدالة، التي يقوم عليها الدين الإسلامي الحنيف، أمن العدل أن يتحمل الكفيل دين غيره و يبرأ المدين الأصلي منه؟ كما أن هذا القول يغلب مصلحة المكفول عنه عن الكفيل؛ فالكفيل نعم متبرع بكفالته، لكن ليس من العدل أن يجزي عن كفالته بتحميله الالتزام بصفة أصلية، ولما كانت الكفالة مشروعة للتوسعة على الناس وقضاء حوائجهم، فإن الأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء ينافي هذه الحكمة، فلن يجد المدين من يكفله؛ لأن الكفيل قبل أن يقدم على الكفالة سيضع في حسبانه أنه سيصبح ملتزم أصلي بالدين، وهو ليس مجبر على ذلك، فهذا الاتجاه فيه تضييق على مصالح الناس، وهو ما لا يرضاه الدين الإسلامي الحنيف الذي جاء بالتوسعة على الناس كافة، فهو دين يسر.

ومن خلال تحليل ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه، فإن الكفيل يكون مدين أصلي بالالتزام، فهذا الاتجاه لم يجعل الكفيل متميز بأي مركز في عقد الكفالة، بل أنه سوأ من مركزه، بأن جعله المسؤول الوحيد عن الدين، وبالتالي عدم تصور وجود للدفع بالتجريد طبقاً لهذا الاتجاه، فلا يتصور أن يدفع الكفيل في مواجهة المكفول له بتجريد المكفول عنه الذي يكون أصلاً براءة ذمته بالكفالة، وانتقل الحقّ للكفيل[2]،ولم يوجد في الوقت الحاضر أي تشريع أخذ بما يماثل هذا الاتجاه.

---

[1] الكاساني، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، الجزء 6، مرجع سابق، ص10.

[2] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 355

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاتجاه الثالث:- الكفيل في مركز المدين المتضامن:- وأخذ بهذا الاتجاه الحنفية[1]، والشافعية[2] والحنابلة، ويروا أن للمكفول له الخيار في أخذ حقّه من الكفيل أو من المكفول عنه[3].

واستدل أصحاب هذا الاتجاه في تأيد رأيهم إلى ما يأتي:

أولاً:- من السنة النبوية:-

1- ما روي عن أبي هريرة، وما أخرجه أحمد وابن ماجه والحاكم والترمذي أن الرسول الله - صلي الله عليه وسلم- قال: " نفس المؤمن معلّقة بدينه حتى يُقضي عنه"[4].

تتضح جهة الدلالة في هذا الحديث من أن ذمة المكفول عنه تبقى مشغولة بالدين، ولا تبرأ بالكفالة حتى يقضي الدين[5].

ثانياً- ما أخرجه البهيقي من حديث جابر -رضي الله عنه - أنه مات رجل فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم: أعليه دين ؟ قُلنا، نعم ديناران، فقال عليه السلام، صلوا على صاحبكم، فتحملهما أبو قتادة، فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم: حقّ الغريم، وبرئ منهما الميت؟ قال: نعم يا رسول الله، فصلي عليه، فلما كان من الغد، قال عليه الصلاة والسلام لأبي قتادة: ما فعل الديناران؟ قال: يا رسول الله إنما دفناه أمس، تم أتاه بعده -صلي الله عليه وسلم -فقال له: ما فعل

---

[1] فقد عبروا عن ذلك بقولهم " أن الكفيل يصير مطالبا كالأصيل " السرخسي، شمس الدين، المبسوط، الجزء 19، مرجع سابق، ص 161.

[2] حيث قال الإمام الشافعي في هذا الخصوص "...وإذا كان للرجل على الرجل المال،وكفل به رجل آخر، فلرب المال أن يأخذهما...."،الشافعي، الامام محمد بن ادريس، الأم، الجزء 8، المصورة - مصر، دار الوفاء، ط 1، 2001، ص 268.

[3] السيد، علي محمد عبد الحافظ، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 40

[4] ابن ماجه، الحافظ أبي عبدالله محمد بن يريد القزويني، سنن ابن ماجه سنن ابن ماجه، القاهرة، دار احياء الكتب العربية، الجزء 2، كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين، حديث رقم 2412، ص806

[5] البصري، ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، الجزء 6، مرجع سابق، ص 436.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدينارانِ؟ قال قضيتهما يا رسول الله –صلي الله عليه وسلم – قال عليه الصلاة والسلام: الآن بردت عليه جلده[1].

إن الشاهد في هذا القول هو أن قول الرسول عليه الصلاة و السلام " إلان بردت عليه جلده " يدل على أن الكفالة لا يترتّب عليها نقل الدين من ذمة إلى ذمة، فلو كان ذلك، لكانت عبارة " لبردت عليه جلده " وردت حين ضمّنه أبي قتادة، ولكن قول الرسول–صلي الله عليه وسلم– العبارة السابقة كان بعد الوفاء بالدين، وطالما لم تبرأ ذمة الأصيل من الدين فإنه يكون للمكفول له مطالبة الأصيل، أو الكفيل باعتباره ملتزم بالدين[2].

ثانياً:– أما سندهم من المعقول:–

إن الكفالة من عقود التوثيق، فمتى تمت مستوفي لأركانها و شروطها، فإنه يترتّب على ذلك ثبوت الحقّ في ذمّة كل من الكفيل والمكفول عنه، ولا يترتّب عليها نقل الحقّ من ذمة إلى ذمة، وإذا ثبت الحقّ في ذمتهما فإنه وجب مطالبة كل واحد منهما[3].

ولا يمكن القول أن الكفالة تبرأ الأصيل؛ لأن الكفالة قائمة على الضّم؛ أي ضّم ذمة إلى ذمة في المطالبة بالحقّ، والبراءة منافية للضّم، والسبب في ذلك أن الكفالة لو كانت مبرئة لكانت حوالة، فتغير الأسامي دليل على تغاير المعاني في الأصل، فطالما أن الكفالة غير مبرئة فإن اختيار المكفول له لأيهما لمطالبته لا يبرأ الآخر، بل يملك مطالبته أيضاً[4].

---

[1] ابن ماجه، الحافظ أبي عبدالله محمد بن يريد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الصدقات15، باب الكفالة 9، رقم الحديث 3407،الجزء2، القاهرة، دار احياء الكتب العربية، ص 804.

[2] المقدسي، موفق الدين عبد الله بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، بيروت لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، الجزء 2، 1994، ص129.

[3] البصري، ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير،الجزء 6، مرجع سابق، ص 436.

[4] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصناع في ترتيب الشرائع، الجزء 6، مرجع سابق، ص 10.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ورغم قوة الأسانيد التي ساقها أصحاب هذا الاتجاه، إلا أنه لم يسلم من الانتقاد، حيث تم الاعتراض على ما استندوا عليه من أحاديث نبوية، وذلك على النحو الآتي:-

أولاً:- بالنسبة لاستنادهم لحديث "نفس المؤمن معلّقة بدينه حتى يقضي عنه"، إن هذا القول ليس فيه ما يدل على أن المراد منه حكم المكفول عنه أو حكم من لم يماطل بدينه بعد طلب صاحبه إياه، إذ أن المطالب بدينه في الآخر هو من ماطل به، وهو غني فصار بمماطلته رغم قدرته ظالماً، ويكون عليه إثم المماطلة سواءً أعسر بعد ذلك، أم لم يعسر"[1].

ثانياً: - أما الاعتراض الموجه للاستدلال على الحديث الثاني لرواية أبي قتادة، عندما قال النبي -عليه الصلاة والسلام- لأبي قتادة حين تكفل بدين الميت: عليك حقّ الغريم، وبرأ الميت منه، وقال الكفيل نعم، إن وجه الاعتراض على هذا الحديث كما ورد في الفقه الإسلامي يتمّثل في أن ما قصده الرسول الكريم صلي الله عليه وسلم، هو براءة الميت من الرجوع عليه؛ لأن الكفالة لم تكن بأمره[2].

ثالثاً:- كما تضيف الباحثة في الرد على هذا الاتجاه:-

1- أنه ليس فيه تمييز لمركز الكفيل في عقد الكفالة عن مركز المدين المتضامن في التضامن السلبي؛ فالكفيل أصبح متضامناً مع المدين الأصلي بالالتزام، وبالتالي تنطبق عليه كافة أحكام التضامن، وهذا ما يجعل المكفول له الحقّ في مطالبة من شاء بالالتزام سواءً كان الكفيل أولاً، أو مطالبته مع المكفول عنه.

[1] بن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلّي، الجزء 8، مرجع سابق، ص 115

[2] البصري، أبي الحسن علي محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، الجزء 6، مرجع سابق، ص 436.

© Arabic Digital Library- Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- كما أن هذا الاتجاه كسابقه لا يحقّق العدالة والمساواة، وهو غير مقبول ومجحف بحقّ الكفيل، فهل من العدل مطالبة الكفيل بالحقّ، ويصبح مدين أصلي به قبل المكفول عنه، وهو لديه القدرة على الوفاء بالتزامه.

3- كما أن هذا الاتجاه رجّح مصلحة المكفول له، والمكفول عنه على حساب مصلحة الكفيل مع أنها أولى بالحماية؛ فمصلحة المكفول عنه تحقّقت بأنه أصبح لديه مدين متضامن معه في الوفاء بالدين، فلم يعد يتحمل الالتزام لوحده، وهذا فيه تخفيف على المكفول عنه، ومصلحة المكفول له تحقّقت بأن زاد ضمّانه في الحصول على حقّه ممن شاء دون أن يكون هناك قيد يقيده، أما مصلحة الكفيل لم تتولّي أي اهتمام من هذا الاتجاه، وبالتالي لا يحقّق هذا الاتجاه العدل بين الأطراف.

أما مركز الكفيل طبقاً لهذا الاتجاه فإنه أصبح الكفيل بموجبه متضامناً مع المكفول عنه، والتضامن بين المدينين يجعلهم في مركز واحد، وبالتالي فإن مركز الكفيل طبقاً لهذا الرأي يكون مساوٍ لمركز المكفول عنه، بحيث يكون للمكفول له إذا حلّ أجل الدين مطالبة الكفيل أولاً، أو المكفول عنه، أو كلاهما دون أن يكون للكفيل دفع مطالبة المكفول له، وبهذا الاتجاه أخذ المشرّع الأردني وسيتم تفصيل ذلك عند تحديد مركز الكفيل في القانون الأردني.

وبعد استعراض مركز الكفيل في الاتجاهات الفقهية المختلفة، ترى الباحثة رجاحة ما ذهب إليه الإمام مالك -رحمه الله- والذي يجعل الكفيل متمتع بصفة احتياطية في عقد الكفالة، وذلك راجع للأسباب الآتية:-

1- إن ما ذهب إليه الإمام مالك _رحمه الله_ يحقّق الغرض الذي يسعي له الشارع، والمتمّثل في أن يسارع كل مدين في أداء ما التزم به سواءً كان ذلك بالقرض، أو بالسلف أو بالرهن، أو غير ذلك، والكفيل ألزم نفسه بكفالته للمدين، وبالتالي وجبت مطالبته، ولكن تسقط عنه

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطالبة إذا كان المدين له القدرة على السداد؛ لأن إلزام الكفيل بتنفيذ التزامه مع قدرة المدين على الوفاء به يؤدي إلى إحجام الناس عن فعل الخير باعتبار أن الكفيل متبرع بكفالته للمدين[1].

2- إن إتباع هذا الترتيب من قبل المكفول له في استيفاء حقّه، فيه تحقّيق للألفة والمحبة بين الناس، وزيادة الثقة في التعاملات بينهم، وهذا يؤدي بدوره إلى استقرار المجتمع بأجمله، فالكفالة كما ذكر سابقاً إنما هي وسيلة من وسائل الائتمان، حيث يلجأ إليها الدائن لضمان الحصول على حقّه، وهي في الوقت ذاته تيسّر للمدين الحصول على حاجته، وبالتالي فهي تساعد على زيادة التعاملات، وفي المقابل الكفيل دائماً يكون شخص قريب للمدين، فقد تربطه به صلة قرابة أو صداقة، وحفاظاً على هذه العلاقات الاجتماعية والاقتصادية، الأولى رجوع الدائن على المدين أولاً في استيفاء حقّه، قبل رجوعه على الكفيل.

3- كما أن من مزايا اتباع هذا الترتيب في استيفاء الحقّ فيه إنهاء للخصومة[2]؛ فالدائن عندما يرجع على المدين أولاً، ويستوفي منه حقّه يؤدي ذلك لانقضاء الالتزام، وانتهاء الكفالة تبعاً لذلك، لكن رجوع الدائن على الكفيل أولاً يجعل الكفيل يدفع في مواجهة الدائن بالرجوع على المدين أولاً، وبالتالي يلجأ الدائن لإقامة دعوى آخرى في مواجهة المدين، وهذا من شأنه إطالة الخصومة بعكس لو أن الدائن رجع على المدين أولاً، فإما أن يستوفي حقّه منه، وإذا عجز عن الوفاء يرجع على الكفيل، وبالتالي يكون اتباع الترتيب في المطالبة طريق أسرع لإنهاء الخصومة، وهذا يحقّق اليسر في المطالبة، ويقلل عناء المكفول له في الحصول على حقّه،

[1] إبراهيم، حسني عبد السميع، موقف الفقهاء من ضمان الأموال في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 19-20.

[2] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم 2، مرجع سابق، ص 103.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالمكفول له يكون أيسر عنده في الحصول على حقّه من المدين الأصلي به من الرجوع على الكفيل[1].

4- كما أن هذا الترتيب يحقّق التوازن بين مصالح مختلفة، لأطراف مختلفة يجمعها سبب واحد، وهو الوفاء بالالتزام، فمثلاً المشتري (المكفول عنه) قد يكون في حاجة ماسّة لسلعة ما، وليس لديه القدرة على دفع ثمنها، فالكفيل يوفر له الحصول عليها، وذلك بأن يضّمن ثمنها، وهنا قد حقّق له مصلحته، و مصلحة الكفيل هنا يعول على المكفول عنه في الوفاء بثمنها عند حلول الأجل والبائع (المكفول له) يوافق على الكفالة ومصلحته تتمثّل في ضمان حقّه، والحصول عليه، فهو لا يحرم المكفول له من الحصول على حقّه؛ لأنه إذا تعسّر على المكفول له الحصول على حقّه من المكفول عنه بسبب إفلاسه، أو إعساره،أو مماطلته في السداد، فيكون له الرجوع على الكفيل باعتباره الملاذ الأخير للدائن في الحصول على حقّه[2]. وبالتالي مثل هذا الاتجاه يصب في مصلحة المدين والدائن والكفيل معاً باعتبار أن كل منهم يهمه تنفيذ الالتزام.

بالإضافة إلى ذلك ترى الباحثة أن العدل هو مناط كل شيء، ومن دون عدل لا يمكن أن تستقر الحياة، أو تستمر المعاملات، والعدل لن يتحقّق إلا إذا تحقّق التوازن بين أصحاب المصالح، وفي الكفالة يمكن تحقّيق التوازن، بما ذهب إليه الإمام مالك – رحمه الله.

وبذلك يمكن استنتاج أن آراء فقهاء الشريعة الإسلامية تباينت حول تحديد مركز الكفيل في عقد الكفالة، فمنها من جعله ملتزم أصلي بالدين، وبراءة المدين من التزامه، ومنهم من جعل

---

[1] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 358.

[2] إبراهيم، حسني عبد السميع، موقف الفقهاء من ضمان الأموال في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 20.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الكفيل متضامناً مع المدين في الوفاء بالالتزام، ومنهم من أعطي الكفيل مركز احتياطي يكون بموجب هذا المركز مسؤولاً عن الوفاء بالالتزام من الدرجة الثانية،

والاختلاف في تحديد مركز الكفيل بين الفقهاء أدّي أيضاً للاختلاف في النتائج المترتبة عليه، وهذا ما سيتم مناقشته في الغصن الثاني من هذا الفرع.

الغصن الثاني:-النتائج المترتبة على مركز الكفيل في الفقه الإسلامي:-

من خلال استطلاع بعض المراجع الفقهية تم استنتاج بعض النتائج المترتبة على مركز الكفيل في عقد الكفالة الشخصية، وسيتم توضيحها مع بيان الخلاف الفقهي فيها إن وجد وذلك على النحو الآتي:-

أولاً:- التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من التزام الأصيل:-

من النتائج المترتبة على مركز الكفيل الاحتياطي أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشّد من التزام الأصيل، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكون التزام الكفيل أخفّ من التزام الأصيل، لكن هذه النتيجة ليست واحدة عند الفقهاء وذلك بسبب اختلاف تحديد مركز الكفيل كما اتضح في الغصن الأول، ويظهر ذلك واضحًا من خلال كفالة الحال مؤجل، وكفالة المؤجل حالًا، وتأخير الكفالة، وأثر موت الأصيل على التزام الكفيل، وكفالة الالتزام الشرطي، وسيتم عرض كل ذلك بشيء من التفصيل دون إسهاب في ذلك، على النحو الآتي:

أولاً:- كفالة الحال مؤجلاً:- وصورة هذه الكفالة أن يكون الدين المكفول حالًا ويكون التزام الكفيل لهذا الدين مؤجلاً، ولقد اختلف الفقهاء في حكم كفالة الحال مؤجلاً [1] إلى رأيين هما:

الرأي الأول:- جواز كفالة الحال مؤجلاً:- وأخذ بهذا الرأي جمهور الفقهاء (الحنفية والحنابلة، والمالكية والشافعية في أصح القولين عندهم) حيث يروا أن الدين إذا كان حالًا على

[1] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم 2، مرجع سابق، ص 95.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأصيل فإنه يجوز للكفيل أن يكفله كفالة مؤجلة، وتكون الكفالة صحيحة[1]، ويتفق هذا الرأي مع ما ورد ذكره في القانون المدني الليبي.

إلا أن المالكية اشترطوا لصحة كفالة الدين الحال مؤجلاً توافر أحد الشرطين، أولاً: أن يكون المدين موسرًا ولو كان ذلك في أول الأجل فقط، والحكمة من هذا الشرط لكي لا تكون الكفالة المؤجلة سلفًا جر نفعًا؛ لأن ذلك محظور، والمقصود من ذلك أنه إذا كان المدين معسرًا في بداية الأجل، فإن تأجيله في هذه الحالة يعتبر سلفًا جديدًا، وكان التأجيل الذي يطلبه الكفيل نفعًا، فلولا التوثيق ما كان التأجيل، كما أن الدين موجود قبل الكفالة، والمدين معسر لا يستطيع الوفاء بدينه، والدائن في هذه الحالة لا يستطيع استيفاء حقّه[2]، وترى الباحثة أن مثل هذا الشرط فيه حماية للدائن، باعتبار أنه يعول على الكفالة كوسيلة لضمان الحصول على حقّه.

ثانياً:- أن يكون المدين معسراً ولو في أول الأجل بحيث لا يحتمل يساره عادةً، والحكمة من هذا الشرط أن التأجيل هنا كعدمه، وذلك لانتظار المدين إلى يسره وهذا بنصّ القران الكريم "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"، فالأجل هنا لا يعتبر إقراض جديد بأجل آخر، أما إذا كان يظن يسار الكفيل عادةً في أثناء الأجل، فلا تجوز الكفالة لإمكانية استيفاء الدين عند يساره لو لم يؤجله، أما إذا أجلّه إلى ما بعد ذلك الوقت، وأخذ كفيلاً فإن، تأجيله إلى ما بعده يُعدّ سلفًا في نظير أنه أخذ كفيلاً بالدين من الآن وهذا نفع له[3].

---

[1] الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 5، مرجع سابق، ص 137-138.

[2] الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد المصري، شرح الزرقاني، الجزء 6، مرجع سابق، ص 44

[3] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم 2،مرجع سابق، ص 97؛ الموسى، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي، الجزء 1، مرجع سابق، ص62؛ الزرقاني، عبدالباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد، شرح الزرقاني، مرجع سابق، ص 44.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد استدل جمهور الفقهاء على صحة كفالة الحال مؤجلاً بما يأتي:

أولاً:- من السنة النبوية:-" عن عكرمة عن ابن عباس أن رجلاً لزم غريمًا له بعشرة دنانير على عهد رسول الله –صلي الله عليه وسلم- فقال: ما عندي شيء أعطيكه، فقال:لا والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني، بحميل، فجره إلى الرسول –صلي الله عليه وسلم –فقال له الرسول صلي الله عليه وسلم: "كم تستنظره" ؟ فقال شهراً، فقال رسول الله –صلي الله عليه وسلم: فأنا أحمل له، فجاءه في الوقت الذي قال النبي –صلي الله عليه وسلم من أين أصبت هذا ؟ قال: من معدن، قال: "لا خير فيها وقضاها عنه"[1].

تتضح وجهة الدلالة من هذا الحديث أن النبي الكريم صلي الله عليه وسلم ضّمن العشر دنانير على المدين مؤجلة لمدة شهر، وقد كانت حالة على المدين، وهذا دليل على جواز كفالة الحال مؤجلاً إذا رضي المكفول له بالتأجيل[2].

ثانياً:- من المعقول:- أن الغرض من عقد الكفالة إثبات دين في ذمة الكفيل، وبالتالي يثبت الدين في ذمته على الوصف الذي تم عليه التعاقد، ولكن ليس هناك ما يمنع أن يكون الدين حالًا على أحدهما، ومؤجلاً على الآخر.[3] كما أن الكفالة تدعوا لها الحاجة، فهي وسيلة من وسائل توثق الدين، ولما كان الكفيل متبرع بكفالته، فيصح أن تكون الكفالة بحسب ما التزم به.[4]، كما أن المطالبة حقّ للطالب، وهو المكفول له، وبالتالي يجوز التبرع على الكفيل بتأخير حقّه[5].

---

[1] ابن ماجه، الحافظ أبي عبدالله محمد بن يريد القزويني، سنن ابن ماجه كتاب الصدقات، باب الكفالة،9/15، مرجع سابق، ص 804.

[2] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 228.

[3] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم2، المرجع سابق، ص 96.

[4] الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 5، مرجع سابق، ص 138.

[5] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 6، مرجع سابق، ص 3.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإذا اتفق جمهور الفقهاء على صحة كفالة الحال مؤجلاً، فإنهم اختلفوا في أنه هل يترتّب على كفالة الحال مؤجلاً تأجيل الدين على الكفيل، والأصيل أو يتأجل بالنسبة للكفيل فقط ؟

ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الدين يتأجل على الأصيل كما يتأجل على الكفيل، وذلك راجع إلى أن الدين واحد[1]،ويستثني من ذلك إذا ما أضاف الكفيل الأجل لنفسه، أو كأن يقول أجلني، أو أن يخصص الطالب التأخير بالنسبة للكفيل فقط، بالتالي لا يتأخر عن الأصيل[2]، بينما ذهب الحنابلة والشافعية أن الدين يتأجل على الكفيل فقط، ويبقى الدين حالًا على الأصيل، واستدلوا في ذلك بما روي عن ابن عباس في الدين الذي كفله الرسول عليه الصلاة والسلام في عشرة دنانير لمدة شهر، فهنا التأجيل كان للرسول عليه الصلاة والسلم باعتباره كفيلا للدين، ولا يتأجل على المدين الأصلي[3].

وترى الباحثة أن الدين إذا كان حالًا على الأصيل وكفله الكفيل كفالة مؤجلة، فإن الدين يتأجل على الكفيل فقط، بينما يبقى التزام المدين حالاً، وراجع ذلك لأسباب متعددة؛ منها ما هو اجتماعي، فالكفالة شرعت للتوسعة على الناس، والحصول على حوائجهم من جهة، ولتوثيق الدين من جهة أخرى، بحيث يتحصل المدين على حوائجه، ويضّمن الدائن الحصول على حقّه، فإذا تأجل التزام المدين تبعاً لالتزام الكفيل فهذا قد يضّر بمصالح الدائن.

كما أن هناك سبب اقتصادي يتمّثل في المقدرة الاقتصادية للكفيل على الوفاء بالالتزام، فهو وحده أعلم بحالته المادية، وتقدير ظروفه المالية، ومتى تكون مناسبة للوفاء بالتزامه، كما أن هذا الرأي تتبلور فيه صفة التبعية لالتزام الكفيل، فالتزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل، وهذه التبعية لا

---

[1] الحصكفي، محمد بن علي بن محمد بن عبدالرحمن، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار في فروع الفقه الحنفي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2002، ص 459.

[2] ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الرياض، دار عالم الكتب،2003، الجزء 7، ص 603.

[3] ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد، المغني، الجزء 5، مرجع سابق، ص 80

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تمنع من أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام الأصيل وهذا ما لوحظ في كفالة الحال مؤجلاً، لكن لا يترتّب على ذلك أن يتأثّر التزام الأصيل بالتزام الكفيل، فلا يجوز أن يكون الأصل تابع للفرع، وبالتالي لا يتأجل التزام المدين إذا كفل الكفيل الدين الحال كفالة معجلة.

الرأي الثاني:- عدم جواز كفالة الدين الحال مؤجلاً:- وإلى ذلك ذهب الشافعية في الرواية الظاهرة لهم والشيعة وأهل الظاهر، فإذا إذا كان الدين حالاً على الأصيل، فإنه لا يجوز أن تكون الكفالة مؤجلة[1]، ولم يذكر أي دليل يؤيد صحة هذا الرأي.

