



ردمد إلكتروني: 2661-7404

ص.ص: 338-373

المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية

العدد: الثاني

المجلد: التاسع

ردمد ورقي: 9971 - 2571

السنة: 2025

اثر عقد الكفالة التضامنية

اثر عقد الكفالة التضامنية

Effects of joint and several guarantee contract

ذرى علي كاظم عبيدي

كلية الحقوق_ جامعة النهرين/ العراق
Shrwqalsdy66@gmail.com

شروق عباس فاضل*

كلية الحقوق_ جامعة النهرين/ العراق
tr1kwy3ej@gmail.com

تاريخ نشر المقال: 2025/09/25

تاريخ قبول المقال: 2025/08/20

تاريخ إرسال المقال: 2025/08/05

الملخص:

تتعد الكفالة التضامنية لتقوية الائتمان في التزام أصلي سابق عليها، ومتى انعقدت بالشكل الذي تتطلبه القانون فإن هذا الانعقاد سيرتب اثاره بين أطراف العلاقة العقدية، ولما كانت الكفالة التضامنية عقداً تابعاً فإن تعدد العلاقات الناشئة هي النتيجة الحتمية لذلك، فلا يقتصر الامر على علاقة الكفيل المتضامن بالمدين او علاقته بالدائن بل قد يتعدد الكفلاء المتضامنين سواء كان تعددهم بعقد واحد ام في عقود متوالية مستقلة.

ان تعدد الأطراف يترتب عليه الكثير من الآثار القانونية، حيث ان اثر علاقة الكفيل المتضامن بالدائن يظهر ابتداءً بمطالبة الأخير له بجميع مبلغ الدين فإذا انتهى الامر بالوفاء، يمكن للكفيل الموفي الرجوع على المدين بالمبالغ التي اوفاهها سواء كان هذا الرجوع بطريقة ودية او بإقامة دعوى قضائية وبعد ذلك اثر لعلاقة الكفيل المتضامن بالمدين، بالإضافة الى ان البحث في اثار الكفالة التضامنية يسلط الضوء على موضوع غاية الأهمية الا وهو الدفوع القانونية المقررة للكفيل المتضامن.

* المؤلف المرسل



الكلمات المفتاحية: الكفالة التضامنية، الدفع القانوني، الدائن، تعدد الكفلاء، اثار.

Abstract:

The solidarity guarantee to strengthen the credit is held in an original obligation prior to it, and when it is held in the form required by law, this meeting will arrange its effects between the parties to the contractual relationship, and since the solidarity guarantee is a subsidiary contract, the multiplicity of relations arising is the inevitable result of that, so it is not limited to the relationship of the joint guarantor with the debtor or his relationship with the creditor, but there may be multiple joint guarantors, whether their multiplicity is one contract or in separate successive contracts.

The multiplicity of parties entails a lot of legal effects, as the impact of the relationship of the joint guarantor with the creditor is represented starting with the latter's claim for all the amount of the debt, and if the matter ends up being paid, the paying guarantor can refer to the debtor with the amounts he has paid, whether this return is in an amicable manner or by filing a lawsuit, and this is an effect of the relationship of the joint guarantor with the debtor, in addition to that the research on the effects of the solidarity guarantee sheds light on a very important topic, which is the legal defenses prescribed for the joint guarantor.

Keywords: solidarity guarantee, legal defenses, creditor, multiple guarantors, effects.

المقدمة

اولاً: موضوع البحث

ان اهم ما يميز الكفالة التضامنية هو الائتمان الذي تمنحه للدائن، والذي من خلاله يمكن للأخير ان يطالب الكفيل المتضامن حتى قبل المدين بجميع مبلغ الدين، بل وقد منح المشرع العراقي صلاحية للدائن بمطالبتهم مجتمعين، ومقابل ذلك منح الكفيل المتضامن بعض الدفعات القانونية التي يمكن ان تكون بعض الشيء درع امان له.

ولما كان التزام الكفيل المتضامن تبرعي فقد لا يستطيع الحصول على حقه بعد الوفاء بطريقة ودية، لذا منح القانون سلطة الالتجاء الى القضاء من خلال إقامة الدعوى سواء كانت الدعوى شخصية ام عينية ولكل منها شروط اقامتها فمتى توافرت هذه الشروط يستطيع الكفيل المتضامن اقامتها.

ثانياً: إشكالية البحث

على الرغم من ان الكفالة التضامنية احدى التأمينات الشخصية والتي تمنح الدائن درجة عالية من الائتمان، الا انه وفي مقابل ذلك لم تتناولها الدراسات بشيء من التفصيل، ولما كان الدائن يتمتع بهذا الكم من الحماية، فهل في مقابل ذلك وفر المشرع الحماية الكافية للكفيل المتضامن؟ حيث تثار إشكالية البحث في دراسة العلاقات الناتجة على نشوء الكفالة التضامنية، وهل تم تنظيمها من قبل التشريعات محل الدراسة.

ثالثاً: منهجية البحث

ان البحث في اثار عقد الكفالة التضامنية يتطلب منا دراستها وفق منهج تحليلي عميق من خلال النظر في النصوص التشريعية في التشريعات محل الدراسة، بالإضافة الى اتباع المنهج المقارن متى دعت الحاجة الى المقارنة بين التشريعات الاخر والتوجه القضائي.

رابعاً: خطة البحث

المطلب الأول: علاقة الكفيل المتضامن بالدائن.

الفرع الأول: مطالبة الدائن للكفيل المتضامن.

الفرع الثاني: الدفع القانوني المقررة للكفيل المتضامن.

المطلب الثاني: علاقة الكفيل المتضامن بالمدين.

الفرع الأول: رجوع الكفيل المتضامن بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة التضامنية).

الفرع الثاني: رجوع الكفيل المتضامن بالدعوى العينية (دعوى الحلول).

المطلب الثالث: علاقة الكفيل المتضامن مع غيره من الكفلاء.

الفرع الأول: تعدد الكفلاء المتضامنين بعقود متوالية مستقلة.

الفرع الثاني: تعدد الكفلاء المتضامنين بعقد واحد.

المطلب الأول: علاقة الكفيل المتضامن بالدائن

ان الالتزام الملقى على عاتق الكفيل المتضامن هو الوفاء بالدين المترتب في ذمة المكفول عند عدم قيام الأخير به، او عند مطالبة المكفول له مباشرة، فإذا وفى الكفيل المتضامن بالتزامه انتهت العلاقة ما بين الكفيل المتضامن والدائن.

لذا فان التزام الكفيل المتضامن بالوفاء يقابله حق الدائن في المطالبة، هكذا فقد تنور بعض التساؤلات في هذا الصدد، فمتى يحق للدائن مطالبة الكفيل المتضامن؟ وما هي مدى هذه المطالبة؟ وهل

اثار عقد الكفالة التضامنية

للكفيل المتضامن عندما تتم مطالبته من قبل الدائن ان يدفع بعدم الوفاء او التأجيل؟ وما هي الدفع المقرر
للكفيل المتضامن؟ للإجابة عن هذا التساؤلات سوف نقسم المطلب الى الاتي:

- الفرع الأول: مطالبة الدائن للكفيل المتضامن.
- الفرع الثاني: الدفع التي يمكن للكفيل المتضامن ان يتمسك بها تجاه الدائن.

الفرع الأول: مطالبة الدائن للكفيل المتضامن

في الكفالة التضامنية للدائن حق في المطالبة بالدين، وبموجب هذا الحق له الخيار في المطالبة ان شاء طالب المدين او طالب الكفيل المتضامن كونه بمركز المدين المتضامن (مع احتفاظه بالصفة الاحتياطية والتي يمكن ان تنتهي هذا الصفة بعد ان يقوم الدائن بمطالبته ابتداءً)، بل وحتى يمكن للدائن مطالبة المدين ايضاً منفرداً بعد مطالبته للكفيل المتضامن، كما له مطالبته منفرداً فالدائن ان يطالبهما مجتمعين وهو رأي المشرع العراقي في (المادة 1031) من القانون المدني العراقي حيث تنص على انه "اذا كان الكفيل متضامناً مع المدين، فالدائن مخير في المطالبة ان شاء طالب المدين وان شاء طالب الكفيل، ومطالبته احدهما لا تسقط حقه في مطالبة الآخر، فبعد مطالبته احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما معاً". هكذا نظم المشرع العراقي كيفية المطالبة وحسناً فعل بذلك، وهو ما جعله متميز عن اقرانه في التشريعات الأخرى لاسيما التشريع المصري والفرنسي فلم ينظمون هذه الحالة.

وان عقد الكفالة التضامنية قائماً ما دام الالتزام الأصلي موجوداً وصحيحاً، كما في عقد البعثة الدراسية حيث يبرم طالب البعثة العقد مع الجهة المانحة للبعثة على ان يقدم كفيل يضمن ما اذا اخل المتعاقد بالتزاماته، بيد ان التزام الكفيل المتضامن يبقى قائماً الى حد انتهاء الالتزام الأصلي، بيد ان من اهم شروط المطالبة (ان تتم في الاجل المحدد لها) أي في ميعاد الاستحقاق، فلا يجوز للدائن ان يطالب الكفيل المتضامن الا اذا انتهت المدة المحددة في عقد الكفالة التضامنية او في الالتزام الأصلي، كما هو الحال

اثار عقد الكفالة التضامنية

بالنسبة لكفالة الموظف طالب البعثة الدراسية فعند امعان النظر في تعهد الكفيل المتضامن الملحق بتعليمات منح الاجازة الدراسية رقم(165) لسنة 2011 حيث يتعهد الكفيل المتضامن لحد (حصول المكفول على الشهادة وأداء المهام المترتبة عليه بعد حصوله على الشهادة) والذي يعد اجل التزام الكفيل المتضامن.

