احكام رجوع الدائن على الكفلاء المتعددين

أ. د. عبد المهدي كاظم ناصر **الباحثة اسراء جاسم العيبي**
كلية القانون جامعة القادسية **كلية القانون جامعة القادسية**
abdulmahdi.naser@qu.edu.iq **post20@qu.edu.**

تاريخ الاستلام : ١٥-٨-٢٠٢١
تاريخ قبول النشر: ٧-١١-٢٠٢١

المستخلص

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

الكلمات المفتاحية : الائتمان – الكفالة –التعدد – الكفلاء–الدفوع.

Abstract.

Where this study examines the problem of lack of credit in transactions by shedding light on this special case of the guarantee، which was dealt with by the laws in question and organized part of it، leaving some of its provisions to the general rules، as the multiplicity of guarantors is based on the idea of having more than one guarantor - obligated - who guarantee the debtor's fulfillment The guarantor when the latter fails to pay، then it is possible to refer to the rules of the multiplicity of the parties to the obligation on the one hand، and on the other hand، each of the guarantors guarantees the debtor's obligation either by guaranteeing all of his financial liability (the personal guarantor)، or by guaranteeing a certain money allocated for this purpose (In-kind guarantee) and accordingly، the provisions of the insurance and possession mortgage are present in the surety contract، and this is what this study tries to gather its diaspora throughout the division paragraphs that were placed in its framework...

Key words: Credit-guaranty-plurality- sponsors-defenses.

المقدمة

تعتبر التأمينات من الوسائل القانونية المهمة التي شرعت لضمان تنفيذ الالتزامات الناشئة عن علاقة المديونية التي تربط الدائن بالمدين فالأصل ان المدين يكون ضامن بذمته المالية كلها او جزء منها لوفاء دينه، الا ان هذه الذمة قد تكون غير كافية لسداد هذا الدين لإمكانية تعرضها للإعسار لأي سبب من الاسباب، وامام السعي للبحث عن وسائل من شأنها ان توفر للدائن الطمأنينة وتجنبه خطر إعسار مدينه، وجدنا عقد كفالة التطبيق الابرز للتأمينات التي تسهم في توفير الامان وهو قائم على فكرة وجود طرفين دائن وكفيل لا يكون الاخير مدينًا اصليًا للدائن لكن ضامن لدين المدين الاصلي الذي كفله ان وجود اكثر من كفيل يستطيع ان يرجع عليه الدائن عند حلول اجل دينه، له قدر كبير من الاهمية على مستوى التطبيق العملي والدراسات النظرية الامر الذي يجعل ذلك جديراً بالبحث، وان لم ينل حقه من ذلك وهذا ما يظهر لدراسة هذا الموضوع جدوى علمية وعملية، فعلى مستوى الجانب العلمي فأن موضوع تعدد الكفلاء يثير الكثير من الجدل، هل هو تطبيق لتعدد المدينين وصورة من صور التضامن السلبي، ام ان له من الخصوصية ما يجعله يبتعد عنه، الامر الذي يستوجب تسليط الضوء على هذه الخصوصية، وإحاطة ذلك بالبحث والمناقشة، لعدم وجود دراسة متخصصة بهذا الشأن، وهذا من شأنه ان يقدم للمكتبة القانونية دراسة قد تعتبر محاولة مبدئية لجمع متعلقات هذا الموضوع وتأطيره، اما من الناحية العملية، فأن لموضوع تعدد الكفلاء أهمية على الواقع العملي تظهر جلية في الدور الذي يلعبه، من خلال تقوية الائتمان، فيمكن لذلك الدائن ان يستوفي دينه وان اعسر مدينه او حتى احد الكفلاء، لأن تعدد الكفلاء أداة ائتمان اكثر قوة من الكفالة بصورتها البسيطة، كما انه يحقق فائدة للمدين إذ تمكن الكفالة هذا الاخير من الحصول على حاجته من المال لامتلاكه أداة ائتمان كافية وفعالة تمكنه من مواجهة العقبات التي تحول دون تسديده الدين وسنحلل نصوص القانون المدني العراقي والقانون المدني الفرنسي والمصري، من ثم نقارن بينها لأجل الإحاطة بكل ما يتعلق بموضوع البحث ومعرفة التوافق بين القواعد المنظمة لأحكام التعدد، للوقوف على ابرز نقاط القوة والضعف في تنظيم ضمانات وقواعد الرجوع في حال تعدد الكفلاء وترجيح الافضل بينها، ولا تقف حدود المقارنة عند القوانين فحسب بل تتعداها الى موقف الفقه والقضاء في فرنسا ومصر والعراق وبالقدر الذي سنحصل عليه.