و تؤيد الباحثة ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائل بصحة كفالة الحال مؤجلاً؛ لأنه يتفق مع مركز الكفيل الناتج عن فكرة التبعية التي تقوم عليها الكفالة، فطالما كان التزام الكفيل تابع لالتزام المدين فإن هذه التبعية لا تمنع من أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام الأصيل.كما أن تأجيل الالتزام الحال لا يمس حقّ الدائن في توثيق حقّه، إذ كل ما هنالك تأخير أجل الحصول عليه، كما أن اشتراط الكفيل لهذا النوع من الكفالة يعد بمثابة حقّ للكفيل، فطالما كان متبرعًا بكفالته فمن حقّه ضمان حقّه، ومثل هذا التأجيل قد يضّمن به أن يوفي المدين بالتزامه قبل حلول الأجل الممنوح للكفيل للوفاء بالالتزام.

ثانياً:- كفالة المؤجل حالاً:-وفي مثل هذه الصورة يكون الدين محدد إلى أجل معين بالنسبة للمدين، بينما يكون التزام الكفيل حالاً، ولقد حدث خلاف بين الفقهاء في مدى جواز صحة الكفالة في هذه الحالة، وانقسموا في ذلك إلى اتجاهين، وهما:

الاتجاه الأول:- صحة كفالة المؤجل حالاً:- حيث ذهب الحنفية [2]، والشافعية[3] في أصح القولين عندهم للقول بصحة كفالة المؤجل حالاً، إلا أن الكفيل غير ملزم بالتعجيل، وهذا

---

[1] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم 2، مرجع سابق، ص 99

[2] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع، الجزء 6، مرجع سابق، ص3.

[3] الموسى، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي، الجزء 1، مرجع سابق، ص 258.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

متأتي من كون التزامه تابع لالتزام المكفول، وبالتالي انتفاع الكفيل من الأجل الممنوح للمدين رغم التزامه بوفاء الدين حالاً يعتبر مظهر من مظاهر التبعية[1]،ويري الشافعية في رأي لهم أن الأجل يثبت في حقّ الكفيل تبعاً، بينما يري جانب آخر من الشافعية[2] أن الأجل يثبت في حقّ الكفيل مقصوداً[3].

كما أن المالكية ذهبوا إلى صحة ضّمان المؤجل حالاً، إلا أنهم قيدوا ذلك بشروط، فهم يروا أن التزام الكفيل لابدّ أن يكون متفقًا مع التزام المكفول، حيث يشترطون أن يكون الدين مؤجلاً وأسقط المدين حقّه في التأجيل، وأن يكون الدين مما يجوز تأجيله، وهو العين مطلقاً، أما إذا كان الدين مما لا يجوز تأجيله كعرض أو حيوانًا من بيع، فإن ضّمان المؤجل حالاً لا يجوز لأن فيه معنى حطّ للضمان، وهذا لا يجوز، فالمدين هنا كأنه طلب أن يحط الضمان عنه بالتعجيل مقابل زيادته توثيقًا بالكفالة[4].

واستدل أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الأصيل لو أسقط الأجل لزمه المال في الحال، فكذلك الكفيل وكفالته أن يؤديه حالاً بمنزلة إسقاط الأجل[5]، كما استدلوا إلى أن الضمان تبرع،

---

[1] ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد، المغني، الجزء 5، مرجع سابق، ص 80-81.

[2] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص231.

[3] وتظهر أهمية هذا الخلاف في حالة موت المكفول،فطبقاً لما ذهب اليه الشافعية في الرأي الأول و ثبوت الدين في ذمة الكفيل تبعًا،فإن الدين يحلّ على الكفيل بموت الأصيل لانتفاء صفة التبعية، أما ما ذهب اليه الجانب الآخر من الشافعية بأن الأجل يثبت في حق الكفيل مقصودًا فإن الدين لا يحلّ على الكفيل بموت الأصيل. والأصح من هذه الآراء أن الدين يثبت في ذمة الكفيل تبعًا لا مقصودًا،وتبرير ذلك أن التزام الكفيل تابعاً لالتزام المكفول في الوصف والتأجيل. لمزيد من التفاصيل ينظر ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، الجزء 5، مرجع سابق، ص 80،81.

[4] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم2، مرجع سابق، ص 99.

[5] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 230.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والحاجه تدعوا إليه وبالتالي يكون بحسب ما التزم به الضامن، و لأنه تبرع بالتزام التعجيل فصح كأصل الضمان[1].

الاتجاه الثاني:- عدم صحة كفالة المؤجل حالاً:- ذهب جانب من الفقهاء للقول بعدم صحة كفالة المؤجل حالاً، وإلى ذلك ذهب الشافعية في مقابل الأصح عندهم، واستندوا في ذلك بالقول أن الضامن تابع للمضمون عنه؛ فالضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزم الضامن مالا يلزم المضمون عنه[2].

الاتجاه الثالث:- صحة ضّمان المؤجل حالاً وعدم لزوم التعجيل:- يري أصحاب هذا الاتجاه أنه إذا وقعت الكفالة بتعجيل المؤجل، فإن الضمان يكون صحيحاً، ولا يلزم التعجيل للكفيل، وإلى ذلك ذهب جانب من الشافعية والحنابلة[3]، واستندوا في ذلك إلى أن الضمان فرع للمضمون عنه، فلا يلزم الكفيل ما لا يلزم المضمون عنه[4]،كما أن المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل التزامه لم يلزمه التعجيل، وبالتالي يكون عدم لزوم الكفيل بالتعجيل من باب أولى[5].

وترى الباحثة رجاحة الاتجاه الثاني الذي يقضي بعدم صحة كفالة المؤجل حالاً، ولعل أهم سبب لترجيح هذا الاتجاه، حيث يتضح من خلاله المركز الاحتياطي الذي يجب أن يكون للكفيل، والذي يجب توضيحه، بينما الرأي الأول يتنافي كليًا مع فكرة التبعية التي تقوم عليها الكفالة، إضافة إلى ذلك أن الكفيل متبرع بكفالته، وبالتالي لا يجوز أن يضار جزاء تبرعه، وذلك بكفالته المؤجل حالاً.

---

[1] الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 5، مرجع سابق، ص 138.

[2] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 231.

[3] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الثاني، مرجع سابق، ص98-99.

[4] المقدسي، موفق الدين عبدالله بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الجزء 2،بيؤوت-لبنان، دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان، ط1، 1994، ص 131

[5] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 232

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثاً:- تأجيل الدائن للدين المكفول:-في مثل هذه الحالة يكون الدين مكفول، ويكون محدد أجل للوفاء به، ثم قام الدائن بتأجيل أجل الوفاء بالدين، فهل يستفيد الكفيل وحده من ذلك، أم أن التأجيل يكون للأصيل فقط، أم يكون للاثنين معاً ؟

ذهب المالكية [1] لما ذهب له القانون المدني الليبي، إلى أن الكفيل يستفيد من التأجيل الذي يمنحه المكفول له للمكفول عنه، كما أن الكفيل يكون له حقّ الاعتراض على هذا التأجيل، وذلك مخافة أن يُفلس المكفول، وتذهب أمواله خلال فترة التأجيل، ويكون المكفول له مخيراً بين أمرين؛ إما أن يصّر على التأجيل، وفي هذه الحالة يسقط حقّه في الكفالة، وإما أن يبطل التأجيل إلى أن يرضي به الكفيل[2].

وتجدر الملاحظة أن تأخير الأجل من قبل المكفول له يمكن أن يكون للكفيل فقط، وفي هذه الحالة يكون التأخير للكفيل فقط، ولا يسري في حقّ المكفول عنه[3].

رابعا:- موت المكفول عنه:- تعتبر الوفاة من ضّمن النتائج المترتبة على المركز الاحتياطي للكفيل، ويمكن استنتاج هذه التبعية من خلال طرح التساؤل التالي: ما هو مصير التزام

---

[1] وفي هذا الخصوص يجيب الإمام مالك رحمه الله- عندما سُئل:- " أريت إن كان لي على رجل حق إلى أجل وقد أخذت منه كفيلا، فلما حلّ الأجل أخرت الذي عليه الأصل، أيكون هذا تأخيرًا عن الكفيل أيضاً...؟ قال: أما إذا آخر الغريم فهو تأخير للكفيل، إلا أنه إذا آخر الذي عليه الأصل فقال الحميل: لا أرضى، لأني أخاف أن يفلس ويذهب ماله، كان ذلك له ويكون صاحب الحقّ بالخيار إن أحب أن يؤخر صاحب الحقّ- ولا حمالة على الحميل – فذلك له وإن أبى لم يكن له ذلك ألا أن يرضى الحميل، وإن سكت الحميل – وقد علم بذلك فالحمالة له لازمة. الأصبحي، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء 4،مرجع سابق، ص 108

[2] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم 2، مرجع سابق، ص 100

[3] ويقول الإمام مالك في هذا الخصوص: "...وأما إذا آخر الكفيل،فإنى أراه تأخيرا على الذي عليه الأصل،إلا أن يحلّف صاحب الحقّ بالله الذي لا إله إلا هو،ما كان ذلك مني تأخيرا للحق عن صاحبه ولا كان ذلك مني إلا للحميل،فإن حلّف له أن يطلب صاحب الحقّ،وإن أبى أن يحلّف لزمه التأخير...." الأصبحي، الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء 4، مرجع سابق، ص 108

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الكفيل في حالة موت المكفول قبل حلول أجل الوفاء بالالتزام، هل يحلّ الأجل بالنسبة للكفيل أيضاً، أم يبقى الكفيل محتفظاً بالأجل الممنوح للوفاء بالالتزام عند إبرام عقد الكفالة ؟

لقد حدث خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول حلول أجل وفاء التزام الكفيل بموت المكفول عنه، وتتمثّل هذه الآراء فيما يأتي:

الرأي الأول:- موت المكفول عنه لا يسقط الأجل الممنوح للكفيل:-

يرى أصحاب هذا الرأي بأن موت المكفول يحلّ أجل الدين بالنسبة له، ولا يؤثر ذلك على التزام الكفيل، وبالتالي يكون للمكفول له الخيار أن شاء اتبع تركة المكفول في الحال، وإذا استوفى دينه،برأت ذمة الكفيل، وإن شاء صبر حتى حلول الأجل الدين بالنسبة للكفيل فيطالبه به[1]، وهذا يعني أن سقوط الأجل بموت المدين يعتبر سبب شخصي لا ينصّرف إلى سواه، إضافة إلى ذلك أن تأجيل استيفاء الدين من تركة الميت بعد وفاته، والانتظار إلى حلول أجل الوفاء فيه ضياع لحقّ الدائن؛ فالمكفول استغني عن الأجل الممنوح له بموته، أما الكفيل محتاج لهذا الأجل فيبقى محتفظًا به[2].

وذهب إلى هذا الرأي الأحناف، حيث قالوا: "...ولو كان الدين على الأصيل مؤجلاً إلى سنة، فكفل به مؤجلاً إلى سنة، أو مطلقاً ثم مات الأصيل قبل تمام السنة يحلّ الدين في ماله، وهو على الكفيل إلى أجله..."[3] كما أخذ بهذا الرأي المالكية[4]، كما أن الحنابلة والشافعية في الظاهر يؤيدون هذا الرأي أيضاً[5].

---

[1] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم2، مرجع سابق، ص 14-145.

[2] محمد، محمد أحمد بكر، تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين، مرجع سابق، ص 365.

[3] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 6، مرجع سابق، ص 3

[4] حيث جاء عن المالكية "...ولو مات الغريم قبل الأجل فيكون للطالب أن يتعجل حقّه من ماله وأن لم يكن له أن يطلب به الحميل حتى يحلّ الأجل " الأصبحي، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء 4، ص 100

[5] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم 2، مرجع سابق، ص 145.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإذا كان موت المكفول لا يؤثر على الأجل الممنوح للكفيل، فإن وفاء الكفيل بالتزامه قبل حلول الأجل للدين يعتبر متبرعًا به[1].

الرأي الثاني:- موت المكفول عنه يسقط الأجل الممنوح للكفيل:-

يرى أنصّار هذا الرأي أنه بموت المكفول عنه يسقط الأجل بالنسبة للكفيل أيضاً، وقد أخذ بهذا الاتجاه جانب من الشافعية، وحجتهم في ذلك أن التزام الكفيل تابع وفرع عن التزام الأصيل، وبالتالي يتبعه في الحلول والتأجيل[2].

وتؤيد الباحثة الرأي الأول القائل بأن موت المكفول لا يسقط الأجل الممنوح للكفيل، ولا يعتبر هذا الرأي معارضاً لصفة التبعية التي تلحقّ التزام الكفيل، بل التبعية تتجسد في هذا الرأي، فالتزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشدّ من التزام المكفول، ولكن يمكن أن يكون أخف منه، وعدم تبعية التزام الكفيل لالتزام المكفول بسقوط الأجل الممنوح للكفيل بموت المكفول، فإن ذلك يجعل من التزام الكفيل أخف من التزام المكفول، أما إذا تم الأخذ بالرأي الثاني القائل بسقوط الأجل الممنوح للكفيل بموت المكفول، فيكون ذلك تشديد في التزام الكفيل، وهذا يتنافى مع فكرة التبعية.

خامساً:- كفالة الالتزام الشرطي:-

الكفالة في الفقه الإسلامي إما أن تكون منجزة إذا صدرت بصيغة مطلقة خالية من أي اقتران بشرط، أو إضافة إلى أجل، ولا خلاف بين الفقهاء حول صحة هذه الكفالة، وأنها متى وقعت تكون صحيحة مرتبة لكافة آثارها، وإما أن تكون معلّقة، وذلك أذا عُلق فيها التزام الكفيل على حصول شيء في المستقبل بأداة من أدوات الشرط، والمقصود بالشرط هو: "التزام المتصّرف في تصّرفه بأمر زائد على أصل التصّرف سواءً كان هذا الالتزام مما يقتضيه ذلك التصّرف –شرط أم

[1] محمد، محمد أحمد بكر، تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين، مرجع سابق، ص 366.

[2] المرجع نفسه، ص 366.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لم يشرط –أم لم يكن من مقتضاه. وسواءً أكان فيه منفعة لمن التزم به، أو لغيره أم لم يكن فيه منفعة لأحد"[1].

ولقد حدث خلاف بين الفقهاء حول صحة هذه الكفالة، وانقسموا في ذلك إلى اتجاهين هما:

الاتجاه الأول:– لا يجوز تعليق الكفالة على شرط:– وهذا الرأي مشابه لما ذهب له القانون الليبي، في المادة (787)، حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه عدم جواز تعليق الكفالة على شرط، كأن يقول الكفيل إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت ما على فلان[2]، وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه أن الكفالة فيها معني التمليك وما يكون كذلك من العقود لا يصح تعليقه على شرط، وخاصة إذا كان الشرط غير ملائم، وبهذا الاتجاه أخذ جانب من الشافعية[3].

الاتجاه الثاني:– صحة الكفالة المعلّقة على شرط:–

يرى أصحاب هذا الاتجاه إلى جواز تعليق الكفالة على شرط، وإلى ذلك ذهب الحنفية حيث يجيزون تعليق الكفالة على شرط صحيح، ويكون الشرط صحيحاً متى كان صريحاً ملائماً، أي يكون موافق للكفالة[4] ويكون كذلك إذا كان شرطاً للزوم الحقّ، وسببا لظهوره، كأن يعلق الكفالة على استحقّاق المبيع، فيقول إن استحقّ المبيع فأنا كفيل، فاستحقّاق المبيع هنا سبب لظهور الحقّ ولزومه.[5] أو أن يكون الشرط المعلّق عليه الكفالة وسيلة إلى الأداء وإمكانية الاستيفاء كقوله إذا

---

[1] الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم 2، مرجع سابق، ص 40

[2] الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 5، مرجع سابق، ص 139..

[3] إبراهيم، حسني عبد السميع، موقف الفقهاء من ضمان الأموال في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 43

[4] النسفي، الشيخ الأمام أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين، البحر الرائق شرح كنز الدائق (في فروع الحنفية)، الجزء 6،بيروت–لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1997، ص 369.

[5] الكاساني، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 6، مرجع سابق، ص 3–4.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(قدم زيد فعلى ما عليه من الدين)، فقدوم زيد وسيلة للأداء، أو أن يكون التعليق شرطًا لتعذّر الاستيفاء كأن يقول: (إن غاب زيد عن المصر فعلى)[1].

وبهذه الشروط تصح الكفالة المعلّقة عند الحنفية، أما فيما عداها من الشروط فإنها تكون غير صحيحة، كأن يقول: (إن هبّت ريح، أو جاء المطر)؛ لأنها علقت بغير ملائم وغير متعارف عليه، كما أنه تعليق بالخطر، وبالتالي تبطل الكفالة، ولا يلزم المال، ذلك أن كل موضوع أضاف الضمان إلى ما هو سبب للزوم المال فهو جائز، وكل موضوع أضاف الضمان إلى ما ليس بسبب اللزوم فيكون باطل[2]، وهناك من قال تصح الكفالة ويبطل التعليق ويجب المال حالاً[3].

وترى الباحثة أن الكفالة تبطل ببطلان الشرط ذلك أن الكفيل عندما أبرم عقد الكفالة كان يعول على الشرط، كما أن الكفيل وحده أعلم بظروفه ومدى ملائمة الكفالة المعلّقة على الشرط لظروفه، فأحياناً لولا الشرط ما قبل الكفالة، وبالتالي متى بطل الشرط بُطلت الكفالة، كما أنه الأخذ بالرأي الثاني القائل ببطلان الشرط، وبقاء الكفالة صحيحة فيه تشديد على التزام الكفيل، وهذا من شأنه يتعارض مع فكرة التبعية التي تقوم عليها عقد الكفالة.

كما أخذ بهذا الاتجاه المالكية والشافعية والحنابلة في الأصح عندهم بالقول بصحة الكفالة المعلّقة على شرط، وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه في تأييد ما ذهبوا إليه إلى ما يأتي:

أولاً:- من القران الكريم:- قوله تعالى: "**ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم** "[4] إن وجه الدلالة في الآية الكريمة اشترط منادي سيدنا يوسف عليه السلام المجيء بالصواع حتى يكون

---

[1] الحصكفي، محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبدالرحمن الحنفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار في مرجع سابق، ص 454.

[2] ابن عابدين،محمد أمين،رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء7، مرجع سابق، ص587.

[3] النسفي، الشيخ الإمام أبي بركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء 6،مرجع سابق، ص 371.

[4] سورة يوسف، الآية 27

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ضامنًا وزعيمًا بحمل البعير، وهذا يدل على صحة الكفالة المعلّقة على شرط، فهنا أضاف التزامه إلى زمن مستقبل وهو المجيء بصواع الملك، ولما كانت الكفالة المعلّقة في حكم الكفالة المُضافة باعتبار أن كل منهما مرتب حصوله على أمر مستقبلي، فإن جواز الكفالة المضافة دليل على جواز الكفالة المعلّقة[1].

ثانياً من المعقول:- أن الكفالة جوازها بالعرف، والعرف لا يمانع من تعليق الكفالة على شرط إذا كان ملائمًا، كما أن الضامن في الكفالة المعلّقة على شرط أضاف الضمان إلى سبب الوجود، وبالتالي يجب أن يصح كضّمان الدرك، كما أن الكفالة فيها معني التمليك، وبالتالي لا يجوز تعليقها إلا بشرط تعلق الحقّ به بالظهور أو التوصل إليه، وبالتالي يكون ملائمًا للعقد[2].

وترى الباحثة رجاحة الاتجاه الأول القائل بجواز تعليق الكفالة على شرط، وذلك لقوة أدلته من جهة، كما أن الكفيل متبرع بكفالته، وبالتالي لا مانع من إعطائه حقّ وضع الشرط الملائم لالتزامه، كما أن الكفالة المعلّقة على شرط يتضح من خلالها صفة التبعية لالتزام الكفيل، ولا يمكن أن تشكّل أي مساس بهذه الصفة، إذ من النتائج المترتبة على التبعية كما سيذكر لاحقاً أن التزام الكفيل يمكن أن يكون اخف من التزام الأصيل.

ومن كل ما سبق، يمكن القول بأن آراء الفقهاء تباينت حول مركز الكفيل في الكفالة الشخصية، فمنهم من جعل الكفيل في مركز احتياطي، ومنهم من جعله في مركز المدين الأصلي، ومنهم من جعله في مركز المدين المتضامن، وهذا الاختلاف في تحديد المركز أديّ لاختلاف النتائج المترتبة عليه. ولم يخرج موقف المشرّع الأردني في تحديد مركز الكفيل عن هذه الاتجاهات، وهذا ما سيتم توضيحه في الفرع الآتي.

---

[1] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 96.

[2] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 6، مرجع سابق، ص 4

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني:- مركز الكفيل في القانون المدني الأردني:-

بالرجوع للمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، يتضح أنها حددت مصدر المادة (950) وهو المادة (729) من مرشد الحيران[1]،حيث جاء فيها أن الكفالة هي: "ضّم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين" [2]،وجاء في تفسير نصّ المادة السابقة أن الكفيل والمكفول عنه يصبحان مطلوبان للمكفول له، ويثبت الدين في ذمتهما، إلا أن ثبوت الدين في ذمة الكفيل والأصيل لا يترتّب عليه زيادة حقّ الدائن، فالدائن لا يستوفي حقّه إلا مرة واحدة من الأصيل أو الكفيل[3].

كما أن المشرّع الأردني أخذ برأي جمهور الفقهاء الذي يعطي الحقّ للدائن في مطالبة الكفيل أولاً، أو المدين أو كلاهما، وهذا يتضح من نصّ المادة (976) من القانون المدني الأردني.

ولما كانت نصّوص القانون تُقرأ كوحدة واحدة، فإنه من خلال استقراء المواد (950،976)، يتضح مركز الكفيل في عقد الكفالة الشخصية طبقاً للقانون المدني الأردني، بأنه في مركز المدين المتضامن، وبالتالي يكون المشرّع الأردني قد خلط بين فكرة الكفالة الشخصية، والتضامن السلبي بالرغم من اختلافهما، وأن ما يربطهما فقط أنها تنتميان لعائلة واحدة هي التأمينات الشخصية، ولكن لكل منهما خصوصيتها.

ولتوضيح العلاقة بين الكفالة والتضامن السلبي نقسم هذا الفرع إلى غصنين حيث خصصنا الأول لبيان كيف خلط المشرّع الأردني بين الكفالة والتضامن السلبي، بينما نخصص لثاني للنتائج المترتبة على مركز الكفيل في القانون المدني الأردني.

---

[1] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الثاني، المواد 465-449، ص 625.

[2] باشا، قدري محمد، مرشد الحيران إلى معّرفة أحوال الإنسان، مرجع سابق، ص 119

[3] الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 5، مرجع سابق، ص132

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الغصن الأول:- فكرة الكفالة الشخصية والتضامن السلبي:-

وبعد الاطلاع على التضامن بين المدينين، يتضح أنه قائم على فكرة فحواها ضّم ذمم المدينين بعضها إلى بعض، وبالتالي يكون للدائن الحقّ في مطالبة أي منهم بكامل الدين دون أن يكون لأي منهم حقّ الاعتراض، وهذا ما يجعل التضامن يوفر أكبر قدر من الحماية للدائن، وهو بذلك يتفضل عن الكفالة الشخصية؛ لأن الكفالة يكون فيها للكفيل الحقّ في دفع مطالبة الدائن بالدفع بالتجريد ما لم يكن متضامنًا مع المدين.[1] وبالتالي يكون مركز الكفيل الاحتياطي هو الصفة المميزة التي يتمتع بها الكفيل في واقع الكفالة الشخصية، والذي لا يكون للمدين المتضامن، لكن القانون المدني الأردني نفي هذه الاحتياطية بأن جعل الكفيل في مركز المدين المتضامن.

و المشرّع الأردني عند جعله الكفيل في مركز المدين المتضامن يكون بذلك قضي على الركيزة الأساسية للكفالة الشخصية، والتي تميزها عن باقي التأمينات الشخصية بصفة عامة، والتضامن السلبي بصفة خاصة؛ فالتأمينات جميعها قائمة على ضّم ذمة إلى ذمة، لكن في الكفالة الشخصية هناك ذمة تتميز عن ذمة بالمركز الاحتياطي، فالكفيل يتميز بمركز احتياطي يختلف عن مركز المدين المتضامن، وهذا المركز يجعل الكفيل مسؤول عن الدين بصفة احتياطية وليس بصفة أصلية، وهذا ما غير موجود في القانون المدني الأردني.

ولكي يتضح كيف خلط المشرّع الأردني بين فكرة التضامن والكفالة الشخصية في القانون المدني الأردني، وتأكيداً على أن مركز الكفيل مختلف تماماً عن مركز المدين المتضامن، لابدّ من الحديث عن التضامن السلبي، وبيان مركز المدين المتضامن، وكيف خلط المشرّع الأردني وبالأخص في المادة (950)بين مركز الكفيل والمدين المتضامن في التضامن السلبي.