وتقضي القواعد العامة في المطالبة انه لا يجوز للدائن مطالبة الكفيل الا اذا انتهت المدة المحددة في عقد الكفالة او حل اجل الالتزام الأصلي، فإذا تم الاتفاق على اجل معين في عقد الكفالة فإنه لا يجوز ان يكون اقصر من اجل الالتزام الأصلي، وهو تطبيق لفكرة تبعية التزام الكفيل وايضاً تطبيقاً لفكرة انه لا يصح ان يبرم عقد الكفالة بشروط اشد من الالتزام المكفول، فلا يجوز ان يكون اجل التزام الكفيل اقصر من الاجل الممنوح للمدين في الالتزام الأصلي، فإذا كان الاجل المحدد في عقد الكفالة قصير يجب ان يمدد الى اجل الالتزام الأصلي⁽¹⁾.

ولم يعالج المشرع العراقي هذه الحالة في احكام الكفالة وقد يكون السبب ان الكفيل المتضامن ملتزم بما التزم به المدين كونه متضامناً معه في المسؤولية، وبالرجوع لنص (المادة 1031) من القانون المدني العراقي فإن المشرع أكد على إمكانية المطالبة مجتمعين او منفردين والذي يفهم منه ان اجل الالتزام الأصلي هو الاجل الذي يجب ان يلتزم فيه الكفيل المتضامن ايضاً كما وضعنا سابقاً بخصوص اجل كفالة طالب البعثة الدراسية.

اما مدى هذه المطالبة فإن للدائن مطالبة الكفيل المتضامن بكل مبلغ الكفالة وهو ما قضت به محكمة بداءة الكرخ بإحدى القرارات القضائية حيث نص على انه: {.....وحيث لا تضامن بين الكفيل والمدين مالم يشترط ذلك في عقد الكفالة أو عقد منفصل ، طبقاً لنص المادة (١٠٣٠ ف (١) مدني ، وحيث أن الكفلاء المدعى عليهم الثاني والثالث والرابع في هذه الدعوى ووفقاً لورقة التعهد بكفالة المدين قد كفّلوا المدعى عليه الأول كفالة تضامنية بتسديد مبلغ الدين وبحدود مبلغ قدره مائة وعشرة مليون دينار وفق

(1) د. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1984، ص44.

اثار عقد الكفالة التضامنية

ما ورد في أوراق التعهد، وبذا فأن كفلاء المدعى عليه الأول يكونوا مسؤولين تجاه المدعي ولكن بحدود مبلغ الكفالة، وحيث أن اذا كان الكفيل متضامناً مع المدين، فالدائن مخير في المطالبة إن شاء طالب المدين وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر فبعد مطالبته أحدهما، له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما معاً، طبقاً لنص (المادة ١٠٣١) مدني، وحيث تعتبر المبالغ المصروفة على طالب البعثة الناكل عن تنفيذ العقد بعد انتهائها واجبة الأداء بمجرد تطبيق أحكام العقد المتعلقة بها وتستحصل منه ومن كفلائه بالتضامن صفقة واحدة غير قابلة للتقسيم، طبقاً لنص المادة (١٩/٢) من نظام البعثات والمساعدات المالية والزمالات ذو الرقم (٤٦) لسنة ١٩٧١ عند أبرام العقد موضوع الدعوى والملغي بموجب نظام البعثات والمساعدات المالية والزمالات ذو الرقم (3) لسنة ٢٠١٨، وبذا وتأسيساً على ما تقدم وتنفيذاً للعقد المبرم بين الطرفين فأن من حق المدعي الرجوع على المدعى عليه الأول وكفلائه بما أنفقه وصرفه من نفقات ورواتب ومخصصات طيلة فترة الابتعاث.....⁽²⁾.

اما المشرع المصري فلم ينظم كيفية المطالبة كما فعل المشرع العراقي في (المادة 1031) من القانون المدني العراقي، حيث انه لم يرد نص يوضح امكانية الدائن بالخيار بين المدين والكفيل المتضامن عند المطالبة لكن بالنظر لنص (المادة 793) من القانون المدني المصري والتي تنص على انه "لا يجوز للكفيل المتضامن مع المدين أن يطلب التجريد". ويفهم من نص المادة ان للدائن إمكانية مطالبة الكفيل المتضامن ابتداءً ولا يوجد ما يمنعه من الرجوع على المدين ايضاً، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الكفيل المتضامن يعد في حكم المدين المتضامن من حيث مطالبة الدائن له منفرداً⁽³⁾.

اما المشرع الفرنسي فقد اشار الى الكفالة المتضمنة بيان ينفي حق الكفيل بالمطالبة بتجريد المدين أولاً وحق تقسيم الدين والذي يقصد في هذا النوع من الكفالة هي الكفالة التضامنية، الا انه لم ينص بصريح

(2) قرار محكمة بداءة الكرخ، 541/ب/2022، في تاريخ 2022/9/28. (غير منشور).

(3) الطعن 5083 لسنة 63 ق جلسة 1995/1/29. ينظر أشرف احمد عبد الوهاب وإبراهيم سيد احمد، عقد الكفالة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، ط1، دار العدالة، القاهرة، 2018، ص82.

اثر عقد الكفالة التضامنية

العبارة على ذلك وهو غموض يجدر تلافيه. فتقرر عدم إلزام الدائن بمطالبة المدين أولاً والذي يفهم من حرية الدائن في الاختيار بين مطالبة المدين أو الكفيل، وهو ما اشارت اليه (المادة 2/2297) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على انه "1- تحت طائلة بطلان التزامه يقوم الكفيل الشخصي بنفسه بأن يذكر أنه يلتزم بصفته كفيل بأن يدفع للدائن ما يدين له به المدين في حالة تخلفه عن الدفع، في حدود المبلغ الاصلي والملحقات المعبر عنها بالأحرف والأرقام. وفي حالة وجود اختلاف، تسري الكفالة على المبلغ المكتوب بالأحرف.2- وإذا نفت الكفالة حق التجريد وحق طلب تجزئة الدعوى، فإنه تقر بهذا البيان بأنه لا يمكن إلزام الدائن بمقاضاة المدين أولاً أو تقسيم دعواه بين الضامنين. وبخلافه فأنها تحتفظ بالحق في الاستفادة من هذه المزايا.3- وعلى الشخص الطبيعي الذي يوكل غيره بأن يكون كفيلاً له أن يلتزم بأحكام هذه المادة".⁽⁴⁾

الفرع الثاني: الدفع التي يمكن للكفيل المتضامن ان يتمسك بها تجاه الدائن

ان اهم ما يميز الكفالة التضامنية عن البسيطة هي مسألة الدفع حيث عرف اغلب الفقهاء الكفالة التضامنية من خلال الدفع المقررة للكفيل العادي دون المتضامن. ولما كان التزام الكفيل المتضامن ينشئ عند ابرام عقد الكفالة التضامنية ويعد تابعاً لالتزام المدين، فتتحدد الدفع المقررة له على هذا الأساس، فهناك دفع تبت للكفيل المتضامن على أساس الالتزام الأصلي وهنالك دفع تبت له من خلال عقد الكفالة التضامنية، لذلك سوف نتناول الدفع المقررة للكفيل المتضامن من خلال الفقرتين الاتيتين:

⁽⁴⁾ **Article(2297)Modifié par Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 - art. 3**
"A peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres.

Si la caution est privée des bénéfices de discussion ou de division, elle reconnaît dans cette mention ne pouvoir exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions. A défaut, elle conserve le droit de se prévaloir de ces bénéfices. La personne physique qui donne mandat à autrui de se porter caution doit respecter les dispositions du présent article".

- أولاً: دفع الكفيل المتضامن الناشئة عن الالتزام الأصلي.
 - ثانياً: دفع الكفيل المتضامن الناشئة عن عقد الكفالة التضامنية.
- اولاً: دفع الكفيل المتضامن الناشئة عن الالتزام الأصلي.

ان القاعدة العامة في الكفالة تقضي بجواز تمسك الكفيل بجميع أوجه الدفع المقررة للمدين لكون ان ذمة الكفيل تبرأ بمجرد براءة ذمة المدين، حيث ان التزام الكفيل يعد تابعاً يستمد وجوده من الالتزام الأصلي فينتفي التزام الكفيل تبعاً للالتزام الأصلي بل له ان يتمسك بأوجه الانقضاء المتعلقة بالالتزام الأصلي كالوفاء والابراء والمقاصة⁽⁵⁾.

ولما كان التزام الكفيل المتضامن هو التزم تباعي فان الامر ذاته ينطبق عليه، حيث ان ذمة الكفيل المتضامن تبرأ على ذلك النحو، بيد ان له التمسك بجميع الدفع التي يحتج بها المدين سواء كانت متعلقة بالالتزام الاصلي ام بالمدين ذاته، فللكفيل المتضامن ان يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين كالدفع بالمقاصة⁽⁶⁾، او الدفع بالتقادم⁽⁷⁾، والدفع ببطلان العقد الأصلي⁽⁸⁾، أيا كان سبب

(5) د. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1984، ص51.

(6) تعرف المقاصة بأنها احد أسباب انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء حيث تقع عندما يصبح المدين دائناً لدائنه فيتلاقى الدينان في ذمة شخصين لكل منهما شخصيته المستقلة فيكون كل منهما دائناً ومديناً للآخر، حيث ينقضي الدينان بالقدر الأقل ودون وفاء بقوة القانون. فيشترط لتحقيق المقاصة ان يكون كلا الدينين متقابلين من حيث الوقت والاستحقاق والصفة وان لا يكون هنالك مانع من الوفاء كان يكون احد الدينين نزع دون حق من ماله. ينظر د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، ج2، القاهرة، 2024، ص788 وما بعدها.

(7) التقادم المسقط هو وسيلة لانقضاء حق لم يطالب به صاحبه مدة معينة والحكمة من التقادم تكمن في ان سكوت صاحب الحق عن المطالبة به هو قرينه على الوفاء بالإضافة الى ان التقصي عن حقيقة الدين بعد هذا الأمد الطويل امر متعذر، فقد تكون ادلة ثبوته قد فقدت فمن يسكن عن حقه هذا المدة الطويلة الا وهي خمسة عشر سنة لا يستحق الحماية من المشرع. ينظر د. عبد المنعم فرج الصده، احكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1955، ص241.

