المركز القانوني لكفيل الكفيل (المصدق) في القانون العراقي

(دراسة مقارنة)

د. راقية عبدالجبار علي
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية القانون/جامعة بغداد

Abstract

Ensure authority, contract whereby a person ensure that the implementation of the commitment to the creditor undertakes to fulfill this obligation if he does not do the original debtor and the guarantor of the debt, which he took to ensure his commitment. z

Valmsedk, the second is the guarantor of the debt after the sponsor, the subject of his commitment

Do not focus on ensuring the religion of the debtor, but the focus is on ensuring the commitment of the sponsor.

It is here to be a creditor of three people responsible for one religion they are all of the debtor – the sponsor – authority.

This research deals with the legal status of certified, by definition Palmsedk statement and conditions that should be considered in relation to the creditor.

And defenses, which has the right to stick it out to pay the creditor's claim his religion.

ملخص البحث:

كفالة المصدق، عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفِ به المدين الأصلي للدين والكفيل الذي تولى ضمان التزامه.

فالمصدق، يعد الضامن الثاني للدين بعد الكفيل، إذ أن موضوع التزامه

لا ينصب على ضمان دين المدين، وإنما ينصب على ضمان التزام الكفيل.

ومن هنا يكون للدائن ثلاثة أشخاص مسؤولين عن دين واحد وهم كل من: المدين، الكفيل، المصدق.

يتناول هذا البحث المركز القانوني للمصدق، من حيث التعريف بالمصدق وبيان الشروط الواجب توافره فيه وعلاقته بالدائن. والدفوع التي يستطيع التمسك بها لدفع مطالبة الدائن له بالدين.

المقدمة

تعد الكفالة إحدى التأمينات الشخصية التي تقوم على ضم ذمة إلى ذمة أخرى ضماناً للوفاء بالدين، وهي تختلف عن التأمينات العينية التي تقوم على تخصيص مال معين لضمان الوفاء بالدين فالكفالة إذاً تتمثل، في إنضمام شخص إلى المدين، هو الكفيل، يتعهد للدائن بأن يفي بالتزام المدين اذا اعسر هذا الأخير.

والكفيل على هذا النحو لايخصص أي مال خاص من أمواله لضمان الدين ولكنه يضع ذمته إلى جانب ذمة المدين – فبعد أن كان للدائن ضمان عام على أموال المدين، يصبح له ضمان عام أيضاً على الوعاء المالي لذمة الكفيل ويصبح له ضمان عام ثالث على الوعاء المالي لذمة المصدق إذا تولى هذا الأخير ضمان التزام الكفيل، فالتأمينات الشخصية (الكفالة) تتلخص، إذاً في تعدد الضمان العام للدائن، هذا التعدد لاشك يمنح الدائن فرصة أكبر لاستيفاء حقه، فإذا كان المدين الأصلي معسراً فقد يجد الدائن ضالته في التنفيذ على ذمة الكفيل فان كان معسراً هو الآخر، لم يبق أمامه غير المصدق للتنفيذ على أمواله.

يتناول موضوع بحثنا المركز القانوني (للمصدق)[1]، من حيث التعريف به وبيان مدى مسؤوليته عن دين المدين الأصلي والدفوع التي يستطيع التمسك بها في مواجهة الدائن. فكفالة المصدق هي نوع خاص من الكفالة لايقوم على ضمان دين المدين وانما يقوم على ضمان التزام الكفيل بالدين. فالدائن يضمن دينه شخصان هما الكفيل والمصدق الذي يعد كفيلا للكفيل، ويسأل عن الدين ثلاثة أشخاص هم: المدين الأصلي، الكفيل، المصدق. فهل يكون المصدق في منزلة المدين أم الكفيل؟ ام انه ينفرد بمركز قانوني خاص؟

تنص المادة (١٠٣٩) من القانون المدني العراقي على أنه ((الكفيل الذي يكفل الكفيل للدائن يعتبر في علاقته بالدائن كفيلاً للكفيل وفي علاقته بالكفيل، كما لو كان هذا الكفيل مدينا أصلياً بالنسبة له)). يفهم من هذا النص بأن (المصدق) يعد بمنزلة المدين بالنسبة للكفيل الذي يضمن التزامه، بينما يعد في علاقته بالدائن (كفيلاً) للكفيل الأصلي.

بيد ان الأمر ليس بهذه البساطة التي نتصورها حيث يتولى المصدق من حيث الواقع ضمان دين المدين الأصلي، ويتأثر بالتزام هذا الأخير لأن التزامه والتزام الكفيل قائمان على ضمان دين واحد، فلا يمكن اعتباره أجنبيا عن المدين، طالما أنه يتولى ضمان دين لا يعود بالفائدة إلا على المدين الأصلي. لهذا فأنه يتأثر بإعسار المدين الأصلي أو إفلاسه أو تهريبه لأموال أو هروبه، كما يتأثر ايضاً بتحقق هذه الأمور بالنسبة للكفيل الأصلي.

من هنا تبرز أهمية موضوع بحثنا، حيث لم يتولى المشرع العراقي وكذلك القوانين العربية، بيان حقوق المصدق والتزاماته والدفوع التي يحق له التمسك بها عند مطالبة الدائن له بالوفاء بالدين.

إضافة لذلك فان مكتباتنا العربية والعراقية تفتقر الى الأبحاث أو الدراسات المتخصصة لالتزام المصدق، حيث لم يحظى هذا الموضوع باهتمام الفقهاء وشراح القانون المدني، حتى إن العلامة المرحوم عبدالرزاق السنهوري لم يتطرق له في مؤلفه (الوسيط) الا في اقل من صفحة واحدة. ولأهمية الموضوع فقد أوليته بالبحث.

تناولت الموضوع ضمن ثلاثة مباحث. المبحث الأول: التعريف بالمصدق وبيان الشروط الواجب توافرها فيه، والمبحث الثاني: علاقة الدائن بالمصدق. أما المبحث الثالث: فيتناول الدفوع التي يمتلكها المصدق في مواجهة الدائن. وأخيراً "الخاتمة التي تضم اهم النتائج والتوصيات.

خطة البحث:

- المقدمة.
- المبحث الأول: (التعريف بالمصدق وبيان الشروط الواجب توافرها فيه).
  - oالمطلب الأول: التعريف بالمصدق.
  - oالمطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في المصدق.
- المبحث الثاني: علاقة الدائن بالمصدق.
  - oالمطلب الاول: مطالبة الدائن للمصدق.
- الفرع الأول: حلول الأجل بالنسبة للمصدق.
- اثر سقوط اجل الدين الأصلي على التزام المصدق:

- الفرع الثاني: اثر سقوط اجل الدين الأصلي على التزام المصدق.
  - المطلب الثاني: سبق الرجوع على المدين الأصلي والكفيل.
- المبحث الثالث: الدفوع التي يمتلكها المصدق في مواجهة الدائن.
  - المطلب الأول: الدفوع الخاصة بالمدين والكفيل المضمون.
  - المطلب الثاني: الدفوع الخاصة بالمصدق.
- الفرع الأول: ضياع التأمينات.
- الفرع الثاني – الدفع بالتجريد.
- الخاتمة.
- النتائج.
- التوصيات.
- قائمة المراجع.

المبحث الأول
التعريف بالمصدق وبيان الشروط الواجب توافرها فيه

للتعريف بالمصدق وبيان الشروط الواجب توافرها فيه سوف نتناول التعريف بالمصدق في مطلبٍ أولٍ والشروط الواجب توافرها فيه في مطلبٍ ثانٍ وعلى النحو التالي:

المطلب الأول
التعريف بالمصدق

لم يتولى المشرع العراقي التعريف بالمصدق عند تنظيمه لعقد الكفالة. ولهذا فقد تولى الفقه التعريف بالمصدق بانه الشخص الذي يكفل الكفيل، لذا فهو كفيل الكفيل[٢]، والمصدق يكفل التزام الكفيل دون التزام المدين أي أنه يكفل الالتزام التابع وليس الالتزام الأصلي، يلتزم بوفاء التزام الكفيل وليس التزام المدين الأصلي.

ويعد التزام المصدق التزاماً تابعاً لالتزام الكفيل[٣]، وبالتالي فهو المسؤول الثاني في مواجهة الدائن، حيث يأتي من حيث المسؤولية بعد الكفيل الأصلي.

وكفالة الكفيل (المصدق) لاتفترض، فإذا تقدم شخصان للكفالة فيجب اعتبار كل منهما كفيلاً عن المدين ولايعد أحدهما كفيلاً عن الآخر، وكفيل الكفيل يعتبر كفيلاً في علاقته بالكفيل الأول فتسري في العلاقة بينهما أحكام الكفالة[٤].

وتنعقد كفالة المصدق بإيجاب منه ولا تحتاج لقبول من المضمون (الكفيل الأصلي) أو قبول المدين الأصلي للدين، بل يكفي قبول الدائن بها. ولكن لا تنعقد كفالة المصدق بألفاظ الوعد، كأن يقول أنا أؤدي هذ الدين عنه أو معه، وأنا سأدفع الثمن أو إن لم يعطك دينك، انا أعطيك هذا الدين بل تنعقد بالألفاظ الدالة على التزام الحق عرفاً[٥].

أما خصائص كفالة المصدق فهي كالآتي:

أولاً: كفالة المصدق، عقد بين الدائن والمصدق (الكفيل الثاني)[٦]، أما المدين والكفيل الأصلي فهما ليسا طرفاً في عقد المصدق. ولكن قد يوجد عقد آخر بين الكفيل الأصلي والدائن يتعهد فيه الكفيل الأصلي بتقديم المصدق أو يكون العقد بين المدين والدائن يتعهد فيه المدين بتقديم كفيل آخر يضمن التزام الكفيل الأصلي.

على أية حال يجب أن تتوافر في عقد الكفالة، الأركان العامة وأن يكون الرضا خالياً من عيوب الأرادة.

ثانياً: كفالة المصدق، عقد رضائي، حيث لم يشترط القانون فيه شكلاً معيناً.

ثالثاً: كفالة المصدق عقد تابع، يرتبط بحق شخصي يضمنه فهو يتبع التزام الكفيل الأصلي وجوداً أو عدماً وصحة وبطلاناً.