---

[1] الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، آثار الحقّوق أحكام الالتزامات "دراسة موازنة "،الجزء2، عمان، دار الثقافة،الدار العلمية الدولية، 2003، ص 530.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حيث يبرز هنا نظام قانوني يسمي التضامن، وهو عندما يتعدد المدينين و يلتزمون بدين واحد، بالرغم من قابلية محلّ الالتزام للانقسام، ويكون للدائن الحقّ في مطالبة أي منهم بكامل الدين دون أن يكون للمدين المتضامن المطالب بالوفاء حقّ الاعتراض على ذلك، وإذا ما استوفي الدائن حقّه من أحد المدينين تبرأ ذمة الباقين[1]. ولتوضيح ذلك سيتم ذكر المثال التالي: فإذا باع (أ) بضاعة إلى (ب، ج، د، هـ)، واشترط الدائن عليهم أن يكونوا متضامنين جميعًا في الوفاء بثمن البضاعة، فإنه يقع التزام على كل منهم بالوفاء بالدين كاملاً إذا ما رجع عليه الدائن وحده دون أن يكون له دفع مطالبة الدائن له، ومن ثم يرجع المدين الذي وفي الدين على باقي المدينين المتضامنين معه فيما أداه عنهم[2].

والتضامن السلبي لا يُفترض[3]، بل لابدّ أن يكون قد نشأ، إما بناءً على اتفاق بين أطراف العلاقة العقدية، أو أن يكون مصدره القانون[4].

وبالتضامن تنشأ علاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين، وبين المدينين المتضامنين فيما بينهم، والعلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين تحكمها ثلاثة مبادئ رئيسية تتمثّل في:- وحدة المحلّ، وتعدد الروابط، والنيابة التبادلية، ولابدّ من تفصيل هذه المبادئ لكي يتضح مدى الاختلاف بين مركز المدين المتضامن، ومركز الكفيل في عقد الكفالة.

---

[2] الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 351.

[3] العمروسي، أنور، التضامن-التضامم-الكفالة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 15.

[4] ومن أمثلة التضامن الذي يكون مصدره القانون ما ورد النصّ عليه في المادة (365) من القانون المدني الأردني، حيث جاء فيها:" إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم"؛ وكذلك ما ورد في المادة (53) من قانون التجارة الأردني، حيث جاء فيها:"1- أن المدينين معاً في التزام يعدون متضامنين في هذا الالتزام.2-وتطبق هذه القرينة على كفلاء الدين التجاري"

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبدأ الأول:- وحدة المحلّ

المقصود بوحدة المحلّ أن هناك دين واحد يلتزم به المدينين المتضامنين تجاه الدائن، بالرغم من قابلية محلّ الالتزام للانقسام إلا أن كل مدين متضامن ملتزم بالوفاء بكامل الدين، ويكون ملتزم بما التزم به سائر المدينين المتضامنين معه، فإذا استوفي الدائن حقّه من أحد المدينين انقضي الدين في مواجهة باقي المدينين[1] ويترتّب على مبدأ وحدة المحلّ عدة نتائج تتمثّل فيما يأتي:

النتيجة الأولي:- يكون للدائن الحقّ في مطالبة من شاء من المدينين بكامل الدين:-

يترتّب على وحدة المحلّ أن كل مدين يكون ملزم بكامل الدين في مواجهة الدائن، ويكون للدائن الحقّ في مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، دون أن يكون لأي منهم التمسّك بالدفع بالتقسيم في مواجهة الدائن؛ أي أنه إذا ما رجع الدائن على أحد المدينين بكامل الدين لا يستطيع دفع مطالبة الدائن بأن يقتصر على دفع حصته فقط[2]،ومبدأ وحدة المحلّ لا يعطي الحقّ لأي مدين متضامن أن يلزم الدائن بالرجوع على مدين معين، بل يكون للدائن الحرية في اختيار المدين الذي يرجع عليه، وإذا كان المدين الذي رجع عليه الدائن لم يستطيع استيفاء حقّه منه كاملاً؛ كأن له الرجوع على غيره من المدينين بباقي الدين[3].

---

[1] علي، أحمد علي،(1993) التضامن بين المدينين،دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي "أطروحة دكتوراه"، كلية الحقّوق، جامعة عين شمس، مصر، ص 145.144

[2] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 3، مرجع سابق، ص 294.

[3] الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء2، مرجع سابق، ص 536

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النتيجة الثانية:- انقضاء الدين بالتبعية لسائر المدينين:-

إذا قام أحد المدينين بالوفاء بكامل الدين للدائن بأية طريقة من طرق الوفاء فإنه تبرأ ذمة المدين الموفي وتبرأ تبعاً لذلك ذمم باقي المدينين المتضامنين[1]، وإذا استوفي الدائن جزء من حقّه من أحد المدينين المتضامنين، فلا يحقّ له الرجوع على مدين آخر متضامن، إلا بما تبقي من الدين، كما أنه لا يجوز للدائن أن يفرض على المدين دفع حصته فقط إذا ما أراد المدين الوفاء بالدين كاملاً، وبالمقابل لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على استيفاء حصته فقط إذا أصّر الدائن على استيفاء الدين بأكمله، ويكون للمدين الموفي حقّ الرجوع على باقي المدينين المتضامنين فيما أداه عنهم كل بقدر حصته[2].

وعند انقضاء الدين بالإبراء يجب التفرقة بين حالتين؛ وهما: حالة إبراء الدائن للمدين المتضامن من الدين نفسه، وحالة إبراء الدائن للمدين المتضامن من التضامن نفسه.

الحالة الأولي:- إبراء الدائن للمدين المتضامن من الدين نفسه:-

وهذه الحالة تحتمل فرضيتان؛ الأولى تتمثّل في:-أن الدائن يبرأ أحد المدينين من الدين، وفي هذه الحالة ينقضي الدين بالنسبة للمدين المتضامن الذي تم إبراءه، ولا يجوز للدائن مطالبة هذا المدين أو المطالبة حتى بحصته، بمعني أن الدائن يكون له حقّ الرجوع على أي من المدينين المتضامنين باستثناء من تم إبراءه، ويطالب الدائن بحقّه بعد استنزال حصة المدين المتضامن المبرأ[3].

---

[1] نص المادة (428) من القانون المدني الأردني، والتي تقضي "إذا أوفى أحد المدينين المتضامنين الدين بتمامه برئ الآخرون"

[2] الحلّالشة، عبد الرحمن أحمد جمعة، الوجيز في شرح أحكام القانون المدني الأردني اثار الحقّ الشخصي "أحكام الالتزام" "دراسة مقارنة، عمان، دار وائل للنشر، ط1، 2006، ص 380-381.

[3] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 3، مرجع سابق، ص 321. وقد جاءت المادة (430) من القانون المدني الأردني مؤكده لذلك بقولها" إذا انقضت حصة أحد المدينين المتضامنين في الدين بطريق...الإبراء فإن الدين لا ينقضي بالنسبة لباقي المدينين إلا بقدر حصة هذا الدين"

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما الفرض الثاني:- الدائن يُبرأ المدين المتضامن، ولكن يشترط بالاحتفاظ بحقّه في الرجوع على أي من المدينين المتضامنين بكامل الدين بما في ذلك حصة المدين الذي أبراه، وفي هذه الحالة لا يكون للمدينين المتضامنين عند رجوع الدائن على أي منهم بكامل الدين أن يتمسّك بالإبراء، و يتعّين على المدين الذي رجع عليه الدائن أن يفي بكامل الدين، ويرجع على باقي المدينين بما وفاه عنهم كل بقدر حصته، بما في ذلك المدين المبرأ من الدين. والحكمة من إبراء المدين المتضامن في هذا الفرض هو تجنب رجوع الدائن عليه بالدين كاملاً[1]،**الحالة الثانية:**- إبراء الدائن للمدين المتضامن من التضامن نفسه:-إن الإبراء في هذه الحالة لا يعتبر سبب لانقضاء الدين، وإنما فقط يقتصر أثره على محو التضامن بين المدينين وهذه الحالة أيضاً تحتمل فرضيتين وهما:

الفرض الأول:- إن الإبراء يشمل كل المدينين المتضامنين، وفي هذه الحالة ينقسم الدين على المدينين كل بقدر حصته، ولا يكون للدائن مطالبة أي مدين بكامل الدين، وإنما تقتصر مطالبته لكل مدين بقدر حصته[2].

الفرض الثاني:- إن الإبراء يقتصر على أحد المدينين، حيث يبرأ الدائن أحد المدينين من التضامن، فيبقي بقية المدينين متضامنين، ولا يكون للدائن الرجوع على المدين المبرأ إلا بقدر حصته[3].

---

[1] الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 540. وقد نصّت على ذلك المادة (431) من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها " اذا لم يوافق الدائن على ابراء باقي المدينين المتضامنين من الدين فليس له أن يطالبهم بغير الباقي بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه إلا إذا احتفظ بحقّه في الرجوع عليهم بكل الدين وعندئذ يحق لهم الرجوع على المدين بحصته فيه".

[2] الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 541

[3] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 31، مرجع سابق، ص 323.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي كل الحالاًت التي يتم فيها الإبراء من الدائن سواءً كان من الدين نفسه أو من التضامن، فإن هذا الإبراء لا يجوز أن يؤدي إلى زيادة العبء عن باقي المدينين المتضامنين، وبالتالي يبقى المدين المبرأ من قبل الدائن مسؤولاً عن نصّيبه في حصة أي مدين متضامن يتعرض للإعسار، ولا يُعفي من مسؤوليته إلا إذا أعفاه الدائن من هذه المسؤولية، وبالتالي يتحمل الدائن نصّيب المدين المبرأ من المسؤولية عن إعسار أي من المدينين المتضامنين[1].

وترى الباحثة ما ذكر سابقاً يؤكد أن المدين المتضامن يعتبر ملتزم بالدين بصفة أصلية، وبالتالي مركزه مختلف تماما عن مركز الكفيل، فالإبراء في الكفالة الشخصية يؤدي لانتهاء عقد الكفالة دون أن يتحمل الكفيل أية مسؤولية[2]، وذلك راجع لمركزه الاحتياطي، وهذا لوحظ في نصّ المادة (987)من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها " تنتهي الكفالة...بإبراء الدائن للمدين أو كفيله من الدين".

النتيجة الثالثة:-التمسّك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين نفسه:-

يترتّب على وحدة الدين أن يكون لكل مدين متضامن التمسّك بالدفوع المتعلقة بهذا الدين، وتعرف هذه الدفوع بالدفوع المشتركة بين المدينين المتضامنين، ومن أمثلة هذه الدفوع بطلان التزام الأصلي لعدم مشروعية السبب أو المحلّ، أو عدم استحقّاق أداء الدين بعد، كما لو كان الالتزام معلّق على شرط واقف، أو مضافًا إلى أجل واقف، أو التمسّك بانقضاء الالتزام بأي سبب من أسباب الانقضاء؛ كالوفاء أو استحالة التنفيذ لهلاك المحلّ بقوة قاهرة[3].

---

[1] علي، أحمد علي، التضامن بين المدينين، مرجع سابق، ص 177. وهذا ما قضت به المادة (433) من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها "إذا أبرأ أحد المدينين المتضامنين من الدين، أومن التضامن، فيكون لباقي المدينين أن يرجعوا على هذا المدين بنصيبه في حصة المعسر منهم، إلا إذا كان الدائن قد أبرءه من كل مسؤولية من الدين؛ فإن الدائن يتحمل نصيب هذا المدين في حصة المعسر"

[2] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 321.

[3] علي، أحمد علي، التضامن بين المدينين، مرجع سابق، ص 153.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وإذا تم البحث في عقد الكفالة من حيث وحدة المحلّ، لوحظ أن محلّ التزام الكفيل والمدين واحد، فهناك علاقات وروابط متعددة ومستقلة، وهي علاقة الكفيل بالدائن بموجب عقد الكفالة، وعلاقة المدين بالدائن بموجب رابطة المديونية، ولكن هذه العلاقات رغم استقلاليتها إلا أنها مرتبطة بحقّ واحد، وهو حقّ الدائن[1]. وهنا تتفق الكفالة مع التضامن، وإن اختلفت النتائج المترتبة على وحدة المحلّ في كل منهما، ففي عقد الكفالة في الأصل الدائن لا يستطيع مطالبة من شاء الكفيل أو المدين طالما أنهم غير متضامنين، بل أن الدائن عند حلول الأجل هناك ترتيب يجب عليه مراعاته عند المطالبة بحقّه، فيجب عليه مطالبة المدين أولاً، ولا يكون له مطالبة الكفيل أولاً، وهذا راجع للمركز الاحتياطي الذي يحظى به الكفيل في عقد الكفالة.

أما فيما يتعلق بالنتيجة الثانية والثالثة، فلوحظ أن الكفيل تبرأ ذمته بوفاء المدين بالدين، كما أنه يكون له الحقّ في التمسّك بكافة الدفوع المتعلقة بالدين تجاه الدائن، والسبب في ذلك راجع لكون التزام الكفيل لم ينشأ مستقلاً بذاته، بل نشأ تابعًا لالتزام المدين، وبالتالي من الطبيعي أن يتبع هذا الالتزام في البقاء والانقضاء، وهذا هو الوضع الطبيعي في وحدة المحلّ بالنسبة لعقد الكفالة، لكن في القانون المدني الأردني لوحظ أن الكفالة مختلفة عن ذلك تمامًا، بالرغم من وحدة المحلّ إلا أن الدائن في القانون المدني الأردني يكون له الحقّ في مطالبة من شاء أولاً الكفيل أو المدين، دون أن يكون ملزماً بإتباع ترتيب معين، ويجد سنده في ذلك ما ورد النصّ عليه في المادة (967)، وما ورد في هذه المادة يعتبر نتيجة طبيعة لما ورد ذكره في المادة (950) من القانون المدني الأردني، والتي بموجبها أصبح الكفيل متضامناً مع المدين، ومطالباً بالدين بصفة أصلية.

[1] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 15.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبدأ الثاني:- تعدد الروابط:-

بالرغم من أن المدينين المتضامنين يجمعهم محلّ واحد؛ أي دين واحد في مواجهة الدائن إلا أن روابطهم بالدائن متعددة ومستقلة باختلاف الوصف الذي يلحقّ هذه العلاقة[1]، ويترتّب على هذا المبدأ مجموعة من النتائج تتمثّل فيما يأتي:

النتيجة الأولى: اختلاف الأوصاف التي تلحقّ روابط المدينين، والاعتداد بالوصف الذي يلحقّ كل رابطة؛ بما أن الروابط في التضامن بين المدينين متعددة ومستقلة، فإن هذا يجعل كل رابطة من الممكن أن يلحقّها وصف يختلف عن الوصف الذي يلحقّ غيرها من الروابط، فقد تكون علاقة الدائن بأحد المدينين مُضافة إلى أجل واقف بينما علاقة مدين آخر بالدائن تكون مُضافة إلى شرط واقف، وأحياناً قد يكون الوصف الذي يلحقّ بالرابطة بين الدائن والمدينين واحد، لكن قد يحدث تغير بعد ذلك في روابط بعضهم دون الآخر، كما لو كان الالتزام برمته مضافا إلى أجل واقف، ثم يسقط الأجل بالنسبة إلى أحد المدينين دون الآخر بسبب إفلاسه [2]، وبالتالي يقع التزام على الدائن بالتقيد بالوصف الذي يلحقّ رابطة المدين الذي يريد استيفاء الدين منه[3].

وإذا تم النظر لعقد الكفالة لوجد أيضاً تعدد في الروابط العقدية، فهناك علاقة عقدية بين الكفيل والدائن، وعلاقة عقدية بين المدين والدائن، وكل منهما مستقلة عن الأخرى، ونظراً لفكرة التبعية التي تقوم عليها الكفالة، فإن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، وبالتالي يتخذ الوصف ذاته الذي يكون لالتزام المدين، وهذا ما لوحظ في المادة (969) من القانون المدني الأردني، حيث جاء فيها: "إذا وقعت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل معجلاً كان أو، مؤجلاً"، ولكن

---

[1] الحلّالشة، عبدالرحمن جمعة، الوجيز في شرح أحكام القانون المدني الأردني، مرجع سابق،ص 381.

[2] الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في سرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 544.

[3] وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (1/428) على أنه "للدائن أن يطالب بدينه كل المدينين المتضامنين أو بعضهم مراعيا ما يلحق علاقته بكل مدين من وصف يؤثر في الدين"

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مع ذلك ليس هناك ما يمنع من اتخاذ التزام الكفيل وصفاً مغايراً عن التزام المدين وهذا ما لوحظ تطبيقه في المادة (970) من القانون الأردني، حيث جاء فيها: ".....إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه، أو اشترط الدائن الأجل للكفيل، فإن الدين لا يتأخر على الأصيل"، وكذلك ما ورد ذكره في المادة (966) من القانون المدني الأردني، حيث جاء فيها: "1-على الكفيل أن يفي بالتزامه عند حلول الأجل. 2- فإذا كان التزامه معلّقًا على شرط، فإنه يتعين عند تحقّق الشرط تحقّق القيد والوصف معًا".

وبالتالي يمكن القول بأن التزام الكفيل قد يتخذ الوصف ذاته الذي يلحقّ التزام المدين، وهذا راجع لتبعية التزام الكفيل لالتزام الأصيل، ولكن يمكن أن يتخذ التزام الكفيل وصفاً مغايرًا لالتزام المدين، وهذا متأتي من أن الكفيل يتمتع بمركز احتياطي في عقد الكفالة، بحيث يتيح له هذا المركز أن يكون التزامه أخف من التزام المدين، وهذا يعتبر في حد ذاته من أهم النتائج المترتبة على فكرة التبعية في الكفالة الشخصية، أما في التضامن بين المدينين، لا يوجد إلا اختلاف الأوصاف التي تلحقّ روابطهم دون أن يكون هناك أي تبعية بينها وهذا راجع لكون أن كل مدين متضامن مطالب بتنفيذ الالتزام بصفة أصلية، وهذا دليل آخر على اختلاف مركز الكفيل عن مركز المدين المتضامن من جهة، ومن جهة أخرى أن نصّوص القانون المدني الأردني تعترف بالصفة الاحتياطية للكفيل بالرغم من كونه متضامن مع المدين، وهذا يشير للتضارب في الأحكام الخاصة بالكفالة في القانون المدني الأردني، والخلط بين أحكام الكفالة والتضامن بين المدينين من جهة آخري.

النتيجة الثانية:- الامتناع عن التمسّك بأوجه الدفوع الخاصة بمدين آخر:-

نتيجة لتعدد الروابط العقدية بين الدائن والمدينين المتضامنين، فإنه تتعدد تبعاً لذلك الدفوع، وهذه الدفوع تكون خاصة بالمدين صاحب الرابطة بحيث لا يستطيع أن يتمسّك بها غيره من

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدينين المتضامنين[1]،وهناك ثلاثة أنواع من الدفوع؛ دفوع عينية ودفوع شخصية ودفوع مختلطة، فالدفوع العينية يكون لكل مدين متضامن التمسّك بها؛ لأنها تقع على أصل الدين، ومن أمثلة هذه الدفوع: الدفع ببطلان العقد لكون المحلّ مخالفاً للنظام العام، أو الآداب العامة، أو الدفع بأن العقد معلّق على شرط واقف لم يتحقّق بعد، أما الدفوع الشخصية، فمن أمثلة هذه الدفوع الدفع بنقص الأهلية، أو عيوب التراضي، مثل الإكراه والغلط والتدليس، ومثل هذا النوع من الدفوع تتعلق ببعض المدينين دون غيرهم ولا يكون لغيرهم التمسّك بها، أما الدفوع المختلطة، وتسمي كذلك لكونها تشبه الدفوع العينية والشخصية، فتشبه العينية لتمّكن جميع المدينين من التمسّك بها، كما تشبه الدفوع الشخصية من جهة آخري لعدم إمكانية التمسّك بها إلا بقدر حصة المدين الذي تثبت له، وهذا النوع من الدفوع يكون لكل المدينين المتضامنين الاستفادة منها بالرغم من خصوصيتها ببعض المدينين دون غيرهم، وتتمثّل هذه الدفوع في الدفوع التي تنشأ عن انقضاء الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين[2].

وإذا ما تم النظر للدفوع التي يتمسّك بها الكفيل، لوجد أن له التمسّك بدفوع خاصة بمركزه ككفيل، كالدفع بوجوب الرجوع على المدين أولاً، والدفع بالتجريد، ودفوع خاصة بالكفالة ذاتها، ودفوع خاصة بالتزامه ككفيل، كما يجوز له التمسّك بالدفوع ذاتها التي تكون للمدين باعتبار أن التزامه تابع لالتزام المدين، وهذا النوع الأخير هو ما يهم الدراسة هنا. بالرغم من تعدد الروابط إلا أن الكفيل يكون له الحقّ بالتمسّك بكافة الدفوع التي تكون، للمدين وهذا راجع لفكرة تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين، وهذا يمكن إيجاده في التضامن بين المدينين، لكن ما لا يمكن إيجاده في التضامن بين المدينين، تمسّك الكفيل بالدفع بالتجريد في مواجهة الدائن، ومثل هذا الدفع راجع

[1] الحلّالشة، عبدالرحمن جمعة، الوجيز في شرح أحكام القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 388.

[2] الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 544-545.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لكون الكفيل في مركز متميز عن مركز المدين. وهذا ما لا يمكن إيجاده في القانون المدني الأردني الذي جعل الكفيل متضامن مع المدين بموجب نصّ المادة (950) من القانون المدني الأردني. وقد جاءت الأحكام القضائية عن محكمة التمييز الأردنية مساندة لما أورده المشرّع الأردني في المواد (950،976). حيث جاء في أحد أحكامها: "... إن كفالة حسن التنفيذ حسب العرف المصرفي يكون البنك الكفيل فيها ملزمًا بدفع قيمة الكفالة للمستفيد؛ أي المدعية بمجرد أن يطلب إلى البنك ذلك دون أن يكون البنك مضطرا لإخطار عميله؛ لأن البنك في مثل هذه الحالة يؤدي دينًا عليه للمدعي، وهو قيمة الكفالة التي تعهد بدفعها..."[1].

فطبقاً لهذا القرار، يكون البنك هو الكفيل وملزم بالدين بصفة أصلية، وعند مطالبته، يجب عليه أداء التزامه دون أن يخطر المستفيد بالدفع؛ لأن المشرّع الأردني طبقاً لنصّ المادة (950) من القانون المدني الأردني جعل الكفيل متضامناً مع المدين، وأعطي للدائن الحقّ في مطالبة الكفيل أو المدين أو كلاهما بموجب نصّ المادة (976)من القانون المدني الأردني.

المبدأ الثالث:- النيابة التبادلية:

والمقصود بالنيابة التبادلية أن كل مدين متضامن يستفيد من العمل النافع الذي يقوم به غيره من المدينين المتضامنين، وبالمقابل لا يتضرر من أي عمل يصدر من أي مدين متضامن، أو أي عمل ضار قام الدائن باتخاذه ضد أحدهم، و يقتصر أثر العمل الضار على المدين الذي قام به، أو الذي اتخذ الدائن ضده العمل، ولا يتعداه إلى غيره من المدينين المتضامنين، ذلك أن النيابة التبادلية في التضامن قائمة على أساس النيابة فيما ينفع لا فيما يضر[2]،والنيابة التبادلية لها عدة تطبيقات في القانون المدني الأردني، وأبرز مثال لها ما ورد النصّ عليه في المادة (434)،

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقّوقية رقم 2001/1885،(هيئة عامة)، بتاريخ 2002/2/10.

[2] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 3، مرجع سابق، ص 327.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

والخاصة بالتقادم[1]، والمادة (435) الخاصة بإعذار أحد المدينين للدائن[2]، وسيتم توضيحها على النحو الآتي:

1- **انقطاع التقادم:**- والمقصود به مرور الزمن المانع من سماع الدعوي بالنسبة لأحد المدينين، حيث إن مصلحة المدينين تقتضي استمرار التقادم حتى ينقضي الدين بأكمله، وتبرأ ذممهم تجاه الدائن[3]،ولكن قد يحدث أن يقطع الدائن التقادم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين، فإن القطع لا يسري على باقي المدينين لأنه يعتبر عمل ضار بالنسبة لهم، ولا يكون للدائن الاحتجاج بقطع التقادم الخاص بأحد المدينين على غيره من المدينين المتضامنين، ومطالبتهم جميعًا بالدين[4].

2- إعذار أحد المدينين للدائن:-

قد يقوم أحد المدينين بإعذار الدائن، ويترتّب على هذا الإعذار أن الدائن يقع عليه تحمّل تبعة الهلاك، أو تلفه، وكذلك توقف سريان الفوائد من تاريخ الإعذار، ومثل هذه لآثار تعود بالنفع على المدينين المتضامنين، وبالتالي يستفيد بقية المدينين المتضامنين من الإعذار الذي قام به أحد المدينين ضد الدائن[5]،

وإذا تم النظر للكفالة من هذا الجانب، لتم ملاحظة وجود نيابة تبادلية من جانب واحد؛ فالكفيل والمدين لا توجد بينهما علاقة، وكل ما يجمعهما هو التزام المدين، لذلك فإن التزام الكفيل يتأثر بما يلحقّ التزام المدين، والكفيل يستفيد من كل تغير يطرأ على الالتزام الأصلي، لكن إذا كان

---

[1] حيث نصّت على ذلك المادة (2/434) من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها" إذا انقطع مرور الزمان أو وقف سريانه على أحد المدينين المتضامنين فليس للدائن أن يتمسك بذلك قبل الباقين" "

[2] وقد ورد النصّ على ذلك في المادة (435) من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها ".....أما اعذار أحد المدينين المتضامنين للدائن فإنه يفيد الباقين "

[3] الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق،ص 546.