المبحث الاول
رجوع الدائن على الكفلاء المتعددين

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

المطلب الاول

وقت رجوع الدائن على الكفلاء

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

أولاً: الأصل العام

جوع على الكفلاء في حال عدم وفاء المدين بالدين[١].

الا ان رجوع الدائن على الكفلاء ومطالبتهم بالدين، الذي كانوا ضامنين له لا يجوز الا بحلول الأجل المتفق عليه او المقرر قانوناً، والأجل هو حق للمدين ليس للدائن او الكفلاء حرمان المدين منه ما لم يتم التنازل عنه[٢].

وهو من المسائل المهمة التي تثير إشكالات عدة عند التنفيذ على اموال الكفلاء ويمتد اثرها الى مسألة رجوع الموفي على المدين وبوجه عام ليس للدائن ان يطالب الكفلاء بالدين المكفول الا بعد حلول اجل هذا الدين ما لم يكن هناك اجل خاص لالتزام الكفيل والغالب ان يكون اجل مطالبة الدائن للكفلاء هو نفسه اجل استحقاق الدين الاصلي المكفول، الا انه قد يحدث ان يُتفق على اجل خاص بالكفلاء بحيث لا يكون الرجوع على كل كفيل الا بعد حلول هذا الاجل حتى لو كان اجل الدين المكفول قد حل قبل ذلك[٣].

ولما كان التزام كل كفيل لا ينبغي ان يكون اشد عبئاً من التزام المدين وان يكون مساوياً له بأقل تقدير[٤].

فلا يمكن ان يكون الاجل الذي يرجع فيه الدائن على الكفلاء سابقاً لأجل الدين الاصلي[٥].

الا انه قد يحدث ان يتفق على ان يكون اجل مطالبة الكفلاء لاحقاً لأجل حلول الدين الاصلي، وما دام ان الاتفاق قد تم بين الكفلاء والدائن فلا يكون لهذا الاخير مطالبتهم قبل حلول الاجل المتفق عليه[٦].

وقد يحدد الكفلاء وقتاً معيناً تصبح فيه كفالتهم نافذة كما هو الحال في الكفالة المعلقة على شرط واقف وتأخر تحقق الشرط الى ما بعد استحقاق الدين[٧].

فلا يكون للدائن مطالبة الكفلاء الا بعد حلول الاجل الخاص بهم ولو اصبح الدين مستحق في ذمة المدين قبل ذلك.

ثانياً: الاستثناء

إذا كان وقت رجوع الدائن على الكفلاء يحدد كقاعدة عامة بحلول اجل الدين المكفول او بالأجل المتفق عليه بين الدائن والكفلاء، فأنه قد يحدث ان يتغير الاجل المتفق عليه بين الدائن والمدين اتفاقاً او قانوناً او بناءً على حكم قضائي، وقد يكون هذا التغيير اما بمد الأجل المتفق عليه وحينها يكون لكل كفيل الاستفادة من ذلك، فيمتد اجل التزامهم الى الاجل الجديد ولا تجوز مطالبة الكفيل قبل الاجل الجديد، ومرد ذلك كله هو ان التزام الكفيل التزام تبعي[٨].

ولكن قد يحدث احياناً ان يرغب بالوفاء في الاجل الاصلي[٩].

لتعجيل رجوعه على المدين قبل ان يزداد مركزه المالي سوءاً كما لو كان تمديد الاجل للمدين قد جاء مراعاةً لسوء مركزه المالي، فما

صحة وفاء الكفلاء في هذا الفرض؟ يشترط لرجوع الكفلاء على المدين الاصلي بما تم وفاءه لمصلحته ان يكون الوفاء قد تم في الاجل المحدد، والا لا يكون للكفيل الموفي ان يرجع على المدين الاصلي قبل ذلك[١٠].

فوفاء الكفيل للدين قبل الاجل يفوت على المدين فرصة انقضاء الدين بأحد اسباب الانقضاء على نحو ينفي الحاجة الى الوفاء من اساسه من قبل الكفيل ورجوعه على المدين[١١].

كون الاجل وكما بينا حق للمدين لا ينبغي حرمانه منه وينبغي ان يكون ذلك بالنسبة للمهلة التي تمنح للمدين اتفاقاً او قانوناً كون الحكمة متحققة في هذه الحالة اما اذا كان الاتفاق بين الدائن والمدين على تعجيل استحقاق الدين والزام الكفلاء بذلك، فإذا اتفق الطرفان على تعجيل اجل التزام المدين ليس من العدالة ان يضار الكفلاء من هذا الاتفاق، ولا تجوز مطالبته الا بحلول الاجل الاصلي، ولكن ما الحكم اذا سقط اجل التزام المدين بسبب اعساره او إضاعته للتأمينات؟ هناك رأي يذهب[١٢].

الى ان سقوط اجل التزام المدين لأحد الاسباب القانونية[١٣].