اثار عقد الكفالة التضامنية

البطلان كانهدام الرضا ونقصان الاهلية الا اذا كانت الكفالة حاصلة بسبب نقص الاهلية (ان نقص أهلية المدين احيانا لا يعد سبب لبطلان التزام الكفيل اذا كان للأخير علم بذلك وقامت كفالته على هذا الأساس)، او المحل او السبب او عيوب في الشكل الذي يتطلبه القانون، كما له ان يتمسك بدفع إضاعة الدائن للتأمينات⁽⁹⁾.

ان المشرع العراقي لم يتناول مسألة الدفع الخاصة بالكفيل المتضامن وهو قصور تشريعي يجدر تلافيه لأن المسألة تعد من المسائل المهمة التي يجب ان يرد بها نص خاص، كون ان الكفالة التضامنية تكاد ان تكون مختلفة جذرياً عن الكفالة البسيطة لاسيما من حيث شدة المسؤولية المترتبة على الكفيل المتضامن، كونها تعد قانونية لذا يجب على المشرع ان يحيط بكل جوانب الموضوع.

وقد كان موقف المشرع المصري أفضل وأدق فقد أشار اليها في (المادة 794) من القانون المدني المصري والتي تنص على انه "يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين". ان جواز تمسك الكفيل بهذا الدفع المتعلق بالالتزام الأصلي ليس فقط باسم المدين بل ايضاً باسمه هو كونه صاحب مصلحة شخصية مباشرة إذ يترتب على انقضاء الالتزام الأصلي او بطلانه انقضاء التزامه الذي يقوم تبعاً له ويزول بزواله. إذا فأن هذا الدفع حق خالص للكفيل المتضامن حتى وان تنازل المدين عن حقه، كأن يتنازل المدين عن حقه في التقادم ولان هذا التنازل لا يصح ان يضار بالكفيل

(8) عرف المشرع العراقي العقد الباطل وهو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته او وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجية، وذكر ذلك من خلال نص (المادة 138) من القانون المدني العراقي حيث تنص على انه "1_العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً. 2_إذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل....". ينظر د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الإلتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية، ج1، مطبعة السعدون، بغداد، 2000، ص176.

(9) د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ط3، مج3، نقابة المحامين، مصر، بند 88، ص144.

اثر عقد الكفالة التضامنية

وله أن يدخل في الخصومة القائمة بين الدائن والمدين ويتمسك بدفوع المدين إذا لم يقوم بذلك الأخير بل له أن يرفع دعوى ضد الدائن يتمسك بالدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي.

وقد أضاف التشريع حالة أخرى حيث سمح للكفيل التمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، إلا أنه استثنى حالة ناقص الاهلية وكان الكفيل على علم بنقص أهلية المدين فلا يمكنه التمسك بهذا الدفع حيث تنص (المادة 2/782) من القانون المدني المصري "على أنه إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقض أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه". وهو استثناء عن القاعدة العامة المذكورة في الفقرة الأولى فإذا كان المدين ناقص الاهلية وكان الكفيل يعلم بذلك وقت التعاقد فإن ليس له التمسك بهذا الدفع، وبمفهوم المخالفة لنص المادة إذا كان الكفيل يجهل نقص الاهلية للمدين وقت التعاقد فإن له أن يتمسك ببطلان التزام المدين والذي يترتب عليه بطلان التزام الكفيل تبعاً⁽¹⁰⁾.

أما إذا كان سبب إقامة الكفالة هو نقص الاهلية كما هو موضح في (المادة 777) من القانون المدني المصري حيث تنص على أنه "من كفل التزام ناقص الاهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الاهلية، كان ملزماً بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول". فأن الكفيل يكون ملزماً وليس له التمسك ببطلان التزام المدين لنقص الاهلية.

(10) د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص 54.

اثار عقد الكفالة التضامنية

ان أوجه الدفع المقررة للكفيل المتضامن ابعد من الدفع المقررة للمدين المتضامن كون ان الأخير لا يستطيع ان يتمسك ببطلان التزام مدين اخر متضامن معه، إذا كان سبب البطلان خاص بالأخير كانعدام رضاه مثلاً، هذا ما جعل بعض الفقهاء يرفض وضع الكفيل المتضامن بمركز المدين المتضامن⁽¹¹⁾.

اما المشرع الفرنسي فقد اجاز للكفيل ان يحتج امام الدائن عند مطالبتة بالدفع المقررة للمدين سواء كانت مرتبطة بشخصه او كانت ملازمة للدين، ويتضح ذلك من خلال (المادة 1/2298) من القانون المدني الفرنسي حيث تنص على انه "1- يجوز للكفيل أن يحتج على الدائن بجميع الاستثناءات الشخصية أو الملازمة للدين التي تخص المدين، مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة 2293. 2- ومع ذلك لا يجوز للكفيل الاستفادة من الوسائل القانونية أو القضائية التي يستفيد منها المدين نتيجة تعذره عن دفع الدين، ما لم ينص على خلاف ذلك على وجه التحديد"⁽¹²⁾. ويتضح من خلال نص الفقرة الأولى ان المشرع استثنى حالة ناقص الاهلية كما هو الحال بالنسبة للمشرع المصري، حيث تنص (المادة 2293) من القانون المدني الفرنسي على انه "لا يمكن أن تقوم الكفالة إلا على التزام صحيح. ومع ذلك فإن من يكفل شخصاً طبيعياً مع علمه أن ليس له أهلية التعاقد فهو ملزم بالتزامه"¹³. بما ان التزام الكفيل المتضامن هو التزام تبعي فيمكنه

(11) د. محمد شريف عبدالرحمن احمد عبدالرحمن، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص290.

(12) **Article 2298** Modifié par Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 - art. 3

"La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2293. Toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire".

(13) **Article 2293** Modifié par Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 - art. 3

"Néanmoins, celui qui se porte .Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable caution d'une personne physique don't il savait qu'elle n'avait pas la capacité de contracter est .tenu de son engagement".

اثر عقد الكفالة التضامنية

التمسك بهذا الدفع كون ان المشرع الفرنسي لم يذكر في صريح النص الكفيل المتضامن بل أشار الى الكفيل بصورة عامة.

ثانياً: دفع الكفيل المتضامن الناشئة عن عقد الكفالة التضامنية

ان أساس التزام الكفيل المتضامن هو عقد الكفالة التضامنية وما يلحقه من اوصاف، ولهذا فإنه يستطيع التمسك بالدفع الناشئة عن هذا العقد كما لو أنعدم أحد اركانه او وجود عيب في الرضا او السبب او نقص بالأهلية او أي عيب اخر تنص عليه القواعد العامة في العقود، بالإضافة الى ان للكفيل المتضامن ان يدفع بالأوصاف التي تلحق بالتزامه كعدم حلول الاجل، فأن الكفالة التضامنية لا تختلف عن سائر العقود الأخرى من حيث ان للكفيل التمسك بكل الدفع المتعلقة بانعقاد الكفالة او المتعلقة بما قد يلحق التزامه من اوصاف، اما الدفع بالتجريد والدفع بعدم مطالبته قبل مطالبة المدين والدفع بالتقسيم فليس للكفيل المتضامن مثل هكذا دفع لانهما خاصان بالكفالة البسيطة دون التضامنية، فبمجرد تضامن الكفيل مع المدين يتجرد الكفيل من هذه الدفع الأخيرة⁽¹⁴⁾.

من خلال تعريف الكفالة التضامنية اتضح ان الدفع المتعلقة بعقد الكفالة، لاسيما الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم كذلك الدفع بمطالبة المدين أولاً دفع مقرر للكفيل العادي دون المتضامن، اما بقية الدفع المتعلقة بعقد الكفالة كالدفع ببراءة ذمته الكفيل بقدر ما أضعاه الدائن بخطئه من تأمينات والدفع بعدم تدخل الدائن في تغليسة المدين وأيضاً الدفع بتأخر الدائن في اتخاذ إجراءات ضد المدين، ان هذا كلها دفع مقرر للكفيل ويستطيع الكفيل المتضامن ان يحتج بها مع المدين.⁽¹⁵⁾

(14) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، مصدر سابق، ص94. وينظر ايضاً د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص53.

(15) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، مصدر سابق، ص129.

اثار عقد الكفالة التضامنية

وفي اطار القانون المدني العراقي لم يشير المشرع في الاحكام الخاصة بالكفالة التضامنية الى الدفع ببراءة ذمة الكفيل المتضامن بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات، الا انه وبالرجوع الى القواعد العامة في الكفالة فقط أشار اليها من خلال نص (المادة 1027) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه "1_على الدائن ان يحافظ على ما للدين من ضمانات، مراعيًا في ذلك مصلحة الكفيل وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطاه من هذه الضمانات. 2. ويقصد بالضمانات، كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون". وبما ان للكفيل المتضامن ان يتمسك بكل الدفع المقررة للمدين والمتعلقة بالدين فلا يوجد ما يمنع من تمسكه بهذا الدفع، بالإضافة الى ان المشرع لم يفرق بين الكفيل المتضامن والعادي الا من خلال ثلاث دفعات هما الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم والدفع بمطالبة المدين اولاً، فمن باب أولى يمكن الكفيل المتضامن ان يتمسك بالدفع الأخرى كالدفع ببراءة ذمة الكفيل بقدر ما أضاع الدائن بخطئه من تأمينات والدفع بانقضاء الكفالة التضامنية لعدم تقدم الدائن في تقليصة المدين.

الامر ذاته بخصوص الدفع الخاص بعدم دخول الدائن بتقليصة المدين حيث تنص (المادة 1028) من القانون المدني العراقي على انه "إذا أفلس المدين وجب على الدائن ان يتقدم في التقليصة بالدين، والا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما اصاب الكفيل من الضرر من جراء اهمال الدائن". فهي من الدفع المقررة للمدين ولا بد من ان يتمسك بها الكفيل المتضامن.