[4] علي، أحمد علي، التضامن بين المدينين، مرجع سابق، ص 202.

[5] الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 548-547.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

هذا التغير من شأنه المساس بمركز الكفيل والإضرار به، فإن ما يلحقّ الالتزام الأصلي من تغير لا يسري على الكفيل، ذلك أن مركز الكفيل يقتضي أن يستفيد الكفيل من كل تغير يطرأ على التزام المدين بشرط إلا يكون هذا التغير فيه إضرار بالمدين، وفي المقابل فإن كل تغير يلحقّ التزام الكفيل لا يتأثر به التزام المدين، وهذا متأتي من كون المتبوع لا يكون تابعًا لما فيه من قلب للقاعدة الفقهية التي تقضي بأن التابع تابع.

وإذا ما تم النظر للقانون المدني الأردني، لوجد أن النيابة التبادلية قد جاءت مختلفة عما تقتضيه الكفالة الشخصية من جهة، وما هو في التضامن السلبي من جهة آخري، فإذا كانت الكفالة الشخصية تقوم على أن الكفيل يستفيد من كل تغير يطرأ على التزام المدين شرط إلا يكون هذا التغير يسوء من مركز الكفيل، و التضامن السلبي قائم على النيابة التبادلية بين المدينين جميعهم فيما ينفع لا فيما يضر، فإن المشرّع الأردني جمع كل ذلك بحيث جعل النيابة التبادلية قائمة بين التزام الكفيل والمدين وفيما ينفع ويضر، ويمكن الاستدلال عن ذلك بالنصّوص القانونية التي تشير إلى ذلك، حيث، ورد النصّ عليه في المادة (973) من القانون المدني الأردني، حيث جاء فيها: "إذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول الدين استحقّ الدين في تركة من مات"، وما ورد في هذه المادة مخالف لما تكون عليه الكفالة في الأصل؛ أي أن وفاة المدين لا تؤثر على الأجل الممنوح للكفيل؛ لأن ذلك يسوء من مركزه، وهذا غير جائز، فإذا توفي المدين استحقّ الدين في تركته، بينما يبقى الكفيل محتفظًا بأجله، أما موت الكفيل فإنه يؤدي إلى سقوط الأجل بالنسبة للمدين، لأن بوفاة الكفيل تنتهي الكفالة، وبالتالي ينتهي الضمان الممنوح للدائن، وهذا التمييز راجع لكون الكفيل يتمتع بمركز احتياطي في عقد الكفالة. ومن ضمّن النصّوص التي تشير لخلط المشرّع الأردني فيما ورد النصّ عليه في المادة (977) من القانون المدني الأردني، والمتعلقة بالوفاء بمقابل الدين شيء آخر، حيث جاء فيها: "إذا استوفي الدائن في مقابل دينه شيئًا آخر برأت ذمة

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأصيل والكفيل إلا إذا استحقّ ذلك الشيء"، ومن خلال هذا النصّ يتضح لنا أن ذمة الكفيل تبرأ ببراءة ذمة الأصيل في حالة الوفاء بشي آخر مقابل الدين، ويعود التزام الكفيل تبعاً لالتزام الأصيل إذا استحقّ هذا الشيء.كذلك ما ورد النصّ عليه في المادة (970)، والخاصة بتأجيل الكفالة على الأصيل والكفيل.

وبالتالي يتضح من كل ذلك أن المشرّع الأردني في المواد (950،976) جعل الكفيل في مركز المدين المتضامن مما يخول للدائن الحقّ في مطالبة من شاء الكفيل أولاً أو المدين أو كلاهما، كما أن مطالبته لأحدهم لا تسقط حقّه في مطالبة الآخر، ويكون الكفيل مسؤول عن الدين بصفة أصلية، ولا يكون له التمسّك بالدفع بالتجريد في مواجهة الدائن، لكنه في الوقت ذاته أخذ بأحكام الكفالة الشخصية وخلط بينها، وبين التضامن السلبي فيما يخص بمركز الكفيل.

ويزداد الأمر وضوحاً بالتطرق للنتائج المترتبة على مركز الكفيل طبقاً للقانون المدني الأردني، والتي تم تخصيص الغصن التالي من هذا الفرع لتوضيحها.

الغصن الثاني:- النتائج المترتبة على مركز الكفيل في القانون المدني الأردني:-

تتمثّل هذه النتائج في التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشدّ من التزام المدين. وثانيهما:- أن كل تغير يطرأ على التزام المدين يستفيد منه الكفيل بشرط. ألا يعتبر ذلك مساساً بخاصية التبعية في الكفالة الشخصية[1]، وسيتم الإشارة للنصّوص القانونية الواردة في القانون المدني الأردني بخصوص ذلك.

أولاً:- التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشدّ من الالتزام المكفول:-

أن تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول تقتضي إلا يزيد الالتزام التابع عن الالتزام المتبوع، ولكن يجوز أن يكون أهون منه، وبالتالي لا يجوز أن يكون التزام الكفيل في مبلغ أكبر مما هو

[1] أبو السعود، رمضان. زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، 38،39.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مستحقّ على المدين الأصلي[1]، ولم ينصّ القانون الأردني على ذلك صراحةً كما فعل المشرّع الليبي، في المادة (789) من القانون المدني الليبي،، لكن القضاء الأردني قد نصّ على ذلك في أحد قراراته، حيث جاء فيها: "...أما الكفالات العادية التي يصدرها فيكون ملزماً بما يلزم به مكفوله (أي بما يستحقّ في ذمة المكفول في حدود ما هو مكفول به) وذلك عملاً بأحكام مواد الفصل الأول من الباب الخامس من القانون المدني المتعلقة بالكفالة..."[2].

وإذا كان التزام الكفيل يتحدد بالتزام المكفول بحيث لا يجوز أن يكون أشد منه فإن ذلك يقتضي الحديث عن كفالة الالتزام الطبيعي، والشرطي وبيان حكمها طبقاً للقانون المدني الأردني:-

1- **كفالة الالتزام الطبيعي:-**

بالرجوع لنصّوص القانون المدني الأردني لا يوجد نصّ صريح يقضي بحكم هذا النوع من الكفالة كما هو الحال في القانون المدني الليبي، وهذا ما أدى إلى البحث عن النصّوص التي يمكن أن يُستشف منها حكم كفالة هذا النوع من الالتزامات، وبالرجوع لنصّ المادة (954)، حيث يتضح حكم كفالة الالتزام الطبيعي من خلال المفهوم المخالف لهذا النصّ، فإذا كانت التبعية في الكفالة تقتضي أن يكون الالتزام المكفول مضمونا على المدين، فمعني هذا أن كفالة الدين الطبيعي غير جائزة طبقاً للقانون المدني الأردني، لأن هذا الالتزام غير مضمون على المدين، ولا يصح مطالبته به قضاءً، لافتقار هذا الالتزام لعنصّر الإجبار، فطالما لا يمكن إجبار المدين على الوفاء بهذا الالتزام فتكون كفالته غير جائزة، به[3].

---

[1] الشهاوي، قدري عبدالفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 89.

[2] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق،) رقم 2001/1885، هيئة عامة، تاريخ 2002/2/10.منشورات قسطاس

[3] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 56.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- كفالة الالتزام الشرطي:-

قد تكون الكفالة موصوفة بحيث يكون التزام الكفيل فيها معلّق على شرط ملائم لمقتضي العقد، أو مضافة إلى أجل، وقد أجاز المشرّع الأردني هذا النوع من الكفالة [1]، وذلك في المادة(953) من القانون المدني حيث جاء فيها: "يصح أن تكون الكفالة منجزة، أو مقيدة بشرط صحيح أو معلّقة على شرط ملائم، أو مُضافة إلى زمن مستقبل أو مؤقتّه".

ونظراً لتأثر القانون المدني الأردني بالفقه الإسلامي، فسيتم إحالة حكم كفالة الالتزام الشرطي لما سبق ذكره في الفقه الإسلامي عند الحديث عن مركز الكفيل، وعلى الأخص رأي الفقه الحنفي.

ثانياً:- الكفيل يستفيد من كل تغير يطرأ على الالتزام المكفول:-

بما أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، فإن الكفيل يستفيد من كل تغير يطرأ على التزام المدين بعد انعقاد الكفالة، إذا كان من شأن هذا التغير التخفيف من التزام الكفيل[2] ولتوضيح ذلك لابدّ من الحديث عن تأجيل الدين المكفول حالاً، و سقوط أجل الدين المكفول، وأثر ذلك على التزام الكفيل:-

1- تأجيل الدين المكفول حالاً:-

في هذه الصورة يكون الدين المكفول حالاً وقت كفالته، وبعد إبرام عقد الكفالة يتحصل المدين على مهلة للوفاء، أما بناءً على أمر القاضي، أو بإذن من الدائن، فيستفيد الكفيل تبعاً

---

[1] كما أجاز القضاء الأردني هذا النوع من الكفالة ونجد ذلك في فحوى القرار التالي "...قدم المكفول له كفالة بناءً الى طلب المكفول عنه تتضمن ضمان حقوق الغير للسيارة نوع مرسيدس موديل 1983 فيما إذا تبين عكس ذلك مستقبلاً...وقام الكفيل بالتوقيع على الكفالة، وبما أن نص المادة 952 من القانون المدني تنص "يصح أن تكون الكفالة منجزة أو مقيدة بشرط صحيح أو معلقة على شرط ملائم أو مضافة على زمن مستقبل أو مؤقته " فإن الكفالة تكون صحيحة...." قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق)،رقم 2004/813،هيئة خماسية،بتاريخ 2004/7/20

[2] أبو السعود، رمضان. زهران، همام محمد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 81.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لذلك من هذا التغير، وبالتالي لا تجوز مطالبته إلا بعد حلول الأجل الجديد، ولا يعتبر ذلك خروج عن فكرة التبعية، بل أن التبعية تتضح من خلال هذه الصورة، فالكفيل باعتباره تابع للمدين، فإنه يستفيد من كل تغير يطرأ على التزامه، كما أن الكفيل لا يطالب بأكثر مما يطالب به المدين[1].

وبالرجوع للقانون المدني الأردني نجد أن المادة(969) نصّت على أنه " إذا وقعت الكفالة مطلقة فأن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل معجلا كان أو مؤجلاً"

وإذا كانت فكرة التبعية تقتضي أن يستفيد الكفيل من كل تغير يطرأ على التزام المدين، فإنه يجب ألا يكون من شأن هذا التغير أن يسوء من مركز الكفيل، فإذا تأجل موعد المطالبة على المدين، ورأى الكفيل أن ذلك فيه ضرر له كان من حقّه الاعتراض على ذلك بحجة أن المدين موسر ويخشي عليه من الإعسار، ويذهب ماله خلال فترة التأجيل[2]، وقد سبق وتم مناقشة هذا الأمر عند الحديث عن صفة التزام الكفيل في الفقه الإسلامي وبالتالي تنطبق الأحكام ذاتها التي سبق التطرق لها.

ثانياً:- سقوط أجل الدين المكفول:-

سبق وذكر أن التغير الذي يطرأ على التزام المدين قد يكون له أثر إيجابي أو سلبي على الكفيل، و أن تأخير أجل الالتزام المكفول فيه جانب إيجابي، وهذا يستفيد منه الكفيل، أما الجانب السلبي الذي يؤثر على مركزه فيكون له حقّ الاعتراض عليه. أما فيما يتعلق بسقوط أجل الدين، فترى الباحثة أن له جانب واحد، وهو الجانب السلبي؛ أي أنه إذا سقط أجل الدين الممنوح للمدين كأن يكون المدين قد تنازل عن الأجل، فإن هذا التنازل لا يسري على الكفيل، ولا يكون للدائن مطالبة الكفيل إلا بحلول الأجل الأصلي، أما إذا سقط الأجل للأسباب الوارد ذكرها في المادة

---

[1] السرحان، عدنان، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 208.

[2] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 60.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(404) من القانون المدني الأردني، والتي تقضي: " يسقط حقّ المدين في الأجل1-إذا حكم بإفلاسه أو إعساره. 2-إذا لم يقدم تأمينات الدين المتفق عليها.3-إذا نقصت توثيقات الدين بفعله، أو بسبب لا يد له فيه ما لم يبادر إلى تكملتها."

و يجدر بالملاحظة أن ما ورد النصّ عليه في المادة (960) من القانون المدني الأردني، والتي تقضي بأن:" تشمل الكفالة ملحقّات الدين ومصروفات المطالبة، ما لم يتفق على غير ذلك "، فإنه يترتّب على هذا النصّ أن المدين إذا لم يفِ بالتزامه بتقديم التأمينات؛ فإن ذلك يترتّب عليه سقوط أجل المطالبة بالدين، ويسقط تبعاً لذلك الأجل الممنوح للكفيل، ويجوز للدائن مطالبته في الوقت ذاته الذي يطالب فيه المدين.[1]

وبهذا نكون قد أنهينا الحديث عن صفة التزام الكفيل ومركزه في عقد الكفالة الشخصية، والذي اتضح لنا من خلاله أن المشرّع الأردني جعل الكفيل متضامن مع المدين، وهذا بدوره يجعل أحكام التضامن هي التي تطبق في العلاقة بين الكفيل والمدين،ويعطي الحق للدائن في مطالبة من شاء المدين أو الكفيل دون أن يكون ملزماً باتباع ترتيب معين، لكن المشرّع الأردني لم يقف عند هذا الحد وذلك بأن جعل للكفيل في بعض الحالات الحق في دفع تنفيذ الدائن ضده، بحيث نشأ عن ذلك تضار في نصوص القانون المدني الأردني المتعلقة بالكفالة الشخصية، وهذا ما سنقوم بتوضيحه في المبحث الآتي.

[1] السرحان، عدنان، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص209-210.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المبحث الثاني:- تضارب نصّوص القانون الأردني المتعلقة بالدفع بالتجريد

لوحظ أن المشرّع الأردني لم يأخذ بالدفع بالتجريد، وهو بذلك لم يقتف أثر المشرّع الليبي، الذي وضع قاعدة عامة للدفع بالتجريد، فقد جعل المشرّع الأردني الكفيل متضامناً مع المدين الأصلي بالالتزام، وذلك طبقاً لما ورد النصّ عليه في المادة (950)من القانون المدني، كما جاءت أحكام القضاء مؤيدة لذلك [1].

ومن هنا فإنه لا مجال للحديث عن الدفع بالتجريد في ظل التشريع الأردني، لكن بالرجوع للنصّوص القانونية المتعلقة بأحكام الكفالة، وجد أن هناك تطبيقات للدفع بالتجريد، والتي تعتبر في الوقت ذاته صور خاصة للدفع بالتجريد في القوانين التي تأخذ بالدفع بالتجريد، ومنها القانون الليبي، ولابدّ من الوقوف على هذه الصور، وذلك بتحلّيل النصّوص القانونية المتضمنة لهذه الصور واستنباط موقف المشرّع الأردني منها، وتأسيساً على ما تقدم فإنه سيتم تخصيص المطلب الأول من هذا المبحث للصور الخاصة بالدفع بالتجريد بينما يخصص المطلب الثاني لتقييم موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد سواءً كان في صورته العامة، أو الخاصة.

[1] حيث قضت محكمة الإستئناف في أحدث قرار لها: " أن المحكمة الإبتدائية أقامت قضائها...بأن للمدعي عليه الحقّ بالرجوع على المدعية أو كفيلها بأي مبالغ إن تبين أن المدعية قبضتها على حساب المهر المعجل وأي نفقات على حساب الخطوبة...فكان حكمها صحيحاً وموافقا للوجه الشرعي والقانوني " قرار محكمة الاستئناف الأردنية (شرعي) رقم 2017/2448 تاريخ 2017/8/20.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول:- الصور الخاصة للدفع بالتجريد:-

ضمّن القانون المدني الأردني في نصّوصه الخاصة بالكفالة الشخصية تطبيقات خاصة للدفع بالتجريد، وذلك في نصّ المادة (781)، والمادة (782)، ومن خلال هذا المطلب سيتم التطرق لهذه الصور بشيء من التفصيل، وذلك وصولاً للتضارب الموجود بين نصّوص القانون المدني الأردني في عقد الكفالة الشخصية، حيث تم تحصيص فرع مستقل لكل صورة.

الفرع الأول:-الدفع بتجريد التأمين العيني:-

من خلال هذا الفرع سيتم الحديث عن النقاط العامة المتعلقة بهذه الصورة، وذلك بتوضيح المقصود من هذا الدفع، والشروط الواجب توافرها للتمسّك به.

الغصن الأول:- مضمون الدفع بتجريد التأمين العيني

نصّت المادة (971)من القانون المدني الأردني على أنه: " إذا كان الدين موثقاً بتأمين عيني قبل الكفالة، ولم يكن الكفيل متضامناً، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على الأموال الموثقة للدين، " كما نصّت المادة (800) من القانون المدني الليبي، على أن: "إذا كان هناك تأمين عيني خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه، ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التي خُصصت لهذا التأمين".

ويلاحظ من نصّ القانون الليبي أنه جاء محدداً لحكم تجريد التأمين العيني، من حيث مصدر التأمين العيني، وكذلك تحديد الوقت الذي يُعتد فيه بالتأمين كي يكون سبباً لمنع التنفيذ على أموال الكفيل، وهو إما أن يكون نشأ مع الكفالة أو قبلها، أما القانون الأردني فقد ورد منه

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النصّ علي الدفع دون التقيد بمصدر معين للتأمين، كما أنه حدد التأمين الذي ينشأ قبل الكفالة، ولم يوضح حكم التأمين الذي ينشأ مع الكفالة.

وبالرغم من وجود بعض الاختلاف بين النصّين إلا أن مضمون هذا الدفع يتمثل في أنه متى قُدم للدائن تأمين عيني لضمان الدين الذي في ذمة المدين، وكان الكفيل غير متضامن مع المدين، فأنه لا يكون للدائن التنفيذ علي أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ علي التأمين العيني [1]، فإذا كان الدفع بالتجريد في صورته العامة يقضي بالتنفيذ علي أموال المدين عامة، فإن خصوصية هذه الصورة تأتي من كونها أنها تتعلق بالتنفيذ علي مال معين، هو التأمين العيني الذي خُصص للوفاء بنفس الدين المضمون بالكفالة[2]؛ فالكفيل عندما كفل الدين المضمون بتأمين عيني كان يعول علي هذا التأمين في الوفاء بالدين، فكان علي الدائن إذا لم يتحصل علي حقّه من المدين أن يقوم بالتنفيذ علي المال الذي يرد عليه التأمين العيني أولاً، ولا يكون له التنفيذ علي الكفيل إلا إذا كان المال المحمل بالتأمين غير كافٍ لسداد الدين كاملاً، ومن هنا تأتي الحكمة من وجود هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد، فالمشرّع راعي تدخل الكفيل لضمان الدين في الوقت الذي يكون فيه الدين موثق بتأمين عيني[3].

وترى الباحثة أن هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد تحقّق التوازن بين أصحاب العلاقات المستقلة، وهم (الدائن، والمدين، والكفيل)؛ فالدائن يتحصل علي تأمين عيني لضمان الحصول علي حقّه من جهة، كما أنه يحميه من مزاحمة بقية الدائنين له في حال تعددهم من جهة أخرى[4]،

---

[1] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 182.

[2] السرحان، عدنان السرحان، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 214.

[3] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 104.

[4] فلو افترضنا أن للمدين أكثر من دائن وكانت أموال المدين مستغرقة لديونه وكان أحدهم دينه مضمون بتأمين عيني وكفالة شخصية، عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه تجاه الدائنين فإنهم سيقومون بالتنفيذ على جميع أمواله

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما بالنسبة لمصلحة المدين، فلو تم افترض أن له أموال تتمثّل في مجموعة من العقارات، ولتكن خمسة عقارات مثلاً، وخصص واحد منها كتأمين عيني لضمان دين الدائن المضمون بكفالة شخصية، فإن المدين في هذه الحالة يضمن تنفيذ الدائن علي العقار المخصص للوفاء فقط دون بقية العقارات، وفي هذا مصلحة للمدين، بحيث إذا كان العقار غير كافٍ لسداد الدين سيرجع الدائن بما تبقي علي الكفيل.

أما مصلحة الكفيل، فإنها تتمثّل أن المال المخصص لتامين الدين المضمون إما أن يفي بالدين كله، وبالتالي تبرأ ذمته من الكفالة، وإما أن لا يكون المال كافٍ لسداد كل الدين، فإن الكفيل يتحمّل الجزء الباقي، وفي كل الحالات هناك مصلحة للكفيل، بحيث لا يتحمل الوفاء بالدين كاملاً فإما لا يوفي بشيء، وإما أن يوفي جزء منه.

لكن عند طرح المثال السابق فإنه يثور التساؤل التالي، وهو هل يجوز للكفيل الذي يكون له الحقّ في التمسّك بهذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد أن يتمسّك إلي جانبها بالصورة العامة للتجريد.؟

إن الإجابة علي هذا السؤل لا تكون إلا في ظل القانون المدني الليبي، باعتبار أنه أخذ بالدفع بالتجريد في صورته العامة وصوره الخاصة.

يري جانب من الفقه أنه لا مانع من ذلك[1]، وتؤيد الباحثة ذلك فإذا قام الدائن بالتنفيذ علي أموال الكفيل، وكان هناك تأمين عيني خُصص لتأمين الوفاء بالدين المضمون ذاته، فيكون

لاستيفاء حقوقهم، وذلك استناداً الى أن جميع أموال المدين ضامنه للوفاء بديونه باستثناء المال الذي يقع عليه تأمين عيني، فأنه يخرج من الضمان العام، فيقسم المال بينهم قسمة غرماء، لكن الدائن الذي له توثيق عيني لدينه وكفالة شخصية، فإنه يضمن الحصول على حقّه لوجود ضمان له، و لا يدخل في القسمة بالنسبة للمال الذي خصص بتأمين عيني للوفاء بدينه،

[1] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 132.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للكفيل دفع تنفيذ الدائن بأن يتمسّك في مواجهته بالصورة الخاصة للدفع بالتجريد، وذلك بالتنفيذ علي التأمين العيني المخصص للوفاء بالدين المضمون بالكفالة، ولكن قد تكون قيمة التأمين العيني غير كافية لسداد الدين. فالمفترض في هذه الحالة أن الدائن ينفذ علي الكفيل بما تبقي له من حقّ. فإذا رجع للتنفيذ علي أموال الكفيل لاستيفاء ما تبقي له من حقّ، فإن الكفيل يكون له الحقّ في التمسّك بالدفع بالتجريد للمرة الثانية في مواجهة الدائن وهنا يتمسّك بالتجريد في صورته العامة، ويكون للكفيل ذلك إذا كان للمدين أموال آخري كأن ظهرت له أموال بعد ذلك بسبب إرث مثلاً، ونبرر وجهت نظرنا هذه، بأن ذلك لا يؤثر علي حقّ الدائن في الحصول علي حقّه؛ لأن المرة الثانية التي يتمسّك فيها الكفيل بالدفع بالتجريد، إذا لم تتوافر شروط الدفع في صورته العامة فإن الدائن سيرجع علي الكفيل، كما أن إعطاء الكفيل الحقّ في التمسّك بالتجريد في صورته العامة والخاصة لدفع تنفيذ الدائن فيه حماية لمصلحة الكفيل، والتي هي أولي بالرعاية باعتباره متبرع بكفالته فتقدم مصلحته علي غيره طالما أن ذلك ليس فيه أية مساس للحقّوق.

و إذا كان القانون المدني الأردني مستمد من الفقه الإسلامي، فإن وجود هذه الصورة ضمن نصّوصه يرجع للقانون الوضعي، بينما أخذ المشرّع الليبي، هذه الصورة من القانون المصري باعتبار أن القانون الليبي، جاء مطابق في أحكامه للقانون المصري، وتعتبر هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد مستحدثة في التقنين المدني المصري [1].