يترتب عليه ايضاً سقوط اجل التزام الكفلاء، لان هذا هو مقتضى فكرة التبعية، وكذلك ان الغرض من الكفالة هو ضمان حق الدائن ضد مخاطر اعسار المدين، في حين يذهب الرأي الاخر[١٤].

الى التفرقة بين فرضين الاول إذا كان سقوط الاجل بسبب عدم تقديم المدين ما وعد بتقديمه من تأمينات وكان الكفيل عالما بهذا الوعد وقت الكفالة فانه يكون ضامناً له، فاذا اخل المدين بالتزامه بتقديم هذه التأمينات مما ترتب عليه سقوط الاجل لدينه فان الاجل يسقط ايضا بالنسبة للكفيل وتجوز مطالبته في نفس الوقت اما الفرض الثاني :فهي الحالات الاخرى التي يكون فيها سقوط اجل التزام المدين بسبب اعساره او اضاعته للتأمينات التي قدمها من قبل ولا يكون للكفيل علماً بها، فان ذلك لا يترتب عليه سقوط الاجل بالنسبة للكفلاء، اذ انه من الراجح عندهم ان الاجل لا يسقط بالنسبة للكفيل في حالة الكفالة المطلقة للاعتبارات الآتية[١٥].

ان الاعسار الذي يضمنه الكفيل هو اعسار المدين وقت حلول الاجل المتفق عليه ان تبعية التزام الكفيل للالتزام الاصلي مقيدة بأن لا يصدر من المدين بإرادته او فعله او ما يسوء مركز الكفيل، كما ان من المتفق عليه في القانون التجاري ان سقوط الاجل بسبب افلاس المدين لا ينصرف الى غيره ولا ينصرف بصفة خاصة الى الكفيل ان سقوط الاجل بالنسبة للمدين مرده تخلف اعتبارات الثقة فيه، ومتى لم يصدر عن الكفيل ما يخل الثقة فيه فلا داعي للقول بسقوط الاجل المقرر لديه ومن استعراض الخلاف اعلاه نلاحظ ان الاخذ بالرأي الثاني هو الاقرب للعدالة، لان من الثابت قانوناً وكما مر بنا ان التزام الكفيل ينبغي ان يكون اخف من التزام المدين، وكذلك ان مقتضى عقد الكفالة هو ضمان حق الدائن ضد اعسار المدين في اجل معين هو الأجل الذي ارتضاه الكفلاء عند ابرام عقد الكفالة، ولا مبرر لسقوط هذا الاجل بالنسبة للكفيل لسبب لا يد له فيه، خاصة وان سحب الثقة من المدين بسبب اعساره لا يبرر سحب الثقة في الوقت نفسه من الكفيل، ما لم يكن سقوط الأجل بسبب عدم

تقديم المدين ما وعد به بدءاً وبعلم الكفلاء لأنه سيكون بمثابة قبول منهم بضمان لهذا الوعد، وجدير بالذكر ان الجدل السابق لا يثور اذا كان لدين الكفيل اجل خاص به ابعد من اجل الدين الاصلي، فأن احد لا يقول بسقوط هذا الاجل الخاص اذا سقط اجل التزام المدين لأي سبب من الاسباب.

المطلب الثاني
قواعد رجوع الدائن على الكفلاء

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

أولاً: الكفالة العينية

تحكم قواعد رجوع الدائن على الكفيل العيني احكام الكفالة العينية، لتقارب الكفالة العينية من الرهن باعتبارهما صورة من صور الضمانات العينية، فمجال التقارب بينهما كبير لدرجة ان هناك من يرى ان عقد الكفالة العينية هو بحقيقته رهن ليس الا[١٦].

في حين ان هذا الرأي محل نظر فعلى الرغم من اوجه الشبه بين الكفالة العينية والرهن كبيرة، الا ان هناك اوجه اختلاف عدة بين الاثنين ابرزها، ان الرهن يقدم من المدين بصفته مدين وراهن في حين ان الكفيل يقدم الرهن لكفالة دين غيره باعتباره كفيل وراهن فعلاقة المدين (الراهن) مباشرة مع الدائن على اساس المديونية والمسؤولية[١٧].

بينما علاقة الكفيل العيني بالدائن غير مباشرة وتوصف تلك العلاقة بالتبعية القائمة على المديونية دون المسؤولية، ويترتب على ذلك ان للكفيل العيني ان يشترط الرجوع على اموال المدين اولاً ولا يكون للراهن ذلك، كما ان له حق التقسيم مع بقية الكفلاء في حال لم يكن متضامن وحتى لو كان كذلك فأن هذا لا يحرمه من حق الرجوع على المدين وباقي الكفلاء لأنه في النهاية كفيل وليس مدين[١٨].