رابعاً: كفالة المصدق، عقد تبرعي، لأن المصدق عادة ما يقدم كفالته تبرعاً للكفيل الأصلي، أما الدائن فلا تعتبر كفالة المصدق بالنسبة له تبرعية بل معاوضة، لأنه قدم الدين مقابل حصوله على الكفالة.

خامساً: كفالة المصدق عقد ملزم لجانب واحد، وهذا هو شأن العقود التبرعية لأن المتبرع فيها هو الملتزم. أما الطرف الآخر فهو يستفيد من الكفالة

دون أن يقدم شيئاً للمصدق. ولكن إذا كان المصدق يتقاضى أجراً من الدائن (كما هو الحال في المسائل التجارية) فأن كفالة المصدق تصبح عقد معاوضة ملزم للجانبين.

ونتيجة للصفة التبرعية تعتبر كفالة المصدق مدنية ولو كان الالتزام تجارياً أو كان المصدق تاجراً. ولكن كفالة الالتزام المصرفي عمل تجاري يستحق المصدق عليه أجراً[٧].

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها في المصدق

لصحة التزام المصدق، لابد من شروط يجب توافرها فيه وهذه الشروط تتمثل بالآتي: أولاً: يجب أن يكون المصدق موسراً. ثانياً: الإقامة في العراق. ثالثاً: وجوب أن يكون للمصدق أهلية إبرام العقد. لذا سوف نتولى بحث هذه الشروط بشيءٍ من التفصيل وبالشكل التالي:

الشرط الأول: يجب أن يكون المصدق موسراً

كفالة المصدق لن تحقق الغاية المرجوة منها إذا كان المصدق الذي قدمه الكفيل غير موسر، حيث إن ذلك يعني عدم القدرة على الوفاء بالالتزام الذي قام بضمانه إذا اقتضت الحالة ذلك. والمتفق عليه ان تقدير اليسار مسألة يستقل بها قاضي الموضوع بعد تحديده لحقوق المصدق ومدى ما يحمله من تكاليف وما يثقل عاتقه من التزامات واستبعاده لأمواله التي لا يجوز الحجز عليها.

ويكون المصدق موسراً إذا كانت لديه أموال عقارية أو منقولة تكفي للوفاء بالدين، فلا يهم نوع المال الذي يتملكه المصدق، منقولاً أو عقاراً طالما كان كافياً للوفاء بدين الدائن. وهذا الشرط ثابت في أغلب القوانين العربية[٨]، بخلاف القانون الفرنسي، والذي يشترط في مادته (٢٠١٩) مدني ان يكون مال الكفيل الذي يثبت يساره عقاراً لا منقولاً مالم يكن الدين المكفول دينا تجارياً أو ديناً زهيد القيمة[٩].

لم يشر المشرع العراقي صراحةً إلى هذا الشرط في القانون المدني عند تنظيمه لعقد الكفالة، إلا أن الفقه يجمع على اشتراطه[١٠].

وعبء إثبات يسار المصدق على الكفيل، ولايدخل هذا المصدق في المنازعة الخاصة بمدى اقتداره، بل يظل بعيداً عنها، وينحصر تقديم الدليل على يسار المصدق، على الكفيل الملتزم بتقديمه، فيثبت الكفيل إنَّ للمصدق أموالاً عقارية أو منقولة كافية للوفاء بالدين.

وللدائن من جهةٍ أخرى، ان ينازع في هذا الإثبات، بأن يقدم الدليل على ان هذه الأموال متنازع فيها أو بعيدة يسهل تهريبها أو إخفائها أو أنها مثقلة بحق عيني تبعي، فيستبعد هذا المال المثقل بهذا الضمان من نطاق الأموال التي ينظر إليها في تقدير يسار المصدق.

ويثير هذا الشرط بدوره تساؤلاً مهماً، وهو هل يكفي لصحة انعقاد كفالة المصدق أن يكون موسراً وقت انعقاد كفالته حتى ولو لم يتحقق هذا الشرط عند التنفيذ، بأن أصبح معسراً؟ أم أنه يشترط اليسار في المصدق أن يمتد إلى ما بعد انعقاد الكفالة، وحتى وقت الوفاء بالدين الذي كفله؟

يذهب الرأي الغالب في الفقه[١١] إلى أن اشتراط اليسار في المصدق إنما يرجع إلى وقت نشوء الكفالة، فإذا توافر هذا الشرط وقت انعقاد الكفالة، فأنها تنعقد صحيحة منتجة لآثارها القانونية من حيث جواز تنفيذ الدائن على أموال المصدق للوفاء بالدين.

فإذا جاء وقت التنفيذ ولم يكن المصدق موسراً، فليس أمام الدائن إلا التنفيذ على أموال الكفيل الأصلي والمدين.

يذهب بعض الفقه[١٢] إلى انه اذا اعسر المصدق فيجب على الكفيل تقديم تأميناً عينياً آخر (رهناً تأمينياً أو حيازياً) كافياً لضمان الدائن في استيفاء حقه، كما ان هذا التأمين العيني يعطي ضماناً أكثر للدائن في استيفاء حقه فلا يضار من عدم تنفيذ الكفيل لالتزامه بتقديم المصدق، وإذا نازع الدائن في كفاية التأمين العيني من عدم كفايته، فان تقدير هذا الأمر متروك لقاضي الموضوع بحسب سلطته التقديرية[١٣]. وقد يصار إلى تقديم مصدق آخر، إلا إذا كان الدائن قد اختار شخصاً معيناً لكفالة الكفيل. وتستثنى من ذلك حالة موت المصدق، حيث ان موته يختلف عن إعساره، ولهذا لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل بتقديم مصدق آخر.

في حين يرى البعض الآخر من الفقه، إلى أن مؤدى القواعد العامة، أن ينقضي التزام الكفيل بمجرد تقديمه لمصدقٍ موسر وقت إبرام الكفالة، ومن ثم فالأثر المترتب على إعسار المصدق، بعد إبرام الكفالة، يسقط أجل الدين المكفول به، حيث يمكن القول إن الكفيل لم يقدم للدائن ضماناً كافياً[١٤].

الشرط الثاني: الإقامة في بلد الكفيل

لم يشترط المشرع العراقي صراحةً هذا الشرط عند تنظيمه لعقد الكفالة، ولكنه شرط ثابت عرفاً، جرى العرف على اشتراطه في الكفيل والمصدق لأنه يحقق مصلحة للدائن باستيفاء دينه وييسر عليه المطالبة بالدين.

بيد أن أغلب التشريعات العربية نصت على اشتراطه في المصدق والكفيل، ومنها القانون المدني المصري في المادة (٧٧٤) منه، والقانون المدني البحريني[١٥] والكويتي[١٦].

بخلاف القانون الفرنسي الذي يشترط ان يكون كلاً من المصدق والكفيل مقيماً في نفس موطن المدين، حتى لا يتحمل الدائن إجراءات مقاضاة المصدق خارج هذا الموطن[١٧] ولا يشترط أن يكون المصدق والكفيل وطنيا الجنسية بل يمكن أن يكونا أجنبيين مادام لهما موطن في العراق.

ويذهب جانب آخر من الفقه[١٨]، إلى أن شرط الإقامة في المصدق والكفيل، يجب أن يفسر بقدر الحكمة التي تملي وجوده، فحكمة تطلبه تكمن في تيسير الإجراءات قبل الدائن عند مخاطبته بالوفاء بالدين الذي كفله، ولهذا نتفق معهم في الرأي ومع الاتجاه القائل بأتباع التفسير الضيق بصدده ويعتبر متوافراً لمجرد أن يكون المصدق موطن مختار في العراق يستطيع ان يعتمد الدائن عليه فيما ينشأ عن الكفالة من علاقات.

ويثار التساؤل هنا، حول الأثر المترتب على تغيير موطن المصدق بعد إبرامه لعقد الكفالة؟

يجيب الفقه[١٩] على هذا التساؤل بالقول، أنه ينبغي قياس حالة تغيير موطن الكفيل على حالة إعساره الطارئ حيث الزم الكفيل بتقديم مصدق آخر أو تأميني عيني (رهن تأميني أو حيازي) عن التزام المصدق الأصلي.

ثالثاً: أن يكون للمصدق الأهلية اللازمة لإبرام العقد:

لا يتضمن كل من القانون المدني العراقي والقانون المصري نصاً خاصاً بالأهلية في باب الكفالة، لذا فأنه يتعين الرجوع إلى احكام القواعد العامة في الأهلية الواردة في نظرية الالتزام، وبالتالي لا يشترط في المصدق أهلية خاصة بل يكفي ان يكون عاقلاً بالغاً سن الرشد وهو بحسب القانون المدني العراق الثامنة عشرة كاملة[٢٠]. وفي القانون المصري احدى وعشرون سنة كاملة[٢١]. وكذلك الحكم بالنسبة للمكفول له.

لذلك لا تصح كفالة المجنون ولا الصبي ولو كان تاجراً، كما لاتصح كفالة السفيه أو المعتوه. أما من حجر عليه لإفلاس فيصح ضمانه[٢٢].

ويشترط أيضاً أن يكون الكفيل من أهل التبرع وتصح الكفالة لمجنونٍ أو صبيٍ.

أما المكفول عنه (المدين الأصلي) فلا يشترط فيه أهلية ما فيجوز كفالة دين الصبي والمجنون[٢٣]. ولكن طالما أن هذا البحث يدور حول المصدق الذي يتولى كفالة الكفيل الأصلي، فلابد من اشتراط الأهلية في المكفول له وهو (الكفيل الأصلي) لأنه مشروطة فيه ابتداءً لصحة كفالته للمدين الأصلي.

بيد أن هناك رأياً آخر في الفقه[٢٤]، يذهب إلى التمييز بين الكفالة التبرعية والكفالة بأجر، فإذا كانت الكفالة تبرعية بلا أجر وهذا هو الأصل، يكون التزام الكفيل تبرعاً ويجب أن تتوافر فيه أهلية التصرفات الضارة به ضرراً محضاً، (أي بلوغ سن الرشد وإلا كان التزامه باطلاً. أما إذا كانت الكفالة بأجر فأنها تصبح من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر. فإذا ابرمها المميز انعقدت موقوفة على إجازة الولي أو الوصي أو على إجازته هو بعد بلوغه سن الرشد وأما الدائن فتكفي فيه أهلية التعاقد لأنه يستفيد من الكفالة التبرعية، وتلزم فيه أهلية التصرف إذا أعطى الكفيل أجراً عن كفالته، فإذا قبل الكفالة دائن مميز او سفيه أو ذا غفلة بدون أجر فهي تصرف نافع له نفعاً محضاً فتصح[٢٥] ولو كان ناقص الاهلية.