[1] وقد أستقى القانون المصري هذه الصورة من المادة (2/495)من التقنين المدني السويسري والمادة (2/772) من التقنين المدني الالماني. تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 75

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الغصن الثاني:- شروط التمسّك بالدفع بتجريد التأمين العيني:

إن تطبيق هذه الصورة الخاصة بالدفع بالتجريد يقتضي توافر أربعة شروط مجتمعة، وهي:-

1-وجود تأمين عيني مخصص لضمان الوفاء بالدين المكفول.2- الكفيل غير متضامن مع المدين.3- تمسّك الكفيل بالدفع.4- أن يكون التأمين العيني سابقاً أو معاصراً للكفالة. ([1])

الشرط الأول:- وجود تأمين عيني مخصص لضمان الوفاء بالدين المكفول:-

المقصود بالتأمين العيني: " كل مال خاص بالدين سواءً كان عقاراً أو منقولاً، يكون مرهوناً رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً في الدين، أو عليه حقّ اختصاص، أو حقّ امتياز ضماناً للدين، ويكون مصدره القانون أو الاتفاق " ([2])، وبالرجوع لنصّ المادة (971) من القانون المدني الأردني يلاحظ أن المشرّع لم يشترط أن يكون للتأمين العيني مصدر معين، حيث جاء النصّ مطلقاً " إذا كان الدين موثقا بتأمين عيني..." وبالتالي هذا الإطلاق يجعل الحكم الوارد في النصّ يشمل كل تأمين عيني مخصص لضمان الدين المكفول سواءً كان مصدره القانون، أم الاتفاق أم الحكم القضائي، وحسناً فعل المشرّع الأردني عند إطلاقه لنصّ المادة(971) وذلك نظراً لما قد يحقّقه ذلك من مصلحة للكفيل. وفي المقابل يشترط القانون المدني الليبي، في المادة (800) من القانون المدني أن يكون مصدر التأمين العيني القانون كحقّ الامتياز، أو أن يكون مصدره الاتفاق؛ كالرهن الرسمي والرهن الحيازي. ولكن لا يمكن استبعادً حقّ الاختصاص من نطاق التأمين العيني في ظل القانون الليبي، بالرغم من أن مصدره ليس القانون، أو الاتفاق؛ لأنه يصدر بموجب حكم قضائي

[1] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 406-409.

[2] الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص140.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ولكن ضمن للتأمين العيني؛ لأنه يخضع لأحكام الرهن الرسمي[1]، أما إذا كان التأمين العيني مصدره غير الاتفاق أو القانون، فإن هذه الصورة الخاصة من الدفع بالتجريد لا تنطبق عليه طبقاً للقانون المدني الليبي[2]، ولكن هناك جانب من الفقه يري أن نصّ المادة(800) من القانون المدني الليبي يشمل أيضاً التأمين العيني الذي يكون سند تخصيصه الحكم القضائي، وإن لم ينصّ المشرّع صراحةً علي ذلك [3].

و يخرج من نطاق تطبيق هذه الصورة الخاصة بالدفع ما لا يعتبر تأمين عيني، وبالتالي يستبعد من ذلك المال الذي يباشر عليه الدائن حقّ الحبس؛ لأن حقّ الحبس لا يعتبر تأمين عيني طبقاً للقانون المدني الليبي، ولا يعطي للدائن حقّ امتياز بحيث إذا نفذ عليه الدائن شاركه في التنفيذ بقية الدائنين علي قدم المساواة [4]، ولكن هناك رأي من الفقه[5] رأي بأن نصّ المادة(800) من القانون المدني الليبي، يشمل حقّ الحبس ليس لأنه من التأمينات العينية؛ بل لأن في هذه الحالة يتم تطبيق أحكام الرهن الحيازي هي التي تطبق في هذه الحالة، وحجة أصحاب هذا الرأي أن القوانين المستقاة منها نصّ المادة (800) تنصّ صراحةً علي شمول النصّ لحقّ الحبس، ولو أراد المشرّع الليبي، مخالفتها لنصّ علي ذلك صراحة، كما يضيف أصحاب هذا الرأي أنه إذا كان يجب التقيد بحرفية نصّ المادة (800) من القانون المدني الليبي، فإنه يجب استبعاد حقّ

---

[1] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص76.

[2] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 397؛ حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 134.

[3] زكي، محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 122؛ السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 130

[4] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص406؛ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 130.

[5] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 398.

© Arabic Digital Library Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الاختصاص من تطبيق نصّ المادة (800)؛ لأن مصدره الحكم القضائي، وليس القانون أو الاتفاق،

وترى الباحثة أن نصّ المادة (800)من القانون المدني الليبي لا يشمل حقّ الحبس، فإذا تم الرجوع لنصّوص القانون المدني الليبي الخاصة بأحكام الحبس، فإننا لم نجد أي نصّ يشير إلي ذلك صراحةً، بحيث اعتبره المشرّع الليبي أحد وسائل الضمان.

وفي المقابل فإن حكم المادة(971) من القانون المدني الأردني يشمل حقّ الحبس؛ لأن المشرّع الأردني اعتبر حقّ الحبس من التأمينات العينية؛ لأنه يعطي صاحبه الحقّ في الأولوية[1]، وهذا ما أكدته المادة (391)من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها: " من احتبس الشيء استعمالا لحقّه في احتباسه كان أحقّ من باقي الغرماء في استيفاء حقّه منه "، لكن هذا القول غير صحيح فالتأمينات العينية طبقاً للقانون المدني الأردني تتمثّل في الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحقّوق الامتياز [2].

وفي كل الأحوال لا يشترط في التأمين العيني المخصص للوفاء بدين مكفول أن يكون ضامناُ للدين المكفول وحده أو أنه ضامن له مع غيره من الديون، كما أنه لا يشترط أن يكون كافياً لسداد الدين بأكمله، كما هو الحال في الصورة العامة للدفع بالتجريد الذي يشترط لقبوله أن تكون الأموال التي يرشد الكفيل الدائن كافية لسداد الدين كاملاً وإلا كان الدفع غير مقبول[3]، وهذا بدوره يعطي خصوصية لهذه الصورة من الدفع بالتجريد؛ فالمشرّع بهذا الدفع راعي مصلحة الكفيل بحيث

---

[1] السرحان، عدنان، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 215.

[2] لكن من الممكن تفسير ما ذهب له الفقه الأردني بحق الحبس من حيث كونه بعطي حق الأولوية للدائن المحتبس، كما هو الحال في التأمينات العينية..

[3] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 407.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يسر عليه الأمر بأن أعطاه دفع ضد الدائن حتى لو كان المال المخصص لضمان الدين المكفول غير كافٍ لسداد الدين كاملاً، ويكون المشرّع قد خص الكفيل برعاية خاصة نظراً لمصلحته التي هي أولي بالرعاية [1].

ولكن هل يشترط لصحة الدفع أن يكون التأمين العيني مقدم من المدين، أم أنه يجوز أن يتم تقديمه من الكفيل العيني ؟

لقد تباينت آراء الفقهاء حول ذلك إلي اتجاهين، هما:-

الاتجاه الأول:- يري غالبية الفقه أن يكون التأمين العيني المخصص لضمان الدين مقدماً من المدين[2] واستندوا في ذلك إلى الحجج الآتية:-

أولاً:- أن ما ورد النصّ عليه في المادة (800)من القانون المدني الليبي، يعتبر صورة خاصة للدفع بالتجريد، بدليل أن المشرّع أورد هذه المادة في عجز المواد التي تتحدث عن التجريد بصفة عامة[3]، كما أنه اشترط كون الكفيل غير متضامن مع المدين، وبالتالي يسري علي هذه الصورة ما يسري علي الدفع بالتجريد في صورته العامة، وهذا يتطلب أن يكون التأمين العيني مقدماً من المدين.

إضافةً إلي ذلك، فإن الشخص الذي يدفع بتجريده هو المدين المكفول دون غيره، وذلك يقتضي عدم تمسّك الكفيل بالدفع بالتجريد تجاه كفيل آخر ملتزم معه في الدين ذاته أي كانت

---

[1] سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 396.

[2] أبو السعود، رمضان. زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 130؛ السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 130-131؛ سيد، صابر محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 400؛ زكي، محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 122-123.

[3] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 184.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الصفة لهذا الكفيل سواءً كان كفيلاً عينياً أم شخصياً، كما أن العلاقة بين الكفلاء في حال تعددهم يحكمها الدفع بالتقسيم [1]، وليس الدفع بالتجريد[2]. وإذا كان يمكن إثارة هذه الحجة في ظل القانون المدني الليبي، فإنه لا يمكن إثارتها في ظل القانون المدني الأردني؛ لأنه لم يأخذ بالصورة العامة للتجريد؛ لأنه جعل الكفيل متضامناً مع الكفيل بموجب نصّ المادة (950) وأكد ذلك بالمادة (967)، من القانون المدني الأردني.

ثانياً:-إن هذه الصورة مستحدثة في التقنين المدني وترجع جذورها للقانون السويسري والألماني، وكلا القانونين يشترطان أن يكون المال المثقل بالتأمين مقدّماً من المدين [3].

ثالثاً:- كما إن تقديم التأمين من المدين فيه تسهيل للإجراءات، ومنعاً من تعقيدها، فلو فُرِض أن التأمين مقدم من شخص آخر غير المدين، فإن هذا الشخص يكون هو كفيل عيني، ومن غير الجائز أن يدفع الكفيل الشخصي بتجريد الكفيل العيني؛ لأنه في حالة تعدد الكفلاء وقام أحدهم بالوفاء كان له الحقّ في الرجوع على باقي الكفلاء كل بقدر نصّيبه، وفي هذا تعقيد للإجراءات، فالمشرّع أنزه من أن يضع نصّوص تفرض مثل هذه التعقيدات وذلك بأن يسمح للكفيل الشخصي بتجريد الكفيل العيني، ثم يرجع الكفيل العيني علي الكفيل الشخصي بما أداه[4].

---

[1] ويعرف الدفع بالتقسيم بأنه: حق أعطاه المشرّع للكفلاء غير المتضامنين فيما بينهم، في حال تعددهم لدين واحد و بعقد واحد، بحيث يخول كل كفيل إذا عاد عليه الدائن، بكل الدين أن يدفع في مواجهته بتقسيم الدين بين بقية الكفلاء. ويترتب على هذا الدفع أنه في حالة إعسار أحد الكفلاء لا يكون للدائن الحقّ في توزيع حصة المدين المعسر على بقية الكفلاء؛ بل يتحمل وحده نتيجة هذا الإعسار. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء10، مرجع سابق، ص93.

[2] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 162-163.

[3] أبوالسعود، رمضان. زهران، محمود همام، مرجع سابق، ص 130.

[4] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 184.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعا:- إضافةً لذلك أن تقديم التأمين من قبل المدين فيه تحقّيق للحكمة التي يسعي المشرّع لتحقّيقها من خلال هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد، حيث إن الكفيل في هذا النوع من الكفالة يعتمد علي التأمين المخصص لضمان الدين، وهو بذلك لا يريد الالتزام إلا بما يجاوز قيمة التأمين العيني، وهذا من شأنه أن يجعل له الحقّ في أن يطالب الدائن بتجريد المدين أولاً من التأمين العيني، ولا يكون له ذلك إذا كان التأمين مقدم من كفيل عيني؛ لأنه يكون في نفس المركز الذي يكون للكفيل الشخصي[1]، باعتبار أن التزام الكفيل العيني يكون تابعاً واحتياطياً لالتزام المدين الأصلي؛ إلا أن فكرة الرهن هي التي تغلب في هذه الحالة علي فكرة الكفالة، وبالتالي لا يكون للكفيل العيني حقّ التمسّك بالدفع بالتجريد إلا إذا وجد اتفاق علي خلاف ذلك، وفي المقابل يكون له حقّ التمسّك بالدفع بالرجوع علي المدين أولاً نظراً لارتباط هذا الدفع بصفة الاحتياطية، وهي تكون للكفيل العيني كما تكون للكفيل الشخصي [2].

لكن الباحثة ترى أن ما ورد عن الفقه فيما سبق محلّ نظر؛ فالفقه ساوي بين مركز الكفيل الشخصي، والكفيل العيني بحيث يكون لكل منهما مركز احتياطي، ولم يُعطِ للكفيل العيني حقّ التمسّك بالدفع بالتجريد بحيث غلب فكرة الرهن علي الكفالة الشخصية، وفي الوقت ذاته جعل للكفيل العيني حقّ التمسّك بالدفع بالرجوع علي المدين أولاً، وبرر ذلك أن هذا الدفع مرتبط بالصفة الاحتياطية، لكن الباحثة ترى غير ذلك، فالدفع بالتجريد أيضاً مرتبط بالصفة الاحتياطية للكفيل، وتبرز هذه الصفة من خلال هذا الدفع، و لا يمكن تجاهلها، فمتى وجدت احتياطية وجد الدفع بالتجريد، إضافةً إلي ذلك ليس هناك فرق بين الدفع بالرجوع والدفع بالتجريد إلا في الوقت الذي يتمسّك به الكفيل بكل من هذه الدفوع؛ بل أن مرحلّة التنفيذ أخطر من مرحلّة الرجوع، فكيف يعطي

---

[1] زكي، محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 123.

[2] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 333-334

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الكفيل العيني الحقّ في التمسّك بدفع دون آخر مع أن الهدف منهما واحد، ومن ذلك نري أن الصفة الاحتياطية لا تثبت إلا للكفيل الشخصي دون غيره، ويذهب جانب من الفقه في تأويل المقصود من المساواة بين مركز الكفيل الشخصي والكفيل العيني، هو اتحاد مركزهما في حالة الوفاء للدائن، بحيث إذا قام أحدهما بالوفاء للدائن فإنه يكون لكل منهما أن يرجع بما أداه علي الآخر كل بقدر نصّيبه [1].

وفي كل الأحوال متى كان التأمين العيني مقدم من المدين، فإن ذلك لا يستلزم أن يبقي المال المحمل بالتأمين العيني في ذمة المدين، بل يمكن أن تنتقل ملكيته للغير محملاً بالتأمين العيني؛ فالعبرة بأن يكون التأمين قد نشأ علي مال ملوك للمدين، ولو انتقلت ملكيته بعد ذلك إلي شخص آخر [2].

الاتجاه الثاني:- يري أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يشترط أن يكون التأمين العيني المخصص لضمان الدين مقدماً من المدين، بل يستوي أن يكون التأمين العيني مقدم من المدين، أو الغير واستدل أصحاب هذا الرأي في تأييد ما ذهبوا إليه بالرد علي الحجج التي استند إليها أصحاب الرأي الأول:-

فبخصوص الحجة الأولي، رأي الفقه أنها ليست حاسمة؛ لأنه لا يمكن أن تؤخذ الأحكام بناءً علي المكان الذي ترد فيه في التقنين، كما أنه لا يشترط أن يرد عليها الأحكام التي ترد علي الصورة العامة للتجريد التي يشترط فيها أن يكون المال مملوكاً للمدين، فالمشرّع أراد تمييز هذه الصورة بأحكام خاصة بها، وإلا لما كان هناك داعٍ لتخصيصها بنصّ، أما بالنسبة للحجة الثانية فهي غير حاسمة أيضاً؛ لأن مصدر المادة (800) من القانون المدني الليبي هو نصّ المادة

[1] زكي، محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 123.

[2] سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية، مرجع سابق، ص 106.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(791) من القانون المصري، والقانون المصري يتميز باستقلاليته ولا يرجع للقوانين الأجنبية إلا في تفسيره، وعلي سبيل الاستثناء فقط [1]، أما بالنسبة للحجة الثالثة فإنها قائمة علي مقدمة غير صحيحة، وبالتالي تسقط الحجة القائمة علي أساسها، لأنه ليس من الضرورة أن يكون مقدم التأمين العيني كفيلاً عينياً، لأنه من المتصور أن يكون مقدم التأمين قد اشتراه من المدين أو من مشتر ي من المدين أو من الكفيل العيني وفي هذه الأحوال فإن مقدم التأمين العيني لا يعتبر كفيلاً عينياً.[2]

كما أن المشرّع لم يشترط ذلك، وإنما اكتفى بأن يكون هناك تأمين عيني مصدره القانون أو الاتفاق، ولوكان المشرّع يسعي لوجود مثل هذا الشرط لنصّ عليه صراحة، كما أن نصّ المادة (800)من القانون المدني الليبي، ونصّ المادة (971) من القانون المدني الأردني جاءت عبارتها واضحة، ولا تحتمل أية تأويل مما، يتعذر معه قصر النصّ علي التأمين العيني المقدّم من المدين فقط[3].

وقد ميز هذا الجانب من الفقه بين فرضيتين؛ الفرض الأول:- يتمثل في أن يكون الشخص الذي يملك المال المثقل بالتأمين العيني هو كفيل عيني للمدين نفسه، وهنا لا يكون له الحقّ إلا في الدفع بالتقسيم، ولا مجال لتمسّكه بالدفع بالتجريد، أما الفرض الثاني، وهو الذي يكون فيه الشخص الذي يملك المال المثقل بالتأمين العيني شخص من الغير، وليس كفيلاً للدين نفسه، وهنا يكون للكفيل أن يتمسّك تجاهه بالدفع بالتجريد، كما لو كان المال مملوكاً للمدين[4].

---

[1] صابر، سيد محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 402-40.

[2] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 78.

[3] صابر، سيد محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 402.

[4] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 78.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومع اختلاف الآراء الفقهية في هذا الشأن، واحترامنا لكل منها إلا أن الباحثة ترى المهم أن يكون هناك تأمين عيني بصرف النظر عن شخص مقدمه، فالمشرّع نصّ علي تجريد التأمين العيني، ولم يقل تجريد الكفيل العيني أو المدين من التأمين العيني أو مقدم التأمين العيني، فمتى وجد تأمين عيني سواءً كان مقدم من المدين أو الغير أية كانت الصفة التي يحملها فإن الصورة الخاصة للدفع بالتجريد تتحقّق، ويكون للكفيل الشخصي حقّ التمسّك بها وإثارتها.

الشرط الثاني:- الكفيل غير متضامن مع المدين:-

لقد ورد النصّ علي هذا الشرط صراحة في نصّ المادة (971) من القانون المدني الأردني، وكذلك نصّ عليه القانون المدني الليبي، في المادة (800)، ويعتبر هذا الشرط من شروط التمسّك بالدفع بالتجريد في صورته العامة، ذلك أن منطق التضامن يجعل الكفيل مطالب بالدين بصفة أصلية ويكون للدائن الحقّ في مطالبة المدين أو الكفيل دون أن يكون ملزماً باتباع ترتيب معين بينهم،[1] فإذا كان الدين مضمون بتأمين عيني، وتم كفالته من قبل شخص، وكان متضامن مع المدين في الوفاء بالدين، فإن الدائن لا يكون ملزم في هذه الحالة بالتنفيذ علي التأمين العيني أولاً قبل التنفيذ علي الكفيل، وقد سبق شرح شرط التضامن مفصلاً عند الحديث عن شروط الدفع بالتجريد في صورته العامة، كما أنه من خلال هذا الشرط يتضح التضارب الحاصل في أحكام الدفع بالتجريد في الكفالة الشخصية في القانون المدني الأردني باعتبار أن الكفيل والمدين متضامنين حكماً طبقاً لهذا القانون، وسنأتي على توضيح ذلك في محله.

[1] أبو السعود، رمضان. زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 791.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الشرط الثالث:- تمسّك الكفيل بالدفع:-

يُعتبر الدفع بتجريد التأمين العيني مقرر لمصلحة الكفيل وهي مصلحة خاصة، وهذه المصلحة تقتضي أن يتمسّك به الكفيل باعتباره رخصة مقررة له، ولا يكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها [1]، وإذا كان هذا الدفع مقرراً لمصلحة الكفيل، وليس من النظام العام فإنه متى ثبت له الحقّ في ممارسة هذا الدفع فإنه يكون له حقّ التنازل عنه سواءً بالنزول الضمني أو الصريح، وذهب رأي من الفقه أن الكفيل إذا تنازل عن حقّه –في الدفع بتجريد التأمين العيني – يكون قد خطي خطوة تجاه الكفالة التضامنية، وإن لم يصبح كذلك فعلاً، أما بالنسبة للوقت الذي يكون للكفيل الحقّ في إثارة الدفع والتمسّك به، فإن الفقه يري أنه ينطبق عليه الإحكام ذاتها التي ترد علي وقت التمسّك بالدفع بالتجريد في صورته العامة[2]، وذلك ابتداءً من شروع الدائن في التنفيذ علي مال الكفيل إلي أن يتم التنفيذ، وقد سبق وتم توضيح ذلك مفصلاً في الفصل الأول عند الحديث عن شروط الدفع بالتجريد في صورته العامة[3].

الشرط الرابع:- أن يكون التأمين العيني سابقاً أو معاصراً للكفالة:-

يتمثل مضمون هذا الشرط في أن يكون التأمين العيني المخصص لضمان الدين المضمون بالكفالة نفسه، قد تقرر قبل انعقاد الكفالة أو معاصراً لها، إما إذا نشأ التأمين العيني بعد انعقاد الكفالة، فإن أحكام الدفع بالتجريد في صورته الخاصة لا تطبق لانعدام الحكمة التي يسعي المشرّع لتحقّيقها من وراء هذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد، ذلك أن الكفيل يعول علي

---

[1] أبو السعود، رمضان التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 185.

[2] تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 76؛ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص133؛ زكي، محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 123.

3 الفصل الأول، المبحث الأول، المطلب الأول، ص15

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التأمين العيني السابق لنشوء الكفالة أو المعاصر لها[1]، و لا تكون له أية مصلحة في التأمين العيني الذي ينشأ بعد الكفالة ولم يضعه في حسابه، بينما التأمين العيني المعاصر للكفالة، أو السابق لها يجعل الكفيل علي علم أن التزامه يكون فقط لجزء من الدين وليس للدين كاملاً [2].

وبالتالي متى كان التأمين العيني تالياً لنشوء الكفالة، فإنه لا مجال لتطبيق نصّ المادة (800)من القانون المدني الليبي، ولكن يكون للكفيل التمسّك بالصورة العامة للدفع بالتجريد، وذلك إذا كان المال محلّ التأمين العيني كافياً للوفاء بالدين كاملاً[3]، وذلك استناداً لنصّ المادة (2/797).

و إذا كان نصّ المادة (800)من القانون المدني الليبي، تطلب للتمسّك بالدفع بالتجريد أن يكون التأمين قد نشأ قبل الكفالة أو معاصرا لها، فإن القانون المدني الأردني لم يشترط ذلك، حيث اقتصر علي نشوء التأمين العيني قبل الكفالة فقط، حيث نصّت المادة (971) علي أنه " إذا كان الدين موثقا بتأمين عيني قبل الكفالة.." كما جاءت أحكام القضاء مطابقة لذلك حيث قضت محكمة التمييز في أحد قراراتها "....أن المادة (791) لا تجيز التنفيذ علي أموال الكفيل قبل التنفيذ علي الأموال الموثقة للدين إذا كان الدين موثقاً بتأمين قبل الكفالة....، وبما أنه ثابت أن التأمين قد وضع بنفس تاريخ الكفالة وليس قبلها فلا يستفيد الكفيل من أحكام هذه المادة إذ أن شرطها أن يكون التأمين قد وضع قبل الكفالة، وبما أن شرط لم يتحقّق فيكزن للدائن الحقّ بمطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معا...:[4].

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء10، مرجع سابق، ص 133.

[2] الشهاوي، قدري، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 407.

[3] صابر، سيد محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 399.

[4] قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 19987/267، هيئة خماسية، بتاريخ 1987/4/16.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبعد التعرف على وجهة القضاء الأردني ومدى تقيده بحرفية نصّ المادة (971) فإن الباحثة نري لا يوجد ما يمنع من شمول حكم المادة (971) للتأمين العيني المعاصر للكفالة، وذلك لاتحاد العّلة في الحالتين، فالكفالة في كلا الحالتين جاءت تكميلاً لتأمين عيني قدم ضماناً لحقّ الدائن[1].

هذه هي الشروط الواجب توافرها لكي يستطيع الكفيل التمسّك بهذه الصورة الخاصة للدفع بالتجريد، ومتى توافرت هذه الشروط فإنه يترتب عليها الآثار المترتبة نفسها، علي الدفع بالتجريد في صورته العامة، فإذا قبل الدفع فيتم وقف إجراءات التنفيذ التي تم مباشرتها من قبل الدائن، ويسقط ما سبق اتخاذه منها، وأن يقوم الدائن بالتنفيذ علي التأمين العيني قبل التنفيذ علي الكفيل وإذا كان المال المحمل بالتأمين العيني كافي لسداد الدين كاملاً تبرأ ذمة الكفيل بالتبعية، وتنقضي الكفالة، أما إذا كانت نتيجة التنفيذ علي التأمين العيني تسفر عن عدم كفاية المال المثقل بالتأمين العيني لسداد دين الدائن كاملاً، فيكون للدائن حينئذ التنفيذ علي الكفيل [2]، وفي هذه الحالة الأخيرة يمكن للكفيل دفع تنفيذ الدائن عليه للمرة الثانية بالتمسّك بالصورة العامة للدفع بالتجريد، بحيث يقوم بإرشاد الدائن لأموال المدين تفي بالدين كاملاً.[3]

وبعرض الشروط المتعلقة بإثارة هذه الصورة الخاصة بالدفع بالتجريد، تكون الباحثة قد أنهت المعالم الخاصة لتمسّك الكفيل بهذه الصورة، وسيتم توضيح الصورة الثانية والخاصة بالمصدّق.

---

[1] السرحان، عدنان السرحان، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 216.

[2] صابر، سيد محمد، رجوع الدائن على الكفيل، مرجع سابق، ص 405.