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

ثانياً: الكفالة الشخصية

يضمن كل كفيل شخصي الدين المكفول بجميع ذمته المالية، حيث ينشأ التزام شخصي على ذمة كل واحداً منهم باعتباره مديناً احتياطياً[١٩].

وتشمل الذمة المالية لكل كفيل مجموع ما للشخص من حقوق موجودة وقت ابرام الكفالة او قد توجد والتزامات ناشئة او قد تنشأ، من ثم فأن رجوع الدائن على الكفلاء يكون بجميع الذمم المالية لهم، حيث يكون له اللجوء الى التنفيذ الجبري عليها عند حلول الآجل وعدم استيفاء الدائن دينه من المدين الاصلي، اما القواعد التي يكون للدائن الرجوع بموجبها على كل كفيل فهي القواعد العامة المتعلقة بالتنفيذ الجبري على المدين[٢٠].

المبحث الثاني
الدفوع التي يتمسك بها الكفلاء عند الرجوع

إذا كان للدائن حق الرجوع على الكفلاء بموجب عقد الكفالة الذي التزموا به بإرادتهم، فأن القوانين محل المقارنة كفلت لهم بالمقابل دفوعاً تمكنهم من التخلص من التزامهم بدفع الدين المضمون في حالات معينة وتصنف هذه

الدفوع الى فئتين منها ما يستمد من الالتزام الاصلي المكفول ومنها ما يوفره عقد الكفالة المبرم بينهم وبين الدائن، ولأجل معرفة هذه الدفوع والاحكام المتعلقة بالتمسك بها سنقسم الدراسة في هذا المبحث على مطلبين الاول لبحث الدفوع الناشئة عن الالتزام الاصلي، اما المطلب الثاني فسيكون للدفوع الناشئة عن عقد الكفالة.

المطلب الاول

الدفوع الناشئة عن الالتزام الاصلي

لما كان عقد الكفالة عقداً تابعاً للالتزام الاصلي للمدين المكفول فانه يتأثر به حتماً، صحةً وبطلاناً، وجوداً وعدماً، ويترتب على ذلك ان لكل كفيل الحق في التمسك بالدفوع المتعلقة بالالتزام الاصلي والتي اما ان ترجع الى تقرير وقوعه باطلا من الاساس، او انه موقوف والسعي الى التمسك بالأسباب التي جعلته موقوفا لتقرير بطلانه او ان يثبت انقضائه وبراءة ذمة المدين، وبالتالي براءة ذمتهم- الكفلاء- بالتبعية ايضاً[٢١].

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

أولاً: الدفوع المتعلقة بصحة الالتزام ونفاذة

يعد الالتزام الاصلي الذي يبرم بمناسبته عقد الكفالة في الغالب يكون مصدره عقد كسائر العقود الاخرى وتطبق عليه الاحكام المتعلقة بالصحة والبطلان[٢٢].

وبالرجوع للقواعد العامة في القوانين المدنية فأن متى ما توافرت اركان العقد وهي التراضي والمحل والسبب إضافة الى الشكلية في العقود الشكلية انعقد العقد صحيحاً ورتب اثره، حيث يكون العقد صحيحاً نافذاً متى ما كان صادراً من اهله مضافاً الى محله قابل لحكمه[٢٣].

اما في حال تخلف احد اركان العقد فأن العقد يعد باطلاً[٢٤].

اي لا وجود له قانوناً بسبب اختلال تكوينه، والبطلان مرتبط بفكرة مخالفة القانون حيث يعد نتيجة لمخالفة قواعده[٢٥].

فالعقد الذي لم تراعَ فيه قواعد القانون لا ينتج اثراً قانونياً ولا ينشأ عنه حق او التزام. وان الخوض في مسائل الصحة والبطلان يطول ولا مجال لبحثه تفصيلاً هنا وبقدر تعلق الموضوع بالدفوع التي يكون للكفلاء التمسك بها في حال بطلان التصرف بين الدائن والمدين نقول انه متى ما قضي بالبطلان، فأن الاثر المترتب عليه لا يقتصر على العلاقة فيما بين المتعاقدين فحسب، بل يمتد الى الغير، ولما كان الكفلاء من الغير بالنسبة للرابطة المباشرة بين الدائن والمدين والذي ابرمت الكفالة ضماناً لها، فأن لكل كفيل التمسك بهذا البطلان في مواجهة الدائن، فللبطلان اثر مطلق يستطيع من له مصلحة التمسك به[٢٦].

ومتى ما أثبت الكفيل بطلان الالتزام الاصلي فأن التزامه بموجب الكفالة يبطل هو الآخر وتبرء ذمته منها[٢٧].

ثانياً: الدفوع الناشئة عن انقضاء الالتزام

لما كان التزام كل كفيل هو ضمان التزام المدين الاصلي، فأن القواعد العامة تقضي بأن التابع يتبع المتبوع[٢٨].