المطلب الثاني: علاقة الكفيل المتضامن بالمدين

ان من ابرز خصائص الكفالة التضامنية هي تبرعيه، حيث يلتزم الكفيل المتضامن بدين شخص اخر دون ان يكون له وجه مصلحة بذلك، لذا ولضمان حماية الأطراف المتعاقدة فقد نظم المشرع العراقي احكام الكفالة ولم يقتصر الامر على ذلك بل هنالك قواعد عامة يمكن الرجوع اليها لاسيما في الوفاء مع

اثار عقد الكفالة التضامنية

الحلول والذي من خلاله يمكن للكفيل المتضامن الرجوع على المدين او الكفلاء المتضامين لكونه يمثل الطرف الضعيف⁽¹⁶⁾ في الرابطة العقدية فقد لا يستطيع الكفيل المتضامن الحصول على حقه بطريقة ودية.

ويقصد بالرجوع إقامة الدعوى، حيث تعرف الدعوى بأنها السلطة الممنوحة للأشخاص للحصول على حقهم بأنفسهم بعد ان حرموا منه⁽¹⁷⁾، وقد عرفها الشراح بأنها سلطة الالتجاء الى القضاء لتقرير حق او حمايته، أبو بقصد احترام القانون، ((ان مصطلح الدعوى يستخدم في وجهات مختلفة فقد يصد به المطالبة امام القاضي او يقصد به الادعاء فيقال: البينة على من ادعى أي زعم، او قد يقصد بها الاخبار عن الإجراءات التي تتخذ امام القاضي كمصروفات الدعوى وجميع إجراءات الخصومة))⁽¹⁸⁾، وتقسم الدعاوي الى عدة اقسام فإذا نظرنا الى الدعوى من جهة طبيعة الحق موضوع النزاع فان الدعوى تكون اما شخصية او عينية، واذا نظرنا للدعوى من خلال نوع الاتفاق او العمل الذي نشأت عنه فهي اما دعوى مدنية او تجارية.⁽¹⁹⁾

هكذا فان القانون لا يعطي حق الرجوع الا إذا تم الوفاء في ميعاد الاستحقاق، أي عند رجوع الدائن على الكفيل المتضامن او أحد الكفلاء المتضامين في حال تعددهم عند حلول الاجل، كون ان رجوع الكفيل

⁽¹⁶⁾ عرف الشراح الطرف الضعيف من خلال النظر الى توازن ارادتي المتعاقدان، فأن اختل التوازن العقدي نتج عنه ظهور الطرف الضعيف، حيث هنا تبرز الحماية القانونية للمتعاقد في حالة الضعف التعاقدية الذي يسيطر عليه أثناء عملية التعاقد مما يظهر اختلالاً بين الأطراف، لذا يوجب القانون المدني حماية هذا الطرف الضعيف من تقرد الطرف القوي المتمتع بالنفوذ والسلطة، وان الطرف الضعيف في عقد الكفالة هو الكفيل فهو ملزم بسداد الدين في حالة عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء بل ان الكفيل المتضامن ملزم بسداد الدين حتى قبل الرجوع على المدين. ينظر د. شروق عباس فاضل و د. سارة نعمت احمد، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقاتها في العقود المدنية، ط1، المركز العربي، مصر، ص16، 205.

⁽¹⁷⁾ د. احمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، ط3، الدار الجامعة، بيروت، لبنان، 1989، ص105.

⁽¹⁸⁾ د. إبراهيم محمد الشرفي، الوجيز في شرح قانون المرافعات، مكتبة الصادق، صنعاء، 2020، ص147 وما بعدها.

⁽¹⁹⁾ عبدالرحمن العلام، بشرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، 1970، ص148.

اثر عقد الكفالة التضامنية

المتضامن على المدين يقوم على أساس مبادئ العدالة⁽²⁰⁾، والقواعد العامة للتضامن بين المدينين والوفاء مع الحلول، لذلك فقد نظمت التشريعات محل الدراسة القواعد الخاصة بالرجوع بشيء من التفصيل في القانون المدني.

وبالنظر لما سبق فقد تنثور بعض التساؤلات بهذا الجانب، فما هي الدعاوي التي يمكن من خلالها للموفي الرجوع على المدين؟ وما هو المقدار الذي يمكن للموفي الرجوع به على المدين؟ هل مبلغ الكفالة التضامنية ام المبلغ الذي اداه فعلاً عند الاستحقاق؟ ان اغلب التشريعات تناولت مسألة رجوع الكفيل في احكام الكفالة دون تحديد الكفيل المتضامن، وبما ان الكفالة التضامنية هي أحد أنواع الكفالة ومع عدم الاخلال بمضمونها فإن احكام الرجوع تنطبق على الكفيل المتضامن، بيد ان المشرع العراقي والمصري والفرنسي قد نظموا إمكانية رجوع الكفيل من خلال دعويين الأولى هي الدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)

⁽²⁰⁾ عرفت قواعد العدالة بأنها مجموعة القواعد التي تصدر عن مثل أعلى يستهدف خير الإنسانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شعور بالإنصاف وما يوحي به من حلول منصفة. في حين عرفها البروفيسور روبرت اليكسي في كتاب فلسفة القانون ان العدالة ماهي الا صحة توزيع والتبعات والموازنة بين الذنب والعقوبة، بين الضرر والتعويض، بين الأداء ومقابلته او بعبارة ابسط العدالة هي صحة التوزيع والموازنة والقانون لا يجب ان يكون عادلاً فحسب بل يجب ان يكون صائباً ينطوي على الحكمة ايضاً ضمن أطار العدالة. اما الفقيه جاك غستان فقد عرف مبدأ العدالة العقدية بأنها حماية التوازن العقدي بين اطرافه، بحصول كل متعاقد على المنفعة المادية المقصودة منه، بما يتناسب مع الأداء الذي قدمه الى الطرف الاخر وبما يقتضيه مبدأ حسن النية. ان التعريف الأخير قصر العدالة على المنفعة العقدية والتوازن بين الاداءات ومبدأ حسن النية الا انه بالرجوع الى احكام القانون المدني نجد دور مهم وفعال للعدالة لم يتطرق له الفقيه الا وهو الدور الحاكم للعلاقة العقدية عند نقص المصادر الأخرى (التشريع والعرف). ينظر د. شروط عباس فاضل و رياض احمد عبدالغفور، دور العدالة في تكميل العقود، بحث نشر في مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع13، 2019، ص7، 10. ~ وتقسم العدالة على صورتين تختلف باختلاف أطرافها الأولى: عدالة توزيعية تسود الفرد بالجماعة السياسية من حيث توزيع الثروات والاعباء بينهم، والثانية: عدالة تبادلية تسود علاقة الافراد فيما بينهم وتنظم علاقاتهم تهدف الى وضع كل طرف من أطراف العلاقة في مركز متوازن مع الطرف الاخر، وهو ما يهمننا في موضوع الدراسة لكون ان رجوع الكفيل الموفي على المدين ما هو الا تطبيق للعدالة التبادلية. ينظر د. رياض أحمد عبد الغفور ود. شروق عباس فاضل، العدالة العقدية، دار الكتب القانونية _ دار شتات للنشر، مصر _ الامارات، 2020، ص124.

اثار عقد الكفالة التضامنية

والثانية دعوى عينية وهي دعوى الحلول وهي تطبيق للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول، لذا سوف نتناول الدعويين على التوالي في الفروع الآتية:

- الفرع الأول: رجوع الكفيل المتضامن بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة التضامنية).
- الفرع الثاني: رجوع الكفيل المتضامن بالدعوى العينية (الدعوى الحلول).

الفرع الأول: رجوع الكفيل المتضامن بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة)

يقصد بالدعوى الشخصية هي تلك التي ترفع حمايةً لحق شخصي والذي يعرف بأنه رابطة قانونية بين شخصين (الدائن والمدين) يلتزم بمقتضاها أحدهما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل لصالح شخص آخر⁽²¹⁾، فإذا أراد الكفيل المتضامن حماية حقه باعتبار أن ليس له مصلحة في هذه الكفالة وتمت مطالبته لكون أن للدائن الخيار في المطالبة إما مطالبة المدين أم الكفيل المتضامن، ووفى الكفيل المتضامن أو أحد الكفلاء المتضامين مبلغ الكفالة التضامنية فللموفي الرجوع على المدين الأصلي بجميع ما أدى من خلال إقامة الدعوى الشخصية الناشئة عن عقد الكفالة التضامنية.

وهو ما اشارت اليه القواعد العامة عند الوفاء من قبل أحد المدينين المتضامين حيث تنص (المادة 334) من القانون المدني العراقي على أنه "1- لمن قضى الدين من المدينين المتضامين الرجوع على الباقي بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه بقدر حصته. 2- فإن كان أحد منهم معسراً تحمل تبعة هذا الاعسار المدين الذي وفى بالدين وسائر المدينين كل بقدر حصته".

على الرغم من ذلك فقد اختلف الفقه حول أساس هذا الرجوع فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى أن رجوع الموفي بالدعوى الشخصية أساسه الوكالة أو دعوى الفضالة، فإذا عقدت الكفالة برضا المدين فيعد الكفيل المتضامن وكيلًا عن المدين من خلال وكالة صريحة، وإذا عقدت الوكالة بعلم المدين ودون معارضته

(21) عبد الرحمن العلام، بشرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، 1970، ص 149.

اثار عقد الكفالة التضامنية

فتعد عندئذ ضمانية، اما اذا ابرم عقد الوكالة دون علم المدين أو رغم معارضته فيصبح الكفيل بمنزلة الفضولي وليس وكيلاً⁽²²⁾، ولا نعتقد بصحة انطباق هذا الرأي على الكفيل المتضامن فالتضامن شيء والوكالة شيء اخر فالكفيل المتضامن بل وحتى الكفيل العادي لا يمكنه التنازل عن كفالته كما هو الحال في الوكالة، والامر ذاته بالنسبة لتصرف الفضولي حيث ان تصرف الفضولي ينطوي على نوع من الاستعجال في القيام بعمل غير ملزم به، في حين ان الكفيل المتضامن عند وفائه لمبلغ الكفالة يكون قد اوفى بما هو ملتزم به.