ولكن ما الحكم لو تغيرت أهلية المصدق بعد انعقاد الكفالة؟ حسسب تصورنا ان تغير أهلية المصدق بعد انعقاد الكفالة لا يؤثر في التزامه، لأن الأهلية إنما تستلزم عند انعقاد العقد لا بعد ذلك.

المبحث الثاني
علاقة الدائن بالمصدق

إن علاقة المصدق بالدائن لها شقان، الشق الأول، ويتمثل في مطالبة الدائن للمصدق بالدين في حالة عدم وفاء المدين والكفيل الأصلي له، والشق الثاني يتمثل في الحقوق التي يتمسك بها المصدق في مواجهة الدائن ويعبر عنها بالدفوع التي يدفع بها المصدق مطالبة الدائن له.

وسوف نتناول كل شق في مطلبٍ مستقل وبالشكل التالي:

المطلب الأول
مطالبة الدائن للمصدق

إن نطاق التزام المصدق يتحدد بعقد الكفالة وبالالتزام المكفول، وعلى ذلك فلا يحق للدائن مطالبة المصدق إلا في الوقت الذي يسمح به عقد الكفالة والالتزام المكفول.

فضلاً عن ذلك، يجب مراعاة ان التزام المصدق التزام تابع، يأتي في المرتبة الثالثة بعد التزام المدين الأصلي، والتزام الكفيل المضمون، ولذلك قرر القانون عدم ثبوت الحق للدائن في الرجوع على المصدق وحده إلا بعد رجوعه عل المدين ومن بعده الكفيل الأصيل، يخلص فيما تقدم أنه لايحق للدائن مطالبة المصدق الا بعد حلول الأجل بالنسبة له، وبعد سبق رجوعه على المدين الأصلي والكفيل. وسوف نتولى بحث هذين الشرطين وبالشكل التالي:

الفرع الأول
حلول الأجل بالنسبة للمصدق

ان المصدق يلتزم بمقتضى عقد الكفالة، وعلى ذلك فلايمكن مطالبته إلا في الوقت الذي يسمح به هذا العقد، فإذا نص في عقد الكفالة، على أن الكفيل لايلتزم بالوفاء إلا في أجل معين فلايمكن للدائن مطالبته قبل حلول هذا الأجل، ولو كان أجل الوفاء بالالتزام يحل قبل ذلك بالنسبة للمدين وللكفيل الأصلي.

والتزام المصدق يتحدد بالالتزام المكفول، فلايمكن أن يتجاوز حدود هذا الالتزام الأخير، أو أن يعقد شروط أقسى من شروطه، يترتب على ذلك أنه

لا يصح للدائن مطالبة المصدق بالوفاء إلا إذا كانت مطالبة المدين والكفيل الأصلي ممكنة، فإذا كان الأجل لم يحل بعد بالنسبة للمدين فلا يجوز مطالبة الكفيل الأصلي ومن ثم لا تجوز مطالبة المصدق. وإذا منح الدائن أو القاضي أجلاً جديداً للمدين أو الكفيل الأصلي، كان للمصدق أن يستفيد من هذا الأجل ولا يمكن إرغامه على الوفاء قبل حلوله. ومع ذلك فله ان يتمسك بالأجل القديم وأن يلزم الدائن بقبول الوفاء، إن كانت له في ذلك مصلحة. وإذا تنازل المدين أو الكفيل عن الأجل الممنوح لهما، فلا يضار المصدق بهذا التنازل، وله أن يتمسك بالأجل القديم[٢٦].

اثر سقوط أجل الدين الأصلي على التزام المصدق:

سبق أن بينا بأن المصدق ضامن لالتزام الكفيل لا التزام المدين الأصلي: فهو إذاً التزام تابع لالتزام الكفيل الأصلي وجوداً وعدماً وصحة وبطلاناً، إلا أنه مع ذلك قد يتأثر بالتغيرات الطارئة على التزام المدين الأصلي، تبعاً لتأثر الكفيل بهذه التغيرات، ومنها سقوط أجل الالتزام الأصلي بسبب إعسار المدين أو إفلاسه، أو إضعافه للتأمينات التي قدمها أو عدم تقديم التأمينات التي وعد بتقديمها فما هو الحكم في هذه الحالة؟

الواقع من الأمر أن الفقه لم يتفق بشأن هذه المسألة، فذهب رأي أول إلى أن سقوط أجل الدين الأصلي[٢٧]، يستتبع، سقوط اجل التزام الكفيل، تأسيسا على تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي، ومن ثم سقوط أجل التزام المصدق لتبعية هذا الأخير لإلتزام الكفيل الأصلي، وتأسيس ذلك على الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي اتجهت إلى ضمان الكفالة لإعسار المدين، بحيث ان سقوط أجل الدين بالنسبة للمدين الأصلي يولد للدائن الحق في الرجوع على الكفيل[٢٨] ومن ثم الرجوع على المصدق.

بينما يذهب رأي ثانٍ من الفقه، إلى القول بأن سقوط أجل الدين الأصلي

لا يترتب عليه سقوط أجل التزام الكفيل ومن ثم اجل التزام المصدق باعتباره كفيلاً للكفيل. تأسيساً على ان الإعسار الذي يضمنه المصدق إنما هو إعسار الكفيل

لا إعسار المدين وقت حلول الأجل المتفق عليه، ولأن المدين بعد الكفالة

لا يستطيع ان يسوئ مركز الكفيل، فكذلك الكفيل لا يستطيع أن يسوئ مركز المصدق بعد كفالته، وما دام الأجل المعطى للمصدق لم يسقط ولم يحل، فأنه يبقى قائماً، وعلى ذلك لا يستطيع الدائن أن يطالب المصدق بوفاء الدين إلا عند حلول الأجل المعطى له، فيبقى الأجل قائماً بالنسبة للمصدق ولو سقط عن المدين الأصلي والكفيل، ولا يستطيع الدائن مطالبته بالدين الذين ضمنه إلا عند حلوله[٢٩].

أما الرأي الثالث في الفقه، فهو الذي يذهب إلى القول بسقوط أجل التزام الكفيل والمصدق، إذا كان سقوط أجل التزام المدين لسببٍ لا يُعزى إليه، أي إذا كان إفلاسه أو إعساره أو اضعاف التأمينات لسسبب لا يد له فيه، على خلاف الحكم لو كان الإفلاس أو الإعسار أو ضعف التأمينات راجعاً لفعل المدين[٣٠].

أما الرأي عندنا، فهو وجوب تحليل الإرادات الأربع، من حيث التعرف على قصدها من الكفالة، فان كانت هذه الإرادات قد اتجهت إلى أن المصدق يلتزم بالوفاء بالدين المكفول وقت إبرام الكفالة، وبغض النظر عن قدرة المدين والكفيل على الوفاء بالدين أو عدم قدرتهما على ذلك، سواء أكان عدم القدرة في الوفاء بالنسبة للمدين أو الكفيل يرجع إلى إرادتهما، أو كان بسبب عدم الوفاء، منه يرجع إلى ظرف خارج عنهما. فإننا في ضوء هذه المعطيات نستطيع أن نقرر سقوط الأجل الممنوح للمدين يترتب عليه سقوط أجل التزام الكفيل ومن ثم سقوط أجل التزام المصدق، أما إذا كان دور المصدق لا يتعدى الصفة الاحتياطية، فأن للمصدق أن يتمسك بحلول أجله، لمطالبته بالوفاء بالتزامه ويمكننا التمييز بين هذين الفرضين من خلال الظروف التي نشأت فيها كفالة المصدق، فإذا كانت كفالة المصدق قد انعقدت في وقت معاصر أو سابق لنشأة الدين الأصلي فيمكن ان يستدل من ذلك أن الدائن لم يقبل اقراض المدين أو إنشاء علاقة قانونية معه تكون محصلتها ان المدين أصبح مديناً له، إلا إذا كان الكفيل والمصدق قد ضم ذمته المالية بجانب ذمة المدين للاستيثاق فيما كفل به، أي باعتباره ينزل للدائن نفس منزلة المدين. وفي هذه الفرضية يمكننا القول، بأن سقوط اجل الدين المكفول يترتب عليه سقوط الأجل الممنوح للكفيل ومن ثم للمصدق. اما الحالة الثانية فهي التي تفترض ان الدين المكفول قد نشأ وقدم المدين كفيلاً ومصدقاً له بعد نشأته، فحسب تصورنا ان إرادة الدائن لم تتجه إلى

وجود مصدق وكفيل ينزل منزلة المدين الأصلي، حيث انه من الواضح، ان نشأة الدين لا تتوقف على تقديم كفيل أو مصدق، وفي هذه الحالة يتمتع كل من الكفيل والمصدق بالأجل الممنوح له، ولا يترتب على سقوط أجل الدين الذي كفله سقوط اجل التزامه في مواجهة الدائن.

ويعتبر تطبيقاً لهذه الحالة، عندما يقدم الكفيل مصدقاً لضمان التزامه بعد نشأة الدين الأصلي بمدة، فالتزام المصدق في هذه الصورة يعد التزاماً تبعياً ولا يجوز المساواة بينه وبين التزام الكفيل[٣١].

الفرع الثاني

اثر الوفاة على اجل التزام المصدق

يمكننا القول ابتداء بأنه لا أثر لوفاة الدائن على أجل التزام الكفيل أو المصدق، حيث لا يسقط أجل الكفالة بوفاة الدائن (المكفول له) أياً كان نوعها ويحل الورثة محل الدائن في مواجهة الكفيل والمصدق، وبناءً عليه لايتأثر أجل الالتزام المكفول به بوفاة الدائن (المكفول له) ولكن يثار التساؤل هنا عن مدى تأثر المصدق بوفاة الكفيل أو المدين الأصلي؟

نجيب على هذا التساؤل بالقول، إذا مات المدين، سقط الأجل الممنوح للكفيل وأصبح التزامه حالاً واجب الوفاء فإذا لم تكن تركة المدين كافية لسداد الدين وجب السداد من امواله، فان كان معسراً وجب الرجوع على المصدق، عند حلول أجل التزامه، وذلك لأن اجل الدين المكفول يسقط بموت المدين ويصبح مستحق الأداء مالم يكن مضموناً بتأمينات عينية[٣٢].