ولذا ان كل ما يؤدي الى انقضاء الالتزام الاصلي يؤدي ايضا الى انقضاء الالتزام التابع له،

ولما كان عقد الكفالة عقدا تابعاً للالتزام الاصلي ويدور معه وجوداً وعدماً، فان كل ما يؤدي الى انقضاء التزام المدين الاصلي يؤدي الى انقضاء التزام الكفيل تبعا له[٢٩].

وبالتالي يكون لهذا الاخير ان يدفع بهذا الانقضاء في مواجهة الدائن عند توافر اي سبب من اسبابه سواء كان بالوفاء او ما يعادله او دون الوفاء[٣٠].

وبالرجوع للقواعد العامة وبالنسبة للوفاء، فقد يحدث ان يقوم المدين الاصلي بالوفاء ومتى ما كان وفاءه صحيحاً[٣١].

فأنه يكون مبرأ لذمة المدين الموفي والكفلاء الضامنين لذلك الدين، ويكون لهم التمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن في حال المطالبة اما بالنسبة لانقضاء الدين بما يعادل الوفاء او الانقضاء بدون الوفاء، فسنستعرضها بشيء من الإيجاز وبقدر تعلق الموضوع بمسألة جواز التمسك بهذه الدفوع من قبل الكفلاء، وعلى النحو الآتي:

الوفاء بمقابل: إذا كان الاصل ان يقوم المدين بالوفاء بعين ما التزم به[٣٢].

الا ان قبول الدائن استيفاء شيء اخر من المدين ينقضي الدين به وتبرأ ذمة المدين عن طريق الوفاء بالمقابل[٣٣].

وانقضاء الالتزام بالنسبة للمدين لا يبرأ ذمته فحسب وانما ينقضي تبعاً لذلك التزام الكفلاء الضامنين للدين الموفى به.

التجديد والإنابة: يترتب على تجديد الالتزام انقضاء الالتزام الاصلي وهو الالتزام المكفول، ويترتب على ذلك سقوط التأمينات المقدمة ضماناً للوفاء به[٣٤].

وبالتالي يكون لكل كفيل التمسك بهذا الدفع حتى لو اتفق كلٌ من الدائن والمدين على تجديد الكفالة[٣٥].

لان الكفلاء رضوا كفالة دين بذاته ولا ينبغي ان يلزم الكفيل بضمان دين غيره الا برضا جديد من قبل الكفلاء[٣٦].

المقاصة: اذا كان المدين المكفول دائن للدائن وتوفرت الشروط القانونية في المقاصة[٣٧].

فأن ذلك يؤدي الى سقوط الدين الاصلي متى ما تمسك من لهم مصلحة بذلك[٣٨].

اتحاد الذمة: ينقضي التزام المدين الاصلي متى ما اجتمعت فيه صفة الدائن والمدين[٣٩].

ويترتب على انقضاء الالتزام الاصلي ان يكون للكفلاء التمسك بهذا الدفع لانقضاء التزامهم تبعاً لذلك، ونصت المادة (١٣٠١) من القانون المدني الفرنسي على ذلك صراحةً على (ان اتحاد الذمة الذي يحصل في شخص المدين الاصلي يفيد كفلاءه)[٤٠].

الابراء: متى ابرأ الدائن مدينه[٤١]. ترتب على ذلك انتهاء التزام الكفلاء وكان لهم التمسك بذلك في مواجهة الدائن[٤٢].

ونصت المادة (١٢٨٧) من القانون المدني الفرنسي على: (ان الابراء او الاعفاء الاتفاقي المعطى للمدين الأصلي يحرر الكفلاء)[٤٣].

استحالة التنفيذ: إذا لم يكن المدين الاصلي سبباً في ان بات تنفيذ التزامه مستحيلاً[٤٤].

فإن للكفلاء التمسك بهذا الدفع في مواجهة الدائن لان التزامهم ينقضي بانقضاء التزام المدين المكفول من قبلهم.

التقادم: يجوز للكفلاء التمسك بعدم التزامهم التبعي في مواجهة الدائن عند تقادم دين مدينهم

الاصلي ولو كانت مدة تقادم دينهم لم تكتمل بعد، ولهم ذلك ولو لم يتمسك المدين بانقضاء التزامه بل ولو تنازل عن التمسك بحقه(٤٥).

المطلب الثاني
الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة

متى ما التزم الكفلاء بعقد او عقود كفالة وترتب الدين في ذمة المدين المكفول، فلا يمكن لأي كفيل منهم ان يبرأ نفسه من الالتزام الذي الزم به نفسه وهو ضمان الدين(٤٦).