ومن جانب اخر فإن الفقه يفرق بين الكفلاء الذين لهم مباشرة الدعوى الشخصية فإذا عُقدت الكفالة بالرغم من معارضة المدين ليس للكفيل مباشرة هذه الدعوى⁽²³⁾، ويبرر الفقهاء والشرح رأيهم هذا لسبب ان الاحكام الخاصة بالكفالة تقضي بمباشرة الدعوى بعلم المدين او دون علمه أي افترضوا رضا المدين في الأخيرة، اما علم المدين ومعارضته للكفالة يترتب عليها العودة للقواعد العامة في الوفاء حيث للمدين ان يرفض الوفاء الحاصل من الغير اذا كانت له مصلحة من هذا الاعتراض وهو ما تقضي به (المادة 2/375) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه "ويصح ايضاً وفاء الدين من اجنبي لا مصلحة له في الوفاء بأمر المدين او بغير امره على انه يجوز للدائن ان يرفض الوفاء من الغير اذا اعترض المدين على ذلك وابلغ الدائن هذا الاعتراض". وهو ما تقضي به (المادة 2/324) من القانون المدني المصري⁽²⁴⁾. فيذهب البعض الى ان للكفيل في هذا الحالة دعوى الاثراء بلا سبب⁽²⁵⁾.

(22) د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، عقد الكفالة، مكتبة نور العين، العراق، 2022، ص102.

(23) د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، ج10، مصدر سابق، ص134.

(24) تنص (المادة 2/324) من القانون المدني المصري على أنه "ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه كال أو بعضا، إذا أثبت أن له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء".

(25) د. محمد كامل مرسي بك، الموجز في التأمينات، مطبعة فتح الله الياس، مصر، 1939، ص62.

اثر عقد الكفالة التضامنية

خلاصة الامر ان الرأي الفقهي يجانب الصواب فيما يخص الكفيل في الكفالة العادية اما الكفيل المتضامن لا نعتقد بصواب انطباق هذا الامر عليه لان الكفالة التضامنية تحقق ضماناً قوياً للمدين فلا توجد مصلحة للمدين من رفض الكفالة التضامنية كما قالوا جمهور الفقهاء، بالإضافة الى ان الكفالة التضامنية لا تقتض بل لابد من وجود اتفاق سابق عليها والذي معه تنتفي معارضة المدين لكفالة الكفيل المتضامن او حتى نص قانوني او قرار قضائي.

اما الجانب الاخر من الفقه فقد ذهب الى ان أساس الدعوى الشخصية هو عقد الكفالة التضامنية فهو الاساس الذي انطوى عليه الحق الشخصي للكفيل المتضامن.

ان المشرع العراقي في الأحكام الخاصة بالكفالة التضامنية قد أشار الى حالة وفاء أحد الكفلاء المتضامين مبلغ الكفالة عند تعددهم حيث تنص (المادة 1032) من القانون المدني العراقي على انه "إذا كان الكفلاء متضامين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين، كان له ان يرجع عند الاستحقاق على كل من الباقيين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم". يتضح من خلال النص ان المشرع عندما أشار الى حالة الرجوع فقد أشار الى الكفلاء المتضامين ولم يحدد الكفيل المتضامن وما هو الا تأكيد على احكام التضامن وإمكانية تعدد الكفلاء لنفس الدين، بالإضافة الى ان المادة اشارت لفقرة بغاية الأهمية وهي ان الكفيل المتضامن هو مسؤول عن كل مبلغ الكفالة التضامنية الا انه عند رجوعه على الكفلاء الاخرين فانه لا يجوز له الرجوع بكل المبلغ الذي اداه انما يرجع فقط على كل كفيل متضامن بقدر حصته من مبلغ الكفالة وعلى نصيبه من حصة المعسر.

اما المقدار الذي يمكن للموفي الرجوع به على المدين الاصلي فإنه يرجع بكل مبلغ الكفالة بالإضافة الى المصروفات القضائية ⁽²⁶⁾، وجميع مصروفات الدعوى وهو ما يفهم من الفقرة الأولى من (المادة 1033)

⁽²⁶⁾ تقرر المحكمة عند صدور الحكم مصاريف الدعوى على المحكوم عليه من تلقاء نفسها وهذا المصاريف تشتمل على رسوم القضائية التي استلزمت لكي ترفع الدعوى وقيدتها ومصاريف اتعاب الخبراء الذي عينوا في القضية ومصاريف الشهود

اثار عقد الكفالة التضامنية

من القانون المدني العراقي حيث تنص على انه "1- إذا ادى الكفيل ما كفل به من ماله، فله الرجوع بما ادى على المدين". وما هم الا تطبيقاً للقواعد العامة لعلاقة المدينين المتضامنين في القانون المدني العراقي في (المادة 334).

اذا لكي تقام الدعوى الشخصية بحيث يمكن للكفيل المتضامن الرجوع على المدين يجب ان تتوفر شروط معينة، اولها يجب على الكفيل المتضامن ان يوفي مبلغ الكفالة عند حلول الاجل لا قبل ذلك لكي يحل الكفيل محل الدائن بجميع الحقوق، وان الامر لا يقتصر على هذا الحال بل يجب ان تقام الكفالة التضامنية ابتداءً برضى وعلم المدين ولمصلحته او لمصلحة الدائن والمدين معاً لا لمصلحة الدائن فقط، وبغير ذلك اذا قامت الكفالة التضامنية لصالح الدائن ودون علم المدين أو رغم معارضة الاخير فلا يمكن للكفيل المتضامن اقامة دعوى الكفالة، لأنها دعوى ذات طابع شخصي غرضها الأساسي حماية الحق الشخصي، فإذا رفض المدين الكفيل المتضامن ومع ذلك اوفى الكفيل مبلغ الكفالة فلا يمكنه الرجوع بالدعوى الشخصية لانتفاء الحكمة من هذا الرجوع حيث لا يعد الكفيل قد قدمه خدمة للمدين لذا يمكنه في هذا الحالة الرجوع وفق دعوى الحلول وهي تطبيق للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول⁽²⁷⁾.

ويذهب الفقه الى انه يمكن للكفيل الرجوع على المدين حتى لو اوفى جزء من الدين⁽²⁸⁾، ان هذا الاتجاه قد يكون صحيحاً لا يشوبه خطأ في حدود الكفالة البسيطة، اما الكفالة الموصوفة بالتضامنية فهو امر غير صائب اطلاقاً كون ان فكرة التضامن تقوم على الوفاء الكامل لمبلغ الكفالة حتى وان تعدد الكفلاء

ومصاريف انتقال المحكمة او القاضي في الحالات التي تستلزم ذلك وجزءاً يسير من اتعاب المحامين الذي ترفع بالقضية وهذا الرسوم ليس تعويض للمحكوم له انما يلزمها القانون لتحقيق لمقتضيات العدالة. ينظر عز الدين الدناصري وحامد عكار، التعليق على قانون المرافعات، ج2، دار محمود، القاهرة، 2011، ص819.

⁽²⁷⁾ د. احمد السعيد الزقرد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون الكويتي (الكفالة)، مصدر سابق، ص83. ينظر ايضاً د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص69.

⁽²⁸⁾ د. احمد السعيد الزقرد، التأمينات الشخصية والعينية، ص85.

اثار عقد الكفالة التضامنية

المتضامنين فأن كل كفيل منهم يكون مسؤولاً على وجه التضامن بكل مبلغ الكفالة، بيد انه ليس للكفيل المتضامن ان يدفع بالتقسيم او التجريد.

والامر ذاته بالنسبة لعملية الاخطار فالكفالة التضامنية على خلاف البسيطة لا تتطلب لتمام الوفاء بها ان يقوم الكفيل المتضامن بأخطار المدين قبل الوفاء ويعود ذلك لفكرة التضامن كما موضح انفاً، لان الحكمة من الاخطار تكمن بالأساس لغرض ادخال المدين بالدعوى حيث ان القضاء العراقي يذهب دائماً في الكفالة القانونية والقضائية الى ادخال المدين الأصلي خصماً.

اما بالنسبة للتشريع المصري فلا يختلف الامر كثيراً على ما هو موجود في التشريع العراقي حيث تنص (المادة 800) من القانون المدني المصري على انه "1- للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعمله أو بغير علمه. 2- ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، على أنه في المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده. 3- ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعة ابتداء من يوم الدفع". حيث ان المشرع أشار الى الرجوع فقط ولم يحدد طبيعة هذا الرجوع هل يتم من خلال دعوى شخصية (دعوى الكفالة التضامنية) ام دعوى عينية (دعوى الحل)، ولكن بالنظر الى النص السابق لها (المادة 799) من القانون المدني المصري والتي أشار المشرع فيها الى حلول الكفيل محل الدائن فأن المقصود بالرجوع في (المادة 800) هو الرجوع بالدعوى الشخصية وليس الدعوى العينية.

اما المشرع الفرنسي فقد كان موقفه أكثر وضوحاً حيث أشار الى الرجوع الشخصية بكل مبلغ الدين وفوائده والمصاريف التي تكفل بها على ان تحتسب الاخيرة من يوم الوفاء، وذلك من خلال (المادة 2308) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على انه "للكفيل الذي دفع كل الدين أو جزء منه حق الرجوع الشخصي على المدين بالمبالغ التي دفعها وبالفوائد والتكاليف. يتم احتساب الفائدة تلقائياً من يوم الدفع. لا يمكن استرداد الا التكاليف اللاحقة على الاخطار الذي قدمه الكفيل للمدين من الاجراءات الموجهة ضدها.