أما إذا مات الكفيل، فإنه يسقط أجل التزامه ويصبح حالاً ومن ثم يسأل المصدق عن ذلك الدين تطبيقاً لنص المادة (٢٩٧) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٣٩) منه والتي جاء نصها الآتي: ((الكفيل الذي يكفل الكفيل للدائن يعتبر في علاقته بالدائن كفيلاً للكفيل وفي علاقته بالكفيل، كما لو كان هذا الكفيل مديناً أصلياً بالنسبة له)).

ولكن طالما إن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين، وان الكفالة قد انعقدت لضمان دين لا مصلحة له فيه في الغالب فان التزام المصدق يظل مؤجلاً طالما ان الأجل الممنوح للمدين الأصلي لم يحل بعد حتى ولو مات الكفيل الذي تولى المصدق ضمان التزامه تطبيقا لنص (١٠١٣) من القانون المدني العراقي التي

تنص على الآتي: ((١ – إذا كان الدين مؤجلاً على الأصيل، وكفل به احد تأجل على الكفيل أيضاً. ٢ – وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل وان اجله على الكفيل الأول يتأجل على الكفيل الثاني، ولا يتأجل على الأصيل)).

المطلب الثاني

سبق الرجوع على المدين الأصلي والكفيل

لا يكون للدائن مطالبة المصدق والرجوع عليه قبل مطالبة المدين الأصلي والكفيل، وهذا ما أكده المشرع المصري في المادة (٧٨٨) مدني والتي جاء نصها الآتي ((لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين))[٣٣]. ولكن لا يمنع من الرجوع عليهما معاً في وقتٍ واحد.

إلا أن المشرع العراقي قد جعل مطالبة الكفيل معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالدين وهذا ما تؤكده المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي بنصها الآتي: ((١ – يفرض في الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين مالم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط أو كان قد تضامن مع المدين)).

إذاً القاعدة[٣٤] هي أنه لا يجوز للدائن الرجوع على المصدق قبل رجوعه على الكفيل ولا يستطيع الرجوع على الكفيل قبل رجوعه على المدين الأصلي، بيد أنه لا يمنع من رجوع الدائن على المدين والكفيل والمصدق في وقت واحد، ويقصد بالرجوع، ليس مجرد المطالبة القضائية، أي رفع الدعوى على المدين والحصول على حكم قضائي بإلزامه بالوفاء، وإنما استنفاذ الدائن للوسائل القضائية في استيفاء حقه من المدين.

على أن قاعدة تعليق التزام المصدق على عدم وفاء المدين الأصلي والكفيل للالتزام يرد عليها استثناءات:

الأول: إذا أشهر إفلاس المدين او ثبت إعساره وجب على الدائن التقدم في التفليسة بالدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن والحكم ذاته ينطبق على إفلاس الكفيل أو إعساره وإلا يسقط حقه في الرجوع على المصدق وهذا ما أشارت إليه المادة (١٠٢٨) من القانون المدني العراقي بنصها الآتي: ((إذا أفلس المدين وجب على

الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب الكفيل من الضرر من جراء إهمال الدائن)).

الثاني: إذا كان لدى الدائن سند صالح للتنفيذ به على المدين، لذا فإن مجرد التنبيه بالوفاء في ذاته لايعد رجوعاً كافياً على المدين يفتح طريق الرجوع على الكفيل.

وانطلاقاً من مبدأ ضرورة رجوع الدائن على المدين أولاً ثم على الكفيل قبل مطالبته للمصدق، فأنه إذا رفع الدائن دعواه على المصدق وحده قبل رجوعه على المدين والكفيل كانت دعواه غير مقبولة، لأننا نكون بصدد قيد قانوني يجب على الدائن مراعاته والا تعرضت دعواه للدفع بعدم القبولِ، وهذا القيد لا يتعلق بالنظام العام، لذا لا تقضِ به المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يجب أن يتمسك به المصدق أمام المحكمة[٣٥].

إذاً للمصدق أن يتمسك بالدفع الخاص بالرجوع على المدين والكفيل أولاً، أمام المحكمة، وفي أية مرحلة تكون عليها الدعوى، ولو في مرحلة الاستئناف إذا توافرت الشروط التالية:

١–أن لا يكون المصدق متضامناً مع الكفيل ويكون الكفيل بدوره متضامناً مع المدين، فإذا كان الكفيل متضامناً مع المدين والمصدق متضامن مع الكفيل الذي يضمنه، فأن مقتضى التضامن أن يكون للدائن الحق في الرجوع على أي من المتضامنين أولاً دون أن يلتزم بالرجوع على الآخر، فهذا الدفع خاص بالكفالة البسيطة دون الكفالة التضامنية، كما أن منطق التضامن يقتضي أن للدائن أن يرجع على أي من المدينين المتضامنين ليطالبه بكل الدين، وهو المبدأ العام وقد أورد المشرع البحريني له تطبيقاً خاصاً في كفيل الكفيل (المصدق) في المادة (٧٦١) مدني بحريني بنصها على الآتي: ((لايجوز للدائن ان يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل)) ولا نرى لهذا النص مقابلاً للأسف في القانون العراقي والقانون المصري.

٢–أن يتمسك المصدق بهذا الدفع:

وذلك لأن المحكمة لاتقض به من تلقاء نفسها وبالتالي يجب أن لايكون المصدق قد تنازل عن التمسك بهذا الحق صراحة أو ضمناً، والتنازل الصريح قد يحصل عند انعقاد الكفالة أو بعد ذلك.

ويستنتج التنازل الضمني من كل قول أو فعل يفيد رغبة المصدق في التنازل.

٣–ألا يكون المدين في حالة إعسار بين، وهذا الشرط وإن لم يظهر من النصوص، إلا أنه يجب مراعاته، لأنه يتفق مع الغرض الذي توخاه المشرع بمنعه المصدق الحق في إلزام الدائن بالبدء في الرجوع على الكفيل أولاً فقد راعى المشرع انه لا يصح للدائن البدء في الرجوع على المصدق لأنه قد يكون بذلك قد تخطى المدين ومن ثم الكفيل رغم قدرتهم على الوفاء، فإذا ثبت أنه لا أمل مطلقا في الحصول على شيء من جراء رجوع الدائن على المدين والكفيل، فلا يكون هناك داع لإلزامهما بذلك وتنتفي مصلحة المصدق في طلبه، ولا دعوى بلا مصلحة ويقع عبء إثبات عجز المدين والكفيل على الدائن. والقاضي يتمتع بسلطة تقديرية في هذا الشأن، إلا أنه يجب عليه أن يقضي بعدم قبول الدعوى إذا تبين له أمل يرتجى من رجوع الدائن على المدين والكفيل. ولو كان ذلك الأمل في حصول الدائن على جزء من دينه[٣٦].

إذا توفرت هذه الشروط الثلاثة في الدفع، وتمسك به المصدق، فأنه يجب على القاضي أن يحكم بعدم قبول دعوى الدائن ضده، وذلك لعدم ثبوت الحق في رفعها بعد، ومع ذلك يستطيع الدائن أن يتجاوز هذه العقبة بأن يرجع على المدين والكفيل والمصدق معاً أو أن يرجع بحسب التسلسل التالي المدين ثم الكفيل ثم المصدق.

على أية حال لا ننسى هناك دفعاً آخر يمكن للمصدق أن يبديه ليحول دول التنفيذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين والكفيل وهذا هو الدفع بالتجريد[٣٧].

المبحث الثالث

الدفوع التي يمتلكها المصدق في مواجهة الدائن

طالما أن المصدق يعد كفيلاً للكفيل، فالتزامه يتبع التزام الكفيل الأصلي، كما أن الكفالة في حد ذاتها التزام قائم بنفسه فان للمصدق ولو كان متضامناً أن يدفع مطالبة الدائن المكفول له بنوعين من الدفوع، النوع الأول وهو الدفوع التي

تكون للمدين والدفوع التي تكون للكفيل، والنوع الثاني الدفوع التي تكون له شخصياً. وسوف نتولى بحث هذين النوعين في مطلبين اثنين وبالشكل الآتي:

المطلب الأول

الدفوع الخاصة بالمدين والكفيل المضمون

للمصدق ولو كان متضامناً، أن يحتج بالدفوع التي تكون للمدين الأصلي وكفيله، مثل انقضاء التزامه بالوفاء أو بالمقاصة أو بالإبراء أ وبالتقادم، أو كون الالتزام باطلاً، لانعدام اهلية المدين أو الكفيل أصلاً (بأن كان في حالة جنون) أو لعدم وجود سبب للالتزام، أو العمل غير مشروع، أو لوجود عيب في الرضا... الخ.

وللمصدق أن يتمسك بهذه الدفوع تطبيقاً لنص المادة (١٠٣٩) من القانون المدني العراقي التي تقضي بالآتي: «الكفيل الذي يكفل الكفيل للدائن يعتبر في علاقته بالدائن كفيلاً للكفيل وفي علاقته بالكفيل، كما لو كان هذا الكفيل مديناً أصلياً بالنسبة له».

وبناءً على ذلك فإن للمصدق أن يدفع بالدفوع الخاصة التزام المدين الأصلي والكفيل، كسبب لانقضاء التزامه الخاص به، ولا يؤثر في ذلك نزول المدين عنها.

ويجوز للمصدق التدخل في الدعوى المقامة بين الكفيل والدائن لحماية حقوقه ولكن لا يصح للمصدق ان يطلب أبطال العقد عوضاً عن الكفيل (إذا كانت الكفالة بعوض) متى كان هذا الأخير ناقص الأهلية[٣٨].

خلاصة القول، أن للمصدق أن يتمسك بالدفوع الخاصة بالتزام المدين والكفيل وذلك لأن التزام المصدق تابع للالتزام الكفيل ومن مثله المدين وهو يبطل كلما بطل هذا الالتزام كما انه ينقضي بانقضائه. كما للمصدق أن يدفع بانقضاء التزام المدين او الكفيل بالوفاء او الابراء أو سائر الأسباب التي ينقضي بها الالتزام.