[3] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 163-164.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني:- دفع كفيل الكفيل بتجريد الكفيل أولاً

قبل الحديث عن هذه الصورة الخاصة بالدفع بالتجريد، لابدّ من الحديث عن كفيل الكفيل وبعض الأحكام التي تسري عليه بالاستعانة بالقانون المدني الليبي، وذلك في الغصن الأول، بينما سيتم توضيح شروط التمسّك بهذا الدفع من خلال الغصن الثاني، وذلك علي النحو الآتي:-

الغصن الأول:- المقصود بكفيل الكفيل(المصدِّق)

كفيل الكفيل هو من يكفل الكفيل ذاته للدائن دون أن يكفل المدين، ويعرف بالمصدِّق، حيث تنشأ العلاقة بين الكفيل والمصدِّق، وبالتالي يكون الالتزام الذي يكفله التزاماً تبعياَ، وليس التزام أصلي، فالمصدِّق يكفل التزام تابع لالتزام أصلي، وهو التزام المدين[1]، وقد أجاز المشرّع الليبي كفالة الكفيل، وذلك بنصّ المادة (806) من القانون المدني الليبي، حيث جاء فيها: " تجوز كفالة الكفيل...."

ويعتبر المصدِّق هو المسؤول الثالث عن وفاء الالتزام قبل الدائن، فالمدين الأصلي هو المسؤول الأول بالالتزام، والكفيل هو المسؤول الثاني، ويمكن تحديد العلاقة بين الكفيل والمصدق علي أن الكفيل يعتبر بمثابة مدين أصلي للمصدق، ويكون المصدق كفيل بالنسبة له، وبالتالي تسري أحكام الكفالة في تنظيم العلاقة التي تنشأ بينهم [2]. ويترتب علي ذلك ما يأتي:-

[1] الشهاوي، قدري عبدالفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 147. وقد أجاز المشرّع الليبي كفالة الكفيل وذلك بنص المادة (806) من القانون المدني الليبي حيث جاء فيها " تجوز كفالة الكفيل."

[2] أبوالسعود، رمضان. زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 53.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولاً:- للمصَّدق إذا كان غير متضامن مع الكفيل التمسّك في مواجهة الدائن بالدفع بالرجوع علي الكفيل أولاً قبل الرجوع عليه [1]، وذلك استناداً لنصّ المادة (806) من القانون المدني الليبي، حيث جاء فيها: "...لا يجوز للدائن أن يرجع علي كفيل الكفيل قبل رجوعه علي الكفيل الإ إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل". كما يمكن التمسّك في طلب هذا الدفع استنادًا لنصّ المادة (1/797)، والمادة (1/791) باعتبار أن العلاقة بين الكفيل والمصدق تسري عليها أحكام الكفالة من جهة، ونظراً لتبعية التزام المصدق لالتزام الكفيل، فيكون له الحقّ في التمسّك بالدفوع التي تكون للكفيل من جهة آخري.

وتري الباحثة أنه إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين، فإن المصدِّق لا يسقط حقّه بالتمسّك بهذا الدفع، ويجد سنده في ذلك نصّ المادة (806) من القانون المدني الليبي.

ثانياً:- يكون للمصَّدق التمسّك بالدفع بتجريد المدين الأصلي استناداً لنصّ المادة (1/791) من القانون المدني الليبي[2]، وذلك راجع لتبعية التزام المصدق لالتزام الكفيل، كما يكون له الحقّ في التمسّك بتجريد الكفيل[3] استنادًا لنصّ المادة (2/797) من القانون المدني الليبي، وذلك راجع لكون العلاقة بين المصدق والكفيل تحكمها أحكام الكفالة، ولا يكون للدائن التنفيذ علي أموال المصدق إلا بعد التنفيذ علي أموال المدين الأصلي ثم أموال الكفيل[4]. كما أن تطبيق أحكام الكفالة علي العلاقة العقدية الناشئة بين الكفيل والمصدق، تعطي المصدق الحقّ في أن يدفع في مواجهة الدائن التنفيذ علي المال الموثق بتأمين عيني لضمان الدين المكفول ذاته[5].

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 137-138.

[2] حيث نصّت على:".....وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين "

[3] الشهاوي، قدري عبدالفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 147.

[4] الشهاوي، قدري عبدالفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 147.

[5] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 138.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثالثاً:- إن استقلال علاقة الكفيل والمصّدق عن علاقة الكفيل بالمدين تستوجب عدم مطالبة المصّدق بتقسيم الدين بينه وبين الكفيل، وذلك راجع لاختلاف الالتزام الذي يضمنه كل منهما؛ فالمصّدق يضمن التزام الكفيل، والكفيل يضمن التزام المدين الأصلي، ولكن يجوز للمصَّدق المطالبة بتقسيم الدين في حالة تعدد المصّدقين، وذلك تطبيقاً للقواعد المقررة في حقّ التقسيم ويشترط لتطبيق حقّ التقسيم، في هذه الحالة أن يكون جميع المصّدقين قد كفلوا دين واحد بعقد واحد وللكفيل نفسه، وألا يكونوا متضامنين فيما بينهم[1].

رابعاً:- يكون للمصَّدق التمسّك بكافة الدفوع التي تكون للكفيل قبل الدائن سواءً كانت هذه الدفوع خاصة بالكفيل، وذلك استناداً لعلاقة التبعية التي تربطه بالكفيل- أو كانت الدفوع خاصة بالمدين الأصلي، و ذلك لكون العلاقة بين المصدق والكفيل كالعلاقة بين الكفيل والمدين، وسنده في التمسّك بهذه الدفوع نصّ المادة (1/791) من القانون المدني الليبي، .كما يكون للكفيل التمسّك بالدفوع الخاصة به هو ككفيل كالدفع ببطلان عقد كفالة الكفيل، أو قابليته للإبطال أو انقضاء التزام الكفيل بطريق أصلي[2].

خامسا:- يكون للمصَّدق استعمال حقّوق الكفيل باسم الكفيل ذاته، وذلك عن طريق الدعوي غير المباشرة، وهنا تكون علاقة المصدق بالكفيل كعلاقة الدائن بالمدين[3].

وإذا كانت العلاقة بين الكفيل والمصّدق تسري عليها أحكام الكفالة، فإن ذلك يقتضي أيضاً أن تسري أحكام الكفيل المتضامن بين الكفيل والمصّدق إذا كان الكفيل متضامناً مع المصّدق وبالتالي لا يكون للمصَّدق المطالبة بالرجوع علي الكفيل أولاً أو المدين الأصلي، كما لا يكون له

---

[1] أبو السعود، رمضان، زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 53.

[2] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 62.

[3] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 138

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التمسّك بتجريد الكفيل أو المدين الأصلي، بحيث تطبق أحكام التضامن بين الكفيل والمصِّدق، وإذا قام المصِّدق بالوفاء بالالتزام كان له الرجوع علي الكفيل أو المدين باعتبارهما مسؤولان بالتضامم، ويكون رجوعه استناداً للدعوي الشخصية أو دعوي الحلّول [1].

الغصن الثاني:-شروط التمسّك بالدفع:-

يمكن استخلاص شروط تطبيق هذه الصورة الخاصة من الدفع من خلال تحلّيل النصّوص القانونية فإذا تم الرجوع لنصّ المادة (972)من القانون المدني الأردني التي تقضي بأنه: "لا يجوز للدائن أن يرجع علي كفيل الكفيل قبل رجوعه علي الكفيل مالم يكن متضامناً معه "[2]، يمكن تحديد شروط تطبيق هذه الصورة بما يأتي:-

أولاً:- أن يكون للكفيل كفيل "مصَّدق ".

ثانياً:- المصِّدق غير متضامن مع الكفيل.

ثالثاً:- تمسّك المصدق بالدفع.

الشرط الأول:- أن يكون للكفيل كفيل:

لتطبيق هذا الدفع لابدّ أن يكون للكفيل كفيل، أي أن يتخذ الكفيل كفيل آخر يضمن التزامه تجاه الدائن، وكفالة الكفيل لا تفترض بل لابدّ من أن يكون هناك اتفاق بين الكفيل والمصِّدق؛ أي أنها تنشأ بموجب علاقة عقدية مستقلة عن علاقة الدائن بالكفيل الأصلي، وعن علاقة المدين

[1] الشهاوي، قدري عبدالفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 148.

[2] ويقابلها نص المادة (806)من القانون المدني الليبي والتي تقضي بأنه: "..... لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل الإ إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل ".

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالدائن، فإذا كان للمدين الأصلي كفي؛ لأن لا يمكن أن نفترض أن الكفيل الثاني مصدق للكفيل الأول، بل كلاهما يعتبر كفيل للمدين الأصلي[1].

وبالتالي يعتبر المصدِّق هو المسؤول الثالث عن الوفاء بالالتزام قبل الدائن، فالمدين الأصلي هو المسؤول الأول بالالتزام، والكفيل هو الملتزم الثاني، ويمكن تحديد العلاقة بين الكفيل والمصدِّق علي أن الكفيل يعتبر بمثابة مدين أصلي للمصَّدق، ويكون المصَدق كفيل بالنسبة له[2].

الشرط الثاني:- المصدِّق غير متضامن مع الكفيل:-

يعتبر هذا الشرط هو الركيزة الأساسية لتمسّك المصدق بالدفع، ولقد ورد النصّ علي هذا الشرط بشكل صريح في نصّ المادة (972)من القانون المدني الأردني، والمادة (806)من القانون المدني الليبي؛ لأنه إذا كان المصدِّق متضامناً مع الكفيل، فإن أحكام التضامن هي التي تحكم العلاقة بينهم، وبالتالي يكون المصدِّق بمثابة كفيل ثانٍ للمدين بحيث يكون ملتزم بالدين من الدرجة الثانية مع الكفيل بعد أن كان ملتزم بالدين من الدرجة الثالثة، ويترتب علي تضامن المصدِّق مع الكفيل أنه لا يكون للمصدق المطالبة بالرجوع علي الكفيل أولاً أو المدين الأصلي، كما لا يكون له الحقّ في التمسّك بتجريد الكفيل أو المدين الأصلي، وإذا قام المصدِّق بالوفاء بالالتزام كان له الرجوع علي الكفيل أو المدين باعتبارهما مسؤولين بالتضامم ويكون رجوعه استناداً للدعوي الشخصية أو دعوي الحلّول [3].

---

[1] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 61.

[2] أبو السعود، رمضان. زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 53.

[3] الشهاوي، قدري عبدالفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 148.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما فيما يتعلق بتضامن الكفيل مع المدين، ومدي تأثير ذلك علي المصدِّق، فقد سبق وأن تم الإشارة إلي ذلك عند الحديث عن شرط التضامن في الشروط الواجب توافرها للتمسّك بالصورة العامة للتجريد، ومنعاً من التكرار فإنه سيتم إحالة ذلك إلي ما سبق الاشارة إليه [1].

الشرط الثالث:- تمسّك المصدِّق بالدفع:-

لم ينصّ المشرّع الأردني أو الليبي علي هذا النصّ صراحةً، ولكن باعتبار أن العلاقة بين المصدِّق والكفيل تسري عليها أحكام الكفالة، فلابدّ للمصدق التمسّك بهذا الدفع؛ لأن مثل هذا الدفع شرع لمصلحته، فلا يمكن أن يحكم به القاضي من تلقاء نفسه، وطالما أنه من حقّ المصدِّق فيكون له وحده حقّ التنازل عن هذا الدفع سواءً كان التنازل ضمني أو صريح، ويسري علي شرط تمسّك المصدِّق بالدفع ما سبق وتم الإشارة إليه في الفصل الأول عند الحديث عن شروط التمسّك بالدفع بالتجريد في صورته العامة.

فإذا توافرت هذه الشروط مجتمعة، كان للمصدق الحقّ في إثارة الدفع في مواجهة الدائن. ونكون قد أنهينا الحديث عن الصور الخاصة للدفع بالتجريد في ظل القانون المدني الأردني. وننتقل لتقييم موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد في صورته العامة والخاصة.

المطلب الثاني: تقييم موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد

تم الإشارة سابقا إلى أن المشرّع الأردني في معرض تعريفه للكفالة في المادة (950) من القانون المدني الأردني أن الكفيل يعتبر متضامناً مع المدين، وهذا ما يعني بصورة واضحة وصريحة ومباشرة أنه لم يقنن مبدأ الدفع بالتجريد، إلا أنه في نصّوص لاحقّة يلاحظ أن المشرّع وضع بين نصّوصه ما يشير إلي وجود تطبيق للدفع بالتجريد، وهو ما ورد النصّ عليه في المواد

1 الفصل الأول، المبحث الأول، الفرع الثالث، ص43

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(971،972) من القانون المدني الأردني، وهذا ما يجعل الباحثة من أن تبحث عن حل للتعارض الواضح بين نصّوص القانون المدني الأردني المتعلقة بأحكام الكفالة.

الفرع الأول:- تقييم الصورة العامة للدفع بالتجريد

بعد التعرف على وجهة نظر المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد في صورته العامة تجد الباحثة أنه كان من الأفضل أن يسلك النهج الذي سارت عليه القوانين الوضعية الأخرى وهو الأخذ بالدفع بالتجريد في صورته العامة، وذلك بأن ينفذ الدائن على المدين أولاً، ثم بعد ذلك على الكفيل، ما لم يكن متضامناً مع المدين، ففي هذه الحالة يسقط حقّ الكفيل في الدفع بالتجريد، ونسوق التبريرات الآتية لتوضيح وجهة نظرنا وتوضيح سبب نهج المشرّع الأردني لعدم أخذه بالدفع بالتجريد:-

أولاً: اعتبارات السياسة التشريعية:-

عدم وضوح موقف المشرّع الأردني من الدفع بالتجريد راجع لوجود قصور في السياسة التشريعية للقانون المدني الأردني ويتضح ذلك جلياً فيما يأتي:-

1. الإنتقاء العشوائي لنصّوص القانون المدني الأردني الخاصة بأحكام الكفالة، حيث يعاب على السياسة التشّريعية للقانون المدني الأردني، والمتعلقة بأحكام الكفالة بصفة عامة، والدفع بالتجريد بصفة خاصة أنها قائمة على الانتقاء العشوائي لبعض النصّوص الموجودة في القوانين الوضعية، واقحامها ضمن نصّوص القانون، مما يترتب عليه تعارض في النصّوص القانونية وتضارب في الأحكام.

فكما سبق وتم الإشارة إلى أن المشرّع الأردني منقولة أحكامه عن الفقه الإسلامي، ولعله هو القانون الوحيد- بعد القانون العراقي- الذي جاءت جُل أحكامه تأثراً بالشريعة الإسلامية. أما فيما يتعلق بالكفالة وعلى الأخص الدفع بالتجريد وجد أنه تأثر بما ذهب له جمهور الفقهاء، بأن

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

جعل الخيار للدائن في مطالبة الكفيل أولاً أو المدين، لكن في الوقت ذاته تأثر بالقوانين الوضعية في بعض أحكام الكفالة الخاصة بالدفع بالتجريد، ومنها ما ورد في المادتين (972) و(978) من القانون المدني الأردني علي سبيل المثال، فمثل هذه المواد تشير إلي وجود تطبيق للدفع بالتجريد في إطار القانون المدني الأردني، مع أن المشرّع جعل الكفيل في حكم المتضامن بنصّ المادة(950)، وهذا راجع للانتقاء العشوائي لهذه النصّوص من القوانين الوضعية.

2. إن نصّوص القانون تقرأ معاً كوحدة واحدة، وليس بمعزل عن بعض[1]، فالمشرّع الأردني عندما عرّف الكفالة في المادة (950) بأنها ضم ذمة إلي ذمة، وجعل الكفيل متضامن مع المدين، ثم جاء في نصّ المادة 979 من القانون المدني الأردني، وجعل للدائن الحقّ في مطالبة من شاء، ولم يمنح الكفيل الحقّ في الدفع بالتجريد كان منطقيا مع نفسه، لكن القانون المدني الأردني لم يقف عند هذا الحدّ، فرجع ومنح كفيل الكفيل في المادة (972) الحقّ في التمسّك بالدفع بالتجريد، وبالتالي لا يمكن الوقوف عند نصّ المادتين (950،979)، بل لابدّ من النظر في باقي أحكام الكفالة؛ لأن نصّوص القانون تقرأ معاً. وعدم وجود انسجام وتوافق بين أحكام الكفالة يعتبر قصور في السياسة التشريعية المتبعة من قبل المشرّع الأردني.

3. إذا كان المشرّع الأردني يبرر عدم أخذه بالدفع بالتجريد علي أساس أن السياسة التشريعية متأثرة بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، فإن الأخذ بالدفع بالتجريد وتنظيم أحكامه ضمن نصّوص القانون لا يعتبر خروج عن منهج الشريعة الإسلامية، فما جاء في القوانين الوضعية الأخرى، ومنها القانون الليبي مشابه لما ذهب إليه الإمام مالك في الرواية الظاهرة له، كما أن الأدلة التي ساقها جمهور الفقهاء لتبرير موقفه من الدفع بالتجريد، والتي سبق وتم الإشارة لها عند

[1] عبيدات، يوسف محمد، محاضرات غير منشورة ألقيت على طلبة الماجستير في القانون المدني، كلية القانون، جامعة اليرموك. الفصل الثاني 2017

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحديث عن مركز الكفيل، لها تبريرات لم تكن مقنعة وتعرضت للانتقاد؛ فالمشرّع الأردني لو نظّم الدفع بالتجريد ضمن أحكام الكفالة، لا يكون بذلك مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية في وضع سياسته التشريعية.

4. عدم الانحياز لجانب من الفقه في كل ما يتضمنه من أحكام، فإذا كان المشرّع الأردني أخذ جُل أحكامه من المذهب الحنفي، فإنه لا مانع من المزج بين المذاهب الفقهية في تنظيم أحكامه بما يتفق مع مصالح الناس، والتوسعة عليهم.
5. كذلك ما يعاب علي السياسة التشريعية للمشّرع الأردني أن هناك من القوانين الوضعية التي أخذت بالتعريف ذاته للكفالة، أي كما ورد في الفقه الحنفي، ومنها القانون العراقي في المادة (1008)،بحيث تكون ذمة الكفيل مشغولة بالمطالبة فقط، وليس بالدين ذاته، فالدين وجب ابتداءً علي المدين، وبالتالي يجب مطالبته أولاً قبل مطالبة الكفيل، وذلك قياساً علي حال الدائن المرتهن، فكما لا سبيل للرهن إلا عند عدم وفاء المدين، فكذلك لا سبيل للكفيل إلا عند عدم وفاء المدين،

والقانون المدني الأردني أيضاً أخذ التعريف نفسه،لكنه ذهب إلي أبعد من ذلك، فاعتبر الكفيل متضامناً مع المدين ليس في المطالبة فقط بل في الدين ذاته، وهذا ما أدى لنفي الصفة الاحتياطية للكفيل، وجعله ملتزماً بالدين بصفة أصلية، وعدم إمكانية تمسّكه بالدفع بالتجريد[1].

6. كما أن عدم الأخذ بالدفع بالتجريد بسبب جعل الكفيل في حكم المتضامن مع المدين، يجعل الكفالة غير متميزة عن التأمينات الشخصية الأخرى التي تقوم علي الفكرة نفسها، وهي ضم ذمة إلي ذمة، وكذلك عن النظم القانونية المشابهة لها؛ لأن الكفيل لن يتمتع بأية مركز متميز، بل سيكون في مركز المدين الأصلي ومطالب بالدين بصفة أصلية؛ فالقانون الأردني

[1] السرحان، عدنان شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 211.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قضي علي صفة الاحتياطية التي تعد الركيزة الأساسية التي تقوم عليها الكفالة، ويعول عليها الكفيل عند إبرام عقد الكفالة.

7. كما أن هناك قاعدة فحواها كلما زاد المبني اختلف المعني، ومفهوم هذه القاعدة أنه كلما زاد اللفظ زاد المعني، فكلما طرأت زيادة علي عدد الحروف الأصلية المؤدية لأصل المعني، فإنه ترتب علي ذلك اختلاف المعني، ووجود تفريعات جديدة في المفهوم يختلف عن المعني في الجذر الأصلي[1]، وإذا أسقطت هذه القاعدة وتم تطبيقها علي كلمتي التضامن والضمان، لوجد أن هناك اختلاف في معني كل منهما بالرغم من اقترابهما في المبني، إلا أن التضامن فيه زيادة في بنية الكلمة عن الضمان، وبالتالي يكون لكل منهما معني مختلف وأحكامه الخاصة التي تحكمه، وطالما اختلف معني كل منهما، كيف للمشرع الأردني أن يجمع بينهما في نصّ قانوني واحد؟

ثانياً:- الاعتبارات الاجتماعية والأخلاقية:-

كما يلاحظ أن الدفع بالتجريد تقتضيه الاعتبارات الاجتماعية التي كان علي المشرّع الأردني أخذها في اعتباره عند تنظيم أحكام الكفالة ومن أبرز الاعتبارات الاجتماعية، تنمية التكافل الاجتماعي داخل المجتمع فالإنسان مدني بطبعه لا يستطيع العيش بمفرده مهما أوتي من قوة، فالحياة أحياناً تفرض علي الإنسان اللجوء إلي غيره لتحقّيق غاياته ومآربه المختلفة[2]، وهذا ما هو موجود في الكفالة الشخصية، حيث يلجأ إليها المدين للحصول علي حاجاته ويطلبها الدائن لتوثيق الحصول علي حقّه، لكن لن يجد المدين من يضمنه، إذا لم يكن هناك وسيلة يضمن من خلالها

---

[1] الراشدي، محمد ذنون يونس فتحي، إشكالية زيادة المبنى و دلالتها على زيادة المعنى دراسة تطبيقية على السين وسوف في القرآن الكريم، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، المجلد ٨، العدد ٤، 2009، ص10

[2] أبو حسن، فداء، ظواهر اجتماعية، آثار التكافل والتعاون الاجتماعي، على شبكة الإنترنت 2017/3/23 http://mawdoo3.com/

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الكفيل حقّه في عدم التنفيذ عليه إلا بعد التنفيذ علي المدين أولاً، وهذا لن يتحقّق إلا بإعطاء الكفيل الحقّ بالدفع بالتجريد حينها فقط تكتمل أدوار الناس، ويبرز دور التكافل الاجتماعي في تحقّيق الغايات المختلفة، قال رسول الله صلي الله عليه وسلم:" مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم، مثل الجسد إذا اشتكي منه عضو، تداعي له سائر جسده بالسهر والحمى"، وكذلك قوله عليه الصلاة وأزكي التسليم: "المؤمن للمؤمن كالبنيان المرصوص يشد بعضه بعضا"[1]، ويمكن اجمال صور التكافل الاجتماعي التي يحقّقها الدفع بالتجريد في النقاط الآتية:-

أولاً:-الحثّ علي فعل الخير[2]:- فإذا كانت الكفالة قد شُرعت للتوسعة علي الناس والتيسير عليهم في تلبية احتياجاتهم، فيجب ألا تكون هذه التوسعة ذات أثر سلبي علي الكفيل؛ فالبعض لا يتسّنى له الحصول علي احتياجاته إلا بتقديم ضماناً لذلك، فكانت الكفالة من ضمن هذه الضمانات التي تيسّر وتسّهل علي الناس الحصول علي احتياجاتهم[3]، ولكن تحميل الكفيل بالدين بصفة أصلية كما فعل المشرّع الأردني وعدم اعطائه أية وسيلة للدفاع عن حقّه، يجعل الناس يبتعدون عنها، ولا يقدم أية شخص علي كفالة أية شخص آخر محتاج، فالمشرّع الأردني لا يحمي فزعات الطيبين (الكفلاء)، وبالتالي تحول الكفيل في القانون المدني الأردني كبش فداء أمام مكفوليهم[4]، بعكس لو أعطي الكفيل وسيلة يحافظ بها عن حقّه، كالدفع بالتجريد، حيث سيقدم الناس علي فعل الخير ومدّ يدّ العون للمحتاج، وذلك بضمان دينه له في سبيل تأمين حاجته.

---

[1] المجدوب، أحمد علي، التكافل الاجتماعي وأثره في منع الجريمة والوقاية منها، الرياض، المركز العربي للدراسات الأمنية في التدريب، 1992، ص 59.

[2] إبراهيم، حسني عبد السميع، موقف الفقهاء من ضمان الأموال في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 19.

[3] الموسى، إبراهيم محمد، الضمان الشخصي، الجزء 1، مرجع سابق، ص 124.

[4] مرشيد، سالم. الزهراني، عبدالرزاق "ضحايا الكفالة "النظام لا يحمي "فزعات الطيبين:" أدار الندوة،العدد 15632، 2011

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً:- الحفاظ علي روابط الألفة والمحبة، فعادةً ما يكون سبب الكفالة راجع لصلة قرابة، كأب يكفل ابنه، أو يكون صداقة كأن يقوم صديق بكفالة صديقه، فلو قام الدائن بالتنفيذ علي أموال الكفيل أولاً طبقاً للقانون المدني الأردني، وكان المدين لديه القدرة علي الوفاء ولم يفِ، فإن ذلك سيقضي علي الروابط الاجتماعية بين الأحباب، لكن بوجود الدفع بالتجريد لا يمكن أن يحدث ذلك، فالكفيل عندما يدفع بالتجريد، فإن ذلك لن يزعج المدين؛ لأنه التزامه، ولن ينسي أن الكفيل قد مدّ له يد العون، كما يعلم أنه إذا لم تكن له أموال فإن الكفيل سيوفي بالدين.