إذا لحق الكفيل ضرراً مستقلاً عن التأخر في دفع المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى، يمكنه أيضاً الحصول على تعويض عن هذا الضرر".⁽²⁹⁾

الفرع الثاني: رجوع الكفيل المتضامن بالدعوى العينية (الدعوى الحلول)

يقصد بالوفاء مع الحلول هو أن يقوم شخص آخر بوفاء ما يلتزم به المدين وهو الكفيل المتضامن في محل الدراسة، فهي دعوى اقراها القانون ومن خلالها يمكن للكفيل الموفي الرجوع على المدين بما أدى فيحل الكفيل المتضامن حلول قانوني محل الدائن في الحق ذاته وصفاته، فإذا كان الدين تجارياً ينتقل إلى الموفي بصفاته وتوابعه كالفائدة والتأمينات ودفعه وعليه يمكن لمن قام بالوفاء الرجوع على المدين بالحق الذي كان للدائن⁽³⁰⁾.

أن رجوع الكفيل المتضامن بدعوى الحلول ما هو إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الوفاء والتي تقضي بأنه إذا التزم شخص غير المدين بوفاء دين الأخير فإن الموفي يحل محل الدائن بكل ماله من حقوق خاصة بالدين تجاهه.

لذا حتى يتمكن الكفيل المتضامن من الرجوع بدعوى الحلول يجب أن تتوفر شروط معينه، وهي أن يكون الكفيل المتضامن قد وفى الدين عند حلول الاجل على أن يكون الدائن قد استوفى حقه كاملاً من

⁽²⁹⁾ (Article 2308) Modifié par Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 - art. 4

“La caution qui a payé tout ou partie de la dette a un recours personnel contre le débiteur tant pour les sommes qu'elle a payées que pour les intérêts et les frais.

Les intérêts courent de plein droit du jour du paiement.

Ne sont restituables que les frais postérieurs à la dénonciation, faite par la caution au débiteur, des poursuites dirigées contre elle.

Si la caution a subi un préjudice indépendant du retard dans le paiement des sommes mentionnées à l'alinéa premier, elle peut aussi en obtenir réparation”.

⁽³⁰⁾ ريم يحيى أبزاح، رجوع الكفيل الموفي على المدين، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، 2009، ص71.

اثار عقد الكفالة التضامنية

الكفيل المتضامن (وهو القاعدة الأساسية في الحلول ان يتم الوفاء بكامل الدين)، وهنا يكمن أوجه الفرق بين دعوى الحلول والدعوى الشخصية حيث ان الأولى يمكن للكفيل الرجوع على المدين حتى وان اوفى جزء من الدين في حين ان دعوى الحلول يشترط لحلول الكفيل المتضامن محل الدائن والاستفادة من حقوقه ان يكون الأول قد اوفى بكل مبلغ الكفالة (حيث ان الأساس في الكفالة التضامن ان الكفيل المتضامن ملزم بوفاء كامل مبلغ الكفالة التضامنية وليس له الدفع بالتقسيم)، كما ان رجوع الكفيل المتضامن بدعوى الحلول لا يشترط فيه رضا المدين، فإذا تم الوفاء رغم معارضة المدين فهذا لا يمنع من رجوع الكفيل المتضامن على المدين⁽³¹⁾.

اما ما يرجع به الكفيل المتضامن فوفقاً للقواعد العامة للكفالة يرجع بحق الدائن لدى المدين ذاته بالإضافة الى ما يلحق هذا الحق من توابع وتأمينات وما يرد عليه من دفع، حيث تنص (المادة 1033) من القانون المدني العراقي على انه "1- إذا ادى الكفيل ما كفل به من ماله، فله الرجوع بما ادى على المدين. 2- ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق، سواء كانت الكفالة بأمر المدين او بغير امره". حيث ان من الالتزامات التي تقع على عاتق الدائن عند الوفاء ان يقوم الأخير بتسليم الموفي المستندات اللازمة للرجوع فتتنص (المادة 1026) من القانون المدني العراقي على انه "1- يلزم الدائن بان يسلم الكفيل وقت وفاء الدين، المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع. 2- فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون او محبوس، وجب على الدائن ان يتخلى عنه الكفيل، وإذا كان مضموناً بتأمين عقاري، فان الدائن يلتزم ان يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين للكفيل، ويتحمل مصروفات هذا النقل على ان يرجع بها على المدين".

والى ذلك ذهب المشرع المصري حيث أشار لدعوى الحلول من خلال (المادة ٧٩٩) من القانون المدني المصري التي تنص على انه "إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من

(31) د. محمد أحمد المعداوي عبد ربه، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، كلية الحقوق _ جامعة بنها، ص 256.

اثر عقد الكفالة التضامنية

حقوق قبل المدين. ولكن إذا لم يوف ألا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه ألا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين".

اما المشرع الفرنسي فقد أشار الى حالة الرجوع عند الوفاء وحلول الكفيل محل الدائن بجميع الحقوق، وان هذا الحلول يتم حتى وان كان وفاء الكفيل مقتصرأ على جزء من مبلغ الكفالة، على خلاف التشريعات العربية التي قصرت دعوى الحلول على الوفاء الكلي لمبلغ الكفالة من قبل الكفيل، ويتضح ذلك من خلال (المادة 2309) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على انه "يحل الكفيل الذي دفع كل الدين أو جزء منه محل الدائن في الحقوق التي كانت للدائن تجاه المدين"⁽³²⁾. ان التشريع الفرنسي كالتشريعات العربية لم تتناول الية الرجوع في الاحكام الخاصة بالكفالة التضامنية، ولكون ان الكفالة التضامنية هي احدى أنواع الكفالة فلا يوجد ما يمنع من الاستناد الى الاحكام العامة في الكفالة.

المطلب الثالث: علاقة الكفيل المتضامن مع غيره من الكفلاء

حتى تؤدي الكفالة التضامنية وظيفتها كأداة لضمان تنفيذ التزام المدين وتقوية ثقة الدائن في التعامل معه وتأمينه ضد مخاطر إعساره، حيث يمكن ان يتعدد الكفلاء لنفس الدين ولذات المدين، مما يعزز الثقة والائتمان عن طريق ضم الكفلاء المتضامين إلى ذمة المدين فيكون للدائن مطالبة أيا منهم.

حيث قد يتعدد الضامنين فلا يقتصر الامر على كفيل واحد إنما يتعدد الكفلاء ويكونون متضامين فيما بينهم ومتضامين مع المدين للوفاء بالالتزام المكفول، ومصدر هذا التضامن هو الاتفاق او وجود نص قانوني يقضي بذلك او حتى قرار قضائي، فالتضامن وصف يلحق بالتزام الكفيل فيرتب عليه بعض الاحكام

⁽³²⁾ (Article 2309)Modifié par Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 - art. 4
"La caution qui a payé tout ou partie de la dette est subrogée dans les droits qu'avait le créancier contre le débiteur".

اثار عقد الكفالة التضامنية

التي تميزه عن الالتزام البسيط⁽³³⁾، هكذا فان تعدد الكفلاء الضامنين قد يكون بعقود مستقلة (متوالية) أو قد يتضامنون بعقد واحد، لذا وللوقوف على ابعاد الموضوع سوف يتم تقسيم المطالب على الوجه الاتي:

- الفرع الأول: تعدد الكفلاء المتضامنين بعقود متوالية (مستقلة).
- الفرع الثاني: تعدد الكفلاء المتضامنين بعقد واحد.

الفرع الأول: تعدد الكفلاء المتضامنين بعقود متوالية (مستقلة)

ان بتعدد الكفلاء المتضامنين يصبح الجميع مسؤولين بالتساوي مسؤولية تضامنية عن كل الدين، حيث ان للدائن مطالبة اي كفيل من الكفلاء بكل الدين استنادا لفكرة وحدة المحل، ويتفق الكفلاء على التضامن فقط مع المدين وبعقود مستقلة عن بعضهم دون ان يتضامنوا فيما بينهم فلا ينقسم عندئذ الدين بينهم ويكون كل واحد مسؤولاً عن كل مبلغ الكفالة وللدائن مطالبة أيّاً منهم منفردين.⁽³⁴⁾

ان الاثر الذي يترتب على تعدد الكفلاء بعقود مستقلة هو صلاحية الدائن في مطالبة كل كفيل بجميع مبلغ الكفالة، حيث ان كل كفيل من الكفلاء مسؤولاً أمام الدائن بكل مبلغ الكفالة هذا ما تقضي به أحكام الكفالة بصورة عامة، بيد ان المشرع العراقي في هذا الحالة لم يفرق بين الكفيل العادي والمتضامن اذا تعدد الكفلاء بعقود مستقلة حيث للدائن مطالبة كل كفيل متضامن بجميع مبلغ الكفالة، وهو ما اكدته (المادة 1024) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه "إذا تعدد الكفلاء فإن كان كل منهم قد كفل الدين على حدة بعقد مستقل طوّل كل منهم بجميع الدين.....".

اما المشرع المصري فلم يختلف عن العراقي حيث أجاز تعدد الكفلاء بعقود متوالية، بيد انه ساوى بين مسؤولية الكفيل العادي والمتضامن في هذا الحالة من حيث ان كل كفيل مسؤول مسؤولية كاملة عن

(33) د. محمد شريف عبد الرحمن احمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 282 وما بعدها.

(34) د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ط 3، مج 2، نقابة المحامين، مصر، بند 97، ص 156.

اثار عقد الكفالة التضامنية

جميع مبلغ الكفالة متى تعدد الكفلاء في عقود متوالية، حيث تنص (المادة 2/792) من القانون المدني المصري على انه "2_ أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسؤول عن الدين كله، الا إذا كان قد أحتفظ لنفسه بحق التقسيم". الا ان المشرع المصري قد جاء بتفصيل بسيط ليوضح الاستثناء من القاعد المتمثلة (بمسؤولية الكفيل عن كل مبلغ الكفالة) واستثنى منها حال احتفاظ الكفيل العادي بالحق في التقسيم، وهو ما لا يعنينا لكون ان الكفالة التضامنية تجرد الكفيل المتضامن من هذا الدفع.

ويبرز موقف القضاء المصري في هذا الحالة حيث اكد على إمكانية الدائن في مطالبة أيًا من الكفلاء المتضامين وذلك من خلال احدى القرارات القضائية حيث نص على انه "وان مطالبتة لبعض الكفلاء المتضامين بالدين تكون مطالبة منه للآخرين ويكون الحكم الصادر ضد هذا البعض حجة على باقي الكفلاء المتضامين وقاطعا لمدة التقادم بالنسبة لهم"⁽³⁵⁾.