إلا ان عقد الكفالة وكأي عقد يخضع للقواعد العامة فيما يتعلق بمسائل الصحة والبطلان والتي يمكن بناءً عليها ان تنشأ دفوع يمكن لكل كفيل التمسك بها في مواجهة الدائن، أضف الى ذلك ان المركز القانوني للكفيل يجعل منه مديناً احتياطياً(٤٧).

وقد نظم القانون ذلك بأن جعل له دفوعاً منها ما يتناسب مع مركزه امام الدائن ومنها ما يتعلق الإجراءات المتخذة من قبل الدائن في مواجهة الكفيل، ولأجل ذلك سنقسم الدفوع الناشئة عن عقد الكفالة الى مجموعتين وعلى النحو الآتي:

أولاً: الدفوع المبنية على تقصير الدائن

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

الدفع بإضاعة التأمينات بخطأ الدائن: يلتزم الدائن في مواجهة الكفيل بالمحافظة على التأمينات الضامنة للدين المكفول اتفاقية كانت ام قانونية وان تقررت بعد الكفالة(٤٨)، وقد أثير خلاف حول الاساس الذي يبنى عليه هذا الدفع، فهناك من يذهب(٤٩).

الى ان الاساس الذي يبنى عليه هذا الدفع هو ان عقد الكفالة ملزم لجانبين، وان التزام الدائن فيه هو المحافظة على التأمينات الضامنة للدين كي يتمكن الكفيل من الحلول محله في مواجهة المدين الاصلي واستيفاء حقه، في حين هناك من يذهب(٥٠).

الى ان اساس هذا الدفع هو ان الكفالة عملية قانونية بين ثلاث اطراف هم الدائن والمدين والكفيل، وحيث ان من الثابت عدم جواز قيام اي طرف بالإساءة الى المركز القانوني للأطراف البقية، وكما هو الحال بعدم جواز إساءة الكفيل للمركز القانوني للدائن فليس لهذا الاخير الإساءة للمركز القانوني للكفيل بإضاعة التأمينات التي تمكنه من استيفاء حقه منها مما يتسبب برجوعه على الكفلاء، وهناك من يذهب(٥١).

الى ان الاساس لهذا الدفع هو جزاء للدائن وتوفير الضمان الاكبر للكفيل بغية استرجاع حقه، حيث ان إضاعة التأمينات بخطأ الدائن يضر بالكفلاء من ثم ان له حق التمسك بهذا الدفع جزاءً لخطئه الدفع بعدم اتخاذ الاجراءات المقررة قانوناً في مواجهة المدين او التأخر فيها للكفلاء التمسك بالدفع في مواجهة الدائن، في حال لم يتخذ الإجراءات التي الزمه فيها القانون لاستيفاء حقه من مدينه(٥٢).

وقد يحدث ان يتقاعس الدائن في المباشرة بإجراءات مدينه، وفي حال تأخر الدائن بمطالبة مدينه عند حلول أجل الدين يكون للكفلاء إنذار الدائن بضرورة اتخاذ اجراءات استيفاء حقه(٥٣).

فإن لم يتخذ بالرغم من إنذاره تلك الاجراءات كان للكفلاء التمسك بهذا الدفع خلال مدة لا تقل عن شهر بعد إنذاره(٥٤).

الدفع بعدم تقدم الدائن في تفليسة المدين لما كان التزام الكفلاء التزام ثانوي حيث يتمتعون بمركز المتبرع الضامن لوفاء المدين المكفول لمصلحة الدائن، فأن القوانين تسعى الى حماية الكفلاء قدر الامكان، وفي حال كان المدين تاجراً وتعرض للإفلاس فأن ذلك يرتب اثراً مهما يتمثل بغل يده عن إدارة امواله والتصرف فيها(٥٥).

ويؤدي هذا الافلاس الى سقوط آجال الديون التي بذمته، الامر الذي يتيح لدائنيه المطالبة بديونهم الحالة والمؤجلة منها واتخاذ الاجراءات امام امين التفليسة(٥٦).

وعليه فأن عدم التزام الدائن بذلك يؤدي الى ان يكون للكفلاء الحق بالتمسك بهذا الدفع في مواجهته.

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

التجريد: ان التزام الكفلاء بدفع الدين لمصلحة المدين المكفول معلق على عدم قيام هذا الاخير الوفاء بالدين(٥٧).

وبالتالي فأن على الدائن الرجوع على المدين الاصلي اولاً(٥٨).

ويطلق على هذا الدفع اسم الدفع بالتجريد والذي يعرف بأنه: " حق الكفيل بأن يطالب الدائن ان ينفذ على اموال المدين الاصلي اولاً قبل البدء بالتنفيذ على اموال الكفيل وبناءً على توافر شروط معينة"(٥٩).