المطلب الثاني

الدفوع الخاصة بالمصدق

للمصدق أن يتمسك بالدفوع الخاصة به باعتباره (كفيلاً للكفيل) باسمه

لا باسم الأصيل فلا يؤثر عليها تنازل الكفيل عنها. فيجوز للمصدق ان يتمسك قبل الدائن بكل الدفوع التي له شخصياً، مثل المقاصة في حالة ما إذا كان هو دائناً للمدين. أو انقضاء التزامه بالوفاء أو الإبراء وله الدفع بنقصان أهليته.

كما له الدفع بالتجريد... الخ وهناك نوع آخر من الدفوع نص عليها المشرع العراقي لأهميتها سوف نتولى بحثها بالشكل الآتي:

الفرع الأول

الدفع بضياع الدائن للتأمينات الضامنة للدين

يقضي عجز المادة (١٠٢٧) من القانون المدني العراقي بالآتي:

((تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطأه من الضمانات))[٣٩].

ويقصد بالضمان في هذه المادة كما ذكرت الفقرة الثانية منها: ((كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين تقرر بحكم القانون)).

وبناءً عليه تبرأ ذمة المصدق باعتباره (كفيل الكفيل) بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من تأمينات كرهن تأميني أو حيازي ويعلل انقضاء التزام المصدق بسبب إضاعة الدائن التأمينات التي تضمن أداء الدين المكفول باستحالة حلول المصدق محل الدائن في التأمينات الضائعة وفقاً للفقرة الثانية من المادة (١٠٣٣) من القانون المدني العراقي.

بيد أن التمسك بهذا الدفع من المصدق لا يتحقق إلا بتوافر الشروط التالية:

أولاً: وجود تأمين خاص للدين المكفول:

لابد لبراءة ذمة المصدق من وجود تأمين خصص لضمان الدين حتى ولو تقرر بعد الكفالة، وبناءً عليه لا تبرأ ذمة المصدق بسبب ضياع فرصة الحصول على تأمين كان باستطاعة الدائن أن يحصل عليه ولكنه لم يفعل، إذ أن الدائن

لا يسأل إلا عن إضاعة التأمين بخطئه، وهذا يفترض أن التأمين قد وجد بالفعل[٤٠].

ويقصد بالتأمينات هنا كل التأمينات الشخصية والعينية سواءً كان مصدرها الاتفاق أم القضاء أم القانون، ويدخل في ذلك الكفالة والتضامن، الرهن التأميني أو الحيازي أو الامتياز ويستوي أن يكون التأمين الخاص مقدماً من المدين أو من غيره وليس الضمان العام الذي للدائن على أموال المدين.

ثانياً: ان تكون إضاعة التأمينات الخاصة بخطأ الدائن وان يترتب عليها ضرر بالمصدق

لا تبرأ ذمة المصدق بضياع التأمينات إلا إذا كان ضياعها نتيجة لخطأ الدائن المكفول له وإهماله أو تقصيره كعدم تسجيله رهناً قدمه له المدين بالدين أو الكفيل أو بتنازله عن رهن له على المدين بالدين المكفول به أو على الكفيل.

أما إذا كان الخطأ صادراً من المصدق نفسه أم من الغير أم المدين فلا تبرأ ذمة المصدق قبل الدائن[٤١]. ولكن هل يترتب على الخطأ المشترك بين الدائن والمصدق براءة المصدق جزئياً من الدين أم كلياً؟

لا ينطبق نص المادة (١٠٢٧) مدني عراقي إذا لم يترتب على ضياع التأمين ضرر بالدائن كما لو كان التأمين الضائع رهناً على أرض جرفها النهر فلم يبق منها ما يستحق النظر أو كان رهناً متأخراً في المرتبة وعلى العين رهون متقدمة تستغرق ثمن العين والمصدق هو الذي عليه إثبات الضرر لأنه هو المطالب بالبراءة من الدين الثابت في ذمته.

ولا فرق في حكم المادة المذكورة بين الضمانات المقارنة للكفالة أو بين اللاحقة عليها كما أشارت الفقرة الثانية منها والمقصود بالضمانات أيضاً الضمانات العينية والشخصية وليس الضمان العام الذي للدائن على أموال المدين ولكل مصدق التمسك بالمادة المذكورة سواء كان كفيلاً عادياً أم متضامناً وسواء تمسك بحق التجريد أم لم يتمسك به[٤٢].

والسؤال الذي يثار هنا ماذا لو كان المصدق كفيلاً "عينيا" للكفيل فهل له الحق في التمسك بهذا الدفع أم لا؟

يذهب الرأي الراجح في الفقه[٤٣]، إلى أن له حق التمسك بهذا الدفع لأنه كالكفيل الشخصي لم يلتزم إلا بصفة تبعية وأنه مثله لم يتعهد إلا مع مراعاة الضمانات الموجودة وقت تعهده. ويرى البعض الآخر من الفقه انه ليس له الحق في التمسك بالدفع، لأن الكفيل العيني لم يتعهد شخصياً بدفع الدين وهذا فرق بينه وبين الكفيل الشخصي[٤٤].

وحسب تصورنا، طالما ان نص المادة (١٠٢٧) مدني عراقي لم تتقرر إلا لمصلحة الكفيل الشخصي، وهي تقرر حكماً استثنائياً فينبغي عدم التوسع في الاستثناء وقصر الحكم على المصدق (الكفيل الشخصي) دون العيني.

ثالثاً: أن يتمسك المصدق بالدفع ببراءة ذمته:

براءة ذمة المصدق من الدين لإضاعة الدائن للتأمينات الضامنة للدين من قبل المدين والكفيل، لا تفترض وإنما لابد من تمسك المصدق بهذا الدفع ويحصل التمسك بالدفع إما عند رفع الدعوى من الدائن على المصدق وأما بدعوى يرفعها المصدق على الدائن.

وللمصدق الحق في التمسك بالدفع، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، بيد أنه لا يجوز ابداؤه لأول مرة أمام محكمة التمييز.

وطالما ان هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام، فمن هنا لا يحق للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه، كما يحق للمصدق التنازل عنه، سواء كان النزول في عقد الكفالة أو بعد ذلك، وسواء قبل إضاعة التأمينات أو بعد إضاعتها.

ويعتبر تنازل المصدق عن هذا الدفع بمثابة، إعفاء للدائن من المسؤولية عن إضاعة التأمينات[٤٥].

الفرع الثاني

الدفع بالتجريد

طالما أن المصدق يعد (كفيلاً للكفيل) وطالما أن الكفيل الأصلي للمدين يعد بالنسبة للمصدق بمنزلة الأصيل الذي يتولى ضمان دينه وفقاً لنص المادة (١٠٣٩) مدني عراقي التي تقضي بالآتي: ((الكفيل الذي يكفل الكفيل للدائن يعتبر في علاقته بالدائن كفيلاً للكفيل وفي علاقته بالكفيل، كما لو كان هذا الكفيل مدينا أصلياً بالنسبة له)).

ولما كان الدفع بالتجريد (حق التجريد)، من الدفوع التي تؤدي إلى تأجيل تنفيذ الدائن على أموال المصدق، حيث يلتزم بموجبه بالتنفيذ عل أموال المدين الأصلي أولاً ثم على أموال الكفيل ثم من بعدها على أموال المصدق ان كانت أموال المدين والكفيل لاتكفي لسداد دين الدائن.

وهذا الدفع يعد تأكيداً لصفة التبعية للكفالة، سواء بالنسبة للكفيل الأصلي أم بالنسبة للمصدق، ورغم غياب النص التشريعي الذي ينظم هذا النوع من الدفوع وبالتسلسل الذي أشير إليه أعلاه إلا أنه ثابت من خلال نص المادة (١٠٢١) مدني عراقي التي تنص على الآتي: (٢ – فإذا طولب الكفيل أولاً جاز له عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده، أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده إذا ظهر ان أمواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله، وتقدر المحكمة ما إذا كان هناك محل لوقف الإجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء))[٤٦].

والحكمة من هذا الدفع، ان المصدق ليست له مصلحة في الدين، وإنما قصد إسداء خدمة للكفيل، الذي بدوره هو الآخر قد أسدى خدمة للمدين الأصلي، وبالتالي فهما ضامنان لدين غيرهما ومن العدل إلا يرى المصدق الكفيل أمواله تنزع منه بينما أموال المدين والكفيل الأصلي قائمة لم تمس. ومعنى هذا الدفع ان المصدق يقول للدائن، عليك قبل أن تنفذ على أموالي ان تتجه إلى أموال المدين فتجرده منها، فأن لم تكفي فأتمم دينك بما تحجزه من أموال الكفيل الأصلي، وأن لم تكفي عندئذ نفذ على أموالي في المتبقي من الدين.

وهذا الدفع لا محالة يحقق مصلحة لكل من المصدق والكفيل كما أن الدائن لا يضار منه.

ولكن للتمسك بالدفع بالتجريد لابد من توافر الشروط التالية:

أولاً: أن يطلبه المصدق

الدفع بالتجريد، حق مقرر للمصدق وللكفيل الأصلي في علاقته بالمدين، وهو لا يتعلق بالنظام العام، ولذلك لا تقضِ به المحكمة من تلقاء نفسها، وإنما لابد من يطلبه المصدق أو الكفيل وذلك لأنه لا يتعلق بالنظام العام.

والسؤال هنا، هل يجوز النزول عن هذا الدفع من قبل المصدق؟

نجيب على ذلك بالقول، ان للمصدق أن ينزل عن هذا الدفع سواء مقدماً عند إبرام عقد كفالته أم بعد إبرامها ويجب أن يكون هذا التنازل صريحاً واضحاً في عباراته عند الرأي الغالب من الفقه[٤٧].