وهنا دخلت في موضوع غاية في الاهمية حيث ان المشرع المصري كان موقفه مختلفاً جذرياً عن المشرع العراقي من حيث افتراض التضامن بين الكفيل والمدين في الكفالة التضامنية، بيد ان المشرع المصري لم يحدد ما إذا كان التضامن بين الكفلاء ام مع المدين، فقد يكونوا الكفلاء متضامين فيما بينهم وليسوا متضامين مع المدين، وقد يكونوا متضامين مع المدين دون أن يكونوا متضامين فيما بينهم فعلى سبيل المثال، لو أن المدين كان له كفيلا وكان كل واحد منهما متضامنا مع المدين وليسوا متضامين فيما بينهم يترتب على ذلك رجوع الموفي على المدين فقط فيما اوفى، وليس له الرجوع على الكفلاء الآخرين لأنه لم يكن متضامناً معهم، أو قد يتعدد الكفلاء ويكون بعضهم متضامين والبعض الآخر غير متضامين كما لو كان للمدين كفيلا متضامين معه وفيما بينهم، وكفيل غير متضامن، سيكون للأخير حق التجريد وحق

⁽³⁵⁾ الطعن 392 لسنة 31 ق جلسة 1966/2/10 س 17 ص 279 . ينظر د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ط7، مج8، مكتبة عالم الفكر والقانون، طنطا، 2004، ص416.

اثار عقد الكفالة التضامنية

التقسيم حيث جاء نص (المادة 795) من القانون المدني المصري بالشكل الاتي "في الكفالة القانونية والقضائية يكون الكفلاء دائماً متضامنين". فلا يفهم من النص التضامن بينهم ام مع المدين، على خلاف نص المشرع العراقي الذي جاء واضحاً وصريحاً عن التضامن بين الكفيل والمدين.

وقد يشمل تعدد أطراف الالتزام (المدينين) فيتعدد المدينون المتضامنون ويكفلهم عدد من الكفلاء المتضامنين لذات الدين، فلا يحق للكفلاء تقسيم مبلغ الكفالة بينهم⁽³⁶⁾، اما اذا كان المدينون متضامنون فيما بينهم والكفلاء أيضاً متضامنون فيما بينهم لكن غير متضامنين مع المدينين، يكون عندئذ حق تجريد المدين أولاً لأنهم غير متضامنين ولكن ليس لهم حق التقسيم لكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم⁽³⁷⁾.

اما المشرع الفرنسي فقد أشار الى تعدد الكفلاء وامكانية رجوع الكفيل الموفي على الآخرين كلاً بحسب حصته وذلك من خلال المادة الرابعة من المرسوم (1192) لسنة 2021 وتحديداً في القسم الثالث من القانون المدني الفرنسي تحت عنوان (اثار الكفالة بين الكفلاء) حيث نص في (المادة 2312) من القانون المدني الفرنسي على انه "في حالة تعدد الكفلاء يكون للكفيل الذي دفع الدين حق الرجوع الشخصي والرجوع بالتعويض ضد الكفلاء الآخرين، كل حسب حصته"⁽³⁸⁾.

وكذلك أشار المشرع الفرنسي الى تعدد المدينين في الكفالة في حال تعدد المدينين حيث نص في (المادة 2310) من القانون المدني على انه "إذا تعدد المدينون المتضامنون في دين واحد، كان للكفيل اتخاذ

⁽³⁶⁾ أنور العمروسي وامجد انور العمروسي، التضامن والتضام والكفالة في القانون المدني، ط1، دار العدالة، مصر، 2007، ص260.

⁽³⁷⁾ د. محمد شريف عبدالرحمن احمد عبدالرحمن، مصدر سابق، ص283.

⁽³⁸⁾ عُدل نص القانون بموجب المادة الرابعة من المرسوم 1192 لسنة 2021 والتي تضمنت تعديلات الخاصة بأثار الكفالة وأشار النص القانوني 2310 من القانون المدني الفرنسي تحديداً الى اثار الكفالة بين الكفيل والمدين:

(Article 2312) Modifié par Ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 - art4
"En cas de pluralité de cautions, celle qui a payé a un recours personnel et un recours subrogatoire contre les autres, chacune pour sa part".

اثر عقد الكفالة التضامنية

التدابير المنصوص عليها في المواد السابقة قبل كل واحد منهم". حيث وان كان المدينون الاصليون خارج إطار العلاقة العقدية لعقد الكفالة التضامنية الا انهم يمثلون رابطة مهمه في الالتزام الأصلي محل عقد الكفالة (الالتزام المكفول) وبالتالي يمكن للكفيل الموفي الرجوع عليهم⁽³⁹⁾.

الفرع الثاني: تعدد الكفلاء المتضامنين بعقد واحد

أشار الفقه الى حالة تعدد الكفلاء المتضامنين كلهم في عقد واحد، فيكون للدائن عندئذ مطالبة أي واحد منهم بكل الدين ولا يجوز لهم عند تضامنهم لا الدفع بالتجريد ولا تقسيم الدين، وبالتالي يرجع الكفيل الموفي على الآخرين كل بقدر حصته وبنصيبه من حصة المعسر منهم⁽⁴⁰⁾، وهو ما اشارت اليه (المادة 1024) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه "..... وإن كانوا قد كفلوا معا في عقد واحد قسم الدين بينهم وطولب كل منهم بحصته، إلا إذا كانوا قد كفلوا متضامنين فيما بينهم، ويفترض عدم التضامن ما بين الكفلاء إلا إذا اشترط التضامن". ان النص جاء عاماً شاملاً لحالة تعدد الكفلاء في عقد واحد حيث يمكن لهم تقسيم الدين فيكونوا مسؤولين فقط عن حصتهم، الا ان المشرع استثنى حالة الكفالة التضامنية من القاعدة العامة وبمفهوم المخالفة لهذه القاعدة فأن الكفلاء المتضامنين بعقد واحد يترتب عليه مسؤولية كل واحد منهم للوفاء بكامل مبلغ الكفالة التضامنية.

⁽³⁹⁾ إلى هذا المفهوم، ذهب قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 1069 "إن الكفالة لا تتضمن التكافل دون اتفاق صريح" ويقصد بالتكافل التضامن بين الكفلاء فإذا اشترط التكافل تطبق الأحكام المختصة بالموجبات المتضامنة بين المدينين. =التضامن هو وصف يلحق بالالتزام. فيميزه عن الالتزام البسيط. ينظر د. محمد شريف عبدالرحمن احمد عبدالرحمن، مصدر سابق، ص 283 و 284.

⁽⁴⁰⁾ د. محمد بن إبراهيم بن عبدالله الموسى، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، 1999،

اثار عقد الكفالة التضامنية

هكذا ويرى الفقه اذا تعدد الكفلاء بالمال وكفل كل منهم مع صاحبه (أي تضامن معاً) طوالب كلّ منهم بكل مبلغ الكفالة⁽⁴¹⁾، حيث ان الدائن مخير في مطالبة المدين او مطالبة الكفيل ومطالبته أحدهما لا تسقط حقه في مطالبة الآخر، وله أن يطالبهما معا هذا ما ذهب اليه المشرع العراقي في (المادة 1031) من القانون المدني العراقي حيث تنص على انه ".....فالدائن مخير في المطالبة ان شاء طالب المدين وان شاء طالب الكفيل، ومطالبته أحدهما لا تسقط حق مطالبته الاخر وله ان يطالبهما معاً". هذا المادة تنطبق في حالة تضامن الكفيل مع المدين فمن باب أولى تنطبق على تعدد الكفلاء لأنهم جميعا متساوين بالمسؤولية.

والى هذا ذهب المشرع المصري حيث عند تعدد الكفلاء لدين واحد وب عقد واحد يكون للدائن حينئذ ان يطالب كل كفيل بكل مبلغ الكفالة، وهو بمفهوم المخالفة لنص (المادة 1/792) من القانون المدني المصري لكون ان المشرع أشار الى الكفلاء غير المتضامنين حيث تنص على انه "1_ إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وب عقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل الا بقدر نصيبه في الكفالة".

وبمقارنة نص (المادة 792) من القانون المدني المصري مع نص (المادة 1024) من القانون المدني العراقي فقد جاء المشرع العراقي بنص واضح وصريح لا يشوبه اللبس او الغموض وحسناً فعل عندما أشار في نهاية الفقرة على التضامن بين الكفلاء اذ ما اشترطه حيث تنص المادة على انه (.....الا إذا كانوا قد كفّلوا متضامنين فيما بينهم، ويفترض عدم التضامن ما بين الكفلاء الا إذا اشترط التضامن).

اما المشرع الفرنسي فلم يفرق بين الكفالة بعقد واحد او في عقود متواليه، حيث ان المبدأ العام عنده جواز تعدد الكفلاء وحرية الدائن في المطالبة أيّاً منهم بكامل مبلغ الكفالة مع إمكانية الكفيل الموفي بالرجوع على الكفلاء الاخرين بنسبة حصصهم، بالإضافة الى ان التضامن قد يكون بين الكفلاء انفسهم او بينهم

(41) د. عبدالكريم زيدان، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مكتبة القدس، بغداد، 1975، ص185.

اثار عقد الكفالة التضامنية

وبين المدين⁽⁴²⁾، وهو موقف المشرع المصري ايضاً في حين كان موقف المشرع العراقي اكثر وضوحاً من خلال نصه على التضامن بين الكفيل والمدين دائماً (المادة 2/1030) من القانون المدني العراقي.