والحكمة من تقرير هذا الدفع واضحة حيث انه لطالما يوجد لدى المدين اموالاً كافية لسداد الدين فلا حاجة الى الرجوع على الكفيل لمطالبته بالدين لا سيما وان التزامه كما بينا التزام تبعي(٦٠).

الدفع بالتقسيم: تقضي القواعد العامة في الكفالة بأنه إذا كفل المدين كفيل واحد وبدين واحد، فأن للدائن الرجوع على الكفيل بكل الدين، الا انه في حال تعدد الكفلاء – موضوع الدراسة- لدين واحد وفي عقد واحد او في عقود متوالية مع اشتراط التقسيم فيكون لكل كفيل ان يدفع في مواجهة الدائن بوجوب الرجوع على بقية الكفلاء كلٌ بمقدار الدين الذي كفله وان لا يدفع الا بالقدر الذي كفله هو(٦١).

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

ان اعسار احد الكفلاء يتحمله الدائن ما لم يتنازل الكفلاء عن هذا الحق(٦٢).

تقسم حينها حصة الكفيل المعسر بينهم في كلٌ من القانون المصري والعراقي، اما بالنسبة للقانون الفرنسي فأنه موقفه جاء مخالفاً كما بينا(٦٣).

ليس للدائن ان يطالب كل كفيل الا بقدر حصته من الدين، وذلك وفقاً للتحديد المسبق

لحصة كل منهم اما في حال عدم التحديد فيكون التقسيم بالتساوي فيما بينهم[٦٤].

لما كان هذا الدفع من النظام العام فهو يقع بقوة القانون ويمكن التمسك به في اي مرحلة من مراحل الدعوى كما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها[٦٥].

الخاتمة

وإذْ نصل إلى نهاية المطاف في دراستنا الموسومة احكام رجوع الكفلاء المتعددين – دراسة مقارنة – يتوجب علينا أن نذكر ما استخلصناه من نتائج وما توصلنا إليه من مقترحات، وعلى النحو الآتي:

اولاً: النتائج

ان تعدد الكفلاء يجعل للدائن مجموعة من الذمم المالية والاموال تضم الى الذمة المالية لمدينه الأصلي وهذا ما يزيد حظوظه في استيفاء الدين ويقلل من خطر إعسار المدين الاصلي او حتى احد الكفلاء، الامر الذي يجعل من التعدد أداة أكثر ائتمانا مقارنة بالكفالة بصورتها البسيطة. لما كان الكفلاء الضامنون لوفاء الدين مدينين احتياطيين وقد تبرعوا في الغالب لضمان دين الشخص المكفول فقد حاولت التشريعات محل المقارنة ان توازن بين اطراف عقد الكفالة وان كانت تميل لجانب الدائن اكثر على اعتبار ان عقد الكفالة وجد لتوفير الامان للدائن وتعزيز الائتمان له، ولا يتحقق ذلك دون ان تكون هناك ضمانات لاستيفاء الدين يراعى فيها الدائن على حساب الكفلاء، الا ان القوانين محل المقارنة ومن منطلق الموازنة نظمت الرجوع بأحكام تسمح للكفلاء المحافظة على حقوقهم، ومن القواعد التي كرست ذلك ما هو متعلق بالدفوع التي يكون لكل كفيل التمسك بها في مواجهة الدائن والتي قد تخلصه من التزام الوفاء بالدين وتختلف هذه الدفوع بحسب مصدرها، فمنها ما هو مستمد من الدين المكفول ومنها ما يرجع الى عقد الكفالة الذي ضمن بموجبه الكفلاء الدين.

ثانيًا: المقترحات

١. لما كانت مسألة تقسيم الدين بين الكفيل الشخصي والعيني محل خلاف فقهي بين مؤيد ومعارض وذلك لعمومية نص المادة (١٠٢٤)، ندعوا المشرع العراقي الى النص صراحة على الحق في التقسيم بين الكفلاء بصرف النظر عن نوع الكفالة المقدمة من كل كفيل، وذلك بتعديل نص المادة اعلاه ليكون بالشكل الآتي: (إذا تعدد الكفلاء، فأن كان كل منهم قد كفل الدين على حدة بعقد مستقل طولب كل منهم بجميع الدين وان كانوا قد كفلوا معاً في عقد واحد قسم الدين بينهم وطولب كل منهم بحصته، سواء كانت الكفالة المقدمة من كل كفيل شخصية او عينية او الاثنين معاً، الا اذا كانوا قد كفلوا متضامنين فيما بينهم، ويفترض عدم التضامن ما بين الكفلاء ما لم يتم الاتفاق عليه صراحة).

٢. تحقيقاً للتوازن بين المصالح المتضاربة لكل من الدائن والكفلاء، ندعوا المشرع العراقي الى النص صراحةً على عدم إمكانية التمسك بنقص اهلية المدين كدفع في مواجهة الدائن عند العلم بذلك وقت التعاقد ويكون النص على النحو الآتي: (للكفيل ان يدفع في مواجهة الدائن بكل اشكال الدفوع المتعلقة بالمدين الاصلي حتى لو تعلق بنقص الاهلية ما لم يكن عالماً به وقت الكفالة).