إذاً لابد من تمسك المصدق بهذا الدفع لكي ينتج أثره في مواجهة الدائن، ولكن السؤال الذي يثار هنا في أية مرحلة يجب على المصدق التمسك بهذا الدفع، هل هي مرحلة التقاضي أم مرحلة التنفيذ؟

لم يتفق الفقه بشأن هذه المسألة، فالرأي عند البعض[٤٨] أنه لابد من تمسك المصدق بهذا الدفع قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى، فإذا لم يفعل ذلك وصدر هذا الحكم بإلزامه بالدين، فلا يعلق تنفيذه على تجريد الأصيل من أمواله، بيد أن الرأي عند الغالب من الفقه[٤٩]، هو ان رجوع الدائن على المصدق يمر بمرحلتين: المرحلة الأولى هي مرحلة التقاضي والمرحلة الثانية هي مرحلة التنفيذ، وقد خص كل مرحلة من هاتين المرحلتين بدفع خاص، فالدفع الخاص بالمرحلة الأولى هو الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على المصدق أولاً، وهذا الدفع الخاص بالتقاضي – يجوز التمسك به في أي مرحلة من مراحل التقاضي، ولكن إذا انتهت كل مراحل التقاضي وصدر حكم نهائي غير قابل للطعن فيه فلا يجوز التمسك بالدفع بعدم القبول في مرحلة التنفيذ، أما الدفع الخاص بالمرحلة الثانية فهو الدفع بالتجريد، فإذا فرض أن الدائن حصل على حكم بالفعل في مواجهة المصدق بإلزامه بدفع دين المدين، وشرع الدائن في التنفيذ على أموال المصدق بمقتضى الحكم، فأنه يجوز للمصدق أن يعترض على هذا التنفيذ بالتمسك بالدفع بالتجريد، فالدفع بالتجريد خاص للمرحلة الثانية وهي مرحلة التنفيذ ولا تظهر فائدته إلا في هذه المرحلة.

ونحن بدورنا نؤيد هذ الرأي ولا نتفق مع الرأي القائل بوجوب التمسك بهذا الدفع في مرحلة التقاضي، الأولى وقبل الخوض في موضوع الدعوى، وإذا لم يطلب المصدق ذلك وتم البحث في موضوع الدعوى، عد سكوته تنازلاً عن الدفع بالتجريد[٥٠] استناداً لنص المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي التي تقضي بالآتي: ((إذا طولب الكفيل أولاً جاز له عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين، واتخاذ الإجراءات ضده إذا ظهر ان أمواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله)).

ونحن نرى بان هذا الرأي محل نظر وذلك للأسباب التالية:

١–ان للمصدق أن يتمسك في مواجهة الدائن في الإجراءات الأولى للدعوى بالدفع بضرورة مطالبة المدين أولاً قبل الرجوع عليه وهذا الدفع يمتلكه الكفيل والمصدق في المراحل الأولى من التقاضي.

٢–تظهر فائدة الدفع بالتجريد في مرحلة التنفيذ، وهو تطبيق لمبدأ تبعية التزام الكفيل لالتزام الأصيل.

٣–عبارة (عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده) ليس المقصود بهذه العبارة عند رفع الدعوى ابتداءاً وإنما إجراءات التنفيذ بالحكم الصادر للدائن في مواجهة المدين والكفيل واذا كان الأمر على غير ذلك لنص المشرع على عبارة (عند رفع الدعوى من قبل الدائن وقبل الخضوع في موضوع الدعوى...)) وهو لم يفعل ذلك فعبارة الاجراءات واضحة المعنى على الإشارة إلى مرحلة التنفيذ دون التقاضي.

بيد أنه ليس هنالك ما يمنع من تمسك المصدق أو الكفيل بهذا الدفع ابتداءاً في مرحلة التقاضي طالما لم يتنازل عن هذا الدفع ولم يكونا متضامنين مع الحديث.

وحسب تصورنا ان النص المصري أفضل من حيث الدقة والصياغة على النص العراقي... حيث تنص المادة (٧٨٨) مدني مصري على الآتي: ((٢ – ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق)).

ثانياً: ألا يكون المصدق متضامناً مع المدين:

تقضي المادة (١٠٣١) من القانون المدني العراقي بالآتي: ((إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين، فالدائن مخير في المطالبة أن شاء طالب المدين وان شاء طالب الكفيل، ومطالبته احداهما لا تسقط حق مطالبته الآخر فبعد مطالبته أحدهما، له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما معاً))[٥١].

فالتضامن يحرم المصدق كما يحرم الكفيل الأصلي من حق الدفع بالتجريد، لأن من طبيعته أن يمنح الدائن الحق في أن يطالب أياً من المدينين وأن ينفذ على أمواله.

على ان التضامن الذي يحرم المصدق من الدفع بالتجريد هو تضامنه مع المدين أو الكفيل. فإذا كان المصدق متضامناً مع غيره من المصدقين فقط، دون ان يشترط تضامنه مع المدين أو الكفيل، ثبت له الحق في ان يدفع بالتجريد.

إذ كل أثر يترتب على تضامنه مع المصدقين الآخرين هو حرمانه من حق التقسيم[٥٢].

ولكن السؤال هنا أي تضامن يحرم المصدق من حقه في التجريد هل هو تضامنه مع المدين أم تضامنه مع الكفيل؟

لم يتناول الفقه بحث هذه المسألة ولكن حسب تصورنا، أنه إذا تضامن المصدق مع المدين الأصلي للدين، سقط عنه الحق بالدفع بتجريده وثبت له الحق بالدفع بتجريد الكفيل الذي ضمن التزامه. أما إذا تضامن المصدق مع الكفيل المضمون، هنا سقط عنه الحق في الدفع بتجريد هذا الكفيل وبقي له الحق في الدفع بتجريد المدين الأصلي، لأنه الملتزم الأصلي للدين ولأن الدفع بالتجريد حق ثابت للمصدق حتى في مواجهة المدين تطبيقياً لمبدأ التبعية في التزامه... والعدالة تقضي ان يستوفي الدائن دينه من المدين أولاً لأنه صاحب المصلحة في هذا الدين وليس المصدق الذي يتولى ضمان دين غيره.

وإذا كان من طبيعة التضامن حرمان المصدق من حق الدفع بالتجريد، إلا انه قد يثبت له هذا الحق إذا احتفظ به رغم تضامنه.

بيد أنه ليس للمصدق القانوني ولا القضائي ولا التجاري الحق في الدفع بالتجريد، لأنهما متضامنان مع الكفيل قياساً على نص المادة (١٠٣٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على الآتي:

((١ – لا تضامن بين الكفيل والمدين، مالم يشترط ذلك في عقد الكفالة أو عقد منفصل.

٢–أما في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين.))[٥٣]

ونحن بدورنا لا نتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقه[٥٤] بأن القانون لم يتعرض لمصدق الكفيل القانوني أو القضائي، ولما كان من غير الممكن القول بتضامنه مع الكفيل أو المدين إذ التضامن لا يفترض ولا يتوسع في تفسير نصوصه، وبالتالي فان له الحق في الدفع بالتجريد. ونحن نجيب على قولهم هذا،

بالقول ان المصدق ما هو إلا كفيل للكفيل وبالتالي ينبغي أن يخضع لذات القواعد التي يتعرض لها الكفيل الأصلي، طالما ان موضوع التزامه الكفالة ولكن بالشكل الذي لا يتعارض وطبيعة التزامه التبعي.

ثالثاً: وجوب أن يكون المصدق كفيلاً شخصياً

الكفيل العيني هو الذي تتحدد مسؤوليته عن الدين بحدود العين الضامنة للوفاء بالدين المكفول سواء استغرق ثمن العين الوفاء بالدين كله أم لم يستغرقه وذلك بخلاف الكفيل الشخصي والذي تعتبر العناصر المكونة لذمته المالية ضامنة للوفاء بكل الدين، حيث يحق للدائن ان ينفذ على بعض هذه العناصر أو جميعها، طالما ان البعض لا يكفي للوفاء بكل الدين المكفول، فالكفيل الشخصي تكون امواله جميعها ضامنة للوفاء بالدين المكفول، في حين ان الكفيل العيني تكون العين محل الكفالة هي الضامنة وحدها للدين المكفول دون سائر عناصر ذمته المالية الأخرى. هذا التحديد لمسؤولية كل من الكفيل العيني والكفيل الشخصي، انعكس بدوره على حق التمسك بالدفع بالتجريد. فإذا كان المشرع قد منح الكفيل المسؤول عن الدين في كل عناصر ذمته المالية حق التمسك بالتجريد سواء كانت الكفالة قد تمت بناء على طلب المدين أو بعلمه أو رغم معارضته أو بدون علمه، وسواء كانت الكفالة مجانية أو بمقابل، لأن الحق في الدفع بالتجريد ثابت للكفيل في مواجهة الدائن دون التعويل على علاقته بالمدين. فأنه على عكس ذلك، بالنسبة للكفيل الذي انحسرت مسؤوليته في عين معينة، حيث لا يجوز له التمسك بالتجريد[٥٥] وهذا ما يؤكده نص المادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي التي جاء نصها الآتي: ((إذا كان الراهن في الرهن التأميني غير المدين فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص لضمان حق الدائن، ول تجاوز مسؤوليته عن هذا الحق حد ما رهنه من المال، لكن ليس له أن يطلب من المرتهن ان يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك))[٥٦].

بيد أن الملاحظ على هذا النص، انه نص مكمل لإرادة المتعاقدين، ومن ثم يجوز للمصدق إذا كان كفيلاً عينياً للكفيل الأصلي الاشتراط على التمسك بهذا الحق في عقد كفالته أو في اتفاق لاحق. وعندئذ لا يجوز للدائن الرجوع عليه قبل الرجوع على المدين أولاً ثم الكفيل وتجريدهما من أموالهما.

رابعاً: أن تكون لدى المدين والكفيل أموال كافية لسداد الدين كله:

أشارت إلى هذا الشرط المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي والتي تقضي بالآتي: (٢ – فاذا طولب الكفيل أولاً جاز له عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده، أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده إذا ظهر أن أمواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله...))