خلاصة القول يترتب على التضامن عند تعدد الكفلاء بأنه للدائن أن يطالب أياً منهم بكل الدين لان الكفالة التضامنية تعطي الدائن حق تنفيذ مباشرةً على الكفيل المتضامن، ولا يجوز عندئذ ان يدفع بمداعاة المدين الأصلي أولاً⁽⁴³⁾، الا إن لكل كفيل أن يحتج بدفوعه الخاصة وله أن يحتج بالدفوع المشتركة لكن لا يجوز أن يحتج بدفوع أحد الكفلاء الخاصة، فإذا ما انقضى التزام أحد الكفلاء بسبب من أسباب الوفاء كالإبراء والتقادم والتجديد والمقاصة و اتحاد الذمة فإن أثر الانقضاء يختص به وحده دون سائر الكفلاء ولا يحتج الكفلاء الآخرين إلا بقدر حصة الكفيل الذي انقضى التزامه وهذا يرجع إلى فكرة تعدد الروابط حيث يعد الكفيل ممثلاً عن الآخرين بما ينفعهم لا ما يضرهم .

الخاتمة

بعد ان تم البحث في موضوع اثار عقد الكفالة التضامنية تم التوصل الى ابرز النتائج والمخرجات من هذه الدراسة، والتي نردفها ببعض التوصيات كما يأتي:

اولاً: النتائج

1- ان الكفالة التضامنية هي احدى أنواع الضمانات الشخصية، التي تمنح ائتمان للدائن يتفوق في الحماية التي يقدمها للأخير عن الحماية التي تحققها الضمانات الشخصية الأخرى، ويتم ذلك من خلال منح الدائن صلاحية مطالبة الكفيل المتضامن بجميع مبلغ الكفالة التضامنية دون

(42) Jacques Ghestin et Anne-Sophie Barthez et Dimitri Houtcieff, Traité de droit civil (Les Sûretés Personnelles), Référence précédente, p129.

(43) قرار محكمة استئناف بيروت المدنية الأولى رقم 1099 بتاريخ 15 / 6 / 1967. ينظر مويرس نخله، الكامل في شرح القانون المدني، ج9، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص327.

اثار عقد الكفالة التضامنية

الرجوع على المدين أولاً، على النقيض من احكام الكفالة البسيطة التي تقضي بعدم إمكانية رجوع الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين، وبالتالي فإن مسؤوليته محدد ضمن نطاق عقد الكفالة فيستطيع الدفع بتجريد المدين أولاً وطلب تقسيم الدين بينهم، في حين ان الكفيل المتضامن محروم من هكذا دفع. وحسنن فعل المشرع العراقي عندما أشار الى إمكانية المطالبة في نص (المادة 1031) من القانون المدني العراقي، وهو موقف متميز عن اقرانه من التشريعات محل الدراسة.

2- حري بالبيان ان عقد الكفالة التضامنية هو عقد تابع، ومن ابرز خصائصه انه تبرعي لان الكفيل المتضامن يلتزم بدين شخص اخر، بالتالي متى وفى الكفيل المتضامن بالتزام المدين يستطيع الرجوع عليه بجميع المبالغ التي اوفاهها، ومتى كانت المطالبة الودية غير مجدية فلا يعني خسارته لما اوفى، بل قرر القانون للكفيل إمكانية الرجوع على المدين من خلال منحه سلطة الالتجاء الى القضاء والمتمثلة بدعوتين الأولى الدعوى الشخصية والثاني العينية، ولما كانت الكفالة التضامنية هي احد أنواع الكفالة فلا يوجد ما يمنع من اخضاعها الى القواعد العامة للكفالة.

3- يطمح الدائنين عادةً للحصول على اكثر من ذمة مالية تضمن لهم استيفاء أموالهم، وهو ما تحققه الكفالة التضامنية حيث تمنح إمكانية تعدد الكفلاء المتضامين بالدين سواء كان ذلك التعدد بعقد واحد يتضامن به جميع الكفلاء مع المدين او بعقود مستقلة متوالية يتضامن من خلالها كل كفيل على حدى مع المدين دون ان يتضامن مع باقي الكفلاء الاخرين.

ثانياً: التوصيات

1- نقترح على التشريعات محل الدراسة ان تضع نص خاص صريح وشامل للدفع المقررة للكفيل المتضامن اتجاه الدائن، يمكن من خلالها فهم الخطورة التي تترتب على مثل هكذا التزام، لكون

اثار عقد الكفالة التضامنية

ان الكفالة التضامنية هي استثناء من قاعدة الكفالة، لذا لا يجوز الاستناد الى القواعد العامة في تحديد مسؤولية الكفيل المتضامن كأن يرد النص بالشكل التي: " للكفيل المتضامن ان يدفع بعدم تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه اذا تبين: 1- ان الدائن قد إضاعة التأمينات المقررة للدين بخطئه، 2- عند عدم تدخل الدائن في تفليسة المدين، او تأخر في اتخاذ الاجراءات ضد المدين".

2- ان الاقدام على مثل هكذا التزام والذي يعد تبرعي، يجب على الملتزم الا وهو الكفيل المتضامن ان يكون على دراية كاملة بما هو مقدم عليه وبالمخاطر التي من الممكن ان تحدث، كأن يوفي بالالتزام الملقى عليه ولا يستطيع الحصول على ما اوفى من المدين بطريقة ودية، لذا يجب على الكفيل المتضامن ان تكون لديه الثقة الكاملة بالشخص الذي يتضامن معه في مثل هكذا التزام لان المسؤولية المترتبة عليه تكون اشد واقسى.

قائمة المصادر

اولاً: الكتب القانونية

- 1- أشرف احمد عبد الوهاب وإبراهيم سيد احمد، عقد الكفالة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، ط1، دار العدالة، القاهرة، 2018.
- 2- أنور العمروسي وامجد انور العمروسي، التضامن والتضام والكفالة في القانون المدني، ط1، دار العدالة، مصر، 2007.
- 3- د. إبراهيم محمد الشرفي، الوجيز في شرح قانون المرافعات، مكتبة الصادق، صنعاء، 2020.
- 4- د. احمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، ط3، الدار الجامعة، بيروت، لبنان، 1989.

اثار عقد الكفالة التضامنية

- 5- د. احمد السعيد الزقرد، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون الكويتي (الكفالة)، ط1، 1999.
- 6- د. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1984.
- 7- د. رياض أحمد عبد الغفور ود. شروق عباس فاضل، العدالة العقدية، دار الكتب القانونية _ دار شتات للنشر، مصر _ الامارات، 2020.
- 8- د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ط3، مج3، نقابة المحامين، مصر.
- 9- د. شروق عباس فاضل و د. سارة نعمت احمد ، الوسائل القانونية لحماية الطرف الضعيف وتطبيقاتها في العقود المدنية، ط1، المركز العربي، مصر، 2026.
- 10- عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، ج2، دار محمود، القاهرة، 2011.
- 11- عبدالرحمن العلام، بشرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، 1970.
- 12- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية)، ج10، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 13- د. عبد المنعم فرج الصده، احكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1955.
- 14- د. عبدالكريم زيدان، الكفالة والحوالة في الفقه المقارن، مكتبة القدس، بغداد، 1975.
- 15- د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، عقد الكفالة، مكتبة نور العين، العراق، 2022.
- 16- د. محمد أحمد المعداوي عبد ربه، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية، كلية الحقوق _ جامعة بنها.
- 17- د. محمد بن إبراهيم بن عبدالله الموسى، نظرية الضمان الشخصي (الكفالة)، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، 1999.
- 18- د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، ج2، القاهرة، 2024.

اثار عقد الكفالة التضامنية

- 19- د. محمد شريف عبدالرحمن احمد عبدالرحمن، المبادئ الأساسية في عقد الكفالة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
- 20- د. محمد كامل مرسي بك، الموجز في التأمينات، مطبعة فتح الله الياس، مصر، 1939.
- 21- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الإلتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية، ج1، مطبعة السعدون، بغداد، 2000.
- 22- د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ط7، مج8، مكتبة عالم الفكر والقانون، طنطا، 2004.
- 23- مورييس نخله، الكامل في شرح القانون المدني، ج9، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

ثانياً: البحوث والمجلات القانونية

- 24- د. شروط عباس فاضل و رياض احمد عبدالغفور، دور العدالة في تكميل العقود، بحث نشر في مجلة البحوث القانونية والسياسية، ع13، 2019.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح

- 25- ريم يحيى أبزاخ، رجوع الكفيل الموفي على المدين، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، 2009، ص71.

رابعاً: القرارات القضائية

- 26- قرار محكمة بداءة الكرخ، 541/ب/2022، في تاريخ 2022/9/28. (غير منشور).
- 27- الطعن 5083 لسنة 63 ق جلسة 1995/1/29
- 28- الطعن 392 لسنة 31 ق جلسة 1966/2/10 س17
- 29- قرار محكمة استئناف بيروت المدنية الأولى رقم 1099 بتاريخ 15/6/1967

خامساً: التشريعات والأنظمة

أ- القوانين العراقية

- 1- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
- 2- قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
- 3- قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل.
- 4- قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل.
- 5- قانون كتاب العدول رقم (33) لسنة 1998.
- 6- تعليمات منح الاجازة الدراسية رقم (165) لسنة 2011.

ب- القوانين المصرية

- 1- القانون المدني المصري رقم (19) لسنة 1949.
- 2- قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1968 المعدل.
- 3- نظام العاملين المدنيين بالدولة رقم (47) لسنة 1978.
- 4- قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.
- 5- قانون تنظيم البعثات والمنح والاجازات الدراسية رقم (149) لسنة 2020.

ت- التشريعات الفرنسية

- 1- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل.
- 2- المرسوم المعدل للقانون المدني الفرنسي رقم (131) لسنة 2016.
- 3- المرسوم المعدل للقانون المدني الفرنسي رقم (1192) لسنة 2021.
- 4- قانون اجراءات التنفيذ المدني الفرنسي لسنة 2012

سادساً: المصادر الاجنبية



ردمد إلكتروني: 2661-7404

ص.ص: 373-338

المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية

العدد: الثاني

المجلد: التاسع

ردمد ورقي: 2571 - 9971

السنة: 2025

اثار عقد الكفالة التضامنية

Jacques Ghestin et Anne-Sophie Barthez et Dimitri Houtcieff, Traité de -1
droit civil (Les Sûretés Personnelles), Référence précédente, p129.