الهوامش

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(١٣) تنص المادة (٢٩٥) من القانون المدني العراقي على: (يسقط حق المدين في الاجل:

أ- إذا حكم بإفلاسه.

ب- إذا اضعف بفعله الى حد كبير ما اعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هذا التأمين قد اعطى بعقد= لاحق او بمقتضى القانون، هذا ما لم يختر الدائن ان يطالبه بتكملة التأمين، اما إذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه فأن الاجل يسقط ما لم يوقف المدين هذا السقوط بان يقدم للدائن ما يكمل التأمين).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

([4]) Christian LA Poyades Champs، Droit des obligations ellipses، paris، 1998، p290.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(٦٥) د. صابر محمد محمد٠ سيد، رجوع الدائن على الكفيل، مصدر سابق، ص٢٧٠.

قائمة المصدر

أولاً: الكتب القانونية

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

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

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

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

٥. درع حماد عبد، النظرية العامة للالتزامات، القسم الاول (مصادر الالتزام)، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.
٦. سعد احمد محمود، عقد الكفالة (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
٧. سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية (القسم المدني)، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦.
٨. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد٣، في العقود المسماة (عقد الكفالة)، ط٣، دون دار، ١٩٩٤.
٩. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦.
١٠. شريف مكرم، التوقف عن الدفع واثره على حقوق دائني المفلس في ضوء قانون التجارة، ط١، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٥
١١. د. صلاح الدين الناهي، شرح القانون التجاري العراقي، الافلاس والتسوية القضائية، بلا دار طبع. بغداد، ١٩٨٤.
١٢. د. عزيز العكيلي، احكام الافلاس والصلح الواقي، ج٣، ط٤، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١.
١٣. علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، القسم الثاني، الكفالة، منشورات معهد البحوث والدراسات، ١٩٧٣، ص٦٥.
١٤. عبد الحكيم رابحي، مهلة الوفاء بين النص والتطبيق، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٩.
١٥. د. عامر محمود الكسواني، احكام الالتزام- آثار الحق في القانون المدني (دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن، ٢٠٠٨.
١٦. د. محمد اسماعيل ابو الريش، اركان عقد الكفالة، ط١، مطبعة الامانة، مصر، ١٩٩٨.
١٧. د. محمد ابراهيم مورسي، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، ج١، دار الثقافة والنشر، المملكة العربية السعودية، ١٩٩١.
١٨. د. محمد نجيب عوضين المغربي، آثار الرهن للدائن المرتهن في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
١٩. د. مصطفى احمد زرقاء، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، ج٢، المدخل الفقهي العام، ط١٠، دار الفكر، بيروت-لبنان، ١٩٦٨.

٢٠. موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج٩، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.

٢١. نزيه نعيم شلالا، دعاوى الكفالة والكفيل والمكفول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٠.

ثانيًا :الأطاريح والرسائل

١. ابو بكر محمد علي، رجوع الدائن على الكفيل بين الجمود والتطوير، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة الفاتح، ٢٠١٠.

٢. احمد محمد زياد فيصل شرف، الدفع بالتجريد في عقد الكفالة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١٢.

٣. احمد علي يوسف قوقزة، شهر الافلاس واثره على المدين المفلس، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية، لبنان، ٢٠٠٨.

٤. اميرة علي شريف، الالتزامات التي تنشأ بالإرادة المنفردة في الجعالة- الكفالة- الإبراء، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعة والقانون، جامعة ام درمان.

٥. أوس محمد فهمي جرار، الاحكام القانونية لرجوع الدائن على الكفيل في الكفالة بالمال، دراسة مقارنة بالقانون المدني الاردني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة اليرموك، ٢٠١٤.

٦. حسين بلعيد عبد السلام الحربي، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠٢١.

٧. سعيد علي الغامدي، احكام الضمان الشخصي، دراسة قانونية للكفالة في النظام السعودي مقارنة بالفقه الاسلامي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الادارة والاقتصاد، جامعة ام القرى، ٢٠٠١.

٨. عبد الله برجس محمد، التضامن بين المدينين وفقاً لأحكام القانون المدني الاردني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ١٩٩٧.

٩. مريم عبد طارش، التنظيم القانوني لحق التجريد في عقد الكفالة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٤.

ثالثًا: البحوث والمقالات

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

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

٣. عبد السلام بن محمد شويعر، عقد الكفالة وتطبيقاته الحديثة، بحث منشور في مجلة العدل، عدد٤٣، دون مجلد وسنة النشر.

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