يشترط في الدفع بالتجريد، أن تكون لدى المدين أو الكفيل أموال كافية لسداد الدين، فإذا ظهر أن أموال المدين الأصلي القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله جاز الدفع بالتجريد، وإذا كانت أمواله غير كافية لسداد دين الدائن، يبقى للمصدق مع ذلك الحق بالدفع بتجريد الكفيل الذي تولى ضمان التزامه، فإن لم تف أموال المدين والكفيل الأصلي بدين الدائن، سقط عن المصدق الحق في الدفع بالتجريد. وذلك لأن المصدق له الحق في الدفع بتجريد المدين الذي ضمن التزامه وهو هنا (الكفيل الأصلي) إضافة إلى حقه في الدفع بتجريد المدين الأصلي لأنه الملتزم الأول بالوفاء بهذا الدين ما لم يشترط تضامنه فإذا كانت هناك اموال ولكنها لا تكفي للوفاء بالدين كله وانما تكفي للوفاء بجزء من الدين فانه لا يجوز للمصدق التمسك بالدفع بتجريد المدين والكفيل الأصلي للالتزام، والسبب في ذلك كله، لأنه في مثل هذه الحالة إذا الزمنا الدائن بالتنفيذ على أموال المدين والكفيل، فان هذا يعني إلزامه بقبول الوفاء الجزئي للدين، وهذا غير جائز طبقاً للقواعد العامة، كما أنه سوف يترتب على ذلك، على المصدق الوفاء بالجزء الباقي، مما يؤدي إلى التأخير في استيفائه لدينه[٥٧].

رغم وجاهة هذا القول، إلا أنه غير مبرر حسب تصورنا لحرمان المصدق ومن قبله الكفيل من حق التجريد إذا أرشد الدائن إلى أموال تكفي لوفاء جزء كبير من الدين، خاصة " وأن المشرع الفرنسي لم يشترط كفاية الأموال التي يرشد عنها الكفيل لوفاء الدين كله[٥٨].

من هنا نقترح على المشرع العراقي، أن يصار إلى تعديل نص المادة (١٠٢١) مدني عراقي السالفة الذكر، بحيث يصار إلى عدم اشتراط كفاية الأموال لسداد دين الدائن التي يتولى الكفيل ومن بعده المصدق ارشاد الدائن اليها للدفع بالتجريد أسوة بالقانونين الفرنسي والمصري، لأنه الأقرب إلى تحقيق العدالة خاصةً وان الدائن لا يضار من هذا الوفاء الجزئي، لأنه سوف يرجع

بالمتبقي من الدين على الكفيل ومن بعده على المصدق. هذا ويستوي أن تكون أموال المدين والكفيل التي يرشد المصدق إليها الدائن عقاراً أو منقولاً، إذ العبرة بكفاية هذه الأموال لسداد دين الدائن[٥٩].

خامساً: ان تكون الأموال التي يرشد المصدق الدائن إليها قابلة للحجز عليها:

هذا الشرط أشارت اليه صراحة "المادة (١٠٢١فقرة ٢) من القانون المدني العراقي بقولها: ((إذا ظهر أن امواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله...))

إذ لا فائدة ترجو من أموال يمتلكها المدين أو الكفيل طالما كانت هذه الأموال غير قابلة للحجز عليها ومن ثم فإن الاموال القابلة للحجز عليها من قبل القضاء هي وحدها التي يمتلك المصدق الدفع بتجريد المدين والكفيل فيها وتكون الأموال قابلة للحجز عليها من قبل الدائن ويستطيع المصدق الدفع بالتنفيذ عليها أولاً، هي الأموال التي تتوافر فيها الشروط التالية:

١-يجب أن لا تكون هذه الأموال متنازع عليها:

أكدت المادة (١٠٢٢) فقرة (٢) من القانون المدني العراقي هذا الشرط بنصها الآتي: ((ولاعبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت هذه الأموال تقع خارج الأراضي العراقية أو كانت أموالاً متنازعاً فيها)).

لم يبين القانون المقصود من الأموال المتنازع فيها والتي لا تدخل في الأموال التي يلزم الدائن بتجريدها إذا ما ارشده المصدق أو الكفيل عنها. ولكن الرأي الراجح من الفقه[٦٠] هو الذي لايلزم، لكي يعتبر المال متنازعاً فيه، أن يكون قد قامت بشأنه دعوى أو نزاع جدي، بل يكفي أن يستلزم التنفيذ عليه إجراءات طويلة معقدة، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان المال متنازعاً فيه أم لا.

٢-يجب أن تكون الأموال المطلوب تجريدها موجودة في داخل الأراضي العراقية:

وهذه ما أكدته المادة (١٠٢٢ فقرة (٢)) من القانون المدني العراقي[٦١] والغرض الذي توخاه المشرع بوضعه هذا الشرط هو تجنب التعقيد في إجراءات التنفيذ مما يترتب عليه تأخير الدائن في حصوله على حقه.

٣–يجب أن تكون الأموال مملوكه للمدين أو للكفيل:

ينبغي أن تكون الأموال التي يتولى المصدق إرشاد الدائن إليها مملوكة للمدين نفسه أو للكفيل، ومن ثم يسقط عن المصدق الحق في الدفع بالتجريد إذا أرشد الدائن لأموالِ مملوكة لزوجة المدين، أو لابنه أو لأبيه وكذلك الأمر بالنسبة للكفيل، وذلك لأنه يتعذر على الدائن التنفيذ على مثل هذه الأموال لانتفاء الرابطة بينه وبين هؤلاء.

رابعاً: دفع مصروفات التجريد من قبل المصدق:

تقضي المادة (٢٠٢٣) من القانون المدني الفرنسي، بأنه يجب على الكفيل أن يقدم المصروفات اللازمة للتجريد[٦٢]. وقد تقرر هذا الحكم أيضاً في القانون المدني العراق في المادة (١٠٢٢) منه والتي جاء نصها الآتي: «١ – إذا طلب الكفيل استيفاء الدائن دينه من أموال المدين وجب عليه أن يدل الدائن على هذه الأموال، وأن يقدم له مبلغاً يكفي للوفاء بتكاليف الإجراءات».

يرى البعض من الفقه[٦٣] بأن الحكمة من وراء تحمل المصدق مصروفات تجريد المدين أو الكفيل، هو لأنه المستفيد من هذا التجريد، ومن العدل ألا يلزم الدائن بتقديم المال لعمل المصروفات التي لم تكن ألا في مصلحة المصدق، وعند النزاع يعين القاضي المبلغ الواجب دفعه بصفة مصروفات وكيفية الدفع.

الأثر المترتب على الدفع بالتجريد:

إذا توافرت جميع الشروط اللازمة للتمسك بالتجريد، فأن الأثر الذي يترتب على ذلك، ان للمصدق التمسك به وأن المحكمة لها حرية تقدير واسعة فأن رأت إجابة طلب المصدق وتوقفت الإجراءات ضده مؤقتاً ووجب على الدائن التنفيذ على أموال المدين أولاً فأن لم تكفي لسداد دينه نفذ على أموال الكفيل الذي يعد بمنزلة المدين بالنسبة إليه (المصدق)، فان أهمل الدائن ذلك حتى أعسر المدين أو الكفيل اعساراً لاحقاً على الدفع بالتجريد ترتب على ذلك براءة ذمة المصدق[٦٤].

الخاتمة

أولاً: النتائج

لعل أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال البحث هي ما يلي:

١–المصدق هو كفيل الكفيل، يتولى ضمان التزام الكفيل لا المدين الأصلي، وتنعقد كفالته بإيجاب صادر منه، وقبول من الدائن دون الحاجة لموافقة المدين أو حتى الكفيل، بل تنعقد حتى بالرغم من معارضتهم.

٢–يشترط في المصدق يساره، وعبء إثبات يساره يقع على الكفيل الذي يتولى المصدق ضمان التزامه.

٣–لم يشترط المشرع العراقي إقامة المصدق في العراق بخلاف التشريعات العربية التي تنص صراحةً على شرط الإقامة في بلد الكفيل ونحن بدورنا نرى وجوب النص على هذا الشرط لتسهيل على الدائن في الرجوع عليه للمطالبة بالوفاء.

٤–يشترط في المصدق كمال الأهلية لأن الغالب في تصرفه انه من الأعمال الضارة به ضرراً محضاً، ولكن فقد المصدق لهذه الأهلية أو نقصانها بعد إبرام الكفالة لا يؤثر لأن الأهلية تستلزم عند انعقاد العقد لا بعد ذلك.

٥–التزام المصدق التزام تابع لالتزام الأصيل (الكفيل) وبالتالي يتحدد التزام المصدق بالالتزام المكفول، فلا يمكن أن يتجاوز حدود هذا الالتزام الأخير، أو أن يعقد بشروط أقسى من شروطه. كما لا يصح للدائن مطالبة المصدق بالوفاء إلا إذا كانت مطالبة المدين والكفيل الأصلي ممكنة.

٦–موت المدين أو الكفيل لا يؤثر على أجل التزام المصدق.

٧–لا يجوز للدائن الرجوع على المصدق قبل رجوعه على المدين والكفيل الذي تولى المصدق ضمان التزامه ولكن لا يمنع في القانون العراقي من مطالبة الدائن لكل من المدين والكفيل والمصدق في وقتٍ واحد.

٨–طالما ان التزام المصدق تابع للالتزام الكفيل ولالتزام المدين الأصلي، فإن له أن يدفع بالدفوع الخاصة بالمدين أو الكفيل الذي تولى ضمان التزامه عند رجوع الدائن عليه.

٩–تبرأ ذمة المصدق بقدر ما اضاعه الدائن بخطأه من ضمانات كرهن تأميني أو حيازي أو كفالة أخرى سواء كانت سابقة على كفالة المصدق أو لاحقة لها.

١٠– للمصدق أن يدفع مطالبة الدائن له بالدفع بتجريد المدين والكفيل الأصلي من أموالهما قبل التنفيذ على أمواله.

١١– لم يتفق الفقه بشأن الوقت الذي يحق للمصدق دفع مطالبة الدائن بالتجريد هل هي وقت المراحل الأولى من المطالبة القضائية، وقبل الخوض في موضوع الدعوى أم وقت الرجوع على المصدق بالتنفيذ على أمواله؟ وحسب تصورنا، أنه لابد من التمسك بهذا الدفع في مرحلة التنفيذ لا مرحلة التقاضي، لأن الفائدة المرجوة من هذا الدفع تظهر في هذه المرحلة وليس قبلها.

١٢– يسقط عن المصدق المتضامن مع المدين الحق في الدفع بتجريد المدين إلا أنه له الحق في الدفع بتجريد الكفيل، أما إذا تضامن المصدق مع الكفيل، سقط عنه الحق في الدفع بتجريد الكفيل وبقي له الحق في الدفع بتجريد المدين الأصلي.