ثالثاً:-كما أنه لن تكتمل الصورة التي يجسدها التكافل الاجتماعي بالكفالة إلا إذا تميز الكفيل بمركز متميز عن المدين الأصلي، وهذا يكون بمنح الكفيل مركز احتياطي يجعله مطالب بتنفيذ الالتزام بصفة احتياطية، ولا يمكن التنفيذ عليه قبل التنفيذ علي المدين الأصلي، وهذا يمكن تحقّيقه بمنح الكفيل الحقّ بالتمسّك بالدفع بالتجريد.

رابعاً:-وإذا كان الدفع بالتجريد مظهر من مظاهر التكافل الاجتماعي داخل المجتمع، فإنه بالتكافل يتحقّق التوازن والانسجام بين أحوال الناس وأوضاعهم كالغني والفقر، فلو لم يكن هناك تكافل بين أفراد المجتمع الواحد لأدي ذلك لوجود تفاوت بين الطبقات بحيث ازداد الغني جشعاً واستغلاً للفقير، وتحكماً في ذو الحاجة، وإذا ما تم قياس ذلك علي الكفالة، فإن المدين محتاج، والدائن بدوره يوفر للمدين ما يحتاجه، لكن بوجود ضمان لحقّه وهو الكفالة، كما لن يجد المدين من يكفله لو لم يضمن الكفيل حقّه، ولن يضمنه إلا بوجد نظام الدفع بالتجريد، وإلا لن يكون للمدين ضامن له ولن يعطي الدائن المدين ما يحتاجه، وبالتالي تظل الكفالة قاصرة علي تحقّيق التكافل الاجتماعي بين الأفراد[1].

[1] المجدوب، أحمد علي، التكافل الاجتماعي وأثره في منع الجريمة والوقاية منها، مرجع سابق، ص 359.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فالتكافل هو ثمرة من ثمار المجتمع الذي يسوده التعاون و التأزر بين أفراده، ولكن لو لم يتميز الكفيل عن المدين الأصلي بحيث يكون مطالب معه بالدين بصفة أصلية، لن يجد المدين من يكفله؛ فالكفيل ليس مضطر بأن يجعل نفسه ملتزم بدين غيره بصفة أصلية، وهذا من شأنه يقضي علي التعاون بين الأفراد، فلا يجد المدين من يكفله، وهذا من شأنه يقضي علي صورة من صور التكافل الاجتماعي.

ثالثاً:- الاعتبارات الاقتصادية:-

من الأسباب الاقتصادية التي تدعم أهمية مبدأ الدفع بالتجريد

1- للائتمان أهمية في سير الحياة الاقتصادية وتطورها سواءً كان ذلك علي المستوي الفردي، أو علي مستوي المجتمع ككل، فقلما يوجد مشروع يعتمد في تمويله علي المقدرة الذاتية للفرد، بل أن الغالب أن يتم التمويل عن طريق ائتمان من الغير[1].

ولما كان للكفالة بصفة عامة دور كبير في تطور الجانب الاقتصادي عن طريق تشجيع، وتسهيل عملية الائتمان وتنشيط المعاملات، بحيث يستطيع المدين الحصول علي احتياجاته مقابل تقديم من يكفله[2]،فكان لابدّ من إعطاء الكفيل وسيلة يضمن بها حقّه، ويتحقّق ذلك بالدفع بالتجريد باعتبار أنه الوسيلة الفعالة في تحقّيق ذلك.

2-أن الدفع بالتجريد لا يمكن أن يكون له أثر سلبي علي تيسير المعاملات التي يطلب فيها الدائن كفيل لضمان الحصول علي حقّه؛ لأنه في كل الأحوال إذا لم يتحصل علي حقّه من المدين الأصلي لعدم قدرته علي تنفيذ التزامه فإنه سيتحصل عليه من الكفيل[3].

---

[1] تناغو، سمير عبدالسيد، التأمينات العينية والشخصية، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 5.

[2] الشهاوي، قدري عبدالفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص7.

[3] إبراهيم، حسني عبدالسميع، موقف الفقهاء من ضمان الأموال في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 20

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3-كما أن نظام الدفع بالتجريد له أثره في انعدام العوز والحاجة، فعندما يعلم الكفيل أن لديه نظام يكفل له الدفاع عن حقّه، وعدم جعله ملتزماً بالدين بصفة أصلية، سيقدم الناس علي الكفالة، ويتحقّق للمدين الحصول علي حاجته.

لكل الأسباب التي ذكرت أنفا ترى الباحثة أن المشرّع الأردني جانب الصواب عندما جعل الكفيل متضامناً مع المدين، وملتزم بالدين بصف أصلية، وكان عليه الحفاظ علي الصفة الاحتياطية، وذلك لما يحقّقه هذا الإتجاه من إيجابيات في جميع جوانب الحياة.

رابعا:- الاعتبارات المنطقية:-

تتمثّل هذه الأسباب في تأثير فكرة التبعية علي مركز الكفيل، فإذا كان المشرّع الأردني جعل الكفيل متضامناً مع المدين، فقد ذهب جانب من الفقه إلي القول بأن التضامن لا يؤثر علي فكرة التبعية [1]

وطبقاً لهذا الرأي أن ما ورد في المادة (950) من القانون المدني الأردني والتي جعلت الكفيل متضامناً مع المدين لا يؤثر في صفة التبعية، بدليل وجود التبعية في أكثر من نصّ كما سبق وأشرنا، فكل ما يكون من أثر للتضامن بين الكفيل والمدين، أنه يحرم الكفيل من حقّه في التمسّك بالدفع بالتجريد، والدفع بالمطالبة[2].

وتري الباحثة أن هذه التبعية تظل ناقصة في أهم جوانبها وهي التبعية التي تحكم أثار الكفالة، ففكرة التبعية تتحقّق في الكفالة عندما يكون التزام الأصيل تابعاً لالتزام المدين في وجوده وصحته وآثاره وانقضائه، والتبعية التي يتحدث عنها الفقه بأنها موجودة حتى في حالة تضامن الكفيل مع المدين ليست التبعية المقصودة في الكفالة الشخصية؛ لأنها لم تتحقّق فيها كل ما تتطلبه

---

[1] حجازي، مصطفى عبد الجواد، عقد الكفالة، مرجع سابق، ص 40

[2] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 10، مرجع سابق، ص 146

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التبعية، ذلك أن ما يميز صفة التبعية التي تلحقّ الكفالة أنها تجعل الكفيل في مركز متميز، فتجعله ملتزم بالدين من الدرجة الثانية، وأطلق علي هذا المركز بالمركز الاحتياطي للكفيل، وهذا مالا نجده في النظم الأخرى التي توجد فيها تبعية، والمركز الذي يكتسبه الكفيل نظراً لتأثير صفة التبعية علي التزامه يجعله يستفيد من كل تغير يطرأ علي التزام المدين دون أن يكون لذلك التغير أية أثر سلبي علي مركزه، هذا التأثير الطبيعي لفكرة التبعية علي مركز الكفيل وهذا ما لمسناه في جانب من الفقه الإسلامي وكذلك في القانون الليبي.

وبالتالي ترى الباحثة أن التبعية موجودة في التضامن بين المدينين، وفي الكفالة التضامنية، وكذلك في الكفالة الشخصية، بل أن التبعية موجودة في نظم قانونية آخري كالرهن مثلاً، ولكن لكل منها خصوصيتها، وما يميزها في الكفالة الشخصية أنها تبعية مباشرة معممة على الالتزام كامل ومرتبطة بمركز الكفيل.

أما تأثير فكرة التبعية علي مركز الكفيل في القانون المدني الأردني، نجد أن الأمر مختلف تماماً فتارةً لا تجعل الكفيل متميز بأي مركز؛ أي أن فكرة التبعية ليس لها أي تأثير علي مركز الكفيل فقد جعل الكفيل في مركز المدين المتضامن وذلك بموجب نصّ المادة (950) من القانون المدني، وقد نصّ الفقه علي أنه في هذه الحالة أحكام التضامن هي التي تحكم العلاقة بين الكفيل والدائن[1]، وبالتالي لا يكون للكفيل في هذه الحالة إلا أن يتمسّك بالدفوع التي تكون للمدين المتضامن، وفي حدود القدر الذي يحتجّ به المدين المتضامن، والمفترض أن يكون التزام الكفيل في هذه الحالة تحكمه التبعية الموجودة في التضامن بين المدينين،

وأحياناً آخري نجد الكفيل في مركز احتياطي، وهو ما نصّت عليه المادة (969،987)، وبالتالي نجد فكرة التبعية الموجودة في طيات نصّوص القانون المدني الأردني والخاصة بأحكام

[1] السنهوري، عبدالرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص145.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الكفالة لا يمكن الحكم عليها بأنها التبعية المقصودة في الكفالة، والتي بموجبها يتميز الكفيل بمركز متميز عن المدين الأصلي بالدين، كما لا يمكن القول أنها تبعية بحتة قائمة علي عدم إمكانية نشوء التزام مستقل بذاته. لذلك نجد موقف المشرّع الأردني من الكفالة يشوبه الغموض، وبالأخص في أهم ركيزتين تقوم عليهما الكفالة؛ وهما صفة التبعية ومركز الكفيل.

كما أنه متى كان التزام الشخص بدين الغير التزاماً اصلياً، فإنه لا يكون بصدد كفالة[1]، والقانون الأردني في المادتين (950،967) قد جعل الكفيل ملتزماً بالدين بصفة أصلية، فلم تعد للكفالة أية خصوصية في التشريع المدني الأردني.

الفرع الثاني:- تقييم الصور الخاصة للدفع بالتجريد

إن أخذ المشرع الأردني بهذه الصور أدى لوجود تضارب بين نصوصه القانونية المتعلقة بالدفع بالتجريد، وسيتم من خلال هذا الفرع توضيح التضارب في كل صورة على النحو التالي:-

الغصن الأول:- بيان التضارب في القانون المدني الأردني بخصوص الدفع بتجريد التأمين العيني:-

جعل المشرّع الأردني الكفيل متضامناً مع المدين في كل الأحوال وذلك بموجب نصّ المادة (950)من القانون المدني، مما يعني أنه نفي المركز الاحتياطي للكفيل بأن جعله مطالب بالدين بصفة أصلية مع المدين، ويكون للدائن الحقّ في اختيار أية منهما للوفاء بالدين دون أن يكون للكفيل دفع ذلك إذا ما تمت مطالبته أولاً، وذلك طبقاً لما ورد النصّ عليه في المادة (967)من القانون المدني الأردني، ويظهر من ذلك أن المشرّع الأردني لم يأخذ بالدفع بالتجريد

[1] زهران، همام محمود، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 40.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في صورته العامة، وإلي هنا لا يوجد أية مأخذ علي المشرّع الأردني حيث يعتبر منطقيا مع نفسه فيما يتعلق بهذه الإحكام .

ولكن من شروط تطبيق الدفع بالتجريد في صورته الخاصة، والمنصوص عليها في المادة (971)من القانون المدني الأردني أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين؛ لأن التضامن يقضي علي المركز الاحتياطي للكفيل، ويجعله ملتزم بالدين بصفة أصلية، وفي هذه الحالة أحكام التضامن هي التي تطبق [1]، ومن هنا يتضح التضارب في أحكام نصّوص القانون المدني الأردني المتعلقة بالكفالة الشخصية،

وتشير المادة (971) إلي وجود تطبيق للدفع بالتجريد في القانون المدني الأردني، ومن شروط تطبيق هذا الدفع الا يكون الكفيل متضامناً مع المدين، مع أن النصّ القانوني يجعل الكفيل دائماً متضامن مع المدين. فكيف يمكن للكفيل المتضامن التمسّك بالدفع بالتجريد ويشترط المشرّع لتمسّك الكفيل بالدفع بتجريد التأمين العيني ألا يكون متضامن مع المدين؟ وبالتالي فإن وجود المادة (950) من القانون المدني الأردني ما هو إلا خرق لأهم الشروط التي يقوم عليها الدفع بالتجريد في صورته العامة، وكذلك صوره الخاصة.

وبناءً علي ذلك، وفي ظل وجود نصّ المادة (950) فإنه لا مجال لتطبيق. هذه الصورة من الدفع طبقاً لأحكام القانون المدني الأردني لتخلف شرط مهم من شروط تطبيق هذا الدفع، ويرجع هذا التضارب إلي أن المشرّع الأردني قد أخذ هذا النصّ من القوانين الوضعية التي تجعل الكفيل في مركز احتياطي، وهو ما لا يتماشى مع أحكام القانون المدني الأردني المستقاة من

[1] الشهاوي، قدري عبدالفتاح، أحكام عقد الكفالة، مرجع سابق، ص143.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفقه الإسلامي، والتي تجعل من الكفيل متضامن مع المدين، ولكي تستق أحكام القانون فإن المشرّع الأردني بالخيار بين إلغاء نصّ المادة (950)،أو نصّ المادة (971)[1].

و قد يتبادر لدي البعض أنه يمكن حلّ هذا التضارب بالرجوع لنصّ المادة (1340)من القانون المدني الأردني، والتي تقضي بأنه: " إذا كان الراهن كفيلا عينيا فلا يجوز اقتضاء الدين من غير العقار المرهون وليس له أن يطلب الرجوع علي المدين فبل التنفيذ علي عقاره" [2]، ولكن الباحثة تري أنه لا يمكن الاستناد لنصّ المادة (1340) من القانون المدني الأردني لإزالة التضارب بين نصّ المادة (950)، والمادة (971) من القانون المدني الأردني.

فالمقصود بالكفيل العيني:-هو الشخص الذي يضمن تنفيذ التزام المدين؛ فالكفيل العيني يكون مسؤولاً في مواجهة الدائن، إلا أن مسؤوليته تكون محدودة تتركز،في حدود المال المرهون، كما أنه لا يكون له دفع تنفيذ الدائن عليه بتجريد المدين أولاً، وذلك راجع إلي أن الكفيل العيني وإن كان التزامه تابع للالتزام الأصلي إلا أنه يكون ملزم بالدين في مواجهة الدائن بصفة أصلية، وهذه الصفة تجعله غير قادر علي دفع مطالبة الدائن له. وهنا يظهر الفرق بين الكفيل العيني والكفيل الشخصي، فالكفيل الشخصي ما لم يكن متضامن مع المدين فإنه يتمتع بمركز احتياطي يجعله ملتزماً بالدين من الدرجة الثانية، وهذا المركز يمنحه التمسّك بدفع مطالبة الدائن له إذا ما طالبه قبل المدين.[3] وبالتالي يتضح أن ما ورد في نصّ المادة (1340)من القانون المدني الأردني لا

---

[1] السرحان، عدنان، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 21-215.

[2] ويقابلها نص المادة (1054) من القانون المدني الليبي التي جاء فيها " إذا كان الراهن شخصاً من الغير، فلا يجوز التنفيذ على ماله، إلا ما رهن من هذا المال،و لا يكون له حق الدفع بتجريد المدين، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ".وهنا تعلق الباحثة على ما ورد في عجز هذه المادة- والتي تسمح للكفيل العيني بالتمسك بالدفع بالتجريد في حالة وجود اتفاق- لأن ذلك يعتبر مساس بحق(التأمين العيني) الذي خوله القانون للدائن ليوفر له قدر أكبر من الحماية، ولا يجوز المساس به بناءً على اتفاق.

[3] أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق،ص 264.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يمكن الاستناد إليه علي أنه حلّ للتضارب بين نصّ المادة (950)، والمادة (971)، ويمكن إرجاع ذلك للأسباب الآتية:-

أولاً:- إن الكفيل العيني لا يتمتع بمركز احتياطي يخول له دفع مطالبة الدائن له؛ لأنه ملتزم بالدين بصفة أصلية، وما ورد في المادة (1430) ما هو إلا تأكيد لمركز الكفيل العيني، وأنه مطالب بتنفيذ الالتزام بصفة أصلية.فما ورد في نصّ المادة (1430) صحيح أنه ينفي تطبيق الدفع بالتجريد، ولكن ليس في الصورة الوارد النصّ عليها في المادة (971)، وإنما نفي التمسّك بالدفع بالتجريد لمن لا تكون له الصفة الاحتياطية، وهو الكفيل العيني.

ثانياً:- لو تم إمعان النظر في المادة (971)، والمادة (1340) لوجد أن المادة (971) تقوم علي وجود مال مثقل بتأمين عيني لضمان دين للدائن في ذمة المدين، والدين ذاته تم كفالته كفالة شخصية، فالدين مضمون بتأمين عيني وكفالة شخصية. بينما ما ورد في المادة (1340) يشير إلي أن الدين مضمون بكفالة عينية فقط.

رابعاً:- كما أن نصّ المادة (1340) يمكن الاستناد عليه لبيان حدود مسؤولية الكفيل العيني، وتميزها عن مسؤولية الكفيل الشخصي، فإذا كانت مسؤولية الكفيل الشخصي مطلقة في كل أمواله، فإن مسؤولية الكفيل العيني مقيدة فقط بالمال المرهون.

كل ما سبق نجد له تطبيقاً في القضاء الليبي، حيث جاء في أحد أحكامه: " أن الكفيل العيني لا يكون له الدفع بتجريد المدين طبقاً لنصّ المادة (1054) مدني إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك؛ لأن عقار الكفيل مرهون في الدين، فيكون للدائن البدء بالتنفيذ علي هذا العقار دون أن يكون للدائن البدء بالتنفيذ علي مال المدين حتى ولو كان في هذا المال عين آخري مرهونة في

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

نفس الدين، ولا مجال لإعمال حكم المادة (793) مدني؛ لأن حكمها إنما ورد في باب الكفالة، ولا شأن لها بالكفيل العيني المرهون بالدين.."[1].

لكل هذه الأسباب، تري الباحثة أن ما ورد النصّ عليه في المادة (1340) لا يمكن اعتباره حلّ للتضارب الحاصل بين المادة (971) والمادة (950) من القانون المدني الأردني، ولا يمكن حلّ التضارب بين نصّ المادة (971) والمادة (950).بمعزل عن باقي أحكام الكفالة الشخصية بصفة خاصة، وأحكام القانون المدني بصفة عامة، فيجب الأخذ بعين الاعتبار لكل ذلك؛ لأن نصّوص القانون لا تقرأ بمعزلٍ عن بعض.

هذا كل ما يمكن قوله بخصوص تقيم هذه الصورة من الدفع بالتجريد.

الغصن الثاني:- بيان التضارب في القانون المدني الأردني بخصوص دفع كفيل الكفيل:-

إن التضارب الوارد في المادة (972) من القانون المدني الأردني يستدعي البحث عن نية المشرّع الأردني، و ما الذي قصده في هذه المادة، هل هو الدفع بالمطالبة أم الدفع بالتجريد؟ و بالرجوع للفقه الأردني،يلاحظ أنه لم يبين المقصود من هذه المادة، ولكنه فسر النصّ علي أنه من الممكن أن يكون خاص بالدفع بالمطالبة، ومن الممكن أن يكون خاص بالدفع بالتجريد [2]، ولكن الباحثة تري أن النصّ شامل الاثنين معاً فالرجوع كما يكون في حالة المطالبة، يمكن أن يكون أيضاً في حالة التنفيذ.

[1] استئناف طرابلس رقم 19/129ق 30/يونيو/1999

[2] السرحان، عدنان، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 216.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وفي كل الأحوال سواءً كان النصّ خاص بالدفع بالمطالبة، أو الدفع بالتجريد، فإن ما ورد في المادة (972) يعتبر متعارضاً مع أحكام الكفالة الشخصية طبقاً لهذا القانون، وسيتم بيان التعارض في كل من الدفعين وذلك علي النحو الآتي:-

أولاً:- ما ورد في المادة (972) القصد منه الدفع بالمطالبة:-

يتضح التعارض بين نصّوص القانون المدني الأردني المتعلقة بأحكام الكفالة بالنسبة لهذا الدفع، وذلك عندما أعطي المشرّع الأردني الخيار للدائن بمطالبة الكفيل، أو المصدِّق بموجب نصّ المادة2/967) التي جاء فيها " وإن كان للكفيل كفيل، فاللدائن مطالبة من شاء منهما" وأعطي المصدِّق الحقّ في دفع مطالبة الدائن له بموجب نصّ المادة (972)، فكيف يُعطي المشرّع الخيار للدائن بمطالبة من شاء المصدِّق أو الكفيل بموجب نصّ المادة (2/967)، ويعطي المصدِّق الحقّ في دفع مطالبة الدائن له بموجب نصّ المادة (972)؟

وقد حاول جانب من الفقه الأردني حلّ هذا التعارض باعتبار أن ما ورد في المادة (967) خاص بالدفع بالمطالبة [1]، وبالتالي لا وجود للتعارض بين نصّ المادة (972) والمادة (967). بل أن ما ورد في المادة، (967) يتماشي مع أحكام الكفالة طبقاً للقانون المدني الأردني، باعتبار أن المشرّع الأردني جعل الكفيل متضامناً مع المدين بموجب نصّ المادة (950) من القانون المدني الأردني، وهذا التضامن يعطي الحقّ للدائن في الخيار بمطالبة من شاء الكفيل أو المدين دون أن يكون ملزماً باتباع ترتيب معين، أو أن يكون للكفيل الحقّ في دفع مطالبة الدائن إذا ما تمت مطالبته أولاً، وبما أن المصدِّق يعتبر بمثابة كفيل للكفيل، والكفيل يعتبر بمثابة مدين له، فإن نصّوص المواد (950)، (967) تسري علي المصدِّق كما تسري علي الكفيل.

[1] السرحان، عدنان، شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ص 211.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ما ذهب إليه هذا الرأي في هذا الشأن يبدُ للوهلة الأولي أنه مقنع، سيما وأنه استند في ذلك لنصّوص قانونية،إلا أن الباحثة تري أنه إذا كان هذا الرأي يُعتقد أنه أزال التعارض بين نصّ المادة (967) والمادة (972) من القانون المدني الأردني باعتبار أن ما ورد في المادة (972) هو صورة خاصة للدفع بالتجريد فهو أمر غير مقبول ومجحف بحقّ المصدِّق، فهو بذلك يكون قد أنشأ تعارض آخر بما ذهب إليه، وذلك بين نصّ المادة (972) والمادة (950)، وبالتالي لا يمكن القول بأنه أزال التعارض، لكن يمكن التعبير عن ذلك بالقول أنه نقل التعارض بين نصّ المادة (967)، والمادة (972)، إلي تعارض بين نصّ المادة (950) والمادة (972) وهذا ما سيتم توضيحه.

ثانياً:- ما قصده المشرّع في المادة (972) هو صورة خاصة للدفع بالتجريد:-

إذا كان المقصود من الدفع الوارد في المادة (972) هو صورة خاصة للدفع بالتجريد، فقد اشترط فالمشرّع في نصّ المادة (972) لإثارة هذا الدفع من قبل المصدِّق أن يكون غير متضامن مع الكفيل، وفي الوقت ذاته أقام علاقة الكفيل مع المدين علي قاعدة أساسية فحواها أن الكفيل متضامن مع المدين حكماً وليس نصّا، وذلك يفهم من تفسير نصّ المادة (950) من القانون المدني الأردني.

وبالتالي فإن أحكام التضامن هي التي تطبق، ويكون للدائن الحقّ في مطالبة من شاء المصدِّق أولاً أو الكفيل دون أن يكون للمصدق حقّ في الاعتراض علي ذلك، ولما كانت علاقة المصدِّق بالكفيل تسري عليها أحكام الكفالة فكيف يكون للمصدق دفع تنفيذ الدائن عليه، وهو في الوقت نفسه متضامن مع الكفيل، ومن هنا يتضح التعارض بين نصّوص أحكام القانون المدني الأردني المتعلقة بالكفالة، ولإزالة هذا التعارض، فالمشرّع الأردني مخير بين أمرين، إما أن يحذف نصّ المادة (972)، وإما أن يقوم بتعديل نصّ المادة (950)، وهو الأولي.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومن كل ما سبق نخلص للقول: بأن المشرّع الأردني لم يأخذ بالدفع بالتجريد في صورته العامة، وفي الوقت ذاته أوجد تطبيقات خاصة له، بحيث نشأ تعارض بين نصوصه، وبالتالي لم يضع المشرّع الأردني وسيلة لحماية الكفيل في حال قيام الدائن بالتنفيذ عليه قبل التنفيذ على المدين الأصلي، ويمكن ارجاع كل ذلك لتضامن الكفيل مع المدين في الوفاء بالالتزام الأصلي.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الخاتمة

وبعد الانتهاء من هذه الدراسة، خلصت الباحثة إلي مجموعة من النتائج والتوصيات، ومن أهمها ما يأتي:-

أولاً:- النتائج:-

1. إن الدفع بالتجريد سواءً كان في صورته العامة، أو صوره الخاصة قائم علي مبدأ عدم وجود تضامن بين الكفيل والمدين، فعلي الرغم من انفراد الصورة العامة للدفع بالتجريد، والصور الخاصة بشروط تمكّن الكفيل من التمسّك بحقّه في الدفع _إذا ما توافرت مجتمعة _ الإ أنه يبقي شرط عدم وجود تضامن بين الكفيل والمدين هو الجامع لكل صور الدفع بالتجريد، وبالتالي يفقد الكفيل حقّه في التمسّك بالدفع بالتجريد إذا كان متضامناً مع المدين، ولا يمكن أن احتفاظ الكفيل بحقّه في الدفع بالتجريد في حالة تضامنه مع المدين؛ لأن ذلك سيؤدي للمساس بالمراكز القانونية، ذلك أن الكفيل غير المتضامن مع المدين يتمتع بمركز احتياطي، ويستمد حقّه في التمسّك بالدفع بالتجريد من هذا المركز، بينما إذا كان متضامن مع المدين فإنه يفقد مركزه الاحتياطي، ويصبح مطالب بتنفيذ الالتزام بصفة أصلية شأنه شأن المدين الأصلي في ذلك.