ثانياً: المقترحات

نقترح على المشرع العراقي تنظيم الأحكام الخاصة بالمصدق في نصوص قانونية، شأنه في ذلك شان الكفيل مراعياً في التزامه التبعية في التزامه التي تتبع التزام المدين والكفيل، الذي تولى ضمانه، كي لا يكون التزامه محل خلاف فقهي أو قضائي مما يترتب عليه نشوء أحكام مختلفة عن وقائع متشابهة خاصة وأن القضاء العراقي لايأخذ بنظام السوابق، القضائية.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

١–د. احمد محمود سعد – التأمينات الشخصية والعينية في القانون المصري واليمني – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية – القاهرة، سنة ١٩٩٠,

٢–المستشار انور العمروسي والمستشار أمجد انور العمروسي، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار العدالة للنشر، مصر، سنة ٢٠٠٧، ٣ – د. السيد عيد نايل، أحكام الضمان العيني والشخصي، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، سنة ١٩٩٣، ص,٣٨

٤–د. راقية عبدالجبار علي – التأمين والكفالة في القانون البحريني والقوانين العربية – جامعة العلوم التطبيقية – مملكة البحرين، سنة ٢٠١٢,

٥–د. رمضان ابو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة ٢٠٠٧، ٦ – د. صابر محمد محمد سيد – رجوع الدائن على الكفيل (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني) – دار الكتب القانونية، سنة ٢٠١٠,

٧–د. صلاح الدين الناهي – الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية – مطبعة دار المعرفة – بغداد، سنة ١٩٥٣,

٨–د. عبدالرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – دار النهضة العربية – القاهرة، سنة ١٩٧٠، ج,١٠

٩–د. عبدالفتاح عبدالباقي – التأمينات الشخصية والعينية – دار نشر الثقافة – الإسكندرية، سنة ١٩٥٠,

١٠– د. محمد حسين عبد العال، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الأولى، مملكة البحرين، سنة ٢٠٠٤,

١١– د. محمد حسين منصور – النظرية العامة للائتمان – منشأة المعارف – الإسكندرية، سنة ٢٠٠٥,

١٢– د. محمد كامل مرسي باشا – الموجز في التأمينات الشخصية والعينية – المطبعة العالمية – القاهرة، سنة ١٩٤٩,

١٣– د. محي الدين إسماعيل علم الدين – العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية – الطبعة الثانية: دار النهضة العربية – مصر بلا تاريخ نشر.

١٤– د. نبيل ابراهيم سعد – التأمينات الشخصية – دار الجامعة الجديدة – مصر، سنة ٢٠٠٥,

١٥– د. همام محمد محمود الزهران – التأمينات العينية والشخصية – منشأة المعارف – الإسكندرية، سنة ٢٠٠٤.

ثانياً: القوانين

١–القانون المدني العراقي.

٢–القانون المدني المصري.

٣–القانون المدني البحريني.

٤–القانون المدني الكويتي.

الهوامش

(١) دأب الفقه القانوني على استعمال مصطلح (المصدق) للدلالة على (كفيل الكفيل). انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – التأمينات الشخصية والعينية، بدون اسم الناشر وتاريخ النشر، الجزء العاشر، ص١٣٧ وما بعدها. انظر كذلك د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، منشأة المعارف، الاسكندرية، سنة ٢٠٠٥، ص٢٠٠٥ وما بعدها. د. رمضان ابو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة ٢٠٠٧، ص٥٦ وما بعدها. كما استخدم مصطلح (المصدق) في بعض التشريعات، حيث ورد مثلاً في نص المادة (١١٥٥) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري.

(٢) انظر مؤلفنا في (التأمين والكفالة) في القانون البحريني والقوانين العربية – جامعة العلوم التطبيقية – مملكة البحرين، سنة٢٠١٢، ص٢٦٧. ويعرف بأنه من يكفل الكفيل ذاته للدائن، دون أن يكفل المدين. انظر د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص١٣٧.

(٣) د. محمد حسين منصور – النظرية العامة للائتمان منشأة المعارف – الإسكندرية، سنة ٢٠٠٥، ص١٠٠.

(٤) – د. محمد حسين عبد العال، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الأولى، مملكة البحرين، سنة ٢٠٠٤، ص٢٥٩.

(٥) د. السيد عيد نايل، أحكام الضمان العيني والشخصي، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، سنة ١٩٩٣، ص٣٨.

(٦) قياساً على نص المادة ١٠٠٩ من القانون المدني العراقي التي تقضي بالآتي: ((١ – تنعقد الكفالة بايجاب وقبول من الكفيل والمكفول له)).

(٧) د. محي الدين اسماعيل علم الدين – العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر بلاتاريخ نشر، ص٢٧٣.

(٨) من القوانين التي اشترطت في المصدق اليسار هي القانون المدني المصري في المادة (٧٧٤) منه والقانون المدني الكويتي في المادة (٧٤٧) والقانون المدني البحريني في المادة (٧٤٤) منه.

(٩) د. احمد محمود سعد – التأمينات الشخصية والعينية في القانونين المصري واليمني – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية – القاهرة، ١٩٩٠، ص١٠٥.

(١٠) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص٣١، انظر كذلك المستشار انور العمروسي والمستشار أمجد انور العمروسي، التضامن والتضامم والكفالة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار العدالة للنشر، مصر، سنة ٢٠٠٧، ص٢٦٤، د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار المعرفة، بغداد، سنة ١٩٥٣، ص٢٦٩.

(١١) – د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص٤٣.

(١٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص٣٢، انظر كذلك د. صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص٢٧٠.

(١٣) د. صابر محمد محمد سيد – رجوع الدائن على الكفيل (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار الكتب القانونية، سنة ٢٠١٠، ص٣٠٧.

(١٤) د. أحمد محمود سعد – المرجع السابق، ص١٠٨.

(١٥) في المادة (٧٤٤) منه.

(١٦) في المادة (٧٤٧) منه.

(١٧) د. احمد محمود سعد – المرجع السابق، ص١١٠.

(١٨) د. محمد حسين عبد العال، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، الطبعة الأولى، جامعة البحرين، سنة ٢٠٠٤، ص٢٣٣، د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص٣٢.

(١٩) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص٣٣، انظر كذلك د. رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص٥٥.
(٢٠) المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي.
(٢١) المادة (١١٧) من القانون المدني المصري، وهي ذات السن في القانون البحريني وفقاً لنص المادة (١٣) من قانون الولاية على المال رقم ٧ لسنة ١٩٨٦.
(٢٢) د. صلاح الدين الناهي – الوجير في التأمينات الشخصية والعينية – مطبعة دار المعرفة – بغداد، سنة ١٩٥٣، ص٢٦٩.
(٢٣) د. صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص٢٧٠.
(٢٤) – د. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص٢٣٨.
(٢٥) د. محي الدين اسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر بلا تاريخ نشر، ص٢٨٤.
(٢٦) د. عبدالفتاح عبدالباقي – التأمينات الشخصية والعينية – دار نشر الثقافة – الإسكندرية، سنة١٩٥٠، ص١١٩.
(٢٧) تقضي المادة (٢٩٥) من القانون المدني العراقي بالآتي: ((يسقط حق المدين في الأجل: أ – إذا حكم بإفلاسه. ب – إذا اضعف بفعله إلى حد كبير ما اعطي الدائن من تأمين خاص حتى لو كان هذا التأمين قد اعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا مالم يختر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما إذا كان أضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه فأن الأصل يسقط مالم يتوق المدين هذا السقوط بأن يقدم للدائن ما يكمل التأمين.
(٢٨) د. همام محمد محمود الزهران – التأمينات العينية والشخصية – منشأة المعارف – الإسكندرية – سنة ٢٠٠٤، ص٩٧.
(٢٩) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة سنة ١٩٧٠، ج١٠، ص٩٧.
(٣٠) د. احمد محمود سعد – المرجع السابق، ص٢٨٩.
(٣١) د. احمد محمود سعد، المرجع السابق، ص٢٩١.
(٣٢) تنص المادة (٢٩٧) من القانون المدني العراقي بالآتي: ((الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن ويحل بموت المدين إلا إذا كان مضموناً بتأمينات عينية) وهو على خلاف نص المادة (٢٢٥) من القانون المدني البحريني التي جاء نصها الآتي: (يحل الدين المؤجل بموت المدين إلا إذا كان مضموناً بتأمين خاص او قدم الورثة ضماناً كافياً) وهو ذات الحكم ورد في المادة (٧٨٨) مدني مصري والمادة (٧٦٠) مدني كويتي والملاحظ هنا ان النص العراقي يذهب إلى عدم سقوط الأجل في حالة موت المدين إذا ما كان مضموناً بتأمين عيني كالرهن ولكن لو كان مضموناً بتأمين شخصي كالكفالة، فهو يسقط بموت المدين ويصبح الدين حالاً واجب السداد. أما القانون البحريني فعبارة التأمين الخاص شاملة لتأمين العيني أو الشخصي... ومن ثم فوفقاً للقانون البحريني وكذلك المصري والكويتي لا يسقط اجل التزام المدين بوفاته إذا ما كان مضموناً بكفالة.
(٣٣) تقابلها المادة (٧٥٦) مدني بحريني والمادة (٧٦٠) مدني كويتي.
(٣٤) تقضي المادة ٢/١٠٢١ من القانون المدني العراقي بأنه (فإذا طولب الكفيل أولاً جاز له عند الاجراءات الأولى التي توجه ضده، أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الاجراءات ضده...).
(٣٥) د. محمد حسين منصور – مرجع سابق، ص١٤٠.
(٣٦) د. عبدالفتاح عبدالباقي، المرجع السابق، ص١٢٦.
(٣٧) د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات الشخصية، دار الجامعة الجديدة، مصر سنة ٢٠٠٥، ص٨٩.
(٣٨) د. محمد كامل مرسي باشا – الموجز في التأمينات الشخصية والعينية – المطبعة العالمية، القاهرة سنة ١٩٤٩، ص٤٨.
(٣٩) تقابلها المادة (٧٨٤) مدني مصري والمادة (٧٥٢) مدني بحريني والمادة (٧٥٦) مدني كويتي.
(٤٠) انظر مؤلفنا في التأمين والكفالة – مرجع سابق، ص٣٢٨.
(٤١) د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج١٠، ص٢٤٤.
(٤٢) د. صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص٢٧٧.