2. إن الدفع بالتجريد يستمده الكفيل من المركز الاحتياطي الذي يوهبه له عقد الكفالة، وهذا المركز نابع من صفة التبعية التي تتميز بها الكفالة الشخصية عن غيرها من النظم القانونية الأخرى بصفة عامة، وعائلة التأمينات الشخصية بصفة خاصة، فإذا كانت التبعية المتعارف عليها في بعض النظم القانونية قائمة علي عدم إمكانية نشوء التزام مستقل بذاته، فإن ما لوحظ في التبعية القائمة عليها الكفالة الشخصية أشمل وأخص من ذلك، ذلك أن التبعية في

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

عقد الكفالة الشخصية لا تقتصر علي كون عدم إمكانية نشوء التزام الكفيل مستقلاً بذاته عن التزام المدين، بل هي إضافةً لذلك تجعل الكفيل في مركز متميز عن مركز المدين الأصلي، هذا المركز يجعله ملتزم بالدين من الدرجة الثانية؛ أي ملتزم بصفة احتياطية، بينما التبعية في النظم الأخرى لا تمنح مثل هذا المركز للملتزم بضمان الالتزام.

3. يري الفقه أن تضامن الكفيل مع المدين لا يؤثر علي صفة التبعية، حيث يبقي التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل مع فقدان حقّه في التمسّك بالدفع بالتقسيم والدفع بالتجريد، وهذا القول صحيح لكن ليس بخصوص التبعية التي تقوم عليها الكفالة الشخصية، ذلك أن التبعية في عقد الكفالة مرتبطة بمركز الكفيل، فعند الحديث عن فكرة التبعية في عقد الكفالة الشخصية لا يمكن فصلها عن المركز الاحتياطي للكفيل؛ فالاحتياطية نتيجة حتمية للتبعية في عقد الكفالة الشخصية، وصفة التبعية تكون للالتزام الذي يضمنه الكفيل، بينما المركز الاحتياطي يكون للكفيل، فإذا كانت جميع التأمينات الشخصية تقوم علي ضم ذمة إلي ذمة في الوفاء بالالتزام للدائن، فإن في الكفالة هناك ذمة، تتميز عن ذمة، بحيث تكون أحداهما ملزمه بصفة أصلية، وتكون الأخرى ملزمة بصفة احتياطية، وهذا يؤدي للقول بأن التضامن في عقد الكفالة يؤثر علي صفة التبعية في عقد الكفالة الشخصية.

4. كان موقف المشرّع الأردني يشوبه الغموض وعدم الوضوح بخصوص الدفع بالتجريد، فهو لم يقتفِ أثر القانون الليبي، والقوانين الوضعية الأخرى التي أخذت بهذا الدفع، فلم يأخذ بالدفع بالتجريد كقاعدة عامة، وفضل سلك مسلك الفقه الإسلامي، وبالأخص الفقه الحنفي بأن جعل الكفيل متضامناً مع المدين بموجب نصّ المادة (950) من القانون المدني، ولما كان التضامن ينفي المركز الاحتياطي للكفيل كان للدائن الحقّ في التنفيذ علي من شاء الكفيل أو المدين

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

دون أن يكون ملزماً بترتيب معين، وبهذا يمكن القول بأن المشرّع الأردني لم يأخذ بالدفع بالتجريد، لكن المشرّع الأردني لم يكتفِ بذلك، ولم تكن أحكام الكفالة فيه مستمدة من الشريعة الإسلامية فحسب، بل أنه تأثر أيضاً في سنه لأحكام الكفالة بالقوانين الوضعية، ومن ثم وجد ضمن نصّوصه الخاصة بالكفالة صور خاصة للدفع بالتجريد، وذلك ما ورد النصّ عليه في المادتين (971-972)، وبذلك نصّل إلي أن المشرّع الأردني أخذ استثناءًا بالدفع بالتجريد، وهذا يولد تعارض وتضارب بين نصّوصه؛ فالدفع بالتجريد سواءً في صورته العامة أو الخاصة يستوجب عدم تضامن الكفيل مع المدين، والمشرّع الأردني يجعل الكفيل متضامناً مع المدين.

5. فشل الفقه الأردني في محاولته لحلّ التعارض الوارد بين نصّ المادة (972)، والمادة (967) حيث فسر أن ما ورد في المادة (972) متعلق بالدفع بالمطالبة، بينما ما ورد في المادة (972)خاص بالدفع بالتجريد، ولكن ما لوحظ عند تحلّيل النصّوص الخاصة بالكفالة في ظل التشريع الأردني أن التعارض قائم، فالفقه الأردني لم يزل التعارض، وإنما نقل التعارض بين نصّي المادة (950) والمادة (972)، بعد أن كان التعارض قائم بين المادتين (967،972).

6. لا يمكن الاستناد لنصّ المادة (1340) علي أنها أزالت التعارض القائم بين نصّ المادة (800)، والمادة (950)؛ لأن ما ورد في نصّ المادة (1340) خاص بالكفيل العيني، و الكفيل العيني لا يتمتع بمركز احتياطي يخول له دفع مطالبة الدائن له؛ لأنه ملتزم بالدين بصفة أصلية، وما ورد في المادة (1430)ما هو إلا تأكيد لمركز الكفيل العيني، وأنه مطالب بتنفيذ الالتزام بصفة أصلية، فما ورد في نصّ المادة (1430) صحيح ينفي تطبيق الدفع بالتجريد، ولكن ليس في الصورة الوارد النصّ عليها في المادة (971)، وإنما نفي التمسّك

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالدفع بالتجريد لمن لا تكون له الصفة الاحتياطية، وهو الكفيل العيني. ومن هنا يمكن القول أن للكفيل الشخصي وحده الحقّ في التمسّك بالدفع بالتجريد دون الكفيل العيني.

7. إذا كان الفقه الأردني يذهب للقول بأن الخاصية المميزة لعقد الكفالة الشخصية هي فكرة التبعية التي تجعل الكفيل ملتزم بالدين بصفة احتياطية، فإننا لم نجد في طيات نصّوص القانون المدني الأردني ما يشير إلي مثل هذه التبعية، بل أن موقف المشرّع الأردني كان يشوبه الغموض والتضارب، فأحياناً يجعل التبعية قائمة علي عدم إمكانية نشوء إلزام الكفيل مستقلاً بذاته وهذا ما وجدناه في المواد(950،977،987)، وأحياناً آخري هناك نصّوص تشير إلي أن التبعية في الكفالة الشخصية قائمة علي جعل الكفيل في مركز احتياطي كما ورد ذلك في المادة (981) والمادة(972)، وهذا التضارب وعدم الوضوح راجع لكون الكفيل متضامن مع المدين في ظل التشريع الأردني.

8. إذا كانت الكفالة لها أهميتها، خاصةً وأن الاقتصاد الحديث يعتمد بالدرجة الأولي علي الائتمان، وتشعب العلاقات وتشابكها وتعقيدها، مما لم يُعد معه المدين قادراً علي تنفيذ التزامه العقدي وحده وبمعزل عن الاستعانة بالغير، فإن عدم الأخذ بنظام الدفع بالتجريد في الكفالة الشخصية كما فعل المشرّع الأردني، أمر غير مقبول ولا يؤدي إلي الاطمئنان في المعاملات؛ لأن المدين لن يجد من يكفله، لأن الكفيل سيكون ملزماً بالوفاء بالدين بصفة أصلية، وهو غير مجبر علي ذلك.

9. لم يضع المشرّع الأردني أية وسيلة لحماية الكفيل إذا ما قام الدائن بالتنفيذ عليه أولاً، ولا يمكن القول بأن دعوي الكفالة، أو دعوي الحلّول يمكن أن تكون البديل عن الدفع بالتجريد في حماية الكفيل.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

10. إذا كان الدين المضمون بكفالة شخصية، وفي الوقت ذاته موثوق بتأمين عيني، فإنه يشترط أن يكون التأمين العيني مقدم من المدين؛ لأن قصر حقّ الدفع بالتجريد علي الكفيل الشخصي دون الكفيل العيني يجعل الحقّ للدائن في التنفيذ علي المدين أو الكفيل العيني، أيهما شاء، وهذا غير جائز، وبالتالي لابدّ أن يكون التأمين العيني مقدم من المدين الأصلي، وهذا يقود للقول بأن ما رود في المادة (1340) من القانون المدني الأردني خاص بالكفيل العيني، أما ما ورد في المادة (971)خاص بالكفيل الشخصي.

ثانياً:- التوصيات:-

أولاً:- توصيات للمشرّع الليبي:-

1. تتمنى الباحثة علي المشرّع الليبي، تعديل نصّ المادة (787)، وذلك بإجازة كفالة الدين الشرطي حيث نقترح أن يصبح نصّ المادة كالآتي: "تجوز الكفالة في الدين المستقبلي إذا حُدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز كفالة الالتزام الشرطي".
2. كما تتمنى الباحثة على المشرّع الليبي تعديل نص المادة (1054) لكي تصبح كالآتي:" إذا كان الراهن شخصاً من الغير، فلا يجوز التنفيذ على ماله، إلا ما رهن من هذا المال،و لا يكون له حق الدفع بتجريد المدين"

ثانياً:- توصيات للمشرع الأردني:-

تتمنى الباحثة علي المشرّع الأردني اجراء تعديلات على بعض المواد، وهي:-

1- المادة (950) من القانون المدني الأردني بحيث يكون نصّها كالآتي "الكفالة هي عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن – بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه "

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- تعديل نصّ المادة (967) لكي يتسق مع بقية أحكام الكفالة، وذلك بأن تصبح كالآتي " 1-لا يجوز للدائن الرجوع علي الكفيل قبل رجوعه علي المدين. 2- ولا يجوز له التنفيذ علي الكفيل قبل تجريد المدين من أمواله، وللكفيل في هذه الحالة التمسّك بهذا الحقّ "

ومع تعديل هذه المواد لا داعي لإزالة نصّوص المواد (971)، (972) لما يحقّقه الدفع بالتجريد في صورته العامة وصوره الخاصة من فائدة.

3- كما تتمني الباحثة علي المشرّع الأردني إضافةً بعض التعديلات لنصّ المادة (971) لكي تصبح ذات فائدة أكثر للكفيل، وذلك بأن تصبح كالآتي" إذا كان الدين موثقاً بتأمين عيني مقدماً قبل الكفالة أو معاصراً لها، ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين فلا يجوز التنفيذ علي أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ علي الأموال التي خصصت لهذا التأمين".

© Arabic Digital Library- Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قائمة المراجع

أولاً: مراجع شرعية:

أ- القرآن الكريم.

ب-كتب الفقه الإسلامي:-

1. إبراهيم، حسني عبد السميع، موقف الفقهاء من ضمان الأموال في الشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة". الإسكندرية –مصر، منشأة المعارف، 2009.
2. ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار علي الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء السابع، الرياض، دار عالم الكتب، 2003
3. الأصبحي، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعد التنوحي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، الجزء الرابع، بيروت –لبنان، دار الكتب العلمية،ط1، 1994
4. باشا، قدري محمد، مرشد الحيران إلي معرفة أحوال الإنسان، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1891،2،
5. البصري، أبي الحسين علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، الجزء السادس، بيروت –لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1994.
6. بن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلّي، الجزء الثامن، مصر، ادارة الطباعة المنيرة. 1350هـ
7. بن رشد الحفيد، الإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد، بدأية‌ة المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الرابع، القاهرة–مصر،، مكتبة ابن تيمية، ط1414،1 هـ.
8. بن قدامة، الشيخ الإمام موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد، المغني، الجزء، دار الكتاب العربي، ط2، 1347 هجرية.

© Arabic Digital Library Yarmouk University
المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

9. الحصكفي، محمد بن علي بن محمد بن عبدالرحمن الحنفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، في فروع الحنفية، بيروت –لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 2002.

10. الحفيد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الرابع، مصر، مكتبة ابن تيمية، 1994

11. الحلّي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن حسن، المختصر النافع في فقه الإمامية، بيروت – لبنان، دار الأضواء، ط3، 1985.

12. الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي،(الكفالة، الديات)، القسم الثاني، دراسة مقارنة، القاهرة، معهد البحوث والدراسات العربية، 1973،

13. الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك؛ كأنا– نجيريا، مكتبة أيوب، 2000.

14. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية و الآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقّين الأحاديث النبوية وتخريجها وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية، الجزء الخامس، دمشق، دار الفكر، ط3، 1985،

15. الزرقا، الشيخ أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية، دمشق –سورية، دار القلم، ط2، 1989،

16. الزرقاني، عبدالباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني، شرح الزرقاني علي مختصر سيدي خليل، الجزء السادس، بيروت –لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 2002،

17. زيدان، عبد الكريم، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية بيروت–لبنان، مؤسسة الرسالة، ط1، 2001.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

18. الزيعلي، العلامة فخر الدين عثمان بن علي الحنفي، تبين الحقّائق شرح كنز الدقائق، مصر، المطبعة الكبرى الأميرية، ط1، 1314هجرية

19. السالوس، علي أحمد، الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة "دراسة في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، الكويت، مكتبة الفلاح، بدون سنة نشر

20. السرخسي، شمس الدين، المبسوط، الجزء التاسع عشر، بيروت –لبنان، دار المعرفة، 1989.

21. السكندري، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بأبي همام الحنفي، شرح فتح القدير علي الهداية شرح بدية المبتدي، الجزء السابع، بيروت–لبنان، دار الكتب العلمية، ط1 2003،

22. الشافعي، الإمام محمد بن ادريس، الأم، الجزء الثامن، المنصّورة–مصر، دار الوفاء، ط1، 2001.

23. الغزي، محمد صدقي بن احمد البورنو أبو الحارث،،.موسوعة القواعد الفقهية، المجلد الأول ،الجزء الثاني، شد.ن، 1997

24. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، الملقب بملك العلماء، بدائع الصناع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، بيروت –لبنان، دار الكتب العلمية، ط2، 1986.

25. الكشناوي، أبي بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح ارشاد السالك في فقه أمام الأئمة مالك، الجزء الثالث، دمشق–سورية، دار الفكر،ط2، بدو طبعة

26. المقدسي، موفق الدين عبد الله بن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، الجزء الثاني، بيروت–لبنان، دار الكتب العلمية، ط1994،1

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

27. المواق، محمد بن يوسف العبدري المشهور بالمواق، التاج والإكليل لمختصر الخليل، الجزء السابع، السعودية، مكتبة جامعة أل سعود، قسم المخطوطات.بدون سنة نشر

28. النسفي، الشيخ الأمام أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين، البحر الرائق شرح كنز الدائق (في فروع الحنفية)، الجزء السادس، بيروت–لبنان،، دار الكتب العلمية، ط1، 1997.

ت- كتب الحديث:

1. ابن ماجه، محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، سنن ابن ماجه، الجزء الأول، القاهرة ، دار احياء الكتب العربية.

2. البهيقي، أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبري، الجزء السادس بيروت–لبنان، دار الكتب العلمية، ط3، 2003.

3. الترمذي، الحافظ أبي عيسي محمد بن عيسي، الجامع الكبير، المجلد الثاني، بيروت–لبنان، دار العرب الإسلامي، ط1، 1996.

4. النيسابوري، الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، الجزء الأول، بيروت–لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1991.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: مراجع قانونية:

1. ابن منظور، العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي، لسان العرب، المجلد الثاني، بيروت –لبنان، مؤسسة الرسالة، ط1، 1987.
2. أبو السعود، رمضان. زهران، همام محمود، التأمينات الشخصية والعينية، الإسكندرية دار المطبوعات الجامعية، 1998،
3. أبو السعود، رمضان، التأمينات الشخصية والعينية، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995
4. باشا، محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني التأمينات الشخصية والعينية الإسكندرية،، منشأة المعارف، 2005،
5. برج، أحمد محمد إسماعيل، الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة" وتطبيقات معاصرة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004.
6. تناغو، سمير عبد السيد، التأمينات العينية والشخصية "الرهن الرسمي – حقّ الاختصاص – الرهن الحيازي – حقّوق الإمتياز –الكفالة –قانون التمويل الاقتصادي " الكتاب الثاني، مصر، منشأة المعارف، 2008.
7. الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، أثار الحقّوق الشخصية، أحكام الالتزامات "دراسة موازنة" الجزء الثاني، عمان، دار الثقافة،، ط2، 201.
8. حجازي، مصطفي عبد الجواد، عقد الكفالة في القانون المدني مصر، دار الكتب القانونية، 2009
9. الحلّالشة، عبد الرحمن أحمد جمعة، الوجيز في شرح أحكام القانون المدني الأردني اثار الحقّ الشخصي "أحكام الالتزام" "دراسة مقارنة "، الأردن، دار وائل للنشر،ط1، 2006،

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

10. الرازي، زين الدين أبوعبدالله محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر، حققه يوسف الشيخ محمد، مختار الصحاح، بيروت –صيدا، المكتبة العصرية –الدار النموذجية، ط،1999

11. زكي، محمود جمال الدين، التأمينات الشخصية والعينية،، القاهرة، دار الشعب، ط3، 1979

12. زهران، همام محمود ، التأمينات العينية والشخصية(الكفالة، الرهن الرسمي، حقّ الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الإمتياز)،الإسكندرية، منشأة المعارف، 2001

13. السرحان، عدنان، شرح القانون المدني العقود المسماة، "المقاولة، الوكالة، الكفالة "، الأردن، دار الثقافة،، ط1، 2007،

14. سعد، نبيل إبراهيم، التأمينات الشخصية (التبعية –وغير التبعية)، (الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب)، بيروت–لبنان، منشورات الحلّبي الحقّوقية، ط1، 2010

15. سعيد، نبيل إبراهيم، التأمينات العينية والشخصية، (الرهن الرسمي حقّ الاختصاص، الرهن الحيازي . حقّوق الإمتياز، الكفالة): بيروت–لبنان، منشورات الحلّبي، ط1 2010،

16. سلطان، أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، الأردن، الجامعة الأردنية، 2002

17. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء 10، القاهرة، دار النهضة العربية، 1970،

18. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام "الأوصاف.الحوالة. الإنقضاء " الجزء 3، القاهرة، دار النهضة العربية، 1970

19. سيد، صابر محمد، رجوع الدائن علي الكفيل "دراسة مقارنة " في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مصر، دار الكتب القانونية، 2010.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

20. السيد، علي محمد عبد الحافظ، الكفالة و تطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008.

21. الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد الكفالة –التضامن –التضامم في التشريع المصري والمقارن، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002

22. عبد الحكيم فوده، حجية وقوة الأمر المقضي في ضوء مختلف الآراء الفقهية وأحكام محاكم النقض، المنصّورة، دار الفكر والقانون، 2006.

23. عبد الرحمن، فايز أحمد، عقد الكفالة في القانون المصري والليبي، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010،

24. عبد الرحمن، محمد شريف، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، الإسكندرية– مصر، دار النهضة العربية، 2010.

25. عبد السلام، سعيد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، د.ن، 1997،

26. عبده، محمد علي، عقد الكفالة، "دراسة مقارنة"، لبنان، منشورات زين الحقّوقية، 2005.

27. عبيدات، يوسف محمد قاسم، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، عمان–الأردن، دار المسيرة، ط3، 2016. عبيدات، يوسف محمد محاضرات غير منشورة ألقيت علي طلبة الماجستير في القانن المدني، كلية القانون، جامعة اليرموك، الفصل الثاني، 2017.

28. عمر، نبيل اسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية" الاختصاص – الدعوة –الخصومة –وطرق الطعن فيها مع تعديلاته حتى 1999.،الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 1999.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

29. العمروسي، أنور، (التضامن، و التضامم، والكفالة في القانون المدني)،، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي ط1، 1999

30. مبروك، عاشور، التحكيم، دار الفكر والقانون، المنصّورة، الطبعة الأولي، 2010.

31. المجدوب، أحمد علي، التكافل الاجتماعي وأثره في منع الجريمة والوقاية منها، الرياض، المركز العربي للدراسات الأمنية في التدريب.

32. الموسى، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)الجزء الأول، المملكة العربية السعودية، إدارة الثقافة والنشر بالجامعة، 1999

33. الموسي، محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة) الجزء الثاني، المملكة العربية السعودية، إدارة الثقافة والنشر بالجامعة،، 1999،

34. النحيوي، محمود السيد عمر، نظام القضاء المدني ونظرية الاختصاص وفقا لقانون المرافعات المصري، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، 2011.

35. والي، فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،، الإسكندرية منشأة المعارف، ط1، 2007.

ثالثاً:- الرسائل الجامعية:

1. علي أحمد علي، (1993)التضامن بين المدينين، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراة، كلية الحقّوق، جامعة عين شمس، مصر.

2. محمد، محمد أحمد بكر، (1996) تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين في القانون المدني مقارنا بالفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقّوق جامعة عين شمس، مصر.

رابعاً:- البحوث والدوريات:-

© Arabic Digital Library- Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

1. مريشيد، سالم، الزهراني، عبدالرزاق، "ضحايا الكفالة "..النظام لا يحمي "فزعات الطيبين": جريدة الرياض أدار الندوة، جدة، العدد 15632، 2011.
2. العطين، عمر فلاح، الصلح الواقي من الافلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 1، 2013.
3. الراشدي، محمد ذنون يونس فتحي، إشكالية زيادة المبنى و دلالتها على زيادة المعنى دراسة تطبيقية على السين وسوف في القرآن الكريم، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، جامعة الموصل، المجلد ٨، العدد ٤،2009.

خامساً:- المواقع الإلكترونية

1. أبو حسن، فداء، ظواهر اجتماعية، آثار التكافل والتعاون الاجتماعي، على شبكة الإنترنت http://mawdoo3.com/2017/3/23

سادساً:- القوانين:

1. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، المنشور على الصفحة 2 من عدد الجريدة الرسمية رقم 2645، بتاريخ 1976/8/1.
2. القانون المدني الليبي، لسنة 1954 المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 1954/2/20وتعديلاته بالقانون رقم (6) لسنة 2016.
3. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
4. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الثاني.

سابعاً:- القرارات القضائية:

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

Abstract

Amer, Asma'a Abu Bakr. The Claim against Principal Debtor before Payment of the Debt guaranteed "under Jordanian Civil Law "A Comparative study". Master Thesis, Yarmouk University, (2018), (Supervised by: Prof. Dr. Youssef Mohammed Obeidat).

This study dealt with the claim against principal debtor before payment of the debt guaranteed, due to the importance of this claim and its impact on developing and improving the credit process. This, in turn, is important in developing the economic aspect, as the human being always seeks to obtain his needs and may not have the ability to provide them without resorting to the members of his society. Thus, the debtor resorts to a creditor who provides him with his needs. To do this, the creditor needs guarantees that ensure the fulfillment of his rights in due time. As a result, the personal guarantee is the means by which the creditor resorts to documenting his right in encountering the debtor. As transactions reveal the individuals' intentions in their dealings, it was necessary to provide a means for the guarantor to guarantee his right, so that if the debtor fails to perform his obligation in due time, without justification, the guarantor can perform the payment to the creditor. For this reason, the claim against principal debtor before payment of the debt guaranteedwas the effective method to do so.

The position of Jordanian legislator was not clear concerning this claim. In fact, the Jordanian legislator did not take the claim against principal debtorin its public form, because Jordanian legislator made the guarantor and the debtor jointly liable for the debts incurred in accordance with the provision of article (950). The creditor has been given the right to claim the debtor, the guarantor or togetherin accordance with the provision of article (979).At the same time, Jordanian legislator created special applications for

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

the claim against principal debtorin the content of articles (971) and (972), which in turn led to inconsistency and contradiction in the provisions of the Jordanian Civil Code. This is attributed to the fact that Jordanian legislator derived provisions of the claim against principal debtorfrom Islamic law and was influenced by ordinances, which led to inconsistency of its texts with each other.

This study was designed to solve this inconsistency. The subject was addressed in two chapters. Chapter one was devoted to the general image of claim against principal debtor before payment of the debt guaranteed under the Libyan civil law, whereas Chapter two was devoted to address the position of the Jordanian legislator regarding the claim against principal debtor before payment of the debt guaranteed.

© Arabic Digital Library-Yarmouk University

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com